

김제완 지도교수님과의 식사 및 세미나 시간

본 학회지는 모든 자전법학회 학회원들이 한 학기동안 준비한 세미나 자료와 소논문을 모아 만든 것입니다. 앞으로도 배움에 정진하며 부족한 점들을 보완해나가도록 하겠습니다.
자전법학회에 많은 관심 부탁드립니다. 감사합니다.

목 차

학회장 인사 ····· .4
2019-2학기 자전법학회 활동보고 ····· 5

▣ 세미나

[제78차 세미나] 무상양수인에 대한 선의취득 제한 필요성 ····· 9

[제79차 세미나] 건축허가와 제3자의 권리보장에 대한 검토 ····· 29

[제80차 세미나] 동성 간 혼인의 합헌성과 시민 결합에 관한 논의 ····· 43

[제81차 세미나] 가정폭력범죄에서의 정당방위 연구 ····· 62

[제82차 세미나] 클라우드 컴퓨팅 환경에서의 전자증거 압수수색 ····· 81

[제83차 세미나] 행정입법의 형식과 실질의 불일치 ····· 96

[제84차 세미나] 노동조합의 부당노동행위 도입 검토 ····· 114

[제85차 세미나] 법규범의 불완전성 정리 ····· 127

[제86차 세미나] 합리성의 재구성을 위한 방법론으로서의 맥락추론의 의의 ····· 144

▣ 연구 논문

유가증권의 선의취득제도에 대한 비교법적 고찰 ····· 157

사실혼 당사자의 실질적 보호를 위한 연구
- 성립 요건의 해석과 사실혼 가족의 법률적 보호 방안에 대한 비교를 중심으로 ····· 178

혼인의 기능 및 본성을 중심으로 본 동성혼의 허용 가능성 검토 ····· 190

현행 과잉방위 법리의 문제 분석 및 재구성
- 형법 제21조 제3항 과잉방위 법리의 필요적 면제 문제 ····· 201

특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조에 대한 후생 경제학적 고찰
-가중처벌의 정당성 분석과 대책 마련을 중심으로 ····· 217

전자증거의 압수·수색과 입법론적 대안 검토 ····· 232

디지털 증거의 압수수색에서 참여권의 보장
- 제3자의 권리 중심으로 ····· 246

증거개시제도 도입의 필요성 및 개선 방안 검토 ····· 263

형사소송법에서의 인신구속제도의 문제점에 관한 연구
- 체포영장과 구속영장 일원화의 필요성과 긴급체포의 남용가능성의 제도적 개선방안을 중심으로 ····· 279

클라우드 서비스 이용 계약에 대한 사법적 검토 ····· 290

직장 내 성희롱에 관한 사용자의 법적 책임 및 개선방안 ····· 306

학회장 인사

안녕하세요. 자전법학회 학회장, 자유전공학부 정치외교학과 송은용입니다.

저희 자전법학회는 2013년에 지도교수님이신 김제완 교수님의 도움으로 발족한 이래 다방면에서 꾸준한 활동을 해왔습니다. 그 결과, 이제 명실상부 자유전공학부를 대표하는 단체 중 하나가 되었으며, 자유전공학부 학생들이 끊임없이 의문을 던지고, 이에 대한 답을 고민하고 찾아내기 위해 협력하는 공간으로 거듭났습니다. 이런 점에서는 '공적 영역에서 복합적 전문성을 갖춘 지도자를 양성하겠다'는 자유전공학부의 설립 목적에 매우 기여하고 있다고도 감히 생각해봅니다.

특히, 저희 학회는 2018년부터 발제 형식을 바꾸어 심도 있는 주제를 정해 연구하고 이를 바탕으로 매주 세미나를 개최하고 있습니다. 이러한 발제는 자신이 고민하며 배운 내용을 단순히 학회원들이랑 나누는 데에만 의미가 있는 것이 아니라, 그 과정 자체에서 발제자 본인도 한 단계 성장할 수 있다는 점에서 의미가 큽니다. 발제를 하지 않은 학회원들은 세미나에서 논의된 주제, 또는 그것과 관련된 다른 주제 중에 한 가지를 연구한 후에 소논문을 작성하고 있습니다. 비록 부족한 실력이지만 많은 교수님들의 논문과 저서를 읽으면서 수업과는 또 다른 배움을 얻을 수 있기에 저희 학회가 가장 치중하고 있는 활동이기도 합니다.

법조인을 꿈꾸는 학생들이 많은 만큼, 법학전문대학원 진학을 함께 준비하는 공간이자, 서로 도울 수 있는 인적망을 구성하기 위해서도 노력을 기울여왔습니다. 그 결과, 매년 상당수의 학회원들이 법학전문대학원에 진학하고 있으며 이러한 실적만큼은 그 어떤 학회와 비교해도 뒤지지 않습니다. 이는 늘 열심히 학회 활동에 참여하면서도 학업을 게을리하지 않는 학회원들과 이를 아낌없이 도와주시는 김제완 교수님 및 다른 교수님들 덕분입니다.

이번 학회지에는 이러한 저희의 활동 중 세미나 발제문과 소논문을 수록하였습니다. 저희가 한 학기동안 치열하게 토론하고, 고민한 내용이 담긴 총 9번의 세미나와, 11편의 논문을 통해 조금이나마 저희의 열정이 전달되길 바랍니다. 저를 비롯한 대다수의 학회원들이 학술적인 글을 써본 경험이 적고, 배움도 부족하기에 분명 아쉬운 부분이 많을 것 같습니다. 이런 부분에 대해서는 아낌없이 쓴소리를 해주시고, 잘한 부분은 격려해주신다면 이를 양분 삼아 앞으로 더 발전해나가겠습니다.

마지막으로, 부족한 학회장임에도 불구하고 믿고 따라와 준 학회원들과 학생들의 호기심을 늘 해결해주셨던 김제완 교수님에게 감사 인사를 드리며 이만 인사말을 마무리 짓고자 합니다. 앞으로도 자전법학회의 발전을 위해 노력해줄 여러 학회원과 차기 학회장님께도 심심한 응원의 말을 전합니다. 감사합니다.

2020년 2월
학회장 송은용

자전법학회 2019-2학기 활동보고

○ 자유전공학부 학생회 인준 자치단체
○ 지도교수 : 고려대학교 법학전문대학원 김제완 교수님
○ 학회실 : 구법학관 B107호
○ 홈페이지: http://sis.korea.ac.kr/sis/join/law.do
http://cafe.naver.com/kusisclec
○ 학회장: 송은용 (010-3653-9076, sey9606@daum.net)

1. 학회원 명부 (2019-2학기 활동인원 기준)

○ 총 20명

순번	이름	학번(10자리)	직위	비고
1	송은용	2015100001	학회장	
2	이선욱	2015100088	학술위원	
3	고병준	2016100014	학회원	
4	김민철	2015100028	(이하 동일)	
5	김서현	2018100017		
6	김지훈	2018100106		
7	박연수	2017100072		
8	서재환	2017100025		
9	서혜진	2017100030		
10	손원재	2015100031		
11	손주은	2018100066		
12	오지연	2016100007		
13	이건창	2015100003		
14	이로운	2018100061		
15	이윤서	20181000		
16	조윤익	2018100077		
17	최기선	2016100006		
18	최동혁	2017100061		
19	한지윤	2017100087		
20	황승조	2015100009		

2. 활동 내용

회차	일자	일정
	8월 29일	신입학회원 지원마감
	9월 2일~3일	면접
1	9월 10일	OT
2	9월 17일	제78차 세미나
3	9월 24일	제79차 세미나
4	10월 1일	제80차 세미나
10/8, 10/15, 10/22 세미나 없음 (중간고사 기간)		
5	10월 29일	제81차 세미나
6	11월 5일	제82차 세미나
7	11월 12일	제83차 세미나
8	11월 19일	제84차 세미나
9	11월 26일	제85차 세미나
10		제86차 세미나

○ 이번 학기에는 총 9개의 주제로 세미나를 진행하였습니다.
○ 세미나를 진행하지 않은 학회원은 각자 소논문을 작성하였습니다.


School of Interdisciplinary Studies
2014
Law Academy

자전법학회
2019학년도 2학기

세미나

고려대학교 자전법학회
제78차 세미나

선의취득제도: 무권리자로부터의 취득[1)]

자유전공학부 법학회 제78차 세미나
이 선 욱

Ⅰ. 의의

제249조(선의취득) 평온, 공연하게 동산을 양수한 자가 선의이며 과실 없이 그 동산을 점유한 경우에는 양도인이 정당한 소유자가 아닌 때에도 즉시 그 동산의 소유권을 취득한다.

1. 개념

부동산과는 달리 동산의 물권변동에서는 공신력이 인정된다(공신의 원칙). 즉 어떤 동산을 점유하는 자를 권리자로 믿고 평온·공연하게 선의·무과실로 그 동산을 취득한 경우에, 양도인이 정당한 권리자가 아니더라도 양수인은 그 동산에 관한 권리를 취득한다(민법 제249조, 이하 민법은 법명 생략). 이처럼 양도인의 점유라는 공시방법을 신뢰한 양수인을 보호하는 것이 선의취득제도이다.[2)]

선의취득에 의하여 거래안전의 보호, 즉 "동적 안전"은 확보되지만, 진정한 권리자의 보호, 즉 "정적 안전"이 침해된다. 따라서 선의취득에 관한 제249조를 해석·적용할 때 위의 두 법익을 비교·형량해야 한다.

2. 인정 취지

(1) 거래안전의 확보

지원림 교수님은 동산이 부동산에 비해 빈번한 거래대상이 됨에도 불구하고 인도, 특히 점유개정 등 객관적 징표를 수반하지 않는 관념화된 인도가 공시방법으로서 매우 불완전하기 때문에, 동적 안전을 확보할 필요가 있다는 점에서 선의취득제도의 인정근거를 찾는 입장이다.

(2) 무자력위험의 전가

양창수·권영준 교수님은 선의취득제도가 처분권이 없는 자의 무자력위험을 처분의 상대방으로부터 원래의 소유자에게 전가하는 기능을 한다는 입장이다. ⅰ) 선의취득이 긍정되면 원소유자는 소유권을 상실하는 대신에 무처분권자에 대해 손해배상청구권이나 부당이득반환청구권 등의 구제수단을 가지게 된다. 이를 통해 원소유자는 자신의 소유물 그 자체는 아니더라도 그 경제적 가치는

---

1) 이하 10쪽까지의 내용은 이인재, 민법주해[Ⅴ](곽윤직 편), 1992, 426-477쪽; 지원림, 민법강의(제16판), 2019, 515-522쪽; 양창수/권영준, 민법Ⅱ: 권리의 변동과 구제(제3판), 2017, 148-163쪽; 곽윤직/김재형, 물권법(제8판), 2014, 161-169쪽; 박동진, 물권법강의, 2018, 105-116쪽에 기반을 두고 있다(이하 본문에서 위 서적에 대한 인용은 부득이하게 생략하였음).

2) 이는 선의취득제도에 대한 국내의 통설이다. 후반부에서 이러한 설명방식에 대하여 검토할 것이다.

이를 그대로 유지할 법적 가능성을 갖게 된다. 그러나 이러한 구제수단은 모두 채권적 성질을 가지는 것으로서, 그 채무자인 무처분권자에게 자력이 없거나 부족한 경우에는 별다른 실효성이 없다. ii) 반대로 선의취득이 부인되어 소유자가 그대로 소유권을 가진다면, 그는 무엇보다도 소유권에 기하여 목적물을 점유하고 있는 처분의 상대방에 대해 물건의 반환을 구함으로써(제213, 214조) 대체로 자신의 이익을 온전히 지킬 수 있을 것이다. 따라서 이 경우에는 처분의 상대방이 무처분권자를 상대로 담보책임에 기한 처분대가의 반환 또는 손해배상(제570조, 390조, 750조)을 구할 수 있을 것이다. 그러나 이들 역시 채권적 권리이므로, 무처분권자가 무자력이면 별다른 실효성이 없다. 결국 선의취득의 성립 여부는 누가 이러한 위험을 떠안을 것인가의 문제이기도 하다.

(3) 판례의 입장

대법원은 선의취득제도에 대하여 "동산을 점유하는 자의 권리외관을 중시하여 이를 신뢰한 자의 소유권 취득을 인정하고 진정한 소유자의 추급을 방지함으로써 거래의 안전을 확보하기 위해 법이 마련한 제도"라고 판시하였다.[3)]

Ⅱ. 요건

1. 선의취득의 객체: 동산

부동산에 대해서는 선의취득이 인정되지 않는다(등기의 공신력 부정). 마찬가지로 부동산과 같이 등기·등록에 의하여 공시되는 동산(선박, 건설기계, 자동차, 항공기 등)도 마찬가지다.

한편 금전의 경우, 일반적으로 동산의 일종이지만, 물성 자체는 중요하지 않고 수량으로 표시된 일정한 화폐가치가 중요시된다. 따라서 i) 금전이 가치의 표상(지급의 수단)으로서 유통되는 경우에, 부당이득이 문제될 뿐이고 선의취득의 대상으로 되지 않는다. ii) 반면 체계적으로 수집된 화폐처럼 액면의 가치를 표상하는 것이 아님이 외견상 명백하다면, 제250조 본문이 적용된다.

2. 양도인은 점유자이지만 무권리자일 것

(1) 양도인의 점유라는 공시방법을 신뢰한 자를 보호한다는 제도의 목적에 따라 양도인은 동산의 점유자여야 한다. 그 점유가 직접점유인가 간접점유인가, 자주점유인가 타주점유인가 하는 것은 문제되지 않는다. 그리고 점유보조자(제195조 참조[4)])에게는 점유권이 인정되지 않지만, 그도 외관상으로는 동산을 사실상 지배하고 있기 때문에, 그를 권리자로 오신한 경우에 이 요건은 충족된 것으로 보아야 한다.

(2) 양도인은 무권리자 내지 무권한자여야 한다. 예컨대 임차인이나 수치인과 같이 원래부터 무권리자인 경우 외에도 대리인이 본인 소유 아닌 물건을 처분하고 상대방이 본인 소유라고 오신한 경우, 공유자의 1인이 공유물을 처분하는 경우, 양도인의 권리취득이 무효이거나 취소·해제에 의하여 소급적으로 부정되는 경우 등을 들 수 있다. 나아가 소유자이지만 처분권한이 제한되어 있거나

3) 대법원 1998. 6. 12, 선고 98다6800 판결.

4) **제195조(점유보조자)** 가사상, 영업상 기타 유사한 관계에 의하여 타인의 지시를 받아 물건에 대한 사실상의 지배를 하는 때에는 그 타인(=지시자)만을 점유자로 한다.

부담부 소유권을 가지고 있는 경우에도 제249조가 유추될 수 있다.

3. 유효한 거래행위에 의한 권리의 승계취득

(1) 거래안전을 보호한다는 제도의 취지에 비추어 양수인이 '거래행위'에 의하여 권리를 승계취득해야 한다. 따라서 상속에 의한 포괄승계나 사실행위에 의한 원시취득에 대하여 제249조가 적용되지 않는다. 한편 통설은 여기에서의 거래행위는 유상·무상을 불문한다고 하는데, 이에 대해서는 이해관계의 조절이라는 측면에서 입법론적으로 검토할 가치가 있는 쟁점이다. 특히 선의취득제도는 기본적으로 양도인의 처분권한을 믿고 거래한 제3자의 신뢰를 보호하려는 것인데, 증여 등의 무상행위는 대체로 이러한 신뢰와 무관하게 이뤄진다. 또한 무권한양도로 발생하는 법문제에서의 당사자들의 지위가 "전부 아니면 무"의 해결로 귀착되기 쉽다는 점을 고려하면, 무처분권자의 무자력위험은 어차피 대가 없이 재산취득을 꾀하였던 무상양수인이 부담함이 타당하다. 증여계약에서 수증자는 원칙적으로 담보책임을 물을 수 없는 등(제559조) 그 법적 보호에서 유상계약과 다른 취급을 받는다는 점도 고려되어야 한다. 그러므로 목적론적 축소해석에 기해 무상양수인의 선의취득은 부정할 필요가 있다.[5)]

(2) 양도인의 무권한만 치유되면 양수인이 목적물의 소유권을 취득할 수 있어야 하므로, 양도인과의 거래행위가 유효해야 한다. 즉 양도인이 무권리자인 점을 제외하면 아무런 흠이 없는 거래행위여야 한다. 선의취득은 '양도인의 무권한'이라는 흠을 치유하는 것이지, 무능력·의사의 흠결·무권대리 등 다른 흠을 치유하는 것이 아니기 때문이다. 따라서 거래행위가 무효이거나 취소로 되면, 선의취득이 성립하지 않는다.[6)]

4. 양수인의 점유취득

(1) 민법 제249조는 "동산을 양수한 자가···그 동산을 점유한 경우"라고 규정하는데, 이는 동산소유권양도에 관한 물권행위의 한 요소로서 인도가 행해져야 함을 의미한다. 간이인도(제188조 제2항)처럼 새삼 인도가 요구되지 않는 경우에는, 그 양수인의 점유 태양(평온·공연)만 문제되고[7)], 선의취득 자체가 허용됨은 물론이다.

(2) 양도의 목적물이 양수인에게 인도되어 그가 점유를 얻어야 한다. 현실인도, 간이인도[8)] 및 목적물반환청구권의 양도(대용인도, 제190조[9)])[10)]의 방법이 허용됨은 당연하다. 한편, 점유개정(제189

---

5) 제철웅, "선의취득제도의 해석론상의 문제점과 그 개선방향", 민사법학(16), 126쪽 이하; 양창수/권영준, 152쪽 등 참조. 이에 대해서는 이하에서 별도로 다룰 것이다.

6) 다만 무효·취소된 경우, 양수인으로부터 전득한 자는 제3자 보호규정에 의해 보호될 수 있고, 나아가 전득자의 선의취득이 인정될 수도 있음은 별개의 문제이다.

7) 한편 민법주해[V], 449쪽에서는 점유의 태양인 평온·공연을 일본 민법의 오류를 답습한 요건이라고 한다. 제철웅, "동산선의취득법에 관한 연구", 서울대박사학위논문, 1995.에서도 이 요건을 불필요한 요건이라고 지적한다.

8) 대법원 1981. 8. 20, 선고 80다2530 판결 참조.

9) **제190조(목적물반환청구권의 양도)** 제3자가 점유하고 있는 동산에 관한 물권을 양도하는 경우에는 양도인이 그 제3자에 대한 반환청구권을 양수인에게 양도함으로써 동산을 인도한 것으로 본다.

10) 다수설과 判例는 지명채권 양도의 대항요건(통지 및 승낙)을 갖추었다면 이를 긍정한다. 박동진, 109

조[11])이 이 요건을 충족하는지에 대해서는 논의가 있다.

점유개정에 의해 점유를 취득한 경우 判例는 선의취득을 부정한다.[12] 그러나 그 후 점유자가 현실인도를 받았다면 그때를 기준으로 다른 요건을 갖춘 경우에 선의취득이 인정된다. 이에 대한 견해대립으로는 ⅰ) 점유개정을 점유이전의 한 방법으로 인정하는 이상 점유개정의 방법에 의한 점유취득에 대해서도 선의취득을 인정해야 한다는 견해(긍정설), ⅱ) 점유개정은 관념적인 점유이전 중에서 가장 불명확하며, 점유개정에 의한 선의취득을 인정하여 원권리자의 권리를 박탈하는 것은 원권리자에게 지나치게 가혹하므로 선의취득은 성립할 수 없다는 견해(부정설), ⅲ) 점유개정에 의한 선의취득은 인정되지만 뒤에 현실인도를 받은 때 비로소 확정적으로 소유권을 취득한다는 견해(절충설)가 있다.

보다 구체적으로, 점유개정에 의한 선의취득이 문제되는 사례로 B가 A로부터 임차하여 점유하는 물건을 C가 B 소유로 믿고 B로부터 점유개정에 의하여 매수하는 경우를 들어 보자. 이에 대하여 다수설과 判例는 거래안전 보호의 필요와 원권리자 보호의 필요를 형량하여 (a) 외견상의 상태, 즉 원권리자(A)와 처분자(B) 사이의 간접점유관계에 아무런 변동이 없고 물건이 원권리자(A)의 (사회적) 지배범위에서 완전히 벗어나지는 못했다는 점, (b) 관념적인 인도방법 중에서도 가장 불명확한 점유개정에 의한 선의취득을 인정하는 것은 원권리자에게 지나치게 가혹하다는 점 때문에 정적 안전(원권리자의 이익)이 보다 더 보호되어야 한다는 점을 근거로 점유개정에 의한 선의취득을 부정한다.[13] ⅳ) 한편 지원림 교수님은 사후적으로 현실인도 등 다른 인도방법을 갖추면 목적물을 선의취득할 수 있는데, 이러한 경우에 그 다른 인도방법을 갖출 때에 선의취득의 요건, 특히 선의·무과실의 요건이 구비되어야 하고, 그러한 요건이 모두 구비되는 때에 확정적으로 권리를 취득한다고 보는 입장이다.[14]

5. 점유취득의 평온·공연·선의·무과실

우선 양수인의 점유취득은 평온·공연하게 이뤄져야 하는데, 이는 제197조 제1항에 의해 추정된다. 나아가 점유취득이 (양도인의 권원에 대한) 선의·무과실로 이뤄져야 한다. 즉 양도인이 무권리자임을 알지 못하면서, 알지 못한 것에 과실이 없어야 한다. 선의·무과실의 기준시점은 물권행위가 완성되는 때, 즉 물권적 합의와 인도 중에서 나중에 갖추어진 요건이 완성되는 때이다.

그런데 점유취득의 선의는 제197조 제1항에 의해 추정되지만[15], 무과실에 대한 추정규정이 없으므로 무과실에 대한 증명책임을 누가 부담하는지가 문제된다. 이에 관하여 判例는 동산질권의 선의

쪽 및 대법원 1999. 1. 26, 선고 97다48906 판결 참조.

11) **제189조(점유개정)** 동산에 관한 물권을 양도하는 경우에 당사자의 계약으로 양도인이 그 동산의 점유를 계속하는 때에는 양수인이 인도받은 것으로 본다.

12) 대법원 1978. 1. 17, 선고 77다1872 판결. 한편 독일 민법의 경우 제933조에서 점유개정으로 인한 선의취득을 명시적으로 부정한다.

13) 바로 앞 문단에서 대립되는 견해에 의하면 긍정설은 점유개정 또한 점유이전의 한 방법으로 인정된다는 점에서 선의취득이 인정된다고 하고, 절충설은 뒤에 현실인도를 받은 시점에 선의취득자는 비로소 확정적으로 소유권을 취득한다고 할 것이다.

14) 절충설과의 차이는 점유개정의 단계에서 소유권이 누구에게 있는지와 선의·무과실요건의 구비시기에 있다. 즉 절충설에 의하면 점유개정의 단계에서 이미 조건부 권리를 취득하며, 점유개정시에 선의·무과실이면 족하다. 그러나 지원림 교수님은 점유개정의 단계에서는 조건부 권리가 아니라 기본과 그대로 원권리자에게 소유권이 있으며, 선의·무과실의 요건은 점유개정이 아닌 다른 인도방법을 갖출 때 구비되어야 한다는 입장이다. (다만 이렇게 보면 결론에서는 부정설과 동일하다.)

15) 제197조 제1항은 점유상태에 관한 것이지만, 이를 점유취득에 유추하는 데에는 다툼이 없다.

취득에서 취득자의 선의·무과실을 동산질권자가 증명해야 한다고 한다. 한편 학설로 제200조에 의해 점유자가 적법한 권리자로 추정되기 때문에 양수인은 무과실로 추정된다는 다수설과 무과실에 대한 추정규정이 없음을 들어 선의취득자가 이를 증명해야 한다는 견해가 대립한다. 생각건대 제197조와 제200조에 의해 동산의 점유자는 소유자로 추정되므로, 양수인은 무과실로 추정된다는 다수견해가 타당하다.

Ⅲ. 효과

(1) 선의취득으로 양도인의 무권한이 치유되어 소유권양도행위는 유효하게 되고, 이에 따라 양수인은 소유권을 취득한다(제249조). 즉 양수인이 소유권을 선의취득하면 진정한 소유자의 소유권은 소멸한다.

(2) 선의취득에 의한 권리의 취득은 법률의 규정에 의한 원시취득이고, 따라서 소유권이 선의취득되면 양수인은 그 물건 위에 존재하던 제한물권의 부담이 없는 완전한 소유권을 취득한다. 또한 선의취득이 아니라면 제3자에게 자신의 소유권을 주장할 수 있었던 본래의 소유권자는 더 이상 그 권리를 주장할 수 없게 된다. 예컨대 A가 B에게 자신 소유의 동산을 매매하였지만 그 매매가 강행법규 위반으로 무효였다면 A는 여전히 그 동산에 대한 소유자로서 자신의 소유권을 대세적으로 주장할 수 있었을 것이다. 그러나 C가 B로부터 그 동산을 선의취득하였다면, 이제 C가 그 동산의 소유권자가 되는 것이고, 하나의 동산에 두 개의 소유권이 양립할 수 없으므로 A는 더 이상 주장할 소유권이 없는 것이다. 마찬가지로 A가 제한능력자여서 B와의 거래를 취소할 수 있는 지위에 있더라도, 선의취득 요건을 갖추어 동산을 원시취득한 C의 지위에 뒤늦게 영향을 줄 수는 없다.

(3) 선의취득이 성립하면 선의취득자와 양도인 사이의 관계는 양도인이 진정한 권리자였던 경우와 동일하다. 그리고 양도인은 양수인과의 거래행위에 의하여 취득한 이익을 부당이득으로 진정한 권리자에게 반환해야 하며, 귀책사유가 있다면 양도인은 채무불이행 또는 불법행위에 기한 손해배상의무도 진다. 반면 선의취득자는 진정한 권리자에 대하여 부당이득반환의무를 지지 않는데, 선의취득자의 권리취득은 법률의 규정에 의한 것으로, 제249조가 제741조 소정의 '법률상 원인'을 이루기 때문이다.[16]

(4) 선의취득의 효과는 종국적이다. 즉 양수인이 진정한 권리자에게 동산을 반환하고 양도인에 대하여 담보책임(제570조)을 추궁하는 것은 허용되지 않는다. 判例도 제249조의 요건이 구비되어 동산을 선의취득한 자는 권리를 취득하는 반면 종전 소유자는 소유권을 상실하는 법률효과가 '법률의 규정'에 의하여 발생되므로, 선의취득자가 임의로 이와 같은 선의취득의 효과를 거부하고 종전 소유자에게 동산을 반환받아 갈 것은 요구할 수 없다고 하였다.[17]

---

16) 이와 달리 무상취득의 경우에 부당이득반환의무를 인정하는 견해도 있는데, 독일 민법 제816조 제1항 제2문은 무상행위로 인한 선의취득의 경우에 부당이득반환의무를 인정한다. 자세한 것은 아래에서 다룬다. 양창수/권영준, 157쪽도 참조.

17) 대법원 1998. 6. 12, 선고 98다6800 판결.

Ⅳ. 점유이탈물에 관한 특칙

제250조(도품, 유실물에 대한 특례) 전조의 경우에 그 동산이 도품이나 유실물인 때에는 피해자 또는 유실자는 도난 또는 유실한 날로부터 2년내에 그 물건의 반환을 청구할 수 있다. 그러나 도품이나 유실물이 금전인 때에는 그러하지 아니하다.
제251조(도품, 유실물에 대한 특례) 양수인이 도품 또는 유실물을 경매나 공개시장에서 또는 동종류의 물건을 판매하는 상인에게서 선의로 매수한 때에는 피해자 또는 유실자는 양수인이 지급한 대가를 변상하고 그 물건의 반환을 청구할 수 있다.

1. 서설

(1) 민법은 도품·유실물에 대하여는 별도의 규정을 두어, 그것이 금전이 아닌 한 피해자가 유실자가 도난 또는 유실한 날로부터 2년 내에 그 물건의 반환을 청구할 수 있다고 규정하고 있다(제250조). 여기서 도품 또는 유실물은 '점유이탈물'을 가리킨다.[18] 제250조는 게르만법의 흔적으로, 소유자가 물건을 도난당하거나 유실한 경우에, 그 점유자의 권리외관을 형성하는 데 관여한 바 없으므로 원소유자의 소유권을 보다 더 보호할 필요가 있다는 데 그 취지가 있다.

(2) 이와 같이 점유이탈물에 대하여 선의·무과실인 양수인이더라도 소유권의 즉시취득을 인정하지 않는 이유는 다음과 같다.
소유자 또는 그의 의사에 기하여 물건을 점유하는 사람이, 자신의 의사에 기하지 않고 점유를 상실한 경우에는, 일반적으로 권리외관의 형성에 대한 소유자의 기여(귀책사유)가 양수인의 정당한 신뢰를 보호할 필요를 충분히 고려하더라도 그의 소유권을 바로 상실시킬만하다고 평가될 수 없다. 각도를 달리하여 말하면, 양수인이 도둑 또는 점유이탈물 횡령자를 상대방으로 택하여 거래하였다면, 그가 비록 선의·무과실이라고 해도, 그 선택에서의 신뢰를 앞세워서 소유자의 권리보유에 관한 신뢰를 아예 물리칠만하지는 않다는 것이다.[19] 그러므로 소유자 등에게 일정 기간 동안에는 원래의 권리를 행사할 수 있도록 하고, 그 기간이 경과한 후에야 비로소 양수인의 소유권 취득을 인정하는 것이다(제250조).[20] 나아가 그것이 경매나 공개시장 등과 같이 일반인이 가지는 거래상의 신뢰가 보장되어야 하는 상황에서 구입된 것이라면, 이를 고려하여 위와 같은 소유자 등의 권리 행사를 양수인이 지급한 대가의 변상과 연결시키는 것이다(제251조). 이와 같이 민법의 점유이탈물에 대한 처리는 전반적으로 선의취득에서 전형적으로 문제되는 사정들에 대한 균형 잡힌 평가 위에 기초하고 있다고 할 수 있다.

2. 적용범위 및 요건

(1) 위 특칙은 금전에는 적용되지 않는다(제250조 단서). 금전의 보편적 가치표창성과 범용성에 비추어 그 원활한 유통을 촉진하려는 것이다. 같은 취지에서 지시채권, 무기명채권 기타 유가증권

18) 한편 소유자 등의 의사에 기하여 점유되는 물건은 '점유위탁물'이라고 한다.
19) 양창수/권영준, 158쪽은 도둑 등이 아니라 그의 점유승계인이라고 해도 크게 다를 바 없다는 입장이다.
20) 여기서 소유권의 취득 시점에 관하여 견해대립이 있는데, 이에 대해서는 아래에서 다룬다.

(제514조, 제524조, 상법 제65조 등)에도 위 특칙이 적용되지 않는다.

(2) 여기서 도품·유실물은 점유이탈물을 망라한 것으로 이해된다. 점유이탈물이란 종전의 직접점유자가 그 의사에 의하지 않고 점유를 상실한 물건을 말한다.[21] 한편 유실물의 습득자가 제253조[22]와 유실물법에 의한 절차를 거쳤다면 그에 따라 소유권을 취득하므로, 그러한 절차를 밟지 않은 경우에 제250조가 적용된다. 또한 도품이나 유실물이 제3자에게 양도된 경우에도 그 성질은 유지된다.[23]

(3) 제250조 및 제251조의 특칙은 제249조에서 정하는 선의취득의 다른 요건이 모두 갖추어진 것을 전제로 하여 그 원칙을 변용하는 것이다.[24] 따라서 민법 제249조의 요건이 충족되지 않으면 제250조 등을 기다릴 것이 없이 당연히 선의취득이 성립하지 않는다.[25]

2-1. 주요판결: 대판 1991. 3. 22, 91다70[26]

(1) 민법 제249조가 규정하는 선의·무과실의 기준시점은 물권행위가 완성되는 때인 것이므로 물권적 합의가 문제로 된 동산의 인도보다 먼저 행하여지면 인도된 때를, 인도가 물권적 합의보다 먼저 행하여지면 물권적 합의가 이루어진 때를 기준으로 해야 하는 것이고

(2) 민법 제250조나 제251조는 다같이 민법 제249조의 선의취득의 요건이 충족된 경우들에 관한 규정으로서 위 제250조는 목적물이 진정한 권리자의 의사에 반하거나 의사에 의하지 않고 그 점유를 이탈한 도품, 유실물인 때에 피해자, 유실자는 선의취득자에 대하여 2년간 그 물건의 반환을 청구할 수 있는 제도에 관한 규정이고 위 제251조는 양수인이 위와 같은 도품이나 유실물을 경매나 공개시장 또는 동종류의 물건을 판매하는 상인에게서 선의(무과실)하게 매수한 때에는 종전의 소유자는 그 대가를 변상하고 그 물건의 반환을 청구할 수 있는 제도에 관한 규정인바 여기에 도품 유실품이란 위에서 본 제도적 취지에 비추어 원권리자로부터 점유를 수탁한 사람이 적극적으로 제3자에게 부정 처분한 경우와 같은 위탁물 횡령의 경우는 포함되지 아니하고 또한 점유보조자 내지 소지기관의 횡령처럼 형사법상 절도죄가 되는 경우도 형사법과 민사법의 경우를 반드시 동일시 해야 하는 것은 아닐 뿐만 아니라 진정한 권리자와 선의의 거래 상대방간의 이익형량의 필요성에 있어서 위탁물 횡령의 경우와 다를 바 없으므로 이 역시 민법 제250조의 도품, 유실품에 해당되지 않는다고 보아야 하고

---

21) 즉, 도품이란 점유자의 의사에 반하여 점유를 빼앗긴 물건을 말하고, 유실물이란 점유자의 의사에 기하지 않고 그의 점유를 이탈한 물건으로서 도품 아닌 것을 말한다. 이러한 점으로 보았을 때, 사기의 경우에 권리자의 의사에 기하여 점유가 이전되었으므로 제250조가 적용되지 않는다. 나아가 위탁물 횡령 또는 점유보조자나 소지기관의 횡령 역시 제250조의 문제가 아니다.

22) **제253조(유실물의 소유권취득)** 유실물은 법률에 정한 바에 의하여 공고한 후 6개월 내에 그 소유자가 권리를 주장하지 아니하면 습득자가 그 소유권을 취득한다.

23) 주 19 참조.

24) 이러한 점에서 제250조는 "전조의 경우에"라고 명시하고 있으며, 특히 제251조에는 '선의'만을 규정하고 있으나 '선의와 무과실'을 의미하는 것으로 해석한다.

25) 대법원 1991. 3. 22, 선고 91다70 판결.

26) 아래의 (1)~(3)은 판시사항의 내용을 구분하여 편의상 붙인 것이다.

(3) 또한 민법 제251조는 같은법 제249조의 경우와는 달리 무과실을 명문으로 규정하고 있지는 아니하나 같은 조문은 위에서 본 것처럼 위 제249조와 제250조를 전제로 하는 규정이므로 무과실도 당연한 요건이라고 해석해야만 한다.

이와 같은 법리를 원심이 설시한 이 사건의 사실관계에 적용시켜보면 이 사건 기계인 플레너는 점유자가 소외 1이고 그것을 맨처음 처분한 소외 2는 점유보조자 내지 소지기관이며 그로부터 양도받은 소외 3과 소외 4는 플레너를 인도받을 때를 기준으로 볼 때 악의의 양수인이고 이러한 양수인으로부터 다시 양도받은 피고는 같은 기계에 대한 물권적 합의 당시와 그 후 현실적 인도를 받을 당시에 관한 원심설시의 상황 아래서는 민법 제249조와 제251조의 무과실 취득이라고 볼 수 없어 결국 피고는 이 사건 기계인 플레너의 선의취득자일 수 없다는 결론이 자연스럽게 도출되는 것이고 이와 같이 선의취득자가 될 수 없는 이상 선의취득자로 된 경우에 비로소 문제가 되는 도품, 유실품인지에 관하여 원심이 판단하지 않았다 해서 어떤 잘못이 있다고도 할 수 없을 뿐만 아니라 양수인이 선의취득자일 때 비로소 그 요건 해당 여부가 문제되는 민법 제251조를 살피지 않았다 해서 법리오해의 위법이 있다고도 할 수 없다.

그러므로 원심이 피고의 민법 제251조의 청구를 배척한 것은 위에서 본 바에 비추어 옳고 이를 비난하는 논지는 이유없다.

※ 위 판결에 대하여 생각할 점[27]

1. 다른 동산과 달리 도품·유실물에 대해서는 선의취득의 요건이 갖춰지더라도 원소유자에게 반환청구권을 부여하는 이유가 무엇인가?

2. 위탁물의 횡령과 그 물건의 도난·분실은 어떻게 다른가? 왜 위탁물의 횡령에 대해서는 제251조가 적용되지 않는 것인가?

3. 이 사건에서 원심법원이 제251조의 청구를 배척한 이유는 무엇인가? 여기서 도출되는 제251조와 제249조 내지 제250조의 상호관계는 어떠한가?

3. 소유자 등의 반환청구권

(1) 피해자 또는 유실자는 도난 또는 유실한 날로부터 2년 내에 그 물건의 반환을 청구할 수 있다(제250조). 여기서 정하는 반환청구권의 성질은 점유이탈물의 양수인이 즉시 소유권을 취득하는가 하는 문제와 연동하여 논의된다.

통설은 양수인이 즉시 소유권을 취득하지만 이 반환청구권의 행사로 물건이 반환되면 선의취득자의 소유권이 소멸된다고 하면서, 이 권리는 점유이탈 당시의 법률관계를 부활시키는 법정의 특별한 원상회복청구권이라고 한다.[28] 그러나 일단 소유권을 주었다가 다시 빼앗기보다는 2년의 경과로 비로소 소유권을 취득한다고 하는 것이 간명하고 동조의 연원[29]을 고려하였을 때도 타당하다. 나아

27) 양창수/권영준, 160쪽.

28) 대법원 1991. 3. 22, 선고 91다70. 한편 이러한 점에서 통설은 제250조의 반환청구권은 점유의 회복과 함께 선의취득자의 권리를 소멸시키고 도난 당시의 법률관계를 부활시키는 법정의 특별한 권리로서, 형성권이 아니라 채권적 청구권이라고 한다.

가 소유권의 귀속을 이 청구권의 행사 및 그 만족 여부에 걸리게 하면 부당한 경우가 생길 수도 있고, 그 사이의 법률관계가 복잡하게 될 우려도 있다.[30] 또 종전 법률관계의 부활이라는 형성적 법권능을 - 아무리 법정의 특별한 청구권이라고 해도 - 청구권에 인정하는 것은 법논리상 무리이다. 그러므로 점유이탈물의 양수인은 다른 선의취득의 요건을 다 갖추었더라도 법이 정하는 기간 동안은 선의취득의 효과 발생이 미뤄져서 물건의 소유권을 취득하지 못한다고 보아야 한다. 이 경우 피해자 또는 유실자가 소유자라면 그는 여전히 자신이 보유하는 소유권에 기하여 물건의 반환을 청구할 수 있다. 이러한 점에서 여기서의 반환청구권은 물권적 반환청구권(제213조)의 성질을 가진다. 그런데 위 규정은 '피해자 또는 유실자'이면 그가 소유자가 아닌 경우에도 그에게 반환청구권을 인정한다. 이는 보다 용이하게 종전의 점유상태의 회복을 달성하기 위해 예외적으로 소유자의 물권적 반환청구권을 점유이탈 당시의 직접점유자에게도 부여한 것이다.[31] 그러므로 직접점유자이지만 소유자가 아닌 임차인 또는 수치인도 피해자 또는 유실자에 해당하면 반환청구권을 행사할 수 있다.

(2) 선의취득이 '미뤄지는' 기간은 "도난 또는 유실한 날로부터 2년"이다. 원래 소유권에 기한 반환청구권은 소멸시효 기타 그 행사에 대한 기간제한에 걸리지 않는다. 하지만 앞서 본 대로 점유이탈물에 대한 소유권 보호의 요청을 선의·무과실의 양수인의 신뢰 보호의 필요와 형량할 필요가 있으므로 그 기간을 단기로 제한하는 것이다.[32]

이 기간의 성질에 대하여는 논의가 있으나[33], 소멸시효가 아니라 제척기간이라고 할 것이다. 이는 ⅰ) 소유권관계를 조기에 확정할 필요가 있을 뿐 아니라, ⅱ) 소멸시효라면 민법이 일반적으로 "시효로 인하여 소멸한다"고 표현하는데 여기에서는 그러한 표현을 쓰지 않는다는 점에서도 그러하다.

소유자 기타 피해자 또는 유실자가 그 기간 내에 자신의 반환청구권을 재판상으로 또는 재판 외에서 행사하면 족하고, 그 기간 내에 실제로 반환받을 필요는 없다. 이로써 양수인의 선의취득은 영속적으로 지속된다.

(3) 도품 또는 유실물임을 이유로 선의취득이 부인되더라도, 소유자는 무권리자의 양도를 추인하여 그것을 유효하게 하고 그가 양도의 대가로 얻은 것을 부당이득으로 반환청구할 수 있다.[34] 이는 처분행위가 처분자의 무권한을 이유로 무효인 경우에 그 처분의 추인으로 인한 효력 발생과 관련

---

29) Hand wahre Hand 원칙 하에서 도품·유실물은 처음부터 선의취득의 대상이 될 수 없었다. 도둑도 소유할 의사를 가지지만, 그가 도품의 소유자가 될 수 없다는 점에서 통상의 자주점유와 다르다.

30) 예컨대, 통설에 의할 경우 제3자가 목적물을 훼손한 경우 누가 손해배상청구권을 가지는지가 반환의 시점이라는 우연적 사정에 의존하게 된다. 그러나 이와 같이 2년의 경과로 소유권을 취득한다고 하면 "도난 또는 유실한 날로부터 2년"이라는 확정적인 기준에 의해 손해배상청구권을 가지는 주체가 결정된다.

31) 물론 민법 제204조 제3항에 의해 점유자는 점유권에 기한 반환청구권을 가지지만 그 권리는 1년의 제척기간에 걸린다.

32) 이는 그 기산점을 (양수인의 취득시점이 아닌) 점유이탈한 때로 잡은 데서도 나타난다.

33) 반환청구권이 채권적 청구권이라고 하는 다수 견해가 대체로 이 기간을 소멸시효라고 본다.

34) 양창수/권영준, 162쪽은 대법원 1992. 9. 8, 선고 92다15550 판결(부동산의 공유지분을 갑과 함께 공동상속한 을이 공유지분 전체가 자기명의로 등기됨을 기화로 갑의 동의 없이 이를 타인에게 매도하고 등기까지 한 경우, 갑이 공유지분권을 상실하지는 않았더라도 을은 갑이 자신의 지분권매매의 추인을 전제로 자기 지분에 상응한 매매대금의 반환을 청구하면 이를 반환하여야 할 것이라고 한 사례)을 그 근거로 들고 있는데, 본문에서의 사안은 "선의취득이 부인되었으나 무권리자는 '법률상 원인 없이' 양도로 인해 대가를 얻었기 때문에" 적용될 수 있을 것으로 보인다.

한 일반적 법리를 적용한 결과이다. 이때 '양도의 대가'에는 매매대금채권 등도 포함된다.

4. 대가의 변상

(1) 점유이탈물의 양수인이 이를 경매나 공개시장에서 또는 동 종류의 물건을 판매하는 상인에게서 선의로 매수한 경우, 피해자 또는 유실자는 양수인에게 그가 지급하였던 대가를 변상하고 그 물건의 반환을 청구할 수 있다(제251조). 이는 민법 제250조에 기한 반환청구를 대가의 변상에 걸리게 함으로서 점유이탈물의 양수인이 경매 등 제도화된 거래장치에 대하여 부여하는 일반적 신용에 최소한의 보호를 부여하려는 것이다.

(2) 그 적용의 요건으로, ① '매수'는 유상취득의 원인행위를 대표적으로 예시한 것이므로 이 조항은 교환 등 기타의 유상행위에도 적용된다. 또한 그 반대해석상 증여 등 무상취득행위에는 적용되지 않는다. ② 또한 법문은 '선의'라고만 하나 이 규정은 제249조에서 정하는 선의취득의 다른 요건을 모두 충족하였음을 전제하므로 무과실까지 요구한다고 해석하는 것은 앞서 본 바와 같다.

(3) 이 규정에 기하여 양수인은 적극적으로 대가변상청구권을 가진다(통설).[35] 여기에서의 대가는 물건의 매수 당시에 지급한 가격을 의미하는 것이고, 시가를 의미하는 것이 아니다. 한편 양수인은 대가변상청구권에 기하여 소유자 등이 물건의 반환청구를 하는 데 대하여 동시이행의 항변을 할 수도 있다. 일단 목적물을 반환하였다고 해도, 별도로 대가변상을 청구할 수 있음은 물론이다.

Ⅴ. 이해를 위한 간단한 사례

[문제 1][36] 甲은 乙에게 월드컵 기념주화를 팔아달라고 부탁하였다. 그러나 실제로 이 월드컵 기념주화는 丙 소유의 것이었다. 乙과 丁은 모두 甲이 소유자라는 믿음 하에서 매매계약을 체결하게 되고, 丁은 월드컵 기념주화가 들어있는 상자를 乙로부터 받았지만, 그 열쇠는 甲으로부터 인도받았고 그와 동시에 매매대금을 지급하였다. 이 사실을 나중에 안 丙은 丁에게 기념주화의 반환을 청구할 수 있는가?

[문제 2][37] B가 A의 시계를 절취하고 3년이 지난 후 B의 시계라 믿은 C가 이를 매수하여 인도받은 경우 C의 소유권취득이 인정되는가?

---

35) 동지판례로 대법원 1972. 5. 23, 선고 72다115 판결. 한편 이 판례에서 제250조와 제251조의 관계에 대하여 설명한 부분은 다음과 같다: "제250조는 도난당한 후 2년 내에는 피해자는 아무 대상도 지급할 필요 없이 무조건 그 물건의 반환을 청구할 수 있다고 규정함으로서 피해자를 전적으로 보호하였으나, 그 물건을 일반 공개시장 또는 같은 물건을 판매하는 상인들로부터 매수한 경우에는 그 물건이 도품인가의 여부를 조사케 하여 매수하도록 함은 거래의 침체와 안전을 해하게 되므로, 제251조는 그 소정의 조건을 구비한 때에는 그 피해자에게 그 물건반환의 청구권은 인정하면서도 양수인이 지급한 대가는 변상하여야 한다고 규정하므로서 선의취득자를 보호하여 거래안전을 또한 도모한 것이라 할 것이다."

36) 이병준, 민법사례연습Ⅱ: 물권법, 2012, 99쪽.

37) 박동진, 116쪽.

[문제 3][38] A가 착오로 B와 동산매도계약을 체결하여 인도하고, 다시 B는 C에게 전매한 후에, A가 착오를 이유로 B와의 매매계약을 취소하였다.

(1) C가 자신의 권리를 보호받을 수 있는 방법은?

(2) C가 D에게 전매하여 인도한 후, B가 착오를 이유로 A와의 매매계약을 취소한 경우, D의 권리를 보호할 방법은?

(3) A가 무능력을 이유로 취소한 경우, C의 선의취득이 인정되는가?

38) 박동진, 111쪽.

무상양수인에 대한 선의취득 제한 필요성[39]

Ⅰ. 문제의 제기

1. 현행 민법의 선의취득 관련 규정(1~10페이지 참조)

민법은 양도인이 처분권한이 없게 된 경우, 그로부터 권리를 취득한 제3자를 보호하는 별도의 규정들을 두고 있는데[40], 선의취득도 이와 비슷한 취지로 생각할 수 있다.

2. 선의취득 관련 규정의 문제점

(1) 선의취득제도는 한편으로는 양수인으로 하여금 양수목적인 권리취득을 가능하게 하지만, 다른 한편으로는 종래의 소유자의 권리를 상실시킨다는 점에서, 이러한 제도가 과연 어떤 점에서 정당화될 수 있는가라는 의문이 제기될 수밖에 없다. 또한 선의취득제도를 거래안전보호를 위한 입법자의 결단으로 이해하더라도, 선의취득을 가능케 하는 매개점인 법률상의 성립요건이 이러한 이익충돌을 적절하게 교량하고 있는지에 대해서도 의문을 제기할 수 있다.

(2) 제249조는 "양수한 자가 … 그 동산을 점유한 경우에는"이라고 하여 양수인의 점유취득을 요건으로 규정하고 있다. 그러나 이러한 규정이 과연 점유이전 없이 이뤄지는 동산양도에 적절히 대처할 수 있는가에 대해 의문을 제기할 수 있다.

(3) 점유개정에 의한 동산양도의 경우, 제249조에서 '양수인의 점유취득'을 요건으로 삼고 있음에도 불구하고, 判例는 선의취득을 인정하지 않는다.[41] 이 경우 대법원은 '양수인이 현실인도를 받은 때' 비로소 선의취득할 수 있다고 한다.[42] 그렇다면 이 한도에서는 제249조를 축소해석한 것이라고 볼 수 있다. 그러나 통설은 제190조에 의한 채권적 반환청구권의 양도에 의한 선의취득을 긍정하고 있다.[43]

이러한 (1)~(3)의 점들은 법률상의 성립요건이 선의취득여부가 문제되는 다양한 사안을 충분히 고려한 것인지에 대한 의문과 연결되어 있다.

(4) 우리 민법은 선의취득과 관련된 여하 규정에서는 "양도인이 어떤 이유로 처분권한이 없게 되

---

39) 이하의 내용은 제철웅, "선의취득제도의 해석론상의 문제점과 그 개선방향", 민사법학(16), 1998. 6, 98-143쪽을 기반으로 하고 있다.

40) ① 비진의표시·통정허위표시 등 무효인 법률행위에 기하여 형성된 법률행위를 기초로 하여 이해관계를 맺은 제3자 보호 규정(제107조 제2항, 제108조 제2항), ② 착오나 사기·강박 등 취소할 수 있는 법률행위에 기하여 형성된 법률행위를 기초로 하여 이해관계를 맺은 제3자 보호 규정(제109조 제2항, 제110조 제3항), ③ 해제에 의해 소급하여 무효가 될 계약에 기하여 형성된 법률관계를 기초로 하여 이해관계를 맺은 제3자 보호 규정(제548조 제1항 단서) 등이 있다.

41) 대법원 1978. 1. 1, 선고 77다1872 판결; 대법원 2007. 2. 22, 선고 2006도6686 판결 등.

42) 대법원 1989. 10. 24, 선고 88다카26802 판결.

43) 이인재, 민법주해[Ⅴ](곽윤직 편), 450쪽 이하.

었는지"에 대해서는 규정하지 않고 있다. 따라서 사유 여하를 불문하고 양도인의 처분행위가 처분권한 없이 행해졌을 경우 위 규정들이 적용된다고 해석된다. 그러나 양도인인 무권리자가 어떤 연유로 무권리자가 되었는가에 따라 통상의 선의취득제도와 별도로 그 유형에서의 양수인을 특별히 더 보호하거나 덜 보호할 필요가 있는지 검토되어야 한다. 예컨대 ⅰ) 무권리자로부터 종국적인 권리인 '물권'을 취득한 사람만 보호해야 하는지, ⅱ) 무권리자로부터 그와 같은 종국적 권리를 취득할 '채권'을 취득한 자도 보호해야 하는지 등이 검토될 수 있다.[44]

Ⅱ. 선의취득제도의 역사적 설명에서의 문제점

일반적으로 법해석에 있어서 특정 제도의 입법사, 연혁을 이해하는 것은 중요한 의미를 갖는다. 제도의 연혁을 통하여 그 제도를 해석하는 데 필요한 취지나 목적을 이해할 수 있기 때문이다. 선의취득제도 또한 마찬가지다. 통설은 선의취득제도가 게르만법의 '손이 손을 지킨다(Hand wahre Hand)'[45]라는 원칙에 있다고 파악하면서도 거래안전의 보호라는 근대적 법원리를 바탕으로 한 근대적 제도라고 이해한다. 즉 거래안전의 보호가 핵심이고, Hand wahre Hand 원칙은 제250조의 특칙에서 잘 드러난다고 한다.[46]

그러나 이러한 설명에는 다음과 같은 점[47]에서 문제가 있다: ⅰ) Hand wahre Hand 원칙은 로마법 계수 이전에도 그 내용이 상당히 변화하였다는 점, ⅱ) 역사적으로 소유권관계의 분쟁을 조기에 해결할 목적을 가졌던 로마법에서의 사용취득제도가 선의취득제도의 내용 형성에 적지 않은 영향을 미쳤다고 평가되고 있다는 점,[48] ⅲ) 근대적 민법전의 편찬이 있기 이전에는 도시법을 제외한 보통법에서는 선의취득이 인정되지 않았다는 점[49] 등.[50]

---

44) 일반적으로 동산이나 유가증권의 경우 선의취득제도에 의해 그 양수인을 보호하는데, 이를 채권양수인에 대해서도 확장할 필요가 있는가 등이 검토되어야 한다는 의미다. 이러한 쟁점들 중에서 오늘 세미나에서는 선의취득제도의 정당화근거를 바탕으로 무상양수인의 선의취득을 부정해야 함을 논증하고자 한다.

45) 서을오, "금전에 있어서는 점유와 소유가 일치한다는 학설의 기원", 이화여자대학교 법학논집 21(2), 2016, 9-12쪽은 이 원칙을 소유권자의 의사에 따라 점유(Gewere)가 이전되었다면, 그 점유를 이전한 상대방에 대해서만 반환청구를 할 수 있을 뿐, 그 상대방으로부터 다시 취득한 제3자에 대해서는 아무런 청구도 할 수 없다는 의미라고 한다.

46) 이러한 관점에서 통설은 도품, 유실물의 선의의 양수인이라도 '즉시' 소유권을 취득한다고 해석하며, 따라서 제250조의 반환청구권을 통해 선의의 양수인이 취득한 소유권 등을 소멸시키고 도난, 유실시의 본권관계를 부활시키는 내용을 갖는다고 한다. 이러한 해석에 대한 비판과 대안적 해석으로는 9쪽 참조.

47) 자세한 내용은 제철웅, 앞의 논문(주 39), 104-105쪽 참조.

48) 선의취득이 반드시 게르만법의 Hand wahre Hand 원칙에 그 기원을 두고 있다고 할 수 없을 뿐 아니라, 제250조의 특칙이 소유권관념을 알지 못했던 게르만법에서 연유하였다고 보기에는 무리가 있다는 지적이다.

49) 선의의 양수인보다 소유자를 더 보호하겠다는 관념이 근대적 민법전 편찬 작업에서 일거에 바뀌었다고 보기에는 무리가 있다는 지적이다.

50) 또한 위 논거 이외에도 조규창, "로마법상의 선의취득", 법학논집(20), 1982, 171-172쪽은 "주관적 책임요건으로서 과실책임을 알지 못하고 결과책임, 위험책임으로 일관하던, 원시거래법상태하에 있던 게르만법은 취득자의 신뢰를 보호했고 반대로 거래당사자 간에 선의(bona fides)를 기초로 형성발달한 로마법은 취득자의 신뢰를 보호하지 않았다는 결과가 되기 때문"에, 위와 같은 통설의 주장은 양 법체계의 본질적 특성에 반한다고 한다. 또한 같은 논문, 174쪽에서는 "설사 게르만법상 선의취득제도를 인정할만한 법원이 있다 할지라도 이는 근대 상거래사회의 요구인 거래의 안전의 확보라는 경제생활상의 요구에서보다는 오히려 게르만법 자체의 내재적 요인, 이를테면 규범의 미분화, 권리관계의 복합적·중첩적 구조, 소유권과 용익물권의 미분화, 특히 점유의 소송법·실체법상의 효력, 더 나아가 게르

즉 선의취득제도의 역사적 발전과정은 종래의 소유자와 선의의 양수인 사이의 이익충돌의 조정방법의 변화과정이었다고 볼 수 있다. 그 과정에서 소유자의 이익 보호가 점진적으로 후퇴하고, 선의의 양수인의 보호가 전면으로 등장하게 된 것이다. 따라서 선의취득제도를 설명하고 해석할 때는 이러한 점을 염두에 두어야 한다.

Ⅲ. 선의취득의 정당화근거 재검토[51]

1. 서설

거래안전의 보호를 목적으로 하는 선의취득제도는 동시에 소유자의 권리상실을 전제한다. 따라서 소유자의 권리상실을 정당화할 수 있는 근거가 있어야 한다. 즉, ⅰ) 어떤 내용이 포함되어야 거래안전의 보호가 실현될 수 있는지, ⅱ) 거래안전을 보호하기 위한 매개점으로서 선의취득의 성립요건이 과연 적절한 수단인지 등이 검토되어야 한다.

2. 공신의 원칙과 유사하게 보는 견해

이 견해는 점유의 공시기능이 약화되어 있기 때문에 거래안전을 보호하기 위해 점유에 공신력을 인정하는 것이 선의취득이라고 본다. 이러한 해석이 타당하기 위해서는 인도를 물권변동의 공시수단으로 삼는다는 것이 전제되어야 한다.[52] 그러나 인도가 실질적으로 물권변동을 공시할 수 있다고 보기에는 어려움이 있다. 종래 우리 학설은 관념화된 인도인 '인도대용방법'도 공시수단으로 인정되기 때문에 그렇지 않아도 불완전한 공시방법인 인도를 더욱 불완전하게 하였다고 한다. 그러나 인도의 전형인 현실인도 역시 관념화되었다면, 인도의 공시기능을 말할 가능성은 더욱 줄어들 것이다. 예컨대 **[사례 1]**를 보자.

[사례 1] 甲과 乙 사이에 동산매매계약이 체결된 후 乙의 지시로 乙과 그 물건에 대한 매매계약을 체결한 丙에게 직접 甲이 인도한 경우, 물권변동의 경로는 어떻게 되는가?

위와 같은 사례에서 물권변동은 甲으로부터 乙에게로, 그리고 다시 丙에게로 이뤄졌다고 보아야 할 것이고, 이 경우 각각 제188조의 현실인도가 있었다고 간주해야 할 것이다. 즉 이 경우 乙은 어떠한 점유취득도 없이(즉 어떠한 공시방법 없이) 소유권을 취득한 것으로 취급한다는 것이다. 이는

만인의 소박한 법감정, 법의식 일반에서 그 기원을 구할 수는 있을 것이다. 어느 경우를 막론하고 거래의 안전을 확보하기 위한 공신의 원칙이 게르만법에서 발달하였다는 주장은 이들의 정치, 경제, 사회적인 여건에서 볼 때 그 이론적 기반이 매우 빈약함을 부인할 수 없다."고 한다.

51) 제철웅, "동산선의취득법에 관한 연구", 서울대박사학위논문, 1995.에서는 "선의취득은 양도인의 점유의 권리외관에 대한 양수인의 신뢰를 보호하는 것이라던가, 양수인의 점유취득의 어떤 효과가 아니라, 선행한 거래의 흠결이 당해 거래에 영향을 미치는 것을 차단함으로써 쌍무계약의 당사자가 각각 상대방에 대해 보유하고 있는 항변권을 그대로 유지할 수 있게 해주기 때문에 정당화될 수 있다."고 서술하고 있다.

52) 제철웅, 앞의 논문(주 39), 107-108쪽에서는 우리의 민법은 독일 민법을 계수한 것이기 때문에, 이러한 전제의 당부를 판단하기 위해서는 독일 민법을 살펴보아야 하는데, 독일 민법의 입법자들은 인도를 공시수단이 아닌 '물권적 효력을 의도하였다는 진실한 의사를 확인하기 위한 수단'으로 보았다고 해석할 수 있다는 점에서 위 전제를 약화하고 있다.

현실인도 자체도 이미 관념화되었음을 의미한다. 게다가 채권적 반환청구권의 양도로써 현실인도를 갈음하게 하는 제190조도 점유의 변경 없이 동산물권변동을 가능하게 하고 있다는 점 또한 이 견해를 강화할 수 있다.

이처럼 점유이전 없는 동산물권변동이 가능하다는 점을 고려하면, 점유의 이전을 의미하는 인도 또는 인도대용방법의 공시기능을 언급할 여지가 없다고 볼 수 있다.[53]

3. 점유의 권리외관효력으로 보는 견해

선의취득을 점유의 권리외관효력으로 보는 견해도 있을 수 있다.[54] 즉 양수인이 인식하는 양도인의 점유가 양도인의 실체법상의 권리를 추론할 수 있게 하므로, 그와 같은 추론을 가능하게 하는 권리외관을 신뢰한 양수인을 보호하는 것이 선의취득이라는 것이다. 이런 주장은 점유의 권리추정력을 인정하는 민법 제200조에 의해 강화될 수 있는 것으로 보이기도 한다. 그러나 독일 민법 제정과정을 보면 선의취득을 점유의 권리외관효력으로 파악하였다고 보기에는 다소 무리가 있다.[55]

즉 이 견해는 점유개정의 방법으로 양수한 자의 선의취득을 부정하는 대법원 판례에 대하여 설득력 있는 근거를 제공하지 못한다. 점유개정의 경우에는 양도인의 점유에 대한 신뢰가 현실인도를 받는 것에 못지 않을 것이고, 이 경우에는 양수인이 양도인의 점유를 전혀 인식하지 못하는 경우가 더 적을 것이라는 점에서 최소한 채권적 반환청구권의 양도에 의한 동산물권변동에서보다 그 신뢰가 더 강한 것은 분명하다.

이러한 점들을 감안했을 때 권리외관에 대한 신뢰를 보호하는 것이 선의취득이라고 설명하는 것은 적절하지 않다.

4. 점유를 매개하지 않은 거래안전보호이론[56]

(1) 이 견해는 선의취득제도를 통해 보호하려는 거래안전은 선행한 법률행위의 흠결로 인해 당해 법률행위가 청산되는 것을 막는 것이라고 본다. 예컨대 **[사례 2]를** 보자.

[사례 2] 丙이 무권리자인 乙로부터 동산소유권을 양수한 경우, 선의취득제도가 없다면 丙은 그 물건을 원소유자인 甲에게 반환해야 할 것인데, 이때 丙이 乙에게 매매대금을 이미 지

---

53) 제철웅, 앞의 논문(주 39), 110쪽은 “인도에 공시기능을 부여하지 않고 당사자 간의 물권변동의사의 진지성을 확인하기 위한 수단으로 파악하면 내용과 형식의 불일치라든지, 이론구성의 문제 때문에 발생하게 될 법발전에서의 장애는 훨씬 줄어들 것”이라고 한다. 즉 인도에 공시기능은 없으며 설령 있다고 하더라도 지극히 부차적인 것으로 파악한다.

54) 민법주해[Ⅴ], 425쪽 이하 참조. 이는 독일의 다수설이다.

55) 이에 관한 내용은 제철웅, 앞의 논문(주 39), 111-112쪽 참조. 우리 민법 제200조와 대응하는 독일 민법 제1006조의 입법과정은 “선의취득과 점유의 소유권추정은 연관이 있지만(거래안전의 보호기능), 선의취득이 점유의 권리추정의 결과물이 아니며, 오히려 역으로 점유의 권리추정이 동산선의취득의 결과물이라고 볼 여지도 제공한다. 따라서 점유의 권리추정 규정을 점유의 권리외관효력을 뒷받침하는 중요한 논거로 주장하는 것은 역사적 사실에 부합하지 않는 설명”이다.

56) 이하의 내용은 Hager, Verkegrsschutz durch redlichen Erwerb(1990). 288ff; 제철웅, 앞의 논문(주 39), 116-120쪽의 내용을 정리한 것이다. 필자는 세미나 앞부분에서 다룬 선의취득제도 적용례들을 이 이론에 따라 설명하고자 한다.

> 급했다고 하더라도 이를 甲에게 주장하지 못하고 물건을 반환해야 한다. 이때 丙이 乙에게 담보책임 등을 통하여 자신이 지급한 반대급부를 반환받고자 하더라도 목적물을 소유자에게 반환하였기 때문에 그는 선이행하지 않았음에도 불구하고 선이행한 자와 유사하게 乙에 대한 실효성 있는 항변수단을 상실하게 될 것이다. 즉 乙의 무자력위험을 丙이 부담해야 한다.

이것은 동시이행의 항변권 등에 의해 쌍무계약상의 채무의 견련성을 유지하게 하여 채권자를 보호하고자 한 취지가, 동산거래에서 상당 부분 파괴된다는 것을 의미한다. 무권리자가 양도한 동산이 전전 양도될수록, 또는 단축된 급부에서의 중간자가 많을수록 이러한 문제는 더욱 커질 것이다.

이처럼 계약과 무관한 제3자가 계약당사자 사이에 끼어들어 자신의 권리를 주장하게 되면 각각의 계약당사자는 그 상대방에게 가지는 적절한 항변수단을 상실할 수도 있고, 원래 계약자가 자신의 위험부담 하에 계산해야 하는 계약상대방의 신용 등을 타인에게 전가시킬 수도 있다. 선의취득은 이러한 청산관계의 복잡화를 차단하는 기능을 한다. 위 사례에서 丙의 선의취득을 인정한다면 甲은 원래 자신의 위험부담 하에 선택한 계약상대방인 乙에게 책임을 추궁해야 할 것이고, 丙도 마찬가지로 乙과의 계약과 무관한 제3자로부터 추궁당하지 않게 되어 청산관계의 복잡화가 차단될 것이다. 또한 이와 같은 선의취득제도가 인정됨으로써 소유자의 추탈을 피하기 위해 양수인이 기울여야 하는 노력, 즉 양도인의 권리취득과정에 대한 조사부담이 면제될 것이기 때문에 거래안전을 강화한다는 것이다. 점유를 매개하지 않고 선의취득제도의 정당화근거를 설명하는 이런 이론이 보다 설득력 있는 설명모델이다.

(2) 한편, 선의의 양수인의 소유권취득을 긍정하는 선의취득제도는 동시에 종래의 소유자의 권리상실을 전제한다. 선의취득의 인정으로써 원소유자는 소유권을 상실하고 대신 무권리자인 양도인에 대하여 손해배상청구권이나 부당이득반환청구권을 행사해야 하기 때문에, 소유자로서는 적지 않은 손해가 있다. 즉 양도인의 무자력위험을 부담하게 된다. 이런 점에서 선의취득은 양도인의 무자력위험을 양수인이 아닌 소유자에게 전가하는 제도라고 할 수 있다. 따라서 선의취득은 무권리자의 무자력위험을 누가 부담하는 것이 타당한가를 둘러싼 이익충돌에서 양수인의 이익을 존중하는 것이다.

그렇다면 여기서 원소유자를 희생시키고 선의의 양수인을 우대하는 것이 양자의 이익충돌에 대한 적절한 해결인가에 대한 문제가 제기되어야 한다. 즉, 소유자의 권리상실이 부당한 권리침해라고 평가되지는 않는가이다. 동산소유권양도에서 문제되는 이익충돌은, 그 물건의 소유권을 계속하여 보유하고자 하는 '소유자의 이익'과 그 물건에 대한 소유권을 취득하고자 하는 '양수인의 이익' 간의 충돌이다. 전자는 소유권제도를 엄격히 관철함으로써 실현될 수 있고, 후자는 소유권이전청구권을 법률규정으로 우대함으로써 실현될 수 있다. 선의취득제도로써 선의의 양수인을 보호하기 위해서는 최소한 그의 보호할 가치 있는 이익이 원소유자의 그것보다 같거나 더 커야만 할 것이다. 그렇지 않다면 이익충돌의 조정이라는 관점에서 선의취득을 긍정할 근거가 없어질 것이기 때문이다.

그런데 물건에 대한 권리라는 점에만 초점을 맞출 경우, 선의취득이 인정되는 사안에서는 원소유자의 무권리자에 대한 채권은 이행불능이 된 상태이고, 양수인의 무권리자에 대한 채권은 이행이 완료되었다. 무권리자에 대한 원소유자 및 양수인의 목적물에 관한 채권이라는 점에 초점을 맞추면, 원소유자는 마치 반대채무를 선이행한 채권자 또는 이중매매에서 다른 채권자에 대한 이행으로 그

채무가 이행불능된 채권자와 유사하다. 일반적으로 선이행한 채권자가 채무자의 무자력위험을 부담하는 것에 대비해 보더라도, 양수인을 보호하는 것이 원소유자에게 가혹하지는 않을 것이다.[57]

(3) 반면 우리 민법과 마찬가지로 대개의 법제들이 점유이탈물은 달리 취급하고 있다. 이와 같은 것은 어떻게 정당화될 수 있는가? 청산관계의 복잡화를 막는다는 관점에서만 보면, 점유이탈물의 양수인의 보호가치가 점유위탁물의 경우와 다를 바 없는 경우가 적지 않을 것이다. 그러나 이익형량의 관점에 비추어보면 이 경우 소유자를 더 보호할 필요가 있을 것이다. 소유자와 아무런 계약관계가 없는 무권리자로부터 양수한 경우에도 선의취득을 인정한다면, 소유자는 손해를 전보받을 채무자를 발견하는 것에서부터 그의 무자력위험까지 부담해야 한다. 이와 같은 것은 그가 예상하지 않았던 일이다. 반면 양수인에게 선의취득을 인정하지 않는다면 그는 원칙적으로 채무자의 무자력위험을 부담하게 될 것이다. 이것은 계약관계에서 통상적으로 그가 예상할 수 있는 범위 내에 포함된다. 따라서 점유이탈물의 경우에는 선의취득을 인정함으로써 입을 불이익이 소유자측이 더 클 수 있다. 이 경우 소유자의 불이익을 완화시켜주는 것이 바로 선의취득을 제한하는 것으로 나타날 수 있을 것이다. 우리 민법도 이 점에서는 원소유자를 보호하는 입장인 셈이다. 더구나 우리 민법은 점유이탈된 때로부터 2년이 지나면 확정적으로 소유권을 취득하기 때문에 양수인의 불이익이 그만큼 완화된다고 할 것이다.

Ⅳ. 무상양수인에 대한 선의취득 제한 필요성

선의취득제도가 법적 거래에서 충돌하는 종래의 소유자와 선의의 양수인 간의 이익 중에서 선의의 양수인을 보호하고자 하는 것이라면, 경우에 따라서는 소유자를 더 보호할 필요가 있는 사안유형들도 있을 것이다. 무엇보다도 선의의 양수인이 무상취득자인 경우, 선의취득을 인정하지 않더라도 선의의 양수인으로서는 무상으로 취득한 것을 되돌려주기만 하면 되기 때문에 별도로 입을 손해라는 것이 적지만, 소유자로서는 그 손해가 막중할 수 있다. 그러나 통설은 양수인이 유효한 거래행위를 통해 동산을 취득하기만 하면 되는 것이고, 그 거래행위가 유상행위인지 무상행위는 묻지 않는다.

보다 자세히 들어가면, 이러한 사안에서 무상행위로 선의취득한 자가 동산을 부당이득으로 반환해야 하는지 여부에 대하여 부정설은 ⅰ) 부당이득반환의무를 인정하는 법률규정이 없는 한[58] 해석론으로 부당이득반환의무를 인정할 수 없다거나, ⅱ) 선의취득은 거래안전을 보호하기 위해 선의취득자에게 이득을 보유시키고자 한 것이지, 단순히 목적물의 권리귀속에 관한 문제를 해결하기 위한 제도는 아니며, ⅲ) 선의취득을 소유권취득의 권원으로 인정한 이상 부당이득반환의무의 성립요건을 충족시킨다고 할 수는 없다는 것[59] 등을 근거로 삼고 있다. 그러나 긍정설은 무상행위로 선의취득한 자는 그것을 부당이득으로 반환해야 한다는 입장이다. 즉 ⅰ) 거래안전을 보호하기 위해서는 선의취득자에게 형식적으로 권리귀속을 인정하면 되고, 실질적으로 이득을 보유시킬 필요까지는 없

57) 다시 말해 반대채무를 선이행한 채권자 또는 이중매매에서 다른 채권자에 대한 이행으로 그 채무가 이행불능된 채권자의 경우 손해배상을 받는 것으로 해결하므로, 선의취득으로 소유권을 상실한 원소유자도 마찬가지로 손해배상으로 해결할 수 있다는 논리다.

58) 독일 민법 제816조 제1항 제2문에서는 무상취득자의 부당이득반환의무가 명시적으로 규정되어 있다는 점에서 도출한 근거다.

59) 민법주해[Ⅴ], 461쪽. 부당이득반환의무는 “법률상 원인 없이” 이득을 얻어야 하는 것이 요건인데, 선의취득이 인정된다는 것은 법률상 원인이 있다는 점에서 나온 근거로 보인다.

다거나, ii) 제741조의 '법률상 원인 없이'란 권리취득에 의한 이득의 보유를 법적으로 허용할 수 없는 경우까지도 포함된다거나, iii) 비례원칙에 따라 원권리자와 선의취득자 사이의 이익을 형량하면 무상취득의 경우에는 원권리자에게 반환할 의무가 있다고 해석하는 것이 선의취득제도의 본질에 부합한다는 점 등을 근거로 삼고 있다. 한편, 이러한 학설상의 논의에 대해 비교법적 관점에서 증여 등 무상행위로 타인의 소유물을 양수한 경우에는 선의취득을 인정하지 않는 것이 오히려 일반적이기도 하다는 점[60]을 지적함으로써 민법의 체계상 적절하지 않다는 비판도 있다.

원소유자와 무상양수인 간에서만 한정해보면, 무상양수인에게 부당이득반환의무를 부담지우는 것은 선의취득을 인정하지 않는 것이나 다름 없다. 반면 선의취득을 인정하게 되면 제3자가 보호받을 수 있게 된다. 즉 무상양수인의 채권자들은 채무자인 무상양수인의 재산을 유효하게 공취할 수 있고, 강제집행절차를 통해 경락받은 자는 채무자가 부당이득반환의무를 부담하고 있음을 알았더라도 보호받을 것이다. 이러한 관점에서 분석하기 위해서는 결국 원소유자와 무상양수인 간의 이익형량의 필요성이 제기된다.

원소유자와 무상양수인 간의 이익형량을 해 보았을 때, 무상양수인에게는 선의취득을 인정하지 않는 것이 타당하다. 그 이유로는 크게 아래의 네 가지가 있다. ① 무상양수인도 선의취득할 수 있다고 하면 원소유자의 보호가 소홀해질 수 있다는 점이다. 물론 원소유자가 증여자에게서 채무불이행으로 인한 손해배상청구 또는 부당이득반환청구가 가능한 경우라면 종래 소유자의 지위는 선의취득이 인정되는 통상의 경우와 다를 바가 없겠지만, 증여자가 증여 당시 그 계약의 무효를 알지 못했다면(선의), 증여자에게는 현존이익이 없기 때문에 부당이득으로 반환할 것이 없게 된다는 점에서 원소유자를 보호하지 못하게 된다. ② 무상양수인은 선의취득할 수 없다고 하더라도, 그가 입을 불이익은 유상양수인의 불이익보다 크다거나 최소한 동등하다고 할 수도 없다. 이 경우 양수인은 증여자에 대한 반대급부를 제공하지 않았기 때문에, 계약의 청산과정에서 증여자에 대한 항변수단을 상실할 것이 없을뿐 아니라, 소유자에게 그 물건을 반환하더라도 추가적인 재산상의 불이익을 입지 않을 것이기 때문이다. ③ 증여자의 보호를 위해서도 무상양수인의 선의취득을 부정하는 것이 타당하다. 우리 민법은 일반적으로 무상행위로 권리를 취득한 자를 유상행위로 권리를 취득한 자보다 그 보호를 약하게 하고 있다.[61] 이처럼 유상행위로 취득한 권리보다 무상행위로 취득한 권리에 더 약한 지위를 부여하는 것은 무상행위로 타인에게 이익을 가져다 준 자, 즉 채무자를 보호하기 위한 목적이 있을 것이다. 이러한 점에서 증여자를 적절한 범위에서 보호하기 위해서도 무상양수인의 선의취득을 부정하는 것이 타당할 것이다.

또한 ④ 선의취득제도의 목적 내지 근거에 비추어봐도 무상양수인의 선의취득은 부정하는 것이 타당하다. i) 우리는 앞에서 선의취득제도의 정당화근거가 "원권리자의 희생 하에 선의의 양수인을 보호함으로써 계약 청산과정에서의 복잡화를 막는 기능을 한다는 점"이라고 하였다. 그러나 무상취득의 경우에는 선의취득을 인정하지 않더라도 청산관계의 복잡화가 발생하지 않는다. 수증자는 증여자에게 어떠한 반대급부도 제공한 적이 없다는 점에서 수증자가 취득한 물건을 원소유자에게 반환하더라도 그것이 수증자의 증여자에 대한 항변수단을 상실케 하여 선이행한 것과 같이 평가되지는 않는다. ii) 선의취득은 원권리자의 소유권을 상실시키고 선의의 양수인이 소유권을 취득할

60) 이에 대해서는 제철웅, 앞의 논문(주 39), 121-122쪽 참조.

61) 예컨대 ① 서면으로 하지 않은 증여는 각 당사자가 언제든지 손해배상 없이 해제할 수 있고(제555조), ② 증여계약의 기초에 변동이 있는 경우에 증여자가 해제할 수 있으며(제556조, 제557조), ③ 권리흠결 또는 물건의 하자에 대해서도 증여자는 '악의인 경우에만' 담보책임을 부담한다(제559조). 그 이외에도 ④ 무상행위인 무이자부 소비대차에서는 인도 전에 각 당사자가 언제든지 계약을 해제할 수 있고(제601조), ⑤ 이는 사용대차에서도 마찬가지다(제612조).

수 있도록 하는 제도이기 때문에 선의양수인의 보호가치 있는 이익이 원권리자의 이익보다 적어도 같거나 더 커야 할 것이다. 선의취득에서 충돌하는 두 이익은 '원소유자의 소유권'과 '선의양수인의 채권'이다. 그런데 무상양수인의 채권은 유상양수인의 채권보다 보호가치가 낮다는 점에서 원권리자의 보호가치 있는 이익이 선의의 수증자의 이익보다 더 크다고 보는 것이 타당하다.

참 고 문 헌

[논문]

조규창, “로마법상의 선의취득”, 법학논집 20, 1982, 171-208쪽.

양창수, “민법학에서 법철학은 무엇인가?”, 법철학연구 22(1), 7-26쪽.

제철웅, “선의취득제도의 해석론상의 문제점과 그 개선방향”, 민사법학 16, 1998. 6, 98-143쪽.

김규완, “점유이탈물의 선의취득”, 재산법연구 22(2), 2005, 31-56쪽.

서을오, “금전에 있어서는 점유와 소유가 일치한다는 학설의 기원”, 이화여자대학교 법학논집 21(2), 2016

[단행본]

곽윤직 집필대표, 민법주해[Ⅴ](이인재 집필부분), 1992.

곽윤직/김재형, 물권법(제8판), 2014.

박동진, 물권법강의, 2018.

양창수/권영준, 민법Ⅱ: 권리의 변동과 구제(제3판), 2017.

이병준, 민법사례연습Ⅱ: 물권법, 2012.

제철웅, “동산선의취득법에 관한 연구”, 서울대박사학위논문, 1995.

지원림, 민법강의(제16판), 2019.

고려대학교 자전법학회
제79차 세미나

건축허가와 제3자의 권리 보장에 대한 검토
- 인근주민의 권리를 중심으로 -

자유전공학부 행정학과
한 지 윤

Ⅰ. 서론

본고는 행정청이 건축허가를 했을 때의 상대방이 아닌 그 건축허가로 인해 영향을 받을 수 있는 제3자의 권리가 적절히 보장되어 있는지를 고찰하고자 한다. 이를 위해선 건축허가의 성질변화, 건축허가에 대해 취소소송 제기시의 원고적격과 집행부정지원칙, 건축허가의 절차상의 보장의 세가지 단계를 기준으로 검토한다. 각 항목은 이 소주제와 관련된 법리를 일반론적으로 설명하고, 이것이 제3자의 권리보호와 어떠한 연관을 맺을 수 있는지 세부적으로 고찰한다. 이 과정에서 다양한 교과서, 판례, 학술 논문 등을 참고하여 어떠한 시의점을 도출할 수 있는지 검토하려 한다.

건축물은 그 자체로 인근주민에게 피해를 줄 수 있으며 때론 예상치 못한 환경오염을 야기하여 주민들의 환경권을 침해한다. 이 때 인근주민의 권리가 침해될 수 있는 양상이 다양하고 극심한 것에 비추어 보았을 때, 그들의 목소리가 행정처분 과정과 권리구제에서 적절히 반영될 수 있어야 한다는 시각에 근거하여 제언점을 도출하는 데에 목적이 있다. 혹자는 건축허가에 대한 반대가 지나친 이기주의적 태도라 보고 이를 부정적으로 볼 수 있다. 그러나, 인근주민의 이기주의적 태도는 이들과 관련 없는 사람들이 평가한 것에 불과하며 실제론 그들의 환경권 내지는 생명권과도 관련된 지극히 정상적인 권리보장의 요구라 볼 수 있다. 이러한 시각에 따라 본고는 인근주민의 권리를 맥락적으로 고찰해야 하며 그들의 요구를 일방적으로 관철시킬 것이 아니라 그들의 권리 또한 의미 있음을 이해하고 반영될 수 있는 방안을 모색하려 한다.

실제로도 우리나라 행정법에서 건축허가와 관련되어 많은 부분에 있어 법령과 해석의 변화가 있어왔다. 건축허가의 성질이 변화하여 재판에 영향을 미치고 법령의 개정까지 영향이 미쳤으며, 제3자도 건축허가에 대해 취소소송을 제기할 수 있도록 법령의 해석이 이루어졌다. 그러나 그동안 행정청의 상대방 혹은 제3에 대한 지위가 우월적으로 이해되어 오면서 행정절차법상으로는 아직 그 보호가 미흡한 상황이다. 특히 행정절차법에 대해서는, 권리보호와 효율성 증진이라는 행정절차법의 이념에 근거하여 행정절차상으로 보호되는 법익이 소송상으로 보호될 수 있는 법익보다 더 넓어야 한다는 의견을 제시하려 한다.[1)]

1) 김남진·김연태, 행정법(22판), 법문사, 2018.

Ⅱ. 건축허가의 성질 변화

1. 행정행위의 개념과 분류

(1) 행정행위의 개념

“행정행위”는 학문상으로 정립된 개념으로서 실정법에서는 행정처분 또는 처분으로 나타난다. 이 행정행위의 구체적 의미에 대해서는 학설의 대립이 존재한다. 최광의설에서는 행정청이 행하는 일체의 행위를 행정행위로 보고, 광의설에서는 행정청의 공법행위를 행정행위의 의미라고 본다. 협의설에서는 행정청이 구체적 사실에 대하여 법집행으로서 행하는 공법행위를 행정행위의 의미라 보며, 최협의설에서는 행정청이 구체적 사실에 관한 법집행으로서 행하는 권력적, 단독적 공법행위라고 본다. 이때의 행정청은 국가 또는 공공단체의 기관으로서 직접 대외적 구속력이 있는 의사를 결정하고 표시할 수 있는 권한을 가진 기관을 의미한다. 우리나라 및 일본의 학계에서는 최협의설을 통설로 채택하고, 독일 또한 최협의설 개념을 토대로 행정행위의 개념을 입법화하였지만, 해당 학설도 비권력적 행정행위에 대한 논의가 배제된다는 한계가 있다.[2)]

우리나라의 행정심판 법에서는 행정행위의 개념이 처분이라는 개념으로 정의되고 있다. 행정심판법 2조 1항 1호에 의하면, “처분이란, 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행 작용으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부, 그 밖에 이에 준하는 행정작용을 말한다”라 정의한다. 행정소송법에서는 해당 처분 개념을 받아들이며, 그 처분과 행정심판의 재결을 합쳐 처분 등이라고 정의하였다. 이 때 학문적 의미의 행정행위와 행쟁쟁송법 상의 처분을 같은 것으로 보는 일원설(실체법상 처분개념설)과 둘의 개념을 다른 것으로 보는 이원설(쟁송법상처분개념설)의 대립이 존재한다.[3)]

(2) 행정행위의 종류

행정행위의 종류에 대해서는 다양한 기준이 있다. 그 기준은 ⅰ) 법률행위적 행정행위와 준법률행위적 행정행위, ⅱ) 기속행위와 재량행위 ⅲ) 수익적행정행위, 부담적 행정행위, 복효적 행정행위, ⅳ)대인적 대물적 혼합적 행정행위와 물적행정행위 ⅴ) 직권적 행정행위와 신청에 의한 행정행위 ⅵ) 요식행위와 불요식행위 ⅶ) 적극적 행정행위와 소극적행정행위 ⅷ) 수리를 요하는 행정행위와 수리를 요하지 않는 행정행위, ⅸ) 잠정적 행정행위와 종국적 행정행위가 있다. 본고에서는 내용과 밀접한 연관이 있는 법리인 기속행위와 재량행위, 법률행위적 행정행위로써의 허가, 복효적 행정행위에 대하여만 설명하려 한다.[4)]

① 기속행위와 재량행위

ⅰ) 기속행위와 재량행위

행정행위는 다양한 기준으로 그 행위의 종류를 구분할 수 있으며, 근거 법령에 구속되는 정도에 따라서는 기속행위와 재량행위로 구분할 수 있다. 법규범은 법이 정한 요건을 충족하면 일정한 법적효과가 발생한다는 식으로 구성되는데, 이 때 법적 효과를 행정청이 스스로 결정할 수 있게 위임된 경우를 재량행위라고 하며, 요건 충족 시 효과가 법이 정한대로 발생해야 하는 경우를 기속행위라고 한다. 재량행위는 어떠한 행위를 할 수도, 안 할 수도 있는 재량인 결정재량과 다수의 행위

2) 김남진·김연태, 행정법(22판), 법문사, 2018, 199쪽-200쪽.
3) 김남진·김연태, 앞의책, 201쪽-202쪽.
4) 김남진·김연태, 앞의책, 215쪽-241쪽.

어느 하나를 선택할 수 있는 선택재량으로 구분된다.[5] 이 때, 요건사실에 불확정 법개념을 사용하는 경우 행정청에게는 판단여지가 존재하는 상황이 생길 수 있다. 학설은 불확정 법개념의 해석과 적용이라는 법률문제이기에 판단여지와 재량행위를 구분해야 한다고 보지만, 판례에서는 재량과 판단여지의 구분을 하지 않는다.[6] 재량행위인지 기속행위인지에 대한 판단 기준에 대해 판례는 1) 당해 행위의 근거가 된 법규의 체재, 형식과 그 문언 2) 당해 행위가 속하는 행정분야의 주된 목적과 특성 3) 당해 행위자체의 개별적 성질과 유형 등을 모두 고려하여 판단하여 한다. 기속행위와 재량행위의 구별은 사법심사의 범위책정, 공권성립, 부관의 허용 여부등에 실익이 있다.[7]

ii) 기속재량행위

기속재량행위는 원칙상 기속행위로 보면서 중대한 공익상 필요가 있는 공익을 보호하기 위하여 예외적으로 재량행위로 보는 것이다. 관계법령의 해석과 판례에서 일반적으로 인정하나, 학설은 부정하는 것이 다수이다. 기속재량행위는 기속행위와 달리 공익상의 이유로 허가를 거부할 수 있고, 이 때 허가 등으로 인한 이익보다 공익이 큰 경우로 한정하여 예외적으로 거부가 가능하다. 기속재량행위의 법리는 사법심사가 가능한 범위에도 영향을 미칠 수 있다. 재량행위는 원칙적으로 재량의 일탈 혹은 남용에 대해서만 심사할 수 있으나, 기속재량행위에 대해서는 재량행위와 달리 법원의 판단에 의한 전면적 심사가 가능하기 때문이다. [8]

②법률행위적 행정행위로써의 허가

법률행위적 행정행위는 행정행위의 효과의사를 구성요소로 하면서 그 효과의사의 내용에 따라 발생하는 행위이다. 이와 반대되는 개념인 준법률행위적 행정행위는 효과의사 이외의 정신작용을 구성요소로 하고 그 법효가 행위자의 의사와는 무관하게 법규범에 부여되는 행위이다. 이 때의 법률행위적 행정행위는 국민에 대하여 일정한 작위•부작위•급부•수인 등의 의무를 명하는 명령적 행위와 법률상의 힘을 설정•변경•소멸시키는 형성적 행위로 다시 나눠진다.[9]

허가는 법률행위적 행정행위이자 명령적 행정행위에 속하는 행정행위로써, 법령에 의한 자연적 자유 혹은 기본권에 대한 상대적인 금지를 일정한 요건을 갖춘 경우에 해제하여 일정한 행위를 적법하게 할 수 있게 되는 행위를 의미한다. 형성적 행위의 특허는 예외적 승인으로써, 법률상의 힘을 새로이 부여한다는 점에서 자연적 자유를 회복시켜주는 의미의 허가와 구별된다. 하지만 그 구분은 상대화 되고 있다고 보는 견해가 있다.[10]

③ 복효적 행정행위

행정행위가 초래하는 이익 및 불이익에 따라서도 행정행위는 침해적 행정행위, 수익적 행정행위, 복효적행정행위 (이중효과적 행정행위)로 분류된다. 복효적 행정행위는 하나의 행정행위가 이익과 불이익의 효과를 동시에 발생시키는 행정행위를 의미한다. 복효적 행정행위는 상대방에게는 이익을 주고 제3자에게 불이익을 주는 제3자효 행정행위, 상대방에게는 불이익을 주고 제3자에게는 이익을 주는 행정행위, 상대방에 대하여 동시에 수익적 효과나 침해적 효과를 발생시키는 행정행위로 다시

---

5) 김남진·김연태, 앞의 책, 217쪽.
6) 박균성, 행정법강의 (제13판), 박영사, 2016, 223쪽-225쪽.
7) 김남진·김연태, 앞의 책, 221쪽-225쪽.
8) 박균성, 앞의 책, 209쪽-212쪽
9) 김남진·김연태, 앞의 책, 215쪽-216쪽.
10) 김남진·김연태, 앞의 책, 243쪽, 246쪽.

나눠진다.

2. 건축허가의 성질

건축허가는 강학상 허가에 해당하기에 전형적인 기속행위에 속한다. 그러나 건축허가는 동시에 제3자효 행정행위의 대표적인 예로써, 제3자의 권리 보호의 필요성이 요구되는 대표적인 행정행위이다. 따라서 기존의 전통적 견해에서 벗어나 건축허가에 대한 새로운 성질에 대한 논의가 진행되었다.

(1) 학설

건축허가에 대해, 특정 요건만 충족하면 허가를 해주어야 한다는 기존의 전통적인 견해와 달리, 건축허가의 제3자효에 기반하여 새로이 그 성질을 바라보는 논의가 진행되었다. 새로운 논의 중에는 건축허가를 여전히 기속행위로 보는 견해도 있었다. 그러나 이 견해는 기존의 견해와 달리 주변환경이나 공익에 적합해야 한다는 건축허가의 요건 규정으로 규정되어 있지 않더라도 이는 법치국가의 원리상 당연히 요구되는 하나의 일반원리로 이해될 수 있다고 본다는 점에서 기존의 견해와 구별된다. 이 외의 새로운 논의에서는 건축허가에 재량행위의 성질이 있다고 보는 경향이 주류이다. 건축허가를 재량행위로 보는 견해는 해당 건축허가가 명시된 법의 성질에 따라야 한다는 견해, 행위요소별로 나누어 건축물 자체의 안전을 위한 허가는 기속행위이지만 주변환경 또는 환경보전과 관련된 사항에는 목적상 재량이 허용되어야 한다는 견해 등이 존재한다.[11]

(2) 판례의 변화

1) 건축허가의 법적성질

기존의 판례에서는 건축허가의 법적 성질에 대하여 학설의 경우와 마찬가지로 엄격하게 기속행위로 보았다. 아래의 제시된 예는 건축허가를 기속행위로 본 판례로서, 건축허가로 인한 일조권 등의 환경권 등의 침해에 대한 취소소송에서 청구인에게 법률상이익이 없다고 판단하였다.

[1996.2.13. 선고 95누 16981 판결]

건축허가권자는 건축허가신청이 건축법, 도시계획법 등 관계 법규에서 정하는 어떠한 제한에 배치되지 않는 이상 당연히 같은 법조에서 정하는 건축허가를 하여야 하고 위 관계 법규에서 정하는 제한사유 이외의 사유를 들어 거부할 수는 없다고 할 것이므로(당원 1989. 3. 28. 선고 88누10541 판결, 1989. 6. 27. 선고 88누7767 판결, 1992. 6. 9. 선고 91누11766 판결 등 참조), 원심이 같은 취지에서 원고의 이 사건 건축허가신청이 건축법, 도시계획법 등 관계 법규에서 정하는 건축허가 제한 사유에 해당하지 않는 이상 피고가 자연경관 훼손 및 주변환경의 오염과 농촌지역의 주변정서에 부정적인 영향을 끼치고 농촌지역에 퇴폐분위기를 조성할 우려가 있다는 등의 사유를 들어 원고의 이 사건 숙박시설 건축을 불허할 수는 없다고 판시한 것은 정당하고, 논지는 이유가 없다.

위 판례는 건축허가가 전형적인 기속행위에 속한다고 판단하며, 법정 제한사유 외의 사유를 들어 거부할 수 없다고 본 전통적 판례이다. 이를 통해 건축허가를 기속행위로 볼지, 재량행위로 볼지에 따라 법에서 미리 정하지 못한 사유 혹은 예측하지 못한 이유로 인한 권리침해의 구제 가능성은

11) 장혜진, “환경 훼손 우려가 있는 건축허가의 법적 성질과 사법심사 기준에 대한 검토 (대상판결: 대법원 2017. 3. 15. 선고 2016두55490 판결)”, 「법과정책」, 2018, 24.1, 209쪽-210쪽.

낮아진다는 것을 알 수 있다. 하지만 이후부터는 건축허가가 기속재량위에 포섭되며, 공익적 사유가 있다면 예외적으로 허가를 거부할 수 있다고 판단하였다.[12)]

[건축허가처분취소 1999. 5. 27. 선고, 98구10249]

건축허가권자는 건축허가신청이 건축법, 도시계획법 등 관계 법규에서 정하는 어떠한 제한에 배치되지 않는 이상 당연히 같은 법조 소정의 건축허가를 하여야 하므로 법률상의 근거 없이 그 신청이 관계 법규에서 정한 제한에 배치되는지 여부에 대한 심사를 거부할 수 없고, 심사결과 그 신청이 법정요건에 합치하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 이를 허가하여야 하며, 공익상 필요가 없음에도 불구하고 요건을 갖춘 자에 대한 허가를 관계 법령에서 정하는 제한사유 이외의 사유를 들어 거부할 수는 없고, 또한 건축허가를 받게 되면 그 허가를 기초로 하여 일정한 사실관계와 법률관계를 형성하게 되므로 그 허가를 취소함에 있어서는 수허가자가 입게 될 불이익과 건축행정상의 공익 및 제3자의 이익과 허가조건 위반의 정도를 비교·교량하여 개인적 이익을 희생시켜도 부득이하다고 인정되는 경우가 아니면 함부로 그 허가를 취소할 수 없는 것이라 할 것이다.

해당 판례는 전통적으로 기속행위로 보던 건축허가를 공익상의 예외가 있을 때는 법으로 정해진 제한 사유가 아니더라도 거부할 수 있다는 것을 표명한다. 따라서 건축허가가 기속재량행위 내지는 재량행위의 성질로 포섭될 수 있다는 것을 의미한다.[13)]

이외에도 대법원은 지방자치단체의 조례에 따른 구체적인 지정 및 고시가 없을지라도 지자체에서 제시한 기준만으로도 숙박시설에 대한 건축허가를 거부할 수 있는 판결을 내렸으며[14)], 그 이후에는 인근 주민들의 생활권 등에 대한 고려가 법령에 없더라도 이를 고려하여 건축허가를 거부한 사례가 적법하다고 판결한 바도 있었다.[15)] 이후 건축법 제11조 4항[16)]이 신설되어 여러가지 건축허가 중 “러브호텔 판결”등이 보여주듯 공익적인 고려가 중요하다고 분류된 위락시설 또는 숙박시설의 건축허가시에는 명시적으로 주변 환경에 대한 고려를 할 수 있게 되었다.[17)] 법이 개정되기 전의 판례는 법정 사유 외의 공익적 고려를 이유로 기속행위에 재량의 여지를 줄 수 있게 한데에 의의가 있다. 또한 이와 같은 논의는 이후 위락 시설 혹은 숙박시설 외에 인근 주민에게 극심한 피해를 줄 수 있는 경우에 대해 적용되어 그들의 권리를 보장할 수 있을 것이다. 전통적으로 기속행위로 이해되던 것이더라도 공익적 고려에 따라 기속재량행위로 이해된다면 제3자인 인근 주민들의 법률상 이익과 청구인적격이 인정될 수 있을 것이기 때문이다.

2) 환경오염의 우려가 있는 건축허가

앞의 항목에서 다룬 사례들은 건축허가에 따른 전통적인 공익침해로, 주로 건축 용도, 운영과정의 유해성이 문제된다. 하지만 장래의 주변 환경훼손과 오염의 우려가 있는 개발행위를 포함한 재량행위인 건축허가에 대해선, 그 우려에 대한 행정청의 판단에 대하여 어떠한 사법적 심사기준을 채택해야 하는지가 문제가 된다. 또한, 이러한 문제는 건축허가가 기속재량행위로 이해되었을 때 공익적 사유로서 합리적으로 판단하기 기대하기 어려울 수 있다. 이는 건축허가가 종래처럼 기속행위로 이해될 때보다 더 인근주민들의 의사를 반영하기 어려울 수 있게 한다. 하지만 2017년 대법원

12) 김남철, “건축허가의 법적 성질에 관한 소고”, 「공법학연구」, 2004, 5(2), 433쪽.
13) 김남철, “건축허가의 법적 성질에 관한 소고”, 「공법학연구」, 2004, 5(2), 421쪽-422쪽.
14) 대법원 1999.8.19. 선고 98두1857 전원합의체 판결
15) 서울행정법원 2001.3.9. 선고 2000구32242 판결
16) 위락시설이나 숙박 시설에 해당하는 건축물의 건축을 허가하는 경우 해당 대지에 건축하려는 건축물의 용도·규모 또는 형태가 주거환경이나 교육환경 등 주변 환경을 고려할 때 부적합하다고 인정되는 경우.
17) 김남철, 앞의 논문, 같은 곳.

은 아래에서 볼 수 있듯이 인근주민의 헌법적 권리인 환경권을 고려하여 행정청의 환경오염발생우려에 대한 합리적인 판단을 쉽게 무력화할 수 없다 판단하였다.[18]

[대법원 2017. 3. 15. 선고 2016두55490]

개발행위허가는 허가기준 및 금지요건이 불확정개념으로 규정된 부분이 많아 그 요건에 해당하는지 여부는 행정청의 재량판단의 영역에 속한다. 그러므로 그에 대한 사법심사는 행정청의 공익판단에 관한 재량의 여지를 감안하여 원칙적으로 재량권의 일탈이나 남용이 있는지 여부만을 대상으로 하고, 사실오인과 비례·평등의 원칙 위반 여부 등이 그 판단 기준이 된다 (중략) 환경의 훼손이나 오염을 발생시킬 우려가 있는 개발 행위에 대한 행정청의 허가와 관련하여 재량권의 일탈·남용 여부를 심사할 때에는, 해당지역 주민들의 토지이용실태와 생활환경 등 구체적 지역 상황과 상반되는 이익을 가진 이해관계자들 사이의 권익 균형 및 환경권의 보호에 관한 각종 규정의 입법 취지 등을 종합하여 신중하게 판단하여야 한다. 그러므로 그 심사 및 판단에는, 우리 헌법이 '모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다.'라고 규정하여(제35조 제1항) 환경권을 헌법상 기본권으로 명시함과 동시에 국가와 국민에게 환경보전을 위하여 노력할 의무를 부과하고 있는 점, (중략) 환경오염 발생 우려'와 같이 장래에 발생할 불확실한 상황과 파급효과에 대한 예측이 필요한 요건에 관한 행정청의 재량적 판단은 내용이 현저히 합리성을 결여 하였다거나 상반되는 이익이나 가치를 대비해 볼 때 형평이나 비례의 원칙에 뚜렷하게 배치되는 등의 사정이 없는 한 폭넓게 존중될 필요가 있는 점 등을 함께 고려하여야 한다. 이 경우 행정청의 당초 예측이나 평가와 일부 다른 내용의 감정의견이 제시되었다는 등의 사정만으로 쉽게 행정청의 판단이 위법하다고 단정할 것은 아니다.

즉, 위에서 볼 수 있듯이 해당 사안에서의 건축허가를 대법원은 재량행위로보면서 법원은 재량의 위법성을 판단하기 위해 재량권의 일탈, 남용이 있었는지의 여부에 대한 심사만이 가능하다고 보았다. 그리고 이에 대해서는 사실 오인과 비례 및 평등의 원칙 위반 여부등이 판단이 된다고 함으로서 재량의 일탈 남용에 대한 일반적인 기준을 판단으로 제시하였다. 그러면서도 해당 판결은 공익을 중시하는 입장에서의 환경훼손이나 오염우려에 대한 행정청의 판단을 최대한 존중하겠다는 취지의 판단을 한 것이라 볼 수 있다.

Ⅲ. 제3자의 취소소송과 집행정지제도

1. 취소소송의 법리와 원고적격[19]

취소소송은 행정소송법에서 규정한 처분 등이나 부작위에 대하여 제기하는 소송인 법정항고에 속하며, 행정청의 위법한 처분 등을 취소 또는 변경하는 소송인 취소소송에 해당한다. 취소소송을 통해 처분 등에 의해 법익의 침해가 있는 원고는 그 권리가 구제되고 적법성을 유지할 수 있다. 취소소송의 원고는 처분 등에 의해 침해된 권익을 보호하기 위해 취소, 변경을 구하는 일방을 의미하며, 피고인 행정은 처분에 위법이 없는데 주장하는 데에 불과하다. 단, 행정청은 인격의 주체가 아니라 기관에 해당하기 때문에 민사소송법에 따라 당사자가 될 수 없지만, 항고소송에서는 소송의 편의를 위하여 피고의 지위가 인정된다.[20]

---

18) 장혜진, "환경 훼손 우려가 있는 건축허가의 법적 성질과 사법심사 기준에 대한 검토 (대상판결: 대법원 2017. 3. 15. 선고 2016두55490 판결).", 「법과정책」, 2018, 24.1, 200쪽-205쪽.

19) 독일의 도시계획법전은 거주지역 내부 영역에 있어서 '그 주변사정에 적합한 건축만이 허용된다'고 규정한 건설법전 제34조에 대해서는 사익보호성을 인정하였다.

(1) 제3자의 원고적격

취소소송에서의 원고 적격은 처분 등의 취소를 구할 수 있는 자격을 의미한다. 이를 위해선 형식적 요건을 갖춰야할 뿐 아니라 행정소송법 제12조 “취소소송은 처분 등의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다”에 따라, 소송을 통해 얻을 법익이 존재해야 한다. 이때 이 법익의 의미에 대해서는 ⅰ) 위법한 처분으로 권리를 침해당한 자만이 취소소송을 제기할 수 있는 원고 적격을 갖는다고 보는 “권리구제설”과 ⅱ) 법률상 보호된 이익을 의미한다는 법이 보호하는 “이익구제설”, ⅲ) 법률상 보호되는 이익이 아니더라도 실질적으로 보호할 가치 있는 이익이 있는 자에게 원고적격이 인정된다는 보호할 가치 있는 “이익구제설”, ⅳ) 처분을 다툴 가장 적합한 이익사이에 있는 자에게 원고적격을 인정해야 한다는 “처분의 적법성 보장설”이 있다.[21]

취소소송을 제기하는 자에게 법률상이익이 있는지 판단하는 근거규범에 대해, 학설은 ⅰ) 처분의 근거가 되는 실체법규에 의해 보호되는지, ⅱ) 처분의 근거가 되는 실체법규 및 절차법규에 의하여 보호되는 이익인지, 혹은 ⅲ) 처분의 근거가 되는 법률의 전체 취지에 비추어 보호되는 이익이거나 ⅳ) 처분의 근거법률 이외에 다른 법률 헌법의 규정 관습법 및 조리 등 법체계 전체에 비추어 보호되는 이익인지에 대한 기준으로 해석한다.[22]

(2) 법익의 확대화와 인근 주민의 권리보장

취소소송의 원고적격이 기준이 되는 법익을 어떠한 기준에 의해 해석할지에 따라 처분의 상대방이 아닌 제3자인 인근 주민의 권리 보장의 정도는 달라진다. 우리나라 판례에서는 ⅰ) 법익이란 당해처분의 근거 법규와 관련법규에 의하여 보호되는 개별적 직접적 구체적 이익이 있는 경우이기에 공익보호의 결과로 국민 일반이 공통으로 받는 사실적 경제적 이해관계는 포함되지 않으며 ⅱ) 행정목적을 달성하기 위한 일련의 단계적인 관련 처분들의 근거 법규에 의하여 명시적으로 보호받는 이익은 포함되고, ⅲ) 처분의 근거 법규 혹은 관련 법규에서 보호하는 이익이 공익뿐 아니라 개별적 직접적 구체적 이익을 보호하는 취지가 있다고 해석되는 경우를 의미한다고 설시하였다.[23][24]

판례에서 밝힌 법익에 포함되는 기준 중, ⅲ)에 해당하는 설명이 인근주민의 취소소송의 원고적격에 대한 근거 규범이 된다. 판례는 사익보호성을 일관적으로 확대하고 있는 추세이다.

판례는 제3자의 원고적격에 대하여, “행정소송법 제12조는 처분 등의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자가 취소소송을 제기할 수 있다고 규정하고 있는바, 행정처분의 상대방은 직접 개인적 이익의 침해를 받은 자로서 원고적격이 인정되고, 직접 상대방이 아닌 제3자도 당해 행정처분으로 법률상 보호되는 이익을 침해받은 경우에는 원고적격이 있다. 여기에서 말하는 법률상 보호되는 이익이라 함은 당해 처분의 근거 법규 및 관련 법규에 의하여 보호되는 개별적·직접적·구체적 이익이 있는 경우를 말하므로, 공익 보호의 결과로 국민 일반이 공통적으로 누리는 일반적·간접적·추상적 이익이 생겼다하여 이를 법률상 보호되는 이익이라고 할 수는 없다”라고 설시하였다.[25] [26]

---

20) 김남진·김연태, 앞의책, 791쪽, 799쪽-300쪽.
21) 김남진·김연태, 앞의책, 791쪽, 801쪽-803쪽.
22) 김남진·김연태, 앞의책, 791쪽, 804쪽.
23) 대법원 2015. 7. 23. 선고 2012두19496 판결.
24) 김남진·김연태, 앞의 책, 791쪽, 806쪽.
25) 창원지방법원 2013. 7. 23 선고 2013구합534 판결 [건축허가처분취소]
26) 반면 환경영향평가로 인해 영향권의 범위가 규정된 경우에는 영향권 내의 주민들은 주민 개개인에 대하여 개별적으로 보호되는 직접적 구체적이익으로서 그들에 대해서 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해 우려가 있는 것으로 사실상 추정되어 원고적격이 인정된다. 그러나 그 영향권 박의 주민들은 환경상 이익에 대한 침해 및 침해우려를 입증해야만 원고적격이 인정될 수 있다.

2. 집행부정지원칙과 집행정지제도

(1) 법리

우리나라 행정법에서는 가구제수단으로 원칙적으로 취소소송을 제기하더라도 그 처분등의 효력이나 집행 또는 절차의 속행에 영향을 주지 않는 집행부정지원칙을 취한다. (행정소송법 23조 1항) 이는 입법 정책상의 문제로, 우리나라는 국민의 권리보호보다 행정의 신속성, 실효성을 우선시한 결과로 본다.[27][28] 원칙적으로 집행부정지원칙을 취하지만. 처분 등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있다고 인정할 때 집행의 정지를 신청하거나 행정청의 직권에 의하여 결정할 수 있다. (동법 23조 2항)

집행정지의 요건에 대해서는 적극적 요건과 소극적 요건으로 분화된다. 적극적요건으로는 ⅰ) 적법한 본안소송이 계속 되어야하며[29], ⅱ) 처분이 효력을 발생한 이후, 즉 처분등이 존재해야하며(부작위에 대해서는 집행정지의 실익이 없다)[30] ⅲ) 금전상의 보상이 불능이거나 행정처분의 당사자가 참고 견딜 수 없는 유형 무형의 손해, 즉 회복하기 어려운 손해예방의 필요성[31] ⅳ) 긴급한 필요, 즉 본안판결을 기다릴 여유가 없을 때의 요건을 갖춰야한다. [32] 소극적 요건으로는 그 집행정지가 공익에 중대한 영향을 미칠 우려가 없어야 한다.[33][34][35]

집행정지의 결정이 인용이 된다면 다음과 같은 효력이 발생한다. ⅰ) 처분 등의 효력 정지는 행정처분이 없었던 것과 같은 상태를 실현하는 것이므로 그 범위안에서 형성력을 가진다. ⅱ) 집행정지의 효력은 당사자 및 관계행정청에 대한 기속력을 가진다. 즉 집행정지결정에 위배되는 행정처분은 무효로 간주되고 있다. ⅲ) 집행정지결정 및 집행정지의 취소결정의 효력은 제3자에 대해서도 효력이 있다. ⅳ) 집행정지결정의 효력은 결정의 주문에 정해진 시기까지 존속한다.[36]

---

27) 반면 독일은 원칙적으로 집행정지원칙을 취한다. 특히 제3자효 행정행위에 대해서 특별 규정을 두어 제3자가 행정쟁송을 제기한 경우 원칙적으로 처분의 집행이 중지되는데 행정청은 처분의 상대방인 수익자의 신청에 의해 즉시집행을 명할 수 있으며 또한 법이 정한 정지효의 예외에 해당하는 경우 (법에서 정한 특정한 종류의 처분, 특별한 규정이 있는 경우, 공익이나 당사자의 우월한 이익을 위하여 처분청이 즉시집행을 명한 경우)에도 제3자의 신청에 의하여 행정법원청의 처분의 집행을 중지시킬 수 있다.

28) 김남진·김연태, 앞의책, 872쪽.

29) 실무상으로는 본안소송의 제기와 함께 집행정지를 신청하는 것이 일반적이다.

30) 하급심에서는 한약사국가시험 응시원서 접수 거부처분과 서울대학교 1단계 불합격 처분에 대한 집행정지결정 등 거부처분에 대한 집행정지를 결정한 판례가 있다. 거부처분의 경우에도 집행정지의 실익이 있는 경우 있으므로 이에 대해서는 집행정지의 대상이 될 수 있다는 “제한적 긍정설”도 존재한다. (김연태·김남진, 앞의책.)

31) 해당 요건은 일본의 “중대한 손해 예방의 필요성”이 있어야 한다는 개정된 일본의 행정사건소송법에 비하여 지나치게 엄격하다는 비판이 있다. 행정심판에서는 중대한 손해예방의 필요성이 있어야 한다고 그 요건을 개정하여 폭넓은 권리의 보장을 꾀할 수 있다. (이일세, 앞의 논문)

32) 회복하기 어려운 손해를 피하기 위한 긴급한 필요가 있는 경우라는 규정은 일본의 개정전 집행정지제도의 요건과 유사하다. 이에 대하여 일본은 이러한 요건은 집행력 있는 판결에 대한 상소나 재심이 행해지는 경우에 해당하므로 사안에 대한 요건은 지나치게 엄격하다고 판단하여 이에 대해 ‘처분, 처분의 집행 또는 절차의 속행에 의해 발생하는 중대한 손해를 피하기 위하여 긴급한 필요가 있는 때’로 개정하였다.

33) 이 외에 본안의 이유유무의 필요성 여부에는 학설의 대립이 있다. 일본은 본안에 대하여 이유가 없다고 보이지 않을 때 집행정지 신청이 가능하다고 본다. 우리나라는 이에 대해 명시적으로 표현하고 있지 않다. 대법원은 이에 대해 이유 없음이 명백하지 않은 이상 본안의 이유유무는 집행정지 결정 단계에서도 판단될 것은 아니라고 판시하였다. 집행정지제도의 본안소송화가 초래될 수 있기에 본안소의 이유 있음을 판단하는 것은 제한적으로 인정되어야 할 것이다. (김연태김남진, 앞의 책)

34) 김남진·김연태, 앞의 책, 873쪽-876쪽.

35) 이일세, “행정소송에 있어서 집행정지제도의 현황 및 개선방안에 관한 고찰”, 「공법학연구」, 2013, 14(1), 541쪽-549쪽.

36) 김남진·김연태, 앞의 책, 880쪽.

(2) 제3자의 집행정지신청

제3자 효를 갖는 건축허가에 대해 제3자가 이 허가에 기반한 건축이 완공되어 기정사실화되기 이전 가구제를 위한 조치를 취할 필요성이 인정된다. 따라서 행정행위를 통해 법률상 이익을 침해받는 제3자가 취소소송을 제기하면서 집행정지를 신청하는 것은 인정된다. 학설과 판례에서도 이를 인정한다.[37]

(3) 검토

집행정지원칙 대신 집행부정지원칙을 취하는 우리 행정법 체계는 행정의 효율성 증대와 국민의 권리보장사이의 이익 형량을 통해 전자를 택한 것이다. 즉, 이 양자택일의 상황속에서 어느 하나를 경시한 것의 결과가 아니기에 상대적으로 집행부정지원칙에 의해 초래될 수 있는 국민의 권리보장의 미비한 보호를 부수적인 제도 및 학설•판례에 의해서 보장할 필요성이 요구된다. 따라서 본연구에서는 실질적으로 집행부정지원칙 입법체계 하에서도 개인의 공권이 보장되고 있는지에 대해 파악하고 이를 제도적 관점에서 비판하고 개선점을 요구해보려 한다.

집행정지를 신청하기 위한 요건에 대한 판단요소에 대한 증명의무는 행정청과 집행정지 신청인에게 이분화 되어있다. 중대한 손해에 대한 긴급한 필요에 대한 증명은 신청인에게, 공익상의 소극적 요건에 대해서는 행정청이 증명하여야 한다. 형식상으로는 그 증명책임의 소재가 적정하게 양분화 되어있는 듯하지만, 건축허가에 대한 제3자의 취소소송과 함께 집행정지를 신청하는 경우 그 증명에 대한 고려가 어려울 가능성이 높다. 특히 그 사안이 환경과 관련한 경우 그러하다.[38]

4대강 살리기 마스터플랜에 따른 한강살리기 사업구간 인근에 거주하는 주민이 사업실시계획승인처분에 대한 효력 정지를 신청한 사업은 강학상 허가에 포섭되는 사안이지만, 집행정지를 신청한 때에 그 증명상의 어려움을 일반적으로 보여줄 수 있는 예시이다. 대법원은 주민들이 해당 처분으로 인하여 토지 소유권 등의 권리를 수용당하고, 타지로 이주해야 하며, 주민들의 생업인 유기농업이 사실상 해체될 위기에 처할 수 있다는 것을 인정하면서도 그것이 중대하고 긴급한 필요에 해당하지 않는다고 판시하였다. 이에 대하여 반대의견은 환경권과 관련된 경우 “중대한 사항[39]”, “긴급한 필요”에 대한 새로운 해석이 필요하다고 보았다.[40][41]

생각건대, 환경권과 관련된 경우에는 집행정지제도의 실질인, 절차적 속행을 막기위한 점에 비추어 보아 중대한 사항보다는 긴급한 필요에 대한 증명이면 해당요건이 충족되는 것으로 보는 것이 타당하다. 특히 환경권과 관련되는 건축허가의 경우에는 집행정지가 이루어지지 않을 경우 그 피해가 극심하며 이후 인근주민의 권리보호가 우선시되는 판결이 내려지더라도 회복하기 어려울 가능성이 높기 때문이다. 물론, 이와 같은 경우에는 남소의 폐단이 우려될 수 있다. 이에 대해서는 담보제공의 의무 등의 제도를 도입하여 그 균형을 맞추는 것이 필요하다고 본다.[42]

또한, 제3자에 의한 집행정지 신청시에는 처분의 상대방이 집행정지의 제3자가 된다. 이는 본고에서 집중한 원처분의 제3자와는 별개의 문제이기는 하지만 그들의 균형 있는 권리보호의 필요성도 고려할 필요는 존재한다. 현행법령에 따르면 집행정지신청에서의 제3자인 원처분의 상대방이 집행정지결정에 대한 취소를 청구할 수 있는지에 대한 규정은 없으나, 학설에서는 타당하다고 본다.

---

37) 김남진·김연태, 앞의 책, 878쪽-879쪽.
38) 이일세, 앞의 논문, 549쪽-550쪽.
39) 회복하기 어려운 손해
40) 대법원 2011.4.21, 2010무111
41) 이일세, 앞의 논문, 549쪽.
42) 손기복, ″ 항고소송에서의 가처분에 관한 연구 - 2012년 법무부 행정소송법 개정안을 중심으로 -“, 고려대학교 대학원, 석사학위논문, 2013년, 105쪽.

필자 또한 처분의 상대방이 제3자로써 이의를 제기할 수 있다고 본다. 행정소송법 29조 1항에서 “처분 등을 취소하는 확정판결은 제3자에 대하여도 효력이 있다.”라는 규정은 제3자에 의한 재심청구를 가능하게 하는 근거 규범이다. 이를 토대로 해당 조항이 준용되는 집행정지에서도 동일하게 집행정지에서의 제3자인 처분의 상대방이 해당 집행정지에 대하여 이의를 제기할 수 있는 근거 규범이라고 생각한다.

Ⅳ. 행정절차상의 권리보장

앞선 항목에서 살펴보았던 쟁점들은 공통적으로 이미 피해를 입은 제3자가 사후적으로 취할 수 있는 구제수단에 국한되어 있었다. 따라서 처분 등이 이루어지기 전 행정절차상에서의 제3자의 권리를 보장할 수 있는 제도에 대하여 파악하고, 이를 통하여 개선점을 찾아볼 필요성이 요구된다.[43]

1. 현행법령과 제3자의 행정절차상 권리 보장

현행절차법은 행정절차법의 적용과 관련하여 당사자 등을 행정청의 처분에 대하여 직접 상대가 되는 당사자인 처분의 직접 상대방과 행정청이 직권으로 또는 신청에 따라 행정절차에 참여하게 한 이해관계인으로 나누어 규정하고 있다.[44]

(1) 통지

행정행위는 상대방에 대한 통지로서 성립하며, 해당 절차가 결여되었을 경우 행정절차는 무효 또는 취소된다. 반면 행정청은 원칙상 제3자에 대해서는 통지의무를 지지 않고, 예외적으로 사업인정시 통지의무 등처럼 개별법에서 통지의무를 부과하는 경우가 있다.[45]

(2) 이해관계인인 제3자에 대한 사전통지와 의견청취 의무

행정절차법 제21조 1항과 22조 3항에서는 상대방의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 처분에 한하여 “당사자 등”에 대한 처분의 사전통지와 의견청취의무를 정하고 있다.[46] 따라서 행정청이 처분의 직접상대방 외의 제3자들 중 이해관계인으로 지정하여 행정절차에 참가하도록 결정한 경우에 한하여 사전통지와 의견제출 기회를 가진다. 이 때 이해관계인은 직접상대방과 달리 의견진술의 기회를 포기할 수 없다 (동법 제22조 4항) 행정청이 이해관계인인 제3자의 행정절차에의 참가를 인정하는 것은 직권으로 또는 신청에 따라 임의로 결정하게 된다. (제2조 제4호) 따라서 모든 이해관계에 있는 제3자에게 행정절차상의 권리보장이 이뤄지는 것은 아니다.[47]

또한 해당 조항은 상대방에게 부담적 행정처분을 하는 때에만 국한 되어있어 제3자효 행정행위에 대해서는 규율하고 있지 않다. 따라서 복효적 행정행위로 인해 피해를 입은 제3자는 사전 통지 및 의견제출이 적용된다고 할 수 없으며, 행정청이 제3자를 행정절차에 참여하게 하였다 하더라도,

---

43) 박균성, 앞의책, 423쪽.
44) 의견제시는 당사자에 대한 것이므로 이해관계인으로 포섭될 가능성이 있는 제3자에 대한 권리보장의 방안에는 포섭되지 아니한다.
45) 박균성, 앞의 책, 204쪽.
46) 2014년. 1월. 28일. 행정절차법 개정으로 인하여 처분의 사전통지를 생략할 수 있는 예외적 사정이 만들어졌다.
47) 김남진·김연태, 앞의 책, 450쪽, 453쪽.

이해관계인으로서 당사자 등에 포함될 수 있는지에 대해서도 의문점이 있다.[48]

이 때의 의견제출은 청문, 공청회 및 의견제출의 세가지 방법이 있다. 행정절차법상 청문회나 공청회의 개최는 개별법에서 인정되는 경우나 행정청이 필요하다고 인정하는 경우에 실시되며, 이해관계인도 2조 4항에 따라 행정청이 참여를 인정한 자에 한하여 청문 또는 공청회에 참여할 수 있다.[49]

(3) 이해관계인의 동의

처분상대방에게 수익이 되지만 제3자에게는 불이익이 되는 처분의 경우 예외적으로 이해관계에 있는 제3자의 동의를 처분의 요건으로 규정하는 경우가 있다. 판례에 의하면 이해관계인이 동의를 처분 요건으로 하는 명문의 규정이 없는 경우에는 재량행위의 경우에도 원칙상 이해관계인의 동의 없음을 처분사유로 할 수 없다.[50][51]

2. 검토

우리나라 행정법은 전통적으로 행정의 사회에 대한 우월성이 비공식 혹은 공식적으로 반영되어 온 결과로서 행정의 주도적이고 일반적인 지위가 중시되어 왔다. 이러한 행정우월적 정통은 공익실현과 기본권 보장을 위한 처분 → 강제→ 사후구제의 3단계 구조를 그 기본 골격으로 하였다. 그러나 정보화, 민주화 등으로 인하여 행정과정에서의 민간참여와 민간과의 협력을 중시하는 경향이 나타나고, 필요성이 증대되었다, 이는 비단 우리나라뿐 아니라 외국에서도 나타나는 경향이며 참여, 교섭, 협력에 의한 행정법의 변화 양상이 포착되었다.[52] 우리나라도 세계적인 경향뿐 아니라 폭넓은 권리보장의 필요성에 기해 이러한 행정법의 변화가 필요할 것이다.

첫째, 사전통지 및 의견청취의 의무를 지는 범위를 확장해야 한다. 현행법의 문언상으로는 상대방이 침익적 행정행위의 상대방일 때에만 해당 제도가 실행될 수 있는 범위에 포섭된다. 이렇게 된다면 상대방과 제3자 모두 침해가 있고 제3자의 침해가 더욱 극심한 경우나 상대방에게는 수익적 효과를 내지만 제3자에게는 침익적인 효과를 내는 제3자효 행정행위에 대해서 제3자의 권리보장이 불확실하다. 이 상황을 극복하기 위해 제3자에게도 침해가 있을 때 행정절차상의 권리가 보장될 수 있어야한다. 비록 제3자의 권리는 비록 중요하지 않고 소송상으로 충분히 구제된다는 반론이 있을 수 있다. 하지만, 행정소송상의 구제수단은 이미 처분이 내려진 이후의 일이며, 소송의 특성상 최후의 수단이다. 물론 행정소송에서는 복효적 행정행위에 있어 제3자에게 취소소송의 원고적격을 인정한다. 그러나, 행정절차상의 제3자는 그 권리보장이 불안정하며 확실하게 자신의 권리를 주장할 수 있는 방안은 취소소송밖에 존재하지 않는다. 생각건데, 행정소송에서 보장하는 취소소송상 제3자의

---

48) 박균성, 앞의 책, 205쪽.

49) 김남진 • 김연태, 앞의 책, 같은 곳.

50) 처분의 당사자에게 침해적 행정행위를 한 경우, 과거 대법원은 청문절차 없이 어떤 행정처분을 한 경우에도 관계 법령에서 청문절차를 시행하도록 규정하지 않고 있는 경우에는 그 행정처분이 위법하게 되는 것은 아니라고 하였지만(대법원 1994. 3. 22. 선고 93누18969 판결), 이후 대법원은 헌법 제12조 1항에서 규정하고 있는 적법절차의 원칙은 형사소송절차에 국한되지 않고 행정작용에도 준수되고(대법원 2012. 10. 18. 선고 2010두12347 전원합의체판결), 모든 국가 작용전반에 대하여 동일하게 적용된다고도 하였다. (대법원 2014. 6. 26. 선고 2012두911 판결 등). 이에 따라 과세처분에는 처분의 이유를 제시하도록 하지 않았더라도 헌법상 적법절차의 원리에 근거해 행정청은 그 이유를 제시할 의무를 진다고 보았다.

51) 박균성, 앞의 책, 같은 곳.

52) 문상덕, “참여와 교섭에 의한 행정과정과 행정분쟁의 해결”, 「행정법연구」, 2007, (18), 327쪽-352쪽.

원고적격의 범위보다 행정절차상의 범위가 넓어져야 할 필요성이 제기된다고 사료된다. 행정절차는 그 자체로 상대방의 권리를 보호하고 소송의 부담을 줄여 효율성을 도모하는데 목적이 있기 때문이다.

둘째, 이해관계인 외의 제3자도 행정절차상에 의견을 제시할 수 있는 제도적 보완이 필요하다. 현행법 상으로는 복효적 행정행위에 대한 사전절차제도가 실행이 되더라도, 이해관계인의 범위에 들지 않는 제3자의 권리를 보장할 수 있는 방법은 부재하다. 독일의 연방행정절차법에 13조에서는 행정절차에 있어서 신청자 및 신청자의 상대방, 행정처분의 상대방, 행정상 계약의 상대방 그리고 행정청이 행정절차에 참여케 한자를 절차 참가자로 규정하고 있다. 그러나 동법 동조 2항에서는 행정청이 행정절차의 진행을 통하여 자신의 법적인 이익이 침해될 수 있는 자에 대하여 신청에 의해서나 직권으로 행정절차에 참여케 할 수 있다고 규정하며, 행정절차에 의한 결정이 제3자에 대하여 미칠 경우에 행정청은 거의 신청에 기하여 참가자로 행정절차에 참가시키지 않으면 안된다는 규정을 둠으로써 행정처분의 제3자의 절차 참가권을 분명하게 보장하고 있다.[53] 우리나라도 이와 같이 제3자의 절차 참가권, 특히 의견제시의 권리를 보장할 필요성이 대두된다. 또한, 이해관계인으로 선정하기 위해선 신청 혹은 직권에 의해 행정청이 임의적으로 상정할 수 있게 되어있는데 이 이해관계인으로 선정하기 위한 기준에 대한 합리적인 기준을 마련할 필요가 있다고 사료된다.

셋째, 제3자에 대한 행정청의 통지 규정이 필요하다. 이는 행정처분에 대한 행정심판 혹은 취소소송을 제기할 수 있는 불복제기기간과 연관된다. 행정심판법 제18조와 행정소송법 제20조에서는 행정심판이나 취소소송은 처분이 있음을 안 날로부터 90일 이내에 제기해야 할 것을 규정하며, 알지 못한 경우에는 행정심판의 경우에는 처분이 있은 날로부터 180일 이내, 취소소송에는 1년이 경과하기 전에 제기하여야 한다. 독일행정절차법 제43조 제1항에서는 이해관계인이 특정된 경우에는 송달의 방법으로, 불특정다수인 경우에는 고시 혹은 공고의 방법으로 통지하게 한다. 우리나라의 경우도 이와 같은 법리를 일반론적으로 차용할 필요성이 있다고 사료된다.[54]

그동안 행정-민간(사회)의 이분법적인 행정법의 시각은 행정우월주의와 함께 행정절차상에 있어서의 민간의 지위 및 공권 보장에 대한 제도미비로 나타났다. 행정법의 새로운 변화 필요성에 따라 해당제도는 보완이 필요성이 있다. 하지만 행정청과 민간의 참여, 교섭 및 협력의 관점에서, 무조건적 규제완화만을 전제하지 않는 규제의 합리화와, 행정청의 광범위한 공익 논의의 유지, 집행력을 확보하고 규제로 인한 부작용을 최소화할 수 있는 건전한 합의의 도출체계 구축의 역할도 필요할 것이다.[55]

Ⅴ. 결론 및 한계

본고는 건축허가시의 행정청의 상대방이 아닌, 그 허가로 인해 자신의 권리에 영향을 받을 수 있는 제3자 중 인근 주민들의 권리를 검토하였다. 그리고 이 검토는 인근 주민이 행정처분의 절차부터 소송까지 관련될 수 있는 법리들을 중심으로 이루어졌다. 건축허가의 성질과 이와 관련된 소송의 양태, 취소소송의 원고적격과 집행부정지제도, 행정절차법상의 법령이 그 세부 항목이며 다양한

53) 김해룡, “우리나라 행정절차법과 독일연방 행정절차법”, 「고시계」, 1997, 42(4), 93쪽-94쪽.
54) 박균성, 앞의 책, 204쪽.
55) 김유환, “미국 행정법에서의 참여와 협력-그 의미의 변화와 새로운 행정법질서”, 「공법연구」 제30권 제5호, 2002, 6쪽; 문상덕, “참여와 교섭에 의한 행정과정과 행정분쟁의 해결”, 「행정법연구」, 2007, (18), 349쪽에서 재인용.

교과서와 논문, 판례를 중심으로 분석하였다.

건축허가는 기속행위로 이해됐던 전통적인 해석과 달리, 사안에 따라 기속재량행위 혹은 재량행위로 이해되는 경우가 많아졌으며 이에 대한 사법적인 심사도 행정청의 의견을 존중하는 형태로 나아왔다. 또한, 제3자가 본인의 권리가 침해되었음을 이유로 취소소송을 제기할 때의 원고적격은 대부분 인정되지만, 집행부정지 원칙을 채택하는 우리나라의 법리에 따라 별도로 집행정지를 신청했을 때 그 증명의 부담에 있어 제3자가 불공평한 부담을 지는 경우가 있었다. 건축허가로 인해 피해 받을 수 있는 정도가 예측 불가능하고 극심할 수 있다는 현실에 비추어 보았을 때 집행정지 신청시의 요건의 축소 혹은 해석의 변경으로 이 부담을 경감해야 할 것이다. 행정절차법상으로는 그동안의 행정법이 행정청과 수인의 이분법적인 시각에 따라 행정청의 우월적인 지위를 암묵적으로 인정해왔기에 절차상의 중요성이 상대적으로 경시되어 왔음을 알 수 있었다. 따라서 소송으로 나아가기 이전의 사전절차를 규율하는 행정절차법적으로 보호할 수 있는 권리의 범위가 더 커야 한다는 시각에 따라 다양한 개선점을 통해 민간과 행정의 협동과 참여의 방향으로 나아갈 수 있는 입법 정책적인 보완이 필요함을 알 수 있었다.

본고에서는 건축허가에 따른 인근주민의 의견이 반영되고 권리를 제대로 보장받을 수 있는지에 대하여 처분의 성질, 소송, 절차의 큰 맥락에서 일반론적으로 고찰하였다. 이 때문에 거시적인 관점에서 인근 주민의 권리를 조망할 수는 있지만, 개별법에서 규율하는 세부적인 사항에 대해서는 적절하게 검토하지 못했다는 한계가 있다. 실제로도 인근주민 중에서도 판례와 연구에 따르면 공장부지의 인근주민, 환경영향평가 대상의 인근주민 등 다양한 개별법의 적용영역에 따라 원고적격이 인정되는 논리의 전개와 입증방법, 그 인정여부가 달라질 수 있다.[56] 따라서 급변하는 사회환경속에서 야기될 수 있는 기존의 건축허가법제에서의 문제에 대해 개별적이고 구체적인 후속연구가 필요하다.

56) 전현철. “항고소송에 있어서 인근주민의 원고적격”. 「서울법학」, 2011. 19(1), 100쪽-113쪽

참 고 문 헌

김남진·김연태. 행정법 (제22판). 법문사. 2018.

박균성. 행정법강의 (제13판). 박영사. 2016.

김남철. “건축허가의 법적 성질에 관한 소고”. 공법학연구, 5(2). 2004.

김유환, “미국 행정법에서의 참여와 협력-그 의미의 변화와 새로운 행정법질서”, 공법연구 제30권 제5호, 2002, 6쪽; 문상덕, “참여와 교섭에 의한 행정과정과 행정분쟁의 해결, 행정법연구”, (18), 2007, 349쪽에서 재인용.

문상덕. “참여와 교섭에 의한 행정과정과 행정분쟁의 해결”. 행정법연구, (18), 2007.

손기복. ″항고소송에서의 가처분에 관한 연구 - 2012년 법무부 행정소송법 개정안을 중심으로 -“. 고려대학교 대학원. 석사학위논문. 2013.

이일세. “행정소송에 있어서 집행정지제도의 현황 및 개선방안에 관한 고찰”. 공법학연구, 14(1). 2013.

장혜진. ″환경 훼손 우려가 있는 건축허가의 법적 성질과 사법심사 기준에 대한 검토 (대상판결: 대법원 2017. 3. 15. 선고 2016두55490 판결).″ 법과정책, 24.1 .2018.

전현철, “항고소송에 있어서 인근주민의 원고적격”. 서울법학, 19(1), 2011.

대법원 1983.7.12. 선고. 83누59 판결.

대법원 1996.2.13. 선고 95누 16981 판결.

대법원 1999.8.19. 선고 98두1857 전원합의체 결정.

대법원 2011.4.21. 선고 2010무111 판결.

대법원 2015.7.23. 선고 2012두19496 판결.

대법원 2017.3.15. 선고 2016두55490 판결.

서울행정법원 1999.5.27. 선고, 98구10249 판결.

서울행정법원 2001.3.9. 선고 2000구32242 판결.

창원지방법원 2013.7.23 선고 2013구합534 판결.

고려대학교 자전법학회
제80차 세미나

동성 간 혼인의 합헌성과 시민 결합에 관한 논의
- 국내외 입법례와 판례, 그리고 헌법해석을 중심으로 -

자유전공학부 경제학과
이 건 창

I. 서론

현대 사회에서 혼인의 개념을 구성하는 핵심적이고 본질적인 징표는 무엇일까? 통념과 사회적 관행, 전통을 고려하였을 때는 주로 '자식의 출산과 양육', 이에서 비롯되는 '혈연적 유대감', '정서적 안정감', '가족공동체로서의 사회적, 경제적 기여' 등이 있을 것이다. 이러한 핵심징표는 혈연으로서의 가족공동체 개념을 강화하고 역사적으로 인간 양육과 사회화를 담당하며 그를 통한 인격의 형성을 돕는 가장 기본적인 단위의 집단이라는 측면에서 의의가 있는 반면, 현대 사회에 들어와서는 가족의 기능을 획일화하고 혼인과 그에 기인한 가족 형태의 다양성을 축소한다는 점에서 그 한계를 드러낸다.

무엇보다도, 과연 현행 혼인 개념에서의 '당사자'가 모든 시민, 그 중에서도 동성혼을 원하는 사람들의 권리를 보장해 줄 수 있는 제도인지 의문이 있다. 여러 판례와 헌법재판소 결정례, 그리고 사회적 인식을 고려했을 때, 아직 우리나라에서의 동성 간 혼인의 인정은 요원하기만 한 듯하다. 현행 혼인 제도가 당사자 개념에 있어서 인적 한계를 부여하고 있음에 기인하여, 기존의 혼인 제도에 자신의 권리를 보장받지 못하는 시민을 포섭시켜야 하는지, 아니면 새로운 대체 제도의 도입을 통해 불완전하나마 그들의 권리를 보장해야 하는지에 관한 이차적 문제도 발생할 것이다.

아직 우리나라는 동성 간 혼인을 인정하지 않으며, 그와 유사한 시민 결합 제도마저도 없는 상태이다. 그러므로 현 상황에서는 외국의 입법례와 판례를 살펴보고, 그 법률과 판례에서 도출되는 법리를 심도 깊게 고찰해보는 것이 유의미하다고 생각된다. 그러나 해외의 모든 국가, 그것이 아니더라도 특정 국가의 동성 간 혼인 또는 시민 결합 제도에 관한 모든 판례를 검토하기에는 현실적으로 무리가 있다. 따라서 해외의 입법례와 판례는 미국, 프랑스, 네덜란드를 중심으로 검토하기로 한다. 그 중에서도 미국의 경우, 연방 대법원의 Obergefell v. Hodges 판결과 Windsor v. United States 판결은 시사하는 바가 크다고 판단되어, 두 판례에 관해서 구체적으로 살펴보기로 한다.

또한 우리나라의 경우 역시 법리적으로 가장 의미 있다고 생각되는 두 판례를 선별하여 검토하기로 한다. 그리고 현행 헌법 해석상 동성 간 혼인의 인정 가능성에 관한 견해를 검토하고, 동성 간 혼인이 현행 헌법 하에서도 인정될 수 있음을 주장하려고 한다. 그러나 현실적으로 동성 간 혼인이 인정될 가능성이 매우 낮고, 현행의 혼인 개념으로는 사회의 다양한 형태

의 결합을 포섭할 수 없으므로, 불완전하나마 그들의 권리 의무를 보장할 수 있는 시민 결합 제도의 입법을 촉구하고자 한다.

II. 동성혼과 동반자제도에 대한 외국의 입법례와 판례

1. 미국

(1) 관련된 주 법원의 판례

1993년 5월 하와이 주 법원이 동성커플에게 혼인할 권리를 부여하지 않는 것은 이 러한 차별에 "명백한 근거(compelling reason)"가 제시되지 않는 한 주 헌법에 위반된다고 판결[1]하면서 미국내 동성혼에 관한 본격적인 논쟁이 시작되었다. 그 후 1996년 같은 주의 한 지방법원이 그와 같은 명백한 근거가 존재하지 않는다고 판결한 뒤[2] 이 사건이 상소되면서 동성혼 인정 여부는 다시 주법원에서 논의되었다. 하지만 최종적인 판결 전에 하와이 주는 주 헌법 개정을 통해 이성간의 결합만 혼인으로 인정할 권한을 입법자에게 부여함으로써, 동성혼의 인정에 관한 소송은 일시적인 종지부를 찍게 된다.[3][4]

이와는 대조적으로 버몬트 주 대법원은 주 헌법상의 "보통혜택조항(Common Benefits Clause)"에 따라 동성커플도 혼인한 이성커플과 동일한 혜택과 보호를 받을 수 있는 권리가 있다고 판시했다.[5] 이 판례에서 주 법원은 동성 간의 혼인에 관한 기본권이 보장되는 것은 아니지만 입법자에게 동성커플을 기존의 혼인제도를 통해 합법화하거나 대체 제도를 마련함으로써 동성커플의 동등한 혜택과 보호에 관한 권리를 구체화하도록 요구했다.[6] 이러한 요구에 따라, 동성커플을 시민 결합(Civil Union)으로 보고 그 상대방을 배우자로서 보호하는 제도가 주 단위로나마 최초로 도입되었다.

또한 2003년 11월 18일 매사추세츠 주 법원은 단지 동성간의 혼인이라는 이유만으로 혼인에 관한 법적 보호와 혜택 및 의무의 부여를 금지하는 것은 매사추세츠 주 헌법에 위반된다고 판시했다.[7] 이 판례에 따르면 혼인의 개념은 "두 사람 사이의 배우자로서의 자발적이고 배타적인 결합"으로 정의되는데, 이러한 정의에 의할 때 혼인은 두 사람 사이의 자발적인 결합으로서 두 사람 사이에만 존재하는 배타적인 결합이면 충분하고 반드시 두 사람이 이성일 필요는

---

1) 하와이 주 대법원 Baehr v. Lewin, 852 P.2d 44 (1993). 이 판례에 대한 자세한 설명은 김태한, "동성혼인 문제의 법률 고찰", 「가족법연구」(한국가족법학회) 제13호, 1999, 60쪽 이하 참조.

2) 하와이 주 지방법원 Baehr v. Miike, Civ. No. 91-1394-05, 1996 WL 694235. 이 판례는 O lyan, Saul M./Nussbaum, Martha C.(편), Sexual Orientation and Human Rights in American Religious Discourse, New York, 1998, 378쪽 이하에서 참조.

3) 1998년 11월 3일 개정된 하와이 주 헌법 제1편(Art. I Bill of Rights) 제23조.

4) 이준일, "헌법상 혼인의 개념 - 동성간 혼인의 헌법적 허용가능성 -", 「공법연구」 제37집 제3호, 한국공법학회, 2009, 177쪽.

5) 버몬트주 대법원 Baker v. Vermont 744 A.2d 864.

6) 이준일, 위의 논문(각주4), 177쪽.

7) 매사추세츠주 대법원 Goodridge v. Mass. Dept. of Public Health, 440 Mass. 309, 798 NE2d 941 (Nov. 18, 2003).
이 판례에 대한 평석은 이덕연, "헌법문제로서 동성간 혼인-동반공동체(시민결합) - Goodridge판결(Massachusetts주 대법원 2003.11.18.)과 BVerfGE (1 BvF 1.01 v. 2002.7.17.)에 대한 평석을 중심으로",「헌법학연구」 제10권 제2호, 한국헌법학회, 2004, 507-538쪽.

없게 된다. 매사추세츠 주 법원은 결론적으로 판례의 효력발생을 180일 유지하면서 입법자에게 판례의 취지를 적절하게 반영하는 입법조치를 취할 것을 요구했다. 여기서 특기할 만한 점은, 동성간의 혼인을 금지하는 것이 주헌법에 위반된다는 매사추세츠 주 법원의 판결이 있은 후 주 상원은 동성간의 결합을 혼인으로 인정하는 대신에 시민 결합으로 인정하여 혼인한 부부에게 인정되는 법 혜택과 보호 권리와 의무를 동일하게 인정하는 법률을 제정하고자 주법원에 자문을 구했으나, 주 법원은 그러한 법률은 이성커플과 동성커플을 분리함으로써 개인과 공동체, 특히 그 자녀들의 복리를 위하여 성인간의 안정적 관계를 증진시키는 데 도움이 되지 않는다는 견해를 제시했다는 점이다.[8)]

2006년 10월 뉴저지 주 대법원은 동성커플에게 이성커플과 동등한 권리를 부여할 수 있도록 혼인개념을 다시 정의하거나 대체 제도를 마련하도록 입법자에게 촉구하는 판결을 내렸고,[9)] 2008년 10월 코네티컷 주 대법원도 평등원칙을 근거로 동성애자는 자신의 선택에 따라 동성인 사람과 혼인할 권리를 향유한다고 판시함으로써 코네티컷 주는 동성간 혼인을 인정한 미국의 두 번째 주가 되었다.[10)]

마지막으로 2008년 5월 캘리포니아 주 대법원도 ① 동성커플에게 혼인을 허용해도 이성커플의 권리를 박탈하거나 혼인제도의 법적 기본구조를 변경시키지 않는다는 점, ②전통적인 혼인개념을 유지하면서 동성커플에게 다른 이름의 가족관계를 보장하는 것은 동성커플과 그 자녀에게 상당한 해악이 된다는 점, ③ 동성커플에게 혼인제도를 인정하지 않는 것은 동성커플의 헌신적 관계가 이성커플의 그것보다 열등한 지위(lesser stature)에 있다는 사실에 대한 공식 견해를 반영하는 것처럼 보일 개연성이 크다는 점, ④ 동성커플에게 분리되고 구별된 제도를 인정함으로써 동성커플은 법적으로 불리하게 대우해도 되는 "2등 시민(second-class citizens)"이라는 일반적 가정을 가속화시킬 수 있다는 점을 이유로 들면서 이성커플에게만 혼인을 인정하는 법률은 주헌법에 위반된다고 판시했다.[11)]

(2) 연방 대법원의 판례

1) Obergefell v. Hodges 판결[12)]

가. 간략한 사실관계

원고들은 "피고 들인 주 정부 공무원들이 원고들의 '결혼할 권리' 내지 '다른 주에서 적법하게 이루어진 결혼을 충분히 인정받을 권리'를 부정함으로써 미 연방헌법 수정 제 14조를 위반하였다"고 주장하며 대표 원고인 James Obergefell 등 다수 원고 들이 각자 거주하고 있는 주 연방지방법원에 제소. 각 연방지방법원은 원고의 청구를 인용하였으나, The Sixth Circuit(제6 연방순회 항소법원)은 각 사건을 병합하여 심리한 후 각 연방지방법원의 판결을 파기. 대표 원고 James Obergefell은 미국 오하이오주 주민으로 다른 주에서 이미 오래 전 결혼하여 함께

8) 이준일, 위의 논문(각주4), 178쪽 각주51.
9) 뉴저지주 대법원 Lewis v. Harris, A-68-05 (Oct. 25, 2006).
10) 코네티컷주 대법원 Elizabeth Kerrigan et al. v. Commissioner of Public Health et al. SC 17716 (2008. 10. 8).
11) 캘리포니아주 대법원 Re Marriage Cases, S147999 (2008. 5. 15).
12) 성중탁, "동성혼에 관한 최신 미연방대법원 OBERGEFELL. v. HODGES 사건 판례와 그 시사점", 「법학논고」 제53호, 2016, 3-4쪽.

살아 온 자신의 동성파트너 John Arthur의 사망이 임박하자, 그의 사망증명서에 공란으로 남게 될 '배우자' 부분에 자신의 이름을 기재하여 줄 것을 신청. 위 신청의 수리 여부에 대하여 지역 호적 담당관(registrar)과 주 법무부장관의 의견이 엇갈리자, 위 사건은 결국 법원으로 오게 됨.

나. 이 사건의 핵심 쟁점

결혼을 '한 남성과 여성의 결합'이라고 정의한 주의 법률[13]과 이러한 법률에 근거하여 동성 사이의 결혼을 인정하지 않은 주의 처분이 연방헌법 수정 제14조[14]가 보호하는 실질적 적법절차의 원리와 평등의 원칙에 위반되는지 여부

다. 다수 의견과 판결 요지

다수의견은 '주 정부가 동성 커플의 법률상 혼인을 인정하지 아니한 것은 미 연방 수정헌법 제14조에 위반된다.'고 판시하였고, 특히 다수의견을 집필한 앤서니 케네디 대법관은, "헌법은 자신의 영역에 속한 모든 사람에게 자유를 약속한다. 이 자유는, 합법의 영역에서라면, 모든 사람이 자신의 정체성을 규정하고 표현할 수 있는 특정한 자유를 포함한다. 이 사건 상고인들은 동성과 혼인하고, 법의 영역에서 그 혼인을 이성간 혼인과 동등하게 인정받음으로써 이 자유를 행사하고자 한다. 부부는 인간이 만드는 가장 심오한 결합체이다 …(후략), 동성애자들이 원하는 것은 …(중략)…인류가 만든 가장 오래된 제도인 결혼제도로부터 추방되지 않는 것이다, 미연방 헌법은 그들에게 결혼할 권리를 보장하고 있다."고 설시하였다.

또한 이 사건 원고들의 사정의 시급성에 대해 언급했는데, "이 사건 동성배우자의 사망에 직면한 원고들의 사정을 살펴보면, 그들의 주장을 심리하여 이러한 문제들에 답을 해줄 의무는 매우 시급한 것에 해당한다. 동성 커플들에게 결혼을 허용한다면 결혼제도를 훼손하게 된다는 피고들의 주장은 결혼과 자녀양육에 관한 이성커플들의 결정에 대한 상식에 반하는 시각에 근거한 것이다. 마지막으로, 연방 수정헌법 제1조는 종교, 종교적 교리를 충실히 지키는 사람들, 그 밖의 사람들이 그들의 삶과 신념에 만족감을 주는 핵심적 교리를 가르치려할 때 그들을 보호하도록 보장한다. 그런 점에서 이 결정은 불가피하다."고 판시했다.

다수 의견은 결론적으로 동성 커플이 결혼에 관한 근본적인 권리를 행사할 수 있는지 여부와 관련하여, "결혼에 관한 권리는 인간의 자유권에 내재된 기본적 권리로서, 연방 수정헌 법 제14조의 적법절차조항과 평등조항에 따라 권리와 자유를 침해당하지 않아야 하는바, 동성 커플 역시 이성 커플과 마찬가지로 결혼에 관한 근본적인 권리를 행사할 수 있다. 그러므로 원고들이 이 사건에서 심사를 청구한 주 법률은 그 법률이 이성 커플과 같은 조건과 상태에 있는 동성 커플을 민사법상 결혼에서 배제하기로 하는 한 무효로 봄이 상당하다. (중략) 다음으로, 각 주는 타 주와 외국에서 적법하게 이루어진 동성결혼을 인정하여야 하는지 여부와 관련하여, 연방 수정헌법 제14조는 각 주들로 하여금 그 주 밖에서 적법하게 이루어진 동성결혼을 인정할 것을 요구한다고 해석되므로, 이에 근거하여 동성 커플은 모든 주에서 결혼에 관한 근

13) 미시건, 켄터키, 오하이오, 테네시 주 등.

14) 연방헌법 수정 제14조(공민권).

제1절 미국에서 출생한 사람, 귀화한 사람, 미국의 행정관할권 내에 있는 모든 사람은 미국 및 그 거주하는 주의 시민이다. 어떠한 주도 미국 시민의 특권과 면책권을 박탈하는 법률을 제정하거나 시행할 수 없다. 어떠한 주도 정당한 법의 절차에 의하지 아니하고는 어떠한 사람으로부터도 생명, 자유, 또는 재산을 박탈할 수 없으며, 그 관할권 내에 있는 어떠한 사람에 대하여도 법률에 의한 동등한 보호를 거부하지 못한다.

본적 권리를 행사할 수 있다고 봄이 상당하다. 따라서, 어떤 특정 주가 다른 주에서 적법하게 행해진 동성 결혼을 동성 결혼이라는 이유로 인정하지 않을 적법한 근거는 없다고 할 것이므로 해당 주 법 조항 역시 무효라고 할 것이다."고 판시했다.

라. 반대 의견

소수 의견 측의 존 로버츠 대법원장은 현행 미국 헌법은 동성 결혼의 허용과는 전혀 관련이 없다는 견해를 밝혔는데, "법원은 입법기관이 아니다 …(중략)…헌법은 법관에게 법이 무엇인지 선언할 권한을 주었을 뿐 법이 어떻게 바뀌어야 바람직한지 선언할 권한을 주지는 아니하였다 …(중략)…각 주는 결혼을 전통적인 의미로 제한할 것인지, 동성 커플에게도 허용되도록 범위를 확장할 것인지 선택할 자유가 있다"고 설시했고, 안토닌 스칼리아 대법관 또한 별도의 소수 의견에서 "이번 결정은 국민으로부터 선출되지도 않은 대법관 9명에 의한 미국 헌법의 수정으로 미국 민주주의에 대한 중대한 위협이 되고 말았다."고 언급했다.

소수의견의 구체적인 논거로는, 이번 다수의견에 근거한 동성혼 찬성 판결의 근간에는 전통적 의미로서의 결혼을 경시하는 풍조가 있고, 그러한 풍조가 뿌리내린 논리적 토 양은 매우 빈약하다고 염려했으며 나아가 동성 결혼 합법화 판결에 반대한 소수의견이 공통적으로 걱정한 것은 다름 아닌 민주주의의 훼손임을 언급했다. 동성애자 등 몇몇 개인이 확장한 결혼의 정의를 국민적 합의가 없는 상태에서 그것도 국민이 선출한 의회가 아닌 민주적 정당성이 지극히 빈약한 사법부가 자의적 으로 헌법 수정을 초래할 정도로 헌법에 반영했다는 것인데, 이렇게 되면 앞으로 헌법이 지니는 권위는 더 떨어지고, 또 다른 터무니없는 사견들을 헌법에 반영해 달라는 요구에 직면했을 때 거부할 수 있는 근거가 빈약해지리라는 것이다. 또한 로버츠 대법원장은 동성결혼 합헌 판결은 종교의 자유에 대한 진지한 의구심을 야기하며, 결혼의 정의를 그대로 유지하기를 바란다는 쪽에 투표를 한 수천만의 사람 들을 포함해서 그동안의 역사 속에 존재해왔던 결혼에 대한 이해를 따를 뿐인 미국인들이 게이나 레즈비언인 이웃들의 존엄성에 손상을 가하고 폄하하는 것처럼 묘사했다고 밝혔다.

2) Windsor v. United States 판결[15]

가. 간략한 사실관계

여성인 윈저(Edith Windsor)와 스파이어(Thea Spyer)는 뉴욕주에 거주하는 주민들로, 2007년 캐나다 온타리오 주에서 합법적으로 혼인하였으며[16] 2009년에 윈저는 스파이어가 사망하자 그녀의 모든 재산을 상속받았음. 이에 윈저는 다른 생존 배우자 들처럼 상속세의 면제를 주장하였으나, 연방법인 혼인수호법(Defense of Marriage Act, DOMA)[17][18]은 배우자의 개념에 동

15) 허순철, "동성혼인과 평등보호 U.S. v. Windsor 판결의 헌법적 의의를 중심으로", 「공법학연구」, 15(4), 2014, 72-87쪽.

16) 2005년 시행된 연방법인 혼인법에 따라 동성간 혼인은 캐나다 전역에서 합법화되었다. 자세한 사항은 이준일, 위의 논문(각주4), 173-174쪽.

17) 1996년 연방의회가 제정한 혼인수호법 제3장은 "연방의회의 어떠한 법률 또는 미합중국의 여러 행정부서와 기관들의 결정(ruling), 규정(regulation) 또는 해석의 의미를 결정함에 있어서, '혼인(marriage)'이라는 단어는 한 명의 남성과 한 명의 여성을 부부로 하는 법적 결합만을 의미하며, '배우자(spouse)'라는 단어는 남편 혹은 부인과 다른 성 (opposite sex)을 가진 사람만을 의미한다"고 규정하고 있었다. 원문은 " 1 U.S.C. §7. In determining the meaning of any Act of Congress, or of any ruling, regulation, or interpretation of the various administrative bureaus and agencies of the United States, the word "marriage" means only a legal union between one man and one woman as

성 파트너를 포함하지 않고 있었음. 이에 윈저는 상속세를 납부하였지만, 이 규정이 위헌임을 다투는 소송을 제기. 연방지방법원과 연방항소법원은 동규정을 위헌으로 판결함.

나. 이 사건의 핵심 쟁점

이 사건의 핵심 쟁점은 주가 허용한 동성혼인을 연방정부가 인정하지 아니하는 것이 연방주의의 관점에서 위헌인지의 여부, 그 다음으로는 실체적 권리, 예컨대 혼인의 자유에 대한 침해인지 여부, 마지막으로 성적 지향에 근거한 차별이므로 법의 평등 보호에 위반되는지 여부이다.

다. 다수 의견과 판결 요지

다수 의견은 “이 법은 동성커플이 양육하는 수만명의 아동들을 모욕하고 있으며, 그들이 그들의 가족들과 존엄 및 친밀감을 느끼기 어렵게 만들고, 그 지역 및 일상생활에서 다른 가족들과의 동질감을 느끼는 것을 어렵게 만들고 있다. 혼인수호법은 동성혼인을 한 커플들에게 정부의 건강보험혜택, 파산법상 보호, 세금 등에서 불이익을 주며, 이들이 참전용사묘지에 같이 안장되지도 못하게 한다. 그리고 연방법상 연방공무원 등의 직계 가족 구성원을 그 공무원에 대한 영향력 행사나 보복을 목적으로 폭행, 납치 또는 살인 하는 행위는 범죄로 규정되어 있는데, 혼인수호법은 동성 배우자가 동법의 보호를 받지 못하게 한다. 혼인수호법은 사용자가 근로자의 동성배우자에게 제공하는 건강보험혜택에 과세함으로써 건강보험료를 증가시키며, 배우자나 부모를 잃은 경우 가족에게 부여되는 혜택을 부여하지 않거나 축소시킨다. 학생이 연방의 재정지원을 받을 수 있는지를 결정하는데 있어서 배우자의 수입을 고려하는데, 동성혼인 커플들은 그러한 혜택을 받을 수 없다. 한편 연방법은 연방 행정공무원이나 그들의 배우자가 금전적인 이해관계를 가지는 문제에 개인적으로 그리고 실질적으로 관여할 수 없도록 하고 있으며, 상원의원이나 상원 공무원들 그리고 이들의 배우자 역시 고가의 선물을 받을 수 없도록 규정하고 있을 뿐만 아니라 많은 고위공무원들과 그들의 배우자는 상세한 재산공개를 하도록 하고 있는데, 혼인수호법은 동성 배우자에게 이러한 규정들이 적용되는 것을 배제하고 있다. 따라서 연방대법원은 혼인수호법이 수정헌법 제5조가 보호하는 개인의 자유를 박탈하는 것이어서 위헌이라고 선언해야 한다.”고 판시했다.

라. 반대 의견

스칼리아 대법관은 “우리는 이 사건을 심사할 권한이 없다. 만약 있다고 하더라도 헌법상 민주적인 절차에 따라 채택된 입법을 무효로 만들 수 있는 권한이 없다. 윈저에게 유리한 판결로 인해 손해는 배상되었다. 이 사건에서의 문제는 다수의견이 주장하듯 미합중국이 연방헌법 제3조의 관할을 인정받기에 충분한 이해관계를 가지고 있느냐가 아니라, 연방정부와 윈저와의 사이에 이해가 상충되는 쟁송이 존재하는지 여부인데, 그러한 쟁송은 없다. 또한 다수의견은 이 사건의 핵심문제 즉, 평등보호 조항에 의할 때 혼인을 한 남자와 한 여자로 제한하는 법률들이 단순히 합리성 심사 그 이상의 기준에 따라 심사되어야 하는 것인지에 대하여 해답

---

husband and wife, and the word “spouse” refers only to a person of the opposite sex who is a husband or a wife. “ 이다.

18) 혼인은 이성간의 결합을 의미하고, 배우자(spouse)는 이성의 부(husband)나 처(wife)를 의미함으로써, 동성간의 혼인을 인정하지 않을 수 있는 권한과 다른 주에서 인정된 혼인을 거부할 수 있는 권한을 각 주에 부여하고 있다.

을 제시하지 않으며, 심지어 언급조차 하지 않고 있다. (중략) 다수의견은 흑백논리이지만, 진실은 더 복잡하다. 혼인과 같이 본질적인 것에 대한 의견대립은 정치적으로 정당성을 가질 수 있으며, 국민들이 결정하도록 하는 것이 낫다."고 설시했고, 알리토 대법관은 "연방헌법은 동성혼인을 할 수 있는 권리를 보장하지 않고 있다. (중략) 우리의 통치제도하에서는 주권이 국민에게 있고 국민이 그들의 운명을 통제할 권리를 가지며, 본질적인 문제에 관한 어떤 변화는 국민에 의해 선출된 대표자들을 통해서 국민에 의해 이루어져야 한다. 우리의 헌법 질서가 이러한 특성을 가진 문제들의 해결을 국민에게 위임하고 있기 때문에, 나는 우리의 헌법학에 있어서 혼인에 관해 어떤 견해를 채택할지 추측하고 싶지 않다."고 밝혔는데, 의견을 종합해보면 반대 의견 쪽에서는 사법의 소극성을 강조하는 듯하다.

2. 네덜란드

네덜란드는 혼인의 개념을 동성간의 결합으로까지 확대한 최초의 국가라는 점에서 그 의의가 있다. 네덜란드 의회는 이성 커플이든 동성 커플이든 관계 없이 모든 커플에게 세 가지 형태의 결합 가운데 하나를 선택할 수 있는 방안을 제시했다.[19]

모든 커플은 ① 혼인 관계 ② 등록된 동반자 관계 ③ 동거 계약 관계 가운데 하나를 선택하여 법적인 커플 관계를 형성할 수 있다. 혼인 관계 또는 등록된 동반자 관계를 형성하면 법으로 규정된 권리와 의무가 발생하는 반면, 동거 계약 관계를 형성하면 계약에 포함된 권리와 의무가 발생하게 된다는 점에서 차이가 있다.

중요한 것은 커플 관계를 형성하는 두 당사자는 이성일 필요가 없기 때문에, 동성 간에도 법적인 커플 관계의 형성이 가능하다는 것이다. 이처럼 네덜란드에서는 커플 관계의 형성과 그 법적 효과에서 이성 커플인지는 동성 커플인지는 중요하지 않고, 오로지 어떤 형태의 커플 관계인지가 필수적인 요소가 된다. 네덜란드에서는 이미 1998년부터 '등록된 동반자 관계가 법으로 인정되어, '등록된 동반자'가 된 동성 커플은 혼인한 부부와 거의 유사한 법적인 보호를 받았으나 2001년 4월 1일부터 시행된 동성간 혼인법에 따라 동성 커플은 혼인 관계로서 법의 보호를 받게 되었다. 이에 따라 동성 커플은 이성 커플과 거의 동등한 대우를 받는다. 오로지 입양의 경우에만 동성커플에게 일정한 제한이 따르는데, 네덜란드에서 커플이 아닌 사람은 물론 이성 커플과 동성 커플은 혼인 관계든 등록된 동반자 관계든 아니면 동거 계약 관계든 아이를 입양할 수 있다. 그러나 해외에서 아이를 입양하는 것은 '혼인 관계의 이성 커플'에게만 허용되기 때문에 동성 커플에게 해외입양은 허용되지 않는다고 한다.

3. 프랑스

(1) 시민연대계약과 그 제정 배경이 된 판례들

프랑스에서는 이성 또는 동성결합관계의 파트너십제도로서 시민연대계약(le pacte civil de solidarité, PACS) 제도가 있다. 시민연대계약은 "이성 또는 동성의 성년에 달한 2인의 자연인에 의한 공동생활의 계약"(민법 제515조의 1)을 말하며, 1999년 시민연대계약에 관한 법률에 의하여 민법에 도입되었다.[20]

19) 이준일, 위의 논문(각주4), 167-169쪽.

시민연대계약의 제정 배경에는 사실혼의 당사자 보호에서 동성결합 당사자가 배제된 것을 들 수 있다. 1989년 7월 11일 에어프랑스사가 승무원의 배우자에게 인정하고 있는 항공권 혜택을 동성결합관계 당사자에게 적용할 수 있는지 여부를 다툰 사안[21]과 질병보험, 출산보험 적용에 관한 1978년 1월 2일의 법률에서 규정한 수급권 자의 자격을 사회보험의 피보험자인 동성결합관계 당사자가 이에 해당하는지 여부를 다툰 사안[22][23]에서, 파기원은 이성의 사실혼 당사자에게 부여되는 보호를 동성당사자에게 제공할 수 없다고 판단하였다. 또한 1997년 12월 17일에는 동성결합관계 당사자에게 사실혼 당사자로서 임차권의 이전가능여부가 제기된 사안[24][25]에서, 파기원은 "사실혼관계는 혼인의 외관을 가진 안정적이고 지속적인 관계에서만 발생할 수 있으므로 1인의 남성과 1인의 여성 사이"에만 성립하는 것으로 동성결합관계 당사자간은 사실혼관계에 포함되지 않는다고 하였다. 그러나 시민연대계약에 의해 사실혼은 "이성 또는 동성의 2인 사이의, 안정성과 지속성을 제공하는 공동의 생활을 특징으로 하는 사실상의 결합"으로 정의함으로써, 사실혼의 적용범위를 동성, 이성간 모두 포함하는 것을 명확히 했다.[26]

(2) 시민연대계약의 한계와 동성혼법 제정

시민연대계약은 '완화된 형태로서의 결합'의 기능을 한다는 측면에서는 의의가 있지만, 결국 시민연대계약의 당사자들에게 부여되는 의무와 권리가 혼인 관계에 있는 당사자들의 그것과는 확연히 차이를 보였다는 점에서 필연적인 한계를 내포할 수 밖에 없었다. 예를 들어 혼인 관계의 일방은 배우자에게 정조의무, 부양의무, 동거의무가 발생하지만 시민연대계약의 당사자에게는 부양의무와 동거의무만 있다. 또한 부양의무에서도 차이가 있는데, 혼인 관계에서의 부양의무는 물질적인 것에만 국한되지 않으나 시민연대계약 상 부양의무는 물질적인 것에 국한된다. 시민연대계약 상 당사자는 서로가 각각의 배우자가 아니므로, 배우자에 대한 규정은 그 적용이 없다는 점도 중요하다.[27]

무엇보다도 가장 큰 차이점이자 한계는 동성 커플은 시민연대계약의 당사자는 될 수 있어도 혼인 관계의 당사자는 불가능했다는 점이다. 이러한 한계점들을 근거로 시민연대계약제도의 설립 이후에도 동성혼 제도의 합법화에 대한 논의는 계속되었으며, 결국 2013년 5월 17일 동성혼법이 법률로 성립, 2013년 5월 19일에 발효되었다.[28]

---

20) 강승묵, "동성혼의 합법화 여부와 입법모델에 관한 연구", 「한양법학」, 29(3), 2018, 293쪽.

21) Cour de Cassation, Chambre sociale, du 11 juillet 1989, 85-46.008, Publié au bulletin, Legifrance.

22) Cour de Cassation, Chambre sociale, du 11 juillet 1989, 86-10.665, Publié au bulletin, Legifrance.

23) 정태윤, "프랑스에서의 동성혼", 「중앙법학」, 14(2), 2012, 37-38쪽.

24) Cour de Cassation, Chambre civile 3, du 17 décembre 1997, 95-20.779, Publié au bulletin, Legifrance.

25) 정태윤, 위의 논문(각주15), 38쪽.

26) 프랑스 민법 제515조의 8 조문의 영문 번역은 "Concubinage is an union in fact, characterized by a life in common offering a character of stability and
continuity, between two persons, of different sexes or of the same sex, who live as a couple." 이며, 본 발제문에서의 번역은 발제자의 의역임을 밝힌다.

27) 남효순, "프랑스민법상의 동거계약에 관한 연구", 「서울대학교 법학」 제44권 제1호, 2003, 53쪽. 프랑스 민법 상 시민연대계약의 당사자에게는 적용되지 않는 배우자에 관한 규정들이 상세히 기술되어 있으니 참고하기 바란다.

28) 강승묵, 위의 논문(각주12), 295-296쪽.
공자영, "외국법의 인생동반자제도 등록자에 대한 헌법적 고찰 – 헌법 제36조 제1항 혼인 개념을 중심으로 –", 「법학연구」(연세대학교 법학연구원) 제28권 제2호, 2018, 41-42쪽.

III. 동성혼과 동반자제도에 대한 국내의 입법례와 판례

1. 국내의 입법례

현재로서는 전무한 실정이다. 2014년 진선미 의원의 대표발의로 '생활동반자관계에 관한 법률안'이 제안되었으나 입법되지는 못했다. 입법 시도가 난관에 부딪히면서 지자체마다 조례를 만들어 다양한 형태의 가족을 인정하자는 주장도 나오고 있다. 서울시장 선거에서는 생활동반자 관계를 인정하는 조례 제정이 공약으로 나오기도 했다.[29)]

진선미 의원이 대표발의한 '생활동반자관계에 관한 법률안'은 장래에 있을 동성 간의 혼인에 관한 법이나 시민 결합에 관한 법률과 유사할 가능성이 크기 때문에, 이 법률안의 내용을 자세히 살펴보는 것이 유의미하다고 판단하여 소개한다.[30)]

우선 '생활동반자관계에 관한 법률안'의 제안 이유를 살펴보면 사회환경, 문화, 인식의 변화에 따라 기존 혈연 및 혼인 관계를 뛰어넘는 다양한 형태의 생활동반자관계들이 등장하고 있으나, 현행 법에서는 혈연 또는 혼인 외의 이유로 생활을 공유하는 관계에 대한 규율을 하고 있지 않으며 이 때문에 기존의 가족관계에 비해 권리를 보장받지 못하는 사례가 있다고 언급한 후, 본 법률안을 통해 새로운 형태의 생활동반자관계 역시 기존의 가족관계와 마찬가지로 법률적 보호를 받아야 한다고 주장한다.

이 법률안의 당사자에 관한 내용과 신고절차를 보면, 성년이 된 사람은 당사자 간의 합의에 따라 생활동반자관계를 형성할 수 있도록 하되, 혼인 중에 있는 사람, 생활동반자관계 중에 있는 사람은 다른 생활동반자관계를 형성하지 못하도록 하여 혼인관계와 생활동반자관계의 중복을 금지하고 있다(안 제2조 및 제3조). 생활동반자관계에 있는 당사자의 권리의무를 보면, 생활동반자관계 당사자에게는 동거 및 부양·협조의 의무, 일상가사대리권, 가사로 인한 채무의 연대책임 등 혼인에 준하는 권리와 의무를 부여하고 있다(안 제9조부터 제15조). 생활동반자관계의 해소방법에 관한 규정을 보면, 생활동반자관계 당사자 쌍방이 해소에 합의를 하거나 일방이 해소를 원하는 경우, 생활동반자관계 당사자가 사망한 경우, 생활동반자관계 당사자가 다른 사람과 혼인한 경우 또는 생활동반자관계 당사자 간 가족관계가 발생한 경우에는 생활동반자관계를 해소할 수 있도록 하고 있다(안 제16조). 그리고 생활동반자관계가 해소된 경우 그 해소에 정당한 이유가 없을 때에는 생활동반자관계를 해소한 당사자 일방은 과실 있는 다른 일방에 대하여 그로 인한 손해의 배상을 청구할 수 있고, 생활동반자관계를 해소한 당사자 간에 재산분할청구권을 인정하고 있다(안 제19조부터 제21조).

---

29) 이상미, "[가족의 탄생 기획] 5편 생활동반자 인정하는 나라 늘지만.. 우리는 아직", http://news.ebs.co.kr/ebsnews/allView/20153633/N (2019년 9월 11일 작성)

30) 강승묵, 위의 논문(각주12), 307쪽.

2. 국내의 판례

(1) 2014호파1842

1) 간략한 사실관계

2013년 12월 부부가 되겠다고 결심한 동성의 생활동반자들이 혼인신고서를 작성하여 거주지 소재 구청에 제출하고, 이에 당해 구청은 민법 제815조 제1호, 제826조 내지 제834조, 민법 제839조의3 내지 제840조를 불수리 사유로 하여 신고불수리 통지함. 이들은 구청의 처분에 불복하여 소송을 제기함.

2) 이 사건의 핵심 쟁점

헌법, 민법 및 가족관계등록법 등에 규정되어 있는 '혼인'이 신청인들이 주장하는 바와 같이 당사자의 성별을 불문하고 동성 간에도 인정될 수 있는 결합인지, 아니면 남녀 사이의 이성 간의 결합에 국한하여 인정되는 것인지

3) 판결 요지와 취지[31]

혼인제도가 다양하게 변천되어 왔지만 혼인이 기본적으로 남녀의 결합관계라는 본질에는 변화가 없었고, 아직까지는 일반 국민들의 인식도 이와 다르지 않은 점 등의 여러 사정을 종합하면, 헌법, 민법 및 가족관계의 등록 등에 관한 법률에 규정되어 있는 '혼인'은 '남녀의 애정을 바탕으로 일생의 공동생활을 목적으로 하는 도덕적, 풍속적으로 정당시되는 결합'을 가리키는 것으로 해석되고, 이를 넘어 '당사자의 성별을 불문하고 두 사람의 애정을 바탕으로 일생의 공동생활을 목적으로 하는 결합'으로 확장하여 해석할 수 없으므로, 현행법의 통상적인 해석으로는 동성(同性)인 신청인들의 합의를 혼인의 합의라고 할 수 없고 합의에 따른 신고를 적법한 혼인신고라고 할 수 없다고 한 사례

ⅰ) 현행법 해석 상 혼인제도가 다양하게 변천되어 왔지만 혼인이 기본적으로 남녀의 결합관계라는 본질에는 변화가 없었고, 아직까지는 일반 국민들의 인식도 이와 다르지 않은 점

ⅱ) 혼인은 가족 구성의 기본 전제가 되고 다음 세대를 길러내는 기초가 되므로 사회나 국가 제도에서 차지하는 역할이 큰 점

ⅲ) 우리 헌법이나 민법 등 관련법에서 명문으로 혼인이 남녀 간의 결합이라고 규정하지는 않았지만 구체적으로 성구별적 용어를 사용하여 그것이 당연한 전제인 것으로 상정하고 있는 점

ⅳ) 앞서 본 대법원과 헌법재판소의 판단이 비록 동성 간의 혼인이 허용될 수 있는지 여부에 관한 쟁점을 직접 다루고 있는 것은 아니지만 모두 일치하여 혼인을 '남녀 간의 결합'으로 선언하고 있는 점[32][33][34][35][36][37][38]

---

31) 서울서부지방법원 2016. 5. 25. 선고 2014호파1842 결정.
32) 대법원 1982. 7. 13. 선고 82므4 판결.

등의 여러 사정을 종합하여 보면, 헌법, 민법 및 가족관계등록법에 규정되어 있는 '혼인'은 '남녀의 애정을 바탕으로 일생의 공동생활을 목적으로 하는 도덕적, 풍속적으로 정당시되는 결합'을 가리키는 것으로 해석되고, 이를 넘어 '당사자의 성별을 불문하고 두 사람의 애정을 바탕으로 일생의 공동생활을 목적으로 하는 결합'으로 확장하여 해석할 수는 없다. 따라서 일단 현행법의 통상적인 해석으로는 동성(同性)인 신청인들 사이의 이 사건 합의를 혼인의 합의라고 할 수 없고 이 사건 합의에 따른 신고를 적법한 혼인신고라고 할 수 없으므로, 이 사건 불수리 처분은 적법하다.

4) 그 외의 내용

혼인 및 가족제도는 우리 사회의 근간을 이루는 제도이고, 우리 사회 구성원 개개인의 윤리적, 철학적, 종교적 사고와도 밀접한 관련을 가지는 본질적인 제도이다. 따라서 '동성 간의 결합'을 '혼인'으로 인정할 것인가와 같은 문제를 어떻게 해결할 것인가는 일반 국민의 공청회 등을 통한 의견수렴, 신중한 토론과 심사숙고의 과정을 거쳐 국민의 대의기관인 국회의 입법적 결단을 통하여 결정해야 한다. 이것은 사법부의 새로운 해석 내지 유추해석을 통하여 해결할 수 있는 문제가 아니다. (중략) 동성 간의 결합과 같이 기존의 혼인제도로 포섭할 수 없는 문제에 대해서는 이를 적절하게 규율하고자 하는 목적을 가지고 새로운 입법을 통하여 새로운 방식에 따라서 대처해야 할 것이다.

(2) 2009스117[39]

1) 간략한 사실관계

가족관계등록부상 남성으로 등재되어 있는 甲이 乙과 혼인을 하여 미성년자인 자녀 丙을 두고 있었는데 심한 성정체성 장애 때문에 수차례 정신과 치료를 받아오다가 결국 성전환수술 등을 받았고 이에 가족관계등록부상의 성별란 정정을 신청함. 성전환자가 혼인 중에 있거나 미성년자인 자녀가 있는 경우에는 가족관계등록부에 기재된 성별을 정정하여 배우자나 미성년자인 자녀의 법적 지위와 그에 대한 사회적 인식에 곤란을 초래하는 것까지 허용할 수는 없으므로, 현재 혼인 중에 있거나 미성년자인 자녀를 둔 성전환자의 성별정정은 허용되지 않는다고 하며, 성전환자 甲의 성별정정을 불허한 원심판단을 수긍함.

2) 이 사건의 핵심 쟁점

성전환자가 혼인 중에 있거나 미성년자인 자녀가 있는 경우 성별정정을 허가할 것인지 여부(소극)

---

33) 대법원 2000. 4. 21. 선고 99므2261 판결.
34) 대법원 2003. 5. 13. 선고 2003므248 판결.
35) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2014므4734, 4741 판결.
36) 대법원 2011. 9. 2. 선고 2009스117 전원합의체 결정.
37) 헌법재판소 1997. 7. 16. 선고 95헌가6 전원재판부 결정.
38) 헌법재판소 2011. 11. 24. 선고 2009헌바146 전원재판부 결정.
39) 대법원 2011. 9. 2. 선고 2009스117 전원합의체 결정.

3) 판결 요지 중 다수의견

헌법 제36조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.”라고 선언하고 있는바, 무릇 혼인이란 남녀 간의 육체적, 정신적 결합으로 성립하는 것으로서, 우리 민법은 이성 간의 혼인만을 허용하고 동성 간의 혼인은 허용하지 않고 있다. 그런데 만약 현재 혼인 중에 있는 성전환자에 대하여 성별정정을 허용할 경우 법이 허용하지 않는 동성혼의 외관을 현출시켜 결과적으로 동성혼을 인정하는 셈이 되고, 이는 상대방 배우자의 신분관계 등 법적·사회적 지위에 중대한 영향을 미치게 된다. 따라서 현행 민법 규정과 오늘날의 사회통념상 현재 혼인 중에 있는 성전환자는 전환된 성을 법률적으로 그 사람의 성이라고 평가할 수 없고, 그 결과 가족관계등록부의 성별정정도 허용되지 아니한다고 할 것이다. 다만 현재 혼인 중이 아니라면 과거 혼인한 사실이 있다고 하더라도 위와 같은 혼란을 야기하거나 사회에 부정적인 영향을 미칠 우려가 크지 않으므로 성별정정을 불허할 사유가 되지 아니한다.

또한 성전환자에게 자녀가 있는 경우, 성별정정을 허용한다면 미성년자인 자녀의 입장에서는 법률적인 평가라는 이유로 부(父)가 남성에서 여성으로, 또는 모(母)가 여성에서 남성으로 뒤바뀌는 상황을 일방적으로 감내해야 하므로, 이로 인한 정신적 혼란과 충격에 노출될 수 있음을 쉽게 짐작할 수 있다. 그리고 성별정정을 허용하게 되면 가족관계증명서의 ‘부(父)’란에 기재된 사람의 성별이 ‘여(女)’로, 또는 ‘모(母)’란에 기재된 사람의 성별이 ‘남(男)’으로 표시됨으로써 동성혼의 외관이 현출될 수밖에 없고, 미성년자인 자녀는 취학 등을 위해 가족관계증명서가 요구될 때마다 동성혼의 외관이 현출된 가족관계증명서를 제출할 수밖에 없다. 동성혼에 대한 찬반양론을 떠나 이에 대한 사회적 차별과 편견은 엄연한 현실이고, 이러한 현실에 대한 적응능력이 성숙되지 아니하고 감수성이 예민한 미성년자인 자녀를 이러한 사회적 차별과 편견에 무방비하게 노출되도록 방치하는 것은 친권자로서 또는 사회구성원으로서의 기본적인 책무를 도외시하는 것이다. 그와 같은 친권자와 미성년자인 자녀 사이의 특별한 신분관계와 미성년자인 자녀의 복리에 미치는 현저한 부정적인 영향, 그리고 가족관계등록부상 성별란 정정의 효과가 ‘기존의’ 친자관계 등 법률관계에 영향을 미치지 않는다는 것만으로는 그 이후 새롭게 생겨나는 미성년 자녀의 생활관계상의 곤란이 다 해결된다고 보기는 어려운 점 등을 고려하면, 성전환자에게 미성년자인 자녀가 있는 경우에는 성별정정이 허용되지 않는다고 할 것이다. 나아가 가족 간의 유대와 배려를 특별히 중요하게 생각하는 우리 사회의 가족관에 비추어 볼 때, 미성년자인 자녀의 복리를 위하여 친권자의 성별정정을 허용하지 않는 것은, 현재의 우리 사회가, 스스로의 선택에 의하여 이성과 혼인하고 자녀를 출생시켜 가족을 이룬 사람에게 요구할 수 있는 최소한의 배려요청이다.

4) 반대의견

(앞부분 생략) 성적 정체성에 관한 태도 결정이나 성적 지향은 개인의 존재 그 자체를 구성하는 것으로서 이를 법적으로 인정받지 못하는 것은 인간의 존엄을 유지하고 스스로 선택한 가치관에 따라 행복을 추구한다는 가장 기본적인 권리를 부정당하는 것이나 다름없다. 따라서 사회적 인식이나 통념 등을 이유로 사회 내의 소수자인 성전환자의 성별 정정을 제약하는 데에는 극히 신중한 태도를 가질 필요가 있다. (중략) 특히 법원이 가족관계등록부에 기재된 성별의 정정을 허가할 것인지 여부를 결정함에 있어서 일정한 기준을 세우고 그에 따라 일관된 처리를 함으로써 법적 안정성을 유지하는 것이 중요한 가치임은 부인할 수 없다고 하더라도,

어떠한 소극적 요건을 절대적 기준으로 설정함으로써 경우에 따라 성전환자의 인간으로서의 존엄성이나 행복추구권의 본질적 부분이 침해되는 결과에 이를 수 있음에도 이를 감수하면서까지 법적 안정성을 추구하는 것이 정당하다고 말할 수 없다.

(중략) 또한 다수의견은, 결과적으로 성전환자에 대한 사회구성원 다수의 인식을 궁극적 판단기준으로 설정하는 것일 뿐 아니라 소수자인 성전환자도 성정체성의 문제로 인하여 차별받지 않고 대다수 사람들과 동등한 권리와 행복을 누려야 한다는 기본권적 가치를 외면하고 있는 것이어서 동의할 수 없으며, (중략) 미성년자인 자녀를 둔 자라는 사정만으로도 성별정정을 불허할 사유가 되고 특히 신청인이 현재 혼인상태에 있지 아니함에도 굳이 혼인 중에 있는 자라는 사정만으로도 성별정정을 불허할 사유가 된다는 견해를 밝히고 있는 것은 위 전원합의체 결정과 달리 '그 성전환자가 다른 사람들과의 신분관계에 변동을 초래하거나 사회에 부적정인 영향을 미치지 않을 것'을 소극적 요건으로 설정한 것이라고 볼 수밖에 없다. 이러한 다수의견에 따를 경우 위 전원합의체 결정에서 판시된 의견은 변경되어야 하는 결과에 이른다는 점을 다수의견은 신중히 고려하였어야 할 것이다.

(중략) 미성년자인 자녀가 있는 성전환자의 경우 그 성별정정을 허용할 것인지 여부는 입법정책의 문제에 속하는 것이며, 나아가 이미 부모의 전환된 성에 따라 자연스러운 가족관계가 형성된 경우 등에서는 그 성별정정을 허용하지 않는 것이 오히려 미성년자의 복리에 장애가 될 수 있다는 점에서 동의하기 어렵다.

IV. 현행 헌법 해석 상 동성 간 혼인의 가능성

1. 현행 헌법 해석 상 동성 간 혼인이 불가능하다는 견해

국내 판례와 헌법재판소의 결정도 이 견해를 취하고 있다. 이 견해에 따르면, 헌법 제36조 제1항[40]의 '양성'은 어의적인 의미에서 남녀인 이성(heterosex) 간의 결합을 의미하는 것으로 볼 수 있으며, 우리 헌법은 혼인과 가족의 성립 및 유지는 한 남자와 한 여자를 바탕으로 한다고 한다.

다른 논거를 취하는 이 견해에 따르면, '공동의 자녀를 출산할 수 있는 가능성'은 혼인의 개념에 포함될 수 있는 가장 본질이고 핵심인 표지라고 판단된다고 한다. 따라서 공동의 자녀의 출산이 가능하지 않은 동성간의 결합은 개념상의 혼인으로 볼 수 없다는 것이다[41]. 물론 자녀의 출산이 애초부터 불가능하거나 그것을 희망하지 않고 혼인하는 부부도 있고, 동성커의 경우에도 인공임신의 방식으로 출산이 가능하지만 이것은 단히 외이고 특수한 경우에 해당하며, 자녀의 출산이 혼인의 가장 본질적이고 핵심적인 표지라는 사정에는 변함이 없고, 따라서 원칙으로 공동의 자녀의 출산이 불가능한 동성 간의 결합은 혼인의 개념에서 배제될 수밖에 없다는 것이다.[42]

또한 헌법 상 혼인개념은 민법상의 혼인개념을 수용하고 있다는 전제하에, 실질적 요소로서

---

40) 헌법 제36조) ①혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.

41) 혼인의 개념에 관한 명시적 규정이 없다고 하더라도 혼인이 이성간의 결합을 의미하는 것은 너무나 자명한 사실에 속하므로, 헌법에 명시적 규정을 제정할 필요가 없다는 견해도 있다.

42) 이준일, 위의 논문(각주4), 187-188쪽.

남녀가 생활공동체로 결합하는 사실상태뿐만 아니라 형식적 요소로서 국가에 의한 법적 승인이 있어야 한다고 보는 견해도 있다.[43][44]

다른 논거로써, 해석론과 입법론을 구별할 필요가 있다고 보는 견해도 있다. 이 견해에 의하면 현행 민법 등의 법률이 헌법에 어긋나서 위헌이라는 견해는 긍정하기 어렵다고 한다. 우리 헌법이 '혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며' 라고 규정하고 있는 점에 비추어 볼 때, 우리 헌법이 예정하고 있는 혼인이란 남녀의 결합을 의미하는 것으로 보아야 하며, 따라서 동성혼인을 인정하지 않는다고 하여 그것이 헌법에 위반된다고는 할 수 없다는 것이다.[45]

이 견해를 뒷받침하는 헌법재판소의 결정이 있는데, 이 결정례에 의하면 동성 간의 결합 자체는 행복추구권의 일부로써 인정될 수는 있을 것이나, 이를 위하여 어떤 제도를 창설해야 할 입법자의 직접적인 입법의무를 헌법에서 직접 이끌어낼 수는 없으므로 현행법상 이러한 동성 간의 결합을 인정하고 있지 않다고 하여 그것이 헌법에 어긋난다고는 할 수 없다고 한다.[46]

2. 현행 헌법 해석 상 동성 간 혼인이 가능하다는 견해

우선 혼인에 관해 우리 헌법 제36조 제1항의 '양성'을 이성과 이성 간으로 보는 견해가 있으나, 이를 남성과 여성 간의 혼인당사자의 평등을 의미하는 것으로 본다면 동성 간의 혼인을 배제하는 규정으로 해석할 수 있는지 의문이라는 견해[47]가 있다. 이 견해에 의하면 헌법 제36조 제1항의 '양성의 평등'은 남성과 여성의 평등을 의미한 것이지 동성결혼을 전적으로 배제하겠다는 의미로 해석할 수는 없다는 것이다. 따라서 현행 헌법 조항의 '양성의 평등' 문구로부터 반드시 혼인은 다른 성으로 이루어져야 한다는 개념징표가 도출된다고 보기는 어려우며, 헌법 제36조 제1항의 조문구조와 문언상 혼인과 가족이 다른 성으로 이루어져야 한다는 의미가 아니라, 오히려 혼인과 가족의 구성원이 양성으로 이루어질 경우 성에 의한 차별이 존재하지 않아야 함을 의미한다고 해석될 가능성이 있다고 한다.[48]

또한 현행 민법은 혼인의사의 합치, 근친혼이 아닐 것 등과 같은 실질적 성립요건과 가족관계등록법에 따른 형식적 성립요건을 규정하고 있을 뿐, 혼인의 당사자가 이성일 것을 요구하는 명문의 규정은 없다는 주장도 존재한다. 예를 들어 민법 상 혼인의 성립 요건이 규정된 민법 제812조를 보면 제1항에 "혼인은 가족관계의 등록 등에 관한 법률에 정한 바에 의하여 신고함으로써 그 효력이 생긴다"고 규정하고 있고, 제2항에서는 "전 항의 신고는 당사자 쌍방과 성년자인 증인 2인의 연서한 서면으로 하여야 한다"고 규정하고 있으며, 혼인신고의 심사를

---

43) 계희열, 헌법학(중)(제2판), 박영사, 2007, 812-813쪽.
44) 김지현, "혼인·가족 형태의 다양화와 헌법적 대응", 고려대학교 법학석사 학위논문, 2010, 50-51쪽.
45) 윤진수, "혼인 성립에 관한 민법의 개정 방향", 「가족법연구」(한국가족법학회), 제15권 제1호, 2001, 79-81쪽.
46) 헌법재판소 1989. 3. 17. 선고 88헌마1 전원재판부 결정, 헌법재판소 1994. 12. 29. 선고 89헌마2 전원재판부 결정. 두 결정례는 공통적으로 입법부작위가 언제나 헌법소원심판의 대상이 되는 것은 아니며 헌법에서 기본권 보장을 위해 명시적인 입법위임을 하였음에도 입법자가 이를 이행하지 않거나 헌법해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위의무 내지 보호의무가 발생하였음이 명백함에도 입법자가 아무런 입법조치를 취하지 않고 있는 경우에만 예외적으로 인정될 수 있음을 언급했다.
47) 강승묵, 위의 논문(각주12), 308쪽.
48) 김지현, 위의 논문(각주), 79쪽.

규정한 민법 제813조를 보면 “혼인의 신고는 그 혼인이 제807조 내지 제810조 및 제812조 제2항[49]의 규정 기타 법령에 위반함이 없는 때에는 이를 수리하여야 한다”고 규정하고 있다. 즉, 이러한 민법의 규정은 혼인당사자를 이성에 한정한 것으로 볼 수 없다는 것이다.[50]

동성혼이 합헌이라고 주장하는 또 다른 논거로써, 헌법 규정은 혼인과 가족 관계에 있어서 종래의 가부장적이고 봉건적인 질서를 더 이상 용인하지 않고 개인의 존엄과 평등한 관계를 강조하는 의미로 파악할 것이지, 혼인관계를 양성 간에만 한정하는 의도를 가진 것으로 해석하기는 어렵다는 견해가 있다.[51] 이 견해는 동성혼을 금지된 것으로 주장하는 것을 실정법적 근거나 학술적인 논증 없이 사회적 관행을 되풀이하는 것으로 보고 있다.[52] 즉 이 견해에 따르면 우리 헌법은 기본권을 최대한으로 보장하고 있을 뿐만 아니라 혼인의 상태를 선택할 권리에 대해서 법적으로 규율하고 있지 않기 때문에 동성혼도 가능하다고 보는 것이다.

또 다른 논거로써 헌법 제10조와 제11조[53]를 드는 견해가 있다.[54] 평등의 관점에서, 다수의 사람과 다른 성적 취향을 가진 사람에 대해서 다수와 다른 성적 취향을 가진 것을 이유로 차별적 취급을 받는 것은 헌법 상 인정되기 어렵다는 것이데, 결국 현행법 상 동성 간 혼인의 불가능은 헌법상 보장된 평등권을 침해한다는 것이다. 덧붙여 이 견해는. 성적 취향이 다수와 다른 사람에 대해서 자신의 취향과 다르다는 이유로 거부감 또는 곤혹스러움을 느낄 수도 있겠으나, 그것이 바로 국가제도적인 불이익이나 제도적 차별이 되어서는 곤란하다는 점을 언급한다.[55]

---

49) 제807조(혼인적령) 만 18세가 된 사람은 혼인할 수 있다.
제808조(동의가 필요한 혼인) ① 미성년자가 혼인을 하는 경우에는 부모의 동의를 받아야 하며, 부모 중 한쪽이 동의권을 행사할 수 없을 때에는 다른 한쪽의 동의를 받아야 하고, 부모가 모두 동의권을 행사할 수 없을 때에는 미성년후견인의 동의를 받아야 한다.
② 피성년후견인은 부모나 성년후견인의 동의를 받아 혼인할 수 있다.
제809조(근친혼 등의 금지) ①8촌 이내의 혈족(친양자의 입양 전의 혈족을 포함한다) 사이에서는 혼인하지 못한다.
② 6촌 이내의 혈족의 배우자, 배우자의 6촌 이내의 혈족, 배우자의 4촌 이내의 혈족의 배우자인 인척이거나 이러한 인척이었던 자 사이에서는 혼인하지 못한다.
③ 6촌 이내의 양부모계(養父母系)의 혈족이었던 자와 4촌 이내의 양부모계의 인척이었던 자 사이에서는 혼인하지 못한다.
제810조(중혼의 금지) 배우자 있는 자는 다시 혼인하지 못한다.

50) 성중탁, 위의 논문(각주13), 22쪽.

51) 김선화, “동성혼의 법제화에 관한 고찰”, 「이화젠더법학」, 7(3), 2015, 34-36쪽.

52) 김선택, “전통이 헌법적 논거로 원용될 수 있는가?”, 헌법실무연구회 제49회 발표회 지정토론문, 「헌법실무연구」 제6권, 2005, 46-50쪽. 헌법 해석 상 동성 간 혼인의 가능성에 관한 직접적인 논거는 아니다. 지정토론문 중 “결국 전통에 해당하는, 그리고 헌법에 수용된, 어떤 제도를 해석할 때 헌법 해석자는 자신의 주관이 아니라 전승된 전통의 가치와 그 변화가 제도에 어떠한 변용을 초래하고 있는가를 국민 일반의 인식 속에서 찾는 수고를 아끼지 말아야 한다.”라는 문장에서의 ‘전통’과 본 발제문 상의 ‘사회적 관행’이 유사한 개념이라고 판단되어 참고하였다.

53) 헌법 제10조 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.
헌법 제11조 ①모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.

54) 김선화, 위의 논문(각주52), 39쪽.

55) 국가인권위원회법도 평등권 침해의 차별행위에 대해 규정하고 있다.
국가인권위원회법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.
1. "인권"이란 「대한민국헌법」 및 법률에서 보장하거나 대한민국이 가입·비준한 국제인권조약 및 국제관습법에서 인정하는 인간으로서의 존엄과 가치 및 자유와 권리를 말한다.
3. "평등권 침해의 차별행위"란 합리적인 이유 없이 성별, 종교, 장애, 나이, 사회적 신분, 출신 지역(출

3. 소결

현행 헌법 해석 상 동성 간 혼인이 불가능하다는 견해에서는 헌법 제36조 제1항의 '양성'이 그 언어적 맥락 상 남녀인 이성 간의 결합을 의미한다고 보는 것이 타당하며, 우리 헌법은 혼인과 가족의 성립 및 유지가 한 남성과 한 여성을 바탕으로 한다고 한다. 제헌 당시의 입법의도를 추정해 보았을 때, 이성 간 혼인을 '이미 주어진 당연한 현상'으로 전제했고, 따라서 동성 간 혼인에 대해서는 아예 염두에 두고 있지 않았다고 볼 수 있다. 즉 헌법제정자는 동성간의 혼인이 허용될 수 있는지에 해서는 어떠한 가치결단도 내리지 않은 것으로 해석함이 타당한데[56], 이 경우 헌법상 보장된 혼인의 개념에 동성간의 혼인을 포함시킬 수 있는 것으로 해석하는 것이 헌법 제10조, 제11조와 충돌하지 않는 헌법 체계 내의 유기적인 해석이라고 보는 것이 옳을 것이다. 결국 동성간의 혼인을 명시으로 금지하는 규정이 존재하지 않는 이상에야 헌법의 해석 상 동성 간 혼인을 금지할 수 있는 이유는 없다고 판단된다.

다음으로 혼인의 가장 본질적이고 핵심적인 표지가 '공동의 자녀를 출산할 수 있는 가능성'이라고 보는 견해는, 시대를 거쳐 대한민국 사회의 혼인과 가족의 사실상의 형태가 크게 달라졌음을 고려하면 적절치 않은 견해로 판단된다. 물론 과거의 혼인과 가족의 형태를 살펴 보았을 때, 과거 '혼인'의 개념에서 '자녀의 출산'이라는 개념표지를 분리하기가 까다로운 것은 사실이다. 그러나 시간이 흐르며, 현대 사회의 '혼인'의 개념요소 중에서 자녀의 출산을 필수적인 표지라 여기기 어렵게 된 점 또한 부인하기는 어렵다. 또한 이성 간의 혼인에서도 자녀를 낳을 수 없거나 낳지 않기로 사전에 약정하는 경우가 과거에 비해 늘었음을 고려했을 때, 이러한 요소가 결여되었다고 동성간의 혼인을 받아들일 수 없다고 하는 것은 논거로써 적절하지는 않다고 생각된다.

헌법 상 혼인개념이 민법상의 혼인개념을 수용하고 있다는 전제 하에, 남녀가 생활공동체로 결합하는 사실상태뿐만 아니라 형식적 요소로써 국가에 의한 법적 승인이 필요하다고 보는 견해에 대해서는, 상위법이 하위법에 구속된다는 비판을 피할 수 없다고 보는 견해[57]가 있다. 헌법상 혼인개념을 단순히 '법제도로서의 혼인'의 개념에만 한정할 경우 헌법이 하위의 법률에 구속되는 결과를 초래하므로 사실혼이나 혼인 유사의 생활공동체, 동성의 생활공동체도 사회적으로 용인되는 한 헌법변천에 의해 헌법상 혼인개념에 포함된 것으로 보아야 한다는 것이다. 또한 왜 반드시 '남녀의 생활공동체 결합'만이 국가에 의한 법적 승인을 통해 법적 혼인으로 인정받는가 하는 의문이 제기될 수 있다.

마지막으로, 해석론과 입법론의 구별 필요를 주장하는 견해 또한, 헌법 체계 내의 유기적 해석이 어긋난다는 비판에 직면할 수 있다. 헌법 해석상 동성 간의 혼인을 인정하지 못할 하등의 이유가 없으므로, 특정 법률을 근거로 동성 간의 혼인을 불수리하는 처분이 발생하면 헌법

생지, 등록기준지, 성년이 되기 전의 주된 거주지 등을 말한다), 출신 국가, 출신 민족, 용모 등 신체조건, 기혼·미혼·별거·이혼·사별·재혼·사실혼 등 혼인 여부, 임신 또는 출산, 가족 형태 또는 가족 상황, 인종, 피부색, 사상 또는 정치적 의견, 형의 효력이 실효된 전과(前科), 성적(性的) 지향, 학력, 병력(病歷) 등을 이유로 한 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다. 다만, 현존하는 차별을 없애기 위하여 특정한 사람(특정한 사람들의 집단을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)을 잠정적으로 우대하는 행위와 이를 내용으로 하는 법령의 제정·개정 및 정책의 수립·집행은 평등권 침해의 차별행위(이하 "차별행위"라 한다)로 보지 아니한다.

56) 이준일, 위의 논문(각주4), 187쪽.

57) 정영화, "헌법상의 혼인 및 가족에 관한 비판적 해석의 고찰", 「토지공법연구」 제43권 제3호, 2009, 584쪽.

재판소의 구체적 규범통제를 구할 수 있는 것이다.[58] 결론적으로, 헌법 해석상 동성 간 혼인은 인정되어야 한다고 생각된다.

다만 현실적으로, 또한 관련 판례와 그 취지를 살펴 보았을 때 헌법재판소가 동성 간 혼인을 불수리하는 처분이 발생했을 때 그 근거가 되는 법률을 위헌 결정(또는 헌법불합치 결정)할 가능성은 매우 낮을 것이다. 현실적으로 동성 간 혼인이 어려울 것이라는 전제를 인정하며 그럼에도 불구하고 동성 간의 결합을 원하는 사람들에게 헌법상 보장된 평등권과 행복추구권을 실질적으로 보장하기 위해, 입법의무(그와 동시에 입법권리)를 가진 입법자가 시민 결합 제도를 도입해야 한다고 본다.

물론 해외의 여러 국가의 '혼인이 아닌 시민 결합 제도' 또한 명확한 한계점이 존재하며[59], 오히려 동성 간 혼인을 인정하지 않으면서 시민 결합 제도를 도입하는 것 자체가 동성 간 혼인을 원하는 사람들에 대한 이차적 차별이라고 보는 견해[60]도 존재한다. 그와 같은 의견에 완전히 동의하지 못하는 것은 아니다. 다만 결합의 당사자로서 상대방에 대한 어떠한 법적 권리도 주장하거나 실현할 수 없는 현실적 고통이 사회적 관행과 전통보다 더 엄중하다고 보는 입장에서는, 시민 결합이 동성 간 결합을 원하는 당사자들에게는 미약하나마 그들의 권리를 보호해줄 수 있는 제도적 해결책이 될 수 있다고 본다.

또한, 꼭 동성 간의 법적인 결합을 통해 그들의 권리를 보장한다는 측면뿐만 아니라, 현대사회의 다양한 형태의 동반자 관계를 법적으로 인정한다는 측면에서도 시민 결합 제도는 존재해야 한다고 생각된다. 혼인을 통한 배우자 관계나 혈연적 의미의 가족뿐만 아니라 다양한 형태의 생활 동반자 관계가 존재하며 그 수가 점차 늘어가는 현 상황을 고려할 때, 이러한 형태의 동반자 관계 또한 법적으로 보장해야 할 필요가 있으며, 이와 같은 관계를 법적으로 인정하여 권리와 의무를 설정하기에 가장 적합한 제도는 시민 결합 제도라고 판단된다.

이러한 이유를 근거로, 입법자는 입법의무를 온전히 이행하는 차원에서 시민 결합 제도를 도입해야 한다고 본다.

V. 결론

우리나라 헌법 제10조와 제11조 제1항은 각각 "모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.", "모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다."고 규정되어 있다. 동성 간의 혼인의 인정, 그리고 시민 결합 제도의 도입은 인간 존엄성과 행복추구권, 그리고 평등권을 국가적 차원에서 보장하는 것이다.

비록 동성혼 인정과 시민 결합 제도의 도입을 직접적으로 다룬 판례는 아니지만, 양창수, 이인복 대법관의 반대의견이 우리 사회에 시사하는 바가 크다고 생각되어 그 중 일부를 발췌하는 것으로 논의를 끝맺고자 한다.

---

58) 예를 들어 2014호파1842의 경우에 동성 간 혼인을 불수리 처분한 근거가 되는 법률을 구체적 규범통제 심사하는 예가 있을 것이다.

59) 프랑스의 시민연대계약이 대표적이며, 네덜란드의 경우 동성 간 '혼인'의 경우에도 해외에서의 입양은 제한된다고 한다.

60) 캘리포니아 주 대법원의 판결이 이 견해를 취하고 있는 것으로 보인다.

“법의 역할은 무엇보다도 사람의 자유와 권리를 보호하는 데 있다. 그리하여 이 사회의 소수자에 해당하는 성전환자들에게도 새로운 성에 대한 법적 보호가 필요하고, 각자가 자신이 원하는 성을 법적으로 인정받고 이를 기본으로 하여 삶을 영위하는 것은 자신의 행복 추구에 있어서 본질적인 의미를 가지는 것이다. (중략) 성적 정체성에 관한 태도 결정이나 성적 지향은 개인의 존재 그 자체를 구성하는 것으로서 이를 법적으로 인정받지 못하는 것은 인간의 존엄을 유지하고 스스로 선택한 가치관에 따라 행복을 추구한다는 가장 기본적인 권리를 부정당하는 것이나 다름없다.”

참 고 문 헌

[국내문헌]

계희열, 헌법학(중)(제2판), 박영사, 2007.

강승묵, “동성혼의 합법화 여부와 입법모델에 관한 연구”, 「한양법학」, 29(3), 2018.

공자영, “외국법의 인생동반자제도 등록자에 대한 헌법적 고찰 － 헌법 제36조 제1항 혼인 개념을 중심으로 －”, 「법학연구」(연세대학교 법학연구원), 제28권 제2호, 2018.

김선택, “전통이 헌법적 논거로 원용될 수 있는가?”, 헌법실무연구회 제49회 발표회 지정토론문, 「헌법실무연구」제6권, 2005.

김선화, “동성혼의 법제화에 관한 고찰”, 이화젠더법학, 7(3), 2015, 31-63쪽.

김지현, “혼인 가족 형태의 다양화와 헌법적 대응”, 고려대학교 석사학위 논문, 2010.

김태한, “동성혼인 문제의 법률 고찰”, 「가족법연구」(한국가족법학회), 제13호, 1999.

남효순, “프랑스민법상의 동거계약에 관한 연구”, 「서울대학교 법학」, 제44권 제1호, 2003.

성중탁, “동성혼에 관한 최신 미연방대법원 OBERGEFELLETAL. v. HODGES 사건 판례와 시사점”, 「법학논고」, 제53호, 2016.

윤진수, “혼인 성립에 관한 민법의 개정 방향”, 「가족법연구」(한국가족법학회), 제15권 제1호, 2001.

이덕연, “헌법문제로서 동성간 혼인-동반공동체(시민결합) - Goodridge판결(Massachusetts주 대법원 2003.11.18.)과 BVerfGE (1 BvF 1.01 v. 2002.7.17.)에 대한 평석을 중심으로”, 「헌법학연구」(한국헌법학회), 제10권 제2호, 2004.

이준일, “헌법상 혼인의 개념 -동성간 혼인의 헌법적 허용가능성-”, 「공법연구」, 제37집 제3호, 한국 공법학회, 2009.

정영화, “헌법상의 혼인 및 가족에 관한 비판적 해석의 고찰”, 「토지공법연구」, 제43권 제3호, 2009.

정태윤, “프랑스에서의 동성혼”, 「중앙법학」, 14(2), 2012.

허순철, “동성혼인과 평등보호 U.S. v. Windsor 판결의 헌법적 의의를 중심으로”, 「공법학연구」, 15(4), 2014.

[해외문헌]

Baehr v. Lewin, 852 P.2d 44

Baehr v. Miike, Civ. No. 91-1394-05, 1996 WL 694235

Baker v. Vermont 744 A.2d 864

Cour de Cassation, Chambre sociale, du 11 juillet 1989, 85-46.008, Publié au bulletin, Legifrance.

Cour de Cassation, Chambre sociale, du 11 juillet 1989, 86-10.665, Publié au bulletin, Legifrance.

Cour de Cassation, Chambre civile 3, du 17 décembre 1997, 95-20.779, Publié au bulletin, Legifrance.

Elizabeth Kerrigan et al. v. Commissioner of Public Health et al. SC 17716 (2008. 10. 8)

Goodridge v. Mass. Dept. of Public Health, 440 Mass. 309, 798 NE2d 941 (Nov. 18, 2003).

Lewis v. Harris, A-68-05 (Oct. 25, 2006)

Olyan, Saul M./Nussbaum, Martha C.(편), Sexual Orientation and Human Rights in American Religious Discourse, New York, 1998.

Re Marriage Cases, S147999 (2008. 5. 15)

고려대학교 자전법학회
제81차 세미나

가정폭력범죄에서의 정당방위 연구

- 대면적·비대면적 상황을 중심으로 -

자유전공학부 경영학과
황 승 조

Ⅰ. 서론

Ⅱ. 정당방위와 과잉방위
1. 정당방위의 의의
2. 정당방위의 성립요건
3. 정당방위의 효과
4. 과잉방위

Ⅲ. 정당방위의 과도한 제한
1. 원칙적 부정
2. 전통 법문화에 따른 배격
3. 상당성의 구체적 판단 결여

Ⅳ. 가정폭력범죄의 특수성의 불인정
1. 대면적 상황 및 판례
2. 비대면적 상황 및 판례

Ⅴ. 가정폭력범죄에서 정당방위 인정을 위한 검토
1. 대면적 상황에서의 상당성 판단
2. 비대면적 상황에서의 침해의 현재성 판단

Ⅵ. 결론

Ⅰ. 서론

우리 법원은 정당방위와 과잉방위를 인정하는 것에 있어서 굉장히 엄격하고 인색한 편이다. 특히 가정폭력범죄의 경우 일반적인 폭행 상황과 다른 특수성을 지니는 데에도 불구하고 정당방위나 과잉방위가 인정되는 경우가 매우 드물다. 그 특성상 실질적인 해결이 거의 불가능한 가정폭력범죄에서 피해자들은 지속적으로 인권침해상황에 놓이게 되고, 극한의 상황에서 어쩔 수 없이 스스로 문제를 타개하여도 결국 법의 처벌로 이어지는 경우가 대부분인 것이다. 진관·보은 사건의 경우 가정폭력범죄 피해자인 김보은은 만9세에 불과했을 때부터 의붓아버지에게 지속적인 성폭행을 당해왔음에도 불구하고 법원은 김보은의 행위가 사회통념상 상당성이 결여하다고 판단했고, 과잉방위마저도 인정하지 않았다. 가정폭력범죄에서 '현재의 부당한 침해'가 계속 존재한다고 볼 여지를 남긴 판례라는 점에서 나름의 의의가 있지만 여전히 이 이후로도 가정폭력범죄에서 정당방위는 상당히 협소하게 인정되고 있다. 이에 대면적·비대면적 상황에서 가장폭력범죄 피해자의 법익보호방법을 정당방위의 요건인 상당성과 침해의 현재성을 중심으로 고찰해보고자 한다.

Ⅱ. 정당방위와 과잉방위

1. 정당방위의 의의

(1) 정당방위의 개념[1)]

정당방위는 자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 행위를 말한다. 이러한 정당방위행위는 상당한 이유가 있을 때 처벌하지 않는다고 함으로써 현행 형법은 정당방위를 자기보호 내지 법질서수호원칙을 근거로 한 위법성조각사유로 규정하고 있다. 즉 법률은 부당(위법)한 공격을 해 오는 사람의 법익을 구성요건해당행위로 반격하여 침해하는 것을 허용함으로써 공격받는 사람의 이익을 보호하고 아울러 법질서를 수호하고자 한다.

(2) 정당방위의 정당화 근거

1) 자기보호원칙

자기보호원칙은 타인의 위법한 침해로부터 스스로를 방위하는 것이 인간의 고유한 권리라는 점에 바탕을 둔다. 역사적으로 로마법 이래 정당방위권을 자연법상 권리로 인정해 온 것도 이 원칙에 근거한 것이었다. 칸트의 철학 등에 기초하여 보면 정당방위란 시민이 본래 가지고 있던 시원적 자기방위권을 국가에 위탁하였다가 다시 보유하는 것이라고 할 수 있다.[2)]

형법이론적 측면에서는 형법의 법익보호가 시간적·공간적 특수사정으로 침해받는 사람 스스로에 의해 달성되어야 하는 상황일 때 그의 행위가 형법상 정당하다는 의미를 갖는다. 다시 말하면 정당방위는 형사사법의 법익보호 사각지대에서 형법의 보호기능을 연장시키는 제도라고 할 수 있다.[3)]

---

1) 배종대, "형법총론(제12판)", 2016, 325면 참조.
2) 사법정책연구원, "각국의 정당방위 판단기준과 국민의 법의식", 2019, 9면 참조.
3) 배종대, 앞의 책, 326면 참조.

2) 법질서수호원칙

정당방위를 위법한 침해에 대응한 방위자의 법질서보호행위라고 보는 법질서수호원칙은 헤겔의 철학에서 발전되었다고 볼 수 있다. 헤겔 철학에 의하면 법은 현실적이고 이성적인데 반해 불법은 비현실적이고 비이성적인 것이기 때문에, 불법을 부정하는 정당방위행위는 시민의 권리인 동시에 의무가 된다. 따라서 정당방위권은 불법의 공허성을 확인하기 위해 국가가 개인에게 부여한 것이므로 침해받은 자가 직접 행사하든 무관한 제3자가 행사하든 중요하지 않아서 자기방어와 긴급구조 사이에 본질적인 차이가 없게 된다. 정당방위에 관해 "법은 불법에 양보할 필요가 없다. 불법이 법을 침해하는 때에 법은 투쟁으로서 자신을 주장할 수 있다"고 한 Berner의 유명한 법언 역시 이 원칙에 기반하고 있다.[4)]

법질서수호원칙의 형법이론적 의미는 국가가 독점하고 있는 형벌권을 시민에게 이양하는 것으로 이해하여야 한다. 즉 시민만이 법을 관철할 수 있는 특별히 위급한 상황이 발생하였을 때, 형법은 국가형벌권독점원칙의 예외를 인정해서라도 법질서를 수호하겠다는 뜻을 가지고 있다. 따라서 정당방위는 '국가형벌권의 연장수단'의 기능을 수행한다고 할 수 있다.[5)]

3) 이원론[6)]

이원론은 우리 학계의 다수견해로, 자기보호원칙과 법질서수호원칙 둘 중 어느 한 원칙만으로 정당방위를 근거 짓지 않고 양자 모두를 정당방위의 원리로 설명한다. 정당방위권은 한편으로는 개인이 자신의 법익을 스스로 보호할 수 있는 개인적 권리이기도 하고, 다른 한편으로는 방위행위를 통해 공격자의 위법행위를 저지하는 사회적 권리이기도 하다. 따라서 이원론은 정당방위가 개인적 법익과 보편적 법익을 동시에 보장한다는 점에서 그 근거를 찾는다.

2. 정당방위의 성립요건

정당방위의 성립요건은 형법 제21조 제1항으로부터 나온다. 정당방위는, ① 정당방위상황("자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해"), ② 방위행위("방위하기 위한 행위") 그리고 ③ 상당성("상당한 이유")의 세가지 요건을 구비해야 한다.

(1) 정당방위 상황[7)]: "자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해"

1) 자기 또는 타인의 법익

법이 보호하는 모든 이익은 정당방위로 보호될 수 있으며, 여기에서 법은 형법에 국한되지 않고 민법도 포함된다. 따라서 형법의 개인적 법익(생명 · 신체 · 자유 · 명예 · 재산 등)뿐만 아니라, 민법의 점유 또는 일반적 인격권의 대상이 되는 사생활영역도 정당방위의 보호대상에 속한다. 정당방위상황의 특수성은 형법의 사회통제가 지켜야 할 보충성원칙을 이미 충족시킨 것과 같은 결과를 빚어내기 때문이다.

하지만 정당방위는 타인의 위법한 침해로부터 개인의 법익을 방어하기 위한 것이므로, 국가적 법

4) 사법정책연구원, 앞의 책, 10면 참조.
5) 배종대, 앞의 책, 326면 참조.
6) 사법정책연구원, 위와 같음.
7) 배종대, 앞의 책, 327-329면 참조.

익이나 사회적 법익을 방어하기 위한 행위는 정당화될 수 없다고 보아야 한다.[8]

2) 현재의 부당한 침해

가. 침해

침해는 법익에 대한 공격이나 위태화를 의미한다. 침해는 고의 · 과실과 같은 책임은 문제 삼지 않으므로 책임 없는 자의 공격도 얼마든지 침해가 될 수 있다. 침해는 사람의 행위에 의한 것이어야 한다. 동물의 공격은 사람에 의해서 사주된 경우에만 정당방위가 가능하다. 침해행위는 물론 행위개념에 적합한 인간행위여야 하므로 반사행위, 무의식행위, 절대적 힘의 지배로 한 행위에 대해서는 긴급피난만 가능할 수 있을 뿐이다. 보증인지위가 전제된 (즉 작위의무가 있는) 부작위에 의한 침해도 여기의 침해가 해당된다. 한편 침해의 '부당성'은 법질서 전체를 기준으로 한 일반적인 모든 위법을 의미하는 침해의 위법성으로 치환되는 것이 통설이다.

나. 침해의 현재성

정당방위는 자기 또는 타인의 법익에 대한 침해, 즉 공격이 '현재적'일 것을 요구한다. 따라서 과거의 침해나 장래에 발생할 침해에 대한 정당방위는 인정되지 않는다(통설). 계획적인 범죄예방이나 법익보호는 원칙적으로 국가의 임무에 속하지만 그러나 공격의 '현재성' 때문에 방위행위는 국가형벌권독점의 예외로 정당화된다.

현재성 판단은 '법익에 대한 침해가 급박한 상태에 있거나 바로 발생하였거나 아직 계속되고 있는 것'(엄격한 현재성)을 기준으로 한다. 따라서 실행에 착수하지 않은 행위에 대해서도 예외적으로 정당방위가 가능할 수 있다. 범죄가 기수가 된 후에도 침해가 현장에서 계속되고 있는 한 현재성은 있다.[9]

그러나 현재의 침해는 없지만 반복되는 침해를 예방하기 위한 '예방적 정당방위'는 인정될 수 없는 것이 원칙이다. 정당방위의 정당화 근거는 경찰의 보호를 기다릴 수 없는 '위급한' 상황(급박한 현재성)에 대한 시민의 예외적 형사사법에 있기 때문이다.

(2) 방위행위[10] : "방위하기 위한 행위"

방위행위에는 소극적 방어를 하는 보호방위와 적극적 공격의 형태로 행해지는 공격방위 모두 포함된다. 또한 공격에 대한 방위행위가 되기 위해서는 주관적 정당화 요소인 방위의사가 있어야 한다. 위법성을 조각하려면 불법을 행하는 결정인 고의를 상쇄시킬만한 의사도 있어야 하기 때문이다. 고의와 마찬가지로 방위의사에 다른 동기나 목적이 수반되어도 정당방위의 성립에는 지장이 없다.

(3) 상당성[11] : "상당한 이유"

형법 제정 당시 법제사법위원회는 독일 형법의 '필요성'을 '상당성' 개념으로 대체하였다. 필요성 요건 하에서 지나치게 정당방위의 인정 범위가 넓어질 수도 있고, 필요하지 않은 경우 전부 정당방위로 보지 않는 경우도 생길 수 있기에 '필요성' 개념의 경직성을 해결해줄 융통성 있는 개념으로서

8) 그러므로 운전면허 없이 자동차를 운전하는 행위를 막기 위해 폭행을 하거나, 국가기밀문서를 가지고 국경을 넘으려는 간첩을 개인이 체포하는 것은 정당방위에 해당하지 않는다.
9) 예컨대 절도 범인을 현장에서 추격하여 격투로 도품을 탈취하는 행위는 정당방위에 해당된다.
10) 사법정책연구원, 앞의 책, 14면 참조.
11) 배종대, 앞의 책, 331-335면 참조.

‘상당성’ 요건을 제안한 것이다.

상당성 개념은 원래 법치국가원칙의 핵심내용인 비례성 원칙으로부터 유래한다. 방위행위자의 방위행위는 공격행위에 대해 비례적이어야 하는데, 그 ‘비례’의 내용이 곧 상당성이다. 다만 제21조 정당방위의 비례성은 통상의 비례성보다 ‘약화된 비례성’을 의미하지 않을 수 없다. 정당방위상황의 특수성은 방위행위의 엄격한 법치국가적 구속을 애당초 불가능하게 만들기 때문이다. 예컨대 법치국가원칙을 엄격하게 적용하면 정당방위는 인정되기 힘들다. 범죄에 대한 대처는 국가가 해야 할 의무에 속하고 국가를 대신해서 사인이 할 수 있는 성질의 것이 아니기 때문이다. 그럼에도 그 방위행위의 행사가 법치국가적 구속으로부터 완전히 자유로울 수 없다는 일정한 구속정도, 방위행위의 정형적 행사요청이 곧 상당성이다. 상당성의 약화된 비례성 내용은 다음과 같다.

가. 적합성원칙

방위행위자는 공격을 ‘즉시, 확실하게 그리고 종국적으로’ 마감시킬 수 있는 수단을 선택할 수 있다. 즉 그는 불충분한 방위행위의 위험부담을 져야 할 필요가 없으며 이것을 적합성원칙이라고 한다. 그러나 이 원칙의 범위는 매우 넓기 때문에 대부분의 방위수단은 적합판정을 받게 마련이다.

나. 필요성원칙

방위행위자는 방위에 적합한 여러 수단 가운데서 공격자에게 가장 경미한 손실을 입히는 수단을 선택해야 한다. 이러한 내용의 필요성원칙은 다른 말로 ‘최소침해의 원칙’이라고도 한다.

다. 균형성원칙

비례성의 원래내용에는 균형성원칙이 포함되어 있다. 그 내용은 침해법익과 보호법익 사이의 법익의 균형성을 뜻한다. 그러나 이 원칙은 정당방위의 상당성에 적용되지 않는 것으로 보아야 한다(균형성원칙 부적용). 정당방위상황은 방위행위자가 자기의 보호이익과 공격자가 침해받는 이익을 사려 깊게 저울질하여 행동할 수 있을 만큼 여유 있는 상황이 아니기 때문이다(정당방위상황의 특수성).

3. 정당방위의 효과[12]

정당방위의 요건을 구비한 행위는 구성요건해당성에도 불구하고 위법성이 조각되어 불법이 배제됨으로써 가벌성심사의 대상에서 제외된다. 그리고 이 판단은 종국적이어서 그 가벌성이 다시 살아날 수 있는 가능성은 없다. 정당방위로 평가되는 행위는 위법하지 않은 행위가 되기 때문에 정당방위에 대한 정당방위는 허용되지 않는다. 정당방위의 효과가 미치는 범위는 위법한 침해를 감행하는 당사자에 국한되고 이와 무관한 제3자에 대해서는 주장할 수 없다.

4. 과잉방위[13]

방위행위가 상당성의 정도를 초과한 경우를 과잉방위라고 한다. 단, 필요성이 인정되지 않거나 극단적 법익불균형이 있는 경우에는 상당한 이유를 충족하지 못한 것으로, 이때에는 정당방위 및

12) 배종대, 앞의 책, 341-342면 참조.
13) 위와 같음.

과잉방위도 성립할 수 없다.

과잉방위는 상당성이 없는 행위이기 때문에 원칙적으로 위법하다. 그러나 정황에 따라서(제21조 제2항) 또는 행위가 야간 기타 불안스러운 상황에서 공포, 경악, 흥분 또는 당황으로 인한 때 등 행위자의 특별한 심리상태(제21조 제3항)에 기인한 경우에는 형을 감경하거나 면제한다. 다수설은 적법행위에 대한 기대가능성이 없어 책임이 소멸하여 불가벌이 된다고 설명한다.

Ⅲ. 정당방위의 과도한 제한

1. 원칙적 부정

우리 형법은 정당방위를 명시적으로 규정하고 있지만 정당방위를 인정한 대법원 판례는 14건에 불과하다. 대법원이 60여년 동안 단 14건만을 정당방위로 인정하였다는 것은, 정당방위는 1년에 단 1건도 인정되는 않는 경우가 많았고 4~5년에 한 번 정도 나오는 희귀한 판례라는 것이다. 실무에서 좀처럼 정당방위를 인정하려고 하지 않는다는 것을 보여주는 것으로, 법원은 정당방위를 원칙적으로 부정한다고 볼 수도 있다.[14]

2. 전통 법문화에 따른 배격

정당방위가 잘 인정되지 않는 근본적인 이유는 전통 법문화에서 찾을 수 있다. 우리나라를 지배하는 법문화는 공동체주의·집단주의를 지향하고 있기에 전체 법질서를 수호하는 것보다는 개인의 권리를 보호하는 데 무게중심이 쏠린 정당방위를 인정하는 것에 인색하였다는 것이다. 같은 맥락에서 우리 판례는 자유주의적 성향이 강한 정당방위보다 공동체주의적이며 윤리적 성향이 강한 정당행위를 선호하였던 것이다.[15]

중용주의적 사고 역시 정당방위를 인정하는 데 장애가 되는 전통적인 법문화에 속한다. 양쪽 다 잘못이 있기 때문에 문제가 발생했다는 인식이 얼마나 우리 사회에 만연한지는 특히 교통사고에서 흔히 등장하는 '쌍방과실' 및 '과실상계' 주장을 통해 확인할 수 있다. 우리 법문화에서는 어느 한쪽에 100% 과실이 있다는 것을 인정하는 데 익숙하지 않다. 이로 인해 정당방위 상황에서도 정당방위가 인정되기보다는 양쪽 모두 잘못이 있다는 결론이 도출된다.[16]

3. 상당성의 구체적 판단 결여

법원은 그동안 방위 상황에 대해 여러 측면에서 소상히 고려했는지에 대한 아무런 언급도 없이 반복적으로 동일한 표현을 사용해왔다는 점에서 비판의 여지가 있다. 법원이 정당방위의 요건으로 상당성을 설명할 때, "형법 제21조 소정의 정당방위가 성립하려면 침해행위에 의하여 침해되는 법익의 종류, 정도, 침해의 방법, 침해행위의 완급과 방위행위에 의하여 침해될 법익의 종류, 정도 등

14) 김병수, "정당방위의 확대와 대처방안", 「형사정책연구」 제25권 제4호, 2014, 47면 참조.

15) 법원이 개인의 권리를 보호하는데 더욱 초점을 맞추는 정당방위 대신 전체 법질서를 수호하는데 무게를 두는 정당행위로 위법성조각사유를 대체하는 경우가 많다는 것이 근거 중 하나이다.

16) 양천수, "법문화와 정당방위 - 판례의 정당방위 해석론에 대한 비판적 접근", 「서강법률논총」 제8권 제2호, 2019, 40-41면 참조.

일체의 구체적 사정들을 참작하여 방위행위가 사회적으로 상당한 것이어야 한다"라고 하거나 "그 행위에 이르게 된 경위, 목적, 수단, 의사 등 제반 사정에 비추어 사회통념상 허용될 만한 정도의 것이어야 한다"라고 동일하게 판시하는 것이 그것이다.

<대법원 2006. 4. 27. 선고 2003도4735 판결>

1. 피고인의 상고이유에 대하여
나. 재물손괴의 점에 대하여
어떠한 행위가 정당방위로 인정되려면 그 행위가 자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방어하기 위한 것으로서 상당성이 있어야 하므로, 위법하지 않은 정당한 침해에 대한 정당방위는 인정되지 아니하고, 방위행위가 사회적으로 상당한 것인지 여부는 침해행위에 의해 침해되는 법익의 종류, 정도, 침해의 방법, 침해행위의 완급과 방위행위에 의해 침해될 법익의 종류, 정도 등 일체의 구체적 사정들을 참작하여 판단하여야 할 것인바(대법원 2003. 11. 13. 선고 2003도3606 판결 등 참조), 위 법리에 따라 관련 증거를 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 그 채택 증거들을 종합하여 아파트 게시판의 공고문은 입주자대표회의에서 발생한 여러 분쟁들을 아파트 주민들에게 알리려는 것에 불과하고, 거기에 피고인의 명예를 훼손하는 내용도 없다고 인정한 다음 이를 떼어간 피고인의 행위가 정당방위에 해당하지 않는다고 판단한 것은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 정당방위의 전제사실에 대한 채증법칙 위배로 인한 사실오인이나 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

<대법원 1986. 10. 14., 선고, 86도1091, 판결>

검사의 상고이유를 판단한다.
원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 판시증거들에 의하여 이 사건 연립주택 후문을 통한 차량통행을 둘러싸고 연립주택 거주자들 사이에 다툼이 있어 오던중 이 사건 당일밤 10:15 경 피해자 가 위 주택후문 열쇠를 보관하고 있던 위 연립주택 자영회장인 피고인의 아버지 공소외 인으로부터 열쇠를 받아 문을 연 다음 열쇠를 캄캄한 곳으로 던져버리고 그 소유의 봉고차에 올라타 문안으로 운전하여 들어가려 하자 공소외인이 양팔을 벌리고 위 차 앞을 가로막으며 위 열쇠를 찾아주고 가라고 하였는 바, 피해자가 이에 불응하고 그대로 위 차를 공소외인쪽으로 약 3미터가량 전진시키자 위차의 운전석 부근 옆에 서있던 피고인이 공소외인이 위 차에 다치겠으므로 이에 당황하여 위 차를 정지시키기 위하여 위 차의 운전석 창문을 통하여 피해자의 머리털을 잡아당겨 그의 흉부가 위 차 창문틀에 부딪치게 함으로써 그에게 전치 약 10일간의 흉부좌상 등을 입혔다는 사실을 인정하고 있다.
사실이 위 인정과 같다면 피고인이 피해자의 머리털을 잡아당긴 행위는 그의 아버지인 공소외인의 생명, 신체에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 행위로서 그 행위에 이르게 된 경위와 그 목적 및 수단, 결과등 모든 사정에 비추어 볼 때 상당한 이유가 있는 때, 즉 형법 제21조 제1항의 정당방위의 요건으로서 긴박성과 상당성이 있는 때에 해당하여 그 행위의 위법성이 결여되었다고 보아야 할 것임에도 원심은 피고인의 위 방위행위가 상당한 이유가 있는 행위인지의 여부를 판단함이 없이 위 방위행위가 그 정도를 초과하였음을 전제로 하여 야간에 당황하여 행하여진 것이라고 판단하여 같은법 제21조 제3항을 적용한 잘못이 있기는 하나 이는 피고인에게 무죄를 선고한 판결결과에는 아무런 영향이 없으므로 파기사유가 되지 못하고 달리 소론과 같은 정당방위에 관한 법리오해의 위법을 찾아볼 수 없으니 논지는 이유없다.

법원이 스스로 제시한 기준에 부합하는가의 여부를 구체적으로 검토하거나 구체적 사정들을 어떻게 참작했는지 아무런 언급도 없이 실제 판례들 중 상당수가 위와 같은 문구를 똑같이 열거하면서 막상 상당성 여부에 대한 사실 판단에 있어서는 구체적인 분석을 생략하고 바로 결론만 제시하는 식의 판결로 일관하고 있는 것도 많았다. 결국 정당방위 성립에 대한 법원의 상당성 판단은 일

반 국민들이 수긍할 수 있을 만큼 구체적이지 못하여 국민의 공감을 얻지 못하고 있다.[17]

Ⅳ. 가정폭력범죄의 특수성의 불인정

가정폭력 피해자가 가해자에게 반격하는 상황은 일반적인 정당방위 상황과 다른 특수성을 지닌다. 가해자와 피해자가 부부관계라는 점, 피해자가 일시적인 법익 침해를 당한 것이 아니라 지속적인 침해를 당해온 점, 대부분이 가해자와 피해자가 일상생활을 공유하는 주거지 내가 가정폭력 및 그 반격행위의 장소인 점 등이 그러하다.

가정폭력범죄는 국가형벌권을 통해 개인의 법익을 보호받기 어렵다는 특징 역시 고려되어야 한다. 연구[18]에 따르면 가정폭력범죄가 발생해 신고했음에도 경찰의 별다른 조치가 없었다고 응답한 경우가 59.3%, 신고 후에도 폭력을 가한 남편의 행동이 변화되지 않거나 이전보다 폭력이 더 증가되었다고 대답한 경우가 61.3%에 이르렀다. 이는 신체적 폭력을 당한 후에도 사법체계가 폭력을 중지시키거나, 여성의 안전을 도모하거나, 상황이 나아지게 하는데 별다른 도움이 되지 못하는 것을 의미한다. 따라서 가정폭력범죄에서 정당방위 및 과잉방위의 성부를 판단함에 있어서 이러한 특수성을 고려하여 일반적인 정당방위 판단과는 다른 잣대로 평가하는 것이 타당하다.

정당방위에 관한 국민참여재판에서 가정폭력에 관한 사건은 7건이 있었는데, 이 중 단 1건만 과잉방위로 인정되었고 나머지는 모두 정당방위 및 과잉방위가 인정되지 않았다.[19] 과잉방위로 인정된 사례 역시 가정폭력 피해자가 가정폭력 가해자에게 상해를 가한 이후에도 죽으면 안 된다고 소리치며 구조하기 위한 행위를 한 점과 가해자가 결국 사망에 이르지 않은 점이 참작되었음을 생각할 때 가정폭력범죄의 여러 특수성은 고려되지 않은 채 정당방위는 대부분 인정되지 않았다는 것을 알 수 있다.

가정폭력범죄에 있어서 정당방위의 성부가 쟁점이 되는 사례는 대면적 상황와 비대면적 상황으로 구분할 수 있다. 대면적 상황은 가정폭력 가해자와 피해자가 대면하고 있는 상황 즉 가해자가 피해자에게 가정폭력을 행하고 있는 상황이다. 비대면적 상황은 가정폭력 가해자가 폭력행위를 중단하고 있는 상황으로 많은 경우 가해자가 잠자고 있는 상황이다.[20]

1. 대면적 상황 및 판례[21]

대면적 상황의 경우 정당방위의 성립요건 중 '현재의 침해'는 당연히 인정된다.[22] 다만 문제가 되는 것은 피해자의 행위가 '상당성'이 있는지 여부이다. 판례는 가정폭력 피해자의 반격행위에 대하여 그 특수성을 전혀 고려하지 않고 다른 반격행위와 동일한 잣대로 정당방위 및 과잉방위 성부를 판단하며 거의 인정하지 않고 있다.

---

17) 김병수, 앞의 글, 53-54면 참조.
18) 허민숙, "가정폭력에 대한 젠더 통합적 접근: [가정폭력 실태조사] 비판을 중심으로", 「가족과문화」 제25집 제2호, 2010, 77-78면 참조.
19) 사법정책연구원, 앞의 책, 22-41면 참조.
20) 박정난, "가정폭력 피해자의 정당방위 성부에 관한 비판적 고찰", 「법학연구」 제57집, 2018, 124-129면 참조.
21) 대법원 2001. 5. 15. 선고, 2001도1089 판결.
22) 단, 그렇지 않은 사례도 있다. 대법원 1994. 3. 22. 선고, 93도3336 판결.

1) 사실관계
피고인은 남편인 피해자와 13년 전 결혼하였고, 피해자가 일정한 직업이 없어 경제적으로 빈곤하여 피고인이 생계를 위하여 여러 가지 일을 하였다. 그런데 피해자가 피고인의 남자관계를 의심하며 자주 폭행, 협박을 하고 변태적인 성행위를 강요하는 등 부부갈등이 심해져 사건 발생일시로부터 1년 전 별거를 시작했고 사건 발생일시 무렵 이혼소송을 제기하였다. 사건당일 아침 피고인이 이혼소송의 취하를 요구하기 위하여 피해자의 집에 찾아와 문을 두드리자 피고인은 피해자가 칼로 행패를 부릴 것을 염려하여 식칼을 방안 침대에 숨긴 후 문을 열어주었다. 피해자는 방안에 들어가 피고인에게 소송 취하를 요구하면서 '이혼소송을 해도 상관이 없다. 찾아가 죽여버릴 수도 있다'고 협박하고 부엌에서 가위를 가져와 피고인의 다리를 긋고 목에 들이대기도 하였다. 피고인이 도망가자 뒤쫓아 가 머리채를 잡고 방으로 끌고 들어간 후 장롱 안 넥타이를 자르면서 '너도 말을 안 들으면 이렇게 잘라버리겠다'라고 협박을 하고 뺨을 수 회 때리고 피고인에게 변태적인 성행위를 요구하였다. 이를 피고인이 거부하자 '죽여 버리겠다'라고 하면서 피해자가 가위를 들고 침대에서 일어나는 순간 피고인은 침대 밑에 숨겨 놓은 식칼로 피해자의 복부 명치끝을 찔러 그 자리에서 피해자가 사망하였다.

2) 판결요지
피고인이 피해자로부터 먼저 폭행, 협박을 당하다가 이를 피하기 위하여 피해자를 칼로 찔렀다고 하더라도, 피해자의 폭행·협박의 정도에 비추어 피고인이 칼로 피해자를 찔러 즉사하게 한 행위는 피해자의 폭력으로부터 자신을 보호하기 위한 방위행위로서의 한도를 넘어선 것이라고 하지 않을 수 없고, 따라서 이러한 방위행위는 사회통념상 용인될 수 없는 것이므로, 자기의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방어하기 위한 행위로서 상당한 이유가 있는 경우라거나, 방위행위가 그 정도를 초과한 경우에 해당한다고 할 수 없고, 따라서 피고인의 이 사건 범행은 정당방위 또는 과잉방위에 해당하지 아니한다.(1심에서는 지속적인 가정폭력에 시달린 점을 고려하여 집행유예를 선고하였으나, 원심판결이 실형을 선고하였고 대법원에서도 확정됨)

2. 비대면적 상황 및 판례[23]

비대면적 상황의 경우 침해의 현재성을 먼저 부정되어, 상당성을 고려하지 않고 정당방위 및 과잉방위의 성립을 인정하지 않는 경우가 대다수다. 아래 판례는 피해자가 지속적인 가정폭력에 시달렸고 그와 같은 극단적 선택을 할 수밖에 없었던 이유를 인정하면서도 오직 양형을 통하여 반영함으로써 양형으로의 도피에 그치고 있는 것을 볼 수 있다.

1) 사실관계
피고인은 약 30년 동안 남편인 피해자와 결혼생활을 하면서 지속적인 가정폭력을 당해왔다. 피고인은 사건 당일 밤 12시경 술에 취해 귀가한 피해자가 피고인에게 욕설을 하면서 손바닥으로 피고인의 가슴을 밀치고 안방으로 도망가는 피고인을 쫓아가 다시 손바닥으로 피고인의 가슴을 밀어 침대에 넘어지게 하고 그곳에 있던 애완견을 들어 피고인의 얼굴에 집어던지고, 계속하여 피해자의 폭행을 피하기 위하여 애완견을 안고 안방 화장실로 숨어들어가 문을 잠근 피고인에게 피해자가 "문 열어"라고 소리치며 화장실 문을 두드리면서 "너 이년아. 너 거기 숨어있는 거 다 안다. ○○○(장인) 그 개자식하고 그 황가년(장모)하고 다리 한 짝 없는 니 오빠, 그 병신새끼하고 내일 꼭 죽이겠다. 씨부랄년, 개같은 년, 젖탱이도 한 짝 없는 년, 지 몫도 못 타오는 년, 거머리처럼 붙어서 내 피나 빨아먹는 년."이라는 등으

23) 대전지방법원 2006. 10. 18. 선고, 2006고합102 판결.

로 한참 동안 차마 입에 담기조차 힘든 폭언을 거듭하자, 평소 피해자로부터 지속적인 폭행이나 학대를 당해오면서 형성된 만성적인 외상 후 스트레스 장애와 중등도의 우울증 및 충동조절의 장애 등으로 말미암아 사물을 변별할 능력이나 의사를 결정할 능력이 미약한 상태에서, 같은 날 새벽 02:00경 집 안이 조용해지자 안방 화장실에서 나와 거실에 있는 소파에서 잠자고 있는 피해자를 본 순간 피해자를 향한 그간의 분노감이나 적대감이 억누를 수 없을 정도로 폭발한데다가 피해자가 이제는 자신의 친정 식구들마저도 죽일지 모른다는 생각이 들어 더 이상 감정을 억제하지 못한 채 소파 옆 마룻바닥에 놓여있던 철제 아령1개를 두 손으로 집어들고 피해자의 머리 쪽으로 다가가 피해자의 머리 부분을 3회 가량 힘껏 내리쳐 피해자를 살해하였다.

2) 판결요지
형법 제21조 제1항에 규정된 정당방위로 인정되려면 무엇보다도 자기 또는 타인의 법익에 대한 '현재의 부당한 침해'가 있어야 하는데 침해의 현재성 여부는 피침해자의 주관적인 사정에 따라 결정되는 것이 아니라 객관적으로 결정되어야 할 뿐만 아니라, 이러한 정당방위 등이 구성요건에 해당하는 어떤 행위의 위법성을 예외적으로 소멸시키는 사유라는 점에 비추어 그 요건으로서의 침해의 현재성은 엄격히 해석, 적용되어야 한다. 비록 변호인이 내세우는 사회심리학자의 견해(이른바 '학대나 폭력의 지속적인 재경험' 매맞는 여성증후군을 말하는 것으로 보임)나 오랜 기간 동안 남편으로부터의 폭력이나 학대에 시달려 온 피고인의 특별한 심리상태를 수긍하더라도, 그러한 사정만으로 범행 당시 객관적으로도 피고인 등의 법익에 대한 침해가 현존하고 있었다고 보기는 어렵다. 이와 같이 정당방위로 인정될 만한 최소한의 요건을 갖추지 못한 이상 과잉방위(형법 제21조 제2항, 제3항)를 인정하기도 어렵다.(긴급피난의 경우도 같은 이유로 인정하지 않음)
다만, 피고인이 초범이고, 지속적이면서도 일방적으로 피해자로부터 당해 온 가정폭력이나 학대 때문에 형성된 '중등도 우울증 에피소드' 또는 그로 인한 충동조절의 장애 등으로 말미암은 심신미약의 상태에서 범행을 저지를 것으로 보이는 점 등을 고려하여 집행유예를 선고한다.

판례에서는 가정폭력의 정당방위 역시 잘 인정하지 않고 있다. 대면적 상황의 경우 상당성에 대한 구체적인 판단이 없다는 문제가 있다. 비대면적 상황의 경우 침해의 현재성이 처음부터 부정되어 정당방위 및 과잉방위가 부인됨으로써 가정폭력범죄의 특수성이 반영되지 않고 있다.

Ⅴ. 가정폭력범죄에서 정당방위 인정을 위한 검토

1. 대면적 상황에서의 상당성 판단

법원은 방위 상황에 대한 구체적 경위 분석 및 상당성의 판단 기준 설정을 위해 노력해야 할 것이다. 가정폭력범죄의 특수성 인지가 선행된 상태에서 방위상황을 면밀히 검토하고, 상당성 판단의 근거를 좀 더 자세히 제시함으로써 가정폭력범죄에서 일어난 방위행위를 일반적인 경우와 같은 선상에 놓고 판단하지 않아야 할 것이다.

(1) 일본 형법과의 비교[24)]

일본도 우리와 마찬가지로 정당방위 성립에 엄격한 기준을 두고 있으나, 침해의 급박성에 관한 기준인 '적극적 가해의사' 여부의 판단에 따라 가정폭력 상황 속에서의 정당방위가 긍정될 여지가

24) 배상균, "가정폭력 사건에서의 정당방위의 '침해 현재성' 판단에 대한 검토", 2018, 254-270면 참조.

우리에 비해 크다는 점이 다르다.

침해의 '급박성(急迫性)'에 관해서는 법익 침해의 위험이 긴박한 것으로, 법익 침해가 현재 존재하고 있거나, 또는 곧 임박한 상태를 말한다. 그러므로 침해의 급박성이 인정되는 경우에는 경찰 등 공공기관의 보호를 요청할 여유가 없어서, 침해의 위협에 처해진 법익을 보호하기 위해 스스로 방위행위를 하여야 하고, 이러한 이유로 긴급 상황에서는 정당방위가 국가형벌독점의 예외로서 허용되는 것이다. 여기에 더해 일본 최고재판소는 '단순히 예상된 침해를 피하지 않았던 것에 그치지 않고, 그 기회를 이용하여 적극적으로 상대방에 대하여 가해의 의사로 침해에 임한 경우는 이미 침해의 급박성의 요건을 충족할 수 없는 것으로 해석하는 것이 상당하다'고 판시하고 있다. 즉, 일본 최고재판소는 침해의 급박성을 판단할 때 방위의사 없이 적극적으로 공격 내지는 반격하는 경우를 제외하고는 정당방위를 인정하는 방향으로 나아가고 있다고 볼 수 있다.

예를 들어, 만원 전철에서 甲(남성)이 乙(여성)의 뒤에서 을의 신체일부를 만지는 등의 강제추행을 범한 경우에 乙(여성)이 처음에는 놀란 마음에 좁은 곳이지만 자세를 변경하거나 자리를 옮기는 등의 소극적인 대응하였음에도 불구하고 계속되는 침해에 대하여, 결국 乙이 자신의 손으로 甲의 손길을 뿌리치고, 이후의 침해에 경고하기 위해 뺨을 때린 경우를 우리의 판례의 태도에 비추어 보면 '乙이 손으로 甲의 손길을 뿌리친 행위'까지가 침해의 현재성이 인정되는 범위 내에서의 방위행위이고, 이후의 '甲의 뺨을 때린 행위'는 폭행에 해당하게 된다. 과연 이러한 판단이 현실적으로 타당한 판단인지 여부에 대해서는 가정폭력에 의한 정당방위 상황과 더불어 침해의 현재성에 관한 종합적인 검토가 요구된다고 볼 수 있다.

이와 관련하여 '적극적 가해의사'를 대입하여 검토할 경우, '乙이 甲의 뺨을 때린 행위'는 乙(여성)이 그 기회를 이용하여 적극적으로 상대방에게 가해행위를 가하기 위해 침해에 노출되어 상대방에게 공격을 가한 경우에 해당되지 않는다는 것을 알 수 있다. 방위의사에 관한 학설과 판례의 태도에 비추어 봐도 방위의사는 방위행위의 유일한 동기일 필요는 없고, 분노, 증오, 응징욕구 등이 개입하더라도 인정되는 점에서도 그러하다.

이를 우리 판례에 적용할 경우, 술에 취해 가정폭력을 휘두르던 남편(피해자)에게 머리채를 잡힌 아내(피고인)가 계속해서 머리카락을 강하게 잡아당기는 남편의 손을 뿌리치면서 뒤돌아 남편을 발로 찼고, 이로 인해 남편이 방바닥에 머리를 부딪쳐 의식불명 상태에 빠진 사안에서 부인이 남편의 손을 뿌리친 순간 이미 위협 상황이 끝났다고 보고, 부인이 재차 폭행당할 수 있다는 위협을 느꼈다고 해도 그런 주관적인 평가만으로 공격행위를 정당화할 수는 없다고 하면서 '침해의 현재성'을 인정하지 않아 정당방위의 성립을 부정한 항소심 판단과 달리, '적극적 가해의사'의 부존재를 이유로 '침해의 현재성'을 인정하여 정당방위의 성립을 긍정하는 것이 가능하다. 물론 가정폭력사건 등 매우 한정적인 상황 속에서만 적용 가능할지라도, 현재 우리 판례의 태도에 비추어 볼 때 그 의미는 적지 않다고 생각한다.

(2) 독일 형법과의 비교

독일에서는 우리나라나 일본의 경우와는 달리 '정당방위권(Notwehrrecht)'이라는 표현을 사용한다. 국가로부터 자유로운 영역으로서 개인에게 보장되는 권리로 이해하고 있는 것이다. 따라서 헌법상의 기본권은 아니지만, 자유권적 기본권과 유사한 속성을 가진 권리라고 할 수 있다.[25]

자기 또는 타인에 대한 현재의 부당한 공격을 방어하기 위해서 필요한 방어행위라면 모두 제한

25) 김성천, "독일한국일본의 정당방위 판례의 차이점과 그의 법문화적 배경", 「중앙법학」 제15집 제4호, 2013, 245면 참조.

없이 허용하다보니, 독일에서는 매우 강력한 정당방위권을 인정하게 되었다. 그리고 이에 대한 비판으로서 19세기 후반부터 정당방위 제한의 역사가 개시되었다고 할 수 있다. 특히 당시 형법학자 부리(von Buri)는 정당방위권의 제한, 특히 관련된 이익과 유책한 공격이 현저히 불균형인 사례에서의 제한을 강력히 주장하였다.[26]

정당방위의 사회윤리적 제한은 독일 형법이 정당방위의 요건으로 '필요성'만을 두면서, 필요한 경우 사소한 법익침해에 대한 방위행위로 중대한 법익을 침해하여도 정당방위가 과도하게 인정되는 것에 대한 반성적 고려에서 제한원리로 둔 개념이다. 그러므로 정당방위를 과잉인정하는 해석 실무에 대응하기 위한 외국의 개념을, 정당방위의 과소한 인정이 문제되어 온 우리의 상황에 적용하는 것은 적합해보이지 않는다.[27] 또한 법에 대해 윤리를 우위에 놓을 위험이 있는 개념을 사용하는 것은 불필요하다.

상당성에 있어서 '사회상규'라는 문구를 통해 주로 판단하는 우리 판례를 생각해보면, 독일 형법의 '필요성'과 우리 형법의 '상당성'의 차이, 사회윤리적 제한의 개념을 재고해볼만 하다.

2. 비대면적 상황에서의 침해의 현재성 판단

(1) 침해의 현재성을 부정하는 견해

가정폭력 가해자인 남편이 잠을 자고 있는 경우에는 침해의 현재성이 인정되지 아니하여 객관적으로 정당방위상황이 존재하지 않는다는 견해가 통설이다. 잠자는 사이에 가하여진 반격은 순전히 사전방위에 불과하기 때문에 정당화되지 않는다는 것이다. 이는 가정폭력 가해자가 잠자고 있는 경우에는 공격이 직접 임박하고 있지 않다는 것이라고 볼 수 있다. 일반적으로 정당방위에 있어서 침해의 현재성은 공격이 직접 목전에 있거나 이미 개시되었거나 아직 계속되고 있는 경우에 한하여만 인정된다. 이때 공격의 개시는 공격자의 행위가 직접 침해행위로 나아가는 때에 인정된다. 그러므로 잠자기 이전에 행해진 공격은 이미 종료된 과거의 침해이며, 잠에서 깨어난 후에 이루어질 폭력행위는 장래 이루어지는 것이라고 할 수 있다. 절박한 순간적 위험은 없다는 것이다. 정당방위상황의 시간적인 개시 시점에 관하여 이와 같이 일반적으로 승인되고 있는 개념정의에 따르면, 정당방위에 의한 위법성조각은 정당방위상황이 존재하지 않기 때문에 부정된다.

(2) 침해의 현재성을 긍정하는 견해

다수설적 견해의 결론을 피해가려면 정당방위는 소위 무기대등의 원칙을 전제로 하여 본래 남성 대 남성이라고 하는 신체적 능력이 대등한 자 상호간의 투쟁을 예정하고 있는 것이기 때문에, 정당방위에 있어서 침해의 현재성에 관하여도 이를 고려해야 한다는 견해가 나오게 된다. 가정폭력범죄 피해자는 대부분 여성이고, 여성은 일반적으로 남성에 비해 육체적으로 약하기 때문에 정당방위에서 보장하는 방위를 효과적으로 할 수 없다. 그러므로 여성 대 남성의 경우에는 일반적인 체력 차이를 고려하여 침해의 현재성을 해석하고 그리하여 무기대등의 원칙을 실질적으로 보장해야 한다는 것이다. 여성 행위자는 남성의 신체적 우월 때문에 학대와 굴종을 당하고 있다. 반격을 효과적

---

26) '내가 달리 방어할 수 없는 경우, 나를 모욕하거나 또는 탁자에서 1 페니히를 가져가거나 또는 창문을 부수거나 또는 내 토지 위를 달려가려고 하는 자를 쏴서 죽여도 좋다'와 같은 결론에 이르게 된다.

27) 우리나라 정당방위 '현실'에서 보았을 때 정당방위를 사회윤리적으로 제한하자는 주장은 정당방위제도 자체를 고사시키자는 주장과 다를 것이 없다는 견해로는 배종대, "정당방위의 이론과 현실", 「고려법학」 제49호, 2007, 39면 참조.

으로 할 수 없다는 이러한 점은 정당방위에 관한 이해를 조금 수정하여 파악하려는 것이다.

이러한 입장은 '반격이 효과적일 수 있는 기회에' 방위가 이루어진 경우에는 침해의 현재성을 실질적으로 확대하는 것을 해석론상 인정하려는 견해로 나타난다 (실효적 반격 기준설 내지 효과성 기준설). 결국 이 입장에 의하면 피해자인 남편의 침해행위가 없더라도 현재의 침해는 인정된다.

(3) 계속적 침해로 보는 견해

위와 같은 일반적인 현재성의 확대해석과 달리, 최근에 예외적인 경우에는 현재성 개념을 조금 다른 형태로 인정하자는 논의가 있다. 이는 소위 계속적 침해를 순간적이고 절박한 공격으로 인정할 수 있지 않을까 하는 점에 관한 것이다. 계속적 침해는 신체적 폭력을 사용하여 피해자를 완전히 억압하고 노예화하고 인간의 존엄과 가치를 극심하게 훼손하는 행위에 기반하고 있다. 가정폭력은 그 피해자의 정신적 자유에 대하여 가해지고 있는 계속적 침해라고 설명할 수 있다는 것이다.

(4) 매맞는 여성증후군을 고려하는 견해

고통받는 여성의 예외적 심리상태를 고려하여 정당방위에 의한 위법성조각을 인정하자는 입장도 주장되고 있다. 매맞는 여성증후군에 입각한 합리적인 피해자기준에 따라 침해의 현재성을 폭넓게 인정해야 한다는 것이다.

'매맞는 여성 증후군'(Battered Woman Syndrome)은 미국의 러노르 워커(Lenore Walker)박사에 의해 정립된 이론으로, 남편의 아내에 대한 구타 및 학대가 3가지 국면으로 순환 및 반복하여 여성의 심리에 영향을 미친다는 것이다.

3가지 국면의 순환 및 반복이 이뤄지는 동안 남편의 폭행 및 학대는 더욱 빈번해지고 악화되며 아내는 '학습된 무기력(learned helplessness)' 즉 자신이 어떠한 행동을 하여도 가해자의 무차별적이고 예측 불가능한 폭력을 당해야 하므로 아무런 시도조차 하지 않는 무기력 내지절망을 느끼고 자신이 처해 있는 상황을 떠나려고 시도하지도 않게 된다. 그리고 아내는 설령 남편의 폭력과 폭력 사이에 약간의 시간적 간격이 있다 하더라도 중단없이 폭력이 끊임없이 이루어지고 있는 것으로 생각한다는 것이다. 따라서 아내는 이러한 상황을 벗어나려고 하지 않은 가운데 갑자기 남편에게 극단적인 반격행위를 하게 한다는 것이다. 미국의 판례에는 '매맞는 여성 증후군' 이론이 영향을 미쳤다.

(5) 검토

비대면적 상황에서는 침해의 현재성이 부정되는 것이 타당하다고 보인다. 침해의 현재성을 긍정하거나 계속적 침해로 보는 경우 시간적으로 정당방위를 무제한 확대하는 것으로 연결되어, 단시간의 절박한 공격에 대한 반격이라는 특징을 가지는 정당방위의 관념과 모순된다는 점이 지적된다. 피해자 남편의 상시적인 가정폭력에 의하여 행위자 여성의 의사자유에 대한 침해가 계속되고 있다고 하여, 그것이 현재의 공격이 인정되는 논거가 될 수는 없다. 소위 계속적 침해라는 것은 단지 이미 종료한 학대행위가 그 후에도 잔존효과를 발생시키고 있다는 점을 지적한 것에 지나지 않는다. 이와 같이 상시적으로 잔존효과가 발생한다고 하더라도, 이미 종료한 공격에 대하여는 침해의 현재성을 인정하기 어렵다.

매맞는 여성 증후군을 고려하는 견해의 경우 우리나라의 정당방위법은 이러한 미국의 정당방위법과 요건을 달리하므로 이를 동일하게 구성할 수는 없다. 다만 매맞는 여성증후군과 같은 개인의 심리상태를 이유로 하는 경우는 책임단계에서 검토될 수는 있을 것이다.[28)]

그러나 가정폭력 가해자인 남편의 침해행위로 피해자인 아내의 의사자유와 인간으로서의 기본적 행복추구 그리고 극심한 인간존엄성의 훼손과 박탈이라는 법익침해상태가 계속되고 있다는 점을 고려할 때, 침해의 현재성을 인정할 수 없다고 하여 이를 방치하는 것은 결국 피해자가 처한 정신적 고통과 인간성의 박탈을 용인하는 결과가 되고 말 수 있다.[29] 따라서 '폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제8조'를 참고하여 현재성 요건의 완화와 상당성 심사의 면제 여부를 검토할 수 있을 것이다.

실제로 국회에서는 2017년 가정폭력범죄의 처벌에 관한 특례법에 정당방위 규정을 신설하는 개정안이 발의되어 심의 중에 있다. 지속적이나 위협적인 가정폭력 상황을 피하고 대항하기 위해 발생하는 방위행위에 대해서 가정폭력 피해자들의 생존권과 인권이 존중될 수 있도록 정당방위를 보다 폭넓게 인정할 필요가 있다는 것을 제안이유로 밝혔다. 개정안의 내용은 다음과 같다.

< 가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안[30] 신·구조문대비표 >

현 행	개 정 안
<신 설>	제3조의2(정당방위 등) ① 가정폭력으로 피해자의 생명, 신체, 성적 자기결정권에 대한 현저한 침해를 반복적·지속적으로 행한 가정폭력행위자가 그 가정폭력범죄를 범하거나 범하려 할 때 이를 예방하거나 방위하기 위하여 한 행위는 벌하지 아니한다. ② 제1항의 경우에 예방 또는 방위 행위가 그 정도를 초과한 때에는 정황에 의하여 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다. ③ 제2항의 경우에 그 행위가 야간이나 그 밖의 불안한 상태에서 공포, 경악, 흥분 또는 당황으로 인한 행위인 때에는 벌하지 아니한다. ④ 수사기관과 법원은 제1항부터 제3항까지를 적용하기 위하여 수사 또는 조사·심리할 때 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다. 1. 가정폭력행위자와 이에 대한 예방 또는 방위 행위를 행한 자 등 가정구성원 간의 관계의 진행과정 2. 가정폭력이 제1호의 가정구성원에게 미친 누적적인 심리적·경제적 영향 등 모든 영향 3. 가정폭력의 영향을 받은 인간관계의 일반적인 특성 및 역학(가정폭력행위자와의 분리가 가져올 수 있는 결과를 포함한다)

28) 이용식, "피학대여성과 정당방위", 2016, 5-10면 참조.
29) 위의 글, 18-19면 참조.
30) 정춘숙의원 대표발의.

	4. 가정폭력의 영향을 받은 인간관계 속에 있거나 있었던 사람에게 폭력이 미치는 심리적·사회적·문화적·경제적 영향 ⑤ 수사기관과 법원은 제4항에 따른 수사 또는 조사·심리 시 정신건강의학과 의사, 심리학자, 사회학자, 사회복지학자, 그 밖의 관련 전문가 중 가정폭력에 대한 전문적인 경험과 식견이 있다고 인정되는 자에게 의견을 조회할 수 있다. ⑥ 수사기관과 법원은 제4항에 따른 수사 또는 조사·심리 시 제5항에 따른 의견 조회의 결과를 고려하여야 한다.

즉, 가정폭력범죄에 대한 예방적 정당방위를 인정하고, 형법상 정당방위와 같이 정도를 초과한 방위행위에 대하여 과잉방위를 인정하는 것이 주요내용이다.[31]

Ⅵ. 결론

우리 법원은 정당방위의 인정을 매우 엄격하게 해석하고 있으며, 가정폭력에 대한 정당방위행위라도 예외 없이 그 성립을 매우 제한적으로 인정하고 있다. 물론 정당방위는 범죄의 구성요건에 해당하는 어떤 행위의 위법성을 예외적으로 소멸시키는 사유라는 점에 비추어 그 요건으로서의 침해나 위난의 현재성은 엄격히 해석·적용되어야 한다.[32] 그러나 가정폭력범죄는 국가형벌권이 개입하기 어려운 곳에서 이루어지며 당사자들의 관계가 주로 부부이고, 함께 일상을 공유하는 경우가 많으며, 법익침해가 지속적으로 이루어진다는 점에서 일반적인 경우와 다르다. 그러므로 그 특수성을 고려해 정당방위의 성부를 판단하는 것이 타당할 것이다.

가정폭력범죄에서 방위행위가 일어나는 상황을 대면적 상황과 비대면적 상황으로 나눠 본 결과 전자에서는 상당성에 대한 구체적인 판단이 제대로 이루어지지 않고 있음을 확인할 수 있었다. 법원은 같은 문구로 같은 판단만 반복할 것이 아니라 방위행위가 일어난 사건 전반을 보다 면밀히 검토하고 상당성이 있는지 여부를 판단해야 할 것이다. 그 방법에 있어서는 일본과 독일의 사례를 참고할 수 있다. 특히 일본 최고헌법재판소의 판시에서 볼 수 있는 '적극적 가해의사론'은 하나의 기준이 될 수 있을 것이다. 후자에서는 침해의 현재성이 처음부터 부정되었고 가정폭력범죄의 특수성은 전혀 고려되지 않았다. 그러나 비대면적 상황은 그 개념에서부터 침해의 현재성의 인정이 불가능에 가까운만큼 이를 긍정하려는 시도 대신 형사정책적 목적의 입법이 더 타당할 것으로 보인다. 현재 국회에서 계류 중인 가정폭력범죄의 처벌에 관한 특례법 개정안 등과 같이 법 제·개정을 통해 개인의 법익침해를 방치하지 않도록 해야 할 것이다.

물론 가정폭력범죄의 예방과 잠재적 피해자 보호를 위한 가장 궁극적인 해결방안은 가치관을 형성하는 성장기 어린이들을 대상으로 성평등 교육을 확대하는 것이지만 이는 장기적인 해결방안일

31) 박정난, 앞의 글, 129-131면 참조.
32) 배상균, 앞의 글, 251-253면 참조.

뿐이다. 계속해서 인권침해상황에 놓여 존엄성으로 박탈당하고 있는 가정폭력범죄 피해자들을 방치하는 것은 실체적 정의를 심각하게 훼손하는 것이며 이를 위해서는 실질적인 대안이 필요하다. 정당방위 및 과잉방위에 대한 꾸준한 논의를 통해 가정폭력범죄 피해자들의 인권이 실질적으로 보호받을 수 있기를 기대한다.

참 고 문 헌

김병수, “정당방위의 확대와 대처방안”, 「형사정책연구」 제25권 제4호, 2014.
김성천, “독일한국일본의 정당방위 판례의 차이점과 그의 법문화적 배경”, 「중앙법학」 제15집 제4호, 2013.
박정난, “가정폭력 피해자의 정당방위 성부에 관한 비판적 고찰”, 「법학연구」 제57집, 2018.
배상균, “가정폭력 사건에서의 정당방위의 ‘침해 현재성’ 판단에 대한 검토”, 2018.
배종대, “정당방위의 이론과 현실”, 「고려법학」 제49호, 2007.
배종대, “형법총론(제12판)”, 2016.
양천수, “법문화와 정당방위 - 판례의 정당방위 해석론에 대한 비판적 접근”, 「서강법률논총」 제8권 제2호, 2019.
이용식, “피학대여성과 정당방위”, 2016.
허민숙, “가정폭력에 대한 젠더 통합적 접근: [가정폭력 실태조사] 비판을 중심으로”, 「가족과문화」 제25집 제2호, 2013.
사법정책연구원, “각국의 정당방위 판단기준과 국민의 법의식”, 2019.

대법원 1986. 10. 14., 선고, 86도1091, 판결
대법원 1994. 3. 22. 선고, 93도3336 판결.
대법원 2001. 5. 15. 선고, 2001도1089 판결.
대법원 2006. 4. 27. 선고 2003도4735 판결.
대전지방법원 2006. 10. 18. 선고, 2006고합102 판결.

【초 록】

가정폭력범죄는 일반적인 폭행 상황과는 다른 특수성을 지닌다. 가해자와 피해자는 각각 남편과 아내로 같은 공간에서 생활하는 부부 사이인 경우가 대부분이며, 주로 그들의 사적 영역에서 가정폭력이 발생하기 때문에 국가형벌권이 개입하기 어렵다. 그래서 피해자가 즉각적으로 도움을 청하거나 상황을 해결하기 어렵고 결국 이는 지속적인 인권침해로 이어지는 경향이 있다.

이런 특수성에서도 불구하고 우리 법원은 가정폭력범죄에서 발생한 방위행위를 상당히 제한적인 경우에만 정당방위 내지 과잉방위로 인정한다. 정당방위가 인정된 대법원 판례 자체가 전체 사건에 비하면 현저히 적은데 이는 공동체주의적·중용주의적 사고를 바탕으로 하는 전통 법문화, 상당성의 구체적 판결 결여 등에서 기인한다. 따라서 가정폭력범죄 피해자의 방위상황을 대면적 상황과 비대면적 상황으로 나누어 검토해보았다. 전자의 경우 일본에서 쓰는 '적극적 가해의사' 이론을 차용하면 정당방위의 범위를 확장할 수 있을 것이다. 후자의 경우 '침해의 현재성'의 부재로 인해 정당방위를 인정하기는 어렵지만 형사정책적 입법을 통해 피해자 보호를 실현할 수 있을 것이다.

지금도 사법체계의 사각지대에서 고통받고 있는 가정폭력범죄 피해자의 보호와 실체적 정의 실현을 위해 정당방위의 범위 확대 및 기타 보호방안에 대한 꾸준한 논의가 이어져야 할 것이다.

주제어 : 가정폭력범죄, 정당방위, 상당성, 침해의 현재성, 적극적 가해의사, 형사정책적 입법

【Abstract】

A Study on the Self-defense of Domestic Violence

- Focusing on Face-to-face · Un-face-to-face situation -

Seung Jo Hwang

There are some distinct characteristics on domestic violence against simple assault. In most cases, a perpetrator and victim of domestic violence are a husband and wife. Because of their special relationship, it is usually hard to intervene public authority in the case. Also they usually live together and share private spaces that most of domestic violences occur. The victims of domestic violence, therefore, feel difficulty to solve the problems or ask for help and these facts put them in a continuous violation of human rights.

In spite of these distinctiveness, our courts tend to punish the counter-attacks of victims of domestic violence. Our courts basically uphold the self-defense because of traditional legalization etc. In addition, judge of reasonableness in self-defense is omitted in many cases. To save victims of domestic violence and protect their human rights, we have to uphold the self-defense of domestic violence in both face-to-face and un-face-to-face situation. In Japan, 'aggresive intention of harm' is considered when judge the self-defense. This theory is well worth considering because it can help the enlargement of self-defense. In un-face-to-face situation, although it is difficult to admit the presence of violation, legislation with the purpose of protecting victims could be effective.

Discussion about the way to protect victims of domestic violence and the enlargement of self-defense should be continue for true justice.

Key Words : Domestic Violence, Self-Defense, Reasonableness, Presence of Violation, Agressive Intention to Harm, Legislation.

고려대학교 자전법학회
제82차 세미나

클라우드 컴퓨팅 환경에서의 전자증거 압수수색

자유전공학부 경영학과
김 서 현

I. 서론

II. 전자증거의 개념과 특성
1. 전자증거의 개념
2. 전자증거의 특성

III. 클라우드 컴퓨팅의 개념
1. 가상화 기술
2. 빅데이터 분산 처리 기술

IV. 클라우드 컴퓨팅 환경에서의 전자증거 압수·수색 문제점 검토
1. 종래의 압수수색 관련 논의와 그 한계
2. 클라우드 컴퓨팅에서의 영장의 특정성 문제
3. 원격수색 가능성의 문제
4. 비밀번호 제출 요구의 진술거부권 침해 문제
5. 피처분자와 서비스 제공자의 협력의무

V. 전자정보 압수·수색의 개선방향
1. 압수수색 대상으로서 전자정보의 직접 명시
2. 원격 수색제도의 도입
3. 기록 명령부 압수제도 도입

VI. 결론

I. 서론

21세기를 기점으로 시작된 정보통신 기술 분야의 각종 혁신은 우리의 생활을 편하게 만들어주었지만, 이와 관련된 법의 집행에서는 여러 난점이 발견되고 있다. 현재 대부분의 범죄 수사에 요구되는 정보가 전자 정보의 형태로 존재한다는 점 때문에 수사기관이 이러한 정보를 수집하는 과정에서 법 집행의 문제점이 끊임없이 발생하고 있는 실정이다. 이러한 문제점은 전통적인 정보매체뿐만이 아니라 '가상화 기술' 및 '분산처리 기술'을 특징으로 하는 클라우드 컴퓨팅 환경에서 더욱 부각될 수 있다. 클라우드 컴퓨팅 환경에서는 수사 대상뿐만이 아니라 제 3자의 정보 또한 혼재되어 있다는 점을 고려해보았을 때, 압수·수색의 과정에서 피의자의 기본권이 침해될 확률이 일반적인 정보매체의 경우보다 더 클 것임을 예상할 수 있다. 이와 같이 수사대상의 권리가 침해될 위험이 있음에도 불구하고, 과거의 단일한 컴퓨터를 전제로 하여 제정된 형사소송법 등의 현행 법체계로 인하여 '정보의 분산 저장처리'를 의미하는 클라우드 컴퓨팅 환경에서 법 적용상의 한계가 발생하고, 이로 인해 수사기관의 범죄대응력의 약화될 우려가 있다. 따라서 본 논문은 전통적인 전자정보 압수수색보다 상대적으로 논의가 부족했던 '클라우드 컴퓨팅 환경에서의 전자정보 압수수색'와 관련된 현행 법률상 문제점을 검토하고, 법체계의 개선방향에 대해 고찰해보고자 한다.

II. 전자증거의 개념과 특성

1. 전자증거의 개념

전자증거(Electronic Evidence)란 일반적으로 컴퓨터 시스템 또는 그와 유사한 장치에 의하여 전자적으로 생성, 저장되고 전송되는 증거가치 있는 디지털 데이터, 혹은 디지털 형태로 보관되고 전송되는 상당한 증거가치 있는 정보로 정의된다.[1] 전자증거는 전자적 저장방식을 통해 생성된 증거라고도 말할 수 있다. 전자적 저장 방식은 전기와 자기신호를 통해 저장 매체에 저장하는 것을 의미하고, 이는 아날로그 방식과 디지털 방식의 두 가지 방법으로 저장하는 것으로 분류된다. 아날로그 방식은 데이터가 연속으로 변화하는 양을 그대로 저장되는 방식이다. 이에 반해 디지털 방식은 데이터가 0 과 1 의 조합으로 저장되는 방식이다. 아날로그 방식은 동종의 기기나 매체를 벗어나면 호환이 어려울 뿐만 아니라 다른 매체에 복사되거나 이동되면 반드시 전자적 혹은 물리적인 양적, 질적 손실이 수반된다. 이에 반해 디지털 방식은 다른 매체에 복사되거나 이동되어도 절대 전자적 혹은 물리적인 양적, 질적 손실이 없다.[2] 우리 형사소송법에서는 개인용 컴퓨터, USB 디스크나 외장형 하드디스크와 같은 저장장치 등, 전자증거로서의 압수 대상은 반드시 '유체물'의 형상을 띄고 있어야 한다고 규정하고 있다.

1) 강동우, "전자적 증거의 압수수색과 증거능력에 관한 연구", 2008, 7쪽 참조.
2) 구준석, "형사소송법상 디지털 증거 압수수색에 관한 고찰", 2015, 4쪽 참조.

2. 전자증거의 특성

특성	내용	발생되는 문제점
무체 정보성	육안으로 식별 불가능한 매체독립적인 무체물	압수수색의 대상 압수의 방법 복사본의 원본성
취약성	위변조 및 삭제가 매우 용이	원본증거와의 동일성 자료보존의 필요성
대량성	대량의 데이터가 한 저장매체에 저장되어 있음	압수수색영장의 특정 압수수색영장의 집행범위 기록명령 후 압수의 필요성
네트워크 관련성	네트워크 통해 시공간 초월하여 저장, 전송됨	네트워크 통한 압수수색 전송중인 디지털증거 수집

<표: 전자증거의 특성에 관한 설명> 3)

(1) 무체 정보성

전자정보는 눈에 보이지 않는 무체물이며 유체물인 저장매체와 구분되는 매체독립성4)을 특징으로 갖는다. 일반적으로 압수·수색의 대상은 유체물이며 이전 가능성을 전제로 하고 있기 때문에, 영장 기재 시 대상물을 명확하게 특정할 수 있었다. 하지만 디지털 정보의 경우 복제하거나 출력하지 않는 한 육안으로 식별이 불가능하기 때문에 압수·수색의 대상물을 명확하게 특정하기 어렵다.5)

(2) 취약성

전자정보가 증거능력이 인정되기 위해서는 전자정보의 원본과 동일성, 무결성 등이 유지되어야 하지만, 눈에 보이지 않고, 전자정보를 수집하거나 분석하는 과정에서 변조되거나 삭제되어 원본이

3) 방봉혁, “디지털 증거의 압수·수색에 관한 연구”, 2014.
4) 기존의 종이 서류 등의 유체물의 경우에는 '정보와 매체가 일체화되어 분리 불가능한 상태'로 존재하지만 전자정보의 경우에는 '정보와 매체가 분리 가능한 상태(매체독립성)'로 존재한다.
5) 이가윤, “디지털 증거의 압수, 수색에 관한 연구”, 「2014년 한국컴퓨터정보학회 하계학술대회 논문집」 제22권 제2호, 2014.07, 140쪽 참조.

훼손될 위험이 높다. 동일성은 전자정보의 원본과 사본이 일치하는 것을 가리키며, 무결성은 전자정보를 압수한 이후에 공판정에 증거로 제출되기까지 일련의 과정 중 전자정보가 변경되거나 훼손되지 않아야 함을 가리킨다. 전자문서 파일의 사본이나 출력물이 인위적 개입 없이 원본 내용 그대로임을 증명하기 위하여 원본과 사본의 해쉬값을 비교하거나 검증 감정을 하는 등의 절차를 거쳐 여러 사정을 종합한다. 이러한 디지털 정보의 취약성 때문에 미리 증거를 확보하고자 피의자에 대한 조사가 개시되기 전에 압수수색을 하는 경우가 있으며, 수사 초기 단계에서 피의자의 참여권을 배제할 수 있는 급박한 사정이 발생한다.[6]

(3) 대량성

대량의 데이터가 한 저장매체에 저장되어 있고, 범죄사실과 관련되지 않는 정보도 혼재하기 때문에 압수수색해야 하는 전자정보를 특정하기가 어렵다. 특히 제3자의 데이터와의 분리가 쉽지 않아 제3자의 프라이버시권과 자기정보결정권 침해를 가져올 수 있다. 클라우드 컴퓨팅 또한 빅 데이터를 기반으로 존재하기 때문에 대량성을 특징으로 갖는다.

(4) 네트워크 관련성

초기 컴퓨터 범죄의 경우, 디지털 증거 확보 대상이 주로 개인용 컴퓨터나 일부 국내 서버를 대상으로 했기 때문에, 디지털 증거가 압수·수색 대상으로 인정되기만 하면 영장을 집행할 때 기술적으로 큰 어려움은 없었다.[7] 하지만 인터넷 환경이 발달하면서 네트워크를 통해 시공간을 초월하여 정보가 저장, 처리되고 있다. 특히 클라우드 컴퓨팅에 있어서 정보는 정보를 생산하고 사용하는 개인이나 기업의 저장매체에 저장되지 않고, 그 대신 특정 서버, 네트워크에 저장되기 때문에 네트워크 관련성이 중요한 특징이다. 서버에 대한 압수·수색이나 인터넷 환경에서의 압수·수색 시 그 대상은 서버관리자나 인터넷서비스 제공자가 된다.[8]

III. 클라우드 컴퓨팅의 개념

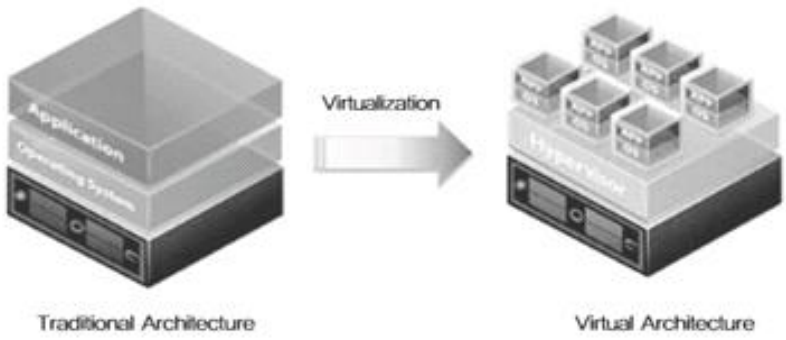
클라우드 컴퓨팅[9]은 IT 자원을 필요한 만큼 대여하여 원하는 시점에 네트워크를 통해 사용하는 컴퓨팅 환경이다[10]. 쉽게 말해 클라우드 서비스에서는 사용자가 개인 컴퓨터 시스템을 사용하는 대신 클라우드인 인터넷 상의 서버를 사용하여 인터넷 공간에서 직접 데이터를 저장하거나 처리한다.

---

6) 이순옥, “디지털 증거의 압수수색절차에 대한 비판적 고찰“, 「중앙법학」 제20집 제3호(통권 제69호), 2018.09, 183쪽 참조.
7) 이원상, “클라우드 컴퓨팅 환경에서의 디지털 증거 확보를 위한 소고”, 「형사법의 신동향」 제38호, 2013.03. 13쪽 참조.
8) 이원상, 앞 논문, 194쪽 참조.
9) 클라우드컴퓨팅법 제2조에서는 클라우드를 집적·공유된 정보통신기기, 정보통신설비, 소프트웨어 등 정보통신자원을 이용자의 요구나 수요 변화에 따라 정보통신망을 통하여 신축적으로 이용할 수 있도록 하는 정보처리체계라 규정한다.
10) Forrester Research, 2010; Gartner, 2010; Mell & Grance, 2009.

즉, IT자원이 필요한 개인 또는 기관들이 컴퓨터와 같은 물리적인 IT자원을 계속적으로 설치하여 사용하는 것이 아니라, 인터넷에 존재하는 가상의 공간을 통해 필요한 시점에 필요한 만큼의 IT자원을 빌려서 사용하는 개념이다. 클라우드 컴퓨팅 서비스를 가능하게 해주는 수많은 기술 중에 가장 기본적인 기술인 가상화 기술과 분산화 기술은 전자증거의 확보를 어렵게 하는 핵심적인 요소이다. 본고에서는 클라우드 서비스상 전자증거를 압수·수색하는 데에 있어서 존재할 수 있는 문제들을 논하기에 앞서, 두 가지 핵심 기술인 가상화 기술과 분산처리 기술을 다루고자 한다.

1. 가상화 기술



<그림: 가상화 기술> 11)

클라우드 컴퓨팅을 가능하게 해 주는 기술 중 하나는 가상화 기술이다. 가상화 기술이란 하나의 물리적 자원을 다수의 논리적 자원으로 나누어 사용할 수 있도록 해 주거나, 다수의 물리적 자원을 하나의 논리적인 사원으로 사용할 수 있도록 해 주는 것을 의미한다.12) 가상화 기술의 유형으로는 서버 가상화, 데스크톱 가상화, 애플리케이션 가상화, 스토리지 가상화, 네트워크 가상화, 모바일 가상화 등이 있다. 이와 같이 다양한 가상화 기술들이 존재하기 때문에 이를 다 고려해 압수 수색의 영장 범위를 정하여 그를 집행하는 것이 어려울 수 밖에 없다. 또한, 현행법상 압수, 수색 영장은 정보저장매체라는 외형적인 한계를 기준으로 설정하고 있기 때문에 실질적인 영장 집행 시 어려움이 존재한다.13)

2. 빅 데이터 분산처리 기술

클라우드 컴퓨팅 서비스가 가능하기 위해서는 엄청난 양의 데이터가 필요하고, 따라서 빅 데이터를 다루는 기술이 필요하다. 빅데이터란 데이터 생성 양이나 주기, 형식 등이 기존 데이터에 비해 매우 큰 것을 일컬으며, 양(Volume), 속도(Velocity), 다양성(Variety)라는 3V의 특징을 지닌다. 대규모의 서버 환경에서 대용량 데이터를 분산처리하기 위한 대규모 분산처리 기술은 클라우드컴퓨팅에서 중요한 기술이며, 하둡, HDFS, 매립듀스엔진 등이 사용되고 있다. 수사기관이 압수수색을

11) 신영상, “클라우드 환경에서의 하이퍼바이저 기반 가상화 보안 기술 동향“, 「OSIA Standards & Technology Review」 제25권 제2호, 2012.07, 59쪽 참조.
12) 강만모/구자록, “가상화 기술”, 「정보과학논문지」 제28권 제12호, 2010. 12., 94쪽 참조.
13) 이원상, 앞 논문, 184쪽 참조.

위해 영장을 발부받을 시, 빅 데이터라는 특징으로 인해 영장의 특정 범위를 정하는 데 있어서 어려움을 겪을 수 있다.[14]

IV. 클라우드 컴퓨팅 환경에서의 전자정보 압수·수색 문제점 검토

1. 종래의 전자정보 압수수색 관련 논의와 그 한계

우리나라에서는 1995년 형법 개정으로 컴퓨터 관련 범죄가 법률에 반영되면서 전자정보 압수·수색과 관련하여 실체법 및 절차법 영역의 연구가 점차 진행되어 왔다. 2011년 개정 전 형사소송법에서는 압수대상이 '증거물' 또는 '몰수물'의 유체물로만 규정되어 있었기 때문에 무체정보인 전자정보가 법률의 해석상 압수의 대상에 포함되는지에 대한 논쟁이 있었지만, 2011년 개정으로 제106조 제3항[15]이 신설되면서 해당 논의는 종결되는 것처럼 보였다. 하지만 형사소송법이 여전히 전자정보의 압수대상을 '매체 중심'의 물리적인 관점에서 바라본다는 것을 고려할 때, 클라우드 컴퓨팅뿐만 아니라 전통적인 전자정보의 압수·수색과 관련한 입법도 미흡한 상태라고 볼 수 있다. 현행 형사소송법 제 106조 제 3항에서는 전자정보의 압수방법을 "원칙적으로 기억된 정보의 범위를 정하여 출력하거나 복제(선별적 압수)"하고, "예외적으로 범위를 정하여 출력 또는 복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란하다고 인정되는 때에는 정보저장 매체 등을 압수"할 수 있도록 규정하고 있는데, 이처럼 '매체 중심'의 입법방식을 고수할 경우 만일 수사기관이 자신이 가져간 저장매체에 범죄정보만을 복제하여 압수한 때에 수사기관은 과연 무엇을 압수한 것인지 혼란을 야기할 수 있다.

그 외에도 형사소송법상 "압수의 목적물이 컴퓨터용 디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체(정보저장매체등)인 경우"라는 여전히 물리적인 접근방식은 전통적인 전자정보뿐만 아니라 새로운 정보통신기술 환경에도 접목하기 어려운 점이 있다. 예를 들어, 전술한 바와 같이 클라우드 컴퓨팅 환경에서는 전자정보가 하나의 컴퓨터에 내제하는 것이 아니라 원격시스템에 존재할 가능성이 높다. 이처럼 수사기관이 원격시스템에 존재하는 전자정보를 확인할 때 압수해야 할 대상은 '해당 범죄정보가 저장된 매체'가 아니라 '범죄정보 그 자체'라고 볼 수 있는 데에 반해, 현행법은 압수 목적물을 여전히 정보저장매체라고 규정하고 있는 실정이다. 이러한 점을 고려했을 때, 압수대상으로서 전자정보를 명문으로 제시하는 것이 더욱 법 현실에 부합한다고 볼 수 있을 것이다. 즉, '전자정보 자체'를 압수의 대상으로 삼고 이를 저장매체에 복제하는 등의 방법으로 선별압수를 규정하는 것이 보다 자연스러운 입법방식이 될 것이다.

---

14) 이원상, 앞 논문, 182쪽 참조.

15) 법원은 압수의 목적물이 컴퓨터용디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체(이하 이 항에서 "정보저장매체등"이라 한다)인 경우에는 기억된 정보의 범위를 정하여 출력하거나 복제하여 제출받아야 한다. 다만, 범위를 정하여 출력 또는 복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란하다고 인정되는 때에는 정보저장매체등을 압수할 수 있다. <신설 2011.7.18.>

2. 클라우드 컴퓨팅 환경에서의 영장의 특정성 문제

헌법 제 12조에서 규정하는 영장주의 원칙에 따라 압수・수색 등의 강제수사를 집행하기 위해서는 반드시 영장이 필요하다. 이와 마찬가지로 형사소송법에서는 압수수색영장을 발부하는 경우에도 ‘압수할 대상’과 ‘수색할 장소’ 등에 대해 최대한 구체적으로 특정되어야 할 것이며, 이러한 특정성을 결여한 영장에 의하여 증거가 수집되었다면 당해 증거의 증거능력이 부정될 것임을 제시한다.[16] 우리 대법원 또한 법관이 압수·수색영장을 발부하면서 ‘압수할 물건’을 특정하기 위하여 기재한 문언은 이를 엄격하게 해석하여야 하고 함부로 피압수자 등에게 불리한 내용으로 확장 또는 유추 해석하는 것은 허용될 수 없으며, 압수·수색영장에서 압수할 물건을 ‘압수장소에 보관 중인 물건’이라고 기재하고 있는 것을 ‘압수장소에 현존하는 물건’으로 해석하여서는 아니 된다는 엄격한 입장을 취하고 있다.[17] 하지만 이러한 법적 요구가 유체물의 증거수집을 전제로 하고 있다는 점에서, 클라우드 컴퓨팅 서비스 상의 압수・수색에 있어서도 엄격한 특정성 요구를 충족시킬 수 있을지는 의문이다. 이와 관련하여 클라우드 컴퓨팅 환경에서의 압수 대상의 특정 문제와 수색할 장소의 특정 문제로 나누어서 살펴보고자 한다.

(1) 압수・수색 대상과 범위의 특정 문제

클라우드 컴퓨팅 서버상의 압수・수색의 경우 가장 문제가 되는 것은 압수・수색 범위의 특정이다. 클라우드 서버가 분산해서 정보를 저장하며 방대한 양의 정보를 포함하고 있다는 점을 고려했을 때, 클라우드 서버상의 정보 수색은 일반적인 정보보다 수사과정에서 범죄와 무관한 제 3자의 전자정보에도 접근할 수 있는 여지가 많다. 특히 실무에서 수사기관이 일반적인 디지털 증거와 관련하여 수사에 필요한 정보를 넘어서 광범위한 범위를 정해 압수・수색 영장을 청구하는 경우가 간혹 있는데, 이는 전자 증거에 대한 수사과정이 국민의 기본권 제한을 최소화하기 위하여 압수・수색의 대상이나 범위를 합리적으로 제한할 필요가 있다[18]는 요구와 상충한다. 따라서 이러한 기본권의 침해를 방지하기 위해 클라우드 컴퓨팅 환경을 포함한 전자증거의 압수・수색 가능범위를 명확히 할 필요가 있다.

일반적인 전자증거의 압수・수색의 가능범위는 개인 컴퓨터, 서버, 인터넷 환경으로 분류할 수 있는데, 클라우드 컴퓨팅의 경우 서버에 포함된다고 할 수 있다. 피처분자가 사용했던 개인 컴퓨터에 대한 압수・수색은 정보저장 매체와 하드디스크로 한정되며, 압수・수색의 대상자는 해당 컴퓨터의 사용자가 되어 비교적 압수・수색의 범위가 상대적으로 명확하다고 볼 수 있다. 반면에 서버에 대한 압수・수색의 경우 서버에는 많은 개인 컴퓨터들이 연결되어 있어 사건과 관련 없는 개인정보도 대량 포함되어 있다. 따라서 압수・수색의 대상이 서버에 보관된 정보인 경우, 수사과정에서 범죄와는 무관한 제 3자가 입게 될 불이익이 개인 컴퓨터의 경우보다 클 수 밖에 없다. 또한, 전체 서버를 압수할 경우 해당 서버를 사용하는 조직 전체의 업무활동이 마비[19]될 위험이 있다는 점을 고려했을 때, 서버 전체를 압수하는 것은 현실적으로 어렵다. 클라우드 컴퓨팅의 경우, 개인

16) 형소법 제308조 2항.
17) 대법원 2009. 3. 12. 판결 2008도763 참조.
18) 법원행정처, 『법원실무제요 형사(Ⅰ)』, 2014, 350쪽 참조.
19) 노승권, “컴퓨터 데이터 압수·수색에 관한 문제”, 「검찰」, 통권 제11호, 2000, 273쪽 참조.

컴퓨터에서 디지털 증거를 수집하는 것처럼 클라우드 자체를 압수하지 않으면서 그곳에서 압수·수색하고자 하는 데이터만 추출하는 방안이 있다면 범위 확정이 비교적 쉬워지겠지만, 데이터 검색 과정에서 범죄 혐의자나 그 관계인에 의한 데이터 삭제 등의 우려 때문에 그것도 쉽지 않은 실정이다. 또한 정보의 범위를 출력하기 어려운 경우에 제시되고 있는 하드카피나 이미징[20] 등의 형태로 외부로 반출하여 해당 파일을 압수·수색하도록 하는 방안[21] 또한 클라우드 컴퓨팅 환경 자체에 적용하기 어렵다. 이처럼 압수·수색의 범위가 개인의 컴퓨터를 넘어서면 압수·수색의 범위를 확정하는 것이 힘들다는 문제점이 존재한다.

이외에도 형사소송법 제 129조[22]에서는 대상물건을 압수한 이후에 목록을 작성하여 소유자, 소지자, 보관자 기타 이에 준할 자에게 교부하도록 하는데, 이러한 경우 압수한 물리적 장치인 개인용 컴퓨터나 그 외의 저장장치만 기재한 목록을 교부하면 족한지, 아니면 그 안에 있는 파일까지 목록에 포함시켜야 하는지가 문제가 된다.[23] 이와 같은 압수물 목록의 작성은 추후에 피압수자 등이 압수된 물건에 대한 환부·가환부 신청을 하거나 압수처분에 대한 준항고를 하는 등의 권리행사 절차를 진행하는 데에 있어 가장 기본적인 자료가 된다. 이러한 피압수자의 권리행사를 보장하기 위해 압수 직후 현장에서 즉시 목록을 작성해서 교부하는 것이 원칙이지만, 방대한 양의 데이터가 포함되어 있는 클라우드 서버의 특성을 고려했을 때, 목록의 교부가 쉽지 않을 것으로 본다. 또한, 정보의 소유자를 일일이 알 수가 없을 뿐만 아니라, 정보의 보관자나 소지자를 누구로 보는지가 가장 큰 문제라는 점에서 기존의 형사소송법 규정에 따라 클라우드 서버에 있는 파일에 대하여 목록을 작성한다는 것은 현실적으로 불가능하다.

(2) 수색 장소의 특정 문제

일반적인 컴퓨터와는 달리 클라우드 서버처럼 정보를 분산해서 저장·처리하는 정보처리 시스템의 경우, 압수수색 대상인 저장매체의 물리적 소재를 판별하기가 어렵다. 특히 클라우드 서버에는 대량의 정보가 혼재하여 존재하고, 원격의 장소에 정보가 분산된 상황에서 수색의 장소를 특정하기는 어려울 것이다. 그렇다고 해서 이에 대한 개괄적·추상적 기재를 폭넓게 인정하기는 어려운 실정이다. 이외에도 클라우드 서버상의 전자 증거에 대한 압수·수색 과정에서 수색 장소를 기재할 때 범죄 혐의자의 개인 컴퓨터가 있는 장소 외에도 클라우드 서비스 제공업체, 클라우드 서버가 있는 장소까지 포괄하여 기재해야 하는지도 문제가 된다. 즉, 수색 장소를 파일이 저장된 개인용 컴퓨터(피의자의 집 등 특정장소에 있던)나 클라우드 저장장치(클라우드 서비스 제공업체에 있던)라고 보는 것이 맞는지, 아니면 현실적으로 그 컴퓨터나 저장장치를 소지하면서 파일 검색을 행하는 수사기관 또는 분석을 행하는 기관으로 볼 것인지도 의문이다.[24]

---

20) 저장매체의 내부 정보를 전부 수집하는 과정을 디스크 이미징이라 한다.
21) 대법원 2011. 5. 26. 결정 2009모1190 참조.
22) 압수한 경우에는 목록을 작성하여 소유자, 소지자, 보관자 기타 이에 준할 자에게 교부하여야 한다.
23) 양종모, “클라우드 컴퓨팅 환경에서의 전자적 증거 압수·수색에 대한 고찰”, 「홍익법학」 15권3호, 2014.09, 15쪽 참조.
24) 양종모, 앞 논문, 15쪽 참조.

3. 원격수색 가능성의 문제

앞서 논했던 것처럼 클라우드 컴퓨팅은 가상화·분산처리 기술 등을 이용하여 데이터가 다양한 장소에 분산되어 있기 때문에 원격의 장소에 저장된 전자정보를 수색할 수 있는 법적 근거의 존재유무, 그리고 규정의 불명확성으로 인해 개인의 권리가 과도하게 침해될 가능성이 문제된다. 우리나라의 현행 형사소송법에는 원격수색에 대한 규정이 명문으로 존재하지 않는다. 이와 관련하여 법률의 해석에 따라 수사기관이 영장에 기재된 컴퓨터를 이용해서 원격지 시스템에 저장되어 있는 전자정보에 접근하는 방식의 원격수색이 형사소송법 제 120조의 '압수수색영장의 집행에 있어서 필요한 처분'에 포함된다고 보는 견해도 있다. 그러나 영장에 명확한 수색장소를 명시하지 않고 원격지 시스템에 접근하는 방식은 개인의 프라이버시권을 침해할 위험이 있고, 기본권을 침해할 수밖에 없는 강제처분의 집행을 법률의 해석론에만 맡기는 것은 정당하지 않다는 점에서 원격 압수수색에 대한 법적 논의와 입법적 개선이 필요할 것이다. 또한 클라우드컴퓨팅 환경에서 전자정보를 압수・수색하는 데에 있어 시스템 관리자의 물리적 소재지와 필요한 전자정보가 저장된 시스템의 소재지가 상이할 경우, ① 시스템관리자의 물리적 소재지에 대한 영장집행만으로는 필요한 증거수집이 어렵고, ② 영장의 재청구기간 동안 증거가 인멸되는 일도 발생할 수 있으며, ③ 영장청구 단계에서 압수수색하고자 하는 시스템 장소를 구체적으로 특정하는 것도 현실적으로 어렵다는 점[25]에서 법률의 개선이 필요하다. 이와 관련해서는 추후에 해외 입법례를 살펴보기로 한다.

4. 비밀번호 제출 요구의 진술거부권[26] 침해 문제

클라우드 컴퓨팅 환경에서 데이터의 암호화는 보안위협에 대응하기 위한 필수적인 요구사항이며, 이를 위해 클라우드 컴퓨팅에서는 가상화 보안기술[27]을 사용하고 있다. 이로 인해 클라우드 서버에 접근할 수 있는 아이디와 비밀번호가 있어야지만 파일 검색 등을 통하여 전자증거를 확보하는 것이 가능하다. 하지만 가상화 보안기술을 통해 파일이 암호화된 경우 디지털 포렌식 전문가를 동원해도 복호화 작업이 어려워 해독이 불가능하거나 시간이 많이 소요될 수 밖에 없다.[28] 또한, 클라우드에 저장된 방대한 양의 데이터가 모두 증거가 될 수 있는지도 알 수 없는 상태에서 암호화된 파일을 모두 복호화하는 것은 비효율적이며 비현실적인 접근이다. 따라서 압수・수색영장이 발부된 경우에 조사대상자에게 클라우드에 접근할 수 있게 하는 아이디와 비밀번호를 제공할 것을 요구하는 것에 법률상의 문제가 없는지 논의될 필요가 있다. 이와 관련해서 비밀번호 등의 제출은 형사소송법 제120조의 압수・수색영장의 집행에 있어서 필요한 처분으로 볼 수 있다는 견해와 비밀번호

25) 이인곤/강철하, "클라우드컴퓨팅 환경에서 전자정보 압수수색의 문제점과 개선방향", 「형사법의 신동향」 제54호 , 2017.03, 332쪽 참조.
26) 헌법에서는 제 12조 제2항에서 '모든 국민은 형사상 자기에서 불리한 진술을 강요당하지 아니한다'고 명시하여 진술거부권을 국민의 기본적 인권으로 보장하고 있으며, 형사소송법에서도 해당 법률 제244조 3항과 제 283조 2항에서 이를 규정하고 있다.
27) 가상환경 내부로 침투하는 보안 위협과 공격을 막기 위해 가상머신(virtualization machine)을 적용해 가상환경 내에서 운영되는 보안 제품 및 서비스 기술.
28) 아이폰의 경우 6자리 암호를 숫자로 된 것을 해독하는데 5년 6개월, 영어 대소문자와 숫자를 섞어 시도하려면 입력에만 144년이 걸린다고 한다.

와 암호화 키를 제출하도록 요구하는 것은 진술거부권의 침해라는 견해가 있다.[29] 즉, ‘피의자의 비밀번호 제출’을 법률에서 명시하는 ‘진술’로 볼 수 있는 지와 더 나아가서 피의자에 대한 수사기관의 비밀번호 제출요구가 ‘불리한 진술 강요’에 해당하는지가 문제된다.

헌법상 진술거부권의 보호대상이 되는 ‘진술’이란, 언어적 표출 즉, 개인의 생각이나 지식, 경험사실을 정신작용의 일환인 언어를 통하여 표출하는 것을 의미[30]하기 때문에 구두진술에만 국한되지 않는다. 또한 수사기관이 조사대상자에게 클라우드 시스템에 접속하는데 필요한 비밀번호의 제출을 요구하는 경우에 ① 피의자가 비밀번호를 떠올리는 과정에서 필연적으로 정신작용이 개입되고 해당 정보가 구두 또는 문서로 제출될 수 있으며, ② 이러한 비밀번호 제공이 사실상 피의자가 해당 사건에 대한 범죄데이터의 소유·관리자임을 스스로 인정하게 만드는 효과를 발생[31]시키기 때문에 원칙적으로 ‘피의자에 대한 비밀번호 제출 요구’를 ‘불리한 진술의 강요’로 파악하여 진술 거부권의 보호 대상으로 이해하는 것이 타당하다. 따라서 수사기관은 조사대상자에 대하여 실질적으로 수사를 개시하는 행위를 한 때부터 피의자의 진술을 듣기 전에 미리 진술거부권을 고지하여야 한다.[32] 또한, 진술거부권을 고지하지 않고 피의자에게 수사기관이 요구하여 비밀번호를 알게 된 경우, 이러한 과정을 거쳐 수집한 증거는 형사소송법 제 308조 2항에 근거하여 위법수집증거로서 증거능력 배제할 여지가 있다. 실제로 대법원은 수사기관이 피의자를 신문함에 있어서 피의자에게 미리 진술거부권을 고지하지 않은 때에는 그 피의자의 진술은 위법하게 수집된 증거로서 진술의 임의성이 인정되는 경우라도 증거능력이 부인되어야 한다거나[33], 비록 사법경찰관이 피의자에게 진술거부권을 행사할 수 있음을 알려 주고 그 행사 여부를 질문하였다 하더라도, 형사소송법 제244조의3 제2항에 규정한 방식에 위반하여 진술거부권 행사 여부에 대한 피의자의 답변이 자필로 기재되어 있지 아니하거나 그 답변 부분에 피의자의 기명날인 또는 서명이 되어 있지 아니한 사법경찰관 작성의 피의자신문조서는 특별한 사정이 없는 한 형사소송법 제312조 제3항에서 정한 ‘적법한 절차와 방식’에 따라 작성된 조서라 할 수 없으므로 그 증거능력을 인정할 수 없다[34]고 판시하며 진술거부권을 침해하는 것에 대하여 매우 엄격한 입장을 취하고 있다. 하지만 수사기관이 압수 수색의 현장에서 비밀번호가 적힌 종이나 메모를 발견한 것과 같이 ‘진술의 강요’가 없다고 판단될 때는 진술거부권 침해의 대상으로 보지 않고 여타의 증거물들과 같이 취급할 수 있을 것이다.

5. 피처분자와 서비스 제공자의 협력의무

일반적으로 유체물을 압수·수색하는 경우에는 수색현장에 증거물이 존재하는 지의 여부를 쉽게 알 수 있다는 점에서 피처분자의 협조가 크게 필요한 부분은 없었다. 따라서 피처분자는 수사기관

29) 양종모, 앞 논문, 18쪽 참조.
30) 헌재 1997. 3. 27. 96헌가11 결정 참조.
31) 양종모, 앞 논문, 20쪽 참조.
J. Adam Engel, “Rethinking the Application of the Fifth Amendment to Passwords and Encryption in the Age of Cloud Computing”, Whittier Law Review, Vol.33(No.3), 2012, 546~556쪽 참조.
32) 형사소송법 제244조 3항.
33) 대법원 2011. 11. 10. 판결 2010도8294 참조.
34) 대법원 2013. 03. 28. 판결 2010도3359 참조.

의 강제수사에 있어서는 소극적인 수인의무[35]를 부담하는 것으로 충분했다. 하지만 수사기관이 클라우드시스템과 같은 복잡한 정보저장매체를 압수·수색하는 경우, 수사에 도움이 될 수 있는 정보와 증거가 어디에 있는지, 그리고 시스템이 구체적으로 어떻게 작동되는지 알 수 없다는 점에서 피처분자와 시스템관리자의 협조가 증거수집에 필요하다. 현실적으로 모든 수사관에게 클라우드 컴퓨팅에 대한 높은 수준의 사전지식을 요구하는 것은 사실상 불가능하며, 방대한 양의 데이터를 보관하고 있는 클라우드 서버 전체를 무리하게 압수할 경우, 범죄와 무관한 제 3자의 프라이버시권 또는 법인과 같은 특정 조직의 재산권을 침해할 위험이 있다. 클라우드 시스템에 내제된 전자정보의 압수수색에 있어서는 서비스 제공자의 협력을 통해 범죄수사에 필요한 정보를 제출받는것이 가장 현실적인 대안이라고 볼 수 있을 것이다. 그러나 이와 같이 서비스 제공자의 협력이 필요한 경우에, 그러한 협력의무를 어느 정도까지 부담시킬 수 있을 것인지가 문제된다. 이와 관련해서 미국 법원이 샌버너디노 테러 수사를 위해 연방수사국(FBI)에 아이폰(iPhone) 잠금 해제 기술을 제공하라고 애플(Apple)에게 명령하자 애플이 이를 거부해 화제가 된 바 있으며, 이와 반대로 같은 해 2월 29일에는 미 법무부가 마약수사 과정에서 획득한 아이폰에 대한 보안조치를 애플에게 해제하게 해달라고 요구하자 뉴욕 동부지방법원(the US District Court for the Eastern District of New York)이 이를 기각하는 등 판결 경향이 완전히 다르다는 점에서 그 기준이 명확한 것도 아니다.[36]

우리나라의 경우 형사소송법 제120조 제1항에서 “압수·수색영장의 집행에 있어서는 건정[37]을 열거나 개봉 기타 필요한 처분을 할 수 있다”고 명시하고 있고, 통신비밀보호법에서 통신기관 등의 관련기관에 통신제한조치를 요청하거나, 통신제한조치 및 통신 사실 확인 자료를 제공하는 요구에 전기통신 사업자가 협력하는 것을 의무로 규정하고 있다.[38] 하지만 형사소송법 제120조 제1항에서 수사기관이 건정을 열거나 개봉하는 것을 원칙으로 삼는다는 점에서 ‘압수·수색영장의 집행에 필요한 처분’에 피처분자에 대한 수사기관의 협력명령이 포함된다고 보기에는 어렵다. 통신비밀보호법에 규정된 협조의무도 전기통신사업자에게만 한정해서 부과할 뿐만 아니라, 통신제한조치나 통신사실 확인자료 제공에만 협조할 것을 제시하고 있어 한계가 있다.

V. 전자정보 압수・수색의 개선방향

1. 압수수색 대상으로서 전자정보의 직접 명시

앞서 논한 것처럼, 일반적으로 클라우드 컴퓨팅 환경에서 저장·유통되는 정보는 전자정보인 데에 반해 형사소송법에서는 압수대상으로서 전자정보를 직접 규정하고 있지 않다. 이와 같이 현행 형사소송법에서 계속 압수대상을 '매체 중심'으로 규정할 경우 복잡하게 정보가 저장·처리되는 클라우

35) 경찰강제에 따라 신체 · 재산 또는 가택에 실력을 가하는 경우에 국민이 이를 수인하고 저항해서는 안 되는 의무.
36) 이인곤/강철하, 앞 논문, 341쪽 참조.
37) 건정(鍵錠): 잠금장치.
38) 통신비밀보호법 제9조 제1항, 제15조 제2항.

드 컴퓨팅 환경에 접목하기 어려운 면이 있으며, '매체와 상관없이' 수사상 필요한 전자정보만을 이전·복사하는 방식의 압수가 어려울 수 있다. 반면에 '전자정보 자체'를 압수 대상으로 규정하게 된다면, 위의 문제점을 해소할 수 있다.[39] 또한, 전자정보의 경우 매체독립성을 갖기 때문에 혐의사실과 관련 있는 정보만을 압수함으로써 피처분자에 대한 불필요한 재산권 침해를 예방할 수 있고, 형사소송법 제106조 제3항에서 규정한 원칙적 선별압수와의 일관성을 유지할 수 있다는 점에서 이러한 개선방안에 실효성이 있다고 본다.

2. 원격 수색제도의 도입

앞에서 검토한 바와 같이 우리나라 현행 형사소송법에는 원격수색에 대한 명문의 규정이 없다. 따라서 해당 사안과 관련해서 해외 입법례를 살펴보고자 한다. 우선 유럽평의회의 사이버범죄방지조약[40]에 의하면, "자국의 법 집행기관이 특정한 컴퓨터 시스템이나 그 일부를 수색 또는 접근함에 있어서, 찾는 자료가 자국의 영역 내에 있는 다른 컴퓨터 시스템 또는 그 시스템의 일부에 저장되어 있다고 믿을 만한 근거가 있고, 그 자료가 처음의 시스템을 통해 합법적으로 접근할 수 있거나 이용 가능한 경우 다른 시스템에 대한 수색 또는 접근을 신속히 확대할 수 있도록 하는 입법적 조치를 취할 것"[41]을 명시하고 있다. 즉, 원격지 수색과 같은 '수색의 확대'에 관한 구체적인 절차나 방법을 제시하고 있지 않다는 점을 고려할 때, 원격지 수색 가능여부를 조약 가입국들의 국내법에 따라 결정한다고 볼 수 있다.

사이버 범죄 방지조약 가입국 중 하나인 독일의 경우 자국의 형사소송법 제110조 제3항에서 원격 수색에 관한 근거규정을 두고 있다. 동법 제110조 제3항에서는 "수색대상자의 전자 저장매체에 대한 수색은 수색대상인 데이터가 상실될 우려가 있다면 저장매체로부터 도달될 수 있는 한, 당해 저장매체와 공간적으로 분리되어 있는 저장매체들에까지 확대될 수 있다. 조사에 중요한 의미가 있을 수 있는 데이터는 이를 압수할 수 있다. 이에 대해서는 제98조 제2항을 준용한다"[42]고 규정하고 있다. 이에 따르면 수색대상이 되는 전자정보가 원격시스템에 존재하고, 전자정보를 상실할 위험이 존재하며, 적법한 절차에 따라 정당하게 접근한 처음의 저장매체를 통해 원격시스템에 접속할 수 있는 경우에는 원격지에 대한 수색이 가능하다고 볼 수 있다. 이와 같이 사이버범죄방지조약 가입국의 경우에는 네트워크를 통해 유통되는 전자정보 수집 필요성을 고려해서 '원격 수색'에 관한 입법적 조치를 취한 것으로 보인다. 하지만 사이버 범죄 방지 조약의 경우 '수색의 확대'에 관한 구체적인 요건이나 절차를 규정하고 있지 않는다는 점에서 수사의 지나친 확대를 초래할 위험성을 통제하기 어렵기 때문에 독일의 형사소송법과 같이 일정한 정당화 요건이 필요할 것이다[43].

---

39) 이인곤/강철하, 앞 논문, 348쪽 참조.
40) 사이버범죄에 관한 국제규범으로, 해당 조약에 약 60여개의 유럽국가들이 가입되어 있으며, 유럽국가 외에도 일본 등의 다양한 국가들이 가입되어 있다.
41) 사이버범죄방지조약 제19조(Search and seizure of stored computer data) 제2항.
42) 독일 형사소송법(StPO) 제110조 제3항.
43) 이인곤/강철하, 앞 논문, 349쪽 참조

3. 기록 명령부 압수제도 도입

앞서 논했던 서비스 제공자의 협력의무와 관련된 해외 입법례를 살펴보면, 사이버범죄방지조약에서는 저장된 컴퓨터 자료를 압수·수색함에 있어서 컴퓨터 시스템의 기능이나 내부 컴퓨터 자료를 보호하기 위해 적용된 수단에 대해 잘 알고 있는 자에게 필요한 정보를 제공하도록 명령할 수 있는 권한을 자국의 법 집행기관에게 부여하는 입법적 조치를 요구하고 있다.[44] 또한 국내법상으로 중범죄(serious offences)에 해당하는 경우 자국 영역 내에서 컴퓨터 시스템을 이용하여 전송되는 특정 통신에 대한 통신내용에 대해서도 서비스 제공자가 '현존하는 기술능력 내에서' 법집행기관의 수집·기록에 협력·지원할 수 있도록 하는 입법적 조치를 요구하고 있다[45]. 일본의 형사소송법에서는 "압수해야 할 물건이 전자기록 등에 관련한 기록매체인 때에는 압수영장 또는 수색영장의 집행을 하는 자는 처분을 받는 자에 대하여 전자계산기의 작동 기타 필요한 협력을 요구할 수 있다. 공판정에서 압수 또는 수색하는 경우에도 같다"[46]고 규정하여 비슷한 법적 조치를 취했다. 또한 일본은 형사소송법 개정으로 인해 신설된 '기록명령부 압수제도'를 통해 전자정보를 보유하고 있는 법인이 범죄와 무관하다고 판단되면 기업의 대규모 서버를 수사기관이 압수·수색하는 것이 아니라 법인이 협력을 통해 필요한 정보를 수사기관에 제출할 것을 규정함으로써 피처분자의 재산권을 보호하고 있다.

전술한 바와 같이, 클라우드 컴퓨팅 환경에서 현행 법률을 근거로 하여 전자정보의 압수수색을 진행하게 된다면 조직의 재산권이나 영업권, 그리고 제 3자의 프라이버시를 침해할 위험이 존재한다.[47] 따라서 수사에 필요한 전자정보를 보유한 서비스 제공자가 '범죄와 무관'하다는 요건을 충족한다면, 서비스제공자의 협력을 통해 범죄수사에 필요한 전자정보를 기록하게 하고, 이를 제출 받는 것이 합리적인 방안일 수도 있다. 왜냐하면 이렇게 할 경우 복잡한 클라우드 서버에 대해서 수준 높은 전문성과 이해력을 갖춘 서비스 제공자의 협력을 통해 범죄 수사에 필요한 정보의 검색이 용이해질 것이고, 수사기관이 직접 압수수색을 집행하는 경우보다 특정 조직의 영업에 지장을 줄 가능성이 낮아지면서, 클라우드 서버에 혼재되어 있는 제3자의 정보에 대한 사생활 침해의 위험을 최소화할 수 있기 때문이다. 따라서 일본, 독일, 프랑스의 경우처럼 기록명령부 압수제도 도입을 논의하는 것에 실익이 있다고 본다.

VI. 결론

가상화 기술과 분산처리 기술이 IT업계에 미치는 영향력이 큰 만큼, 앞으로 해당 기술을 이용한 서버나 네트워크 환경이 급속도로 많아질 것이다. 최근 몇 년간 블록체인이나 클라우드 컴퓨팅 기술을 사용한 새로운 플랫폼들이 빠르게 발전해나가고, 일상생활에서 활용되는 모습들을 볼 수 있었다. 이에 따라 현행 형사소송법으로서는 해결할 수 없는 많은 문제들이 발생할 것이며, 이는 피의

44) 사이버범죄방지조약 제19조 제4항.
45) 사이버범죄방지조약 제21조 제1항 b.ii.
46) 이인곤/강철하, 앞 논문, 342쪽 참조.
47) 이인곤/강철하, 앞 논문, 352쪽 참조.

자와 제 3자의 기본권 침해로 이어질 위험이 클 것이다. 또한, 우리나라의 경우 현재 다른 국가들에 비해 전자정보의 압수·수색과 관련된 사법적 대응이 부족하다는 점에서 현행 법체계가 새롭게 직면할 수 있는 문제들을 원활하게 해결하기는 어려울 것으로 보인다. 이는 국가의 공정한 형벌권 행사를 추구하고 피의자의 권리를 보호하고자 하는 형사소송법의 취지와 맞지 않는, 불공정한 법의 집행으로 이어질 것이다. 이러한 측면을 고려했을 때, 전자정보와 관련된 형사소송법의 개정이 조속한 시일 내에 이루어지고, 그를 통해 향후 발생할 수 있는 수사과정에서의 문제점들을 방지해야 할 필요가 있을 것이다.

참 고 문 헌

강동우 (2008) “전자적 증거의 압수수색과 증거능력에 관한 연구”

구준석 (2015) “형사소송법상 디지털 증거 압수수색에 관한 고찰”

이가윤 (2014) “디지털 증거의 압수, 수색에 관한 연구”, 「2014년 한국컴퓨터정보학회 하계 학술대회 논문집」 제22권 제2호,

이순옥 (2018) “디지털 증거의 압수수색절차에 대한 비판적 고찰“, 「중앙법학」 제20집 제3호(통권 제69호)

이원상 (2013) “클라우드 컴퓨팅 환경에서의 디지털 증거 확보를 위한 소고”, 「형사법의 신동향」 제 38호

방봉혁 (2014) “디지털 증거의 압수·수색에 관한 연구”

Forrester Research (2010) ; Gartner, 2010; Mell & Grance

신영상 (2012) “클라우드 환경에서의 하이퍼바이저 기반 가상화 보안 기술 동향”, 「OSIA Standards & Technology Review」제25권 제2호

강만모/구자록 (2010) “가상화 기술”, 「정보과학논문지」 제28권 제12호

법원행정처 (2014)『법원실무제요 형사(Ⅰ)』

노승권 (2000) “컴퓨터 데이터 압수·수색에 관한 문제”, 「검찰」, 통권 제11호

양종모 (2014) “클라우드 컴퓨팅 환경에서의 전자적 증거 압수·수색에 대한 고찰”, 「홍익법학」 15권3호

이인곤/강철하 (2017) “클라우드컴퓨팅 환경에서 전자정보 압수수색의 문제점과 개선방향“, 「형사법의 신동향」제54호

J. Adam Engel (2012) “Rethinking the Application of the Fifth Amendment to Passwords and Encryption in the Age of Cloud Computing”, Whittier Law Review, Vol.33(No.3)

고려대학교 자전법학회
제83차 세미나

행정입법의 형식과 실질의 불일치
- 법규명령 형식의 행정규칙을 중심으로 -

자유전공학부 행정학과
서 혜 진

I. 서론: 연구의 필요성과 목적

II. 법규명령과 행정규칙의 구별
1. 행정입법의 의의
2. 법규명령
3. 행정규칙
4. 양자 간 개념의 구별

III. 법규명령 형식의 행정규칙
1. 개념
2. 논의의 전개
3. 학설의 대립

IV. 법적성질 판단의 한계
1. 대법원 판례의 태도 측면
2. 통제가능성 확보의 측면

V. 법적성질 판단의 개선방안
1. 규율형식에 있어 입법취지 고려
2. 대통령과 부령에 대한 일관된 태도 정립
3. 법규성을 인정하는 이론적 기초 필요

VI. 결론

Ⅰ. 서론 : 연구의 필요성 및 목적

우리나라 행정법 연구에 있어 그 형식과 실질의 불일치에 관한 논의는 행정법의 난제라고 불리고 있다. 행정규칙의 대외적 구속력의 인정 여부와 관련한 논의가 주를 이루며, 그러한 논쟁은 '법규명령 형식의 행정규칙'과 '행정규칙 형식의 법규명령'이라는 정형화된 주제로 정착되어 지금까지도 이어지고 있다.[1] 이는 법원 및 헌법재판소의 통제 문제와도 맞물리며 행정법학의 여러 쟁점과 긴밀히 연관되어 있다.

사실 행정법학의 영역에서 어떠한 개념에 대한 형식과 실질의 불일치 문제는 본 연구에서 다루려 하는 행정입법에서만 나타나는 것은 아니다. 행정계획의 형식을 취하고 있으나, 실질은 처분적 성격인 '구속적 행정계획', 형식은 행정지도이지만 실질은 처분인 '규제적 행정지도', 형식은 신고이지만 실질은 수리를 요하게 되는 신고 등을 들 수 있다.[2]

그러나 그중에서 특히 행정입법과 관련하여 특정 대상을 법규명령으로 볼 것인지, 행정규칙으로 볼 것인지의 문제는 대외적 구속력의 유무에 따라 헌법소원에서 대상성 판단의 요소가 되기에 통제의 측면에서 더욱 중요하다. 흔히 알고 있는 행정입법의 구별에 있어 대외적 효력을 가진 법규명령과 대내적 효력에 불과한 행정규칙이라는 이분법은 큰 틀에서는 비교적 확립되어 왔으나, 그 경계에 있어 형식과 실질의 구분이 모호한 이들이 존재한다.

'법규명령 형식의 행정규칙'과 '행정규칙 형식의 법규명령'이라는 다소 난해한 주제를 통해 연구되고 있으며, 이에 따라 이는 판례로써 그 법적 성질이 규율되고 있다. 이에 따라 본 연구에서는 판례의 태도를 통한 논의의 전개를 검토하고, 이에 대한 법적 성질 판단의 한계 및 개선방안을 검토하도록 한다. 논의를 위해 먼저 행정입법의 큰 틀인 법규명령과 행정규칙의 개념과 법적 성질에 대해 간단히 다룬 이후, 법규명령 형식의 행정규칙을 살펴볼 것이다.

Ⅱ. 법규명령과 행정규칙의 구별

'

1. 행정입법의 의의

행정입법은 행정권이 일반적·추상적인 규율을 제정하는 작용 또는 그에 의해 제정된 규범으로서의 명령을 말한다.[3] 이는 행정의 공법적 행위형식을 다루는 행정작용론에 속하게 되며, 그 안에는 행정입법 이외에 행정행위, 공법상 계약, 사실행위가 존재한다. 특히 행정입법은 행정기관이 개별적·구체적인 경우를 규율하는 행정행위와 구별된다. 행정입법의 개념 중 '일반적'이란, 인적 범위로서 불특정 다수인에게 적용된다는 의미를 가지며, '추상적'이란 사안의 범위를 뜻한다. 이러한 행정입법은 사회국가의 발달과 행정기능의 확대 및 전문화 현상에 따라 사회변화에 탄력적으로 대응하기 위한 목적을 가진다. 즉, 행정의 전문성과 다양성을 반영하기에 국회의 법률이 충분하지 않을 수 있으며, 그러한 경우에 '법률'의 형태가 아닌 행정입법을 통해 행정기관 스스로의 입법이 필요시된다. 행정입법의 형태는 아래에서 자세히 살펴볼 바와 같이 법규명령과 행정규칙으로 크게 구별될 수 있다. 그러나 이 경우에도, 법치주의의 한계는

---

1) 김남진/김연태, 행정법1(제21판), 법문사, 2017, 181쪽.
2) 김현준, "행정입법의 법규성과 규범통제 - 행정입법 변종 대응의 도그마틱 - ", 「공법연구」 제47집 제2호, 2018.12, 3쪽.
3) 김남진/김연태, 위의 책, 180쪽.

준수되어야 함에 따라 헌법에 명시된 의회입법의 원칙[4]과의 조화가 필요하다.

2. 법규명령

> **제75조** 대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.
>
> **제95조** 국무총리 또는 행정각부의 장은 소관사무에 관하여 법률이나 대통령령의 위임 또는 직권으로 총리령 또는 부령을 발할 수 있다.

법규명령이란, 행정기관이 법령의 수권에 의하여 정립하는 일반적·추상적 규정으로서 법규성을 가진다. 수권법률(모법)이 존재하고 구체적으로 범위를 정한 위임을 규정하여야 하며, 이러한 위임을 받은 집행부가 위임입법으로서 그 범위 내에서 기준을 마련하여야 하는 제한이 있다. 수권법률이 불명확하거나 포괄위임을 하는 경우에 위헌의 문제가 제기될 수 있고, 위임입법이 범위를 벗어나는 경우에 위헌, 위법의 문제가 제기될 수 있다.[5]

대표적인 법규명령으로는 대통령령, 총리령, 부령 등이나, 헌법이 위임입법의 형식을 예시적으로 인정함[6]에 따라 중앙선거관리위원회규칙과 감사원규칙 등도 법규명령으로 해석한다. 헌법재판소는 “헌법 제40조와 제75조, 제95조의 의미를 유기적으로 해석하여, 국회입법에 의한 수권이 입법기관이 아닌 행정기관에게 법률 등으로 구체적인 범위를 정하여 위임한 사항에 관하여는 당해 행정기관에게 법정립의 권한을 갖게 되고, 입법자가 규율의 형식도 선택할 수도 있다”고 판시하였다. 헌법상 행정입법의 형식이 한정된 것은 아니며 법률의 위임에 의하여 또는 법률의 시행을 위하여 실질적으로 법규적 내용을 지닌 법규범을 정립하는 것은 국회입법의 원칙에 어긋나지 않는 것으로 이해한다.

법규명령에 대한 통제 방법으로는 입법부, 행정부, 행정입법부작위에 대한 통제 등이 있으며, 그중에서도 사법부에 의한 통제방법으로는 간접적 통제로서 헌법 제107조 제2항[7]에 따라 구체적 규범통제의 경우나, 직접적 통제로서 처분적 법규명령에 대한 항고소송이 이루어진다. 즉, 후자의 경우 원칙적으로 법규명령은 항고소송의 대상이 되는 ‘처분’에 해당하지 않으나, 별도의 집행행위 없이 국민에 대하여 직접적이고 구체적인 법적 효과를 미치는 경우에는 항고소송을 통해 다툴 수 있다.[8] 헌법소원에 대한 통제의 방법과 관련하여서는 다수설로서 헌법소원의 대상은 법원의 재판을 제외한 공권력의 행사 또는 불행사이므로 이러한 대상에 법규명령도 포함된다고 본다. 법령 자체에 의한 직접적인 기본권 침해 여부가 문제[9]되었을 경우, 그 법령의 효력을 직접 다투는 것을 소송물로 하는 일반 법원의 구제절차는 없으므로 보충성의 조건

---

4) 헌법 제40조 입법권은 국회에 속한다.
5) 강현호, “한국에 있어서 행정규칙”, 「토지공법연구」 제82집, 2018.05, 398쪽.
6) 헌법재판소 2004. 10. 28. 99헌바91 결정.
7) 헌법 제107조 ② 명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다.
8) 류지태/박종수, 행정법신론, 박영사, 2019.03, 345쪽.
9) 헌법재판소법 제68조(청구사유) ① 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 다만, 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후에 청구할 수 있다.

이 충족됨에 따라 헌법소원심판의 청구가 가능하다는 입장이다.[10]

3. 행정규칙

행정규칙은 상급행정청 또는 상급자가 하급행정청 또는 하급직원에 대하여 행정조직 내부에서 행정조직의 운영, 행정사무의 처리를 규율하기 위하여 발하는 일반적·추상적 규정이다.[11] 이는 행정기관이 헌법상 근거를 요하지 않고, 그 고유한 권한으로 일반국민의 권리·의무와 직접 관계가 없는 비법규사항을 규정한 것으로, 판례는 원칙적으로 행정규칙을 행정조직 내부에서만 효력을 가질 뿐 대외적 구속력을 가지지 않는다고 본다.[12] 행정규칙은 시민에 대한 직접적인 외부효를 가질 수 없다고 보기 때문이다. 즉, 간단히 말하면 집행부가 정립하는 기준으로서 법규성이 결여된 기준을 의미한다고 생각하면 된다.

중요한 행정규칙으로서 법령보충적 행정규칙을 들 수 있는데, 이는 '행정규칙 형식의 법규명령'으로도 볼 수 있으며, 법령의 내용이 지나치게 추상적이어서 이를 구체화하는 행정규칙을 말한다. 상위법령의 위임에 의하여 상위법령을 보충하는 내용의 행정규칙을 말하며, 이에 따라 상위법령과 결합하여 전체로서 대외적 구속력이 인정된다. 이 경우에는 '행정규칙 형식의 법규명령'이라고 불릴지라도 비교적 명확하게 행정규칙의 한 종류로서 인정되기에 본 논문에서는 깊게 다루지 않았다.

특유한 행정규칙의 종류 중 하나인 규범구체화 행정규칙이란, 고도의 전문성과 기술성이 요구되는 환경이나 보건 등의 행정영역에 있어서 입법기관이 규범내용을 구체화하지 못하고, 규범내용을 구체화하는 기능을 행정권에 맡긴 경우에 행정기관이 당해 규범을 구체화한 행정규칙으로 볼 수 있다. 이에 대한 법규성과 관련하여 김남진 교수님은 우리나라에서 국세청훈령인 재산제세사무처리규정과 국무총리훈령인 개별토지가격합동조사지침을 규범구체화 행정규칙으로 판단하지만, 우리나라 대다수 학자들은 법규성을 부정하는 입장이다.[13]

이러한 행정규칙은 원칙적으로는 사실상의 효력에 불과하기 때문에 직접적인 법적 외부효를 갖지 않는다. 그러나, 일정한 경우에는 행정규칙이 갖는 외부효는 법적 중요성을 가질 수 있으며, 이 경우 독일과 우리나라의 다수견해는 간접적인 법적 외부효를 인정한다. 재량준칙의 적용으로 인해 행정관행이 성립된 경우에는 행정기관은 합리적 근거 없이 스스로 종전의 행정관행에 어긋나는 행정작용을 할 수 없는 '자기구속 원칙'의 적용을 받게 되며, 그에 따라 이에 반하는 행위를 하게 된 경우 평등원칙을 전환규범으로 삼아 이를 이유로 위법성을 주장할 수 있다는 것이다.

이러한 강학상 행정규칙은 실무상 고시, 훈령, 지시 등의 형태로 나타나게 되지만, 법규명령과 달리 형식에 의해 파악되는 개념이 아니라는 점에서 그 형식만으로는 행정실무에서 법규성을 가지는 행정규칙인지 여부를 구별하기는 어렵다.

---

10) 류지태/박종수, 위의 책, 341쪽.
11) 홍준형, "법규명령과 행정규칙의 구별", 「월간법제」, 1998.8.
12) 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2009, 1004쪽. (이근호, "행정규칙의 법령 위반 여부 해석", 법제처, 「법제논단」, 2016.09, 135쪽에서 재인용)
13) 강현호, "한국에 있어서 행정규칙", 「토지공법연구」 제82집, 2018.05, 400쪽.

4. 양자 간 개념의 구별

(1) 형식적 기준설

이는 행정입법의 형식적 측면에 초점을 두어 두 개념의 차이를 살펴볼 수 있다는 견해이다. 법규명령의 전형적 요건인 수권근거 · 형식요건 · 공포 등이 존재하는지 여부에 따라, 그러하다면 법규명령으로, 그렇지 않다면 행정규칙으로 파악하게 된다.[14]

(2) 실질적 기준설

독일의 다수설로서, 행정입법의 실질적인 측면에 주목한다. 행정규칙은 다음과 같은 점에서 법규명령과 구별된다.[15]

1) 법률유보원칙과의 관계

행정규칙은 행정기관이 하급행정기관에 대한 지휘 및 감독권에 근거하여 제정할 수 있는 것이므로 법률의 수권이 필요치 않다. 이는 법령의 수권(위임) 또는 근거를 필요로 하는 법규명령과 구별되는 점이다.

2) 규율의 대상과 범위

행정규칙은 행정조직 내에서 그의 기관 또는 구성원을 직접적인 규율대상, 즉 수범자로 함이 원칙이다. 그러나 하급자가 국민과의 관계에서 처분기준이나 재량준칙 등 상급자가 정한 행정규칙을 집행하는 결과에 따라 행정규칙의 효과가 일반 국민에게 미치는 경우도 존재하게 된다.

3) 재판규범성 및 법적효력

훈령 등의 행정규칙은 재판규범으로서의 효력(구속력)을 갖지 않는 것이 원칙이다. 이에 따라 법규명령을 위반하는 행정작용은 위법이 되는 데 비하여, 행정규칙을 위반하더라도 바로 위법으로 판단하지 않는다. 그러나, 행정규칙의 위반이 평등원칙과 신뢰보호원칙의 위반과 같은 결과를 가져옴으로써 간접적으로 위법이 될 수 있다.

(3) 소결

우선 형식적 기준설은 법규명령의 적법성 요건의 검토와 관련된 것이므로, 이는 '위법한 법규명령'의 문제로 다루는 것이 타당하다는 비판을 제기할 수 있다. 행정규칙도 경우에 따라서는 관보에 공표되는 경우도 존재할 수 있고, 위와 같은 형식적 요건을 결한 경우는 법규명령의 하자로 다투어야 한다는 것이다. 따라서 당해 규정의 실질적 측면을 도외시하는 문제로 인하여 위의 견해는 불충분하다.

그러나 실질적 기준에 따른다고 하더라도 당해 규정의 실질적 규율내용은 법규명령에 의하여 규율될 수도, 행정규칙에 의하여 규율될 수도 있다는 가능성을 간과할 수 없다. 수범자가 하급자나 하급 행정기관의 직무수행에 관한 규정도 법규명령의 형식으로 발해질 수 있으며, 이에 따라 어떠한 사항을 행정규칙 고유의 규율대상으로 볼 것인지가 명확하지 않다. 더불어, 행정

14) 류지태/박종수, 위의 책. 340쪽.
15) 김남진/김연태, 위의 책, 178쪽.

규칙도 시민에 대한 간접적 법적 구속력으로서 대외적 효력을 발할 수 있다. 이에 따라 의도된 법적 효력이라는 기준도 상대적일 수밖에 없는 것이다.[16]

위에서 살펴본 바와 같이 형식적 기준설과 실질적 기준설 모두 불충분하며, 이러한 개별기준들은 사안에 따라 상대적일 수 있다. 따라서 실질적 관점들은 개별적 또는 형량을 통해 판단할 수 밖에 없게 된다. 이에 따라 아래의 행정입법의 형식성 문제 즉, 법규명령과 행정규칙을 이분하는 전제하에서 행정입법의 내용과 형식이 일치하지 않을 때의 논의가 발생하게 된다.

Ⅲ. 법규명령 형식의 행정규칙

1. 개념

행정규칙으로 정하여질 내용이 법규명령의 형식으로 정립되는, 즉 형식의 과잉을 다룬다. 행정규칙으로 정해질 내용은 보통 고시, 훈령, 예규 등의 형식을 취하여야 하지만, 때때로 법규명령의 형식을 통해 규율하고 있는 경우도 있다. 내용적으로 행정기관 내부의 사무처리지침에 불과한 처분기준을 시행령 또는 시행규칙의 법규명령의 형식으로 정한 경우가 그에 해당한다. 이와 같이 실질적으로 행정규칙으로 정해질 사항이 법규명령의 형식으로 발하여진 경우, 이러한 규정을 실질을 중시하여 행정규칙으로 볼 것인지 또는 형식에 초점을 두어 법규명령으로 볼 것인지에 관하여 의견이 대립하고 있다.[17]

이는 주로 대통령령이나 부령에 규정된 제재적 행정처분기준 등에서 주로 논의되며, 판례의 태도 변화를 통해 보다 구체적인 논의의 전개과정을 살펴보도록 한다.

2. 논의의 전개

(1) 제재적 처분기준을 행정규칙에 규정

법규명령형식의 행정규칙의 경우, 실무상 특히 영업허가의 취소 또는 정지처분에 관한 기준과 같은 제재적 행정처분기준의 성질이 문제 된다.[18]종래 제재적 행정처분기준 등은 각 소관 중앙 행정기관마다 관행적으로 훈령이나 예규의 형식으로 운영되어오고 있었다. 그러나 국민의 권익에 중요한 영향을 미칠 수 있는 행정처분기준이 훈령 등의 형식으로 존재하는 것은 국민들의 예측가능성과 법적안정성 확보 등의 측면에서 국민의 권익을 위하여 1984년 5월 14일 국무총리훈령 제196호로 '행정처분기준의 법제화를 위한 특별지시'를 통하여 행정처분기준을 부령의 형식으로 법제화하도록 유도하였다.[19]

---

16) 류지태/박종수, 위의 책, 341쪽.
17) 김남진/김연태, 위의 책, 184쪽.
18) 홍강훈, "법규명령과 행정규칙의 경계설정을 위한 새로운 기준", 「공법연구」, 제43집 제1호, 2014.10, 360쪽.
19) 류지태/박종수, 위의 책, 341쪽.

(2) 법규명령인 부령에 제재적 처분기준을 규정

그러나 이를 위하여는 법률의 위임이 있어야 부령에 해당 기준 등을 규정할 수 있었으므로 법률의 개정이 필요하였다. 그러나 단지 시간이 충분치 않다는 이유로 바로 부령에 올리게 된다. 이에 따라 해당 법률에 위임규정을 두지 않은 상태에서 부령의 별표에 행정처분기준이 규정되기 시작했지만, 부령에 규정했음에도 대법원은 이를 행정규칙에 불과한 것으로 판시하였다.[20] 관계 법률이 행정청에게 제재적처분에 관한 재량권을 부여한 경우, 그 처분기준을 정한 부령에 의하여 그에 관한 재량권을 부여한 법률의 의도가 무력화되는 것을 회피하고자 부령의 대외적 구속력을 인정하지 않은 것으로 보인다.[21]

대법원 1991. 5. 14. 선고 90누9780 판결 [대중음식점영업정지처분취소]

나. 식품위생법시행규칙 제53조에서 별표 15로 식품위생법 제58조에 따른 행정처분의 기준을 정하였다고 하더라도, 이는 형식은 부령으로 되어 있으나 그 성질은 행정기관 내부의 사무처리준칙을 정한 것에 불과한 것으로서, 보건사회부장관이 관계행정기관 및 직원에 대하여 그 직무권한행사의 지침을 정하여 주기 위하여 발한 행정명령의 성질을 가지는 것이지 식품위생법 제58조 제1항의 규정에 의하여 보장된 재량권을 기속하는 것이라고 할 수는 없고, 대외적으로 국민이나 법원을 기속하는 힘이 있는 것은 아니다.

구 식품위생법 제58조(허가의 취소 등) ① 보건사회부장관 또는 시·도지사는 영업자가 다음 각 호의 1에 해당하는 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 영업허가의 전부 또는 일부를 취소하거나 6월 이내의 기간을 정하여 영업을 정지하거나, 영업소의 폐쇄(제22조 제5항의 규정에 의하여 신고한 영업에 한한다. 이하 이 조에서 같다)를 명할 수 있다.

...

구 식품위생법 시행규칙 제53조(행정처분의 기준) 법 제55조 내지 제59조의 규정에 의한 행정처분의 기준은 별표12와 같다

그러자 이후 각 부처들은 소관 법률들에 위임규정을 두어 다시 부령에 행정처분기준을 규정하였지만, 대법원은 여전히 행정규칙에 불과한 것으로 판시하였다.

대법원 1990.5.22. 선고 90누 1571 판결 [영업허가취소처분취소]

공중위생법 제23조 제1항은 처분권자에게 영업자가 법에 위반하는 종류와 정도의 경중에 따라 제반사정을 참작하여 이 법에 규정된 것 중 적절한 종류를 선택하여 합리적인 범위 내의 행정처분을 할 수 있는 재량권을 부여한 것이고 이를 시행하기 위하여 동 제4항에 의하여 마련된 공중위생법시행규칙 제41조 별표7에서 위 행정처분의 기준을 정하고 있더라도 동 제4항에 의하여 마련된 공중위생법 시행규칙 제41조 별표7에서 위 행정처분의 기준을 정하고 있더라도 이 시행규칙은 형식은 부령으로 되어 있으나 그 성질은 행정기관 내부의 사무처리준칙을 규정한 것에 불과한 것으로서 보건사회부장관이 관계행정기관 및 직원에 대하여 그 직무권한행사의 지침을 정하여 주기 위하여 발한 행정명

20) 대법원 1994.3.8. 선고, 93누21958 판결.

21) 홍준형, 위의 논문.

령의 성질을 가지는 것이지 위 법 제23조 제1항에 의하여 보장된 재량권을 기속하거나 대외적으로 국민이나 법원을 기속하는 것은 아니다.

구 공중위생법 제23조(행정처분)
①보건사회부장관 또는 시장·군수·구청장은 영업자등이 이 법 또는 이 법에 의한 명령에 위반한 때에는 그 영업이나 제조업허가의 취소 또는 폐쇄명령을 하거나 품목제조허가의 취소 또는 6월 이내의 기간을 정하여 영업 또는 제조업의 정지를 명하거나 품목제조정지를 명할 수 있다.
② 시·도지사는 이용사 또는 미용사가 다음 각 호의 1에 해당하는 때에는 그 면허를 취소하거나 6월 이내에 기간을 정하여 그 업무의 정지를 명할 수 있다. ...
④ 제1항 및 제2항의 규정에 의한 행정처분의 세부적인 기준은 그 행정처분의 사유와 위반의 정도 등을 감안하여 보건사회부령으로 정한다.

구 공중위생법 시행규칙 제41조(행정처분의 기준) 법 23조 제4항의 규정에 의한 행정처분의 세부기준은 별표 7과 같다.

그러나 법률에 위임규정을 두고 대통령령에 행정처분기준을 규정한 사안에 대해서는 법규명령에 해당하는 것으로 판시하기 시작하였다. 이로써 법규명령 형식의 행정규칙의 법적 성질에 대한 대법원의 일관되지 못한 태도를 발견할 수 있으며, 이에 대하여는 뒤에서 보다 자세히 살펴보도록 한다.

(3) 가중적 제재처분의 경우

이후의 판례는 주로 가중적 제재처분인 경우를 중심으로 검토된다. 가중적 제재처분이 부령에 마련된 경우, 초기에는 법규명령으로서의 법적 성질을 부정하였다. 행정처분에 효력기간이 정하여져 있는 경우, 그 처분의 효력 또는 집행이 정지된 바 없다면 위 기간의 경과로 그 행정처분의 효력은 상실되므로 그 기고나 경과 후에는 그 처분이 외형상 잔존함으로 인하여 어떠한 법률상 이익이 침해되고 있다고 볼 만한 별다른 사정이 없는 한 그 처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 없고, 행정명령에 불과한 각종 규칙상의 행정처분 기준에 관한 규정에서 위반횟수에 따라 가중처분하게 되어 있다 하여 법률상의 이익이 있는 것으로 볼 수는 없다고 판시하였다.[22]

그러나, 이후 부령에서 정한 제재적 행정처분을 받은 것을 가중사유나 전제요건으로 하여 장래의 제재적 행정처분을 하도록 정하고 있는 경우, 판례가 조금 다른 입장을 취하게 된다.

대법원 2006. 6. 22. 선고 2003두1684 전원합의체 판결 [영업정지처분취소]
[판결요지]
[1] [다수의견] 제재적 처분이 그 처분에서 정한 제재기간의 경과로 인하여 그 효과가 소멸되었으나 부령인 시행규칙 또는 지방자치단체의 규칙(이하 이들을 '규칙'이라고 한다)의 형식으로 정한 처분기준에서 제재적 행정처분(이하 '선행처분'이라고 한다)을 받은 것

22) 대법원 1995. 10. 17. 선고 94누14148 판결.

> 을 가중사유나 전제요건으로 삼아 장래의 제재적 행정처분(이하 '후행처분'이라고 한다)을 하도록 정하고 있는 경우, 제재적 행정처분의 가중사유나 전제요건에 관한 규정이 법령이 아니라 규칙의 형식으로 되어 있다고 하더라도, 그러한 규칙이 법령에 근거를 두고 있는 이상 그 법적 성질이 대외적·일반적 구속력을 갖는 법규명령인지 여부와는 상관없이, 관할 행정청이나 담당공무원은 이를 준수할 의무가 있으므로 이들을 그 규칙에 정해진 바에 따라 행정작용을 할 것이 당연히 예견되고, 그 결과 행정작용의 상대방인 국민으로서는 그 규칙의 영향을 받을 수밖에 없다. 따라서 그러한 규칙이 정한 바에 따라 선행처분을 받은 상대방이 그 처분의 존재로 인하여 장래에 받을 불이익, 즉 후행처분의 위험은 구체적이고 현실적인 것이므로, 상대방에게는 선행처분의 취소소송을 통하여 그 불이익을 제거할 필요가 있다. ...

더불어, 제재적 행정처분이 대통령령에 마련된 경우는 앞서 살펴본 바와 같이 법규명령으로서의 성격을 일관되게 인정한다. 물론, 법규명령으로서의 성격을 인정함과 동시에 과징금의 성격을 확정액이 아닌 최고한도액으로 파악하는 등[23] 재량행사의 경직성을 회피하기 위한 취지의 판례도 존재한다. 그러나 이와 관련하여서도 뒤에서 보다 자세히 살펴보도록 한다.

3. 학설의 대립

(1) 행정규칙설 (실질설)

행정규칙으로서의 실질이 변하지 않으며, 그것이 구체적 타당성의 측면에서도 바람직하다는 견해이다. 대통령령·총리령· 부령이 항상 대국민적 구속력을 갖는 규범만을 정립하는 것이 아니므로 실질적 내용에 따라 판단해야 하고, 일괄적으로 법규명령으로 보는 경우 재량통제의 범위가 축소되며, 행정실무상 구체적 타당성과 탄력성의 확보가 어렵다는 측면에서 행정규칙에 해당한다고 본다.[24]

(2) 법규명령설 (형식설)

법규의 형식을 존중하는 견해이다. 더불어, 법제처의 심사 혹은 국무회의의 심의 (대통령령의 경우), 입법예고, 공포 등 절차적 정당성이 부여됨에 따라 국민에게 예측가능성이 확보됨에 따라 법적 가능성 측면에서 법규명령에 해당한다고 본다.

(3) 수권여부기준설 (절충설)

법률의 수권이 있는 경우에는 법규명령으로, 수권이 없는 경우에는 행정규칙으로 보는 견해이다.

(4) 소결

우선 행정규칙설은 법규명령의 입법형식을 무시한다는 점에서 문제가 있다. 법규명령은 절차적 정당성이 부여되어 있고, 국민에게 예측가능성도 부여한다는 점에서는 법규명령성이 타당할 수 있다. 그러나 이 경우에도 법령의 수권규정에 근거하여 제정되는 것을 법규명령으로

23) 대법원 1997. 12. 26. 선고 97누15418 판결; 대법원 2001. 3. 9. 선고 99두5207 판결.
24) 이근호, 위의 논문, 142쪽.

이해하는 한 수권여부에 불문하고 대통령령, 부령형식이라고 하여 법규명령으로 이해하는 것은 문제가 있으므로 수권여부에 따라 구분하는 절충설이 타당하다. 하지만 대법원 판례는 이러한 학설의 태도를 반영하고 있지 않으며, 아래에서 보다 자세히 살펴보도록 한다.

[간단히 생각해보기]

A행정청은 법위반행위에 대한 제재처분기준과 관련하여 '제재금 산정방법 및 부과기준'을 부령으로 작성하여 이를 관보 및 인터넷 상에 공표하였다. 그 후에 당해 행정청은 위 기준에 의거하여 주은에게 500만원의 제재금을 부과하였다. 그런데 당해 행정청은 동일하게 법위반을 한 승조에 대해서는 위 제재금 산정기준에도 불구하고 근거법률에서 정한 범위에서 800만원의 제재금을 부과하였다. 이런 사정을 알게 된 승조가 자신에 대한 제재금 부과처분의 위법성을 주장하고자 한다.

(1) 승조의 주장에 대해서 법원은 어떤 판단을 내릴 것이라 예상하는가? (30점)
(2) 만약 위의 '제재금 산정방법 및 부과기준'을 대통령령으로 정하였다면 어떻게 되는가? (20점)

Ⅳ. 법적성질 판단의 한계

1. 대법원 판례의 태도 측면

판례는 그 형식이 부령이지만, 그 실질내용이 행정기관 내부의 사무처리준칙을 규정한 것에 불과한 경우에는 행정규칙으로서의 성질을 인정하였다. 법률의 위임에 따라 제재적 행정처분의 기준을 정한 부령을 행정규칙으로 보아온 대법원의 판례는 입법자의 위임의사를 해석을 통하여 무시하거나 제한한 것으로서 타당하지 않다. 또한, 부령으로 정하는 것과 시행령에 정하도록 한 양자의 법적효력의 차이를 정당화하는 논리적 근거가 제시되지 않아 설득력이 확보되지 않는다.

더불어, 행정내부의 사무처리준칙을 정한 것에 불과하다는 대법원의 전제 자체에 한계가 존재할 수 있다. 대부분의 행정법규는 한편으로는 수범자가 행정관청으로서 이들에게는 행정결정의 근거와 기준이 되는 동시에, 다른 측면에서는 수범자가 국민으로서 이들에게 행정처분의 내용을 미리 예견·예측하고 이에 대비하게 하는 기능을 하는 것이기도 하다. 즉, 물론 행정절차 중에는 행정관청의 사무처리절차를 정한 것도 있지만, 많은 절차의 상대방이 국민이라는 점에서 내부문제가 아닌 행정관청의 대외적 활동이라는 점이 강조되어야 할 것이다.[25]

25) 고영훈, "'법규명령형식의 행정규칙'과 '행정규칙형식의 법규명령'의 문제점과 개선방안", 「공법학연구」, 제5권 제3호, 2004.12, 461-487쪽.

2. 통제가능성 확보의 측면

당해 규정을 법규명령으로 판단할지, 행정규칙으로 판단할지의 문제는 단순히 법적성질의 검토에만 미치는 것이 아니라, 나아가 국민들의 청구권과 관련하여 사법부에 의한 통제가능성에도 영향을 미치게 된다. 해당 명령이 법규가 되면, 그에 위반한 처분 등은 바로 위법한 것이 되고, 이는 법원의 재판에 의한 취소 등의 사유가 된다는 것을 의미한다.

이에 반해, 행정규칙은 적법요건으로서 정당한 권한을 가진 기관이, 상위법령에 저촉되지 않고 명확하며 실현가능한 내용으로, 소정의 절차와 형식을 갖추어 제정되어야 한다. 이러한 적법요건에 하자가 있으면 하자있는, 즉 위법한 행정규칙이라 할 수 있다. 이 경우에 행정규칙의 통제방법으로는 상급기관의 지휘감독권, 법제처의 사전심사 및 사후평가를 통하는 등의 행정적 통제, 국정감사조사, 국무위원 해임건의권과 같은 입법부에 의한 통제 등도 있으나, 아래에서는 보다 직접적인 사법부와 헌법재판소에 의한 통제를 다루도록 한다.

(1) 사법부에 의한 통제가능성

행정규칙에 대한 사법부에 의한 통제와 관련하여, 원칙적으로 행정규칙은 국민을 수범자로 하지 않기 때문에 국민은 행정규칙 자체를 대상으로 삼아 소송상 위법을 주장할 주관적 공권이 인정되지 않게 된다. 그러나 하자 있는 행정규칙에 근거한 집행행위에 대한 통제를 함에 있어서는 행정규칙의 간접적 법적 외부효가 인정되는 경우, 평등원칙을 매개로 하여 당해 행정규칙에 근거한 집행행위의 위법성을 심사할 수 있게 된다. 그러나 이 경우에도 당사자는 평등원칙 위반을 위법사유로 주장하여야 하고, 행정규칙 위반을 직접적인 위법사유로 주장할 수 없다는 점에서 자신의 주장을 바로 관철시킬 수 없다는 한계가 존재한다고 생각한다.

더불어, 행정규칙의 간접적 법적 외부효 자체도 인정되지 않는 내부적 효력만이 인정되는 경우에는, 당해 행정규칙에 근거한 집행행위의 위법성은 오로지 관련 법규범에 따라 판단하여야 할 뿐, 행정규칙은 고려의 대상으로 삼지 못하고, 간접적으로라도 사법심사의 기준이 되지 못하게 된다. 물론 예외적으로 행정규칙의 직접적 법적 외부효를 인정하는 경우에는 법규명령과 동일한 통제가 가능하다고 판시하고는 있으나, 극히 예외적인 경우에 한하고 있다.

(2) 헌법재판소에 의한 통제가능성

행정규칙은 행정조직 내부의 문제이므로 원칙적으로 헌법소원의 대상이 되는 '공권력의 행사'에 해당할 수 없다.[26] 그러나 이와 관련하여 판례는 행정규칙 자체가 공권력의 행사에 해당하는 성질을 가지고 이에 따라 직접적으로 기본권이 침해되었으며, 다른 방법에 의해서는 권리보호가 불가능한 때에는 헌법소원의 제기가 가능함을 판시하고 있다. 더불어, 간접적 법적 외부효가 인정되는 행정규칙이 법령보충적 성격을 갖거나 전환규범(평등원칙 등)을 매개로 하여 대외적 구속력을 가지는 경우도 가능하다.

그러나, 이와 관련하여서도 판례의 태도가 일관되지 못하며, 헌법소원 대상성을 고려함에 있어 구체적인 판단 기준을 판시하지 않으며, 모호한 판단을 한 사례를 찾아볼 수 있었다. 특히 '1994학년도 신입생 선발입시안에 대한 헌법소원'과 '학교장초빙제실시학교선정기준 위헌확인'

---

26) 헌법재판소법 제68조(청구 사유) ① 공권력의 행사 또는 불행사(不行使)로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 다만, 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후에 청구할 수 있다.

의 관계가 그러하다. 두 사건 행정규칙 모두 아직 발생하지 않은 구체적인 사건성이 없으며, 그에 근거하여 진행된 사항이 존재하지 않기에 재판규범은 될 수 없다. 그러나 그대로 실시될 것이 예견된 상황에서 미리 다툼으로써 헌법소원의 대상성은 인정되게 된다. 하지만 서울대학교 판례에서는 이를 인정하였지만, 학교장·교사초빙제실시학교선정기준과 관련하여서는 이를 부정하여 헌법소원 대상성 역시 부정되었다.

더불어, 학교장초빙제실시학교선정기준은 학교의 입장에서는 행정조직 내부의 효력 즉, 행정사무처리의 내부적인 일반적 기준을 정한 것이라고 판단될 수 있음은 인정한다. 그러나 실질적으로 해당 학교에 지원하려는 자나 해당 학교 소속 학생들에게 영향을 미친다는 점에서 국민들에게 외적 구속력이 발생한다고 판단할 수도 있다. 실제로 이 사건에서 대도시에 위치하거나 시설이 좋은 학교는 학교장초빙제 실시학교로 선정될 수 없으며, 이는 학교장 초빙제 입법취지를 몰각시키는 것일 뿐 아니라. 평등의 원칙에 위배될 수 있다.[27]

하지만 사건 피청구인(OO초등학교 학교운영위원회의 위원장이며 해당 학교 재학 중인 학생의 학부형)은 학교장초빙제 실시학교로 지정받기 위하여 신청을 하였으나, 대상학교 지정에서 탈락하였고, 평등권과 교육을 받을 권리 침해를 이유로 헌법소원심판을 청구하였으나, 대상성 없음을 이유로 각하되었다. 이와 같이 법적성질이 행정규칙으로 판단된다면 이에 대해 다툴 가능성이 현저히 제한된다.

더불어, 위와 같이 대외적 구속력의 유무를 판단함에 있어서도 행정규칙의 위반이나 잘못된 해석에 의하여 국민들의 권익이 침해받더라도 구제받을 수 있는 방법이 없게 된다.[28] 따라서 국민들로 하여금 정확한 예측가능성과 법적안정성을 확보하기 어렵기 때문에 그 법적 성질 검토가 더욱 중요시된다고 할 수 있을 것이다.

헌법재판소 1992. 10. 1. 92헌마68 결정 [1994학년도신입생선발입시안]

국립대학인 서울대학교는 특정한 국가목적(대학교육)에 제공된 인적·물적 종합시설로서 공법상의 영조물이다. 그리고 서울대학교와 학생과의 관계는 공법상의 영조물이용관계로서 공법관계이며, 서울대학교가 대학입학고사시행방안을 정하는 것은 공법상의 영조물이용관계설정을 위한 방법, 요령과 조건 등을 정하는 것이어서 서울대학교 입학고사에 응시하고자 하는 사람들에 대하여 그 시행방안에 따르지 않을 수 없는 요건·의무 등을 제한설정하는 것이기 때문에 그것을 제정·발표하는 것은 공권력의 행사에 해당된다. 그러나 앞에서도 설명한 바와 같이 서울대학교의 "94학년도 대학입학고사 주요요강"은 교육부가 마련한 대학입시제도 개선안에 따른 것으로서 대학입학방법을 규정한 교육법시행령 제71조의 2의 규정이 교육부의 개선안을 뒷받침할 수 있는 내용으로 개정될 것을 전제로 하여 제정된 것이고 위 시행령이 아직 개정되지 아니한 현 시점에서는 법적 효력이 없는 행정계획안이어서 이를 제정한 것은 사실상의 준비행위에 불과하고 이를 발표한 행위는 앞으로 그와 같이 시행될 것이니 미리 그에 대비하라는 일종의 사전안내에 불과하므로 위와 같은 사실상의 준비행위나 사전안내는 행정심판이나 행정쟁송의 대상이 될 수 있는 행정처분이나 공권력의 행사는 될 수 없다. 그러나 이러한 사실상의 준비행위나 사전안내라도 그 내용이 국민의 기본권에 직접 영향을 끼치는 내용이고 앞으로 법령의 뒷받침에 의하여 그대로 실시될 것이 틀림없을 것으로 예상될 수 있는 것일 때

27) 가.청구인의 주장요지 참고
28) 이근호, 위의 논문, 134쪽.

에는 그로 인하여 직접적으로 기본권침해를 받게 되는 사람에게는 사실상의 규범작용으로 인한 위험성이 이미 발생하였다고 보아야 할 것이므로 이러한 것도 헌법소원의 대상은 될 수 있다고 보아야 하고 서울대학교의 "94학년도 대학입학고사 주요요강"은 교육법 시행령 제71조의 2의 규정이 개정되어 그대로 시행될 수 있을 것이, 그것을 제정하여 발표하게 된 경위에 비추어 틀림없을 것으로 예상되므로 이를 제정·발표한 행위는 헌법소원의 대상이 되는 헌법재판소법 제68조 제1항 소정의 공권력의 행사에 해당된다고 할 것이며 헌법소원 외에 달리 구제방법도 없다는 말이 된다.

헌법재판소 2001. 5. 31. 99헌마413 결정 [학교장초빙제실시학교선정기준 위헌확인]
나. 경기도교육청의 1999. 6. 2. 자 「학교장·교사 초빙제 실시」는 학교장교사 초빙제의 실시에 다른 구체적 시행을 위해 제정한 사무처리지침으로서 행정조직 내부에서만 효력을 가지는 행정상의 운영지침을 정한 것이어서, 국민이나 법원을 구속하는 효력이 없는 행정규칙에 해당하므로 헌법소원의 대상이 되지 않는다.

Ⅴ. 법적성질 판단의 개선방안

1. 규율형식에 있어 입법취지 고려

위에서 살펴본 행정처분의 기준들이 법규명령의 형식으로서 발현된 이유는 법률에 의해 부여된 재량권을 행사함에 있어 자의적인 결정을 예방하여 '평등한 법집행'을 위해 제정된 것이라고 할 수 있다.

한편 대법원은 관계법률이 행정청에게 제재적 처분에 관한 재량권을 부여한 경우, 그 처분기준을 정한 부령에 의하여 그에 관한 재량권을 부여한 원래 법률의 의도가 무시되어서는 안 된다는 판단을 하고 있는 것으로 보인다. 따라서 처분기준을 정한 부령에 따라 기계적으로 처분을 내려서는 안 된다는 것을 전제로 하여 처분기준을 정한 시행규칙의 대외적 구속력을 부인함으로써 재량심사의 가능성을 열어놓은 의도로 해석할 수 있다. 대법원은 법률이 행정청에게 부여한 재량권이 그와 같은 처분기준에 대한 부령제정권으로 무력화되는 것을 회피하고자 했을 것이며, 실제로 그에 따라 법적 성질을 재량준칙, 즉 행정규칙으로 본 경우가 많다.[29]

그러나 법률이 재량권을 인정하는 이유는 행정관청이 행정처분을 내릴 때 법률이 정한 범위 내에서 입법취지, 공익, 국민의 권리, 법령위반의 정도 등과 같은 제반사정을 고려하여 적절하고 합리적인 결정을 통하여 구체적 타당성과 개별적 정의를 실현하기 위함의 목적을 가지고 있다. 따라서 행정부가 재량권을 행사함에 있어서는 평등한 법집행과 구체적 타당성이라고 하는 두 목표를 조화롭게 추구하기 위하여 노력하여야 한다.

즉, 양자는 상충되는 듯 보이지만, 오히려 양자는 서로 모순되는 것이 아니라, '같은 것은 같게, 다른 것은 다르게'를 의미하는 실질적 평등의 원칙에 근거하여 구체적 타당성 확보를 통해 평등한 법집행을 추구할 수도 있다. 현행 '법규명령 형식의 행정규칙'의 대표적인 예로 공중위생관리법 시행규칙 제19조(행정처분기준)의 예시를 통해 살펴보도록 한다.[30] 해당 명령을 보면

29) 홍준형, 위의 논문.
30) 공중위생관리법 제7조(이용사 및 미용사의 면허취소 등) ① 시장·군수·구청장은 이용사 또는 미용사

실제로는 구체적 타당성을 위한 예외적 결정을 전혀 인정하지 않고, '1차 위반 시는 영업정지 1월, 2차 위반 시 영업정지 2월, 3차 위반 시 영업장 폐쇄명령' 등과 같은 식으로 도표로써 일률적인 처분을 내리도록 규정하고 있다. 오히려 이는 입법자가 법률에서 재량행위로써 규정하고자 하는 취지와는 어긋나며, 재량의 하자에 해당할 수 있다.

이렇게 판례가 부령 형식의 행정규칙에 대해 대외적 구속력을 인정하지 않는 것은 법규명령 형식의 행정규칙(재량준칙)의 법규성을 부인함으로써 사안에 따라 구체적 타당성을 기하기 위한 것으로 보인다. 그러나 1) 법규명령 형식으로 제정된 이상 행정청에 대해서나 일반인에 대해서 실제적으로 구속력이 인정되고, 2) 고유한 행정규칙사항이라는 것을 인정하기가 매우 곤란한 점을 감안하면 이에 대해서도 외부적 법적 구속력을 인정함이 타당하다.[31]

따라서 이를 위해 행정관청이 개별적 정의에 합치되며 위 명령의 기준과 다른 행정처분을 내릴 수 있도록 명령 스스로 예외규정을 두거나, 처분의 선택의 여지를 인정하여야 한다. 이러한 예로 구 식품위생법시행규칙 제53조[32]는 행정처분의 기준을 정하면서도, 예외를 인정하고 있다는 점에서 바람직하다. 예외의 인정 사유에는 명시된 정책적인 사유 외에도 법령의 위반 유형과 정도 및 사유의 합리적인 판단의 경우도 포함되어야 할 것이라는 견해도 존재한다.[33]

2. 대통령과 부령에 대해 일관된 태도 정립

대법원은 부령으로 정한 행정처분의 기준은 행정규칙으로 보면서, 대통령령으로 정한 행정처분의 기준은 법규명령으로 보아 오히려 그 형식만으로 성질을 판단하는 듯한 태도를 보인다. 실무상 입법형식을 대통령령으로 할지 부령으로 할지는 그 규정의 성질과는 무관하게 편의대로 이루어지고 있기 때문에 이러한 형식이 당해 규범의 법적성질을 파악하는데 중요한 논거가 될 수 없다는 비판이 이러한 판례의 결함을 잘 드러낸다.[34]

행정입법 실무에 있어서 행정청이 선택하는 행정입법형식은 규율내용에 따른 것인지 그저 실무상 편의에 의하여 선택되고 있는지 의문이다. 대법원은 대통령령이나 부령이 같은 제재적 처분의 기준을 정한 것일지라도, 부령은 행정규칙으로 판단하는 반면, 대통령령은 법규명령으로 보는 점에서 부령과 대통령령의 법적 성질과 효력을 차등화한 것으로 보인다. 그러나 부령과 대통령령 모두 위임명령의 형식이며, 양자의 차이에 따른 법적성질의 차이와 관련하여 대법원 판례는 명시적인 이유를 제시하고 있지 않고 있다.

따라서 만일 법률이 부여한 재량권을 행정부가 부령제정권에 의하여 사실상 무의미하게 만들어 '처분기준으로의 도피현상'을 초래하는 것을 막고 권리구제를 강화할 필요가 있었다면, 그러한 논리는 대통령령으로 이를 정하는 경우에도 마찬가지로 적용되어야 할 것이다.[35] 대법

가 다음 각 호의 1에 해당하는 때에는 그 면허를 취소하거나 6월 이내의 기간을 정하여 그 면허의 정지를 명할 수 있다. 다만, 제2호에 해당하는 경우에는 그 면허를 취소하여야 한다. 공중위생관리법 시행규칙 제19조(행정처분기준) 법 제7조 제2항 및 법 제11조 제2항의 규정에 의한 행정처분의 기준은 별표7과 같다.

31) 편집부, "[행정법] 법규명령형식의 행정규칙의 법적성질, 손해배상책임", 「고시계」, 제64권 제11호, 2016.10, 117-122쪽.

32) 구 식품위생법시행규칙 제53조 제2문 : "다만, 식품 등의 수급정책 및 국민의 보건에 중대한 영향을 미치는 특별한 사유가 있다고 보건사회부장관 또는 시·도지사가 인정하는 때에는 이 처분의 기준에 의하지 않을 수 있다."

33) 고영훈, "법규명령론 - 몇가지 문제점을 중심으로", 「인권과 정의」, 1994.03, 88쪽.

34) 류지태/박종수, 위의 책, 305쪽.

35) 홍준형, 위의 논문.

원의 태도를 유추하여, 대통령은 민주적 정당성을 가지며 대통령령이 국무회의 심의를 요한다는 제정절차상의 차이점이 대통령령과 부령을 구별하여 효력을 달리하여야 할 논거는 되지 못하며, 이러한 점에서 판례의 태도는 타당하지 않다.

3. 법규성을 인정하는 이론적 기초 필요

앞서 살펴본 '대법원 2006. 6. 22. 선고 2003두1684 전원합의체 판결'의 태도와 관련된다. 해당 사건의 다수의견에서는 이에 대하여 "제재적 행정처분의 가중사유나 전제요건에 관한 규정이 법령이 아니라 규칙의 형식으로 되어 있다고 하더라도, 그러한 규칙이 법령에 근거를 두고 있는 이상 그 법적 성질이 대외적·일반적 구속력을 갖는 법규명령인지 여부와는 상관없이 ..." 라는 표현을 사용하며, 제재적 행정처분의 기준을 정한 부령인 시행규칙의 법적 성질에 대해서는 구체적인 언급을 하지 않은 채 판단을 유보하는 태도를 보인다.

다수의견에서 언급한 1) 시행규칙에서 선행처분을 받은 것을 가중사유나 전제요건으로 하여 장래 후행처분을 하도록 규정하고 있는 경우, 2) 선행처분의 상대방이 그 처분의 존재로 인하여 장래에 받을 불이익은 구체적이고 현실적이라는 이유로, 선행처분에서 정한 제재 기간이 경과된 후에도 그 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다고 판단한 결론에는 찬성한다. 그러나 그 판단 근거에 있어 부령인 제재적 처분기준의 법규성을 인정하는 이론적 기초 위에서 그 법률상 이익을 긍정하는 것이 법리적으로 보다 합당하고 논리적이라 생각된다.

따라서 이강국 대법관의 별개의견에 따라, 상위법령의 위임에 따라 제재적 처분기준을 정한 부령인 시행규칙은 위임명령에 해당하고, 그 내용도 실질적으로 국민의 권리의무에 직접 영향을 미치는 사항에 관한 것이므로, 단순히 행정기관 내부의 사무처리준칙에 지나지 않는 것이 아니라 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 법규명령에 해당한다고 판시했어야 할 것이다.[36]

더불어, 비슷한 시기의 판결역시 문제가 된 당해 부령(건설교통부령)에 대하여 원심은 종래의 대법원의 판례에 입각하여 '행정규칙'으로 판시하였던바, 대법원이 '법규명령'임을 이유로 파기환송하였다. 이에 대하여 대법원이 종래의 입장을 변경하여 '위임명령으로서의 부령'에 대하여 학계의 입장을 받아들여 법규명령으로 판시한 것은 획기적인 일로서, 크게 환영하는 분위기였다. 그러나 이 역시, 대법원이 판례변경에 따른 자신의 입장변화를 명시적으로는 밝히고 있지 않은 점에서 비판이 여전히 존재하였다.[37]

Ⅵ. 결론

우선, 법률의 위임에 따라 제재적 행정처분의 기준을 정한 부령을 행정규칙으로 보아온 대법원의 판례는 입법자의 위임의사를 해석을 통하여 무시하거나 제한한 것으로서 타당하지 않다. 사법부는 법률이 행정청에게 재량권을 부여한 취지 못지않게 그 처분기준을 부령으로 정하도록 하여 재량권을 제한할 수 있는 여지를 둔 취지 또한 존중하여야 한다. 따라서 행정부가 재량권을 행사함에 있어서 강조되는 '평등한 법집행'과 '구체적 타당성'이라는 두 가지 목표

36) 같은 대법원 판례 [대법관 이강국의 별개의견] 참고.
37) 김남진, "법규명령·행정규칙 구별에 관한 대법원의 입장변화 - 대상판결 : 대법원 2006.6.27. 선고. 2003두4335판결-", 「월간자치발전」, 68쪽.

를 조화롭게 추구하기 위하여 노력할 필요가 있다. 이를 위해 행정관청이 개별적 정의에 합치되며 위 명령의 기준과 다른 행정처분을 내릴 수 있도록 명령 스스로 예외규정을 두거나, 처분의 선택의 여지를 인정하여야 한다.

또한, 부령으로 정하는 것과 시행령에 정하도록 한 양자의 법적효력의 차이를 정당화하는 논리적 근거가 제시되지 않아 설득력이 확보되지 않는다. 따라서 만일 법률이 부여한 재량권을 행정부가 부령제정권에 의하여 권리구제를 강화할 필요가 있었다면, 이러한 논리는 대통령령(시행령)에도 같은 맥락으로 적용되어야 할 것이다. 대법원이 최근의 판례를 통하여 규정형식상 대통령령으로 정해진 시행령상의 처분기준을 법규명령으로 본 것은 그 결론에 있어서 타당하다고 생각한다. 따라서 이러한 판례의 태도와 마찬가지로, 대외적 구속력을 갖는 경우에는 대통령령 외에도 부령에도 법규명령성을 인정하여야 할 것이다.

더불어, 이러한 태도는 법규성을 인정하는 대법원의 이론적 기초를 통하여 명확히 확보되어야 한다. 앞서 살펴본 대법원은 2003두1684 전원합의체 판결에서 제재적 행정처분의 기준을 정한 부령인 시행규칙의 법적 성질에 대해서는 구체적인 언급을 하지 않은 채 판단을 유보하였다. 단순히 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다고 결론만을 판시할 것이 아니라, 명확히 법적성질 판단을 내리고, 그에 기초하여 결론을 내려야 할 것이다.

이러한 법적성질 판단은 통제가능성 측면과 관련하여서도 큰 영향을 미친다. 특히 대외적 구속력이 인정되는지 여부와 관련하여 헌법소원의 대상성 판단은 국민들에게 가장 중요한 쟁점이 된다. 그러나 이에 대하여도 대법원은 모호한 판단을 내리고 있는바, 법규명령 형식의 행정규칙과 관련하여 법적성질 판단이 명확히 이루어진 이후, 이에 대한 통제가능 수단을 확보하여야 한다.

결론적으로는 제재적 행정처분의 기준을 정한 부령과 대통령령의 법적성질은 입법권의 배분에 대한 행정법 체계의 관점에서 판단하여야 한다.[38] 명확한 근거를 제시함이 없이 그때그때 사안이나 개별법령의 특수성에 대한 실질적 고려에 의존하여, 때로는 실질을 근거로, 때로는 형식을 근거로 위임명령의 효력을 판단하는 것은 헌법상 위임입법의 체계를 혼란스럽게 할 수 있다. 따라서 장기적으로는 법적성질 및 효력과 법형식이 부합될 수 있도록 하는 입법적 개선이 필요하다.

38) 홍준형, 위의 논문.

참 고 문 헌

[단행본]

김남진/김연태, 행정법1(제21판), 법문사, 2017.

권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2009.

류지태/박종수, 행정법신론, 박영사, 2019.03.

[학술논문]

강현호, “한국에 있어서 행정규칙”, 「토지공법연구」 제82집, 2018.05.
고영훈, “법규명령론 - 몇가지 문제점을 중심으로”, 「인권과 정의」, 1994.03.
고영훈, “‘법규명령형식의 행정규칙’과 ‘행정규칙형식의 법규명령’의 문제점과 개선방안”, 「공법학연구」, 제5권 제3호, 2004.12.
김남진, “법규명령·행정규칙 구별에 관한 대법원의 입장변화 - 대상판결 : 대법원 2006.6.27. 선고. 2003두4335판결-”, 「월간자치발전」, 2007.02.
김현준, “행정입법의 법규성과 규범통제 - 행정입법 변종 대응의 도그마틱 - ”, 「공법연구」 제47집 제2호, 2018.12.
이근호, “행정규칙의 법령 위반 여부 해석”, 법제처, 「법제논단」, 2016.09.
편집부, “[행정법] 법규명령형식의 행정규칙의 법적성질, 손해배상책임”, 「고시계」, 제64권 제11호, 2016.10.
홍강훈, “법규명령과 행정규칙의 경계설정을 위한 새로운 기준”, 「공법연구」, 제43집 제1호, 2014.10.
홍준형, “법규명령과 행정규칙의 구별”, 「월간법제」, 1998.8.

[판례]

대법원 1990.5.22. 선고 90누 1571 판결.
대법원 1991. 5. 14. 선고 90누9780 판결.
대법원 1994.3.8. 선고, 93누21958 판결.
대법원 1995. 10. 17. 선고 94누14148 판결.
대법원 1997. 12. 26. 선고 97누15418 판결.
대법원 2001. 3. 9. 선고 99두5207 판결.
대법원 2006. 6. 22. 선고 2003두1684 판결.
헌법재판소 1992. 10. 1. 92헌마68 결정.
헌법재판소 2001. 5. 31. 99헌마413 결정.
헌법재판소 2004. 10. 28. 99헌바91 결정.

【초록】

본 연구는 행정법학의 영역에서 행정입법에 대한 형식과 실질의 불일치 문제를 해결하려는 시도에 기초하였다. ‘법규명령 형식의 행정규칙’을 중심으로 판례의 태도 변화를 통한 구체적인 논의의 전개와 함께, 이에 대한 법적 성질 판단의 한계 및 개선방안을 검토하였다.

법적성질 판단과 관련하여 법률의 위임에 따라 제재적 행정처분의 기준을 정한 부령을 행정규칙으로 보아온 대법원의 태도는 입법자의 위임의사를 해석을 통하여 무시하거나 제한한 것으로서 타당하지 않다. 또한, 부령과 시행령의 법적효력의 차이를 정당화하는 논리적 근거가 제시되지 않아 설득력이 확보되지 않는다고 판단하였다. 더불어, 이는 대외적 구속력의 인정여부 및 청구권과 관련한 통제가능성 확보의 측면에서도 큰 영향을 미치나, 이와 관련하여서도 헌법소원 대상성을 고려함에 있어 판례의 태도가 일관되지 못하고 구체적인 판단 기준 없이 모호한 판단을 한 사례를 찾아볼 수 있었다. 특히 ‘1994학년도 신입생 선발입시안에 대한 헌법소원’과 ‘학교장초빙제실시학교선정기준 위헌확인’ 의 관계를 통해 보다 구체적으로 살펴볼 수 있다.

이에 대한 개선방안으로서 규율형식을 정함에 있어 고려된 입법취지로서 ‘평등한 법집행’과 ‘구체적 타당성’의 두 목표를 조화롭게 추구하기 위하여 노력하여야 하며, 이를 위해 행정관청이 개별적 정의에 합치되며 위 명령의 기준과 다른 행정처분을 내릴 수 있도록 명령 스스로 예외규정을 두거나, 처분의 선택 여지를 인정하여야 할 것이다. 더불어, 대통령과 부령에 대한 일관된 태도를 정립하도록 노력하고, 법규성을 인정하는 이론적 토대를 마련하여야 하며, 장기적으로는 위임입법의 법적성질에 따른 효력 및 법형식이 부합될 수 있도록 하는 입법적 개선이 필요하다.

고려대학교 자전법학회
제84차 세미나

노동조합의 부당노동행위 검토

자유전공학부 경영학과
고 병 준

Ⅰ. 서론

Ⅱ. 현행 부당노동행위제도 검토
1. 입법 연혁
2. 법적 성질
3. 법적 지위

Ⅲ. 노동조합의 부당노동행위 도입 검토
1. 고용 관계의 변화
2. 법적 성질 검토
3. 근로3권의 실질적 보장

Ⅳ. 결론

Ⅰ. 서론

한국의 부당노동행위제도는 노동조합에 대한 사용자의 부당한 영향력 행사를 막고, 노동조합의 자주성을 확보하기 위한 제도이다. 현재에는 '노동조합 및 노동관계조정법'(이하'노조법') 제 81조에 불이익취급(1호·5호), 비열계약(2호), 단체교섭거부(3호), 지배·개입행위(4호)가 부당노동행위의 유형으로 제시되어 있다. 부당노동행위로 권리를 침해당한 근로자나 노동조합은 노동위원회에 구제신청을 할 수 있으며(동법 제82조), 위반 사용자는 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다(노조법 제90조). 한국의 부당노동행위제도는 노동조합의 부당노동행위는 규정하지 않고 사용자의 부당노동행위만 규정하고 있다는 점에서 특색을 지닌다.

이에 대해 경영계는 우리나라 부당노동행위제도가 사용자의 부당노동행위만을 규제하며 이에 위반할 경우에 세계에서 유례없는 사법적 징벌까지 과하고 있기 때문에 노동계가 빈번히 불법성 물리력에 의존한다고 주장하고 있다. 또한 외국과 같이 사용자의 부당노동행위에 대한 규제를 대폭 완화하고 노동조합의 부당노동행위에 대해서도 상응하는 규제를 도입하여 노사간의 대등한 힘의 균형 속에서 상호 견제와 협력을 이루도록 해야 한다고 주장한다.[1)]

물론 한국 고용관계에서 직장점거, 파업과 같은 투쟁적 쟁의행위가 빈번한 이유를 부당노동행위제도에서 찾으려는 경영계의 입장은 타당하지 않다. 파업의 정당성이 매우 좁게 인정되는 현재 상황에서도 노동조합과 근로자들은 이미 영업방해로 인한 형사처벌과 사용자의 천문학적인 손해배상청구를 감수하고 쟁의행위를 하고 있기 때문이다. 따라서 노동조합의 부당노동행위를 신설하는 것이 투쟁적인 한국의 고용관계를 변화시킬 묘안이 되기는 어려워 보인다. 사용자의 부당노동행위에 대한 규제를 완화하는 것은 오히려 노동조합 활동에 대한 사용자의 부당한 개입의 길을 열어줄 수 있기 때문에 신중히 검토되어야 한다.

그러나 노동조합의 부당노동행위를 신설하자는 입장 자체는 경영계의 의도와 별개로 고려할 필요가 있다. 현행 제도가 도입 된 이래 한국 고용관계에 많은 변화가 있었기 때문이다. 1997년 외한위기 이후 비(非)전형 근로형태가 지속적으로 증가하고 있으며, 2011년 복수노조가 전면 허용되었다. 이는 현행 부당노동행위제도로는 포섭하기 힘든 새로운 근로자의 권리 침해 양상을 야기했다. 나아가 노동조합의 부당노동행위제도 신설이 앞서 언급한 불법적 쟁의행위에 대한 사용자의 천문학적 손해배상청구와 같이 노동3권의 행사를 실질적으로 침해하는 문제의 대안이 될 여지도 있다.

따라서 이번 연구에서는 현행 부당노동행위제도가 사용자의 부당노동행위만 규정하고 있다는 점에 대해 고찰하고 노동조합의 부당노동행위 신설 가능성을 검토한다. 연구 방법에 있어서는 입법 연혁, 법적 성질, 그리고 법적 지위 측면에 초점을 맞추어 검토를 진행한다.

---

1) "금속노조 유성기업지회의 집단폭행 사건과 최근 민주노총 조합원의 불법점거에 대한 경영계의 입장", 한국경영자총협회, n.d. 수정, 2019년11월01일 접속, http://www.kefplaza.com/.

Ⅱ. 현행 부당노동행위제도 검토

1. 입법 연혁

현행 부당노동행위제도에서는 사용자만이 부당노동행위의 주체이다. 노동조합은 부당노동행위의 주체가 되지 않는다. 1953년 노동조합법 제정 시부터 사용자의 지배개입, 불이익취급, 단체교섭거부에 대해 사용자의 반(反)조합적 행위는 부당노동행위로 금지되었다. 나아가 제정 노동조합법은 노동조합에 교섭의무를 부과함으로써(노조법 제34조2항) 노동조합의 교섭거부도 함께 처벌 대상으로 규율하였다(노조법 제43조, 5천환 이하의 벌금).[2] 해당 조항은 노동조합에도 단체교섭 의무를 부과한다는 점에서 근로3권을 보장하고 있는 당시 헌법 정신에 반한다는 학계의 비판을 받았다.[3]

노동조합의 부당노동행위 조항은 1963년 노동조합법 개정으로 삭제되었다. 그러나 그 삭제가 앞선 지적 때문은 아니었다. 오히려 개정 당시 처벌주의가 삭제되고 원상회복주의를 도입하며 반사적으로 해당 조항이 사라진 측면이 컸다. 제정 노동조합법은 부당노동행위에 대해 처벌만 부과할 뿐 별도의 원상회복 절차를 두지 않았는데, 처벌주의가 노사자치 원칙에 어긋나고 실효성이 낮다는 비판이 제기되면서 부당노동행위 처벌 조항이 일괄적으로 삭제된 것이다. 이에 따라 노동조합에 교섭의무를 부과하는 조합(노조법 제34조2항)은 그대로 유지되고 그 처벌 조항(노조법 제43조)만 삭제되었다. 즉, 노동조합의 부당노동행위에 대한 입법적 고려가 아닌 처벌주의 문제점을 해결하는 과정에서 노동조합의 부당노동행위 규정이 삭제되었다고 보는 것이 적절하다.

1963년 개정 노동조합법은 제정 노동조합법에서 개별적으로 흩어져 있던 부당노동행위 유형을 하나의 조항으로 정리하여 현행 부당노동행위제도의 기본 골격을 형성하였다. 1963년 개정 이래로 처벌주의와 원상회복주의가 병용되거나, 부당노동행위에서 반의사불벌죄가 폐지되는 등 다양한 변화가 있었지만 노동조합의 부당노동행위제도는 다시 도입되지 않았다. 노동조합의 부당노동행위 제도 도입은 2008년 복수노조가 허용되면서 다시 논의되었는데, 이전까지 논의되지 못하였던 배경은 다음과 같다.

첫째, 20세기 한국의 고용관계는 노동조합과 사용자의 관계를 중심으로 구성된 것이어서 부당노동행위제도에 대한 논의가 수규자를 노동조합으로 확대하는 데까지 논의되지 못했다. 1960년대부터 '선(先)개발 후(後)분배'라는 경제발전 논리에 의해 근로자에 대한 불합리한 처우가 정당화 되었으며, 노동조합의 존재는 경제발전을 저해하는 요소로 인식되었다. 사용자의 부당노동행위가 빈번하게 발생하였고, 고용관계에서 사용자의 힘이 노동조합 보다 월등히 우세했다. 이러한 상황에서 부당노동행위에 대한 논의는 사용자의 근로3권 침해와 그로부터 노동조합의 권리를 구제하는 것에 집중될 수밖에 없었다.

---

2) 제정 노동조합법은 부당노동행위의 유형을 노동조합법과 노동쟁의조정법의 개별 조항에 분산하여 놓았기 때문에 형식상 현재의 부당노동행위제도처럼 하나의 조항으로 존재하지 않았다. 다만, 근로3권을 침해하는 행위에 대해 민사적 구제 외에 별도로 절차를 마련하여 보호하고자 했다는 점에서 그 내용상 부당노동행위제도라고 볼 수 있다.

3) 김희성/최홍기, "부당노동행위 처벌조항의 입법사 및 비교법적 고찰 - 부당노동행위 처벌조항의 한계 및 문제점을 중심으로", 「노동법논총」 46집, 2019, 142쪽 참조.

노동조합에 대한 사용자의 탄압에도 불구하고, 1987년을 기점으로 노동조합의 수는 폭발적으로 증가했다. 1986년 2,658개에 불과했던 전국 노동조합의 수는 1987년에 4,086개로 증가했다.[4] 6월 민주항쟁과 정치적 불안은 억눌렸던 노동 운동의 기폭제가 되었으며, 노동자 대투쟁으로 전투적 노조주의가 확산되었다. 1986년 276건이었던 노동쟁의는 1987년 3,749건으로 증가했으며 노동손실 일수는 6,947일을 기록했다.[5] 그러나 노동조합의 힘이 강해졌다고 해서 노동조합과 사용자의 관계를 중심으로 하는 고용관계의 기본 틀이 변하지는 않았다. 1989년 이후부터 노동조합에 대한 사용자의 통제가 본격화 되며 비합법적 노무관리 수단이 남용되는 사례가 빈번하게 발생하였고, 부당노동행위제도에 대한 논의 역시 사용자의 근로3권 침해로부터 근로자와 노동조합을 보호하는 것을 벗어나지 못했다.

둘째, 정부주도로 고용관계를 규율하는 정책이 시행됨에 따라 노동조합 활동이 제약을 받았다. 정부는 고용관계를 경제 발전을 위한 하부 요소로 인식했으며, 이에 따라 인위적으로 노사갈등적 요소를 제거하고 협력만 강조하는 정책을 취했다. 1974년에는 노동관계법이 개정되면서 쟁의 예방이 강화되고 노사협의회가 강조되었으나, 이는 노사협의회로 노동조합의 역할을 대체하려는 시도였다. 노동조합의 활동 영역은 축소되었고, 이러한 흐름은 계속되어 1980년 노동조합법 개정에서는 기업별 노조가 법으로 강제되고 단체교섭 위임과 제3자 개입이 금지되었다. 노사협의회법이 별도로 제정되면서 노사협의회의 기능은 더욱 강화되었다.

낮은 근로조건에 대한 근로자의 불만 역시 노사자치를 통해 해결되기보다 정부의 정책적 판단에 의해 해소되었다. 특히 1980년 근로기준법이 개정되면서 임금 우선변제 제도(근로기준법 제30조의2)가 도입되고, 도급사업의 경우 직상 수급인에게 연대책임을 부과하는 규정(근로기준법 제36조의2) 등이 도입되어 근로자의 개별적 근로조건이 향상되었다. 그러나 그 과정에서 노동조합의 단체교섭권과 단체행동권은 보장받지 못했다. 협력적 노사관계 구축을 명분으로 집단적 노사관계를 정부가 주도하였고, 이러한 방향성 덕분에 개별적 근로관계법에서 정부 주도의 근로자 보호가 두터워진 것이다.[6] 전반적인 노동조합 활동이 축소된 상황에서 노동조합의 부당노동행위가 논의될 여지는 적었다.

셋째, 고용형태가 현재에 비해 단순하고 복수노조가 허용되지 않아 노동조합과 노동조합의 갈등, 즉 노노(勞勞)갈등의 발생 가능성이 적었다. 1997년 외환위기 이전에는 근로자들이 전형근로의 형태로 안정적 고용을 보장 받았으며, 기업 내에서 동일한 근로조건을 향유하는 경우가 일반적이었다. 따라서 근로자 간 첨예한 이해관계의 대립이 생기는 경우가 적었으며 이해관계가 대립하더라도 복수 노조가 허용되지 않았기 때문에 각각의 세력을 형성하여 경쟁하는 모습을 띄지 못했다.

2. 부당노동행위제도의 법적 성질

헌법 제33조가 정하고 있는 노동기본권의 보장이 국가적 차원의 가치질서라는 점을 고려할 때, 국가는 그 침해로부터 노동기본권을 보호해야할 책임이 있다. 이를 위해 도입된 제도가 부당노동행위제도이다. 부당노동행위제도는 근로3권을 침해함으로써 근로자들의 집단적 교섭력

4) "전국 노동조합 조직현황", 국가지표체계, n.d. 수정, 2019년11월05일 접속, http://www.index.go.kr/.
5) 최영기/이장원, "'87년 이후 20년 노동체제의 평가와 미래구상", 한국노동연구원, 2008, 102쪽 참조.
6) 이광택/박승두, "노동법 제정 60년 평가와 과제, 노·사·정의 역할",「노동법 제정 60년 평가와 발전과제, 2013, 24쪽 참조.

을 약화시키는 사용자의 불공정한 행위를 유형화하여 금지하며, 그 위반에 대하여 행정적 구제절차를 마련하여 집단적 노사관계를 회복·유지시킨다. 사용자의 근로3권 침해행위에 대하여 원칙적으로 사법적(司法的)구제가 가능함에도 노동위원회라는 행정기관에 의한 특별한 행정적 구제절차를 마련한 것은 구제의 신속성·경제성·전문성·탄력성 등을 고려하였기 때문이다.[7]

부당노동행위제도의 법적 성질에 대한 이러한 관점은 사용자와 노동조합의 권력 관계에서 노동조합의 열등함을 전제하는 것이며, 대체로 근로자와 노동조합의 권리를 두텁게 보장하여 두 당사자 간 힘의 균형을 맞추려는 입법 형태로 이어진다. 사용자에 대한 부당노동행위제도만을 규정하고 있는 한국과 일본이 그 예시이다. 이는 부당노동행위제도의 시초인 미국의 '와그너법(Wagner Act)'[8]이 1935년에 제정 된 때부터 이어진 부당노동행위제도에 대한 전통적 관점이라고 할 수 있다.

이와는 반대로 근로3권이 헌법상 기본권으로 인정되는 것이나, 본질적으로 다른 기본권을 침해해서는 아니 된다는 내재적 한계에 주목하는 관점도 존재한다. 부당노동행위제도가 가지는 근로3권 보장이라는 성질을 인정하면서도, 그 행사가 사용자의 재산권이나 다른 근로자의 근로3권 행사와 균형을 이루어야 한다는 점을 지적하는 것이다.[9] 이러한 관점은 고용관계의 전체적 측면에서의 공정성을 강조하며, 근로자나 노동조합이 근로3권을 남용하는 경우를 부당노동행위제도로 규정하는 입법 형태로 이어질 가능성이 있다. 또한 노동조합의 위법적 행위가 부당노동행위제도로 유형화 되면 고용관계에 대한 법적 규율이 부당노동행위제도를 중심으로 재편되기도 한다. 1947년 '태프트-하틀리법(Taft-Hartley Act)'으로 노동조합의 근로자의 부당노동행위제도를 도입한 미국의 '전국노동관계법(NLRA: National Labor Relationship Act)'이 이러한 관점을 취하고 있다.

3. 부당노동행위제도의 법적 지위

부당노동행위제도의 법적 지위에 대해서는 부당노동행위제도에 의한 구제절차 이외에 직접 법원에 사법적(司法的) 구제를 제기하는 것이 가능한지가 문제 된다. 부당노동행위에 대한 사법적 구제를 부정하는 입장에서는 부당노동행위제도는 국가가 근로3권을 보호하기 위해 마련한 유일한 공법상 제도이므로 사법상의 구제는 허용되지 않는다고 주장하고, 긍정하는 입장에서는 부당노동행위제도는 공법상의 구제제도로서 노사 간의 사법(私法)상 권리의무관계에는 영향을 미치지 못하므로 근로자는 사법상의 민사소송을 통하여 사법상의 권리를 구제받을 수 있다고 한다.[10] 판례는 긍정설의 입장에서 부당노동행위 구제절차에서 구제신청을 기각하는 노동위원회의 결정이 확정되었다할지라도 근로자는 사법상의 지위의 확보 및 권리의 구제를 위하여 별도로 민사 소송을 제기할 수 있다고 한다.[11]

---

7) 김형배/박지순, 노동법 강의(제7판), 신조사, 2018, 623쪽 참조.
8) 법률의 공식 명칭은 '전국노동관계법(NLRA : National Labor Relationship Act)'이다. 1947년 '태프트-하틀리법(Taft-Hartley Act)'에 의하여 개정되기 이전까지의 법률을 의미한다.
9) 이상윤, "근로3권과 부당노동행위(부당노동행위구제제도의 헌법상 지위)", 「노동법학」 7호, 1997, 88-89쪽 참조.
10) 이상윤, 앞의 논문, 96-97쪽 참조.
11) 대법원 1992.5.22. 선고 91다22100 판결.

위의 논의를 종합해 볼 때 긍정설이 타당해 보인다. 부당노동행위제도가 근로3권의 보장을 위한 노동법 상의 배려일 뿐 그것을 국가가 마련한 유일한 근로3권 보장 제도로 볼 논리적 근거가 없기 때문이다. 더욱이 부당노동행위에 대한 사법적(司法的) 구제 가능성을 부정할 경우 헌법 제27조1항이 정하고 있는 재판청구권을 침해할 수 있다는 점에서 부당노동행위제도에 의한 구제절차는 법원에 의한 사법적(司法的) 구제와의 관계에서 배타적 지위를 가진다고 볼 수는 없고, 헌법 제31조의 노동기본권을 보장하기 위한 여러 가지 구제 수단 중 하나로의 지위를 가진다고 볼 수 있다.

Ⅲ. 노동조합의 부당노동행위 신설 검토

1. 고용 관계의 변화

1997년 외환위기 이후 한국의 고용관계는 그 이전과 비교할 수 없는 급격한 변화를 겪었다. 사회 전반적으로 장기 고용을 보장 받던 이전과 달리 근속연수가 급격하게 감소하였다. 정리해고가 법제화 되면서 대량해고 사태가 발생하였다. 직접 고용관계에 있고 기간의 정함이 없으며 전일제근로를 수행하고 통상적인 근로조건을 향유하는 고용형태를 일반적으로 전형근로라고 한다면 이와 같은 고용형태에서 벗어난 모든 종류의 고용형태를 비(非)전형근로라고 부를 수 있는데,[12] 외환위기를 기점으로 노동 시장에서 전형근로의 비중은 줄어든 반면 비전형근로의 비중은 급격하게 증가하였다. 기업 내부적으로는 전통적인 연공주의 대신 성과주의· 능력주의가 도입되고 핵심인력과 주변부 인력에 대한 구분이 명확해 지면서 조직 구성원 사이의 근로조건 차이가 커졌다.

2011년 복수노조가 전면 허용되면서 한국 고용관계는 이전보다 더 복잡성을 띄게 되었다. 현행 복수노조 제도는 노동조합의 복수설립을 인정하지만, 교섭상의 혼란을 방지하고 단체협약질서를 안정적으로 유지하기 위하여 복수 노동조합이 교섭할 때는 그 창구를 단일화 하도록 하고 있고(노조법 제29조의2), 노동조합들은 교섭 대표로 인정되지 않으면 존재의의가 상실될 것이므로 교섭대표 노동조합이 되기 위하여 다른 노동조합들과 경쟁하지 않을 수 없게 된 것이다.[13] 이러한 변화로 인해 근로3권 침해 주체를 사용자로만 인식하는 기존 부당노동행위제도로는 결코 포섭할 수 없는 새로운 근로3권의 침해 양상이 등장하였는데, 대표적인 유형은 다음과 같다.

첫째, 신생 노동조합 설립 과정에서 기존 노동조합과의 갈등으로 기존 노동조합에 의한 신생 노동조합의 근로3권 침해가 발생했다. 21세기에 접어들면서 전투적 노조주의에 대한 피로감이 증폭되면서 노동조합 내 노선 갈등이 심화되었고, 사용자와의 관계에 대한 조합원들의 인식 차이도 커졌다. 특히 무노동 무임금 원칙이 정착되며 사용자에 대해 투쟁적 방식으로 대응하는 노동조합에서는 장기적이고 빈번한 파업으로 인한 임금 손실에 대한 불만이 커졌다. 반대로 사용자에게 협력적 태도를 보이는 노동조합에서는 노동조합이 조합원의 근로조건 향상을 도모하지 못한다는 비판에 제기되었다. 과거에는 이러한 불만과 갈등이 노동조합 내부의

12) 김형배/박지순, 앞의 책 377쪽 참조.
13) 김영문/남상간, “복수노조와 부당노동행위”, 「법학연구」 47권, 2016, 636쪽 참조.

목소리에 그쳤으나, 복수 노동조합이 허용되면서는 새로운 노조를 형성하거나 다른 기업 외 노조에 가입하는 방식으로 표출되었다.

기존 노동조합과 신설 노동조합의 갈등이 큰 경우, 기존 노동조합은 신설 노동조합이 사용자의 지원과 협조를 받아 설립된 노조라고 하거나 설립 과정에 절차적 하자가 있다는 식으로 공격하고, 이미 교섭대표노조의 지위를 확보하고 있는 경우에는 신설 노동조합에게 단체교섭 진행 현황, 단체협약 관련 정보를 차단하거나 신설 노동조합의 조합비의 일괄공제와 같이 단체협약 상 사용자가 부담하는 채무적 부분의 이행에서 신설노조에게 불이익을 주는 형태로 자신들의 세력이 약화되는 것을 막고자 하는 사례가 나타났다.[14] 물론 복수노조 체제 하에서 노동조합 간의 경쟁은 원칙적으로 인정될 것이나, 힘의 차이가 확연한 신설 노동조합 설립 준비 단계나 설립 초기 단계에서 기존 노동조합이 신설 노동조합의 설립 자체를 견제한다면 이는 신설 노동조합과 그 소속 근로자의 단결권을 침해하는 것으로 해석될 여지가 있다.

둘째, 노동조합 간의 조합원 확보를 위한 경쟁이 심해지면서 개별 근로자의 근로3권을 침해하는 행위가 나타났다. 복수노조 체제에서 노동조합들이 사용자에게 단체교섭을 요구하기 위해서는 교섭 요구 노동조합을 확정한 후 14일 이내로 노동조합 간 자율적으로 교섭대표노동조합을 결정해야 하는데(노조법 시행령 제14조의 5), 실제로는 기한 내에 교섭대표노동조합을 정하지 못하고 교섭 창구 단일화 절차에 참여한 노동조합의 전체 조합원 과반수로 조직된 노동조합이 교섭대표노동조합이 되는 경우가 일반적이다. 따라서 노동조합은 조합원 확보를 위해 경쟁하게 된다.

교섭창구 단일화 절차에 따라 각 노동조합이 조합원 확보 경쟁에서 우위를 점하기 위해 근로자의 근로 조건 향상을 위해 더욱 매진하는 선의의 경쟁이 일어나는 것은 복수노조와 교섭창구 단일화 절차의 입법 의도에 합치하는 바람직한 것이지만, 노동조합 간 경쟁이 항상 그러한 방식으로만 작동하지는 않는 것으로 보인다. 인맥이나 연고, 친분에 호소하여 특정 노동조합 가입을 요청하는 수준에 그치지 않고 조합 가입에 대해 금전적 또는 비금전적 이익을 부여하거나 정신적, 물리적 폭력을 행사하는 경우까지 다양한 방식으로 경쟁이 과열되고 있는 것이다.

셋째, 단체 교섭 과정에서 교섭대표노동조합에 의해 노동조합 간 근로조건의 차이가 발생할 수 있다. 교섭창구 단일화 절차는 노동조합 별로 단체교섭이 진행될 경우 고용관계가 복잡해지고 근로자 간 근로조건의 불합리한 차이가 발생하는 것을 방지하기 위한 것이지만, 교섭대표노동조합의 인적 구성에서 오는 차이까지 막기에는 무리가 있다. 교섭대표 노동조합이 주로 특정 직종을 대상으로 조직되어 있는 경우, 직종 별로 상이한 근로조건, 즉 교섭대표 노동조합의 조직이 집중되어 있는 직종을 다른 직종에 속한 근로자에 비하여 유리한 근로조건으로 교섭하는 것이 가능하고, 이때는 노동조합 소속에 기한 간접적인 차별이 발생할 수 있는 것이다.[15]

이러한 문제는 사용자에게 동일한 근로를 제공하는 근로자들을 합리적 이유 없이 차별하는 것으로서 교섭 창구 단일화 절차의 정당성을 약화시킬 여지가 있다. 이에 대해 현행 노조법은 단체 교섭 과정에서 발생하는 근로조건의 차별을 방지하기 위해 앞선 두 가지 새로운 유형과 달리 별도의 구제절차를 마련하고 있다. 교섭대표노동조합에 공정대표의무를 부과하고 차별받는 노동조합이 노동위원회에 차별 시정을 요구할 수 있도록 한 것이다(노조법 제29조의4).

---

14) 김영문/남상간, 앞의 논문, 643쪽 참조.
15) 이승욱, “복수노조 체제하의 부당노동행위 사례 연구”, 고용노동부, 2008, 299쪽 참조.

그런데 공정대표의무 위반에 대한 행정적 구제는 부당노동행위와 그 구조가 유사하고, 위반에 대한 형사처벌 조항 역시 부당노동행위에 대한 형사처벌 조항을 준용하고 있다는 점(노조법 제89조2항)에서 노동조합의 부당노동행위를 신설한다면 공정대표의무 위반을 부당노동행위의 유형 중 하나로 제시할 수 있을 것이다.

2. 부당노동행위제도의 법적 성질 재검토

부당노동행위제도가 헌법 제33조의 근로3권을 침해하는 행위를 금지하여 근로자와 노동조합의 집단적 교섭력을 강화하기 위해 존재하는 제도라는 데에는 이견이 없다. 다만, 근로자와 노동조합의 근로3권을 침해하는 주체를 누구로 볼 것인가에 대해서는 이를 사용자로 한정하는 관점과 다른 근로자나 노동조합 등으로 그 주체를 넓게 보는 관점이 대별된다. 특히 전자의 경우는 사용자의 부당노동행위를 넘어 노동조합의 부당노동행위를 신설하는 것은 헌법 제33조가 근로자와 노동조합의 권리를 보장하고 있는 것에 반하기 때문에 그 자체로 위헌적이라고 본다. 그러나 다음과 같은 두 가지 이유에서 부당노동행위제도의 법적 성질을 사용자에 대한 근로자와 노동조합의 보호로 한정하는 입장은 타당하지 않다.

첫째, 노동조합의 부당노동행위 신설에 대한 논의는 근로3권 침해 주체 확장에 대한 문제이지 노동조합을 근로3권의 보장 범위 밖으로 내몰고자 하는 것이 아니다. 노동조합의 부당노동행위는 노동조합의 근로3권 행사가 남용되어 다른 근로자나 노동조합의 근로3건의 본질적 내용을 침해하지 않아야 한다는 의미이므로 근로3권의 행사가 그 내재적 한계의 범위 안에서 이루어졌을 때에도 부당노동행위로 금지하겠다는 의미가 아닌 것이다. 즉, 노동조합의 부당노동행위제도는 근로3권에 대한 침해행위로서 건전한 고용관계 질서 및 산업 평화 유지를 해치는 중대한 불법 행위를 제한하자는 논의이므로 그 자체만으로 노동조합의 근로3권을 침해하는 성격을 지지 않는다.

둘째, 헌법 제33조는 근로조건 향상을 위한 근로자의 자주적인 단결권·단체교섭권·단체행동권을 보장하고 있을 뿐 그 침해의 주체가 누구인지에 대해서는 규정하고 있지 않다. 따라서 입법자는 입법형성의 자유에 따라 근로3권이라는 헌법적 가치질서를 가장 잘 보장할 수 있는 방향으로 헌법 제33조를 구체화활 수 있을 것이며, 그 과정에서 노동조합을 침해의 주체로 규정한다고 해도 그 자체로 위헌적이라고 단정할 수는 없다. 일반적 고용관계를 생각할 때 근로3권의 침해 주체는 사용자이나, 노동조합이 근로 3권의 침해 주체가 될 수 없다고 볼 근거는 없는 것이다. 오히려 근로 3권을 침해하는 자는 그 누구든 부당노동행위의 주체가 될 수 있다고 헌법 제33조를 해석하는 편이 근로 3권을 더 두텁게 보장할 수 있는 방안이기도 하다.

3. 근로3권의 실질적 보장

앞선 논의들은 노동조합 간의 부당노동행위 신설 필요성에 초점을 맞추어 전개하였다. 사용자에 대한 노동조합의 부당노동행위에 대해서는 언급하지 않았다. 경영계를 필두로 한 노동조합의 부당노동행위 신설에 대한 현재 논의들이 사용자에 대한 노동조합의 부당노동행위를 중심으로 이루어지고 있는 것은 사실이나, 사용자에 대한 노동조합의 부당노동행위를 신설할 경우 보호의 대상이 사용자가 된다는 점에서 원칙적으로 근로3권을 보장한다는 부당노동행위제도의 취지에 어긋나기 때문이다.

구체적으로 부당노동행위제도가 행정적 구제로서 근로3권의 효율적 보장을 위한 여러 수단 중 하나에 불과하다고 보는 입장이 지배적인 현재 상황에서 사용자에 대한 노동조합의 부당노동행위를 신설한다면 사용자 역시 부당노동행위에 대한 구제신청과 사법적 구제를 동시에 제기할 수 있게 된다. 근로자나 노동조합의 입장의 경우는 사용자에 비해 집단적 교섭력이 약하다는 측면에서 두 가지 수단을 모두 활용하는 것이 정당화 될 수 있을 것이나, 고용관계에서 힘의 우위에 있는 사용자가 두 가지 수단을 한 번에 사용한다면 근로자와 노동조합의 근로3권이 실질적으로 침해될 여지가 있다.

특히나 노동조합의 점거 내지 파업과 관련하여 사용자가 청구한 손해배상을 보면, MBC가 MBC노동조합의 방송의 공정성을 축으로 한 요구조건을 내걸고 파업한 것에 대하여 195억 원, 현대자동차회사가 대법원 판례에 따른 간접고용에 대한 직접고용의무의 이행을 요구하는 현대자동차 비정규직지회의 파업에 대하여 모두 7건으로 202억 5000만원을 청구하는 등 그 액수 측면에서 거액인 것은 물론이고 사례들 또한 넘쳐나고 있다.[16] 이러한 상황에서 사용자에 대한 노동조합의 부당노동행위를 신설하는 것은 노동조합에 비해 월등한 무기를 지니고 있는 사용자에게 또 하나의 무기를 쥐어 주는 것이 된다.[17]

그러나 반대로 노동조합의 정당하지 않은 쟁의행위에 대해 민·형사적 면책 범위를 더욱 넓히고, 사용자가 입은 피해를 노동조합에 대한 사용자의 부당노동행위를 통해 구제하는 방식을 취한다면 오히려 노동조합의 근로3권이 실질적으로 보장되는 효과를 거둘 수 있을 것이라고 생각된다. 현재와 같이 노동조합이나 개별 근로자가 쟁의행위로 인해 천문학적 손해배상의 책임을 지는 것보다 부당노동행위를 통해 그 보다 약한 강도의 제재를 부과한다면 노동조합과 근로자의 쟁의행위에 대한 합리적인 제한 기준을 정하는 일이 되어 손해배상제도가 노동조합과 근로자의 쟁의행위를 억압하는 수단으로 악용되는 것을 막을 수 있기 때문이다.

이에 대해서 노동조합과 근로자에 대한 사용자의 손해배상 청구 제한 범위를 확장하는 것이 사용자의 재판청구권과 충돌하는 지적이 있을 수 있겠으나, 이미 정당한 쟁의행위에 대해서는 사용자의 손해배상 청구를 제한함으로써 근로3권 보장을 위해 사용자의 재판청구권을 제한하고 있다는 점, 재판청구권에 대한 침해를 최소화하고자 별도의 행정적 구제절차를 마련한다는 점에서 그 제한이 충분히 받아들여 질 수 있을 것이다.

Ⅳ. 결론

현행 부당노동행위제도는 사용자의 부당노동행위 대해서만 규정하고 있다. 이는 입법 연혁 측면에서 사용자와 근로자의 투쟁적 관계와 정부 주도의 고용관계, 단수노조와 같은 단순한 고용형태를 특징으로 하는 20세기 한국의 고용관계 상황을 반영한 결과이다. 부당노동행위제도의 법적 성질 역시 그 연장선에서 사용자의 근로3권 침해행위로부터 근로자와 노동조합을 보호하는 것으로 여겨져 왔고, 그 법적 지위는 근로3권 보장을 위한 입법적 배려이자 여러 구제 수단 중 하나에 불과한 것으로 해석되었다.

---

16) 송강직, “쟁의행위와 손해배상”, 「동아법학」 64호, 2014, 88쪽 참조.

17) 이에 대해 노동조합의 정당한 쟁의행위에 대해서는 손해배상 청구가 제한되며(노조법 제3조). 제시한 사례들은 불법적 쟁의행위에 대한 손해배상청구라는 비판이 가능하다. 그러나 법원에 의해 정당한 쟁의행위의 범위가 매우 좁게 해석되고 있는 상황에서, 사용자가 노동조합이 특정 근로자에게 언급한 사례와 같은 손해배상을 청구하는 것이 정의와 형평의 관점에서 바람직한 모습인지 의문을 지울 수 없다.

그러나 1997년 외한위기를 기점으로 한국의 고용관계는 이전과 비교할 수 없는 변화를 겪게 되었다. 비전형근로 형태가 증가하여 근로자 간의 이해관계 차이가 심화되었고, 2011년 복수노조가 전면 허용되면서 노동조합 간의 경쟁이 심화되었다. 특히 노동조합 간의 근로3권 침해 양상이 발생하여 노동조합의 부당노동행위를 신설할 필요성이 커졌다.

노동조합 간의 부당노동행위를 신설하는 경우 부당노동행위제도의 법적 성질을 어떻게 이해할지가 문제 되는데, 그 법적 성질에서는 근로3권의 침해 주체를 사용자에서 노동조합으로 확장하는 것이 헌법 제33조의 해석상 충분히 가능하다고 보았다. 사용자에 대한 노동조합의 부당노동행위 신설에 대해서는 사용자의 교섭력을 지나치게 보장하여 근로3권을 침해할 여지가 크다고 볼 수 있으나, 정당하지 않은 쟁의행위의 민사상 손해배상을 넓게 제한하고 부당노동행위를 신설할 경우 오히려 근로3권을 실질적으로 보장할 수 있을 것이라고 생각된다.

참 고 문 헌

단행본

- 김형배/박지순, 노동법 강의(제7판), 신조사, 2018.

학술 논문

- 김영문/남상간, “복수노조와 부당노동행위”, 「법학연구」 47권, 2016.
- 김희성/최홍기, “부당노동행위 처벌조항의 입법사 및 비교법적 고찰 - 부당노동행위 처벌조항의 한계 및 문제점을 중심으로”, 「노동법논총」 46집, 2019.
- 이상윤, “근로3권과 부당노동행위(부당노동행위구제제도의 헌법상 지위)”, 「노동법학」 7호, 1997.
- 송강직, “쟁의행위와 손해배상”, 「동아법학」 64호, 2014.

보고서

- 이광택/박승두, “노동법 제정 60년 평가와 과제, 노·사·정의 역할”,「노동법 제정 60년 평가와 발전과제, 2013.
- 이승욱, “복수노조 체제하의 부당노동행위 사례 연구”, 고용노동부, 2008.
- 최영기/이장원. “‘87년 이후 20년 노동체제의 평가와 미래구상”, 한국노동연구원, 2008.

판례

- 대법원 1992.5.22. 선고 91다22100 판결.

웹페이지

- "금속노조 유성기업지회의 집단폭행 사건과 최근 민주노총 조합원의 불법점거에 대한 경영계의 입장", 한국경영자총협회, n.d. 수정, 2019년11월01일 접속, http://www.kefplaza.com/.
- "전국 노동조합 조직현황", 국가지표체계, n.d. 수정, 2019년11월05일 접속, http://www.index.go.kr/.

【초록】

현행 한국의 부당노동행위제도에서는 사용자만이 부당노동행위의 주체가 된다는 특색을 가지고 있다. 이에 대해 노동조합의 부당노동행위의 도입을 입법 연혁, 법적 성질, 법적 지위 측면에서 검토하였다. 입법 연혁 측면에서 사용자만이 부당노동행위의 주체가 된 것은 사용자와 노동조합을 중심으로 형성된 20세기 한국의 전통적 고용관계와 정부주도 고용정책, 단순한 근로형태가 법률에 반영된 결과였다. 법적 성질 측면에서 부당노동행위제도는 사용자에 비해 월등한 힘의 열세에 있는 노동조합의 권리를 두텁게 보장한다는 목적이 발현된 결과였으며, 그 법적 지위는 결코 다른 사법적 구제 수단에 우선하지는 않았다.

그러나 외환위기 이후 비(非)전형근로 증가로 고용 관계가 급격히 변화하였고, 2011년 복수노조가 허용되며 21세기 한국의 고용관계가 재편되어 노동조합에 의한 근로3권 침해 양상이 등장하였다. 이에 따라 본 논문에서는 노동조합의 부당노동행위 제도의 도입을 고려해 보는 것이 적절하다고 판단하였다. 또한 법적 성질 측면에서 헌법 제33조의 해석상 부당노동행위의 주체를 사용자로 한정할 이유는 없으며, 나아가 노동조합의 부당노동행위 도입이 쟁의행위에 대한 사용자의 손해배상청구와 같은 실질적 근로3권 침해 행위를 해결할 대안이 될 수 있다고 보았다.

주제어 : 부당노동행위, 근로3권, 복수노조, 쟁의행위, 손해배상

【Abstract】

Under the current system of unfair labor practices in Korea, only the users become the principal agents of unfair labor practices. In response, the introduction of unfair labor practices by labor unions was reviewed in terms of legislative history, legal nature and legal status. In terms of legislative history, only the users became the principal agents of unfair labor practices, as a result of government-led employment policies and Korea's traditional employment relations in the 20th century which were formed around users and labor unions. In terms of legal nature, unfair labor practices were the result of the state purpose of ensuring the rights of labor unions, which are inferior to their users. And in the legal status, relief procedure of unfair labor practices never took priority to other judicial remedies.

However, the employment relationship changed drastically due to the increase of non-full-time workers after the financial crisis in 1997, and the employment relationship of Korea in the 21st century was reorganized, resulting in the violation of the labor rights by labor unions. Thus, it was appropriate to consider the introduction of an unfair labor practice system by labor unions. It also noted that there is no reason to limit the users to the principal agents of unfair labor practices in the interpretation of Article 33 of the Constitution in terms of legal nature. And the introduction of unfair labor practices by labor unions could be an alternative to solving actual labor rights violations, such as the user's compensation claim for strike damages.

Key words : Unfair labor practices, Three basic labor rights, Plural labor unions, Strike, Compensation

고려대학교 자전법학회
제85차 세미나

법규범의 불완전성 정리

-괴델의 제1불완전성 정리에 기초한 켈젠 순수법학의 비판적 고찰-

자유전공학부 정치외교학과
최 동 혁

I. 서론

II. 제(諸) 개념의 정리
1. 이데올로기
2. 술어 논리

III. 켈젠의 순수법학
1. 법과 자연
2. 법과 도덕
3. 법의 개념과 법명제 이론
4. 법이론의 이원주의와 이원주의의 극복
5. 법질서와 법질서의 단계구조

IV. 이론적 토대로서의 불완전성 정리
1. 수학철학 개요
2. 괴델의 제1불완전성 정리

V. 법실증주의 법규범의 불완전성 정리
1. 적용
2. 한계

VI. 결론

Ⅰ. 서론

법과 도덕의 관계에 관한 질문은 법철학의 논의에 있어서 가장 오래된 질문이라고 하여도 과언이 아니다. 법과 도덕의 관계에 관한 주제는 “과연 악법도 법인가”라는 질문부터 시작하여 “법이 도덕적이어야 한다는 요청이 이데올로기적 자의성으로부터 자유로울 수 있는가”라는 질문까지 광범위한 논의를 도출해낼 수 있다.

법과 도덕의 관계는 크게 두 가지 법철학적 견해 대립으로 파악되곤 한다. 첫째, 자연법론자들은 법에 대한 도덕의 우위를 주장하며 도덕으로부터 법이 도출된다는 입장을 견지하는 부류이다. 자연법론은 위대한 법철학자 구스타프 라드부르흐(Gustav Radbruch)가 그의 저서 “법률적인 불법과 초법률적인 법”에서 강조했다시피 그 의의가 현대에 와서도 지속되고 있으며, 특히 인권의 정당성을 논증하기 위한 수단으로 종종 활용되기도 한다. 그러나 자연법론자들의 경우 선(先)실정적이고 초(初)실정적인 법이념인 자연법을 실정법에 앞세워 지나치게 강조한 탓에 신(神)과 이성의 이름으로 법의 자의적 적용을 정당화하는 결과를 낳았다.[1)]

둘째, 법실증주의자들은 반대로 법이 도덕에 비해 우월하며, 도덕과 법 사이에는 필연적인 관계가 성립하지 않는다고 본다.[2)] 법실증주의는 국회의 입법권을 존중하여 가능한 한 법을 인식하기만 할 뿐, 법의 정당성을 도덕적으로 평가하지는 않는다. 따라서 법실증주의는 정치적 이데올로기 및 권력자의 자의적 법적용을 최대한 배제할 수 있다는 점에서 의의를 가진다. 그러나 법실증주의는 자칫 제2차 세계대전을 발발시킨 원인으로 지목되는 나치의 정권 획득을 정당화 할 여지가 있는 등 법률의 체계 내부에서는 해결할 수 없는 중대한 문제가 발생할 경우 사안을 그대로 방치해야 한다는 비판이 제기될 수 있다. 이러한 측면에서 자연법론과 법실증주의는 두 견해 모두 학문적 비판으로부터 자유로울 수 없는 내재적인 한계를 가지고 있다.

본 논문은 한스 켈젠(Hans Kelsen)의 법실증주의적 사상이 가장 잘 드러나는 『순수법학(*Reine Rechtslehre*)』을 통해 법실증주의가 가지는 의의와 한계를 검토하고, 수학철학계에서 공리계의 불완전성을 증명하기 위해 자주 언급되는 괴델의 제1불완전성 정리를 기초로 켈젠의 순수법학에 대한 비판적 고찰을 시도한다. 본 논문이 법학계에서 흔히 관찰되지 않는 다소 특이한 연구방법론을 사용하여 켈젠의 순수법학을 재조명하려는 이유는 다른 어떠한 연구방법론을 통해서 켈젠의 법철학이 효과적으로 비판될 수 없기 때문이 아니라, 순수법학이 취하고 있는 순수성에 상응하는 연구방법론을 취하여 켈젠의 법철학을 신봉하는 법실증주의자들마저도 비판의 내용에 수긍할 수 있도록 하기 위함이다. 앞으로는 논문을 전반적으로 이해하는 데에 도움이 되는 몇 가지 개념들을 정리 한 후, 켈젠의 순수법학 중 1장부터 5장까지의 내용을 비판적으로 분석한 후, 괴델의 제1불완전성 정리를 순수법학 논의에 적용함으로써 어떠한 법철학적 함의가 도출될 수 있는지를 검토하고자 한다.

---

1) 자세한 내용은 박은정, 『자연법의 문제들』, 세창출판사, 2007 참고.

2) 나종석, 「정의와 법의 연관성에 대한 고찰(켈젠의 법실증주의적인 이론을 중심으로)」, 『동서철학연구』 제27호, 2003, p.147.

Ⅱ. 제(諸)개념의 정리

1. 이데올로기 (ideology)

켈젠의 순수법학의 주요한 목적은 모든 정치적 이데올로기로부터 벗어나 오직 법에 대한 순수성을 지켜내고자 함이기 때문에, 순수법학을 제대로 이해하기 위해서는 이데올로기 개념에 대한 이해가 선행되어야 한다. 이데올로기(ideology)란 -최소한 사회과학적 관점에서는- "정치행동이 기존의 권력관계를 유지, 변형 혹은 전복시키고자 하는 의도가 있든 없든 간에, 조직화된 정치행동에 하나의 토대를 제공해주는 다소 일관된 일련의 이념"이다. '이데올로기'라는 단어는 1796년에 프랑스의 철학자 데스튀트 드 트라시(Destutt de Tracy)에 의해 만들어졌는데, 그는 '이데올로기'라는 단어를 '관념학(science of ideas)'이라는 새로운 학문 분과를 의미하기 위한 용도로 사용하였다. 그러나 트라시의 바람과는 달리 '관념학'으로서의 이데올로기는 동물학이나 생물학과 같이 독립된 학문분과로서의 위상을 누리지 못하였을 뿐만 아니라, 오히려 세속적이고 부정적인 의미로 왜곡되어 사용되기도 하고 또 신조나 교의를 비판하기 위한 정치적 무기로서도 활용되었다.

이데올로기의 의미는 크게 세 가지로 설명할 수 있다. 첫째, 일반적으로 기존의 질서를 '세계관' 의 형태로 설명하고자 한다. 둘째, 바람직한 모델과 좋은 사회에 대한 비전을 제시한다. 셋째, 정치변화가 초래될 수 있거나 초래되어야 하는 상황이나 과정에 대해서 서술한다. 이데올로기는 언어적 체계로서 밀폐된 체계가 아니라 유동적인 이념이다.[3)]

2. 술어논리 (predicate logic)

술어논리의 개념은 괴델의 불완전성정리에 대한 이해와 더불어 이 정리를 순수법학에 적용할 때에 본질적인 연결고리로 작용하는 개념으로서 그에 대한 이해가 선행되어야 한다. 술어논리란 "연역 논증의 타당성이 단어와 명제의 배열에 의해 결정되는 논리체계로, 주어(개체 상항, 개체 변항), 술어, 양화사, 논리 연결사, 괄호로 이루어진다."[4)] 가령, "모든 인간은 존엄성을 갖는다."라는 명제를 술어논리는 다음과 같이 표현할 수 있다.

$$(\forall x)(Px \rightarrow Dx)$$

(단, ∀: 보편양화사, x: 개체 변항(individual variable), P: "~는 인간이다.", D: "~는 존엄성을 갖는다.", P,D: 술어(predicate))

이 외에도 ∃, ~, &, ∨, ()(괄호) 등의 기호가 사용된다.

술어 논리에는 다양한 종류가 존재한다. 보통 술어 논리라고 하면 1차 논리(first-order logic, FOL)를 의미하지만 경우에 따라서 2차 논리, 혹은 고차 논리 등을 의미하는 경우도 있다. 1차 논리는 앞에서 본 예와 같이 개체 상항이나 개체 변항 등의 주어에만 양화사를 붙이는 반면, 2차 및 고차 논리에서는 술어나 함수에도 양화사를 붙일 수 있다. 따라서 2차 논리는

3) 앤드류 헤이우드, 『정치학(현대정치의 이론과 실천)』, 성균관대학교 출판부, 2019, p.69.
4) 김희정·박은진, 『비판적 사고를 위한 논리』, 아카넷, 2015, p.544.

1차 논리의 확장형인 셈이다.

Ⅲ. 켈젠의 순수법학

1. 서설

한스 켈젠의 『순수법학*(Reine Rechtslehre)*』은 사실 제1판과 제2판으로 총 2권이 존재한다. 본 논문이 다루고 있는 책은 『순수법학』 제1판, 그 중에서도 제1장(법과 자연)부터 제5장(법질서와 법질서의 단계구조)까지를 대상으로 하고 있으며, 그 이후의 장들인 제6장(해석), 제7장(법생성 방법), 제8장(법과 국가), 제9장(국가와 국제법)은 논의의 범주에서 제외한다.

『순수법학』 제1판은 체코 태생의 법철학자이자 정치철학자 한스 켈젠(Hans Kelsen)에 의해 1934년에 처음으로 출간되었다. 책의 부제가 '법학의 문제점에 대한 서론'인 만큼 책은 법학의 전반에 관해 뛰어난 통찰을 보여주고 있으며, 엄밀한 용어의 구별을 통해 다소 어려울 수 있는 주제를 명확히 풀어내는 매력을 가지고 있다. 실제로 1999년 미국 주간지 Time은 20세기를 대표하는 법학자로 켈젠을 지명할 정도로 켈젠의 명성과 위상은 대단하다.[5)]

앞으로 서술할 내용은 윤재왕 교수님께서 변역하신 한스 켈젠의 『순수법학』을 상당부분 인용하였음을 앞서 언급한다.

2. 내용

(1) 법과 자연 (Recht und Natur)

제1장에서 켈젠은 순수법학이 엄밀하게 법으로 규정되는 않는 모든 대상들을 법에 대한 인식에서 배제하고자 한다고 설명하며 순수법학을 말 그대로 순수한 학문이라고 지칭하는 이유를 제시한다.[6)] 특히 가장 기본적으로 법은 규범에 관한 학문으로 사실을 연구하는 자연과학과는 구분되며, 인간의 행위 자체를 연구하는 사회과학과도 구별된다고 설명한다.

켈젠은 통상 우리가 법이라고 부르는 사안을 분석해보면 크게 두 가지로 구분할 수 있다고 주장한다. 하나는 "시간과 공간 속에서 발생하고, 감각을 통해 지각할 수 있는 '행위(Akt)'"로서, 이는 대게 인간의 행동에 해당하는 어떤 외적 현상일 뿐이다. 다른 하나는 그러한 "사실에 내재하고 있다고 여겨지거나 거기에 붙어있는 의미, 즉 '특수한 의미'"이다. 바로 순수법학은 이렇게 통상 법으로 불리는 두 가지 분류 중에서도 후자, 즉 행위 자체가 아니라 행위가 가지는 특수한 법적 의미를 대상으로 한다.[7)]

켈젠은 행위와 그 법적 의미, 혹은 행위와 규범 사이의 관계를 다음과 같이 보았다. 첫째, 항상 어떠한 인간의 '행위'로부터 특수한 법적 의미를 찾아내는 것이 쉬운 것은 아니지만, 켈젠에 따르면 사회적 행위는 자기해석(Selbstdeutung), 곧 그 사회적 행위가 어떤 의미를 지니는지에 대한 설명을 수반한다. 가령 민법상 법률행위란 하나 또는 두 개 이상의 의사표시를 요체로 하는 법률요건이며, 의사표시란 법률효과를 발생시키고자 하는 의사를 외부에 표시하

5) 한스 켈젠, 『순수법학』, 박영사, 2018, p.181.
6) 한스 켈젠, 전게서, p.17 이하.
7) 한스 켈젠, 전게서, pp.18-19.

는 것이므로, 법률행위는 행위자 스스로의 자기해석에 의해 법적 의미를 가지게 된다. 둘째, 켈젠은 사실로서의 법적 행위와 규범 사이에는 상호작용성이 있다고 주장한다. 즉 그에 따르면 규범은 법적 행위를 통해 만들어지고, 이 법적 행위는 다른 규범으로부터 의미를 획득한다. 이 점에서 규범은 행위의 '해석도식(Deutungsschema)'으로서 작용한다. 마지막으로 켈젠은 행위와 규범의 엄밀한 구분을 통해 법사회학과 순수법학이 추구해야 할 연구의 방향이 엄연히 다름을 강조하였다. 왜냐하면 켈젠의 입장에서 법사회학은 법적 행위를 사실 간의 인과관계라는 관점에서 연구하는 학문인 반면 법사회학적 인식이 특수한 의미내용으로서의 법규범과는 관계가 전혀 없기 때문이다.

(2) 법과 도덕 (Recht und Moral)

서론에서도 밝혔다시피 법과 도덕의 관계는 법철학의 주요 테제 중 하나이다. 켈젠은 이러한 법과 도덕의 관계에 대해 둘이 매우 엄밀히 구분될 것을 요구한다.[8] 하지만 켈젠은 그가 법이 도덕적이어야 한다는 요청을 거부하는 것은 아니라고 주장한다. 그의 주장에 따르면 "순수법학이 거부하는 것은 단지 법 자체가 도덕의 구성성분이라는 견해, 즉 모든 법이 법으로서 어떤 의미에서든 어느 정도는 도덕적이라는 견해"일 따름이다.[9]

법과 정의의 관계를 규정함에 있어서 켈젠은 정의를 바라보는 두 가지 관점에 입각하여 관계를 파악한다. 첫째로 만약 정의가 단지 실정적인 합법성이라는 의미로 사용되는 경우, 정의/부정의의 판단은 단지 사안이 규범에 합치하는지의 상대적 가치만을 표현할 뿐이다. 따라서 '정의롭다(gerecht)'와 '합법적이다(recht)'는 동의어일 뿐이다. 정의에 대한 이러한 형식적·상대적 관점은 켈젠의 순수법학이 추구하는 노선과 일맥상통하며, 이는 나중에 논문의 후반부에서 켈젠의 순수법학을 비판하기 위한 중요한 사실로 활용될 것이다.

둘째, 만약 정의가 본래적 의미의 '정의', 즉 절대적 가치를 가지는 정의로 이해된다면, 이러한 정의는 순수법학을 통해 규정될 수 없다. 왜냐하면 역사가 증명하듯 인간은 결코 합리적 인식을 통해 정의를 이해하는 수준에 도달할 수 없으며, 그러한 정의는 "모든 경험을 넘어선 피안의 영역"[10]에 있기 때문이다. 심지어 켈젠은 정의가 비합리적인 이상일 뿐이며, 따라서 법을 정의롭게 만들려는 노력은 자연법론의 특징인 이데올로기적 경향을 더욱 강화하게 될 뿐이라고 주장한다. 이로써 켈젠은 스스로가 상대주의자임을 강력하게 표명하고 있다.

순수법학을 심지어 정의라는 이념으로부터도 분리시키고자 하는 켈젠의 의도는 순수법학의 목적이 모든 이데올로기로부터 벗어나 오직 법에 관한 학문이 되고자 하기 때문이다. 이러한 순수법학의 반이데올로기적, 반자연법적 경향은 책의 전반에 걸쳐 반복하여 등장하는 저자의 주요 논지이다.

(3) 법의 개념과 법명제 이론 (Der Begriff des Rechts und die Lehre vom Rechtssatz)

켈젠은 법의 개념을 이해함에 있어서도 법규범과 도덕규범의 성질적 차이를 강조한다.[11] 즉, 도덕규범은 그저 어떤 행위의 작위 혹은 부작위 의무라는 내용을 지닌 '명령(Imperativ)'에 불과하다면 '조건이 되는 사실과 이 조건에 따른 결과 사이의 특수한 연결 관계로서의 가설적 판단'으로 이해한다. 이러한 법규범의 기본적 형식을 통해 법규범은 '법명제(Rechtssatz)'가 된

8) 한스 켈젠, 전게서, p.29 이하.
9) 한스 켈젠, 전게서, pp.29-30.
10) 한스 켈젠, 전게서, p.31.
11) 한스 켈젠, 전게서, p.39 이하.

다.[12]

법 명제는 크게 ① 법적 조건과 ② 법적 결과(또는 이른바 불법 결과), 그리고 ③ 이 둘을 연결하는 결합관계로 이루어져있다. 자연법칙에서 사실들의 연결방식이 인과관계라면, 법적 법칙의 경우에는 '귀속(Zurechung)'이다. 자연법칙에서 인과법칙의 표현은 필연(Müssen)인 반면, 법적 법칙에서 '귀속'의 표현은 당위(Sollen)이다. '마땅히'라는 당위의 표현은 법의 개념범주로서, 법 명제를 통해서 법적 조건과 법적 결과가 상호결합하게 되는 특수한 의미를 뜻할 따름이다. 따라서 당위라는 법의 개념 범주는 순전히 형식적 성격만을 갖는다.

켈젠은 이와 같은 법 개념에 기반하여 위법성과 합법성, 그리고 불법을 정의한다. ① 첫째, 위법성이란 강제행위의 조건이 되는 행동을 의미한다. ② 둘째, 합법성이란 강제행위를 피하는 행동을 뜻한다. ③ 셋째, 불법이란 법명제에 결과로 규정되어 있는 강제행위가 지향하고 있는 인간의 특정한 행동을 지칭한다. 이와 같이 위법과 합법, 불법을 판단함에 있어서 순수법학은 어떠한 도덕적 기준도 사용하지 않고 오직 이들을 법명제의 법률요건을 이루는 하나의 구성부분으로 볼 뿐이다.

혹자는 켈젠이 제시한 순수법학 자체가 이데올로기로부터 법을 분리시키기 위하여 순수성을 엄밀히 정의하고 법개념을 형식적으로 파악하였지만 궁극적으로는 법 자체가 하나의 이데올로기가 아닌가 하고 반문할 수도 있다. 이에 대해 켈젠은 다음과 같이 설명한다.

"실정법을 사실상의 사건의 실재와는 구별되는 규범적 질서로 파악하고, 사실상의 사건이 실정법에 부합해야한다고 주장하는 것이 곧 법이라고 파악한다면, 법은 '이데올로기'의 속성을 갖고 있다고 볼 수 있다. 이에 반해 예컨대 자연법, 정의개념과 같이 실정법이 부합해야 한다고 주장하는 '상위의' 질서와 비교해서 실정법을 고찰하면, 실정법은 '현실적인', 즉 존재하는 법으로 여겨지고, 자연법이나 정의가 이데올로기가 된다. (...) 실정법보다 더 상위에 있는 질서가 효력을 가질 가능성은 순수법학에게는 전혀 논의의 대상이 되지 못한다."[13]

즉, 켈젠은 분명 법의 이데올로기적 속성을 부분적으로 인정하지만, 법 위에 도덕이나 종교와 같은 상위 규범성을 인정하지 않으려는 목적에서 그 어떤 것이 이데올로기가 된다면 그것은 다른 것이 아닌 법 그 자체여야 함을 주장하고 있다. 이러한 측면에서 순수법학은 순수한 법실증주의 이론이다.

---

12) 모든 법규범이 이러한 형식에 따르며 따라서 기호를 통해 그 관계가 표현될 수 있음은 추후에 켈젠의 순수법학을 괴델의 불완전성 정리를 통해 증명해내기 위한 필수적인 요소이다. 더욱 구체화하자면, 모든 법규범은 다음과 같은 다항 술어논리로 형식화될 수 있다.

Z(b,w) (단, Z: 귀속(Zurechung), b: 요건(Bedingung), w: 효과(Wirkung))

그런데 이러한 다항 술어논리에서 Z의 다항변수를 하나의 벡터로 보고, 각각의 개체들을 괴델수(괴델수의 정의에 관하여는 본 논문 제Ⅳ장 참고)로 만들어서 양의 정수에 하나씩 대응시키는 방안을 생각해볼 수 있다.

즉, f: (g(b),g(w)) → Z+, f는 단사함수(injective fuction). (가령, h(x,y)= $\sum_{k=0}^{x+y-2} k+y$, x=g(b), y=g(w))

그러면 Z(b.w)를 단순히 Z(n) (단, n은 양의 정수)으로 단순화하여 사고할 수 있는 지평이 열린다.

13) 한스 켈진, 전게서, p.58.

(4) 법이론의 이원주의와 이원주의의 극복 (Der Dualismus der Rechtslehre und seine Überwindung)

법이론에 있어서의 '이원주의(Dualismus)'란 법을 객관적 법과 주관적 법의 양 측면으로 분할하는 일반법학(Allegemeine Rechtslehre)의 견해를 의미한다.[14] 객관적 법이란 순수법학이 연구하고자 하는 대상이 되는 법인 반면, 주관적 법은 권리를 의미하며, 특히 자연법에 입각하여 인정되는 인간의 자연권 내지는 인권 정도로 해석된다. 가령 로크가 제시하는 생명, 자유, 재산에 관한 자연권은 본래적 의미의 이념들로서, 자유주의적 정치이데올로기를 표방하고 있다. 반면 가령 헌법상 보호되는 자유나 평등의 가치는 본래적 의미로서의 자유나 평등이 아니며, 이 때의 자유와 평등은 매우 제한된 의미를 가지고 있다.

권리와 마찬가지로 순수법학은 일반법학이 제시하는 '권리주체(Rechtssubjekt)' 내지는 '인격(Person)'이라는 개념을 순수법학의 체계 내에서 인정하려고 하지 않는다. 여기에는 자연인에 해당하는 물리적 인격과, 법인에 해당하는 법적 인격이 모두 포함된다. 이 때 인격이라고 함은 "다수의 법의무와 다수의 권한을 하나로 묶어 인격화한 통일성의 표현"일 뿐이므로,[15] 순수법학에서는 굳이 이러한 인격 개념을 유지·존속하여야 할 하등의 이유가 없다. 즉, 순수법학에서 인격이라는 개념은 무시될 수 있는 개념이다. 다만 인격 개념을 해체하는 대신 해체의 결과로 개별적으로 성립하는 인간의 행위들은 개별·혹은 집합적으로 법적인 의미를 갖게 된다.

일반법학의 주관적 법(권리)과 인격이라는 개념에 맞서 순수법학은 다음 두 가지에 각각 초점을 맞춘다. 첫째로 순수법학은 주관적 법이나 권리가 아닌 '법의무(Rechtsflicht)'라는 개념을 법질서 등 강제질서에서의 본질적 기능으로 파악한다. 순수법학이 이해하는 법의무란 "한 사람이 특정한 행동에 반대되는 행동을 할 경우, 이 행동이 법규범에 불법 결과로서의 강제행위의 조건으로 규정되어 있다면, 그 사람이 법적으로 이 특정한 행동을 해야 할 의무"이다.[16] 둘째로 인격의 해체에 대하여는 '중심적 귀속'의 개념을 통해 법규범이 사실과 법질서의 통일성을 맺는 관계로도 사용될 수 있음을 제시하여 문제를 해결하였다. 쉽게 말해 순수법학은 '중심적 귀속'이라는 개념을 사용하여 법적 인격의 의무와 권리가 언제나 개인의 의무와 권리로 환원되면서도 법명제 이론의 타당성을 유지하고자 하였다.

(5) 법질서와 법질서의 단계구조

'법질서'로서의 법은 법규범들의 체계로서, 법질서가 중시하는 가치는 다수의 법규범들 간의 통일성이다.[17] '근본규범(Grundnorm)'은 이러한 법규범들 사이의 통일성을 창설하기 위하여 켈젠이 법체계 내로 도입한 최고규범 내지는 공리 정도로 해석된다. 저서에 따르면 "근본규범은 최초의 입법자의 행위 및 이 입법자의 행위에 기초하는 법질서의 다른 모든 행위에 대해 당위의 의미, 즉 법명제를 통해 법적 조건이 법적 결과와 연결되는 특수한 의미를 부여한다."[18] 따라서 법질서를 구성하는 모든 사실들, 가령 구성요건이나 요건사실, 법률효과 등이 갖는 규범적 의미는 궁극적으로 근본규범에 근거한다.

---

14) 한스 켈젠, 전게서, p.61 이하.
15) 한스 켈젠, 전게서, p.73.
16) 한스 켈젠, 전게서, p.69. 이 외에도 순수법학은 법규범을 권한(Berechtigung)으로서 보기도 하고, 법생성에 대한 참여로서 보기도 한다.
17) 한스 켈젠, 전게서, p.85 이하.
18) 한스 켈젠, 전게서, p.89.

Ⅳ. 이론적 토대로서의 불완전성 정리

1. 수학철학 개요

괴델의 불완전성 정리가 무엇인지, 이 정리가 켈젠의 순수법학을 비판함에 있어서 어떠한 역할을 하는지를 알기 위해서는 수학철학에 대한 기본적인 배경지식이 선행되어야 한다. 여기에서는 플라톤주의와 직관주의를 간단히만 살펴보고, 힐베르트의 형식주의를 중심으로 형식주의가 무엇인지, 형식주의와 켈젠의 순수법학의 유사성을 파악해봄으로써 괴델의 불완전성 정리의 적용 가능성을 검토하고자 한다. 다음 수학철학의 개요에 대한 내용은 장우석의 『수학, 철학에 미치다』에서 상당 부분을 인용하여 정리한 것이고[19] 별도의 각주가 달려있는 부분은 그 각주의 문헌에서 인용한 것임을 미리 일러둔다.

우선 플라톤주의는 이데아(idea)와 같은 객관세계가 실재(實在)하여 수학의 진리를 보장한다고 주장한다.[20] 플라톤주의는 물리적인 세계와는 확연히 구분되는 수학적 대상들, 가령 숫자나 무한집합 등이 진리로서 객관적으로 존재한다고 믿는다. 따라서 플라톤주의는 마치 광물을 발굴하듯이 실재하는 수학적 진리를 발견하고자 하는 태도를 취한다.

반면 직관주의는 이데아와 같은 형이상학적인 세계가 아닌 인간 직관 그 자체가 수학의 진리를 보장한다고 주장한다.[21] 수학적 직관주의의 가장 대표적인 학자로 손꼽히는 브로우베르는 인간이 수학적 진리를 구성해나간다고 주장한다. 그에 따르면 '수학'은 객관적인 진리를 발견하는 '학문'이라기보다는 그저 인간의 '행위'이다. 이러한 브로우베르의 사상은 인간이 진리를 구성해나가는 주체라고 보았던 칸트의 철학[주관주의]을 배경으로 하고 있다.

힐베르트의 형식주의(formalism)는 플라톤주의로 대표되는 이성주의와 브로우베르의 직관주의를 비판적으로 종합하는 관점으로 평가된다.[22] 힐베르트는 수학의 본질을 전제로부터 결론을 유도해내는 과정에서 찾아내었다. 즉 그에게 있어서 수학은 오로지 증명 과정의 논리적·형식적 정당성만을 탐구한다. 20세기 초 플라톤주의자들에게 불변의 헌법 내지는 진리로 받아들여졌던 '무한집합론'은 형식주의자들에게 선택할 수도 있고 선택하지 않을 수도 있는 인간의 규칙으로 평가되었다.

힐베르트는 더 나아가 수학의 전제가 가져야 할 바람직한 조건으로 이 두 가지를 제시했다. 즉, 수학은 ⅰ) 모순을 품고 있어서는 안 되며, ⅱ) (유한 번의 단계를 거쳐서) 모든 명제의 참·거짓을 가려줄 수 있어야 한다. 힐베르트가 제시한 위의 기준도 한스 켈젠이 제시한 이론과 비슷하다. 즉, 켈젠에게 있어서 법률의 정당성은 제정성 내지는 합법성을 의미한다는 전제 하에, 모든 법률은 근본 규범으로 연결되어 통일성을 유지해야 한다. 따라서 ⅰ') 모든 법규범은 (근본규범을 중심으로) 통일성이 있어야 하며, ⅱ') (유한 번의 단계를 거쳐서) 모든 법규범의 정당성 있음이 인식 될 수 있어야 한다.

이렇게 힐베르트와 켈젠의 주장이 형식적으로 매우 유사한 구조를 취하고 있다는 점과 더불어 힐베르트의 기획이 괴델의 불완전성정리에 의해 무리한 것이었음이 증명된 점은 켈젠의 순수법학에 대하여도 유사한 방법론을 통하여 비판을 제기할 수 있음을 시사한다.

---

19) 장우석, 『수학, 철학에 미치다』, 페퍼민트, 2015 참조.
20) 장우석, 전게서, p.28 이하.
21) 장우석, 전게서, p.168 이하.
22) 장우석, 전게서, p.178 이하.

2. 괴델의 제1불완전성 정리

(1) 정리의 내용

1) 전제

언어 L 은 다음과 같은 것들을 가지고 있는 구조이다.

(1) L 은 E 라는 집합을 가지는데 E 는 expression (식) 들의 집합을 말한다.

(2) E 는 S 라는 부분 집합을 포함하는데 S 는 sentence (문장) 들의 집합을 말한다.

(3) S 는 Ps 라는 부분 집합을 포함하는데 Ps 는 증명 가능한 문장들의 집합을 말한다.

(4) S 는 또한 R 이라는 부분 집합을 포함하는데 R 은 반박 가능한 문장들의 집합을 말한다.

(5) E 는 H 라는 부분 집합을 포함하는데 H 는 predicate (서술어) 들의 집합을 말한다.

(6) L 은 다음과 같은 함수 phi 를 가진다: E 안에 있는 모든 원소 e 와 모든 양의 정수 n 에 대해서 phi(e, n)은 하나의 expression 이 되며, 만일 e 가 predicate 인 경우는 phi(e, n) 은 하나의 sentence 가 된다. phi(e, n) 은 e(n) 이라 표현한다.

(7) L 은 T라는 집합을 가지는데 T는 참인 문장들의 집합이다.

2) 정의

[정의 1] 만일 어떤 서술어 h 가 있고 양의 정수 n 이 있는데 h(n) 이 참인 문장이라면 "서술어 h 가 양의 정수 n 에 대해 참이다" 혹은 "양의 정수 n 이 서술어 h 를 만족한다" 라고 말한다.

[정의 2] 어떤 서술어 h 가 있을 때 "h 에 의해 표현되는 집합" 이라는 것은 h 를 만족하는 모든 양의 정수들의 집합을 말한다.

만일 A 가 임의의 양의 정수들의 집합일 때, h 가 A 를 표현한다는 것은 다음 조건을 만족한다는 것이다.

: 모든 양의 정수 n 에 대해 "h(n) 이 참이다 <----> n 은 A 의 원소이다"

[정의 3] 어떤 양의 정수들의 집합 A 가 "L 안에서 표현되어 질 수 있다" 혹은 "L 안에서 이름 붙여 질 수 있다" 는 말은 A 가 L 안의 어떤 predicate 에 의해 표현된다는 것이다.

[정의 4] L 이 correct 하다 (맞다) 는 것은 모든 증명 가능한 문장들이 참이고, 모든 반박 가능한 문장들이 거짓이라는 것을 말한다.

[정의 5] 함수 g 는 모든 expression e 에 대해서 g(e) 가 어떤 하나의 양의 정수가 되게 대응 시키며 임의의 두 개의 다른 expression 들은 각각 다른 양의 정수들로 대응이 된다. g(e) 는 e 의 괴델수라고 부른다.

괴델수가 n 인 expression 을 En 이라고 놓는다. 즉 g(En) = n 이 된다.

[정의 6] En, 즉 괴델수가 n 인 expression 이 있을 때 phi(En, n), 다시 말하면 En(n) 을 En 의 대각화라고 부른다.

임의의 양의 정수 n 에 대해 d(n) 은 phi(En, n) 의 괴델수를 말한다. 즉, d(n) 은 g(En(n)) 을 말한다.

임의의 양의 정수들의 집합 A 가 있을 때 A* 는 d(n) 이 A 에 속하는 그런 n 들의 집합을 말한다. 즉, n 이 A* 의 원소 <----> d(n) 은 A 의 원소 관계가 성립한다.

※ 임의의 양의 정수들의 집합 A 가 있을 때 Ac 는 A 에 속하지 않는 모든 양의 정수들의 집합을 말한다.

3) 내용

P를 모든 증명 가능한 문장들의 괴델수들의 집합이라 놓자. 만일 Pc* 가 L 에서 표현되어질 수 있고 L 이 correct 하다면 L 에는 참이지만 증명 불가능한 문장이 있다.

(2) 증명

괴델의 제1불완전성 정리의 증명과정을 여기에서 다루는 것은 본 논문의 목적이 아니므로 생략한다.[23] 괴델의 증명과정을 상세히 알지는 못하더라도 기초논리학 지식으로도 본 논문이 주장하고자 하는 법규범의 불완전성 정리를 이해할 수 있도록 기술해놓았다.

Ⅴ. 법실증주의 법규범의 불완전성 정리

1. 적용

(1) 정리의 내용

1) 전제

언어 S(Sprache)는 다음과 같은 것들을 가지고 있는 구조이다.

(1) S는 A라는 집합을 가지는데 **A는 표현(Ausdruck)**들의 집합을 말한다.

(2) A는 N이라는 부분 집합을 포함하는데 **N은 법규범(Rechtsnorm)**들의 집합을 말한다.

(3) N은 Vb라는 부분 집합을 포함하는데 **Vb는 정당성 있음이 통일성(Verbindlichkeit) 있게 인식될 수 있는 법규범**들의 집합을 말한다.

(4) N은 또한 K라는 부분 집합을 포함하는데 **K는 정당성 없음(keine Gerechtigkeit)이 통일성 있게 인식될 수 있는 법규범**들의 집합을 말한다.

(5) A는 Z라는 부분 집합을 포함하는데 **Z는 Zurechung(귀속)**들의 집합을 말한다.

(6) S는 다음과 같은 **함수 ϕ**를 가진다.

: A 안에 있는 모든 원소 a와 모든 양의 정수 n 에 대해서 ϕ(a, fn)은 하나의 표현(Ausdruck)이 되며, 만일 a가 귀속(Zurechung)인 경우는 ϕ(a, fn) 은 하나의 법규범

23) 자세한 증명과정은 George S. Boolos et al., "Computability and Logic", 5Ed, Cambridge, 2007, p.220 이하 참고.

(Rechtsnorm)이 된다. ϕ(a, fn)은 a(n) 이라 표현한다. **(단, fn은 귀속의 대상이 되는 구성요건, 요건사실, 법률효과 등의 사실(Factum)을 일렬로 세웠을 때 n번째 사실)**

(7) S는 R이라는 집합을 가지는데 **R은 정당성(Gerechtigkeit) 있는 법규범**들의 집합이다.

2) 정의

[정의 1] 만일 어떤 귀속 z가 있고 양의 정수 n 이 있는데 z(n)이 정당성 있는 법규범이라면 "귀속 z가 양의 정수 n에 대해 정당성 있다" 혹은 "양의 정수 n이 귀속 z를 만족한다."라고 말한다.

[정의 2] 어떤 귀속 z가 있을 때 "z에 의해 표현되는 집합"이라는 것은 z를 만족하는 모든 양의 정수들의 집합을 말한다.

만일 X가 임의의 양의 정수들의 집합일 때, z가 X를 표현한다는 것은 다음 조건을 만족한다는 것이다.

: 모든 양의 정수 n 에 대해 "z(n) 이 정당성 있다 <----> n 은 X의 원소이다"

[정의 3] 어떤 양의 정수들의 집합 X가 "S 안에서 표현될 수 있다" 혹은 "S 안에서 이름 붙여 질 수 있다"라는 말은 X가 S 안의 어떤 귀속에 의해 표현된다는 것이다.

[정의 4] "S가 stimmt하다(맞다)"라는 것은 정당성 있음이 통일성 있게 인식되는 모든 법규범들이 정당성 있고, 정당성 없음이 통일성 있게 인식되는 모든 법규범들이 정당성 없음을 말한다.

[정의 5] 함수 g 는 모든 표현(Ausdruck) a 에 대해서 g(a) 가 어떤 하나의 양의 정수가 되게 대응 시키며 임의의 두 개의 다른 표현들은 각각 다른 양의 정수들로 대응이 된다. g(a) 는 a의 괴델수라고 부른다.

괴델수가 n인 표현을 An 이라고 놓는다. 즉 g(An) = n 이 된다.

[정의 6] An, 즉 괴델수가 n 인 표현이 있을 때 ϕ(An, fn), 다시 말하면 An(n) 을 An 의 대각화라고 부른다.

임의의 양의 정수 n 에 대해 d(n) 은 ϕ(An, fn) 의 괴델수를 말한다. 즉, d(n) 은 g(An(n)) 을 말한다.

임의의 양의 정수들의 집합 A가 있을 때 A*는 d(n)이 A에 속하는 그런 n들의 집합을 말한다. 즉, n이 A*의 원소 <----> d(n)은 A의 원소 관계가 성립한다.

※ 임의의 양의 정수들의 집합 A 가 있을 때 Ac 는 A에 속하지 않는 모든 양의 정수들의 집합을 말한다.

3) 내용

B를 정당성 있음이 통일성 있게 인식될 수 있는 모든 법규범들의 괴델수들의 집합이라 놓자. 만일 Bc*가 S에서 표현되어질 수 있고 S가 stimmt하다면 S에는 정당성이 있지만 정당성 있음이 통일성 있게 인식될 수는 없는 법규범이 있다.

(2) 증명

[정의3]에 따라 Bc*는 S 안의 어떤 Zurechung(구속)에 의해 표현된다.
이러한 Zurechung을 Zr이라 하자.
(즉, 구속 Zr은 Bc*를 표현하고, S 안에 존재한다.)
이제 zr=g(Zr)이라 놓자.
그러면 [정의 2]에 따라, 모든 양의 정수 n에 대하여
“Zr(fn)이 정당성 있다 <---> n은 Bc*의 원소이다”가 성립한다.
그런데 zr은 양의 정수이므로
“Zr(fzr)이 정당성 있다 <---> zr은 Bc*의 원소이다”가 성립한다. --------[X]
또한 [정의 6]에 따라,
“zr이 Bc*의 원소이다 <---> d(zr)은 Bc의 원소이다”가 성립한다. --------[Y]
[X]와 [Y]에 따라,
“Zr(fzr)이 정당성 있다 <---> d(zr)은 Bc의 원소이다”가 성립한다.
따라서 다음 두 개 중 하나가 성립한다.
ⓐ Zr(zr)이 정당성 있고, d(zr)은 Bc의 원소이다.
또는
ⓑ Zr(zr)이 정당성 없고, d(zr)은 Bc의 원소가 아니다.

그런데 ⓑ는 모순이다. 왜냐하면 S가 stimmt하다고 했으므로 [정의 4]에 따라 Zr(zr)가 정당성 있다는 말은 곧 정당성 없음이 통일성 있게 인식될 수 없음을 의미하기 때문이다. Zr(zr)의 괴델수인 d(zr)이 Bc의 원소가 아니라는 말은 Zr(zr)의 정당성 있음이 통일성 있게 인식될 수 있음을 의미하므로, 이는 모순이다.
따라서 ⓐ는 참이며, 이에 따라 Zr(zr)은 정당성은 있으면서도 정당성 있음은 통일성 있게 인식될 수 없는 법규범이 된다.

2. 의의 및 한계

(1) 의의

내용적으로는 정당하지만 형식적으로는 그 정당성이 근본규범 및 상위 법규범으로부터 통일성 있게 인식될 수 없는 어떠한 법규범이 존재할 수밖에 없다는 위 결론은 켈젠이 시도한 순수법학이 결코 그 자체로 완전할 수 없음을 의미한다. 이는 곧 어떠한 법규범들을 정당화시키기 위해서는 결코 한정된 법체계 내에서 그 근거를 찾을 수 없으며, 도덕이나 정의와 같은 외부적 규범체계로부터 그 근거를 찾을 수밖에 없음을 의미한다. 이렇다면 순수법학은 그 자체로 완전하지 못할 뿐만 아니라 결코 완벽하게 순수할 수도 없다는 결론에 도달한다.

(2) 한계

본 논문은 한스 켈젠의 위대한 시도가 완전무결한 순수성을 가지는 것은 사실상 불가능한 일이었음을 논증하기 위해 그가 상정한 법체계가 1차 술어논리로 표현 가능함을 전제하였다. 그러나 만약 켈젠이 스스로 이러한 전제 자체- 즉 순수법학이 상정한 법체계가 1차 술어논리

로 표현될 수 있음을 부정한다면 괴델의 불완전성 정리는 적용이 될 수 없다. 켈젠이 제시한 법의 형식적인 체계가 1차 술어논리로 표현될 수 있는지를 파악하는 과정 자체가 이 논문의 성패를 좌우하는 핵심 논점이 될 것으로 예상되나, 이와 관련된 다양한 논쟁점들을 제시하지 못하였다는 부분이 이 논문의 한계로 다가온다.

Ⅵ. 결론

본 논문은 법실증주의의 대가인 한스 켈젠의 대표적인 저서 『순수법학』을 괴델의 제1불완전성 정리에 적용시킴으로써 켈젠의 시도가 성공하는 것이 불가능함을 수리·논리적으로 증명해내었다. 이를 위해서 가장 먼저 이데올로기와 술어논리의 개념을 간략히 살펴본 이후, 『순수법학』의 핵심을 담고 있는 제1장부터 제5장을 중심으로 순수법학의 내용을 재구성하였다. 그 이후 힐베르트의 형식주의가 일반적인 수학철학에서 지닌 지위를 파악하고 힐베르트의 공리체계가 순수법학이 취한 형식적 구조와 유사함을 확인함으로써 괴델의 제1불완전성 정리가 순수법학에도 적용될 수 있는 가능성을 검토하였다. 마지막으로 괴델의 제1불완전성의 전제와 정의, 내용에 대한 소개를 바탕으로 같은 논리를 순수법학이 상정한 법체계에 적용함으로써, 그러한 법체계 내에 정당하지만 정당성이 통일성 있게 인식될 수는 없는 법규범이 존재함을 증명해내었다.

우리나라에서는 오래 전부터 법 자체의 순수성이 법의 권위를 지켜주고, 나아가 법조인들의 고귀한 사회적 지위를 유지시켜준다고 여기는 사고방식이 존재해왔다. 그러나 2009년에 법학전문대학원 제도가 도입되면서부터 다양한 학문에 전문성을 가진 학부 졸업생들이 법률전문가로서 성장할 수 있는 기회가 열렸다. 법조인이 세심한 사고과정을 거치지 않고 이러저러한 논리를 일관성 없이 적용시키는 것에는 분명한 문제가 있지만, 반대로 여러 분야에서 발견된 지식이나 통용되는 논리를 설득력 있게 사건에 적용함으로써 법조인 스스로의 논지를 강화하거나 상대의 논지를 약화하는 방식은 오히려 적극 권장된다고 할 것이다. 더 나아가 실무뿐만 아니라 법학계에서도 법을 보다 비판적으로 바라볼 수 있는 상식적 준거에 대해 끊임없이 고민하는 자세는 법 자체를 있는 그대로 인식하여 설명하고 해석하려는 시도보다 권장되어야 한다. 그러한 맥락에서 우리 법학은 법의 내용을 형성하는 실질적인 근거가 되는 정치철학이나 윤리학, 논리학, 역사학 등과 끊임없이 소통하려는 자세를 가져야 한다. 우리나라에서도 미국의 CLS와 같이 법철학을 비판적·논리학적으로 재조명하려고 더욱 노력하여 순수법학이 어떤 논리체계 내에서 표현 가능한지에 관하여 보다 활발한 논의가 진행되었으면 하는 바람이다.

참 고 문 헌

김희정·박은진, 『비판적 사고를 위한 논리』, 아카넷, 2015.

나종석, 「정의와 법의 연관성에 대한 고찰(켈젠의 법실증주의적인 이론을 중심으로)」,
『동서철학연구』 제27호, 2003.

레베카 골드스타인, 『불완전성』, 승산, 2007.

박만엽, 『비트겐슈타인 수학철학』, 철학과 현실사, 2008.

박은정, 『자연법의 문제들』, 세창출판사, 2007.

안성조, 「괴델정리의 법이론적 함의」, 『서울대학교 법학』 제49권 제4호, 2008.

앤드류 헤이우드, 『정치학(현대정치의 이론과 실천)』, 성균관대학교 출판부, 2019

장우석, 『수학, 철학에 미치다』, 페퍼민트, 2015.

한스 켈젠, 『순수법학』, 박영사, 2018.

고려대학교 자전법학회
제86차 세미나

합리성의 재구성을 위한 방법론으로서 맥락추론의 의의

자유전공학부 경영학과
최 기 선

I. 서론

II. 맥락추론과 합리성의 재구성
1. 맥락추론
2. 합리성의 재구성
3. 사례 분석

III. 맥락추론에 대한 새로운 이해
1. 일반 법학방법론으로의 확장 가능성
2. 맥락추론 수행의 필요성

IV. 결론

Ⅰ. 서론

법적 판단의 많은 부분에 합리성이 개입되는데, 이는 사회통념, 경험칙 등으로 표현되는 법관의 판단의 근거가 되는 암묵적 규범을 포함하며, 법적 추론의 사실상 모든 부분에 작용한다. 법적 추론에서의 합리성은, 성찰되지 않을 때 법실천 주체의 신념과 가치관, 혹은 그에 영향을 미치는 사회의 지배적 가치를 그대로 반영할 위험성이 있다. 주어진 규범과 사안에 대해 가장 합당한 법적 결론을 내리는 것이 법적 추론의 목적이자 존재의의라고 할 때, 만약 기존의 지배적 합리성이 성찰되지 않음으로 인해 그러한 목적이 제대로 달성되지 못한다면 이를 어떻게 해결할 것인가 하는 문제는 법적 추론이 어떻게 수행되어야 하는지에 관한 연구에 있어서 중대한 과제가 아닐 수 없다. 이에 그 해결책으로 맥락추론을 제시하고자 한다.

이를 위해서는 우선 맥락추론이 무엇인지에 대해 살펴보아야 하며, 학문 내지 인식의 객관성과 관련하여 맥락추론이 근거하고 있는 인식적 기반에 대해 확인할 필요가 있다. 인식적 기반에 대해 이해할 때 맥락추론이란 무엇인가에 대해 더욱 깊이 이해할 수 있으며, 소외되었던 여성의 경험과 맥락을 중시하는 추론으로서 맥락추론이 법학방법론으로서 정당화되기 위해서는 그 객관성이 앞서 검토될 필요가 있기 때문이다. 또한 맥락추론이 재구성의 대상으로 삼는 합리성이란 무엇인지와 그 특성이 확인되어야 한다. 이를 통해 합리성이 법적 추론에서 갖는 중요성을 구체화하고 맥락추론의 수행이 갖는 의미와 의의를 명확히 하고자 한다. 그 후 실제 맥락추론이 어떻게 수행되고 있는지를 판례 등을 통해 살펴볼 것이다. 이를 바탕으로 맥락추론이 어떤 새로운 의의를 가질 수 있을지에 대해 추가적으로 살펴보고자 한다.

Ⅱ. 맥락추론과 합리성의 재구성

1. 맥락추론

(1) 법여성학방법론으로서 맥락추론

맥락추론은 법여성학방법론[1]의 하나로, 여성주의 실천적 추론으로서 여성의 경험을 인식론의 근거로 삼아 끊임없이 문제를 제기하고 문제의 맥락을 중시하는 법률추론을 말한다.[2] 맥락추론은 중첩하는 수많은 공동체가 있음을 전제로 한다는 점에서, 이성적이고 남성적인 보편적 인간들로 이루어진 균질한 사회를 전제로 하는 기존의 법률추론과 구별된다. 즉 지배문화에 의해 논거를 추론하는 것을 비판하고, 지배문화에 의해 대표되지 않는 견해를 확인하고자 한다.[3][4]

---

1) 주요한 법여성학방법론으로 의식향상, 이야기나누기, 여성문제 또는 배제 문제 제기, 맥락추론이 있다. 이에 대한 자세한 내용은, 전해정, “법학교육과 법여성학방법론”, 『한국여성학』 제22권 3호, 2006, 22-31p.

2) 전해정, “맥락추론과 여성의 역량강화”, 『한국여성철학』 제14권, 2010, 95-96p.

3) 위 논문, 94p.

4) 맥락추론은 아리스토텔레스가 주장한 실천적 인식을 기반으로 하는 실천적 추론의 하위 개념으로 이해된다. 그러나 폭넓은 의미로 이해되는 실천적 추론과 달리, 맥락추론은 인식의 주변적 위치에 존재해 온 여성의 경험과 그와 관련된 맥락을 충분히 고려하는 추론방식으로, 형식에 얽매이지 않고 다중적 관점을 고려한다는 의미에서의 실천적 추론과는 엄연히 구별되는 개념이다. 따라서 맥락추론을 ‘법률 충돌 등 여타 충돌이 일어나는 경우에 맥락추론은 복잡하게 뒤얽힌 인간적 상황들의 세세한 내용

이러한 맥락추론은 인식의 변화를 이끌어내고, 이 변화된 인식을 근거로 법적 관련성이라는 기존의 경계를 확장한다.[5] 예컨대, 과거 이혼재산분할 소송에 있어서 가사노동은 재산 분할 비율을 정함에 있어서 유의미한 사실로 파악되지 못했고, 이로 인해 가정 소득의 대부분을 남성의 경제활동에 의존해 생계를 이어가던 가정의 경우 가사노동을 담당한 여성의 재산형성 기여도는 낮게 평가될 수밖에 없었다. 그러나 이혼소송사건을 담당하는 법률가들이 당사자들의 주장을 새롭게 해석, 적용하면서 이혼재산분할 사건에 있어서 가사노동에 법적 관련성이 인정되게 되었고, 새롭게 인정된 가사노동의 가치를 근거로 하여 여성의 재산분할 비율이 상승했다.[6][7] 이러한 법적 관련성의 확장은 맥락추론을 통해 재구성되는 합리성에 기반한다.

(2) 맥락추론과 객관성

맥락추론은 인식의 객관성이란 무엇인가에 관한 문제와 깊은 관계를 갖는다. 이에 대해 알아보기 위해 객관성과 관련한 여성주의 인식론의 여러 입장들을 살펴볼 필요가 있다. 객관성에 대한 여성주의 인식론의 입장은 크게 세 가지로 나뉘며, 각각 여성주의 경험론, 포스트모더니즘, 입장론에 기반한다. (이하 세 가지 입장에 대한 설명은 김영희, “페미니즘과 학문의 객관성”, 『여성과 사회』, 1999, 185-213.에 강력히 의존하고 있다.)

첫번째, 객관주의적, 보편주의적 경향이 있다. 이러한 입장은 불편부당하고 가치중립적인 인식이 곧 객관적인 인식이라는 기존의 전제를 대체로 받아들이면서, 새로이 추가되는 여성적 시각의 역할은 그간의 남성적 편향을 교정하여 좀 더 보편적인 혹은 ‘과학적인’ 학문을 수립하는 데 있다고 보는 흐름이다. 이들은 학문적 객관성이 중립적인 것이어야 한다는 이상 자체는 그대로 인정하되, 이제까지의 연구들이 남성중심성으로 말미암아 이 이상에 미달했음을 드러내고 여성적 시각을 도입하여 그런 이상에 더 가까이 다가가려고 했다.[8] 즉, 이상적인 객관성이란 비성차별적인 동시에 중립적인, 이해관계가 개입되지 않은(disinterestedness) 객관성을 말한다. 이러한 입장에 대해 해석주체의 주관을 떠난 불편부당한 인식이 가능한가에 대한 의문이 제기될 수 있다. 그럼에도 불구하고 보편성의 추구 없이는 어떠한 학문과 실천적 판단도 이루어질 수 없다는 점에서 의의를 갖는다.

들을 고려하여, 이전의 지혜나 경험을 근거로 그 상황의 특수성에 맞는 해결책을 찾는 추론’[전해정, “맥락추론과 여성의 역량강화”, 『한국여성철학』 제14권, 2010, 94p.]으로 이해하는 것은, 비록 실천적 추론의 일부라는 점에서 타당한 이해일 수 있으나, ‘맥락추론’을 다른 여타 추론 방식들과 구분하는 유의미한 개념 확정이라 보기는 힘들다고 생각된다. 따라서 본 논문에서는 주류 문화와 가치관에서 소외되었던, 즉 인식의 영역 밖에, 혹은 법적으로는 법적 관련성의 경계 밖에 존재해왔던 경험과 그에 기반해 구성되는 맥락을 근거로 하는 추론을 일컬어 맥락추론이라 하고자 한다.

5) 전해정, 위 논문, 96p.

6) 서울가정법원의 1999년 재산분할 실태조사에 따르면 여성배우자(맞벌이주부 포함)의 재산분할비율은 21~30%가 19.6%, 31~40%는 30.8%였고 41~50%는 20.6%에 그쳤다. 그러나 2008년 12월~2009년 2월 전국 1심 법원에서 선고된 227건의 이혼소송사건에서 여성의 재산분할비율을 40~50%로 인정한 것은 135건으로 전체의 60%를 차지했다. (『‘상전벽해’…재산분할때 전업주부 몫 50%로 껑충』, 연합뉴스 2010. 04. 19. 기사 참조.)

7) 전해정, 위 논문에서는 Plessy v. Ferguson [163 U.S. 537 (1896), “분리하지만 평등하다(separate but equal)”는 근거로 흑인 분리교육의 합헌성을 인정한 판례] 으로부터 Brown v. Board of Education [347 U.S. 483, 74 S. Ct. 686, 98 L. Ed. 873 (1954), “분리하지만 평등(separate but equal)”이 수정헌법 저1114조의 평등조항에 위배된다고 함으로써 흑인분리교육을 위헌이라고 판결.] 으로의 전환이 흑인에 대한 인종차별의 ‘법적 관련성’을 확장한 사례임을 말하고 있다. 위 논문에서는 이를 맥락추론을 통한 법적 관련성 확장에 견줄 수 있는 법적 관련성 확장의 사례로 들고 있으나, 이는 맥락추론의 일반 법학방법론으로의 발전 가능성을 보여주는 사례로도 이해될 수 있다. 이에 대해서는 ‘Ⅲ. 맥락추론에 대한 새로운 이해’ 부분에서 후술.

8) 김영희, “페미니즘과 학문의 객관성”, 『여성과 사회』, 1999, 197-198p.

두번째, 주관주의적, 상대주의적 경향이 있다. 객관주의의 몰가치적, 실증주의적 전제들을 전면적으로 비판하며 '객관성'의 가능성까지 부정한다. 모든 인식은 특정 관점에 바탕을 둘 수밖에 없으며, 관점 자체를 넘어설 수 있다는 생각이야말로 '남성적'이고 '근대적'인 발상이요, '객관성'이란 불가능할 뿐 아니라 그릇된 목표이다. 이는 탈구조주의나 해체론 등의 포스트모던한 조류와 합쳐져 여성의 공통성이나 성별 위계관계의 우선성을 무반성적으로 전제하고 들어갈 때 여성들의 다양하고 복합적인 상황이 단순화되면서 실제로 많은 여성집단이 논의에서 배제되는 결과가 생긴다고 주장한다. 그러면서 상대주의적이고 다원주의적인 태도를 견지한다. 이러한 입장에 대해 페미니즘이란 여성들의 현재 의식을 그대로 드러내는 것과는 다른 것이라는 비판, 남성중심적 인식을 비판하면서도 동시에 극단적 상대주의를 고수하는 것은 이율배반이라는 비판, 대안 제시에 있어서 무능력하다는 비판이 있다.

세번째, 주객 이분법을 넘어선 새로운 객관성을 모색하는 경향이 있다. 이러한 입장은 가치가 인식에 필연적으로 개입된다고 보는 점에서는 위의 '주관주의'와 일치하지만, 가치를 객관적 인식을 불가능하게 만드는 장애물이 아니라 인식의 정당하고도 필수적인 요소로 파악함으로써 객관성을 새롭게 해석해내려 한다. 이 경향은 객관성 개념을 근본적으로 변화시키려 하는 점에서 '객관주의'와는 다르지만, 상대주의나 무차별한 다원주의에도 동의하지 않는다. 오히려 분명한 입장(들)에 설 때에 비로소 현실과 대상에 대한 제대로 된 파악이 가능하다고 본다. 이들이 보기에는 입장이나 가치가 그 자체로 객관적 탐구의 장애요인이기는커녕, 일체의 이해관계를 떠난 인식을 이념형으로 하는 기존의 학문관이야말로 객관적 탐구라는 자기 목적을 제대로 수행하지 못하는 결함을 지닌다. 자신의 생각을 추동한 이해관계나 가치들을 식별하고 성찰할 여지를 스스로 없애버림으로써 오히려 그런 가치들에 무비판적으로 휘둘린다는 것이다. 그보다는 연구를 뒷받침하는 특정 가치들에 대한 적극적 성찰이 있을 때 참다운 객관적 이해에 좀 더 가까이 다가설 수 있다는 것이 이들의 믿음이다.

객관성 자체의 성립은 인정하지만 가치중립적 객관성 개념을 비판하고 입장/이해관계/가치를 고려한 새로운 객관성을 대안으로 제시하는 세번째 입장에 맥락추론은 근거하고 있으며, 맥락추론은 여성주의 인식론 중 입장론을 기반으로 한다.[9] 즉, 특정한 입장에서 이루어지는 인식이 다른 인식보다 더 나을 수 있다는 것이다.[10] 이러한 의미에서 법여성학방법론으로서 맥락추론은 스스로를 보편성이라 참칭하는, 그래서 스스로의 남성중심성, 가부장성을 반성하지 못하는 가치중립적 객관성 개념을 비판하고 피해자이자 피억압자로서 여성의 입장에 섬으로써 현상을 더 정확히 이해하고자 하는 시도로 이해될 수 있다. 맥락추론의 바탕이 되는 이러한 전제는 다음에서 잘 드러난다. "기존의 당파성을 배제하는 맥락추론은 지금까지의 판결이 객관적임을 가장하면서 여성의 목소리를 배제해왔음을 밝힘으로써, 우리나라 판결이 여성의 경험을 간과하여 왔음을 보여주고 있다."[전해정, "맥락추론과 여성의 역량강화", 108p.]

---

9) 전해정, "맥락추론과 여성의 역량강화", 『한국여성철학』 제14권, 2010, 94p.

10) 이러한 입장은 다음의 내용에서 잘 드러난다. '또한 모든 이해관계가 인식과 동일한 관계를 갖는 것은 아니다. 가령 지배집단의 이해관계에 기반한 인식은 스스로를 보편적인 것으로 자임하는 만큼 비판적 반성의 여지를 스스로 봉쇄하는 반면, 피지배집단 혹은 주변적 집단의 경우에는 자기 이해에 충실함이 되며, 따라서 후자의 이해관계는 좀 더 충실한 인식의 바탕이 될 수 있다. 이처럼 사회적 위치들 가운데 특정한 위치가 다른 것보다 인식의 더 나은 출발점이 될 수 있다고 보는 점에서도 이들은 상대주의자들과 다르다.' [김영희, "페미니즘과 학문의 객관성", 204p.]

2. 합리성의 재구성

맥락추론이 가능하려면 기존에 논의된 합리성의 당파성을 비판하고, 소외되고 억눌린 사람들의 경험을 인정해야 한다.[11] 맥락추론은 이를 바탕으로 기존의 합리성과는 다른 의미의 합리성을 주장한다. 기존의 합리성을 극복하고 새로운 합리성을 세우는 과정은, 소외되었던 경험과 맥락을 발견함으로써 이루어지는 맥락추론에 의해 추동되며, 이때 맥락추론을 수행함으로써 전개되는 합리성의 변화를 본 논문에서는 '합리성의 재구성'이라고 일컫고자 한다.

(1) '합리성' ('합리적인 성질'이 아니라 '무엇이 합리적인가에 대한 관념의 총체')

합리성은 모든 이론과 사고에 적용되는 중요한 평가척도로서, 특히 법실천(구체적인 사건에 법을 해석하고 적용하여 결론을 이끌어내는 행위)의 정당성을 평가하는 기준이 된다.[12] 그런데 법적 판단에 있어서 '합리성'이라는 단어의 의미는 두 가지 차원으로 파악할 수 있다. 첫번째 의미의 합리성은 합리성 평가의 대상이 되는 주장이나 행위 측면의 합리성으로, '이치에 합당한 성질, 또는 그러한 수준'을 말한다. 즉 평가 척도에 따른 목적된 성질로서의 합리성을 가리킨다. 예컨대 '형사법에서의 입증은 합리적인 의심을 넘어설 정도로 이루어져야 한다.'라는 말과 '의심은 검증된 사실에 근거한다면 합리적이다.'라는 평가 기준이 있다고 가정할 때, 의심이라는 정신적 작용이 갖는 성질들 중 그것이 검증된 사실에 근거한다면 획득되는 의심의 성질이 바로 이런 의미에서의 합리성이라고 할 수 있다. 즉, 말 그대로 '합리적인 성질'을 말한다.

두번째 의미의 합리성은 행위나 주장의 합리성을 판단하는 주체의 측면에서의 합리성으로, '무엇이 합리적인가에 대한 관념의 총체', 다시 말해 합리성 판단의 준거가 되는 척도들의 체계를 말한다. 예를 들어, '우리는 근대적 합리성을 극복해야 한다.'라는 문장에서 '근대적 합리성'이란 근대의 합리적인 성질을 뜻하는 것이 아니라, 무엇이 합리적인지에 관한 근대적 사고방식을 지칭한다. '맥락추론을 통해 합리성이 재구성된다.'라고 할 때의 합리성은 이런 측면의 합리성을 말한다.[13] 법적 판단에 작용하는 합리성은 그 모습이 드러나는 경우도 있고 드러나지 않는 경우도 있는데, 이러한 합리성 개념이 판결문 등에 명시적으로 드러나는 경우 주로 '경험칙', '사회통념'과 같은 단어로 표현되는 것으로 보인다.

---

11) 전해정, "맥락추론과 여성의 역량강화", 『한국여성철학』 제14권, 2010, 96p.
위 논문에서는 소외되고 억눌린 사람들의 경험을 감정적 요소로 규정하고 있지만, 이는 정확한 이해가 아니라고 판단된다. 예컨대, 강간(판례의 입장인 최협의설에 따른 법적 의미의 강간이 아니라, 동의의 부존재나 거부의사에도 불구하고 이루어진 간음이라는 통상적인 의미의 강간을 말함) 피해여성의 경험을 근거로 한 맥락추론에는 피해자가 경험했던 극심한 공포도 중요한 고려사항이 되겠지만, '현저히 항거가 불가토록 하는 명시적인 폭행이나 협박'이 이루어지지는 않았음에도 권력적 불균등이나 간음을 거부할 때의 불이익(예컨대 폭행이나 살해)을 생각할 때 간음에 동의하지 않음에도 불구하고 거부표시를 할 수 없겠다는 피해자의 판단은 감정적인 내용이 아님에도 중요한 고려사항이 되는 동시에, 합리성을 재구성하는 데 있어서 중요한 경험적 맥락으로 작용할 수 있다. 맥락추론이 합리성을 재구성하는 것은 그것이 이성적 요소만을 고려하던 합리성을 감정적 요소까지 인정하는 합리성으로 발전시키기 때문이 아니라, 소외된 경험과 맥락을 발견함으로써 기존의 합리성이 갖고 있던 오류들을 들추어내고 합리성을 새로이 구성하는 과정을 추동하기 때문이다.

12) 김현철, "법적 추론에 대한 법이론적 고찰 - 헌법의 경우", 『법과 사회』 제30권, 2006, 95-96p.

13) 대강 '합리성의 재구성'을 '인식의 변화'로 이해할 수도 있다. 합리성도 인식의 일부로 이해될 수 있다는 점에서 완전히 잘못된 이해는 아니다. 그러나 합리성은 법적추론의 정당성 평가척도로서 구체적인 합리성 평가에 관여하는 기준들을 가리킨다는 점, 사실적/당위적 차원에서 어떠한 주장이나 행위가 이루어져야 하는지에 대한 강력한 당위를 내포한다는 점에서 합리성이 아닌 인식과 구분된다.

한편, 모든 정당성의 기준을 오로지 합리성으로 귀속시키는 것은 바람직하지 않으나,[14] 법적 판단의 거의 모든 부분에 합리성이 개입하는 것이 사실이다. 요건이나 효과 등에 대해 아무리 세세히 규정하거나 법원칙을 엄격히 세운다 하더라도 그 요건, 효과, 원칙 등에 대한 해석과 적용 하나하나에는 합리성이 작용할 수밖에 없다. 또한 규범이 규율할 수 있는 것에 비해 사실의 가능성이 훨씬 더 방대하고 이로 인하여 모든 사실적 경우의 수를 미리 예견할 수 없음으로 인하여 필연적으로 합리성이 사안의 포섭에 있어서 동원될 수밖에 없음은 물론이다. 이때의 합리성은 행위나 주장의 합리적인 정도를 판단하는 기준의 총체로서의 합리성을 말하고, 사회통념, 경험칙, 조리 등으로 표현되는 법관의 판단의 근거가 되는 암묵적 규범을 포함하며, 법적 추론의 사실상 모든 부분에 작용한다. 법적 추론이 결론에 이르기까지 과정 속에서 법규범과 원칙 등으로 매울 수 없는 빈 곳들을 우리는 합리성을 동원하여 해결하며, 법규범과 원칙 또한 합리성을 통해 해석하고 적용한다. 제아무리 많은 원칙과 규정 기타 명시적인 판단의 준거가 주어진다고 해도, 모든 판단이 순수하게 그것만으로 완결되지는 못하며, 결국 법관을 비롯한 법실천의 주체에 의해 적합하다고 생각되는 합리성이 법적 판단에 동원된다는 것이다. 예를 들어, '폭행 또는 협박으로 사람을 강간한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.'는 대전제와 甲과 乙 사이에 있었던 사실관계를 소전제로 하여 甲이 3년 이상의 유기징역에 처하는지에 대한 판단을 내리는 상황을 떠올려보자. 이러한 단순한 법실천에 있어서도 수많은 합리성이 개입되게 된다.[15] 무엇이 강간인지, 甲의 행동이 그러한 강간에 해당하는지, 폭행과 협박은 각각 무엇을 의미하는지, 乙이 남성일 때에도 이 규정이 적용되는 것인지, 구체적으로는 乙이 甲에게 감자탕의 고기를 덜어준 행위가 간음에 대한 동의의 근거가 되는지[16] 등에 대한 합리성과 그러한 합리성을 근거로 한 판단이 요구된다.

(2) 합리성과 당위

그런데 '무엇이 합리적인가에 대한 관념의 총체'로서 합리성은 '무엇이 합리적인가'에 대한 기술에 그치는 것이 아니라 '그러한 합리적인 방식으로 판단이 이루어져야 한다'는 당위적 의미를 함께 내포하고 있다. 가령 A법학전문대학원에 지원했다가 2차에서 탈락한 甲이 학교 측이 정성평가의 세부 기준을 공개하지 않은 것을 이유로 기본권 침해를 주장하여 헌법 소원을 제기하고자 한다고 해보자. 이러한 판단과 행동이 합리적인지에 대한 판단에 작용하는 통상적인 법적 합리성을 이루는 개별 판단 기준들에는 다음과 같은 것들이 아마 포함될 것이다.

① 국가와 국민 간의 법적 문제와 사인 간의 법적 문제는 구분된다.
② 기본권 보장, 보호의 책무는 국가가 국민에 대해 진다.
③ 국가는 기본권을 이유로 사인 간의 관계에 개입해서는 안 된다.
④ 기본권 보호를 근거로 사인 간의 문제에 개입하기 위해선 추가적인 정당화가 필요하다.

---

14) 위 논문, 96p.
15) 물론 어디까지나 주어진 대전제-법규범을 출발점으로 한 법해석과 적용 과정이며, 그 과정에서 다양한 법원칙이 작용할 것이다. 그러나 법문에 의한 구속과 법원칙에 대한 고려가 이루어질 때에도 합리성은 함께 작용한다. 예컨대 이 사례에서 '국가형벌권의 작용은 신중하여야 하며 법해석을 통해 가벌성을 확대하는 것에는 신중해야 한다.'는 법원칙이 있다고 하더라도, 그것만으로는 결론에 다다를 수 없다. 결국은 규범에 대한 해석과 판단은 어떠해야 하는지에 관한 당위적 차원의 합리성과 사실관계에 어떤 의미를 부여할 것인지에 대한 사실적 차원의 합리성이 활발히 작용할 수밖에 없다.
16) 『접시에 고기 덜어준 '호의'를 성관계 '동의'라고 해석한 법원』, 로톡뉴스 2019. 11. 15. 기사 참조. https://news.lawtalk.co.kr/judgement/1424

여기서 ①과 ②는 사실적 판단에 대한 합리성이며 ③과 ④는 당위적 판단에 대한 합리성이다.[17] 이러한 법적 합리성은 각각의 기준에 부합하는 방식으로 주장이나 행위에 대한 평가가 이루어지는 것이 옳다는 당위(예컨대, '공법적 문제와 사법적 문제를 혼동해서는 안 된다'거나 '국가가 기본권을 이유로 사인 간의 법률관계에 개입하기 위해서는 추가적인 정당화가 이루어져야 하는 것으로 판단해야 한다'는 당위)를 내포하고 있다. 즉, 합리성은 합리성을 구성하는 요소인 각각의 개별적인 평가기준들에 있어서 "~해야 한다. / ~하지 말아야 한다."는 형식의 관념을 함축하고 있다.[18] 합리성에 당위가 내포되어있다는 이러한 사실은 법실천의 차원에서 중요성을 갖는다. '어떻게 판단하는 것은 옳고 어떻게 판단하는 것은 그른지'의 기준으로서 합리성이 작용할 때 우리는 그러한 당위적 판단으로 말미암아 법적 추론이 정당한지 정당하지 않은지를 비판적으로 검토할 수 있으며, 나아가 양립할 수 없는 다른 형태의 합리성과의 갈등 상황에서 그러한 다른 형태의 합리성을 비판하는 실천적 주장을 펼 수 있다.

여기서 말하는 합리성에 내포된 당위는, 당위적 차원에서 어떤 당위적 판단이 합리적인가에 대한 기준으로 작용하는(즉, 사실적 차원에 작용하는 합리성과 구분되는 것으로서의) 합리성과는 다른 것을 가리킨다. 예를 들어, '가정의 일은 사적 영역이므로, 국가가 개입해서는 안 된다.'는 합리성이 있다고 할 때, 이는 사적인 일에는 국가가 개입해서는 안 된다는 당위적 판단을 내용으로 하는 합리성인 동시에, 이러한 합리성은 '사적 영역에 국가가 개입해서는 안 된다고 판단해야 한다.(혹은, 사적 영역에 국가가 개입해서는 안 된다는 주장은 합리적인 것으로 평가해야 한다.)'는 당위를 내포하고 있는 것이다.

3. 사례 분석[19]

(1) 교원소청심사위원회결정취소[20] (피해자다움과 관련한 맥락추론과 합리성의 재구성)

1) 사건 개요

2015년 4월 모 대학 교수인 원고가 여학생들을 수차례 성희롱 및 성추행한 이유로 해임되었다.[21] 원고는 이에 불복하여 교원소청심사를 청구했으나 피고(교원소청심사위원회)가 원고의 청구를 모두 기각하는 결정을 하자, 그 취소를 구하는 이 사건 소송을 제기하였다. 제1심은 해임이 적법하다고 보아 원고의 청구를 기각했으나, 항소심에서는 위법한 해임으로 판단했다.

2) 대법원 판단 (대법원 2018. 4. 12. 선고, 2017두74702, 판결)

---

17) 물론 책무를 진다는 것을 당위적 의미를 갖는 것으로 해석하여 당위적 판단에 대한 합리성으로 이해할 수도 있다.

18) 이때 합리성이 내포하는 '~해야 한다, ~하지 말아야 한다"는 당위는 '어떠한 행위나 주장이 미래의 평가자에 의해 합리적인 것으로, 혹은 비합리적인 것으로 평가될 것이다'라는 관념으로 환원될 수 있다고 생각한다. 이러한 당위의 시간적 이해와 관련한 내용은 추후의 연구에서 다루고자 한다.(Ⅲ-2 참고.)

19) 아래의 두 사례 외에도 맥락추론을 통해 합리성이 재구성되는 과정은 많은 법여성학 논의에서 나타난다. 대표적인 예로 강간죄 구성요건 문제에서 최협의설에 대한 비판을 들 수 있을 것이다.

20) 대학교수의 학생들에 대한 언동이 성희롱에 해당하는지 및 그에 대한 피해자 진술의 증명력을 인정할 수 있는지가 문제된 사건.

21) 구체적인 징계 사유는 다음과 같았다.

이 사건에 대한 대법원의 판결에는 맥락추론을 통해 합리성이 재구성되는 논리적 양상이 잘 드러난다.

우선 재판부는 소외되었던 피해여성의 경험과 성희롱 사건의 특수한 맥락을 고려하고 있다.

> “법원이 성희롱 관련 소송의 심리를 할 때에는 그 사건이 발생한 맥락에서 성차별 문제를 이해하고 양성평등을 실현할 수 있도록...”
>
> “피해자가 성희롱 사실을 알리고 문제를 삼는 과정에서 오히려 부정적 반응이나 여론, 불이익한 처우 또는 그로 인한 정신적 피해 등에 노출되는 이른바 ‘2차 피해’를 입을 수 있다는 점을 유념하여야 한다. 피해자는 이러한 2차 피해에 대한 불안감이나 두려움으로 인하여 피해를 당한 후에도 가해자와 종전의 관계를 계속 유지하는 경우도 있고, 피해사실을 즉시 신고하지 못하다가 다른 피해자 등 제3자가 문제를 제기하거나 신고를 권유한 것을 계기로 비로소 신고를 하는 경우도 있으며, 피해사실을 신고한 후에도 수사기관이나 법원에서 그에 관한 진술에 소극적인 태도를 보이는 경우도 적지 않다.”
>
> “(원심의) 이와 같은 이유 설시는 자칫 법원이 성희롱 피해자들이 처한 특별한 사정을 고려하지 않은 채...”
>
> “원고의 행위가 성희롱에 해당하는지 여부는 가해자가 교수이고 피해자가 학생이라는 점, 성희롱 행위가 학교 수업이 이루어지는 실습실이나 교수의 연구실 등에서 발생하였고, 학생들의 취업 등에 중요한 교수의 추천서 작성 등을 빌미로 성적 언동이 이루어지기도 한 점, 이러한 행위가 일회적인 것이 아니라 계속적으로 이루어져 온 정황이 있는 점...”

그러면서 성희롱 관련 소송의 심리에 있어서 성적 굴욕감이나 혐오감은 우리 사회 전체의 평균인이 아닌 피해자의 처지에서 판단되어야 함을 설시하고 있다.

> “우리 사회 전체의 일반적이고 평균적인 사람이 아니라 피해자들과 같은 처지에 있는 평균적인 사람의 입장에서 성적 굴욕감이나 혐오감을 느낄 수 있는 정도였는지를 기준으로 심리·판단하였어야 옳았다.”[22]

---

(1) 피해자 소외 1 관련 징계사유

① 소외 1이 봉사활동을 위한 추천서를 받기 위해 친구들과 함께 원고의 연구실을 방문했을 때, 뽀뽀해 주면 추천서를 만들어 주겠다고 하였다(제1-2 징계사유).

② 수업 중 질문을 하면 소외 1을 뒤에서 안는 듯한 포즈로 지도하였다(제1-3 징계사유).

③ 소외 1이 원고의 연구실을 찾아가면 “남자친구와 왜 사귀냐, 나랑 사귀자”, “나랑 손잡고 밥 먹으러 가고 데이트 가자”, “엄마를 소개시켜 달라”고 하는 등 불쾌한 말을 하였다(제1-4 징계사유).

(2) 피해자 소외 2 관련 징계사유

① 수업시간에 소외 2를 뒤에서 안는 식으로 지도하고 불필요하게 소외 2와 한 의자에 앉아 가르쳐 주며 신체적 접촉을 많이 하였다(제3-1 징계사유).

② 복도에서 소외 2와 마주칠 때 얼굴에 손대기, 어깨동무, 허리에 손 두르기와 함께 손으로 엉덩이를 툭툭 치는 행위를 하였다(제3-2 징계사유).

③ 소외 2와 단 둘이 있을 때 팔을 벌려 안았다(제3-3 징계사유).

④ 학과 MT에서 아침에 자고 있던 소외 2의 볼에 뽀뽀를 2차례 하여 정신적 충격을 주었다(제3-4 징계사유).

⑤ 장애인 교육 신청서를 제출하러 간 소외 2에게 자신의 볼에 뽀뽀를 하면 신청서를 받아 주겠다고 하여 소외 2가 어쩔 수 없이 원고의 볼에 뽀뽀를 하였다(제3-5 징계사유).

22) 대법원은 이러한 기준을 바탕으로 해당 사안에 대한 심리를 진행하였으며 이러한 과정은 입장론에

위에서 살펴보았듯 법원은 성희롱 사건에 있어서 여성피해자가 겪는 경험들을 적극적으로 고려하고 있고, 불편부당한 객관적 관찰자가 아닌 평균적인 피해자의 입장에서 판단이 이루어져야 함[23]을 얘기하고 있다는 점에서 이는 맥락추론의 수행으로 보여진다.

대법원은 이를 바탕으로 피해자다움을 요구하는 기존의 가해자 중심적 합리성을 지적하며, 맥락추론을 통해 재구성된 합리성을 바탕으로 기존의 합리성에 입각하여 이루어진 원심의 판단을 비판한다.

> "이와 같은 성희롱 피해자가 처하여 있는 특별한 사정을 충분히 고려하지 않은 채 피해자 진술의 증명력을 가볍게 배척하는 것은 정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙[24]에 따른 증거판단이라고 볼 수 없다."
>
> "피해자가 익명으로 이루어진 강의평가에서 이에 대한 언급 없이 원고의 교육방식을 긍정적으로 평가하였다든가 또는 그 후에도 계속하여 원고의 수업을 수강한 점 등을 근거로 피해자 진술의 증명력을 가볍게 배척하였다. 그러나 이는 앞서 본 법리에 비추어 볼 때 법원이 충분히 심리를 한 끝에 상반되는 증거를 비교·대조하여 증명력을 평가하여 내린 결론이라고 보기 어렵다."
>
> "(성희롱 사건의 특수한 맥락을 고려하지 않은 원심 판단은) 법원이 은연중에 가해자 중심적인 사고와 인식을 토대로 평가를 내렸다는 오해를 불러일으킬 수 있어 적절하지 않다."[25]
>
> "우리 사회 전체의 일반적이고 평균적인 사람이 아니라 피해자들과 같은 처지에 있는 평균적인 사람의 입장에서 성적 굴욕감이나 혐오감을 느낄 수 있는 정도였는지를 기준으로 심리·판단하였어야 옳았다."

(2) 부부강간죄를 비롯한 강간죄의 객체 확정에서의 맥락추론

과거 형법 297조(강간)은 다음과 같이 규정하고 있었다. "폭행 또는 협박으로 부녀를 강간한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다."[26] 이때 '부녀'란 "성년이든 미성년이든, 기혼이든 미혼이든 불문하며 곧 여자를 가리키는 것"[27]이며, "강간죄의 성립을 인정하기 위해서 피해자를 법률상 여자로 인정할 수 있어야 한다."[28] 대법원은 강간죄의 객체로 부녀만을 규정한 것이 헌법의 평등조항에 위배되지 않는다고 하였다.[29] 그러나 이러한 '부녀' 개념에도 불구하고 실질적인 부부관계가 있는 경

기반한 맥락추론으로 이해될 수 있다. 한편, 이를 성희롱 사건 소송 심리 일반에 있어서 판단이 어떻게 이루어져야 하는가에 대한 판단 기준 제시로 이해한다면, 이러한 판단 기준은 맥락추론의 결과로서 도출된 재구성된 합리성의 일부로도 이해될 수 있다.

23) 특정한 입장에서 이루어지는 인식이 현실을 더 잘 이해할 수 있다는 여성주의 입장론적 태도.

24) 새로이 구성된 합리성을 말하는 것으로 보인다.

25) '은연중에'라는 표현으로 미루어볼 때, '자신의 생각을 추동한 이해관계나 가치들을 식별하고 성찰할 여지를 스스로 없애버림으로써 오히려 그런 가치들에 무비판적으로 휘둘리는' 가치중립적 객관성 개념에 대한 여성주의 입장론의 비판적 태도와 다소 유사하다고 볼 수 있다.

26) 2012년 '부녀를'에 해당하는 부분을 '사람을'로 개정하였다.

27) 대법원 1996. 6. 11. 선고 96도791 판결.

28) 대법원 2009. 9. 10. 선고 2009도3580 판결.

29) 대법원 1967. 2. 28. 선고 67도1 판결.
이에 대한 근거로서, "헌법은 **일반 사회관념상** 합리적인 근거있는 차등까지 금하지 아니하며 남녀의 생리적, 육체적 차이에 의하여 강간이 남성에 의하여 감행되는 것이 일반적이므로 이러한 실정에 따라 사회적, 도덕적 견지에서 강간죄의 피고자인 부녀를 보호하려는 것이 **일반 사회관념상** 합리적인 근

우에는, 즉 정상적으로 혼인관계가 지속되고 있는 상황에서는 남편이 아내의 의사에 반하여 성교행위를 강요하였다고 하더라도 강간죄가 성립하지 않았다.[30][31] 한편, 성전환 수술을 받은 남자는 강간죄의 객체인 '부녀'에 해당되지 않으며, 이는 임신[32]가능성을 기준으로 강간죄 객체인 '부녀'를 판단했기 때문이다.[33] 요컨대, 강간죄의 객체로 남성은 인정되지 못했으며, '부녀'의 해석에 있어서도 실질적인 부부관계에 있는 여성과 성전환 수술을 받은 남성은 포함되지 못했다.

법률과 법원의 과거 이러한 태도는 가부장적 합리성에 기반한 것으로 보여진다. 구체적으로는 다음과 같은 합리성들이 작용하고 있는 것으로 판단된다.

① 강간은 남성에 의해 여성을 대상으로 이루어진다.
② 강간죄의 보호법익은 성적 자기결정권이 아닌 정조이다.[34]
③ ①, ②에 따라 남성은 강간죄의 보호객체가 될 수 없다.
④ 부부관계는 사적 영역으로, 법의 개입이 자제되어야 한다.
⑤ ②, ④에 따라 보호객체에 기혼여성은 해당하지 않는다. (행위자가 남성 배우자인 경우)
⑥ 정조에 대한 보호필요성은 임신가능성을 전제로 한다.
⑦ ②, ⑥에 따라 보호객체에 성전환수술을 받은 남성은 해당되지 않는다.[35]

강간죄의 객체를 '부녀'로 규정한 해당 규정은 2012년 개정되어 그 객체에 남성도 포함될 수 있도록 하였다. 2009년 부산지법은 기존의 판결을 깨고 법률상 부부관계가 있는 경우에도 강간죄를 인정하였다.[36] 법원은 또한 성전환수술을 받은 남성도 '부녀'에 해당하며 따라서 강간죄의 객체가 됨을 인정했다.[37] 이와 같은 변화들은 기존의 가부장적 합리성을 비판하고 이를 대체할 새로운 합

거없는 특권을 부녀에게만 부여하고 남성에게 불이익을 주었다고는 할 수 없기 때문이다."라고 설시하였다.

30) "... 그들 사이에 실질적인 부부관계가 없다고 단정할 수 없으므로 설령 남편이 강제로 처를 간음하였다고 하더라도 강간죄는 성립하지 않는다." [대법원 1970. 3. 10. 선고 70도29 판결; 대구고법 1970. 6. 24. 선고 70노138 형사부 판결:확정]

31) 이러한 판단에 대해서는 주로, 부부 간 성적 요구에 응할 의무가 있음을 근거로 추가적 정당화가 이루어져왔다.

32) 실제 판결들의 경우, 이를 '수태가능성'이라 표현했다.

33) '본 사건에서 외관상으로 여성적인 신체구조를 갖추게 되었다고 하더라도 여성의 내부성기인 난소와 자궁이 없기 때문에 임신 및 출산이 불가능한 상태이므로 여러 요소를 종합적으로 고려해 볼 때 **사회통념상** 여자로 볼 수 없다고 하였다.' [전해정, "맥락추론과 여성의 역량강화", 106p. - 1996. 6. 11. 선고 96도791 판결]

34) 관련된 견해 대립과 합리성이 재구성되는 양상에 대한 추가적인 설명은 이주형, "성전환자의 강간죄 객체성립 여부", 『刑事判例硏究』 제18권, 2010, 84-110p.; 송승엽, "강간죄의 행위객체에 관한 연구", 석사학위논문, 한양대학교 대학원 법학과, 2010.; 노미덕, "성적 자기결정권의 보호와 강간죄의 객체에 관한 여성주의적 고찰", 석사학위논문, 전남대학교 대학원 법학과, 2008. 참고.

35) 관련된 추가적인 설명은 이주형, 위 논문; 송승현, "강간죄의 객체에 성전환여성의 인정여부", 『법과정책』 제19권 제2호, 2013, 233-271p. 참고.

36) 부산지법 2009. 1. 16. 선고 2008고합808 판결. 필리핀 국적의 처가 생리중임을 이유로 성관계를 거부하자, 남편이 가스분사기와 과일칼로 협박을 하여 처의 반항을 억압한 후 1회 간음한 경우, 법률상 처를 강간죄의 객체로 인정한 판결. 강간죄의 규정이 '정조를 보호하기 위한 것이 아니라, 인격권에 해당하는 "성적 자기결정권"을 보호하기 위한 것이기에, ... 처의 성적 자기결정권의 침해가 있었다면 강간죄가 성립'한다는 것이 판결요지.

37) 대법원 2009. 9. 10. 2009도3580 판결(주거침임강간등) "피해자가 성장기부터 남성에 대한 불일치감과 여성으로의 성귀속감을 나타냈고, 성전환 수술로 인하여 여성으로서의 신체와 외관을 갖추었으며, 수

리성을 세움으로써 이루어질 수 있었으며, ‘판결을 통해 만들어지는 의식의 변화(본 논문에서 말하는 ’합리성의 재구성‘을 의미한다.)는 맥락추론에 기반한다.’[38]

Ⅲ. 맥락추론에 대한 새로운 이해

1. 일반 법학방법론으로의 확장 가능성

앞서 살펴보았듯 맥락추론은 피해자나 피억압자로서 여성의 소외되었던 경험을 발견해내고 이를 법적 추론의 근거로 삼음으로써 법적 관련성을 확장하고 합리성을 재구성하는 법여성학방법론을 말한다. 그런데 주류적 합리성과 그로부터 소외되는 경험과 맥락은 비단 여성문제에 있어서만 발견되는 것은 아니다. 기존의 법리에 의해 중요한 것, 즉 법적 관련성이 있는 것으로 파악되지 못했던 소외계층이나 집단의 경험이 새로이 밝혀지고 법적 주장의 근거로 사용되면서 법원의 판단이 바뀌어 온 것은 역사적으로 볼 때 오히려 흔한 일이었다. 만약 어떤 소수자집단이 법적으로 보호받을 만하다고 판단되는 권리의 실현을 방해받고 있고, 그것이 그들의 경험과 사안의 맥락을 기존의 합리성이 충분히 고려하지 못하여 발생한 것이라면, 법여성학적 문제가 아니라고 해서 맥락추론이라는 방법론이 사용되지 못할 하등의 이유가 없다.

역사적으로 이루어져왔던 법체계의 크고 작은 변화들도 맥락추론과 합리성의 재구성의 과정을 거치며 발전해온 것으로 이해할 수 있다. 대표적으로 노동법체계의 등장을 예로 들 수 있다. 절대적으로 여겨지던 사적자치의 원칙(계약자유의 원칙)을 수정하여 교섭력의 불균형으로 인해 발생한 열악한 근로조건을 국가가 획일적으로 개선하여야 한다는 관념이 등장하고, 때로는 노동자들의 집단행동을 보장함으로써 교섭력의 불균형 자체를 시정해야 한다는 것이 보편적인 당위로 등장하게 된 것은, 근로조건을 사용자 일방이 결정함에 따라 장시간 근로와 열악한 근로환경을 감수할 수밖에 없는 노동자의 현실로부터 문제의식을 갖게 되면서였다.[39] 이와 같은 합리성의 재구성 양상은 난민법상 ‘충분한 근거 있는 공포’에 관한 특수한 입증정도의 문제에도 잘 드러난다. 난민법상 난민임의 입증에 있어서 그 입증은 합리적으로 볼 때 그럴듯하다면 증명이 된 것으로 보며, ‘의심스러울 때는 신청인에게 유리하게’ 해석해야 한다는 원칙이 국제법적으로 통용되고 있다. 이는 일반 법영역에서 요구되는 것과는 상이한 것으로, 이는 만약 난민임에도 잘못 판단하는 경우 난민신청자는 죽음에 가까운 상황에 내몰릴 수 있다는 점, 난민신청자의 주관적인 상황으로 미루어볼 때 충분한 입증능력을 갖추기 어려울 수밖에 없다는 점 등을 근거로 정당화되고 있다.[40][41]

술 이후 20여 년간 개인적, 사회적으로 여성으로서의 생활을 영위해온 점 등을 고려할 때, 사회통념상 여성으로 평가되는 성전환자로서 강간죄의 객체인 ‘부녀’에 해당한다.”고 본 사례.

주목할 점은 “근래에 와서는 생물학적인 요소뿐 아니라 개인이 스스로 인식하는 남성 또는 여성으로서의 귀속감 및 개인이 남성 또는 여성으로서 적합하다고 사회적으로 승인된 행동, 태도, 성격적 특징 등의 성역할을 수행하는 측면, 즉 정신적, 사회적 요소들 역시 사람의 성을 결정하는 요소 중의 하나로 인정받게 되었으므로, 성의 결정에 있어 생물학적 요소와 정신적, 사회적 요소를 종합적으로 고려하여야 한다.”고 판단한 [대법원 2006. 6. 22. 2004스42 전원합의체 결정]을 인용하며 해당 결정을 내렸다는 점이다.

관련해서는 대법원 1996. 6. 11. 96도791 판결; 대법원 2006. 6. 22. 2004스42 전원합의체 결정; 이주형, 위 논문 참고.

38) 전해정, “맥락추론과 여성의 역량강화”, 『한국여성철학』 제14권, 2010, 108p.

39) 관련 내용은 김형배, 박지순, 노동법강의(제8판), 신조사, 2019, 9p 참고.

40) 난민법역의 특수한 입증책임에 관한 내용은 <난민지위의 인정기준 및 절차 편람과 지침(일명 난민편

만약 이와 같이 맥락추론의 다른 법역으로의 확장가능성이 인정된다면, 법학 일반에 있어서, 혹은 주류적 인식으로부터의 소외의 문제가 발생하는 모든 영역[42]에 있어서 널리 사용될 수 있는 유용한 방법론으로 맥락추론이 발전하는 것도 충분히 가능하다고 생각된다. 특히 '맥락추론의 인식론적 기반인 여성주의 입장론에 따르면, 여성을 비롯하여 중심에서 배제되어 온 주변집단은 자신이 경험하지 못한 다른 종류의 억압일지라도 성찰을 통해 그 억압의 맥락을 더 잘 이해할 수 있기 때문에 자신의 억압받은 경험을 바탕으로 다른 종류의 억압에도 민감하게 반응할 수 있다.'[43]는 점을 고려할 때 맥락추론과 합리성의 재구성에 있어서 법여성학과 다른 법역 간의 상호보완적 발전가능성 또한 엿볼 수 있다.

2. 맥락추론 수행의 필요성 : 당위의 시간성과 당파성 해소의 원리

왜 맥락추론을 수행해야 하는가? 법실천에 있어서 맥락추론의 수행을 통해 합리성을 재구성해야 한다는 주장은 재구성되기 전의 합리성과 재구성된 합리성 사이의 우열이 보여질 수 있음을 전제로 가능한 한편, 이때 이러한 선결문제의 해결은 설득력 있는 정도, 혹은 합리적인 정도의 이유 제시로는 충분히 이뤄지지 않는다고 판단된다. 소외되었던 경험과 맥락을 고려하는 새로운 합리성이 기존의 합리성보다 좋거나 옳다는 점을 전제로 하는 맥락추론이 그 근거지음에 있어서 합리적인 정도에 그칠 뿐이라면 맥락추론의 필요성 또한 그저 기존의 합리성과 대립하는 또 다른 합리성이 될 뿐이며, 결국 근거지음에 있어서 그 합리성 스스로를 근거로 삼는 되는 순환논리에 의존할 수밖에 없다. 즉, 그것으로는 충분한 근거지음이 이루어졌다고 보기 힘들며 따라서 합리성 간의 우열을 보이기 위한 보다 엄밀한 논증이 요구된다.

합리성은 당위를 내포하고 있으며 합리성은 이로 말미암아 법실천에 있어서 중요성을 갖는다는 점을 앞서 살펴보았다. 이에 비추어볼 때 특정 합리성이 타당한지 보이는 것과 합리성 간의 우열을 가리는 것은 각각 특정 당위[44]가 타당한지를 보이는 것, 당위체계[45] 간의 우열을 가리는 것을 의미하며, 당위의 정당화나 당위 간의 우열 문제가 해결되지 않는 한 맥락추론의 필요성도 충분히 논증될 수 없음을 의미한다. 그러나 이는 메타윤리학의 오랜 문제로, 지금껏 많은 시도가 있었으나 명쾌히 밝혀보여지지 않았다. 이는 당위의 특성에서 기인하는데 당위를 논증을 통해 결론으로 도출하

람)> 제42항, 제196항, 제203항.; 김종철, 김재원, "특집 : 난민법 제정의 의미와 향후 과제 ; 난민법 입법과정과 제정법의 의의 및 향후 과제", 『공익과 인권』 제12권, 2012, 135-187p.; 김종철, "난민정의에 대한 한국 판례의 비판적 고찰 - 합리적인 근거 있는 우려를 중심으로", 『서울국제법연구』 제21권 제2호, 2014, 53-84p. 참고.

41) 입증책임의 일반원리가 난민법 영역에 있어서 고수될 수 없으며 이는 수정되어야 한다는 합리성의 재구성 양상은 고기복, "난민인정절차에 있어서 입증책임에 관한 연구", 『아태공법연구』 제12권, 2004, 93-121p. 참고.

42) 대표적으로 소수자문제가 여기에 해당될 것이다.

43) 전해정, "맥락추론과 여성의 역량강화", 『한국여성철학』 제14권, 2010, 96p.

44) 해당 단락에서, 논증의 목적이 되는 것을 '당위명제', '당위적 관계' 등이 아니라 단순히 '당위'라고만 표현한 것은 합리성이 함축하는, 그리고 사실-당위 문제에서 문제시되는 '당위'라는 관념 자체도 개념정의에 있어서 불분명한 부분이 많다는 점에서 이 또한 추후 연구에서 다루어야 할 사안이라고 판단했기 때문이다. 이러한 이유로 잠정적인 표현을 사용했다. 다만 본 단락에서 '당위'로 지칭하고자 하는 것은 모든 당위적 관념을 포괄적으로 지칭하고자 하는 것은 아니며, 사실-당위 문제에서 논증가능성이 문제시되는 것만을 가리킨다.

45) 합리성을 '무엇이 합리적인지에 관한 관념의 총체', 즉 합리성 판단의 준거가 되는 척도의 총체라고 이해할 때, 각각의 척도 내지 기준이 함축하는 것을 당위, 합리성이 함축하는 당위들의 총체를 당위체계라고 지칭하고자 한다.

기 위해서는 그 전제가 되는 상위의 당위가 있어야 하며(사실-당위 이원주의) 이로 인해 당위의 근거지음은 무한소급의 문제에 직면할 수밖에 없고 무한소급의 문제를 피하기 위해서는 순환논증(또는 자연주의적 오류)을 범할 수밖에 없기 때문이다.[46] 이와 관련된 가장 주요한 논쟁이 바로 사실-당위 문제이며, 관련하여 정서주의, 직관주의, 자연주의 등 여러 메타윤리학적 견해들이 대립하고 있다.

생각건대, 이러한 갈등은 당위에 대한 비시간적 이해로 말미암아 발생했으며 당위를 시간적으로 이해**(A. 당위의 시간성)**하고 당위의 정당화 및 당위 간의 우열의 문제를 실존적 갈등의 문제로 전환함으로써 비로소 해소될 수 있다고 생각한다. 당위란 평가에 의존하여 성립할 수밖에 없는 관념이며 만약 평가란 미래의 누군가에 의해 과거의 사실에 대해 이루어질 수밖에 없는 것이라면 당위 또한 시간적으로 이해되어야 한다. 이때 당위는 다름 아닌 '미래의 평가자가 과거의 사실에 대해 내리는 평가의 기준'[47]이 된다. 당위를 이렇게 이해할 경우, '과거는 사실의 차원에서 미래에 대해 우위를 갖고, 미래는 당위의 차원에서 과거에 대해 우위를 갖는다'는 점에서 기존의 논의에서와 같은 논증의 필요성은 발생하지 않으며, 다만 미래의 평가자에 의한 평가의 기준이 어떠할지에 대한 예측과 그러한 기준을 수긍할지 말지, 어떠한 기준을 수긍할 것인지에 관한 실존적 선택[48]만이 남게 된다. 이러한 실존적 선택 앞에서의 갈등은 미래에 의한 평가의 기준이 될 당위에 대한 예측 내지 기대[49]가 정확할수록, 또는 현재 행위의 준칙이 되는 당위적 관념과 미래의 당위 사이의 간극을 줄일수록 그 만큼 극복될 수 있을 것이다. 합리성의 차원에서 설명한다면, 이는 미래의 평가자가 내릴 평가의 근거가 되는 합리성과 더 닮아 있는 합리성이 그렇지 않은 합리성보다 실존적 갈등의 극복의 측면에서 우월함을 의미한다. 그런데 이때 '사실을 인식하고 난 후에는 인식하기 전으로 돌아갈 수 없고**(B. 당파성 해소의 원리)**' 소외되었던 어떠한 사실도 새로이 인식되지 않는 극단적인 경우를 전제하는 것의 비현실성이 인정된다면, 현재나 과거에 비해 미래의 평가자는 기존의 합리성이 고려하지 못했던, 즉 소외(혹은 은폐)되었던 경험과 맥락을 더욱 고려하는 합리성을 근거로 하여 현재나 과거의 사실에 대해 평가할 것이다. 요컨대, 당위의 시간성과 당파성해소의 원리를 받아들인다면 맥락추론은 실존적 갈등을 극복하기 위한 주요한 방법론이 될 수 있을 것이다.

그러나 해당 주제의 중대성이 크다는 점, 해당 논의를 전개하기 위해 검토해야 할 종래의 연구들

---

46) 예를 들어, '핸들을 꺾지 않는다면 세 사람을 차로 칠 수밖에 없다면 한 사람만을 치는 방향으로 차를 꺾어야 해'라는 당위는 그 정당화에 있어서 '더 적은 사람의 생명을 박탈하는 선택을 해야 해'와 같은 수많은 상위의 당위를 요청하게 된다. 무한한 소급을 중단시키기 위해 가령 '효용의 총량을 극대화하는 것이 옳다'는 식의 최상위 당위, 즉 다른 어떤 상위 차원의 당위를 요청하지 않는 자기원인적인 당위가 동원되는데, 이는 결국 순환논증 또는 자연주의적 오류일 수밖에 없다. 물론 정서주의나 자연주의적 입장에 따를 때에는 이것은 오류가 아니거나, 이러한 논증 자체가 무의미하다.

47) 주44에서 언급했듯, 모든 당위적 관계나 관념을 포괄하는 의미의 당위를 지칭하지는 않는다.

48) 자신의 행위를 평가할 기준이 될 미래의 당위를 완전히 예견할 수 없다는 점, 자신이 그럴듯한 것으로 받아들이고 있는 당위적 관념과 미래의 평가자가 평가내릴 기준이 될 당위는 일치하지 않는다는 점에서 피할 수 없는 갈등이 발생한다. 필자는 이를 명제적 당위의 근거없음을 인식함으로써 마주하게 되는 실존적 갈등으로 이해하고자 한다.

49) 평가와 평가에 대한 기대는 구분된다. 가령 다음과 같은 경우를 예를 들자. [A는 대학생이다. A는 다음 날 수업이 있다는 사실 때문에 '술을 마시면 안 되는데'하고 생각했다. 그런데 친구의 꼬드김으로 고민 끝에 술을 마셨는데, 그로 인해 지갑을 잃어버리고 다음날 수업을 가지 못했다고 한다. 이때 수업을 가지 못하고 침대에 누워있는 A는 '어제 술을 마시지 말았어야 하는데'하고 생각한다.] 이때 A가 전날 술을 마실지 말지에 대해 고민하면서 떠올렸던 당위적 관념을 X라 하고, 다음날 침대에 누워서 떠올리는 당위적 관념을 Y라고 하자. Y는 술을 마신 자신의 과거 행동에 대한 평가임이 분명하다. 그러나 X도 평가라고 할 수 있는가? X는 평가라고 할 수 없다. 이는 평가의 대상이 될 행동이 아직 없기 때문이다. X는 자신의 행동이 미래의 평가자의 판단에 의해 어떻게 평가될지에 대한 기대에 불과하며, 관념의 형식의 차원에서 볼 때 '당위적 판단'일 수는 있으나 여전히 평가일 수는 없다.

이 매우 방대하고 깊다는 점, 정교하게 논리를 전개하기 위해서는 훨씬 더 많은 설명이 요구된다는 점 등에서 이는 소논문 또는 간략한 발제의 형식으로 논증될 수 있는 것이 아니라고 판단했다. 이에 관하여서는 추후의 연구를 통해 다루고자 한다.

Ⅳ. 결론

맥락추론은 법여성학방법론의 하나로, 여성주의 실천적 추론으로서 여성의 경험을 인식론의 근거로 삼아 끊임없이 문제를 제기하고 문제의 맥락을 중시하는 법률추론을 말한다. 이러한 맥락추론은 인식의 변화를 이끌어내고, 이 변화된 인식을 근거로 법적 관련성이라는 기존의 경계를 확장한다. 맥락추론은 객관성 자체의 성립은 인정하지만 가치중립적 객관성 개념을 비판하고 입장/이해관계/가치를 고려한 새로운 객관성을 대안으로 제시하는 여성주의 입장론에 근거한다. 이러한 의미에서 법여성학방법론으로서 맥락추론은 스스로를 보편성이라 참칭하는, 그래서 스스로의 남성중심성, 가부장성을 반성하지 못하는 가치중립적 객관성 개념을 비판하고 피해자이자 피억압자로서 여성의 입장에 섬으로써 현상을 더 정확히 이해하고자 하는 시도로 이해될 수 있다. 맥락추론이 가능하려면 기존에 논의된 합리성의 당파성을 비판하고, 소외되고 억눌린 사람들의 경험을 인정함으로써, 기존의 합리성과는 다른 의미의 합리성을 주장한다. 기존의 합리성을 극복하고 새로운 합리성을 세우는 과정(합리성의 재구성)은, 소외되었던 경험과 맥락을 발견함으로써 이루어지는 맥락추론에 의해 추동된다. 이때의 합리성이란 '무엇이 합리적인가에 대한 관념의 총체', 다시 말해 합리성 판단의 준거가 되는 척도들의 체계를 말하는 두번째 의미의 합리성을 가리키며, 이는 법실천에 있어서 큰 중요성을 갖는다. 합리성은 각각의 기준에 부합하는 방식으로 주장이나 행위에 대한 평가가 이루어지는 것이 옳다는 당위를 내포하고 있으며, 법실천에서 합리성은 이러한 당위로 말미암아 중요성을 갖는다. 이를 바탕으로 성폭력 사건에서의 피해자다움의 문제, 강간죄의 행위객체에 남성, 기혼여성, 성전환자가 해당되는지의 문제에서 맥락추론이 어떻게 수행되었으며 어떤 합리성의 재구성이 이루어졌는지를 살펴보았다.

그런데 주류적 합리성과 그로부터 소외되는 경험과 맥락은 비단 여성문제에 있어서만 발견되는 것은 아니다. 역사적으로 이루어져왔던 법체계의 크고 작은 변화들도 맥락추론과 합리성의 재구성의 과정을 거치며 발전해온 것으로 이해할 수 있다. 그 대표적인 예로 노동법체계의 등장과 국제난민법의 특유한 입증책임을 살펴보았다. 만약 이와 같이 맥락추론의 다른 법역으로의 확장가능성이 인정된다면 법학 일반에 있어서, 혹은 주류적 인식으로부터의 소외의 문제가 발생하는 모든 영역에서 널리 사용될 수 있는 유용한 방법론으로 맥락추론이 발전하는 것도 충분히 가능하다고 생각된다. 한편 맥락추론의 수행은 합리성의 타당성 내지 합리성 간의 우열이 보여질 수 있음을 전제로 하는데 합리성은 당위를 내포하고 있으며 그로 말미암아 법실천에서 중요성을 갖는다는 점에서 당위의 정당화 내지 당위체계 간의 우열을 어떻게 보일 것인가가 선결문제로 남는다. 생각건대, 이는 시간적 당위 인식을 통해 해결될 수 있으며, 이를 바탕으로 당파성 해소의 원리를 받아들인다면 맥락추론 수행의 필요성이 논증될 수 있다고 생각된다.

참 고 문 헌

김형배, 박지순, 노동법강의(제8판), 신조사, 2019.

고기복, “난민인정절차에 있어서 입증책임에 관한 연구”, 『아태공법연구』 제12권, 2004, 93-121p.
김종철, “난민정의에 대한 한국 판례의 비판적 고찰 - 합리적인 근거 있는 우려를 중심으로”, 『서울국제법연구』 제21권 제2호, 2014, 53-84p.
김종철, 김재원, “특집 : 난민법 제정의 의미와 향후 과제 ; 난민법 입법과정과 제정법의 의의 및 향후 과제”, 『공익과 인권』 제12권, 2012, 135-187p.
김영희, “페미니즘과 학문의 객관성”, 『여성과 사회』, 1999, 185-213p.
김현철, “법적 추론에 대한 법이론적 고찰 - 헌법의 경우”, 『법과 사회』제30권, 2006, 95-115p.
노미덕, “성적 자기결정권의 보호와 강간죄의 객체에 관한 여성주의적 고찰”, 석사학위논문, 전남대학교 대학원 법학과, 2008.
송승엽, “강간죄의 행위객체에 관한 연구”, 석사학위논문, 한양대학교 대학원 법학과, 2010.
송승현, “강간죄의 객체에 성전환여성의 인정여부”, 『법과정책』 제19권 제2호, 2013, 233-271p.
이주형, “성전환자의 강간죄 객체성립 여부”, 『刑事判例硏究』 제18권, 2010, 84-110p.
전해정, “맥락추론과 여성의 역량강화”, 『한국여성철학』 제14권, 2010, 91-118p.
전해정, “법학교육과 법여성학방법론”, 『한국여성학』 제22권 3호, 2006, 5-37p.

<난민지위의 인정기준 및 절차 편람과 지침(일명 난민편람)> 제42항, 제196항, 제203항.

대법원 1967. 2. 28. 선고 67도1 판결.
대법원 1970. 3. 10. 선고 70도29 판결.
대법원 1996. 6. 11. 선고 96도791 판결.
대법원 2006. 6. 22. 선고 2004스42 전원합의체 결정.
대법원 2009. 9. 10. 선고 2009도3580 판결.
대법원 2018. 4. 12. 선고 2017두74702 판결.

대구고법 1970. 6. 24. 선고 70노138 형사부 판결.
부산지법 2009. 1. 16. 선고 2008고합808 판결.
서울고법 2017. 11. 10. 선고 2017누34836 판결.

Plessy v. Ferguson [163 U.S. 537 (1896)]
Brown v. Board of Education [347 U.S. 483, 74 S. Ct. 686, 98 L. Ed. 873 (1954)]

『'상전벽해'…재산분할때 전업주부 몫 50%로 껑충』, 연합뉴스 2010. 04. 19. 기사 참조. https://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=102&oid=001&aid=0003230895
『접시에 고기 덜어준 '호의'를 성관계 '동의'라고 해석한 법원』, 로톡뉴스 2019. 11. 15. 기사 참조. https://news.lawtalk.co.kr/judgement/1424

자전법학회
2019학년도 2학기

연구 논문

고려대학교 자전법학회
2019학년도 2학기

유가증권의 선의취득제도에 대한 비교법적 고찰

자유전공학부 경영학과
조 윤 익

I. 서론

II. 유가증권의 유통성과 선의취득제도의 의의
1. 선의취득의 의의와 요건 및 효과
2. 유가증권의 정의와 유통성
3. 한국 유가증권의 선의취득제도

III. 국가별 유가증권의 선의취득제도
1. 영국 환어음의 선의취득제도
2. 미국 유통증권의 선의취득제도
3. 독일 유가증권의 선의취득제도
4. 소결

IV. 소비자 보호를 위한 선의취득제도의 제한
1. 미국 취득자 경고 규정 도입에 대한 검토
2. 유가증권 선의취득제도 폐지론에 대한 검토

V. 결론

I. 서론

선의취득이란 양도인의 점유에 기한 권리외관을 신뢰한 선의의 양수인을 보호함으로써 거래의 안전을 도모하기 위한 제도이다. 특히 유통성을 그 본질로 삼는 유가증권에서의 선의취득 제도는 선의취득자에 대한 보호를 한층 더 강조하여 적용되고 있다. 우리 판례와 학계에서의 유가증권의 선의취득제도 관련 논의는 주로 어떤 경우가 중과실로 인하여 어음을 취득한 것인지에 대한 해석과 선의취득을 양도인이 무권리자인 경우에 한정할 것인지 아니면 양도행위의 하자의 경우에도 인정할 것인지에 대한 문제에 초점을 두고 진행되어 오고 있는 반면, 미국에서는 금융시장이나 자본시장의 변화에 따라 유통증권의 선의취득제도의 적용 범위를 어떻게 재정립할 것인지에 초점을 두고 논의를 진행하고 있다.[1)]

유가증권 선의취득제도 발전 초기단계인 17-18세기에는 발행인들이 어음·수표의 유통성(negotiability)과 그 효과를 잘 이해하고 그 효과에 기꺼이 구속당할 의사를 갖고 있어 상당히 효율적으로 제도가 운영되었다.[2)] 그러나 과거 유가증권의 유통이 상인 간에 이루어졌던 것과는 달리, 현재 유가증권의 발행이나 양도 및 양수는 비단 상인에 의해 이루어지는 것이 아니라 유가증권의 법리나 유통성에 대한 이해가 부족한 일반 소비자에 의해서도 유통되고 있다. 상인은 유가증권의 유통에 있어 전문가의 도움을 상대적으로 용이하게 얻을 수 있다는 점과 일반적으로 소비자는 복잡한 유통증권의 선의취득제도 관련 법에 대한 이해가 부족하다는 점을 고려해보면 유통증권의 선의취득제도 적용에서 이들을 동일하게 취급하는 것은 형평성 측면에서 문제가 있다고 할 것이다.[3)] 또한 20세기에 들어서면서 이러한 선의취득제도를 금융기관과 신용거래에서 악용하는 사례들이 생겨나면서 선량한 소비자나 주택담보대출에서의 차입자가 일방적으로 모든 위험을 부담하게 되었고, 그 중심에 있던 유가증권의 선의취득제도에 대한 변화의 필요성이 대두된 것이다. 그러나 유가증권의 선의취득제도는 유가증권의 유통성 확보를 위한 근본적이며 핵심적인 법리이기 때문에 그 적용범위를 재정립하는 것은 다양한 시각에서 신중하게 검토되어야 할 사안이라고 할 수 있다.

미국에서는 일찍이 유가증권의 선의취득제도가 비양심적인 상인에 의해 남용되고, 주택저당채권 유동화의 증가와 서브프라임 모기지산업의 발달 등 자본시장의 변화에 따라 발생하는 문제들을 해결하기 위해 선의취득제도를 제한하는 여러 가지 방안들을 고안하여 적용해왔다. 따라서 본 논문은 한국 어음·수표법상 어음·수표의 선의취득제도를 영국 환어음, 미국 유통증권, 독일 어음·수표의 선의취득제도와 함께 비교법적으로 살펴보면서 제도의 본질적인 내용과 필요성을 이해하고, 현재 우리나라의 유가증권 선의취득제도가 어떤 잠재적 문제들을 내포하고 있는지, 그리고 그와 관련된 미국의 대안들을 어떻게 효과적으로 적용할 수 있을지 제시하고자 한다.

---

1) 문정해, “미국 유통증권의 선의취득제도에 대한 연혁적 고찰”, 「원광법학」 제28권 제1호, 2012, 200쪽.
2) 정봉진, “미국에서의 어음·수표 선의취득제도와 소비자보호”, 「법학논고」 제30집, 2009, 502-503쪽.
3) 문정해, 위의 글, 199쪽.

II. 유가증권의 유통성과 선의취득제도의 의의

1. 선의취득의 의의와 요건 및 효과

선의취득제도는 권리의 실체와 외관이 불일치할 때에 실체적 권리를 갖지 못하고 외관만을 갖춘 무권리자인 전자로부터 외관만을 믿고서 거래한 후자, 즉 취득자가 무권리자인 전자로부터 그 무권리자의 외관대로의 권리취득을 인정하는 제도로서, 진정한 권리자를 희생시키고 외관을 신뢰한 거래의 상대방을 보호하는 거래안전제도이다. “어느 누구도 자기가 가지는 권리 이상을 타인에게 줄 수 없다(Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet)”라는 원칙 아래 진정한 권리자를 보호한 로마법과 달리, 게르만법에서는 “손이 손을 지켜야 한다(Hand wahre Hand)”, “신뢰를 둔 곳에서 신뢰를 찾아야 한다(Wo mann seinen Glauben gelassen hat, da muß man ihn suchen)”라는 원칙에 따라 일찍부터 선의취득제도를 인정했다.[4] 독일민법에서 동산물권과 부동산물권에 대해서 모두 선의취득을 인정하고 있는 반면, 게르만법의 선의취득제도를 계수한 우리 민법은 동산물권에 대해서만 선의취득을 인정하고 있다. 우리 민법에서는 제249조[5]에서 동산물권의 선의취득에 관한 원칙 규정을 두고 제250조와 제251조에서 도품, 유실물의 점유이탈물에 대한 선의취득의 특칙을 규정하고 있다. 즉 우리 민법은 부동산등기의 공신력을 인정하지 않고 부동산물권의 선의취득을 인정하지 않는 반면, 동산의 점유에 대해서는 공신력을 인정하고 이에 기한 동산물권의 선의취득을 인정하고 있는 것이다. 이러한 동산물권의 선의취득제도는 취득시효제도, 표현대리제도 등과 함께 동산물권의 거래안전제도로서 기능을 한다.

선의취득이 성립하기 위해서는 첫째, 동산물권에 관한 거래행위가 있어야 하고 둘째, 법률행위에 의한 거래행위에 의하여 취득자가 동산물권을 취득하여야 하며 셋째, 전자는 무권리자여야 하며 넷째, 취득자가 당해 동산의 점유를 취득하여야 하며 다섯째, 취득자는 선의, 무과실, 평온, 공연하게 점유를 취득하여야 한다.

먼저 선의취득의 대상이 되는 동산물권에는 소유권(민법 제249조), 질권(제343조)과 양도담보권이 이에 속하며, 선의취득은 법률행위에 의한 취득이어야 하므로 거래되는 물건의 소지인의 변경, 즉 권리주체의 변경이 있어야 한다. 이때의 법률행위는 유상행위이든 무상행위이든 상관이 없으며, 매매, 증여, 질권설정, 양도담보권의 설정, 대물변제, 소비대차의 이행으로서의 급부 등을 예로 들 수 있다. 그러나 선의취득은 개별적인 거래를 보호하는 제도이므로 특정승계에 한하고, 상속, 합병 등의 포괄승계에서는 인정되지 않는다. 그리고 선의취득자와 거래를 하는 전자는 동산에 대한 점유는 하고 있으나 실체적 권리를 갖고 있지 못한 무권리자로서, 자주점유자이든 타주점유자이든, 선의점유자이든 악의점유자이든 상관이 없다. 또한 선의취득자가 당해 동산의 점유를 취득하여야 하는데, 전자로부터의 점유이전에 의한 선의취득자의 점유취득방법으로는 현실의 인도(제188조 제1항), 간이인도(제188조 제2항), 점유개정(제189조), 목적물반환청구권의 양도(제190조)의 방법이 있다. 현실의 인도와 간이인도, 목적물반환청구권의 양도에 의한 점유취득의 경우에 선의취득이 성립함은 의문이 없으나 점유개정에 의한 방법이 인정되는지에 대해서는 학설의 대립이 있다. 마지막으로 선의취득자는 선의, 무과실, 평온, 공연하게 점유를 취득하여야 한다. 선의는 전자가 무권리자임을 알지 못하는 것을 의미하며, 점유취득시까지 선의이면 족하다고 본다. 무과실은 전자가 무권리자임을 알

4) 김상용, “동산물권의 선의취득에 관한 한·독 비교”,「연세법학연구」18권 4호, 2008, 2쪽.

5) 249조(선의취득) 평온·공연하게 동산을 양수한 자가 선의의며 과실없이 그 동산을 점유한 경우에는 양도인이 정당한 소유자가 아닌 때에도 즉시 그 동산의 소유권을 취득한다.

지 못하는데 과실이 없음을 의미하고, 선의취득자의 선의, 평온, 공연은 추정되지만(제197조 제1항) 무과실은 추정되지 않는다.

선의취득에 의하여 선의취득자는 당해 동산의 물건을 원시취득하게 되어 아무런 부담 없이 완전한 물권을 취득하게 된다. 선의취득으로 권리를 잃게 되는 진정한 권리자의 보호에 관해서는 우리 민법에서 아무런 규정을 두고 있지 않다. 따라서 선의취득자가 유상으로 동산물권을 선의취득한 경우는 물론 무상으로 동산물권을 선의취득 하였을 경우에도 선의취득자는 진정한 권리자에게 그 선의취득의 동산을 반환할 의무를 지지 않는다.

2. 유가증권의 정의와 유통성

유가증권제도는 채권양도에서의 불편을 제거하고 양수인의 지위를 보호함으로써 권리의 유통성을 높이고 거래의 안전을 도모하고자 고안된 것으로서, 권리의 증권화(securitization)를 통하여 무형의 권리를 유체화한 것이다.[6] 동산이나 부동산은 물리적인 실체가 있으므로 가시적인 공시방법이 마련되어 있으나, 채권이나 기타 무형의 권리는 추상적·관념적으로만 존재할 뿐이므로 그 권리의 존재·이동에 대한 인식 역시 추상적·관념적일 수밖에 없다. 이러한 추상적 권리를 유가증권으로 만들면 가시적·물리적 존재로서 동산이나 부동산처럼 선명한 공시방법을 갖출 수 있으므로 권리의 존재 및 귀속과 유통의 현황을 확실하게 표현할 수 있게 된다.[7] 유가증권의 소지인은 진정한 권리자로 추정을 받으므로(어음법 제16조 제1항) 원인관계나 실질적 권리의 증명 없이 권리를 행사할 수 있고 증권을 점유하고 있는 한 권리를 상실할 우려가 없다.

우리나라는 유가증권에 대한 정의가 명확하게 정립되어 있지 않아 정의에 대한 다양한 견해가 있으나, 그중 가장 비판의 여지가 적은 정의는 “사법상의 권리를 표창하는 증권으로서 권리의 행사를 위하여 증권의 점유를 필요로 하는 것”이라고 할 수 있다.[8] 이 정의에 따르면 권리의 행사와 이전에만 증권의 점유를 필요로 하는 불완전유가증권(화물상환증·선하증권·창고증권·무기명주식 등)과 권리의 발생·행사·이전 전부에 증권의 점유를 필요로 하는 완전증권(어음·수표 등)으로 나눌 수 있다.[9] 스위스의 채무법(제965조 이하), 터키의 상법전(제557조 이하) 및 미국의 통일상법전(제3편)과 같이 유가증권에 관한 통일적 규정을 두고 있는 나라도 있으나, 우리나라에서는 유가증권 전체를 포괄적으로 규율하는 법률은 없고, 유가증권 중 중요한 것을 개별적으로 규율하고 있으며 법규 중에서는 어음법과 수표법이 가장 핵심을 이루고 있다.[10]

권리를 유가증권화하는 궁극의 목적은 권리에 유통성을 부여하기 위함이며, 또 이 유통성이 유가증권의 가장 중요한 기능이다. 즉 유가증권은 그것이 표창하는 권리의 공시방법이 되어 권리의 유통을 용이하게 하며, 이를 통해 정체되어있는 권리를 보다 효율적으로 이용하고자 하는 자에게 이동시킴으로써 결과적으로는 권리 자체의 효용을 높이는 기능을 한다.[11] 그래서 유가증권에 관한 법은 대체로 유가증권의 유통성을 보장하는 데에 주안점을 두고 있다.

우리나라의 어음·수표법상 유가증권에 대응하는 개념으로서 미국 통일상법전(Uniform Commercial Code) (“U.C.C.”)에서는 유통증권(negotiable instrument)이라는 용어를 사용하고 있

---

6) 양명조, 유가증권법, 법문사, 2012, 1쪽.
7) 이철송, 어음·수표법(제13판), 박영사, 2014, 24쪽.
8) 최준선, 어음·수표법(제10판), 삼영사, 2015, 29쪽.
9) 최준선, 위의 책, 31쪽.
10) 최준선, 위의 책, 41쪽.
11) 이철송, 위의 책, 25쪽.

다.[12] 유통증권의 선의취득제도 역시 유통증권의 본래 기능인 유통성(negotiability) 확보를 목적으로 하며, 판례에서는 유통증권의 선의취득제도를 다음과 같이 설명하기도 한다. “선의취득제도는 마치 경제 바퀴의 기름과 같으며, 그와 같은 윤활유 없이는 바퀴는 소음을 내면서 갑자기 멈추어 설 것이라고 때때로 말해진다.”[13]

3. 한국 유가증권의 선의취득제도

우리나라 어음법 제16조 제2항에서는 “어떤 사유로든 환어음의 점유를 잃은 자가 있는 경우에 그 어음의 소지인이 제1항에 따라 그 권리를 증명할 때에는 그 어음을 반환할 의무가 없다. 그러나 소지인이 악의 또는 중대한 과실로 인하여 어음을 취득한 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 규정하며 환어음의 선의취득을 인정하고 있고, 제77조 제1항[14]에 따라 약속어음 역시 환어음에 관한 선의취득 규정을 준용한다. 선의취득은 원래 동산의 거래에서 인정되고 지명채권의 거래에서는 인정되지 않는데, 어음이 채권을 표창하고 있음에도 불구하고 지명채권과는 달리 선의취득을 허용하는 데에는 어음의 유통성을 고려하여 어음의 양도방법인 배서에 동산의 인도와 같은 공신력을 부여하는 의미가 있다.[15] 나아가 어음거래는 동산거래보다 더욱 빈번하고 신속히 이루어지므로 어음거래의 안전은 동산거래의 안전보다 더 높은 유통성의 고려를 필요로 하기 때문에 어음법은 동산의 선의취득에 비해 어음의 선의취득 요건을 크게 완화하였다.[16] 어음의 선의취득 요건은 다음과 같다.

첫째, 어음의 양수인은 배서 또는 교부에 의하여 형식적 자격이 있는 자로부터 어음을 취득했어야 한다.(어음법적 양도방법에 의한 취득) 둘째, 선의취득이 인정되기 위해서는 배서의 연속이 있어야 한다.(형식적 자격자로부터의 취득) 배서가 단절된 경우 실질적 권리의 이전을 입증하면 선의취득을 인정할 것인지에 대해서는 학설의 대립이 있다. 셋째, 양도인은 무권리자이며 배서의 연속에 의하여 자격수여적 효력을 구비해야 한다. 종래의 통설은 분실, 도난, 횡령 등의 경우와 같이 양도인 이외의 진정한 권리가 존재하는 경우에만 어음·수표의 선의취득을 인정하자는 입장인 무권리자 한정설을 따랐으나 최근에는 선의취득에 의하여 보호되는 것은 양도인의 무권리자성뿐만 아니라 배서인의 대리권의 흠결, 제한능력, 의사흠결, 의사표시의 하자 등의 양도행위의 하자도 선의취득에

---

12) 문정해, 앞의 글, 185쪽.

13) W. State Bank v. First Union Bank & Trust Co., 360 N.E.2d 254, 258 (Ind. Ct. App. 1977) (정봉진, “유통증권의 선의취득에 관한 미국법 연구”, 「국제거래법연구」 제12권, 2004, 385쪽에서 재인용).

14) 제77조(환어음에 관한 규정의 준용) ①약속어음에 대하여는 약속어음의 성질에 상반되지 아니하는 한도에서 다음 각 호의 사항에 관한 환어음에 대한 규정을 준용한다.
1. 배서(제11조부터 제20조까지)
(생략)

15) 이철송, 앞의 책, 365쪽.

16) 최준선, 앞의 책, 185-186쪽.
<민법상의 선의취득과의 차이>
민법 제249조에는 동산의 선의취득이 규정되어 있다. (i) 민법에서는 경과실만 있어도 선의취득이 인정되지 않지만 어음법에서는 악의 또는 중과실이 없으면 선의취득이 인정되어 선의취득의 요건이 완화된다. (ii) 민법에는 도품 및 유실품에 대한 특칙(제250조·제251조 : 도품·유실품의 경우에는 금전을 제외하고 2년 내에 무상 반환을 청구할 수 있다. 다만 경매나 공개시장에서 매수한 경우에는 대가를 지급하여야 한다. 다만 고물상이나 전당포의 경우에는 1년 내이면 무상으로 반환받을 수 있다)이 있다. 어음법에는 이와 같은 특칙이 없다. (iii) 민법에서는 무권리자로부터의 선의취득을 인정하는 데 비하여 어음법에서는 “어떤 사유로든”이라는 표현의 해석의 차이로 인하여 선의취득이 인정되는 범위가 매우 넓다고 보는 것이 일반적이다. (iv) 어음법에는 “평온·공연”에 관한 언급이 없다. 그러나 사회질서에 반하는 선의취득은 인정할 수 없으므로 이 요건은 어음법에 언급이 없더라도 당연한 요건으로 인정한다.

대한 보호의 대상으로 봐야 한다는 무제한설과 그 외 여러 가지 학설의 대립이 있다. 판례는 대리권의 흠결시에도 선의취득을 인정하여 무권리자한정설에서는 벗어나 있으나 그 외 어떤 학설을 따르는지는 불명확하다.[17] 넷째, 어음취득자에게 악의나 중과실이 없어야 한다. 악의·선의 여부 및 중대한 과실의 유무는 어음을 취득할 당시를 기준으로 판단한다. 따라서 어음을 취득할 당시에 선의의며 중대한 과실이 없었으면, 권리행사를 할 때에 알게 되었다 하더라도 선의취득에는 지장이 없다. 다섯째, 피배서인은 어음의 취득에 관하여 독립한 경제적 이익을 가져야 한다. 그렇지 않을 경우 이를 보호할 가치가 없기 때문이다.

이러한 요건을 갖춘 어음의 선의취득자는 어음상 권리를 원시취득하며, 반사적으로 원래의 권리자의 그 어음에 대한 권리는 소멸한다. 선의취득자는 진정한 권리자, 무권대리의 본인, 양도행위를 취소한 행위무능력자, 하자있는 의사표시를 취소한 자 등의 반환청구에 대해 거절할 수 있다. 또한 선의취득은 원시취득으로서 새로이 하자 없는 권리를 창설하는 원인이 되므로 그 이후에 승계취득한 자는 선의취득의 사실을 알고 취득하더라도 적법하게 권리를 취득한다.

수표법 제21조에서도 “어떤 사유로든 수표의 점유를 잃은 자가 있는 경우에 그 수표의 소지인은 그 수표가 소지인출급식일 때 또는 배서로 양도할 수 있는 수표의 소지인이 제19조(배서의 자격 수여적 효력)에 따라 그 권리를 증명할 때에는 그 수표를 반환할 의무가 없다. 그러나 소지인이 악의 또는 중대한 과실로 인하여 수표를 취득한 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 규정하여 수표의 선의취득을 인정한다. 수표 역시 무권리자로부터 선의의며 중대한 과실 없이 취득하면 선의취득이 성립하며, 수표의 선의취득에 관한 기타 문제는 어음의 선의취득과 큰 차이가 없다.

III. 국가별 유가증권의 선의취득제도

1. 영국 환어음의 선의취득제도

미국 통일상법전에 규정된 유통증권의 선의취득제도는 영국의 판례법(common law)에서 그 기원을 찾을 수 있다.[18] 이와 관련된 가장 중요한 판례는 1758년의 Miller v. Race 사건과 1781년의 Peacock v. Rhodes 사건이다.

Miller 사건에서는 영국 은행에서 발행한 은행권(bank note)을 가진 소외 Finney가 소외 Odenharty에게 우편으로 당해 은행권을 보내는 과정에서 이를 분실하였고, Finney는 영국은행에 은행권에 대한 지급 정지를 요청했으나 호텔을 운영하던 원고인 Miller는 이를 모른 채 영업과정에서 선의로 당해 은행권을 취득했다. 원고는 영국은행 직원인 피고 Race에게 은행권을 제시하고 이에 대한 지급을 요구했지만 피고가 이를 거절하자 소를 제기하였다. 영국 법원은 이 사건에서 상거래를 위해 은행권의 통화성(currency)이 확보되어야 하므로 화폐의 진정한 소유자는 공정하고 정직하게 유상 및 선의로 은행권을 취득한 자에게 대항할 수 없다고 판단하며 선의취득을 인정했다.[19]

Peacock 사건에서는 피고인 Rhodes가 환어음을 발행하고 수취인(payee)이 이를 공란으로 배서하였는데 그 과정에서 당해 환어음이 소외 Fischer에 의해 도난되었다. 원고 Peacock은 옷감 및 기타 물품 등의 교환 대가로 당해 환어음을 취득하여 지급인에게 이를 제시하고 기재된 금액을 지급할 것을 청구하였으나 지급인이 이를 거절하자 소를 제기하였다. 영국 법원은 환어음에 의해 공정하게

17) 양명조, 앞의 책, 338쪽.
18) 문정해, 앞의 글, 190쪽.
19) Miller v. Race, 1 Burr. 452, 97 Eng. Rep. 398 (K.B. 1758) (문정해, 위의 글, 190쪽에서 재인용).

소지인이 된 자는 환어음의 원래 발행인에게 제기할 수 있는 모든 인적항변으로부터 자유로운 환어음을 취득하게 된다고 판시하여 통화로서의 환어음 사용을 보호하고자 하였다.[20]

위 두 사건을 통해 영국 법원은 환어음을 선의 및 유상으로 인수한 자는 당해 어음의 이전 소지인이 제기할 수 있는 청구로부터 자유로운 어음을 취득할 수 있다고 천명함으로써 화폐 대체물로서 환어음의 유통을 촉진할 수 있는 토대를 마련하였다.

영국 법원의 Miller 사건 및 Peacock 사건의 판시 내용은 1882년에 제정된 영국 환어음법(Bills of Exchange Act of 1882)에서 공식적으로 법문화되었다. 동법 제29조에 따르면 표면적으로 완전하고 통상적인 환어음을 소지한 자가 정당소지인이 되기 위해서는 (1) 당해 환어음이 만기가 되기 전에 그리고 그 환어음이 사전에 지급 거절되었다는 것에 대한 인식 없이 당해 환어음을 취득해야 하고, (2) 당해 환어음을 선의 및 유상으로 취득하되, 취득 당시 당해 환어음을 유통한 자의 소유권에 흠결이 있다는 인식이 없어야 한다.[21]

상기 요건에 따라 환어음의 소지인이 정당소지인으로서의 지위를 인정받게 되면 동법 제38조[22]에 의해 정당소지인은 모든 인적항변과 이전 소지인들의 소유권에 대한 흠결로부터 자유로운 환어음을 취득하게 되고, 환어음에 대해 책임있는 모든 당사자들에 대하여 지급을 청구할 수 있는 권리를 획득하게 된다.[23] 이를 통해 영국에서는 판례법에서 인정된 환어음의 선의취득제도를 공식적으로 도입하며 정당소지인의 성립요건과 권리관계를 명확히 하고, 미국의 관련 제도의 법이론적 토대를 제공했다.[24]

2. 미국 유통증권의 선의취득제도

(1) 미국 통일상법전상 유통증권의 선의취득제도

미국 계약법에 의하면 채권의 양수인은 채무자가 양도인에 대하여 부담하는 채무의 범위 내에서

---

20) Peacock v. Rhodes, 2 Doug. 633, 636, 99 Eng. Rep. 402 (K.B. 1781)(문정해, 앞의 글, 190쪽에서 재인용).

21) § 29 HOLDER IN DUE COURSE. (1) A holder in due course is a holder who has taken a bill, complete and regular on the face of it, under the following conditions; namely, (a) That he became the holder of it before it was overdue, and without notice that it had been previously dishonoured, if such was the fact: (b) That he took the bill in good faith and for value, and that at the time the bill was negotiated to him he had no notice of any defect in the title of the person who negotiated it. (2) In particular the title of a person who negotiates a bill is defective within the meaning of this Act when he obtained the bill, or the acceptance thereof, by fraud, duress, or force and fear, or other unlawful means, or an illegal consideration, or when he negotiates it in breach of faith, or under such circumstances as amount to a fraud. (3) A holder (whether for value or not), who derives his title to a bill through a holder in due course, and who is not himself a party to any fraud or illegality affecting it, has all the rights of that holder in due course as regards the acceptor and all parties to the bill prior to that holder.

22) § 38 RIGHTS OF THE HOLDER. The rights and powers of the holder of a bill are as follows: (1) He may sue on the bill in his own name: (2) Where he is a holder in due course, he holds the bill free from any defect of title of prior parties, as well as from mere personal defences available to prior parties among themselves, and may enforce payment against all parties liable on the bill: (3) Where his title is defective (a) if he negotiates the bill to a holder in due course, that holder obtains a good and complete title to the bill, and (b) if he obtains payment of the bill the person who pays him in due course gets a valid discharge for the bill.

23) 문정해, 위의 글, 192쪽.

24) 문정해, 위의 글, 192쪽.

만 채무자에 대하여 권리를 취득한다.[25] 채권의 양도에 있어 중요한 근본이 되는 이 원칙은 유통증권의 선의취득제도에 의하여 중대한 제한을 받는다.

미국 통일상법전(U.C.C.) 제3-104조에 따르면, 유통증권은 약속 또는 지급명령에서 기재된 이익이나 다른 비용으로 또는 이러한 것이 없이 고정된 금액을 지급할 무조건적인 약속이나 지급명령을 의미하며, U.C.C. 제3-302조[26]에서는 다음과 같이 유통증권의 정당한 소지인(holder in due)에게 당해 유통증권에 대한 선의취득을 인정하고 있다.

제3-302조(정당한 소지인)[27]

(a) ©항 및 제 3-106조 (d)항에 따라, 다음의 경우에 「정당한 소지인」은 증권 소지인을 의미한다.

(1) 소지인에 대하여 발행되었거나 유통된 때에 그 증권에 위조 혹은 변조의 명백한 증거가 없거나 혹은 다른 점에서 그것이 허위라는 의심이 들 정도로 불규칙하거나 불완전하지 않은 경우; 그리고

(2) 소지인이 (i) 대금을 지급하고, (ii) 신의성실하게, (iii) 만기가 도과하였거나, 혹은 지급이 거절되었음을 알지 못하고, 혹은 그것에 대한 항변 혹은 권리를 다른 자가 가지고 있음을 알지 못하고, (iv) 그 증권이 무권한의 서명을 포함하고 있거나 또는 그것이 변조된 것임을 알지 못하고, (v) 제3-306조 증권에 대한 청구권임을 알지 못하고, (vi) 어느 당사자가 제3-305조 (a)항에 규정된 감액청구에 대하여 항변 또는 청구권을 알지 못하고 당해 증권을 취득한 경우.

미국 유통증권의 선의취득에 대한 요건을 살펴보면 첫째, 유통증권을 유상으로(for value) 취득해야 한다. 유상 양수 요건을 구비하지 못한 대표적인 예는 소지인이 유통증권을 증여(gift)받은 경우이다.[28] 둘째, 소지인은 유통증권을 선의로(in good faith) 취득해야 한다. U.C.C. 제1-201조[29]에 따르면 '선의'는 사실에 있어 정직한 것(주관적 기준) 뿐 아니라 공정 거래와 합리적 상업 기준의 준수(객관적 기준)도 포함하는 개념이다. 셋째, 소지인은 유통증권이 만기이거나 지급거절되었거나 또는 동일한 거래관계에서 발행된 다른 유통증권의 지급과 관련하여 치유될 수 없는 결함이 있다는 것에 대한 인식 없이(without notice)[30] 당해 유통증권을 취득해야 한다. 넷째, 소지인은 유통증권

---

25) Restatement (Second) of Contracts §336 (1981) (정봉진, "미국에서의 어음·수표 선의취득제도와 소비자 보호", 「법학논고」 제30집, 2009, 502쪽에서 재인용).

26) § 3-302. HOLDER IN DUE COURSE. (a) Subject to subsection(c) and Section 3-106(d), "holder in due course" means the holder of an instrument if: (1) the instrument when issued or negotiated to the holder does not bear such apparent evidence of forgery or alteration or is not otherwise so irregular or incomplete as to call into question its authenticity; and (2) the holder took the instrument (i) for value, (ii) in good faith, (iii) without notice that the instrument is overdue or has been dishonored or that there is an uncured default with respect to payment of another instrument issued as part of the same series, (iv) without notice that the instrument contains an unauthorized signature or has been altered, (v) without notice of any claim to the instrument described in Section 3-306, and (vi) without notice that any party has a defense or claim in recoupment described in Section 3-305(a).

27) 박정기·윤광운, 미국통일상법전, 2006, 127쪽.

28) 정봉진, "유통증권의 선의취득에 관한 미국법 연구", 「국제거래법연구」 제12권, 2004, 387쪽.

29) § 1-201. (b)(20) "Good faith," except as otherwise provided in Article 5, means honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing.

30) 통일상법전상 인식(notice)에 대한 정의는 다음과 같다.
§ 1-202. Notice; Knowledge. (a) Subject to subsection (f), a person has "notice" of a fact if the person: (1) has actual knowledge of it; (2) has received a notice or notification of it; or (3) from all the facts and circumstances known to the person at the time in question, has reason to know that it exists.

이 무권한 서명(unauthorized signature)을 포함하고 있거나 서명이 위조되었다는 인식 없이 당해 유통증권을 취득해야 한다. 즉, 소지인은 타인이 발행인이나 배서인의 서명을 위조했거나 유통증권 상의 용어를 변조했다는 사실을 알지 못하거나 알 수 없어야 한다.[31] 다섯째, 소지인은 소지한 유통증권에 U.C.C. 제3-306조에서 규정한 일련의 청구사항(claim)이 존재한다는 인식 없이 유통증권을 취득해야 한다. U.C.C. 제3-306조[32]에 따르면 선의취득의 경우를 제외하고 유통증권 취득자는 당해 유통증권의 진정한 소유권 분쟁에서 완전히 자유로울 수 없다고 천명하고 있는데, 유통증권의 선의취득자가 되기 위해서는 이러한 유통증권의 진정한 소유권자에 의한 청구가 발생하고 있다는 인식이 없어야 한다.[33] 여섯째, 유통증권의 소지인은 특정인이 U.C.C. 제3-305조(a)[34]에서 규정한 항변 등을 가진다는 인식 없이 유통증권을 취득해야 한다. 위 조항에서는 발행인이 미성년자인 경우나 강박에 의한 발행 등과 같은 인적 대항요건과 계약상의 대항요건 등이 열거되어 있는데, 유통증권의 선의취득자가 되기 위해서는 이러한 항변들에 대한 인식 없이 유통증권을 취득해야 한다.

이와 같은 요건을 갖춘 정당한 소지인은 선의취득자가 되어 당해 유통증권의 소유권 분쟁에서 자유로울 수 있으며, 제3-305조(b)[35]의 규정에 따라 미성년, 강박, 무능력, 불법, 사실상 사기, 파산에 의한 면책 등과 같은 물적 항변(real defense)의 경우를 제외하고는 유통증권의 지급 문제에 대한 청구나 대부분의 항변들로부터 보호를 받게 된다.

(2) 선의취득제도 제한에 관한 미국 입법례

1) 신용 거래의 소비자 보호를 위한 제한

1970년대, 미국 통일상법전에 의한 유통증권의 선의취득제도는 비양심적인 상인과 그 동일 계열 금융사들이 선의취득제도를 악용하면서 선량한 소비자들이 희생당하는 일이 빈번하게 발생하자 비판을 받기 시작했다. 물건을 외상으로 구입하는 매수인이나 주택 개량 공사를 외상으로 맡기는 주택 소유자와 같은 소비자들은 자신들이 구입한 물건이나 용역이 전혀 공급되지 않았거나 하자가 있음에도 불구하고 채무 변제를 위하여 발행한 약속어음이 제3자에 의하여 선의취득 되었다는 이유만으로 어음금 지급채무의 이행을 여전히 요구받았다.[36] 무책임한 주택개량사업자들은 건물 외벽에 알루미늄 판자를 붙여 주기로 약속하고 나타나지 않았으며, 중고차 판매점에서는 결함 있는 자

---

31) 문정해, “약탈적 주택담보대출의 자산유동화와 어음법상의 선의취득제도”, 「원광법학」 제26권 제2호, 2010, 13쪽.

32) § 3-306. CLAIMS TO AN INSTRUMENT. A person taking an instrument, other than a person having rights of a holder in due course, is subject to a claim of a property or possessory right in the instrument or its proceeds, including a claim to rescind a negotiation and to recover the instrument or its proceeds. A person having rights of a holder in due course takes free of the claim to the instrument.

33) 문정해, 위의 글, 13쪽.

34) § 3-305. DEFENSES AND CLAIMS IN RECOUPMENT. (a) Except as otherwise provided in this section, the right to enforce the obligation of a party to pay an instrument is subject to the following: (1) a defense of the obligor based on (i) infancy of the obligor to the extent it is a defense to a simple contract, (ii) duress, lack of legal capacity, or illegality of the transaction which, under other law, nullifies the obligation of the obligor, (iii) fraud that induced the obligor to sign the instrument with neither knowledge nor reasonable opportunity to learn of its character or its essential terms, or(iv) discharge of the obligor in insolvency proceedings; (…)

35) § 3-305. DEFENSES AND CLAIMS IN RECOUPMENT. (b) The right of a holder in due course to enforce the obligation of a party to pay the instrument is subject to defenses of the obligor stated in subsection (a)(1), but is not subject to defenses of the obligor stated in subsection (a)(2) or claims in recoupment stated in subsection(a)(3) against a person other than the holder.

36) 정봉진, “미국에서의 어음·수표 선의취득제도와 소비자 보호”, 「법학논고」 제30집, 2009, 503쪽.

동차를 팔았다. 그럼에도 불구하고 그 상인들은 대가로 받은 약속어음을 선의취득자 자격을 갖춘 금융회사에게 양도함으로써 소비자들로 하여금 금융회사에 대한 변제를 계속하게 만들었다.[37]

이를 해결하기 위해 미국 연방거래위원회(Federal Trade Commission)("FTC")는 1975년 '소비자 청구권 및 항변 보호를 위한 규정'("취득자 경고 규정")(holder-notice rule)을 제정하여 소비자 신용계약에 해당하는 어음·수표의 최종 취득자들이 소비자의 물건이나 용역의 공급인에 대하여 가지는 모든 청구권과 항변의 대항을 받도록 하여 전통적인 선의취득자로서의 지위를 박탈시켰다.

2) 금융 거래의 소비자 보호를 위한 제한

2000년대 초에 이르러 미국에서는 선의취득제도를 악용한 무분별한 서브 프라임 주택저당대출(subprime mortgage loan)과 약탈적 대출(predatory lending), 서브 프라임 주택저당채권 유동화(securitization)가 급격히 증가하기 시작했다. 서브프라임 대출이란 신용도와 변제능력에서 최하위 신용등급을 받은 차입자에 대한 대출을 의미하며,[38] 약탈적 대출이란 금융기관이 차입자의 상환능력을 초과한 대출을 한 후 높은 수수료나 연체료를 부과하는 방법 등을 이용하여 높은 수익을 얻으면서 차입자에게 손해를 가하는 대출방식으로서, 미국에서의 약탈적 대출은 주로 주택저당대출에 집중되는 경향이 있다.[39] 시간이 지나면서 약탈적 대출업자들이 자금 조달 능력과 대출채권 양도 능력을 상실하면서 파산을 선언하고 폐업하자, 차입자들은 대출계약에서 약속된 대출금을 전혀 받지 못했더라도 자신들의 주택에 설정된 저당권에 기한 경매 절차에 의해 선의취득자에게 주택을 빼앗기게 되었다.[40] 이는 선의취득제도가 제한되는 범위를 '물품 또는 서비스'에 한정시킨 FTC Holder Rule이 보호할 수 없는 영역이었다.

주택담보대출 유동화에 따른 약탈적 대출을 규제하기 위해 미국 연방정부는 1994년 주택 소유권 및 자산 보호법(Home Ownership and Equity Protection Act, HOPEA)을 제정하면서 '고비용 모기지(high cost mortgage)'라는 개념을 도입시켜 고비용 모기지론의 양수인은 원칙적으로 대출기관에 차입자가 채권자에게 대항할 수 있는 모든 청구와 항변을 부담한다고 규정하여 유통증권의 정당소지인 제도를 제한했다.[41] 그러나 HOPEA에 의한 선의취득제도의 제한은 고비용 모기지에만 한정되어 고비용 모기지에 해당하지 않는 일반적인 주택 모기지, 역모기지 등의 양수인에게는 여전히 책임을 부과할 수 없었다. 실제로 금융기관들은 HOPEA 제정 이후 고비용 모기지에 해당되지 않을 정도로 기준보다 약간 낮은 금리와 비용으로 대출을 계속하며 동법에 의한 선의취득제도 제한을 무력화시켰다.[42]

오늘날 미국 다수의 학자들은 FTC 취득자 경고 규정 개정론, 비상업적 대출에서의 어음·수표 선의취득제도 폐지론 등을 제안하며 주택저당대출 분야 또는 좀 더 넓게는 비상업적 대출 분야 전반에 걸쳐 어음·수표 선의취득제도를 폐지하고 그를 통하여 약탈적 대출 감시활동을 강화할 것을 주장하고 있다.[43] 주택담보대출에서의 유통증권의 선의취득제도 폐지를 강력하게 주장하는 대표적인 학자인 Eggert 교수는 선의취득제도를 이해하지 못하는 차입자에게 모기지론 차입에 대한 모든 위험을 전가시키는 것은 불공정할 뿐만 아니라 약탈적 대출과 같은 기망행위를 금융기관이 지속할

37) 정봉진, 위의 글, 508쪽.
38) 조혜경, "서브프라임 사태와 거품의 붕괴," 「시민과 세계」 제13호, 2008, 265쪽.
39) 정봉진, 위의 글, 517쪽.
40) 정봉진, 위의 글, 518쪽.
41) 문정해, 앞의 글, 197쪽.
42) J. Pyle, A "Flip" Look at Predatory Lending: Will the Fed's Revised Regulation Z End Abusive Refinancing Practices?, The Yale Law Journal, vol. 112 (2003)
43) 정봉진, 앞의 글, 529쪽.

수 있는 원인이 되므로 이를 방지하기 위해 주택담보대출은 물론 모든 비상업적 대출에 선의취득 제도를 적용하지 말아야 한다고 본다. 그렇게 되면 선의취득제도에 대해 상대적으로 우월한 정보를 가진 투자자가 주택담보대출과 이로 인한 자산유동화[44]에 대한 위험을 부담하게 되고, 투자자는 투자비용을 회수하기 위해 신중하게 유동화증권을 매입하면서 필연적으로 금융기관의 약탈적 대출을 감소시킨다는 것이다.[45]

3. 독일의 유가증권 선의취득제도

독일에서는 어음, 수표의 선의취득에 관하여 이를 명시적으로 인정하는 직접적인 명문의 규정을 두고 있지 않다. 그러나 어음법 2장 16조[46]에 따르면 어음의 배서가 연속되는 어음의 점유자는 그 어음의 적법한 소지인이며, 그러한 적법한 어음의 소지인은 그가 그 어음을 악의 또는 중대한 과실로 취득하지 않는 한 어느 누구에 대해서도 그 어음의 반환의무를 지지 않는다고 규정하여 어음의 선의취득을 인정한다. 수표법 21조[47]에서도 어음의 선의취득과 마찬가지로 배서가 연속되는 현재의 수표의 점유자를 그 수표의 적법한 소지인으로 보며, 그 수표의 소지인은 그가 그 수표의 취득에 악의 또는 중대한 과실이 없는 한 어느 누구에 대해서도 그 수표의 반환의무를 지지 않는다고 규정함으로써 수표의 선의취득을 인정한다.[48] 한편 독일은 배서와 양도 불허, 3인에 의해 보증된 만기 3개월 미만의 어음만 할인, 어음 부도자는 5년간 사업재개 불가, 추후 소득 발생 시 채무상환 등 비교적 엄격한 어음운용 규정을 두어[49] 연쇄부도의 가능성을 사전에 차단하고 있다.

4. 소결

우리나라 역시 은행권의 주택담보대출이 지속적으로 증가하면서[50] 금융위기 재발에 대한 경고가

---

44) 주택저당권에 의하여 담보되는 약속어음과 같이 비유동적인 재산을 유가증권(유동화증권)이라고 하는 유동적인 형태로 변화시키는 과정을 말한다.

45) Kurt Eggert, Held Up in Due Course: Predatory Lending, Securitization, and the Holder in Due Course Doctrine, 35 Creighton L. Rev. (2003)

46) § 16 Abs 2 Wechselgesetz (1) Wer den Wechsel in Händen hat, gilt als rechtmäßiger Inhaber, sofern er sein Recht durch eine ununterbrochene Reihe von Indossamenten nachweist, und zwar auch dann, wenn das letzte ein Blankoindossament ist. Ausgestrichene Indossamente gelten hierbei als nicht geschrieben. Folgt auf ein Blankoindossament ein weiteres Indossament, so wird angenommen, daß der Aussteller dieses Indossaments den Wechsel durch das Blankoindossament erworben hat. (2) Ist der Wechsel einem früheren Inhaber irgendwie abhanden gekommen, so ist der neue Inhaber, der sein Recht nach den Vorschriften des vorstehenden Absatzes nachweist, zur Herausgabe des Wechsels nur verpflichtet, wenn er ihn in bösem Glauben erworben hat oder ihm beim Erwerb eine grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt.

47) § 21 Scheckgesetz Ist der Scheck einem früheren Inhaber irgendwie abhanden gekommen, so ist der Inhaber, in dessen Hände der Scheck gelangt ist – sei es, daß es sich um einen Inhaberscheck handelt, sei es, daß es sich um einen durch Indossament übertragbaren Scheck handelt und der Inhaber sein Recht gemäß Artikel 19 nachweist –, zur Herausgabe des Schecks nur verpflichtet, wenn er ihn in bösem Glauben erworben hat oder ihm beim Erwerb eine grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt.

48) 김상용, 앞의 글, 19-20쪽.

49) 이기현, “獨 배서·양도 못해, 佛 1차 유통만 가능”, 더스쿠프, 2013.02.13., https://www.thescoop.co.kr/news/articleView.html?idxno=5754.

50) 조은임, “지난해 주택담보대출 45.6조…‘규제 폭탄’에도 3년 만에 ‘최대’”, 조선비즈, 2020.01.10., https://biz.chosun.com/site/data/html_dir/2020/01/10/2020011001747.html.

나오고 있음에도 불구하고, 우리나라의 어음·수표법에는 미국과 같은 소비자 신용거래 분야나 주택저당채권 유동화 분야에서의 소비자 보호를 위한 법적 배려는 전혀 없다는 지적이 있다.[51] 미국의 주택담보대출이 장기의 고정금리 원리금 분할 상환형 대출인 것과는 달리, 국내 주택담보대출의 경우 만기가 보통 3년 이내의 단기이고, 상당부분 대출금리가 양도성예금증서(CD)금리에 연동하는 변동금리이며, 차입자의 상환능력을 결정하는 소득이나 신용상태에 대한 고려보다는 오직 담보물의 가치를 기준으로 이루어지고 있는 상품들을 중심으로 대출이 이루어지고 있다는 점에서 시장금리가 상승하거나 주택 담보가치가 하락하면 원리금 상환의 불이행 가능성이 증가될 수 있는 문제점을 내포하고 있다.[52] 또한 이러한 국내 주택담보대출의 원리금 상환 방식은 대출기간 중 이자만 지급하고 만기시 원금을 일시 상환하는 형태로 이루어져 있는데, 이는 미국에서 규제하고 있는 약탈적 대출행위 중 하나인 일괄상환약정에 해당한다.[53] 이러한 잠재적 문제점들을 지닌 국내의 주택담보대출 상품들을 기초로 한 자산유동화가 활발하게 이루어지게 될수록 차입자를 어떻게 보호할 것인지에 대한 법적 논의가 필요하다.

1970년대 어음·수표 선의취득제도에 대한 소비자들의 불만이 극에 달하면서 FTC가 취득자 경고규정을 제정하고, 서브프라임 주택저당대출에서의 약탈적 대출의 중심에 서 있던 어음·수표 선의취득제도 남용 문제를 방치한 탓에 금융위기를 맞았던 미국의 예를 교훈 삼아 우리도 현재 미국에서 시행되거나 학자들에 의해 제안되고 있는 소비자 보호를 위한 어음·수표 선의취득제도 제한 방안들에 대한 적극적인 연구가 필요하다. 어음·수표의 선의취득제도의 적용에 있어서 미국 역시 우리나라와 마찬가지로 소비자 신용 거래와 상업적 신용 거래를 구분하거나, 소비자 대출과 상업적 대출을 구분하여 달리 취급하는 민·상법 구분론을 따르고 있어 우리의 법체계와도 잘 조화될 수 있을 것으로 보인다.[54]

미국의 경우 통일상법전 Article 3에서 유통증권에 대한 정당소지인의 요건을 구비하면 당해 유통증권에 대한 선의취득이 인정되어 인적항변[55]으로부터 자유롭게 되지만, 물적항변에 대해서는 여전히 채무자가 정당소지인에게 대항할 수 있고, 통일상법전에서는 물적항변 사유로서 어음행위의 원인행위에 대한 위법성 등을 규정하고 있다. 그러나 우리 어음법은 어음항변에 대한 포괄적이고 직접적인 규정이 마련되어 있지 않다. 만일 국내에서도 금융기관이 약탈적 주택담보대출을 통해 자산을 유동화하고 차후에 차입자가 상환을 불이행하게 된다면 현행 우리 어음법에 따라 차입자는 유동화증권을 선의취득한 투자자에게 채무를 상환하면서 금융기관의 약탈적 대출에 따른 경제적 손실을 그대로 부담하게 된다. 이를 방지하기 위해서는 미국과 같이 사전에 약탈적 대출을 규제하는 보완책이 필요하며, 이와 더불어 약탈적 대출의 피해자인 차입자가 약탈적 대출에 따른 유동화증권의 선의취득자인 투자자에게도 대항할 수 있도록 해야 한다. 이러한 방식은 금융기관의 약탈적 대출을 사전적으로 예방할 수 있을 뿐 아니라 투자자들이 금융기관의 약탈적 대출을 감시하는 기능을 동시에 수행하도록 할 수 있다.

또한 미국의 U.C.C.에서는 기명식 어음·수표의 효력을 부인하고 어음·수표가 유통성을 구비하기 위해서는 지시식 또는 소지인 출급식이어야 한다고 규정하는 데 반해 우리법상으로는 지시문구 또

51) 정봉진, 앞의 글, 530쪽.
52) 문정해, “약탈적 주택담보대출의 자산유동화와 어음법상의 선의취득제도”, 「원광법학」 제26권 제2호, 2010, 22쪽.
53) 문정해, 위의 글, 23쪽.
54) 정봉진, 위의 글, 530쪽.
55) 인적 항변(personal defense)은 “물적 항변 이외의 모든 항변”을 의미하며, 인적 항변은 선의취득자에 대해서는 대항할 수 없으나 선의취득자 아닌 취득자는 유통증권에 부착된 그와 같은 모든 인적 항변의 대항을 받는다.

는 소지인출급 문구가 있어야 어음·수표가 유효하다는 요건이 없어 기명식 어음·수표의 효력도 인정된다. 따라서 어음·수표가 당사자(소비자)의 의사에 반하여 선의 취득될 가능성이 미국보다 훨씬 높고, 우리나라에서는 선의취득자보다 소비자를 우선해서 보호해야 할 필요성이 미국보다 크다고 볼 수 있다.[56] 따라서 미국의 FTC의 취득자 경고 규정이나 주택저당대출 및 비상업적 대출 분야에서의 어음·수표 선의취득제도 폐지론의 국내 도입 및 적용을 적극적으로 검토해 볼 필요가 있다.

한편 유럽국가 가운데 어음결제 비율이 가장 높은 프랑스에서는 법적으로 1차 유통만을 허용해 연쇄부도의 가능성을 사전에 차단하고 있고, 독일도 배서와 양도불허, 3인에 의해 보증된 만기 3개월 미만의 어음만 할인, 어음 부도자는 5년간 사업재개 불가, 추후 소득 발생시 채무상환 등 엄격한 어음운용 규정을 갖고 있다.[57] 이러한 어음운용에 대한 엄격한 제한은 유가증권으로서의 어음의 유통성에는 제약이 될 수 있으나, 현재 수많은 지급수단이 활용되고 있는 거래 현황을 고려하고 유가증권이 신용거래의 효율성이나 비용 절감 등을 위해 사용되고 있다는 점[58]을 생각하면 배서와 양도에 대한 제한을 통해 우리나라도 어음·수표의 안전성을 미리 확보하는 방법도 검토해볼 필요가 있다.

IV. 소비자 보호를 위한 선의취득제도의 제한

1. 미국 취득자 경고 규정 도입에 대한 검토

1975년 미국 연방무역위원회(Federal Trade Commission)가 제정한 취득자 경고 규정(FTC Holder Rule)은 모든 물품 또는 서비스의 매매나 임대차 계약서 작성 시 최소 10호 이상의 굵은 대문자로 다음과 같은 경고를 삽입하도록 지시하고 있다. “경고 : 이 소비자 신용계약의 취득자는 이 계약에 의하여 또는 이 계약에 의하여 받은 돈으로 수령한 물건 또는 용역의 매도인에게 채무자가 주장할 수 있는 청구권과 항변의 대항을 받는다. 이 계약에 의하여 채무자가 반환받을 수 있는 금액은 채무자가 이 계약에 의하여 지급한 금액을 초과할 수 없다.”[59] 이러한 취득자 경고가 어음·수표에 삽입될 경우, 소비자는 자신이 매도인에 대하여 가지는 모든 항변으로 어음·수표 취득자에게 대항할 수 있을 뿐 아니라, 어음·수표에 기하여 자신이 지급한 금액 범위 내에서 매도인과 양수인 양자 모두에게 손해배상청구나 반환청구 등의 청구권 행사를 할 수 있게 된다.[60] 우리나라에 어음·수표의 신용거래에서 소비자 보호를 위해 이러한 FTC 취득자 경고 규정을 도입할 시, 다음과 같은 사항을 고려할 필요가 있다.

취득자 경고 규정에서 요구하는 경고를 우리나라 어음·수표에 삽입할 경우 법률적 효과가 미국과 동일하지 않다. 미국에서는 유통증권에 해당 경고가 삽입될 때 지급약속 또는 지급위탁이 조건적으로 되면서 입법취지(해당 유통증권이 선의취득의 대상이 되지 못하게 하는 것)와 달리 U.C.C. 제

56) 정봉진, 앞의 글, 534쪽.
57) 이기현, 앞의 글.
58) 문정해, “미국 유통증권의 선의취득제도에 대한 연혁적 고찰,”「원광법학」제28권 제1호, 2012, 199쪽.
59) NOTICE : ANY HOLDER OF THIS CONSUMER CREDIT CONTRACT IS SUBJECT TO ALL CLAIMS AND DEFENSES WHICH THE DEBTOR COULD ASSERT AGAINST THE SELLER OF GOODS OR SERVICES OBTAINED PURSUANT HERETO OR WITH THE PROCEEDS HEREOF. RECOVERY HEREUNDER BY THE DEBTOR SHALL NOT EXCEED AMOUNTS PAID BY THE DEBTOR HEREUNDER.
60) 정봉진, 앞의 글, 511쪽.

3-104(a)[61]에 의해 무효의 유통증권이 되는 것을 방지하고자 U.C.C.를 개정하였다. 그리하여 현행 U.C.C. 제3-106(d)[62]는 취득자에 대한 경고가 유통증권을 U.C.C. 제3조의 적용을 받는 유통증권으로서의 지위를 박탈하지는 않지만 선의취득 법리는 이 유통증권에 적용되지 않는다는 점을 분명히 밝히고 있다. 반면 우리나라는 미국의 취득자 경고 규정을 그대로 채택할 경우 U.C.C. 제3-106(d)와 같은 규정이 마련되어 있지 않아 어음·수표의 형식적 요건의 흠결을 초래함으로써 어음·수표 자체를 무효로 만들 수 있다. 어음·수표법에서는 권리관계의 안정과 예측가능성을 위해 다양한 내용의 의사표시를 허용하지 않고 최소한의 의사표시의 내용을 요구하는 동시에 그에 추가할 수 있는 내용에 엄격한 한계를 설정하고 있다.[63] 현행법상 환어음이나 수표의 발행에 있어서는 일정 금액의 지급을 무조건으로 위탁하여야 하고(어음법 제1조 2호, 수표법 제1조 2호), 약속어음의 발행에 있어서는 일정 금액의 지급을 무조건으로 약속해야 한다(어음법 제75조 2호). 따라서 미국의 취득자 경고 규정을 우리나라에서 도입할 경우 이를 그대로 채택하기보다는 단순히 어음·수표 선의취득제도를 소비자 신용 계약 분야나 비상업적 대출분야(주택저당대출 분야 포함)에서 폐지하는 것이 더 적절하다고 보는 견해가 있다.[64] 이를 통해 어음·수표로서의 지위를 박탈하지는 않지만 그 어음·수표에 선의취득의 법리를 적용시키지 않도록 하는 것이다.

2. 유가증권 선의취득제도 폐지론에 대한 검토

오늘날 미국 다수의 학자들은 주택저당대출 분야 또는 좀 더 넓게는 비상업적 대출 분야 전반에 걸쳐서 어음·수표 선의취득제도를 폐지하고 그를 통하여 약탈적 대출 감시 활동을 강화할 것을 제안하고 있다. 금융 소비자를 보호하기 위해 주택저당대출 금융기관 스스로 약탈적 대출행위를 삼가고 차입자의 무책임한 대출신청을 선별 처리하도록 노력하는 것이 바람직하지만 미국의 주택저당채권 유동화 과정 참가자들은 유통증권 선의취득제도의 보호 아래 약탈적 대출에 대한 감시활동을 게을리하고 있다. 따라서 차입자가 약탈적 대출행위에 기한 항변을 유동화 과정의 참가자들에 대해 제기할 수 있도록 하여 그들이 스스로 약탈적 대출행위를 감시할 동기를 부여하고자 하는 것이다. 예를 들어 약탈적 대출에서 양수인의 책임이 인정된다면 차입자들의 항변이 부착된 주택저당채권의 양수인들은 차후에 책임을 추궁당할 여지가 있으므로 이를 피하고자 채권 매입시점에 미리 매입과 관련된 기준을 수립하고 그 충족여부를 심사할 동기를 갖게 될 것이다.[65]

금융감독원이 발표한 '2019년 ABS 발행 실적 분석' 자료에 따르면 2019년 자산유동화증권 발행 총액은 51조7000억원으로 전년 대비 4.7% 증가했고, 전체 자산유동화증권 발행액 중 주택저당채권 발행액이 차지하는 비중은 54.5%로 절반이 넘었다.[66] 이처럼 우리나라에서도 주택저당대출채권에

61) § 3-104. NEGOTIABLE INSTRUMENT. (a) Except as provided in subsections (c) and (d), "negotiable instrument" means an **unconditional** promise or order to pay a fixed amount of money, with or without interest or other charges described in the promise or order (…)

62) § 3-106. UNCONDITIONAL PROMISE OR ORDER. (d) If a promise or order at the time it is issued or first comes into possession of a holder contains a statement, required by applicable statutory or administrative law, to the effect that the rights of a holder or transferee are subject to claims or defenses that the issuer could assert against the original payee, the promise or order is not thereby made conditional for the purposes of Section 3-104(a); but if the promise or order is an instrument, there cannot be a holder in due course of the instrument.

63) 이철송, 앞의 책, 81쪽.

64) 정봉진, 위의 글, 538쪽.

65) 양기진, "서브프라임 모기지론의 부실화와 금융위기", 「국제거래법연구」 17권 2호, 2008. 73-74쪽.

66) 강신애, "지난해 ABS 발행액 51.7조...전년比 4.7% 증가", 대한금융신문, 2020.01.20.,

대한 유동화시장이 점차 확대되고 있어 사전에 이해관계자들의 인센티브를 적절히 규율하여 약탈적 대출 문제를 방지할 필요가 있다. 한편 우리나라 자산유동화에 관한 법률 7조에서 원 대출채무자에 대한 채권양도의 통지는 민법 제450조[67]의 지명채권양도원칙에 따른다고 규정하고 있어 채무자는 원 채권양도인에 대하여 대항할 수 있었던 사유로 채권양수인에게 대항할 수 있다. 따라서 미국에서와 같은 주택저당채권 양수인의 책임 확대에 관한 논의는 우리나라에서 실익이 없다고 보일 수도 있으나, 어음대출의 경우(대출의 증거로 어음이 발행되는 경우)에는 위 7조 규정보다 어음법 제17조[68]에 규정된 인적항변 절단의 법리가 우선 적용되기 때문에 선의취득제도 제한을 통한 소비자 보호의 필요성 문제에 대한 논의는 우리나라에서도 실익이 크다고 할 수 있다. 만약 우리나라에서도 비상업적 대출 분야에서 어음·수표의 선의취득제도를 폐지할 경우 다음과 같은 사항을 고려할 필요가 있다.

우리나라에서 어음·수표의 선의취득과 인적항변의 절단 간 관계는 미국법에서와 차이가 있다. 미국법에서는 선의취득이 반드시 인적항변을 절단시킨다. U.C.C. 제3-305조에 따르면 채무자에게 유통증권의 지급을 청구할 수 있는 선의취득자의 권리는 물적항변의 대항을 받으나, 인적항변이나 감액청구권의 대항을 받지는 않는다고 규정하고 있다. 즉, 어떤 당사자에 대한 관계에든지 항변에 부착되어 있는 사실을 과실 없이 모르고 유통증권을 취득한 자는 선의취득자가 되고, 이 선의취득자는 항상 인적항변이 절단된 완전한 권리를 취득하게 된다. 그러나 우리 어음·수표법에서는 인적항변의 절단을 어음·수표 선의취득의 효과로 규정하고 있지 않다. 이는 영미법과 달리 선의취득과 인적항변절단에 있어서 어음·수표 취득자가 보호되기 위한 주관적 요건이 같지 않기 때문이다.[69] 선의취득의 경우에는 어음·수표의 취득자가 선의·무중과실이어야 보호되지만(어음법 제16조 제2항), 인적항변절단의 경우에는 취득자가 채무자를 해할 것을 알고 어음을 취득한 때가 아니면 중과실이 있어도 보호된다(어음법 제17조, 수표법 제22조 단서). 취득자를 보호하기 위한 요건으로서 중과실이 없을 것을 요하지 않는다는 점에서 인적항변절단은 선의취득에 비해 어음·수표의 취득자가 보호될 요건을 완화하고 있다.

따라서 우리가 소비자 신용계약 분야나 주택저당대출분야를 포함한 비상업적 대출분야에서 미국에서와 같은 선의취득제도 폐지론을 도입하는 경우, 소비자 보호를 위하여 선의취득제도 자체까지 폐지할 필요는 없고, 단지 발행인인 소비자가 모든 어음·수표 양수인에 대한 관계에서 양수인의 선의·악의를 불문하고 인적항변을 제기할 수 있다고만 규정하면 될 것으로 보인다.[70] 즉, 미국에서의 유통증권 선의취득제도 폐지론을 우리나라에서 인적항변 절단 제도 폐지론 형태로 도입한다면 미국법이 추구하는 소비자 보호의 취지는 살리면서도 우리 현행법상의 선의취득제도의 큰 원칙을 훼손하지는 않을 수 있을 것이다.

---

https://www.kbanker.co.kr/news/articleView.html?idxno=88927.

67) 제450조(지명채권양도의 대항요건) ①지명채권의 양도는 양도인이 채무자에게 통지하거나 채무자가 승낙하지 아니하면 채무자 기타 제삼자에게 대항하지 못한다. ②전항의 통지나 승낙은 확정일자있는 증서에 의하지 아니하면 채무자 이외의 제삼자에게 대항하지 못한다.

68) 제17조(인적 항변의 절단) 환어음에 의하여 청구를 받은 자는 발행인 또는 종전의 소지인에 대한 인적 관계로 인한 항변으로써 소지인에게 대항하지 못한다. 그러나 소지인이 그 채무자를 해할 것을 알고 어음을 취득한 경우에는 그러하지 아니하다.

69) 이기수·최병규, 어음·수표법(제8판), 박영사, 2015, 265쪽.

70) 정봉진, 앞의 글, 540쪽.

V. 결론

우리 어음·수표법의 선의취득 제도는 선의의 취득자를 보호함으로써 어음·수표의 유통성을 확보하기 위한 목적을 지니고 있어 동산의 선의취득에 비해 요건을 크게 완화함으로써 거래의 안전을 도모하고 있고,[71] 본 제도가 유가증권의 활발한 유통에 크게 기여한 것도 사실이다. 그러나 이제는 사회적, 경제적 변화와 시대적 요구에 맞추어 유가증권의 선의취득제도에 대한 새로운 접근이 필요하다. 대량생산, 대량판매, 대량소비를 특징으로 하는 오늘날의 고도의 자본주의 사회에서 소비자는 사업자보다 열등한 지위에 놓여 있다. 따라서 오늘날 전 세계의 선진국에서 소비자 보호를 가장 중요한 정책 목표 중 하나로 설정하고 소비생활과 관련된 다양한 법률에서 소비자 보호를 위한 규정을 두고 있는 것은 당연한 결과라고 할 수 있다.[72] 또한, 신뢰할 수 없는 매도인과의 거래가 기껏해야 일시적이고 우연한 것일 뿐인 선량한 소비자와 '선의취득자'로서의 자격을 구비한 금융기관 사이에서는 금융기관이 자기 자신을 보호하고 매도자의 신뢰성 위험을 부담하는 데 있어서 더욱 유리한 위치에 있다. 금융기관은 매도인과 전면적인 구상계약을 체결하고 매도인에 대한 지급액 중 일부를 담보조로 유보할 수도 있으며 상인으로 하여금 소비자의 항변이 채무에 부착되어 있지 않다는 담보를 하게 함으로써 자기 자신을 보호하기도 한다.[73] 이는 선의취득을 제한하고 소비자를 보호하는 이론적 타당성을 뒷받침하는 근거가 된다.

영국의 판례법 및 환어음법을 토대로 발전한 미국의 통일상법전상 유통증권의 선의취득제도는 시간이 지나면서 비양심적인 신용거래와 약탈적 대출에 악용되었고, 이러한 부작용을 해결하기 위해 미국에서는 FTC 취득자 경고 규정, HOPEA법을 제정하여 오래된 역사를 가진 선의취득제도의 적용 범위에 점차 제한을 가했다. 더불어 비상업적 대출 분야에서 유통증권의 선의취득제도를 폐지함으로써 금융 소비자들을 기망하는 약탈적 대출을 근절하기 위한 논의도 활발하게 이루어지고 있다. 반면 우리 어음·수표법에는 미국과 같은 소비자 신용거래 분야나 주택저당채권 유동화 분야에서의 소비자 보호를 위한 법적 배려가 마련되어 있지 않고, 관련 논의도 비교적 적다. 따라서 본 논문에서는 더욱 안전하게 어음·수표를 이용한 신용거래가 이루어지고 주택저당채권의 유동화시장에서 발생할 수 있는 약탈적 대출을 사전에 방지할 수 있도록 미국 FTC의 취득자 경고규정을 도입하는 방안과 비상업적 대출 분야에서 어음·수표의 선의취득제도를 폐지하는 방안에 대하여 고려할 사항과 실익을 검토해보았다.

먼저 FTC 취득자 경고 규정을 도입할 경우, 우리 어음·수표법상 해당 경고가 어음·수표의 형식적 요건의 흠결을 초래함으로써 어음·수표 자체를 무효로 만들 수 있다. 따라서 미국과 규정이 다른 우리 어음·수표에 취득자 경고규정을 그대로 채택하여 적용하기보다는 문제시되는 분야에서의 어음·수표 선의취득을 제한하는 것이 더 간명한 방법이라고 할 수 있다. 또한, 비상업적 대출 분야에서 어음·수표의 선의취득제도를 폐지하는 방안도 영미법과의 법리적 차이를 고려하여 선의취득 자체를 폐지하기보다는 소비자가 모든 어음·수표 양수인에 대한 관계에서 양수인의 선의·악의를 불문하고 인적항변을 제기할 수 있도록 규정하는 편이 더 합리적인 방안으로 보인다.

거래의 안전이 고도로 요청되는 오늘날의 어음·수표 거래에 있어서는 선의취득자 보호를 절대적 가치로 보기보다는 진정한 권리자의 보호와 선의의 취득자 보호 간의 이익을 사회적 요구에 맞게 탄력적으로 비교 형량하는 것이 중요하다. 앞으로도 해외에서 시행되거나 학자들에 의해 제안되고

71) 최준선, 앞의 책, 185-186쪽.
72) 문정해, 앞의 글, 531쪽.
73) 문정해, 위의 글, 531쪽.

있는 유가증권의 선의취득제도 적용을 제한하는 방안들에 대해서 국내 도입 및 적용을 적극적으로 검토함으로써 시대적인 변화에 맞춰 유가증권의 선의취득제도에 대해 새로운 시각으로 접근하려는 노력이 필요하다.

참 고 문 헌

박정기·윤광운, 미국통일상법전, 2006.
양명조, 유가증권법, 법문사, 2012.
이기수·최병규, 어음·수표법(제8판), 박영사, 2015.
이철송, 어음·수표법(제13판), 박영사, 2014.
최준선, 어음·수표법(제10판), 삼영사, 2015.

김상용, “동산물권의 선의취득에 관한 한독 비교”,「연세법학연구」18권 4호, 2008.
문정해, “미국 유통증권의 선의취득제도에 대한 연혁적 고찰”,「원광법학」제28권 제1호, 2012. 03.
문정해, “미국에서의 어음·수표 선의취득제도와 소비자 보호”,「법학논고」제30집, 2009.06.
문정해, “약탈적 주택담보대출의 자산 유동화와 어음법상의 선의취득제도”,「원광법학」제26권 제2호, 2010.
정봉진, “유통증권의 선의취득에 관한 미국법 연구”,「국제거래법연구」제12권, 2004.
정봉진, “미국에서의 어음·수표 선의취득제도와 소비자 보호”,「법학논고」제30집, 2009. 06.
조혜경, “서브프라임 사태와 거품의 붕괴,” 「시민과 세계」제13호, 2008.
J. Pyle, A “Flip” Look at Predatory Lending: Will the Fed’s Revised Regulation Z End Abusive Refinancing Practices?, The Yale Law Journal, vol. 112 (2003)
Kurt Eggert, Held Up in Due Course: Predatory Lending, Securitization, and the Holder in Due Course Doctrine, 35 Creighton L. Rev. (2003)

강신애, “지난해 ABS 발행액 51.7조...전년比 4.7% 증가”, 대한금융신문, 2020.01.20., https://www.kbanker.co.kr/news/articleView.html?idxno=88927.
이기현, “獨 배서・양도 못해, 佛 1차 유통만 가능”, 더스쿠프, 2013.02.13., https://www.thescoop.co.kr/news/articleView.html?idxno=5754.
조은임, “지난해 주택담보대출 45.6조…‘규제 폭탄’에도 3년 만에 ‘최대’”, 조선비즈, 2020.01.10., https://biz.chosun.com/site/data/html_dir/2020/01/10/2020011001747.html.

【초 록】

유통성을 그 본질로 삼는 유가증권에서의 선의취득 제도는 유통성 확보를 목적으로 동산의 선의취득 요건을 비교적 완화하여 선의취득자에 대한 보호를 한층 더 강조하여 적용되고 있다. 그러나 20세기에 들어서면서 이러한 선의취득제도를 금융기관과 신용거래에서 악용하는 사례들이 생겨났고, 미국에서는 이를 해결하기 위하여 선의취득의 제한에 관하여 지속적인 논의를 통해 관련 법제를 발전시켰다. 반면 우리나라의 어음·수표법에는 미국과 같은 소비자 신용거래 분야나 주택저당채권 유동화 분야에서의 소비자 보호를 위한 법적 배려는 전혀 없다는 점이 지적되고 있다. 본 연구는 한국 어음·수표법상 유가증권의 선의취득제도를 영국 환어음법상 환어음의 선의취득제도, 미국 통일상법전상 유통증권의 선의취득제도, 독일 어음·수표법상 유가증권의 선의취득제도와 비교함으로써 관련 제도의 발전 역사와 본질을 살펴보고, 우리나라와 유사한 민·상법 구분론을 따르고 있는 미국의 소비자 보호를 위한 입법례를 통해 한국 유가증권의 선의취득제도가 나아갈 방향을 제시하고자 하였다.

먼저 국가별 유가증권의 선의취득제도를 살펴보면, 영국의 환어음법은 판례법에서 인정된 환어음의 선의취득제도를 공식적으로 도입하면서 정당소지인의 성립요건과 권리관계를 명확히 밝혀 미국 관련 법제의 이론적 토대를 마련했다. 미국의 통일상법전에서도 일정 요건을 갖춘 유통증권의 정당한 소지인에게 선의취득을 인정하여 유통증권의 지급 문제에 대한 청구나 대부분의 항변으로부터 보호를 받도록 하였다. 독일은 어음·수표의 선의취득에 관하여 이를 명시적으로 인정하는 직접적인 규정은 없지만 어음법 및 수표법에서 배서가 연속된 어음·수표의 점유자를 적법한 소지인으로 인정하며, 그러한 적법한 어음·수표의 소지인은 그가 그 어음·수표를 악의 또는 중대한 과실로 취득하지 않는 반환의무를 지지 않는다고 규정하여 선의취득을 인정하고 있다.

다음으로 미국에서의 유통증권 선의취득제도의 제한 역사를 살펴보면, 1970년대 미국 소비자들이 자신들이 구입한 물건이나 용역이 전혀 공급되지 않았거나 하자가 있음에도 불구하고 채무 변제를 위하여 발행한 약속어음이 제3자에 의하여 선의취득 되었다는 이유만으로 어음금 지급채무의 이행을 요구받는 문제를 해결하기 위해서 미국 연방거래위원회는 1975년 '소비자 청구권 및 항변 보호를 위한 규정'을 제정했다. 또한 2000년대 초, 선의취득제도를 악용한 무분별한 서브 프라임 주택저당대출과 약탈적 대출 문제를 해결하기 위해 미국 연방정부는 1994년 주택 소유권 및 자산 보호법을 제정하면서 유통증권의 정당소지인 제도를 제한했다. 이러한 노력에도 불구하고 금융기관에서 선의취득제도 제한을 무력화하는 관행들이 계속되자 다수의 학자들이 FTC 취득자 경고 규정 개정론, 비상업적 대출에서의 유통증권 선의취득제도 폐지론 등을 제안하고 있다.

본 논문에서는 우리나라에 미국의 취득자 경고 규정을 도입하거나 비상업적 대출 분야에서의 어음·수표 선의취득제도를 폐지할 경우 고려해야 할 사항은 무엇이며 어떠한 실익이 있는지 살펴본다.

주제어 : 선의취득, 어음·수표, 유가증권, 유통증권

고려대학교 자전법학회
2019학년도 2학기

사실혼 당사자의 실질적 보호를 위한 연구
- 성립요건의 해석과 사실혼 가족의 법률적 보호 방안에 대한 비교를 중심으로 -

자유전공학부 경제학과
2015100028 김 민 철

I. 서론

대한민국 사회에서 결혼은 점차 필수가 아닌 선택이 되어가고 있다. 2018년 혼인건수는 25만 7천여 건으로 전년대비 2.6% 감소하였고, 이혼건수는 10만 9천여 건으로 전년대비 2.5% 상승하였다. 특히 혼인건수는 2011년 32만 9천 건을 기록한 이후 7년째 지속적으로 감소 중이다. 또한, 통계청이 발표한 사회조사에 따르면 결혼에 대한 대중들의 견해에도 변화가 나타나고 있다. 응답자 중 56.4%가 '결혼하지 않아도 같이 살 수 있다.'고 답하였으며, '결혼을 해야한다.'라고 답한 응답자는 전체의 48.1%로 절반이 채 되지 않았다. 결혼을 필수로 생각하지 않는 응답자 비율은 2010년 이후 꾸준히 증가하여 2018년 처음 50%를 초과하였고, '결혼을 해야한다.'라고 생각한 응답자 비율을 추월하였다.

'결혼하지 않아도 같이 살고 있는 부부'에 대해 우리는 일반적으로 '사실혼 관계'에 있다고 이야기한다. 사실혼이란 부부로서의 사회적 실체가 존재함에도 불구하고 혼인신고를 하지 아니하여 법률적으로는 부부로서의 신분관계가 없는 것을 말한다.[1] 우리나라는 법률혼주의를 채택하여 정상적으로 혼인신고를 마친 후에야 비로소 부부로서의 관계를 인정해주고, 그에 따른 법률적 권리와 보호를 제공한다. 우리나라는 민법상 사실혼에 관한 규정을 두지 않고 있으며, 학설과 판례에 의해서만 사실혼에 대해 일정한 법적 효과를 인정해 왔다. 따라서 현재 사실혼 관계에 있는 부부에 대한 전면적인 법의 보호는 불가능한 상태이며, 따라서 어느 범위까지 사실혼 관계를 인정하고 사실상의 배우자와 자녀를 보호할 것인가의 문제가 발생한다. 또한, 문화체육관광부가 발표한 '가족다양성에 대한 국민 여론조사'를 보면 응답자 중 66%가 사실혼, 비혼 동거 등 법률혼 이외의 혼인에 대한 차별 폐지에 찬성하는 것으로 나타났다.[2] 다양한 혼인 관계를 인정하자는 사회적 요구 속에서 사실혼 관계의 가족 인정 여부에 대한 실질적 논의는 점차 확대될 것으로 예상된다. 이에 따라 국민의 인식 수준에 맞추어 사실혼을 실질적으로 보호하기 위해 어떠한 요건을 사실혼의 성립요건으로 인정하고, 사실혼 가정을 위해 필요한 법률적 보호를 어떻게 제공해야 할지 고민해볼 필요성이 존재한다.

---

1) 김상훈/신영호, 「가족법강의 제3판」, 세창출판사, 2018., 105쪽.
2) 문화체육관광부, 「가족 다양성에 대한 국민 여론조사」, 2019. 9, 52쪽.

따라서 이 글에서는 우선 우리나라의 사실혼의 법적 성질에 대한 학설과 판례의 입장을 살펴보고, 현행 사실혼 성립요건을 국외 사례와 비교하여 개선점을 찾아볼 것이다. 나아가, 국내외 판례 및 입법례의 비교를 통한 사실혼 관계에 있는 가족의 법률적 보호 방안의 보완점을 살펴보고자 한다.

II. 사실혼의 법적 성질

사실혼과 관련해서는 민법에 명시적인 규정은 없다. 하지만 우리 법은 가사소송법 제2조 제1항 나류사건 제1호와 가족관계의 등록 등에 관한 법률(이하 등록법) 제72조를 통해 '사실상 혼인관계 존부 확인 청구'에 대한 규정을 두고 있으며, 학설과 판례를 통해서 사실혼의 법적 성질을 비교적 명확하게 규정하고 있다.

1. 학설

(1) 혼인예약설

사실혼의 법적 성질에 대해 초기 학설은 사실혼을 혼인의 예약으로 이해하였다. 혼인예약설에 의하면 사실혼은 미래에 민법상 부부가 될 것을 약속하는 혼인예약으로, 이 약속을 실제로 행하지 아니한 자는 혼인예약에 대한 의무불이행 책임인 민법상 손해배상책임을 지도록 하는 의견이 혼인예약설이다.[3] 즉 사실혼을 미래에 실제 혼인을 할 것이라고 상호 간에 예약한 상태에서 부부로서의 관계를 미리 맺고 있는 것으로 이해하는 것이다. 혼인예약설은 사실혼 관계를 최초로 인정한 학설이며, 사실혼 관계에 대해 '손해배상책임'이라는 법률적 보호 방안을 마련하였다는 점에서 의미가 있다.[4]

하지만 이와 같이 사실혼을 혼인예약이라고 하는 것은 사실혼의 실체에 반할 뿐만 아니라, 사실혼의 부부와 제3자자와의 사이에 문제가 생긴 경우에 그 어느 쪽을 보호를 결여하는 결과를 가져온다.[5] 예컨대, 실질적으로 법률혼과 근접한 정도로 부부의 관계를 맺고 있음에도 일신상의 이유로 혼인을 맺지 않기로 결정한 경우 사실혼으로 인정받지 못한다. 또한, 단순히 혼인을 '예약'한 것에 불과하기 때문에 제3자의 불법행위로 인하여 다른 배우자가 상해를 입어 자신이 정신적 고통을 겪은 경우에도 이에 대한 위자료를 청구할 수 없고, 사실혼 관계를 부당하게 파탄시킨 제3자에 대하여 불법행위에 기한 손해배상을 청구하기도 어렵다.

(2) 준혼관계설

준혼관계설은 초기 혼인예약설의 한계를 극복하고 사실혼 당사자들의 의사와 실체에 부합하는 방향으로 제시되었다. 준혼관계설은 사실혼이란 혼인의 실체를 이루고 있으나 단지 혼인신고만을 하지 않은 상태로서 혼인신고를 전제한 것을 제외한 혼인의 효과를 인정하는 준혼관계로 이해하면서, 부당파기자에 대해서는 불법행위책임을 부담하도록 하는 견해이다.[6] 기존의 혼인예약설에서는

3) 박종렬/정순형, "사실혼배우자에 관한 연구", 「법률실무연구」 제5권 1호, 한국법이론실무학회, 2017, 211쪽.
4) 임승환, "사실혼 배우자의 재산권 보호방안에 대한 연구", 대진대학교 법무행정대학원, 2014, 5쪽.
5) 김상용/김주수, 「친족·상속법」 제15판, 법문사, 2018, 271쪽.

사실혼의 파기에 대해 '채무불이행 손해배상책임'만을 인정했다면, 준혼관계설에서는 불법행위로 인한 손해배상책임 또한 인정하고 있다는 차이가 존재한다. 또한, 사실혼을 혼인신고만을 하지 않은 상태의 실제 혼인상태로 인정하고 있어 혼인예약설의 입장보다 더 사실혼의 실체에 부합하고, 사실혼 부부를 더욱 두텁게 보호하는 방향으로 발전하였다고 볼 수 있다. 현재는 사실혼의 법적 성질을 법률혼에 저촉되지 않는 범위 내에서 법률혼에 준하여 보호하여야 한다는 준혼관계로 파악하고 있는 것이 통설이고, 판례 또한 준혼관계설의 입장에서 사실혼을 취급하고 있다.[7]

(3) 의사해석설

의사해석설은 준혼관계설의 전제와 마찬가지로 사실혼을 부부가 혼인공동체라는 정체를 가지고 살고 있으나 오로지 법적으로 혼인신고를 하지 않은 상태로 보고 있다. 하지만 처음부터 혼인신고를 할 의사를 제외한 관계와 미래에 부부가 혼인할 의사는 있으나, 이것을 연기한 관계를 구별하여 전자는 사실혼으로서 준혼관계로 보고, 후자는 혼인의 예약으로 보자는 의견이다.[8] 즉 사실혼이 혼인의 실체관계가 있다고 판단하고, 당사자의 의견을 반영하여 혼인신고를 할 의사를 제외한 관계만을 준혼관계로 인정하려는 입장이다. 의사해석설에 따르면 준혼관계를 인정하는 절차에 있어 당사자의 의사를 명확하게 반영할 수 있다는 장점이 있다.

2. 판례

(1) 혼인예약설

1923. 7. 1 이후 법률혼주의가 우리나라에서 법제화되었고, 판례 또한 혼인예약설의 입장에서 사실혼을 이해하였다. 1960년 8월 대법원 판례는 "혼인예약에 있어서도 상대자인 여성이 임신불가능이라 하여 그 예약을 파기할 수는 없는 것이다. 그런즉 소론중 원판결의 임신불능이 혼인예약의 해제사유가 되지 못한다는 취지의 판시를 공격하는 부분은 이유없다 할 것이다."라고 판시하였다.[9] 해당 판결을 통해 대법원은 사실혼 관계를 혼인예약으로 보고, 임신불가능한 경우일지라도 사실혼 관계를 파기하면 혼인예약을 부당하게 파기한 경우로 해석하였다. 또한, 1965년 7월 대법원은 피청구인에게 혼인예약의 불이행으로 인한 손해배상청구를 한 청구인에 대해 "상대방이 내연의 처가 있고 그 사이에 4남매의 자녀를 둔 남자이어서 정식으로 혼인하기 어려운 사정임을 알고 있었다면 그 남자의 꾀임에 빠져 동거생활 중 그 사이에 아들을 분만하였다 하여도 진실한 혼인예약이 성립될 수 없다."고 판시하였다.[10] 이와 같이 초기 사실혼 관계는 단순히 혼인의 예약으로서만 인정되었다.

(2) 준혼관계설

1960년대 이후 판례는 준혼관계설의 입장에서 사실혼 관계를 종래의 혼인예약과는 다르게 준혼관계로 파악하고 있다. 예컨대 1965년 5월 대법원은 사실혼 관계에 있는 남편이 다른 여자와 연애를 한 경우에 사실혼 관계에 있는 처의 사실혼 부당파기로 인한 위자료 청구의 적부에 대해 "청구인과 피청구인 1과 같이 혼인식을 올리고 혼인 생활을 하되 다만 그들 사이에 혼인 신고만이 되어

6) 박종렬/정순형, 위의 논문, 212쪽.
7) 임승환, 위의 논문, 6쪽.
8) 박종렬/정순형, 위의 논문, 212쪽.
9) 대법원 1960.08.18. 선고 4292민상995 판결.
10) 대법원 1965.07.06. 선고 65므12 판결.

있지 않은 이른바 사실혼 단계에 있어서 남편이 원심인정과 같이 다른 여자와 연애를 한 사실이 있다면 이것은 남편으로서 지켜야될 혼인의 순결성을 저버린 행위라 할 것이요, 상대편은 이러한 사유를 원인으로 하여 남편에게 사실혼의 부당파기에 대한 책임을 묻고 나아가 그 부당파기로 인하여 생긴 위자료를 청구할 수 있다고 봄이 상당하다 할 것이다."고 판시하였다.[11] 해당 판결에서는 이전 판례들과 다르게 '사실혼'이라는 용어를 직접적으로 사용하고, 사실혼의 부당파기자에 대해 '위자료'라는 불법행위에 대한 손해배상책임을 부과하였다. 즉 사실혼 관계를 단순히 혼인의 예약이 아니라 혼인의 실체를 가지고 있는 준혼관계로 인정하고 법적으로 보호하고자 한 것이다.

하지만 판례는 법률혼이 존속중인 부부 중 일방이 제3자와 맺은 중혼적 사실혼의 경우에는 사실혼으로서 법적 보호를 받을 수 없다는 입장을 일관되게 유지하고 있다. 1995년 9월 대법원은 "법률상의 혼인을 한 부부의 어느 한쪽 이 집을 나가 장기간 돌아오지 아니하고 있는 상태에서, 부부의 다른 한쪽이 제3자와 혼인의 의사로 실질적인 혼인생활을 하고 있다고 하더라도, 특별한 사정이 없는 한, 이를 사실혼으로 인정하여 법률혼에 준하는 보호를 허용할 수는 없다."[12]고 판시하였으며, 이와 같은 판례의 입장은 현재에도 동일하게 유지되고 있다.

III. 사실혼 성립요건

1. 국내에서의 사실혼 성립요건

(1) 주관적 요건

사실혼으로 인정되기 위해서는 당사자 사이에 '혼인 의사'가 있어야 한다. 그러므로 단순한 사통관계·동거관계 내지 내연관계, 첩관계, 중혼관계 등은 사실혼으로 인정될 수 없다. 당사자간에 사회적, 실질적으로 부부가 되겠다는 의사가 결여되어 있기 때문이다.[13] 다만 중혼적 사실혼이라고 하더라도 법률혼이 사실상 이혼상태에 있는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 일정한 보호가 주어질 수 있다.(부산가법 2015. 11. 25. 선고, 2015드단6476 판결)

혼인의 의사란 사실혼 당사자가 정신적·육체적으로 결합하여 사회적·경제적 생활공동체를 형성하고, 혼인이라는 사회적 제도에 따른 법적 효과를 취득하겠다는 의사이지, 특정방법이 사실혼의 성립요건이 되는 것은 아니다.[14] 예컨대 결혼식을 올렸거나 결혼사진을 촬영한 것, 상당한 기간의 동거 등은 혼인의사를 쉽게 인정할 수 있게 하는 사정이지만, 사실혼의 성립요건은 아니다. 판례는 "사실혼관계에 있는 당사자 사이의 혼인의사가 불분명한 경우, 혼인의 관행과 신의칙에 따라 사실혼관계를 형성시킨 상대방의 행위에 기초하여 혼인의사의 존재를 추정할 수 있다"고 보충하고 있다.[15]

---

11) 대법원 1965.05.31. 선고 65므14 판결.
12) 대법원 1995.09.26. 선고 94므1638 판결.
13) 김상용/김주수, 위의 책, 271쪽.
14) 「친족·상속법」 제15판, 「친족·상속」 제5판, "사실혼 배우자의 법제도적 보호방안"(박한교)의 내용을 참고.
15) 대법원 2000.04.11. 선고 99므1329 판결.

(2) 객관적 요건

주관적 요건인 혼인의사 이외에도 객관적 요건으로서 당사자 사이에 '부부공동생활의 실체'가 존재해야 한다. 사실혼이 혼인에 준하여 인정되기 위해서는 마땅히 실질적 측면에서도 일반인이 객관적으로 판단하기에도 혼인과 유사한 수준으로 공동생활의 모습이 갖추어져 있어야 할 것이다.[16] 생각건대, 사실혼에 대해서 일정한 법적 효과를 인정하는 주된 이유는 실체를 가지고 존재하는 부부공동생활을 보호할 필요가 있기 때문일 것이다.

판례도 사실혼의 성립요건으로 '객관적으로도 사회관념상 가족질서적인 면에서 부부공동생활을 인정할만한 실체가 있는 경우'를 요구하고 있다.[17] 사회관념이라는 기준은 실무상에서는 일반적으로 동거생활이 존재하고, 경제적 결합관계와 사실혼당사자 사이에 요구되는 일정한 의무의 이행을 판단기준으로 삼고 있는 것으로 보인다.[18]

(3) 실질적 요건

법률혼이 유효하게 성립하기 위해서는 혼인의사의 합치 외에도 민법이 정하는 혼인의 무효취소 사유가 부존재하여야 할 것인바, 이를 법률혼의 실질적 요건이라고 한다. 민법이 정하는 법률혼의 무효사유로는 당사자 간에 혼인의 합의가 없는 때(제815조제1호) 외에도, 당사자 사이에 8촌 이내의 혈족(친양자의 입양 전 혈족 포함)에 있는 때(제815조제2호, 제809조제1항), 당사자 간에 직계인척관계가 있거나 있었던 때(제815조제3호), 당사자 간에 양부모계의 직계혈족관계가 있었던 때(제815조제4호) 등이 있다.[19] 이와 같은 무효사유는 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 결합 관계를 보호에서 제외하기 위한 요건으로서 사회적 정당성을 확보하기 위한 것이다.[20] 따라서 법률상 보호받는 사실혼이 유효하게 성립하려면 주관적·객관적 요건을 충족하였다고 하더라도 법률혼과 마찬가지로 이러한 혼인의 무효사유가 부존재하여야 한다는 실질적 요건을 갖추어야 할 것이다.

2. 외국에서의 사실혼 성립요건

(1) 프랑스

프랑스에서는 사실혼이라는 개념이 다양한 의미로 사용되고 있다. 1999년 동거계약에 관한 법률(이하 동거계약법)이 제정된 이후 동거 또는 사실혼은 제515조의 1에서 제515조의 7의 적용을 받는 법적 제도인 동거계약(PACS)와 사실적 관계에 지나지 않는 사실혼(Concubinage)으로 구분되게 되었다. 이에 따라 사실혼에 관해서는 '사실혼이란 이성 또는 동성간의 안정적이고 계속적인 공동생활에 의한 사실상의 결합을 말한다.'고 하는 정의 규정을 두고 있다.[21]

사실혼(Concubinage)이 성립하기 위해서는 사실혼 당사자가 공동생활을 하고 있어야 한다. 이 때의 공동생활은 단순한 주소의 공동이나 거주의 공동만을 요건으로 하는 것이 아니라 성생활을 동반하는 한침대공동체를 전제로 한 것이어야 한다. 프랑스에서는 사실혼을 준혼관계가 아닌 일반적

16) 김상용/김주수, 위의 책, 272쪽.
17) 대법원 2001.04..13, 선고 2000다52943 판결.
18) 임영수, "사실혼의 해소에 따른 사실혼배우자의 법적 지위 강화방안", 충북대학교 법학대학원, 2010, 37쪽.
19) 서인겸, "혼인의 실질적 요건을 흠결한 사실혼의 가족법상 보호에 관한 소고", 「경희법학」 제51권 3호, 경희법학연구소, 2016. 299쪽.
20) 박한교, "사실혼 배우자의 법제도적 보호방안", 충북대학교 법무대학원, 2012, 18쪽.
21) 김미경, "사실혼 배우자에 대한 보호 : 프랑스법을 중심으로", 「법학연구」 제51권 4호, 부산대학교 법학연구소, 2010, 57쪽.

인 계약관계로 보고 있어 부부공동생활의 실체를 성립요건으로 하고 있지는 않지만, 일반적인 계약관계와 구별하기 위해 공동생활에서의 성적 결합을 전제로 할 것을 요구하고 있다.[22]

또한, 사실혼관계의 안정성과 계속성이 인정되어야 한다. 사실혼관계의 안정성이 인정된다는 것은 사실혼 당사자 사이에 묵시적인 정조의무가 존재한다는 것을 의미한다. 계속성이 인정되기 위해서는 반드시 사실혼의 당사자가 항상 함께 생활할 필요는 없지만 사실상 별거상태가 계속되고 있다면 사실혼으로 인정할 수 없게 된다.[23]

사실혼의 성립요건으로 고려되었던 사실혼관계의 '주지성'은 동거계약법 제정 이후 규정상으로는 제외되었다. 하지만 현재에도 사실혼관계에서 일방의 파기나 사망으로 사실혼이 해소된 경우 임차권 귀속 등 일정한 법적 효과를 발생시키기 위해 필요로 하는 경우도 있다.

앞서 언급한 '당사자 사이의 공동생활'과 '안정성과 계속성' 요건이 동성간의 사실혼에도 인정될 수 있는가에 대한 논의가 있었다. 프랑스에서도 동거계약법이 제정되기 이전 판례는 '사실혼이란 혼인의 외관을 가진 남녀 사이의 안정적이고 계속적인 관계'라고 판시하여 명시적으로는 동성 사이의 사실혼을 인정하고 있지는 않았지만, 일부 법률을 통해 동성의 사실혼 당사자들에게 일정한 권리를 보장해주고 있었다. 이후 동거계약법 제정 이후 제515조의 8을 통해 동성간의 사실혼을 명문으로 인정함으로써 동성의 경우에도 사실혼의 성립요건이 충족되면 사실혼으로서 인정받게 되었다.

(2) 독일

독일 연방헌법재판소는 사실혼과 유사한 개념으로 "혼인과 비슷한 생활공동체"라는 명칭을 사용하고 있다. 생활공동체는 "장기간에 걸친 남녀의 생활공동체를 핵심적 내용으로 가지나 동일한 유형의 개별의 생활공동체가 존재해서는 안 되며, 특히 그 특징은 순수한 가사 또는 경제공동체를 넘는 배우자가 상호간에 책임을 근거시키는 내적 구속에 있다"고 하는 근본적 특징을 요소로 갖는다고 한다. '혼인과 비슷한 생활공동체'는 형식적으로는 두 사람간의 생활공동체와 그와 같은 생활공동체의 겹침이 없을 것이 요구되고, 실제에 있어서는 가정살림 및 경제공동체를 초과하는 배우자 서로간의 책임을 정당한 것으로 꾸며대는 당사자의 내부적인 구속을 판가름의 요소로 한다.[24]

(3) 미국

미국의 경우에는 정식혼인 외에 혼인유사제도들이 다양하게 마련되어 있다. 대표적으로 "Civil Union" 혹은 "Domestic Partnership"과 같은 명칭의 인적 결합에 법적 지위가 부여되기도 한다. 보통 "동성 또는 이성의 두 성인이 혼인하지 않은 채 상호보호(mutual caring)의 친밀한 관계 속에서 서로의 생활을 공유하는 것"이라 하고 있으며, 주마다 성립요건에는 조금씩 차이가 있지만, 반드시 등록이라는 절차를 거쳐야만 혼인에 준하는 관계로 보는 것에는 차이가 없다.[25]

"Cohabitaion"은 혼인하지 아니한 자들이 상당한 기간 동안 주거와 생활을 공유하는 결합형태를 의미하는데, 그 성립에 혼인의사를 요하지 않는다. 혼인의사의 유무와 관계없이 등록이나 신고를 거치지 아니한 모든 유형의 인적 결합을 포함하는 것이어서 그보다 더 넓은 개념이라고 할 수 있다.[26] 예컨대 혼인의사를 가지고 주거와 생활을 공유하는 경우 우리나라의 사실혼과 동일한 형태라고 할 수 있다.

---

22) 김미경, 위의 논문, 58쪽.
23) 김미경, 위의 논문, 59쪽.
24) 박종렬/정순형, 위의 논문, 218쪽.
25) 진도왕, "미국에서의 사실혼해소와 재산분할", 「가족법연구」 제29권 3호, 한국가족법학회, 2015, 225쪽.
26) 진도왕, 위의 논문, 225쪽.

3. 소결

앞서 프랑스, 독일, 미국의 사례들을 살펴보면, 법적 지위 부여를 위해 등록을 요구하는 미국의 “Civil Union”, “Domestic Partnership”를 제외한 모든 결합에서 ‘혼인의사’는 결합의 성립요건으로 포함되어 있지 않다. 반면 우리의 학설과 판례는 사실혼을 혼인에 준하는 관계로 이해하는 준혼관계설을 전제로 사실혼의 성립요건을 구성하고 있어 ‘혼인의사의 유무’가 사실혼 성립을 위한 요건으로 포함된다. 혼인의사의 유무를 고려할 경우, 공동생활관계에 있는 당사자들이 혼인의사를 가지고 있으면 사실혼으로서 법적 보호를 받을 수 있는 반면, 혼인의사를 가지고 있지 않은 경우 사실혼이 아니기 때문에 법적 보호를 받을 수 없다는 결론에 도달하게 된다. 또한, 우리 판례는 혼인의사의 유무를 공동생활, 혹은 법률혼의 존재 등과 같은 객관적 요건으로부터 유추하고 있어 혼인의사라는 주관적 의사를 객관적이고 공정한 기준으로 인정할 수 있는가에 대한 문제도 있다.

이와 같이 ‘혼인의사의 유무’는 실무에서 비중있게 직접적으로 고려되고 있지 않으며, 동일한 공동생활의 실체를 가지고 있는 경우에도 혼인의사에 따라 보호의 차별이 발생한다는 점에서 문제가 있다. 따라서 혼인의사의 유뮤와 관계없이 객관적, 실질적으로 사실혼관계에 있는 것으로 보여지는 경우에 대해서 사실혼이 성립하는 것으로 판단하는 것이 사실혼 당사자들을 더욱 폭넓게 보호할 수 있을 것으로 생각된다.

IV. 사실혼의 법률적 보호 방안

1. 국내 사실혼의 법률적 보호 실태

(1) 사실혼의 법률적 보호

사실혼이란 당사자 사이에 혼인의 의사가 있고, 객관적으로 사회관념상으로 가족질서적인 면에서 부부공동생활을 인정할 만한 혼인생활의 실체가 있는 경우이므로, 법률혼에 대한 민법의 규정 중 혼인신고를 전제로 하는 규정은 유추적용할 수 없으나, 민사집행법 제190조(채무자와 그 배우자의 공유에 속하는 유체동산은 채무자가 점유하거나 그 배우자와 공동점유하는 때에는 같은 법 제189조의 규정에 의하여 압류할 수 있다.)의 규정(대판 1997. 11. 11, 97다34273) 또는 부부재산의 청산의 의미를 갖는 재산분할에 관한 규정(대판 1995. 3. 28, 94므1584)은 부부의 생활공동체라는 실질에 비추어 인정되는 것이므로, 사실혼관계에서도 준용 또는 유추적용할 수 있다.[27] 따라서 사실혼을 해소의 경우에도 재산분할청구권에 관한 규정을 유추적용하여 일방 당사자가 상대방에 대하여 재산분할을 청구할 수 있다고 한다. 사실혼은 법률혼의 효과 가운데 동거·부양·협조·정조의무를 부과하며, 사실혼의 부당파기에 대한 손해배상을 인정하고, 일상가사대리나 일상가사채무의 연대책임 및 이혼시의 재산분할을 인정하고 있다.[28]

그렇지만 혼인의 효과 중 혼인신고를 전제로 하는 것은 인정되지 않는다. 따라서 사실혼배우자 및 그 혈족 사이에는 친족관계가 발생하지 않으며, 그 결과 사실혼배우자는 서로 후견인이 될 수 없고, 그 사이에 태어난 자녀도 혼인 외의 출생자가 되며, 일방이 사망한 경우 다른 일방에게 상속

27) 조승현, 「친족·상속」 제5판, 신조사, 2015, 182쪽.
28) 강승묵, “사실혼과 비혼동거에 관한 연구 : 사실혼 배우자의 사망과 비혼동거 해소시의 청산을 중심으로”, 「한양법학」 제26권 3호, 한양법학회, 2015, 3쪽.

권도 인정되지 않는다. 또한, 법률혼의 생전해소는 협의상 이혼을 하거나 재판상 이혼원인이 있는 때에 한하여 법원의 판결에 의하여 이혼을 할 수 있지만, 사실혼은 당사자 일방의 의사만 있다면 일방적으로 해소될 수 있다.

또한, 기존의 보호 방안들은 모두 준혼관계설을 기준으로 사실혼의 일정한 보호를 제공하고 있기 때문에, 실질적 혼인의사가 없이 공동생활을 하는 당사자에 대해서는 아무런 법적 보호를 받지 못하는 상태이다.

(2) 발생하는 법적 쟁점

사실혼 관계의 경우 준혼으로서 법률혼과 대부분 동일하게 법적 보호를 받게 된다. 하지만 이는 사실혼이 유지되고 있는 경우에 그러하며 사실혼이 해소될 경우 사실혼은 혼인신고를 전제로 하지 않기 때문에 재산, 주거, 양육과 관련하여 법률혼에 비하여 법적 보호를 보장받기 어렵다.

대표적으로 법률혼이 일방 당사자의 사망을 원인으로 해소되는 경우에는 상속으로 재산과 관련한 문제를 해결하지만, 사실혼의 경우에는 규정이 없으므로 학설과 판례에 맡겨져 있는 실정이다. 최근의 판례에서는 그 상대방에게 재산분할청구권이 인정된다고 할 수 없다고 판시하여, 사실혼관계 당사자 중 일방이 사망하는 경우에 생존 사실혼배우자는 재산분할청구나 상속을 청구할 수 없다고 하였다.[29] 이 경우 사실혼관계에 있는 당사자의 공동노력으로 형성한 재산에 대해서도 반환받을 수 없게 되며, 공동노력으로 형성된 재산이 사망한 사실혼배우자 명의로 되어 있는 경우에는 상속인들이 상속하게 되는 불합리한 결과를 초래하게 된다.[30]

또한 주택임대차보호법 제9조는 임차인이 상속인 없이 사망한 경우에는 그 주택에서 가정공동생활을 하던 사실상의 혼인 관계에 있는 자가 임차인의 권리와의무를 승계한다고 규정하고(제1항), 임차인이 사망한 때에 사망 당시 상속인이 그 주택에서 가정공동생활을 하고 있지 아니한 경우에는 그 주택에서 가정공동생활을 하던 사실상의 혼인 관계에 있는 자와 2촌 이내의 친족이 공동으로 임차인의 권리와 의무를 승계한다고 규정하고 있다.(제2항)[31] 따라서 주택임대차보호법에서 일방이 사망한 경우에 상속인 없이 사망하였거나, 혹은 사망한 때에 상속인이 그 주택에서 가정공동생활을 하고 있지 않아야 한다. 따라서 사실혼이 사인해소되지 않은 경우 사실혼 배우자의 임대차법상 권리는 보장되기가 불가능하다.

자(子)의 양육문제도 발생할 수 있다. 원칙적으로 사실혼 중 출산한 자(子)는 부모의 사실혼관계가 해소될 경우 부모의 협의 또는 가정법원의 직권에 의해 '자(子)의 복리'를 고려하여 친권자가 정해질 수 있다. 하지만 단독친권자가 결정된 후 사망, 실종, 친권상실 등으로 인해 친권을 행사할 수 없는 경우에는 실무에서 '자(子)의 복리'와 관계없이 생존부모의 친권이 자동적으로 부활한다. 민법 제909조 제6항은 '부모 중 다른 일방'으로 친권을 변경하게 규정되어 있는 등 부모 외의 제3자를 친권자로 법이 예정하고 있지 않다.[32] 따라서 일방이 친자를 데려온 사실혼 동거관계에서 친생부 혹은 모가 사망한 경우 그 다른 일방 파트너가 그 자를 양육하는 것이 오랫동안 교섭도 없이 지냈던 생부보다는 자의 복리와 일치하는 경우가 있을 수 있음에도 불구하고 생존 친부모가 친권을 행사할 수 있다면 제3자에 의한 친권행사는 사실상 불가능하다.

---

29) 대법원 2006.03.24. 선고 2005두15595 판결.
30) 강승묵, 위의 논문, 6쪽.
31) 서인겸, 위의 논문, 302쪽.
32) 조은희, "사실혼·동거 가족의 법률문제와 해결방안", 「법학연구」 제12권 제2호, 인하대학교 법학연구, 2009, 135쪽.

2. 재산권 보호 방안

(1) 프랑스

프랑스에서는 원칙적으로 사실혼이란 신분법적 관계가 아니라 일반적인 계약관계에 해당한다고 보고 있다. 따라서 사실혼이 해소된 경우 당사자가 미리 사실혼 존속 중 형성된 재산에 대한 권리관계를 정해두지 않았다면 혼인법상의 규정을 유추적용할 수 없으므로 이를 해결하기 위해 '사실상의 조합'[33] 이론과 '부당이득' 등의 법리를 이용하여 사망이나 일방의 파기를 구분하지 않고 사실혼이 해소된 이상 적용된다. 판례는 사실혼이 사실상의 조합이라는 점에 착안하여 조합재산 청산의 법리에 따라 사실혼 중 형성된 재산에 대한 청산을 인정하고 있다. 다만 재산의 청산을 위해서는, 사단의사, 공동이익을 위한 재산의 제공, 이익과 손실의 분배라는 조합계약의 특징적 요소가 필요하다고 보고 있다.

또한 사실혼관계 해소 당시 사실혼 당사자 일방이 취득한 재산이 타방 당사자의 입장에서 볼 때 부당이득을 취한 것으로 인정되는 때에는 부당이득반환청구소송을 제기하여 재산의 반환을 청구할 수 있다. 부당이득반환청구는 사실상 조합이 인정되지 않는 등 다른 법적 구제수단이 없는 경우에 부수적으로 인정되는 것임에도 불구하고 프랑스에서는 사실혼 관계가 해소된 경우 일반적으로 부당이득반환청구를 통해 재산에 대한 문제를 해결하고 있다.

사실혼이 해소된 경우에는 법률혼 관계인 부부가 이혼하는 경우에 인정되는 부양정기금과 보상급부가 원칙적으로는 적용되지 않지만, 경우에 따라서는 사실혼자를 보호하기 위해 이를 인정하는 경우가 있다. 판례는 부양청구권을 인정하기 위해 사실혼의 일방 당사자가 타방당사자에게 부양료 지급을 약속하였거나 이행한 경우 '자연채무'로 인정하여 배우자를 보호하고 있다.

(2) 독일

독일의 경우 비혼동거관계 해소시 당사자의 재산에 대한 청산청구권을 원칙적으로 인정하지 않고 있다. 그렇지만 공동재산의 형성이나 일방의 증여가 존재하는 경우, 일방당사자가 타방당사자에게 노무를 제공한 경우에 비혼동거관계가 해소되면 재산 청산의 문제가 발생한다. 이러한 경우 비혼동거관계 해소시의 불평등이 발생하는데, 이를 해소하고자 독일 판례는 프랑스의 경우와 마찬가지로 사실혼의 해소에 대해 조합이론과 부당이득반환의 법리를 적용하고 있다. 이와 같은 재산청구권은 해소의 사유가 사망이든 일방의 파기이든 관계없이 인정된다.[34]

(3) 미국

미국에서의 재산분할은 사실혼의 성질을 이해하는 관점에 따라 주마다 약간의 차이를 가지고 있다. 따라서 혼인법상 재산분할 원칙을 따르는 경우에는, 혼인재산을 공유재산으로 본다면 사실혼의 종료 사유가 이혼이든 사망이든 구분 없이 재산분할이 이루어지고, 보통법상의 재산법 원칙을 적용하면 이혼인 때에만 재산분할이 가능하다. 하지만 사실혼의 경우에는 상속이 인정되지 않아, 보통 이혼과 사망의 경우를 구분하지 않고 사실혼당사자에게 재산분할을 인정하기도 한다. 그 외에 사실혼을 계약적 관점에서 접근하는 경우는 합의되거나 합의된 것으로 추정되는 계약을 통해 사실혼당사자들에게 구제수단을 제공하고 있다.[35]

---

33) '사실상의 조합'이란 2인 이상의 자에 의한 집단으로 조합계약 특유의 요소를 나타내고 있지만 조합계약 성립을 위한 완전한 요건을 구비하지 못한 조합을 말한다.
34) 강승묵, 위의 논문, 19쪽.
35) 진도왕, 위의 논문, 244쪽.

3. 주거권 보호 방안

(1) 프랑스

프랑스에서는 혼인법 규정이 사실혼에는 적용되지 않는다는 원칙을 가지고 있어 혼인법상의 주거에 대한 규정을 사실혼에 유추적용하지는 않고 있다. 그러나 사실혼의 경우에도 상황에 따라 혼인의 경우와 같이 최소한의 주거권을 보호하기 위한 방안이 필요하다는 점을 반영하여 사실혼 당사자에게 임대차법상 일정한 권리를 보장해주고 있다. 우리나라와 다르게 프랑스에서는 사실혼 당사자 일방이 사망한 경우 외에 사실혼을 파기한 경우에도 상대방에게 임대차법상 권리를 인정하고 있다. 또한 상속인의 존재 여부와 상속인의 주택에서의 가정공동생활 여부와는 관계없이 사실혼 당사자가 일정 기간(1년 이상)동안 임차인과 사실혼관계가 존재한 이상 임대차법상 권리를 인정하고 있다.[36]

(2) 독일

독일의 경우 비혼동거관계의 당사자들이 함께 생활한 주택인 경우에는 민법 제1093조 제2항의 적용을 받아 물권적 주거권자는 임대인으로부터 비혼동거자도 가족과 동일하게 보아 그 주택에 거주할 수 있고, 피상속인과 공동생활을 한 비혼동거자는 피상속인의 가족과 동일하게 취급하여, 비혼동거관계의 당사자 일방이 사망한 경우 타방은 상속으로부터 30일에 대한 부양료와 주택과 가재도구의 사용을 요구할 수 있다.[37]

4. 출생 자녀의 보호 방안

독일에서는 당사자 사이에 자를 모가 양육하는 경우 모는 생부에게 부양료를 청구할 수 있으며(독일 민법 제1615조 1) 비혼동거관계 중이거나 해소된 경우에 당사자 사이에는 법정부양청구권이 발생하지 않으나, 계약에 의한 부양의무를 발생시킬 수 있다. 또한 독일 기본법 제6조 제5항은 혼인관계가 없는 사이에서 출생한 자의 사회적지위와 정신적 육체적 성장에 관해서는 법을 제정하여 혼인관계에서 출생한 자와 똑같은 조건을 갖추어야 한다고 정하고 있어 혼인관계가 없는 상태에서 출생한 자도 혼인관계에서 출생한 자와 차이를 없애고 있다.[38]

5. 소결

현행법 체계에서는 사실혼이 인정된다 하더라도 재산이 사망한 배우자 명의로 되어 상속이 이루어지는 경우에는 사망자와 재산을 형성함에 있어 공동의 노력이 있었던 생존한 사실혼배우자에게 불합리한 결과를 초래하게 된다. 하지만 혼인의 형태가 법률혼인지 사실혼이지 형식상의 문제에서 벗어나, 당사자가 실체상 정당한 권리자라면 그 권리가 보장되어야 마땅하다. 따라서 프랑스와 독일, 미국에서 인정하는 것과 같이 사실혼 해소의 원인인 사망이나 일방의 파기를 구분하지 않고 사실혼이 해소된 이상 그 재산이 공동노력으로 인해 형성된 재산이라면 사실혼 배우자에게도 혼인 중 형성된 실질적 부부공유재산의 청산이라는 목적에 따라 재산분할청구권을 유추적용해야 한다고

36) 김미경, 위의 논문, 65쪽.
37) 강승묵, 위의 논문, 19쪽.
38) 서인겸, 위의 논문, 132쪽.

생각한다.

사실혼 당사자의 주거에 대해서는 임차권을 더 폭넓게 보호하는 것이 옳다고 생각된다. 프랑스는 당사자 일방이 사실혼을 파기한 경우에도 타방인 상대방에게 임대차법상 권리를 인정하고 있다. 또한 상속인이 존재하면 임대차법상 권리를 보장받지 못하는 우리와 달리 상속인의 존재 여부와 상속인의 주택에서의 가정공동생활 여부와는 관계없이 임차인과 사실혼관계의 존재 기간을 기준으로 임대차법상 권리를 인정하고 있다. 사실혼의 파기 혹은 상속인의 일방적인 퇴거명령으로 인해 주거지를 잃게 된다면 이는 생존에 큰 위협이 될 수 있기 때문에, 주거의 보호에 있어서는 임차권의 보호가 강화되는 방향으로 변화해야 할 것이다.

출생 자녀에 대해서는 우선 독일법이 '혼인 외의 자'라는 표현을 삭제한 것과 마찬가지로 용어의 변경이 필요하다. 사실혼의 당사자가 아닌 사실혼 부부의 자는 부모의 혼인여부와 관계없이 혼인중인 자의 출생 자녀와 같이 동일하게 보호를 받을 권리를 가지고 있다. 따라서 표현에서부터 '혼인 외 출생자'라는 표현을 사용하는 것은 바람직하지 않다고 여겨진다. 또한 현행법 체계에서는 사실혼 관계가 해소된 이후 친권을 가진 당사자가 제3자와 사실혼 동거 상태를 계속적으로 유지되었을 경우, 제3자는 자녀에 대한 부양의무를 갖지 않으며, 단독친권자가 사망, 실종, 친권상실 등으로 인해 친권을 행사할 수 없는 경우에 생존부모의 친권이 자동적으로 부활한다. 자(子)의 복리를 고려한다면, 친권자의 동거자에게 자에 대한 일정한 정도로 부양의무를 지도록 하는 것이 바람직하며 민법 제909조 제6항에서 '부모 중 다른 일방'뿐만이 아니라 제3자의 경우에도 조건에 따라 친권을 가질 수 있도록 변경해야 한다.

V. 결론

형식에서의 다양성이 존중되는 현대 사회 속에서 기존의 혼인제도에서 벗어난 사실혼, 동거와 같은 형태의 가족결합이 증가하고 있다. 하지만 우리 사회에서 제도적으로 이와 같은 예외적 결합들을 어떻게 수용하여야 할 것인가 결정하는 것은 그리 간단해 보이지 않는다. 그러나 사실혼이라는 것은 당사자의 자유로운 선택에 의한 것이며, 혼인 외의 방식을 선택하는 경우라도 실질적으로 그들의 법률혼 부부와 다를 것이 없다면, 이들의 법적 성질과 제도적 보호는 법률혼과 특별히 다를 필요는 없다고 여겨진다.

이에 따라 사실혼으로 인정된 경우 준혼에 근거한 법적인 보호를 받지만, 사실혼으로 인정되지 않을 경우 법적인 보호에서 제외되기 때문에 사실혼의 성립요건은 중요한 의미를 갖는다. 하지만 우리 학설과 판례는 사실혼 성립을 위한 요건으로 '혼인의 의사'를 고려하고 있어 법률혼과 동일하게 부부공동생활의 실체를 지니고 있음에도 불구하고 혼인의사가 없다면 혼인관계로서의 권리를 보장받지 못하고 있어 주관적이고 명확하지 못한 '혼인의 의사'를 고려하기 보다는 객관적이고 합리적인 '부부공동생활의 실체'와 같은 요건에 집중하는 방향으로 해석의 변화가 필요하다.

다음으로는 사실혼에 대한 법률적 보호 방안의 개선이 필요하다. 현재 법체계 하에서는 사실혼의 해소 원인이 사망인 경우 공동으로 형성한 재산이라 할지라도 사망한 배우자의 재산에 대해 사실혼 상대방이 재산분할을 청구할 수 없다는 문제점이 있다. 사망으로 인한 사실혼 해소에 대해 상속으로써 재산의 청산이 이루어진다면 이는 형식적으로는 법률혼의 청산 방법과 동일하지만, 실질적 측면에서 사실혼 배우자의 권리가 보호받지 못하기 때문에 이를 해결하기 위한 방안으로 재산분할 청구권을 인정하여야 한다. 또한 현재는 사실혼 해소 이후 주거를 보호받기 위하여는 사실혼의 해소 원인이 사망이어야 하며, 상속인이 없거나 상속인이 있는 경우 가정공동생활이 없었어야 한다는

조건이 붙기 때문에 사실혼이 일방의 파기로 해소된 경우와 해당 사항들에 해당한다면 주거지의 명의자가 아닌 사실혼 당사자는 당장의 생활공간이 박탈되는 것이다. 그러므로 이를 해결하기 위해서 사실혼이 일방의 파기에 의해 해소된 경우도 상황에 따라 주거의 보호가 인정되어야 한다. 마지막으로 사실혼 관계에서 출생한 자(子)의 보호를 위한 방안으로 우선 '혼인 외 출생자'라는 표현을 변경함으로써 법률혼 가정에서의 출생 자(子)와 차별을 없애고, 사실혼이 해소될 경우 자(子)의 복리를 위하여 친권을 가진 당사자가 제3자와 사실혼 관계를 유지할 경우 부양의무를 부담하고, 친권자의 사망 시 자(子)에 대한 고려 없이 무조건적으로 생존부모의 친권이 부활하게 하는 것을 방지하기 위한 제3자의 친권 획득 가능 조항이 필요하다고 생각된다.

과거 가족의 형태는 대다수가 '법률혼'의 모습을 가지고 있었지만, 시간이 흐름에 따라 사실혼, 동거관계 등과 같은 법률혼 외의 가족 형태가 발생하였고, 향후 더 다양하고 많은 수의 가족 결합 형태의 출현이 예측된다. 따라서 빠른 시일 이내에 사실혼을 비롯한 법률혼 외의 다양한 가족 형태에 대해서도 우리 사회가 어떻게 수용하고 보호할 수 있을지 심도있는 논의가 활발히 이루어지길 기대한다.

참 고 문 헌

김상훈/신영호, 가족법강의 제3판, 세창출판사, 2018.
김상용/김주수, 친족·상속법 제15판, 법문사, 2018.
조승현, 친족·상속 제5판, 신조사, 2015.

강승묵, 사실혼과 비혼동거에 관한 연구 : 사실혼 배우자의 사망과 비혼동거 해소시의 청산을 중심으로, 한양법학 제26권 3호, 한양법학회, 2015.
김미경, 사실혼 배우자에 대한 보호 : 프랑스법을 중심으로, 법학연구 제51권 4호, 부산대학교 법학연구소, 2010.
문화체육관광부, 가족 다양성에 대한 국민 여론조사, 2019. 9.
박종렬, 정순형, 사실혼배우자에 관한 연구, 법률실무연구 제5권 1호, 한국법이론실무학회, 2017.
박한교, 사실혼 배우자의 법제도적 보호방안, 충북대학교 법무대학원, 2012.
서인겸, 혼인의 실질적 요건을 흠결한 사실혼의 가족법상 보호에 관한 소고, 경희법학 제51권 3호, 경희법학연구소, 2016.
임승환, 사실혼 배우자의 재산권 보호방안에 대한 연구, 대진대학교 법무행정대학원, 2014.
임영수, 사실혼의 해소에 따른 사실혼배우자의 법적 지위 강화방안, 충북대학교 법학대학원, 2010.
조은희, 사실혼·동거 가족의 법률문제와 해결방안, 법학연구 제12권 제2호, 인하대학교 법학연구, 2009.
진도왕, 미국에서의 사실혼해소와 재산분할, 가족법연구 제29권 3호, 한국가족법학회. 2015.
통계청, 2018년 사회조사 결과, 2018. 11.
통계청, 2018년 혼인, 이혼 통계, 2019. 3.

대법원 1960. 8. 18. 선고 4292민상995 판결.
대법원 1965. 7. 6. 선고 65므12 판결.
대법원 1965. 5. 31. 선고 65므14 판결.
대법원 1987. 2. 10. 선고, 86므70 판결.
대법원 1995. 9. 26. 선고 94므1638판결.
대법원 1997. 11. 11. 선고 97다34273 판결.
대법원 2000. 4. 11. 선고 99므1329 판결.
대법원 2001. 4. 13. 선고 2000다52943 판결.
대법원 2006. 3. 24. 선고 2005두15595 판결.
부산가법 2015. 11. 25. 선고 2015드단6476 판결.

【초 록】

대한민국은 부부의 관계가 법률적으로 인정받기 위한 조건으로 일정한 형식을 요구하는 법률혼주의를 채택하고 있다. 그중 한 가지 요건으로써 ‘혼인신고’를 마칠 것을 요구하고 있는데, 이에 따라 법률혼과 유사한 정도로 실질적인 부부의 관계를 맺고 있음에도 불구하고 혼인신고를 하지 않았다면 그 관계는 법률적으로 부부로 인정받지 못한다. 이와 같이 혼인신고라는 결혼의 형식적 요건을 갖추지 않고 부부공동생활을 이루고 있는 관계를 ‘사실혼 관계’라고 부른다. 사실혼 부부의 경우 법률적으로 부부가 아니기 때문에, 재산, 양육 등 부부 사이에 인정되는 법적 권리가 법률혼 부부와 동일하게 인정되지 않고 법적 보호의 범위 또한 제한된다.

최근 사회적으로 사실혼 관계에 대해 수용적인 분위기가 형성되고 있고, 사실혼 부부의 숫자도 점차 증가하고 있는 것이 현실이다. 따라서 국내에서 사실혼 관계를 인정하기 위해 규정해놓은 기존의 사실혼 성립요건이 미래에도 계속하여 유효할 것인가와 더불어, 사실혼 배우자에 대하여 재산권, 주거권, 양육권과 관련하여 어느 정도의 범위 내에서 법률적 보호가 제공되어야 할지 논의가 필요하다. 특히나 우리나라는 프랑스, 독일, 미국 등과 다르게 사실혼 성립요건으로 ‘혼인의 의사’라는 주관적 요건을 고려하고 있으며, 혼인신고를 전제로 한 법률적 보호는 제공이 불가능하고 실질적 부부공동생활을 이루고 있는 경우에도 혼인 의사 유무에 따라 사실혼 배우자가 보호를 받을 수 없다는 점 등에서 많은 차이가 있다. 그 외에도 재산분할에서 ‘살아있는 경우 사실혼관계가 해소된 경우’에만 재산관계의 청산이 가능한 등 여러 가지 제약 조건이 있는 경우가 많아 실질적으로 보호의 범위가 매우 한정되어 있다는 지적이 있다.

따라서 해당 글에서는 사실혼의 법적 성질에 대해 살펴보고, 우리나라와 비교한 외국의 사실혼에 대한 인정 및 보호 동향에 대해 분석하여 사실혼의 성립요건과 법률적 보호의 방향성에 대해 논의해보고자 한다.

고려대학교 자전법학회
2019학년도 2학기

혼인의 기능 및 본성을 중심으로 본 동성혼의 허용 가능성 검토

‘

자유전공학부 경영학과
서 재 환

I. 서론

II. 기존 혼인의 개념 및 기능과 동성혼에의 적용
1. 혼인의 개념 및 기능
2. 동성혼에서의 혼인의 개념 적용

III. 혼인의 본성 및 동성혼에서의 적용
1. 칸트의 계약설
2. 헤겔의 통일설
3. 정리 및 검토

IV. 결론

I. 서론

혼인제도란, 기원 전 인간이 번식하기 시작하면서 오래 전부터 우리 사회 속에 존재해왔던 사회제도이다. 그 전래가 상당한 기간동안 이루어졌다고 할 수 있는 성경 구절에서도 혼인을 하나의 사회적 제도로서 인정하고 있는데, 이는 성경 속 창세기편의 아담의 일화에서 잘 드러난다.

실제로 혼인제도는 오랫동안 우리 사회를 지탱하는 중요한 사회제도로서 그 지위를 공고히 해왔다. 혼인제도가 존재하지 않았다면 개인의 안식처로서의 가정은 존재하지 않았을 것이고, 가족으로부터 파생된 사회 공동체 및 국가의 형성 또한 불가능한 일이었을 것이다.[1)]

이렇게 국가와 사회 공동체를 이루는 데에 주요한 근간이 된 혼인제도는, 그저 독립적인 사회적 제도로서 동떨여저 존재하는 것이 아니라 각국의 헌법 혹은 민법 조항에 상세히 규정되어 있다. 실제로 우리나라에서는 헌법 제36조 제1항과 민법 규정들을 통해 이러한 혼인제도를 명문화하고 그 요건과 효과를 규율하고 있다.

헌법 제36조 1항 혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.

민법 제807조 18세가 된 사람은 혼인할 수 있다.

이렇게 혼인제도가 법령으로서 규율되어 있는 사례는 비단 우리나라에만 국한된 것은 아니다. 실제로 우리나라 민법의 근간이 되었다고 할 수 있는 독일 민법의 경우 혼인법(Ehegesetz)를 따로 제정하여 혼인의 무효와 취소를 구분하고 그 성립 요건을 규율하는 등 혼인제도를 법적으로 성문화하고 그 명확성을 제고하는 것은 세계적으로 아주 흔한 추세라 할 수 있을 것이다.[2)]

한편 위와 같이 혼인제도의 성립이나 무효, 취소요건에 대한 규정은 비교적 상세하게 명문화되어 있음에도 불구하고, 동성간의 혼인(이하 '동성혼')의 법적 성립 가능성 여부에 대한 법적 및 사회적 논의는 비교적 금기시되어 온 것이 사실이다. 오히려 우리 사회와 법조계는 동성혼을 금지하는 명시적 규율이 우리 법에 존재하지 않음에도 불구하고, 이를 금기시하고 법적 차별을 용인해오는 모습을 보여왔다.

이러한 사회적 풍조가 오랫동안 지속되어 왔던 것은 사실이나, 21세기에서도 20년 가량이 훌쩍 지난 지금, 우리 사회는 더욱 큰 도전에 직면하고 있다. 우리 사회는 점점 더 다양한 형태의 개성과 특징들을 인정하고 있고 이를 주류 사회로 포섭시키고 있다. 인간의 삶을 획기적으로 변화시킨 전자기기, 교통수단, 대중문화 모두 이러한 포용적, 개방적인 사회 분위가 형성되지 아니하였다면 불가능한 일이었을 것이다. 이는 비단 기술 발달이나 문화 발전만의 이야기는 아니다. 우리 사회가 인정하는 가족의 형태나 혼인의 양상 또한 지난 시절의 사회와 비교하면 상당히 달라진 것이 사실이며, 더욱 다양한 형태의 가정이 형성되고 있는 것이 오늘날의 추세라고 할 것이다.

위와 같은 점을 고려할 때, 그동안 비주류였다는 이유로 혹은 사회 다수가 아니었다는 이유로 우리 사회가 기피해왔던 동성혼 및 그로부터 파생되는 동성부부 가정에 대한 논의는 사회적 추세에 순응한다면 이제 더 이상 등한시할 수 없는 것으로 보인다. 그럼에도 불구하고, 우리 사회는 동성혼에 대한 진지한 논의나 법적 허용 가능성에 대한 탐구를 의도적으로 외면하고 기피하고 있는 것으로 보인다.

---

1) 권경휘. (2019). 혼인계약과 신뢰. 인간연구, (38), 45-72.
2) 조은희. (2017). 혼인무효・취소에 대한 검토와 독일 민법이 주는 시사점. 국제법무, 9(2), 245-275.

이러한 점에 착안하여, 본 논문에서는 시작하기에 앞서 동성혼의 개념과 기존 우리 사회에서 논의되던 동성혼에 대한 법적 쟁점을 검토해본 후, 혼인의 본질이라는 더욱 기초적인 측면에 기반하여 이 때까지 우리 사회가 등한시해왔던 동성혼의 허용 가능성에 대해 논의해보고자 한다. 또한 동성혼을 법적으로 허용할 경우에 예상되는 법적 문제점을 검토해보고 이러한 문제점을 해결하기 위해 제정되어야 할 법률이나 제도적 보완책들을 모색해보고자 한다.

II. 기존 혼인 및 개념과 기능과 동성혼에의 적용

1. 혼인의 개념 및 기능

들어가기에 앞서, '혼인'이란 무엇인가? 혼인의 개념에 대해 논하기에 앞서, 우선 우리 사회가 일반적으로 인식하는 '혼인'의 개념과, 이를 명문 규정으로 규율하고 있는 법적 규정에서의 '혼인'에 대한 개념 정의를 모두 검토해 볼 필요가 있다.

(1) 일반적으로 인식되는 혼인의 개념

법적으로 정의되는 '혼인'의 개념이나 이에 대한 '동성혼'의 쟁점을 검토하기에 앞서, 우선 우리 사회가 일반적으로 '혼인'을 어떻게 인식하고 있는지를 검토해보아야 할 것이다. 이러한 '혼인'의 개념에 대한 사회적 합의를 이끌어 내는 것이 동성혼의 허용 가능성을 검토해볼 수 있는 기초적인 기반이 될 것이기 때문이다.

일반적으로 '혼인'은 '두 성인이 부부관계를 맺는 행위 또는 부부관계에 있는 상태'로 정의된다.[3] 하지만 간혹 '혼인'을 '사회가 인정하는 절차에 따라 이성이 결합하여 부부가 되는 사회현상'이라고 정의하기도 하여, 이에 대해 혼인 당사자의 '성별'에 대한 단서를 추가하기도 한다.[4] 일부 종교계에선 혼인을 간혹 사회적으로 승인된 '남편과 아내의 결합'으로 표현되기도 하는데, 이러한 개념 정의에서는 '남편'과 '아내'란 무엇인지, 어떤 자격을 갖추어야 하는지, 생물학적 성별이 남성 혹은 여성이어야만 남편 혹은 아내로 인정받을 수 있는지에 대한 쟁점이 발생한다.[5] 혹은 혼인을 '남녀 두 사람의 사회적으로 인정된 성적 및 경제적 결합'으로 보기도 한다.[6]

이 중에서도 혼인의 정의로 가장 널리 받아들여지고 있는 것은 '혼인이란 한 남자와 한 여자의 결합으로, 그 여자에게 태어난 아이는 그 부부의 합법적인 자녀로 인정된다'는 영국 왕립인류학회의 정의이다. 이러한 널리 받아들여지는 혼인의 정의에 따른다면, '남자'와 '여자'의 결합으로 정의되는 혼인의 개념에 대한 근본적인 검토가 수반되어야만 동성혼의 인정 가능성을 탐구할 수 있을 것으로 보인다.[7]

---

3) 두산백과, https://terms.naver.com/entry.nhn?docId=1154586&cid=40942&categoryId=32169 참고.
4) 한국민족문화대백과, https://terms.naver.com/entry.nhn?docId=528212&cid=46635&categoryId=46635 참고.
5) 종교학대사전, https://terms.naver.com/entry.nhn?docId=631593&cid=50766&categoryId=50794 참고.
6) 생명과학대사전, https://terms.naver.com/entry.nhn?docId=434365&cid=60261&categoryId=60261 참고.
7) 한상복 외 2인, 문화인류학, 서울대학교출판문화원.

(2) 일반적으로 인식되는 혼인의 기능

이러한 '혼인'의 개념으로부터 파생되는 혼인의 기능은 혼인 개별 당사자들의 측면, 사회적 측면, 생물학적 측면 등에서 검토해볼 수 있다.[8)]

1) 당사자의 결합 측면

혼인은 혼인 당사자인 부부를 성적, 심리적, 경제적으로 결합시키고 가정을 유지하게 한다. 혼인은 부부에게 성적 만족감을 주고 성적 욕구를 해소해준다. 이러한 부부간의 성적 접촉은 후에 언급할 생물학적 측면과도 깊은 연관성이 있는데, 부부간의 성적 결합을 통해 자손을 생산하고 이를 통해 사회의 지속 및 계승을 꾀하기 때문이다.

뿐만 아니라 혼인은 부부를 심리적으로 결속시키기도 한다. 부부는 서로에게 심리적 안정을 주기도 하고, 서로에게 안식처가 되기도 한다. 뿐만 아니라 중요한 결정을 내릴 때에도 부부는 하나의 인격체처럼 행동하기도 한다.

마지막으로, 혼인은 부부를 경제적으로 결속시킨다. 혼인은 부부를 하나의 경제적 주체로서 행동하게 하고 경제적 의사결정을 내리게끔 한다. 가령 부부가 공동명의로 집을 매입하는 등의 행위는 대표적인 경제적 결합의 형태이며, 이러한 부동산 매입 행위뿐 아니라 일상적으로 물건을 구입하는 등의 행위 또한 부부를 경제적으로 결합시키는 사례이다.

2) 사회적 측면

사회적 측면에서, 혼인을 통해 혼인 당사자들은 배우자를 얻고, 그로부터 파생되는 여러 가족관계를 새로이 맺게 된다. 당사자들은 혼인을 통해 혼인 전에는 존재하지 않았던 장인, 장모, 처남, 처제 혹은 시부모, 시동생, 시누이 등의 새로운 인척관계를 맺게 된다. 즉, 혼인으로 인한 두 혼인 당사자의 결합은 그 당사자들의 가족 또한 새로운 가족을 맞이하게 한다. 이러한 당사자 간의 결합, 더 나아가서는 가족 간의 결합을 통해 우리 사회는 유지 및 존속된다.

3) 생물학적 측면

생물학적 측면의 부부의 기능은 전통적으로 가장 중요한 것으로 고려되어 왔다. 생물학적 측면에서 부부는 혼인을 통해 자손을 생산하고 이들을 양육함으로써 사회 유지에 직접적으로 기여한다. 다만 이러한 생물학적 측면의 부부의 기능은 가장 직접적으로 부부의 조건이 '남성'과 '여성'의 결합일 것을 요구하는 부부의 기능이다. 부부의 성별이 동성일 경우 이러한 생물학적 측면의 부부의 기능의 달성은 사실상 불가능하기 때문이다.

4) 종합

당사자의 결합 측면, 사회적 측면, 생물학적 측면이라는 세 가지 큰 측면에서 보았을 때, 당사자의 결합의 측면에서의 혼인의 기능과, 사회적 측면에서의 혼인의 기능을 중점으로 본다면 동성혼의 경우라 하더라도 이성간의 혼인과 크게 다를 바가 없어 보인다. 하지만 생물학적 측면에서 그 차이점이 두드러지며, 후술할 문단에선 이를 중점적으로 이성간의 혼인과 동성혼의 차이점을 비교해보도록 한다.

8) 한상복 외 2인, 같은 책.

2. 동성혼에서의 혼인의 개념 적용

(1) 혼인의 개념에 동성혼이 적용될 수 있는지 여부

앞서 언급하였듯, 위의 혼인의 개념을 동성간의 혼인의 경우에도 적용할 수 있을 것인가? 법적인 논의에 들어가기에 앞서, 동성혼을 혼인의 일반적인 형태로서 인정할 수 있을 것인가를 검토해보기 위해선 사회적으로 통용되는 혼인의 의미에 동성혼이 과연 부합할 수 있는가를 살펴보아야 할 것이다.

앞서 살펴보았듯 혼인의 의미는 크게 당사자의 결합 측면, 사회적 측면, 생물학적 측면으로 분류할 수 있다. 이에 대해 하나씩 살펴보고자 한다.

(2) 당사자의 결합 측면

당사자의 결합 측면에서, 동성혼은 일반적으로 통용되는 이성간의 혼인과 별다른 차이점을 보이지 않는다. 즉, 동성간이 혼인하는 경우라고 하더라도 혼인 당사자가 결합한다는 측면에서의 차이는 없다.

구체적으로 살펴보면, 동성혼의 경우에도 동성인 부부는 성적, 심리적, 경제적으로 결합한다. 생물학적 성별이 동일한 부부라고 하더라도, 부부가 되었다면 혼인 당사자들은 성적 활동을 영위함으로써 성별이 다른 이성 부부의 경우와 마찬가지로 성적 결합을 추구할 수 있다.

뿐만 아니라, 더 나아가서 심리적 측면에서의 결합이란 측면에서도 현재 인정되는 이성간의 혼인과 크게 다를 바가 없다. 부부가 된 이상 혼인 당사자의 성별이 같든 다르든 부부는 서로에게서 심리적으로 의존하고 안정을 찾는다.

경제적 측면에서도 마찬가지이다. 동성혼을 통해 가정을 형성한 부부가 경제적으로 하나가 되어 하나의 경제적 주체로서 행동하는 것은 자명하다. 이성 부부가 그러한 것처럼 동성 부부 또한 함께 살 거처를 마련하거나 생활을 이어가는 등 일상 속에서 크고 작은 경제적 행위를 공유한다. 이러한 측면에서, 경제적 측면에서의 차이 또한 크지 않다.

종합해보면, 당사자의 결합 측면에서 동성혼을 통해 형성된 부부관계와 그렇지 않은 부부관계의 구별의 실익은 크지 않다. 동성 부부 또한 성적, 심리적, 경제적 측면에서 이성 부부와 별다른 차이점을 보이지 않기 때문이다.

(3) 사회적 측면

사회적 측면에서도, 동성혼을 통해 형성된 부부와 그렇지 않은 부부의 차이점은 크지 않다. 동성혼을 통해 혼인의 당사자인 동성 부부는 배우자를 가족으로서 맞이하게 되며, 이에 따라 파생되는 새로운 인척들과 관계를 맺게 됨은 당연하다. 위의 당사자의 결합 측면에서와 마찬가지로, 사회적 측변에서도 동성간의 혼인은 일반적으로 혼인으로 인정되는 경우와 크게 다를 바가 없으며, 구분의 실익이 없다고 할 것이다.

(4) 생물학적 측면

앞서 언급하였듯, 동성혼을 혼인의 일반적인 형태로 인정할 수 있을까에 대해서 가장 쟁점이 되는 것이 바로 이 생물학적 측면의 쟁점일 것이다.

21세기 과학과 기술의 발전은 인간의 삶을 획기적으로 변화 및 발전시켰다. 의료기술 또한 그 예외는 아니라고 할 것이다. 의료기술 영역에서 두드러진 발전이 전개되면서 이전에는 출산을 포기

해야만 했던 부부들도 인공수정, 체외수정시술 등의 보조생식술[9]을 통해 아이를 잉태하고 출산을 시도할 수 있었다.

눈부신 의학 기술의 발전을 통해 임신 및 출산이 불가능한 부부가 난임의 어려움을 극복하고 성공적으로 생물학적 측면에서의 부부의 기능을 수행할 수 있게 되었음에도 불구하고, 이는 동성 부부에게 있어서는 예외였다.

흔히 임신 단계에서 남성 또는 여성의 생식세포의 발생, 정자와 난자의 수정, 수정된 배아의 발달, 배아의 자궁 내 착상 등을 거쳐 임신이 이루어진다고 하는데, 동성 부부의 경우 정자와 난자의 수정 자체가 불가능하다. 이는 수정이 생물학적 성별에 기반하여 이루어지는 것이기 때문이다. 동성 혼인이 생물학적인 자손 번식과 생산의 기능을 달성하지 못하자 그 대안으로 입양 등의 제도적 보완책이 제시되기는 하나, 이는 어디까지나 제도적 차원에서 이루어지는 사회적 측면의 보완책일 뿐이지 궁극적인 부부의 생물학적 측면의 기능의 결여를 해결한 것이라고 보기 어렵다. 따라서 일반적으로 부부가 수행하는 여러 기능들 중 생물학적 측면의 기능은 결여되어 사실상 행사할 수 없는 것이라고 볼 수밖에 없을 것이다.

(5) 종합 및 결론

위를 종합하여 보았을 때, 동성혼의 경우라고 하더라도 혼인의 일반적인 기능 수행에 있어 당사자의 결합의 측면이나, 사회적 측면에서는 동성혼이 아닌 경우와 비교하여 크게 차이점이 있거나 동성혼이 특정한 기능을 결여하고 있다고 볼 수 없다.

그럼에도 불구하고, 동성혼의 경우 생물학적 측면에서의 혼인의 기능은 그 어떠한 방법으로도 수행할 수 없는 것이 사실이다. 앞서 살펴보았듯 생물학적 임신은 정자와 난자의 결합을 전제로 하는데 생물학적으로 동성인 부부의 경우 이 조건을 충족시킬 수 있는 방법이 그 어떤 보조 기술로도 전무하기 때문이다.

그렇다면 과연 생물학적 기능 수행을 결여하였다고 해서 동성혼의 혼인 당사자를 부부로 절대 인정할 수 없다고 할 것인가? 이를 정당화하고자 할 경우, 혼인의 기능들 중 생물학적 기능이 아주 핵심적이며, 그 다른 여타 어떤 기능들보다도 상당한 중요성을 갖고 있는 경우에만 정당화할 수 있을 것이다.

이러한 측면에서 종합하여 볼 때, 부부의 기능 중 종래까지는 생물학적 측면의 기능이 큰 비중을 차지했다는 점을 부인할 수는 없다. 앞서 언급하였듯 부부의 기능 중 이러한 생물학적 측면의 기능이 존재하지 않았다면 인간의 자손 번식 혹은 종족 보존 등은 당연히 불가능할 수밖에 없었을 것이고, 그 결과 인간이란 종 또한 생태계에서 금방 멸종될 수밖에 없었을 것이 다소 자명해보이기 때문이다.

이러한 부부의 기능에 주목하여 볼 때, 자칫 일부 극단적 입장에서는 동성 부부는 부부의 핵심적 기능 중 하나인 생물학적 번식 및 자손 계승의 역할을 수행하지 못하므로, 마땅히 혼인을 법적으로 허용해서는 안된다는 입장을 취하기도 한다.

하지만 이러한 부부의 기능이 핵심적이라고 하면, 이것이 부부 관계를 성립시키는 데 과연 필수불가결한 것인가? 즉, 핵심적 기능이라는 것이 곧바로 필수불가결한 것이라는 것으로 직결되는가? 이에 대해서도 찬반양론이 대립할 수 있으나, 어떠한 개념 혹은 특징이 '핵심적'이라는 것과 '필수불가결'하다는 것은 명백히 구분되어야 할 것으로 보인다.

가령, 지금 쟁점이 된 혼인과 생물학적 출산의 경우를 생각해보자. 혼인이 생물학적 출산에 핵

9) 서울대학교병원 의학정보, http://www.snuh.org/, 2020년 1월 14일 검색.

심적 요소인 것은 자명하다. 하지만 그렇다고 해서 생물학적 출산이 혼인의 필요조건이거나 충분조건인 것은 아니다.

실제로 동성 부부뿐 아니라, 그 범위를 확장시켜 이성 부부의 사례에 비추어 보더라도 혼인과 생물학적 출산이 필요조건 혹은 충분조건의 관계를 형성하고 있다고 말하기 어렵다. 최근 우리나라의 평균 출산률은 가임 여성 1명당 약 0.98명에 불과하다.[10] 즉, 가임 여성 한 명이 한 명의 자녀도 출산하지 않는 것이 일반적으로 받아들여지는 시대가 도래한 것이다. 이는 OECD 회원국 중 가장 낮은 수치로, 우리나라가 이들 중 유일하게 1명 미만이라는 점은 우리나라 사회에서 출산에 대한 인식이 점차 변화하고 있음을 단적으로 보여주는 자료이다.

이러한 출산에 대한 인식의 변화는 혼인에 대한 인식의 변화로까지 이어진다. 일반적으로 출산은 혼인 관계가 이루어진 후 일어난다는 점을 고려하면, 출산에 대한 인식이 혼인에 대한 인식에 영향을 주는 것은 자연스러울 것이다.

종합해보면, 출산에 대한 인식은 혼인에 대한 인식을 변화시키는데, 이러한 변화 속에서 종래의 출산이란 개념은 혼인과 뗄레야 뗄 수 없는, 즉 혼인을 한 부부라면 마땅히 아이를 출산하고 양육해야만 하는 필수불가결한 것으로 여겨졌다면, 21세기 사회에서 혼인은 부부 관계에 있어 필수적인 것이라기보다는 선택적이고 부부 자신의 자율적 결정권 중 하나인 것으로 고려되고 있다.

이러한 상황 속에서, 동성 부부에게만 부부의 핵심적 기능은 출산이라는 잣대로, 이러한 기능을 동성 부부는 수행할 수 없음을 들어 혼인을 허용하지 않는 것은 받아들이기 어렵다. 실제로 많은 수의 이성 부부들이 오늘날 자유롭게 자신의 출산에 대한 결정권을 행사하고 있으며, 적지 않은 수의 부부들이 자발적으로 출산을 하지 않기로 결정하기도 한다.

이러한 현실적 상황에도 불구하고 동성 부부에게만 출산 및 아이 양육의 기능을 수행해야 할 것을 강요한다면, 이는 동성인 혼인 당사자들의 평등권을 심하게 침해하는 것이라고 할 것이다. 헌법 상으로도 보장된 평등권을 침해한다는 것은 결국 이러한 동성혼을 허용하지 않는 상황이 위헌적 요소를 내포하고 있음을 시사한다. 요약하자면, 동성 혼인 부부가 부부의 기능을 수행할 수 없다는 것은 다소 어폐가 있으며, 동성 혼인 당사자에 대한 평등권 침해로도 이어져 위헌의 여지가 아주 높다는 점을 도출해낼 수 있다.[11]

III. 혼인의 본성 및 동성혼에서의 적용

혼인의 본성이란, 혼인을 한 부부가 어떠한 상태로 머무르게 되는가를 쟁점으로 하는 혼인의 한 측면이다.[12] 이러한 혼인의 본성적 측면에서의 논의는 혼인의 기능과 다소 비슷한 듯 하면서도 다른데, 혼인의 기능이 혼인을 통해 부부가 비로소 어떠한 역할을 수행하게 되는 다소 동적인 개념이라면, 혼인의 본성이란 붑가 혼인을 통해 어떠한 상태에 머무르게 되는, 혼인의 기능과 비교해서는 다소 정적인 개념이다.

---

10) 통계청 인구동향조사, http://kosis.kr/statHtml/statHtml.do?orgId=101&tblId=DT_1B81A21&checkFlag=N

11) 헌법 제2장 국민의 권리와 의무 중 제11조 ①항: 모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다. - 여기서 동성혼의 경우 특히 문제되는 것은 성별에 의해 동성 혼인 부부의 정치적, 경제적 생활에서의 평등권이 침해받고 있다는 점일 것이다. 혼인을 허용받지 못해 동성혼인 당사자는 정치적, 즉 사회제도적으로 정당한 부부로 인정받을 수 없으며, 상속이나 증여 등 경제적 생활에서의 여러 불이익을 받고 있기 때문이다.

12) 권경휘. (2019). 혼인계약과 신뢰. 인간연구, (38), 45-72.

이러한 혼인의 본성을 대표하는 입장으론 크게 칸트의 계약설과 헤겔의 통일설이 있다. 우선 각각의 입장을 간략하게 살펴보고, 특히 칸트의 계약설을 중심으로 동성혼이 혼인의 본성에 위배되지 않는다는 점을 논증해보고자 한다.

1. 칸트의 계약설

(1) 개념

혼인의 본성에 대한 논의로는 가장 대표적인 것이 칸트의 계약설과 헤겔의 통일설이 있으나, 그 중에서도 특히 대표적인 것이 칸트의 계약설이다. 칸트에 따르면 혼인은 “서로 다른 성의 두 인격이 그들의 성적 속성을 평생토록 교호적으로 점유하기 위한 결합“이자, ”인간성의 법칙에 의한 필연적 계약“이다.[13] 즉, 칸트의 계약설에서 혼인에 의해 발생하는 계약은 혼인의 당사자인 일방이 상대방을 취득하는 계약과, 그 반대로 상대방이 혼인의 당사자인 일방을 취득하는 계약이다.

이러한 칸트의 계약설에서 핵심이 되는 속성이 바로 ”순환성“이다. 이러한 순환성의 개념에 따르면 한 인격은 타방의 안격에 의해 취득되지만 이는 인격이 물건처럼 취득되는 것을 말하는 것이 아니다. 오히려, 자신의 인격이 타인에 의해 취득됨과 동시에 다른 타방의 인격 또한 취득함으로써, 다시금 자신의 윈격을 세울 수 있는 것이다.

이러한 입장에 따라, 칸트는 결혼은 일부일처제여야 하며, 일부다처제 혹은 다부일처제는 혼인으로 인정할 수 없고, 매춘계약 혹은 내연관계 또한 혼인으로 인정될 수 없다.[14] 전자의 경우 앞서 언급한 ”순환성“의 개념이 결여되어 있기 때문인데, 일부다처제 혹은 다부일처제의 경우 혼인을 통해 일방 당사자는 타방의 인격을 전적으로 취득하는 것이 맞다고 할 수 있으나, 그 반대의 경우 타방의 당사자는 일방 당사자의 인격을 전적으로 취득할 수 없고, 단지 부분적으로 타 혼인 당사자들과 나누어 취득하는 데에 그치기 때문이다. 후자의 경우, 혼인 계약이 서로의 인격을 영구적으로(즉, 평생토록) 취득하는 것이 아니라 이를 일회적으로 혹은 일시적으로 서로를 ‘임대’하는 것에 그치지 않으므로, 이를 진정한 의미의 혼인 계약이라고 보기 어렵다.

(2) 동성혼에의 적용

이러한 혼인의 본성이 계약이라는 논거에 따르면, 동성혼 또한 혼인의 본성에 위배되지 않는, 즉 혼인의 본성에 부합하는 것으로 볼 수 있을 것인가? 만약 칸트의 계약설에 따른다면, 이러한 동성혼의 경우 또한 기존에 고려되던 혼인의 본성에 크게 위배되지 않는 것으로 볼 수 있는 것으로 보인다.

칸트는 그의 계약설에서 혼인을 ”서로 다른 성의 두 인격이 그들의 성적 속성을 평생토록 교호적으로 점유하기 위한 결합“으로 이해한다. 그의 이러한 혼인에 대한 이해에 따른다면 동성혼의 경우 ”서로 다른 성“의 결합이란 것이 논점이 될 수 있을 것으로 보이나, 이보다는 그의 혼인계약설을 관통하는 ”순환성“에 대한 검토가 더욱 중심이 되어야 할 것으로 보인다.

그가 제시하는 순환성의 요건을 갖추기 위해서는, 우선 혼인에 의해 계약이 발생하고, 이러한 계약은 크게 혼인의 당사자인 일방이 상대방을 취득하는 계약과, 그 반대로 상대방이 혼인의 당사자인 일방을 취득하는 계약으로 나누어져야 할 것이다.

이러한 측면에서 동성혼의 경우는 칸트가 제시하는 이성 간의 혼인과 별다른 차이점을 보이지

13) 권경휘. 같은 논문, 47쪽.
14) 권경휘. 같은 논문, 48쪽.

않는다. 동성혼의 혼인 당사자 또한 이성 간의 혼인의 경우와 마찬가지로 혼인을 통해 부부간의 계약이 발생하며, 혼인의 당사자인 일방이 상대방을 취득하기도 할 뿐만 아니라, 그 반대로 상대방 또한 혼인의 당사자인 일방을 취득하게 된다. 이러한 측면에서 동성혼의 경우라 할지라도 이성간의 혼인과 별다른 차이점을 보이지 않으며, 혼인계약설에서 요구되는 계약의 요건을 갖추었다고 평가할 수 있다.

뿐만 아니라, 동성혼의 경우도 이성 혼인과 마찬가지로 순환성의 요건을 충실히 갖추고 있다고 할 수 있다. 동성간의 혼인이라 하더라도 혼인을 통해 혼인 당사자들의 인격 취득이 쌍방이 아니라 일방적이라거나, 다부일처제 (혹은 일부다처제)의 경우와 같이 인격을 나누어 취득한다고 볼 수 없기 때문이다.

또한, 동성혼의 경우 매춘계약이나 내연관계와 같이 일회적 혹은 일시적으로 서로를 임대하는 것이라고 보기도 어렵다. 동성 혼인의 혼인 당사자 또한 이성 혼인의 당사자와 마찬가지로 당사자가 평생을 함께할 것을 약속하게 되며, 당사자의 인격 또한 쌍방향적으로 영구적으로 취득한다고 보아야 하기 때문이다.

이러한 측면에서 볼 때, 동성간의 혼인 또한 혼인의 "순환성"이라는 요건을 잘 충족하고 있다고 보아야 한다. 이러한 측면에서 종합해 볼 때, 결과적으로 이들의 혼인 또한 칸트가 말하는 혼인의 본성에 부합하는 것으로 보는 것이 마땅하다.

2. 헤겔의 통일설

(1) 개념

헤겔의 통일설은 칸트의 통일설을 비판하며 등장한 이론이다. 이러한 헤겔의 입장에 따르면, 혼인은 "직접적인 인륜적 관계"로 크게 두 가지 요소로 나뉘어 구성되는데, "인류를 현실로 태어나게 하는 과정으로서의 총체적 생명활동"과, "개별자로 독립되어 있는 양성 인격체의 통일"이 바로 그것이다.

이러한 헤겔의 입장 또한 칸트의 입장과 마찬가지로 혼인이 계약에서 출발한다고 본다는 점에선 공통적이나, 칸트와는 달리 계약이 성립한 이후에는 계약 관계를 지양하고 진정한 통일을 추구하고자 한다는 점에선 차이점이 있다.[15]

(2) 동성혼에의 적용

이러한 헤겔의 입장에 따른다면, 동성혼의 경우는 헤겔의 통일설을 적용한다면 혼인의 본성에 부합하는 것으로 판단하기 어려워 보인다. 앞서 언급하였듯, 헤겔은 혼인을 크게 임신과 출산에 따라 자손을 계승하고 인류를 번식시키는 "총체적 생명활동"이자, 독립된 "양성 인격체의 통일"로 간주하고 있다.

하지만 동성혼의 경우, 앞서 혼인의 기능적 측면에서 살펴보았듯이 자손을 계승하거나 인류를 번식시키는 등의 소위 '생명활동'은 불가능하며, 보조의술 또한 적용될 수 있는 여지가 없다. 물론 과학 기술이 더욱 발전함에 따라 생물학적인 여성과 남성의 결합이 존재하지 않더라도 임신과 출산이 가능한 시대가 도래한다면 이러한 입장은 달라질 수 있겠으나, 현재로서는 크게 적용될 수 있는 여지가 있다고 보기 어렵다.

뿐만 아니라 그의 학설에서 혼인의 본성을 '양성 인격체'의 통일로 간주하고 있다는 점에서, 인격

15) 권경휘. 같은 논문, 49쪽.

체의 통일은 있다고 볼 수 있으나 이는 동성혼의 경우 양성의 결합이라고 볼 수 없을 것이다.

종합해보면, 헤겔의 논의에서 동성혼은 ”총체적 생명활동“과 ”양성“의 결합이라는 두 가지 핵심적 요소를 모두 결여한 경우로, 혼인의 본성에 부합하는 것으로 인정하기 어려울 것으로 보인다.

3. 정리 및 검토

앞서 살펴보았듯, 칸트의 계약설의 입장에선 동성혼이 혼인의 본성에 부합하는 혼인의 한 종류로 볼 수 있는 여지가 있을 것으로 보이나, 헤겔의 경우 그렇지 않을 가능성이 더욱 커보인다.

하지만, 혼인의 본성에 관한 대표적인 두 가지 논의에서 학계의 통설로 받아들여지고 있는 것은 칸트의 계약설이다.[16] 헤겔의 혼인에 대한 본성의 정의를 따를 경우 ”지나치게 가족을 강조하면서 개인이 그 속에 절대적으로 함몰될“ 가능성을 배제할 수 없기 때문이다.[17] 이러한 측면에서 볼 때, 칸트의 계약설은 독립적인 두 혼인 당사자가 자발적 의사를 통해 동등한 위치에서 신체와 인격을 결합하는 것으로, 동성혼 또한 이러한 정의에 부합한다고 보는 것이 마땅하다. 즉, 요약하자면, 학계의 통설인 칸트의 계약설에 따라 혼인의 본성에 부합하는 것으로 동성혼이 배제된다고 볼 근거가 없으므로, 동성혼 또한 혼인의 본성에 위배되지 않는 것으로 보는 것이 마땅하다.

이러한 혼인의 본성에 위배되지 않는다는 측면이 증명된 이상, 현행 법률 체계에서 정의하고 있는 혼인이 동성혼을 포섭할 수 없다고 보기 어렵다. 이러한 점을 고려한다면, 우선 현행법에서 규정하고 있는 혼인의 범위를 더욱 폭넓은 범위로 명확하게 규정할 필요성이 요구된다. 가령 민법상의 규정을 만 18세와 같은 나이에 대한 단서뿐만 아니라 양성이 모두 혼인을 신청할 수 있다는 점을 정확하게 명시하는 것이 필요해보인다.

IV. 결론

앞서 살펴보았듯, 동성혼의 경우 혼인의 일반적 의미에서 정의되고 있는 ’혼인의 기능‘이나, ’혼인의 본성‘에 관한 기존 학계의 논의에서 크게 벗어나는 범위에 있다고 보기 어렵다. 이러한 측면에서 본다면, 동성혼을 혼인에 대한 종래의 정의에서 일탈한 비정상적인 혼인의 형태로 규정하기 어렵다.

현재 동성혼에 대한 반대 논거의 경우, ’사회적 합의가 되지 않았다‘ 내지는, ’동성혼을 허용하게 된다면 생물학적 출산과 자손 계승을 꾀할 수 없다‘라는 논거가 중점적이다. 하지만 이러한 논거 외에 동성혼을 반대하는 입장의 논거는 크게 설득력을 가지지 못하고 있다.

이러한 측면에서 본다면, 궁극적으로 동성혼의 인정을 반대하는 논거는 그 설득력을 잃고 혼인 허용이라는 결과에 자리를 내주어야 할 가능성이 크다. 동성혼을 허용하지 않는 것이 동성애적 성향을 가진 당사자들을 이성간의 혼인을 통해 출산을 하도록 강제하거나 자손 계승을 할 수 있는 수단이 되는 것이 아니라는 결과 또한 이러한 동성혼 허용 근거의 논지를 강화시킨다. 이러한 측면을 고려할 때, 동성혼은 종래의 혼인의 기능이나 본성에 크게 위배되지 아니하는 것으로, 혼인의 한 종류로서 인정하고 혼인 당사자들이 상속 혹은 증여 등의 재산권적 측면에 있어서도 혼인이라는 사회적 제도 내에서 보호받을 수 있도록 보장하여야 할 것이다.

16) 차선자, 「혼인계약에서 정의의 원칙」, 가족법연구 25/2(2011), 11쪽.
17) 권경휘. (2019). 혼인계약과 신뢰. 인간연구, (38), 50쪽.

참 고 문 헌

조은희. (2017). 혼인무효・취소에 대한 검토와 독일 민법이 주는 시사점. 국제법무, 9(2), 245-275.

한상복 외 2인, 문화인류학, 서울대학교출판문화원.

차선자,「혼인계약에서 정의의 원칙」, 가족법연구 25/2(2011), 11쪽.

권경휘. (2019). 혼인계약과 신뢰. 인간연구, (38), 45-72.

통계청 인구동향조사,
http://kosis.kr/statHtml/statHtml.do?orgId=101&tblId=DT_1B81A21&checkFlag=N

대한민국 헌법

서울대학교병원 의학정보, http://www.snuh.org/, 2020년 1월 14일 검색.

두산백과, https://terms.naver.com/entry.nhn?docId=1154586&cid=40942&categoryId=32169 참고.

한국민족문화대백과,
https://terms.naver.com/entry.nhn?docId=528212&cid=46635&categoryId=46635 참고.

종교학대사전,
https://terms.naver.com/entry.nhn?docId=631593&cid=50766&categoryId=50794 참고.

생명과학대사전,
https://terms.naver.com/entry.nhn?docId=434365&cid=60261&categoryId=60261 참고.

고려대학교 자전법학회
2019학년도 2학기

현행 과잉방위 법리의 문제 분석 및 재구성
-형법 제21조 제3항 과잉방위 법리의 필요적 형 면제 문제-

자유전공학부 사회학과
손 원 재

I. 서론

II. 정당방위·과잉방위에 대한 이론적 검토
1. 정당방위 개념과 근거
2. 정당방위의 성립요건
3. 과잉방위 성립요건

III. 과잉방위 법리의 재구성
1. 법원의 태도
2. 판례 분석
3. 형법 제21조 제3항의 과잉방위 법리의 필요적 형 면제 문제

IV. 결론

Ⅰ. 서론

흔히 빨래건조대 사건[1] 혹은 도둑 뇌사 사건이 국민의 공분을 산 일이 있었다. 당시 판결이 국민의 법 감정을 충족시켜주지 못했던 것은 최초 판결에서 무단으로 주거를 침입해온 '범죄자'를 상대로 빨래건조대라는 '방위수단'이 흉기로 취급을 받았던 점이었다. 비록 언론에 의해 많은 사실이 감춰지고 '빨래건조대'만이 부각된 점이 있었지만, 결국 1심 판결에서는 징역 1년 6개월, 2심에서는 징역 1년 6개월 집행유예 3년을 선고되고 대법원은 고등법원의 판결에 대해 문제없음을 명시하며 해당 사건의 판결은 마무리된다.

해당 판결 이후 법원의 판결에 대한 국민의 반감뿐 아니라 학자들의 비판 목소리도 있었고, 판결에서 가장 쟁점이 되었던 정당방위와 과잉방위의 문제를 다루는 연구도 더욱 많아졌다. 하지만 정당방위에 관한 연구는 과거부터 활발하게 관심을 가졌던 영역이지만 현재 형법 제21조 제2항과 제3항에서 규정하고 있는 과잉방위에 대한 논의는 다소 부족하다.

먼저 우리나라의 법원의 태도를 보면, 우리 법원은 대다수의 사안에서 정당방위·과잉방위의 성립을 잘 인정하지 않고 있다.[2] 이로 인해 가정 폭력, 성폭력, 주거침입 등등 수많은 상황에서 먼저 불법행위를 저지른 행위자에 대한 방위행위가 선행 행위자를 사망에 이르게 한 경우 정당방위가 성립되는 경우는 극히 드물다. 그리고 현재 법원은 정당방위가 인정될 때에만 과잉방위의 적용을 검토하고 있어, 정당방위에 대한 상당성 결여로 인해 정당방위가 인정되지 않을 때 그 정도가 과했기에 형을 감경해주거나 면제해주는 과잉방위는 모순적으로 행위가 과했기에 행위의 과함을 판단할 수 없게 되었다.

앞선 빨래건조대 사건에서도 피고인의 행위가 정당방위의 행위를 넘어서는 공격행위로 인정되면서 과잉방위를 살펴볼 수조차 없었다. 이처럼 형법 제21조 제2항과 제3항에서 규정하고 있는 과잉방위의 법리가 실제 현실에서는 그 의미를 찾기 힘들 뿐 아니라 과잉방위의 법리가 규정하고 있는 내용을 그 뒤에 법관이 양형의 정도를 고려할 때 뒤늦게 반영하는 것이 현실이다. 규정된 법리를 이용한 것이 아니라, 법관의 자의적 판단에 따라 양형으로 고려되고 있는 현실은 분명히 불합리하다.

과잉방위가 내포하고 있는 형의 감경과 면제에 대한 깊은 이론적 고찰이 필요하지만 본 논문에서는 현재 통설로 인정받고 있는 책임 감소·소멸설의 일부를 수용하여, 형법 제21조 제3항은 책임조각사유를 명시한 조항으로 제21조 제2항은 형의 '면제'라는 표현이 책임조각과 대치되는 내용이므로 책임감소 외에 처벌의 필요성이 감소 내지 결여를 의미한다고 판단한다.[3]

지금부터 정당방위와 과잉방위가 가지고 있는 의의와 요건들을 살펴보고 구체적으로 형법 제21조 제2항과 제3항에서 규정하고 있는 과잉방위의 법적 성질을 심도 있게 분석함으로써 과잉방위의 도입 취지를 실현하고 현재 정당방위와 과잉방위에 대한 법원의 태도 문제를 해결하기 위한 방향성을 제시하고자 한다. 특히, 현재 형법 제 21조 3항이 가지는 형의 면제에 대한 강제성으로 인해 과잉방위를 통한 형의 감경을 막고 있다는 점을 이유로 형법 제21조 제2항과 제3항이 어떻게 조화롭게 작동할 수 있을지 논의해보고자 한다.

---

1) 춘천지방법원 원주지원 2014. 8. 13 선고 2014고단444 판결, 서울고등법원 2016. 1. 29. 선고 2015노11 판결, 대법원 2016. 5. 12. 선고 2016도2794 판결.

2) 박정난, "이른바 '절도범 뇌사 사건' 판결에 비추어 본 정당방위・과잉방위에 관한 비판적 고찰", 「일감법학 」, 제41호, 2018년, 287-315쪽, p.289.

3) 이강민, "형법상 과잉방위규정의 적용범위", 「형사법연구」, 제23권 제2호, 2011년, 108쪽-111쪽.

Ⅱ. 정당방위에 대한 이론적 검토

1. 정당방위 개념 및 근거[4)]

형법 제21조 제1항은 '자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 행위는 상당한 이유가 있는 때에는 벌하지 아니한다.'고 규정하여 위법성 조각사유로서 정당방위를 인정한다.

정당방위의 근거는 자기보호의 원리와 법수호의 원리에 있다.[5)] 전자는 타인이 위법하게 법익 침해행위를 하는데 국가의 보호를 받을 수 없는 경우 피해자 스스로 방위할 수 있는 개인의 권리를 정당방위라고 설명한다. 후자는 정당방위를 통하여 국민들은 일반적인 평화질서 내지 법질서를 지킬 수 있다고 설명한다. 이렇듯 법수호의 원리도 정당방위의 근거이므로 정당방위는 개인적 권리로 무제한적으로 허용되는 것이 아니라 법수호의 이익이 없는 경우 제한될 수 있다.

그런데, 정당방위가 문제되는 대부분의 상황은 국가공권력의 행사를 기다릴 시간적 여유가 없고 침해가 목전에 있는 상황으로 방어행위의 정도에 대하여 엄격하게 잣대를 가하여 제한한다면 모순적이게도 오히려 범법행위를 한 사람을 더 보호하는 결과를 초래하여 결국 법질서의 붕괴를 가져올 것이라고 생각된다. 즉 정당방위의 자기 보호의 측면이 일차적으로 우선되어야 하고 법질서 수호의 측면은 보충적이고 소극적으로 적용되는 것이 타당하다.

이와 관련하여 정당방위상황 자체가 국가의 시민보호기능이 제대로 작동하지 못한 국가의 시민보호의 실패 결과라고 볼 수 있기 때문에 법질서 수호를 다시 방어행위자에게 요구하는 것은 국가의 책임회피이자 모순이라는 견해가 있고 타당하다고 생각한다.[6)]

2. 정당방위 성립요건

정당방위의 성립요건은 형법 제21조 제1항으로부터 나온다. 형법 제 21조 제1항에서는 정당방위는 "자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해(①정당방위 상황)를 방위하기 위한 행위(②방위행위)는 상당한 이유(③상당성)가 있는 때에는 벌하지 아니한다."라고 규정되어 있다.

(1)정당방위 상황

1)자기 또는 타인의 법익

법이 보호하는 모든 이익은 정당방위로 보호될 수 있으며, 여기에서 법은 형법에 국한되지 않고 민법도 포함된다. 따라서 형법의 개인적 법익(생명・신체・자유・명예・재산 등)뿐만 아니라, 민법의 점유 또는 일반적 인격권의 대상이 되는 사생활영역도 정당방위의 보호대상에 속한다. 정당방위 상황의 특수성은 형법의 사회통제가 지켜야 할 보충성원칙을 이미 충족시킨 것과 같은 결과를 빚

4) 박정난, "이른바 '절도범 뇌사 사건' 판결에 비추어 본 정당방위・과잉방위에 관한 비판적 고찰", 「일감법학 」, 제41호, 2018년, 287-315쪽, p.292-p.301 참조.
5) 이재상, 형법총론 제9판, 박영사, 2017, 230쪽.
6) 신동일, "정당방위권 역사와 도그마틱; 중세적 출발점과 현대적 수용", 형사정책연구 제24권 제3호, 한국형사 정책연구원, 2013, 23쪽.

어내기 때문이다.

하지만 정당방위는 타인의 위법한 침해로부터 개인의 법익을 방어하기 위한 것이므로, 국가적 법익이나 사회적 법익을 방어하기 위한 행위는 정당화될 수 없다고 보아야 한다.[7]

2)현재의 부당한 침해

현재의 침해는 침해가 급박한 상태에 있거나 바로 발생하였거나 아직 계속되고 있는 것을 말한다.[8] 이 경우 장차 침해가 예상되고 사전에 예방하지 않으면 방어가 불가능하거나 피해가 현저하게 증대될 가능성이 있는 상황에 대한 예방적 조치로서의 정당방위, 소위 '예방적 정당방위'를 인정할 수 있는지가 문제된다. 통설은 이러한 상황은 침해가 급박한 상태라고도 볼 수 없으므로 정당방위의 현재성을 인정할 수 없다는 견해이다. 정당방위는 국가의 보호를 기다릴 수 없는 긴급상태에서 예외적으로 국민들의 자기사법을 허용하는 제도이므로 침해의 현재성은 엄격하게 해석해야 하는 점 등을 근거로 주장한다.[9]

판례는 지속적으로 성폭행을 해온 의붓아버지를 살해한 사건에서[10] 의붓아버지가 성폭행을 하거나 그 직전 상황이 아니었음에도 불구하고 '현재의 부당한 침해상태가 있었다고 볼 여지가 없는 것은 아니다'고 판시하여 예방적 정당방위에 있어서 침해의 현재성을 인정한 바 있다.

(2)방위 행위

방위행위에는 소극적 방어를 하는 보호방위와 적극적 공격의 형태로 행해지는 공격방위 모두 포함된다. 또한 공격에 대한 방위행위가 되기 위해서는 주관적 정당화 요소인 방위의사가 있어야 한다. 위법성을 조각하려면 불법을 행하는 결정인 고의를 상쇄시킬만한 의사도 있어야 하기 때문이다. 고의와 마찬가지로 방위의사에 다른 동기나 목적이 수반되어도 정당방위의 성립에는 지장이 없다.

(3)상당성

방위행위를 하게 된 상당한 이유가 인정되어야 한다. 상당성의 개념은 법치국가원칙의 핵심인 비례성의 원칙으로부터 유래한다. 방위행위자의 방위행위는 공격행위에 대하여 비례적이어야 하는데 그 '비례'의 내용이 상당성이다. 다만 정당방위 상황의 특수성이 방위행위에 대한 엄격한 법치국가적 구속을 불가능하게 하므로 정당방위의 비례성은 '약화된 비례성'이다.[11]

약화된 비례성과 관련되어서 통설은 보충성의 원리와 균형성의 원리는 적용되지 않는다고 해석한다. 그러나 적합성, 필요성, 사회윤리적 제한 등에 대해서는 학설대립이 있지만 본 논문에서는 적합성과 필요성만을 상당성의 요건으로 이해하고 사회윤리적 제한은 상당성의 요건으로 포함하지 않는 것으로 본다.

1)적합성의 원칙

방위행위자는 공격을 '즉시, 확실하게 그리고 종국적으로' 마감시킬 수 있는 수단을 선택할 수 있다. 즉 그는 불충분한 방위행위의 위험부담을 져야 할 필요가 없으며 이것을 적합성원칙이라고 한

---

7) 배종대, "형법총론(제12판)", 2016, 325-343쪽 참조.
8) 이재상, 형법총론 제9판, 박영사, 2017, 233쪽.
9) 김성돈, 형법총론 제5판, SKKUP, 2017, 276쪽; 김일수/서보학, 새로쓴 형법총론 제12판, 박영사, 2014, 203쪽; 배종대, 형법총론 제13판, 홍문사, 2017, 234쪽; 신동운, 형법총론 제10판, 법문사, 2017, 304쪽; 오영근 형법총론 제4판, 박영사, 2018, 194쪽; 이재상 형법총론 제9판, 박영사, 2017, 233쪽.
10) 대법원 1992. 12. 22 선고 92도2540 판결.
11) 박재윤, 주석형법 형법총칙 제2판, 한국사법행정학회, 2011, 607쪽.

다. 그러나 이 원칙의 범위는 매우 넓기 때문에 대부분의 방위수단은 적합판정을 받기 마련이다.

2)필요성의 원칙

방위행위자는 방위에 적합한 여러 수단 가운데서 공격자에게 가장 경미한 손실을 입히는 수단을 선택해야 한다. 이러한 내용의 필요성 원칙은 다른 말로 '최소침해의 원칙'이라고도 한다. 그러나 여기서 최소침해의 원칙은 절대적 최소침해 원칙을 의미하는 것이 아니라 상대적 최소침해 원칙을 의미한다.

3. 과잉방위

(1)과잉방위의 의의

과잉방위는 질적 과잉방위(내포적 과잉방위라고도 함)와 양적 과잉방위(외연적 과잉방위라고도 함)로 구별될 수 있다. 전자는 방위행위의 정도가 방위에 필요한 정도를 넘는 경우이고, 후자는 침해가 아직 발생하지 않았거나 이미 종료되었음에도 시간적 범위를 초과하여 방위행위를 하는 경우이다.[12] 이에 대하여는 질적 과잉방위는 과잉방위 규정이 적용될 수 있는 전형적인 과잉방위의 유형이라는 의미에서 '본래적 과잉방위', 양적 과잉방위는 시간적 한계를 초과한 것으로 본래적 과잉방위의 범위로부터 확장되었지만, 일정한 범위에서는 과잉방위로 볼 수 있다는 의미에서 '확장적 과잉방위'로 분류하는 견해도 있다.[13]

그러나 정당방위 사례에서 시간의 한계를 초과한 방위행위를 아주 예외적으로 인정할 뿐 '현재의 부당한 침해'라는 요건을 엄격하게 바라본다. 과잉방위가 정당방위와 연속선 상에 있는 개념이라는 점을 고려해보면, 과잉방위는 질적 과잉방위 또는 본래적 과잉방위로 보는 것이 타당하다.

(2)과잉방위의 성립요건

형법 제21조 제2항에 의하면, 방위행위가 그 정도를 초과할 때에는 정황에 의하여 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다. 일반적으로 정당방위의 성립요건 중 '상당성'을 갖추지 못한 경우 위 형법 제21조 제2항의 과잉방위가 될 수 있다. 또한 같은 조 제3항에 의하면, 제2항의 과잉방위가 야간 기타 불안스러운 상태에서 공포, 경악, 흥분 또는 당황으로 인한 경우 벌하지 않도록 되어 있다.

그러나 우리 대법원 판례를 보면, 대부분 정당방위 성립을 인정하지 않으면 과잉방위의 성립도 부정한다. 과잉방위의 성립요건인 '방위행위가 그 정도를 초과할 때'의 정도가 무엇인지 알기 위해서는 대법원판결 속에 들어있는 문구를 살펴보아야 한다.

12) 김성돈, 형법총론 제5판, SKKUP, 2017, 276쪽.
13) 이강민, "형법상 과잉방위규정의 적용범위", 「형사법연구」, 제23권 제2호, 2011년, 105-107쪽.

Ⅲ. 과잉방위 법리의 재구성

1. 법원의 입장[14)]

도둑뇌사사건과 그 이전에 대법원의 정당방위 및 과잉방위를 부정한 판례들을 살펴보면서 현재 대법원의 태도가 가지는 문제점과 과잉방위 법리가 가지는 문제점을 구체적으로 살펴보고자 한다.

(1)대법원 1994. 3. 22. 선고 93도3336 판결

1)사실관계

피고인은 중학교 교사로서, 남편인 피해자와 14년 전 결혼하였다. 피해자는 자주 바람을 피웠고 술을 마시면 피고인을 자주 구타하였고, 심지어 자녀들 및 친정식구들도 폭행을 하였다. 사건 당일 저녁 20:00경 피고인의 집에서 피해자가 술에 취하여 귀가한 후 피고인이 차려준 술상을 받아 계속 술을 마시면서 피고인에게 의부증이 있어 같이 살 수 없으니 집을 나가라고 욕설을 하고 피고인의 옷을 벗기고 멱살과 머리채를 잡아 벽에 수 회 쳐박고 주먹과 발로 전신을 구타하였다. 그렇게 계속 피고인을 폭행하다가 다음 날 02:00경 부엌에서 칼을 가지고 와 피고인의 목에 칼을 들이대며 “같이 죽자”라고 하였으나 피고인이 저항하면서 칼을 밀어내자 다시 칼을 자신의 목에 갖다 대며 “그럼 내가 먼저 죽을까”라고 하면서 여러 번 칼을 피고인의 목과 피해자의 목에 갖다 대었다. 피고인은 계속된 극심한 폭행에 감정이 격앙되어 살의를 일으켜 피해자가 칼날을 자기 목에 들이대는 순간 갑자기 칼을 피해자의 목으로 밀어붙여 목 부위를 찌르고 피해자가 피를 흘리면서 칼을 붙잡고 방바닥에 넘어지자 칼을 다시 빼앗아 피해자의 목 뒷부분 등을 수 회 찔러 피해자는 즉시 그 자리에서 후경부다발성자창으로 인한 심혈로 사망하였다.

2)판결요지

피해자가 칼에 찔려 쓰러짐으로써 더 이상 피고인에 대한 침해행위를 할 수 없음에도 피고인이 칼로 신체의 중요부분인 피해자의 목 부위를 수차례 찌른 것은 비록 피해자로부터 새로운 침해행위가 있을지도 모른다는 염려가 있었다 하더라도 공격성에 비추어 자기의 생명, 신체를 방위하기 위한 행위라고 보기 어렵다고 판시하였다.

3)검토

해당 사건의 경우에는 정당방위 상황, 방위행위, 상당성이라는 정당방위의 3가지 요건을 살펴보아야 한다.

침해의 현재성이나 방위행위 자체가 인정될 수 없는 상황에서는 과잉방위의 법리를 따져볼 수 없는 것이 당연하다. 침해의 현재성을 보면, 판례에서 ‘새로운 침해행위가 있을지도 모른다는 염려가 있었다 하더라도’라는 표현을 통해 단순히 침해의 현재성을 부정할 수는 없을 것이다. 방위행위를 살펴보아도 방위행위의 방위의사는 순수한 보호방위 뿐만 아니라 적극적으로 공격자를 공격하는 공격방위도 인정되기 때문에[15)] 해당 사건의 방위행위 자체를 부정할 수는 없다.

---

14) 박정난, “이른바 ‘절도범 뇌사 사건’ 판결에 비추어 본 정당방위・과잉방위에 관한 비판적 고찰”, 「일감법학 」, 제41호, 2018년, 287-315쪽, p.301-p.305 참조.

그러나 판례에서는 '신체를 방위하기 위한 행위라고 보기 어렵다고 판시'했다는 점을 보면, 상당성의 영역은 고려되지 않고 침해의 현재성이나 방위행위의 영역에서 정당방위를 인정할 수 없다고 판단한 것으로 보인다. 이는 형법 제21조 제3항 과잉방위 상황에서의 형 면제 조항을 적용하지 않기 위해 법원이 과잉방위 법리의 부정을 전제하고 상당성의 영역에서 내려야 할 판결을 방위행위를 인정하지 않음으로써 해소하려 했음을 알 수 있다.

(2)대법원 2001. 5. 15. 선고 2001도1089 판결

1)사실관계

피고인은 남편인 피해자와 13년 전 결혼하였고, 피해자가 일정한 직업이 없어 경제적으로 빈곤하여 피고인이 생계를 위하여 여러 가지 일을 하였다. 그런데 피해자가 피고인의 남자관계를 의심하며 자주 폭행, 협박을 하고 변태적인 성행위를 강요하는 등 부부갈등이 심해져 사건 발생일시로부터 1년 전 별거를 시작했고 사건 발생일시 무렵 이혼소송을 제기하였다. 사건당일 아침 피고인이 이혼소송의 취하를 요구하기 위하여 피해자의 집에 찾아와 문을 두드리자 피고인은 피해자가 칼로 행패를 부릴 것을 염려하여 식칼을 방안 침대에 숨긴 후 문을 열어주었다. 피해자는 방안에 들어가 피고인에게 소송 취하를 요구하면서 '이혼소송을 해도 상관이 없다. 찾아가 죽여버릴 수도 있다'고 협박하고 부엌에서 가위를 가져와 피고인의 다리를 긋고 목에 들이대기도 하였다. 피고인이 도망

가자 뒤쫓아 가 머리채를 잡고 방으로 끌고 들어간 후 장롱 안 넥타이를 자르면서 '너도 말을 안 들으면 이렇게 잘라버리겠다'라고 협박을 하고 뺨을 수 회 때리고 피고인에게 변태적인 성행위를 요구하였다. 이를 피고인이 거부하자 '죽여버리겠다'라고 하면서 피해자가 가위를 들고 침대에서 일어나는 순간 피고인은 침대 밑에 숨겨 놓은 식칼로 피해자의 복부 명치끝을 찔러 그 자리에서 피해자가 사망하였다.

2)판결요지

피고인이 피해자로부터 먼저 폭행, 협박을 당하다가 이를 피하기 위하여 피해자를 칼로 찔렀다고 하더라도, 피해자의 폭행·협박의 정도에 비추어 피고인이 칼로 피해자를 찔러 즉사하게 한 행위는 피해자의 폭력으로부터 자신을 보호하기 위한 방위행위로서의 한도를 넘어선 것으로 사회통념상 용인될 수 없는 것이므로 정당방위 또는 과잉방위에 해당하지 아니한다.

3)검토

해당 사건의 경우는 앞선 판결과 다르게 판결 내에서 정당방위의 성립요건 3가지 중 상당성을 문제 삼았다. 법원에서는 '사회통념상 허용되지 않으므로'라는 표현을 사용하는데, 본 논문에서는 다루지 않는 문제이지만 위법성 조각 사유 중 정당행위에 해당하는 '기타 사회 상규에 위배 되지 않는 행위'의 판단에서 주로 사용하는 표현이다. 이처럼 대법원이 상당성의 문제로 정당방위를 부정하는 판례에서 '사회통념'이라는 표현을 사용해 과잉방위가 성립되지 않는 이유를 구체적으로 열거하지 않고 넘기는 경우가 많다. 이러한 법원의 태도는 앞서 지적했듯이 과잉방위가 성립하지 않는 구체적 이유가 설명되어야 한다.

상당성의 문제로 인해 정당방위의 한도를 넘어섰다고 판단한 대법원의 판결이 옳기 위해서는 적합성과 필요성의 요건을 따져보아야 한다. 먼저 적합성의 원칙은 '즉시, 확실하게 그리고 종국적으

15) 이재상, 형법총론 제9판, 박영사, 2017, 236-237쪽.

로’ 마감시킬 수 있는 수단을 선택하는 것을 의미하므로 문제가 될 수 없다. 다음으로 필요성의 원칙을 살펴보면 적합성의 원칙은 ‘상대적 최소침해 원칙’을 의미하기 때문에 방위행위가 그 정도가 지나쳤음을 받아들일 수는 있어도 한도를 넘어선 것으로 받아들이기는 쉽지 않다.

이러한 법원의 정당방위 및 과잉방위에 대한 태도는 앞선 판례에서 주장했듯이 형법 제21조 제3항이 가지고 있는 강행규정성을 가진 형 면제 조항의 적용을 피하기 위한 법원의 결과론적 소급이라고 생각한다.

(3)서울고등법원 2016. 1. 29. 선고 2015노11 판결[16)]

1)사실 관계

피고인은 만 19세의 청년으로, 2014년 3월 7일 군입대 신체검사를 받은 후 20:00경부터 친구들과 어울려 술을 마시다가 다음날 03:15경 자신의 주거지에 귀가하였다. 피고인의 주거지는 단독주택으로 1층에는 외조부모가 거주하고 2층에는 피고인과 모친이 함께 생활하였는데 피고인의 모친은 밤 10시경부터 다음 날 오전 10시경까지 식당에서 일하고 있었다. 다만 피고인의 누나가 가끔씩 찾아와 2층에서 생활하기도 했다. 피고인은 집으로 가는 골목에서 2층에 불이 꺼져 있어야 하는데 불이 켜져 있는 것을 발견하고 의아하게 생각하고 2층 현관문을 열었는데 그 순간 거실에 서서 서랍장을 뒤지며 절취품을 물색하던 도둑인 피해자를 발견하였다.

이에 피고인은 피해자에게 “당신 누구야”라고 소리쳤는데 피해자가 대답을 얼버무리며 도망가려고 하자 달려가 주먹으로 피해자의 얼굴을 수 회 때려 넘어뜨렸다. 이에 눈가에 피를 흘리면서 바닥에 쓰러진 피해자가 다시 일어나려고 하자 피고인은 주먹과 발로 피해자의 온 몸을 수 회 때렸다.

이후 피고인은 경찰에 신고를 하기 위하여 전화기가 있는 1층으로 내려가려고 현관문을 나서려고 하는데 피해자가 다시 몸을 반쯤 일으켜 세우고 거실 우측 장롱 앞쪽으로 기어가는 것을 발견하고 발로 피해자의 뒤통수를 수 회 차고, 거실에 있던 알루미늄 빨래 건조대를 집어 들어 피해자의 등 부분을 수 회 때리고, 피고인이 허리에 차고 있던 가죽벨트를 풀어 쇠부분을 잡고 띠부분으로 피해자의 등 부분을 수 회 때렸다.(이하 이를 추가 폭행이라 한다.) 피고인은 112에 신고하였고 도착한 경찰이 119를 불러 피해자를 병원으로 후송하였다. 피해자는 피고인의 폭행으로 치료기간을 알 수 없는 외상성 경막하 출혈 등의 상해를 입었다.

2)판결요지

피고인의 행위는 비록 처음에는 현재의 부당한 법익침해에 대한 반격이었을지라도, 피고인의 최초 폭행 이후 피해자가 피고인 또는 가족의 생명, 신체를 중대하게 위협하였다고 하거나 피고인의 재산이나 주거의 평온에 대한 추가적 침해를 우려할 정황을 발견할 수 없는 점, 피해자를 도망가지 못하게 하기 위하여는 피해자의 손발을 테이프, 넥타이 등으로 잠시 묶어두거나 큰 소리를 질러 1층에 거주하는 외조부모 또는 이웃 주민들에게 자신이 처한 상황을 알리는 등 다른 경미한 대체수단으로도 충분히 방위 목적을 실현할 수 있었던 점 등을 고려할 때 피고인의 방위행위는 상당한 이유가 없어 정당방위가 성립하지 않는다.

그러나 양형에 있어서 절도범인 피해자를 제압하려다 흥분한 나머지 우발적으로 범행에 이른 것

16) 대법원은 정당방위, 과잉방위 등에 관한 법리를 오해한 위법이 없다고 판단하면서 상고를 기각하였기 때문에 고등법원의 판례를 인용한다.

은 책임 제한사유로 충분히 참작할 수 있는 점, 피고인이 초범이고 본 건으로 정신적 충격을 받고 치료를 받고 있는 점 등을 참작하여 1심과 달리 실형을 선고하지 않고 징역 1년 6개월, 집행유예 3년을 선고하였다.

3)검토

해당 사건의 경우 법원은 방위행위를 넘어서는 압도적인 공격의사로 인해 방위행위 자체를 부정하고, 방위행위가 인정된다고 하더라도 사회통념상 상당성을 갖추지 못했다고 판시하였다. 그래서 과잉방위의 성립 여부의 세부적인 판결 사항을 보면, 방위행위가 부정되어 적극적인 공격행위는 과잉방위를 적용할 수 없다고 판단하였다.

이처럼 정당방위 및 과잉방위와 관련된 판결들은 정당방위에 대한 엄격한 법원의 태도로 과잉방위를 따져볼 여지를 제거하고 양형을 판단할 때 책임의 영역에서 감형이나 참작을 해주는 방식으로 형을 결정한다. 1심 판결 이후 많은 국민이 법원의 정당방위에 대한 엄격한 태도를 비판하고 법원을 압박했음에도 고등법원과 대법원은 정당방위와 과잉방위에 대한 태도를 유지한 채 양형에서 이를 고려한 것이다.

비록 1심 판결에서 '빨래건조대'를 흉기로 판단했다는 사실만을 언론에서 선별적으로 전달함으로 인해 사건 판단의 본질을 흐리게 했지만, 해당 판결의 양형에서 책임의 감소 영역으로 고려할 부분이 과잉방위의 영역으로 판단되어 국민의 법감정을 충족시켜줄 수 없었는가 하는 아쉬움이 있다.

2. 판례 검토

과잉방위의 성립을 부정하는 판례의 문구를 보면, '방위행위로서의 한도를 넘어선 것이고 따라서 이러한 방위행위는 사회통념상 용인될 수 없는 것이므로 자기의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방어하기 위한 행위로서 상당한 이유가 있는 경우라거나, 방위행위가 그 정도를 초과한 경우에 해당한다고 할 수 없다. 따라서 피고인의 이 사건 범행은 정당방위 또는 과잉방위에 해당하지 않는다.'라는 표현을 쓴다.

반면, 과잉방위를 인정한 판례의 문구를 살펴보면, '방위행위가 그 정도를 초과한'이라는 법조문 그대로의 표현을 쓴다. 이에 대해 법원이 방위행위로서의 한도를 넘어서면 방어의사가 부정되어 방위행위가 더이상 아닌 것으로 판단하는 것이고, 반면 방위행위로서의 한도를 넘어서지는 않았으나 그 정도를 초과하는 경우는 최소한 방위행위는 인정되므로 과잉방위가 성립하는 것으로 판단하는 것이라고 해석하는 견해가 있다.[17] 이 해석을 바탕으로 과잉방위의 성립요건을 생각해보면, 방위행위로서의 한도는 넘지 않으면서 방위행위의 정도만을 초과하는 행위만이 과잉방위가 성립할 수 있는 것이다.

이는 전적으로 법원의 판단으로 결정되는 '상당성'이라는 요건이 정당방위뿐 아니라 과잉방위의 영역까지 침범하는 것인데, 방위행위의 한도와 정도를 초과한 것 사이의 해석공간을 일반인뿐 아니라 법률가들도 예측할 수 없게 만들고 입법부가 만들어 낸 법률이 법관의 해석에 의해 유명무실되어가는 현재 법원의 태도는 타당하지 않다.

17) 김준호, "절도범을 제압하기 위한 폭행이 방위행위로서의 한도를 넘어섰다고 본 사례-춘천지방법원 원주지원 2014. 8. 13. 선고 2014고단444 판결-", 「법조」 제64권 6호, 법조협회, 2015, 154-155쪽.

3. 형법 제21조 제3항 과잉방위 법리의 필요적 형 면제 문제

많은 선행연구가 법원의 위 같은 태도에 대해 비판을 제기한다. 정당방위에 대한 엄격한 태도에 대해서는 연구간 대립이 있지만, 과잉방위에 대해서는 적극적으로 인정하거나 과잉방위를 인정하지 않는 구체적인 이유를 명확히 설명해주기를 공통적으로 주장한다. 그러나 법원의 태도가 현재 과잉방위 규정의 성격에 기인한 것이라면 법원을 그 변화의 주체로 상정하는 것보다 형법 자체의 수정이 선결적으로 요구될 것이다.

형법 제21조 제3항은 '전항의 경우에 그 행위가 야간 기타 불안스러운 상태하에서 공포, 경악, 흥분 또는 당황으로 인한 때에는 벌하지 아니한다.'고 규정하고 있다. 이는 과잉방위행위가 나타나는 경우 대부분 야간이나 불안스러운 상태하에서 이루어진다는 점이 문제가 된다. 특히 '벌하지 아니할 수 있다.'가 아니라 '벌하지 아니한다.'라는 필요적 형 면제 조항이기 때문에 더욱 그 적용에 조심스러울 수밖에 없는 것이다.

과잉방위 상황에서 방위자의 책임을 더욱 가볍게 하기 위해 만들어진 법 조항이 오히려 과잉방위를 기피하게 만드는 법원의 태도를 만들었다고 볼 수 있다. 법원의 입장에서 형의 면제를 원하지 않을 경우 정당방위를 부정함으로써 과잉방위를 부정하고 형의 감경을 책임의 영역으로 전가하여 이 문제를 해결하고자 한 것이다.

이는 형벌감면적 과잉방위만을 규정(일본 형법 제36조 제2항)하거나 불가벌적 과잉방위만을 규정(독일 형법 제33조)하는 다른 입법례에 비하여[18], 과잉방위를 더 넓게 인정하고 있는 우리나라의 입법 현실로 인해 빚어진 결과로 이 문제를 해결하기 위해서는 입법 초기의 상황을 상기해보아야 한다.

(1)현행 과잉방위 규정의 입법 당시 상황[19]

○법제사법위원장대리(엄상섭) : 그 다음에 제3항으로서 3항 신설문제가 법제사법위원회의 수정안으로 나와 있습니다.

[제21조] 제3항은 「전항의 경우에 있어서 그 행위가 공포, 경악, 흥분 또는 당황에 인하였을 때에는 벌하지 아니한다」그런 것인데, 여기에 이것이 먼저 나누어드린 데에는 미스프린트가 되어서 다시 고친 것이 있습니다.

「전항의 경우에 있어서 야간 기타 불안스러운 상태하에서 경악, 흥분 또는 당황에 인하였을 때에는 벌하지 아니한다」

이것은 소위 여기에 방위행위가 상당한 한도를 초과한 때에는 이것이 소위 방위행위가 상당한 범위를 넘었을 때입니다. 넘었을 때에는 정당방위가 안된다 그랬지만 그때에 강도가 성행한다든지 혹은 여러 가지 사회적 불안이 있다든지 그런 것으로 해서 혹은 밤중이라든지 이런 때에 불안스러운 상태하에서 보통 누구든지 갖다두면 그런 행위로 나올 수 있다 그럴적에는 과잉방위라고 안하고 역시 보통 정당방위로 돌리자는 그런 취지입니다.

이것은 일본 시절부터 시행되는 법률에는 「도범 등 처벌방지에 관한 법률」에서 이런 취지가 있어서 형법 이외의 법률에 있어서 시행되고 있었습니다. 그런데 우리가 형법을 만들면서 그런 법률을

18) 이강민, "형법상 과잉방위규정의 적용범위", 「형사법연구」, 제23권 제2호, 2011, 103쪽.
19) 신동운, "제4차 형법 제·개정 자료집", 한국형사정책연구원, 2009.
제6장 국회 속기록, 제7절 제16회 국회임시회의속기록 제10호 (1953. 6. 26), 145쪽-147쪽.

폐지하게 되는 이상 그 조문을 형법에다가 포함을 시켜야 되겠다 그래서 3항을 신설하게 된 것입니다.

○의장대리(조봉암) : 이 신설안에 대해서 이의 없습니까?

(「있소」 하는 이 있음)

이범승(李範昇) 의원 말씀하세요

○이범승 의원 : (생략) 이 정당방위에 대해서는 여러분이 다 아시는 바와 마찬가지로 여러 가지 곤란하고 어려운 점이 많이 있습니다. 그러하나 이번 법제사법위원회에서 그 「필요한 행위」라고 한 것을 「상당성」으로 시정을 해 가지고 상당성 중에 필요성과 기대가능성까지 다 포함되고 있는 줄로 알고 있습니다. 그런데 21조 [☞제21조] [1]항에 그와 같이 다 완전히 되어서 그 행위가 「정당」 즉, 필요성과 상당성과 기대가능성이 다 있을 적에는 그 행위는 처벌하지 않는다고 정해지고 있습니다.

그러하나 제2항에 있어가지고 「필요한 정도를 초과할 때에는」 이래가지고 그 행위 자체가 정도를 넘게 될 적에는 이것을 다소 벌하지 않는 점이 있지만, 그것을 온전히 벌하지 않는 것이 아니라 형을 감(減)하게 할 수도 있고, 가벼이 할 수도 있고, 아주 안할 수도 있고, 자유재량을 쓰게 되는 것입니다. 그러면 이 두 조항에 의해서, 본인으로 말하면, 완전히 정당방위에 대한 제반의 조치가 완료되었다고 인정해요.

그런데 제3항으로서 다시 제2항의 조항을 좀 시정하기 위해가지고 예시적 규정을 정했다는 것은 이것은 다소의 본인이 불만이 있는 바입니다. 왜냐하면 이 규정 자체가 제2항에 의지해가지고 상당성이 있을 적에는 당연히 면제된다고 하는 데서 이 3항의 예시가 전부 포함되었다고 인정할 수가 있어요.

가령 예를 들면 최근의 일입니다마는, (생략) 이러한 것을 일일이 예시하자면 하나 둘이 아닙니다마는, 내가 이 말씀을 드리는 것은 그러한 악질행위가 있다 하더라도 상당한 행위라고 할 것 같으면 벌하지 않는다고 하는 조건이 제2항에 들어 있어요. 제2항에 들어 있는 것을 다시 제3항에다가 둘 필요가 어디 있느냐, 3항은 즉 제2항의 예시에 지나지 못하는 것이 아닌가?

다만 여기에 논의될 것은 야간도난방지법이라는 것을 폐기하고 그것을 형법에 집어넣는 것이 좋겠다는 말씀이었습니다마는, 나는 이것은 특수관계에 의해서 불안스러운 상태에 있어가지고 야간도난방지법이라는 것을 임시조치법으로 해서 그 시대시대에 적당(適當)할 것이지 기정법(旣定法)이나 형법에다가 집어넣는다는 것은 좀 무리한 일이 아닌가 생각되는 바입니다. 그렇기 때문에 이 법제사법위원회의 3항을 신설할 필요가 없다고 본인은 믿고서 여러분께 의견을 말씀드리는 것입니다.

○의장대리(조봉암) : 그러면 거기에 답변하세요.

○법제사법위원장대리(엄상섭) : 제21조 [☞제21조] 제2항의 취지는 상당성을 가지고 정당방위의 범위를 정하지만 보통 상당성의 범위를 좀 초과했다고 이렇게 생각한 데 대한 규정입니다. 거기에 대해서 제3항이 받아가지고 도로 그 전 규정을 나눈 것입니다.

(생략) 그렇지만 정황성이 좀 넘었다고 하더라도 지금 여기에 붙인바 조건에 따라서 야간이라든지 기타 특히 불안스러운, 또는 보통으로 생각하지 못할 이러한 때에 있어서 공포라든지 흥분이라든지 경악이라든지 이러한 것으로 말미암아서 이 상당성을 좀 넘었을 적에 대한 완화규정입니다.

여기서 길게 말씀드려도 지루할 것입니다마는, 이 기대가능성이라든지 여러 가지 문제와 정당방위와의 문제의 한계성 여기에 대해서는 형법의 전문가들도 아직까지 거기에 대한 확연한 해석을 내리기 어려운 정도에 있습니다.

그런데 이 정당방위에 정해진 행위라는 것은 원체로는 범죄에 해당하는 것입니다. 범죄행위에 해

당하는 것을 완화하는 방향으로 나가는 것입니다. 형법에 있어서는 언제든지 최후의 일선(一線)을 그어놓고, 그 반면에 완화하는 방향으로 대단한 친절을 다하지만 그 죄형법정주의라는 선에서 저리로 넘어가는 것은 대단히 엄격하게 한다, 이렇게끔 해야 국민의 자유권이 보장된다, 이러한 형법을 꿰어가지고 있는 지도원칙이 있어서 이 지도원칙에 따라서 범죄가 성립 안되는 방향을 상세하게 규정한 것입니다.

그 상세하게 규정하면서 다소간 친절이 너무 지나친 점도 없는 바가 아니고, 이러한 점에서 보면 「상당」한 이론을 채택하면서 제3항을 살린 것은 너무나 친절이 지나치지 않는가 이렇게 생각하는 이범승 의원의 말씀에 이유가 있습니다. 그렇지만 이러한 친절은 조금도 지나쳐도 폐단이 없다, 친절이 부족하다가 도리어 폐단이 생긴다 이러한 점에서 제3항을 신설하자고 이렇게 된 것입니다.

(2)소결론

당시 과잉방위와 관련되었던 내용은 두 가지이다. 첫째는 당시 과잉방위를 규정했던 '방위하기 위한 필요행위는 벌하지 아니한다.'라는 표현이 자기 권리를 방어하는 데에 필요한 어떠한 행위라도 할 수 있다는 의미로 쓰이기에 흔히 상당성의 영역에서 쓰이는 상대적 최소침해 원칙의 실현을 위해 '상당성'의 표현으로 개정된 것이다. 이는 위에 내용에서는 제외하였다. 두 번째는 현행 형법 제21조 제3항에 대한 법제사법위원회의 제안과 그 반대의견의 내용이다.

먼저 형법 제21조 제3항의 입법 이유를 설명하면서 시작하는데, 내용에서 알 수 있듯이 우리 형법을 만들면서 폐지하게 된 「도범 등 처벌방지에 관한 법률」에 있던 내용을 형법에다가 포함을 시켜야 된다는 필요성이 그 이유이다. 이는 제21조 제3항이 일본 법의 원류가 있음을 알 수 있을 뿐 아니라 입법 목적 자체가 특정 법령의 폐지에서 시작되었다는 점을 알 수 있다.

이범승 의원의 반대의견을 들어보면 앞서 과잉방위 법리의 모순점으로 지적했던 내용이 나온다. 제3항의 내용이 거의 대부분 제2항의 내용 안에 포섭될 뿐아니라 과잉방위가 성립되는 사건에서 형 면제가 도출되는 상황이 구체적인 사례로 들어가면 무수히 많이 나타날 수 있다는 점이다. 이로 인해 제2항에서 규정하는 '감경'과 '면제'의 내용 중 실질적으로 '면제'에 내용이 제3항을 통해 예시적으로 표현되는 것일 뿐 아니라 '감경'으로 고려할 사항도 '면제'로 포섭될 수 있는 상황이 나타나기 시작한 것이다. 이러한 걱정은 입법 당시에 반대의견으로 나타났다는 점은 현재의 과잉방위 법리의 문제를 입법 초기부터 고려하고 있었다는 것을 알 수 있다.

그렇다면 당시에는 이 문제를 어떻게 받아들였을까? 그 내용을 살펴보면, 현재 법원의 태도와는 정반대의 모습을 보이고 있다. 당시 법제사법위원장대리의 자격으로 있던 엄상섭 의원의 대답을 보면 알 수 있다.

"'상당'한 이론을 채택하면서 제3항을 살린 것은 너무나 친절이 지나치지 않는가 이렇게 생각하는 이범승 의원의 말씀에 이유가 있습니다. 그렇지만 이러한 친절은 조금도 지나쳐도 폐단이 없다, 친절이 부족하다가 도리어 폐단이 생긴다 이러한 점에서 제3항을 신설하자고 이렇게 된 것입니다."

제3항을 고수하는 이유는 과잉방위에 대한 해석의 여지를 넓힘으로써 방위자가 형 면제를 받아야 하는 상황에 있을 때, 법률의 부재로 면제받지 못하는 상황을 방지하기 위함임을 알 수 있다. 그런데 현재의 법원의 태도는 어떠한가. 오히려 제3항의 형 면제 조항에 포섭될 것을 걱정하여 과잉방위에 대해서도 엄격한 잣대를 들이밀며 책임의 영역으로 그 문제를 넘기고 있다. 법률의 부재를 걱정하던 입법 초기의 고민과 법률이 적용될까 두려움에 떠는 현재 법원의 태도 사이의 괴리는 법원의 문제이기도 하지만 분명히 이 문제를 법률 개정의 논의로 이끌지 못한 입법부의 문제이기도 하다.

일본 법제에서 비롯된 법률을 유지하기 위한 목적과 방위자의 방위행위를 포괄적으로 포섭하기 위한 이유의 결합으로 탄생한 형법 제21조 제3항은 전근대적인 사고를 바탕으로 하는 목적으로 인해 다소 괴기한 모습의 법률조항을 탄생시켰고 그 법률조항의 맹점을 피하기 위한 법원의 태도로 인해 그 이유마저 상실해버린 것이다.

(3)해결방안

이러한 문제들로 인해 국민의 법감정과 괴리되는 판결들이 늘어나고 현행 법률을 피해 재량으로 형을 감경하는 새로운 문제를 낳고 있기에 이 악순환의 고리는 반드시 풀어야만 한다. 그렇지만 그 문제의 시작이 단순히 법원의 태도에만 있다는 것이 아님을 앞선 분석들을 통해 밝혔다. 정당방위와 과잉방위가 본연의 제자리를 찾기 위해서는 입법적인 변화가 필요하다.

두 가지 방향을 고민할 수 있는데, 첫 번째는 현행 형법 제21조 제3항을 폐지하고 제2항의 '감경'과 '면제'의 내용에서 '면제'상황을 해석할 때 재판관의 재량으로 남겨두는 방법이다. 이 방법을 택하면 비록 재판관의 재량 여지가 여전히 남겠지만 기존 책임의 영역으로 다루어졌던 재량이 법률 안으로 포섭될 수 있다는 장점을 가진다. 그리고 현재 형벌의 필요적 면제를 걱정하여 과잉방위 법리를 엄격하게 적용하는 법원의 태도를 바꿀 수 있다는 가능성을 지닌다. 그러나 법률의 외연은 방위자를 덜 보호하는 방향으로 변화하는 것과 같은 오해를 불러일으킬 수 있다는 단점이 있다.

두 번째는 현행 형법 제21조 제3항의 내용을 구체적인 상황으로 법률을 구체화하는 방법이 있다. 현행 법률은 일반적인 모든 상황을 포섭하려다보니 오히려 해석의 범위가 너무 광범위하게 확장되어 문제를 낳았기 때문에 해석의 범위를 축소하는 방식으로 개정을 통해 실질적인 이익을 취하는 것이다. 이를 통해 과잉방위 법리에 대한 엄격한 태도를 완화하고 일반인들의 처벌에 대한 예견가능성을 높임으로 재판관의 과도한 재량행위를 견제할 수 있다. 그러나 이 역시도 앞선 방법과 같이 법률의 외연 상으로는 방위자를 덜 보호하는 방향으로의 변화로 보일 수 있다는 점은 단점이다.

결국 두 가지 방식의 입법 개정을 위해서는 선행적으로는 일반 국민의 법률 이해가 필수적이고 후행적으로는 법원의 태도 변화가 발생해야 한다. 비록 이 두 가지를 모두 이끌어내는 것이 쉽지 않은 것은 분명하지만 현행 법률이 가지고 있는 문제점을 제대로 직시하지 못하고 단순히 비난만을 하는 것은 문제 상황을 더욱 악화시킬 뿐일 것이다. 입법부와 사법부가 함께 이 문제를 해결하기 위해 법률 개정안을 심도 있게 논의하고 이를 국민이 이해할 수 있도록 성숙한 논의를 이어나가는 것이 필요할 것이다. 이를 성공적으로 이끈다면 국민 법감정과 입법을 일치시키고 법원의 과도한 재량권을 적절히 견제하며 과잉방위 법률이 상호 간 악영향을 끼치는 현재의 문제점을 확실하게 해소시킬 수 있을 것이다.

Ⅴ. 결론

정당방위는 수동적 상황을 전제하는 능동적 행위이다. 상대방의 범죄행위가 존재하지 않는다면 정당방위의 법리를 고민할 필요도 없는 것이다. 하지만 형법이라는 것이 이미 그 기저에는 범죄의 발생을 전제로 이루어진 형벌의 개념을 내포하고 있기에 정당방위가 필요 없는 사회는 존재하지 않을 것이다. 정당방위라는 이름 아래에 상대방의 범죄행위에 대한 과한 대처가 남용되는 일은 없어야 할 것이고 그와 동시에 정당방위라는 방어 도구가 유명무실한 상황이 나타나서도 안된다.

그러나 현재 형법 제21조 정당방위와 과잉방위에 관한 법리를 적용한 판례에서는 그 본연의 목적을 제대로 달성하지 못한 채 위법성의 영역을 책임의 영역으로 떠넘기는 문제들을 발생시키고

있었다. 법률로 해결해야 할 영역을 재판관 재량의 영역으로 해결하고 있던 현행의 문제를 해결하기 위해 현행 법률의 이해부터 시작하여 판례를 바탕으로 한 법원의 태도 분석과 본질적인 문제점을 파악하였고 그 이해를 통해 입법 목적과 이유를 추적하여 현재 법원의 태도와 비교함으로써 그 문제 해결의 실마리를 찾았다.

그 문제에 기저에는 현행 형법 제21조 제3항이 가지고 있던 필요적 형 면제 속성이 있음을 알게 되었고 그 이유가 입법 당시 일본 법의 영향을 받은 법제사법위원회의 결정과 방위행위자를 폭넓게 보호하고자 했던 생각에서 비롯됐음을 알게 되었다. 그로 인해 당시 입법 초기부터 걱정했던 문제들이 실제 법원의 판결에서 나타났던 것이고 그 부조화가 국민의 법감정과도 일치하지 못하는 악순환으로 이어진 것이다. 결국, 그 문제를 해결하기 위해서는 입법부의 개정 논의와 재판부의 태도 변화가 필수적임을 알 수 있었고 그것이 외연적으로는 방위행위자를 좁게 보호하는 것처럼 보일 수 있어도 실질적으로는 더욱 폭넓게 보호할 수 있는 진정한 의미의 과잉방위 법리가 될 것임을 믿어 의심치 않는다.

국민의 법감정과 법체계를 일치시키는 것이 입법자가 이루어야만 하는 필수조건은 아니지만 법체계의 혼란으로 인해 국민이 법에 대해 의문을 품고 있다면 이 점을 분명히 수정하는 것은 입법자의 의무이기 때문에 더욱 법률의 개정이 필요하다. 개정이 성공적으로 이루어지면 과잉방위 요건으로 인해 정당방위가 인정되지 않고 차후 감형요건으로 적용되는 현실을 변화시켜줄 것이다. 현재 법관들의 판단 영역이 과도하게 확장된 상태로 과잉방위 사건의 형이 결정되고 있고 이는 결국 사건에 대한 법관의 판단으로 현행법의 의미를 역으로 결정짓는 폐단을 낳고 있기에 법률개정은 선순환적인 법률구조를 되찾아 줄 것이다.

형법은 100명의 범죄자를 처벌하는 것보다 1명의 무고한 자가 처벌받는 것을 피하기위해 여러 예외조항과 감경 및 면제 조항들을 만들어왔다. 그러나 예외적인 속성이 그 크기를 과도하게 키워 본연적인 속성을 심각하게 침범할 때 재판관들은 과도한 크기의 예외를 극히 작은 부분의 예외로 치환시켜 버린다. 그 문제가 과거부터 지금까지 정당방위와 과잉방위 법률이 가지고 있던 맹점이었고 오늘날 우리는 이 문제를 해결함으로써 그 균형을 맞출 수 있을 것이다.

참 고 문 헌

박재윤, 주석형법 형법총칙 제2판, 한국사법행정학회, 2011
이재상, 형법총론 제9판, 박영사, 2017
김성돈, 형법총론 제5판, SKKUP, 2017
김일수/서보학, 새로쓴 형법총론 제12판, 박영사, 2014
배종대, 형법총론 제13판, 홍문사, 2017
신동운, 형법총론 제10판, 법문사, 2017
오영근, 형법총론 제4판, 박영사, 2018
박정난, “이른바 ‘절도범 뇌사 사건’ 판결에 비추어 본 정당방위·과잉방위에 관한 비판적 고찰”, 「일감법학 」, 제41호, 2018년, 287-315쪽
이강민, “형법상 과잉방위규정의 적용범위”, 「형사법연구」, 제23권 제2호, 2011년, 103쪽-126쪽
신동일, “정당방위권 역사와 도그마틱; 중세적 출발점과 현대적 수용”, 형사정책연구 제24권 제3호, 한국형사 정책연구원, 2013
김준호, “절도범을 제압하기 위한 폭행이 방위행위로서의 한도를 넘어섰다고 본 사례-춘천지방법원 원주지원 2014. 8. 13. 선고 2014고단444 판결-”, 「법조」 제64권 6호, 법조협회, 2015
신동운, “제4차 형법 제·개정 자료집”, 한국형사정책연구원, 2009, 제6장 국회 속기록, 제7절 제16회 국회임시회의속기록 제10호 (1953. 6. 26)

【초 록】

일명 ‘도둑 뇌사 사건’이라 부르는 사건을 계기로 정당방위와 과잉방위에 대한 국민의 관심도가 높아졌다. 비록 그 관심도가 빨래건조대를 흉기라고 판단한 법원에 대한 반감으로 인한 것이었지만 이로 인해 정당방위 및 과잉방위와 관련된 다른 사건들에 대한 주목도 역시 높아졌고 이는 판례의 기존 태도에 대한 비판적인 고찰을 낳았다. 그러한 비판적 논의들은 대부분 형법 제21조 제1항 ‘정당방위’에 대한 법원의 태도에 국한된 것이 많았다. 그러나 대법원의 중요한 판례들을 살펴보면 해당 판례에서 정당방위뿐 아니라 현행 헌법 제21조 제2항과 제21조 제3항에서 규정하고 있는 과잉방위의 법리에 대한 새로운 고찰이 필요하다는 것을 발견할 수 있다.

‘형법 제21조 제2항 방위행위가 그 정도를 초과한 때에는 정황에 의하여 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다.’, ‘형법 제21조 제3항 전항의 경우에 그 행위가 야간 기타 불안스러운 상태하에서 공포, 경악, 흥분 또는 당황으로 인한 때에는 벌하지 아니한다.’의 내용을 담고 있는 과잉방위 법리에서 제21조 제3항의 ‘벌하지 아니한다.’이 가지고 있는 필요적 면제로 인해 법원이 해당 영역을 ‘최소화’하여 해석하고 ‘책임’의 영역으로 그 판단을 넘기는 현실이 발견된다. 이에 대해 기존의 비판들은 법원의 소극적 태도에 집중되었지만 본 논문에서는 이러한 태도의 원인이 조화를 이루지 못하는 현행법 조항이라는 점을 비판한다.

이를 위해 현재 대표적인 3가지의 대법원 판례에 대한 분석을 기반으로 1953년 해방 이후 형법의 틀이 형성되던 시기의 당시 의회에서 이루어졌던 구체적인 논의까지 살펴보았다. 과잉방위 법리가 완성되던 그 시기에도 이 과잉방위 법리가 가져올 문제점을 직시하고 있던 의원이 있었고 이 법리를 통과하고자 했던 의원들은 이에 대한 반박으로 이 법의 적용을 최대한 넓게 허용하여 ‘무고한’ 자를 최소화하겠다는 목적과 ‘기존 법체계’와의 일관성을 이유로 했음을 알 수 있었다.

초기의 입법 목적이 제대로 실현되지 않는다고 하여 현행 법체계에 대해 비판을 제기할 수는 있어도 그것이 반드시 타당한 것은 아님은 분명하다. 그러나 70년 전 입법 초기부터 예견된 상황과 ‘일관성’이라는 다소 전근대적 가치관이 개입되어 만들어진 과잉방위 법리를 무비판적으로 수용하고 단순히 법원의 태도만을 비판하는 것은 분명히 아쉬운 점이 많다. 세간의 이목을 끌었던 ‘도둑뇌사 사건’ 전후로 정당방위에 대한 법원의 소극적 태도에 대한 비판을 넘어 과잉방위 법률에 대한 입법적 고찰을 통해 국민의 이해도를 높이고 이를 법률의 변경으로 나아갈 수 있는 추동력으로 활용할 수 있음에도 불구하고 이를 다소 제한된 영역에서의 논의로 한정된 것이 안타깝다.

고려대학교 자전법학회
2019학년도 2학기

「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제3조에 대한 후생 경제학적 고찰

-가중처벌의 정당성 분석과 대책 마련을 중심으로-

자유전공학부 경제학과
박 연 수

I. 서론
1. 연구의 목적
2. 간학문적 연구를 시도하는 이유

II. 특정경제범죄법의 역사와 동법 제3조의 쟁점
1. 개요
2. 특정경제범죄법 제3조의 쟁점

III. 처벌에 관한 후생경제학적 분석
1. 개요
2. 후생 경제학의 공리와 에지워드 상자

IV. 특정경제범죄법 제3조에 관한 후생 경제학적 고찰
1. 소비 외부성 문제의 해결
2. 비대칭정보 문제의 해결
3. 기대효과

V. 결론

I. 서론

1. 연구의 목적

시대를 다스리는 권력은 늘 변해왔다. 고대에는 무력이 최고의 권력이었다면, 중세 유럽은 종교가, 르네상스 시기에는 휴머니즘과 예술이 시대를 관통하는 힘이었다. 오늘날에도 그 힘이 여전히 존재하고 있다. 다만, 더 치밀하고 은밀하게 각 사람들의 생활 속에 스며들고 있어 우리가 이를 잘 느끼지 못할 뿐이다. 사람들은 알게 모르게 다양한 영역의 요인들에 의해 생활을 영위하고, 작업을 수행하고 자신의 삶을 개척해나간다. 이 요인들에는 여러 가지가 있겠지만, 2019년 현재 우리나라 사람들이 가장 큰 영향을 받는 부문은 '경제'라고 할 수 있다. 거의 대부분의 사람들이 재화와 용역을 생산, 소비, 분배하는 과정에 기여하고 이로부터 혜택을 받는 등 경제가 주는 영향력이 나날이 커지고 있기 때문이다. 또, 실질적인 수입 활동이라 할 수 있는 경제활동참가율 역시 63.1%의 경제활동참가율(2018년 기준)을 보이는 등 현대인들에게 '경제'가 가지는 중요성은 점점 커지고 있다.

이러한 중요성의 확대는 법에도 반영되는 추세이다. 최근 '국민경제윤리에 반하는 특정경제범죄에 대한 가중처벌과 그 범죄행위자에 대한 취업제한 등을 규정함으로써 경제질서를 확립하고 나아가 국민경제 발전에 이바지함'의 목적으로 "특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률(이하 특정경제범죄법)"을 시행하고 있다. 이 법률은 경제적으로 파급력을 가진 범죄들에 한해 가중처벌, 몰수·추징의 방식으로 처벌함으로써 경제범죄가 낳을 수 있는 폐단을 시정하고 있다. 특히, 동법 제3조에서는 형법에도 규정되어 있는 사기(제347조), 컴퓨터등 사용사기(제347조의2), 공갈(제350조), 특수공갈(제350조의2), 상습적 사기·공갈죄(제351조), 횡령·배임(제355조), 업무상의 횡령과 배임(제356조)에 대한 가중처벌을 규정하고 있다. 이 사안들은 이미 형법에서 충분히 다뤄지고 있는 죄이지만, 범죄행위로 인한 이득액이 5억 원 이상일 경우에는 기존의 규정된 처벌 이상의 제재가 필요하다는 사회적 인식에 따라 1983년 12월 31일에 제정되었다. 이에 대해 본 논문에서는 특정경제범죄법 제3조를 소개하며 이를 법경제학적으로 분석하여 가중처벌이 가지는 타당성을 검토해볼 것이다. 이후, 후생경제학의 측면에서 특정경제범죄법 제3조의 방향성에 대해 고찰해본 후, 실질적인 대안들을 제시하며 해당 법과 그 시행에 관한 보완에 대해 논해볼 것이다.

2. 간 학문적 연구를 시도하는 이유

간 학문적 연구는 다양한 학문의 특성을 취사선택하여 독특한 형태의 연구를 진행할 수 있다는 장점이 있다. 또, 새로운 시각에서 기존의 학문을 관찰함으로써 일반론적으로는 발견할 수 없었던 학문적 진보를 일궈낼 수 있다. 본 논문에서는 법학이 가지고 있는 사회적·정치적 속성을 경제학 고유의 이론과 명료성으로 살펴보며 해당 법률이 가진 특성을 다면적으로 파악하고자 하였다. 또, 재산과 관련된 범죄는 경제적 파급효과를 지니고 있기에 이를 경제적인 시선에서 바라보는 과정이 필요하다고 생각하였다. 이에 후생경제학의 관점에서 본 법률을 살펴보고 유의미한 법적 결론을 도출하고자 한다.

II. 특정경제범죄법의 역사와 동법 제3조의 쟁점

1. 개요

(1) 우리나라 특정경제범죄법의 역사

현재 시행되고 있는 특정경제범죄법은 1980년대 초 대형 경제범죄 사건들이 벌어진 이후 제정되었다. 장영자·이철희 어음 사기 사건, 명성사건, 영동개발진흥사건, 범양상선사건 등이 대표적인데, 이로 인한 피해자들이 수천 명에 이르고 피해액도 수천억에 달하는 것으로 알려졌다.[1] 경제범죄는 다른 범죄들에 비해 더욱 지능적이고 조직적으로 설계되어 많은 피해자들이 발생한다는 문제가 지속적으로 제기됨에 따라 1983년 12월 31일 특정경제범죄법이 시행되기 시작했다. 이 법률에서는 형법에서의 재산범죄(사기, 컴퓨터 등 사용사기, 공갈, 특수공갈, 횡령·배임, 업무상의 횡령과 배임)와 재산국외도피의 죄, 수재 등의 죄, 증재 등의 죄, 알선수재의 죄, 사금융 알선 등의 죄, 저축관련 부당행위의 죄 등에 대해 규정하고 있다. 이 법률에 따라 가중처벌과 취업제한 등의 조처가 내려지며, 때로는 재산의 몰수·추징이 가능하도록 정하고 있다. 또, 상습적인 범행을 한 자에 한하여서는 기존의 가중처벌 수위를 더욱 높이는 방향으로도 작동되고 있다. 아래의 표는 특정경제범죄법의 4가지 대표적인 범죄의 가중처벌방식을 정리하고 있다.

<도표 1: 각 범죄에 따른 가중처벌>[2]

	경제범죄 유형	범죄가액요건	가중되는 법정형
제3조 제1항	형법상 특정 재산범죄	이득액[3]이 50억 원 이상	무기 또는 5년 이상의 징역
		이득액이 5억 원 이상 50억 원 미만	3년 이상의 유기징역
제4조 제2항	재산국외도피의 죄	도피액[4]이 50억 원 이상	무기 또는 10년 이상의 징역
		이득액이 5억 원 이상 50억 원 미만	5년 이상의 유기징역
제5조 제4항	수재 등의 죄	수수액[5]이 1억 원 이상	무기 또는 10년 이상의 징역
		수수액이 5천만 원 이상 1억 원 미만	7년 이상의 유기징역
		수수액이 3천만 원 이상 5천만 원 미만	5년 이상의 유기징역
제11조	무인가 단기금융업	수수료액[6]이 연 10억 원 이상	3년 이상의 유기징역
		수수료액이 연 1억 원 이상 10억 원 미만	1년 이상의 유기징역

1) 김구슬, “범죄수익몰수제도의 문제점과 개선방안 : 독립몰수의 도입을 중심으로”, 이화여자대학교 대학원, 2015, p.110.

2) 이주희, “「특정경제범죄가중처벌등에관한 법률」에 관한 소고 - 존치의 타당성과 개선방안을 중심으로 -”, 한국법정책학회, 2015, p.135 도표 일부 수정

(2) 특정경제범죄법 제3조

1) 입법 취지

특정경제범죄법 제3조는 기존 조항들과 다르게 형법에 규정된 범죄들을 그 대상으로 한다. 이 법률이 도입된 이유는 크게 3가지 이유로 살펴볼 수 있다. 첫째, 기존 범죄의 가중처벌은 예방의 의미를 가지기 때문이다. 여기서의 예방이란 형법학자 베카리아가 범죄와 형벌에서 언급한 "일반적인 예방"을 능가하는 개념이다. 오늘날의 형벌이론은 크게 응보주의와 목적주의로 나뉠 수 있는데 두 사상에서 주장하는 바는 매우 상이하다. 응보주의는 근대의 형벌이론의 산실이라 할 수 있으며, 범죄 처벌의 목적이 응보에 있다고 보는 입장이다.[7] 현대의 법률 대부분이 목적주의적인 취지로 입법되었으며, 해당 법률 제1조에 국민경제에 이바지하기 위해 시행된다고 언급되는 것으로 볼 때, 본 법률은 목적주의 중에서도 특별예방주의 차원에서 규정된 것이라 보는 것이 바람직하다.

둘째, 상당 규모 이상의 경제사범에 대해서는 가중된 처벌이 필요하다는 사회적 인식과 필요 때문이다. 특정경제범죄법 제3조가 규정하는 범죄들은 다른 조항과는 다르게 형법과 겹치는 것들이다. 이는 형법상 일부 재산범죄에 대해서는 범죄의 수위에 따라 처벌의 정도를 조정할 필요성이 대두되고 있기 때문이다. 특히, 이는 우리나라처럼 대기업 중심의 경제구조를 가진 국가에서 더욱 효율적으로 작동할 수 있다. 6.25 전쟁 후부터 시작된 한강의 기적은 대기업의 힘을 빌린 경제정책을 구사한 데에서 시작할 수 있었다. 정부는 효율적인 경제지원을 위해 실적 위주의 평가를 통해 보조금을 지원했고 그 결과 오늘날의 재벌체제가 형성되었다. 이러한 경제구조는 전체적으로는 효율적인 성장을 낳을 수 있지만, 개별적으로는 빈익빈 부익부 현상을 심화시킬 우려가 있다. 특히, 기업 경영진의 횡령·배임죄 등은 국가 경제적으로도 상당한 타격을 일으킬 수 있다. 이에 재벌총수를 비롯하여 기업의 경영진이 상당 규모의 경제범죄를 저지른 경우 그에 대한 법정형을 상향 조정함으로써 법관의 작량감경에 의한 집행유예 선고를 원천적으로 봉쇄하는 것이 본 조항이 의도하는 바이다.[8] 국민경제의 건전성을 확립할 뿐만 아니라 탈법적 증여를 활용한 편법적인 경영권 승계, 횡령배임 등 범죄를 통한 비자금 조성, 재벌총수의 독단적 경영과 같은 불법적인 경영형태를 방지할 수 있기 때문이다.

2) 대표적인 판례 소개

가. 대법원 2017. 10. 31. 선고 2017도11931 판결.

변호사가 소송의뢰인의 불법 자금을 보관하며 이를 횡령한 사건이다. 소송의뢰인은 당시 피고인과 "에스크로(Escrow) 및 자문 계약[9]"을 체결했었는데, 의뢰인이 제공하는 자금이 불법이라는 것

---

3) 범죄행위로 인하여 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 한 재물 또는 재산상 이익의 가액을 의미한다.

4) 법령을 위반하여 대한민국 또는 대한민국국민의 재산을 국외로 이동하거나 국내로 반입하여야 할 재산을 국외에서 은닉 또는 처분하여 도피시켰을 때 해당 범죄행위의 목적물 가액을 의미한다.

5) 특정경제범죄법 제5조 제1항부터 제3항까지의 경우에 수수, 요구 또는 약속한 금품이나 그 밖의 이익의 가액을 의미한다.

6) 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제444조제22호의 죄를 범한 사람이 그 영업으로 인하여 취득한 이자, 할인 및 수입료 또는 그 밖의 수수료의 금액을 통칭하여 의미한다.

7) 빈프리트 하세머(배종대, 윤재왕 옮김), "범죄와 형벌: 올바른 형법을 위한 변론", 나남출판, 2011., p. 95

8) 이주희, "「특정경제범죄가중처벌등에관한 법률」에 관한 소고 - 존치의 타당성과 개선방안을 중심으로 -", 한국법정책학회, 2015, p.139-140.

을 알게 된 피고인이 이를 교묘한 방법으로 횡령하였다. 전달해주기로 한 투자금을 본인이 보관하고 있으면서 이를 보냈다는 식으로 보고한 것이다. 이에 피고인은 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반으로 기소되었고, 재판부에서는 소송 의뢰인의 불법자금이 민법상 불법 원인 급여에 해당하지 않는다고 보아 해당 변호사의 징역 10년을 확정했다.[10] 사건 당시 피고인은 피해자가 범죄로 얻은 수익이기에 불법 원인 급여에 해당하여 횡령죄가 성립되지 않는다고 주장했으나 재판부에서는 이 주장을 기각했다. 오히려 피고인의 죄질이 불량하며 그 피해금액이 20억원을 넘는다는 점을 들어 변호사로서의 전문지식을 악용한 사건이라고 명시하였다. 뿐만 아니라 이어진 민사소송에서도 해당 피고인이 속한 로펌이 피해자의 피해 금액 20 여억 원에 대한 손해배상책임을 질 것을 판결했다. 이로써, 재판부는 법률서비스를 받는 소비자들의 권익을 최대한 보호하고자 하였다.

나. 2016도1336

이 사건은 피해자가 사기에 대한 처분 결과를 인식하지 못하더라도 사기죄가 인정될 수 있음을 명시한 경우이다. 사기죄는 타인을 기망하여 착오에 빠뜨려 처분행위(재산권에 대하여 사실상의 변동을 가하는 사실적 처분 행위와, 재산권의 이전이나 담보권 설정 따위와 같이 재산권에 대하여 변동을 가하는 법률적 처분 행위를 통틀어 이르는 용어이다. 직접적인 권리변동이 생기게끔 하는 행위이어야 한다.)를 유발한 후, 재산상의 이득을 얻는 범죄임에도 재판부에서는 피기망자의 작위 또는 부작위가 본인에게 직접적인 금전적 손해를 유발했다면 이 역시도 사기죄로 보고 있다. 이 사건에서는 피고인이 토지의 소유자인 피해자에게 근저당권설정 계약서를 토지거래허가서로 속인 후, 이에 서명·날인을 받은 후 인감증명서를 교부받아 재산상의 이득을 취하였다. 원심에서는 해당 피고인의 죄질이 불량하나 이를 사기죄의 처분행위로 볼 수 없다는 이유로 특정경제범죄법의 적용대상으로 포함하지 않았다. 하지만 대법원에서는 피고인의 행위가 사기죄가 요구하는 처분행위에 충분히 부합하며 이 사안을 단편적으로 바라본 원심판결에 법리오해의 잘못이 있다고 판결하였다.[11]

2. 특정경제범죄법 제3조의 쟁점

(1) 실효성

경제범죄는 다른 범죄와 다르게 행위의 상당 부분을 수치화할 수 있는 특징이 있다. 이로 인해, 재산과 관련된 죄들은 그 기준이 매우 구체적으로 명시된 편이다. 일각에서는 이에 대해 숫자가 주는 명료성을 긍정적으로 바라보지만, 다른 한편에서는 “숫자의 함정”을 지적하기도 한다. 기준이 구체적일수록 다양한 방법으로 교묘하게 법망을 피해갈 수 있기 때문이다. 또, 범죄에는 여러 요인들이 내재되어 있어 숫자로만 범죄의 경중을 따지는 일은 불완전하다고 볼 수 있다. 이러한 점에서 기존 특정경제범죄법이 규정하는 기준이 단편적이며 실효성이 부족하다는 의견이 많았다. 그뿐만

9) 피고인이 甲과, 甲이 해외 투자처인 乙 회사에 투자하고자 하는 자들로부터 사기 및 유사수신행위의 규제에 관한 법률 위반 범행으로 모집한 투자금을 피고인에게 송금하면 피고인이 이를 甲이 지정하는 외국환거래 회사를 통하여 乙 회사에 전달하고, 변호사로서 그 전달과정에 부수되는 자문업무를 수행하는 것.(2017도11931 판시사항 인용.)

10) “[판결] 소속변호사에 손배책임 있다면 로펌도 책임”, 법률신문, 2017. 11.30., https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=123293, 마지막 방문일 2020. 03. 01.

11) “[판결] 피해자가 처분결과 인식 못해도 사기죄 인정”, 2017. 02. 20., https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=108130, 마지막 방문일 2020. 03. 01.

아니라, 이 법에서 다루고 있는 항목이 형법에도 존재하는 사항들이기에 이를 형법 선에서 해결하는 것이 바람직할 것이라는 문제 제기도 존재했다.[12)]

그리고 범죄 처벌의 수단이 모두 자유형으로 이루어지고 있다는 부분 역시 큰 실효성이 없을 것이라는 의견도 존재한다.[13)] 이에 따르면, 자유형이 많을수록 사회적 비용이 증가하고, 생산가능인구를 강제적으로 경제활동인구에서 배제되는 사례가 늘어나 국부손실을 초래할 수 있다고 한다. 즉, 제3조에 해당하는 모든 범죄를 자유형으로 처벌하는 것은 법률의 사회적 효용성을 감소시킬 수 있다는 것이다. 물론, 현재 규정된 자유형을 벌금형으로 대체하는 것 역시 여러 가지 문제점을 유발할 것이다. 특히, 범죄 관련인의 소득이 높을수록 벌금형의 효과가 크게 감할 것이며 오히려 빈익빈 부익부 현상을 부추기는 요소가 될 수 있다. 따라서 자유형과 벌금형 사이의 조화를 통해 사회 전체적으로 가장 만족할 수 있는 수준의 처벌 수위를 찾아 나가야 한다.

(2) 과도한 처벌 여부

처벌의 수위를 어떤 방식으로 설정해야 하는지는 여전한 논의 거리이다. 사회적인 필요를 충족시킬 뿐만 아니라 민주 정의를 실현할 수 있는 처벌 수준을 설정해야 한다. 하지만 거액의 경제범죄자에 대한 집행유예 차단을 목적으로 법정형을 상향하는 것이 과연 법원의 부적절한 양형 관행을 개선하기 위한 최선의 방법인지는 의문이라는 의견도 존재한다.[14)] 이에 따르면 집행유예를 방지하는 방안을 지속적으로 검토하며 특정경제범죄법상의 자의적인 작량감경이 감소하게끔 해결책을 모색해야 한다고 주장한다. 이를테면 2009년 시행된 배임 횡령 범죄에 대한 양형기준의 재검토 및 감경 사유에 대한 조정 또는 일반형법상의 작량감경 규정의 개정 등이 대안이 될 수 있을 것이다. 다른 일각에서는 특정경제범죄법이 피고인과 피해자의 재산 상태를 고려하여 금액의 기준을 융통성 있게 바꿔야 한다는 주장도 있으며, 처벌 역시 죄질을 고려하여 유연하게 결정하게끔 해야 한다는 주장도 있다. 처벌의 수위 여부에 대해서는 아직까지도 지속적인 논의가 진행되고 있다.

III. 특정경제범죄법 제3조에 관한 후생 경제학적 분석

1. 개요

재산과 관련된 범죄를 후생 경제학적으로 분석하려는 이유는 그것이 주는 학문적 명확성 때문이다. 후생 경제학은 경제주체들의 전체적인 사회적 이익을 극대화하는 것을 연구하는 학문이다. 이는 경제학의 모든 분야를 통틀어서 가장 효율을 추구하는 분야라고 보아도 무방하며 특히, 철학의 분파인 공리주의를 가장 정직하게 구현해낸 학문이라고 일컬어진다. 현재 실효성과 처벌의 수위가 쟁점이 되는 특정경제범죄법 제3조에 대해 이러한 후생 경제학적 연구가 적용된다면 사회 전체적인 이익을 극대화하는 방향으로 연구를 진행할 수 있을 것이다. 또, 이를 통해 현재의 법률이 가지

12) 조성용, “特別刑法의 加重處罰에 관한 批判的 考察 : 특정범죄가중처벌등에 관한 법률, 폭력행위등 처벌에 관한 법률, 특정경제범죄 가중처벌등에 관한 법률을 중심으로”, 고려대학교 대학원, 1990, p. 21-22

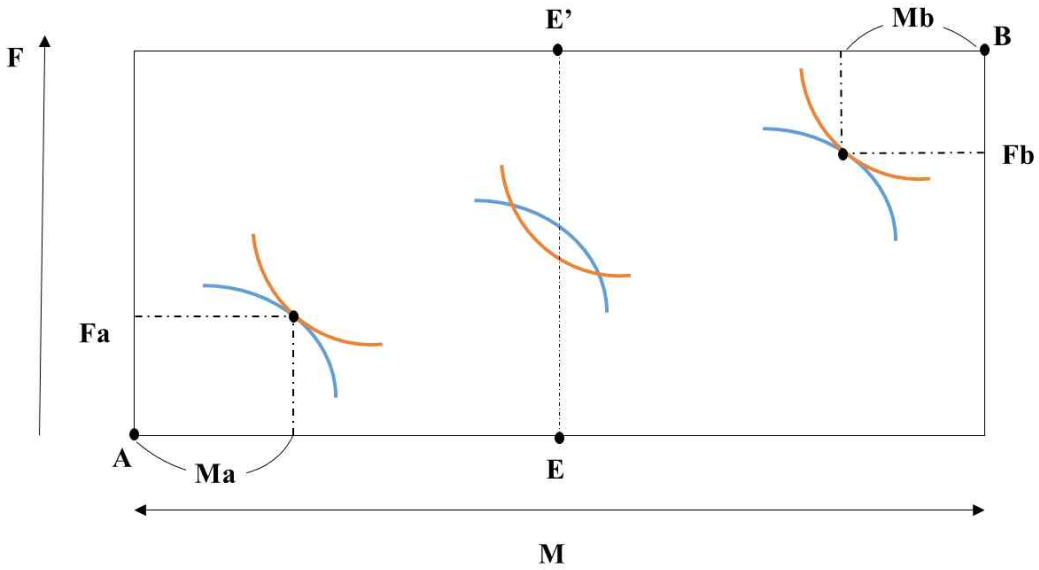
13) 유승완, “형벌가중과 범죄예방의 상관성에 관한 연구: 합리가설과 병리가설을 중심으로”, 동국대학교 대학원 법학과, 2012., p. 16-17

14) 이주희, “「특정경제범죄가중처벌등에관한 법률」에 관한 소고 - 존치의 타당성과 개선방안을 중심으로 -”, 한국법정책학회, 2015, p.139-140

는 문제점들을 짚어 내어 이것을 효율적으로 고쳐나가기 위한 방안들을 모색해 볼 수도 있을 것이다. 따라서 이번 목차에서는 몇 가지 가정을 통해 특정경제범죄법을 후생 경제학적으로 표현해보고 이 속에서 발견할 수 있는 문제점들에 대해 짚어볼 것이다.

2. 후생 경제학의 공리와 에지워드 상자

(1) 에지워드 상자[15]



<그림 1: 외부성이 존재하는 에지워드 상자>

에지워드 상자의 가장 기본적인 형태는 순수교환경제를 가정하여 만들어졌다. 하지만, 본 논문에서 다루고자 하는 에지워드 상자는 코즈의 정리[16]를 적용하여 외부성을 해결하는 수정된 형태이다. 이 틀을 선택한 이유는 실제 법률을 순수교환경제에 적용하여 연구하기에는 상당한 괴리가 존재한다고 보았기 때문이다. 실제로 기본적 형태의 에지워드 상자는 모든 변수를 통제하고 이론에만 극단적으로 치우쳤다는 단점이 있다. 또, 수정된 모델이 공공재를 대상으로 한다는 점에서 국가의 범죄 처벌 수위에 대해 연구하기에 적합할 것으로 판단하였다. 공공재는 비경합성과 비배제성을 지닌 재화를 의미하기에, 모든 국민에게 차별 없이 적용되는 '국가의 범죄처벌수위'가 공공재와 유사하다고 할 수 있다. 따라서, 이 모형을 통해 특정경제범죄법 제3조가 함의하는 바를 설명하고 그 속에 나타나는 문제점들을 분석하고자 한다.

---

15) Hal. R. Varian, 《Intermediate Microeconomics, international student edition》, W W Norton & Co Inc, 2015, p.125를 바탕으로 본 논문 저자가 재구성함.

16) 코즈는 외부성이 존재한다고 해서 정부의 개입이 불가피하게 요구되는 것은 아니라고 주장했다. 만약 외부성으로 인해 영향을 받는 모든 이해당사자들이 자유로운 협상을 통해 상호 간의 이해관계를 조정할 수 있다면 정부의 개입 없이도 효율적인 자원배분을 달성할 수 있다는 것이다. 정부의 역할은 이해당사자들 사이에서 자발적인 합의가 쉽게 이루어지도록 제도적, 행정적 지원을 제공하는 데 국한되어야 한다는 것이 그의 생각이다.(이준구, "미시경제학 제7판", 문우사, p.628-629).

앞의 에지워드 상자를 살펴보기 전, 그 기저에 후생경제학의 두 가지 공리가 바탕에 있음을 알아야 한다. 후생경제학의 제1정리(First Fundamental Theorem of welfare economics)는 시장균형은 파레토 효율적[17]이라는 것이다. 이 공리는 수정된 에지워드 상자 내에서는 소비 외부성[18]이 없어야 하고, 소비자들은 가격수용자로 행동해야 하며 비대칭정보[19]가 없는 상태여야 함을 가정하고 있다. 이 때, 소비자들이 가격수용자로 행동한다는 것은 역으로 말해 시장이 완전경쟁의 형태라는 것을 의미하지, 독점 혹은 과점이라는 것이 아니다. 완전경쟁 상태에 이르면, 모든 생산자들은 소비자들의 선호에 맞춰 같은 재화를 같은 가격으로 제공하게 되고, 소비자 입장에서는 가격의 차이를 느끼지 못하게 된다. 결국 소비자와 생산자 모두 가격수용자가 되는 것이다. 반면, 독점 혹은 과점 시장에서는 생산자가 가격결정자가 되면서 가격에 유동성이 생긴다. 이때의 가격은 모두의 선호를 반영하여 정해진 것이 아니기 때문에 소비자들에 따라 이를 아예 수요하지 않는 경우도 발생한다. 또, 독점기업들의 대다수가 가격을 균형가격의 이하로 설정한다는 점에서 소비자들은 가격수용자 이상의 지위를 누릴 수 있다.[20] 제2정리(Second Fundamental Theorem of welfare economics)는 소비자들의 선호가 볼록하면 파레토효율적인 배분이 시장균형이 될 수 있다는 점이다. 이 때, “선호가 볼록하다”는 것은 무차별곡선의 형태가 원점에 최대한 가깝게 위치하는 곡선이 그려지는 것을 말한다.[21] 앞선 에드워드 상자는 제1정리를 가정하고 있으며 제2정리를 충족시키는 무차별곡선을 가졌기 때문에 이 그림에서 파레토 효율적인 지점이 시장균형점이라 보아도 무방하다.

앞 장의 그림은 외부성이 존재하는 상태를 이미 가정하고 있기 때문에 후생경제학의 제1정리를 충족시키지 못한다. 하지만, 코즈의 정리를 이용하여 이미 존재하고 있는 외부성을 파레토효율적인 방향으로 해결하고 있다는 점에서 후생경제학의 제1공리를 차선의 방법으로 충족시키고 있다고 볼 수 있다.[22] 즉, 기존의 외부성 외에는 다른 요인들을 차단함으로써, 2차적인 소비 외부성이 발생하지 않는 차선적 시장균형을 만들어 넓은 의미에서 후생경제학의 공리들을 만족하는 것이다.

이 그림에서는 두 경제주체 A와 B가 재화 F와 가지는 관계를 보여주고 있다. 이 때 여기서의 F는 공공재의 형태로 모든 경제주체에게 제공되는 재화이다. M은 재산권을 의미하며 그래프상에서는 공유재의 형태로 표현되었다. 주어진 M을 A와 B가 나눠 갖는 구조이며, F는 A와 B가 공통적으로 소비하게 될 재화이다. 일종의 공공재라고 보아도 무방하다. A와 B의 무차별곡선을 보면 A는 F와 M을 선호하며, B는 F를 선호하지 않지만, M을 선호한다는 것을 알 수 있다. 두 무차별곡선이 만나는 지점이 파레토 효율적인 점이 되고, 이는 기존 초기자원(A가 재산권을 사용해야 하는 경우라면 E, B가 재산권을 사용해야 하는 경우라면 E’) 상태를 이상적으로 만든 균형점이 된다. 이를 법률에 대입한다면 두 무차별곡선이 만나는 지점이 우리가 추구해야 할 처벌 수위가 되는 것이다. 에지워드 상자를 법률에 적용하여 나타낸 그래프는 다음과 같다. (다음 그림에서는 범죄 관련자를 모두 “범죄자”로 통칭하고 있으며 이하 동일하게 표현할 예정이다.)

---

17) 어떤 경제 상태에서 다른 경제 상태로 옮겨 갈 때, 사회 구성원 중 어느 누구의 효용을 줄이지 않고는 다른 사람의 효용을 늘릴 수 없는 상태를 의미하며 자원배분이 가장 이상적으로 이루어진 것으로 평가된다.

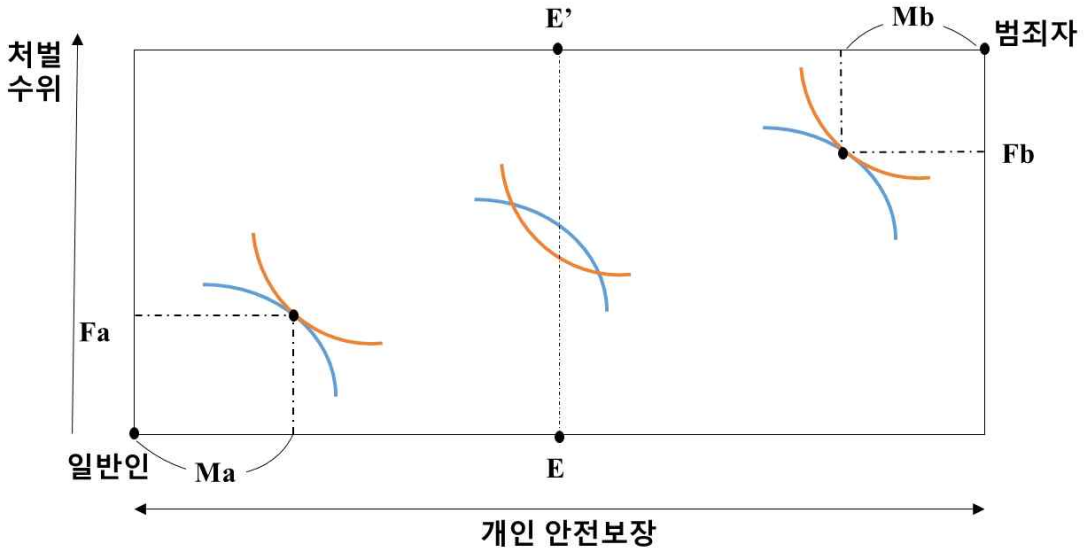
18) 외부성은 시장실패의 한 가지 형태로, 그 중에서도 소비 외부성은 어떤 소비자가 다른 경제주체의 생산이나 소비에 직접적인 영향을 받는 상황을 말한다.

19) 미시경제학의 게임이론에서 자주 언급되는 용어로 게임에 참여한 양당사자들이 서로 다른 정보를 가지고 있는 상황을 의미한다.

20) 김소영, “공공재 공급분석에 관한 비판적 연구 : 후생경제학적 분석과 공공선택론적 분석의 정치학적 함의”, 서울대학교 대학원, 1995, p. 114.

21) 일반적인 무차별곡선의 형태를 그려보면 이해가 쉽다. 만약 오목한 경우라면 원점으로부터 가장 멀리 있는 방향으로 무차별곡선이 그려질 것이다.

22) the second best theorem and decision making theory.



<그림 2: 처벌수위와 개인안전보장의 관계>

이 상자를 법률에 적용하기 위해서는 몇 가지 가정이 필요하다.

① 일반인은 범죄의 처벌에 강경한 경향을 보이며, 범죄자들은 온건한 경향을 보인다. 따라서, 일반인은 처벌 수위를 높이는 것을 선호하고 범죄자들은 낮추기를 선호한다.

② 처벌 수위는 일반적인 공공재처럼 다루기보다는 조건적 공공재로 이해하여 범죄자들에게만 적용되는 것으로 보아야 한다. 즉, Fa라는 파레토 효율적인 처벌수위는 범죄자들에게만 적용되는 것이지, 선량한 시민에게는 적용되지 않는다.

③ 국가 예산은 일정하다고 가정하며, 이에 따라 개인의 안전보장도 일반인과 범죄자가 나눠 가져야 하는 한정적 자원이 된다.

④ 처벌 수위와 개인의 안전보장은 범죄자들에게는 반비례의 관계를, 일반인들에게는 비례의 관계를 가져온다.

위의 가정하에 이 상자는 Fa와 Fb라는 파레토효율적인 처벌 수위를 찾아낼 수 있다. 하지만, 이는 지극히 이론적인 논의이며 앞서 언급한 실효성과 처벌 수위의 쟁점을 해결하기 위해서는 다른 변수들이 개입되는 상황을 고려해보아야 한다.

(2) 에지워드 상자의 함정

앞선 연구와 다르게 현실의 에지워드 상자는 혼란 속에 있다. 현재 제기되고 있는 실효성과 처벌 수위 측면의 문제들은 아직까지 균형점을 찾지 못했다는 반증이 된다. 특히, 통계청 자료에 따르면, 기업관련범죄의 처벌이 약하다는 인식이 전국민의 90.2%로, 8대 범죄(공무원 부정부패, 기업관련, 환경훼손, 성범죄, 마약, 도박, 소년, 아동청소년 부문)의 평균인 89.925보다 높은 것으로 나타났

다.[23]

현실과 이론 사이의 괴리가 나타나는 데에는 여러 이유가 있다. 가장 큰 이유는 위의 모형이 경제의 기본 가정을 온전히 충족시키지 못했기 때문이다. 이론에 따르면, 1) 소비 외부성 이외에 다른 외부성이 존재해서는 아니 되며, 2) 경제주체 간의 비대칭정보가 없어야 한다. 하지만, 위의 에지워드 상자는 4가지 추가된 가정에도 불구하고 가장 기본적인 두 가지 전제를 간과했기에 이는 불완전한 모델이 된다. 즉, 이러한 파레토 비효율이 앞서 언급한 실효성 측면과 처벌수위 측면에서의 논쟁을 불러일으키는 것이라 설명할 수 있다.

1) 소비 외부성 이외의 다른 외부성이 존재하는지 여부.

기존의 에지워드 상자와 마찬가지로 법률의 에지워드 상자 역시 소비 외부성을 내포하고 있다. 따라서 이 그래프가 추구하는 것은 차 선적 파레토 효율이다. 여기서의 소비외부성은 일반인과 범죄자에게 상반된 영향을 불러일으키는 '처벌 수위'와 관련된 것이다. 기존의 에지워드 모델은 F라는 공공재의 외부성을 제외하고는 모형 적으로 완벽에 가까운 결론을 도출하고 있다. 하지만, 법률의 에지워드 상자는 위의 4가지 가정을 충족하더라도 너무 많은 변수들을 내포하고 있다. 이 외부성은 처벌 수위와 관련된 것인데, 처벌 수위가 각 개인에게 상반된 영향을 불러일으키는 단순한 외부성뿐만 아니라 이로 인해 파생되는 복합적인 인과관계들이 얽혀있다고 볼 수 있다. 즉, 특정경제범죄법 제3조가 가지는 불안정성에서 기인하는 복합적인 외부성이다. 따라서 법률의 에지워드 상자는 외부성을 지닌 공공재가 2차적, 3차적 외부성을 유발할 위험이 있어 후생경제학의 제1공리를 차 선적으로 충족했다고 보기 어렵다. 이와 관련된 구체적인 사항에 대해서는 "IV. 후생경제학적 고찰을 바탕으로 한 법적 제안"에서 살펴볼 것이며, 이를 바탕으로 본 논문의 두 가지 쟁점을 해결할 수 있는 방안에 대해 논해볼 것이다.

2) 비대칭정보가 없다는 가정

후생경제학의 공리에 따르면, 파레토효율적인 시장균형점을 찾기 위해서는 경제주체 간의 비대칭정보가 있어서는 아니 된다. 정보를 많이 가진 개인은 개별적인 이득을 취할지라도 국가 전체적인 입장에서는 더 나은 자원배분의 기회를 놓치게 되기 때문이다. 하지만 앞서 살펴보았던 판례(대법원 2017. 2. 16., 선고, 2016도13362, 전원합의체 판결, 대법원 2017. 10. 31., 선고, 2017도11931, 판결)들로 보았을 때, 상당수의 재산범죄가 피고인과 피해자 간의 비대칭적인 정보로 인해 발생하며, 정보량이 많은 개인이 재판에서도 유리한 고지를 점할 가능성이 있음을 확인할 수 있다. 이러한 환경 아래서는 처벌 수위와 개인의 안전보장 사이의 균형점을 찾더라도 이는 파레토 효율적인 해결책이 될 수 없을 것이다. 따라서 처벌 수위의 조정 이외에도 국민들 간의 비대칭적인 정보 문제를 시정하기 위한 법적 노력 역시 필요하다. 이러한 노력이 뒷받침되어야만 본 논문에서 제기한 문제들을 보다 다면적으로 해결할 수 있을 것이다.

---

23) http://kosis.kr/statHtml/statHtml.do?orgId=456&tblId=DT_456001_A024&vw_cd=MT_ZTITLE&list_id=D2_003&scrId=&seqNo=&lang_mode=ko&obj_var_id=&itm_id=&conn_path=K1&path=%25EC%2582%25AC%25ED%259A%258C%2520%253E%2520%25EA%25B5%25AD%25EB%25AF%25BC%25EB%25B2%2595%25EC%259D%2598%25EC%258B%259D%25EC%258B%25A4%25ED%2583%259C%25EC%25A1%25B0%25EC%2582%25AC%25EB%25B2%2594%25EC%25A3%2584%2520%25EC%25B2%2598%25EB%25B2%258C%2520%25EC%2588%2598%25EC%259C%2584%2520%25EC%259D%25B8%25EC%258B%259D, 마지막 방문일 2020. 03. 01.

IV. 후생 경제학적 고찰을 바탕으로 한 법적 제안

1. 처벌 수위의 외부성 문제 해결

(1) 금리, 물가 고려

현재 특정경제범죄법 제3조는 범죄의 경중을 금액의 잣대로 평가하고 있다. 재산범죄에서 피해액은 피해의 규모를 측정하기에 가장 유리한 수단이며 원칙적으로도 가장 많은 신뢰를 받는 증거이다. 현재는 5억과 50억을 기준으로 처벌의 수위를 두 구간으로 구분하고 있다. 하지만, 5억과 50억은 시시각각 변하는 물가와 금리에 따라 그 가치가 빈번하게 바뀐다. 특히, 국가 경제가 극심한 인플레이션이나 디플레이션을 겪을 경우, 법률 속 숫자가 가지는 의미는 입법 취지를 크게 왜곡할 수 있다. 한 달 전에 만 원의 가치를 지니고 있던 재화가 인플레이션으로 인해 10만 원 이상이 될 수 있기 때문이다. 이에 경제적으로 특수한 초인플레이션(hyperinflation)과 극심한 디플레이션의 상황에서는 법적 기준을 유연하게 변형시킬 필요가 있다.

경제적인 의미에서의 초인플레이션[24]은 물가가 1개월에 50% 이상을 초과하는 방향으로 증가할 때를 일컫는다. 독일, 러시아, 남미의 국가들에서 이런 위기가 발생했는데, 그 중에서도 독일의 사례가 가장 압도적이었다. 세계 2차 대전 후 패전국이 된 독일에서는 1000%에 육박하는 물가상승률로 인해 손수레에 화폐를 가득 실어 빵 한 조각을 사는 진풍경이 벌어지기도 했다. 비록 경제위기가 자주 찾아오는 것은 아니지만, 화폐의 가치가 급격하게 변하는 특수한 사태에 대비하기 위해서는 법적 규정이 필요하다. 만약 이런 법률이 부재한다면 초인플레이션이나 그에 준하는 수준의 디플레이션 상황에서 이 법률이 악용될 소지가 있기 때문이다.

초 인플레이션의 기준이 전 달에 비해 물가가 50% 이상 상승한 상황이라는 것으로 볼 때, 법적 기준을 ±50%로 설정하는 것이 옳다. 따라서 기존의 제3조 2항에 2를 신설하여 명확한 법적 기준을 세워야 하며, "한국은행에서 발표한 물가상승률이 전 달 대비 50% 이상의 상승 또는 하락을 경험하였을 경우, 전 달 기준으로 5억 이상의 가치를 가지는 재산범죄에 한하여 본 법률을 적용할 수 있다." 라는 단서 조항이 필요하다.

(2) 재산형 vs 자유형

비록 처벌의 기준이 금액으로 정해진다고 할지라도 처벌의 방식 역시 한 가지 방향으로만 정해질 필요는 없다. 앞서 언급했다시피 재산형과 자유형은 각각의 장단점이 뚜렷하기에 이 두 가지를 적절히 운용하는 것 역시 필요할 것이다. 다만, 특정경제범죄법에 명시된 가중처벌 대상자들은 경제적인 부를 이미 축적하고 있는 경우가 많고[25], 그 사회적 효과가 미비할 수 있다는 점에서 기존의 자유형에서 급격한 변화를 줄 필요성은 없을 것이다. 이에 대해서는 앞으로 입법 과정 속에서의 치열한 토론과 더 많은 사회과학적 연구를 바탕으로 가장 적절한 방식의 처벌 방식을 찾아야 한다. 아직 이에 관한 사회적 시선이 통합되지 못했고, 그 논의도 시시각각 변하고 있는 상황이기 때문에 입법자, 집행자 모두 열린 마음으로 이 사안에 대해 생각해보아야 한다.

---

24) https://terms.naver.com/entry.nhn?docId=779664&cid=42085&categoryId=42085, 마지막 방문일 2020. 03. 01.

25) 김구슬, "범죄수익몰수제도의 문제점과 개선방안 : 독립몰수의 도입을 중심으로", 이화여자대학교 대학원, 2015, p.45.

2. 비대칭정보

특정경제범죄는 각 경제주체 간의 정보 비대칭이 발생하기 매우 쉬운 경우들이 많다. 추상적인 범죄들과는 달리 '구체성'을 가지고 있기에 정보에 대한 접근 권한이 많은 개인일수록 같은 사안에 대해 더 많은 정보를 많이 알 수도 있으며, 이를 숨길 수도 있다. 추상적인 범죄들은 범죄사실의 영역을 정하는 일 자체가 애매한 경우가 많지만, 경제범죄는 숫자의 허점을 이용하여 범죄사실을 충분히 조작할 수 있다. 소량의 상습적인 경제범죄를 저지르면서도 이를 조용히 덮을 수도 있으며, 특정경제범죄법에 따라 가중처벌 받기는커녕, 기존의 범죄로도 처벌 받을 수도 없게 끔 만드는 경우도 존재한다.[26][27]

이러한 사실들로 미루어 보았을 때, 특정경제범죄법 제3조는 피고인의 죄질을 고려하여 처벌의 수위를 정하는 치밀한 수사와 양형 과정이 필요하다. 기본적으로는 형법에 규정된 것을 따르되, '가중처벌'이라는 목적을 생각하여 기존의 법률보다 구체적으로 진행될 필요가 있다. 그 예로 들 수 있는 것이 압수수색의 직전 과정을 간소화하여 수사가 빠르게 진행되도록 하는 것이다. 압수수색은 개인의 권리를 침해하는 것이지만, 특정경제범죄법은 가중처벌 수준의 범죄를 다루는 것, 국민을 위한 건전한 경제 수립에 이바지 할 수 있다는 점에서 이에 대해서는 압수수색 과정을 빠르게 진행시킬 필요가 있다. 또한, 정보의 비대칭성에서 우위를 점한 피고인은 자신에게 불리한 증거들을 빠르게 지울 수 있다는 점에서 이에 대한 신속한 수사가 더욱 필요할 것이다. 이를 위해서는 영장청구과정의 간소화도 함께 논의되어야 할 것이다.

3. 기대효과

앞서 언급한 법적 방안들은 나름의 장단점을 지니고 있다.

첫째로 언급한 물가안정의 대책은 현실성 있고 융통성을 갖춘 형법 집행이 가능하다는 장점이 있으나, 법적 불안정성을 침해할 만한 소지가 있다. 또, 물가와 경제위기 개념을 이해해야 만 본 법률을 활용할 수 있다는 점에서 국민들에게 여러 불편을 끼칠 수도 있다. 물론, 물가 변화의 폭을 50% 이상부터 설정하였기 때문에 대부분의 경우, 5억과 50억이라는 기준이 유의미하게 작용할 것이라 보아 법적 안정성을 최대한 보호할 수 있을 것으로 생각하였다. 또, 설사 급격한 물가 변동폭을 경험하게 되더라도 피해자의 이 입장과 이 과정 속에서 많은 불법적 이득을 취할 수 있는 피고인의 입장을 생각해보았을 때, 이러한 조치는 반드시 필요한 것이라 보았다.

둘째로 언급한 자유형과 벌금형의 문제는 아직까지 논의가 크게 진전되지 않아 앞으로의 논의가 가지는 중요성에 대해 언급하였다. 이를 통해 형벌의 여러 형태가 가져오는 효용에 대한 사회과학적 연구가 더욱 진전될 것으로 기대한다. 다만, 현재처럼 일률적인 자유형으로만 처벌하기에는 법적인 문제점이 여러 가지 발생할 수 있어 형벌을 좀 더 다변화시켰으면 하는 바람이 있다.

끝으로, 정보의 비대칭성 문제는 양형 과정의 구체화와 압수수색의 간소화로 해결할 수 있을 것이라고 보았다. 이른바 '정보력 싸움'으로 번져나가는 경제범죄에서는 엄격한 양형의 과정을 통해 법적으로 교묘한 술책을 집어낼 필요가 있으며, 신속한 압수수색으로 사건에 필요한 증거들을 최대

---

26) 조성용, "特別刑法의 加重處罰에 관한 批判的 考察 : 특정범죄가중처벌등에 관한 법률, 폭력행위등 처벌에 관한 법률, 특정경제범죄 가중처벌등에 관한 법률을 중심으로", 고려대학교 대학원, 1990, p. 110-112.

27) 대법원 2018. 12. 13., 선고, 2018도13689, 판결.

한 많이 찾아낼 필요가 있다고 보았기 때문이다. 물론, 이 과정 중에서 발생하는 개인의 권리에 대한 침해는 반드시 짚고 넘어가야 하는 사안이다. 모든 형법은 무죄추정의 원칙을 전제로 하기에 용의자의 기본권을 존중할 필요가 있기 때문이다. 법적으로 억울한 사람이 생겨서는 아니 되며, 국가가 개인의 권리를 함부로 침해할 권한 역시 없다. 따라서 신중한 토의과정을 거쳐 이를 슬기롭게 도입하는 방안에 대해 논해야 할 것이다. 특히, 추후에 법적인 무죄가 밝혀진 이에 대해 압수수색이 진행되었었다면 국가적으로 이를 충분히 배상해주는 과정은 반드시 있어야 한다. 이러한 사항들이 밑바탕이 된다면 숫자의 함정을 악용하는 이들을 법적으로 처벌할 수 있는 가능성이 높아져 예방적 관점뿐만 아니라 응보적 관점에서도 사회정의가 실현되고, 그 과정 속에도 인권을 보장하여 민주적인 국가 권리의 집행이 실현될 수 있을 것이다.

V. 결론

본 연구에서는 특정경제법 제3조를 경제학적으로 분석한 후, 이를 보완하기 위한 여러 법적 제안들을 제시하였다. 분석의 도구로 사용한 후생 경제학은 사회적인 효용성에 집중하여 만들어진 것이다. 따라서 사회적 후생의 극대화를 추구하되, 그것을 분배하는 문제에 있어서는 중립적인 입장을 지니고 있다. 즉, 후생 경제학은 시장의 문제를 분배와 분리하여 생각하는 학문인 것이다. 이러한 특성으로 인해 본 연구는 사회적 효용성의 극대화를 위한 법률적 제고를 중점적으로 주장하는 데에 초점을 두었다. 앞선 연구들에서는 에지워드 상자를 활용하여 공공재의 외부성 하에서 파레토 효율을 추구하는 방법에 대해 살펴보았으며 이를 법률에도 적용해보았다. 적용 과정 중에 몇 가지 가정을 전제로 하였기에 이를 실제와 결부시키면 여러 가지 차이점들이 발생할 수 있다는 것을 염두로 하였다. 이러한 고려에도 불구하고 법률의 처벌이 가진 복합적인 외부성으로 인해 후생 경제학의 두 가지 기본 공리를 충족하기도 어려운 상태라는 것을 알 수 있었고, 이에 대해 법률적 해결책을 제시하여 다양한 차원의 외부성을 해소하고자 하였다. 처벌 그 자체로서의 외부성에 집중하기보다는 특정경제범죄법 제3조와 관련하여 발생할 수 있는 변수들에 집중하여 문제를 해결하고자 하였다. 비록 모든 외부성을 해소시키는 것은 불가능하지만, 최대한 경제 이론 속의 상태와 유사하게 만들어가며 법률적인 효용성을 높일 수 있음을 확인하였다. 또한, 몇 가지 사항에 대해서는 실제적으로 적용할 수 있는 개정안을 제시하여 법 정책적으로 실천 가능한 대안들을 제시하였다.

이번 연구는 기존의 법을 '효용성'의 측면에서 분석하여 국민들의 만족도를 높이고자 한 데에 그 의의가 있다. 특히, 공리주의적 관점에서 그 유용성을 극대화할 수 있는 방안들을 고민하여 여러 계층의 사람들을 포괄할 수 있는 신선한 정책을 제시할 수 있었다. 특히, 일반 국민뿐만 아니라 범죄 관련자들의 효용성까지 고려하며 사회적으로 소외당할 수 있는 집단의 만족도까지 반영하였다. 이를 통해 공법이 가지는 공공성의 특성을 온전히 반영한 새로운 대안들을 제시할 수 있었다. 이 논문을 통해 법률의 사회적 효용성을 극대화하기 위한 방법들에 대해 살펴보았다면, 다음에는 사회적으로 어떻게 분배할지에 대해 살펴보는 것이 중요할 것이다. 올바른 분배 방식에 대해 연구하기 위해서는 효용의 문제를 연구했을 때보다 사회·민주적으로 풀어나가는 시각을 가져야 할 것이다.

참 고 문 헌

빈프리트 하세머(배종대, 윤재왕 옮김), 《범죄와 형벌: 올바른 형법을 위한 변론》, 나남출판, 2011.

이상돈, 《형법강론》, 박영사, 2017

이준구, 《미시경제학》, 문우사, 2019

정호열, 《경제법 전정 제6판》, 박영사, 2019

토드 부크홀츠(역자 류현), 《죽은 경제학자의 살아있는 아이디어》, 김영사, 2009

Clifford S. Russell, 《Applying Economics to the Environment》, Clifford S., Oxford University Press, 2001

Hal. R. Varian, 《Intermediate Microeconomics, international student edition》, W W Norton & Co Inc, 2015

김구슬, “범죄수익몰수제도의 문제점과 개선방안 : 독립몰수의 도입을 중심으로”, 이화여자대학교 대학원, 2015

김소영, “공공재 공급분석에 관한 비판적 연구 : 후생경제학적 분석과 공공선택론적 분석의 정치학적 함의”, 서울대학교 대학원, 1995

문희태, “우리나라 경제형법에 관한 연구 : 경제범죄의 유형과 대처방안”, 충남대학교 대학원, 2002

유승완, “형벌가중과 범죄예방의 상관성에 관한 연구: 합리가설과 병리가설을 중심으로”, 동국대학교 대학원 법학과, 2012.

이주희, “「특정경제범죄가중처벌등에관한 법률」에 관한 소고 - 존치의 타당성과 개선방안을 중심으로 -”, 한국법정책학회, 2015

조성용, “特別刑法의 加重處罰에 관한 批判的 考察 : 특정범죄가중처벌등에 관한 법률, 폭력행위등 처벌에 관한 법률, 특정경제범죄 가중처벌등에 관한 법률을 중심으로”, 고려대학교 대학원, 1990

대법원 2019. 1. 31., 선고, 2018도16474, 판결

대법원 2018. 12. 13., 선고, 2018도13689, 판결

대법원 2017. 10. 31., 선고, 2017도11931, 판결

대법원 2017. 2. 16., 선고, 2016도13362, 전원합의체 판결

【초 록】

후생 경제학은 공리주의적인 시각이 가장 많이 투영된 경제학의 분야이다. 소비자들의 선호가 볼록한 상태에서의 시장균형점이 곧 파레토 효율이라는 시각을 전제로 하고 있으며, 이러한 사회적 최적점(시장균형)을 찾기 위해 경제학적 논의들을 전개해 나가는 학문이다. 본 논문에서는 “특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조”에 대해 후생 경제학적 고찰을 함으로써 본 법률이 가지는 문제점들을 해결하고, 보다 세밀한 개정을 주문함으로써 대한민국 경제와 법학의 발전에 기여하고자 하였다. 또, 법학과 경제학을 동시에 사용하는 간 학문적 연구를 시도함으로써 다양한 학문의 특성을 취사선택하여 독특한 형태의 연구를 진행하고, 새로운 시각에서 기존의 학문을 고찰함으로써 일반적으로는 발견할 수 없었던 법률의 다양한 면을 찾아나가고자 하였다.

본 논문은 크게 세 부분으로 나뉜다. 일반 법학의 입장에서 특정경제범죄가중처벌법을 살펴보는 부분, 이것이 가지는 문제점을 후생 경제학적으로 분석하는 부분, 그리고 이를 통합적으로 해결하는 부분이 바로 그것이다. 우선, 특정경제범죄가중처벌법이 가지는 의의와 역사를 살펴본 후, 이 중에서도 동법 제3조에 집중하여 판례를 분석하였다. 위의 과정을 토대로 제3조가 가지는 쟁점을 살펴보고, 실효성의 측면과 처벌수위의 측면에서 각각 문제를 제기하였다. 그 후, 이 문제점을 후생경제학적인 입장에서 분석해보았는데 이를 위해 에지워드 상자와 후생 경제학의 제1공리 · 제2공리를 활용하였다. 특히, 경제범죄의 상황을 후생 경제학적인 이론에 적용하여 새로운 형태의 에지워드 상자를 설계하였다. 경제범죄에 대한 처벌수위에 대해 두 경제주체 A(범죄자 및 범죄관련자)와 B(선량한 시민)를 상정한 후, 이 두 주체들이 ‘개인의 안전보장’이라는 공공재를 나누어 가지는 상황을 연출하였다. 이 때, 새로 설계한 에드워드 상자의 올바른 작동을 위해 몇 가지 가정을 추가하기도 하였다. 이러한 모델을 제시한 이후, 여기에 다른 변수들이 개입할 수 있음을 제시하며, 진정한 문제의 해결을 위해서는 이러한 변수들을 통제해야 함을 주장하였다. 특히, 에지워드상자에서 가정하는 소비 외부성 외에 다른 외부성이 자주 개입되는 상황과 경제주체 간의 비대칭정보가 존재한다는 사실이 가장 큰 문제점이라고 파악하였고, 이 두 가지 요인들로 인해 논문 초반에 언급된 실효성 문제와 처벌 수위의 문제가 발생한다는 것을 발견하였다. 이러한 문제들을 해결하고자 크게 2가지 해결책을 제시하였다. 우선 처벌 수위 속에 내재된 외부성 문제를 해결하기 위해서는 금리와 물가를 고려해야 함을 강조하였다. 이 때, 극심한 인플레이션과 디플레이션 상황(물가 변동률이 전달대비 50%가 넘어가는 것을 기준으로)에 대해서는 법률에서 정하는 금액을 단순한 숫자가 아닌 가치 개념으로 사용가능하도록 개정을 요구하였다. 둘째로, 법적 주체 간의 비대칭정보문제를 해결하기 위해서는 기존의 양형 절차를 신속하고 치밀하게 진행할 것을 주장하였다. 특히, 정보의 비대칭성 문제에서 우위를 점한 피고인이, 압수수색 과정 전에 불리한 법적 증거들을 삭제할 수 있다는 문제를 해결하고자 압수수색의 전 단계를 신속하게 진행시켜야 할 것이다. 다만, 추후에 법적인 무죄가 밝혀진 이에 대해 압수수색이 진행되었었다면 국가적으로 이를 충분히 배상해주는 과정은 반드시 보장하는 방향으로 개정해야 할 것이다. 이외에 부가적으로, 자유형과 재산형에 관한 논의를 지속적으로 이어나감으로써, 처벌수위에 대해서도 다각적인 시각을 가져야 함을 피력하였다. 이러한 해결책들을 통해 외부성을 최소화하고, 정보의 비대칭성 문제를 완화시킴으로써 법의 실효성을 높이고, 처벌 수위에 대해 건전하고 다양한 논의가 진행될 것을 기대하였다. 특히, 숫자의 함정을 악용하는 것을 방지하여 사회정의가 실현될 것을 예상하였다. 끝으로, 본 논문이 효용성에 초점을 맞추어 논의를 진행했다면, 추후에는 배분에 대해 더 다뤄보기를 희망한다.

고려대학교 자전법학회
2019학년도 2학기

전자증거의 압수·수색과 입법론적 대안 검토

자유전공학부 정치외교학과
송 은 용

I. 서론

II. 전자증거의 특성
1. 전자정보의 법적 성질
2. 전자증거의 특징

III. 현행 형사소송법상 문제점
1. 수사상의 장애
2. 압수·수색 대상자의 권리 침해

IV. 입법론적 대안
1. 전자정보의 압수대상성 규정
2. 원격수색의 허용
3. 협력 요청 및 보존 요청 신설
4. 증거수집단계와 증거분석단계로 이원화
5. 참여권 보장

V. 결론

Ⅰ. 서론

정보화 시대의 도래에 발을 맞추어 우리 형사소송법은 2011년 개정을 통해 전자증거에 대한 압수·수색제도를 정비하였다. 개정의 결과, 컴퓨터용 디스크 등 정보저장매체를 압수하는 경우에는 기억된 정보의 범위를 정하여 출력하거나 복제하는 것을 원칙으로 하고, 이러한 방법이 불가능하거나 압수의 목적달성이 현저히 곤란한 예외적인 경우에 한하여 정보저장매체 자체를 압수할 수 있게 되었다.[1] 그러나 디지털 환경은 하루하루가 다르게 급변하고 있고, 여전히 유체물에 대한 압수수색을 전제로 하는 현행 형사소송법만으로는 이에 적절하게 대처하기 어려움이 자명하다. 이에 따라 전자증거의 특성을 고려한 새로운 개정안이 필요하다는 지적이 많이 나오고 있다.

현행법상 압수·수색에 어려움이 따르는 대표적인 예로, 최근 급속도로 본격화되고 있는 클라우드 컴퓨팅 환경에서의 증거들을 생각해볼 수 있다. 4차 산업혁명의 핵심 전산 인프라인 클라우드 컴퓨팅은 분산처리기술과 가상화기술을 핵심으로 하는데, 이용자와 정보가 기록된 메인서버의 소유자가 불일치하고, 이용자의 PC에는 정보가 저장되지 않으며, 시스템의 물리적 소재지를 특정하기도 어렵다는 점 등, 기존 환경과는 다른 특성들을 가지고 있다. 그렇기 때문에 '전자정보'가 아닌 '물건'만을 압수대상으로 규정하고 있는 현행법만으로는 클라우드 컴퓨팅 환경에서의 전자증거들을 압수나 수색의 대상으로 삼기 어려운 측면이 있다.[2] 이런 측면들은 '법의 공백'이라고 볼 수 있는 부분들로, 이로 인해 다양한 법적 문제가 발생할 수 있음은 물론, 실질적인 사회정의 구현에도 어려움이 따를 수 있다.

이와 같은 어려움을 실무에서는 우회적으로 돌파하고 있는 것으로 보인다. 수사자들은 제106조 제3항 단서의 '예외적' 매체 압수를 사실상 '원칙'인 것처럼 하고 있으며 오히려 '원칙'인 출력 및 복제본의 선별압수가 예외적으로 행해지고 있다.[3] 특히, 모바일 포렌식에서는 기기 통체로 유체물압수를 하듯이 하는 매체압수가 99% 이루어지고 있을 정도로 선별압수의 원칙은 무너졌다고 실무가들은 지적한다.[4]

물론 과도하게 수색이나 압수의 범위를 확장시키는 것은 국민의 기본권 보호 차원에서 볼 때 경계해야 함이 분명하다. 하지만 그렇다고 해서 전자 정보가 핵심적인 증거가치를 지니게 된 현실을 도외시해서도 아니 된다. 뿐만 아니라 이와 같이 수사기관의 우회적인 압수가 이뤄지는 이상, 국민의 기본권은 부당하게 침해될 위험에 놓인다. 특히, 정보저장매체에 대한 압수는 기존의 유체물들에 대한 압수와는 비교되지 않는 큰 사생활 침해로 이어질 가능성이 있음은 물론이고 결과적으로 영장주의원칙을 우회하는 수단으로 사용될 여지도 크다. 따라서 최근 급변한 환경에 걸맞은 압수·수색제도를 고안하는 것은 수사상 장애를 없앨 뿐 아니라, 수사기관을 법문을 통해 억제함으

---

1) 형사소송법 제106조
③ 법원은 압수의 목적물이 컴퓨터용디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체(이하 이 항에서 "정보저장매체등"이라 한다)인 경우에는 기억된 정보의 범위를 정하여 출력하거나 복제하여 제출받아야 한다. 다만, 범위를 정하여 출력 또는 복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란하다고 인정되는 때에는 정보저장매체등을 압수할 수 있다.

2) 양종모, "클라우드 컴퓨팅 환경에서의 전자적 증거 압수·수색에 대한 고찰", 「홍익법학」 제15권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2014, 5쪽.

3) 이경렬, "디지털정보 관련 증거의 압수·수색 규정의 도입방안 연구", 「홍익법학」 제13권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2012, 487쪽. ; 곽병선, "디지털 증거의 압수·수색절차상 문제점과 개선방안",「법학연구」제51권, 한국법학회, 2013, 255쪽.

4) 오현식, "모바일 전자증거 압수수색 적법절차, 영장 별지, 수사기관의 전자증거 관리", 「영장주의의 새로운 동향과 실천적 과제」, 국회 입법조사처·한국형사정책연구원 공동학술대회 자료집, 2019, 126쪽.

로써 오히려 피처분자의 기본권 신장에도 기여할 수 있다는 점에서 실익이 크다.

하단에서는 먼저 전자증거의 특성(Ⅱ)을 살펴보고, 현행 형사소송법상 어떠한 문제들이 생길지를 살펴볼 것이다(Ⅲ). 그 이후에는 이를 타개하기 위한 입법론적 대안들을 고찰해볼 것인데(Ⅳ), 특히 피처분자의 방어권이 어떻게 하면 잘 구현될 수 있을지를 중심적으로 검토해볼 것이다.

Ⅱ. 전자증거의 특성

1. 전자정보의 법적성질

우리 형사소송법은 제106조 제1항에서 '물건'을 압수의 대상으로 규정하고 있다.[5] 이때 물건은 민법 제98조에 따라 일반적으로 유체물 및 전기 기타 관리할 수 있는 자연력을 말한다. 그렇다면 전자정보 역시 이러한 물건에 해당하여 압수의 대상이 되는지가 문제가 된다. 이에 관해, '정보' 역시 전자기적 신호로 저장되고 네트워크를 통해 이동될 때 전기적 신호의 속성을 지니고 배타적 관리가 가능하므로 물건성 및 압수대상성을 갖춘다는 견해도 있으나[6], 전자정보 자체는 관리가능한 전기나 에너지가 아니며 원본과 사본의 동일성이라는 특성을 고려할 때, 배타적으로 관리가능하지도 않다는 이유로 전자정보의 물건성을 부정하는 견해가 더 지지를 받고 있다.[7] 생각건대, 전자정보가 무형이고 배타적으로 관리가능한 동력도 아니라는 특성 등을 고려할 때 전자정보를 물건이라고 보는 데에는 무리가 있는 것으로 사료된다. 판례 역시 정보 그 자체가 '유체물' 또는 '물건'이라고 볼 수 없다고 하고 있다.[8]

2. 전자증거의 특징

우리 형사소송법은 대체로 유체물에 대한 압수·수색 위주로 규정되어 있다. 그러나 현대사회의 다양한 디지털 정보처리장치는 기존의 유체물과는 전혀 다른 형태와 특징을 가지고 있는 문서와 정보를 만들어내고 있고, 이는 수사상 어려움을 초래할 뿐 아니라 자칫 강제처분이 적정절차를 거치지 않고 그 대상자의 권리를 침해하는 결과를 낳을 수도 있다.[9] 그렇기에 전자증거가 어떠한 면에서 전통적인 증거들과 다른지 검토하는 것은 법의 개정방향을 논의하는 데에 있어 필수적인 절차일 것이다. 아래에서는 대표적인 특성 5가지를 살펴보겠다.

(1) 무체정보성

전자증거는 기본적으로 무형의 정보이다. 즉 0과 1로 이루어진 디지털 데이터가 그 본 모습이기

---

5) 형사소송법 제106조
① 법원은 필요한 때에는 피고사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 증거물 또는 몰수할 것으로 사료하는 물건을 압수할 수 있다. 단, 법률에 다른 규정이 있는 때에는 예외로 한다.

6) 조석, "디지털 정보의 수사방법과 규제원칙", 「형사정책」 제22권 제1호, 한국형사정책학회, 2010, 80쪽.

7) 이세화, "디지털증거에 대한 압수·수색에 있어서 대상과 종료시점", 「법학연구」 제58권 제4호, 부산대학교 법학연구소, 2017, 37쪽.

8) 대법원 2002. 7. 12. 선고 2002도745 판결.

9) 이인곤, "형사절차상 디지털증거 압수·수색에 대한 문제점과 개선방안", 「한국경찰연구」 제15권 제4호, 한국경찰연구학회, 2016, 180쪽.

때문에 무체정보성이라는 특징을 띠는 것이다.

(2) 매체독립성

전자증거의 매체독립성이란 한 디지털저장매체에서 다른 저장매체로 그 증거를 옮기더라도 원본의 내용자체는 이와 무관하게 변하지 않는 성질에서 나온다. 따라서 전자증거 원본에 저장된 내용자체가 조작되거나 변조되지 않는 이상 다른 저장매체로 옮겨진다해도 그 동일성을 인정할 수 있게 된다.

(3) 취약성

전자증거는 단순한 명령어 입력만으로도 정보저장매체에 기록된 정보를 변경시키거나 전체를 삭제 및 포맷할 수도 있다.[10] 이처럼 위조/변조가 용이하기 때문에 이를 가리켜 '변조용이성'이라고 부르기도 한다. 이는 두가지 측면에서 눈여겨봐야 하는 특징인데, 먼저 압수자 입장에서 보면, 압수하려는 정보가 조작되지 않도록 하는 제도적 장치가 필요하며, 피압수자 입장에서는 전자증거를 압수 당한 이후에 이것이 압수자의 입맛에 맞게 조작되지 않도록 무결성 확인을 필수적으로 요구할 수 있어야 할 것이다.

(4) 전문성과 비가시성 및 비가독성

전자증거는 일반적인 유체물과 달리 증거를 수집하는 과정부터 분석하는 과정까지, 특수한 방법과 기술적 테크닉이 필요하다. 이를테면 증거수집에 있어서는 다양한 하드웨어나 소프트웨어에 관한 지식을 갖추어야 다양한 형태로 저장되어 있는 정보들을 효과적으로 수집할 수 있으며, 이후 분석 과정에서도 증거의 무결성 확보를 위해서는 전문적이고 특수한 기술들이 요구된다. 특히 삭제된 데이터를 복구하거나 방대한 양의 데이터 중에서 범죄와 관련성이 있는 부분을 특정하고 발견하는 검색기술은 필수불가결 하다고 할 수 있다. 전자증거가 무체정보이자, 비가시적인 정보이기 때문에 일정한 변환절차를 걸쳐 사람이 인식할 수 있게 만드는 것 역시 하나의 전문적 영역이라 할 수 있을 것이다. 이런 점을 볼 때 전자증거의 수집/분석은 아무리 수사 경력이 많은 수사관이라 하더라도 전문적인 지식을 갖추지 못하면 할 수 없는, 전문성의 영역에 있다고 할 것이다.

(5) 대량성

대량성이란 대용량의 저장기술이 발달하면서 정보저장매체에 대량의 전자정보가 저장될 수 있는 특성을 말한다.[11] 이처럼 대량의 정보를 지니고 있기에 정보저장매체를 압수하게 되면 범죄혐의와 관련이 없는 여러 정보들도 유출될 위험에 놓인다. 따라서 형사소송법 제106조 제3항 단서에 따른 정보저장매체의 압수를 하는 경우에는 영장을 어떻게 특정하여야 할지, 특히 압수의 범위는 어떻게 설정해야 할지 등이 문제가 된다.

---

10) 이인곤, 위 논문, 182쪽.
11) 조성훈, "디지털증거와 영장주의", 「형사정책연구」 제25권 제3호, 한국형사정책연구원, 2013, 118쪽.

Ⅲ. 현행 형사소송법상 문제점

현행 형사소송법은 전자증거의 특성을 제대로 반영하지 못하고 있어 수사상 다양한 장애가 발생함은 물론이고, 압수·수색의 대상자 입장에서도 쉽게 인권 침해를 당할 여지가 있다.

1. 수사상의 장애

(1) 매체중심의 압수 규정

앞서 살핀 바와 같이 우리 형사소송법은 압수의 대상을 '물건'에 한정하고 있다. 비록 2011년 개정 이후에는 제3항에 정보의 선별적 출력 및 복제 압수와 제3항 단서의 예외적 매체압수가 인정되지만, 이것 역시 전자정보 자체의 압수대상성을 온전하게 긍정하는 입장이라고 보긴 어렵다.[12] 특히, 현재의 정보저장매체 중심의 압수 방법은 복잡하게 얽혀 있는 정보통신망을 통해 정보가 저장, 처리되는 클라우드 컴퓨팅과 같은 환경에는 적용하기 어려운 측면이 있다.[13]

예컨대, 클라우드 컴퓨팅 환경에서는 클라우드에 범죄 혐의와 관련된 정보가 있더라도 그것이 저장되어 있는 메인 서버 자체는 피압수자의 소유가 아닌 경우가 대다수다. 만에 하나 메인 서버가 피압수자의 소유라 하더라도 그 소재지가 피압수자의 소재지와 일치하지 않는 경우가 많은데, 매체중심 방식의 압수는 이런 환경에 적용하기 어렵다.

미국, 영국, 그리고 프랑스의 경우 이미 각각「연방형사소송규칙」,「경찰 및 형사 증거법」제19조,「프랑스 형사소송법」제56조에서 전자정보의 압수대상성을 직접 규정하여 위와 같은 난점들을 타개하고 있다. 나날이 정보를 처리하는 방법이 다양해지고 정보통신망 자체를 이용한 저장방식이 발달하고 있음을 고려할 때, 우리 법 역시 이러한 변화 양상에 적절하게 대처할 수 있는 입법적 개선이 요구된다.

(2) 원격수색의 필요성

클라우드 컴퓨팅 환경 등에서는 정보가 기록되는 시스템의 위치와 이용자의 물리적 소재지가 일치하지 않는 경우가 대부분이다. 이런 경우, 강제처분의 대상자의 물리적 소재지를 기준으로 영장을 청구하는 것이 의미가 없을 수 있다. 영장 청구 단계에서 수사관이 압수·수색 대상시스템의 존재 위치를 구체적으로 특정하는 것 역시 현실적으로 어렵다. 뿐만 아니라, 원격으로 정보를 저장, 수정, 삭제할 수 있는 경우 원격 시스템에 대한 영장 재청구 과정에서 증거가 인멸될 가능성도 있어 어려움이 크다.

「유럽 사이버범죄 방지조약」은 이와 같은 컴퓨팅 환경의 변화에 맞추어 원격수색의 가능성을 열어두고 있다.[14] 이에 따라 여기에 가입한 독일, 일본, 프랑스 등의 국가들은 각각 '원격수색'의 근

12) 양종모, "클라우드 컴퓨팅 환경에서의 전자적 증거 압수·수색에 대한 고찰", 「홍익법학」 제15권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2014, 13쪽.

13) 이인곤·강철하, "클라우드컴퓨팅 환경에서 전자정보 압수수색의 문제점과 개선방향", 「형사법의 신동향」 제54호, 대검찰청, 2017, 329쪽.

14) 유럽 사이버범죄 방지조약(Convention on Cybercrime) 제19조
② 각 당사국은 법집행기관이 특정한 컴퓨터 시스템이나 그 일부를 수색 또는 이와 유사한 접근을 함에 있어서, 범죄 자료가 자국의 영역 내에 있는 다른 컴퓨터 시스템 또는 그 시스템의 일부에 저장되어 있다고 믿을 만한 근거가 있고, 그러한 자료가 처음의 시스템을 통해 합법적으로 접근할 수 있거나 이용가능한 경우 다른 시스템에 대한 수색 또는 접근을 신속히 확대할 수 있도록

거 규정을 마련해놓아서 대응하고 있다.[15]

실무에서는 현재 휴대폰(스마트폰)을 압수한 경우, 이것이 로그인되어 있는 클라우드나 전자우편함까지 열람하는 경우가 이미 꽤 있다. 우리도 이처럼 애매하게 규정하지 않는 것보다는 확실하게 원격수색이 가능한 경우를 규정함으로써 모호성을 제거하고 수사기관도 엄격한 요건하에서만 원격수색을 할 수 있도록 억제하는 것이 필요하다.

(3) 증거인멸 가능성에 대한 대책 미비

전자정보는 유체물과 달리 위조, 변조 및 삭제가 매우 용이하다. 특히 전통적인 정보저장매체가 아닌 정보통신망을 기반으로 하는 저장매체의 경우에는 원격으로도 이와 같은 증거인멸을 할 수 있어 더욱 더 문제가 된다. 그럼에도 불구하고 우리 법에는 이와 같은 정보통신망 서비스 제공자에게 직접적으로 협력이나 보존을 요청할 수 있는 제도가 없다. 해외에서도 이와 같은 상황 변화를 고려한 대책을 세우고 있는만큼, 우리 역시 개선이 필요하다.

2. 압수·수색 대상자의 권리 침해

(1) 증거수집 및 분석단계에서의 사생활 침해

전자정보 및 그것이 기록된 정보저장매체에 대한 압수·수색은 유체물에 대한 압수·수색과는 몇 가지 구별되는 특징을 가지고 있다. 먼저, 이러한 정보저장매체 등은 방대한 양의 데이터가 한 매체에 저장되어 있기에 압수·수색시, 현장에서 바로 관련성을 판단하고 범위를 확정하기가 매우 힘들고 시간도 많이 소요될 수 있다.[16] 다음으로, 전자정보는 기본적으로 위·변조 및 삭제가 매우 용이하다는 '취약성'을 지닌다. 마지막으로, 정보저장매체는 각종 전자정보가 대량으로 들어있기 때문에 프라이버시권과 밀접하게 관련되어 있다.[17] 따라서 정보저장매체를 압수한 후에 범죄와 관련이 없는 전자 정보들까지 수색하거나 압수하게 된다면 피압수자는 물론, 제3자의 사생활까지도 크게 침해할 수 있다는 위험성을 늘 갖고 있다.[18]

이러한 위험성을 해결하기 위해 형사소송법을 개정하여 유체물과는 다른 전자정보의 특징을 반영한 압수·수색 방법을 규정하고 이를 집행하는 과정에서 범죄와 관련되지 않은 피압수자나 제3자의 전자정보에 대해 수사기관이 접근하는 것을 억제할 필요가 있다.

(2) 압수목록

현행 형사소송법 제129조는 "압수한 경우에는 목록을 작성하여 소유자, 소지자, 보관자 기타 이에 준할 자에게 교부하여야 한다"고 규정하고 있다. 이는 피압수자의 방어권을 보장하기 위해 필수

하는 입법적 조치를 취해야 한다.

15) 자세한 해외 입법의 내용은 이인곤·강철하, 앞의 논문, 330-331쪽.

16) 최호진, "디지털증거 압수수색에 있어서 해당 사건과의 관련성에 대한 검토, 「범죄수사학연구」 제3권, 경찰대학 수사과학연구센터, 2017, 12쪽.

17) 탁희성, "전자증거의 압수·수색에 관한 일고찰", 「형사정책연구」 제15권 제1호, 한국형사정책연구원, 2004, 34쪽.

18) 실제로 한 실태조사에서는 '범죄와 관련성 있는 디지털 정보만을 압수하였는가'에 대해 피수사자의 94.5%, 변호인의 90.9%가 '아니다' 또는 '전혀 아니다'라고 응답하였다.; 자세한 내용은 권양섭, "실태조사를 통해 본 디지털 증거수집의 문제점과 개선방안", 「법학연구」 제49권, 한국법학회, 2013, 387-407쪽 참조.

적인 절차로, 이를 바탕으로 피압수자는 변론을 준비하게 된다. 이 때, 전통적인 유체물을 압수하는 경우에는 수사관은 압수한 물건에 대한 목록을 작성하여 교부하면 충분할 것이다. 그러나 전자정보를 출력, 복제하여 압수한 경우나 정보저장매체등을 압수한 경우에는 어떻게하여야 할지 불분명하다.

특히, 현재의 영장 별지가 강조하는 전자정보상세목록의 교부만으로는 파일명이 어떠한 압수대상정보 내지 압수된 정보를 가리키는지를 피압수자나 그 변호인이 알기 힘들다는 점을 주목해야 한다. 예를 들어 카카오톡 앱의 모든 대화는 KakaoTalk.db라는 하나의 데이터베이스 파일에 담겨 있으니 카카오톡 대화의 일부분을 수사자가 출력 또는 복제하여 압수해간 후, 이러한 파일명만 적어놓는다면 피압수자 측에서는 어떤 부분을 압수한 것인지 알 수가 없다.[19] 이런 경우 본래의 취지와 달리 압수목록의 교부가 피의자 등의 방어권 보장에 전혀 도움이 되지 않을 수 있다. 따라서 전자정보 등 전자증거가 압수의 대상인 경우에는 기존의 유체물에 대한 압수와 달리 다른 방식의 목록작성이 요구된다.

Ⅳ. 입법론적 대안

1. 전자정보의 압수대상성 규정

(1) 개정의 필요성

압수·수색제도는 증거방법으로 의미 있는 것이나 몰수할 것으로 예상되는 것을 수집하여 보전하는 강제처분[20]으로 몇몇 범죄에 대한 수사에서는 필수적인 조치라고 할 수 있다. 따라서 미국, 영국, 프랑스 등 많은 국가들이 이미 해온 것처럼 우리 역시 전자정보 자체를 압수대상으로 인정할 필요가 있다. 현재는 이것을 출력, 복제하는 방식이나 정보저장매체등을 압수하는 방식의, '매체중심'의 압수만이 가능하지만 전자정보 자체도 압수의 대상이 될 수 있다고 본다면 향후 정보통신기술의 발전 및 변화 양상에 보다 유연하게 대처할 수 있다. 예를 들어, 피의자 소유가 아닌 서버에 정보가 기록되는 현재의 클라우드 컴퓨팅 환경이나 향후, 특정 매체에 기록되지 않는 형태의 전자정보 등이 등장한다 해도 대처 가능하다. 이에 현 형사소송법 제106조 제1항의 압수의 대상에 정보를 삽입하고, 같은 조문 제3항 본문에서도 압수의 목적을 전자정보로 변경하는 것이 바람직하다.[21]

(2) 신·구조문 대비

현행	개정
제106조(압수) ① 법원은 필요한 때에는 피고사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 증거물 또는 몰수할 것으로 사료(思料)하는 물건을 압수할 수 있다.	제106조(압수) ① ---------- --------- 증거가 되거나 ---------- --------- 물건 또는 전자정보를 -----

19) 오현식, 앞의 글, 126쪽.
20) 배종대, 『형사소송법』, 제2판, 홍문사, 2016, 183쪽.
21) 이인곤, "클라우드 컴퓨팅 환경에서 전자정보 압수수색에 관한 입법적 개선방안", 「형사법의 신동향」 통권 제58호, 대검찰청, 2018, 10쪽.

단, 법률에 다른 규정이 있는 때에는 예외로 한다.	----------.
② (생 략)	② (현행과 같음)
③ 법원은 압수의 목적물이 컴퓨터용디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체(이하 이 항에서 “정보저장매체등”이라 한다)인 경우에는 기억된 정보의 범위를 정하여 출력하거나 복제하여 제출받아야 한다. 다만, 범위를 정하여 출력 또는 복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란하다고 인정되는 때에는 정보저장매체등을 압수할 수 있다.	③ ---------- 목적이 전자정보인 ----------.
④ (생 략)	④ (생 략)

2. 원격수색의 허용

(1) 개정의 필요성

1) 원격수색 규정의 도입

또한 전자정보의 특성을 고려해 원격수색에 대한 근거규정 역시 마련할 필요가 있다. 다만, 네트워크로 연결되어 있다는 이유만으로 모든 원격 시스템을 수색할 수 있게 되면 관련성이 없는 정보까지 광범위하게 수색할 수 있게 되는 가능성이 생기므로 적절히 한정하는 것이 필요하다. 이를 위해 ① 적법하게 영장을 발부받아 최초의 장소에서 시스템을 수색하였고, ② 그곳에 존재하는 시스템과 정보통신망으로 연결된 원격 시스템 또는 저장매체에 범죄의 증거가 존재할 개연성이 높은 경우에는 그곳에 존재하는 시스템을 통해서 원겨굿색을 할 수 있게 하되, ③최초 수색장소의 시스템에서 정당한 권한을 가지고 접근할 수 있는 원격 시스템에 한정할 필요가 있다.[22] 이는 피압수자 및 범죄와 무관한 제3자의 프라이버시 침해를 최소화할 수 있는 방안이며, 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」이 제48조 제1항에서 “정당한 접근권한 없이 또는 허용된 접근권한을 넘어 정보통신망에 침입하는” 행위를 금지하고 있는 것과도 일맥상통한다.

2) 원격수색 시 야간집행제한의 예외 규정 도입

현행법의 야간집행의 제한 규정에 따르면 일출 전, 일몰 후에는 압수·수색 영장에 야간집행을 할 수 있는 기재가 없으면 그 영장을 집행하기 위하여 타인의 주거, 간수자 있는 가옥, 건조물, 항공기 또는 선차 내에 들어가지 못한다(형사소송법 제125조, 제219조). 현 규정에 따르면 클라우드컴퓨팅과 같은 새로운 환경에서의 집행 역시 마찬가지이다. 그러나 이 조항은 ‘야간 시간대의 사생활의 평온을 보호’하기 위한 것이므로 클라우드컴퓨팅 환경처럼 장소에 물리적으로 출입하지 않고, 야간 시간대의 사생활 침해를 수반하지 않으면서 시스템에 접근하는 원격수색의 경우에는 적용 필요성

22) 이인곤, “클라우드 컴퓨팅 환경에서 전자정보 압수수색에 관한 입법적 개선방안”, 「형사법의 신동향」 통권 제58호, 대검찰청, 2018, 79쪽.

이 극히 낮다. 따라서 원격수색의 근거규정을 신설하는 것과 함께 야간집행제한의 예외를 두는 것이 바람직하다.

(2) 신·구조문 대비

현행	개정
제109조(수색) ① 법원은 필요한 때에는 피고사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 피고인의 신체, 물건 또는 주거, 그 밖의 장소를 수색할 수 있다. <단서 신설>	제109조(수색) ① ----------. 다만, 전자정보를 압수하기 위하여 컴퓨터 등 정보처리장치(이하'정보처리장치등'이라 한다)를 수색하는 경우에 압수할 전자정보가 이와 접속된 다른 정보처리장치나 정보저장매체에 기억되어 있다고 인정될만한 상당한 근거가 있고 그 정보처리장치등을 통해 여기에 접속할 정당하고 허용된 권한이 있는 경우에 한하여 다른 정보처리장치 및 정보저장매체 등에 대한 수색을 할 수 있다. 이 경우 제106조 제3항에 따라 압수의 대상이 되는 정보를 그 정보처리장치등 또는 다른 정보저장매체에 복제하여 압수할 수 있다.
② 피고인 아닌 자의 신체, 물건, 주거 기타 장소에 관하여는 압수할 물건이 있음을 인정할 수 있는 경우에 한하여 수색할 수 있다.	② ---------- 물건 또는 전자정보가 ----------.
제126조(야간집행제한의 예외) 다음 장소에서 압수·수색영장을 집행함에는 전조의 제한을 받지 아니한다. 1. 도박 기타 풍속을 해하는 행위에 상용(常用)된다고 인정하는 장소 2. 여관, 음식점 기타 야간에 공중이 출입할 수 있는 장소. 단, 공개한 시간 내에 한한다. <신 설>	제126조(야간집행제한의 예외) 다음의 경우에 ----------. 1. ---------- 장소에서의 집행 2. ----------장소에서의 집행. ----------. 3. 제109조 제1항 단서에 따른 집행

3. 협력 요청 및 보존 요청 신설

(1) 제안이유

1) 협력 요청

현재의 고도로 발전한 컴퓨팅 시스템에 대한 압수·수색은 이에 대한 전문적인 지식을 필요로 한다.[23] 이러한 지식이 부족한 상황에서 이루어지는 압수·수색은 자칫 증거의 멸실을 일으킬 수 있음은 물론이고, 제3자의 정보에 대한 불필요한 침해까지 발생시킬 수 있다. 따라서 서비스 제공자가 당해 범죄와 관련이 없는 경우 서비스 제공자에게 이와 같은 시스템의 구동 및 필요한 범죄 관련 정보를 효율적으로 수집하기 위해 협력을 요청할 수 있는 법적 근거를 마련할 필요가 있다. 다만, 이러한 입법이 협력 요청에 응하지 않으면 처벌하는 데까지 나아가는 것은 경계해야 한다. 이는 서비스 제공자의 양심의 자유 등 기본권을 침해할 우려가 있기 때문이다.

2) 보존 요청

클라우드 컴퓨팅 환경에서는 원격으로 기록되어 있는 전자정보를 수정, 삭제할 수 있어 증거 인멸의 우려가 매우 크다. 따라서, 압수의 대상이 되는 정보의 멸실을 방지하기 위해 일정 기간 당해 정보를 보존하도록 서비스 제공자에게 요구할 수 있는 법적 근거의 마련이 필요하다.[24]

(2) 신·구조문 대비

현행	개정
<신 설>	제120조의2(전자정보의 압수·수색과 필요한 처분) ① 법원은 제106조 제3항에 따른 압수·수색 영장을 집행하는 데에 압수의 목적이 되는 전자정보가 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조 제1항 제2호에서 정한 정보통신서비스에 기록·저장되어 있는 경우, 그 정보통신서비스의 제공자에게 정보저장매체등의 작동 등 필요한 협력을 요구할 수 있다. ② 전항의 경우 법원은 정보통신서비스 제공자에게 30일의 범위 내에서 당해 정보가 삭제, 변경되지 않도록 보존할 것을 요구할 수 있다.

23) 이인곤, “클라우드 컴퓨팅 환경에서 전자정보 압수수색에 관한 입법적 개선방안”, 「형사법의 신동향」 통권 제58호, 대검찰청, 2018, 80쪽.

24) 이순옥, “디지털 증거의 압수 수색절차에 대한 비판적 고찰”, 「중앙법학」 제20권 제3호, 중앙법학회, 2018, 191쪽.

	③ 전2항의 처분은 정보통신서비스 제공자가 피고사건에 혐의가 없는 자일 때만 가능하다.

4. 증거수집단계와 증거분석단계로 이원화

(1) 개정의 필요성

앞서 살펴본 것처럼, 전자정보와 전자정보가 기록되어 있는 정보저장매체에 대한 압수·수색은 기존의 압수·수색과는 구별되는 특징들을 가지고 있다. 따라서 현장에서 즉시 관련성을 판단하고 범위를 획정하기 힘들다는 점과 프라이버시권과 밀접한 관련이 있음을 모두 고려하여, 집행을 하면서도 집행 과정에서 범죄와 관련되지 않은 정보에 대해 수사기관이 접근하는 것을 억제할 필요가 있다.

이를 위해서는 전자정보나 그 저장매체등을 압수할 때에는 증거수집단계와 증거분석단계로 이원화하는 것이 효과적인 방법이 될 수 있다.[25] 즉, 수집단계에서는 선별적 압수의 원칙을 유연하게 적용하여 현장에서 범죄와 관련성이 있다고 의심되는 정보저장매체를 압수하려는 경우, 원 정보저장매체 또는 이를 이미징한 복제본을 제3의 분석장소에 봉인하여 가져오도록 하고, 이후 증거를 선별하고 분석하는 단계에서는 분석 사유와 사후계획을 제시하여 법원의 허가를 받도록 강제함으로써 선별적 압수의 원칙이 엄격하게 실현될 수 있도록 하는 것이다.

이와 같은 개정이 이루어진다면 언뜻 대량의 정보에 대한 압수가 보다 쉬워질 것 같지만 실제로는 그렇지 않다. 정보저장매체등을 압수할 때는 1차적으로 봉인하여 수집하여야 한다는 점, 법원의 허가를 받아 분석을 한다는 점, 사후계획을 제시하여야 한다는 점 등을 고려하면 오히려 선별 압수 원칙을 보다 잘 실현하는 방법이라고 할 수 있다. 또한 사후계획을 제출하게 함으로써 압수물의 폐기와 환부, 가환부 절차도 투명하고 확실하게 관리할 수 있다.

(2) 신·구조문 대비

현행	개정
<신 설>	제215조의2(정보저장매체등에 대한 압수) ① 검사 또는 사법경찰관은 제215조 제1항 또는 제2항에 따라 제106조 제3항의 정보저장매체 등에 대한 압수를 하는 경우에는 봉인하여 압수한 후, 법원의 허가를 받아서 분석해야 한다. ② 검사 또는 사법경찰관은 제1항에 따라 압수물에 대한 분석허가를 신청하고자 하는 때에는 그 사유와 압수물에 대한 사후계획

25) 조광훈, “정보저장매체 등의 압수·수색에서 참여권”, 「저스티스」 통권 제151호, 2015, 한국법학원, 290쪽.

	등을 수립하여 제출해야 한다. ③ 법원은 제1항에 의한 분석 허가를 심사함에 있어서 검사 또는 사법경찰관, 피의자 또는 변호인에게 의견을 제시할 수 있는 기회를 부여하여야 한다.

5. 참여권 보장

(1) 개정의 필요성

증거수집단계와 증거분석단계로 이원화하는 것과 함께 피압수자의 참여권을 보장하는 다양한 조치를 취한다면 보다 효과적으로 선별 압수의 원칙을 구현할 수 있을 뿐 아니라, 사생활 침해도 최소화할 수 있다. 앞서 제안한 형사소송법 개정안 제215조의2 제3항에서 기재한 바와 같이 분석 허가 과정에서도 의견 기회를 부여하도록 하지만, 증거분석단계에서도 적극적으로 참여할 수 있도록 보장하는 것이 필요하다.

판례 역시 전체 과정을 통하여 피압수·수색 당사자나 변호인의 계속적인 참여권을 보장하는 등의 방법을 통해 저장매체 내 전자정보의 왜곡, 오·남용 및 임의적인 복제나 복사 등을 막기 위한 적절한 조치가 필요한다고 밝힌 바 있다.[26]

따라서 정보저장매체의 압수 시에는 원칙적으로 이를 봉인하여 압수하게 한 후에 분석 및 사후 선별 단계에서 봉인의 해제 및 열람, 탐색 등은 피압수자나 그 변호인이 참여한 상태에서만 가능하도록 개정할 필요성이 있다.[27] 이를 통해 정보저장매체등을 압수하는 경우에 벌어질 수 있는 현재의 광범위한 사생활 침해 위험을 최소화하고 인권 신장으로까지 나아갈 수 있게 해줄 것이다.

(2) 신·구조문 대비

현행	개정
<신 설>	제215조의2(정보저장매체등에 대한 압수) ① 검사 또는 사법경찰관은 제215조 제1항 또는 제2항에 따라 제106조 제3항의 정보저장매체 등에 대한 압수를 하는 경우에는 봉인하여 압수한 후, 법원의 허가를 받아서 분석해야 한다. ② 검사 또는 사법경찰관은 제1항에 따라 압수물에 대한 분석허가를 신청하고자 하는 때에는 그 사유와 압수물에 대한 사후계획 등을 수립하여 제출해야 한다.

26) 대법원 2015. 7. 16. 선고 2011모1839 전원합의체 결정.
27) 조광훈, 앞의 논문, 295쪽.

	③ 법원은 제1항에 의한 분석 허가를 심사함에 있어서 검사 또는 사법경찰관, 피의자 또는 변호인에게 의견을 제시할 수 있는 기회를 부여하여야 한다.

Ⅴ. 결론

현재 우리 생활은 하루하루가 다르게 디지털화되고 있다. 일일이 손으로 기록하고 보관해두었던 과거와 달리, 문서는 물론이고, 편지, 거래장부부터해서 간단한 일기나 메모까지 모든 것이 전자정보로서 기록되어 저장되는 것이 요즘의 현실이다. 그렇다면 형사소송법 역시 이러한 상황을 반영하여 나아갈 필요가 있다. 현재의 형사소송법은 지나치게 유체물 위주로 규정되어 있어 전자 증거에 대한 압수·수색은 물론이고 몰수 등 다양한 법적 문제들 역시 명쾌하게 해결하지 못하고 있다. 이에 따라, 다음과 같은 해결방안을 제시하였다.

먼저, 전자 정보가 압수의 대상이 될 수 있음을 직접 규정해주는 작업이 필요하다. 현재의 매체 중심 압수 방법은 여전히 유체물 중심적인 해결을 벗어나지 못한 방법으로, 클라우드와 같은 새로운 컴퓨팅 환경에서는 적용되기 어렵다. 따라서 전자 정보의 압수대상성을 명시적으로 규정하는 일은 현재 상황을 반영하는 가장 본질적인 접근일 것이다. 다음으로, 전자정보의 대량성을 고려해 원격수색의 근거 조항을 마련하고, 일정한 요건 하에 원격 시스템을 수색에 활용할 수 있게 할 필요가 있다. 또한, 이러한 과정에서 증거의 멸실 등을 막기 위해 전문성을 가지고 있는 CSP 등의 서비스 제공자에게 협력 및 보존할 것을 요청할 수 있도록 규정을 신설해야 한다. 뿐만 아니라, 근본적으로 이러한 강제처분의 대상자가 놓이는 사생활 침해의 위험성과 관련해서는, 증거수집단계와 증거분석단계로 압수를 이원화하고, 각 과정에서 피압수자 및 변호인의 참여권을 보장함으로써 위험성을 최소화하는 방안을 모색하였다.

물론 형사소송법의 개정 외에도 다양한 제도상 개선 노력 역시 필요하다. 압수 목록의 작성 방법이나 영장별지 등 역시 개선할 필요가 있고, 형사소송규칙 및 대검내규 등도 적절히 수정될 필요가 있다. 무엇보다도 이러한 제도적 변화와 더불어 실무에서 압수·수색을 담당하는 수사관들 역시 과도한 압수·수색을 지양하고 필요한 범위로 스스로 한정할 필요가 있다.

참 고 문 헌

배종대,『형사소송법』제2판, 홍문사, 2016.

곽병선, “디지털 증거의 압수·수색절차상 문제점과 개선방안”, 「법학연구」 제51권, 한국법학회, 2013, 249-265쪽.

권양섭, “실태조사를 통해 본 디지털 증거수집의 문제점과 개선방안”, 「법학연구」 제49권, 한국법학회, 2013, 387-407쪽.

양종모, “클라우드 컴퓨팅 환경에서의 전자적 증거 압수·수색에 대한 고찰”, 「홍익법학」 제15권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2014, 21-25쪽.

오현식, “모바일 전자증거 압수수색 적법절차, 영장 별지, 수사기관의 전자증거 관리”, 「영장주의의 새로운 동향과 실천적 과제」, 국회 입법조사처·한구경사정책연구원 공동학술대회 자료집, 2019, 125-177쪽.

이경렬, “디지털정보 관련 증거의 압수·수색 규정의 도입방안 연구”, 「홍익법학」 제13권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2012, 483-521쪽.

이세화, “디지털증거에 대한 압수·수색에 있어서 대상과 종료시점”, 「법학연구」 제58권 제4호, 부산대학교 법학연구소, 2017, 33-60쪽.

이순옥, “디지털 증거의 압수 수색절차에 대한 비판적 고찰”, 「중앙법학」 제20권 제3호, 중앙법학회, 2018, 163-200쪽.

이인곤, “형사절차상 디지털증거 압수·수색에 대한 문제점과 개선방안”, 「한국경찰연구」 제15권 제4호, 한국경찰연구학회, 2016, 177-212쪽.

이인곤·강철하, “클라우드컴퓨팅 환경에서 전자정보 압수수색의 문제점과 개선방향”, 「형사법의 신동향」 제54호, 대검찰청, 2017, 322-363쪽.

이인곤, “클라우드 컴퓨팅 환경에서 전자정보 압수수색에 관한 입법적 개선방안”, 「형사법의 신동향」 통권 제58호, 대검찰청, 2018, 59-93쪽.

조광훈, “정보저장매체 등의 압수·수색에서 참여권”, 「저스티스」 통권 제151호, 한국법학원, 2015, 271-300쪽.

조석, “디지털 정보의 수사방법과 규제원칙”, 「형사정책」 제22권 제1호, 한국형사정책학회, 2010, 75-98쪽.

조성훈, “디지털증거와 영장주의”, 「형사정책연구」 제25권 제3호, 한국형사정책연구원, 2013, 111-149쪽.

최호진, “디지털증거 압수·수색에 있어서 해당 사건과의 관련성에 대한 검토”, 「범죄수사학연구」 제3권, 경찰대학 수사과학연구센터, 2017, 51-74쪽.

탁희성, “전자증거의 압수·수색에 관한 일고찰”, 「형사정책연구」 제15권 제1호, 한국 형사정책연구원, 2004, 21-62쪽.

대법원 2002. 7. 12. 선고 2002도745 판결.

대법원 2015. 7. 16. 선고 2011모1839 전원합의체 결정.

고려대학교 자전법학회
2019학년도 2학기

디지털 증거의 압수수색에서 참여권 보장
- 제3자의 권리 중심으로 -

자유전공학부 경영학과
손 주 은

I. 서론

II. 디지털 증거의 압수수색
1. 디지털 증거의 특징
2. 압수수색의 대상
3. 압수수색의 과정

III. 참여권
1. 의의
2. 참여권 보장 범위

IV. 제3자의 참여권
1. 쟁점1
2. 쟁점2
3. 쟁점3

V. 결론

Ⅰ. 서론

21세기 정보화 사회에서 디지털은 일상생활의 대부분을 차지하고 있으며. 사람들의 생각, 행동들이 디지털화되어 저장되고 있다. 따라서 이제 사건을 해결하기 위해 디지털 정보를 활용하는 것은 불가피하며, 앞으로 디지털 증거의 중요성과 필요성은 더 커질 것이다. 2011년 형사소송법의 개정을 통해 디지털 정보의 압수수색에 대한 조항을 신설했으나 그 구체적인 방법이나 관련된 권리에 대해서 구체적으로 규정을 마련하지 않았다. 디지털 정보는 기존 압수수색 대상이 되는 유체물과는 다른 특성을 지녔고, 그 특성을 반영한 압수수색 절차를 마련해야 한다.

그 중 압수수색에서 참여권은 피압수자의 최소한의 권리를 보장한다. 압수수색은 국가 형벌권 실현을 위하여 피수사자의 동의 없이도 영장을 통해 진행할 수 있으며, 이 과정에서 피압수자의 자기정보결정권, 프라이버시권 등의 권리를 침해한다. 이 권리 침해를 최소화하기 위해 최소한 참여권은 보장되어야 한다. 하지만 디지털 증거의 압수수색 과정에서 피압수자의 참여권 보장에 대한 명료한 규정이 존재하지 않는다. 특히 현행 제도에서 참여권 보장의 대상은 피수사자로 한정되어 있어, 피수사자가 아닌 제3자의 참여권이 법적으로 보장되지 않는다. 디지털 증거는 기존 유체물과 달리 피수사자와 관련이 있다고 해도 제3자의 소유인 저장매체에 담겨있거나 그 정보의 주체가 제3자인 경우가 있으므로, 제3자의 권리를 보장하는 제도가 필요하다.

본고에서는 먼저 디지털 증거와 그 압수수색 과정을 살펴보고, 그 과정에서 참여권이 어떻게 보장되는지 살펴본다. 나아가 제3자와 관련된 쟁점 3가지를 통하여 디지털 증거의 압수수색 과정에서 참여권이 어떻게 보장될 수 있을지 알아본다.

Ⅱ. 디지털 증거의 압수수색

1. 디지털 증거의 특성

디지털 증거(Digital Evidence)란, '범죄와 관련하여 디지털 형태로 저장되거나 전송되는 증거로서의 가치가 있는 정보', '전자적 방법으로 저장되어 있거나 네트워크 및 유무선 통신 등을 통해 전송중인 정보'를 가리킨다.[1] 디지털 증거에는 크게 4가지 특징이 있다. [2]

(1) 무체성과 매체독립성

디지털 증거는 눈으로 내용을 인식할 수 없다. 디지털 파일은 이진수의 신호체계로 작성되어 있기 때문에 컴퓨터 등의 도구를 통해서만 인식할 수 있다. 일반적으로 압수수색 대상은 유체성을 특징으로 갖기 때문에, 무체성을 특징으로 갖는 디지털 증거가 압수수색의 대상이 될 수 있는지 논란이 있다. 하지만 디지털 증거는 '매체 독립성'을 또한 특징으로 갖는다. 디지털 증거가 컴퓨터 등 정보저장매체에 저장되어 있더라도 컴퓨터와 별개로 '정보' 그 자체의 의미를 갖는다. 즉 어떤 저장매체에 저장되어 있던지 정보 값이 같다면 디지털 증거는 원본과 동일한 가치를 지닌다. 따라서 디지털 증거는 저장매체와 분리하여 수색 및 압수가 가능하다. 하지만 무체성이라는 특징으로 인해 압수수색 대상이 되는 범위를 정하기 어렵고, 압수수색 방법도 일반적인 유체물과는 다르다.

---

1) 이순옥, "디지털 증거의 압수·수색절차에 대한 비판적 고찰", 「중앙법학」 제20집 제3호, 2018.9, 166쪽.
2) 이순옥, 위의 논문, 167-170쪽.

(2) 취약성

취약성, 또는 용이성을 특징으로 갖는 디지털 증거는 내용의 변경이 쉽고 컴퓨터에서 자동적으로 생성되는 디지털 정보 값이 쉽게 변경된다. 내용 변경이 쉽지만 그 변경 여부를 알기 어렵고, 내용 변경이 없더라도 다시 저장하는 경우 디지털 증거의 값이 변경될 수 있다. 따라서 디지털 증거가 위조, 변조되지 않았고 무결성, 원본 증거와의 동일성을 입증하는 절차가 중요하다. 예를 들어 복사된 디지털 증거의 동일성을 입증하기 위해 파일 특성을 축약한 '해쉬값'을 사용한다.

(3) 대량성

정보저장매체에는 수많은 정보들이 혼재되어 있다. 따라서 저장매체를 압수하게 되는 경우 다른 정보까지 압수할 가능성이 높다. 영장 범죄사실과 관련 없는 정보까지 압수하거나 제3자의 정보를 압수하여 프라이버시권을 침해할 가능성이 높다. 따라서 압수수색 영장 집행범위를 사건과 관련 있는 범위로 특정하는 데 유의해야 한다.

(4) 네트워크 관련성

디지털 증거가 유체물인 USB, 노트북 장치에 저장되기도 하지만, 네트워크를 통해 연결된 인터넷에 저장되어 있는 경우도 있다. 이를 네트워크 관련성이라고 한다. 해당 정보의 주체가 아닌 인터넷 서비스 제공자(ISP, Internet Service Provider)가 정보를 보관하고 있을 경우 제3자 보관 디지털 증거의 압수수색과 관련된 문제가 발생한다. 또한 해외 서버에 저장된 디지털 증거를 압수할 경우 국제형사사법관할권의 문제가 발생하기도 한다.

2. 압수수색의 대상[3)]

압수수색은 대표적인 대물적 강제처분으로서 피수사자의 소유권 및 점유권을 침해하는 것이다. 따라서 압수수색 대상은 소유권과 점유권의 대상이 되어야 하며, 유체성과 이전가능성을 특징으로 가져야 한다. 하지만 디지털 증거는 유체물이 아닌 대상임에도 불구하고 압수수색의 대상으로 인정된다. 2011년 7월 18일 제106조 제3항과 제4항이 추가됨으로써 디지털 증거가 압수수색 대상으로 명시적으로 인정받았다.[4)]

압수수색의 대상은 제106조 제1항에 의하여 관련성 있는 대상으로 한정한다. 관련 범죄혐의로는 '죄를 범하였다고 의심할 만한 정황'을 요구하고 있다. 수사기관들은 피의자와 관련된 전자 증거자료들을 압수 또는 수색하면서 포괄적으로 하여, 그 전자 증거자료 속에 포함되어 있는 개인정보들이 무차별적으로 수사기관의 압수, 수색과 함께 노출되면서 개인정보 주체자의 정보자기결정권을 침해할 우려가 높다.

3. 압수수색의 과정

디지털 증거의 압수수색은 물리적 수색과 전자수색 두 단계로 구분된다. 물리적 수색은 전자 정보를 담고 있는 저장매체나 하드웨어를 입수하거나 수색 장소에서 찾아야하는 것이며, 전자 수색은 장에 기재된 전자 정보를 추출하는 두 단계로 구분된다.

---

3) 배종대 · 홍영기, "형사소송법", 『홍문사』, 2018.
4) 박혁수, "디지털 정보 압수 · 수색의 실무상 쟁점", 「형사법의 신동향」 44호, 2014.9, 77쪽.

형사소송법 제106조 3항에 의하면 특정 정보저장매체에 저장된 특정 디지털 증거를 압수수색 대상으로 하고 있다. 3항 본문에 따라서 원칙적으로 전자정보만을 문서로 출력하거나 수사기관이 휴대한 저장매체에 복사하는 방법으로 디지털 증거를 압수해야 한다. 하지만 3항 단서에 따라, 출력이나 복제가 불가능하거나 압수 목적을 달성하기 어려운 예외적인 상황에서만 정보저장매체를 압수수색의 대상으로 삼는다. 저장매체 자체를 직접 반출하거나 저장매체에 들어 있는 전자파일 전부를 하드카피나 이미징[5] 등 형태(이하 '복제본'이라 한다)로 수사기관 사무실 등 외부로 반출하는 방식으로 이루어진다.[6]

정리하면[7] 디지털 증거 압수수색의 방법은 ① 정보저장매체에서 혐의사실과 관련된 데이터만 복사하거나 종이로 출력하는 방법, ② 현장에서 정보저장매체 전체를 이미징하여 확보한 증거사본을 수사기관 사무실로 가져오는 방법, ③ 현장에서 정보저장매체 자체를 수사기관 사무실로 가져온 후 이미징하여 증거사본을 확보하는 방법이 있다.

아래는 위의 표는 위의 3가지 방법 중 마지막 방법인 ③에 대한 구체적인 과정이다.[8]

순번	세부절차
(1)	수사관이 압수·수색 현장으로 들어가 저장매체를 찾는다.
(2)	수사관이 피압수자 등의 참여 하에 저장매체를 봉인하여 대검찰청 디지털 포렌식센터로 옮긴다. 압수목록도 교부한다.
(3)	포렌식 수사관은 피압수자 등의 참관 하에 저장매체 원본의 봉인을 풀고 쓰기방지장치를 장착한 후 이미징 작업을 하여 증거사본을 작성한다.
(4)	포렌식 수사관은 저장매체 원본을 수사팀에 반환하고, 이미징 작업을 통해 만들어진 증거사본을 대검찰청 디지털 포렌식센터 증거사본 보관시스템에 저장(업로드)한다.
(5)	수사팀은 저장매체 원본을 피압수자 등에게 환부 또는 가환부한다.
(6)	포렌식 수사관은 인증 과정을 거쳐 보관 시스템에 접근한 후 저장된 증거사본을 내려 받아 분석작업(삭제 파일 복구, 파일 추출 등)을 실시한다. ※ 증거사본 자체를 하드디스크 등에 저장하여 수사팀에 인계하는 경우도 있다.
(7)	포렌식 수사관은 수사팀의 요청에 따라 분석(추출, 복구, 색인)이 완료된 데이터를 대검찰청 디지털 포렌식센터의 원격디지털공조시스템에 저장(업로드)한다. ※ 네트워크 사정 또는 수사팀의 요청이 있는 경우 분석이 완료된 데이터를 하드디스크 또는 CD에 저장하여 수사팀에 인계하기도 한다.
(8)	수사팀은 네트워크를 통해 원격디지털공조시스템에 접속한 후 그곳에 저장된 데이터를 검색하거나 또는 그 데이터가 저장된 하드디스크·CD를 수사팀의 컴퓨터에 연결하여 검색한다.
(9)	수사팀은 검색 결과 압수·수색영장 기재 범죄사실과 관련있는 것으로 확인된 파일을 복사(COPY) 또는 출력(PRINT)한다.
(10)	수사팀은 사건이 종결된 후 증거사본 등 남아있는 데이터를 삭제(폐기)한다.

5) 저장매체의 내부 정보를 전부 수집하는 과정을 디스크 이미징이라 한다. 최윤정, "전자정보 압수수색에 적용되는 영장주의 원칙과 그 예외에 관한 법적 검토",「저스티스」, 2016, 118쪽.
6) 대법원 2015.7.16. 자 2011모1839 전원합의체 결정.
7) 박혁수, 위의 논문, 78-79쪽.
8) 박혁수, 위의 논문, 81쪽.

Ⅲ. 참여권

1. 의의

형사소송법 제121조에 의하면, 필요성을 벗어난 무분별한 정보의 복제를 방지하기 위하여 수사기관은 압수수색 과정에 대한 검사, 피고인, 변호인의 참여권을 보장해야 한다. 단, 제122조에 의하여 참여하지 아니한다는 의사를 명시하거나 급속을 요하는 때에는 예외로 한다. 현재 우리나라 형사소송법에서는 디지털 증거수집과 관련된 구체적인 참여권 보장방안은 명시되어 있지 않지만, 법원 영장 별지에서 참여권 보장을 명시하고 있다.[9)]

전자정보의 압수수색에서 피압수수색 당사자에게 참여권을 보장하는 취지에 대해서 무관정보배제설, 무결성보장설, 강제처분신뢰확보설, 3가지 학설이 존재한다.[10)] 무관정보배제설은 정보저장매체에 담긴 전자정보 중 영장에 기재된 사실과 관련 없는 정보의 무분별한 압수를 방지하고, 전자정보의 무단복제, 위조, 변조, 훼손 가능성을 차단하기 위해서라고 주장한다. 무결성보장설은 전자정보의 무결성을 둘러싼 논란을 사전 차단하기 위한 것이라고 주장한다. 강제처분신뢰확보설은 전자정보의 무결성 보장을 통해 피압수수색 당사자의 법익침해 가능성을 사전에 차단하고 공정한 재판을 실현하기 위한 것이라고 주장한다. 이 외에도 수사기관이 정보저장매체를 압수하건 복제 또는 출력물을 압수하건 해당사건과 관련성이 있는 부분에 한하여 압수하도록 심리적으로 억제하는 효과를 갖고 있다.[11)] 결론적으로 피압수수색 당사자의 법익과 공정한 수사와 재판을 위하여 참여권이 법률에 의해 보장되고 있다.

2. 참여권 보장 범위

위에서 설명한 바와 같이, 디지털 증거 압수수색의 방법은 3가지이다. 첫 번째 경우, 혐의사실과 관련된 데이터만 복사하거나 종이로 출력하기에, 현장에서 복사하거나 출력하는 상황에서 압수수색이 완료되고 현장에서 피압수수색 대상자의 참여권이 보장되면 된다. 두 번째 경우와 세 번째 경우, 현장에서 관련된 정보만이 아닌 정보저장매체에 저장된 모든 정보를 대상으로 한다. 전자는 하드카피, 이미징을 통해서 수사기관으로 가져오고 후자는 정보저장매체 자체를 옮겨온다. 이 과정에서 정보저장매체를 수색하는 물리적 수색과, 확보된 전체 정보에서 혐의사실과 관련된 정보만을 찾는 전자 수색으로 나뉜다.

압수수색 현장에서 정보저장매체를 압수하였을 경우, 이를 수사기관의 사무실로 옮겨 전자정보의 파일을 검색하는 행위를 압수행위의 연장으로 볼 것인지, 아니면 압수도 수색도 아닌 검열 또는 검사의 개념으로 볼 것인지의 해석상 논란이 있다.[12)] 즉 압수수색 집행의 종료시점을 확정지을 필요가 있다. 이는 형사소송법상 인정되는 권리인 참여권이 어느 범위까지 보장되어야 하는지에 대한 기준이 됨으로 중요하다. 형사소송법 규정을 위반하여 취득한 증거는 원칙적으로 위법수집증거에

---

9) 김무석, “디지털 포렌식에서의 절차상 참여권 보장 방안-제도개선을 중심으로”, 「치안정책연구」제32권 제3호, 2018, 293쪽.

10) 이진국, “전자정보의 압수수색에서 피압수수색 당사자의 참여권에 관한 일고”, 「아주법학」 11권 4호, 2018.2. 331-332쪽.

11) 조광훈, “정보저장매체 등의 압수 · 수색에서 참여권”, 「저스티스」, 2015.12. 279쪽.

12) 이가윤, “디지털 증거의 압수수색에 관한 연구”, 「한국컴퓨터정보학회 학술발표논문집」 제22권 제2호, 2014.7. 140쪽.

해당하여 증거능력이 없기 때문에 압수수색 과정에서 형사소송법 규정을 준수해야 한다. 하지만 압수수색영장 집행이 종료된 이후 압수물 분석 단계에서는 피압수수색 대상자를 참여시키지 않았다 하더라도 위법수집증거가 되지 않는다.[13] 따라서 압수수색 절차의 시간적 한계를 정하는 것이 중요하다.

(1) 학설

정보저장매체를 외부로 반출한 이후 탐색의 성격을 기준으로 3가지 학설이 존재한다.[14]

1) 수색설

정보저장매체 내부에 저장된 자료를 탐색하기 위해 옮기는 것을 '수색에 필요한 처분'으로 보고, 정보저장매체 또는 하드카피·이미징으로 목제된 복제물을 외부로 반출하는 행위를 수색으로 이해한다. 따라서 반출한 정보저장매체를 탐색하여 관련 있는 정보를 선별한 후 압수한 때에 이르러서야 압수수색 절차가 완료된다. 따라서 현장에서 정보저장매체를 반출할 때와 더불어 정보저장매체를 탐색하여 정보를 선별하는 과정에서도 피압수수색 당사자의 참여권을 보장해야 한다.

좀 더 세분화하면, 압수수색의 종료시점을 해당 사건의 범죄사실과 관련성이 있는 전자정보만을 출력하여 압수한 경우 현장의 압수수색하여 출력했을 때 압수수색이 종료된 것이며, 해당 사건과 관련성이 있는 정보와 관련성이 없는 정보를 함께 압수하거나 선별적 압수수색이 불가능하여 정보저장매체를 압수한 경우 수사기관 사무실에서 해당 범죄사실과 관련성 있는 전자정보만을 선별하여 출력할 때 압수수색은 종료된다.[15]

2) 압수물확인행위설

정보저장매체 또는 하드카피·이미징으로 복제된 복제물을 반출하는 것만으로 압수수색이 종료된다. 그 이후 관련 있는 정보를 선별·탐색하는 것은 압수물을 확인하는 수사기관의 내부적인 확인, 분석행위에 불과하다. 즉 압수 이후의 단계이므로 임의수사의 영역이다. 따라서 현장에서 정보저장매체를 가져가거나 정보 전체를 복제할 경우 참여권이 보장되어야 하지만, 수사기관으로 가져온 이후에는 참여권 보장이 필수사항은 아니다. 근거로서 형사소송법 제106조 제3항에서 '정보저장매체 등' 그 자체를 '압수'할 수 있다고 규정한 조항을 제시한다.

3) 수색·검증설

정보저장매체에 저장되어 있는 전자정보를 탐색하는 행위를 검증으로 본다. 여러 컴퓨터 기술과 소프트웨어를 사용하여 정보저장매체에 있는 정보에 접근해야 함으로 수색영장 외에 검증영장을 요구한다. 따라서 정보저장매체를 반출하는 수색과정과 동시에 정보를 탐색하는 검증과정 모두 영장과 참여권 보장을 필요로 한다.

하지만 압수수색 영장을 거쳐 수집한 증거를 분석하는 것까지 새로 영장을 받아야 한다면 형사절차에서 수사의 효율성을 저해하고 실체적 진실 발견을 방해한다.[16] 또한 증거물을 확보한 이후에 이를 분석하기 시작하면서 그로부터 얻어낼 수 있는 정보에 대한 처분의 동의를 다시금 구해야 한다고 보는 것은 합리적이지 않다. 전자가 압수와 관련된 절차이며, 후자는 그에 당연히 잇따르는

13) 박혁수, 위의 논문, 82쪽.
14) 이진국, 위의 논문, 326-328쪽.
15) 조광훈, "전자정보의 압수수색절차에서 관련성.동일성.참여권", 「법제논단」, 2018, 26-27쪽.
16) 김운곤, "압수수색과 개인정보 보호의 문제", 「한국컴퓨터정보학회논문지」 20권 5호, 2015.5, 127쪽.

증거조사, 분석 과정으로서 양자는 구별해야 하며, 후자와 같은 작업을 위해서 다시금 법원의 통제가 필요하다고 볼 수는 없기 때문이다.[17] 따라서 수색, 검증 영장을 다시 받아서 해결하는 것보다, 처음의 영장을 발부할 때 법원이 제한적으로 영장을 발부하는 것이 개인정보의 침해나 개인의 인권을 침해하는 문제를 방지할 수 있다. 즉, 피압수수색 대상자의 권리와 수사의 효율성의 균형을 위하여 선별된 정보를 반출하는 것으로서 압수수색이 종료되고, 더 이상의 분석에서 참여권 보장이 필요하지 않다.

(2) 대법원 입장

1) 대법원 전원합의체 결정[18]

> 저장매체 자체 또는 적법하게 획득한 복제본을 탐색하여 혐의사실과 관련된 전자정보를 문서로 출력하거나 파일로 복제하는 일련의 과정 역시 전체적으로 하나의 영장에 기한 압수·수색의 일환에 해당하므로, 그러한 경우의 문서출력 또는 파일복제의 대상 역시 저장매체 소재지에서의 압수·수색과 마찬가지로 혐의사실과 관련된 부분으로 한정되어야 함은 헌법 제12조 제1항, 제3항과 형사소송법 제114조, 제215조의 적법절차 및 영장주의 원칙이나 비례의 원칙에 비추어 당연하다.

대법원은 일관되게 수색설을 주장하고 있으며, 대법원 판례의 태도를 압수수색일환설이라 부르기도 한다.[19]

> 저장매체에 대한 압수·수색 과정에서 범위를 정하여 출력 또는 복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란한 예외적인 사정이 인정되어 전자정보가 담긴 저장매체 또는 하드카피나 이미징 등 형태(이하 '복제본'이라 한다)를 수사기관 사무실 등으로 옮겨 복제·탐색·출력하는 경우에도, 그와 같은 일련의 과정에서 형사소송법 제219조, 제121조에서 규정하는 피압수·수색 당사자(이하 '피압수자'라 한다)나 변호인에게 참여의 기회를 보장하고 혐의사실과 무관한 전자정보의 임의적인 복제 등을 막기 위한 적절한 조치를 취하는 등 영장주의 원칙과 적법절차를 준수하여야 한다.

수색설에 따라, 정보저장매체 또는 복제본을 수사기관으로 가져온 경우, 그것을 복제·탐색·출력하는 과정에서 참여권을 보장해야 한다.

다만 이 판례에서 참여권 보장범위에 관하여 의견이 나뉜다.[20] 피의사실과 관련된 정보만을 탐색하는 경우에 국한되지 않고 탐색된 모든 정보에 관하여 참여권이 보장된다는 견해[21]와 피의사실과 관련 없는 정보의 탐색·수집에 관하여는 참여권 보장 문제가 실질적으로 제기될 여지가 없다는 견해[22]로 나눠진다. 하지만 후자의 경우, 범죄관련성이 없어 참여권이 보장되지 않는 정보는 별건 수사의 단서로 활용할 수 있는 탈법의 여지를 허용하는 것이 될 수 있다.[23] 또한 피의사실과 관련

17) 홍영기, "압수의 허용과 제한", 「고려법학」 72호, 2014.3, 401쪽.
18) 대법원 2015.7.16. 자 2011모1839 전원합의체 결정.
19) 이진국, 위의 논문, 328쪽.
20) 전명길, "디지털증거의 압수·수색에 있어서 참여권에 관한 연구", 「인문사회21」 제8권 제2호, 2017.4, 653쪽.
21) 다수의견.
22) 대법관 김창석, 대법관 박상옥의 반대의견.

있는지의 여부는 압수한 정보저장매체나 정보저장매체를 이미징한 하드카피를 분석하는 과정에서 알 수 있기 때문에 사전에 판단이 불가능하다. 따라서 피의사실과 관련 있는 정보인지 선별하는 과정까지도 참여권이 보장되어야 함으로 피의사실과 관련된 정보이든 관련되지 않은 정보이든 모든 정보에 관하여 참여권이 보장되어야 한다.

2) 대법원 판결[24)]

> 수사기관이 정보저장매체에 기억된 정보 중에서 키워드 또는 확장자 검색 등을 통해 범죄 혐의 사실과 관련 있는 정보를 선별한 다음 정보저장매체와 동일하게 비트열 방식으로 복제하여 생성한 파일(이하 '이미지 파일'이라 한다)을 제출받아 압수하였다면 이로써 압수의 목적물에 대한 압수·수색 절차는 종료된 것이므로, 수사기관이 수사기관 사무실에서 위와 같이 압수된 이미지 파일을 탐색·복제·출력하는 과정에서도 피의자 등에게 참여의 기회를 보장하여야 하는 것은 아니다.

마지막 문장만 보면 참여권 보장이 필요 없다는 맥락으로 보여 자칫 압수물확인행위설로 이해될 수 있다. 하지만 이는 혐의 사실과 관련 있는 정보를 선별한 이후이기 때문에 압수수색 절차가 종료되었음을 가정하는 것으로 이해된다. 즉 혐의 사실과 관련 있는 정보를 선별하기까지의 단계에서는 피압수수색 대상자의 참여권이 보장되어야 한다.

(3) 소결

세 학설 중 수색설이 타당하다. 압수물확인행위설을 따르면 정보저장매체의 반출 후 이뤄지는 정보 분석 과정에서 피의사실과 관련 없는 정보가 나오는 과정에서 개인의 사생활과 정보자기결정권이 과도하게 침해될 수 있다. 또한 수색·검증설을 따르면 수사의 효율성을 과도하게 저해하여 실체적 진실의 발견에서 멀어질 수 있다. 따라서 대법원의 입장인 수색설이 정당하다. 즉, 관련성 있는 정보를 선별할 때까지 압수수색 과정은 진행되며 참여권이 보장되어야 한다.

하지만 "압수된 이미지 파일을 탐색·복제·출력하는 과정에서도 피의자 등에게 참여의 기회를 보장하여야 하는 것은 아니다."는 2017도13263 판결처럼 유관정보를 선별한 이후의 디지털 분석에 대하여는 참여권을 보장하지 않는다. 이러한 측면에서 참여권이 관련 정보 선별 단계에서 어느 정도까지 보장되는지 분명히 해야 한다. 참여권은 개괄적 검열만을 포함한다는 주장이 있다.[25)] 개괄적 검열이란 정보저장매체에 있는 파일명 등의 표시를 보았을 때 관련 있는 정보가 포함되어 있다고 볼 수 있는 파일을 선택하는 것, 다수저장시스템의 경우 당해 사건의 피의자나 관련자가 접근한 저장장소를 선택하는 것, 대규모의 이메일인 경우 일자, 관련사항, 송신자 또는 수신자를 선정한다고 할 수 있다. 파일의 내용을 개별적으로 확인하는 것은 압수수색 이후 증거 분석의 단계이므로 참여권 보장이 필요하지 않다.

전자 수색과 디지털 분석의 차이는 혐의사실과의 관련성에 있다. 하지만 압수수색 절차는 관련 정보를 선별하여 수사기관이 획득함으로써 종결되는데, 관련 정보 선별을 위한 전자 수색과, 이미 획득한 정보를 활용한 디지털 분석의 경계가 실무적으로 분명치 않다는 한계가 있다.

---

23) 전명길, 위의 논문, 654쪽.
24) 대법원 2018.2.8. 선고 2017도13263 판결.
25) 이진국, 위의 논문, 336쪽.

Ⅳ. 제3자의 참여권

1. 쟁점 1: 제3자가 정보저장매체의 소유자일 경우 참여권 보장

(1) 쟁점

형사소송법 제106조 제2항은 압수의 상대방을 소유자, 소지자 또는 보관자로 명시하고 있다. 압수의 상대방으로 규정된 소유자, 소지자, 보관자를 피의자, 피고인을 사실상의 지배 상태를 기준으로 구별해놓은 것으로 보아야 한다[26]는 견해가 있다. 예를 들어 상담센터 직원 동의만 받고 피의자 신상 관련 정보를 가져올 수 없거나, 서버관리자의 동의가 있다고 해서 인터넷 이용자의 사용내역을 영장 없이 확보할 수 없다.[27] 영장 없는 임의 제출의 경우, 피수사자나 피의자의 방어권 보장 등의 권리에 실질적인 영향이 있기 때문에 소시자나 보관자 동의가 있더라도 피수사자나 피의자의 동의가 필요하다는 주장은 타당하다.

형사소송법 제121조는 참여권의 대상을 검사, 피고인 또는 변호인으로 한정함으로써 피수사자가 아닌 제3자는 배제되어 있다. 하지만 정보저장매체를 피고인이나 피의자가 아닌 제3자가 가지고 있을 경우, 제3자의 소유권이나 점유권은 어떻게 보호되는가? 영장이 수반된 강제집행의 경우, 임의집행과 달리 피의자나 피고인의 동의를 받을 필요가 없다. 즉 피의자, 피고인이 아닌 제3자가 소유자, 소지자, 보관자인 경우에도 강제집행 대상은 제3자의 동의 없이 압수수색 가능하다. 이 때 제3자의 소유권이나 점유권을 참여권 보장을 통해서 보호할 수 있는지에 대해서 다루고자 한다.

(2) 별지 기재례 및 훈령

1) 법원의 압수수색영장 별지 기재례[28]

별지 기재례를 살펴보면 참여권의 대상을 소유자, 소지자로 확장하고 있다. 디지털 증거 압수수색의 세 가지 방법 (나.(1)…①, 나.(2)(가)…②, 나.(2)(나)…③)을 확인할 수 있고, 참여권 보장의 대상을 '피압수자 등'으로 표현함으로써 피의자가 아닌 소유자나 소지자도 참여권 보장의 대상에 포함함을 알 수 있다.

---

26) 배종대, 홍영기, 위의 책, 107쪽.
27) 대법원 2015.1.22. 선고 2014도10978 전원합의체 판결.
28) 박혁수, 위의 논문, 79-80쪽.

1. 문서에 대한 압수 나. 해당 문서가 증거물인 경우, 피압수자 또는 참여인(이하 '피압수자 등'이라 한다)의 확인 아래 사본하는 방법으로 압수함 ※피압수자: 피의자나 변호인, 소유자, 소지자 ※참여인: 형사소송법 제123조에 정한 참여인 2. 컴퓨터용 디스크 등 정보저장매체에 저장된 전자정보에 대한 압수ㆍ수색ㆍ검증 나. 전자정보의 압수 (1) 원칙 저장매체의 소재지에서 수색ㆍ검증 후 혐의사실과 관련된 전자정보만을 문서로 출력하거나 수사기관이 휴대한 저장매체에 복사하는 방법으로 압수할 수 있음 (2) 저장매체의 하드카피ㆍ이미징(이하 '복제'라 한다)이 허용되는 경우 (가) 집행현장에서의 복제 출력ㆍ복사에 의한 집행이 불가능하거나, 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란한 경우에 한하여 저장매체 전부를 복제할 수 있음 (나) 저장매체의 원본 반출이 허용되는 경우 1) 위 (가)항의 경우 중 집행현장에서의 저장매체의 복제가 불가능하거나 현저히 곤란한 때에 한하여 피압수사 등의 참여 하에 저장매체 원본을 봉인하여 저장매체의 소재지 이외의 장소로 반출할 수 있음 2) 위 1)항의 방법으로 반출한 원본은 피압수자 등의 참여 하에 개봉하여 복제한 후 지체없이 반환하되, 특별한 사정이 없는 한 원본 반출일로부터 10일을 도고하여서는 아니됨. (3) 전자정보 압수 시 주의사항 (다) 압수수색의 전체과정을 통하여 피압수자 등의 참여권이 보장되어야 하며, 참여를 거부하는 경우에는 신뢰성과 전문성을 담보할 수 있는 상당한 방법으로 압수ㆍ수색이 이루어져야 함.

<표1> 압수수색영장 별지기재례

2) 디지털 증거 수집 및 처리 등에 관한 규칙

또한 경찰청 훈령 제845호(2017.8.28.) 디지털 증거 수집 및 처리 등에 관한 규칙에도 참여권의 대상을 확대하고 있다. 제11조 1항부터 3항까지는 디지털 증거를 수집하는 3가지 방법을 열거하고 있다. 2017년 신설된 4항에서는 참여권 보장을 명시하고 있다. 이는 2015년 대법원 결정[29]으로 디지털 포렌식 절차에 피의자의 참여권을 보장하라는 취지의 판결이 나오면서 신설된 항이다.[30]

29) 대법원 2015.7.16. 자 2011모1839 전원합의체 결정.
30) 김무석, 위의 논문, 303쪽.

제11조(디지털 데이터의 압수·수색·검증) ① 수사관은 압수·수색·검증 현장에서 디지털 데이터를 압수하는 경우에는 범죄사실과 관계가 있다고 인정할 수 있는 범위를 정하여 출력하거나 복제하는 방법으로 압수하여야 한다. ② 수사관은 압수·수색·검증현장에서 제1항의 방법이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에는 복제본을 획득하여 외부로 반출한 후, 제1항의 방법으로 디지털 데이터를 압수할 수 있다. ③ 수사관은 압수·수색·검증현장에서 제1항 및 제2항의 방법이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에는 디지털 저장매체 원본을 외부로 반출한 후, 제1항 또는 제2항의 방법으로 디지털 데이터를 압수할 수 있다. ④ 수사관은 제1항부터 제3항까지의 규정에 따라 디지털 데이터를 압수하는 경우에는 피의자나 변호인, 소유자, 소지자 또는 「형사소송법」 제123조에 정한 참여인(이하 “피압수자등”이라고 한다)의 참여권을 보장하여야 한다.

<표2> 경찰청 훈령 제845호

(3) 소결

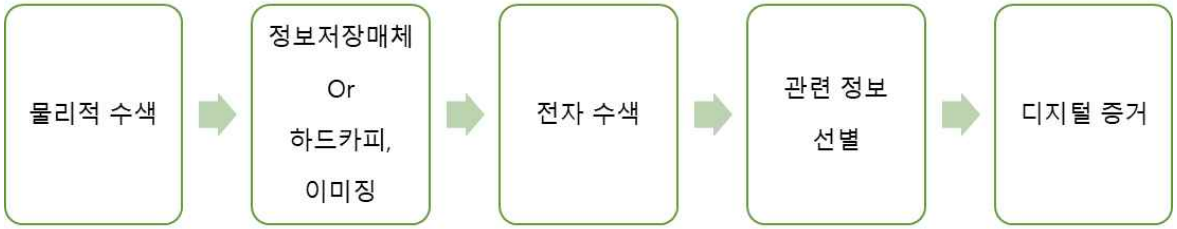
실무적으로 디지털 증거나 정보저장매체를 소유, 소지, 보관한 제3자에게도 참여권이 보장된다는 것을 법원 별지 기재례와 경찰청 훈령을 통해서 알 수 있다. 하지만 형사소송법 제121조는 사건관계인의 지위, 즉 소송 당사자(검사, 피고인, 변호인)에서의 참여만을 명시할 뿐 피압수수색 당사자의 지위에서 참여하는 근거규정이 아니므로[31] 소유자, 소지자인 제3자의 참여권이 법률로서 보장되지 않는다. 따라서 제3자의 참여권이 보장되지 않아도 위법한 증거수집이 되지는 않는다.

법률로서 참여권 보장의 대상을 피고인에게 한정하지 않고 소유자, 소지자 또는 보관자로 확대한다면 제3자가 소유자, 소지자 또는 보관자인 경우의 권리가 보다 보호받을 수 있다. 따라서 참여권의 대상자는 피압수자(피고인, 변호인, 소유자, 소지자, 보관자) 또는 형사소송법 제123조에 명시된 참여인 모두이다. 이렇게 제3자가 정보저장매체의 소유자, 소지자, 또는 보관자일 경우 참여권의 대상을 확대함으로써 참여권을 보장받을 수 있다. 다만 참여권이 보장되지 않을 경우 사후적으로 위법수집증거배제법칙에 의해 증거능력이 배제되어 피고인 또는 피의자에게 이익이 있지만 제3자에게는 이익이 없다는 데 한계가 있다.

2. 쟁점2: 참여권 보장 범위와 그 방법

(1) 참여권 보장 범위

디지털 증거 압수수색의 방법 중 ②와 ③을 도식으로 나타내면 다음과 같다.



31) 이진국, 위의 논문, 333쪽.

위에서 언급했듯이 압수수색의 종료시점은 수색설에 따라 관련 정보를 선별하는 단계까지이며, 압수수색 종료시점까지 피압수자 등의 참여권은 보장되어야 한다. 법원 압수수색 영장 별지 기재례 (3) 전자정보 압수 시 주의사항 중 (다)에서 압수수색 전체과정을 통하여 피압수자 등의 참여권이 보장되어야 한다고 명시했으며, 여기서 압수수색 전체과정은 정보저장매체 또는 정보저장매체의 복제본에 대한 탐색, 복제, 출력 과정을 모두 포함한다.[32]

(2) 참여권 보장 방법의 개선방안

1) 전자수색 참여권을 법률에 명시

현장에서 관련 정보만을 선별할 수 없어 정보저장매체 원본을 가져오거나 정보저장매체 전체를 이미징하거나 하드카피 할 경우, 수사기관에서 관련 정보를 선별하는 단계까지 참여권을 보장해야 함을 법률에 명시해야 한다. 현재 디지털 증거 수집 및 처리 등에 관한 규칙 제11조 제4항에서 디지털 증거 압수수색의 참여권이 명시되어있으나 그 과정이 구체적으로 드러나지 않는다. 다음과 같이 규칙 제11조 4항을 변경하자는 주장이 있다.[33]

> 제11조 ④ 수사관은 제1항부터 제3항까지의 규정 에 따라 디지털 데이터를 압수하는 경우, 그리고 외부 반출 후 수사기관에서 디지털 데이터를 선별하는 경우에 피의자나 변호인, 소유자, 소지자 또는 「형사소송법」 제123조에 정한 참여인(이하 "피압수자 등" 이라고 한다)의 참여권을 보장하여야 한다.

하지만 압수수색에서의 참여권은 개인의 사생활 침해, 정보자기결정권과 직결되며, 수사의 효율성과 실체적 진실 발견을 위해 피압수자의 권리를 제한하는 압수수색에 대응하는 권리이다. 또한 법률에 명시되어야 위법수집증거배제의 법칙에 적용을 명시적으로 받을 수 있다. 그러므로 디지털 증거 압수수색에서의 참여권은 법률에서 보장하는 것이 바람직하다. 따라서 위 규칙 제11조 4항의 변경사항을 법률로 신설해야 한다. 참여권을 규정한 형사소송법 제121조를 제121조 1항으로 규정하고 제2항으로 디지털 증거 압수수색에서의 참여권 보장 규정을 신설하거나, 제106조 제3항에서 정보저장매체를 이용하여 디지털 증거의 압수수색을 명시한 것에 근거하여 제106조 제5항으로 신설하는 것이 바람직하다.

2) 참여형 디지털 증거분석실[34]

참여형 디지털 증거분석실(이하 참여형 분석실)이란 실질적인 참여권 보장을 위하여 제안된 시설이다. 수색설에 따라 수사기관 내 압수한 정보저장매체에서 관련 정보를 선별하여 출력하는 경우 참여권을 보장해야 한다. 전자수색 과정에서 피수사자 등이 참여할 수 있도록 고안되었다.

설치목적은 수사기관의 업무효율성 증대, 증거분석에 대한 신뢰성 제고, 선별압수 과정에서의 정보인권 보장이다. 분석실에서 디지털 포렌식 수사관이 디지털 포렌식 과정을 진행하는 동안, 참여조사실에서 피압수자 등이 수사관과 함께 실시간으로 과정에 참여할 수 있다. 분석과 참여를 동시에 진행한다는 점에서 수사에 효율적이며, 매직미러로 분석실과 참여조사실이 물리적으로 분리되어 있기에 수사기법 노출도 막을 수 있다. 또한 피압수자 등은 모니터 화면을 통해 실시간으로 압수수색 과정에 참여함으로써 정보인권 등의 권리를 보장받을 수 있으며, 피압수자 등에게 증거분석을

32) 김무석, 위의 논문, 288쪽.
33) 김무석, 위의 논문, 305쪽.
34) 김무석, 위의 논문, 297-303쪽.

눈으로 확인시켜 줌으로써 증거분석의 신뢰성을 높일 수 있다.

위 논문은 피의자 조사 시 참여형 분석실을 사용함으로써 피의자의 권리 보장만을 언급했으나, 참여권 보장 대상을 피압수자(피고인, 변호인, 소유자, 소지자, 보관자) 또는 참여인으로 확대한 만큼, 참여권이 보장되는 모든 주체들이 참여형 분석실을 사용할 수 있도록 해야 한다.



<그림 1> 참여형 디지털 증거분석실

3. 쟁점 3: 제3자가 정보의 주체일 경우 참여권 보장

(1) 쟁점

모든 개인은 자신의 개인정보에 대하여 자기결정권을 지닌다. 헌재의 결정[35]에 따르면 개인정보자기결정권은 자신에 관한 정보가 어느 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리를 가리킨다. 영장을 통한 압수수색은 국가기관이 개인정보를 이용하는 것이므로 수사의 효율성과 개인정보자기결정권 침해 사이 균형을 찾아야 한다. 이 때 정보의 주체가 피의자 또는 피고인이 아닌 제3자일 경우, 자신의 정보가 수사기관에 의하여 압수되고 조사되는지 알 권리가 있다.

개인 정보가 유추될 위험이 있는 안 예시로서 2010년 7월 구축된 KICS(Korea Information System of Criminal Justice Services)[36]라 불리는 형사사법포털시스템이 있다. 국민에게 쉽게 형사사법 서비스를 제공할 수 있다는 장점이 있지만, 개인정보가 위험해진다는 단점이 있다. 피의자, 피해자, 참고인이든 누구든, 유무죄나 피해 유무 상관없이 KICS에 25년 간 저장된다. 이러한 체제가 구축되면서 피수사자나 피의자가 아닌 제3자의 개인정보도 한 번 수사기관에 노출될 경우 장기 노출될 위험이 있다. 특히 정보저장매체 자체를 압수할 경우 범죄와 관련성이 없는 정보가 노출될 가능성이 농후하며, 피압수자에 더하여 제3자의 사생활과 자기정보정권을 침해할 수 있다.

(2) 관련 조항

정보 주체와 관련된 압수수색 조항은 형사소송법 제106조 제4항이다. 이에 의하면 정보를 제공받은 경우개인정보 보호법 제2조 제3호에 따른 정보주체에게 해당 사실을 지체 없이 알려야 한다. 이 때 정보주체란 개인정보보호법에 의하여 알아볼 수 있는 사람으로서 그 정보의 주체가 되는 사람

35) 헌법재판소 2012.12.27. 2010헌마153 결정.
36) 성중탁, “스마트폰 압수, 수색에 대한 헌법상 쟁점”, 「IT와 법 연구」 18호, 2019, 198쪽.

을 말한다.

하지만 형사소송법 제106조 제4항이 디지털 증거 압수수색에 적용되기는 현실적으로 어렵다. 수사기관으로서 통지의 대상이 되는 디지털 정보의 범위와 정보주체를 특정하는 데 현실적으로 어렵다.[37] 디지털 증거를 압수수색하는 현장에서 정보 주체를 판단하기 어려울뿐더러, 디지털 증거를 분석한 후에도 그 범위를 확정하기 어렵다. 특히 개인정보 보호법 제2조 제1호에 따르면 다른 정보와 쉽게 결합하여 특정 개인을 알아볼 수 있더라도 개인정보로 인정되기 때문에, 정보 주체가 무한히 확장될 수 있다. 또한 제106조 제4항은 정보주체에 대한 통지를 수행할 구체적인 방법을 제시하지 않고 있다. 그리고 오히려 통지 의무에 따라서 정보 주체가 되는 사람들을 정하여 통지 수단인 전화번호나 이메일 등의 또 다른 개인정보를 검색한다면 또 다른 프라이버시권의 침해를 불러올 수 있다.[38]

더 나아가 형사소송법 제106조 제4항 위반으로 증거능력을 부정하는 것이 가능한지에 대한 논란이 있다.[39] 형사소송법 제106조 제4항은 압수수색 영장 집행 시 정보 주체와 그 보관자가 다른 경우 정보 주체에게 통지해야 함을 명시하는데, 이는 전기통신사업자가 관리하는 이메일을 압수수색하는 경우를 포함한다. 그리고 이 경우 통신비밀보호법 제9조의3의 적용을 받는다. 하지만 통신비밀보호법 제9조의3에서 위반이 있었다고 해도 위법수집증거배제법칙에 의해 증거능력이 배제되지 않는다. 통지의무는 수사기관이 수사를 종결한 후에 부여되는 의무임으로 증거수집 과정에서의 위법이라고 보기 어렵기 때문이다. 따라서 형사소송법 제106조 제4항 또한 위법수집증거배제법칙의 적용을 받는다고 보기 어렵다.

(3) 참여권 보장 여부

제3자가 정보주체일 경우 참여권을 현실적으로 보장받기 어렵다. 디지털 포렌식 등의 디지털 증거 분석을 통해서 정보를 획득하는 경우가 대부분이며, 그 전 단계에서는 이메일의 송수신인, 파일의 제목명 등 키워드 수준에서밖에 정보에 대해 알지 못한다. 또한 개인정보보호법 제2조의 정의에 의하면, 하나의 정보에 해당되는 정보의 주체가 수없이 많을 수 있다. 모든 사람들에게 참여권을 보장하여 그들의 참여가 배제된 증거는 위법수집증거로서 증거능력이 없다 하면, 수사의 효율성이 급격히 떨어질 것이다. 따라서 현실적으로 정보의 주체에게 참여권을 보장하는 것은 불가능하다.

정보 주체인 제3자의 권리는 형사소송법 제106조 제4항의 통지의무를 통해 보장되어야 한다. 다만 조항에서 정보 주체의 범위와 통지 방법을 보다 구체화할 필요가 있다. 개인정보보호법에 명시되어 있듯이 정보 주체는 정보로서 그 주체를 알아볼 수 있는 사람을 모두 포함하며, 이들 모두가 자신의 정보에 대해서 알 권리가 있다. 자신과 관련된 정보가 수사기관에 의해 수집되는지 여부조차 모른다면 이는 지나친 자기정보결정권과 프라이버시권의 침해이며, 특히 정보화 사회에서 개인정보 유출은 민감하게 다뤄져야 한다. 따라서 정보저장매체에서 디지털 증거를 선별적으로 압수수색한 경우, 디지털 증거의 정보 주체 모두에게 통지하는 절차가 의무화되도록 입법적 보완이 필요하다.

현실적으로 이는 불가능하며, 통신비밀보호법 제9조의3은 통지대상을 '수사대상이 된 가입자'만으로 한정하고 있는 사실에 근거하여 형사소송법 제105조 제4항의 통지대상을 통지로 인한 실익이 있는 자로 축소할 필요가 있다는 주장도 존재한다.[40] 하지만 실익이 있는 자라는 문구는 주관적으

37) 박민우, "디지털증거 압수수색에서 유관정보 확인 이후 절차와 증거능력", 「고려법학」 제81호, 2016.6, 21-22쪽.
38) 박민우, 위의 논문, 22쪽.
39) 박민우, 위의 논문, 23-27쪽.

로 해석될 수 있으며, 실질적으로 통지 의무가 무의미해질 우려가 있다.

또한 수사기관이 통지의무를 다하지 않을 경우 일정한 제재가 가해지도록 입법적 보완이 필요하다. 현재 통지의무를 위반하더라도 위법수집증거배제법칙의 적용을 받지 않아 수사기관에게 통지의무가 강요되지 않고, 통지의무 위반에 대한 제재의 유무가 피의자나 피고인에게 아무런 영향을 미치지 않는다.[41] 하지만 통지의무 위반에 대한 아무런 제재가 없다면 통지의무는 실질적으로 지켜지지 않게 되어 제3자의 권리가 사실상 보호되지 못한다. 따라서 수사기관이 통지의무를 다하지 않을 경우 일정 제재가 필요하다.

Ⅴ. 결론

디지털 증거의 중요성이 커진 만큼 디지털 증거의 압수수색 제도에 대한 활발한 논의가 필요하다. 특히 디지털 증거는 무체성과 대량성이라는 특성으로 인해 압수수색 범위를 특정하기 어렵고 범죄와 관련 없는 정보까지 압수하여 피수사자와 제3자의 권리를 침해할 가능성이 현저히 높다. 따라서 피압수자의 프라이버시권과 자기정보결정권을 보호하기 위하여 피압수자에게 최소한 참여권을 보장해야 한다. 특히 정보저장매체 자체를 압수하거나 전체를 이미징한 하드카피를 압수할 경우 그 참여권의 중요성은 더욱 커진다. 현재 형사소송법 제121조에 압수수색 과정에서의 참여권이 명시되어 있으니 디지털 증거의 압수수색에 대한 참여권 규정은 없다. 따라서 디지털 증거의 압수수색 과정에서 참여권에 대한 규정을 보완할 필요가 있다.

3가지 쟁점을 중심으로 참여권 규정의 개선이 필요하다. 먼저 참여권 보장의 대상을 피의자, 피고인, 변호사, 검사에서 정보저장매체의 소유자, 소지자, 보관자 등으로 확대할 필요가 있다. 정보저장매체에 대한 소유권 및 점유권을 지니고 있으며, 참여권을 통해 최소한의 권리를 보장하고 무분별한 압수를 막을 수 있다. 두 번째로 참여권 보장의 범위를 압수수색 종료 단계인 “관련 정보 선별”로 명시할 필요가 있다. 대법원에서 이미 정보저장매체를 압수한 이후 관련 정보를 선별하는 단계까지 참여권을 보장할 필요가 있다고 판결했다. 수색설에 따라서 참여권 보장 범위를 법률에 명시할 필요가 있다. 또한 참여형 디지털 증거분석실 등의 도입으로 참여권을 실질적으로 보장할 수 있도록 실무적인 개선이 필요하다. 마지막으로 디지털 증거 분석 후 수집한 디지털 증거의 정보 주체에게 그 사실을 통지해야 하는 통지의무를 강화할 필요가 있다. 정보의 주체인 제3자는 자신의 개인정보에 대한 알권리가 있으며, 알권리를 보장하기 위한 최소한의 방법으로 수사기관에게 통지의무가 부여되어야 한다.

디지털 포렌식 과정에 직접 참여를 한다고 해도 수준 높은 기술과 지식이 요구되는 과정으로서 일반인은 이해하기 어렵다. 따라서 실질적으로 참여권이 보장되도록 민간인 전문가를 참여권 행사 과정에 함께하는 등의 방안도 추가적으로 도입해야 한다. 피압수자의 참여권을 보장함으로써 피압수자의 법익을 보호하고 디지털 증거의 압수수색 과정 또한 보다 투명하게 이루어질 것이다.

40) 박민우, 위의 논문, 23쪽.
41) 박민우, 위의 논문, 27쪽.

참 고 문 헌

배종대, 홍영기, “형사소송법”, 『홍문사』, 2018.

김무석, “디지털 포렌식에서의 절차상 참여권 보장 방안-제도개선을 중심으로”, 「치안정책연구」 제32권 제3호, 2018, 285-322.
김운곤, “압수수색과 개인정보 보호의 문제”, 「한국컴퓨터정보학회논문지」 20권 5호, 2015.5, 123-131.
박민우, “디지털증거 압수수색에서 유관정보 확인 이후 절차와 증거능력”, 「고려법학」제81호, 2016.6, 1-41.
박혁수, “디지털 정보 압수・수색의 실무상 쟁점”, 「형사법의 신동향」 44호, 2014.9, 76-113.
성중탁, “스마트폰 압수, 수색에 대한 헌법상 쟁점”, 「IT와 법 연구」 18호, 2019, 181-223.
이가윤, “디지털 증거의 압수수색에 관한 연구”, 「한국컴퓨터정보학회 학술발표논문집」 제22권 제2호, 2014.7. 139-141.
이순옥, “디지털 증거의 압수 수색절차에 대한 비판적 고찰”, 「중앙법학」제20집 제3호, 2018.9, 163-199.
이진국, “전자정보의 압수수색에서 피압수수색 당사자의 참여권에 관한 일고”, 「아주법학」 11권 4호, 2018.2, 323-340.
전명길, “디지털증거의 압수・수색에 있어서 참여권에 관한 연구”, 「인문사회21」제8권 제2호, 2017.4, 647-662.
조광훈, “전자정보의 압수수색절차에서 관련성・동일성・참여권”, 「법제논단」, 2018, 10-43.
조광훈, “정보저장매체 등의 압수・수색에서 참여권”, 「저스티스」, 2015.12, 271-300.
최윤정, “전자정보 압수수색에 적용되는 영장주의 원칙과 그 예외에 관한 법적 검토”, 「저스티스」, 2016, 110-144.
홍영기, “압수의 허용과 제한”, 「고려법학」72호, 2014.3, 389-426.

헌법재판소 2012.12.27. 2010헌마153 결정.
대법원 2015.1.22. 선고 2014도10978 전원합의체 판결.
대법원 2015.7.16. 자 2011모1839 전원합의체 결정.
대법원 2018.2.8. 선고 2017도13263 판결.

【초 록】

압수수색은 국가의 형벌권을 실현하기 위하여 피수사자의 동의나 추정적 동의 없이 피수사자의 소유권 및 점유권을 침해하는 행위로서 강제수사의 일종이다. 정보 산업의 발달로 디지털 정보가 중요해졌고, 형사소송법의 개정으로 비록 유체물이 아니지만 디지털 정보 또한 압수수색의 대상으로 인정되었다. 하지만 현재 법률에 디지털 증거를 압수수색하는 과정에서의 참여권에 대한 규정은 없다. 또한 참여권 규정에는 그 대상을 피고인, 피의자, 변호인으로 한정함으로써 그 외의 디지털 정보가 담긴 저장매체의 소유자, 소지자, 보관자의 참여권은 법률적으로 보장되지 않고 있다. 참여권은 피압수자의 자기정보결정권, 프라이버시권을 지킬 수 있는 최소한의 권리이다. 따라서 디지털 증거의 압수수색 과정에서 참여권을 보장할 수 있는 방안을 찾고자 한다.

형사소송법 제121조에 의하면, 검사, 피고인 또는 변호인은 압수수색 과정에 대한 참여권을 가지고 있다. 이는 무분별한 정보의 복제를 방지하여 당사자의 법익과 공정한 수사를 보장하기 위함이다. 디지털 정보를 압수수색 하는 과정에서도 참여권은 당연히 보장되어야 한다. 디지털 정보를 압수수색하는 과정은 물리적 수색과 전자수색으로 나뉘며, 형사소송법 제106조 3항 본문과 단서에 의하면 3가지 방법으로 압수수색이 이루어진다. 이 때 문제가 되는 경우는 현장에서 혐의사실만 관련된 데이터를 복사하거나 출력하는 것이 불가능하여, 정보저장매체 전체를 이미징하거나 정보저장매체 자체를 수사기관으로 가져오는 경우이다. 어디까지 압수수색 과정으로 볼 것인지에 대해 수색설, 압수물확인행위설, 수색·검증설, 3가지의 학설이 있으며, 그 중에서 수색설이 가장 타당하다. 따라서 범죄 사실과 관련 있는 디지털 증거를 출력할 때까지 압수수색 과정으로 본다.

피고인이나 피의자가 아닌 제3자의 참여권을 보장하기 위하여 3가지 쟁점들을 살펴본다. 첫 번째 쟁점은 제3자가 정보저장매체를 소유, 소지, 또는 보관할 경우 이들의 참여권이 보장되는가의 여부이다. 형사소송법 제121조는 참여권 보장의 대상을 검사, 피고인 또는 변호인으로 한정하고 있지만 법원의 압수수색영장 별지 기재례, 경찰청 훈령 제845호를 살펴보면 참여권 보장의 대상을 피의자나 변호인, 소유자, 소지자를 포함한 피압수자로 확장하고 있다. 따라서 법률로써 참여권 보장 여부를 확장할 필요가 있다. 두 번째 쟁점은 이들의 참여권 보장 범위와 그 방법이다. 수색설에 따라서 관련 정보 선별 단계까지 참여권이 보장되어야 함으로, 이를 법률로 신설하거나 기존 법률을 개정해야 한다. 또한 참여형 디지털 증거분석실 등의 방안도 고려해보아야 한다. 마지막 쟁점은 수집한 디지털 증거의 정보 주체가 피의자나 피고인이 아닌 제3자의 경우 이들의 권리 보장 방안이다. 선별 이후에 정보 주체가 밝혀질 가능성이 높으며, 정보의 주체가 모두 압수수색 과정에 참여하는 것은 현실적으로 불가능하다. 따라서 현행 형사소송법 제106조 제4항을 보완하여 정보의 주체에게 디지털 증거를 압수수색했음을 반드시 통지하도록 한다.

고려대학교 자전법학회
2019학년도 2학기

증거개시제도 도입의 필요성 및 개선 방안 검토
- 전자증거개시제도를 중심으로 -

자유전공학부 경제학과
이 윤 서

I. 서론

II. 증거개시제도에 대한 소개
1. 증거개시제도의 개념 및 의의
2. 증거개시제도의 목적
3. 헌법재판소의 입장

III. 전자증거개시제도에 관한 일반적 고찰
1. 전자증거개시제도의 등장배경
2. 전자증거개시제도의 개념 및 특성
3. EDRM의 실행절차

IV. 전자증거개시제도의 도입
1. 도입의 필요성
2. 미국 입법례와 시사점
3. 전자증거개시제도 도입을 위한 현행법의 개선 방안

V. 결론

Ⅰ. 서론 : 문제제기 및 연구의 목적

보통, 판결에서 피고인은 소송을 '당'한 사람으로서 검사에게 신문 당하고 취재 받는 입장으로, 검사보다 열세한 입장에 위치한 경우가 많다. 하지만 우리 형사소송법은 소송당사자인 검사와 피고인이 대등한 지위에서 법적 논쟁을 벌여야한다는 '당사자대등주의 원칙'을 그 기본원칙 중 하나로 삼고 있으므로 이 원칙에 의거하여, 검사에 비해 열약한 위치에 있는 피고인에게 그 방어력을 보충해주기 위한 방안의 하나로서 형사증거개시제도가 등장하게 되었다.

형사증거개시제도(편의상 이제부터는 '증거개시제도'라 부르겠다)는 2007년도에 형사소송법의 개정 과정에서 처음 입법화된 제도이다. 당시에는 인터넷이나 네트워크가 크게 발전하지 않았기에 그 적용 대상을 유형의 자료에 국한시켰었다. 하지만 오늘날 네트워크의 초고속 발전으로 빅데이터나 클라우드 서비스 등이 일반화된 사회에서는 오히려 유형의 자료를 찾기가 더 어려워졌다. 대부분의 자료와 증거가 무형의 디지털 형태를 띠며 인터넷상에서 형성되고 수집된다. 이러한 사회의 흐름에 법률 또한 발맞춰 나갈 필요가 있다.

유비쿼터스 환경 하에서 전자적 형태로 저장되고 이용되는 자료 및 정보의 양은 상상을 초월할 정도이며 그 성질 또한 유동적이고 가변적이어서 기존의 증거개시절차로서는 해결하기 어려운 문제가 발생하고 있다. 더불어 기존의 증거개시제도가, 현실적으로 수사과정에서 압수되는 증거물의 상당 부분이 디지털형태로 생성된다는 사실을 감안하여 도면, 사진, 녹음테이프, 비디오테이프, 컴퓨터용 디스크 등 그 밖의 정보를 담기 위하여 만들어진 물건으로서 문서가 아닌 특수매체에 대한 증거개시까지 포함한다고 하더라도 전자증거개시의 대상과 방법, 거부에 대한 불복 절차 등에 관한 구체적인 규정이나 지침이 없으며, 소송실무에서 활용되는 경우도 거의 없다.[1] 따라서 전자 정보를 증거개시의 대상으로 인정하기 위해서는 기존의 증거개시제도와는 다른 형태의 제도가 필요한 실정이다. 즉 형사소송에 있어서 효과적인 변호와 공정한 공판절차의 확립을 위해서는 전자적 자료와 관련된 증거개시제도, 전자적 자료에의 접근의 필요성과 중요성을 검찰과 법원이 인정해야 한다는 점을 제언할 필요가 있다.

본 연구에서는, 그 근거법률은 존재하지만 아직 우리나라에서 실효성을 제대로 갖추지 못한 '증거개시제도'에 대한 소개와 함께 현 사회의 변화를 고려하였을 때, 전자증거개시제도의 필요성에 대한 내용을 다루고자 한다.

Ⅱ. 증거개시제도에 대한 소개

1. 증거개시제도의 개념 및 의의

증거개시란 특정한 사건에 대하여 검사의 수중에 있는 증거, 즉 피고인이나 제3자로부터 압수 또는 임의로 제출시켜 영치한 증거물 혹은 피고인이나 참고인을 신문하여 작성한 진술조서를 피고인 측이 자기의 변호에 이용하기 위하여 열람·등사할 수 있는 것을 말한다.[2] 현재 우리나라에서 증거개시제도는 2008년에 개정된 형사소송법 제35조 '서류·증거물의 열람·등사에 대한 조문'을 통해, 형

1) 김승영, "형사절차상 전자증거개시제도의 증거개시 신청 방식에 관한 연구", 2018. 56페이지.
2) 탁희성, "형사증거개시제도에 관한 연구", 한국형사정책연구원, 2003. 27페이지.

사소송법에 한해서만 도입되어 있다. 이러한 증거개시제도는 피고인의 방어권 보장을 통한 실질적 당사자 대등의 요구를 충족함과 동시에 실체적 진실발견을 통한 형사사법의 정의를 구현하고자 하는 취지에서 마련되었다.

증거개시제도('디스커버리 제도'라고도 부른다)는 영미법의 형평법에 기원을 두고 있다. 영미법은 보통법(Common Law)과 형평법(Equity)으로 나눌 수 있는데, 지나치게 엄격한 요건과 형식을 요구하고 사회 진전과 발달에 부응하지 못하는 보통법을 보완하기 위해 새로운 형태의 법적 권리와 구제 수단을 규정하는 형평법이 등장하면서 증거개시제도와 유사한 제도가 도입되었다. 당시 형평법상의 해당 제도는 포괄적인 증거를 취득하는 절차와 보통법과 같은 변론절차가 없었기 때문에 오늘날의 증거개시제도와는 거리가 있었지만 1938년 미국에서 연방민사소송규칙(FRCP)이 제정되면서 민사 소송에 일반적으로 적용되는 오늘날의 증거개시제도가 확립되었다.[3)]

증거개시제도는 소송당사자가 상대방이나 제3자로부터 소송과 관련된 증거자료를 수집하기 위한 변론 전 절차를 통칭하는 개념으로, 민사소송이나 형사소송에 있어서 법원의 개입 없이 당사자 간에 서로의 요청에 의해 소송과 관련된 정보를 공개하는 것을 허용한다. 국가안보 등의 특별한 사유가 있는 경우에는 증거개시가 불가능할 수 있지만, 소수의 예외적인 경우를 제외하고는 검사와 피고인은 재판이 진행되기 전, 서로 증거를 열람 또는 등사할 수 있다. 이때, 검사의 증거개시가 원칙적으로 전면적 개시인 데 반하여, 피고인 측의 증거개시는 일정한 사유를 전제로 하는 제한적 개시라는 점에서 구별된다.

공판기일이 지정되면 검찰에서 법원으로 수사기록이 일괄 제출되던 오랫동안의 관행이, 공소장일본주의[4)]의 강화와 증거분리제출제도[5)]의 시행에 의해, 공판기일에 공판정에서 증거조사를 하는 과정에서 비로소 공판담당 검사가 직접 수사기록을 증거기록으로 수소법원에 제출하게 되면서, 위와 같은 규정 및 제도상의 문제점을 해결하고 공소제기 직후에 검사가 보관 중인 수사기록의 등사를 보다 확실하게 보장하기 위하여 증거개시제도가 시행되게 되었고, 이와 함께 형사소송법 제35조의 개정에 따라 피고인의 기록 열람·등사권도 보장되게 된 것이다.[6)]

2. 증거개시제도의 목적

(1) 무기평등의 원칙 보장

증거개시제도는 가장 우선적으로 당사자의 실질적 무기평등의 원칙을 보장한다. 검사와 피고인은 재판을 구성하는 양극의 당사자이니만큼 동등한 위치에 자리하고 있어야 하지만, 실질적으로 피고인은 비교적 약자의 입장에 처하게 된다. 따라서 증거개시가 허용된다면 피고인은 검사가 가지고 있는 증거를 공유 받아 자신에게 유리하게 증거를 사용하거나 변호를 준비할 수 있기 때문에 증거개시제도는 재판 당사자 간의 실질적 평등을 꾀한다.

---

3) 디스커버리 제도의 탄생과 진화 上 - 미국편, FRONTEO, 2019.9.10.
https://fronteo.co.kr/ediscovery/?idx=2294992&bmode=view

4) 공소를 제기함에 있어, 공소장을 관할 법원에 제출하여야 하며, 공소장에는 사건에 관하여 법원에 예단이 생기게 할 수 있는 서류 기타 물건을 첨부해서는 안 된다.

5) 검사가 기소단계에서 법원에 공소장 외에 기타 수사기록이나 증거물을 일절 제출하지 않고 필요한 경우 법정에서 제출하는 제도로 판사의 예단배제에 기여하고 공소사실과 무관하거나 불필요한 자료를 법원에 제출할 때 생길 수 있는 부당한 심증형성을 방지해 공판중심주의를 강화하는데 기여한다.

6) 이창현, "증거개시제도", 2015.11.27.
http://www.lec.co.kr/news/articleView.html?idxno=38751

(2) 신속한 재판

이에 그치지 않고 증거개시제도는 신속한 재판을 촉진하는데 기여한다는 점에서 제도적 의의를지닌다.[7] 증거개시제도를 통해 소송 당사자가 공판기일 전에 자신이 가지고 있는 정보를 각자 상대방에게 공개한다면, 그 과정에서 쟁점이 정리되기 때문에 실제 공판절차에서는 재판이 보다 신속하게 이루어질 수 있다. 검사의 증거개시제도 뿐만 아니라 피고인 측의 증거개시도 인정하는 형사소송법 제266조의 11항[8]을 통해 증거개시제도의 취지에 신속한 재판의 촉진이 포함되어있다는 점을 유추할 수 있다.[9]

(3) 방어준비의 강화

본래 피고인 측의 입증활동은 검찰 측의 입증에 대응하여 행해지는 경우가 많아 비교적 방어적인 특징을 보인다. 또한 검찰 측은 국가의 범죄수사 활동이라는 명분하에서 사건 관계자로부터 임의의 진술을 얻거나 증거물의 제시를 받는 등 피고인보다 유리한 입장에서 보다 포괄적이고 구체적인 증거를 수집할 수 있다. 그러므로 검찰 측이 어떠한 증거를 가지고 있고, 이 증거를 통해 어떠한 사실을 입증하려는 것인지 최소한 그 대강의 요지마저 알지 못하면 그에 대응하는 방어책을 세우기가 어려워 현저하게 곤란해질 수밖에 없다. 따라서 증거개시제도를 통해 검찰 측의 증거 목록, 더 나아가 증거의 내용을 알 수 있다면 피고인은 방어준비를 강화할 수 있다.

(4) 증인 탄핵기회의 확보

피고인 측이 증거개시를 활용하여 미리 검찰 측 증인에 대한 정보를 얻는다면 피고인 측은 검찰 측 증인의 공판에서의 진술과 공판전의 진술을 비교하여 만약 그 사이에 모순이 있다면 검찰 측 증인을 탄핵할 기회를 확보할 수 있다. 특히 검찰 측 증인의 공판에서의 진술이 피고인의 증거와 중요한 점에서 대립하고, 그 진술의 신용성 여하가 사실인정을 좌우하는 그러한 경우에는 위의 탄핵이 결정적인 중요성을 가질 여지가 있다.[10] 이처럼 피고인 측에 검찰 측 증인을 탄핵할 수 있는 기회를 주는 것은 반대신문의 기회 및 증언의 증명력을 다룰 기회를 실질적으로 보장하기 위한 필요, 타당한 조치이다.

(5) 관련 정보 보존 및 보전

증거개시제도로, 재판의 당사자 중 한 쪽이 수집한 증거가 온전히 자기 자신에게만 할당되는 것이 아니라, 상대방에게 제공해야할 의무 또는 제공받을 권리가 생긴다면, 재판의 당사자들은 쉽사리 증거를 삭제하거나 훼손시키지 못한다. 따라서 수사과정과 관련된 정보나 문서가 완전히 보존될 가능성이 증가할 것이다.

---

7) 법무부, 『개정 형사소송법』, 2017. 167페이지.

8) 제266조의11 (피고인 또는 변호인이 보관하고 있는 서류 등의 열람·등사) ① 검사는 피고인 또는 변호인이 공판기일 또는 공판준비절차에서 현장부재·심신상실 또는 심신미약 등 법률상·사실상의 주장을 한 때에는 피고인 또는 변호인에게 다음 서류 등의 열람·등사 또는 서면의 교부를 요구할 수 있다.
1. 피고인 또는 변호인이 증거로 신청할 서류 등
2. 피고인 또는 변호인이 증인으로 신청할 사람의 성명, 사건과의 관계 등을 기재한 서면
3. 제1호의 서류 등 또는 제2호의 서면의 증명력과 관련된 서류 등
4. 피고인 또는 변호인이 행한 법률상·사실상의 주장과 관련된 서류 등

9) 이윤제, “증거개시제도 : 과거, 현재, 미래”, 2014. 73페이지.

10) 탁희성, “형사증거개시제도에 관한 연구”, 2003. 30페이지.

(6) 합의 촉진

사건에 관련된 모든 정보와 증거들을 공유함으로써 서로의 강점 및 약점을 객관적으로 평가하기 쉬워지는 만큼, 양보와 타협의 여지가 커지게 된다.[11] 즉 증거개시제도는 당사자 간 조정 및 화해를 촉진하는 역할을 한다.

3. 헌법재판소의 입장

직접적으로 증거개시제도 그 자체만을 다룬 판례는 찾기 어렵지만, 증거개시의 목적이나 의의, 검사의 증거개시 불복 요건 등의 내용을 다루는 관련 판례는 몇 가지 존재한다.

우리 헌법재판소는 2010년에 선고된 전원재판부 판결[12]에서, 시위 과정에서 경찰관들의 정당한 공무집행을 방해하는 등 특수공무집행방해치사죄로 공소가 제기된 청구인들의 변호인들이 피청구인에게 형사소송법 제266조의3에 따라 기재 서류의 열람·등사를 신청하였지만 거부당하자, 피청구인의 이 사건 수사서류에 대한 열람·등사 거부행위가 청구인들의 신속하고 공정한 재판을 받을 권리 및 변호인의 조력을 받을 권리를 침해하므로 그 취소를 구하는 헌법소원심판을 청구한 사건에 대해, 수사서류 열람 및 등사 허용 결정의 효력과 이에 따르지 아니한 검사의 거부행위(적극)는 청구인들의 기본권을 침해하며 법원의 수사서류 열람 및 등사 허용결정에도 불구하고 검사가 열람 및 등사를 거부하는 경우, 수사서류 각각에 대한 열람 및 등사 거부의 정당한 이유(소극)가 없다고 판단하였다.

이 판결에 의하면 법원의 열람·등사 허용결정에도 불구하고 검사가 이를 신속하게 이행하지 아니하는 경우에는 해당 증인 및 서류 등을 증거로 신청할 수 없는 불이익을 받는 것에 그치는 것이 아니라, 피고인의 열람·등사권을 침해하고, 나아가 피고인의 신속·공정한 재판을 받을 권리 및 변호인의 조력을 받을 권리까지 침해하게 되는 것이다. 피고인의 신속, 공정한 재판을 받을 권리 및 변호인의 조력을 받을 권리는 헌법이 보장하고 있는 기본권이고, 변호인의 수사서류 열람·등사권은 피고인의 신속·공정한 재판을 받을 권리 및 변호인의 조력을 받을 권리라는 헌법상 기본권의 중요한 내용이자 구성요소이며 이를 실현하는 구체적인 수단이 된다. 따라서 변호인의 수사서류 열람·등사를 제한함으로 인하여 결과적으로 피고인의 신속·공정한 재판을 받을 권리 또는 변호인의 충분한 조력을 받을 권리가 침해된다면 이는 헌법에 위반되는 것이다. 더불어 신속하고 실효적인 구제절차를 형사소송절차 내에 마련하고자 열람·등사에 관한 규정을 신설한 입법취지와, 검사의 열람·등사 거부처분에 대한 정당성 여부가 법원에 의하여 심사된 마당에 헌법재판소가 다시 열람·등사 제한의 정당성 여부를 심사하게 된다면 이는 법원의 결정에 대한 당부의 통제가 되는 측면이 있는 점 등을 고려하여 볼 때, 이 사건과 같이 수사서류에 대한 법원의 열람·등사 허용 결정이 있음에도 검사가 열람·등사를 거부하는 경우 수사서류 각각에 대하여 검사가 열람·등사를 거부할 정당한 사유가 있는지를 심사할 필요 없이 그 거부행위 자체로써 청구인들의 기본권을 침해한다는 것이 이 판결의 요지였다. 그러나 재판관 이동흡의 보충의견에서는 법원의 수사서류 열람·등사에 관한 결정은 당사자 및 관련 이해관계인들과 공익에 중대한 영향을 미칠 수 있고, 잘못된 법원의 결정에 대하여는 이를 시정할 기회가 주어져야 한다는 점에 비추어 볼 때, 이러한 결정에 대하여는 검사 및 피고인 또는 변호인에게 법적으로 효과적인 불복수단을 명문의 특별규정으로 마련해 주는 것이 필

11) 디스커버리 제도의 탄생과 진화 上 - 미국편, FRONTEO, 2019.9.10.
https://fronteo.co.kr/ediscovery/?idx=2294992&bmode=view
12) 헌법재판소 2010.6.24.선고 2009헌마 257 전원재판부 판결

요하다는 내용도 언급되고 있다.

이 판례는 증거개시제도의 도입이 무엇보다 피고인의 권리 보호를 중점으로 두고 있으며, 증거개시가 합법적으로 청구된 이상, 상대방은 이를 최대한 신속하게 이행해야 한다는 점을 시사하고 있다.

Ⅲ. 전자증거개시제도에 관한 일반적 고찰

1. 전자증거개시제도의 등장배경

전자증거개시, 흔히 말해 e-discovery라는 개념은 2006년 12월 미국 연방민사소송규칙(Federal Rules of Civil Procedure, 이하 'FRCP')의 개정에 따라 처음으로 명문화되었다. 전자증거개시란, 이메일 같은 전자적 문서 및 자료를 법정 증거로 내보이는 것을 뜻하며 이는 소송 당사자에게 증거개시 대상인 '전자적 자료'를 보존할 의무를 부여했다는 점에서 주목할 만 하다.

종래 증거개시제도의 대상은 문서와 증거물 등과 같은 오프라인 상의 증거로 국한되어 논의되어 왔다. 하지만 수차례의 정보 및 산업혁명으로 대부분의 일처리가 디지털 환경에서 이루어지는 현재의 유비쿼터스 사회 하에서는 종이로 된 증거보다는 전자의 형태를 띠고 있는 증거의 수가 압도적으로 많다. 따라서, 오프라인 상의 유형의 증거보다 온라인 및 네트워크상의 무형의 전자정보에 대한 개시가 소송에서 중요한 기능을 담당하게 되었다. 이러한 사회의 추세를 따라갈 법 제도가 추가적으로 필요하다.

전자증거개시제도가 기존의 증거개시제도와 다른 점은, 전문가의 도움이 거의 절대적으로 필요하며, 전자 자료를 다룰 기술이 요구되고, 다른 사람의 개입 없이도 유동적으로 변할 수 있는 전자적 자료의 특성을 고려했을 때, 보다 엄격한 증거 보존 의무가 전제되어야 한다는 점이다. 이러한 ESI의 특수성 때문에 전자 자료를 기존의 증거개시제도에 그대로 대입하기에는 어려움과 위험성이 존재한다.

우리나라는 2008년에 개정된 형사소송법 제266조의3 제4항 6에서 증거개시와는 구분되는 전자증거개시를 규정하고 있지만, 아직까지 전자증거개시제도가 실효를 보인 적은 없다.

2. 전자적 자료의 개념 및 특성

전자증거개시의 대상이 되는 전자적 자료(Electronically Stored Information, 이하 'ESI'))는 이메일, 업무기록, 금융정보, 쿠키 파일 등 다양한 형태로 존재한다. 전자적 자료는 유형의 종이 문서와는 분명히 다른 특징을 가지고 있기 때문에 이러한 특성을 참고할 때 보다 실효성 있는 전자증거개시제도를 도입할 수 있을 것이다.

먼저, 전자 정보는 비공식적이다. 흔히 우리는 컴퓨터에 글을 쓰거나 휴대전화로 지인과 연락할 때, 이 기록이 영구적으로 남을 것이라는 사실을 간과하고 단순히 정보를 전송하는 수단으로 데이터를 사용한다. 하지만 이러한 전자 기록들은 영구적으로 서버에 저장된다. 심지어 기록은 삭제되더라도 메타데이터를 통해 복구될 수 있다. 메타데이터란 '데이터를 위한 데이터'라는 뜻으로, 겉으로는 보이지 않지만 문서의 제목, 주제, 작성자, 저장된 위치, 문서생성시간, 수정시간, 인쇄시간, 개정번호, 수정절차 등을 저장한다. 메타데이터를 통해 우리는 훼손되거나 변경된 자료를 얻을 수 있고, 변경 과정이나 시간 등도 알 수 있다. 따라서 전자 정보는 삭제가 난이하며 보존이 어렵다는

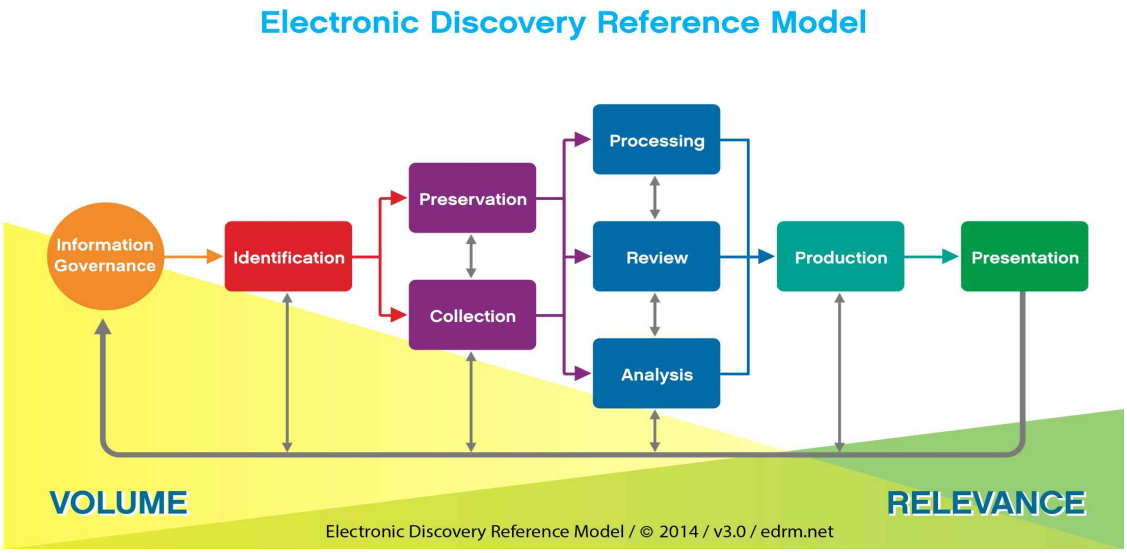
특성도 가지고 있다.

더 나아가 전자 정보는 그 용량이 종이 문서와는 비교도 할 수 없을 만큼 방대하다. 전자 자료는 유형의 실물로 저장되는 것이 아니라 보이지 않는 서버에 그 내용이 저장되기 때문에 용량의 제한이 적은 대신 매체의존성 또한 매우 높아, 만약 서버에 오류가 생긴다면 전자 정보에 접근하기가 어렵다는 단점을 가지고 있다. 하지만 반대로 생각하면, 서버나 프로그램이 접근할 수만 있다면 언제 어디서든, 시공간의 제약을 받지 않고 자료를 얻을 수 있다는 높은 접근성을 보여주기도 한다.

위의 내용을 다시 정리하여 전자적 정보(ESI)의 특성을 얘기해보자면, 전자적 정보는 비공식적이며, 메타데이터를 보유하고 있고, 보존과 삭제가 어렵고, 저장장소가 불분명하며, 용량이 방대하고, 매체의존도가 높고 접근성이 좋다.

3. EDRM의 실행절차

전자증거개시참조모델 중 가장 흔하게 쓰이는 모델은 EDRM(Electronic Discovery Reference Model)이다. 2005년 5월에 여러 관련 단체들의 협의 하에 개발되어 공인된 이 표준절차모델은 미국의 연방민사소송규칙에서 명시하고 있는 전자증거개시의 요구조건들을 효과적으로 준수하기 위한 절차를 표준화하고, 절차별 기능 및 명세를 작성한 모델로써 현재 전자증거개시에 대한 일반적인 표준으로 활용되고 있다.



<출처 : EDRM 공식 홈페이지>

위의 도표는 미국 EDRM의 실행 절차를 보여준다. EDRM의 실행 절차는 크게 5가지로 구분되는데, 각각 정보 관리, 식별, 보존과 수집, 처리 및 검토 · 분석의 과정, 그리고 산출 단계이다. 이때 EDRM의 핵심이 되는 것은 Collection, 즉 정보 수집 이전까지의 단계인데, EDRM이 전자 정보에 관련된 만큼 방대한 양의 자료가 연관되어 있는 활동인 만큼 초기 대응이 매우 중요하기 때문이다.[13]

EDRM을 구성하는 각각의 단계에 대해 간략히 알아보고 넘어가자. 먼저 정보 관리 단계에서는

13) e-Discovery 초기 대응이 중요한 이유, FRONTEO, 2019.5.30.
https://fronteo.co.kr/ediscovery/?idx=1959686&bmode=view

말 그대로 효과적인 기록관리가 관건이다. 효과적인 기록관리를 위해서는 몇 가지 고려해야 할 사항이 있는데, 필요한 모든 비즈니스 기록들이 최대한 유지될 수 있도록 보증해야하며, 법에 따라 보존되도록 요구되는 모든 기록들이 필수 기간 보존되도록 보증해야하며 모든 인가된 사용자들이 비지니스 기록들에 효과적으로 접근할 수 있어야 하고, 민감한 문서들이 소송 또는 정보 조사 과정에서 훼손되지 않도록 보증해야하는 등의 사항이 그것이다. 특히, ESI(Electronically Stored Information, 이하 '전자저장정보')의 형태에 따라 정보의 취급과 삭제에 관한 정책이 서로 다르기 때문에 주의해야 한다.

다음으로 식별 단계에서는 수사 절차 중에 수집한 방대한 양의 자료 중 핵심 증거나 관련 자료만을 식별해낸다. 이 단계는 증거 보존 의무가 발생하면 가장 먼저 필수적으로 거쳐야 하는 단계로, 연관된 모든 ESI를 포함하도록 검색 절차에 사용하기 위한 키워드 목록을 개발하거나 고객 정보시스템의 데이터 맵을 제작하는 등의 활동이 이루어진다. 이러한 식별과정은 역동적인 프로세스로, 연관된다고 여겨지는 정보시스템과 참가자 목록은 법적이고 실제적인 이슈로 변모하게 된다.[14]

세 번째, 보존과 수집 단계에서는 위의 단계에 이어 관련 기록을 발견하고 다음 단계로 원활히 넘어갈 수 있도록 문서를 취합하는 과정을 거친다. 이 과정에서 말하는 '기록'이란 메타데이터를 포함한다. 메타데이터란 '정보에 대한 정보'를 의미하는데, 전자 문서의 변경이나 수정, 삭제 메모리를 모두 저장하고 있는 정보를 말한다. 전자 정보의 보존 및 수집 단계에서는 디지털 데이터를 대상으로 하는 만큼, 다양한 경로로의 정보 유출이나 확산을 주의해야한다. 디지털 정보란 이메일이나 컴퓨터에 저장된 문서뿐만 아니라 서버에 저장되는 정보도 포함하며, 컴퓨터 이외의 노트북, 스마트폰, 휴대 단말기 등의 전자기기에의 정보 또한 고려해야한다. 설상가상으로 각 이메일과 파일의 복사본이 존재하기 때문에 디지털 정보를 보존하고 수집할 때에는 각별한 주의가 필요하다.

이어, 처리 및 검토, 분석 단계에서는 데이터양을 가능한 최소화하고 문서를 포맷으로 변경한다. 핵심 데이터에 대한 법률적 분석과 함께 어떤 시스템들에 의해 생성 가능한 차트나 그래프와 같이 분류되고 조정된 데이터에 대한 실제적 분석이 이루어지는 단계로 실질적 데이터의 양과 질이 수면 위로 드러나는 단계이다.[15]

마지막으로 산출의 단계에서는 제출 형태에 대해 증거개시 요청 또는 요청 거절을 통해 합의를 이루어나간다.

최근에는 보다 법률적인 관점에서 e-Discovery 프로토콜을 정립하자는 시도가 이루어지며 EDBP(Electronic Discovery Best Practice)라는 개념이 나오기도 했다. EDBP는 EDRM에서 제시하고 있는 9가지 절차[16]를 준용하되, 디지털 포렌식, 정보관리 및 처리 등의 기술적인 관점을 최대한

---

14) [CEO e-디스커버리를 고민하다] ESI와 EDRM, 2011.6.21.
https://m.blog.naver.com/PostView.nhn?blogId=dilector&logNo=10111741602&proxyReferer=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F

15) 위의 사이트.

16) 위에 첨부한 EDRM의 운영 절차 사진 참고.
탁희성, "전자증거개시제도(E-Discovery)에 관한 연구", 한국형사정책연구원, 2011. 13쪽.
EDRM은 정보관리(Information Management)에서부터 법정에서 전자증거를 제시하는 공개(Presentation)단계까지 총 9단계로 구분되어진다. 첫째, 전자증거개시 준비절차인 정보관리단계(Information Management), 둘째, 보존의무가 있는 전자적 자료나 소송발생시 필요한 모든 관련 정보의 위치를 확인하는 식별(Identification)단계, 셋째, 전자적 자료가 우연히 또는 고의로 삭제 및 변경되지 않도록 하는 보존단계(Preservation), 넷째, 보존한 전자적 자료(ESI)를 검토, 분석하기 위해 추출하는 수집단계(Collection), 다섯째, 전자적 자료에 대한 효과적 인 검토를 할 수 있는 형태의 포맷으로 변경하는 처리단계(Preservation), 여섯 째, 전자적 자료에 대한 관련성 및 권한에 대해 검토하는 단계(Review), 일곱째, 해당 사건과 관련된 주제나 주요패턴 등에 대한 문맥과 내용을 분석하는 단계(Analysis), 여덟째, 전자적 자료(ESI)에 포함되는 사용가능한 포맷생산을 하는 단계

배제하고 법률적인 내용에 근거하여 e-Discovery 절차를 정리한 개념이다.

물론 이러한 특정 모델을 꼭 준수해야 할 의무도 없고 제시되고 있는 모든 모델을 알아야 할 의무도 없지만, 모델들을 참조하면 e-Discovery에 보다 효과적으로 대응할 수 있다. 실제 소송이 발생했을 때 기업에서 낭비되는 시간을 절약하거나 불필요한 절차를 최소화할 수 있어 효과적인 e-Discovery 프로젝트의 준비와 실행이 가능해진다. 더불어 결과적으로 기업 내부에서는 비용을 절감할 수 있고, 대외적으로는 성공적인 승소로 공식적 이미지를 고취할 수 있어 기업의 신뢰도 향상에 도움을 준다.[17]

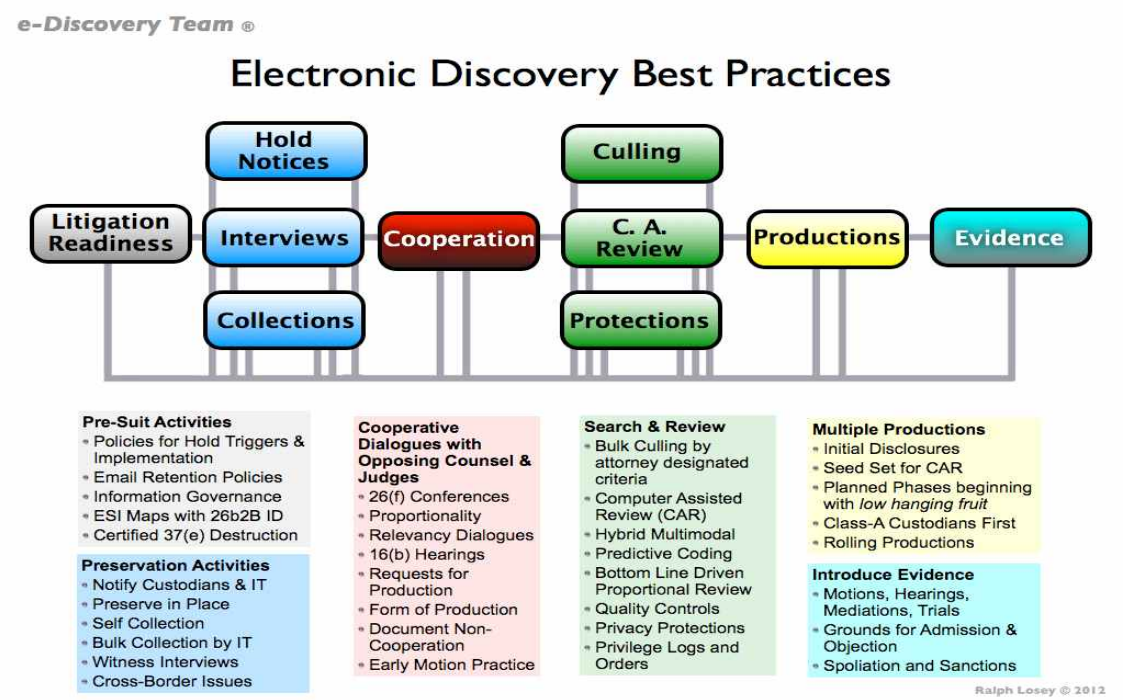
Ⅳ. 전자증거개시제도에 관한 일반적 고찰

1. 도입의 필요성

현행 형사소송법은 제266조의3에 증거개시와 전자증거개시를 규정하고 있지만, 전자증거개시가 실무적으로 잘 이행되지는 않는 실정이다. 즉, 검사가 전자파일 형태의 증거를 보관하고 있더라도 이에 대한 열람, 등사는 전자파일의 출력물로 대체하여 이루어지고 있다.

물론 현행 형사소송법상 규정된 증거개시 조항들은 표면적으로는 형사피고인에게 검찰의 통제하에 있는 ESI에 접근할 수 있는 헌법상 권리를 제공하고 있다고 볼 수 있다. 하지만 보다 전자 증거의 개시를 활성화하기 위해서는 전자 증거만의 특성을 제대로 고려하여 기존의 증거개시제도와

(Production), 마지막으로 최종 산출한 전자적 자료(ESI)를 증거로서 공개하기 위한 단계(Presentation) 등이다.



<출처 : EDBP 공식 홈페이지>

위의 도표는 EDBP의 운영 절차를 보여준다.

17) EDRM에 대한 이해, 2013.12.3. https://mr-zero.tistory.com/15

는 구분되는 전자증거개시제도가 도입될 필요가 있다. 전자증거개시제도, 이하 e-Discovery의 도입은 피고인의 권리를 보다 포괄적으로 보호하고 재판에 소모되는 비용을 절감시키는 등 많은 기술적, 그리고 법률적 개선을 이끌 수 있다.

(1) 비용 및 시간 절감

기존의 종이 자료는 필요한 정보를 찾는데 시간이 오래 걸리고 문서의 분실 위험이 높았다. 하지만 전자 자료는 종이 자료에 비해 내용 검색이 용이하여 관련 증거를 찾는데 시간을 단축시킬 수 있으며, 방대한 분량의 자료를 저장할 수 있기 때문에 비용 측면에서도 매우 효율적이다.

(2) 메타데이터 등 잠재적 증거 수집 가능

메타데이터란 '데이터에 관한 데이터'라는 뜻으로, 표면상으로는 보이지 않는 잠재 정보를 포함하고 있는 데이터를 뜻한다. 메타데이터에는 원래의 데이터를 담은 파일에 부수적으로 시스템에 의하여 자동적으로 생성된 사용자 이름, 조직 이름, 컴퓨터 이름, 작성 연월일 등에 관한 정보가 수반되어 있을 뿐만 아니라 음성이나 영상 자료에 관한 코딩 기법이나 재생 시간 등의 정보 등이 포함된 경우도 있다.[18] 즉 메타데이터를 통해 전자 정보에 대한 추가 정보와 함께 전자정보의 위·변조 및 삭제 전의 내용을 확인할 수 있어 자료의 진정성 판단에 도움을 준다. 출력물의 경우에는 원본 전자 파일이 조작 또는 변형되어서 출력되었다 하더라도 그것을 알아내지 못한다면 그대로 제출되어 법관의 심증 형성에 부정적인 영향을 미쳐 실체적 진실을 밝혀내지 못할 가능성이 있으며 모든 정보를 담지 못하기 때문에 피고인은 미 할당 영역에 남아 있는 본인에게 유리한 증거를 수집할 기회를 놓치게 될 수도 있다. 하지만 전자증거개시를 통해 메타데이터를 포함한 잠재적 증거 수집이 가능해진다면 법관이 증거력을 평가할 때, 보다 합리적인 기준을 제시할 수 있으며 피고인의 자기방어와 권리보호에도 도움을 줄 수 있다.

더불어 전자증거개시의 허용은 위에서 언급한 것처럼 잠재적이고도 구체적인 증거 수집을 도와 법관의 심증형성을 보다 객관적이고 합리적으로 이루어지게 하며 공정한 재판의 실현을 꾀한다. 즉, '형사사건의 실체에 대한 유죄, 무죄의 심증 형성은 법관의 면전에서 직접 조사한 증거만을 재판의 기초로 삼을 수 있고 증명 대상이 되는 사실과 가장 가까운 원본 증거를 재판의 기초로 삼아야 하며, 원본 증거의 대체물 사용은 원칙적으로 허용되어서는 안 된다.'는 대법원의 주장과, 무기평등원칙을 실질적으로 실현시켜 헌법상 기본권을 보장하고 피고인의 권리를 더 포괄적으로 보호할 수 있다.[19]

(3) 개인정보 보호 강화

현재 유형의 자료를 대상으로 하는 증거개시제도 또한 개인정보 유출의 위험을 가지고 있다. 그런데 전자정보증거개시제도가 도입되지 않은 상태로, 증거개시제도에만 근거하여 전자 증거를 출력물로 대체하여 증거개시를 하는 경우에는 개인정보 유출이 걷잡을 수 없을 정도로 심해질 것이다. 모든 국민은 자신의 사적 정보의 공개 여부에 관하여 검사의 배려에만 의존하지 않고 자신이 결정할 권리를 갖고 있지만 현행 피해자와 참고인에 대한 수사 서류는 성명, 생년월일, 주민등록번호, 주소, 전화번호, 기타 수사 및 증거수집과 무관한 온갖 개인정보를 전부 담고 있으며, 재판 과정에서 거의 아무런 제한 없이 공개되고 있다.[20] 실제로 현재 전자 증거를 출력물로 제출하는 과정은

18) 김승영, "형사절차상 전자증거개시제도의 증거개시 신청 방식에 관한 연구", 2018. 60페이지.
19) 위의 자료, 61페이지.
20) 배성범, 미국증거개시제도의 쟁점 연구, 2005~2006. 37페이지.

변호사가 일일이 전자 증거를 복사하고, 필요한 부분을 선별하여 잘라내는 활동을 통해 이루어지기 때문에 개인정보가 제대로 보호받지 못한다. 따라서 현행 증거개시제도와는 구분되는, 전자 증거의 특성을 고려한 전자증거개시제도의 도입이 시급하다.

2. 미국 입법례와 시사점

미국은 전 세계에서 가장 먼저 증거개시제도 및 전자증거개시제도를 도입한 나라이다. 미국은 1938년 증거개시제도를 연방민사소송규칙에 도입하고 2006년에는 전자적으로 저장된 자료(ESI, 전자증거를 뜻한다)에 대한 증거개시를 연방민사소송규칙에 명시함으로써 전자증거개시를 성문으로 규정하였다. 연방형사소송규칙의 경우, 전자증거개시에 대한 성문법은 없지만, 미국수정헌법 제5조의 적법절차조항과 민사소송의 전자증거개시 원리가 판결을 통해 형사소송에도 적용되고 있다. 더불어 단순히 규범 제정에 그치지 않고 세도와 회의를 통해 꾸준히 법률의 미흡한 부분을 보충하고 있다. 즉, 연방증거규칙(FRE)에 전자증거, 이하 ESI에 대한 규정을 두고 있으며 이를 민사소송과 형사소송 모두에 적용하고 있다.[21)]

이처럼 미국이 전자증거개시제도 발전의 선두를 달릴 수 있게끔 해준 중요한 판례가 존재한다. 2000년대 초반, Zubulake라는 여성 근로자와 그녀가 근무하던 회사인 UBS Warburg 사이의 소송 판결[22)]이 그것이다.

[판례] Zubulake v. UBS Warburg LLC, 229 F.R.D. 422 (S.D.N.Y. 2004)

2004년에 이루어진 Zubulake v. UBS Warburg LLC 판결은 미국이 e-Discovery 제도를 도입하는데 결정적 계기를 제공한 판례이다. 이른바 'Zubulake Case'라 불리는 이 판결은 2004년 Laura Zubulake와 UBS UBS Warburg LLC 사이에 일어난 소송 판례이다. 당시 국제금융투자 은행인 UBS에 근무하던 여성 직원 Zubulake는 성차별을 이유로 자신이 승진에서 누락되었다고 회사에 불만과 이의를 제기한 후 부당해고를 당하였고, 이에 근로자 차별금지 규정 위반과 근로자에 대한 복수를 이유로 들며 회사를 상대로 손해배상을 청구하였다. 원고 Laura Zubulake는 자신의 상사가 자신을 업무상 책임 있는 지위로부터 배제하고 명성을 손상시켰으며 다른 남자 사원들과 차별하였다고 주장하였다. 언뜻 보면 평범한 노동 관련 재판인 것 같은 이 사건이 전자증거개시제도의 발전에 중요한 영향을 미친 이유는 이 사건에서 최초로 e-Discovery의 개념이 다루어졌기 때문이다. 이 사건에서 Zubulake는 Discovery의 백업테이프를 복구한 결과 일부 백업테이프가 사라지고 일부 이메일이 삭제된 점을 발견하고 회사의 문서보존의무에 대한 책임을 추궁하여, 법원이 이에 대하여 판단하였는데, 이때 백업테이프, 이메일 등과 같은 ESI가 Discovery에서 문서보존의무의 대상이 되는지가 사건의 주요 쟁점 중 하나였다. 당시 UBS Warburg는 소송상의 증거유지가 적절하게 신청되었고 쟁점이 적절하기 제기된 이후에도 판결과 관련된 이메일을 보전하지 않았다. 이로 인해 UBS가 관련 증거를 제출할 수 없게 되자, 판결은 원고에게 불리하게 진행되는 것처럼 보였지만 후에 몇몇 UBS의 근로자들이 이메일을 보존하도록 명령을 받았음에도 불구하고 이를 보존하지 않았다는 사실이 밝혀지면서 판도는 뒤바뀌게 되었다. 즉 피고 UBS Warburg는 고의적으로, 자신들에게 불리한 증거로 작용할 가능성이 높은, 서버에 저장된 관련 이메일들을 삭제 및 훼손하였던 것이다. 또한 피고 측은 실제 소송에서 증거개시 명령을 받았을 때 백업 자료에서 관련 이메일 복구가

21) 김승영, "형사절차상 전자증거개시제도의 증거개시 신청 방식에 관한 연구", 2018. 73페이지.
22) Zubulake v. UBS Warburg LLC, 229 F.R.D. 422 (S.D.N.Y. 2004)

기술적, 비용 적으로 충분히 가능했지만 이를 이행하지 않았으며 증거개시를 부당하게 지연시켜 원고의 증거 수집을 방해했고 시간적, 비용 적으로 원고에게 손실을 입혔다. 이 점이 밝혀지면서 원고 Zubulake는 2900만 달러의 배상판결을 받게 되었다.

이 재판이 진행될 당시는 e-Discovery 제도 도입 전이었음에도 불구하고 전자문서의 증거 인정 필요성을 확인하고 증거의 삭제, 수정, 은닉 등에 대한 엄중한 처벌을 내린 사례라는 점에서 이 판례는 큰 의의를 지닌다.[23] 최초로 ESI의 저장과 관리 기술에 대한 이해를 통해 정보 보존에 필요한 내용을 정리하였으며, 증거에 대한 보존의 의무를 향후 증거개시 대상이 될 것으로 예상되는 합리적인 이유가 있는 정보에까지 부여함으로써 ESI의 실질적인 관리 시스템과 저장원리, 접근 가능성이 고려된 구체적인 e-Discovery 실행 정책의 토대를 마련한 판례로 평가받고 있다. 더불어 접근 가능한 정보와 접근할 수 없는 정보에 대해 기술적인 해석과 동시에 법률적인 해석을 시도한 이 판례는 2006년 연방민사소송규칙 개정의 기초를 마련하는데 기여하였다.[24]

덧붙이자면, 이 사건을 담당한 판사인 Shira A. Scheindlin은 1999년에, 1938년 공포된 연방민사소송규칙 34조에 대해 새로운 정보 기술에 대한 적합성을 검토한 판사이기도 하다.

3. 전자증거개시제도 도입을 위한 현행법의 개선방안

지금까지 언급한 것처럼 전자증거개시제도, e-Discovery는 기술적, 법률적 측면 모두의 비약적 발전을 이끌어낼 수 있는 잠재력을 가지고 있다. 하지만 마냥 전자증거개시제도의 도입을 긍정적으로 바라보는 것은 그리 바람직하지 않다. 현재 전자증거개시제도가 도입된다 하더라도 우리나라의 실정은 아직 이에 발맞추어 발전하지 못한 상태이다. 우리나라의 정치적 현실을 고려하였을 때 형사소송법의 개정은 정치도구화 되어 최초 개정 의도와는 다른 방향으로 흘러갈 여지가 매우 크며 이해관계자의 반발로 인해 심의도 되지 않고 폐기될 우려 또한 크다.[25] 더불어, 아직 전자증거에 대한 논의가 충분히 이루어지지 않아 관련 분야의 전문가가 부족한 상황에서 e-Discovery 제도를 도입하게 되면, 이 절차를 운영하고 이용하는 사람들의 비전문성이 제도 정착의 장애 요소로 작용할 수 있다. 또한, 전자적 자료의 보관에서부터 검토, 공개의 과정에는 천문학적인 법률 및 IT 비용이 필요하다.[26] 실제로, 이 과정을 위해서는 1회 소송에만 약 15만 달러의 e-Discovery 비용이 필요하다고 한다. 이처럼 정치적 현실, 비전문성, 비효율성, 그리고 고비용의 문제는 전자증거개시제도 확립을 위해 우리가 풀어야 할 숙제로 남아있다.

그럼 이제 우리가 전자증거개시제도 도입을 위한 현행법의 개선방안을 몇 가지 살펴보자.

(1) 전자파일 형태의 증거개시 신청을 위한 열람, 등사 신청서 개선

이는 가장 당연하면서도 중요한 사항이다. 우리 형사소송법에서는 전자증거개시 조항을 도입했음에도 불구하고 검찰사건사무규칙 별지 제170호의2와 제170호의3 서식(열람, 등사 신청서)을 보면 알 수 있듯이 증거개시 신청을 하기 위한 '열람, 등사 신청서'에 전자파일 형태로 증거 개시를 요청할 수 있는 신청란이 존재하지 않는다.[27] 즉 법률을 도입하였지만 이를 실행, 실천할 제도가 아직

23) e-Discovery란 무엇일까, FRONTEO, 2019.5.30.
https://fronteo.co.kr/ediscovery/?idx=1959674&bmode=view
24) e-Discovery의 정의와 목적, 유정호, 2013.5.14.
https://www.boannews.com/media/view.asp?idx=36102
25) 김승영, "형사절차상 전자증거개시제도의 증거개시 신청 방식에 관한 연구", 2018. 80페이지.
26) 김경환, "e-Discovery의 발전과 전망(법적 관점)", 2016.
27) 김승영, "형사절차상 전자증거개시제도의 증거개시 신청 방식에 관한 연구", 2018. 63페이지.

미흡한 것이다. 2008년 형사소송법의 개정으로 전자증거개시에 관한 규정이 명문화되었지만, 법이나 관련 규칙상에 전자증거의 특성을 고려한 구체적인 신청 방법에 대한 규정이 없는 것이, 현재 실무상으로 제도가 잘 이해되고 있지 않는 가장 큰 원인 중 하나이다. 이처럼 실질적으로 전자 파일에 대한 피고인과 변호사의 접근이 제대로 보장되어있지 않기 때문에 아직까지도 증거개시제도는 검사의 주관적 판단에 영향을 크게 받는다. 따라서 전자적 정보와 관련된 법률 및 보장 체계를 보다 폭넓고 세밀하게 규정할 필요가 있다.

(2) 증거개시 신청 대상의 확대

종래에는 수사를 진행하면서 검찰과 경찰이 단계별로 서류 등의 편철 순서에 따라 기록목록을 작성하여 전체 자료를 공소제기 후 제1심 공판기일 전에 법원으로 송부하였기 때문에 당연히 수사기록목록 전체가 열람 및 등사의 대상이었다. 그러나 현행 형사소송법은 '공소 제기된 사건에 관한 서류 또는 물건의 목록'을 증거개시의 대상으로 규정하고 있다. 즉, 증거분리제출이 시행되면서 검사는 공소제기 후 수사기록 중 법원이 증거로 제출할 서류와 그렇지 아니한 서류를 구분한 다음 전자의 서류들만을 묶어 증거기록으로 편철하고 이를 법정에서 증거로 제출하게 되었다.[28] 따라서 피고인 또는 변호인에게 열람, 등사의 대상이 되는 서류는 증거목록이 된 것이다. 이 규정으로 인해 피고인 측은 검사가 증거로 신청할 자료가 아닌 자료는 그 존재 자체도 알 수 없게 되었다. 이렇게 되면, 수사 기관의 입장에서는 범죄사실의 입증에 필요한 자료만을 추출, 분석, 그리고 산출하기 때문에, 나머지 전자정보 중에서 추출되지 못하고 남아 있는 것 가운데 피고인의 주장이나 항변을 뒷받침할 수 있는 정보가 있는지에 대해서는 검찰도 미처 파악 하지 못하는 경우가 있을 수 있다. 하지만 피고인의 입장에서는 이러한 전자 정보 하나하나의 확보가 매우 중요하다.[29] 따라서 증거개시의 신청 대상을 다시금 증거목록에서 수사기록목록으로 확대할 때 피고인 및 변호인의 알 권리를 보다 보장할 수 있을 것이다. 모든 증거에의 접근 가능성을 최대한 포괄적으로 열어두지 않는 이상 전자증거개시제도가 오히려 피고인의 권리를 제한하는 모순적인 상황이 나타나게 된다.

(3) 검사의 자의적 증거개시 불복 제한

현행 법 제도는 증거개시제도 신청에 대한 거부 판단 여부를 검사의 주관에 맡기고 있어, 검찰 측에서 증거 개시를 거부할 의도만 가진다면 얼마든지 거절할 수 있다. 증거개시제도 및 전자증거개시제도의 도입 취지는 피고인 및 변호인에게 가능한 많은 양의 증거를 제공해주는 것인데, 검사의 자의적 증거개시요청 불복에 별다른 제한을 두지 않는다면 전자증거개시제도는 유명무실한 제도가 될 것이다. 따라서 검사의 권한을 조금은 줄일 필요가 있다.

이를 위해서는 검사의 객관의무를 내면화하는 직업윤리 강화 교육으로 검사에 의한 자발적 증거개시를 유도하거나, 검사의 업무에서 증거개시이행의 비중을 높이고 이를 검사의 인사평정에 반영하는 강제력을 가하는 방법 등이 있다.[30]

---

28) 최창영, "공판에서의 형사소송법의 진단", 「형사소송 이론과 실무 제2권 제1호」, 2010. 45페이지.
29) 탁희성, "전자증거개시제도(E-Discovery)에 관한 연구", 한국형사정책연구원, 2011. 9페이지.
30) 이윤제, "증거개시제도 : 과거, 현재, 미래", 2014. 71페이지.

Ⅴ. 결론

전자증거개시제도는 4차 산업혁명이 이루어지고 있는 현재의 유비쿼터스-글로벌 사회에서 필수적으로 요구되는 제도로서, 신속하게 도입되어야 한다. 다만 이 제도를 도입함으로써 발생하는 한계나 혼란이 분명히 존재하기 때문에 이들을 최소화할 개선 방안을 도출해내는 노력이 필요할 것이다. 기존의 현행 제도를 최대한 활용하여 형사소송법 제266조의3 제6항을 근거로 전자증거개시를 운영하되, 공공기관의 정보공개에 관한 법률 수준으로 개선하고 증거개시 대상 및 범위의 제한을 완화하여 확대하는 것이 가장 우선적으로 이루어져야 한다고 생각한다.

우리나라에서도 현재 전자증거개시제도에 대한 논의가 점차 이루어지고 있다. 이제 디스커버리 제도, 즉 증거개시제도가 사회 이슈에 적용된 사례도 적지 않게 찾아볼 수 있다. 가습기 살균제 사건이나 외제차 화재 및 배출가스 조작 사건 등은 사회적으로 큰 파장을 일으킨 사건이다. 이처럼 기업이 생산한 제품으로 인해 많은 소비자들의 안전이 위협받았음에도 이에 대한 손해배상액 및 기업에 부과된 과징금은 터무니없이 적었고, 소비자 피해의 구제도 신속하게 이루어지지 않았으며 문제가 커져 정부가 개입하고 나서야 제대로 된 조사가 시작되었다.[31] 이렇게 기업과 소비자 간 문제가 발생했을 때 소비자가 기업을 상대로 문제의 책임을 묻고, 손해배상을 청구하는 데에는 현실적으로 많은 어려움이 있다. 법적으로 소비자가 기업의 제조물의 안전성을 확인하기 위해 기업 내부의 자료를 확보할 방법이 없기 때문이다. 이러한 증거 편재 현상의 부조리함을 해결하기 위해 국내에서 디스커버리 제도의 도입이 논의되기 시작했다. 2015년 3월에 대법원은 '사실심 충실화 사법제도개선위원회(이하 위원회)'를 구성하였고 이 위원회는 2016년에 국회에서 '소제기 전 증거조사제도'의 신설을 건의할 것을 의결하였다. 소제기 전 증거조사제도란 양쪽 당사자가 분쟁 초기단계에서부터 대등한 위치에서 관련 증거에 공평하게 접근할 수 있도록 함으로써 증거의 구조적 편재 현상을 조기에 해소하기 위한 제도로 특히 의료기관이나 기업, 국가기관 등을 상대로 손해배상청구 소송을 하는 경우 개인인 원고의 증거 확보권을 보장함으로써 무기평등의 원칙을 실현하는데 기여할 것이라는 전망을 보이고 있다.[32] 이는 한국형 디스커버리 제도라 불릴 수 있는 것이다. 안타깝게도 입법까지 이어지지는 못하였지만 이러한 제도 개설의 시도는 그 가치를 높이 평가할 만하다. 이외에도 지난해 12월에는 중소벤처기업부에서 '중소기업기술 보호 지원에 관한 법률'(이하 중소기업기술보호법)[33]을 시행하여 기업에 적극적인 증거 제출을 명령하고 이에 불응하면 입증 책임을 해당 기업에 묻거나 증거 확보를 위한 비용을 부담하게 하는 방안을 제시하였다.

이처럼 현재 우리나라에서 증거개시제도 및 전자증거개시제도에 대한 관심은 나날이 증가하고 있다. 이러한 사회적 흐름을 계속 이어나가면서, 검찰과 피고인 사이의 보다 실질적인 평등을 추구하는 동시에 전자적 정보의 특성을 고려한 전자증거개시제도를 마련한다면, 우리 사회는 한 단계 더 성장할 수 있을 것이라 생각한다.

---

31) 디스커버리(Discovery) 제도의 탄생과 진화 下 - 한국형 디스커버리 도입 논의 과정, FRONTEO, 2019.9.24. https://fronteo.co.kr/ediscovery/?idx=2445794&bmode=view

32) '법원, 한국형 디스커버리 제도 도입 추진', 법률저널, 2015.5.11. http://www.lec.co.kr/news/articleView.html?idxno=36665

33) 중소기업기술 보호 지원에 관한 법률
제3장 중소기업기술의 보호 및 보호를 위한 지원사업
제8조의2(중소기업기술 침해행위의 신고 및 조사) '④ 중소벤처기업부장관은 제1항에 따른 신고를 받은 경우 중소기업기술 침해행위 사실을 조사하기 위하여 관련 기관 또는 사업자 등에 자료제출을 요구하거나 소속 공무원으로 하여금 그 사무소·사업장, 그밖에 필요한 장소에 출입하여 장부·서류, 시설 및 그 밖의 물건을 조사하게 할 수 있다.'

참 고 문 헌

탁희성, “형사증거개시제도에 관한 연구”, 한국형사정책연구원, 2003.

탁희성, “전자증거개시제도에 관한 연구”, 한국형사정책연구원, 2011.

김승영, “형사절차상 전자증거개시제도의 증거개시 신청 방식에 관한 연구”, 한국형사정책연구원, 2018.

강성수 외 2명, “전자정보의 증거조사 현황과 개선 방안에 관한 기초 연구”, 대법원 사법정책연구원, 2016.

김종호, “전자소송시스템을 활용한 전자증거의 제출과 증거조사 과정에서 나타난 법적 쟁점의 해결방안 : 미국 주대법원장회의에서의 논의와 연방법원 전자증거개시 사례를 중심으로”, 2011.

이윤제, “증거개시제도 : 과거, 현재, 미래”, 2014.

최창영, ″공판에서의 형사소송법의 진단″, 「형사소송 이론과 실무 제2권 제1호」, 2010.

장완규, “기업 전자기록의 증거력 확보 전략과 미국 e-Discovery 제도의 시사점”, 2015.

배성범, “미국증거개시제도의 쟁점 연구” 2005~2006.

최병천, “증거개시와 피고인의 방어권보장” 2012.

양초원, “E-discovery&cartel”.

헌재 2010.6.24. 2009헌마257 전원재판부.

헌법재판소 2010.6.24.선고 2009헌마 257 전원재판부 판결.

Zubulake v. UBS Warburg LLC, 229 F.R.D. 422 (S.D.N.Y. 2004).

디스커버리(Discovery) 제도의 탄생과 진화下 - 한국형 디스커버리 도입 논의 과정, FRONTEO, 2019.9.24.
https://fronteo.co.kr/ediscovery/?idx=2445794&bmode=view

‘법원, 한국형 디스커버리 제도 도입 추진’, 법률저널, 2015.5.11.
http://www.lec.co.kr/news/articleView.html?idxno=36665

e-Discovery란 무엇일까, FRONTEO, 2019.5.30.
https://fronteo.co.kr/ediscovery/?idx=1959674&bmode=view

e-Discovery의 정의와 목적, 유정호, 2013.5.14.
https://www.boannews.com/media/view.asp?idx=36102

EDRM에 대한 이해, 2013.12.3. https://mr-zero.tistory.com/15

e-Discovery의 발전과 전망(법적 관점), 김경환 변호사, 법무법인 민후, 2016.3.24.
https://www.slideshare.net/ssuserbd0159/ediscovery-59980953

e-Discovery 초기 대응이 중요한 이유, FRONTEO, 2019.5.30.
https://fronteo.co.kr/ediscovery/?idx=1959686&bmode=view

『미국 지식재산권 분쟁대응』, 2013.4.

이창현, “이창현 교수의 형사교실”, 「법률저널」 2015.11
http://www.lec.co.kr/news/articleView.html?idxno=38751

[CEO e-디스커버리를 고민하다]. 2011.6.21.
https://m.blog.naver.com/PostView.nhn?blogId=dilector&logNo=10111741602&proxyReferer=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F

디스커버리 제도의 탄생과 진화 上 - 미국편, FRONTEO, 2019.9.10.
https://fronteo.co.kr/ediscovery/?idx=2294992&bmode=view

【초 록】

본 논문은 형사소송법의 ‘당사자 대등주의 원칙’을 실현하기 위한 방안 중 하나인 ‘형사증거개시제도’에 대해 다루고 있다. 현재 형사소송법 제266조에서 규정하고 있는 형사증거개시제도는 그 적용대상을 대체로 유형의 자료에 국한시키고 있으며, 성문 상으로는 특수매체에 대한 증거개시도 언급하고 있지만 전자증거개시의 대상과 방법, 거부에 대한 불복 절차 등에 관한 구체적인 규정이나 지침이 없고, 실제로 수사과정에서 활용되는 경우도 거의 없다. 따라서 본 논문은 형사증거개시제도를 4차 산업혁명 시대에 발맞춰 전자증거에까지 그 대상을 확대해야 하며 이를 위해서는 유동적이며 전문적인 기술이 요구된다는 전자 자료의 특성을 고려하여 새로운 제도의 확립이 필요하다고 주장한다.

전자증거개시제도 도입의 필요성에 대해서는 크게 세 가지의 주요한 이유가 있다. 가장 먼저, 전자증거개시제도, 이하 e-Discovery의 도입은 기존의 종이 자료보다 관련 증거를 찾는데 시간이 적게 들고, 인쇄비용도 필요가 없기 때문에 수사 과정에서의 비용 및 시간을 절감시켜 준다. 더불어 전자 증거는 자료의 이동 경로, 삭제 및 추가, 변경의 과정과 내용, 작성 연월일, 컴퓨터의 위치 등을 모두 포함하기 때문에 메타데이터 등의 잠재적 증거 수집을 가능케 한다. 이때 메타데이터란 ‘데이터에 관한 데이터’라는 뜻으로, 표면상으로는 보이지 않는 잠재 정보를 포함하고 있는 데이터를 뜻한다. 출력물의 경우에는 원본 전자 파일의 조작 또는 변경의 내용을 담지 못하기 때문에 법관의 심증 형성에 부정적인 영향을 미칠 가능성이 있으며 피고인에게 유리한 증거를 수집할 기회를 놓칠 수도 있다. 하지만 전자증거개시를 통해 메타데이터를 포함한 잠재적 증거 수집이 가능해진다면 법관이 증거력을 평가할 때 보다 합리적인 기준을 제시할 수 있으며 피고인의 자기방어와 권리보호에도 도움을 줄 수 있다. 더불어 전자증거개시제도는 종이 자료에 비해 개인정보 보호에 있어, 보다 철저하며, 선별적인 정보 제공이 용이하기 때문에 개인정보 보호의 강화에도 도움을 준다.

하지만 전자증거개시제도가 도입되기 위해서는 우선 현행법의 개선이 필요하다. 먼저 전자파일 형태의 증거개시 신청을 위한 열람 및 등사 신청서가 마련되어야 한다. 더불어 형사소송법 제266조에서 규정하고 있는 형사증거개시제도의 신청 대상이 확대되어야 한다. 증거분리제출의 시행으로 현재 검사는 공소제기 후 수사기록 중 법원이 증거로 제출할 서류와 그렇지 아니한 서류를 구분한 다음 전자의 서류들만을 묶어 증거기록으로 편철하고 이를 법정에서 증거로 제출한다. 하지만 이 규정은 피고인 측이, 검사가 증거로 신청할 자료가 아닌 자료는 그 존재 자체도 알 수 없게 하기 때문에, 증거개시신청의 대상을 다시금 증거목록에서 수사기록목록으로 확대하여 피고인 및 변호인의 알 권리를 보장할 필요가 있다. 이 밖에도 증거개시제도의 활발한 활용을 위해서는 검사의 자의적인 증거개시 불복을 제한하고, 보다 증거개시이행을 장려하기 위한 장려책이 필요하다.

전자증거개시제도의 도입은 현재의 유비쿼터스 사회에서 필수적으로 요구되는 제도이므로, 기존의 증거개시제도를 최대한 활용하되 전자 자료의 특성을 고려한 개선을 통해 신속하게 도입 및 시행되어야 한다. 효율적인 제도의 구비를 위해서는 현재 미국에서 활용되고 있으며 크게 5 단계의 실행 절차를 거쳐, 최종적으로 법원에는 가장 핵심적인 전자 증거만을 제출하기 위해 마련된 ‘EDRM’을 참고할 필요가 있다.

고려대학교 자전법학회
2019학년도 2학기

형사소송법에서의 인신구속제도의 문제점에 관한 연구

- 체포영장과 구속영장 일원화의 필요성과 긴급체포의 - 남용가능성의 제도적 개선방안을 중심으로

자유전공학부 경영학과
김 지 훈

I. 서론
1. 연구 배경
2. 연구 목적

II. 체포영장제도와 구속영장제도의 비교
1. 체포의 개념과 연혁
2. 구속의 개념과 연혁
3. 체포영장제도의 남용가능성과 해결방안

III. 긴급체포의 문제점과 해결방안
1. 긴급체포의 의의와 요건
2. 긴급체포의 절차
3. 긴급체포의 남용을 금지하기 위한 제도
4. 긴급체포의 남용과 해결방안

IV. 결론

Ⅰ.서론

1. 연구배경

형사소송법은 형사 소송의 절차를 규율한 법으로서, 궁극적 목적은 진실을 발견하는 데에 있다고 생각한다. 하지만 여기서 중요한 것은 '진실의 가치'이다. 진실의 가치가 그 무엇보다도 높은 '절대선(絶對善)'인가에 대해서는 회의적인 태도가 현실이다. 궁극적인 진실 역시 중요하지만 국민의 인권, 수사/재판의 경제성 등도 역시 고려되어야하기 때문이다. 그래서 우리나라는 소극적 실체진실주의를 택하고 있다. 실체진실주의란 실체적 진실의 발견을 목적으로 하는 것을 말하며, 민사소송법에서의 '형식적 진실'과 비교하기 위한 상대적 개념이다. 민사소송은 사인 간의 개인적 법적 분쟁을 다루는 소송으로서, 처분권주의와 변론주의를 기본원칙으로 삼아 소송의 대상이 당사자들이 청구하는 범위로 제한되고 당사자들이 주장하고 입증하지 아니한 것을 판결의 기초로 삼을 수 없다. 즉 예외를 제외하고는 법관이 설령 '실체적 진실'을 알더라도 당사자가 주장하거나 입증하지 아니하면 판결의 기초로 삼을 수 없고, 이는 곧 실체적 진실과 멀어짐을 의미한다. 하지만 형사소송에서는 이와 사뭇 다른 태도를 취한다. 법관은 당사자의 주장이나 증거 등에 구속되지 아니하고 진상을 규명하여 실체적 진실을 발견하여야 한다. 즉 형사소송에서는 처분권주의나 변론주의와 같은 '민사소송에서의 기본원칙'이 적용되지 않는다. 민사소송과 형사소송에서 이러한 차이가 드러나는 이유는 형사소송에서 사인간의 분쟁이 아닌 국가의 형벌과 관련된 분쟁이기 때문이다. 만약에 민사소송처럼 변론주의를 취하게 된다면 국가의 형벌권의 정확한 범위와 정도는 파악하기 어려워진다.

실체적 진실주의에서는 또다시 적극적 실체진실주의와 소극적 실체진실주의로 나누어진다. 간략하게 설명하면 적극적 실체진실주의는 '죄를 지은 자는 반드시 처벌을 받아야 한다'의 입장이고, 소극적 실체진실주의는 '죄를 짓지 아니한 자는 처벌받지 않아야 한다'의 입장이다. '열 사람의 범인을 놓치더라도 죄 없는 한 사람이 억울하게 처벌받는 일은 없어야 한다'라는 유명한 구절도 소극적 실체진실주의를 대변하는 문구라고 할 수 있다.[1] 우리나라는 소극적 실체진실주의를 취하고 있는데, 헌법과 형법에 명시된 무죄추정원칙이나 적법절차의 원칙, 그리고 여러 증거와 관련된 법칙들을 통해 알 수 있다.[2]

2. 연구목적

본 글의 거시적 목적은 우리나라가 소극적 실체진실주의에 더 다가가기 위한 방안 제시에 있다. 현행법에서 어떠한 문제점들이 국민의 권리를 필요이상으로 제한을 가하고, 제한에 있어서 그 기준의 자의성을 가지고 있는 지를 살펴보고, 그에 대한 나의 생각을 제시한다. 사실상 이러한 문제점

---

1) 김성찬, "刑事節次上의 實體的 眞實發見의 制約 = (THE) RESTRICTIONS OF FINDING THE SUBSTANTIAL TRUTH IN CRIMINAL PROCEDURE", 동아대학교 법학대학원 석사학위논문, 2000, 4-5면.

2) 자세한 내용은 이성원, "형사절차에서 무죄추정원칙의 실질적 구현에 관한 연구", 고려대학교 법학대학원 석사학위논문, 2014, 3-4면 참조.- 우리나라 헌법 제27조 4항은 "형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정한다"고 규정하여 무죄추정의 원칙을 헌법적 차원에서 명시하고, 형사소송법 제275조의2도 "피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정한다"고 규정한다. 물론 여기서는 '피고인'만을 명시하고 있지만 '피의자'도 내포하고 있음에는 이견이 없다.

이 발견되는 법 조항이나 실무관습은 꽤 많다고 생각한다. 기소독점주의, 기소편의주의와 같은 태도는 검사에게 필요이상의 권력을 주어 국민의 권리를 쉽게 침해할 수 있는 환경을 조성하는 데에 한몫하고 있다. 또한 판례는 표면적으로 '검사의 공소권 남용'이라는 개념을 인정하고는 있지만 실제 사안에서 인정한 사례는 없다.[3] 이외에도 논의할 만한 사항은 많지만 본 글에서는 첫째로 체포영장제도와 구속영장제도의 구별의 실익 유무성과 일원화의 필요성을 주장한다. 둘째로는 무영장체포제도 중 긴급체포의 요건과 그 절차의 문제점과 남용가능성, 그리고 이에 대한 제도적 방안에 대해 다룬다. 이를 통해 국민의 권리보장이 더욱 확실해져 최소침해원칙이 실질적으로 지켜지는 대안을 제시하는 것이 목적이다.

Ⅱ. 체포영장제도와 구속영장제도의 비교

1. 체포의 개념과 연혁

형사소송법에서 체포영장제도란 상당한 범죄혐의가 있고 일정한 체포사유가 존재할 경우 사전영장에 의하여 일정한 시간동안 구속에 선행하여 피의자에게서 인신의 자유를 빼앗는 수사상의 강제처분을 말한다(형사소송법 제201조). 체포영장제도는 1955년의 개정 때 처음으로 도입되었다. 체포영장제도는 두 가지의 기능을 가지고 있는데, 하나는 구인장으로서의 기능이고 다른 하나는 구속의 전단계로서의 기능이다.[4] 즉 내사단계에서 임의수사에 따르지 않는 피의자에 대한 '간이한 인치제도'로서 기능하고, 또한 '피의자를 수사하여야만 구속여부를 판단할 수 있는 때와 반드시 구속할 필요는 없으나 사건수사를 위하여 피의자에 대한 조사가 꼭 필요한 때에 유용한 구속 이전의구금제도'로서 기능한다.[5]

2. 구속의 개념과 연혁

구속은 형사절차를 관철시키기 위하여 피의자 또는 피고인의 신체자유를 제한하는 강제처분을 말한다. 피의자구속은 수사절차에서 수사기관이 법관의 영장을 발부받아 하는 구속이고, 피고인구속은 공소제기 후 법원이 피고인을 구속하는 경우이다. 구속에는 구금과 구인으로 구별되는데(형사소송법 제69조), 구인은 피고인을 인치하는 강제처분이다. 인치기간은 인치한 때로부터 24시간이내이어야 한다(형사소송법 제71조). 구금은 피고인 또는 피의자를 교도소 또는 구치소에 감금하는 처분이다. 구속의 목적은 공판절차의 실행이나 증거의 보전에 있다. 그러나 구속은 개인의 기본권을 중대하게 제한하기 때문에 형사소송법은 엄격한 구속요건을 규정하면서, 법관이 이 요건에 따라 발부하는 영장에 의해서만 할 수 있도록 하고 있다. 나아가 개정법률은 "피의자에 대한 수사는 불구속 상태에서 함을 원칙으로 한다"고 하여 불구속 수사원칙을 천명하고 있다(형사소송법 제198조 1

---

3) 대판 1996. 2. 13, 94도2658
판례는 공소권남용의 이론을 인정하고, '검사의 자의적인 공소권 행사로 인한 소추재량권의 현저한 일탈'을 그 판단 기준으로 삼고 있으며, 그 구체적인 판단에서는 '단순한 직무상 과실을 넘어서, 검사에게 적어도 미필적이나마 어떤 의도가 있는 상태'에서 '검사의 태만 내지 부작위에 의한 공소제기'가 행하여졌는지 그리고 '피고인에게 귀책사유가 있는지'등을 고려한다.

4) 자세한 내용은 국회 법제사법위원회, 형사소송법 중 개정 법률안 심사보고서, 1995. 12, 9면 참조.

5) 정승환, 「형사소송법」, 『박영사』, 2018, 119쪽.

항). 학설에서도 구속은 비례성원칙에 의한 제한을 받아야 한다는 견해가 지배적이다.

3. 체포영장제도의 남용가능성과 해결방안

위에서 보았듯이 우리나라의 형사소송법에서는 인신구속제도를 크게 체포와 구속으로 구분하고 있다. 문제는 이 두 강제처분의 차이점이 무엇이고, 그 차이가 법익이 있냐는 것이다. 이를 알아보기 위해서는 위에서 언급한 체포의 두 가지 기능과 더불어 구속영장의 구속사유의 체포영장의 체포사유의 비교 역시 필요하다.

체포의 구인장으로서의 기능과 구속의 전단계로서의 기능에 대하여 좀 더 알아볼 필요가 있다. 체포하기 위한 사유로서는 첫째, 상당한 범죄혐의가 있어야하며 둘째, '정당한 이유없이 수사기관의 피의자신문을 위한 출석요구에 응하지 아니하거나 응하지 않을 우려', 마지막으로 체포의 필요성으로서의 구속사유가 있어야 한다(형사소송법 제200조의2 제1항).[6] 이 세 가지 이유 중에서 두 번째 이유는 체포영장이 구인장으로서의 기능을 가지고 있음을 내포한다. 임의수사로서의 피의자 신문에 불응하는 피의자를 강제로 응하게 하기 위한 수단으로 사용된다는 뜻이다. 게다가 수사단계에서 체포 이후의 절차를 규율한 제200조의2 제5항은 "체포한 피의자를 구속하고자 할 때에는"라고 명시하여 체포와 구속은 독립된 강제처분이며 체포가 곧 구속으로 필연적으로 이어지는 것은 아님을 밝히고 있다.

체포의 두 번째 기능은 '구속의 전단계로서의 기능'이다. 체포사유와 구속사유가 큰 차이점을 가지고 있지 않다는 점에서 체포는 구속을 준비하기 위한 목적에서 사용되고 있음을 알 수 있다. 또한 피의자를 체포한 때로부터 48시간 이내에 구속영장을 청구하도록 하고 있는데,(형사소송법 제200조의2 제5항) 이 역시 체포가 구속의 준비단계임을 내포하고 있다고 할 수 있다. 이러한 이론적인 근거들뿐만 아니라 실무에서도 체포는 곧 구속의 전단계임을 경험적으로 증명하고 있다. 2016년 체포영장에 의해 체포된 8,774명 중 8,672명이 기소되어 기소율이 99%에 이르고, 기소된 인원 중 8,457명이 구속기소되어 체포된 피의자의 구속률도 96%에 이른다.[7] 이러한 통계는 첫째 '실무에서 체포영장은 구속영장을 준비하기 위한 수단'으로 기능함을 알려주고, 둘째로는 체포영장을 청구할 때 그 체포의 사유를 조금 더 보완하면 처음부터 구속영장을 청구할 수 있음을 의미한다. 즉, 체포영장과 구속영장의 기능이 중복된다는 것이다.[8]

정리하자면, 체포영장제도는 구속영장제도와 더불어 인신구속제도를 이중적, 이원적 구조로 확대했다. 체포와 구속은 인신의 자유를 제한하는 강제처분이라는 점에서 본질이 같지만 체포영장은 구속영장보다 가벼운 처분이라는 상대적 인식에 따라 법원이 영장발부를 더 쉽게 할 수 있고,[9] 구속이 필수적이지 않는데도 체포영장을 통해 인신구속의 처분을 하는 것은 남용의 가능성이 존재한다는 것이 문제이다. 이러한 이유로 체포영장제도와 구속영장제도의 일원화가 필요하다.

사실상 체포영장제도와 구속영장제도에 차이를 두는 것은 법익이 없고, 인신구속제도를 두 제도

---

6) 구속사유의 존재가 체포의 적극적 요건인가 소극적 요건인가에 대하여 견해가 대립되고 있다. 구속사유의의 존재를 적극적 요건으로 바라보게 되면 구속사유가 조금이라도 의심스러운 상황이라면 체포영장을 발부할 수 없지만, 소극적 요건으로 바라보면 구속사유의 부존재가 명확할 때만 체포영장을 발부할 수 없다고 한다.

7) 대검찰청, 범죄분석 2017, 386면.

8) 정승환, "형사소송법의 체포제도에 대한 재검토-형사소송법 개정안의 인신구속제도와 관련하여", 『법조』 54권 7호, 2005, 59면 이하.

9) 2016년 구속영장의 발부율은 81.8%, 체포영장의 발부율은 98.6% : 대법원, 사법연감 2017, 617면.

로 이원화하여 운영하는 것은 피의자의 인권 보호에 악영향을 끼친다. 그러므로 체포영장제도와 구속영장제도를 '구속영장제도'로 하나로 일원화해야하며, 체포영장제도의 두 가지 기능인 구인장으로서의 기능과 구속 전단계로서의 기능을 수행하기 위해 검찰이나 경찰과 같은 수사기관에서의 '구인명령장'을 신설하는 것이 바람직하다고 생각한다.[10] 현재 법원의 구인명령처럼 검찰에게 구인명령권을 부여한다면 체포영장제도와 구속영장제도의 이중성을 제거할 수 있다. 다만 여기서 문제는 구인명령의 절차와 그 효력의 범위 설정에 있다. 구인명령청구권[11]을 수사기관 중에서 검찰에게만 주는 것이 합당하다고 본다. 경찰에게도 이러한 권리를 부여하게 되면 구인명령청구권의 남용의 여지가 생길 수 있기 때문이다. 이 부분에서는 본래의 체포영장제도의 절차와 유사하게 유지하면 된다는 생각이다. 수사기관에 의한 구인명령에는 인신구속시간을 최소화해야한다. 이러한 절차를 밟는다면 더 이상 체포영장제도의 남용을 용인하지 않아도 되며 두 제도의 이중성을 없애 경제성도 도모할 수 있을 것이라 생각된다.

Ⅲ. 긴급체포의 문제점과 해결방안

1. 긴급체포의 의의와 요건

긴급체포는 수사기관이 현행범[12]에 해당하지 않는 피의자에 대해 사전영장을 발부받기 위해 시간을 지체할 수 없는 긴급한 경우에 영장없는 체포를 일시적으로 허용하는 제도이다.[13] 형사소송법은 긴급체포를 '중대한 범죄'에 대해서만 허용하고(형사소송법 제200조의3 1항) 피의자를 체포한 후 구속을 계속할 필요가 있는 경우에는 영장을 발부받도록 하고 있다.(헌법 제12조 3항 단서, 형사소송법 제200조의4 1항) 즉 긴급체포와 현행범체포는 영장없는 체포를 허용한다는 점에서 비슷하지만 긴급체포는 중대한 범죄에 한하며 범죄 시점과 체포 시점의 접착성을 요하지는 않는다. 현행법상 인신구속에 관한 강제처분은 원칙적으로 영장주의를 지켜야한다. 이는 국민의 기본권과 밀접하게 관련이 되어있기 때문에 영장주의의 예외를 인정할 때에는 상당히 정밀한 검토와 그 범위를 엄격하게 설정해야한다.

긴급체포의 요건으로는 크게 범죄의 중대성, 구속사유, 긴급성으로 3가지가 있다. 먼저 긴급체포는 사형, 무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있을 때 허용된다(형사소송법 제2002조의3 1항).이 요건을 범죄의 중대성이라 한다. 긴급체포에서는 '범죄혐의의 상당성(형사소송법 제200조의2 1항)'이라는 일반적인 체포사유보다 더 엄격한 기준을 요구하고 있다. 또한 긴급체포에도 구속사유가 있어야 한다. 구속사유는 1)피의자가 증거를 인멸할 우려가 있거나, 2) 도망하거나 도망할 우려가 있는 경우를 말한다. 원래 긴급체포는 체포제도가 생기기 전까지는 '긴급구속'이었으므로 구속사유를 필요로 하는 것이다.[14] 마지막으로 긴급체포는 그 이름에 걸맞게 '긴급성'을 요한다. 긴급체포는 '긴급을 요하여' 판사에게 체포영장을 청구

10) 정승환, 앞의 논문의 '수사기관의 구인명령'을 좀 더 구체화함.
11) 필자가 임의적으로 설정한 용어.
12) 범죄의 실행중 이거나 실행의 직후인 자를 현행범인이라고 한다. : 헌법 제12조 3항 단서, 형사소송법 제212조.
13) 정승환, 앞의 책, 123면.
14) 영장에 의한 체포제도는 1995년 개정으로 형사소송법에 입법되었다.

할 수 없을 때에 그 이유를 판사에게 알리고 피의자를 체포하는 제도이다. 여기서 '긴급을 요하여'라는 것은 영장을 받기 위해 시간을 지체하면 체포나 구속이 불가능하게 되거나 현저히 곤란해지는 긴박한 상황을 말한다.

2. 긴급체포의 절차

수사기관에서 검사 또는 사법경찰관은 피의자에게 체포영장이나 구속영장을 받을 수 없는 사유를 알리고 긴급체포하여야 한다(형사소송법 제200조의3 1항). 사법경찰관이 긴급체포를 한 경우에는 '즉시' 검사의 승인을 얻어야 한다(형사소송법 제200조의3 2항). 또한 검사 또는 사법경찰관이 피의자를 긴급체포한 경우 피의자를 구속하고자 할 때에는 지체없이 검사는 관할지방법원판사에게 구속영장을 청구하여야 하고, 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할지방법원판사에게 구속영장을 청구하여야 한다. 이 경우 구속영장은 피의자를 체포한 때부터 48시간 이내에 청구하여야 하며, 긴급체포서를 첨부하여야 한다(형사소송법 제200조의4 1항).

3. 긴급체포의 남용을 금지하기 위한 제도

현행법은 긴급체포의 남용을 방지하기 위하여 이론적으로 긴급체포는 체포의 일종이면서 동시에 '사후영장에 의한 구속'의 성격을 유지한다고 보아야 한다. 그래서 만약 '실체형법적으로 긴급체포의 요건에 대한 의무합치적 심사 없는 자의적인 긴급체포'는 형법 제214조 불법체포감금죄로 성립된다. 또한 긴급체포로 체포된 피의자의 구속영장을 심사하는 지방법원판사는 구속의 요건과 함께 더불어 추가적으로 체포 당시 긴급체포의 요건이 충족되었는지에 대해서까지도 판단하여야 한다. 구속요건과 긴급체포의 요건 둘 모두를 충족하여야만 구속영장을 발부하여야 하고, 둘 중 하나라도 충족시키지 아니하면 검사의 구속영장청구를 기각하여야한다.

또한 긴급체포한 후 48시간 이내에 검사가 관할지방법원판사에게 구속영장을 청구하지 않거나 청구를 하였으나 발부받지 못하였을 때에는 피의자를 즉시 석방해야한다. 또한 검사가 구속영장을 청구하지 않고 피의자를 석방한 경우에는 30일 이내에 '석방통지서'에 체포되었던 자의 인적사항과 긴급체포의 일시와 장소, 체포의 구체적 사유 등 관련사항을 기재하여 법원에 통지하여야 하고, 사법경찰관이 구속영장을 신청하지 않고 석방한 경우에는 즉시 검사에게 보고하여야 한다. 긴급체포의 남용을 방지하기 위해 개정법률이 신설한 규정이다. 비록 사후보고이지만 이를 통해 긴급체포가 보다 신중하게 이루어지게 될 것으로 기대하는 것이다.[15]

게다가 긴급체포와 관련해서는 '재긴급체포'가 엄격히 제한된다. 긴급체포한 후 정해진 기간 이내에 구속영장을 청구하지 않거나 판사에게 구속영장을 발부받지 않았을 경우 같은 범죄를 근거로 긴급채포를 다시 할 수 없다(형사소송법 제200조의4 3항). 더군다나 대법원 판례는 '형사소송법 제200조의4 제3항은 영장 없이는 긴급체포 후 석방된 피의자를 동일한 범죄사실에 관하여 체포하지 못한다는 규정으로, 위와 같이 석방된 피의자라도 법원으로부터 구속영장을 발부받아 구속할 수 있음은 물론이고, 같은 법 제208조 소정의 '구속되었다가 석방된 자'라 함은 구속영장에 의하여 구속되었다가 석방된 경우를 말하는 것이지, 긴급체포나 현행범으로 체포되었다가 사후영장발부 전에 석방된 경우는 포함되지 않는다 할 것이므로, 피고인이 이 사건의 수사 당시 긴급체포되었다가 수

15) 법원 행정처, 『형사소송법 개정법률 해설』, 2007, 30면.

사기관의 조치로 석방된 사실이 있음을 이유로 하여 그 후 법원이 발부한 구속영장에 의하여 이루어진 구속을 앞서 본 법조에 위배되는 위법한 구속이라고 논란하는 상고이유의 주장은 받아들일 수 없다.'라고 판시하고 있다.[16] 이러한 제도를 통해 재긴급체포를 제한하지 아니하면 영장 없이 자의적으로 수사기관이 피의자를 체포하였다가 석방하였다가 다시 체포하는 등 남용될 수 있다.

4. 긴급체포의 남용과 해결방안

이름은 긴급체포이지만 실무에서 정말 '긴급한 상황'에서만 사용하는 것인가에 대한 질문에는 의문이 남는다. 긴급체포제도의 1997. 1. 1. 시행 이후, 1997. 5.까지 구속영장이 청구된 31,913명 중 체포영장에 의해 체포된 피의자에 대한 구속영장의 청구는 2,878명에 불과한다. 이에 반하여 긴급체포에 의해 체포된 피의자는 17,878명으로 나타났고, 1999. 1.부터 9.까지 구속영장이 발부된 전체 83,621명 중 체포영장에 의하여 구속영장이 발부된 인원은 7,777명에 불과하나, 긴급체포에 의해 체포된 피의자는 32,947명, 현행범인체포는 28,4431명, 사전구속영장은 14,466명으로 나타났다.[17] 이렇게 긴급체포의 비율이 높다는 것은 긴급체포가 정말 '긴급한 상황'에 활용되는 것이 아니라 실무에서는 일반적인 체포의 형태로서 사용되고 있음을 의미한다.

또한 긴급체포 후 통제장치가 실효성이 떨어진다. 앞서 보았듯이 형사소송법 제200조의4에서 "긴급체포한 피의자를 구속하려고 하는 경우에는 체포한 때로부터 48시간 이내에 검사는 관할지방법원판사에게 구속영장을 청구해야한다"라고 규정하고 있다. 즉 경찰이 피의자를 긴급체포한 경우에는 즉시 검사의 승인을 받고 48시간동안 피의자심문을 진행하다가 구속의 사유가 발견되면 구속영장을 청구하고, 그렇지 아니한 경우에는 피의자를 석방하는 것으로 규정하고 있다. 이를 좀 더 면밀히 해석하자면 수사기관은 48시간동안 단독적으로 법관의 통제 없이 개인의 인신구속을 필요에 따라 강제처분할 수 있다는 것이다. 물론 사후적으로 법관의 통제를 받기는 하지만 '사후'라는 점에서 그 한계가 명백히 드러난다. 만약 이 긴급체포라는 제도가 남발하게 되는 상황이 오더라도 이를 초기에 통제할 기관이나 제도가 없으므로 이는 헌법에서 규정하고 있는 영장주의 원칙을 위배하는 것이며, 그 피해는 고스란히 국민들의 인권침해로 이어진다.

긴급체포 후 체포영장을 받지 아니할 경우 남용될 우려가 있는 긴급체포를 어떻게 통제하여야 할 것인가에 대하여는 많은 논의가 오갔다. 그 중에서도 종전의 긴급구속에 대한 통제와 같이 긴급체포에 대하여는 내부결재를 통하여 적정히 운용되도록 하고, 사법경찰관의 긴급체포에 대하여는 원칙적으로 검사의 '사전지휘'를 받도록 하는 방안이 큰 힘을 얻고 있다.[18]

법관의 사전영장 없이 피의자를 체포하는 제도는 세계적으로 나타나는 동시에 그 남용의 위험성 역시 꾸준히 제기되기에 이를 통제하는 제도 역시 두고 있다. 미국에서는 무영

16) 대판 2001. 9. 28, 2001도4291
17) 전용득, "피의자 구속의 연구", 동의대학교 박사학위논문, 2000, 193면.
18) 검찰 제21세기연구기획단, 『구속제도정비방안연구』, 대검찰청, 1995, 164면.

장체포를 허용함과 동시에 체포후 즉시 판사에게 인치하는 제도를 두고 있다(미국연방 형사소송법 제5조). 독일에서는 무영장체포된 피의자는 체포된 때로부터 24시간 이내에 법관에게 인치하는 제도를 두고 있으며(독일형사소송법 제127조 제2항, 제128조), 일본은 긴급체포 후 즉시 판사의 체포장을 받도록 하여 무영장체포를 통제하고 있다(일본 형사소송법 제210조 제1항).

사법경찰관이 먼저 독립적으로 긴급체포를 한 후 검사에게 즉시 승인을 받는 사후적 통제보다는 긴급체포의 남용을 저지하는 데에 큰 기여를 할 것이라는 예상은 어렵지 않다. 하지만 역시 검사의 긴급체포에 대해서는 사전적인 통제장치가 전혀 없으며, 외국의 입법현황과는 다르게 여전히 법관의 통제를 받지 않고 수사기관 내부에서 긴급체포에 관한 처분이 발생한다.

현재 우리나라는 '수사의 원활화'라는 명분으로 긴급체포에 대해 법관의 통제를 두지 않을뿐더러 특히 긴급체포 초기에는 어떠한 통제를 두지 않고 있다.[19] 수사기관의 독자적 판단으로 다른 기관의 견제 없이 긴급체포가 가능하다는 의미이다. 더군다나 긴급체포는 인신구속제도로서 국민의 기본권을 상당히 제한하는 처분이기에 반드시 다른 기관의 견제가 필요하다. 즉, 수사의 원활화는 그 어떠한 경우라도 형사소송법 기본 원칙인 적법절차 원칙에 어긋나서는 안된다. 그러므로 현재 긴급체포제도에 관해서 법관이 통제할 수 있는 절차를 반드시 마련해야 한다.

Ⅳ. 결론

본론에서 크게 두 가지를 다루었다. 첫째는 체포영장제도와 구속영장제도의 일원화와 둘째는 긴급체포의 초기 절차에 법관의 통제 제도였다. 체포영장과 구속영장의 기능이 중복된다는 점에서 경제성이 크게 떨어지며, 실무에서는 상대적으로 체포가 구속보다 가벼운 인신구속처분이라는 관습이 있어 체포영장제도가 쉽게 발부되고 있다. 이는 국민의 신병을 함부로 인치할 수 있다는 점에서 자칫하면 국민의 기본권을 손쉽게 침해할 수 있는 문제점을 안고 있다. 게다가 체포영장제도의 체포사유와 구속영장제도의 구속사유는 큰 차이가 없다는 점에서 두 제도가 현행법과 같이 굳이 이원화 되어있는 것은 실익이 없다. 또한 체포영장제도가 단순히 피의자가 피의자신문에 불응하였을 때 인치하기 위한 구인장으로서의 기능과 더불어 구속사유를 보충하기 위한 구속 전 단계 기능을 한다는 점에서 더더욱 인신구속제도가 이렇게 두 가지로 이원화되어있을 필요성은 없다. 그러므로 본 글에서 두 제도를 하나로 일원화함과 동시에 체포영장제도의 두 가지 기능을 수행하기 위한 제도로서 수사기관에게도 '구인명령제도'를 부여하는 것을 제안하였다.

둘째로 다룬 긴급체포에 관해서는, 그 절차에 검사와 사법경찰관을 포함한 수사기관을 통제할 수 있는 제도가 없음을 큰 문제로 삼았다. 이론적으로 긴급체포는 영장예외주의의

19) 이학락, 『긴급체포제도의 문제점과 개선방안=The problems and Improvements of the Immediate Arrest』, 울산대학교 일반대학원 석사학위논문, 2005, 19면 이하.

사례 중 하나로서 ‘긴급한 상황’에서만 예외적으로 활용되어야 하지만 실무에서는 앞에서 보았듯이 전체 체포 비율 중 긴급체포 비율이 상당히 크다는 것을 확인할 수 있었다. 분명 긴급체포 남용의 여지가 많은 현행법의 제도 탓이다. 외국 법과 비교법적 고찰을 통해 알 수 있었던 건 우리나라가 법관에게 긴급체포 통제 권한을 주지 않고 있다는 점이었다. 우리나라는 사법경찰관도 피의자를 자의적으로 긴급체포하여 검사에게 즉시 승인을 받기만 하면 48시간동안 구속 여부와 상관없이 심문할 수 있도록 하고 있다. 이는 분명히 권력의 남용이며 국민의 인권을 침해할 여지가 너무나 크므로 이에 대한 통제가 확실히 필요하다. 이에 대한 방안으로는 법관의 통제를 사후적 통제뿐만 아니라 긴급체포 초기에도 적용할 수 있는 제도를 마련하여 긴급체포의 남용의 여지를 최소화 시키는 것이다.

참 고 문 헌

논문

김성찬, “형사절차상의 실체적 진실발견의 제약”, 동아대학교 법학대학원 석사학위논문, 2000.

이성원, “형사절차에서 무죄추정원칙의 실질적 구현에 관한 연구”, 고려대학교 법학대학원 석사학위논문, 2014.

이학락, “긴급체포제도의 문제점과 개선방안=The problems and Improvements of the Immediate Arrest”, 울산대학교 일반대학원 석사학위논문, 2005.

전용득, “피의자 구속의 연구”, 동의대학교 박사학위논문, 2000.

정승환, “형사소송법의 체포제도에 대한 재검토-형사소송법 개정안의 인신구속제도와 관련하여”, 『법조』54권 7호, 2005.

판례

대판 1996. 2. 13. 94도2658.

대판 2001. 9. 28, 2001도4291

도서

정승환, 「형사소송법」, 『박영사』, 2018.

기타

국회 법제사법위원회, 「형사소송법 중 개정 법률안 심사보고서」, 1995.

대검찰청, 「범죄분석」 2017, 2017.

법원 행정처, 「형사소송법 개정법률 해설」, 2007.

검찰 제21세기연구기획단, 「구속제도정비방안연구」, 대검찰청, 1995.

【초 록】

우리나라 형사소송법에서 제일 조심스럽게 다루어야할 제도 중 하나가 인신구속제도라고 생각한다. 국민의 기본권과 직결되어있으며, 헌법에서도 이를 명백히 보장하고 있기 때문에 이를 제한할 때에는 엄격한 절차와 기준을 반드시 지켜야 한다. 이러한 측면에서 보았을 때 체포영장제도와 구속영장제도의 이원화와 긴급체포에 있어서 초기에 수사기관을 통제할 수단이 없다는 것은 큰 오점이다. 체포영장과 구속영장의 기능이 중복된다는 점에서 경제성이 크게 떨어지며, 실무에서는 상대적으로 체포가 구속보다 가벼운 인신구속처분이라는 관습이 있어 체포영장제도가 쉽게 발부되고 있다. 이는 국민의 신병을 함부로 인치할 수 있다는 점에서 자칫하면 국민의 기본권을 손쉽게 침해할 수 있는 문제점을 안고 있다. 게다가 체포영장제도의 체포사유와 구속영장제도의 구속사유는 큰 차이가 없다는 점에서 두 제도가 현행법과 같이 굳이 이원화 되어있는 것은 실익이 없다. 또한 체포영장제도가 단순히 피의자가 피의자신문에 불응하였을 때 인치하기 위한 구인장으로서의 기능과 더불어 구속사유를 보충하기 위한 구속 전 단계 기능을 한다는 점에서 더더욱 인신구속제도가 이렇게 두 가지로 이원화되어있을 필요성은 없다. 그러므로 본 글에서 두 제도를 하나로 일원화함과 동시에 체포영장제도의 두 가지 기능을 수행하기 위한 제도로서 수사기관에게도 ‘구인명령제도’를 부여하는 것을 제안하였다.

둘째로 다룬 긴급체포에 관해서는, 그 절차에 검사와 사법경찰관을 포함한 수사기관을 통제할 수 있는 제도가 없음을 큰 문제로 삼았다. 이론적으로 긴급체포는 영장예외주의의 사례 중 하나로서 ‘긴급한 상황’에서만 예외적으로 활용되어야 하지만 실무에서는 앞에서 보았듯이 전체 체포 비율 중 긴급체포 비율이 상당히 크다는 것을 확인할 수 있었다. 분명 긴급체포 남용의 여지가 많은 현행법의 제도 탓이다. 외국 법과 비교법적 고찰을 통해 알 수 있었던 건 우리나라가 법관에게 긴급체포 통제 권한을 주지 않고 있다는 점이었다. 우리나라는 사법경찰관도 피의자를 자의적으로 긴급체포하여 검사에게 즉시 승인을 받기만 하면 48시간동안 구속 여부와 상관없이 심문할 수 있도록 하고 있다. 이는 분명히 권력의 남용이며 국민의 인권을 침해할 여지가 너무나 크므로 이에 대한 통제가 확실히 필요하다. 이에 대한 방안으로는 법관의 통제를 사후적 통제뿐만 아니라 긴급체포 초기에도 적용할 수 있는 제도를 마련하여 긴급체포의 남용의 여지를 최소화 시키는 것이다.

고려대학교 자전법학회
2019학년도 2학기

클라우드 서비스 이용 계약에 대한 사법적 검토

자유전공학부 경영학과
오 지 연

I. 서론

II. 체포영장제도와 구속영장제도의 비교
1. 클라우드 컴퓨팅의 개념
2. 클라우드 컴퓨팅의 분류
3. 클라우드 컴퓨팅의 특징

III. 클라우드 컴퓨팅 서비스 이용 계약
1. 국내 클라우드 컴퓨팅법의 주요 용어에 대한 정의(제2조)
2. 클라우드컴퓨팅 서비스 이용 계약의 법적 성격
3. 소결

IV. 개인정보보호 관련 계약법적 쟁점
1. 개인정보보호 관련 클라우드 이용 계약에 대한 국내의 법률
2. CSP의 법적 지위 개인정보 처리위탁 관련
3. 개인정보 관련 법률 적용의 문제점: CSP를 수탁자로 볼 때
4. 국내 클라우드 환경 내 보안의 책임소재

Ⅴ. 결론

Ⅰ. 서론

클라우드 컴퓨팅(Cloud Computing)은 각 PC 단말에서 개별적으로 프로그램을 설치해 데이터를 저장하던 기존의 방식에서 벗어나 인터넷 네트워크 상에 모든 IT자원(소프트웨어, 스토리지, 서버, 네트워크 등)을 저장하여 개별 컴퓨터에 할당하는 개념이다. 즉, 클라우드 컴퓨팅 환경 내에서 서비스 이용자는 인프라 장비(서버, 네트워크)나 소프트웨어를 직접 구입할 필요가 없고, 최소한의 용량으로 인터넷 사용이 가능한 곳이라면 서비스 제공자가 구축해놓은 서버나 소프트웨어 등을 언제, 어디서든 사용할 수 있는 것이다. 클라우드 컴퓨팅이 지닌 효율성, 편리성, 비용 절감 등의 특성은 클라우드 컴퓨팅 기술을 제 4차 산업혁명의 핵심 기술로 각광받게끔 하였고, 실제로 세계 각국의 IT 업체에서는 이미 클라우드 컴퓨팅을 이용한 다양한 서비스[1]를 출시하고 있다. 우리나라 역시 클라우드 산업 진흥에 힘쓰고 있으며 2015년 9월부터 '클라우드 컴퓨팅 발전 및 이용자 보호에 관한 법률'(클라우드 컴퓨팅법)을 시행하고 있다.

하지만 현 클라우드 컴퓨팅법은 클라우드 컴퓨팅의 발전에 보다 초점을 맞추다 보니 이용자 보호와 관련하여 입법적으로 논의가 필요한 부분이 많다. 특히 클라우드 컴퓨팅 환경 내 정보의 소유와 관리 주체가 분리되어 있는 특성상 클라우드 서비스 이용 계약 관계에 기존 법률을 적용하는 것은 쉽지 않다. 클라우드 서비스 관련 보안 문제가 지속적으로 발생하고 있음에도 불구하고, 정보유출 문제와 관련하여 책임 소재에 대한 명확한 규명이 이루어지지 않고 있다. 이는 근본적으로 클라우드 서비스 이용 계약에 관련된 법률이 제대로 갖추어지지 않았기 때문이다. 따라서 클라우드 컴퓨팅 서비스 이용계약에 대한 사법적 검토가 필요하다.

본고에서는 클라우드 컴퓨팅의 개념과 유형을 간단하게 살펴보고, 정보보호와 관련한 국내의 입법 동향을 분석해보려 한다. 그 후, 클라우드와 관련하여 계약법적 쟁점인 클라우드 이용 계약의 법적 성격, CSP(클라우드 서비스 제공자)의 법적 지위와 클라우드 컴퓨팅 환경 내 보안 사고에 대한 책임 소재에 대해 검토하며 입법적 개선 방향을 제시해보려 한다.

Ⅱ. 클라우드 컴퓨팅 개괄

1. 클라우드 컴퓨팅의 개념

클라우드 컴퓨팅(Cloud Computing)은「클라우드컴퓨팅법」제정 전까지는 클라우드 컴퓨팅에 대한 입법이 존재하지 않았기 때문에 클라우드컴퓨팅에 대한 법적 개념은 존재하지 않았으며, 표준기구 및 리서치 기관 등에 의하여 다양하게 정의되고 있었다. 이는 구름을 의미하는 '클라우드'라는 단어를 사용한 것에서부터 연유하였다. 즉, 물리적 형태·구조를 특정할 수 없다는 의미이다.

2015년에 제정되어 시행되고 있는 현 클라우드 컴퓨팅법에서는 클라우드 컴퓨팅을 '집적·공유된 정보통신기기, 정보통신설비, 소프트웨어 등 정보통신자원(이하 "정보통신자원")을 이용자의 요구나 수요 변화에 따라 정보통신망을 통하여 신축적으로 이용할 수 있도록 하는 정보처리체계'로 정의하고 있다. 표준기구 및 리서치 기관 등의 클라우드 컴퓨팅에 대한 정의와 약간의 차이를 보일 뿐, 클라우드 컴퓨팅법의 정의와 거의 유사하다. 아래의 표를 통해 다양한 기관의 정의를 제시하였다.

---

1) 구글 클라우드 플랫폼, 마이크로소프트 애저(Azure) 등.

[표 1] 주요 기관의 클라우드 컴퓨팅 정의[2)]

기관명	정의
Gartner	인터넷 기술을 활용해 많은 고객들에게 수준 높은 확장성을 가진 자원들을 서비스로 제공하는 컴퓨팅의 한 형태
Forrester Research	표준화된 IT 기반 기능들이 IP로 제공되고, 언제나 접근이 허용되며, 수요 변화에 따라 가변적이며, 사용량이나 광고를 기반으로 비용을 지불하고, 웹 또는 프로그램적인 인터페이스를 제공하는 형태
Wikipedia	인터넷으로 자원들이 제공되는 형태로 인터넷에 기반을 두고 개발하는 컴퓨터 기술의 활용
IBM	웹 기반 응용 소프트웨어를 활용해 대용량 데이터베이스를 인터넷 가상공간에서 분산처리하고, 이 데이터를 컴퓨터나 휴대전화, PDA 등 다양한 단말기에서 불러오거나 가공할 수 있게 하는 환경
Google	사용자 중심, 업무 중심의 수백 또는 수천 대의 컴퓨터를 연결하여 단일 컴퓨터로는 불가능한 풍부한 컴퓨팅 자원을 활용할 수 있도록 하는 기술
NIST	클라우드컴퓨팅은 서비스 제공자의 최소한의 관리나 개입만으로도 신속하게 생성·제거·구성 할 수 있는 공유 공간의 컴퓨팅자원들을 언제, 어디서, 어떤 단말인지와 관계없이 필요할 때 편리하게 네트워크에 접속할 수 있게 하는 모델
ETRI	ICT 자원(SW, 스토리지, 서버, 네트워크)을 필요한 만큼 빌려서 사용하고, 서비스 부하에 따라서 실시간 확장성을 지원받으며, 원하는 품질의 서비스를 사용한 만큼의 비용을 지불하는 컴퓨팅

2. 클라우드 컴퓨팅의 분류

클라우드 컴퓨팅을 분류하는 기준으로 크게 배치 모델과 서비스 모델이 있고, 이러한 분류에서 다시 배치 모델은 네 가지 유형, 서비스 모델은 세 가지 유형으로 세분화된다. 이에 대해 살펴보면 다음과 같다.

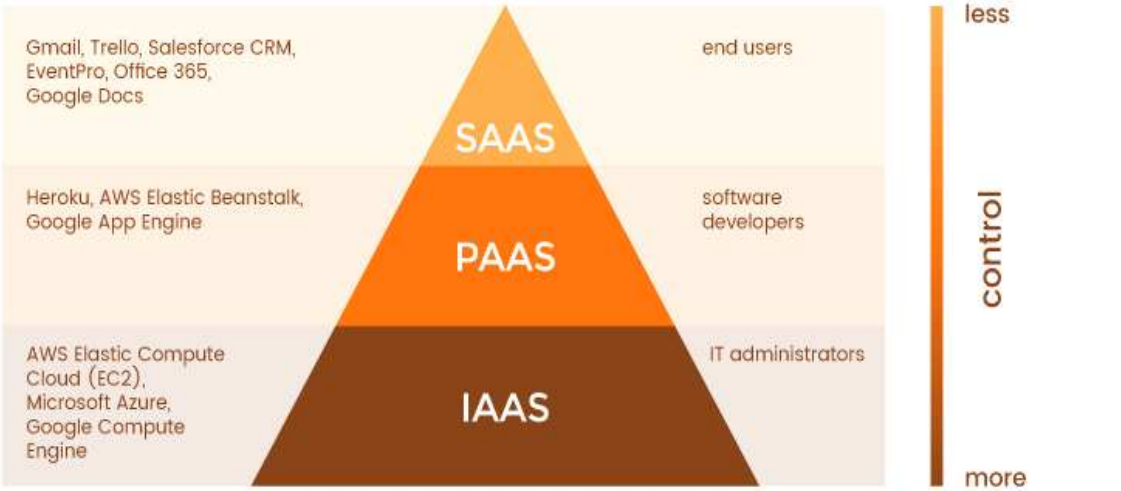
(1) 배치 모델(Deployment Model) 기준

'배치 모델(Deployment Model)' 기준은 클라우드의 이용 목적 및 시스템의 위치에 따라 분류하는 기준으로서, 폐쇄형인 개인 클라우드(Private Cloud), 공개형인 공용 클라우드(Public Cloud), 혼합 클라우드(Hybrid Cloud), 커뮤니티 클라우드(Community Cloud), 이렇게 4가지 모델로 구분한다. 폐쇄형 클라우드는 특정한 기업 내부 구성원에게만 제공되는 서비스(Internal Cloud)를 말하고, 공개형 클라우드는 일반인에게 공개되는 개방형 서비스(External Cloud)를 말한다. 혼합형 클라우드는 특정 업무는 폐쇄형 클라우드 방식을 이용하고 기타 업무는 공개형 클라우드 방식을 함께 이용하는 것을 말한다.[3)] 커뮤니티 클라우드는 클라우드 요구 사항이 유사한 둘 이상의 조직에서 공유된다.

2) 미래창조과학부, 클라우드 컴퓨팅법 해설서, 2015. 12, 18쪽.
3) 정용찬, 빅데이터, 2013. 2, 68쪽.

(2) 서비스 모델(Service Model) 기준

‘서비스 모델(Delivery Model)’ 기준은 사용자가 클라우드 컴퓨팅 서비스에 접근할 수 있는 형태에 따른 분류로서 제공하는 서비스의 종류에 따라 IaaS(Infrastructure as a service), PaaS(Platform as a service), SaaS(Software as a Service)로 구분할 수 있는데,[4] 클라우드 컴퓨팅 서비스 제공업체들은 고객들의 필요에 따라 인프라, 플랫폼, 소프트웨어로 이루어진 IT서비스를 사용한 만큼 가격을 책정하여 사설 또는 공용 네트워크 기반으로 서비스를 제공한다.[5] 후에 클라우드컴퓨팅 서비스 이용 계약에 대해 면밀히 살펴보기 위해서는 서비스 모델에 따른 분류에 대해 자세히 살펴보아야 한다.



(이미지 출처: https://rubygarage.org/blog/iaas-vs-paas-vs-saas)

인프라 서비스(IaaS)는 서버, 프로세서, 네트워크, 스토리지 등과 같은 인프라스트럭쳐를 가상화 환경으로 만들어 필요에 따라 인프라 자원을 사용할 수 있도록 하는 서비스로, 아마존 웹서비스(AWS)의 EC2, IBM사의 Softlayer을 예로 들 수 있다. 플랫폼 서비스(PaaS)는 이용자가 애플리케이션을 개발, 테스트 및 구축할 수 있는 통합된 플랫폼을 제공하는 서비스로서, 이용자는 PaaS를 통해 새로운 애플리케이션을 개발하기도 하고, 다른 SaaS 서비스를 제공하기도 한다. PaaS의 예로는 구글 App엔진, MS사의 Windows Azure, 헤로쿠(Heroku) 등이 있다. 소프트웨어 서비스(SaaS)는 일정관리, 주소록, CRM용 프로그램, 오피스 프로그램 등 다양한 소프트웨어를 웹을 통해 임대해 사용할 수 있도록 제공하는 서비스로, 사용자에게 서비스의 환경 설정만 제한적으로 제공될 뿐 클라우드 플랫폼과 인프라스트럭쳐에 대한 관리 및 제어는 불가능하다. SaaS의 예로는 네이버 클라우드나 드롭 박스(Drop Box), 구글 드라이브(Google Drive)가 있다. 이러한 서비스 모델에 따라 클라우드 컴퓨팅 서비스 제공자와 서비스를 이용하는 기업의 제어 권한은 달라진다. 클라우드 제공업체의 시스템 제어 권한은 IaaS, PaaS, SaaS 순으로 점점 커지고, 사용자의 제어 권한은 점점 작아진다.

---

4) 유형별 특징에 대한 보다 자세한 설명은 정원준, “클라우드 컴퓨팅의 활성화를 위한 법적 제문제(Ⅰ)“, 2014. 11 참조.

5) 김병일, “클라우드 컴퓨팅과 관련된 법적 쟁점에 관한 고찰”, 2012. 9, 3쪽.

3. 클라우드 컴퓨팅의 특징[6)]

클라우드 컴퓨팅 기술의 특징은 크게 5가지로 분류할 수 있는데, ①주문형 셀프서비스(On-demand self-service), ②광범위 네트워크 접근(Broad network access), ③자원공동관리(Resource pooling), ④빠른 탄력성(Rapid elasticity), ⑤측정된 서비스(Measured service)를 그 내용으로 한다.

(1) 주문형 셀프 서비스(On-demand self-service)

고객은 서비스 제공사의 도움 없이 필요에 따라 자동적으로 서버 시간과, 네트워크 저장소와 같은 컴퓨팅 기능을 단독으로 준비할 수 있다.

(2) 광범위 네트워크 접근(Broad network access)

클라우드컴퓨팅의 기능은 네트워크를 통해 가용하게 되며, 이질적인 경량 또는 중량 클라이언트 플랫폼(모바일, 태블릿, 노트북, 워크스테이션 등)을 통해 이용 가능하다.

(3) 자원공동관리(Resource pooling)

제공자의 컴퓨팅 자원은 다중 임대(multi tenant) 방식으로 복수의 사용자에게 제공되기 위해 풀 형태 즉, 공동관리 형태로 유지된다. 이를 통해 다양한 물리적 또는 가상적 자원이 사용자 요구에 따라 동적으로 할당 또는 재할당된다. 이 때, 사용자는 제공받는 자원의 정확한 위치에 대한 정보를 일반적으로 가지고 있거나 제어할 수는 없지만, 추상적인 위치(국가, 주, 데이터 센터 등)는 확정할 수 있다.

(4) 빠른 탄력성(Rapid elasticity)

IT 자원은 신속하게 탄력적으로 제공되며 일부 경우에는 신속한 확장과 축소를 위해 자동적으로 제공된다.

(5) 서비스 측정(Measured service)

클라우드 컴퓨팅은 계량 가능한 서비스이다. 즉, 클라우드컴퓨팅은 서비스 형태에 적절한 미터링 기능을 이용하여 자원의 사용을 자동적으로 통제하고 최적화한다. 자원 사용은 클라우드 제공자에 의해 모니터링 되고 관리되는데, 이것은 과금 정책, 접근제어, 자원 최적화, 사용량 예측 등을 위해 필수적이며, 이를 통해 서비스 이용자와 제공자 모두에게 투명성을 제공할 수 있다.

Ⅲ. 클라우드컴퓨팅서비스 이용 계약의 법적 성격

개인정보의 보호와 관련하여 CSP(클라우드컴퓨팅서비스 제공자)와 이용자와의 법률관계 및 책임소재 등 다양한 법적 쟁점에 대해 논하기 위해서는 기본적으로 클라우드컴퓨팅서비스 이용 계약의 법적 성격과 구조를 파악해야 한다.

---

6) NIST(2011). “The NIST Definition of Cloud Computing”

1. 클라우드컴퓨팅법의 주요 용어에 대한 정의(제2조)

(1) 클라우드컴퓨팅기술

“클라우드컴퓨팅기술”이란 클라우드컴퓨팅의 구축 및 이용에 관한 정보통신기술로서 가상화 기술, 분산처리 기술 등 대통령령으로 정하는 것을 말한다고 정의(법 제2조 제2호)하고 세부적인 기술 유형은 시행령에서 규정하고 있다. 이 때 클라우드컴퓨팅기술을 열거식으로 규정하고 있는데, 이는 입법 기술적으로 한계가 있으며 빠르게 변화하고 새로운 기술이 출현하는 상황에서 입법의 흠결을 가져올 수 있기 때문이다.

가상화 기술은 집적·공유된 정보통신기기, 정보통신설비, 소프트웨어 등 정보통신자원(이하 "정보통신자원"이라 한다)을 가상으로 결합하거나 분할하여 사용하게 하는 기술로 정의된다(대통령령 제2조 제1항). 즉, 하나의 물리적인 장비를 여러 개의 장비처럼 사용하는 기술로서, 클라우드컴퓨팅의 핵심이다. 컴퓨팅 자원 풀을 공유하고, 사용자의 요구에 의해 신속하게 생성 및 해제가 되어야 하는 환경에서 가장 적합한 기술이다. 가상화의 종류로는 크게 세 가지가 있다. ① 서버 가상화는 한 대의 서버에서 복수의 운영체제를 가동할 수 있는 솔루션이고, ② 네트워크 가상화는 기존에 하드웨어로 제공되던 네트워크 리소스를 소프트웨어로 추상화하는 것을 말한다. 한 대의 스위치를 물리적 또는 논리적으로 나눠 사용하는 VLAN(Virtual LAN)과 모든 사람이 이용하는 인터넷의 공인망을 사내망과 같이 운용할 수 있는 VPN(Virtual Private Network)이 대표적인 예이다. ③ 스토리지 가상화는 복수의 물리적 디스크 드라이브를 묶은 하나의 볼륨 개념으로 물리적으로 분리된 다수의 스토리지를 논리적으로 통합해 스토리지 자원의 가용성 및 자동화로 편리성을 향상시키는 기술이다.

분산처리 기술은 대량의 정보를 복수의 정보통신자원으로 분산하여 처리하는 기술로, 대표적 기술은 다음과 같다(대통령령 제2조 제2항). ①분산 데이터 관리 시스템(DDMS : Distributed Data Management System)은 대규모의 구조화된 데이터를 여러 부분으로 나눈 다음, 분산해 저장·관리하는 시스템으로서 높은 확장성을 제공한다. ② 분산 파일 시스템(DFS: Distributed File System)은 막대한 양의 데이터를 저장하고 관리하기 위해 수많은 서버에 데이터를 나누어 저장하고 관리하는 파일 시스템이다.

(2) 클라우드컴퓨팅서비스

“클라우드컴퓨팅서비스”는 클라우드컴퓨팅을 활용하여 상용(商用)으로 타인에게 정보통신자원을 제공하는 서비스(법 제2조 제3호)로 정의된다. 이 때 상용이란, 무상·유상에 구애받지 않고 상업용으로 제공되는 경우를 일컫는 개념이다. 따라서 타인에게 제공하지 않고, 자기 스스로 구축하여 이용하는 경우는 클라우드컴퓨팅 기술을 활용하더라도 이 법상의 클라우드컴퓨팅서비스로 보지 않는다. 또한, 무상으로 클라우드컴퓨팅서비스를 제공하더라도 광고수익 등 상업적으로 이용될 경우, 상용에 해당하여 클라우드컴퓨팅서비스에 해당한다.

시행령 제3조에서 클라우드컴퓨팅서비스를 ① 서버, 저장장치, 네트워크 등을 제공하는 서비스(IaaS), ② 응용프로그램 등 소프트웨어를 제공하는 서비스(SaaS), ③ 응용프로그램 등 소프트웨어의 개발·배포·운영·관리 등을 위한 환경을 제공하는 서비스(PaaS), ④ 그 밖에 제1호부터 제3호까지의 서비스를 둘 이상 복합하는 서비스로 규정하고 있다. 즉, 앞서 소개한 클라우드컴퓨팅서비스에 대한 NIST의 분류체계를 따르면서 다양한 서비스의 출현에 대비하여 열거식 규정이 아닌 예시적 규정 방식을 취하고 있다.

(3) 이용자 정보

“이용자 정보”란 클라우드컴퓨팅서비스 이용자가 클라우드컴퓨팅서비스를 이용하여 클라우드컴퓨팅서비스를 제공하는 자의 정보통신자원에 저장하는 정보(「국가정보화 기본법 제3조 제1호)[7]로서, 이용자가 소유 또는 관리하는 정보(클라우드컴퓨팅법 제2조 제4호)로 정의된다. 이 때, 이용자가 소유 또는 관리하는 정보로서 종류를 불문하고 모든 정보(사진, 동영상, 음악 등)를 말하고 있으므로, 기존의 개인정보[8]만을 규율하는 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」(이하 「정보통신망법」) 또는 「개인정보 보호법」과 「클라우드컴퓨팅법」은 규율대상에서 차이가 있다.

또한, 클라우드컴퓨팅서비스 제공자가 수집·생성하여 관리하는 이용자 관련 정보(예. 서비스 이용기록, 인터넷 접속정보, 거래기록 등의 이용내역 정보)는 통상적 의미의 이용자 정보에 포함되지 않는다.

2. 클라우드컴퓨팅서비스 이용 계약의 법적 성격

(1) 비전형계약

서비스 계약은 민법상 전형계약이 아니고, 일정한 전형계약의 요소들이 섞여 있는 혼합계약에 해당한다. 그렇기 때문에 어떤 전형계약의 규정을 적용해야 하는지에 관한 문제가 발생한다. 어느 한 전형계약의 요소가 지배적이라면 원칙적으로 그 계약에 관한 규정이 적용되지만, 그렇지 않다면 사안별로 문제되는 사항의 성질이나 내용에 따라 적용되는 규정이 달라진다 [9]

클라우드컴퓨팅서비스 이용 계약 역시 다양한 IT자원을 서비스로 제공하므로 그 법적 성격을 특정하기 어렵다. 당사자는 계약자유의 원칙 아래 클라우드 서비스 계약의 내용을 자유롭게 정할 수 있기 때문이다. 즉, 제공되는 클라우드 서비스의 유형[10]에 따라 클라우드서비스 이용 계약의 성질이 상이할 수 있다.

먼저, 클라우드컴퓨팅서비스 이용 계약은 서비스 제공자가 이용자의 사무를 처리하기로 약정하는 의미가 있으므로 위임계약의 성격을 가진다.[11] 또한, 서비스의 유형(내용)에 따라 클라우드컴퓨팅서비스의 법적 성격을 분석해 보면 IaaS는 임치(창고업)에 유사하고, SaaS와 PaaS는 임대차[12] 또는

---

7) ″정보″란 특정 목적을 위하여 광(光) 또는 전자적 방식으로 처리되어 부호, 문자, 음성, 음향 및 영상 등으로 표현된 모든 종류의 자료 또는 지식을 말한다(국가정보화기본법 제3조 제1호).

8) 정보통신망법 제2조(정의) : ″개인정보″란 생존하는 개인에 관한 정보로서 성명·주민등록번호 등에 의하여 특정한 개인을 알아볼 수 있는 부호·문자·음성·음향 및 영상 등의 정보(해당 정보만으로는 특정 개인을 알아볼 수 없어도 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 경우에는 그 정보를 포함한다)를 말한다.

9) 권영준, ″클라우드 컴퓨팅의 계약법적 문제″, 2011, 53쪽.

10) 앞서 클라우드 컴퓨팅은 제공되는 서비스의 내용에 따라 크게 IaaS(서버, 저장장치, 네트워크 등의 인프라를 제공하는 서비스), PaaS(응용프로그램 등 소프트웨어의 개발·배포·운영·관리 등을 위한 환경을 제공하는 서비스, SaaS(응용프로그램 등 소프트웨어를 제공하는 서비스)로 구분됨을 소개하였다.

11) 권영준, 앞 논문, 53쪽.

12) 정보저장 등을 위해 서버와 같은 유형물의 사용, 수익을 허용한다는 측면에서 임대차계약의 성격을 지니지만 민법상 임대차와는 차이가 있다. 민법상 임대차는 임대인이 임차인에게 목적물을 인도하는 것을 전제로 하지만(민법 제623조), 클라우드 서비스 계약에서는 서버의 인도는 일어나지 않는다. 즉, 계약관계가 종료되더라도 목적물의 반환 문제가 발생하지 않는다. 그러므로 민법상 임대차에 관한 조항 중 무엇을 적용 또는 유추적용할지는 클라우드컴퓨팅의 특성을 고려하여 결정해야 한다.

사용대차에 유사하다. SaaS 중에서 보안 서비스의 제공을 주된 내용으로 하는 SeCaaS[13]는 특정한 업무의 “완성”이 계약의 목적이므로 도급과 유사한 성격을 지닌다. 이처럼 클라우드 서비스 이용 계약은 현행법 체계상 특정한 형태의 전형화된 계약유형에 포함하기 어려운 비전형 계약이다.[14]

(2) 개인정보보호 관련 법적 성격: 개인정보의 처리위탁

법률상 위탁이란 위탁을 한 사람(위탁자)이 위탁을 받은 사람(수탁자)에 대한 신임을 전제로 하여 ‘법률행위(法律行爲) 또는 사실행위(事實行爲)를 타인에게 의뢰하는 것’을 의미하고, 이 경우 위탁을 받은 사람(수탁자)은 위탁의 취지에 따라 어느 정도까지 자기 재량으로 사무를 처리할 수 있는 법률관계이다. 클라우드컴퓨팅서비스는 타인을 위하여 데이터의 보관 또는 관리를 대신해 주거나 데이터의 분석·가공·삭제 등을 대신해 주는 서비스이므로 클라우드컴퓨팅서비스 이용자와 제공자 사이에는 위·수탁관계 유사의 관계가 성립되는 것으로 볼 수 있다.

정보통신망법 제 25조에서는 개인정보의 처리위탁에 대해 규정하고 있는데, 정보통신서비스 제공자[15]가 제3자에게 이용자의 개인정보를 수집, 생성, 연계, 연동, 기록, 저장, 보유, 가공, 편집, 검색, 출력, 정정(訂正), 복구, 이용, 제공, 공개, 파기(破棄), 그 밖에 이와 유사한 행위(이하 "처리")를 할 수 있도록 업무를 위탁하는 것을 그 내용으로 하고 있다는 점에서, 클라우드서비스의 이용을 개인정보의 처리 위탁으로 볼 수 있다.

물론, 제공 서비스의 종류(IaaS, PaaS, SaaS)에 따라 클라우드서비스 이용을 개인정보 처리 위탁으로 볼 수 있는지 여부에 대해 의견 차이가 존재하는데, 예를 들어 임치와 유사한 IaaS 계약은 처리 위탁으로 보기 힘들다는 의견이다. 그러나 클라우드컴퓨팅서비스 제공자가 인프라, 소프트웨어, 플랫폼 등의 서비스를 제공하고 데이터의 처리는 서비스 이용자가 그를 이용하여 직접 수행한다고 하더라도 각각의 서비스의 운영·관리는 서비스 제공자가 수행하므로 데이터의 실질적인 처리는 서비스 제공자 자신의 물리적 또는 논리적인 지배영역(점유) 내에서 수행된다. 즉, 개인정보와 관련하여 클라우드컴퓨팅서비스는 본질적으로 타인을 위해서 타인의 개인정보를 보관, 관리, 분석, 가공, 삭제 등의 처리를 해주는 서비스라는 점에서 서비스의 종류와 관계없이 개인정보보호와 관련하여 클라우드컴퓨팅서비스 이용 계약을 처리위탁으로 보는 데 무리가 없어 보인다.[16]

3. 소결

클라우드서비스 이용 계약은 기본적으로 서비스의 내용에 따라 그 법적 성격이 달라지기 때문에 비전형 계약에 해당한다. 그러나 개인정보보호와 관련해서는 앞에서 살펴보았듯이, 서비스의 내용에 관계없이 클라우드서비스 이용 계약을 개인 정보 처리위탁으로 봐도 무방해 보인다. 이는 곧 개인정보 처리 위탁과 관련된 타법들의 준용이 가능해지게 됨을 의미한다.

---

13) Security as a Service(SECaaS)란 클라우드컴퓨팅기술을 이용하여 on-demand(주문형) 방식으로 보안 프로그램을 이용할수 있도록 제공되는 클라우드 기반의 보안 서비스를 의미한다.

14) 정보통신산업 진흥원, 클라우드컴퓨팅 산업진흥 법제도 연구, 2019. 2, 22쪽.

15) 정보통신서비스 제공자와 그로부터 제24조의2제1항에 따라 이용자의 개인정보를 제공받은 자를 일컫는 개념.

16) 자세한 것은 “클라우드 산업진흥 법제도 연구”의 23-24쪽 참조. 위·수탁 규정 적용 찬성 및 반대의 논거가 각각 제시됨.

Ⅳ. 개인정보보호 관련 계약법적 쟁점

1. 개인정보보호 관련 클라우드 이용 계약에 대한 국내의 법률

(1) 클라우드컴퓨팅 발전 및 이용자 보호에 관한 법률(클라우드컴퓨팅법)

클라우드컴퓨팅법 제 4조에는 다른 법률과의 관계가 규정되어 있는데, 클라우드컴퓨팅의 발전과 이용자 보호에 관해 다른 법률에 우선하여 적용됨을 명시하고 있다. 다만, 개인정보 보호에 관하여는 「개인정보 보호법」, 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하 "정보통신망법")」 등 관련 법률에서 정하는 바에 따르도록 규정하고 있다.

(2) 개인정보보호 관련 법률

위의 조문에 의거하여 클라우드컴퓨팅에서 처리되는 개인정보의 성격 또는 처리주체의 신분에 따라 각각의 개인정보보호 관련 법률이 적용되어야 한다.

클라우드컴퓨팅에서 처리되는 개인정보 중 공공기관, 비영리단체, 오프라인영역에서 처리되는 개인정보의 보호에 대해서는「개인정보보호법」이 적용되고, 온라인영역에서 영리를 목적으로 처리되는 개인정보와 정보통신서비스제공자로부터 개인정보 처리업무를 위탁받은 수탁자, 방송사업자가 처리하는 개인정보에 대해서는「정보통신망법」이 적용된다. 또한 클라우드컴퓨팅에서 처리되는 위치정보에 대해서는「위치정보의 보호 및 이용에 관한 법률」, 신용정보에 대해서는「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」, 의료정보 등에 대해서는「의료법」,「생명윤리 및 안전에 관한 법률」 등이 적용된다.[17)]

(3) 소결

클라우드서비스 이용 계약은 기본적으로 서비스의 내용에 따라 그 법적 성격이 달라지기 때문에 비전형 계약에 해당한다. 그러나 개인정보보호와 관련해서는 앞에서 살펴보았듯이, 서비스의 내용에 관계없이 클라우드서비스 이용 계약을 개인 정보 처리위탁으로 봐도 무방해 보인다. 이는 곧 개인정보 처리 위탁과 관련된 타법들의 준용이 가능해지게 됨을 의미한다.

위에 제시된 관련 법률들은 클라우드컴퓨팅이 본격적으로 활용되기 이전에 제정된 법률이기 때문에 클라우드컴퓨팅 서비스에 그대로 적용하기에 한계가 존재한다. 특히, 개인정보보호와 관련하여 클라우드서비스 제공자에 대해 가장 활발하게 적용되는 개인정보보호법과 정보통신망법의 준용과 관련하여 어떤 문제가 존재하는지 살펴볼 필요가 있다. 또한 보안 사고가 발생하여 개인정보가 유출되었을 때, 그 책임 소재에 관한 구체적 입법이 이루어지지 않은 상태이다. 이러한 입법 현황은 클라우드서비스 이용 계약과 관련한 다양한 문제점을 야기한다.

2. CSP의 법적 지위 : 개인정보 처리위탁 관련

(1) 국내 클라우드 환경 내에서 서비스 제공자를 수탁자로 볼 수 있는지 여부

앞서 살펴보았듯이 클라우드컴퓨팅서비스 이용 계약은 비전형계약이라는 점, 또한 개인정보보호와 관련해서는 개인정보보호법과 정보통신망법 등이 적용됨을 명시할 뿐, 클라우드컴퓨팅법 내에는

17) 정보통신산업 진흥원, 클라우드컴퓨팅 산업진흥 법제도 연구, 2019. 2, 21쪽.

이에 대한 규정이 직접적으로 제시되어 있지 않다는 점에서 CSP(클라우드컴퓨팅서비스 제공자)의 법적 지위 역시 특정할 수 없다. 그러나 클라우드컴퓨팅서비스가 점점 활성화되면서 개인정보 보안 문제에 대한 우려는 끊임없이 제기되고 있다. 그렇기 때문에 클라우드컴퓨팅서비스 이용 계약에 대해 당사자들의 관련 의무를 규명하고, 개인정보 침해가 발생했을 때의 책임 범위를 특정함으로써 CSC(이용자)의 개인정보에 대한 권리를 법적으로 보호할 필요가 있다.

클라우드컴퓨팅서비스 이용 계약을 개인정보 처리위탁으로 볼 수 있는지의 여부에 대해, 서비스의 내용에 따라 그 여부가 달라진다는 견해가 존재하다. 하지만 클라우드컴퓨팅서비스의 본질을 고려하였을 때, 개인정보 처리위탁으로 봐도 무방해 보임을 제시하였다. 따라서 클라우드컴퓨팅서비스 이용자에 해당하는 조직(공공기관 또는 민간기업)에서 클라우드컴퓨팅서비스를 이용하여 개인정보를 활용하는 업무 중 일부를 수행할 때, 클라우드컴퓨팅서비스 이용자는 위탁자, 클라우드컴퓨팅서비스 제공자는 수탁자가 되는 것이다.

(2) CSP의 지위 관련 해외 사례

유럽연합에서는 일반적으로 클라우드컴퓨팅서비스 제공자는 “Data processor”로, 서비스 이용자는 “Data controller”[18]로 간주하고 있다. 유럽연합 GDPR에서 Data controller는 우리나라 개인정보보호법상 개인정보처리자의 개념과 유사하고, Data processor는 수탁자의 개념과 매우 유사하지만 Data processor의 개념과 수탁자의 개념이 완전히 일치하지는 않는다. EU GDPR은 수탁자(processor)를 ‘컨트롤러를 대신해서 개인정보를 처리하는 자연인, 법인, 공공기관, 그 밖의 단체’로 정의하고 있어(제4조 제8호) 사실상 국내법상 개인정보 처리업무 수탁자와 같은 의미로 사용하고 있다. 그러나 GDPR은 위탁이니 위임이니 하는 용어를 사용하고 있지 아니하여 타인을 위해서 개인정보를 처리해 주는 자에게 폭넓게 사용될 수 있다. 즉 GDPR은 위탁, 위임, 임치, 임대차, 사용대차, 도급 등을 따지지 않고 개인정보처리자를 대신해서 개인정보를 처리해 주는 자를 모두 묶어서 하나로 Processor로 정의함으로써 기존의 개념과는 전혀 새로운 개념을 도입하여 입법적으로 해결하고 있다.[19]

3. 개인정보 관련 법률 적용의 문제점: CSP를 수탁자로 볼 때

CSP를 개인정보 처리 업무 수탁자로 본다면, 클라우드컴퓨팅법 4조에 따라 개인정보보호법과 정보통신망법의 처리위탁 규정을 적용해야 하는데, 이러한 법률들은 클라우드컴퓨팅서비스가 활성화되고 클라우드컴퓨팅법이 제정되기 전에 제정되었기 때문에 클라우드 환경의 특성상 그대로 적용하기에 한계가 존재한다. 대표적인 문제점을 제시해보면 다음과 같다.

(1) CSP의 기술적, 관리적 조치 의무

클라우드 환경 내에서는 원칙적으로 모든 서비스가 on-demand 방식으로 제공되므로, 개인정보에 대한 기술적·관리적 보호조치도 서비스 이용자의 요구에 따라 맞춤형으로 제공된다. 예컨대 개인정보의 암호화 여부, 암호화 수준 등을 서비스 이용자가 선택할 수 있고 그 밖의 보안서비스도 선택이 가능하다. 그러나 개인정보보호법상 수탁자는 위탁자(개인정보처리자)와 마찬가지로 개인정보가

18) 자세한 것은 Article 29 Working Party opinion 05/2012 on cloud computing(July 2012) 및 Data Protection Code of Conduct for Cloud Service Providers (2018. 5) 참조.
19) 정보통신산업 진흥원, 클라우드컴퓨팅 산업진흥 법제도 연구, 2019.2, 25쪽.

분실・도난・유출・위조・변조 또는 훼손되지 아니하도록 내부 관리계획 수립, 접속기록 보관 등 대통령령으로 정하는 바에 따라 안전성 확보에 필요한 기술적・관리적 및 물리적 조치를 하여야 한다(제26조제7항, 제29조). 정보통신망법 역시 수탁자는 위탁자(정보통신서비스 제공자등)와 동일하게 개인정보의 분실・도난・유출・위조・변조 또는 훼손을 방지하고 개인정보의 안전성을 확보하기 위하여 대통령령으로 정하는 기준에 따라 각 호[20]의 기술적・관리적 조치를 규정하고 있다(제67조제2항, 제28조). 또한, 기술적·관리적 보호조치의 구체적 내용은 행정안전부장관 또는 방송통신위원회의 고시로 구체화 되어 있어 모든 수탁자는 이와 같은 기술적·관리적 보호조치를 취할 의무를 부담한다. 이는 모든 정보통신 서비스를 on-demand 방식(주문형)으로 제공한다는 클라우드컴퓨팅서비스의 기본 원칙과 충돌한다.

(2) 이용자의 CSP에 대한 감독 및 교육 의무

개인정보 보호법 제 26조는 업무위탁에 따른 개인정보의 처리 제한을 규정하고 있는데, 제 4항에서 위탁자는 업무 위탁으로 인하여 정보주체의 개인정보가 분실・도난・유출・위조・변조 또는 훼손되지 아니하도록 수탁자를 교육하고, 처리 현황 점검 등 수탁자가 개인정보를 안전하게 처리하는지를 감독하여야 함을 규정하고 있다. 정보통신망법 제25조 역시 개인정보의 처리위탁에 대해 규정하고 있는데, 제 4항에서 개인정보 취급 위탁 시 위탁자에게 수탁자에 대한 관리 감독 의무를 부여하고 있다.

그러나 클라우드 서비스는 전형적 IT아웃소싱과는 달라서, 위탁자가 수탁자를 관리 감독 및 교육을 하는 것은 거의 불가능하다. 이용자가 도처에 분산되어 있는 서버와 데이터센터를 일일이 관리, 감독할 능력이 없기 때문이다.[21] 또한 클라우드컴퓨팅 서비스를 이용하여 사업을 하는 사업자의 경우 1인 기업 및 중소기업도 포함하고 있는 바, 이들이 CSP를 관리감독 및 교육한다는 것은 실질에 있어서 불가능에 가깝다.

(3) 동의 절차

개인정보보호법 제 26조 제 7항에서는 수탁자에 대하여 위탁자(개인정보처리자)의 여러 가지 의무 즉 개인정보의 수집·이용 등의 동의, 개인정보 제공 동의 등을 준용하도록 규정함으로써 그 실질에 있어서 위탁자와 유사한 의무를 부과하고 있다. 그러나 CSP에 대한 이러한 의무 부과 준용은 과도해 보인다.

한편, 최근 개정된 정보통신망법은 정보통신서비스 제공자등은 정보통신서비스의 제공에 관한 계약을 이행하고 이용자 편의 증진 등을 위하여 필요한 경우로서 제1항 각 호의 사항 모두를 제27조의2제1항에 따라 공개하거나 전자우편 등 대통령령으로 정하는 방법에 따라 이용자[22]에게 알린 경우에는 개인정보 처리위탁에 따른 제1항의 고지절차와 동의절차를 거치지 아니할 수 있다고 개정하여 개인정보의 위탁 시 동의절차를 간소화하였다.

---

20) 1. 개인정보를 안전하게 처리하기 위한 내부관리계획의 수립・시행
2. 개인정보에 대한 불법적인 접근을 차단하기 위한 침입차단시스템 등 접근 통제장치의 설치・운영
3. 접속기록의 위조・변조 방지를 위한 조치
4. 개인정보를 안전하게 저장・전송할 수 있는 암호화기술 등을 이용한 보안조치
5. 백신 소프트웨어의 설치・운영 등 컴퓨터바이러스에 의한 침해 방지조치
6. 그 밖에 개인정보의 안전성 확보를 위하여 필요한 보호조치

21) 정원준, “클라우드 컴퓨팅의 활성화를 위한 법적 제문제(Ⅰ)-개인정보보호 관련 쟁점”, 2014, 44쪽.

22) 정보통신망법의 “이용자”는 정보통신서비스 제공자가 제공하는 정보통신서비스를 이용하는 자를 뜻하는 것으로, 클라우드컴퓨팅서비스 이용 계약의 당사자에 해당하는 클라우드서비스 이용자와는 구분된다. 즉, 클라우드컴퓨팅서비스 이용자가 개인정보 처리위탁자로서 정보통신서비스 제공자의 지위에 놓일 수 있는 것이다.

(4) 개인정보 유출 등의 통지 및 신고

개인정보보호법 제 26조 제 7항은 수탁자에 대한 위탁자의 의무 규정을 준용[23]하고 있다. 이에 따라 수탁자도 개인정보가 유출되었음을 알게 되었을 때에는 지체 없이 해당 정보주체에게 유출된 개인정보의 항목을 공개해야 할 의무 있는 것으로 해석된다. 또한, 정보통신망법 제27조의3 제1항[24]에서도 수탁자가 개인정보의 분실・도난・유출 등의 사실을 안 때에 지체 없이 유출 등이 된 개인정보 항목을 해당 이용자에게 알려야 함을 규정하고 있다.

그러나 CSP는 자신이 처리 중인 서비스 이용자의 개인정보에 대한 접근권한이 없으므로 정보주체의 연락처를 알 수 있는 입장이 아니다. 따라서 감독당국이나 서비스 이용자에 대한 신고 또는 통지 외에, 개별 정보주체에 대해서까지 통지 의무를 부여하는 것은 현실성이 없는 과도한 규제라고 할 수 있다.[25]

(5) 소결

클라우드컴퓨팅서비스 제공자와 이용자사이의 법적 책임의 판단기준은 당사자 사이의 계약과 클라우드컴퓨팅법 등인데, 클라우드컴퓨팅법의 규정을 위반한 행위로 인하여 이용자가 손해를 입었을 때에는 그 클라우드컴퓨팅서비스 제공자에게 손해배상책임을 청구할 수 있다고 규정하고 있다 (클라우드컴퓨팅법 제29조).

이 때 개인정보보호와 관련하여 CSP의 법적 지위를 수탁자로 본다면, 관련 법률을 클라우드컴퓨팅서비스 계약에 대해 적용할 경우, 이용자의 의무와 관련된 문제도 발생하지만 대부분의 경우 CSP의 의무와 관련된 문제가 발생한다. 클라우드 환경의 특성상 CSP가 관련 법률에 제시된 수탁자로서의 의무를 전부 수행하기에 불가능하기 때문이다. 클라우드컴퓨팅기술이 활성화되고 클라우드컴퓨팅법에서 개인정보보호 관련 법률을 준용할 것을 규정하기 전에 제정된 법률이기 때문에 발생한 문제로 보인다. 따라서 클라우드컴퓨팅서비스 계약에 적용할 때는 관련 조항의 적용을 완화하여 해석하거나 입법적 해결이 필요해 보인다.

4. 국내 클라우드 환경 내 보안의 책임소재

(1) 논의의 필요성

아직은 법적으로 수정, 보완하여야 할 부분은 많지만, 개인정보보호와 관련하여 클라우드컴퓨팅서비스 이용 계약의 법적 성격을 개인정보 처리 위탁으로 본다면 개인정보보호 관련법령의 위, 수탁 규정 적용을 통해 이용자의 개인정보를 보호하고 정보주체의 권리를 보장할 수 있다는 점에서 실익이 있어 보인다.

하지만 CSP의 법적 지위를 개인정보수탁자로 특정하더라도 여전히 클라우드의 보안에 있어서

---

23) 개인정보보호법상 수탁자는 개인정보가 유출되었음을 알게 되었을 때에는 지체 없이 해당 정보주체에게 유출된 개인정보의 항목, 유출된 시점과 그 경위, 유출로 인하여 발생할 수 있는 피해를 최소화하기 위하여 정보주체가 할 수 있는 방법 등에 관한 정보, 개인정보처리자의 대응조치 및 피해구제절차 등을 알리고 그 피해를 최소화하기 위한 대책을 마련하고 필요한 조치를 하여야 한다(제34조제1, 2항 및 제26조제7항).

24) 정보통신망법상 수탁자는 개인정보의 분실・도난・유출 등의 사실을 안 때에는 지체 없이 유출 등이 된 개인정보 항목, 유출 등이 발생한 시점, 이용자가 취할 수 있는 조치, 정보통신서비스 제공자등의 대응 조치, 이용자가 상담 등을 접수할 수 있는 부서 및 연락처 등의 사항을 해당 이용자에게 알리고 방송통신위원회 또는 한국인터넷진흥원에 신고하여야 한다.

25) 이창범, “클라우드 컴퓨팅과 ICT 규제 개선”, 2019. 2, 28쪽.

책임소재에 대한 논의는 부족하다. 제공되는 클라우드컴퓨팅서비스의 내용이 다르다면, 데이터 보안과 관련하여 수탁자로서의 책임 범위 또한 달라야하기 때문이다.

실제로 CSP는 이용자와 합의를 통해 이용계약을 통해 면책 및 손해배상범위를 합리적으로 제한하는 규정을 마련하고 있는데, 이와 같은 면책약관은 곧 CSP와 이용자가 각 관리 영역에서의 보안 관리 책임을 명확하게 상호 인지하고, 각 관리 영역에 대해 적절한 보안 활동을 지속적으로 수행해야 함을 뜻한다. CSP의 입장에서는 클라우드컴퓨팅서비스 과정에서 발생할 수 있는 위험을 합리적으로 관리해야할 필요가 있기 때문이며, 클라우드컴퓨팅서비스 이용약관(표준약관)에도 클라우드컴퓨팅서비스 제공자의 면책규정을 포함하고 있다. 이처럼 지속되는 데이터 관리의 책임 소재에 대한 논의에서 최근 강조되는 '책임공유모델'에 대해 아래에서 소개해보려 한다.

(2) '책임 공유 모델'(공동책임모델)

최근 글로벌 클라우드서비스 제공자들이 강조하는 것이 바로 이 책임공유모델이다. 대표적인 예로 AWS와 마이크로소프트 애저(MS Azure), 구글 클라우드가 있다. AWS는 '공동 책임 모델'을 설명하며 사용자와 AWS 책임을 구분한다.[26] AWS는 'AWS 클라우드에서 제공되는 모든 서비스를 실행하는 인프라를 보호할 책임이 있다'고 명시한다. 이는 하드웨어, 소프트웨어, 네트워킹 및 시설로 구성된다. 반면 고객 책임은 이보다 방대하며 복잡하다. IaaS, PaaS, SaaS 등 수준에 따라 책임져야하는 요소도 다르기 때문이다. 마이크로소프트(MS) 애저(Azure)도 공동책임 모델이 중심이다. 애저는 자사 홈페이지 보안 설명에서 '보안 위협으로부터 귀사 리소스를 보호하고 관리하는 것은 보안 제공 업체와 고객의 공동 책임입니다'로 명시한다. 구글 클라우드도 "구글은 프로젝트 보안을 유지하기 위해 최선을 다하고 있지만 보안 책임은 구글과 고객 모두에게 있습니다"로 설명한다.

즉, 책임공유모델(Shared Responsibility Model)이란 클라우드 보안에 대해 서비스 제공자(CSP)와 이용자(CSC)가 책임을 공유한다는 것으로, 이는 퍼블릭 클라우드 서비스 이용에 해당하는 것이다. 자체 프라이빗 클라우드를 구축한 경우, 이용자가 전적으로 책임을 져야 할 문제이므로 논외의 사안이다. 책임공유모델에 따르면 클라우드 서비스 제공자는 자사 서비스가 침해당하지 않도록 노력해야 하고, 실시간 위협 차단, 제로 데이 공격(Zero-Day Attack) 방어, 이용 중인 서비스 통합관리, 데이터 보안, 계정보안 등은 이용자가 책임을 져야 한다. 이러한 책임공유모델에 대해 클라우드 보안에 대한 책임의 이용자에게로의 전가라는 비판이 가해지기도 하지만, CSP가 이용자의 모든 데이터를 일일이 감시하고 통제할 수 없으므로 보다 안전한 클라우드컴퓨팅 환경과 CSP의 과도한 책임 부담을 방지를 위해 이러한 책임공유모델에 대한 인식이 국내 클라우드컴퓨팅서비스 계약 환경 내에도 확산될 필요가 있다.

Ⅵ. 결론

클라우드컴퓨팅 기술의 성장 속도는 점점 빨라지고 있고 국내의 많은 기업들이 클라우드를 활용하고 있음에도 불구하고, 클라우드컴퓨팅서비스 이용 계약과 관련하여 입법적으로 미비한 부분이 많아 이에 대한 우려가 크다. 본고에서는 클라우드서비스 이용 계약의 법적 성격을 살펴보고 개인정보보호와 관련하여 어떠한 법적 쟁점들이 존재하는지 확인하였다.

---

26) 클라우드 혁신센터, 클라우드 보안과 책임공유모델, 2019. 10, https://www.cloud.or.kr/info/

클라우드컴퓨팅서비스 이용 계약 자체의 특수성으로 인해 법적 성격을 특정할 수는 없지만, 개인정보보호 문제와 관련해서는 개인 정보 처리위탁으로 보는 것이 타당하다. 하지만 CSP의 지위를 개인정보 처리 수탁자로 보고 관련 법률을 준용할 때 어려움이 존재한다. 클라우드컴퓨팅 환경에서는 CSP와 CSC 사이의 서비스 이용계약의 내용, 클라우드서비스 유형 등에 따라 개인정보 처리에 있어 CSP의 책임 범위가 달라지므로 종래의 개인정보보호법제를 그대로 적용하는 데에는 한계가 있기 때문이다. 따라서 개인정보보호법, 정보통신망법 등 관련 법률에서 정하는 바를 그대로 따르도록 하지 않고, 새로운 기술 환경에 맞게 수정·보완하는 것이 바람직하다. 또한 보안 사고로 인한 개인 정보 유출 문제가 발생했을 때, 그 책임 소재에 관한 국내의 구체적 입법이 미비한 상태이다. 따라서 데이터 관리의 책임소재와 관련하여 글로벌 클라우드서비스 제공기업들이 강조하고 국내에서도 도입하여 점점 확산되고 있는 '공동책임모델'에 대한 인식의 근본적 확립이 필요하다.

참 고 문 헌

권영준(2011),„“클라우드 컴퓨팅의 계약법적 문제”
김병일(2012), “클라우드 컴퓨팅과 관련된 법적 쟁점에 대한 고찰”
나강(2013), “클라우드 서비스제공자의 책임제한에 관한 연구”
박종찬·정민호(2012), “클라우드 서비스에 관한 법적 연구-계약법상 쟁점을 중심으로”
성준호(2011), “클라우드컴퓨팅에 관한 사법적 검토-서비스이용계약관계에서의 문제점을 중심으로”
유우영·임종인(2012), “클라우드 컴퓨팅 서비스 제공자의 개인정보보호 조치 방안에 대한 연구”
이승훈·이우현(2014), “클라우드 서비스 환경 내 개인정보보호 측면에서의 국내외 동향분석”
이희훈(2019), “클라우드 컴퓨팅 발전 및 이용자 보호에 관한 법률상 개인정보 보호에 대한 개선방안”
정보통신산업진흥원(2019), “클라우드컴퓨팅 산업진흥 법제도 연구”
정원준(2014), “클라우드 컴퓨팅의 활성화를 위한 법적 제문제(Ⅰ)-개인정보보호 관련 쟁점”
정원준(2016), “클라우드 컴퓨팅 환경에서 제기되는 개인정보 문제의 법적 고찰”
한국형사정책연구원(2019), “클라우드 컴퓨팅 환경에서의 사이버범죄와 대응방안 연구”

【초 록】

본 논문은 일차적으로 빠르게 활성화되고 있는 최근의 국내 클라우드 환경 속에서 클라우드 컴퓨팅 서비스 이용 계약과 관련된 법적 쟁점인 개인정보보호 문제에 대해 고찰해보고, 이에 대한 입법적 개선의 방향을 제시하려는 목적 하에 작성되었다.

클라우드 컴퓨팅 서비스 이용 계약은 클라우드 기술의 특성상 기존 민법상의 전형 계약으로 분류되는 데 어려움이 있어 계약의 법적 성격을 명확히 정의내리기는 힘든 실정이고, 계약의 내용에 따라 개별적 해석이 필요하다. 그렇기 때문에 개인정보보호와 관련하여 위·수탁 관계가 성립하는지에 대한 의견이 분분한데, 위·수탁 유사 관계로 보는 것이 타당하고 그에 따라 개인정보보호 관련 법률들이 준용됨을 서술하였다.

그에 대한 다음 단계로, 개인정보보호 관련 법률들을 준용하는 데 있어 클라우드 컴퓨팅 서비스 이용 계약의 당사자들에게 그대로 적용하기엔 어떤 문제점들이 있는지 살펴보았다. 먼저 클라우드 컴퓨팅 서비스 제공자(CSP)의 기술적, 관리적 조치 의무와 이용자(CSC)의 감독 및 교육 의무, 동의절차와 관련하여 클라우드 컴퓨팅 환경에 맞게끔 수정적용의 과정을 거쳐야 함을 제시하였다. 또한 개인정보의 침해 문제가 발생했을 때의 클라우드 컴퓨팅 서비스 보안의 책임 소재와 관련해서는 국내의 논의가 매우 부족하므로, 구글이나 AWS 등의글로벌 클라우드 서비스 제공자들이 강조하는 '책임공유모델'에 대해 소개하고 이를 국내에 안착시키는 것이 필요함을 제시하였다.

고려대학교 자전법학회
2019학년도 2학기

직장 내 성희롱에 관한 사용자의 법적 책임 및 개선방안

자유전공학부 경영학과
이 로 운

I. 서론
1. 현행 노동법제의 현황과 근로자 인격권 보호의 필요성
2. 인격권 보호이 문제 중 '성희롱' 문제의 중요성

II. 직장 내 성희롱에 관한 사용자의 법적 책임 관련 법리
1. 민법상 사용자책임
2. 근로계약상 채무불이행
3.「남녀고용평등법」상 조치의무

III. 판례의 태도 및 비판
1. 서울대 교수 성희롱 사건
2. 롯데호텔 성희롱 사건
3. 아동복지시설 원장 사건
4. 르노삼성 성희롱 사건
5. 소결

IV. 직장 내 성희롱 피해자 보호 강화방안
1. 내부지침 마련 및 자율 점검의 의무화
2. 성희롱에 대한 사용자책임의 범위 확대
3. 법령의 미준수와 위반에 대한 제재의 실효성 확보

V. 결론

I. 서론

1. 현행 노동법제의 현황과 근로자 인격권 보호의 필요성

과거부터 지금까지 직장 내에서 근로자의 인격권이 위협받는 다양한 사례들이 발생해왔다. 성희롱을 포함하여 집단 괴롭힘 및 직위·성·국적·종교·장애 등을 이유로 한 차별 등 인격 침해의 양상은 더욱 다양해지고 있다. 현대사회에서 인간관계는 대체로 자신이 근로를 제공하는 시간과 장소를 중심으로 맺어지고 있다. 따라서 근로자가 직장에서 근로를 제공하는 행위는 단순히 경제적 영리활동의 의미만을 가지는 것이 아니라 근로자 자신의 자아(정체성)를 보존하는 행위인 동시에 이를 기반으로 하여 사회적 관계를 맺는 수단이 된다.[1] 이러한 노무 제공의 과정은 사용자의 지휘, 감독을 받기 때문에 인격 침해의 가능성이 존재한다. 하지만 종래의 노동법제는 노무 제공 주체로서의 근로자의 인격 보호에 대해서는 큰 관심을 기울이지 않았다. 인격적 이익의 침해는 업무명령 혹은 사실상의 조치라는 사용자의 재량적 행위를 통해 쉽게 발생할 수 있기 때문에 근로자 자신의 통제와 노력으로 이를 사전에 회피할 수 없는 경우가 많다는 특징이 있다.[2] 따라서 노동법은 그 규율대상에서 근로자의 인격 보호를 간과해서는 안 되며 개인의 권익 보호를 실현하기 위해 구체적인 법리를 마련할 필요가 있다.

2. 인격권 보호의 문제 중 '성희롱' 문제의 중요성

이러한 인격권과 관련된 여러 문제 중에서도 '성희롱'은 근로자의 인격권 및 근로권에 대한 심각한 위협임에도 피해사례가 줄어들지 않고 있는 문제이다. 성희롱 예방과 관련하여 가장 강조되는 것은 조직문화의 변화 및 사용자의 인식과 실천의 중요성이다. 특히 조직 내의 성희롱은 가해자 개인의 일탈적 행동이 아니라 차별적인 젠더의식, 여성을 대상화하는 조직문화에서 비롯된 구조적인 문제에 기인하는 것이다. 따라서 가해자에 대한 응징을 넘어서 성희롱을 용인하지 않고 피해자의 용기를 격려하는 조직문화를 조성하는 것이 가장 효과적인 성희롱 예방 대책이 될 것이다.[3] 실제로 한국여성정책연구원의 '기업 등 조직 내 성희롱 예방체계 강화방안 연구'[4]에 따르면 성희롱 문제로 대규모 소송을 겪은 후 노조와 함께 무관용 정책을 수립하여 강력하게 실시하거나, 외국계 본사의 영향으로 신속하고 효과적인 정책을 실행한 국내기업 사례에서는 경영진의 확고한 의지가 성희롱 예방제도의 실질화에 기여한 바 있다. 성희롱 발생에 대해 사용자의 책임을 엄격하게 묻고 전문가의 컨설팅을 바탕으로 성희롱 예방체계를 수립하고 그 현황을 자율적으로 정기점검하면서 성희롱 근절을 위해 힘쓰는 기업 문화로 연결되었다.

이러한 선순환을 위해서는 성희롱 발생에 대해 사용자의 책임을 엄격하게 묻는 법리가 도입되어야 한다. 이는 조직 내 벌어지는 성희롱의 구조적인 원인을 개선하려는 경영진의 강력한 의지로 연결되는 등 실효성 있는 기업 내 예방체계 수립으로 이어질 수 있기 때문이다. 따라서 사용자의 책임을 규정한 여러 법리를 살펴본 후 판례를 분석하여 법률의 실효성을 높이기 위한 개선방안에 대해 논의할 것이다. 더불어 성희롱 실태의 자율점검 시스템, 개별 조직 및 기관 등에서 내부지침을

1) 전윤구. "노동법의 과제로서의 근로자 인격권 보호". 노동법연구 33, 2012. 128쪽 참조.
2) 전윤구. "노동법의 과제로서의 근로자 인격권 보호". 노동법연구 33, 2012. 129쪽 참조.
3) 구미영, "성희롱과 사용자의 책임". 노동법연구 44, 2018. 2쪽 참조.
4) 구미영, "성희롱과 사용자의 책임". 노동법연구 44, 2018. 2쪽 참조.

마련하는 것을 의무화하는 방안 등 현행법에 포함되지 않은 여러 논점에 대해서도 다루고자 한다.

Ⅱ. 직장 내 성희롱에 관한 사용자의 법적 책임 관련 법리

1. 민법상 사용자책임

민법 제756조는 '타인을 사용하여 어느 사무에 종사하게 한 자는 피용자가 그 사무집행에 관하여 제삼자에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다'고 규정한다.[5] 해당 법조문에 명시된 '사용자책임'은 특수한 불법행위에 속하는 것으로써 불법행위의 원칙적인 모습을 규정한 제750조[6]의 일반요건에 변경을 가한 경우이다. 원칙적으로 제750조에 기한 불법행위가 성립하기 위해서는 피해자에게 손해가 있어야 하며 손해의 발생에 대한 증명책임은 피해자가 부담한다. 하지만, 불법행위에 기한 사용자책임의 경우, 사용자는 피용자를 사용함으로써 자신의 활동영역을 확장하는 만큼 그에 대응하여 그의 책임을 확장함으로써 피해자의 손해배상을 확보해 주기 위한 정책적 배려이다. 따라서 제756조의 책임은 증명책임이 전환되어 사용자 또는 감독자가 피용자의 선임 및 사무·감독에 과실이 없음을 증명하면 면책된다.[7] 해당 법조에 의해 발생한 책임은 피용자에게 배상능력이 있다는 이유로 피해자에게 항변하지 못하며 사용자에 갈음하여 사무를 감독하는 사람이 책임을 진다고 하여 사용자 면책되지 않는다. 더불어 제756조의 책임이 성립하더라도 피용자는 제750조에 따라 책임을 진다.[8]

불법행위에 대한 사용자책임이 성립하기 위하여는 가해자인 피용자의 행위에 '사무집행관련성'이 있어야 한다. 더불어 사용자는 피용자의 선임 및 그 사무감독에 상당한 주의를 한 때, 또는 상당한 주의를 하여도 손해가 있을 경우에 면책된다. 따라서 성희롱 사건에서의 '사무집행관련성의 존재 여부'와 성희롱 발생을 방지하기 위한 '주의의무의 위반 여부'가 사용자책임 판단의 중요 쟁점이 된다.

(1) 사무집행관련성 존재 여부

제756조가 성립하기 위해서는 피용자가 사무집행에 관하여 제3자에게 손해를 가했어야 한다. 사무집행관련행위는 피용자가 사용자로부터 위임받은 사무집행 행위 자체에 한정되는 것이 아니라, 사무집행 자체는 아니더라도 외형상 사무집행으로 보이는 행위도 포함된다. 사용자책임조항의 사무집행관련성 요건에 대하여 판례는 '거래의 안전을 도모하려는 입법취지를 고려하여 넓게 해석'하는 태도를 유지해왔다. 대법원은 여러 사건에서 사용자책임의 사무집행관련성 요건에 대하여 "외형상 객관적으로 사용자의 사무집행에 관련된 것인지의 여부는 피용자의 본래 직무와 불법행위와의 관련정도 및 사용자에게 손해발생에 대한 위험창출과 방지조치 결여의 책임이 어느 정도 있는지를 고려"한다고 판시하여 사무집행 그 자체인 행위가 아니더라도 객관적인 외형상 사무집행으로 보일 수 있는 경우로 확장하는 외형이론을 채택하였다.[9]

---

5) 이 조항의 '사용자'는 '타인을 사용하여 어느 사무에 종사하게 한 자'를 뜻하는 것으로써 사업주 또는 해당 피용자에 대하여 지시, 감독 관계 내지는 종속관계가 있는 자를 뜻한다.
6) 민법 제750조(불법행위의 내용) 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다
7) 명순구, 『민법학원론』, 박영사, 2017. 320-321쪽 참조.
8) 명순구, 『민법학원론』, 박영사, 2017. 320-321쪽 참조.

판례는 외형이론을 통하여 피해자의 신뢰를 보호하는 것에 대응하여 사용자의 이익도 고려한다. 즉 가해행위가 외형이론에 따라 사무집행 행위로 판단될 수 있더라도 피해자 자신이 해당 행위가 사용자의 사무집행 범위에 해당하지 않는다는 것을 알았거나 또는 중대한 과실로 알지 못한 때에는 피해자는 사용자에 대하여 사용자책임을 물을 수 없다.[10]

(2) 주의의무 위반 여부

민법 제756조 1항의 후단에 의하면 사용자는 피용자의 선임·사무감독에 상당한 주의를 한 때 또는 상당한 주의를 하여도 손해가 있었을 경우에는 사용자책임을 면할 수 있다. 현재까지 판례는 피해자 보호라는 관점에서 엄격한 태도를 고수하여 사용자가 그 주의의무를 다했다는 주장을 받아들여 사용자면책을 인정한 예는 찾아보기 어렵다.[11] 이러한 판례 경향은 성희롱 사건에도 반영되어 사무집행관련성이 인정된 사건에서 주의의무를 다했다는 면책사유 주장이 받아들여진 경우는 확인되지 않는다.

이후 논의할 르노삼성 사건 항소심 판결[12]에서는 피고 회사의 성희롱 고충처리제도가 피해자에게 신뢰를 줄 수 없을 정도로 부실하게 운영되었기 때문에, 상당한 주의의무를 다했다는 항변을 받아들이지 않았다. 또한, 사용자책임의 면책 사유로 '예측가능성'을 주장한 피고 회사측 주장을 배척하였다. 가해자가 '은밀히 사적으로 행하였고 피고도 상당 기간 이를 공개하지 않았기에 성희롱 사실을 알았거나 알 수 있었던 경우가 아니'라 해도 이를 사용자책임의 면책사유로 볼 수 없다는 것이다.[13]

2. 근로계약상 채무불이행

사업주는 근로자가 노무를 제공하는 과정에서 생명·신체·건강을 해치는 일이 없도록 인적·물적 환경을 정비하는 등 필요한 조치를 강구하여야 할 보호의무를 부담한다. 이러한 의무를 근로계약에 내재한 사업주의 의무로서 '보호의무' 내지 '안전배려의무'라 한다. 즉, 근로계약상 '보호의무'란 인적, 계속적 관계인 근로계약의 특성상 사용자가 근로자의 안전, 건강 등을 보호해야 할 신의칙상의 의무를 말한다.[14] 이처럼 판례와 학설은 보호의무를 근로계약에 수반되는 신의칙상의 부수적 의무로 보고 있으나 근래 들어 안전 및 건강 관련 보호의무를 주된 의무로 보아야 한다는 견해도 제기되고 있다.[15] 이 부분에 대해서는 논의를 생략하도록 한다.

성희롱 피해근로자는 성희롱으로 인해 자신의 안전 또는 정신적, 신체적 건강이 침해된 것에 대하여 보호의무 위반에 대한 채무불이행책임을 물을 수 있다. 최초로 직장 내 성희롱 사건에 대하여 불법행위를 인정한 판례인 서울대 교수 사건 판결에서는 원고측의 보호의무 위반 주장을 배척하였으나 2002년부터 보호의무 위반에 대한 사용자의 배상 책임을 인정한 판결이 나타나기 시작하였다.[16] 판례상 근로계약상 보호의무가 성립하기 위한 요건은 '업무관련성', '예측가능성'으로 나뉜다.

---

9) 대법원 1988. 11. 22. 선고 86다카1923 판결, 대법원 1988. 11. 22. 선고 86다카1923 판결.
10) 대법원 1983.6.28. 선고 83다카217 판결, 대법원 1998.3.27. 선고 97다19687 판결 등.
11) 김형배, "사용자책임과 판례", 고려법학 48, 2007. 26쪽 참조.
12) 서울고등법원 2015. 12. 18. 선고 2015나2003264 판결, 대법원 2017. 12. 22. 선고 2016다202947판결.
13) 구미영, "성희롱과 사용자의 책임". 노동법연구 44, 2018. 15쪽 참조.
14) 임종률, 『노동법』, 2017. 352쪽 참조.
15) 전형배, "안전배려의무의 내용과 과제", 노동법학 55, 2015. 28쪽 참조.
16) 구미영, "성희롱과 사용자의 책임". 노동법연구 44, 2018. 16쪽 참조.

보호의무 위반을 이유로 사용자의 손해배상책임을 인정하기 위하여는 '특별한 사정이 없는 한 그 사고가 피용자의 업무와 관련성을 갖고 그 사고가 통상 발생할 수 있다고 예측되거나 예측할 수 있는 경우라야 할 것이고, 그 예측가능성은 사고가 발생한 때와 장소, 사고가 발생한 경위 기타 여러 사정을 고려하여 판단"해야 한다는 것이 판례의 입장이다.[17] 따라서 피용자의 성희롱 행위에 대하여 사용자책임을 인정하기 위해서는 우선 해당 성희롱 행위가 업무와 관련성을 가지고 있는지를 판단한다. 보호의무 관련 판례는 사고가 통상 발생할 수 있다고 예측되거나 예측할 수 있는 경우 사용자의 보호의무 위반 책임을 면할 수 없고, 그 예측가능성은 사고가 발생한 때와 장소, 사고가 발생한 경위 기타 여러 사정을 고려하여 판단한다는 입장이다. 따라서 성희롱 사건 판결례에서 예측가능성 요건은 사용자의 보호의무 위반 여부를 좌우하는 중요한 쟁점이 된다.[18]

3. 「남녀고용평등법[19]」 상 조치의무

「남녀고용평등법」(이하 '법'이라고 함)은 고용에 있어서 남녀의 평등한 기회보장 및 대우 등을 언급한 제2장의 제2절의 제2조 제2호에서 사업주·상급자 또는 근로자에게 "직장 내 성희롱[20]을 하여서는 아니된다."라고 규정하고 사업주에게 직장 내 성희롱을 방지하기 위한 다음의 조치를 할 의무를 부과하고 있다. 크게 성희롱 예방 관련 의무와 피해자를 보호하고 재발을 방지하기 위한 조치의무로 나누어진다. 우선 법 제3조 1항, 제13조 1항에서 성희롱 예방 관련 의무에 대하여 "직장 내 성희롱을 예방하고 근로자가 안전한 근로환경에서 일할 수 있는 여건을 조성하기 위하여" 예방교육을 연 1회 이상 실시해야 한다고 명시하고 있다. 더불어 사업주 및 근로자는 성희롱 예방교육을 받아야 하며(제13조 제2항) 사업주는 성희롱 예방 교육의 내용을 근로자가 자유롭게 열람할 수 있는 장소에 항상 게시하거나 갖추어 두어 근로자에게 널리 알려야 한다(제13조 제3항)고 설시하고 있다.

성희롱 예방 관련 의무 외에도 피해자를 보호하고 재발을 방지하기 위해 성희롱 관련 고충을 처리하여 조치해야 할 성희롱 발생 시 조치의무를 규정한다. 조치의무는 크게 성희롱 사건 조사 및 징계 의무와 피해자 보호 의무로 나눠 볼 수 있다. 조사 및 징계 의무는 성희롱 발생이 확인된 경우 지체 없이 행위자에 대하여 징계나 그 밖에 이에 준하는 조치를 해야 할 의무를 뜻한다. 더불어 피해자가 성희롱 피해 사실 주장으로 불리한 조치를 받지 않게 보호 의무를 규정하고 있다.

[표 1] 남녀고용평등법상 조치의무 및 벌칙규정 2017. 11. 28. 개정 내용

내용	벌칙	비고
직장 내 성희롱 예방 교육 매년 실시(제13조 제1항)	과태료 500만원	과태료 상향 (3→5백만원)
성희롱 예방 교육의 내용을 근로자가 자유롭게 열람할 수 있는 장소에 항상 게시하거나 갖추어 두어 근로자에게 널리 알	과태료 500만원	신설

17) 대법원 2006.9.28. 선고 2004다44506판결.
18) 구미영, "성희롱과 사용자의 책임". 노동법연구 44, 2018. 19쪽 참조.
19) 「남녀고용평등과 일·가정 양립지원에 관한 법률」
20) 직장 내 성희롱이라 함은 사업주·상급자 또는 근로자가 직장 내의 지위를 이용하거나 업무와 관련하여 다른 근로자에게 성적 언동 등으로 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하거나 성적 언동 또는 그 밖의 요구 등에 따르지 아니하였다는 이유로 고용에서 불이익을 주는 것을 말한다.

려야 함(제13조 제4항)		
누구든지 직장 내 성희롱 발생 사실 알게 된 경우 해당 사업주에게 신고 가능(제14조 제1항)	-	신설
직장 내 성희롱 발생 사실을 알게 된 경우에는 지체 없이 조사를 하여야 하며, 이 경우 피해근로자 등이 수치심을 느끼지 않도록 하여야 함(제14조 제2항)	과태료 500만원	신설
직장 내 성희롱 발생이 확인된 때에는 피해근로자가 요청하면 근무장소의 변경, 유급휴가 명령 등 적절한 조치를 하여야 함(제14조 제4항)	과태료 500만원	신설
직장 내 성희롱 발생사실이 확인된 때에는 지체 없이 성희롱 행위를 한 사람에 대하여 징계 등 필요한 조치를 하여야 함, 이 경우 징계 등의 조치를 하기 전에 그 조치에 대하여 성희롱 피해자 근로자의 의견을 들어야 함(제14조 제5항)	과태료 500만원	후단 신설
직장 내 성희롱 신고 근로자 및 피해근로자 등에게 불리한 처우 내용 구체화 1. 파면 등 신분상실 조치, 2. 징계 등 부당 인사조치, 3. 직무 미부여 등 본인 의사에 반하는 조치, 4. 성과평가 등 차별이나 임금 등 차별 지급, 5. 교육훈련 제한, 6. 집단 따돌림 등 행위, 7. 그 밖의 불리한 처우(제14조 제6항)	3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금	벌금액 상향 (2→3천만원), 불리한 처우 구체화(각호)
직장 내 성희롱 발생사실을 조사한 사람, 보고 받은 사람, 조사과정에 참여한 사람 등은 조사과정에서 알게 된 비밀을 피해근로자 등의 의사에 반하여 누설 금지(제14조 제7항)	과태료 500만원	신설
고객 등에 의한 성희롱 피해자가 고충 해소를 요청할 경우 배치전환, 유급휴가 명령 등 적절한 조치를 취해야 함(제14조의2 제1항)	과태료 500만원	과태료 신설 (노력→의무)

해당 조항은 2017. 11. 28. 개정되어 2018년 5월 29일 부로 시행이 된 법안이다. 개정 전 조항은 성희롱 발생이 확인된 이후 징계 조치에 대해서만 언급할 뿐 그 이전 단계에서 사건을 조사할 의무에 대해 규정하지 않는다는 한계가 있었다. 성희롱 사건이 발생했을 때 고충에 대해 조사조차 시작하지 않는 방식으로 사건을 무마하는 사례들을 고려했을 때 개선이 필요한 부분이었다. 이에 2017년 제14조를 위와 같이 개정하였다.

개정 「남녀고용평등법」은 조사 및 징계 의무와 관련하여 조사개시의무를 명시적으로 규정하고 조사과정에서 피해자의 인권을 고려하여 접근할 것을 규정한다. 더불어 피해자가 느낄 심적 고통을 이해하고, 이러한 어려움이 신고를 주저하게 하는 이유로 작용하는 점을 고려하였다. 또한, 성희롱 행위에 비해 징계의 수위가 불합리하게 낮을 경우를 대비하여 징계 등의 조치를 하기 전 피해자의 의견을 듣도록 하였다. 피해자 보호의무와 관련해서는 개정 전 법과는 달리 구체적이며 피해자의 입장을 고려하고 있다. 개정법에 의하면 성희롱이 사실로 확인된 경우 피해자 보호를 위하여 배치전환, 근무장소 변경, 유급휴가 등의 조치를 취해야 하며 이 또한 피해자의 의사에 반해서는 안 된

다. 피해자가 휴가를 쓸 동안 회사에서 격리되어 조직 복귀에 부담이 생길 가능성, 휴가 기간 중 오히려 가해자가 피해자를 비난하는 발언을 할 위험성 등을 고려한 단서조항이다. 피해자 보호라는 조항의 취지를 고려하여 피해자의 조직 내 상황과 심리적 상태 등에 따라 근무 장소 변경, 유급휴가 여부를 선택할 수 있도록 해야 한다는 것이다. 더불어 불리한 조치 금지 조항은 그 내용을 구체화하는 방향으로 개정되었다. 해고 외에 발생할 수 있는 다양한 유형의 불리한 조치 사례를 구체적으로 명시하고 있다. 마지막으로 고충 조사 및 처리 과정에서 비밀누설로부터 피해자를 보호할 의무를 신설한 것도 개정법의 특징이다. 르노삼성 사건 등 안일한 고충 조사 및 처리 절차 운영으로 인해 2차 피해가 발생한 사례들을 고려하여 개정한 것이다.[21]

Ⅲ. 판례의 태도 및 비판

1. 서울대 교수 성희롱 사건 판결[22]

(1) 판결 내용

서울대 교수 성희롱 사건 판결은 최초로 직장 내 성희롱 사건에 대하여 불법행위를 인정한 판례이다. 이 사건에서 원고 서울대 화학과 실험실 여자 조교는 피고인 신 교수로부터 신체적 접촉과 성적 제의를 지속적으로 받아왔다는 점, 거부 의사를 밝힌 뒤 고용상·업무상 불이익을 당하게 되었다는 점, 이에 서울대 총장에게 진정서와 탄원서 등을 제출하여 조사 및 해결을 촉구하였으나 적절한 조치가 취해지지 않았다는 점을 주장하였다. 그리고 1993년 10월 18일 성희롱 행위자인 신 교수와 서울대 총장, 대한민국을 공동 피고로 5천만 원의 손해배상청구소송을 제기하였다. 특히, 사용자책임과 관련하여서 원고는 가해자인 피고 교수뿐만 아니라 피고 교수에 대한 감독의무를 소홀히 하여 원고에게 손해를 발생하였다는 이유로 서울대 총장을 상대로, 서울대 총장과 원고와의 근로계약상 성 차별 없이 일하기 좋은 근무환경을 조성할 의무를 위반하였다고 하여 대한민국에게도 책임이 있다고 주장하였다.[23] 2심 재판을 제외한 모든 판결에서 직장 내 성희롱에 대한 불법행위성을 인정함에 따라 피고의 원고에 대한 손해배상 500만원이 최종적으로 명령되었다.

하지만 해당 판례에서는 문제된 성희롱 행위에 대하여 '가해자의 성희롱 행위가 은밀하고 개인적으로 이루어지고 피해자로서도 이를 공개하지 아니하여 사용자로서는 이를 알거나 알 수 있었다고 보여지지도 아니하다면' 이런 경우까지 사용자책임을 인정할 수 없으며, 직무범위 내에 속하거나 직무권한 내의 행위와 밀접하지 않다고 판시하여 '사무집행관련성'을 부정하고 사용자책임을 인정하지 않았다.

(2) 검토

이 판결은 사실행위를 매개로 하여 발생한 불법행위의 사무집행관련성 판단을 위해 외형이론을 보다 확대하여 적용하던 판례 경향과 상충되는 모습을 보인다.[24] 사용자책임 조항의 사무집행관련

---

21) 구미영, "성희롱과 사용자의 책임". 노동법연구 44, 2018. 24쪽 참조.
22) 대법원 1998.2.10. 선고 95다39533 판결.
23) 직장 내 성희롱 법제화 이전에 제기된 민사 소송이었기 때문에 당시 원고는 대한민국 헌법, 근로기준법, 남녀고용평등법을 법적 근거로 활용하였다. 김영경, "직장 내 성희롱 피해와 사용자책임", 홍익법학 19-4, 홍익대학교 법학연구소, 2018. 각주7 참조.
24) 김태선, "성희롱의 민사책임: 미국법과의 비교를 중심으로", 저스티스 112, 2009. 168쪽 참조.

성 요건에 대하여 판례는 사무집행 그 자체인 행위가 아니더라도 객관적인 외형상 사무집행으로 보일 수 있는 경우로 확장하는 외형이론을 채택하여 사무집행관련성을 넓게 인정하는 태도를 유지해왔다. 외형이론에 따른 판례는 법률행위를 매개로 한 불법행위와 제3자에 대한 폭행, 성추행 등 사실행위를 매개로 한 불법행위를 구별하여 다루는 방향으로 전개되어 왔는데[25] 회사 친선 체육대회에서 근로자가 진행을 맡은 노무대리를 폭행한 사건 등 사실행위를 매개로 한 불법행위에 대해서도 외형이론을 확장하여 적용하였다.[26]

이처럼 판례는 사무집행 그 자체는 아니라 하더라도 사용자의 사업과 시간적, 장소적으로 근접하고, 피용자의 사무의 전부 또는 일부를 수행하는 과정에서 이루어지거나 가해행위의 동기가 업무처리와 관련된 것일 경우에는 외형적, 객관적으로 사용자의 사무집행행위와 관련된 것이라고 보아 사용자책임이 성립한다고 판시한 바 있다.[27]

설령 법률행위를 매개로 한 불법행위에 적용되던 대법원 1988.11.22. 선고 86다카1923판결 등의 기준을 적용하더라도 사무집행관련성을 부인한 것은 타당성을 찾기 어렵다. 가해자와 피해자는 교수-조교라는 지배-복종의 강도가 높은 불평등한 권력 관계에 있고 실제 피고는 원고의 고용 조건과 업무 환경 등에 실질적인 영향력을 행사할 수 있는 위치에 있었다. 무엇보다 피고의 원고에 대한 직장 내 성희롱 행위들은 대부분 피고 교수가 담당하는 실험기기의 조작 방법을 지도하는 과정에서 또는 교수 연구실이나 복도, 실험실 등 원고의 업무가 수행되고 동시에 피고의 사무가 집행되는 시간과 공간 속에서 이루어진 것이다.[28] 따라서 성희롱 행위에 대하여 '직무권한 내의 행위와 관련된 행위'로 볼 여지가 충분하다. 이 판결의 논리에 따르면 성적 굴욕감을 주는 행위를 직무권한 내의 행위로 정하는 사업장은 드물 것이기에 성희롱 피해에 대한 사용자책임을 인정받는 것은 사실상 불가능하게 된다.[29]

사용자책임 법리는 손해의 적절한 분배라는 목적에서 '문제된 불법행위가 사용자가 지배했어야 할 위험이 실현된 것인지 여부'에 의해 사무집행관련성을 인정하거나[30][31] "다른 사람을 사용하여 이익창출의 가능성과 함께 손해 발생의 가능성을 증가시킨 범위에서는 피용자의 불법행위로 발생한 손해비용을 사용자가 부담해야 한다"는 것을 그 규범목적으로 이해하기도 한다.[32] 따라서 성희롱을 사용자가 예방해야 할 위험 또는 피용인을 사용하는 과정에서 발생 가능성이 높아지는 위험으로 보는지에 따라 사무집행관련성 판단이 좌우된다. 서울대 교수 사건 판결의 사무집행관련성 판단에는 "성희롱을 사용자가 통제할 수 있는 위험으로 보기 어렵다는 인식"이 전제되어 있다.[33] 성희롱은 예측할 수 없는 개인의 일탈적 행위이기 때문에 통제하기 어렵다는 논리이다. 이러한 한계로 인해 성희롱을 불법행위로 인정한 최초의 판결이라는 의의에도 불구하고 이 판결은 비판의 대상이 되었다.

이후 비판 여론을 수렴하여 국회는 성희롱 예방교육 실시, 가해자에 대한 징계 및 피해자에 대한 불이익조치금지 등 의무를 부과하는 내용으로 1999년 2월 8일 「남녀고용평등법」을 개정하였다.[34]

---

25) 김형석, "사용자책임에서 사무집행관련성의 판단", 서울대학교 법학 53-2, 2012. 354쪽 참조.
26) 대법원 1989. 2. 28. 선고 88다카8682 판결, 대법원 1997.10.10. 선고 97다16572판결.
27) 구미영, "성희롱과 사용자의 책임". 노동법연구 44, 2018. 6쪽 참조.
28) 김영경, "직장 내 성희롱 피해와 사용자책임", 홍익법학 19-4, 홍익대학교 법학연구소, 2018. 226쪽 참조.
29) 구미영, "성희롱과 사용자의 책임". 노동법연구 44, 2018. 7쪽 참조.
30) 차선자, "성희롱에 대한 법적 책임-사용자 배상책임을 중심으로", 인권과 정의 365, 2007. 154쪽 참조.
31) 김재형, "사용자책임에서의 사무집행관련성", 민법론Ⅱ, 2004. 313쪽 참조.
32) 김형석, "사용자책임에서 사무집행관련성의 판단", 서울대학교 법학 53-2, 2012. 389쪽 참조.
33) 김태선, "성희롱의 민사책임: 미국법과의 비교를 중심으로", 저스티스 112, 2009. 169쪽 참조.

더불어 교직원 회식 및 야유회에서 교장이 교사를 성희롱한 사건에서 “사무집행행위 그 자체는 아니지만 사무집행의 범위 내”라고 보아 사용자책임을 인정한 하급심 판결(2005년), 아래에서 소개할 아동복지시설 원장 사건 판결(2009년)이 나타나는 등 성희롱행위의 사무집행관련성 판례 법리가 변화하기 시작하였다.[35]

2. 롯데호텔 성희롱 사건 판결[36]

(1) 판결 내용

대상판결은 성희롱 방지의무를 고용계약상의 보호의무로 보아 회사의 손해배상책임을 인정한 첫 판례로서 상당한 의의를 가진다. 사실관계를 간단히 살펴보자면, 2000년 8월 원고 측인 롯데호텔 여성 노조원 270명이 "회사 임직원 12명으로부터 상습적으로 성희롱을 당했다"면서 회사와 대표이사, 가해 임직원을 상대로 서울지방법원에 손해배상청구소송을 제기 한 사건이다. 그러나 이 중 230명은 소송 진행 중에 소를 취하하였는데 가장 큰 이유는 고용상・업무상 불이익조치 등 성희롱 행위자들과 롯데호텔의 대응방식에 대한 충격과 공포 때문이었다.[37] 결국 남은 여성 근로자 40명에 대한 손해배상청구소송이 진행되었다. 서울지방법원은 2002년 11월 26일 원고 19명에게 일부 승소 판결을 내렸고, 나머지 21명의 청구는 기각하였다.

롯데호텔 성희롱 사건 판결은 업무시간 종료 후 회식, 공식 야유회, 비공식적 술자리 등에서 발생한 성희롱 관련 보호의무 위반 여부가 판단된 사례이다.[38] 원고 측은 남성 동료 및 상사로부터 다수의 여성 근로자들에 대한 직장 내 성희롱이 회식이나 워크숍 등과 같은 사내 행사가 진행되는 과정에서 이루어졌음을 주장하였다. 또한 직장 내 성희롱 문제와 관련하여 공식적・적극적으로 문제제기할 수 있는 정책과 절차가 부재하였을 뿐 아니라, 무엇보다 이 문제와 관련하여 피해 또는 피해 발생을 주장하는 근로자가 고충 제기 이후 고용상・업무상 불이익 조치를 받을 수 있는 가능성 때문에 상당히 오랜 기간 성희롱이 지속되어 왔고, 이로 인해 피해를 입은 여성 근로자들이 매우 많았음에도 공식적・적극적으로 문제제기할 수 없었다고 하였다. 이러한 주장을 한 이유는 불평등한 권력관계를 바탕으로 하는 시간과 공간 속에서 다수의 여성 근로자들이 이러한 문제로 피해를 입게 되었음을 드러내고자 함이었다.

그러나 서울지방법원은 “친목을 도모하기 위한 동료 직원들 간의 사사로운 모임이나 비공식적인 부서 내 회식에까지 사업주의 지배・관리권이 미친다고 할 수는 없다”고 판시하였다. 그 결과 거래처와의 회식, 총지배인이 주재한 회식 및 이와 연결된 노래방 모임, 공식 야유회 사례, 공식 망년회 등에서 발생한 성희롱에 대해서만 업무관련성이 인정되었다. 관리자와 저녁식사 후 함께 노래방에

---

34) 구미영, “성희롱과 사용자의 책임”. 노동법연구 44, 2018. 7쪽 참조.
35) 정지원, “직장 내 성희롱과 사용자의 책임”, 노동법실무연구 1, 2011. 18쪽 참조.
36) 서울지방법원 2002. 11. 26. 선고 2000가합57462 판결.
37) 김영경, “직장 내 성희롱 피해와 사용자책임”, 홍익법학 19-4, 홍익대학교 법학연구소, 2018. 각주 21 참조.
회사와 가해자들은 반성은커녕 소송을 제기한 조합원들에게 소송 취하 압력을 넣는 데만 골몰하고 있다. 회사는 승진과 재계약을 미끼로 “소송을 취하하라”고 회유하고 있다. “회유에 응하지 않는 조합원들에게는 노동 조건이 열악한 부서로 전보 처리하겠다.”고 협박까지 했다. 예를 들어 “신공항이 완성되면 영종도 외딴섬으로 보내겠다. 평생 거기에서 썩고 싶냐”는 식이다. 가해자들도 잘못을 반성하기는커녕 “왜 나만 걸고 넘어지냐”, “손등 정도 친 것 갖고 과민반응 하는 것 아니냐”, “당시에 말했으면 안 했을 텐데 왜 지금 와서 그러느냐”, “당신도 좋아하는 줄 알았다”, “그 정도는 관례라고 볼 수 있지 않냐” 하는 뻔뻔스런 태도로 일관하고 있다(롯데호텔 사건 대책위원장 박정자 인터뷰 中).
38) 구미영, “성희롱과 사용자의 책임”. 노동법연구 44, 2018. 17쪽 참조.

간 경우, 야근 후 과장이 주재한 비공식 회식으로부터의 귀갓길 택시 안에서 발생한 사안 등[39] 29명의 피해 여성 근로자들이 주장하는 직장 내 성희롱이 '사사로운 모임' 내지는 '비공식적인 회식' 등의 자리에서 발생한 것이었기 때문에 업무관련성 및 보호의무 위반 주장을 배척하고 사용자 책임을 인정하지 않았다.

(2) 검토

이 사건은 직장 내 성희롱이라는 불법행위로 초래된 피해가 지속적이고 광범위한 성향을 가진 집단피해의 양상으로 발생하였다는 점에서 사용자책임을 엄중하게 부과할 수도 있었지만 하지 않았다는 점과 피해의 의미를 상당히 협소하게 생각하여 다수의 여성 근로자들이 남성 동료 및 상사의 직장 내 성희롱으로 피해를 입은 시간과 공간을 단순하게 '사업주의 지배·관리권이 미친다고 보기 어려운 친목을 도모하기 위한 동료 직원들 간의 사사로운 모임이나 비공식적인 부서 내 회식'으로만 판단하였다는 점에서 비판이 제기되었다.[40] 더불어 조직화합이라는 명목으로 각종 술자리와 모임이 만연한 기업문화를 고려할 때 위와 같은 판단이 성희롱 피해 구제의 측면에서 보호의무 위반을 판단하는 타당한 접근법인지 의문시된다.[41] 통상적인 업무 관련 사고에 비해 성희롱은 상사와의 위계서열 또는 직장동료와의 인간관계가 사건 발생에 미치는 영향이 크다. 업무시간 및 장소 밖에서 발생한 성희롱이라 하더라도 직장 내 관계를 매개로 하여 사건이 발생하는 경우가 많을 수밖에 없다. 따라서 롯데호텔 사건 등 업무시간 및 장소와의 근접성만을 기준으로 근로계약 상 보호의무의 적용대상에서 기계적으로 제외한 판결에 대한 비판적 검토가 필요하다. 특히 이 사건처럼 상사가 가해자인 경우에는 업무시간 및 장소 밖에까지 피해근로자에게 행사할 수 있는 영향력을 고려하여 업무관련성을 더욱 적극적으로 판단해야 한다.[42]

이러한 한계에도 불구하고 롯데호텔 사건 판결은 사용자가 피해사실을 알거나 알 수 있었다고 볼 수 있는 경우인 '예측가능성'을 다소 확장했다는 점에서 의의가 있다. 위와 같이 성희롱이 발생하기 쉬운 해당 사업장의 특성을 고려하여 성희롱 예방 및 피해 실태를 확인하고 대응할 높은 수준의 주의의무가 요구된다고 설시하였다. 이처럼 성희롱 사건에서 예측가능성 판단이 피해자의 신고 여부(또는 사용자의 인지 여부)로 제한되지 않고 성희롱 예방 등을 위해 사용자가 주의의무를 다했는지 여부도 함께 판단하도록 판시한 점에서 의미 있는 진전을 보였다.[43] 그럼에도 불구하고 이러한 진전된 법리를 임원 등이 참석하여 목격했던 사안에만 적용하였을 뿐 그 밖의 사안에는 피해자가 신고하지 않았다는 이유로 예측가능성을 부인한 것이 이 판결의 한계 지점이다.[44]

---

39) 구미영, "성희롱과 사용자의 책임". 노동법연구 44, 2018. 18쪽 참조.
40) 김영경, "직장 내 성희롱 피해와 사용자책임", 홍익법학 19-4, 홍익대학교 법학연구소, 2018. 227쪽 참조.
41) 이정, "직장 내 성희롱(sexual harassment)과 사용자책임 - 롯데호텔 성희롱 사건을 중심으로", 한국외국어대학교 법학연구소, 외법논집 14, 2003. 17쪽 참조.
42) 구미영, "성희롱과 사용자의 책임". 노동법연구 44, 2018. 19쪽 참조.
43) 박은정, "성희롱 판단 기준과 사용자의 대리 책임: 미국 EEOC 지침을 중심으로", 이화여자대학교 법학연구소, 법학논집 19-2, 2014. 424-425쪽 참조.
44) 이정, "직장 내 성희롱(sexual harassment)과 사용자책임 - 롯데호텔 성희롱 사건을 중심으로", 한국외국어대학교 법학연구소, 외법논집 14, 2003. 18쪽 참조.

3. 아동복지시설 원장 사건 판결[45]

(1) 판결 내용

해당 판결은 사실행위를 매개로 한 불법행위에 대해 사무집행관련성을 인정하는 판례를 인용하여 '사용자의 사업과 시간적, 장소적으로 근접하고, 피용자의 사무의 전부 또는 일부를 수행하는 과정에서 이루어지거나 가해행위의 동기가 업무처리와 관련된 것일 경우'에도 사무집행관련성이 인정된다고 하였다. 이러한 법리를 적용한 결과 업무시간 중 또는 사업장 내에서 뿐 아니라 회식 직후의 시간에 발생한 추행에 대해서도 시간적, 장소적 근접성을 인정하여 사용자의 책임을 인정했다는 점에서 서울대 교수 사건 판결 및 롯데호텔 사건과 대비된다. 근무시간 및 사업장을 벗어나 발생한 성희롱에 대해서도 사무집행관련성을 인정할 수 있는 근거를 제시한 것이 이 판결의 의의이다. 더불어서 사무집행관련성을 판단하는 요건으로 '피용자가 사용자로부터 채용, 계속고용, 승진, 근무평정과 같은 다른 근로자에 대한 고용조건을 결정할 수 있는 권한을 부여받고 있음을 이용하여 그 업무수행과 시간적, 장소적인 근접성이 인정되는 상황'임을 고려한 점도 이전의 판결과 대비된다.

(2) 검토

대상판결은 원장인 가해자에게 피해자의 고용조건을 결정할 권한이 있다는 점을 사무집행관련성 판단의 요소로 고려했다는 특징이 있다. 사용자로부터 부여받은 고용조건 결정 권한이 성추행을 저지를 수 있게 한 배경이기에 가해행위의 동기가 업무처리와 관련됐다고 판단한 것으로 해석된다. 이는 성희롱이 발생한 시간, 장소에 초점을 맞추던 초기 판례의 경향에서 벗어나 가해자와 피해자 사이의 직장 내 관계를 중심으로 사용자책임을 판단하는 논거가 된다. 하지만 대상판결 이후로도 성희롱 발생 시간 및 장소를 중심으로 사무집행관련성을 판단하여 사용자책임 주장을 배척한 하급심 판결들이 나타났다.[46]

4. 르노삼성 성희롱 사건 판결[47]

(1) 판결 내용

원고는 피고로부터 2012년 4월부터 2013년 3월에 이르는 기간에 걸쳐서 자신의 상급자인 피고 회사 소속 A에게 지속적인 성희롱을 당하였다. 원고는 참다못해 2013.3.7. 동료직원 C의 도움을 받아 피고 회사의 이사에게 성희롱을 당했다는 이야기를 하였고, 피고 회사는 2013.3.15. 성희롱 가해자인 A에게 직무정지 및 대기발령을 내렸다. 그런데, 위 성희롱 사건을 조사하는 과정에서 회사는 성희롱 피해자인 원고에게 증언을 수집하는 과정에서 동료직원을 협박했다는 이유로 견책의 징계처분을 하였고 나아가 원고를 도와준 동료 C에게도 근무시간 미준수 등을 이유로 보복성 징계처분을 하였다. 한편 조사 담당자인 인사팀 직원은 그 조사 초기 단계에서 다른 직원들에게 동 성희롱 사건의 경우 피해자에게도 과실이 있다는 취지의 이야기를 하였고 이러한 내용이 카카오톡 메시지 등을 통하여 다른 직원들에게 전파되어 원고가 소외되는 분위기가 조성되었다. 이에 대해 원고는 피고 A의 성희롱 행위와 인사팀 소속 직원 등이 성희롱 사건 조사 과정에서 한 명예훼손 발언, 피

45) 대법원 2009.2.26. 선고 2008다89712 판결.
46) 서울중앙지방법원 2012. 8. 17 선고 2011가단67239(본소), 235025(반소) 판결, 창원지방법원 2011. 12. 27. 선고 2011가단9917 판결.
47) 대법원 2017.12.22. 선고 2016다202947판결.

해자와 동료 직원에 대한 불리한 징계처분 등에 대한 피고 회사의 사용자책임에 대해서 소송을 청구하였다.

대법원은 위 사안에서 가해자 A는 물론이고 사용자인 회사에게 ① 가해자의 성희롱 행위 자체에 관한 손해배상책임(사용자책임), ② 인사팀 직원의 남녀고용평등법위반 행위에 관한 손해배상책임(사용자책임) 및 ③ 피해자 A에 대한 징계처분 및 업무 배제 등에 관한 회사 고유의 손해배상책임(남녀고용평등법 위반의 불법행위책임)을 인정하였다. 나아가 대법원은 피해자 A를 도와준 동료 C에 대한 징계처분과 관련하여, 이는 비록 피해자 A에 대한 직접적인 조치는 아니지만 이와 같은 부당한 징계처분으로 인하여 피해자 A 역시 정신적인 고통을 받았으므로 이 또한 회사의 피해자 A에 대한 불법행위에 해당한다고 판단하였다.

(2) 검토

이 사건은 직장 상사의 지속적 성희롱을 회사에 신고한 사안에서 회사도 직장 내 성희롱 예방의무가 있는 사용자로서 책임이 있는지, 나아가 피해자와 동료직원에게 불리한 징계처분을 내렸다면 보복성 인사 조치로서 불법행위에 해당하는지, 사적인 자리에서 비밀스럽게 이루어진 성희롱 행위에 대해 사무집행관련성을 인정할 수 있는지 등 다양한 쟁점들이 포함되어 있다.

위 판결에서 첫 번째로 눈여겨 볼 만한 점은 직장 내 성희롱의 '사무집행관련성' 인정 범위를 유의미하게 넓혔다는 것이다. 가해자 A의 가해행위에 대한 사무집행 관련성 인정여부에 있어서 대상판결에서의 1심과 원심은 판단을 달리하였다. 1심은 이 사건의 경우 첫째, 가해자 A가 원고와 업무 외의 사적인 자리를 갖기 위해 접근하면서 성희롱 행위가 시작된 것으로 보이는 점 둘째, 가해자 A의 성희롱 행위가 피고 회사의 업무를 수행하는 과정에서 일어난 것이 아니고 행위의 동기가 업무처리와 관련된 것으로 볼 수 없는 점 셋째, A의 성희롱 행위는 개인적으로 이루어지고 피해자 원고도 상당한 기간 동안 이를 공개하지 않았으므로 피고 회사가 이를 알았거나 알 수 있었다고 보기 어려운 점 등을 고려하면 A가 성희롱의 불법행위를 했다고 보기 어렵다고 판단하였다. 그러나 원심에서는 "…… 부하직원의 업무 환경에 영향을 미칠 수 있는 상급자가 그 부하직원에 대하여 직장 내 성희롱을 한 경우에는 그 자체로 직무위반 행위로서 민법 제756조에서 말하는 '사무집행에 관한 불법행위'에 해당한다고 봄이 타당하다……"고 하였다. 대법원 역시 원심 판결을 인용하며 업무시간 및 장소 밖에서 발생한 성희롱 행위에 대해서도 사무집행관련성이 인정될 수 있음을 명확히 하였다. 복지시설 원장 사건 판결과 마찬가지로 가해자와 피해자 사이의 직장 내 위계가 성희롱 발생에 영향을 미쳤으므로 사무집행관련성이 있다고 판단한 것이다.

이 판결의 두 번째 의의는 성희롱 예방의무가 사용자 및 사용자를 위하여 행위하는 관리자의 사무에 포함된다는 논리로 성희롱의 사무집행관련성 판단기준을 구체화했다는 점이다. 공식 업무분장에 성희롱 예방업무가 명시되어 있지 않더라도 「남녀고용평등법」에서 성희롱 예방교육, 고충처리를 위한 조치의무 등을 규정하였기 때문에 규범적으로 사무에 포함될 수 있다는 것이다. 따라서 이러한 사무를 담당하는 관리자가 성희롱을 한 것은 그 자체가 직무를 위반한 것으로 법률행위를 매개로 한 불법행위에 대한 사무집행관련성 판단 법리를 적용하여도 위법성이 인정될 수 있다. 피고 회사측은 서울대 교수 사건 판결을 들어 사무집행관련성이 없다고 주장하였으나, 성희롱 예방의무 등이 입법되기 전의 판결이므로 이 사건에는 적용될 수 없다고 하였다.

이러한 대법원의 태도는 반복적으로 이루어지거나 정도가 심각한 직장 내 성희롱은 고용환경에 악영향을 미치며, 직장 내 성희롱을 방지하여야 할 지위에 있는 자가 자신의 우월적 지위를 이용한 성희롱은 이를 거부하거나 외부에 알릴 경우 피해자가 명시적·묵시적 고용상의 불이익을 받을 수

있어 피해자들이 성희롱을 감내할 가능성이 크다는 점[48]을 감안한 것으로 볼 수 있다. 즉 근로자에 대해 직접적인 감독권한을 가진 상급자의 성희롱은 피해자의 고용환경의 악화 및 불이익과 쉽게 연결될 수 있고, 이는 사용자책임의 근거인 보호의무 위반이 될 수 있다고 이해한 것으로 해석할 수 있다.

더불어 르노삼성 항소심 판결은 이러한 예방 의무에 대하여 단순히 피고 회사의 형식적인 예방교육 및 고충처리 절차의 존재 여부만을 따진 것이 아니라 예방교육이 충실히 운영되어 법적 책임을 면하기에 충분한지를 판단하였다. 앞으로 벌어질 사건에 대해서도 예방교육을 실시했다는 사실, 고충처리 절차를 갖추었다는 사실만으로 사용자책임을 면해선 안 됨을 원칙으로 하여 사건에 대해 판단해야 할 것이다. 관련 교육과 절차가 성희롱을 실제로 예방하기에 충분할 정도로 운영되고 있는지, 피해자가 보복 내지 비밀누설을 두려워하지 않고 고충을 제기할 정도로 신뢰받는 절차인지를 종합적으로 검토하여 판단해야 할 것이다.[49]

세 번째 의의는 피해자뿐 아니라 동료 직원에 대한 불리한 조치를 할 경우의 사용자책임에 대해서 명확히 기준을 명시했다는 점이다. 이 사건에 대하여 대법원은 회사가 직장 내 성희롱 관련 피해 근로자에게 해고나 불리한 조치를 한 경우, 도와준 동료 근로자에게 불리한 조치를 한 경우, 회사의 불리한 인사조치가 성희롱 사건에 대한 문제 제기와 근접한 시기에 있었는지, 종전 관행이나 동종 사안과 비교해 이례적이거나 차별적인 취급인지 등을 고려해 불법성을 따져야하고, 직장 내 성희롱으로 인한 분쟁이 발생한 경우 피해자에 대한 불리한 인사조치가 성희롱과 관련이 없거나 정당한 사유가 있다는 점에 대해서는 회사가 증명해야 한다고 판시하였다. 더불어 피해자와 동료 직원에 대한 불리한 조치가 이루어졌을 때 어떠한 논의에 의거하여 사업주에게 책임을 물을 수 있는지에 대한 내용도 포함되어 있다. 이는 성희롱 사건의 맥락을 고려하여 조력자에 대한 압박과 제재가 피해자의 인격적 이익 또는 안전한 환경에서 근로할 권리 침해로 연결된다고 판단한 것이다.[50]

5. 소결

성희롱에 대한 사용자의 민사배상 책임은 민법 제756조 사용자책임과 근로계약상 보호의무 위반에 근거한다. 사용자책임이 다퉈진 성희롱 소송에서는 '사무집행관련성'의 입증이 중요한 쟁점이다. 서울대 교수 사건을 포함한 초기 판결에서는 통제가능성 및 예측가능성이 낮다는 점을 들어 사무집행관련성을 인정하지 않았으며, 그에 따라 사용자책임을 부인하였다. 선행 판례들이 사무집행관련성 범위를 외형이론에 따라 확대시키는 경향과는 반대로 성희롱 사건에서는 좁게 해석한 것이다. 이후 상급자에 의한 성희롱 사건을 중심으로 '직장 내 위계'가 성희롱 발생에 영향을 미쳤음을 근거로 사무집행관련성을 인정하는 판결들이 나타나기 시작하였고, 르노삼성 사건 판결에서는 사용자가 성희롱 예방 의무 및 보호 의무를 담당한다는 이유로 사무집행관련성을 인정하였다.

성희롱 소송에서 근로계약 상 보호의무 위반에 대한 채무불이행 책임을 인정한 판결례에서는 '예측가능성'이 중요한 쟁점으로 다뤄졌다. 피해 직후 즉시 신고하지 않아서 사용자가 알거나 알 수 있었다고 보기 어렵다는 것이 보호의무 위반 책임을 부인하는 과거 판결의 주요 근거였다. 하지만 이후 판결에서는 피해자의 신고여부만을 기준으로 예측가능성을 판단하는 것이 아니라 회사가 성

48) 김영경, "직장 내 성희롱 피해와 사용자책임", 홍익법학 19-4, 홍익대학교 법학연구소, 2018. 230쪽 참조.
49) 구미영, "성희롱과 사용자의 책임". 노동법연구 44, 2018. 15쪽 참조.
50) 구미영, "성희롱과 사용자의 책임". 노동법연구 44, 2018. 30쪽 참조.

희롱 발생을 예측하기 어려울 정도로 성희롱 예방 및 고충처리 절차가 실질적으로 운영되었는지를 고려하기 시작하였다. 사용자가 성희롱 예방 의무를 다하지 않았을 때 뿐만 아니라 사건 발생 후 사용자가 조사 및 징계, 피해자 보호 등 조치의무를 다하지 않은 경우 역시 민사배상 책임이 인정될 수 있다. 피해자 보호의무에는 불리한 조치 금치, 적극적 보호조치, 비밀유지 등이 포함된다. 르노삼성 사건 판결은 불리한 조치 관련 구체적인 판단기준을 제시했으며, 비밀 유지 의무에 대해서 언급했다는 점에서 의의가 크다. 더불어 피해자를 위해 증언 등을 한 조력자에 대한 불리한 조치를 이유로 사용자의 배상책임이 인정된 것도 중요한 성과이다.

하지만 여전히 사용자에 대한 민사배상 책임이 미국, 캐나다 등 다른 나라와 비교하여 강력한 효과를 낳지 못하는 원인에 대한 고민이 필요하다. 현행 방식에 따르면 원고가 주장할 수 있는 청구가 거의 모두 인용되더라도 소액의 위자료 등으로 피해가 적절하게 구제되고[51], 사용자의 책임을 규정하고 있는 법리 및 현재까지의 판례에도 한계가 존재하기 때문에 기업문화가 전반적으로 개선되는 효과가 있을지 의문이다. 따라서 이하에서는 작장 내 성희롱 피해자를 효과적으로 보호하기 위한 개선 방안에 대해 논의해보고자 한다.

Ⅳ. 직장 내 성희롱 피해자 보호 강화 방안

1. 내부지침 마련 및 자율 점검의 의무화

법령의 준수를 위하여 개별 조직 및 기관 등의 내부지침을 마련하는 것을 의무화해야 한다. 성희롱을 규율하는 「남녀고용평등법」 및 「양성평등기본법」에 의하면 성희롱 예방조치로서 사업주 등에게 성희롱 예방 교육 의무 등을 부과하고, 「남녀고용평등법」은 행위자에 대한 징계 조치의무를 사업주에게 부과하고 있다. 그러나 개별 조직이나 기관의 내부 지침 및 규정에 대한 마련 의무는 규정하지 않는다. 즉, 「양성평등기본법」은 국가, 지방자치단체, 대통령령으로 정하는 공공단체 등을 중심으로 규율하면서 국가기관 등의 장과 사용자에게 대통령령에 따른 교육의 실시 등 필요한 조치의무만을 규정하고 있고 「남녀고용평등법」은 성적 괴롭힘 관련 사업주의 의무를 성희롱 예방 및 행위자에 대한 징계조치 및 피해자 불이익 취급 금지 등과 같은 '규제'에 중점을 두고 있다.[52] 각 조직이나 기관에게 내부지침을 마련할 것을 의무화한다면, 사건이 발생한 후에 성희롱 예방조치를 실질적으로 진행하였는지, 예방 교육은 하였는지 사후적으로 점검하는 것이 아니라, 자발적, 자율적으로 법적 기준을 마련하고 준수할 수 있는 분위기를 형성할 수 있다. 더불어 심각한 문제가 되기 전에 내부적인 고충처리 절차를 거쳐 분쟁해결과 재발 방지 대책을 도모할 수 있다. 여기서 말하는 내부지침이란 예컨대 사용자가 성희롱 방지 및 대응 의무를 이행할 때 '근로자대표'를 참여시키거나 근로자 중 명예감독관을 맡도록 하고, 그 구성에 여성 근로자를 적극 참여시킨다는 지침 등을 말하는 것이다.

더불어 조직 내 성희롱 실태에 대한 자율점검 시스템을 마련하는 것을 의무화해야 한다. 「양성평등기본법」 제 32조는 여성가족부장관에게 3년마다 성희롱에 대한 실태조사를 실시하여 그 결과를 발표하고, 이를 정책 수립의 기초자료로 활용하도록 하고 있다. 하지만 고용부문에서는 그 책임주체에게 자율적인 실태조사 의무를 부여하지 않는다. 성희롱과 관련된 실태조사와 점검을 국가의 책임으로만 규정하는 방식을 취하고 있어, 개별 조직이나 기관 스스로 자율적인 예방과 시정을 하

51) 구미영, "성희롱과 사용자의 책임". 노동법연구 44, 2018. 33쪽 참조.
52) 이수연, "캐나다의 성적 괴롭힘 규율과 시사점". 이화젠더법학, 11-1, 2019. 84쪽 참조.

도록 하는 데 다소 소극적으로 대응하도록 하는 것이다.[53] 성희롱 실태의 자율적 조사 시스템을 마련한다면 예방책과 대응책을 스스로 마련하고 시정하는 기업 문화를 형성하는 데 매우 유용한 방안이 될 수 있다. 더불어 이러한 자율점검 과정에서도 사용자가 독단적으로 처리하는 것이 아닌, 근로자들이 참여할 수 있는 권한을 부여해야 한다.

2. 성희롱에 대한 사용자책임의 범위 확대

직장 내 성희롱 사건에서는 앞선 판례들에서 중점적으로 논의되고 있는 상사의 성희롱 뿐만 아니라 동료나 하급자, 제3자의 성희롱 역시 빈번하다. 따라서 이러한 부분에 사용자책임의 법적 기준도 문제된다. 특히나 최근 발생하고 있는 사건 중 사업주, 상급자, 동료 이외에도 제3자에 의한 성적 괴롭힘이 증가하면서 「남녀고용평등법」에서는 그 행위자의 범주를 '고객 등'으로 확장해오고 있다. 그러나 현행법상 사용자는 제3자에 대한 직접적인 규제나 제재를 가하기 어렵다는 점에서 책임 있는 당사자의 법적 책임에 대한 논의가 필요하다.[54] 더불어 피해자의 동료나 하급직원이 성희롱 행위를 한 경우에도 사무집행관련성이 인정될 수 있는지 검토가 필요하다. 아동복지시설 원장 사건이나 르노삼성 사건 판결을 오독하여 상사가 가해자일 경우에만 사용자책임을 물을 수 있다는 주장이 제기될 수 있기 때문이다.

우선, 동료나 하급직원이라 하더라도 피해자와 같은 사업장에서 일하는 관계를 매개로 하여 발생할 수 있었기 때문에 '피용자의 사무집행 그 자체는 아니라 하더라도 피용자의 사무의 전부 또는 일부를 수행하는 과정에서 이루어진'경우로 보아 사무집행관련성을 인정할 수 있다. 이는 피용자에게 사무를 수행케 하는 과정에서 제3자에게 발생한 손해 또는 위험을 사용자가 부담해야 한다는 사용자책임 조항의 목적, 사실적 불법행위에 대해서 사무집행관련성을 확대하여 적용해온 판례 경향에 부합하는 해석이다. 피용자를 사용하여 사무를 집행하는 과정에서 가해자의 직급과 무관하게 발생할 수 있는 위험이 성희롱이고 이를 사용자가 지배, 관리했어야 하기 때문이다.[55]

더불어 고객, 거래처 관계자 등 업무와 밀접한 관련이 있는 제3자에 의한 성희롱을 방지하기 위해 사용자가 제3자에게 사업장의 성희롱 방지 정책을 주지시키도록 하며 이를 하지 않아 성희롱이 발생한 경우에 사용자책임을 지게 해야 한다. 아울러 현행의 성희롱 개념이 사업주, 상급자, 근로자로 당사자를 제한하고 있는 문제를 개선하여 업무와 관련이 있는 제3자, 파견근로자 등도 당사자가 될 수 있도록 해야한다.[56]

동료 및 제3자에 의한 성희롱이 발생할 경우의 사용자 책임과 관련하여, 캐나다에서는 사용자에게 동일한 책임을 부담하도록 한다. 사용자가 올바른 환경을 구축하지 못하고, 대응을 제대로 하지 않아서 근로자가 적대적인 환경에 노출되고, 결국 업무에 제한을 받게 된 것이므로 사용자에게 책임을 지운다는 논리이다.[57] 이러한 논리와 같이 우리나라도 직장 내 성희롱 행위에 대한 사용자 책임을 규정할 때, 동료, 하급자, 제3자에 의한 괴롭힘 행위 역시 포함할 수 있도록 하는 것은 향후 상급자가 아닌 다른 주체에 의해 발생할 문제에 대해서도 폭넓게 해결방안을 제시해 줄 수 있을 것이다.

---

53) 이수연, "캐나다의 성적 괴롭힘 규율과 시사점". 이화젠더법학, 11-1, 2019. 86쪽 참조.
54) 이수연, "캐나다의 성적 괴롭힘 규율과 시사점". 이화젠더법학, 11-1, 2019. 84쪽 참조.
55) 구미영, "성희롱과 사용자의 책임". 노동법연구 44, 2018. 12쪽 참조.
56) 김엘림. "성희롱의 방지에 관한 사용자의 법적 책임", 노동법학 34, 2010. 214--215쪽 참조.
57) 이수연, "캐나다의 성적 괴롭힘 규율과 시사점". 이화젠더법학, 11-1, 2019. 120쪽 참조.

3. 법령의 미준수와 위반에 대한 제재의 실효성 확보

1999년 이래 성희롱 예방교육 실시가 의무화되었으나 여전히 형식적으로 시행되고 있고 성희롱 사건 관련 전문성이 부족한 인사팀이나 총무팀이 고충처리 담당자로 지정되는 등의 문제가 지적되고 있다. 더불어 여성가족부가 실시한 2015년 성희롱 실태조사 결과에 따르면 성희롱 피해 경험자 중 78.4%가 성희롱 사건을 '참고 넘어갔다'고 응답하였고, 참고 넘어간 이유에 대해 여성 응답자는 '문제를 제기해도 해결될 것 같지 않아서'를 가장 많이 선택하였다.[58] 또한 성희롱 예방교육 실시 및 고충처리 절차 여부를 여성가족부에 보고해야 하고 예방교육 실시 비율이 90%를 넘는 등 관련 규제가 강한 공공부문에서도 성희롱 사건 및 피해자에 대한 불리한 조치 사례가 언론을 통해 끊임없이 보도되고 있다.[59] 기업 내에 형식적으로만 존재하는 성희롱 예방 제도와 내부고충 처리과정에서 사건이 은폐, 조작되는 현상, 오히려 피해자에게만 불이익이 되는 현재의 상황은 실효성 있는 보호 및 예방 체계를 구축하지 못했음을 보여준다.

법의 실효성을 확보하기 위해서는 법의 내용도 명확해야 하지만 법령의 미준수와 위반을 효과적으로 근절하기 위해 적절한 제재가 따라야 한다. 벌금이나 과태료 등과 같은 형사벌이나 행정벌만으로는 그러한 효과를 이루는 데 한계가 있을 수 있다. 하지만 현재 시행되고 있는 「남녀고용평등법」에서는 사업주에 대한 형사벌과 행정벌, 그리고 행위자에 대한 징계조치의무만을 규정하고 있으며 피해자에 대한 실질적 구제로서 손해배상 등은 민사상 손해배상소송을 통해야만 한다[60]는 점에서 한계가 있다. 더불어 해당 법에 규정되어 있는 과태료 등이 직장 내에서 성희롱 문제를 근절하기에는 미미한 수치라는 점도 문제이다. 우선 「남녀고용평등법」이 규정한 성희롱 방지 조치 의무와 관련하여 직장 내 성희롱예방교육의 점검을 사업장의 자율점검 방식으로 하고 있어 제대로 성희롱 예방 의무를 다하고 있는지 판단하기 어렵다. 더불어 이 법은 성차별금지조항들 예컨대 제7조, 제11조의 위반에 대해서는 형벌을 부과하고 있는것에 반해 사용자가 성희롱의 금지조항(제12조)과 성희롱의 방지의무조항(제13조)을 위반한 경우에 대해서는 과태료의 제제를 하며 그 금액도 매우 낮다.[61] 해당 법이 유일하게 형벌을 규정한 경우는 제14조2항에 명시되어 있는 '피해자에 대한 불리한 조치'를 한 경우이다.

현행법과 같이 단순히 과태료 부과만으로 직장 내 성희롱 문제를 해결하는 것은 불가능하며, 그 적정액을 결정하는 것에도 한계가 있을 것이다. 성적 괴롭힘의 합리적인 예방조치의 한 방법으로, 캐나다에서 도입하고 있는 관리직의 승진에서 대상자의 과거 성희롱 기록이 있는지 여부를 확인하고, 기록이 있다면 이를 근거로 승진에서 탈락시키거나, 대상자에 대해 괴롭힘을 방지하기 위한 추가적인 조치를 취하도록 하는 방안도 우리에게 매우 유의미한 대안이 될 수 있다.[62] 이는 동료나 하급자가 가해자인 경우에도 폭넓게 적용될 수 있는 방법이다. 직장 내에서 벌어지는 성희롱은 많은 경우가 권력관계를 전제로 하는데 이러한 방법은 가해자에게 스스로 인식을 개선하게 하고 예방하려는 태도를 심어주기 때문에 성희롱을 미연에 효과적으로 방지할 수 있다. 이와 함께 사용자에게 회사 내에서 발생한 성희롱과 관련한 기록을 보관하고 유지하여야 할 의무를 부과해야며 기록 과정에서 조작이나 은폐가 이루어지지 않도록 여성근로자로 이루어진 감독관 제도를 신설하는 추가적인 정비도 필요할 것이다. 이와 같이 앞으로 실질적으로 성희롱을 자발적으로 방지하려는 분

58) 이나영 외, "2015년도 성희롱 실태조사", 여성가족부 연구용역 보고서, 2015. 7-8쪽 참조.
59) 구미영, "성희롱과 사용자의 책임". 노동법연구 44, 2018. 13쪽 각주 28 참조.
60) 이수연, "캐나다의 성적 괴롭힘 규율과 시사점". 이화젠더법학, 11-1, 2019. 85쪽 참조.
61) 김엘림. "성희롱의 방지에 관한 사용자의 법적 책임", 노동법학 34, 2010. 197-199쪽 참조.
62) 이수연, "캐나다의 성적 괴롭힘 규율과 시사점". 이화젠더법학, 11-1, 2019. 119쪽 참조.

위기를 조성할 수 있는 대안에 대해서 논의가 이루어져야 한다.

Ⅴ. 결론

직장 내 성희롱이 발생한 경우 사업주는 안전보호의무 및 사용자책임, 남녀고용평등법상의 법리에 의하여 피해자를 적극적으로 보호하여 피해를 구제할 의무를 부담한다. 하지만 오히려 피해자에게 불리한 조치를 하거나 문제를 은폐하고자 하는 경우가 빈번하다. 이로써 문제를 해결하지 않은 채 잔존하도록 하여 또 다른 피해자를 양산하고, 성희롱 피해 사실 외의 또 다른 정신적 고통을 주는 등 여러 부작용을 초래하였다. 따라서 가해자에 대한 강력한 처벌 뿐만 아니라 피해자의 용기를 격려하는 조직문화를 조성해야 하며, 이를 위해 사용자의 책임을 엄격하게 따지는 법리 도입이 필수적이다. 2017. 11. 28. 개정된 남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률은 성희롱 피해를 신속하게 구제하고 직장 내 성희롱을 예방하기 위해 도입된 것으로, 개정 이후 직장 내 성희롱이 법적으로 금지되는 행위임을 명확히 하고 사업주에게 직장 내 성희롱에 관한 사전 예방의무와 사후 조치의무를 부과하고 있다. 특히 사업주는 직장 내 성희롱과 관련하여 피해를 입은 근로자뿐만 아니라 성희롱 발생을 주장하는 근로자에게도 불리한 조치를 해서는 안 되고, 그 위반자는 형사처벌을 받는다는 명문의 규정을 두고 있다. 이러한 성희롱 규율의 실효성 확보는 개념 및 판단기준의 규율에서부터 사전적 예방, 사후적 대응방식 등에 이르기까지 일련의 과정과 밀접하게 연관되어 있다.[63] 하지만 법적 개념, 판단기준과 처리 절차 등의 미비는 가해자에게는 그 부당행위의 당위성을 강화하도록 하고, 피해자에게는 그 부당행위를 수용하도록 하는 구조적 차별의 원인으로 작용하게 된다. 특히 직장 내 성희롱은 가해자와 피해자가 하나의 조직 내에 있는 경우가 대부분이어서 피해자는 문제제기 이후 오히려 조직 내에서 비난의 대상이 되거나 2차 피해의 대상이 될 가능성이 크다는 점에서 문제제기 자체가 더욱 은폐될 수 있다.[64]

현재까지도 성희롱 사건이 줄지 않고 피해자에 대한 2차 가해 및 보복조치가 계속되는 것은 한국 기업의 성희롱 예방체계가 형식적으로 운영되는 실태를 보여준다. 직장 내 성희롱 사건에 대해 성희롱 방지 및 피해자 보호의무를 다하지 않은 사용자에게 책임을 물어야 한다는 주장은 1993년 서울대 교수 사건에서부터 제기되어왔다. 그 이후 법원은 사용자의 법적 책임을 제한적으로 인정하는 법리를 유지하다가 2000년대 후반에서야 하급심을 중심으로 전향적인 판결이 나타나기 시작했다. 직장 내 성희롱 피해에 대한 경각심을 알린 1993년 '서울대 신 교수 성희롱 사건' 이후 우리 법제의 다양한 변화와 체계의 정비, 판례의 변천, 국민 의식의 변화, 차별 없는 고용환경 조성, 사용자가 부담하는 직장 내 성희롱 방지 조치 및 의무 등을 생각해볼 때 향후 다른 직장 내 성희롱 사건에서도 적극적으로 반영이 될 수 있을지는 꾸준히 지켜보아야 할 것이다. 그러나 현재의 법리에 따라 사무집행 관련성을 판단한다고 할지라도 성희롱 행위자가 피해자의 근로환경에 직접적인 영향을 미칠 수 있는 지휘·감독권을 가진 상급자라면 그로 인한 고용환경의 악화와 인격권·근로권의 침해가 쉽게 일어날 수 있음을 반드시 고려하여 사용자책임은 폭넓게 인정되어야 할 것이다.[65] 더불어 상사의 성희롱 뿐만 아니라 동료 및 하급자, 제3자의 성희롱 사건 등 아직 법적 기준이 미비

63) 이수연, "캐나다의 성적 괴롭힘 규율과 시사점". 이화젠더법학, 11-1, 2019. 86쪽 참조.
64) 박귀천 외, "외국의 성희롱 판단기준 및 성희롱 사건처리 관련제도 연구", 여성가족부, 2018. 5-6쪽 참조.
65) 김영경, "직장 내 성희롱 피해와 사용자책임", 홍익법학 19-4, 홍익대학교 법학연구소, 2018. 239-240쪽 참조.

한 부분에 대한 논의도 필요하다. 마찬가지로 내부 지침 마련 및 점검의 의무화를 통해 체계적으로 성희롱 사건을 처리하는 방식을 도입해야 하며, 법의 실효성 확보를 위해서 단순히 과태료 부과 및 민사 손해배상으로 피해자를 구제하는 방향이 아닌, 성희롱 기록 기재 및 승진 심사 반영 등 징벌적 배상 제도의 도입도 고려해볼 필요가 있다. 하지만 이러한 징벌적 손해배상 제도를 도입할 경우, 우리나라 법 체계와 일부 상충될 수 있으며, 기업 활동의 위축 및 노동 시장의 경직성 증가 등 여러 부작용이 있을 수 있다. 따라서 이러한 한계에 대한 보안 방향 역시 논의해야 할 것이다.

참 고 문 헌

강동욱 (2011). 직장 내 성희롱에 대한 국가인권위원회의 결정과 법원의 판단의 비교고찰. 한양법학 35, 541-562.

강동욱 (2012). 직장내 성희롱에 대한 결정 등의 성격 및 성희롱의 적용범위. 한양법학 37, 97-118.

구미영 (2018). 성희롱과 사용자의 책임. 노동법연구 44, 1-37.

김민정 (2015). 직장 내 성희롱 피해자 보호 강화에 관한 연구. 이화젠더법학 7-3, 185-209.

김영경, (2018), 직장 내 성희롱 피해와 사용자책임, 홍익법학 19-4, 홍익대학교 법학연구소.

김엘림 (2010). 성희롱의 방지에 관한 사용자의 법적 책임. 노동법학 34, 185-222.

김태선 (2009), 성희롱의 민사책임: 미국법과의 비교를 중심으로, 저스티스 112.

김형배 (2007) 사용자책임과 판례, 고려법학 48.

김형석 (2012), 사용자책임에서 사무집행관련성의 판단, 서울대학교 법학 53-2.

박은정 (2014), 성희롱 판단 기준과 사용자의 대리 책임: 미국 EEOC 지침을 중심으로, 이화여자대학교 법학연구소, 법학논집 19-2.

박선영 외 (2014), 기업 등 조직 내 성희롱 예방체계 강화방안 연구, 한국여성정책연구원.

신권철 (2017), 사업장 내 정신건강문제의 법적 고찰, 서울대학교 노동법연구회. 노동법연구 43.

이나영 외 (2015), 2015년도 성희롱 실태조사, 여성가족부 연구용역 보고서.

이수연 (2019). 캐나다의 성적 괴롭힘 규율과 시사점. 이화젠더법학, 11-1.

이정 (2003), 직장 내 성희롱(sexual harassment)과 사용자책임 - 롯데호텔 성희롱 사건을 중심으로, 한국외국어대학교 법학연구소, 외법논집 14.

전윤구 (2012). 노동법의 과제로서의 근로자 인격권 보호. 노동법연구 33, 127-162.

정지원 (2011), 직장 내 성희롱과 사용자의 책임, 노동법실무연구 1.

차선자 (2004) 성희롱에 대한 법적 책임-사용자 배상책임을 중심으로, 인권과 정의 365.

한국노동연구원 (2014), 파견근로자에 대한 사용사업주의 안전보호의무 위반의 손해배상책임, 노동판례리뷰.

명순구 (2017),『민법학원론』, 박영사/

임종률 (2017),『노동법』.

대법원 1997.10.10. 선고 97다16572판결.

대법원 1983.6.28. 선고 83다카217 판결.

대법원 1998.2.10. 선고 95다39533 판결.

대법원 1998.3.27. 선고 97다19687 판결.

대법원 1988. 11. 22. 선고 86다카1923 판결.

대법원 1989. 2. 28. 선고 88다카8682 판결.

서울지방법원 2002. 11. 26. 선고 2000가합57462 판결.

대법원 2006.9.28. 선고 2004다44506 판결.

대법원 2009.2.26. 선고 2008다89712 판결.

창원지방법원 2011. 12. 27. 선고 2011가단9917 판결.

서울중앙지방법원 2012. 8. 17 선고 2011가단67239(본소), 235025(반소) 판결.

서울고등법원 2015. 12. 18. 선고 2015나2003264 판결.

대법원 2017. 12. 22. 선고 2016다202947판결.

【초 록】

‘직장 내 성희롱’은 근로자의 인격권 및 근로권에 대한 심각한 위협임에도 피해사례가 줄어들지 않고 있는 문제이다. 조직 내의 성희롱은 가해자 개인의 일탈적 행동이 아닌, 차별적 젠더의식 및 여성을 대상화하는 조직문화에서 비롯된 구조에 기인한다. 이를 예방하기 위해서는 조직문화 및 사용자의 인식 변화가 가장 중요하다. 가해자에 대한 응징을 넘어 성희롱을 용인하지 않고 피해자를 격려하는 조직문화를 조성해야 하며 이를 위해 성희롱 발생에 대해 사용자의 책임을 엄격하게 묻는 법리가 도입되어야 한다. 이는 조직 내 벌어지는 성희롱의 구조적인 원인을 개선하려는 경영진의 강력한 의지로 연결되는 등 실효성 있는 기업 내 예방체계 수립으로 이어질 수 있기 때문이다.

성희롱에 대한 사용자의 민사배상 책임은 민법 제756조 사용자책임과 근로계약상 보호의무 위반에 근거한다. 사용자책임이 다퉈진 성희롱 소송에서는 ‘사무집행관련성’의 입증이 중요한 쟁점이다. 서울대 교수 사건을 포함한 초기 판결에서는 통제가능성 및 예측가능성이 낮다는 점을 들어 사무집행관련성을 인정하지 않았다. 선행 판례들이 사무집행관련성 범위를 외형이론에 따라 확대시키는 경향과는 반대로 성희롱 사건에서는 좁게 해석한 것이다. 이후 상급자에 의한 성희롱 사건을 중심으로 ‘직장 내 위계’가 성희롱 발생에 영향을 미쳤음을 근거로 사무집행관련성을 인정하는 판결들이 나타나기 시작하였고, 르노삼성 사건 판결에서는 사용자가 성희롱 예방 의무 및 보호 의무를 담당한다는 이유로 사무집행관련성을 인정하였다. 성희롱 소송에서 근로계약상 보호의무 위반에 대한 채무불이행 책임을 인정한 판결례에서는 ‘예측가능성’이 중요한 쟁점으로 다뤄졌다. 피해 직후 즉시 신고하지 않아서 사용자가 알거나 알 수 있었다고 보기 어렵다는 것이 보호의무 위반 책임을 부인하는 과거 판결의 주요 근거였다. 하지만 이후 판결에서는 회사가 성희롱 발생을 예측하기 어려울 정도로 성희롱 예방 및 고충처리 절차가 실질적으로 운영되었는지를 고려하기 시작하였다. 사용자가 성희롱 예방 의무를 다하지 않았을 때 뿐만 아니라 사건 발생 후 사용자가 조사 및 징계, 피해자 보호 등 조치의무를 다하지 않은 경우 역시 민사배상 책임이 인정될 수 있다. 르노삼성 사건 판결은 불리한 조치 관련 구체적인 판단기준을 제시했으며, 비밀 유지 의무에 대해서 언급했다는 점에서 의의가 크다. 더불어 피해자를 위해 증언 등을 한 조력자에 대한 불리한 조치를 이유로 사용자의 배상책임이 인정된 것도 중요한 성과이다.

하지만 여전히 사용자에 대한 민사배상 책임이 미국, 캐나다 등 다른 나라와 비교하여 강력한 효과를 낳지 못하는 원인에 대한 고민이 필요하다. 현행 방식에 따르면 원고가 주장할 수 있는 청구가 거의 모두 인용되더라도 소액의 위자료 정도로 구제가 한정되며, 사용자의 책임을 규정하고 있는 법리 및 현재까지의 판례에도 한계가 존재하기 때문에 기업문화가 전반적으로 개선되는 효과가 있을지 의문이다. 이에 따라 피해자 보호를 강화하기 위한 방안을 검토해보았다.

우선 법령의 준수를 위하여 개별 조직 및 기관 등의 내부지침을 마련하는 것을 의무화해야 한다. 이를 통해 사건이 발생한 후에 성희롱 예방조치를 실질적으로 진행하였는지, 예방 교육은 하였는지 사후적으로 점검하는 것이 아니라, 자발적, 자율적으로 법적 기준을 마련하고 준수할 수 있는 분위기를 형성할 수 있다. 더불어 성희롱에 대한 사용자책임의 범위를 확대해야 한다. 직장 내 성희롱 사건에서는 상사의 성희롱뿐만 아니라 동료나 하급자, 제3자의 성희롱 역시 빈번하다. 따라서 이러한 부분에 사용자책임의 법적 기준에 대한 논의가 필요하다. 마지막으로 법령의 미준수 및 위반에 대한 제재의 실효성을 확보해야 한다. 예컨대 캐나다에서 도입하고 있는 ‘성희롱 기록제도’, ‘감독관 제도’ 등을 통하여 권력관계를 전제로 하는 성희롱 문제에서 가해자가 스스로 인식을 개선하고 예방하려는 태도를 심어주어야 한다.