成均館法學 第33卷 第3號 2021 成均館大學校 法學研究院

成均館法學

第 33 卷 第 3號

研究論文

- 헌법상 기본원리에 관한 연구 - 환경국가원리의 인정여부를 중심으로 - 허창환 1
- 행정법령의 적용시점에 관한 원칙 및 기준 재해석 정연부 27
- 생태전환기의 환경권, 과학기술 및 특허제도의 재조명 - 기후위기에 대한 대응을 중심으로 - 이규홍 65
- 프랑스의 종교단체 법제에 관한 소고 - 1901년 비영리사단법과 1905년 정교분리법을 중심으로 - 권철 129
- 공직선거법상 준연동형 비례대표제에 관한 소고 - 독일과의 비교를 중심으로 - 김연진 169
- 민사소송과 관련된 헌법재판소 결정에 대한 고찰 문영화 209
- 민사소송에서 소송물개념의 이해 이성범 295
- 법인 등 조직체의 형사책임과 자연인 책임의 관계 -양벌규정에 의한 조직체와 구성원 책임을 중심으로- 이성대 333
- 국가관할권이원 해양유전자원의 이익공유 형태에 대한 한국이해관계자의 입장 검토: UN BBNJ 협상에서의 논의를 중심으로 이길원 김진영 모영동 361
- NFT콘텐츠 거래의 법적 쟁점에 대한 고찰 김현경 391
- 인터넷송신의 법적 지위에 관한 저작권법 개정방향 연구 이해완 433

成均館法學

第 33 卷　第 3 號



成均館大學校 法學硏究院

2021.9.

발간사

성균관법학 제33권 제3호가 발간되었습니다. 옥고를 게재하여 주신 11분의 저자님들에게 깊이 감사드립니다. 어려운 와중에서도 묵묵히 연구활동을 이어가는 저자님들이 우리 법학계의 수준을 향상시킨다고 생각합니다.

성균관법학은 지지난 호부터 종이 없는(paperless) 발간을 시작하였습니다. 그러므로, 별도의 종이본은 정년기념호 등 꼭 필요한 경우에 소수의 부수만 인쇄되고 그러한 경우 외에는 전자파일로만 제작되고, 전자파일은 성균관대학교 법학연구원 홈페이지 및 다른 데이터베이스 서비스를 통하여 공유됩니다. 그래서 독자님들에게는 물론이고 저자님들에게도 통합본, 별쇄본 등의 인쇄물을 송부하지 않습니다. 증빙을 위해 인쇄제출물이 필요하신 저자님은 제공되는 전자파일을 활용하여 인쇄물을 본인이 직접 만드셔야 합니다. 다른 학술지들도 가까운 미래에 이러한 종이 없는 발간에 동참할 것을 확신하며, 성균관법학이 그 길을 조금 먼저 걸어간다고 생각합니다.

성균관법학은 지지난 호부터 인용(citation)방법을 사법정책연구원이 발간한 “법률문헌 인용방법 표준안(증보판)”을 기준으로 합니다. 동 표준안이 아직까지는 완벽하지 않고, 저자님들도 그것에 익숙하지 않아서 동 표준안이 금번 성균관법학에 충분히 반영되지는 않았으나, 동 표준안도 개선될 것이고 저자님들도 그 표준안에 더 익숙해질 것을 기대합니다. 나아가 성균관법학은 인용방법 개선 및 통일화를 위한 노력도 하고 있습니다. 가시적인 성과가 나오게 되면 그 성과를 보고하도록 하겠습니다. 인용방법 통일화가 저자님들의 연구활동의 노고를 조금이라도 덜어줄 수 있을 것으로 기대합니다.

감사합니다.

2021. 9. 30.

성균관대학교 법학연구원 원장 정차호

目　次

[硏究論文]

• 헌법상 기본원리에 관한 연구 - 환경국가원리의 인정여부를 중심으로 -	허창환	1
• 행정법령의 적용시점에 관한 원칙 및 기준 재해석	정연부	27
• 생태전환기의 환경권, 과학기술 및 특허제도의 재조명 - 기후위기에 대한 대응을 중심으로 -	이규홍	65
• 프랑스의 종교단체 법제에 관한 소고 - 1901년 비영리사단법과 1905년 정교분리법을 중심으로 -	권철	129
• 공직선거법상 준연동형 비례대표제에 관한 소고 - 독일과의 비교를 중심으로 -	김연진	169
• 민사소송과 관련된 헌법재판소 결정에 대한 고찰	문영화	209
• 민사소송에서 소송물개념의 이해	이성범	295
• 법인 등 조직체의 형사책임과 자연인 책임의 관계 -양벌규정에 의한 조직체와 구성원 책임을 중심으로-	이성대	333
• 국가관할권이원 해양유전자원의 이익공유 형태에 대한 한국이해관계자의 입장 검토: UN BBNJ 협상에서의 논의를 중심으로	이길원 김진영 모영동	361

• NFT콘텐츠 거래의 법적 쟁점에 대한 고찰	김현경	391
• 인터넷송신의 법적 지위에 관한 저작권법 개정방향 연구	이해완	433

CONTENT

Articles

• A study on the Constitutional Principles of Environmental State	ChangHwan, Hur	1
• Reinterpretation on the Principles and Standards Concerning the Application of Administrative Statutes	Joung, Youn Boo	27
• A Review on the Environmental Right, Science & Technology and Patent System in Ecological Transition	Lee Kyu Hong	65
• Prolegomena to rethinking of the Legal System of French Religious Organizations	KWON, Chul	129
• Study on Quasi Mixed-Member Proportional Representation under Public Official Election Act -Focusing on the comparison with Germany -	Younjin Kim	169
• A Study on the Constitutional Court's Decisions Related to Civil Litigation	Younghwa MOON	209
• Zum Begriff des Streitgegenstandes im Zivilprozess	Seongbum Lee	209
• The relationship between the criminal responsibility of organization and the responsibility of natural person	Lee, Sungdae	295

• Legal Analysis of the Korean Domestic Stakeholders' Position on the Benefit-sharing Modalities of Marine Genetic Resources in ABNJ	Lee, Kil Won Kim, Jin Young Moh, Youngdawng	333
• A Study on Legal Issues in NFT Content Transactions	Hyun-Kyung, Kim	361
• A Study on the Revision Direction of the Copyright Act on the Legal Status of Internet Transmission	Lee, Hae Wan	433

성균관대학교 법학연구원 『성균관법학』 10.17008/skklr.2021.33.3.001
제33권 제3호 (2021. 9.)
Sungkyunkwan Law Review Vol.33. No.3 (September 2021) pp 1~26

헌법상 기본원리에 관한 연구

– 환경국가원리의 인정여부를 중심으로 –

허창환*

【목 차】

Ⅰ. 서론

Ⅱ. 헌법상 기본원리의 의의
1. 헌법상 기본원리의 개념
2. 현행 헌법상 인정되는 기본원리
3. 헌법상 기본원리의 인정기준
4. 헌법상 기본원리의 효력

Ⅲ. 환경국가원리의 인정 여부
1. 환경국가원리 개념의 필요성
2. 환경국가원리의 인정 가능성
3. 소결론

Ⅳ. 환경국가원리의 헌법적 의의
1. 환경국가원리의 개념
2. 환경국가원리의 효력
3. 환경국가원리의 한계

Ⅴ. 결론

【국 문 요 약】

헌법상 기본원리는 ‘기본권 보장을 위한 헌법의 이념적 기초이자 헌법을 총체적으로 지배하는 지도원리’이다. 그런데 최근 환경오염 문제가 대두되면서 새로운 기본원리로서 ‘환경국가원리’를 인정하여야 한다는 주장이 지속적으로 제기되고 있다. 그런데 한 번 ‘헌법의 기본원리’로 인정되면, 그 가치개념은 모든 규범을 지배하는 광범위한 영향력을 가진다. 따라서 사회변화에 따라 ‘기본원리’를 해석론으로 인정할 것인지 여부에 대해서는 신중한 태도가 요구된다.

현행 헌법상 ‘환경국가원리’를 도출할 수 있는지 여부를 판단하기 위해서는, 헌법상 ‘기본원리’란 무엇이고, 이를 인정하는 기준은 무엇인지를 먼저 연구할 필요가 있다. 헌법의 기본원리를 인정하는 기준이 없다면,

* 법무부 사무관(법학박사(헌법학), 변호사).

헌법재판관 개개인의 판단에 따라 해석론으로 헌법상 기본원리를 임의로 도출할 우려가 있기 때문이다. 다만, 아직까지 헌법상 기본원리를 인정하는 기준에 대해서 정립된 견해는 없는 것으로 보인다.

다만, 헌법상 기본원리로 인정되기 위해서는 국가 내지 제3자인 사인으로부터의 기본권적 보호법익에 대한 침해로부터의 보호라는 '항구적인 가치이념'을 그 이념적 배경으로 하여야 한다는 최소한의 기준을 제시할 수 있을 것이다. 환경국가원리는 '국가가 환경이 인류의 삶의 터전이라는 점을 인식, 국민이 쾌적한 환경에서 생활을 영위할 수 있도록 하는 가치규범'이라고 정의할 수 있다. 이는 항구적 생존의 가치이념이자, 헌법 전체를 지배하고 있는 이념적 가치에 해당한다고 해석될 여지가 있다. 따라서 대한민국 헌법의 기본원리로 '환경국가원리'를 인정하여, 환경오염 등의 문제로 인해 발생하는 여러 사회 문제들을 하나의 통일된 원리로 해결할 필요가 있다.

Ⅰ. 서론

헌법의 기본원리란 일반적으로 '헌법 전체를 지배하는 가치개념'이라고 정의된다. 다만, 무엇이 현행 헌법의 기본원리인지 여부에 대해서는 다양한 견해가 제시되고 있다. 현재까지 '법치국가', '민주국가', '사회국가원리'는 특별한 이론 없이 헌법의 기본원리로 인정받고 있는 것으로 보인다. 그 중에서도 '사회국가원리'는 20세기에 '법치국가, 민주국가' 원리만으로는 사회적 불균형을 해소할 수 없다는 인식에서 출발하여, '사회적 불평등'으로 인한 부작용을 해소하기 위하여 도출된 원리이다. 이처럼 사회변화에 따른 새로운 헌법상 '기본원리'를 도출할 필요성은 어느 시대에나 인정될 수 있다. 헌법은 국가의 최고규범이라는 점에서, 사회변화에 대응하여 국가법령의 제정과 집행과정에서 지침이 될 의무가 있기 때문이다.

그런데 비교적 최근에는 시대적 요구에 발 맞추어, '환경국가원리', '정보국가원리[1]'와 같은 새로운 기본원리를 인정할 필요가 있다는 견해들이 꾸준하게 제기되고 있다. 21세기에 대두된 개인정보 침해, 환경오염 문

1) 김상겸, "정보기본권의 체계와 보장에 관한 연구", 세계헌법연구 제16권 제1호, 2010. 77-78면 참조.

제로 인해 도출된 '개인정보자기결정권'이나 '환경권'을 인정하는 것만으로는 그러한 문제를 해결하기 어렵다는 것이다.

그런데 한 번 '헌법의 기본원리'로 인정하기 시작하면, 그 가치개념은 우리나라에 존재하는 모든 규범을 실질적으로 지배하는 광범위한 영향력을 가지게 된다. 따라서 사회변화에 따른 새로운 '기본원리'를 해석론으로 인정할 것인지 여부에 대해서는 신중할 필요가 있으며, 심도 있는 연구가 선행될 필요가 있다.

이에 이 글에서는 헌법상 기본원리가 무엇인지에 대해 고찰한 뒤, 21세기에 대두된 '환경오염 문제의 해결' 이라는 시대적 과제를 반영하여 현행 헌법상 '환경국가원리'를 도출할 수 있는지, 그렇다면 그 헌법적 의의는 무엇인지에 대해 고찰하고자 한다.

Ⅱ. 헌법상 기본원리의 의의

헌법은 추상적이고 개방적인 특성으로 인해 해석자에 따라 서로 다른 해석론이 제기될 가능성이 있다. 따라서 헌법 전체를 지배하는 최고의 가치개념인 '기본원리'의 개념을 인정하고, 그 가치에 따라 헌법을 해석할 필요성[2]이 있다. 이하에서는 헌법상 기본원리의 개념과 인정기준 등에 대해 고찰하고자 한다.

1. 헌법상 기본원리의 개념

'헌법의 기본원리'의 개념이 무엇인지 대해서는 다양한 견해들이 제시되고 있다. 현행 헌법은 명문으로 '기본원리'를 규정하고 있지는 않기 때문이다. 이에 '기본원리'의 개념에 대해 "헌법 전체에 투영된 공동체의 기본적 가치로서 헌법의 일부"라는 견해[3], "헌법의 기본이 되어 헌법 전반을 관통하는 원리"라는 견해[4], "헌법의 이념적 기초인 동시에 헌법을 총체적으로 지배하는 지도원리"라는 견해[5], "정치적 공동체의 기본골격

2) 장영수, 「헌법학」, 홍문사, 2019. 3. 135면.
3) 양건, 「헌법강의」, 법문사, 2109. 6. 113면.
4) 이준일, 「헌법학 강의」, 홍문사, 2019. 8. 114면.

과 조직을 마련하고 그 법적 토대가 올바르게 유지될 수 있도록 기본적·구조적이고 기초를 이루는 원리로서, 헌법을 지탱해줄 근본적 결정의 성격과 동시에 헌법의 규율대상인 국가의 내용과 형태를 규정하는 원리의 성격을 가진다."라는 견해[6], "한 나라의 헌법과 국가의 정체성 및 성격을 규정하는 원리"라는 견해[7] 등, 다양한 견해들이 제시되고 있다. 헌법재판소는 "헌법의 기본원리란 헌법의 이념적 기초로서 국민과 국가가 존중하고 준수하여야 할 최고의 가치규범"[8]이라고 정의하였다.

'기본원리'의 개념에 대한 위와 같은 다양한 견해들은 헌법상 기본원리가 '헌법의 근본이 되는 이치'라는 문언적 의미를 풀이하는 방식의 차이에 지나지 않는 것으로 보인다. 결국 헌법상 '기본원리'란 '기본권 보장을 위한 헌법의 이념적 기초이자 헌법을 총체적으로 지배하는 지도원리'라고 일반적으로 정의할 수 있을 것이다.

'기본원리'와 유사한 개념으로 '국가목표규정'이 있는데, 이는 국가기관에 대해 일정한 방향을 설정하고 의무를 부과하는 헌법규범이라고 설명된다. '법치국가, 민주주의 등 국가구조 원리규정'은 국가 활동의 양태(樣態)를 규율하고, '국가목표규정'은 국가 활동의 내용 측면에서 규율하는 것이라는 입장[9]도 있다. 양 개념은 엄밀히 구별될 수 있다. 예컨대, '국가목표규정'의 경우, 그로부터 헌법상 기본권이 도출될 수는 없고[10], 선택이 가능한 정책 목표들 중의 하나[11]라는 점에서 헌법상 기본원리와 차이[12]가 있다. 현행 헌법상 인정되는 국가목표규정이 무엇인지에 대해

---

5) 이동훈, 「헌법강의」, 동방문화사, 2019. 2. 106면.

6) 김학성, 「헌법학원론」, 피앤씨미디어, 2019. 1. 122면.

7) 박태현, "생태적으로 지속가능한 사회와 헌법 환경국가 원리 선언", 한국환경사회학회, 환경사회학연구 ECO 22(1), 2018. 6. 18면.

8) 헌재 1996. 4. 25. 92헌바47.

9) 명재진, "독자적 헌법조문으로서의 국가목표규정", 유럽헌법학회연구논집 제2호, 2007. 12. 167면 이하 참조.

10) 김학성, 앞의 책, 285면. ; 김상겸, "환경국가와 환경영향평가제도", 한국환경법학회, 환경법연구 제25권 1호, 2003. 6-7면.

11) 장영수, "환경국가의 헌법적 기초", 한국헌법학회, 헌법학연구 제12권 제1호, 2006. 3, 376면.

12) 박태현, 앞의 글, 19면 이하에서는 기본원리와 국가목표 규정의 구분에 관하여, '특정 목표가 단순한 목표를 넘어서 한 국가의 헌법의 정체성을 이룬다고 볼 정도인지' 여부의 문제라고 한다.

서도 다양한 견해가 제시되고 있다. 다만, 일반적으로는 평화통일조항, 국제평화유지 규정, 근로자의 고용증진, 환경보전 규정, 국민경제의 성장과 안정 규정 등을 국가목표규정으로 인정하고 있다.

한편, 헌법상 기본원리와 달리 '헌법의 기본질서'라는 표현을 사용하고, 이를 구분 지어 기본원리와 기본질서를 구분하면서 기본질서 안에서 기본질서를 구체화하는 요소로서 기본제도를 설명하는 견해[13]도 있다. 그러나 헌법상의 기본질서와 기본원리를 면밀하게 구별할 실익이 과연 무엇인지 의문이다. 헌법상의 기본질서는 헌법의 기본원리를 구체화한 표현의 하나라고 보아야 할 것이다.

2. 현행 헌법상 인정되는 기본원리

현행 헌법상 민주주의·법치국가·사회국가[14] 원리는 특별한 이견 없이 헌법상 기본원리로 인정[15]되고 있다. 다만, 이에 더하여 문화국가·국제평화원리가 헌법상의 기본원리라는 견해[16]도 제기되며, '자유민주적 기본질서의 보장'이 우리 헌법의 최고의 통합적 원리라는 견해[17]도 있다.

헌법재판소는 민주국가, 법치국가, 사회국가원리 이외에도 "대의제 민주주의 원리[18], 국민주권주의, 법치주의, 적법절차의 원리[19], 의회 입법의 원칙[20]"에 대해 '기본원리'라는 표현을 사용한 적이 있으며, '문화국가원리'를 기본원리로 인정[21]하고 있다.

---

13) 김철수, 「헌법학 개론」, 박영사, 2007. 182면 이하. ; 이동훈, 앞의 책, 126면 이하. ; 계희열, 「헌법학(상)」, 박영사, 2005. 255면. ; 허영, 「한국헌법론」, 박영사, 2015. 151면. ; 이준일, 앞의 책, 204면.

14) 사회국가원리와 복지국가원리를 구분하는 견해로는 계희열, 앞의 책, 381면, 허영, 앞의 책, 166면 등이 있으며, 이는 국가개입 정도의 차이에 불과할 뿐이므로, '사회복지국가'로 부르는 것이 타당하다는 견해로는 이준일, 앞의 책, 179면이 있다.

15) 이준일, 앞의 책, 114면.

16) 정재황, 「신헌법입문」, 박영사, 2019. 2. 157면.

17) 양건, 앞의 책, 117면. ; 김학성 앞의 책, 123-124면에서는 우리 헌법은 국내질서에서는 민주주의, 법치주의, 사회국가원리를 채택하고, 국제관계에 있어서는 국제평화원리를 채택하고 있다고 한다.

18) 헌재 2009. 10. 29. 2009헌마350.

19) 헌재 1995. 2. 23. 91헌마231.

20) 헌재 1998. 5. 28. 96헌가1.

그러나 ‘문화국가원리’가 기본원리에 해당하는지 여부에 대해서는 다양한 이견이 제시되고 있다. 예컨대, “문화국가란 공동체 구성원에 의해 공유하는 행동양식인 문화를 보호하고 육성하는 국가로, 헌법이 보호하고 지향해야 하는 국가목표조항에 불과하다.”는 반론[22] 내지는 “법치국가원리와 사회국가원리에 의해서도 충분히 설명될 수 있는 내용들 가운데 문화영역을 독립시켜 이를 인정할 필요가 없다”는 견해[23]들이 있다.

이러한 반론들의 근거는 ‘문화국가원리’를 인정한다면, ‘환경’, ‘정보’, ‘평화통일’, ‘국제평화’ 등의 다양한 정책적 국가목표들이 모두 헌법의 ‘기본원리’로 인정될 여지가 있다는 것이다. 그렇게 된다면 모든 독립적인 영역이 헌법상 기본원리로 인정받게 되어 헌법을 총체적으로 지배하는 ‘기본원리’라는 의미가 퇴색될 우려가 있는 것이 사실이다. 따라서 헌법의 ‘기본원리’를 새롭게 인정하는 경우, 일반적으로 인정되는 기본원리와 병행적으로 인정될 만큼 중대한 가치개념에 해당하는지, 기존의 ‘기본원리’에 대한 해석론으로는 설명되기 어려운 내용을 담고 있는지 등에 대해 면밀하게 살펴볼 필요가 있다.

그 외에도 헌법재판소는 자유민주적 기본질서[24], 자기책임의 원리[25], 체계정당성의 원리[26], 재산권 보장의 원리[27], 사회국가의 원리[28], 문화국가의 원리[29], 보충성의 원리[30], 형평의 원리[31], 정당한 보상의 원

21) 헌법재판소는 “우리나라는 건국헌법 이래 문화국가의 원리를 헌법의 기본원리로 채택하고 있다. 우리 현행 헌법은 전문에서 “문화의…영역에 있어서 각인의 기회를 균등히” 할 것을 선언하고 있을 뿐 아니라, 국가에게 전통문화의 계승 발전과 민족문화의 창달을 위하여 노력할 의무를 지우고 있다(제9조)”고 판시한바 있다(헌재 2004. 5. 27. 2003헌가1).

22) 김학성, 앞의 책, 285면. ; 양건, 앞의 책, 249면에서도 “문화국가원리를 헌법원리의 하나로 열거하는 견해들이 있다”라고 하여, 부정설을 취하는 듯 한 표현을 사용하고 있다.

23) 이준일, 앞의 책, 197-198면 이하.

24) 헌재 2019. 2. 28. 2018헌마140.

25) 헌재 2009. 10. 29. 2009헌마350 ; 헌재 2010. 6. 24. 2007헌바101.

26) 헌재 2010. 6. 24. 2007헌바101.

27) 헌재 2000. 3. 30. 98헌바7등 ; 헌재 2006. 2. 23. 2004헌바100.

28) 헌재 2018. 7. 26. 2015헌라4.

29) 헌재 2003. 12. 18. 2002헌가2.

30) 헌재 1991. 7. 8. 89헌마181.

31) 헌재 2019. 4. 11. 2015헌라2.

리[32], 다수결의 원리[33] 등에 대해 '헌법상 원리'라는 용어를 사용한 바 있다. 이상과 같이 헌법재판소는 '기본원리'와 '헌법원리', '헌법원칙'에 관한 용어를 엄밀하게 구분하여 사용하고 있지는 않으며, 이들이 모두 헌법의 기본원리로 인정되는 것은 아니라고 할 것이다[34].

이처럼 다양한 견해가 제기되는 이유는 헌법의 기본원리가 무엇인지는 헌법 전체에 대한 이해를 바탕으로 한 해석론에 의지할 수밖에 없기 때문이다. 그러므로 헌법상 기본원리를 인정하여야 하는 기준이 무엇인지에 대해서 보다 심층적인 연구가 선행될 필요가 있다.

3. 헌법상 기본원리의 인정기준

헌법상 기본원리는 헌법 전체를 지배하는 가치개념이라는 점에 비추어 볼 때, 기본원리를 인정하는 기준이 무엇인지를 설정하는 것은 매우 중요한 문제이다. 헌법의 기본원리를 인정하는 기준이 전혀 없다면, 헌법재판관 개개인의 판단에 따라 해석론으로 헌법상 기본원리를 임의로 도출할 우려가 있기 때문이다. 그럼에도 불구하고 헌법의 기본원리의 인정기준에 관한 선행연구가 충분히 이루어졌다고 보기는 어려운 실정이다.

다만, '헌법의 전문과 본문을 통합적으로 일관되게 이해한 토대 위에서 추출하여야 한다'는 견해[35], '이성법국가에서 보편적으로 요구되는지 여부를 기준으로 판단하여 국가원리인 민주주의 원리, 법치국가 원리, 사회복지국가원리만이 헌법원리에 해당한다.'는 견해[36], '헌법구조와 성격의 이해를 전제로 어떠한 기본이념에 따라 국가질서의 방향을 설정하고 있는지, 그 실현방식이 무엇인지 등에 대한 숙고를 통해 밝혀야 한다'는 견해[37], '헌법전문에서 헌법의 기본원리를 선언하고 있고 본문에서 직·간접

32) 헌재 1991. 2. 11. 90헌바17, 90헌바 18, 89헌마 107.

33) 헌재 2016. 5. 26. 2015헌라1.

34) 예컨대, '보충성의 원리'는 헌법재판소의 개입에 대한 정당성을 부여하는 「헌법재판소법」에 따라 인정되는 헌법소송에서의 적법요건(보충성의 요건) 중 하나에 불과한 것이지, 우리 헌법 전체를 지배하는 가치 질서에 해당한다고 보기는 어려울 것이다.

35) 양건, 앞의 책, 114면 이하.

36) 이준일, 앞의 책, 114면. 이 견해에 의하면 '평화통일의 원리'와 같은 분단국가인 우리나라에서만 유일하게 인정되는 규정들은 헌법상 기본원리에 해당한다고 볼 수 없다고 한다.

37) 장영수, 앞의 책, 135-136면.

적으로 표현하고 있다'는 견해[38] 등이 제시된 바 있다.

그러나 위와 같은 견해에 따르더라도, '헌법에 대한 통합적이고도 일관된 이해'는 어느 정도의 이해를 의미하는지, 헌법원리를 밝히고 설정하는 그 주체는 누구인지가 불명확하여 여전히 그 판단기준이 명확하다고 보기는 어렵다. 그런데 기본원리의 인정기준을 명확하게 제시하는 것 자체가 가능한지에 대해서도 의문이 있다. 추상적인 헌법 조문들을 총체적으로 지배하는 지도원리의 인정기준을 명문의 규정도 없이 해석론으로 제시할 수밖에 없기 때문이다. 이처럼 헌법의 기본원리를 인정하는 기준이 무엇인지는 견해의 차이가 불가피한 부분이 있으며, 그 제시된 기준이 다소 추상적이고 모호하다는 비판에 직면할 가능성이 높다. 다만, 헌법의 기본원리가 헌법전체를 지배하는 가치이념이라는 점에 비추어 볼 때, 다음과 같은 최소한의 기준을 제시할 수 있을 것이다.

첫째, 국가 내지 제3자인 사인으로부터의 기본권적 보호법익에 대한 침해로부터의 보호라는 '항구적인 가치이념'을 그 이념적 배경으로 하여야 한다. 국가와 헌법의 존재의의가 '인간의 존엄'을 위한 '국민의 기본권 보장'에 있다는 점에 주목한다면, 헌법상 기본원리는 대·내외적인 기본권적 법익에 대한 침해를 예방하는 근본규범에 해당하여야 할 것이다. '법치국가, 민주국가' 원리는 개인의 자유와 평등을 보장하고 국가권력에 대한 통제와 민주적 정당성을 담보하여 국가로부터의 기본권침해 방지를 담보하는 원리이다. '사회국가원리'는 개인 간의 자유와 평등이 이루어진 이후에 발생한 불균형으로부터 국민의 진정한 자유를 위하여 사회적 생존을 보장하기 위한 것이다. 따라서 헌법상 기본원리는 국가 및 사인으로부터의 기본권적 보호법익의 침해를 예방하는 것을 내용으로 하되, 국가가 임의로 선택 여부를 결정할 수 없는 항구적 가치이념을 가져야 한다.

둘째, 기본원리는 구체적 영역이 아니라 헌법 전체에 적용되면서 개별 헌법 조문들의 해석원리가 될 만큼 중대한 가치이념에 해당하여야 한다. 특히 새로운 '기본원리'의 인정여부가 문제되는 경우, 현재 인정되는 '민주주의, 법치주의, 사회국가'원리와 병행적으로 인정될 만큼 중대한 가치이념에 해당하는지 여부가 그 판단기준으로 제시될 수 있을 것이다.

---

38) 김학성, 앞의 책, 123면.

셋째, 현행 헌법의 전문과 본문과 개별 조항 등, 그 기본원리의 정신을 담은 명문의 조문들이 존재하여야 한다. 헌법에 직·간접적으로 전혀 표현되어 있지도 않은 원리를 해석론만으로 임의로 도출하는 것은 경계하여야 하기 때문이다. 헌법재판소는 명문으로 규정되어 있지 아니한 '사회국가원리'에 대한 헌법적 근거를 "헌법전문, 사회적 기본권의 보장(헌법 제31조, 제36조), 경제 영역에서 적극적으로 계획하고 유도하고 재분배하여야 할 국가의 의무를 규정하는 경제에 관한 조항(헌법 제119조 제2항 이하) 등"과 같이 여러 표현을 통하여 헌법이 사회국가원리를 수용하고 있다고 판단[39]하고 있다. 이처럼 헌법의 기본원리의 징표가 되는 여러 헌법규정들에서 그 근거를 찾는 헌법재판소의 태도 역시 현행 헌법의 기본원리를 판단하는 하나의 기준으로 삼을 수 있을 것이다.

4. 헌법상 기본원리의 효력

헌법의 기본원리의 효력 역시 해석론에 의존하여야 한다. 그러나 기본원리의 개념이나 그 인정기준 논의에 비해, 그 효력은 비교적 명확하게 제시되고 있다. 즉, 헌법상 기본원리는 헌법을 비롯한 모든 법령해석의 기준이 되며, 입법권의 범위와 한계 그리고 국가정책 결정의 방향을 제시하고 국가기관뿐만 아니라 국민의 기본권 행사의 한계가 되는 동시에 모든 국민은 이를 존중하고 준수하여야 할 의무를 부담하며, 헌법개정의 한계로 작용한다는 것이 일반적인 견해[40]이다.

헌법재판소는 역시 헌법의 기본원리는 "입법이나 정책 결정의 방향을 제시하며 공무원을 비롯한 모든 국민·국가기관이 헌법을 존중하고 수호하도록 하는 지침이 되며, 기본권의 해석 및 기본권 제한 입법의 합헌성 심사에 있어 해석기준의 하나로서 작용한다.[41]."라고 판시하였다. 이처럼

39) 헌재 2002. 12. 18. 2002헌마52.

40) 양건, 앞의 책, 113-114면. ; 122-123면 ; 김하열, 「헌법강의」, 박영사, 2021. 3. 51면 등 참조. ; 헌법상 기본원리는 국가를 구성하는 원리, 국가에 대해 목적과 과제를 제시하는 목적원리가 된다는 견해(이준일, 앞의 책, 114면) 내지 기본권제한입법에 대한 위헌심사에서는 결정적 해석 판단기준이 된다는 견해(김학성, 앞의 책, 123면) 등 역시 이와 유사한 견해로 볼 수 있다.

41) 헌재 1996. 4. 25. 92헌바47.

헌법의 기본원리의 효력이 비교적 명확한 이유는 그 개념이 '헌법 전체를 지배하는 가치이념'이라는 점에서 비롯된 것으로 보인다.

생각건대, 헌법의 기본원리는 헌법 전체를 지배하는 가치질서이므로, 다음과 같은 효력을 가진다고 볼 수 있다. 첫째, 기본원리는 모든 국가권력 규범의 운용지침이자 한계로 작용하며, 국가뿐만 아니라 국민 역시 이를 준수할 의무가 있다. 즉, 헌법상 기본원리는 국가권력인 입법·행정 작용에 대해 그 기본원리에 입각한 입법과 집행을 요구하며, 법원과 헌법재판소에 대해 모든 법령·기본권을 해석함에 있어서도 이를 해석지침으로 삼을 것을 요구한다. 특히 기본원리는 기본권 행사의 한계로 작용하므로, 헌법재판소는 기본권 제한 입법의 위헌성 심사기준을 설정함에 있어 이를 기준으로 삼아야 한다. 다만, 헌법재판소는 헌법상 기본원리가 훼손되었다는 점만으로는 국민의 기본권이 침해되었다고 볼 수는 없다[42]고 하면서도, "헌법의 기본원리뿐만 아니라 평등원칙에도 위배되어 위헌이라고 볼 수 있다"[43]고 표현하는 등, 헌법의 기본원리를 위반한 경우에 기본권 침해를 인정하는 것인지 여부에 대해 다소 모호한 태도를 취하고 있다.

둘째, 헌법상 기본원리는 그 가치이념을 구체화하기 위한 제도 및 기본권의 근거가 될 수 있다. 헌법적 수준에서 정당제도·사유재산제도 등의 특정한 제도의 본질을 보장하는 것을 내용으로 하는 제도보장[44] 역시 헌법의 기본원리를 구체화하기 위한 것으로 이해할 수 있다. 예컨대 복수정당제도는 민주주의의 원리의 구체화를 위한 제도적 보장으로 이해될 수 있는 것이다. 다만, 헌법재판소는 헌법상 기본원리는 '구체적 기본권을 도출하는 근거가 될 수는 없다'[45] 라고 판시하여, 기본권 도출의 근거가 될 수는 없다는 입장을 취하고 있다. 반면, '환경권'은 환경국가원리가 기본권

42) 헌재 1995. 2. 23. 91헌마231, 헌재 2018. 2. 6. 2018헌마36, 헌재 1998. 10. 29. 96헌마186; 헌재 2004. 12. 16. 2002헌마579 등 참조.

43) 헌법재판소는 "죄질과 보호법익이 유사한 범죄에 대한 형벌을 상호 비교할 때 현저히 형벌체계상의 정당성과 균형을 잃은 것이 명백한 경우에는 인간의 존엄성과 가치를 보장하는 헌법의 기본원리뿐만 아니라 평등원칙에도 위배되어 위헌이라고 할 수 있다(헌재 2009. 2. 26. 2008헌바9등 참조)"이라고 하였다.

44) 이동훈, 앞의 책, 136면.

45) 헌재 1996. 4. 25. 92헌바47

형식으로 구체화 된 것이라는 견해[46]는 기본원리가 구체적 기본권의 도출 근거가 될 수 있다는 전제에서 제시된 것으로 해석될 수 있을 것이다. 생각건대, 헌법상 기본원리를 헌법 전체를 지배하는 최고의 가치이념이라고 인정하면서도, 그것이 구체적 기본권을 도출하는 근거가 될 수 없다는 것은 그 자체로 논리모순이 될 우려가 있다. 헌법의 기본원리로부터 특정한 기본권이 곧바로 도출될 수 있는지 여부는 별론으로 하더라도, 적어도 그로부터 기본권이 도출될 가능성이 없다고 볼 수는 없을 것이다.

셋째, 헌법상 기본원리는 상황에 따라서 선택할 수 있는 정책적 목표가 아니라는 점에서 헌법 개정의 한계가 된다. 헌법개정은 기존의 헌법질서를 전제로 일부 조문을 변경하거나 신설하는 것에 그쳐야 한다. 따라서 기존 헌법을 총체적으로 지배하는 '기본원리'는 헌법개정권력의 한계에 속하는 것으로 보아야 한다.

Ⅲ. 헌법상 환경국가원리의 인정 여부

환경오염이 심화되기 시작하면서 전통적으로 인정되고 있는 '민주주의, 법치국가, 사회국가'원리에 더하여 '환경국가원리'를 인정하여야 한다는 주장이 지속적으로 제기되고 있다. 이하에서는 현행 헌법상 '환경국가원리'를 인정 수 있는지 여부에 대해 고찰하고자 한다.

1. '환경국가원리' 개념의 필요성

6. 25.전쟁을 겪은 우리나라는 '빈곤탈피'라는 국민적 염원에 의해 1960년대 이후 경제성장에 그 정책적 역량을 집중해 왔다. 그 결과 우리나라는 1996년 12월 경제협력개발기구(Organization for Economic Cooperation and Development)에 가입하였고, 국내총생산(GDP) 순위가 세계 11위[47]에 올랐으며, 정부는 2019년 10월 25일 세계무역기구의 개발도상국 지위를 포기할 정도로 놀라운 경제발전을 이룩하였다. 이러

46) 장영수, 앞의 글, 380면.

47) 국제통화기금(IMF) 홈페이지 ; https://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2019/01/weodata/index.aspx (2020. 3. 1. 최종방문).

한 눈부신 경제성장과 발전은 많은 국민에게 편리함과 혜택을 제공해 준 것이 사실이다.

그러나 1960년대 본격적인 경제개발과 함께 '환경오염' 현상 역시 심화되기 시작하였다. 이에 1964년 1월 1일자로 대기오염 등으로부터 국민보건 향상을 위하여 「공해방지법」이 제정되었으나, 정부는 그 시행규칙을 무려 4년 4개월 지난 후에야 제정하는 등 동 법률을 시행할 의지[48]는 부족했던 것으로 보인다. 정부가 환경문제의 심각성을 인지하기 시작한 것은 1970년대 후반 환경오염이 가속화되기 시작하면서, 1977년 12월 31일부로 '공해방지법'을 폐지하고, 1978년 7월 1일자로 「환경보전법」을 시행할 무렵부터라고 볼 수 있다.

1970년대 후반의 환경오염 문제의 해결을 위한 '헌법적 관점'에서 논의는 주로 국민의 기본권으로 '환경권'을 인정하는 방안이 논의되었다. 이러한 논의의 결과, 정부는 1980년 1월 환경청을 신설함과 동시에 헌법개정절차를 거쳐 1980년 10월 2일 제8차 헌법 개정에서 환경권 규정을 최초로 신설하였고, 그 후 1987년에 개정된 현행 헌법에서는 현재의 환경권 규정을 두게 되었다. 이처럼 헌법학계에서는 주관적 권리로서의 환경권을 중심으로 논의가 이루어졌기 때문에, 그와 관련이 없는 자연환경이나 생태계 등 객관적 가치에 대한 보호에 대해서는 한계가 있다는 지적[49]이 이어졌다. 따라서 그 대안으로 환경권의 보호 대상에 '사회적 환경'까지 포함시켜 환경의 보호법익을 넓히려는 견해[50], 미래세대가 환경권의 주체가 된다는 해석론[51] 등이 지금까지 제시되어 오고 있다.

그러나 환경권의 보호 대상 범위를 확대하는 해석론은 환경권과 다른 기본권과의 보호법익이 중복되는 문제를 초래하여 결과적으로는 오히려 환경권의 형해화를 초래할 우려가 있다. '미래세대'를 환경권의 주체로 인정하는 견해도 환경권의 구체적 권리성을 부정하는 법원과 헌법재판소

48) 1966년 4월 11일자 동아일보 기사에 따르면 "당시 정부는 1967. 5. 24. 에서야 시행규칙을 제정하였고, 공해방지법에 관한 1966년 총예산이 1만 4천원"에 불과했다고 한다.

49) 한상운, "사회변화와 헌법해석의 방법 -헌법상환경보호조항을 중심으로-", 한국환경법학회, 환경법연구 제28권 제1호, 2006. 3. 477면.

50) 한상운, 위의 글, 478면.

51) 강현호,「환경국가와 환경법」, 신론사, 2015. 4. 74면.

의 해석론에 의하면 환경보전에 얼마나 실효성이 있을 것인지는 의문이다. 우리 헌법에 '환경권'이 도입되고 약 40년이 경과 하였으므로, 변화된 환경에 대한 국내·외의 인식을 고려하여 그 개정의 필요성[52]도 제시되고 있다. 물론 헌법개정을 통해 환경권 규정을 보완하는 것은 필요한 일이지만, 헌법개정은 그 절차가 매우 엄격하여 쉽지 않은 것이 문제다.

그런데 독일에서 1980년대 후반 '환경국가(Umweltstaat)'라는 용어가 등장[53]하고, '법치국가, 민주국가'와 같이 병렬적으로 '환경국가원리'를 인정하는 견해[54]들이 등장하였다. 이에 우리나라에서도 환경오염 문제를 해결하기 위해 현행 헌법의 해석론으로 '환경국가원리'를 인정하여야 한다는 주장이 환경문제의 헌법적 해결책으로 제시되기 시작한 것이다.

최근에는 국경을 넘나드는 미세먼지와 같은 환경오염 문제의 발생 및 환경보전에 대한 국민적 인식의 수준이 높아지면서, 환경국가원리를 긍정하는 해석론들이 설득력을 얻고 있다는 견해[55]도 제기되고 있다. 실제로 오늘날 환경오염의 문제는 한 국가만의 문제가 아니다. 예컨대, 국립환경과학원에서 2019년 11월 20일 한·중·일 3국의 '동북아 장거리 이동 대기오염물질 국제공동연구 요약 보고서[56]'에 의하면 우리나라의 연 평균 초미세먼지(PM-2.5)의 중국 영향은 32%이고 우리나라 자체 기여율은 51%에 해당한다. 즉 우리나라의 오염물질 배출량은 절반에 불과하고, 나머지는 국외에서 유입되고 있다는 것이다. 생각건대, 국민의 '환경권 보장'이라는 관점만으로는 국제환경오염 문제의 대응이 어려울 수 있는바, 국제환경 외교행위 등, 국가권력 규범의 대외적 운용지침이 될 수 있는 '환경국가원리'를 인정할 필요성은 인정된다고 보아야 할 것이다.

---

52) 고문현, "헌법상 환경권의 개정방안", 숭실대학교 법학연구소, 법학논총 제40집, 2018. 2. 2면.

53) 김상겸, 앞의 글, 8~9면.

54) 예컨대, 독일의 Rudolf Steinberg 교수는 ① 개인의 안전보장, ② 법치국가, ③ 민주국가, ④ 사회국가, ⑤ 환경국가를 헌법 국가이념의 5단계 전개과정으로 소개하였다(Rudolf Steinberg, Der ökologische Verfassungsstaat, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998).

55) 한상운, 앞의 글, 467면. ; 김상겸, 앞의 글, 9면.

56) 환경부, 2019. 11. 20.자 보도자료, "동북아 장거리이동 대기오염물질 공동연구 보고서", http://www.me.go.kr/home/web/board/read.do?menuId=286&boardMasterId=1&boardCategoryId=39&boardId=1095660, (2019. 11. 21. 최종방문).

2. '환경국가원리' 인정 가능성

독일 기본법은 환경에 관한 규정을 국가목표규정으로 수용[57]하고 있다. 그러나 독일에서도 '환경'을 민주주의 원리 등, 종전의 기본원리와 동등한 기본원리로 보는 견해가 점차 늘어나고 있고, 우리나라에서도 '환경국가원리'를 긍정하는 견해[58]들이 늘어나고 있다. 다만, 헌법상 기본원리로서 '환경국가원리'라는 표현을 사용하면서도 민주주의·법치국가·사회국가원리들과 동등한 의미와 내용을 갖는 것은 아니며 국가목표규정에 불과하다는 견해[59]도 있다.

환경국가원리를 인정하는 견해의 경우, 헌법 제35조제1항과 제2항[60], 헌법 제35조제1항 전단의 환경권 조항과 후단의 환경보호 의무조항, 같은 조 제2항의 법률유보조항, 헌법전문의 "우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보" 할 것을 규정과 헌법 제10조, 제11조, 재산권의 한계를 정한 제23조제1항 제2문, 같은 조 제2항, 광물 기타 중요한 지하자원 등에 관한 채취·개발 또는 이용의 특허를 규정한 제120조 제1항과 제2항, 국토의 효율적이고 균형있는 이용·개발과 보전의무를 규정한 제122조, 국민경제 발전 노력 의무를 규정한 제127조 제1항 등 헌법 전체적인 규정들을 두고 현행 헌법이 환경국가원리를 수용하고 있는 징표[61]라고 주장한다.

생각건대, 환경국가원리는 아래와 같은 이유에서 헌법상 기본원리로 인정될 수 있는 최소한의 기준을 충족하고 있는 것으로 보인다. 첫째, 환경국가원리는 '헌법상 기본원리'가 추구하는 기본권 보장을 통한 항구적 생존의 가치이념에 해당한다. '환경보전'은 환경이 인간의 생존과 유리될 수 없다는 점에서 항구적 가치의 성격을 가진다. '법치국가·민주주의국가·

57) 김세규·한귀현, "현대국가의 과제와 환경보호", 동아법학 제23호, 19978. 280면 이하.

58) 김상겸, 앞의 글, 9면. ; 장영수, 앞의 책, 231면 이하 등.

59) 이세주, "헌법상 환경국가원리에 대한 고찰 - 헌법재판소와 대법원이 바라본 환경국가와 환경국가원리 실현을 위한 개별법에 대한 검토 -", 세계헌법학회 한국학회, 세계헌법연구 제22권2호, 2016. 8, 94면.

60) 김형성, "헌법상 환경규정의 규범적 의의", 한국환경법학회, 환경법연구 제26권 4호, 2004. 12. 129면.

61) 한상운, 앞의 글, 298면. ; 김상겸, 앞의 글, 9면.

사회국가'의 원리들은 모두 국가 내지 제3자인 사인으로부터의 기본권적 보호법익의 위협으로부터 항구적으로 이를 보장하는 것을 그 목적으로 하고 있다. '법치국가·민주국가 원리'는 국가로부터의 기본권침해 위협으로부터 이를 보장하기 위한 것에 있다. '사회국가 원리'는 사회발전에 따라 국가 못지않은 힘과 권력을 가진 제3자인 사인으로부터의 보호법익에 대한 침해에 대응하기 위해 국가의 적극적인 개입을 요구하는 것이다. 오늘날의 환경오염 문제는 그 오염원인자가 국가가 아닌 제3자인 사인(私人)인 경우가 대부분이다. 환경은 공동체의 생존기반이지만, 동시에 재산권의 객체가 되는 양면성을 가진다. 따라서 개인이 그 재산권의 행사의 일환으로 환경에 대한 대규모 사업을 하는 경우에 환경파괴가 광범위하게 일어나게 된다. 이를 '환경권 보장' 이라는 관점에서만 바라보면, 주관적 권리가 결부되지 아니한 환경 그 자체의 보전을 위한 국가의 개입은 그 헌법적 근거가 빈약하게 만든다. 따라서 환경국가원리를 현행 헌법상 도출하여 모든 국민과 국가가 환경보전을 위해 노력할 필요성을 헌법적 원리의 차원에서 인정하여, 주관적 권리가 결부되지 아니한 환경 그 자체에 대한 훼손에 대해서도 국가가 적극적으로 대응하도록 의무를 부여할 필요가 있다.

둘째, 환경국가원리는 '환경'의 영역이 아닌 헌법 전체에 적용되면서 개별 조문들의 해석원리가 될 만큼 중대한 가치이념에 해당한다. 종래 '환경'은 사인 간의 분쟁으로 인한 민사분쟁 및 국가의 '환경규제'의 관점에서 주로 다루어졌다. 그러나 최근에는 경제, 산업, 외교, 정치 등, 사회 전 영역에서 '환경'이 고려되어야 할 중요한 과제로 인정되고 있다. 예컨대, '환경경제', '환경행정', '환경정치' 등, 사회 전 영역에서 '환경'을 중요한 이념적 가치로 삼고 있다. 특히 최근 '탄소배출권', '탄소중립' 등, 시장경제에서 '환경'은 이제 항시 고려 하여야 할 사항으로 여겨지고 있다. 현재 해석론으로 인정되고 있는 다른 헌법 원리들과 이념적 가치수준이 동등하다고 볼 수 있는지를 비교하더라도, 환경국가원리는 헌법전체를 지배하고 있는 이념적 가치로 인정될 수 있다. '법치국가원리'는 국가작용이 객관적인 법률에 근거하여 법에 따라서 행하여져야 한다는 헌법상 기본원리[62]이며, '민주국가의 원리'는 국가권력의 정당성이 국민의 정치적 합의에 의해 도출되어야 한다는 통치원리[63]이다. '사회국가원리'

는 국가가 모든 국민에게 그 생활의 기본적 생활수요를 충족시킴으로써 건강하고 문화적인 생활을 영위할 수 있도록 하는 것을 내용으로 하는 원리이다. 국민의 '자유와 평등', '기본적 생활수요의 충족'이라는 가치이념은 매우 중요한 것이나, 그 자유와 생존의 전제가 되는 '환경보전의 가치' 역시 그에 못지않게 중요한 것이다. 환경은 한 번 훼손되면 돌이킬 수 없게 될 수 있으며, 환경오염으로 인하여 국민의 생존이 위협받게 되는 경우, 다른 헌법상의 원리들도 위협받을 수 있다는 점에서, 다른 기본원리들과 병행하여 인정되어야 할 헌법의 이념적 가치라고 볼 수 있다.

셋째, 헌법의 전문과 본문 등 여러 개별 조항에서 '환경국가원리'의 정신을 담은 명문의 조문들이 존재하고 있다. 현행 헌법 전문에서는 '우리들과 그 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보'하는 내용을 규정하고 있다. 환경오염으로부터 우리들과 그 자손의 '안전'을 보장할 필요가 있다는 점에 비추어 볼 때, 현행 헌법 전문에서 '환경보전'의 이념적 가치를 인정할 수 있다. 또한 헌법 제35조는 환경권, 환경보전의무, 헌법 제120조 제1항의 자연자원의 특허규정과 제2항의 국토와 자원에 대한 국가의 보호의무 및 계획을 수립할 의무를 부과하는 규정, 제122조의 국토의 효율적이고 균형 있는 이용·개발과 보전을 위해 필요한 제한과 의무를 부과할 수 있다는 규정 등도 역시 국가가 환경보전을 통해 국민의 생존보장이라는 항구적 가치를 실현할 것을 명령하고 있다고 볼 수 있다.

3. 소결론

오늘날 환경은 국가행정과 민간의 산업활동, 경제질서, 외교, 정치 등, 국가 전반에 걸쳐 다루어져야 할 중요한 과제로 여겨지고 있다. 또한 환경은 한 번 오염되면 다시 회복되기 어렵고, 환경보전은 인류의 생존과 직결된 문제라는 점에 비추어 볼 때, '환경보전'의 문제는 더이상 국가가 임의로 선택할 수 있는 국가목표라고도 볼 수도 없다. 결국, '환경보전'의 문제는 모든 국가기관이 항시 고려하여야 하는, 국가질서 전반에 걸쳐 그 효력이 인정되는 헌법상의 '기본원리'에 해당한다고 보아야 할 것이다.

62) 양건, 앞의 책, 114면.

63) 이동훈, 앞의 책, 114면.

Ⅳ. 환경국가원리의 헌법적 의의

1. 환경국가원리의 개념

환경국가원리를 헌법상의 기본원리로 인정하더라도, 환경국가원리의 개념이 무엇인지, 그 구체적 내용이 무엇인지는 전적으로 해석론에 맡겨져 있으므로 그 개념이 무엇인지가 문제 된다. 이에 대해 “국가가 달성해야 될 중요과제로서 환경보호를 인정하고, 이를 국가의사결정의 기준이자 근거로 삼는 국가”라는 견해[64], “환경보호를 국가가 정책적 목표들 중의 하나로써 임의로 선택할 수 있는 것으로 취급하는 것이 아니라 국가가 언제나 반드시 고려하여야 할 최우선적인 국가목표 중의 하나로 평가하는 것”이라는 견해[65], “환경 국가적 활동이 지향해야 할 규범으로서 국가는 환경오염과 환경파괴에 대하여 적절한 대응을 할 것을 요구되며, 국가가 자연생태계의 선순환을 유지할 수 있도록 예방적·사후교정적 모든 노력을 다할 것을 요구 된다”라는 견해[66]”, “환경의 불가침성을 국가의 과제 및 결정의 척도와 절차 목표로 하는 국가”라는 견해[67]들이 제기된다.

환경국가원리의 포괄적인 개념만으로는 국가권력규범들에 대한 세부적 지도원리로서의 실효성을 담보하기는 어려우므로, 그 구체적인 내용을 설명하는 견해들도 있다. 예컨대, 환경국가의 구조적 특징으로 사전예방국가, 협력적 국가, 개방적·자율적 국가를 들고 있는 견해[68], ‘환경국가적 활동이 지향해야 할 규범으로서 국가가 환경오염에 대해 적절한 대응을 할 것을 요구하고, 자연생태계의 선순환을 유지할 수 있도록 사전예방적·사후교정적인 노력을 요구’하는 것을 내용으로 한다는 견해[69], ‘경제발전과 기술발전에 있어서 우리가 생활하고 있는 자연·생활환경과 조화를 이루도록 해야 하며, 궁극적으로는 미래세대에 대한 보호, 나아가

64) 한상운, “현행 헌법상 환경국가원리에 관한 연구”, 한국공법학회, 공법연구 제34집 제4호, 제1권, 2006. 6. 290면.
65) 장영수, 앞의 글, 371면.
66) 김형성, 앞의 글, 130면.
67) 박태현, 앞의 글, 18면.
68) 한상운, 앞의 글, 302-303면.
69) 김형성, 위의 글, 130면.

국토와 국가의 존속과 영속을 보전하는 것을 내용으로 한다'는 견해[70] 등이 제기되고 있다.

환경국가원리는 헌법을 총체적으로 지배하는 것이므로 포괄적인 개념설정이 불가피한 측면이 있다. 다만, 지나치게 포괄적인 개념은 환경국가원리가 가지는 규범력을 약화시킬 수 있다. 따라서 환경국가원리란 "국가가 환경이 인류의 삶의 터전이라는 점을 인식하여 환경보전을 통해 자연생태계의 선순환을 유지하여 국민이 쾌적한 환경에서 생활을 영위할 수 있도록 하는 가치규범"으로 정의할 수 있을 것이다.

2. 환경국가원리의 효력

환경국가원리를 헌법을 지배하는 지도원리로 인정할 수 있다면, 이는 다른 '기본원리'와 마찬가지로 다음과 같은 효력을 가진다고 볼 수 있다.

첫째, 환경국가원리는 모든 국가권력규범의 운용지침이 된다. 따라서 모든 입법·행정·사법작용은 환경 국가 활동을 지향하여야 한다. 국가행정은 '법치행정'과 마찬가지로 '환경행정'에 이르러야 한다. 법원과 헌법재판소는 환경국가원리를 헌법과 모든 법령 및 기본권의 해석기준으로 삼아야 한다. 특히 헌법재판소는 다른 헌법상 기본원리와 마찬가지로[71] 기본권 제한 입법의 합헌성 심사에 있어서 환경국가원리를 해석기준으로 적용할 필요가 있다.

둘째, 헌법상 환경국가원리는 국가권력규범의 한계로 작용한다. 따라서 국제환경 외교작용 역시 국제환경규범을 준수하여야 함과 동시에 우리 헌법적 질서인 '환경국가원리' 내에서 수용될 수 있어야 한다. 헌법재판소는 환경국가원리에서 파생될 수 있는 다양한 원칙들에 재판규범성을 인정하여, 만일 그 원칙들을 위반한 공권력의 행사로 인하여 국민의 기본권이 침해되는 경우에는 위헌임을 인정하여야 할 것이다. '환경국가원리'로부

70) 이세주, 앞의 글, 95면.

71) 예컨대, 헌법재판소는 공무담임권이 능력주의와 기회균등에 있는 것이지만 사회국가원리에 의하여 능력주의원칙에 대한 예외를 인정하거나(헌재 1999. 12. 23. 98헌바33.), 사회국가원리에 입각한 공직제도의 중요성을 강조하여 지방공무원의 당연퇴직사유를 공무원 채용시의 임용결격사유와 동일하게 규정한 것이 공무담임권을 침해한다고 해석(헌법재판소 2003. 10. 30. 2002헌마684.)한바 있다.

터 파생될 수 있는 재판규범이 무엇인지에 대해서는 프랑스 헌법전문을 참조할 수 있을 것이다. 프랑스에서는 환경법의 기본원칙들을 환경법에 규정한 후, 이를 헌법전문에 규정하여 헌법상의 원칙으로 수용[72]하였다. 즉 프랑스 헌법전문의 환경헌장[73]에서는 생물의 다양성, 사전예방·배려의 원칙·오염원인자 배상의 원칙·지속가능한 발전의 원칙·정보공개와 참여의 원칙 등을 명문으로 규정[74]하여, 환경법의 일반원칙에 불과했던 규정들이 헌법적 효력을 가지도록 하였다. 이처럼 환경국가원리 개념의 포괄성으로 인하여 규범력을 상실할 수 있는 문제를 해결하기 위해, 환경국가원리로부터 파생되는 원칙들을 구체화 시켜 나갈 필요가 있다.

셋째, 환경국가원리는 그 가치이념을 실현하기 위해서 구체화 된 제도나 기본권 등의 근거로 작용함과 동시에, 모든 국민이 이를 준수할 의무가 있다. 즉 환경국가원리는 국민에 대해 환경권의 인정과 그 한계에 대한 근거[75]를 제시함과 동시에 환경보전의무를 부담하게 하는 근거가 된다. 예컨대, 재산권 등 다른 헌법상의 기본권과 환경을 비교형량 하는 경우, 환경국가원리에 따라 재산권은 환경보전의 테두리 내에서 행사되어야 한다는 점이 고려될 필요가 있다. 즉 환경국가원리는 환경에 대한 종래의 비교형량에 관한 인식의 변화를 요구하는 것이다.

---

72) 프랑스의 환경법 기본원칙의 헌법적 수용에 관한 논의는 전훈, “환경법 기본원칙의 헌법적 수용 - 2005년 프랑스 환경헌장의 내용과 시사점-”, 한국환경법학회, 환경법연구 제39권 제2호, 2017. 8. ; 김현희, “프랑스의 녹색성장법제에 관한 비교법적 연구 -환경 그르넬법 1의 기후변화대응을 중심으로-”, 한국법제연구원, 2010. 7. 32면.

73) https://www.conseil-constitutionnel.fr/en/charter-for-the-environment (2021. 9. 1. 최종방문).

74) 프랑스와 마찬가지로 우리 환경정책기본법에서는 사전예방의 원칙, 오염원인자 책임의 원칙 등의 기본적인 원칙들을 제시하고 있다. 그러나 이는 법적구속력이 없는 선언적인 성격만을 가진다는 해석론이 일반적이다. 대법원 역시 이른바 새만금간척종합개발사업 시행인가처분 취소소송에서 소수의견만이 사전배려의 원칙에 위배 된다는 견해를 제시하였을 뿐이다(대법원 2006. 3. 16. 선고 2006두330 전원합의체 판결 ; 소수의견은 “아무런 대비책 없이 사업을 강행한다는 것은 일종의 모험과 같은 것으로서, 헌법의 환경기본권 보장 취지와 환경관련 법령에서 요구하는 사전배려의 원칙, 사전예방의 원칙 등에 비추어 볼 때에 허용되어서는 안 되는 것이다.”라고 하여 환경법상의 기본원칙의 법적 구속력을 인정하고 있는 듯한 견해를 취하고 있다).

75) 사회국가원리는 사회적 기본권이라는 형식으로 구체화 된 것으로 볼 수 있고(장영수, 앞의 책, 235면), 민주주의를 구현하기 위한 전제로써 언론·출판의 자유, 정당설립과 가입의 자유 등을 규정한 것으로 본다면 ‘환경국가원리’ 역시 환경권의 근거가 될 수 있는 것이다.

3. 환경국가원리의 한계

환경국가원리는 중요한 가치이념이지만, 다른 기본원리인 민주국가·법치국가·사회국가원리에 우선하는 최고의 이념적 가치라고 볼 수는 없다. 따라서 환경국가원리를 긍정하는 견해들은 그 한계로 법치국가적 한계, 기본권적 한계, 경제성장에 기초한 한계, 국가의 재원조달 능력상의 한계를 인정하고 있는 것[76]이다.

생각건대, 환경국가원리는 기존의 헌법 질서 내에서 인정되는 것이므로, 아래와 같은 '기존의 헌법질서'가 그 한계로 작용한다고 해석할 수 있다.

첫째, 환경국가원리는 '법치국가, 민주국가, 사회국가'적 한계를 가진다. 국가가 환경보전을 이유로 민주적 절차에 의하지 않고 국민의 기본권에 대한 광범위한 제한을 가하는 것은 허용될 수 없다. 환경국가원리의 목적을 달성하기 위해 국민의 기본권을 제한할 필요가 있다고 하더라도, 그 실현방식 역시 '민주적 절차'를 통해 '법치국가'의 원리로부터 파생되는 원칙들을 모두 준수할 필요가 있다. 예컨대, 개별적·구체적인 처분이나 재판을 내용으로 하는 처분적 법률을 제정하는 등, 법치국가원리에 위반되는 것은 비록 그것이 '환경국가원리'를 구현하기 위한 것이라고 하더라도 그 한계를 벗어난 것이라고 보아야 한다.

둘째, 환경국가원리는 '인간중심주의적 한계'를 가진다. 종래 주관적 권리보호의 관점, 즉 '인간중심주의'의 관점에서는 환경오염의 문제를 근본적으로 대처하기 어렵다는 입장에서 새로운 현대적 패러다임이 요구된다는 견해[77]들도 제시되어 왔으며, 여기에는 '관리적 환경론(Managerial Viewpoint)'을 제시하는 견해[78]도 있으나, 새로운 패러다임을 대표하는 입장은 생태주의(Ecology)[79]가 대표적이라고 볼 수 있다. 생태주의란 자연에 대한 인간의 지배를 당연시하는 '인간중심주의'에 대한 환경철학적 반론으로 제기된 이론으로, 자연도 생물학적 생존권을 갖는 존재로 인식

76) 김형성, 앞의 글, 130-131면

77) 한상운, 앞의 글, 467면.

78) 강현호, 앞의 책, 63면.

79) 윤용택, "환경철학에서 패러다임 전환에 대한 고찰", 철학연구 82집, 대한철학회, 2002. ; 안택원 외4명, 「제3천년의 논점과 한국 -생명·환경·권력·국가·신사회운동-」, 한국정신문화연구원, 연구논총97-6, 1997. 6. 76면.

하고 인간과 자연의 공존을 목적으로 하는 패러다임의 전환을 의미[80]한다. 헌법학계에서도 환경권의 해석에 관하여 인간중심주의 내에서 자연존재에게 도덕적 위상을 부여하는 '생태적 인간중심주의', 즉 인간중심주의와 생태중심주의를 결합을 주장하는 견해[81]들이 제기되고 있다. 반면, 과도한 생태주의로 인한 폐해를 지적하면서 이를 경계하고, 환경보호에도 우선순위를 정할 필요성이 있다는 반론[82]도 제기되고 있다. 법원은 생태주의적 시각을 인정하고 있지 않고 있다[83]. 생각건대, 현행 헌법은 자연을 보호할 대상, 즉 인간중심주의에 기초하여 보호의 객체로 바라보고 있으므로, 현행 헌법의 해석론으로는 '생태주의'적 시각을 도출하기는 어려운 것으로 보인다. 만일 생태계에 일정한 권리를 부여한다고 하더라도 이는 어디까지나 인간이 부여하는 것이고, 인간에 의해서만 이행될 수 있기 때문이다.

Ⅴ. 결론

지금까지 '환경오염' 문제는 명문으로 규정된 '환경권'을 중심으로 논의되었다. 그러나 오늘날 환경은 비단 '환경'의 영역에서만 문제 되는 것이 아니라, 정치, 경제, 문화, 행정 등, 사회 전 영역에 걸쳐 중요한 과제로

80) 한면희, "환경철학의 세계관과 윤리-인간중심주의 대 생태중심주의", 철학연구 제35지1, 1994, 329면. ; 최용전, "환경권 보장과 지속가능한 발전의 이념", 한국법학회, 법학연구, 1999, 14면. ; 김성수, 「기후변호와 법학의 과제」, 신조사, 2014. 6. 210면.

81) 김양현, "생태적 인간중심주의의 인권과 자연권의 조화를 위한 이론 틀의 모색", 민주주의와 인권 제4권 제1호, 2003. ; 이상만, "헌법상 환경권의 보장범위에 대한 연구", 원광대학교, 원광법학, 2013. 12. 196면.

82) 강현호, 앞의 책, 64면. ; 저자는 비예른 롬보르그(Bjorn Lomborg)의 '회의적 환경론자'라는 저서를 예로 들며 환경보호의 중요성은 언급할 필요성도 없으나, 환경을 최우선적인 가치에 놓는 생태주의적인 환경관 역시 경계하여야 한다고 지적하고 있다.

83) 신청인 '도롱뇽'이 천성산 터널 공사로 인한 도롱뇽의 생존환경 및 천성산의 자연환경 파괴를 막기 위하여 환경단체인 신청인 단체를 그 사법적 활동의 담당자로 삼아 가처분 신청을 한 사건에서, 심은 "자연물인 도롱뇽 또는 그를 포함한 자연 그 자체에 대하여 당사자능력을 인정하고 있는 현행 법률 내지 관습법이 없다"는 이유로 그 신청에 대해 부적법 각하결정을 하면서 생태주의적 시각을 부정하였고, 이 사건은 대법원에서 확정되었다(대법원 2006. 6. 2. 자 2004마1148,1149 결정).

여겨지고 있다. 따라서 '환경국가원리'는 법치국가 등 다른 기본원리와 병행적으로 현행 헌법의 기본원리로 인정할 필요가 있고, 그 구속력의 범위에서 법률을 제정하고 정책을 시행하도록 할 필요가 있다. 헌법상 기본원리를 임의로 설정되는 것은 경계하여야 하나, 사회변화에 따라 새로이 인정될 필요성도 존재한다는 점을 고려할 필요가 있다.

현행 헌법에서는 '환경권' 규정뿐만 아니라, '환경보전의무'를 명문으로 규정하고 있다. 따라서 굳이 '환경국가원리'를 인정할 필요성이 있는지 여부에 대해 의문이 들 수 있다. 또한 '환경국가원리'가 인정된다고 하더라도 종래의 '환경보전'에 관한 규범들의 효력이 전혀 달라지거나 하는 당장의 극적인 효과를 기대할 수도 없을 것이다. 그러나 '환경국가원리'를 인정하는 것은 헌법상 '환경권'에 국한된 논의에서 비롯된 문제점들을 해결할 수 있는 한 차원 높은 단계의 국가의 '환경철학[84]'에 관련된 논의의 시작이 될 수 있을 것이다.

(논문투고일: 2021.9.6., 심사개시일: 2021.9.9., 게재확정일: 2021.9.24.)



허 창 환

환경국가원리, 기본원리, 환경국가, 헌법상 기본원리, 환경보전

84) 예컨대, 2000년대 초반 OECD 국가의 주요도시 대기오염도에서 수도권이 최악의 순위를 기록하자, 정부는 「수도권 대기환경개선에 관한 특별법」을 제정하였다. 2008년 2월, 지속가능한 발전을 위한 국제사회의 노력에 동참하고자 「지속가능발전 기본법」을 제정하였으나 정권이 교체된 이후인 2010년 1월 13일 「저탄소 녹색성장 기본법」이 제정되면서, 지속가능발전 기본법은 '지속가능발전법'으로 개정되면서 기본법의 지위를 상실하였다. 다시 정권이 바뀌면서 미세먼지가 국민적 관심의 대상이 되자, 2019년 2월 15일 「미세먼지법」이 시행되었다. 이처럼 환경문제가 있을 때마다 특별법을 제정하는 현 상황은, 국가 '환경철학'에 대한 심도 있는 고민과 연구의 부재를 방증하는 것으로 보인다.

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 단행본

강현호, 「환경국가와 환경법」, 신론사, 2015. 4.

계희열, 「헌법학(상)」, 박영사, 2005.

김성수, 「기후변화와 법학의 과제」, 신조사, 2014. 6. 210면.

김철수, 「헌법학 개론」, 박영사, 2007.

김하열, 「헌법강의」, 박영사, 2021. 3.

김학성, 「헌법학원론」, 피앤씨미디어, 2019. 1.

정재황, 「신헌법입문」, 박영사, 2019. 2.

장영수, 「헌법학」, 홍문사, 2019. 3.

양 건, 「헌법강의」, 법문사, 2109. 6.

이준일, 「헌법학 강의」, 홍문사, 2019. 8.

이동훈, 「헌법강의」, 동방문화사, 2019. 2.

허 영, 「한국헌법론」, 박영사, 2015.

한수웅, 「헌법학」, 법문사, 2015.

Ⅱ. 논문

고문현, “헌법상 환경권의 개정방안”, 숭실대학교 법학연구소, 법학논총 제40집, 2018. 2.

김상겸, “환경국가와 환경영향평가제도”, 한국환경법학회, 환경법연구 제25권 1호, 2003.

_____, “정보기본권의 체계와 보장에 관한 연구”, 세계헌법연구 제16권 제1호, 2010.

김세규·한귀현, “현대국가의 과제와 환경보호”, 동아법학 제23호, 1997. 8.

김양현, “생태적 인간중심주의의 인권과 자연권의 조화를 위한 이론 틀의 모색”, 민주주의와 인권 제4권 제1호, 2003.

김현희, “프랑스의 녹색성장법제에 관한 비교법적 연구 -환경 그르넬법1의 기후변화대응을 중심으로-”, 한국법제연구원, 2010. 7.

김형성, “헌법상 환경규정의 규범적 의의”, 한국환경법학회, 환경법연구 제26권 4호, 2004. 12.

명재진, “독자적 헌법조문으로서의 국가목표규정”, 유럽헌법학회연구논집 제2호, 2007. 12.

박태현, “생태적으로 지속가능한 사회와 헌법 환경국가 원리 선언”, 한국환경사회학회, 환경사회학연구 ECO 22(1), 2018. 6.

안택원 외4명, 「제3천년의 논점과 한국 -생명·환경·권력·국가·신사회운동-」, 한국정신문화연구원, 연구논총97-6, 1997. 6.

윤용택, “환경철학에서 패러다임 전환에 대한 고찰”, 철학연구 82집, 대한철학회, 2002.

이상만, “헌법상 환경권의 보장범위에 대한 연구”, 원광대학교, 원광법학, 2013. 12.

이세주, “헌법상 환경국가원리에 대한 고찰 - 헌법재판소와 대법원이 바라본 환경국가와 환경국가원리 실현을 위한 개별법에 대한 검토 -”, 세계헌법학회 한국학회, 세계헌법연구 제22권2호, 2016. 8.

장영수, “환경국가의 헌법적 기초”, 한국헌법학회, 헌법학연구 제12권 제1호, 2006. 3.

전 훈, “환경법 기본원칙의 헌법적 수용 - 2005년 프랑스 환경헌장의 내용과 시사점-”, 한국환경법학회, 환경법연구 제39권 제2호, 2017. 8.

최용전, “환경권 보장과 지속가능한 발전의 이념”, 한국법학회, 법학연구, 1999.

한면희, “환경철학의 세계관과 윤리-인간중심주의 대 생태중심주의”, 철학연구 제35지1, 1994.

한상운, “사회변화와 헌법해석의 방법 -헌법상환경보호조항을 중심으로-”, 한국환경법학회, 환경법연구 제28권 제1호, 2006. 3.

_____, “현행 헌법상 환경국가원리에 관한 연구”, 한국공법학회, 공법연구 제34집 제4호, 제1권, 2006. 6.

Ⅲ. 해외문헌

Rudolf Steinberg, Der ökologische Verfassungsstaat, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998

Abstract

A study on the Constitutional Principles of Environmental State

ChangHwan, Hur

As environmental pollution attracts the attention of people, adopting the environmental state principle as a new basic principle of the Constitution has been constantly brought up. Yet acknowledging the environmental state principle as one of the basic principles of the Constitution requires conservative approach since once recongnized as the basic principle of the Constitution it becomes the norm of governance and lawmaking.

In order to determine whether the environmental state principle could be derived from the current Constitution, it is necessary to define the meaning of the basic principle of the Constitution. Then, we need to study standards of recognizing a principle as the the basic principle of the Constitution because without established standard it could lead to arbitrary interpretation of the principle.

The definition of the basic principle of the Constitution is 'the ideological basis of the Constitution to protect basic rights and the guiding principle that governs the Constitution'. However, there is no concensus on the criteria for acknowledging a principle as one of the basic principles of the Constitution. In my point of view, in order to be recognized as the basic principle, the protection of constitutional rights from the state or individuals' infringement must be its ideological background.

The environmental state principle can be defined as "a norm that allows

people to live in a pleasant environment with the state's perception of the environment as the humankind's living foundation". Along with the definition, the principle could be interpreted as the ideology that is based on the protection from the infringement of the constitutional rights and in result governs the overall constitutional values. Therefore, there is a necessity to recognize the 'environmental state principle' as the basic principle of the Constitution and to suggest solutions to various social problems caused by environmental pollution under the principle.



ChangHwan, Hur

Principles of Environmental State, environmental rights, environmnetal country, a constitutional principle, Principles of Environmental

성균관대학교 법학연구원 『성균관법학』 10.17008/skklr.2021.33.3.002
제33권 제3호 (2021. 9.)
Sungkyunkwan Law Review Vol.33. No.3 (September 2021) pp 27~64

행정법령의 적용시점에 관한 원칙 및 기준 재해석*

정연부**

【목 차】

I. 서론

II. 행정법령의 적용시점에 관한 원칙
1. 소급적용금지의 원칙의 의의 및 구별개념
2. 소급효의 유형과 소급적용금지의 원칙의 특징

III. 행정법령의 적용시점에 관한 기준
1. 적용시점 기준에 관한 논의 체계
2. 적용시점 기준의 유형과 적용대상

IV. 행정법령 적용시점의 원칙 및 기준 재해석
1. 소급금지의 원칙과 행위시법 등의 관계
2. 행정법령 적용의 세부기준

V. 결론

【국 문 요 약】

행정법령의 적용은 법치주의의 실행이며, 특정 개인의 권익보호와 매우 밀접한 관련을 가지고 있다. 또한, 국민 상호간의 평등이 광범위하게 문제될 수도 있다. 그러므로 행정법령 적용의 기준과 원칙은 명확하고 타당해야 한다. 최근 제정된 행정기본법 제14조는 법 적용의 기준을 규정하고 있다. 이로써 행정법령 적용의 원칙 및 기준의 명확성이 확보되었다. 그러나 그 타당성에 관한 연구는 여전히 부족한 상황이다. 종래 행정법령의 적용에 관한 몇몇 기준이 많은 문헌과 판례에서 공유되었다. 그러나 그 논거 내지 법리에 관해 판례가 명확한 이유를 제시하지 못하고 있다는 지적을 비롯해 학계의 다양한 의견이 제시되고 있었다. 행정기본법 제14조의 제정으로 종래 공유되던 내용이 명문화되는 성과를 이루었지만, 관련 법리적 체계와 내용이 정립되지 않은 상태는 지속되고

* 이 논문은 2021학년도 원광대학교의 교비지원에 의해 수행됨.
** 원광대학교 법학전문대학원 부교수, 법학박사.

있는 것으로 보인다.

행정기본법 제14조의 구조와 내용은 기본적으로 형법 제1조와 유사하다. 행정기본법이 제정되기 전에 있은 학계의 논의에서도 형법 제1조에 관한 논의의 영향을 받은 것으로 보이는 내용이 적지 않다. 그러나 행정기본법 제14조에는 형법 제1조와 다른 점도 있다. 형법 제1조는 사인의 범죄, 국가의 처벌 등을 요소로 구성된다. 그러나 행정기본법 제14조는 사인의 공법상 행위, 행정청의 처분 등을 요소로 구성된다. 이들 요소를 동일한 것으로 평가하기에는 어려움이 있다. 무엇보다도 행정청의 처분에는 제재적 처분뿐만 아니라 당사자의 신청에 따른 처분도 포함된다는 점에서 더욱 그러하다. 그럼에도 학계의 논의는 아직 이와 같은 차이점을 충분히 반영하지 못하고 있는 것으로 보인다.

본 연구는 행정법령의 적용시점에 관한 원칙 및 기준의 타당성을 확보하기 위하여 입법과는 구별되는 법집행의 관점, 행정작용법 및 행정쟁송법상 관련 논의의 통합적 접근, 형법 제1조에 대한 형법학적 접근과는 다른 행정법학의 특수성 반영 등을 염두에 두었다. 이를 바탕으로 먼저 행정법령의 적용시점에 관한 원칙을 살펴보았다. 소급적용금지의 원칙과 관련된 개념들을 살펴보고, 소급입법금지의 원칙과는 다른 소급적용금지의 원칙의 특징을 도출하였다. 다음으로 행정법령의 적용시점에 관한 기준을 분석하였다. 행위시법, 처분시법, 판결시법 등에 관한 논의 체계와 적용대상을 살펴보았다. 끝으로 선행된 연구결과를 기초로 행정법령 적용시점의 원칙 및 기준에 대한 재해석을 시도하였다. 특히, 행위시법주의의 의미와 행정법령 적용의 세부기준에 대한 재해석을 시도하였다.

Ⅰ. 서론

행정기본법이 제정됨으로써 종래 학계와 판례를 중심으로 형성·발전되어온 행정법학의 다양한 법리가 법률적 근거를 마련하게 되었다. 행정법령 적용시점의 원칙과 기준 역시 그 중 하나이다. 행정법령은 잦은 개정으로 인하여 신·구법의 적용 관계를 판단해야 하는 문제가 빈번하게 발생한다. 따라서 행정법령의 적용시점에 관한 원칙 및 기준은 명확하고 타당해야 한다. 그 원칙 및 기준이 명확하지 않을 경우 법적용에 대한

예측가능성과 법적 안정성에 위기가 발생하며, 타당하지 않을 경우 신뢰보호 및 평등의 원칙에 반할 수 있다.

행정기본법은 행정법령의 적용기준을 명확하게 제시하기 위하여 제14조에 '법 적용의 기준'을 신설하였다.[1] 그러나 행정기본법 제14조의 제정에도 불구하고 행정법의 적용시점에 관한 논의가 부족하다는 지적은 변함없이 유효한 것으로 보인다. 특히, 행정기본법 제14조의 제정으로 명확성이 확보되었다 하더라도 그 내용의 타당성을 판단할 수 있는 법리적 연구의 부족까지 개선되었다고 평가하기는 어렵다는 점에서 그러하다.

행정법령의 적용시점에 관한 원칙 및 기준의 타당성을 확보하기 위해서는 행정법령 적용의 특수성이 반영되어야 한다. 즉, 입법과는 구별되는 법집행상의 특징 및 행정작용과 행정쟁송의 특징이 고려되어야 한다. 그러나 학계의 논의는 이와 같은 차이점을 충분히 반영하지 못하고 있는 것으로 보인다. 또한, 형법 제1조에 관한 논의의 영향을 받고 그에 머물러 있는 내용도 적지 않다. 행정기본법 제14조의 구조와 내용은 형법 제1조와 상당히 유사하다. 소급효금지, 행위시법주의 등이 대표적인 예이다. 그러나 행정기본법 제14조는 형법 제1조와의 차이점도 지니고 있다. 형법 제1조는 사인의 범죄와 국가의 처벌을 요소로 구성되지만, 행정기본법 제14조는 사인의 공법상 행위와 행정청의 처분을 요소로 구성된다. 여기서 행정청의 처분에는 제재적 처분뿐만 아니라 당사자의 신청에 따른 처분도 포함된다. 그러나 학계의 논의는 이와 같은 차이점을 충분히 반영하지 못하고 있는 것으로 보인다.

이에 본 연구는 법령의 적용 관점에서 행정법학의 특수성을 반영하여 행정법령의 적용시점에 관한 원칙 및 기준을 재해석하고자 한다. 먼저 소급적용금지의 원칙을 소급효금지 및 소급입법금지의 원칙과 구별하고, 소급적용금지의 원칙의 특징을 도출한다(II). 이어서 행위시법, 처분시법, 재판시법 등 행정법령의 적용기준에 관한 논의 체계 및 적용대상을 분석한다(III). 끝으로 앞서 진행된 연구결과를 바탕으로 행정법령 적용시점의 원칙 및 기준에 대한 재해석을 시도한다(IV).

---

1) 법제처, 행정기본법안 조문별 제정이유서, 2020, 40면.

Ⅱ. 행정법령의 적용시점에 관한 원칙

1. 소급적용금지의 원칙의 의의 및 구별개념

가. 의의 및 근거

행정법령의 적용시점에 관한 기본적인 원칙은 소급적용금지의 원칙이다. 소급적용금지의 원칙이란 특별한 규정이 없는 한 새로이 제·개정된 법령을 과거의 사실관계에 소급하여 적용할 수 없다는 것이다. 소급적용금지의 원칙의 근거로는 법치국가의 원리, 법적 안정성, 관계인의 신뢰보호 및 기득권보호, 헌법 제13조 제1항과 제2항에서 찾을 수 있다.[2] 특히 최근 제정된 행정기본법 제14조 제1항은 "새로운 법령등은 법령등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 그 법령등의 효력 발생 전에 완성되거나 종결된 사실관계 또는 법률관계에 대해서는 적용되지 아니한다."고 규정하여 법률적 근거가 마련되었다.[3]

나. 소급효금지의 원칙 및 소급입법금지의 원칙과의 구별

소급적용금지의 원칙에 관한 학계의 논의는 본 연구와 같이 '소급적용금지의 원칙'으로 표현하는 경우[4]와 '소급효금지의 원칙(불소급의 원칙)'으로 표현하는 경우[5]가 있다. 양자는 용어상 차이가 있지만 그 내용은 대체로 동일한 것으로 보인다.[6] 다만, 법령의 집행단계에서의 소급적용금지라는 점을 강조하고, 소급입법금지와의 관계를 보다 명확히 한다는 측면에서 '소급적용금지의 원칙'으로 표현하는 것이 타당한 것으로 생각된다. 법령이 적용될 사실관계의 일반성·추상성에 기초하여 입법단계에서 소급효를 금지하는 소급입법금지와 법령이 적용될 사실관계의 개별성·구

---

2) 김남철, "처분시 적용법령(행위시법·처분시법)의 문제", 공법학연구 제20권 제3호, 한국비교공법학회, 2019, 386면; 박균성, 「행정법론(상)」, 박영사, 2020, 77면; 홍정선, 「행정법원론(상)」, 박영사, 2020, 110면; 정하중, 「행정법개론」, 법문사, 2020, 48면.

3) 행정기본법 제14조 제1항.

4) 박균성, 앞의 책, 77면; 정하중, 앞의 책, 48면; 김남철, 앞의 논문, 386면.

5) 배정범, "법령의 변경과 행정처분 시의 적용법령", 법조 제67권 제6호, 법조협회, 2018, 444면; 홍정선, 앞의 책, 110면.

6) 同旨 정종섭, 「헌법학원론」, 박영사, 2016, 185면.

체성에 기초하여 집행단계에서 소급효를 금지하는 소급적용금지는 모두 소급효의 제한을 내용으로 한다는 점에서 동일하지만, 그 적용 단계와 전제되는 사실관계의 성격이 다르다. 이러한 의미에서 본다면 소급적용금지의 원칙은 개별적·구체적 사실관계와 소급효금지로 구성되는 것으로서, 소급효금지의 원칙과 구별될 수 있으며 소급입법금지의 원칙과도 구별되는 것으로 보인다.

2. 소급효의 유형과 소급적용금지의 원칙의 특징

가. 소급효 및 입법·집행에서의 금지 유형

법령의 소급효 유형에는 진정소급효와 부진정소급효가 있다. 진정소급효란 새로운 입법으로 이미 종료된 사실관계를 규율하여 새로운 법령을 적용하는 것이고, 부진정소급효란 새로운 입법으로 과거에 발생하였으나 현재까지 계속 중인 사실관계를 규율하여 새로운 법령을 적용하는 것이다.[7] 이 두 유형은 각각 입법단계와 집행단계에 적용된다.

입법단계에서 소급효의 유형은 진정소급입법과 부진정소급입법으로 나타난다. 학계와 판례의 일반적인 태도에 따르면, 진정소급입법은 원칙적으로 금지되나 예외적인 경우 제한적으로 허용된다.[8] 또한, 부진정소급입법은 원칙적으로 허용되나 예외적으로 제한된다.[9] 집행단계에서도 이러한 논리는 그대로 적용된다. 즉, 집행단계에서 소급효의 유형은 진정소급적용과 부진정소급적용으로 나타난다. 또한, 진정소급적용 및 부진정소급적용의 금지 및 허용에 관한 법리도 각각 진정소급입법 및 부진정소급

7) 배병호, 「일반행정법강의」, 동방문화사, 2019, 62면 참조.

8) "진정소급입법이라 하더라도 기존의 법을 변경하여야 할 공익적 필요는 심히 중대한 반면에 그 법적 지위에 대한 개인의 신뢰를 보호하여야 할 필요가 상대적으로 적어 개인의 신뢰이익을 관철하는 것이 객관적으로 정당화될 수 없는 경우에는 예외적으로 허용될 수 있다. 진정소급입법이 허용되는 예외적인 경우로는 일반적으로, 국민이 소급입법을 예상할 수 있었거나, 법적 상태가 불확실하고 혼란스러웠거나 하여 보호할 만한 신뢰의 이익이 적은 경우와 소급입법에 의한 당사자의 손실이 없거나 아주 경미한 경우, 그리고 신뢰보호의 요청에 우선하는 심히 중대한 공익상의 사유가 소급입법을 정당화하는 경우를 들 수 있다."(헌재 1996. 2. 16. 96헌가2.).

9) "부진정소급효의 입법은 원칙적으로 허용되는 것이다. 다만 이 경우에 있어서도 소급효를 요구하는 공익상의 사유와 신뢰보호의 요청 사이의 비교형량 과정에서, 신.뢰보호의 관점이 입법자의 형성권에 제한을 가하게 된다." (헌재 1999. 4. 29. 94헌바37.)

입법과 동일하게 전개된다.[10]

그러나 위와 같은 학계와 판례의 일반적인 논의와는 달리, 입법단계에서 소급효의 규율을 금지하는 소급입법금지의 원칙과 집행단계에서 소급적인 적용을 금지하는 소급적용금지의 원칙은 구체적인 쟁점과 내용에서 차이가 있는 것으로 생각된다. 이에 대해서는 항을 달리하여 소급적용금지의 원칙의 특징 관점에서 살펴보기로 한다.

나. 소급적용금지의 원칙의 특징

1) 진정소급에서의 특징

A. 학설 및 판례

학계의 일반적인 태도에 따르면, 새로운 법령을 그 시행일 이전에 이미 종료된 사실관계에 적용하는 진정소급적용은 원칙적으로 금지된다. 그러나 예외적으로 법치국가의 원리 및 법적 안정성 등과 무관하거나 오히려 국민의 이익에 유리한 경우 등에는 진정소급적용이 인정된다.[11] 판례도 진정소급적용의 예외를 허용하고 있다.[12]

위와 같은 내용의 타당성은 일단 논외로 하고 살펴보면, 법령의 적용

---

10) 박균성, 앞의 책, 78면; “행정처분은 그 근거 법령이 개정된 경우에도 경과 규정에서 달리 정함이 없는 한 처분 당시 시행되는 개정 법령과 그에서 정한 기준에 의하는 것이 원칙이고, 그 개정 법령이 기존의 사실 또는 법률관계를 적용대상으로 하면서 국민의 재산권과 관련하여 종전보다 불리한 법률효과를 규정하고 있는 경우에도 그러한 사실 또는 법률관계가 개정 법률이 시행되기 이전에 이미 완성 또는 종결된 것이 아니라면 이를 헌법상 금지되는 소급입법에 의한 재산권 침해라고 할 수는 없으며, 그러한 개정 법률의 적용과 관련하여서는 개정 전 법령의 존속에 대한 국민의 신뢰가 개정 법령의 적용에 관한 공익상의 요구보다 더 보호가치가 있다고 인정되는 경우에 그러한 국민의 신뢰보호를 보호하기 위하여 그 적용이 제한될 수 있는 여지가 있을 따름이다.”(대법 2000. 3. 10. 97누13818.).

11) 박정훈, “처분사유발생 후 행정처분기준의 변경과 법적용관계-대법원 2001.10.12. 선고 2001두274판결-”, 경희법학 제50권 제4호, 경희법학연구소, 2015, 149면; 김남철, 앞의 논문, 386면; 배병호, 앞의 책, 62-63면; 홍정선, 앞의 책, 111면; 박균성, 앞의 책, 78-79면; 정하중, 앞의 책, 49면.

12) “법령의 소급적용, 특히 행정법규의 소급적용은 일반적으로는 법치주의의 원리에 반하고, 개인의 권리·자유에 부당한 침해를 가하며, 법률생활의 안정을 위협하는 것이어서, 이를 인정하지 않는 것이 원칙이고, 다만 법령을 소급적용하더라도 일반 국민의 이해에 직접 관계가 없는 경우, 오히려 그 이익을 증진하는 경우, 불이익이나 고통을 제거하는 경우 등의 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 예외적으로 법령의 소급적용이 허용된다.”(대법 2005. 5. 13. 2004다8630.).

단계에서의 진정소급에 대한 학설과 판례의 태도는 입법단계에서의 진정소급에 관한 내용을 수용한 것으로 보인다. 입법에서도 국민이 소급입법을 예상할 수 있는 경우, 법적 상태가 불확실하고 혼란스러웠거나 하여 보호할 만한 신뢰이익이 적은 경우, 소급입법에 의한 당사자의 손실이 없거나 아주 경미한 경우, 신뢰보호의 요청에 우선하는 심히 중대한 공익상의 사유가 소급입법을 정당화하는 경우 등에는 예외적으로 진정소급입법이 허용된다.[13] 대표적인 예로는 친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법을 들 수 있다.

소급입법이 허용되는 예외적 상황이 존재하는 경우 입법자는 신법의 소급적용에 대해 입법형성권을 갖는다.[14][15] 특히 소급입법에 의한 당사자의 손실이 없거나 아주 경미한 경우, 더 나아가 소급입법이 당사자에게 유리한 경우라면 입법자는 보다 광범위한 입법형성권을 갖게 된다. 이처럼 예외적으로 진정소급입법을 할 수 있는 상황이 존재하는 경우 입법자는 입법형성권을 갖게 되므로 예외적으로 진정소급입법이 허용될 수 있다는 명제의 성립에는 문제가 없다. 그러나 법적용단계에서 예외적으로 진정소급적용이 얼마나 허용될 수 있을지는 의문이다.

입법과 집행은 구별된다. 입법이란 법치주의의 개념적 전제가 된다. 법치주의란 국가작용은 국회가 미리 제정한 법률에 근거하여 수행되어야 한다는 국가구성원리를 말한다.[16] 따라서 국가작용의 기준이 되는 법률을 제·개정하는 입법작용은 집행작용에 선행하며, 집행작용 보다 넓은 형성권을 가진다. 한편, 집행작용에 법치주의가 적용되는 결과 국가의 공행정작용은 선행했던 입법에 의해 통제된다. 이러한 시스템을 법치행정의

13) 헌재 1996. 2. 16. 96헌가2.

14) 입법형성권은 입법형성의 자유를 의미한다. 즉, 입법부가 어떠한 내용의 법률을 제정할 것인지에 대해 자유롭게 판단하는 입법재량을 말한다. 입법자는 입법형성권을 법률의 제정 또는 개정의 방법으로 행사할 수 있다. 입법형성의 자유의 정도는 개별 입법영역과 상황에 따라 차이가 있다. 입법자는 소급입법을 함에 있어서도 그 사유 또는 한계를 전제로 입법형성권을 갖는다.(민경식·윤석진, "사회보험연금의 보장과 소급입법", 중앙법학 제7집 제1호, 2005, 321-328면 참조)

15) "…입법자에게 그 법률조항을 합헌적으로 개정 또는 폐지하는 임무를 입법자의 형성재량에 맡긴 이상 그 개선입법의 소급적용 여부와 소급적용의 범위는 원칙적으로 입법자의 재량에 달린 것이…"(대법 2002. 4. 2. 99다3358.)

16) 정재황, 「헌법입문」, 박영사, 2017, 110면.

원리라고 한다.[17] 법치행정의 원리 특히 법률우위 및 법률유보의 원칙에 따라 집행작용은 입법에 기속된다. 설령 집행작용에 재량이 인정된다고 하더라도 그 재량은 입법에 의해 부여 받은 것일 뿐, 집행작용은 법치주의 내지 법치행정의 원칙에 따라 여전히 입법에 기속된다.

입법과 집행의 구별은 소급효에 대한 입법과 집행에도 적용된다. 따라서 소급입법과 소급적용 역시 구별된다.[18] 진정소급입법의 경우 진정소급입법이 허용되는 예외적인 상황이 존재한다면 입법자는 입법형성권을 갖는다.[19] 입법형성의 자유는 개별 영역과 상황에 따라 차이가 있다. 신법이 피적용자에게 유리한 시혜적인 소급입법의 경우 그러한 시혜적 소급입법은 입법자의 의무가 아니며, 국민의 권리를 제한하거나 새로운 의무를 부과하는 경우와는 달리 입법자에게 광범위한 입법형성의 자유가 인정된다.[20] 반면 진정소급적용의 경우 법률의 규정이 없음에도 집행기관이 스스로의 판단 하에 법률을 진정소급적용하는 것은 법치주의에 반한다. 앞서 살펴본 바와 같은 예외적으로 진정소급적용을 허용할 수 있는 상황이 존재한다고 하더라도, 진정소급적용에 관한 입법이 없다면 진정소급적용은 허용될 수 없다. 그렇다면 진정소급적용을 허용할 수 있는 상황이 존재한다는 것 자체가 사실은 모순이라고 볼 수 있다.

B. 사견

생각건대, 진정소급적용은 진정소급입법이 있는 경우에 한하여 인정되는 것이다.[21] 다만, 법률에 대한 위헌결정의 소급효가 미치는 사안에 대해서는 직접적인 개별 규정이 없다고 하더라도 헌법재판소법 제47조와 위헌결정의 소급효 법리에 따라 진정소급적용이 가능할 것이다.[22] 이러한 경우가 아니라면 진정소급적용이 허용되는 사유는 사실상 존재할 수 없을 것이다. 즉, 법률에서 진정소급을 규정하고 있는 경우에만 새로운

17) 김민호, 「행정법」, 박영사, 2020, 27면.

18) 유사한 태도: 박정훈, 앞의 논문, 163면의 취지; 박균성, 앞의 책, 77-80면.

19) 민경식·윤석진, 앞의 논문, 327면.

20) 헌재 1995. 12. 28. 95헌마196.

21) 소급적용금지는 소급입법금지로 나타난다는 견해가 있다(정종섭, 앞의 책, 185면). 이는 소급적용은 소급입법을 전제로 한다는 의미로 해석될 수 있을 것으로 보인다.

22) 대법 1994. 10. 25. 93다42740; 헌재 2013. 6. 27. 2010헌마535.

법률의 진정소급적용이 가능하다. 만약 법령상 진정소급적용에 관한 입법이 없음에도 집행기관이 해석에 의해 법령을 진정소급적용한다면 이는 법치주의, 법치행정의 원칙에 반한다. 또한, 법집행상 허용되는 법해석의 한계를 넘어 법을 창조하는 행위에 해당하여 권력분립의 원칙에도 반한다. 이러한 관점에서 볼 때, 일부 견해에서 신법령의 내용 자체에 소급적용할 근거가 없음에도 불구하고 법관이 신법령을 소급적용하는 것은 법관에게 주어진 법해석의 범위을 초과하는 것이라고 지적하면서, 그와 같은 오류 발생의 원인으로 판례가 소급입법과 소급적용의 개념을 구별하지 않고 있다는 점을 지적한 것은 타당한 것으로 보인다.[23]

2) 부진정소급에서의 특징

A. 학설 및 판례

부진정소급적용은 원칙적으로 인정되나 예외적으로 신법적용의 공익과 구법적용에 대한 사인의 신뢰를 형량하여 사익이 더 큰 경우에는 구법을 적용할 수 있다는 것이 학계의 일반적인 태도이다.[24] 판례도 원칙적으로 부진정소급적용을 인정하면서 신뢰보호의 원칙에 따른 예외를 인정하고 있다.[25]

부진정소급적용에 관한 위와 같은 내용은 부진정소급입법의 내용을 수용한 것으로 보인다. 부진정소급입법 역시 원칙적으로 허용되지만 신뢰보호의 원칙에 따른 예외가 인정된다. 다만, 입법단계에서 입법자는 신법과 구법의 관계를 조율하기 위하여 신법에 경과규정을 두기도 한다. 일부 견해는 부진정소급의 경우에는 신법에 경과규정을 두는 것이 일반적

---

23) 김주석, "행정법령에 있어서 해석에 의한 소급적용의 가능성-대법원 2007.2. 22. 선고 2004두12957 판결을 중심으로-", 법조 제57권 제5호, 법조협회, 2008, 257면.

24) 박정훈, 앞의 논문, 149면; 김남철, 앞의 논문, 387면; 배병호, 앞의 책, 63면; 홍정선, 앞의 책, 110면; 박균성, 앞의 책, 78면; 정하중, 앞의 책, 49면.

25) "…개정 법령이 기존의 사실 또는 법률관계를 적용대상으로 하면서 국민의 재산권과 관련하여 종전보다 불리한 법률효과를 규정하고 있는 경우에도 그러한 사실 또는 법률관계가 개정법령이 시행되기 이전에 이미 완성 또는 종결된 것이 아니라면 이를 헌법상 금지되는 소급입법에 의한 재산권 침해라고 할 수는 없으며, 그러한 개정 법령의 적용과 관련하여서는 개정 전 법령의 존속에 대한 국민의 신뢰가 개정 법령의 적용에 관한 공익상의 요구보다 더 보호가치가 있다고 인정되는 경우에 그러한 국민의 신뢰를 보호하기 위하여 그 적용이 제한될 수 있는 여지가 있을 따름이다.…"(대법 2009. 9. 10. 2008두9324.)

이라고 본다.[26] 그러나 새로운 법령으로 인하여 구법에 대한 신뢰가 문제되는 경우에 경과규정을 두는 것으로 이해하는 것이 적절할 것이다. 이와 유사하게 일부 견해는 경과규정을 보호가치 있는 신뢰이익이 인정되는 경우에 수반되는 법적 효과로 보고 있다.[27] 이러한 태도가 타당한 것으로 보인다.

경과규정은 구법질서에 대한 신뢰와 신법적용의 공익 사이의 충돌을 조정하여 신법적용이 초래하는 가혹한 결과를 완화하는 기능을 갖는다. 구법을 신뢰하여 행위한 기득권자들에게 신법에 적응할 수 있는 시간과 기회를 제공하여 그들의 신법 수용가능성을 확대하는 것이다. 이에 입법자는 부진정소급입법을 함에 있어 신뢰보호의 원칙에 부합하기 위하여 경과규정을 삽입한다. 경과규정을 둠으로써 새로운 법 상태로의 이행에서 발생하는 부진정소급입법의 위헌성을 회피할 수 있다.[28] 즉, 경과규정을 두는 것은 입법목적을 달성하기 위한 것이 아니라 신뢰보호원칙의 위반을 회피하기 위한 것이다.[29] 이러한 점에서 신뢰보호의 원칙은 부진정소급입법의 한계로서 실질적인 기능을 수행하고 있다.

부진정소급입법에서 나타난 신뢰보호의 원칙의 기능이 부진정소급적용에서도 유효할 수 있을까? 부진정소급적용은 원칙적으로 인정되지만, 신뢰보호의 원칙에 따라 예외적으로 허용되지 않는다는 태도가 학계와 판례의 기본적인 태도임은 이미 살펴본 바와 같다. 즉, 법령의 적용단계에서도 입법단계에서와 마찬가지로 신뢰보호의 원칙이 기능을 수행하는 것으로 이해하고 있다. 일부 견해는 학설·판례와 동일한 입장을 취하면서, 신뢰보호의 원칙을 적용하는 요건 내지 그 내용에 관해 별개의 의견을 취하기도 한다. 이 견해에 따르면, 소급입법의 적용문제는 입법작용과는 달리 행정작용법의 관계이므로 구법적용에 대한 신뢰보호요건이 구비되는 것으로 족하며, 이와는 별도로 공익과 사익의 비교형량은 불필요하다고 한다.[30] 다만, 이 견해도 신뢰보호의 원칙을 부진정소급적용의 한계

26) 김남철, 앞의 논문, 387면.

27) 한수웅, 「헌법학」, 법문사, 2020, 288-289면.

28) 한수웅, 앞의 책, 288-289면.

29) 이부하, “헌법상 신뢰보호원칙의 재정립-헌법재판소 결정을 분석하며”, 법학연구 제21집 제2호, 인하대학교 법학연구소, 2018, 146면.

로서 파악하고 있다는 점에서는 일반적인 태도와 차이가 없는 것으로 보인다.[31]

B. 사견

생각건대, 부진정소급입법이 이루어진 경우 법집행기관은 법치주의 원칙에 따라 입법된 내용의 범위 내에서 법령을 집행해야 한다. 법령해석, 사실확정, 포섭 등의 과정에서 집행기관의 판단권이 개입될 수는 있으나, 그것은 법치주의를 준수하는 범위 내에서 인정되는 것이다. 특히, 집행기관의 법집행이 법창조의 결과가 되어서는 안 된다. 따라서 입법자가 부진정소급입법을 하면서 위헌의 결과를 회피하기 위하여 구법을 적용하는 경과규정을 두었다면 집행기관은 이를 준수해야 한다. 만약 집행기관이 경과규정에 반하여 신법을 적용한다면, 이는 법규정에 정면으로 반하는 것이다.[32] 그러므로 일반적으로 부진정소급적용의 한계로 다루어지는 신뢰보호의 원칙이 집행기관의 법적용 과정에서는 특별히 고려될 실익은 없다.

한편, 입법자가 경과규정을 두지 않았다면 입법자의 의사는 신법을 적용하고자 하는 것이다.[33] 따라서 집행기관은 법치주의에 따라 신법을 적용해야 할 것이다. 경과규정이 없는 부진정소급입법에 대해 신뢰보호원칙의 준수 여부가 법률의 위헌성 관점에서 제기될 수는 있다. 그러나 명

---

30) 박정훈, 앞의 논문, 163면.

31) 집행기관이 부진정소급입법에 해당하는 '법령의 적용 여부를 결정함에 있어 부진정소급입법의 한계인 신뢰보호의 원칙을 적용한다는 것(A)'과 '법집행의 결과 처분을 함에 있어 신뢰보호의 원칙을 적용한다는 것(B)'은 구분되어야 한다. (A) 및 (B)의 권한 중 집행기관에게 어느 것을 인정할지는 견해에 따라 차이가 있을 수 있다. 그러나 집행기관에게 (A) 또는 (B)의 권한이 인정되어 신뢰보호의 원칙이 일단 적용된다면, 필연적으로 공·사익의 비교는 거쳐야 하는 것으로 보인다. 비록 형량요소는 권한의 성질에 따라 차이가 있을 수 있지만, 신뢰보호의 원칙이 적용되는 한 공·사익의 비교는 필수과정으로 생각된다. 신뢰보호의 원칙은 이익의 충돌을 내포하고 있는 개념이기 때문이다(강현호, "신뢰보호원칙에 대한 재고찰", 성균관법학 제17권제3호, 성균관대학교 법학연구원, 2006, 154면, 161-162면.).

32) 입법자가 부진정소급입법을 하면서 경과규정을 둔 것이 신뢰보호의 원칙의 요건 및 한계, 평등의 원칙 등에 부합하지 않는 것과 같은 입법상의 문제는 집행상의 문제와는 별개의 쟁점으로 접근되어야 할 것이다.

33) 김주석, 앞의 논문, 257-258면.

문의 경과규정이 없음에도 법집행기관이 신뢰보호 원칙을 적용해 구법적용을 결정하는 것은 경과규정을 창조하는 것으로서 법치주의에 반한다. 또한, 구법과 신법 중 어느 법률을 적용할지 여부에 관한 입법형성권과 집행기관이 법령을 집행하면서 갖는 권한은 구분되어야 한다. 집행기관은 부진정소급입법을 집행하면서 해당 사실관계가 새로운 법령의 효력 발생 전에 이미 완성되었는지 여부를 판단할 수 있다. 또한, 사실관계를 법령에 포섭하여 발급할 행정작용이 신뢰보호원칙에 부합하는지 여부를 고려할 수도 있다. 그러나 이러한 권한은 법집행상의 권한으로서, 명문의 경과규정이 없음에도 구법적용을 결정할 수 있는 입법형성권과는 구별되어야 할 것이다.

Ⅲ. 행정법령의 적용시점에 관한 기준

1. 적용시점 기준에 관한 논의 체계

가. 작용법과 쟁송법에서의 적용시점에 관한 기준

행정법령의 적용시점 기준에 관해 일반적으로 행위시법과 처분시법이 논의된다.[34] 관련 논의는 보통 사인의 행위시와 행정청의 처분시 사이에 법령의 변경이 있는 경우를 전제로 한다. 예를 들어, 사인의 허가 신청시와 처분청의 허가시 사이에 법령의 변경이 있을 경우 신법과 구법 중에서 어느 법령을 기준으로 허가요건의 충족여부를 판단할 것인지에 관한 문제이다. 여기서 행위시법이란 사인의 행위인 허가 신청 당시 효력이 발생하고 있는 법령을 말한다. 처분시법은 사인의 신청에 대해 행정청이 처분을 할 때 효력이 발생하고 있는 법령을 말한다.

위와 같은 행정작용법상의 논의와 유사하게 행정쟁송법 영역에서도 법령의 적용시점 기준에 관한 논의가 있다.[35] 다만 행정작용법에서 행위시법 및 처분시법이 논의 대상인 것과는 달리, 행정쟁송법에서는 처분시법

34) 배정범, 앞의 논문, 424면 이하; 김남철, 앞의 논문, 387면 이하; 김주석, 앞의 논문, 238면 이하; 박균성, 앞의 책, 419-428면.

35) 김민호, 앞의 책, 537-538; 박균성, 앞의 책,1460-1467면; 홍정선, 앞의 책, 2020, 1169-1171면.

과 판결시법이 논의 대상이 된다.[36] 즉, 항고소송에서 처분의 위법성을 판단함에 있어 처분이 행하여진 이후부터 판결시 사이에 법령의 제·개정이 있는 경우, 법원이 처분시와 판결시 중 어느 법령을 적용할 것인지가 논의된다. 처분시법은 행정작용법에서와 마찬가지로 행정청의 처분 당시 효력이 발생하고 있는 법령을 말한다. 판결시법이란 변론종결시의 법령을 말한다.

대부분의 문헌에서는 작용법상의 적용시점에 관한 논의와 쟁송법상의 적용시점에 관한 논의를 각각 작용법과 쟁송법에서 논의하고 있지만, 양자의 관계에 대해서는 직접 다루고 있지 않다. 다만 일부 연구는 양자의 논의가 다르다는 점을 명확히 밝히고 있다. 이 견해에 따르면, 쟁송법상의 적용시점에 관한 논의는 취소소송의 본질, 권력분립의 원칙, 행정행위의 본질 등과 연관된 위법판단의 기준시점에 관한 논의라고 한다. 반면 작용법상의 적용시점에 관한 논의는 어느 시점을 기준으로 처분의 위법을 판단해야 할 것인지에 관한 위법판단의 기준시점과는 별개의 쟁점으로, 처분사유의 발생시점의 구법을 적용할지 처분시의 신법을 적용할지 법적용관계에 관한 논의라고 한다.[37]

나. 사견

생각건대, 작용법상의 적용시점에 관한 논의와 쟁송법상의 적용시점에 관한 논의는 통합 고찰되어야 할 것이다. 즉, 행위시법 처분시법 뿐만 아니라 판결시법까지 고려하여 행정법령의 적용시점 기준에 관한 법리가 정리되어야 할 것으로 생각된다. 그 이유는 다음과 같은 점에서 찾아볼 수 있다.

우선, 작용법상의 적용시점에 관한 논의 대상을 시간 순서로 구분한다면, 행위시법은 구법에 해당하고 처분시법은 신법에 해당한다. 결국 작용법상의 적용시점에 관한 논의는 구법과 신법 중 어느 법령을 적용할지에 관한 문제이다. 쟁송법상의 적용시점의 경우에는 처분시법이 구법에 해

36) 관련 논의에서 학계의 태도는 처분시설, 판결시설, 그리고 절충설이 있다. 다만, 절충설을 구성하는 법령의 시점은 처분시 및 판결시이므로 결국 관련 논의의 대상이 되는 법령은 처분시와 판결시의 법령이라고 할 것이다.

37) 박정훈, 앞의 논문, 143면.

당하고 판결시법이 신법에 해당한다. 이 역시 구법과 신법 중 어느 법령을 적용할지에 관한 문제이다. 즉, 양자 모두 구법과 신법의 적용 문제라는 점에서 공통점을 가지고 있다. 둘째, 행정법학에서 작용법과 쟁송법의 체계가 다르다고 하더라도 작용법과 쟁송법은 모두 행정법학의 내용으로서 단절관계가 아니다. 따라서 동일하거나 관련된 쟁점이라면 종합적으로 분석될 필요성이 있다. 셋째, 일부견해는 쟁송법상의 적용시점에 관한 논의를 '어느 시점을 기준으로 처분의 위법을 판단해야 할 것인지에 관한 위법판단의 기준시점'에 대한 논의라고 보고 있는데, 여기서 위법판단의 기준시점이란 두 가지 측면으로 해석이 가능할 것으로 보인다. 하나는 위법을 판단하기 위해 어느 시점의 법령을 적용할 것인가로서, 이는 신구법의 적용문제에 해당한다. 다른 하나는 신구법 중 어느 한 법령의 적용이 확정되었다는 것을 전제로, 관련 사안을 법령에 포섭함에 있어 수반되는 판단시점에 관한 문제이다. 예를 들어, 원자력시설의 설치에 관해 처분시법령을 적용해야 하는 사안에서, 처분의 요건으로 되어 있는 시설의 안전성에 대해 처분시와 판결시 중 어느 시점의 과학기술을 기준으로 판단할 것이가와 같은 포섭상 판단시점에 관한 문제이다.[38] 이러한 두 가지 해석 중에서 전자로 볼 경우 쟁송법상 적용시점에 관한 논의는 신구법의 적용문제로서 작용법상 적용시점에 관한 논의와 관련성이 인정되고, 후자로 본다면 포섭상 판단시점의 전제가 되는 법령의 적용시점에 관한 논의가 별도로 존재하는 것으로 되고 그 논의는 결국 작용법상 적용시점에 관한 논의와 마찬가지로 신구법의 적용문제가 될 것이다. 넷째, 쟁송법상의 항고소송에서 법원이 처분의 위법성을 판단함에 있어서는 처분청의 법령적용의 적법성을 심사해야 한다. 그런데 작용법상 처분청이 적용할 가능성이 있는 법령적용의 시점에는 처분시뿐만 아니라 행위시법도 포함되어 있다. 또한, 처분시법은 작용법상 적용시점에 관한 논의와 쟁송법상 적용시점에 관한 논의에 모두 포함되어 있다. 끝으로, 비록 작용법상 적용시점에 관한 논의와 쟁송법상 적용시점에 관한 논의의 종합적 연구임을 명확하게 밝히고 있지는 않으나, 일부 연구에서는 행위시법·처분시법·판결시법을 종합적으로 검토하는 태도가 있다.[39]

---

38) 鹽野宏, 「行政法Ⅱ」, 有斐閣, 2006, 182면; 박균성, 앞의 책, 1464-1465면.

2. 적용시점 기준의 유형과 적용대상

가. 행위시법과 적용대상

1) 학설 및 판례

행위시법은 행정작용법에서 처분시법과 대비되는 행정법령의 적용시점 기준으로, 사인의 행위 당시에 효력이 있는 법령을 말한다. 학계는 일반적으로 행위시법이 적용되는 행정작용으로 과세처분, 법령위반행위에 대한 제재적 처분 등을 들고 있다.[40]

과세처분에 행위시법이 적용되어야 한다는 최초의 판례로 대법원 1962. 7. 26. 62누35 판결을 들 수 있다.[41] 판례는 “불소급의 원칙은 행위당시에는 법의 규정이 없음에도 불구하고 후일에 제정된 법의 규정을 과거의 사실에 소급하여 국민의 불이익으로 적용할 수 없다는 것에 불과하고 행위 당시에는 법의 규정이 있었으나 그 후 그 법이 폐지된 경우에 그 폐지된 법을 유효히 시행되고 있을 당시에 행하여진 행위에 대하여 적용할 수 있느냐 하는 문제와는 다르다 할 것인 바 법령에 명문이 있다거나 또는 특별한 사정이 없는 한 법은 장래의 행위에 대하여서만 적용되는 것이 원칙인 동시에 그 반면 폐지 또는 변경된 구 법은 그 폐지 변경된 후라 하더라도 폐지전의 행위에 대하여는 역시 적용된다고 할 것이요 따라서 일단 적법히 성립된 권리는 그 후에 법의 폐지변경이 있다고 하더라도 그 권리가 소멸된다고는 할 수 없다.”고 하였다.[42] 이러한 입장에서 판례는 폐지된 구법이 시행되고 있을 당시 과세요건이 충족되었다면 과세과청은 폐지된 구법을 적용하여 과세처분을 할 수 있다고 보았다.

법령위반행위에 대한 제재적 처분에 관한 대표적인 판례로 학계에서는 대법원 2002.12.10. 2001두3228 및 대법원 1987.1.20. 86누63 판결을 다루고 있다.[43] 이 중 대법원 2002.12.10. 2001두3228은 법 위반 행위

---

39) 김민호, 앞의 책, 538면.

40) 김남철, 앞의 논문, 387면; 김민호, 앞의 책, 538면; 박균성, 앞의 책, 426면.

41) 배정범, 앞의 논문, 424면.

42) 대법 1962. 7. 26. 62누35.

43) 박정훈, 앞의 논문, 146면; 배정범, 앞의 논문, 425-426면; 김남철, 앞의 논문, 387-391면.

에 대한 과징금부과가 문제된 사안이다. 이 사안에서 판례는 구 건설업법 시행 당시에 건설업자가 도급받은 건설공사 중 전문공사를 그 전문공사를 시공할 자격 없는 자에게 하도급한 행위에 대하여 건설산업기본법 시행 이후에 과징금부과처분을 하는 경우, 과징금의 부과상한은 건설산업기본법 부칙에 의하여 피적용자에게 유리하게 개정된 건설산업기본법에 따르되, 구체적인 부과기준에 대하여는 처분시의 시행령이 행위시의 시행령보다 불리하게 개정되었고 어느 시행령을 적용할 것인지에 대하여 특별한 규정이 없으므로, 행위시의 시행령을 적용하여야 한다고 판시하였다. 한편, 대법원 1987.1.20. 86누63 판결은 법 위반 행위에 대한 면허취소가 문제된 사안이다. 판례는 구 건설업법이 시행되던 당시 법 위반 행위인 건설업면허 대여행위가 있었으므로 그 위반행위를 이유로 하는 행정상의 제재처분을 하려면 그 후 전면 개정된 건설업법 부칙 제1항에 이 법은 1985.7.1.부터 시행한다라고 규정되어 있고, 제2항에 이 법 시행 전에 종전의 규정에 의하여 행하여진 처분은 이 법의 규정에 의하여 행한 처분으로 본다라고 규정하고 있을 뿐 달리 특별한 규정을 두고 있지 않고 있으므로 위반행위 당시에 시행되던 구 건설업법을 적용해야 한다고 하였다.[44]

2) 사견

과세처분에 행위시법이 적용되어야 한다는 판례(대법 1962. 7. 26. 62누35)는 "불소급의 원칙은 행위당시에는 법의 규정이 없음에도 불구하고 후일에 제정된 법의 규정을 과거의 사실에 소급하여 국민의 불이익으로 적용할 수 없다는 것에 불과하고 행위 당시에는 법의 규정이 있었으나 그 후 그 법이 폐지된 경우에 그 폐지된 법을 유효히 시행되고 있을 당시에 행하여진 행위에 대하여 적용할 수 있느냐 하는 문제와는 다르다(밑줄: 필자)"고 판시하고 있다. 여기서 점선표기에 해당되는 부분은 법령 적용시점의 기준에 관련된 내용이다. 따라서 판례의 내용은 '불소급의 원칙은 법령 적용시점의 기준과는 다르다'라고 해석된다. 이러한 판례의 태도는 타당한 것으로 보인다. 비록 불소급이 적용됨에 따라 행위시법이 적용되는 결과에 이르지만, 입법 또는 법적용에서 소급을 제한다는 것과

44) 대법 1987. 1. 20. 86누63.

법집행 단계에서 법령의 적용시점을 판단하는 것이 완전히 동일한 논의는 아닌 것으로 생각된다.

또한, 해당 판례는 “법령에 명문이 있다거나 또는 특별한 사정이 없는 한 법은 장래의 행위에 대하여서만 적용되는 것이 원칙인 동시에 그 반면 폐지 또는 변경된 구 법은 그 폐지 변경된 후라 하더라도 폐지전의 행위에 대하여는 역시 적용된다고 할 것이요 따라서 일단 적법히 성립된 권리는 그 후에 법의 폐지변경이 있다고 하더라도 그 권리가 소멸된다고는 할 수 없다.”라고 판시하여, 행위시법주의의 실익을 잘 나타내고 있다. 행위시와 처분시 사이에 법령의 변경이 있다는 것은 행위시의 법령이 폐지되었다는 것이다. 따라서 행위시법이 적용된다는 것은 폐지된 법령이 시행되고 있을 당시에 이미 법률관계 변동의 요건이 충족되었다면 폐지된 법령을 적용하여 처분하게 된다는 것을 의미한다.

학계와 판례가 행위시법이 적용되는 예로 들고 있는 법령위반행위에 대한 제재적 처분에 관한 판례(대법 2002.12.10. 2001두3228 및 대법 1987.1.20. 86누63)는 모두 행위시법을 적용하면서, 어느 법령을 적용할 것인지에 대하여 특별한 규정이 없으므로 행위시의 법령을 적용한다고 할 뿐 그 이유를 제시하지 않고 있다.[45] 이 점은 과세처분에 행위시법이 적용되어야 한다는 판례(대법 1962. 7. 26. 62누35)도 마찬가지다. 이와 관련해 일부 견해는 대부분의 문헌들은 판례의 입장과 같이 제재적 처분이나 과징금부과처분에 대해서는 행위시법을 적용하여야 한다는 태도를 취하고 있는 것으로 분석하고 있다.[46] 또 다른 견해는 행위시법주의는 행정제재가 원활한 행정운영과 법위반행위에 대한 통제를 목적으로 한다는 점에서 제재의 상대방들 사이에서 발생할 수 있는 불평등의 문제를 배제하기 위한 것이라는 태도를 취하고 있다.[47] 생각건대, 전자는 행위시법의 적용대상에 관한 의견이고, 후자는 행위시법을 취하는 이유에 관한 의견으로 분류할 수 있을 것이다. 적용대상에 관한 문제는 다시 적용대상의 개념적 문제와 특정 행정작용이 행위시법의 적용대상인지 여부의

45) 同旨 이상수, “행정상 제재처분기준 변경시 신·구법간의 법적용관계”, 법제, 법제처, 2002, 68면.
46) 김남철, 앞의 논문, 391면.
47) 강지은, “제재적 행정처분에 대한 소송”, 공법학연구 제14권 제2호, 한국비교공법학회, 2013, 563면.

문제로 구분할 수 있다. 이 중 특정 행정작용이 행위시법의 적용대상인지 여부의 문제는 그 이유와도 밀접하게 관계된 쟁점이다.

법령위반행위에 대한 제재적 처분에 행위시법이 적용된다고 할 때, 적용대상의 개념적 문제로서 제재적 처분이 무엇인지 검토가 필요하다. 제재적 처분은 그 개념이 명확하게 정립된 것으로 보기는 어렵다.[48] 다만, 최근 제정된 행정기본법에서는 제재처분을 규정하고 있다. 이에 따르면 제재처분이란 법령등에 따른 의무를 위반하거나 이행하지 아니하였음을 이유로 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분이다. 다만, 행정상 강제는 제외된다.[49] 이로써 일단 입법적으로는 그 개념이 규정되었다. 한편, 학계와 판례가 법령위반행위에 대한 제재적 처분으로서 행위시법이 적용되는 예로 들고 있는 대표적인 판례는 과징금부과가 문제된 사안(대법 2002.12.10. 2001두3228)과 면허취소가 문제된 사안(대법 1987.1.20. 86누63)이다. 이 중 면허취소가 문제된 사안(대법 1987.1.20. 86누63)이 제재처분에 해당함에는 의문이 없으나, 과징금부과가 제재처분에 포함되는지는 검토가 필요한 것으로 보인다. 특히, 행정의 실효성확보수단을 논함에 있어 대부분의 문헌은 과징금부과와 행정상 의무위반자에 대한 인·허가 등을 거부·정지·취소·철회하는 제재적 행정처분을 구분하고 있다는 점에서 그러하다.[50]

생각건대, 과징금의 유형에는 영업정지등에 갈음하는 예외적 형태의 과징금만 있는 것이 아니라, 법령위반행위로 얻은 불법적인 이익을 환수하는 본래적 의미의 과징금이 있다. 또한, 영업정지·취소 등에 갈음하는 경우에도 과징금은 금전적 제재라는 점에서 학계에서 논의되어 온 제재처분과는 구분된다. 따라서 개념상 과징금부과와 제재처분을 구분하는

48) 同旨 김남철, 행정법강론, 박영사, 2020, 500면.

49) 행정기본법 제2조 제5호.

50) 김남철, 앞의 책, 493면 이하, 500면 이하; 박균성, 앞의 책, 643면 이하, 662면 이하; 홍정선, 앞의 책, 764면 이하, 770면 이하; 이 외에도 다수의 문헌이 제재처분에 해당하는 내용을 관허사업제한으로 다루면서 과징금과 구분하고 있다(김민호, 앞의 책, 280면 이하, 283면 이하; 류지태·박종수, 「행정법신론」, 박영사, 2019, 426면 이하, 430면 이하; 정형근, 「행정법」, 피엔씨미디어, 2020, 391면 이하, 387면 이하; 김중권, 「행정법」, 법문사, 2016, 569면 이하, 572면 이하; 김철용, 「행정법」, 고시계사, 2017, 371면, 372면 이하; 김향기, 「행정법개론」, 탑북스, 2016, 396면 이하, 401면 이하).

것이 타당하다. 그렇다면 과징금부과와 제재처분이 행위시법 적용대상인지 여부 및 그 이유는 무엇인지가 쟁점으로 되는데, 이에 대해서는 장을 달리하여 소급금지의 원칙 및 처분시법, 판결시법을 포함하여 종합적으로 검토하기로 한다. 이하 논의되는 (2)처분시법과 적용대상, (3)판결시법과 적용대상에서도 관련 논의는 장을 달리하여 'IV. 행정법령 적용시점의 원칙 및 기준 재해석'에서 검토하기로 한다.

나. 처분시법과 적용대상

1) 학설 및 판례

처분시법은 행정법령의 적용시점 기준에 관한 논의에서 이중적인 지위를 차지하고 있다. 하나는 작용법상의 논의에서 행위시법과 대비되는 기준으로서 처분시법이고, 다른 하나는 쟁송법상 판결시법과 대비되는 기준으로서 처분시법이다. 처분시법의 이중적 지위에 관해 학계에서는 특별히 다루고 있지 않다. 다만, 처분시법을 분석하는 관점을 작용법적 관점에서 분석하는 태도와 쟁송법적 관점에서 분석하는 태도로 분류해 볼 수 있다.

전자의 관점은 처분시법을 행위시법과 대비하면서, 법치행정의 원칙에 따라 행정기관은 행정행위 당시의 법을 적용하여 행정행위를 하여야 하므로 처분시법을 적용하는 것이 원칙이라고 본다. 그 예로 허가 신청 후 처분 전에 법령이 개정된 경우 허가 신청시의 법령이 아닌 처분시의 법령이 적용되어야 한다는 점을 들고 있다.[51] 한편, 후자의 관점에서는 판결시법과 구분하면서 처분시법을 분석한다. 이 관점은 취소소송제도의 본질이 행정청이 행한 행정처분의 적법성을 사후적으로 심사하는 데 있으므로, 판결시의 법령을 기준으로 행정처분의 적법성을 심사하는 것은 타당하지 않다고 본다. 따라서 처분시의 법령에 따라 행정처분의 위법성을 판단하는 것이 원칙이라고 한다.[52] 판결시법과 관계에서는 이 견해가 통설과 판례의 태도이다.

판례의 예도 위와 같은 두 유형으로 구분해 살펴볼 수 있다. 판례가

51) 박균성, 앞의 책, 419면.

52) 정하중, "취소소송에서 처분의 위법성판단기준시점", 서강법학 제7권, 2005, 55-56면; 박정훈, 앞의 논문, 142면.

행위시법과 처분시법의 관계를 중심으로 다루는 대표적인 예는 인·허가 신청 후 처분 전에 관계 법령이 개정된 경우이다. 판례는 개발행위허가를 신청한 원고에 대해 행정청이 신설된 법령을 적용하여 불허가처분을 한 사안에서 행정행위는 처분 당시에 시행중인 법령에 의하여 하는 것이 원칙이고, 인·허가신청 후 처분 전에 관계 법령이 개정된 경우 신법령 부칙에 그 시행 전에 이미 허가신청이 있는 때에는 종전의 규정에 의한다는 취지의 경과규정을 두었거나 행정청이 허가신청을 수리하고도 정당한 이유 없이 처리를 늦춘 사이에 법령이 변경된 것이 아닌 한, 변경된 법령에 따른 불허가처분은 위법하다고 할 수 없다고 하였다.[53] 한편, 처분시법과 판결시법의 관계를 중심으로 다루는 판례는 항고소송에서 행정처분의 위법 여부를 판단하는 기준 시점이 판결시가 아니라 처분시라고 하는 의미는 행정처분이 있을 때의 법령을 기준으로 하여 위법 여부를 판단해야 한다는 것을 의미하고 처분 후 법령의 개폐에 영향을 받지 않는다는 뜻이라고 하였다.[54] 이 사안에서는 피고의 개인택시면허발급신청에 대해 원고 행정청이 한 개인택시운송사업면허제외처분이 문제되었다.

처분시법이 적용된 판례가 위와 같은 수익적 행정작용의 거부에 대한 사례만 있는 것은 아니다. 침익적 행정행위에 대해 처분시법이 적용된 예로 대법원 2001. 10. 12. 2001두274 판결을 들 수 있다. 이 사안에서는 파산상태에 있는 자에 대한 의사면허취소처분이 문제되었는데, 이와 관련해 개정 전 의료법은 '파산선고를 받고 복권되지 아니한 자'를 임의적 면허취소사유로 규정하였다. 그러나 처분 당시에 시행 중인 신법은 이를 필요적 면허취소사유로 규정하였다. 행정청은 시행 중인 신법에 따라 면허취소처분을 하였다. 판례는 “행정처분은 그 근거 법령이 개정된 경우에도 경과 규정에서 달리 정함이 없는 한 처분 당시 시행되는 개정 법령과 그에서 정한 기준에 의하는 것이 원칙이고, 그 개정 법령이 기존의 사실 또는 법률관계를 적용대상으로 하면서 종전보다 불리한 법률효과를 규정하고 있는 경우에도 그러한 사실 또는 법률관계가 개정 법률이 시행되기 이전에 이미 종결된 것이 아니라면 이를 헌법상 금지되는 소급

53) 대법 2005. 7. 29. 2003두3550; 대법 1998. 3. 27. 96누19772.

54) 대법 1993. 5. 27. 92누19033.

입법이라고 할 수는 없으며, 그러한 개정 법률의 적용과 관련하여서는 개정 전 법령의 존속에 대한 국민의 신뢰가 개정 법령의 적용에 관한 공익상의 요구보다 더 보호가치가 있다고 인정되는 경우에 그러한 국민의 신뢰보호를 보호하기 위하여 그 적용이 제한될 수 있는 여지가 있을 따름이다."고 판시하며, 처분시에 시행되는 개정 의료법을 적용하였다.[55]

2) 사견

처분시법에 관한 작용법상 논의 또는 쟁송법상 논의에서 처분시법이 적용되어야 한다는 태도는 각각 행위시법과 처분시법, 처분시법과 판결시법의 관계만을 고려해 도출된 결과일 뿐 행위시법과 판결시법의 관계가 검토된 것은 아니다. 물론 작용법상 논의와 쟁송법상 논의 중 어느 하나의 관점이 다른 관점을 배척하는 것은 아니다. 그러나 양자를 통합적으로 검토한 문헌을 찾아보기 어려운 것도 현실이다.

행정법학에서 행정법령의 적용시점은 통합적인 고찰이 필요하다. 특히, 처분시법은 작용법과 쟁송법의 관련 논의에서 중복된다는 점에서 그러하다. 뿐만 아니라, 처분의 위법성을 판단함에 있어 적용될 가능성이 있는 법령의 범위에서 행위시법을 배제할 이유는 없다는 점, 오히려 작용법상 행정청이 적용할 가능성이 있는 법령의 범위에 행위시법이 포함된다는 점, 행위시법은 소급금지와도 밀접한 관계를 맺고 있는 점 등에서도 행위시법·처분시법·판결시법을 종합적으로 검토해야 할 필요성을 찾아볼 수 있다. 행위시법·처분시법·판결시법에 관한 종합적인 검토는 장을 달리하여 고찰하기로 한다.

처분시법에 초점을 맞추어 그 적용대상을 살펴보면, 학계에서 대표적으로 분석하고 있는 판례의 유형은 수익적 행정작용에 관한 사안이다. 위에서 살펴본 판례 중 인·허가신청 후 처분 전에 관계 법령이 개정된 경우(대법 2005. 7. 29. 2003두3550)와 면허발급신청에 대해 거부처분을 한 사안(대법 1993. 5. 27. 92누19033)은 수익적 행정작용의 신청에 대해 행정청이 거부한 경우이다. 이 중 전자의 판례는 처분시법이 적용되어야 하는 논거를 제시하지 않고 있다.[56] 이와 관련해 수익적 행정행

55) 대법 2001. 10. 12. 2001두274.

56) 김남철, 앞의 논문, 293면.

위의 경우에는 사인의 신청만으로 법률상 이익이 형성되었다고 보기 어려우므로 처분시에 존재하는 법령이 판단기준이 되어야 한다는 일부 견해가 있다.[57] 생각건대, 사인의 신청만으로 법률상 이익이 형성되었다고 보기 어렵다는 것은 처분의 전제가 되는 사실관계가 종결되지 않았다는 것이므로 부진정소급입법 상황에 해당하고, 처분시법을 적용한다는 것은 사실상 처분의 전제가 되는 사실관계가 종결되는 시점의 법령을 적용한다는 것을 의미하는 것으로 보인다. 한편, 후자의 판례는 처분시법을 적용하는 논거로 행정처분의 위법 여부를 판단하는 기준 시점이 처분시라는 점을 들고 있다. 이는 취소소송의 본질을 처분의 위법상태 배제보다는 법원에 의한 행정청의 처분에 대한 사후심사로 보는 태도가 반영된 것으로 이해된다. 다만, '처분의 위법상태 배제에 중심을 두고 있는 판결시'의 법령이 아니라 '행정청의 1차적 판단권을 침해하지 않고 처분의 위법성을 판단하는데 중심을 두고 있는 처분시법'을 적용한다는 취지에서 행위시법을 적용하지 않는 논거가 도출되는 것은 아니다.

판례가 처분시법을 적용하고 있는 대표적인 사안은 수익적 행정작용이다. 한편, 침익적 행정작용은 판례가 행위시법을 적용하고 있는 전형적인 예이다. 하지만 대법원 2001. 10. 12. 2001두274 판결은 침익적 행정작용에 대해 행위시법을 적용하지 않고 처분시법을 적용하고 있다.[58] 이에 대해 일부 견해는 해당 사안은 처분시법을 적용한 것으로 볼 수 있는 동시에 행위시법을 적용한 것으로 볼 수 있다고 한다.[59] 생각건대, 사인의 행위의 지속으로 인해 적용되는 행위시법과 처분시법이 사실상 동일하게 되었다고 하더라도, 법리적으로는 어느 시점의 법이 적용되는 것인지 밝히는 것이 필요하다. 사인의 행위가 종료되지 않아 사인의 행위시법과 처분시법이 동일하게 되었다는 우연적 사정이 있다고 하여, 행위시법이 적용되어야 하는지 처분시법이 적용되어야 하는지에 관한 논의가 포기되는 것은 바람직하지 않다. 또한, 원칙적으로 어느 법령이 적용되어야 하는지 결정될 수 있는 영역을 별도의 모호한 영역으로 취급할 필요는 없다. 해당 사안에서 판례는 원고의 행위가 법령 개정 전에 이미 종료된

57) 배정범, 앞의 논문, 450면.

58) 김남철, 앞의 논문, 396면; 배정범, 앞의 논문, 434면.

59) 배정범, 앞의 논문, 435면.

것이 아니고 개정 후에도 여전히 존속하고 있는 것으로 보았다. 이처럼 사인의 행위가 종료되었는지 여부를 판단하여 종료시점의 법령을 적용하고 있는 태도는 행위시법을 적용하고 있는 것으로 해석될 수 있을 것이다. 즉, 처분시법을 적용하고 있는 것으로 이해하는 것은 적절하지 않다.

다. 판결시법과 적용대상

1) 학설 및 판례

판결시법은 행정쟁송법에서 처분시법과 대비되는 행정법령의 적용시점 기준으로, 항고소송의 판결시(변론종결시)에 효력이 있는 법령을 말한다. 처분시법과 판결시법이 논의되는 처분의 위법성 판단기준에 대해 학계의 통설과 판례는 처분시설을 취하고 있다.[60] 그러나 처분시설을 취하는 경우에도 부작위위법확인소송, 당사자소송, 사정판결 등은 판결시법이 적용되는 것으로 보는 것이 일반적이다.[61] 이 중 항고소송의 대상이 되는 처분과 관련하여 판결시법의 적용대상을 도출한다면 행정청의 부작위가 이에 해당한다.[62] 부작위는 처분의 존재를 전제로 하지 않으며, 인용판결의 효력인 기속력에 따른 재처분의무가 인정되며, 부작위위법확인소송은 이미 이루어진 처분을 다투는 소송이 아니라 현재의 법률관계에서 처분권 행사의 적법성에 관한 것이므로 판결시설이 타당하다는 것이 통설의 태도이다.[63]

판례 역시 부작위의 특징 및 부작위위법확인소송의 목적에 착안해 판결시법을 적용한다. 판례에 따르면, 부작위위법확인의 소는 국민의 법규상 또는 조리상의 권리에 기한 신청에 대하여 행정청이 법률상의 응답의 무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 경우, 판결(구두변론종결)시를 기준으로 그 부작위의 위법을 확인함으로써 행정청의 응답을 신속하게 하여 부작위 내지 무응답이라고 하는 소극적인 위법상태를 제거하는

60) 홍정선, 앞의 책, 1170면.

61) 김민호, 앞의 책, 537면.

62) 처분의 위법성 판단의 기준에 관한 학설 중 취소소송의 본질을 현재의 위법상태의 배제로 보고 있는 판결시설에 따른다면, 본 연구에서 처분시법의 적용 대상으로 보았던 처분 유형도 판결시법의 적용대상이 된다.

63) 배병호, 앞의 책, 730면; 박균성, 앞의 책, 1465면; 김남철, 앞의 책, 963면; 정하중, 앞의 책, 829면.

것을 목적으로 한다. 또한, 부작위위법확인소송은 그 판결의 구속력에 의하여 행정청에게 처분 등을 하게하고 당해 처분 등에 대하여 불복이 있는 때에는 그 처분 등을 다투게 함으로써 최종적으로는 국민의 권리이익을 보호하려는 제도이므로, 소제기의 전후를 통하여 판결시까지 행정청이 그 신청에 대하여 적극 또는 소극의 처분을 함으로써 부작위상태가 해소된 때에는 소의 이익을 상실하게 되어 당해 소는 각하를 면할 수 없다.[64]

2) 사견

통설과 판례는 판결시법이 적용되는 처분과 관련된 예로 부작위를 들고 있다. 그러나 일부 견해에서는 ㉠하자가 치유된 경우, ㉡경과규정이 있는 경우, ㉢처분 후의 사정변화에 의해 소의 이익이 소멸되는 경우, ㉣처분시에는 존재하였지만 인식할 수 없었던 사실을 과학의 발전으로 판결시에는 인식할 수 있게 된 경우 등을 판결시법이 적용되는 예로 제시하고 있다.[65] 생각건대, ㉠하자의 치유는 행정법령의 적용시점을 판단하는 기준과는 기능이 다르며[66], ㉡경과규정이 있는 경우는 행정기관이 경과규정에 따라 법령을 적용하여야 하므로 법령적용의 기준시점에 관한 논의의 실익이 미치는 영역이 아니며, ㉢소의 이익이 소멸된 경우와 관련해 소의 이익은 소송요건이므로 본안판단을 위한 법령의 적용시점과는 구별되며, ㉣처분 후 판결시 사이의 과학의 발전으로 처분시에는 존재하였지만 인식할 수 없었던 사실을 판결시에 인식할 수 있게 된 경우는 처분의 위법성을 판단하기 위한 시점의 문제가 아니라 처분 당시에 존재했던 객관적 사실의 확정과 증명에 관한 것이다.[67] 따라서 항고소송상 판

64) 대법 1990. 9. 25. 89누4758.

65) 鹽野宏,「行政法Ⅱ」, 有斐閣, 2006, 182면; 박정훈, 앞의 논문, 142-143면.

66) 박균성, 앞의 책, 1462면.

67) "항고소송에서 행정처분의 위법 여부는 행정처분이 있을 때의 법령과 사실 상태를 기준으로 판단하여야 한다. 이는 처분 후에 생긴 법령의 개폐나 사실 상태의 변동에 영향을 받지 않는다는 뜻이지, 처분 당시 존재하였던 자료나 행정청에 제출되었던 자료만으로 위법 여부를 판단한다는 의미는 아니다. 따라서 법원은 행정처분 당시 행정청이 알고 있었던 자료뿐만 아니라 사실심 변론종결 당시까지 제출된 모든 자료를 종합하여 처분 당시 존재하였던 객관적 사실을 확정하고 그 사실에 기초하여 처분의 위법 여부를 판단할 수

결시 법령이 적용되어야 하는 유형을 부작위로 보는 것이 타당하다.

통설과 판례가 부작위에 대해 판결시법을 적용하는 논거는 부작위의 성격과 부작위위법확인소송의 취지에 기반하고 있다. 부작위위법확인소송은 '국민의 법규상 또는 조리상의 권리에 기한 신청에 대하여 행정청이 법률상의 응답의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 경우, 부작위의 위법을 확인함으로써 행정청의 응답을 신속하게 하여 부작위 내지 무응답이라고 하는 소극적인 위법상태를 제거하는 것'인데, 이러한 목적은 결국 부작위의 특성에 기인하는 것이다. 한편, 부작위는 국민의 법규상 또는 조리상의 권리에 기한 신청이 있음에도 행정청이 무응답하고 있는 것이다. 즉, 사인의 행위가 있으나 이에 대한 처분청의 행위가 아직 존재하지 않는 것이다. 만약 이러한 상황을 행위가 종료되지 않은 상황으로 해석하게 된다면, 부작위에 대해 판결시법이 적용되는 것은 부진정소급입법상황에서 행위시법이 적용되는 것과 유사한 구조로 이해될 수 있다. 부작위와 행위의 종료 등에 관해서는 장을 달리하여 살펴보기로 한다.

Ⅳ. 행정법령 적용시점의 원칙 및 기준 재해석

1. 소급금지의 원칙과 행위시법 등의 관계

가. 소급금지의 원칙과 행위시법주의

사실관계가 이미 종료된 경우 신법의 규율을 받는 진정소급은 원칙적으로 금지된다. 반면, 사실관계가 아직 종료되지 않은 경우 사실관계가 종료되는 시점에 시행되는 신법의 규율을 받는 부진정소급은 원칙적으로 인정된다. 부진정소급은 사실상 소급적용이 아니지만[68], 이를 고려하지 않더라도 진정소급과 부진정소급의 의의는 모두 사실관계 종료시의 법령이 적용된다는 점에 있다. 한편, 소급금지의 유형 중 소급입법금지와 소급적용금지는 구분된다. 법령의 적용(집행) 단계에서는 소급 여부에 대한 입법형성권과 같은 재량이 인정되지 않는다. 행정청은 사안을 포섭하는

있다."(대법원 2018. 6. 28. 2015두58195)"

68) 박정훈, 「행정법의 체계와 방법론」, 박영사, 2005, 155면; 박정훈, 앞의 논문, 149면.

과정에서 사실관계의 종료 여부를 판단하여 입법자가 형성해 놓은 시점의 법령을 적용할 수 있을 뿐이다. 소급금지의 원칙적인 내용에 따른다면, 행정청의 판단 결과 사실관계가 이미 종료된 경우에는 구법을 적용하고, 종료되지 않은 경우에는 신법을 적용해야 한다.

위와 같은 태도를 취하면, 행정청은 법령을 적용함에 있어 사실관계의 종료 여부를 판단해야 한다. 즉, 본 연구는 종료 여부의 판단대상을 사실관계로 파악한다. 신법과 구법의 적용을 결정하기 위한 종료 여부의 판단대상에 관한 태도는 본 연구와 같이 '사실관계'로 서술하는 태도[69], '사항'으로 서술하는 태도[70], '사실관계 또는 법률관계'로 서술하는 태도[71], 진정소급입법에 대해서는 '사항'으로 부진정소급입법에 대해서는 '사실관계 또는 법률관계'로 서술하는 태도[72] 등이 있다. 다수의 문헌과 판례는 사실관계 또는 법률관계의 종료 여부에 따라 신법과 구법의 적용을 결정한다. 학계에서는 관련 논의를 찾아보기 힘들지만, 종료 여부의 판단대상을 사실관계로 볼 것인지 아니면 법률관계까지 포함할 것인지는 '법령의 소급적용이 진정소급인지 부진정소급인지의 구분' 내지는 '구법을 적용할 것인지 신법을 적용할 것인지에 대한 결정'에 영향을 미치는 것으로 생각된다.

법률관계란 법에 의해 규율되는 관계로서 권리·의무관계를 말한다.[73] 진정소급과 부진정소급의 구분 내지 신법과 구법의 적용을 결정하기 위한 종료 여부의 판단대상에 법률관계를 포함한다면, 법령이 적용되어 법적 효과가 발생된 후 그 효과가 종료되기 전이라면 부진정소급에 해당한다. 따라서 입법자가 구법을 적용하는 경과규정을 두지 않는 한 원칙적으로 신법이 적용되어야 한다. 그런데 법령이 개정되는 대부분의 경우는 사실관계에 이미 구법이 적용되어 법률관계가 형성되어 있을 것이다. 결국, 법령의 개정이 있는 경우는 진정소급의 개념이 개입될 여지없이 신

69) 박정훈, 앞의 책, 155면; 정하중, 앞의 책, 48-49면; 대법 1989. 7. 11. 87누1123.

70) 홍정선, 앞의 책, 110면.

71) 배정범, 앞의 논문, 44면 이하; 민경식·윤석진, 앞의 논문, 326면 이하; 김주석, 앞의 논문, 246면; 박균성, 앞의 책, 421면; 김남철, 앞의 책, 59면; 김남철, 앞의 논문, 386면 이하; 대법 2010. 3. 11. 2008두15169; 대법 2009. 9. 10. 2008두9324.

72) 박정훈, 앞의 논문, 149면.

73) 지원림, 「민법강의」, 홍문사, 2020, 33면.

법이 적용되는 결과가 되므로 소급금지원칙의 기능이 형해화되는 결과에 이를 수 있다.

생각건대, 진정소급과 부진정소급의 구분 내지 신법과 구법의 적용을 결정하기 위한 종료 여부는 사실관계를 대상으로 판단하는 것이 타당하다. 법령 적용의 대상은 사실관계이며, 동일한 시점에 종료된 사실관계에 대해 법령의 적용이 있었는지 여부와 같은 우연적 사정에 의해 진정소급과 부진정소급으로 구분되는 것은 소급금지제도가 추구하는 신뢰보호의 원칙, 평등의 원칙 등에 부합하지 않는다. 행정상대방은 사실관계가 종료되는 시점의 법령이 적용될 것을 신뢰하는 것이 일반적이며, 동일한 법령 하에서 사실관계가 종료되었다면 동일한 법령이 적용되는 것이 평등의 원칙에 부합한다. 또한, 법률관계를 법의 규율이 예정된 관계라고 넓게 이해할 경우에도 결국 법의 규율이 예정된 관계의 대상은 사실관계이다.

일반적으로 법령은 요건(법률요건)과 효과(법률효과)의 구조를 취하고 있다. 법률요건을 구성하는 개개의 사실을 법률사실이라고 한다.[74] 진정소급과 부진정소급의 구분 내지 신법과 구법의 적용을 결정하기 위한 종료 여부의 판단대상으로서 사실관계란 이러한 법률사실을 의미한다. 법률사실에서 가장 중요한 것은 행위이다. 따라서 사실관계의 종료 여부를 판단한다는 것은 행위의 종료 여부를 판단한다는 의미로 새길 수 있다. 즉, 진정소급이 원칙적으로 금지된다는 것은 요건사실인 행위가 이미 종료되었다면 신법의 규율을 받는 것이 금지되고 행위가 종료된 시점의 구법이 적용된다는 것이다. 한편, 부진정소급이 원칙적으로 허용된다는 것은 요건사실이 되는 행위가 아직 종료되지 않은 경우 행위 당시에 시행되는 신법의 규율을 받는다는 것을 의미한다. 그러므로 소급금지의 원칙이란 결국 행위시법주의로 귀결된다고 생각된다. 이에 따라 행정청은 행위의 종료 여부를 중심으로 신·구법령의 적용을 결정해야 할 것이다. 다만, 좀 더 논의가 필요한 쟁점은 행정법령의 적용시점의 기준 관점에서 행위시법주의를 논할 때 행위란 '누구의 행위인가'의 문제이다. 이에 대해서는 아래의 '행위시법, 처분시법, 판결시법의 관계'에서 살펴보기로

74) 지원림, 앞의 책, 164면.

한다.

나. 행위시법주의와 행위시법, 처분시법, 판결시법의 관계

행정법령의 적용기준을 논함에 있어 동시에 고려되어야 하는 것은 행위시법, 처분시법, 판결시법이다. 행위시법과 처분시법만을 논하거나 처분시법과 판결시법만을 논하는 것은 적절하지 않다. 일반적인 논의에 따르면, 행위시법은 사인의 행위 당시에 효력이 있는 법령, 처분시법은 행정청이 처분하는 당시에 효력이 있는 법령, 판결시법은 항고소송의 판결 당시에 효력이 있는 법령을 말한다. 한편, 소급금지의 원칙에서는 행위시법주의가 도출된다. 그런데 행정법령의 적용기준이 되는 시점을 결정함에 있어 행위시법은 사인의 행위가 요소이고, 처분시법은 행정청의 행위(처분)가 요소이고, 판결시법은 법원의 행위(판결)가 요소가 된다. 이러한 점에서 행위시법주의에서 시점을 결정하는 요소로서 행위란 누구의 행위인지에 관한 검토가 필요하다.

일반적으로 사인의 행위 당시에 효력이 있는 법령이 행위시법이며, 사인의 행위시법을 적용하는 것이 행위시법주의로 이해되고 있다. 즉, 행위시법주의에서 시점의 기준이 되는 행위란 사인의 행위를 말하는 것으로 보는 태도가 일반적이다. 이는 침익적 처분에 적용되는 법령의 적용시점에 관한 행정법학의 논의가 형법상의 행위시법에 관한 논의의 영향을 받은 것으로 보인다.[75] 형법 제1조 제1항은 “범죄의 성립과 처벌은 행위시의 법률에 의한다.”고 규정하고 있다. 이는 형법상 소급금지원칙과 행위시법주의가 채택된 것이다. 형법 제1조 제2항은 “범죄 후 법률이 변경되어 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하게 되거나 형이 구법보다 가벼워진 경우에는 신법에 따른다.”고 규정하여 재판시법주의를 취하고 있다.[76] 재판시법주의는 행위시법주의의 예외로 평가된다.[77] 이와 같이 형

75) 김남철, 앞의 논문, 404면; 행정법령이 구법보다 유리하게 변경되면서 과거에 종료된 사실관계에 신법을 적용한다는 내용의 경과규정을 두고 있지 않은 경우에도 유리한 신법을 적용할 수 있는지 여부와 관련해 형법 제1조가 논의된다. 이는 특히 제재적 처분과 관련하여 논의되는데, 대부분의 문헌과 판례는 제재적 처분은 행위시법이 적용되어야 한다는 태도를 취하고 있다(김남철, 앞의 논문, 391면 참조).

76) 임웅, 「형법총론」, 법문사, 2000, 43-50면.

77) 김성돈, 「형법총론」, SKKUP, 2017, 81면.

법의 적용시점을 결정하는 요소로는 사인의 행위와 법원의 재판이 존재한다.

형법과는 달리 행정법령의 적용시점을 결정하는 요소에는 사인의 행위, 행정청의 행위, 법원의 판결이 있다. 형법 제1조와 행정기본법 제14조를 비교해 보아도 이를 확인할 수 있다.[78] 즉, 행정법령의 적용에는 행정청의 행위가 법령의 적용시점을 결정하는 요소로 추가되어 있다. 행정법학의 일반적인 태도를 반영하고 형법의 관련 논의를 참조해 본다면, 사인의 행위는 행위시법주의의 행위에 해당하고 판결은 행위시법주의의 예외인 시점(판결시법)을 결정하는 데 작용하는 요소로 이해된다. 그러나 이러한 종래의 논의 범주에는 행정법령의 적용시점을 결정하는 요소 중 하나인 행정청의 행위가 포함되어 있지 않다. 즉, 행정청의 행위가 행위시법주의의 행위에 포함되는지 여부가 문제로 남게 된다.

생각건대, 처분시법이란 행정청의 행위시법을 의미하는 것이고, 행정청의 행위시법인 처분시법은 넓은 의미의 행위시법에 포함되는 것으로 이해하는 것이 타당하다. 그 논거는 행정법령이 최종적으로 적용되는 단계는 항고소송이라는 점, 항고소송의 기능인 권리구제 및 행정의 적법성을 통제하기 위해서는 행정청의 행위인 처분의 위법성을 판단해야 한다는 점, 재판시법이 적용되는 부작위에 대한 소송 외의 항고소송은 행정청의 행위(처분)의 존재가 요구된다는 점 등에서 찾을 수 있다. 따라서 행정법령의 적용에서 행위시법주의가 의미하는 행위시법이란 광의의 행위시법을 말하며, 광의의 행위시법에는 사인의 행위를 요소로 하는 협의의 행위시법과 행정청의 행위를 요소로 하는 처분시법이 포함되는 것으로 구성할 수 있을 것이다. 그리고 판결시법은 이러한 광의의 행위시법의 예외로 이해될 수 있을 것이다.

2. 행정법령 적용의 세부기준

78) 소급입법금지의 원칙 및 행위시법주의에 관한 행정기본법 제14조 제1항 및 제3항 본문은 형법 제1조 제1항에 대응되고, 유리한 신법의 적용에 관한 행정기본법 제14조 제3항 단서는 형법 제1조 제2항 및 제3항에 대응되는 것으로 해석할 수 있다. 그러나 행정청의 처분 당시 법령에 관해 규정하고 있는 행정기본법 제14조 제2항에 대응되는 형법 규정은 없다.

행정법령의 적용에 있어 행위시법주의의 행위에 사인의 행위와 행정청의 행위가 포함되는 것으로 넓게 이해하면, 협의의 행위시법과 처분시법은 광의의 행위시법에 해당하고 판결시법은 행위시법주의의 예외가 된다. 판결시법은 행위시법주의의 예외로서 사인이나 행정청의 행위를 법령적용의 요소로 삼지 않는다. 학설과 판례가 부작위에 대해 판결시법을 적용하는 것은 이와 같은 법리에 의해 설명될 수 있다. 한편, 부작위 이외의 처분이 존재하는 경우는 행위시법주의에 따라 광의의 행위시법이 적용된다. 여기서 문제는 사인의 행위를 요소로 삼는 협의의 행위시법과 행정청의 행위를 요소로 삼는 처분시법을 구분하여 적용하는 기준을 어떻게 설정할 것인가이다.

대부분의 문헌과 판례는 제재적 처분이나 과징금부과처분에 대해서는 행위시법, 수익적 행정작용에 대해서는 처분시법을 적용하는 것으로 보고 있다.[79] 그러나 제재적 처분이나 과징금부과처분에 대해 행위시법을 적용한다고 하면서도 그 이유를 제시하지 않고 있으며, 수익적 행정작용이 아닌 침익적 행정작용에 처분시법이 적용된 판례도 있으며, 동일한 법령이 사인의 행위시법과 행정청의 처분시법의 의미를 지니는 경우도 있다. 한편, 행정기본법 제14조가 제정됨으로써 종래의 쟁점 중 '법령의 적용시점에 관한 법률의 근거가 없다'는 전제에서 논의되던 부분은 입법적으로는 일단락되었다. 그러나 그 외의 쟁점에 관한 법리적 연구가 부족한 상황은 변함이 없으며, 동조 제3항에서 협의의 행위시법이 적용되는 대상으로 규정하고 있는 제재처분의 개념에 대해서도 학계의 검토가 요구된다. 비록 동법 제2조 제5호에서 제재처분의 정의를 규정하고는 있으나, 동법상의 제재처분과 종래 학계에서 논의해 온 침익적 처분 및 제재처분과의 관계에 대한 검토가 필요하다. 또한, 동호 단서는 행정상 강제를 제재처분의 개념에서 제외하고 있는데, 그 결과 협의의 행위시법을 규정하고 있는 행정기본법 제14조 제3항에 행정상 강제는 포함되지 않게 된다. 이러한 한계로 인하여 협의의 행위시법과 처분시법의 적용 기준을 정립하기 위한 법리적 검토가 필요하다. 특히, 그 기준은 부작위를 제외한 모든 행정작용에 공백 없이 적용될 수 있어야 할 것이다.

79) 김남철, 앞의 논문, 404면.

일부 견해는 협의의 행위시법과 처분시법의 적용을 판단하기 위한 기준으로 행정처분의 주된 목적과 소급효금지의 원칙을 들고 있다. 이 견해에 따르면, 행정처분의 주된 목적이 법위반행위에 대한 응보에 있으면 협의의 행위시법을 적용하고, 처분 당시 및 장래에 적법하고 합목적적인 행정질서를 유지하고 형성하는 데 있으면 처분시법을 적용하는 것으로 본다. 또한, 진정소급의 금지가 적용되는 경우라면 행위시법, 부진정소급의 허용이 적용되는 경우라면 처분시법이 각각 적용되는 것으로 본다.[80] 이에 대해 일부 견해는 행정처분의 주된 목적이 법위반행위에 대한 응보에 있으면 협의의 행위시법을 적용하는 태도는 형법 제1조 제1항의 영향을 받은 것으로 보면서, 형벌과 행정상 제재는 개념·목적·대상 등이 다르다는 점을 지적한다. 이 견해는 협의의 행위시법과 처분시법의 적용기준을 처분의 성질에 따라 결정하거나 형법의 논리를 유추 적용하는 것에 반대하며, 오로지 소급금지의 원칙에 따라 판단하면 된다고 본다.[81]

생각건대, 우선 소급금지의 원칙에서 행위시법주의가 도출된다. 그런데 형법상 소급금지의 원칙에서 도출되는 행위시법주의와 행정법학에서 도출되는 행위시법주의는 그 의미가 다르다. 형법에서는 사인의 행위 이외의 다른 요소가 없으므로 행위시법주의의 범주에 사인의 행위시법만 포함되지만, 행정법학에서는 행정청의 행위가 존재하는 특수성으로 인하여 행위시법주의의 범주는 광의의 행위시법이 된다. 따라서 행정법상 광의의 행위시법에서는 사인의 행위와 행정청의 행위 중 어느 행위를 판단요소로 삼을지에 관한 별도의 논의가 요구된다. 즉, 소급금지의 원칙만으로 행위시법의 적용을 판단할 수 있는 형법상 논의와는 달리 행정법학에서는 소급금지의 원칙만으로 협의의 행위시법과 처분시법의 적용을 판단할 수 없다. 다음으로, 행정처분의 주된 목적을 기준으로 삼으면서 그 내용으로 법위반행위에 대한 응보를 포함하는 것은 일부 견해가 지적하는 바와 같이 형벌과 제재적 처분이 동일하지 않다는 점에서 타당하지 않다.[82] 또한, 대부분의 행정처분에서 '적법하고 합목적적인 행정질서 유지

80) 배정범, 앞의 논문, 439-450면.

81) 김남철, 앞의 논문, 404면.

82) 홍정선, 앞의 책, 771면; 박균성, 앞의 책, 662면; 대법 2017. 6. 19. 2015두59808.

및 형성'이라는 행정처분의 목적과의 관련성을 찾을 수 있을 것이므로 이러한 목적 역시 기준으로 삼기에 적절하지 않은 것으로 보인다. 다만, 협의의 행위시법과 처분시법의 적용 기준을 처분의 성격에서 찾는 것은 의의가 있는 것으로 보인다.

요컨대, 협의의 행위시법과 처분시법의 적용 기준을 설정하는 것은 광의의 행위시법 중에서 어느 법령을 적용할 것인지에 관한 문제이다. 그러므로 그 기준을 설정함에 있어서는 행위를 반영하여야 한다. 또한, 법령의 적용은 법률관계의 변동을 목적으로 한다. 따라서 어느 행위의 종료에 의해 법률관계변동의 주요 요건사실이 충족되는지를 고려해야 할 것이다. 이를 종합하면, 누구의 행위에 의해 법률관계 변동의 주요 요건사실이 충족되었는지 여부를 기준으로 삼을 수 있다. 이는 처분의 성격을 직권처분과 신청에 따른 처분으로 구분함으로써 판단할 수 있다. 직권처분의 경우 법률관계 변동의 주요 요건사실은 사인의 행위이다. 반면, 신청에 따른 처분의 경우에는 지속되고 있는 사인의 행위에 대한 처분청의 행위가 법률관계 변동의 주요 요건사실이 된다.

Ⅴ. 결론

행정기본법 제14조는 법 적용의 기준을 규정하고 있다. 동조의 제정으로 종래 논의 중에서 법률적 근거 부재와 관련된 한계는 상당부분 해소된 것으로 보인다. 그러나 그 외의 법리적 쟁점은 여전히 남아있다. 법령의 적용시점에 관한 규정이 마련되었다 하더라도 법리적 구성 및 내용의 타당성에 관한 검토가 필요함은 물론이다. 한편, 행정기본법 제14조는 전반적으로 형법 제1조 및 종래 다수설과 판례가 취하던 태도를 수용한 것으로 보인다. 그런데 이와 관련해서는 종래부터 형법 제1조의 유추적용의 타당성, 소급금지원칙의 적용상 문제, 행정작용에 따른 법령적용시점의 기준 등 다양한 쟁점에 관한 논의가 있어 왔다. 또한, 행정법령의 적용시점에 관한 논의는 소급금지의 원칙에 몰입되어 행정법령의 적용시점에 관한 입법적 논제와 집행적 논제의 구분이 불분명한 것으로 보인다. 특히, 이와 같은 일련의 쟁점에 대한 연구가 부족하다는 의견이 있어

왔고, 지금도 그 지적은 타당한 것으로 보인다.

이에 본 연구는 행정법령의 적용시점에 관한 학계의 태도와 판례를 분석하고, 행정법학 및 법집행의 관점에서 그에 대한 재해석을 시도하였다. 소급금지·소급입법금지·소급적용금지 등의 유사한 원칙들을 구별하면서, 종래 다소 명확하지 않게 처리되던 입법작용 단계에서의 소급입법금지의 원칙과 집행작용 단계에서의 소급적용금지의 원칙의 체계적 지위·역할·내용 등의 모호함을 제거하기 위해 노력하였다. 이를 위해 입법작용과 집행작용의 차이점을 분석하고, 그에 기반해 소급입법금지의 원칙과 소급적용금지의 원칙의 구분을 명확히 하고자 하였다. 또한, 소급적용금지의 원칙의 특징을 도출하였다. 이어서 행정법령의 적용시점의 기준에 관한 논의 체계와 그 적용대상을 분석하였다. 행위시법·처분시법·판결시법 등에 관한 논의 체계의 한계 및 각 기준의 적용에서 나타나는 문제점을 살펴보았다. 이상의 내용을 토대로 소급적용금지의 원칙의 의미를 행정법학의 특수성을 반영해 살펴보았다. 종래 형법적 논의의 영향을 받은 행위시법주의의 구성을 행정법령의 적용기준과의 관계 속에서 모색하였다. 이를 위해 단편적으로 논의되던 작용법상 적용시점과 쟁송법상 적용시점을 통합적으로 검토하였고, 처분시법의 의미 및 행정법학에서의 행위시법주의의 의미를 재해석하였다. 또한, 재해석된 구조 속에서 법률관계 변동의 주요 요건사실의 종료 및 행정작용의 성격을 고려하여 행정법령 적용의 세부기준을 제시하였다.

바라건대, 소급입법과 소급적용의 구분, 형법과는 다른 행위의 존재 즉 행정기관의 행위의 존재에 따른 행시법주의의 의미, 행정작용의 유형과 법령의 적용기준, 행정기본법 제14조의 한계 등에 관한 본 연구의 다소 전향적인 관견이 후속연구를 자극하는 작은 계기가 될 수 있기를 희망해 본다.

(논문투고일: 2021.9.6., 심사개시일: 2021.9.8., 게재확정일: 2021.9.24.)



정연부

행정기본법, 행정법령의 적용, 소급효금지의 원칙, 소급적용, 소급입법, 행위시법, 처분시법, 판결시법

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 단행본

김남철, 「행정법강론」, 박영사, 2020.
김민호, 「행정법」, 박영사, 2020.
김성돈, 「형법총론」, SKKUP, 2017.
김중권, 「행정법」, 법문사, 2016.
김철용, 「행정법」, 고시계사, 2017.
김향기, 「행정법개론」, 탑북스, 2016.
류지태·박종수, 「행정법신론」, 박영사, 2019.
박균성, 「행정법론(상)」, 박영사, 2020.
박정훈, 「행정법의 체계와 방법론」, 박영사, 2005.
배병호, 「일반행정법강의」, 동방문화사, 2019.
임 웅, 「형법총론」, 법문사, 2000.
정재황, 「헌법입문」, 박영사, 2017.
정종섭, 「헌법학원론」, 박영사, 2016.
정하중, 「행정법개론」, 법문사, 2020.
정형근, 「행정법」, 피엔씨미디어, 2020.
지원림, 「민법강의」, 홍문사, 2020.
한수웅, 「헌법학」, 법문사, 2020.
홍정선, 「행정법원론(상)」, 박영사, 2020.
鹽野宏, 「行政法Ⅱ」, 有斐閣, 2006.

Ⅱ. 논문

강지은, “제재적 행정처분에 대한 소송”, 공법학연구 제14권 제2호, 한국비교공법학회, 2013.
강현호, “신뢰보호원칙에 대한 재고찰”, 성균관법학 제17권제3호, 성균관대학교 법학연구원2006.
김남철, “처분시 적용법령(행위시법·처분시법)의 문제”, 공법학연구 제20권 제3호, 한국비교공법학회, 2019, 386면.
김주석, “행정법령에 있어서 해석에 의한 소급적용의 가능성-대법원 20

07.2. 22. 선고 2004두12957 판결을 중심으로-", 법조 제57권 제5호, 법조협회, 2008.

민경식·윤석진, "사회보험연금의 보장과 소급입법", 중앙법학 제7집 제1호, 2005.

박정훈, "처분사유발생 후 행정처분기준의 변경과 법적용관계-대법원 2001.10.12. 선고 2001두274판결-", 경희법학 제50권 제4호, 경희법학연구소, 2015.

배정범, "법령의 변경과 행정처분 시의 적용법령", 법조 제67권 제6호, 법조협회, 2018.

이부하, "헌법상 신뢰보호원칙의 재정립-헌법재판소 결정을 분석하며", 법학연구 제21집 제2호, 인하대학교 법학연구소, 2018.

이상수, "행정상 제재처분기준 변경시 신·구법간의 법적용관계", 법제, 법제처, 2002.

Ⅲ. 기타

법제처, 행정기본법안 조문별 제정이유서, 2020.

Abstract

Reinterpretation on the Principles and Standards Concerning the Application of Administrative Statutes

Joung, Youn Boo

The application of administrative statutes is to enforce the rule of law. It is very closely related to the protection of individual rights and interests. It also could cause widespread problems on the equality. Therefore, the principles and standards concerning the application of administrative statutes must be clear and valid. Article 14 of the Fundamental Act on Administration recently enacted stipulates the criteria for application of administrative statutes. This ensures clarity of the principles and standards for the application of administrative statutes. But a research on its validity is still lacking.

Several standards for the application of administrative statutes have been shared in many documents and precedents. However, various opinions from academia have been suggested including the point that the precedents do not provide any clear reason for the legal argument. With the enactment of Article 14 of the Fundamental Act on Administration, the previously shared contents was stipulated. But it seems that the system and contents of the related legal principles are still in an unordered state. The structure and contents of Article 14 of the Fundamental Act on Administration are basically similar to Article 1 of the Criminal Act. Many of the academic discussions before the enactment of the Fundamental Act on Administration seem to be influenced by the discussions on Article 1 of the Criminal Act.

However, Article 14 of the Fundamental Act on Administration also differs from Article 1 of the Criminal Act. Nevertheless, it looks like the academic discussions have not yet fully reflected these differences.

This study considered several matters to ensure the validity of the principles and standards concerning the application of administrative statutes: (1) The perspective of law application that is distinct from legislation, (2) The integrated approach to discussions related to the administrative actions and administrative disputes, (3) The specificity of administrative law that is different from the perspective of the Criminal Act. This study has analyzed the topic considering the points above. This paper has some main researches such as looking at the principles concerning the application of administrative statutes, researching the standards for the application of administrative statutes, attempting to reinterpret the principles and standards of the application of administrative statutes.



Joung, Youn Boo

Fundamental Act on Administration, application of administrative statutes, principle of non retroactivity, retroactivity application, retroactivity legislation, the law at the time of a private act, the law at the time of a disposition, the law at the time of a judgment.

성균관대학교 법학연구원 『성균관법학』 10.17008/skklr.2021.33.3.003
제33권 제3호 (2021. 9.)
Sungkyunkwan Law Review Vol.33. No.3 (September 2021) pp65~128

생태전환기의 환경권, 과학기술 및 특허제도의 재조명
- 기후위기에 대한 대응을 중심으로 -

이규홍*

【목 차】

Ⅰ. 서론
1. 환경과 인류
2. 논의의 범위
Ⅱ. 생태환경 논의의 국내외적 긴요성
1. 문제의 제기
2. 생태환경 훼손의 현황
3. 기후변화에의 대응
4. 향후 지향점
Ⅲ. 환경권 논의의 연혁과 발전방향
1. 환경권의 도입과 특성
2. 환경권의 법적 성격
3. 환경권 조항의 규범력 강화방안
Ⅳ. 과학기술의 통제와 경제 조항
1. 과학기술의 발전
2. 과학기술에 대한 통제
3. 우리 헌법상 경제 조항 및 과학 기술 조항의 상호작용
Ⅴ. 특허제도의 법적 의미와 발전방향
1. 특허제도의 현황
2. 생태환경과 기존 특허제도
3. 우리 특허제도의 검토
Ⅵ. 결론

【국 문 요 약】

현재의 지구 자연환경 유지는 인류 생존의 조건이다. 그런데 최근에 이르러 폭우, 가뭄 등 많은 재해현상의 근본원인이 '화석연료'에 의존하는 에너지 소비방식에 의한 기후변화라는 점이 과학적으로 증명되고 있다. 이러한 기후위기에 대응하기 위하여 '그린 뉴딜'로 대표되는 '녹색경제로의 신속한 이행' 정책을 택한다면 사회 모든 분야에서 균등하게 같은 취지의 해결책이 동시에 진행되어야 할 것인데, 그 중 과학기술발전과 밀접한 특허제도개선

* 특허법원 부장판사, 법학박사

에 주목할 필요가 있다. 즉 “생태환경 – 과학기술 – 경제발전 - 특허제도”로 이어지는 연결논의를 통한 문제해결이 시도되어야 하고, 기후위기의 절박한 현황파악은 그 전제로 필수적이다. 이에 관하여 UN 등 공적기구를 통하여 상당 부분 확립된 과학적 분석과 예측을 살펴보면 환경권 논의 및 과학기술에 대한 통제론이 새 국면을 맞이하여야 하는 이유가 충분히 설명될 것이다. 우선, 이러한 절박한 환경문제를 극복하기 위하여 환경권에 대한 그간의 논의가 어떠하였고 향후 어떠하여야 하는지에 관한 헌법적 논의가 필요할 것인데, 이는 현행 헌법체계의 연혁과 생태환경 현황에 따르면 생존권으로서 환경권의 우월성이 불가피하게 확보되어야 하는 것으로 귀결된다. 다음, 과학기술의 인류에의 기여는 너무나 크지만 그에 대한 통제 역시 동서고금의 과제이었음을, 나아가 우리 헌법의 과학기술 조항은 과학기술 분야의 경제에의 종속을 직접적으로 규정하고 있음을 확인한다. 그러한 상황에서 과학기술에 의한 환경침해 문제를 해결하려면 과학기술의 공공성 강화가 필요함을 설명하여 특허제도 재검토의 기초를 마련한다. 특허제도의 탄생 이유는 과학기술과 나아가 산업발전에 이바지하기 위한 것이지만, 과학기술의 공공성 강화를 지원하는 시각에서 특허제도의 새로운 역할, 즉 환경권 조항의 영향 하에 과학기술발전의 방향타로 사용될 수 있음을 지적한다. 이로써 생태전환기의 환경권 역할이 왜, 얼마나 중요한지를 살펴보고, 그에 따른 후속조치로 과학기술이 어떠한 방식으로 통제되어야 하는지를 경제 조항과의 해묵은 관련성 약화 필요성 차원에서 논의하며, 결론적으로 과학기술 발전의 수단으로 창출되어 그 효율성이 정점에 이른 특허제도의 재조명을 통한 생태환경보호 가능성을 확보하고자 한다.

Ⅰ. 서론

1. 환경과 인류

지구의 나이는 45억 5,000만 살 정도 되고, 우리와 해부학적으로 같은 호모 사피엔스(인류)는 약 20만 년 전에 지구상에 등장하여 구석기 시대를 보냈지만, 빙하기가 지나고 약 1만 년 전 따뜻한 간빙기인 신생대 제4기 홀로세(Holocene)로 들어서 기후변동성이 작게 되자 인류는 비로소 수렵체

제에서 신석기 농업시대로의 전환을 이룰 수 있었고 이에 따라 정착이 가능해졌으며 점차 문자와 사회조직이 만들어지면서 문명이 형성된 것이라고 일반적으로 설명된다.[1] 이렇듯 자연환경은 인류가 지구라는 무한한 우주 속의 작은 우주선 속에서 번성하고 나아가 생존을 기약할 수 있도록 하는 결정적인 조건이었다.

최근의 전례 없는 폭우 등 재해가 심각한 문제[2]로 떠오르고 있는데, 이 현상이 순수하게 자연현상에 의한 일회적인 것이 아니고 인간의 온실가스 배출 등 사회현상에 의한 '인재(人災)'이며, 이런 추세가 지속된다면 향후 인류의 멸종까지 예상 범주 내에 있을 수 있다는 연구성과가 대체적으로 공감을 얻고 있다.[3] 과거 300년 동안의 근대성 시대에서 인간은 '자연'을 걱정할 필요가 없었기 때문에 자연에서 분리된 '사회'에 산다고 믿게 되어 오직 근대성의 '사회'(인류세)를 구축하는 데 매진할 수 있었지만, 큰 재해가 들이닥친 21세기부터 인간은 '자연'과 무관하게 '사회' 속에 살아온 것이 아니라는 사실을 자각하게 된 것이다.[4]

이러한 재해의 근본 원인으로 지목받는 기후변화 문제에 그 사회적 심각성을 더해 주는 것은 자연재해로 위장된 기후위기는 선진국들의 성장이 과거 온실가스의 무분별한 배출을 통한 것[5]이고 그 이후 지구생태를 훼손하

---

1) 조천호,「파란하늘 빨간지구」, 동아시아(2019), 24-38.

2) 최근의 예로, 2021. 7. 14. 독일과 벨기에에서의 폭우, 같은 달 17.- 20. 사이에 이루어진 중국 허난성 정저우에서의 연강수량에 버금가는 양의 폭우 등 전대미문의 잦은 기상이변은 세계 뉴스를 검색하면 쉽게 알 수 있다.

3) 환경훼손의 원인은 대략 다음의 세 가지 관점에서 보는 것이 일반적이라는 설명이 있다. 첫째, 인구의 증가는 적어도 자연환경에는 조종(弔鐘)을 고할 것이라는 점, 둘째, 기술, 더욱 근본적으로는 과학의 발달이 자연의 착취를 정당화하는 새로운 윤리를 길러냈고 오늘날 비록 환경보호의 필요성이 깊이 인식되기는 하지만 여전히 과학기술이 환경문제를 해결해줄 것이라고 믿고 신뢰하는 점, 셋째, 가장 중요한 관점은 종교와 문화인데, 많은 학자들은 환경문제의 뿌리를 그리스 문화, 유대문화, 초기 기독교 문화에서 찾아야 한다고 주장하는 점이라 한다. 조홍식,「환경법원론(제2판)」, 박영사(2020), 4-5.

4) 김환석, "사회과학의 새로운 패러다임, 신유물론", 지식의 지평(2018. 11.), 2-3; '인류세(Anthropocene)'는 홀로세를 잇는 지질시대로, 2001년 파울 크루첸이 처음 제안한 것인데, 인간이 화석연료를 대규모로 사용하면서 배출된 온실가스로 지구온난화와 기후변화가 시작되었다는 주장과 연결된다. 다만, 아직 지질학계에서 공식적인 인정을 받은 것은 아니고, 그 시기에 관하여도 여러 의견이 존재한다. https://100.daum.net/encyclopedia/view/47XXXXXd1172 (2021. 8. 2. 확인).

는 온실가스 산업이 개발도상국으로 이전되었음에도 지구의 위기는 인류전체의 책임이라고 주장되는 점이다. 그리고 심지어 생태위기의 피해는 그에 가장 책임 없는 빈국(貧國)이, 나아가 그런 국가의 더 책임 없는 빈민(貧民)들이 가장 직접적으로, 강하게 입는다는 현실구조에 의해 증폭되고 있기도 하다.

2. 논의의 범위

가. 용어의 의미

본고는 헌법적 쟁점을 논의의 근간으로 삼고 있어 일단 논의의 편의상 대한민국 헌법의 관련 조항을, '환경권 조항',[6] '과학기술 조항',[7] '경제 조항',[8] '지식재산권 조항'[9]으로 약칭하기로 하고, 그 외 몇몇 용어의 의미를 살펴본다.

첫째, 본고에서 다루는 '환경'의 의미를 본다. 환경정책기본법 제3조에 따

---

5) 공기 중의 온실가스 증가로 기후변화가 일어나려면 짧게는 10년, 길게는 30-40년 정도가 걸리므로 2020년 초반 호주에서 7개월 동안 발생한 가뭄과 산불은 지금 현재의 온실가스 농도에 대한 영향이 아니라 우리가 2000년대 초반, 1990년대 배출한 것의 결과라고 한다. 정용인, "기후위기 남은 시간 7년… 인간의 능력을 믿는다."(조천호 박사 인터뷰), 경향신문(2021. 4. 18.).

6) 헌법 제35조 ① 모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다. ② 환경권의 내용과 행사에 관하여는 법률로 정한다.

7) 헌법 제127조 ① 국가는 과학기술의 혁신과 정보 및 인력의 개발을 통하여 국민경제의 발전에 노력하여야 한다. ② 국가는 국가표준제도를 확립한다. ③ 대통령은 제1항의 목적을 달성하기 위하여 필요한 자문기구를 둘 수 있다.

8) 헌법 제119조 ① 대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다. ② 국가는 균형 있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다.

9) 헌법 제22조 ② 저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다; 전반적 문제점에 관하여는 이규홍·정필운, "헌법 제22조 제2항 관련 개헌론에 관한 소고 – 지적재산권조항의 재정립에 관하여 –", 법조(650)(2010. 11.) 참조; 이규홍, "지식재산권법에 관련된 헌법적 쟁점과 향후 과제", 저스티스 통권 제170-3호(2019. 2.), 183에서는 위 조항을 "지적재산권은 과학, 문화 및 산업의 향상발전을 위하여 법률로써 보호되어야 한다."라고 재정비되기 전까지는 단순히 '제22조 제2항'으로 부르는 것이 타당하다고 한 바 있으나, 이하에서는 다른 약칭과의 관계상 '지식재산권 조항'으로 부르기로 한다.

르면, 환경은 '자연환경과 생활환경'을 말하고,[10] 이는 다른 환경법규에도 전반적으로 반영되고 있다. 이와 관련하여 우리 헌법의 '환경'권 조항의 의미에 관하여 그 내용과 성격은 뚜렷하지 않지만 이를 자연환경을 의미하는 것으로 보고 논의를 전개하는 견해[11]가 있고, 본고에서도 과학기술과 관련된 '자연'(생태)[12] 환경침해, 그 중 기후위기 문제를 중심으로 논의가 이루어질 것이다.

둘째, 현재의 기상이변 등을 설명하는 용어로 지구온난(고온)화(Global warming or heating), 기후변화(climate change),[13] 기후위기(climate crisis), 기후재앙(climate disaster), 기후비상사태(climate emergency) 등 용어가 병용되는데 같은 기후문제의 심화에 따른 용어의 변천을 반영하는 면이 강하고, 각 현행법이나 국제조약에서 사용되는 용어이므로 이하 혼용

---

10) '자연환경'은 "지하·지표(해양을 포함한다) 및 지상의 모든 생물과 이들을 둘러싸고 있는 비생물적인 것을 포함한 자연의 상태(생태계 및 자연경관을 포함한다)"를, '생활환경'은 "대기, 물, 토양, 폐기물, 소음·진동, 악취, 일조 등 사람의 일상생활과 관계되는 환경"을 말한다.

11) 허영, 「헌법이론과 헌법(신4판)」, 박영사(2010), 630; 환경의 의미에 사회적 환경을 포함시키면 현실적으로 자연환경에 대한 권리조차 제대로 보장하지 못하게 될 수 있어 헌법상의 환경권을 무력화시킨다는 비판이 있다고 한다. 박규환, "생태적 기본권 도입에 관한 연구 - 지배에서 공존으로", 공법학연구 제19권 제1호(2018), 115; 환경권 보호영역의 명료성과 관련하여 환경권의 대상을 자연환경으로 한정하여 규범력을 제고하는 방안을 제안하는 견해도 마찬가지이다. 고문현, 「헌법학개론(제2판)」, 박영사(2020), 262; 한편 1987년 개헌 전 제33조 제1항의 '깨끗한 환경'은 자연환경을, 현행 헌법상의 '건강하고 쾌적한 환경'이라는 문구는 자연환경 외에 사회·문화적 환경까지 동시에 염두에 둔 규정이라는 견해도 있다. 「헌법주석서 Ⅱ」, ㈜휴먼컬쳐아리랑(2015) (정극원 집필 부분), 388.

12) '환경'개념과 '생태'개념의 구별이 필요하다는 설명도 있는데, 대체로 '환경'은 인간중심, 인간 우위의 관점에서 자연을 본다는 의미를 내포하고, '생태'는 자연 속의 일부로 인간이 살아간다는 관점으로 세상을 보는 것을 의미한다고 한다. 그러나 '생태환경'[다음(DAUM) 한국어 사전에 의하면, "生態環境, 생물과 생물적 환경 사이의 관계가 갖는 체계나 유형을 연구하는 분야"라고 하고, 생태계는 "어느 환경 안에서 생육하는 생물군과 그 생물들을 제어하는 제반 요인을 포함하는 복합 체계"라고 한다]이라는 용어는 '자연환경' 보다 생태계 보호에 집중된 개념으로 사용되므로, 궁극적으로 '생태환경'이 적절한 용어이다. 아울러 '생태전환'은 생태계를 존중하는 상태로의 이동을 의미하지만, 현행법을 고려하여 '자연', '생태'를 내포하는 용어로 '환경권'을 같이 사용한다.

13) 기후위기론에 반대하는 입장에서는 과학모델로 예측한 '지구온난화'가 2005년경 멈추게 되자 갑자기 '기후변화'라는 용어가 등장하였다고 주장하기도 한다. 그레고리 라이트스톤, 「불편한 사실」, 어문학사(2020, 박석순 옮김), 19.

하되 '기후변화'나 '기후위기'를 주로 사용하기로 한다.[14]

셋째, '기후위기 대응을 위한 탄소중립·녹색성장 기본법'[15] 제2조는 '온실가스'[16], '온실가스 배출'[17] 등을 정의하고, '기후변화'를 "사람의 활동으로 인하여 온실가스의 농도가 변함으로써 상당 기간 관찰되어 온 자연적인 기후변동에 추가적으로 일어나는 기후체계의 변화"(1호)로, '기후위기'를 "기후변화가 극단적인 날씨뿐만 아니라 물 부족, 식량 부족, 해양산성화, 해수면 상승, 생태계 붕괴 등 인류 문명에 회복할 수 없는 위험을 초래하여 획기적인 온실가스 감축이 필요한 상태"(2호)로 정의하는데 이하 그 의미를 따르도록 한다.

나. 논의의 구조

최근 코로나 19의 전 세계적 창궐은 인류사회에 그 발생원인 규명 논란[18]과 더불어 첨단 과학기술 중 BT(BioTechnology)의 능력을 순식간에 시험대에 올려놓았고, 범지구적 보건공조라는 주장이 지지받으며, 동시에 과학기술의 일정 부분을 지탱해 온 특허제도도 논의대상이 된 바 있다.[19]

---

14) 참고로 2019. 5. 20. 영국 일간지 더 가디언(The Guardian)도 기후변화 대신 기후위기를, 기후변화회의론자(climate skeptic) 대신 기후과학부인자(denier)를 사용하기로 하였다.

15) 2021. 8. 31. 국회본회의를 통과한 법률로, 2020. 10. 정부의 2050년 탄소중립선언을 뒷받침하기 위하여 제정되었고, 기존의 '저탄소 녹색성장 기본법'은 폐지되었다. 이하 '탄소중립기본법'이라고 한다.

16) "적외선 복사열을 흡수하거나 재방출하여 온실효과를 유발하는 대기 중의 가스 상태의 물질로서 이산화탄소(CO_2), 메탄(CH_4), 아산화질소(N_2O), 수소불화탄소(HFCs), 과불화탄소(PFCs), 육불화황(SF_6) 및 그 밖에 대통령령으로 정하는 물질"(5호)

17) "사람의 활동에 수반하여 발생하는 온실가스를 대기 중에 배출·방출 또는 누출시키는 직접배출과 다른 사람으로부터 공급된 전기 또는 열(연료 또는 전기를 열원으로 하는 것만 해당한다)을 사용함으로써 온실가스가 배출되도록 하는 간접배출"(6호)로, 나아가 감축은 "기후변화를 완화 또는 지연시키기 위해 온실가스 배출량을 줄이거나 흡수하는 모든 활동"(7호)으로 정의한다.

18) 이에는 중국기원설 등 국제적 책임을 두고 논란이 있는 것 외에 예컨대, 코로나 바이러스와 전자파(5G)의 관련성에 관하여, 1918년 스페인 독감이 지구의 전자기 환경을 변화시키는 수준에 이른 전파 기술에 의한 것임을 주목할 때, 직접적이지는 않아도 관련성이 의심된다는 주장도 있다. 아서 퍼스텐버그, 「보이지 않는 무지개(하)」, 어문학사(2020, 박석순 옮김), 9.

19) 미국 조 바이든 대통령의 범세계적 제약산업에서의 코로나 백신 강제실시권 허용 여부 관련 언급이 있었고 세계적으로 논의된 바 있다. 원래 특허제도는 BT와 IT(Information

이미 인류를 괴롭혀 온 엄청난 자연재해를 과학기술의 힘으로 극복하여 왔다고 자부하는 현시점에 코로나 19는 다가올 재앙의 전주곡일 뿐이고[20] 재앙의 가장 근본적 원인으로 지목된 극심한 기후변화의 징후는 우리 사회제도, 생활습관에 깊이 근거를 두고 있어 이제는 초심으로부터의 논의가 필요한 것이 분명하다.

그러므로 본고에서는 "생태환경 – 과학기술 – 경제발전 – 특허제도"로 이어지는 논의[21]의 연결고리를 통하여 생태환경문제, 특히 기후위기 문제 해결에 있어서 특허제도의 잠재적 역할을 지적하고자 한다. 이는 '발명을 보호·장려하고 그 이용을 도모함으로써 (과학)기술의 발전을 촉진하여 산업(경제)발전에 이바지함을 목적'으로 하는 특허제도를 바라보는 전통적 시각의 재검토 과정에서 새로운 역할 부여가능성을 확인하는 과정이 될 것으로 다음의 순서에 따르게 된다.

첫째, 현재의 생태환경 논의의 국내외적 긴요성(Ⅱ)을 살펴보는데, 기후위기의 절박성에 관한 UN 등 공적기구에서 일반적으로 정리한 현황 및 장래 예상치를 근거로, 왜 환경권 논의 및 과학기술에 대한 통제론이 새 국면을 맞이하여야 하는가에 관한 과학적 기초를 확고히 하려는 의도이다. 둘째, 환경권 논의의 연혁과 발전방향(Ⅲ)에서는 절박한 환경문제를 극복하기

Technology) 양대 산맥으로 유지되어 왔는데 양자에서의 특허제도의 역할은 상당히 달라졌고, 특히 BT 분야에서는 소위 블록버스터 약품 등 고수익의 원천으로 특허제도가 큰 역할을 해왔다. 조(兆) 단위에 이르는 엄청난 개발비는 특허제도로 보호되지 않는 한 감당하기 어려운 점 등이 그 원인인데, 반면 저개발 국가 국민들이 고가의 필수의약품에의 접근이 차단되어 심지어 '특허에 의한 살인'이라는 악평도 존재한다. 조영선, 「특허법3.0(제7판), 박영사(2021), 422. 한편 IT 분야에서는 오히려 특허가 기술발전을 저해하는 측면까지 있음이 지적되는데, 예컨대 수천 개의 부품과 특허로 이루어진 고도의 전자기기의 경우 하나의 특허침해만으로도 제품 자체의 판매금지가처분이 내려질 수 있다는 점에서 그러하고, 후술하듯이 이를 악용한 소위 '특허괴물' 문제도 논의되고 있다.

20) 예컨대 많은 과학자들은 기후위기로 만년 빙하가 녹게 되면 그 안에 냉동되어 이제는 사라진 것으로 선언된 바이러스와 세균이 다시 창궐할 수 있음을 경고한다.

21) 생태환경과 지식재산권제도의 연결은 일견 거리가 있어 보인다. 그러나 후술하듯이 상당기간 주된 논의대상에서 소외된 감이 있는 생태환경과 인권 간의, 지식재산권과 인권 간의 각 관련성이 최근 주목받고 있고 '인권'을 매개로 기후위기와 지식재산권제도를 연계하는 작업이 필요해졌다. 상표권, 저작권, 디자인권 등을 위시한 최신의 지식재산권들 역시 생태환경과 깊은 관련(예컨대 친환경 디자인 보호문제 등)이 있으나 추후논의로 미루고, 본고에서는 지식재산권 중 과학기술과 불가분적으로 연계된 특허제도만을 다룬다.

위하여 환경권에 대한 그간의 논의에 어떠한 변화가 필요한지 헌법적 차원에서 살펴본다. 우선, 현재까지 약한 규범력 때문에 과학기술 및 지식재산권 통제의 심사기준으로 제대로 기능하지 못하여 온 환경권 조항의, 사회적 기본권[22]으로서의 한계와 환경권 고유의 한계라는 각 난관을 검토한다. 그리고 현행 헌법체계의 연혁과 생태환경 현황에 따르면 향후 위와 같은 한계극복을 통하여 생존권으로서 환경권의 우월성 확보가 불가피할 것임을 설명한다. 셋째, 과학기술의 통제와 경제 조항(Ⅳ)은 과학기술의 통제가 동서고금의 과제이었던 점, 나아가 우리 과학기술 조항이 과학기술 분야의 경제에의 종속을 직접적으로 규정하고 있는 점을 확인한다. 그러한 현실에서 과학기술에 의한 환경침해 문제를 해결하려면 국가의 적극적 개입을 통한 공공성의 강화가 필요함을 증명하여 특허제도 재검토의 기초를 마련한다. 넷째, 특허제도의 법적 의미와 발전방향(Ⅴ)을 논하는데, 특허제도의 탄생 이유는 과학기술 발전에 이바지하기 위한 것이지만, 경제발전과의 직접적 관련성을 일부 단절시킬 경우 특허제도는 새로운 역할, 즉 환경권 조항의 강한 영향 하에 과학기술발전의 방향타로 사용될 수 있음을 논증한다.

Ⅱ. 생태환경 논의의 국내외적 긴요성

1. 문제의 제기

비교적 최근에 이르러 재해 현상의 근본 원인으로 석탄, 석유 등 '화석연료'에 의존하는 에너지 소비방식에 의한 기후변화가 의심을 받기 시작하였다. 그러나 그 혐의가 서서히 과학적으로 증명되자 그간의 수 많은 피해자들은 '천재지변'이라는 용어로 현혹되어 부당한 피해를 본 것은 아니었는지 깊은 의구심을 갖기 시작하고 있다.

그런 면에서 본 장의 목적은 본고의 최종목적인 특허제도의 재조명을 위한 기초자료를 제공하는 것으로, 이는 우선 환경권이 강화되어야 할 강력한

22) 모든 기본권은 사회적이라는 의미에서 종전의 사회적 기본권을 생존권적 기본권으로 사용하자는 견해[정재황, 「헌법학」, 박영사(2021), 1343]가 있다. 타당한 지적으로 보이고, 특히 환경권의 경우 더욱 그러한 명칭이 적합하다고 생각한다. 다만, 본고에서는 사회권, 생존권을 혼용하도록 한다.

직접적 근거로 기능할 것이고, 나아가 과학기술에 대한 통제론에 대한 새로운 접근이 필요함에 대한 논거로도 활용될 것이며, 최종적으로 과학기술 발전의 촉매제로 도입된 특허제도 재검토 논의로 이어질 것이다.[23] 지구생태환경 훼손이 어느 수준에 이르렀는지를 살펴보고, 그 주된 원인이 기후위기에 의한 것임을 확인하며, 국내외적으로 그 긴요성을 어떻게 인식하고 대응하여 왔는지를 개략적으로 살펴보기로 한다.

2. 생태환경 훼손의 현황

가. 생태환경 침해의 특징

생태환경 침해가 일반적인 불법행위와는 구별되는 특징은 다음과 같이 요약된다. 첫째, 강한 상호관련성(수질오염, 토양오염 및 폐기물 문제는 상호밀접한 관계를 갖는 경우가 많아 통합적 접근이 요구된다), 둘째, 상당한 시차(잠복성) 존재(미국의 러브 케넬 사건[24]은 유해폐기물을 매립한 후 30년 이상이 지난 후에 그 피해가 발생하였다), 셋째, 탄력성(자체회복력)과 비가역성의 공존(어느 정도의 환경 악화는 자정능력으로 회복되지만, 그 한도를 초과하면 원상회복이 어렵거나 불가능하여지므로 예방이 중요하다), 넷째, 광역성(일본의 후쿠시마 오염물질 해양방류 결정에서 보듯이 환경오염물질은 한 지역, 한 국가에 머물지 않으므로 국제협력이 불가결하다), 다섯째, 이해관계의 조정 필요성(이에 특화된 환경분쟁해결제도가 요구된다), 여섯째, 국민과 국가의 역할 증대(공공재적 성격이 강하여 국가적 정책수단과 피해구제가 중요하고 국민들의 참여 역시 중요하다).[25]

그리고 기후위기에 관하여는 그 결과가 몇몇 사람의 잘못으로 이루어지

---

23) 역으로 기후변화 부정론자들이 주장하듯이 기후'위기' 수준의 심각한 생태환경 훼손이 인정되지 않는다면, 즉 지금의 재해들이 전지구적 기후변화 사이클의 일종에 불과한 천재라면 환경권의 강화된 역할 등에 관한 논의는 시기상조일 것이다. 그러므로 본고에서 현실적으로 존재하는 기후변화 부정론을 소개하지 않은채 인재로서의 기후위기의 존재를 당연히 전제하고 논의를 전개한다면 헌법적 차원의 개혁 필요성론은 그 논의 규모에 비추어 설득력이 감퇴될 소지가 있다고 본다. 나아가 특허제도 관련자에게 기후문제의 심각성을 환기시킬 필요성도 있다고 생각하므로 본장에서는 매우 방대한 지구환경 관련 논의 및 국제적 대응의 연혁을 요약하여 소개하기로 한다.

24) 박석순,「환경 재난과 인류의 생존 전략」, 어문학사(2020), 150-157.

25) 이상 상세는 박균성·함태성,「환경법(제9판)」, 박영사(2019), 3-5.

는 것이 아니고, 직접적 관리자가 있을 수 없다는 점이 추가로 지적될 수 있을 것이다.[26] 법적 책임은 고사하고 도덕적 책임조차 지구 전지역에 존재하는 사람들과 나아가 여러 세대에 걸쳐 분산되므로 문제가 더욱 복잡하다는 것으로 산업자본주의 시스템 자체에 책임을 물어야 한다는 주장도 설득력을 얻고 있다.[27] 기후위기 책임은 각 국에서는 내국법으로 규정한 (경우에 따라 느슨한) 환경기준만을 지키면 면책되므로, 여타의 불법행위법 규제방식과는 달리 파리협정처럼 현재의 지구 운영시스템 전반에 대한 국제적 논의가 불가피한 점이 특징인 것이다.[28]

나. 생태환경의 위기상황

지구 생태환경의 위기는 매우 다양한 면에서 드러나고 있고, 심각성이 매우 우려되는 수준에 이르러 현상태의 지속은 물론, 점진적 개선만으로는 인류의 생존이 위협받을 것이라는 주장, 그리고 모든 위기의 근간에는 온실가스[29]에 의한 기후온난화가 잠복되어 있다는 주장이 있고 이는 '지구가 둥

---

26) 해결책에 관하여도 보건문제와는 다른 접근이 필요하다고 한다. 예컨대 조류독감의 치료제 타미플루의 특허권 강제실시에 관하여는 원인과 처방이 분명하므로 제도적 해결이 가능하였으나, 환경문제는 그렇지 않다는 것이다. 이일호·김병일, "기후변화 맥락에서 기술이전 논의를 위한 전제들 - 지식재산권, 시장 그리고 법 -", 산업재산권 제58호(2019), 141.

27) 데이비드 월러스 웰즈, 「2050 거주불능지구」, 추수밭(2020, 김재경 옮김), 225, 260.

28) 이런 면에서 원자력 발전에 대한 논의는 각 국의 뜨거운 감자가 아닐 수 없다. 화석연료 사용으로 인한 온실가스 배출억제를 위한 유력한 대책으로 원자력 발전을 지지하는 입장과 후쿠시마 원자로 폭발로 대표되는 환경재앙론을 강력히 내세우는 반대론이 팽팽히 맞서고 있다. 실제로 우리 정부가 신고리 원자력발전소 5, 6호기의 건설재개 여부에 대하여 공론화위원회를 개최한 결과 2017. 10. 20. 59.5%가 건설재개에 찬성(중단은 40.5%)하자 정부는 이를 받아들이지만 새롭게 원자력발전소를 건설하지 않겠다는 방침을 공지한 바 있다. 태양열 발전 등 대체(재생)에너지의 발전량 비중이 아직 크지 않은 한국의 현실을 고려하고, 급증하는 전력수요량을 고려할 때 탈탄소사회를 추구하는 한국의 고민은 깊을 수밖에 없다. 탈원전정책을 채택한 독일, 반면 원자력 우선정책을 고수하고 있는 프랑스 등 세계적으로 정답이 없는 논쟁주제로 별도로 논의가 필요한 것이므로 본고에서는 논의하지 않고 이하 화석연료가 유발한 기후위기만을 다루기로 한다.

29) 온실가스 중 아산화질소나 메탄은 이산화탄소보다 지구온난화에 더 큰 영향(특히 메탄은 대기권에 진입하는 순간 이산화탄소보다 120배나 심한 온난화를 초래하지만 대기에 오래 머물지 않는다)을 끼침에도, 현재 과학계는 불완전하지만 나름 효과적인 측정방식으로 '이산화탄소 환산톤(CO_2eq., carbon dioxide equivalents)'을 사용하여 전체 온실가스량을 측정한다. 빌 게이츠, 「기후재앙을 피하는 법」, 김영사(2021, 김민주, 이엽 옮김), 35;

글다.'는 사실과 비슷한 수준으로 확실하다고 한다.[30] 이하 UN 등 공신력 있는 기구나 조직에서 이미 공식적으로 확인하고 일반적으로 수용되고 있는 기후위기론을 요약 소개하고자 한다.

태양에서 지구에 오는 빛 에너지 중 대부분은 육지나 대양, 빙하 등에 의하여 흡수되고 3분의 1 정도가 원적외선 형태로 다시 우주 공간으로 방출되는데, 이들 중 일부는 다시 대기 중의 수증기나 온실가스에 의하여 지구 대기권에 머물게 된다. 이러한 현상을 '자연적인 온실효과'라고 부르며 이로 인해 지구는 평균기온을 15℃ 정도로 유지하고 있는데, 만약 이러한 온실가스가 대기권에 존재하지 않는다면 지구의 평균기온은 지금보다 약 33℃가 낮은 -18℃가 되어 지구 전체가 생물체가 살 수 없는 곳이 된다고 한다.[31] 온실가스 중 하나인 이산화탄소 농도는 지난 80만 년 동안 180-280 PPM(Parts Per Million, 공기분자 100만 개 중 이산화탄소 분자가 180-280개 정도 존재함을 의미한다)을 유지하다가 산업혁명 이후 증가하기 시작하였고 1990년대에 신자유주의로 넘어가며 급증하여 2015년 처음으로 400 PPM을 넘어섰다. 인류가 1년에 510억 톤[32]의 온실가스를 배출함에 따른 것으로 그에 따른 지구의 현황과 미래 전망의 요약[33]은, 현재 기후위기는 지

「국가기후환경회의 통계자료집」, 국가기후환경회의(2021. 1.), 9-11에 의하면 우리나라는 2017년 기준 온실가스 총배출량 11위(710, 단위 백만톤 $CO_2eq.$, 1위인 중국은 12,476, 2위 미국은 6,488이다)이고, 연소에 의한 이산화탄소 배출량은 7위(586)이다[전세계 이산화탄소 배출량은 중국(30%), 미국(15%), EU(9%), 인도(7%), 러시아(7%), 일본(4%), 그 외의 190개 국가(30%) 순이다].

30) 조효제, 「탄소사회의 종말」, 21세기북스(2020), 36(과학지 '네이처'의 조사에 의하면 과학자 중 99%가 기후변화를 명백한 팩트로 인정한다고 한다).

31) 이충기·박상수, 「환경경제학」, KNOUPRESS(2017), 275.

32) 501억 톤은 제조(시멘트, 철 등) 31%, 전력생산 27%, 사육과 재배 19%, 교통과 운송 16%, 냉난방 7%로 구성되어 있다고 한다. 상세는 빌 게이츠, 앞의 책, 82 참조; 위 각 부분은 현대사회 과학기술문명의 대부분을 이루는 것으로 상당 부분 특허제도에 의하여 뒷받침되고 있을 것이다.

33) 온도상승별 재난의 구체적 묘사 등은 많은 자료에서 이미 제시하고 있다. 예컨대 데이비드 월러스 웰즈, 앞의 책, 69-216에서 폭염 등 12가지로 나누어 상설하고 있다[236에서는 기후학자들이 이 중대한 과학적 결과를 알면서도 널리 알리지 못해 왔는데 2018년 IPCC 특별보고서가 1.5℃ 상승시와 2℃ 상승시의 결과를 비교한 자료를 출간함을 계기로 비로소 널리 알리게 되었다고 한다]; 조효제, 앞의 책, 31-33(IPCC 보고서는 초기에는 너무 겁을 준다고 비판받았는데 요즘은 오히려 사태를 지나치게 낙관적으로 본다고 비판받는다고

구 온도가 1℃ 정도 상승한 상태에서의 결과이며 지금대로 간다면 2050년 지구의 평균기온은 4℃ 정도 상승할 것으로 이는 어떤 지역은 5-6℃가 상승할 수 있어 사람이 살 수 없게 되고 농업이 불가능해지는 지역이 속출할 것인데, 이러한 기온 자체도 문제이지만 그 결과인 해수면 상승과 빈번해질 재해가 더 큰 문제로 될 것이라고 한다. 특히 기후온난화로 인간 거주 및 농업 등이 새롭게 가능해질 것으로 보이는 일부 지역을 감안하더라도 장기적으로 식량부족이 불가피[34]할 것이라고 한다.

이러한 보편적 인식에 적어도 이론상으로 반대론(낙관론)도 존재한다. 즉 기후위기주장자를 '기후종말론자'라고 다소 폄하하여 부르며 반대하는 측(기후위기회의론, 기후변화 부정론자)이 그들이다.[35] 이러한 논의들 역시 상당부분 지구과학 전문지식에 기반하고 있는데 본고에서 과학논쟁을 본격적으로 다루기는 부적절하고, 사실상 그럴 필요성도 없어 보이지만, 부정론측에서도 대중서[36]를 출간하고 특히 도날드 트럼프 전 미국대통령이 기후종말론을 반기업정서를 부추기기 위한 진보진영의 정치적 음모라고 주장[37]한

한다).

34) 데이비드 월러스 웰즈, 앞의 책, 84(기온상승으로 현재 곡물생산 가능지역이 현격히 감소함에 반하여 그린란드 같은 곳에서 밀생산이 늘어나기는 할 것이지만 그 양은 비교할 수 없을 정도로 적을 것이라며, 대기 중 이산화탄소량의 증가가 공중비료 역할을 하여 곡물생산을 촉진할 것이라는 주장은 잡초에만 가능한 현상일 뿐이라며 반론을 제기한다).

35) 부정론은 객관적으로 확립된 위기론을 지엽적이거나 검증되지 않은 한두가지 현상으로 공격하는 극소수의 입장에 불과하므로, 위기론과 대립되는 학설로 보아 같은 비중으로 다루는 것은 부당하다며 마치 이미 과학적으로 정립된 담배의 유해성에 관하여 새롭게 학술적 논의를 펼칠 이유가 없는 것과 마찬가지라고 한다. 조천호, 앞의 책, 189-193.

36) 최근 번역출간된 그레고리 라이트스톤, 「불편한 사실」, 어문학사(2020, 박석순 옮김), 아서 퍼스텐버그, 「보이지 않는 무지개(상)(하)」, 어문학사(2020, 박석순 옮김), 마이클 셸런버거, 「지구를 위한다는 착각」, 부·키(2021, 노정태 옮김) 등이 대표적이다. 특히 위 '불편한 사실(Inconvenient Facts)'은 2006년에 출간되어 기후위기론의 큰 반향을 불러 온 엘 고어의 '불편한 진실(Inconvenient Truth)'을 비판하면서 출간된 서적으로 자신들의 주장을 '불편한 사실' 60가지로 정리하고 위 책 231면 이하에서는 기후변화 회의론 주장 저서 42권의 목록을 제시하고 있기도 하다.

37) 미국은 세계 온실가스 배출 2위국임에도 트럼프 전 미국대통령은 미국우선주의 등을 이유로 2017. 6. 1. 파리협정 탈퇴를 선언한 바 있다(나아가 대통령 선거 전략의 일환으로 플라스틱 빨대 사용을 주장하기도 하였다). 현대통령 조 바이든은 대통령에 취임 직후인 2021. 1. 20. 파리협정에 복귀를 선언하였다; 2009년 대기과학자들의 이메일 교환에서 기후변화 현상을 과장하려 한 정황이 발견되면서 논란이 되었고 일부는 이를 기후게이트

바도 있으므로 대표적인 주장과 문제점만을 간단히 소개하는 것으로 갈음하고자 한다.

기후변화부정론측은 기본적으로 현재의 기후위기를 과거 지구기후 순환의 일종으로 보아 인간의 활동이 기후위기에 기여한 바는 크지 않다고 주장한다. 지구의 역사에서 대개 간빙기는 10,000-15,000년 정도 지속하는데 우리는 이미 11,000년 정도에 접어들었으므로 홀로세 간빙기는 머지않은 미래에 끝나고 다시 빙하기로 진입할 것이라고 예측한다.[38] 그리고 무엇보다 이산화탄소(CO_2)가 재앙적 지구온난화의 주범으로 지적되는 점에 반기를 드는데(불편한 사실 1 "이산화탄소는 주된 온실가스가 아니다")[39] 대기 중 0.04%에 불과한 이산화탄소는 온난화의 원인이 아니고, 수증기가 90%의 온난화 기여도를 가지는바 결국 이산화탄소의 기여도는 6%에 불과하다는 것이다. 또한 이산화탄소의 대기 중 농도는 1750년 280PPM에서 2017년 406PPM으로 상승하였으나 식물성장에 필수불가결한 이산화탄소량은 150PPM이고, 1억 4천만 년 동안 이산화탄소는 식물이 성장하기 어려운 수준으로까지 감소한 적이 있었던 반면, 최근의 이산화탄소 증가는 식물성장에 큰 도움이 된다고도 한다. 그러나 '불편한 사실 1'에 대한 반론을 보면, 우선 온실가스의 역할과 대기 중의 비중은 맞으나, 이산화탄소는 100개의 공기분자 중 1개만 있어도 지구 평균기온이 100℃에 달할 정도로 강력한 온실효과를 품고 있다고 한다. 반면 온실효과를 가장 크게 일으킨다는 수증기는 공기 중에 이산화탄소보다 60배 이상 많고 온난화 효과도 정말 크지만 인간이 대기 중에 수증기량을 변화시킬 만큼 많은 양을 직접 배출하지 않기 때문에 온실가스[40]로 분류하지 않는다고 한다. 또한 400PPM는 부정론자들의 주장과 달리 임계적 의의를 갖는데, 이는 지구위험한계로서의 이산화탄소 농도는 극지방빙하가 기후변화의 안정 여부를 판단하는데 큰 역할을 하고 그 안정을 위하여는 350PPM 이하가 유지되어야 하기 때문이라고 설명한다.[41]

(climate gate)라고 부르기도 한다. 이일호·김병일, 앞의 논문, 137.

38) 그레고리 라이트스톤, 앞의 책, 79-91.

39) 그레고리 라이트스톤, 앞의 책, 25-29.

40) 앞서 본 '탄소중립기본법'상의 온실가스의 정의도 그러하다.

41) 다시 빙하기로 갈 시기라는 주장에 대하여는 남극빙하에서 산출한 지난 80만년 동안의

3. 기후변화에의 대응

가. 국제적 논의과정 개요

기후변화에 대한 국제적 논의는 1972년 유엔환경계획(UNEP)을 시작으로, 1988년 '기후변화에 대한 정부간 협의체'(Intergovernmental Panel on Climate Change, IPCC)를 거쳐, 국제사회 공식적 협력체제로 1992년 '기후변화에 대한 국제연합기본협약'(United Nations Framework Convention on Climate Change, UNFCCC, '유엔기후변화협약'이라고도 한다), 1997년 'UNFCCC에 대한 교토의정서'(Kyoto Protocol to the UNFCCC), 그리고 2015년 제21차 유엔기후변화 당사국총회에서 195개국이 동의한 '파리협정(Paris Agreement)'으로 요약될 수 있다.[42] 특히 파리협정은 당사국을 대상으로 하여서 산업화 이전 시기 지구평균기온으로부터 2℃ 상승 이하로 지구온도를 유지하는 것 및 산업화 이전 대비 지구평균기온 상승을 1.5℃ 이내로 제한하고자 노력하는 것을 목표로 하는 등, 기후변화 저지를 위한 지구평균기온의 유지목표를 직접 명시하고 있다.

한편, 2014년 'IPCC 제5차 종합보고서'[43]에 따르면, 기후변화 완화를 위

대기 중 이산화탄소 농도는 180-280PPM으로 그 농도가 유지될 경우만 다시 빙하기로 갈 수 있는데 이미 400PPM을 넘어선 현재 다시 빙하기로 갈 수는 없을 것이라고 한다. 조천호, 앞의 책, 30.

42) 오랜 기간 많은 관련 논의가 있어왔지만 본장은 환경권 등 논의의 전제로 기후위기의 중요성을 확인하고자 하는 것이 목표이므로 개략적인 소개에 그친다. 전반적인 내용은 박덕영·유연철 편, 「파리협정의 이해」, 박영사(2020) 참조(머리말에서 '기후체제는 기후변화 관련 모법에 해당하는 UNFCCC와 그 이행규정으로 구성되는데, 그 이행규정이 교토의정서이면 구기후체제, 파리협정이면 신기후체제라고 불린다고 하고, 양자의 차이점은 전자가 지구온난화에 대해 '과거의' 역사적 책임이 있는 '선진국'에만 의무적으로 온실가스 배출을 감축하게 한데 반하여, 후자는 '모든 국가'가 지구온난화에 대해 '과거뿐만이 아닌 현재와 미래'에 대한 책임을 지고 자발적으로 감축 노력을 하게 하는 점에 있다고 하면서 파리협정은 교토의정서의 시간적·공간적 확대체제로 지속가능하는 견고한 제체라고 요약한다. 후자의 경우 개발도상국의 감축의무 이행을 위하여는 선진국의 지원이 필요할 것이고, 이때 기술이전이 중요한 요소이기도 하다).

43) IPCC 보고서는 1990년 처음으로 출간되었는데 새로운 보고서가 나올 때마다 기후위기가 인간의 책임이라는 확신의 강도가 높아졌고 제5차 종합보고서가 가장 단정적이었는데 이 보고서를 바탕으로 1년 후 파리협정이 체결되어 '에너지 전환'에 완전히 새로운 의미가 부여되었으며 이 주제가 세계적인 논쟁의 중심에 서게 되었다고 한다. 대니얼 예긴, 「뉴맵」, 리더스북(2020, 우진하 옮김), 530-538. 이하의 보고서에 관하여는 http://www.climate.go.kr (2021. 9. 27. 확인). 참조.

한 추가적인 공조를 2030년 이후로 미루면, 지구 온도 상승을 2℃ 이하로 낮추고자 하는 파리협정의 목표를 달성하는 것이 상당히 어려워진다고 한다. 또한 해당 보고서에 따르면, 지금부터 향후 수십 년 사이에 온난화를 제한하여 온실가스 배출량을 상당 수준 감축시킨다면, 21세기 후반의 기후변화 위험을 현저히 줄일 가능성이 있게 되는데, 특히 이산화탄소 누적 배출량은 21세기 후반과 그 이후의 평균 지구 표면 온난화에 상당한 영향을 미칠 수 있는 것이며, 전세계 이산화탄소 순 배출량을 결국 0으로 수렴[44] 시켜 나가야 한다고 제안한다. 2021년 IPCC 제6차 평가보고서[45]는, '2℃ 조차 위험하다며 상승제한폭을 1.5℃로 낮추기로 합의한 2018년 지구온난화 1.5℃ 특별보고서'에서 예상한 2030~2052년에 비해 10년 가량 앞당겨진 2021-2040년에 1.5℃에 도달할 것으로 전망하였다. 2030년까지 2010년 대비 탄소배출량은 최소 45% 감축해야 하고, 이를 위하여 당사국들에 온실가스 감축 이행목표를 설정하도록 제안하고 있다. IPCC의 제안목표가 회원국에 곧바로 구속력 있는 법적 의무를 부과하는 것은 아니지만, 이는 UNFCCC에 따른 협의 시에 감축량에 대한 회원국들의 합의를 이끌어내는 중요한 준거로서 작용하고 있다. 한편 2008년 유엔인권위원회에서도 기후변화문제를 의제로 다루어, 기후변화가 전세계의 인류와 공동체에 대해 즉각적이고 광범위한 위협이 되고 있으며, 인권을 온전히 향유하는데 영향을 미친다는 결의안을 통과시킨 바 있다.[46]

한편 파리협정 제2항은 '이 협정은 상이한 국내 여건에 비추어 형평(equity) 그리고 공동의 그러나 그 정도에 있어 차별화된 책임과 각각의 능력의 원칙을 반영하여 이행될 것'이라고, '공동의 그러나 차별화된 책임의 원칙'(Common But Differentiated Responsibility and Respective

44) 10억 톤의 온실가스를 0로 만드는 것을 의미하는데, 어느 특정 기간 동안 인간활동에 기인한 CO_2 배출량이 인간활동에 기인한 전지구적 CO_2 흡수량과 균형을 이룰 때를 의미한다. 탄소중립기본법 제2조 3, 4호도 관련 정의규정을 두고 있다.

45) https://www.kma.go.kr/kma/news/press.jsp?bid=press&mode=view&num=1194043&page=1&field=&text= (2021. 8. 18. 확인)(기상청 홈페이지).

46) 7th session of the Human Rights Council on 26 March 2008(A/HRC/7/L.21/ Rev.1). https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G08/121/52/PDF/G0812152.pdf?OpenElement (2021. 8. 18. 확인). 기후위기의 문제는 공중보건, 건강, 국가안보 등 이슈로 프레이밍 되는 것이 그 해결에 효과적이라고 한다. 조효제, 앞의 책, 289.

Capability, 이하 'CBDR'이라 한다)을 규정한다. 기후변화라는 환경문제에 대응하기 위하여는 전지구적 공동대응이 불가피함을 선언한 것인데, 기후변화 원인에 역사적 책임이 있는 선진국과 개발도상국 간에 각각 그 의무이행에 명확한 차별을 두어야 한다는 천명으로서의 '환경정의(Environmental Justice)'라는 철학적 이념에 뿌리를 두고 있고, 실질적으로 이 원칙을 통하여서만이 개발도상국들이 기후변화 대응에 동참할 수 있으며 효율적인 결과를 도출해 낼 수 있다는 요청에 의한 것이다.[47] 이 원칙은 세대내 형평(intergenerational equity)의 실현과 환경보호를 위한 선진국, 개발도상국의 광범한 참여를 유도하는 기능을 하므로 환경협약에서 빈번히 사용될 것으로 전망된다고 한다.[48]

나. 한국의 상황

한국[49]은 UNFCCC 가입, 교토의정서 서명 및 파리협정 가입을 통하여 국제사회의 기후위기대응에 동참[50]하였고, 2021년 녹색성장과 유엔의 글로

47) 송인옥·송동수, "기후변화 대응을 위한 CBDR원칙과 기후기술이전", 홍익법학 제20권 제2호(2019), 421-422.

48) 김홍균, 「국제환경법(제3판)」, 홍문사(2020), 82(그러나 선진국에 의한 재정지원 등 부의 재분배를 내포하므로 가까운 시일 내에 국제관습법이나 법의 일반원칙으로 되기는 어려울 것이라고 한다. CBDR이 적용된 구체적 예는 80-83).

49) 상세는 이재희, "기후변화에 대한 사법적 대응의 가능성: 기후변화 헌법소송을 중심으로", 저스티스 통권 제182-2호(2021.2.), 349-354; 「국가기후환경회의 통계자료집」에 의하면, 2019년 기준 한국 발전원별 비중은 석탄 40.4%, 원자력 24.8%, LNG 26.1%, 재생 5.6% 등으로 구성되어 있다. 참고로 탈원전 정책을 채택한 독일은 석탄 29.4%, 원자력 12.1%, LNG 15%, 재생 41.6%, 친원전정책을 택한 프랑스는 석탄 1.1%, 원자력 69.4%, LNG 6.6%, 재생 21.2%이다. 그 외 주요국과 대비하더라도 우리나라의 석탄의존도는 지나치게 높고, 재생에너지 의존도는 매우 낮다. 한국이 탈핵 선언 후 석탄발전소 유지 혹은 수출 등의 문제로 세계 4대 '기후악당(climate villain)'로 불리우는 이유이다. 위 자료에 의하면 정부는 신규 석탄발전소, 원자력발전소 건설 금지, 재생에너지 2030년 20%, 2040년 30-35%를 목표로 잡고 있다.

50) 자발적 국가결정기여분(INDC, Intended Nationally Determined Contributions)은 파리협정 제2조에 규정된 목표를 달성하기 위하여 각 당사국이 자발적으로 수립하여 국제사회에 서약하는 국가별 기여방안으로, 각국의 행동 유발에 용이하다는 측면에서 위와 같이 표현되었다고 한다. 한국에서의 기후변화 정책 시행 및 기후변화 대응 노력에 대하여는 김홍균, 「환경법(제5판)」, 홍문사, 2019, 362-364; 탄소중립 기본법 시행으로 폐지된 '저탄소 녹색성장 기본법' 제42조 등에 대하여 온실가스 감축 목표를 완화하고 최소한의 보호조치를

벌 목표 2030을 위한 P4G(Partnering for Green Growth and the Global Goals 2030) 행사를 주관하여 탄소중립선언에 의욕을 보였으며, 2021. 8. 31. 제정된 탄소중립 기본법 제8조 제1항은 2030년까지 온실가스 배출량을 2018년의 배출량 대비 35% 이상의 범위에서 대통령령이 정하는 비율만큼 감축하는 것을 중장기감축목표로 규정하고 있다.[51]

4. 향후 지향점

현대사회에서 기후문제의 본질은 더이상 '천재(天災)'가 아닌 자연환경을 불평등하게 이용함으로써 나타나는 사회적, 정치적 갈등의 결과인 '인재(人災)'라 할 것인데, 현재의 과학적 프레임에서는 위와 같은 갈등을 종식시키는 사회변혁에 대하여는 별다른 언급 없이 온실가스를 물리적으로 줄이는 것만 강조되는 한계가 있다고 한다.[52]

그러므로 기후위기 대응논의 방향을 잡는다면[53] '녹색경제로의 신속한 이행' 혹은 '탈성장'으로 요약될 수 있고, 전자는 '그린 뉴딜(Green New deal)'로 대표되는 기존 경제사회 체제의 목표와 가치를 유지하면서 이행수단을 바꾸는 수평적 전환으로 탈탄소에너지로의 전환, 대규모 공공투자 등을 수단으로 하지만 과연 기온상승을 획기적으로 제한할 수 있는가에 대하여는 확고한 대답이 어렵다고 한다. 후자는 경제성장 없는 삶을 인정하여야 한다는 수직적 전환을 의미하는데 그 자체의 실현가능성, 즉 국민들에 의한 수용가능성 자체가 큰 의문이라고 볼 것이다.[54]

취하지 않은 것이 미래세대의 생명권, 행복추구권을 침해한다고 주장하며 청소년들이 2020. 3. 13. 헌법소원심판을 청구하여 심리 중이다. 그 상세 및 네덜란드, 독일 등의 기후변화 관결 등에 관하여는 이재희, 앞의 논문, 355-360.

51) 나아가 환경정의와 관련하여 한국은 2019. 1. 15. 일부개정으로 환경정책기본법 제2조(기본이념) 제2항에 '환경정의를 실현하도록 노력한다.'라고 규정하였는데 앞서 본 파리협정상의 CBDR 원칙의 근거인 환경정의와 어떠한 관계에 있는지 명확하지 않다. 상세는 조홍식, 앞의 책, 130-133; 탄소중립 기본법 제2조는 '기후정의'(12호)와 '정의로운 전환'(13호) 개념을 도입하였다. 후자는 탄소중립 사회로 이행하는 과정에서 발생하는 부담을 사회적으로 분담하고 취약계층의 피해를 최소화하는 정책방향이라 정의하고 있다.

52) 조효제, 앞의 책, 47.

53) 이하는 조효제, 앞의 책, 304-305의 요약이다.

54) 이런 구분에 의하면 특허제도의 제도적·역사적 장점을 그대로 살리면서 새로운 역할을 부여하고자 하는 본고의 목적은 전자에 속하는 것으로 특허제도를 통한 과학기술의 발전과

어차피 인류에게 궤멸적 자연재해 등 특별한 계기 없이 후자의 방법, 즉 탈성장의 길을 강요하기는 어렵다는 전제에 서면, 전자에 근거한 이행을 보다 철저하게 이루는 것이 현실적인 차선책일 수 있을 것으로 적어도 특허제도 뿐 아니라 사회 모든 분야에서 균등하게 같은 취지의 해결책이 동시 진행되어야 목적에 근접할 수 있을 것으로 보인다.[55] 이를 위한 강력한 이념적 방안 중 하나는 기후위기를 인권(생명권, 건강권 등)의 측면에서 접근[56]하는 것으로, 국가의 인권존중의무의 일환으로 환경침해를 다루게 되면, 사인 간의 환경침해에 대하여 국가의 보호의무가 인정되며, 나아가 국가는 국민의 인권증진을 위한 조처를 제공하여야 하고, 결국 국민은 인권침해를 이유로 소송을 제기하거나 보호를 요구하기에 훨씬 용이[57]해진다는 점에서 설득력 있는 논거이자 대체가능성이 거의 없는 방법이라 할 것이다.[58]

경제성장의 기조를 최대한 유지하면서 현재 닥친 생태환경상의 문제를 해결하려는 시도에 해당할 것이다.

55) 탄소중립 기본법 제2조 14호는 '녹색성장' 개념을 에너지와 자원을 절약하고 효율적으로 사용하여 기후변화와 환경훼손을 줄이고 청정에너지와 녹색기술의 연구개발을 통하여 새로운 성장동력을 확보하며 새로운 일자리를 창출해 나가는 등 경제와 환경이 조화를 이루는 성장으로 정의하고 있다. 한편, 제3조 3호는 녹색성장의 기본원칙의 하나로 '기후위기에 영향을 미치거나 받는 모든 영역과 분야를 포괄적으로 고려하여 온실가스 감축과 기후위기 적응에 관한 정책수립'을 규정하고 있는바 그린뉴딜 방식을 택한 것으로 볼 것이다.

56) 인권운동과 기후문제의 만남이 늦어진 이유에 대하여는 기후문제를 다루는 과학계에서 생태환경적, 경제적 측면에 초점을 둔 점, 인권운동이 인간중심적 시각에서 벗어나기 힘들어 생태적 시각을 갖기 어려웠던 점 등을 지적한다. 조효제, 앞의 책, 190(117에서는 기후위기 초래 행위를 범죄화하여, '생태살해' 조항을 국제형사재판소에 관한 로마규정 부칙에 포함시키려는 안이 제출된 바 있다고 한다).

57) 조효제, 앞의 책, 88-89, 188-189[인권의 측면에서 접근하면 예컨대 고문(拷問)의 효과와 비용을 따져본 후 고문 여부를 결정할 수 없듯이 온실가스 감축 문제를 비용-편익 문제로 접근할 수 없게 하고, 기후위기를 다루는 두가지 축인 감축과 적응 외에 인권침해 '보상'이라는 축이 포함되는 등 장점이 있다고 한다].

58) "우리가 기후위기에서 벗어나는 데는 7년의 시간만이 남아 있다."는 환경단체의 최근 주장의 근거는 다음과 같다. 정용인, "기후위기 남은 시간 7년… 인간의 능력을 믿는다." (조천호 박사 인터뷰), 경향신문(2021. 4. 18.) "2018년 전 세계 이산화탄소 배출량이 420억t이었습니다. 1.5℃를 확률 50%로 막으려면 5800억t 이내로 배출해야 합니다. 그러니까 남은 시간이 14년입니다. 3분의 2, 그러니까 66-67%로 막으려면 4200억t으로 배출을 제한해야 합니다. 최근 들어 확률 50%는 이야기하지 않습니다. 3분의 2 확률로 막으려면 2018년 기준으로 10년이 남았다는 것이거든요. 2018-2020년 3년 동안 어떤 특별한 조치를

Ⅲ. 환경권 논의의 연혁과 발전 방향

1. 환경권의 도입과 특성

가. 우리 헌법에의 도입경위

앞서 본 강한 상호관련성, 잠복성 등 특징을 갖는 환경분쟁이 늘어나자 민법상 불법행위 제도 같은 국내법적·일반법적 규율에 의한 해결에 한계가 드러나기 시작하였다. 여기에 자연과학적 지식의 급격한 발전, 경제적 평가기법의 고도화[59]등 법제도 외부환경도 급변하자 각 국은 전통적인 법이론의 수정·보완을 통한 문제해결을 모색하였고 나아가 헌법 차원에서의 규율 필요성을 느끼게 되었다. 다만 그 방식은 각 국의 상황에 맞게 다양하게 개발·채택되었는데, 예컨대 독일은 1949년 서독기본법 제정 당시 바이마르 헌법의 전통과 달리 사회적 기본권 조항을 두지 않고 일반적 국가목표로서 사회국가원리를 둔 바 있고,[60] 이러한 태도는 환경보전의 과제를 헌법에 편입하는 상황에서도 유지되어 약 20년 간의 논쟁 끝에 독일 헌법[61]에 국가목표 형식으로 도입되게 되었다.[62]

전 세계적으로 취한 것이 없잖아요. 3년을 그냥 날린 거죠. 그러니 현재는 7년밖에 남지 않았습니다...1998년 IMF 환란 때 우리나라는 GDP가 5% 떨어지고, 이산화탄소 배출량도 15%가 떨어졌어요. 다시 말해 배출량을 연간 15%를 줄인다는 것은 IMF 환란 때와 같은 일종의 전시상황으로 그 사회적 충격이 만만치 않을 것이란 말입니다."

59) 이충기·박상수, 앞의 책, 159-249; 조홍식, 앞의 책, 172-210.

60) 전광석, "사회적 기본권 이론의 형성과 전개", 헌법논총 제29집(2018), 149.

61) 독일 헌법 제20a조[자연적 생활기반의 보호] "국가는 미래세대의 책임에 기초하여 자연적 생활기반과 동물을 헌법질서의 범위 내에서 입법권에 의하여 그리고 법률과 법에 따라 행정권과 사법권의 행사를 통하여 보호한다."; 이렇듯 근본적으로 우리 헌법이 환경권을 기본권으로 규정하고 있어서 주관적 권리성이 선재되고 있는 점과 다르므로, 독일의 경우 학자들이 독일 헌법 제2조와 제20a조의 해석을 통해 주관적 권리를 부여하여 헌법의 개입을 도모하려는 시도를 하고 있다고 한다. 박규환, 앞의 논문, 114.

62) 사상사적으로 환경권이 처음 등장한 국가는 미국으로 1969년 환경권의 권리장전이라고도 할 수 있는 국가환경정책법(NEPA)를 만들었고 여러 주 헌법에 환경권이 신설되었다고 한다. 일본은 법률상의 권리로서 보장되지는 않지만 각 도시조례에서 건강하고 안전하며 쾌적한 생활을 영위할 권리를 가진다는 점을 강조하고 있다고 한다.「헌법주석서 Ⅱ」, 388-389(정극원 집필 부분). 그 외의 기후변화대응 관련 외국법제동향은 조홍식 외 2인 편저,「기후변화와 법의 지배」, 79-249 참조; 한편 프랑스 헌법은 환경 전문(前文)을 추가하여 현재의 생산과 소비 형태, 자연의 과도한 개발 등의 문제점을 예시하면서, 자연과

우리나라[63]에서는 1980년 헌법 개정 시 도입된 사회적 기본권, 즉 헌법 제31조에서 제36조까지의 기본권들 중 하나로 제33조[64]에서 명문의 '환경권' 형태로 도입되었다. 신설 당시에는 규범구조적 특질이나 기본권으로서의 의미·역할 등에 관하여 충분한 검토가 없었던 것으로 보이고 그 이후 해석론도 사법부를 설득하지 못한 것 같다는 지적[65]이 있다. 그러나 현재 환경문제의 특수성과 심각성은 40년 전인 1980년 당시의 예상을 훨씬 뛰어넘는 것으로, 특히 교육, 노동 등 관련 사회적 기본권이 대개 각국 특유의 사회경제문화 여건에 따라 해결책이 제시될 수 있는 것과 달리, 환경문제에는, 보건문제인 코로나 19 사태와 유사하게 지구상에 모든 나라가 연계되어 각 국 내부적 조처만으로는 완전한 해결책을 찾을 수 없음이 명백하다

인류의 공존원칙, 미래세대에 대한 책임, 생물의 다양성, 지속가능한 개발 원칙 등을 천명하고 있다고 한다. 이광윤, "프랑스 환경법전에 관한 연구", 환경법연구 제31권 제1호(2009), 228; 한편, 프랑스 하원은 2021. 3. 헌법 제1조에 '국가는 생물 다양성과 환경 보존을 보장하고 기후변화와 싸운다.'는 취지의 조항을 추가하는 안건을 가결하였으나, 상원은 생태계가 경제 위에 있을 수 없다는 판단에 따라 수정의견을 제출하여 논의하다가 결국 폐기되었다고 한다. 현혜란, "프랑스, 기후 변화 대응 위한 헌법 개정 무산", 연합뉴스(2021. 7. 10.)

63) 우리나라 환경 관련 법률의 연혁 및 체제는 박균성·함태성, 앞의 책, 27-36.

64) 제33조는 "모든 국민은 깨끗한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다."라고 규정하였다. 그러나 1987년 헌법개정시 제35조로 옮겨 '환경권 조항'처럼 개정하였다. 한편 제35조 제3항은 환경권보다는 주거정책 등 사회보장과 관련된 것이므로 환경권과는 무관하다고 보아 앞서 보았듯이 제35조 ①, ②만을 '환경권 조항'이라고 부르기로 한다; 참고로 위 ③항을 추가하는 것과 같은 입법방식은 당시에는 타당한 것으로 보였을지라도 현재와 같이 환경권을 강화하려는 입장에서 보면 굳이 같은 조에 둘 필요가 없어 보이므로 개헌이 이루어진다면 제34조로 옮기는 것이 적절해 보인다; 이러한 경우는 헌법개정시와 이후의 상황이 현저히 변경되었기 때문으로 선해할 수도 있을 것인바 지식재산권 조항에 '과학기술자'를 추가한 1980년 헌법 개정과 유사한 평가가 가능해 보인다(제22조 제2항을 지식재산권만을 규정하는 조항으로 명확화하기 위하여는 '과학기술자' 부분을 삭제하는 것이 타당하다는 주장이 있다. 이규홍·정필운, 앞의 논문, 114).

65) 김현준, "환경헌법주의 - 서설적 검토", 사법 52호(2020), 82; 환경보호를 헌법에 성문화하는 방식은 크게 기본권 형식과 국가목표 형식 두 가지가 있는데 우리는 독일과 달리 기본권 형식을 취할 경우 어떠한 문제가 발생할지 논의도 거의 없이 기본권 형식을 취하였다는 것이다. 기본권 형식을 취하면 기본권 차원에서 환경보호를 강화할 수 있지만 공기와 물, 자연경관과 생물다양성 같은 보호법익은 개인적 법익이 아니므로 주관적 권리보장 방식을 통한 환경보호 과제 해결에 한계가 있다고 한다. 고문현, "헌법상 환경권의 개정방안", 숭실대 법학논총 제40집(2018. 1.), 15.

는 특징이 있다. 이에 환경 문제의 헌법 차원에서의 규율 필요성 및 관련 조항의 지위는 자연스럽게 새 국면을 맞이하게 되었고, 우리 헌법에 존재하는 환경권 조항은 비록 1980년 도입 당시는 치밀한 계산 하에 이루어진 것이 아니라 할지라도, 현재 시점에서 환경문제 해결의 든든한 디딤돌로 주목받아야 할 것으로 본다.[66]

나. 환경권의 특성

환경권의 특성[67]은 앞서 본 환경문제의 특성과 더불어 환경권 조항의 해석 및 적용 시 이론적 가이드라인이 될 수 있을 것으로 다음과 같이 개관[68]할 수 있을 것이다.

환경권은 첫째, 환경 그 자체는 권리의 대상이 될 수 없고, 환경에 영향을 미치는 인간의 행위를 규제함으로써 비로소 그 실효성을 나타낼 수 있으므로 환경권은 타기본권의 제한을 전제로 하는 기본권[69]이고, 둘째, 다른

---

66) 이러한 변천은 지식재산권 조항과 유사하다 할 것이다. 즉 제헌헌법시부터 도입되어 환경권조항 보다 역사가 깊은 지식재산권 조항은 세계적으로 거의 한국에만 존재하는데, 지식재산권이 미국에서부터 세계적으로 강화되기 시작한 1980년대에 들어서기 전까지는 재산권조항(제23조)과의 관계에서 중복적 보장설 등 그 독자적 가치를 제대로 인정받지 못한 지경이었다. 그러나 현재에 이르러 각광 받는 지식재산권의 헌법적 근거로 그 역할이 재조명받고 있다(이규홍, 앞의 논문, 192-196).

67) 앞서 본 환경문제의 특수성에 연계하여 이해되어야 할, 환경법학계에서 일반적으로 받아들여지고 있는 환경법 원칙은, 지속가능발전의 원칙(환경적으로 건전한 발전을 해야 한다는 원칙으로 지속가능발전법 등에서 그 개념을 규정하고 있다), 사전배려의 원칙(환경은 일단 침해되고 나면 원상회복이 불가능하거나 가능하더라도 막대한 비용과 시간이 소요되는 경우가 많다), 원인자책임의 원칙(환경침해가 발생한 경우, 그 발생에 원인을 제공한 자가 그 환경침해의 제거 및 손실보전에 관하여 책임을 져야 한다)과 환경총량보존의 원칙, 존속보장의 원칙 등이 제시되고 있다. 조홍식, 앞의 책, 81-133.

68) 허영, 「한국헌법론(전정17판)」, 박영사(2021), 495(497에서는 셋째 특징과 관련하여 산업공해를 막을 수 있는 효과적인 방법은 환경산업의 육성뿐이고 이는 고도의 기술집약적 경제성장에 의하여 가능하므로 환경권과 경제발전은 오히려 우호적 상린관계가 가능하다고 한다).

69) 가령 부담금 부과의 합헌성 판단에서 환경권을 동원하여 국가의 적극적인 환경보호조치를 정당화하는 논증으로 사용하며 환경권을 재산권보다 우위에 두어야 한다는 취지의 헌법재판소 1998. 12. 24. 선고 89헌마214 결정의 소수의견도 환경권의 주된 목적을 그와 같은 기본권 제한 정당화 측면에서 이해하는 설시라 할 것이다. 그러나 기본권 제한의 정당화를 위한 기능만을 놓고 본다면 굳이 환경'권'이 동원될 필요까지 없다. 헌법 제37조

어느 기본권보다 의무성이 강하여 환경보전의무의 이행, 상린관계의 존중 등을 통해서만 비로소 실현될 수 있으며, 셋째, 외형상 산업발전으로 인한 환경오염과 상극적인 관계에 있는 것처럼 보이므로 산업발전을 억제하거나 산업체 활동을 제약하는 경제성장의 장애요인으로 기능할 수 있고,[70] 넷째, 현존세대 뿐 아니라 미래세대의 기본권적 특성을 갖는다.

특히 자연환경은 행정구역이나 국경에 따라 획정되지 않기 때문에 중앙집권적이고 국제협조적인 환경보호정책이 불가피하고, 이 점에서 환경권의 국제인권적 성격이 드러나는바, 한 나라의 헌법이 환경권을 국민의 기본권으로 보장한다고 하는 것은 자기나라 뿐 아니라 이웃 나라에 영향을 미칠 수 있는 환경오염을 규제하겠다는 정책선언적 의의와 기능을 가지고 있는 것이라고 할 것이다.[71]

2. 환경권의 법적 성격

가. 헌법 이론적 논의

전통적으로 기본권은 '자유권과 다른 기본권(평등권, 참정권, 청구권, 사회권)을 나눈 후 전자는 국가권력에 대한 방어권으로 소극적 부작위 의무를 부과(다만, 자유권에 근거하여 제3자의 침해로부터 보호해 줄 것을 국가에 적극적으로 요구할 수 있다는 기본권보호의무론이 도출된다)하는데 반하여,

---

제2항에 따라 기본권 제한을 정당화하는 '공공복리'에 환경에 관한 공익의 형량은 당연히 포함될 수 있기 때문이다. 물론 재산권 등의 제한에 환경권을 맞세우게 되면 대등한 기본권 간의 경합 또는 충돌에 해당하여 양 기본권을 조화적으로 해석해야 한다는 적극적인 법리적 의미를 부여할 수는 있을 것이다. 그러나 실제 사례들에서 헌법재판소가 환경권을 기본권 경합 또는 충돌로 적용한 예는 찾기 어렵다고 한다. 김태호, "환경권과 헌법개정 - 입법론적 접근", 환경법연구 제39권 2호(2017), 4-5.

70) 헌법의 이데올로기성에 따라 극단적 생태주의에 바탕한 환경권의 이해가 환경에 관한 과학기술의 발전을 저해하게 한다는 주장도 있다. 손경한·조용진 편, 「과학기술법 2.0」, 박영사(2021), 78(이성환 집필부분).

71) 허영, 「헌법이론과 헌법(신4판)」, 632; 환경권에 의하여 ① 국가의 환경침해 금지의무, ② 사인에 의한 환경침해 방지의무, ③ 국가의 적극적인 환경보호정책 등이 인정된다고 볼 수 있는데, 특히 ①의 예로는 국가가 공기업 운영시 가급적 환경오염을 최소화할 수 있는 조치를 취하는 것을 들 수 있을 것이다[남정아, 남정아, "헌법 질서 내에서 환경권의 의미와 환경권의 실현구조", 공법학연구 제21권 제1호(2020. 2.), 232]. 환경을 현저히 침해하는 특허에 대하여 특허청의 거절의무 도출의 근거로 고려될 수 있을 것이다.

후자는 국가에 대하여 행위나 급부를 요구하는 재정지출 등을 수반하는 적극적 권리로 그 실현은 가능성 유보 하에 있고, 입법적 형성을 통하여 실현되며, 이에 따라 위험심사기준은 낮게(과소보호금지 원칙 혹은 최소보장 원칙) 설정된다.'라고 설명된다.[72]

그런데 환경권은 앞서 보았듯이 사회적 기본권들 중에도 본질 면에서 다른 기본권과 상이한 점이 많기 때문에 그 이해에 특별한 주의를 요하는 것[73]으로 외국 입법례처럼 그 법적 성격 이해에도 넓은 스펙트럼이 존재하는데, 첫째, 비록 헌법 제35조 제2항이 '환경권의 행사'를 언급하지만 이는 헌법개정자의 이해부족에 기인한 것으로 환경권은 본질상 주관적 권리가 아니라 국가의 과제규범 또는 목표조항이라는 입장,[74] 둘째, 사회적 기본권으로만 보아야 한다는 입장,[75] 셋째, 자유권적 성격을 겸유한 종합적 기본권[76]으로 보는 다수설의 입장으로 대별될 수 있다.

---

72) 김하열, 「헌법강의(제3판)」, 박영사(2021), 193; 사회권이 재판규범으로 잘 작동하지 못하고 형식화되어 온 점과 관련하여 아직 그 향유가 요원한 사람들에게 사회권이 어느 정도 규범력을 갖느냐는 중대한 문제라고 전제하고, 기존 자유권·사회권 분류의 문제점을 다층적 분류를 통하여 극복하고 최소보장의 원칙에 입각한 기존의 헌법재판소의 심사기준을 강화하여야 한다는 주장이 있다. 이주영, "사회권의 재판규범성", 노동법연구 2019 상반기 제46호 참조.

73) 허영, 「한국헌법론(전정17판)」, 494; 나아가 환경권은 자칫하면 '정치화'될 수 있는 소인을 내포하므로 바르게 이해하는 것이 사회평화를 위하여 중요하다고 하며, '물질적 최저생활을 보장'하는 인간다운 생활을 할 권리(제34조)와 달리 환경권은 정신적이고 환경적인 최저생활을 보장하는 것으로 이른바 '기본권의 전제조건의 보호'라는 기능을 한다고 설명한다. 허영, 「헌법이론과 헌법(신4판)」, 631, 634; 전통적인 사회권은 개인의 문제, 특히 경제적 문제를 사회(문제)화하여 국가의 과제로 수용하고 조정하는 시도라고 볼 수 있는데, 환경문제는 처음부터 개인의 문제가 아니고 공동체 이익의 성격을 갖는 것이므로 개인의 생활영역에 귀속되는 법익을 보호하는 기본권으로 포섭하기 힘든 특이한 위치를 차지한다고 한다. 전광석, 「한국헌법론(제15판)」, 집현재(2020), 228.

74) 한수웅, 「헌법학(제11판)」, 법문사(2021), 1070-1076(환경보호는 재산권, 생명권 같은 자유권에 근거하여 국가에 대한 방어권이나 사인에 의한 침해에 대한 보호청구권 형식으로 인정될 뿐이라고 한다).

75) 조홍식, 앞의 책, 240-253(종합적 성격을 강조하면 오히려 환경권의 규범력이 약화된다고 하면서, 환경권이 '권리'로 헌법에 명시된 이상 입법방침에 불과하다고 볼 수는 없지만 구체적 권리성을 갖지는 못한, 구체화 입법 없이는 소송을 통한 권리구제를 주장할 수 없는 추상적 권리로 보고 있다).

76) 허영, 「한국헌법론(전정17판)」, 498(환경권은 자유권, 사회권, 인격권 등으로 획일적으로 말할 수 없고, 국가와 국민의 환경보전의무를 전제로 하는 권리와 의무의 복합형태인데,

대법원[77]은 “헌법 제35조 제1항은 환경권을 기본권의 하나로 승인하고 있으므로, 사법의 해석과 적용에 있어서도 이러한 기본권이 충분히 보장되도록 배려하여야 하나, 헌법상의 기본권으로서의 환경권에 관한 위 규정만으로서는 그 보호대상인 환경의 내용과 범위, 권리의 주체가 되는 권리자의 범위 등이 명확하지 못하여 이 규정이 개개의 국민에게 직접으로 구체적인 사법상의 권리를 부여한 것이라고 보기는 어렵고, 사법적 권리인 환경권을 인정하면 그 상대방의 활동의 자유와 권리를 불가피하게 제약할 수밖에 없으므로, 사법상의 권리로서의 환경권이 인정되려면 그에 관한 명문의 법률 규정이 있거나 관계 법령의 규정취지나 조리에 비추어 권리의 주체, 대상, 내용, 행사방법 등이 구체적으로 정립될 수 있어야 한다.”라고 판시하여 환경권이 헌법상 기본권에 해당함을 인정하지만 구체적 권리성은 부인하고 있다.[78]

한편 헌법재판소는 다수설과 같은 취지에서, 환경권을 행사함에 있어 국민은 국가로부터 건강하고 쾌적한 환경을 향유할 수 있는 자유를 침해당하

기본권의 전제조건을 보장하는 기본권으로서의 성질과 기본권의 헌법적 한계로서의 성질을 함께 가진 것이라고 한다). 학설의 상세한 소개는 고문현, 앞의 책, 253-255.

77) 대법원 1995. 5. 23.자 94마2218 결정, 대법원 2006. 3. 16. 선고 2006두330 전원합의체 판결 등 참조; 장철준, “헌법 안과 밖의 사회적 기본권, 그리고 사회국가원리”, 공법학연구 제22권 제1호(2021. 2.), 212.

78) 환경권의 구체적 효력이 부인되는 유력한 근거 중 하나로 헌법 제35조 제2항 “환경권의 내용과 행사에 관하여는 법률로 정한다.”를 들고 있는 견해[조홍식, 앞의 책, 247-253, 나아가 추상적 효력설의 근거로 사법부가 헌법상 환경권 규정만으로 구체적 사건을 처리하는데 기준이 될 재판규범을 안출해 내는 것은 현실적으로 지난(至難)할 뿐 아니라 가능하다고 하더라도 사법부의 약한 민주적 정당성과 부족한 기관적 역량에 비추어 보면 바람직하지 않으므로 사법부는 적절한 입법이 있을 때까지 자제적 태도를 취하여 판단의 정당성을 지키는 것이 바람직하다고 주장한다. 한편 이와 달리 판사들의 높은 자질을 고려할 때 판결을 통한 정책형성기능을 기대하여 볼 수 있다며 사법부의 환경지식·경험의 확충, 환경철학의 무장, 환경문제 인식의 제고 등을 주장하는 견해(김홍균, “환경판례의 이상과 현실”, 환경법연구 제42권 2호(2020), 32)도 있다]가 있다. 이렇듯 헌법 제35조 제2항이 추상적 권리설의 논거로 사용되어 온 것을 비판하며, 개헌시 역사적 소명을 다한 조항으로 보아 삭제하자는 견해(고문현, 앞의 논문, 13), 헌법 제37조 제2항의 일반유보조항이 있으므로 삭제하는 것이 타당하지만 구체적 권리성이 분명히 인정된다면 재산권에 관한 헌법 제23조 제1항과 유사하게 “환경권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다.”라고 규정하고 재산권 조항 다음에 위치하도록 하는 것이 타당하다는 견해(김태호, “환경권과 헌법 개정 - 입법론적 접근”, 16) 등이 있다.

지 않을 권리를 행사할 수 있고, 일정한 경우 국가에 대하여 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있도록 요구할 수 있는 권리가 인정되기도 하는바, 환경권은 그 자체 종합적 기본권으로서의 성격을 지닌다고 명시하고 있다.[79]

나날이 환경문제가 심각해지는 최근 세계적 경향에 비추어 볼 때 자유권으로 보호가 어려운 독자적인 환경권의 보호 영역이 있을 수 있는데 그 경우 환경권을 과소보호금지 원칙 등 기존의 사회권 보장법리만에 따라 규율하는 점을 비판[80]하며 환경권을 종합적 기본권으로 보아, (불완전한) 구체적 권리성을 주장하는 견해[81]도 유력하다.

나. 환경권 보호의 특수성

환경권에 관한 국가의 목표조항설, 추상적 권리설에서는, 사회권의 과소보호금지 원칙에 따라, "국가가 인간다운 생활을 보장하기 위한 헌법적인 의무를 다하였는지의 여부가 사법적 심사의 대상이 된 경우에는, 국가가 생계보호에 관한 입법을 전혀 하지 아니하였다든가 그 내용이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈한 경우에 한하여 헌법에 위반된다."라는 기준을 고수한다.[82] 그러므로 적절한 입법에 의하여 보호되지 못한 환경권의 보호대상은 결국 국가에 대한 방어권이나 제3자의 침해에 대한 보호청구를 모두 재산권, 생명권 같은 자유권에 근거할 수밖에 없게 된다고 하거나 혹은 자유권 문제로 치환하여 해결하게 된다. 즉 헌법상 환경권에 대해서 헌법상 권리로서의 지위가 부여되어야 한다고 생각할 만한 본질적인 영역은 헌법상 기존 자유권의 보호범위 내에서 보호가 가능한 것임에 착안하여 문제를 해결하려는 것이다.[83]

---

79) 헌법재판소 2008. 7. 31. 선고 2006헌마711 결정.

80) 김현준, 앞의 논문, 86(구체적 효력설이 당연한 귀결이지만 환경헌법에의 구속과 동시에 민주주의 원리와 법치국가원리의 한계를 준수함으로써 자칫 생태독재의 길을 걸어선 안 된다는 경계를 늦추지 않아야 한다고 주장한다).

81) 대표적으로 고문현, 앞의 책, 255. 조홍식, 앞의 책, 246에서는 이러한 입장을 '최소한의 환경을 요구할 수 있는 범위 안에서 구체적 권리성을 인정할 수 있고 자유권에 버금갈 정도로 구체적 권리라고는 할 수 없어도 참정권이나 청구권적 기본권 정도의 불완전한 구체적 권리성은 가진다고 보는 입장'으로 설명한다.

82) 헌법재판소 1997. 5. 29. 선고 94헌마33 결정.

그러나 이에 대하여는 우선, 사회권 심사기준과 관련하여 과소보호금지 원칙에 대한 일반적인 비판으로 전통적인 이론에 수정을 가하려는 비판이 있다. 비록 사회권의 권리성이 구체적 입법이 없는 한 현실적 권리로서 사법적 구제의 대상이 되지 않음을 인정하더라도 사회권이 정치과정에서 입법을 통하여 해결되어야 함을 이유로 사법의 개입을 전혀 허용하지 않는다면, 다수결의 원칙이 작동하는 정치과정에서 해결하기 어려운 소수자 보호나 국민의 생존에 대한 위협으로부터 사회안전망을 확보하는 차원의 문제에는 부당할 수 있다며, 최소보장의 원칙이 지배하는 사회권 심사기준에 대하여 자유권과 불가분의 관계를 이루고 있을 경우에는 그 한도 내에서 자유권에 준하는 헌법 제37조 제2항에 의한 과잉금지 심사가 필요하다는 견해[84]가 있다.

그리고 자유권에 기한 실질적 보호방식 혹은 자유권 문제로 치환하여 환경권 침해문제를 해결하려는 주장에 대하여는, 헌법이 재산권과 같은 자유권 조항과 별개로 환경권 조항을 명문으로 인정하고 있는 취지를 자유권적 관점에서 발전시킬 가능성이 봉쇄된다는 비판[85]도 있다. 이 입장은 기존 자유권으로 오늘날 복잡다기한 환경문제를 충분히 포착, 해결하는 데에는 한계가 있을 수 있고, 조망, 경관, 일조, 소음 없는 정온성과 같은 것들은 전형적인 재산권의 보호범위에 포함되기 어려우며, 인간실존과 환경 간의

83) 환경권 조항은 그 동안 사회적 기본권으로서의 보호한계와 더불어 그 자체의 특수성에 기하여 적용상 2중의 제한을 받고 있었다고 볼 수있다. 사회적 기본권으로서 과소보호금지 원칙에 의하여 보호되어 왔고, 가령 환경피해로 인해 발생하는 생명 침해나 건강 침해는 기존 헌법 규정 또는 헌법의 해석으로 도출될 수 있는 생명권, 건강권 또는 신체불가침권의 보호범위 내에서 보장이 가능하므로 역으로 굳이 헌법상 환경권이 별도로 필요하지 않다는 지적이 있어 온 것이다(김태호, "환경권과 헌법 개정 - 입법론적 접근", 3);기후위기 등 심각한 생명·신체에 대한 침해론에 관하여는 오히려 사회권으로서의 환경권이 아니라 자유권 침해를 이유로 비례의 원칙 심사가 가능할 것이라는 입장도 가능할 것으로 보인다. 그러나 헌법재판소는 국가의 생명·신체 보호의무 위반의 경우 확고하게 과소보호금지 원칙을 적용하고 있으며 그 위반은 거의 인정하지 않고 있다고 한다. 남정아, 앞의 논문, 247.

84) 지성수, "헌법재판소의 사회적 기본권에 대한 심사방법과 심사기준", 헌법논총 제24집(2013), 277, 283; 특히 환경권에 관한 Winter교수의 생태적 비례원칙을 소개하면서 전통적(사회학적) 비례원칙에서는 달성하려는 공동체의 목적을 자유롭게 선택할 수 있지만 생태적 비례원칙 하에서는 그러한 공동체의 목적을 정당화하는 근거에 자원자원의 고갈에 대한 관점에서 평가된 내용이 포함되도록 해야 한다는 설명이 있다. 박규환, 앞의 논문, 118 이하 참조.

85) 김하열, 앞의 책, 734.

뗄 수 없는 연관성을 생각할 때 재산, 생명, 건강에 대한 침해가 없더라도 토지나 대기의 오염, 소음, 전자파, 원자력 등의 환경적 위해요소로부터 안전하고 쾌적한 환경이익을 누릴 권리를 독자적으로 인정하고 보호할 필요가 있음[86]을 지적한다.

3. 환경권 조항의 규범력 강화방안

가. 재해석의 필요성

환경권 조항의 도입경위나 이유는 별론으로 하고, 기왕에 존재하고 있는 환경권 조항이므로, 이제는 이를 소중하게 취급하여 그 자체에서 향후 환경권이 제대로 된 규범성을 확보하기 위한 해석론(나아가 개정론)의 단초를 찾아보기로 한다.

우선 현시점까지 환경권 조항의 사법절차에서의 역할[87]은, 환경권 조항이 헌법재판의 심사기준으로는 사회권으로서의 기본속성에 따른 '과소보호금지원칙'이 적용되므로 환경권 침해를 이유로 한 법률의 위헌결정 가능성은 현실적으로 크지 아니하였고, 법원의 재판에서도 구체적 사건의 해결에서 법률의 매개 없이 헌법상 환경권으로부터 구체적인 권리를 곧바로 도출할 수 없다는 점은 앞서 본 바와 같다. 입법에 있어서도 환경권 조항 개정 논의가 현재 규정에 대한 사소한 변경이나 유지에 그치고 있다는 평가[88]가

86) 자연이 난개발 대상으로 전락한 상태이지만 생명·신체에 대한 건강보호장치가 적절히 작동하여 큰 피해가 없는 상황을 가정해 본다면, "난개발로 인하여 산책로 등이 사라짐으로써 '건강한 환경, 쾌적한 환경'에서 살아갈 권리가 침해되었음을 주장"할 수 있게 하여야 한다는 견해도 유사한 취지로 보인다. 장철준, 앞의 논문, 213.

87) 환경권 침해를 이유로 제기된 헌법재판 자체가 100건이 되지 않고 그 중 환경권 조항 위반을 근거로 위헌취지의 결정을 내린 것은 1건에 불과한데 이는 상식선에서 생각하는 '환경에 관한 권리'의 개념과 헌법 및 법률에서 규정하는 환경권 사이의 괴리가 큰 것이고 환경권 논쟁이 사회적 기본권 규범력 논쟁(과소보호금지 원칙)과 맞닿아 있기 때문이라는 평가가 있다. 장철준, 앞의 논문, 210.

88) 대법원과 헌법재판소가 환경권 조항의 재판규범성을 낮게 보는 경향은 결국 환경보호의 주된 임무는 입법부에 있음을 전제한 것으로 생각되는데 이러한 접근 태도는 결국 헌법상 환경권의 무용론으로 이어질 수 있다는 비판이 있고, 나아가 대법원이나 헌법재판소가 환경권 조항에 터잡아 환경가치를 적극적으로 구현하도록 강제하기에 현행 헌법 조항은 충분하지 않다고 볼 수 있기 때문으로 바로 이러한 자제적 해석론이 새만금 사업과 4대강 사업을 관통하는 환경파괴 사건에서 사법부가 보여준 무기력에 대한 하나의 설명이 될 수 있을 것이라고 한다. 김태호, "환경권과 헌법 개정 - 입법론적 접근", 9.

있는데, 이 역시 앞서 본 바와 같은 사회적 기본권으로서의 환경권의 약한 규범력이 그 이유라는 견해[89]가 있다. 더욱이 앞서 본 현재의 환경권 관련 이론구성에 따르면 환경권은 다른 모든 기본권의 보호영역에서 제외된 나머지 영역만을 규율하는 기본권으로 귀결될 우려가 존재하고, 특히 우리나라의 경우 열거되지 않은 기본권에 관한 헌법규정까지 있다는 점에서 그러한 접근은 환경권의 독자적 존재가치 조차 형해화시킬 것이라는 우려가 있어 왔다.

이렇듯 현재 대한민국에서 환경권의 위치는 헌법적 권리로서 환경권 조항이 명시되어 있음에도, 갈등 구조의 특이성, 사회권으로서의 특성 및 환경권의 고유한 특성, 그에 따라 형성된 느슨한 사법심사기준 등의 이유로 이론적으로는 물론 실제적으로도 제대로 자리 잡지 못하여 왔음을 부인할 수 없다.

그러나 앞서 본 기후위기의 중차대함, 또 1992년 이후 본격 논의되어 온 국제적 환경권 보호의 동향이 급속히 강화되고 있는 점을 고려하면 환경권이 종국적으로 과학기술 조항과의 관계에서 과학기술의 공공성 강화에 포함된 통제 수단으로 제대로 기능하기 위하여, 나아가 과학기술 발전에 종속하는 특허제도에 새로운 역할을 부여하기 위하여, 엄격한 잣대로 기능하는 위치에까지 이르러야 한다는 진지한 논의가 필요하다.

보다 구체적으로, 우리 환경권 조항은 세계적으로 유래 없는 기본권 부여 형태로 도입되어 현재로도 충분히 제기능을 할 수 있고 반드시 개정을 통하여야만 규범력이 높아지는 것은 아닐 것(물론 환경보호를 헌법 전문이나 총강 등에 독일처럼 국가적 과제로 추가하는 개헌이 이루어진다면 보다 효과적일 수도 있을 것이다)이라는 전제하에, 사회권으로서의 환경권에는 자유권으로 확보할 수 없는 독자적 영역이 분명히 존재하고 이 영역은 점점 확대되고 중요성을 획득할 개연성이 크다는 점과 절대로 있어서는 아니되겠지만 기후'재앙'의 도래를 철저하게 예방하기 위한 차원에서 재해석이 이

89) 김태호, "환경권과 헌법 개정 - 입법론적 접근", 3(그런 점에서 환경권 조항에 대한 이론적 논의에는 환경권 조항을 강화하는 것이 아니라 차라리 환경권 조항을 국가목표로서의 환경보호조항으로 전환하자는 제안들도 적지 아니하였는데 환경권 조항의 실효성에 대한 회의는 사회적 기본권 조항이 없는 독일에서 뿐만 아니라 미국 등 여러 나라에서도 논의된 바 있다고 한다).

루어져야 할 것으로 생각한다.

나. 재해석의 방향

현상태에서 위헌심사기준을 변경하는 것을 넘어서, 환경권의 독자성을 강화하여 사회권 중 새로운 형태의 기본권으로 취급하자는 제안의 가능성을 타진한다.[90] 오늘날 기본권의 중점은 자유권에서 사회권(생활권)으로 옮겨지고, 전통적인 자유권들이 생활의 수단 내지 영업의 수단으로 생활권적 기능도 하고 있으므로('자유권의 생활권화 현상') 자유권과 사회권을 획일적으로 구별할 필요는 없다고 한다.[91] 또한 자유권과 다른 기본권을 구별하는 전통적 방식은 비자유권에도 자유권적 요소가 포함될 수 있고, 자유권의 실현을 위하여 적극적 권리의 작용이 필요할 수 있다는 점에서 향후 헌법해석의 진전에 더 개방되어 있기도 하다는 견해[92]도 있다. 나아가 사회권을 과거와 달리 이해하는 판례가 쌓여 갈수록 시민과 정부의 인식이 변하여 갈 것이며, 결국 그것이 입법에 동력을 부여할 것이므로 사회권의 본질을 보다 광범위하게 인식하는 사법적 노력이 필요하다며 위 제2차 결정에 큰 의미를 부여하는 견해[93]도 있다. 이러한 전제하에 기본권 내부에서도 환경권은 앞서 본 환경문제의 특수성과 약화의 빌미가 된 환경권의 특성을 오히려 디딤판으로 삼아 차별화를 시도하여 볼 수 있을 듯하다. 교육, 근로 문제는 매우 중요한 사회적 기본권이지만 주로 국가 내부적으로 해결 가능

90) 앞서 본 위헌심사기준의 문제도 관련되어 논의된다. 헌법재판소 2019. 12. 27. 선고 2018마730 결정(공직선거법제79조헌제3항등위헌확인, 제2차 결정, 위헌)과 동일 사건 구조(동일 조항에 대한 동일 심사기준)인 헌법재판소 2008. 7. 31. 선고 2006헌마711 결정(제1차 결정, 합헌)이 상반되는 결론에 이르렀는데, 모두 과소보호금지 원칙이 심사기준이었으나, 제2차 결정에서는 보다 엄격하게 적용된 것으로 평가되고 있다. 두 결정 사이의 11년 경과로 '환경보호관련 법이 헌법질서에서 차지하는 위상과 그 법익에 대한 침해와 위험의 태양과 정도'가 달라진 것으로 이해할 수도 있을 것으로, 그렇다면 기후변화를 비롯한 자연환경침해와 위험의 태양과 정도가 높아진 점을 고려하면 정작 환경권의 헌법적 위상이 제고하여야 하는 이유가 분명한데도 그간 제기된 환경파괴 사안에서 사법부가 이러한 전향적 태도를 보이지 않은 점이 아쉽다고 한다. 요컨대, 환경문제가 이제는 생명·신체의 보호 문제에까지 이르게 된 앞서 본 현황에 비추어 보면 과소보호금지원칙에 의하더라도 보다 엄격한 통제가 가능하다고 하다는 것이다. 장철준, 앞의 논문, 211, 222.

91) 허영, 「헌법이론과 헌법(신4판)」, 529.

92) 김하열, 앞의 책, 194.

93) 장철준, 앞의 논문, 217.

한 쟁점이 많아, 국제적 협의 없이는 해결책 제시 자체가 어려운 환경문제와는 성격이 상당히 상이하기 때문이다.

그런 점에서 사회적 기본권[94]으로서의 환경권의 독자적인 존재가치에 대한 재검토가 필요한데, 근본적이고 항구적인 해결책을 강구하기 위한 방안을 제시하여 보면 환경권을 기존의 사회적 기본권에서 분리하여 그 특수성에 따라 점차 자유권적 기본권으로 수렴시켜 새로운 기본권으로 이론구성하는 방식도 시도될 가치가 있다고 생각한다.[95] 환경권은 이미 보았듯이 사회적 기본권들 중 특이한 면이 있고, 또 우리는 환경권 조항을 갖지만 세계적으로는 다양한 형식으로 보호되고 있으므로 우리나라에 맞는 해석론과 보호방식을 두는 것도 가능하다는 점에서 더욱 그러하다.

이러한 환경권의 강화는 결국 현재까지 약한 독자적 규범력 때문에 과학기술 및 지식재산권 통제 심사기준으로 제대로 기능하지 못하여 온 문제점을 시정하기 위한 사전 작업으로, 결국 생존권으로서 환경권의 우월성 확보가 기후위기 해결의 관건임을 확인하는 의미이기도 하다.[96]

---

94) 보다 넓게 사회적 기본권에 관한 기존 법리의 타당성에 의문을 제기할 수도 있을 것이나 오랜 전통을 가지고 다양한 내용으로 이루어져 있으며 관련 법리가 정착된 사회적 기본권 전체를 대상으로 하는 구조변경 논의는 많은 이론적·실무적 어려움에 봉착할 개연성이 크다. 이에 기존 환경권을 포함한 사회권의 판단 구조를 비판하고, 그 보장 수준 향상을 위한 논리적 근거를 찾으며, 이를 해석규범으로 승화할 방법을 모색하는 현실주의적 견해도 있다. 장철준, 앞의 논문, 211.

95) 환경권 내부에 자유권적 성질이 있음을 인정하는 것으로 전통적인 자유권/사회권 구분론과는 상이하다. 지식재산권 조항이 재산권 조항과 별도로 존재하는 우리 헌법 구조에 따라 지식재산권을 별도의 재산권 유사 기본권으로 분리인정하자는 주장(이규홍, 앞의 논문, 195-197 참조)과 같은 맥락이다.

96) 앞서 보았듯이 환경침해가 인간의 생명·신체에 직접적으로 위협이 되는 상황에 이르렀고, 이에 기존의 법제도로는 규율의 한계에 봉착하였다고 보아 개헌의 필요성을 주장하는 견해가 최근 많다. 특히 기왕에 우리 헌법에 규정된 기본권인 환경권을 발전시켜 생태적 기본권으로 독립하자는 시각(박규환, 앞의 논문, 116), '지구법학[earth jurisprudence, 미국의 신부이자 환경법학자인 토마스 베리(Thomas Berry)가 주장한 것으로 인간이 지구라는 존재공동체의 구성 부분임을 인정하고 인류를 비롯한 모든 존재의 가치와 생명을 존중하는 법규범의 사고체계를 말한다고 한다. 강금실, 「지구를 위한 변론」, 김영사(2021) 140-182.]의 관점에서의 주장[오동석, "지구법학 관점에서 한국헌법의 해석론", 환경법과 정책 제26권(2021. 2.), 65] 등 보다 근본적인 논의도 있다. 환경권 조항 개정의 전반적인 사항은 다른 연구에 미루고 본고에서는 상세히 언급하지 않는다; 앞서 보았듯이 환경권은 본질적으로 다른 기본권의 제한을 전제로 하는 속성이 있고 경제성장의 장애요인으로 기능할

Ⅳ. 과학기술의 통제와 경제 조항

1. 과학기술의 발전

인류가 수차례의 산업혁명을 거치며 눈부시게 성취하여 온 지금의 문명의 상당 부분이 과학기술의 획기적 발전에 의한 것임은 자명하다. 독일의 철학자 피히테(Fichte)는 과학기술이 자연의 폭력의 원인을 밝히고, 그것이 어떻게 전개될 것인가를 계산하고, 그것에서 벗어날 수 있는 수단을 제공할 수 있다고 생각하였으며, 나아가 그는 과학기술을 통한 자연의 정복을 선(善)으로 규정하였고, 과학기술의 원천으로서 이성에 대한 믿음은 진보에 대한 낙관론으로 이어져 지적인 담론의 중심이 이제 신에서 자연으로, 교회에서 과학으로 옮겨졌는바 이러한 낙관론은 자연 과학뿐만 아니라 윤리, 정치, 사회 문제 전반으로 확산되었다고 한다.[97] 대부분의 경제학적 연구결과에 의하면, 노동과 자본이 중시되던 과거와는 달리 이미 현재의 경제발전에의 기여분은 노동과 자본이 15%, 기술혁신이 85%라고 하므로[98] 미래사회에서의 과학기술의 절대적 중요성과 발전의 가능성은 상상하기 어려울 정도이다. '신의 영역'을 넘보는 수준에 이를 것이라는 인공지능(A.I.)은 많은 학자들이 그로 인한 인류 파멸까지 경고하고 있음에도, 오히려 고도의 인공지능이 환경문제를 포함하여 인류의 난제를 모두 해결할 것이라거나, 심지어 외계행성으로 이주하여 모든 문제를 해결할 수 있다는 뚜렷한 근거 없는 극단적 낙관론까지 제기된 형국이다.

이렇듯 과학기술의 발전이 보여준 힘은 부국강병을 이룰 수 있는 절대적인 가치로 신봉되어 왔으나 그 부작용이 서서히 드러나기 시작하자 소위

수 있으므로, 우리 헌법상의 경제 조항, 과학기술 조항과의 밀접한 상호관계 하에서 논의가 이루어져야 하는 한계와 제한이 존재함은 부인할 수 없을 것이다; 최근 세계적으로 급속히 증가하고 있는 기후위기 관련소송에 관하여도 다른 자료를 참조할 것을 권유하지만 전반적인 개요는 박태현, "기후변화소송과 파리협정", 환경법과 정책 제23권(2019. 9.), 이재희, "기후변화에 대한 사법적 대응의 가능성: 기후변화 헌법소송을 중심으로", 저스티스 통권 제182-2호(2021.2.), 오동석, "지구법학 관점에서 한국헌법의 해석론", 환경법과 정책 제26권(2021. 2.), 78-80 참조.

97) 신중섭, "과학기술에 대한 통제의 한계", 과학철학 17-1(한국과학철학회, 2014), 158.

98) 정상조, 「기술혁신의 기원」, 서울대학교출판문화원(2021), 13(Nathan Rosenberg, Innovation and Economic Growth, OECD, 2004 등을 인용한다).

‘과학전쟁’[99]이 벌어졌다. 우선 근대 과학과 기술이 역사적으로 산업화와 깊이 연관돼 있었다는 것은 사실이고, 그 때문에 예를 들어 전쟁을 포함한 대량소비를 조장하는 생산기술이 더욱 발전되어 왔지만 과학기술의 본질은 역기능과 순기능을 종합한 그 자체만으로는 선악을 판단하기 어려운 가치중립적인 것이라고 인식되어 온 면이 있다. 과학에는 '자연'이라는 냉엄한 심판자가 있어 아무리 유명한 학자의 학설이라도 실험 사실과 맞지 않을 경우에는 결국 도태되는 방식[100]이 중립성·객관성·절대성의 원천이라고 주장되는데 이를 ‘절대주의 과학관’이라 한다.

그러나 2차 세계 대전을 겪으면서 개발된 원자폭탄 등 전쟁 무기의 공포가 가시기도 전에, 세계 여러 곳에서 발생한 핵발전소 사고, 인도 보팔의 가스 유출 사고, 오존층의 파괴와 기후변화, 성장의 한계, 유전자 재조합과 생명 공학, 나노 기술이 초래할 수도 있는 위험성 때문에 심지어 ‘묵시적 종말론’까지 등장하게 되었다.[101] 이와 같이 하여 1970년대에 이르자 위와 같은 관념에 과학지식사회학(SSK)과 사회적 구성론(social constructivism)이 도전이 시작되었는데 이는 과학의 합리성을 믿어 의심치 않던 기존의 사회학적 분위기에 벗어나, 과학지식의 내용이 어떻게 사회적 요인에 의해 영향 받거나 의식적으로 구성되는가를 밝히는 작업을 의미한다. 이러한 ‘상대주의 과학관’의 등장으로 인해 과학이 종래 특권적으로 차지한 절대성은 부정되기 시작하고 다른 인문·사회과학적 분석대상 - 문화, 정치, 경제 등 - 들과 마찬가지로 맥락의존적이며 역사적으로 특수한 지식체계로 평가절하되는 지경에 이르게 된 것이었다. 그러면서 인간적이고 환경친화적인 대안적 과학기술이 발전하여야 하고 이를 위하여는 현재 과학기술의 사회적 구성에서 소외되어 있는 다양한 시민집단이 참여하여 민주적인 과학기술정

99) 1998. 3. 9.- 5. 18.까지 교수신문에서 수차례 연재되었던 과학기술에 참여민주주의를 도입하자는 과학지식사회학(SSK, Sociology of Scientific Knowledge)측의 김환석 교수, 과학자측의 오세정 교수의 논박 글을 요약 소개한다. 각주는 필자가 추가한 것이고, 전문은 http://sts.jinbo.net/pds/alt_sci/5/5-10.html (2021. 8. 18. 확인, 이는 ‘다른 과학 편집위원’ 정주일이 과학전쟁을 요약 소개한 후 위 논쟁글들을 포스팅한 사이트로 그의 글의 역시 일부 포함하여 소개한다).

100) http://sts.jinbo.net/pds/alt_sci/5/5-10.html (2021. 8. 18. 확인. 그 중 1998. 3. 23.자 오세정 교수의 반론).

101) 신중섭, 앞의 논문, 159.

책을 제도화하는 방식이 필요하다고 주장되었다. 결국 과학을 악용하는 세력이 나쁘지 과학 자체는 중립이니까 과학자에게는 책임이 없다는 생각은, 과거 군사적 목적에 의하여 국가에 종속되어 발전되어 온 과학기술이 이제는 다국적기업들의 막대한 연구비에 의존하게 되어 이윤추구에 종속[102]되게 된 지금의 현상에 비추어, 과학과 가치는 분리될 수 없고 분리돼서도 안 된다는 원칙, 즉 과학기술의 공공성 회복의 중요성 확보로 대체되어야 할 시기인 것이다.[103]

2. 과학기술에 대한 통제

과학기술자들 중 과학의 영향에 대한 사회적 책임을 인정하는 측에서는 과학에 대한 자율적 통제의 타당성을 주장한다.[104] 그러나 원자폭탄이 기술적으로 구현 가능하다는 것을 과학기술자가 보여준다고 할지라도, 그것을 실제로 제조하고 어디에 사용할 것인가를 결정하는 것은 과학기술자의 몫이 아닌 것처럼 과학기술자가 정책 결정에 결정적인 역할을 한다고 믿는 것은 현실을 제대로 이해하지 못하고, 정책 결정의 중요성을 과소평가하여 역으로 과학기술의 폐해를 막을 수 있는 방책을 제한할 수 있다. 최근 세계적으로 과학기술 연구에 대한 투자가 증대하는 것은 과학기술이나 과학기술자에 대한 시민들의 신뢰가 높아졌기 때문이 아니라 과학기술이 국가와 기업의 생존에 미치는 영향력이 증대되었기 때문이라고 본다. 그러므로 앞서 본 다양한 시민집단이 참여하여 민주적인 과학기술정책을 제도화하는 방식이 등장하게 되는데, 과학기술에 대한 일반적 통제론으로는 인간의 인

---

102) 현대과학기술은 치열한 자본주의 시장경제에 적응하여 경쟁에 이기고자 제반 위험의 검토가 마쳐지기도 전에 신속하게 특허로 출원되거나 제품화되는 경향이 농후하다. 또 막대한 연구비가 투여되며, 과학기술은 고도로 전문화·세분화되었지만 제품은 다양한 기술이 관련된 복잡한 것이 많아 예상 밖의 문제점을 드러내기도 한다.

103) 과학지식사회학자와 과학자 모두, 예를 들어 원자력발전소나 핵폐기물처리장 추진과정에서 주민들은 비과학적인 선입견에서 극단적인 주장을 펴는 일이 많고 소위 전문가들은 설득의 노력보다 '우리가 제일 잘 아니 우리에게 맡겨라.'는 식의 대응이 주를 이루는 평행선을 긋는 문제에 대하여, "기술만능주의와 반과학기술주의의 두 가지 암초를 피해, 이성적 비판을 통하여 삶의 질 향상을 위한 과학기술로 재지향하는 일"이 중요하다는데 는 동의한다. http://sts.jinbo.net/pds/alt_sci/5/5-10.html (2021. 8. 18. 확인).

104) 이하는 신중섭, 앞의 논문, 160-171을 주로 참조한 것이다.

식적 한계와 인간이 예측 불가능한 과학기술 자체의 속성, 제어불가능한 자본주의적 생산 양식의 특성으로 말미암아 과학기술의 위험성을 만족스럽게 통제하는 것은 불가능한 과제라는 사실을 받아들여야 하고, 과학기술의 자율성을 존중하고 통제는 그것이 초래할 수 있는 결과가 명확히 나쁜 것으로 확인될 수 있는 경우에만 제한되어야 한다는 견해[105]도 있다.[106]

우리나라에서의 과학기술 통제 문제를 살펴보면, 우선, 우리 과학기술계의 국가에의 종속 현상[107]은 제국주의 일본과 비교하여도 더 심하게 나타났는데 적어도 일본에서는 과학기술자가 국가도 함부로 대하지 못하는 특권적 시스템에 의한 틈새를 확보할 수 있었는데 한국에서는 그러한 틈새조차 없어 과학기술자가 국가에 대하여 자율성을 확보하기 어려웠고 도구적 중립에 대한 강박만 더 완고한 형태로 남은 것으로 진단하는 설명[108]이 설득력 있다. 그리고 3면이 바다인 데다가 대륙과 이어진 부분 역시 육상교통이 불가능하여 사실상 잠정적 섬나라 상태인 좁은 국토, 상대적으로 많은 인구와[109] 빈약한 자연자원이라는 악조건에서, 우리는 인적자원에 기반한

105) 신중섭, 앞의 논문, 172-176(DDT의 사용이 가져온 '침묵의 봄', 자동차와 에어컨에 사용하는 프레온 가스의 오존층 파괴 등은 처음에는 알 수 없는 부작용이었음을 예로 든다).

106) 그러나 처음에는 알 수 없었던 특정기술의 부작용이라도 알려진 이후에는 당연히 자율성 존중과 무관하게 통제되어야 할 것이고, 처음부터 이윤추구의 목적으로 위험성을 내포하고 등장한 과학기술, 즉 위험과 혜택을 공유한 듯하지만 구체적인 예측을 할 수 없는 과학기술에 대하여는 오히려 혜택을 받는 측이 위험성이 없거나 미미함을 입증하지 못한다면 예방적으로 통제하는 것이 허락되어야 할 필요가 있다고 생각한다. 예컨대 앞서 보았듯이 생태환경침해는 잠복성 때문에 피해를 후세대에게 전가하게 되고, 비가역성에 의하여 회복이 불가능할 수 있으며, 광역성은 무고한 인근 국가, 시민에게 피해를 끼칠 수 있음에도 침해주체가 모호한 경우가 있으므로 그 기술자체를, 즉 해당기술이 사회에 적용되는 것을 특허심사과정 등을 통하여 통제할 필요가 있기 때문이다.

107) 우리나라와 일본은 국가의 과학기술에 대한 직접적 개입을 기조로 하여왔으나, 과학기술 전통이 오래된 영미계는 과학기술 혁신이 잘 이루어지는 조건 - 과학자 사이의 의사소통 환경을 마련하여 주는 것 - 을 발견하여 이를 갖추어주는 것을 정책의 축으로 삼고 있다고 한다. 그러면서 '연구수행에 관련된 모든 권한은 연구자가 가지며 정부는 예산을 지원하지만 간섭하지 않는다.'는 하르나크(Harnack) 원칙이 독일 연구회를 지탱하는 정신이라고 예를 든다. 박기주, "과학기술 헌법조항의 재검토 및 개정방향", 헌법재판연구 제3권 제1호(2016. 6.), 302.

108) 김태호, "극복하지 못한 전통, 발명하지 못한 전통", 인문논총 제74권 제4호(2017. 11. 30.), 519.

109) 국토면적은 109위, 인구 순위는 28위, 인구밀도 순위는 23위이나, 우리보다 인구밀도가 높은 나라 중 면적이 큰 나라는 방글라데시 뿐으로 국가 규모로 보았을 때 우리나라가

과학기술에 대한 절대적인 의존을 통하여 기술개발과 수출을 이루어 100년 이상이나 뒤졌던 근대화·산업화를 앞당겨 부국강병을 이룩하였다. 그리고 이러한 현실을 반영하여 1962년 헌법에서부터 경제편에 존재하게 된 과학기술 조항은 건국 이래 경제발전의 수단으로 인식되어 온 과학기술의 기능을 명문화한 것으로 소기의 역할을 수행하여왔는데, 그 과정에서 형성된 거대자본(재벌)은 경제와 과학기술 발전을 모두를 이끌며 권력화되었고, 이러한 과정에서 과학기술의 경제발전 예속성은 더욱 심화·고착된 것으로 생각한다.

이러한 현실에서 우리의 과학기술은, 과거 군사정권 시절의 과학기술의 국가에의 예속에서, 가습기살균제 사건에서 보듯이 국민경제발전이라는 명분 하에 거대자본의 이윤추구에 예속되는 바람직하지 못한 모습으로 전개됨에 따라 그 통제론은 무기력하였음을 부인할 수 없다. 그러나 최근 우리 사회도 다양한 시민집단이 참여하여 민주적인 과학기술정책을 제도화하는 방식이라 할 수 있을 앞서 본 원자력 발전소 공론화위원회를 설치한 바 있고[110] 이는 여러 논란이 있지만 제도적으로 발전된 모습이라고 생각한다. 이러한 과정이 헌법에 어떻게 투영되었고 향후 어떠한 진로를 잡아야 할지 경제 조항과 과학기술 조항을 중심으로 살펴본다.

3. 우리 헌법상 경제 조항 및 과학기술 조항의 상호작용

가. 연혁 및 현황

우선, 과학기술 조항의 연혁 등을 살펴보면, 헌법은 '제9장 경제'(제119조-제127조) 중 가장 앞선 제119조로 경제 조항을 두어 전체적인 경제질서를 규정하고, 과학기술 조항은 가장 마지막인 제127조에 위치시켰다.

그러므로 과학기술 조항을 이해하기 위하여 제9장 중 전체적인 경제질서를 규정한 경제 조항의 관련 일부 논의만 정리하여 본다. 일반적인 이해와

인구밀도 순위는 거의 최고수준이다.

110) 앞서 본 신고리 원자력발전소 5, 6호기의 건설재개여부에 대한 공론화위원회는 시민참여단 참여를 희망한 5천 981명 가운데 신고리 5·6호기 건설에 대한 의견, 성별, 연령 분포율 등을 고려해 500명을 무작위 선정하였고 그 중 478명의 시민참여단이 참석해 건설중단·재개 양측 입장 청취 및 질의응답 등의 시간을 갖고, 약 한 달 간의 숙의과정을 가진 후 결정을 하였다.

헌법재판소의 결정[111]은 우리 경제질서를 자유시장 경제질서를 기본으로 하되 그에 대한 보완적 수정으로서 사회국가적 원리에 따른 국가의 규제와 조정이 이루어지는 '사회적 시장경제질서'로 보고 있다. 명확히 정의할 수는 없지만 그 대체적 특징은 자유경쟁을 원칙으로 한 시장경제라는 것, 국가는 시장경제의 조건을 보장하기 위하여 독과점 규제 등 경제권력의 제한을 위한 질서정책을 시행한다는 것, 그리고 사회국가적 원리에서 나오는 요청, 즉 사회적 약자 보호, 환경보호 등 시장과 경쟁에 맡길 수 없는 문제를 해결하는 기능을 수행한다는 것으로 볼 수 있다.[112] 그러므로, 이러한 경제조항의 해석론에 의하면 과학기술 분야에서 시장실패 등으로 시장(개인)에 맡길 수 없는 부분이 존재한다면 사회국가적 원리에 따른 공공성 회복을 위한 규제정책이 가능하고 요구된다. 다음, 과학기술 관련 조항[113] 연혁은 1962년 헌법개정시 "경제편"에 제118조로 국가의 과학기술발전의무는 명시하지 않은 채 도입되었고, 1972년 개정헌법 제123조 제1항 "국민경제의 발전과 이를 위한 과학기술은 창달·진흥되어야 한다."라고 경제발전이라는 목적달성의 수단으로 개정되었다. 1980년 개정헌법 제128조 제1항은 "국가는 국민경제의 발전에 노력하고 과학기술을 창달·진흥하여야 한다."라고 개정하여 국민경제과 과학기술의 발전이 병렬적인 관계로 서술되었으나,

111) 헌법재판소 1996. 4. 25. 선고 92헌바47 결정.

112) 김문현, "사회적 시장경제질서와 현행헌법상 경제질서의 성격", 「사회·경제질서와 재산권」, 법원사(2001), 89-108: 개략적으로 1962년 신설된 제119조 제1항이 경제헌법의 근간인 자유시장 경제질서(지식재산권 제도의 근거이기도 하다)를 규정하고, 제2항이 제1항을 수정보완하는 경제민주화의 근거(독점규제 제도의 근거이기도 하다)로 볼 수 있다.

113) 조항의 변천 연혁은 김일환, "헌법 제127조의 개정필요성과 내용", 과학기술에 대한 헌법적 통제, 한국과학기술법학회·헌법재판연구원 주최 세미나 자료집(2018. 4. 5), 6-8, 10이하에서는 '과학기술 발전에 관한 내용을 헌법에서 규정하는 입헌례는 첫째, 우리 헌법 제127조 제1항처럼 국가가 적극적으로 과학기술의 발전의 방향을 제시하고 이끌어 갈 역할을 담당할 의무를 명시하는 형태(산업화의 출발이 늦어 국가가 적극적으로 과학기술 발전을 이끌 필요가 있은 상황), 둘째, 미국처럼 과학기술 발전의 의무를 규정하되 국가가 직접적으로 방향제시를 하기보다는 연구개발자의 권리보장을 통하여 과학기술의 발전을 뒷받침하고 구체적인 방향은 개별연구자들의 활동을 통하여 형성되는 형태(자유주의 국가 특성상 국가가 나서기 보다는 개별권리자의 권리보장에 주력), 셋째, 과학기술발전에 관한 직접적인 규정을 두지 않고 다른 규정을 통하여 간접적으로 지원하는 경우(독일, 일본, 이미 산업화가 경료된 이후인 2차 세계대전 후에 헌법을 제정하였기 때문)로 설명이 가능'할 것이라 한다.

1987년 개정된 현행헌법 과학기술 조항으로 되었다. 구체적으로 “경제”장에 남은 상태에서 다시 경제발전이라는 목적달성의 수단으로 명시[114]되었지만, ‘정보 및 인력의 개발’을 통한 경제발전이 추가되었으며, 동시에 지식재산권 조항에는 “과학기술자”가 추가로 삽입되었다.

이렇게 변화된 과학기술 조항은 ‘과학기술과 관련된 기본권’과 관련하여, 지식재산권 조항의 보조를 받는 근거조항으로 과학기술 진흥책의 근거일 뿐더러, 헌법 제10조, 제36조 등과 함께 인간의 존엄과 가치에 반하는 연구개발 등을 제한하는 논증에 필수적으로 관여하는 제한 원리로도 기능하게 될 것이다.[115]

나. 논의의 정리

현행 과학기술 조항에 대하여는 개정논의[116]가 많으므로, 개정주장의 취지를 최대한 반영하는 현행 과학기술 조항에 대한 해석론이 가능한지를 살펴본다.

우선, 과학기술 조항의 위치와 문구를 객관적으로 문리해석하면, 제9장 ‘경제’편에 규정되어 있고 그 내용 자체가 “과학기술의 혁신”을 통하여 ‘국

114) 6·10항쟁으로 촉발된 직선제 개헌에서 왜 다시 목적수단으로 규정된 것인지에 관한 자료는 찾기 어렵다고 한다. 김선화, “과학기술과 헌법상의 경제조항”, 과학기술에 대한 헌법적 통제, 한국과학기술법학회·헌법재판연구원 주최 세미나 자료집(2018. 4. 5.), 33.

115) 예를 들어, 개인정보와 관련하여 디지털 경제발전의 핵심인 빅 데이터(Big data) 구축을 위하여 개인정보수집을 요구하는 과학기술계와 산업계의 요구에 대하여 경제발전이라는 측면에 집중하면 인격권 소홀히 될 우려가 있다. 빅 데이터의 활용에 있어서 개인식별자료를 삭제하여 개인을 추적할 수 없도록 익명처리하고 빅 데이터를 사용할 수 있도록 하는 것이 과학기술자의 연구의 자유에 대하여 과잉금지 원칙을 적용한 것이라고 한다. 손경한·조용진 편, 앞의 책, 111(이성환 집필부분).

116) 1987년 개정 이후 인터넷 나아가, 인공지능 등 IT 기술의 엄청난 발전, BT의 약진 등 과학기술에 의한 긍정적인 변화와 생태환경 문제가 급속히 대두되는 등 부정적 측면이 공존하게 되었다. 이에 미래 사회변화에 주된 동력이 될 것으로 보이는 과학기술 조항의 중요성은 다른 조항을 능가한다고 볼 수 있을 것이다. 현재 관련 개정론은 크게 두 가지로 구분될 수 있어 보이는데, 첫째, 아예 “경제”편에서 삭제하고 전문 혹은 총강에 설치하자는 주장, 둘째, “경제”편에서 존치시키되 조문을 수정하는 방안이 그것으로 과학기술의 경제관련성은 부인할 수 없으므로 “경제”편에서 존치시키지만 1987년 개정처럼 적어도 목적-수단 관계가 아닌 병렬적 관계로 개정하면 해석으로 충분히 관련문제를 해결될 수 있다고 보는 입장이라 할 것이다. 상세한 설명은 박기주, 앞의 논문 등 참조.

민경제의 발전'에 노력한다는 것으로 경제성장의 수단으로서 과학기술의 발전을 바라보는 시각임이 분명하다. 그리고 원래는 지적 호기심에 의한 과학발전의 역사도 유의미하지만, 과학기술에 구체적 목적을 부여하고, 또 그 목적이 경제발전으로 되었을 때의 장점은 익히 한국 사회가 경험한 바 있다. 그런 면에서 현행 과학기술 조항에 무슨 문제가 있느냐는 반론도 충분히 가능하고, 적어도 1987년 개헌으로 탄생한 현행헌법 당시까지는 타당하다고 생각된다.

그러나 이제는 선진국으로 대우받아도 어색하지 않고 또 과학기술기본법 제1조도 과학기술이 '경제발전, 국민의 삶 나아가 인류사회 발전'에 기여함을 규정하듯이, 현재 대한민국이 한 단계 도약하기 위하여는 그간의 문제제기에 주목할 필요가 있다고 생각한다. 우선 국가가 과학에 대하여 경제발전의 효용성을 주로 감안하여 그 발전을 지원한다면 기초과학 등 당장 경제적 효과를 알기 어려운 분야에 대하여 소홀히 할 우려가 있음을 부인할 수 없다.[117] 우리나라의 과학기술 R&D 예산이 2015년 기준 투자비율로는 세계 1위이고, 투자총액도 미국, 중국, 독일, 일본에 이은 5위임에도 인류에 기여하는 과학기술적 기여가 크다고 자신할 수 없다.[118]

이러한 점은 우리가 단기적 경제이익에만 치중하여 기초과학에의 투자가 낮은 것은 사실이지만 그러한 지적만으로 설명하기 어려운 면이 있고, 과학기술이 왜 필요하고 그 역할이 무엇인가에 대한 사회적 공감대가 과연 어떻게 형성되어 왔는지, 향후 어떠한 방향으로 발전하여야 하는지에 관한 의문으로 연결된다. 과학기술의 발전을 통하여 얻을 수 있는 효과는 단지 경제발전에 그치는 것이 아닌데도 경제발전의 수단으로 고착되는 순간 과학기술의 문화, 사회, 정치 등을 떠받치는 무한한 잠재적 활용성을 스스로 축소하는 것이 될 수 있다는 지적[119]과 같은 맥락이다. 헌법적 관점에서 현재의 과학기술은 사회의 변화와 발전을 감안할 때 자유권, 사회권의 양 시

117) 김선화, 앞의 논문, 32(실제로 2018년도 과학기술 관련 R&D 예산을 보면 19조 7천억 원 정도로 전년 대비 2천억 원 증가이나, 오히려 기초과학연구예산은 상당히 삭감되었다고 한다).

118) 박기주, 앞의 논문, 297; 절대적이지는 않지만 주지하는 바와 같이 노벨과학상의 경우 우리는 한 명도 없는 반면, 일본의 수상자가 24명에 이르는 것과 비교할 수 있을 것이다.

119) 최지선, "헌법 제127조의 개정필요성과 내용"에 대한 토론문, 한국과학기술법학회·헌법재판연구원 주최 세미나 자료집(2018. 4. 5), 25-27.

각에서 이해되어야 할 것이다.[120] 경제 조항의 측면에서 보아도 앞서 보았듯이 경제 조항 중 주로 제119조 제1항과 조화시켜온 과학기술 조항을, 그 제2항이 요구하는 사회국가적 원리에서 나오는 요청, 즉 사회적 약자 보호, 환경보호 등 시장과 경쟁에 맡길 수 없는 문제를 해결하는 기능을 수행하여야 하는 의무까지 포함하여 해석하여야 하여야 함을 의미할 것이다.

그러므로 이런 점을 최대한 반영한 과학기술 조항 해석론을 고민해볼 필요가 있는데 우선 과학기술 조항의 개정연혁이나 개정조문 사이의 미묘한 차이, 그리고 다른 헌법조문과의 연계에서 본다면, 즉 1980년 개정시 과학기술과 경제는 병렬적 가치로 규정되었었던 점, 1987년 개정시 정보 및 인력의 개발이 추가되고, 지식재산권 조항에 과학기술자가 추가된 점 등을 참작하면, 과학기술 조항은 국가의 과학기술인력개발의무를 강화하고 과학기술자의 학문의 자유와 더불어 권리보호를 정한 것으로 보아 전체적으로 반드시 과학기술을 경제에 종속적으로 정하려고만 한 것은 아니라는 해석이 가능하지 않을까 한다.[121]

또한 과학기술에 대한 사회적 통제권은 과학기술의 공공적 성격에 근거한다는 아래의 점[122]을 주목할 필요가 있다. 즉 20세기에 들어와 과학기술의 공공성은 기업의 이해관계 보호를 위한 특허대상 확대 등으로 약화되어 온 것이 분명하지만, 과학기술은 그 영향의 범위가 매우 포괄적이어서 대다수의 시민은 원하지 않아도 특정 과학기술로부터 지대한 영향을 받을 수밖에 없는 점, 그러므로 특정 과학기술개발 주체에 따라 소유권이 기업 혹은 정부에 귀속되느냐와 무관하게 그 공공적 성격은 연구개발과정에 시민들의 폭넓은 참여를 필요로 한다는 점, 특히 정부에서 추진하는 과학기술개발은 그 재원을 세금에 절대적으로 의존하는 경우가 많으므로 공공적 성격이 기본적으로 내재되어 있는 점 등을 생각하면 공공적 성격은 여전히 유지되는 것이 분명한 것이다.

---

120) 만일 휴대폰이 없다면, 지도검색을 통한 자동차 운전, 요리방법검색을 통한 식단준비 등 일상에 어려움을 겪을 것이 분명하므로 과학기술에의 접근권은 사회권으로 평가되어야 하고, 역으로 온갖 위치정보 등 개인정보 활용을 위한 정보수집은 개인의 자유를 침해하는 지경에 이르렀다.

121) 같은 취지로 김선화, 앞의 논문, 31.

122) 박기주, 앞의 논문, 311.

그렇다면 과학기술 조항은 국가사회 전체를 조감하고 이끌 수 있어야 한다는 전제에서 해석되어야 하고, 나아가 예컨대 전세계적 대책을 요하는 생태환경문제라면 적어도 우리가 인류에 피해를 주는 것은 절대로 피하여야 한다는 공공성의 강화라는 시각에서의 접근이 강조되어야 할 것으로 생각한다. 이를 특히 환경권과 관련하여 살펴보면, 환경권은 근본적으로 타 기본권을 제한하는 특성을 가진 것으로 특히 예외적인 경우도 있기는 하지만 일반적으로는 경제활동 제한을 수반하는 기본권으로 평가됨은 앞서 본 바와 같다. 국가나 공공단체가 세금 등 공공자금을 재원으로 주도하는 과학기술연구의 경우는 반환경적일 경우가 거의 없을 것이나, 사기업이 투자주체일 경우 예컨대 전자파 유해성 연구,[123] 가습기 살균제의 안정성 연구 등의 경우처럼 경제효율, 이윤추구에는 반하는 면이 있다면 자본의 본질상 그 공공성에도 불구하고 재원확보가 어려운 경우가 있을 것이고, 반대의 경우 심지어 반환경적·반윤리적 연구가 이루어질 수도 있는 것이다. 그러므로 생태환경연구는 예외적인 경우 이외에는 사적 이익보다는 공공적 성격이 큰 것으로, 이를 위하여는 과학기술 조항을 일단 경제발전도구론에서 독립시키고 공공성을 회복·강화하는 작업이 필요해 보이며, 이러한 해석이 앞서 본 사회적 시장경제질서에도 맞는 것이 아닐 수 없다. 특히 상당 부분 민간영역에서 이루어지는 기술개발의 경우 국가의 직접 개입은 현대사회에서는 아주 예외적인 것이므로, 직접적 민간투자확보책으로 마련되어 있는 특허제도를 과학기술 혁신 장려도구를 넘어서는 규제도구로 활용할 수도 있을 것이다.[124]

123) 송전탑을 지어야 하는 정부나, 가전제품을 팔아야 하는 기업의 지원을 기대하기 힘들 것이다. 김연식, "헌법내의 과학기술의 지위와 국가의 역할에 대한 소고", 성신법학 제13호(2004), 82.

124) 환경파괴의 원인과 기전이 과학적으로 점점 명확화되면서 과학기술에 의한 환경침해라는 이론적 주제가 실질적인 침해예방을 위한 원인색출 주제로 변경되고 있다. 이런 경향은 특허제도의 문제뿐 아니라, 다른 모든 기존의 제도 역시 개별적인 환경침해성이라는 측면에서 재검토를 요하게 한다. 우선 한국에서는 아주 직접적으로 환경부의 위상, 환경영향평가제도의 허실(박규환, 앞의 논문, 110) 등이 논의되어야 하고 향후 금융제도, 국가안보 등의 다방면에서의 재검토도 이루어 질 수 밖에 없다고 본다,

Ⅴ. 특허제도의 법적 의미와 발전방향

1. 특허제도의 현황

가. 과학기술과 특허제도

생태환경의 위기상황이 인권적 시각에서 접근하여야 할 상황에 이르렀음을 살펴보았고, 그렇다면 환경권은 기존의 사회권으로서의 애매한 지위를 벗어나 그 특수성을 반영하여 점차 자유권적 기본권으로 수렴시켜 새로운 기본권으로 이론구성하여야 할 시점에 이른 점, 현재까지 과학기술은 경제발전을 목표로, 특허제도 등 다양한 뒷받침을 받으며 눈부시게 발전하며 인류의 번영을 이끌었으나, 자연의 정복이라는 목표 하에 이루어진 과학기술 발전에 근거한 현재의 사회제도가 기후위기를 불러온 것으로 판명된 현재, 적어도 과학기술통제론은 공공성의 회복이라는 측면에서 새롭게 논의되어야 할 시점인 점 등을 앞서 보았다. 이 지점에서 과학기술제도의 경제발전과의 관련성을 새로 정립한다고 하더라도, 특허제도는 과학기술 및 경제발전의 촉매제(특히 민간영역)로 제도설계된 생래적 한계가 있다는 점, 생태환경문제가 과학기술 발전과는 밀접하지만 특허제도와의 관련성은 그간 많이 논의되지 않아 온 점이 지적되어야 할 것이다.[125] 특히 후자는 지식재산권과 인권의 상관성에 관하여 그동안 많은 관심이 제기되지 않다가 최근 논의가 이루어지는 상황[126]과 유사한데, 환경문제와 특허제도의 상관성은 최근 들어 지식재산권 보호의 강화 경향이 두드러지면서 생태환경 깊숙이 과학기술이 침투하기 시작하였고, 환경문제가 인권문제로 접근되기 시작함에 따라 긴장관계가 강화된 것으로 설명될 수 있을 것이다.

결국 각 우월성의 면에서 “경제제도 〉 과학기술제도 〉 특허제도”와 “인권 〉 환경권”의 두 영역의 긴장관계가, ‘경제제도’가 ‘인권’의 제한을 받으며

125) 창작법인 특허권의 본질 및 그 헌법적 근거는 지식재산권 조항이 주된 것임은 명백하지만, 헌법 제23조 역시 재산권적 색채가 강한 특허권의 근거(헌재 2002. 4. 25. 선고 2001헌마200 결정 등)가 될 것인데, 그 외에 과학기술 조항, 경제 조항이 그 근거로 추가되기도 하여 특허제도가 과학기술제도 및 경제제도와 현행법제도하에서도 매우 밀접한 관계에 있음을 확인할 수 있다. 조영선, 앞의 책, 2; 전반적인 관련 논의는 이규홍, 앞의 논문, 184-197.

126) 육소영, “지적재산권과 인권", 동북아법연구 제10권 제3권(2017), 847.

전체의 규율원리로 기능해 온 것이 현실이었음을 알 수 있다. 여기서 미래 세대에게 건강한 생태환경을 남겨주는 지속가능발전을 위하여는 국가 전체의 과학기술 정책의 공공성 강화라는 측면에서의 재검토라는 대규모 사업이 요구되지만, 가시적·단기적으로 접근 가능한 개선안 중 하나로 과학기술 자본화의 첨병인 특허제도를 새롭게 검토하는 것이 유의미할 수 있다.

나. 특허제도의 동향

특허제도를 뒷받침하는 전통이론으로는 자연권론(대륙법)과 유인론(영미법)이 있는데, 특히 최근 우리나라에 깊은 영향을 주고 있는 유인론을 끝까지 일관되게 유지한다면 특허제도가 건전한 산업발전이라는 제도 본래의 취지에 부합하지 않을 경우 폐지에 이를 수 있다는 결론도 가능하므로[127] 특허제도는 기술혁신을 야기한다는 증명을 통하여 향후 존재이유를 확인받아야 할 것이다. 지금까지는 현실적으로 증명하기는 어렵지만 특허제도가 발명과 혁신을 장려하고 과학·기술 및 산업과 경제의 발전에 기여하기 위한 법제도로 평가되고 있고, 특허권이 없다면 대규모 연구개발에 막대한 자금을 투자할 유인이 무엇인지라는 물음에 특허제도만이 유일한 유인·장려책은 아니지만 효율적 인센티브인 점은 분명하다는 일반론이 대체로 지지받아 왔다.[128] 하지만 특허보호대상 또는 보호범위의 확대가 언제나 기술혁신을 촉진하는 것은 아닌 것으로, 보호대상이나 보호범위를 지나치게 확대하게 되면 점진적으로 이루어지는 후속 기술혁신이 위축되고 관련 제품이나 서비스의 개발에 심각한 걸림돌이 될 수도 있다는 비판[129] 역시 존재하여 왔고, 이러한 시각은 이미 특허출원이 급증한 현재 많은 국가들에서 특허제도 운영상 고민이기도 하다. 특히 1982년 미연방특허법원(CAFC) 설치를 시작으로 특허제도를 국가발전의 원동력으로 삼아 전세계 특허제도를 선도하여 온 미국 역시 그러하다. 즉, 최근 미국의 특허제도 운용실무를 보면,

127) 권영준, 저작권침해판단론, 박영사(2006), 61.

128) 정상조, 앞의 책, 211[Edmund W . Kitch, The Nature and Function of the Patent System, 20 J. Law & Econ. 265(1977)와 Scott Kieff, Property Rights and Property Rules for Commercializing Inventions, 85 Minn. L. Rev. 697 (2001)를 인용하고 있다].

129) 정상조, "특허법의 변화: 기술혁신에 미친 영향을 중심으로", LAW & TEC HNOLOGY 제11권 제4호, 서울대 기술과법센터(2015), 20[Anna B. Laakmann, An Explicit Policy Lever for Patent Scope, 19 Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev. 43 (2012)를 인용하고 있다].

AIA(America Invents Act, 2011년 개정 미국특허법) 시행 후 IPR(Inter Partes Review)로 인한 특허무효율의 가파른 상승,[130] NPE[131]의 등장으로 인한 특허제도 재조정 경향, DNA 관련 특허의 제한,[132] 중국의 비약적 특허출원[133] 등의 원인으로, 지나친 특허의 양산으로 사회적 비용이 너무 높아지고, 오히려 과학의 발전을 저해한다는 회의론이 대두되어 친특허정책의 재검토 과정이 진행 중인 것으로 평가된다.

특허제도의 유용성은 그 연혁과 사회의 본질에 비추어 평가되어야 할 것이고 아직은 유용성에 대한 근본적 신뢰가 존재하여 앞서 본 바와 같이 기존 경제사회 체제의 목표와 가치를 유지하면서 녹색경제로 신속하게 이행하는 방식('그린 뉴딜')의 일환으로 채택될 여지가 크다. 그러나 21세기의 생태환경위기 등 과학기술발전의 부작용을 해결하여 인류의 생존권을 유지시키는 것이 목적임에 각 국은 공감대를 형성하고 있고, 앞서와 같은 특허제도 변화추세를 과학기술의 공공성 강화책과 병행하도록 하는 정책에 고민하여야 할 때임은 분명하다고 생각한다.

2. 생태환경과 기존 특허제도

가. 기존 특허제도에서의 환경문제

미국 등 주요국이 특허제도운영 과정에서 환경문제를 크게 고려한 자료는 발견할 수 없다. 즉 특허출원에 대한 심사과정, 특허무효심판 등 사후적으로 특허의 유효성을 다투는 심리과정에서 생태환경침해라는 주제가 각

130) 미국 특허청(USPTO)은 독립행정기관으로서의 특성이 약한 기관이었는데 AIA에서 특허심판원(PTAB)에 의한 개정된 IPR 제도(특허권자 이외의 사람에 의해 특허권 부여일 9개월 이후에 제기될 수 있는 무효심판제도) 등 특허무효심사제도를 강화하여 무효율이 상승한바 있다.

131) NPE(Non-Practicing Entity)는 생산·실시권 행사 등을 통하여 스스로 특허를 실시하지 않고 침해소송에만 전념하기 위하여 특허를 취득하는 존재를 의미한다. 소위 '특허괴물(Patent Troll)'로도 불리웠는데 특허제도의 본래의 취지가 왜곡 내지 악용된 면이 있는 것으로 평가되어 이를 규제하기 위한 여러 정책이 시도되고 있다.

132) AMP v Myriad, 133 S.Ct 2017(2013). 생물의 특정 DNA는 자연에 존재하는 현상에 가까운 것으로 인위적으로 분리되었다고 하더라도 그 자체로는 발명으로 인정받기 어렵다고 하여, 정제된 DNA가 화학물질 발명으로 인정되어 오던 관련 산업계에 충격을 주었다.

133) 중국은 전세계 특허 출원 건수 1위(2019년 전세계 특허 출원 중 중국의 비중은 43.4%) 국가로, 미국은 자국의 과학기술상 지위에 대한 위협으로 본다.

국의 특허법에 명시적으로 특허거절사유로 기재되어 있지 아니하였고, 판례도 그러한 면을 강조한 바 없으므로 아래에서 보는 국제조약 혹은 각 국내법의 추상적인 규정의 존재의미는 미약했다.

그러므로 기후위기가 닥친 현상황에서의 새로운 해석의 가능성이 주된 쟁점이 되어야 할 것이지만, 기존에 상당 기간 논의되어 온 기술이전의 맥락에서의 특허권 관련 논의만 간략히 소개한다. 기후변화 맥락에서 소위 '친환경기술(EST, Environmentally Sound Technology)'[134] 관련 논의가 '친환경기술특허의 기술시장거래를 통한 온난화 억제시도'의 일환으로 종래 존재하여왔다. 파리협정에서 개발도상국이 탄소감축의무이행을 위하여 필요한 지원의 일환으로 선진국에서 EST를 개발도상국에 이전하라는 요구사항이 쟁점화되었는데[135] 선진국들은 기술은 대개 국가가 아닌 개인의 사유재산이라는 점, 심지어 개발도상국을 EST 관련 개발대상 시장으로 보는 점 등의 이유로 지식재산권 문제를 환경협상에서 다루는 것 자체를 경계하여 논의 자체가 진전되지 못하여 왔다. 여기에 EST 이전이 기후변화대응에 도움이 되는 것은 인정되나, 지식재산권으로 보호되는 기술이 기후문제 해결에 어느 정도 기여하는지에 대한 실증적 연구가 아직 존재하지 않다는 지적[136]이 있는 등 EST를 포함한 기술이전 문제는 현재 답보상태이고, 특허제도 자체와는 직접적 관련성이 강하지 않은 정책적 과제로 진행된 것으로 볼 수도 있다. 또한 설사 국내법상 강제실시권 규정을 적용한다고 하더라도 해당 최빈국에 특허가 등록되어 있어야 한다는 전제하에 유효한 것이고 설

134) '과학기술을 통해 환경에 적은 손실을 가져오도록 하고, 더욱이 환경에 이롭기까지 한, 다양한 스펙트럼의 환경기술'을 의미하고 강학상 '기후기술'이라고도 한다. 이일호·김병일, 앞의 논문, 132-136(한국은 앞서 보았듯이 세계 7위 온실가스배출국임과 동시에 친환경기술 분야에서 특허를 다수 보유하고 있는 국가라고 한다). 이에 반대되는 의미에서, 경제성과 무관하게 생태환경을 침해하는 기술을 편의상 '반환경기술'이라 부르기로 한다. 탄소중립 기본법 제2조 16호는 '녹색기술'을 기후변화대응 기술, 에너지이용 효율화기술, 청정생산기술, 신·재생에너지 기술, 자원순환 및 친환경 기술 등 사회·경제활동의 전 과정에 걸쳐 화석에너지의 사용을 대체하고 에너지와 자원을 효율적으로 사용하여 탄소중립을 이루고 녹색성장을 촉진하는 기술로 정의한다.

135) 기술이전은 역사적으로 선진국의 기술발전과 산업화가 식민지 인력과 자원의 착취에 터잡고 있다는 점에서 선진국의 지식재산권 강화에 대응하기 위한 키워드로 작용한 것이라고 한다. 이일호·김병일, 앞의 논문, 148, 151; 조효제, 앞의 책, 129.

136) 이일호·김병일, 앞의 논문, 163.

사 등록이 되어있더라도 대개 거대기업에게 이미 특허권을 통하여 형성된 이해관계에 반한다는 점에서 강제실시허가 결정은 쉽게 내려질 수 없을 것으로 보인다. 이러한 점을 고려하면 EST의 개발과 보급 측면에 집중하여 기후문제를 해결하려는 시도는 이미 부여된 권리(재산권) 제한의 요소가 강하여 쉽게 달성되기 어려운 것으로 보인다.

나. 국제조약

1) 관련 조약

환경문제를 직접 규정하고 있는 대표적 지식재산권 관련 조약은 TRIPs 제27조 제2항[137](이하 'TRIPS 관련조항')으로 "인간, 동물 또는 식물의 생명 또는 건강의 보호를 위하거나 또는 환경에의 심각한 파괴를 피하기 위한 것을 포함하여, 공공질서 또는 공서양속을 보호하기 위하여, 회원국은 자국 영토 내에서의 발명의 상업적 이용의 금지가 필요한 경우 동 발명을 특허대상에서 제외할 수 있다. 단, 이러한 제외는 그 실시가 회원국 법률에 의하여 금지되어 있다는 이유만으로 이루어져서는 아니된다."라고 규정하고 있다.

한편, 앞서 보았듯이 환경 관련 국제회의에서 개발도상국은 지식재산권을 포함시키고자 노력하였으나 명시적으로 포함시키는 데는 실패하였지만, 기술이전에 관하여 규정한 파리협정 제10조 제1항은 기존과 달리 기술을 단지 이전시키는 것에서 더 나아가 이전이 되기 전 단계로서 '기술의 개발'에 대해서까지 관심이 필요하다는 것을 추상적으로라도 규정화한 바 있다.[138] 또한 파리협정은 앞서 보았듯이 기후정의 및 CBDR 원칙을 천명하였고, 이는 결국 독점(이윤)에는 책임이 따른다는 의미에서 특허제도에서 '환경정의' 고려를 도입하는 입법 혹은 현행법해석의 가능성을 제시한다고 볼 여지도 있다.

---

137) Members may exclude from patentability inventions, the prevention within their territory of the commercial exploitation of which is necessary to protect ordre public or morality, including to protect human, animal or plant life or health or to avoid serious prejudice to the environment, provided that such exclusion is not made merely because the exploitation is prohibited by their law.

138) 이일호·김병일, 앞의 논문, 155; 물론 위 내용은 기후기술 혹은 EST의 개발에 관련된 것으로 볼 수 있을 것이나, '개발'이라는 추상적 문구에 비추어 보면, 반환경기술 개발에 대한 규제로까지 확대해석할 가능성도 있다고 생각된다.

2) 해석[139]

첫째, '공공질서 또는 공서양속(ordre public or morality)'의 의미에 관하여는 국제적으로 수락된 개념이 없어 오랜 기간 논의되어왔고,[140] 특정된 사안별로 문제가 된 발명을 특허대상에서 제외하여야 한다는 주장도 있으나, 특정발명을 가리킬 수도 있는 동시에 특정 종류의 발명을 가리킬 수도 있다고 하며 동 조항을 이행함에 있어서의 회원국의 재량권은 TRIPS 제1조 제1항으로 보장된다고 한다.[141]

둘째, '인간, 동물 또는 식물의 생명 또는 건강의 보호'의 개념은 명확하여 논란의 소지가 거의 없을 것이나, '환경에의 심각한 파괴(serious prejudice to the environment)'는 생태환경과 직결된 부분으로, 브뤼셀 각료회의용 텍스트에는 없었으나 환경문제의 중요성이 국제사회에서 논의되기 시작한 1991. 9. 이집트 등 개도국에 의해 제기된 것이 규정화된 것이라고 한다. 당초 TRIPS 제31조의 강제실시권 규정과 연계하여 환경보호에 관한 기술에 대하여는 강제실시권 발동 요건까지 완화해야 한다는 제안이 있었으나 채택되지 않았고, 그 대신 환경파괴의 심각한 우려가 있는 발명에 대하여서는 불특허할 수 있도록 규정한 것이다.[142] 다만, '인간 등의 생명보호'와는 달리 환경에의 '심각한(serious)' 파괴를 요구하는 점이 명시되어 있는바 1994년 당시와 현저히 달라진 현재의 생태환경 위기해결에는 미흡하다고 보는 견해[143]가 있다.

---

139) TRIPS 관련조항의 전반적인 의미에 관하여는, 우선 그 취지는 공서양속 및 환경의 피해 그 자체만으로 특허권을 제한할 수 없고, 그 상업적 실시를 자국 영역 내에서 금지시킬 필요가 있는 것이어야 하며, 발명의 실시를 국내법으로 금지하고 있는 사실만으로 불특허사유를 구성할 수 없다는 것을 함께 요구하는 것이라는 공식설명이 있다. 「WTO TRIPS 협정 조문별 해설」, 특허청(2004), 164.

140) 경위의 상세는 「WTO TRIPS 협정 조문별 해설」, 164.

141) 이화, "TRIPS 협정 특허규정에 대한 해석: 공중보건보호와 관련하여", LAW & TECHNOLOGY 제5권 제6호, 서울대 기술과법센터(2009), 11; Daniel J. Gervais, Climate change, the international Intellectual property régime, and disputes under the TRIPS Agreement, in RESEARCH HANDBOOK ON INTELLECTUAL PROPERTY AND CLIMATE CHANGE (Joshua D. Sarnoff, 2016) 54, 57(발명의 카테고리 전체가 아닌 특정발명을 제외하는 것이라고 한다).

142) 「WTO TRIPS 협정 조문별 해설」, 165.

143) 1992년 UNFCCC가 체결되기 이전으로, 당시 1990년 IPCC의 첫 보고서는 지구의 기온이

이와 관련하여 소위 'GM 종자'[144]기술이 '환경에의 심각한 파괴'에 해당하는지 논의가 있다.[145] 우선 TRIPS 관련조항은 강제실시권 조항(제31조)과 달리 각 국에 그 도입방식에 상당한 재량을 부여하고 있고, 해석상 명확한 기준도 없다는 점을 지적하는 견해[146]가 있다. 그리고 현재까지 환경파괴를 피하기 위하여 TRIPS 관련조항을 이용하여 특허부여를 거부한 국가가 있다는 자료는 없지만, 향후 국제적으로 통일된 해석기준이 필요한데, 현재로는 공공질서에 악영향을 줄 가능성이 있는 발명 자체를 제한하는 것이 아니라, 그 발명의 상업적 이용만을 금지하는 취지로 해석되며, 환경파괴가 '자국 영토 내에서' 이루어져야 함을 전제하므로 인접국에서 환경파괴 문제가 발생하여도 자국 내에서 발생하지 않는 이상 조치를 취하기 어려운 것으로 볼 수밖에 없어 이는 환경침해의 특수성에 반하고 따라서 가능한 한 확장해석이 필요하다고 주장한다.

관련 멕시코 사례에서 위 견해[147]는 해결방안을 제시하는데, 우선 국제

상승 중이며 온난화 현상은 인간이 만들어낸 온실효과와 연계하여 예측한 기후모형과 광범위하게 일치한다고 하되, 그 변화가 자연적인 기후변동과 대체로 일치한다는 내용도 덧붙여져 있다. 이러한 식의 기술은 2007년 IPCC 4차 보고서까지 이어지고 있다고 한다. 대니얼 예긴, 앞의 책, 531; 불특허성이 침해 여부보다는 그 '심각성'에 근거하여 인정될 것이므로 이 규정의 원용이 제한될 것이지만 그럼에도 향후 국내입법상 환경문제의 중요성을 반영시키는 발전적 모습이라는 긍정적 평가도 있다. 최형석, "TRIPS 협정상 특허관련규정연구", 국제법률경영 27호(1996), 26; 나아가 '심각성'은 문언상 '실제이든 혹은 잠재적이든' 무관하다는 점에서 넓게 해석된다며 긍정적으로 보는 견해가 있다. Estelle Derclaye, *Intellectual Property Rights and Global Warming*, Marquette Intellectual Property Law Review(Vol. 12:2 2008), 263, 272.

144) 'GM(Genetically Modified) 종자'는 생명공학기술의 급속한 발전으로 인간에게 유용한 유전자를 발굴해 그 유전자를 갖고 있지 않은 생물에 삽입, 새로운 유전자를 지닌 생명체, 즉 GMO(Genetically Modified Organism)가 만들어지고 활용된 결과이다. 특히 농업 분야에서 생산량을 늘리기 위해 기존의 종자(seed)에 특정 유전자를 삽입하여 병충해나 제초제에 대한 내성을 지닌 'GM 종자'의 개발이 활발한데, 특히 '종결기술(terminator technology)'의 사용으로 중성열매(sterile seeds)를 생산하게 하는 유전자 사용제한 기술이 문제된다. 이는 첫 산출물 수확 이후 이를 재파종을 하여 다음 해에 다시 수확하는 기존 전통적인 재배방식의 종결을 의미하는 것으로 이에 관련된 논의의 요약 및 참고자료는 이규홍, 앞의 논문, 221.

145) Virginia L. Brown, *Pride and 'Prejudice to the Environment': An Application of TRIPS Article 27.2 to Genetically Modified Seeds*, LSU Journal of Energy Law and Resources Vol. VI (2018), 583, ournal of Energy Law and Resources, Vol. VI 2018), 583, 584-586.

146) Virginia L. Brown, supra, at 606.

사법재판소(ICJ)가 원자폭탄사용에 의한 위협의 합법성[148]과 관련하여 제시한 리오 선언에서 제시한 원칙 17[환경에 심각한 악영향을 초래할 가능성이 있고 관할국가 당국의 의사결정을 필요로 하는 사업계획에 대하여 환경영향평가(environmental impact assessment)가 국가제도로 시행되어야 한다]를 들고, GM 종자의 종결기술과 관련하여 개별국가는 환경영향평가를 시행할 시간적 여유가 없으므로 WTO는 GM 기술 관련 TRIPS 관련조항의 해석에 이 점을 고려하여야 할 것이라고 한다. 그러나 사전배려의 원칙[149] 역시 적용되어야 할 것으로 위 원칙 15[환경을 보호하기 위하여 각 국가의 능력에 따라 예방적 조치가 널리 시행되어야 한다. 심각한 또는 회복불가능한 피해의 우려가 있을 경우 완전한 과학적 확실성의 결여(lack of full scientific certainty)가 환경 악화를 지양하기 위한 비용-효과적 조치를 지연시키는 구실로 이용되어서는 아니된다] 역시 종결기술에 적용될 수 있을 것이므로 결국 TRIPS 관련조항은 추상적이고, 적용례도 없으며, TRIPS 자체가 지식재산권자의 이익최대화를 목적으로 한다는 점에서 어려움이 있지만 그럼에도 TRIPS 관련조항은 GM 종결기술에 의한 환경의 심각한 파괴를 방지하는 것으로 해석되어야 한다고 주장한다.

셋째, '상업적 이용의 금지'는 발명을 특허대상에서 제외하면서 동시에 배포하거나 판매하는 것은 허용하지 않는 것으로 해석되고, 동 발명에 대한

147) '종결기술'로 인하여 멕시코에서 발생한 사례로, 멕시코에서는 GM 옥수수를 재배하는 것이 금지되어 있지만 소비를 위한 GM 옥수수 수입은 허가하는데 우연한 기회에 GM 옥수수가 기존의 토종 옥수수 밭에 떨어져 발아가 되면서 생긴 문제이다. 빠른 속도로 성장하는 GM 옥수수는 토종 옥수수와의 이계교배(outcross)를 통하여 섞이게 되고 그 결과 토종 옥수수에도 종결기술이 적용되게 되어 전체적인 옥수수 농사에 심각한 영향을 받은 것이다. Virginia L. Brown, supra, at 584-590(GM 기술은 인체에의 해악은 보고되지 않아 현재 목화의 93%, 콩의 92% 등 절대 다수의 농작물에 사용되는데, 농약사용을 줄이고, 산출량이 증가하는 등 긍정적인 면이 분명히 존재하지만, 몇 킬로미터 떨어진 곳에서도 이계교배가 이루어질 수 있는 등 일단 출하되면 통제가 거의 불가능한 문제가 있고, 품종의 다양성을 줄이고 풍토병에 약한 단점이 있다고 한다. 법적 평가는 617-619 참조).

148) Advisory opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons; https://enwikipedia.org/wiki/Advisory_opinion_on_the_Legality_of_the_Threat_or_Use_of_Nuclear_Weapons (2021. 8. 3. 확인).

149) Precautionary Principle. 환경문제는 과학적 불확실성을 포함하는 경우가 많으므로 이런 점이 어떠한 예방조치를 취하는데 방해요인이 되어서는 아니된다는 취지로 단순한 사전예방 원칙과는 구별된다고 한다. 김홍균, 「국제환경법(제3판)」, 87-90.

복제품의 상업화도 허용되어서는 아니됨을 의미한다고 한다.[150] 예컨대 'GM 종자'의 '종결기술'로 중성열매의 생산에 관한 유전자 사용제한 기술에 관해서는 특허가 부여되지만, 중성열매 발명의 상업적 실시가 많은 WTO 회원국에서 공서양속에 위배된다고 판단될 수 있고 그 경우 이를 특허대상에서 제외할 수 있다고 한다.[151] 또한, TRIPS 관련조항을 해석함에 있어 가능한 모든 상업적 이용이 공서양속에 부합할 수 없는 경우에 한하여 특허법적 보호에서 제외되어야 하는 것으로, 예컨대 발명의 사용이 명시적 혹은 묵시적으로 법에 의하여 허용되어 상품화되어 있음에도 그 발명이 환경에의 심각한 피해를 줄 수 있다는 이유로 특허를 부여하지 않는다고 해석하면 발명자에게는 특허권이 부여되지 않음에 반하여 제3자는 발명자의 허락 없이 자유롭게 사용할 수 있다는 수긍할 수 없는 결과를 초래한다는 견해[152]가 있다. 그러나 발명의 모든 상업적 이용을 환경(기후변화)과 관련하여 사전에 정확히 파악하기는 어렵고,[153] TRIPS 관련조항이 특허제도 내에 환경영향평가 같은 장치가 존재하지 아니하여 특허가 부여되었고 상품화까지 이루어진 경우 추후 그 발명의 상업적 이용이 환경에의 심각한 피해를 주는 것이 확인된 경우까지 특허를 유효한 것으로 유지할 것을 요구하는 것으로는 보기 어렵다고 생각한다.

넷째, TRIPS 관련조항 중 단서의 제외조치는 그 실시가 회원국 법률에 의하여 금지되어 있다는 이유만으로 이루어져서는 아니되는데, 이는 위와 같은 적용요건과 관련 없는 경제적·정책적 목적을 달성하기 위하여 둔 발명의 특허대상 제외 국내법규정은 TRIPS 관련조항에 위배됨을 의미하고, 결국 특허권자의 권리에 대한 최소기준 보호에 부합하는 한도에서 각 국의 조약이행상의 재량권을 인정하는 것임을 명확히 한 것이라 할 것이다.[154]

---

150) TRIPS 관련조항은 '발명 그 자체'가 아니라 '발명의 상업적 이용'이 공공질서 등에 반하여야 하는 것으로 규정하는데, 이는 공공질서에 악영향을 줄 가능성이 있는 하나의 발명을 제한하는 것이 아니라, 그 발명의 상업적 이용만을 금지하는 취지로 볼 수 있다는 것으로 우리 특허법도 이렇게 개정하여야 한다는 주장이 있다. 박영규, "TRIPS 협정 발효 10년의 특허법적 의미와 전망", 창작과 권리 제46호(2007), 38.

151) 이화, 앞의 논문, 11-12.

152) 박영규, 앞의 논문, 37.

153) 예컨대 석면, 프레온 가스 등은 등장 당시는 꿈의 소재로 불리운 것으로 사용방식에 따른 심각한 부작용은 나중에 알려졌다.

이상에서 보듯이 TRIPS 관련조항의 적극적인 해석 적용이나, 파리협정 관련 조항의 전향적 이해는 환경파괴에 대한 과학적 확실성이 증명되어야 제제가 취하여 질 수 있는 경제우선의 원칙이 지배하는 한 도입은 요원한 것으로, 앞서 본 환경권의 우월적 지위의 확보가 승인되어야 적절한 해결책이 제시될 수 있을 것으로 보인다.

다. 특허제도 새역할에 관한 일반론

EST의 활용을 통한 기후문제 해결 시도는, 앞서 본 'EST 이전'과 관련하여 교착 상태에 있다는 점은 별론으로 하더라도, EST가 시장성이 결여된 기술이라면 특허제도로 그 개발을 촉진하는 것 자체에 한계가 있을 수밖에 없다는 점에서 근본적 난점이 있다.[155] 그리고 유인론에 따르면 특허제도의 폐지도 가능할 것이고, 특허보호범위의 지나친 확대가 후속 기술혁신을 위축시킬 수 있다는 지적이 있으며, 나아가 대표적인 소유권의 대상인 토지의 경우도 오랜 기간 헌법적 논쟁을 거쳐 토지공개념 등 공동체적 규제가 도입된 점, 특허부여행위는 본연의 행정법 영역에 속하는 법률들 못지않게 특허법도 위임입법을 광범위하게 활용하고 있는 행정처분에 해당하는 점[156] 등에 비추어 보면 특허권에 관하여 환경보호의 측면에서 행정법적 규제가 도입되는 것이 이례적이라고는 생각되지 아니한다.[157] 그런 시각에서 특허권부여단계에서 '반환경기술'에 대한 특허를 억제하는 방식의 도입을 검토하여 보되, 특허출원이 각각 민간투자와 공공투자에 의하여 이루어지는 경우를 시장성 존부와 연결하면 아래 표와 같다.

---

154) 이화, 앞의 논문, 12.

155) 기술이 반드시 지식재산권의 틀 내에서만 이전되는 것은 아니고, 기후기술의 실현은 지식재산권적 접근방식과 차원을 달리한다고 한다. 이일호·김병일, 앞의 논문, 174.

156) 특허청 심사관의 심사·등록행위를 '강학상 특허'권 형성을 위한 행위로 보기보다, 심사관은 단지 특허법 소정의 특허요건이 구비되어 있는지를 확인하는 역할만을 담당하고 그런 확인이 있게 되면 특허법에 의하여 정해진 법률효과가 부여된다는 논리를 취하여 특허법상의 특허는 '확인적 성질을 가진 준법률행위적 행정행위'라고 파악하는 것이 통설이다. 그리고 특허권이 행정처분의 결과물이고 나아가 절차법적인 측면에서는 특이한 성격을 가졌더라도, 특허권의 기본적 성격은 실체법적으로 공권이 아니라 사권이라고 한다. 박준석, "한국 지적재산권법과 다른 법률들과의 관계", 법조 통권 687호(2013. 12.), 34-36.

157) 앞서 보았듯이 환경권에 의하여 국가의 환경침해 금지의무가 도출되는데 이는 환경을 현저히 침해하는 특허에 대한 특허청의 거절결정의무 도출의 근거가 될 수 있을 것이다.

기후관련기술	시장성	투자주체	정부정책
친환경기술 (EST)	O	민간	① 개발지원 강화, 기술이전 대상
	X	공공	② 직접 개발 시도, 기술이전대상
반환경기술	O	민간	③ 특허부여 엄격심사
	X	공공	④ 개발 불가

위 표와 관련하여 공공투자의 경우 ④ 반환경기술 개발을 할 우려는 거의 없다고 보이고, ② 시장성이 결여된 친환경기술(예컨대 극빈국에서만 이용되는 친환경기술)의 경우 특허제도가 투자유인책으로 기능한다고도 보기 어려울 것이어서 정책적 결정이 필요한데, 생태환경차원에서 권장되어야 할 것[158]으로 보일 뿐 규제의 필요성은 적다 할 것이다. 그러므로 특허제도를 통한 규제는 민간영역에서의 기술개발에 집중될 것인데, 특히 현행 특허제도가 요구하는 진보성 등 권리부여요건이 환경문제와는 상당 부분 거리를 두고 있는 점을 생각하면 ③의 경우가 현실적인 논의의 대상이 되어야 할 것이다. ①은 그 자체가 친환경적이어서 특허부여단계의 문제는 크지 않기 때문이다.[159]

여기서 민간기술 투자에 대한 규제에 관한 특허제도의 새로운 역할을 부여하는 방식이 제안될 수 있고, 그 출발점은 특허는 진보성, 신규성, 산업상 이용가능성을 주된 요건으로 하고 과학기술 발전이라는 목적과 직결된 요건 이외의 사항은 다른 법률로 규율하자는 전통적 시각을 탈피하는 지점이 되어야 할 것이다.

3. 우리 특허제도의 검토

158) 탄소중립 기본법 제56조 제1항은 정부는 녹색기술의 지식재산권화를 통하여 지식기반 녹색경제로의 이행을 신속하게 추진하여야 한다고 규정하고 있다.

159) 몇몇 개발도상국들은 환경관련회의에서 필수적이거나 긴급한 EST는 특허대상에서 제외하여야 한다고 주장하였다고 한다. 그 주장은 TRIPS 관련조항의 '공공질서'에는 '환경보호'가 포함되므로 위 조항은 환경파괴기술 뿐 아니라 환경보호기술 역시 특허거절대상으로 규정하고 있는 것이라는 이유를 들고 있다고 한다. 그러나 문언해석상 반환경기술만 특허거절이 가능하다는 반론이 있다. Wei Zhuang, Intellectual Property Rights and Climate Change, Cambridge(2017), 254-256; Carlos M. Correa, Intellectual property rights under the UNFCCC: without response to developing countries' concerns, in RESEARCH HANDBOOK ON INTELLECTUAL PROPERTY AND CLIMATE CHANGE(Joshua D. Sarnoff, 2016), 74, 81-83.

가. 한국 특허제도의 관련조항

1) 특허법 제32조의 해석과 적용

특허법 제32조는 “공공의 질서” 또는 선량한 풍속에 어긋나거나 공중의 위생을 해칠 우려가 있는 발명에 대해서는 제29조 제1항에도 불구하고 특허를 받을 수 없다.”라고 규정한다.[160] 위 조항은 TRIPS 관련조항의 국내 이행입법인 셈으로 볼 수 있는데, 일본은 우리와 아주 유사한 규정을 두고 있고, 유럽은 유럽특허조약(European Patent Convention) 제53조 제a항에서 “사회질서 또는 도덕에 위배”되는 발명에 대하여 특허를 거부할 수 있도록 규정하며, 미국은 특허법 제101조의 ‘유용성(Utility)’에 관한 요건으로 유사한 기능을 수행한다고 설명된다.[161]

그 해석 적용에 관한 특허청의 실무를 보면, 특허청의 일반적 심사기준에는 방사능 물질 등의 유해물질 이외에 환경이나 생태계 파괴와 관련된 구체적인 심사기준은 제시되어 있지 않으므로, 인체에의 유해성에만 초점이 맞추어져 있고 생태환경 보호에 관하여는 규제방침이 불명확하다. 그러므로 같은 조항 내의 ‘공중의 위생을 해칠 우려가 있는 발명’심사기준을 살펴보면 절차적으로는, 심사관이 청구항에 기재된 발명이 공중의 위생을 해칠 우려가 있는 발명인지 합리적인 의심이 들면 일단 특허법 제32조 위배로 거절이유를 통지하고, 출원인의 의견서 또는 실험성적증명서 등의 제출을 기다려 다시 판단하되 출원인의 추가 자료 제출에 의하여도 합리적 의심이 해소되지 않는 경우에는 여전히 거절결정을 내리도록 하고 있다.[162]

---

160) 박영규, 앞의 논문, 38(이는 너무 광범위한 규정으로 TRIPS 관련조항에 부합하지 않으므로, 유럽특허협약처럼 ‘발명의 상업적 이용이 공서양속’을 해할 우려가 있는 발명으로 좀 더 구체적이고 제한적으로 개정하는 것이 필요하고, 아울러 TRIPS 제2항 단서에 대응되는 규정의 도입도 필요하다고 한다).

161) 한국 특허법 제32조의 개정연혁과 외국의 입법례는 이원복, “특허법 제32조 ‘공중의 위생을 해칠 우려’ 규정의 기능과 해석”, 사법 제56호(2021. 6.), 168-178, 188; 정태호 “특허법상 공중의 위생을 해칠 우려가 있는 발명의 판단에 관한 비판적 고찰”, 정보법학 제25권 제2호(2021), 274-281.

162) 이원복, 앞의 논문, 183[여기서 “합리적인 의심”이란, 해당 발명이 금지물질을 포함하거나 유해성이 널리 알려진 물질을 포함하는 경우를 말한다. 다만 해당 발명이 학술서에서 유해하다고 되어있더라도 국내외 관련 관청으로부터 제조 또는 사용허가를 받은 경우에는 공중의 위생을 해칠 우려가 있는 경우에 해당하지 않는 것으로 본다. 「특허·실용신안 심사기준」, 특허청(2021), 3603-3606, 이러한 내용은 특허법 제32조는 명백한 경우에

2) 반환경기술 포함 여부

TRIPS 관련조항의 해석과 연계된 문제는 첫째, 환경에 대한 침해기술이 특허불허사유인 '공공의 질서'에 포섭된 것으로 해석이 가능한가, 둘째, 가능하다고 볼 경우 앞서 본 '공중의 위생' 심사방식이 적용되는 것인가로 볼 수 있을 것이다.

첫째, TRIPS 관련조항 단서와의 관계에서 볼 때 우리 환경관련법규에서 금지된 제품이거나 기술일 경우에도 그 이유만으로 특허를 거절할 수는 없을 것이라는 점을 상기할 필요가 있다. 즉 우리 '공공의 질서'의 개념에 반환경특허가 포함되지 않는다면, 인체에 유해한 경우 이외의 반환경기술에 대하여는, 아무리 다른 법규로 금지되는 것이어도 특허는 부여되어야 한다는 결론에 이르게 되는 것이다. 그러나 TRIPS 관련조항은 환경에의 심각한 파괴가 '공공질서 또는 공서양속'에 포함되는 것으로 명확히 규정하였고,[163] 우리는 TRIPS 체약국이므로 비록 TRIPS 관련조항이 의무적 이행 입법대상은 아닐지라도 국제법 존중해석의 원칙상으로도 반환경기술은 공공의 질서 위반으로 해석되어야 할 것이다.[164]

둘째, 위와 같은 해석과 기존의 심사기준을 채용하더라도 그 구체적인 적용은 다른 차원의 문제로, 특허청이나 그간 법원의 입장처럼 "공중의 위생을 해칠 우려"의 기준을 안전성에 두게 되면 우선, ① 기관 전문성의 결여(발명의 안전성을 판단할 기관 전문성을 갖추지 못한 특허청에서 안전성에 관한 판단을 해야 할 이유가 없고, 특허심사 단계가 아니라 전문성을 가진 국가기관의 사전승인 등 별도의 규제절차를 통하여 해결하여야 한다), ② 심사 일관성 결여(특허 심사 단계에서 실질적으로 안전성을 심사 요건으로 삼게 되면, 그 위해가 자명하거나 널리 알려진 물질이 아닌 이상 모순된 특

한하여 제한적으로 적용하여야 한다는 심사기준 자체의 모두 설명과도 합치하지 않는 기준들이라고 비판한다].

163) 유럽특허협약(EPC) 제53조(a)에도 명시적인 환경파괴 관련 규정은 없지만 당연히 포함되는 것으로 본다. Estelle Derclaye, supra, at 273.

164) 이와 관련하여 반환경기술에 관한 특허출원이 있었고 특허청이 제32조를 이유로 특허거절 혹은 부여결정을 하였거나, 반대로 특허청이 위 기술에 특허를 부여한 후 이해관계인이 무효확인심판을 청구한 경우 특허법원 심리가 예상된다. 이때 제32조에 관하여 위헌심사가 이루어질 수 있을 것인데 재산권 조항, 과학기술 조항 및 환경권 조항 등이 검토될 것이고 본문과 같은 헌법합치적 법률해석 가능성이 논의되어야 할 것이다.

허심사 결과를 피할 수 없다)는 문제를 지적하는 견해[165]가 유력하고, 이러한 지적은 반환경기술 관련 특허심사에서도 마찬가지로 적용될 것이다.

나. 특허제도의 새로운 역할모색

최근 유럽에서는 공업지역에서 많이 발생하는 이산화탄소를 비공업지역으로 수송하고 저장하여 전체적인 이산화탄소감축을 달성하려는 계획이 유보상태에서 본격적으로 시작되었고, 2026년부터 탄소국경조정제도(CBAM, Carbon Border Adjustment Mechanism)도 시행한다고 한다.[166] 그런 점에서 그린 뉴딜로 대표되는 기존 경제사회 체제의 목표와 가치를 유지하면서 이행수단을 바꾸는 수평적 전환을 택한 우리나라에서는 기후위기를 촉진하는 반환경특허가 단기적으로도 상당한 경제적 부담이 될 상황에 처하게 되었다. 탄소배출을 유발하는 특허출원에 대한 생태환경적 차원의 해결방안에 더하여 당장의 경제적 측면에서의 검토도 필요하게 된 것이고, 더욱 심각한 것은 이러한 경향은 향후 점점 더 강화될 것이 분명하다는 점이다. 근본적 제도개혁을 통한 대비가 필요한 시기가 되었고, 그 핵심은 특허제도가 환경권 조항에 근거하여 민간투자 과학기술 영역의 공공성 회복을 위한 유효한 수단으로 기능하여 세계적인 생태환경유지에 적어도 피해를 주지 않도록 하기 위한 국가의 노력일 것이다. 우리 역시 같은 이유에서 적어도 유효한 과학기술통제 방법 중 하나로 특허부여단계에서의 통제방안을 개발하여야 할 때인 것이다.[167]

---

165) 이원복, 앞의 논문, 189-191(그럼에도 제32조의 현대적 기능을 인정하면서, "발명에 유익한 목적이 전혀 없이 오로지 인체에 위해만을 야기하는 것이 청구항 자체로 자명한 경우"라는 보다 엄격한 기준으로 판단하여야 한다고 주장한다).

166) 자국 제품보다 탄소배출을 더 많이 한 수입품에 대해 탄소배출권을 의무적으로 구입하는 식으로 사실상 수입관세를 물리는 제도이다. https://www.intn.co.kr/news/articleView.html?idxno=2017832 (2021. 8. 3. 확인).

167) 경제학에서 환경문제는 시장실패를 초래하는 외부비경제(차량운행에 따른 매연 발생처럼, 생산과정에서 생산자들이 지불한 비용 이외에 다른 경제주체들에게 피해를 야기하는 경우를 말한다)에 해당하고, 그 해결방안은 외부성의 내부화라고 한다. 이에는 구체적으로는 제품생산방법 규제 등 특정행위의 규제에 해당하는 직접규제 방법과 시장에 기반한 해결방법(부과금, 보조금, 탄소배출권 거래제 등)이 있다고 한다. 이충기·박상수, 앞의 책, 48-101. 특허거절결정을 통한 생태환경 문제해결 접근은 직접규제 방법이라고 할 것이다.

특허법 제32조에 따라 특허가 거절된다고 하더라도 타 법령에서 발명의 실시를 금지하고 있지 않은 이상 해당 발명의 실시 자체를 금지할 수 있는 효과가 전혀 없다는 점에 주목하여, 제32조의 기능을 사회적으로 바람직하지 않다고 평가되는 기술에 대한 독점권을 얻어 오히려 바람직하지 않은 발명으로 더 많은 이익을 얻거나 그와 같은 독점 이익을 누리기 위하여 바람직하지 않은 발명에 연구개발이 유인되는 것을 막고, 일반 대중에 의하여 특허제도가 폄하되고 특허심사에 관여하는 국가기관의 평판이 훼손되는 것을 방지하는 데 있다는 견해[168]가 있다. 특정 기술이 환경관련법규에 의하여 금지됨은 물론, 제32조에도 해당되어 배척될 수 있다면 그 기술은 아예 사회에 현출될 수 없는 것이므로 아무런 문제가 없고, 환경관련법규에 의하여 승인된 기술이라면 특허권 부여 여부만 특허법 자체의 진보성 등 판단에 의하면 될 것으로 제32조와 갈등이 없을 것이다. 제32조의 적용범위 내지 적용방법에서 쟁점은 환경관련법규에 의하여 승인되기 어렵지만, 진보성 등 특허법 자체 요건은 통과할 수 있는 경우이다. 즉 내용이나 태양이 '사회적으로 바람직하지 않은 발명'의 통제문제인데, 이에 대하여는 누군가 독점해야만 널리 실시될 가능성이 줄어들기 때문에 오히려 특허를 허용하는 것이 바람직하다는 주장,[169] 특허제도를 강하게 규제할 경우 예컨대, 미국 수압파쇄법에서 보듯이 기업은 영업비밀로 도피할 것이고 그렇다면 무슨 화학물질이 사용되는지조차 알 수 없는 상황이 될 수 있으므로 차라리 특허로 규율하는 것이 좋다는 주장,[170] 나아가 특허등록이 마쳐졌다는 것은

168) 이원복, 앞의 논문, 192-195(이렇듯 실시금지효가 없다는 점은, 공서양속에 위배되는 내용의 법률행위를 무효로 함으로써 사회질서에 위배되는 법률행위에 나서는 것을 예방할 수 있는 민법 제103조와도 대비된다고 한다).

169) 이원복, 앞의 논문, 193[한 과학자는 인간과 동물을 교배하여 탄생시킨 소위 키메라(chimera)를 혐오하면서 아무도 이를 실시할 수 없도록 하기 위하여 자신이 스스로 특허출원을 한 바 있다고 한다. Newman, S. A.,"The Human Chimera Patent Initiative.", Medical Ethics, 9(1), (2002), 4-7].

170) Sarah Spencer, Either Secrecy, or Legal Monopoly: Why we should choose Fracking Patents, Wm. & Mary Envtl. L. & Pol'y Rev. Vol 42:599(2018), 599, 599-601; 미국에서의 소위 셰일가스 개발은 세계 에너지 판도를 뒤흔든 사건이나, 그로 인한 대기오염, 수질오염, 지진 등의 환경피해는 심각한 수준으로 그에 관한 미국 정부와 법원의 규제노력은 현재도 진행 중이다. 상세는 최지현, "미국 셰일가스 개발 및 수출 규제에 관한 소고", 환경법연구 제39권 제3호(2017) 참조.

일반 국민의 입장에서 보기에 국가의 엄격한 심사를 거친 것이므로 기술도 우월하고 또 안전에도 문제가 없으리라는 신뢰를 줄 것이므로 제32조를 적극적으로 해석하여 규제하여야 한다는 주장[171] 등이 가능할 것이다.

앞서 본 기후위기의 심각성, 인권(생존권)으로서의 환경권 조항 강화, 과학기술 조항의 공공성 강화, TRIPS 관련조항 및 파리협정 등 국제적 추세 등에 비추어 보면, 비록 현재까지 환경파괴를 피하기 위하여 TRIPS 관련조항을 이용하여 특허부여를 거부한 국가가 없을지라도 기왕에 존재해 온 제32조를 적극적으로 활용하자는 주장에 찬성하고, 가능한 실천방안으로는 앞서 본 리오 선언에서 제시한 원칙 17의 환경영향평가를 특허법에 도입[172]하거나 식품의약품안전처 등의 다른 전문기관과 연계[173]하여 특허심사에 적극 참고하는 방안이 제시될 수 있다고 생각한다.[174]

---

171) 가습기 살균제의 경우에 인체에 대한 위해성이 확인되지 않았음에도 불구하고 특허를 받았다는 언론보도가 있었다. 중앙일보, "SK케미칼 '옥시 가습기 원료' 특허 낼 때……' 인체에 독성 낮아 가정용 사용 가능' 주장", 2016. 7. 28. https://news.joins.com/article/20368236 (2021. 4. 20. 방문). (이원복, 앞의 논문, 195에서 재인용).

172) 강금실 외 7, 「지구를 위한 법학」, 서울대학교출판문화원(2020), 190(오동석 집필 부분, 기후변화, 동물권 등에 대한 영향평가와 그에 따른 보전정책은 정치, 경제, 건설, 농·어·축산업 등 모든 인간활동에서 이루어져야 한다고 주장한다); 온실가스 관련 환경영향평가를 한다면 일정량 이상의 이산화탄소를 배출하는지를 기준으로 삼을 수 있을 것이다. 사람이 활동하거나 상품을 생산·소비하는 과정에서 직간접적으로 발생하는 이산화탄소의 총량을 의미하는 탄소발자국(carbon footprint) 측정기술이 발달하고 있기 때문이다. 예컨대 '마스터카드는 소비자들이 자신들의 소비에 따른 탄소발자국을 측정할 수 있는 탄소발자국 계산기를 자사 홈페이지와 앱을 통해서 이용할 수 있도록 했다고 밝혔다. 특정 분야의 상품 구매로 발생하는 이산화탄소를 흡수하려면 얼마나 많은 나무가 필요한지에 대한 정보도 제공한다.' 김계환, "마스터카드, 탄소발자국 계산기 고객에게 제공", 연합뉴스(2021. 4. 12.). 탄소중립 기본법 제23조는 일정한 경우 기후변화영향평가실시를 의무화하고 있다.

173) 최근 특허청은 고추줄기인 고추대에 대하여 식품의약품안전처에 식품재료 안정성 문의를 하였고 이에 안전처 '식품기준 및 규격'에 원료 목록으로 등재되어 있지 아니하여 식품의 원료로 사용할 수 없다는 회신을 받은 바 있다고 한다. 특허청 2021. 8. 특허심사제도과 운영현황 보도자료.

174) 이때 제32조 해당여부 판단은 진보성을 판단하는 "해당 기술분야에서 통상의 지식을 가진 사람"이 아니라, 심사관이나 법관이 보편타당한 상식을 가진 일반인의 관점에서 평가를 해야 한다고 한다. 이원복, 앞의 논문, 198.

Ⅵ. 결론

이상에서 우리는 생태전환기의 환경권 역할이 왜, 얼마나 중요한지를 보았고, 그에 따른 후속조치로 과학기술이 어떠한 방식으로 통제되어야 하는지를 경제 조항과의 해묵은 관련성 단절의 필요성 확인 차원에서 논의하였으며, 결론적으로 과학기술 발전의 수단으로 창출되어 그 효율성이 정점에 이른 특허제도의 재조명을 통한 생태환경보호 가능성을 살펴보았다. 환경권에 대한 해석은 이제 인류 차원의 거시적 차원을 떠나 나와 이웃의 생존이라는 지점까지 내려왔다. 환경의 헌법적 권리가 그저 “건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리”로 기술되는 정도를 지났으며, 현재와 미래의 생존에 관한 의미가 이제 환경권의 내용에 빠질 수는 없다. 환경권 조항은 결국 환경헌법을 바탕으로 헌법질서 내에서 법치국가원리, 민주주의원리와도 조화되도록 해석 혹은 개정되어 현대적 환경국가의 길을 모색함의 기초가 되어야 하는 것이다. 이러한 환경권의 ‘우산’ 아래 경제개발, 과학기술발전, 특허제도의 적절한 운영 등이 정착되어야 할 것으로 특허제도에는 기술혁신의 도구역할에서 나아가, 과학기술통제 수단으로 기능하게 하는 새로운 역할을 모색하려는 노력이 필요할 것이다. 구체적인 노력은 별다른 조약체결이나 국내법제·개정절차 없이도, 현재의 조약과 우리법의 적절한 해석만을 통하더라도, 의지만 있다면 지금이라도 일정 수준 이상으로 달성 가능하다고 믿는다.

(논문투고일: 2021.9.6., 심사개시일: 2021.9.6., 게재확정일: 2021.9.24.)



이 규 홍

기후위기, 환경권, 과학기술, 사회적 시장경제질서, 특허제도

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 단행본

강금실,「지구를 위한 변론」, 김영사(2021)

강금실 외 7,「지구를 위한 법학」, 서울대학교출판문화원(2020)

고문현,「헌법학개론(제2판)」, 박영사(2020)

권영준,「저작권침해판단론」, 박영사(2006)

김하열,「헌법강의(제3판)」, 박영사(2021)

김홍균,「국제환경법(제3판)」, 홍문사(2020)

김홍균,「환경법(제5판)」, 홍문사(2020)

박균성·함태성,「환경법(제9판)」, 박영사(2019)

박덕영·유연철 편,「파리협정의 이해」, 박영사(2020)

박석순,「환경 재난과 인류의 생존 전략」, 어문학사(2020)

손경한·조용진 편,「과학기술법 2.0」, 박영사(2021)

이충기·박상수,「환경경제학」, KNOUPRESS(2017)

전광석,「한국헌법론(제15판)」, 집현재(2020)

정상조,「기술혁신의 기원」, 서울대학교출판문화원(2021)

정재황,「헌법학」, 박영사(2021)

조영선,「특허법3.0(제7판)」, 박영사(2021)

조천호,「파란하늘 빨간지구」, 동아시아(2019)

조홍식 외 2인 편저,「기후변화와 법의 지배」, 박영사(2010)

조홍식,「환경법원론(제2판)」, 박영사(2020)

조효제,「탄소사회의 종말」, 21세기북스(2020)

한수웅,「헌법학(제11판)」, 법문사(2021)

허영,「한국헌법론(전정17판)」, 박영사(2021)

허영,「헌법이론과 헌법(신4판)」, 박영사(2010)

「WTO TRIPS 협정 조문별 해설」, 특허청(2004)

「국가기후환경회의 통계자료집」, 국가기후환경회의(2021. 1.)

「특허·실용신안 심사기준」, 특허청(2021)

「헌법주석서 Ⅱ」, ㈜휴먼컬쳐아리랑(2015) (정극원 집필 부분)

Wei Zhuang, Intellectual Property Rights and Climate Change, Cambridge(2017)

그레고리 라이트스톤,「불편한 사실」, 어문학사(2020, 박석순 옮김)
대니얼 예긴,「뉴맵」, 리더스북(2020, 우진하 옮김)
데이비드 월러스 웰즈,「2050 거주불능지구」, 추수밭(2020, 김재경 옮김)
마이클 셸런버거,「지구를 위한다는 착각」, 부·키(2021, 노정태 옮김)
빌 게이츠,「기후재앙을 피하는 법」, 김영사(2021, 김민주·이엽 옮김)
아서 퍼스텐버그,「보이지 않는 무지개(상)(하)」, 어문학사(2020, 박석순 옮김)

Ⅱ. 논문

고문현, “헌법상 환경권의 개정방안”, 숭실대 법학논총 제40집(2018. 1.)
김문현, “사회적 시장경제질서와 현행헌법상 경제질서의 성격”, 「사회·경제질서와 재산권」, 법원사(2001)
김선화, “과학기술과 헌법상의 경제조항”, 과학기술에 대한 헌법적 통제, 한국과학기술법학회·헌법재판연구원 주최 세미나 자료집(2018. 4. 5.)
김연식, “헌법내의 과학기술의 지위와 국가의 역할에 대한 소고”, 성신법학 제13호(2004)
김일환, “헌법 제127조의 개정필요성과 내용”, 과학기술에 대한 헌법적 통제, 한국과학기술법학회·헌법재판연구원 주최 세미나 자료집(2018. 4. 5.)
김태호, “극복하지 못한 전통, 발명하지 못한 전통”, 인문논총 제74권 제4호(2017. 11. 30.)
김태호, “환경권과 헌법 개정 – 입법론적 접근”, 환경법연구 제39권 2호(2017)
김현준, “환경헌법주의 – 서설적 검토”, 사법 52호(2020)
김홍균, “환경판례의 이상과 현실”, 환경법연구 제42권 2호(2020)
김환석, “사회과학의 새로운 패러다임, 신유물론”, 지식의 지평(2018. 11.)
남정아, “헌법 질서 내에서 환경권의 의미와 환경권의 실현구조”, 공법학연구 제21권 제1호(2020. 2.)
박규환, “생태적 기본권 도입에 관한 연구 – 지배에서 공존으로”, 공법학연구 제19권 제1호(2018)
박기주, “과학기술 헌법조항의 재검토 및 개정방향”, 헌법재판연구 제3권 제1호 (2016. 6.)

박영규, “TRIPS 협정 발효 10년의 특허법적 의미와 전망”, 창작과 권리 제46호(2007)

박준석, “한국 지적재산권법과 다른 법률들과의 관계”, 법조 통권 687호 (2013. 12.)

송인옥·송동수, “기후변화 대응을 위한 CBDR원칙과 기후기술이전”, 홍익법학 제20권 제2호(2019)

신중섭, “과학기술에 대한 통제의 한계”, 과학철학 17-1(한국과학철학회, 2014)

오동석, “지구법학 관점에서 한국헌법의 해석론”, 환경법과 정책 제26권 (2021. 2.)

육소영, “지적재산권과 인권”, 동북아법연구 제10권 제3권(2017)

이광윤, “프랑스 환경법전에 관한 연구”, 환경법연구 제31권 제1호(2009)

이규홍, “지식재산권법에 관련된 헌법적 쟁점과 향후 과제”, 저스티스 통권 제170-3호(2019. 2)

이규홍·정필운, “헌법 제22조 제2항 관련 개헌론에 관한 소고 - 지적재산권조항의 재정립에 관하여 -”, 법조(650)(2010. 11.)

이원복, “특허법 제32조 ‘공중의 위생을 해칠 우려’ 규정의 기능과 해석”, 사법 제56호(2021. 6.)

이일호·김병일, “기후변화 맥락에서 기술이전 논의를 위한 전제들 - 지식재산권, 시장 그리고 법 -”, 산업재산권 제58호(2019)

이재희, “기후변화에 대한 사법적 대응의 가능성: 기후변화 헌법소송을 중심으로”, 저스티스 통권 제182-2호(2021.2.)

이주영, “사회권의 재판규범성”, 노동법연구 2019 상반기 제46호

이화, “TRIPS 협정 특허규정에 대한 해석: 공중보건보호와 관련하여”, LAW & TECHNOLOGY 제5권 제6호, 서울대 기술과법센터(2009)

장철준, “헌법 안과 밖의 사회적 기본권, 그리고 사회국가원리”, 공법학연구 제22권 제1호(2021. 2.)

전광석, “사회적 기본권 이론의 형성과 전개”, 헌법논총 제29집(2018)

정상조, “특허법의 변화: 기술혁신에 미친 영향을 중심으로”, LAW & TECHNOLOGY 제11권 제4호, 서울대 기술과법센터(2015)

정태호, “공중의 위생을 해칠 우려가 있는 발명”, 2020 TOP 10 특허판례

세미나 자료집(한국특허법학회, 2021)
지성수, “헌법재판소의 사회적 기본권에 대한 심사방법과 심사기준”, 헌법논총 제24집(2013)
최지선, “과학기술과 헌법상의 경제조항”, 과학기술에 대한 헌법적 통제, 한국과학기술법학회·헌법재판연구원 주최 세미나 자료집(2018. 4. 5.)
최지현, “미국 셰일가스 개발 및 수출 규제에 관한 소고”, 환경법연구 제39권 제3호(2017)
최형석, “TRIPS 협정상 특허관련규정연구”, 국제법률경영 27호(1996)

Carlos M. Correa, Intellectual property rights under the UNFCCC: without response to developing countries’ concerns, in RESEARCH HANDBOOK ON INTELLECTUAL PROPERTY AND CLIMATE CHANGE 74, 91 (Joshua D. Sarnoff, 2016)
Daniel J. Gervais, Climate change, the international Intellectual property régime, and disputes under the TRIPS Agreement, in RESEARCH HANDBOOK ON INTELLECTUAL PROPERTY AND CLIMATE CHANGE 54, 73 (Joshua D. Sarnoff, 2016)
Estelle Derclaye, Intellectual Property Rights and Global Warming, Marquette Intellectual Property Law Review(Vol. 12:2 2008), 263, 297
Sarah Spencer, Either Secrecy, or Legal Monopoly: Why we should choose Fracking Patens, Wm. & Mary Envtl. L. & Pol’y Rev. Vol 42:599(2018), 599, 627
Virginia L. Brown, Pride and ‘Prejudice to the Environment’: An Application of TRIPS Article 27.2 to Genetically Modified Seeds, LSU Journal of Energy Law and Resources Vol. VI (2018), 583, 620

Ⅲ. 기타

김계환, “마스터카드, 탄소발자국 계산기 고객에게 제공”, 연합뉴스(2021. 4. 12.)
정용인, “기후위기 남은 시간 7년… 인간의 능력을 믿는다.”(조천호 박사

인터뷰) 경향신문(2021. 4. 18.)
특허청 2021. 8. 특허심사제도과 운영현황 보도자료.
현혜란, “프랑스, 기후 변화 대응 위한 헌법 개정 무산”, 연합뉴스(2021. 7. 10.)
https://www.kma.go.kr/kma/news/press.jsp?bid=press&mode=view&num=1194043&page=1&field=&text= (2021. 8. 18. 확인)
https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G08/121/52/PDF/G0812152.pdf?OpenElement. (2021. 8. 18. 확인)
http://www.climate.go.kr (2021. 9. 27. 확인)
http://sts.jinbo.net/pds/alt_sci/5/5-10.html (2021. 8. 18. 확인)
https://enwiipedia.org/wiki/Advisory_opinion_on_the_Legality_of_the_Threat_or_Use_of_Nuclear_Weapons (2021. 8. 3. 확인)
https://www.intn.co.kr/news/articleView.html?idxno=2017832(2021. 8. 3. 확인)
https://100.daum.net/encyclopedia/view/47XXXXXd1172 (2021. 8. 2. 확인)
https://news.joins.com/article/20368236 (2021. 4. 20. 방문)

Abstract

A Review on the Environmental Right, Science & Technology and Patent System in Ecological Transition

Lee Kyu Hong

Maintaining the current natural environment of the earth is a condition for human survival. However, in recent years, it has been scientifically proven that the basic cause of many disasters such as heavy rains and droughts is climate change caused by energy consumption methods that rely on ‘fossil fuels’. In order to respond to this climate crisis, if we adopt the policy of 'quick transition to a green economy' ('Green New Deal'), solutions with the same purpose should be carried out equally in all sectors (including patent system) of society at the same time. In order to solve the problem through the link of discussion leading to “ecological environment - science and technology - economic development - patent system”, it is necessary to examine the imminent status of the climate crisis as a premise. Looking at the scientific analysis and predictions that have been made, I think that the reason why the discussion on environmental rights and the theory of control over science needs to enter a new phase is fully explained. Next, to overcome such an urgent environmental problem, the constitutional discussion is required about what has been the discussion on environmental rights in the past and what should be done in the future. It is argued that the superiority of the environmental right, which is comparable to

the right to live, must inevitably be secured according to the history of the current constitutional system. While the contribution of science to mankind is so great, it has been confirmed that control over it has also been a task of all ages. Furthermore, in the context of directly stipulating the subordination of science to the economy by the Korean Constitution, it lays the foundation for reviewing the patent system by explaining the need to strengthen public order, such as strengthening environmental rights. Lastly, the reason for the creation of the patent system is to contribute to development of science and industry, but it can be used as a rudder for the development of science under the influence of the new role of the patent system, reviewed by environmental rights clause. In this way, we will see why and how important the role of the environmental rights in the period of ecological transition is and discuss how science should be controlled as a new measure by confirming the need to attenuate the old relationship with economic provisions. The possibility of protecting the ecological environment through review of the patent system, which was created as a means and reached its peak in efficiency, will be examined.



Lee Kyu Hong

climate crisis, environmental right, science & technology, social market economic order, patent system

성균관대학교 법학연구원 『성균관법학』 10.17008/skklr.2021.33.3.004
제33권 제3호 (2021. 9.)
Sungkyunkwan Law Review Vol.33. No.3 (September 2021) pp129~168

프랑스의 종교단체 법제에 관한 소고

- 1901년 비영리사단법과 1905년 정교분리법을 중심으로 -

권 철*

【목 차】

Ⅰ. 머리말

Ⅱ. 정교분리법과 종교단체
: 가톨릭교회의 세속화와 종교사단 문제

Ⅲ. 종교단체 법제
: 1901년 비영리사단법과 1905년 정교분리법

Ⅳ. 관련문제
: 조세·보조금 및 교육·사회활동

Ⅴ. 맺음말에 갈음하여

【국 문 요 약】

본고에서는 프랑스의 종교단체를 둘러싼 정교(국가와 종교)관계 및 비영리단체 법제를 민법학의 관점에서 살펴본다. 구체적으로는 1901년 비영리사단법과 1905년 정교분리법의 연혁, 세부내용 및 함의에 관한 것이다. 1901년 비영리사단법이 제정되어 결사의 자유가 법제화됨으로써 대혁명 이후의 단체 금압 사상이 극복된 경위는, 결사·단체·법인의 본질을 생각하는 작업에서 실마리가 될 수 있다. 이 법에서 우리가 주목할 만한 포인트는, 우선 단체에 법인격을 인정함으로써 결사의 자유가 법제화되었다는 점, 그리고 비영리사단의 법적구성

* 성균관대학교 법학전문대학원 부교수, 법학박사

으로 계약구성을 채택한 점이다. 프랑스의 종교단체에 관한 규율에는 대혁명 사상 그리고 제3공화제 시기 공화파의 반교회·반가톨릭 사상이 반영되어 있다. 1901년 비영리사단법에 관해서는, 단체에 법인격을 인정함으로써 결사의 자유를 인정하게 되는 규정이 가지는 헌법적인 가치가 주로 주목을 받지만, 동법의 후반 부분은 수도회에 관한 세밀한 규제 조항으로 구성되어 있다는 점을 간과할 수 없다. 이러한 맥락에서 1905년에 제정된 정교분리법에서는 정교분리가 선언되어 교회가 세속화되고, 종교사단에 관한 상세한 규정이 마련됨으로써 종교단체 법제의 체계가 완성되었다. 물론 20세기 초반 프랑스 제3공화국의 철저한 반가톨릭교회 정책은 점차로 완화되어 현재의 관점에서 보면 실질적으로는 종교의 자유를 보장하는 우호적인 종교단체 법제로 평가할 수 있다. 본고의 관점에서는 1901년 비영리사단법과 1905년 정교분리법이 종교단체의 (사단)법인화를 당연한 전제로 하면서 종교단체에 관한 규율을 체계적으로 규정하는 시스템을 완성하였고 이러한 구조가 100년을 훌쩍 넘긴 지금까지도 굳건하게 유지되고 있다는 점이 중요하다.

Ⅰ. 머리말

종교단체에 관한 법제는 각국의 역사, 정치, 사회의 모습을 여실히 반영하는바, 나라마다 법제에 차이가 있다. 예컨대 대륙법 국가에서는 대체로 헌법에서 국가와 종교의 관계에 관한 규율을, 민법에서 비영리단체에 관한 규율을, 특별법에서 종교단체에 관한 규율을, 조세법에서 종교단체에 대한 과세문제를 규율한다. 본고에서는 민법학의 관점에서 프랑스의 종교단체를 둘러싼 정교(국가와 종교)관계 및 비영리단체 법제를 중심으로 살펴보고자 한다.

1804년에 시행된 프랑스민법전은 이제까지 법인에 관한 규정을 두고 있지 않다. 대혁명은 구체제하의 단체에 대해서 적대적인 태도로 일관하였고, '르샤플리에법(Loi de Le Chapelier)'과 형법전에서는 단체와 결사를 철저히 금지하는 자세를 보였다. 민법전에서도 단체의 존재를 전제로 한 규정은 두지 않았다. 따라서 프랑스민법전의 '인(人)'은 원칙적으로 문자 그대로의 '사람' 즉 '자연인(personnes physiques)'을 의미하는 것이고, '법인(personnes moral)'을 포함하는 것이 아니다. 이러한 맥락에서 단체에 관한 입법사에 대하여 두 가지를 지적할 수 있다. 하나는 프랑스의 민법전과 상법전에 "société"에 관한 규정이 마련되어 있는데, 이는 모두 계약으로 구성한다는 점. 또 하나는 19세기 후반부터 20세기에 걸쳐서 영리단체와 비영리단체에 법인격을 인정하는 개별입법이 이루어진 점이다. 각각 1867년의 주식회사법[1][2]과 1901년의 비영리사단법[3]이 대표적 법률이다.

우리 민법학계에 프랑스의 비영리단체 법제에 관해서는 개설적으로 소개하는 논고가 존재한다.[4] 나아가 공법으로 시야를 넓히면, 정교분리에

---

1) Loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés commerciales.

2) 프랑스의 회사법에 관한 소개논문으로, 김성태, "프랑스 회사법상의 회사개념", 상사법연구 9집, 1991; 조르즈 리뻬르(정진세 번역), 프랑스회사법론, 삼지원, 1996; 원용수, "프랑스의 회사법 개정방향과 시사점", 상장협연구 54호, 2006 등.

3) Loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association. 이 법률의 구체적인 내용은 아래 본문 참조.

4) 남효순, "프랑스法에서의 법인의 역사 : 법인론 및 법인에 관한 판례와 입법의 발달사", 서울대 법학, 40권 2호, 1999; 여하윤, "프랑스 민법상의 법인론 : 비영리법인에 관한 논의

관한 연구는 독일이나 미국에 관해서는 박사학위논문이 배출되어 있는 것에 비하여[5] 프랑스에 관한 소개논문은 비교적 최근에 등장하였다.[6] 종교단체 법제에 관한 객관적이고 양질의 정보는 많지 않은데 1991년에 발간된 유익한 자료가 있다.[7] 한국의 각 종교를 대표하는 학자, 성직자와 시민이 참가한 공청회의 토론을 기록한 것인데, 권말 부록으로 각국의 종교단체법의 번역이 게재되어 있다.[8] 프랑스의 관련법률 중 1905년 정교분리법의 규정도 발췌 번역되어 있는데, 다만 아쉽게도 핵심적인 부분인 종교단체에 관한 규정이 생략되어 있다.[9]

본고는 프랑스의 종교단체에 관하여 공법적인 관점을 전제로 하면서 민사법제와의 상관성에 주목한다. 프랑스의 비영리단체 법제의 상당 부분이 종교단체에 관한 규율이라는 점을 감안하면, 본고는 기존의 연구 부족을 메우는 의미가 있을 것이다. 또한 우리의 비영리단체 법제에 관한 보다 깊은 논의를 위한 토대를 확인하는 의미도 가진다. 본고에서 주목하는 법률이 1901년 7월 1일법(비영리사단 계약에 관한 1901년 7월 1일 법률[10]='1901년 비영리사단법')과 1905년 12월 9일법(교회와 국가

를 중심으로", 비교사법 15권 4호, 2008; 박수곤, "프랑스법에서의 민사법인에 대한 규율 : 공익성이 인정된 사단 및 재단법인을 중심으로", 경희법학 45권 1호, 2010, 77면; 박수곤, "프랑스법상 권리능력 없는 단체에 대한 규율", 전북대 법학연구 39집, 2013, 39면

5) 황우여, 국가와 교회: 독일을 중심으로, 서울대 박사학위논문, 1982; 이영진, 종교의 자유의 한계와 정교분에 관한 연구: 미연방대법원판례를 중심으로 한 각국 판례의 비교, 성균관대 박사학위논문, 1998.

6) 지규철, "프랑스헌법에서의 라이시떼(laïcité) 원칙에 관한 고찰", 공법학연구 10권 3호, 2009; 전훈, "종교적 중립성에 관한 고찰 : 프랑스 라이시테(la laïcité)원칙에 관한 꽁세이데타 판례를 중심으로", 법학논고(경북대) 41집, 2013; 한동훈, "프랑스 헌법상 정교분리의 원칙 : 1905년 교회와 국가의 분리에 관한 법률을 중심으로", 가천법학 11권 1호, 2018, 55면.

7) 한국종교사회연구소 편, 한국의 종교와 종교법: 종교단체의 법인체 등록, 민족문화사, 1991

8) 게재순으로 보면 일본, 태국, 중화민국, 인도, 필리핀, 인도네시아, 영국, 프랑스, 서독, 스페인, 이탈리아, 덴마크, 핀란드, 노르웨이, 아일랜드, 스위스, 오스트리아, 벨기에, 네덜란드, 룩셈부르크, 스웨덴, 미국, 캐나다, 아르헨티나, 브라질, 이스라엘, 케냐의 관련법률 조문을 발췌하여 게재하고 있다.

9) 이러한 규정의 생략에 어떠한 의도가 내재되어 있는지에 관해서는 잘 알 수 없다. 다만 프랑스의 관련법제의 구체적인 내용(법인화 및 상세한 규제)이 공청회 당시의 종교계(천주교와 개신교) 주장과 배치되는 면이 있다는 점은 본고의 본문 내용을 통해서 확인할 수 있다.

10) Loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association, publiée au Journal officiel de la République française (JORF) du 2 juillet 1901.

의 분리에 관한 법률[11]='1905년 정교분리법')인만큼 프랑스의 제3공화정 시기의 법제개혁에 관한 법사학적 관점도 포함된다.

이하에서는 우선 프랑스의 종교단체 법제에 관한 논의의 전제를 확인하는 의미에서, 국가와 종교의 관계에 관한 기본법으로 라이시테(Laïcité)원칙을 선언하는 1905년 정교분리법 성립 전후의 상황을 개관하면서 '종교사단'(association cultuelle)[12]에 초점을 맞추어 살펴본다(Ⅱ). 이어서 프랑스의 비영리단체에 관한 기본법인 1901년 비영리사단법이 규정하는 기본유형인 비영리사단법인(association déclarée)이 가지는 의미를 확인하고 같은 법에서 상세한 규정을 두고 있는 '수도회'(congrégation religieuse)에 관한 규율을 살펴본다. 아울러 1905년 정교분리법의 '종교사단' 규정의 구체적인 내용을 확인한다(Ⅲ). 관련문제로 조세·보조금 및 교육·사회활동에 관하여 언급하고(Ⅳ), 마지막으로 맺음말에 갈음하여 프랑스법에 관한 고찰이 우리법을 검토하는 데 어떠한 함의가 있는지 생각해본다(Ⅴ).

Ⅱ. 정교분리법과 종교단체 : 가톨릭교회의 세속화와 종교사단 문제

1. 프랑스의 종교 상황 개관

프랑스는 전통적으로 가톨릭의 나라로 알려져 있다. 종교인구에 관한 통계는 연도와 출처에 따라 숫자가 다소 다르기 때문에 정확한 정보는 알 수 없지만, 1980년대 중반까지도 가톨릭 신자가 80%에 이르렀고, 이른바 세속화와 다양화에 따라 독보적인 종교구성이 변화하고 있음에도 스스로를 가톨릭이라고 인정하는 프랑스인은 50% 이상을 차지한다고 한

11) Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Eglises et de l'Etat, publiée au JORF du 11 décembre 1905.

12) 'association cultuelle'는 종교단체, 신도회, 문화결사 등 여러 번역어가 사용되고 있는데, 본고에서는 번역어로 '종교사단'을 사용한다. 전훈, 앞의 논문(각주 6) "종교적 중립성에 관한 고찰"에서는 '종교단체'라고 번역하는데, 프랑스법상 법인격을 가지는 법인이고 재단(fondation)과 구별하는 의미에서 본고에서는 '사단'이라는 것을 명기하였다. 그리고 한동훈, 앞의 논문(각주 6)에서는 '문화결사'라는 번역어를 사용하는데, 이 번역어는 '(종교)예배의'의 뜻을 가진 형용사 원문 'cultuelle'을 '문화의'에 해당하는 'culturelle'로 번역한 것으로 보이는바, 정확한 번역이라고 할 수 없다.

다.[13] 대한민국 외무부가 2018년에 발간한 자료에 따르면, 가톨릭이 전체의 43%를 차지하고 있으며, 이슬람교 6%, 유대교 0.5% 정도로 추산된다고 한다.[14] 그리고 20세기 후반에는 '섹트(secte)'라고 통칭되는 소수 종교 집단의 움직임이 왕성해지고, 때때로 일탈 행동으로 보이는 활동이 비판의 대상이 되거나 분쟁의 씨앗이 되기도 했다.[15][16] 또한 이슬람 세력이 점차 증가해 제2의 종교공동체로 부상하게 된 것도 주목할 만하다. 프랑스의 이러한 상황은 약 320만 명 이슬람교도를 가진 이웃 독일과 유사해 보이지만, 프랑스에서는 이슬람교 국가인 구식민지 마그레브 지역(모로코·알제리·튀니지)에서 온 이민이 많다는 사정이 크게 관련되어 있는 것을 감안하면, 터키계 이민을 다수 받아들인 독일과는 다르다.

2. 프랑스의 정교관계사

근대 프랑스 정교관계사는 헌법사와 마찬가지로 파란만장하다. 정교관계란 기본적으로 국가와 교회, 정권과 교권의 관계를 나타내는 관념으로 일반적으로 ①국교제 ②공인종교제 ③분리제의 세 가지 이념형으로 구분되는데, 프랑스는 절대왕정 시대부터 혁명기를 거쳐 오늘날에 이르기까지 이들 모두를 경험해 왔다. 이하에서는 프랑스의 종교단체 법제를 이해하는데 필요한 전제사항이라고 할 수 있는 1905년 정교분리법 성립

13) 2013년 통계. "Le catholicisme en France", CSA, March 2013. Archived from the original on 2014-02-22.

14) 외교부, 프랑스 개황, 2018, 102면. 외무부 자료에는 개신교에 관한 통계는 없는데, 다른 자료에 의하면 비교적 소수로 루터파 · 칼뱅파의 개신교 2파가 2% 정도라는 통계가 있다(위키패디아 "Protestantism in France" 항목). 대한민국 외무부 자료에는, 프랑스에서 1978년법이 종교 · 인종 등 개인의 사생활 관련 정보를 수집하는 것을 금지함에 따라 인구조사 시 종교 관련 통계가 없어 정부의 공식 통계는 부재하다는 사정이 부기되어 있다.

15) 프랑스에서는 1990년대부터 2001년 정도 까지 섹트에 관한 문제가 크게 논의되었고 언론에서도 대대적으로 다루었다. 최근에는 다소 진정된 것처럼 보이기도 하는데, 그 이유는 섹트에 대한 프랑스 정부의 대책이 진전되어 섹트 집단의 활동이 신중해진 것에서 찾을 수 있다. 관련 원문 자료는 상당수 존재하는데, 여기서는 섹트에 대한 대책의 전기를 마련한 것으로 평가되는 1995년의 의회보고서(Commission d'enquête sur les sectes, *Les sectes en France*, Journaux officiels, 1996)와 함께, 일반 대중에게 친숙한 크세쥬(Que sais-je?) 문고판으로 Nathalie Luca, *Les sectes*, PUF, 2016를 들어둔다.

16) 섹트에 관한 법률문제에 관하여 소개하는 우리말 논문으로 전훈, 앞의 논문(각주 6).

경위와 동법에서 규정하는 '종교사단'을 둘러싼 논쟁을 중심으로 살펴본다.

(1) 구체제하의 '국교제'와 대혁명기의 변화

대혁명 이전의 구체제(ancien régime) 하에서는 1516년에 맺은 정교조약(Concordat)에 기초해 국교제가 채택되어 가톨릭교회는 특권적 지위를 부여받았다. 1598년 낭트칙령(Édit de Nantes) 이후에는 '관용'이 인정되어 개신교에도 신앙의 자유가 인정되었지만, 1685년에 폐지된 이후 1789년 대혁명에 이르기까지 가톨릭 국교제도가 존속되었다.

1789년 프랑스 인권선언[17]은 종교의 자유나 사상의 자유를 부르짖음으로써[18] 가톨릭 국교제에 마침표를 찍었다. 다만 '시민종교'의 필요성을 역설한 루소의 영향을 받은 대혁명기의 사람들이 국가와 교회의 분리까지 도모하는 것은 아니었고, 결과적으로 대혁명기 특유의 혼란이 정교관계에 미치고 있었다.

(2) 1801년 정교조약(Concordat)[19] 체제의 성립: '공인종교제'

이 종교적 평화를 가져온 것이 나폴레옹이 이끄는 프랑스 정부와 교황 비오(Pius) 7세 사이에 1801년에 맺은 17개조의 정교조약이었다. 이를 국내법화한 이듬해 정교조약 공포법에 따라 그 이후 약 1세기에 걸쳐 가톨릭 중심의 공인종교제가 채택되어 프랑스 정교관계의 법적 기초가 되었다.[20] 1801년 정교조약 체제로 불리는 이 공인종교제는 프로테스탄트

---

17) Déclaration du 26 août 1789 des droits de l'homme et du citoyen.

18) 제10조 : 어느 누구도, 법률이 정하는 공공질서를 해치지 않는 한, 그 의견표명이 비록 종교상의 것이라 하더라도 그것을 이유로 위협받지 않는다. Article 10 : Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi.

19) 콩고르다(Concordat)는 '화친조약'이라고 번역되는 경우도 있으나, 단순한 '화친조약'은 당사자가 빠진 일반용어라는 것을 감안하면 '정교조약' 또는 '정교 화친조약'으로 번역하는 것이 보다 정확하다. 천주교 서울대교구 홈페이지에서 검색가능한 가톨릭대사전에서 '정교조약'로 번역하고 있는 것도 감안하여 본고에서는 '정교조약'이라는 번역어를 사용한다.

20) 이는 정교조약 공포법(전 138개조)은 단순히 정교조약을 내용으로 하는 것만이 아니라 가톨릭에 관한 77개조에 이르는 부속조항과 동시에 프로테스탄트에 관한 44개조에 이르는 부속조 97개항을 포함하고 있었기 때문이다.

2파의 성직자에게도 급여를 지급하고, 1831년에는 유대교에도 같은 대우를 인정하게 되었다. 다만 가톨릭을 프랑스 정부의 공인종교로 삼고 미사를 공역무(service public)로 삼았다는 점에서 사실상은 가톨릭 국교제에 가까운 것이었다고 할 수 있다.[21]

(3) '정교분리제'를 향한 움직임

가. 공화주의와 반가톨릭정책

공인종교제는 자유사상의 대두와 함께 19세기 중반부터 점차 문제시되기 시작하였다. 가톨릭교회가 왕정과 밀접한 관계를 유지해 온 프랑스 정치사에서, 반교권주의(l'Anticlericalisme)[22]를 표방하는 공화주의는 사실상의 국교제인 공인종교제를 강하게 적대시하였다. 이러한 공화주의자의 주장은 곧 국가의 종교적 중립성에 대한 요구로 이어지게 된다. 그리고 제3공화제 발족 후 얼마 지나지 않아서 의회 다수파, 내각, 대통령 등 정치기관이 모두 공화파로 채워지면서, 1879년 이후 프랑스 정치사는 공화주의 프로그램이 강하게 영향을 미치게 된다. 이 프로그램이란 ①가톨릭 세력의 거점인 수도회 폐지, ②카톨리시즘이 침투한 교육제도의 근본적 개혁, ③교회와 국가 의 분리 등 세 가지였다. 이를 위한 정책은 20세기 초에 걸쳐 꾸준히 실시되었다. 특히 초등교육의 무상제·의무제·비종교성을 정하는 '쥘 페리법'(Lois Jules Ferry),[23] 성직자를 초등교육에서 배제하는 '고블레법'(Loi Goblet)[24] 등의 법률은 모두 그 정책을 구체화하는 것이었다.[25] 그리고 후술(Ⅲ)하는 바와 같이, '1901년 7월 1

21) 그 취지는 가톨릭이 "국교"임을 명기한 1814년 헌장뿐만 아니라 "법률에 의해 실제로 공인된 종교 또는 장래에 공인되는 종교의 제사"에 대해 국고에서 봉급을 주도록 규정한 1830년 헌장 및 1848년 헌법 등에도 나타나 있다.

22) 교권주의(le Clericalisme)와 반교권주의(l'Anticlericalisme)의 투쟁으로 프랑스의 정치사를 소개하는 논문으로 지규철, 앞의 논문(각주 6).

23) Lois Jules Ferry는 통상 다음 두 법률을 지칭한다. La loi du 16 juin 1881 établissant la gratuité absolue de l'enseignement primaire dans les écoles publiques, publiée au JORF du 17 juin; La loi du 28 mars 1882 sur l'enseignement primaire obligatoire, publiée au JORF du 29 mars. 쥘 페리(Jules Ferry)는 발의자의 이름이다.

24) Loi du 30 octobre 1886 portant sur l'organisation de l'enseignement primaire. 1886년 10월 30일 법. 고블레(René Goblet)는 발의자의 이름이다.

25) 이러한 규정은, 후에 법전화되어 "공교육의 라이시테"라고 불리는 교육의 일반원리를 형상화하게 된다. 프랑스 제3공화국 시기의 공교육에 관한 최근 소개논문으로, 김정인, "프랑

일법' = '비영리사단법'(비영리사단 계약에 관한 1901년 7월 1일 법률)[26]은 일반적으로 결사의 자유를 인정한 자유주의적인 법률로 알려져 있는데, 다른 한편으로 본고의 관점에서는 특히 수도회의 설립을 정부의 허가 하에 두는 등 엄격한 태도를 명확히 규율한 '반수도회법'이라고 부를만한 내용이 포함되어 있는 것이 중요하다.

나. 로마 교황청과의 단절

공화주의 정권이 추진한 이러한 일련의 반교권주의 · 반가톨릭 정책은 1904년 7월 프랑스와 로마 교황청 사이의 외교관계를 사실상 단절되게 하였다. 이 사태를 결정적인 것으로 만든 것이 바로 1905년 12월 9일에 제정된 '정교분리법'(교회와 국가의 분리에 관한 법률)[27]이다. 정교분리법은 19세기 초 이래의 공인종교체제의 기초가 되었던 모든 규정, 즉 1801년의 정교조약, 가톨릭 및 개신교에 관한 부속조항, 그리고 유대교에 관한 법령을 모두 폐지하였다(동법 제44조). 이는 원칙적으로 외교교섭에 의해서만 폐기될 수 있는 국제조약(정교조약)을 프랑스 정부가 일방적으로 파기한 것을 의미한다. 정교분리법은 프랑스의 정교 관계를 가톨릭 중심의 공인종교체제에서 정교분리제로 크게 변화시킨 획기적인 법률이다.

3. 1905년 정교분리법과 라이시테(Laïcité) 원칙

(1) 1905년 정교분리법: 개요 및 '종교사단'에 관한 논쟁

가. 종교의 자유와 정교분리의 원칙

총 6장 44개조로 된 1905년 정교분리법은 총칙 규정에서 ① 양심의 자유와 자유로운 종교 활동을 보장함[28]과 동시에 ② 모든 종교에 대한

스 제3공화정 초기 공교육으로서의 초등교육체계의 완성", 서양사론 132호, 2017, 141면 이하. 김세희, "'라이시테'를 통해서 본 19세기 프랑스의 교육: 근대화와 도덕·시민교육", 한국교육사학 42권 2호, 2020, 1면 이하를 참조.

26) Loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association, publiée au JORF du 2 juillet 1901.

27) Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Eglises et de l'Etat, publiée au JORF du 11 décembre 1905

28) 제1조. 공화국은 양심의 자유를 보장한다. 공화국은 공공질서의 이익을 위하여 이하에서 정하는 제한 아래에서만 자유로운 종교활동을 보장한다. La République assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions

국가의 공인, 급여의 지급 및 보조금의 교부를 금지하고 종교 예산도 원칙적으로 폐지할 것을 규정하고 있다.[29] 여기에는 주목할 만한 예외도 인정되고 있지만,[30] 그러한 규정에 의해 종교의 자유와 정교분리의 원칙 – '라이시테(Laïcité)' 원칙 – 이 명기됨과 동시에 국교제는 물론 공인종교제도 원칙적으로 배제되게 되었다. 이러한 취지에서 정교분리법은, 전통적인 대성당(cathédrales), 교회(églises) 등 예배용 시설이나 신학교(les facultés)를 포함한 종교적인 건조물(Des édifices des cultes)의 소유권이 국가 또는 공공단체에 귀속하는 것으로 하였다.[31] 그리고 그 무상사용권을 새롭게 결성되는 '종교사단'(association cultuelle)[32]에 부여한다는 구조를 채용하였다.[33] 다른 종파와 마찬가지로 가톨릭교회도 주교협의회의 임의개최나 교회당 건립 등 여러 종교적 자유를 인정받았고 정부의 주교 임명권도 폐지되었지만, 반면 성직자들은 모두 공적 지위를 잃고 재정적 지원도 받지 못하게 되었다. 한편, 종교목적의 행진 등 외부적인 종교 활동은 지방자치단체장의 일반적인 규제 권한에 따르게

édictées ci-après dans l'intérêt de l'ordre public.

29) 제2조 1항. 공화국은 어떠한 종교도 공인하지 아니하고, 급여을 지급하지 아니하며, 보조금을 주지 아니한다. 따라서 이 법률이 공포된 후 1월 1일부터 종교활동에 관한 지출은 모두 국가, 도 및 시읍면의 예산에서 삭제된다. La République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte. En conséquence, à partir du 1er janvier qui suivra la promulgation de la présente loi, seront supprimées des budgets de l'Etat, des départements et des communes, toutes dépenses relatives à l'exercice des cultes.

30) 후술 (3) 참조

31) 제12조. 1905년의 원조문은 1998년에 약간의 개정을 거쳐 이하와 같다. 1항. Les édifices qui ont été mis à la disposition de la nation et qui, en vertu de la loi du 18 germinal an X, servent à l'exercice public des cultes ou au logement de leurs ministres (cathédrales, églises, chapelles, temples, synagogues, archevêchés, évêchés, presbytères, séminaires), ainsi que leurs dépendances immobilières et les objets mobiliers qui les garnissaient au moment où lesdits édifices ont été remis aux cultes, sont et demeurent propriétés de l'Etat, des départements, des communes et des établissements publics de coopération intercommunale ayant pris la compétence en matière d'édifices des cultes. 2항. Pour ces édifices, comme pour ceux postérieurs à la loi du 18 germinal an X, dont l'Etat, les départements et les communes seraient propriétaires, y compris les facultés de théologie protestante, il sera procédé conformément aux dispositions des articles suivants.

32) 번역어의 선택에 관해서는 각주 12) 참조. 종교사단(association cultuelle)에 관한 단체·법인법적 고찰은 후술 Ⅲ.2.(3) 참조.

33) 동법 제13조, 제19조.

되었는데, 특히 예배를 위한 집회는 공개된 것일 것, 1881년 제정된 집회법 소정의 요건에 따를 것 이외에는 신고제가 되었다.[34]

이렇게 교회와 국가는 제도상 분리되고 모든 종교단체는 다른 사법상의 단체와 마찬가지로 취급받게 되었다. 따라서 종래 종교 활동의 경제적, 물질적 기반이 되었던 종교적인 공공시설 법인은 폐지되고 그 재산은 정교분리법 공포 후 1년 이내에 결성되어야 할 '종교사단'으로 이관되도록 규정되었다.[35] 실제로 개신교와 유대교의 경우에는 그러한 종교사단이 소정의 절차와 요건에 따라 순차적으로 결성되어 교회재산을 인수하게 되었다.

나. 정교분리법 시행 상의 여러 문제 : 종교사단에 대한 가톨릭교회의 반발 등

가톨릭교회는 이러한 정책에 크게 반발하였다. 즉 정교분리법이 정하는 종교사단은 단체의 지도자에게 사제를 종속시키는 것이라고 하여, 기본적 조직원리인 성직위계제(hiérarchie ecclésiastique)와의 관계에서 문제시된 것이었다. 이러한 이유에서 1906년 8월 로마교황도 종교사단의 설립을 정식으로 금지하였다. 이러한 가톨릭교회의 반발은, 프랑스 국

34) 정교분리법 제25조, 제26조, 제27조, 제28조.

35) 정교분리법 제4조. 이 법률의 공포로부터 1년 이내에, 교구재산관리위원회, 교회재산관리위원회, 장로회, 추기경회의 및 그 밖의 종교공공시설법인의 동산 및 부동산은, 그 재산에 부과된 모든 부담과 의무, 그 재산의 특별 충당과 함께, 당해 시설법인의 법정대리인에 의하여 비영리사단에 이전된다. 이 비영리사단은 상기 시설법인의 종래 교구에서의 종교활동을 행하기 위하여 당해 사단이 활동을 하게 되는 종교의 일반조직상 규칙에 따라 제19조 규정에 의하여 적법하게 결성된 것이어야 한다. Dans le délai d'un an, à partir de la promulgation de la présente loi, les biens mobiliers et immobiliers des menses, fabriques, conseils presbytéraux, consistoires et autres établissements publics du culte seront, avec toutes les charges et obligations qui les grèvent et avec leur affectation spéciale, transférés par les représentants légaux de ces établissements aux associations qui, en se conformant aux règles d'organisation générale du culte dont elles se proposent d'assurer l'exercice, se seront légalement formées, suivant les prescriptions de l'article 19, pour l'exercice de ce culte dans les anciennes circonscriptions desdits établissements. 동법 제18조. 종교의 비용, 유지 및 공적종교활동을 하기 위하여 결성된 비영리사단은 1901년 7월 1일법률 제1장 제5조 이하에 따라 설립되어야 한다. 또한 이 사단은 본법의 규정에 따른다. Les associations formées pour subvenir aux frais, à l'entretien et à l'exercice public d'un culte devront être constituées conformément aux articles 5 et suivants du titre Ier de la loi du 1er juillet 1901. Elles seront, en outre, soumises aux prescriptions de la présente loi.

민의 대부분을 차지하는 가톨릭의 활동기반이 되어야 할 종교사단의 결성을 무산시키고, 전국 각지의 대성당, 교회, 예배당 등이 모두 폐쇄되는 심각한 사태를 초래하게 되었다. 결과적으로 정교분리법의 실효성이 문제시되고 국민생활에 대혼란을 일으키게 되었다. 이러한 혼란 속에서 사태를 타개하기 위한 입법 조치가 취해졌다.[36] 즉 1907년 1월 2일에 제정된 '공공 예배 활동에 관한 법률'[37]은 ① 예배 활동에 대해 정교분리법 소정의 종교사단 뿐만 아니라 1901년 비영리사단법 소정의 사단법인이나 정교분리법 제25조 소정의 집회에 의해서도 확보할 수 있을 것(동법 제4조), 그리고 ② 종교활동용 건물은 종교사단이 없는 경우 종래와 같이 신자, 사제의 사용에 맡기며, 1901년 비영리사단법 소정의 사단법인 및 정교분리법 소정의 집회의 주재자(사제)에게도 무상사용권을 인정할 것(동법 제5조)을 정하였다. 이 법률은 정교분리법이 도입한 핵심적인 규율인 '종교사단'을 의무화하지 않는다는 의미에서 중요한 의의를 갖는다. 그러나 이러한 조치에도 불구하고 가톨릭교회에서 '종교사단' 설립을 거부하는 문제는 해결되지 않고 남아있었으며, 이 문제에 관해서는 제1차 세계대전 후 프랑스 정부와 로마 교황청과 화해함으로써 해결의 실마리를 찾게 된다.[38] 또한 이미 서술한 바와 같이, 정교분리법 제25조는 예배를 위한 집회를 신고제로 하고 있었으나 이 역시 성직자들의 반대와 신자들의 저항으로 규정대로 시행하기 어려웠다. 이 문제는 1907년 3월 "공공집회는 그 목적 여하를 불문하고 사전신고 없이 개최할 수 있다"[39]고 개정되어 완전한 집회의 자유가 인정되었다.

다. 공금지출 금지원칙에 대한 예외

정교분리법 제2조는 공금지출의 금지를 정하고 있지만,[40] 동조 2항은 일정한 예외를 인정하여 "시설사제(aumônerie)의 업무에 관련되고, 또한

36) 이러한 상황의 전말에 관해서는 Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel.* 2e édition, Tome 5, 1925, pp.558-561. 원서는 프랑스국립도서관(BnF) 홈페이지(https://www.bnf.fr/fr)에서 스캔본 열람 가능.

37) Loi du 2 janvier 1907 concernant l'exercice public des cultes, publiée au Journal officiel le 3 janvier 1907

38) 이 점에 대해서는 후술 (2) 가. 참조

39) 1907년 3월 28일 법률(Loi du 28 mars 1907 relative aux réunions publiques) 제1조.

40) 제2조 1항. 각주29) 참조.

고등학교(lycées), 중학교(collèges), 초등학교(écoles), 구원시설, 사회복지시설 및 교도소 등의 공공시설 법인(établissements publics)에서의 자유로운 종교 활동을 보장하기 위해서 제공되는 지출"은 공적 예산에 계상할 수 있도록 정하고 있다.[41] 정교분리의 원리와 종교적 자유를 양립시키기 위한 조치라고 할 수 있다. 이와 관련하여 정교분리법 제2조의 문언상 명백한 예외 외에 종교적 행위에 대한 공적 보조금 지급이 인정되는지 여부가 논란이 되었다. 공공재산인 성당·교회건물 등의 보수·유지를 위해 공금을 지출하는 것이 문제된 것이다. 이 문제는 정교분리법 제13조 마지막 항[42]에서 이를 인정하는 추가적 개정을 하는 형태로 1908년에 해결되었다.

(2) 정교분리 원칙의 변용: 제1차 세계대전 이후

가. 우호적 분리로의 변화

제1차 세계대전은 프랑스의 정교분리법 운용 방식에 대해서도 큰 영향을 미쳤다. 그 변화에 대해서 저명한 역사가(Adrien Dansette)는 "교회와 국가의 엄격한 분리는 우호적인 분리로 변화되고 있다"고 서술한다.[43] 이러한 진단에는 몇 가지 요인이 지적되고 있는데, 첫째로 자유주의적 판례,[44] 둘째로 보조금 문제,[45] 셋째로 가톨릭 '교구사단' 결성 문

41) 제2조 2항. 다만 시설사제(aumônerie)의 업무에 관련되고, 또한 고등학교, 중학교, 초등학교, 구원시설, 사회복지시설 및 교도소 등의 공공시설 법인에서의 자유로운 종교 활동을 보장하기 위해서 제공되는 지출은 예산에 계상할 수 있다. Pourront toutefois être inscrites auxdits budgets les dépenses relatives à des services d'aumônerie et destinées à assurer le libre exercice des cultes dans les établissements publics tels que lycées, collèges, écoles, hospices, asiles et prisons.

42) 국가, 도, 시읍면 및 시읍면협동공공시설법인은 이 법률에 의하여 그 소유권이 인정되는 예배용건물의 유지 및 보존에 필요한 지출을 할 수 있다. L'Etat, les départements, les communes et les établissements publics de coopération intercommunale pourront engager les dépenses nécessaires pour l'entretien et la conservation des édifices du culte dont la propriété leur est reconnue par la présente loi.

43) Adrien Dansette, *Histoire religieuse de la France contemporaine: L'Eglise catholique dans la mêlée politique et sociale*, Edition revue et corrigée, 1965, p.325

44) 1905년 정교분리법 시행 직후부터 발생한 수많은 가톨릭 관계의 종교분쟁에서 법원이 자유주의적 판례를 확립한 것은 우호적 분리로 전환점이 되었다. 행정법원과 사법재판소는 모두 이른바 교회자율권(교회가 스스로 설정한 내부규칙에 따라 자율적으로 조직·운영할 권리)을 존중하는 판례를 잇따라 내놓았다.

제 등이다. 특히 위((1)나.)에서도 언급한 바와 같이 정교분리법이 직면한 큰 난관은 가톨릭에 관한 동법 소정의 '종교사단' 설립 문제였는데, 여기에서도 제1차 세계대전 후 전환점이 마련되었다. 우선 1871년 이래 독일령으로 되어 있던 알자스·로렌 지방은 제1차 세계대전에서 독일제국이 패배하여 다시 프랑스령이 되었는데(1919년), 그곳에서는 정교분리법 제정 전의 공인종교체제가 존속하고 있었던 관계로 프랑스 정부는 관련 문제를 협의하기 위해 로마 교황청과의 외교관계를 복원하였다(1921년 5월). 이렇게 프랑스 정부는 교황청과의 화해를 지향하며 현안 사항의 해결에 임하는 자세를 분명히 하고, 1901년 비영리사단법과 1905년 정교분리법 등 프랑스 국내법에도 성직위계제(hiérarchie ecclésiastique)를 기본으로 하는 가톨릭교회법에 합치하는 종교사단 구상을 검토하였다. 그 결과 얻어진 것이, 주교의 권위를 존중하는 의미에서 하나의 교구에 하나의 단체만 결성하는 '교구사단(association diocésaine)' 설립이라는 방안이었다.[46] 로마교황도 프랑스 국내 주교에 대해 교구사단 결성을 공식적으로 인정하여(1924년 6월) 정교분리법 시행 후 가장 큰 문제가 해소되었다.[47]

나. 알자스·로렌의 특례 제도

가톨릭 '종교사단' 문제 해결의 계기가 된 알자스·로렌(저지 라인, 고지

45) 제1차 세계대전에서 전사한 병사를 시영묘지에 매장하는 문제에 대해서, 어느 시가 주최하는 종교 의식의 비용을 시 예산에 계상하는 취지를 의회가 의결했지만 도지사가 이것을 위법이라고 취소하는 사건이 있었다. 이에 대해 최고행정법원인 국사원(Conseil d'État)은 공금 지출 금지원칙은 영속적이고 규칙적으로 보조금을 교부할 목적으로 경비를 계상하는 것을 말한다고 판시하여 도지사의 결정을 취소하였다(1922년). 이후 판례·학설상 ① 구호원·자선사업단체 등이 행하는 종교색을 수반하나 공익성을 갖는 활동에 대하여 국가는 보조금을 지급할 수 있고, ② 전사한 병사의 시영묘지 매장 시의 의식 등 공적으로 요청된 역무에 사제가 협력하는 경우 이에 상응한 보수를 공금으로 지급할 수 있고, ③ 공공재산인 사제관 등을 사제에게 무상으로 사용하게 하는 것 또는 교회관리수당을 공금으로부터 지급할 수 있다는 큰 틀이 정착되었다. 이러한 맥락에서 적대적 정교분리는 궤도 수정되었다고 할 수 있다.

46) 단체·법인법의 관점에서 보면, 이러한 해결방안은 1901년 비영리사단법과 1905년 정교분리법으로 대표되는 프랑스 국내법과 정합적이면서도 가톨릭교회법에도 합치하는 법인형태를 만들어낸 것이라고 평가할 수 있다.

47) 이 논점에 관한 통찰력 있는 서술은 Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel.* 2e édition, Tome 5, 1925, p.549 et s. 참조.

라인 및 모젤)은, 위에서 지적한 바와 같이 독일령이었기 때문에 프랑스령으로 복귀한 시점에 공인종교 체제가 존속되고 있었다. 따라서 이 지역에도 1901년 비영리사단법과 1905년 정교분리법으로 대표되는 반교권주의 입법이나 라이시테 원리가 적용되어야 하는지 문제가 되었다. 이에 로마교황이 공인한 '교구사단' 결성과 같은 시기에 제정된 것이 1924년 6월의 프랑스 민사법 시행법이다.[48] 이는 문자 그대로 프랑스민법전 및 기타 관련 규정을 일반적으로 이 지역에 시행할 것을 내용으로 하는 것이었는데, 동시에 ① 1901년 비영리사단법으로 대표되는 비영리 사단에 관한 입법은 시행하지 않을 것, ② 당시 현행법인 독일민법 중에 법인 관계 규정[49]은 계속 적용할 것, ③ 종교·수도회에 관한 지방입법도 계속 적용할 것 등을 정하고 있다.[50] 이렇게 하여 알자스·로렌 지방에서는 프랑스령이면서도 정교관계에 대해서는 일반적인 분리원칙과 다른 공인 종교체제가 적용되고 비영리사단 법제에 대해서는 독일법이 각각 특례제도로서 존속하게 되었다.

(3) 정교분리 원칙의 현재

가. 헌법화된 라이시테(Laïcité)

이상의 논의에서 알 수 있듯이 프랑스의 정교분리의 원칙은 당초의 적대적 관계에서 점차 완화되어 온바, 종교활동의 자유를 전제로 하여 교회에 대한 국가의 종교적 중립성 요청이 반영된 것이 프랑스의 정교분리 = 라이시테(Laïcité)의 모습이다. 정교분리법은 제3공화제 시기인 1905년 12월에 제정된 후 수십 차례의 개정을 거쳤으나 총칙적 규정을 비롯한 기본 부분은 그대로 유지되고 있다. 프랑스의 헌법 체제는 제2차 세계대전 후의 제4공화제(1946-58년), 그리고 종래의 의회주도형 정치제도를 근본적으로 고친 현행 제5공화제(1958년-현재)로 이행되어 왔다. 여기서 비로소 정교분리법이라는 법률상의 원칙에 머물러 있던 라이시테의 원리가 헌법상에 위치를 부여받게 되었다. 1946년에 제정된 제4공화

48) Loi du 1er juin 1924 mettant en vigueur la législation civile française dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle.

49) 독일민법 제21조-제79조.

50) 프랑스법 시행법에 관해서는 Jean Morange, *La liberté d'association en droit public français*, 1977, p. 103 et s. 참조.

제 헌법은 프랑스가 '불가분하며 비종교적(laïque)이고, 민주적이며 사회적인 공화국이다'[51]라는 것을 명문화함과 동시에 헌법 전문에도 관련 사항을 규정하고 있다. 현행 제5공화국 헌법 제1조[52]도 같은 정식을 채택하고 있다.

나. 최근 상황과 과제

1905년 정교분리법 및 1901년 비영리사단법의 운용과 방향에 대해서는 오늘날 다양한 문제가 지적되고 있다. 교육의 비종교화 문제나 급격한 도시화 등으로 인하여 나타난 과제 등 다양한데, 본고에서 다룰 수 있는 범위를 벗어나는 관계로 매우 간략하게 언급한다. 전자와 관련해서는 이슬람교의 종교스카프 착용문제[53]가 큰 논란이 되었고, 후자의 경우에는 종교시설(성당, 교회 등)을 갖추지 못한 신도시 주민의 비용부담 문제가 있다. 1905년 정교분리법 개정과 라이시테 원칙의 실효화 문제에 대해서는 정교분리법 제정 100주년을 계기로 2005년 당시 내무장관 사르코지(Nicolas Sarkozy)가 마슈론(Jean-Pierre Machelon) 교수를 위원장으로 하는 위원회에 관련 문제의 검토를 지시한바, 그 보고서가 2006년에 공간되었다.[54][55]

---

51) 제4공화국 헌법(Constitution de la République française (27-10-1946)) 제1조 : 프랑스는 불가분적, 비종교적, 민주적, 사회적 공화국이다. La France est une Republique indivisible, laique, democratique et sociale.

52) 제5공화국 헌법(Constitution du 4 octobre 1958) 제1조 : 프랑스는 불가분적, 비종교적, 민주적, 사회적 공화국이다. 프랑스는 출신, 인종 또는 종교에 따른 차별 없이 모든 시민이 법 앞에서 평등함을 보장한다. 프랑스는 모든 신념을 존중한다. 프랑스는 지방분권화된 조직을 갖는다. La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée.

53) 관련 문제에 관한 소개로 지규철, "프랑스공교육에서의 비종교성과 학생의 종교의 자유: 이슬람스카프논쟁을 중심으로", 고려법학 제54호, 2009

54) 동 위원회의 최종보고서는 인터넷 상에서 열람 가능하다. Jean-Pierre Machelon, *Les relations des cultes avec les pouvoirs publics*, La documentation française, 2006. 종교사단에 대한 규제를 완화할 것, 새로운 예배용 시설의 건설을 용이하게 할 것 등을 내용으로 하는 각종 개정안을 제시하고 있는데, 그 취지는 상당한 종교 인구를 차지하게 된 이슬람교 등을 포함해 종교 활동의 자유를 보다 실질적으로 보장하는 조치를 강구하려는 점에 있다고 한다.

55) 본고 최종교정 마감 직전에 1905년 정교분리법 제19조 이하의 규정을 개정하는 최신 법률이 통과된 것을 인지하였다. 2021년 8월 24일 법률(LOI n° 2021-1109 du 24 août 2021

Ⅲ. 종교단체 법제 : 1901년 비영리사단법과 1905년 정교분리법

1. 총설

(1) 종교단체의 법적 지위와 법률관계

1905년 정교분리법 이전의 공인종교 체제(콩코르다 체제) 하에서는 특정 종교(가톨릭, 개신교 2파, 유대교)에 공적 지위가 부여되었으며, 이들 종교의 의식과 제사는 국가의 공역무(service public)였다. 따라서 공인종교단체에는 그 운영을 위해 국가로부터 일정한 재원이 확보되어 있었으며, 또한 사제 및 종교 교사는 공무원으로서 국가로부터 급여를 받았다. 1905년 정교분리법은 "공화국은 어떤 종교도 공인하지 않고 급여를 지급하지 않으며 보조금을 주지 않는다"[56]고 규정하여 기존 체제를 근본적으로 부정하는 입장을 채택하였다. 이러한 공인종교제의 부인과 종교에 대한 공적 보조금 금지는 '라이시테(Laïcité)' 원칙의 핵심을 이루는 것인데, 이에 따르면 모든 종교는 국가로부터 동등한 대우를 받고 사적인 영역에 속하는 것으로 보게 된다. 따라서 종교단체는 기본적으로 사법상의 비영리단체로서의 지위를 부여받고, 법률관계도 일반적인 비영리법인 제도의 틀 안에서 파악하게 된다.

(2) 종교단체 법제의 얼개

프랑스에서는 현재 7개의 종교제도가 존재하는데,[57] 그 중에서도 중요한 것은 프랑스 본토의 일반제도(가., 나.)와 알자스·모젤 지방의 특례제도(다.)이다.

가. 1901년 비영리사단법: 비영리사단과 수도회

프랑스 종교단체 법제의 기초는 일반적인 비영리 사단을 대상으로 하는 1901년 비영리사단법('비영리 사단 계약에 관한 법률')과 1905년 정

---

confortant le respect des principes de la République)에 따른 것인데, 이 법률의 내용을 검토하여 본고에 반영하는 것은 물리적으로 불가능하였다는 점을 부기해 둔다.

56) 제2조 1항 1문. 원문 및 번역은 각주29).

57) 이 중 5개는 해외 영토에서 통용되고 있는 것이다

교분리법('교회와 국가와의 분리에 관한 법률')의 두 법률에서 찾을 수 있다. 양자의 관계는 비영리사단법이 정교분리법에서 준용되고 있는 것에서도 알 수 있듯이[58] 일반법과 특별법의 관계이다. 1901년 비영리사단법은 근대 프랑스에서 최초로 일반적으로 결사의 자유를 인정한 법이다. 동법은 "이익을 분배하는 것 이외의 목적"을 가진 단체가 사전 허가 없이 자유롭게 결성할 수 있다는 것을 인정함과 동시에,[59] 행정청에 소정의 신고하면 일정한 법률상의 능력(법인격)을 취득할 수 있다는 것을 정하고 있다.[60] 따라서 사회활동, 문화활동, 교육활동 등과 함께, 종교활동을 하는 단체도 이 법률에 근거하여 자유롭게 결성하고 법인이 될 수 있다.[61] 한편, 비영리사단법은 가톨릭 수도회에 대해서는 그 결성을 허가제로 하고,[62] 또한 운영에 관하여 국가의 광범위한 감독 권한을 인정하는 등 특별한 규제를 정하고 있다.[63] 이는 동법이 제정 당시의 반교권

58) 1905년 정교분리법 제18조: 종교의 비용, 유지 및 공적인 종교활동을 제공하기 위해서 결성된 비영리사단은 1901년 7월 1일법률 제1장 제5조 이하에 따라 설립하여야 한다. 또한 이 사단은 본법의 규정에 따른다. Les associations formées pour subvenir aux frais, à l'entretien et à l'exercice public d'un culte devront être constituées conformément aux articles 5 et suivants du titre Ier de la loi du 1er juillet 1901. Elles seront, en outre, soumises aux prescriptions de la présente loi.

59) 1901년 비영리사단법 제2조 : 비영리사단은 사전적인 허가나 신고 없이 자유로이 결성할 수 있다. 다만, 비영리사단은 제5조의 규정에 부합하는 경우에만 법적 능력을 향유할 수 있다. Les associations de personnes pourront se former librement sans autorisation ni déclaration préalable, mais elles ne jouiront de la capacité juridique que si elles se sont conformées aux dispositions de l'article 5.

60) 1901년 비영리사단법 제5조, 제6조. 관련 사항에 대한 설명으로 박수곤 앞의 논문(각주4)의 논문84면을 참조.

61) 후술 2.(1) 참조.

62) 1901년 비영리사단법 제13조 1항 1문 : 모든 수도회는 국사원의 구속력 있는 의견에 기한 데크레에 의하여 법률상의 승인을 얻을 수 있다. Toute congrégation religieuse peut obtenir la reconnaissance légale par décret rendu sur avis conforme du Conseil d'Etat.

63) 1901년 비영리사단법 제15조 1항: 모든 수도회는 수입과 지출의 명세서를 보관하여야 한다. 수도회는 매년 전년도의 결산보고서와 동산 및 부동산에 관한 재산목록을 작성하여야 한다. Toute congrégation religieuse tient un état de ses recettes et dépenses ; elle dresse chaque année le compte financier de l'année écoulée et l'état inventorié de ses biens meubles et immeubles. 제2항: 수도회는 구성원의 성명, 수도회 내부에서의 호칭, 국적, 연령, 출생지 및 가입일을 기재한 완전한 구성원 명부를 본부에 비치하여야 한다. La liste complète de ses membres, mentionnant leur nom de famille, ainsi que le nom sous lequel ils sont désignés dans la congrégation, leur nationalité, âge et lieu de naissance, la date de leur entrée, doit

주의 혹은 반카톨릭 사상에 근거하고 있기 때문인데, 이러한 측면을 강조하는 논자에 따르면 동법은 '반수도회법' 또는 '수도회규제법'으로 자리매김할 수 있다.[64]

나. 1905년 정교분리법: 종교사단(교구사단)

1905년 정교분리법은 1901년 비영리사단법에서 규정하는 일반적인 비영리사단을 전제로 하여 특히 종교활동을 목적으로 하는 종교사단(association cultuelle)에 대해 규정한 것이다. 즉 1905년 정교분리법은 종교사단의 설립 및 법인격 취득에 대하여 1901년 비영리사단법의 규정에 따른다고 규정하는데,[65] 그 목적이나 법률상의 능력에 대해서는 일반 비영리사단과는 다르게 취급하도록 규정하고 있다.[66] 이미 소개한 바와 같이 가톨릭교회에 관해서는 성직위계제를 배려한 형태인 교구사단(association diocésaine)이 설립되는데[67] 이는 기본적으로 종교사단과 같다.

다. 알자스·로렌의 특례제도

이상은 프랑스의 종교단체에 관한 일반제도인데, 알자스·로렌 지방에는 특례제도가 통용되고 있다. 이 지방에서는 역사적 사정으로 인해 현재도 가톨릭, 개신교 2개 파, 유대교에 관한 공인종교 체제가 존속하고 있다.

---

se trouver au siège de la congrégation. 제3항: 수도회는 지사의 요구에 따라 지사 및 그 대리인에 대하여 전항의 회계명세서, 재산목록 및 명부를 그 자리에서 제시하여야 한다. Celle-ci est tenue de représenter sans déplacement, sur toute réquisition du préfet à lui même ou à son délégué, les comptes, états et listes ci-dessus indiqués. 제4항: 본조에서 정하는 경우에 있어서, 지사의 요구에 대하여 허위 사항을 제출하거나 또는 요구에 따르는 것을 거부한 수도회의 대표자 또는 지도자는 제8조 2항에 규정하는 형에 처한다. Seront punis des peines portées au paragraphe 2 de l'article 8 les représentants ou directeurs d'une congrégation qui auront fait des communications mensongères ou refusé d'obtempérer aux réquisitions du préfet dans les cas prévus par le présent article.

64) 후술 2.(2) 참조

65) 1905년 정교분리법 제18조: 종교의 경비, 유지 및 공적 종교활동비를 조달하기 위하여 결성된 비영리사단은 1901년 7월 1일법 제1장 제5조 이하에 따라 구성되어야 한다. 또한 이러한 사단은 본법의 규정에 따라야 한다. Les associations formées pour subvenir aux fr ais, à l'entretien et à l'exercice public d'un culte devront être constituées conformément au x articles 5 et suivants du titre Ier de la loi du 1er juillet 1901. Elles seront, en outre, s oumises aux prescriptions de la présente loi.

66) 후술 2.(3) 참조

67) 전술 Ⅱ.3.(2) 가. 참조

이미 소개한 바와 같이[68] 이 지방에서는 1901년 비영리사단법 및 1905년 정교분리법은 적용되지 않고, 독일민법을 기본으로 하는 특례제도가 적용된다.[69] 이와 같이 현재 프랑스의 종교단체 제도는 일반제도와 특례제도가 존재하는데, 이하에서는 일반제도를 중심으로 살펴본다.

2. 종교단체에 관한 법제

일반제도에 따르면 종교활동을 하는 단체로는 1901년 비영리사단법에 의거한 일반 비영리사단(1)과 수도회(2) 및 1905년 정교분리법에 의거한 종교사단(3)의 세 유형이 있다. 관련법의 규정을 중심으로 정리하면 다음과 같다.

(1) 비영리사단법인(association déclarée)

가. 총설

일반 비영리사단에 대해서는 1901년 비영리사단법 제1장(제1조-제9조)과 비영리사단법 시행령 제1장 제1절(제1조-제7조)이 규율한다. 일반 비영리사단은 수도회나 종교사단에 비해 설립이 용이하고 운영상의 규제나 국가의 감독도 느슨하다. 이러한 이유로 국가의 개입을 피하기 위해서 이른바 소수종교(섹트=secte) 단체[70]의 상당수는 이 형태를 선택하고 있다. 또한 이슬람교 단체는 후술하는 종교사단의 설립요건(특히 목적요건)을 충족하지 않기 때문에 일반 비영리사단 형태로 활동하고 있다.

나. 설립

1901년 비영리사단법에 따르면 “이익을 분배하는 것 이외의 목적”의 단체, 즉 비영리 목적의 단체는 2인 이상의 합의에 의하여 자유롭게 결성할 수 있다.[71][72] 이는 ‘결사의 자유’ 원칙을 선언한 것으로 이해되고

68) 전술 Ⅱ.3.(2) 나.

69) 독일민법 이외에 구 독일결사법이 적용되었으나, 최근 법 개정에 의해 구 독일결사법이 폐지되었기 때문에(문화지원, 비영리 사단 및 재단에 관한 2003년 8월 1일 법) 이 지방의 비영리사단 법제는 지방민법전으로 일원화되었다. 이 때 1901년 비영리사단법의 규정이 일부 도입되었지만 특례제도의 기본적인 부분은 여전히 변경되지 않았다.

70) 섹트(secte)에 대해서는 전술 Ⅱ.1. 참조.

71) 1901년 비영리사단법 제1조 : 비영리사단은, 두 사람 또는 여러 명의 사람이 이익을 분배

있다. 1901년 비영리사단법에 따르면 설립자는 단체본부가 있는 도의 도청(préfecture du département)에 설립신고를 하여(déclarée) 공시됨으로써 법인격을 취득할 수 있다.[73] 또한 파리에 본부를 둔 단체에 대해서는 경찰청에 신고를 한다.[74] 신고에는 ①단체의 명칭과 목적, ②단체의 소재지, ③관리를 책임지는 자의 성명, 직업, 주소 및 국적을 기재하고 이에 규약 1부를 첨부해야 한다.[75] 신고 수령증은 5일 이내에 교부되어야 하나 이때 행정청은 형식 미비를 이유로 하는 것 이외에 이 수령증의 교부를 거부할 수 없다.[76] 수령증의 내용은 신고로부터 1개월 이내에 관보에 등재됨으로써 공시된다.[77] 물론 이러한 신고를 하지 않을 수도 있지만, 그 경우는 법인격이 없는 사실상의 단체로 취급된다.[78] 또한 개개의 비영리사단을 포괄하는 연합체를 설립할 수도 있다.[79]

다. 법률상의 능력

위와 같이 설립신고한 비영리사단은 다음과 같은 법률적 능력을 취득한다.[80] 즉 ①소송 당사자능력, ②국가 및 지방자치단체 등으로부터 보조금 수급, ③회비 징수권, ④단체 운영을 위한 시설 및 목적 수행을 위

하는 것 이외의 목적으로, 영속적으로 지식 또는 활동을 공유하려고 하는 합의이다. 비영리사단은, 그 효력에 대하여, 계약 및 채권채무에 적용되는 법의 일반원칙에 의하여 규율된다. L'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun, d'une façon permanente, leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices. Elle est régie, quant à sa validité, par les principes généraux du droit applicables aux contrats et obligations. - 제2조 : 비영리사단은 사전적인 허가나 신고 없이 자유로이 결성할 수 있다. 다만, 비영리사단은 제5조의 규정에 부합하는 경우에만 법적 능력을 향유할 수 있다. Les associations de personnes pourront se former librement sans autorisation ni déclaration préalable, mais elles ne jouiront de la capacité juridique que si elles se sont conformées aux dispositions de l'article 5.

72) 1901년 비영리사단법 상의 일반 비영리사단법인과 공익사단법인에 대한 설명으로 박수곤 앞의 논문(각주4)의 논문 77면 이하.

73) 1901년 비영리사단법 제5조

74) 1901년 비영리사단법 시행령 제4조

75) 1901년 비영리사단법 제5조 2항

76) 국사원 1930년 10월 24일 판결

77) 1901년 비영리사단법 제5조 4항, 시행령 제1조 2항

78) 프랑스법상의 비법인단체에 관한 소개 논문으로, 박수곤, “프랑스법상 권리능력 없는 단체에 대한 규율”, 전북대 법학연구 39집, 2013, 39면

79) 1901년 비영리사단법 시행령 제7조

80) 1901년 비영리사단법 제6조

해 반드시 필요한 부동산 유상 취득, ⑤현실증여 수령, ⑥ “순전히 구제, 자선, 과학·의학연구”를 목적으로 하는 경우, 무상양여(생전증여 또는 유증) 수령이다. 여기서 주의해야 할 것은 ⑤ 및 ⑥의 경우를 제외하고 비영리사단법인의 수증능력이 제한되어 있다는 점이다. 신고 사단법인에 대해 인정되는 이 한정된 법률상의 능력은 일반적으로 ‘작은 법인격’(petite capacité juridique)이라고 불린다. 그리고 더 큰 능력을 취득하려면 행정허가를 받아 공익인정사단이 되어야 한다(이른바 ‘큰 법인격’(grande capacité juridique)). 구체적인 수증절차에 대해서는 종교사단에서 후술한다. 덧붙여, 종교 활동을 목적으로 하는 경우에는, 일반 비영리사단법인이라도 공적 기부금을 수령할 수 없다.[81]

라. 운영

1901년 비영리사단은 관리에 관한 변경 및 규약 개정이 있으면 3개월 이내에 그 사실을 신고해야 한다.[82] 또한 이들의 변경·개정은 비영리사단법인의 본부에 보관하는 기록부에 기입해야 한다.[83] 그리고 누구든지 신고가 이루어진 행정청에서 규약 및 신고를 열람할 권리를 가지며,[84] 또한 상기의 변경은 신고한 날부터 제3자에게 대항할 수 있다.[85] 한편, 재정 측면에서는 일정액 이상의 수익활동을 하는 단체 및 일정액 이상의 공적 지원을 받는 단체는 매년 회계장부의 비치와 회계감사가 의무화된다.

마. 해산

비영리사단의 해산에는 자율적 해산과 강제적 해산의 두 가지가 있다. 우선 자주적 해산에 대해서는 규약에 따른 해산과 총회 결의에 따른 임의해산의 두 가지가 있다.[86] 이런 해산에는 법률상 신고가 요구되지 않지만 단체는 자주적으로 도청(préfecture)에 신고를 하고 관보에 게재를 요구할 수 있다. 강제적 해산은 다시 사법해산과 행정해산의 두 가지로 나뉜다. 사법해산은 비영리사단이 위법한 목적, 법률 및 공서양속에 반하

81) 국사원 1992년 10월 9일 판결
82) 1901년 비영리사단법 제6조 5항
83) 1901년 비영리사단법 제6조 7항, 시행령 제6조
84) 1901년 비영리사단법 시행령 제2조
85) 1901년 비영리사단법 제6조.
86) 1901년 비영리사단법 제9조.

는 목적, 국토보전 및 공화정체에 대한 공격을 목적으로 하는 단체로서 무효라고 판단되는 경우[87] 및 규약변경 신고를 게을리 한 경우[88]에 관계자 또는 검사의 청구에 근거하여 지방법원(tribunal judiciaire)[89]가 선고하는 것이다.[90] 사법해산 판결이 선고되었음에도 불구하고, 해당 단체를 유지 또는 재결성하는 것과 해산한 단체의 구성원의 집회에 시설을 사용하게 하는 것은 처벌의 대상이 된다.[91] 한편, 행정해산은 비영리사단법이 아닌 특별법인 전투단체 등 금지법[92]에 따라 국무회의 의결을 거친 대통령령에 의해 이루어진다.[93] 행정해산 이외의 해산의 경우 비영리사단의 재산은 규약이 정한 바에 따라 귀속하며 규약의 정함이 없는 때에는 총회의 결정에 따라 귀속하도록 한다.[94] 이 때 출자의 반환을 제외하고는 잔여재산을 구성원에게 분배할 수 없다.[95]

(2) 수도회(congrégation religieuse)

가. 총설

수도회에 대해서는 1901년 비영리사단법 제3장(제13조-제18조)과 동법 시행령 제2장(제16조-제26조)이 규율한다. 1905년 정교분리법에서도 수도회는 비영리사단법의 규율에 따른다고 규정하고 있다.[96] 이와 같이 수도회는 기본적으로 일반 비영리사단을 규율하는 1901년 비영리사단법

87) 1901년 비영리사단법 제3조.
88) 1901년 비영리사단법 제5조.
89) 2019년에 이루어진 법원조직법 개정에 따라, 원래 사용되었던 '대심법원(tribunal de grande instance)'이라는 명칭이 'tribunal judiciaire'로 변경되어 2020년 1월부터 시행되었다. Conformément à l'article 36 de l'ordonnance n° 2019-964 du 18 septembre 2019, ces dispositions entrent en vigueur au 1er janvier 2020.
90) 1901년 비영리사단법 제7조.
91) 1901년 비영리사단법 제8조 2항, 3항.
92) 전투단체 및 민병에 관한 1936년 1월 10일법. Loi du 10 janvier 1936 sur les groupes de combat et milices privées.
93) 구체적인 해산 사유로는 도로에서 무장 시위 행위를 일으키는 것(제1조 1항 1호), 국토보전·공화정체에 공격을 가하는 것(3호), 인종차별을 조장하는 것(6호), 테러를 일으키는 것(7호) 등이 열거되고 있다. 또한, 해산 명령의 취소를 요구하는 소가 제기된 때, 국사원은 긴급하게 재정하여야 한다(동조 2항).
94) 1901년 비영리사단법 제9조
95) 1901년 비영리사단법 시행령 제15조
96) 1905년 정교분리법 제38조

에 규정되어 있으나 양자의 취급은 크게 다르다. 수도회는 1901년 비영리사단법 및 1905년 정교분리법에 정의되어 있지 않지만 판례와 학설에 따라 ①구성원이 수도서원(vota religiosa)에 복종하고, ②공동생활을 영위하며, ③교회가 인가한 규칙에 복종이 인정되는 단체로 되어 있다.[97] 수도회는 2005년 기준 620여개 단체가 존재하며, 1988년 이후에는 가톨릭 수도회뿐만 아니라 다른 종교 수도회도 승인되었다.[98]

나. 설립

수도회가 법인격을 취득하기 위해서는 국사원의 회의를 거친 데크레에 근거하여 허가를 얻어야 한다.[99] 신청서는 내무부장관에게 제출되며 신청서에는 모든 설립자가 서명하여야 한다.[100] 그리고 신청서에는 ①규약 2부, ②수도회의 설립·유지를 위한 자금에 대한 명세서, ③수도회에 속하는 자의 성명, 연령, 출생지, 국적을 기재한 명부,[101] ④교구의 주교가 해당 수도회 및 수도회 구성원을 자신의 재치권(관할, juridiction) 아래 둘 것을 확약하는 취지의 선고서를 첨부할 필요가 있다.[102] 내무부 장관은 수도회 본부가 있는 지자체의 의견 및 지사의 보고서를 요구하여 국사원에 송부한다.[103] 이 중 ④수도회 및 그 구성원의 교구 주교 복종 요건은 원래 가톨릭을 염두에 둔 것이다. 비가톨릭에 대해서는 주교에 해당하는 자에 대한 복종으로 충분하다.

다. 법률상의 능력

수도회는 위와 같은 허가를 받음으로써 법인격을 취득하고 모든 민사상 행위를 할 수 있다. 또한 수도회에는 증여·유증의 수령 및 관련된 부동산의 취득능력이 인정된다. 허가를 받지 아니한 수도회 또는 허가를 박탈당한 수도회는 일반 비영리사단에 관한 규정에 따른 법인격을 취득

97) 1989년 11월 14일 국사원 내무부 의견(Conseil d'État, section de l'Intérieur, n° 346.040, avis du 14 novembre 1989)

98) 예를 들어 불교에는 7개 단체, 동방정교회에는 4개 단체, 개신교에는 2개 단체, 그리고 힌두교에는 1개 단체의 수도회가 각각 허가되었다. 이러한 정보는 Claude-Albert Colliard et Roseline Letteron, *Libertés publiques*, 8e éd., Dalloz, 2005, p.431 참조.

99) 1901년 비영리사단법 제13조 1항

100) 1901년 비영리사단법 시행령 제17조

101) 1901년 비영리사단법 시행령 제18조

102) 1901년 비영리사단법 시행령 제20조

103) 1901년 비영리사단법 시행령 제21조

할 수 없는 것으로 본다. 따라서 그것들은 법인격 없는 사단에 머무른다.

라. 운영

수도회는 일반 비영리사단에 관한 비영리사단법의 규제를 받는 것 외에 회계 및 재무에 관하여 특히 엄격한 규제를 받는다. 즉 수도회는 수입·지출에 관한 명세서를 보관하고 매년 전년도의 수지보고서, 동산·부동산에 관한 재산목록을 작성하여 구성원의 성명, 수도회 내부에서의 호칭, 국적, 연령, 출생지, 가입일을 기재한 명부를 본부에 비치해 두어야 한다.[104] 이들은 지사 또는 그 대리인의 요구가 있을 경우 그 자리에서 제시해야 하며,[105] 이를 거부하거나 허위 보고를 했을 경우 수도회의 대표자는 처벌된다.[106] 수도회가 새로이 시설을 설치하려면 국사원의 허가가 필요하다.[107]

마. 해산

수도회의 해산 및 시설의 폐지는 국사원의 회의를 거친 데크레를 통해서만 이루어진다.[108] 이는 사법해산을 원칙으로 하는 일반 비영리사단과 대조적이다. 잔여재산의 귀속 방법은 규약으로 정한다. 하지만 수도회의 해산은 통상 다른 수도회와의 합병을 의미한다는 점에서 잔여재산은 활동 종료에 앞서 합병하는 수도회로 이전되는 경우가 많다.

(3) 종교사단(association cultuelle)

가. 총설

1901년 비영리사단법에 의거한 일반 비영리사단법인도 종교 활동을 할 수 있지만, 1905년 정교분리법은 특히 종교활동을 하는 종교사단[109]을 대상으로 다양한 특전과 규제를 규정하고 있다. 종교사단에 대해서는 1905년 정교분리법과 동법 시행령이 규율한다.

나. 설립

---

104) 1901년 비영리사단법 15조 1항·2항
105) 1901년 비영리사단법 15조 3항
106) 1901년 비영리사단법 15조 4항
107) 1901년 비영리사단법 제13조 2항, 동법 시행령 제22조 이하
108) 1901년 비영리사단법 제13조 3항
109) 번역어에 관해서는 각주12) 참조. 1905년 정교분리법 제정 직후의 논란에 대해서는 전술 Ⅱ.3.(1) 참조.

종교예배의 비용, 유지 및 공적 활동을 제공하기 위하여 결성된 사단은 1901년 비영리사단법의 일반 비영리사단에 관한 규정에 따라 설립된다.[110] 따라서 종교사단의 설립 절차는 기본적으로 앞서 살펴본 일반 비영리사단과 동일하다. 다만 종교사단의 설립에는 일반 비영리사단과 달리 다음 두 가지의 중요한 제한이 있다. 첫째로, 설립 시의 최저 인원이 법정되어 있다. 즉 종교사단은 본부 소재 지자체의 인구에 따라 1,000명 미만에서는 7명 이상, 20,000명 미만에서는 15명 이상, 20,000명 이상에서는 25명 이상의 성년자로 구성되어야 한다.[111] 이러한 관계로 설립 신고에는 종교사단 활동구역 및 그 구역 내에 주민등록을 갖거나 거주하고 있는 성년자 인원수 일람표를 첨부하여야 한다.[112] 둘째로, 종교사단은 오로지 종교활동을 목적으로 해야 한다.[113] 이러한 목적한정 규정은 판례에서도 엄격하게 해석되고 있으며 종교사단은 종교활동 이외의 공익활동이나 선전활동을 하는 것은 일체 인정되지 않는다. 따라서 자선활동이나 교육활동을 하기 위해 각 종교는 종교사단과는 별도로 1901년 비영리사단법에 의거한 일반 비영리사단을 설립하는 경우가 많다. 일반 비영리사단법인의 경우와 마찬가지로 종교사단은 중앙의 관리 또는 지시를 받는 연합체를 설립할 수 있다.[114]

다. 법률상의 능력

종교사단의 법적 능력은 일반 비영리사단의 경우와 다르다. 종교사단은 1901년 비영리사단법 제6조에서 정하는 회비는 물론, 종교활동의 비용을 위한 헌금 및 기부금을 수령할 수 있으며 또한 종교상의 의식 및 서비스에 대한 보수를 받을 수 있다.[115] 이렇게 종교사단의 수입은 기본

110) 1905년 정교분리법 제18조: 종교예배의 비용, 유지 및 공적 활동을 제공하기 위해 결성된 비영리사단은 1901년 7월 1일법률 제1장 제5조 이하의 규정에 따라 설립되어야 한다. 또한 이 사단은 본법의 규정에 따른다. Article 18: Les associations formées pour subvenir aux frais, à l'entretien et à l'exercice public d'un culte devront être constituées conformément aux articles 5 et suivants du titre Ier de la loi du 1er juillet 1901. Elles seront, en outre, soumises aux prescriptions de la présente loi.

111) 1905년 정교분리법 제19조 2항

112) 1905년 정교분리법 시행령 31조 2항·3항

113) 1905년 정교분리법 제19조 1항

114) 1905년 정교분리법 제20조

115) 1905년 정교분리법 제19조 4항

적으로 정교분리법 제19조 4항이 정하는 사항으로 한정되어 있었으나,[116] 2005년의 법개정[117]에 따라 증여 및 유증을 용이하게 수령할 수 있게 되었다.[118] 이 개정 전까지 종교사단이 증여·유증을 수령하기 위해서는 행정기관의 사전 인가가 필요했으나,[119] 무상양여의 신고를 간략하게 하는 2005년 법 개정에 따라 종교사단은 행정기관에 사전신고만 하면 원칙적으로 증여 및 유증을 자유롭게 수령할 수 있게 되었다.[120] 다만, 행정기관은 해당 증여 등이 규약의 목적에 따라 사용되지 않는다고 판단될 때 국사원이 정하는 요건에 따라 이의를 제기할 수 있다. 그리고 이 이의가 인정되면 증여 등의 취득은 효력을 잃는 것으로 되어 있다.[121] 또한 이 수증절차는 수증능력을 인정받은 일반 비영리사단 및 수도회에도 적용된다. 한편 종교사단은 라이시테 원칙에 따른 제한으로, 형태 여하를 막론하고 국가나 지방자치단체로부터 보조금을 일체 받을 수 없다.[122] 다만 예배용 건물의 수선을 위해 지급되는 것은 보조금으로 간주되지 않는다.[123]

라. 운영

종교사단은 일반 비영리사단에 관한 규제를 받는 것 외에 정교분리법상의 특별한 규제를 받는다. 우선 종교사단은 규약 규정과 관계없이 이사 또는 관리인이 실시한 재무관리 및 재산관리 행위의 승인을 위해 매년 적어도 1회 사원총회를 개최해야 한다.[124] 또한 종교사단은 수지계산서를 비치하고 매년도 회계장부 및 재산목록을 작성해야 할 의무가 있다.[125] 재산목록에는 종교사단이 취득한 모든 동산 및 부동산이 물건별로 기재되어야 한다.[126] 종교사단은 이들의 회계장부 재산목록을 5년간

116) 1905년 정교분리법 시행령 제33조
117) 이러한 개정 내용에 관한 소개로, 權澈「非営利法人への恵代に関する事前許可制の廃止」日仏法学24号（有斐閣、2007), 128면 이하.
118) 1905년 정교분리법 제19조 5항.
119) 수증인가제. 1905년 정교분리법 구 제19조 5항
120) 수증신고제. 민법 제910조 2항
121) 민법 제910조 2항 2문, 3문
122) 1905년 정교분리법 제2조 1항
123) 1905년 정교분리법 제19조 7항
124) 1905년 정교분리법 제19조 3항, 동법 시행령 제42조
125) 1905년 정교분리법 제21조
126) 1905년 정교분리법 시행령 제43조

보관하여야 한다.[127] 또한 종교사단은 등록행정기관에 의한 회계감사 및 재무감찰관에 의한 감사에 따르고,[128] 보유하는 재산(현금, 예금, 유가증권)에 관한 서류 및 과거 5년의 재무에 관한 서류를 제시해야 한다.[129] 종교사단은 수입의 용도가 한정되어 있으며 오직 종교활동을 위해 사용하여야 한다.[130] 또한 잉여금은 같은 목적으로 설립된 다른 종교사단에만 납입할 수 있다.[131]

마. 해 산

종교사단에는 일반 비영리사단과 같은 해산이 인정되는 것 외에 정교분리법 제18조부터 제22조에 위반되는 경우(종교활동 이외의 활동, 회계장부·재산목록 미비 등)에 법원에 의한 해산선고 인정되고 있다.[132] 잔여재산의 귀속 방법은 일반 비영리사단의 경우와 같다. 물론 이들을 구성원에게 분배할 수 없다.[133]

(4) 1905년 정교분리법 개정 문제

2006년 6월에 사르코지 내무장관에게 제출된 마슈론 위원회의 보고서("종교와 공권력과의 관계")[134]는 1905년 정교분리법 이후 백주년을 계기로 하여 법적 측면에서 프랑스 종교제도의 현황과 과제를 검토했을 뿐만 아니라 심도 있는 구체적인 개정안을 제시하고 있다. 구체적으로는 종교사단에 대한 규제완화에 관한 것,[135] 일반 비영리사단과 종교사단과의 관계에 관한 것이 포함되어 있는데 상세 내용은 생략한다.[136]

---

127) 1905년 정교분리법 시행령 제44조
128) 1905년 정교분리법 제21조 2항, 동법 시행령 제37조
129) 1905년 정교분리법 시행령 제45조
130) 1905년 정교분리법 시행령 제33조
131) 1905년 정교분리법 제19조 6항.
132) 1905년 정교분리법 제23조
133) 1905년 정교분리법 시행령 제47조
134) Jean-Pierre Machelon, *Les relations des cultes avec les pouvoirs publics, La documentation française*, 2006. 앞의 각주54) 참조.
135) 구체적으로는 준비금 상한 철폐 또는 증액, 연합체 설립의 간소화, 자금조달의 용이화 및 부동산 취득요건의 완화 등이 제시되고 있다. 그리고 제19조의 목적 요건 완화도 제안하고 있다.
136) 각주55)에서 밝힌 바와 같이, 본고 최종교정 마감 직전에 1905년 정교분리법 제19조 이하의 규정을 개정하는 최신 법률이 통과된 것을 인지하였다. 2021년 8월 24일 법률에 따른 것인데, 이 법률의 내용을 검토하여 본고에 반영하는 것은 물리적으로 불가능하였

Ⅳ. 관련문제 : 조세·보조금 및 교육·사회활동

1. 종교단체에 대한 조세 및 보조금 제도

(1) 개관

이미 살펴본바와 같이 프랑스에서 종교단체는 일반적으로 비영리사단법인으로 법적 지위를 가지고 법률관계도 비영리사단 법제의 범주에서 규율되고 있다. 따라서 프랑스에서 종교단체에 대한 다양한 조세 우대조치가 있지만 이것은 종교단체인 것을 근거로 하는 것이 아니고 일반적인 비영리사단에 인정되는 우대조치의 일환으로 인정되는 것이다. 한편 종교단체의 운영에 있어서, 세제와 함께 중요한 의미가 있는 것은 국가나 지방자치단체가 지급하는 보조금이다.

(2) 조세 우대조치의 근거

종교단체에 대한 조세 우대조치는 두 가지 관점이 필요하다. 첫째로, 단체의 '비영리성'이 우대조치의 근거가 되는 경우가 있다. 이것은 단체가 사업 및 증여에서 얻은 재산적 이익을 분배하지 않는 것이다. 구체적으로는 상업활에 관한 세제(법인세 등)은 '영리성'을 기준으로 하는 과세이고, 따라서 '비영리'를 목적으로 하는 단체(1901년법에 근거한 비영리사단법인, 노동조합 등)은 원칙적으로 비과세로 된다. 종교단체는 영리활동을 목적으로 하는 것이 아니기 때문에 기본적으로 이러한 우대조치를 받을 수 있다. 둘째로, '비영리성'을 전제로 하면서도 더 나아가 단체 활동의 '일반이익성' 또는 '공익성'에 착안한 우대조치이다. 공익활동은 원래 국가의 임무에 속하는 것이므로 이를 대신 행하는 사적 단체에 대하여 국가가 그 비용을 부담해야 한다고 설명되는 것이다. 다만 라이시테(비종교화)원칙에 의하면 종교단체는 순수한 사적단체로 취급되기 때문에 '일반이익' 내지는 '공익을 담당하는 것 자체가 문제가 될 수 있다. 그러나 프랑스의 과세제도에서 자선단체 등 공익단체에 대하여 인정되는 우대조치가 많은 경우 종교단체에도 인정되고 있는 것이 사실이다. 따라서 종교단체에 대한 세제상의 우대조치를 고려하는 때에는 '비영리성' 기준과 함께 '공익성' 기준도 놓칠 수 없는 관점이다.

다는 점을 부기해 둔다.

(3) 종교단체에 관한 보조금 제도

1905년 정교분리법 제2조는 "공화국은 어떠한 종교도 공인하지 아니하고 봉급을 지급하지 아니하고 보조금을 주지 아니한다"(제1항)라고 규정하여, 종교단체에 공적 보조금을 주고 있던 이전 제도를 개정하여 종교단체에 대한 보조금 지출을 원칙적으로 금지한다. 그리고 동법 제19조 7항에 의하면 신도회는 "형태 여하를 묻지 않고 국가, 도, 시읍면으로부터 보조금을 수령할 수 없다"고 규정한다. 그러나 이러한 보조금 금지 원칙은 이미 정교분리법 자체에서 예외가 인정되고 있는 것을 감안하면(제2조 2항, 제19조 7항 단서), 제정 당시부터 관철된 것은 아니었다. 또한 그 후에 이러한 원칙은 완화되는 방향으로 운용되고 있다. 종교단체에 관한 보조금 문제는 상세한 규정이 마련되어 있는데, 그 중에서 성직자에 대한 것, 예배용 건물에 관한 것, 사립학교에 관한 것이 중요하다.[137]

2. 종교단체의 교육·사회활동

(1) 종교단체의 사회활동

종교단체가 신문, 잡지, 방송 등 각종 매체를 통해 다양한 종교적 활동을 하는 것은 프랑스도 여느 국가와 마찬가지이다. 다만 신도회로 대표되는 종교단체가 종교활동 이외의 사회적 활동(예를 들면, 자선사업, 서적판매등 영업활동, 교육사업, 정치적활동)을 하는 경우, 법제상의 원칙을 확인해보기로 한다. 이러한 문제에 대하여 가장 주의할 점은 현행법인 1905년 정교분리법 하에서는 종교단체는 그러한 사회적 활동을 할 수 없다는 것이다. 즉 정교분리법에 의하면, 신도회가 교회재산의 귀속처이고 예배용건물의 무상사용권을 가지는데, 이러한 신도회는 "종교예배의 비용, 유지 및 공적 활동을 제공하기 위하여" 설립되어 "전적으로 종교활동"을 목적으로 하는 것(제18조, 제19조 1항)이어야 하고 이러한 요건은 실무적으로도 엄격하게 해석되고 있다.

이에 종교단체가 종교활동 이외의 사회적 활동을 하려면, 1901년 비

137) 알자스·로렌 지방에서의 예외적 규율도 포함하여 프랑스 법제를 이해하는데 필요한 부분이지만 본고에서는 구체적인 내용 소개는 생략한다.

영리사단법에 규율하는 비영리단체의 형태를 취하지 않을 수 없다. 이러한 문제는 특히 종교활동과 문화활동을 엄격하게 구별하지 않는 이슬람교의 경우에 심각한 문제를 발생시켰다. 프랑스사회에서 종교공동체를 형성하면서 정교분리법상의 신도회로 운영되는 모스크의 수는 10퍼센트 이하라고 한다. 이러한 문제를 배경으로 하여 신도회의 활동요건을 완화하기 위한 다양한 제안이 이루어지고 있다. 최근에는 이러한 상황을 반영하여 법개정도 이루어지고 있는 것으로 보인다. 관련문제는 위에서 언급하였다.

(2) 시설사제 제도

종교단체의 사회적 활동에서 이른바 시설사제 제도를 언급할 필요가 있다. 라이시테로 불리는 프랑스 정교분리 제도는 단지 정교분리만을 강조하는 것이 아니라 가능한 범위에서 개인의 종교의 자유를 확보하여 조화를 꾀하고 있다. 이러한 의미에서 정교분리법의 총직규정이 "시설사제의 업무에 관하여 그리고 고등학교, 중학교, 초등학교, 구원시설, 양로시설 및 교도소 등의 공공시설법인에서 자유로운 종교활동을 보장하기 위하여 제공되는 지출은 예산으로 계상할 수 있다"(동법 제2조 단서)라고 규정하여 이른바 시설사제(aumônier) 제도를 인정하고 있다. 시설사제 제도는 공교육시설, 공립병원, 형무소, 군대 등 이른바 닫힌 시설에서 생활하는 사람들의 자유로운 예배와 종교활동을 확보하기 위해서 성직자가 서비스를 제공하는 시스템을 가리키는데 그 역사가 오래되었고 라이시테의 구성요소로 이해되고 있다.

(3) 종교단체의 교육활동

이미 서술한바와 같이, 공교육의 라이시테를 위한 정책프로그램은 제3공화제 하의 공화주의 입법에 의해서 전개되어왔다. 이것은 초등교육과 중등교육의 종교적 중립성에 대한 공권력과 국민의 높은 관심을 잘 보여주는데, '종교 스카프 금지법'[138]이 "공립 초등학교, 중학교 및 고등학교에서는 학생이 종교상의 소속을 과시하는 표장 또는 복장을 착용하는 것을 금지한다"[139]고 규정하는 것도 이러한 맥락에서 이해할 수 있다. 이

138) Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics.

와 같이 라이시테 원칙이 작동되는 공교육의 경우와 달리, 사립학교가 종교교육을 임의로 하는 것은 가능하다.[140] 사립학교의 대부분을 가톨릭 교회가 운영하는 학교인 것을 감안하면, 사립학교에 대한 공적 보조금 지급은 가톨릭교회에 대한 보조금과 같은 효과가 있는 것이어서 논쟁의 대상이 된다.[141] 다른 한편, 제3공화제 이후의 교육관계법규가 공립학교에서 모든 종교교육을 배제하고 있는 것은 아니다. 교육법전에 편입된 제141-2조 이하의 규정에서도 알 수 있듯이, 정교분리 원칙 하에서도 예배나 종교교육의 자유에 대한 배려가 나타나있다. 이러한 점이 반영되어 있는 제도가 위에서 언급한 시설사제 제도와 공립학교 사제 제도이다.

Ⅴ. 맺음말에 갈음하여

1. 이상으로 프랑스의 종교단체 법제에 관하여 살펴보았다. 프랑스법을 비교법의 대상으로 하는 이유는 무엇인가. 머리말에서 언급한바와 같이, 프랑스의 비영리단체 법제에서 중요한 부분을 차지하고 있는 종교단체 법제에 관한 소개가 이제까지 제대로 이루어지지 않았다는 점에서 연구의 부족을 보충하는 의미가 있을 것이다. 헌법적인 관점에서 본 정교분리에 관한 연구도 프랑스에 관한 연구는 비교적 최근에 등장하였는데, 본고는 프랑스 법제의 상황을 가능한 한 배경사정을 포함하여 객관적으로 소개하는 것에 중점을 두었다. 프랑스의 단체·법인법에 관해서는 후속 연구가 필요한 것은 물론이고 이를 통해 다양한 측면에서 비교법적 시사를 얻을 수 있을 것이다. 다만 이미 본고는 원고의 분량을 넘었기 때문에 후속작업을 포함한 우리법과의 본격적인 비교는 별고를 기약할 수밖에 없다. 이하에서는 맺음말에 갈음하여 현 단계에서 필자

139) 같은 법 제1조. 교육법전(Code de l'éducation) 제141-5-1조 참조
140) 교육법전 제141-3조 2항 참조
141) 이러한 문제에 대해서는, 1959년 두블레법이 규정한 국가와 사립학교의 계약관계('협동관계'와 '통상계약'으로 구분됨)로 해결책이 마련되었다. 교육법전 제442-1조, 제442-5조 등 참조.

가 가지는 인식을 밝혀두기로 한다.

2. 프랑스 법제에 관한 고찰은 우리법의 상황을 제대로 파악하고 객관화, 상대화하는 흥미로운 소재를 제공한다. 1901년 비영리사단법 제정에 의해서 결사의 자유가 법제화됨으로써, 대혁명 이후의 단체 금압사상이 극복된 경위는 결사·단체·법인의 본질을 생각하는 작업에서 실마리가 될 수 있다. 이 법에서 우리가 주목할 만한 포인트는, 우선 단체에 법인격을 인정함으로써 결사의 자유가 법제화되었다는 점, 그리고 비영리사단의 법적구성으로 계약구성을 채택한 점이다. 프랑스의 종교단체에 관한 규율에는 대혁명 사상 그리고 제3공화제 시기 공화파의 반교회·반가톨릭 사상이 반영되었다. 많은 경우에 1901년 비영리사단법에 관해서는 단체에 법인격을 인정함으로써 결사의 자유를 인정하는 규정이 헌법적인 가치를 가지는 점만 주목을 받는데, 동법의 후반 부분은 수도회에 관한 철저한 규제 조항으로 구성되어 있다는 점을 간과할 수 없다. 이러한 맥락에서 1905년 제정된 정교분리법에서는 정교분리가 선언되고, 종교사단에 관한 규정을 비롯한 관련 규율이 마련됨으로써 종교단체 법제의 체계가 완성되었다. 물론 20세기 초반 프랑스 제3공화국의 철저한 반가톨릭교회 정책은 점차로 완화되어 현재의 관점에서 보면 실질적으로는 종교의 자유를 보장하는 우호적인 종교단체 법제로 볼 수 있다. 본고의 관점에서는 1901년 비영리사단법과 1905년 정교분리법이 종교단체의 (사단)법인화를 당연한 전제로 하면서 종교단체에 관한 규율을 체계적으로 규정하는 시스템을 완성하였고 이러한 구조가 100년을 훌쩍 넘긴 지금까지도 굳건하게 유지되고 있다는 점이 중요하다.

3. 우리법의 종교단체에 관한 법제는 민법학의 대상으로 여겨져 왔다. 종교단체의 법인화에 관한 특별법이 없는 관계로 종교단체가 법인격을 취득하기 위해서는 민법상의 비영리법인으로 주무관청의 허가를 얻어 법인등기를 하는 방법밖에 없기 때문이다. 한편 불교와 유교의 경우에는 각 종교에 관한 규제법이 일찍 제정된 것에 비하여, 가톨릭과 개신교의 경우에는 별도의 규율의 대상이 되지 않았다. 이러한 상황에

서 많은 경우 가톨릭 교구나 개신교 교단과 같은 포괄종교단체는 민법상 재단법인으로 법인격을 취득하여 재산을 관리하는 한편, 대부분의 단위교회는 법인격을 취득하지 않은 채로 활동을 하고 있는 실정이다. 주지하는 바와 같이 개신교의 단위교회는 비법인사단의 대표적인 유형으로 다루어지고 있다. 다른 한편 그동안 종교단체의 법인화에 관한 입법론이 꾸준히 제기되어 왔지만, 대체로 불교계에서는 찬성하는 반면 기독교계 특히 교회 일선에서는 강하게 반대해왔다.[142] 가장 큰 이유로 종교단체의 법인화가 종교의 자유에 대한 침해가 된다는 이유가 거론되었다. 이러한 점에 대해서는 이미 유의미한 논의가 없지 않았는데,[143] 프랑스의 관련법제에 관한 정보는 논의의 지평을 넓혀줄 것이다.

4. 1960년부터 시행된 우리민법전에서는 그 이전의 의용민법에서 공익법인만 규율하던 것과 달리 비영리법인 전반을 규율하는 것으로 입법자의 바람직한 결단이 반영되었다. 그럼에도 불구하고 실제로 비영리법인의 설립 및 감독에서는 주무관청 허가제를 기반으로 의용민법 시절의 매뉴얼에서 크게 벗어나지 않은 채로 운용되어 왔다. 이러한 점은 우리나라에서 비영리단체가 법인격을 취득하는 것 자체가 국가에 의한 통제를 받는 것이라는 인식을 강하게 하는 데에 일조하였다. 종교단체의 법인화나 시민단체의 법인화에 관해서 부정적인 입장을 취하는 논조에서 먼저 내세우는 의견은 국가에 의한 규제가 종교의 자유, 시민활동의 자유를 침해한다는 점을 들고 있는 것을 상기해 보면 필자의 인식이 크게 틀리지 않다고 할 것이다. 1990년대 말 이후 민법개정이 여러 차례 시도되었는데 민법상 비영리법인 규정에 관하여 주무관청제의 유지를 전제로 허가주의를 인가주의로 개정하는 것, 비법인단체에 법인규정을 준용하는 것 등의 개선책이 제시되었으나 번번이 폐기되었다. 최근에는 어려운 민법개정은 차치하고 공익법인법을 개정하려는 시도도 있었다. 21세기 우리 시민사회에 걸맞은 단체법제의 구축이라는 중요한 과제가

142) 이와 같은 상황에 관해서는 권철, "'종교재단'에 관한 소고: 종교단체 법인화 문제 서론", 법학논총(숭실대) 47집, 2020, 215면 이하를 참조.

143) 예컨대 전게 주7)의 자료(한국종교사회연구소 편, 한국의 종교와 종교법: 종교단체의 법인체 등록, 1991).

계속 쌓여가는 형국이다.[144] 이 어려운 과제를 해결하기 위한 기초 작업에 조금이나마 기여할 수 있기를 바라며 본고를 맺는다.

(논문투고일: 2021.8.30., 심사개시일: 2021.9.10., 게재확정일: 2021.9.24.)



권 철
비영리법인, 종교단체, 프랑스, 사단법인, 정교분리,
한국 민법학

144) 권철, “비영리단체 법제에 관한 재검토 소고: 우리 법제의 과거·현재·미래”, 성균관법학 32권 4호, 2020, 1면 이하.

【참 고 문 헌】

○ 프랑스(발행 연도순)

Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*. 2e édition, Tome 5, 1925

Adrien Dansette, *Histoire religieuse de la France contemporaine: L'Eglise catholique dans la mêlée politique et sociale*, Edition revue et corrigée, 1965

Jean Morange, *La liberté d'association en droit public français*, 1977

Édité par France, Ministère de l'intérieur et de la décentralisation, *Cultes et associations cultuelles, congrégations et collectivités religieuses*, Journaux officiels, 1985

Commission d'enquête sur les sectes, *Les sectes en France*, Journaux officiels, 1996

Conseil d'Etat, *Un siècle de laïcité* - Rapport public 2004, Collection Les etudes du Conseil d'Etat, 2003

Francis Messner, Pierre-Henri Prélot, Jean-Marie Woehrling (éds.), *Traité de droit français des religions*, Litec, 2003

Xavier Delsol, Alain Garay, Emmanuel Tawil (éds.), *Droit des cultes. Personnes, activités, biens et structures*, Av.-prop. de Blandine Chelini-Pont. Lyon, Dalloz - Juris Associations, 2005

Jean-Pierre Machelon, *Les relations des cultes avec les pouvoirs publics*, La documentation française, 2006

Journaux officiels, *Guide des associations*, La documentation française, 2006

Claude-Albert Colliard et Roseline Letteron, *Libertés publiques*, 8e éd., Dalloz, 2005

Brigitte Basdevant-Gaudemet, État et Églises en France : in : Gerhard Robbers (Hrsg.), *Staat und Kirche in der Europäischen Union*, 2008.(독일어판, 영어판은 2005년 출판

(Baden-Baden: Nomos 2. Aufl. 2005), 프랑스어판은 2008년 온라인판으로 공간)

Jean Morange, Le "mystère" de la laïcité française, *Revue du droit public et de la science politique en France et a l'etranger*, Nº 3, 2013.

Philippe-Henri Dutheil, *Droit des associations et fondations*, 1e édition, Dalloz, 2016

Nathalie Luca, *Les sectes*, PUF, 2016

https://www.legifrance.gouv.fr/ (프랑스 정부공인 법령정보)

https://www.conseil-etat.fr/ (프랑스 국사원)

○ 한국(발행 연도순)

황우여, 국가와 교회: 독일을 중심으로, 서울대 박사학위논문, 1982.

한국종교사회연구소 편, 한국의 종교와 종교법: 종교단체의 법인체 등록, 민족문화사, 1991

이영진, 종교의 자유의 한계와 정교분에 관한 연구: 미연방대법원판례를 중심으로 한 각국 판례의 비교, 성균관대 박사학위논문, 1998.

남효순, “프랑스法에서의 법인의 역사 : 법인론 및 법인에 관한 판례와 입법의 발달사”, 서울대 법학, 40권 2호, 1999

여하윤, “프랑스 민법상의 법인론 : 비영리법인에 관한 논의를 중심으로”, 비교사법 15권 4호, 2008

지규철, “프랑스헌법에서의 라이시떼(laïcité) 원칙에 관한 고찰”, 공법학연구 10권 3호, 2009.

지규철, “프랑스공교육에서의 비종교성과 학생의 종교의 자유: 이슬람스카프논쟁을 중심으로”, 고려법학 제54호, 2009

임종권, "드레퓌스 사건: 프로테스탄트와 가톨릭 교회", 서양사론 102호, 97-124, 2009

박수곤, “프랑스법에서의 민사법인에 대한 규율 : 공익성이 인정된 사단 및 재단법인을 중심으로”, 경희법학 45권 1호, 2010

권철, “민법의 관점에서 바라본 민법 개정안의 법인제도”, 비교사법 17권

4호, 37면, 2010
전훈, “종교적 중립성에 관한 고찰 : 프랑스 라이시테(la laïcité)원칙에 관한 꽁세이데타 판례를 중심으로”, 법학논고(경북대) 41집, 2013
박수곤, “프랑스법상 권리능력 없는 단체에 대한 규율”, 전북대 법학연구 39집, 2013
정상우, “정교분리 원칙의 모델에 관한 비교헌법학적 연구”, 헌법학연구 20권 1호, 2014
한동훈, 프랑스 헌법상 정교분리(laïcité)의 원칙, 헌법재판연구원 연구보고서, 2018
한동훈, “프랑스 헌법상 정교분리의 원칙 : 1905년 교회와 국가의 분리에 관한 법률을 중심으로”, 가천법학 11권 1호, 2018
외교부, 프랑스 개황, 2018
김정인, “프랑스 제3공화정 초기 공교육으로서의 초등교육체계의 완성”, 서양사론 132호, 2017.
권철, “‘종교재단’에 관한 소고: 종교단체 법인화 문제 서론”, 법학논총(숭실대) 47집, 2020
권철, “비영리단체 법제에 관한 재검토 소고: 우리 법제의 과거·현재·미래”, 성균관법학 32권 4호, 2020
김세희, “‘라이시테’를 통해서 본 19세기 프랑스의 교육: 근대화와 도덕·시민교육”, 한국교육사학 42권 2호, 2020

○ 일본(발행 연도순)
大石眞『憲法と宗教制度』（有斐閣、1996）
小泉洋一『政教分離と宗教的自由 ： フランスのライシテ』（法律文化社、1998）
權澈「非営利法人への恵代に関する事前許可制の廃止」日仏法学24号（有斐閣、2007）
高村学人『アソシアシオンへの自由：〈共和国〉の論理』（勁草書房、2007）

Abstract

Prolegomena to rethinking of the Legal System of French Religious Organizations

KWON, Chul

This Article focuses on the legal system of religious organizations in French Law from the perspective of Korean Civil Law.

‘The 1905 law’ made it possible for the religious associations "to take care of their expenses, maintenance and public exercise of their religion" so they could perform all the missions previously performed only by the four religions recognized by the government constituted under the law of April 8, 1802 (The Catholic, the Lutheran and the Reformed Churches and the Jewish Synagogue). An independent legal entity was needed indeed in order for these religious associations to acquire a property and buildings to be made available for public worship and with respect the public exercise of worship only. This included also the exercise of worship such as the maintenance of the places of worship, the receiving of donations, and the remuneration of ministers. These religious associations are sole responsible for the theological education of their ministers and for the content of their theological training which reflect their belief system. (association cultuelle 1905)

Catholicism refused to apply the 1905 law (It would create later the diocesan associations). The Protestant churches thus form the vast majority of religious associations, the associative model presenting the obvious parallels with their traditional presbyterial system of organization. The being

and mission of these churches are not yet exhausted in these associations: they had to establish, among themselves or together with other associations only ‘the 1901 law’ that allows them to exercise including self-help and Mission.

From this Article's point of view, it is important that the 1901 law and the 1905 law completed a basic system that stipulates in detail the rules for religious organizations, and that this structure remains solid even after more than 100 years.



KWON Chul

Non-Profit Organization, France, Association, Separation of the Churches and the State, Korean Civil Law

성균관대학교 법학연구원 『성균관법학』 10.17008/skklr.2021.33.3.005
제33권 제3호 (2021. 9.)
Sungkyunkwan Law Review Vol.33. No.3 (September 2021) pp169~208

공직선거법상 준연동형 비례대표제에 관한 소고

– 독일과의 비교를 중심으로 –

김연진*

【목 차】

Ⅰ. 문제의 제기
Ⅱ. 독일의 의원내각제
1. 바이마르공화국에서의 의원내각제
2. 독일 본 기본법 하에서의 의원내각제
Ⅲ. 독일의 선거제도
1. 독일 선거제도의 역사
2. 독일 선거제도의 특징
3. 독일 선거제도의 문제점
Ⅳ. 한국의 준연동형 비례대표제와 문제점
1. 공직선거법상 준연동형 비례대표제
2. 잔여배분의석수와 조정의석수
3. 준연동형 비례대표제의 문제점
Ⅴ. 한국의 준연동형 비례대표제의 개선방향
1. 독일의 정부형태와 선거제도에 관한 검토
2. 한국의 준연동형 비례대표제의 개선방안
Ⅵ. 결론

【국 문 요 약】

2019년 12월 27일 제20대 국회에서 통과된 「공직선거법」 개정안은 준연동형 비례대표제를 규정함으로써 선거제도의 개혁을 도모하였다. 개정안은 정당득표율의 50%만 비례대표 30석에 연동시킴으로써 독일식 연동형 비례대표제를 왜곡시켰다는 비판을 받고 있다. 2021년 7월 여당과 야당의 대표도 준연동형 비례대표제를 규정한 「공직선거법」 개정에 대한 인식을 공유하였다.

향후 한국의 선거제도를 살펴봄에 있어서는 도입이 좌절된 독일식 연

* 성균관대학교 법학전문대학원 법학박사(S.J.D.)

동형 비례대표제에 관한 면밀한 검토가 요구된다. 독일식 연동형 비례대표제는 정당득표율에 비례하여 비례대표 의석수를 연동시킴으로써 소수정당의 출현을 가능하게 하였으며, 독일의 의원내각제는 이에 부합한 정부형태로 평가받고 있다.

한국에서는 비례대표 의석수 47석 중 30석에 대하여만 50%의 연동률이 적용되고 나머지 17석에 대하여는 기존의 병립형 비례대표제가 적용되는 준연동형 비례대표제가 실시되고 있다. 이는 지역구 국회의원과 비례대표 국회의원이 동일한 비율로 선출되는 독일의 연동형 비례대표제와는 전혀 다른 것이다. 이러한 준연동형 비례대표제는 2021년 4월 15일 국회의원선거에 한정되어 적용된다는 점에서 「공직선거법」 개정은 불가피해 보인다.

한편 한국에서는 대통령제가 직선제로 국민의 정치참여를 높이고 있으며 현재 안정적으로 운영되고 있으므로 의원내각제가 한국의 정치상황에는 다소 부합하지 않다고 보인다. 또한 한국의 준연동형 비례대표제가 대통령제 하에서도 실시되고 있는 현 상황에서 의원내각제를 도입하는 것은 바람직하지 않다. 이와 함께 초과의석으로 인한 총의석수 증가를 초래하는 독일식 연동형 비례대표제를 무리하여 시행할 필요도 없다.

현행 「공직선거법」상 준연동형 비례대표제는 연동률이 적을 뿐만 아니라 비례성을 충족하지 못하므로 직접선거의 원칙과 평등선거의 원칙에 위반될 위험이 있다. 이에 따라 향후 「공직선거법」은 국회의원정수를 유지하되 지역구 국회의원수를 줄이고 비례대표 국회의원수를 증가하는 방향으로 비례성을 강화시켜야 할 것이다. 또한 소수정당의 난립을 방지하기 위한 봉쇄조항 상향방안을 마련하여야 한다. 이와 함께 정당으로 하여금 지역구 국회의원 후보와 비례대표 국회의원 후보를 모두 공천하도록 함으로써 위성정당을 배제시켜야 한다.

Ⅰ. 문제의 제기

2019년 12월 27일 각 정당 간의 첨예한 대립 끝에 준연동형 비례대표제를 규정한 「공직선거법」 개정안이 통과되었다. 이는 선거제도 개혁의 신호탄이었으나 지역구에 치우친 선거제도가 규정됨으로써 결과적

으로 왜곡된 형태의 연동형 비례대표제가 도입되고 말았다. 이러한 상황은 독일의 연동형 비례대표제를 도입하고자 하였던 국회 정치개혁특별위원회의 본래의 의도가 관철되지 못한 것에 기인한다.

독일식 연동형 비례대표제는 정당득표율에 비례하여 각 정당에 비례대표 국회의원 의석수를 배분하기 때문에 소수정당의 국회의원 정수가 증가할 수 있으며 이에 따라 국내 소수정당은 연동형 비례대표제 도입에 적극적인 입장을 취하였다. 국내 거대정당의 경우 기존의 소선거구 단순다수제 하에서 충분히 지역구 국회의원 의석수를 확보할 수 있기 때문에 독일식 연동형 비례대표제 도입에 소극적이었다. 독일식 연동형 비례대표제는 초과의석으로 인한 국회의원 총 의석수 증가현상을 초래하며 국민의 추가적인 세금부담을 예고하므로 이를 국내에 도입하는 데에 다소 부담이 있다.

이하에서는 독일의 연동형 비례대표제에 대한 상세한 검토를 함으로써 한국의 선거제도가 나아갈 방향을 알아보고자 한다. 2021년 7월 여당과 야당의 대표가 「공직선거법」 개정에 대한 인식을 공유하였는 바, 이는 준연동형 비례대표제가 규정된 현행 「공직선거법」이 몇 가지 문제점을 내포하고 있다는 점을 나타내고 있다.

이와 함께 연동형 비례대표제에 적합한 것으로 평가되는 독일의 의원내각제도 함께 살펴볼 것이다. 대통령제가 안정적으로 운영되고 있는 한국의 경우 준연동형 비례대표제가 도입되어 실시되고 있는데, 독일의 경우 연동형 비례대표제가 의원내각제와 조응하여 운영되고 있으므로 의원내각제를 한국에 도입할 것인지에 대한 검토도 함께 하려고 한다.

한편 「공직선거법」상 준연동형 비례대표제는 연동률이 미미하며 비례성이 약화되어 직접선거의 원칙 및 평등선거의 원칙에 위반될 위험이 있다. 이에 대한 개선방안으로 비례성 강화방안, 봉쇄조항 상향방안, 위성정당 배제방안 등을 살펴보려고 한다.

Ⅱ. 독일의 의원내각제

1. 바이마르공화국에서의 의원내각제

의원내각제(parlamentarisches Regierungssystem, parlimanetary government)는 의회에서 선출되고 의회에 대하여 정치적 책임을 지는 내각(cabinet) 중심으로 국정이 운영되는 정부형태를 말한다.[1)]

의원내각제는 정부구성에 있어 국가원수의 존재와 의회에 대하여 책임을 지는 내각의 존재를 특색으로 하며, 의회는 정부에 대해 정치적 책임을 물을 수 있고(정부불신임) 정부는 의회를 해산할 수 있다(의회해산권).[2)]

1919년 바이마르공화국 헌법은 의회의 내각에 대한 불신임권(제54조)과 대통령의 의회해산권(제25조)을 규정하고 있었다.[3)] 그러나 바이마르공화국에서의 의원내각제는 순수한 의원내각제로 볼 수 없는 바, 바이마르공화국 헌법은 단지 군주제의 폐지와 민주정치의 실현에 목표를 두고 제정되었기 때문이다.[4)]

또한 바이마르공화국 헌법 제48조[5)]에 의하면 대통령은 비상시 긴급명

---

1) 허 영, 「한국헌법론」, 박영사, 2019, 774쪽.

2) 문광삼, 「한국헌법학」, 삼영사, 2011, 844쪽.

3) 바이마르공화국 헌법 제54조(신임, 불신임) "수상 및 장관이 그 직무를 수행함에 있어서는 의회의 신임을 필요로 한다. 의회가 명시한 결의에 의하여 불신임을 표시한 때에는 수상 또는 장관은 사직하여야 한다."
바이마르공화국 헌법 제25조(대통령의 의회해산권) "(1) 대통령은 공화국의회를 해산할 수 있다. 단 동일 원인으로 인한 해산은 1회를 넘을 수 없다. (2) 새로운 선거는 해산후 60일 이내에 행한다."

4) 독일 최초의 민주공화국인 바이마르공화국은 영국이나 미국 또는 프랑스와는 달리 자유주의자들과 민주주의자들의 힘에 의하여 쟁취된 것이 아니라 독일제국이 제1차 세계대전에서 패배함으로 인하여 성립되었다. 이와 관련하여서는 박은정, "獨逸의 議員內閣制에 관한 小考", 「법학논총」 제14권 제2호 (조선대학교 법학연구원, 2007) 257쪽.

5) 바이마르공화국 헌법 제48조(위헌·공안침해의 방지를 위한 조치) "(1) 각 주(州)중에 공화국의 헌법 또는 법률에 의하여 부여된 의무를 이행하지 아니하는 자가 있을 때에는 공화국대통령은 병력을 사용하여 그 의무를 이행시킬 수 있다. (2) 공화국내에 있어서 공안의 안녕질서에 중대한 장해가 발생하거나 또는 발생할 우려가 있을 때에는 공화국대통령은 공공의 안녕질서를 회복하는 데 필요한 조치를 하고 필요 있을 때에는 병력을 사용할 수 있다. 이 목적을 위하여 대통령은 일시적으로 제114조 제115조 제117조 제118조 제123조 제124조 및 제153조에 정한 기본권의 전부 또는 일부를 정지할 수 있다. (3) 본조 제1항 또는 제2항에 의하여 실행한 모든 조치에 대하여 공화국대통령은 지체없이 이를 공화국의회에 보고하여야 한다. 공화국의회의 청구가 있을 때에는 그 조치는 효력을 잃는다. (4) 급박한 사정이 있는 경우에 있어서는 각 주(州) 정부는 그 영역 내에 있어서 임시로 제2항에 정한 조치를 할 수 있다. 이 조치는 공화국대통령 또는 공화국의회의 청구가 있을 때에는

령(Notverodnung)을 선포할 수 있었는 바[6], 이는 형식적 국가원수와 실질적 권력을 가진 수상으로 운영되는 의원내각제의 본연의 모습과는 다르다. 바이마르공화국의 정부형태를 두고 학자들은 '절름발이의원내각제', '혼합형의원내각제', '이원정부제' 등으로 표현하고 있으나, 전통적인 순수형태의 의원내각제로 볼 수는 없다는 공통된 결론을 내리고 있다.[7]

그러나 바이마르공화국 내내 무려 16차례에 걸쳐 내각이 바뀌면서 정치적 불안이 가중되었다.[8] 평화시 내각불신임과 새로운 내각구성의 실패로 인한 정치적 혼란이 야기되었고, 위기시 대통령이 과도한 개입을 하였는 바, 이는 곧 나치 독재로 연결되었다.[9]

2. 독일 본 기본법 하에서의 의원내각제

1949년 본(Bonn) 기본법은 독일 통일 전까지만 잠정적으로 효력을 가지는 것으로 의도되었으므로 헌법이 아닌 기본법으로 명명되었으며, 통일 이후 독일 기본법은 일부 수정을 거쳤다.[10]

독일 기본법 제63조에 의하면 연방수상은 연방의회에서 재적과반수로 선출된 자를 연방대통령이 임명하며, 제54조 제6항에 따라 연방대통령은 연방회의 구성원의 과반수의 투표를 얻어 선출된다.[11]

그 효력을 잃는다. (5) 상세한 것은 법률로 정한다."

6) H. Schulze, 「Kleine Deutsche Geschichte」, C.H. Veck'sche verlagsbuchandlung(Oscar Beck) , 1996, 반성완 역, 「새로 쓴 독일 역사」, 知와 사랑, 2017, 254쪽.

7) 허 영, 「앞의 책」, 2019, 784쪽.

8) 대통령의 긴급명령권으로 인해 의회가 배제되고, 대통령은 '대리황제'가 되었기 때문에 당시 독일 헌법은 사실상 19세기 군주제 헌법으로 되돌아 가게 되었다. 또한 비상시에 빛을 발할 수 있는 대통령의 긴급명령권은 빈번한 사용으로 인해 빛을 바래게 되었다. H. Schulze., Kleine Deutsche Geschichte, 1998, 반성완 역, 「앞의 책」, 2017, 224쪽, 254-255쪽.

9) 장영수, "독일식 의원내각제의 한국적 적용", 「헌법학연구」 제5집 제1호 (한국헌법학회, 1999) 41-42쪽.

10) 장영수, "독일의 통일과정과 의원내각제 정부형태", 「유럽헌법연구」 제2호 (유럽헌법학회, 2007) 36쪽.

11) 독일연방공화국 기본법 제63조 "(1) 연방수상은 연방대통령의 제청으로 연방의회에 의하여 토론을 거치지 않고 선출된다. (2) 연방의회 의원 과반수의 투표를 얻은 자가 선출된다. 선출된 자는 연방대통령에 의하여 임명된다. (3) 제청된 자가 선출되지 아니할 때에는 연방의회는 투표 후 14일 이내에 의원의 과반수로 연방수상을 선출할 수 있다. (4) 이 기한

또한, 독일 기본법 제68조에 의하면 연방의회가 연방수상에 대한 불신임을 의결하는 경우 연방대통령은 연방의회를 해산할 수 있다.[12] 한편, 독일 기본법 제67조는 건설적 불신임투표제도에 대하여 규정하고 있는 바[13] 건설적 불신임투표의 발의는 연방의회 재적 4분의 1 이상이 지명한 연방수상 후보를 새로운 연방수상으로 선출할 것을 제안함으로써 시작되며, 차기 수상후보(Bundeskanzler)가 재적의원 과반수를 획득하여야 한다.[14] 건설적 불신임제도는 잦은 내각불신임과 의회해산으로 인한 정국불안을 완화할 수 있는 합리적 제도로 평가받는다.[15] 독일에서는 차기 연방수상후보인 헬무트 콜(Helmut Kohl)이 과반수를 획득함으로써 당시 연방수상이었던 헬무트 슈미트(Helmut Schmidt)를 퇴임시키고 정권교체를 이룩한 사례가 있다.[16]

내에 선출이 이루어지지 않은 때에는 지체 없이 새로운 투표가 실시되고 최다 득표를 한 자가 선출된다. 선출된 자가 연방의회 의원 과반수의 표를 얻은 때에는 연방대통령은 선출 후 7일 이내에 그를 임명하여야 한다. 선출된 자가 과반수를 얻지 못한 때에는 연방대통령은 7일 이내에 그를 임명하거나 연방의회를 해산하여야 한다."

독일연방공화국 기본법 제54조 "(6) 연방회의 구성원의 과반수의 투표를 얻은 자는 연방대통령으로 선출된다. 2차투표에서 과반수의 투표를 얻은 후보자가 없을 때에는, 계속되는 투표에서 최다득표를 한 자가 선출된다."

12) 독일연방공화국 기본법 제68조 "(1) 신임을 요구하는 연방수상의 제안이 연방의회 의원 과반수의 찬성을 얻지 못할 때에는 연방대통령은 연방수상의 제청으로 21일 이내에 연방의회를 해산할 수 있다. 해산권은 연방의회가 다른 연방수상을 선출하면 즉시 소멸한다. (2) 제안과 투표 사이에는 48시간이 경과하여야 한다."

13) 독일연방공화국 기본법 제67조 "(1) 연방의회는 의원의 과반수로 연방수상의 후임자를 선출하여 연방대통령에게 연방수상의 해임을 요청하는 방법으로만 연방수상에 대한 불신임을 표명할 수 있다. 연방대통령은 그 요청에 응하여야 하며, 선출된 자를 임명하여야 한다. (2) 제안과 선출 사이에는 48시간이 경과하여야 한다."

14) 성낙인, 「헌법학」, 법문사, 2020, 371쪽.

15) 김태운, "우리나라 정부형태의 의원내각제 개헌의 필요성과 실현 및 그 예단적 효과(豫斷的效果)", 「공공정책연구」 제27권 제2호 (동의대학교 지방자치연구소, 2010) 93쪽.

16) 이는 1982년 10월 1일 연정(聯政)에서 탈퇴한 자유민주당(FDP: Freie Demokratische Partei)이 기독교민주연합(CDU: Christlich-Demokratische Union)/기독교사회주의연맹(CSU: Christlich-Soziale Union)과 연합하여 사회민주당(SPD: Sozialdemokratische Partei Deutschlands)의 헬무트 슈미트에 대한 건설적 불신임투표를 발의하여 이루어졌다. 1972년 4월 27일 야당이 발의한 건설적 불신임투표는 차기 연방수상후보가 과반수 득표를 얻지 못하여 현직 연방수상 빌리 브란트(Willy Brandt)에 대한 불신임안이 부결된 바 있다. 성낙인, 「위의 책」, 2020, 371-372쪽.

Ⅲ. 독일의 선거제도

1. 독일 선거제도의 역사

독일의 선거제도는 '바이마르공화국 이전 절대다수제'에서 '바이마르공화국의 순수비례제'로 발전하였으며, '제2차 세계대전 후 혼합형 비례대표제'를 거쳐 오늘날에는 연동형 비례대표제(MMP: Mixed Member Proportional Representation)로 자리잡기에 이르렀다.

바이마르공화국 이전 독일제국의 의회는 연방상원(Bundesrat)과 하원격인 제국의회(Reichstag)로 구성되었다. 당시의 선거제도는 소선거구와 다수제의 조합이었고, 절대다수(과반수)를 획득해야 하는 구조였다.[17] 그러나 이 제도는 '선거구획정의 불균형'이라는 문제점을 갖고 있었는데, 이는 산업화로 인한 인구변동이 선거제도에 반영되지 않은 데에서 비롯되었다.[18]

제1차 세계대전 패배로 독일제국은 막을 내렸으며, 이후 성립된 바이마르공화국에서는 독일 최초로 의회민주주의가 시행되었다.[19] 바이마르공화국에서는 비례대표제를 채택하여 선거구 간 인구편차의 불평등 문제를 해결할 수 있었으나, 한편으로 소수정당이 난립하는 부작용이 초래되는 문제점이 발생하였다.[20]

바이마르공화국에서 군소정당 난립을 경험한 독일은 1949년 선거법에서 전국득표 5% 혹은 지역구 의석 1석 진출을 내용으로 한 봉쇄조항을 두었으며[21] 지역구와 비례제 정당명부 의석을 6:4로 하고, 1인 1표제로

---

17) 홍재우, "독일 선거제도의 연대기: 제도적 진화의 정치", 「유라시아연구」 제10권 제4호 (아시아·유럽미래학회, 2013) 94쪽.

18) 1890년경 샤움부르크-리페 지역에서는 11,000명당 의원 1명이 선출되었으며, 베를린 및 노르트라인 베스트팔렌 지역에서는 22만명당 의원 1명이 선출되었던 것이다. 이부하, "비례대표선거제에 있어서 의석배분의 원칙과 방식 - 독일의 돈트 식, 해어/니마이어 식, 생라그/쉐퍼스 식을 분석하며 -", 「법과 정책연구」 제9집 제2호 (한국법정책학회, 2009) 676쪽.

19) R., Scholz, "Das parlamentarische und bundesstaatliche Regierungssystem der Bundesrepublik Deutschland. Strukturen und Reformfragen (Vortag)", *Ritsumeikan Law Review* No. 23, 2006, p. 21.

20) 김도협, "현행 독일선거법제에 관한 고찰", 「법학연구」 제17집 제2호 (인하대학교 법학연구소, 2014) 6쪽.

지역구에만 투표를 하도록 하였다.[22] 그러나 이후 1953년 선거법과 1956년 선거법에서는 혼합형 비례대표제가 마련되었다. 1인 2표제가 규정되었으며, 지역구와 비례대표 정당명부 의석이 1:1로 조정되었다.[23] 봉쇄조항은 연방 전체에서 5% 이상 정당명부 비례대표 득표 또는 지역구에서 3석 이상 얻을 것으로 상향 조정되었다.[24]

2. 독일 선거제도의 특징

가. 연동형 비례대표제

독일식 비례대표제는 그 구성요소에 착안하여 다양한 명칭으로 불리고 있는 바, 명부작성단위 또는 의석배분단위에 근거하여 '권역별 비례대표제'로, 의석배분방식에 근거하여 '연동형 비례대표제'로 불리고 있다.[25] 연동형 비례대표제란 정당별 비례대표의 득표비율을 의석정수로 곱해서 얻어지는 숫자만큼 각 정당에 의석을 배분하는 제도이다.[26]

독일 연방하원의원 정수는 598명으로 299명은 지역선거구에서 선출되고 나머지는 비례대표제 의원으로 구성된다. 지역선거구에서 선출되는 제1투표의 299명은 인물선거로 제2투표의 299명을 선출하는 비례선거제와 연결되어 있으므로 '인물선거와 결부된 비례대표선거(mit der Personenwahl verbundenen Verhältniswahl)'로 불린다.[27]

연동형 비례대표제에서 모든 유권자는 1인 2표를 행사하며[28] 제1투표는 지역구에, 제2투표는 정당명부에 한다. 지역구의석은 소선거구인 상대

---

21) 홍일선, "선거권에 대한 독일 연방헌법재판소의 판례분석 (I) - BverfGE 1, 208: 선거권에 대한 원칙판결 -", 「한림법학 FORUM」 제17권 (한림대학교 법학연구소, 2006) 198쪽.

22) 홍재우, "앞의 논문", 2013, 98쪽.

23) 홍재우, "위의 논문", 2013, 99쪽.

24) 이부하, "앞의 논문", 2009, 678쪽.

25) 음선필, "이른바 준연동형 비례대표제에 관한 헌법적 검토 - 국회 정개특위 선거제도 개편안을 중심으로 -", 「홍익법학」 제20권 제2호 (홍익대학교 법학연구소, 2019) 37쪽.

26) 지성우, "개헌과 선거구제 개편의 정치적 함의와 전망", 2018년 한국정치커뮤니케이션학회 하반기 정기학술대회, 2018. 12. 15, 97쪽.

27) 장영수, "선거제도 개혁: 연동형 비례대표제 도입의 의미와 성공조건", 「공법연구」 제47집 제3호 (한국공법학회 2019) 127쪽.

28) A. Renwick, "Electoral Reform in Europe since 1945", *West European Politics* Vol. 34, Iss. 3, 2011, p. 467.

다수대표선거에 의해 선출하며, 비례의석은 각 정당이 주 단위로 작성한 전국구후보자 명단에 따라 선출한다.[29] 유권자는 1인 2표제에 따라 동일 정당 및 동일 정당후보에게 투표할 수도 있고, 서로 상이한 정당(후보)에게 할 수도 있는 바, 전자를 일관투표(straight-ticket voting), 후자를 분할투표(split-ticket voting)이라고 한다.[30]

일관투표보다 분할투표의 가능성이 더 높은데[31] 독일의 유권자들은 1표는 원하는 인물에 투표하고 다른 한 표는 유권자가 승리하기를 원하는 정당에 투표를 하는 방식으로 분할투표 중 연합정권 구성을 염두에 두는 전략적 투표를 행사하고 있다.

각 정당의 총 의석수는 각 정당득표율에 비례하여 결정되며 그 총 의석수에서 지역구 당선자 수를 뺀 나머지 의석수만큼 각 정당의 비례대표 당선자가 결정된다.[32] 이와 같은 독일의 선거제도에 의하면 정부구성 능력을 가지는 다수를 형성하기 위하여 필연적으로 정당 간 복잡한 연합을 하게 되며 경우에 따라 소수정당이 강력한 영향력을 행사하는 결정적인 지위에 서게 된다.[33] 그러나 정당이 지지율만큼 의석수를 얻게 되므로

---

29) 김도협, "獨逸 聯邦議會選擧制度와 그 受容必要性에 관한 硏究", 「세계헌법연구」 제13권 제2호 (국제헌법학회, 한국학회, 2007), 45쪽.

30) 김 욱, "독일 연방의회 선거제도가 한국의 선거제도 개혁에 주는 시사점", 「세계지역연구논총」 제24집 제3호 (한국세계지역학회, 2006) 60쪽.

31) Gschwend et al., "Split-ticket patterns in mixed-member proportional election systems: estimates and analyses of their spatial variation at the German Federal Election, 1998", ***British Journal of Political Science*** Vol. 33 No. 1, 2003, p. 123.

32) 어떤 정당의 특정한 총의석수에서 지역구 당선자 수가 많을 경우, 상대적으로 비례대표 당선자 수는 줄어들게 된다. 반대로 지역구 당선자 수가 적으면 비례대표 당선자 수는 늘어나게 된다. 이처럼 지역구와 비례대표가 서로 연관되어 있어 연동형이라고 불린다. 예를 들어, 유권자가 1,000명인 지역에서 5개의 선거구로 나누어 10명의 대표(지역구 대표 5명, 비례대표 5명)를 선출하는데, 정당득표율은 A당 40%, B당 30%, C당 20%, D당 10%이며, 5개의 지역구에서 A당은 3석, B당이 2석을 얻은 경우(나머지 정당은 당선자가 없음) 선거결과는 다음과 같다. 정당득표율에 비례하여 의석수가 결정되기 때문에 A당은 4석, B당은 3석, C당은 2석, D당은 1석 의석을 확보하게 된다. A당은 지역구에서 3석을 얻었으므로 비례대표는 추가로 1석만 당선되며, B당은 지역구에서 2석을 얻었으므로 비례대표 1석만 추가로 당선된다. C당은 정당득표율에 따라 2석을 확보하였으나 지역구 의석이 없으므로 비례대표 2석을 얻으며, D당은 정당득표율에 따라 1석을 확보하였으나 지역구 의석이 없으므로 비례대표 1석을 얻게 되는 것이다. 조성복, 「연동형 비례대표제란 무엇인가 -독일식 vs 한국식, 쟁점과 제안」, 지식의 날개, 2020, 33-35쪽.

사표문제를 보다 긍정적으로 해소할 수 있으며 한편으로 전문성을 가진 인물들의 의회진출의 기회를 높일 수 있다는 점에서 긍정적인 측면이 강하다고 볼 수 있다.[34]

나. 봉쇄조항

독일은 「연방선거법」 제6조 제3항에서 봉쇄조항(Sperrklausel/threshold clause)을 두고 있다. 이에 의하면, 소수민족을 대표하는 특수 정당들을 제외하고, 전국 단위 5% 이상 득표 또는 지역구에서의 3명 이상의 당선자가 있어야 각 정당은 비례대표의석을 할당받을 수 있다.[35]

봉쇄조항은 군소정당의 난립을 억제함과 동시에 다수세력의 형성을 촉진시켜 오늘날 독일 의원내각제의 안정과 성공에 매우 긍정적인 기여를 하였다.[36] 그러나 봉쇄조항에 대하여 회의적인 시각도 있다. 독일이 안정적으로 정국을 유지해온 것은 봉쇄조항에 기인하기보다는, 문화적 요인과 정치적 기본권 등 보장을 통한 기본법상 민주적 기본질서의 실현에 보다 직접적인 원인이 있다는 것이다.[37] 또한 봉쇄조항이 기본법 제38조에 근거한 평등선거의 원칙과 기본법 제21조에 근거한 정당설립의 자유를 침해할 가능성이 클 뿐만 아니라, 궁극적으로 비례대표제의 본질마저 훼손할 수 있다는 등 논란도 많았다.[38]

독일 연방헌법재판소는 “연방의회의원선거에서 5%이상을 득표한 정당에게만 비례대표제에 의한 의석배분을 하는 것은 기회균등의 원칙에 반하는 위헌이 아니며, 또한 5% 봉쇄조항에도 불구하고 소수민족을 대표하는 정당에게는 그 저지선을 낮추는 예외규정을 두는 것 역시 가능할 뿐만 아니라 5% 봉쇄조항과의 택일관계를 인정해서 지역선거구 3명 이상의 당선자를 낸 정당에게는 그 정당의 득표율이 설령 5% 이하인 때라도

33) 이부하, “앞의 논문”, 2009, 679쪽.

34) 김도협, “앞의 논문”, 2014, 14쪽.

35) 지성우, “공직선거법 개정안의 위헌성과 대응방안 - 위헌성과 위험성 그리고 미래 -”, 공직선거법 및 고위공직자범죄수사처법 제(개)정안의 위헌성과 대응방안 세미나, 2019. 12. 12, 12쪽.

36) 김도협, “앞의 논문”, 2014, 9쪽.

37) 홍일선, “앞의 논문”, 2006, 199쪽.

38) 김도협, “앞의 논문”, 2014, 10쪽.

의석배분을 받도록 하는 것이 가능하다"고 결정하였다.[39]

이후 1990년 9월 25일 독일 연방헌법재판소는 봉쇄조항을 동독지역까지 포함한 전 독일에 적용하는 것은 위헌이라고 결정한 바 있다.[40] 연방헌법재판소의 5% 봉쇄조항에 대한 한정위헌결정으로 인하여 1990년 12월 2일 통일된 독일에서의 최초의 선거인 제12대 연방의회선거에서 서독지역과 동독지역을 분리하여 정당별 득표율을 계산하게 되었다.[41]

3. 독일 선거제도의 문제점

가. 초과의석의 문제

1990년 독일 통일 이후 첫 번째 선거에서 구(舊) 동독지역인구가 반영됨으로써 연방하원 의석은 정원 656석으로 크게 늘어났고, 2002년 이후 초과의석과 보정의석(Adjustment seat)이 상당히 늘어났다.[42]

초과의석(Überhangmandate/overhang seat)은 정당득표에 의해 배분된 의석수보다 지역구에서 얻은 득표에 의해 배분된 의석수가 많을 때 인정된다.[43] 예를 들어 A주의 총의석이 100석인 경우 B정당 득표율이 50%라면 B정당은 50석을 배분받게 되나 지역구 투표에서 B정당이 60석을 얻게 되면 B정당은 초과의석 10석이 모두 인정되어 총60석을 배분받게 된다.

독일 선거에서 초과의석은 그동안 거대정당의 전유물이었는 바, 군소정당은 소선거구 다수대표제로 선출되는 지역구 의석을 얻기 어렵기 때

39) BVerfGE 6, 84 (92).

40) 1990년 첫 통일된 독일 선거에 한정하여 정당들은 동독이나 서독 어느 한 쪽에서만 5%의 정당명부표를 얻으면 의석배분에 참여할 수 있었다. 이 조항은 1990년 이후 사라졌다. 홍재우, "앞의 논문", 2013, 101쪽; 통일부, 「독일통일 총서 27 동독의 통일대비 입법 분야 관련 정책문서」, 2018, 31쪽; NJW 1990. S. 3001 ff.

41) 이 선거에서 기존의 동독지역을 기반으로 한 민주사회당(PDS)당은 2.4%를 획득하였고 녹색당(Bündnis90/Grüne)은 1.2%를 획득하였다. 민주사회당과 녹색당은 5% 봉쇄조항으로 인해 사실상 연방의회에의 진출이 좌절될 개연성이 컸었다. 그러나 이 선거에서 서독지역과 동독지역을 분리하여 정당별 득표율을 계산할 수 있게 됨에 따라 민주사회당과 녹색당은 각각 17석과 8석의 의석을 배정받을 수 있었다. 김도협, "앞의 논문", 2014, 10-11쪽.

42) 홍재우, "앞의 논문", 2013, 101쪽.

43) 김종갑, "독일식 선거제도의 한국적 적용방안 - 초과의석 문제의 해법을 중심으로", 「독일학연구」 제25호 (동아대학교 독일학연구소, 2009) 131-132쪽.

문에 초과의석이 발생할 확률이 매우 낮다.[44] 초과의석은 1998년까지는 강한 제3정당의 존재 때문에, 2002년에는 낮은 투표율 때문에, 제도적으로는 의석배분이 주(州)별로 연동되었기 때문에 증가된 것으로 보여지고 있다.[45]

초과의석은 유권자의 정당 지지에 비례하지 않는다는 점에서 비판을 받고 있다.[46] 또한 초과의석을 많이 획득한 정당이 그렇지 못한 정당보다 낮은 비율의 제2투표 득표율로 연방의회의석 수를 획득하게 된다는 점에서 유권자 개개인의 투표의 결과가치를 해친다는 점에서 문제점이 있다.[47]

나. 부정적 득표가중의 문제

독일 연방헌법재판소는 2008년 7월 3일 초과의석과 부정적 투표가중현상(negatives Stimmgewicht)에 대한 문제점을 지적하였다.

부정적 투표가중 현상이란 표를 많이 얻는 것보다 표를 적게 얻는 것이 의석을 가져가는 데 유리하거나 표를 많이 얻더라도 의석을 잃을 수 있다는 것을 의미한다.[48] 부정적 투표가중현상이 나타날 수 있는 것은

---

44) 실제로 역대 총선에서 초과의석은 기독교민주연합(CDU)과 사회민주당(SPD)이 독점했다. 김종갑·신두철, "2013년 독일선거제도의 변화와 한국 총선에의 적용", 「한국정치학회보」 제48집 제1호 (한국정치학회, 2014) 211쪽.

45) 홍재우, "앞의 논문", 2013, 103쪽.

46) R. Johns, "AMS in Germany – and in Britain?", *Democratic Audit UK*, p. 2.

47) 이부하, "앞의 논문", 2009, 690면.

48) 득표를 더 많이 하였는데도 전체 의석이 줄어드는 경우는 다음과 같다. 예를 들어, 기독교민주연합(CDU)이 정당투표로 총20석을 배정받았고 당 내부의 득표율에 따라 A주에 10석, B주에 10석을 배분할 수 있는 경우를 생각해본다. 기독교민주연합이 A주 지역구에서 A주에서 배정받은 의석인 10석보다 많은 11석을 얻게 되면 1석의 초과의석이 인정된다. B주가 지역구에서 8석을 얻은 경우 10석을 배분받았으므로 정당명부에 2석이 배정된다. 이 경우 기독교민주연합은 A주와 B주에서 전체 의석이 21석으로 늘어난다. 그런데, A주에서 득표가 늘어나 A주가 배정받는 전체 의석이 11석이 된 경우에는, 지역구에서 이미 11석을 얻었기 때문에 A주에 초과의석이 발생하지 않는다. 그러나 정당이 의석을 배분받은 다음 주(州)로 다시 배분하는 "주명부결합방식" 때문에 A주가 추가로 얻은 표는 B주가 배정받는 의석을 9석으로 줄이게 된다.
한편 득표수가 감소할 경우 의석수가 증가하는 현상은 다음과 같다. 예를 들어 사회민주당(SPD)이 선거에서 30석을 배정받았고, 각 주 득표수에 따라 A주에서 15석, B주에서 15석이

여론조사 데이터를 사용하여 이러한 투표결과를 추정할 수 있기 때문인 것으로 보인다.[49] 실제로 2005년 드레스덴 제1선거구 보권선거에서 기독교민주연합(CDU) 지지자들은 득표를 많이 하는 것보다 득표를 적게 하는 것이 정당에 유리하게 된다는 것을 알고 사회민주당(SPD)에 투표하기도 하였다.[50] 또한 부정적 득표가중현상은 구(舊) 독일 「연방선거법」 제7조에서 비롯된 것인 바, 이에 따라 정당은 배분된 총의석을 유지하기 위하여 하층분배단계의 의석분배에서 각 주의 주명부들을 상호결합하였고[51] 이러한 주명부결합이 부정적 득표가중현상의 원인이 된 것으로 보인다.

배정된다. 그런데 A주의 지역구에서 15석이 당선되었다면 A주는 비례대표 의석을 배정받지 못하며, B주의 지역구에서 13석이 당선되었다면 B주는 2석의 비례대표 의석을 배정받게 되며 이에 따라 전체 의석은 30석이 된다. 그런데 A주의 득표율이 낮아져 A주에 배분할 의석이 14석으로 감소한 경우 A주 지역구 선거에서 15석이 당선되었으므로 A주는 15석을 배정받게 된다. A주가 배정받은 의석보다 지역구 당선자가 더 많아졌으므로 1석의 초과의석이 인정되는데 득표율이 낮아졌음에도 초과의석이 발생하였으므로 A주의 사회민주당 의석수는 변화가 없게 된다. 한편 B주의 사회민주당은 A주의 득표가 줄어드는 바람에 배분되는 의석이 늘어나 16석을 배분받게 되는데, 이 때 B주는 지역구에서 13석이 당선되었으므로 비례대표에서 3석을 얻은 것이다. 이러한 경우 전체 의석은 31석이 된다. 이에 따라 A주의 사회민주당 지지자들은 제1투표에서 사회민주당을 지지하지만 제2투표에서 기권하거나 다른 정당을 선택함으로써 결과적으로 사회민주당 의석 증가를 도모할 수 있게 된다. 홍재우, "앞의 논문", 2013, 103-104쪽.

49) Gschwend et al., "Split-ticket patterns in mixed-member proportional election systems: estimates and analyses of their spatial variation at the German Federal Election, 1998", *British Journal of Political Science* Vol, 33, No. 1, 2003, p. 111.

50) 2005년 10월 2일 작센(Sachsen) 주 드레스덴(Dresden) 제1선거구(연방 제160선거구)에서 실시된 "연기된 선거"(by-election)에서 기독교민주연합(CDU)를 지지하는 많은 유권자들이 전략적 투표를 통하여 제2투표를 사회민주당(SPD)에 투표하였다. 이로써 기독교민주연합(CDU)은 초과의석 3석을 유지할 수 있었다. 기독교민주연합(CDU) 지지자들은 2005년 9월 18일 실시된 다른 모든 지역선거의 예비적 결과가 발표된 것을 반영하여 전략적 투표를 하였던 것이다. 정준표, "독일선거제도 - 작동원리와 한국선거에의 적용 가능성", 「한국정치학회보」 제48집 제2호 (한국정치학회, 2014) 37쪽.

51) 구(舊) 독일 「연방선거법」에 의하면 연방의회의 총의석수는 정당의 득표율에 따라 각 정당에 배분되며(상층분배), 각 당의 총의석수가 정해진 후 정당은 각 주 별로 의석을 분배한다(하층분배). 신옥주, "선거제도 개선을 통한 국회의원의 대표성·비례성 강화방안 연구 - 독일 연방선거법에 대한 비교법적 고찰을 중심으로 -", 「공법연구」 제45집 제3호 (한국공법학회, 2017) 20쪽.

다. 독일 연방헌법재판소의 입장

독일 연방헌법재판소는 “초과의석은 비례대표선거에서 인물선거적 특성을 반영하는 한 허용되며, 다만 이를 통해 야기되는 투표가치의 불평등을 해소하기 위하여 불균등한 선거구 획정을 시정해야 한다”고 판시한 바 있다.[52] 이어서 1997년 4월 10일 연방헌법재판소는 초과의석을 규정한 「연방선거법」 제6조 제5항이 합헌이라고 판시하였다.[53]

그러나 2008년 7월 3일, 독일 연방헌법재판소는 초과의석과 부정적 투표가중 현상에 대한 문제점을 지적하면서 입법부에게 2011년 6월 30일 이전까지 대체법안을 마련하라고 유예기간을 부여하였다.[54]

이에 위 유예기간을 초과한 2011년 12월 3일 기독교민주연합/기독교사회연합(CDU/CSU)과 자유민주당(FDP)의 연립정부는 새로운 「연방선거법」을 통과시켰다.[55] 새로운 「연방선거법」은 투표수에 따라 주별로 의석을 배분하고, 그 이후 정당이 주 안에서 의석을 배분하였으며, 각 주에서 발생하는 잔여표를 사표로 처리하지 않고 합산하여 연방차원에서 구제하도록 규정하였다.[56] 그러나 이러한 노력에도 불구하고 초과의석은 여전히 발생하였다. 제16대 연방의회선거에서 실제 법정의원수보다 16석이 많은 614명이 선출되었으며, 제17대 연방의회선거에서도 24석을 초과한 622명이 선출되었다.[57] 또한 이러한 개정법은 연립정부가 야당과 합의없이 단독으로 통과시킨 것으로, 사회민주당(SPD)과 녹색당(Bündnis90/Grüne)은 연방헌법재판소에 위헌소송을 제기하였다.[58]

이에 2012년 7월 25일, 독일 연방헌법재판소는 개정된 「연방선거법」 조항들에 대해 위헌판결을 하였다. 연방헌법재판소는 주별 투표수에 따라 의석을 할당하도록 규정하고 있는 기존 「연방선거법」 제6조

52) BVerfGE 16, 130(140ff).

53) BVerfGE 95, 335.

54) BVerfGE 2 BvC 1/07, 2 BvC 7/07(144).

55) 홍재우, “앞의 논문”, 2013, 104쪽.

56) 김종갑·신두철, “앞의 논문”, 2014, 209쪽.

57) 김도협, “앞의 논문”, 2014, 16쪽.

58) 김민우, “정당득표율과 의석수 정비례가 목표”, 『시사위크』, 2018. 11. 14, http://www.sisaweek.com/news/curationView.html?idxno=115525 (최종검색일 2020. 6. 20).

제1항 제1호가 부정적 투표가중현상을 차단하지 못하므로 평등선거의 원칙에 위배된다고 판결하였다.[59] 또한 주별의석배분과정에서 의석으로 전환되지 못한 잔여표를 전국적으로 합산하여 의석배분에 반영하도록 규정한 「연방선거법」 제6조 제2a항 1호가 평등선거의 원칙에 위배된다는 점도 판시하였다.[60] 이와 함께, 「연방선거법」 제6조 제5항에서 초과의석에 대한 보정을 규정하고 있지 않으며, 초과의석의 규모가 과다하게 나타나는 점도 평등선거의 원칙에 반한다고 판시하였다.[61]

라. 현행 독일 선거제도

2013년 2월 독일 「연방선거법」이 개정되었다. 주별 할당의석의 결정기준을 투표수로 설정하게 되면 주별 할당의석이 유권자의 투표율에 따라 유동적으로 나타나기 때문에, 인구수를 기준으로 주별 할당의석이 결정되었다.[62] 다음으로, 정당의 배분의석이 제2투표 결과에 완전비례되도록 보정의석을 부여하였다.[63] 이는 초과의석으로 인한 득표율과 의석율의 불일치에 대해 초과의석을 배정받지 못한 정당에게 의석을 배정하여 전체적인 비율을 보정하는 것이다.[64]

정당득표율에 비해 지역구 당선자 숫자가 많은 경우에는 연동의 효과가 제한되기 때문에 지역구에서의 당선자가 크게 증가하는 것을 감수하고서라도 보정의석을 인정하여 보충하는 제도적 장치를 마련한 것이다.[65]

또한 보정의석 배분 이후 여전히 발생할 수 있는 초과의석에 대한 의석안분(Proportionale sitzverteilung) 방법이 도입되었다. 이는 지역구선배분방식으로, 총 배분의석 중 초과의석이 발생한 주의 모든 지역구

59) BVerfGE 2 BvF 3/11(17-67).

60) BVerfGE 2 BvF 3/11(68-108).

61) BVerfGE 2 BvF 3/11(109-119).

62) 김종갑, “2013년 독일연방선거법의 개정과 시사점”, 「이슈와 논점」 제676호 (국회입법조사처, 2013) 2쪽.

63) 김영일·김종갑, “2013년 독일 연방하원 선거제도의 개정내용 및 특징”, 「NARS 현안보고서」 제225호, (국회입법조사처, 2014) 19쪽.

64) 홍재우, “앞의 논문”, 2013, 105쪽.

65) 지성우, “앞의 발표문”, 2019, 19쪽.

의석을 우선 배분하고 잔여의석을 다른 주에 비례배분하는 것이며, 총의석의 증가 없이 초과의석 발생을 차단한다.[66]

변경된 의석배분방식으로 초과의석의 증대가 줄어들었고, 부정적 투표가중현상을 포함한 불비례성은 해소되었으나 의석안분 방식에 따른 전체의석 증가와 이에 수반되는 유동성은 또 다른 해결과제를 남겼다.[67] 보정의석 도입으로 의원 수가 증대되었고, 의원 수 확대는 세금 증가로 이어지는 바, 이에 대하여 독일 언론은 의원 수가 증가되면 연간 7,500만 유로(966억 원)의 비용증가가 발생할 것이라고 분석했다.[68] 보정의석은 초과의석의 규모에 비례하여 증가하는 것이 아니라 정당득표에 비례하여 배분되므로 총의석이 증가될 수밖에 없는 바[69] 위와 같은 독일 언론의 분석은 타당한 것이라고 할 수 있다.

Ⅳ. 한국의 준연동형 비례대표제와 문제점

1. 공직선거법상 준연동형 비례대표제

2019년 12월 27일 제20대 국회는 준연동형 비례대표제를 주된 내용으로 하는 공직선거법 개정안을 통과시켰다. 이는 소선거구 단순다수제와 비례대표제로 이루어진 종래의 선거제도가 사표(死票)를 많이 배출하는 것을 경계하기 위함이었다.[70]

2016년 제20대 총선에서 253명의 지역구 국회의원 당선자가 얻은 표는 약 830만 표(전체 투표수 2,440만 표의 34%)에 불과한 반면 나머지인 약 1,610만 표(전체 투표수 2,440만 표의 66%)는 사표로 처리되었다.[71] 사표발생의 문제는 소선거구 단순다수제 선거제도의 대표적인 문제점으로, 제20대 국회는 이러한 점을 문제삼아 「공직선거법」을 개정하기에

66) 김영일·김종갑, "앞의 보고서", 2014, 24쪽.

67) 김도협, "앞의 논문", 2014, 18쪽.

68) 김민우, "'고무줄' 의석수, 우리 국민은 받아들일까", 『시사위크』, 2018. 11. 21, http://www.sisaweek.com/news/curationView.html?idxno=115771 (최종검색일 2020. 6. 20).

69) 김영일·김종갑, "앞의 보고서", 2014, 19-20쪽.

70)「공직선거법」[법률 제16864호, 2020. 1. 14., 일부개정] [시행 2020. 1. 14.] 개정이유.

71) 조성복, 「연동형 비례대표제란 무엇인가 -독일식 vs 한국식, 쟁점과 제안」, 지식의 날개, 2020, 51쪽.

이르렀던 것이다. 그러나 이러한 개정은 상당한 진통을 겪었다. 정당 간 첨예한 갈등과 대립으로 파행을 거듭하였으며, 패스트트랙이라는 예외적 국회 절차를 통하여 준연동형 비례대표제가 도입되었다.[72]

개정된 「공직선거법」을 통하여 종전의 지역구(253석)와 비례대표 의석수(47석) 비율은 유지되었으나(총300석), 제189조 제2항에 규정된 계산식(연동배분의석수 = [(국회의원정수 - 의석할당정당이 추천하지 않은 지역구 국회의원당선인수) × 해당 정당의 비례대표국회의원선거 득표비율 - 해당 정당의 지역구국회의원당선인수] ÷ 2)을 통해 50%의 연동률이 도입되었다.[73] 이러한 선거제도는 연동률을 50%만 적용한다는 점에서 준연동형 비례대표제로 불리고 있다.

예를 들어 지역구 당선인수가 100명이고, 비례득표 비율은 40%인 A정당의 연동배분의석수를 위 공식에 따라 계산해보면(무소속 국회의원은 3명), 먼저 총300명의 국회의원정수에서 의석할당정당이 추천하지 않은 지역구국회의원당선인, 즉, 무소속 국회의원 3명을 감산한 후 A정당의 비례득표 비율 40%를 곱한 숫자에서 100명의 A정당의 지역구국회의원당선인수를 감산한 다음 이를 절반으로 나누면(위 계산식에 따라 계산하면

72) 패스트트랙(fast track, 신속처리제도)은 「국회법」 제85조의2(안건의 신속 처리)에 따라 국회에서 합의하여 처리할 수 없는 법안에 대해 절대다수(5분의 3)의 찬성을 통해 정해진 기한 내에 반드시 안건을 의결할 수 있도록 만든 절차이다. 제20대 국회에서 패스트트랙에 지정된 안건은 사회적 참사특별법(「사회적 참사의 진상 규명 및 안전사회 건설 등을 위한 특별법」 수정안), 유치원 3법(「유아교육법」/「사립학교법」/「학교급식법」 개정안), 사법개혁특별위원회(사개특위)의 「공수처 설치법」, 검경 수사권 조정안(「형사소송법」/「검찰청법」 개정안)과 정치개혁특별위원회(정개특위)의 선거제도 개혁안(「공직선거법」 개혁안) 등이다. 이 가운데 정개특위와 사개특위의 법안은 해당 위원회에서 패스트트랙 안건으로 지정하는 의결과 관련한 대립이 극에 달하여 물리적 충돌이 일어났고 이는 고소와 고발로 이어지기도 하였다. 조성복, 「연동형 비례대표제란 무엇인가 -독일식 vs 한국식, 쟁점과 제안」, 지식의 날개, 2020, 53쪽, 97-98쪽.

73) 「공직선거법」 제189조 "② 비례대표국회의원석은 다음 각 호에 따라 각 의석할당정당에 배분한다.

1. 각 의석할당정당에 배분할 의석수(이하 이 조에서 "연동배분의석수"라 한다)는 다음 계산식에 따른 값을 소수점 첫째자리에서 반올림하여 산정한다. 이 경우 연동배분의석수가 1보다 작은 경우 연동배분의석수는 0으로 한다.

연동배분의석수 = [(국회의원정수 - 의석할당정당이 추천하지 않은 국회의원당선인수)× 해당 정당의 비례대표국회의원선거 득표비율 - 해당 정당의 지역구국회의원당선인수]÷2"

[(300-3)×0.4-100]÷2=9.4) 9.4의 결과값이 나오며, 이를 소수점 첫째자리에서 반올림하면 9석이 나오게 된다.[74]

그러나 「공직선거법」은 2020년 4월 15일 실시되는 비례대표국회의원선거에서 비례대표 의석 중 30석에만 연동률 50%를 적용시키고 있다.[75] 비례대표의석 47석 중 나머지 17석에 대해서는 정당득표율에 비례하여 별도로 의석을 배분한 후 합산하는 기존의 방식이 적용되었다.[76]

2. 잔여배분의석수와 조정의석수

「공직선거법」 부칙 제4조 제1항 제1호에서는 "잔여배분의석수"와 "조정의석수"를 규정하여 각 정당별 연동배분 의석수 합계가 30석에 미달할 경우(나목)와 30석을 초과할 경우(다목)에 대비하였다.

「공직선거법」 부칙 제4조 제1항 제1호 나목에 의하면 "잔여배분의석수"는 정당별 연동배분의석수의 합계가 30석에 미달할 경우에 적용되며, 30석에서 각 연동배분의석수의 합계를 감산한 후 비례대표국회의원선거 득표비율을 곱함으로써 산정된다(잔여배분의석수=(30-각 연동배분의석수의 합계)×비례대표국회의원선거 득표비율).[77] 예를 들어 A정당, B정당, C

---

74) 보다 상세한 예시로는 중앙선거관리위원회, "[연동형 비례대표제] 제21대 국선 비례대표 의석배분 어떻게 달라지나", 『YouTube』, 2020. 1. 29, https://youtu.be/G4jYpy_meHs (최종검색일 2021. 9. 27) 참조.

75) 「공직선거법」 부칙 <법률 제16864호, 2020. 1. 14.> 제4조(비례대표국회의원의석의 배분에 관한 특례) "① 2020년 4월 15일 실시하는 비례대표국회의원선거에서는 제189조 제2항의 개정규정에도 불구하고 비례대표국회의원 의석정수를 다음 각 호에 따라 의석할당정당에 배분한다.

1. 30석

가. 다음 계산식에 따른 값은 소수점 첫째자리에서 반올림하여 연동배분의석수를 산정하되, 연동배분의석수가 1보다 작은 경우 연동배분의석수는 0으로 한다.

연동배분의석수 = [(국회의원정수 - 의석할당정당이 추천하지 않은 지역구 국회의원당선인수) × 해당 정당의 비례대표국회의원선거 득표비율 - 해당 정당의 지역구국회의원당선인수] ÷ 2"

76) 조성복, 「연동형 비례대표제란 무엇인가 -독일식 vs 한국식, 쟁점과 제안」, 지식의 날개, 2020, 54쪽.

77) 「공직선거법」 부칙 <법률 제16864호, 2020. 1. 14.> 제4조(비례대표국회의원의석의 배분에 관한 특례) "① 2020년 4월 15일 실시하는 비례대표국회의원선거에서는 제189조 제2항의 개정규정에도 불구하고 비례대표국회의원 의석정수를 다음 각 호에 따라 의석할당정당에

정당, D정당의 비례득표비율이 각 40%, 30%, 10%, 20%이며, 연동배분의석수는 각 9석, 5석, 0석, 15석으로 총 연동배분의석수가 29석인 경우(무소속의 경우는 비례득표비율과 연동배분의석수가 없으므로 고려하지 않음) 정당별 연동배분의석수 합계가 30석보다 1석 미달하므로 잔여의석 1석이 필요하며, 잔여의석 1석은 득표비율 중 소수점 이하 수가 0.4로 가장 큰 A당(40%)에게 배분된다.[78]

「공직선거법」 부칙 제4조 제1항 제1호 다목에 의하면 "조정의석수"는 정당별 연동배분의석수의 합계가 30석을 초과할 경우 에 적용되며, 30석에 연동배분의석수를 곱한 다음 각 연동배분의석수의 합계로 나눔으로써 산정된다(조정의석수=30×연동배분의석수÷각 연동배분의석수의 합계).[79] 구체적인 예로는 A당, B당, C당, D당의 연동배분의석수가 각 13석, 12석, 8석, 10석이고 연동배분의석수가 총43석으로 30석을 초과한 경우(무소속인 경우는 연동배분의석수가 없으므로 고려하지 않음) A당의 조정의석수는 30석에 A당의 연동배분의석수 13석을 곱한 다음 총 연동배분의석수인 43석을 나눔으로써 산정될 수 있고(30×13÷43), 그 결과값

배분한다.

1. 30석

나. 가목에 따른 각 정당별 연동배분의석수의 합계가 30석에 미달할 경우 각 의석할당정당에 배분할 잔여의석수(이하 이 조에서 "잔여배분의석수"라 한다)는 다음 계산식에 따라 산정한다. 이 경우 정수(整數)의 의석을 먼저 배정하고 잔여의석은 소수점 이하 수가 큰 순으로 각 의석할당정당에 1석씩 배분하되, 그 수가 같은 때에는 해당 정당 사이의 추첨에 따른다.

잔여배분의석수 = (30 - 각 연동배분의석수의 합계) × 비례대표국회의원선거 득표비율"

78) 중앙선거관리위원회, "[연동형 비례대표제] 제21대 국선 비례대표 의석배분 어떻게 달라지나", 『YouTube』, 2020. 1. 29, https://youtu.be/G4jYpy_meHs (최종검색일 2021. 9. 27).

79) 「공직선거법」 부칙 <법률 제16864호, 2020. 1. 14.> 제4조(비례대표국회의원의석의 배분에 관한 특례) "① 2020년 4월 15일 실시하는 비례대표국회의원선거에서는 제189조 제2항의 개정규정에도 불구하고 비례대표국회의원 의석정수를 다음 각 호에 따라 의석할당정당에 배분한다.

1. 30석

다. 가목에 따른 각 정당별 연동배분의석수의 합계가 30석을 초과할 경우에는 가목 및 나목에도 불구하고 다음 계산식에 따라 산출된 수(이하 이 조에서 "조정의석수"라 한다)를 각 연동배분의석 할당정당의 의석으로 산정한다. 이 경우 산출방식에 관하여는 나목 후단을 준용한다.

조정의석수 = 30 × 연동배분의석수 ÷ 각 연동배분의석수의 합계"

은 소수점 넷째자리까지 계산하면 9.0697이며 결과적으로 A당은 9석을 배분받는다.[80]

한편, 비례대표의석수 47석 중 17석에 대하여는 기존 의석배분방식이 적용되는 바, 「공직선거법」 부칙 제4조 제1항 제2호에 따르면 17석에 각 정당의 비례득표비율을 곱한 값을 각 정당에 배분한다. 이에 따른 결과값에 대하여는 정수의 의석을 먼저 배분하고 잔여의석은 소수점 이하 수가 큰 순으로 각 정당에 1석씩 배분하고 그 수가 같은 때에는 해당 정당 사이의 추첨에 따르도록 하였다. 예를 들어 A정당, B정당, C정당, D정당의 비례득표비율이 각 40%, 30%, 10%, 20%이라면(무소속인 경우 비례득표비율을 고려하지 않음) A정당은 7석(17석×40%=6.8), B정당은 5석(17석×30%=5.1), C정당은 2석(17석×10%=1.7), D정당은 3석(17석×20%=3.4)을 병립형 배분의석수로 배분받게 된다.[81]

주권자인 국민은 지역구국회의원선거와 비례대표국회의원선거에 1인 2표를 행사한다. 지역구국회의원선거에 대한 한 표는 지역구를 대표하는 국회의원 의석수(총253석)뿐만 아니라 50% 연동형 비례대표 국회의원 의석수(총30석)에 영향을 미치며, 비례대표국회의원선거에 대한 한 표는 50% 연동형 비례대표 국회의원 의석수(총30석)뿐만 아니라 병립형 비례대표 국회의원 의석수(17석)에도 영향을 미치게 된다.

한편, 개정 「공직선거법」상 봉쇄조항은 종전과 동일하게 유지되었다. 「공직선거법」 제189조 제1항에 의하면 정당득표율 3% 이상 또는 지역구 5석 이상을 얻은 정당이 비례대표국회의원을 배출할 수 있다.[82]

---

80) 이러한 계산식에 따라 B당, C당, D당의 경우 각 결과값이 8.3720, 5.5813, 6.9767이 나오며, 이에 따라 B당은 8석, C당은 6석, D당은 7석의 조정의석수를 배분받게 된다. 이에 관한 자세한 사항에 관하여는 중앙선거관리위원회, "[연동형 비례대표제] 제21대 국선 비례대표 의석배분 어떻게 달라지나", 『YouTube』, 2020. 1. 29, https://youtu.be/G4jYpy_meHs (최종검색일 2021. 9. 27) 참조.

81) 중앙선거관리위원회, "[연동형 비례대표제] 제21대 국선 비례대표 의석배분 어떻게 달라지나", 『YouTube』, 2020. 1. 29, https://youtu.be/G4jYpy_meHs (최종검색일 2021. 9. 27).

82) 「공직선거법」 제189조(비례대표국회의원의석의 배분과 당선인의 결정·공고·통지) "① 중앙선거관리위원회는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정당(이하 이 조에서 "의석할당정당"이라 한다)에 대하여 비례대표국회의원의석을 배분한다.

1. 임기만료에 따른 비례대표국회의원선거에서 전국 유효투표총수의 100분의 3 이상을 득표한 정당

3. 준연동형 비례대표제의 문제점

2020년 4월 15일부터 실시된 준연동형 비례대표제는 연동률이 50%에 불과하여 연동의 효과가 크지 않다는 점과 초과의석수에 대한 보완장치를 두지 않았다는 점에서 문제가 있다. 무엇보다 준연동형 비례대표제로 말미암아 더불어시민당, 미래한국당과 같은 위성정당이 등장하였는 바, 이러한 문제점들은 향후 「공직선거법」 개정의 필요성을 뒷받침하고 있다. 특히 준연동형 비례대표제가 비례성이 적으며 초과의석이 적다는 문제점은 헌법상 선거원칙인 직접선거의 원칙과 평등선거의 원칙에 위반될 여지를 남기고 있어 중점적으로 조명할 필요가 있다.

헌법상 직접선거의 원칙[83]은 선거결과가 선거권자의 투표에 의하여 직접 결정될 것을 요구하는 원칙이다.[84] 민주주의의 발전과정 초기에는 선거인이 후보자에게 직접 투표하는 것을 의미하였으나, 오늘날에는 선거결과가 유권자의 의사에 의하여 최종적으로 결정되기만 하면 직접선거의 원칙에 위배되지 않는다.[85]

「공직선거법」상 준연동형 비례대표제는 47석의 비례대표의석의 일부를 연동형, 일부를 병립형으로 하여 의석배분의 결과가 달라지게 하고 있어 직접선거의 원칙에 위반될 여지를 함축하고 있다. 이러한 비례대표제는 2020년 4월 15일 국회의원선거에 대하여만 적용되는 바, 향후 국회의원선거에서는 어떠한 방식으로 규정될 것인지 불분명하다. 이렇듯 연동형과 병립형의 비율을 달리하여 각 정당의 의석수 변경이 초래된다는 점은 선거구획정의 불균형을 초래하는 게리맨더링을 연상시키며 이는 국민의사의 정확한 반영으로 볼 수 없어 문제가 된다.[86]

---

2. 임기만료에 따른 지역구국회의원선거에서 5 이상의 의석을 차지한 정당"

83) 헌법 제41조 "① 국회는 국민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출된 국회의원으로 구성한다."

84) 헌재 2001. 7. 19. 선고 2000헌마91등 결정, 판례집 13-2, 95-97 〔공직선거법 제146조 제2항, 공직선거및선거부정방지법 제56조 등, 공직선거및선거부정방지법 제189조 위헌확인〕.

85) 성낙인, 「헌법학」, 법문사, 2020, 163쪽.

86) 장영수, "개정 공직선거법에 따른 연동형 비례대표제의 헌법적 문제점", 「공법연구」 제48집 제3호 (한국공법학회 2020) 184쪽.

또한 「공직선거법」상 준연동형 비례대표제는 평등선거의 원칙에 위배될 여지 또한 내포하고 있다. 평등선거의 원칙은 차등선거에 대응하는 개념으로서, 모든 선거권자가 행사하는 투표가 동등한 '계산'가치와 동등한 '결과'가치를 가지는 선거를 말한다.[87] 고전적 평등선거의 원칙이 '1인 1표의 원칙', 즉 산술적 평등을 확보하는 것이었다면, 오늘날은 '실질적 성과가치의 평등'까지 내포하고 있다.[88]

헌법재판소는 "평등선거(平等選擧)의 원칙(原則)은 평등의 원칙이 선거제도에 적용된 것으로서 투표의 수적(數的) 평등, 즉 복수투표제 등을 부인하고 모든 선거인에게 1인 1표(one man, one vote)를 인정함을 의미할 뿐만 아니라, 투표의 성과가치(成果價値)의 평등, 즉 1표의 투표가치가 대표자 선정이라는 선거의 결과에 대하여 기여한 정도에 있어서도 평등하여야 함(one vote, one value)을 의미한다"고 함으로써 평등선거의 원칙의 의미에 관하여 구체적으로 판시한 바 있다.[89]

또한 헌법재판소는 1인 1표제 하에서 비례대표의석배분방식을 규정하고 있었던 종전의 「공직선거법」이 평등선거의 원칙에 위반된다는 판시를 하였다.[90] 헌법재판소는 이 사건에서 "어떤 선거권자가 지역구후보자에 대한 투표는 지역구의원 선출에 기여함과 아울러 그가 속한 정당의 비례대표의원의 선출에도 기여하는 2중의 가치를 지니게 되는 데 반하여, 어떤 선거권자가 무소속지역구후보자를 지지하여 그에 대하여 투표하는 경우 그 투표는 무소속후보자의 선출에만 기여할 뿐 비례대표의원의 선출에는 전혀 기여하지 못하므로 투표가치의 불평등이 발생한다"고 판시하면서 투표의 성과가치의 불평등에 대하여 구체적으로 설시한 바 있다.

「공직선거법」상 준연동형 비례대표제에 의하면 비례대표의석 47석 중 30석만 준연동방식(50%)으로 배분되는 바 연동의 효과가 미미하다는

87) 홍성방, 「헌법학(상)」, 박영사, 2016, 153쪽.

88) 장영수, 「헌법학」, 홍문사, 2017, 287쪽.

89) 헌재 1995. 12. 27. 선고 95헌마224 등 결정, 판례집 7-2, 771 〔공직선거및선거부정방지법 [별표1]의 국회의원지역선거구구역표 위헌확인〕.

90) 헌재 2001. 7. 19. 선고 2000헌마91등 결정, 판례집 13-2, 97-99 〔공직선거법 제146조 제2항, 공직선거및선거부정방지법 제56조 등, 공직선거및선거부정방지법 제189조 위헌확인〕.

비판을 받고 있다.[91] 즉, 비례대표 의석에 연동형과 병립형이 공존하고 있는 바, 연동형 비례대표제가 추구하는 투표가치의 평등이 실현되지 못하고 있다.[92]

또한 초과의석에 대한 보완장치를 따로 두고 있지 않다는 점도 평등선거의 원칙에 위반된다고 할 수 있다.[93] 독일 연방헌법재판소는 2012년 7월 25일 「연방선거법」 제6조 제5항이 초과의석에 대한 보정을 규정하고 있지 않으며, 초과의석의 규모가 과다하게 나타나는 점이 평등선거의 원칙에 위반된다는 판시를 하였다.[94]

「공직선거법」은 준연동형 비례대표제(비례대표의석수 총47석=연동형 30석+병립형 17석)와 잔여배분의석수와 조정의석수에 대하여 규정하며 초과의석수에 대하여 규정하지 않고 있다. 초과의석으로 인한 득표율과 의석율의 불일치를 조정하기 위한 보정의석 또한 규정하고 있지 않다.

위에서 살펴본 2012년 7월 25일 독일 연방헌법재판소 결정에서는 초과의석이 과도하다는 점과 초과의석에 대한 보정을 규정하지 않은 점을 지적하며 해당 「연방선거법」 조항들에 대해 위헌판결을 내렸는 바 이러한 판시기준을 고려한다면 「공직선거법」 제189조는 위헌결정을 받게 될 여지가 있다. 즉, 평등선거의 원칙의 내용은 독일 기본법과 한국 헌법상 내용이 동일하며 독일 연방헌법재판소의 결정은 일응 타당한 것으로 보이므로, 초과의석과 보정의석에 대한 규정을 두고 있지 않은 「공직선거법」 제189조는 평등선거의 원칙에 위반된다는 비판에서 자유롭지 못할 것으로 보인다.

Ⅴ. 한국의 준연동형 비례대표제의 개선방향

1. 독일의 정부형태와 선거제도에 관한 검토

가. 독일의 의원내각제와 연동형 비례대표제

91) 장영수, “앞의 논문”, 2020, 185쪽.

92) 김선화, “비례대표 국회의원 선거제도의 의석배분에 관한 헌법적 문제”, 「헌법학연구」 제25권 제1호 (한국헌법학회 2019) 297쪽.

93) 장영수, “앞의 논문”, 2020, 186쪽.

94) BverfGE 2 BvF 3/11(109-110).

연동형 비례대표제가 다당제의 정착을 초래하며, 연정(延政)을 가능케 하는 의원내각제 내지 분권형 정부형태와의 조응성이 더 높다는 점은 널리 알려져 있다.[95] 이는 독일의 정부형태와 선거제도에서도 잘 나타나고 있다. 독일은 연동형 비례대표제를 통하여 기독교민주연합/기독교사회연합(CDU/CSU), 녹색당, 사회민주당(SPD) 등 다양한 정당을 출현시켰다. 이는 독일의 정부형태로서 의원내각제가 기반을 제공함으로써 가능하였는 바, 독일의 정당들은 의원내각제 하에서 연정을 통하여 협치를 하여 왔다.[96]

그러나 독일의 연동형 비례대표제의 기반을 이루는 의원내각제는 한국의 정부형태로 적합하지 않다. 독일의 의원내각제는 바이마르공화국에서부터 일찍이 시행되어 온 것으로 현재에 이르기까지 오랜 세월동안 안정적으로 운영되어 왔다.

한국에서는 제헌헌법을 제정할 당시 의원내각제를 도입할 기회가 있었으나[97] 의원내각제는 조선왕조에서 벗어나 신생 독립국가로 발돋움하려고 했던 한국의 정치상황에 부합하지 않은 제도였다. 더구나 독일에 비해 민주주의의 도입시기가 다소 늦었던 한국에 의원내각제를 도입하게 되면 정치적 혼란이 가중될 수도 있었다.

물론 제2공화국에서 의원내각제가 잠시 시행되었으나 민주당정부는 정권담당세력 내부에서 신파·구파의 정파적 갈등으로 효율적인 정부를 이끌어 나가지 못하고, 위기관리능력의 한계를 보여주었으며[98] 이후 대통령제가 유신과 군사독재를 거쳐 현재에 이르기까지 시행되고 있다. 현재 시행되고 있는 대통령제는 국민의 정치참여를 도모한다는 점에서 장점이

95) 장영수, "앞의 논문", 2019, 140쪽.

96) 연방정부의 정권교체도 1998년 정권교체를 제외하고 선거가 아닌 새로운 연대를 형성함으로써 이루어져 왔다. Hans Herbert von Arnim, "Die Parteien und nicht die Bürger bestimmen die Abgeordneten", *Zeitschrift für Rechtspolitik* 37 Jahrg Heft 4, 14 Juni 2004, p. 117.

97) 1948년 6월 11일 제헌국회에서 조직된 '헌법 및 정부조직법 기초위원회(이하 '기초위원회'라고 함)' 전문위원들은 독재를 예방할 수 있다는 명분으로 정부형태를 내각책임제로 할 것을 결정하였으나 6월 15일 당시 국회의장이었던 이승만이 대통령제를 채택할 것을 강조하여 기초위원회에 압력을 가중시켰다. 양측의 논의 끝에 결국 제헌헌법에는 대통령제가 규정되었다. 이영록, "제헌국회의 '헌법 및 정부조직법 기초위원회'에 관한 사실적 연구", 「법사학연구」 제25권 (한국법사학회, 2002) 92-97쪽.

98) 성낙인, 「앞의 책」, 2020, 81쪽.

있으며, 독재라는 위험요소는 국민의 민주의식이 고양된 오늘날 더 이상 민주주의를 위협하지 못할 것으로 보인다.

제21대 국회의원선거부터 도입된 「공직선거법」상 준연동형 비례대표제는 의원내각제가 아닌 대통령제에서 시행되고 있는 바, 이러한 점은 연동형 혹은 준연동형 비례대표제가 의원내각제와 필연적이지 않다는 사실을 보여주고 있다. 대통령제가 안정적으로 운영되고 있는 현 상황에서 의원내각제를 무리하게 도입할 필요는 없다고 보인다.

나. 독일의 연동형 비례대표제 도입에 관한 검토

한국의 준연동형 비례대표제는 독일의 연동형 비례대표제와는 상이한 양상을 보인다. 독일의 연동형 비례대표제는 정당득표율에 비례하여 총 의석수를 결정하며, 이렇게 결정된 총의석수를 권역별로 재배분하는 권역별 비례대표제이다. 또한 정당득표율 5% 이상 또는 지역구 3석 이상을 얻은 정당이 비례대표국회의원을 배출하게 되며(봉쇄조항), 지역구와 비례대표 중복하여 출마할 수 있다.[99]

2019년 통과된 「공직선거법」 개정안에서는 정당득표율의 절반에 비례하여 의석이 배분되도록 하였으며, 지역구와 비례대표가 연관이 되어 있어 개정안의 선거제도는 준연동형 비례대표제로 불리고 있다. 이러한 선거제도는 50%의 연동률이 적용된다는 점, 50%의 연동률도 비례대표 47석 중 30석에 대하여만 제한되고 나머지 17석에 대하여는 기존의 병립형 선거제도가 적용된다는 점에서 독일의 연동형 비례대표제와 상이한 부분을 보이고 있다.

또한 지역구와 비례대표 의석수 배분도 지역구 253석, 비례대표 47석으로 되어 있어 독일처럼 지역구와 비례대표 의석수의 비율이 동일하지 않다. 비례대표의 경우도 권역별로 되어 있지 않고 전국단위로 선출된다는 점, 정당득표율 3% 이상 또는 지역구 5석 이상을 배분받은 정당이 비례대표국회의원을 배출한다는 점에서도 독일의 선거제도와 차이점을 보이

99) 2017년 독일 19대 연방총선에서 독일 중부에 위치한 헤센 주 지역구 번호 182번(프랑크푸르트 Ⅰ)의 기독교민주연합(CDU) 지역구 후보 마티아스 짐머(Matthias Zimmer) 교수는 헤센 주 정당명부 8번 비례대표에도 이름을 올린 바 있다. 조성복, 「독일 정치, 우리의 대안」, 지식의 날개, 2018, 176쪽.

고 있다. 무엇보다 개정안에서는 석패율제가 규정되지 않아 국회의원 후보자는 지역구와 비례대표에 별도로 입후보하여야 한다.

이에 대하여 「공직선거법」 연동형 캡(cap)에 관한 규정은 2020년 제21대 국회의원 총선거에만 예외적으로 적용된다는 점을 지적하면서 권역별 비례대표제를 통하여 선거제도의 문제점을 해결할 수 있다는 견해가 있다.[100]

이 견해는 권역별 비례대표제를 도입하게 되면 더불어민주당은 영남지역에서, 미래통합당(現 국민의힘)은 호남지역에서 의석수가 증가하며 이로 인하여 위성정당의 문제는 발생하지 않게 된다고 한다. 미래통합당의 경우 영남지역에서도 지역구 의석이 줄지 않기 때문에 위성정당을 만들 필요가 없다는 것이다.

실제 독일의 연동형 비례대표제를 한국 19대 총선에 시뮬레이션한 결과 비례대표 의석수 증가로 총의석수가 331석으로 늘어났는 바 이는 권역별 비례대표를 적용하여 다수의 초과의석이 발생한 데에 기인한다.[101] 이는 독일식 권역별 비례대표제를 도입하면 자유한국당(現 국민의힘)이 122석 대비 15석이 줄어든 98석을 가져가고 더불어민주당이 123석 대비 105석이 증가한 228석을 가져간다는 연구결과와 상치된다.[102]

이렇게 연구결과가 서로 상이한 것은 권역을 시·도 단위로 하지 않았으며, 인천·경기·강원도를 하나의 권역으로 하는 것처럼 1개 권역의 범위를 너무 넓게 잡았기 때문이다.[103]

---

100) 조성복, 「연동형 비례대표제란 무엇인가 -독일식 vs 한국식, 쟁점과 제안」, 지식의 날개, 2020, 57-61쪽.

101) 이 결과에 의하면 총의석수가 기존 300석에서 331석으로 늘어났으며, 비례의석은 54석에서 85석으로 31석이 증가하였다. 이는 초과의석 발생으로 인한 것으로 새누리당(現 국민의힘)은 18석, 민주통합당(現 더불어민주당)은 10석의 초과의석이 나타났다. 조성복, 「독일 정치, 우리의 대안」, 지식의 날개, 2018, 184-185쪽.

102) 이는 자유한국당 비상대책위원회 산하 정치혁신위원회가 발간한 선거제도별 예상 의석수와 장단점 등을 분석한 '대한민국 민주주의의 질적 향상을 위한 국회의원선거제도 개정의견' 보고서에 의한 것이다. 위에서 언급한 자유한국당 122석과 더불어민주당 123석은 2018년 6월 13일 지방선거 결과를 기준으로 한 것이다. 이서희, "한국당 '독일식 선거제 도입 땐 민주 228·한국 98·바른미래 22석'", 『한국일보』, 2018. 12. 27, https://news.naver.com/main/read.naver?mode=LSD&mid=sec&sid1=100&oid=469&aid=0000352609 (최종검색일 2021. 8. 29).

정당	실제 결과				독일식 적용				
	지역	비례	계	비율(%)	지역	비례	계	비율	초과의석
새누리당	127	25	152	50.7	127	29	156	47.1	18
민주통합당	106	21	127	42.3	106	22	128	38.7	10
통합진보당	7	6	13	4.3	7	26	33	10.0	-
자유선진당	3	2	5	1.7	3	8	11	3.3	-
기타(무소속)	3	-	3	1.0	3	-	3	1.0	3
합계	246	54	300	100	246	85	331	100	31

표 한국 19대 총선의 독일식 적용 결과

(조성복, 「독일 정치, 우리의 대안」, 2018, 지식의 날개, 185쪽)

독일의 권역별 비례대표제는 사표 발생을 최소화하는 점에서 의미가 상당하나, 초과의석으로 인한 국회의원 총의석수가 증가한다는 점에서 바람직하지 않아 보인다. 국회의원 정수의 증가는 세금의 지출로 이어지며, 이는 불필요한 의원 정수의 증가를 원하지 않은 국민 감정과도 어긋난다. 이러한 점에서 독일의 권역별 비례대표제를 한국의 국회의원 총선거에 무분별하게 도입하는 것은 타당하지 않다.

2. 한국의 준연동형 비례대표제의 개선방안

가. 비례성 강화방안

「공직선거법」상 준연동형 비례대표제에 의하면 지역구 국회의원 의석수가 비례대표 국회의원 의석수보다 다수를 차지하고 있다. 이는 독일의 연동형 비례대표제에 비하여 비례성이 낮다고 볼 수 있다.

독일의 연동형 비례대표제에서는 총598명의 국회의원을 선출하고 있는데 지역구 국회의원(299명)과 비례대표 국회의원(299명)의 수가 동일하여 연동률이 1:1로 비례성이 강화되고 있다. 반면 개정 「공직선거법」상 준연동형 비례대표제에 의하면 지역구와 연동형 비례대표 의석의 비율이 8.4:1(253:30)로 비례성이 충족되지 못하고 있음을 알 수 있다.[104]

103) 조성복, 「독일 정치, 우리의 대안」, 지식의 날개, 2018, 185쪽.

이러한 점은 정당득표율과 의석점유율 사이의 불일치가 큰 폭으로 나타나고 있는 소선거구 단순다수제의 단점을 극복하기 위해 「공직선거법」을 개정하고자 하였던 이유[105]를 무색하게 한다. 이에 따라 향후 「공직선거법」에서는 비례대표 의석을 확대하는 것이 요구되며, 구체적으로 전체 의원정수를 확대하기보다 지역구 국회의원수를 축소함으로써 비례성을 강화[106]하는 것이 바람직하다고 보인다.

앞서 살펴본 바와 같이 국회의원 총의원수를 늘림으로써 세금이 증가한다는 사실은 독일에서도 우려된 바 있다. 한국의 경우 국회의원 정수를 늘리는 것은 국민 정서에도 맞지 않다. 이와 관련하여 중앙선거관리위원회에서는 2015년 국회의원 총 정수는 300석으로 유지하되 권역별로 지역구와 비례대표 비율을 2:1 범위(±5%)에서 정하는 방안을 제시한 바 있다.[107] 이러한 방안은 권역별 비례대표제에 관한 것이며 독일과 같이 지역구와 비례대표 국회의원 정수의 비율을 1:1로 동일하게 하는 것은 아니지만, 비례성을 강화시키는 단계적인 개선방안으로 고려할 부분이 있다고 보인다.

한편, 현행 고정명부식 정당명부제에 기초한 비례대표 국회의원선거를 가변명부식 정당명부제로 개정하는 것도 권고된다. 고정명부식 정당명부제는 정당의 수뇌부에서 정한 정당명부에 유권자가 단지 찬성표만 행사하는 반면 가변명부식 정당명부제는 유권자가 정당에서 제시한 비례대표 명부의 순위를 바꿀 수 있도록 한다.[108] 가변명부식 정당명부제에 의하면 불투명하다고 지적받았던 정당의 국회의원 공천의 문제를 해결할 수 있으며, 유권자의 판단에 의하여 국회의원 후보를 결정할 수 있다. 물론 유권자가 국회의원 후보를 결정하는 것에 절차적인 어려움이 따를 수도 있겠지만 이와 관련된 구체적인 방안을 모색함으로써 민주성과 객관성을

104) 최은혜, "'연동형 비례' 성공하려면, 지역구·비례대표 의석수 1대 1 돼야", 『중앙SUNDAY』, 2020. 4. 25, https://news.naver.com/main/read.naver?mode=LSD&mid=sec&sid1=102&oid=353&aid=0000036752 (최종검색일 2021. 8. 30).

105) 「공직선거법」 개정이유[시행 2020. 1. 14][법률 제16864호, 2020. 1. 14., 일부개정].

106) 장영수, "앞의 논문", 2019, 138쪽.

107) 중앙선거관리위원회, "정치관계법 개정의견", 2015. 2. 25, 5쪽.

108) 고문현, "선거제도의 기본원칙과 공직선거법의 개혁방안", 「토지공법연구」 제90집 (한국토지공법학회 2020) 296쪽.

상향시킬 수 있을 것으로 보인다.

나. 봉쇄조항 상향방안

비례대표제에 대하여는 소수정당의 난립에 대한 지적이 제기되며, 연동형 비례대표제를 채택하고 있는 독일에서도 군소정당이 많이 등장한 바 있다.[109] 이에 대해 독일에서는 봉쇄조항을 통해 군소정당 난립방지를 도모하고 있다.

독일은 「연방선거법」 제6조 제3항에 봉쇄조항을 규정함으로써 5%이상 득표 또는 지역구 국회의원선거에서 3석 이상을 배분받은 정당에게 비례대표의석을 할당하고 있다. 한국은 「공직선거법」 제189조 제1항에서 봉쇄조항을 규정하고 있는 바, 정당득표율 3% 혹은 지역구 국회의원선거에서 5석 이상을 얻은 정당에게 비례대표국회의원의석을 배분하고 있다.

독일의 봉쇄조항은 정당득표율을 5%로 규정함으로써 정당득표율을 3%로 규정하고 있는 한국의 봉쇄조항보다 더 상향되어 있다. 이는 독일이 소선거구 단순다수제가 아닌 연동형 비례대표제를 채택하고 있는 데에 원인을 두고 있다. 연동형 비례대표제는 군소정당이 난립할 위험성을 내포하고 있기 때문이다.

반면 소선거구 단순다수제를 채택하고 있었던 한국의 경우 봉쇄조항을 상향조정할 필요는 없었다. 그러나 2019년 「공직선거법」의 개정으로 준연동형 비례대표제가 도입되었으므로 봉쇄조항 상향에 대한 검토가 필요하다. 2020년 4월 15일 국회의원선거에서 비례대표의석 47석 중 30석에 대하여만 연동이 되었기 때문에 소수정당이 난립하는 현상은 발생하지 않았다.[110]

---

109) 장영수, “앞의 논문”, 2019, 132쪽.

110) 제21대 국회의원선거결과 더불어민주당 163석, 미래통합당 84석, 미래한국당 19석, 더불어시민당 17석, 정의당 6석, 국민의당 3석, 열린민주당 3석, 무소속 5석으로 소수정당의 난립은 나타나지 않았다. 정당의 수는 제20대 국회의원선거보다 증가하였으나 거대양당이었던 더불어민주당과 미래통합당, 정의당과 국민의당은 종전부터 존재한 정당이며, 새롭게 추가된 더불어시민당과 미래한국당은 더불어민주당과 미래통합당의 위성정당으로 이후 합당하였다. 열린민주당은 지역구 후보를 내지 않고 비례대표후보만 공천하여 비례대표국회의원수 3석을 얻은 것이며, 47석 중 3석을 얻음으로써(5.42%) 봉쇄조항의 정당

그러나 준연동형 30석과 병립형 17석의 비율은 2020년 4월 15일 선거에서만 유지되었고 향후 준연동형 비율이 더 높게 상향될 수 있으므로 이를 방지하기 위하여 독일과 같이 5% 혹은 3석의 봉쇄조항 상향이 필요하다고 보인다. 이는 「공직선거법」 개정을 통해 준연동형 비율에 대한 윤곽이 나타나면 추가 논의를 거쳐 도입될 수 있을 것이다.

다. 위성정당 배제방안

정치권에서는 준연동형 비례대표제가 규정된 현행 「공직선거법」에 대한 개정논의가 진행되고 있다. 2021년 7월 21일 더불어민주당 송영길 대표와 국민의힘 이준석 대표는 「공직선거법」 개정과 관련된 인식을 공유한 바 있다.[111] 제21대 국회의원 총선거에서 등장한 위성정당의 문제로 「공직선거법」 개정에 대한 논의가 이루어진 것인데, 구체적인 내용은 정해진 바 없다. 제21대 국회의원 총선거에서 더불어민주당의 위성정당으로 더불어시민당이, 미래통합당의 위성정당으로 미래한국당이 등장하였고, 선거 이후 더불어민주당과 더불어시민당이, 미래통합당과 미래한국당이 각각 합당을 하였는 바, 이는 위성정당의 문제점으로 이미 예고된 것이었다.

이렇듯 제21대 국회의원선거에서 위성정당이 등장한 것은 국회의원 의석수를 더 많이 배분받으려는 정당들의 전략에서 비롯되었다. 연동형 비례대표제 도입을 반대하였던 미래통합당이 지역구 국회의원 후보자만 공천하고 비례대표 국회의원 후보자는 공천하지 않는 대신 위성정당인 미래한국당을 통하여 비례대표 국회의원후보자를 공천하기로 하였고, 위성정당을 만들지 않겠다고 하였던 더불어민주당 또한 지역구 국회의원 후보자만 공천하고 비례대표 국회의원 후보자는 위성정당인 더불어시민당을 통하여 공천하였던 것이다.

이에 따라 향후 「공직선거법」 개정을 통하여 위성정당을 배제하는 방안이 마련되어야 할 것이다. 이에 대하여 위성정당 차단 방안으로 독

득표율인 3% 이상을 충족한 것으로 보인다. 제21대 국회의원선거결과에 대하여는 중앙선거관리위원회 선거통계시스템, http://info.nec.go.kr/ (최종검색일 2021. 9. 28).

111) 이 철·최동현, “송영길·이준석, 재난지원금 ‘전국민 지급’·선거법 개정 합의(종합)”, 2021. 7. 12, 『뉴스1』, https://www.news1.kr/articles/?4369343 (최종검색일 2021. 8. 29).

일에서 제안된 '바이에른 주(州)의회선거 모델'이 고려된다. 연동형을 실시하는 바이에른 주의회선거는 지역구득표와 정당득표를 합산한 결과로 정당의 의석을 정하고 있으며, 이에 따라 위성정당을 설립한 모(母)정당이나 위성정당이 기대한 만큼 의석을 확보하기 어렵게 된다.[112] 이러한 바이에른 주의회선거 모델이 도입되면 각 정당은 지역구와 비례대표 국회의원 후보자를 모두 공천해야 하므로 위성정당이 발생할 여지는 적어지게 된다고 보인다.

112) 김종갑·이정진, "제21대 국회의원선거 분석 및 향후 과제", 「이슈와 논점」 제1708호, 국회입법조사처, 2020, 4쪽.

Ⅵ. 결론

독일 연방정부의 모든 민주적 건설은 의회의 선거와 민주적 가치에 달려 있다.[113] 이에 독일의 선거제도를 살펴보기 위해 독일의 정부형태인 의원내각제를 함께 살펴보았다. 독일은 바이마르공화국과 본(Bonn) 공화국을 거치면서 민주주의를 정착시켰다.[114] 이는 의원내각제의 발전으로 이어졌는 바, 독일 연방대통령의 의회해산권과 건설적 불신임투표제를 통해 정국이 안정적으로 운영될 수 있었다.

이러한 의원내각제는 기독교민주연합/기독교사회연합(CDU/CSU), 사회민주당(SPD), 녹색당(Bündnis 90/Die Grünen) 등 다수의 정당 간 협치(協治)를 통해 이루어졌다. 협치의 배경에는 독일의 선거제도인 연동형 비례대표제가 있었다. 정당득표율에 비례하여 비례대표 국회의원을 선출하는 연동형 비례대표제는 사표를 최소화한다는 장점이 있으나 초과의석과 부정적 득표가중현상 등 문제점 또한 내포하고 있다.

한국의 국회는 2019년 12월 27일 준연동형 비례대표제를 규정한 「공직선거법」 개정안을 통과시켰다. 본래는 독일식 연동형 비례대표제를 규정하려 하였으나 각 정당 간 대립을 극복하지 못하고 왜곡된 형태로 규정되기에 이른 것이다. 「공직선거법」에 의하면 비례대표 47석 중 30석에 대하여만 50%의 연동률이 적용되며, 나머지 비례대표 의석 17석에 대하여는 기존의 병립형 비례대표제가 적용된다. 이러한 준연동형 비례대표제는 비례성을 충족시키지 못하고 연동률이 적으므로 헌법상 직접선거의 원칙과 평등선거의 원칙을 위반할 여지가 있다. 최근에는 「공직선거법」 개정에 대한 여야 간 합의가 있었는 바, 이에 따라 「공직선거법」에 대한 개정은 불가피할 것으로 보인다.

향후 「공직선거법」의 개정은 충분한 논의를 거쳐 이루어져야 한다. 애초의 의도대로 독일식 연동형 비례대표제를 규정하는 것도 한 방법이 될 수 있겠으나, 이는 초과의석 발생으로 인한 국회의원 총의석수의 증

113) Hans Herbert von Arnim, “Wählen wir unsere Abgeordneten unmittelbar?”, *JuristenZeitung* 57. Jahrg., Nr. 12, 21 Juni 2002, p. 587.

114) 바이마르공화국이 원심민주주의였다면, 본 공화국은 구심민주주의라고 할 수 있다. Arend Lijphart, “Consociational Democracy”, *World Politics* Vol. 21, No. 2, Jan., 1969, p. 224.

가를 초래하며, 국회의원 총의석수의 증가는 세비 증가로 이어져 굳이 도입할 필요는 없다고 본다.

독일과 같은 의원내각제를 도입할 필요 또한 없다. 대통령제가 직선제로 국민의 정치참여를 높이며 안정적으로 유지되고 있는 현 상황에의원내각제를 무리하게 도입하는 것은 바람직하지 않다. 의원내각제가 정파적 갈등으로 인한 정치적 혼란을 야기한다는 사실은 제2공화국에서 이미 경험하였는 바 의원내각제를 한국의 정치상황에 부합한다고 보기 어렵다. 또한 준연동형 비례대표제는 대통령제 하에서도 실시되고 있으므로 「공직선거법」에 준연동형 비례대표제가 규정되었다고 하여 대통령제에서 의원내각제로 변경할 필요는 없다고 보인다.

현행 준연동형 비례대표제는 비례성이 약화되는 문제가 있으므로 현행 국회의원정수를 유지하되 지역구 국회의원을 줄이는 대신 비례대표 국회의원을 늘림으로써 비례성을 강화할 필요가 있다. 또한 비례대표 국회의원선거에 대하여는 가변명부식 정당명부제를 도입하여 공천의 투명성을 도모할 필요도 있다. 한편으로 저지조항 상향방안을 통해 소수정당의 난립을 방지하여야 하며, 정당이 지역구의원과 비례대표국회의원 후보 모두 공천하도록 함으로써 위성정당을 차단하여야 한다.

(논문투고일: 2021.8.31, 심사개시일: 2021.9.6., 게재확정일: 2021.9.24.)



김연진

연동형 비례대표제, 초과의석, 준연동형 비례대표제, 봉쇄조항, 공직선거법

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 단행본

문광삼, 「한국헌법학」, 삼영사, 2011.
성낙인, 「헌법학」, 법문사, 2020.
장영수, 「헌법학」, 홍문사, 2017.
조성복, 「독일 정치, 우리의 대안」, 지식의 날개, 2018.
_____, 「연동형 비례대표제란 무엇인가 –독일식 vs 한국식, 쟁점과 제안」, 지식의 날개, 2020.
통일부, 「독일통일 총서 27 동독의 통일대비 입법 분야 관련 정책문서」, 2018.
허 영, 「한국헌법론」, 박영사, 2019.
홍성방, 「헌법학(상)」, 박영사, 2016.

Ⅱ. 논문

고문현, “선거제도의 기본원칙과 공직선거법의 개혁방안”, 「토지공법연구」 제90집 (한국토지공법학회, 2020), 273-299쪽.
김도협, “獨逸 聯邦議會選擧制度와 그 受容必要性에 관한 硏究”, 「세계헌법연구」 제13권 제2호 (국제헌법학회, 한국학회, 2007) 37--62쪽.
_____, “현행 독일선거법제에 관한 고찰”, 「법학연구」 제17집 제2호 (인하대학교 법학연구소, 2014) 1-38쪽.
김선화, “비례대표 국회의원 선거제도의 의석배분에 관한 헌법적 문제”, 「헌법학연구」 제25권 제1호 (한국헌법학회, 2019) 285-314쪽.
김 욱, “독일 연방의회 선거제도가 한국의 선거제도 개혁에 주는 시사점”, 「세계지역연구논총」 제24집 제3호 (한국세계지역학회, 2006) 53-70쪽.
김종갑, “독일식 선거제도의 한국적 적용방안 – 초과의석 문제의 해법을 중심으로”, 「독일학연구」 제25호 (동아대학교 독일학연구소, 2009) 127-147쪽.
김종갑·신두철, “2013년 독일선거제도의 변화와 한국 총선에의 적용”,

「한국정치학회보」 제48집 제1호 (한국정치학회, 2014) 207-220쪽.

김태운, “우리나라 정부형태의 의원내각제 개헌의 필요성과 실현 및 그 예단적 효과(豫斷的效果)”, 「공공정책연구」 제27권 제2호 (동의대학교 지방자치연구소, 2010) 81-120쪽.

박은정, “獨逸의 議員內閣制에 관한 小考”, 「법학논총」 제14권 제2호 (조선대학교 법학연구원, 2007) 255-271쪽.

신옥주, “선거제도 개선을 위한 국회의원의 대표성·비례성 강화방안 연구 – 독일 연방선거법에 대한 비교법적 고찰을 중심으로 –”, 「공법연구」 제45집 제3호 (한국공법학회, 2017) 1-33쪽.

음선필, “이른바 준연동형 비례대표제에 관한 헌법적 검토 – 국회 정개특위 선거제도 개편안을 중심으로 –”, 「홍익법학」 제20권 제2호 (홍익대학교 법학연구소, 2019) 29-62쪽.

이부하, “비례대표선거제에 있어서 의석배분의 원칙과 방식 – 독일의 돈트 식, 해어/니마이어 식, 생라그/쉐퍼스 식을 분석하며 –”, 「법과 정책연구」 제9집 제2호 (한국법정책학회, 2009) 675-696쪽.

이영록, “제헌국회의 ‘헌법 및 정부조직법 기초위원회’에 관한 사실적 연구”, 「법사학연구」 제25권 (한국법사학회, 2002) 81-103쪽.

장영수, “개정 공직선거법에 따른 연동형 비례대표제의 헌법적 문제점”, 「공법연구」 제48집 제3호 (한국공법학회, 2020) 167-192쪽.

_____, “독일식 의원내각제의 한국적 적용”, 「헌법학연구」 제5집 제1호 (한국헌법학회, 1999) 37-62쪽.

_____, “독일의 통일과정과 의원내각제 정부형태”, 「유럽헌법연구」 제2호 (유럽헌법학회, 2007) 23-49쪽.

_____, “선거제도 개혁: 연동형 비례대표제 도입의 의미와 성공조건”, 「공법연구」 제47집 제3호 (한국공법학회, 2019) 119-146쪽.

정준표, “독일선거제도 – 작동원리와 한국선거에의 적용 가능성”, 「한국정치학회보」 제48집 제2호 (한국정치학회, 2014) 29-56쪽.

홍일선, “선거권에 대한 독일 연방헌법재판소의 판례분석 (I) - BverfGE 1, 208: 선거권에 대한 원칙판결 –”, 「한림법학 FORUM」 제17권 (한림대학교 법학연구소, 2006) 185-206쪽.

홍재우, “독일 선거제도의 연대기: 제도적 진화의 정치”, 「유라시아연구」 제10권 제4호 (아시아·유럽미래학회, 2013), 87-113쪽.

Ⅲ. 해외문헌

Arend Lijphart, “Consociational Democracy”, *World Politics* Vol. 21, No. 2, Jan., 1969, pp. 207-225.

Gschwend et al., “Split-ticket patterns in mixed-member proportional election systems: estimates and analyses of their spatial variation at the German Federal Election, 1998”, *British Journal of Political Science* Vol, 33, No. 1, 2003, pp. 109-127.

Hans Herbert von Arnim, “Die Parteien und nicht die Bürger bestimmen die Abgeordneten”, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 37 Jahrg Heft 4, 14 Juni 2004, pp. 115-119.

_____, “Wählen wir unsere Abgeordneten un mittelbar?”, *JuristenZeitung* 57, Jahrg., NR. 12, 21 Juni 200 2, pp. 578-588.

Johns. R., “AMS in Germany - and in Britain?”, *Democratic Audit UK*, pp. 1-13.

Renwick, A., “Electoral Reform in Europe since 1945”, *West European Politics* Vol. 34, Iss. 3, 2011, pp. 456-477.

Scholz, R., “Das parlamentarische und bundesstaatliche Regierungssystem der Bundesrepublik Deutschland. Strukturen und Reformfragen (Vortag)”, *Ritsumeikan Law Review* No. 23, 2006, pp. 21-30.

Schulze, H., 「Kleine Deutsche Geschichte」C.H. Veck’sche verlagsbuchandlung(Oscar Beck), 1998(반성완 역, 「새로 쓴 독일 역사」, 知와 사랑, 2017).

Ⅳ. 기타 간행물

김영일·김종갑, “2013년 독일 연방하원 선거제도의 개정내용 및 특징”, 「NARS 현안보고서」 제225호 (국회입법조사처, 2014).

김종갑, “2013년 독일연방선거법의 개정과 시사점”, 「이슈와 논점」 제676호, 2013.

김종갑·이정진, “제21대 국회의원선거 분석 및 향후 과제”, 「이슈와 논점」 제1708호, 2020.

중앙선거관리위원회, “정치관계법 개정의견”, 2015. 2. 25, 1-21쪽.

지성우, “개헌과 선거구제 개편의 정치적 함의와 전망”, 2018년 한국정치커뮤니케이션학회 하반기 정기학술대회, 2018. 12. 15.

_____, “공직선거법 개정안의 위헌성과 대응방안 - 위헌성과 위험성 그리고 미래 -”, 공직선거법 및 고위공직자범죄수사처법 제(개)정안의 위헌성과 대응방안 세미나, 2019. 12. 12.

Ⅴ. 법령 및 판례

대한민국 헌법

대한민국 공직선거법

독일연방공화국 기본법(Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland)

바이마르공화국 헌법(Weimarer Verfassung)

헌재 1995. 12. 27. 선고 95헌마224 등 결정

헌재 2001. 7. 19. 선고 2000헌마91 등 결정

BVerfGE 16, 130

BVerfGE 2 BvC 1/07, 2 BvC 7/07

BVerfGE 2 BvF 3/11

BVerfGE 6, 84

BVerfGE 95, 335

Ⅵ. 언론기사

김민우, "'고무줄' 의석수, 우리 국민은 받아들일까", 『시사위크』, 2018. 11. 21, http://www.sisaweek.com/news/curationView.html?idxno=115771 (최종검색일 2020. 6. 20).

_____, "정당득표율과 의석수 정비례가 목표", 『시사위크』, 2018. 11. 14, http://www.sisaweek.com/news/curationView.html?idxno=115525 (최종검색일 2020. 6. 20).

이서희, "한국당 '독일식 선거제 도입 땐 민주 228·한국 98·바른미래 22석'", 『한국일보』, 2018. 12. 27, https://news.naver.com/main/read.naver?mode=LSD&mid=sec&sid1=100&oid=469&aid=0000352609 (최종검색일 2021. 8. 29).

이 철·최동현, "송영길·이준석, 재난지원금 '전국민 지급'·선거법 개정 합의(종합)", 2021. 7. 12, 『뉴스1』, https://www.news1.kr/articles/?4369343 (최종검색일 2021. 8. 29).

최은혜, "'연동형 비례' 성공하려면, 지역구·비례대표 의석수 1대 1 돼야", 『중앙SUNDAY』, 2020. 4. 25, https://news.naver.com/main/read.naver?mode=LSD&mid=sec&sid1=102&oid=353&aid=0000036752 (최종검색일 2021. 8. 30).

Ⅶ. 인터넷 자료

중앙선거관리위원회, "[연동형 비례대표제] 제21대 국선 비례대표 의석 배분 어떻게 달라지나", 『YouTube』, 2020. 1. 29, https://youtu.be/G4jYpy_meHs (최종검색일 2021. 9. 27).

중앙선거관리위원회 선거통계시스템, http://info.nec.go.kr/ (최종검색일 2021. 9. 28).

Abstract

Study on Quasi Mixed-Member Proportional Representation under Public Official Election Act

- Focusing on the comparison with Germany -

Younjin Kim

The revision of the 「Public Official Election Act」, which was passed by the 20th National Assembly on December 27, 2019, promoted the reform of the electoral system by defining the quasi mixed-member proportional representation. The revision is criticized for distorting German proportional representation by linking only 50 percent of the party's votes to 30 proportional representation seats. The representatives of the ruling party and opposition party also shared their perception of the revision of the 「Public Official Election Act」 in July 2021, which stipulates the quasi mixed-member proportional representation.

The close review of German proportional representation, which was frustrated in Korea, is required in reviewing Korea's election system in the future. German proportional representation enabled the emergence of minority parties by linking proportional representation seats in proportion to the party's share of the vote, and German parliamentary government is considered to be a suitable government form which accords with proportional representation.

The quasi mixed-member proportional representation is implemented which 50 percent of link rate is applied only to 30 seats out of 47 proportional representation seats and the existing Mixed Member Majoritarian(MMM) is applied to the remaining 17 seats in korea. It is completely different from German proportional representation, which constituency representatives and proportional representatives are elected at the same rate. The revision of the 「Public Official Election Act」 seems

inevitable as the quasi mixed-member proportional representation is limited to the election of the National Assembly on April 15, 2021.

Meanwhile, in Korea, the parliamentary government seems to be somewhat inconsistent with the political situation in Korea as the presidential system is increasing the political participation of the people through a direct election and is currently operating stably. It is not desirable to introduce the parliamentary government in Korea where quasi mixed-member proportional representation is being implemented under the presidential system. There is no need to excessively implement German proportional representation, which results in an increase in the total number of seats due to overhang seats.

Under the current 「Public Official Election Act」, the quasi mixed-member proportional representation contains the risk of violating the principle of direct election and the principle of equal election as it not only has a low link rate but also does not meet proportionality. The 「Public Official Election Act」 should maintain the fixed number of members of the National Assembly and strengthen the proportionality in the direction of reducing the number of members of the constituency and increasing the number of members of proportional representation. Measures should be taken to raise the threshold clause to prevent the sprawl of minority parties in addition. Satellite parties should be excluded by requiring political parties to nominate both candidates for the constituency and proportional representatives.

Younjin Kim

Proportional Representation, Overhang seats,
Quasi Mixed-Member Proportional Representation,
Threshold Clause, Public Official Election Act

성균관대학교 법학연구원 『성균관법학』 10.17008/skklr.2021.33.3.006
제33권 제3호 (2021. 9.)
Sungkyunkwan Law Review Vol.33. No.3 (September 2021) pp209~293

민사소송과 관련된 헌법재판소 결정에 대한 고찰

문영화*

【목 차】

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 재판청구권에 관한 위헌심사의 기준 및 헌재결정의 분류
1. 위헌심사의 기준
2. 헌재결정의 분류
Ⅲ. 헌재결정에 대한 분석
1. 민사재판권(민사사법권)
2. 민사소송에 대한 접근권
3. 소송절차에서 재판청구권
4. 상소심에서 재판을 받을 권리
5. 재심의 재판을 받을 권리
Ⅳ. 맺는 말

【국 문 요 약】

이 글은 1989년 이후 민사소송과 관련하여 선고된 다수의 헌재결정을 정리하면서 민사소송절차에서 실현되고 있는 재판청구권의 의미와 가치에 관한 시대적 흐름을 읽어내는 것을 목적으로 하였다. 민사소송과 관련된 헌재결정을 재판청구권의 구체적 내용과 그 보호영역을 고려하여 민사재판권(민사사법권), 민사소송에 대한 접근권, 소송절차에서 재판청구권, 상소심에서 재판을 받을 권리, 재심의 재판을 받을 권리에 관한 것으로 분류하되, 요지를 제시하여 망라하면서, 개별 결정이나 주제에 관한 기존 연구의 논의를 인용하는 방식으로 분석하였다.

헌법재판소는 1989. 1. 25. 국가를 상대로 하는 재산권청구에 관하여 가집행선고를 면제하는 구 소송촉진 등에 관한 특례법 제6조 제1항 단서에 대하여 위헌결정을 한 것을 비롯하여, 1988년 설립된 이래 30년 남짓 기간 동안 민사소송과 관련하여 많은 의미 있는 결정을 하였다. 그러나

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수

다음과 같은 몇 가지 점에서는 아쉬움이 있다. 첫째, 이의가 제기되지 않은 행정형 결정에 대하여 기판력을 부여하는 조항의 위헌 여부에 대하여 권력분립에 대한 고려를 하지 않고 있는 점, 둘째, 상한액을 두지 않거나 패소불명백성을 요건으로 함으로써 민사소송에 대한 접근권을 제한하고 있는 인지제도와 소송구조제도에 대한 합헌의 근거로써 그 기준이나 통계조차도 제시되지 않은 '남소'가능성을 여전히 들고 있는 점, 셋째, 상소심에서 재판받을 권리 자체를 재판청구권의 내용에서 배제함으로써 상소심에서의 재판을 받을 권리 및 재심의 재판을 받을 권리를 제한하는 입법에 대한 위헌심사가 실질적으로 이루어지지 않고 있는 점, 넷째, 판결을 통한 법원의 당사자에 대한 논증 및 설득의무는 재판의 본질임에도 상고심판결의 이유를 생략하도록 규정하는 상고심절차에 관한 특례법의 해당 조항에 대하여 절차의 '신속성'에만 근거하여 합헌으로 선언해오고 있는 점 등이다.

민사소송법 연구자의 관점에서는 기본권으로서 재판청구권이 헌법에 규정된 것의 역사적 의미는 종래 법률(소송법)에 의하여 규율되어 왔던 사법적 기본원칙을 필요 최소한의 기준으로 하고, 입법만으로 쉽게 폐지되지 않도록 함으로써 영구적으로 보장하는 한편, 국민의 사법에의 접근을 실질적으로 보장하기 위한 것이라고 이해된다. 헌법상 재판청구권은 실체적 기본권의 실현수단으로서도 의미를 갖는 만큼, 사법절차를 통한 권리보호가 실질적으로 보장될 수 있는 내용을 담지하여야 한다. 사법이 변화하는 사회에 걸맞은 역할과 기능을 수행해 갈 수 있도록 재판청구권에 관한 해석과 입법에 대한 통제가 적절하게 이루어지기를 희망한다.

Ⅰ. 서론

헌법 제27조 제1항은 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.”고 규정하고 있다. 헌법 제27조 제1항에서 규정하는 기본권의 성격에 대한 헌법학계의 전통적인 견해는, ‘국가에 대하여 재판을 청구하는 것을 내용으로 하는 청구권적 기본권’이라는 입장,[1] ‘재판이라는 국가적 행위를 청구할 수 있는 적극적 측면과 헌법과 법률이 정한 법관이 아닌 자에 의한 재판 및 법률에 의하지 아니한 재판을 받지 아니하는 소극적 측면을 아울러 가지고 있어서 청구권과 자유권이라는 이중적 성격을 가진 것’이라는 입장,[2] ‘권리·의무에 관한 다툼이 생긴 경우에 법관의 재판을 요구할 수 있는 제소권 내지 재판청구권으로서의 실체적 권리와 재판이 행해지는 경우에 기능과 신분이 독립한 법관에 의해서 적법한 절차와 공정한 재판을 받을 수 있는 사법절차적 기본권으로서의 절차적 권리’라는 두 가지 상이한 성격의 권리라는 입장[3] 등으로 나누어진다.[4]

역사적으로 재판제도는 기본권으로서 재판청구권이 헌법에 규정되기

---

1) 김철수, 「제19전정신판 헌법학개론」, 박영사(2007), 1061면; 정재황, 「신헌법입문 제10판」, 박영사(2020), 603면; 최희수, “국민의 재판청구권의 실질화를 위한 방안-항소심 이원화, 고등법원 상고부, 대법원 심리불속행제도를 중심으로-”, 「헌법학연구」 제16권 제1호(2010. 3.), 104면; 한수웅, 「제3판 헌법학입문」, 법문사(2019), 424면에서는 헌법 제27조 제1항은 재판청구권을 보장하고 있다고 하면서, 재판청구권은 실체적 권리의 구제를 위하여 국가에게 적극적 행위, 즉 권리구제절차의 제공을 요구하는 청구권적 기본권이라고 정의한다.

2) 권영성, 「개정판 헌법학원론」, 법문사(2010), 608면; 성낙인, 「제20판 2020 헌법학」, 법문사(2020), 1552면; 정종섭, 「제12판 헌법학원론」, 박영사(2018), 836면; 김상겸, “법치국가의 요소로서 절차적 기본권-재판청구권과 관련하여-”, 「아·태공법연구」 제7집, 아세아태평양공법학회(2000), 160면에서는 주관적 공권으로서 국가에 대한 방어권으로서의 성격과 국가에 대하여 권리보호를 위한 사법절차를 요구하는 청구권적 성격을 갖는다고 한다.

3) 허영, 「전정 15판 한국헌법론」, 박영사(2019), 408-410면.

4) 김선택, “사법적 권리구제의 헌법적 보장-재판청구권을 중심으로-”, 「법실천의 제문제:동천 김인섭 변호사 화갑기념 논문집」, 논문집간행위원회(1996), 36-37면에서는 위와 같은 분류를 전통적인 기본권 분류의 체계에 맞춘 것이라고 하면서, 기본권유형론에서 탈피하여 개별기본권에 의한 법적 효력과 보장되는 법적 내용에 따라 차별화하여 법적 성격을 논하여야 한다고 비판한다.

이전부터 존재하여 왔고, 민사재판과 형사재판은 전자가 사인(私人) 사이에 다툼 있는 권리관계를 공권력을 통하여 확정·실현하는 절차인데 반하여, 후자는 국가가 형벌권을 행사하여 개인의 권리(자유권 및 재산권)를 제한하기 위하여 반드시 거쳐야 하는 절차[5]라는 점에서 본질적으로 차이가 있다. 민사소송에서 재판청구권은 사권(私權)의 보호를 요구하는 원고의 입장에서 국가에 대하여 적극적으로 어떤 행위를 요구할 수 있는 권리(訴權)라는 측면이 강조되겠지만,[6] 형사소송에서 재판청구권은 피고인의 방어권이 주된 내용이 되어야 할 것인데,[7] 위와 같은 민사소송과 형사소송의 본질의 차이에도 불구하고 헌법 제27조 제1항에서 규정하는 재판청구권의 성격을 위와 같이 일률적으로 정의하는 것은 재고할 필요가 있다고 생각한다.[8]

---

5) 우리 헌법 제12조 제1항은 누구든지 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다고 규정하고 있는바, 위 규정의 '처벌'에는 형사처벌, 즉 자유형이 포함된다(정종섭, 앞의 책, 507면).

6) 소송절차에서 피고의 권리 역시 포함된다; 소권론에서는 원고가 요구하는 국가의 행위에 따라 권리보호청구권설, 본안판결청구권설, 사법행위청구권설 등으로 나누어진다. 이시윤, 「제14판 신민사소송법」, 박영사(2020), 219-221면

7) 형사소송제도에서 국가가 행사하는 형사소추권의 근거를 헌법 제27조 제1항에서 찾을 수는 없음은 당연하고, 피고인으로서 헌법과 법률이 정한 법관의, 법률에 의한 재판 없이는 처벌을 받지 않을 권리가 헌법 제12조 제1항과 무관하게 제27조 제1항에서만 도출된다거나, 이러한 권리를 국가에 대하여 적극적 재판을 청구할 수 있는 것으로 성격지울 수 있을지는 의문이다. 또 고소·고발인이나 범죄피해자가 가해자의 범행을 처벌해 줄 것을 법원에 청구할 수 있는 권리를 사법행위청구권으로서 재판청구권의 내용에 포함된다고 하더라도(헌재 1997. 8. 21. 94헌바2 전원합의부 결정의 반대의견), 형사소송제도에서 그러한 권리의 보장이 주된 것이 될 수는 없을 것이다.

8) 三ヶ月 章, 「民事訴訟法研究 第7卷」, 有斐閣(1978), 4면에서는 형사사법의 영역에서 국민의 재판받을 권리의 보장은 형사소추를 받은 상황, 시민생활에서 극단적 병리적 상태를 전제로 하여, 공평하게 취급을 받을 처우를 확보하는 것에 지나지 않지만, 민사사법의 영역에서 국민의 재판받을 권리의 보장은 개인의 권리의 실현, 모든 국민의 관심이 있을 수 있는 사안을 국가의 재판제도에 맡긴다는 데에 의미가 있다고 한다.; 芦部信喜 編, 憲法Ⅲ人權(2), 有斐閣(1981), 280-281면에서는 일본 헌법 제24조에서 규정하는 법률에서 정한 법관은 민사 및 형사법원을 의미하기 때문에 재판을 받을 권리는, 민사재판에서는 '私權의 보호를 구하기 위하여 국가에 대하여 재판을 요구할 권리'라고 하는 적극적 내용의 의미함과 동시에, '누구도 법률에 정한 소송절차에 따라 법률에 정한 법관의 재판을 거치지 않고는 강제적 형벌을 받거나, 또는 민사관계의 다툼을 확정시킬 수 없는 권리'라고 하는 소극적 내용을 포함한다고 한다.; 김선택, 앞의 글, 42면에서는 재판청구권도 사법권의 행사인 재판

원시적인 민사소송제도는 권력분립에 의한 법치국가의 원리가 선언되기 이전부터 존재하여 왔었지만, 근대적 의미의 민사소송제도는 법의 지배를 실현하기 위한 중요한 도구이고, 민사소송법 역시 이를 뒷받침하기 위한 법률로서 헌법상의 재판청구권과 직접 맞닿아 있다. 그리고 민사소송에서의 재판청구권은 기본권인 재산권 또는 인격권의 실현을 위한 수단(절차권)의 측면이 강하고, 개별 소송제도의 차이에서 발생하는 문제와 관련하여서는 법 앞에서의 평등, 즉 평등권과도 관련이 된다. 또한 우리 헌법은 민사소송과 관련하여 제27조 제3항에서 신속한 재판에 대한 권리를, 제109조에서는 공개재판의 원칙을 규정하고 있고, 헌법 제101조 역시 민사재판청구권과 관련이 있다. 민사소송에서 실현되어야 할 헌법상 기본권의 내용에 관하여는 학계의 연구가 있었지만,[9] 보다 충실한 후속 연구가 이어져야 한다고 생각한다.

헌법재판소는 1988년 설립된 이후 민사소송과 관련하여 다수의 의미있는 결정을 해오고 있는데,[10] 이에 관한 민사소송법학계의 연구는 활발

권의 내용에 따라 민사재판청구권, 형사재판청구권, 행정재판청구권, 헌법재판청구권으로 나눌 수 있다고 하면서, 민사재판청구권과 형사재판청구권의 헌법적 근거는 헌법 제27조 제1항과 제101조 제1항이고, 행정재판청구권은 그 외에 헌법 제107조 제2항을 추가할 수 있다고 한다.

9) 이시윤, "민사절차상 재판을 받을 권리", 「헌법논총」 제21집, 헌법재판소(2010), 5면 이하에서는 우리 헌법상으로 제27조를 축으로 제10조의 인간으로서 존엄과 가치의 보장, 제11조 평등의 원칙, 제109조 공개재판의 원칙이 더해져서 절차적 기본권을 이루고, 민사절차와 이를 준용하는 행정·가사·특허·헌법재판에서 '재판을 받을 권리'는 ①헌법과 법률이 정한 법관에 의한 재판을 받을 권리, ②법률에 의한 재판을 받을 권리, ③신속한 재판을 받을 권리로 집약된다고 한다.; 장석조, "공정한 재판을 받을 권리 -법적 청문청구권을 중심으로-", 「재판자료」 제76집, 법원도서관(1997), 491면 이하에서는 우리 헌법상 절차적 기본권은 헌법 제27조 제1항의 주된 규율 대상인 사법행위청구권(der Anspruch auf Justizgewährung)과 법률이 정한 법관(gesetzlicher Richter)에 의하여 재판 받을 권리, 법적 청문청구권(der Anspruch auf rechtliches Gehör), 신속한 재판을 받을 권리 등이라고 하면서, 보호영역에 따라 사법행위청구권은 사법절차에의 접근을 위한 기본권에, 나머지 셋은 사법절차상의 기본권에 속한다고 설명한다.; 홍기문, "헌법과 민사소송", 「민사소송」 제9권 제2집, 한국민사소송법학회(2005), 6면 이하에서는 헌법 제27조 제1항에서 도출되는 정당절차청구권 및 변론권과 그 밖의 헌법 규정에서의 평등의 원칙, 재판공개의 원칙, 신속한 재판을 받을 권리의 보장 등이 민사소송에서 구현되어야 한다고 한다.

10) 헌법재판소의 첫 위헌결정이 국가를 상대로 하는 재산권의 청구에 관하여 가집행선고를 면제한 구 소송촉진 등에 관한 특례법 제6조 제1항 단서에 대한 1989. 1. 25. 88헌가7 전

하지 못하였다. 중요한 결정에 대한 법률적·사회적·역사적 의미를 심도 있게 짚어보는 것도 연구자의 과제이지만, 30년 남짓 선고된 다수의 결정을 정리하고 민사소송절차에서 실현되고 있는 재판청구권의 가치에 관한 전반적인 흐름을 읽어내는 것도 필요한 작업일 것이라고 생각하였다.

이 글에서는 우선 헌법재판소의 재판청구권에 관한 위헌심사기준에 관한 헌법학계의 논의를 간략하게 본다. 이어서 헌재결정을 재판청구권의 내용과 민사소송절차에 따라 분류하여 분석하면서 헌재결정의 의미를 검토한다.

민사집행법과 관련한 헌재결정도 적지 않다. 그런데 민사집행에서 기본권의 문제는 민사집행절차가 광의의 민사소송절차라는 점에서 절차권으로서 재판청구권이 전면에 등장하기는 하지만, 집행채권자의 집행채권의 실현이라는 측면과 국가의 집행권 행사에 의하여 집행채무자의 재산권에 대한 직접적인 침해라는 측면에서 권리확인절차인 협의의 민사소송절차와는 차이가 있기 때문에, 차후에 따로 고찰하기로 하고 이 글에서는 다루지 않는다.

II. 재판청구권에 관한 위헌심사의 기준과 헌재결정의 분류

1. 위헌심사의 기준

헌법 제37조 제2항은 "국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다."고 규정하여, 기본권제한의 한계를 규정하고 있다. 국내 헌법학계의 다수의견은 재판청구권의 위반 여부도 헌법 제37조 제2항에 근거하여 기본권제한의 한계심사를 적용할 수 있다고 한다(과잉금지원칙 심사설).[11] 이에 반하여 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙은 자유를 제한하는 국가공권력에 대한 제한원리로서 기본권제한의 한계이고, 재판청구

원재판부 결정이었다.

11) 김철수, 앞의 책, 1087면; 권영성, 앞의 책, 617면; 성낙인, 앞의 책, 1573면; 정종섭, 앞의 책, 867면; 정재황, 앞의 책, 621면.

권과 같이 입법을 통하여 비로소 기본권의 내용이 형성되거나 기본권의 행사가 현실적으로 가능한 경우에는 제소를 곤란하게 하는 절차법규정이 합리적인 이유로 정당화될 수 있는지, 즉 입법형성권의 한계 일탈 여부가 심사기준이 되며, 결과적으로 현저하게 비합리적인 절차법규정이 아닌 한 재판청구권에 대한 위반이 부정된다고 하는 입장(합리성 심사설)이 있다.[12] 또, 헌법 제37조 제2항의 '권리'에는 재판청구권이 포함됨을 전제로 하면서 재판청구권의 위헌 여부를 심사할 때에는 '최소침해성 원칙'에 있어서 좀 더 입법형성권을 존중하는 쪽으로 사안을 해석하는 것이 필요하다는 입장(완화된 과잉금지원칙 심사설)과 과잉금지원칙이 모든 청구권에 대한 위헌 여부의 심사기준으로 부적절하다고 하면서 입법자가 추구하는 정책목적과 선택된 수단 사이에 실질적 관련성이 있는지를 판단하여야 한다는 입장(적정보장원칙설, 실질적 관련성 심사설) 등이 있다.[13]

재판청구권에 관련한 헌재결정에서는 위헌심사기준으로서 '과잉금지원칙', '정당성과 합리성', 재판청구권의 '본질적 내용 침해', '비례원칙' 등 다양한 용어들이 등장한다. 헌재결정의 위헌심사기준을 분석한 최근 문헌에서도 헌재결정에서 각 심사기준이 적용되는 근거를 일률적으로 제시하기는 어렵다고 한다.[14]

---

12) 한수웅, "형성적 법률유보를 가지는 기본권에서 과잉금지원칙의 적용여부-헌법재판소결정에서 드러난 과잉금지원칙의 적용의 문제점을 중심으로-", 「헌법실무연구」 9권(2008. 12.), 헌법실무연구회, 404-408면; 이에 대하여 김종철, "인지제도에 대한 헌법적 검토:헌법원리와 재판청구권을 중심으로, 「법과 사회」 제50권, 법과사회이론학회(2015. 12.), 13면에서는 제도형성에 관하여는 광범위한 재량권이 인정된다고 하더라도 기본적인 재판절차를 구축한 이상, 재판절차에의 접근성을 구체화함에 있어서 재판청구권이 효과적으로 구현되지 않는다면 기본권 보장체계 및 법치주의의 실현이 불완전해지기 때문에 엄격한 보장이 필요하고, 인지대와 같이 경제적 요인을 기준으로 삼는 입법의 경우는 자유권과 마찬가지로 일차적으로 형성된 보호범위를 확정할 수 있기 때문에 과잉금지원칙의 적용이 가능하다고 한다.

13) 이재홍, "민사소송 인지제도에 대한 위헌제청 사건", 「헌재결정해설집」 2017, 헌법재판소(2018), 222-223면; 김현귀, 「재판청구권의 위헌심사기준-법관에 의한 재판을 받을 권리를 중심으로-」, 헌법재판연구원(2020), 9면에서는 그 밖에도 재판청구권의 보호영역 확정에 관해서는 '상응보장원칙'이, 기본권제한의 요소 중 '수단의 적합성'이 강화된 형태로 변형된 과잉금지원칙이 적용되어야 한다는 견해도 있다고 한다.

14) 김현귀, 앞의 책, 10면; 연구책임자 이종엽·김주경, 「법원의 헌법판단을 위한 위헌심사기

한편, 민사소송등인지법 조항의 재판청구권 위반 여부와 관련한 비교적 최근의 헌재 2017. 8. 31. 2016헌바447 결정에서 이진성 재판관은 다수의견의 보충의견으로 과잉금지원칙의 판단에 있어서 '침해의 최소성' 부분과 '법익의 균형성' 부분을 엄격히 구별하여야 함을 강조하였고, 그 이후 헌재결정에서 침해의 최소성 부분에서는 입법대안이 있는지를 분명히 검토하고, 법익의 균형성 부분에서 구체적인 형량을 하는 사례가 종전보다 늘어나고 있다고 한다.[15]

이 글에서는 헌재결정문에서 요지를 추출하여 인용하고, 헌재결정의 타당성을 특정 위헌심사기준을 적용하여 검토하지는 않는다.

2. 헌재결정의 분류

헌재결정을 분석함에 있어서 분석대상인 민사소송 관련 헌재결정을 분류하는 방법이 문제되는데, 우선 재판청구권의 구체적인 내용 또는 그 보호영역 등을 분류기준으로 고려할 수 있다. 재판청구권의 구체적 내용에 대한 견해는 다양하다.[16] 헌재결정에 따르면 재판청구권은 제27조 제

준 연구」, 사법정책연구원(2018), 23-24면에서는 헌법재판소는 '과잉금지원칙'과 '비례의 원칙'을 동일한 의미로 사용하고 그 내용에 있어서도 차이가 없다고 하고, 같은 책 67-68면에서는 '본질적 내용 침해금지원칙'은 위헌심사기준으로서 독자적인 의미가 없다고 하면서, 헌법재판소도 심사대상규범이 과잉금지원칙에 따른 심사를 통과하지 못하면 본질적 내용 침해금지원칙에 대한 구체적인 판단은 생략하고 아주 간략하게 덧붙여서 본질적 내용도 침해한다는 취지의 결론만을 언급한다고 한다.

15) 이재홍, 앞의 글, 226면.

16) 민사소송법 학계의 해석론은 주 9)와 같다. 헌법학계의 입장은 다음과 같다. 김철수, 앞의 책, 1062-1086면에서는 재판청구권의 내용으로 '헌법과 법률이 정한 법관에 의한 재판'을 받을 권리, '법률에 의한' 재판을 받을 권리, '재판'을 받을 권리, '공정하고 신속한 공개재판'을 받을 권리 등으로 설명한다.; 권영성, 앞의 책, 609-615면에서는 '재판'을 받을 권리, '헌법과 법률이 정한 법관에 의한 재판'을 받을 권리, '법률에 의한' 재판을 받을 권리, '신속한 공개재판'을 받을 권리, '공정한 재판'을 받을 권리 등으로 설명한다.; 김선택, 앞의 글, 32면에서는 사법적 권리구제의 측면에서 헌법 제27조 제1항의 구체적 내용을 ①'재판 자체'의 청구 가능성 보장, ②'특정한 재판' 보장으로서 헌법과 법률이 정한 법관으로 구성된 법원에서 법률에 의한 재판, ③재판을 통하여 권리구제의 실효성 보장으로 나눈다.; 최희수, 앞의 글, 105면에서는 헌법 제27조 제1항의 구체적인 내용을 ①'재판' 그 자체를 받을 권리, ②'헌법과 법률이 정한 법관에 의한 재판'일 것, ③헌법과 법률에 의한 재판일 것, ④신속한 공개재판에 의할 것, ⑤공정하게 진행되는 재판에 의한 것으로 나눈다. 재판

1항의 '헌법과 법률이 정한 법관에 의한 재판'에 대한 권리, '법률에 의한 재판'에 대한 권리, '공정한 재판'에 대한 권리와 헌법 제27조 제3항의 '신속한 재판'에 대한 권리, 제109조의 '공개재판의 원칙'등으로 나눌 수 있을 것이다.[17] 재판청구권의 내용에 따라 헌재결정을 분류해 보면, 공정한 재판 및 신속한 재판에 대한 권리와 공개재판의 원칙에 관한 헌재결정은 그 수가 많지 않고, 대부분이 '헌법과 법률이 정한 법관에 의한 재판'에 대한 권리와 '법률에 의한 재판'에 대한 권리에 관련한 것임을 알 수 있다. 또 '헌법과 법률이 정한 법관에 의한 재판'에 대한 권리에 관련된 결정들은 사법권(사법조직)이나 법원에 대한 접근, 상소심의 재판을 받을 권리 또는 재심의 재판을 받을 권리에 관한 것이다. 이시윤 전 재판관은 '민사절차상 재판을 받을 권리'라는 논문에서 헌법과 법률이 정한 법관의 재판, 재판에 access권-절차개시면의 재판청구권, 절차적 기본권-소송진행면의 재판청구권, 재판을 받을 권리의 침해와 구제책으로 나누고, 권리의 내용과 함께 관련 헌재결정에 대한 논평을 하고 있는바, 이는 재판청구권의 구체적 내용과 보호영역[18]을 함께 고려한 것이라고 생각한다.

이 글에서도 재판청구권의 구체적 내용과 그 보호영역을 고려하여 민사재판권(민사사법권), 민사소송에 대한 접근권, 소송절차에서의 재판청구권, 상소심에서 재판을 받을 권리, 재심의 재판을 받을 권리로 나누어 분석한다.

청구권의 구체적 내용에 관한 헌법학자들 사이의 견해는 크게 차이가 없는 것 같다.

17) 헌재 1996. 3. 28. 93헌바27 전원재판부, 헌재 1996. 12. 26. 94헌바1 전원합의부, 헌재 2006. 7. 27. 2005헌바58 전원재판부, 헌재 2018. 7. 26. 2016헌바159 전원재판부 등.

18) 헌법재판소 1997. 8. 21. 94헌바2 전원재판부 결정의 소수의견은, 헌법 제27조 제1항의 재판청구권을 그 보호영역에 따라 '사법절차에의 접근을 위한 기본권'과 '사법절차상의 기본권'으로 나눌 수 있다고 하면서, 전자는 사법행위청구권을, 후자는 헌법과 법률이 정한 법관에 의한 재판을 받을 권리, 청문청구권, 신속한 재판을 받을 권리 등을 그 내용으로 한다고 설명한다.; 김현귀, 앞의 책, 15-16면에서는 재판청구권을 '재판절차에 접근할 권리'와 '재판절차 안에서의 권리'로 나누고 전자는 사법적 절차의 적정한 형성과 그에 대한 접근의 보장을, 후자는 재판절차 안에서 적법하고 공정한 재판을 받을 권리의 보장을 의미한다고 한다.

III. 헌법재판소의 결정에 대한 분석

1. 민사재판권(민사사법권)

가. 행정기관의 배상결정에 대하여 민사소송법상 재판상화해가 성립된 것으로 간주하는 규정

"국가배상심의회의 배상결정에 대하여 신청인이 동의한 때에 민사소송법의 규정에 의한 재판상 화해가 성립된 것으로 본다."고 규정한 구 '국가배상법'(1997. 12. 13. 법률 제5433호로 개정되기 전의 법률) 제16조[19][20] [헌재 1995. 5. 25. 91헌가7 전원재판부]

배상결정절차에 있어서 심의회의 제3자성·독립성이 희박한 점, 심의절차의 공정성·신중성도 결여되어 있는 점, 심의회에서 결정되는 배상액이 법원의 그것보다 하회하는 점, 신청인의 배상결정에 대한 동의에 재판청구권을 포기할 의사까지 포함되는 것으로 볼 수 없는 점에서, 동의된 배상결정에 재판상 화해와 같은 강력하고 최종적인 효력까지 부여함으로써 재판청구권을 제한하는 것은 헌법 제37조 제2항에서 규정하고 있는 기본권제한 입법에 있어서의 과잉금지원칙에 위반한다. 국가권력을 입법, 행정 및 사법으로 분립한 뒤 실질적 의미의 사법작용인 분쟁해결에 관한 종국적 권한을 원칙적으로 헌법과 법률에 의한 법관으로 구성되는 사법부에 귀속시키고, 나아가 국민에게 그러한 법관에 의한 재판을 청구할 수 있는 기본권을 보장하고자 하는 헌법의 정신에도 충실하지 못한 것이다.[21]

헌재는 구 국가배상법 제16조와 동일한 취지로 규정된 '특수임무수행자 보상에 관한 법률'(2006. 9. 22. 법률 제7978호로 개정된 것) 제17조

19) 1997. 12. 13. 개정 법률에 의하여 삭제되었다.

20) 구 국가배상법 제16조의 입법연혁에 관하여는 조병훈, "국가배상법 제16조 위헌여부-헌법재판소 1996. 5. 25. 91헌가7 결정과 관련하여-", 「법학논총」 23집, 단국대학교 법학연구소(1997), 113-115면.

21) 이시윤, "민사절차상 재판을 받을 권리", 17-18면에서는 이 결정에 대하여 "매우 의의가 있는 위헌결정인데, 헌법학계는 물론 입법당국이 그에 대한 평가를 소홀히 하고 있는 것 같다."고 하면서, 이 결정 뒤에도 각종 행정위원회의 조정결정에서 재판상 화해 간주규정을 두는 입법예가 많은 데에 대하여 위헌문제를 지적한다.

의2에 대하여는 위원회의 제3자성 및 독립성, 보상금 지급심의절차의 공정성·신중성, 보상금 액수가 법원의 그것과 별다른 차이가 없게 되는 점, 보상금 지급결정에 대한 보상신청인들의 동의에는 특수임무수행 등으로 인한 피해에 대하여 더 이상 재판을 청구하지 않겠다는 재판청구권 포기 의사까지 명백하게 포함되어 있는 점, 청구인들이 보상금 지급결정에 대한 동의 여부를 자유롭게 선택할 수 있는 상황에서 보상금 지급결정에 동의한 다음 보상금까지 수령한 점에 근거하여 신청인의 재판청구권을 침해하지 않는다고 하였고,[22] **'4·16세월호 참사 피해구제 및 지원 등을 위한 특별법'(2015. 1. 28. 법률 제13115호로 제정된 것) 제16조**[23]와 구 **'민주화운동 관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률'(2000. 1. 12. 법률 제6123호로 제정되고, 2015. 5. 18. 법률 제13289호로 개정되기 전의 것) 제18조 제2항**에 대하여도 동일한 이유로 신청인의 재판청구권을 침해하지 않는다고 하였다.[24]

소송절차 또는 제소 전 화해절차에서 당사자들의 화해에 기초하여 작성된 재판상 화해조서를 준재심의 대상으로 규정함으로써 재판상 화해조서가 기판력을 갖는다는 해석의 근거가 되는 민사소송법 제461조에 대하여는 민사소송법학계에서 비판의 목소리가 높다.[25] 소비자분쟁조정위원회, 의료분쟁조정위원회, 산업재산분쟁조정위원회, 한국저작권위원회, 금융분쟁조정위원회, 개인정보분쟁조정위원회, 건설분쟁조정위원회, 환경분쟁조정위원회 등의 조정 또는 조정에 갈음하는 결정에는 재판상 화해

22) 헌재 2009. 4. 30. 2006헌마1322 전원재판부, 헌재 2011. 2. 24. 2010헌바199 전원재판부.

23) 헌재 2017. 6. 29. 2015헌마654 전원재판부; 이 결정에 대한 비판적인 입장의 평석은 김광재, "세월호피해지원법령의 헌법적 쟁점: 재판상화해간주조항 및 이의제기금지조항을 중심으로 -헌재 2017. 6. 29. 선고 2015헌마654 결정 -", 「법조」 vol.66, no.6, 통권 726호, 법조협회(2017), 335면 이하.

24) 헌재 2018. 8. 30. 2014헌바180 등 전원합의부, 이 결정에서는 같은 법률 제18조 제2항의 '민주화운동과 관련하여 입은 피해' 중 불법행위로 인한 정신적 손해에 관한 부분은 헌법 제29조 제1항의 국가배상청구권에 위반된다고 하였다. 최희수, "보상금 지급 동의의 재판상 화해 간주와 재판청구권", 「법학연구」 vol.32, no.1, 충북대학교 법학연구소(2021), 101면에서는 "일차적으로 문제되는 재판청구권의 침해 가능성을 부정하면서 부차적인 국가배상청구권의 침해만을 긍정하는 결과를 도출하는 것에는 동의하기 어렵다."고 한다.

25) 이시윤, 앞의 책, 596면; 정동윤·유병현·김경욱, 「민사소송법 제8판」, 법문사(2020), 732-733면 등.

와 동일한 효력이 부여되도록 규정되어 있다. 위와 같이 행정기관이 조정인이 되는 행정형 조정에 대하여 재판상 화해의 효력을 부여하는 것은 재판청구권의 포기에 해당한다는 문제가 제기될 수 있다.[26] 특히, 행정기관의 결정에 대하여 재판상 화해조서와 같은 효력이 있다고 규정하는 것은 기판력과 관련하여 재판상 화해조서가 갖는 문제점을 그대로 확대할 뿐만 아니라, 사법기관이 아닌 행정기관에서 한 결정에 대하여 판결과 동일한 효력을 부여하는 것이 되므로 권력분립의 원칙에 위반된다는 강한 비판론이 있다.[27]

나. 법관에 의한 재판을 받을 권리

사법보좌관의 업무를 규정한 구 '법원조직법'(2005. 3. 24. 법률 제7402호로 개정되고, 2014. 12. 30. 법률 제12886호로 개정되기 전의 법률) 제54조 제2항[28] 제1호 중 민사소송법에 따른 소송비용액 확정결정절차에서의 법원

---

26) 이에 관하여는 김소연, "재판 외 분쟁해결절차(ADR)로서 행정형 조정과 재판청구권의 관계- 행정형 조정의 양면적 속성을 중심으로 -", 「헌법학연구」 vol.27, no.1, 한국헌법학회(2021), 331면 이하.

27) 호문혁, "판결과 ADR 체계의 정립에 관한 연구", 「법학」 53권 1호(통권 162호), 서울대학교법학연구소(2012), 590-595면; 이시윤, "민사절차상 재판을 받을 권리", 29-30면에서는 행정조정절차가 규정되어 있는 법률이 증가하는 것에 대하여, ①권력분립구조를 왜곡시키는 문제가 생길 수 있는 점, ②강제조정결정에 대하여 법원에 불복 기회가 주어지지 않는 경우에는 위헌의 문제가 발생할 수 있는 점, ③조정조서 또는 조정결정이 재판상화해로 간주되어 법원의 확정판결과 동일한 효력을 갖게 됨으로써 법관에 의한 재판을 받을 권리의 침해 문제가 발생할 수 있다고 주장한다.

28) 제54조(사법보좌관)
①대법원과 각급 법원에 사법보좌관을 둘 수 있다.
②사법보좌관은 다음 각 호의 업무 중 대법원규칙이 정하는 업무를 할 수 있다.
1. 「민사소송법」(동법이 준용되는 경우를 포함한다)상의 소송비용액·집행비용액 확정결정절차, 독촉절차, 공시최고절차에서의 법원의 사무
2. 「민사집행법」(동법이 준용되는 경우를 포함한다)상의 집행문 부여명령절차, 채무불이행자명부 등재절차, 재산조회절차, 부동산에 대한 강제경매절차, 자동차·건설기계에 대한 강제경매절차, 동산에 대한 강제경매절차, 담보권실행 등을 위한 경매절차, 제소명령절차, 가압류·가처분의 집행취소신청절차에서의 법원의 사무
3. 「주택임대차보호법」 및 「상가건물 임대차보호법」상의 임차권등기명령절차에서의 법원의 사무

의 사무 부분 [헌재 2009. 2. 26. 2007헌바8,84(병합) 전원재판부]

사법보좌관제도는 이의절차 등에 의하여 법관이 사법보좌관의 소송비용액 확정결정절차를 처리할 수 있는 장치를 마련함으로써 적정한 업무처리를 도모함과 아울러 사법보좌관의 처분에 대하여 법관에 의한 사실확정과 법률의 해석적용의 기회를 보장하고 있는바, 이는 한정된 사법 인력을 실질적 쟁송에 집중하도록 하면서 궁극적으로 국민의 재판을 받을 권리를 실질적으로 보장한다는 입법목적 달성에 기여하는 적절한 수단임을 인정할 수 있다. 따라서 사법보좌관에게 소송비용액 확정결정절차를 처리하도록 한 심판대상조항이 입법재량권을 현저히 불합리하게 또는 자의적으로 행사하였다고 단정할 수 없으므로 헌법 제27조 제1항에 위반된다고 할 수 없다.

[재판관 김희옥 위헌의견]

헌법 제27조 제1항은 정치적 중립성, 신분 및 인적 독립이 보장된 법관에 의한 공정한 재판을 받을 권리를 규정한 것이다. 공정성의 핵심적 요건으로서의 '법관에 의한 재판'은 성질상 재판 형식 일반에 요구되는 것이므로 재판의 형식 또는 절차별로 공정성의 보장의 정도를 미리 등급화하여 상대적으로 공정성의 보장이 완화되는 재판을 자의적으로 상정할 수 없다. 사법보좌관의 처분에 대한 이의 등 불복절차는 어차피 그 처분의 시정을 위하여 법관의 개입을 요구할 뿐만 아니라 신청인에게 추가적 비용과 불편을 초래하므로 실질적으로는 사실상 또 하나의 심급을 거치게 하는 문제를 야기한다. 따라서 사법보좌관에 의한 재판에 있어서 이러한 이의절차를 두었다 하여 이로써 '법관에 의한 재판'에 합치된다고 보기도 어렵다.

사법보좌관제도는 법원조직법의 개정을 통하여 2005. 7. 1. 도입되었다.[29] 대한변협은 당초 제출되었던 사법보좌관법안에 대하여 법관에 의한 재판을 받을 권리를 침해하는 위헌의 소지가 있다고 하면서 사법보좌관제도의 도입을 반대하는 의견을 강력히 피력하였는데, 특히 소송비용액 확정결정은 집행권원이 되기 때문에 사법보좌관이 담당하기에 적절하지 않다는 주장을 하였었다.[30] 이 문제는 위 헌재결정에 의하여 일단락

29) 사법보좌관제도의 도입경위에 관하여는 정준영, "사법보좌관제도와 사법보좌관의 업무", 「민사집행법연구」 제2권, 한국민사집행법학회(2006. 2.), 210-212면.

30) 강대성, "사법보좌관법안에 대한 약간의 검토", 「법학연구」 제12집, 경상대학교법학연구소(2004), 97-98면.

이 되었다. 사법보좌관제도는 비쟁송성 업무인 소송비용액·집행비용액 확정결정절차, 독촉절차, 공시최고절차 등을 업무영역으로 하였다가, 법원조직법 제54조와 사법보좌관규칙의 개정을 통하여 공시송달에 의한 독촉절차 업무, 이행권고결정 업무, 가사소송법에 따른 상속의 한정승인·포기 신고의 수리와 한정승인취소·포기취소 신고의 수리 사무, 미성년 자녀가 없는 당사자의 협의이혼확인 사무 등 지속적으로 업무영역이 확대되어 왔고, 이의절차도 일부 개정되었다.[31] 근래에는 쟁송성이 강한 영역을 사법보좌관의 업무에 포함시키는 것에 대하여는 비판적인 견해도 제시되고 있는바,[32] 사법자원의 효율적인 배분과 사법서비스의 질적 향상이라는 입법목적과 함께 사법보좌관에 의한 재판이 헌법상 재판청구권을 침해하는 것은 아닌지에 관한 추가적 검토도 필요하다.

다. 행정기관의 결정에 대하여 법원에 불복할 기회를 주지 않은 경우

학교안전사고에 대한 공제급여결정에 대하여 학교안전공제중앙회 소속의 학교안전공제보상재심사위원회가 재결을 행한 경우, 재심사청구인이 재결서 정본을 송달받은 날로부터 60일 이내에 공제급여와 관련된 소를 제기하지 아니하거나 소를 취하한 때에는 학교안전공제회와 재심사청구인 사이에 당해 재결 내용과 동일한 합의가 성립된 것으로 간주하는 구 '학교안전사고 예방 및 보상에 관한 법률'(2007. 1. 26. 법률 제8267호로 제정되고 2016. 5. 29. 법률 제14161호에 의하여 개정되기 전의 것) 제64조 [헌재 2015. 7. 30. 2014헌가7 전원재판부]

합의간주조항이 실질적으로 재심사청구인에게만 재결을 다툴 수 있도록 한 것은 학교안전공제회(이하 '공제회'라 함)의 소제기로 인한 추가적인 분쟁을 방지함으로써 재심사청구인의 권리를 두텁게 보호하고, 학교안전사고로 인한 분쟁을 조기에 해결하여 교육현장을 조속히 정상화시키기 위한 것이다. 그러나 공제회는 공제급여지급결정을 둘러싼 법률상 분쟁에 있어 재

31) 연구책임자 김경오, 「사법보좌관제도의 발전적 운영방안에 관한 연구」, 사법정책연구원(2019), 118면 이하에서는 추가적인 업무영역 확대를 제안하고 있다.

32) 김성태, "민사소액사건에 있어서 이행권고결정제도에 관한 소고 -사법보좌관의 업무를 중심으로-", 「법학논집」 제23권 제4호 통권 66호, 이화여자대학교 법학연구소(2019. 6.), 12면 이하.

심사청구인과 마찬가지로 일방당사자에 지나지 않으므로, 공제회 역시 공제급여의 존부 및 범위에 관하여 법관에 의한 재판을 받을 기회를 보장받음으로써 재결의 효력에서 벗어날 수 있어야 한다. 합의간주조항은 합리적인 이유 없이 분쟁의 일방당사자인 공제회의 법관에 의한 재판을 받을 기회를 박탈함으로써 공제회의 재판청구권을 침해한다.

라. 법원조직상 재판사무범위의 배분

"재판업무의 수행상 필요가 있는 경우 대법원규칙으로 정하는 바에 따라 고등법원 부로 하여금 그 관할구역 안의 지방법원 소재지에서 사무를 처리하게 할 수 있다." 고 규정한 '법원조직법'(2010. 1. 25. 법률 제9940호로 개정된 것) 제27조 제4항, '고등법원 원외재판부의 재판사무 범위를 정한 고등법원 부의 지방법원 소재지에서의 사무처리에 관한 규칙'(2010. 12. 13. 대법원규칙 제2310호로 개정된 것) 제4조 제1항 제1호 및 제2호[33] [헌재 2013. 6. 27. 2012헌마1015 전원재판부]

고등법원 원외재판부 역시 고등법원의 재판부 중 하나로서 단지 재판부가 지방법원 소재지에 있다는 점에서만 차이가 있을 뿐, 고등법원 판사에 의한 심리검토가 이루어진다는 점에서 차이가 없고, 재판내용의 전문성과 공정성은 법원의 규모나 담당재판부의 소재지 등과 직접적 관련이 없으며, 고등법원장은 사건의 성격, 전문성, 복잡성 등을 고려하여 필요한 경우 대법원장의 허가를 얻어서 재판사무 중 일부를 고등법원에서 재판하는 것으로 정할 수 있고, 재판장의 요청에 따라 고등법원 원외재판부에 접수된 사건 중 고등법원에서 재판함이 상당한 사건을 고등법원에서 재판하게 할 수 있으므로 사건의 경중과 전문성에 따라 재판사무 분담을 합리적으로 조정할 수 있는 길이 열려 있는 사정을 종합하면, 관할구역 안에서 법원조직에 따른 재판사무 범위의 배분에 관한 입법형성 재량을 일탈하여 재판받을 권리를 침해하였다고 볼 수 없다.[34]

---

33) 제4조(재판사무의 범위)
①고등법원 원외재판부는 「법원조직법」 제28조에 의하여 고등법원이 심판하는 사건 중 다음 각 호의 사건을 재판한다.
1. 고등법원 원외재판부 소재지의 지방법원 또는 그 관할지원(이하 '당해 지방법원 또는 지원'이라 한다)의 제1심 판결에 대한 항소사건
2. 당해 지방법원 또는 지원의 제1심 심판·결정·명령에 대한 항고사건

2. 민사소송에 대한 접근권

가. 제척기간 또는 제소기간

1) 상속회복청구권의 제척기간

상속회복청구권의 행사기간을 '상속개시일부터 10년'의 제척기간으로 규정한 구 민법(1990. 1. 13. 법률 제4199호로 개정되고, 2002. 1. 14. 법률 제6591호로 개정되기 전의 것), 제999조 제2항[35] 해당 부분 [헌재 2001. 7. 19. 99헌바9·26·84,2000헌바11,2000헌가3,2001헌가23(병합) 전원재판부]

상속개시일부터 10년이 경과하면 진정상속인은 상속재산에 대한 권리를 상실하고 참칭상속인이 권리를 취득하도록 함으로써 참칭상속인을 오히려 보호하는 규정으로 역할을 하게 한 것은 입법목적 달성에 필요한 정도 이상으로 상속인의 기본권을 제한한 것으로서 기본권제한의 입법한계인 피해의 최소성, 공공필요와 침해되는 상속인의 기본권 사이의 균형성을 갖추었다고 볼 수 없으므로 기본권제한의 입법한계를 일탈한 것으로 재산권을 보장한 헌법 제23조 제1항, 사적자치권을 보장한 헌법 제10조 제1항, 재판청구권을 보장한 헌법 제27조 제1항, 기본권의 본질적 내용의 침해를 금지한 헌법 제37조 제2항에 위반된다. 부동산물권변동에 있어서 공신의 원칙을 인정하지 않는 우리나라 물권법 체계의 특수성으로 말미암아 억울한 선의의 제3자는 도처에서 발생할 수 있는데 유독 상속의 경우에만 다른 법률관계에 있어서

---

34) 이 사건에서 청구인들은 고등법원 원외재판부(서울고등법원 춘천재판부)에서 재판받는 것이 고등법원(서울고등법원)에서 재판받는 것보다 전문성이나 공정성 등의 측면에서 불이익함에도 원외재판부에서 항소심 재판을 받도록 강제하는 것은 청구인들의 재판을 받을 권리를 침해한다고 주장하였다.; 학술적으로는 원외재판부 설치에 관하여 적극적인 견해가 많다. 김희성, "강원도민의 항소심 사법접근권 보장을 위한 과제와 법안", 「강원법학」 제29권, 강원대학교 비교법학연구소(2009), 311면 이하; 최희수, "강원지역 '항소심 법원' 설치의 정당성", 「강원법학」 제29권, 강원대학교 비교법연구소(2009), 201면 이하; 최대호, "경기북부지역의 고등법원 원외재판부 설치에 관한 법정책적 과제", 「법과 정책연구」 제19집 제3호, (사)한국법정책학회(2019), 67면 이하.

35) 제999조(상속회복청구권)
①상속권이 참칭상속권자로 인하여 침해된 때에는 상속권자 또는 그 법정대리인은 상속회복의 소를 제기할 수 있다.
②제1항의 상속회복청구권은 그 침해를 안 날부터 3년, 상속이 개시된 날부터 10년을 경과하면 소멸된다.

보다 더 거래의 안전을 필요로 하는 것과 같이 한 것은 합리적 차별이라 할 수 없으므로 상속을 원인으로 재산권을 취득한 사람을 그 밖의 사유를 원인으로 재산권을 취득한 사람에 대하여 합리적 이유 없이 차별 취급하는 것으로 헌법 제11조 제1항의 평등의 원칙에 위배된다.

이후 헌재는 상속회복청구권의 행사기간을 '상속권의 침해행위가 있은 날로부터 10년'으로 개정한 민법(2002. 1. 14. 법률 제6591호로 개정된 것) 제999조 제2항[36]에 대하여는 상속회복청구권의 행사기간이 합리적인 정도로 상당히 연장되어 재산권이나 평등권을 침해한 것이라고 할 수 없고, 달리 다른 헌법상의 기본권을 침해하였다고 볼 사정이 없다고 하여 합헌 결정을 하였다.[37]

상속회복청구권의 행사기간을 상속침해를 안 날로부터 3년으로 제한한 구 민법(1990. 1. 13. 법률 제4199호로 개정되기 전의 것) 제999조에 의하여 준용되는 제982조 제2항[38] 중 '그 침해를 안 날로부터 3년' 부분 [헌재 2004. 4. 29. 2003헌바5 전원재판부]

재산상속권의 침해를 안 날이라고 함은 자기가 진정상속인임을 알고 또 자기가 상속에서 제외된 사실을 안 때라고 해석되고 있으므로 그 기산점이 불합리하게 책정되었다고 할 수 없고, 상속으로 인한 재산권 이전이 포괄적으로 이루어지는 법률적 특성과 이에 따른 선의의 제3자 보호의 필요성을 감안할 때 3년이라는 기간은 상속인이 자신의 상속재산을 회복하기 위하여 권리를 행사하기에 충분한 기간이라고 보일 뿐만 아니라, 현행법상 인정되

36) 제999조(상속회복청구권)
①상속권이 참칭상속권자로 인하여 침해된 때에는 상속권자 또 는 그 법정대리인은 상속회복의 소를 제기할 수 있다.
②제1항의 상속회복청구권은 그 침해를 안 날부터 3년, 상속권의 침해행위가 있은 날부터 10년을 경과하면 소멸된다.

37) 헌재 2002. 11. 28. 2002헌마134 전원재판부.

38) 제999조(상속회복청구권) 제982조의 규정은 재산상속권 침해에 관하여 이를 준용한다.
제982조(호주상속회복의 소)
①호주상속권이 참칭호주로 인하여 침해된 때에는 상속권자 또는 그 법정대리인은 호주상속회복의 소를 제기할 수 있다.
②전항의 호주상속회복청구권은 그 침해를 안 날로부터 3년, 상속이 개시된 날로부터 10년을 경과하면 소멸한다.

는 다른 소멸시효 및 제척기간 관련 규정이 정하고 있는 권리행사기간과 비교하여 보더라도 상당한 기간이라고 보이므로, 입법목적의 달성을 위한 적정성 내지는 피해의 최소성, 입법에 의하여 보호하려는 공공의 필요와 침해되는 기본권 사이의 균형성을 모두 갖추고 있다. 따라서 헌법 제37조 제2항에서 정하는 기본권제한의 한계 내의 정당한 입법권의 행사로서 과잉금지원칙에 위배되지 아니하므로, 상속인의 재산권, 사적자치권, 재판청구권을 침해하는 것이 아니다. 상속을 원인으로 한 재산권의 이전은 상속 이외의 것을 원인으로 한 재산권의 이전과는 다르므로 상속을 원인으로 한 재산권의 이전에 관하여 거래의 안전을 위하여 특별히 진정상속인에게 그 상속재산에 대한 침해행위를 안 날로부터 3년의 권리행사기간을 부여하고 그 이후에는 더 이상 다툴 수 없도록 한 것은 합리적인 이유가 있는 것이고 평등의 원칙을 침해하는 것이 아니다.

민법(2002. 1. 14. 법률 제6591호로 개정된 것) 제999조 제2항 [헌재 2006. 2. 23. 2003헌바38,61(병합) 전원재판부]

(위 2003헌바5 결정과 동일한 내용에 공동상속인과 관련하여 다음 사항을 덧붙이고 있다) 공동상속인을 참칭상속인에 해당되는 것으로 보고 그에 대한 상속회복청구를 단기의 제척기간의 적용을 받도록 하는 것은 참칭상속인인 공동상속인으로부터 상속재산을 전득한 제3자의 이익과 거래의 안전을 보호함으로써 상속회복청구에 관한 이해관계를 합리적으로 조정하기 위한 것으로서 이는 정당한 공공의 이익을 위한 것이다. 공동상속인이라도 자신의 상속분을 넘는 부분에 대하여 권리를 주장하고 있다면 그 부분에 관하여는 본질적으로 보통의 참칭상속인과 다를 것이 없다. 심판대상조항의 기간을 적용하는 데에 공동상속인을 참칭상속인의 범위에 포함시키는 것도 진정상속인의 재산권 및 재판청구권을 침해하지 않는다.

[재판관 송인준의 위헌의견]

2001. 7. 19. 위헌결정 이후 상속회복청구권자에게 다소 유리하게 개선된 것은 사실이지만, 개정 법률조항은 상속재산의 회복과 관련한 권리구제 특히 미성년자의 보호에 미흡한 반면 참칭상속인으로부터 상속재산을 양수한 제3자의 보호에만 치중한 나머지 진정상속인의 재산권을 보호하지 못하고 있어서 위헌성이 완전히 제거되지 못하고 있다.

이후 헌재는 민법(2002. 1. 14. 법률 제6591호로 개정된 것) 제999조 제2항에 관하여 선고한 결정들에서도 2002헌마134 결정과 2003헌바5 결정을 인용하여 합헌 결정을 하였다.[39]

민법 제1014조의 가액지급청구권에 상속회복청구권의 제척기간인 민법(2002. 1. 14. 법률 제6591호로 개정된 것) 제999조 제2항 중 '상속권의 침해행위가 있은 날부터 10년'을 적용하는 것이 상속개시 후에 공동상속인으로 확정된 자의 재산권, 재판청구권을 침해하거나 평등원칙에 위배되는지 여부 [헌재 2010. 7. 29. 2005헌바89 전원재판부]

[재판관 이강국, 이공현, 민형기의 의견]

민법 제1014조의 가액지급청구권에 심판대상조항을 적용하는 것은 상속을 둘러싼 법률관계를 조기에 확정함으로써 거래의 안전을 도모하고, 상속개시 당시 법적으로 진정한 상속권자의 지위에 있던 기존의 공동상속인들의 신뢰를 보호하려는 정당한 입법목적을 위한 효과적인 수단으로서, 상속개시 후에 공동상속인으로 확정된 자의 상속권 행사를 애초부터 박탈하는 것이 아니라 권리행사의 기간만을 제한하는 것이고, 상속권 침해행위가 있은 날부터 10년이 경과하도록 인지되거나 재판이 확정되지 아니하여 가액지급청구권을 행사할 수 없는 경우는 사실상 예상하기 어려울 뿐만 아니라 가액지급청구권 행사의 상대방인 다른 공동상속인은 일반적으로 진정한 권리자일 것이므로 그들의 상속재산 내지 그 상당 가액에 대한 법적 안정성과 신뢰를 보호할 필요성이 크다는 점에서, 상속개시 후에 공동상속인으로 확정된 자의 재산권을 침해하는 것으로 볼 수 없고, 가액지급청구권의 행사기간을 여타의 채권적 청구권 등과 달리 설정한 데에는 합리적 이유가 있으므로 평등원칙에 위배된다거나, 재판청구권을 침해한다고도 볼 수 없다.

[재판관 이동흡, 송두환의 의견]

민법 제1014조의 가액지급청구권에 심판대상조항이 적용되는 경우에 제척기간의 기산일인 '상속권의 침해행위가 있은 날'을 '다른 공동상속인이 상속재산을 분할 기타 처분한 날'로 보게 되면, 그날로부터 10년이 지난 이후에 인지 또는 재판의 확정으로 공동상속인이 된 자는 진정상속인의 지위를 회복하였음에도 이미 10년의 제척기간이 경과되어 가액지급청구권의 행사가

39) 헌재 2008. 7. 31. 2006헌바110 전원재판부, 헌재 2009. 9. 24. 2008헌바2 전원재판부, 헌재 2010. 11. 25. 2010헌바253 전원재판부 등.

능성 자체를 박탈당하게 되는바, 이는 인지의 소급효와 사후인지제도 등을 규정한 우리 민법의 체계나 가액지급청구권 제도의 취지에도 반하는 것이므로, '상속권의 침해행위가 있은 날'은 헌법합치적 법률해석의 원칙에 따라 '인지 또는 재판의 확정일'로 보아야 한다. '인지 또는 재판의 확정일'을 제척기간의 기산일로 보는 이상 피인지자 등의 재산권, 재판청구권을 침해하는 것이 아님은 물론 평등원칙에도 위배되지 아니한다.

[재판관 조대현, 김희옥, 김종대, 목영준의 위헌의견]

민법 제1014조에 규정된 가액지급청구권은 상속자격을 갖춘 진정한 공동상속인 사이에서 상속분을 적절하게 분할하고 배분하기 위하여 인정된 상속재산분할청구권으로서, 권리의 상대방이 참칭상속인이 아니라 진정한 공동상속인인 점, 권리의 구제방식이 민사소송절차가 아닌 가사소송절차인 점, 제3자의 법률적 지위 및 거래의 안전을 위하여 진정상속인의 권리행사를 제한할 필요가 없다는 점에서 상속회복청구권과 명백히 구별된다. 민법 제1014조에 심판대상조항을 적용하면 인지 또는 재판의 확정이 상속권의 침해가 있은 날로부터 10년이 지난 후에 이루어진 경우에는 가액지급청구를 원천적으로 할 수 없게 되는 결과가 발생하는데, 이는 가액지급청구권이라는 우회적·절충적 형태를 통해서라도 피인지자 등의 상속권을 뒤늦게나마 보상하여 주겠다는 입법취지와 새로이 공동상속인이 된 자의 피해의 최소성 원칙에 반하고 법익의 균형성도 갖추지 못한 것으로, 결국 과잉금지원칙에 위반하여 청구인들의 재산권과 재판청구권을 침해하므로 헌법에 위반된다.

위 결정의 주문은 합헌이지만, 재판관 6인이 민법 제1014조에 민법 제999조 제2항의 제척기간 10년을 적용하는 법원의 해석론에 대하여 위헌이라거나 위헌의 소지가 있다고 판단하였다. 위 결정과 같이 인지나 재판확정이 이루어진 시기와 무관하게 재산권 침해행위가 있은 날을 기산일로 하여 제척기간을 적용하는 것에 대하여는 학계의 비판이 많다.[40]

40) 정구태·신영호, "민법 제1014조의 상속분가액지급청구권 재론", 「가족법연구」 제27권 제3호(통권 제48호), (사)한국가족법학회(2013), 216면 이하에서는 민법 제1014조의 상속분가액지급청구권은 상속회복청구권과 전혀 별개의 권리로서 상속회복청구권의 제척기간이 적용되지 않는다고 한다.; 윤영미, "상속회복청구권 제척기간에 관한 헌법적 쟁점", 「고려법학」 제74호, 고려대학교 법학연구원(2014. 8.), 201-212면에서는 인지나 재판확정이 이루어진 시기와 무관하게 재산권 침해가 있은 날을 제척기간의 기산일로 하는 것은 재산권 침해 및 평등원칙 위배의 의심이 있다고 한다.

한편, 상속회복청구권의 제척기간에 의하여 문제되는 상속인의 기본권에 재산권 이외에 재판청구권이 포함되는 것에 대하여 반대하는 견해도 있다.[41]

2) 채권자취소권

채권자취소권의 행사기간에 관한 민법 제406조 제2항 중 '법률행위 있은 날로부터 5년 내' 부분 [헌재 2006. 11. 30. 2003헌바66 전원재판부]

재판을 청구할 수 있는 기간을 정하는 것은 입법자가 입법형성의 재량에 기초한 정책적 판단에 따라 결정할 문제이고 입법부에 주어진 합리적인 재량의 한계를 일탈하지 아니하는 한 위헌이라고 판단할 것은 아니다. 채권자취소권의 제소기간이 채권자에게 현저하게 불리하거나 합리성이 없다고 볼 수 없고, 채권의 존속기간을 고려하여 채권자취소권의 행사기간을 정함으로써 채권자의 이익을 보호하고 있을 뿐만 아니라, 채권자의 이익이 감소하는 시점에서 법률관계의 조속한 안정과 제3자의 보호를 통한 거래의 동적 안전도 도모하고 있으므로 그것이 현저히 불합리하여 기본권제한의 입법적 한계를 벗어나 청구인들의 재산권과 재판청구권을 침해한 것이라고 할 수 없다.

나. 전치주의

"국가배상법에 의한 손해배상의 소송은 배상심의회의 배상금지급 또는 기각의 결정을 거친 후에 한하여 이를 제기할 수 있고, 다만, 배상신청이 있은 날로부터 3월을 경과한 때에는 그러하지 아니하다."고 규정한 구 '국가배상법'(1997. 12. 13. 법률 제5433호로 개정되고 2000. 12. 29. 법률 제6310호로 개정되기 전의 법률) 제9조 [헌재 2000. 2. 24. 99헌바17,18,19(병합) 전원재판부]

배상심의회의 배상결정을 거치도록 하는 것은 법관에 의한 재판을 받을 권리와 신속한 재판을 받을 권리를 제한하는 측면은 있다. 그러나 국가배상

41) 이동진, "상속회복청구권의 제척기간 -법률해석, 헌법적 평가, 개선입법-", 「가족법연구」 제33권 제2호(통권 제65호), (사)한국가족법학회(2019. 7.), 471면에서는 민법 제999조 제2항의 효과가 재산권 박탈이라면 재판청구권 침해는 상속권(재산권) 침해에 완전히 흡수되어 독자적인 의미를 잃게 된다고 한다.

법에 의한 손해배상청구에 관한 시간, 노력, 비용의 절감을 도모하여 배상사무의 원활을 기하고, 피해자로서도 신속, 간편한 절차에 의하여 배상금을 지급받을 수 있으며, 국고손실을 절감하도록 하기 위한 공익과 배상절차의 합리성 및 적정성의 정도, 그리고 배상신청을 하는 국민의 수고나 시간의 소모를 비교하여 볼 때 기본권제한의 한계를 규정한 헌법 제37조 제2항에 위배하여 국민의 재판청구권을 침해하는 정도에는 이르거나, 국민의 평등권을 침해하는 것이라고는 할 수 없다.

헌재의 위 결정 후 2000. 12. 29. 국가배상법 제9조는 배상심의회에 배상신청을 하지 아니하고도 손해배상의 소를 제기할 수 있도록 개정되었다.

다. 중재판정에 대한 불복 제한

집행판결 후 중재판정취소의 소를 제기하는 경우에는 그 취소사유 중 구 중재법(1999. 12. 31. 법률 제6083호로 전부 개정되기 전의 법률) 제13조 제1항 제5호가 규정한 구 민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전부 개정되기 전의 법률) 제422조 제1항 제4호 내지 제9호에 해당하는 사유를 당사자가 과실 없이 집행판결절차에서 주장할 수 없었다는 것을 소명한 때로 제한하는 구 '중재법' 제15조[42] [헌재 2000. 11. 30. 98헌바83 전원재판부]

집행판결절차에서 주장할 수 있었던 중재판정취소의 사유를 집행판결 후

42) 제15조(집행판결후의 중재판정취소의 소)
①집행판결을 한 후에는 중재판정의 취소의 소는 제13조 제1항 제5호의 사유를 이유로 한 경우에 한하여 중재판정취소의 소를 제기할 수 있다. 다만, 당사자가 과실없이 집행판결절차에서 그 취소의 이유를 주장할 수 없었다는 것을 소명한 때에 한한다.
제13조(중재판정취소의 소)
①당사자는 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 중재판정의 취소의 소를 제기할 수 있다.
1. 중재인의 선정 또는 중재절차가 이 법이나 중재계약에 의하지 아니한 때
2. 중재인의 선정 또는 중재절차에 있어서 당사자가 소송무능력자이거나 대리인이 적법하게 선임되지 아니하였을 때
3. 중재판정이 법률상 금지된 행위를 할 것을 내용으로 한 때
4. 중재절차에 있어서 정당한 사유 없이 당사자를 심문하지 아니하였거나 중재판결에 이유를 붙이지 아니하였을 때
5. 민사소송법 제422조 제1항 제4호 내지 제9호에 해당하는 사유가 있을 때

의 중재판정취소의 소에서 다시 제한 없이 주장할 수 있게 허용한다면 분쟁해결의 실효성을 거둘 수 없게 된다. 심판대상조항은 당사자의 태만으로 인한 상대방 지위의 불안정을 방지하고 법원의 반복심리에 따른 소송경제의 낭비를 막는 등 공공복리를 위한 입법으로서 헌법상의 정당성과 합리성이 인정되므로 기본권제한의 한계를 벗어난 것이 아니어서 재판청구권을 침해하지 않는다.

1999. 12. 31. 법률 제6083호로 전부 개정된 중재법 제36조 제4항은 "당해 중재판정에 관하여 국내법원에서 내려진 승인 또는 집행판결이 확정된 후에는 중재판정취소의 소를 제기할 수 없다."고 규정하고 있다.

라. 인지제도

민사소송등인지법은 1990. 12. 31. 법률 제4299호로 제정되어 1991. 1. 1.부터 시행되고 있다. 제1조는 민사소송절차 등에서 소장 등에 인지를 붙여야 함을 규정하고, 제2조는 소장에 붙여야 할 인지의 액수를, 제3조는 항소장 및 상고장에 붙여야 할 인지의 액수를, 제4조 이하는 반소장, 재심소장 등에 붙여야 할 인지의 액수를 규정하는데 제2조 또는 제3조를 기준으로 한다. 1997. 12. 13. 법률 제5428호 일부 개정에 의하여 소장에 첨부할 인지액 산출방식을 소가의 0.5퍼센트인 정률제에서 소가의 증가에 따라 부담율을 낮추는 4단계 역진제(0.5퍼센트, 0.45퍼센트, 0.4퍼센트, 0.35퍼센트)로 변경하고, 상소장 인지액의 할증비율을 항소장은 소장 인지액의 2배에서 1.5배로, 상고장은 소장 인지액의 3배에서 2배로 각각 낮추었다.[43]

개정 전 후 민사소송등인지법 각 조항들의 위헌 여부에 대한 헌재결정이 있었는데, 주된 쟁점은 법률이 소가에 따라 인지액을 정하면서 그 상한을 규정하고 있지 않다는 것과 상소심에서 인지액이 제1심 보다 증액되는 것이다.

인지제도의 취지 및 위헌 여부에 대한 판단의 전제가 되는 입법자의 재량에 관한 헌법재판소의 입장은 첫 번째 결정인 1994. 2. 24. 93헌바

43) 2009. 5. 8. 법률 제9645호 개정은 문장이나 용어를 한글로 정비한 것이고 내용상 변경된 것은 없다.

10 전원합의부 결정에서부터 가장 최근에 선고된 2018. 3. 29. 2017헌바56 전원재판부 결정에 이르기까지 일관된다.[44] 민사소송에서 인지대는 국가의 소송제도를 이용하기 위하여 소를 제기하는 사람이 수익자부담으로서 국고에 납부하는 수수료의 성격이고, 인지제도의 역할은 남소를 억지함으로써 법원기능의 효율성을 높이는 것이며, 법률로서 인지제도를 규정하는 것은 그 규정방식이 지극히 불합리하거나 인지액이 지극히 다액이어서 국민의 재판청구권을 침해할 정도에 이르지 않는 한 입법자의 광범위한 재량영역에 속한다는 것이다. 다만, 헌재 1996. 10. 4. 95헌가1,4 전원재판부 결정에서 인지액의 상한을 규정하지 않은 것을 근거로 한 재판관 김문희, 황도연의 위헌의견이 등장한 이후 이어지는 결정에서도 재판관 2인 또는 3인의 위헌의견이 있다.

학계에서는 인지액 상한을 규정하고 있지 않은 입법에 대한 비판과 소가연동제를 대체하거나 보완하는 다양한 방법에 의한 인지액 산정방식에 관한 논의가 이루어져 오고 있고,[45] 개정 법률안도 제출되었었다.[46]

---

44) 헌재결정에서 제시된 심사기준은 명시적으로 과잉금지원칙을 언급한 것과 그렇지 않은 것으로 나눌 수 있다. 자세히는 이재홍, 앞의 글, 221-222면.

45) 이시윤·조관행, “민사소송에 있어서의 국민불편해소방안”, 「민사소송」 제1권, 한국민사소송법학회(1998. 1.), 312-313면에서는 인지액의 산정에서 있어서 정률제를 유지하면서 0.3% 정도로 저감하고, 소가의 상한을 30억 원으로 제한하는 소가상한제(ceiling 제도)를 채택하고, 상소심 인지액의 할증비율은 항소심의 경우 1.5배, 상소심의 경우 2배 수준으로 하향조정하며, 소액사건에서는 정액제를 채택하는 방안을 제안하였다.; 김종철, 앞의 글, 19-20면에서는 소가 및 심급 연동제의 현행 인지제가 남소 및 남상소의 방지를 목적으로 무제한으로 인지를 부담시키고 사법접근권의 불합리한 차별을 조장한다고 비판하면서, 소가연동제는 그대로 두더라도 인지액 상한제의 도입을 우선적으로 검토할 필요가 있다고 주장한다.; 김제완, “민사소송 인지제도의 개선방안: 국민의 사법접근성과 재판의 효율성 제고를 위한 시론”, 「법과 사회」 제50권, 법과사회이론학회(2015. 12.), 39면에서는 소가를 기본적 기준으로 하되, 사건의 난이도와 공익적 성격, 당사자의 경제력 등을 인지액 산정시 반영요소로 부분적으로 고려하자고 하면서, ‘총인지대 = 기본인지대(정액) + 소가 반영부분(한도) + 재판부 재량부분(한도)’와 ‘총인지대 = 기본인지대(정액) + 소가 반영부분(한도) × 재판부 재량증감비율(범위)’라는 산정방식을 제안한다.; 연구책임자 이혜정, 「인지제도 및 실무 개선방안에 관한 연구」, 사법정책연구원(2019), 55-68면에서는 법원서비스의 계량화·표준화에 기초한 인지정책으로의 방향 전환과 사건별 또는 사물관할별 인지정액제 도입을 주장한다.

46) 이재홍, 앞의 글, 217면.

구 민사소송등인지법(1997. 12. 13. 법률 5428호로 개정되기 전의 것) 제1조[47] [헌재 1996. 8. 29. 93헌바57 전원재판부]

민사소송법에 소송구조제도가 갖추어져 있어서 소장의 인지액이 소송을 제기하고자 하는 당사자의 자력으로는 부담하기 어려울 정도로 고액인 경우에도 패소할 것이 명백하여 소송의 실질적 이익이 없다고 인정되지 않는 한 소장에 인지를 붙이지 아니하고도 재판을 받을 수 있는 길이 있으므로 자력이 부족한 당사자의 재판청구권을 침해하거나 불합리하게 차별하는 조항이 아니다.

구 민사소송등인지법(1997. 12. 13. 법률 5428호로 개정되기 전의 것) 제2조 제1항[48] [헌재 1996. 10. 4. 95헌가1,4 전원재판부]

남소와 그에 따른 법원업무의 양질성과 효율성 저하를 방지하기 위한 입법목적의 정당성 및 방법의 적합성을 인정할 수 있고, 인지액 산정비율을 통일, 일원화함으로써 국민의 부담을 경감시키고 있으며, 법원이 소송비용을 지출할 자력이 부족한 자에 대하여는 소송상 구조를 할 수 있으므로 제한되는 재판청구권과 그에 의하여 추구되는 공익 사이에는 상당한 비례관계가 있으므로 재판청구권을 과잉금지원칙에 반하여 과도하게 제한하는 것이라고 할 수 없다. 소송구조제도를 이용하여 소장에 인지를 붙이지 아니하고도 재판을 받을 수 있는 길을 열어두고 있으므로 소송제기 시 무자력자를 자력자에 비하여 불합리하게 차별하는 것이라고 볼 수 없으며, 소송물 가액이 고액인 사건의 비율, 우리나라의 경제 현황 등 여러 가지 사정을 고려할 때 고액 소송물의 제소자를 다른 제소자에 비하여 불합리하게 차별하여 헌법상의 평등의 원칙에 위배되는 조항이라고 할 수 없다.

[재판관 김문희, 황도연 위헌의견]

수수료에 해당하는 비용을 현저히 넘는 고액의 인지대는 재판청구권에 대한 지나친 제한으로서 과잉금지원칙에 위반하고, 소가가 다액인 경우에도

---

47) 제1조(인지의 첩부) 민사소송절차, 행정소송절차 기타 법원에서의 소송절차 또는 비송사건절차에 있어서의 소장이나 신청서 또는 신청의 취지를 기재한 조서에는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법이 정하는 인지를 붙여야 한다. 다만, 대법원규칙이 정하는 바에 의하여 인지의 첩부에 갈음하여 당해 인지액 상당의 금액을 현금으로 납부하게 할 수 있다.

48) 제2조(소장) ①소장(反訴狀 및 大法院에 제출하는 訴狀을 제외한다)에는 소송목적의 가액에 1천분의 5를 곱하여 산출한 금액 상당의 인지를 붙여야 한다.

언제나 소가에 비례하여 수수료의 성격을 무색케 할 정도로 다액의 인지를 붙이도록 함으로써 실질적으로 재판에 의한 권리구제의 길을 막는다고 할 수 있어서, 그 범위에서 재판청구권을 지나치게 제한하므로 위헌이다.

구 민사소송등인지법(1997. 12. 13. 법률 5428호로 개정되기 전의 것) 제3조[49] [헌재 1994. 2. 24. 93헌바10 전원재판부]

심급에 따라 붙여야 할 인지액에 차등을 두는 것은 국가의 역무에 비례한 비용이라는 측면과 함께 남소 또는 남상소로 말미암아 법원의 국민에 대한 권리보호기능의 저하를 막기 위한 목적이 있다. 항소장 또는 상고장 인지액의 기준이 되는 제1심 인지액 자체가 소가의 1천분의 5로 비교적 근소하게 규정되어 있음을 고려할 때 적정한 한계를 넘어선 차별이라고 할 수 없고, 소송구조제도가 마련되어 있어서 자력이 부족한 당사자에 대하여 항소 또는 상고의 기회를 제대로 이용할 수 없을 정도로 어렵게 하거나 차단함으로써 그들의 재판청구권을 침해한다거나, 그들을 불합리하게 차별한다고 할 수 없다.

구 민사소송등인지법 제2조 제1항, 제3조 전단(1997. 12. 13. 법률 제5428호로 개정되고 2009. 5. 8. 법률 제9645호로 개정되기 전)[50] 및 재심에 대하여도 재심대상판결에 따라 심급에 따른 인지를 붙이도록 하는 구 민사소송등인지법 제8조 제1항[51] 중 제2조 제1항, 제3조 전단의 적용을 받는

---

49) 제3조(항소장, 상고장) 항소장에는 제2조 규정액의 배액의 인지를, 상고장(大法院에 제기하는 訴狀을 포함한다)에는 제2조 규정액의 3배액의 인지를 붙여야 한다.

50) 제2조(소장) ①소장(反訴狀 및 大法院에 제출하는 訴狀을 제외한다)에는 소송목적의 가액(이하 "訴價"라 한다)에 따라 다음 각 호의 금액 상당의 인지를 붙여야 한다.
1. 소가가 1천만 원 미만인 경우에는 소가에 1만분의 50을 곱하여 산출한 금액
2. 소가가 1천만 원 이상 1억 원 미만인 경우에는 소가에 1만분의 45를 곱하여 산출한 금액에 5천원을 가산한 금액
3. 소가가 1억 원 이상 10억 원 미만인 경우에는 소가에 1만분의 40을 곱하여 산출한 금액에 5만5천원을 가산한 금액
4. 소가가 10억 원 이상인 경우에는 소가에 1만분의 35를 곱하여 산출한 금액에 55만5천원을 가산한 금액
제3조(항소장, 상고장) 항소장에는 제2조 규정액의 1.5배액의 인지를, 상고장(大法院에 제출하는 訴狀을 포함한다)에는 제2조 규정액의 2배액의 인지를 붙여야 한다.

51) 제8조(재심소장 등) ①재심의 소장에는 심급에 따라 제2조, 제3조 또는 제4조 제1항 규정

부분 [헌재 2006. 5. 25. 2004헌바22,2005헌바93,2006헌바28,2005헌마639(병합) 전원재판부 결정]

법적 안정성의 요청이 큰 확정판결에 대해 이루어지는 재심의 소의 특수성에 비추어 입법재량을 일탈하였다고 볼 수 없고, 인지액의 상한을 규정하지 아니하고, 소가의 일정한 비율로 심급에 따른 인지를 붙이도록 하였더라도, 소가가 고액인 재심소송을 제기하는 자를 적정한 정도를 넘게 차별한다고 할 수 없다.[52]

민사소송등인지법 제2조 제1항 및 제3조 전단(2009. 5. 8. 법률 제9645호로 개정된 것) [헌재 2011. 8. 30. 2010헌바427 전원재판부]

법원업무의 양질성과 효율성 저하의 방지라는 입법목적의 정당성이 있고, 심급에 따라 일정비율의 인지를 붙이도록 요구함으로써 국가의 소송 역무에 대한 수수료를 소송당사자가 일부 부담하게 되고 남소를 자제하게 되어 재판업무의 완성도 및 효율을 보장하는 실효적인 수단이 된다. 소송구조제도가 있어서 소장에 인지를 붙이지 않고 재판을 받을 수 있는 길을 열어두고 있고, 소가가 증가할수록, 심급이 올라갈수록 인지액이 커지는 것에는 타당성이 있고, 소가가 증가할수록 첩부하는 인지의 비율이 줄어들도록 규정함으로써 피해의 최소성 요건도 충족되며, 법익균형성도 갖추고 있으므로 과잉금지원칙에 위배하지 않는다. 항소장의 인지액을 제1심 인지액의 1.5배로 하는 것은 합리적인 이유가 있으므로 이를 두고 평등원칙에 위배된다고 할 수 없다.

[재판관 송두환의 위헌의견]

남소를 방지함으로써 법원 기능의 효율성 저하를 방지하는 것은 인지제도의 시행에 따르는 부수적 효과라고 볼 수 있을 뿐, 이를 인지제도의 주된 목적이 된다고 할 수는 없다. 소가의 여하에 따라서는 보통사람이 도저히 감당할 수 없는 인지액이 산출되게 되는바, 과다한 인지액의 납부를 요구하는 것은 인지제도의 주된 목적, 즉 수수료로서의 기능을 초과하는 것이다.

액의 인지를 붙여야 한다.

52) 구 민사소송등인지법 제2조 제1항, 제3조 전단(1997. 12. 13. 법률 제5428호로 개정되고 2009. 5. 8. 법률 제9645호로 개정되기 전)에 대하여는 93헌바57 결정과 95헌가1,4 결정을 인용하고, 고액 소송물의 경우 개정 법률이 종전에 비하여 위헌성을 더 완화하였다는 판단을 추가하였다.

심판대상조항에 따르면 고액의 인지액을 납부할 재력이 없는 사람은 소가가 고액인 소를 제기할 수 없게 되고, 재력이 있는 자만이 소가가 고액인 소를 제기할 수 있게 된다. 이는 경제적 능력에 상관없이 모든 국민이 보편적으로 국가의 사법제도에 접근할 수 있게 하려는 헌법상 재판청구권 보장의 가치와 부합되지 않는다.

민사소송등인지법(2011. 3. 7. 법률 제10430호로 개정된 것) 제1조 본문 중 '민사소송절차의 소장'에 관한 부분 [헌재 2015. 6. 25. 2014헌바61 전원재판부]

민사소송법상의 소송구조제도, 민사소송비용 패소자부담원칙, 다종·다양한 소송사건을 계량화·표준화하여 인지액의 상한을 규정하기는 용이하지 아니한 점, 인지액의 상한을 정할 경우 남소방지라는 인지제도의 취지에 어긋날 수 있는 점, 민사소송등인지법 제2조는 소송목적의 값이 증가할수록 첩부할 인지의 비율을 낮추고 있는 점 등을 고려하면 민사소송절차의 소장에 일률적으로 인지를 첩부하도록 하면서 인지액의 상한에 관한 규정을 두고 있지 아니한 것이 인지를 첩부할 자력이 부족한 자들의 재판청구권을 침해하거나 평등원칙에 위배된다고 보기 어렵다.

[재판관 강일원, 서기석의 위헌의견]

재판유상주의를 채택하여 소송제도를 이용하는 국민에게 일정한 비용을 부담하도록 하는 것은 입법자가 선택할 수 있는 제도이다. 그러나 기본권침해를 줄일 수 있는 인지액 상한제 등 보완책을 두지 않고 소송물 가액에 단순 비례하는 인지를 붙이도록 강제하여 재판청구권을 제한하고 있는 현행 제도는 과잉금지원칙에 위배하여 헌법에 위반된다.

민사소송등인지법(2009. 5. 8. 법률 제9645호로 개정된 것) 제8조 제1항 중 같은 법 제3조 전단, 제2조 제1항에 따른 금액이 적용되는 부분 [헌재 2017. 8. 31. 2016헌바447 전원재판부]

재심은 상소보다 더 예외적으로 인정되어야 하는 절차임에도 불구하고, 심판대상조항은 재심에 대한 특별한 가중치를 두지 않은 채 항소심 소장에 붙일 인지액과 항소심 확정판결에 대한 재심소장에 붙일 인지액을 같게 정하고 있으므로 재판청구권 제한의 정도는 상대적으로 경미하다. 이와 같이 심판대상조항이 재심의 인지액에 대해 추가적인 가중치를 두지 않음으로써

제1심 인지액이나 항소심의 인지액 가중치에 의한 재판청구권의 제한이 상대적으로 완화되기도 한다. 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위배하여 소송당사자의 재판청구권을 침해하였다고 볼 수 없고, 항소심 확정판결에 대한 청구이의의 소는 항소심 확정판결에 대한 재심청구와는 본질적으로 동일한 비교대상이 아니므로 평등원칙에 위반되지 않는다.[53]

[재판관 강일원, 서기석, 이선애의 위헌의견]

인지액 상한제를 도입하더라도 인지제도의 목적을 충분히 달성하면서도 기본권침해를 상당 부분 줄일 수 있으므로 심판대상조항 중 소송목적의 값에 비례하여 아무런 제한 없이 인지액을 정하도록 한 부분은 과잉금지원칙에 위배하여 재판청구권을 침해한다.

항소심에서 본소와 목적이 같은 반소장의 경우에 인지의 액수를 줄여주도록 규정한 민사소송등인지법(2009. 5. 8. 법률 제9645호로 개정된 것) 제4조 제2항 제2호[54] [헌재 2018. 3. 29. 2017헌바56 전원재판부]

본소청구에 대한 심리·판단을 하면서 동시이행관계에 있는 반소청구에 대한 심리·판단이 이루어진다고 하더라도 본소청구와 반소청구가 모두 인용되어 소송목적을 달성하고 각각 집행권원을 얻게 될 수도 있고, 이러한 경우 법원이 본소원고와 반소원고를 위하여 제공하는 역무가 공통된다고 볼 수 없는 점에서 본소청구와 반소청구가 동시이행관계에 있는 경우를 본소와 반소의 목적이 같은 경우와 달리 취급하는 데에는 합리적 이유가 있으므로 평등원칙에 위반되지 않는다.

---

53) 재판유상주의, 재판 업무의 완성도와 효율성 보장, 소송구조제도, 확정판결의 법적 안정성 보장 등의 논거와 판단의 구조는 헌재 2011. 8. 30. 2010헌바427 전원재판부 결정과 거의 동일하다.

54) 제4조(반소장)

①제1심에 제출하는 반소장에는 제2조에 따른 금액의 인지를 붙이고, 항소심에 제출하는 반소장에는 제2조에 따른 금액의 1.5배에 해당하는 인지를 붙여야 한다.

②본소(本訴)와 그 목적이 같은 반소장에는 심급에 따라 다음 각 호에 해당하는 금액의 인지를 붙여야 한다.

1. 제1심의 경우에는 제1항 전단에 따른 금액에서 본소의 소송목적의 값에 대한 제2조에 따른 금액을 뺀 금액
2. 항소심의 경우에는 제1항 후단에 따른 금액에서 본소의 소송목적의 값에 대한 제2조에 따른 금액의 1.5배를 뺀 금액

국가를 당사자로 하는 소송 등에 있어서 민사소송등인지법 규정의 인지를 면제하는 인지첩부 및 공탁제공에 관한 특례법(1997. 12. 13. 법률 제5454호로 개정되기 전의 것) 제2조[55] [헌재 1994. 2. 24. 91헌가3 전원재판부][56]

국가가 민사소송등인지법 소정의 인지를 첩부함은 국고에 증감이 없고 사무의 번잡만을 초래하는 면이 있다. 인지첩부는 소송절차에 관한 것이고 실체적 소송내용에 관계가 없으므로 국가가 인지첩부를 면제받는다고 하여도 실체적 재판의 승패에 영향을 주는 것은 아니므로 상대방 당사자의 헌법상 보장된 재산권을 침해하거나 그 밖의 어떤 손해가 생기게 하는 것도 아니다. 따라서 국가에게 민사소송등인지법 소정의 인지첩부의무를 면제한다 하여도 이로써 헌법에 보장된 재산권 등 기본권 보장에 있어서 국가를 합리적 근거 없이 우월하게 대우하는 것이라고 할 수 없다. 국가의 인지첩부면제는 남소나 남상소방지의 의미는 별로 없다고 할 수 있지만, 국가의 남소나 남상소의 방지는 패소 시에 상대방의 소송비용까지 부담하는 데에서 기대할 수 있을 것으므로 국가에게 제소시나 상소시에 인지첩부를 면제하였다고 하여 국가의 남소나 남상소로 말미암아 상대방 당사자의 헌법에 보장된 신속한 재판을 받을 권리의 보장에 있어서 소송당사자를 합리적 이유 없이 차별하여 국가를 우대하는 것이라고 단정할 수 없다.[57]

마. 소송비용 부담

1) 소송비용 패소자부담 원칙

원칙적으로 패소한 당사자에게 소송비용을 부담시키는 민사소송법 제98조 [헌재 2013. 5. 30. 2012헌바335 전원합의부]

---

55) 제2조(인지불첩부) 국은 국가를 당사자로 하는 소송 및 행정소송절차에 있어서 민사소송인지법 규정의 인지를 첩부하지 아니한다.

56) 헌재 1996. 8. 29. 93헌바57 전원재판부, 헌재 2017. 6. 29. 2017헌가14 전원재판부도 이 결정을 인용하여 동일하게 판단하였다.

57) 연구책임자 이혜정, 앞의 책, 143-152면에서는 남소방지, 입법목적(예산조달의 곤란)의 해소, 전략적 봉쇄소송의 통제수단, 지방자치단체와의 형평성 등에 관하여 검토를 하고, "국가가 소송을 제기할 때 인지납부의무가 면제되는 것은, 남소방지 측면에서 합리적 이유 없이 국민보다 우대하고, 같은 상황에서 인지납부의무를 부담하는 지방자치단체를 불합리하게 차별하며, 국가에 의한 전략적 봉쇄소송이 제기되기 쉬운 환경을 조성한다는 측면에서 문제가 있다. 특히 국가에게 유리한 인지첩부법의 태도는 사법부 독립성의 근거인 3권분립정신에도 어긋날 수 있다."고 지적한다.

정당한 권리행사를 위해 소송을 제기하거나 부당한 제소에 대하여 응소하려는 당사자를 위하여 실효적인 권리구제를 보장하고, 남소와 남상소를 방지하여 사법제도의 적정하고 합리적인 운영을 도모하기 위하여 원칙적으로 패소한 당사자에게 소송비용을 부담시키는 것은 합리적인 이유가 인정된다. 민사소송법은 소송비용의 패소자 부담 원칙에 일정한 예외를 인정하여 구체적 타당성을 도모하고 있다. 또 민사소송법, 대법원규칙 등에서 소송비용의 범위와 액수를 한정하고, 소송비용 확정결정에 대한 불복절차도 마련해 놓고 있고, 소송구조제도를 두고 있으므로 재판청구권을 과도하게 제한한다고 볼 수 없다. 민사소송법에 따라 구체적인 사정을 고려하여 소송비용의 부담 여부나 그 부담액수가 달라질 가능성도 존재하는 점을 고려하면, 권리남용으로 인한 패소의 경우에 소송비용 부담에 관한 별도의 예외 규정을 두지 않았다는 점을 이유로 민사소송법 제98조가 재판청구권을 침해한다고 볼 수 없다.

원고가 동시이행관계에 있는 의무의 이행에 관하여 상환이행청구를 하여 전부 승소를 한 경우에는 원고와 피고가 소송비용을 분담할 수 있도록 규정하여야 함에도 소송비용 부담조항에서 이에 관한 예외를 인정하지 않고 동시이행항변권을 행사한 피고를 패소자로 보아 소송비용을 부담하도록 하는 것이 헌법에 위반되는지 여부 [헌재 2018. 3. 29. 2017헌바56 전원재판부]

소송비용 패소자부담 원칙에 대하여는 민사소송법 제99조, 제100조와 같은 예외 규정을 두고 있고, 법원은 예외 규정에 따라 원고가 소송에 이르게 된 경위 및 상환이행청구를 하게 된 경위, 소송에서 이루어진 원고·피고의 행위와 주장 등 구체적인 사정을 고려하여 소송비용의 부담 여부나 그 부담액수를 정할 수 있으므로 동시이행관계와 관련한 상환이행청구의 경우에 대하여 별도의 예외규정을 두지 않았다는 점을 이유로 소송비용 부담조항이 재판청구권을 침해한다고 볼 수는 없다.

2) 패소자가 부담할 소송비용에 변호사보수 산입

우리 민사소송법은 처음에는 변호사보수를 패소자가 부담하여야 할 소송비용에 산입하지 않았으나, 1981년 소송촉진등에 관한 특례법에서 변호사보수의 소송비용산입제를 도입하였고, 1990년 개정 민사소송법에서 이를 수용하였다.[58)59)]

변호사보수를 패소한 당사자가 부담할 소송비용에 포함하도록 규정한 구 민사소송법(1990. 1. 13. 법률 제4201호로 개정되고, 2002. 1. 26. 법률 제6626호로 개정되기전의 것) 제99조의2 제1항[60] [헌재 2002. 4. 25. 2001헌바20 전원재판부]

소송수행을 위하여 지출한 비용 중에서 어느 범위의 것을 소송비용으로 하여 패소한 당사자에게 부담시킬 것인지, 특히 변호사보수를 소송비용에 산입하여 패소한 당사자로부터 이를 상환받을 수 있게 할 것인지는 국가의 재정규모, 국민의 권리의식과 경제적·사회적 여건, 소송실무에 있어 변호사 대리의 정도 및 변호사강제주의를 채택하였는지 여부 등을 고려하여 국민의 효율적인 권리보호와 소송제도의 적정하고 합리적인 운영이 가능하도록 입법자가 법률로 정할 성질의 것이다. 비록 변호사보수를 소송비용에 산입함으로써 특히 경제적인 능력이 부족한 사람들의 법원에의 접근을 일부 제한하게 되는 점은 부인할 수 없지만, 패소한 당사자가 부담하게 되는 구체적인 소송비용의 상환범위를 당사자가 수인할 수 있는 범위 내에서 합리적으로 제한하고 있을 뿐만 아니라 정당한 권리실행을 위하여 소송제도를 이용하려는 사람들에게 실효적인 권리구제수단을 마련하고 사법제도를 적정하고 합리적으로 운영하기 위한 중대한 공익을 추구하고 있어서 피해의 최소성과 법익의 균형성도 갖추고 있으므로 과잉금지원칙에 위배되지 않는다.

구 '변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙'(2007. 11. 28. 대법원규칙 제2116호로 개정되기 전의 것) 제3조 제1항 별표 중 '소송목적의 값이 100만 원까지는 소송비용에 산입되는 비율을 10%로 정한 부분' [헌재 2008.

58) 변호사보수의 소송비용산입에 관한 입법례에 관하여 전병서, "소송비용의 부담에 관한 약간의 검토", 「민사소송」 제13권 제2호, 한국민사소송법학회(2009), 169-173면 참조.

59) 이종구, "민사소송에서의 변호사비용부담에 관한 비교법적 연구-미국의 변호사비용에 대한 각자부담의 원칙과 편면적 패소자부담주의를 중심으로-", 「경영법률」 제24권 3호, 한국경영법률학회(2014), 454면에서는 변호사보수 소송비용 산입제도와 관련하여, 소송당사자 사이의 다툼이 사실문제가 아니라 법률문제이고 이에 관하여 법원의 판결이 없거나 판결이 있다고 하더라도 하급심 판결 상호 간에 충돌이 있는 경우 또는 법률문언의 추상성으로 인하여 해석에 첨예한 대립이 있는 경우에도, 결과책임주의에 따라 패소자가 소송의 유형이나 성질을 불문하고 상대방의 변호사비용을 대법원규칙에 따라 물어주어야 한다면 지나치게 국민의 재판청구권을 제한하는 결과가 될 것이라고 한다.

60) 현행 민사소송법 제109조 제1항과 동일하다.

12. 26. 2006헌마384 전원재판부]

변호사보수의 소송비용 산입에 있어서 변호사보수를 기준으로 하지 않음으로써 소송의 특수성 등을 충분히 반영하지 못하는 문제가 있다 하더라도, 소가를 기준으로 변호사보수의 산입비율을 정하고 있는 것은 국민의 효율적인 권리보호와 소송제도의 적정한 운영이 가능하도록 한 것으로서 이러한 목적달성을 위한 합리적인 수단이므로 청구인의 재판청구권을 침해한다고 볼 수는 없다.[61]

헌재는 개정된 민사소송법 제109조 제1항에 대하여도 헌재 2011. 5. 26. 2010헌바204 전원재판부, 헌재 2013. 7. 25. 2012헌바68 전원재판부, 헌재 2016. 6. 30. 2013헌바370,392,421,2014헌바7,296,2015헌바74(병합) 전원재판부 결정에서 동일한 판단을 하였다.

3) 소취하간주의 경우

소취하간주의 경우 소송비용을 원칙적으로 원고가 부담하도록 한 민사소송법 제114조 제2항 중 제98조를 준용하는 부분 중 '소취하간주'에 관한 부분과 소취하간주의 경우에도 변호사보수를 소송비용에 산입하도록 한 민사소송법 제109조 제1항 중 '소취하간주'에 관한 부분 [헌재 2017. 7. 27. 2015헌바1 전원재판부]

소취하간주의 경우 소송비용을 원칙적으로 원고에게 부담시키게 되면, 소송비용 상환의 염려 때문에 소송제도의 이용을 꺼리게 될 위험이 있으므로 헌법 제27조가 보장하는 재판청구권을 제한하지만, 재판청구권을 침해하지 않는다.[62] 소취하간주의 경우에도 소송이 종료된 이상 소송절차의 진행과정에서 발생한 소송비용을 누가 얼마만큼 부담할 것인지의 문제는 여전히 남

61) 청구인은 "대법원규칙에 따르면 소가 100만 원 이하인 소송의 경우 소송비용액의 확정결정을 받더라도 소송비용에 산입되는 변호사보수는 43,600원[436,500원(소가)의 10%] 정도에 불과한바, 이는 변호사보수가 최소 200만 원 내지 300만 원 정도인 법률시장의 현실을 고려하지 아니한 것으로서, 소가 100만 원 이하인 사건에 대하여는 소송결과에 상관없이 거의 대부분의 변호사보수를 당사자에게 부담시키는 결과를 초래하므로, 소가 100만 원 이하 사건 당사자인 청구인의 변호사를 선임하여 재판을 받을 권리를 침해한다."고 주장하였다.

62) 논거와 판단구조는 민사소송법 제98조에 대한 위 2012헌바335 전원합의부 결정과 같다.

고, 어떠한 사유로든 소송절차가 진행되는 도중에 변호사인 대리인이 선임되어 소송행위를 하였다면 그에 관한 비용은 소송 진행 중에 발생한 비용으로서 소송비용에 해당한다는 점에서 재판에 의하여 소송이 종료된 경우와 본질적으로 다를 바가 없으며, 오히려 소취하간주로 소송이 종료된 경우에 한하여 소송비용에서 변호사보수를 제외해야 할 합리적인 근거를 찾기 어렵다.63)

바. 소송비용 담보제공

국내에 주소 등을 두고 있지 아니한 원고에게 소송비용 담보제공명령을 하도록 한 민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전부 개정되고, 2010. 7. 23. 법률 제10373호로 개정되기 전의 것) 제117조 제1항 [헌재 2011. 12. 29. 2011헌바57 전원재판부]

국내에 주소 등을 두고 있지 아니한 원고에 대한 피고의 소송비용상환청구권의 이행을 확보하기 위한 것으로 그 입법목적의 정당성과 수단의 적절성을 인정할 수 있다. 담보제공명령의 대상을 국내에 주소 등을 두고 있지 아니한 원고로 한정하고, 담보제공은 지급보증위탁계약을 맺은 문서의 제출로도 가능하며, 청구의 일부에 대하여 다툼이 없고 그 액수가 담보로 충분한 경우에는 예외를 인정하고, 자력이 부족한 원고는 소송비용의 담보면제를 받는 방식의 소송구조를 받을 수도 있는 등 자력이 부족한 원고를 구제하기 위한 방안을 마련하여 원고의 재판청구권 제한이 최소화되도록 하고 있으므로 침해최소성의 원칙에 반하지 아니한다. 담보제공명령의 불이행으로 인하여 받게 되는 원고의 불이익에 비하여 담보제공명령으로 달성하려는 공익이 결코 작다고 할 수 없어 법익의 균형성 원칙에 반하지 아니한다. 따라서 과잉금지원칙에 위배하여 헌법 제27조 제1항의 재판청구권을 침해한다고 볼 수 없다. 국내에 주소 등을 주지 않은 원고는 국내에 재산이 없을 가능성이 많아서 피고가 소송비용액 확정재판에 기한 강제집행을 하는 것이 사실상 불가능 하므로 차별취급에는 합리적인 이유가 있으므로 국내에 주소 등을 두고 있지 아니한 원고의 평등권을 침해하지 않는다.

63) 논거와 판단구조는 위 2010헌바204 결정과 같다.

직권으로 원고에게 소송비용에 대한 담보제공을 명할 수 있도록 한 민사소송법(2010. 7. 23. 법률 제10373호로 개정된 것) 제117조 제2항 중 제1항의 '소장·준비서면, 그 밖의 소송기록에 의하여 청구가 이유 없음이 명백한 때 등 소송비용에 대한 담보제공이 필요하다고 판단되는 경우'에 관한 부분 및 원고가 담보를 제공하지 않을 경우 변론 없이 판결로 소를 각하할 수 있다고 규정한 민사소송법 제124조 본문 [헌재 2016. 2. 25. 2014헌바366 전원재판부]

원고의 소송비용상환의무의 이행을 미리 확보하여 피고의 소송비용을 보전하는 한편, 부당한 소송 또는 남상소를 제한하기 위한 것이므로 입법목적의 정당성이 인정된다. 또 피고의 신청과 상관없이 법원 직권으로 담보제공을 명할 수 있게 하여 입법목적을 쉽게 달성할 수 있도록 하고 있으므로 수단의 적절성도 인정된다. 법원 직권으로 담보제공을 명할 수 있는 사유는 엄격히 제한되어 있고, 담보제공명령에 대한 불복절차가 마련되어 있으며, 또 담보제공은 법원 허가를 받아 지급보증위탁계약을 맺은 문서를 제출하는 방법으로도 할 수 있으므로 원고가 담보액 전액을 당장 지출해야 하는 부담 없이 의무를 이행할 길이 열려 있고, 민사소송법은 담보액의 적정한 기준을 규정하고 있으며, 원고가 담보제공기간 안에 담보를 제공하지 않았다고 하더라도 판결선고 전까지 담보를 제공한 경우에는 변론 없이 소를 각하하지 못하도록 규정하고 있는 사정을 종합하여 보면 침해의 최소성도 인정되고, 원고의 재판청구권이 어느 정도 제한된다 하더라도 심판대상조항을 통해 달성하려는 공익보다 무겁다고 할 수 없으므로 법익의 균형성도 갖추었다. 과잉금지원칙을 위배하여 재판청구권을 침해한다고 할 수 없다.

사. 소송구조

민사소송법상의 소송구조는 패소할 것이 명백하지 아니한 사건에서 소송비용을 지출할 자력이 없는 당사자에 대하여 재판비용의 납입유예, 변호사 및 집행관의 보수와 체당금의 납입유예, 소송비용의 담보를 면제하는 제도라고 정의할 수 있는바,[64] 무자력으로 권리의 신장·옹호가 곤란한 사람을 구조하는 사회적 제도를 총칭하는 법률구조의 한 유형이다.[65]

64) 이시윤·조관행, 앞의 글, 314면.

65) 김도훈, "민사소송상 소송구조에 관한 소고", 「서울법학」 제19권 제2호, 서울시립대학교

헌법재판소는 인지제도, 소송비용 담보제공제도 등의 위헌 여부를 판단하면서 경제적 약자들이 재판유상주의에도 불구하고 소송구조제도를 이용하여 소를 제기할 수 있는 가능성이 열려있음을 근거로 하여 재판청구권의 침해가 없다는 결론에 이르고 있다. 민사소송법상 패소가능성이 명백한 경우에는 소송구조를 받을 수 없고, 소송구조의 범위도 재판비용 및 변호사보수 등의 납입·지급유예에 그친다. 헌법재판소는 패소가능성이 명백한 사람은 애당초 보장받을 재판청구권이 없다고 보고, 소송구조를 받은 사람에 대하여 소송비용을 면제하는 것은 남소의 우려가 있을 뿐만 아니라 자력이 없는 사람의 재판청구권을 자력이 있는 사람에 비하여 지나치게 보장하여 불공평한 결과에 이르게 된다고 한다.[66]

패소할 것이 명백한 경우 소송구조의 거부를 인정하는 구 민사소송법(1990. 1. 13. 법률 제4201호로 개정되고 2002. 1. 26. 법률 제6626호로 개정되기 전의 것) 제118조 제1항 단서[67] [헌재 2001. 2. 22. 99헌바74 전원재판부]

소송비용을 지출할 자력이 없는 국민이 적절한 소송구조를 받기만 한다면 훨씬 쉽게 재판을 받아서 권리구제를 받거나 적어도 권리의 유무에 관한 정당한 의혹을 풀어볼 가능성이 있는 경우에는 소송구조의 거부가 재판청구권 행사에 대한 '간접적인 제한'이 될 수도 있고, 경우에 따라서는 재판청구권에 대한 본질적인 침해까지로 확대 평가될 여지도 있을 수 있다. 그러나 이러한 '간접적인 제한'의 여부가 논의될 수 있는 경우는 재판에 의한 권리구

법학연구소(2011.11.30.), 321면; 민사소송법 제정 이후 2008년까지의 소송구조의 현황에 관해서는 이동률, "소송구조의 현황과 개선방안", 「민사소송」 제14권 제2호, 한국민사소송법학회(2010), 813면; 이시윤·조관행, 앞의 글, 315면에서는 소송구조와 법률구조법상의 법률구조를 정비하여 일원화하는 방안이 요망된다고 한다.

66) 연구책임자 김홍엽, 「국민의 사법수요 분석 및 정책제안을 위한 연구」, 법원행정처(2019), 322면에서는 "현재까지의 법률구조 및 소송구조의 논의를 서비스를 제공받는 사람을 중심으로 재편하여 개인들의 법률복지수급권을 보장하기 위한 효율적인 방안을 모색하는 쪽으로 논의를 옮겨가야 한다."고 제안한다.

67) 제118조(구조의 요건)
①법원은 소송비용을 지출할 자력이 부족한 자의 신청에 의하여 각심에서 소송상의 구조를 할 수 있다. 다만, 패소할 것이 명백한 경우에는 그러하지 아니하다.
②구조의 사유는 소명하여야 한다.

제의 가능성이 어느 정도 있는 경우이고, 패소의 가능성이 명백한 경우에는 애당초 재판청구권의 본질을 침해하는 것이 아니다. 법원이 충분한 자료의 검토 없이 서둘러 소송구조의 허부를 판단함으로써 구체적 사건에서 판단을 그르칠 약간의 가능성이 있을 수 있다는 우려 때문에 심판대상조항이 국민의 재판청구권을 침해한다고는 도저히 말할 수 없다.[68)69)]

[재판관 이영모 위헌의견]

법원이 소송구조 여부를 결정하면서 신청인이 제출한 소명만으로 본안의 결론까지 예측하는 것은 헌법이 보장하는 재판을 받을 권리를 충족시킬 수 없다. 민사사건 등의 소송구조에 대해서는 형사사건에 버금가는 유형의 예외적인 사건인 경우에 한하여 형사사건과 같은 조건으로 소송구조를 하여 재판청구권을 행사할 수 있게 보호하는 것이 평등원칙에도 부합하고, 그러한 입법적 배려를 하지 않은 것은 필요 최소한의 제한이라는 요건에 어긋나서 헌법 제37조 제2항에 위반된다.

소송구조의 내용을 재판비용 및 변호사, 집달관의 보수 등에 대한 납입, 지급유예 등을 규정하고 있는 구 민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로

68) 헌재 2002. 6. 27. 2001헌바100, 2002헌바7(병합) 전원재판부도 이 결정을 인용하였다.

69) '패소불명백성'의 요건에 관한 소명 정도와 관련하여, 대법원은 제1심에서 패소한 당사자가 제2심에서 소송구조를 신청하는 경우에는 제1심에서 소송구조를 신청하는 경우에 비하여 더 구체적으로 소명할 필요가 있고(대법원 1992. 8. 31. 선고 92마102 결정), 항소심에서 패소한 당사자가 상고심에서 소송구조를 신청하는 경우에는 제1심이나 항소심에서 소송구조를 신청하는 경우에 비하여 더 구체적인 소명이 필요하다고 하였었다(대법원 2001. 3. 8. 선고 2001카기 38 결정). 그런데, 대법원 2001. 6. 9.자 2001마1044 결정은 "구 민사소송법 제118조 제1항의 규정에 비추어 보면, 소송상 구조의 요건으로는 소송비용을 지출할 자력이 부족할 것과 패소할 것이 명백하지 않을 것이 요구되고, 같은 법 제119조의 구조의 범위는 일부 구조도 가능한데, 여기서 패소할 것이 명백하지 않다는 소극적 요건은 신청인이 승소의 가능성을 적극적으로 진술하고 소명하여야 하는 것은 아니고, 법원이 당시까지의 재판절차에서 나온 자료를 기초로 패소할 것이 명백하다고 판단할 수 있는 경우가 아니라면 그 요건은 구비되었다고 할 것이다. 또한 항소심은 속심으로서 원칙적으로 제1심에서 제출하지 않았던 새로운 주장과 증거를 제출할 수 있으므로, 제1심에서 패소하였다는 사실만으로 항소심에서도 패소할 것이 명백하다고 추정되는 것은 아니어서, 제1심에서 패소한 당사자가 항소심에서 소송상 구조를 신청하는 경우에도 신청인이 적극적으로 항소심에서 승소할 가능성을 진술하고 소명하여야 하는 것은 아니고, 법원은 신청인의 신청이유와 소명자료는 물론 본안소송에서의 소송자료 및 증거자료도 함께 종합하여 항소심에서 신청인이 패소할 것이 확실한지를 판단하여야 할 것이다."고 하여 종전과는 약간 차이를 보였다.

전부 개정되기 전의 것) 제118조 제1항 본문 및 제119조 제1항[70] [헌재 2002. 5. 30. 2001헌바28 전원재판부]

민사소송에서 자력이 부족한 자의 재판을 받을 권리를 보장하기 위하여 소송구조제도를 두면서도 소송구조의 내용을 재판비용 및 변호사, 집달관의 보수 등에 대한 납입, 지급유예 등을 규정하고 있는 것만으로는 그 구조의 범위가 협소하여 자력이 부족한 자의 사실상 법원에의 접근을 방해함으로써 재판을 받을 권리 등의 기본권을 침해하는 것은 아닌지에 대하여 문제가 되지만, 자력이 부족하여 소송구조를 받은 자가 소송에서 패소하는 경우에도 일체의 소송비용을 부담하지 않도록 하고 국가가 이를 부담한다면, 자력이 부족한 자는 본안소송에서의 승패에 대한 부담이 없으므로 언제든지 소송을 제기할 수 있게 되는 결과를 가져오게 되어 자력이 부족한 자에 의한 남소를 초래할 우려가 있을 뿐만 아니라, 일반국민이 납부하는 세금인 국고로 자력이 없는 자의 재판을 받을 권리를 자력이 있는 자에 비하여 오히려 지나치게 보장하게 되어 불공평하므로 구 민사소송법 제119조 제1항에서 규정하고 있는 소송상 구조의 범위가 자력이 부족한 자의 법원에의 접근을 방해하여 평등하게 재판을 받을 권리를 침해하였다거나 재판을 받을 권리를 실효적, 실질적으로 보장하지 못한다고 인정하기 어렵고, 인간다운 생활을 할 권리나 인간으로서의 존엄과 가치를 침해하지 않는다.[71]

---

70) 제119조(구조의 객관적 범위)
①소송과 강제집행에 대한 소송상의 구조는 다음과 같다.
1. 재판비용의 납입유예
2. 변호사 및 집행관의 보수와 체당금의 지급유예
3. 소송비용의 담보면제
②제1항 제2호의 경우에 변호사나 집행관이 보수를 받지 못하는 때에는 국고에서 상당한 금액을 지급한다.

71) 위 결정에 대하여 김도훈, 앞의 글, 343-345면에서는 패소자로서는 민사소송법 제98조에 따라 상대방의 소송비용을 부담하여야 하므로 구조를 받은 사람이 승패에 대한 부담이 없다는 지적은 타당하지 못하고, 또 소송구조결정에 따른 변호사의 기본보수액이 심급마다 100만 원에 불과하여 실제 변호사를 구하기 어려운 현실을 감안할 때 구조를 받은 사람이 세금으로 지나치게 재판을 받을 권리를 보장받는다는 지적 역시 타당하지 못하다고 비판한다.; 책임연구원 김홍엽, 「국민의 사법수요 분석 및 정책제안을 위한 연구」, 320면에서도 소송구조사건은 일반 변호사의 입장에서는 수익성이 낮아 기피되는 경향이 있으므로 대법원예규를 개정하여 법률구조공단의 변호사 또는 공익법무관이 원칙적이고 일차적으로 소송구조사건을 수임할 수 있도록 함으로써 소송구조제도를 일정 범위 내에서 그 운용에서 법률구조제도와 통합할 필요가 있다고 한다.

헌재는 개정 민사소송법 제128조 제1항 단서[72]에 대하여도 헌재 2013. 2. 28. 2010헌바450,2012헌바331(병합) 전원재판부, 헌재 2013. 7. 25. 2012헌바471,2013헌바37(병합) 전원재판부, 헌재 2016. 7. 28. 선고 2014헌바242,455(병합) 전원재판부 결정에서 99헌바74 결정과 동일한 내용으로 판단하였다.

민사소송법 제128조 제1항의 명확성의 원칙 위반 및 같은 조 제4항의 포괄위임금지원칙 위반 여부 [헌재 2016. 7. 28. 2014헌바242,455(병합) 전원재판부]

민사소송법 제128조 제1항의 '소송비용을 지출할 자금능력이 부족한 사람'이라는 요건이 자금능력 판단에 관한 구체적인 기준을 적시하고 있지는 않지만 관련 법령, 소송구조제도의 취지, 관련 법리 등에 비추어 그 기준을 예측할 수 있으므로, '소송비용을 지출할 자금능력이 부족한 사람'이라는 부분이 명확성의 원칙에 위반된다고 볼 수 없고, 같은 항 단서의 '패소할 것이 분명한 경우'란 소송구조 재판 시에 제출된 자료만으로도 더 이상 심리할 필요 없이 신청인이 패소할 것이 확실하다고 판단할 수 있는 경우를 의미하고, 구체적인 사건의 소송 진행정도 및 관련 법리에 비추어 법관이 객관적 가치판단에 따라 결정할 수 있으므로 명확성의 원칙에 위반되지 아니한다. 소송구조요건의 구체적인 내용과 소송구조절차에 관한 상세한 사항을 대법원규칙에 위임한 민사소송법 제128조 제4항은 포괄위임금지원칙에 위반되지 아니한다.[73]

---

72) 제128조(구조의 요건)
①법원은 소송비용을 지출할 자금능력이 부족한 사람의 신청에 따라 또는 직권으로 소송구조(訴訟救助)를 할 수 있다. 다만, 패소할 것이 분명한 경우에는 그러하지 아니하다.
②제1항의 신청인은 구조의 사유를 소명하여야 한다.
③소송구조에 대한 재판은 소송기록을 보관하고 있는 법원이 한다.
④제1항에서 정한 소송구조요건의 구체적인 내용과 소송구조절차에 관하여 상세한 사항은 대법원규칙으로 정한다.

73) 이 결정은, 민사소송법 제128조 제1항이 신청인의 자금능력을 소송구조의 요건으로 하고 있다고 하더라도 이는 재판청구권의 실질적 보장이 필요한 대상의 범위를 한정한 것이고, 남소 방지 등 정책적인 측면이나 재정적 여건 등을 종합적으로 고려하여 소송구조의 범위를 제한한 것이므로 입법형성권 내에 있다고 하였다.

소송구조에 대한 재판을 소송기록을 보관하고 있는 법원이 하도록 한 민사소송법 제128조 제3항 [헌재 2016. 7. 28. 2015헌마105,2016헌바36(병합) 전원재판부]

원심에서 패소하여 상소와 함께 소송구조를 신청한 경우 소송기록을 보관하고 있는 법원이 원심법원이라면 원심법원이 소송구조신청사건을 판단할 때 '패소할 것이 분명한 것'으로 선입견을 갖고 소송구조신청을 기각할 수 있다는 점에서 헌법 제27조 제1항의 공정한 재판을 받을 권리를 제한할 수는 있지만, 신속한 재판과 소송경제를 위하여 '패소할 것이 분명한지 여부'에 관하여 법관의 고도의 전문적 판단에 맡기고, 이로 인한 문제점을 최소화하기 위하여 항고제도, 소송구조 전담재판부 등을 규정하고 있으므로, 원심법원이 아닌 상소심 법원이 소송구조신청사건을 판단하도록 규정하지 않았다는 점만으로 입법형성권의 한계를 벗어나 공정한 재판을 받을 권리를 침해하였다고 할 수 없다.

3. 소송절차에서의 재판청구권

가. 기피

기피신청에 대한 재판을 그 신청을 받은 법관이 소속된 법원의 합의부에서 하도록 한 민사소송법 제46조 제1항 [헌재 2013. 3. 21. 2011헌바219 전원재판부]

심판대상조항은 기피신청에 대한 법원의 직분관할을 정한 규정으로서, 관할배분의 문제는 기본적으로 입법형성권을 가진 입법자가 사법정책을 고려하여 결정할 사항이고, 기피신청권 자체가 법률에 의하여 구체적으로 형성되는 권리라는 점에서 완화된 심사기준이 적용될 필요가 있다. 심판대상조항은 기피신청인의 공정한 재판을 받을 권리를 보장함과 동시에 상대방 당사자의 신속한 재판을 받을 권리도 조화롭게 보장하기 위하여 기피재판을 당해 법관 소속 법원의 합의부에서 하도록 규정하고 있다. 어떠한 경우에도 기피신청을 받은 법관 자신은 기피재판에 관여하지 못하고, 기피신청을 받은 법관의 소속 법원이 기피신청을 받은 법관을 제외하면 합의부를 구성하지 못하는 경우에는 바로 위 상급법원이 결정하도록 규정하고 있으며, 기피신청에 대한 기각결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있도록 하여 상급심에 의한 시정의 기회가 부여되는 등 민사소송법에는 기피신청인의 공정한 재판

을 받을 권리를 담보할 만한 법적 절차와 충분한 구제수단이 마련되어 있다. 결국 민사재판절차에서의 공정성과 아울러 신속성까지도 조화롭게 보장하기 위하여 입법자의 입법재량의 범위 내에서 형성된 것이므로 청구인의 재판청구권을 침해한다고 볼 수 없다.[74]

기피신청을 받은 법관으로 하여금 기피신청에 대한 의견서를 제출하도록 하고, 기피재판에서 의견을 진술할 수 있도록 한 민사소송법 제45조 제2항, 제46조 제2항 단서 중 각 '기피'에 관한 부분 [헌재 2020. 6. 25. 2017헌바516 전원재판부]

민사소송법은 기피이유를 제척이유처럼 일일이 열거하지 않고 매우 포괄적으로 규정하고 있고 기피이유에 대한 입증도 소명만으로 충분하도록 규정하고 있기 때문에, 자칫 당사자가 기피신청권을 법관에 대한 주관적인 불만이나 소송지휘에 대한 불복수단으로 남용하거나 소송지연의 도구로 악용할 우려가 있다. 민사소송법은 기피재판을 담당하는 법원으로 하여금 기피신청인과 기피신청을 받은 법관의 의견을 모두 고려할 수 있게 함으로써 기피신청인의 일방적인 주장에 의해 기피제도가 남용되지 않도록 하고, 기피이유에 관한 쟁점을 쉽게 파악할 수 있게 함으로써 기피재판을 신속하게 진행하도록 정하고 있다. 기피신청을 받은 법관의 의견서나 진술은 하나의 판단자료에 불과할 뿐이어서 기피재판을 담당하는 법원을 기속하지 않으며, 기피신청의 기각결정에 대하여는 즉시항고를 하거나 본안에 대한 상소를 통하여 시정할 수 있는 절차적 기회도 보장되므로 심판대상조항은 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 볼 수 없다.

나. 보조참가인의 지위

"참가인의 소송행위가 피참가인의 소송행위와 저촉되는 때에는 그 효력이 없다."고 규정한 구 민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전부 개정되기 전의 것) 제70조 제2항 [헌재 2001. 11. 29. 2001헌바46 전원재판부]

심판대상조항이 피참가인의 소송행위에 저촉되는 보조참가인의 소송행위의 효력을 부인하더라도 이는 피참가인과 보조참가인의 소송상의 지위가 다름으로 말미암아 생기는 것으로서 이로써 피참가인을 합리적 근거 없이 우

74) 헌재 2020. 6. 25. 2017헌바516 전원재판부 결정도 같다.

월하게 대우하는 것이라고 할 수 없으므로 보조참가인의 평등권을 침해한 규정이라고 할 수 없다. 보조참가인의 소송행위가 효력이 없는 경우에는 보조참가인에게 참가적 효력이 미치지 않기 때문에 보조참가인은 이후 피참가인과의 소송에서 피참가인이 자기의 행위와 저촉되는 행위를 하지 않았더라면 그 소송에서 판결결과가 달라질 수 있었음을 주장할 수 있으므로[75] 보조참가인의 재판을 받을 권리의 본질적인 내용을 침해한다고 할 수 없다.

다. 공시송달로 기일통지를 받은 경우 자백간주 배제

공시송달로 기일통지를 받은 당사자가 변론기일에 불출석한 경우 자백으로 간주되지 않도록 규정한 민사소송법 제150조 제3항 단서 [헌재 2013. 3. 21. 2012헌바128 전원재판부]

민사소송법 제150조의 자백간주제도는 민사소송절차에 있어 상대방의 주장을 알고 이를 시인하는 자백의 의사를 당사자의 소송진행상 태도에 기초하여 인정함으로써 절차의 효율적 진행을 도모하려는 것이다. 심판대상조항은 공시송달의 경우 당사자가 변론기일이 있음을 현실적으로 알았다고 볼 수 없으므로 당사자의 자백의사가 있었다고도 볼 수 없다는 데에 기초한 것이고, 이는 입법자가 민사소송절차를 변론주의에 따라 합리적으로 형성한 결과이다. 자백간주가 배제된다고 하더라도, 그 상대방은 자신이 주장하는 사실을 증명하는 데에 지장이 없으므로 민사소송을 통한 실체적 권리구제의 실효성은 충분히 보장된다. 공시송달에 따라 한쪽 당사자의 출석 없이도 소송절차는 그대로 진행됨으로써 상대방 당사자는 신속한 재판을 받을 수 있게 된다. 심판대상조항으로 말미암아 공시송달로 기일통지를 받은 당사자의 대립당사자가 가지는 효율적이고 공정한 재판을 받을 권리를 침해하지 아니한다.

라. 송달

1) 우편송달

75) 위 판시는 '보조참가인의 소송행위가 효력이 없는 경우에는 보조참가인이 이후 피참가인과의 소송에서 피참가인이 자기의 행위와 저촉되는 행위를 하지 않았더라면 그 소송에서 판결결과가 달라질 수 있었음을 주장하여 보조참가인에게 참가적 효력이 미치지 않도록 할 수 있으므로'로 기술하여야 정확하다.

당사자가 송달장소 변경신고를 하지 않은 경우 종전의 송달장소에 등기우편으로 송달할 수 있도록 한 구 민사소송법(1990. 1. 13. 법률 제4201호로 신설되고, 2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전부 개정되기 전의 것) 제171조의2 제2항[76] [헌재 2002. 7. 18. 2001헌바53 전원재판부]

심판대상조항은 송달의 장애로 인한 절차지연을 방지함으로써 소송절차의 신속성의 실현이라는 공익을 달성하려는 것으로서 입법목적이 정당하고, 신고의무의 이행을 촉구하는 적절한 방법이다. 송달장소 변경신고하지 아니한 모든 경우에 등기우편에 의한 발송송달을 허용하는 것이 아니라 '달리 송달할 장소를 알 수 없는 때에 한하여' 허용되므로 침해의 최소성도 갖추고 있다. 민사소송절차의 신속성 등의 공익적 법익은 송달장소의 변경신고를 게을리 한 당사자 등이 입는 불이익보다 훨씬 크므로 법익의 균형성도 갖추고 있으므로 공정한 재판을 받을 권리를 과도하게 제한하는 규정이라고 볼 수 없다.

2) 유치송달

"송달받을 사람의 동거인이 정당한 사유 없이 송달받기를 거부하는 경우 유치송달을 할 수 있다."고 규정한 민사소송법 제186조 제3항 중 '동거인'에 관한 부분 [헌재 2018. 7. 26. 2016헌바159 전원재판부]

동거인이 송달받기를 거부하는 때에는 유치송달을 할 수 있다고 규정함으로써 실제로 송달된 서류가 송달받을 사람 본인에게 도달되었는지 여부를 묻지 아니하고 송달의 효력이 인정되므로 당사자는 자기에게 송달된 서류를 사실상 받지 못하는 경우에도 재판이 그대로 진행됨으로써 공정한 재판을 받을 권리를 제한받는 결과가 된다. 그러나 절차지연을

76) 제171조의2(송달장소변경의 신고의무)
①당사자, 법정대리인 또는 소송대리인이 송달장소를 변경하였을 때에는 지체 없이 그 취지를 법원에 신고하여야 한다.
②제1항의 규정에 의한 신고를 하지 아니한 자에 대한 서류의 송달은 달리 송달할 장소를 알 수 없는 때에 한하여 종전에 송달을 받던 장소에 등기우편으로 송달할 수 있다.
제174조(발신주의) 제171조 제2항, 제171조의2 제2항 또는 제173조의 규정에 의하여 서류를 우편으로 발송한 때에는 발송한 때에 송달된 것으로 본다.

방지하고 신속한 재판을 실현하기 위한 것으로서 입법목적이 정당하고, 유치하는 방법으로 송달의 효과를 인정하는 것은 수단의 적합성도 인정된다. 송달받을 사람의 주소 등에서, 사리를 분별할 지능이 있는 동거인에 한하여, 정당한 사유가 없는 수령거절의 경우로 요건을 한정하고 있고, 유치송달 실시 여부는 송달실시기관의 의무가 아닌 재량사항으로 정하고 있으며, 당사자는 이러한 위험을 피하기 위해 송달장소 등 신고제도를 이용할 수 있고, 당사자 본인이 송달서류를 전달받지 못한 경우에 예외적으로 불이익을 받을 수는 있으나, 상대방 당사자의 신속한 재판을 받을 권리의 보장을 포함한 민사소송절차의 신속성 등의 공익보다 결코 크다고 볼 수 없으므로 침해의 최소성 및 법익의 균형성도 갖추고 있다. 따라서 공정한 재판을 받을 권리를 침해하지 아니한다.

마. 판결선고 기간

판결의 선고를 소가 제기된 날로부터 5월내에, 항소심 및 상고심에 있어서는 기록의 송부를 받은 날부터 5월내에 하도록 규정한 구 민사소송법(1994. 7. 27. 법률 제4769호로 개정되고, 2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전부 개정되기 전의 것) 제184조 [헌재 1999. 9. 16. 98헌마75 전원재판부]

구 민사소송법 제184조는 헌법 제27조 제3항 제1문에 의거한 국민의 신속한 재판을 받을 권리를 보장하기 위한 법규정이지만, 이 규정의 판결선고기간을 직무상의 훈시규정으로 해석함이 법학계의 지배적 견해이고, 법원도 이에 따르고 있으므로 그 기간 내에 반드시 판결을 선고해야 할 법률상의 의무가 발생한다고는 볼 수 없다. 법률에 의한 구체적 형성 없이 헌법 제27조 제3항 제1문에서 신속한 재판을 위한 어떤 직접적이고 구체적인 청구권이 발생하지 아니한다. 피청구인들이 신속한 재판을 해야 할 어떠한 법률상의 의무나 헌법상의 의무도 존재하지 않으므로 청구인들에 대한 보안처분의 효력이 만료되는 시점까지 판결을 선고하지 아니한 것은 피청구인들의 공권력의 불행사라고 할 수는 없다.[77]

77) 청구인들은 법원에 제기한 보안관찰처분취소청구사건에 대한 고등법원 및 대법원의 판결이 부당하게 지연되어 자신들의 보안관찰처분의 효력만료시점 이후에 선고됨으로써 공정하고 신속한 재판을 받을 권리가 침해되었다고 주장하면서 고등법원과 대법원의 재판부를

바. 자유심증주의

"법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과를 참작하여 자유로운 심증으로 사회정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따라 사실주장이 진실한지 아닌지를 판단한다."고 규정한 민사소송법 제202조 중 '변론 전체의 취지' 및 '자유로운 심증으로' 부분 [헌재 2012. 12. 27. 2011헌바155 전원합의부]

심판대상조항은 사회가 복잡하고 법원의 증거조사와 증거방법도 다양한 모습과 내용으로 나타나는 오늘날 민사소송의 특성을 반영하여 실체적 진실 발견과 사실인정의 구체적 타당성을 확보하기 위한 것이므로 합리적 이유가 있다. 당사자 사이에 다툼이 있는 '사실주장'의 진실 여부를 판단하는 경우로서 적용대상이 국한되고, 사회정의와 형평의 이념에 입각하여야 한다는 내용상의 한계도 존재하며, 일정한 경우 증거력을 법정하는 예외를 두고 있을 뿐만 아니라, 양 당사자에게 공통으로 적용되어 중립적이고 공정한 재판절차의 형성에 저촉이 되지도 아니한다. 민사소송에서 법관의 사실인정에 관한 증거 판단에 자의와 전단을 초래함으로써 공정한 재판절차를 훼손할 정도로 민사소송절차에 관한 입법형성의 한계를 벗어났다고 볼 수 없으므로 헌법 제27조 제1항의 법률에 의한 재판을 받을 권리를 침해하지 아니한다.

사. 기판력

"확정판결은 주문에 포함된 것에 한하여 기판력을 가진다."고 규정한 민사소송법 제216조 제1항[헌재 2010. 11. 25. 2009헌바250 전원재판부]

헌법상 법치국가원리의 한 구성요소인 법적 안정성, 즉 사회질서의 유지와 분쟁의 일회적인 해결 및 동일한 분쟁의 반복 금지에 의한 소송경제를 달성하려고 하는 것이므로 그 입법목적의 정당성이 인정되고, 전소와 후소의 소송물이 동일한 경우 등에 당사자와 법원을 구속하여 확정판

피청구인으로 하여 부작위위헌확인심판을 청구하였다. 이 결정에 대하여 이시윤, "민사절차에서 재판을 받을 권리", 64면에서는 "구 민소법 제184조(현행 제199조)는 법치에 지장만 주는 지킬 수도 없는 규정이고 방치할 수도 없으니 정비의 차원에서 헌법불합치의 선고를 하고 합리적 대안제시의 입법개선조치를 촉구함이 마땅하였을 것이다."고 한다.

결의 주문 내용에 저촉되는 다툼이나 판단을 금지하는 것이므로 방법의 적절성도 인정된다. 기판력은 확정판결의 사실심 변론종결시를 표준시로 하여 당사자 및 이와 동일시하여야 할 지위에 있는 제3자에 대하여 원칙적으로 주문에 포함된 것에 한하여 동일한 사항이 다시 소송상 문제가 되었을 때 이에 저촉되는 주장과 판단을 하는 것을 막는 데 그치며, 잘못된 재판에 대하여는 상소심 또는 재심을 통하여 바로잡게 함으로써 재판청구권을 실질적으로 보장하기 위한 수단을 마련하고 있다. 뿐만 아니라 판결경정제도를 통하여도 바로 잡을 수 있다.[78] 기판력제도가 없을 경우의 법적 불안정 위험성을 보태어 보면 피해의 최소성과 법익의 균형성도 갖추고 있으므로 확정판결의 패소 당사자의 재판청구권을 침해한다고 볼 수 없다.

구 민사소송법(1990. 1. 13. 법률 제4201호로 개정되고, 2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전부 개정되기 전의 것) 제445조가 "지급명령에 대하여 이의신청이 없거나 이의신청을 취하하거나 각하결정이 확정된 때에는 지급명령이 확정된다." 고 규정함으로써 지급명령에 대하여 기판력을 배제한 것 [헌재 2003. 1. 30. 2002헌바61,68(병합) 전원재판부]

지급명령은 채무자의 심문과 증거조사 없이 발령되고 채무자의 이의만 없으면 곧바로 확정되는 등 그 생성 및 확정과정이 판결과는 다른 차이점이 있기 때문에 채무자가 이의할 기회를 놓치면 실체에 반하는 채무명의가 성립할 수도 있게 된다. 이러한 경우에는 이의사유의 발생시기를 구별함이 없이 채무자로 하여금 청구이의의 소를 제기할 수 있게 하여 채무자를 보호하는 것이 공평의 요청에 부합한다. 심판대상조항이 확정된 지급명령에 대하여 확정판결과 동일한 효력을 부여하지 아니한 것은 합리적인 이유가 있으므로 확정된 지급명령을 받은 사람과 확정판결을 받은 사람을 불합리하게 차별하는 것이 아니어서 평등의 원칙에 어긋나지 않고, 지급명령에 대하여 확정판결과 동일한 효력을 부여하지 않는다고 하여 재산권에 대한 침해가 될 수는 없다.

78) 기판력과 관련하여 잘못된 판결을 바로 잡을 수 있는 수단의 하나로서 '판결경정제도'를 언급한 것은 타당하지 않다.

아. 소취하 및 항소취하 간주 규정

민사소송의 당사자가 2회에 걸쳐 변론기일에 불출석하고 그로부터 1개월 이내에 기일지정신청이 없는 경우 소가 취하된 것으로 간주하는 민사소송법 제268조 제1항 및 제2항 [헌재 2012. 11. 29. 2012헌바180 전원재판부]

통상 1개월이라는 기간은 소송유지 여부를 결정할 충분한 기간이라고 볼 수 있을 뿐 아니라, 부득이한 사유로 기일을 해태하고 기일지정신청을 하지 못하였더라도 재소금지규정이 없어서 후일 다시 소를 제기할 수 있으며, 소송의 궁극적 주체인 당사자의 적극적인 참여를 유도함으로써 정확하고 신속한 재판을 가능하게 함으로써 민사소송의 여러 원칙들과도 부합하므로 민사소송절차를 형성함에 있어서 입법재량의 범위를 일탈하였다고 볼 수 없다.

항소심 기일에 2회 불출석한 경우에 항소취하 간주를 규정한 민사소송법 제268조 제4항 중 같은 조 제2항을 준용하는 부분 [헌재 2013. 7. 25. 2012헌마656 전원재판부]

심판대상조항의 입법목적은 소송지연을 방지하기 위한 것이고 민사소송의 이상 중 신속·경제의 이념을 실현하기 위해서는 당사자에 의한 소송지연을 막는 것은 필수적이므로, 그 입법목적의 합리성이 인정된다. 심판대상조항에서 정한 항소취하간주의 요건이 당사자의 재판청구권을 지나치게 제한하는 것이라고 보기 어렵다. 항소심 변론기일에 불출석한 경우 항소취하간주로 제1심 판결이 그대로 확정되는 불이익을 입게 되는 것이 항소인에게 상당히 가혹한 것이라고 볼 여지가 있으나, 항소인으로서는 제1심 판결의 결과를 충분히 알 수 있음에도 수차례 기일을 해태하여 자신에게 유리한 법적, 사실적 주장을 펼칠 기회를 스스로 포기한 것이므로 심판대상조항에 따른 불이익이 상당히 과중한 것이라고 보기 어렵다. 심판대상조항은 소송의 주체인 당사자의 적극적인 참여를 유도함으로써 정확하고 신속한 재판을 가능하게 한다는 점에서 민사소송법 상의 여러 원칙들에도 부합한다. 결국 입법재량의 범위를 일탈하여 청구인의 재판청구권을 침해한다고는 볼 수 없다.

자. 증거채부의 재량

유일한 증거가 아닌 한 당사자가 신청한 증거로서 법원이 필요하지 아니

하다고 인정한 것은 조사하지 아니할 수 있다고 규정한 구 민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전부 개정되기 전의 것) 제263조[79] [헌재 2004. 9. 23. 2002헌바46 전원재판부]

민사소송절차의 신속과 심리의 원활한 진행을 위하여 당사자가 신청한 증거 중 심리의 진행이나 진실발견과 무관한 증거에 대하여는 이를 조사하지 않을 수 있도록 함으로써, 신속한 재판실현이라는 소송경제와 실체적 진실에 합치하는 공정한 재판실현이라는 헌법적 요청에 부합하는 규정으로서 입법목적의 정당성 및 방법의 적절성을 인정할 수 있다. 위와 같은 헌법적 요청을 달성함에 있어서, 달리 규정하거나 다른 제도를 통하여 기본권침해를 최소화할 수 있는 방안이 있다고도 보이지 아니하므로 피해의 최소성 요건을 갖추었다. 법원의 소송지휘권 행사로 인한 기본권침해, 즉 심리의 진행이나 실체적 진실발견과 무관한 증거신청이 받아들여지지 않아 그에 대한 증거조사가 행하여지지 않는 불이익은 신속한 재판의 확보 및 공정한 재판실현이라는 공익에 비하여 크다고 할 수 없으므로 법익의 균형성도 상실한 것이 아니다. 따라서 과잉금지원칙에 위배하여 청구인의 헌법상 보장된 기본권인 재판청구권이나 인간의 존엄과 가치를 침해한 것이라 할 수 없다. 또 원·피고 모두에게 적용되는 것이므로 구체적 사건에서 재판을 진행하는 법원의 소송지휘상에 사실상 차이가 있는지는 별론으로 하고 법률 조항 자체가 평등의 원칙에 위배된다고 할 수 없다.[80]

헌재는 민사소송법 제290조에 관한 헌재 2011. 10. 25. 2010헌바64 전원재판부 결정에서도 위 결정을 인용하여 동일한 판단을 하였다.

차. 증명의 정도

정정보도청구의 소를 민사집행법상의 가처분절차에 의하여 재판하도록 규

79) 263조(증거신청의 채부) 당사자가 신청한 증거로서 법원이 필요하지 아니하다고 인정한 것은 조사하지 아니할 수 있다. 다만, 당사자의 주장사실에 대한 유일한 증거는 그러하지 아니하다.

80) 이 결정에 대하여 이시윤, “민사절차상의 재판을 받을 권리”, 55면에서는 증거채부에 관한 재량에 제약이 있어야 함을 염두에 두지 않은 규정에 대하여 비교적 간단하게 합헌선언을 한 데에 아쉬움이 있다고 한다.

정한 구 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률(2005. 1. 27. 법률 제7370호로 제정된 것) 제26조 제6항 본문 전단[81] 중 정정보도청구 부분 [헌법재판소 2006. 6. 29. 2005헌마165,314,555,807,2006헌가3(병합)]

심판대상조항에 따르면 정정보도청구의 소에서는 청구원인을 구성하는 사실의 인정을 '증명' 대신 '소명'으로 할 수 있게 되는데, 정정보도청구소송은 통상의 가처분과는 달리 그 자체가 본안소송이다. 이러한 정정보도청구소송에서, 승패의 관건인 '사실적 주장에 관한 언론보도가 진실하지 아니함'이라는 사실의 입증에 대하여, 통상의 본안절차에서 반드시 요구하고 있는 증명을 배제하고 그 대신 간이한 소명으로 이를 대체하는 것은 소송을 당한 언론사의 방어권을 심각하게 제약하므로 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다. 정정보도청구사건을 가처분절차에 따라 소명만으로 인용할 수 있게 하는 것은 나아가 언론의 자유를 매우 위축시킨다.

[재판관 김경일, 송인준, 조대현의 합헌의견]

심판대상조항은 허위보도로 인한 피해를 신속하게 구제하기 위하여 정정보도청구에 대한 심리절차를 신속한 가처분절차에 의하도록 하고 있는 것이고, 이는 공공복리를 도모한다는 정당성을 가진다. 일반적인 소송구조의 예외를 인정하고 있는 셈이지만, 허위보도로 인한 피해를 신속하게 구제하기 위하여 필요하고도 적절한 수단이다. 정정보도청구사건의 심리를 가처분절차에 의한다고 하더라도 변론절차에서 당사자 쌍방에게 주장과 입증할 기회가 균등하게 주어지므로 피해자 보호에만 치중하거나 언론사에게 불공정한 심리절차라고 말할 수 없다. 그리고 소명의 증명정도와 증명의 증명정도는 이론상으로는 구분되지만, 어느 것이나 전문적인 재판능력을 구비한 법관의 자유심증에 맡겨지는 것으로서, 실제에 있어서는 크게 차이가 없다. 따라서 심판대상조항으로 말미암아 정정보도청구사건의 심리가 소홀해진다거나 언

81) 제26조(정정보도청구등의 소)
①피해자는 법원에 정정보도청구등의 소를 제기할 수 있다.(② 내지 ⑤ 생략)
⑥제1항의 규정에 의한 청구에 대하여는 민사집행법의 가처분절차에 관한 규정에 의하여 재판하며, 청구가 이유 있는 경우에는 법원은 제15조제3항·제5항 및 제6항의 규정에 따른 방법에 따라 정정보도·반론보도 또는 추후보도의 방송·게재 또는 공표를 명할 수 있다. 다만, 민사집행법 제277조 및 제287조는 이를 적용하지 아니한다.
2009. 2. 6. 법률 제9425호로 ⑥항은 다음과 같이 개정되었다.
⑥정정보도청구의 소에 대하여는 「민사소송법」의 소송절차에 관한 규정에 따라 재판하고, 반론보도청구 및 추후보도청구의 소에 대하여는 「민사집행법」의 가처분절차에 관한 규정에 따라 재판한다. 다만, 「민사집행법」 제277조 및 제287조는 적용하지 아니한다.

론사에게 불리해진다고 보기 어렵다. 허위보도로 인한 피해를 구제하기 위한 조치가 신속하게 이루어져야 할 필요성은 매우 긴박하고 긴요한 것이므로 법익을 비교하여 보아도 언론사의 법익 침해가 더 크다고 볼 수 없다. 심판대상조항이 정정보도청구사건에 관하여 언론사의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 보기 어렵다.[82]

카. 당사자신문 상대방에 대한 과태료부과신청권

민사소송법 제370조 제1항이 "선서한 당사자가 거짓 진술을 한 때에는 법원은 결정으로 500만 원 이하의 과태료에 처한다."고만 규정하고 있을 뿐, '상대방 당사자가 법원에 대하여 거짓 진술한 당사자를 과태료에 처할 것을 신청할 권리'를 포함하여 규정하지 않은 것(이른바 부진정입법부작위)이 상대방 당사자의 재판청구권을 침해하는지 [헌재 2008. 9. 25. 2007헌바23 전원재판부]

심판대상조항은 상대방의 과태료재판신청의 남용을 방지하고, 확정판결의 결론과 무관한 당사자의 진술을 사유로 한 재심청구의 남용을 방지하여, 소송당사자 사이에 실체적 진실의 발견과 권리관계의 신속한 확정이라는 헌법적 요청을 조화시키기 위한 것이므로 입법목적의 정당성이 인정된다. 신문받은 당사자의 상대방에게 과태료재판의 신청권을 부여하지 않고 과태료재판의 개시·심리 및 종결 등을 법원의 직권에 일임한 것은, 상대방이 오로지 당사자를 괴롭히고 법원의 재판진행을 방해하기 위하여 과태료재판의 신청을 악용하는 것을 막아주어 당사자로 하여금 법원의 당사자신문에 적극 협조하도록 함으로써 실체적 진실의 발견과 신속한 재판의 실현 사이에 조화를 이루려는 헌법의 요청에 부응하는 적절한 방법이다. 소송당사자 사이에 실체적 진실의 발견과 권리관계의 신속한 확정이라는 헌법적 요청을 달성함에 있어서, 달리 규정하거나 다른 제도를 통하여 기본권침해를 최소화할 수 있는 방안이 있다고도 보이지 않으므로 피해의 최소성 요건도 갖추었다. 또한 당사자의 진술에 대하여 과태료의 제재가 행하여지지 않음으로써 상대방

82) 이 헌재결정에 대하여는 헌법학계의 평석이 다수 있지만[양재규, "언론중재법 관련 헌재결정 (2005헌마165 등)에 대한 소고 -언론의 위축 효과를 중심으로-", 「언론중재」 vol.100, 언론중재위원회(2006), 4면 이하; 조소영, "정정보도청구권에 대한 헌법적 평가", 「헌법판례연구」 제8권, 한국헌법판례연구회(2006), 309면 이하 등], 구 언론중재법 제26조 제6항 본문의 위헌선언의 의미를 다루고 있는 문헌은 발견하지 못하였다.

이 재심청구를 하는 데에 제약을 받는 불이익은, 권리관계의 신속한 확정과 법적 안정성이라는 공익에 비하여 크다고 할 수 없으므로 법익의 균형성도 갖추었다. 심판대상조항이 과태료재판신청권을 부여하지 않음으로써 청구인의 재심청구권 행사가 제약받고 있다 하더라도, 그러한 입법이 헌법재판소가 관여하여야할 정도로 입법재량권을 현저히 불합리하게 또는 자의적으로 행사함으로써 청구인의 재판청구권을 침해하였다고 할 수 없다.

타. 가집행선고

구 소송촉진 등에 관한 특례법(1981. 1. 29. 법률 제3361호로 제정되고 1990. 1. 13. 법률 제4203호로 개정되기 전의 법률) 제6조 제1항[83] 중 "다만, 국가를 상대로 하는 재산권의 청구에 관하여는 가집행의 선고를 할 수 없다." 는 부분 [헌재 1989. 1. 25. 88헌가7 전원재판부]

가집행선고는 불필요한 상소권의 남용을 억제하고 신속한 권리실행을 하게 함으로써 국민의 재산권과 신속한 재판을 받을 권리를 보장하기 위한 제도인데, 심판대상조항에 따르면, 법원은 국가가 원고가 되어 얻은 승소판결에는 상당한 이유가 없는 한 반드시 가집행의 선고를 하여야 하지만, 반면에 국민이 국가를 상대로 한 소송에서 얻어낸 승소판결에는 아무리 확신 있는 판결이라고 할지라도 가집행의 선고를 할 수 없게 됨으로써 결국 재산권과 신속한 재판을 받을 권리의 보장에 있어서 소송당사자를 차별하여 국가를 우대하고 있는 것이 명백하고 이처럼 민사소송의 당사자를 차별하여 국가를 우대할만한 합리적 이유도 찾기 어렵다. 심판대상조항은 헌법 제11조 제1항에 위반됨이 명백하다.

파. 소액사건의 판결을 선고하면서 재판장이 이유를 설명하지 않은 경우

1981. 1. 29. 법률 제3361호로 제정된 소송촉진 등에 관한 특례법 제17조 내지 제20조는 소액사건심판에 관한 특례를 규정하면서 제20조[84]

83) 제6조(가집행의 선고)
①재산권의 청구에 관한 판결에는 상당한 이유가 없는한 당사자의 신청유무를 불문하고 가집행할 수 있음을 선고하여야 한다. 다만, 국가를 상대로 하는 재산권의 청구에 관하여는 가집행의 선고를 할 수 없다.
②가집행의 선고를 함에 있어서는 과다한 담보를 제공하게 하여서는 아니된다.

84) 제20조(판결에 관한 특례)

에서 판결에 관한 특례를 규정하였다. 위 조항은 1990. 1 13. 개정 시에 소액사건심판법 제11조의2[85]로 신설 규정되었고,[86] 민사소송법 전부 개정에 따라 2002. 1. 26. 소액사건심판법의 개정이 있었지만 내용상 변경은 없었다.[87]

소액사건에 대한 판결서에 이유의 기재를 생략할 수 있다거나, 이유의 요지를 구술로 설명할 수 있도록 규정한 소액사건심판법(2002. 1. 26. 법률 제6630호로 개정된 것) 제11조의2 제2항 및 제3항 [헌재 2004. 9. 23. 2003헌마19 전원재판부][88]

심판대상조항은 구체적인 소송사건의 재판절차에 있어 판결을 성립시키기 위한 준비행위로서의 판결서 작성에 관하여 적용되는 법규범으로서 법원의 재판이라는 구체적인 집행행위의 매개를 거쳐 비로소 특정인의 기본권에 영향을 미칠 수 있게 되므로, 그 자체로 인하여 어떤 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈을 가져온다고 보기 어렵다. 헌법소원의 대

---

①판결의 선고는 변론종결 후 즉시 할 수 있다.
②판결을 선고함에는 주문을 낭독하고 주문이 정당함을 인정할 수 있는 범위 안에서 그 이유의 요지를 구술로 설명하여야 한다.
③판결서에는 이유를 기재하지 아니한다. 다만, 특히 필요하다고 인정할 때에는 이유를 기재할 수 있다.

85) 제11조의2(판결에 관한 특례)
①판결의 선고는 변론종결 후 즉시 할 수 있다.
②판결을 선고함에는 주문을 낭독하고 주문이 정당함을 인정할 수 있는 범위 안에서 그 이유의 요지를 구술로 설명하여야 한다.
③판결서에는 민사소송법 제193조의 규정에 불구하고 이유를 기재하지 아니할 수 있다.

86) 소액사건의 판결이유 기재 생략에 대한 비판으로는 김도훈, "재판에서의 이유 기재 생략에 관한 고찰", 「법학연구」 15(3), 인하대학교 법학연구소(2012), 702면에서는 소송촉진 등에 관한 특례법 제20조 제3항과 소액사건심판법 제11조의2 제3항은 문언 상으로 차이가 있어서 소액사건심판법 제11조의 2 제3항에 관하여는 원칙과 예외의 해석을 달리할 수도 있지만, 입법과정을 고려하면 소송촉진 등에 관한 특례법과 차이가 없다고 한다.

87) 1990. 1. 13. 법률 제4205호로 개정되고, 2002. 1. 26. 법률 제6630호로 개정되기 전의 소액사건심판법 제11조의2 제3항에 대하여 헌재 2001. 6. 5. 2001헌바29 제1지정재판부 결정은 재판의 전제성이 없다고 하여 각하 하였다.

88) 청구인은 김해시를 상대로 불법주차 견인과 관련하여 공무원의 위법행위로 손해를 입었다고 주장하면서 125,000원의 손해배상청구의 소를 제기하였는데 제1심 담당판사가 판결이유의 요지를 구술로 설명하지 않아서 재판청구권 등이 침해되었다고 주장하면서, 위 사건의 항소심 계속 중에 헌법소원을 청구하였다.

상을 전체로서 '이유를 설명하지 않은 채 이루어진 판결선고'로 파악하게 되면 이는 전형적인 '법원의 재판'에 해당하게 되어 부적법하다.

[재판관 권성, 송인준, 주선회 반대의견]

헌법 제27조 제1항은 국민의 '재판받을 권리'를 기본권으로서 보장하고 있는바, 이러한 재판청구권은 그것에 내재하는 효율적인 권리구제 내지 권리보호의 요청으로부터 '청문청구권'이라는 절차적 기본권을 포함하고 있다. 이러한 청문청구권은 법원에서의 법적 청문을 보장하는 권리로서 법적 분쟁의 당사자가 법원의 결정 이전에 판단근거가 된 사실관계와 법률관계에 관하여 진술할 기회를 가질 권리를 본질로 하는바, 이러한 진술권이 효율적으로 행사되도록 하기 위해 청문청구권은 그 내용에 있어 '정보를 구할 권리', '진술할 권리', '진술한 내용의 고려를 요구할 권리'의 3가지 실현단계로 구성되어 있다. 이 중 특히 진술한 내용의 고려를 요구할 권리에 대응하여 당사자의 주장을 고려하여야 할 법원의 의무는 법원이 당사자의 주장을 인식하고 고려했다는 것이 충분히 드러나도록 판결에 이유를 제시할 의무를 통해 구체적으로 표현되고 있다. 이처럼 법원에게는 헌법상의 재판청구권에서 유래하는 판결이유 제시의무가 부과되어, 소액사건의 경우 판결선고 시 이유를 설명하도록 한 소액사건심판법 제11조의2 제2항에 구체화되어 있다. 청구인이 제기한 소액사건의 담당판사가 그 판결을 선고하면서 위와 같은 이유 설명의무를 다하지 아니한 것은 소송당사자인 청구인의 재판청구권을 침해하는 공권력 불행사에 해당한다.

하. 재판의 지연(부작위)

종국판결이 상소기간 도과로 확정된 후 동 판결선고 전에 청구의 인낙이 있었다는 것을 이유로 하는 기일지정신청에 대하여 아무런 재판을 하지 않은 것이 재판청구권 침해인지 여부 [헌재 1994. 6. 30. 93헌마161 전원재판부]

법원은 법령에 정한 국민의 정당한 재판청구행위에 대하여만 재판을 할 의무를 부담하고, 법령이 규정하지 아니한 재판청구행위에 대하여는 헌법상의 재판청구권에서 유래한 재판을 할 작위의무가 없다. 기일지정신청에 관하여는 구 민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전부 개정되기 전의 것) 제152조, 제241조, 민사소송규칙(2002. 6. 28. 대법원규칙 제1761호로

전부 개정되기 전의 것) 제52조, 제53조 등의 규정이 있다. 그러나 종국판결이 상소기간 도과로 확정된 후 동 판결선고 전에 청구의 인낙이 있었다는 것을 이유로 하는 기일지정신청은 법이 예상한 바가 아니어서 법령에 이를 규정한 바 없고, 그러한 경우에 기일지정신청을 인정하는 법리도 없다. 따라서 그러한 기일지정신청은 법원에 대하여 아무런 의미도 부여하는 것이 아니어서 법원은 이에 대하여 재판 특히 재판에 의한 소송종료선언을 하여야 할 의무를 부담하지 않는다. 따라서 이 사건 헌법소원은 헌법에서 유래한 작위의무가 없는 공권력의 불행사에 대한 헌법소원이어서 부적법하다.[89]

기피사건 재판부가 아무런 이유 없이 본안사건에 대한 판결선고 전에 기피신청에 대한 결정을 하지 않고 그 후에 각하함으로써 소송당사자인 청구인의 기피권을 사실상 무력화하거나 박탈하는 것과 같은 결과를 초래함으로 말미암아 재판지연으로 인하여 청구인의 헌법상 보장된 공정하고 신속한 재판을 받을 권리, 평등권 등 기본권을 침해하였는지 여부 [헌재 1998. 5. 28. 96헌마46 전원재판부]

청구인이 기본권침해사유로 주장하는 재판의 지연은 결국 법원의 재판절차에 관한 것이므로 헌법소원의 대상이 될 수 없다.[90]

4. 상소심에서 재판을 받을 권리

헌재는 헌법 제27조 제1항의 재판청구권에는 '상소심에서 재판을 받을 권리'는 포함되지 않는다고 본다. 또 심급제도는 한정된 사법자원의 합리적인 분배의 문제인 동시에 재판의 적정과 신속이라는 서로 상반되는 두 가지의 요청을 어떻게 조화시키느냐의 문제로서 기본적으로는 입법자의

89) 이 결정에 대하여 이시윤, "민사절차상 재판을 받을 권리", 65면에서는 "소송을 현저히 지연시키면 공권력의 주체가 헌법에서 직접 유래하는 소송촉진의무를 해태한 것이 되어 헌법소원의 대상이 된다."고 하면서, 입법부작위와 달리, 사법부작위는 국민의 신속한 재판을 받을 권리가 헌법상 명시적으로 규정되어 있으므로 헌재 판례가 변경되어야 한다고 주장한다.

90) 청구인은 기피사건 재판부가 기피신청에 대한 결정을 하지 않고 있다가, 본안에 대한 피고 패소판결이 선고된 후 기피신청에 대한 재판을 할 이익이 없다는 이유로 기피신청을 각하하자, 공권력의 불행사로 인하여 헌법상 보장된 공정하고 신속한 재판을 받을 권리 등을 침해받았다고 주장하면서 헌법소원심판을 청구하였다.

형성의 자유에 속하는 사항이라고 한다.[91] 헌법학계에서는 헌법재판소의 이러한 입장에 찬성하는 견해도 있지만,[92] 반대하는 견해도 있다. 반대하는 견해는 헌법에 명시적으로 규정되어 있지는 않지만, 헌법 제27조 제1항, 제101조 제1항, 제2항에 의하여 상소심의 재판을 받을 권리가 인정될 수 있는데, 항소는 가장 기본적인 상소절차이기 때문에 제2심의 재판을 받을 권리는 인정될 수 있고, 최종심으로서 대법원의 재판을 받을 권리 역시 헌법이 보장하는 기본권으로 인정할 수 있으며, 다만, 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 위반되지 않는 범위에서 제한될 수 있을 뿐이라고 한다.[93]

가. 원심재판장의 항소장심사권

민사소송법 제399조 제2항 중 "항소인이 제1항의 기간 이내에 항소장에 법률의 규정에 따른 인지를 붙이지 아니한 흠을 보정하지 아니한 때에는 원심재판장은 명령으로 항소장을 각하하여야 한다."는 부분 [헌재 2012. 7. 26. 2009헌바297 전원합의부]

항소인이 원심재판장으로부터 인지보정명령을 받고도 보정기간 내에 이를 이행하지 아니한 경우 항소심 재판부담의 경감, 소송지연과 남상소의 방지, 신속한 권리의무의 실현을 위하여 원심재판장으로 하여금 명령으로 항소장을 각하하도록 한 것으로서, 입법목적의 정당성과 수단의 적합성이 인정된다. 소송구조를 받거나 인지보정기간의 연장을 받을 수 있음에도 불구하고

91) 헌재 1992. 6. 26. 90헌바25 전원재판부, 헌재 1993. 11. 25. 91헌바8 전원재판부, 헌재 1995. 1. 20. 90헌바1 전원합의부, 헌재 1996. 3. 28. 93헌바27 전원합의부, 헌재 1997. 10. 30. 97헌바37,95헌마142·215,96헌마95(병합) 전원합의부.

92) 김철수, 앞의 책, 1978면.

93) 정종섭, "현행 헌법은 대법원의 재판을 받을 권리를 기본권으로 보장하고 있는가?", 「일감법학」 제2권, 건국대 법학연구소(1997), 174-178면; 최희수, "국민의 재판청구권의 실질화를 위한 방안-항소심 이원화, 고등법원 상고부, 대법원 심리불속행제도를 중심으로-", 124면; 소액사건의 상고제한에 관한 90헌바25 결정에서 재판관 변정수의 위헌의견 참조.; 범죄인인도법 제3조의 위헌여부에 관한 헌재 2003. 1. 30. 2001헌바95 전원합의부 결정에서 재판관 권성은 위헌의견을 피력하면서, "재판에 대한 상급심에의 불복청구권은 헌법이 보장하는 기본권의 하나인 재판청구권의 본질적 내용의 일부를 구성한다. 재판청구권에서 말하는 재판은 정당한 재판을 말하고 상급심의 불복심사는 정당한 재판을 보장하는 가장 필수적인 장치의 하나이기 때문이다."고 하였다.

원심재판장의 인지보정명령을 만연히 불이행한 항소인에게 아무런 법적 불이익이 가해지지 않는다면, 원심재판장의 인지보정명령에 응할 하등의 이유가 없고 가급적 인지를 늦게 보정하려고 할 것이며, 항소장각하명령을 발하기 위한 요건으로 '인지보정기간 내의 인지보정명령의 불이행'이라는 객관적인 요건 외에 '소송지연의 목적'과 같은 주관적인 요건을 요구한다면 소송절차의 안정성, 명확성, 신속성은 크게 위협받게 될 것이므로 위와 같은 입법목적을 효율적으로 달성하기 위한 다른 대체수단을 찾기는 어렵다. 인지제도와 원심재판장의 항소장심사권제도의 도입목적, 소송구조제도의 존재와 인지보정기간의 법적 성격, 피항소인의 신속한 재판을 받을 권리도 헌법상 보장되어야 한다는 점 및 인지보정명령의 이행 여부는 항소인에게 달려 있다는 점 등을 종합해 볼 때, 심판대상조항으로 인하여 항소인의 재판받을 권리가 제한되는 불이익이 항소심 재판부담의 경감, 소송지연과 남상소의 방지, 신속한 권리의무의 실현이라는 공익보다 크다고 할 수도 없으므로, 피해의 최소성 및 법익의 균형성을 갖추고 있다. 그러므로 심판대상조항이 항소인의 재판받을 권리를 침해하거나 평등원칙에 반한다고 할 수 없다.

[재판관 이동흡, 송두환, 박한철의 한정위헌의견]

원심재판장의 항소장각하명령에 대하여 즉시항고하기까지 항소인이 부족인지액을 납부한 경우에도 적용하는 한 합리성을 결여하여 과도하게 재판을 받을 기회를 제약하는 것으로서 항소인의 재판을 받을 권리를 침해하므로 원심재판장의 항소장각하명령에 대하여 즉시항고하기까지 항소인이 부족인지액을 납부한 경우에도 적용하는 한 헌법에 위반된다고 한정위헌선고를 해야 한다.

나. 상소권의 제한

1) 소송비용 독립상소 금지

"소송비용의 재판에 대하여는 독립하여 항소를 하지 못한다."고 규정한 구 민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전부 개정되기 전의 것) 제361조 [헌재 1996. 2. 29. 92헌바8 전원재판부]

확정된 본안재판의 안정성을 유지하고 상호 모순되는 재판을 방지하며 불필요한 상소의 금지에 의하여 상급심 법원의 부담을 경감하려는 입법목적이 정당하고, 이를 달성하기 위하여 소송비용의 재판에 대하여만 불복하는 자

가 소송비용의 재판에 대하여 상소할 수 있는 권리를 일정한 경우로 제한하는 방법을 택한 것은 필요하고도 적정하며, 본안의 재판에 대한 불복과 함께 소송비용의 재판에 불복하는 것까지 봉쇄하는 것은 아니고, 구 민사소송법 제100조 제1항, 제103조 제1항의 경우 등 본안의 재판과 독립하여 소송비용의 재판을 할 수 있는 것으로 규정되어 있는 경우에는 심판대상조항이 적용되지 아니하고 독립의 즉시항고가 허용되는 점 등을 종합하면 입법자가 입법재량을 현저히 불합리하게 또는 자의적으로 행사하였다고 단정할 수 없으므로 헌법 제27조 제1항에 위반된다고 할 수 없다. 또 재산권의 본질적인 내용을 침해하는 것이라거나 재산권을 과도하게 침해하는 것으로 보이지 아니하므로 헌법 제23조 제1항에 위반된다고 할 수도 없다.[94]

헌재는 현행 민사소송법 제391조에 대한 헌재 2010. 3. 25. 2008헌마510 전원재판부 결정에서도 동일한 내용의 판단을 하였다.[95]

2) 강제집행정지신청의 재판에 대한 불복

94) 이 결정의 말미에는 다음과 같은 부분이 있다. “다만, 소송비용의 재판이 본안의 재판에 따른 부수재판이라고 하더라도 청구인이 주장하는 바와 같이 소송물가액에 따른 인지액 등 소송비용이 많이 지출된 경우에는 소송비용의 재판도 소송당사자에게 상당한 이해관계가 있어 그 재판에 대하여만 독립하여 다툴 실익이 있을 뿐만 아니라 소송비용의 재판이 법률에 명백히 위반하여 본안의 재판과 부합하지 아니한 경우에는 본안재판의 법적 안정성을 해하지 않고도 부당한 소송비용의 재판을 시정할 수도 있을 것이므로 국민의 재판을 받을 권리 및 재산권의 보장을 위하여 이 사건 법률조항의 입법목적인 본안재판의 법적 안정성을 크게 해하지 않는 한도 내에서 소송비용의 재판에 대한 독립적인 불복을 허용하는 것이 입법 정책적으로 바람직한 길임을 밝혀 둔다.”

95) 조수혜, “미국 민사소송에서 소송비용의 재판에 대한 불복방법”, 「민사소송」 제15권 제1호, 한국민사소송법학회(2011), 272면에서는 오늘날 소송비용이 상당히 고액이기 때문에 당사자에게 본안재판만큼이나 소송비용부담재판에 대하여 쟁송할 실익이 있고, 소송비용부담재판에서 법원이 발휘할 수 있는 재량의 폭이 넓어서 사실상 당사자가 이를 예측하여 대비할 수 없으며, 판결문에는 소송비용부담에 대하여는 이유가 설시되지 않아서 본안의 승소 정도와 달리 소송비용부담의 정도가 정해진 경우에 당사자가 법원의 소송비용부담재판에 대하여 승복하기도 어렵고, 실제적으로 당사자가 소송비용으로 상당한 금액을 지불하여야 하는 현실을 고려하여 보면, 소송비용에 대하여 독립하여 불복할 수 없도록 한 것은 가혹하고, 소송비용에 관하여만 불만이 있는 당사자도 이에 대한 상소를 제기하기 위하여 부득이 본안의 심사와 함께 상소를 제기하게 되어 소송경제 측면에서 비효율적이게 된다고 한다.

가집행선고부 판결에 대하여 상소가 제기된 경우의 강제집행정지신청에 대한 재판에 대하여 불복을 허용하지 않는 구 민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전부 개정되기 전의 것) 제474조 및 제473조 제3항 후문[96] [헌재 1993. 11. 25. 91헌바8 전원재판부]

판결이 미확정인 경우 그에 대한 가집행허용 여부가 신속 내지 긴급히 확정지어져야 하므로 강제집행정지재판에 대하여서는 불복을 허용하지 않는 것이 합리적이다. 구 민사소송법 제420조는 통상의 불복방법이 없는 결정·명령에 대하여도 재판에 영향을 미친 헌법 또는 법률의 위반이 있는 때에는 대법원에 불복할 수 있도록 특별항고 제도를 두고 있으므로 가집행선고부 판결에 대한 집행정지의 재판에 대하여 불복을 신청할 수 없다고 하더라도 위 재판에 대하여 대법원에 불복할 수 있는 기회를 근본적으로 박탈하고 있는 것은 아니어서 불합리하지 않으므로 헌법에 위반되지 않는다.

3) 자백간주판결에 대한 항소권

자백간주로 인한 피고 패소판결을 항소의 대상에서 제외하는 규정을 두지 않은 민사소송법 제390조 제1항이 신속한 재판을 받을 권리를 침해하는지 여부 [헌재 2015. 7. 30. 2013헌바120 전원재판부]

신속한 재판을 받을 권리의 실현을 위해서는 구체적인 입법형성이 필요하고, 다른 사법절차적 기본권에 비하여 폭넓은 입법재량이 허용된다. 자백간

---

96) 제473조(재심 또는 상소추완신청에 인한 집행정지)
①재심 또는 제160조의 상소추완의 신청이 있는 경우에 그 불복의 이유로 주장한 사유가 법률상 이유 있다고 인정되고 사실에 대한 소명이 있는 때에는 법원은 당사자의 신청에 의하여 담보를 제공하게 하거나 담보를 제공하지 아니하게 하고 강제집행의 일시정지를 명할 수 있고 담보를 제공하게 하고 강제집행의 실시를 명하거나 실시한 강제처분의 취소를 명할 수 있다.
②담보 없이 하는 강제집행의 정지는 그 집행에 의하여 보상할 수 없는 손해가 있는 것을 소명한 때에 한한다.
③제1항 및 제2항의 재판은 변론없이 할 수 있다. 이 재판에 대하여는 불복을 신청하지 못한다.
④상소추완의 신청의 경우에 소송기록이 원심법원에 있으면 이 법원이 제1항의 재판을 한다.
제474조(상소제기로 인한 집행정지) 가집행선고 있는 판결에 대하여 상소의 제기가 있는 경우에는 제473조의 규정을 준용한다.

주로 인한 피고 패소판결에도 오판의 시정을 위하여 항소가 필요한 점, 피고의 자백간주를 원고의 소송상 청구가 이유 있음을 자인하는 의사가 명백한 경우와 같이 취급하여 확정판결과 같은 효력이 발생하게 규율하는 것은 부당한 점, 자백간주로 패소한 피고가 항소한 경우 실기한 공격·방어방법의 각하를 규정한 민사소송법 제149조의 제재를 받을 수 있는 점 등을 종합하면, 자백간주로 인한 피고 패소판결을 항소의 대상에서 제외하지 않은 것은 입법자의 적법한 재량범위 내의 입법행위이고, 신속한 재판을 받을 권리를 침해한다고 볼 수는 없다.

다. 소액사건에 대한 상고권의 제한

소액사건에 관하여 일반사건에 비하여 상고 및 재항고를 제한하고 있는 소액사건심판법 제3조[97] [헌재 1992. 6. 26. 90헌바25 전원재판부][98]

헌법상 상고심에서 재판을 받을 권리에 관한 명문규정이 없고 상고문제가 일반 법률에 맡겨져 있는 우리 법제에서 헌법 제27조에서 규정한 재판을 받을 권리에 모든 사건에 대해 상고법원의 구성법관에 의한, 상고심 절차에 의한 재판을 받을 권리까지도 포함된다고 단정할 수 없을 것이고, 모든 사건에 대해 획일적으로 상고할 수 있게 하느냐 않느냐는 특단의 사정이 없는 한 입법정책의 문제이므로 결국 재판을 받을 권리의 침해라고 할 수 없다. 재판제도 이용의 효율화의 견지에서나 사익에 관한 분쟁해결방식인 민사소송에 있어서 얻어질 이익과 지출하여야 할 비용·노력과의 비례균형 유지의 요청, 더구나 신속·간편·저렴하게 처리되어야 할 소액사건절차 특유의 요청 등을 고려할 때 소액사건에 대한 상고제한제도가 결코 합리성이 없거나 입법자의 위헌적인 차별이라 하기 어려우므로 평등의 원칙에 배치한다고 할 수 없다.

---

97) 소액사건심판법 제3조(상고 및 재항고) 소액사건에 대한 지방법원본원합의부의 제2심판결이나 결정·명령에 대하여는 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에 한하여 대법원에 상고 또는 재항고를 할 수 있다.
1. 법률·명령·규칙 또는 처분의 헌법위반 여부와 명령·규칙 또는 처분의 법률위반 여부에 대한 판단이 부당한 때
2. 대법원의 판례에 상반되는 판단을 한 때

98) 이 결정에 대한 평석은 정종섭, 앞의 글, 161면 이하

[재판관 변정수 위헌의견]

법원이 재판을 함에 있어 사실인정이나 법률적용을 잘못하여 국민의 권리를 침해하는 수도 있을 수 있는 것이기 때문에 상급법원에 대한 상소제도야말로 사법권으로부터의 국민의 권리보호와 재판에 대한 신뢰확보를 위하여 반드시 있어야 하는 것이다. 헌법 제27조 제1항에서 말하는 "법률에 의한 재판"의 절차적 측면은 대법원을 상고심으로 하는 심급제에 따른 재판을 의미하는 것이므로 모든 국민은 최고심인 대법원의 재판을 받을 권리가 있다고 보아야 한다. 따라서 대법원의 재판을 받을 권리, 즉 상고권은 헌법 제27조 제1항에서 도출되는 기본권으로서 일종의 헌법상 보장된 절차적 기본권이라고 할 수 있다. 그러므로 심급제를 폐지한다든가 대법원에의 상고를 부당하게 제한하는 것은 국민의 재판청구권을 침해하는 것으로서 위헌여부의 문제가 될 수 있다. 소액사건심판법 제3조에서의 이러한 상고제한이 대법원의 역할과 기능확보, 신속한 분쟁의 해결과 과다한 소송비용의 부담을 막는 등의 소송경제적 이유, 그리고 당사자의 신속한 권리구제에 기여한다는 목적을 가지고 있다고는 하지만 이는 헌법에 합치되는 합리적인 제한으로 보기 어렵고, 그로 인하여 헌법 제27조 제1항에서 보장한 국민의 재판을 받을 권리가 현저히 침해되었다고 아니할 수 없다.

라. 상고허가제

상고이유제한 및 상고허가제를 규정한 구 소송촉진등에 관한 특례법(1990. 1. 13. 법률 제4203호로 개정되기 전의 것) 제11조 및 제12조의 위헌 여부 [헌법재판소 1995. 1. 20. 90헌바1 전원재판부]

상고제도의 목적을 법질서의 통일과 법의 발전 또는 법창조에 관한 공익의 추구에 둘 것인지, 아니면 구체적 사건의 적정한 판단에 의한 당사자의 권리구제에 둘 것인지, 아니면 양자를 다 같이 고려할 것인지는 역시 입법자의 형성의 자유에 속하는 사항이고, 그 중 어느 하나를 더 우위에 두었다 하여 헌법에 위반되는 것은 아니다. 권리상고에 관한 개정 전 특례법 제11조는 그 권리상고의 이유로서 제1항 제1호 및 제2호에서 헌법위반 및 헌법해석의 부당과 명령·규칙 또는 처분의 법률위반 여부를 규정하여 헌법 제107조 제2항의 취지에 부합하고, 제1항 제3호에서는 법률·명령·규칙 또는 처분의 해석에 대한 대법원 판례와의 저촉을 규정함으로써 상고제도에 의한

법질서의 통일을 도모하고 제2항에서 그 경우에도 종전의 대법원판례를 변경하여 원심판결을 유지함이 상당하다고 인정할 때에는 상고를 기각하도록 하여 법의 발전이나 구체적 사건에서의 권리구제와도 조화를 이루도록 하고 있다. 개정 전 특례법 제12조는 허가상고에 관한 규정으로서, 만약 상고를 허가함에 있어서 재판부의 업무부담 등 예측할 수 없는 사정을 허가기준으로 한다면 이는 법치국가에서 용인될 수 없는 법적 불안을 야기시키는 것이고 평등원칙에도 위배된다고 할 수 있지만, 특례법 제12조 제1항이 '법령의 해석에 관한 중요한 사항'을 상고허가의 기준으로 삼고 있어 구체적 사건과 관계없는 우연한 사정이나 법원의 자의에 의한 허·부의 결정을 배제하고 객관적으로 법률적 중요성을 가지는 사건에 한하여 상고를 허가하도록 함으로써 상고제도를 법질서의 통일 및 법의 발전이라는 목적에 부합하게 운영하려는 것이므로 결코 비합리적이거나 자의적인 차별이라고 할 수 없고, 제2항에서는 그 경우 원심판결을 파기하지 아니하면 현저히 정의와 형평에 반한다고 인정되는 중대한 법령위반이 있을 때 원심판결을 파기하도록 하여 개별적인 권리구제도 아울러 도모하고 있는 것이다. 그러므로 개정 전 특례법 제11조 및 제12조는 헌법이 요구하는 대법원의 최고법원성을 존중하면서 다른 한편, 대법원의 민사소송사건에 있어서 상고심 재판을 받을 수 있는 객관적인 기준으로서 법질서의 통일 및 법의 발전을 구체적 사건에서의 적정한 판단에 의한 당사자의 권리구제보다 더 우위에 둔 규정으로서 합리성이 있다고 할 것이므로 헌법에 위반되지 아니한다.

마. 심리불속행제도

민사사건에 관하여 상고허가제를 두었던 구 소송촉진 등에 관한 특례법에 대한 비판이 거세어지자, 1990. 9. 1. 위 법률의 개정으로써 상고허가제가 폐지되었다. 그 후 1994. 9. 1. 상고심절차에 관한 특례법(이하 '특례법'이라 함)이 제정되어 심리불속행제도가 도입되었다.[99)100)] 심리불속행제도에 대하여는 상고권 제한하는 측면뿐 만아니라, 상고심 판결에

99) 심리불속행제도의 도입과정에 대하여는 박종현, "심리불속행 상고기각판결에서 이유 기재 생략 제도의 위헌성검토", 공법학연구 제14권 제2호, 비교공법학회(2013), 352-354면 참조.

100) 이시윤, "민사절차상의 재판을 받을 권리", 39면에서는 "남상고의 방지와 국내법령해석의 통일기능의 강화를 목적으로 한 것으로서 이 정도의 상고심 access의 제한은 입법형성의 자유영역에 속하므로 합헌론에 찬성한다."고 한다.

판결이유를 기재하지 않는 것에 관한 위헌 여부가 문제로 된다.

1) 심리불속행

심리불속행제도를 규정하고 있는 특례법 제4조 [헌재 1997. 10. 30. 97헌바37,95헌마142·215,96헌마95(병합) 전원합의부][101]

심판대상조항이 비록 국민의 재판청구권을 제약하고 있기는 하지만 심급제도와 대법원의 기능에 비추어 볼 때 헌법이 요구하는 대법원의 최고 법원성을 존중하면서 민사, 가사, 행정 등 소송사건에 있어서 상고심재판을 받을 수 있는 객관적 기준을 정함에 있어 개별적 사건에서의 권리구제보다 법령해석의 통일을 더 우위에 둔 규정으로서 그 합리성이 있으므로 헌법에 위반되지 않는다.

2) 개별 심리속행사유

대법원판례 위반을 심리불속행의 예외사유로 규정하는 특례법 제4조 제1항 제3호 [헌재 2002. 6. 27. 2002헌마18 전원재판부]

개별 사건에서의 권리구제보다 법령해석의 통일을 더 우위에 둔 입법자의 판단에 따라 상고심 재판을 받을 수 있는 객관적인 기준에 대법원판례 위반 여부를 한 요소로 삼은 것은 그 합리성이 인정될 뿐만 아니라, 판례의 법원성을 인정하지 않는 대륙법계 국가라는 이유로 실체법이 아닌 절차법인 심판대상조항의 일부로 편입하여 대법원판례 위반을 심리불속행의 예외사유의 하나로 규정할 수 없는 것이 아니고, 이로 인하여 새로운 권리침해가 발생하는 것도 아니다.

특례법 제4조 제1항 제5호 '중대한 법령위반에 관한 사항이 있는 때'에서 '중대한'의 개념이 명확성의 원칙에 위반되는지 여부 [헌재 2002. 6. 27. 2002헌마18 전원재판부]

심리불속행제도의 입법취지를 고려할 때 심리불속행의 판단대상은 상고인

101) 헌재 1998. 2. 27. 96헌마92 전원재판부, 헌재 2001. 2. 22. 99헌마461,2000헌마258(병합) 전원재판부, 헌재 2002. 6. 27. 2002헌마18 전원재판부, 헌재 2005. 9. 29. 2005헌마567 전원재판부 등도 동일한 내용이다.

이 주장하는 상고이유가 민사소송법상 규정된 상고이유에 실질적으로 해당하는가 여부이고, 그 판단기준은 판결에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 있음을 상고이유로 하는지 여부이므로 중대한 법령위반에서 '중대성'은 판결결과에 영향을 미치는지 여부, 즉 원심판결이 파기될 가능성 여부를 기준으로 판단하여 법령위반으로 인하여 원심판결이 파기될 가능성이 있으면 중대한 법령위반이 있는 것으로 보아 심리불속행의 예외로서 심리속행을 허용한 것이라고 합리적인 해석이 가능하므로 명확성의 원칙에 위반되지 아니한다.

3) 판결이유의 생략

심리불속행 재판의 판결이유를 생략할 수 있도록 규정한 특례법 제5조 제1항 중 제4조에 관한 부분 [헌법재판소 1997. 10. 30. 97헌바37, 95헌마142·215, 96헌마95(병합) 전원재판부][102]

특례법 제4조 제1항 각호에서는 심리불속행의 예외사유를 객관적이고 구체적으로 규정하여 구체적 사건의 상고이유와 관계없는 우연한 사정이나 법원의 자의에 의한 결정을 배제하고 있고, 심판대상조항은 단지 특례법 제4조에 의한 판결의 보다 신속한 처리를 목적으로 한 것에 지나지 아니한 것이므로 특례법 제4조가 헌법에 위반되지 아니한 터에 이를 헌법에 위반되는 것으로 볼 수 없다.

심리불속행 재판의 판결이유를 생략할 수 있도록 규정한 특례법 제5조 제1항 중 제4조에 관한 부분 [헌재 2007. 7. 26. 2006헌마551,2007헌마88,255(병합) 전원재판부][103]

특례법 제5조 제1항은 심리불속행제도의 내용을 구성하는 절차적 규정으로서 헌법재판소는 이미 심리불속행제도에 대하여 여러 차례 합헌결정을 선고한 바 있다. 심리불속행 상고기각판결에 이유를 기재한다고 해도, 당사자

---

102) 헌재 2001. 2. 22. 99헌마461,2000헌마258(병합) 전원재판부, 헌재 2005. 9. 29. 2005헌마567 전원재판부 등도 동일한 내용이다.

103) 헌재는 헌재 2011. 12. 29. 2010헌마344 전원재판부, 헌재 2012. 7. 26. 2011헌마728 전원재판부 등에서도 동일한 결정을 하였는데, 이 결정들에서는 재판관 이정미, 김창종의 위헌의견이 있다.

의 상고이유가 법률상의 상고이유를 실질적으로 포함하고 있는지 여부만을 심리하는 심리불속행 재판의 성격 등에 비추어 현실적으로 특례법 제4조의 심리속행사유에 해당하지 않는다는 정도의 이유 기재에 그칠 수밖에 없고, 나아가 그 이상의 이유기재를 하게 하더라도 이는 법령해석의 통일을 주된 임무로 하는 상고심에게 불필요한 부담만 가중시키는 것으로서 심리불속행 제도의 입법취지에 반하는 결과를 초래할 수 있으므로 특례법 제5조 제1항은 재판청구권 등을 침해하여 위헌이라고 볼 수 없다.

[재판관 김희옥, 김종대, 송두환은 위헌의견]

특례법 제5조 제1항은 대법원의 심리불속행 상고기각 판결에 대해서 그 이유를 전혀 기재하지 않을 수 있도록 함으로써 그 판결이 과연 적정한 것이었는지, 혹시 상고인의 주장에 대한 판단을 누락하였거나 잘못 판단한 점은 없는지 등에 대해 살펴볼 가능성을 원천적으로 차단하고 있으므로, 근대 민주주의 국가에서의 재판 이념과는 부합하지 아니하며, 법치주의원리에 따른 재판을 무의미하게 만들고 당사자의 주장에 대해 실질적으로 아무런 대답이 없는 재판을 가능하게 하는 것으로 재판의 본질에도 반하는 부당한 규정이다.[104)105)106)]

---

104) 이 결정에 대하여 박종현, 앞의 글, 359면에서는 심리불속행제도 폐지법률안이 제안되고 2006년 법제사법위원회 상정 이후 2007년 법안 소위에서 본격적으로 폐지논의가 진행되고 있었는데, 그러한 상황에서 선고된 것으로서, 재판소 외부에서 공식화되고 있던 제도에 대한 반대론을 수용한 것이라고 평가한다.; 박종현, 앞의 글, 376면에서는 심리불속행 상고기각판결에 있어서 이유의 기재를 생략할 수 있게 하는 것은 국민의 재판청구에 대하여 법원이 수행하여야 할 적절한 응답의무를 부정하는 면, 또 판결의 정당성을 확보하기 위하여 법원이 당연히 하여야 할 논증의무를 부정하게 된다는 면에서 재판청구권을 침해하고, 또 국민과 다른 통치기관에 의한 통제를 받지 않는 재량에 따른 상고기각이 이루어질 수 있고 주권자인 국민에게 권력행사의 의미와 정당성을 이해시키려고 하지 않는다는 면에서 국민주권주의를 침해하며, 또한 법원으로 하여금 사법권력 행사의 의미를 명확히 밝히지 않을 수 있게 하고, 일관적이지 못한 법적 결정 혹은 재량에 의한 정치적 결정을 할 수 있도록 하고, 공적 검증이라는 과정으로부터 자유롭게 한다는 면에서 법치주의의 이념을 훼손하므로 위헌이라고 한다.; 최희수, "국민의 재판청구권의 실질화를 위한 방안-항소심 이원화, 고등법원 상고부, 대법원 심리불속행제도를 중심으로-", 118-119면에서는 심리불속행제도에 대하여는 여러 가지 비판이 있지만, 선고가 필요 없기 때문에 '사실상의 선고시점'을 알기 어렵고, 또 어떤 이유로 기각이 되었는지도 알 수 없다는 점이 가장 큰 문제점이라고 한다.

105) 김태호, "상고심절차에관한특례법 제4조 등 위헌확인 등", 「헌재결정해설집」 2007, 헌법재판소(2008), 287-288면에서는 재판의 본질과 법치주의 원리 등에 비추어 심리불속행 상고기각판결의 이유기재를 생략할 수 있도록 한 특례법 조항에 대하여 위헌이라는 소

바. 상고이유서 부제출에 의한 상고기각

소송기록접수통지를 받은 후 20일의 기간 내에 상고이유서를 제출하지 아니한 경우 판결로 상고를 기각하도록 한 민사소송법 제429조 본문 [헌재 2008. 10. 30. 2007헌마532 전원재판부]

민사소송법이 상고이유서를 제출하지 아니한 때에 변론 없이 이유를 생략한 판결로 상고를 기각하도록 한 것은 입법자의 형성의 자유에 속하는 사항인 심급제도의 내용을 입법자가 구체적으로 형성한 것으로서, 상고심에서의 소송 경제와 신속을 모색하기 위한 것이라는 점에서 목적이 정당할 뿐만 아니라 수단의 적절성도 인정된다. 소정의 기간 내에 상고이유서를 제출하지 아니하였더라도 직권조사 사유가 있거나 상고장에 상고이유의 기재가 있는 때에는 그 적용대상에서 제외하고, 당사자의 책임에 돌릴 수 없는 사유로 제출기간을 준수하지 못한 경우 추후보완은 허용되지 않지만 기간이 경과된 후라도 상고이유서가 제출되면 기간의 신장을 인정하여 상고이유서를 적법한 것으로 처리할 수도 있으며, 상고이유서 제출과 관련하여 권리구제의 필요성이 인정되는 때에는 민사소송법 제451조 제1항 소정의 재심으로 구제될 여지도 있어서 당사자의 권리구제의 가능성이 봉쇄되었다고 볼 수도 없으므로 최소침해성의 원칙에도 반하지 아니한다. 심판대상조항에 의하여 법률조항이 추구하는 신속·원활한 상고심 재판의 운영이라는 공익은 당사자의 권리구제라는 사익에 비하여 결코 작다고 볼 수는 없으므로 법익균형성의 원칙에도 반하지 않는다.[107]

수의견은 헌법재판소가 판결의 이유기재 생략이라는 쟁점에 대하여 처음으로 헌법적 관점에서 판단을 한 것으로서 향후 심리불속행제도를 보다 합리적으로 운영하기 위한 측면에서도 의미가 있다고 평가하고 있다.

106) 김진흥, "심리불속행 상고기각 판결의 문제점", 「판례연구」 13집, 서울지방변호사회(2000), 337면 이하에서는 구체적인 사안의 분석을 통하여 심리불속행 제도가 운용되는 실태를 제시한 다음, 입법과정에서 우려했던 바와 같이 대법원이 심리불속행 제도를 자의적으로 운영하는 것이 아닌지 우려가 생기는 것이 당연하다고 하면서 대법원이 심리불속행 상고기각 판결을 할 때 최소한 상고이유가 심리불속행 사유에 해당되는 이유라도 기재해주기를 바란다고 한다.

107) 이시윤, "민사절차상 재판을 받을 권리", 41면에서는 상고이유서를 소송기록접수통지를 수령한 후 20일 이내에 제출하도록 하는 것은 외국의 법례에 비추어 지나치게 짧다고 하면서, 소송촉진만을 내세워 상고심에 대한 access권을 지나치게 제한하는 것으로서 상고심절차에 의한 효율적인 권리보호에 합치하는지 의문이라고 한다.

사. 부대항소의 종속성

민사소송법 제393조가 환송 후 항소심에서 항소인의 항소취하를 제한하고 있지 않음으로 말미암아 부대항소인의 상소심의 재판을 받을 권리를 침해한 것인지 여부 [헌재 2005. 6. 30. 2003헌바117 전원재판부]

민사소송법 제393조에 따라 환송 후 항소심에서 항소인이 임의로 항소를 취하함으로써 부대항소인이 항소심 판단을 다시 받지 못하게 되었다고 하더라도 이는 부대항소의 종속성에서 도출되는 당연한 결과이므로 이로써 항소심의 재판을 받을 권리가 침해된 것으로 볼 수는 없다. 민사소송법 제403조가 규정하는 부대항소의 종속성은 항소기간의 제한을 두는 규정의 취지와 불이익변경금지원칙의 예외라는 점에서 합리적 근거가 있다. 환송 후 항소심에서 항소가 취하됨으로써 상고심재판이 결과적으로 효력을 상실하는 것은 부대항소의 종속성이라는 민사소송법의 원리를 관철하기 위하여 입법자가 선택한 결단의 결과이므로 민사소송법 제393조에 의하여 상고심의 재판을 받을 권리가 침해된 것이라고 말할 수 없다.

아. 즉시항고기간

즉시항고기간을 1주일로 제한하고 있는 구 민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전부 개정되기 전의 것) 제414조 제1항[108] 중 1주일 부분 [헌재 1998. 8. 27. 97헌바17 전원재판부]

법원의 판결에 대한 불복절차와 판결이외의 결정·명령에 대한 불복절차를 동일한 불복절차 안에서 규율할 것인지 여부, 불복기간의 설정 여부 등은 그 나라가 취하고 있는 소송법체계에 따라 입법권에 의해서 비로소 형성될 성질의 것이다. 따라서 집행정지의 효력이 인정되는 즉시항고에 대하여 신속히 항고재판을 진행함으로써 분쟁의 조속한 해결을 도모하려는 입법목적을 고려해 볼 때 즉시항고기간을 보통항고의 경우와는 다르게, 또한 판결에 대한 항소기간과는 달리 1주일로 정하였다고 하여 그것이 곧바로 입법권의

108) 제414조(즉시항고)
①즉시항고는 재판의 고지가 있은 날부터 1주일 내에 하여야 한다.
②제1항의 기간은 불변기간으로 한다.

형성의 범위를 일탈하여 과잉으로 재판청구권을 제한한 것이라고는 할 수 없으며, 또한 합리적인 차별이라 수긍되므로 헌법상의 평등권을 침해하는 위헌규정이라고도 할 수 없다.

자. 특별항고

'불복할 수 없는 결정이나 명령에 대하여는 재판에 영향을 미친 헌법위반이 있거나, 재판의 전제가 된 명령·규칙·처분의 헌법 또는 법률의 위반 여부에 대한 판단이 부당한 경우' 에만 특별항고를 제기할 수 있도록 함으로써 특별항고 사유를 제한하는 민사소송법 제449조 제1항 [헌재 2007. 11. 29. 2005헌바12 전원재판부]

특별항고제도는 대법원의 명령·규칙·처분에 대한 위헌심사권(헌법 제107조 제2항)과 관련되어 마련된 제도로서, 비록 통상의 불복방법이 없어 확정된 결정 또는 명령이라고 하여도 위헌성 여부의 판단을 위해 필요한 경우에는 예외적으로 대법원에 불복할 수 있도록 하려는 데 그 취지가 있다. 특별항고사유를 일정 범위로 한정하는 것은 확정된 결정이나 명령의 법적 안정성을 유지하고, 소송의 지연 등을 목적으로 하는 불필요한 특별항고를 방지함과 아울러 법원의 업무부담을 경감하기 위한 것으로서 그 정당성을 인정할 수 있을 뿐만 아니라, 그 제한 범위도 입법자에게 주어진 합리적 재량의 범위 내의 것으로 보이고, 달리 입법자가 현저히 불합리하게 또는 자의적으로 입법재량권을 행사하였다고 볼 만한 사정도 없다.

5. 재심의 재판을 받을 권리

가. 재심사유의 제한

헌재는 재심의 재판을 받을 권리 역시 상소심에서 재판을 받을 권리와 마찬가지로 헌법 제27조 제1항에서 규정한 재판청구권에 당연히 포함된다고 할 수 없고, 어떤 사유를 재심사유로 정하여 재심을 허용할 것인가는 입법자가 확정판결에 대한 법적 안정성, 재판의 신속·적정성, 법원의 업무부담 등을 고려하여 결정하여야 할 입법정책의 문제라고 한다.[109]

109) 헌재 1996. 3. 28. 93헌바27 전원재판부, 헌재 2004. 12. 16. 2003헌바105 전원재판부 등.

1) 심리불속행 관련

민사소송법 제451조 제1항에서 '상고심절차에 관한 특례법 제4조 제1항에 해당하는 심리불속행 예외사유를 명백히 적시하였음에도 불구하고 대법원이 심리불속행 사유에 해당한다고 판단하여 상고를 기각한 경우'를 제외한 것 [헌재 2004. 12. 16. 2003헌바105 전원재판부]

특례법 제4조 제1항에 해당하는 심리불속행 예외사유를 명백히 적기하였음에도 불구하고 대법원이 심리불속행 사유에 해당한다고 판단하여 상고를 기각한 경우를 재심사유로 새로이 허용하는 것은 절차의 신속을 위하여 이유불기재의 상고기각판결을 할 수 있도록 규정한 특례법의 입법목적에 정면으로 배치되는 것으로서 특례법의 제정취지를 몰각하는 결과가 될 뿐만 아니라, 재심제도의 취지에도 어긋나므로, 위와 같은 사유를 재심사유에 포함시키지 않았다고 하여 헌법에 위배되지 않는다.

2) 민사소송법 제451조 제2항 관련

감정인의 거짓진술이 판결의 증거가 되고, 그 거짓진술에 대하여 유죄의 판결이 확정되는 경우에 한하여 재심사유로 규정하고 있는 제451조 제1항 제7호, 제2항 중 '제7호' 부분 [헌재 2009. 4. 30. 2007헌바121 전원합의부]

과학의 발전을 통한 새로운 사실의 발견이라는 것도 확정판결 이후 우연하게 발생하는 사정에서 비롯되므로 그와 같은 우연성에 기대어 확정판결에 대한 불복가능성을 무한히 열어두는 것은 법적 안정성의 근본을 흔들 여지가 충분하다. 감정인의 거짓진술에 대하여 그것이 판결의 증거가 될 것 및 그 진술에 대하여 유죄의 판결이 확정될 것 등을 요구하는 것은 당사자의 권리를 실효적으로 보장하는 한편, 무분별하고 불필요하게 재심을 제기하는 남소의 폐단을 억제하기 위한 것이라는 점에서, 법적 안정성을 위해 구체적 정의 내지 재판의 적정성을 현저히 희생하였다고 보기 어려우므로 입법자의 합리적인 재량의 범위를 벗어났다고 할 수 없으므로 재판청구권을 침해하는 것이라 할 수 없다. 형사소송법상의 재심사유와 구별하여 민사소송법상 재심의 대상에 포함시키지 않은 것이 현저히 불합리하거나 자의적인 차별이라고 보기도 헌법 제11조의 평등권을 침해한다고 볼 수도 없다.

[재판관 민형기의 위헌의견]

과학기술의 발전으로 종래 알 수 없었던 새로운 사실이 확인되어 기존 확정판결의 결론이 타당성을 상실하게 될 경우까지도, 그것이 '이미 확정된 판결'이라는 형식상의 이유로 그 결론을 그대로 유지하려는 태도는 법적 안정성만을 지나치게 강조한 것으로서 정의를 추구하는 사법제도의 본질에 부합하지 아니하고, 헌법의 기본권 보장정신에도 명백히 위배되므로 재판청구권을 침해한다.

3) 국가의 점유시효취득 관련

민사소송법 제451조 제1항에서 국가의 부동산 소유권 취득이 점유취득시효의 완성에 따른 것으로 정당하다는 판결이 확정된 후 그 부동산이 개인의 소유로 밝혀진 경우를 민사소송법상 재심사유로 규정하지 않은 것 [헌재 2009. 10. 29. 2008헌바101 전원재판부]

확정판결이 국가의 점유취득시효 완성을 인정하였다고 하더라도 이는 민법 제245조 제1항에 근거하여 이루어진 만큼 그와 같은 판결에 중대한 하자가 있다고 보기 어렵고, 설령 위 민법 조항이 위헌적이라거나 입법론적으로 불합리하다고 하더라도 이는 헌법재판소에 대한 위헌법률심판제청을 신청하여 그 위헌성을 심판받는다거나 입법론적으로 해결해야 하는 문제에 불과하다. 시효제도의 본질상 일정기간 동안 지속된 사실관계의 존재가 시효취득을 인정할지 여부에 대한 판단의 핵심적인 기준이 되므로 국가로부터 시효취득의 기회를 박탈하지 않는다고 하여 이를 부당하다고 할 수는 없다. 국가가 국민들에 대한 기본권 보호의무를 가진다고 할지라도, 그와 같은 보호의무를 다하기 위해서 반드시 국가의 시효취득을 인정한 판결에 대하여 이를 재심사유로 규정해야 한다는 당위가 성립하는 것도 아니다.

4) 민사소송법 제451조 제1항 제9호

'판결에 영향을 미칠 중요한 사항에 관하여 판단을 누락한 때'를 재심사유로 규정한 민사소송법 제451조 제1항 제9호가 명확성의 원칙에 위배되는지 및 재판청구권을 침해하였는지 여부 [헌재 2016. 12. 29. 2016헌바43 전원합의부]

판결의 효력 및 재심제도의 입법취지와 관련 규정의 내용에 비추어 보면, '판결에 영향을 미칠 중요한 사항'이라 함은 그 판단 여하에 따라 판결의 결론에 영향을 미치는 사항, 즉 당사자가 소송상 제출한 공격방어방법으로서 판결주문에 영향이 있는 것을 의미함을 알 수 있고, 대법원도 이와 같이 해석하고 있다. 판단누락 유무의 구체적인 판단 기준이 법원에 의하여 장기간에 걸쳐 집적되어 있으므로 건전한 상식을 가진 일반인이면 위와 같은 '판결에 영향을 미칠 중요한 사항에 관하여 판단을 누락한 때'의 의미내용을 예측할 수 있고, 이미 확립된 판례에 기초하여 그 해석 및 적용에 대한 신뢰성이 있는 원칙을 도출할 수 있어 해석자 개인의 주관적인 판단에 따라 그 해석이 좌우될 가능성이 없으므로, 심판대상조항은 명확성의 원칙에 위배되지 아니한다. 심판대상조항은 '판결에 영향을 미칠 중요한 사항에 관하여 판단을 누락한 때', 즉 당사자가 소송상 제출한 공격방어방법으로서 판결주문에 영향이 있는 것에 대하여 판결 이유 중에 판단을 명시하지 아니한 경우로 재심사유를 제한하는바, 그 입법목적의 정당성이 인정된다. 입법자가 재심제도의 취지에 따라 재심사유를 '판단이유를 누락한 때'가 아닌, '판단을 누락한 때'로 규정하였다고 하여 재판의 적정성을 현저히 희생하였다고 보기는 어렵다. 따라서 심판대상조항은 예외적인 경우만 재심을 허용하고자 하는 입법자의 결단에 의한 것으로서 재판청구권의 본질을 심각하게 훼손하는 등 입법형성권의 한계를 일탈하여 그 내용이 자의적이라고 하기 어려우므로 재판청구권을 침해하지 아니한다.

나. 재심사유의 보충성

상소에 의하여 주장하였던 사유를 재심사유로 하여서는 재심의 소를 제기할 수 없도록 규정한 민사소송법 제451조 제1항 제9호 중 '상소에 의하여 그 사유를 주장하였거나' 부분 [헌재 2012. 12. 27. 2011헌바5 전원재판부]

불필요한 재심이나 재심의 남용을 방지함으로써 확정된 종국판결의 법적 안정성을 유지하고 재심을 통한 분쟁해결의 실효성과 사법자원의 효율적인 활용을 도모하는 것을 목적으로 하므로 입법목적의 정당성이 인정된다. 재심은 확정판결을 불복의 대상으로 한다는 점에서 법적 안정성의 요청을 물리쳐야 할 만큼 정의의 요청이 절박한 예외적인 경우에 한하여 인정되어야 하므로 재심사유를 상소심에서 주장하여 판단을 받은 경우 다시 그 재심사

유로 재심의 소를 제기하는 것을 허용하지 않더라도 재판청구권의 본질을 심각하게 훼손한다거나 자의적이라 할 수 없다. 또한 소송당사자가 민사소송법 제451조 제1항 제9호의 재심사유를 상고이유로 주장하고 이유 기재 없는 심리불속행 기각판결을 선고받는 경우에도 상고이유로 주장한 재심사유가 심리속행사유로 인정되지 않는다는 판단이 이루어진 것이라는 점을 고려하면 심판대상조항이 이유 기재 없는 심리불속행 상고기각판결에도 적용되는 것이 재판청구권의 본질을 심각하게 훼손하여 입법형성권의 한계를 일탈하였다고 보기 어렵다.

다. 준재심 사유

구 민사소송법 제431조(1990. 1. 13. 법률 제4201호로 개정되고 2002. 1. 26. 법률 제6626호 전부 개정되기 전의 것) 중 "제206조의 조서가 … 확정한 경우에 제422조 제1항에 기재한 사유가 있는 때에는 확정판결에 대한 제422조 내지 제430조의 규정에 준하여 재심을 제기할 수 있다."는 부분 [헌재 1996. 3. 28. 93헌바27 전원재판부]

확정된 판결이나 화해조서 등의 법적 안정성을 유지하고 불필요한 준재심을 방지하여 재판상 화해 등에 의한 분쟁해결의 실효성을 확보함과 아울러 법원의 업무부담을 경감하기 위한 입법목적은 정당하고, 구 민사소송법 제422조 제1항에 기재한 사유가 있을 때에만 준재심을 허용하고 그 이외의 경우에는 허용하지 않도록 제한한 것은 필요하고도 적정한 것이라고 판단되며, 더욱이 당사자 사이에 화해의 합의가 없었는데도 화해조서가 작성된 경우에는 구 민사소송법 제146조 제2항[110]에 의하여 조서의 기재에 대한 이의를 하여 다툴 수 있는 방법이 있으므로[111] 심판대상조항이 입법재량권을

110) 제146조(관계인의 조서낭독청구권)
①조서는 관계인의 신청이 있는 때에는 그에게 낭독 하여 주거나 열람하게 하여야 한다.
②조서의 기재에 관하여 관계인의 이의가 있는 때에는 조서에 그 사유를 기재하여야 한다.

111) 완성된 조서에 대하여 관계인이 이의를 제기할 경우, 재판장은 이의가 정당하면 조서의 기재를 정정하도록 하고, 이의가 정당하지 않으면 구 민사소송법 제146조 제2항(현행 제164조)에 따라 이의의 취지를 조서에 기재하게 한다. 편집대표 민일영, 「제8판 주석 민사소송법(II)」, 한국사법행정학회(2018), 516면; 당사자 사이에 합의가 없음에도 화해조서가 작성되어 무효라고 주장하면서 기일지정신청을 한 경우에는 그 무효사유의 존부를 가리기 위하여 기일을 지정하여 심리를 하여야 하고(대법원 2000. 3. 10. 선고 99다6

현저히 불합리하게 또는 자의적으로 행사하여 불완전, 불충분하게 입법을 한 것으로 판단되지 아니한다. 따라서 헌법 제27조 제1항의 재판청구권을 침해하는 것이라 할 수 없고, 합리적 이유 없이 차별을 하여 헌법 제11조의 평등권을 침해하거나, 헌법 제10조의 인간으로서의 존엄 및 행복추구권이나 헌법전문의 자유민주적 기본질서 등을 침해하는 규정이라고 할 수도 없다.[112]

라. 재심기간

가사소송법(2010. 3. 31. 법률 제10212호로 개정된 것) 제12조 본문 중 구 민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전부 개정되기 전의 것) 제426조 제1항, 제3항[113]을 따르도록 한 부분[114] 가운데 친생자관계존부확인의 소에 관한 부분 [헌법재판소 2018. 12. 27. 선고 2017헌바472 전원재판부]

재심제기의 기간을 두는 것은 당사자 사이에 일어나는 법적 불안상태를 막기 위한 것이고, 친생자관계존부확인의 소는 특별민사소송절차인 가사소

7703 판결), 명시적으로 기일지정신청을 하지 않고 '이의신청서' 등을 제출한 경우에도 기일지정신청으로 보아 심리를 하여야 한다(대법원 2001. 3. 9. 선고 2000다58668 판결).

112) 이시윤, "민사절차상 재판을 받을 권리", 42면에서는 "민사소송법 제451조의 재심사유는 판결에서 생길 수 있는 하자를 예상하고 입법화한 것이므로, 화해에서 생길 수 있는 하자를 구제하는데 적용시키기에 부적합하고, 재심사유 11개 가운데 겨우 5개 정도(2, 3, 4, 5호와 10호)밖에 화해의 경우에 끌어들일 수 없으므로 화해조서의 흠이 있을 때에 재심사유 있을 때 밖에는 다툴 길이 없게 되면 오히려 화해의 경우가 기판력 있는 확정판결의 경우보다 흠이 생길 개연성이 더 많은데도 그 구제책을 더 좁히는 결과가 된다."고 비판한다.

113) 제426조(재심제기의 기간)
①재심의 소는 당사자가 판결확정 후 재심의 사유를 안 날로부터 30일내에 제기하여야 한다.
②제1항의 기간은 불변기간으로 한다.
③판결확정 후 5년을 경과한 때에는 재심의 소를 제기하지 못한다.
④재심의 사유가 판결확정 후에 생긴 때에는 제3항의 기간은 그 사유가 발생한 날로부터 기산한다.

114) 가사소송법(2010. 3. 31. 법률 제10212호로 개정된 것) 제12조 본문, 민사소송법 부칙(2002. 1. 26. 법률 제6226호) 제5조에 의하여 구 민사소송법(1960. 4. 4. 법률 제547호로 제정되고, 2002. 1. 26. 법률 제6226호로 전부 개정되기 전의 것) 제426조 제1항, 제3항에 따르게 되는 사안에 관한 것임.

송의 한 종류로서 다른 민사소송 및 가사소송과 달리 친생자관계존부확인의 소에 대하여만 특별히 친생자관계를 기초로 하여 형성된 법적 불안상태를 막을 필요성이 없거나 적다고 볼 수 없다. 디엔에이검사로 친생자관계를 정확히 확인할 수 있다는 등의 사정을 들어 확정판결에 기초한 친생자관계존부의 판결이 확정된 후 상당한 시간이 경과하였음에도 재심제기기간의 제한을 두지 아니한 채 불안정하게 두게 되는 경우, 친생자관계존부확정판결에 기초하여 형성된 복잡·다양한 사법적 관계들도 항시 불확정한 상태로 유지될 수밖에 없게 되므로 법적 안정성이 훼손되게 된다. 더욱이 당사자가 모두 생존해 있는 동안에는 제소기간의 제한 없이 친생자관계존부확인의 소를 제기할 수 있고, 다만 이미 친생자관계존부확인의 소를 제기하여 판결이 확정된 경우에만 그 확정판결에 대한 재심의 제기기간이 제한될 뿐이다. 나아가 대리권의 흠이 있거나 재심을 제기할 판결이 전에 선고한 확정판결에 어긋난다는 이유로 제기하는 재심의 소에는 재심제기기간이 적용되지 않고(구 민사소송법 제427조), 재심사유를 안 날부터 30일의 재심제기기간은 불변기간이므로 당사자가 책임질 수 없는 사유로 기간을 도과하였을 경우에는 추완하여 재심을 제기할 수 있으며, 재심사유가 판결확정 후에 생긴 때에는 그 사유가 발생한 때부터 5년의 기간 내에 재심의 소를 제기할 수 있다(구 민사소송법 제426조 제4항). 그렇다면 심판대상조항에 의하여 친생자관계존부확인의 소의 확정판결에 대한 재심을 재심제기기간 안에 제기하도록 하더라도, 이는 입법자에게 주어진 합리적 재량의 범위 내의 것으로 보이고, 달리 입법자가 그 재량을 행사함에 있어서 헌법재판소가 개입하여야 할 정도로 현저히 불합리하게 또는 자의적으로 행사함으로써 불완전하거나 불충분한 입법에 이른 것으로 볼 만한 사정을 찾아볼 수 없다. 따라서 심판대상조항은 청구인의 재판청구권을 침해한다고 볼 수 없다.

중요한 사항에 관한 판단누락을 사유로 한 재심의 제기기간을 판결이 확정된 뒤 그 사유를 안 날부터 30일 이내로 제한한 민사소송법 제456조 제1항 중 제451조 제1항 제9호에 관한 부분 [헌재 2019. 12. 27. 2018헌바84 전원재판부]

조속한 권리관계의 확정을 통하여 종국판결의 법적 안정성을 유지하고, 이미 확정판결을 받은 당사자의 법적 불안상태가 장기간 계속되는 것을 방지함과 아울러 사법자원의 효율적인 분배를 추구하기 위해서는 재심제기기

간을 제한할 필요성이 있다. 이미 소를 제기하여 판결을 선고받은 당사자가 스스로 한 주장에 대한 판단이 누락된 것을 알았다면, 그로부터 30일 이내에 재심의 소를 제기할 것인지를 충분히 숙고하고 이를 준비할 수 있을 것으로 보인다. 나아가 당사자가 책임질 수 없는 사유로 재심제기기간을 준수할 수 없었던 경우 추후보완이 허용되어 사유가 소멸된 때로부터 2주 내에 재심의 소를 제기할 수 있다. 심판대상조항이 당사자에게 현저히 불합리하거나 합리성이 없다고 하기는 어려우므로 입법재량의 범위를 일탈하여 민사소송 당사자의 재판청구권을 침해하지 않는다.

국가배상사건인 당해사건 확정판결에 대하여 헌법재판소 위헌결정을 이유로 한 재심의 소를 제기할 경우, 재심제기기간을 재심사유를 안 날부터 30일 이내로 한 헌법재판소법 제75조 제8항 중 '국가배상사건에 대하여 민사소송법 제456조 제1항을 준용하는 부분' [헌재 2020. 9. 24. 2019헌바130 전원재판부]

헌법재판소법 제75조 제8항이 헌법재판소의 위헌결정에 따른 재심에 관하여 형사사건과 그 외 사건을 구별하여 관련법을 준용하고 있는 것도 입법자의 입법형성권을 현저하게 일탈한 것이라고 볼 수 없다. 그렇다면 심판대상조항이 위헌결정에 따른 재심에 있어 국가배상사건인 당해사건에 대한 재심절차에 민사소송법을 준용하도록 하고, 이로써 민사소송법 제456조 제1항이 정한 재심제기기간도 준용되도록 한 것 그 자체를 가리켜 입법자의 입법형성권을 현저하게 일탈한 것이라고 할 수 없다. 위헌결정을 이유로 한 재심의 소는 다른 재심사유에 비하여 그 재심사유의 존재 및 발생시기가 비교적 명확한 점, 위헌결정 그 자체가 재심사유에 해당하므로 그 사유가 있음을 주장·증명하는 데 있어 관련 기록이나 증거를 면밀히 검토하여야 할 필요성이 크지 않은 점, 재심의 사유를 안 날부터 30일이라는 재심제기기간은 불변기간에 해당하여 추후보완이 가능한 점, 나아가 심판대상조항은 국가배상청구권에 관한 직접적인 법률조항이 아니라 위헌결정을 이유로 한 재심에 관한 법률조항이라는 점 등을 종합하면, 당해사건이 국가배상사건이라는 점을 고려하더라도 심판대상조항이 정한 '재심의 사유를 안 날부터 30일'이라는 재심제기기간이 당해사건에 대한 재심청구를 현저히 곤란하게 하거나 또는 사실상 불가능하게 할 정도로 짧다고 볼 수 없다.

IV. 맺는 말

1. 민사소송법 학계의 관점에서 '기본권으로서 재판청구권'의 역사적 의미

헌법재판소 설립 이후 30년 동안 민사소송과 관련하여 선고된 헌재결정을 정리해보아야겠다는 생각을 가진 계기는 '민사소송원칙의 헌법화'에 관한 문헌들을 접한 이후이었다. 민사소송법학계에서는 1970년 이후 이에 관한 논의가 전개되었다. 대표적이면서 자주 인용되는 문헌으로서 1971년 9월 이탈리아 피렌체에서 개최된 국제 법과학회(International Association of Legal Science)에서 피렌체대학 비교법학 교수 Mauro Cappelletti에 의하여 발표된 논문 "민사소송에서 당사자에 대한 기본적 보장: 헌법적, 국제적, 사회적 경향의 비교(Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation: Comparative Constitutional, International, and Social Trends)"[115]와 1983. 9. 11.부터 같은 달 17.까지 독일 뷔르츠부르크에서 개최된 제7회 국제소송법학회(Der VII. Internationale Kongress für Prozessrecht)에서 독일 교수 Karl Heinz Schwab와 Peter Gottwald에 의하여 보고서 형식으로 발표된 "헌법과 민사소송(Verfassung und Zivilprozess)"[116]이 있는데, 간략하게 소개한다.

Cappelletti 교수의 논문에서는, 서두에서 민사소송에서 오래 전부터 기본적 원칙으로 받아들여져 왔었던 a)소를 제기하고 소송물을 결정하는 당사자의 배타적 권리, b)법관의 중립, c)방어권을 비롯하여, 비교적 근래에 획득된 d)행정권으로부터 사법권의 독립 보장, e)중립적인 또는 법이 정한 법관에 대한 권리(the right to a 'natural' or 'lawful' judge), 공개된 공적 절차의 보장(the guarantee of an open and public

115) Maurio Cappelletti, "Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation: Comparative Constitutional, International, and Social Trends", 「Stanford Law Review」 Vol. 25, No. 5 (May, 1973), pp.651-715; 이 논문의 일본어 번역판은 「手續保障の比較法的研究 -民事訴訟法における改革動向-」, 日本比較法研究所翻譯叢書 15, 中央大學出判部(1982), 3-125면

116) Schwab, Karl Heinz/Gottwald, Peter, 「Verfassung und Zivilprozess」, Verlag Ernst und Werner Gieseking GmbH(1984); 이에 관한 일본어 번역판도 있다. "憲法と民事訴訟", 「判例タイムズ」 No.163(1986.10.25.), 205-244면

proceeding) 등 사법의 기본원칙들이 기본적으로 보장되고 헌법적으로 또는 국제적으로 선언됨으로써 다른 권리 또는 보장과 차이가 있게 된 것을 당시의 보편적 현상으로 지적한다. '기본적'이라는 의미는 문명화된 사법제도를 가진 국가에서 '필요 최소한'이라는 의미뿐만 아니라, '영구적 불변요소'에 해당한다는 의미이고, '헌법화(constitutionalisation)'는 제2차 세계대전의 비극적 경험으로 말미암아 위와 같은 사법의 기본원칙들을 법률과 법전에 실정법화(positivisation)하는 것만으로는 충분하지 않다는 인식을 바탕으로 하여, 쉽게 바꿀 수 없고 심지어는 입법부까지도 구속하는 새로운 실정법의 유형, 즉 상위의 법으로 규정하는 현상을 말하며, '국제화(internationalisation)'는 세계인권선언, 유럽인권협약 등 국제규범에 위와 같은 사법의 기본원칙들을 포함하는 움직임이라고 설명한다. 이어서 사법적으로 보호를 받아야 할 당사자의 권리로서 법관의 중립성에 대한 권리와 법적 청문권을 들고, 이러한 당사자의 권리를 실질적으로 보장하기 위하여 사법에 대한 접근성(The Accessibility of Justice)의 문제를 우선 지적하면서, 산업적이고 역동적인 사회변화의 산물인 노동분쟁, 사회보험과 교통보험, 환경오염, 소비자 보호, 다국적 기업 등의 사회문제에 대처하는 사법의 엄청나게 확대되고 새로운 사회적 역할을 강조한다. 사법은 더 이상 엘리트의 보호에 적합한 도구일 수 없고 모든 사람이 효율적으로 접근할 수 있어야 함을 거듭 강조하면서, 사법에 대한 효율적 접근의 장애물과 관련하여, 변호사비용과 법률적 지원의 필요성, 재판비용과 당사자의 재정적 부담, 소액사건에 대한 특별한 배려, 신속한 재판, 그 밖에 통역사 지원, 당사자의 무지와 문맹 등의 문제에 관하여 검토한다. 나아가 소송절차에서 당사자의 공정한 대우를 받을 권리(The parties' right to fair treatment)를 다루는데, 절차적 사항에 관하여 통지를 받을 권리, 증거를 제출하고 반박할 권리, 증거조사에 참여할 권리 등 법적 심문청구권과 공정한 심리에 대한 권리(the right to a fair hearing)는 소송절차의 모든 단계에서 내재되어 있는 속성임을 강조한다. 그리고 민사소송에서 당사자 권리의 기본적 보장, 헌법화 및 국제화 현상은 이념적으로는 모든 국가의 사법운영과 절차의 기초적 표준을 형성하고, 사회적으로는 개인의 사회적·경제적 지위의 개선을 의미하며, 교육적으로는 사법적 절차보장을 통하여 문화를 선도하는 것과 관

련이 있고, 새로운 정의(正義)의 비전을 제시하는 의미도 갖는다고 결론을 내리고 있다.

Schwab 및 Gottwald 교수의 글에서는, 서론에서 제2차 세계대전 이후 재판에 관련된 헌법규범이 한층 큰 의미를 갖게 되었다고 하면서, 소송의 '헌법화'('constitutionalisation' des Prozesses) 또는 법원의 재판절차를 '적용된 헌법'('angewandtes Verfassungsrecht')으로 표현하기도 하는데, 헌법과 전체 소송법의 관계를 고려하면 다소 과장된 면이 없지는 않지만, 많은 국가에서 법원의 재판절차 및 법원에서 권리를 찾으려는 국민의 지위와 관련된 소송법규의 특별한 중요성이 인식되었다는 데에는 논란의 여지가 없게 되었다고 한다. 이하 각 장에서 민사재판권의 조직과 그 사명에 있어서 헌법이 미치는 영향(독립한 국가권력으로서 사법, 사법의 개념·사명·목적, 민주주의원칙의 영향), 법치국가원칙과 민사소송(법원의 법률에 의한 구속, 법률이 정한 법관, 법관의 중립성, 절차의 사법적 형식성, 법적 안정성, 상소심에서 재판을 받을 권리), 재판에의 접근(사법행위청구권, 국가에 의한 권리보호의 보장, 재판에의 접근의 실효성), 재판절차에서 기본권(절차에 관한 통지, 법적 심문청구권, 실효적 권리보호, 공정한 재판절차에 대한 권리, 재판절차에서 기타 권리의 보호), 헌법적 보장의 실현(법관의 심사권, 헌법적 또는 국제인권법적 구제) 등에 관하여 검토를 하고 있다.

우리 헌법에 기본권으로서 재판청구권이 명문화된 것은 제헌헌법에서부터인데 현재까지 그 내용은 크게 변경되지 않았다.[117] 우리 헌법과 민사소송법의 관계와 기본권으로서 재판청구권의 의미가 앞에서 본 서양에서의 사법적 기본원칙의 헌법화 과정과 동일하다고 할 수는 없다. 그러나 우리 헌법도 법치주의와 민주주의의 원리를 바탕으로 하고, 근대화된 재판제도로서 민사소송법이 이를 뒷받침하고 있다. 뿐만 아니라, 민사소

117) 1948년 제정된 헌법 제22조는 "모든 국민은 법률에 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다."고 규정하였는데, 1963. 12. 17. 전면 개정된 헌법 제24조 제1항에서 "모든 국민은 헌법과 법률에 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다."고 규정하여 법관의 자격을 법률만이 아니라 헌법에서 규정할 수 있도록 하면서, 제3항에서 "모든 국민은 신속한 재판을 받을 권리를 가진다."는 규정을 추가하였는데, 위 규정들은 그 후 1972. 12. 27., 1980. 10. 27., 1987. 10. 29. 전면 개정에서도 그대로 유지되고 있다(현행 헌법 제27조와 동일하다).

송에서의 당사자의 권리는 국제규범에도 명시되어 있다. 이러한 사정을 고려하면, 우리 헌법상 재판청구권의 내용도 서구에서 오랫동안 수용되었던 사법의 기본원칙 또는 가치와 더불어, 사회의 변화에 따라 확대되는 사법의 기능과 역할을 염두에 두고 해석되어야 할 것이다.

2. 이 글을 마치면서

이 글은 1989년 이후 민사소송과 관련하여 선고된 헌재결정을 정리하면서 민사소송절차에서 실현되고 있는 재판청구권의 의미와 가치에 관한 시대적 흐름을 읽어내는 것을 목적으로 하였다. 민사소송과 관련된 헌재결정을 재판청구권의 구체적 내용과 그 보호영역을 고려하여 민사재판권(민사사법권), 민사소송에 대한 접근권, 소송절차에서의 재판청구권, 상소심에서 재판을 받을 권리, 재심의 재판을 받을 권리에 관한 것으로 분류하되, 요지를 제시하여 망라하면서, 개별 결정이나 주제에 관한 기존 연구의 논의를 인용하는 방식으로 분석하였다.

이번 연구를 통하여 저자는 헌법재판소가 지난 30년 동안 다수의 의미있는 결정을 통하여 입법을 통제하는 역할을 해오고 있음을 확인하는 한편, 민사소송과 관련된 결정에 관련하여서는 다음과 같은 아쉬움을 갖게 되었다. 첫째, 이의가 제기되지 않은 행정형 결정에 대하여 기판력을 부여하는 조항의 위헌 여부에 관하여 권력분립에 대한 고려를 하지 않은 점, 둘째, 상한액을 두지 않거나 패소불명백성을 요건으로 함으로써 민사소송(사법)에의 접근권을 제한하고 있는 인지제도와 소송구조제도에 대한 합헌의 근거로써 그 기준이나 통계조차도 제시되지 않은 '남소'가능성을 여전히 들고 있는 점, 셋째, 상소심에서 재판받을 권리 자체를 재판청구권의 내용에서 배제함으로써 상소심에서 재판을 받을 권리 및 재심의 재판을 받을 권리를 제한하는 입법에 대한 위헌심사가 실질적으로 이루어지지 않고 있는 점, 넷째, 판결을 통한 법원의 당사자에 대한 논증 및 설득의무는 재판의 본질임에도 상고심판결의 이유를 생략하도록 규정하는 상고심절차에 관한 특례법의 해당 조항에 대하여 절차의 '신속성'에만 근거하여 합헌으로 선언해오고 있는 점 등이다.

민사소송법 연구자의 관점에서 입법에 의한 재판제도의 구체적 형성이

필요한 이유는 자력구제의 금지와 국가에 의한 재판제도 운영의 필연적 결과이고, 기본권으로서 재판청구권이 헌법에 규정된 것의 역사적 의미는 단순히 법률(소송법)에 의하여 규율되어 왔던 사법적 기본원칙을 필요 최소한의 기준으로 하여 입법만으로 쉽게 폐지되지 않도록 함으로써 영구적으로 보장하고, 더불어 국민의 사법에의 접근을 실질적으로 보장하기 위한 것이라고 이해된다. 재판청구권은 실체적 기본권의 실현수단으로서도 의미를 갖는 만큼, 사법절차를 통한 권리의 보호가 실질적으로 보장될 수 있는 내용을 담지하여야 한다. 사법이 변화하는 사회에 걸맞은 역할과 기능을 수행해 갈 수 있도록 재판청구권에 관한 해석과 입법에 대한 통제가 적절하게 이루어져야 할 것이다.

이 글은 민사소송에 관련된 헌재결정을 정리하는 데에 의미를 두었던 만큼, 개별 헌재결정에 대한 평가와 관련된 재판청구권의 가치를 재고하는 데에는 부족함이 있다. 다양한 관점에서 민사소송에 관련된 헌재결정에 대한 분석 및 비판과 함께 건전한 입법적 대안을 제시하는 후속연구가 이어지기를 기대한다.

(논문투고일: 2021.8.14, 심사개시일: 2021.9.6, 게재확정일: 2021.9.24)



문 영 화

재판청구권, 민사소송, 헌법재판소 결정,
민사소송원칙의 헌법화, 사법에의 접근, 실질적 권리보장

【참 고 문 헌】

I. 국내문헌

1. 단행본

권영성, 「개정판 헌법학원론」, 법문사(2010)
김철수, 「제19전정신판 헌법학개론」, 박영사(2007)
성낙인, 「제20판 2020 헌법학」, 법문사(2020)
이시윤, 「제14판 신민사소송법」, 박영사(2020)
정동윤·유병현·김경욱, 「민사소송법 제8판」, 법문사(2020)
정재황, 「신헌법입문 제10판」, 박영사(2020)
정종섭, 「제12판 헌법학원론」, 박영사(2018)
한수웅, 「제3판 헌법학입문」, 법문사(2019)
허영, 「전정 15판 한국헌법론」, 박영사(2019)
편집대표 민일영, 「제8판 주석 민사소송법(II)」, 한국사법행정학회(2018)
김경오, 「사법보좌관제도의 발전적 운영방안에 관한 연구」, 사법정책연구원(2019)
김현귀, 「재판청구권의 위헌심사기준-법관에 의한 재판을 받을 권리를 중심으로-」, 헌법재판연구원(2020)
김홍엽, 「국민의 사법수요 분석 및 정책제안을 위한 연구」, 법원행정처(2019)
이종엽·김주경, 「법원의 헌법판단을 위한 위헌심사기준 연구」, 사법정책연구원(2018)
이혜정, 「인지제도 및 실무 개선방안에 관한 연구」, 사법정책연구원(2019)

2. 논문

강대성, “사법보좌관법안에 대한 약간의 검토”, 「법학연구」 제12집, 경상대학교법학연구소(2004)
김광재, “세월호피해지원법령의 헌법적 쟁점: 재판상화해간주조항 및 이의제기금지조항을 중심으로 -헌재 2017. 6. 29. 선고 2015헌마654 결정 -”, 「법조」 vol.66, no.6, 통권 726호, 법조협회(2017)
김도훈, “민사소송상 소송구조에 관한 소고”, 「서울법학」 제19권 제2호,

서울시립대학교 법학연구소(2011. 11. 30.)
김도훈, “재판에서의 이유 기재 생략에 관한 고찰”, 「법학연구」 15(3), 인하대학교 법학연구소(2012)
김상겸, “법치국가의 요소로서 절차적 기본권-재판청구권과 관련하여-”, 「아·태공법연구」 제7집, 아세아태평양공법학회(2000)
김선택, “사법적 권리구제의 헌법적 보장-재판청구권을 중심으로-”, 「법실천의 제문제:동천 김인섭 변호사 화갑기념 논문집」, 논문집간행위원회(1996)
김성태, “민사소액사건에 있어서 이행권고결정제도에 관한 소고 -사법보좌관의 업무를 중심으로-”, 「법학논집」 제23권 제4호 통권 66호, 이화여자대학교 법학연구소(2019. 6.)
김소연, “재판 외 분쟁해결절차(ADR)로서 행정형 조정과 재판청구권의 관계- 행정형 조정의 양면적 속성을 중심으로 -”, 「헌법학연구」 vol.27, no.1, 한국헌법학회(2021)
김제완, “민사소송 인지제도의 개선방안: 국민의 사법접근성과 재판의 효율성 제고를 위한 시론”, 「법과 사회」 제50권, 법과사회이론학회(2015. 12.)
김종철, “인지제도에 대한 헌법적 검토:헌법원리와 재판청구권을 중심으로, 「법과 사회」 제50권, 법과사회이론학회(2015. 12.)
김진흥, “심리불속행 상고기각 판결의 문제점”,「판례연구」13집, 서울지방변호사회(2000)
김태호, “상고심절차에관한특례법 제4조 등 위헌확인 등”, 「헌재결정해설집」 2007, 헌법재판소(2008)
김희성, “강원도민의 항소심 사법접근권 보장을 위한 과제와 법안”, 「강원법학」 제29권, 강원대학교 비교법학연구소(2009)
박종현, “심리불속행 상고기각판결에서 이유 기재 생략 제도의 위헌성검토”, 공법학연구 제14권 제2호, 비교공법학회(2013)
윤영미, “상속회복청구권 제척기간에 관한 헌법적 쟁점”, 「고려법학」 제74호, 고려대학교 법학연구원(2014. 8.)
이동률, “소송구조의 현황과 개선방안”, 「민사소송」 제14권 제2호, 한국민사소송법학회(2010)

이동진, “상속회복청구권의 제척기간 -법률해석, 헌법적 평가, 개선입법-”, 「가족법연구」 제33권 제2호(통권 제65호), (사)한국가족법학회(2019. 7.)

이시윤·조관행, “민사소송에 있어서의 국민불편해소방안”, 「민사소송」 제1권, 한국민사소송법학회(1998. 1.)

이시윤, “민사절차상 재판을 받을 권리”, 「헌법논총」 제21집, 헌법재판소(2010)

이재홍, “민사소송 인지제도에 대한 위헌제청 사건”, 「헌재결정해설집」 2017, 헌법재판소(2018)

이종구, “민사소송에서의 변호사비용부담에 관한 비교법적 연구-미국의 변호사비용에 대한 각자부담의 원칙과 편면적 패소자부담주의를 중심으로-”, 「경영법률」 제24권 3호, 한국경영법률학회(2014)

장석조, “공정한 재판을 받을 권리-법적 청문청구권을 중심으로-”, 「재판자료」 제76집, 법원도서관(1997)

전병서, “소송비용의 부담에 관한 약간의 검토”, 「민사소송」 제13권 제2호, 한국민사소송법학회(2009)

정구태·신영호, “민법 제1014조의 상속분가액지급청구권 재론”, 「가족법연구」 제27권 제3호(통권 제48호), (사)한국가족법학회(2013)

정준영, “사법보좌관제도와 사법보좌관의 업무”, 「민사집행법연구」 제2권, 한국민사집행법학회(2006. 2.)

정종섭, “현행 헌법은 대법원의 재판을 받을 권리를 기본권으로 보장하고 있는가?”,「일감법학」제2권, 건국대 법학연구소(1997)

조병훈, “국가배상법 제16조 위헌여부-헌법재판소 1996. 5. 25. 91헌가7 결정과 관련하여-”, 「법학논총」 23집, 단국대학교 법학연구소(1997)

조수혜, “미국 민사소송에서 소송비용의 재판에 대한 불복방법”, 「민사소송」 제15권 제1호, 한국민사소송법학회(2011)

최대호, “경기북부지역의 고등법원 원외재판부 설치에 관한 법정책적 과제”, 「법과 정책연구」 제19집 제3호, (사)한국법정책학회(2019)

최희수, “강원지역 ‘항소심 법원’ 설치의 정당성”, 「강원법학」 제29권, 강원대학교 비교법연구소(2009)

최희수, “국민의 재판청구권의 실질화를 위한 방안-항소심 이원화, 고등

법원 상고부, 대법원 심리불속행제도를 중심으로-", 「헌법학연구」 제16권 제1호(2010. 3.)
최희수, "보상금 지급 동의의 재판상 화해 간주와 재판청구권", 「법학연구」 vol.32, no.1, 충북대학교 법학연구소(2021)
한수웅, "형성적 법률유보를 가지는 기본권에서 과잉금지원칙의 적용여부-헌법재판소결정에서 드러난 과잉금지원칙의 적용의 문제점을 중심으로-", 「헌법실무연구」 9권(2008. 12.), 헌법실무연구회
호문혁, "판결과 ADR 체계의 정립에 관한 연구", 「법학」 53권 1호(통권 162호), 서울대학교법학연구소(2012)
홍기문, "헌법과 민사소송", 「민사소송」 제9권 제2집, 한국민사소송법학회(2005)

II. 외국문헌

三ヶ月 章, 「民事訴訟法研究 第7卷」, 有斐閣(1978)
芦部信喜 編, 「憲法III人權(2)」, 有斐閣(1981)
Maurio Cappelletti, "Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation: Comparative Constitutional, International, and Social Trends", 「Stanford Law Review」 Vol. 25, No. 5(May, 1973)
Schwab, Karl Heinz/Gottwald, Peter, 「Verfassung und Zivilprozess」, Gieseking(1984)

Abstract

A Study on the Constitutional Court's Decisions Related to Civil Litigation

This article analyzes the decisions of the Constitutional Court related to civil litigation by dividing them into civil jurisdiction, the right to access to justice, the right to a fair trial in the civil procedure, the right to appeal and the right to retrial in consideration of the specific content of the right to obtain justice in the court and the scope of its protection.

The Constitutional Court has ruled on January 25, 1989 that the Article 6 (1) of ACT ON SPECIAL CASES CONCERNING EXPEDITION, ETC. OF LEGAL PROCEEDINGS, which exempted the state from the sentence of provisional execution, was unconstitutional. In addition, the Constitutional Court has made many meaningful decisions since its establishment in 1988.

However, there are some unsatisfactory aspects in the decisions related to civil litigation as follows: first, the separation of powers is not considered as to the unconstitutionality of the provisions granting ‘claim preclusion’ to administrative decisions that have not been challenged; second, the Constitutional Court ruled that the stamp tax system, which restricts people's access to justice by not stipulating an upper limit, was constitutional on the grounds of the abuse of litigation, but its meaning is not clear, and no statistics have been presented about it, and it is the same for the litigation relief system that requires that the invincibility of the party; third, the constitutional review of the legislation restricting the right to appeal and the right to retrial is not practically conducted because of excluding the right to

a trial in the appeals trial from the content of the right to obtain justice in the court; fourth, the court's duty to argue and persuade the parties through the judgment is the essence of the trial, but the relevant provisions of ACT ON SPECIAL CASES CONCERNING PROCEDURE FOR TRIAL BY THE SUPREME COURT, which stipulates that no grounds may be stated in the judgment of the supreme court, is declared constitutional based only on the speed of the procedure.

From the point of view of a civil procedure law researcher, the civil litigation system is a result of the prohibition of self-remedies and the right to obtain justice in the court was stipulated historically as a fundamental right in the Constitution to guarantee the principle of judicial procedure at least and permanently, which has been regulated by the litigation law, and to ensure effective access to the justice of the people. As the right to obtain justice in the court has meaning as a means of realizing substantive fundamental rights, it must contain the contents that can guarantee the effective legal protection through judicial procedures. It is expected that the interpretation of the right to obtain justice in the court and control of the legislation will be properly implemented so that the judicial system can perform its roles and functions appropriate to the changing society.



Younghwa MOON

The right to obtain justice in the court, Constitutional Court's decisions relating to civil litigation, Constitutionalization of civil procedural guarantees, Access to justice, Right to effective legal protection

성균관대학교 법학연구원 『성균관법학』 10.17008/skklr.2021.33.3.007
제33권 제3호 (2021. 9.)
Sungkyunkwan Law Review Vol.33. No.3 (September 2021) pp295~331

민사소송에서 소송물개념의 이해

이성범*

【목 차】

Ⅰ. 서설
Ⅱ. 실체법적 청구권개념의 정립과 소송법
1. 청구권개념의 생성
2. 청구권개념 정립의 의미
3. 평가 및 소송물론과의 연계
Ⅲ. 소송물에 관한 견해 대립
1. 소송물의 단복(單複), 이동(異同)의 결정기준
2. 소송물개념의 상대성 및 가변성문제
Ⅳ. 각종의 訴訟物
1. 이행의 소의 소송물
2. 확인의 소의 소송물
3. 형성의 소의 소송물
4. 부동산인도청구소송의 소송물
5. 부동산등기청구소송의 소송물
6. 어음금청구소송과 원인채권청구소송의 소송물
7. 손해배상청구소송의 소송물
Ⅴ. 결어

【국 문 요 약】

소송물개념은 민사소송에 있어 여러 주요 문제들과 밀접하게 관련되어 있다. 소송물개념에 대한 이해 없이 이러한 주요 문제들에 접근하기는 힘들다. 이렇게 소송물개념은 민사소송법상 중요한 의미가 있으나, 법률에 명시적으로 그 개념이 정의되어 있지는 않다. 이에 소송물개념에 대한 일반적이고 포괄적인 이해를 위해 여러 견해의 대립이 뒤따르며, 이는 민사소송법상 하나의 논쟁적인 주제에 해당한다.

* 한국법학원 연구위원, 법학박사.

이와 관련하여 민사소송법상 소송물개념이 실체법적 청구권 내지 법률관계와 동일시되는 것은 아니라는 견해, 즉 소송법상 독자적인 소송물개념을 구성하는 학설이 많은 지지를 얻고 있다. 하지만 우리 대법원 판례는 여전히 구실체법설을 따르고 있다. 이외에 다양한 소송물개념의 구성이 나타나고 있다. 이에 본 논문은 민사소송에서 소송물개념이 어떻게 이해되어야 하는지 고찰하면서 실체법과 소송법 사이의 관계에 대해 숙고해본다.

Ⅰ. 서설

소송물(Streitgegenstand)은 민사소송에 있어서 소송의 객체, 소송상의 청구(prozessualer Anspruch) 혹은 심판의 대상을 의미한다.[1] 즉 이는 민사소송에 있어 소송의 주체를 당사자라고 하는 것에 대하여 그 객체적 요소의 지위를 갖는 분쟁의 대상인 것이다. 소송물은 소송법의 특유한 개념으로서 기본적으로 실체법과 소송법의 구별로부터 나온다. 소송물개념의 형성은 실체법과 대비되는 민사소송법학의 강조[2]와 관련하여 주로 설명된다. 즉 19세기 후반에 이르러 소송법은 실체법에 대한 독자성을 주장하게 되고 - 권리와 의무의 존부 자체를 결정하기 위한 것이 실체법이라면, 권리와 의무의 존부를 뒷받침하는 주장이나 증거는 어떻게 제출해야 하는가를 다루는 것이 소송법 - 이에 민사소송법학의 독자성을 확립하기 위해서는 고유한 학문체계가 필요하였는바, 이를 위한 체계개념 중 하나로 등장한 것이 소송물이다.[3]

---

1) 이시윤, 「新民事訴訟法(제12판)」, 博英社, 2018, 244면; 호문혁, 「민사소송법(제13판)」, 法文社, 2016, 108면; 鄭東潤·庾炳賢·金慶旭, 「民事訴訟法(제6판)」, 法文社, 2017, 256면; 강현중, 「민사소송법(제6판)」, 博英社, 2004, 328면; 김용진, 「실체법을 통하여 본 民事訴訟法(제5판)」, 新英社, 2008, 151면; 金洪奎, 「民事訴訟法(第7版)」, 三英社, 2004, 190면; 宋相現·朴益煥, 「民事訴訟法(新訂5版)」, 博英社, 2008, 230면; 金祥洙, 「民社訴訟法槪論(제4판)」, 法友社, 2007, 45면 등 세부적 표현은 다르나 그 기본적 의의, 취지는 동일하다.

2) 金祥洙, "訴訟物이란 괴물", 考試硏究(2000. 3), 考試硏究社, 72면.

3) 金祥洙, 앞의 논문(주2), 72-73면.

이러한 소송물개념은 여러 측면에서 실천적 의미를 갖는다.[4] 먼저 절차의 개시 면에서 토지관할 등의 표지로서 작동하고, 청구의 특정과 그 범위를 결정하는 요소가 된다. 그리고 절차의 진행 과정에서 청구의 병합, 청구의 변경, 중복소송의 문제, 처분권주의 위배 여부를 판단할 때 그 표지가 된다. 또한 절차의 종결과정에서도 기판력의 범위, 재소금지의 범위, 판결주문의 개수 등을 정하는 표준이 된다. 마지막으로 실체법적으로도 소제기에 의한 시효중단, 제척기간 준수의 효과를 따짐에 있어 소송물이 관계가 있다. 이에 소송물개념에 대한 이해 없이는 민사소송법의 주요 문제들을 온전히 파악할 수 없다.

소송물개념의 명확한 정의는 우리 민사소송법전에 존재하지 않는다.[5] 이에 소송물의 범위, 즉 그 내용적 의미에 대해 견해의 대립이 존재한다. 이러한 논의에서 견해의 일치를 보고 있는 부분은 다음과 같다.[6] 먼저 처분권주의에 의하여 소송물은 원고가 특정할 책임이 있으며 피고의 방어방법은 소송물을 정하는 데 아무런 관계가 없다는 것이다(소극적 확인의 소는 예외). 법원도 단지 석명권을 통해 그 특정에 협력할 의무를 질 뿐이다. 다음으로 청구의 목적물 혹은 계쟁물 자체는 소송물이 아니라는 점이다. 그리고 소송에 이르게 된 사실관계 자체도 소송물이 아니다. 그러므로 소송물을 특정할 의무가 있는 원고가 사실관계만 제시하여 놓고 어떠한 법률효과를 선언할 것인가를 법원의 재량에 일임하는 소송은 허용되지 않는다. 그럼에도 구체적인 주요 문제들 앞에서 하나의 소송물개념이 통일적으로 논리모순 없이 적용될 수 있다고 주장하기에는 아직 많은 의견 충돌이 존재한다.[7]

아직 그 본질이 불투명한 소송물개념을 이해하기 위해 본고는 먼저 소송물에 관한 기존의 견해 대립과 판례의 태도를 살펴보고, 그에 관한 회

4) 이시윤, 앞의 책(주1), 244면; 김홍엽, 「민사소송법(제7판)」, 박영사, 2018, 301면.

5) '소송물'이라는 용어 자체가 법률상 사용되기는 한다. 예컨대 민사집행법 제48조 제2항 및 제309조 참조. 민사소송법에서는 보통 '소송목적이 되는 권리나 의무(제25조 제2항, 제65조)'나 '소송목적인 권리 또는 의무(제81조, 제82조)'와 같이 표현된다.

6) 이시윤, 앞의 책(주1), 244면.

7) Vgl. Jürgen Stamm, "Zum Verzicht auf die Streitgegenstandslehre im Sinne einer Rückbesinnung auf die materiellrechtlichen und prozessualen Ausgangsfragen", ZZP 2016, 25, 26 f.

고적 평가를 수행하고자 한다. 즉 구실체법설, 소송법설, 신실체법설, 상대적 소송물설의 내용과 각각의 학설에 대한 비판을 검토하고, 판례의 태도 변화를 살핀 후 개인적인 생각을 밝히고자 한다. 그리고 이러한 점에 기초하여 각론으로 각 소송의 형식에서의 소송물 형태, 즉 이행의 소, 형성의 소, 확인의 소 등에서 소송물 판단은 어떻게 이루어져야 하는지 간략히 검토해본다.

Ⅱ. 실체법적 청구권개념의 정립과 소송법

청구권(Anspruch)이라는 개념은 실체법이나 소송법을 막론하고 사용되고 있다. 즉 실체법에서는 타인의 급부 내지 행위를 요구할 수 있는 권리를 의미하기도 하고, 소송법에서는 이른바 소권(Klagerecht)을 뜻하거나 소송법상의 청구를 의미하기도 한다. 이러한 청구권개념의 논의가 우리가 현재 논의하고자 하는 소송물이론의 논쟁상황에 의미가 있는 것은 바로 실체법적 청구권과 소송상의 청구 사이의 관계를 소송물이론에 따라 달리 보는 것과 연관된다. 즉 양자를 완전히 같은 것으로 보는 견해에서부터 전혀 다른 것으로 바라보는 견해까지 매우 다양하게 존재하는바, 이러한 점에서 청구권개념의 성립과정을 우선 살펴보는 것은 그 나름의 의의가 있다.

1. 청구권개념의 생성[8)]

가. 로마법상의 actio

로마의 법체계상 방식서(formula)[9)] 소송에 있어 오늘날의 청구권에 해당하는 개념은 없었다. 물론 로마법상 실체법과 소송법의 구별이 아예

8) 호문혁, 앞의 책(주1), 111-112면; 胡文赫, "19世記 獨逸에 있어서의 請求權槪念의 生成과 變遷", 「民事訴訟法硏究(Ⅰ)」, 法文社, 1998, 103면 이하를 주로 참조하였음.

9) 방식서라는 생경한 표현 대신 '판결요청서 양식'과 같은 표현이 더 이해에 도움이 될 수 있겠다(Peter Stein, 김기창 역, 「유럽 역사에서 본 로마법」, 인다, 2021, 29면 참조).

없었던 것은 아니나,[10] 이러한 구별은 법질서를 체계적으로 분류하는 기본원칙으로 나타나지 않았고 법원 실무에 적용되는 이론적인 기준으로도 주목받지 못했다. 이에 권리자에게 법원의 도움을 요구할 수 있는 별도의 권리가 필요하게 되었는데, 이것이 바로 actio였다. 로마인들의 법적 관심은 주로 법무총감(praetor)[11]이 당해 사건에서 피해자에게 심판인(iudex)을 지정하고 actio를 부여함으로써 침해자에 대항할 소송상 보호를 부여할 것인가와 같은 문제를 향하고 있었다.

로마법상 방식서는 오늘날의 청구취지와 같은 독립된 원고의 신청이 없었다는 것을 그 특징으로 한다. 즉 원고가 특정의 청구를 내세우는 것이 아니라, 법무총감이 원고의 요구를 심판인에 대한 재판의 지시로 변환시켰기에 심판인은 원고의 신청이 아닌 법무총감의 지시에 따라 본안판단을 하였다. 이에 로마의 방식서 소송에 있어 소송상의 청구와 실체법상의 청구를 구별할 이유가 없었다고 한다.[12]

나. 사법적 소권설의 등장 배경

로마법상의 actio에는 법률관계 당사자들 사이의 실체법적 관계가 포함되어 있었다. 그러다가 소송법의 독자성이 중세부터 인정되기 시작하였는데, 입법상 인정되기는 1495년 帝室法院(Reichskammergericht)이 조직된 데에서 비롯되고, 뒤에 18세기 말경부터 시작된 자연법에 입각한 입법 작업에서 각국은 소송법과 민법을 별개의 법률로 제정하여 양자는 완전히 분리된 형태를 보이기 시작하였다. 이러한 과정에서 actio를 변형된 모습으로 다시 복원하게 되는데 이는 역사법학파에 의한 것이었다. 16세기 후반 復古學派(Humanisten)[13]의 대표자인 Donellus가 실체적

10) 예컨대 十二表法에서도 실체법적 성격을 가진 규정들이 포함되어 있고, Gaius의 法學提要에도 제1권부터 제3권까지는 대부분 실체법적인 내용이 들어 있으며 제4권에 로마소송법의 핵심인 소송법 체계가 별도로 다루어지고 있었다고 한다.

11) praetor의 번역어 선택과 관련하여 Peter Stein, 김기창 역, 앞의 책(주9), 27-28면 참조.

12) Max Kaser에 따르면 원고가 청구하는 목표가 방식서의 intentio에 기재되었지만, 여기에는 그뿐만 아니라 오늘날의 청구원인에 해당하는 것도 포함되어 있었다고 한다(胡文赫, 앞의 논문(주8), 105면).

13) 복고학파에 대하여 金相容, "民法思想史", 학술원논문집(인문사회과학편) 제53집 1호(2014), 대한민국 학술원, 326-327면 참조.

권리의 내용 중에 그 권리를 실현시키는 방법도 포함되어 있다고 보았고, 이 방법에는 actio와 exceptio, 즉 소권과 항변권이 있다고 함으로써 실체법적 성격을 강조하였는바, Savigny는 이를 받아들여 실체법적 소권법(materiellrechtliches Aktionenrecht) 체계를 수립하였다고 한다.[14]

다. Savigny의 이론

Savigny는 실체법상 권리의 침해가 존재할 때 가해자와 피해자는 피해자가 가해자에게 침해를 그만둘 것을 요구할 수 있다는 것을 내용으로 하는 새로운 법률관계에 놓이게 된다고 보고 그 침해로 말미암은 이 관계를 실체법적 의미에서의 소권이라고 이해하였다. 이는 재판상의 보호를 구하는 권리로, 각각의 권리가 침해된 결과로 얻어진 별개 형태의 권리라고 하였다. 즉 권리의 침해로 인하여 권리가 방어 상태로 변화된다는 것이다. 다시 말해 침해 이전에 실체법적 권리로 존재하지만, 침해 이후는 actio적 요소가 발현되어 원고에게 유리한 판결을 내려 줄 것을 구하는 권리가 발생한다는 것이다.

이렇게 역사법학파는 이 actio를 실체법상의 권리라고 파악하고 소권은 그 권리의 속성이나 내용 중의 일부라고 파악하였다. 이러한 입장과 관련하여 독일 민사소송법 제정 시의 입법자는 민법상의 청구권이 곧 소송상 청구라고 보고 청구권을 뜻하는 Anspruch라는 말을 민사소송법에서 소송상 청구의 뜻으로 가져다 썼다고 한다. 이에 CPO[15] 입법자는 실체법과 소송법의 일원론적 이해를 철저히 대변하고 있다고 볼 수 있다.

라. Windscheid의 청구권개념

이와 같은 흐름에 반기를 든 것이 Windscheid의 주장이었다. 그는 actio는 권리에 갈음하는 것이며 권리로부터 흘러나온 것이 아니라며, 권리 없이도 actio를 가질 수 있고 권리를 가지고도 actio가 없을 수 있다

14) Vgl. Christian Hattenhauer, *Einseitige private Rechtsgestaltung*, 2011, S. 89 ff.; Franz Hofmann, *Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf*, 2017, S. 163; Thomas Winkelmann, *Der Anspruch*, 2021, S. 48, 64.

15) 독일 민사소송법을 보통 약어로 ZPO라 표기하는데, 1877년 제정 당시의 민사소송법은 그 당시의 표기법에 따라 CPO라고 한다(호문혁, 앞의 책(주1), 112면 참조).

고 이해하였다. 따라서 actio와 권리가 함께 있거나 actio가 권리의 인정을 구하는 것이라도 actio가 권리로 인하여 존재한다고 해서는 안 된다고 보게 된다. actio는 그것을 거부할 수도 있었을 정무관(magistratus)의 활동에 의해 비로소 승인된 것이었기 때문이다.

따라서 Windscheid는 로마법상의 actio에는 소송법적인 요소와 실체법적인 요소가 있음을 밝히고, 그중 실체법적 요소가 청구권(Anspruch)이고 소송법적 요소가 소권(Klagerecht)이라고 함으로써 actio에서 순수한 실체법상의 내용을 추려내어 청구권개념을 형성하였다. 즉 재판상 권리실현에 필연적으로 종속되지 않는 청구권개념이 제시되었고, 여기서 소구는 권리실현의 한 가능성에 불과한 것으로 이해되기 시작하였다.[16]

이러한 그의 주장은 독일 민법에서 그대로 받아들여졌고, 로마법상 개개의 actio에서 그에 대응하는 각각의 청구권이 인정되었다. 그리하여 권리자가 요구하는 급부가 동일한 경우라도 이를 요구하는 청구권을 법적으로 어떻게 구성하느냐에 따라 별개의 여러 청구권이 발생할 수 있다고 하는 이론적 토대가 갖춰지게 되었다.

2. 청구권개념 정립의 의미[17]

이처럼 소송상 청구와 구별되는 순수한 실체법적 청구권을 만든 것은 실체법과 소송법 양 분야 모두에 있어 중요한 의미를 지닌다. 이전의 소권법 체계에서는 소송상의 권능의 불가양도성 때문에 채권양도가 어려웠는데,[18] 이제는 채권을 자유로이 양도하고 그것에 실체법적인 효과를 인정할 수 있게 된다. 그리고 제소가능성이라는 의미에서 논해졌던 소권의 시효소멸 대신에 청구권의 시효소멸을 인정함으로써 시간의 경과에 의한

16) Vgl. Thomas Winkelmann, a. a. O. (Fn. 14), S. 67.

17) 胡文赫, 앞의 논문(주8), 118면 이하를 참조하였음.

18) 덧붙여 실체법적 관점에서 생각해 보건대, 로마법상 법쇄(法鎖, iuris vinculum) 관념 역시 채권양도를 어렵게 한 요소 중 하나였다. 근대를 넘어서면서 재산적 권리 등의 자유로운 이전이 사회경제적으로 요구되면서 로마법상 법쇄 관념은 약화되었고, 경개 등에 의하던 관행은 자유로운 재산권 처분행위로서의 채권양도로 변화되었다. 이에 대해 郭潤直, 「債權總論(新訂修正版)」, 博英社, 2002, 279면 참조.

권리 자체의 약화를 승인하게 되었다. 중요한 것은 소송법적 요소가 탈색된 실체법상의 청구권이 독자적으로 인정됨으로써 개개인의 일상생활이 실체법과 직접 연결되고 소송을 거치지 않고 법률행위를 통해 자신의 권리를 관철할 수 있게 되었다는 점이다.[19] 반드시 소송을 거치지 않고도 개인은 다른 개인을 상대로 청구권을 통하여 자신의 권리를 실체법적으로 실현할 수 있게 되었다.

다른 한편으로 실체법상의 청구권개념이 확립됨으로써 소송법 분야에서는 종래 실체법에의 의존에서 탈피하여 소송법 고유의 독자성을 강조하는 경향이 생긴 점이 지적되어야 한다. 소송물에 관한 소송법설의 등장이 이를 반영한다. 종래 소송물에 대한 이해는 실체법상의 권리 또는 법률관계의 주장과 연계되었고 원고가 청구원인에서 주장하는 실체법상의 권리에 따라서 소송물이 각기 달리 특정된다고 보았다. 이와 달리 소송법설은 원고가 청구원인에서 실체법상의 권리를 특정하여 주장할 필요가 없고 설사 이를 주장하더라도 법원은 이에 구속되지 않는다고 보아, 소송물은 원고가 주장한 실체법상의 권리에 의하여 특정되는 것이 아니라 오로지 소송에 나타난 결과적 현상, 즉 청구취지와 사실관계에 의하여 또는 오로지 청구취지만에 의하여 특정된다고 하는 이론이다.

실체법적 청구권개념이 구성되었다고 하여 이렇게 소송법이 실체법과 완전히 무관한 것으로 이해될 수 있는지 다시 의문이 제기될 수 있겠다. 이에 실체법과 소송법이 지나치게 멀어지는 것은 바람직하지 않다고 하면서 실체법상의 청구권과 소송물을 접근시켜야 한다는 주장이 다시금 나타날 수 있다.

3. 평가 및 소송물론과의 연계

생각건대 로마법상의 소권법체계에서 실체법상의 청구권개념을 솎아낸 Windscheid의 견해는 재판이라는 국가법적 체계로부터 사회생활관계에서의 규범체계를 분리시켜 설명하고 그에 걸맞는 개념을 창설하였다는 점에서 높이 평가될 수 있다고 본다.[20] 즉 국가적 개입인 소송절차에서

19) 이와 관련하여 김영희, 「형성권 연구」, 景仁文化社, 2007, 22-23면, 77-78면 참조.

떨어져 나와 사회적 관점에서 법적으로 유의미한 체계개념을 형성하고 국가 외적 체계에서 법적 현상을 규명할 수 있는 장치를 만들어 사회현상에 대한 법학의 평가적 임무에 도움을 주었다고 볼 수 있다. 이러한 청구권개념의 분화는 결국 실체법과 소송법의 구별과 관련이 있다. 그리고 이것이 소송법설의 등장 배경으로 이해되고 있다. 그러나 우리가 실체법적 청구권을 인정함으로써 이것을 소송법적 측면에서 떼어낸다고 하여, 실체법과 소송법 사이의 유기성을 무시해도 좋다는 의미로 이해해서는 안 된다. 실체법적 청구권이 등장한 배경에는 소송 가능성이란 이제 여러모로 자명해진 결과물로서 실질적인 권리의무관계 자체에 대해 부차적이라는 시각이 놓여있었을 뿐인 점[21] 역시 상기할 필요가 있다.

여기서 Max Weber의 사유를 빌리자면, 실체법과 소송법은 이른바 "분리된 결합관계"[22]의 상태에 놓여야 한다. 이것은 이론과 실천 사이의 관계에 대한 논의지만, 정적 규율인 실체법과 동적 process인 소송법 사이의 논의에도 유추적으로 적용될 수 있겠다. 분리된 결합관계의 요지는 먼저 각각은 분리되어 그들 각자의 본질적 탐구가 행해지고 그 후 결합되어야 한다는 것이다. 양자는 각 영역의 필요에 따라 다른 관점에서 작동할 수 있지만, 그러한 점으로 인하여 양자가 절연되어서는 안 된다. 양자는 상호 간에 유기적 운동 상태에 놓여야 하고, 각각의 본질상 다른 측면을 봐야 할 수도 있지만, 종국적으로 결합된 관계로의 지향을 공유하는 것으로 이해되어야 한다. 이에 소송물에 대한 이해는 실체법과 소송법의 분리뿐만 아니라 결합의 문제와도 연결된다. 따라서 이하의 소송물 논쟁을 살펴보고 평가함에 있어, 소송법의 독자적 성격을 강조하는 만큼 실체법과의 유기성도 고려해야 한다는 가치평가에 기초하여 논의를 진행하고자 한다. 즉 소송법의 분리, 독립만을 고집할 것이 아니라 실체법과의 유기적 연계 역시 버릴 수 없는 가치라는 점을 강조하며 다음의 논의로 넘어가고자 하는 것이다.

---

20) Vgl. Thomas Winkelmann, a. a. O. (Fn. 14), S. 72 f.

21) Vgl. Thomas Winkelmann, a. a. O. (Fn. 14), S. 67.

22) 이에 대해 김덕영, 「막스 베버, 이 사람을 보라」, 인물과사상사, 2008, 41면 참조.

Ⅲ. 소송물에 관한 견해 대립

소송물에 관한 논의는 1925년 Rosenberg가 이를 문제 삼은[23] 이래 오늘날까지 계속되고 있으며 독일 민사소송법학에서 많이 논의된 논제 중 하나이다.[24] 소송물론의 주제는 크게 세 가지로 요약된다.[25] 첫째는 소송물의 정의 또는 방향에 관한 것이다. 즉, 소송물은 피고에 대한 권리 주장인가, 법원에 대한 특정한 판결의 요구인가 하는 문제이다. 그러나 이것은 어느 견해를 취하든 실제 차이가 없어 오늘날 논의되고 있지 않다. 둘째는 소송물의 범위 또는 개별화의 기준에 관한 것이다. 즉, 소송물의 단복(單複), 이동(異同)을 결정하는 기준은 무엇인가와 소송물의 내용은 무엇인가에 관한 논의이며, 이것이 현재의 소송물 논의에 있어 핵심을 이루고 있다. 이에 관해 이하에서 살펴보게 될 구실체법설, 소송법설의 대립이 존재한다. 셋째는 소송물개념의 상대성 내지 가변성에 관한 것이다. 이것은 소송물개념을 소송절차의 지배원리, 소의 종류 및 소송물의 기능 국면을 불문하고 통일적으로 구성할 것인지 아니면 위의 각 요소를 고려하여 개별적으로 이를 구성할 것인지에 관한 문제이다.

1. 소송물의 단복(單複), 이동(異同)의 결정기준

가. 구실체법설

이는 실체법상의 권리 또는 법률관계의 주장을 소송물로 보는 견해이다. 원고의 청구취지와 청구원인에 의하여 소송물은 특정되나 소송물 특정은 원고가 하여야 하므로 청구원인에서 원고는 어떠한 실체법상의 권리를 주장하는지가 나타나도록 기재하여야 한다고 주장한다. 그러므로

23) 鄭東潤·庾炳賢·金慶旭, 앞의 책(주1), 259면 참조.

24) 이는 로마법(규범출발형)과 게르만법(사실출발형)의 소송에 대한 사고방식의 차이에서 유래하는 것이라고도 한다(鄭圭相, “確認訴訟의 訴訟物”, 考試界(1998. 12), 考試界社, 23-24면).

25) 鄭東潤·庾炳賢·金慶旭, 앞의 책(주1), 259-260면.

원고가 주장하는 사실관계와 급부가 같더라도 실체법상의 권리가 다르면 소송물이 다르다고 보고, 여러 개의 실체법상 권리를 주장하면 소송물이 여러 개가 된다고 한다. 이는 20세기 중반까지의 통설이었고, 그 대표자는 Hellwig, Lent 등이다. 오늘날 독일에서 주장하는 이가 거의 없고, 일본에서는 伊藤 眞이 주장하고 있다고 한다.[26] 과거보다 세력을 많이 잃었으나 여전히 우리나라 판례의 주류적 입장이다.[27]

소송물 논쟁의 핵심은 같은 급여나 같은 법률관계의 형성을 목적으로 여러 개의 청구권, 형성권(형성원인)이 경합된 경우 문제인데,[28] 다음과 같은 이해방식이 제시된다.

먼저 경합된 두 개의 권리를 동시에 주장하면 청구의 병합이고, 하나의 권리에서 다른 권리로 바꾸면 청구의 변경이고, 하나의 권리에 대한 소송 계속 중 다른 권리에 근거하여 새로운 소를 제기하여도 중복소송이 아니고, 하나의 권리에 대한 소가 패소확정된 뒤에 다른 권리에 근거하여 새로운 소를 제기하여도 기판력에 저촉되지 아니하며, 하나의 권리에 근거하여 청구한 경우 다른 권리에 근거하여 심판하게 되면 처분권주의에 위배된다. 그리고 소송물이 다른 관계로 재소금지에 저촉되지 않는다.

청구원인의 기재 정도에 관하여 소송상 청구를 실체법상의 권리 또는 법률관계의 주장으로 보면서도 그 표시는 소송물인 권리 또는 법률관계를 구성, 발생하는 데 필요한 사실의 표시로서 족하고, 법률적 표현은 불필요하다고 한다. 그 근거는 변론주의의 지배영역은 구체적 사실관계라는 점이고 법률의 해석은 법원의 직책사항이기 때문이라고 한다.[29]

이러한 구실체법설에 대해서 다음과 같은 비판이 제기된다. 먼저 사회적, 경제적으로 1개의 분쟁임에도 실체법상의 권리마다 별개의 소송으로 갈라서 소송을 여러 차례 반복하게 되어 이로 인해 분쟁의 1회적 해결에 반한다는 비판이 가해진다. 그리고 집중심리주의적 소송운영에 지장이

---

26) 鄭東潤·庾炳賢·金慶旭, 앞의 책(주1), 263면.

27) 대법원 2002. 2. 8. 선고 2001다17633 판결 등.

28) 청구하는 급여가 다른 경우, 예를 들면 하나는 양도계약에 의한 잔대금청구, 다른 하나는 양도계약의 해제에 의한 계약금 및 중도금반환청구라면 소송물이론과 상관없이 소송물이 다른 것으로 보게 된다(대법원 2000. 2. 25. 선고 97다30066 판결; 이시윤, 앞의 책, 245면).

29) 宋相現·朴益煥, 앞의 책(주1), 231면.

있는 점과 법원의 법률적 관점 선택의 부자유 때문에 실체법상의 권리관계를 잘못 주장할 때의 패소위험 등이 지적되고 있다.[30] 그리고 구실체법설과 같이 청구원인의 권리만을 변경하는 경우 소변경 절차를 밟아야 하는 것은 실천적으로 바람직하지 못하다고 비판한다. 즉 서면에 의하여야 하고 소송절차의 현저한 지연을 초래하여서는 안 되며, 교환적 변경이면 다수설에 의할 때 피고가 본안에 관하여 이미 변론한 경우에는 피고의 동의까지 필요로 한다는 점에서 소송경제에 반한다는 것이다.

또한 예컨대 부산에서 상경하는 택시에 탔다가 충돌사고로 다친 피해자가 불법행위지인 서울지방법원에 불법행위에 기한 손해배상을 청구하였음에도 불구하고 계약불이행을 이유로 한 청구를 의무이행지인 부산지방법원에 제소하여도 중복소송이 되지 않는다고 하여 소송경제에 반한다는 비판이 가해진다. 그리고 기판력이 저촉되지 않게 되어 두 번째 소제기가 가능해지는 점도 문제로 지적된다.[31]

나아가 예컨대 같은 사실관계에 기한 불법행위와 채무불이행으로 인한 손해배상청구의 경우, 불법행위는 이유 있고, 채무불이행은 이유 없다고 하면, 원고는 그가 구하는 청구액을 모두 달성함에도 불구하고 청구를 일부는 인용하고 일부는 기각하여야 한다는 기이한 결론에 이른다는 비판이 있다. 불법행위에 관한 심리가 종결되면 법원은 그에 관하여 일부판결을 할 수 있는 것으로 되는데, 이 경우 원고는 자기가 구하는 바를 모두 달성하여 잔부판결을 받을 여지가 없는 것을 어떻게 설명할 것인가 역시 문제 된다고 한다. 이 경우에 양 청구가 모두 이유 있으면 이중의 이행판결을 하지 않을 수 없는데 이것은 불합리하다고 한다.[32]

마지막으로 구실체법설이 이중의 이행판결을 피하려고 선택적 병합을 인정하는 것에 대하여, 선택적 병합은 경합하는 2개의 청구권이 소송물로서 동시에 주장된 경우에 한쪽의 청구는 다른 쪽 청구의 인용을 해제조건으로 한다는 것인데, 그렇다면 병합된 양쪽 청구가 모두 이유 있으면 양쪽 청구의 소송계속이 다 같이 소멸한다고 하는 이상한 결론이 되며, 또 구실체법설이 청구권 각자의 개별성을 근거로 하여 소송물의 복

30) 이시윤, 앞의 책(주1), 245면.

31) 이시윤, 앞의 책(주1), 253-254면.

32) 鄭東潤·庾炳賢·金慶旭, 앞의 책(주1), 263면.

수를 강조하면서도 선택적 병합에서는 하나의 이행판결을 하는 데는 어느 청구가 인용되어도 좋다고 하여 각 청구권은 모두 동일성이 있다고 하는 모순을 범하고 있다는 점도 지적되고 있다.[33]

나. 소송법설

이 설은 실체법상의 청구권 또는 형성권과 같이 실체법적 각도에서 소송물을 정의하려고 하지 않고 소송법적 요소, 즉 신청(Antrag)만으로 또는 신청과 사실관계(Sachverhalt)에 의해 청구를 구성하여야 하며 이에 의해 소송물을 판단한다. 따라서 실체법상의 권리는 소송물의 구성요소가 아니고 소송물을 떠받치는 공격방어방법의 지위로 한 단계 격하된다. 소송법설은 다시 일분지설과 이분지설로 나누어진다. 양설의 공통점은 원고가 소장에 청구취지로서 일정한 판결내용을 신청하고 청구원인으로서는 그 신청을 정당화하는 사실관계를 표시함으로써 심판대상인 소송물은 특정되는 것이고 법원은 당사자가 주장하는 법률적 관점에 구애받지 아니하고 원고가 주장한 사실관계를 심리하여야 한다는 것이다.[34] "너는 사실을 말하라. 그러면 나는 권리를 주리라(da mihi factum, dabo tibi ius)"와 같은 법언이 이를 뒷받침한다.

1) 二肢說(二元說, 二分肢說, 二節的 訴訟物理論)

이 설은 신청과 사실관계라는 두 가지 요소에 의해서 소송물이 구성된다는 견해이다. 우리 법제에 대응시키면 청구취지와 청구원인의 사실관계 두 가지가 소송물의 요소라는 입장이다. 다만, 여기서 사실관계는 실체법상의 권리의 발생원인사실, 즉 개개의 법규의 요건사실로 좁혀서 보기보다는 이보다 넓은 것으로 이해하여 사회적, 역사적으로 볼 때 1개라고 할 일련의 사실관계를 뜻한다. 이 설은 일찍이 Rosenberg에 의해 주창된 것으로 오늘날 독일에서 다수가 지지하는 견해[35]이며 연방대법원 판례[36]의 주류를 이루고 있다.

---

33) 강현중, 앞의 책(주1), 331면.

34) 宋相現·朴益煥, 앞의 책(주1), 233면.

35) Vgl. Stein/Jonas/Roth, vor § 253, Rn. 18; MüKoZPO/Becker-Eberhard, Vorbemerkung zu § 253, Rn. 32; Leo Rosenberg/Karl H. Schwab/Peter Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 18. Aufl., 2018, § 93, Rn. 11.

같은 청구취지의 소송을 하나의 사실관계에 입각하여 청구하면, 경합하는 두 개의 권리를 주장한다 해도 청구의 병합이 아니며(공격방어방법의 복수가 될 것), 하나의 권리를 주장하다가 다른 권리로 바꾸어도 청구의 변경이 아니고(공격방어방법의 변경이 될 것), 하나의 권리에 기한 소송계속 중 다른 권리를 주장하며 신소를 제기할 경우에 중복소송이 되며, 하나의 권리에 근거하여 청구하여 패소 확정된 뒤 다른 권리에 근거하여 새로운 소를 제기하면 기판력에 저촉되며, 하나의 권리만을 주장하였다 하여도 다른 권리에 근거하여 청구를 인용할 수 있으며 그것은 처분권주의의 위배로 되지 않는다. 재소금지 역시 해당할 수 있다.

그러나 같은 취지의 소송인데, 두 개의 사실관계에 기초하여 청구하는 경우에는 소송물을 두 개로 본다. 예컨대 매매대금에 해당하는 금전의 지급을 구하면서 매매한 사실 외에 매매대금 담보를 위한 어음발행 받은 사실도 주장할 때 사회적으로 두 개의 사실관계를 터전으로 하여 청구하는 것이므로, 소송물은 두 개이고, 청구의 병합, 청구의 변경이 되며, 중복소송과 기판력 저촉 여부에 있어 그 위배의 점이 없게 된다.

2) 이지설에 대한 비판

이 견해에 대해서는 사실관계란 모호한 개념을 소송물의 구성요소로 함으로써 그 한계의 획정이 어려워 사실관계가 하나인지 둘인지 내지 같은지 다른지 구별하기 힘들고, 또 자칫 이를 좁게 해석하면 권리의 발생원인사실과 같아져서 구실체법설과 결론이 다를 바 없어 소송법설을 취하는 의미가 없게 된다는 비판이 존재한다.

그리고 이분지설에는 다시 확인의 소에서만 예외적으로 청구취지만에 의해 특정된다는 예외설이 있는가 하면, 확인의 소에까지 이분지설을 일관시켜야 한다는 일관설도 있다. 앞의 견해는 예외 인정의 이론적 근거가 선명치 않고, 뒤의 견해는 결과적으로 구실체법설보다 소송물의 범위를 더 좁히는 폐해를 낳는다. 이러한 점에서 이분지설은 구실체법설과 구별이 확연치 않다는 비판이 가해진다. 또 후설은 민사소송법 제249조에서 소장의 필요적 기재사항으로 청구취지와 청구권인 두 가지를 규정하고 있는 것을 그 근거로 내세우나, 이분지설 중 예외설에 의하는 한

36) BGHZ 7, 268; 79, 245; BGH NJW 1981, 2306; 1983, 388; 1984, 371; 2010, 2210; 2011, 2787; 2015, 3711; 2019, 3381.

그것은 근거가 될 수 없다.[37]

나아가 구실체법설은 이지설을 취하는 경우 법원이 가능한 모든 법적 관점을 심리하여야 하므로 법원의 부담이 가중된다고 비판한다.

3) 一肢說(一元說, 申請一本說, 一節的 訴訟物理論)

이 설은 원고가 소로써 달성하려는 목적이 신청에 선명하게 나타나므로 신청 그 한 가지가 분쟁의 진실한 대상이고 소송물의 구성요소라는 입장이다. 다시 말하면 청구취지만이 소송물이 하나인가, 둘인가 등을 식별하는 기준이라고 보는 견해로 소송물의 범위를 가장 넓게 설정한다.

일지설에 의하면, 소송물의 단복, 이동은 신청만으로 결정되므로, 신청이 하나일 때는 실체법상 하나의 사실관계로부터 같은 목적을 가지는 여러 개의 권리가 발생하는 경우는 말할 것도 없고, 실체법상 여러 개의 사실관계로부터 같은 목적을 가지는 여러 개의 권리가 인정되는 경우에도 소송물은 하나가 된다. 그리하여 같은 목적이 추구되는 경우에는 그 사실관계나 권리가 복수이더라도 소송물은 하나뿐이다.

다만 일지설에서 말하는 신청만으로써는 소송물의 단복, 이동을 결정할 수 없는 때가 있다. 즉, 금전이나 대체물의 지급을 청구하는 경우에는 같은 당사자들 사이에 같은 내용의 청구권이 중복하여 성립될 수 있으므로, 신청만으로는 소송물의 개수를 알 수 없다. 이 경우 청구원인의 사실관계를 참작한다고 한다. 이 말은 사실관계는 신청의 해석을 위하여 필요할 뿐이지, 그것이 소송물의 구성요소로 되는 것은 아니라고 한다.

4) 일지설에 대한 비판

일지설에 대하여는 먼저 소송물의 개념이 너무 포괄적이고, 판결의 기판력이 미치는 범위가 너무 넓어서 당사자의 구제에 불충분하다는 강력한 비판이 제기된다.[38] 그리하여 일지설을 취하는 경우 기판력에 관한 한 그 입장을 후퇴시켜 이지설에 가까운 해석, 즉 제출한 사실자료의 범위 안에서 주장한 법률효과의 존재 여부에 대한 판단에만 기판력이 생긴다고 이해하게 될 수밖에 없을 거라 볼 여지가 있다.

그리고 대체물이나 금전의 지급을 청구하는 경우 사실관계까지 참작하여야 소송물 특정이 가능하다는 점에서 그러한 사실관계의 참작을 인정

37) 이시윤, 앞의 책(주1), 246-247면 참조.

38) 鄭東潤·庾炳賢·金慶旭, 앞의 책(주1), 266면; 김홍엽, 앞의 책(주4), 303면.

하면 결국 이원설로 돌아간다는 비판이 제기된다.[39]

또한 어음채권과 원인채권의 이행청구는 여러 개의 사실관계로부터 같은 목적을 가지는 여러 개의 청구권이 발생하는 것이므로 소송물을 하나로 보아야 한다고 하는데, 이 경우에 어음채권과 매매대금채권이 별개로 양도될 수 있다는 점, 어음채권과 매매대금채권이 각각 다른 사람에게 귀속되어 있을 때 어음채권이 시효소멸한 뒤에 매매대금채권의 행사를 허용할 필요가 있는 점 등에 비추어 보면, 위 사례의 경우 두 개의 청구권이 같은 목적을 가지고 있다고 하는 전제 자체가 문제라는 비판도 가해진다.[40]

다. 신실체법설

이 설은 소송법설의 영향을 받아 나타난 학설로서 전통적인 민법상의 청구권개념 자체를 수정하여 수정된 의미의 실체법상 청구권의 주장을 소송물로 파악하는 이론이다. 이 설은 실체법설과 소송법설의 대립을 지양하기 위하여 등장한 것으로서, 청구법규라는 것은 급여를 구할 수 있는 법적 지위의 존부를 판단함에 있어서 한낱 결론도출기능을 수행하는 데 불과한 것으로서, 일정한 급여를 구할 수 있는 법적 지위 자체를 청구권으로 보아야 한다는 것이다. 예를 들면, 기차전복사고의 피해승객이 손해배상을 계약불이행과 불법행위에 근거하여 청구할 수 있는 경우는 청구권의 경합이라기보다 단지 근거가 여러 가지이며 여러 가지 청구법규에 입각한 통일적 청구권이라고 보자는 것이다. 그러므로 전통적 의미의 청구권경합의 경우 결코 여러 청구권이 경합하는 것이 아니고, 청구권은 1개일 뿐 단지 청구법규의 경합(Anspruchsnormenkonkurrenz)에 지나지 않는 것으로 본다. 이러한 신실체법설은 Nikisch, Larenz, Esser, Georgiades, Henckel, Rimmelspacher 등의 학자들에 의해 주장되었다.[41] 이 설 안에서도 청구권규범경합설, 청구권다중구조설, 전규범통합설 등이 나뉘어 주장되고 있다.[42] 이 설을 한마디로 요약하면 다

39) 호문혁, 앞의 책(주1), 122면.

40) 鄭東潤·庾炳賢·金慶旭, 앞의 책(주1), 266면.

41) Stein/Jonas/Roth, vor § 253, Rn. 30 ff.

42) 학설의 내용은 강현중, 앞의 책(주1), 336면 참조.

음과 같다: "하나의 사실관계로부터는 실체법상으로도 하나의 청구권만이 성립한다"[43].

이에 대해 실체법설과 소송법설의 대립을 지양하고 양 학설의 결함을 보충하는 점에서 그 의의가 있으나, 청구권경합의 경우에 통일적인 하나의 청구권만이 성립된다고 할 때 서로 내용이 다른 시효, 증명책임규정을 비롯하여 경합하는 법규 사이의 적용순위, 상계의 허용 여부, 책임의 범위 등 실체법상 해결하기 어려운 점이 있으며, 이러한 의미에서 여러모로 아직 완성된 이론이 아니라는 비판이 제기된다.[44] 간단한 예를 들면 불법행위로 인한 손해배상책임과 채무불이행으로 인한 손해배상책임이 경합하는 경우 하나의 청구권이 발생한다고 보면, 그 청구권의 소멸시효기간은 어떻게 되는지 문제가 되는 것이다.[45]

라. 판례

대법원판례는 구실체법설을 취한다.[46] 청구원인 기재 정도에 관해서는 구실체법설적 태도에 동조하기도 하나,[47] 대체로 학설보다 엄격하게 어떠한 성질의 권리인지 법률적 성질의 결정을 필요로 한다.[48] 자세히 살펴보면 다음과 같다.

상법 제148조에 의한 손해배상청구권과 불법행위에 기한 손해배상청구권을 동시에 주장하면 선택적 병합이라 하였다.[49] 그리고 불법행위를 원인으로 한 손해배상청구권에 대하여 채무불이행을 원인으로 한 손해배상청구권을 명하는 것은 처분권주의 위배의 위법이 있다고 판시하였

43) 金亨培, 「債權總論(上)」(1992), 博英社, 222면에 인용된 Nikisch의 견해이다(강현중, 앞의 책(주1), 335면에서 재인용).

44) Vgl. Stein/Jonas/Roth, vor § 253, Rn. 39.

45) 鄭東潤·庾炳賢·金慶旭, 앞의 책(주1), 269면.

46) 대법원 1969. 12. 9 선고 65다2363 판결; 대법원 1971. 4. 30. 선고 71다430 판결; 대법원 1989. 3. 28 선고 88다1936 판결 등. 鄭圭相, 앞의 논문, 27면은 판례가 우리의 민사소송제도가 성문의 실체법이 존재함을 전제로 하고 있고 이 실체법을 적용해서 재판을 하는 이상 소송물을 실체법과 무관하게 결정한다는 하는 것은 그 이론상의 출발점에 문제가 있다고 보는 것이 아닌가는 점에 기초하고 있다고 한다.

47) 대법원 1966. 10. 11. 선고 66다409 판결.

48) 대법원 1968. 6. 18 선고 67다275 판결.

49) 대법원 1989. 3. 28 선고 88다1936 판결.

고,[50] 또 부당이득반환청구권과 불법행위로 인한 손해배상청구권의 소송물이 다르다고 판시했다.[51] 어음, 수표채권에 기한 청구와 원인채권에 기한 청구도 별개의 소송물임을 전제로 이를 동시에 주장하면 청구의 병합이 되고, 그 중 어느 하나를 주장하다가 다른 것으로 바꾸는 것은 소의 변경이라 보았다.[52] 그리고 동일물의 반환청구를 소유권에 근거하여 청구하는 때와 점유권에 근거하여 청구하는 때에 별개의 소송물에 관한 청구임을 전제로, 전자의 청구임이 명백하다면 후자의 청구인가 여부를 석명할 의무가 없다고 했다.[53] 또한 이전등기청구 사건에서 등기원인으로 전소에서는 매매를, 후소에서는 취득시효의 완성을 주장하는 경우와 같이 등기원인을 서로 달리하면 공격방어방법의 차이가 아니라 등기청구권의 발생원인의 차이라 하여 소송물이 별개라는 전제에 서 있다.[54] 말소등기에 갈음하여 허용되는 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구권과 무효등기의 말소등기청구권은 어느 것이나 진정한 소유자의 등기명의를 회복하기 위한 것으로서 실질적으로는 그 목적이 동일하고, 두 청구권 모두 소유권에 기한 방해배제청구권으로서 그 법적 근거와 성질이 동일하므로 그 소송물은 실질상 동일한 것으로 보아야 하고, 따라서 소유권이전등기말소청구소송에서 패소확정판결을 받았다면 그 기판력은 그 뒤 제기된 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구소송에도 미친다고 본다.[55]

이렇게 구실체법설에 따르면서도 한편으로는 석명의무를 강화하여, “원고가 토지에 대한 소유권이 자기에게 있다고 하면서 전보배상으로 청구하는 것은 부당하나 원고의 주장은 토지에 관하여 피고의 불법점거에 의한 손해배상청구를 구하는 취지를 포함하는 뜻이므로 이 점을 석명하였어야 한다”[56]면서, 일반론으로 “변론주의의 지배는 사실관계에만 국한

50) 대법원 1989. 1. 28. 선고 88다카9982 판결.

51) 대법원 2013. 9. 13. 선고 2013다45457 판결.

52) 대법원 1965. 11. 30. 선고 65다2028 판결.

53) 대법원 1996. 6. 14. 선고 94다53006 판결.

54) 대법원 1997. 4. 25. 선고 96다32133 판결; 또한 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 청구한데 대하여 양도담보계약을 원인으로 한 소유권이전등기를 명하는 것은 처분권주의 위배라 본 것에 대법원 1992. 3. 17. 선고 91다40696 판결.

55) 대법원 2001. 9. 20. 선고 99다37894 전원합의체 판결.

되는 것이며 그 주장사실관계를 기초로 한 법적 판단은 법원의 직책에 의한다"[57], "법원은 당사자가 등기원인으로 표시한 법률판단에 구애됨이 없이 정당한 법률해석에 의하여 등기원인을 바로 잡을 수 있다"[58]고 하여 법률평가의 자유를 인정하고 있다.[59]

신체의 상해로 인한 손해배상을 청구하는 경우에 소송물은 적극적 재산상 손해, 소극적 재산상 손해, 정신적 손해의 세 가지로 나누어진다는 3분설을 취하고 있다.[60] 그리고 이혼소송에서는 각 이혼사유마다 소송물이 별개이며,[61] 재심의 소의 소송물은 각 재심사유마다 별개가 된다는 입장이다.[62]

이러한 기본적인 판례의 입장은 구실체법설적 태도로 이해되나, 몇몇 예외적 판례가 존재한다.

우선 판례는 소유권이전등기의 말소등기절차이행청구의 소송물은 그 등기에 대한 말소등기청구권의 주장이므로, 각 무효원인의 주장은 독립된 공격방법에 지나지 않는다고 본다.[63] 하지만 이러한 판례의 태도는 종래의 태도와 모순되는 것으로 평가되지는 않는다고 평가된다. 그것은 판례가 명시하고 있지는 않지만, 소유권이전등기말소청구는 진정한 소유권자가 무효인 소유권이전등기를 마친 자를 상대로 하여 민법 제214조

56) 대법원 1966. 6. 9. 선고 66다615 판결.

57) 대법원 1966, 10, 11. 선고 66다409 판결.

58) 대법원 1980. 12. 9 선고 80다532 판결.

59) 鄭圭相, 앞의 논문(주24), 28면.

60) 대법원 1976. 10. 12. 선고 76다1313 판결.

61) 대법원 1963. 1. 31. 선고 62다812 판결.

62) 대법원 1992. 10. 9. 선고 92므266 판결.

63) 대법원 1981. 12. 22. 선고 80다1548 판결: "...말소등기청구권의 등기원인은 당해 등기원인의 무효에 국한되는 것이며, 위에서 본 바와 같이 전소에서 한 사기에 의한 매매의 취소주장과 이 사건 소에서와 같은 매매의 부존재 또는 불성립의 주장은 다같이 청구원인인 등기원인의 무효를 밑받침하는 이른바 독립된 공격방법에 불과한 것일 뿐, 이 주장들이 그 자체로서 각기 별개의 청구원인을 구성한다고 볼 수 없다." 그리고 대법원 1982. 12. 14. 선고 82다카148 판결은 "동일당사자 사이의 소유권이전등기말소청구사건에 있어서의 소송물을 당해 등기의 말소청구권이고, 그 동일성식별의 표준이 되는 청구원인, 즉 말소등기청구권의 등기원인을 당해 등기원인의 무효에 국한되므로..."라고 판시했다. 다만 대법원 1972. 11. 28. 선고 72다1791 판결은 소유권이전등기말소청구의 청구원인이 다르다는 이유로 기판력이 미치지 않는다고 판시하여 위 판례와 다른 관점을 보이고 있다.

의 방해배제청구권에 근거하여 그 등기의 말소를 구하는 것이고, 그것은 방해배제청구권의 주장이므로, 개개의 무효원인은 방해의 태양에 불과하다고 풀이되기 때문이다.[64] 또 과세처분무효확인소송의 소송물은 권리 또는 법률관계의 존부확인을 구하는 것이므로 당사자가 무효사유로 내세운 개개의 주장은 공격방법에 불과하다고 한다.[65] 그런데 근저당권설정등기의 말소등기와 관련하여 청구원인마다 소송물이 다르다고 본다.[66]

마지막으로 신체상해로 인한 손해배상청구에 있어 제1심에서 재산상 손해에 대하여는 전부승소하였으나 위자료에 대하여는 일부패소한 원고가 패소한 위자료 부분에 대하여만 항소하였더라도 항소심에서 재산상 손해에 대하여도 청구의 확장을 할 수 있다고 한다.[67] 이 경우에는 어차피 사건 전부의 확정이 차단되고 소송물 전부가 항소심에 계속되게 되었고, 더욱이 불법행위로 인한 손해배상에 있어 재산상 손해와 위자료는 단일한 원인에 근거한 것이지만 편의상 이를 별개의 소송물로 분류하고 있는데 지나지 않기 때문이라고 한다. 이 판결은 신체상해로 인한 손해배상청구의 소송물에 대해 3분설을 취하면서도 이 세 가지가 하나의 뿌리를 가지므로 통합될 수 있음을 시사하고 있다.[68]

마. 검토

소송물 논쟁의 직접적인 계기는 청구권경합 및 형성권경합의 경우에 구실체법설의 입장에 따라 여러 개의 청구권 또는 형성권마다 별개의 소송물이 성립하는 것으로 보아 분쟁을 부자연스럽게 나눔으로써 발생하는 것을 문제로 인식한 데에 있다. 이는 소송관과 관련이 있는바, 구실체법설은 소송물을 가능한 한 작게 구분함으로써 법원의 권한을 축소시키고 당사자의 지배 권한을 확대하려는 자유주의적, 개인주의적 소송관의 산물임에 반하여, 소송법설과 신실체법설은 실질적으로 하나의 분쟁은 가능한 한 1회에 해결함으로써 소송제도의 합리적 운영을 꾀하는 사회국가

64) 鄭東潤, “訴訟物의 識別基準에 관한 大法院判例의 立場”, 考試界(1994. 12), 考試界社, 75면.
65) 대법원 1992. 2. 25. 선고 91누6108 판결.
66) 대법원 1986. 9. 23. 선고 85다353 판결.
67) 대법원 1994. 6. 28 선고 94다3063 판결.
68) 鄭東潤, 앞의 논문(주65), 74면.

적, 복지국가적 소송관과 관련된 것이다.[69]

소송물 범위 결정의 기준에 대해 결론을 내리기에 앞서 위에서 검토한 바와 같이 실체법적 청구권의 정립과 이에 소송법과 실체법의 구분에 관한 성찰이 필요하다. 앞에서 검토한 바와 같이 소송물이라는 개념은 소송법의 독자적 법학체계를 위한 하나의 기능개념이라고 할 수 있으며 그러한 기본사고 아래 소송법설이 주장되기에 이르렀다. 그러나 소송법설은 실체법과 소송법의 관계를 끊어버렸다는 비판 - 실체법과 소송법은 권리의 실현이라고 하는 목표를 향해 가는 하나의 수레에 달린 두 개의 수레바퀴와 같은 것 - 으로부터 근본적으로 자유롭지 못하다.[70] 나아가 소송법 먼로(Monroe)주의(불간섭주의)라는 비판 역시 가해진다.[71] 소송법설은 분쟁의 핵심은 실체법적 권리의 확정이 아니라 원고가 소로써 달하려는 경제적, 사회적 목적이라고 주장하나, 설령 그렇다 하더라도 실체법적 권리와 관련 없이 경제적 사회적 목적이 어떻게 정당화되어 이전, 교환될 수 있는지 의문이며 이는 결국 지나친 결과론적 사고라 할 수 있다.

이러한 배경 아래 신실체법설이 주장되었는바, 위에서 검토한 바와 같이 신실체법설의 취지는 동감을 하나 이 견해가 가지는 근본적인 문제, 즉 청구권경합인 경우 하나의 청구규범으로 통합시킬 때 발생하는 시효, 상계 등의 문제가 존재하여 학설로서의 완성도는 떨어지므로 이에 찬동하기는 힘들다.

다음으로 일지설을 검토해보면, 일지설은 소송물을 가장 넓게 잡음으로써 기판력의 범위를 확장함으로써 당사자의 절차보장권 침해가 있는 점을 부인할 수 없다. 일지설의 주장자는 기판력의 시적 한계로 그것을 조절할 수 있다고 하나, 이것은 구실체법설의 문제를 선택적 병합의 문

69) 鄭東潤·庾炳賢·金慶旭, 앞의 책(주1), 273-274면; 金洪奎, 앞의 책(주1), 201면. 하지만 이러한 설명에 대해 호문혁, 앞의 책(주1), 119면은 구실체법설이 개인주의적 사고에 기인한 것은 사실이나, 소송법설이 사회국가적 소송관에 입각한 것이라고는 할 수 없다고 한다. 그것은 실체법에서 권리자를 두텁게 보호하려는 목적에서 주장된 청구권경합 이론을 전제로 하는 구실체법설이지만 실제로 소송에 있어서는 오히려 권리자에 불이익을 주는 결과가 되므로 이러한 일이 생기는 것을 막으려는 것이 소송법설이기 때문이라고 본다.

70) 호문혁, 앞의 책(주1), 125면.

71) 강현중, 앞의 책(주1), 333면.

제로 조절하는 것과 본질적인 차이가 없는 해결 방식이다. 즉 소송물의 개념 정립의 문제는 법정책적 가치평가와 결부된 소송관에 따른 문제인 바, 원칙으로 세운 소송물개념의 문제점을 해결하는 사후적 조치일 뿐 그것을 이유로 소송법설의 개념 정의가 구실체법설의 개념 정의보다 우수하다고 주장할 수 있는 근거는 아니다. 덧붙여 법관의 부담과 석명의무가 넓어져 실무부담이 가중되는 문제가 생길 수 있다.[72] 나아가 변호사강제주의가 채택되지 아니한 현실에서 소송물을 넓게 인정함으로써 권리구제의 기회를 박탈할 위험이 크다.[73]

이지설은 사실관계라는 불명확한 개념을 사용하는 점에서 먼저 문제가 지적될 수 있겠다. 즉 모호한 개념을 소송물의 구성요소로 함으로써 그 한계의 획정이 어려워 사실관계가 하나인지 둘인지, 같은지 다른지 구별하기가 힘들고, 또 자칫 이를 좁게 해석하면 권리의 발생원인사실과 같아져서 구실체법설과 결론이 다를 바 없어지며 이에 소송법설을 채택하는 근본적인 의미를 상실한다.[74]

이러한 의미에서 구실체법설은 소송법설에서 그렇게 신랄하게 비판하는 것과 다르게 그 의미를 상실하지 않는다. 이론적으로 문제가 크게 존재한다면 이미 이 학설은 파탄이 났을 것이지만[75] 아직 우리나라 대법원 판례의 태도이기도 한 이 학설을 다시 한번 음미할 필요가 있다.[76]

구실체법설에 대한 비판의 집중은 분쟁의 일회적 해결에 반한다는 점이다. 먼저 경합하는 권리 중 어느 하나의 권리에 근거하여 패소한 경우 또 다른 권리로 소를 제기할 수 있어 분쟁의 소용돌이가 끝날 날이 없다

---

72) 김홍엽, 앞의 책(주4), 305면.

73) 김용진, 앞의 책(주1), 155면.

74) 이시윤, 앞의 책(주1), 246-247면.

75) 金祥洙, 앞의 책(주1), 47면도 소송법설이 옳다면 구실체법설은 치명적인 결함을 가지고 있는 것이 되므로 이미 이론 자체에 파탄이 발생했어야 함에도 사실상 그러하지 아니한 것이 현실이라고 한다.

76) 김용진, "소송상 쟁점사항과 소송물이론", 法學硏究 第12卷 第1號(2001), 忠南大學校 法學硏究所, 160면은 "...이러한 불합리는 실무적으로 그다지 문제되지 아니한다. 변론을 병합하여 하나의 소송절차에서 처리할 수 있을 뿐만 아니라 패소자가 선행판결을 주장, 입증하여 동일한 목적을 가지는 다른 경합청구권이 소멸되었음을 주장할 수 있기 때문이다"라고 하여 실무적으로 구실체법설이 크게 문제 되지 않음을 서술하고 있다. 이와 관련하여 김홍엽, 앞의 책(주4), 305면도 참조.

고 비판하나, 법원의 오판 가능성과 당사자의 절차보장권, 실체적 권리 확정의 측면에서 이는 경우에 따라 법적 안정성보다 우선할 수 있고, 한 권리의 요건은 충족되지 못하나, 다른 권리의 요건이 충족되는 경우는 얼마든지 있으며 이를 소송경제에 반한다는 이유만으로 배척하는 것은 소송의 목적을 다하지 못하는 것이다. 그리고 이미 하나의 청구로 목적 달성 후에 다른 권리로 청구하여 피고에게 응소강제 하는 등을 이유로 비판하는 것은 불합리한바, 왜냐하면 목적 실현을 이유로 하여 권리보호의 필요성이 없다고 보아 각하하면 되기 때문이다.

또한 이중이행판결의 가능성을 이유로 비판하는 것은 선택적 병합이라는 방법에 대한 무시일 뿐이다. 선택적 병합을 통해 문제는 처리될 수 있는바, 즉 양 청구권에 기한 소송을 선택적으로 병합하면 승소판결의 경우 하나의 청구권을 임의로 선택하여 판단하면 되고, 반대로 패소판결을 하려면 양 청구권 전부를 심리, 판단하여야 한다. 이에 대해 소송법설은 선택적 병합에 대해 조건에 의해 결과가 좌우된다든지, 당사자가 명백한 의사로 선택적 병합을 부인한 경우에도 인정할 수 있는가 등의 문제점을 들어 비판하나, 선택적 병합에 이론상 문제가 없지 않다고 하여도 당사자나 법원에게 특별한 불이익을 주는 것이 아닌 이상 실질적으로 선택적 병합 자체에는 큰 문제점이 없다고 해석하여야 할 것이다.[77] 그리고 서로 다른 법원에 이중으로 소제기할 경우의 문제점을 이유로 한 비판은 이송, 이부, 병합으로 처리할 수 있는 점에 비추어 이는 지극히 이론적인 비판이라 할 것이다.

따라서 소송물개념은 실체법과 소송법의 유기성을 잘 살릴 수 있는 관점에서 정립되어야 하고, 이에 구실체법설처럼 실체법적 관계를 반영하여 소송물을 정하는 것이 타당하다. 소송법설의 지나친 강조는 목적을 상실한 수단의 독립에 불과할 뿐이다. 실체법적 권리나 법률관계는 소송을 통해서 강제성을 확보할 수 있다는 점에서 그러하다. 소송경제 등의 문제는 선택적 병합이나 다른 제도적 내용을 통해 극복될 수 있다. 원칙적으로 소송물개념은 소송법의 목적, 즉 실체법적 권리의 실현이라는 점에 기초하여, 분리된 결합관계에 놓인 실체법과 소송법의 매개 고리가

77) 金祥洙, 앞의 책(주1), 47면.

되어야 할 것이다. 그리고 이러한 원칙적인 모습은 현행법상 명문의 규정, 예컨대 민사집행법 제309조에서 "소송물인 권리 또는 법률관계"라고 규정되고 있는 것에 의해 뒷받침되며, 이는 구실체법설을 현행법에 충실한 것으로 평가하게 한다.[78] 따라서 소송법설에 따르더라도 당사자의 절차보장권 침해 등 여러 문제들이 제기되고, 이에 또 다른 소송기술을 통해 극복하므로, 소송물개념을 정의함에 있어서 원칙적 모습에 충실한 구실체법설이 타당하다고 생각된다.

2. 소송물개념의 상대성 및 가변성 문제

소송물개념을 모든 경우에 차별 없이 두루 적용할 수 있도록 통일적으로 구성할 수 있는가와 관련하여 견해의 대립이 있다. 다수설은 통일적인 소송물개념(einheitlicher Streitgegenstandsbegriff)을 인정한다. 그러나 일부 학설은 경우를 나누어 개별적으로 소송물개념을 상이하게 구성하는 것이 합리적이라고 한다. 이를 상대적 또는 가변적 소송물개념이라고 부른다(relativer oder variabler Streitgegenstandsbegriff).[79] 독일에서 Baumgärtel과 Jauernig 등에 의해 주장되었다.[80] 이하에서 이 상대적 소송물개념을 간략하게나마 살펴본다.[81]

먼저 제1설로 판결대상을 일반 소송물과 달리 보는 견해(Blomeyer의 견해)[82]로 이는 절차의 각 단계 중 판결의 단계에 관하여는 그 소송물을 정하는 기준이 달라져야 한다고 하여 소송의 대상이라는 의미의 소송물과 구별하여 판결대상(Urteilsgegenstand)이라는 말을 사용한다. 이 견해에 따르면 다른 경우에는 소송물을 일원설에 의해 판단하지만, 기판력의 범위는 이원설에 의해 좁게 잡는다.

제2설로 절차의 각 단계에 따라 소송물을 정하는 기준을 달리 하자는

78) 김홍엽, 앞의 책(주4), 304-305면 참조.

79) 鄭東潤·庾炳賢·金慶旭, 앞의 책(주1), 275면.

80) Gottfried Baumgärtel, "Zur Lehre vom Streitgegenstand", JuS 1974, 69, 72 ff.; Othmar Jauernig, *Verhandlungsmaxime, Inquisitionsmaxime und Streitgegenstand*, 1967, S. 6 f.

81) 이와 관련하여 호문혁, 앞의 책(주1), 122-123면 참조.

82) Vgl. Stein/Jonas/Roth, vor § 253, Rn. 42.

것으로 이른바 가변적 소송물개념을 인정하는 견해를 들 수 있다. 이는 제1설의 영향하에서 소송물과 연계된 규범에 대한 목적론적 해석(teleologische Auslegung)을 통해 절차의 동적 작동 안에서 소송물개념의 변화를 끌어낸다.[83] 여기에는 소송계속(중복소제기)과 기판력의 범위를 정함에 있어서는 이원설, 청구의 병합과 변경에 있어서는 일원설에 의하여 소송물을 특정할 것이라는 견해(Baumgärtel의 견해)[84]와 오로지 기판력의 범위만을 이원설에 의하여 정하자는 견해(Schumann의 견해)가 존재한다.

제3설로 절차를 지배하는 기본원칙에 따라 소송물을 특정하자는 견해(Jauernig의 견해)[85]로서 변론주의에 의하는 절차의 경우 이원설, 직권탐지주의에 의하는 절차의 경우에는 일원설에 의할 것이라고 한다.

검토하건대 소송계속의 범위와 기판력의 범위가 달라진다든가, 소송계속의 범위 밖의 주장을 새로이 하는데 소송물은 변경되지 않았다든가 하는 결론을 내는 것은 설득력이 없어 보인다.[86] 그리고 이 견해는 그 자체가 이론적이라기보다 선취된 결론에 기초적 개념을 변형하여 맞추는 편의적인 면이 있으며, 소송물 논의의 목적을 잊은 면이 있음을 부정할 수 없다. 규범의 목적을 고려하면서 개념 자체의 변화를 추구하는 만큼 개념이 그 본질상 추구하는 사유의 안정화 기능은 약화될 수밖에 없다.

Ⅳ. 각종의 訴訟物

소송물에 관한 견해 대립을 구체적으로 몇 가지 경우에 비추어 정리해 보면 다음과 같다.

---

83) Vgl. Stein/Jonas/Roth, vor § 253, Rn. 43.

84) Vgl. Stein/Jonas/Roth, vor § 253, Rn. 43.

85) Vgl. Stein/Jonas/Roth, vor § 253, Rn. 45.

86) 호문혁, 앞의 책(주1), 123면.

1. 이행의 소의 소송물

구실체법설에 따르면 소송물은 실체법상의 청구권 자체의 주장을 가리키고, 일지설에 의하면 청구권의 내용을 구할 수 있는 법적 지위의 주장으로서 실체법적 법률관계와 무관하게 소송법적으로 파악된다. 신실체법설에 따르면 실체적 청구권이라는 형태로 목적론적으로 재구성된 청구권의 주장을 소송물로 본다. 이지설에 의하면 청구취지에 나타난 내용을 구할 수 있는 법적 지위의 주장과 이를 뒷받침하는 청구원인의 사실관계 이 양자에 의해 소송물이 구성된다고 보게 된다.[87]

2. 확인의 소의 소송물

확인의 소의 소송물은 청구취지에 표시된 권리 또는 법률관계의 주장이라고 보는 것이 현재 우리나라의 일반적인 견해이다. 실체법상 권리의 주장을 소송물로 보는 구실체법설의 입장에 따르면 이것은 당연한 결론이라 할 수 있다. 소송법설에서도 확인의 소는 권리 또는 법률관계의 공권적 확정을 통해 분쟁의 해결을 추구하는 것이므로 그 소송물은 실체법상의 권리를 주장하는 형태로 특정되어야 한다고 보게 된다.[88] 이미 살펴본 바와 같이 확인의 소의 소송물도 청구취지와 청구원인의 사실관계의 두 요소에 의하여 결정된다고 하는 견해도 있다.[89]

3. 형성의 소의 소송물

구실체법설에 따르면 그것은 실체법상의 형성권 그 자체의 주장이고, 일지설에 의하면 법률관계의 변동을 구할 수 있는 법적 지위의 주장으로서 소송법적으로 파악되고 있으며, 신실체법설에 의하면 '실체법상 진실로 보호할 만한 가치가 있는 법적 지위'라는 형태로 목적론적으로 재구

87) 鄭東潤·庾炳賢·金慶旭, 앞의 책(주1), 282면.
88) 鄭東潤·庾炳賢·金慶旭, 앞의 책(주1), 282면.
89) 호문혁, 앞의 책(주1), 134-135면.

성된 형성권의 주장이 소송물이다. 이지설에 의하면 청구취지에 표시된 형성을 구할 수 있는 법적 지위의 주장과 이를 뒷받침하는 청구원인인 사실관계에 의해 소송물이 구성된다.[90]

4. 부동산인도청구소송의 소송물

가. 점유의 소와 본권의 소 사이의 관계

점유권과 소유권에 근거하여 특정 토지의 인도를 구하는 경우에 소송물이 하나인지 둘인지가 문제 된다. 구실체법설은 점유회수청구권과 소유물반환청구권의 주장이 각각 별개의 소송물이므로, 두 개의 소송물이 선택적 병합된 것으로 처리한다. 이지설에 의하면 동일한 사실관계에 기한 하나의 신청이므로 소송물은 하나이고, 일지설의 경우 신청이 하나이므로 역시 소송물은 하나이다. 신실체법설에 의하는 경우도 실체법상 하나의 통일된 반환청구권이 성립할 뿐이고, 점유청구권은 본권청구권에 흡수되는 것으로 풀이하여 소송물은 하나인 것으로 본다.

구실체법설은 이에 대해 민법 제208조가 점유의 소와 본권의 소는 서로 영향 미치지 아니한다고 규정한 것으로 근거로 비판하게 된다.[91] 이에 대해 다른 이론들은 민법 제208조는 점유권에 기한 청구권과 본권에 기한 청구권이 별개로 성립한다는 것을 나타낼 뿐이며 이 두 청구권이 한 개의 소로서 동시에 주장될 때는 실체법상으로는 1회의 인도밖에 인정되지 않으므로 소송물은 하나이고, 두 개의 공격방어방법이 경합된 것이라 본다.[92]

나. 소유권에 기한 청구권과 계약상 청구권의 관계

예컨대 임대차계약 종료 후에 소유권 및 임대차계약 종료를 원인으로 인도를 구하는 경우 소송물은 몇 개인지 문제 될 수 있다. 구실체법설은 소유권에 기한 반환청구권과 계약상 반환청구권의 주장은 별개의 소송물이다. 다만 계약상 반환청구권에 관하여는 차임연체 등 채무불이행으로

90) 鄭東潤·庾炳賢·金慶旭, 앞의 책(주1), 283면.

91) 鄭東潤·庾炳賢·金慶旭, 앞의 책(주1), 284면 참조.

92) 이시윤, 앞의 책(주1), 258면 참조.

인한 해지, 무단전대에 의한 해지, 합의 해지 등의 원인이 있는 때 한 개의 반환청구권이 있는가, 아니면 각각의 원인에 따라 반환청구권이 달라지는가에 관하여 견해가 갈리고 있다.[93]

이지설에 의하면 하나의 사실관계에 기한 신청이므로 소송물은 하나이고, 일지설에 의해도 역시 소송물은 하나이다. 신실체법설에 의하면 하나의 통일적인 반환청구권의 주장이 소송물이 된다. 다만 신실체법설 가운데 처분대상으로서의 청구권을 주장하는 견해 중에는 두 개의 소송물을 인정하기도 한다.[94]

5. 부동산등기청구소송의 소송물

가. 소유권이전등기청구의 경우

구실체법설의 경우 예컨대 매매와 시효취득의 경우 소송물이 다르다고 보게 된다. 이지설에 의하면 취득원인이 하나의 사실인지 별개의 사실인지에 따라 소송물의 개수가 결정되며, 매매와 시효취득은 사실이 다르므

93) 이는 유권대리 주장과 표현대리 주장이 그 소송물을 달리하는 것인지의 문제와 유사한 면이 있다. 간략히 살펴보면 다음과 같다.
예컨대 매매계약의 해제에 기한 원상회복청구에서 이러한 점이 문제가 된 경우, 이에 대해 소송법설은 금전지급의 경우라도 청구원인을 참작해도 유권대리에 의하든 표현대리에 의하든 같은 내용의 급여를 청구하므로 소송물은 동일하고 공격방어방법만 달리한다고 본다. 구실체법설은 이에 대해 견해가 갈리는바, 먼저 유권대리에 의한 계약상 청구근거는 예의 경우 민법 제548조의 원상회복에 관한 규정이고, 표현대리에 의한 청구근거는 민법 제125조, 제126조, 제129조로 보아 소송물을 달리한다는 견해와 예의 경우 소송물은 민법 제548조의 원상회복청구권이고 유권대리나 표현대리는 위 청구규범을 이유 있게 하는 공격방어방법의 복수에 불과하다고 보아 소송물을 같이 한다고 보는 견해가 있다.
이에 대해 판례는 “대리권에 기한 대리의 경우나 표현대리의 경우나 모두 제3자가 행한 대리행위의 효과가 본인에게 귀속된다는 점에서 차이가 없다(대법원 1983. 12. 13. 선고 83다카1489 전원합의체 판결)”라고 판시하여 유권대리나 표현대리는 위 청구규범을 이유 있게 하는 공격방법의 복수에 불과하다고 보아 소송물을 같이 한다고 본다.
검토하건대, 구실체법설의 입장에서도 유권대리의 청구규범은 민법 제114조가 아니라 계약규범인 제548조 등이며, 표현대리의 경우에도 청구규범은 민법 제125조, 제126조 등이 아니라 제548조라고 할 것이므로, 유권대리주장과 표현대리주장은 소송물을 같이하나 그 공격방어방법을 달리한다고 봄이 타당하다.

94) 鄭東潤·庾炳賢·金慶旭, 앞의 책(주1), 284면.

로 소송물이 다르게 된다. 일지설에 의하면 소송물은 하나이며 등기원인이라는 공격방법이 복수인 것에 불과하다. 신실체법설에 의하면 두 개의 사실관계에 기한 두 개의 소송물로 구성하는 견해와 1회의 급여를 목적으로 하는 하나의 소송물로 풀이하는 견해로 나뉜다고 한다.[95]

나. 소유권이전등기말소청구의 경우

구실체법설을 따르는 대법원판례는 이전등기청구의 경우와는 달리 당해 등기에 대한 말소청구의 소송물은 말소등기청구권의 주장이고 그 동일성 식별의 표준이 되는 청구원인은 당해 등기원인의 무효에 국한되는 것이라 본다.[96] 일지설에 의하면 말소등기를 구할 수 있는 법적 지위는 하나이고 이를 이유 있게 하는 공격방법이 경합될 뿐이므로 소송물은 하나라고 본다. 이지설에 의하면 무효의 원인이 하나의 사실관계로부터 발생하였는가 아닌가에 따라 달라질 것이지만, 보통 하나의 사실관계로 평가될 것이다. 신실체법설에 의하면 통일된 하나의 말소청구권이 성립하는가에 따라 달라진다.[97]

다. 진정명의회복을 위한 소유권이전등기청구와 말소등기청구

일반적으로 같은 부동산에 대한 이전등기청구와 말소등기청구는 별개의 소송물을 구성하는 것이 원칙이다. 대법원은 한때 부동산에 관한 소유권이전등기말소청구소송에서 패소확정판결을 받은 원고가 다시 진정한 등기명의의 회복을 위한 소유권이전등기청구의 소를 제기한 경우 양소의 소송물은 다르므로 전소판결의 기판력이 후소에 미치지 아니한다고 판시한 적이 있다.[98] 그러나 이러한 입장에 따라 사실상 두 번의 소송을 허용하는 결과가 되었다.

이에 판례는 입장을 변경하여 이 경우 이전등기청구와 말소등기청구는 어느 것이나 진정한 소유자의 등기명의를 회복하기 위한 것으로서 실질적으로 그 목적이 동일하고, 두 청구권 모두 소유권에 기한 방해배제청

95) 鄭東潤·庾炳賢·金慶旭, 앞의 책(주1), 285면.

96) 대법원 1999. 9. 17. 선고 97다54024 판결.

97) 鄭東潤·庾炳賢·金慶旭, 앞의 책(주1), 285면.

98) 대법원 1990. 11. 27. 선고 89다카12398 전원합의체 판결.

구권으로서 그 법적 근거와 성질이 동일하므로 그 소송물은 실질상 동일한 것으로 보았다.[99] 즉 법적 성질이 민법상 소유권에 기한 방해배제청구권으로 동일하므로 그 소송물은 동일하다고 보는 것이다.[100] 이는 구실체법설의 논리상 수긍될 여지가 있다. 그러나 이에 대해서 기본적으로 청구취지가 다르므로 두 청구의 소송물은 동일하지 않다고 보는 비판이 가해질 수 있다. 이렇게 소송물을 다르게 보는 입장으로, 양 소의 소송물은 다르더라도 실질적으로 동일하여 모순된 반대관계에 해당하여 전소판결의 기판력이 후소에 미친다는 견해와[101] 전소의 기판력이 후소에 작용하지는 않지만, 전소 확정판결의 증명력을 이유로 원고청구를 기각해야 한다는 견해[102]가 존재한다.

6. 어음금청구소송과 원인채권청구소송의 소송물

구실체법설은 이 경우 두 개의 소송물을 인정하고, 하나의 소에 병합하면 선택적 병합이 된다고 본다. 이지설에 의하면 별개의 사실이므로 소송물이 별개인 것으로 취급된다. 일지설에 의하면 일정한 금액의 지급을 구할 수 있는 법적 지위는 1개이므로 소송물은 하나라고 한다. 신실체법설은 각각의 청구권규범의 목적과 내용이 다르다는 이유로 두 개의 소송물로 보는 견해와 한 개의 급여요구권을 구성하여 그 주장으로서 한 개의 소송물을 인정하는 견해로 나누어진다고 한다.[103]

---

99) 대법원 2001. 9. 20. 선고 99다37894 전원합의체 판결. 다만 이 판결의 별개의견은 소송목적이나 법적 근거와 성질이 같아서 실질적으로 동일하다고 하더라도 각기 그 청구취지와 청구원인이 다른 이상, 양소의 소송물은 다른 것이고 따라서 전소의 확정판결의 기판력은 후소인 이 사건 소송에는 미치지 않는다. 다만, 후소를 허용함으로써 분쟁이 이미 종결되었다는 상대방의 신뢰를 해치고 상대방의 법적 지위를 불안정하게 하는 경우에는 후소는 신의칙에 반하여 허용되지 않는다고 보아야 한다고 하였다.

100) 李忠相, “眞正名義回復을 위한 所有權移轉登記請求와 旣判力”, 저스티스 통권 66호(2002. 4), 韓國法學院, 155면도 이와 같은 이유로 판례에 찬성하고 있다. 동 판결에 대한 평석의 정리로 金建昊, “旣判力의 物的範圍에 관한 小考 - 訴訟物理論을 중심으로 -”, 法曹 통권 제612호(2007. 9), 法曹協會, 156-158면 참조.

101) 鄭東潤·庾炳賢·金慶旭, 앞의 책(주1), 788면.

102) 호문혁, 앞의 책(주1), 713면.

103) 鄭東潤·庾炳賢·金慶旭, 앞의 책(주1), 286면.

7. 손해배상청구소송의 소송물

가. 불법행위로 인한 손해배상청구와 채무불이행으로 인한 손해배상청구의 관계

구실체법설은 청구권경합을 인정하여 하나의 소에서 두 청구권을 주장하면 소송물이 복수인 것으로 이해한다. 소송법설에 따르면 하나의 소송물로 평가된다(일지설, 이지설 동일). 신실체법설도 하나의 생활사실에 기한 손해배상으로서 한 개의 통일적인 손해배상청구권을 구성하는 점을 근거로 하나의 소송물로 본다.[104]

나. 손해의 항목과 소송물

손해배상청구소송에서 손해의 항목을 어떻게 나눌 것인가는 사실 소송물이론과 논리필연적인 연관은 없다.[105] 우리 대법원판례가 손해3분설을 취하는 것과 달리[106] 일본 최고재판소는 구실체법설을 따르면서도 이 경우에 소송물은 한 개로 본다.[107] 견해의 대립을 살펴보면 하나의 사고로 인한 손해를 모두 하나의 소송물로 보는 견해[108]와 손해를 재산적 손해와 정신적 손해로 나누어 2개로 보는 견해[109]와 손해를 적극적 손해, 소극적 손해, 정신적 손해 이렇게 3개로 보는 견해(판례)가 있다. 생각건대 손해1개설이 손해배상사건의 비송적 성격, 위자료의 보충적 작용에 부합하고, 또한 당사자는 손해 총액에 대해서만 관심이 있을 뿐인 점과 피고가 여러 차례 응소를 당하는 폐단을 막는 점에 비추어 타당하다.

다. 기판력의 표준시 후에 나타난 후유증에 따른 손해배상청구

소송물이론에 관하여 어떤 견해를 취하든 후유증에 따른 손해배상청구를 인정하고 있으나, 다만 그 이론구성에는 차이가 있다. 즉 일부청구, 잔부청구로 보는 것(명시적 일부청구설), 전소의 소송물은 기준시에 예측할 수 있었던 손해에 한정되므로 예측할 수 없었던 후유증은 기준시 후

104) 鄭東潤·庾炳賢·金慶旭, 앞의 책(주1), 287면.
105) 鄭東潤·庾炳賢·金慶旭, 앞의 책(주1), 287면.
106) 대법원 2002. 9. 10. 선고 2002다34581 판결.
107) 日最判 1973. 4. 5, 民集 27. 3. 419(鄭東潤·庾炳賢·金慶旭, 앞의 책(주1), 287면에서 재인용).
108) 이시윤, 앞의 책(주1), 257면.
109) 호문혁, 앞의 책(주1), 377면.

의 새로운 사실에 기한 소송물로 보는 것(별개소송물설), 전소판결의 차단효는 당사자가 제출할 수 있었던 사실자료의 범위 안에서 발생하므로 후유증의 주장은 차단되지 않는다고 하는 것(기판력의 시적 한계설) 등의 견해 대립이 있다.[110] 대법원은 별개의 소송물설을 취하고 있다.[111]

간략히 검토하건대, 명시적 일부청구설은 전소의 청구 당시에 아직 발생가능성조차 예측할 수 없는 후유증에 의한 손해를 잔부청구라고 하여 전소청구를 일부청구로 취급하는 것은 매우 의제적이라는 점, 또한 시적 한계설은 전후 양 소송에서 손해의 발생 자체는 별개이기 때문에 전후 양 소의 소송물을 동일하다는 전제하에서 이를 시적 한계로 다루는 것은 문제가 있다. 따라서 전소 당시 통상의 주의를 다하여도 예견할 수 없었고 함께 청구하는 것이 전소에서 합리적으로 기대할 수 없는 후유증에 의한 손해배상청구는 명시 여부와 관계없이 전혀 별개의 청구라는 별개 소송물설이 타당하다.

Ⅴ. 결어

소송물이란 분쟁의 대상, 소송상 청구를 일컫는 것으로 이것은 소송법학의 독자적 개념으로서 실체법과 소송법이 분리되어 가는 과정의 한가운데 있는 기능적 개념이라 할 수 있다. 로마법상 actio에서 실체법상의 청구권이 분화되어 나가고 소권이 따로 인정되면서 실체법과 소송법은 독자적인 영역을 구축하기 시작하였고, 이에 소송물 논쟁은 실체법을 반영한 구실체법설과 이에 대항하여 소송법의 독자적 시각을 중시하는 소

110) 鄭東潤·庾炳賢·金慶旭, 앞의 책(주1), 287면.

111) 대법원 1980. 11. 25. 선고 80다1671 판결: “불법행위로 인한 적극적 손해의 배상을 명한 전소송의 변론종결 후에 새로운 적극적 손해가 발생한 경우에 그 소송의 변론종결당시 그 손해의 발생을 예견할 수 없었고 또 그 부분 청구를 포기하였다고 볼 수 없는 등 특별한 사정이 있다면 전소송에서 그 부분에 관한 청구가 유보되어 있지 않다고 하더라도 이는 전소송의 소송물과는 별개의 소송물이므로 전소송의 기판력에 저촉되는 것이 아니다.”

송법설의 대립으로 귀결되었고, 후에 이를 종합하는 취지의 신실체법설이 주장되기에 이르렀다.

앞에서 검토한 바와 같이 소송법설의 독자적 관점도 나름의 취지와 역사적 배경을 가진 것이나, 이것이 실체법과 소송법의 유기성을 끊는 취지라면 이에 반대하여야 한다고 생각한다. 실체법의 정적 규율 상태를 동적 process로 변환시켜 그 목적을 실현하게 하는 것이 소송법이라 이해할 때 그 유기성은 양자 사이 관계의 본질적 구성 부분으로 이해되고, 그것이 훼손되는 한 실체법, 소송법 양자는 각기 목적과 수단의 연결고리를 잃은 단순 개체에 불과하게 된다.

소송법설의 취지, 즉 분쟁의 일회적 해결, 소송경제도 충분히 고려하여야 하는 소송법의 가치이나, 그것으로 인해 당사자의 절차보장권 등이 침해되고 이를 시정하기 위해 기판력의 범위를 조절한다든지 하는 것은, 원칙적 소송법의 모습을 살리고 선택적 병합 등으로 문제점을 시정하는 구실체법설보다 반드시 우수하다고 말할 수 없다. 소송법의 기초개념인 소송물을 실체법과 소송법의 유기성에서 도출하여 그 원칙적 지향점을 복원하고, 개별적 문제들을 이에 최대한 부합하도록 해결함이 타당하다. 결론적으로 구실체법설에 따라 소송물 표준을 정하고 선택적 병합, 이부, 이송 등 소송기술을 통해 해결하는 우리 재판 실무는 문제가 없다고 보여지며, 개별적 문제는 그 개별적 문제상황 내에서 다양한 제도적 내용들의 구체적 적용을 통해 해결하면서 기초개념인 소송물의 원칙적 모습을 지키는 것이 타당하다고 생각된다.

(논문투고일: 2021.9.3., 심사개시일: 2021.9.6., 게재확정일: 2021.9.24.)



이 성 범

소송물, 청구권개념, 일지설, 이지설, 구실체법설.

【참 고 문 헌】

<국내문헌>

강현중, 「민사소송법(제6판)」, 博英社, 2004.
郭潤直, 「債權總論(新訂修正版)」, 博英社, 2002.
김덕영, 「막스 베버, 이 사람을 보라」, 인물과사상사, 2008.
金祥洙, 「民社訴訟法槪論(제4판)」, 法友社, 2007.
김영희, 「형성권 연구」, 景仁文化社, 2007.
김용진, 「실체법을 통하여 본 民事訴訟法(제5판)」, 新英社, 2008.
金洪奎, 「民事訴訟法(第7版)」, 三英社, 2004.
김홍엽, 「민사소송법(제7판)」, 박영사, 2018.
宋相現·朴益煥, 「民事訴訟法(新訂5版)」, 博英社, 2008.
이시윤, 「新民事訴訟法(제12판)」, 博英社, 2018.
鄭東潤·庾炳賢·金慶旭, 「民事訴訟法(제6판)」, 法文社, 2017.
호문혁, 「민사소송법(제13판)」, 法文社, 2016.
Peter Stein, 김기창 역, 「유럽 역사에서 본 로마법」, 일다, 2021.
金建昊, “旣判力의 物的範圍에 관한 小考 - 訴訟物理論을 중심으로 -”, 法曹 통권 제612호(2007. 9), 法曹協會.
金祥洙, “訴訟物이란 괴물”, 考試硏究(2000. 3), 考試硏究社.
金相容, “民法思想史”, 학술원논문집(인문사회과학편) 제53집 1호(2014), 대한민국 학술원.
김용진, “소송상 쟁점사항과 소송물이론”, 法學硏究 第12卷 第1號(2001), 忠南大學校 法學硏究所.
李忠相, “眞正名義回復을 위한 所有權移轉登記請求와 旣判力”, 저스티스 통권 66호(2002. 4), 韓國法學院.
鄭圭相, “確認訴訟의 訴訟物”, 考試界(1998. 12), 考試界社.
鄭東潤, “訴訟物의 識別基準에 관한 大法院判例의 立場”, 考試界(1994. 12), 考試界社.
胡文赫, “19世記 獨逸에 있어서의 請求權槪念의 生成과 變遷”, 「民事訴訟法硏究(Ⅰ)」(1998), 法文社.

<외국문헌>

Hattenhauer, Christian: Einseitige private Rechtsgestaltung, Mohr Siebeck, 2011.

Hofmann, Franz: Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, Mohr Siebeck, 2017.

Jauernig, Othmar: Verhandlungsmaxime, Inquisitionsmaxime und Streitgegenstand, Mohr Siebeck, 1967.

Rosenberg, Leo/Schwab, Karl H./Gottwald, Peter: Zivilprozessrecht, 18. Auflage, C.H.Beck, 2018.

Winkelmann, Thomas: Der Anspruch, Mohr Siebeck, 2021.

Becker-Eberhard, Ekkehard: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 6. Auflage, Band 1, C.H.Beck, 2020 (인용: MüKoZPO/Becker-Eberhard, Vorbemerkung zu § 253).

Roth, Herbert: Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung, 23. Auflage, Band 3, Mohr Siebeck, 2016 (인용: Stein/Jonas/Roth, vor § 253).

Baumgärtel, Gottfried: “Zur Lehre vom Streitgegenstand”, JuS (Juristische Schulung) 1974, 69 ff.

Stamm, Jürgen: “Zum Verzicht auf die Streitgegenstandslehre im Sinne einer Rückbesinnung auf die materiellrechtlichen und prozessualen Ausgangsfragen”, ZZP (Zeitschrift für Zivilprozess) 2016, 25 ff.

Abstract

Zum Begriff des Streitgegenstandes im Zivilprozess

Seongbum Lee

Der Streitgegenstandsbegriff ist in zahlreichen Konstellationen des Zivilprozesses von Relevanz. Nur mit Kenntnis der Bedeutung des Streitgegenstandsbegriffs lassen sich also wichtige Fragestellungen des Zivilprozessrechts verstehen. Er ist zwar von wesentlicher Bedeutung für das Zivilprozessrecht, gleichwohl aber nicht gesetzlich geregelt. Aufgrund dieser Bedeutung einerseits und der fehlenden gesetzlichen Regelung sowie aufgrund eines uneinheitlichen Sprachgebrauchs andererseits gehört ein allgemeines und umfassendes Verständnis des Streitgegenstandsbegriffs wohl zu den umstrittensten Fragen des Zivilprozessrechts.

In Lehre wird die Ansicht überwiegend vertreten, dass Streitgegenstand eines Zivilprozesses nicht mit dem materiell-rechtlichen Anspruch bzw. Rechtsverhältnis identisch ist. Dabei gilt ein eigenständiger prozessualer Streitgegenstandsbegriff. Doch der Oberste Gerichtshof in Südkorea folgt noch dem materiell-rechtlichen Streitgegenstandsbegriff. Außerdem sind auch verschiedene Konstruktionen des Streitgegenstandsbegriffs erschienen. In diesem Zusammenhang betrachtet die vorliegende Arbeit die Frage, wie der Streitgegenstandsbegriff im Zivilprozess zu verstehen ist, und versucht, über das Verhältnis zwischen dem materiellen und dem prozessualen Recht nachzudenken.



Seongbum Lee

Streitgegenstand, Anspruchsbegriff,
eingliedriger Streitgegenstandsbegriff,
zweigliedriger Streitgegenstandsbegriff,
materiell-rechtlicher Streitgegenstandsbegriff.

성균관대학교 법학연구원 『성균관법학』 10.17008/skklr.2021.33.3.008
제33권 제3호 (2021. 9.)
Sungkyunkwan Law Review Vol.33. No.3 (September 2021) pp333~359

법인 등 조직체의 형사책임과 자연인 책임의 관계

-양벌규정에 의한 조직체와 구성원 책임을 중심으로-

이 성 대*

【목 차】

Ⅰ. 들어가며
Ⅱ. 현행법상 조직체 책임의 근거와 조직체 책임의 귀속모델
1. 현행법상 조직체 책임의 근거
2. 법인 등 조직체 책임의 귀속모델
3. 현행법상 조직체 책임의 귀속모델
Ⅲ. 조직체 책임과 자연인 책임의 관계
1. 자연인인 개인의 행위 및 처벌과 조직체 처벌의 연계성
2. 선택의 가능성
3. 관련 판례
4. 소결
Ⅳ. 조직체 책임과 구성원 책임의 병존 가능성
1. 책임주의원칙과 조직체의 형사책임
2. 법인 등 조직체의 행위와 책임에 대한 전통적 관점
3. 법인 등 조직체 책임과 자연인 책임의 병존가능성
Ⅴ. 나오며 : 조직체와 구성원인 자연인 형사책임 사이의 관계

【국 문 요 약】

이 글은 오늘날 다방면에서 영향력을 확대하고 있는 법인 등 조직체의 형사책임과 그 조직체를 구성하는 자연인의 형사책임 사이의 관계를 검토함에 목적이 있다. 이에 ① 현행법상 법인 등 조직체의 책임형식과 조직체 책임의 귀속모델, ② 조직체의 형사책임과 개인의 형사책임 사이의 종속관계, ③ 조직체 처벌의 책임주의 위배여부 등에 대하여 검토하였다.

먼저, 전통적인 법인 등 조직체의 형사책임에 대한 견해대립에 불구하고 현행법은 양벌규정을 통하여 조직체 처벌의 필요성에 일부 대응하고 있는데, 현행법상 유일한 조직체 책임의 근거인 양벌규정은 대표자위반

* 한세대학교 경찰행정학과 조교수, 법학박사

행위사례유형(종속모델)과 종업원등위반행위사례유형(독립모델)을 포함하는 혼합(결합)모델의 일종으로 이해할 수 있다.

다음으로, 조직체의 형사책임과 그 구성원의 형사책임 사이에 종속관계가 존재하는지의 여부와 관련해서는 조직체 종속처벌방법, 자연인 포함처벌방법, 조직체·자연인 독립처벌방법 등 크게 세 가지의 가능성이 존재하지만, 이는 조직체 책임의 귀속모델과는 강한 논리적 연관성을 보이지는 않는다. 이와 관련하여 우리 판례는 2007년 이후의 양벌규정 단일화 작업을 전후로 법인 등 조직체 형사책임의 독자성을 인정하는 방향으로 변화하는 과정에 있다고 볼 수 있다.

그리고 법인 등 조직체의 처벌이 형법상 책임주의와 충돌하는 것은 아닌지와 관련하여 보면, 법인의 범행능력을 부정하는 전통적인 관점이 지적하고 있는 것과 같이 조직체와 자연인이 상이한 존재이므로 각각의 고유한 행위구조를 전제로 양자의 책임이 병존할 수 있다. 다시 말해서, 자연인을 전제하지 않고도 법인 등 조직체에 고유한 책임을 구성할 수 있으며, 이와 같은 조직체 책임의 이해는 조직체 책임귀속의 구체적인 형태에 따라 법인 등 조직체의 형사책임과 그 구성원인 자연인의 책임 사이의 관계를 구체화하는 토대가 될 수 있을 것이다.

Ⅰ. 들어가며

오늘날 전방위적인 관심의 대상이 되고 있는 4차 산업혁명이라는 화두에 비하면, 법인 등 조직체의 형사책임이라는 문제는 철지난 주제로 보이기도 한다. 형사법의 영역에서 이 주제에 대한 논의가 이어져 온 기간이 상당할 뿐만 아니라 이미 여러 국가에서 법인 등 조직체의 형사책임을 긍정하는 내용의 법률을 제정하는데 성공한 사례가 증가하고 있다는 점에서 특히 그러하다. 하지만 이와 같은 내용의 입법에 성공했다고 해서 법인 등 조직체의 형사책임에 대한 논의가 일단락된 것으로 보이지는 않는다. 여기에 해당하는 입법례들은 법인 등 조직체를 처벌해야 할 현실적 필요를 반영했을 뿐 이론적 토대는 여전히 부실하기 때문이다. 이러한 법인 등 조직체의 형사책임에 대한 논의는 앞으로 진행될 4차 산업

혁명에 따른 규범적 논의와도 일정한 연관이 있다. 특히 AI(artificial intelligence)가 대표적인데, 가까운 미래에 등장할 것으로 예측되고 있는 인공지능으로 무장한 로봇과 같은 새로운 법인은 사람의 집합체(사단) 또는 재산의 집합체(재단)를 포괄하는 전통적인 법인의 범죄능력에 대한 논쟁을 마무리하지 못한 상황에서는 해법을 마련하기가 쉽지는 않을 것으로 보인다. 과거와 현재의 법인으로서 조직체의 형사책임에 대한 논의의 진전은 근미래에 등장할 AI와 같은 새로운 법인에 대비하는 의미에서도 여전히 중요하다는 것이다.

이하에서는 법인 등 조직체의 형사책임과 조직체를 구성하는 자연인의 형사책임사이의 관계에 주목하고자 한다. 조직체를 둘러싸고 발생하는 법익침해와 관련하여 자연인인 행위자가 있기 마련이고 이에 따라 조직체의 책임은 허상이라는 것이 전통적인 입장이라 할 수 있지만, 자연인인 행위자의 존재에도 불구하고 조직체의 책임을 논의하기 위해서는 조직체 책임과 자연인 책임의 관계를 규명하는 과정이 필요하기 때문이다.

이와 같이 자연인의 책임을 중심으로 형성 및 발전해 온 형사법학적 성취를 자연인 이외의 법적 인격체에 적용하기 위해서는 범죄주체에 대한 전통적 이해를 수정할 필요가 있으며, 그 일환으로 이하에서는 법인 등 조직체의 형사책임과 이러한 조직체를 구성하는 자연인의 형사책임 사이의 관계 내지 연관성에 대하여 검토하고자 한다. 이를 위하여 현행법상 법인 등 조직체의 책임형식과 조직체 책임의 귀속모델에 대하여 살펴보고(Ⅱ), 이러한 귀속모델을 전제로 조직체의 형사책임과 개인의 형사책임 사이의 종속관계의 존부문제(Ⅲ)와 조직체 처벌이 책임주의를 위배하는 것인지의 여부(Ⅳ) 등에 대하여 차례로 검토하고자 한다. 그리고 이러한 논의를 토대로 조직체의 형사책임과 구성원인 자연인의 책임 사이의 관계에 대한 나름의 생각을 제시하고자 한다(Ⅴ).

Ⅱ. 현행법상 조직체 책임의 근거와 조직체 책임의 귀속모델

1. 현행법상 조직체 책임의 근거

전통적으로 법인 등 조직체의 형사책임을 인정할 것인가를 둘러싸고 긍정설과 부정설이 대립하여 왔지만, 최근까지도 전통적인 부정설의 입

장이 여전히 우세한 것으로 보인다. 이에 따라 현행법상 법인을 비롯한 조직체 자체가 형사책임을 부담하는 유일한 형식은 양벌규정이라 할 수 있으며, 이외에 현행법상 조직체의 형사책임을 인정하는 근거규정을 찾기는 쉽지 않다. 물론, 형법 제114조(범죄단체 등의 조직), 「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」 제4조(단체 등의 구성·활동) 및 제5조(단체 등의 이용·지원) 등 범죄단체조직죄도 조직체와 관련하여 발생하는 범죄에 대한 일정한 대응으로서의 의미는 내포하고 있다고 할 수 있다. 하지만 발생한 결과에 대하여 조직체 자체의 책임을 인정하는 것이 아니라 조직체를 구성하고 이용한 것에 상응하여 그 조직체를 구성하는 자연인을 처벌하는 규정이라는 점에서 조직체의 책임형식이라 하기는 어렵다. 따라서 현행법을 전제로 조직체 책임과 자연인인 구성원 책임의 관계를 논의하게 되면 부득이하게 주로 양벌규정을 중심으로 논의를 진행할 수밖에 없다. 하지만 여기서 언급하는 조직체의 책임과 자연인의 책임 사이의 관계가 양벌규정에만 한정된 논의는 아니다. 법인의 형사책임을 긍정하는 전제에서는 양벌규정이 아니라도 조직체와 그 구성원의 책임 사이의 관계가 문제될 여지는 충분하기 때문이다.

2. 법인 등 조직체 책임의 귀속모델

현행법상 법인 등 조직체의 책임을 근거지우는 규정은 양벌규정 외에는 없지만, 기업으로 대표되는 조직체 처벌에 대한 현실적 필요를 배경으로 입법론적 관점에서 조직체의 형사책임을 귀속시키는 방안에 대한 논의도 이어져 오고 있다.[1] 이러한 조직체 책임의 귀속방식에 대한 논의는 종래의 양벌규정을 통한 조직체 처벌이 노출하고 있는 문제점에 대한 인식에서 출발한다고 할 수 있다.[2] 조직체의 형사책임을 귀속시키는 이

1) 김성돈, "양벌규정의 문제점과 한계, 그리고 개선입법의 방향성", 형사법연구 제29권 제2호, 2017, 5면은 양벌규정을 통하여 법인의 형사책임을 인정하는 규범적 틀은 '귀속'이라고 하면서, '귀속'의 의미를 「어떤 주체가 실현한 요건을 실제로 그 요건을 구비하지 못한 타자에게 '이전' 내지 '할당'하는 것을 의미한다」고 설명한다. 이와는 달리 이 글은 양벌규정을 통한 법인의 형사책임만을 대상으로 하는 것이 아니므로 여기서의 '귀속'은 법인의 형사책임을 인정하기 위한 입법모델을 의미한다.

2) 양벌규정을 포함한 종래의 기업형사책임 귀속의 문제점에 대하여는 박광민, "기업에 대한 형사책임귀속의 바람직한 방안", 성균관법학 제27권 제3호, 2015, 77면 이하.

론적 틀은 종속모델과 독립모델로 대표된다.

가. 종속모델

조직체의 책임을 직접의 행위자인 자연인의 행위에 종속하여 구성하는 입법모델로 '기업(법인)행위책임설' 또는 동일시이론(Identification theory)이라고도 한다.[3] 주로 영미에서 발전되어 온 이 이론은 조직체의 형사책임과 관련한 판례이론이라 할 수 있으며,[4] 영국에서 등장한 이 판례이론은 산업혁명 이후 철도회사에 의한 피해가 급격하게 증가한 것을 배경을 한다.[5] 동일시이론은 특히 대표자 등 조직체의 의사결정에 영향을 미칠 수 있는 자연인의 행위를 조직체의 행위로 보아 조직체의 책임을 인정하는 것으로 이는 법인의 의사결정에 영향을 미칠 수 있는 자연인을 고려하여 법인 등 조직체 범죄의 방지를 모색하려는 취지라고 할 수 있다.[6] 이 모델은 법인 등의 조직체의 행위로 동일시할 수 있는 자로 조직체를 관리하는 위치에 있는 고위직 임원의 행위를 전제로 한다.[7]

이 모델에는 동일시되는 법인 등 조직체의 행위책임을 세분하여 행위책임과 하위의 종사자에 대한 감독책임으로 구성하는 견해(긍정설 또는 행위·감독책임 이원화설)와 이를 세분하지 않고 행위책임으로만 구성하는 견해(부정설 또는 행위책임일원화설)가 있다.[8] 동일시 이론에서 나타나는 이러한 견해의 차이는 법인 등 조직체의 행위의 구체적인 양상을 이해하는 방법상의 차이라 할 수 있는데, 결과적으로 법인 등 조직구조와 관련하여 발생하는 법익침해의 결과에 있어서 조직체와 조직구성원 중 자연인인 관리(감독)자 그리고 단순종사자라는 3면 관계를 행위책임고려의 대상으로 할 것인지 아니면 조직체와 조직구성원이라는 2면 관계로

---

3) 박광민, "기업에 대한 형사책임귀속의 바람직한 방안", 82면.

4) 1842년 Birmingham사건(R. v. the Birmingham and Gloucester Rly. Co.)과 1846년 Great North of England사건(R. v. the Great North of England Rly. Co.) 등을 관련사례로 언급할 수 있다.

5) 송기동, "영미 기업범죄 형사책임의 전개", 형사정책 제20권 제2호, 2008, 44면.

6) 김성규, "법인처벌의 법리와 규정형식", 법조 통권 제578호, 2004, 127면.

7) L. H. Leigh, "The Criminal Liability of Corporations in English Law", 1969, p.97.

8) 이러한 구분에 대하여는 김성룡·권창국, "기업·법인의 형사책임법제 도입가능성과 필요성", 형사법의 신동향 통권 제46호, 2015, 127면.

이해하는지의 차이라고도 할 수 있다. 이러한 견해차에도 불구하고 조직체의 범행을 인정하기 위해서는 자연인인 직접행위자가 구성요건해당성, 위법성, 책임 등의 범죄성립요건을 충족할 것을 요구한다는 점에는 입장을 같이한다.[9]

이상과 같은 종속모델에 따른 입법의 예로는 미국의 모범형법전(Model Penal Code) 제207조와 프랑스 형법 제121-2조 제1항, 오스트리아의 단체책임법(Verbandsverantwortlichkeitsgesetz: VbVG) 제3조 제1항 등을 언급할 수 있다.[10]

나. 독립모델

이 입법모델은 '조직모델' 또는 '법인독립처벌설' 등으로도 지칭되어 왔는데, 자연인의 책임과 구별되는 조직체의 고유한 책임을 인정하는 이론으로 일본에서는 70년대에 이미 소위 '기업조직체책임론'이라는 형식으로 주창된 이론이다.[11] 앞의 종속모델에서와 같이 조직체의 의사결정에 영향을 미칠 수 있는 대표자 등의 행위가 아니더라도 조직체의 독자적인 책임을 인정할 수 있다는 점에 특징이 있다. 이 이론은 종속모델의 경우 자연인인 직접행위자를 특정하지 못하면 조칙체의 책임도 인정할 수 없다는 결함이 있기 때문에 자연인의 특정이 이루어지지 않은 경우에 대비하여 조직체 자체의 책임을 보충적으로 인정하기 위한 것으로 이해되기도 한다(보충모델).[12]

그리하여 이 모델은 조직체를 구성하는 개개인을 초월하는 기업 등 조직체의 활동을 인정하고 이를 형사책임의 대상으로 설정하는 것이라 할 수 있다.[13] 결과적으로 종속모델이 자연인의 행위를 전제로 조직체의 행위를 이해하는 것과 달리 예를 들어 일정한 기업의 지점장, 공장장 등과 같은 중간관리자의 행위를 그 조직체의 행위로 볼 수 있을 뿐만 아니라

9) 박광민, "기업에 대한 형사책임귀속의 바람직한 방안", 83면.

10) 이러한 종속모델의 장·단점 등에 대하여는 김성룡·권창국, "기업·법인의 형사책임법제 도입가능성과 필요성", 131면 이하.

11) 板倉 宏, "企業體と刑事責任 - 企業組織體責任論の提唱", 刑法雜誌 19卷 1/2号, 1973, 22면 이하.

12) 박광민, "기업에 대한 형사책임귀속의 바람직한 방안", 84면.

13) 板倉 宏, 現代社會と新しい刑法理論, 勁草書房, 1980, 45면.

말단종업원의 행위라도 객관적으로 업무관련성이 있는 것으로 조직체 활동의 일환으로 행해지면 조직체의 행위로 볼 수 있다는 점에 차이가 있다.[14] 이 모델도 조직체 책임의 구체적 요건을 어떻게 구성하느냐에 따라 3가지 정도의 세부유형으로 나눌 수 있다.[15]

이러한 독립모델에 따른 입법례로는 보충적 기업책임(subsidiäre Unternehmenshaftung)을 인정하고 있는 스위스 형법 제102조가 제2항과[16] 영국의 기업과실치사법(corporate manslaughter and corporate homicide act) 제1조 제1항이 대표적이다.[17]

3. 현행법상 조직체 책임의 귀속모델

이상에서 법인 등 조직체의 형사책임을 구성하기 위한 시도로서의 종속모델과 독립모델에 대하여 개관하였는데, 이들 입법모델은 서로 배척하는 관계로 보이지는 않는다. 이들 두 모델은 현실세계에서 발생하는 법인 등 조직체의 행위가 노출하는 여러 측면 중 하나를 설명하는 방식에 불과하다고 볼 수 있기 때문이다. 실제로 각국의 입법례를 살펴보면, 종속모델과 독립모델을 혼합한 형태도 다수 발견된다. 앞서 언급한 스위스 형법 제102조 뿐만 아니라 오스트리아 단체책임법 제3조도 두 모델을 모두 수용하고 있다.[18] 이와 같이 두 가지 입법모델을 모두 수용한 입법모델을 '혼합모델' 또는 '결합모델'이라 별도로 지칭하기도 한다. 우리 현행법상 유일한 조직체 형사책임의 근거라 할 수 있는 양벌규정의 형식도 혼합모델의 하나로 이해할 수 있다. 즉, 대표자위반행위사례유형의 경우 대표자의 행위를 조직체의 행위로 이해하는 동일시이론을 조직체 책임의 귀속근거로 이해할 수 있으며, 종업원등위반행위사례유형의

14) 板倉 宏, 現代社會と新しい刑法理論, 45-46면.

15) 이에 대하여는 김성룡·권창국, "기업·법인의 형사책임법제 도입가능성과 필요성", 133면 이하.

16) 다만, 동조 제1항은 경합적 기업책임(konkurrierende Unternehmenshaftung)을 인정하고 있어서 엄밀한 의미에서 스위스 형법은 독립모델과 종속모델을 혼합한 입법형태를 취하고 있다고 봄이 타당하다.

17) 영국의 2007년 기업과실치사법의 주요한 내용에 대하여는 김재윤, "영국의 기업과실치사법에 대한 고찰과 시사점", 형사정책연구 제25권 제4호, 2014, 195면 이하.

18) 오스트리아 단체책임법 제3조에 대하여는 박광민, "기업에 대한 형사책임귀속의 바람직한 방안", 83면·85면.

경우 동일시이론(종속모델)은 적용할 수 없으므로 조직체책임론(독립모델)의 적용가능성을 생각할 수 있다.[19] 물론 종업원등위반행위사례유형의 경우 자연인인 행위자의 특정이 가능하므로 보충모델의 형식으로 이해하기는 어렵지만, 우리 양벌규정의 단서조항을[20] 근거로 조직체 자체의 행위성을 인정하는 것이 가능하다는 점에서 독립모델의 적용이 전혀 불가능한 것은 아니라고 본다.[21] 하지만 이와 같은 이해에 기반하여 조직체의 책임을 귀속시키려면 조직체와 그 구성원인 자연인의 책임 사이의 관계를 어떻게 설정할 것인지를 먼저 밝혀야 할 필요가 있다.

Ⅲ. 조직체 책임과 자연인 책임의 관계

1. 자연인인 개인의 행위 및 처벌과 조직체 처벌의 연계성

조직체 형사책임의 귀속모델은 조직체와 그 구성원인 자연인과의 관계를 각 모델의 이론적 상세에 따라 설명하고 있다. 다만 이는 입법적 모델에 불과하기에 현행법상 조직체 책임의 유일한 근거라 할 수 있는 양벌규정을 통하여 조직체 책임과 자연인인 구성원의 책임의 관계를 어떻게 설정하고 있는지를 살펴 볼 필요가 있다. 여기서의 자연인인 구성원은 영업주인 개인과 종업원 등의 하위종사자를 포함하므로 법인 등의 조직체, 영업주인 개인, 영업주외의 종사자라는 3면의 관계가 문제될 수 있다. 즉, 영업주인 법인과 영업주인 개인의 관계, 영업주인 법인과 종사자의 관계, 영업주인 개인과 종사자의 관계가 바로 그것이다. 여기서는 조직체와 개인의 관계를 검토하고자 하는 것이므로 ① 영업주인 법인과 영업주인 개인의 관계와 ② 영업주인 법인과 종사자의 관계가 문제된다. 이는 결국 조직체 처벌의 전제로 위반행위(또는 위반행위자)의 특정이 선행되어야 하는지, 나아가 조직체의 처벌을 위하여 개인의 처벌이 전제

19) 여기서 대표자위반행위사례유형 및 종업원등위반행위사례유형의 구분에 대하여는 김성돈, “기업에 대한 형사처벌과 양벌규정의 이론적 기초 -법인의 행위성문제를 중심으로-”, 형사법연구 제28권 제2호, 2016, 11면.

20) 보통「다만, 법인 … 이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다」라는 형식으로 규정되어 있다.

21) 이에 대하여 부정적인 입장은 김성돈, “양벌규정의 문제점과 한계, 그리고 개선입법의 방향성”, 6면 이하.

되어야 하는지, 또 여기서 조직체를 구성하는 개인의 범위를 어떻게 설정할 것인지 등의 문제로 치환할 수 있다. 2007년 헌법재판소의 위헌결정(헌법재판소, 2007. 11. 29., 2005헌가10 전원재판부 결정) 이후 단일화된 양벌규정은 대체로 「법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 … 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과(科)한다. 다만, …」이라는 형식을 취하는데,[22] 문언상 "그 행위자를 벌하는 외에"라고 명시하고 있으므로 종사자의 행위나 처벌과의 연계성을 완전히 부정하기는 어렵다. 다만 영업주인 법인과 영업주인 개인의 경우에는 "법인 또는 개인"이라고 하여 두 주체 모두가 처벌되거나 어느 한 주체만 처벌되어도 무방하게 규정하고 있어서 양자 사이의 관계는 해석을 통하여 보충할 수밖에 없다. 여기서는 양벌규정의 해석을 둘러싸고 논의되어 온 법인 등 조직체의 형사책임과 자연인인 조직체구성원의 형사책임 사이의 관계에 대한 학설과 판례의 내용을 검토하고 현행 양벌규정의 해석방향에 대하여 고민하고자 한다.

2. 선택의 가능성

법인 등 조직체의 책임과 그 구성원인 자연인의 책임 사이의 관계를 이해하는 방법으로는 ① 온전한 형사책임자인 자연인인 행위자를 처벌하는 것에 덧붙여서 법인 등 조직체를 함께 처벌하는 것에 불과하다고 보는 관점(조직체 종속처벌방법), ② 법인 등 조직체의 행위구조를 자연인의 행위를 필수적인 전제로 하여 자연인인 행위자를 포함하는 것으로 보는 관점(자연인 포함처벌방법), ③ 조직체의 책임과 자연인의 책임 사이에는 필연적 관계는 존재하지 않고 각각 독립한 별개의 것으로 보는 관점(조직체·자연인 독립처벌방법) 등을 생각해 볼 수 있다.[23]

---

22) 2007년 헌법재판소의 위헌결정은 종래 몇 가지의 규정형식으로 나뉘어 있던 양벌규정이 현황과 같은 하나의 형태로 단일화되는 출발점이라 할 수 있다. 이러한 헌법재판소의 위헌결정의 경과, 이후 단일화된 양벌규정의 내용, 개정된 양벌규정의 문제점 및 해석방향 등에 대하여는 조명화·박광민, "양벌규정과 형사책임 -개정된 양벌규정의 문제점을 중심으로-", 법학논총 제23집, 2010, 279면 이하.

23) 실제로 이들 각각의 관점을 법인부수처벌설, 자연인포함설, 독립설로 지칭하여 설명하기도

가. 조직체 종속처벌의 관점

이는 법인 등 조직체의 형사책임을 부정하는 전제에 충실한 논리적 결론이라 할 수 있는데, 법인 등 조직체는 형사책임의 주체가 될 수 없고 온전한 책임자인 자연인의 처벌에 부수하여(혹은 종속하여) 처벌될 수 있을 뿐이라는 것이다. 즉, 법인 등 조직체와 관련하여 법익침해의 결과가 발생하더라도 진정한 행위자는 자연인인 구성원일 뿐이고, 그 범죄행위로부터 이익을 얻는 법인 등의 조직체에 대하여는 재산의 박탈로 대응하는 것으로 족하다는 입장이다.[24] 이에 따르면 자연스럽게 법인등 조직체의 책임과 자연인인 개인의 책임 사이의 관계는 자연인의 책임을 주로 하고 법인의 처벌은 이에 부수하는 것에 불과한 것으로 보게 된다. 특히 이러한 관점은 법인의 행위 자체를 인정하지 않기 때문에 법인 등 조직체는 어떻게 행위하는지를 밝혀야할 필요도 없다고 할 수 있으며, 법인을 부득이 처벌하는 경우 자연인 처벌규정에 부수하여 규정하는 것이 자연스럽다고 한다.[25]

현행법상의 양벌규정이 바로 이와 같은 형식을 취하고 있다고 해석될 여지가 상당하다. 즉, 종래의 양벌규정은 자연인의 처벌규정 다음에 위치시켜 부수적으로 규정하고 있을 뿐만 아니라 그 내용도 법인의 구성원이 업무에 관하여 법률을 위반한 경우에 그 구성원을 벌하는 외에 법인도 동일한 액수의 벌금형에 처한다고 규정하고 있기 때문이다. 나아가 법인 등 조직체의 범죄성립요건을 별도로 규정하지 않고 있다. 또한 그 법정

한다. 이에 대하여는 박기석·송건섭, "법인범죄에 있어서 법인과 자연인 행위자 책임의 상호관계 -이론과 판례의 검토-", 사회과학연구 제9권 제1호, 대구대학교 사회과학연구소, 2001(http://www.riss.kr/search/download/FullTextDownload.do?control_no=1d0efc7efa25974d&p_mat_type=1a0202e37d52c72d&url_type=&orgcode=863532d4eceaa7d8, 검색일: 2021. 6. 5).

24) 이재상·장영민·강동법, 형법총론, 박영사, 2019, 106면은 「… 형벌은 범죄를 저지른 개인에 대한 사회윤리적 반가치판단을 표현한 것이므로 형벌에 의하여 법인을 처벌하는 것은 형벌의 의미와 정당성에 반한다고 해야 하며 법인에 대한 제재는 형벌 이외의 다른 수단, 즉 범칙금이나 부담금 또는 수익몰수제도에 의하여 달성하는 것이 타당하다」고 하여 이와 같은 입장을 대변한다.

25) 박기석·송건섭, "법인범죄에 있어서 법인과 자연인 행위자 책임의 상호관계 -이론과 판례의 검토-", 2면(이 자료의 인용 페이지는 전자출판된 논문의 출력본을 기준으로 하며, 이하 동일하다).

형도 최근 들어 일부의 변형이 발견되고 있기는 하지만, 자연인에 대하여 부과되는 벌금을 기준으로 하고 있기 때문에 현행의 양벌규정에 근거한 법인의 처벌은 자연인 처벌에 종속적이라 볼 수 있는 여지가 다분하다. 일정한 행정적 목적에 근거하여 법인 및 단체에 대하여 질서위반금(Bußgeld)을 부과할 수 있도록 규정하고 있는 독일의 질서위반법(OWiG) 제30조도 이러한 입장에 근거한 것으로 이해할 수 있다. 그리고 이러한 관점에 따르면 독일의 질서위반법과 같이 형벌인 벌금형이 아니라 행정제재인 과태료를 부과함이 타당하다는 주장으로 이어진다.[26]

나. 자연인 포함처벌의 관점

이는 법인 등 조직체 책임의 입법모델 중 독립모델(조직모델)에 근거할 때 가능한 방법론이라 할 수 있다. 앞에서와 같이 독립모델은 고위직 임원에 제한하지 않고 업무와 관련한 모든 구성원의 행위를 법인의 행위로 파악하기 때문에 자연인인 행위자 또는 그 행위자의 행위를 특정하지 않고도 법인 등 조직체를 처벌할 수 있다고 하는데, 이러한 논리를 극단적으로 관철하면 법인 등 조직체가 처벌되는 것에 종속하여 자연인인 구성원이 처벌된다고 보는 것이 가능하다. 즉, 이 방법은 법인 등 조직체의 처벌을 중심에 두고 그 구성원인 자연인의 처벌은 조직체를 처벌함에 있어서 하나의 내용으로 이해하는 것이라 할 수 있다.[27] 하지만 독립모델은 자연인인 행위자와 독립하여 법인 등 조직체의 행위를 인정하는 것 또는 자연인을 매개하지 않고 법인 등 조직체의 범죄주체성을 인정하는 것에 중점이 있다고 할 수 있다.[28] 즉, 독립모델은 법인 등 조직체의 책임과 자연인인 구성원의 책임 사이에 반드시 우열을 두고 있는 것은 아니므로 후술하는 조직체·자연인 독립처벌의 관점으로의 연결도 가능하다고 본다.

---

26) 이러한 취지에서 배종대, 형법총론, 홍문사, 2011, 217면은 법인에 대하여 형벌을 부과하는 것은 극복되어야 필요가 있다고 한다.

27) 박기석·송건섭, “법인범죄에 있어서 법인과 자연인 행위자 책임의 상호관계 -이론과 판례의 검토-”, 3면.

28) 김성룡·권창국, “기업·법인의 형사책임법제 도입가능성과 필요성”, 132면.

다. 조직체•자연인 독립처벌의 관점

이는 법인 등 조직체의 형사책임과 그 구성원인 개인의 형사책임을 각각 별개의 성질로 서로 독자적인 것으로 구성하는 방법이다. 다시 말해서, 조직체와 자연인을 각각 독립된 개체로 파악하고 그 처벌에 있어서도 앞서 본 것과 같은 종속관계 또는 포함관계가 아니라 독립적 관계로 보는 것이다. 이러한 방법에 따르면 처벌에 있어서 조직체와 그 구성원인 자연인 사이에 우열관계를 인정하지 않고 서로 대등한 관계를 형성하게 된다. 조직체 책임의 입법모델 중 종속모델(동일시 이론)이 이러한 이해의 대표적인 예라고 한다.[29] 동일시 이론에 따르면 법인 등 조직체의 행위는 조직체의 의사결정에 영향을 미칠 수 있는 위치에 있는 자의 행위를 전제로 하기 때문에 직접의 행위자로 처벌되는 구성원이 영업주 이외의 종사자이든 아니면 고위직 임원이든 상관없이 법인 등 조직체의 행위와 책임을 독자적으로 구성할 수 있다는 것이다. 하지만 동일시 이론에 따르더라도 조직체 행위의 기준이 되는 자연인인 고위임원의 행위에 대하여 종속적이라는 점은 부정하기 어렵다.[30] 따라서 조직체와 자연인을 각각 독립하여 처벌하는 방법이 동일시 이론의 논리적 귀결은 아닌 것이다. 즉, 동일시 이론에 따르면 법인 등 조직체 종속처벌의 방법으로의 이론을 구성하는 것도 가능하다.

3. 관련 판례

현행법이 법인 등의 범죄능력에 대한 명확한 입장을 제시하고 있지는 않지만, 양벌규정과 관련한 판례를 통하여 법인 등 조직체의 형사책임과 그 구성원인 자연인의 형사책임 사이의 관계에 대한 법원의 입장을 일부 확인할 수 있다.

---

29) 박기석•송건섭, “법인범죄에 있어서 법인과 자연인 행위자 책임의 상호관계 -이론과 판례의 검토-”, 3면.

30) 동일시이론에 따라 법인 등 조직체의 책임을 인정하기 위해서는 자연인인 구성원의 행위의 특정뿐만 아니라 그 행위의 범죄성립요건(구성요건해당서, 위법성, 책임)의 충족도 전제로 하기 때문에 자연인인 행위자의 행위에 종속적이라 할 수 있다. 이에 동일시 이론은 직접 행위자의 행위를 명확히 입증할 수 있는 사건에서만 의미가 있다는 지적에 대하여는 김유근, “기업의 형사법적 책임 -책임귀속상의 문제점-”, 한양법학 제24권 제3집, 2013, 73면.

가. 조직체 종속처벌과 관련된 판례

앞서 언급한 2007년 헌법재판소의 위헌결정으로 양벌규정이 단일화되기 이전의 판례는 법인 등 조직체와 자연인인 구성원의 형사책임 사이의 관계에 대하여 법인 등 조직체는 자연인의 처벌에 종속하여 처벌된다고 이해하는 관점에 가깝다. 양벌규정에 따라 처벌되는 법인 등의 조직체에 대하여는 독자적인 고소가 요구되지 않다는 판결이나[31] 법인 등 조직체의 무과실의 입증에도 불구하고 면책을 인정하지 않는 판결[32] 등에서 이러한 법인 등 조직체의 처벌은 직접의 행위자인 자연인을 처벌하는 것에 종속한다는 사고를 확인할 수 있다.

또한 법인 등의 조직체를 처벌하기 위한 전제조건으로 직접의 행위자인 자연인의 처벌이 요구된다는 판결(대법원 1999. 7. 15. 선고 95도2870 전원합의체판결)도 조직체의 처벌은 그 구성원인 자연인의 처벌에 종속한다는 관점에 기반하고 있는 것으로 이해할 수 있다.

나. 조직체•자연인 독립처벌과 관련된 판례

1) 헌법재판소의 위헌결정이전

양벌규정의 단일화 이전의 판례는 조직체 종속처벌의 관점에 기반한 경우가 많았으나 법인 등 조직체의 범죄성립이나 처벌에 있어서 독자성을 긍정하는 사례도 일부 찾아 볼 수 있다. 법인이 자수감경의 혜택을 받기 위해서는 구체적인 행위자의 자수로는 부족하고, 법인의 행위가 되기 위해서는 일반 종업원의 행위가 아닌 법인의 이사 또는 대표자가 자수하여야 한다는 내용의 판결이나[33] 자연인인 행위자에 대하여 벌금형

---

31) “고소는 범죄의 피해자 또는 그와 일정한 관계가 있는 고소권자가 수사기관에 대하여 범죄사실을 신고하여 범인의 처벌을 구하는 의사표시이므로, 고소인은 범죄사실을 특정하여 신고하면 족하고 범인이 누구인지 나아가 범인 중 처벌을 구하는 자가 누구인지를 적시할 필요도 없는바, 저작권법 제103조의 양벌규정은 직접 위법행위를 한 자 이외에 아무런 조건이나 면책조항 없이 그 업무의 주체 등을 당연하게 처벌하도록 되어 있는 규정으로서 당해 위법행위와 별개의 범죄를 규정한 것이라고는 할 수 없으므로, 친고죄의 경우에 있어서도 행위자의 범죄에 대한 고소가 있으면 족하고, 나아가 양벌규정에 의하여 처벌받는 자에 대하여 별도의 고소를 요한다고 할 수는 없다(대법원 1996. 3. 12. 선고 94도2423 판결).”

32) 대법원 1980. 3. 11. 선고 80도138 판결; 대법원 1992. 8. 18. 선고 92도1395 판결.

33) 대법원 1995. 7. 25. 선고 95도391 판결.

을 선고유예하더라도 법인에 대해서는 벌금형을 부과할 수 있다는 내용의 판결[34] 등이 그 예이다. 이와 같은 판결의 취지는 범죄행위에 대한 직접적인 판단은 아니지만 법인처벌의 독자성을 강조한 것으로 이해할 수 있다.

2) 2007년 헌법재판소의 위헌결정 이후

2007년 헌법재판소의 위헌결정 이후에도 양벌규정의 적용에 있어서 법인 등 조직체 처벌의 성격을 자연인인 행위자와 분리하지 못하는 경향은 계속되었다. 예를 들면, 대법원은 「법인 대표자의 법규위반행위에 대한 법인의 책임은 법인 자신의 법규위반행위로 평가될 수 있는 행위에 대한 법인의 직접책임으로서, 대표자의 고의에 의한 위반행위에 대하여는 법인 자신의 고의에 의한 책임을, 대표자의 과실에 의한 위반행위에 대하여는 법인 자신의 과실에 의한 책임을 지는 것이다(헌법재판소 2010. 7. 29. 선고 2009헌가25 전원재판부 결정 참조). 따라서 이 사건 법률조항 중 법인의 대표자 관련 부분은 대표자의 책임을 요건으로 하여 법인을 처벌하는 것이므로 위 양벌규정에 근거한 형사처벌이 형벌의 자기책임원칙에 반하여 헌법에 위배된다고 볼 수 없다(대법원 2010. 9. 30. 선고 2009도3876 판결)」고 판시하였다. 이는 동일시 이론에 근거한 종속모델의 논리구조와 동일하다고 할 수 있다. 다만 법인 등 조직체의 행위와 처벌에 있어서 자연인인 행위자의 책임과 구별되는 조직체 고유의 책임을 강조함에 따라 법인책임의 독자적 성격을 인정한 것으로 이해할 수 있다.

또한 앞서 언급한 것과 같이 과거의 판례 중에는 양벌규정의 적용에 있어서 법인 등 조직체의 무과실이 입증된 경우에도 면책을 부정한 사례가 다수 발견되지만, 양벌규정의 단일화 이후에는 면책조항의 적용여부를 판단하는 기준을 구체화하여 제시함으로써 법인 등 조직체의 행위 및 책임과 관련하여 그 독자적 성격을 강조하는 경향을 보인다.[35] 다만 이

34) 대법원 1995. 12. 12. 선고 95도1893 판결.

35) 대표적으로, 「형벌의 자기책임원칙에 비추어 보면 위반행위가 발생한 그 업무와 관련하여 법인이 상당한 주의 또는 관리감독 의무를 게을리한 때에 한하여 위 양벌조항이 적용된다고 봄이 상당하며, 구체적인 사안에서 법인이 상당한 주의 또는 관리감독 의무를 게을리

판결의 내용 중 “전체적으로 종합하여 판단”한다는 것의 의미가 불명확하다는 등의 한계가 지적되고 있으며,[36] 이에 향후 법리의 구체화와 명확화가 요구된다고 할 수 있다.

한편, 법인 등 조직체의 책임과 그 구성원인 자연인의 책임 사이의 관계와 관련해서는 조직체 처벌의 전제로서 자연인의 처벌이 요구되느냐가 중요한 의미를 지닌다고 할 수 있는데, 조직체의 처벌을 위해서는 자연인의 처벌이 전제되어야 한다는 것으로 이해될 수 있는 판결이 여전히 발견되고 있다. 대표적인 판례로서 대법원은 「구 산업안전보건법(2007. 5. 17. 법률 제8475호로 개정되기 전의 것) 제68조 제1호, 제29조 제2항에 정하여진 벌칙규정의 적용 대상은 사업자임이 규정 자체에 의하여 명백하나, 한편 위 법 제71조는 법인의 대표자 또는 법인이나 개인의 대리인, 사용인(관리감독자를 포함한다) 기타 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제67조 내지 제70조의 위반행위를 한 때에는 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 각 본조의 벌칙규정을 적용하도록 양벌규정을 두고 있고, 이 규정의 취지는 각 본조의 위반행위를 사업자인 법인이나 개인이 직접 하지 아니하는 경우에는 그 행위자나 사업자 쌍방을 모두 처벌하려는 데에 있으므로, 이 양벌규정에 의하여 사업자가 아닌 행위자도 사업자에 대한 각 본조의 벌칙규정의 적용 대상이 된다(대법원 2010. 9. 9. 선고 2008도7834 판결)」고 한다.[37][38]

하였는지 여부는 당해 위반행위와 관련된 모든 사정 즉, 당해 법률의 입법 취지, 처벌조항 위반으로 예상되는 법익 침해의 정도, 그 위반행위에 관하여 양벌조항을 마련한 취지 등은 물론 위반행위의 구체적인 모습과 그로 인하여 실제 야기된 피해 또는 결과의 정도, 법인의 영업 규모 및 행위자에 대한 감독가능성 또는 구체적인 지휘감독관계, 법인이 위반행위 방지를 위하여 실제 행한 조치 등을 전체적으로 종합하여 판단하여야 한다(대법원 2010. 2. 25. 선고 2009도5824 판결)」라고 하여 (구)도로법 제86조 ‘양벌조항’의 면책규정 적용요건을 구체화하여 제시하고 있다.

36) 이러한 지적에 대하여는 김성돈, “법인의 형사책임과 양벌규정의 해석과 적용”, 저스티스 통권 제168호, 2018, 290면 이하.

37) 산업안전보건법상의 양벌규정은 종래부터 신분자로서의 사업주만을 수범자로 규정한 의무규정을 두고 있어서 이러한 의무를 부담하지 않는 비신분자로서 실제로 법률을 위반한 당해법인의 종사자를 처벌할 수 있는지가 문제되어 왔는데, 특히 직접의 행위자(실제의 의무위반자)가 신분의 결여로 처벌되지 않는다고 보아 법인도 처벌이 불가하다는 해석의 여지가 있다(이에 대하여는 차종진, “양벌규정 적용에 있어 의무규정의 수범자와 실제 의무위반자의 불일치”, 형사정책 제31권 제4호, 2020, 142면). 이 문제와 관련하여 학설은

비교적 최근의 판결에서도 이와 같은 법리가 확인되고 있다.[39] 이는 법인 등 조직체의 처벌을 위해서는 자연인인 직접의 행위자를 처벌하는 것이 전제되어야 한다는 종래의 태도를 벗어나지 못한 결과라고 할 수 있다.[40]

4. 소결

이상에서 살펴보았듯이 조직체의 형사책임과 개인의 형사책임의 관계에 대한 이론구성에는 크게 종속처벌방법, 자연인 포함처벌방법, 조직체·자연인 독립처벌방법이라는 세 가지의 선택 가능성이 존재한다. 하지만 이들 세 가지 가능성도 앞서 살펴 본 법인 등 조직체 책임의 귀속모델과 마찬가지로 서로 배척하는 관계는 아니라 각각의 관점이 병존할 수 있다고 보아야 할 것이다. 게다가 조직체 책임귀속의 모델과 조직체의 책임과 그 구성원 책임의 관계와 관련한 세 가지 가능성은 강한 논리연관을 보이지도 않는다. 따라서 현행법상의 양벌규정을 해석함에는 그 불완전성으로 인한 일정한 한계를 고려하지 않을 수 없겠으나, 입법론적 관점에서는 조직체의 책임과 그 구성원 책임의 관계에 대하여 보다 유연한 접근이 가능하다. 즉, 조직체 책임귀속의 모델로서의 종속모델과 독립모델이 병존하는 형태로서 혼합모델이 가능하다고 본다면,[41] 조직체의 책

양벌규정의 '행위자를 벌하는 외에'라는 문언을 근거로 신분이 없는 법위반자를 처벌할 수 있다는 견해(이주원, "산업안전보건법상 양벌규정에 의한 사업주와 행위자의 처벌", 고려법학 제51호, 2008, 292면; 조병선, "양벌규정과 형사책임", 형사판례연구 3, 박영사, 1995, 17면)와 양벌규정이 수범자의 범위를 확대하는 기능을 할 수는 없으므로 신분이 없는 자를 처벌할 수는 없다는 견해(김성돈, 형법총론, SKKUP, 2011, 156면)로 나뉘어 있다.

38) 이 판결의 대상이 된 산업안전보건법상의 양벌규정은 여러 차례의 개정을 거쳐 왔는데, 동법상 양벌규정의 변천에 대하여는 이순욱, "산업안전보건법상 형사처벌 규정에 관한 소고", 법학연구 제62권 제1호, 2021, 11면 이하.

39) 예를 들면, 대법원 2017. 12. 5. 선고 2017도11564 판결.

40) 산업안전보건법상의 양벌규정과 유사한 문제가 건축법에서도 문제되는데, 대법원은 처음에는 양벌규정을 통한 수범자 범위의 확대가능성을 부정하는 입장(대법원 1990. 10. 12. 선고 90도1219 판결; 대법원 1993. 2. 9. 선고 92도3207 판결 등)에서 이를 긍정하는 입장(대법원 1999. 7. 15. 선고 95도2870 전원합의체 판결)으로 변경하였다. 이러한 양벌규정과 비신분자의 처벌의 문제에 대하여는 김성돈, 형법총론, 155면 이하; 이순욱, "산업안전보건법상 형사처벌 규정에 관한 소고", 16면 이하.

임과 그 구성원 책임의 관계에 있어서도 세 가지 가능성의 혼합을 고려해 볼 수 있다.

조직체의 책임과 그 구성원 책임의 관계와 관련하여 우리 판례는 2007년 이후 단행된 양벌규정의 단일화 작업을 전후로 법인 등 조직체의 종속적 처벌이라는 이해에서 조직체 형사책임의 독자성을 인정하는 방향으로 변화하는 과정에 있는 것으로 보인다. 다만 법원의 판단대상이 되는 양벌규정의 불완전성으로 인하여 일부 이해하기 어려운 판결이 발견되는 것도 사실이다. 그러나 이는 현행의 양벌규정이 불완전하게 정비되었기 때문에 발생하는 부득이한 부분이기도 하다. 따라서 향후 양벌규정을 통한 조직체 책임을 포기하는 것을 포함하여 조직체 책임과 관련한 입법적인 개선이 이루어져야 할 것이다.

그럼에도 불구하고 현행 양벌규정 중 대표자위반행위사례유형은 종속모델을 종업원등위반행위사례유형의 경우 독립모델을 적용할 수 있다고 바라보는 전제에서 현행 양벌규정에 따른 조직체와 구성원 책임의 관계도 혼합적으로 이해할 수 있다. 이러한 전제에서 보면, 저작권법상 법인에 대한 친고죄 규정의 적용여부의 전제로서 상습성 판단을 구성원인 자연인대표자 및 종사자의 습벽여부를 기준으로 판단해야 한다는 판결이나[42] 양벌규정에 의한 법인의 형사책임에 관하여 자수감경이 적용되기 위하여는 「법인의 이사 기타 대표자가 수사책임이 있는 관서에 자수한 경우에 한」한다는 내용의 판결[43] 등도 수용이 가능하다.

---

41) 혼합모델에 대하여는 박광민, “기업에 대한 형사책임귀속의 바람직한 방안”, 88면 이하.

42) 「저작권법 제140조 본문에서는 저작재산권 침해로 인한 같은 법 제136조 제1항의 죄를 친고죄로 규정하면서, 같은 법 제140조 단서 제1호에서 영리를 위하여 상습적으로 위와 같은 범행을 한 경우에는 고소가 없어도 공소를 제기할 수 있다고 규정하고 있는데, 같은 법 제140조 단서 제1호가 규정한 ‘상습적으로’라고 함은 반복하여 저작권 침해행위를 하는 습벽으로서 행위자의 속성을 말하고, 이러한 습벽 유무를 판단할 때에는 동종 전과가 중요한 판단자료가 되나 범행의 횟수, 수단과 방법, 동기 등 제반 사정을 참작하여 저작권 침해행위를 하는 습벽이 인정되는 경우에는 상습성을 인정하여야 한다. 한편 같은 법 제141조의 양벌규정을 적용할 때에는 행위자인 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인·사용인 그 밖의 종업원의 위와 같은 습벽 유무에 따라 친고죄 해당 여부를 판단하여야 한다(대법원 2011. 9. 8. 선고 2010도14475 판결).」

43) 대법원 1995. 7. 25. 선고 95도391 판결.

Ⅳ. 조직체 책임과 구성원 책임의 병존가능성

1. 책임주의원칙과 조직체의 형사책임

책임주의 또는 책임원칙(Schuldprinzip)이란 책임 없으면 형벌 없으며, 형벌의 양은 책임의 크기에 따라 결정해야 한다는 원칙으로 특히 책임은 처벌의 전제라고 하여 형법상의 책임은 자기책임의 원칙과 행위책임원칙을 기본으로 하고 결과책임, 우연책임, 연대책임, 단체책임, 연좌책임을 인정하지 않는다.[44] 이에 따라 법인 등 조직체에 형사책임은 일종의 결과책임, 우연책임, 연대책임, 단체책임, 연좌책임으로 책임주의원칙에 반하는 것이 아니냐는 문제제기가 가능한 것이다. 현행법상 양벌규정을 통하여 법인 등 조직체의 형사책임을 인정하는 것과 관련하여 형법상의 행위책임의 원칙과 이중처벌금지의 원칙과의 관계에서 책임주의에 반하는지의 여부가 문제되고 있다.[45] 법인 등 조직체의 형사책임을 구성하는 입법모델이 각국의 입법례에 이미 다양한 형태로 반영되어 있는 상황이지만, 형법상 대원칙으로서의 책임주의와 법인 등 조직체의 형사책임이 조화될 수 있는지에 대한 논란이 계속되고 있다는 것이다.

2. 법인 등 조직체의 행위와 책임에 대한 전통적 관점

법인 등 조직체에 대하여 형사책임을 인정하는 것은 책임주의에 위배된다는 주장은 책임은 비난가능성이며 이는 의사의 자유를 가지는 자연인에게만 인정할 수 있다는 전제에 근거한다.[46] 즉, 형벌은 범죄를 저지른 개인(자연인)에 대한 사회윤리적 반가치판단이므로 법인에 대하여 이러한 형벌을 부과하는 것은 형벌의 의미와 정당성에 반한다는 것이다.[47]

---

44) 정성근·박광민, 형법총론, SKKUP, 2020, 241면 이하.

45) 이는 양벌규정의 근거 내지 본질을 어떻게 이해할 것인지에 대한 견해대립으로 나타나고 있으며, 무과실책임설, 과실책임설, 부작위책임설, 부작위감독·행위책임 이원설 등의 논의가 바로 그것이라 할 수 있다. 이에 대하여는 조명화·박광민, “양벌규정과 형사책임 -개정된 양벌규정의 문제점을 중심으로-”, 4면 이하.

46) 법인의 범죄능력을 부정하는 전통적인 입장이 이와 같은 전제를 공유하고 있다.

47) 이재상·장영민·강동범, 형법총론, 106면.

이와 같이 형벌은 비난가능성이라는 책임이 있는 경우에만 부과할 수 있고 자연인만이 형벌을 부과받을 수 있다는 의미로 책임원칙과 형벌의 인격성의 원칙을 받아들인다면 법인 등 조직체에 대한 형벌은 인정할 수 없게 된다. 마찬가지로 법인 등 조직체의 '책임'은 인정할 수 없고, 조직체와 관련하여 발생하는 법익침해의 결과는 조직체 자체가 아니라 그 조직체의 구성원인 자연인이 범한 것으로 볼 수밖에 없다.[48]

결국, 법인 등 조직체에 대하여 형벌을 부과하는 것은 형법상 책임원칙의 내용으로서 행위책임의 원칙뿐만 아니라 자기책임의 원칙에도 반한다는 결론에 이르게 된다. 이와 같은 논리는 현행법상의 양벌규정에도 그대로 적용이 가능하며, 실제로 법인 등 조직체에 대하여 형벌을 부과하는 현행법상의 유일한 근거규정인 양벌규정이 책임주의에 반한다는 지적은 비교적 쉽게 접할 수 있다.[49]

3. 법인 등 조직체 책임과 자연인 책임의 병존가능성

이상과 같이 법인 등 조직체의 행위를 이해하는 전제에서는 그 구성원인 자연인이 아니라 조직체 자체를 처벌하는 것은 책임주의원칙에 부합하기 어렵다. 그러나 이러한 전통적인 관점이 지적하고 있는 것과 같이 조직체와 자연인이 다르다면, 법인 등의 조직체에 고유한 행위의 구조를 전제로 그 책임을 이해할 수 있다고 본다. 즉, 자연인을 전제함이 없이 법인 등 조직체에 고유한 행위의 구조를 바탕으로 조직체의 행위와 책임을 평가하는 것도 가능하다는 것이다.[50] 이와 같이 법인 등 조직체의 고

48) 「'총이 아니라 총의 방아쇠를 당기는 자'가 범죄를 범하듯이, 기업과 관련한 범죄에 있어서도 '기업이라는 총이 아니라 그 기업이라는 총의 방아쇠를 당기는 자', 즉 '법인의 구성원'이 범죄를 범한다고 해야 한다」는 기술은 이와 같은 사고를 대변한다(이용식, "법인의 범죄능력과 형법에 있어서의 제조물책임", 상사판례연구 제1권, 박영사, 1996, 337면).

49) "비난가능성이라는 의미의 책임은 귀속방식으로 해결할 수 없는 한계선이다"라고 하면서, "양벌규정은 진정한 의미의 책임주의원칙과 조화를 이루지 못"한다고 지적하는 김성돈, "양벌규정의 문제점과 한계, 그리고 개선입법의 방향성", 9면 이하는 이러한 취지로 이해할 수 있다. 여기서 '진정한 의미의 책임주의원칙'의 의미에 대하여는 김성돈, "양벌규정과 책임주의원칙의 재조명", 형사법연구 제27권 제3호, 2015, 137면 이하.

50) 이천현, "법인의 범죄주체능력과 형사책임", 형사정책연구 제22권, 2004, 72면은 「법인은 현실적으로 존재하는 사회적 실체이므로 법질서의 수범자가 되고, 그 수범명령을 위반한다면 그 법인은 어떤 의무를 위반한 것이다. 물론, 법인이 그 구성원인 자연인의 통해

유한 의사와 행위를 전제로 조직체의 형사책임을 이해하려는 견해가 이미 상당한 지지를 얻고 있는 것으로 보인다. 예를 들어, 법인의 의사형성은 단체적 결의에 기초하는 것이므로 이러한 단체의 의사형성에 대한 책임비난을 전제로 법인의 책임을 인정하는 견해가[51] 대표적이다.[52] 이러한 견해들은 법인 등 조직체에 고유한 의사와 행위를 전제로 조직체의 형사책임을 인정할 수 있기 때문에 전통적인 책임주의에 위배될 위험을 피할 수 있는 경로가 될 수 있다. 다만 이와 같은 접근이 긍정적인 평가를 받기 위해서는 조직체 고유의 의사와 행위를 구체화하는 작업이 이어져야 할 것인데,[53] 아직까지는 이를 위한 가시적인 성과를 찾기 어려운 것도 사실이다.

다음으로 형법상 책임주의가 금지하는 단체형벌의 의미에 대한 재검토가 필요하다. 앞서 언급했듯이 형법상의 책임주의는 연대책임, 단체책임, 연좌책임을 금지하고 있는데, 이는 자신의 행위가 아닌 타인의 행위로 인하여 처벌되는 것을 방지하려는 취지이다. 이러한 취지에 비추어 볼 때에는 법인 등 조직체의 고유한 의사와 행위를 근거로 조직체의 형사책임을 인정하는 것에 대하여 책임주의원칙에 반한다고 보기는 어렵다. 다만 조직체에 벌금형 등을 부과하는 경우 간접적으로 그 구성원이 영향을 받을 수는 있지만, 이는 책임주의가 금지하는 연대책임, 단체책임, 연좌책임은 아니다. 이러한 시비를 피하기 위한 대안으로 제시되는 범칙금이나 부담금 또는 수익몰수제도라 하여 구성원에 대하여 미치는 간접적 영

실질적인 외부적인 활동을 하기는 하지만, 이들 구성원의 행위는 법인의 자격으로서 외부적 활동을 하는 것이기 때문에, 동시에 단체의 고유한 행위가 된다」고 하여 법인의 고유한 행위를 인정한다.

51) 김일수·서보학, 새로쓴 형법총론, 박영사, 2006, 138면 이하; 임웅. 형법총론, 법문사, 2015, 89면,

52) 장성원, “양벌규정에서 개인책임과 단체책임”, 형사정책 제28권 제3호, 2016, 350면도 현행 양벌규정과 책임주의와의 조화를 위하여 법인의 독자적 책임을 인정하려는 노력이 필요하다는 점을 지적하고 있다.

53) 강석구 외, 공익재단을 이용한 탈법·불법 유형 및 형사정책적 대응방안, 한국형사정책연구원 연구총서 18-AA-04, 2018, 288면에서 「자연인범죄와 법인범죄를 준별하여 형법규범의 적용에 있어서는 사람(자연인)에 대한 잣대와는 차별화된 다른 잣대를 개발할 필요가 있다고 생각한다. 즉, 법인범죄의 특성에 부합한 범죄요건과 범죄론체계를 개발하고, 법인의 특성에 부합한 형벌과 강제수단을 개발함으로써 법인의 형사책임을 실질화할 필요가 있다고 생각한다」는 지적도 동일한 인식이라 할 수 있다.

향이 사라지는 것은 아니기 때문이다.

마지막으로 조직체와 구성원인 개인이 각자 독립하여 책임을 부담한다고 할 때에 양자의 책임이 병존하는 근거에 대하여 살펴 볼 필요가 있다. 특히 타인의 자유롭고 완전히 귀책적인 행위가 있는 경우 그 결과는 이 타인에게만 귀속되며, 그의 뒤에 있는 야기자에게 귀속되지 않는다는 의미의 소위 '귀책의 원칙(Verantwortungsprinzip)'과 관련하여 양자의 책임은 병존이 불가한 것은 아닌지 검토가 필요하다. 이는 종래 '정범배후의 정범이론'의 수용 여부와 관련하여 논의되어 온 것이라 할 수 있는데, 온전한 책임을 부담하는 정범을 전면에 두고 이를 이용하는 행위와 전면에서 행위하는 자연인의 존재에도 불구하고 법인 등 조직체의 역할이 문제되는 것의 구조가 유사하다는 점에서 검토가 필요할 수 있다고 본다. 그러나 우리 형법상 귀책의 원칙을 부정하는 해석론이 불가능한 것은 아니라 할 것이므로 이를 인정하더라도 일정한 제약이 존재한다고 하지 않을 수 없다.[54] 게다가 자연인인 직접의 행위자가 부담하는 책임과 법인 등 조직체가 부담하는 책임은 그 속성과 근거가 다르다 할 것이므로 자연인 사이에 문제되는 귀책의 원칙을 근거로 양자의 병존가능성을 부정할 수는 없다고 본다.[55]

요컨대 법인 등 조직체에 대하여 형사책임을 인정하더라도 형법상의 책임주의원칙과의 조화는 충분히 가능할 뿐만 아니라 나아가 동일한 결과에 대한 법인 등 조직체의 형사책임과 자연인인 구성원의 책임이 병존하는 것도 가능하다. 그리하여 조직체의 책임귀속을 어떻게 설정하느냐에 따라 법인 등 조직체의 형사책임과 그 구성원인 자연인의 책임 사이의 관계가 구체화되어 나타날 수 있다는 것이다.

Ⅴ. 나오며 : 조직체와 구성원인 자연인 형사책임 사이의 관계

이상에서 법인 등 조직체의 형사책임과 그 조직체를 구성하는 자연인의 형사책임 사이의 관계와 관련하여 현행법상 조직체의 책임형식으로서

54) 이러한 해석론에 대하여는 박상기, 형법총론, 박영사, 2009, 429면; 오영근, 형법총론, 박영사, 2010, 633면.

55) 그 외 우리 형법상 귀책의 원칙에 대한 자세한 논의는 이성대, "조직 내 배후자의 형사책임과 형법 제34조의 재음미", 형사법연구 제24권 제2호, 2012, 16면 이하.

양벌규정과 법인 등 조직체 책임의 귀속형식, 조직체의 형사책임과 개인의 형사책임 사이의 종속관계 여부, 조직체 처벌과 형법상의 책임주의 등에 대하여 살펴보았다. 이에 따르면, 현행법상 유일한 조직체 책임의 근거인 양벌규정은 종속모델과 독립모델을 포함하는 혼합모델의 일종으로 이해할 수 있다. 그리고 조직체의 형사책임과 그 구성원의 형사책임 사이의 종속관계와 관련해서는 조직체 종속처벌방법, 자연인 포함처벌방법, 조직체·자연인 독립처벌방법 등 크게 세 가지의 이론적 가능성이 존재하지만, 이는 조직체의 책임귀속 모델과는 논리적 연관성을 보이지는 않는다. 나아가 법인 등 조직체를 처벌하는 것만으로 책임주의와 충돌한다고 볼 수는 없으며, 조직체와 자연인은 상이한 존재로서 각각의 고유한 행위구조를 전제로 각자의 책임이 병존할 수 있다.

이러한 이해는 조직체 책임귀속의 구체적인 형태(모델)에 따라 법인 등 조직체의 형사책임과 그 구성원인 자연인의 책임 사이의 관계를 구체화하는 토대가 될 수 있을 것이다.

먼저, 종속모델(양벌규정의 대표자위반행위사례유형)에 따르는 경우 법인 등 조직체의 행위는 자연인의 행위에 종속하여 성립하지 않을 수 없다. 하지만 그 책임의 구체적 범위와 내용은 입법적 결단의 대상이라 할 것이다. 그런데 현행 양벌규정은 영업주인 자연인과의 관계에 대하여 명확한 지침을 제공하지 않고 있으므로 이 부분에 대해서는 해석을 통한 보충이 가능하다. 따라서 현행 양벌규정상 영업주인 법인과 영업주인 개인의 책임은 서로 독립하여 병존하는 것으로 보아도 무방할 것이다.

다음으로, 독립모델(양벌규정의 종업원등위반행위사례유형)에 따르는 경우 법인 등 조직체의 행위는 조직체 구조의 결함 내지 미완성에서 찾을 수 있으므로 직접의 행위자인 종업원등의 위반행위와 독립하여 인정할 수 있고 그 책임의 범위와 내용도 독자적으로 구성함에 무리가 없다. 다만 이 또한 원칙적으로 입법적 결단의 대상이라 할 것이므로 반드시 조직체·자연인 독립처벌방법에 의할 필요는 없다. 따라서 경우에 따라 독립모델의 논리에 따른 자연인 포함처벌방법도 고려할 수 있을 것이다.

종합하면, 법인 등 조직체의 형사책임과 그 구성원인 자연인의 책임은 형법상의 책임주의원칙에도 불구하고 양립가능하며, 두 주체의 책임 중 어느 하나가 다른 하나를 일방적으로 포함하거나 종속되지 않는다. 즉,

조직체와 개인의 책임은 입법적 결단에 따라 종속관계를 형성하는 것에 무리는 없으나 원칙적으로는 상호 독립적이라고 보아야 할 것이다.

마지막으로 향후 법인 등 조직체의 형사책임에 대하여는 법인의 범죄능력을 둘러싼 그동안의 비효율적인 논쟁을 벗어나 구성원인 자연인과 법인 등 조직체가 발생한 결과에 적절하게 대응하고 책임을 부담할 수 있도록 법률적 토대가 마련되어야 한다는 점을 지적하고자 한다. 현행법상 양벌규정도 법인 등 조직체이 형사책임에 대한 입법적 결단이라는 점에서 일정한 의미가 있다고 할 수 있지만 다수의 선행연구가 지적하고 있듯이 현행의 양벌규정은 조직체 책임의 인정을 위한 궁여지책에 불과하고 법리적 측면뿐만 아니라 실효성의 측면에서도 바람직한 모델은 아니라고 본다. 문제는 구체적인 대안이라 할 수 있는데, 조직체 귀속의 모델로서 혼합모델에 근거하여 범죄의 구체적 양상에 따라 종속모델 또는 독립모델을 적절하게 분배하고 그 책임의 범위와 내용도 전통적인 벌금형을 벗어나 법인해산, 영업정지를 비롯하여 기업에 특유한 보안처분이 개발 및 시행되어야 할 것이다. 이에 따라 법인 등의 조직체에 대하여도 형사책임을 긍정하여야 한다는 전제에서 조직체 자체의 독자적인 행위개념을 구성해야 할 것이며, 그 불법과 책임도 자연인의 그것과는 달리 독자적으로 설정하는 노력이 병행되어야 할 것이다. 비교적 수월한 방법으로 법인 등 조직체 책임을 인정하는 개별·특별법을 제정하는 방법을 고려할 수도 있겠으나, 법인 등 다양한 조직체의 사회적 비중을 고려할 때에는 전격적으로 형법전에 관련규정을 마련할 필요가 있다는 생각이다.

(논문투고일: 2021.6.9., 심사개시일: 2021.9.6., 게재확정일: 2021.9.24.)



이 성 대

조직체의 형사책임, 양벌규정, 책임주의, 종속모델, 독립모델

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 단행본

강석구 외, 「공익재단을 이용한 탈법·불법 유형 및 형사정책적 대응방안」, 한국형사정책연구원 연구총서 18-AA-04, 2018.

김성돈, 「기업처벌과 미래의 형법」, 성균관대학교 출판부, 2018.

_____, 「형법총론」, SKKUP, 2011.

김일수·서보학, 「새로쓴 형법총론」, 박영사, 2006.

박상기, 「형법총론」, 박영사, 2009.

배종대, 「형법총론」, 홍문사, 2011.

오영근, 「형법총론」, 박영사, 2010.

이재상·장영민·강동법, 「형법총론」, 박영사, 2019.

임 웅, 「형법총론」, 법문사, 2015.

정성근·박광민, 「형법총론」, SKKUP, 2020.

Ⅱ. 논문

김성규, "법인처벌의 법리와 규정형식", 법조 통권 제578호, 2004.

김성돈, "기업에 대한 형사처벌과 양벌규정의 이론적 기초 -법인의 행위성 문제를 중심으로-", 형사법연구 제28권 제2호, 2016.

_____, "법인의 형사책임과 양벌규정의 해석과 적용", 저스티스 통권 제168호, 2018.

_____, "양벌규정과 책임주의원칙의 재조명", 형사법연구 제27권 제3호, 2015.

_____, "양벌규정의 문제점과 한계, 그리고 개선입법의 방향성", 형사법연구 제29권 제2호, 2017.

김성룡·권창국, "기업·법인의 형사책임법제 도입가능성과 필요성", 형사법의 신동향 통권 제46호, 2015.

김유근, "기업의 형사법적 책임 -책임귀속상의 문제점-", 한양법학 제24권 제3집, 2013.

김재윤, "영국의 기업과실치사법에 대한 고찰과 시사점", 형사정책연구 제25권 제4호, 2014.

박광민, “기업에 대한 형사책임귀속의 바람직한 방안”, 성균관법학 제27권 제3호, 2015.
박기석·송건섭, “법인범죄에 있어서 법인과 자연인 행위자 책임의 상호관계 -이론과 판례의 검토-”, 사회과학연구 제9권 제1호, 대구대학교 사회과학연구소, 2001.
송기동, “영미 기업범죄 형사책임의 전개”, 형사정책 제20권 제2호, 2008.
이성대, “조직 내 배후자의 형사책임과 형법 제34조의 재음미”, 형사법연구 제24권 제2호, 2012.
이순욱, “산업안전보건법상 형사처벌 규정에 관한 소고”, 법학연구 제62권 제1호, 2021.
이용식, “법인의 범죄능력과 형법에 있어서의 제조물책임”, 상사판례연구 제1권, 박영사, 1996.
이주원, “산업안전보건법상 양벌규정에 의한 사업주와 행위자의 처벌”, 고려법학 제51호, 2008.
이천현, “법인의 범죄주체능력과 형사책임”, 형사정책연구 제22권, 2004.
장성원, “양벌규정에서 개인책임과 단체책임”, 형사정책 제28권 제3호, 2016.
조명화·박광민, “양벌규정과 형사책임 -개정된 양벌규정의 문제점을 중심으로-”, 법학논총 제23집, 2010.
조병선, “양벌규정과 형사책임”, 형사판례연구 3, 박영사, 1995.
차종진, “양벌규정 적용에 있어 의무규정의 수범자와 실제 의무위반자의 불일치”, 형사정책 제31권 제4호, 2020.

Ⅲ. 기타

板倉 宏, 現代社會と新しい刑法理論, 勁草書房, 1980.
_____, “企業體と刑事責任 - 企業組織體責任論の提唱”, 刑法雜誌 19卷 1/2号, 1973.
L. H. Leigh, “The Criminal Liability of Corporations in English Law”, 1969.

Abstract

The relationship between the criminal responsibility of organization and the responsibility of natural person

Lee, Sungdae

This article aims to examine the relationship between the criminal responsibility of an organization, such as a corporation that is expanding its influence in many ways today, and the criminal responsibility of the natural person who make up the organization. For this purpose, ① the form of responsibility of organizations such as corporations under the current law and the model of attribution of organizational responsibility, ② the subordination relationship between the criminal responsibility of the organization and the individual criminal responsibility, and ③ whether or not the responsibility principle of organizational punishment is violated was examined.

First, despite competing with traditional corporate and other organizational criminal liability, current law partially responds to the need for organizational punishment, which can be understood as a mix of representative violations (subordinate models) and employee violations (independent models).

Next, with regard to whether there is a subordinate relationship between the criminal responsibility of an organization and the criminal responsibility of its members, there are three major possibilities: the method of subordinate punishment of an organization, the method of punishment involving natural persons, and the method of independent punishment of organizations and natural persons, this does not show a strong logical connection with the

attribution model of organizational responsibility. In addition, it can be evaluated that the precedent is in the process of changing in the direction of recognizing the independence of criminal responsibility of organizations such as corporations before and after the unification of joint penal provisions since 2007.

In terms of whether punishing organizations, such as corporations, conflicts with criminal accountability, as the traditional view points out that organizations and natural person are different beings, so both responsibilities can exist on the premise of each unique behavioral structure. In other words, it is possible to construct unique responsibilities for corporations and other organizations without presupposing natural person, and this understanding can be the basis for shaping the relationship between criminal responsibilities of corporations and their members.



Lee, Sungdae

Organizational criminal responsibility, Joint penal provisions, Principle of liability, Subordinate model, Independent model

성균관대학교 법학연구원 『성균관법학』 10.17008/skklr.2021.33.3.009
제33권 제3호 (2021. 9.)
Sungkyunkwan Law Review Vol.33. No.3 (September 2021) pp361~390

Legal Analysis of the Korean Domestic Stakeholders' Position on the Benefit-sharing Modalities of Marine Genetic Resources in ABNJ*

Lee, Kil Won**
Kim, Jin Young***
Moh, Youngdawng****

【Table of Contents】

I. Introduction
1. Purpose of Research
2. Research Scope
3. Research Method Used for Surveying the Opinions of Domestic Stakeholders

II. Position of Domestic Stakeholders on the Benefit-sharing Modalities of Marine Genetic Resources
1. Position on the Sharing of Non-monetary Benefits
2. Position on the Sharing of Monetary Benefits
3. Analysis

III. Conclusion

* This paper was made possible through the research program, titled 'A Strategic Study on the Global Marine Bio Resources Legal Regime (project number 2021M00800)', supported by the National Marine Biodiversity Institute of Korea.

** Associate Professor, SungKyunKwan University Law School (First author)
*** Senior Researcher, ChungNam Institute (Co-author)
**** Senior Researcher, National Marine Biodiversity Institute of Korea (Corresponding author)

【Abstract】

The United Nations General Assembly decided to develop an international legally binding instrument (ILBI) under the United Nations Convention on the Law of the Sea regarding the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction (BBNJ). Among the various issues discussed, an important part of the negotiations in the BBNJ negotiations concerns the governance of marine genetic resources, including the question of benefit-sharing. As this is one of the issues over which developed and developing countries have been in the sharpest conflict, reaching a consensus over this issue will act as a major determinant of the successful drafting of the new international instrument.

As the ILBI will affect domestic stakeholders in each state, state governments have no choice but to engage in the BBNJ negotiations based on a clear understanding of the positions of all domestic stakeholders. The Korean government has submitted textual proposals, which address the position of itself, for consideration at the last session of the Intergovernmental Conference, but it remains unclear whether the opinions of domestic stakeholders are fully reflected in the proposals.

Therefore, this study attempts to assess the opinions of Korean domestic stakeholders, particularly, on the modality of benefit-sharing of marine genetic resources and intends to suggest the future direction of the relevant discussion. Three rounds of a questionnaire survey are conducted by using the Delphi technique to effectively assess the opinions of domestic stakeholders.

According to the result of the survey, as the position of the domestic stakeholders on the sharing of non-monetary benefits is

unclear, the Korean government seems to maintain its position that non-monetary benefits could be shared but only on a 'voluntary' basis. In terms of the sharing of monetary benefits, on the other hand, domestic stakeholders' opinions converged successfully, as it was found that they do not prefer the sharing of such benefits as a system of monetary obligations may discourage states from developing marine genetic resources and, thus, hinder scientific research. This is apparently in line with the view of the government.

Ⅰ. Introduction

1. Purpose of Research

In recent years, the marine bio-industry has seen a great deal of growth. In 2017, the estimated scale of the global marine biotechnology market was $3.93 billion, and it is considered to have the potential to reach $8.74 billion by 2026.[1] In light of this trend, the use and management of marine genetic resources, which are the basic materials for the marine bio-industry, is emerging as a major concern for the international community.

The international legal regime on genetic resources within national jurisdiction has been formed around the Convention on Biodiversity (CBD) and the Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization, while a legal regime for marine genetic resources in areas beyond national jurisdiction (ABNJ), such as

1) "Global Marine Biotechnology 2017-2026: Marine Derived Enzymes in Cosmetics & Use of Micro Algae and Marine Algae in Bio-field Products Fueling Market Growth," 2019-5 Focus on Catalysts (2019), p.3.

the high seas and seabed, is arguably unclear.[2)]

Thus, the United Nations (UN) General Assembly decided to develop an international legally binding instrument (ILBI) under UN Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) regarding the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction (BBNJ).[3)] Before commencing an Intergovernmental Conference, a Preparatory Committee was established to make substantive recommendations on the elements of a draft text of the ILBI. The Preparatory Committee held two sessions in 2016 and an additional two in 2017, adopting its final report in July 2017.[4)] Following the preparatory meetings, a total of three sessions of the Intergovernmental Conference were held from September 2018 to August 2019; the fourth session, which is currently scheduled for August 2021.[5)]

---

2) United Nations Convention on Biological Diversity, Rio de Janeiro, opened for signature 5 June 1992, 31 ILM 818, in force December 29, 1993 [hereinafter CBD]; Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization to the Convention on Biological Diversity, opened for signature 29 October 2010, in force 12 October 2014. Marine areas beyond national jurisdiction are characterized by the legal regimes for the high seas and the seabed and ocean floor and subsoil thereof (the Area). United Nations Convention on the Law of the Sea, art. 1.1 (1) & 89, opened for signature, December 10, 1982, 1833 UNTS 3, in force November 16, 1994 [hereinafter UNCLOS].

3) UN General Assembly, Resolution Adopted by the General Assembly on 19 June 2015: Development of an International Legally Binding Instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity of Areas beyond National Jurisdiction, A/RES/69/292 (6 July 2015).

4) UN General Assembly, Report of the Preparatory Committee Established by General Assembly Resolution 69/292: Development of an International Legally Binding Instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity of Areas beyond National Jurisdiction, A/AC.287/2017/PC.4/2 (31 July 2017).

5) The fourth session was originally scheduled for April 2020, but it has been tentatively postponed due to the COVID-19 pandemic. Letter of the President of the intergovernmental conference on an international legally binding instrument under the United Nations

Among the various issues discussed, an important part of the negotiations concerns the governance of marine genetic resources, including the question of benefit-sharing. As this is one of the issues over which developed and developing countries have been in the sharpest conflict, reaching a consensus over this issue at the stage of the intergovernmental conference will act as a major determinant of the successful drafting of the new international instrument.[6)]

As the ILBI will affect domestic stakeholders in each state, state governments have no choice but to engage in the BBNJ negotiations based on a clear understanding of the positions of all domestic stakeholders, including expert groups. The Korean government, one of the countries actively participating in the negotiations related to the development of the ILBI, has submitted textual proposals, which address the position of itself, for consideration at the fourth session of the Intergovernmental Conference, but it remains unclear whether the opinions of domestic stakeholders are fully reflected in the proposals.[7)]

Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction (9 March 2020).

6) Fran Humphries & Harriet Harden-Davies, "Practical Policy Solution for the Final Stage of BBNJ Treaty Negotiations," 122 Marine Policy (2020) online 104214, pp.1-7; Gaute Voigt-Hanssen, "Current 'Light' and 'Heavy' Options for Benefit-sharing in the Context of the United Nations Convention on the Law of the Sea," 33 International Journal of Marine and Coastal Law 683 (2018), pp.683-705.

7) Textual Proposals Submitted by Delegations by 20 February 2020, for Consideration at the Fourth Session of the Intergovernmental Conference on an International Legally Binding Instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity of Areas beyond National Jurisdiction (the Conference), in Response to the Invitation by the President of the Conference in her Note of 18 November 2019, A/CONF.232/2020/3 [hereinafter Textual Proposals]. The Korean government, companies, and research institutes are also keenly interested in the future of the marine bio-industry using marine genetic resources. The Korean government's interest in the marine bio-industry is evidenced by the number of government-led R&D

Against this background, this study attempts to assess the opinions of Korean marine bio-industry stakeholders on the issue concerning benefit-sharing of marine genetic resources and intends to suggest the future direction of the relevant discussion.

2. Research Scope

Under a draft text prepared by the President of the BBNJ Intergovernmental Conference, the issues concerning marine genetic resources covers scope, access, principles and approaches, benefit-sharing modalities, intellectual property, monitoring, and a clearing-house mechanism.[8] Among them, this

projects related to the marine bio field, as well as the scale of its support for such projects. Between 2004 and 2016, the Korean government's investment in marine bio R&D increased by an annual average rate of 17.3%, rising from 57 invested projects in 2004 to 387 in 2016. During the same period, the project expenses rose by 19.1% per year on average, from KRW 10.637 billion (USD 9.4 million) to KRW 86.891 billion (USD 76.8 million). Duckhee Jang & Soogwan Doh, "Trends in the Korean government support for marine biotechnology R&D investment and its implication (in Korean)," 40(3) Ocean & Polar Res. 177 (2018), p.180. With the government's interest in the marine bio-industry, Korea has seen the growth of its marine bio market. Revenue in 2018 for the nation's marine bio sector totaled KRW 602.9 billion, up 12.3% from KRW 536.9 billion in 2016. What should be noted along with the increased revenue is the rising number of workers in the sector, which has seen much larger growth than revenue. The number of workers in the marine bio field in 2018 was 4,943, an increase of 66.5% from the 2,968 workers in 2016. National Marine Biodiversity Institute of Korea, "A Report on Domestic Marine Bioindustry Based on 2018," November 2019 (in Korean). These figures imply a sharp increase in the number of domestic stakeholders related to marine genetic resources in Korea during the period between the organization of the BBNJ Preparatory Committee in 2016 and the ongoing Intergovernmental Conference. In other words, with the rising number of domestic stakeholders, the Korean government now has more diverse and complicated issues to consider in the BBNJ negotiations.

8) The President of the BBNJ Intergovernmental Conference prepared a draft text, which summarizes the discussions made so far based on the proposals received from the delegations of each state before the fourth meeting. The draft text is still a simple,

study deals with the issue in which different views are highly likely to exist among state governments in the Intergovernmental Conference, namely, the benefit-sharing modalities of marine genetic resources. In particular, some states tend to argue that benefit-sharing should only focus on non-monetary benefits arising from the collection of marine genetic resources such as samples, data, information obtained through prior and post-cruise notification procedures, technology transfer, and capacity-building, whereas the others tend to argue that benefit-sharing should cover both monetary and non-monetary benefits.[9)]

3. Research Method Used for Surveying the Opinions of Domestic Stakeholders

The survey on the opinions of domestic stakeholders has hardly been conducted among Korean scholars in the area of public international law. However, it is not uncommon academic practice outside of Korea.[10)] The expanded participation and roles of

---

non-legally binding instrument that only enumerates the opinions of the negotiating countries. The drafted provisions are presented together with multiple alternatives suggested by these states. With regard to the issue of access and benefit-sharing of marine genetic resources, it is dealt with in Part II of the Draft Text, in a total of 8 provisions from Articles 7 to 13, including Article 10bis. UN General Assembly, Revised draft text of an agreement under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction, A/CONF.232/2020/3 (18 November 2019) [hereinafter Draft Text].

9) Article 11 of the Draft Text.

10) Gaebel Christine, Baulcomb Corinne, Johnson David E., Roberts J. Murray, "Recognising Stakeholder Conflict and Encouraging Consensus of 'Science-Based Management' Approaches for Marine Biodiversity Beyond National Jurisdiction (BBNJ)", Frontier Marine Science (Sept. 18, 2020), at <https://doi.org/10.3389/fmars.2020.557546>; Aysegul Sirakay, Klaas De Brucker and Thomas Vanagt, "Designing Regulatory Frameworks for Access to Genetic Resources": A Multi-Stakeholder Multi-Criteria Approach. Frontier Genetices (Dec. 3,

relevant stakeholders, namely the private sectors, were already observed in the Nagoya Protocol negotiations and in other international rule making process.[11] The emergence of private sectors as a norm prescriber is not a new phenomenon. The private sector, especially corporations, have interacted with governments and participated in international venues independently.[12] In addition, as a role of private sectors changes from a rule follower to a rule maker, the ILBI's potential impact on the marine bio-industry of Korea inevitably leads to the domestic stakeholder's participation in the negotiation process. Without an empirical assessment of the domestic stakeholders' position, the government would face difficulties in identifying their needs and interests, which are the primary reasons for negotiations. Furthermore, relevant domestic stakeholders still take a critical role in the process of treaty making. The opinions of stakeholders are normally heard and reviewed at the stage of deciding on the necessity of concluding a treaty by the relevant ministries.[13]

In this regard, three rounds of a questionnaire survey were conducted in this study, using the Delphi technique to effectively converge the opinions of domestic stakeholders regarding marine genetic resources in ABNJ. The Delphi technique is a useful

---

2020), at <https://doi.org/10.3389/fgene.2020.549836>; Anja Matwijkiw, Bronik Matwijkiw, "A Stakeholder Approach to International Human Rights. Could the Trend Become a Tragedy?", 84 Revue Internationale De Droit Pénal 405 (2013), pp.405-432, at <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2013-3-page-405.htm>.

11) Amadine Orsini, "The Role of Non-state Actors in the Nagoya Protocol Negotiations" in Sebastian Oberthur & G. Kristin Rosendal, Global Governance of Genetic Resources: Access and Benefit Sharing After the Nagoya Protocol (Routledge, 2014).

12) Steven R. Ratner, "Business" in Daniel Bodansky, Jutta Brunnee, Ellen Hey, The Oxford Handbook of International Environmental Law (Oxford, 2007).

13) See https://www.mofa.go.kr/eng/wpge/m_5439/contents.do#part1 (Last visited in Sept. 24, 2021).

approach for solving problems by deriving group consensus from a panel of experts through a process of repeated feedback.[14] A Delphi approach is very effective when it is necessary to converge the opinions of an expert group with specialized knowledge in a specific field, rather than a large number of unspecified ordinary people.[15] As such, the selection of the survey respondents composed of experts in the field concerned is one of the most important elements in a Delphi approach.

There is no clear guideline or methodology for the selection of survey respondents, but it usually depends on the recommendations of experts in the field, authors of publications related to the topic, and the chain of contacts of the researcher s.[16] For this study, a panel of experts consisting mainly of those engaged in profit-making businesses or research activities related to marine genetic resources was formed by using all the channels mentioned above. Those who belong to or who have previously belonged to the Korean delegation for the BBNJ negotiations including the Intergovernmental Conference were excluded from the selection, as they may be the proponents of the current government policy and thus reduce the objectivity of the survey results.

---

14) John F. Preble, "Public Sector Use of the Delphi Technique," 23(1) Technological Forecasting & Social Change 75 (1983), p.75; Norman Dalkey & Olaf Helmer, "An Experimental Application of the Delphi Method to the Use of Experts," 9(3) Management Science 458 (1963), p.458.

15) Hugh P. McKenna, "The Delphi technique: A Worthwhile Approach for Nursing?," 19(6) Journal of Advanced Nursing 1221 (1994), p.1221; Juri Pill, "The Delphi Method: Substance, Context, A Critique and An Annotated Bibliography," 5(1) Socio-Economic Planning Sciences 57 (1971), pp.58-59.

16) Adriano Bernardo Renzi & Sydney Freitas, "The Delphi Method for Future Scenarios Construction," 3 Procedia Manufacturing 5785 (2015), p.5786. See also Felicity Hasson, Sinead Keeney & Hugh Mckenna, "Research Guidelines for the Delphi Survey Technique," 32(4) Journal of Advanced Nursing 1008 (2000), pp.1010-1011.

The number of respondents appropriate for a Delphi approach has not been determined academically but varies depending on the scope of the problem dealt with and the available resources.[17] This study analyzed data from 28 respondents. The survey targeted experts engaged in various tasks including researchers at national and public research institutes (10 persons, 35.7%), middle-grade managers at private companies (7 persons, 25.0%), researchers at private research institutes (3 persons, 10.7%), university professors (6 persons, 21.4%), experts at non-governmental organizations (1 person, 3.6%), and one other person (3.6%).[18] In terms of years of experience, the largest cohort of the expert group had more than 10 years but less than 15 (8 persons, 28.6%); this was followed by the group with more than 15 years but less than 20 years (6 persons, 21.4%); and then more than 5 years but less than 10 years (5 persons, 17.9%). Average years working in this field was about 15 years and 9 months, which indicates that the respondents who participated in this study have a sufficient level of expertise.

Questionnaires were distributed three times in total on August 25, September 21, and October 22, 2020. For a Delphi approach, it is recommended to distribute questionnaires two to four times, with open-ended questions used in the first round. In this study, considering that the research topic is an issue related to the formulation of an international instrument, the first round of the survey consisted of closed-ended questions based on the debates

17) Catherine Powell, "The Delphi Technique: Myths and Realities," 41(4) Journal of Advanced Nursing 376 (2003), p. 378; Arlene Fink, Jacqueline Kosecoff, Mark R. Chassin & Robert H. Brook, "Consensus Methods: Characteristics and Guidelines for Use," RAND Corporation (California, 1991), p.3.

18) The 'one other person' is from the Korea Overseas Fisheries Association established by the Ocean Industry Development Act of 2008.

made and raised between countries or experts so far and organized by the researcher. Open-ended questions were added to each category to obtain respondents' views and perceptions. For the second and third rounds of the survey, the questionnaires were revised or the composition of the questions was changed based on the responses in the first round.

Looking at the number of respondents who participated in the three rounds of the survey, 30 participated in the first round, 31 in the second round, and 31 in the third round. The number of respondents who provided answers in all three rounds was 28. As continuity in respondents is considered the most important factor when conducting a survey based on the Delphi technique, this study collected and evaluated only the responses of the 28 experts who participated in all three surveys. The results of the survey were analyzed without classifying the respondents by occupation group, for the following reasons: first, it was difficult to determine the population because the survey was conducted on a panel of experts; second, there was no distinctive attribute among occupation groups; and third, the total number of respondents was not sufficient for such classification.

II. Position of Domestic Stakeholders on the Benefit-sharing Modalities of Marine Genetic Resources

As mentioned earlier, a questionnaire survey was conducted to examine the opinions of domestic stakeholders on whether to regard non-monetary benefits such as samples and information on marine genetic resources obtained through prior and post-cruise notification procedures, technology transfer, and capacity-building,

and whether to regard monetary benefits as subject to the sharing obligations. The results of the survey are as follows.

1. Position on the Sharing of Non-monetary Benefits

The respondents were surveyed in three rounds on the necessity to share non-monetary benefits, and asked to rate the degree to which they agreed with the statement "All non-monetary benefits such as information on marine genetic resources obtained during marine scientific research activities, technology transfer, and capacity-building should be shared."

As the survey proceeded from the first to third rounds, the rate of neutral responses increased, and the difference between the negative and positive response rates was only 10.7%. These results show that the sharing of non-monetary benefits is the issue on which domestic stakeholders disagree with each other most strongly. In other words, domestic stakeholders have not yet reached a consensus on this issue, and, their opinions did not successfully converge through this survey.

<Table 1> Responses on the Sharing of Non-monetary Benefits

(Unit: %)

Survey item	Round	Strongly disagree	Disagree	Neutral	Agree	Strongly agree	Negative	Neutral	Positive
Sharing of non-monetary benefits	1st	3.6	32.1	25.0	35.7	3.6	35.7	25.0	39.3
	2nd	3.6	35.7	17.9	39.3	3.6	39.3	17.9	42.9
	3rd	3.6	35.7	32.1	25.0	3.6	39.3	32.1	28.6

2. Position on the Sharing of Monetary Benefits

The respondents were also asked to express their positions on the sharing of monetary benefits. In all three rounds of the survey, respondents were presented with the following statement: "Marine genetic resources gain a monetary (economic) value only when a product using them is developed after a certain period of research. These monetary values must be shared."

In all three rounds, neutral responses accounted for a significant proportion. In terms of positive and negative responses, the proportion of negative responses was higher than that of positive responses, and the proportion of positive responses decreased from 21.4% to 14.3% as the survey was repeated. Based on the results, it is deemed that domestic stakeholders are not positive regarding the sharing of monetary benefits.

Overall, it is considered that domestic stakeholders' opinions converged more successfully compared to the results of the survey on the sharing of non-monetary benefits, as it was found that they do not prefer the sharing of monetary benefits.[19)]

<Table 2> Responses on the Sharing of Monetary Benefits

(Unit: %)

Survey item	Round	Strongly disagree	Disagree	Neutral	Agree	Strongly agree	Negative	Neutral	Positive
Sharing of monetary benefits	1st	10.7	25.0	42.9	21.4	0.0	35.7	42.9	21.4
	2nd	14.3	35.7	39.3	10.7	0.0	50.0	39.3	10.7
	3rd	14.3	25.0	46.4	14.3	0.0	39.3	46.4	14.3

19) Interestingly, however, it is also important to note that the opinions of these respondents did not completely converge on a negative reaction to the sharing of monetary benefits, since neutral responses accounted for a significant proportion.

3. Analysis

In its textual proposals, the Korean government suggested the sharing of non-monetary benefits on a voluntary basis. However, it denied the sharing of monetary benefits. As to non-monetary benefits, the Korean government suggested that access to samples and sample collections, sharing of information, such as pre-cruise or pre-research information, post-cruise or post-research notification, transfer of technology and capacity-building may be shared after collection of marine genetic resources in ABNJ. It also suggested that samples, data and related information may be made publicly available through a clearing-house mechanism.[20] In terms of its purpose, the government suggested that such benefits should be used to build state capacity, and to promote scientific research in conserving and utilizing marine genetic resources in ABNJ.[21] The position of the Korean government generally concurs with other developed states such as the United States and Japa n.[22] They seem to desire any benefit-sharing regulation to be light and easy.

Recalling the resolution adopted by the UN General Assembly, the benefit-sharing mechanism under the ILBI "should be fully consistent with the provisions of the [UNCLOS]."[23] The preamble

---

20) The 'clearing-house' mechanism was established by the CBD Secretariat in 1995 in order to promote and facilitate technical and scientific cooperation, develop a global mechanism for exchanging and integrating information on biodiversity, and develop a human and technological network. See CBD art. 18.3.

21) Textual Proposals, pp.94-95.

22) For the position of the United States, see Textual Proposals, pp.96-98.

23) UN General Assembly, International Legally Binding Instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity of Areas beyond National Jurisdiction, A/RES/72/249 (19 January 2018), para.6.

of the UNCLOS could serve as a general guide for the benefit sharing of marine genetic resources between states, recognizing the desirability of establishing a legal order for the seas which will promote the 'equitable' and 'efficient' utilization of their resources. As provided for in Part XIII of the UNCLOS, the benefit-sharing mechanism under the ILBI should also foster scientific research.[24] In addition, apart from the provisions of the UNCLOS, it should also contribute to conservation and sustainable use of biodiversity as stipulated in the Preamble of the Draft Text. Indeed, these are the important approaches in designing the benefit-sharing mechanism under the ILBI.[25]

It is not the question of whether the benefit sharing of marine genetic resources should be included in the ILBI. Rather, the focus of the discussion at the Intergovernmental Conference is on the modality of benefit sharing. As mentioned earlier, some states tend to argue that benefit-sharing should only focus on non-monetary benefits, whereas the others tend to argue that benefit-sharing should cover both monetary and non-monetary benefits.

---

24) Many delegations seem to agree that the ILBI should not hinder scientific research. Preparatory Committee established by General Assembly resolution 69/292: Development of an international legally binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction, Chair's overview of the third session of the Preparatory Committee, p.5, at <http://www.un.org/depts/los/biodiversity/prepcom_files/Chair_Overview.pdf> (searched date: 31 May 2021). Marine scientific research is expressly listed as one of the freedoms on the high seas that is to be exercised with due regard for the rights and interests of other states. Article 87.1 of the UNCLOS. See also the right to conduct marine scientific research in the Area under Article 256 and in the water column beyond the exclusive economic zone under Article 257 of the UNCLOS.

25) At present, the Draft Text imports the CBD concepts of 'fair' and 'equitable' into the benefit sharing mechanism, but the terms are yet defined, thereby leaving them to be negotiated between the state parties.

States most strongly arguing that benefit-sharing should cover both monetary and non-monetary benefits are the Group of 77 and China. They have stated in their submissions as follows:

"The non-monetary benefit should comprise of access to all forms of resources, data and related knowledge, transfer of technology and capacity building as well as facilitation of marine scientific research on [marine genetic resources] ...

[Marine genetic resources] can bring about monetary benefits and, consequently, the Group of 77 and China are open to discuss the different modalities of monetary benefits which may include, but would not be limited to those mentioned in the Annex of the Nagoya Protocol as well as the conditions triggering the monetary benefits."[26)]

On the other hand, states arguing that benefit-sharing should only cover non-monetary benefits are, for instance, the European Union and its member states. They have argued in their submissions as follows:

"[W]hile [mineral resources] have a monetary value already at the exploration phase, marine genetic resources possess only potential value. A lengthy (between at least 10 to 15 years) and costly research and development phase is usually needed before an actual product is put on the market. Moreover, in a vast majority of cases research on MGRs will not generate a product

26) Group of 77 and China's Written Submission, Development of an International Legally Binding Instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity of Areas beyond National Jurisdiction (5 December 2016), p.2.

or any financial benefit. ... For these reasons the EU and its Member States are of the opinion that discussions relating to this issue should primarily concentrate on non-monetary benefits."[27]

Interestingly, however, based upon the result of the survey mention above, Korean domestic stakeholders have not yet reached a consensus on the sharing of non-monetary benefits under the ILBI. Absent clear position of the domestic stakeholders, the Korean government seems to maintain its position that non-monetary benefits could be shared but only on a 'voluntary' basis.[28] Such a proposal is apparently in line with the marine scientific research regime under the UNCLOS which provides a legal basis for establishing non-monetary benefit sharing obligations, but it is clearly in a less stringent form than the UNCLOS as the sharing is not obligatory.[29]

According to Article 244.1 of the UNCLOS, states that carry out activities involving access to marine genetic resources are under obligation to disseminate information on the proposed activities and their objectives through appropriate channels. Furthermore, according to Article 244.2 of the UNCLOS, states are obliged to share with other states, especially to developing states, scientific data, information, and research results concerning marine scientific

27) Written Submission of the EU and Its Member States, Development of an International Legally Binding Instrument under UNCLOS on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity of Areas beyond National Jurisdiction (BBNJ Process) (22 February 2017), p.3.

28) Textual Proposals, pp.94-95.

29) Zhen Sun, "Experts Meetings on Biodiversity beyond National Jurisdiction," 4(2) Asia-Pacific Journal of Ocean Law and Policy 300 (2019), p.303; Arianna Broggiato, Sophie Arnaud-Haond, Claudio Chiarolla & Thomas Greiber, "Fair and Equitable Sharing of Benefits from the Utilization of Marine Genetic Resources in Areas beyond National Jurisdiction: Bridging the Gaps between Science and Policy," 49 Marine Policy 176 (2014), p.180.

research, and provide adequate education and training of technical and scientific personnel in order to strengthen the research capabilities of developing states. In short, open access and capacity building including transfer of technology address two approaches for sharing non-monetary benefits associated with utilization of marine genetic resources.[30]

Regarding open access, establishing a clearing house mechanism would be an effective and practical way to share non-monetary benefits as well as to preserve the marine environment.[31] The Ocean Biogeographic Information System, for example, is already existing clearing house platform that provides open access data and information on marine biodiversity.[32] A clearing house mechanism is beneficial for the following reasons. First, it would work as data repositories hosting and sharing information and data regarding BBNJ, and, thus, marine genetic resources in ABNJ would become increasingly open and accessible.[33] This would attract a great number of states and relevant stakeholders in engaging research and development associated with marine genetic resources in ABNJ.[34] It also has the potential to reduce the

30) Arianna Broggiato, Thomas Vanagt, Laura. E. Lallier, Marcel Jaspars, Geoff Burton & Dominic Muyldermans, "Mare Geneticum: Balancing Governance of Marine Genetic Resources in International Waters," 33 International Journal of Marine and Coastal Law 3 (2018), pp.8-10.

31) Group of 77 and China's Written Submission, op. cit., p.2. The EU does not literally suggest a clearing house mechanism, but suggests the establishment of a common platform for transferring information and technologies as a means of benefit sharing. Written Submission of the EU and Its Member States, op. cit., p.4.

32) For an official website of the Ocean Biogeographic Information System, see <https://obis.org> (searched date: 31 May 2021).

33) Arianna Broggiato, Thomas Vanagt, Laura. E. Lallier, Marcel Jaspars, Geoff Burton & Dominic Muyldermans, op cit., pp.24-25.

34) Jane Eva Collins, Harriet Harden Davies, Marcel Jaspars, Torsten Thiele, Thomas Vanagt & Isabelle Huys, "Inclusive Innovation: Enhancing Global Participation in and Benefit

research gap between developed and developing states as relevant information and data are readily accessible to the latter which normally have poor research capabilities.[35] Second, since sampling activities have been recognized as one of the main causes for environmental harm and reduction in biodiversity, a clearing house mechanism would be helpful for preserving the marine environment in that such sharing of information and data would avoid duplicated visits and access to marine genetic resources in ABNJ.[36]

Regarding capacity building, it is important to provide developing states a general understanding of marine genetic resources in ABNJ. An effective way of doing this would include technology transfer through training or education programs, for instance, on access to resources and biodiversity assessment.[37] The development of the necessary technological infrastructure would also be a tool for facilitating technology transfer.[38] This is in line with the UNCLOS which provides general obligations on the transfer of marine science and technology on fair and reasonable terms and conditions in Part XIV covering development and transfer of technology on utilization of marine genetic resource s.[39]

Sharing Linked to the Utilization of Marine Genetic Resources from Areas beyond National Jurisdiction," 109 Marine Policy (2019) online 103696, p.7.

35) Chuxiao Yu, "Implications of the UNCLOS Marine Scientific Research Regime for the Current Negotiations on Access and Benefit Sharing of Marine Genetic Resources in Areas Beyond National Jurisdiction," 51 Ocean Development & International Law 2 (2020), p.13.

36) Ibid., p.13.

37) Jane Eva Collins et al., op. cit., p.6. Items on technology transfer are listed as non-monetary benefits in the Annex to the Nagoya Protocol. See Nagoya Protocol, Annex 2 (f) & (g).

38) Harriet Harden-Davies, "Research for Regions: strengthening marine technology transfer for pacific Island Countries and biodiversity beyond national jurisdiction," 32 International Journal of Marine and Coastal Law 797 (2017), p.801.

In terms of the sharing of monetary benefits, both domestic stakeholders and the government do not seem to prefer such sharing. A number of methodologies have been introduced including "payments (up-front, milestone or royalties); fees (access, license or special); research funding; joint intellectual property rights ownership and patents."[40] In most cases, they do not imply the sharing of the monetary value inherent in the marine genetic resources. They rather mean the sharing of the monetary benefits generated from the commercialization of inventions made based on information obtained from the marine genetic resources collected.[41] For this reason, Korean domestic stakeholders as well as the government do not seem to prefer sharing monetary benefits that are generated through human efforts or creative activities including research and financial investments.[42]

In reality, the chances of successful commercialization of marine genetic resources are very low and determining them by monetary values is hardly possible.[43] Before their commercial

39) See Articles 266, 267, 268 and 269 of the UNCLOS.

40) Harriet Harden-Davies, "Deep-sea Genetic Resources: New Frontiers for Science and Stewardship in Areas beyond National Jurisdiction," 137 Deep-Sea Research II 504 (2017), p.506.

41) International Institute for Sustainable Development, Summary of the First Session of the Intergovernmental Conference on an International Legally Binding Instrument under the UN Convention on the Law of the Sea on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biodiversity of Areas Beyond National Jurisdiction: 4-17 September 2018, Earth Negotiations Bulletin: A Reporting Service for Environment and Development Negotiations, vol. 25 no. 179 (20 September 2018), p.4.

42) This view is inconsistent with an approach taken by the international regime under the Nagoya Protocol and the CBD where it covers both monetary and non-monetary benefits. See Nagoya Protocol, Annex 1 (a) – (j).

43) Arianna Broggiato, Thomas Vanagt, Laura. E. Lallier, Marcel Jaspars, Geoff Burton & Dominic Muyldermans, op. cit., p.23; Sun, op. cit., p.304.

biotechnological applications, marine genetic resources only have potential economic value.[44] Hence, in the sense that few research activities associated with utilization of marine genetic resource lead to commercial gains, establishing a system of monetary obligations may discourage states from developing marine genetic resources and, thus, hinder scientific research overall.

III. Conclusion

In order to achieve success in drafting the ILBI, the state governments have to engage in the negotiations based on a clear understanding of the positions of domestic stakeholders including related experts, private enterprises, and NGOs. This study dealt with the issue in which different views are highly likely to exist among state governments in the Intergovernmental Conference, namely, the benefit-sharing modalities of marine genetic resources. By using the Delphi technique, three rounds of a questionnaire survey were conducted to effectively assess the opinions of domestic stakeholders on the sharing of monetary and non-monetary benefits.

According to the result of the survey, as the position of the domestic stakeholders on the sharing of non-monetary benefits is unclear, the Korean government seems to maintain its position that non-monetary benefits could be shared but only on a voluntary basis. In terms of the sharing of monetary benefits, on the other hand, domestic stakeholders' opinions converged successfully to a certain degree. It was found that they do not prefer the sharing of monetary benefits as a system of monetary

44) Arianna Broggiato, Thomas Vanagt, Laura. E. Lallier, Marcel Jaspars, Geoff Burton & Dominic Muyldermans, op. cit., p.17.

obligations may discourage states from developing marine genetic resources and hinder scientific research. This is apparently in line with the view of the government.

Recently, the Korean government has been working to converge the different positions of domestic stakeholders by holding a series of meetings with regard to the BBNJ negotiations, as well as to reflect their opinions in future negotiations. The rapid growth of the Korean marine bio-industry led to a sharp rise in the number of stakeholders in the field, with an intricate web of interests among them. Hence, domestic stakeholders' opinions regarding the ILBI are highly likely to change. It is necessary to continuously investigate their opinions so that their changing opinions can be constantly monitored.

The establishment of counterstrategies for future negotiations and domestic/overseas policies based on the positions of domestic stakeholders will lead to optimal results that can maximize the national interest. In addition, it is deemed important for the governments directly involved in the negotiations for ILBI development to set up a system whereby they can discuss and cooperate with domestic stakeholders on this issue in a continuous and systematic manner.

(논문투고일: 2021.9.6, 심사개시일: 2021.9.7, 게재확정일: 2021.9.24)



Lee, Kil Won · Kim, Jin Young · Moh, Youngdawng

marine genetic resources, benefit-sharing,
areas beyond national jurisdiction,
Korean domestic stakeholders, Delphi technique

【Bibliography】

I. Journals

Arianna Broggiato, Sophie Arnaud-Haond, Claudio Chiarolla & Thomas Greiber, "Fair and Equitable Sharing of Benefits from the Utilization of Marine Genetic Resources in Areas beyond National Jurisdiction: Bridging the Gaps between Science and Policy," 49 Marine Policy 176 (2014).

Arianna Broggiato, Thomas Vanagt, Laura. E. Lallier, Marcel Jaspars, Geoff Burton & Dominic Muyldermans, "Mare Geneticum: Balancing Governance of Marine Genetic Resources in International Waters," 33 International Journal of Marine and Coastal Law 3 (2018).

Gaebel Christine, Baulcomb Corinne, Johnson David E., Roberts J. Murray, "Recognising Stakeholder Conflict and Encouraging Consensus of 'Science-Based Management' Approaches for Marine Biodiversity Beyond National Jurisdiction (BBNJ)", Frontier Marine Science (Sept. 18, 2020).

Jane Eva Collins, Harriet Harden Davies, Marcel Jaspars, Torsten Thiele, Thomas Vanagt & Isabelle Huys, "Inclusive Innovation: Enhancing Global Participation in and Benefit Sharing Linked to the Utilization of Marine Genetic Resources from Areas beyond National Jurisdiction," 109 Marine Policy (2019) online 103696.

Norman Dalkey & Olaf Helmer, "An Experimental Application of the Delphi Method to the Use of Experts," 9(3) Management Science 458 (1963).

Felicity Hasson, Sinead Keeney & Hugh Mckenna, "Research Guidelines for the Delphi Survey Technique," 32(4) Journal of Advanced Nursing 1008 (2000).

Harriet Harden-Davies, “Deep-sea Genetic Resources: New Frontiers for Science and Stewardship in Areas beyond National Jurisdiction,” 137 Deep-Sea Research II 504 (2017).

Harriet Harden-Davies, “Research for Regions: strengthening marine technology transfer for pacific Island Countries and biodiversity beyond national jurisdiction,” 32 International Journal of Marine and Coastal Law 797 (2017).

Fran Humphries & Harriet Harden-Davies, “Practical Policy Solution for the Final Stage of BBNJ Treaty Negotiations,” 122 Marine Policy (2020) online 104214.

Duckhee Jang & Soogwan Doh, “Trends in the Korean government support for marine biotechnology R&D investment and its implication (in Korean),” 40(3) Ocean & Polar Res. 177 (2018).

Anja Matwijkiw, Bronik Matwijkiw, “A Stakeholder Approach to International Human Rights. Could the Trend Become a Tragedy?”, 84 Revue Internationale De Droit Pénal 405 (2013).

Hugh P. McKenna, “The Delphi technique: A Worthwhile Approach for Nursing?,” 19(6) Journal of Advanced Nursing 1221 (1994).

Amadine Orsini, “The Role of Non-state Actors in the Nagoya Protocol Negotiations” in Sebastian Oberthur & G. Kristin Rosendal, Global Governance of Genetic Resources: Access and Benefit Sharing After the Nagoya Protocol (Routledge, 2014).

Juri Pill, “The Delphi Method: Substance, Context, A Critique and An Annotated Bibliography,” 5(1) Socio-Economic Planning Sciences 57 (1971).

Catherine Powell, “The Delphi Technique: Myths and Realities,”

41(4) Journal of Advanced Nursing 376 (2003).

John F. Preble, "Public Sector Use of the Delphi Technique," 23(1) Technological Forecasting & Social Change 75 (1983).

Steven R. Ratner, "Business" in Daniel Bodansky, Jutta Brunnee, Ellen Hey, The Oxford Handbook of International Environmental Law (Oxford, 2007).

Adriano Bernardo Renzi & Sydney Freitas, "The Delphi Method for Future Scenarios Construction," 3 Procedia Manufacturing 5785 (2015).

Aysegul Sirakay, Klaas De Brucker and Thomas Vanagt, "Designing Regulatory Frameworks for Access to Genetic Resources": A Multi-Stakeholder Multi-Criteria Approach. Frontier Genetices (Dec. 3, 2020).

Zhen Sun, "Experts Meetings on Biodiversity beyond National Jurisdiction," 4(2) Asia-Pacific Journal of Ocean Law and Policy 300 (2019).

Gaute Voigt-Hanssen, "Current 'Light' and 'Heavy' Options for Benefit-sharing in the Context of the United Nations Convention on the Law of the Sea," 33 International Journal of Marine and Coastal Law 683 (2018).

Chuxiao Yu, "Implications of the UNCLOS Marine Scientific Research Regime for the Current Negotiations on Access and Benefit Sharing of Marine Genetic Resources in Areas Beyond National Jurisdiction," 51 Ocean Development & International Law 2 (2020).

II. United Nations Documents

Group of 77 and China's Written Submission, Development of an International Legally Binding Instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity of Areas beyond National Jurisdiction (5 December 2016).

Letter of the President of the intergovernmental conference on an international legally binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction (9 March 2020).

Preparatory Committee established by General Assembly resolution 69/292: Development of an international legally binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction, Chair's overview of the third session of the Preparatory Committee.

Textual Proposals Submitted by Delegations by 20 February 2020, for Consideration at the Fourth Session of the Intergovernmental Conference on an International Legally Binding Instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity of Areas beyond National Jurisdiction (the Conference), in Response to the Invitation by the President of the Conference in her Note of 18 November 2019, A/CONF.232/2020/3.

UN General Assembly, International Legally Binding Instrument

under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity of Areas beyond National Jurisdiction, A/RES/72/249 (19 January 2018).

UN General Assembly, Report of the Preparatory Committee Established by General Assembly Resolution 69/292: Development of an International Legally Binding Instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity of Areas beyond National Jurisdiction, A/AC.287/2017/PC.4/2 (31 July 2017).

UN General Assembly, Resolution Adopted by the General Assembly on 19 June 2015: Development of an International Legally Binding Instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity of Areas beyond National Jurisdiction, A/RES/69/292 (6 July 2015).

UN General Assembly, Revised draft text of an agreement under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction, A/CONF.232/2020/3 (18 November 2019).

Written Submission of the EU and Its Member States, Development of an International Legally Binding Instrument under UNCLOS on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity of Areas beyond National Jurisdiction (BBNJ Process) (22 February 2017).

III. Other Materials

Arlene Fink, Jacqueline Kosecoff, Mark R. Chassin & Robert H. Brook, “Consensus Methods: Characteristics and Guidelines for Use,” RAND Corporation (California, 1991).

“Global Marine Biotechnology 2017-2026: Marine Derived Enzymes in Cosmetics & Use of Micro Algae and Marine Algae in Bio-field Products Fueling Market Growth,” 2019-5 Focus on Catalysts (2019).

International Institute for Sustainable Development, Summary of the First Session of the Intergovernmental Conference on an International Legally Binding Instrument under the UN Convention on the Law of the Sea on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biodiversity of Areas Beyond National Jurisdiction: 4-17 September 2018, Earth Negotiations Bulletin: A Reporting Service for Environment and Development Negotiations, vol. 25 no. 179 (20 September 2018).

National Marine Biodiversity Institute of Korea, “A Report on Domestic Marine Bioindustry Based on 2018,” November 2019 (in Korean).

국문요약

국가관할권이원 해양유전자원의 이익공유 형태에 대한 한국이해관계자의 입장 검토: UN BBNJ 협상에서의 논의를 중심으로

이길원 · 김진영 · 모영동

국제연합(United Nations, UN) 총회는 국가관할권이원 해양생물다양성(biodiversity beyond national jurisdiction, BBNJ)의 보존 및 지속가능한 이용과 관련하여 UN해양법협약에 따라 법적 구속력이 있는 국제문서(이하 'BBNJ 법률문서')를 개발하기로 결정하였다. BBNJ 협상의 주요 의제 중 하나는 해양유전자원의 거버넌스이다. 이는 선진국과 개발도상국 사이 첨예하게 대립하는 이슈에 해당한다. 앞으로의 문안 작성을 위한 정부간 회의(Intergovernmental Conference)에서 해당 이슈에 대한 당사국간 의견 수렴여부가 새로운 문서의 성안여부를 확정 지을 결정적 변수가 될 것으로 보인다.

BBNJ 법률문서는 국가들뿐만 아니라 국내 이해관계자들에게도 상당한 영향을 미치기 때문에, 각국 정부들은 이들의 입장에 대한 명확한 이해를 바탕으로 BBNJ 협상에 참여하여야 할 것이다. 본 협상에 적극적으로 참여하고 있는 한국 정부는 최근 자신의 입장을 표명한 문안 제안서(textual proposals)를 제출한 바 있으나, 국내 이해관계자들의 의견이 해당 제안서에 충분히 반영되었는지는 확실치 않다.

따라서 본 연구는 국가관할권이원 해양유전자원 의제 중 이익공유 형태에 관한 한국 이해관계자들의 의견을 검토하고, 관련 논의에 대한 향후 방향에 대해 살펴보고자 하였다. '델파이 기법(Delphi Technique)'을 활용한 세 차례의 설문 조사를 실시하여 국내이해관계자들의 의견을 확

인하였다.

조사 결과에 따르면, '비금전적 이익'의 공유에 대한 국내이해관계자들의 입장이 불명확하다는 점에서 한국 정부가 '비금전적 이익'에 대한 자발적 공유를 규정할 것을 제안한 것으로 이해된다. 한편, 국내이해관계자들이 '금전적 이익'에 대한 공유를 선호하지 않는다는 점이 확인되었다. 인간의 노력이나 창작활동에 따라 발생한 '금전적 이익'을 공유하는 것에 대해 부담을 가지는 것으로 이해되며, 이러한 태도는 정부의 입장과 일치하는 것이기도 하다.



이길원 · 김진영 · 모영동

해양유전자원, 이익공유, 국가관할권이원, 한국 이해관계자, 델파이기법

성균관대학교 법학연구원 『성균관법학』 10.17008/skklr.2021.33.3.010
제33권 제3호 (2021. 9.)
Sungkyunkwan Law Review Vol.33. No.3 (September 2021) pp391~432

NFT콘텐츠 거래의 법적 쟁점에 대한 고찰

김현경*

【목 차】

I. 서론

II. NFT의 개념과 가치
1. NFT의 개념과 특성
2. NFT의 가치 속성

III. NFT적용법리 분석 : 저작권을 중심으로
1. NFT콘텐츠의 저작권 유형
2. NFT생성
3. NFT콘텐츠 유통
4. 기타

IV. 라이선스 법리의 한계와 과제
1. 현행법상 디지털 콘텐츠의 거래 법리 : 라이선스
2. 라이선스의 한계
3. 법적 과제

V. 결론

【국 문 요 약】

최근 Beeple의 예술작품에 연결된 NFT의 고가 거래, 음원·트윗의 NFT경매 등 NFT에 대한 인지도와 관심이 높아지고 있다. NFT는 특정 디지털콘텐츠의 저렴한 무한 복제를 제한하고 해당 콘텐츠에 '유일성'을 부여함으로서 디지털콘텐츠가 라이선스의 한계를 벗어나 사적 재산으로 거래될 수 있는 가능성을 제시하고 있다. 따라서 NFT가 표방하고 있는 거래의 기본 구조는 기존 디지털콘텐츠 거래와는 달리 일단 판매된 NFT에 대해 판매자(舊소유자)가 더이상 통제할 수 없고 구매자(新소유자)가 NFT 콘텐츠에 대한 완전한 처분 권능을 가진다는 것이다. 그러나 현행법상 NFT에 적용되는 법적 환경은 소유권에 기한 처분권능의 이전이 아닌 여전히 지적재산 라이선스다. 즉 NFT거래 당사자의 진정한 의도는

* 서울과학기술대학교 IT정책전문대학원 부교수, 법학박사.

‘소유’를 표방하고 있으나 실제 법적 취급은 ‘라이선스’로 이루어지고 있다. 이러한 시장과 규범의 괴리는 결국 소비자 혹은 최종 이용자에게 불측의 손해를 야기할 수 있다. 따라서 본 고에서는 NFT거래에 적용되어야 할 적합한 법적 과제를 도출하기 위해 저작권 유형과 NFT생성 및 유통에서 적용되는 저작권 쟁점을 검토하였다. 그리고 NFT 거래의 진정한 의도를 반영하고 콘텐츠 최종 구매자의 거래 안전을 보호하기 위한 법적 과제를 다음과 같이 도출하였다. 우선, NFT거래에 대하여는 일반적 재산의 거래 법리를 제한적으로 적용할 필요가 있다. 또한 소비자에게 거래의 중요한 맥락과 실제를 명확히 고지하고, NFT에 연결된 콘텐츠의 검증과 진본성 확인을 보증하는 등 기존의 소프트웨어 라이선스 중심의 거래관행에서 고려되지 못하였던 NFT이용자 혹은 소비자에 대한 기본적 권리의 확보가 필요하다.

I. 서론

최근 디지털 콘텐츠의 거래에서 NFT(Non-Fungible Token, 대체 불가능한 토큰, 이하 NFT라 한다)에 대한 인지도와 관심이 높아지고 있다. 미국 디지털 아티스트 Mike Winkelmann(Beeple)의 NFT 작품이 Christie의 경매장에서 $69,346,250에 판매된 사례는 이미 너무나 자주 회자되었다. 시각적 디지털 콘텐츠 뿐만 아니라 음원 역시 NFT형태로 거래되고 있다. DJ 3LAU와 같은 아티스트는 그의 앨범 Ultraviolet의 3주년을 기념하기 위해 33개의 NFT를 경매하였는데 24시간 만에 1,100만 달러 이상을 벌어들였다. 앨범에는 지금까지 들어본 적 없는 곡들이 수록되어 있었다.[1] 하물며 법으로 독점배타권을 부여하는 지식재산에 해당 되지 않는 단순 디지털콘텐츠의 경우에도 NFT거래의 대상이 되고 있다. 트위터 CEO Jack Dorsey가 NFT로 첫 트윗을 판매하였는데 그 트윗은 2006년 3월 21일에 처음 작성된 "그냥 내 트윗을 설정 중입니다" 라고 쓰여 있는 문구였다. 해당 트윗은 1,630.58이더(ether)에 판매되었으며, 이는 290만 달러에 해당하는 암호화폐이다.[2]

---

1) 3 CEO Magazine ‘Dorsey sells first tweet and gives US$2.9 million to charity’, https://www.theceomagazine.com/business/news/nft-dorsey/ (2021.7.26. 최종확인).

NFT거래의 기본 개념은 NFT에 연결된 콘텐츠가 거래된 경우, 일단 판매된 NFT에 대해 기존의 판매자(舊소유자)가 더이상 통제할 수 없고 구매자(新소유자)가 원하는 대로 해당 NFT가 가지는 콘텐츠의 가치를 사용·수익·처분할 수 있음을 즉 구매자가 유체물과 유사한 소유권을 가지게 됨을 의미한다. "우리는 디지털 자료를 많이 가지고 있지만 결코 실제 소유한 적이 없다"는 NFT의 대표적 홍보문구는 그간 디지털콘텐츠의 이용방식인 '라이선스'의 한계를 '소유'를 통해 NFT가 해결하고자 한다는 것을 명확히 보여준다.

그러나 현행법상 NFT에 적용되는 법적 환경은 소유권에 기한 처분권능의 이전이 아닌 여전히 지적재산 라이선스다. 지적재산권자는 복제본의 이용자 해당 복제본을 사용하거나 처분할수 있는 방법을 지정하는 권한을 여전히 보유한다. 구글플레이에서 구매한 영화와 아마존에서 구입한 전자책이 라이선스에 의해 이용될 뿐이며 소유될 수 없는 법리가 NFT 거래의 법적 기초다. 그러나 NFT콘텐츠는 기존의 디지털 콘텐츠와는 달리 '대체 불가능', '원본증명'등을 통해 디지털콘텐츠를 사적 재산과 유사하게 다룰 수 있는 속성을 부과한다. 이러한 속성을 이용해 NFT거래는 '소유'를 표방하고 있으나 즉 사적 재산의 거래로 여겨지고 있으나 실제 법적 취급은 라이선스로 이루어지고 있다. 즉 시장과 규범의 괴리다. 이러한 괴리는 결국 소비자 혹은 최종 이용자에게 불측의 손해를 야기할 수 있다. 따라서 본 고에서는 NFT의 개념과 속성을 검토한 후(Ⅱ), 대표적 IP법인 저작권법을 중심으로 NFT적용법리를 분석하고(Ⅲ), 이러한 라이선스 중심의 법리적용의 한계과 법적 과제를 도출(Ⅳ)하고자 한다.

Ⅱ. NFT의 개념과 가치

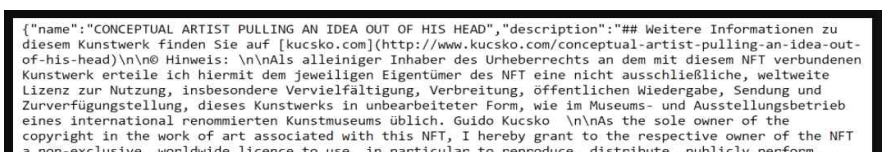
1. NFT의 개념과 특성

2) CNBC 'Twitter CEO Jack Dorsey's first tweet NFT sells for $2.9 million', https://www.cnbc.com/2021/03/22/twitter-ceo-jack-dorseys-first-tweet-nft-sells-for-2point9-illion.html (2021. 7.26. 최종확인).

NFT는 블록체인에서 확인할 수 있는 고유한 ID를 가진 디지털 파일이다.[3] NFT는 디지털 자산에 연결된 디지털화되고 인증된 토큰이며 특히 일반적으로 이더리움(Ethereum)이라는 블록체인에 기록된다. 이더리움은 지불에 사용할 수 있는 암호화폐이자 거래를 용이하게 하는 블록체인 응용 프로그램이다. 다만 블록체인에 기반한 대표적 암호화폐로 알려진 비트코인과는 달리 NFT는 상호 교환이 불가능하다. 암호화폐 비트코인은 완전히 상호 교환 가능하여 지불에 유용할 수 있기 때문에 "대체가능"하다고 볼 수 있다. 예를 들어, 내가 누군가에게 5만원을 빌렸다면 1만원 지폐 5장이나 5만원 지폐(각각 고유한 일련번호를 가지고 있더라도) 어느 방식으로 지불해도 상관없다. 이러한 대체가능성에 있어서 비트코인도 다른 화폐와 동일하다. 그러나 NFT는 각각 고유하므로 '대체 불가능'하다. 이러한 '대체 불가능성'으로 인해 '원본'을 증명하는 기능을 수행할 수 있다. NFT는 독특한 예술 작품과 같은 일대일 '원본'을 나타낼 수 있으며, 또한 제한된 시리즈에서 고정된 수의 복제본 중 하나를 나타낼 수도 있다. 일례로 A병원의 의료기록을 환자의 요청에 의해 B병원으로 전송하는 과정에서 환자에 의해 또는 다른 제3자에 의해 변경되거나 훼손될 수 있다. 이러한 의료기록이 훼손되지 않았다는 무결함을 증명하기 위해 NFT를 생성 및 연결할 수 있다. 이론적으로 NFT는 예술 작품, 음악, 비디오, 각종 수집품, 트레이딩 카드, 비디오 게임 가상 아이템 또는 부동산을 포함하여 거의 모든 실제 또는 무형 자산을 나타낼 수 있다. 즉 NFT는 블록체인에 구현된 정품 인증서의 디지털 버전이라고 볼 수 있다.

또한, NFT는 추적 가능하며, 각 NFT에 고유한 일련번호 또는 복제할

3) Creating a Smart Contract and Minting An NFT의 text image, Formulating a smart contract and minting an NFT (schoenherr.eu), https://www.schoenherr.eu/content/formulating-a-smart-contract-and-minting-an-nft/ (2021.7.22. 최종확인).


{"name":"CONCEPTUAL ARTIST PULLING AN IDEA OUT OF HIS HEAD","description":"## Weitere Informationen zu diesem Kunstwerk finden Sie auf [kucsko.com](http://www.kucsko.com/conceptual-artist-pulling-an-idea-out-of-his-head)\n\n© Hinweis: \n\nAls alleiniger Inhaber des Urheberrechts an dem mit diesem NFT verbundenen Kunstwerk erteile ich hiermit dem jeweiligen Eigentümer des NFT eine nicht ausschließliche, weltweite Lizenz zur Nutzung, insbesondere Vervielfältigung, Verbreitung, öffentlichen Wiedergabe, Sendung und Zurverfügungstellung, dieses Kunstwerks in unbearbeiteter Form, wie im Museums- und Ausstellungsbetrieb eines international renommierten Kunstmuseums üblich. Guido Kucsko \n\nAs the sole owner of the copyright in the work of art associated with this NFT, I hereby grant to the respective owner of the NFT a non-exclusive, worldwide licence to use, in particular to reproduce, distribute, publicly perform, broadcast and make available, this work of art in unaltered form, as is customary in the museum and exhibition activities of an internationally renowned art museum. Guido Kucsko","image":"ipfs://ipfs/QmdLZcu98bpezNHGnjxLdcZfZj6HU5nMVE3mNhKNLRd9Fw/image.gif","external_url":"https://rarible.com/token/0x60f80121c31a0d46b5279700f9df786054aa5ee5:844630","attributes":[]}

수 없는 “지문”(“해시”라고도 함)이 포함되어 있기 때문에 복제가 불가능하다. 해시는 특정 디지털 파일에서 생성된 암호화 키이기 때문에 하나의 특정 콘텐츠 사본과만 일치하도록 설계된다. NFT 소유자는 해시를 사용하여 NFT가 링크된 콘텐츠에 대하여 일정한 권리가 있음을 확인할 수 있다. 즉, NFT는 블록체인에 저장된 권리증명 기록이며 이러한 기록은 블록체인에 저장될 다른 사람에게 양도될 수 있다. 해당 콘텐츠(저작물이건 아니건 간에)에 대한 정보, 권리 및 지불 내역 등에 대한 기록은 블록체인으로 알려진 이 새로운 형태의 분산 데이터베이스에 안전하게 기록, 유지된다. NFT의 주요 목표는 해당 자산에 대한 확실한 기록과 증거를 제공하는 것이다.

이하에서는 ‘NFT’와 ‘NFT콘텐츠’를 구분해서 기술하기로 한다. NFT는 앞서 검토하였듯이 소프트웨어가 생성한 해시가 포함된 데이터이며, 이러한 NFT에 연결되는 혹은 NFT를 통해 거래되는 콘텐츠를 ‘NFT콘텐츠’라고 지칭하고자 한다. 콘텐츠는 저작물 일수도 있고 그렇지 않은 단순 콘텐츠일 수 도 있다.

2. NFT의 가치 속성

NFT거래에 있어서 구매자의 권리를 결정하는 세 가지 중요한 요소들이 있다. NFT콘텐츠의 저장위치, NFT의 가치를 결정하는 맥락적 상황, 해당 콘텐츠의 이용을 제한하는 지적재산 계약에 대한 사항이다.[4)]

첫 번째 고려해야 할 핵심은 그 콘텐츠가 실제로 저장되는 장소이다. 일례로 NFT마켓플랫폼을 통해 디지털 예술작품을 구매할 경우, 스마트 계약에 의해 구매자가 그 예술작품을 소유함을 증명하는 토큰이 이전되는 것이다. 그 작품 자체는 전자적 형태로 다른 곳에 저장되어 있을 수 있다. 이러한 절차는 부동산을 양도하는 것과 유사하다. 부동산 증서는 소유권을 의미하지만 부동산은 여전히 이전의 위치에 있다. NFT를 통한 거래가 이루어질 때 그 대상이 되는 항목, 즉 NFT콘텐츠의 위치는 중요하다. 체인 밖의 저장소(off-chain storage)는 삭제될 수 있기 때문이다.

4) Devin Finzer, The Non-Fungible Token Bible: Everything you need to know about NFTs, OPENSEA (Jan. 10, 2020), https://opensea.io/blog/guides/non-fungible-tokens/ (2021.8.25. 최종확인).

저장장소는 체인 밖(off-chain)과 체인 위(on-chain)라는 두 가지 선택이 있을 수 있다. 체인 밖 저장은 중앙집중화된 다른 서버의 어딘가에 저장되는 것이다. 이러한 경우 구매한 토큰은 단지 그 콘텐츠를 소유한 사람에 대한 기록만을 보관하게 된다. 더불어 토큰이 판매 중인 콘텐츠에 연결되어 있음을 나타내는 기록도 포함되어 있다. 이는 구매하려는 자산의 주소가 있는 증서와 유사하다고 볼 수 있다. 체인밖에 저장된 콘텐츠는 해당 서버를 유지관리하는 회사가 더이상 존재하지 않거나 서버를 꺼버리는 경우 해당 콘텐츠도 존재하지 않게 된다. 또한 콘텐츠 이용자는 서버호스트가 부여한 부가적인 제한을 따를 수 밖에 없는 상황도 있을 수 있다. 디지털 콘텐츠가 체인 위에 저장될 경우 그 콘텐츠 자체는 토큰에 직접적으로 해쉬(hash)된다. 이러한 온체인(on-chain) 저장방식은 해당 콘텐츠를 호스팅하는 서버회사의 존속여부와 상관없이 그 콘텐츠가 계속 존재할 수 있게 된다. 따라서 온체인 저장방식은 NFT의 가치가 특정 서버나 서버기업의 지속여부에 구속되지 않으므로 구매자에게 더 큰 보안을 제공할 수 있다. 다만 온체인 저장방식의 단점은 저장공간이 매우 제한적이라는 점이다. 매우 적은 데이터만이 토큰내에 직접적으로 저장되어 거래될 수 있다.

두 번째 주요 고려 요소는 특정 NFT의 가치를 결정하는 맥락적 상황이다. 물리적 자산 혹은 디지털 콘텐츠 모두 그 자산이 포함된 맥락에서 가치가 도출된다. 일례로 주변환경이 집의 가치에 미치는 영향이 그러하다. 그 자산이 사용된 맥락을 제어할 수 있다는 것은 그 자산 자체를 제어할 수 있음을 의미한다. 주택소유자협회의 영향력이 개별 주택소유자에게 미치는 것과 유사하다. 재산의 가치를 결정하는 가장 강력한 맥락은 결국 소유자의 지배력을 제한하는 데 드는 비용과 관련된다고 볼 수 있다. 물리적 자산처럼 NFT역시 주변 맥락에 따라 그 가치가 다변화될 수 있다. 카드게임에서 카드의 가치를 고려해 볼 때, 카드는 그 게임안에서 작동할 수 있기 때문에 가치가 있는 것이다. 즉 게임 소프트웨어가 그 카드를 게임에서 적법한 수단으로 인정했기 때문이다. 그러나 그 게임 소프트웨어는 변경될 수 있고 그러한 변경에 따라 그 카드의 가치 역시 변할 수 있다. 게임제작사가 더 이상 그 카드가 게임에 적합하지 않다고 결정하는데 있어서 그 카드 토큰의 소유자 즉 NFT소유자의 상황은

그다지 중요한 요소가 아니다. 자산은 가치가 변할 수 있으며 자산의 소유자가 된다는 것은 그러한 리스크를 수용한다는 것이다. 그러나 NFT 투자자들은 위 게임사례에서 보듯 NFT가 계속 그 역할을 할 수 있는지, 다른 자산들과의 관계는 어떠한지, 그리고 그 가치를 유발하는 맥락을 통제하는 제3자가 누가 있는지 등을 고려하기 어렵다. 현재의 NFT는 매우 명확한 언어로 홍보되고 있는 것 같지만 실제 이러한 가치 맥락적 상황을 인식하는 것은 매우 어려운 일이다.[5)]

세 번째 중요한 요소는 NFT의 소유를 제한하는 지적재산(라이선스) 계약이다. 지적재산 계약은 NFT소유자가 NFT를 개인적 브랜딩이나 홍보에 사용하는 것을 제한한다.[6)] NFT라이선스 계약은 디지털 소유에 대한 제한이다. 책을 구입했지만 라이선스 계약에 의해 목요일 오후에만 읽을 수 있는 것과 유사하다. 라이선스 계약에 구속된 NFT콘텐츠를 구입하는 것은 라이선스계약에 부가된 추가적 단계를 거쳐야 함을 의미한다.

Ⅲ. NFT적용법리 분석 : 저작권을 중심으로

1. NFT콘텐츠의 저작권 유형

가. 개요

NFT콘텐츠를 만들기 위해서는 콘텐츠(저작물), 이더리움·질리콰(zilliqa)와 같은 가상자산(일명 “코인”이라 불린다), 그리고 가상자산를 저장하거나 이를 거래에 이용할 수 있는 지갑(일명 “코인지갑”이라 불린다)[7)]이 필요하다. 콘텐츠를 이더리움 블록체인을 거쳐서 NFT화 시키는 것을 민팅(minting)이라고 하는데, 이때 가스(gas)라는 수수료가 필요하며, 이 수수료는 코인으로 지불 된다. 이러한 과정을 거쳐 NFT콘텐츠를

5) Joshua Fairfield, Tokenized: The Law of Non-Fungible Tokens and Unique Digital Property (April 6, 2021). Indiana Law Journal, Forthcoming, at 42-46, SSRN: https://ssrn.com/abstract=3821102 (2021.8.25. 최종확인).

6) Birgit Clark & Ruth Burstall, Crypto-Pie in the Sky? How Blockchain Technology is Impacting Intellectual Property Law, 2 STAN. J. BLOCKCHAIN L. & POL'Y 252. 257 (2019).

7) 대표적인 가상자산 지갑 사이트로 metamask, Trezor One 등이 있다.

판매하고자 하는 자는 마켓 플레이스에 해당 콘텐츠를 업로드하게 된다. 이렇게 만들어진 NFT콘텐츠는 마켓플레이스에서 판매가 가능해지며, 구매자는 경매에 참여하여 이를 구매할 수 있다. 한편, 생성된 NFT콘텐츠는 NFT를 생성한 마켓플레이스가 아닌 다른 마켓플레이스에서도 판매가 가능하다. 원칙적으로 어떤 예술작품 혹은 콘텐츠를 NFT로 거래하려고 할 때 그 작품의 전체 데이터 세트를 NFT, 즉 블록체인에 포함시키는 것이 가능하다(예를 들어 GIF). 그러나 예술작품 전체를 NFT에 포함시키는 것은 엄청난 에너지 소비와 거래비용을 유발하기 때문에 대부분의 경우 예술작품에 대한 최소한의 정보를 NFT에 담아서 예술작품과 연계시키는 방법을 취하게 된다. NFT의 메타데이터가 포함된 이 링크에는 예술작품의 제목, 설명 그리고 그 예술작품이 저장된 링크, 라이선스 계약내용 등이 포함될 수 있다.[8] 특히 계약내용이 NFT콘텐츠에 대한 저작권을 완전히 양도하는 형태일 수 있고, 또는 일정한 이용권만 설정하는 라이선스 형태일 수 있다. 이하에서 자세히 검토한다.[9]

나. 권리양도 방식

이러한 유형은 보호받는 저작물에 대하여 권리를 완전히 양도하는 NFT이다. 구매자가 해당 저작물에 대한 모든 권리를 득하길 원하는 경우가 있을 수 있다. 예를 들어 NFT콘텐츠가 자사 상품을 식별하기 위한 상표로서 사용되길 원하는 경우이다. 그러나 특정 국가의 저작권법은[10] 저작권의 상속은 가능하나, 생존 중 전부 양도를 금지하고 있으므로 이

8) Formulating a smart contract and minting an NFT (schoenherr.eu) https://www.schoenherr.eu/content/formulating-a-smart-contract-and-minting-an-nft/ (2021.7.22. 최종확인).

9) Tokenized copyrights: Linking an NFT to a copyright licence (schoenherr.eu)을 참고로 재구 성, https://www.schoenherr.eu/content/tokenized-copyrights-linking-an-nft-to-a-copyright-licence/ (2021.7.22. 최종확인).

10) Bundesrecht konsolidiert: Gesamte Rechtsvorschrift für Urheberrechtsgesetz, Fassung vom 02.08.2021, (문학과 예술 작품의 저작권 및 관련 보호권에 관한 연방법(통칭: 저작권법, 독일어 약칭: UrhG).

4. Übertragung des Urheberrechtes. (저작권 양도).

§23. (1) Das Urheberrecht ist vererblich; in Erfüllung einer auf den Todesfall getroffenen A nordnung kann es auch auf ondernachfolger übertragen werden. (저작권은 사망에 따른 명령을 집행하기 위한 경우에 양도가능하다).

러한 경우 권리양도의 효과를 누리기 위해서는 포괄적 라이선스를 체결할 수밖에 없다. 대부분의 NFT콘텐츠 거래에서 완전한 권리양도 거래를 하는 경우는 매우 드문 일이다. 대부분 라이선스에 기초하고 있다.

다. 라이선스 방식

라이선스 유형은 다음과 같이 나누어질 수 있다. 첫째, 일반적인 라이선스 유형으로 보호받는 저작물에 대하여 제한적 권리(이용허락)가 부여된 NFT이다. 이러한 경우 NFT는 반드시 디지털 예술작품에만 연결된 것으로 제한되지 않는다. 또한 저작권자는 NFT를 판매하면서 특정 목적(일례로 박물관의 경우)으로 제한된 비배타적 라이선스만 허용할 수 있다. 따라서 판매라는 용어를 사용한다 할지라도 실질적으로 권리가 완전이 이전되는 판매라고 보기 어렵다. NFT를 제공할 때, 해당 저작물의 이용범위를 명확히 하는 것이 바람직하다. 명확한 라이선스는 NFT의 가치를 정확히 평가할 수 있고 후일 NFT구매자가 해당 디지털 작품을 이용하는데 있어서 발생할 수 있는 분쟁을 예방할 수 있다.

둘째, 크라우드 펀딩을 위해 보호받는 저작물을 NFT콘텐츠 형태로 만드는 경우이다. NFT는 소액 투자를 유치할 수 있는 수단이 되기도 한다. 예를 들어 온라인으로 판매되는 음악 제작에 소액 투자를 유도할 수 있다. 특히 코비드-19로 수많은 콘서트 등의 공개행사를 취소하게 되면서 NFT는 팬들의 참여와 새로운 수입원 창출을 유도하는 방법으로 음악 산업의 이목을 집중시켰다. Bluebox 및 VEZT와 같은 스타트업은 NFT를 통하여 음악 저작권을 분할하여 판매하였다. 각 노래의 저작권은 NFT에 의해 분할되어 판매된다. 그러면 NFT 구매자는 분할된 권리 몫에 해당되는 로열티 수익을 받게 된다. 이러한 개념은 기업의 주식을 구매하는 것과 유사하다. 최초 음악 저작권 공유 플랫폼 Vetz는 아티스트가 대중과 공유할 음악을 선정하고 제한된 기간 동안 해당 음악의 저작권을 대중과 공유할 수 있는 "ISO™(Initial Song Offering®)"을 구축한 바 있다. ISO™는 곡 정보, 저작권 소유자, 저작권료 공유 만료 기간, 공유 한도 금액 등 해당 음원에 대한 총체적인 저작권 정보를 담고 있는 데이터이며 이를 바탕으로 구매자인 대중들도 구매한 저작권 비율에 따라 저작권료를 분배 받을 수 있다.

팬들에게 부여된 권한은 이전에는 스트리밍 형태의 복제본을 이용할 수 있는 권한, 또는 CD/음반 등 상품 형태로 구매할 수 있는 권한으로 제한되었으나, 현재의 해당 음악의 권리 일부를 구매하도록 하는 것이다. 이러한 투자는 음반에 자금을 조달하기 위한 투자의 일종으로 볼 수도 있지만, 해당 음원이 성공했을 경우 그에 대한 저작권 사용료, 즉 로열티 수익을 얻을수 있다. 한편 저작권 분할이 많이 이루어지고 일반적으로 음원 창작자가 일정 비율(일례로 25%)의 권리를 보유하기 때문에 분할된 권리를 구매한다고 해서 구매자가 그 음원을 마음대로 이용할 수 있는 것은 아니다. 따라서 음원을 분할된 NFT형태로 자금화 하였어도, 음원창작자가 계속해서 자신의 작품에 대한 완전한 통제권을 유지할 수 있다. 이러한 유형은 음원저작권에 대한 공유, 분할, 판매라는 용어를 사용하므로 일견 저작권의 분할 양도를 통한 공동저작권 형태로 보일 수 있다. 그러나 '양도'가 이루어지기 위해서는 분할된 범위 내에서 양수인의 완전한 사용·수익·처분권이 인정되어야 한다. 그러나 이 경우 NFT구매자는 그 음원을 마음대로 이용할 수 없으며, NFT 보유 기간 역시 권리자에 의해 결정된다. 결국 NFT에 의해 분할된 구매자의 권리는 실제로 로열티에 대한 권리로 제한된다. 따라서 이러한 유형은 저작권 양도라라기보다는 저작권자가 음원제작 자금 조달을 위해 NFT구매자에게 제한된 기간 동안 음원의 수익에 대한 일정 비율을 로열티로 지급하기로 하는 라이선스라고 볼 수 있다. 그러나 창작자가 이미 음반사와 계약하였거나 해당 곡의 저작권의 일부만 가지고 있다면, 음원을 이렇게 NFT에 의해 분할하는 것은 곤란하다. 또한 위에서 언급한 바와 저작권의 전부양도를 금지하는 경우 단지 라이선스 형태로만 가능할 것이다. 한편 우리나라처럼 신탁에 의한 집중관리의 경우 장래의 창작에 대한 권리까지도 양도하는 신탁계약이 존재하므로 신탁계약과 충돌 여부의 검토가 필요하다.

세 번째 유형은 저작권 보호를 포기한 저작물의 NFT이다. 저작권자가 해당 저작물의 자유로운 이용을 위해 저작권을 완전히 포기한 경우를 상정해 볼 수 있다. 이는 법체계에 의해 현실화되기 어려울 수도 있다. 일례로 오스트리아 저작권법은 완전히 저작권 보호를 포기하는 것인 합법적으로 가능한지 명확하지 않다. 해당 저작권법은 공동저작자가 자신의 권리를 포기하는 경우만 규정하고 있다. 공동저작자가 자신의 권리 지분

을 포기할 경우 해당 부분이 공유(Public Domain)되는 것이 아니라 다른 공동 저작권자에게 그 지분이 귀속된다. 저작권의 완전한 포기, 즉 자유이용이 되기 위해서는 공동저작물의 경우 저작자 전원의 의사합치가 필요하다. 그러나 저작자의 사적 권리의 보호로서 저작권은 필수불가결이으므로 완전한 포기는 있을 수 없으며, 그에 상응하는 포괄적 자유이용 허락으로 봐야한다는 견해도 있을 수 있다. 일례로 CCO[11]의 경우 적용되는 국가의 법에 따라 합법적 권리의 포기로 작용할 수 있지만, 그에 상응하는 대체적 입장으로서 자유이용을 허락하는 라이선스로 해석될 수도 있다.

라. 저작권으로 보호되지 않는 저작물에 대한 NFT

NFT는 저작권이 없는 자료나 더 이상 저작권으로 보호되지 않는 저작물에 연결될 수도 있다. 예를 들어, 최근 언론은 피렌체의 우피치 미술관(Uffizi Gallery)에서 미켈란젤로의 그림을 NFT로 변환하여 EUR 140,000(USD 170,000)에 판매했다고 보도한바 있다. 독특한 원본이 우피치 컬렉션에 남아 있을 가능성이 크다. NFT는 분명히 디지털 복제본에 연결되어 있다. 그러한 NFT를 획득하게 된 주된 동기는 미술관에 재정적 지원을 제공하려는 의도이거나 다시 라이선스로 그러한 NFT를 업그레이드 하려는 것으로 이해될 수 있을 것이다. 저작권 보호기간이 만료된 원본에 기반한 라이선스는 성립될 수 없기 때문이다. 그러나 NFT가 연결된 원본 이미지의 고해상도 팩시밀리 사진(high-resolution facsimile photo)에 대한 라이선스는 가능할 수도 있을 수 있다. 다만 그러한 이미지는 적어도 관련(또는 인접) 권리로 보호되기 위해서는 별도의 독창성이라는 추가적 요건을 충족하여야 한다. 디지털 단일 시장의 저작권 및 관련 권리에 대한 EU 지침(2019/790)[12]에 의하면 시각적 예술저작물의 보호기간이 만료된 경우, 그러한 저작물 복제행위의 결과물 즉 복제물이 저자 자신의 지적 창작이라는 의미에서 독창성을 가지고 있지 않다면 저작권이나 저작인접권이 인정되지 않는다.[13] 따라서 개별적

11) https://creativecommons.org/publicdomain/zero/1.0/, (2021.7.26. 최종확인).

12) EU Directive on copyright and related rights in the Digital Single Market (2019/790).

13) Article 14 of stated directive.

독창성이 없는 사진에 의한 복제는 저작권 보호를 받기 어렵다.

2. NFT생성

가. NFT콘텐츠 생성의 합법성

NFT는 특정 콘텐츠 파일에 해당하는 해시를 생성하여 만들어진다. 이 파일에는 예술작품이나 트윗과 같이 토큰화되는 모든 작업이 포함되며 해당 파일은 사이버 공간 어디에나 존재할 수 있다. 현재 NFT를 생성하는 일부 서비스는 사용자가 콘텐츠 파일을 업로드하여 NFT를 생성하도록 한다. 또한 링크된 콘텐츠의 표시는 일반적으로 NFT 마케팅에 포함된다. 따라서 NFT를 생성하려면 일반적으로 해당 콘텐츠의 저작권자로부터 허락을 받아야 한다. 즉 NFT생성시 저작권이 있는 저작물을 사용하기 위해서는 저작권자로부터 라이선스 또는 허가를 받아야 한다. 다른 사람의 저작물을 사용하여 NFT를 만드는 사람은 해당 저작물 저작권자의 허락을 득해야 한다. 저작권법은 저작권자에게 독점적인 권리 묶음, 즉 "권리의 다발" 제공한다. 이러한 권리에는 복제, 배포, 공연 및 전시 등의 권리가 포함된다. 음악가가 다른 사람의 음악을 샘플링하거나 리믹스하여 자신의 음악으로 판매하려면 허가가 필요한 것처럼, NFT 생성·제작자는 NFT에 포함하여 판매에 제공하고자 하는 콘텐츠 저작권자의 허락이 필요하다. 이러한 배타적 권리에 대한 허락 없는 이용은 공정 이용과 같은 저작재산권 제한에 해당되지 않는 한 저작권 침해로 인정될 수 있다. 따라서 누군가 특정 콘텐츠에 대한 NFT 생성 및 유통을 고려하고 있다면, 일반적으로 NFT에 업로드하려는 콘텐츠를 판매 등 유통에 제공할 법적 권리가 있는지 확인해야 한다. 예를 들어, 전속 음반 계약을 맺은 뮤지션이라면 "음반 계약에 음반사의 동의 없이 NFT를 판매할 수 있다는 내용이 포함되어 있는지, 특히 당해 음악이 이미 권리 처리된 샘플을 사용한다면, 그 샘플이 포함된 음악을 NFT에 업로드할 권리가 있는지"에 대하여 검토할 필요가 있다.

일례로 밈(meme)[14]의 NFT생성 및 마케팅이 유행하고 있다. 밈이 합

14) 인터넷상 유행하는 짤, 사진 등을 의미하는 단어이다.

법적으로 만들어지고 합법적으로 최초 배포된 것이라면 그리고 밈의 출처가 분명하고 가치가 상승할 수 있는 권원 있는 복제본이 존재하는 경우 이러한 유행은 지속될 수 있다. 그러나 밈이 생성되는데 있어서 저작권으로 보호되는 제3자의 사진을 허락 없이 소재로 이용한 경우 해당 밈의 합법성이 문제될 수 있다. 밈에 사용된 사진이 공정이용에 해당되지 않는 한 사진저작권의 침해를 구성할 수 있다. 지금까지 NFT와 밈에 대한 대중의 인기는 이러한 중요한 문제를 신중하게 검토하지 못하였다. 그러나 정당한 권원 없는 NFT콘텐츠와 마찬가지로 일부 NFT 밈에 대하여 저작권 침해 문제가 발생할 수 있다.

나. NFT의 저작물 해당성

1) NFT생성 프로그램의 저작물성

NFT를 생성하는 소프트웨어 자체에 저작권이 있을 수 있다. 특히 다른 소프트웨어와 같이 프로그램으로서 스마트 계약[15]은 저작권으로 보호될 수 있다. 콘텐츠 권리자가 직접 NFT를 생성하는 것이 아니므로, 콘텐츠의 저작권자는 NFT 생성 소프트웨어에 대한 권리자는 아니다. 현재 NFT 제공자는 제3자(NFT플랫폼 일수도 있고 아닐 수도 있음)와 서비스 약관에 의하여 NFT 생성 소프트웨어를 이용하는 라이선스를 통해 서비스를 이용하고 있다.

2) 데이터셋 형태의 NFT자체의 저작물성

NFT를 형성하는 데이터셋 자체를 저작물로 인정할 수 있는가, 즉 데이터 단위 값으로 이루어진 해쉬인 NFT 자체를 저작물로 볼 수 있는가에 대하여는 회의적이다. 대부분의 경우 NFT는 저작물에 대한 링크를

15) 스마트 계약은 1994년 Nick Szabo에 의해 처음 소개된 개념이다. Nick Szabo는 스마트 계약을 “계약에 필요한 요소들을 코드화하여 스스로 실행되게 하는 전산화된 거래 프로토콜”이라 정의하였으며, 이를 통하여 신뢰할 수 있는 제3자의 필요성과 혹 발생할 수 있는 사고의 가능성을 최소화 할 수 있다고 제안하였다. Nick Szabo, "The Idea of Smart Contracts," 1997, http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/idea.html, (2021.7.26 최종확인). 여기서 스마트 계약은 법적 의미의 계약이라기보다는 블록체인에서 실행되는 프로그램을 의미한다고 볼 수 있다.

위한 해시에 해당하며, 앞서 언급하였듯이 전력소비와 거래비용의 문제로 NFT 자체에 저작권이 있는 콘텐츠가 합체되어 있는 경우는 드물다. 그렇다면 데이터셋 자체가 인간의 사상 또는 감정이 표현된 창작물이어야 하는데, 자동화된 알고리즘에 의해 표현되는 데이터가 '인간의 사상 또는 감정'이라고 볼 수 있을지 의문이며, 창작성에 대한 검토도 필요하다. 한편 NFT자체가 2차적 저작물이라고 볼수있는가에 대하여도 역시 부정적이다. 2차적 저작물은 원저작물의 수정 또는 각색을 기반으로 한 저작물이다. 2차적 저작물의 생성은 원 저작권자의 독점적인 권리이나 자동화된 암호화 키는 원 저작물에 의거했다고 보기 어려우며 2차적 저작물을 구성하기에 충분한 새로운 창작성을 가지고 있다고 보기 어렵다. 따라서 링크된 저작물과 별개로 NFT 자체는 저작권의 대상이라고 보기 어렵다.

3. NFT콘텐츠 유통

가. 재판매(최초 판매의 원칙)

최초판매의 원칙은 이미 확립된 저작권법의 원칙이다. 저작권자의 독점권에도 불구하고 합법적인 복제본의 소유자가 해당 복제본을 판매하거나 처분할 수 있도록 허용하는 것이다.[16] 즉 최초의 합법적 판매등에 제공된 복제물에 대하여는 배포권이 소진되어 이후 해당 복제물의 계속된 유통을 자유로이 할 수 있음을 의미한다. 이러한 의미에서 '권리소진의 원칙'이라고도 한다. 최초 판매 원칙은 중고 서점과 같은 2차 시장을 가능하게 한다. 오프라인 서점에서 구매한 책이나 음반 CD처럼 유체물 형태의 매체에 합체되어 있는 저작물의 배포권이 소진되는 것이다. 그러나 이러한 권리소진 혹은 최초판매의 원칙은 물리적 매체에 의한 이전 시 '배포'권을 소진시키는 형태로 구현된다. 사이버공간에서 디지털 자산은 '전송'형태로 이루어지며, 온라인 복제를 전제로 하는 전송권을 소진시키는 것은 아니다. 전자책이나 MP3형태의 디지털 복제본의 경우 접근하여 이용할 수 있는 라이선스가 인정되는 것이지, 권리의 양도가 이루어지는 것은 아니다.[17] 따라서 현행 저작권법상 전자책이나 MP3형태의 디지털

16) 17 USC § 109.

콘텐츠를 온라인에서 전송의 방식으로 유통하는 경우 최초 판매 원칙이 적용될 수 없다.

그러나 NFT의 주요 가치는 그것을 재판매할 수 있는 능력이다. 따라서 NFT콘텐츠 형태의 전자책과 일반적인 합법적 이용 즉 접근이 허락된 전자책의 주요 차이점은, NFT가 표상하는 바가 비독점적인 접근이용권이 아니라 특정 법적 복제물에 대한 독점적 소유권과 유사하다는 것이다. 이는 NFT의 대체 불가능성에서 비롯된다. 일반적인 전자책과 MP3는 대체 가능한 것으로 간주 된다. 모든 사람이 동일한 다운로드를 받을 수 있다. 그러나 NFT콘텐츠는 암호화 방식으로 NFT에 연결된 특정 콘텐츠의 소유권을 나타낸다는 점에서 NFT는 실물에서 구매하는 유체물로서의 책 또는 CD(하나만 있음)에 더 가깝다고 볼 수 있다. NFT를 이런 식으로 해석하면 한 권의 복제본을 실제 책처럼 계속해서 재판매할 수 있게 된다. 그러나 NFT는 디지털 코드에 불과하므로 최초 판매 원칙은 완전히 적용할 수 없다는 주장도 가능하며,[18] 어찌되었던 간에 현행법상 온라인상에서 디지털 콘텐츠의 이전에 대하여는 최초판매의 원칙이 적용되지 않으므로 NFT구매자의 구매의도와 실제 거래에서 약정된 이용허락 간에는 괴리에 있을 수 있다. 이에 대한 자세한 내용은 현행 라이선스 중심 디지털 콘텐츠 유통체계의 한계(Ⅳ)에서 후술한다.

나. NFT 유통 플랫폼 책임

일부 플랫폼에서 무권리자에 의한 혹은 작품에 대한 정당한 권원 없이 해당 작품에 NFT를 생성해서 거래의 대상이 되도록 한다면, 많은 예술

17) Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc., 910 F.3d 649, 657 (2d Cir. 2018) (“holding that a service that allowed for the “owner” of an MP3 to sell it to another was infringement because “each transfer of a digital music file to ReDigi’s server and each new purchaser’s download of a digital music file to his device creates new phonorecords.””).

18) Redbox Automated Retail, LLC v. Buena Vista Home Entm’t, Inc., 399 F. Supp. 3d 1018, 1032-33, (C.D. Cal. 2019). (“[T]he first sale doctrine is inapplicable to digital codes. The first sale doctrine applies to ‘particular’ copies that exist in the material world. See 17 U.S.C. § 101; Redbox I, Dkt. 74 at 19-24. Here, no such physical object exists when a standalone code is transferred, or prior to the time that that code is redeemed and the copyrighted work is fixed onto the downloader's physical hard drive.”).

가 혹은 저작권자들이 자신의 작품에 대한 권리침해를 제기할 수 있다. 즉 NFT콘텐츠의 정당한 권리자는 허락 없이 NFT에 링크된 저작물을 호스팅하는 사이트와 이러한 NFT의 판매를 홍보하는 마켓플레이스에 저작권법에 근거하여 게시 중단 통지(takedown notices)를 보낼 수 있다. 이러한 요청에 의하여 콘텐츠가 게재중지 되거나 관련된 복제물들이 삭제된다면, NFT에 대한 링크가 끊어질 수 있으며, NFT는 더 이상 존재하지 않는 복제본의 소유권에 대한 증명을 나타내게 된다.

따라서 NFT콘텐츠에 대한 정당한 권리자인지를 확인하고 검증하기 위한 절차나 방법이 논의될 필요가 있다. 그렇지 않으면 NFT 거래 플랫폼은 창작물 혹은 저작물에 대한 주된 권리침해 사이트로 전락할 수 있다. 금전적 가치를 표방하는 화폐가 생성되고 돈으로 거래된다는 것은 '상업적 이용'에 해당된다는 충분한 증거가 된다. 이러한 경우 NFT플랫폼 제공자 또는 운영자 모두 저작권법 위반으로 형사벌의 대상이 될 수도 있으며 민사책임을 지게 될 수도 있다.

이 문제는 특히 트윗에 대하여 이미 문제 되었다. @tokenizedtweets로 알려진 트위터 봇은 올해 초에 대대적인 채굴을 시작하여 트위터와 NFT 커뮤니티 전체에 충격을 주었다.[19] 저자의 동의 없이 혹은 저자에게 고지하지 않고 트윗으로부터 NFT를 만드는 정책은 여러 배우, 아티스트 등 예술가들로부터 항의를 불러일으켰으며, 이들은 @tokenizedtweets가 자신들의 콘텐츠와 이미지에 대하여 허락 없이 NFT를 생성하여 판매함으로서 저작권을 침해하고 있다고 이의를 제기하였다.

4. 기타

가. 저작권 보호기간

저작권 보호기간은 국가에 따라 차이는 있지만 대체로 저작자 사후 50-70년이다. 이러한 보호기간의 유한성에 대한 경제적 정당성은 저자가 이미 상업적 이용을 누릴 충분한 시간이 도과하였고, 그 이후에는 공

19) No, NFTs aren't copyrights, TechCrunch, https://techcrunch.com/2021/06/16/no-nfts-arent-copyrights/ (2021.7.26. 최종확인).

중의 자유로운 접근을 허용해야 한다는 데서 비롯된다.[20] 오늘날 논의되는 지적재산권의 대상이 되는 지식이 상당부분 새로운 것이 아님에도 불구하고, 지식재산 권리자들은 어떻게든 보호기간을 연장할 방법을 강구하고자 한다.[21] 에버그린(evergreening)은 "특허권자들이 그들의 특허수익을 유지하기 위해 발명의 특허기간을 연장하고자 하는 모든 법적, 비즈니스 및 기술 전략"으로 통칭되어 왔다.[22] 이 용어는 이제 특허뿐만 아니라 저작권에도 관련되어서 사용될 수 있다. NFT와 관련하여 일례로 어떤 예술작품 A의 보호기간이 2020년 종료된다고 가정해 보자. 2021년에 보호기간이 만료된 작품을 거래하기 위하여 NFT를 활용한다고 할 때 그 작품에 대한 보호기간이 갱신되는 것이 아니며, 보호기간은 이미 완료된 것이다. 다만 NFT에서 거래된 것은 그 원작의 가치이다. 당연히 그 작품의 복제본이 사이버 공간 곳곳에 흩어져 있다 할지라도 누구나 자유롭게 이용할 수 있는 자유저작물이다. 그러나 원본의 경우 예술영역에서 가지는 상업적 가치가 다르기 때문에 NFT가 원본을 표창하고 있다면 그러한 거래는 의미가 있을 수 있을 것이다.

나. 권리의 다발로서 저작권의 특성

저작권은 복제·배포·공연·공중송신·전시·대여·배포 등 권리의 다발로 이루어져 있으며 이러한 개별 권리들은 거의 무제한으로 계약에 의해 분할될 수 있다. 저작권자의 이러한 배타적 권리는 지리적 위치, 여러 당사자, 다양한 미디어 등으로 양도 및 분할될 수 있으며, 분할 가능한 각 권리에는 고유한 기간, 가격 및 지불 조건이 있을 수 있다. 일단 이렇듯 권리가 분할되거나 이용허락 된 다음에는 그러한 권리내용을 지속적으로 추적하는 것은 매우 복잡하고 어려운 일이다. NFT는 이러한 프로세스를 자동화할 수 있는 기회를 제공할 수 있다. NFT는 저작권자가 원본 저작

20) Robert M Hurt and Robert M Schuchman, 'The economic rationale for copyright', The American Economic Review Vol 56, No. 1/2. 421-432 (1966).

21) Robin Feldman, 'May your drug price be evergreen' Journal of Law and the Biosciences 5(3). 590-647 (2018).

22) Thomas Faunce, 'The awful truth about evergreening' The Age (17 August 2004), https://www.theage.com.au/national/the-awful-truth-about-evergreening-20040807-gdyero.html (2021. 7.26. 최종확인).

물 또는 분할된 권리의 항목을 추적하고 관련 사용료를 징수하는 것을 가능하게 할 수 있다. 그러나 이것은 NFT가 모든 저작권 이전에 사용된다고 가정하였을 때 가능한 일이며, 현재 대부분의 경우 그렇지 않다. 만약 NFT를 사용하여 저작권을 이용허락 혹은 양도하는 경우 블록체인 기반의 회계처리는 이러한 분할된 모든 이해관계를 추적하는 데 매우 도움이 될 것이다. 현재 NFT는 암호화폐처럼 더 작은 값으로 나눌 수 없다. 따라서 NFT자체의 분할은 곤란한 것으로 보인다. 그러나 향후 NFT는 앞으로 특정 저작물의 복제본에 대한 완전한 권리관계뿐만 아니라 해당 복제본에 대한 분할된 권리를 나타내는 방식으로도 이용될 수 있다. 일례로 고가의 디지털 예술작품을 구매한 NFT콘텐츠 구매자는 블록체인을 통해 NFT콘텐츠의 일부를 판매할 수 있다. 또한 NFT콘텐츠 권리자는 자신이 판매한 NFT콘텐츠에 대한 대가뿐만 아니라 해당 NFT콘텐츠의 후속판매, 즉 재판매에 대한 일정 비율을 추가 대가로 받을 것을 약정할 수도 있을 것이다.

이렇듯 권리의 다발로서 저작권이 NFT콘텐츠에 대한 다양한 형태로 이전된다면, 블록체인은 엄청나게 많은 수의 권리내용, 지불내역, 소유지분을 추적하여야 할 것이다. 또한, 여러 명이 동일한 저작물에 대하여 권리를 가지고 있는 경우, 일부 권리자가 소송을 제기하면 법원은 다른 이들의 권리 실행이나 이전을 제한할 수 있다. 이는 모두 권리의 다발이라는 저작권의 속성, 즉 분할가능한 저작권의 속성이 NFT를 통해 어떻게 구현될지 보여주는 예라고 할 수 있다.

Ⅳ. 라이선스 법리의 한계와 과제

1. 현행법상 디지털 콘텐츠의 거래법리 : 라이선스

NFT는 대부분 소유권에 대한 설명을 기반으로 거래에 제공된다. “당신이 해당 아이템을 판매할 수 없으면, 그것들을 소유한 것이 아니다”라는 홍보를 통해 NFT는 마치 소유권을 거래하는 것처럼 보인다. 그러나 NFT를 이용한 거래대상이 되는 디지털 콘텐츠의 온라인 거래에 적용된 지난 20년간의 법리는 소유기반이라기 보다는 Kindle 전자책, 비디오게

임 또는 그밖에 온라인 서비스 구독자와의 이용형태에서 보듯 라이선스 혹은 이용계약 적용방식을 선호해 왔다.[23] NFT에 대한 법적 논의는 아직 초기단계이다. 지금까지 논의되고 있는 법적 거래에 대한 논의는 첫째, NFT의 거래를 집행하고 블록체인에서 운용되도록 만들어진 스마트 계약에 관한 논의이며, 둘째, 모든 NFT가 아니라 매우 제한된 선택적 NFT를 전제로 블록체인 기술을 이용한 디지털 콘텐츠에 대한 재산으로서의 취급에 대한 논의다.

가. 스마트 계약

스마트 계약은 NFT를 생성·전달하는 프로그램으로, 법을 회피하고자 하는 암호 이론가들의 바램에서 개발된 초기 명명법이라고 할 수 있다. 블록체인 프로그램을 스마트계약이라고 부르는 이면에는 프로그램이 법적 도구를 대체할 것이고 프로그램이 자동으로 실행된다면 법은 더이상 불필요할 것이라는 기대가 내재되어 있다고도 볼 수 있다.[24] 그러나 이는 계약이 무엇인지에 대한 기술자들의 오해에서 비롯되었다고 볼 수 있다. 계약은 약정의 집행수단이 아니라 약정을 만들어내는 행위 자체이기 때문이다.[25] 자동적으로 프로그램을 실행하는 것은 상호 법적 관계를 맺으려는 의사를 교환하기 위한 협상이 없으므로 계약이라고 보기 어렵다.[26] 스마트 계약에 대한 거의 모든 법적 분석은 코드가 계약의 실행에 도움이 될 수는 있지만 스마트 계약 프로그램 자체가 계약은 아니라는 결론에 이른다.[27] 스마트 계약을 '계약'이라고 부르는 것은 계약에 의해

---

23) JOSHUA A.T. FAIRFIELD, OWNED: PROPERTY, PRIVACY, AND THE NEW DIGITAL SERFDOM, Cambridge University Press. 45(2017).

24) Kevin Werbach & Nicolas Cornell, Contracts Ex Machina, 67 DUKE L.J. 313. 322(2017); Harry Surden, Computable Contracts, 46 U.C.DAVIS L. REV. 629. 639-640 (2012).

25) CHARLES FRIED, CONTRACT AS PROMISE: A THEORY OF CONTRACTUAL OBLIGATION 8, Oxford University Press (1981). ("By promising we transform a choice that was morally neutral into one that is morally compelled.").

26) Id. at 14. ("noting that the institution of a promise is a necessary and required component of contract formation whereby one party binds themself "to another so that the other may expect a future performance."").

27) Kevin Werbach & Nicolas Cornell, Contracts Ex Machina, 67 DUKE L.J. 313, 322. 341 (2017). ("noting that in "a very real way, smart contracts are not intended to be legally

주문한 물건을 운반하는 '트럭'을 '계약'이라고 부르는 것과 유사하다. 즉 트럭과 스마트 계약은 모두 계약이 아니라 단지 계약을 집행하는 것이다.[28] 따라서 NFT에서 거론되는 스마트 계약 역시 법적 의미의 계약이라기보다는 블록체인에서 실행되는 프로그램을 의미한다고 볼 수 있다.

나. 블록체인에 기반한 NFT의 재산적 성격 논의

암호화폐에 대한 초기의 법적 접근은 대부분 중개인 특히 은행의 불필요성에 대한 논의에 집중된 바 있다. 즉 비트코인에 열광하는 자들은 은행이나 정부에 의해 통제 혹은 규제되지 않는 화폐의 개념을 이끌어내는 데 주력하였다.[29] 이러한 논의는 마치 계약을 대체하는 프로그램과 은행을 대체하는 디지털 지갑에 의해 법은 사라져야 하는 것으로 취급되었다.[30] 그러나 이는 법과 기술의 역사를 정확히 이해하지 못한 것이다. 인터넷과 함께 정부의 권력은 약해질 것으로 예상되었으나,[31] 실제 결과는 그렇지 않았다.[32] 저작권은 Napster와 함께 소멸할 것 같았지만 그렇지 않았다.[33] 가상세계는 현실세계로부터 자유로울거라 여겼지만 실제

---

enforceable" because parties in a smart contract to do not objectively display an intent to enter into the self-executing smart contract."); Nick Szabo, Formalizing and Securing Relationships on Public Networks, FIRST MONDAY (Sept. 1, 1997), https://firstmonday.org/article/view/548/469. ("defining the hallmark of contract formation as a "set of promises" agreed to in a mutual meeting of the minds which smart contracts may not fulfill.").

28) Fairfield, supra note 5. 50-51(2021).

29) Jon Martindale, Go Ahead, Pass Laws. They Can't Kill Bitcoin, Even if They Try, DIGITAL TRENDS (Dec. 19, 2017), https://www.digitaltrends.com/computing/dont-worry-about-bitcoin-regulation-it-cant-be-stopped/ (2021.8.25. 최종확인).

30) Jerry Brito, Foreword to PAUL ANNING ET AL., THE LAW OF BITCOIN, at xiii, xiii (Stuart Hoegner ed., 2015) ("A common misconception about Bitcoin is that it is not regulated."); Jerry Brito, Bitcoin Remains a Tool for Freedom, Even While Going Mainstream, REASON (May 19, 2014) ,http://reason.com/archives/2014/05/19/bitcoin-remains-a-tool-for-freedom-even. ("arguing that bitcoin will likely tend towards centralization and regulation.").

31) David. R. Johnson & David G. Post, Law and Borders — The Rise of Law in Cyberspace, 48 STAN. L. REV. 1367, 1387 (1996). ("Even if we agree that new rules should apply to online phenomena, questions remain about who sets the rules and how they are enforced. We believe the Net can develop its own effective legal institutions.").

32) Jack L. Goldsmith, Against Cyberanarchy, 65 U. CHI. L. REV. 1199 (1998).

그렇지 못하다. 마찬가지로 스마트계약은 계약법을 대체하지 못할 것이며 법률가들 역시 코드에 의해 대체되지 않을 것이다. 이처럼 법과 기술의 역사적 적응관계에 비추어 볼 때 결국은 현행 법체계 안에서 수정, 보완을 통해 해결점을 모색하게 된다.

이후 블록체인에 기반한 암호화폐에 대한 법적 검토는 기술에 대한 규제여서는 안되며 인간이 그러한 기술을 사용하는 방식에 대한 규제이어야 한다는 논의다.[34] 일례로 블록체인 자체를 금지하거나 규제하는 것이 아니라 블록체인이 가치를 이전하는 경우 은행보안법(bank secrecy act)에 의해 화폐의 대용으로 취급하여 그에 준하는 규제를 하게 된다.[35] 창업 자금 마련을 돕기 위해 발행된 코인(“증권형 코인”)은 SEC에서 자산으로 취급하고, CFTC[36]와 IRS는 암호화폐 토큰을 상품으로 사용할 때 이를 상품으로 취급한다.[37] 또한 분산원장에서 개인정보를 처리하는 한 프라이버시 관련 법이 적용될 수 있다. 기술 자체는 동일하나 사람들이 그러한 기술을 어떻게 사용하는가에 따라 적용되는 규제가 달라지게 되는 것이다.[38]

따라서 NFT가 재산상 이윤을 창출하는 방식으로 이용될 때, 이와 같은 이용방식에 기반한 규제방식이 어떻게 적용되어야 하는가에 대한 논의가 제기될 수 있다.[39] NFT가 사유 재산으로서 판매되고, 거래에서 사

33) Joshua A.T. Fairfield, The Magic Circle, 11 VAND. J. ENT. & TECH. L. 823 (2009).

34) Ethan D. Trotz, The Times They Are a Changing : Surveying How the Howey Test Applies to Various Cryptocurrencies, 11 ELON. L. REV. 201, 202 (2019); Joshua A.T. Fairfield, The Human Element: The Under-Theorized and Underutilized Component Vital to Fostering Blockchain Development, 67 CLEV. ST. L. REV. 33. 33 (2019).

35) Financial Crimes Enforcement Network, FIN-2019-G001, 명목화폐로 전환할 수 있는 가상화폐와 관련된 특정 비즈니스 모델에 대하여 FinCEN의 규정 적용(Application of FinCEN's Regulations to Certain Business Models Involving Convertible Virtual Currencies(May 9, 2019)에서는 은행보안법이 명목화폐로 전환할 수 있는 가상화폐에 어떻게 적용되는지를 설명하고 있다. Requirements for Certain Transactions Involving Convertible Virtual Currency or Digital, 31 CFR PTS. 1010, 1020, and 1022 (proposed Dec. 23, 2020).

36) Commodity Futures Trading Commission, 미국의 선물거래위원회.

37) Allison Christians, Taxation in the Age of Smart Contracts: The CryptoKitty Conundrum, 16 OHIO ST. TECH. L. J. 91, 99 (2020).

38) Joshua A.T. Fairfield, “Human Element, The Under-Theorized and Underutilized Component Vital to Fostering Blockchain Development”, 67 CLEV. ST. L. REV. 33. 33, 34 (2019).

유 재산으로 취급되며, 유언을 통해 상속된다면 법은 신중하게 그러한 NFT를 사유 재산으로 취급할 것인가를 검토해야 한다.[40] 그러나 현재 NFT에 대한 법적 분석은[41] 저작권에 기반한 라이선스 중심의 논의다. 이러한 기술이 재산법적 관점보다는 라이선스 중심의 지식재산권 법체계에서만 논의된다면 NFT의 사적 재산으로서의 거래성격, 즉 판매자와 구매자의 실질적 관심사인 사유재산으로서의 특성을 간과하기 될 수 있다.[42] 즉 NFT는 이미 거래의 중심에서 담보로 제공되며, 상속법리에 의해 상속되는 등 사적재산처럼 거래되는데, 규범은 그렇지 못할 경우 기술의 '이용방식'에 따른 규범의 적용원리가 형해화 될 수 있다. 즉 NFT의 주된 적용법리는 지적재산에 기반한 라이선스가 아니라 사유 재산, 즉 일반적 재산법리의 적용이 검토될 필요가 있다.[43]

2. 라이선스의 한계

가. 기존 디지털 자산과 NFT콘텐츠의 차이 : '배타성'의 가능성

NFT는 재산과 계약, 온라인상에서의 디지털 자산과 지적재산 사이의 얽힌 법적 관계를 진지하게 검토할 수 있는 기회를 제공한다. NFT의 구매자와 판매자는 디지털 개인 재산에 대한 일종의 소유권을 거래할 의도

39) Kremen v. Cohen, 337 F.3d 1024, 1030 (9th Cir. 2003). 재산은 "소유 또는 처분이 가능한 모든 무형의 이익과 특권을 포함"하는 넓은 개념이다. 통상 재산권이 존재하는 지 여부를 결정하기 위해 3가지 기준이 적용된다. 첫째, 정확히 정의할 수 있는 이해관계가 있어야 하며, 둘째, 배타적 소유 또는 통제가 가능해야 하고, 셋째, 소유자로 추정되는 자는 독점에 대한 합법적 주장을 할 수 있어야 한다.

40) National Conference of State Legislatures, Access to Digital Assets of Decedents: Overview (Jan. 29, 2020), https://www.ncsl.org/research/telecommunications-and-information-technology/access-to-digital-assets-of-decedents.aspx (2021.8.25. 최종확인). 미국에서 최소 48개 주와 미국령 버진 아일랜드에서는 개인의 무능력 또는 사망 시 이메일, 소셜 미디어 계정, 블로깅 기타 웹사이트 계정 또는 기타 전자적으로 저장된 자산에 대한 액세스를 다루는 법률을 제정했다.

41) Tonya M. Evans, Cryptokitties, Cryptography, and Copyright, 47 AIPLA Q.J. 219. 220 (2019); Bryan Wilson, Blockchain and the Law of the Cat: What Cryptokitties Might Teach, 88 UM K L. REV. 365, 370 (2019).

42) Fairfield, supra note 5. 56-57 (2021).

43) Id, at 57-58

를 가지고 있다고 볼 수 있다. NFT의 구매자는 사유재산을 구매한다고 믿으며, 판매자 역시 자신 소유의 재산을 판매한다고 믿는다. 토큰 자체는 마치 유체물처럼 다수가 아닌 하나의 특정인에 의해서만 소유 및 지배될 수 있다. NFT 이전에 개인의 사유 재산처럼 취급되었던 디지털 재산으로 도메인네임이 있다.[44] 또는 비디오 게임에서 획득된 아이템 등도 있다. 그러나 이러한 것들에 비하면 NFT콘텐츠는 사유 재산으로서 소유권의 대상이 되기에 더 설득력 있을 수 있다. 이러한 디지털 콘텐츠는 모두 지적재산에 해당되는 데이터베이스로 구성되어 있다. 그러나 NFT는 코드가 변경 불가능하고 스마트계약이 작동된 뒤에는 블록체인을 관리하는 중앙집중화된 존재가 없으며, 이용자는 그 토큰 즉 NFT를 생성·제공한 자로부터 자유로이 독립되어 그 토큰을 이용하거나, 다른 사람의 이용을 배제시키거나, 혹은 상속하거나, 파기할 수 있다. 따라서 비디오 게임 아이템보다 더 독립적 처분가능성을 지니는 재산으로 평가될 수 있다.

나. 라이선스 법리의 한계

1) NFT 거래 당사자의 진정한 의도 불일치

상업적 인터넷이 확산된 지난 30년간 지적재산권의 복잡한 확산은 디지털 사적 재산에 대한 권리설정을 오히려 필요 이상으로 복잡하게 만들었다고도 볼 수 있다.[45] 컴퓨팅 기술과 인터넷의 도래가 복제된 콘텐츠들의 확산을 어떻게 유발하였는지는 Napster, YouTube, torrent 사이트 등을 통해 여실히 드러났다. 불법적인 복제를 관리하기 위하여 법은 최종 이용자 라이선스를 통해 계약에 의한 권리를 확장하고 RAM-copy doctrine[46]과 같은 원칙을 통해 지적재산권을 확대하여 지적재산권자가 소비자 혹은 이용자에게 매매가 아니라 라이선스를 부여하도록 함으로서

44) Kremen v. Cohen, 337 F.3d 1024, 1030 (9th. Cir. 2003) (“Finally, registrants have a legiti mate claim to exclusivity. Registering a domain name is like staking a claim to a plot of la nd at the title office. It informs others that the domain name is the registrant’s and no one else’s.”).

45) Aaron Perzanowski, Fixing RAM Copies, 104 NW. U.L. REV. 1067, 1089-1090 (2010).

46) RAM에 일시적으로 복제되는 경우에도 ‘고정’의 요건을 충족한다고 함으로서 ‘복제’행위로 인정한 원칙이다.

자산에 대한 거의 완전한 통제를 가능하게 하였다.[47] 라이선싱과 스트리밍은 지배적인 온라인 패러다임이며, 온라인상에서 소유권의 개념은 거의 사라졌다고 봐도 과언은 아니다.[48]

그러나 중요한 문제는 디지털 아이템(콘텐츠)을 구매하였을 때 판매자의 이용을 어떻게 통제하는가 하는 문제이다. 최종 구매자의 의사에 통제받지 않고 전 소유자가 여전히 이용할 수 있다면 이는 완전한 거래라고 볼 수 없다. 디지털 콘텐츠에 대한 지적재산권은 이러한 비배타성이라는 디지털 콘텐츠의 본질적 속성에 기반하여 고안된 제도라고 볼 수 있다. 그럼에도 불구하고 앞서 언급하였듯이 기술에 대한 법의 적용은 인간의 이용방식에 따라 규율된다고 볼 수 있다. NFT의 이용방식이 사유재산의 판매를 의도하고 있는 것이라면, 기존의 라이선스를 기반으로 하는 지적재산권 법제는 한계를 보일 수 밖에 없다. 거래 당사자가 특별한 재산을 표창하는 NFT를 전달할 때, 그리고 그 재산이 해당 NFT를 구매한(획득한) 단 한 명의 소유자에 의해 통제될 때, 라이선싱 혹은 계약법리보다는 일반적 재산 거래 법리의 적용이 거래당사자의 의도와 더 맞닿아 있다고 볼 수 있다. 이는 기존의 인터넷을 기반으로 하는 지적재산법이 계약과 라이선스를 통해 기업의 권리를 증진시키고, 구매자를 단순 이용자로 전락시킨 상황과 크게 다르다고 볼 수 있다. 실제 오프라인 거래에서 이러한 유체물 법리와 온라인 라이선스 법리의 상호 접점을 마련한 것이 '최초판매의 원칙'(권리소진의 원칙)이라고 볼 수 있다. 그러나 최초판매의 원칙은 다음과 같은 점에서 디지털 재산의 이전에 한계를 내포하고 있다.

2) '최초판매의 원칙' 적용 곤란

NFT는 지적재산권자가 그들의 작품을 제한된 범주 내에서 검증된 작품 또는 단 하나밖에 없는 작품을 판매하는데 도움이 되는 방식으로 기술이 형성되어야 한다는 데 중점을 두고 논의되어 왔다.[49] 그러나 이러

47) Aaron Perzanowski & Jason Schultz, THE END OF OWNERSHIP: PERSONAL PROPERTY IN THE DIGITAL ECONOMY 57. 123-125 (2016).

48) Perzanowski & Schultz, supra note 47. 1 (2010).

49) Tonya M. Evans, Cryptokitties, Cryptography, and Copyright, 47 AIPLA Q.J. 219. 220 (2019);

한 관점은 NFT기술이 전제하고 있는 약속들, 즉 NFT콘텐츠를 진정으로 판매하고자 하고 구매를 통해 완전히 사용·수익·처분하고자 하는 거래당사자들의 의도를 충족시킬 수 없다.

일례로 A가 킨들 전자책을 구매하였을 때, 앱을 개시함으로서 그 책에 대한 라이선스에 동의하게 된다. 디지털 책을 소유하는 것은 아니다. 1993년에서 1995년까지 세 건의 사례가 'RAM copy doctrine'을 만들어낸 이후 디지털 재산에 대하여는 직관적으로 이해할 수 있는 소유권보다 그렇지 못한 라이선스가 적용되는 것이 규범화 되었다.[50] 이러한 원칙에 의해 누구든 전자책을 읽을 때마다 컴퓨터 등 단말기의 RAM에 복제본이 만들어지는데, 이러한 행위는 반드시 라이선스 되어야 적법한 복제행위가 될 수 있다. 라이선스에 의해 디지털 콘텐츠의 유통은 판매자가 구매자에게 부여한 조건과 계약에 종속될 수밖에 없다. 그러나 오프라인 즉 물리적 재산의 거래는 그렇지 않다. 서점 등에서 구매한 책을 읽는 과정에서 복제가 발생하지 않기 때문에 복제를 위한 특별한 라이선스가 필요하지 않다.[51] 따라서 최초판매의 원칙에 의해 구매자는 자신의 소유인 하드카피 책을 자유로이 재판매 혹은 이전할 수 있다. 그러나 NFT콘텐츠 소유자는 이러한 하드카피 책에 대한 소유권과 동일한 법적 권리를 가지지 못한다. 디지털 마켓에서 하나의 예술작품에 연결된 NFT를 구매하였다고 가정해 보자, 누가 무엇을 소유하는지에 대한 기록에 따라 스마트계약이 실행되는 대가로 가상화폐를 지불할 것이다. 그 결과 구매자의 전자지갑에는 그 예술작품 혹은 디지털 콘텐츠 자체의 URL과 그 작품을 설명하는 메타데이터 등을 포함하는 토큰의 검증된 해시가 담기게 될 것이다. 이러한 과정은 해당 NFT의 거래과정에서도 동일하게

Birgit Clark & Ruth Burtsall, Crypto-Pie in the Sky? How Blockchain Technology is Impacting Intellectual Property Law, 2 STAN. J BLOCKCHAIN L. & POL'Y 252(2019); Bryan Wilson, Blockchain and the Law of the Cat: What Cryptokitties Might Teach, 88 UMK L. REV. 365. 370 (2019).

50) MAI Sys. Corp. v. Peak Computer, Inc., 991 F.2d 511, 518-19, (9th Cir. 1993); Advanced Computer Servs. of Michigan, Inc. v. MAI Sys. Corp., 845 F. Supp. 356, 364 (E.D. Va. 1994); Triad Sys. Corp. v. Se. Exp. Co., 64 F.3d 1330, 1334 (9th Cir. 1995).

51) Perzanowski & Schultz, supra note 47. 1-3 (2017). (outlining the differences between analog and digital book ownership); Perzanowski, supra note 45. 1088 (2017).

발생하게 된다. NFT가 연결한 디지털 콘텐츠는 가상세계에서 그 희소성이 인정된다 할지라도 결국 온라인상에서 복제에 관한 법리가 적용되게 된다. 즉 독점배타권으로서 복제권이 작동된다. 그러한 복제권은 오프라인상에서 단 하나만 소유하고 싶은 자에게 그리 큰 거래의 문제가 아닐 수 있지만, 온라인상에서는 다르다. 온라인에서 그 책을 읽는 것 자체가 RAM에 복제를 만들어내게 된다. 이러한 복제는 NFT의 양도 거래에서도 발생하게 된다. 그러나 'Redigi 사건'에서 알 수 있듯이 디지털 파일을 전송함에 있어서 한 번에 두 개의 사본이 동시에 존재하지 않도록 한 번에 하나의 패킷 전송과 동시에 보낸이의 하드 드라이브에서 해당 패킷을 지워서 디지털 파일을 전달한 경우에도 법원은 여전히 저작권법에 따른 복제권 침해를 인정하였다.[52] 하나의 유일한 디지털 복제본을 판매하기 위해서, 그것을 다른 사람에게 양도하는 범주 내에서 이루어지는 복제는 허용되어야 한다. 이러한 복제의 범주는 통상 원본을 삭제하고 복제본을 만드는 방식으로 이루어질 것이다.[53] 오프라인상에서 유체물인 매체에 고정된 지적재산은 그 이용과 이전에 있어서 '복제'의 문제가 발생하지 않기 때문에 최초판매의 원칙에 의해 '유체물의 소유'와 함께 그 지적재산의 소유를 향유하게 된다. 그러나 디지털 형태의 지적재산은 해당 콘텐츠 자체의 이용과 이전 과정에서 본질적으로 '복제'행위가 이루어지게 되고 최초판매의 원칙에 의한 것과 같은 소유는 곤란해진다. 다만 컴퓨터 이용과정에서 필요하다고 인정되는 범위에서 저작물의 일시적 복제를 허용하는 '저작물 이용과정에서의 일시적 복제(저작권법 제35조의2)'의 적용가능성에 대한 반론이 있을 수 있으나 'Redigi 사건'을 통해 보듯 이러한 면책규정의 적용은 불분명하다. NFT기업은 이러한 문제를 NFT라이선스를 통해 해결하고자 하나 그러한 라이선스는 NFT기업이 홍보하는 거래 즉 완전한 사용수익과 양립하기 어려운 제한과 제약요소

52) Redigi 사건에서는 이용자가 적법하게 구입한 음원파일을 재판매할 때 음원이 복제되는 동시에 기존 파일을 삭제하려는 노력이 있었다. 그러나 음원파일이 이동되는 과정에서 음원의 복제가 일어났다는 이유 등에 근거하여 최초 판매의 원칙 적용이 부정되었다. Capitol Records, LLC v. ReDigi, Inc., 910. F.3d 649 (2nd Cir. 2018).

53) Sarah Reis, Toward a "Digital Transfer Doctrine"?: The First Sale Doctrine in the Digital Era, 109 NW U. L. R. 173 (2015). (여기서 디지털 아이템에 대한 업데이트된 최초판매의 원칙이 필요함을 주장하고 있다).

들을 포함하는 등 라이선스의 유형 자체가 매우 다양하고 복잡하다.

3) 이용자 권익 경시

대부분의 NFT를 기반으로 디지털 콘텐츠의 거래를 허용하는 사이트도 이러한 지적재산 라이선스에 기반한 정책을 취하고 있다. 일례로 Axie infinity(엑시 인피니티)는[54] 명백히 엑시의 구매자들이 엑시를 구매하고 소유하며 재판매 할 수 있다고 밝히고 있음에도 불구하고, 엑시에 부여된 라이선스 조건은 매우 다르다. 라이선스에 의하면 엑시를 포함한 모든 그래픽은 기업이 소유하며, 그 회사는 케이맨 제도(Cayman Islands)[55]의 법에 따른다고 되어있다.[56] 즉 가장 중요한 저작권 즉 디지털 아이템을 이전시키는 데 반드시 필요한 복제권은 명백히 엑시 인피니티라는 운영자 즉 기업이 보유한다고 규정하고 있다. 엑시라는 디지털 재산의 이전을 위한 어떠한 예외도 없으며 엑시의 소유자라 일컬어지는 이용자는 엑시를 상업적 이득을 위해 이용할 수 없다. 또한 라이선스 계약 없이 이용자들이 엑시에서 상품화로 만 달러 이상 버는 것을 금지하고 있다.[57] 이는 엑시 이용자(실제로는 소유자인것처럼 포장된)의 이익을 제한하는 것이고, 또한 상업적 사용을 금지한다는 것 자체가 라이선스 규정에 직접적으로 모순된다. 또한 기업은 엑시 거래의 4.5% 수수료 징수를 규정하고 있다.[58]

---

54) 엑시 인피니티는 누구나 숙련된 게임 플레이와 생태계 기여를 통해 토큰을 얻을 수 있는 포켓몬에서 영감을 받은 게임이다. 플레이어는 애완 동물(Axies)을 위해 전투, 수집, 육성 및 지상 왕국을 건설할 수 있다. 현재 플레이어는 마켓플레이스의 다른 플레이어로부터 액시스를 구입하는 것으로 게임을 시작할 수 있다.

55) 카리브 해에 있는 영국의 해외 영토로, 수도는 조지타운이다.

56) Terms of Use, AXIE INFINITY, https://axieinfinity.com/terms (2021.8.17최종확인).

57) Terms of Use, AXIE INFINITY, https://axieinfinity.com/terms (2021.8.17최종확인). (“An Axie NFT can be used to generate a maximum of $10,000 in revenue before an official license agreement has to be signed. The revenue can come from either fan art (tokenized or physical) or merchandise(t-shirts, mugs, hoodies, etc.).”).

58) Terms of Use, AXIE INFINITY, https://axieinfinity.com/terms (2021.8.17최종확인). (“In addition to the Gas Fee, each time you utilize a Smart Contract to conduct a transaction with another user via the App, you authorize us to collect a commission of 4.50% of the total value of that transaction (each, a “Commission”) . . . [y]ou acknowledge and agree that the

그러나 NFT를 생성하는 기업은 자신의 지식재산에 대하여 기존의 라이선스를 능가하는 재정적 이익을 제공받고 있다. 지금까지 아마존과 같은 기업의 인센티브는 고객에게 라이선스된 콘텐츠에 대한 접근을 '구매'하도록 프리미엄을 지불하는 것이었다. 그들은 해당 콘텐츠가 사용된 맥락에 대한 지배력 혹은 라이선스 계약을 통해 시장에 대한 지배력을 획득하고자 하였다. 그러나 NFT제작자는 NFT구매자들에게 해당 재산의 소유자가 될 것이라고 약속하며 그에 상응하는 대가를 지불하도록 한다. 예를 들어 LeBron James dunking의 gif 그 자체는 가치가 없다. 그러나 LeBron James dunking의 탑 샷(Top Shot)에 대한 NFT는 7만달러를 넘었다. 구매자는 자신이 소유한 자산에 대한 비용을 지불하는 것이며 이는 이미 라이선스의 범위를 벗어난 것이라고 볼 수 있다.[59]

3. 법적 과제

가. NFT에 대한 일반 재산 거래 법리의 제한적 적용 가능성 검토

디지털 재산은 유체물과 같은 물권적 거래의 대상이 아니라, 대부분 지적재산권 체계에 따른 라이선스가 적용된다. 라이선스 계약의 주요 특징은 권리자가 라이선시에 대하여 지속적으로 권리를 실행할 수 있으며, 계약이 종료되면 라이선스가 끝난다는 점이다. 그러나 유체물 매매계약의 경우, 일단 매매가 이루어지고 난 후에는 매도인은 더이상 매수인에 대하여 권리를 행사할 수 없으며 매수인에게 재산이 양도되어 거래가 종결된다. 다만 디지털 재산이 유체물에 해당되는 매체(종이책, 플라스틱 CD 등)에 담겨 거래되는 지식재산에 대하여는 예외적으로 유체물의 법리를 적용시켜 처분권을 허용한 것이 최초판매의 원칙 즉 권리소진의 원칙이라고 할 수 있다. 즉 지식재산이 유체물 매체 속에 갇혀서 오프라인에서 배포될 경우 복제행위를 수반하지 않기 때문에 지적재산의 배타적 속성이 강화된다. 오프라인에서 그림을 보는 행위, 또는 책을 읽는 행위 자체에서 복제가 이루어지지 않는다. 반면 온라인에서는 다르다. 앞서 언

Commission will be transferred directly to us through the Ethereum network or Loom Network as part of your payment.").

59) Aaron Perzanowski and Jason Schultz, Reconciling Personal and Intellectual Property, 90 NOTRE DAME L. R. 1213. 1214 (2015).

급하였듯이 이러한 이유로 최초판매의 원칙이 온라인상에서 디지털콘텐츠의 이용의 경우에는 적용되지 않는다.[60] 즉 온라인상에서 유통되는 디지털 콘텐츠는 본질적으로 이용과정에서 복제를 수반하므로 비배타적 속성을 지니는 것으로 간주된다.

그러나 NFT콘텐츠의 경우 이러한 비배타적 속성을 '배타적' 취급이 가능하도록 작동시킨다는 점에서 유체물에 준하는 매매 법리의 적용가능성에 대한 검토가 필요하다. 하드카피 책의 유체물로서 속성은 제한적 라이선스가 적절하지 않으며 유체물 거래 법리를 적용는 것이 타당하다. NFT의 고유하고 대체할 수 없는 속성 역시 실제 하드카피 책을 취급하는 방식과 유사한 방식으로 적용될 여지를 부여한다.[61]

그럼에도 불구하고 디지털 세계 즉 가상공간에서 아이템 등 콘텐츠를 구매한(구매하였다고 생각하는) 사람들은 그들이 완전히 비용을 지불하였음에도 불구하고 구매한 아이템을 이용함에 있어서도 라이선스에 의한 이용조건을 따라야 한다.[62] NFT제공자와 발행인은 이러한 이용조건을 실행시키고 NFT구매자의 소유권을 제한하기 위한 조치를 최종 사용자 라이선스 계약 또는 NFT스마트 계약에 숨겨놓는다. 이미 이러한 경우는 킨들의 전자책 소유권에 대하여 실시한 바 있으며 이와 동일한 방식으로 NFT거래에서도 발생할 것이다.[63] 그러나 NFT거래는 킨들 전자책서비스와 다르다. NFT구매자들은 그들이 NFT를 재판매할 수 있고 기존 판매자가 구매자의 권리를 간섭할 수 없다는 전제하에 구매한 것이다. 즉 NFT는 판매자가 아닌 구매자의 이익과 혜택을 위해 자유로이 재판매 되도록 고안되었다는 점이 중요하다. 그러나 위에서 검토한 바와 같이

60) Vernor v. Autodesk, Inc., 621 F.3d 1102 (9th Cir. 2010).

61) Fairfield supra note 5. 83 (2021).

62) Gabe Gurwin, Don't Delete Facebook Or You'll Lose All Oculus Games for Good, Gamespot, https://www.gamespot.com/articles/dont-delete-facebook-or-youll-lose-all-oculus-games-for-good/1100-6483716/?utm_source=reddit.com ("You're required to link a Facebook account when using the Oculus Quest 2 headset, and if your Facebook account isn't in good standing, you will not be able to use the Quest 2 at all."). (2021.8.25. 최종확인).

63) Aaron Perzanowski and Chris Hoofnagle, What we Buy When We "Buy Now," 165 Pa. L. Rev. 315 (2017); Aaron Perzanowski and Jason Schultz, Digital Exhaustion, 58 UCLA L. Rev. 889 (2011). (이하 "Perzanowski & Schultz, Digital Exhaustion"라 함).

NFT 라이선스는 이러한 특성이 간과된 채 구글플래이 영화나 킨들전자책에 적용되는 라이선스와 거의 유사하게 취급되고 있다. 만약 소송에서 법원이 NFT의 판매를 소프트웨어 라이선스 계약과 유사하게 취급한다면, NFT에 관심을 불러일으키는 판매권 자체가 위태로워질 것이다.

소프트웨어 라이선스 재판매가 금지된 shrinkwrap license에서 판례는 소프트웨어 이용자가 복제본의 소유자에 해당되는지 아니면 이용허락(라이선시)에 해당되는지를 결정하는데 세 가지 고려사항을 설시한 바 있다. "첫째, 저작권자가 이용자에게 라이선스를 부여하였다는 것을 특정하였는지, 둘째, 저작권자가 이용자의 소프트웨어를 이전권을 상당히 제한하고 있는지, 셋째, 저작권자가 현저한 이용제한을 부여하는지"이다.[64] 이 판시에 의하면 판매자에 의해 "라이선스 계약"이라고 특정되고, 판매자가 소프트웨어에 대한 구매자의 권리를 제한하면서 구매자로 하여금 소프트웨어를 제3자에게 이전시키는 것을 제한하고 있다고 주장한다면, 판매자는 구매자에게 단지 라이선스를 부여한 것에 불과한 것으로 된다. 구매자는 그 복제본을 구매하고 비용을 완전히 지불하였다고 생각할지라도 판매자는 여전히 그 소프트웨어에 대하여 지배력을 행사할 수 있다. 이러한 사례를 그대로 NFT에 적용할 경우 NFT거래의 목적 자체를 상실시킬 수 있다. NFT거래의 목적은 NFT를 재판매하고 NFT가치 상승분으로부터 이익을 획득할 권리를 판매자에게 남겨두는 것이 아니라 구매자에게 온전히 이전시키는 것이기 때문이다. 그러나 위 사례를 유체물의 판매에 유추하는 것이 부적절하듯, NFT에 그대로 유추하는 것은 타당하지 않다. NFT자체는 여타 소프트웨어와는 달리 거래의 특성을 '판매'로 확정하는 역할을 하기 때문이다.[65] NFT는 제3자의 간섭없이 디지털 재산을 사용, 향유, 전시, 처분등을 할 수 있다. 이는 기존 온라인상의 라이선싱과 매우 대조되는 방식이다. 즉 NFT는 기존의 소프트웨어가 매매에 적합하지 않은 문제를 피할 수 있다. NFT는 자유롭고 명확한 소유권에 대한 오프라인의 규범을 디지털 재산에 적용할 수 있는 가능성을 제시한다.

64) Vernor v. AutoDesk. 621 F.3d 1102 (9th Cir. 2010).

65) Fairfield, supra note 5. 86 (2021).

지금까지 소유와 라이선스의 법리는 어느 정도 명확히 구분되어져 왔다. 하드카피 책의 판매에서 이루어지는 법적 관계는 판매와 라이선스가 동시에 이루어지는 것이며, 판매 또는 라이선스가 선택의 문제는 아니다. 마치 하드 카피 서적의 구매자가 그 물리적 '책'에 대하여 소유권을 가지는 것과 별개로, 책의 저자는 여전히 저작권을 보유한다는 것이다.[66] 마찬가지로 NFT소유자 역시 토큰을 완전히 소유하지만 토큰에 첨부된 예술작품등 콘텐츠에 대하여는 제한된 라이선스의 혜택을 받을 뿐이다. 통상 법원은 지적재산권자가 해당 지적재산이 라이선스 되었다고 주장하면 그러한 지적재산은 매매가 아닌 라이선스 된 것으로 인정한다.[67] 마찬가지로 지적재산권자가 NFT 디지털 복제를 따로 분리해내서 그것만 소유권을 매매하려는 것이라고 주장한다면, 그러한 주장은 인정될 수 있는 것이다.

그러나 안타깝게도 이러한 상황을 대비한 듯 대부분의 NFT거래 라이선스는 복제권의 제한을 허용하고 있지는 않다. 일례로 라이선스에서 NFT구매자에게 그러한 구매에 따른 상업적 혜택을 제한된 범위에서 허용하고 있다. Cryptokitty "Nifty License"는 Cryptokitty의 소유자가 연간 10만 불을 이상을 벌지 않는 한 자신의 kitty를 사용하여 자신의 상품을 홍보하는 것을 허용한다.[68] 즉 라이선스는 소유자가 자신의 재산을 이용하여 경제적 이윤을 추구하는 것을 제한한다. 다양한 NFT라이선스는 종종 NFT에 연결된 저작물을 NFT소유자가 전시하거나 판매하는 것을 허용한다. 그러나 복제권에 대한 예외를 허용하지 않으며, 실제 저작권 침해 없이 권한이 실행되는 범주로 제한하고 있다. SuperRare라이선스 역시 디지털아트의 소유자가 NFT형태로 전시, 판매하는 것을 허용하나 복제권에 대한 예외는 포함되어 있지 않다.[69] 전시와 판매 혹은 홍

66) Perzanowski & Schultz, Digital Exhaustion, supra note 63. 91 (2021). ("[T]he benefits of first sale have traditionally depended on a single trigger: ownership of a copy of a work.").

67) Vernor v. Autodesk, Inc., 621 F.3d 1102 (9th Cir. 2010).

68) Terms of Use, CRYPTOKITTIES, https://www.cryptokitties.co/terms-of-use (2021.8.25. 최종확인). ("stating an owner of a Cryptokitty may license, copy, and display his or her own Cryptokitty for "purposes of commercializing your own merchandise" so long as that Commercial Use "does not result in you earning more than One Hundred Thousand Dollars ($100,00) in gross revenue each year.").

보에 필연적으로 수반되는 디지털 콘텐츠인 NFT콘텐츠의 '복제'를 제한하고 있는 것이다.

그러나 이는 NFT거래 현실에 대한 일종의 기만이다. NFT를 구매하는 사람들은 당연히 재판매의 가치를 향유할 목적으로 구매한다. 앞선 판매자, 중개자 또는 다른 기관 행위자에 의해 제한된 권리를 누리던 것에서 벗어나 NFT구매자들은 더 많은 권한을 부여받는 방향으로 법과 기술적 프레임이 변화될 것이라고 기대하며 거래한다. 마치 비트코인의 소유자가 다른 이에게 비트코인을 지불할 때 은행 및 금융규제 기관으로부터 자유로울 것으로 기대하는 것처럼, NFT소유자는 그 이전의 NFT소유자 혹은 NFT생성·제공자로부터 자유로이 NFT를 이용, 처분, 거래할 수 있을 것이라고 기대한다. NFT구매자들은 가치있는 고유한 디지털 자산의 소유자이며 소유자로서 이러한 자산의 가치 상승분을 획득할 수 있을 것이라고 믿고 구매행위를 결정하며, 판매자나 NFT생성제공자 역시 그렇게 광고한다. 또한 NFT는 실제 소유권에 부여되는 권능들(배타적 사용, 재판매 수익, 파괴 등)과 함께 판매된다. 거래 형식, 소유권의 프리미엄이 반영된 가격, NFT판매 후 구매자와 판매자의 행동양식에 의해 나타나는 구매자 특성은 NFT가 다른 디지털 콘텐츠와는 달리 유체물과 유사한 디지털 재산의 속성을 나타내고 있다고 볼 수 있다. 그러나 현실속에서 웹사이트 이용계약, 소프트웨어 라이선스 계약 등을 통해 NFT구매자가 생각하는 이러한 기대이익은 실현되기 어렵다.

거래당사자의 진정한 의사가 구현되는 것이 거래를 진정하게 만드는 본질적 요소라면 NFT판매의 경제적 현실은 판매자 등이 구매자에 대한 지배력을 여전히 확장하도록 고안된 라이선스나 거래계약이 아니라, 사적 재산의 판매라는 것을 염두해 둔 법리의 적용이 필요하다.

나. NFT거래사이트의 이용자 혼란 방지를 위한 법적 조치

앞서 언급하였듯이 대부분의 NFT를 기반으로 디지털 콘텐츠의 거래를 허용하는 사이트는 해당 디지털콘텐츠의 소유권을 거래하는 것임을 명시하고 있다. 일례로 들었던 Axie infinity(엑시 인피니티)의 경우도[70] 명

69) SuperRare Terms of Service, SUPERRARE, https://www.notion.so/SuperRare-Terms-of-Service-075a82773af34aab99dde323f5aa044e (2021.8.19. 최종확인).

백히 엑시의 구매자들이 엑시를 구매하고 소유하며 재판매 할 수 있다고 밝히고 있음에도 불구하고, 라이선스 정책에 의하면 실제 엑시에 대한 상업적 이용은 거의 불가하다. 또한 이러한 가상공간이 제시하는 각종 라이선스 조항 역시 이해할 수 없을 정도로 오류가 많으며, 실제 이용자가 접근할 수 없는 낯선 법적 환경(케이멘 제도 혹은 에스토니아 법)에서 스스로의 권리를 옹호해야 한다.[71] 즉 엑시 라이선스 약관에 의하면 구매자들이 프리미엄 가격에 엑시를 구매하도록 유도하면서도(마치 구매자가 소유자가 되는 듯한 외관을 제공하면서), 결국 이들에게 소유권에 유사한 최종적 지배관리권을 제공하는 것은 아니다. 소비자에게 거래의 실제와 불일치 하는 외관을 제공하면서 이를 기반으로 거래를 성사시키고 있는 것이다.

또한 NFT 생성 및 판매 사이트는 NFT가 사용되는 범주에 대한 막강한 영향력을 가지고 있다. 그러한 영향력은 구매자의 권한을 제한하는데 사용될 수 있다. 예를 들어 NFT 기반의 수집형 카드거래게임인 Gods Unchained의 경우 이용자들이 수익의 일환으로 카드를 소유하고 재판매할 것을 매우 적극적으로 홍보한다. Gods Unchained의 카드는 두 가지 요소로 구성된다. 이용하는 플레이어간에 직접 전송할 수 있는 NFT토큰과 가상 테이블위에 나타나는 카드에 대한 지식재산권이다. 카드는 게임 제작자가 제공하는 마켓플레이스를 통해 판매되며, 카드는 가상 테이블에서 재생된다. 이러한 가상테이블에는 카드와 카드 예술품이 나타나고 카드 통계가 작동된다. 이러한 시스템에서 이용자인 플레이어들은 토큰을 소유하나 게임 제작자는 그러한 게임 공간에 표시할 수 있는 지적재

70) 엑시 인피니티는 누구나 숙련된 게임 플레이와 생태계 기여를 통해 토큰을 얻을 수 있는 포켓몬에서 영감을 받은 게임이다. 플레이어는 애완 동물(Axies)을 위해 전투, 수집, 육성 및 지상 왕국을 건설할 수 있다. 현재 플레이어는 마켓플레이스의 다른 플레이어로부터 액시스를 구입하는 것으로 게임을 시작할 수 있다.

71) Terms of Use: Intellectual Property Rights, AXIE INFINITY. https://axieinfinity.com/terms (2021.8.17. 최종확인). ("[N]o Content or Marks may be copied, reproduced, aggregated, republished, uploaded, posted, publicly displayed, encoded, translated, transmitted, distributed, sold, licensed, or otherwise exploited for any commercial purpose whatsoever, without our express prior written permission.").

산권을 통제할 수 있다. 또한 그 게임 제작자가 그 카드의 가치를 변경시키고자 한다면 충분히 가능하다. 그 게임공간에서 사용할 때 카드 아트와 속성을 변경하기만 하면 된다. 뿐만 아니라 Oculus Quest 2는 라이선스 조건에 페이스북 계정에 연결이 필수이므로 페이스북 계정(부대하는 모든 타겟광고와 감시체계를 포함하여)을 삭제하는 순간 Oculus게임을 잃게 된다. NFT의 맥락에 의한 가치의 변경에 대한 중요한 권한을 NFT마켓제공자 등이 가지고 있음에도 불구하고 이용자 혹은 소비자의 이러한 부분에 대한 인지는 미흡하다.

통상 화가가 갤러리에서 유화를 판매할 것을 제안하고 갤러리가 직접 작품을 구매자에게 건네면 구매 대상이 무엇인지 의심할 여지가 없다. 예를 들어 경매에서 원본 유화를 온라인으로 구매하는 경우에도 인쇄된 또는 온라인 경매 카탈로그에 있는 작품에 대한 일반적인 그림 및 설명을 통해 무엇이 판매되고 있는지 명확하게 알 수 있다. 그러나 NFT콘텐츠가 판매되는 경우 구매자는 이러한 것들을 명확히 인지할 수 없다. 즉 구매자는 자신이 무엇을 구매하고 있는지 정확히 알고 있는가 하는 문제가 발생하며 구매자는 명확히 해당 작품을 가지고 있지 않을 수도 있다. 어떤 사람들은 NFT를 예술작품과 동일하다고 생각할 수 있다. 그러나 NFT에는 디지털 형태로 어딘가에서 다운로드할 수 있는 링크만 포함되어 있을 뿐 실제 복제본에 해당되는 고해상도 파일이나 인쇄물을 받지 못할수도 있으며 이러한 것들을 이용할 수 있는 라이선스가 불분명할 수도 있다. 따라서 이러한 상황을 이용하여 오해의 소지가 있는 광고에 대한 위험이 존재하며 이러한 오해는 단지 필요한 설명의 생략으로 인한 것일 수도 있다.

앞서 언급하였듯이 NFT콘텐츠의 저장위치에 따라 NFT의 가치가 달라질 수 있음에도 불구하고 이러한 부분에 대하여 잠재적 구매자인 소비자는 명확히 인지하기 어렸다. 일례로 체인 밖 저장방식의 리스크를 보완하기 위해 온체인과 오프체인의 혼합방식을 사용할 수 있다. 이러한 경우 오프체인의 중요한 거래기록 중 중요한 부분은 오프체인에 자동 이저되도록 설계되는 등 이용자 보호를 위한 최소한의 조치에 대하여 고지할 필요가 있다.

NFT와 관련하여 가장 큰 의문은 왜 사람들이 이렇게 고가에 NFT콘

텐츠를 구매하는가 하는 것이다. Wall Street Journal의 Caitlin Ostroff는 “경우에 따라 NFT가 표창하는 콘텐츠의 가치는 원저작자 또는 저작권자로부터 제공된다는 사실로부터 부과 된다”고 한다.[72] 일례로 다빈치의 ‘모나리자’는 별 가치 없이 온라인을 통해 유통되는데, 만약 1503년 레오나르도 다빈치에 의한 원작이 판매되고 있다고 광고하는 가상화폐 플랫폼이 있다고 가정해 본다면, 그 구매 가치가 당연히 이해될 것이다. 즉 NFT가 고가의 거래로 번성할 수 있는 것은 구매자 또는 투자자가 ‘소유권 증명서가 포함된 매우 가치 있는 상품을 획득한다는 사실’에 대하여 가치를 부여하기 때문이다. 그러나 이를 위험하게 만들 수 있는 사이버 안보와 신원도용의 문제는 여전히 남아 있다. 따라서 권리자들은 블록체인을 통해 자신의 작품을 공개함에 앞서 데이터에 대한 검증과 원작의 진본성에 대한 확인을 우선적으로 보증할 수 있어야 한다.[73]

이처럼 NFT거래의 선택에 있어서 반드시 필요한 지식 및 정보를 제공받는 권리는 소비자의 기본적 권리이다. 기존의 소프트웨어 라이선스 중심의 거래관행에서 고려되지 못하였던 NFT이용자 혹은 소비자에 대한 기본적 권리가 확보되어야 할 것이다.

V. 결론

인터넷이 본격적으로 상용화 발전된 지난 30년간 온라인상의 자산으로 인식되는 디지털콘텐츠 거래의 법적 기초에 대한 연구가 진행되어 왔다. 이 기간 동안 디지털콘텐츠에 대한 법적 연구의 기본방향은 저작권자를 포함한 지적재산권자와 디지털 콘텐츠 거래 플랫폼 운영자간의 콘텐츠 지배권 확보를 위한 일종의 쟁탈전 양상으로 진행되었다고 해도 과언은 아니다. 그 근거에는 결국 최종 이용자가 동의할 수 밖에 없는 제한된

72) Wall Street Journal NFTs Are Fueling a Boom in Digital Art. Here’s How They Work featuring Interview with Caitlin Ostroff, available at https://www.youtube.com/watch?v=zpROwouRo_M (2021.7.26. 최종확인).

73) Caldarelli G, Rossignoli C, Zardini A., ‘Overcoming the blockchain oracle problem in the traceability of non-fungible products’ Sustainability. 2020; 12(6):2391. https://doi.org/10.3390/su12062391 (2021.7.26. 최종확인).

기간동안의 ‘라이선스 약정’이 중심이었다. 값싼 무한 복제를 가능하게 하는 기술이 결국 지적재산권을 강화시키는 원동력이 되었다. 그러나 NFT는 디지털콘텐츠의 저렴한 무한복제을 제한하고 해당 콘텐츠에 ‘유일성’을 부여함으로서 디지털콘텐츠가 라이선스의 한계를 벗어나 사적 재산으로 거래될 수 있는 가능성을 제시하고 있다. 그리고 실제 NFT콘텐츠의 거래가 이러한 사적 재산의 거래를 표방하고 있으며, 구매자의 의도 또한 그러하다. 그러나 실제 적용되는 법리는 라이선스에 기반한 제한적 이용약정이므로 거래의도와 실제 거래 결과가 일치하지 않는 혼란이 잠재되어 있다.

본 고에서는 우선 NFT 거래에 적용되는 법제 현황을 저작권 중심으로 검토하였다. 실제 NFT거래에 적용되는 법리가 저작권에 기반한 라이선스 중심으로 이루어지고 있으며, 저작재산권 전체를 양도하는 방식의 NFT 거래는 현실적으로 거의 이루어지고 있지 않고 있는바, 라이선스 중심의 거래 유형을 검토하였다. 특히 크라우드 펀딩을 위해 보호받는 저작물을 NFT콘텐츠 형태로 만드는 경우 마치 소유권의 이전과 같은 거래를 표방하고 있어도, 제한된 기간과 이용방식에 비추어 볼 때 거래의 본질은 라이선스라고 볼 수 있다. 더불어 NFT생성 및 유통에과정에서 적용되는 지적재산 법리를 검토하였다. 그러나 이러한 현재와 같은 라이선스 적용은 NFT기술이 보여주고 있는 디지털 콘텐츠의 배타성과 충돌될 여지가 있다. 토큰 자체는 마치 유체물처럼 다수가 아닌 하나의 특정인에 의해서만 소유 및 지배될 수 있기 때문이다. 이러한 라이선스 법리는 또한 NFT거래 당사자의 진정한 의도에 부합하지 않다. 대부분의 NFT를 기반으로 디지털 콘텐츠의 거래를 허용하는 사이트는 해당 디지털콘텐츠의 소유권을 거래하는 것임을 명시하고 있으며 NFT의 구매자는 사유재산을 구매한다고 믿기 때문이다. 이러한 의사를 반영하기 위해 최초 판매시 배포권 소진이 주된 내용인 최초판매의 원칙이 적용될 수 있는가를 검토한 결과, NFT거래에서는 온라인상의 복제/전송이 수반되므로 현행법/판례상의 최초판매의 원칙을 적용하기에는 한계가 있다. 결국 최종 이용자는 이러한 법적 상황에 대하여 적절히 고지받지 못하고 의도한 바와 다른 거래를 실행하게 됨으로서 거래로 인한 불측의 손해를 볼 수 있다. 따라서 NFT거래에 대하여는 일반 재산 거래법리를 제한적으로

적용할 필요가 있다. 또한 소비자에게 거래의 중요한 맥락과 실제를 명확히 고지하고, NFT에 연결된 콘텐츠의 검증과 진본성 확인을 보증하는 등 기존의 소프트웨어 라이선스 중심의 거래관행에서 고려되지 못하였던, NFT이용자 혹은 소비자에 대한 기본적 권리의 확보가 필요하다.

(논문투고일: 2021.8.26, 심사개시일: 2021.9.6, 게재확정일: 2021.9.24)



김현경

대체 불가 토큰, 디지털 자산, 사유 재산,
지적재산 라이선스, 디지털 콘텐츠 소유권

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 단행본

박성호, 저작권법(제2판), 박영사 (2017).

오승종, 저작권법(제4판), 박영사 (2016).

이해완, 저작권법(제3판), 박영사 (2015).

Fairfield, Joshua A.T., OWNED: PROPERTY, PRIVACY, AND THE NEW DIGITAL SERFDOM, Cambridge University Press (2017).

Fried, Charles, CONTRACT AS PROMISE: A THEORY OF CONTRACTUAL OBLIGATION 8, Oxford University Press (1981).

Perzanowski, Aaron, and Jason Jason Schultz, THE END OF OWNERSHIP: PERSONAL PROPERTY IN THE DIGITAL ECONOMY 57, MIT Press (2016).

Ⅱ. 논문

김영모 외, “블록체인기반의 저작권보호 및 유통기술 타당성 연구”, 한국저작권보호원(2019).

김원오, “블록체인 기술의 저작권 제도와의 접점과 도전적 과제”, 『2019 저작권 미래전략 협의체 최종보고회 자료집』, 한국저작권위원회(2019).

김현경, “저작권 관점에서 NFT에 대한 미국의 관련 법적 검토”, 해외저작권 보호동향, 2021.8.11., 한국저작권보호원(2021).

박경신, “NFT(Non-fungible token)와 저작권, 새로운 플랫폼에서의 저작권 쟁점”, 2021 저작권 학술대회, 한국저작권위원회·(사)한구저작권법학회(2021).

이대희, “지적재산권에 대한 블록체인의 적용”, 『정보통신정책연구』, 정보통신정책연구원, 제31권 5호(2019).

정진근, “블록체인: 저작권제도에서의 활용가능성과 한계에 대한 소고”, 계간저작권 겨울호(2018).

Christians, Allison, Taxation in the Age of Smart Contracts: The CryptoKitty Conundrum, 16 OHIO ST. TECH. L. J. 91, 99 (2020).

Clark, Birgit and Ruth Burstall, Crypto-Pie in the Sky? How Blockchain Technology is Impacting Intellectual Property Law, 2 STAN. J. BLOCKCHAIN L. & POL'Y 252, 257 (2019).

Evans, Tonya M., Cryptokitties, Cryptography, and Copyright, 47 AIPLA Q.J. 219(2019).

Fairfield, Joshua A.T., Tokenized: The Law of Non-Fungible Tokens and Unique Digital Property. Indiana Law Journal, Forthcoming(April 6, 2021).

Fairfield, Joshua A.T., The Human Element: The Under-Theorized and Underutilized Component Vital to Fostering Blockchain Development, 67 CLEV. ST. L. REV. 33 (2019).

Feldman, Robin, May your drug price be evergreen, Journal of Law and the Biosciences Volume 5 Issue 3 (2018).

Harry, Surden, Computable Contracts, 46 U.C.DAVIS L. REV. 629(2012).

Hurt, Robert M. and Robert M Schuchman, The economic rationale for copyright, The American Economic Review Vol 56, No. 1/2 (1966).

Johnson, David. R. and David G. Post, Law and Borders — The Rise of Law in Cyberspace, 48 STAN. L. REV. 1367, 1387 (1996)

Perzanowski, Aaron, Fixing RAM Copies, 104 NW. U.L. REV. 1067(2010)

Perzanowski, Aaron, and Chris Hoofnagle, What we Buy When We "Buy Now," 165 Pa. L. Rev. 315 (2017)

Perzanowski, Aaron, and Jason Schultz, Digital Exhaustion, 58 UCLA L. Rev. 889 (2011).

Perzanowski, Aaron, and Jason Schultz, Reconciling Personal and Intellectual Property, 90 NOTRE DAME L. R. 1213 (2015).

Trotz, Ethan D., The Times They Are a Changin: Surveying How

the Howey Test Applies to Various Cryptocurrencies, 11 ELON. L. REV. 201, 202 (2019).

Werbach, Kevin and Nicolas Cornell, Contracts Ex Machina, 67 DUKE L.J. 313(2017).

Wilson, Bryan, Blockchain and the Law of the Cat: What Cryptokitties Might Teach, 88 UMK L. REV. 365 (2019).

Abstract

A Study on Legal Issues in NFT Content Transactions

Hyun-Kyung, Kim

Recently, awareness and interest in NFTs such as high-priced transactions of NFTs linked to Beeple's artworks and NFT auctions of music and tweets are increasing. By limiting the cheap infinite copy of certain digital content and giving ‘uniqueness’ to the content, NFT suggests the possibility that digital content can be traded as private property beyond the limit of license. Therefore, the basic structure of the transaction advocated by the NFT is that the seller(old owner) can no longer control the NFT once sold, unlike the existing digital content transaction, and the buyer(new owner) will have complete disposition authority over the NFT content. However, under the current law, the legal environment applicable to NFTs is still intellectual property licenses, not transfers of disposition rights based on ownership. In other words, the true intention of the parties to the NFT transaction is 'ownership', but the actual legal treatment is made with 'license'. This discrepancy between the market and the norm may eventually cause unexpected damage to consumers or end users. Therefore, in this study, the types of copyrights and copyright issues applied to the creation and distribution of NFTs were reviewed in order to derive appropriate legal tasks to be applied to NFT transactions. In addition, legal tasks to reflect the true intention of NFT transactions and to protect the transaction safety of

content final buyers were derived as follows : First, for NFT transactions, it is necessary to apply the general property transaction law in a limited way. In addition, it is necessary to prepare a plan to secure basic rights for the following NFT end users or consumers, which were not considered in the existing software license-centered transaction practices.: To clearly inform consumers of the important context and reality of the transaction, and to ensure the verification and authenticity of the content linked to the NFT, etc.



Hyun-Kyung, Kim

NFT, Digital Assets, Personal Property,
Intellectual Property Licenses, Digital Contents Ownership

성균관대학교 법학연구원 『성균관법학』 10.17008/skklr.2021.33.3.011
제33권 제3호 (2021. 9.)
Sungkyunkwan Law Review Vol.33. No.3 (September 2021) pp433~485

인터넷송신의 법적 지위에 관한 저작권법 개정방향 연구

이해완*

【목 차】

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 현행 저작권법의 규정과 문제점
1. 현행 저작권법의 관련 규정
2. 현행 저작권법 규정의 문제점
Ⅲ. 국제조약 및 주요국 등 입법사례
1. 서언
2. 국제조약
3. 주요국등 입법사례
Ⅳ. 바람직한 개정방향
1. 서언 – '개정 시 고려사항'
2. 방송의 범위를 확대하는 방안 검토
3. 디지털동시송신 개념을 도입하고 관련 규정을 재정비하는 방안 검토
4. IPTV 방송과 관련된 문제
Ⅴ. 저작권법 전부개정안의 관련 규정 내용과 그 의의
1. '전부개정안'의 관련 규정 내용
2. 개정안의 의의
Ⅵ. 결론

【국 문 요 약】

우리나라 저작권법은 방송과 통신의 융합 현상에 대한 대응으로 2006년 전부개정을 통해 한편으로 '공중송신'이라는 일종의 '우산 개념'을 도입하면서 다른 한편으로는 그 우산 개념 아래에 있는 하위 개념들을 기존규정보다 세분화하여, 방송과 전송의 중간적 영역에 있는 '디지털음성송신' 개념을 새로 도입하는 입장을 취하였다. 오늘날 실시간 인터넷송신의 비중이 높아져, 이른바 '디지털영상송신'의 비중도 상당히 커진 상황이 되다보니, 2006

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수

년 개정법에서 ‘디지털영상송신’은 빼고 ‘디지털음성송신’만 전송과 방송 사이의 중간영역으로 규정한 것의 부적절성이 점점 더 뚜렷해지고 있다.

이러한 현행 저작권법 규정을 어떻게 개정하는 것이 좋을 것인지에 대하여는 크게 보아 두 가지의 큰 방향성이 있다. 하나의 방향은 2006년 개정법에서 방송과 전송 사이의 중간영역으로 인정한 '디지털음성송신' 개념을 삭제하고 이 개념 및 그와 유사한 것을 모두 방송 개념에 편입시켜서 방송/전송의 '2분할 체제'로 가는 것이고, 또 하나의 방향은 여전히 중간영역의 개념을 인정하되, 음만의 송신인지, 영상도 포함한 송신인지 묻지 않고 모두 중간영역의 개념인 '디지털동시송신'의 개념에 포함하여 전송 및 방송과 구별하여 취급하는 '3분할 체제'를 취하는 것이다. 이 논문이 가장 중점을 두고 살펴본 것은 바로 이 두 가지 방향 중 어느 방향이 타당한가 하는 점이다.

결론적으로 '2분할 체제'가 아니라 '3분할 체제'가 바람직한 방향이다. 그것이 국제조약과의 정합성, 국제적 동향 및 조류와 잘 부합되고, 저작권법의 목적에 따라 권리자를 충실하게 보호하면서 동시에 저작물의 공정한 이용을 도모하는 면에서도 타당하다. 따라서 현행법에 대한 올바른 개정방향은 기본적으로 위와 같은 의미의 '디지털동시송신' 개념을 도입하고, 그것을 기초로 저작인접권 보호 등 관련 규정을 국제조약과 정합성을 가지는 방향으로 수정, 보완하는 방향이 되어야 한다. 다만, IPTV 방송은 기술적인 측면에서는 '디지털동시송신'과 같지만 사회적 · 경제적 실질의 면에서는 '방송'과 동일하게 보는 것이 타당하다는 점에서 예외적으로 '방송'으로 취급하는 것이 바람직하다. 현재 국회에서 논의 중인 저작권법 전부개정안은 기본적으로 그러한 방향을 취하고 있으므로 그 타당성이 인정된다.

Ⅰ. 서론[1)]

인터넷의 출현 이후 현재까지 인터넷을 통한 정보유통의 비중이 지속적으로 커지고 있다. 그러나 그 구체적인 양상은 시간의 흐름에 따라 큰 변화를 보이고 있다. 특히, 과거에는 대부분의 인터넷서비스가 이른바 '온디맨드(On Demand)'의 주문형 서비스에 해당하였으나, 최근에는 인터넷을 통한 실시간 송신의 비중이 급격히 늘어나고 있는 추세를 보인다는 것에 주목할 필요가 있다. 인터넷을 통한 송신이 '주문형'의 속성을 가지고 있을 때에는 '비주문형'의 속성을 가진 방송과 비교적 용이하게 구별할 수 있었으나, 이제 '비주문형'이라는 점에서는 방송과 구별할 수 없는 '인터넷송신'의 비중이 높아지고 있는 것이다. 방송과 통신이 융합되는 '방통융합'의 경향 자체는 새로운 것이 아니지만, 그 구체적인 양상은 과거와 크게 다르며, 그와 관련하여 많은 논란이 야기되고 있다.

우리 저작권법에 인터넷송신에 대한 저작권자의 권리가 처음 인정된 것은 2000년 1월 12일자 저작권법 개정을 통해서이다. 당시의 개정 저작권법은 제2조 제9의2호로 전송 개념에 대한 정의규정을 새로 두고, 저작재산권자의 권리로 '전송권'을 신설하였다. 그 이전까지 저작권법상 저작재산권이 부여되는 저작물의 무형적 이용행위는 '방송'과 '공연'으로 양분되어 있다가 이때부터 '전송'이라는 새로운 이용행위가 추가된 것이다. '인터넷송신'의 저작권법적 지위라는 관점에서 보면, '주문형'의 속성을 가진 전송만 저작권법상 방송과 구별되는 이용행위로 규율되고 '주문형'의 속성을 갖지 않은 인터넷송신에 대한 법적 규율은 명확하게 이루어지지 않았다.

그러다가 2006년 12월 28일자 저작권법 전부개정시에, 입법자는 처음으로 '주문형'의 속성을 가지지 않은 인터넷송신에 대한 법적 규율을 시도하였다. 이 개정법은 인터넷송신과 관련된 개념의 하나로 '디지털음성송신'

---

1) 이 논문은 필자가 2021. 5. 11. '한국정보법학회 5월 사례연구회'에서 "인터넷송신과 저작권법 - 저작권법 개정안의 '디지털동시송신' 개념을 중심으로"라는 제목으로 발표한 자료를 논문 형식으로 수정, 보완한 것임을 밝힌다. 또한 이 논문은 필자가 2012년에 발표한 "저작권법상 공중송신의 유형 및 그 법적 취급에 관한 연구"(성균관법학 제24권 제4호 게재)와 관련성이 있고 그 후속연구라고 할 수 있는 측면이 있어, 논리전개의 면에서 불가피하게 인용할 필요가 있는 범위에서 일부 출처를 표시하고 인용하였음을 밝힌다.

개념을 신설하고 그것과 기존의 방송 및 전송 그밖에 공중을 대상으로 하는 모든 유선 또는 무선 방식의 송신을 아우르는 상위개념으로 '공중송신' 개념을 새로 도입하였다. 개정법의 입법자가 그러한 통합적 개념을 도입한 것은 방통융합의 현실을 감안한 것으로 보이는 면이 있지만 그러한 통합적 개념 하나만 가지고 서로 다른 이용형태를 획일적으로 규율하고자 한 것은 아니다. 개정법은 공중송신의 하위개념들을 위와 같이 구분한 후 저작재산권 제한사유와 저작인접권 규정 등의 면에서 서로 다른 법적 취급을 하였다. 실시간 인터넷송신의 법적 지위와 관련하여, 개정법은 그것을 방송과 전송 사이의 중간적 영역으로 보면서도, 그 중에서 오로지 '음'만을 송신하고 '영상'을 송신하지 않는 것만 별도의 개념인 '디지털음성송신'으로 하여 '전송' 및 '방송'과 구별되는 법적 취급을 분명하게 하는 입장을 취하였다. 위 개정 이후 아직 위 부분에 대한 개정은 이루어지지 않고 있으므로 위와 같은 개념 구분은 현행법의 입장이라 할 수 있다.

위와 같은 개정법의 태도로 인하여 현행 저작권법의 개념 구분에는 한 가지 중대한 공백이 발생하였는데, 그것이 바로 영상이 포함된 정보에 대한 '실시간의 인터넷 송신'의 법적 지위에 대한 것이다. 현행법은 영상이 포함되지 않고 '음'만 송신하는 실시간 인터넷 송신을 '디지털음성송신'으로 보는 취지만 명확히 규정하고, '영상'도 포함한 실시간 인터넷 송신, 즉 '디지털영상송신'에 대하여는 아무런 개념 규정을 두지 않아 해석상의 큰 의문을 낳고 있다. 이에 대하여 명확한 판례가 나오지는 않고 있고, 학설과 행정부의 해석 등이 엇갈려 많은 혼란을 초래하고 있는 것이다.

한편으로 이 문제에 대한 입법적 해결 방안에 대하여도 서로 다른 방향의 논의가 이루어진 바 있고, 현재 그와 관련된 규정을 포함한 저작권법 전부개정안[2]이 발의되어 있지만, 그에 대하여 이해관계자 및 전문가 등으로부터 서로 대립되는 요소를 가진 다양한 의견이 제시되고 있는 상황이다.

이 논문은 이러한 상황 속에서 '인터넷송신'의 저작권법적 지위와 그 취급과 관련한 현행법의 문제점을 짚어 보고, 이 문제에 대한 국제조약의 입장과 주요국들의 입법사례들을 자세히 살펴본 후 현재 논의되는 입법적 대

2) 2021년 1월 15일에 도종환의원 등 13인이 의안번호 2107440호로 발의한 저작권법 전부개정법률안을 뜻한다.

안들 중 어떤 방향의 안이 타당한지에 대하여 보다 정밀한 검토를 시도한다.

II. 현행 저작권법의 규정과 문제점

1. 현행 저작권법의 관련 규정

가. 공중송신 등의 개념 규정

1) 개념 규정

현행 저작권법은 전송, 방송, 디지털음성송신 등의 상위개념인' 공중송신'을 "저작물, 실연·음반·방송 또는 데이터베이스(이하 “저작물등”이라 한다)를 공중이 수신하거나 접근하게 할 목적으로 무선 또는 유선통신의 방법에 의하여 송신하거나 이용에 제공하는 것"으로 정의하였다(제2조 제7호).

그리고 '방송'은 "공중송신 중 공중이 동시에 수신하게 할 목적으로 음·영상 또는 음과 영상 등을 송신하는 것"을 말하는 것으로(같은 조 제8호), '전송'은 "공중송신 중 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록 저작물등을 이용에 제공하는 것을 말하며, 그에 따라 이루어지는 송신을 포함한다."고(같은 조 제10호), '디지털음성송신'은 "공중송신 중 공중으로 하여금 동시에 수신하게 할 목적으로 공중의 구성원의 요청에 의하여 개시되는 디지털 방식의 음의 송신을 말하며, 전송을 제외한다."고(같은 조 제11호) 각 규정하였다.

2) 개념의 구별기준

가) 수신의 동시성과 이시성

'수신의 동시성'이란 정보 이용자의 입장에서 자신이 수신하는 시간을 선택할 수 없고 누구나 동시에 같은 내용을 보거나 들을 수밖에 없는 특성을 가진 것을 말하며, 반대로 '수신의 이시성'이란 정보 이용자의 입장에서 자신이 수신하는 시간을 자유롭게 선택할 수 있는 특성을 가진 것을 말한다. '수신의 이시성'은 정보의 이용자가 개별적으로 선택한 주문에 따라 정보 제공의 시간 등이 정해지는 것이라는 점에서 '주문형' 또는 '주문성'이라는 용어를 같은 의미로 사용하기도 한다.

공중송신에 포함되는 하위 개념 중에 '수신의 이시성' 또는 '주문형'의 요소를 가진 것이 '전송'이다. '전송' 개념을 정의한 저작권법 제2조 제10

호의 문언 중 "공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록"이라고 한 부분이 그러한 요소를 분명하게 드러내고 있다. 공중송신의 하위개념 중에 '전송' 외에는 그러한 특성을 가진 개념이 없으므로, 전송은 그러한 요소를 통해 방송, 디지털음성송신 등과 뚜렷이 구별된다.

공중송신의 하위 개념 중에 '수신의 동시성'을 개념요소로 내포하고 있는 것은 '방송'과 '디지털음성송신'이다. '방송'에 대한 제2조 제8호의 문언에 포함되어 있는 "공중이 동시에 수신하게 할 목적으로" 부분과 '디지털음성송신'에 대한 제2조 제11호의 문언에 포함되어 있는 "공중으로 하여금 동시에 수신하게 할 목적으로" 부분이 바로 '수신의 동시성'에 대한 규정이라 할 수 있다. 결국 수신의 동시성과 이시성의 유무에 따라 동시성을 내포한 '방송' 및 '디지털음성송신'과 이시성을 내포한 '전송'이 구분될 수 있도록 규정되어 있음을 알 수 있다.[3)]

이 구분은 대단히 명료한 것으로 보이지만, 실제로는 정보 이용자의 선택의 자유가 전형적인 '전송'만큼 보장되지는 않지만, 전형적인 '방송'이나 '디지털음성송신'보다는 꽤 많이 보장되는 경우, 이른바 '유사전송'의 영역에 대한 여러 가지 해석론적, 입법론적 논란이 있다.[4)] 다만 그 부분의 쟁점은 이 논문의 연구대상에서 제외한다.

나) 기술적 쌍방향성과 일방향성

공중송신의 하위개념들을 서로 구분하기 위한 또 하나의 중요한 개념요소는 '기술적 쌍방향성'과 '기술적 일방향성'이다. 원래 쌍방향성이란 말은 '수신의 이시성'과 유사한 개념으로 사용될 수도 있는 개념이고 그렇게 사용되는 경우도 있지만, 여기서 말하는 쌍방향성은 정보 이용자의 입장에서 자신이 정보를 보거나 듣는 시간을 자유롭게 선택할 수 있는 것을 의미하는 것은 아니므로 '수신의 이시성' 또는 '주문형'의 특성과는 다른 것이다. 이것이 문제되는 것은 오히려 '수신의 동시성'이 있는 공중송신, 즉 '방송'

3) 수신의 동시성과 이시성의 구분에 대하여 자세한 것은 이해완, "저작권법상 공중송신의 유형 및 그 법적 취급에 관한 연구", 성균관법학 제24권 제4호, 성균관대학교 법학연구원(2012), 393-395면 참조.

4) 이해완, 위의 논문, 404-406면 참조. 이 문제에 대한 법원의 입장을 알 수 있는 최근 사례로는 '딩가라디오' 사건에 대한 서울고등법원 2018. 5. 3. 선고 2017나2058510 판결 참조.

과 '디지털음성송신' 등의 경우이다. '방송'과 '디지털음성송신'은 '수신의 동시성'의 면에서는 다르지 않지만, 기술적인 면에서 서로 다른 특성을 가지고 있다. 저작권법 제2조 제11호에서 '디지털음성송신'을 정의하면서 "공중의 구성원의 요청에 의하여 개시되는 ... 송신"이라는 표현을 사용한 것이 바로 그 부분으로서, '기술적 쌍방향성'에 해당하는 요소를 말하는 것이다. '디지털음성송신'이라는 말만 들으면 '디지털 방식'의 '음의 송신'을 모두 포함하거나 아니면 그 중에서 '수신의 동시성'을 가진 것을 의미하는 것으로 느껴지지만, 법적으로는 그보다 제한적인 의미를 가진다. 그 중에서 '기술적 쌍방향성'을 가진 것, 즉 송신이 '공중의 구성원의 요청에 의하여 개시되는' 특성을 가진 것만 '디지털음성송신'에 해당하고, 그렇지 않은 것은 모두 '방송'에 해당하는 것으로 보아야 한다는 것이 현행법의 입장이다.

'기술적 쌍방향성'이란 수신자의 PC 또는 휴대폰 등으로부터 특정 IP 주소에 대한 송신 요청이 정보 제공자가 관리하는 서버에 입력되면, 그 때부터 요청받은 IP주소로 자동으로 정보의 송신이 이루어지는 것을 말한다.[5] '수신의 동시성'이 있는 경우 중에도 이러한 기술적 쌍방향성이 있는 경우가 있을 수 있다. 그 경우에는 그와 같이 자동으로 송신되는 정보가 정보 이용자의 선택에 따라 예컨대 음원의 첫부분부터, 혹은 영상물의 첫장면부터 송신되는 것이 아니라 다른 모든 이용자들과 동일하게 해당 시간에 제공되는 부분 또는 장면이 송신되게 되는 것이다. 이것은 인터넷의 기술적 혹은 매체적 특성과 관련된 것으로서, 인터넷 프로토콜을 이용한 웹캐스팅 및 IPTV의 실시간 송신이 이러한 기술적 쌍방향성을 가진다고 할 수 있다. 그에 반하여 디지털케이블방송 등의 방송은 설사 '디지털방식의 음의 송신'에 해당한다 하더라도 위의 경우와 달리, 방송국에서 수신자의 구체적인 송신 요청이 있는지를 불문하고 일방적으로 정보를 방송 영역 내의 각 가정의 수신기까지 송신하는 특성을 가지고 있으므로, '디지털음성송신'이 아니라 '방송'에 해당한다.[6]

---

5) 松田政行, 『著作権法プラクティス』, 勁草書房, 2009, 104頁。

6) 기술적 쌍방향성의 유무에 대한 자세한 설명은 이해완, 앞의 논문, 395-396면, 현행 저작권법상 IPTV 방송의 법적 지위에 대하여 자세한 것은 위 논문, 401-404면 참조.

3) 개념 관련 쟁점 – '디지털영상송신'의 법적 성격

위와 같은 현행법 규정의 해석과 관련하여 가장 크게 문제 되는 쟁점은 영상 또는 '영상이 포함된 음'의 송신으로서, 수신의 동시성과 기술적 쌍방향성을 모두 가진 것, 즉 강학상 '디지털영상송신'이라고 일컬어지는 것의 법적 지위는 어떠한가 하는 것이다. 여기에는 인터넷 프로토콜을 이용하는 IPTV에 의한 실시간 영상송신도 포함된다. 이에 대하여 학설은 일치하지 않고 이것을 '기타의 공중송신'으로 보는 '기타송신설'과 '방송'으로 보는 '방송설'로 나뉘어 있다.[7)]

문화체육관광부는 2008. 11. 3.경 실시간 방송프로그램이 제3의 유형의 공중송신에 해당한다고 유권해석을 하였으나, 2013. 5. 9. 방송물의 실시간 웹캐스팅 서비스가 저작권법상 방송에 해당한다고 유권해석을 변경하였고, 2016. 1. 19. 영상이 포함된 웹캐스팅도 저작권법상 방송에 해당한다고 유권해석을 하였다.[8)]

그러나 2006년 저작권법 전부개정을 할 당시, 입법을 추진한 문화관광부의 설명자료에 의하면, '디지털영상송신'에 대한 언급은 없었지만, '방송'의 개념에 (기술적) 쌍방향성이 있는 것을 제외하는 취지가 분명히 드러나고 있었다. 따라서 당시 입법자의 의도는 방송과 전송의 중간영역에 해당하는 것, 즉 수신의 동시성과 기술적 쌍방향성을 가진 것은 방송도 아니고 전송도 아닌 별도의 개념으로 보기로 하면서 단지 그 중에서 '음의 송신'에 해당하는 '디지털음성송신'에 대하여만 실연자 및 음반제작자에게 보상청구권을 부여하기로 하여 별도의 개념으로 규정하고, 그 나머지의 실시간 인터넷송신은 '기타의 공중송신'으로 보기로 하는 취지를 내포한 것으로 보는 것이 타당하다는 것이 필자의 의견이다.[9)]

---

7) 학설이 나뉘어져 있는 상황에 대하여는 이해완, 저작권법(제4판), 박영사(2019), 558면 참조.

8) 서울고등법원 2018. 8. 23. 선고 2017나2043839 판결 참조.

9) 디지털영상송신에 해당하는 영역을 '방송'이 아니라 '기타의 공중송신'으로 보는 것이 현행 저작권법의 해석론상 타당하다고 보는 자세한 이유는 이해완, 앞의 논문, 397-401면 참조. 본 논문은 연구대상 주제와 관련한 현행 저작권법 규정의 해석론보다는 개정입법을 어떤 방향으로 할 것인지에 대한 입법론적 논의에 초점을 맞추므로 해석론에 대한 논의는 최소한으로 줄인다.

나. 현행 저작권법상 공중송신 유형에 따른 권리 부여 상황

저작권법 제18조는 "저작자는 그의 저작물을 공중송신할 권리를 가진다"고 규정하고 있다. 이 규정에서 말하는 '공중송신'에는 그 하위개념인 방송, 전송, 디지털음성송신 등이 모두 포함된다. 따라서 저작재산권의 면에서는 모든 유형의 공중송신이 기본적으로는 동일한 배타적 권리로서 보호를 받는다고 할 수 있다. 다만 저작재산권 제한 규정에서는 각 개념 유형별로 서로 다른 취급을 하고 있다.

저작인접권의 경우는 저작재산권과 달리 각 개념 유형별로 권리부여의 내용 등을 다르게 하고 있다. 실연자와 음반제작자가 전송, 방송, 디지털음성송신, 기타의 공중송신에 대하여 각각 가지는 권리는 다음과 같다.

1) 전송의 경우는 실연자와 음반제작자에게 완전한 의미의 배타적 권리로서의 '전송권'이 인정된다(제74조 및 제81조).

2) 방송에 대하여는 실연자의 경우 저작권법은 "실연자의 허락을 받아 녹음된 실연을 제외한" 실연의 방송에 대하여 배타적인 권리로서의 방송권을 인정하고(제73조), "방송사업자가 실연이 녹음된 상업용 음반을 사용하여 방송하는 경우에는 상당한 보상금을 그 실연자에게 지급하여야 한다"고 규정하여(제75조 제1항) 방송사업자에 대한 보상청구권을 별도로 인정하고 있다. 음반제작자의 경우에는 배타적 권리로서의 방송권은 인정하지 않고 방송사업자에 대한 보상청구권만 인정하고 있다(제82조).

3) 실연자와 음반제작자는 디지털음성송신사업자가 "실연이 녹음된 음반" 또는 "음반"을 사용하여 송신하는 경우에는 그에 대하여 상당한 보상금을 청구할 수 있는 보상청구권을 가진다(제76조 제1항, 제83조 제1항).

4) 기타의 공중송신에 대하여는 실연자와 음반제작자는 저작권법상 아무런 권리가 없다. 필자의 의견에 의하면, 강학상의 '디지털영상송신'이 여기에 해당하고, 현재 그 비중이 과거에 비하여 현저하게 높이진 상황이므로 이 부분의 입법적 공백을 메우기 위한 입법조치가 시급하게 필요하다고 본다.

저작인접권 중 방송사업자의 권리에는 공중송신 중 다른 개념과 관련한 권리의 부여는 없고 오로지 '방송'의 개념과 관련된 '동시중계방송권' 규정(제85조)이 있을 뿐이다. 한편 저작인접권의 제한과 관련하여, 저작

권법은 위 3)의 보상청구권 규정과 관련하여 디지털음성송신을 위한 일시적 복제를 제한사유로 규정하고 있다(제87조 제2항).[10]

2. 현행 저작권법 규정의 문제점

가. 규정의 모호함으로 인한 분쟁가능성

위와 같은 현행 저작권법 규정의 첫번째 문제점으로 지적될 수 있는 것은, 위와 같이 '디지털영상송신'에 해당하는 영역의 법적 성격에 대하여 저작권법이 명확하게 규정하지 않음으로써 그 해석과 관련하여 학설상 서로 다른 입장이 대립하고 있을 뿐만 아니라 관련 당사자들 사이에서도 각기 이해관계에 따라 다른 해석을 하는 경향을 보이고, 그로 인해 여러 가지 분쟁이 야기되고 있다는 점이다.

한국음반산업협회와 아프리카TV 사이의 보상금 관련 분쟁이 그러한 분쟁의 한 사례이다. 이 사건의 법률상 쟁점은 양자 사이의 계약을 어떻게 해석할 것인지에 대한 것이었지만, 양자 사이에 분쟁이 촉발되게 된 큰 이유 중의 하나는 아프리카TV의 실시간 웹캐스팅 서비스와 관련하여 한국음반산업협회는 '디지털음성송신'과 동일한 요율기준을 적용하고자 함에 반하여, 아프리카TV는 그에 대하여 '방송설'을 취한 문화체육관광부의 유권해석에 따라 그보다 유리한 요율을 적용받고자 하여, 상호간 이해충돌이 야기된 것에 있었고, 문화체육관광부의 유권해석이 계약해석에 일정한 영향을 미친 것으로 보인다.[11]

나. 저작인접권 보호의 공백 또는 불균형

'디지털영상송신'에 해당하는 송신의 법적 성격과 관련하여, 앞에서 본 바와 같은 학설 상의 대립이 있는바, 현재의 시점에서 적용해 보면 어느 학설에 의하더라도 타당하고 적절한 결론이 도출되지 않는다.

첫째, 필자의 의견이기도 한 '기타송신설'을 취할 경우에는 '디지털영상송신'에 해당하는 송신에 대하여 실연자 및 음반제작자에게 아무런 권리도 인정하지 않는 결과가 되는 문제가 있다. 그러한 송신도 WIPO 실연 · 음반조약(WIPO Performance and Phonograms Treaty, "WPPT") 및 시

10) 우리나라 현행 저작권법상 공중송신의 하위개념의 유형에 따른 저작재산권 및 저작인접권의 부여 및 그 제한사유에 대하여 보다 자세한 것은 이해완, 앞의 논문, 406-409면 참조.

11) 그 1심 판결인 서울서부지방법원 2017. 6. 29. 선고 2015가합2874 판결 및 2심 판결인 서울고등법원 2018. 8. 23. 선고 2017나2043839 판결 참조.

청각 실연에 관한 베이징 조약(Beijing Treaty on Audiovisual Performances, “BTAP”) 상의 ‘공중전달’에 해당하므로 실연자 및 음반제작자에게 상응하는 권리를 인정하여야 함에도 불구하고 그에 대한 권리를 전혀 인정하지 않은 것은 국제조약의 취지에도 반하고 권리보호에 중대한 흠결이 있다고 할 수 있다.

둘째, 방송설을 취할 경우에는 '디지털영상송신'도 방송으로 보므로 실연자 및 음반제작자에게 방송에 대한 것과 동일한 권리를 인정하게 되어, ‘권리의 공백’ 문제는 발생하지 않는다. 그러나 기술적 쌍방향성과 수신의 동시성 등의 성격이 동일함에도 불구하고 영상이 포함된 송신인지 여부에 따라 어떤 것은 방송으로, 다른 어떤 것은 디지털음성송신으로 보아 서로 다른 법적 취급을 하는 것은 형평성에 반하고 합리적 근거를 인정하기 어렵다. 그것이 앞에서 본 바와 같이 분쟁가능성을 높이는 원인으로 작용하고 있기도 하다. 특히 저작인접권 중 방송사업자의 권리는 프로그램 편성 및 방송송출을 위해 막대한 투자와 준창작적인 노력을 기울이는 것을 전제로 하여 전통적 방송사업자에게 인정해 온 것인바, 그러한 투자 또는 노력, 준창작적 기여를 인정하기 어려운 단순한 유형의 웹캐스팅을 업으로 하는 자에게 자신의 창작물이 아닌 음, 영상 등을 실시간으로 전달하기만 하면 그에 대하여 저작인접권자로서의 배타적 권리를 인정하는 것은 이해관계자들 사이에 큰 불균형과 정보유통의 자유에 대한 부당한 제약을 초래할 수 있을 것으로 우려된다.

다. 저작재산권의 과도한 제한으로 인한 권리보호의 약화

‘방송’설을 전제로 할 때, 현 저작권법상의 방송에 대한 권리제한 규정들(비영리목적의 방송에 대한 제29조 1항, 방송사업자의 일시적 녹음· 녹화에 대한 제34조, ‘공표된 저작물의 방송에 대하여 법정허락제도를 규정한 제51조 등)이 서비스의 공공성, 공익성, 투자규모 등을 전혀 따지지 않고 모든 실시간 웹캐스팅에 적용될 수 있게 되어, 저작권자의 권리보호에 중대한 문제를 야기할 수 있다. 위와 같은 규정들은 모두 전통적 방송사업자들의 대규모 투자를 바탕으로 한 방송이 가지는 공공성, 공익성 등을 전제로 한 것이므로, 소자본으로 누구나 쉽게 할 수 있고, 그에 따른 권리침해의 위험성도 상대적으로 높은 웹캐스팅에 대하여 적용하는 것은 그 입법취지에 반하는 것이다. 뒤에서 보는 바와 같이, 방송사업자의 일시적 녹음·

녹화와 법정허락제도는 베른협약에서 무선방송과 일부 유선방송에 대하여만 제한적으로 동맹국의 입법재량에 맡겨 둔 것인바, 동 협약상 '방송'이 아닌 것을 방송으로 보아 제한사유를 인정하게 될 경우, 베른협약 및 TRIPS에 대한 위반의 문제도 있다.

디지털음성송신과 관련하여, 보상청구권 규정의 적용 시에 복제권으로 인한 문제가 발생하지 않도록 하기 위하여 그러한 보상청구권 관련 규정에 따른 이용시에 일시적 복제를 할 수 있도록 하는 취지의 제87조 제2항 규정이 있어, 언뜻 보기에는 방송사업자의 일시적 녹음·녹화에 대한 제한규정과 유사해 보일 수 있다. 그러나 이 규정은 오로지 저작인접권에 대한 제한규정으로서 저작권 보호에는 아무런 영향을 미치지 않는다는 점에서 근본적인 차이가 있다는 것을 간과하지 않아야 한다.

라. 국제조약과의 정합성 결여

'기타공중설'을 취할 경우에는 실연자등 권리 보호의 공백으로 인한 WPPT와의 불합치 문제가 발생하고, 방송설을 취할 경우에는 베른협약이 인정한 범위를 넘어선 저작재산권 제한 사유의 인정이나 법정허락 규정 등으로 베른협약 및 TRIPS 위반 가능성의 문제가 있다. 그 외에도, 현행 저작권법이 디지털음성송신과 관련하여 실연(음반으로 고정되지 않은 것)에 대한 배타적 권리를 인정하지 않고, 오로지 보상청구권 규정만 둔 것이 WPPT와 BTAP 규정에 부합하지 않는 면이 있다.

III. 국제조약 및 주요국 입법사례

1. 서언

앞에서 살펴본 현행법의 문제를 해결하는 데 있어서 가장 관건적인 쟁점은 실시간의 인터넷송신을 모두 방송에 포함시키는 방향을 취할지, 아니면 그것을 모두 방송도 전송도 아닌 중간영역의 개념으로 보는 방향을 취할지에 있다.

이 문제에 대하여 타당한 결론을 도출하기 위해서는 저작권 및 저작인접권 관련 국제조약의 내용과 관련 동향 및 해외 주요국들의 입법사례를 자세히 살펴보고 참고할 필요가 있다. 다만, 그 내용을 살펴볼 때 우리가 참고하고자 하는 입법상의 핵심적 쟁점과 관련된 사항에 집중하는 것이 바람

직하다. 따라서 국제조약과 해외 입법사례를 살펴볼 때 다음과 같은 사항을 주안점으로 하여, 그 부분에 초점을 맞추기로 한다.

첫째, 국제조약 등에서 방송의 개념을 어떻게 규정하고 있는지에 대하여 살펴본다. 방송의 개념을 어떻게 규정할 것인지는 이 논문이 다루려고 하는 입법적 쟁점과 직결되는 것이다.

둘째, 인터넷송신 중 전송에 해당하는 것의 범위를 어떻게 규정하고 있는지에 대하여 살펴본다. 이것은 핵심쟁점과 직접 관련된 것은 아니지만, 그 인정범위에 따라 '실시간 인터넷송신'에 대한 법적 취급이 영향을 받을 수 있는 면이 있기 때문에 주의를 기울여 살펴볼 필요가 있다.

셋째, '실시간 인터넷송신'에 대하여 어떠한 법적 취급을 하는지에 대하여 중점적으로 살펴본다. 이것은 이 논문의 가장 중요한 핵심쟁점 자체와 관련된 사항이므로 특별한 관심을 가지고 살펴본다. '실시간 인터넷송신'을 '방송'이나 '전송'에 포함시키는지, 아니면 별도의 개념에 포함시키는지를 자세히 살펴보고 그러한 입장을 취하는 이유는 무엇인지에 대하여도 살펴볼 것이다. 이와 관련하여 우리 저작권법상의 ‘공중송신’에 해당하는 것을 ‘방송’과 ‘전송’으로만 구분하는 제도적 입장을 ‘2분할 체제’라고 부르고, ‘방송’, ‘전송’ 외에 제3의 영역을 인정하여 그 안에 실시간 인터넷송신이 포함되게 하는 제도적 입장을 ‘3분할 체제’라고 명명함으로써, 국제조약이나 각국 입법례의 입장이 이 두 가지 중 어느 쪽에 해당하는지를 분명하게 파악해 보고자 한다.

넷째, 저작인접권에 관한 국제조약의 규정들 중에 우리 법상의 저작인접권 규정이 국제조약에서 요구하는 권리보호의 최저수준에 미달하는지 여부가 문제되는 것과 관련하여 살펴볼 필요가 있는 규정들이 일부 있다. 그 점에서 이 논문의 핵심 쟁점과 직접 연관된 것은 아니지만, 특히 국제조약상 저작인접권의 구체적 내용에 대한 부분은 필요한 범위에서 살펴보게 될 것이다.

2. 국제조약

가. 베른협약

1886년 9월 9일에 처음 채택되어 1971년 파리개정회의에서 최종 개정된 베른협약(The Berne Convention for the Protection of Literary

and Artistic Works)은 방송의 의미가 무선방송(지상파 방송등)에 한정됨을 전제로 문학적 및 미술적 저작물의 저작자에게 배타적 권리로서의 방송권을 부여하였다(제11조의2 제1항 제1호). 그리고 방송된 저작물을 원방송기관 이외의 기관이 유선 혹은 재방송에 의하여 공중에게 하는 모든 전달(같은 항 제2호), 저작물의 방송을 확성기 혹은 기호, 음 또는 영상으로 송신하는 모든 유사기구에 의한 공개전달(같은 항 제3호)[12]도 같은 조항에서 배타적 권리로 규정하고 있다. 그런 다음 이러한 권리들에 대하여는 동맹국의 법률로 일정한 조건 하에 강제허락을 할 수 있도록 하고(같은 조 제2항), 동시에 방송을 위한 일시적 녹음・녹화를 위한 제도의 결정을 일정한 요건 하에 동맹국의 법률로 정하도록 규정하고 있다(같은 조 제3항).

여기서 유의할 점은, 방송과 관련된 강제허락이나 방송을 위한 일시적 녹음・녹화에 대한 저작재산권 제한사유 등의 규정은 베른협약상 방송과 일부 유선방송에 한하여 인정된다는 것이다.

방송을 제외한 광의의 공중전달[13]에 대하여는, 제한적인 범위에서, 저작물 유형별로 공중전달권을 인정하고 있다. 연극적・악극적 및 음악저작물의 공연 및 공연에 대한 공중전달(제11조), 문학적 저작물의 공개낭독(제11조의3), 영화화를 위해 개작된 문학적 혹은 미술적 저작물의 공개 상영 및 유선에 의한 공중전달(제14조), 영화에 대한 예술적 기여자의 영화 상영, 유선에 의한 전달, 기타 공중전달 등에 대한 권리를 인정하고 있는 것이 그것이다.

나. WIPO 저작권조약(WCT)

1996년 12월 20일에 스위스 제네바에서 체결된 WIPO 저작권조약(WIPO Copyright Treaty, “WCT”) 제8조는 "베른협약 제11조 제1항 (ii), 제11조의 2 제1항 (i) 및 (ii), 제11조의 3 제1항 (ii), 제14조 제1 항 (ii) 그리고 제14조의 2 제1항의 규정에 영향을 미치지 아니하고, 문학·예술 저작물의 저작자는 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 장소와 시간에 저작물

12) 이 부분은 우리 저작권법상으로는 공연권의 대상에 포함되어 규율된다. 허희성, 베른협약 축조개설(파리규정), 일신서적출판사(1994), 121면 참조.

13) 베른협약상 '방송'과 구별되는 '광의의 공중전달'에는 '공연'과 '원격지 송신'이 포함된다. 우리 저작권법상의 유선방송 중에서 '무선방송의 재송신'에 해당하지 않는 경우 등도 여기에 포함된다.

에 접근할 수 있는 방법으로 공중이 이용할 수 있도록 하는 것을 포함하여 유선 또는 무선의 수단에 의하여 저작물을 공중에 전달하는 것을 허락할 배타적인 권리를 향유한다."고 규정하고 있다.

위 규정은 우리 저작권법상의 '전송' 개념에 해당하는 인터넷상의 이용가능화(making available) 행위[14]를 포함하여, 유선 또는 무선의 모든 수단을 이용한 송신이 모두 우리 저작권법상의 '공중송신'에 해당하는 '협의의 공중전달'에 해당하여 저작권자의 배타적 권리인 공중전달권의 대상이 된다는 것을 분명히 한 것이라고 할 수 있다. '전송'에 대한 저작권자의 배타적 권리를 '공중전달권'의 내용으로 분명하게 포함시킴으로써 디지털 시대의 새로운 이용행위에 대한 저작권자의 권리를 보완하고자 한 것이다.

WCT의 위 규정은 베른협약에서 인정한 권리들을 제외하고 그 나머지를 보완적으로 규정하는 방식을 취한 것이고, 그에 따라 '방송'의 개념은 베른협약에 맡겨져 있다. 즉, WCT에서도 방송은 기본적으로 '무선방송'을 의미하는 것이고, 인터넷송신은 모두 방송개념과 구별되는 협의의 공중전달에 포함되게 된 것으로 보아야 한다. 따라서 베른협약상의 강제허락 등 허용규정이 '방송'과 일부 유선방송에만 적용된다는 것은 WCT에 의하여 변경되지 않았음을 유의하여야 한다.

다. 로마협약

정식명칭이 “실연자 · 음반제작자 및 방송사업자를 위한 국제협약(International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organization)”인 로마협약은 1961년 10월 26일 채택되어 1964년 5월 18일 발효되었다. 로마협약은 실연자의 권리, 음반제작자의 권리, 방송사업자의 권리 등 저작인접권을 인정한 최초의 다자간 국제조약이다. 이 협약에서는 방송을 "공중이 수신하도록, 무선 방법에 의하여 소리, 또는 영상과 소리를 송신하는 것"이라고 정의하고 있다(로마 협약 제3조(f)).

---

14) 우리 저작권법상 '전송' 개념에 해당하는 '이용가능화' 행위는 국제적으로도 송신을 위한 준비단계로서의 '이용제공' 행위와 그에 따라 자동으로 이루어지는 '송신'을 모두 포함하는 것으로 해석된다. See Reinbothe, Jörg & Silke Von Lewinski, The WIPO Treaties on Copyright: A Commentary on the WCT, the WPPT, and the BTAP 7.8.26. (Oxford University Press, 2015).

헤르츠 신호를 이용한 전통적 무선방송이 여기에 해당하는 것으로 해석되고 있으며, 위성방송에 대하여는 그것이 바로 공중이 직접 수신하도록 하는 것이 아닐 수 있다는 가능성 때문에 논란이 되었으나, 지금은 위성방송도 포함된다는 것에 대하여 폭넓은 공감대가 형성된 것으로 보인다.[15] 그렇지만 인터넷을 이용한 송신인 실시간 웹캐스팅이나 IPTV 방송등은 포함되지 않는 것으로 해석된다.[16]

실연자에게는 인격적 권리 외에, 실연자의 동의 없이 생실연(방송된 실연도 제외됨)을 방송 또는 공중에 전달하는 행위, 고정되지 않은 실연을 고정하는 행위, 실연의 고정물을 복제하는 행위 등을 금지할 '가능성(the possibility of preventing)'을(제7조), 음반제작자에게는 그의 음반을 직접 또는 간접으로 복제하는 것을 허락하거나 금지할 권리를(제10조) 각 부여하고, 실연자와 음반제작자의 공통 권리로서, 음반의 2차사용(상업용 음반을 방송이나 공중전달에 사용하는 것)에 대한 보상청구권을 규정하고 있다(제12조). 다만 이 부분의 보상청구권 규정에 대하여는 도입을 유보할 수 있도록 하고 있다(같은 조).

그리고 방송사업자에게는 ① 방송의 재방송, ② 방송의 고정, ③ 방송을 동의 없이 고정한 물건 등의 복제, ④ 입장료를 받고 TV방송을 공중에 전달하는 것 등을 허락하거나 금지할 수 있는 권리를 부여하고 있다(제13조).

라. WTO TRIPS 협정

세계무역기구(World Trade Organization: "WTO") 협정에 부속된 무역관련 지적재산권(Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights: "TRIPS") 협정은 WTO의 출범과 함께 1995년 1월 1일 발효하였다. 이 협정은 저작권에 관하여는 '베른 플러스'의 접근방법에 따라 저작인격권에 대한 제6조의2만 제외하고 베른협약의 실체적 규정(제1조부터 제21조까지)을 그대로 수용하고 있으나, 저작인접권에 관하여는 독자적인 규정을 두고 있다.

TRIPS 협정은 방송에 대한 정의규정을 별도로 두지는 않았으나, 제14조

15) Lewinski, Silke von, International copyright law and policy 6.25(Oxford university press, 2008).

16) Stamatoudi, Irini & Paul Torremans, eds. EU copyright law: A commentary 19.21 (Edward Elgar Publishing, 2021).

제1항에서 실연자의 방송권과 관련하여 “무선에 의한 방송”을 명시함으로써 로마협약과 동일하게 무선방송만 방송으로 보고 있는 것으로 해석된다.[17]

저작인접권의 구체적 내용에 대하여 살펴보면, TRIPS 협정은 로마협약과 달리, 실연자 및 음반제작자의 2차사용료에 대한 규정을 두지 않고, 실연자의 권리로서는 실연에 대한 고정권 및 복제권 외에, 생실연에 대한 방송권 및 공중전달권만 규정하고(14조 1항), 음반제작자에 대하여는 복제권(14조 2항) 및 대여권을 규정하고 있다. 또한 방송사업자에게는 고정, 고정물의 복제, 무선의 방법에 의한 방송물의 재방송 및 텔레비전 방송물의 공중에의 전달 등에 대한 권리를 부여하고 있다(제14조 3항).

여기서 ‘공중전달’이 무엇을 말하는지는 정의규정을 두고 있지 않아 해석상의 이견이 있을 수 있다. 그것을 넓은 의미로 보아도 무방할 것이라고 보면서 “디지털 송신은 협정 당시 예정된 이용 형태라고 하기는 어렵다. 조약의 ‘목적과 대상’에 비춰 보면 제외되리라 본다”는 의견이 있으나,[18] 공중전달이 넓은 의미로 사용되어 온 국제적인 관행에 비추어 보면, 디지털 송신 또는 인터넷 송신도 공중전달의 개념에 포함되는 것으로 볼 수 있으리라 생각된다.

마. WIPO 실연 · 음반 조약(WPPT)

1) 방송에 대한 정의

WCT와 함께 1996년 12월 20일 스위스 제네바에서 채택된 WPPT는 방송에 대하여 “공중이 수신하도록 소리 또는 영상과 소리 또는 그것의 표현을 무선의 수단으로 송신하는 것을 말한다. 위성에 의한 그러한 송신도 또한 방송이다. 암호화된 신호의 송신은 복호화 수단이 방송사업자에 의하여 또는 그의 동의를 얻어 공중에게 제공되는 경우에 방송이다.”라고 정의하고 있다(제2조 (f)).

WPPT의 위 규정은 로마협약상의 방송의 정의를 기본적으로 이어받으면서 거기에 위성방송이 포함됨을 분명히 함과 동시에, 암호화된 신호의 송신에 의한 것도 복호화 수단의 제공을 조건으로 방송에 포함된다는 것을 명시하는 ‘보완’을 한 것이다. 실시간 웹캐스팅을 포함한 인터넷송신이 이

17) Morgan, Owen, International Protection of Performers Rights 158 (Hart Publishing, 2002).

18) 최경수, 국제지적재산권법(개정판), 한울(2017), 452면.

러한 ‘방송’ 개념에 포함되지 않음은 명백하다. WPPT 채택을 위한 논의의 초기단계에서는 로마협약의 접근방식과 결별하여, 방송, 유선방송, 기타 공중전달을 모두 포괄하는 넓은 공중전달 개념을 채택하자는 제안이 있었으나, 각국 대표들이 전통적인 ‘방송’ 개념을 그대로 유지하면서, 그것과 ‘공중전달’ 개념을 구분하기를 원하여 그렇게 합의된 것으로 전해지고 있다.[19]

2) 공중전달에 대한 정의

WPPT는 '공중전달'에 대하여 “실연 또는 음반의 ‘공중전달’이란, 실연의 소리나 음반에 고정된 소리 또는 소리의 표현을 방송 이외의 매체에 의하여 공중에게 송신하는 것을 말한다. 제15조에서의 ‘공중전달’은 음반에 고정된 소리 또는 소리의 표현을 공중이 들을 수 있게 제공하는 것을 포함한다”라고 정의하고 있다(제2조 (g)). 이 규정을 통해 WPPT는 공중전달이 방송과는 구별되는 별도의 개념임을 분명히 하였다.

WPPT에는 WCT와 달리, 우리 저작권법상의 '전송'에 해당하는 '이용가능화(making available)'를 포함한다는 언급이 없는데, 그것은 제10조와 제14조에서 각각 실연자와 음반제작자의 이용가능화권[20]을 별도로 인정하는 것을 전제로 하여 공중전달의 개념에서는 제외하기로 한 취지이다. 따라서 WCT상의 공중전달 개념이 WPPT에 비하여 그 점에서는 더 넓은 개념이다. 다만, WPPT는 우리법상의 ‘공연’에 해당하는 개념을 보상청구권에 관한 15조에서 말하는 공중전달에 포함되도록 규정하고 있어(제2조(g) 후문), 그 점에서는 WCT보다 넓은 개념이라 할 수 있는 부분이 있다.

위 ‘공중전달’의 의미를 그 가운데 '공연'에 해당하는 것을 제외하고 우리 저작권법상의 개념과 대응시켜 보면, 우리 저작권법상의 ‘공중송신’ 개념에서 ‘방송’ 중 무선방송에 해당하는 것과 전송에 해당하는 것을 뺀 것에 해당하는 개념이라고 할 수 있다. 우리 저작권법상의 ‘디지털음송송신’과 ‘유선방송’, 그리고 ‘기타의 공중송신’이 여기에 포함된다.

여기서 우리가 특별한 관심을 가지고 주목할 점은, 디지털 이슈를 처음으로 반영한 저작인접권 관련 국제조약인 WPPT에서 '방송'과 '전송' 이외의 '제3의 영역'을 인정하여 거기에 '전송'의 영역에서 제외되는 인터넷송

19) Reinbothe, Jörg & Silke Von Lewinski, supra, at 8.2.8.

20) 우리 저작권법상의 전송권과 정확하게 일치하는 개념이라고 할 수 있다.

신, 즉 '수신의 이시성' 또는 '주문성'이 없고 '수신의 동시성'이 있는 인터넷송신을 포함시키고 있다는 점이다. 즉 WPPT에 의하면, 실시간 인터넷송신은 전통적인 방송 개념에 위성방송 등을 포함시키는 것으로 약간 보완한 것에 불과한 '방송'의 개념에 해당하지 않음이 분명하고, '수신의 이시성'을 요건으로 하는 '전송' 개념에 해당하지 않는다는 것도 명백하므로, 결국 그 중간영역에 해당하는 '공중전달' 개념에 포함되는 것이다. 이것은 이 문제에 대하여 앞에서 언급한 '2분할 체제'가 아니라 '3분할 체제'를 취하고 있음을 뚜렷이 보여주는 것이다.

3) 고정되지 않은 실연에 대한 재산적 권리

WPPT는 제6조에서 실연자가 고정되지 않은 실연에 대하여, (i) 실연이 방송 실연인 경우를 제외하고, 고정되지 아니한 실연을 방송하고 공중에게 전달하는 것과 (ii) 자신의 고정되지 아니한 실연을 고정하는 것에 대한 배타적 권리를 가지는 것으로 규정하고 있다. 우리나라 현행 저작권법상의 디지털음성송신도 위 규정에서 말하는 '공중전달'에 해당할 것으로 보아야 함에도 불구하고 현행법이 디지털음성송신에 대하여 보상청구권만 인정하고 생실연에 대한 배타적 권리를 인정하지 않은 것은 WPPT 위반의 소지가 없지 않다. 이 점은 개정시에 반영해야 할 부분이다.

4) 이용가능화권 규정

WPPT는 실연자의 이용가능화권에 대하여, 제10조에서 "실연자는 음반에 고정된 그의 실연에 대하여, 유선 또는 무선의 방법에 의하여 공중의 각 구성원이 선택하는 장소 및 시간에 이용할 수 있는 상태에 두는 것을 허락할 배타적 권리를 향유한다"고 규정하고, 음반제작자의 이용가능화권에 대하여는 제14조에서 "음반제작자는 그의 음반에 대하여 유선 또는 무선의 방법에 의하여 공중의 각 구성원이 선택하는 장소 및 시간에 이용할 수 있는 상태에 두는 것을 허락할 배타적 권리를 향유한다"고 규정하고 있다.

위 규정에서 말하는 '이용가능화(making available)'는 기술적 쌍방향성을 가진 모든 인터넷송신이 아니라 그 중에서 이용자가 자신이 원하는 시간과 장소에서 접근하여 이용할 수 있도록 제공하는 것(그에 따라 이루어지는 송신 포함)을 뜻하는 것으로서 수신의 '이시성'(주문형)의 특성을 가지는 것만을 뜻하는 것임이 명백하다. 따라서 뒤에서 보는 일본 저작권법

상의 ‘송신가능화’가 아니라 우리 저작권법상의 ‘전송’ 개념과 정확하게 부합한다. 후술하는 바와 같이, 일본 저작권법상의 '송신가능화' 개념은 첫째, 수신의 동시성을 가진 것을 포함하는 점에서, 둘째, 송신의 준비단계인 이행제공만 포함하고, 그에 따라 이루어지는 송신은 제외한다는 점에서 WPPT의 ‘이용가능화’ 개념과 상이하다.

5) 방송 및 공중전달에 대한 보상청구권 규정

WPPT는 제15조 제1항에서 “실연자 및 음반제작자는 상업상의 목적을 위해 공표된 음반을 방송 또는 공중전달을 위해 직접 또는 간접으로 이용하는 것에 대하여 단일한, 공정한 보수를 청구할 권리를 향유한다”고 규정하고 있다. 다만 같은 조 3항에서, 체약국이 일정한 절차적 요건 하에, 이 규정을 특정한 이용에 대하여만 적용하거나 전혀 적용하지 않는 것으로 유보 선언을 할 수 있도록 규정하고 있다. 우리나라가 제3항에 따른 유보선언을 하지 않은 이상, 방송만이 아니라 디지털음성송신이나 강학상 디지털영상송신에 해당하는 행위에 대하여도 그를 위해 음반을 직접 또는 간접으로 이용하는 것에 대하여는 보상청구권을 인정할 의무가 있다.

바. 시청각 실연에 관한 베이징조약(BTAP)

1) 방송에 대한 정의

2012년 6월 베이징에서 개최된 ‘WIPO 외교회의’에서 채택된 '시청각실연에 관한 베이징조약(Beijing Treaty on Audiovisual Performance, “BTAP”)‘은 방송에 대하여 “공중이 수신하도록 소리, 영상, 소리와 영상 또는 그것의 표현을 무선의 수단으로 송신하는 것을 말한다. 위성에 의한 그러한 송신도 또한 방송이다. 암호화된 신호의 송신은 복호화 수단이 방송사업자에 의하여 또는 그의 동의를 얻어 공중에게 제공되는 경우에 방송이다.”라고 정의하고 있다(제2조 (c)).

이것은 WPPT의 정의규정과 거의 같고, 단지 조약의 목적상 ‘소리 또는 영상과 소리’라는 표현을 ‘소리, 영상, 소리와 영상’으로 대체한 점만 다르다. 기본적으로 무선방송만 방송으로 보면서 위성방송 등이 거기에 포함됨을 분명히 한 취지이고, 실시간 웹캐스팅 등은 당연히 '방송' 개념에서 제외된다.

2) 공중전달에 대한 정의

BTAP는 실연의 공중전달과 관련하여, “실연의 공중전달이란 고정되지

아니한 실연 또는 시청각 고정물에 고정된 실연을 방송 이외의 매체에 의하여 공중에게 송신하는 것을 말한다. 제11조에서의 공중전달은 시청각 고정물에 고정된 실연을 공중이 듣거나, 보거나, 또는 보고 들을 수 있게 제공하는 것을 포함한다."라고 정의하고 있다(제2조 (d)).

이것도 WPPT의 정의규정과 거의 같고, 단지 조약의 목적상 일부 표현을 수정한 것이다. 역시 공중전달을 방송의 개념과 구별하고 있으며, '이용가능화(making available)'를 포함하지 않고 이용가능화권을 별도로 규정함으로써 우리법상의 '전송'에 해당하는 '이용가능화' 개념과도 구별하고 있다. BTAP도 공중송신에 대한 법적 취급과 관련하여 앞에서 언급한 '2분할 체제'가 아니라 '3분할 체제'를 취하고 있음을 알 수 있다.

3) 고정되지 않은 실연에 대한 재산적 권리

BTAP는 제6조에서 실연자가 고정되지 않은 실연에 대하여, (i) 실연이 방송 실연인 경우를 제외하고, 고정되지 아니한 실연을 방송하고 공중에게 전달하는 것과 (ii) 자신의 고정되지 아니한 실연을 고정하는 것에 대한 배타적 권리를 가지는 것으로 규정하고 있다. 이것도 WPPT 제6조 규정과 같다.

4) 이용가능화권 규정

BTAP는 제10조에서 실연자의 이용가능화권에 대하여 "실연자는 시청각 고정물에 고정된 그의 실연을 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 장소와 시간에 그에 접근할 수 있는 방식으로, 유선 또는 무선의 수단에 의하여 공중의 이용에 제공하는 것을 허락할 배타적인 권리를 향유한다."고 규정하고 있다. 이 규정에서 말하는 '이용가능화(making available)의 의미는 WPPT와 동일하고, 우리 법상의 전송 개념과 정확히 일치한다.

5) 방송권 및 공중전달권 규정 및 권리 이전 규정

BTAP는 실연자와 음반제작자에게 방송 및 공중전달에 대한 보상청구권을 인정하는 규정을 둔 WPPT와 달리, 시청각 실연자에게 배타적 권리로서의 방송권과 공중전달권을 인정하는 규정을 두고(제11조 1항), 다만 체약당사자가 일정한 절차 하에 보상청구권만 인정하는 선언을 하거나(같은 조 2항), 배타적 권리 또는 보상청구권을 특정한 이용행위에 대하여만 적용한다거나 그 적용을 다른 방식으로 제한하거나 아예 권리를 전혀 부여하지 않는다고 선언할 수 있다(같은 조 3항)고 규정하고 있다.

또한 BTAP는 “체약당사자는 실연자가 일단 자신의 실연을 시청각 고정물에 고정하는 것에 동의한 경우, 이 조약 제7조부터 제11조에 규정된 권리들을 허락할 배타적인 권리를 실연자와 국내법으로 정해지는 시청각 고정물의 제작자 사이의 계약에 따라 시청각 고정물의 제작자가 보유하거나, 행사하거나, 또는 그에게 양도되도록 국내법으로 규정할 수 있다”고 규정하고 있다(제12조 제1항).

뒤에서 살펴보는 바와 같이, 현재 국회에서 발의되어 심의 중인 저작권법 전부개정안은 현행법상의 방송권 등과 같이 시청각실연자에게 디지털동시송신권을 배타적 권리로 부여하면서 그것을 영상저작물 특례규정에 포함시키는 방안을 취하였는데, 그것은 BTAP 제11조 1항과 제12조 1항에 부합하는 것이라 할 수 있다. 개정안의 '디지털동시송신'은 BTAP의 ‘공중전달’ 개념에 포함된다.

사. 방송사업자 권리 보호를 위한 신조약 관련 논의

디지털 환경에 부합하는 방송사업자의 권리 보호를 위한 신조약의 체결을 위해 'WIPO 저작권 및 저작인접권 상설위원회(Standing Committee on Copyright and Related Rights, "SCCR")'에서 오랫동안 논의해 오고 있으나, 언제 체결될지는 ‘오리무중’의 상태에 있다.

보호대상인 방송에 웹캐스팅 또는 사이멀캐스팅[21]을 포함할지 여부에 대하여 2006년 무렵에 많은 논의가 있었으나, 다수 국가들의 대표들과 인터넷상의 배타적 권리 강화를 우려하는 국제 NGO 등의 반대입장에 부딪혀, 결국 인터넷송신을 방송의 범위에서 일단 제외하는 것을 전제로 계속 협상을 해 나가기로 한 바 있다. 그 무렵 작성된 SCCR의 신조약 기본 초안 수정본(Revised Draft Basic Proposal, SCCR/ 15/ 2 Rev. 2006)에서는 방송에 대하여 “공중이 수신하도록, 무선에 의하여 소리, 영상과 소리, 또는 그 표현을 송신하는 것을 말한다. ...방송에 컴퓨터 네트워크를 통한 송

21) 최근의 용례를 중심으로 보면, 사이멀캐스팅(simulcasting)은 TV 또는 라디오 방송을 동시에 인터넷을 통해 실시간 송신하는 것을 뜻하는 말이라 할 수 있다. 김현숙, "디지털음성송신 판단 기준에서 사용자의 선택가능성에 대한 소고", 계간 저작권 통권 30호, 한국저작권위원회(2017), 48면은 "사이멀캐스팅은 ‘동시에’라는 뜻의 형용사인 Simultaneous와 ‘방송’이란 뜻의 Broadcast를 합성한 것으로, 제작비를 절감하기 위하여 동일한 프로그램을 텔레비전과 라디오에서 동시에 방송하는 것을 의미한다. 지금은 TV와 라디오를 넘어 컴퓨터, 모바일 기기 등 다양한 디바이스에 동시에 송신하는 것으로 확대되어 쓰인다."고 설명하고 있다.

신이 포함되는 것으로 이해되어서는 아니된다"고 규정하였다(제5조(a)). 이 초안은 기존의 방송(broadcasting) 개념과 별도로 케이블방송(cablecasting) 개념을 도입하여 보호대상에 포함하고 있는데, 거기에서도 동일하게 컴퓨터 네트워크를 통한 송신을 제외하는 규정을 두고 있다(제5조(b)).[22]

가장 최근의 검토 초안(SCCR/39/7, 2019)에서는 유선방송도 방송에 포함하는 취지의 정의를 하면서 브래킷 안에 "컴퓨터 네트워크를 이용한 송신은 방송에 해당하지 않는다"는 규정을 넣어 두고 있고(정의규정 x조(a)), 다만, 조약상의 정의규정이 각 체약국의 국가 규정체제에 영향을 미치지는 않는다고 하여 각국의 법률로 다른 규정을 두는 것을 가능하게 하는 취지의 규정을 두고 있다. 방송사업자에 대한 정의에서는 "오로지 컴퓨터 네트워크를 수단으로 하여 프로그램 전달 신호를 제공하는 자는 '방송사업자'의 정의에 포함되지 않는다"고 규정하고 있다(정의규정 x조 (d)).

이러한 방송신조약 논의 상황을 보면, '인터넷송신'은 방송의 영역에 포함하지 않고 방송의 개념에는 전통적인 방송 개념에 이미 우리나라를 비롯한 여러 나라에서 방송 개념에 포함하거나 방송과 동일한 법적 취급을 해온 '유선방송'만 방송 개념에 추가로 포함하는 방안에 대한 국제적인 컨센서스가 상당 정도 형성되어 있음을 알 수 있다.

아. 결어 – 국제조약의 입장에 대한 종합적 검토

먼저, 저작권에 대한 국제조약의 입장을 정리해 보자. 현재 저작권에 대한 다자간 국제조약으로 우리에게 실질적으로 적용되는 것은 베른협약, TRIPS 및 WCT라고 할 수 있는바, 이들을 종합해 보면, 인터넷송신은 방송 및 공연과 구별되는 무형적 전달 개념으로서의 공중전달[23]에 포함된다는 것을 알 수 있다. 인터넷송신 중 주문형의 속성을 가져 전송에 해당하는 것과 그렇지 않은 것이 모두 WCT상의 공중전달 개념에 포함된다. 방송에 대하여는 그 공익성을 감안하여 베른협약에서 특별한 권리제한사유를 인정하지만, 인터넷송신에 대하여는 베른협약상 방송에 적용되는 제한사유

22) 방송신조약 관련 논의의 전개과정에 대하여는 Stamatoudi, Irini A., ed. New developments in EU and international copyright law 3.6 (Kluwer Law International BV, 2016) 참조.

23) 다만, 베른협약 11조의2에서 규정하는 일부 유선방송을 제외한 유선방송도 여기에서 말하는 '공중전달'에 해당한다.

가 적용되지 않는다. 그리고 그 부분은 WCT에 의하여 변경되지 않았다.

다음으로 저작인접권에 대한 국제조약의 입장을 정리해 본다. 저작인접권에 대한 다자간 국제조약으로 우리에게 적용되는 로마협약, TRIPS, WPPT 및 BTAP의 입장을 종합해 보면, ① 위성방송을 포함한 무선방송을 의미하는 방송 개념과 ② 인터넷송신 중 주문형의 속성을 가진 전송 개념 및 ③ 그 나머지의 공중전달 개념이 구별되어 각각 다른 법적 효과로 이어짐을 알 수 있다. 인터넷송신 중 주문형의 속성을 가지지 않고 '수신의 동시성'을 가진 것은 그 중 ③의 '공중전달'에 해당한다.

따라서, 현재의 저작권 및 저작인접권에 관한 국제법 체계는 개념 구분 및 법적 취급의 면에서 공중송신을 방송과 전송으로 양분하는 '2분할 체제'가 아니라, 방송, 전송, (기타의) 공중전달로 3분하는 '3분할 체제'를 취하고 있음을 알 수 있다. WPPT 및 BTAP와의 관계에서 보면 우리나라 현행 저작권법상의 '디지털음성송신'과 강학상의 개념인 '디지털영상송신'은 모두 협의의 '공중전달'에 해당한다. 이것을 방송개념에 편입하기보다는 별도의 개념으로 규정하는 것이 국제조약에 부합하는 방향임을 알 수 있다. 다만, 방송사업자 권리 보호를 위한 신조약에 관한 논의 중에서 비교적 최근의 논의 동향을 보면, 기본적으로 인터넷송신을 방송 개념에서 제외하면서도 각국의 입법에 따라 방송 개념의 범위를 약간 더 확대할 수 있는 여지를 주는 것을 긍정적으로 검토하고 있는 것으로 보인다. 따라서 인터넷 프로토콜을 이용한 송신 중에서도 IPTV 방송과 같이 전통적인 형태의 방송과 실질적인 유사성을 가지는 것을 방송으로 규정하는 것은 긍정적으로 검토할 수 있을 것으로 생각된다.

2. 주요국등 입법사례

가. EU

EU에서는 1992년에 처음 채택된 대여권 및 대출권 등 지침[24] 안에 저작인접권에 관한 실체적 규정들을 두었고, 이후 2001년에 채택된 정보사회 지침[25]에서 저작인접권자에게 전송권을 인정하는 규정을 추가로 규정하였다.

---

24) 대여권과 대출권 및 지식재산 분야에서의 특정 저작인접권에 관한 2006년 12월 12일의 유럽의회 및 이사회의 지침 2006/115/EC (Directive 2006/115/EC of the European Parliament and of of the Council of 12 December 2006 on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property).

대여권 및 대출권 등 지침은 실연자에게 실연에 대한 고정권(제7조 1항), 고정되지 않은 실연(방송실연 제외)에 대한 방송권 및 공중전달권(제8조 1항)을 배타적 권리로 부여하고, 상업적 목적으로 발행된 음반의 무선방송 및 공중전달에 대한 보상청구권(제8조 2항)을 인정하며, 회원국은 그 보상금을 실연자 및 음반제작자가 공유한다는 것을 보장하는 권리를 규정해야 한다고 규정하였다(같은 항). 또한 같은 지침은 방송사업자에게 고정권(제7조 2항), 무선방송의 재방송권 및 입장료를 받는 공공장소에서의 공중전달권(제8조 3항)을 인정하였다.

정보사회 지침은 실연자, 음반제작자, 방송사업자에게 추가로 회원국이 "공중의 구성원이 개별적으로 선택한 장소와 시간에 저작물에 접근할 수 있도록 유선 또는 무선의 수단에 의하여, 실연의 고정물, 음반, 방송(유선방송 포함)의 고정물 등을 공중의 이용에 제공하는 것을 허락하거나 금지할 배타적 권리"를 부여하도록 규정하였다(제3조 2항). 디지털 환경에 대응하기 위하여 배타적 권리로서의 '전송권'을 모든 저작인접권자에게 명시적으로 인정한 것이다.

위와 같은 EU 지침의 규정은 로마협약 및 WPPT의 규정을 기본적으로 수용하여, 무선방송을 위주로 한 방송 개념 및 그와 구별되는 공중전달 개념, 그리고 그와 별도로 규정된 전송 개념을 뚜렷이 구별하여 서로 다른 법적 취급을 하고 있다는 점에서 공중송신에 대한 '3분할 체제'를 취하고 있다고 할 수 있다.

나. 미국

미국은 우리나라나 대륙법계 국가들과 달리 저작권과 저작인접권을 구분하는 체계를 취하지 않고 있다. '녹음물 (sound recording)'을 저작물로 보호함으로서 실연자 및 음반제작자의 권리[26]를 저작권으로 보호하는 셈이고, 방송사업자의 권리에 대하여는 별도의 규정이 없으므로, 방송사업자가

25) 정보사회에서의 저작권 및 저작인접권의 특정 측면의 조정에 관한 2001년 5월 22일의 유럽 의회 및 이사회 지침 2001/29/EC (Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society).

26) 우리 저작권법상의 실연자와 음반제작자는 미국 저작권법상 녹음물(sound recording)의 공동저작자(joint authors)로 인정된다. Leaffer, Marshall A., Understanding Copyright Law 226/1026 (Seventh Ed., Carolina Academic Press, 2019, Kindle Book).

영상저작물의 저작권자가 되는 경우에 한하여 저작권자로서 보호될 뿐이다. 또한 미국은 WPPT 상의 이용가능화권(전송권)에 대한 규정을 별도로 두지 않고 기존의 배포권, 공연권 등으로 대응하고 있는데, 공연권의 범위가 넓어 우리 법상의 공연권 및 공중송신권이 모두 이에 포함되는 것으로 볼 수 있다.

그런데 일반 저작물에 대하여는 넓은 범위의 공연권이 적용되지만, 녹음물에 대하여는 공연권이 전혀 인정되지 않고 있다가 디지털 환경에 대한 입법적 대응의 필요성이 높아지게 된 시점인 1995년의 녹음물 디지털 공연권에 관한 법률(Digital Performance Right in Sound Recording Act, "DPSR")의 제정에 의해 비로소 제한적인 공연권이 도입되게 되고, 그 후 실시간 웹캐스팅 등 새로운 서비스의 대두에 따라 그 부분에 대한 규율을 보완하기 위한 개정이 1998년에 제정된 디지털 밀레니엄 저작권법(Digital Millennium Copyright Act, "DMCA")에 포함되게 되었다. 그에 따라 녹음물 저작권자의 권리범위에 포함된 것은 '디지털음성송신(digital audio transmission)'[27]에 한정되며, 그 중에서도 비가입형 방송송신(nonsubscription broadcast transmission)[28]은 면책대상에 포함된다. 또한 인터넷송신 중 주문형의 속성을 가진 것(우리 법상의 전송에 해당하는 것)을 제외하고, 수신의 동시성을 가진 것은 일정한 적격요건을 갖출 경우 법정허락의 대상이 되는 것으로 인정하고 있다(17 U.S.C. § 114).[29]

요컨대, 미국은 1) 일반 저작권 보호와 관련하여서는 공연, 방송, 전송, 디지털음성송신 등의 엄격한 구분 없이 이들 모두를 넓은 범위의 공연에 포함하여 규율하고, 2) 저작인접권 체계의 국가들에서의 실연자 및 음반제작자의 권리 객체에 해당하는 녹음물에 대하여만 승인받은 방송기관에 의

27) 미국 저작권법상의 디지털음성송신(digital audio transmission)은 우리 저작권법상의 '디지털음성송신' 개념보다 넓은 개념이다. 미국 저작권법 §114(j)(5)는 디지털음성송신에 대하여 "녹음물의 송신을 실현시키는 디지털 송신으로 시청각저작물의 송신을 포함하지 않는다."고 규정하고 있다. 디지털 형태로 녹음물을 송신하는 모든 방식의 송신이 포함되므로, 그 중에는 우리나라 저작권법상의 개념으로 전송, 방송, 디지털음성송신이 모두 포함된다.

28) 방송(broadcast)'은 연방통신위원회(Federal Communication Committee, "FCC")에 의해 승인을 받은 지상파 방송국에 의해서 만들어진 송신으로 정의되어 있다.

29) 자세한 것은 이해완 · 김인철 · 이헌묵, 디지털음성송신의 적격요건에 관한 연구(문화체육관광부 연구용역 최종보고서)(2012), 51-97면 참조.

한 방송을 제외하고 '디지털 방식으로 음을 송신하는 모든 송신'을 포함하는 디지털음성송신에 대한 권리를 공연권의 일종으로 인정하면서, 그 가운데 배타적 권리를 온전하게 인정하는 주문형 송신(전송)과 면책대상에 포함되는 비가입형의 방송 및 일정한 적격요건을 갖출 경우 법정허락의 대상이 되는 기타의 디지털음성송신을 구별하여 취급하고 있다. 이 부분에 관한 한, 크게 봐서 방송, 전송, 디지털음성송신으로 개념 구분을 하는 3분할 체제를 취하고 있다고 할 수 있다. 법정허락을 위한 적격요건을 갖추지 못한 경우에는 전송과 동일한 법적 취급을 하게 되는 셈인데, 그러한 경우를 별도의 개념으로 구별한다고 하면, 4분할 체제라고 할 수도 있다.

위와 같이 미국의 입법례는 여러 가지 면에서 독특하고, 법체계가 그와는 다른 나라에서 그대로 본받을 수 있는 것이 아니지만, 주문형의 전송과 비주문형의 인터넷송신 사이의 경계와 구별이 애매한 부분과 관련하여, 미국법상 법정허락을 위한 적격요건을 규정한 것이 일정한 참고가 될 수 있다.

다. 일본

일본은 WCT, WPPT 채택 후인 1997년 저작권법 개정 시에, 저작권자에게 공중송신권을 인정하고 공중송신 안에 방송, 유선방송 및 자동공중송신 개념이 포함되도록 규정하였다. 공중송신에 대하여는 '공중에 의하여 직접 수신되는 것을 목적으로 무선통신 또는 유선전기통신의 송신(동일한 구내에서의 송신 제외)을 하는 것'을 말하는 것으로 규정(제2조 1항 7의2호)하고, 그 안에 방송, 유선방송, 자동공중송신이 포함되는 것으로 규정하고 있다. 일본 저작권법이 방송과 유선방송을 구별하여 규정하고 있는 것은 우리 법과의 차이점이지만, 이 두 가지 모두에 대하여 실질적으로 유사한 법적 지위를 부여하고 있는 점은 우리 법과의 유사점이라 할 수 있다. 나아가 일본 저작권법은 자동공중송신에 대하여 "공중송신 중, 공중으로부터의 요구에 따라 자동적으로 행하는 것(방송 또는 유선방송에 해당하는 것을 제외한다)을 말한다"고 규정하고 있다(제2조 1항 9의4호). 또한 저작권자의 공중송신권과 관련하여 일본 저작권법 제23조 제1항은 "저작자는 그의 저작물에 대하여 공중송신(자동공중송신의 경우에 있어서는 송신가능화를 포함한다)하는 권리를 전유한다"고 규정하고 있다. 공중송신권의 개념 안에 방송, 유선방송, 자동공중송신이 포함되고, 자동공중송신의 개념

안에 송신가능화가 포함되는 구조를 취하고 있다.[30]

'자동공중송신'의 정의 규정에 등장하는 '송신가능화' 개념에 대하여는 제2조 제1항 9의5호에서 "다음 어느 것인가에 게시하는 행위에 의하여 자동공중송신할 수 있도록 하는 것을 말한다"고 규정하고 있다.

① 공중용으로 제공되고 있는 전기통신회선에 접속하고 있는 자동공중송신장치[공중용으로 제공하는 전기통신 회선에 접속하는 것에 의하여, 그 기록매체 중 자동공중송신용으로 제공하는 부분(이하 이 호 및 제47조의5 제1항 제1호에서 「공중송신용 기록매체」라 한다)에 기록되거나 또는 당해 장치에 입력되는 정보를 자동공중 송신하는 기능을 가지는 장치를 말한다. 이하 같다]의 공중송신용 기록매체에 정보를 기록하거나 정보가 기록된 기록매체를 당해 자동공중송신장치의 공중송신용 기록매체로서 추가하거나 혹은 정보가 기록된 기록매체를 당해 자동공중송신장치의 공중송신용 기록매체로 변환하거나 또는 당해 자동공중송신장치에 정보를 입력하는 것(같은 호 가목)

② 공중송신용 기록매체에 정보가 기록되거나 또는 당해 자동공중송신장치에 정보가 입력되고 있는 자동공중송신장치에 대하여, 공중용으로 제공되고 있는 전기통신회선에의 접속(배선, 자동공중송신장치의 시동, 송수신용 프로그램의 기동 기타 일련의 행위에 의하여 행해지는 경우에는 당해 일련의 행위 중 최후의 것을 말한다)을 행하는 것(같은 호 나목)

위 규정은 송신가능화의 유형을 모두 5 가지로 나누고 있는 것으로 볼 수 있는데, 그것을 정리해 보면 다음과 같다.

첫째, 공중송신용 기록매체에 정보를 기록하는 유형(위 ①의 첫 번째 경우)이다. 이것은 자동공중송신에 제공할 정보를 서버의 하드디스크에 저장하는 것 등을 그 내용으로 한다.[31] 우리 저작권법상의 전송에 해당하는 전형적인 경우라 할 수 있다.

둘째, 정보가 기록된 기록매체를 당해 자동공중송신장치의 공중송신용 기록매체로 추가하는 유형(위 ①의 두 번째 경우)이다. 자동공중송신에 제공할 정보가 기록되어 있는 외부 기록장치를 자동공중송신장치에 접속

30) 松村信夫=三山峻司, 『著作権法要説 - 実務と理論』, 世界思想社, 2009, 124頁。

31) 半田正夫=松田政行編, 『著作権法コンメンタール』(第2版) 1巻, 勁草書房, 2015, 198頁。

하는 것이나 당해 정보가 기록된 기록매체를 자동공중송신장치 속에 삽입하는 것을 송신가능화의 내용에 포함한 것이다.[32]

셋째, 정보가 기록된 기록매체를 당해 자동공중송신장치의 공중송신용 기록매체로 변환하는 유형(위 ①의 세 번째 경우)이다. 예를 들어 이메일을 위한 용도로 사용되어 온 폴더를 그 이름을 변경하는 등으로 홈페이지용의 폴더로 변환하는 것 등을 그 내용으로 하는 것이다.[33]

넷째, 자동공중송신장치에 정보를 입력하는 유형(위 ①의 네 번째 경우)이다. 이 경우에 있어서는 정보를 자공공중송신장치에 입력하면서 당해 장치 속에 고정하거나 저장하지 않고 그대로 자동공중송신하는 것을 그 내용으로 하며, 그 구체적인 사례로는 이른바 인터넷방송이나 웹캐스팅이 생중계와 같은 형태로 행해지는 경우가 들어지고 있다.[34] 이것은 우리나라 현행 저작권법상의 디지털음성송신의 경우와 같이 수신의 동시성을 갖추고 동시에 이용자의 요구에 의하여 자동적으로 송신이 개시되는 특성을 갖춘 경우가 일본 저작권법상으로는 '송신가능화'의 개념에 포섭되고 있다는 것을 뚜렷이 보여주는 부분이다. 즉, 일본법상 송신가능화는 기술적 쌍방향성만 요구하고 '수신의 이시성'을 요하지는 아니하는 개념으로 규정되어 있으므로 우리 법상의 전송 개념만이 아니라 디지털음성송신이나 기타 공중송신에 해당하는 경우도 포함하고 있음을 알 수 있다. 여기에는 IPTV에 의한 실시간 송신도 포함된다.

다섯째, 공중송신용 기록매체에 정보가 기록되거나 또는 당해 자동공중송신장치에 정보가 입력되고 있는 자동공중송신장치에 대하여, 공중용으로 제공되고 있는 전기통신회선에의 접속(배선, 자동공중송신장치의 시동, 송수신용 프로그램의 기동 기타 일련의 행위에 의하여 행해지는 경우에는 당해 일련의 행위 중 최후의 것을 말한다)을 행하는 유형(위 ②의 경우)이다.

일본 저작권법 제2조 제1항 제9호의5 나목에 규정된 경우로서 그 중 전단의 내용은 자동공중송신에 제공되는 정보가 기록된 기록매체(자동공중송신장치와 별개인지 여부는 불문한다) 또는 자동공중송신장치 속에 그 장치

32) 半田正夫=松田政行編, 위의 책, 198頁。

33) 半田正夫=松田政行編, 위의 책, 198頁。

34) 半田正夫=松田政行編, 위의 책, 199頁; 加戸守行, 『著作権法逐条講義』(六訂新版), 著作権情報センター, 2013, 44頁。

에 고정, 저장되는 것 없이 정보가 입력되는 것을 그 내용으로 하고 있다. 다음으로 그 후단 부분은 전단에서 규정되어 있는 정보를 기록한 공중송신용 기록매체 또는 자동공중송신장치에 입력되는 정보가 자동공중송신에 제공되도록 당해 자동공중송신장치가 공중용으로 제공되고 있는 전기통신회선에 접속시키는 것을 그 내용으로 하고 있다.[35]

이 경우도 특수한 방식에 의한 것이지만, 우리 법상의 전송에 해당하는 것만이 아니라 디지털음성송신 또는 기타의 공중송신에 해당하는 것까지 포함하는 규정이라고 할 수 있다.

결국 일본 저작권법상은 '자동공중송신 및 송신가능화'와 '방송 및 유선방송'은 매체의 쌍방향성이 있는지 여부에 따라 명확히 구별되지만, 우리 법상의 '디지털음성송신'에 해당하는 것과 '전송'에 해당하는 것 사이의 개념 구별은 일본법상 명확히 행해지지 않고 있음을 알 수 있다. 즉 자동공중송신 및 송신가능화의 개념에는 우리나라 저작권법상의 전송과 디지털음성송신 등의 개념이 모두 포함되어 있는 것이다.[36]

위의 내용을 종합해 보면, 일본 저작권법상 '자동공중송신'의 개념은 물론이고, '송신가능화' 개념에도 주문형의 속성을 가진 '전송'만이 아니라 실시간 웹캐스팅 서비스, IPTV의 실시간 송신 등이 포함됨을 알 수 있다.

저작인접권과 관련하여 일본 저작권법은 1997년의 개정 시에 실연자, 음반제작자, 방송사업자 등 모든 저작인접권자들에게 '송신가능화권'을 부여하는 규정을 두었다.[37] 송신가능화의 개념에 IPTV를 포함한 실시간 인터넷송신이 포함된다는 것은 위에서 본 바와 같으므로, 결국 위 규정으로 실시간 인터넷송신에 대하여도 모든 저작인접권자에게 일률적으로 배타적 권리를 부여한 결과가 되었다. 이러한 규정은 WPPT의 '이용가능화권'에서 말하는 이용가능화(making available)의 의미에 대한 일본 정부의 잘못된 해석에 기인한 것이고, 그 이후 2006년에 아래에서 보는 바와 같은 IP멀티캐스트 송신에 대한 예외 규정을 두게 된 것은 정부의 조약해석 변경에 기

35) 半田正夫=松田政行編, 앞의 책, 199頁。

36) 일본 저작권법의 송신가능화에 대한 규정에 대한 정리 및 소개는, 이해완 · 김인철 · 이헌묵, 앞의 보고서, 116-118면 참조.

37) 실연자에 대하여는 92조의2 제1항, 음반제작자에 대하여는 제96조의2, 방송사업자에 대하여는 제99조의2 제1항에서 규정하고 있다.

한 것이라고 한다.[38]

위 규정이 기초한 일본 정부의 조약해석에는 또 하나의 오류가 있었던 것으로 보이는데, 그것은 WPPT의 이용가능화 개념에 오로지 송신의 준비단계만이 포함된 것으로 본 것이다. 이 개념에 대한 세계 다수 학자들의 일반적 해석은 송신준비단계로서의 이용제공을 포함하지만 그에 기하여 이루어지는 송신도 포괄하는 개념이라고 보는 것인데, 일본의 위 개정법은 송신가능화에 기하여 이루어지는 '자동공중송신'을 제외하는 오류를 범한 것이다.[39]

위와 같은 입법 이후 일본은 저작인접권자의 배타적 권리가 지나치게 넓게 규정된 것으로 인하여 대량의 음원을 이용하는 이용자의 권리처리에 지나친 부담을 주는 문제가 지속적으로 제기되어 오고 있으나, 한번 주어진 권리를 약화시키는 것은 현실적으로 쉽지 않은 일이어서 여러 가지 고민을 많이 하고 있는 것으로 보인다.[40] 다만 정부의 조약해석 변경 이후, 특히 방송의 IPTV(IP멀티캐스트 송신)를 통한 재송신과 관련하여, 그 배타적 권리를 제한하여 방송과 사이에 균형을 맞출 필요가 있다는 판단 하에, 2006년 12월 저작권법 개정 시에 방송의 방송지역내 동시 재송신과 관련하여 기존의 실연자 및 음반제작자의 송신가능화권을 제한함으로써 이들의 허락 없이 실연 및 음반을 재송신할 수 있도록 하되, 보상금을 지급하도록 하는(일본 저작권법 제102조) 등의 개정을 한 바 있다.

위와 같이 일본의 관련 입법은 그 개념 규정 및 권리 설정 등의 양면에서 매우 난해하고 복잡하면서 조약에 대한 부정확한 해석으로 인하여 이해관계자들 사이의 이익균형의 면에서도 문제가 많은 입법을 함으로써 그에 따른 어려움을 겪고 있는 사례라 할 수 있다.

라. 영국

영국 저작권법(Copyright, Designs and Patents Act, "CDPA")은 인터넷송신 중 비주문형에 해당하면서 일정한 요건을 갖춘 경우를 명확하게 '방송'의 개념에 포함시킨 드문 입법사례에 해당한다.

같은 법 제6조는 '방송'을 "시각 영상, 소리 또는 기타 정보의 전자적 송

38) 上野達弘, "インターネット放送をめぐる著作権法上の課題", 著作権研究 44券(2017), 45頁。
39) 作花文雄, 『詳解 著作権法』(第4版), ぎょうせい, 2010, 272頁。
40) 上野達弘, 앞의 논문, 46-53頁。

신으로서, (a) 공중의 구성원이 동시에 수신하도록 송신되고, 합법적으로 수신될 수 있거나, 또는 (b) 공중의 구성원에의 제공을 위해 송신하는 자에 의해서만 정하여진 시간에 송신되는 것으로, 다음 (1A)항에 의해 제외되지 않는 것을 의미한다"고 규정하고 있다. 그리고 같은 조 (1A)항에서, "다음의 경우가 아니라면, 어떠한 인터넷 송신도 '방송'의 개념에서 제외된다"고 규정하고, 그 '다음의 경우'에 해당하는 것으로서, (a) 인터넷과 다른 수단에 의하여 동시에 행해지는 송신, (b) 실제 일어나고 있는 일의 동시송신, (c) 송신을 행하는 것에 대하여 책임을 가지는 자가 제공하는 프로그램서비스로서 그 자가 결정하는 예정된 시간에 프로그램이 송신되는 서비스의 일부를 구성하는 기록된 동영상 또는 음의 송신 등 세 가지 경우를 나열하고 있다.

위 규정의 (a)는 주로 사이멀캐스팅과 관련된 것이고,[41] (b)는 실황에 대한 송신을 뜻하므로, 그 개념이 비교적 명확하다고 할 수 있으나, (c)의 경우는 방송프로그램 서비스로서의 일정한 책임 주체가 프로그램을 일정한 시간대별로 편성하여 제공하는 것을 전제로 하는 것으로 보이는바,[42] 수신의 동시성을 가진 모든 경우를 방송에 포함시키는 것보다 합리적 타당성이 있지만, 개념상의 명확성은 결여된 것으로 보이는 측면이 있다. 또한 영국법의 이러한 규정은 영국이 다른 나라들과 달리 '방송'을 저작물의 일종으로 하고 방송사업자에게 저작자로서의 권리를 부여하고 있는 특성과 일정한 관련성을 가진 것으로 생각된다.

---

41) Copinger, Walter Arthur & EP Skone James, Copinger and Skone James on copyright(Vol.1) 129 (Sweet & Maxwell, 2011)("(a)에 명백히 포함되는 것은 실시간의 인터넷 송신과 동시에 재래식 방송이 라디오 또는 텔레비전에 의해 이루어지는 경우의 웹캐스팅이지만, 웹캐스팅과 동시에 이루어지는 송신이 방송인 경우에만 국한되지 않으며 규정상의 유일한 요건은 인터넷이 아닌 다른 송신이어야 한다는 것이다. 일반적으로 공중에 대한 수신이 아닌 개인에게 한번 동시에 송신하는 것으로도 충분하고 방송일 필요는 없다.").

42) Copinger, Walter Arthur & EP Skone James, supra, at 129("세 번째 범주인 (c)에는 미리 정해진 일정에 따라 서비스의 일부로 전송되는 경우에 미리 녹음 또는 녹화된 자료의 웹캐스팅이 포함된다. 일정이 공개된 일정이어야 하는 것으로 보이지는 않고(일반적으로는 그럴 것이다), 그 일정이 송신 책임자에 의해 정해진 것이고 송신이 해당 일정에 따라 이루어지기만 하면 된다. 관건은 송신이 주문형 서비스의 일부가 아니어야 한다는 것이다. 즉, 시간 선택과 내용에 있어서 모두 수신자의 요청에 직접 응답하여 송신되는 것이 아니어야 한다.").

한편으로, 영국 저작권법은 저작권자의 권리와 관련하여, 공연과 전시에 대하여 규정한 제19조와 별도로 EU의 정보사회지침에 따라 '공중전달'에 대한 권리를 인정하는 제20조 2항에서 '공중전달'은 전자적 송신에 의한 공중에 대한 전달을 의미하며, 저작물과 관련하여 (a) 저작물의 방송과 (b) 공중의 구성원이 자신이 개별적으로 선택한 장소와 시간에 접근가능한 방법으로 전자적 송신에 의해 저작물을 공중에 이용제공 하는 것(우리 법상의 '전송'에 해당하는 개념)을 포함하는 것으로 규정하고 있다. 여기서 말하는 공중전달은 우리 법상의 공중송신에 가까운 개념으로서, 방송과 전송을 포함하는 것으로 규정하고 있다.

마. 독일

독일의 경우에는 방송에 대한 정의 규정을 두고 있지는 않고 단지 방송권에 대한 규정인 독일 저작권법 제20조에서 "방송권은 라디오 및 텔레비전 무선방송, 위성 무선방송, 유선방송 또는 유사한 기술적 수단을 통해 공중이 저작물에 접근할 수 있도록 하는 권리" 라고 규정하고 있다. 위 규정 중 "유사한 기술적 수단"에 인터넷 프로토콜을 이용한 실시간 송신, 예컨대 IPTV 방송과 같은 것이 포함될 가능성이 있을 수 있으나,[43] 일반 웹캐스팅은 방송 개념에서 제외되는 것으로 보는 입장이 유력한 것으로 보인다.[44]

따라서 영국의 경우도 그러하였듯이, 독일의 경우도 단지 인터넷 프로토콜을 이용한 송신이라는 이유만으로 방송 개념에서 제외하는 입장을 취하지는 않고 그 점에서 방송 개념을 다소간 확대하는 입장을 보이긴 하지만, 적어도 '수신의 동시성'이라는 요소를 방송과 동일하게 가지고 있다는 이

43) 上原伸一, "著作権・著作隣接権条約における 4 種類の Communication to the Public (3・完) - 利用可能化との関係を含めて", NBL 1124(2018), 68頁은 이 규정의 "유사한 기술적 수단"에 대하여 "웹캐스팅이나 사이멀캐스팅과 같은 인터넷상의 스트리밍 송신에 대하여 규정한 것으로 읽을 수 있다"고 한다. 그러나 모든 웹캐스팅을 '유사한 기술적 수단'에 의한 방송으로 해석할 것인지에 대하여는 의문이 있고, 후술하는 바와 같이 독일 주석서의 입장은 그와는 다른 해석을 시사하고 있다.

44) 예컨대 독일 저작권법 주석서 중 하나인 Dreier, Thomas & Gernot Schulze, Urheberrechtsgesetz(3. Aufl.), 2008, §15.30은 "기술적인 구성과 사회적인 외양의 측면에서 웹캐스팅과 사이멀캐스팅은 제20조의 방송과 제19조a의 전송 사이에 위치한다"고 하면서 독일 저작권법 제15조 제2항은 모든 무형적 형태의 이용행위를 포괄하므로, 위와 같은 웹캐스팅 등도 제15조 제2항에 따라 저작권자의 배타적 권리 대상에 포함된다는 것을 강조하고 있다.

유만으로 방송과 실질적인 면에서의 유사성이 크지 않은 일반 웹캐스팅의 경우까지 일률적으로 방송으로 보는 입장을 취한 것은 아니라고 이해하는 것이 타당한 것으로 보인다.

바. 핀란드

핀란드 저작권법에서는 저작재산권을 크게 복제권(제2조 제2항)과 공중이용제공권(같은 조 제3항)으로 구분하여 규정하고 있고, 그 중 공중이용제공권은 다시 4가지의 유형, 즉 첫째, 저작물이 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 장소와 시간에 그 저작물에 접근할 수 있도록 전달되는 것을 포함하여, 유선이나 무선의 방법으로 공중에게 전달되는 경우(같은 항 제1호), 둘째, 저작물이 공연장에 있는 관객에게 공연히 실연되는 경우(같은 항 제2호), 셋째, 저작물의 복제물이 판매, 대여 또는 대출을 위하여 제공되거나 또는 그 밖의 방법에 의하여 공중에 배포되는 경우(같은 항 제3호), 넷째, 저작물이 기술적인 장치에 의하여 공연히 전시되는 경우(같은 항 제4호)로 구분하여 규정하고 있다.

방송에 대하여는 '라디오 및 텔레비전 방송'으로 규정하면서 방송사업자의 일시적 복제(25조f 제2항)를 비롯하여 방송 특유의 저작재산권 제한 규정들을 다수 두고 있다. 그리고 실연자 및 음반제작자의 권리와 관련하여서는 복제권, 배포권, 공연권, 공중전달권 등을 배타적 권리로 규정하면서(제45조, 제46조), 다만, 상업적 목적으로 발행된 음반을 이용한 공연 및 공중전달(전송의 경우를 제외) 등에 대하여는 배타적 권리의 예외로 하여 보상청구권을 인정하는 규정(제47조)을 두고 있다.

핀란드 저작권법 상의 '공중전달'은 '공연' 개념과는 구별되고, 방송 및 전송 개념과 기타의 공중전달을 포함하는 개념이라는 점에서 우리 법상의 공중송신에 해당하는 개념이다. 방송은 웹캐스팅 등의 인터넷송신을 제외하고 전통적인 텔레비전 및 라디오 방송을 의미하는 개념으로 사용되고 있고, 인터넷송신 중 전송에 대하여는 저작인접권자에게 배타적 권리를 인정하는 등 법적 취급을 달리하고 있다는 점에서, 앞에서 언급한 WCT, WPPT, BTAP 등 국제저작권체계 및 EU 지침의 공중송신에 대한 3분할 체제를 취하고 있는 전형적 사례라 할 수 있다. 즉, 우리법상의 공중송신에 해당하는 '공중전달'을 방송, 전송, '기타 공중전달'로 구분하여 서로 다른 법적 취급을 하는 체제를 취하고 있다.[45]

사. 결어 – 주요국 입법사례 대한 종합적 검토

위와 같은 주요국의 입법사례들을 종합적으로 검토함에 있어서 한 가지 주안점으로 삼고자 하는 것은 우리 저작권법상 공중송신에 해당하는 영역을 방송과 전송으로만 구별하는 2분할 체제를 취하고 있는지, 아니면 방송과 전송 외에 중간적 영역을 인정하는 3분할 체제를 취하고 있는가 하는 점이다. 그 점에 초점을 두고 살펴보면 거의 대부분의 나라가 기본적으로 3분할 체제를 취하고 있음을 알 수 있다. 먼저 EU와 핀란드의 경우에는 WPPT 등 국제조약의 입장과 잘 부합하는 입법을 하여, 전형적인 3분할 체제에 해당한다고 할 수 있다. 미국의 경우도 저작인접권 체계를 가지고 있지 않는 등의 독자적인 배경 속에 독특한 입법을 하였지만, 대륙법계 국가의 저작인접권 보호에 상응하는 성격을 가진 '녹음물'에 대한 권리부여의 면에서 방송, 전송, 기타 영역으로 구분하는 3분할 체제 또는 그 '기타 영역'을 다시 두 가지 경우로 나누는 4분할 체제를 취하고 있으므로 적어도 2분할 체제와는 거리가 멀다고 할 수 있다. 영국과 독일의 경우는 2분할 체제를 취한 것으로 오해되는 면이 있지만 자세히 살펴보면 단지 '수신의 동일성'만을 이유로 기술적 쌍방향성을 가진 인터넷송신을 모두 방송으로 보는 입장을 취한 것은 아니고, 방송과의 유사성을 결여한 단순한 웹캐스팅 등의 경우에 방송도 아니고 전송도 아닌 제3의 영역으로 개념구분을 할 수밖에 없는 영역이 인정되고 있음을 알 수 있다.

일본의 경우는 매우 독특하다. 일본의 공중송신 개념의 하위개념 구분은 복잡하지만, 일본 저작권법상 '방송' 개념과 '유선방송' 개념을 같이 묶어서 하나의 '방송' 개념으로 보는 것으로 가정하고, '자동공중송신' 개념과 '송신가능화' 개념을 같이 묶어서 '자동공중송신'이라는 하나의 개념으로 보는 것으로 가정하면, 결국 '방송'과 '자동공중송신'의 두 가지 개념으로 구분되는 2분할 체제를 취한 것으로 볼 수 있다. 그런데 일본의 이러한 2분할 체제는 우리나라 저작권법 개정논의에서 방송 개념을 확대하고자 하는 논의와는 전혀 다른 것이다. 일본은 자동공중송신 및 송신가능화 개념의 요소로 '기술적 쌍방향성'의 요소만 포함하고, '수신의 이시성' 또는 '주문성'의 요소를 제외하고 있으므로, 우리나라 현행 저작권법상의 '전송'과

45) 참고로, 스웨덴 저작권법도 이 부분에 관한 한, 기본적으로 유사한 구조와 내용으로 규정하고 있다.

‘디지털음성송신’ 및 ‘기타의 공중송신(디지털영상송신)’이 모두 자동공중송신 및 송신가능화 개념에 해당하게 된다. 이러한 일본의 입법은 WPPT에서 말하는 ‘이용가능화(making available)’의 개념을 ‘수신의 이시성’ 또는 ‘주문성’의 요소를 포함한 개념으로 이해하지 않고, ‘기술적 쌍방향성’을 가진 것을 모두 포함하는 개념으로 오해한 데서 비롯된 것이다. 그러한 오해의 기초 위에서 일본 저작권법은 저작인접권자에게 배타적 권리로서의 송신가능화권을 일률적으로 인정하고 있고, 따라서 저작인접권자에 대한 배타적 권리의 인정범위가 국제조약이 요구하는 것보다 훨씬 더 넓어지게 된 데 따른 여러 가지 문제를 안고 있다. 그것은 권리처리의 원활성을 크게 해쳐 산업발전에 어려움을 초래하는 면이 크지만 한번 주어진 권리를 되돌리기는 쉽지 않아, 그 이후 IPTV와 관련된 일부 조항의 개정으로 약간의 보완을 한 것에 그치고 있다. 따라서, 일본 저작권법의 2분할 체제는 우리가 본받을 사례가 아니라 반면교사로 삼아야 할 사례라 할 수 있다.

결국 주요국 입법사례들이 우리에게 시사하는 것은, 기본적으로 공중송신 2분할 체제가 아니라 3분할 체제를 취하면서 IPTV 등 방송과 '실질적으로 유사한' 측면이 있는 부분을 '방송'에 포함할지 여부를 검토하는 것이 타당할 것이라는 점이다.

IV. 바람직한 개정방향

1. 서언 – '개정 시 고려사항'

본 연구는 인터넷송신에 대한 현행 저작권법상의 문제를 개정입법을 통해 해결하고자 할 경우 어떤 방향을 취하는 것이 좋을지에 대하여 처음으로 탐색하고자 하는 연구는 아니다. 이미 선행연구를 통해 개정안이 도출된 상태에서 개정안의 타당성에 대하여 여러 가지 논란이 있는 것을 보고, 다시 한번 관련 국제조약 등의 내용을 면밀히 검토한 후 과연 어떤 방향의 개정이 타당한 것인지에 대하여 보다 엄밀하게 분석, 검증해 보는 것에 주안점이 있다. 앞에서 국제조약의 관련 내용과 주요국의 입법사례들을 비교적 상세하게 살펴본 것이 그러한 취지에 기한 것이다. 결론적으로 어느 방향으로의 개정이 타당한지를 논리적으로 검증하기에 앞서, 검증의 기준이 될 만한 사항들, 즉, 이 부분에 대한 저작권법 개정 시에 반드시 고려해야

할 사항들(이하 "개정 시 고려사항"이라 한다)을 정리해 보면 다음과 같다.

첫째, 저작권자 및 저작인접권자의 충실한 보호에 문제가 없도록 하여야 한다. 그들의 권리보호에 공백이 있는 부분은 채우고, 전체적으로 충실한 권리보호가 이루어질 수 있도록 배려하여야 한다.

둘째, 저작물이나 저작인접물의 공정한 이용을 저해하지 않도록 유의하여야 한다. 저작권법의 목적은 오로지 권리의 보호에만 있는 것은 아니고 그와 함께 공정한 이용이 보장될 수 있도록 함으로써 문화 및 관련 산업의 향상 발전을 도모하는 것에 있다(저작권법 제1조). 따라서 저작권자 및 저작인접권 보호의 확대가 공정한 이용을 저해하는 부분이 없도록 배려하여야 한다.

셋째, 같은 것은 같게, 다른 것은 다르게 취급함으로써 형평성에 반하지 않도록 할 필요가 있다. 어떤 행위의 법적 성격과 관련하여, 기술적인 면에서는 차이가 있어도 사회 · 경제적인 실질에 있어서 동일한 경우에는 '다른 것'이 아니라 '같은 것'으로 보는 것이 보다 타당할 것이다.

넷째, 규정의 애매모호함이나 일관성 결여로 인한 분쟁가능성을 최소화할 수 있도록 가능한 한 일관되고 명확하게 규정하여 해석상의 의문을 제거하고 분쟁가능성을 최소화하도록 할 필요가 있다.

다섯째, 우리가 가입한 다자간 국제조약에 반하지 않도록 하고, 기존 규정 중 위반 가능성이 있는 부분은 수정, 보완하여야 한다.

여섯째, 저작권법의 국제적 성격에 비추어, 가급적 전반적인 국제적 조류에 부합하는 방향으로 개정하는 것이 바람직하다는 점에 유의할 필요가 있다.

2. 방송의 범위를 확대하는 방안에 대한 검토

이 방안은 디지털음성송신과 디지털영상송신이 모두 '수신의 동시성'의 면에서 방송과 가까운 성격을 가지므로 이것을 기본적으로 모두 방송개념에 포함하여 규율하는 방향으로 개정하자는 것을 그 골자로 한다. 이 방안은 2006년 개정법의 가장 큰 문제는 미국을 제외한 다른 나라에서 인정하지 않고 있는 개념인 디지털음성송신 개념을 불필요하게 도입한 것에 있다고 보는 관점을 전제로 한다. 그에 따라 '공중송신'의 개념 안에 '방송'도 아니고 '전송'도 아닌 '제3의 영역'을 인정하는 것은 적절하지 않고, '수신

의 동시성'이 있는 것은 모두 '방송' 개념에 포함시킴으로써 방송과 전송으로 양분하여 규율하는 '2분할 체제'를 취할 것을 대안으로 제시하고 있다.[46]

그러나 이 방안에는 다음과 같은 문제점들이 있다.

첫째, 저작재산권의 과도한 제한으로 인한 권리보호의 약화가 우려된다. 앞에서 현행법의 해석상 '디지털영상송신'의 법적 성격에 대하여 '방송'설을 취할 경우에 대하여 정리한 것과 같이, 비영리 방송에 대한 권리제한(제29조 1항), 방송사업자의 일시적 녹음·녹화 허용(제34조), 공표된 저작물의 방송에 대한 법정허락(제51조) 등의 규정과 관련하여 비교적 단순한 형태의 실시간 웹캐스팅도 모두 그 적용대상에 포함되게 되어, 저작권자의 권리에 대한 과도한 제한을 가하는 것이 되고 저작권자의 정당한 권익에 대한 위협요소가 될 수 있다. 이것은 앞에서 본 '개정 시 고려사항' 중 첫째 사항과 정면으로 충돌한다.

둘째, 국제조약과의 정합성이 결여되는 문제가 있다. 위 첫째의 문제점은 현재 우리가 가입하여 효력이 미치고 있는 다자간 국제조약 위반의 문제로 이어진다. 즉, 저작재산권 제한 및 법정허락에 관한 규정을 그대로 두고 '방송'의 개념을 위와 같이 확대할 경우, 베른협약상 무선방송과 일부 유선방송에 대하여만 방송사업자의 일시적 녹음·녹화 및 강제허락 관련 규정을 둘 수 있도록 하고 있는 것에 저촉되는 문제가 있다.[47] 이것은 '개정 시 고려사항' 중 다섯째 사항과 충돌한다.

셋째, 배타적 권리로서의 저작인접권을 가진 방송사업자의 범위를 지나치게 확대하는 문제가 있다. 위 방안을 취할 경우 비교적 단순한 형태의 웹캐스팅을 업으로 하기만 하여도 자신이 송신하는 모든 소리, 영상 등에 대하여 방송사업자로서의 배타적 권리를 가지게 되는데, 그것은 과거 막대

---

46) 김병일 외 12인, 미래 저작권 환경에 적합한 저작권법 개정을 위한 연구 II(보고서), 한국저작권위원회(2017), 22-25면에 실린 박성호 교수의 제안이 기본적으로 그런 방향을 취한 대표적인 예라고 할 수 있다. 이 제안은 '방송'에 대한 정의규정에서는 기술적 쌍방향성과 수신의 동시성을 모두 가진 공중송신(실시간 웹캐스팅 포함)을 뜻하는 개념인 '디지털송신'을 방송 개념에 포함시키고, '방송사업자'에 대한 정의 규정에서는 '디지털송신'을 방송 개념에서 제외하는 입장을 취하였다.

47) 일본의 학설 중에도 방송 개념을 확대하는 것에는 이 부분에서 베른협약에 저촉되는 문제가 있다고 지적하는 견해가 있다. 半田正夫=松田政行編, 앞의 책, 168-169頁。

한 투자에 의한 공익적 기여 등을 감안하여 인정한 배타적 권리[48]를 지나치게 확대하여 인정하는 것으로서, 합리적인 입법이라고 하기 어렵고, 인터넷상의 자유로운 정보유통 등에 부정적 영향을 미칠 우려가 있다.[49] 웹캐스터에 대한 보호의 면에서는 웹캐스팅을 위한 촬영, 편집 등에 창작성이 있을 경우 영상저작물로 보호하는 것으로 충분하다. 그럼에도 불구하고 불필요하고 과도하게 배타적 권리를 인정하는 것은 '개정시 고려사항' 중 둘째 사항과 충돌한다. 한편으로 그러한 문제를 피하기 위하여 이 부분에 한하여 방송의 개념을 다르게 하는 개정안이 제안된 바 있지만, 그렇게 할 경우에는 중요한 법적 개념의 일관성 결여로 인한 문제가 있고, 그것은 '개정 시 고려사항' 셋째와 넷째의 원칙에 반한다.

넷째, 저작권자와 실연자, 음반제작자의 사용료 또는 보상금 협상에 부정적 영향을 미치거나 불필요한 분쟁을 유발할 가능성이 있다. 현행법 하에서 '방송'이 아닌 '디지털음성송신'에 대하여는 저작권자와 실연자 및 음반제작자들이 모두 방송에 비하여 높은 수준의 요율을 정하여 적용해 오고 있는데, 개정입법으로 그 부분이 방송으로 변경될 경우, 이들 권리자들의 정당한 권리 행사를 저해하고, 관련 분쟁이 증가할 우려가 있다. 디지털음성송신이나 디지털영상송신에 해당하는 것 중에는 방송에 보다 가까운 것도 있지만, 전송과 상당히 유사하여 전송 시장을 일부 잠식, 대체하는 것이 우려되는 부분들도 있는바, 그러한 부분 중 '전송' 개념에 해당하지 않는 것은 '전송'과 '방송' 사이의 중간적 개념으로 규율하는 것이 다양한 이용형태 및 상황에 부합하는 적정한 사용료 또는 보상금이 책정되도록 하는데 기여할 수 있다. 그럼에도 불구하고 그것을 모두 일괄적으로 '방송' 개

48) 방송사업자에게 배타적 권리로서의 저작인접권을 인정하는 이유에 대하여는 "방송사업자의 행위는 반드시 저작권법적 의미에서 창작적인 것은 아니지만 방송사업자등은 막대한 자금을 필요로 하는데 아무런 보호가 주어지지 않으면 방송사업 등이 이루어지지 않게 된다."고 하는 견해(中山信弘, 著作権法(第2版), 有斐閣, 2014, 570頁), "방송은 그 방송행위를 가능하게 하는 방송설비 및 관련된 장치, 인적 인프라에 극히 많은 비용이 필요한데, 그 방송신호에 아무런 보호가 주어지지 않으면 기술의 발달에 따라 제3자가 함부로 방송을 복제, 재방송하는 등 사용할 수 있게 되어 방송사업 자체가 성립하지 않게 될 것을 우려한 것이다"라고 설명하는 견해(半田正夫=松田政行編, 앞의 책, 166-167頁) 등이 있다.

49) 일본의 학설 중에도 일반 웹캐스터를 방송사업자로 보호하는 것에 의문을 표명하는 견해가 있다. 上野達弘, 앞의 논문, 48頁。

념에 포함시키는 것은 저작권자 및 저작인접권자의 권익에 대한 배려의 면에서 큰 문제를 초래하고 불필요한 분쟁을 야기할 가능성이 크다. 앞에서 본 '개정 시 고려사항' 중 첫째와 넷째의 원칙과 충돌하는 것이다.

다섯째, 위 방안은 국제적 동향 및 조류에 반하는 문제가 있다. 앞에서 자세히 살펴본 바와 같이, 현재 WPPT, BTAP를 비롯한 저작인접권 보호 조약들은 '공중송신'을 방송, 전송, 기타 공중전달로 구분하여 서로 다른 법적 취급을 하는 '3분할 체제'를 취하고 있다. 더 나아가 방송사업자의 권리보호에 관한 신조약과 관련된 논의에서도, 웹캐스팅 등 컴퓨터 네트워크를 통하여 이루어지는 송신에 대하여는 방송사업자의 권리객체인 방송의 개념에서 제외하는 방향을 취하고 있다. 위 방안은 위와 같은 국제조약의 입장과 국제적 동향이나 조류에 반하는 문제가 있다. '개정 시 고려사항' 중 다섯째와 여섯째 원칙에 어긋난다.

3. 디지털동시송신 개념을 도입하고 관련 규정을 재정비하는 방안 검토

이 방안은 현행 저작권법상의 '디지털음성송신' 개념에 갈음하여 거기에 디지털영상송신을 포함한 개념인 '디지털동시송신' 개념을 새로 도입하고 관련 규정을 국제조약 등과 정합성 있게 새로 정비하는 것을 골자로 한다. 이 방안은, 현행법의 문제는 방통융합의 과정에서 방송과 통신의 중간영역에 해당하는 서비스가 대두되는 것에 대하여 방송도 아니고 전송도 아닌 별도의 개념을 부여한 것에 있는 것이 아니라, 그 중간적 개념을 규정하면서 오로지 '음'의 송신에 대한 개념만 규정함으로써, 이른바 '디지털영상송신'에 대한 법적 규율을 모호하게 하고 저작인접권 보호에 있어서 부당한 흠결을 초래한 점에 있다고 보는 관점에 기초한 것이다. 도종환 의원 대표발의 저작권법 전부개정안(이하 '전부개정안'이라 한다)도 기본적으로 이러한 방향을 취하고 있다.[50]

앞에서 본 바와 같이, 저작권 및 저작인접권 보호에 관한 현재의 국제저작권 질서는 우리 법상의 공중송신[51]에 해당하는 개념을 방송과 전송으로

50) 필자가 작성하여 '저작권법 전면개정 연구반' 등을 통해 제안한 개정안과 기본적으로 유사한 내용의 개정안이다. 다만, 신설개념의 이름을 필자가 제안했던 '디지털송신'에서 '디지털동시송신'으로 변경하는 등 약간의 수정이 있었다.

51) 우리 저작권법 상의 '공중송신' 개념은 국제조약상 광의의 공중전달에서 공연을 제외한 개념이라 할 수 있다. 국제적으로 그러한 의미의 공중송신 개념이 통용되는 것은 아니지만,

양분하는 '2분할 체제'가 아니라, 방송과 전송, 그리고 (기타의) 공중전달로 구분하는 3분할 체제를 취하고 있으므로, 우리나라도 기본적으로 그러한 틀을 취하는 것이 국제적 보호체계와 정합성을 가지는 점에서도 바람직하다. 따라서 이러한 입법방향이 기본적으로 타당하다고 할 수 있다.

현재의 국제조약들에서는 '방송'을 기본적으로 무선방송을 의미하는 것으로 보고 우리법상 '방송'에 해당하는 '유선방송'을 '방송' 개념에서 제외하고 있어 '공중전달' 개념에 유선방송도 포함되는 것이지만, 만약 그렇지 않았다면, WPPT 및 BTAP 상의 '공연'을 제외한 '공중전달' 개념이 방송과 전송을 제외한 공중송신을 뜻하는 개념이 되어 개정안의 '디지털동시송신' 개념과 일치하였을 것으로 생각된다. 따라서, 국제조약이나 그에 따른 여러 입법례에서 이와 유사한 이름의 개념을 규정하지 않았다고 하여, 이러한 개념의 도입이 국제적 조류에 반하는 특이한 입법으로 자리매김되는 것은 결코 아니고, 오히려 국제조약의 규정과 가장 잘 부합되는 방향으로 보아야 한다. 이 방안은 '방송의 범위를 확대하는 방안'의 문제점들을 내포하고 있지 않아, 앞에서 본 '개정 시 고려사항'들을 모두 충족한다.

4. IPTV 방송과 관련된 문제

기본적으로 위 3.과 같은 입법방향을 취한다고 할 때 한 가지 남는 문제는 IPTV에 의한 실시간 송신을 저작권법상 방송이 아닌 디지털동시송신으로 보아 케이블방송 등과 차별적 취급을 하는 것이 과연 타당할까 하는 것이다. 만약 다른 특별한 규정 없이 '디지털동시송신' 개념을 도입한다면, IPTV에 의한 실시간 송신도 실시간 웹캐스팅과 동일한 '기술적 쌍방향성'과 '수신의 동시성'이라는 요소를 가지고 있어 '방송'과 구별되는 '디지털동시송신'으로 취급되게 될 것인데, 그것이 올바른 방향인가 하는 것이다.

이 문제는 앞에서 본 '개정시 고려사항' 중 셋째 사항인 "같은 것은 같게, 다른 것은 다르게 취급함으로써 형평성에 반하지 않도록 하여야 한다"는 원칙과의 관계에서 깊은 검토를 필요로 하는 면이 있다. 위 3.의 입법방향에 대한 비판적 논의 중에는 이용자 등의 관점이 아니라 단순히 기술적인 프로세스의 차이에 집착하여 개념 구분을 하는 것이 과연 합리적인 것인가 하는 점이 있는 것으로 보인다. 하지만, IPTV를 제외한 인터넷송신

그에 해당하는 개념 영역이 어떻게 구분되고 있는지는 명확하게 알 수 있다.

의 경우는 비주문형이라 하더라도 누구나 큰 비용을 들이지 않고 쉽게 할 수 있는 면이 있으므로 이면의 기술적 프로세스의 차이 자체가 아니라 그러한 기술적 차이로 인하여 실제 이용자에게 전달되는 방식이나 프로그램 편성 등의 여러 가지 면에서 일반 이용자가 감지할 수 있는 차이가 발생하는 면이 있다. 따라서 그러한 웹캐스터의 경우에는 전통적 방송사업자와 구별되는 '차이'가 있음을 감안하여 기존의 전통적인 방송과는 다른 개념으로 구별하여 규율하고자 하는 것이라 할 수 있다.

그러나 IPTV의 경우는 일반 국민의 눈에 보이지 않는, 송신과 관련된 세부적인 기술적 과정에 차이가 있을 뿐 사업자의 입장에서 대대적인 설비투자 등을 필요로 한다는 점, 이용자의 입장에서 TV를 통해 편리하게 이용할 수 있는 서비스라는 점 등에서 양자 간의 공통성이 크고 그 차이는 미미하다고 할 수 있다. 현재 IPTV 방송은 인터넷 멀티미디어 방송사업법상 '인터넷 멀티미디어 방송'에 해당하여 넓은 의미의 방송법제에 의한 규율을 받고 있으므로, 동법상의 개념을 인용하여 규정할 경우, 해석상의 명확성도 보장될 수 있다.[52]

위와 같은 관점에서 '전부개정안'은 기술적 쌍방향성의 유무만 따질 경우 방송이 아니라 디지털동시송신에 해당할 수 있는 IPTV 방송에 대하여 예외 규정을 두어 '방송'으로 보도록 하는 규정을 도입하였다.

V. 저작권법 전부개정안의 관련 규정 내용과 그 의의

1. '전부개정안'의 관련 규정 내용

가. 디지털동시송신 개념의 도입

'전부개정안'은 다음과 같이 '공중송신', '전송' 개념은 그대로 두고, 제2조 제12호에서 '디지털음성송신' 개념을 '디지털동시송신' 개념으로 수정하면서 기존의 "디지털 방식의 음의 송신을" 부분을 "디지털 방식의 음·영상 또는 음과 영상 등의 송신(전송은 제외한다)을"로 수정하고 실시간

52) 방송규제법상의 방송 개념과 저작권법상의 방송 개념이 항상 같아야 하는 것은 아니지만, IPTV의 경우에는 방송규제법상의 개념을 차용하는 것이 적절한 면이 있다. 앞서 본 미국의 입법 사례가 방송규제법상의 방송 개념을 저작권법에서 차용한 사례의 하나라 할 수 있다.

IPTV 방송을 '방송' 개념에 포함시키기 위해 그 단서 규정으로 “다만, 「인터넷 멀티미디어 방송사업법」에 따른 인터넷 멀티미디어 방송사업자가 공중이 동시에 수신하게 할 목적으로 송신하는 것은 “방송”으로 본다.”는 규정을 도입하였다. 그리고 '방송'에 대한 정의규정(제2조 제8호)에는 "디지털동시송신을 제외한다"는 것을 명시하는 것으로 하였다.

위 규정에 따라 새로 신설된 개념인 ‘디지털동시송신’은 "공중송신 중 공중이 동시에 수신하게 할 목적으로 공중의 구성원의 요청에 의하여 개시되는 디지털 방식의 음・영상 또는 음과 영상 등의 송신(전송은 제외한다)"을 말하고, 예외적으로 IPTV 방송은 제외하는 개념이다. 따라서 '전부개정안'에 의하면, 기술적 쌍방향성과 수신의 동시성을 가진 것은 음만 송신하는 것(디지털음성송신)이든 영상도 송신하는 것(디지털영상송신)이든 모두 디지털동시송신에 포함되며, 단지 그 중에서 「인터넷 멀티미디어 방송사업법」에 따른 인터넷 멀티미디어 방송사업자가 공중이 동시에 수신하게 할 목적으로 송신하는 것, 즉 실시간의 IPTV 방송만 ‘디지털동시송신’이 아니라 '방송'에 해당하는 것으로 보게 된다(안 제2조 12호). IPTV 방송과 관련해서는 앞에서 본 바와 같이 그것이 방송과 거의 동일한 실질적 성격을 가진다는 것을 중시하여 '디지털동시송신'이 아니라 ‘방송’으로 보는 예외규정을 둔 것이다.

'전부개정안'의 이러한 규정에 의하면, 현행 저작권법상 '방송'과 '전송' 사이의 중간 영역으로 ‘디지털음성송신’만 명확히 규정되어 있고, 이른바 ‘디지털영상송신’에 해당하는 부분의 법적 성격이 애매하였던 부분의 불확실성이 해소되고, 그것이 디지털음성송신과 함께 ‘방송’과 ‘전송’ 사이의 중간 영역에 있는 ‘디지털동시송신’ 개념으로 통합되게 되었고, IPTV 방송만 예외적 취급을 받게 되었다.[53]

나. 실연자의 배타적 권리로서 ‘디지털동시송신권’ 규정

'전부개정안' 제94조는 '디지털동시송신권이라는 제목 하에 "실연자는 그의 실연을 디지털동시송신할 권리를 가진다. 다만, 실연자의 허락을 받아 녹음된 실연에 대하여는 그러하지 아니하다."고 규정하고 있다. 현행 저작권법상 ‘디지털음성송신’에 대하여는 보상청구권만 규정하고 있으나,

53) 김찬동 외 3인, 공중전달 개념에 대한 연구, 한국저작권위원회(2020), 58면 참조.

그것은 앞에서 언급한 바와 같이 국제조약 위반의 문제를 내포하고 있다. WPPT는 제6조에서 실연자가 고정되지 않은 실연에 대하여 그 실연이 방송 실연인 경우를 제외하고, 고정되지 아니한 실연을 방송하고 공중에게 전달하는 것에 대하여 배타적 권리를 가지는 것으로 규정하고 있는데, 현행 저작권법상의 디지털음성송신이나 '전부개정안'의 디지털동시송신은 모두 WPPT상의 '공중전달' 개념에 해당하기 때문이다.

한편, 시청각실연의 보호에 관한 국제조약인 BTAP는 제6조에서 WPPT 제6조와 유사하게 고정되지 않은 실연에 대하여 실연자에게 배타적 권리를 부여하도록 하고 있을 뿐만 아니라, 고정된 실연에 대하여도 시청각 실연자에게 배타적 권리로서의 방송권과 공중전달권을 인정하는 규정을 두고 있다(제11조 1항). 그 부분은 고정된 실연의 방송 및 공중전달에 대하여 배타적 권리가 아닌 보상청구권만 인정하는 WPPT와 다른 점이다. 다만 BTAP는 체약당사자가 일정한 절차 하에 보상청구권만 인정하는 선언을 하거나(같은 조 2항), 배타적 권리 또는 보상청구권을 특정한 이용행위에 대하여만 적용한다거나 그 적용을 다른 방식으로 제한하거나 아예 권리를 전혀 부여하지 않는다고 선언할 수 있다(같은 조 3항)고 규정하고 있다. 또한 BTAP는 “체약당사자는 실연자가 일단 자신의 실연을 시청각 고정물에 고정하는 것에 동의한 경우, 이 조약 제7조부터 제11조에 규정된 권리들을 허락할 배타적인 권리를 실연자와 국내법으로 정해지는 시청각 고정물의 제작자 사이의 계약에 따라 시청각 고정물의 제작자가 보유하거나, 행사하거나, 또는 그에게 양도되도록 국내법으로 규정할 수 있다”고 규정하고 있다(제12조 제1항).

'전부개정안'의 ‘디지털동시송신’ 개념은 시청각실연과 깊은 관련성을 가진 ‘디지털영상송신’을 포함하는 개념인바, 시청각실연과의 관계에서도 '디지털동시송신'을 방송의 경우와 동일하게 취급하여, 청각실연과 관련된 '실연자의 허락을 받아 녹음된 실연'의 경우를 제외하고는 모든 ‘디지털동시송신’에 대하여 실연자에게 배타적 권리를 인정하는 것이 국제조약(BTAP 제6조, 제11조)에 부합한다는 것을 알 수 있다. 그로 인해 영상저작물의 유통활성화가 저해되지 않도록 하기 위해 '전부개정안'은 후술하는 바와 같이, BTAP 제12조 제1항에 따라 영상저작물 특례 규정에 '디지털동시송신권'에 대한 것도 포함시키고 있다.

다. 디지털동시송신사업자에 대한 실연자 및 음반제작자의 보상청구권 규정

'전부개정안' 제97조는 '디지털동시송신사업자의 실연자에 대한 보상'이라는 제목 하에 제1항에서 "디지털동시송신사업자가 실연이 녹음된 상업용 음반을 사용하여 디지털동시송신하는 경우에는 상당한 보상금을 그 실연자에게 지급하여야 한다."고 규정하고 제2항 이하에서 보상금 지급 절차 등에 대한 규정을 두고 있다. 또한 '전부개정안' 제105조는 '디지털동시송신사업자의 음반제작자에 대한 보상'이라는 제목 하에 제1항에서 "디지털동시송신사업자가 상업용 음반을 사용하여 디지털동시송신하는 경우에는 상당한 보상금을 그 음반제작자에게 지급하여야 한다."고 규정하고 제2항 이하에서 보상금 지급 절차 등에 대한 규정을 두고 있다.

현행 저작권법은 '디지털음성송신'에 대하여만 보상청구권을 규정하고 있으나, 개정안에서는 디지털영상송신을 포함하는 개념인 디지털동시송신에 대하여 해당 사업자에 대한 보상청구권을 규정함으로써, 음만 송신한 경우가 아니더라도 동일한 규정에 의하여 보상청구권을 행사할 수 있게 한 것이다. 이것은 현행 저작권법상 디지털영상송신에 대한 실연자와 음반제작자의 권리가 명확하지 않은 것을 보완함으로써 이들 권리자의 권익을 보다 충실하게 보호하고 중장기적으로 이해당사자간 분쟁가능성도 최소화하는 데 도움이 될 것으로 보인다.

이것은 청각실연과 관련된 것으로서, 그와 관련된 국제조약인 WPPT 제15조 제1항이 "실연자 및 음반제작자는 상업상의 목적을 위해 공표된 음반을 방송 또는 공중전달을 위해 직접 또는 간접으로 이용하는 것에 대하여 단일한, 공정한 보수를 청구할 권리를 향유한다"고 규정하고 있는 것과 정합성을 가지는 규정이다.

라. 디지털동시송신사업자의 일시적 복제 관련 규정

'전부개정안' 제111조 제2항은 '저작인접권의 제한'과 관련하여 "디지털동시송신사업자는 제97조제1항 및 제105조제1항에 따라 실연이 녹음된 음반을 사용하여 송신하는 경우에는 자체의 수단으로 실연이 녹음된 음반을 일시적으로 복제할 수 있다. 이 경우 복제물의 보존기간에 관하여는 제38조 제2항을 준용한다."고 규정하고 있다.

개정안의 이 규정은 현행법상 디지털음성송신사업자에 대하여 배타적 권리가 아니라 보상청구권을 행사하도록 한 규정과 관련하여, 그 규정에도

불구하고 배타적 권리로서의 복제권을 행사하여 '이용 원활화'를 도모하고자 하는 입법 취지를 저해할 것을 우려하여 저작인접권자의 복제권에 대한 제한사유로 규정하고 있는 것(2009.4.22.자 개정으로 신설)을 개정안에 따라 '디지털동시송신사업자'에게 적용될 수 있도록 수정하는 취지를 담고 있다.

마. 시청각 실연자의 권리에 관한 영상저작물 특례규정의 수정

'전부개정안' 제131조 3항은 '영상저작물 특례규정'의 하나로, "영상제작자와 영상저작물의 제작에 협력할 것을 약정한 실연자의 그 영상저작물의 이용에 관한 제89조에 따른 복제권, 제90조에 따른 배포권, 제93조에 따른 방송권, 제94조에 따른 디지털동시송신권 및 제95조에 따른 전송권은 특약이 없으면 영상제작자가 이를 양도받은 것으로 추정한다."고 규정하고 있다. '제94조에 따른 디지털동시송신권' 부분이 새로 추가된 부분이다.

이 규정은 앞에서도 설명한 바와 같이, 실연자에게 '실연자의 허락을 받아 녹음된 실연'을 제외한 실연의 디지털동시송신에 대한 배타적 권리를 인정함으로써 BTAP 등 국제조약에 부합되게 규정하여 실연자의 권리를 기본적으로 보장하면서, 다른 한편으로, 디지털동시송신권도 방송권의 경우와 마찬가지로 영상저작물 특례 규정의 적용대상이 되게 함으로써 영상저작물의 이용원활화의 입법취지를 손상하지 않도록 하기 위한 규정이다. 앞에서 언급한 바와 같이, BTAP 제12조 제1항이 국제조약상의 근거규정이다.

2. 개정안의 의의

'전부개정안'의 관련 규정이 입법화된다면, 다음과 같은 의의를 가질 수 있다.

첫째, 인터넷송신 중 주문형의 속성을 가지지 않고 수신의 동시성을 가지고 있는 것은 그 중에서 IPTV 방송의 경우를 제외하고는 모두 '디지털동시송신'의 개념으로 명확하게 규정하여, 법적 분쟁의 가능성을 최소화할 수 있게 된다.

둘째, 실연자와 음반제작자의 권리 보호에 있어서 일부 공백 또는 혼란이 있었던 부분을 제거하여, 권리보호를 충실하게 하면서, 동시에, 저작인접물의 원활하고 공정한 이용을 도모하기 위하여 실연자와 음반제작자의

배타적 권리 대신 보상청구권의 대상이 되게 하거나, 영상저작물 특례규정의 적용대상이 되도록 함으로써 '권리의 보호와 원활하고 공정한 이용의 도모'라고 하는 저작권법의 두 가지 목적을 조화롭고 균형 있게 달성할 것을 기대할 수 있다.

셋째, 디지털동시송신에 대한 법적 취급 중 특히 실연자 및 음반제작자의 권리에 대한 규정에 있어서 전송보다는 방송과 유사한 취급을 하고 있지만, 저작재산권제한사유, 방송사업자의 권리 등의 면에서는 방송의 개념에서 분명하게 제외되도록 함으로써 저작권 보호에 문제가 없도록 함과 동시에, 전통적인 방송사업자가 아닌 일반 웹캐스터 등의 창작성 없는 단순송신에 대하여 배타적 권리로서의 저작인접권을 인정하거나 부여하는 것을 피함으로써 인터넷상의 정보유통에 대한 불필요한 제약이 없게 된다.

넷째, 현행법상 국제조약과의 정합성에 문제가 있는 부분을 모두 해결, 보완하여 국제조약과 정합성이 있고 국제적 동향이나 조류에도 부합하는 입법으로 자리매김될 수 있다.

VI. 결론

우리나라 저작권법에 '공중송신'의 개념이 처음으로 도입된 것은 2006년의 저작권법 전부개정을 통해서이다. 2006년 전부 개정시에 방송, 전송, 디지털음성송신 등을 포괄하는 '공중송신' 개념이 도입된 것은 방송과 통신의 융합 현상에 대응하는 측면을 가지고 있었다. 그러나 '방통융합'의 과정에서 대두되는 다양한 서비스와 기존의 방송 등을 모두 묶은 하나의 큰 개념을 규정하는 것만으로는 새로운 시대적 상황에 대한 올바른 대응이 될 수 없다. 저작재산권의 지분권 중 하나로 공중송신권을 규정하는 것과 같이 하나의 큰 개념으로 묶어서 다룰 수 있는 부분은 그렇게 하더라도, 저작인접권 규정이나 저작재산권등 제한 규정 등과의 관계에서는 그 개념을 다시 다른 하위개념들로 적절히 나누어 서로 다른 법적 취급을 하는 것이 바람직한 면이 있다. 예를 들어 모든 저작인접권자에게 공중송신권이라는 배타적 권리를 부여하거나 저작재산권 제한에 있어서도 전송, 방송, 기타 영역의 구별 없이 공중송신 개념 하나만으로 규정하는 것은 적절하지 않다. 2006년 개정법이 한편으로 '공중송신'이라는 일종의 '우산 개념'을 도

입하면서 한편으로는 그 우산 아래에 있는 하위 개념들을 기존규정보다 세분화하여, 방송과 전송의 중간적 영역에 있는 '디지털음성송신' 개념을 새로 도입하는 입장을 취한 것은 그런 이유에 기한 것이라 할 수 있다. 그러나 오늘날 실시간 인터넷송신의 비중이 높아져, 이른바 '디지털영상송신'의 비중도 상당히 커진 상황이 되다보니, 2006년 개정법에서 '디지털영상송신'은 빼고 '디지털음성송신'만 전송과 방송 사이의 중간영역으로 규정한 것의 부적절성이 점점 더 뚜렷이 드러나고 있다.

이러한 현행 저작권법 규정을 어떻게 개정하는 것이 좋을 것인지에 대하여는 크게 보아 두 가지의 큰 방향성이 있다. 하나의 방향은 2006년 개정법에서 방송과 전송 사이의 중간영역으로 인정한 '디지털음성송신' 개념을 삭제하고 그 개념이나 그와 유사한 것을 모두 방송 개념에 편입시켜서 방송/전송의 '2분할 체제'로 가는 것이고, 또 하나의 방향은 여전히 중간영역의 개념을 인정하되, 음만의 송신인지, 영상도 포함한 송신인지 묻지 않고 모두 중간영역의 개념인 '디지털동시송신'의 개념에 포함하여 전송 및 방송과 구별하여 취급하는 '3분할 체제'를 취하는 것이다. 이 논문이 가장 중점을 두고 살펴본 것이 바로 이 두 가지 방향 중 어느 방향이 타당한가 하는 점이다.

결론적으로 여러 국제조약의 입장이나 주요국의 사례, 우리나라에서의 구체적 분쟁상황 등을 종합해 보면, '2분할 체제'가 아니라 '3분할 체제'가 바람직한 방향임을 명확하게 알 수 있다. 그것이 국제조약과의 정합성, 국제적 동향과의 부합성 등의 면에서도 타당하고, 저작권법의 목적에 따라 권리자를 충실하게 보호하면서 동시에 저작물의 공정한 이용을 도모하는 면에서도 옳은 길이다. 현행 저작권법은 크게 보면 '3분할 체제'에 가까운 입장을 취하고 있다고 할 수 있는데, 그러한 기본적 구도에 문제가 있다기보다는 '디지털영상송신'을 '디지털음성송신'과 동일한 개념으로 포섭하지 않고 애매한 영역으로 남겨 둔 점에 문제가 있다고 보아야 한다. 따라서 현행법에 대한 올바른 개정방향은 '디지털영상송신'과 '디지털음성송신'을 하나로 묶은 개념인 '디지털동시송신' 개념을 도입하고, 그것을 기초로 저작인접권 보호 등 관련 규정을 국제조약과 정합성을 가지는 방향으로 수정, 보완하는 방향이 되어야 한다. 다만, IPTV 방송은 기술적인 측면에서는 '디지털동시송신'과 같지만 사회적 · 경제적 실질의 면에서는 '방송'과

동일하게 보는 것이 타당하다는 점에서 예외적으로 '방송'으로 취급하는 것이 타당하다. 현재 국회에서 발의되어 있는 저작권법 전부개정안은 기본적으로 그러한 방향을 취하고 있으므로 그 타당성이 인정된다.

'수신의 동일성'이 인정되는 실시간 인터넷송신을 모두 '방송' 개념에 편입시킴으로써 '방송'과 '전송'의 '2분할 체제'를 취하는 방안은 ① 저작재산권의 과도한 제한으로 인한 권리보호의 약화가 우려되고, ② 국제조약과의 정합성이 결여되는 문제가 있으며, ③ 배타적 권리로서의 저작인접권을 가지는 방송사업자의 범위를 합리적 범위를 넘어서 지나치게 확대함으로써 인터넷상의 자유로운 정보유통에 부정적인 영향을 미치는 문제 또는 중요한 법적 개념을 사용하는 데 있어서의 일관성 결여의 문제가 있고, ④ 저작권자와 실연자, 음반제작자의 사용료 또는 보상금 협상에 부정적 영향을 미치거나 불필요한 분쟁을 유발할 가능성이 있으며, ⑤ 국제적 동향 및 조류에 반하는 등의 많은 문제가 있다. 현재 논의 중인 저작권법 전부개정안에 포함된 관련 규정안은 그러한 문제로부터 모두 자유로운 방안이다.

이 부분에 대한 개정이 '전부개정안'과 같은 방향으로 잘 이루어져, 이 문제에 대한 불필요한 혼란과 갈등을 해소하고 바람직한 방향의 새로운 제도가 도입되어 잘 안착할 수 있기를 소망한다.

(논문투고일: 2021.8.27, 심사개시일: 2021.9.6, 게재확정일: 2021.9.24)



이 해 완

디지털동시송신, 디지털음성송신, 인터넷송신, 방송, 공중송신

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 단행본

김찬동 외 3인, 공중전달 개념에 대한 연구, 한국저작권위원회(2020)
이해완, 저작권법(제4판), 박영사(2019)
최경수, 국제지적재산권법(개정판), 한울(2017)
허희성, 베른협약축조개설(파리규정), 일신서적출판사(1994)

Copinger, Walter Arthur & EP Skone James, Copinger and Skone James on copyright(Vol.1) (Sweet & Maxwell, 2011)
Dreier, Thomas & Gernot Schulze, Urheberrechtsgesetz(3. Aufl.), 2008
Leaffer, Marshall A., Understanding Copyright Law (Seventh Ed., Carolina Academic Press, 2019, Kindle Book)
Lewinski, Silke von, International copyright law and policy (Oxford university press, 2008)
Morgan, Owen, International Protection of Performers Rights (Hart Publishing, 2002)
Reinbothe, Jörg & Silke Von Lewinski, The WIPO Treaties on Copyright: A Commentary on the WCT, the WPPT, and the BTAP (Oxford University Press, 2015)
Stamatoudi, Irini A., ed. New developments in EU and international copyright law 3.6 (Kluwer Law International BV, 2016)
Stamatoudi, Irini & Paul Torremans, eds. EU copyright law: A commentary, (Edward Elgar Publishing, 2021)

加戸守行, 『著作権法逐条講義』(六訂新版), 著作権情報センター, 2013
半田正夫=松田政行編, 著作権法コンメンタール(第2版) 1巻, 勁草書房, 2015
上野達弘, "インターネット放送をめぐる著作権法上の課題", 著作権研究 44券(2017)

松田政行, 『著作権法プラクティス』, 勁草書房, 2009
松村信夫=三山峻司, 『著作権法要説 - 実務と理論』, 世界思想社, 2009
作花文雄, 『詳解 著作權法』(第4版), ぎょうせい, 2010
中山信弘, 著作権法(第2版), 有斐閣, 2014

Ⅱ. 논문

김현숙, "디지털음성송신 판단 기준에서 사용자의 선택가능성에 대한 소고", 계간 저작권 통권 30호, 한국저작권위원회(2017)
이해완, "저작권법상 공중송신의 유형 및 그 법적 취급에 관한 연구", 성균관법학 제24권 제4호, 성균관대학교 법학연구원(2012)
上野達弘, "インターネット放送をめぐる著作權法上の課題", 著作權研究 44券(2017)
上原伸一, "著作権·著作隣接権条約における 4 種類の Communication to the Public (3·完) - 利用可能化との関係を含めて", NBL 1124 (2018)

Ⅲ. 보고서

김병일 외 12인, 미래 저작권 환경에 적합한 저작권법 개정을 위한 연구 II(보고서), 한국저작권위원회(2017)
이해완 · 김인철 · 이헌묵, 디지털음성송신의 적격요건에 관한 연구(문화체육관광부 연구용역 최종보고서)(2012)

Ⅳ. 판결

서울서부지방법원 2017. 6. 29. 선고 2015가합2874 판결
서울고등법원 2018. 5. 3. 선고 2017나2058510 판결
서울고등법원 2018. 8. 23. 선고 2017나2043839 판결

Abstract

A Study on the Revision Direction of the Copyright Act on the Legal Status of Internet Transmission

Lee, Hae Wan

In response to the convergence phenomenon of broadcasting and telecommunication, Korea's Copyright Act introduced a kind of 'umbrella concept' called 'public communication' through its full revision in 2006. On the other hand, it took a position to newly introduce the concept of 'digital audio transmission', which is in the middle of broadcasting and 'making available' under the umbrella concept, 'public communication'. Today, as the proportion of real-time Internet transmission of audio-visual works has increased considerably, the inadequacy of the provisions which deal only with 'digital audio transmission' without dealing with 'digital film transmission' as an intermediate concept is becoming more and more evident.

There are two major directions in regards to how to revise these provisions of current Korean Copyright Act. One direction is to delete the concept of 'digital audio transmission', which has been recognized as an intermediate area between 'broadcasting' and 'making available' since the 2006 revision, and incorporate them into the 'broadcasting' concept to move to a 'two division system' of 'broadcasting' and 'making available'. Another direction is to take a new 'three division system' by introducing the concept of 'digital simultaneous transmission' which includes both 'digital audio transmission' and 'digital video transmission' as a separate intermediate

concept between 'broadcasting' and 'making available'. What this writing has focused on most is the question of which of these two directions is appropriate.

In conclusion, a 'three division system' rather than a 'two division system' is the preferred direction. 'Three division system' has consistency with international treaties and international trends, and it is reasonable in terms of ensuring fair use of works while faithfully protecting rights holders according to the purpose of copyright act. Therefore, the correct direction to amend the current law is to introduce the concept of 'digital simultaneous transmission' with the same meaning as above, and based on it, modify and supplement related provisions, such as protection of neighboring rights, in a direction consistent with international treaties. However, IPTV broadcasting is the same as 'digital simultaneous transmission' in terms of technology, but more similar to 'broadcasting' in terms of social and economic substance. Therefore it is desirable to treat it as 'broadcasting' as an exception. The full revision proposal of the Copyright Act currently under discussion at the National Assembly basically takes such a direction, so its validity is recognized.



Lee, Hae Wan

digital simultaneous transmission,
digital audio transmission, internet transmission,
broadcasting, public communication

成均館法學

第 33 卷　第 3 號



成均館大學校 法學硏究院

2021.9.

성균관대학교「成均館法學」편집위원회 운영규정

제1조 (목적) 이 규정은 법학연구원 규정 제13조에 따른 편집위원회의 구성 기타 운영에 관한 사항을 정함을 목적으로 한다.

제2조 (구성) 편집위원장 및 편집위원은 4년제 대학(법학전문대학원 포함)의 전임 교원 및 법조실무가 가운데서 7인 이상을 법학연구원 원장(이하 "원장"이라 한다)이 위촉한다.

제3조 (편집위원의 임기) ① 편집위원장 및 편집위원의 임기는 2년으로 하며, 연임할 수 있다.
② 원장은 특별히 필요하다고 인정되는 경우에 임기가 종료되지 아니한 위원을 운영위원회의 동의를 얻어 해촉할 수 있다. 또한 원장은 해촉된 위원을 교체하기 위하여, 또는 사임한 위원을 승계하기 위하여, 기타 필요한 경우에 편집위원을 새로 선임할 수 있고, 그 임기는 퇴임한 위원의 잔여임기로 한다.

제4조 (편집위원회 업무 등) ① 편집위원회는 다음 각호의 사항을 처리한다.
1. 『성균관법학』에 게재를 신청한 원고의 심사를 위한 심사위원의 선임
2. 심사결과의 평가와 게재 여부의 결정
3. 심사결과에 대한 이의의 처리

제5조 (논문심사의 위촉) ① 투고된 원고는 원칙적으로 편집위원장을 통해 위촉된 심사위원에 의하여 1편당 3인에 의하여 심사된다.
② 심사위원은 원칙적으로 외부 심사위원 2인 이상으로 한다. 단, 부득이한 사정이 있는 경우 이러한 내・외부 심사위원의 비율을 변경할 수 있다.
③ 편집위원장은 당해 논문의 전공분야의 박사학위자 또는 당해 논문제목과 동일 또는 유사한 선행 논문을 발표한 전문가에게 심사를 위촉함을 원칙으로 한다.
④ 논문심사에 있어서 심사위원과 투고자의 인적사항은 밝히지 않는다.

제6조 (게재 결정) ① 편집위원회는 개별심사위원의 의견을 종합하여 「성균관법학」 심사규칙 제4조 제2항에 따른 심사 결과가 모두 "게재 가능" 또는 "수정 후 게재"인 경우에는 게재를 허용하되, 이에 해당하지 아니하고 심사 의견이 다를 때에는 심사위원의 다수 의견에 따라 결정한다. 심사위원의 다수 의견을 정함에 있어서 "게재가능"은 "수정 후 게재"와 합산하여 "수정 후 게재"로 정하고, "수정 후 재심"은 "게재불가"와 합산하여 "수정 후 재심"으로 정한다. 다만, 심사의 공정성을 우려할 만한 특별한 사정이 있거나 그 밖에 편집 등의 부득이한 사정이 있는 경우에는 편집위원회가 달리 결정할 수 있다. (2019. 6. 3. 개정)

② 편집위원장은 편집위원회 회의 개최 전에 "수정 후 재심" 또는 "게재불가"인 심사의견에 대하여 특별한 사정이 있는 경우에는 당해 논문을 심사하지 않은 다른 1인의 심사위원에게 재심사를 의뢰할 수 있다. (2019. 6. 3. 개정)

③ 편집위원회가 "수정 후 재심" 결정을 한 경우에는 투고자에게 서면 또는 전자우편으로 즉시 통지하며, 투고자는 다음 호에 수정 후 투고하여 재심사를 받을 수 있다. 투고자가 다음 호에 투고하지 않거나 재심사 후에도 게재가 불가하다고 판단될 경우에는 "게재불가"로 처리한다. (2019. 6. 3. 신설)

④ 편집위원회가 "게재불가"로 결정한 경우 투고자에게 서면 또는 전자우편으로 즉시 통지한다. (2019. 6. 3. 신설)

⑤ 동일호에 동일인이 단독 저자 및 제1저자일 경우를 포함하여 2편 이상의 논문을 게재하는 것은 허용하지 아니한다.

제7조 (게재결정에 대한 이의) ① 법학연구원 심사규칙 제4조에 의하여 “수정 후 재심” 또는 “게재불가”의 결정을 통고 받은 투고자는 통지를 받은 날로부터 3일 이내에 편집위원장에게 서면 또는 전자우편으로 이의를 제기할 수 있다. (2019. 6. 3. 개정)

② 제1항에 따른 이의가 제기된 경우 편집위원장은 편집위원회를 소집하여 이를 처리하여야 한다.

③ 편집위원장은 제2항에 따른 편집위원회의 결과를 지체 없이 투고자에게 통지하여야 한다.

제8조 (편집위원회의 운영) ① 편집위원장은 년4회 정기편집회의를 소집하여야 하며, 원장이 요구할 경우 임시편집회의를 소집할 수 있다.
② 편집위원회는 재적 과반수 출석과 출석 과반수 찬성으로 의결한다.
③ 필요하다고 인정되는 경우 편집위원장은 서면결정으로 편집위원회 회의에 갈음할 수 있다.

제9조 (비밀준수의무) 편집위원은 편집위원회의 업무에 관하여 얻은 정보를 공개하지 않을 의무가 있다.

제10조 (규정의 개정) 이 규정은 법학연구원 운영위원회의 의결을 거쳐 개정할 수 있다. (2019. 6. 3. 신설)

< 부 칙 > 본 규정은 1997년 3월 1일부터 시행한다.
< 부 칙 > 본 규정은 2002년 3월 2일부터 시행된다.
< 부 칙 > 본 규정은 2004년 6월 30일부터 시행된다.
< 부 칙 > 본 규정은 2006년 12월 1일부터 시행된다.
< 부 칙 > 본 규정은 2007년 8월 1일부터 시행한다. 2007년의 경우 제19권 제2호와 제3호를 8월 31일과 12월 31일에 각각 발간한다.
< 부 칙 > 본 규정은 2010년 3월 2일부터 시행한다.
< 부 칙 > 본 규정은 2011년 3월 2일부터 시행한다.
< 부 칙 > 본 규정은 2011년 5월 1일부터 시행한다.
< 부 칙 > 본 규정은 2011년 12월 1일부터 시행한다.
< 부 칙 > 본 규정은 2012년 9월 1일부터 시행한다.
< 부 칙 > 본 규정은 2014년 9월 1일부터 시행한다.
< 부 칙 > 본 규정은 2014년 12월 11일부터 시행한다.
< 부 칙 > 본 규정은 2019년 6월 3일부터 시행한다.

성균관대학교 「成均館法學」 연구윤리규정

제1조 (목적) 이 규정은 성균관법학에 투고된 글에 관하여 연구윤리위반에 대해 판정하고, 더 나아가 연구윤리의 확산과 부정행위 방지를 목적으로 한다.

제2조 (연구윤리위반의 종류) 연구윤리위반에는 아래의 행위가 포함된다.

1. 표절 등 타인의 저작권을 침해하는 행위
2. 논문의 작성에 실질적인 기여 없이 작성자로 기재하는 행위
3. 과거에 출판된 논문 등 저작물을 중복하여 출판하는 행위
4. 상당한 이유 없이 타인의 명예를 침해하는 표현을 사용하는 행위
5. 학계에서 통상적으로 용인되는 범위를 심각하게 벗어난 행위
6. 소속과 직위 등의 저자 정보를 명확하게 기재하지 않거나 거짓된 저자 정보를 기재하는 행위

제3조 (연구윤리위원회의 구성) ① 법학연구원규정 제15조에 따라 구성된 성균관대학교 법학연구원의 연구윤리위원회가 성균관법학 윤리위원회(이하 위원회라 한다)의 업무를 수행한다.

② 위원회는 연구윤리위원장을 포함하여 10인 이내의 위원으로 구성한다.

③ 연구윤리위원장과 연구윤리위원은 법학연구원장이 위촉한다.

제4조 (연구윤리위원의 임기) 연구윤리위원장과 연구윤리위원의 임기는 2년으로 하며, 연임할 수 있다.

제5조 (위원회의 권한) ① 위원회는 투고된 글의 연구윤리위반에 대해 심의하고 의결한다.

② 위원회는 연구윤리위반 사안을 검토하기 위해 조사위원을 선임할 수 있다.

제6조 (위원회의 회의) ① 위원장은 위원회를 소집하고 그 의장이 된다.

② 위원장은 투고된 글의 연구윤리위반에 관해 의심이 있을 때나 심의 요청이 접수된 때에 회의를 소집하여야 한다.

③ 회의는 위원 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다.
④ 당해 사안에 대해 공정성을 기대하기 어려운 사유가 있는 위원은 심의나 의결에 관여할 수 없다.

제7조 (조사위원의 권한과 의무) ① 조사위원은 당해 사안이 심의되는 위원회의 회의에 참석하여 발언할 수 있다.
② 조사위원은 당해 사안에 관해 조사보고서를 작성하여 위원회에 제출해야 한다.

제8조 (피조사자의 권한) ① 피조사자는 회의에 출석하여 진술할 권한을 가진다.
② 피조사자는 위원회의 결정이 있은 날로부터 15일 이내에 그 결정에 대해 통지를 받을 권한을 가진다.
③ 피조사자는 통지를 받은 날로부터 7일 이내에 재심을 청구할 권한을 가진다.

제8조의2 (저자 정보 확인을 위한 조치) 투고된 논문의 저자 소속 및 직위 등 저자 정보의 확인이 필요한 경우 위원회는 해당 논문의 저자 혹은 저자의 소속기관에 증빙자료 제출을 요구할 수 있다.

제9조 (연구윤리위반에 대한 조치) 위원회는 제2조의 연구윤리위반에 대하여 다음의 조치를 취한다.
1. 투고된 원고에 대한 게재 거부
2. 게재된 경우라면 성균관법학 논문목록에서 삭제
3. 투고자에 대하여 3년 이상 성균관법학에 논문투고 금지
4. 법학연구원 홈페이지에 위반사항 공고
5. 투고자의 소속 기관장에 위반사항 통보

제10조 (위원의 비밀유지의무) 위원장과 위원은 위원회의 직무와 관련하여 취득한 사항에 대하여 비밀을 유지하여야 한다.

제11조 (연구윤리에 대한 교육) 연구윤리위원장은 법학연구원장과 협의하여 연구윤리를 확산하고 부정행위를 방지하기 위한 교육을 정기적으로 실시한다.

제12조 (운영예산) 위원장은 위원회의 운영 및 조사에 필요한 예산을 책정하여 지급할 수 있다.

제13조 (타규정의 준용) 성균관대학교 '연구윤리 및 진실성 확보를 위한 규정'을 준용한다.

< 부 칙 > 이 규정은 2007년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 이 규정은 2014년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 이 규정은 2019년 12월 27일부터 시행한다.

성균관대학교「成均館法學」투고규칙

제1조 (목적) 이 규칙은 성균관대학교 법학연구원에서 발행하는 성균관법학(이하 학술지)에 게재할 논문의 투고에 관한 사항을 정하는 것을 목적으로 한다.

제2조 (투고자격) ① 투고 요청논문은 다음 각 호에 해당하는 자에 한정된다.

1. 성균관대학교 법학전문대학원 교수
2. 성균관대학교 법학연구원 연구원
3. 전국의 법과대학 및 법학전문대학원 교수, 판사, 검사, 변호사
4. 법학 박사학위 과정을 밟고 있는 자 이상인 자
5. 기타 편집위원회의 승인을 얻은 자

② 상기의 자격을 가진 자는 공동저술이 가능하며, 공동저자의 경우에는 제1저자가 주저자가 된다.

제2조의2 (투고 제한) 각 호별로 주저자 기준으로 동일한 기관에 소속된 저자의 투고 비율이 전체 투고자의 4할(5분의 2) 이상이 되는 경우에는 투고 순서나 편집위원회가 달리 정하는 기준으로 정해지는 대상 투고 논문에 대하여 심사 절차를 개시하지 않고 반려할 수 있다.

제3조 (투고원고) 학술지에 투고할 원고는 다음과 같다.

1. 발표논문: 본 연구원 주최 학술모임에서 발표되고 제출된 논문
2. 일반논문: 학술지 게재를 위하여 따로 투고된 논문
3. 판례평석
4. 기타 편집위원회에서 학술적 가치가 있다고 인정한 번역물과 서평 등

제4조 (원고제출) ① 학술지에 논문을 게재하고자 하는 자는 원고를 각각 발간일 60일 전까지 원고파일을 온라인 논문 투고 및 심사 시스템 홈페이지(https://icls.jams.or.kr)에 제출함을 원칙으로 한다. 단, 논문제출 마감일이 공휴일인 경우에는 원고

제출은 그 다음날까지 할 수 있다.
② 투고자는 법학연구원이 제공한 논문투고 신청서 및 논문연구윤리 확인서 및 논문사용권 등 위임동의서를 제출하여야 한다. 이를 이행하지 아니한 자는 투고를 철회한 것으로 간주하며, 향후 2년간 성균관법학은 논문투고 신청을 거절할 수 있다.
③ 투고된 논문은 성균관법학 원고작성요령에 따라 제출되어야 한다.

제5조 (원고제출 기일의 연장) 법학연구원장은 논문제출 기일을 연장할 수 있다. 단, 이 기일의 연장은 법학연구원 홈페이지에 공지하여야 한다.

제6조 (심사료 및 게재료) ① 학술지에 원고를 투고할 때에는 심사비 6만원을 납부해야 한다. 게재가 결정된 원고에 대해서는 지정된 기일까지 게재료 20만원과 추가부담금을 납부해야 하며, 추가부담금은 200자 원고지 200매를 초과하는 원고지 1매당 1,000원으로 한다. 이를 이행하지 아니한 논문은 게재하지 아니한다.
② 저자가 2명 이상인 경우에는 심사료 및 게재료는 인원수에 따라 분담한다.
③ 본교 법학전문대학원의 교수는 제1항의 지급의무를 면제한다. 단, 공저인 경우 본교 법학전문대학원의 교수에 한하여 의무가 면제되며 그 외의 자는 그러하지 아니하다.

제7조 (논문게재예정증명서 및 논문게재확인서) 법학연구원장은 논문게재예정증명서 또는 논문게재확인서를 발급할 수 있다.

제8조 (저작권) 채택된 원고의 저작권은 채택과 동시에 성균관대학교 법학연구원에 귀속한다.

제9조 (규칙의 개정) 본 규칙은 법학연구원 운영위원회의 의결을 거쳐 개정할 수 있다.

제10조 (기타) 성균관법학의 논문투고와 관련하여 본 규칙에 명시되지 아니한 사항은 법학연구원 운영위원회의 결정에 따른다.

< 부 칙 > 본 규칙은 1997년 3월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2002년 3월 2일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2004년 6월 30일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2006년 12월 1일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2007년 8월 1일부터 시행한다. 2007년의 경우 제19권 제2호와 제3호를 8월 31일과 12월 31일에 각각 발간한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2010년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 5월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 12월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2012년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2014년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2018년 11월 20일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2021년 1월 1일부터 시행한다.

성균관대학교 「成均館法學」 원고작성요령

1. 원고는 논문, 판례평석, 서평, 자료로 구별하여 작성합니다.

2. 원고의 표지에는 논문제목(국문 및 영문), 필자성명(국문 및 영문), 소속과 직위, 학위, 전화번호 및 이메일 주소를 기재하여야 합니다.

3. 원고의 분량은 200자 원고지 150매 내외를 원칙으로 합니다. 다만, 원고가 200매 초과시에는 초과분에 대한 게재료를 추가로 부담하여야 하며, 추가부담금은 200자 원고지 200매를 초과하는 원고지 1매당 1,000원으로 합니다.

4. 제출하는 원고에는 반드시 목차, 국문요약(외국어 논문인 경우에는 외국어요약), 참고문헌, 외국어초록(외국어 논문인 경우에는 국문초록), 국문 및 외국어 5개 이상의 주제어를 첨부해야 합니다. 초록의 분량은 2쪽 이내이어야 합니다.

5. 주석은 '각주'로 처리합니다. 각주에서 인용한 문헌을 참고문헌에서 가나다 순 또는 알파벳 순으로 모두 표시합니다.

6. 논문은 '아래한글'로 다음의 규격에 따라 작성합니다.
 가. 본문: 들여쓰기 10, 줄간격 170, 글꼴 바탕, 글자크기 10.5
 나. 각주: 왼쪽 여백 3, 오른 여백 0, 내어쓰기 15, 줄간격 150, 글꼴 바탕, 글자크기 9

7. 인용되는 표현인 것을 표시하는 경우에는 " "를 사용하고 강조하는 내용을 표시하는 경우에는 ' ', 방점 또는 밑줄을 사용합니다.

8. 성균관법학은 인용방법의 통일화를 지향합니다. 각주에서 출전을 밝히는 방법은 사법정책연구원 발간 「법률문헌의 인용방법 표준안(증보판)(2017)」 또는 그 후 개정되는 내용을 준수하여야 합니다.

<자주 사용되는 인용 사례>

다음은 (편의를 위해) 사법정책연구원, 「법률문헌의 인용방법 표준안(증보판)(2017)」의 내용 중 자주 사용되는 것을 예시한 것입니다. 자세한 내용, 추가 내용은 「법률문헌의 인용방법 표준안(증보판)(2017)」을 참고하시기 바랍니다.

① 논문의 인용

- 저자명, “논문 제목”, 간행물명 제X권 제Y호, 출판기관(출판연도), 인용면수.
- 홍길동, “속인주의와 속지주의의 구별”, 인권과 정의 제236호, 대한변호사회(1996), 133-134.
- 단행본 내의 논문: 저자명, “논문 제목”, 책 제목(편자명), 출판기관(출판연도), 인용면수.
- 학위 논문: 저자명, “논문 제목”, 석사(또는 박사) 학위논문, 학위수여 대학교(제출연도), 인용면수.
- 외국 논문은 그 나라의 인용방법에 따른다.

② 판결 등의 인용

- 법원명 선고 년. 월. 일. 선고 사건번호 판결.
- 대법원 1996. 4. 26. 선고 96다1078 판결.
- 대법원 1995. 11. 16. 선고 94다56852 전원합의체 판결
- 대법원 2010. 1. 14.자 2009마1449 결정.
- 심리불속행 판결: 대법원 2000. 1. 1.자 99다2342 판결.
- 헌법재판소 1994. 7. 29. 선고 92헌바49 결정.
- 조세심판원 2013. 11. 4.자 2013지0444 결정.

③ 단행본의 인용

- 저자명, 제목(개정판 정보), 출판사(출판연도), 인용면수(“해당 내용.”).
- 정차호, 특허법의 진보성, 박영사(2013), 56(“진보성은 특허법에서 가장 중요한 요건이다.”).
- 저자가 2명 이상인 경우에는 기여도의 순에 따라 기재하고 각 이름 사이에는 가운데 점(·)을 둔다.
- 저자가 3명 이상인 경우 제1저자의 성명만 표기하고 “외 3인”으로 표기할 수 있다.

④ 법령의 인용

- 법령명(정식 명칭 또는 약칭) 제#조 제#항 제#호 ( )목.
- 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제25조의2 제3항 제1호
- 구 특허법(2008. 3. 28. 법률 제9097호로 개정되기 전의 것) 제29조 제2항.

⑤ 신문기사 등 기타 글의 인용, 인터넷 자료의 인용

- 신문기사: 저자명(신문사와 별도로 있는 경우), “기사 제목”, 발행 신문, 기사 일자(년. 월. 일.), 인용면수.
- 홍길동, “상고법원이 아닌 대법관 증원이 상책”, 동아일보(2019. 9. 14.), A12.
- 세미나 자료: 저자명, “발표문 제목”, 세미나 명칭, 주최자, 발표일(년. 월. 일.), 인용면수.
- 인터넷 자료: 전통적 출판 문헌의 인용방식 + 인터넷 주소(최종확인일자).

⑥ 외국자료의 인용

- 외국자료의 인용은 그 나라의 인용방법을 기준으로 한다.
- 그 나라의 인용방법을 알지 못하는 경우에는 해당 논문에서 가장 많이 인용된 외국자료의 해당 국가의 인용방법을 적용할 수 있다.

⑦ 각주 인용방법: 기타

- 하나의 각주에서 2개 이상 문헌을 인용하는 경우 각 문헌을 반쌍점(;)으로 이어준다.
- 앞에서 인용된 것을 다시 인용하는 경우, ‘저자명, 앞의 논문, 해당 면수’, ‘저자명, 앞의 책, 해당 면수’ 등으로 표시하고 바로 앞에서 인용된 것을 다시 인용하는 경우, ‘저자명, 위의 논문, 해당 면수’, ‘저자명, 위의 책, 해당 면수’ 등으로 표시합니다. 앞에서 인용된 각주번호를 병기할 수 있으며 (참고문헌이 별도로 제공되는 점을 감안하여) 병기를 생략할 수도 있다. ‘저자명, 앞의 논문(각주 34), 해당 면수’.
- 2차 문헌을 통해 1차 문헌을 인용하는 경우, 두 문헌의 출처를 모두 밝히고 ‘재인용’임을 표시하여야 한다.

성균관대학교「成均館法學」심사규칙

제1조 (목적) 이 규칙은 성균관대학교 법학연구원(이하 '연구원'이라 한다)이 간행하는 『성균관법학』에 게재하기 위하여 투고된 논문, 판례평석, 기타 원고 등의 심사절차를 정함으로써 공정한 심사기준을 마련함을 목적으로 한다.

제2조 (심사대상) 투고규칙 제3조에 따라 투고된 논문은 심사대상이 된다. 단, 번역물과 서평 등은 논문심사에서 제외할 수 있다.

제3조 (논문심사의 위촉과 심사절차) 논문심사의 위촉은 편집위원회 운영규정 제5조에 따른다.

제4조 (논문심사기준) ① 논문심사는 다음 각호의 기준에 따른다.

1. 논문의 독창성
2. 논문의 전문성
3. 논문의 형식
4. 논문의 해당분야 이론 및 실무의 관한 발전에 대한 기여도

② 논문에 대한 평가는 다음의 단계로 구분한다. (2019. 6. 3. 개정)

1. 수정이 필요 없을 경우 : "게재가능"
2. 간단한 수정이 필요한 경우 : "수정 후 게재"
3. 전면적인 수정 및 재심이 필요한 경우 : "수정 후 재심"
4. 게재가 가능하지 않는 경우 : "게재불가"

제5조 (개정) 이 규칙은 법학연구원 운영위원회의 의결을 거쳐 개정할 수 있다. (2019. 6. 3. 개정)

< 부 칙 > 본 규칙은 1997년 3월 1일부터 시행한다.
< 부 칙 > 본 규칙은 2002년 3월 2일부터 시행된다.
< 부 칙 > 본 규칙은 2004년 6월 30일부터 시행된다.
< 부 칙 > 본 규칙은 2006년 12월 1일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2007년 8월 1일부터 시행한다. 2007년의 경우 제19권 제2호와 제3호를 8월 31일과 12월 31일에 각각 발간한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2010년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 5월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 12월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2012년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2014년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2019년 6월 3일부터 시행한다.

성균관대학교「成均館法學」발행규칙

제1조 (목적) 이 규칙은 성균관대학교 『성균관법학』을 발행함에 있어 필요한 사항을 정함을 목적으로 한다.

제2조 (학술지명) 법학연구원은 국내학술지로『성균관법학』(SungKyunKwan Law Review)을 발행한다.

제3조 (발간시기) ① 성균관법학은 연4회 발간한다.
② 성균관법학의 발간일자는 매년 3월 31일, 6월 30일, 9월 30일, 12월 31일로 한다.
③ 성균관법학에 게재된 저작물에는 논문투고일자(2***년 *월 *일), 심사일자(2***, *월, *일, 게재확정일자(2***, *월, *일)를 표기한다.
④ 편집위원회의 결정에 의하여 기념호 또는 특집호를 발간할 수 있다.

제4조 (전자 발간) ① 성균관법학의 발간은 전자적 방식으로 한다.
② 게재가 확정된 논문에 대해서는 해당 논문을 PDF파일 형태로 하여 게재자에게 무상으로 제공한다.

제5조 (기타) 성균관법학의 발행과 관련하여 본 규칙에 명시되지 아니한 사항은 법학연구원 운영위원회의 결정에 따른다.

< 부 칙 > 본 규칙은 1997년 3월 1일부터 시행한다.
< 부 칙 > 본 규칙은 2002년 3월 2일부터 시행된다.
< 부 칙 > 본 규칙은 2004년 6월 30일부터 시행된다.
< 부 칙 > 본 규칙은 2006년 12월 1일부터 시행된다.
< 부 칙 > 본 규칙은 2007년 8월 1일부터 시행한다. 2007년의 경우 제19권 제2호와 제3호를 8월 31일과 12월 31일에 각각 발간한다.
< 부 칙 > 본 규칙은 2010년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 5월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 12월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2012년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2014년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2018년 11월 20일부터 시행한다.

法學硏究院 운영위원회

- 연구원장　정차호
- 운영위원　김재원, 배병호, 이경열, 이선희, 정상현, 정차호

法學硏究院 편집위원회

- 편집위원장　이경열(성균관대학교)
- 편 집 위 원　강현호(성균관대학교),
  박인환(인하대학교), 김동준(충남대학교),
  이창섭(제주대학교), 이기춘(부산대학교),
  현소혜(성균관대학교), 정차호(성균관대학교),

法學硏究院 윤리위원회

- 윤리위원장　정차호(성균관대학교)
- 윤 리 위 원　김재원(성균관대학교), 배병호(성균관대학교),
  이경열(성균관대학교), 이선희(성균관대학교),
  정상현(성균관대학교), 정차호(성균관대학교),

- **연락처 : 서울시 종로구 성균관로 25-2 성균관대학교 법학관 303호 법학연구원**
- **전　화 : (02) 760-1288　Fax : (02) 760-1289**
- Homepage : http://law.skku.edu/
- E-mail : icls@skku.edu

成均館法學

第33卷 第3號

1판 1쇄 발행 2021년 9월 30일
발행인 : 정 차 호
발행처 : 성균관대학교 법학연구원
주소 : 03063 서울특별시 종로구 성균관로 25-2
전화 : (02) 760-1288~9
E-mail : icls@skku.edu
등록번호 : 1992년 12월 22일 제1-1469호

SungKyunKwan Law Review

Vol.33 No. 3

Articles

• A study on the Constitutional Principles of Environmental State	ChangHwan, Hur	1
• Reinterpretation on the Principles and Standards Concerning the Application of Administrative Statutes	Joung, Youn Boo	27
• A Review on the Environmental Right, Science & Technology and Patent System in Ecological Transition	Lee Kyu Hong	65
• Prolegomena to rethinking of the Legal System of French Religious Organizations	KWON, Chul	129
• Study on Quasi Mixed-Member Proportional Representation under Public Official Election Act -Focusing on the comparison with Germany -	Younjin Kim	169
• A Study on the Constitutional Court's Decisions Related to Civil Litigation	Younghwa MOON	209
• Zum Begriff des Streitgegenstandes im Zivilprozess	Seongbum Lee	295
• The relationship between the criminal responsibility of organization and the responsibility of natural person	Lee, Sungdae	333
• Legal Analysis of the Korean Domestic Stakeholders' Position on the Benefit-sharing Modalities of Marine Genetic Resources in ABNJ	Lee, Kil Won Kim, Jin Young Moh,Youngdawng	361
• A Study on Legal Issues in NFT Content Transactions	Hyun-Kyung, Kim	391
• A Study on the Revision Direction of the Copyright Act on the Legal Status of Internet Transmission	Lee, Hae Wan	433

成均館法學 Vol.33 No.3 2021 成均館大學校 法學研究院