

# 明知法學

제17권 제1호



2018

명지대학교 법학연구소



## 設立精神

하나님을 믿고 부모님께 효성하며 사람을 내 몸같이 사랑하고 자연을 애호 개발하는 기독교의 깊은 진리로 학생들을 교육하여 민족문화와 국민경제발전에 공헌케 하며 나아가 세계평화와 인류문화 발전에 기여하는 성실 유능한 인재를 양성하는 것이 학교법인 명지학원의 설립목적이며 설립정신이다.

주후 1956년 1월 23일

設立者 **유 상 근**

## 教育方針

1. 성경을 바르게 교육하여 하나님의 능력과 진리에 대한 확고한 신앙을 길러주고 실천을 통하여 성실한 인간성의 도야를 선행한다.
2. 민족과 인류의 문화적 선(善) 전통을 바르게 가르치고 인간생활을 획기적으로 개선 발전케 하는데 실용가치있는 내용을 먼저 연구 교육하여 인류의 이상을 향하여 과감하게 개혁 전진하게 한다.
3. 교육방법은 청각 편중의 방법을 지양하고 가능한 한 실행 실습을 통한 방법으로 개선하여 획기적인 교육성과를 기한다.

理事長 **연 세 용**



## 刊 行 辭

명지대학교 법학연구소가 2004. 4. 1. 출범한 이후, 중단 없이 발간되고 있는 명지법학은 미력하나마 우리 법학 발전에 일정 정도 기여하였다고 자부합니다. 이번에도 쉬지 않고 걸어온 결과물이 제17권 제1호로 나오게 되었습니다.

이번 호에는 모두 10편이 투고되었고, 그 중 “민사에 있어 관습법과 판례법”, “전자금융거래법상 접근매체 불법획득·사용자에 대한 형사책임”, “경영판단의 법칙의 우리 민형사법 내 수용여부에 대한 소고” 그리고 “역대 독일헌법상 형사절차 관련 규정에 관한 관견” 등 총 4편의 논문들이 게재되었습니다.

위의 논문들은 내·외 심사위원들의 엄격한 심사를 거쳐 게재가 확정된 논문들입니다. 모두 저명한 연구자 그리고 실무에서 취득한 전문성이 발휘된 전문가의 글이 이번호를 채우고 있습니다. 다시 한 번 귀중한 원고를 이번 명지법학에 실을 수 있게 되어 무척 기쁘게 생각합니다.

그 동안 명지법학이 긴 세월 중단 없이 출간될 수 있었던 것은 명지대학교에 재직하였거나 현재 재직 중인 많은 교수님들은 물론 대학원생들이 노력해주신 결과입니다. 또한, 외부에서 투고해주신 많은 분들의 협력이 없었다면 지속적 발간은 불가능했을 것입니다.

명지법학 제17권 제1호의 발행에 즈음하여, 원고를 투고해 주신 분들, 논문을 심사하여 주신 심사위원님들 그리고 법학 연구에 헌신하고 계신 모든 분들께 감사의 마음을 전합니다. 아울러, 명지법학 제17권 제1호가 나오기까지 편집·출판을 맡아주신 최석환 교수님께도 진심으로 감사의 뜻을 전합니다. 유난히 더운 여름이 지나가고 있습니다. 무더운 여름을 보내고 풍성한 열매를 맺는 가을이 오듯 남은 하반기 많은 성취가 이루어지시기를 바랍니다.

2018년 7월

명지대학교 법학연구소 소장 박 영 규



---

# 목 차

---

## [간 행 사]

## [연구논문]

민사에 있어 관습법과 판례법 .....	황 태 운 / 1
전자금융거래법상 접근매체 불법획득·사용자에 대한 형사책임 .....	강 철 하 / 23
경영판단의 법칙의 우리 민형사법 내 수용여부에 대한 소고 .....	강 인 원 / 45
역대 독일헌법상 형사절차 관련 규정에 대한 관견(管見) .....	김 주 영 / 69

## [부 록]

「명지법학」 편집규정 .....	92
「명지법학」 투고규정 .....	95
「명지법학」 연구윤리규정 .....	98
「명지법학」 원고작성지침 .....	102

---



# 민사에 있어 관습법과 판례법

황태윤\*

## 논문요지

민법 제정 당시에는 입법의 흠결을 메우기 위하여 관습법의 도움이 필수적이었을지는 모르지만, 국회의 입법이나 법원의 판례로 필요한 관습법을 얼마든지 소화할 수 있는 현 시점에서는 새로운 관습법의 성립은 기대하기 어렵다. 민법 제1조 표제 법원의 의미는 법의 존재형식인 법률과 인식연원인 관습법과 판례법을 의미하는 것으로 파악되어야 한다. 관습법과 판례법이 인식연원이라 하여 재판의 참고자료에 지나지 않다고 볼 수는 없고, 법률과 같은 수준에서 법관을 직접 구속하는 것으로 볼 것이다. 따라서 그에 반하는 판결을 할 경우 해당 법관은 구체적 법적 논증의무를 부담하여야 한다. 민법 제1조의 法源은 법관이 민사재판을 하는 데 이용하는 소재가 아니라 법관을 명백하게 구속하는 기준을 뜻하는 것이어야 한다. 따라서 법원을 구속하지 못하는 제재적 처분기준인 시행규칙(총리령·부령)과 지방자치단체의 조례나 규칙은 민사에 관하여 규정하였다 하여도 민법 제1조의 법률에는 포함되지 않는다. 의회와 정당의 기능이 활성화되어 있지 않거나, 선거제도가 민주적으로 운영되지 않는 국가에서는 여전히 관습법은 실정법과 대등한 또는 우월한 법의 존재형식일 것이다. 일부 지배계급의 인위적인 입법이 시민들의 생활 관계에서 정상적으로 누적 형성되어온 관행을 억압하는 국가들에게 있어 법의 진정한 생성근거로서 관습법은 흔들릴 수 없는 견고한 지위를 유지한다. 그러나 온·오프라인의 각종 언론과 페이스북, 블로그, 인스타그램, 트위터 같은 소셜 미디어를 통해 실시간 정보 공유가 가능하고, 네이버, 다음, 구글 등 국내외 검색사이트를 각종 정부 검색이 이루어지고, 청와대 사이트를 이용한 온갖 입법 청원이 가능한 현재 시점의 한국 사회에서 관습법의 성립요건인 장기간의 관행은 존재하기 어렵다. 필요한 관행은 법적 확신이 생기기도 전에 입법을 통해 해결되었거나 대법원판례로 흡수되었을 것이다. 우리나라의 입법능력과 관습조사의 현실적 어려움을 감안할 때 관습법은 우리나라에서 法源으로서 의미가 크다고 볼 수 없다. 대법원판례의 구속력은 사실상의 것이라고 보는 견해가 다수였지만, 이제는 대법원판례는 한국 사회의 판례법 지위를 획득하고 있다고 보아야 하며, 판례법인 대법원판례가 法源으로서 기능한다는 것에 대한 실정법적 근거에는 소액사건심판법 제3조 제2호, 민사소송법 제436조 2항 후단, 상고심절차에 관한 특례법 제4조 제1항 제3호, 법원조직법 7조 1항 3호, 제8조 외에 민법 제1조 條理도 포함된다고 할 것이다.

**검색용 주제어:** 법원(法源), 조리(條理), 판례법, 관습법, 대법원판례

· 논문접수: 2018.6.21. · 심사개시: 2018.07.17. · 게재확정: 2018.07.27.

\* 전북대학교 법학전문대학원 교수

## I. 서설

민법 제1조는 民事에 관하여 法律에 규정이 없으면 慣習法에 의하고 慣習法이 없으면 條理에 의한다고 규정하고 있다. 법률은 국민을 대표하는 국회의원의 다수결에 의해 제정된다. 법률의 내용에 대한 정당성은 헌법재판소의 위헌결정이 있을 때까지는 당연히 추정된다. 그 정당성의 추정은 직접선거로 선출된 국회의원의 다수결에 의한 입법절차를 거쳤다는 점에서 나온다. 오늘날 법률의 정당성은 의회입법 과정의 정당성에 의존하는 것인데 반해 오늘날 관습법의 정당성은 무엇에 의존하는 것인가. 이는 다시 생각해 볼 여지가 있다. 민법 제정 당시에는 입법의 흠결을 메우기 위하여 관습법의 도움이 필수적이었을지도 모른다. 그러나 민법 제정 이후 급속한 경제발전을 이룬 한국 사회에서 여전히 관습법의 도움이 필요한 것인지는 필자는 의문이다. 이제는 필요한 규범에 대한 사회적 요청은 국회의 입법이나 법원의 판례로 얼마든지 소화할 수 있는 시스템을 갖추고 있다. 그렇다면 새로운 관습법의 성립은 기대하기 어렵다고 보아야 하지 않을까. 오늘날 관습법의 대표적 예로 드는 두 가지 예는 관습법상 분묘기지권이나 관습법상 법정지상권인데, 둘 다 관습법을 근거로 한 것이 아니라 판례가 필요에 의하여 창출한 것이라는 주장이 있다. 분묘기지권에 관하여는 조선시대에는 취득시효든 소멸시효든 시효에 관한 법적 개념 자체가 없었고, 분묘설치를 위한 借地에 관하여는 아주 드물게 지대를 지급하고 借地하여 분묘를 설치하는 경우가 있을 뿐이라는 조선총독부의 관습조사보고서를 근거로 분묘기지권에 관한 관습 자체가 없었다는 주장<sup>1)</sup>이 유력하다. 관습법상 법정지상권에서 관습법은 그 존재가 확인된 적이 한 번도 없는 것이라 판례법상 법정지상권을 정당화하기 위하여 관습법이라는 용어를 차용한 것에 불과하다는 지적이 또한 유력하다.<sup>2)</sup> 이 둘을 제외할 경우 현재 실무에서 중요성을 가지는 관습법이라는 것은 예외 없이 민법 시행 전 가족법 관계의 것들뿐이다. 이제는 우리 사회의 입법능력, 급변한 커뮤니케이션 방법들을 고려하여 민사재판의 法源으로서 관습법에 대한 재고가 필요하다. 국회가 제정하는 법률이 변화하는 현실을 다 담을 수 없기 때문에 언제나 완비될 수 없다는 약점이 있다고는 하나, 민사영역은 물론 죄형법정주의가 적용된다는 형사영역과 법치행정의 원칙이 적용된다는 행정영역 모두에서 법률의 사안 포섭 범위가 구체적 타당성을 위해 무한히 확장되는 경향이 강하기 때문에 적용할 법률이 없어 재판할 수 없는 경우란 우리나라 재판실무에서 거의

1) 오시영, “관습상의 분묘기지권의 전제인 관습 부존재에 관한 고찰(Ⅰ)”, 강원법학 제49권, 강원대학교 비교법학연구소(2016), 466-468면.

2) 권재문, “관습법상 법정지상권의 인정근거와 필요성에 관한 비판적 고찰”, 법사학연구 제37호, 한국법사학회(2008), 102면 “판례가 지상권을 인정하기 위하여 존부도 불확실한 관습법에 집착하는 것과 지배적 견해가 판례의 태도를 비판하면서도 지상권의 필요성 자체는 인정하고 있는 것은 현행 민법 제정 전후의 법적 상황의 변동, 즉 대지 임차권만 인정하더라도 건물 철거라는 사회경제적 불이익은 충분히 방지할 수 있게 되었다는 점을 간과한 것으로부터 비롯된 오해이다”

발생하지 않는다. 오히려 국민 상당수가 납득하지 못하고 있는 분묘기지권이나 관습법상 법정지상권 같은 것이 관습법의 권위를 가지고 사실관계를 왜곡하고 있다. 이러한 관습법의 권위와 정당성은 무엇에 의존하는 것인지 이제는 의문을 제기해야 하고, 때로 불필요한 것이 왜곡된 권위에 의해 효력을 가진다면 그 권위의 폐기를 주장할 수도 있어야 하겠다. 가족법을 제외하고 재산법에 한정하여 보자면 민법은 제정 당시의 모습을 거의 그대로 유지하고 있다. 그럼에도 민법이 충분한 현실적응력을 발휘하여 온 것은 그때그때 필요에 의하여 제정되고 개정되어온 여러 특별법들과 더불어 대법원판례의 역할이 컸다. 민사재판에서의 핵심적 역할을 하고 있음에도 불구하고 대법원판례는 하급심에 대한 사실상 구속력을 가지는 것에 불과한 것으로 취급하여 그 자체로 민사재판의 法源이 될 수 없다는 견해가 오늘날까지도 지배적이다. 과연 그런가. 대법원판례는 법원조직법 제8조, 민사소송법 제436조 2항 후단, 상고심절차에 관한 특별법 제4조 제1항 제3호 등 법률에 근거한 구속력을 행사하고 있는데, 이를 사실상 구속력이라고 할 경우 법적 구속력이란 것이 정확히 무엇인지 의문이다. 대법원판례의不知로 인한 변호사의 패소에 대한 손해배상책임은 필자가 보기에 엄연한 법적 책임이고 그 법적 책임은 전적으로 대법원판례의 법적 구속력으로 구성된다고 볼 수도 있다고 생각된다. 법률의 내용이 추상적인 관계로 대법원판례가 그 적용과 관련한 구체적 기준을 만들고 있고, 때로는 개별 규정의 의미를 창조적으로 확장하거나 대폭 축소시키고도 하는데 이 모든 작업은 법적 구속력을 전제로 이루어진다고 보아야 하지 않을까. 오늘날 민법의 규정들은 대법원판례라는 바다 위에 떠있는 섬에 불과하다는 인상마저 주고 있다. 필자는 우리나라 재판실무에 비추어 우리나라 대법원판례의 경우 당연히 견고한 판례법의 지위를 부여할 필요가 있다고 생각한다. 그것이 오히려 대법원판례가 가져오는 부작용을 줄일 수 있다는 생각에서 그렇다. 본고에서 필자는 민법 제1조의 法源과 法律의 개념을 우선 살핀 후, 慣習法과 判例法의 의미를 다시 생각해보고자 한다.

## II. 민법 제1조의 法源과 法律의 개념

### 1. 민법 제1조 표제 “法源”

민법 제1조 표제는 法源이다. 민법 교과서에서는 法源의 의미를 법의 존재형식을 말한다고 한다. 법의 존재형식에는 의회가 입법한 법률과 법률에 위임에 근거한 법규명령이 대표적이다. 관습법, 조리, 판례 등은 그 존재형식이 법률이 아니다. 따라서 법의 존재형식인 法源이 아니다. 하지만 민법 제1조는 이들을 法源으로 규정하고 있다. 따라서 관습법과 조리는 법의 존재형식이 아니라 법의 인식연원으로서 법원으로 보아야 한다. 정리하면, 민법 제1조 法源에는 민주적 정당성에 의하여 스스로 강제력을 가질

수 있는 의회법과 의회법의 구체적 위임에 의하여 행정부가 제정한 법규명령을 우선적으로 의미한다. 여기에 대법원판례를 통하여 법적 명제로서의 구체적인 모습을 나타내는 관습법과 판례법이 포함된다. 관습법과 판례법은 법의 존재형식이 아니라 법의 인식연원이지만, 민법 제1조 규정에 의하여 法源이다. 송덕수 교수는 민법 제1조의 제목에 지나치게 구애될 필요가 없다는 견해를 취하는데,<sup>3)</sup> 현행법 해석론으로는 납득하기 어려운 불성실한 태도이다. 법의 존재형식이 아닌 관습법과 판례법을 포함하여 민법 제1조 표제 法源 개념으로 정립하려면 법의 존재형식인 법률, 법규명령과 인식연원인 관습법과 판례법으로 이해하면 된다. 이은영 교수는 “국회에 의해 제정된 법률은 법의 존재 자체가 아니라 법의 인식수단일 뿐이라고 생각한다”라는 견해를 취하고 있는데,<sup>4)</sup> 법률의 정당성은 국회의 법제정절차 자체에서 온다는 엄연한 현실을 무시하는 접근으로 현행법 해석론으로는 도저히 납득할 수 없다. 민법 제1조 표제 法源은 법의 존재형식(법률, 법규명령)과 법의 인식연원(관습법, 판례법) 둘을 병렬적으로 포함하는 것으로 이해하여야 하며, 민법 제1조는 재판에 함여 있어서 법관은 우선 법의 존재형식인 법률을 찾아 적용하고, 법률이 존재하지 않는 경우에는 법의 인식연원인 관습법과 판례법을 근거로 판결하여야 한다. 이렇게 이해할 때만 민법 제1조 표제 法源과 민법 제1조의 조문 내용이 자연스럽게 연결된다. 민법 제1조 法源의 의미가 법의 認識淵源으로서 慣習法과 判例法을 포함한다는 뜻을 법관이 재판에 임하여 단순히 관습법과 판례법을 재판의 참고자료로 삼을 수 있다는 것을 의미하는 것으로 이해하면 안 된다. 法源으로서 관습법과 판례법은 법의 존재형식인 법률과 마찬가지로 법관의 판단을 구체적이고 직접적으로 구속하는 기준으로 작동한다. 관습법과 판례법에 반하는 재판을 하려는 법관은 매우 구체적인 법적 논증의무를 부담하여야 하고, 소송당사자에게 알리지 않고 임의로 관습법과 판례법에 반하는 주장·항변을 하여 패소한 소송대리인은 반드시 법적 책임을 져야 한다.

## 2. 민법 제1조 민사에 관한 “法律”

민법 제1조는 민사에 관하여 法律에 규정이 없으면 慣習法에 의하고 慣習法이 없으면 條理에 의한다고 규정하고 있다. 여기서 민사는 司法的 판단을 전제로 한 민사사건, 민사소송사건의 준말이다. 여기서 법률의 의미는 무엇인가. 통설은 여기서 법률이라 함은 형식적 의미의 법률에 한정하지 아니하고 성문화된 명령·규칙·자치법·국제법 등을 통칭한다고 해석하여야 한다고 주장한다.<sup>5)</sup> 그러나 여기서 법률은 국회가 제정한

3) 송덕수, 「민법총칙 3판」, 박영사(2015), 11면.

4) 이은영, “조리의 법원성”, 저스티스 제28권 제2호, 한국법학원(1995), 64면; 더 나아가 「민법총칙 5판」, 박영사(2009), 27면은 계약도 민법 제1조의 法源에 속한다고 주장한다. 계약은 법의 적용대상이지 법 자체가 될 수 없다. 실정법의 해석을 임의로 하는 법학에도 그 한계가 있다할 것이다.

5) 백태승, 「민법총칙 제7판」, 집현재(2016), 11면.

법률, 법원을 직접 구속하는 법규명령, 헌법에 의하여 법률과 같은 효력을 가지는 조약, 국제사법 제1조에 의하여 준거법으로 적용되는 외국의 법률만을 뜻하는 것으로 한정되어야 한다는 것이 필자의 입장이다.

통설은 법규명령인 대통령령과 총리령 및 부령 모두 민사에 관하여 규정하는 경우 민법의 法源이 된다고 한다.<sup>6)</sup> 그러나 대법원판례는 원칙적으로 제재적 처분기준이 대통령령(시행령)으로 되어 있으면 법규명령으로 보아 법원으로 구속하지만, 총리령·부령은 대통령령과 달리 국무회의를 거치지 않는 것으로 법원을 직접 구속하지 않는 행정규칙으로 보아 법원을 구속하지 않는다고 보고 있다.<sup>7)</sup> 이러한 대법원판례의 기본 입장에 따라 법원을 구속하지 않는 제재적 처분기준인 총리령·부령은 민법 제1조 법률에 포함되지 않는다고 보는 것이 타당하다.

소송, 비송, 등기 등과 관련하여 대법원이 만드는 대법원규칙은 민사재판에서 중요한 法源으로 기능하고 있다. 그러나 국민의 권리와 의무에 관한 것은 법률에 규정되어야 하는 것이지, 대법원이 임의로 변경할 수 있는 대법원규칙에 규정할 것이 아니다.<sup>8)</sup> 법원도 국가기관이므로 그 행정은 법치주의에 근거해야 한다. 대법원 임의로 법률의 구체적 위임 없이 대법원규칙으로 국민의 권리와 의무에 직접 관계를 가지는 소송, 등기, 공탁 등에 관한 사항을 만들고 변경하여 그에 기하여 법원행정을 수행하는 것은 국회가 제정한 법률이 우선한다는 의미의 법치주의와 정면으로 충돌하는 것이다.

통설은 지방자치단체의 조례와 규칙도 민사에 관한 것은 민법의 법원이 되는 법률에 포함된다고 한다.<sup>9)</sup> 그러나 특정 지방자치단체의 자치사무에 관하여 제정된 조례나 규칙은 행정사건에 관하여는 몰라도 민사에 관한 민법 제1조의 법률에는 포함되지 않는다고 보아야 한다. 전주시 대규모점포 등록 및 조정조례(대형마트 의무휴업 강제), 전주시 대형마트 지역기여도 권고조례 등은 민사재판의 法源으로 법관을 직접적으로 구속하는 것으로 볼 수 없다. 민법은 기본적으로 특정 지방자치단체가 아닌 대한민국의 모든 지역에 똑같이 적용되어야 하는 기본법 중 기본법이다. 특정 지역에만 통용될 수 있는 일방적 내용의 조례가 法源으로 민사재판의 법관을 구속하는 것을 참을 수 없는

6) 김상용, 「민법총칙 전정증보판」, 박영사(2003), 16면; 송덕수, 전게서, 15면; 백태승, 전게서, 13면.

7) 대법원 1996. 2. 27. 95누16523; 대법원 1996. 1. 26. 94누16168 등; 그러나 대법원 2006. 6. 27. 선고 2003두4355판결은 “구 여객자동차 운수사업법 시행규칙 제31조 제2항 제1호, 제2호, 제6호는 구 여객자동차 운수사업법 제11조 제4항의 위임에 따라 시외버스운송사업의 사업계획변경에 관한 절차, 인가기준 등을 구체적으로 규정한 것으로서, 대외적인 구속력이 있는 법규명령이라고 할 것이고, 그것을 행정청 내부의 사무처리준칙을 규정한 행정규칙에 불과하다고 할 수는 없다.”고 판시하여, 부령 형식으로 제정된 재량준칙을 법규명령으로 본 바도 있다.

8) 헌법 제108조에서는 대법원 규칙을 규정하고 있는데, 비록 명칭은 규칙이지만 그 실질은 대통령으로부터 독립된 기관인 대법원이 발하는 법규명령이다. 이러한 법규명령의 성질을 가지는 규칙들은 헌법에 근거하는 것 보다 구체적 내용을 어느 정도 규정하고 있는 법률에 근거하여야 한다.

9) 송덕수, 전게서, 17면; 백태승, 전게서, 14면.

것이다. 이를 방지하는 것은 특정 지역의 지방의회가 법관의 재량을 본질적으로 침해하는 것을 방지하는 것과 같다. 조례가 상위 법률에 부합하지 않아도 확정판결에 의해 저지되지 않는 이상 그대로 효력을 가지는 것이기 때문에 지방의회가 제정한 조례가 민사에 관한 것이기만 하면 곧바로 法源 지위를 부여하는 통설은 극히 잘못된 것이라 하겠다.<sup>10)</sup>

국제사법 제1조에 의하여 준거법으로 적용되는 외국법 역시 法源이며, 이러한 외국의 법률은 법원이 직권으로 조사하여 그 내용을 확정해야 하는(국제사법 제5조) 직권조사 사항이다.<sup>11)</sup>

### 3. 민법 제1조의 해석 방향

민법 제1조의 표제는 法源이다. 이 法源의 의미는 법의 존재형식인 법률과 인식연원인 관습법과 판례법을 의미하는 것으로 파악되어야 한다. 認識淵源으로서 慣習法과 判例法은 법관이 재판에 임하여 참고자료로 삼을 수 있다는 정도의 의미가 아니라 그것이 法源인 이상 법의 존재형식인 법률과 같은 수준에서 법관의 판단을 구체적이고 직접적으로 구속하는 것으로 파악되어야 한다. 법관의 재량을 구속하는 강도에 있어 법률과 관습법, 판례법은 같은 수준의 것이다. 민법 제1조 표제 法源은 法源의 종류가 무엇이든 간에 법관에 대한 구속강도는 모두 같다는 점, 바로 그 의미에 포함하고 있는 것이다. 이는 관습법과 판례법에 반하는 재판을 하려는 법관은 매우 구체적인 법적 논증의무를 부담하여야 한다는 것을 의미한다.

이러한 이해의 연장선에서 민법 제1조의 법률은 국회가 제정한 각종 법률과 이들 법률의 위임을 받은 시행령(대통령령)과 법률의 위임을 받아 법원을 구속하는 시행규칙(총리령·부령), 헌법에 의하여 법률과 같은 효력을 가지는 조약, 국제사법 제1조에 의하여 준거법으로 적용되는 외국의 법률만을 뜻하는 것으로 보아야 한다. 法源은 법관이 판결문 작성에 참고하는 자료나 소재를 뜻하는 것으로 넓게 볼 것이 아니라 법관의 판단을 직접 구속하고, 판결의 정당성을 직접 제공하는 기준으로 판결문에 명시되어야 하는 것을 의미하는 것이다. 따라서 그 기준인 법률의 의미는 민사에 관하여 규정하고 있는 모든 법규명령, 지방자치단체의 조례나 규칙을 포함하는 것으로 파악될 수 없다.

10) 대형마트의 의무휴업을 무조건 강제하는 내용의 조례는 상위법인 유통산업발전법에도 어긋나는 것으로 행정소송에서는 몰라도 私人 간의 재판인 민사소송에서의 法源으로 기능할 수 없음이 명백하다고 할 것이다. 확정판결에 의해 저지되기 전에도 그러한 조례는 민사재판의 法源이 될 가능성을 차단해야 한다.

11) 대법원 2003. 1. 10. 선고 2000다70064 판결 “섭외적 사건에 관하여 적용될 외국법규의 내용을 확정하고 그 의미를 해석함에 있어서는 그 외국법이 그 본국에서 현실로 해석·적용되고 있는 의미·내용대로 해석·적용되어야 하는 것인데, 소송과정에서 적용될 외국법규에 흠결이 있거나 그 존재에 관한 자료가 제출되지 아니하여 그 내용의 확인이 불가능한 경우 법원에서는 法源에 관한 민사상의 대원칙에 따라 외국 관습법에 의할 것이고, 외국 관습법도 그 내용의 확인이 불가능하면 조리에 의하여 재판할 수밖에 없다.”

이러한 해석 방향은 관습법과 판례법의 의미 확정 작업에도 그대로 이어져야 할 것이다. 法源은 법관이 판단하는 데 이용하는 素材를 의미하는 것이 아니다. 法源은 법관을 명백하게 구속할 수 있는 기준으로 분명하게 판결문에 적시되어야만 하는 법적 명제를 뜻한다. 판결문을 받은 소송당사자가 자신의 판결에 적용된 법적 명제를 읽고 쉽게 납득할 수 있는 구체적 기준만이 民事에 관한 法源이 될 기본자격이 있다.

### Ⅲ. 관습법

#### 1. 관습법의 성립

사회의 관행에 의하여 발생한 관습률은 하나의 사회규범으로서 사회생활을 규율한다. 사회 발전의 역사에서 보면 원시사회는 관습, 도덕, 종교, 법률 등 각종 사회규범이 하나로 통합되어 작용하였고, 그것이 사회 발전에 따라 순차적으로 개별 영역에서 작동하는 각각의 규범들로 분화되어 나간 것으로 볼 수 있다. 하나로 통합되어 있던 사회규범이 사회의 분화된 영역에서 각각 활동하는 개별 규범화한 결과 최종적으로 사회의 중심세력에 의해 강행된 것이 관습법이고, 이 관습법을 사회의 중심세력이 명료하게 하기 위하여 성문화한 것이 법률이라 할 수 있다. 관습법은 역사적으로 성문법의 모체인 것이다.<sup>12)</sup> 법이 적용되는 현실은 끊임없이 변동한다. 변동한 현실은 그에 맞는 규범을 필요로 하고, 국회에 의한 법률제정에 앞서 관행의 형태가 규범역할을 수행한다. 그러한 관행이 장기화하고 법적 확신까지 획득하는 과정은 국회에 의한 입법활동과 별개로 진행된다고 볼 수 있다. 성문민법이 제정되고, 지속적으로 개정되고, 여기에 더하여 여러 가지 민사특별법이 계속 만들어져도 관습민법이 발생하는 것은 저지할 수는 없을 것이다.

그런데 자연적으로 발생한 관행이 오랜 기간 지속되고, 그러한 관행이 법적 확신에 의하여 “법규범”으로 승인된 것이 관습법이라고 설명되지만, 오랫동안 유지되어온 특정 관행이 있고, 그 관행에 대한 법적 확신이 있다하여도 그것이 곧바로 민법 제1조가 규정하는 관습법이 된다고 볼 수 있는 것인지는 의문이다. 특히 관습법이 성립한다고 하여 그 관습법이 어느 시기까지 소급하여 적용될 것인지에 대한 답을 내릴 수 없다.

결국 법적 확신을 획득한 오래된 사회 관행이라도 현행 법질서를 감안하여 대법원판례가 관습법이라고 선언하고, 해당 사안은 그 관습법이 적용되어야 한다는 판결을 내려야 관습법의 성립이 현실적으로 확정된다고 할 수 있다. 관습법은 대법원판례에 의한 그 모습의 전부를 완전하게 드러내는 것이다. 대법원 2003. 7. 24. 2001다48781 판결은 헌법을 최상위규범으로 하는 전체 법질서에 반하지 아니하는 것으로서 정당성

12) 장경학, 「민법총칙 제2판」, 법문사(1989), 46면.

과 합리성이 인정되어야 사회의 거듭된 관행이 법이 된다고 하였고, 대법원 2005. 7. 21. 2002다1178 판결은 사회를 지배하는 기본적 이념이나 사회질서의 변화로 인하여 관습법을 적용하여야 할 시점에 있어서의 전체 법질서에 부합하지 않게 되었다면 그러한 관습법은 법적 규범으로서 효력이 부정될 수밖에 없다고 하였다. 이러한 대법원판례에 따르면 관습법은 대법원판례에 의해 정당성과 합리성을 인정받는 과정을 거쳐야 한다. 그렇다면 관습법은 관습을 소재로 한 판례법의 한 형태로 이해하는 것이 옳을 것이다.

국민이 선출한 국회가 제정한 법률만이 민주적 정당성에 의하여 국민에 대한 강제성을 가진다. 국회의 법률제정절차와 무관한 관습법이 민주적 정당성과 무관하게 강제력을 가지는 이유는 국민의 관습에 대한 법적 확신에 있을 것인데, 그 법적 확신의 주체와 확신의 정도는 결국 법원이 확정할 수밖에 없을 것이다. 결국 관습법이 법률과 같은 정당성을 가지는 것은 법원의 판결을 통해 관습법이 확정되기 때문이다. 법원의 판결은 현대 민주주의 국가에서 국가기관의 한 축인 법원에 부여된 비록 직접 민주적 정당성은 아니지만 국가기관으로서 대표성과 전문성을 가지는 권위와 누군가는 분쟁의 공정한 해결이라는 임무를 수행하여야 한다는 불가피성에 의해 법적 정당성을 부여받는다. 재판의 불가피성은 법원 판결에 의해 드러나는 관습법에 대하여도 정당성을 부여하는 것이라 볼 수 있을 것이다. 관습법의 경우 입법을 위한 의회와 정당제도가 완비되지 않은 과거에는 법의 존재형식으로 존재하였다. 그러나 온·오프라인의 각종 언론과 페이스북, 블로그, 인스타그램, 트위터 같은 소셜 미디어를 통해 실시간으로 온갖 정보가 공유되고, 국내 포털사이트뿐만 아니라 구글과 같은 외국의 검색사이트가 광범위하게 이용되고, 정부가 운영하는 각종 온라인 사이트를 이용한 온갖 입법 청원이 가능한 현재 시점의 한국 사회에서 관습법의 성립요건인 장기간의 관행과 법적 확신이 과연 존재할 수 있을지 의문이다. 법적 확신에 이를 정도의 장기간의 관행은 이미 입법을 통해 해결되었거나 대법원판례에 의해 확고한 형태의 법적 명제로 만들어져 재판의 기준으로 하급심을 구속하고 있을 것이다. 따라서 지금 시점에서 관습법은 한국사회에서 법의 존재형식의 한 형태로 존재하기 어렵다고 볼 수 있다. 판결이 정당성의 근거를 충분히 제시하여 판결문에 인용한 관습법만이 판결문에 제시하는 정당성 근거에 의하여 法源으로서의 권위를 가지고 존재할 수 있다고 볼 것이다.

## 2. 견고한 판례와 관습법

견고한 판례가 법적확신을 취득하면 관습법이 된다는 견해가 있다.<sup>13)</sup> 이 견해는 상당한 기간 누차 반복하여 확립된 판례는 대체로 이에 상응하는 법적 확신을 구유하고 있고 이것이 판례에 의하여 확인되었다 할 것이므로 관습법으로 되고, 이러한 판례에 한

13) 이영준, 「민법총칙 전정판」, 박영사(1997), 23-24면.

하여 민법 제1조의 관습법으로서 성문민법에 대한 보충적 효력을 갖는다고 한다. 견고한 판례가 정확히 의미하는 바를 파악할 수는 없지만, 우리나라의 경우 대법원판례는 견고하거나 반복이 많이 되거나 하는 것과 관계없이 즉 누적여부와 상관없이 하급심을 구속한다. 관습법인 대법원판례와 관습법이 아닌 대법원판례 사이에 차이가 우리나라에서 있을 수 없다. 관습의 존재가 의문시되는 분묘기지권, 관습법상 법정지상권을 제외하면 현재 실무에서 중요성을 가지는 관습법은 모두 가족법과 관련된 것으로 이들 관습법들은 모두 현재 민법 시행 전의 것들이다. 일본 조선총독부에 의한 관습조사를 제외할 경우 오늘날 우리나라 독자적 관습조사 작업을 통해 확인된 결과에 기초하여 대법원판례가 확인한 관습법은 하나도 없다. 관습을 기초로 한 관습법이 확인되지 않는 상황에서 견고한 판례를 관습법으로 이해할 경우 결국 판례법만 남게 된다. 판례법을 통해서만 관습법이 확인될 수 있는 것이라면 관습법은 판례법이 법적 권위를 획득하기 위하여 사용하는 클리셰(cliché)에 불과할 수도 있다. 법원이 소송당사자가 제출하는 기록 만에 의하여 관습법의 존재를 인정할 수 있는 경우란 그 관습법이 체계적인 조사에 의해 이미 확인된 경우로 한정된다고 할 것이다. 법원이 직권으로 관습법의 존재를 진지하게 알아볼 방법은 실무상 없다. 상당한 인원과 자금이 투입된 검증된 방법으로 확인된 관습법을 개별 법관이 판결로 확인하는 것이지, 개별 법관이 관습법이라고 할 만한 장기간의 관행과 법적 확신의 존재 유무를 구체적으로 확인하여 판결에 언급할 수는 없다. 판례가 반복되어 견고해지면 관습법이 되는 것이 아니고 단지 강력한 판례법이 되는 것뿐이다. 판례의 반복이 관습법을 확인하는 작업을 의미할 수 없다. 관습법의 성립과정과 판례법의 생성방법은 다른 것이다. 판례법이 관습법이 된다는 것은 개념의 혼란만 초래할 뿐이다. 관습법이 法源으로 기능할 경우 성문법을 변경할 수 없는 한계를 인정할 수밖에 없는 것은 관습법이 대법원판례를 통해서만 존재가 확인되고 재판의 기준이 되기 때문이라고 이해할 수도 있을 것이다.

### 3. 관습법 존재에 대한 확인 주체

선거절차가 문제가 많았고, 의회의 활동 또한 미약한 수준이었던 과거에는 관습법이 사적 자율성을 대표할 수 있었기에 특정 계급의 이익만을 반영한 법률보다 시민법으로서 우월한 지위의 법의 존재형식이었을 수 있다. 그러나 오늘날 의회를 거치지 않은 대중의 확신만으로 관습을 法으로 보는 것이 과연 가능한 것일까. 국회든 법원이든 국가기관의 승인이 반드시 있어야 관습법이 유효한 법이 되는 것은 아니다 라는 반론이 있지만, 국민을 대표하는 국회 또는 제3자의 객관적 지위에서 분쟁을 재판절차에서 해결하는 법원 이 두 기관을 통하지 않는 법적 확신은 누구의 법적 확신인지 의문이 제기될 수밖에 없다. 현대 민주주의 국가에서는 의회가 제정한 법률만이 민주적 정당성을 가지고, 강제력이 용인된다. 사비나 푸흐타는 개인적 의지의 자유로운 행사를 위한 독자적 지배의 영역은 보장되어야 하며, 법은 의지의 권력을 가진 주체로서의 모든

인간들이 평등하게 소유하는 자유에 대한 인정을 의미하기 때문에 私的 권리는 민주적 입법절차와는 무관한 독자적 내적 가치를 가지며, 주관적 의미의 권리는 그 자체로서 정당한 것이라 한다.<sup>14)</sup> 그러나 국민의 경험적 의사와 국민 전체의 이익이 일치하지 않는 경우가 흔하게 발생하며, 지역별 계층별 이익이 일상적으로 충돌하는 현대 사회에서 私的 權利 역시 법에 의하여 객관적으로 보호받는 이익이며 법에 대응하는 개념이라고 파악할 수밖에 없다. 토론과 표결을 통한 민주적 입법절차와 무관한 사적 권리를 설정하고 그에 대한 해석론에 진력하는 것은 법을 통한 현실문제의 해결을 지향하는 법학의 실천과학적 측면을 도외시하는 것이며, 의회민주주의 약화의 한 원인이 될 뿐이다.<sup>15)</sup> 생각건대, 한국 사회에서 국민 전체의 이익을 반영하는 관습법의 존부를 확인하는 작업은 국회와 법원 두 기관이 수행하는 것이 바람직하다. 국회에서 그 작업을 수행하면 그것은 법률제정으로 나타날 것이고, 법원이 그 작업을 수행하면 대법원판례로 귀결될 것이다.

#### 4. 입법능력과 관습법

해당 국가의 입법능력과 法源論(특히, 관습법과 판례법)을 분리시켜 논해서는 아니 된다. 한 국가의 입법능력이 충분하다면 그 국가는 외국법이나 관습법에 의존할 필요가 현저히 작아진다. 관습법에 대한 의존 정도는 해당 국가의 의회민주주의의 실현정도에 밀접한 관계를 맺고 있다고 볼 수 있다. 선거를 통하여 평화적 정권교체가 이루어지는 민주주의 국가에서는 의회를 통하여 법공동체의 이해관계가 원활하게 표출될 수 있다.<sup>16)</sup> 의회가 활발히 활동하여 수시로 생활관계를 규율하는 법의 제정 및 개정 작업이 이루어지는 국가와 명목상으로만 의회가 존재하고, 시민의 생활관계는 관습법에 의존하는 국가는 완전히 다른 국가이다. 우리나라는 전자의 국가이지 후자의 국가가 아니다. 이 점을 명확히 하지 않고 관습법의 효력을 논하는 것은 아무런 가치가 없다. 외국과의 교역이 부가가치의 대부분을 창출하고, 전국이 온라인을 통하여 비즈니스를 행하며, 대중교통수단의 발전으로 전국이 1일 생활권인 우리나라의 상황에서는 관습법의 法源으로서 중요성은 더 이상 없다고 볼 것이다.

사회생활이 유동하는 이상 관습법은 부단히 발생하는 것이며, 성문법이 아무리 완비되더라도 관습법의 성립을 저지할 수 없는 이상 민법 제1조는 입법의 한계를 넘은 규정에 해당하고, 따라서 민법 제1조를 넘어서 관습법이 현행법률에 우선할 수 있다고 하는 것이 타당하다는 견해가 있다.<sup>17)</sup> 그러나 현재의 한국 사회에서는 인터넷 언론의

14) 위르겐 하버마스, 한상진·박영도 역, 「사실성과 타당성-담론적 법이론과 민주적 법치국가기론」, 나남(2000), 133면.

15) 황태운, “민법 제1조와 불문민법의 법원성”, 동북아법연구 제6권 제2호, 전북대학교 법학연구소(2012), 150면.

16) 황태운, 전제논문, 151면.

17) 김증한·김학동, 「민법총칙 제9판」, 박영사(1999), 14면.

발달과 국회, 지방자치, 시민단체활동의 활성화로 인하여 입법이 되지 않거나 대법원판례로 소화되지 않은 장기간의 관행이 존재하기 어렵다. 설사 관행이 장기에 걸쳐 존재한다 하더라도 그러한 관행이 어느 지역까지 영향력이 미치는지 정할 방법이 없다. 지역주민의 이해관계는 조례 등 자치법규를 통하여 어느 정도 해소할 수 있다. 지역적 관행은 관행의 효력 범위를 확정할 수 없다. 따라서 지역적 관행은 계약의 해석에 있어 참고하는 자료 수준에 불과한 것으로 취급하면 족하다. 관행의 범위가 전국적인 것이고, 그러한 관행에 대하여 법적 확신 유사한 것이 형성되었다 하더라도 그러한 관행이 특정 계층 이익에 상대적으로 더 유리한 것이 아닌지를 다시 따져야 한다. 법공동체 구성원 모두의 이해관계가 조절되는 과정이 지방의회와 국회에서 이루어질 수 있음에도 불구하고, 법원이 그러한 절차 없이 관습법으로 선언하는 것은 전혀 바람직하지 않다.<sup>18)</sup>

## IV. 판례법

### 1. 판례법의 필요성

민주적 정당성을 입법과정에서 찾게 되면 민주적 정당성을 결한 법관이 만드는 판례가 재판 기준이 되는 것은 참을 수 없다. 프랑스에서는 1791년과 1793년 헌법이 법관의 입법을 명시적으로 금하였고, 1804년 민법 제5조는 "법관이 일반적, 규제적 규범을 세움으로써 사건을 해결하여서는 아니 된다"고 명시하였다고 한다.<sup>19)</sup> 그러나 법관이 판례를 통해 드러내는 판단의 기준은 늘 필요하다. 법률의 자구를 좀 반하는 경우도 자주 등장할 수밖에 없다. 이는 오래된 법률을 지금의 분쟁에 적용하기에 적당하지 않은 경우가 계속 생기기 때문이다. 입법자는 늘 부지런한 존재가 아니고, 유권자의 미움을 피하기 위하여 오래된 법률을 그대로 내버려 두는 경우가 많다. 입법자가 입법작업을 통해 분쟁해결의 기준을 주도적으로 제시하는 것이 바람직하지만, 현실에서 입법자들이 그렇게 정열적으로 부지런하게 움직이지 않기 때문에, 의도적이든 아니든 법관에게 법형성의 권한을 넘기는 경우는 늘 발생하기 마련이다. 지금 시대는 과거 농경시대나 공업 시대와 달리 변화가 너무 빠르다. 인공지능을 탑재한 각종 기계가 등장하면 더욱 문제가 많아진다. 변화하는 현실에 대해 어떤 방향으로 나아갈지 정하는 골치아픈 문제에 답을 내리지 못하는 입법자의 결단의 기다리기 보다는 당장의 새로운 분쟁 해결에 투입할 기준을 법관이 제시하는 것이 더 바람직할 수도 있다. 이러한 작업은 법관의 원래 몫이었던지도 모른다. 판례가 드러낸 여러 기준을 감안하여 입법을 하

18) 황태운, 전계논문, 151면.

19) 김대휘, "법원론에 관한 연구", 박사학위논문, 서울대학교(1992), 237면.

는 것이 더 바람직한 모델이 되어가고 있는 현실의 한 측면도 이제는 받아들여야 한다.

## 2. 판례법으로서 대법원판례

당해 법원이 해당 사건에서 내린 판단은 해당 사건에 관하여서만 효력이 있는 것이고, 다른 사건에는 구속력이 없는 것이 원칙이다. 그러나 그 뒤에 같은 종류의 사건에 대해 재판이 진행될 경우 앞 재판의 판단기준이 참고가 되는 것은 어쩔 수 없다. 먼저의 재판이 나중 재판의 선례가 되어 구속력을 발휘하게 되는 것이다. 선례가 되는 재판을 판례라 한다. 구체적 법원의 판결이 수정적·창조적 작용을 하면, 法源으로 인정하여야 한다는 견해는 오래전부터 주장되고 있다.<sup>20)</sup> 영미법계에서는 입법기관이 제정한 법률은 판례법에 종속하는 법원에 불과하다.<sup>21)</sup> 영미법계에서 규범은 입법기관이 만든 법률이 아니라 법원이 구체적 사건에서 제시한 판단 기준인 판례이다.<sup>22)</sup> 그런데 이러한 일반적 설명에서의 판례가 반드시 대법원판례를 의미하는 것은 아니다.

소액사건심판법 제3조 제2호는 소액사건에 대한 지방법원 본원 합의부의 제2심판결이나 결정·명령이 대법원의 판례에 상반되는 판단을 한 때 대법원에 상고 또는 재항고를 할 수 있다고 규정하고 있고, 민사소송법 제436조 2항 후단은 상고법원의 파기 이유로 사실상과 법률상의 판단에 대한 하급심의 羈束力을 규정하고 있으며, 상고심절차에 관한 특례법 제4조 제1항 제3호는 원심판결이 법률·명령·규칙 또는 처분에 관하여 대법원판례와 상반되게 해석한 때 대법원은 심리불속행 기각을 할 수 있다고 규정하고 있다. 법원조직법 7조 1항 3호는 대법원이 판례(해석·적용에 관한 의견)를 변경하려고 할 때에는 전원합의체에서 하도록 하고 있고, 법원조직법 제8조는 상급법원의 재판에 있어서의 판단은 당해 사건에 관하여 하급심을 기속한다고 규정하고 있다. 이들 법률이 주목하는 것은 예외 없이 대법원판례이다. 이들 법률에 의하여 대법원판례가 하급심에 대하여 가지는 영향력은 매우 직접적이라, 실제 하급심 판결은 판결문에 직접 동일한 사안의 대법원판례를 문자 그대로 인용하고 있다. 이들 법률에 의한 대법원판례의 하급심에 대한 구속력은 이들 법률에 의한 것이지 대법원판례 자체의 사실상 힘에 의한 것이 아니다. 이 점을 명확히 하여야 한다.

대법원판례는 단순한 법률의 포섭적 적용을 넘어서서, 법률 안에 현재적 혹은 잠재적으로 표현된 일반적 법원리로부터 획득된 규범이나, 법률에 명시되지 않는 않지만 해석에 의하여 산출되는 규범, 관습규범을 법적 명제로 제시한다. 대법원판례는 그에 반하

20) 정희철, 「상법학원론 上」, 박영사(1990), 50면.

21) 장경학, 전거서, 54면.

22) Jerom Frank, 「Law and The Modern Mind」, Stevens & sons Ltd(London, 1936), p 42. “규범이 법이 아니라 판결이 법이므로 연방대법원에서 판결을 내리기 전에는 어떠한 법도 존재하지 않는다. 법원의 판결 선고 전 유일한 법은 소송당사자 및 그 사건에서 법률가가 가지는 의견뿐이며, 이는 실제 법원의 판결에 대한 예측일 뿐이다.”이라고 한다.

는 하급심을 절대적으로 구속하여 예외 없이 대법원판례와 다른 판결들은 파기 환송시킨다. 재판에 관여하는 법원과 소송당사자에게 대법원판례는 추상적인 내용을 기술하는 민법 규정보다 훨씬 직접적이고 구체적으로 판단의 기준을 제공한다. 우리 실무에서는 대법원판례 중 수없이 반복되어 완전히 관행의 하나로 확립된 것만이 일종의 관습법으로서 재판의 기준이 되는 것이 아니다. 전원합의체로 변경되기 전까지 대법원판례 자체가 실무에서 그대로 재판의 기준이 된다. 상급법원의 파기환송판결에 하급법원이 구속되는 것은 심급구조에 의하여 인정되는 구속력이라고 표현되기도 하나, 실제에 있어서는 특정 시점의 특정한 대법원판례의 실시 내용이 그대로 하급심 판결 속에 인용되어 판결의 내용 자체가 된다. 따라서 대법원판례에 따르지 않으면 법원조직법에 의하여 파기되는 결과를 피할 수 없는 것을 법률상 구속력이라고 보는 것이 정확하다. 대법원판례의 구속력이 법률상의 것인지 사실상의 것에 그치는 것인지에 대한 논의에서의 법률에는 민사소송법, 법원조직법, 상고심절차에 관한 특례법, 소액사건심판법 등이 제외될 이유가 어디에도 없다. 이들 법률이 강제하는 구속력이 법률상 구속력에 다름 아닌 것이다.

오늘날 법관에 의하여 발견된 규범은 그것이 확립된 판례로 되거나 그에 따른 관행이 확립되기 전에도 의심없이 효력을 가진다는 것은 경험적 사실이기도 하다.<sup>23)</sup> 실무에서 법관에 의하여 발견되고, 법관들에 의해 확고한 실무관행으로 적용되고, 일반인조차 그에 의해 사물을 판단하고 있다면 그 대법원판례가 보여주는 기준은 법률과 마찬가지로 법적 기준으로 볼 수밖에 없다. 대법원판례는 선고 이후 곧바로 하급심 재판의 법적 기준 역할을 수행한다. 오랜 기간 법원의 실무관행으로 확립된 대법원판례만이 하급심 재판의 기준이 되는 것이 아니다.

행정소송의 본안판단 기준은 하자의 승계 등 대법원판례가 확립한 원칙들에 의하고 있다. 대법원판례가 확립한 행정법의 일반원칙들은 행정법의 法源으로 파악되고 있다. 노동법 영역에서 대법원판례가 중요한 본안판단기준으로 法源의 하나이다. 행정법과 노동법뿐만 아니라 민사사건에 있어서도 확고하게 판례법으로 작용하는 것은 하급심 판결을 제외한 대법원판례만이다. 우리나라에서 하급심 판결은 대법원판례를 직접 적용하여 작성되고 있다. 대법원판례는 소송실무에서 확고한 지위를 가지는 法源이다. 민사소송실무에서 법률과 대법원판례는 양대 法源으로 기능하고 있다. 따라서 우리나라 대법원판례는 판례법을 뜻하는 것으로 보아야 한다. 법원조직법 제8조는 상급법원의 재판에 있어서의 판단은 당해 사건에 관하여 하급심을 기속한다고 하고 있고, 상고심절차에 관한 특례법 제4조 제1항 제3호는 원심판결이 법률·명령·규칙 또는 처분에 관하여 대법원판례와 상반되게 해석한 때 대법원은 심리불속행 기각을 할 수 있다고 규정하고 있으므로 법관은 해당 사건을 재판함에 있어 대법원판례에 따라 재판할 법적 의무가 있는 것이고, 이를 어길 경우 대법원은 예외없이 파기환송한다. 법원이 판례에

23) 김대휘, 전계논문, 246면.

따르지 않고 재판을 하여도 위법한 재판이 되지 않는다는 주장은 하급심 판결은 당사자들이 상고기간을 도과하거나 상고를 포기하는 경우에만 타당한 것이다. 소송당사자가 대법원판례에 반하는 판결에 대하여 그 이유로 상고를 할 경우 하급심판결은 위법한 재판이기 때문에 예외 없이 파기환송되는 것이다. 대법원판례가 적용될 사안에서 대법원판례와 다른 독자적 견해를 제시하는 하급심은 어차피 상급심을 통해 대법원판례의 결론에 따라 내용이 바뀔 운명이다. 따라서 그러한 하급심의 대법원판례와 어긋난 판단은 확정되지 않은 상태의 독자적 견해 표명에 불과한 것이고 어떠한 확정된 법적 의미도 가지지 못하는 것이다. 판례의 법원성을 부정하는 견해들의 유일한 논거는 사법부는 입법권을 가지지 않고 있다는 것인데, 오늘날 권력분립이론에 따를 경우 삼권분립은 그 자체로 법의 흠결이 있는 분야나 법의 해석과 적용 과정에서의 법관에 의한 법창조를 허용하는 원리로 이해하여야 한다.<sup>24)</sup> 판례의 법원성을 인정할 수 없지만, 살아 있는 법이라는 견해가 있다.<sup>25)</sup> 그러나 재판에 적용되는 모든 법은 살아 있는 것이다. 죽어 있는 법은 없으므로 살아 있는 법은 法源이지, 法源이 아닐 수 없다. 판결을 작성하는 법관이나 소송 중인 원·피고, 같은 사안을 두고 소송을 염두에 두고 있는 예비 분쟁당사자들 모두에게 해당 사안에 적용되는 대법원판례의 구속력은 언제나 법률적인 구속력이지만 사실상의 구속력이 아니다. 대법원판례는 판례법으로서 자신이 형성한 법명제를 법으로 적용될 것을 하급심에 강제하여 재판규범성을 가진다. 동시에 대법원판례가 제시하는 법리를 따르지 않을 경우, 특별한 사정이 없는 한 원하는 결과를 얻을 수 없음을 일반 시민들에게 주지시켜 행위규범성을 가진다.

### 3. 판례법이 정립하는 권리

私權이란 “일정한 생활상의 이익에 대한 법률상의 힘”<sup>26)</sup>이라고 정의된다. 권리가 법률상의 힘이라고 하지만, 많은 형태의 사권이 대법원판례 즉 판례법에 의하여 정립되어 있다. 근대민법은 사적소유의 절대적 보장에서 시작한다. 사적소유가 보장되어야 그것을 전제로 사적소유물의 거래가 가능하고, 계약의 자유 즉 사적자치가 중요한 의미를 가지게 된다. 그런데 토지, 임야, 건물의 원시취득자가 누구인지에 대한 기준을 법률이 아니라 대법원판례가 정하고 있다. 이 점에서 대법원판례가 현실적으로 이미 법률과 대등한 수준의 法源이라고 보아야 한다고 생각된다. 토지 소유권의 시작점 즉 토지의 원시취득자는 査正받은 자라는 것이 판례법이다.<sup>27)</sup> 토지를 사정받은 자는 그 토

24) 四宮和夫, 「民法總則 第8版 (法律學講座雙書)」, 弘文堂(2010), 11頁.

25) 곽윤직, 「민법총칙 신정판」, 박영사(1995), 29면; 송덕수, 전거서, 28면.

26) 고상룡, 「민법총칙 3판」, 법문사(2003), 40면.

27) 대법원 1986. 6. 10. 선고 84다카1773 전원합의체 판결 “구 토지조사령(1912. 8. 13 제령 제2호)에 의한 토지조사부에 토지소유자로 등재되어 있는 자는 재결에 의하여 사정내용이 변경되었다는 등의 반증이 없는 이상 토지소유자로 사정받고 그 사정이 확정된 것으로 추정할 것이다”; 대법원 2005. 5. 26. 선고 2002다43417 판결 “토지조사령에 의한 토지의 사정명의

지를 원시적으로 취득하므로, 사정을 이유로 소유권을 취득하였음을 주장하는 자는 그 사정사실 외에 사정 이전의 토지 취득경위 등을 입증할 필요가 없고, 나아가 소유권보존등기가 마쳐져 있으나 사정명의인이 따로 있는 것이 밝혀진 경우에는 그 토지 보존등기의 추정력은 깨어지고 보존등기의 명의인이 그 등기가 실제관계에 부합한다는 점에 관하여 주장·입증해야 한다는 것이 확고한 판례법이다. 임야의 경우도 마찬가지다.<sup>28)</sup> 건물의 경우 보존등기 전 원시취득자는 건물을 신축한 자이고<sup>29)</sup>, 미등기 건물의 양수인은 소유권을 취득하지 못하지만 사실상 처분권자 또는 사실상 소유자라는 것이 판례법이다.<sup>30)</sup> 나아가 인격권<sup>31)</sup>, 초상권<sup>32)</sup>, 일조권<sup>33)</sup>, 조망권<sup>34)</sup>, 갱신기대권<sup>35)</sup>, 진정명의회복 등기청구권<sup>36)</sup>, 동종영업 금지청구권<sup>37)</sup> 등의 권리는 법률이 아니라 대법원판례가 구체적으로 정립하고 있다.

대법원판례가 정립한 갱신기대권의 경우 私法상 여러 문제를 야기한다. 종래 민사소송으로 진행되던 것이 각종 정부 위원회가 설치됨에 따라 위원회의 구제절차를 거치면서, 원처분이 아니라 위원회 재결에 대한 취소소송으로 진행되어 결국 민사사건이 행정사건으로 변질되고 있다. 갱신기대권이 그러한 경우이다. 재결취소소송의 원고적격인정을 위한 대법원판례의 공법상 기대권 개념이 사법상 권리로 변질되었다. 민사법에서 기대권 개념은 조건부권리나 상속개시전의 상속권 등의 개념을 뜻하는 것이었지, 본격적 기대권 개념에 대하여는 물권적 기대권 외에는 논의 자체가 없었다. 대법원판례가 행정소송의 원고적격 인정과 무관하게 私法상 법률관계에서 기대권 개념을 정면에서 인정한 바는 없었다. 그런데 공법상 기대권 개념이 확장되면서 행정법원의 기대권의 인정 자체가 소송요건의 충족에 그치지 않고 본안문제로 직결되어 기대권을 인정

---

인은 당해 토지를 원시취득하므로 적어도 구 토지조사령에 따라 토지조사부가 작성되어 누군가에게 사정되었다면 그 사정명의인 또는 그의 상속인이 토지의 소유자가 되고, 따라서 설령 국가가 이를 무주부동산으로 취급하여 국유재산법령의 절차를 거쳐 국유재산으로 등기를 마쳐더라도 국가에게 소유권이 귀속되지 않는다.”

28) 대법원 1989. 10. 24. 선고 88다카9852,9869 판결 “조선임야조사령에 의한 임야조사서에 소유자로 등재되어 있는 자는 재결에 의하여 사정내용이 변경되었다는 등의 반증이 없는 이상 토지소유자로 사정받고 그 사정이 확정된 것으로 추정된다.”

29) 대법원 2006. 11. 9. 선고 2004다67691 판결은 건물의 구조와 형태가 구분소유권의 객체가 될 수 있을 정도에 이르고 토지의 부합물로 볼 수 없는 미완성 건물을 건축주로부터 양수받아 나머지 공사를 진행하여 그 구조와 형태 등이 건축허가의 내용과 사회통념상 동일하다고 인정될 정도로 건물을 축조한 경우, 그 건물 소유권의 원시취득자는 양수인이라고 판시하였다.

30) 대법원 2003. 1. 24. 선고 2002다61521 판결

31) 대법원 2005. 1. 17. 자 2003마1477 결정

32) 대법원 2013. 6. 27. 선고 2012다31628 판결

33) 대법원 2004. 9. 13. 선고 2003다64602 판결

34) 대법원 2014. 2. 27. 선고 2009다40462 판결

35) 대법원 2014. 2. 13. 선고 2011두12528 판결

36) 대법원 1990. 11. 27. 선고 89다카12398 전원합의체판결

37) 대법원 1997. 12. 26. 선고 97다42540 판결

할 경우 기대되는 법률관계가 마땅히 법률상 존재하여야 할 법률관계가 되어 종전의 계약관계가 과거와 동일하게 연장된다는 결론에 이르고 있다. 최근에 들어서는 정년연장기대권에 대한 하급심 판결까지 나오고 있다. 서울행정법원 2013. 3. 22. 선고, 2012구합24801 판결은 “정년연장을 허용하지 않는 것이 근로자에게 가혹하다거나 혹은 다른 근로자의 경우에 비추어 형평에 어긋난다는 사정이 있는 경우 등에는 정년연장을 기대할 수 있는 권리가 생길 수도 있다.”고 판시하였다.<sup>38)</sup> 기대권에 관한 대법원 판례의 논리는 기대권에서 강제이행청구권까지 발생시키는 문제점이 발생할 수도 있어 기대권, 권리, 이행청구권에 대한 정리가 전제 작업으로 수행되어야 할 것이다.

진정명의회복을 위한 소유권이전등기청구권의 경우 역시 이러한 형태의 등기청구권이 대법원판례에 의하여 확립됨으로써 등기부상 등기원인을 단순히 “진정명의회복”이라고만 기재되면 충분한 것이 되어 등기말소의 이유, 과정, 등기원인일자 등은 등기부만을 통해서 전혀 알 수 없게 되었다. 부동산등기법의 개정 없이 실제법관계를 드러내지 않는 등기부의 존재를 인정한 것인데, 소송당사자 외에는 진정한 실제법관계를 알 수 없게 되는 문제에 대하여 대법원판례에 의한 권리 생성이 너무나 거친 측면이 있음을 인정하지 않을 수 없다.

동일상가건물 구분소유자 및 임차인 간에 인정되고 있는 동종영업 영업금지청구권의 경우 분양회사와 수분양자 간 권장업종을 정한 분양계약에서 동종영업 영업금지청구권을 창출한 것인데, 채권계약에서 물권적 청구권에 근접한 청구권을 도출하는 것은 기존 물권과 채권의 분별하는 개념 체계와 충돌하는 문제뿐만 아니라 물권법정주의와도 충돌하는 측면이 있다.

대법원판례는 관습법, 헌법규정, 사물논리 등에 기대어 필요에 따라 私權을 만들어 왔고, 앞으로도 계속 만들어 갈 것으로 보인다. 이러한 경향에 대한 비판적 입장<sup>39)</sup>과 긍정적 입장이 있다. 헌법 제23조 제1항은 “모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다”고 규정한다. 헌법은 재산권 보장을 규정하지만, 재산의 구체적 내용은 전적으로 법률에 맡기고 있다. 여기서 법률의 의미에 민법 제1조가 규정하는 관습법과 조리가 포함될 것인지 의문이다. 헌법재판소 1998. 12. 24. 선고 89헌마 214,90헌마16,97헌마78(병합) 전원재판부 “헌법은 모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다, 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다(제

38) 정년연장기대권에 관하여 박은정, “노동관계에서의 기대권”, 월간 노동리뷰 통권 제100호 (2013. 7.), 한국노동연구원, 66-68면.

39) 퍼블리시티권에 대하여 김영훈, “하급심 판결례의 퍼블리시티권(Right of Publicity) 인정에 대한 비판적 고찰”, 사법논집 제44집, 법원행정처(2007), 353-354면은 “미국과는 다른 성문법체계의 법률문화를 가지고 있고, 그 입법은 원칙적으로 입법부의 고유한 권한이며 법원은 제정된 성문법을 해석하고 적용하는 역할을 담당하는 것이 원칙이다...최근의 우리나라 하급심 판결례의 흐름을 보면 법원이 성문법의 근거 없이 배타적, 독점적 재산권인 퍼블리시티권을 인정함에 있어 미국의 이론과 판례, 그리고 학자들의 논의를 별다른 비판 없이 직접 법정에서 적용하는 것은 아닌지라는 조심스런 의문을 가지게 된다.”

23조 제1항 및 제2항)고 규정함으로써 재산권은 법률로써 규제될 수 있고, 그 행사 또한 일정한 제약을 받을 수 있다는 것을 밝히고 있다. 재산권이 법질서 내에서 인정되고 보호받기 위하여는 입법자에 의한 형성을 필요로 한다. 즉, 재산권은 이를 구체적으로 형성하는 법이 없을 경우에는 재산에 대한 사실상의 지배만 있을 뿐이므로 다른 기본권과는 달리 그 내용이 입법자에 의하여 법률로 구체화됨으로써 비로소 권리다운 모습을 갖추게 된다.”고 판시함으로써 의회 입법에 의하여 재산권이 구체적으로 형성되는 것이라는 입장을 밝히고 있다. 이 헌법재판소의 입장이 민법 제1조가 규정하는 관습법이나 조리에 기한 재산권의 정립을 부정하는 것인지는 확실하지 않다. 만약 현재 대법원판례에 의하여 형성되어 온 각종 권리를 민법 제1조 조리에 실정법적 근거를 지운다면 민법 제1조에 의하여 법률 차원에서 권리의 내용이 정해지는 것이 되고, 헌법 제23조 제1항과 호응될 수 있을 것이다.

대법원판례가 구체적 내용을 정립하고 있는 이러한 각종의 권리는 그 권리에 기초한 소 제기를 인정하고 있어 법률에 근거한 권리와 실질적인 차이가 없다. 대법원판례가 제시하는 각종 권리를 향수하고자 하는私人에게 대법원판례는 권리의 근거를 제시함으로써 법으로 작용하고 있는 것이다. 판례법상 권리가 실체적으로 존재하고, 부단히 만들어지는 중이라면 그러한 권리에는 헌법적 근거가 아니라 민법적 근거가 필요하다고 할 것이다. 그 근거는 민법 제1조 조리라 할 것이다. 판례법이 법원으로 민법 제1조에 의해 지지되기 때문에, 판례법이 생성하는 권리는 민법상 권리로 지지되는 것으로 파악될 수 있는 것이다. 민법 제1조에는 판례법에 대한 언급이 없지만, 조리로 판례법을 포섭하면 판례법은 민법 제1조 표제 法源에 포함될 수 있다.

#### 4. 판례법의 실정법적 근거로서 민법 제1조 ‘條理’

사실에 관한 법률적 판단은 조리를 밝혀내는 작업을 의미한다. 사물의 본성인 조리는 존재(사실)와 당위(규범)을 구별하는 법관의 가치판단 과정을 거쳐 구체적인 내용을 가지게 되고, 그 내용은 판결문에 구체적으로 드러난다. 조리는 법관의 범명제화 작업을 통해 도그마틱으로 드러나는 것이다. 민법 제1조가 규정하는 조리는 판례의 법원성을 정당화하는 실정법적 근거가 될 수 있다. 민법 제1조가 조리를 법원이라는 표제 아래에서 法源의 하나로 굳이 언급한 이유는 판례법에 대한 실정법적 근거를 부여하기 위함이라고 적극적으로 해석할 수 있다.

조리의 법관에 의한 명제화는 사실(존재)에서 규범(당위)으로의 추론이며, 추론의 결과들은 유형화 과정을 거치면서 확고한 규범력을 획득하게 된다. 법관은 개별 사건의 해결을 위해 우선적으로 법률을 찾아 적용하여야 하지만, 법률이 존재하지 않는 경우에는 조리를 통해 범명제를 형성하여 이를 근거로 판결하여야 한다. 법관이 재판할 하기 위하여 새로운 범명제를 형성하는 과정과 결과는 최종적으로 대법원판례를 통해 드러나고 확정된다. 조리를 밝히는 작업이 법관이 생활관계에서 법률규범을 찾는 작업을

의미하고, 조리가 대법원판례를 통해 확정적으로 드러나고 그것이 직접 하급심을 구속한다면, 그 조리에 대한 민법 제1조의 언급은 대법원판례의 법원성에 대한 실정법적 근거부여라 볼 수 있지 않을까.

요컨대, 대법원판례가 판례법으로 작용하고 있는 우리나라에서 민법 제1조가 조리를 법원의 하나로 규정하고 있는 것은 법관의 조리를 최종적으로 표현하는 대법원판례의 법원성을 실정법이 인정하고 있는 것으로 볼 수 있다고 생각된다.

## V. 결어

법을 성문법과 불문법으로 구분하여 성문법은 정립적 선언에 의해 기록되고, 불문법은 확인적 선언에 의해 기록되는 것으로, 불문법이 기록되더라도 성문법이 되는 것이 아니라는 주장이 있다.<sup>40)</sup> 그러나 성문법은 의회의 법률제정절차로 기록되는 것이고, 불문법은 판례로 기록되는 것으로 파악할 수 있다고 생각한다. 판례로 기록된 불문법이 성문법과 마찬가지로 재판의 기준이 되는 경우에 그 불문법은 성문법과 같은 수준의 法源이라 할 것이다.

민법 제1조의 표제는 法源이다. 이 法源의 의미는 법의 존재형식인 법률과 법의 인식연원인 관습법과 판례법을 의미하는 것으로 파악되어야 한다. 관습법과 판례법이 인식연원이라 하여 재판의 참고자료에 지나지 않다고 볼 수는 없고, 법률과 같은 수준에서 법관을 직접 구속하는 것으로 볼 것이다. 따라서 그에 반하는 판결을 할 경우 해당 법관은 구체적 법적 논증의무를 부담하여야 한다. 민법 제1조의 法源은 그것이 성문민법이든 불문민법이든 분명하게 판결문에 적시되어 판결문을 받은 소송당사자가 그것을 읽고 납득할 수밖에 없는 구체적 재판기준이 되어야 한다. 법관의 판단재량을 구속하는 강도는 法源의 종류와 관계없이 같다. 민법 제1조의 法源은 법관이 민사재판을 하는 데 이용하는 소재가 아니라 법관을 명백하게 구속하는 기준을 뜻하는 것이어야 한다. 따라서 법원을 구속하지 못하는 시행규칙(총리령·부령)과 지방자치단체의 조례나 규칙은 민사에 관하여 규정하였다 하여도 민법 제1조의 법률에는 포함되지 않는다.

의회와 정당의 기능이 활성화되어 있지 않거나, 선거제도가 민주적으로 운영되지 않는 국가에서는 여전히 관습법은 실정법과 대등한 또는 우월한 법의 존재형식일 것이다. 일부 지배계급의 인위적인 입법이 시민들의 생활관계에서 정상적으로 누적 형성되어 온 관행을 억압하는 국가들에게 있어 법의 진정한 생성근거로서 관습법은 흔들릴 수 없는 견고한 지위를 유지할 것이다. 그러나 한국 사회의 사정은 전혀 다르다. 한다. 온 오프라인의 각종 언론과 페이스북, 블로그, 인스타그램, 트위터 같은 소셜 미디어를 통해 실시간 정보 공유가 가능하고, 네이버, 다음, 구글 등 국내외 검색사이트를 각종 정

40) 최병조, 「민법주해 총칙(1)」, 박영사(1992), 36면.

부 검색이 이루어지고, 청와대 사이트를 이용한 온갖 입법 청원이 가능한 것이 현재 시점의 한국 사회의 현실이다. 이러한 현실에서는 관습법의 성립요건인 장기간의 관행은 존재하기 어렵다. 필요한 관행은 법적 확신이 생기기도 전에 입법을 통해 해결되었거나 대법원판례로 흡수될 것이다. 분묘기지권, 관습법상 법정지상권 두 경우 모두 법적 확신을 획득한 장기간 관행이 없었다는 것이 오늘날 실증된 결론이고, 현재 실무에서 중요성을 가지는 관습법이라는 것은 예외 없이 민법 시행 전 가족법 관계의 것들뿐이다. 일본 조선총독부에 의한 관습조사를 제외할 경우 오늘날까지 우리나라가 직접 충분한 인원, 설비, 예산을 동원하여 체계적으로 지역의 관습법을 조사한 후 그 결과에 기초하여 대법원판례가 확인한 관습법은 없다. 우리나라의 입법능력과 관습조사의 현실적 어려움을 모두 감안할 때 관습법은 우리나라에서 法源으로서 의미가 크다고 볼 수 없다. 요컨대, 민법 제정 당시에는 입법의 흠결을 메우기 위하여 관습법의 도움이 필수적이었을지는 모르지만, 국회의 입법이나 법원의 판례로 필요한 관습법을 얼마든지 소화할 수 있는 현시점에서는 새로운 관습법의 성립은 기대하기 어렵다.

가족법을 제외하고 재산법에 한정하여 보자면 민법은 제정 당시의 모습을 거의 그대로 유지하고 있다. 그럼에도 민법이 충분한 현실적응력을 발휘하여 온 것은 그때그때 필요에 의하여 제정되고 개정되어온 집합건물법, 약관규제법, 임대차보호법, 자동차손해배상보장법 등 법률들과 대법원판례 덕분이라 할 것이다. 대법원판례의 구속력은 사실상의 것이라고 보는 견해가 다수이지만, 이제는 법적 구속력으로 보아야 한다.<sup>41)</sup> 우리나라 재판실무에서 대법원판례는 판례법으로서 확고한 지위를 가진다고 보아야 한다. 대법원판례가 판례법 지위를 가지는 데 필요한 중요한 실정법적 근거 중 하나는 민법 제1조 條理이다. 조리는 대법원판례를 통해 구체적이고 확정적으로 모습을 드러낸다. 민법 제1조가 條理를 法源의 하나로 규정하고 있다는 점이 바로 판례법의 중요성을 민법 제정 당시부터 인식하고 있었다고 볼 근거가 될 수 있다.

41) Ernst von Caemmerer, 손주찬 번역, “법전편찬과 판례법”, 법정논총 20권 1호(34집), 중앙대학교 법학연구소(1976), 9면은 최고법원의 하급심에 대한 구속력이 법적 구속력이라 주장한다. 그 근거로 다음을 제시한다. ①독일법과 대륙법의 영역에서는 하급심법원은 최고법원의 판결에 따르고 있으며, 거래도 이를 따르고 있다. ②독일에서는 판례변경을 하려는 경우의 연방최고법원의 대법정 또는 합동법정의 소집에 관한 규정을 따라야 한다. ③주고등법원이 연방최고법원의 판결을 이탈하고자 하는 경우에 상고의 허용을 의무적으로 하게 되어 있다. ④법적구속력은 변호사와 공증인이 최고법원의 판결에 따라야 할 의무가 있다고 하는 것에도 나타나고 있다. ⑤법원은 해당하는 선판결의 이유와 의견을 달리하는 논증할 의무가 있다.

## [참고문헌]

### 1. 단행본

- 고상룡, 「민법총칙 3판」, 법문사(2003)  
곽윤직, 「민법총칙 신정판」, 박영사(1995)  
김상용, 「민법총칙 전정증보판」, 박영사(2003)  
김증한·김학동, 「민법총칙 제9판」, 박영사(1999)  
백태승, 「민법총칙 제7판」, 집현재(2016)  
송덕수, 「민법총칙 3판」, 박영사(2015)  
이영준, 「민법총칙 전정판」, 박영사(1997)  
이은영, 「민법총칙 5판」, 박영사(2009)  
장경학, 「민법총칙 제2판」, 법문사(1989)  
정희철, 「상법학원론 上」, 박영사(1990)  
최병조, 「민법주해 총칙(1)」, 박영사(1992)  
위르겐 하버마스, 한상진·박영도 역, 「사실성과 타당성-담론적 법이론과 민주적 법치국  
가이론」, 나남(2000)

### 2. 논문

- Jerom Frank, 「Law and The Modern Mind」, Stevens & sons Ltd(London,  
1936)  
四宮和夫, 「民法總則 第8版 (法律學講座雙書)」, 弘文堂(2010)  
권재문, “관습법상 법정지상권의 인정근거와 필요성에 관한 비판적 고찰”, 법사학연구  
제37호, 한국법사학회(2008)  
김대휘, “법원론에 관한 연구”, 박사학위논문, 서울대학교(1992)  
김영훈, “하급심 판결례의 퍼블리시티권(Right of Publicity) 인정에 대한 비판적 고  
찰”, 사법논집 제44집, 법원행정처(2007)  
박은정, “노동관계에서의 기대권”, 월간 노동리뷰 통권 제100호(2013)  
오시영, “관습상의 분묘기지권의 전제인 관습 부존재에 관한 고찰(Ⅰ)”, 강원법학 제49  
권, 강원대학교 비교법학연구소(2016)  
이은영, “조리의 법원성”, 저스티스 제28권 제2호, 한국법학원(1995)  
황태윤, “민법 제1조와 불문민법의 법원성”, 동북아법연구 제6권 제2호, 전북대학교  
법학연구소(2012)  
Ernst von Caemmerer, 손주찬 번역, “법전편찬과 판례법”, 법정논총 20권 1호(34  
집), 중앙대학교 법학연구소(1976)

[Abstract]

Common law and Case law in Korean civil cases

Hwang, Tae-Yoon\*

At the time of the enactment of the civil law, the help of the common law was necessary to fill the defects of the legislation. However, it is difficult to expect a new common law to be established at this time, as the legislation of the National Assembly or the case law of the court can digest any necessary the common law. Common law and case law can not be regarded as nothing more than a reference for a trial, and they will be seen as directly binding judges at the same level of law. It is possible to share real-time information through media such as Facebook, blog, Instagram, and Twitter, and various government searches on domestic and overseas search sites such as Naver, Daum, and Google, and all kinds of legislative petitions using Cheongwadae site There is no long-term practice, which is a requirement for establishing common law in Korean society at present. The necessary practices would have been resolved through legislation or absorbed into Supreme Court precedents before legal convictions had arisen. Considering the legislative capacity and the practical difficulties of customary investigation, the common law is not meaningful as source of law in our country. In the past, there were many opinions that the effect of the Supreme Court precedent was merely de facto. Today, however, It should be called the case law. One of the legal basis for it is the Civil Code, Article 1 “JO-RI(Nature of things)”.

<key words>

source of law, nature of things, common law, case law, judicial precedent of supreme court

---

\* Professor, Chonbuk National University, School of Law.



# 전자금융거래법상 접근매체 불법획득·사용자에 대한 형사책임

강철하\*

## 논문요지

그동안 정보통신기술의 발전에 따라 인터넷 뱅킹이나 모바일 뱅킹, 최근의 핀테크(FinTech)에 이르기까지 다양한 전자금융서비스가 나타나고 있다. 이처럼 우리 생활 속에서 전자금융거래 이용이 증가하고 다양한 금융서비스가 나타남에 따라 안전하고 신뢰할 수 있는 거래를 확보하기 위하여 「전자금융거래법」이 2006년 4월 28일 제정되고, 2007년 1월 1일부터 시행되었다.

물론 동법에서는 전자화폐 발행, 선불전자지급수단 및 직불전자지급수단과 같은 새로운 유형의 전자금융거래에 대한 상당한 조항을 두어 전자금융거래 체계를 규율하고 있으며, 동시에 전자금융거래의 정확성, 신뢰성, 안전성을 침해하는 범죄에 대한 형사적 대응수단도 마련해 두고 있다.

그런데 전자금융거래의 정확성, 신뢰성, 안전성을 확보하기 위해서는 무엇보다도 전자금융거래의 거래지시 수단이면서 거래내용의 진실성과 정확성을 담보하는 ‘접근매체’의 엄격한 보호와 관리가 요구된다. 이는 최근 해킹 또는 악성코드 유포와 같이 고도화된 정보기술을 악용한 금융범죄의 방지를 위해서도 마찬가지라 할 것이다.

따라서 본 논문에서는 접근매체의 보호와 부정사용 방지를 위한 형사적 대응을 위해 ‘전자금융거래법상의 관련 조항에 대한 법률분석’과 ‘사례분석(법원판례)’을 거쳐 현행 전자금융거래법상 접근매체의 불법획득·사용에 대한 형사책임의 문제점과 개선 시사점을 제시한다.

**검색용 주제어:** 전자금융거래, 전자금융거래법, 전화금융사기, 접근매체, 정보통신망

· 논문접수: 2018.7.10. · 심사개시: 2018.07.17. · 게재확정: 2018.07.27.

\* 한국IT법학연구소장, 법학박사

## I. 의의

「전자금융거래법」은 전자금융거래의 법률관계를 명확히 하여 전자금융거래의 안전성과 신뢰성을 확보하고, 전자금융업의 건전한 발전을 위한 기반을 조성함으로써 국민의 금융편의를 꾀하고 국민경제의 발전에 이바지할 목적<sup>1)</sup>으로 제정되었다.

그동안 정보기술의 발전에 따라 인터넷·모바일 뱅킹, 온라인 주식거래 등의 전자금융거래가 확산되고, 전자상거래의 급속한 발전으로 전자화폐 등 새로운 전자지급결제수단이 개발·이용됨에 따라 이를 체계적으로 규율할 법률적 수요도 증대되었다. 나아가 금융과 통신의 융합현상이 진전되면서 전통적으로 금융기관 고유의 업무영역이던 지급결제 등의 분야에 통신회사 등 비금융기관 사업자가 활발히 진출하고 있으나, 이들이 수행할 수 있는 업무 범위가 모호하고 이에 대한 법률적 규제 및 감독 장치가 없는 법률 공백 상태를 해소<sup>2)</sup>할 필요도 있게 되었다. 이런 이유로 전자금융업무를 영위하고 있는 금융기관뿐만 아니라 비금융기관을 종합적으로 규율하고 새로운 형태의 전자지급결제수단을 체계적으로 규율하고자 「전자금융거래법」이 2006. 4. 28 제정<sup>3)</sup>되었고, 2007. 1. 1.부터 시행되었다.

하지만 이러한 전자금융거래 있어 전자금융거래의 정확성, 신뢰성, 안전성을 확보하기 위해서는 전자금융거래의 거래지시 수단이면서 거래내용의 진실성과 정확성을 담보하는 ‘접근매체’에 대한 엄격한 관리와 함께 접근매체의 부정사용을 방지할 필요가 있다. 나아가 최근 전자금융거래 분야에서 나타나고 있는 보이스포싱은 물론, 파밍, 스미싱, 메모리해킹 등 고도화된 기법의 범죄<sup>4)</sup>에 대처하기 위해서도 그러하다.

따라서 본 논문에서는 특히 전자금융거래의 수단이 되는 접근매체의 불법획득·사용자에 대한 형사책임을 중심으로 현행 「전자금융거래법」상의 문제점과 개선시사점을 도출해 보고자 한다. 이를 위하여 i) 우선 「전자금융거래법」의 주요내용과 관련 조항을 간략히 살펴본 후, ii) 이어서 주요 형사책임 조항에 대한 법률분석 및 iii) 사례분석

1) 전자금융거래법 제1조.

2) 국회 재정경제위원회, “전자금융거래법안 심사보고서”, 2006.4. 5-6면. 국회 의안정보시스템 (<http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=029751>) 참조.

3) 외국의 입법례를 살펴보면, 미국의 경우, 전자금융거래에 적용되는 주요 법률로 전자자금이체법(Electronic Fund Transfer Act)과 통일상법 4A편(Uniform Commercial Code Article 4A)이 있다. 그런데 소비자보호를 주된 목적으로 하고 있는 연방법인 전자자금이체법(Electronic Fund Transfer Act)에는 금융사고 발생시 금융기관이 고의 또는 과실에 의한 부적절한 자금이체가 없었다는 점을 입증하도록 하고 있고, 시스템의 사고·장애에 의해 고객의 전자자금이체 지시가 불이행된 경우에도 금융기관이 입증책임을 지도록 하고 있다. 또한 통일상법 4A편(Uniform Commercial Code Article 4A)에서도 전자자금이체와 관련하여 지급은행이 보안절차에 따라 지급지시를 정당하게 실행하였음을 지급인에게 입증할 책임을 부과하고 있다. 외국 입법례에 대한 자세한 내용은 금융감독원, 「전자금융감독규정 해설」, 2007, 5-6면 참조.

4) 맹수석, “IT금융거래와 금융소비자보호방안 - 전자금융거래법 제9조를 중심으로 -”, 「법학연구」, 제29권 제1호, 충남대 법학연구소, 2018.2, 9-10면.

(법원판례)을 통해 「전자금융거래법」상 접근매체의 불법획득·사용에 따른 형사책임의 문제점을 도출하고 iv) 그 법 해석방향 및 개선 시사점을 제시해 보고자 한다.

## II. 「전자금융거래법」의 주요내용

### 1. 전자금융거래의 의미와 적용범위

동법상의 "전자금융거래"라 함은 금융기관<sup>5)</sup> 또는 전자금융업자<sup>6)</sup>가 전자적 장치를 통하여 금융상품 및 서비스를 제공(전자금융업무)하고, 이용자<sup>7)</sup>가 금융기관 또는 전자금융업자의 종사자와 직접 대면하거나 의사소통을 하지 아니하고 자동화된 방식으로 이를 이용하는 거래를 말한다.<sup>8)</sup> 다만, 이러한 전자금융거래의 정의규정과 관련하여 현행법은 "이용자가 금융기관 또는 전자금융업자의 종사자와 직접 대면하거나 의사소통을 하지 아니하고"라고 표현하고 있어 만일 금융거래의 일부는 "종사자와 직접 대면하거나 의사소통"하였지만 일부는 "전자적 방법에 의해 금융거래를 한 경우"에 이를 전자금융거래에서 제외되는 것으로 해석될 여지가 있다는 문제가 있다. 따라서, 금융거래의 일부 또는 전부를 전자적 방법에 의해 거래한 경우 모두를 전자금융거래의 범주에 포함시키는 입법적 개선을 고려해 볼 필요도 있다.

한편, 동법상의 전자금융거래가 성립되기 위해서는 "전자적 장치를 통하여 금융상품 및 서비스가 제공"되어야 한다. 여기서 "전자적 장치"라 함은 전자금융거래정보를 전자적 방법으로 전송하거나 처리하는데 이용되는 장치로서 현금자동지급기, 자동입출금기, 지급용단말기, 컴퓨터, 전화기 그 밖에 전자적 방법으로 정보를 전송하거나 처리하는 장치를 말한다.<sup>9)</sup> 따라서, 전자금융거래가 성립되기 위해서는 금융상품 및 서비스의 제공과 함께 그러한 금융거래가 전자적 장치에 의해야 한다는 두 가지 요건이 충족되어야 한다.

한편, 「전자금융거래법」의 적용범위와 관련하여, 동법은 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고 모든 전자금융거래에 적용된다. 다만, 이러한 전자금융거래에는 기존 금융거래가 전자화된 것과 함께 주로 지급거래와 관련하여 새로운 전자방식의 금

5) 전자금융거래법 제2조제3호 참조.

6) 전자금융거래법 제2조(정의)

4. "전자금융업자"라 함은 제28조의 규정에 따라 허가를 받거나 등록을 한 자(금융회사는 제외한다)를 말한다.

7) 전자금융거래법 제2조(정의)

7. "이용자"라 함은 전자금융거래를 위하여 금융회사 또는 전자금융업자와 체결한 계약(이하 "전자금융거래계약"이라 한다)에 따라 전자금융거래를 이용하는 자를 말한다.

8) 전자금융거래법 제2조제1호.

9) 전자금융거래법 제2조제8호.

용거래(전자지급거래)가 포함되는데, 여기서 ‘지급거래와 관련된 새로운 전자금융거래(전자지급거래)’인 전자화폐, 선불전자지급수단, 직불전자지급수단, 전자자금이체 등의 경우에는 동 법률이 적용되는 반면, 신용카드의 경우에는 여신전문금융업법이, 전자어음의 경우에는 전자어음법이 우선 적용되고 전자보험·전자증권·전자여수신의 경우에도 금융관련 법률이 우선 적용된다.<sup>10)</sup>

## 2. 새로운 전자지급거래 유형

전통적인 지급거래와 달리, 동법에서는 새로운 유형의 전자지급거래로 ① 전자자금이체, ② 전자화폐, ③ 직불전자지급수단, ④ 선불전자지급수단을 규율하고 있다.

우선 "전자지급거래(전자자금이체)"란 자금을 주는 자(지급인)가 금융기관 또는 전자금융업자로 하여금 전자지급수단을 이용하여 자금을 받는 자(수취인)에게 자금을 이동하게 하는 전자금융거래를 말한다.<sup>11)</sup> 여기서 "전자자금이체"란 지급인과 수취인 사이에 자금을 지급할 목적으로 금융기관 또는 전자금융업자에 개설된 계좌(금융기관에 연결된 계좌에 한한다)에서 다른 계좌로 전자적 장치에 의하여 i) 금융기관 또는 전자금융업자에 대한 지급인의 지급지시 또는 ii) 금융기관 또는 전자금융업자에 대한 수취인의 추심지시(추심이체) 중 어느 하나에 해당하는 방법으로 자금을 이체하는 것을 말한다.<sup>12)</sup> 여기서 전자자금이체의 유형에는 메일뱅킹이나 휴대전화 자금이체 등이 있다.

둘째, 「전자금융거래법」상의 “전자화폐”란 이전 가능한 금전적 가치가 전자적 방법으로 저장되어 발행된 증표 또는 그 증표에 관한 정보로서 i) 대통령령이 정하는 기준 이상의 지역 및 가맹점에서 이용될 것, ii) 제14호 가목(발행인 외의 제3자로부터 재화 또는 용역을 구입하고 그 대가를 지급하는데 사용될 것)의 요건을 충족할 것, iii) 구입할 수 있는 재화 또는 용역의 범위가 5개 이상으로서 대통령령이 정하는 업종 수 이상일 것, iv) 현금 또는 예금과 동일한 가치로 교환되어 발행될 것, v) 발행자에 의하여 현금 또는 예금으로 교환이 보장될 것이라는 요건이 모두 충족되어야 한다.<sup>13)14)</sup> 따라서, 「전자금융거래법」상의 전자화폐는 이전 가능한 금전적 가치가 전자적 방법으

10) 다만, 동법은 모든 전자금융거래에 적용하면서도 이용자간의 거래에 영향이 없고 기술발전에 따라 탄력적인 대응이 필요한 금융기관 및 전자금융업자간의 전자금융거래에 대해서는 당사자간 협약으로 규율하고 동 법률의 적용을 배제할 수 있도록 하고 있다.

11) 전자금융거래법 제2조제2호.

12) 전자금융거래법 제2조제12호.

13) 전자금융거래법 제2조제15호.

14) 이와 관련하여 2008. 10. EU집행위원회는 기존 지침(Directive 2000/46/EC)의 전자화폐 정의를 수정한 전자화폐 관련지침 개정(안)을 EU의회와 이사회에 제출한 바 있다. 이 개정(안)에서는 전자화폐 정의를 ‘발행자에게 청구할 수 있는 금전적 가치로 (a) 자금의 수취에 대해 발행하고 전자적으로 가치를 저장할 것, (b) 지급거래를 위해 사용할 것 (c) 발행자 이외의 제3자에 의해 지급결제수단으로 인정될 것’이라는 요건을 제시하고 있다. 한국은행(금융결제국), “EU의 전자화폐 관련지침 개정(안)”, 「지급결제정보」, 제2008-11호, 2008. 5면.

로 저장되어 발행된 증표 또는 그 증표에 관한 정보로서 환급성과 범용성이 보장되는 결제수단을 의미하게 된다.<sup>15)</sup> 이처럼 전자화폐의 법적 성질이 유가증권과 유사하다는 점에서 현행 「전자금융거래법」은 형법상 유가증권에 관한 죄를 전자화폐의 경우에도 동일하게 적용하고 있다.<sup>16)</sup> 따라서 행사할 목적으로 전자화폐를 위조·변조한 경우에는 형법 제214조(유가증권의 위조등)가, 행사할 목적으로 타인의 자격을 모용하여 전자화폐를 작성(발행)한 경우에는 형법 제215조(자격모용에 의한 유가증권의 작성)가, 행사할 목적으로 허위의 전자화폐를 작성(발행)하거나 전자화폐에 허위사항을 기재한 때에는 형법 제216조(허위유가증권의 작성등)가, 위조·변조·작성(발행) 또는 허위기재한 전3조 기재의 전자화폐를 행사하거나 행사할 목적으로 수입 또는 수출한 때에는 형법 제217조(위조유가증권등의 행사등)가 각각 적용될 것이다.

셋째, “직불전자지급수단”이란 이용자와 가맹점간에 전자적 방법에 따라 금융회사의 계좌에서 자금을 이체하는 등의 방법으로 재화 또는 용역의 제공과 그 대가의 지급을 동시에 이행할 수 있도록 금융회사 또는 전자금융업자가 발행한 증표(자금을 유통받을 수 있는 증표를 제외) 또는 그 증표에 관한 정보를 말한다.<sup>17)</sup> 대표적인 직불전자지급수단에는 직불카드가 있는데, 여기서 직불카드(Debit card)란 고객이 은행에서 발급 받은 직불카드로 물품이나 서비스를 구입하면 그 대금이 즉시 판매점의 단말기와 카드 발급은행의 주전산기를 통하여 고객의 예금계좌에서 인출되어 판매자의 예금계좌로 자동이체 되는 카드를 말하며 현금지급과 동일한 효과가 있으므로 EFT/POS(Electronic Funds Transfer at the Point of Sales)라고도 부른다.<sup>18)</sup> 그런데 이러한 직불카드는 현금자동지급기(CD), 현금자동예입기(AD), 현금자동예입지급기(ATM) 등 자동화기기에 한정되어 사용할 수 있는 현금카드와 달리 가맹점 등에서도 사용할 수 있다는 점에서 현금카드와 구별된다.

넷째, “선불전자지급수단”이란 이전 가능한 금전적 가치가 전자적 방법으로 저장되어 발행된 증표 또는 그 증표에 관한 정보로서 i) 발행인(대통령령이 정하는 특수관계인을 포함한다) 외의 제3자로부터 재화 또는 용역을 구입하고 그 대가를 지급하는데 사용되고, ii) 구입할 수 있는 재화 또는 용역의 범위가 2개 업종 이상인 것을 말한다(다만, 전자화폐는 제외).<sup>19)</sup> 그런데, 이러한 선불전자지급수단(선불카드) 개념정의에 의

15) 집적형 전자화폐는 은행이나 전용충전기를 통해 전자화폐인 카드에 전자적인 방식으로 기록한 후 원하는 상품이나 서비스 대금을 지불한다. 따라서, 전자화폐의 카드상에 저장된 액수 이상을 지불할 수 없다는 것이 전자화폐가 신용카드와 다른 점이다. 유용봉, “네트워크형 전자화폐의 권한남용과 불법사용”, 「한국경찰학회보」, 제5권 제2호(통권 제6호), 한국경찰학회, 2003, 128면.

16) 전자화폐는 「형법」 제214조 내지 제217조에 정한 죄의 유가증권으로 보아 각 그 죄에 정한 형으로 처벌한다(전자금융거래법 제49조제3항).

17) 전자금융거래법 제2조제13호.

18) 나승성, “전자금융거래의 현황과 전자금융거래법”, 「월간하나금융」, 3월호, 하나금융경영연구소, 2007. 3, 25면.

19) 전자금융거래법 제2조제14호.

하면 전자화폐나 전자상품권과의 개념상 명확한 구별이 쉽지 않게 된다.<sup>20)</sup> 결국, 전자상품권, 선불카드, 전자화폐의 구별은 정책적인 판단에 의할 수밖에 없고, 그 정책적 판단기준으로 “범용성과 환급성의 차이”를 들 수 있다. 즉, 선불카드는 상품권보다 범용성이 높지만, 전자화폐보다는 범용성과 환급성이 낮다고 이해된다.<sup>21)</sup>

끝으로, “전자지급결제대행”이라 함은 전자적 방법으로 재화의 구입 또는 용역의 이용에 있어서 지급결제정보를 송신하거나 수신하는 것 또는 그 대가의 정산을 대행하거나 매개하는 것을 말한다.<sup>22)</sup> 이러한 전자지급결제대행서비스(Payment Gateway, PG)는 사용되는 지급수단을 기준으로 신용카드 PG, 계좌이체 PG, 통신과금서비스(유·무선 전화결제)가 대표적이며 이외에도 다양한 PG서비스가 존재한다. 그 밖에 「전자금융거래법」에서는 전자채권의 개념<sup>23)</sup> 및 관리에 관하여도 규율하고 있다.

### 3. 금융기관 및 전자금융업자의 의무와 책임

한편, 앞에서 살펴본 새로운 유형의 전자지급거래 등 전자금융거래에 있어 금융기관 및 전자금융업자는 어떠한 의무와 책임을 부담하는지 간략히 살펴보기로 한다.

#### (1) 접근매체의 선정과 사용 및 관리의무

“접근매체”란 전자금융거래에 있어서 거래지시를 하거나 이용자 및 거래내용의 진실성과 정확성을 확보하기 위하여 사용되는 수단 또는 정보를 말한다.<sup>24)</sup> 이러한 접근매체의 예로는 i) 전자식 카드 및 이에 준하는 전자적 정보, ii) 「전자서명법」 제2조 제4호의 전자서명생성정보 및 같은 조제7호의 인증서, iii) 금융기관 또는 전자금융업자에 등록된 이용자번호, iv) 이용자의 생체정보, 그리고 i), ii)의 수단이나 정보를 사용하는데 필요한 비밀번호가 있다. 그런데, 금융기관 또는 전자금융업자는 전자금융거래를 위하여 전술한 접근매체를 선정하여 사용 및 관리하고 이용자의 신원, 권한 및 거래지시의 내용 등을 확인하여야 할 의무가 있으며<sup>25)</sup> 접근매체를 발급할 때에는 이용자의 신청이 있는 경우에 한하여 본인임을 확인한 후에 발급하여야 한다.<sup>26)</sup>

20) 따라서, 선불전자지급수단은 실무상 선불형 소액결제수단 또는 전자화폐라고 지칭되고는 있지만 이는 부적합한 표현이라고 할 것이다. 손진화, “선불전자지급수단의 법률문제”, 「전자금융의 법적 과제(II)」, 한국법제연구원, 2002, 52면.

21) 나승성, 앞의 글, 25면.

22) 전자금융거래법 제2조 제19호.

23) 전자금융거래법 제2조 제16호.

24) 전자금융거래법 제2조 제10호.

25) 전자금융거래법 제6조 제1항.

26) 전자금융거래법 제6조제2항 본문.

## (2) 거래내용 확인의무

금융기관 또는 전자금융업자는 이용자가 전자금융거래에 사용하는 전자적 장치를 통하여 거래내용을 확인할 수 있도록 하여야 한다.<sup>27)</sup> 또한 이용자가 거래내용을 서면(전자문서 제외)으로 제공할 것을 요청하는 경우에는 그 요청을 받은 날부터 2주 이내에 거래내용에 관한 서면을 교부하여야 한다.<sup>28)</sup>

## (3) 오류의 정정의무

이용자는 전자금융거래에 오류가 있음을 안 때에 그 금융기관 또는 전자금융업자에게 이에 대한 정정을 요구할 수 있고, 금융기관 또는 전자금융업자는 오류의 정정요구를 받은 때에는 이를 즉시 조사하여 처리한 후 정정요구를 받은 날부터 2주 이내에 오류의 원인과 처리 결과를 대통령령으로 정하는 방법에 따라 이용자에게 알려야 한다. 또한 금융기관 또는 전자금융업자가 스스로 전자금융거래에 오류가 있음을 안 때에는 이를 즉시 조사하여 처리한 후 오류가 있음을 안 날부터 2주 이내에 오류의 원인과 처리 결과를 대통령령으로 정하는 방법에 따라 이용자에게 알려야 한다.<sup>29)</sup>

## (4) 전자금융거래 사고에 있어서의 책임

금융기관 또는 전자금융업자는 접근매체의 위조나 변조로 발생한 사고, 계약체결 또는 거래지시의 전자적 전송이나 처리과정에서 발생한 사고<sup>30)</sup>로 인하여 이용자에게 손해가 발생한 경우에는 그 손해를 배상할 책임을 진다.<sup>31)</sup>

그러나, 사고 발생에 있어서 “이용자의 고의나 중대한 과실이 있는 경우”로서 그 책임의 전부 또는 일부를 이용자의 부담으로 할 수 있다는 취지의 약정을 미리 이용자와 체결한 경우(전자금융거래에 관한 약관에 기재된 것에 한한다)에는 그 책임의 전부 또는 일부를 이용자가 부담하게 할 수 있다.<sup>32)</sup> 다만, 종래 인터넷뱅킹 해킹사고에 있어 해킹행위를 통해 접근매체를 취득한 후 해킹행위자가 무권한이체를 한 경우에 이를 ‘접근매체의 위조’로 볼 수 있는지 문제되었다. 왜냐하면 ‘접근매체의 위조’로 볼 경우 금융기관 또는 전자금융업자는 제9조에서 규정한 사고로서 ‘무과실책임’을 져야하지만, 접근매체의 위조가 부정될 경우에는 접근매체의 분실·도난(제10조) 등으로 보아 ‘이용

27) 전자금융거래법 제7조제1항.

28) 전자금융거래법 제7조제2항.

29) 전자금융거래법 제8조.

30) 현행 전자금융거래법은 금융회사 등이 책임을 지는 경우인 ‘사고’에 대해 접근매체의 위조나 변조로 인한 사고 등 세 가지로 열거하고 있다. 맹수석, 앞의 논문, 16면.

31) 전자금융거래법 제9조제1항.

32) 전자금융거래법 제9조제2항제1호.

자로부터 접근매체의 분실이나 도난 등의 통지를 받은 때부터)과실책임'으로 책임이 한정될 여지가 있어 실익이 존재하기 때문이다.<sup>33)</sup> 그런데 이에 대하여는 i) 법률상 비밀번호도 접근매체로 인정하고 있지만 비밀번호의 위조는 고려하기 힘들다는 점, ii) 행위자가 불법취득한 접근매체를 활용하여 인터넷뱅킹 서비스를 이용하여 무권한 이체를 했더라도 그러한 거래지시에 관한 전자문서 작성이 형법상 사전자기록위작죄(제232조의2)에 해당되는 것은 별론으로하고 그 전자문서 작성에 사용된 접근매체를 위조(위조의 작출행위)하였다고 보기는 어렵고 오히려 접근매체를 부정사용했다고 보아야 한다는 점에서 위 사례를 '접근매체의 위조'로 평가하기는 곤란하였다.

다만, 이러한 문제에 따라 2013년 5월 22일 개정 「전자금융거래법」에서는 제9조제1항제3호를 마련하여 “전자금융거래를 위한 전자적 장치 또는 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조제1항제1호에 따른 정보통신망에 침입하여 거짓이나 그 밖의 부정한 방법<sup>34)</sup>으로 획득한 접근매체의 이용으로 발생한 사고”의 경우에도 제9조의 손해배상 대상으로 명문화하였다.

#### (5) 접근매체의 분실 및 도난 책임

금융기관 또는 전자금융업자는 이용자로부터 접근매체의 분실이나 도난 등의 통지를 받은 때에는 그 때부터 제3자가 그 접근매체를 사용함으로써 인하여 이용자에게 발생한 손해를 배상할 책임을 진다.<sup>35)</sup> 다만, 선불전자지급수단이나 전자화폐의 분실 또는 도난 등으로 발생하는 손해로서 대통령령이 정하는 경우<sup>36)</sup>에는 예외로 한다.

33) 물론 이 경우에 입법자의 입법취지와 접근매체 정보의 문서성(文書性) 인정 및 작성(작출)행위를 인정하여 접근매체의 위조를 긍정하는 주장이 있기는 하였다. 김시흥, “인터넷뱅킹 해킹 사고와 손해배상책임”, 고려대 석사학위논문, 2010, 93-100면.

34) 제3호에 '그 밖의 부정한 방법'이라는 일반적 규정이 새로 추가되어 개정 전에 비해 이용자의 주장 및 증명 책임이 다소 완화된 것으로 평가되고 있지만, '그 밖의 부정한 방법'에 대해 이용자가 여전히 사고의 유형을 구체적으로 제시하여 증명하여야 한다는 점은 동일하다. 또한 '전자적 장치 또는 정보통신망에 침입'이라는 가해자의 행위 유형이 한정되어 있어 사고의 모든 유형을 포섭하지 못하는 한계가 있다고 한다. 한승수, “전자금융거래사고에 있어서 배상 책임에 관한 소고”, 「법학연구」, 제18집 제2호, 인하대 법학연구소, 2015, 153면; 맹수석, 앞의 논문, 15면 각주 15번.

35) 전자금융거래법 제10조.

36) 전자금융거래법 시행령 제9조 참조.

### Ⅲ. 접근매체 불법획득·사용자에 대한 형사처벌 분석

#### 1. 접근매체 불법획득·사용행위에 대한 형사처벌 규정

전술한 바와 같이 전자화폐를 발행하는 금융기관 또는 전자금융업자는 전자화폐를 발행할 경우 접근매체에 식별번호를 부여<sup>37)</sup>하여야 하며 전자금융거래를 위하여 접근매체를 선정하여 사용 및 관리할 의무를 부담한다.<sup>38)</sup> 나아가 직불전자지급수단이나 선불전자지급수단 등을 이용한 전자금융거래에 있어 접근매체는 전자금융거래의 거래지시수단이면서 거래내용의 진실성과 정확성을 담보한다는 점에서 무엇보다 전자금융거래의 정확성, 신뢰성, 안전성을 확보하기 위해서는 접근매체의 부정사용을 방지할 필요가 있게 된다.

(1) 이에 따라, 현행 「전자금융거래법」은 i) 접근매체를 위조하거나 변조한 자, ii) 위조되거나 변조된 접근매체를 판매·알선·판매·수출 또는 수입하거나 사용한 자, iii) 분실되거나 도난된 접근매체를 판매·알선·판매·수출 또는 수입하거나 사용한 자, iv) 전자금융기반시설 또는 전자금융거래를 위한 전자적 장치에 침입하여 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 접근매체를 획득하거나 획득한 접근매체를 이용하여 전자금융거래를 한 자, v) 강제로 빼앗거나, 횡령하거나, 사람을 속이거나 공갈하여 획득한 접근매체를 판매·알선·판매·수출 또는 수입하거나 사용한 자에 대하여 “7년 이하 징역 또는 5천만원 이하 벌금”의 법정형으로 형사처벌<sup>39)</sup>하고 있다.

나아가 동법은 접근매체의 부정거래자도 처벌하고 있는데, 예컨대 i) 접근매체를 양도하거나 양수한 자, ii) 제6조제3항제2호<sup>40)</sup> 또는 제3호<sup>41)</sup>를 위반하여 접근매체를 대여받거나 대여한 자 또는 보관·전달·유통한 자, iii) 질권설정자 또는 질권자, iv) 접근매체의 양도·양수, 대여, 질권설정을 알선한 자는 “3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금”으로 처벌<sup>42)</sup>하고 있다.

(2) 한편 실제 법원 판결을 통해 나타나는 「전자금융거래법」 위반에 따른 형사처벌 사례는 아직까지 판례가 충분히 축적되지 않아 대부분 전화금융사기(보이스피싱)에 사용할 목적으로 대포통장을 불법거래하는 등 접근매체의 불법양도·양수행위가 주를 이루고 있다.<sup>43)</sup> 그런데, 이처럼 전화금융사기<sup>44)</sup>에 사용될 현금카드를 제공한 접근매체

37) 전자금융거래법 제16조제1항.

38) 전자금융거래법 제6조제1항.

39) 전자금융거래법 제49조제2항.

40) 대가를 수수(授受)·요구 또는 약속하면서 접근매체를 대여받거나 대여하는 행위 또는 보관·전달·유통하는 행위를 의미한다.

41) 범죄에 이용할 목적으로 또는 범죄에 이용될 것을 알면서 접근매체를 대여받거나 대여하는 행위 또는 보관·전달·유통하는 행위를 의미한다.

42) 전자금융거래법 제49조제4항.

43) 예컨대 대법원 판결로는 피고인이 동일한 일시, 장소에서 양도한 수개의 전자매체에 관한 행위에 대해 접근매체 양도죄는 각각의 접근매체마다 1개의 죄가 성립하는 것이고, 다만 위

양도자에 대해 「전자금융거래법」 위반죄로 처벌함은 별론으로 하고, 예금통장의 양도나 대여행위도 동법에 따라 처벌할 수 있는지 문제된다. 다시 말해 ‘예금통장’이 동법에 따른 접근매체에 해당하는지 문제될 수 있는데, 이와 관련하여 접근매체는 개념상 전자금융거래에 있어서 거래지시를 하거나 이용자 및 거래내용의 진실성과 정확성을 확보하기 위한 수단이라는 점에서 “전자금융거래 기능이 포함된 예금통장에서 접근매체로서 기능을 하는 것은 그 통장에 부착된 마그네틱 띠”<sup>45)</sup>이므로, 만일 제3자에게 전자금융거래를 할 수 있도록 마그네틱 띠가 부착된 예금통장을 빌려준 경우라면 접근매체의 대여에 해당하고, 이와 달리 단지 예금통장에 기재된 계좌번호가 포함된 면을 촬영하도록 허락한 것에 지나지 않는다면 접근매체의 대여에 해당하지 않다고 할 것이다.

(3) 더불어 접근매체(대포통장) 양도자를 (전화금융)사기의 방조죄로 처벌할 수 있는지 여부도 문제된다. 이와 관련하여 일부 하급심 판례<sup>46)</sup>에 의하면, “피고인들이 양수도하는 예금통장 등이 범죄행위에 사용되리라는 점을 인식하거나 예견하였을 가능성을 배제할 수 없다. 그러나 점조직 형태로 행해지는 전화금융사기의 범행형태를 감안하더라도, 피고인들이 양도한 예금통장 등이 결과적으로 전화금융사기범죄에 이용되어 사기방조의 죄책을 지게 된다면, 양도한 예금통장 등이 사용된 모든 전화금융사기범죄에 대해 방조의 죄책을 질 수 밖에 없고 논리적으로는 무한대의 전화금융사기범죄 또는 피고인들이 사기방조죄로 처벌된 후에 행해진 전화금융사기범죄에 대해서도 다시 사기방조의 죄책을 부담하게 되므로, 사기방조의 인정에 대해서는 신중을 기할 수밖에 없다”고 하면서 “피고인들이 미필적으로라도 인식 또는 예견한 범위는 대포통장의 거래 또는 사용 자체에 대한 위법사실이거나 추상적인 범죄성립의 막연한 가능성에 그치고 이를 넘어 정범에 의해 실현되는 전화금융사기범행에 대해서까지 이른다고 보기 어렵다”고 보아 (전화금융)사기의 방조죄를 부정한 바 있다.<sup>47)</sup>

---

와 같이 수개의 접근매체를 한꺼번에 양도한 행위는 하나의 행위로 수개의 전자금융거래법 위반죄를 범한 경우에 해당하여 각 죄는 상상적 경합관계에 있다고 해석함이 상당하다고 판시한 판례(대법원 2010.3.25. 선고 2009도1530 판결)가 있고, 하급심 판례로는 피고인이 2007. 1. 22.경 서울시 ㅇㅇ구 ㅇㅇ동 소재 ㅇㅇ은행 ㅇㅇ상가지점에서 ㅇㅇ은행 통장 및 현금카드를 성명불상자에게 교부하여 전자금융거래 접근 매체인 현금카드를 양도하였다는 점에서 전자금융거래법 위반죄로 처벌(춘천지방법원 원주지원 2007. 10. 16. 선고 2007고단506 판결)하였다거나 통장과 현금카드를 만들어 주면 금원을 제공하겠다는 제안에 승낙한 피고인이 다수인으로부터 통장과 현금카드를 양수한 후 전자금융거래에 사용되는 접근매체(통장 및 현금카드 각각 89개)를 양수한 날 바로 부산역에서 광명역으로 KTX특송화물편을 이용하여 양도한 행위에 대해 전자금융거래법 위반죄(접근매체 양도·양수죄)로 처벌(부산지방법원 동부지원 2009. 3. 17. 선고 2009고단104 판결)한 바 있다.

44) 전화금융사기에 대한 대응실태 및 각국의 대응방안에 대해서는 국회입법조사처, “전화금융사기 대응책의 현황 및 개선방안”, 「현안보고서」, 제34호, 2009, 11-20면 참조.

45) 대법원 2017. 8. 18. 선고 2016도8957 판결.

46) 춘천지방법원 원주지원 2007. 10. 17. 선고 2007고단497, 2007고단501(병합) 판결.

47) 즉 대포통장의 양도자를 (전화금융)사기의 방조죄로 처벌할 수 있지만, 본 사건의 경우는 피

그러나, ① 방조죄의 방조행위는 정범의 실행행위를 용이하게 하는 직접, 간접의 모든 행위를 가리키는 것<sup>48)</sup>으로서 시간적으로 정범의 실행행위와 동시에 있었거나, 실행 중에 우연히 있었거나, 실행행위 이전에 있었거나를 불문한다.<sup>49)</sup> 따라서, 전화금융사기 범행을 위하여 대포통장을 먼저 제공한 행위도 정범의 범행을 용이하게 하는 행위라는 점에서 방조행위로 평가할 수 있고, ② 다만, 방조범의 고의는 정범의 실행을 방조한다는 이른바 방조의 고의와 정범의 행위가 구성요건에 해당하는 행위인 점에 대한 정범의 고의가 있어야 하며, 이 때 정범의 고의는 정범에 의하여 실현되는 범죄의 구체적 내용을 인식할 것을 요하는 것은 아니고 미필적 인식<sup>50)</sup> 또는 예견으로 족하다.<sup>51)</sup>

그런데 앞서 춘천지방법원은 방조범 성립에 있어 정범의 고의 성립문제를 지적하면서 당해 사건에 있어서 피고인들에게 정범(전화금융사기)의 고의가 없어 사기방조죄의 성립을 부정하였다. 그러나 고의는 내심의 사실이므로 피고인이 이를 부정하는 경우에는 사물의 성질상 이와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 이때 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하여 정하여야 한다.<sup>52)</sup> 이런 점에서 위 사건의 피고인들이 정범의 고의를 부정하는 경우라도 위 사건 증거들에 따르면 피고인들에게 정범의 구체적 범죄내용(전화금융사기)에 대한 확정적 고의가 있었다고 평가할 수는 없겠지만 적어도 간접사실<sup>53)</sup>에 의할 때 정범의 전화금융사기에 대한 미필적 인식 또는 예견이 있었다고 판단되므로 방조범 성립에 필요한 ‘정범의 고의’ 성립에 있어 “정범에 의하여 실현되는 범죄의 미필적 인식 또는 예견으로 족하다”는 종래의 대법원 입장에 따라 사기의 방조가 인정될 수 있다고 해석된다.

(4) 나아가 접근매체(대포통장) 양도자를 사기의 방조죄로 처벌할 수 있는 경우에 있

---

고인들에게 방조범 성립에 필요한 고의가 부정되어 처벌할 수 없다는 것이다.

48) 대법원 2010. 3. 25. 선고 2008도4228 판결.

49) 정성근·박광민, 「형법총론」, 삼지원, 2009, 578면.

50) 대법원 2008. 1. 18. 선고 2007도8781 판결. 마찬가지로 정범의 범행계획, 실행방법이나 정범이 누구인지 알 필요도 없고, 정범이 실현할 범죄의 본질적 요소를 인식하면 족하다는 견해로 정성근·박광민, 앞의 책(형법총론), 576면 참조.

51) 대법원 2010. 2. 25. 선고 2008도4844 판결.

52) 대법원 2008. 9. 11. 선고 2006도4806 판결.

53) 예컨대, ① 피고인 임○○은 중국에 있는 사람으로부터 속칭 대포통장을 가급적 많이 만들어 달라는 연락을 받고, 피고인 장○○에게 한국인의 대포통장을 만들어달라고 부탁하였으며, 피고인 장○○은 피고인 두○○에게, 피고인 두○○은 이○○, 김○○, 이○○에게 순차적으로 대포통장을 만들어달라고 부탁한 점, ② 피고인 두○○은 이○○, 이○○, 김○○에게 통장 개설시 신청서나 예금통장에 연락처를 남기지 말고, 통장 매도 확인전화가 오면 매도하지 않았다고 답하라는 주의를 주기도 한 점, ③ 피고인 두○○은 피고인 장○○로부터, 피고인 장○○은 피고인 임○○으로부터 예금통장은 단 한 번만 사용되니 그 후로는 사용정지를 해도 된다는 말을 들었던 점, ④ 피고인들은 예금통장과 현금카드 외에도 예금통장 명의인의 주민등록번호까지 전해 주었던 점 등을 들 수 있다.

어서 접근매체 양도자가 사기이용계좌로 송금된 피해자의 돈을 임의로 인출한 경우에 횡령죄를 구성하는지 문제된다. 그런데 사기(보이스피싱)의 범인이 피해자를 기망하여 피해자의 돈을 송금·이체받았다면 편취행위는 기수가 된 것이고, 피해자와의 관계에서 어떠한 위탁 또는 신임관계가 존재하지 않는 이상 인출행위는 사기의 피해자에 대하여 따로 횡령죄를 구성하지 아니하며, 이는 자신 명의 계좌의 접근매체를 양도하여 사기범행을 방조한 종범이 사기이용계좌로 송금된 피해자의 돈을 인출한 경우에도 마찬가지라고 할 것이다.<sup>54)</sup>

## 2. 「전자금융거래법」상의 형사처벌 규정의 문제점

동법은 접근매체를 사용하지는 않았지만 접근매체의 취득행위 자체의 불법성 및 전자금융거래질서의 안전성을 침해하는 취득행위를 처벌하고 있다고 볼 수 있다. 예컨대, 접근매체를 위조하거나 변조한 행위나 전자금융기반시설 또는 전자금융거래를 위한 전자적 장치에 침입하여 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 접근매체를 획득한 행위 등이 그러하다. 그런데 법 제49조제2항제5호의 “강제로 빼앗거나, 횡령하거나, 사람을 속이거나 공갈하여 획득한 접근매체”에 대해서는 그 취득행위의 불법성에도 불구하고 처벌규정이 없다는 문제점이 있다. 왜냐하면 ① 동 규정은 오로지 “강제로 빼앗거나, 횡령하거나, 사람을 속이거나 공갈하여 획득한 접근매체”를 “판매·알선·판매·수출 또는 수입하거나 사용”하여야 기수 처벌을 할 수 있기 때문이다. 나아가 ② 동법상의 미수범 처벌규정<sup>55)</sup>도 “접근매체를 강제로 빼앗거나, 횡령하거나, 사람을 속이거나 공갈하여 획득한 행위”에 대해서는 적용하지 않고 있다. 물론 ③ “강제로 빼앗거나 공갈하여 획득한 행위”의 불법성에는 폭행 또는 협박의 요소가 존재하므로 형법상 폭행죄나 협박죄 구성요건해당성이 인정될 경우 그러한 행위의 처벌은 형법을 통해서도 가능하다고 볼 수도 있다. 그러나 접근매체 취득을 위해 “횡령하거나 사람을 속인 행위”는 여기서의 “접근매체의 재산성”이 인정되지 않는 한, 별도로 형법상 횡령죄나 사기죄로 처벌할 수 있는 것은 아니다. 왜냐하면, 재물로서의 접근매체가 아닌 “정보”로서의 접근매체의 경우에는 유체물이 아닐 뿐만 아니라 그 경제적 교환가치를 인정하기도 쉽지 않아 재산죄의 객체로 보기 어렵기 때문이다. 예컨대 접근매체의 거래에 대해 현행 「전자금융거래법」은 이를 정면으로 금지하고 있고, 법적으로 인정되는 범위 내에서의 경제적 가치를 재산상의 이익으로 이해하는 법률적·경제적 재산설<sup>56)</sup>에 의할 경우에도 불법거래를 통해 접근매체를 취득한 때에는 재산상 이익으로 보기 어렵게 되며, 또한

54) 대법원 2017. 5. 31. 선고 2017도3045 판결.

55) 전자금융거래법 제49조(벌칙) ⑥ 제1항제1호·제2호 및 제3호와 제2항제1호·제2호 및 제4호의 미수범은 처벌한다.

56) 법률적·경제적 재산설에 대한 자세한 내용은 김일수·서보학, 「형법각론」, 박영사, 2007, 424면; 박상기, 「형법각론」, 박영사, 2008, 324면; 이형국, 「형법각론」, 법문사, 2007, 421면 참조.

법적 측면을 고려하지 않고 경제적 교환가치로만 재산을 판단하는 경제적 재산설<sup>57)</sup>에 의하더라도 본인만 사용가능한 정보로서 접근매체 자체는 ‘경제적 교환가치’를 인정할 수 없기 때문에 마찬가지로 재산으로 보기 어렵다고 해석된다.

따라서 “횡령하거나, 사람을 속여 획득한 접근매체”와 같이 취득과정의 불법성이 있는 행위에 대한 대처를 위해서도 「전자금융거래법」 제49조제2항제5호의 행위에 대한 미수범 처벌규정을 신설할 필요가 있다.

#### IV. 사례분석

##### 1. 관련 법원판례 개요

###### (1) 공소사실의 요지

피고인 김○○는 2000. 10.경부터 현재까지 충북 ○○군 ○○면 ○○리 000에 있는 ○○○○○○조합에서 창구 직원으로 근무하는 자이고, 피고인 ○○○○○○조합(이사장 박○○)은 조합원으로부터의 예탁금 및 적금의 수납 등 신용사업을 목적으로 설립된 법인이다. 피고인 김○○는 2008. 12. 26. ○○○○○○조합창구 내 피고인의 자리에서 조합원 전○○으로부터 금융신규거래 신청을 받지 아니하였음에도, 전자금융거래를 하기 위하여 ○○○○조합 금융거래프로그램(CUTS)이 내장된 컴퓨터를 이용하여 전자금융거래에 필요한 조합원 전○○의 개인 정보, 비밀번호 등을 자기식 띠가 부착된 신용협동조합 통장에 임의로 입력하여 접근매체를 획득한 후, 획득한 접근매체를 이용하여 조합원 전○○에게 배당된 운전자 보험 해약환급금 181,590원을 송금받아 위 조합 직원 4명이 개설한 상조회 통장(계좌번호 0-000000-0000, 명의자 ‘○○’)으로 50,000원, 조합원 전○○ 명의 통장(계좌번호 00000-00-000000)으로 131,590원을 계좌 이체하여 전자금융거래를 하였다.(조합의 양벌규정 적용부분은 제외)<sup>58)</sup>

57) 다수설인 경제적 재산개념에 대한 자세한 내용은 이재상, 「형법각론」, 박영사, 2012, 298면; 임웅, 「형법각론」, 법문사, 2006, 258면; 정성근·박광민, 「형법각론」, 삼지원, 2008, 322면 참조.

58) 공소사실에 대한 적용법조는 (구)전자금융거래법 제49조 제1항 제4호이다. (구)전자금융거래법 제49조 제1항제4호에서는 “전자금융거래를 위한 전자적 장치 또는 「정보통신망이용 촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조제1항제1호의 규정에 따른 정보통신망에 침입하여 허위 그 밖의 부정한 방법으로 접근매체를 획득하거나 획득된 접근매체를 이용하여 전자금융거래를 한 자”에 대하여 7년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금의 법정형으로 형사처벌하였다. 그러나 주의할 것은 현행법에서는 “전자금융기반시설 또는 전자금융거래를 위한 전자적 장치에 침입하여 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 접근매체를 획득하거나 획득한 접근매체를 이용하여 전자금융거래를 한 자”라는 문구로 변경되어 있다(제49조제2항제4호).

(2) 법원의 판단

가. 제1심 법원의 판단<sup>59)</sup>

정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제48조는 이 사건 구성요건 중 접근매체의 획득 이전 단계인 정보통신망으로의 침입 부분만을 따로 떼어 ‘누구든지 정당한 접근권한 없이 또는 허용된 접근권한을 넘어 정보통신망에 침입하여서는 아니 된다.’고 규정하고 있다. 그런데 정보통신망에 접근권한 없는 자가 정상적인 방법으로 정보통신망에 접속할 수는 없으므로, 위 규정은 접근권한 없는 자가 접근권한 없는 자에 대한 접속차단 시스템을 무력화하는 특정 도구나 방법을 사용하여 정보통신망에 접속할 것을 전제로 하고 있다고 보인다. 따라서 위 규정에 의하면 정보통신망으로의 침입이란 정당한 접근권한 없는 자 또는 제한된 접근권한을 가진 자가 해킹프로그램 등 위계 또는 불법한 방법을 사용하여 관리자의 의사에 반하여 정보통신망에 접속하는 것을 뜻하는 것으로 해석하여야 한다...(중략)...피고인 김○○는 피고인 ○○○○○○조합의 직원으로서 언제라도 공소사실 기재 정보통신망에 접근할 수 있는 권한을 갖고 있던 자임을 알 수 있는바, 위 피고인이 정당한 권한에 의하여 항시 위 정보통신망에 접속하여 자신의 업무를 처리하여 왔던 이상, 평상시와 같이 정보통신망에 접속하였으나 단지 그 업무의 내용이 명의자의 동의 없이 예금계좌를 개설한 것이라는 이유만으로, 그러한 행위를 위한 정보통신망의 사용만을 따로 떼어 정보통신망에 대한 침입이라고 단정할 수는 없다...(중략)...따라서 정보통신망에 접근할 권한이 있는 금융기관 내부 종사자가 고객의 동의 없이 고객의 정보를 입력하여 고객 명의의 접근매체를 생성하는 행위에 관하여 민사상 불법행위 책임을 묻거나 다른 형벌 조항을 적용하여 처벌하는 것은 별론으로 하고, 이를 정보통신망에 침입하여 부정한 방법으로 접근매체를 획득한 것으로 보아 이 사건 구성요건에 해당한다고 보는 것은 형벌법규를 지나치게 확대하여 해석하거나 유추해석하는 것으로서 허용될 수 없다고 할 것이므로, 피고인 김○○의 이 사건 공소사실을 전자금융거래법위반으로 의율할 수는 없다.

나. 항소심 법원의 판단<sup>60)</sup>

전자금융거래법에서 말하는 접근매체는 위 각 조항에서 보는 바와 같이 이용자가 금융기관 종사자와 직접 대면하지 않고 금융기관 자체의 내부 전산망이 아닌 다른 전자적 장치를 사용하여 자동화된 방식으로 이용하는 금융거래에 있어서 거래지시를 하는 수단 또는 정보인데, 이 사건 통장 등은 단지 해약환급금을 입금시키기 위하여 만

59) 청주지방법원 2009. 9. 29. 선고 2009고정688 판결.

60) 청주지방법원 2010. 2. 11. 선고 2009노1149 판결.

들어진 통상적인 통장과 그 계좌 입출금에 필요한 비밀번호에 지나지 않아 그 자체만으로는 전자금융거래를 할 수 있는 기능이 들어 있지 않다. 그런데 위 통장 관련 계좌에 관하여 추가로 CD/ATM 신청을 하지 않았고, 그에 따라 이 사건 통장 등으로는 은행창구에서 입출금 및 통장정리만 가능할 뿐 앞서 본 전자적 장치를 통한 거래는 할 수 없다...(중략)...그렇다면 이 사건 통장 등으로 전자금융거래를 하는 것은 현실적으로 불가능하여 이를 전자금융거래법에서 말하는 접근매체라고 볼 수는 없다고 할 것이다. 따라서 이 사건 통장 등이 전자금융거래의 접근매체에 해당한다는 것을 전제로 하는 이 사건 공소사실은 범죄로 되지 않거나 범죄의 증거가 없는 경우에 해당하므로 형사소송법 제325조에 의하여 피고인들에 대하여 각 무죄를 선고하여야 할 것이다.(이하 생략)

#### 다. 대법원의 판단<sup>61)</sup>

전자금융거래법 제2조는 제10호에서 “‘접근매체’라 함은 전자금융거래에 있어서 거래지시를 하거나 이용자 및 거래내용의 진실성과 정확성을 확보하기 위하여 사용되는 수단 또는 정보를 말한다.”고, 제7호에서 “‘이용자’라 함은 전자금융거래를 위하여 금융기관 또는 전자금융업자와 체결한 계약에 따라 전자금융거래를 이용하는 자를 말한다.”고, 제17호에서 “‘거래지시’라 함은 이용자가 전자금융거래계약에 따라 금융기관 또는 전자금융업자에게 전자금융거래의 처리를 지시하는 것을 말한다.”고 각 규정하고 있는바, 위 각 규정의 내용과 법이 ‘전자금융거래의 법률관계를 명확히 하여 전자금융거래의 안전성과 신뢰성을 확보함’을 그 목적으로 하고 있는 점(제1조) 등을 종합하여 보면, 법 제2조 제10호 소정의 ‘접근매체’라고 하기 위해서는 전자금융거래계약의 체결이 전제되어야 한다고 봄이 상당하다.(이하 생략)

## 2. 법원판결에 대한 평가

본 사건의 쟁점은 공소사실에 따른 피고인의 행위가 (구)전자금융거래법 제49조제1항 제4호(현행 제49조제2항제4호)에 위반하는지 여부에 놓여 있다. 그런데 본 사건의 해결을 위해서는 위 「전자금융거래법」 위반죄의 구성요건에 포함된 “접근매체”와 “정보통신망 침입” 등의 의미해석에 따라 본 죄의 성립여부가 달라질 수 있다는 점에서 각 구성요건요소에 대한 법률적 검토가 필요하게 된다.

(1) 공소사실에 따르면, 피고인은 타인명의(전OO)의 계좌를 개설하고 ‘개인정보, 비밀번호 등이 내장된 자기띠가 붙은 통장’과 비밀번호를 만들어 조합원인 전OO에게 배당된 운전자보험 해약환급금을 그 계좌로 입금하였다. 따라서 이 경우 권한없이 타인명

61) 대법원 2010. 5. 27. 선고 2010도2940 판결.

의의 통장과 비밀번호를 만든 피고인을 검사의 주장처럼 「전자금융거래법」 위반으로 처벌하기 위해서는 그 통장과 비밀번호가 「전자금융거래법」 상의 “접근매체”에 해당되어야 한다. 특히 이 사건에서 보는 바와 같이 피고인은 통장관련 계좌에 대해 CD/ATM 신청을 하지 않았고, 따라서 이 통장 등으로는 은행창구에서 입출금 및 통장 정리만 가능했다고 판단되므로 동법 상의 전자금융거래가 불가능했다고 볼 수 있다. 그런데, 이 사건에 대한 제1심판결은 이 때의 통장과 비밀번호가 「전자금융거래법」 상의 “접근매체”에 해당하는지 여부에 대해 판단하지 않고, 오히려 접근매체에 해당함을 전제로 하여 피고인의 행위가 「전자금융거래법」 제49조제1항제4호의 “정보통신망 침입”에 해당하지 않는다거나 “허위 또는 부정한 방법”에 해당하지 않고 접근매체의 획득으로도 볼 수 없다는 이유로 무죄를 선고하였다.

그러나, 「전자금융거래법」 상의 “접근매체”는 “전자금융거래에 있어서” 거래지시를 하거나 이용자 및 거래내용의 진실성과 정확성을 확보하기 위하여 사용되는 수단 또는 정보<sup>62)</sup>를 말하고, “전자금융거래”란 금융기관 또는 전자금융업자가 “전자적 장치를 통하여” 금융상품 및 서비스를 제공하고, 이용자가 금융기관 또는 전자금융업자의 종사자와 “직접 대면하거나 의사소통을 하지 아니하고 자동화된 방식으로” 이를 이용하는 거래<sup>63)</sup>를 의미하기 때문에 앞에서 검토한 바와 같이 “전자금융거래 기능을 갖춘” 마그네틱 띠가 부착된 예금통장은 동법상의 접근매체에 해당한다고 볼 수 있다. 그러나 본 사건의 통장 등과 같이 단순히 은행창구에서 거래가 가능할 뿐 전자금융거래가 불가능한 것은 전자금융거래법에서 규율하는 접근매체에 해당한다고 보기 어렵다. 따라서, 항소심 및 대법원 판결의 논지는 타당하고, 반면 이를 간과한 제1심 법원의 판결은 부당하다고 본다.

(2) 또한, 앞서 제1심 법원<sup>64)</sup>이 피고인의 행위가 (구)전자금융거래법 제49조제1항제4호의 “정보통신망 침입”에 해당하지 않는다고 한 판단에서도 “정보통신망 침입”에 관한 법리오해를 하고 있다고 본다. 왜냐하면 「전자금융거래법」에서는 ‘정보통신망 침입’에 대한 명시적인 개념정의를 하고 있지 않지만, 손해배상책임과 관련하여 「정보통신망법」 제2조제1항제1호에 따른 정보통신망 침입을 규정<sup>65)</sup>하고 있고, 위 범죄대상인 ‘전자금융기반시설’의 개념에도 「정보통신망법」 제2조제1항제1호에 따른 정보통신망을 포함<sup>66)</sup>하고 있는 전체 취지를 종합해 볼 때, 이때의 정보통신망 침입은 「정보통신망법」상의 정보통신망 침입행위를 의미한다고 볼 것이다. 그런데 「정보통신망법」 제48조제1항에서는 “누구든지 정당한 접근권한 없이 또는 허용된 접근권한을 넘어 정보통신망에 침입하여서는 아니 된다”고 하여 애초에 접근권한이 없는 자 뿐만 아니라 허용된

62) 전자금융거래법 제2조제10호.

63) 전자금융거래법 제2조제1호.

64) 청주지방법원 2009. 9. 29. 선고 2009고정688 판결.

65) 전자금융거래법 제9조제1항제3호.

66) 전자금융거래법 제2조제21호.

접근권한자라도 그 허용범위를 넘어 범죄목적 등 불법하게 접근한 경우에는 정보통신망 침입행위가 된다고 해석된다. 따라서, 제1심 법원의 논거처럼 피고인이 평소에 정보통신망에 접근할 권한이 있었다는 사실은 위 정보통신망 침입을 부정할 결정적 사유는 될 수 없다.

또한 제1심 법원은 위 규정의 정보통신망 침입이 “접근권한 없는 자가 접근권한 없는 자에 대한 접속차단 시스템을 무력화하는 특정 도구나 방법을 사용하여 정보통신망에 접속할 것을 전제로 하고 있다”고 하면서 “정당한 접근권한 없는 자 또는 제한된 접근권한을 가진 자가 해킹프로그램 등 위계 또는 불법한 방법을 사용하여 관리자의 의사에 반하여 정보통신망에 접속하는 것을 뜻하는 것으로” 해석하여 “명의자의 동의 없이 예금계좌를 개설한 것이라는 이유만으로, 그러한 행위를 위한 정보통신망의 사용만을 따로 떼어 정보통신망에 대한 침입”은 아니라고 판단하고 있다. 그러나 동 법조가 “접속차단시스템을 무력화하는 특정 도구나 방법을 사용하여 정보통신망에 접속할 것을 전제”로 한다고 판단한 점은 수긍하기 어렵다. 왜냐하면, 「정보통신망법」의 전신인 「전산망보급확장과이용촉진에관한법률」에서 “누구든지 불법 또는 부당한 방법으로 제1항의 규정에 의한 보호조치(전산망의 안정성 및 정보의 신뢰성을 확보하기 위한 보호조치)를 침해하거나 훼손하여서는 아니된다”고 규정한 것과 달리, 2001년 전부 개정된 「정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률」에서는 위 규정을 대신하여 “누구든지 정당한 접근권한 없이 또는 허용된 접근권한을 초과하여 정보통신망에 침입하여서는 아니된다”고 규정하여 현재에 이르고 있다. 따라서 현행 법률에 따르면 “접속차단시스템 등 보호조치의 침해·훼손(무력화)과 관계없이” 정당한 접근권한 없이 또는 허용된 접근권한을 초과하여 정보통신망에 침입하면 본 죄가 성립한다고 보아야 한다. 따라서 본 사건의 피고인과 같이 설사 평소 시스템 접근권한이 있는 조합 직원이라고 하더라도 명의자의 동의 없이 예금계좌를 개설하고 불법적으로 전OO에게 배당된 해약환급금을 이체하기 위해 정보통신망(조합 금융거래프로그램, CUTS)에 접속·사용한 경우(허용된 접근권한 초과)에도 ‘정보통신망 침입’에 해당한다고 보아야 한다.

## V. 개선시사점

지금까지 수행한 ‘접근매체 부정사용행위에 대한 형사책임’과 관련된 조항분석 및 사례분석을 통해 아래와 같이 「전자금융거래법」 위반행위에 대한 해석론 및 개선 시사점을 도출할 수 있었다.

첫째, 동법상의 ‘접근매체’는 거래지시를 하거나 이용자 및 거래내용의 진실성과 정확성을 확보하기 위하여 사용되는 수단 또는 정보로서, “전자금융거래 기능을 갖춘 것”을 의미한다고 보아야 한다. 따라서 은행창구에서 입출금 및 통장정리만 가능한 예금통장의 경우에는 「전자금융거래법」상의 접근매체에 해당하지 않지만, 반대로 전자금

용거래(CD, ATM 등) 기능을 갖춘 마그네틱 띠가 부착된 예금통장은 동법상의 접근매체에 해당한다.

둘째, 「전자금융거래법」 제49조제2항제5호의 “횡령하거나, 사람을 속여 획득한 접근매체”와 관련하여 ① 이를 “판매알선·판매·수출 또는 수입하거나 사용”하여 기수 처벌을 하는 것 이외에 취득과정의 불법성에도 불구하고 미수범 처벌규정이 없고, ② 접근매체의 재산성이 인정되지 않는 한, 별도로 형법상 횡령죄나 사기죄로 처벌하기 어렵다는 점에서 위 「전자금융거래법」 제49조제2항제5호의 행위에 대한 미수범 처벌규정의 신설이 요구된다.

셋째, 접근매체의 불법획득·사용과 관련하여 「전자금융거래법」상 “정보통신망 침입”의 의미는 「정보통신망법」상의 정보통신망 침입과 마찬가지로 정당한 접근권한 없이 정보통신망에 침입하는 행위뿐만 아니라 “허용된 접근권한을 초과하여” 침입하는 행위도 포함되며, 이 경우 “접속차단시스템 등 보호조치의 침해·훼손(무력화)과 관계없이” 정당한 접근권한 없이 또는 허용된 접근권한을 초과하여 정보통신망에 침입하면 현행 「전자금융거래법」 제49조제2항제4호의 ‘침입’에 해당한다고 보아야 한다. 다만 본 죄는 “전자금융기반시설 또는 전자금융거래를 위한 전자적 장치에 침입하여 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 접근매체를 획득하거나 획득한 접근매체를 이용하여 전자금융거래를 한 자”를 기수범으로 처벌하고 있고, 미수범도 처벌하고 있으므로 만일 전자금융기반시설 또는 전자적 장치에 부정침입하였으나, 시스템 관리자의 보안설정으로 접근매체를 획득하지 못했거나 획득한 접근매체를 이용해 전자금융거래를 하지 못한 경우라면 본 죄의 미수범으로 처벌할 수 있을 것이다.

넷째, 위 경우에 「정보통신망법」상 정보통신망 침입죄의 법정형이 ‘5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금’<sup>67)</sup>인 반면, 정보통신망의 침입을 넘어 “거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 접근매체를 획득하거나 획득한 접근매체를 이용하여 전자금융거래를 한 행위”에 대해서는 “7년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금”<sup>68)</sup>으로 법정형을 규정하고 있는데, 특히 벌금형과 관련하여 「전자금융거래법」 제49조제2항제4호 위반죄의 경우 「정보통신망법」상의 정보통신망 침입죄를 넘는 불법성이 존재한다는 점에서 「전자금융거래법」 제49조제2항제4호 위반죄의 벌금형 부분을 다소 상향 조정할 필요도 있다.

끝으로, 접근매체의 불법획득·사용행위에 대한 형법적 대응과 관련하여, 접근매체의 양도자를 「전자금융거래법」 위반으로 처벌하는 것과 별도로, ① 자신이 양도한 접근매체가 (전화금융사기)범죄행위에 사용되리라는 점을 인식하거나 미필적 인식 또는 예견한 경우라면 (전화금융)사기의 방조죄가 성립될 수 있으며, ② 다만 이 경우 양도자가 사기이용계좌로 송금된 피해자의 돈을 임의로 인출한 경우 피해자와의 관계에서 위탁

67) 정보통신망법 제71조제1항제9호.

68) 전자금융거래법 제49조제2항제4호.

또는 신임관계가 존재하지 않는 이상, 그러한 인출행위가 별도로 횡령죄를 구성하지 않는 것으로 해석하는 것이 타당하다.

## VI. 결론

최근 4차 산업혁명 등 정보통신기술의 발전에 따라 인터넷뱅킹, 모바일뱅킹이나 핀테크<sup>69)</sup>와 같은 고도화된 금융서비스가 나타나고 있다. 이처럼 점점 증가하는 전자금융서비스는 금융소비자에게 다양한 혜택을 제공하고, 우리나라 금융산업의 발전에도 기여할 것으로 기대된다. 하지만 이와 동시에 해킹, 악성코드 전달·유포와 같은 고도화된 기술을 이용한 부정한 전자지급거래 시도 등 타인의 재산에 대한 탈취행위가 발생할 가능성이 있기 때문에 거래안전과 신뢰확보를 위한 전자금융거래 질서를 체계적으로 구축할 필요가 있다.

이에 따라, 현행 「전자금융거래법」은 전자금융거래에 있어 필수적인 접근매체를 보호하고 이용상의 안전성을 강화함으로써 전자금융거래 관련범죄에 대처하고 있다. 하지만 그동안 접근매체의 불법취득 및 사용과 관련해서는 전화금융사기(보이스피싱)를 범할 목적으로 행한 대포통장 및 현금카드의 양도·양수행위가 주를 이루고 있어 여전히 전자금융거래와 관련된 다양한 사례가 축적되어 있지 못한 상황이다. 그러나 향후 정보통신기술의 발전과 함께 정보통신망을 이용한 다양한 「전자금융거래법」 위반사례가 나타날 가능성이 높아 이에 대비한 형사처벌 가능성과 법리의 개발이 시급한 때라고 할 것이다. 이런 점에서 접근매체 불법취득·사용 등 「전자금융거래법」 위반자의 형사처벌 가능성에 대한 법적 평가를 시도해 보고 그 법해석 방향 및 개선 시사점을 도출하여 제도개선에 있어 하나의 단서를 제공하였다는 점에서 이 글의 의미를 찾을 수 있지 않을까 한다.

69) 핀테크는 금융과 ICT 기술이 융합하여 기존보다 낮은 비용과 효율적 서비스로 더 높은 고객 가치를 만들어내는 사업을 통칭한다. 광관훈, “핀테크 관련 국내법제의 현황과 과제”, 「강원법학」, 제49권, 강원대 비교법학연구소, 2016. 10, 262면.

## [참고문헌]

### 1. 단행본

- 김일수.서보학, 「형법각론」, 박영사, 2007.  
금융감독원, 「전자금융감독규정 해설」, 2007.  
박상기, 「형법각론」, 박영사, 2008.  
이재상, 「형법각론」, 박영사, 2012.  
이형국, 「형법각론」, 법문사, 2007.  
임 용, 「형법각론」, 법문사, 2006.  
정성근.박광민, 「형법총론」, 삼지원, 2009.  
정성근.박광민, 「형법각론」, 삼지원, 2008.

### 2. 논문

- 곽관훈, “핀테크 관련 국내법제의 현황과 과제”, 「강원법학」, 제49권, 강원대 비교법학 연구소, 2016.10.  
김시흥, “인터넷뱅킹 해킹사고와 손해배상책임”, 고려대 석사학위논문, 2010.  
국회입법조사처, “전화금융사기 대응책의 현황 및 개선방안”, 「현안보고서」, 제34호, 2009.  
국회 재정경제위원회, “전자금융거래법안 심사보고서(국회의안정보시스템)”, 2006.4.  
나승성, “전자금융거래의 현황과 전자금융거래법”, 「월간하나금융」, 3월호, 하나금융경영연구소, 2007.3.  
맹수석, “IT금융거래와 금융소비자보호방안 - 전자금융거래법 제9조를 중심으로 -”, 「법학연구」, 제29권 제1호, 충남대 법학연구소, 2018.2.  
손진화, “선불전자지급수단의 법률문제”, 「전자금융의 법적 과제(Ⅱ)」, 한국법제연구원, 2002.  
유용봉, “네트워크형 전자화폐의 권한남용과 불법사용”, 「한국경찰학회보」, 제5권 제2호(통권 제6호), 한국경찰학회, 2003.  
한국은행(금융결제국), “EU의 전자화폐 관련지침 개정(안)”, 「지급결제정보」, 제 2008-11호, 2008.  
한승수, “전자금융거래사고에 있어서 배상 책임에 관한 소고”, 「법학연구」, 제18집 제 2호, 인하대 법학연구소, 2015.

[Abstract]

## Penal Responsibility related to the Illegal Acquisition and Use of Means of Access Under the Electronic Financial Transactions Act

Chul-Ha Kang\*

With the development of information and communication technology and diversification of financial service, electronic financial transactions such as internet banking and mobile banking are often used in our lives. To secure safe and trustworthy transactions in increasing electronic financial transactions, legislative action about unique legal relations of electronic financial transactions while systematically ruling the order of electronic financial transactions is necessary so that Electronic Financial Transactions Act has enacted and enforced.

In particular, this act has considerable rules about electronic financial transactions such as issuing of electronic money, pre-paid electronic payment token, and direct electronic payment, and regarding this, there may be crimes of extorting other people's possessions like illegal electronic financial transactions using highly developed technologies including hacking and distribution of malignant code. Accordingly, the current Electronic Financial Transactions Act protects necessary means of access in terms of electronic financial transactions and intensifies safety of the use to prevent electronic financial transactions crimes.

Therefore, in order to protect the means of access and to prevent illegal use, this paper reviews the legal analysis of related clauses and case analysis (court precedent), and suggests for improvement of penal responsibility related to the illegal use of means of access.

### <Key words>

electronic financial transactions, The Electronic Financial Transactions Act, tele-financial fraud, means of access, information communications network

---

\* Director of Research, Korean Legal Institute for ICT, Ph.D. in Law



## 경영판단의 법칙의 우리 민형사법 내 수용여부에 대한 소고

강인원\*

### 논문요지

미국, 독일 등의 판례에서 발달한 경영판단의 원칙을 우리나라에도 도입하자는 논의가 지속되어오다가 최근 발의된 상법 일부개정법률안에서 동 원칙을 우리 상법에 명문화하자는 내용이 포함되었다. 동 개정법률안에서 따르면 이사의 경영판단행위는 일정한 요건 충족을 전제로 적법 추정을 받게 되고 이에 대항하고자 하는 자가 이사의 행위의 위법성을 입증하여 이를 번복시켜야 한다.

위와 같은 경영판단의 원칙의 기저에는 이사가 회사에 대하여 고도의 주의의무와 충실의무를 부담하는 반면 그의 경영상 판단에 대하여는 폭넓게 재량권을 인정하고 경영전문가인 이사의 판단을 가급적이면 존중해주어야 한다는 논리가 깔려 있다.

지난 수년간 우리 상법은 소수주주의 권리를 강화하기 위하여 회계장부열람권, 이사에 대한 손해배상청구권, 주주총회 소집청구권, 대표소송 등을 규정하고 이사의 선관주의의무에 이어 충실의무까지 규정하기에 이른다. 그러나 현실적으로 이들 소수주주의 권리는 이사의 불법행위가 어느 정도 입증되어야 행사가 가능한 반면, 소수주주의 정보 접근가능성은 여전히 제한적임을 부인할 수 없다.

이러한 상황 하에서 이사의 경영상 판단에 적법성까지 추정하게 되면 이들 소수주주의 권리행사는 더욱 요원해질 것이다.

또한 상법 일부개정법률안에서 상법상 배임죄 부분에 단서를 신설하여 이사의 경영판단행위가 적법추정을 받는 사정을 참작하게 하자는 것인데, 이는 과실에 의한 불법행위책임의 제한 논리로 발전되어 온 경영판단의 원칙을 고의범인 배임죄의 판단에 적용시키자는 것으로서 논리적으로 배치됨을 부인할 수 없다. 상법에서 형법상 배임죄의 판단 관련 참작요소를 언급하는 것도 법률 체계상 문제가 있다고 생각된다. 경영판단의 원칙을 우리 민형사법 체계에 수용함을 검토함에 있어서는 상기 문제점들이 충분히 고려되어야 한다고 본다.

**검색용 주제어:** 경영판단의 원칙, 이사의 주의의무, 성실의무, 소수주주, 배임죄, 과실책임, 대표소송

· 논문접수: 2018.7.12. · 심사개시: 2018.07.17. · 게재확정: 2018.07.30.

\* 사법시험 44회 합격, 연수원 34기, 現 수출입은행 사내변호사, '17. 10. 미국 일리노이주 변호사 자격 득

## I. 들어가며

최근('18.5.15자) 상법 일부개정법률안이 발의되었는데 그 주요내용 중 하나로 미국, 독일 등에서 도입된 경영판단의 법칙('Business Judgement Rule')을 도입하자는 내용이 포함되어 있다<sup>1)</sup>. 이미 대법원 판례 등에서 경영판단의 법칙을 해석상 인용하고 있기는 하나, 이사의 행위에 정당성을 추정하고 이에 대항하고자 하는 자가 오히려 그 부정당성을 입증하여야 하는 미국 등의 경영판단의 법칙의 취지가 현재로서는 제대로 실현되지 못하고 있다<sup>2)</sup>는 이유에서이다.

경영판단의 법칙에 대한 도입 논의는 크게 이사의 회사에 대한 손해배상책임이라는 민사적 측면과 해당 이사에 대한 배임죄 처벌이라는 형사적 측면에서 논의되어 왔는데, 연혁적으로는 전자가 먼저 이루어졌다고 볼 수 있으나 최근에는 후자에 대한 논의도 비교적 활발히 진행되고 있다.

이에 본고에서는 위 민형사적 측면에 대한 그간의 논의를 되돌아보고 민사적 문제와 관련된 상법 일부개정법률안에 대한 필자의 생각, 그리고 형사적 측면에서의 경영판단의 법칙의 수용 필요성에 대한 필자의 시각을 밝히고자 한다.

## II. 민사적 측면에서의 이사의 회사에 대한 손해배상책임과 경영판단의 법칙

### 가. 현행 상법상 이사의 손해배상책임 관련

이사는 회사에 대한 관계에서 민법상 수임인의 지위에 있으므로(상법 제382조 제2항), 회사에 대하여 선량한 관리자의 주의로서 업무를 처리하여야 한다(민법 제681조). 그런데 이사는 일반적인 사무처리의 수임자 이상으로 위임인에 해당하는 회사의 상무를 광범위하게 처리하는 반면, 이에 대한 회사의 관리감독은 사실상 철저하게 이루어지는 어렵다. 회사의 경영 자체가 중요사항에 대하여는 이사들의 모임인 이사회 의결을 통해 이루어지고 있고, 대부분의 상무는 대표이사를 통해 이루어지며, 회사의 소유자에 해당하는 주주가 이사들의 업무를 일일이 간섭하는 것은 아니기 때문이다.

---

1) 윤상직 의원이 대표 발의한 상법 일부개정법률안(의안번호 13575, 2018. 5. 15자 발의)은 경영판단의 법칙을 상법 제382조(이사의 선임, 회사와의 관계 및 사외이사) 제2항에 단서로 “다만, 이사가 충분한 정보를 바탕으로 이해관계를 갖지 아니하고 회사의 이익을 위하여 합리적으로 행동하는 것으로 믿고 행한 경영상의 판단에 대하여는 선량한 관리자의 주의의무를 다한 것으로 본다.”를 신설하고, 상법 제622조(발기인, 이사 기타의 임원등의 특별배임죄) 제1항에 단서로 “다만, 제382조제2항 단서에 해당하는 경영상의 판단에 대하여는 별하지 아니한다.”를 신설하는 것을 제안하고 있다.

2) 윤상직의원, 위 상법 일부개정법률안, p.2 참조.

이에 회사법은 주식회사의 이사에 대한 감독이라는 차원에서 감사라는 기관을 둠과 동시에 이사의 회사에 대한 선량한 관리자의 주의의무 등을 선언하고, 일정한 경우 이사가 회사 등에 대하여 민사상 손해배상책임을 지도록 제도화하고 있다. 특히 이사의 회사에 대한 책임과 관련해서는 1998년 상법 개정을 통해 이사의 충실의무라는 개념을 도입하였다<sup>3)</sup>. 사실 충실의무라는 개념은 영미의 회사법상 신인의의무(fiduciary duty)와 이를 받아들인 일본 상법의 충실의무를 우리가 받아들인 것인데<sup>4)</sup>, 충실의무가 선량한 관리자의 주의의무와 별개의 개념인지 여부에 대하여는 학설의 대립이 있다<sup>5)</sup>.

어찌되었든 이사가 이들 선량한 관리자의 주의의무와 충실의무를 위반할 경우 회사에 대하여 민법상 채무불이행 또는 불법행위의 법리에 따라 손해배상책임을 지게 되는데(민법 제390조, 제750조), 특별히 이사의 수임인으로서의 지위를 고려하여 우리 상법은 이사의 손해배상책임이라는 규정을 따로 두고 있다. 동 규정에 따르면 이사가 '고의 또는 과실로 법령 또는 정관에 위반한 행위'를 하거나 '그 임무를 게을리한 경우' 회사에 대하여 손해를 배상하여야 하는데(상법 제399조 제1항), 동 손해배상책임은 이사의 고의 또는 과실을 전제로 하고 있기 때문에 기본적으로 과실책임으로 해석되고<sup>6)</sup>, 다만 특별 규정의 성격이 고려되어 불법행위책임이 아닌 채무불이행책임으로서 10년의 소멸시효에 걸리는 것으로 해석되고 있다<sup>7)</sup>.

그런데 동 책임이 불법행위책임이 아닌 채무불이행책임으로 해석되더라도, 이사에게 손해배상책임을 추궁하는 데에는 몇 가지 문제가 예상된다. 이사의 선관주의의무 등 위반사실이 명백히 밝혀졌다고 하더라도 원고는 손해배상책임을 구성요건 중 '상당한 과관계<sup>8)</sup>'를 입증해야 하고, 경우에 따라서는 과실상계도 고려해야 한다<sup>9)</sup>. 특히 후자의 경우 원고의 과실이 피고인 이사의 그것과 동일한 정도일 것까지 요구되지는 않는다는 것이 다수의 견해이자 대법원의 태도로 해석되는 만큼<sup>10)</sup>, 실제 이사에 대한 손해배상책임을 추궁하는 데에는 법논리상으로도 제약사항이 존재한다고 보인다. 개인인 이사에게 손해배상책임을 법원의 판결 등을 통해 확정되더라도 실제 이를 실행하는 데에 있어서 책임재산의 다과 등으로 현실적 어려움이 존재함은 물론일 것이다.

3) 대법원은 몇몇 판례에서 '선관주의의무 내지 충실의무'라는 표현을 사용하여 양 개념을 크게 구별하지는 않는 듯하다(대법원 2004. 5. 13. 선고 2002도7340 판결, 대법원 2007. 10. 11. 선고 2007다34746 판결 등)

4) 정동윤, 「주석 상법 : 회사 IV(제5판)」, 한국사법행정학회, 2014.12.31., p.214

5) 정동윤, 전계서, p.215

6) 정동윤, 전계서, p.360

7) 대법원 1985. 6. 25. 선고 84다카1954 판결, 대법원 2006. 8. 25. 선고 2004다24144 판결 등

8) 김용담, 「주석 민법 : 채권총칙(2)」, 한국사법행정학회, 2014.1.31., p.833

9) 과실상계는 상법과 같은 특별법상의 채무불이행책임에 관하여도 적용되기 때문이다. 이상 김용담, 전계서, p.859

10) 김용담, 전계서, p.867-868

## 나. 경영판단의 법칙과 이사의 민사적 책임 제한

이사의 회사업무집행에 대한 주의의무 위반 여부에 대한 판단은 주로 좋지 못한 결과에 대한 책임추궁 과정에서 사후적으로 이루어지게 되는데, 경영이라는 것이 기본적으로 해당 사업분야의 전문적 지식과 경험을 배경으로 하는 만큼, 경영에 대한 비전문가인 법원이 사후적으로 해당 주의의무 위반 여부를 판단하는 것이 옳은 것인가가 문제된다.

이에 대하여 미국의 경우 오래전부터 주판례상으로 확립되어 온 경영판단의 법칙을 적용하여 일정한 요건이 인정됨을 전제로 이사의 책임을 묻지 않는 법리를 발전시켰다<sup>11)</sup><sup>12)</sup><sup>13)</sup>. 전통적으로 경영판단의 법칙은 선의로써 행하였으나 과실이 개입됨으로서 발생한 경영판단에 대해, 회사 및 주주들에 대한 책임에 대응하기 위한 논리로 이용되어 왔다.

경영판단의 법칙은 일반적으로 이사가 그 권한 범위 내의 경영사항에 관하여 합리적인 근거를 바탕으로 성실하게 그리고 회사의 최선의 이익으로 신뢰하여 독자적인 판단을 하였다면 그 판단으로 인하여 결과적으로 회사에 손해를 입었다고 하더라도 법원은 이사에게 손해배상책임을 묻지 않는 법리라고 정의된다<sup>14)</sup>.

경영판단의 법칙이 적용되면 해당 이사는 회사 및 주주들에 대한 자신의 의무를 모두 이행한 것으로 추정되기 때문에, 이를 다투고자 하는 주주는 위와 같은 추정을 번복시켜야 하는 입증책임을 갖게 된다. 물론 위 추정이 번복되면 이사로서도 자신의 행위가 공정한 업무수행이었음을 입증해야 한다.

다만 미국의 경우 연방차원에서의 회사법 규제는 최소한에 그치고 각 주에서 성문법 및 주판례를 통해 동 법칙의 적용 요건을 다르게 요구하고 있는데<sup>15)</sup>, 영향력 측면에서는 미국 델라웨어주 회사법(Delaware General Corporation Law) 및 모델회사법(Model Business corporation Act), 그리고 미국의 법률협회가 제정한 회사의 지배구조에 관한 원칙('Principles of Corporate Governance : Analysis and

---

11) 홍복기, “미국에 있어서 경영판단의 법칙과 이사의 책임”, 연세법학 제6집(1984년), p.135  
12) 미국 판례에서 경영판단의 법칙이 수용된 사례 중 “Smith v. Van Gorkom 488 A.2rd 858 (Del. 1985)”는 가장 중요한 케이스로 인정되는데, 동 케이스에서 델라웨어 주 대법원은 이사들의 중대한 과실에 따른 의무위반시 경영판단의 법칙으로 보호받지 못한다고 판단하였다. 이상 Bernard S Sharfman, *The Enduring legacy of Smith v. Van Gorkom*, Del.J.Corp.L. Vol33 (2008), p.287 참조.  
13) 위 법칙은 미국 뿐만 아니라 캐나다, 잉글랜드 및 웨일즈, 그리고 호주와 같은 보통법 체계의 국가들에도 존재한다.  
14) R. Franklin Balotti & Jesse A. Finkelstein, *The Delaware law of corporations and Business Organizations*, Aspen Law and Business(3rd), 1997. 11.  
15) Charles Hansen, *The Duty of Care, The Business Judgement Rule and The American Law institute Corporate Governance Project*, The Business Lawyer, Vol.48, No.4, 1993. 8.

Recommendation, 1992. 5. 13.’; 이하 ‘ALI 원칙’이라고 함)에서 동 원칙에 관해 정하고 있는 내용들이 참고할 만하다. 이하 각 상술하고자 한다.

#### (1) 미국 델라웨어주 회사법 중 경영판단의 법칙 관련

기본적으로 연방정부와 주정부의 이중 주권체계를 갖는 미국에서는 연방정부 차원의 회사법 규제는 필요최소한도에 그치고, 회사법의 실체를 이루는 대부분의 내용이 각 주정부에 유보되어 있다. 또한 미국에서는 회사의 본사 소재지에도 불구하고 회사 스스로 설립근거지법을 선택할 수 있는바, 20세기 이후 기업친화적인 내용의 회사법 체계를 구축한 델라웨어주 회사법이 설립근거지법으로 많이 활용되고 있다<sup>16)</sup>.

델라웨어주 회사법은 이사의 경영상 책임과 관련하여 선의로 행동하고 회사의 이사 또는 그 밖의 전문가들로부터 제공받은 제반 정보를 신뢰하여 행동하였다면 이사로서의 주의의무를 다한 것이라는 하여 이사의 책임을 상당히 제한하고 있다(델라웨어주 회사법 제141조 (e)항<sup>17)</sup>). 델라웨어주에서 이사의 경영판단에 대한 책임이 문제가 된 일련의 사례들에서도 ‘만일 이사가 제반 정보를 습득한 상태에서 선의로써 그것이 회사에 최대의 이익이 될 것이라는 믿음에 따라 내린 경영상 판단은 적법성이 추정된다’고 하면서, 이는 ‘회사의 궁극적인 경영자로서의 이사회의 역할을 보호하고 격려하기 위한 것’이라는 입장을 취하고 있다<sup>18)</sup>.

위와 같은 이사의 행위의 정당성에 대한 추정은 이에 대항하는 자가 해당 이사가 회사에 대한 신인의무나 충실의무를 위반한 사실 내지 악의로 행동하였음을 입증한 경우, 또는 해당 이사가 해당 거래에 대해 개인적인 이해관계를 가지고 있음이 밝혀지거나 독립성이 결여되었음을 입증하는 경우 반복된다고 한다<sup>19)</sup>.

#### (2) 미국 모델회사법 중 경영판단의 법칙 관련

미국 모델회사법(Model Business Corporation Act)은 미국 변호사 협회(American

---

16) S. Samuel Arsht, *A History of Delaware Corporation Law*, Delaware Journal of Corporate Law, 1976. p.6

17) Title 8 Corporations §141 (e) A member of the board of directors, or a member of any committee designated by the board of directors, shall, in the performance of such member’s duties, be fully protected in relying in good faith upon the records of the corporation and upon such information, opinions, reports or statements presented to the corporation by any of the corporation’s officers or employees, or committees of the board of directors, or by any other person as to matters the member reasonably believes are within such other person’s professional or expert competence and who has been selected with reasonable care by or on behalf of the corporation.

18) Irwin H. Warren, *Delaware’s Business Judgement Rule and Varying Standards of Judicial Review for Assessing Director Conduct in M&A Transactions*, Weil, Gotshal & Manges LLP New York, NY, 2007. 11., p.5

19) Ibid, p.6

Bar Association) 내 회사법 위원회가 제정하고, 아리조나, 플로리다, 일리노이 등 24 개주가 따르고 있는 미국 회사법의 기본을 정한 모델법이다<sup>20)</sup>.

모델회사법에서는 이사의 행위기준에 대하여, 선의로써 그리고 회사의 최상의 이익을 위한다는 합리적인 믿음을 가지고 행동하였을 것을 요구한다(모델회사법 제8.30(a) 참조<sup>21)</sup>). 또한 이사회회의 구성원으로서 이사 등은 특정 의사결정과 관련된 제반 정보를 제공받을 경우 유사한 상황 하에서 합리적이라 믿어지는 방식으로 행동하였을 경우 자신의 주의의무를 다한 것이 되며(모델회사법 제8.30(b)<sup>22)</sup>참조), 자신이 제공받은 정보가 신뢰성이 담보되지 않음을 알지 못하는 한 자신이 제공받은 정보 및 해당 정보를 제공한 다른 이어나 직원을 신뢰할 권한이 있다는 것이다(모델회사법 제8.30(c)(d)(e)<sup>23)</sup> 참조).

### (3) 미국의 법률협회 제정, 회사의 지배구조에 관한 원칙 상 경영판단의 법칙

경영판단의 법칙의 적용요건과 관련하여 미국 내 각주별 법원마다 다소 차이점이 있

---

20) Lucian Arye Bebchuk, *The Case for increasing Shareholder Power*, Harvard Law Review Vol. 118, No. 3, 2005. 1., p.844,855

21) 모델회사법 §8.30 (a) Each member of the board of directors, when discharging the duties of a director, shall act : (1) in good faith, and (2) in a manner the director reasonably believes to be in the best interest of the corporation.

22) 모델회사법 §8.30 (b) The members of the board of directors or a committee of the board, when becoming informed in connection with their decision-making function or devoting attention to their oversight function, shall discharge their duties with the care that a person in a like position would reasonably believe appropriate under similar circumstances.

23) 모델회사법 §8.30 (c) In discharging board or committee duties a director, who does not have knowledge that makes reliance unwarranted, is entitled to rely on the performance by any of the persons specified in subsection (e)(1) or subsection (e)(3) to whom the board may have delegated, formally or informally by course of conduct, the authority or duty to perform one or more of the board's functions that are delegable under applicable law. (d) In discharging board or committee duties a director, who does not have knowledge that makes reliance unwarranted, is entitled to rely on information, opinions, reports or statements, including financial statements and other financial data, prepared or presented by any of the persons specified in subsection (e). (e) A director is entitled to rely, in accordance with subsection (c) or (d), on: (1) one or more officers or employees of the corporation whom the director reasonably believes to be reliable and competent in the functions performed or the information, opinions, reports or statements provided; (2) legal counsel, public accountants, or other persons retained by the corporation as to matters involving skills or expertise the director reasonably believes are matters (i) within the particular person's professional or expert competence or (ii) as to which the particular person merits confidence; or (3) a committee of the board of directors of which the director is not a member if the director reasonably believes the committee merits confidence.

어 그 명확한 내용과 적용기준 등에 대한 통일이 요구되었고, 이에 미국법률협회에서 회사통치원칙 주의의무와 경영판단의 법칙에 대한 명문의 규정을 두고 그 개념과 적용 기준 등을 공식화하려는 시도를 하게 된다<sup>24)</sup>.

위 지배구조에 관한 원칙에 따르면, 기본적으로 이사는 회사의 최상의 이익에 부담된다고 합리적으로 믿고 통상의 사려깊은 자가 동일한 지위 및 유사한 상황 하에서 합리적으로 기대되는 주의로써 그 의무를 수행하여야 하지만(동 원칙 §4.01(a) 참조<sup>25)</sup>), 이사가 해당 경영판단과 관련하여 이해관계가 없고, 그 상황 하에서 적절하다고 합리적으로 믿을 정도로 이를 잘 알고 있고, 그것이 회사의 최상의 이익이 된다고 상당히 믿은 경우에는 자신의 의무를 다한 것으로 본다(동 원칙 §4.01(c) 참조<sup>26)</sup>). 또한, 이사의 의무위반행위를 주장하는 자는 이사의 주의의무 위반 사실 및 이에 따른 회사의 손실을 입증해야 할 책임이 있다(동 원칙 §4.01(d) 참조<sup>27)</sup>).

이를 분설하면, 경영판단의 법칙을 적용하기 위한 다른 조건은 갖추지 않았으나 이사가 회사와 이해관계가 없다면 기본적 기준인 주의의무기준(이른바 ‘reasonability standard’)이 적용되나, 경영판단의 법칙이 적용되는 경우 이사 등이 회사의 최상의 이익에 합치되는 경영판단을 했다고 실제로 상당하게 믿었는지 여부를 판단하는 상당성 기준(이른바 ‘rationality standard’)을 적용하게 되는데 후자의 기준이 전자의 기준을 보다 완화한 것으로 이해된다<sup>28)</sup>. 반면, 이사가 경영판단의 대상과 이해관계가 있

24) 최병규, 「미국법상 경영판단의 원칙과 우리나라에의 도입가능성」, 안암법학 Vol-No.12(2001), p.286

25) §4.01(a) A director or officer has a duty to his corporation to perform his functions in good faith, in a manner that he reasonably believes to be in the best interests of the corporation, and with the care that an ordinary prudent person would reasonably be expected to exercise in a like position and under similar circumstances. ... (1) This duty includes the obligation to make, or cause to be made, such inquiry as the director or officer reasonably believes to be appropriate under the circumstances. (2) In performing any of his functions (including his oversight functions), a director or officer is entitled to rely on materials and persons in accordance with §§4.02-03(reliance on directors, officers, employees, experts, other persons, and committees of the board).

26) §4.01(c) A director or officer who makes a business judgement in good faith fulfills his duty under this Section if : (1) he is not interested in the subject of his business judgement; (2) he is informed with respect to the subject of his business judgement to the extent he reasonably believes to be appropriate under the circumstances; and (3) he rationally believes that his business judgement is in the best interests of the corporation.

27) §4.01(d) A person challenging the conduct of a director or officer under this Section has the burden of proving a breach of duty of care [and the inapplicability of the provisions as to the fulfillment of duty under Subsection (b) or (c)], and the burden of proving that the breach was the legal cause of damage suffered by the corporation.

28) 강희갑, 「경영판단의 원칙에 관한 미국법의 최근동향」, 상사법 연구 제15권 제2호(1996), p.115 참조.

을 경우 공정거래의무(충실의무) 기준이 적용되어 해당 경영판단 및 이에 터잡은 거래에 대하여 더 이상 경영판단의 법칙이 작동하지 않고<sup>29)</sup>, 법원은 본질적인 공정성 심사를 하게 된다(이른바 ‘intrinsic fairness test’, 동 원칙 §5.02).

#### (4) 우리 판례에의 수용 여부

위와 같은 경영판단의 법칙을 우리 대법원이 수용하고 있는지 여부에 대하여는 아래 상술하는 바와 같이 이사의 주의의무 위반 여부 판단에 있어 경영판단의 특수성을 참작하는 정도에 그치고 있으며, 이사의 주의의무 이행에 대한 적법 추정력을 부여하고 있지는 않다.

상술하면 대법원은 이사의 경영판단이 문제된 사안에서 “임원이 한 대출이 결과적으로 회수곤란 또는 회수불능으로 되었다고 하더라도 그것만으로 바로 대출결정을 내린 임원에게 ... 선량한 관리자로서의 주의의무 내지 충실의무를 위반한 것이라고 단정할 수 없다(대법원 2011. 10. 13. 선고 2009다80521 판결)”고 하거나, “회사의 이사가 법령에 위반됨이 없이 관계회사에게 자금을 대여하거나 관계회사의 유상증자에 참여하여 그 발행 신주를 인수함에 있어서, ... 합리적으로 이용가능한 범위 내에서 필요한 정보를 충분히 수집·조사하고 검토하는 절차를 거친 다음, 이를 근거로 회사의 최대 이익에 부합한다고 합리적으로 신뢰하고 신의성실을 다하여 경영상의 판단을 내렸고, 그 내용이 현저히 불합리하지 않은 것으로서 통상의 이사를 기준으로 할 때 합리적으로 선택할 수 있는 범위 안에 있는 것이라면, ... 허용되는 경영판단의 재량범위 내에 있는 것이어서 회사에 대하여 손해배상책임을 부담한다고 할 수 없다(대법원 2011. 4. 14. 선고 2008다14633 판결)”고 한다.

최근에도 대법원은 비상장법인의 합병에 동의한 이사의 선관주의의무 위반 여부를 판단함에 있어서 “... 비상장법인 간 흡수 합병의 경우 소멸회사의 주주인 회사의 이사로서는 합병비율이 합병할 각 회사의 재산 상태와 그에 따른 주식의 실제적 가치에 비추어 공정하게 정하여졌는지를 판단하여야 회사가 합병에 동의할 것인지를 결정하여야 한다. ... 합병에 있어서 적정한 합병비율을 도출하기 위한 합당한 정보를 가지고 합병비율의 적정성을 판단하여 합병에 동의할 것인지를 결정하였고, 합병비율이 객관적으로 현저히 불합리하지 아니할 정도로 상당성이 있다면, 이사는 선량한 관리자의 주의의무를 다한 것이다.(대법원 2015. 7. 23. 선고 2013다62278 판결)”라고 하였다.

이를 요약하면, 대법원은 경영판단에 의하여 허용되는 재량 범위 내의 것으로 인정되는 경우에는 그 임원진은 회사에 대한 선량한 관리자의 주의의무 내지 충실의무를 다한 것으로 보고 있으며, 허용되는 재량 범위 내인지를 판단하기 위해 필요한 정보를 충분히 수집하고 조사하여 검토하는 절차를 거쳤는지, 이를 근거로 회사의 최대 이익

29) David J. Greene & Co. v. Dunhill Int'l, Inc., 249 A.2d 427, 430-31 (Del. Ch 1968).

에 부합한다고 합리적으로 신뢰하였는지, 경영판단의 내용의 현저히 불합리하지 아니한지, 경영판단 행위가 법령에 위반되지 않는지 등을 판단요소로 고려하고 있다<sup>30)</sup>.

#### 다. 경영판단의 법칙의 상법상 수용 필요성

##### (1) 경영판단의 법칙의 도입 관련 논의의 개략

이처럼 미국의 판례법 등을 통해 발전되어 온 경영판단의 법칙을 우리나라에도 도입하여야 한다는 주장은 이사의 책임을 강화하는 내용의 추세와 맞물려 함께 논의되어 왔다. 경영판단의 법칙의 도입을 찬성하는 주장은 ① 경영상 실패를 이사 개인의 책임 추궁 문제로 귀속시키는 것은 너무 가혹한 결과라는 점<sup>31)</sup>, ② 경영판단의 법칙 도입을 통해 이사의 경영판단에 대한 법원의 개입을 배제하고 대신 시장을 통해 경영자의 재량권을 견제함이 타당하다는 점<sup>32)</sup>, ③ 선의의 경영진에게 결과책임만을 추궁한다면 대단히 가혹하고 결과적으로 유능한 인재를 채용할 수 없는 상황을 초래할 것이라는 점<sup>33)</sup>, ④ 경영판단의 법칙 도입시 동 법칙이 내세우고 있는 요건이 사전적 효과로서 이사의 행위규범의 기능을 하고, 사후적 효과로서 법원의 재판규범을 제시하는 기능도 할 것이라는 점<sup>34)</sup>, ⑤ 오늘날 주식회사의 경영은 매우 복잡하고 전문적인 영역이며 경제계의 변동이나 기술의 진보에 따라 경영활동 결과를 예측하기 어려워 법률전문가인 법관이 경영전문가인 이사의 경영판단을 사후적으로 심사하여 과실유무를 판단하는 것이 용이하지 않다는 점<sup>35)</sup>, ⑥ 경영판단의 법칙을 도입함으로써 창출되는 효율성 증대의 효과는 궁극적으로 회사와 주주에게 더 많은 이익을 가져올 것이라는 점<sup>36)</sup> 등이다.

반면, 경영판단의 법칙의 도입을 반대하는 주장은 ① 미국에서 발달한 경영판단의 법칙은 소유와 경영의 분리를 전제로 하는 공개기업에 적용되는 법리인 반면 우리나라와 같이 폐쇄기업이 대부분인 실정에서는 경영판단의 법칙의 도입보다는 소수 주주의 보호를 위해 법원이 이사의 경영판단에 개입하여 심사할 필요가 있다는 점<sup>37)</sup>, ② 미국법상 경영판단의 법칙은 이사가 선의로 회사의 최선의 이익을 위해 행동하였다는 추정을

30) 문화경, 「우리나라 판례에 나타난 경영판단 원칙과 상법상 경영판단 원칙 도입의 필요성」, 동아법학 Vol. No.6(2013), 동아대학교 법학연구소 p.299 참조.

31) 김정호, 「주주대표소송의 경제학」, 자유기업센터, 1999, p.24-26

32) 김정호, 전개서 참조.

33) 윤보옥, 「미국 회사법에서의 이사의 의무와 경영판단의 법칙」, 비교사법(제7권 2호), 한국비교사법학회, 2000, p.374

34) 송인방, 「경영판단원칙의 상법에의 도입여부에 관한 검토」, 기업법연구(제5집), 한국기업법학회, 2000, p.393 이하

35) 정동운, 「회사법」, 법문사 2000, p.428 이하

36) 유진희, 「미국 회사법상 이사의 주의의무」, 서강법학연구 제3권, 서강대학교 법학연구소, 2001, p.140

37) 경익수, 「경영판단의 원칙의 적용에 대한 검토」, 현대상사법논집(1997), p.19; 권재열, 「미국법상 경영판단의 원칙의 동향에 관한 소고」, 법학연구(제15집), 한국법학회, 2004, p.411

통해 이사를 보호하자는 것인데, 이를 도입하게 되면 소수주주의 부담이 가중되고 그에 따른 비용부담까지 해야 한다는 점<sup>38)</sup>, ③ 우리나라의 경우 이사는 선관주의의무를 지지만 이사의 주의의무를 이유로 이사에 대한 책임추궁 소송이 활발하지 못하여 이사의 선관주의의무의 구체적이고 현실적인 기준이 확립되지 못한 실정인데, 동 법칙은 이사의 행위 기준과 함께 발전하는 법리이기 때문에 이사의 의무와 책임에 관한 명확하나 기준의 확립도 없이 동 법칙만을 도입하는 것은 부적절하다는 점<sup>39)</sup>, ④ 의사 및 공인회계사 등 다른 전문적 직업인의 경우와 달리 이사에게만 경영판단의 법칙을 인정하여 책임을 면하게 하는 것은 문제라는 점<sup>40)</sup> 등을 들고 있다.

## (2) 검토

경영판단의 법칙은 회사의 이사가 신인의무를 위반하여 회사에 손해를 끼쳤는지 여부에서 문제되므로, 주로 신인의무 위반이라는 불법행위에서 출발한다<sup>41)</sup>. 불법행위에도 고의적 불법행위와 과실에 기한 불법행위, 엄격책임 등이 있는데, 동 법칙에서 문제되는 불법행위는 과실에 기한 불법행위이다.

과실에 기한 불법행위의 구성요건은 주의의무의 존재('Duty of Care'), 주의의무의 위반('Breach of Duty'), 인과관계('Causation') 및 손해의 발생('Damage')인데, 경영판단의 법칙은 위 구성요건 중 주의의무 위반 요건의 판단에서 작용하게 된다. 회사의 이사가 회사의 경영업무를 수탁받아 행함에 있어 부과된 고도의 신인의를 제대로 이행하였는가가 문제되는데, 주의의무 위반의 판단 시에 경영이라는 전문영역에서는 사후적이고 사법적인 판단을 자제하겠다는 의도이다.

그런데 동 법칙이 도입될 경우 그 내용적인 측면보다 오히려 입증책임이라는 절차적 측면에서 파급력이 클 것으로 예상된다. 물론 현재로서도 이사의 책임을 추궁하고자 하는 소수주주들이 원고가 되어 대표소송을 하면서 이사의 주의의무위반행위 및 이에 따른 결과로서의 손해를 입증하게 되겠지만, 동 법칙이 적용되면 이사의 경영행위는 적법성의 추정을 받게 되기 때문에 소수주주들의 입증부담은 더욱 가중될 것으로 예상된다.

소수주주의 권리를 강화하기 위해 도입되었다는 현행 상법상 소수주주의 권리를 살펴보면, 주주총회소집청구권(상법 제366조<sup>42)</sup>), 이사의 위법행위유지청구권(상법 제402

38) 권재열, 「경영판단의 원칙의 도입에 관련된 문제점」, 연세법학연구(제3집, 1995), p.236-238

39) 권재열, 「경영판단의 원칙」, 비교사법 제6권 제1호, 한국비교사법학회 1999, p.32 참조

40) 손영화, 「미국법상의 경영판단원칙과 그 도입 여부에 관한 고찰」, 상사법연구, 제18권 제2호, 한국상사법학회, 1999, p.322-323

41) 불법행위가 계약책임과 함께 민법에 규정된 우리의 법체계와 달리, 미국 등 보통법 체계의 국가에서는 계약법과 불법행위법이 민사영역에서 보통법의 독립된 한 부분을 이루고 있다.

42) 상법 제366조(소수주주에 의한 소집청구) ① 발행주식총수의 100분의 3 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 회의의 목적사항과 소집의 이유를 적은 서면 또는 전자문서를 이사회에 제출하여 임시총회의 소집을 청구할 수 있다. ② 제1항의 청구가 있는 후 지체 없이 총회소집의 절차를 밟지 아니한 때에는 청구한 주주는 법원의 허가를 받아 총회를 소집할 수 있

조 43), 대표소송제기권(상법 제403조 44), 회사해산청구권(상법 제520조), 청산인해임청구권(상법 제539조 제2항), 회계장부열람권(상법 제466조 45), 검사인선임청구권(상법 제467조 46), 이사.감사해임청구권(상법 제385조 제2항 47), 제415조)가 있는데, 이들 대부분의 권리는 이사의 위법행위에 대한 어느 정도 소명이 이루어진 상태에서 가능하다. 따라서 이들 권리가 실질적으로 구현될 수 있으려면 해당 요건을 입증할 수 있도록 하는 소수주주의 정보접근가능성이 폭넓게 보장되고 위법행위에 대한 입증에 과도한 부담이 없어야 할 것이다. 그런데 경영판단의 법칙이 적용될 경우 이사는 자신의 경영행위에 대하여 적법성의 ‘추정’까지 받게 되는바,<sup>48)</sup> 사실상 소수주주에 의한 이사의 책임추궁은 거의 불가능에 가까워질 것이다.

따라서 이사의 주의의무 위반 여부 판단을 위한 경영판단의 법칙을 우리 법제에 그대로 받아들이는 것보다는 이사의 경영판단에 어느 정도의 재량이 인정됨을 전제로 필요한 정보를 참고하여 신의성실을 다해 판단하였고 그와 같은 판단에 현저한 불합리가 없다면 주의의무 위반이 성립되지 않는다는 정도로, 경영판단의 특수성을 감안 내지 참작하는 것이 바람직할 것이며 현재 대법원의 태도 역시 이와 크게 다르지 않다고 생각된다<sup>49)</sup>.

다. (이하 생략)

- 43) 상법 제402조(유치청구권) 이사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하여 이로 인하여 회사에 회복할 수 없는 손해가 생길 염려가 있는 경우에는 감사 또는 발행주식의 총수의 100분의 1 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 회사를 위하여 이사에 대하여 그 행위를 유지할 것을 청구할 수 있다.
- 44) 상법 제403조(주주의 대표소송) ① 발행주식의 총수의 100분의 1 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 회사에 대하여 이사의 책임을 추궁할 소의 제기를 청구할 수 있다.
- 45) 상법 제466조(주주의 회계장부열람권) ① 발행주식의 총수의 100분의 3 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 이유를 붙인 서면으로 회계의 장부와 서류의 열람 또는 등사를 청구할 수 있다.
- 46) 상법 제467조(회사의 업무, 재산상태의 검사) ① 회사의 업무집행에 관하여 부정행위 또는 법령이나 정관에 위반한 중대한 사실이 있음을 의심할 사유가 있는 때에는 발행주식의 총수의 100분의 3 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 회사의 업무와 재산상태를 조사하게 하기 위하여 법원에 검사인의 선임을 청구할 수 있다.
- 47) 상법 제385조(해임) ② 이사가 그 직무에 관하여 부정행위 또는 법령이나 정관에 위반한 중대한 사실이 있음에도 불구하고 주주총회에서 그 해임을 부결한 때에는 발행주식의 총수의 100분의 3 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 총회의 결의가 있는 날부터 1월내에 그 이사의 해임을 법원에 청구할 수 있다.
- 48) 최근 발의된 상법 개정안 중 해당 부분은 ‘다만, 이사가 충분한 정보를 바탕으로 이해관계를 갖지 아니하고 회사의 이익을 위하여 합리적으로 행동하는 것으로 믿고 행한 경영상의 판단에 대하여는 선량한 관리자의 주의의무를 다한 것으로 본다.’ 라고 하여 일정한 요건 하에 이사의 주의의무 준수를 ‘간주’하고 있다.
- 49) 기술한 경영판단의 법칙에 대한 도입 반대론의 논거에 대하여도 필자는 동조하는 바이다.

### Ⅲ. 형사적 측면에서의 이사의 배임죄 책임과 경영판단의 법칙

#### 가. 현행 형법 및 이사의 배임죄 책임 관련

배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로서 재산상 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가함으로써 성립되는 데(형법 제355조 제2항<sup>50)</sup>, 제356조<sup>51)</sup>, 그 주체가 타인의 사무를 처리하는 자에 한정되기 때문에 주로 회사의 대표이사, 이사 등의 배임행위에 대한 형사처벌의 근거로 작용하여 왔다. 상법상 특별배임죄(제622조<sup>52)</sup>)가 별도로 규정되어 있으나 형법상 배임죄와 형량에 있어 차이가 없고, 배임으로 인한 이득액이 5억원 이상인 경우에는 특정경제범죄가중처벌등에 관한 법률 제3조에 따라 가중처벌될 수 있기 때문에 위 상법상 특별배임죄는 실제 기소에 크게 활용되지는 않고 있다<sup>53)</sup>.

배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 고의로써 배임행위를 하여 재산상 이익을 취득하고 본인에게 손해를 가할 때 성립된다<sup>54)</sup>. 그런데 배임죄의 행위태양인 '배임행위'의 해석에 있어 우리 대법원은 배신설에 기초하여 '법령의 규정, 계약의 내용 또는 신의칙상 당연히 해야 될 기대행위에 부응하지 않음으로써 본인과의 신임관계를 저버리는 일체의 행위'라고 함으로써 다소 폭넓게 인정하고 있다<sup>55)</sup>. 또한 배임죄의 성립요건으로서의 재산상 손해 역시 침해범설과 위태범설 간 대립은 있으나, 대법원은 실제로 재산상 손해가 발생하여야만 하는 것이 아니라 재산상 손해발생의 위험이 초래된 이상 배임죄 성립이 가능하다고 보고 있다(대법원 1998. 2. 10. 선고 97도2919 판결 등 다수)<sup>56)</sup>. 따라서 경영실패를 불러온 이사의 경영행위에 대하여 배임죄는 유용한 사후적 책임추궁 수단으로 활용되어왔다고 할 수 있다.

그러나 다른 한편으로 실패한 경영인에 대하여 사후적으로 배임죄의 구성요건의 적용 여부를 판단하여 형사적 책임을 추궁하는 것은 경우에 따라서는 행위책임이 아닌 결과

50) 형법 제355조(횡령, 배임) ② 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로서 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한 때에도 전항의 형(5년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금)과 같다.

51) 형법 제356조(업무상의 횡령과 배임) 업무상의 임무에 위배하여 제355조의 죄를 범한 자는 10년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

52) 상법 제622조(발기인, 이사 기타의 임원등의 특별배임죄) ① 회사의 발기인, 업무집행사원, 이사, 집행임원, ... 이 그 임무에 위배한 행위로서 재산상의 이익을 취하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 회사에 손해를 가한 때에는 10년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

53) 박수희, 「경영판단행위와 형법상 배임죄」, 한양법학 제26권 제1집(통권 제49집), 2015. 2., p.29

54) 박재운, 「주석 형법」 중 형법각칙(제4판), 한국사법행정학회, 2006. 1. p.408

55) 대법원 2002. 7. 22. 선고 2002도1696 판결, 대법원 2003.10.10. 선고 2003도3516 판결 등 다수

56) 박재운, 「주석형법 : 형법각칙(제4판)」, 한국사법행정학회, 2006. 1. p.407

책임이 될 가능성이 높고, 문제된 경영판단행위를 경영전문가가 아닌 법원이 판단하여 형사 책임까지 묻는 것은 경영현실을 반영하지 않은 것이라는 지적이 충분히 가능하다. 이에 따라 상사분야에서 논의되어 온 경영판단의 법칙을 형법상 배임죄 성립 문제에도 적용하여 배임죄의 형사책임 성립을 제한하는 것이 타당하지 않는가라는 논의가 시작된 것으로 생각된다.

## 나. 경영판단에 대한 이사의 형사적 책임 제한의 논리

### (1) 배임죄 구성요건의 불명확성과 책임제한의 필요성 대두

경영전문가인 이사의 행위에 대하여 그 결과가 나쁘다는 이유만으로 법원이 사후적으로 임무위배행위라고 판단하여 형사책임까지 묻는 것이 타당한가라는 의문은 배임죄의 구성요건의 불명확성에 따른 제한해석 문제와 연계되어 꾸준히 제기되어 왔고<sup>57)</sup>, 이에 배임죄의 성립 여부를 판단함에 있어서 상사법에서 논의되어왔던 경영판단의 법칙을 적용하여 배임죄의 성립을 제한적으로 해석하자는 견해가 대두<sup>58)</sup>되었던 것도 어찌보면 자연스러운 일이었다.

다만 본고의 주된 논의대상이 되는 경영판단의 법칙이 확립된 미국의 경우 배임죄의 죄책을 인정하지 않기 때문에<sup>59)</sup>, 미국 등에서 발달한 동 법칙을 우리 형법상 배임죄의 해석에 있어 적용하는 것이 바람직한 것인가에 대하여는 우리 실정에 맞는 고찰을 필요로 한다. 이 부분에 있어서는 독일에서 진행된 논의가 도움이 될 것이다.

### (2) 독일에서의 배임죄 성립요건 판단시 경영판단의 법칙 수용

독일에서 경영판단의 법칙을 수용하게 된 계기는 독일연방대법원이 1997년 ARAG/Garembeck의 사건에서 배임죄 성립이 부정되는 논거로 사용하면서부터이다<sup>60)</sup>. 위 사건은 독일 보험회사 ARAG의 대표이사가 회사의 매출이 꾸준히 늘어나자 다른 사업에 투자하기로 결정하였으나 이후 새로운 사업에서 손실이 나자 주주의 이익을 침해한 점이 문제되었다. 이에 대해 일부 감사회구성원이 해당 이사에 대하여 그 책임을 추궁하기 위한 감사회 결의를 하였으나 대부분의 감사들이 그 책임을 부정하자 이사의 책임을 추궁하려는 일부 감사가 감사회 결의 무효 확인을 구하는 소송을 제기

57) 안경옥, “배임죄의 손해산정과 기수시기”, 「박재윤화갑기념논문집」, p.283 이하; 배종대, 「형법각론(제6판, 2006)」, p.543

58) 최준선, 「배임죄 성립범위에 관한 연구 I : 소위 경영판단 원칙의 도입 찬성과 대안 중심으로」, 법무연수원, 2015년

59) 허일태, 「배임죄에서의 행위주체와 손해의 개념」, 비교형사법연구 Vol.6. no.2. 2004. p.139; 이종상, 「이사의 책임과 배임죄에 대한 비판적 고찰」, 서울대 금융법연구센터 BFL 제19호 (2006.9.), p.47; 조기영, 「배임죄의 제한해석과 경영판단의 원칙-경영판단 원칙 도입론 비판-」, 형사법연구 제19권 제1호(2007년 봄·통권 제30호) p.88

60) BGHZ 135. 244 : Holzborn/Bunnenmann, Änderungen Im AktG durch den Regierungsentwurf für das UMAG, BKR 2005 Heft 2. S. 51

한 것이다. 이후 위 대표이사는 같은 이유로 배임죄로 기소되었는데, 독일 연방대법원은 기업인이 경영판단을 할 때 충분한 재량을 갖지 않으면 경영상의 결정을 내릴 수 없다는 이유로 무죄 판결을 선고한 것이다.

이후 독일은 2004년 ‘기업의 완전성 및 취소소송의 현대화를 위한 법률(UMAG)’이라는 특례법 제정을 위한 보고서 초안을 마련, ‘이사가 기업가적 결정을 할 때 중과실 없이 적절한 정보를 가지고 회사의 이익을 위하여 행위를 한 것이 합리적으로 인정될 수 있는 경우에는 의무위반이 아니다.’라고 하였다<sup>61)</sup>. 그러다가 이 중 ‘중과실 없이’라는 요건을 삭제한 내용으로 UMAG를 수정한 후 동 특례법을 통해 주식법 제93조 제1항 제2문에 위 법칙을 명문화하였다<sup>62)</sup>.

위 독일 주식법 제93조 제1항 제2문에 의하면, ‘이사가 합리적인 정보에 기초하여 회사의 최상의 이익이 된다고 신뢰하여 경영상의 결정을 한 경우에는 의무위반이 없다.’는 것이다<sup>63)</sup>. 이로써 독일은 이사의 경영판단행위에 대하여 민사적 책임이 제한될 수 있는 근거가 마련되었다고 볼 수 있다<sup>64)</sup>. 위 주식법상 신설 조항은 같은 법 제93조 제1항 제1문의 ‘이사는 보통의 양심적인 업무지휘자의 주의를 기울여 업무를 지휘해야 한다’는 주의의무의 기준 다음에 위치하고 있어, 동 조항에 따른 주의의무의 법칙 준수여부에 대한 한계로서의 기능을 함을 암시하고 있다. 다만, 독일의 경우 미국과 달리 이사가 그 의무를 위반하지 않았다는 것은 입증해야 책임을 면할 수 있다<sup>65)</sup>.

우리나라와 마찬가지로 배임행위에 대해 배임죄라는 독자적인 처벌근거를 두고 있는 독일의 위와 같은 논의는 우리나라에서의 형사적 책임 제한의 논리로써 경영판단의 법칙을 수용할 것인가라는 질문에 단서를 줄 수 있는 대목이다. 그런데 독일의 경우 경영판단의 법칙이 민사적 영역인 주식법에 수용되었고 구체적으로는 일정한 요건을 갖춘 경우 이사의 민사상 주의의무 위반이 성립되지 않는다는 내용으로 입법된 점은 주목할 만한 부분이다.

#### 다. 우리나라에서의 경영판단에 대한 이사의 형사적 책임 제한 논리

그렇다면 우리나라에서 경영판단의 법칙 등으로 이사의 경영판단행위에 대한 배임죄 책임을 제한하자는 견해에 대해 살펴보고자 한다. 형법상 경영판단의 법칙을 수용한다

61) 김성화, 「경영판단원칙의 도입에 관한 재검토 - 독일 주식법을 중심으로 -」, 법학논집 제34권 제2호, p.177

62) 김성화, 전제 논문 p.178 ; 조지현, 「경영판단원칙 - 독일주식법 내용을 중심으로 -」, 경영법률(2010년 Vol 21), 한국경영법률학회 p.11

63) 권상로, 「미국·독일법상의 경영판단의 원칙 도입여부에 관한 연구」, 한국법학회, 법학연구 제33집(2009. 2. 25), p.248

64) 독일 주식법은 1861년 상법전 내에 제정된 이후 수차례 개정을 거쳐, 1937년에 상법전으로부터 독립된 단일법으로 제정되어 주식회사에 대한 총체적인 법률로 평가된다. 이상, 최준선 외, 「2007년도 법무부 연구용역 과제보고서」, 2007. 10. 31. p.184-185 참조.

65) 최준선 외, 「2007년도 법무부 연구용역 과제보고서」, 2007. 10. 31. p.218 참조.

는 의미는 구체적으로는 이를 사법심사의 대상에서 아예 제외하겠다는 관점, 혹은 구성요건에 해당되지 않겠다는 관점, 또는 구성요건에는 해당되나 위법성이 인정되지 않는다는 관점으로 나누어 생각해 볼 수 있겠다<sup>66)</sup>.

이와 관련하여 우리 대법원의 다수의 판결 및 일부 견해는 경영판단이 인정되면 업무상배임죄의 고의를 부정하게 된다는 입장이다<sup>67)</sup>. 반면, 몇몇 대법원 판결에서 실시한 바와 같이 배임행위에 해당되지 않는다는 견해<sup>68)</sup>로써 그 구체적인 근거를 본인인 회사의 동의나 추정적 승낙으로 에서 찾는 견해<sup>69)</sup>, 또는 정당행위로써 위법성이 조각되어 배임죄의 성립이 부정된다<sup>70)</sup>는 견해 등이 있다.

반면, 경영판단법칙의 도입을 부정하는 입장에서는 ① 미국 판례에 의해 생성된 법칙을 미국과 경영환경이 다른 우리의 기업경영행위에 대하여 책임을 제한하는 기준으로 도입하는 것은 의문이고, 특히 민사상 과실책임의 판단 기준으로 확립된 동 법칙을 형사법 영역에 도입·적용하는 것이 부적절하다는 견해, ② 경영판단의 법칙에 의하지 않더라도 형법상 배임죄의 해석원리에 의해 동 법칙을 적용했을 때와 동일한 결론을 가져올 수 있어 특별히 이를 도입할 필요가 없다는 견해<sup>71)</sup>가 대표적이다.

이와 관련하여 우리 대법원은 2004. 7. 22. 선고된 2002도4229 판결<sup>72)</sup> 이후 형법상 배임죄의 성립여부를 판단함에 있어 경영판단의 법칙을 참고한 듯한 설시를 하고 있는데, 대부분 경영판단이라는 특수성을 고려하여 배임죄의 고의 인정 여부를 판단하고

66) 최성진, 「경영판단원칙과 경영책임자에 대한 업무상 배임죄의 성부」, 동아법학 제60호(2013년), 동아대학교 법학연구소, p.289

67) 이경렬, 「경영판단의 과오와 업무상배임죄의 성부」, 법조 2006.12(Vol.603), p.141-142; 대법원 2004. 7. 22. 선고 2002도4229 판결; 2004. 6. 24. 선고 2004도520 판결 등 다수

68) 대법원 1999. 6. 25. 선고 99도1141 판결, 대법원 2009. 5. 29. 선고 2007도4949 판결, 대법원 2011. 7. 28. 선고 2008도5399 판결 등

69) 이재상, 「형법각론」, 박영사, 2009년, p.424; 임웅, 「형법각론」, 홍문사, 2006, p.456 등

70) 임중호, “주식회사 이사의 반자본단체적 행위에 대한 형사책임”, 현대의 형사법학, 익헌박정근박사학갑기념논문집, 1990, p.681-682

71) 장성원, 「경영판단행위에 대한 배임죄의 적용 - 중소기업사례를 중심으로 -」, 법과정책연구 제13집 제3호, 한국법정책학회, 2013. 9., p.7-8; 박수희, 「경영판단행위와 형법상 배임죄」, 한양법학 제26권 제1집(통권 제49집), 2015. 2., p.16

72) 위 2002도4229 판결은 ‘경영상의 판단과 관련하여 기업의 경영자에게 배임의 고의가 있었는지 여부를 판단함에 있어서도 일반적인 업무상배임죄에 있어서 고의의 입증방법과 마찬가지로 법리가 적용되어야 함은 물론이지만, 기업의 경영에는 원천적으로 위험이 내재하여 있어서 경영자가 아무런 개인적인 이익을 취할 의도 없이 선의에 기하여 가능한 범위 내에서 수집한 정보를 바탕으로 기업의 이익에 합치된다는 믿음을 가지고 신중하게 결정을 내렸다 하더라도 그 예측이 빗나가 기업에 손해가 발생하는 경우가 있을 수 있는바, ... 문제된 경영상의 판단에 이르게 된 경위와 동기, 판단대상인 사업의 내용, 기업이 처한 경제적 상황, 손실발생의 개연성과 이익획득의 개연성 등 제반사정에 비추어 자기 또는 제3자가 재산상 이익을 취득한다는 인식과 본인에게 손해를 가한다는 인식(미필적 인식을 포함)하의 의도적 행위임이 인정되는 경우에 한하여 배임죄의 고의를 인정하는 엄격한 해석기준은 유지되어야 할 것이고, 그러한 인식이 없는데 단순히 본인에게 손해가 발생하였다는 결과만으로 책임을 묻거나 주의의무를 소홀히 한 과실이 있다는 이유로 책임을 물을 수는 없다’고 설시하였다.

있는 것으로 보이며, 배임죄 성립에 필요한 고의에 대하여도 미필적 고의로도 충분하다고 보고 있다<sup>73)74)</sup>.

이처럼 우리 대법원이 배임죄의 성립여부, 특히 배임죄의 성립에 필요한 고의를 검토함에 있어서 그와 같은 경영판단을 함에 이른 경위를 검토하고 있는 만큼<sup>75)</sup>, 경영판단의 법칙을 고려하고 있다는 해석은 가능하다<sup>76)</sup>. 그러나 이에 더 나아가 우리 대법원이 경영판단의 법칙을 정식으로 받아들여 배임죄의 구성요건 성립여부를 검토하고 있다고 볼 수 있을지는 의문이다.

어찌되었든 경영판단법칙의 도입을 긍정하는 견해나 부정하는 견해 공히 기업의 이사의 경영판단행위에 대하여 배임죄의 죄책을 묻는 데에는 죄형법정주의 및 무죄추정법칙에 따라 엄격해야 한다는 결론에서는 일치하고 있다. 다만, 동 법칙을 수용하자는 견해는 구성요건적으로 불명확하다는 비판을 받아온 배임죄의 해석과 관련하여 제한해석론으로 의미가 있는지에 대한 논의라고 볼 수 있다<sup>77)</sup>.

73) 대법원 2004. 6. 24. 선고 2004도520 판결; 대법원 2004. 7. 9. 선고 2004도810 판결 등 다수

74) 다만 일부 판결에서는 '자기 또는 제3자가 재산상 이익을 취득한다는 인식과 본인에게 손해를 가한다는 인식하의 의도적 행위임이 인정되는 경우인지에 따라 개별적으로 판단하여야 한다'고 하여 의도적 행위라는 표현을 쓰는 경우도 있다. 위 논지의 판결로 2004. 7. 22. 선고된 2002도4229 판결, 대법원 2013. 9. 26. 선고 2013도5214 판결 등이 그러하다.

75) 최근 대법원은 계열사 간 지원행위와 경영판단 여부가 문제된 사안에서 비교적 상세하게 배임죄 고의 성립 인정을 위한 고려요소들을 제시하였다(대법원 2015도12633 파기환송 / 부산고등법원(창원) 2015노74 / 창원지방법원 2013고합245). 즉, "기업의 경영에는 원칙적으로 위험이 내재하여 있어서 경영자가 개인적인 이익을 취할 의도 없이 가능한 범위 내에서 수집된 정보를 바탕으로 기업의 이익을 위한다는 생각으로 신중하게 결정을 내렸더라도 예측이 빚나가 기업에 손해가 발생하는 경우가 있으므로, 이러한 경우에게까지 고의에 관한 해석기준을 완화하여 업무상배임죄의 형사책임을 물을 수 없다. 여기서 경영상의 판단을 이유로 배임죄의 고의를 인정할 수 있는지는 문제된 경영상의 판단에 이르게 된 경위와 동기, 판단대상인 사업의 내용, 기업이 처한 경제적 상황, 손실발생의 개연성과 이익획득의 개연성 등 제반 사정에 비추어 자기 또는 제3자가 재산상 이익을 취득한다는 인식과 본인에게 손해를 가한다는 인식 하의 의도적 행위임이 인정되는 경우인지에 따라 개별적으로 판단하여야 한다. ... 기업집단 내 계열회사 사이의 지원행위가 합리적인 경영판단의 재량 범위 내에서 행해진 것인지는 신중하게 판단돼야 한다. ... 기업집단 내 계열사들 사이의 지원행위가 △ 그 계열회사들의 공동이익을 위한 것으로서 특정회사 또는 특정인의 사익을 위한 것이 아니고 △ 지원 계열회사의 선정 및 지원 규모가 객관적이고 합리적으로 결정됐으며, △구체적인 지원행위가 정상적이고 합법적인 방법으로 시행되고 △지원행위로 인한 부담이나 위험에 상응하는 적절한 보상을 객관적으로 기대할 수 있는 상황임이 인정되는 등 문제된 계열회사 사이의 지원행위가 합리적인 경영판단의 재량 범위 내에서 행해진 것이라면 배임의 고의를 인정하기 어렵다."고 보았다.

76) 강동범, 「이사의 경영판단과 업무상 배임」, 법학논집 제14권 제3호, 이화여자대학교 법학연구소, 2010. 3., p.39 이하

77) 조기영, 「배임죄의 제한해석과 경영판단의 원칙 - 경영판단 원칙 도입론 비판 - 」, 형사법연구 Vol.19 (2007), 한국형사법학회 p.96

## 라. 경영판단의 법칙의 형사법예의 수용 가능성

민사법과 달리 형사법에서는 범죄의 성립요건을 검사가 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 증명하여야 하고, 그렇지 못할 경우 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인의 이익으로 판단하게 된다<sup>78)</sup>. 이는 이사의 경영판단이 문제되는 배임죄의 경우라 하여 다르지 않는바, 경영판단행위에 대한 적법성을 추정하자는 경영판단의 법칙의 적용여부와 무관하게 이미 형사법상 입증책임의 법칙에 따라 이사의 경영행위는 배임 측면에서도 무죄라는 추정을 받게 된다. 따라서 적어도 기능적인 면에서 동 법칙의 수용 필요성은 크게 반감된다.

법 논리 체계상으로도 민사상 과실책임을 제한하기 위해 판례법상 발전되어 온 동 법칙을 고의범인 배임죄에 구성요건해당성 또는 위법성 등 범죄성립요건 중에 편입시켜 논하는 것은 동 법칙이 영미법상 과실에 기한 불법행위에서 주의의무 위반 요건을 중대한 과실('gross negligence') 등 위반에만 적용하여 엄격하게 보겠다는 논리와 배치된다. 더욱이 고의범을 처벌하고 과실범의 경우 법률상 명문의 규정이 있는 경우에 한하여 제한적으로 책임을 묻는 형사책임의 체계 및 우리나라의 배임죄가 고의범이라는 차이점을 고려하면 더욱 그러하다.

물론 배임죄의 성립요건으로서의 고의 역시 규범적이고 사후적으로 법원에 의해 판단되는 만큼, 과실과의 경계가 명확하지 않은 점은 분명 존재한다. 그러나 이와 같은 불명확함은 배임죄의 성립요건을 해석함에 고려요소가 될지언정 체계상 다른 영역에 존재하는 법칙으로 해결할 일은 아니라고 본다.

한편, 이사의 경영판단이 문제되는 경우는 대부분 과실행위에 근거할 것인데, 이 경우 민사상 과실책임을 인정되더라도 고의범인 업무상 배임죄 등이 성립되지 않을 수 있다<sup>79)</sup>. 이 점에서 적어도 법논리상으로는 배임죄의 형사처벌이 민사상 책임추궁보다 어려운 입증을 요한다는 것은 분명하다.

독일 역시 경영판단의 법칙을 민사영역 뿐만 아니라 형사상으로 도입했다고 보기는 어렵다. 독일 주식법에서 '이사가 합리적인 정보에 기초하여 회사의 최상의 이익이 된다고 신뢰하여 경영상의 결정을 한 경우에는 의무위반이 없다.'고 선언하고 있지만, 형법상 배임죄의 구성요건 내에서 이를 받아들인 것은 아니다. 물론 위 주식법 조항을 통해 민사적 주의의무 위반이 없다고 판단되는 경우 형사적 배임죄의 책임 역시 성립될 가능성이 적을 것이나, 배임죄의 성립요건을 판단함에 있어 합리적인 범위 내의 경영판단이었던 점이 고려 내지 참작되는 것일 뿐, 더 나아가 범죄성립 요건 체계에 동 법칙이 편입된 것으로 볼 것은 아니다.

우리나라가 연혁적으로 독일법을 계수하였고 같은 대륙법 체계이면서 배임죄를 별도

78) 박재운, 「주석 형법」 중 총칙 1, 한국사법행정학회, 2009.5.15., p.111-112

79) 조기영, 전제 논문, p.99

로 형사처벌한다는 점에서 많은 공통점을 가지고 있다. 특히 우리의 배임죄의 경우 구성요건 중 ‘사무를 처리하는 자’와 관련된 사무처리의 근거가 독일과 달리<sup>80)</sup> 법령 또는 계약 뿐만 아니라 관습 또는 민법상 사무관리까지도 포함된다고 해석되고 있는 만큼<sup>81)</sup> 이를 제한하여 해석할 필요성은 존재한다.

그러나 경영판단의 법칙이 주로 논의되는 이사의 사무처리 근거는 대부분 법령이나 계약에 기초하는 만큼 이사의 배임행위 성립을 제한하기 위해 동 법칙을 차용해야 할 실질적 필요성이 있는지는 의문이다. 따라서 형법상 배임죄 성립을 제한하기 위해 동 법칙을 배임죄의 성립에 대한 제한해석의 논리로 도입할 필요성은 크지 않다고 본다.

#### IV. 결론

이사의 경영판단행위가 실패한 결과를 가져올 경우 회사나 회사를 대표하는 소수주주들은 이사의 불법행위책임을 물어 손해배상청구를 할 것이다. 이 때 미국 판례에서 인정하는 경영판단의 법칙이 적용되면 이사의 경영행위는 적법추정을 받아 이를 문제 삼는 소수주주 등이 이사의 경영행위의 불법성과 그에 따른 손해를 모두 입증하여야 하는데 이는 현실적으로 이사에 대한 책임추구를 불가능하게 만드는 측면이 있다.

금번 상법 일부개정법률안에서 제안된 경영판단의 법칙 관련 내용 또한 위와 같이 이사의 적법 경영행위를 추정한다는 것으로서 이사의 책임을 추궁하는 소수주주에게 과도한 입증책임을 지운다는 면에서 문제가 있다. 특히 아직은 오너경영체제가 확고한 우리의 기업현실을 고려할 때 동 법칙을 상법상 수용하는 것은 시기상조라고 생각된다.

또한 이사의 경영판단행위에 대한 배임의 형사책임의 경우 배임죄의 구성요건을 엄격히 제한해석하면 충분하며, 여기에 경영판단의 법칙을 도입하여 새삼스럽게 배임죄 성립을 제한해석하여야 할 이론적, 현실적 이유가 부족하다고 본다. 다시 한 번 강조하거니와 미국법상 경영판단의 법칙이 적용되는 국면은 민사상 과실에 기한 불법행위 영역이다. 이는 주식법에 해당 법칙을 수용하였으되 형사법상 이를 명문으로 수용하지 않은 독일의 경우를 보더라도 그러하다.

같은 이유에서 금번 상법 일부개정법률안에서 이사가 충분한 정보를 바탕으로 어떠한 이해관계를 갖지 않고, 상당한 주의를 다하여 회사에 최선의 이익이 된다고 선의로 민

---

80) 독일 형법 제266조는 제1항에서 배임죄를 다음과 같이 규정하고 있다. 법률, 관청의 위임이나 법률행위를 통해 인정된 타인의 재산을 처분하거나 타인에게 의무를 부과할 권한을 남용하거나 법률, 관청의 위임, 법률행위 또는 신용관계 등에 의하여 부과되는 타인의 재산상 이익을 피해야 할 의무에 위반하고, 그로 인하여 재산상 이익을 보호하여야 할 자에게 손해를 가한 자는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

81) 박재윤, 전거서, p.409-410

고 경영상의 결정을 내렸을 경우에는 특별배임죄로 별하지 않는다는 단서의 신설 역시 재고를 요한다고 본다. 상법상 특별규정을 통해 형법상 배임죄의 입증 요건이나 입증 정도에까지 변경을 가하는 것이 법논리적으로 타당한지도 의문이다. 우리의 법체계에 경영판단의 법칙이라는 새로운 제도의 도입을 서두르기 전에 이를 해석상 고려요소로 삼아 운용의 묘를 발하는 것이 타당하다고 생각해본다.

## [참고문헌]

### 1. 국내문헌

- 강동범, 「이사의 경영판단과 업무상 배임」, 법학논집 제14권 제3호, 이화여자대학교 법학연구소, 2010. 3.
- 강희갑, 「경영판단의 원칙에 관한 미국법의 최근동향」, 상사법 연구 제15권 제2호 (1996)
- 경익수, 「경영판단의 원칙의 적용에 대한 검토」, 현대상사법논집(1997)
- 권상로, 「미국·독일법상의 경영판단의 원칙 도입여부에 관한 연구」, 한국법학회, 법학연구 제33집(2009. 2. 25)
- 권재열, 「경영판단의 원칙의 도입에 관련된 문제점」, 연세법학연구(제3집, 1995)
- 권재열, 「경영판단의 원칙」, 비교사법 제6권 제1호, 한국비교사법학회 1999
- 권재열, 「미국법상 경영판단의 원칙의 동향에 관한 소고」, 법학연구(제15집), 한국법학회, 2004
- 김성화, 「경영판단원칙의 도입에 관한 재검토 - 독일 주식법을 중심으로 -」, 법학논집 제34편 제2호
- 김용담, 「주석 민법 : 채권총칙(2)」, 한국사법행정학회, 2014.1.31.
- 김정호, 「주주대표소송의 경제학」, 자유기업센터, 1999
- 문화경, 「우리나라 판례에 나타난 경영판단 원칙과 상법상 경영판단 원칙 도입의 필요성」, 동아법학 Vol. No.6(2013), 동아대학교 법학연구소
- 박수희, 「경영판단행위와 형법상 배임죄」, 한양법학 제26권 제1집(통권 제49집), 2015. 2.
- 박재윤, 「주석 형법 : 형법각칙(제4판)」, 한국사법행정학회, 2006. 1.
- 박재윤, 「주석 형법 : 총칙 1」, 한국사법행정학회, 2009.5.15.
- 손영화, 「미국법상의 경영판단원칙과 그 도입 여부에 관한 일고찰」, 상사법연구, 제18권 제2호, 한국상사법학회, 1999
- 송인방, 「경영판단원칙의 상법에의 도입여부에 관한 검토」, 기업법연구(제5집), 한국기업법학회, 2000
- 안경옥, 「배임죄의 손해산정과 기수시기」, 박재윤화갑기념논문집, p.283 이하; 배종대, 형법각론(제6판, 2006)
- 유진희, 「미국 회사법상 이사의 주의의무」, 서강법학연구 제3권, 서강대학교 법학연구소, 2001
- 윤보옥, 「미국 회사법에서의 이사의 의무와 경영판단의 법칙」, 비교사법(제7권 2호), 한국비교사법학회, 2000
- 윤상직의원 대표발의, 상법 일부개정법률안(의안번호 13575), 2018. 5. 15자 발의
- 이경렬, 「경영판단의 과오와 업무상배임죄의 성부」, 법조 2006.12(Vol.603)

- 이재상, 「형법각론」, 박영사, 2009년
- 이종상, 「이사의 책임과 배임죄에 대한 비판적 고찰」, 서울대 금융법연구센터 BFL 제 19호 (2006.9.)
- 임웅, 「형법각론」, 홍문사, 2006
- 임중호, 「주식회사 이사의 반자본단체적 행위에 대한 형사책임」, 익헌박정근박사화갑기념논문집, 1990
- 장성원, 「경영판단행위에 대한 배임죄의 적용 - 중소기업사례를 중심으로 -」, 법과정 책연구 제13집 제3호, 한국법정책학회, 2013. 9.
- 정동윤, 「회사법」, 법문사 2000
- 정동윤, 「주식 상법」, 한국사법행정학회, 2014.12.31.(제5판)
- 조기영, 「배임죄의 제한해석과 경영판단의 원칙-경영판단 원칙 도입론 비판-」, 형사법 연구 제19권 제1호(2007년 봄.통권 제30호)
- 조기영, 「배임죄의 제한해석과 경영판단의 원칙 - 경영판단 원칙 도입론 비판 -」, 형사법연구 Vol.19 (2007), 한국형사법학회
- 조지현, 「경영판단원칙 - 독일주식법 내용을 중심으로 -」 경영법률(2010년 Vol 21), 한국경영법률학회
- 최병규, 「미국법상 경영판단의 원칙과 우리나라에의 도입가능성」, 안암법학 Vol-No.12(2001)
- 최성진, 「경영판단원칙과 경영책임자에 대한 업무상 배임죄의 성부」, 동아법학 제60호 (2013년), 동아대학교 법학연구소
- 최준선 외, 「2007년도 법무부 연구용역 과제보고서」, 2007. 10. 31.
- 허일태, 「배임죄에서의 행위주체와 손해의 개념」, 비교형사법연구 Vol.6. no.2. 2004.
- 홍복기, 「미국에 있어서 경영판단의 법칙과 이사의 책임」, 연세법학 제6집(1984년)

## 2. 해외문헌

- Bernard S Sharfman, *The Enduring legacy of Smith v. Van Gorkom*, Del.J.Corp.L. Vol33 (2008)
- Charles Hansen, *The Duty of Care, The Business Judgement Rule and The American Law institute Corporate Governance Project*, The Business Lawyer, Vol.48, No.4, 1993. 8.
- David J. Greene & Co. v. Dunhill Int'l, Inc., 249 A.2d 427, 430-31 (Del. Ch 1968)R. Franklin Balotti & Jesse A. Finkelstein, *The Delaware law of corporations and Business Organizations*, Aspen Law and Business(3rd), 1997. 11.
- Irwin H. Warren, *Delaware's Business Judgement Rule and Varing Standards of Judicial Review for Assessing Director Conduct in M&A Transactions*, Weil, Gotshal & Manges LLP New York, NY, The Canadian Institute, 2007. 11.
- Lucian Arye Bebchuk, *The Case for increasing Shareholder Power*, Harvard

Law Review Vol. 118, No. 3, 2005. 1.

S. Samuel Arsht, *A History of Delaware Corporation Law*, Delaware Journal of Corporate law, 1976.

[Abstract]

**Study whether to adopt the Business Judgment Rule toward our civil and criminal law**

Kang In Won

Recently a revised bill on Commercial Law was announced for an adoption of Business Judgment Rule toward our legal system explicitly. If it is formally adopted, corporate directors are protected by the presumption that directors fulfill his/her duty of care or loyalty against corporation. The Business Judgment Rule is developed through a plenty of judgment in U.S. and German with the aim of business management discretion by directors.

It is align with the thought that directors owed a duty of care and a duty of loyalty against corporation throughly, however at the same time that business judgment of directors are respected unless such judgment is a substantial deviation or abuse its authority or powers.

Over the past years, the right of minority shareholders are emphasized due to a limited information approach possibility, and as a result of it, several protection method is introduced such as a representative suit, a right for shareholders meeting, a right for accounting books etc. However, those of rights are not yet useful substantially because minority shareholders usually have a harsh burden of proof without a consideration of actual difficulty for gathering informations. Nonetheless, once the Business Judgment Rule is formally adopted, then minority shareholders might have a more difficulty to exercise their rights.

Our criminal law has a criminal crime of malfeasance, which confront many criticism like excessive punishment in terms of translation of civil case into criminal case. Such criticism is plausible, however in order to overcome it, what are needed is strictly interpretation, not the adoption of Business Judgment Rule toward criminal law system. Basically malfeasance is an intentional crime, on the other hand the Business Judgment Rule is related to a civil negligent act, which deals with substantially different area.

To summarize, it is premature to adopt the rule to our civil law, and it is not logical to adopt the rule to our criminal law. I expect we have to pay

more attention to decide whether such rule to our legal system.

**<key words>**

Business Judgment Rule, director, duty of care, duty of loyalty, negligence, malfeasance, minority shareholders, representative suit

## 역대 독일헌법상 형사절차 관련 규정에 관한 관견(管見)\*

김주영\*\*

### 논문요지

2018년 3월 대통령이 발의한 헌법개정안에 현행 헌법에 규정된 영장의 청구주체인 검사에 관한 규정 부분이 삭제되는 내용이 포함됨으로써, 오랜 기간 진행된 영장청구의 주체에 관한 논의가 새로운 국면에 접어들 것으로 기대되었으나 동 개헌안이 국회의 의결불성립으로 최종 무산되게 됨에 따라 적어도 당분간은 현행 헌법의 체제하에서 논의가 지속되게 되었다.

1962년 헌법개정으로 통해 도입된 검사의 영장청구권한은 신체의 자유보장에 있어서의 중요성 및 형사절차의 이해에 있어서의 중요성에 비해 기존 헌법학계에서의 관심이 상대적으로 크지 않았던 것이 사실이다. 이에 향후의 본격적인 논의를 위한 기초적인 작업으로서 비교법사학적인 관점에서 선진 주요 국가들의 법체계를 검토해 보는 것도 의미를 가질 것인 바, 본고는 독일의 형사절차 관련 역대 헌법 규정들을 살펴보고 이러한 규정들이 실제 독일의 형사절차와 어떤 관련을 가지고 있는지를 간략하게나마 살펴보았다.

논의의 결과 독일의 헌법규정과 독일의 형사절차에 관한 구체적 전개양상이 직접적인 상응관계 속에서 전개된 것으로 파악하기는 어려운 것으로 보이는데, 기본적으로는 헌법규정과 헌법현실의 간극으로 이해할 수 있겠지만, 독일에서의 법의 지배의 정립이 영국 등에 비해 상대적으로 뒤쳐진 부분이 중요한 요인으로 작용했을 가능성이 있다고 본다. 결국 가장 중요한 것은 권력의 견제와 균형의 원리하에서 국민의 기본권의 최대한 보장을 이뤄내는 것임을 확인해 볼 수 있었다.

검색용 주제어: 독일, 헌법, 형사절차, 검찰, 경찰, 영장청구

· 논문접수: 2018. 7. 13. · 심사개시: 2018.07.17. · 게재확정: 2018.07.30.

\* 본고는 2017년 대검미래기획단 정책용역 「각국 헌법에 규정된 형사절차상 특별규정과 그 연혁」의 필자 집필부분의 일부를 수정·보완한 것임.

\*\* 명지대학교 법학과 부교수, 법학박사.

## I. 서론

현행 헌법이 제정된 1987년 이래 헌법에 대한 크고 작은 개정요구는 끊이지 않았지만, 어느덧 그 시행기간이 30년에 이르게 되자, 그동안의 변화된 사회상을 이유로 새로운 헌법에 대한 사회적 요구가 보다 강하게 제기되었고, 그에 따라 현행 헌법의 개정을 위한 구체적인 작업들이 상당수 이루어져 왔다.<sup>1)</sup> 특히 2018년 3월 26일 대통령이 헌법 개정안을 발의함으로써, 새로운 헌법에 관한 구체적인 청사진을 제시한 바 있는데,<sup>2)</sup> 이 개헌안의 내용 가운데 현행 헌법에 규정된 영장의 청구주체인 검사에 관한 규정 부분<sup>3)</sup>이 삭제됨으로써<sup>4)</sup> 그 동안 오랜 기간 진행된 영장청구의 주체에 관한 논의<sup>5)</sup>가 새로운 국면에 접어든 것이 아닌가 하는 기대를 낳기도 했다. 그렇지만 동 개헌안이 국회의 의결불성립으로 최종 무산되게 됨에 따라 적어도 당분간은 현행 헌법의 체제하에서 논의가 지속될 수밖에 없게 되었다.

연혁적으로 보자면, 1948년 제헌헌법 제9조에서 신체의 자유를 규정하는 가운데 영장주의도 역시 도입이 되었는데 이 때에는 단순히 “법관의 영장”이 있어야 함을 규정하고 있었을 뿐이다.<sup>6)</sup> 그렇지만 “종래 빈번히 야기되었던 검사 아닌 다른 수사기관의 영

- 
- 1) 예를 들어 2017년 8월부터 10월까지 진행된 국회헌법개정특별위원회(위원장: 이주영)와 16개 광역지방자치단체들이 공동으로 운영한 ‘헌법개정 국민대토론회’를 통해 권력구조의 개편과 지방 분권에 관한 논의들이 주요 의제로 부각되는 가운데 기본권 분야를 포함한 다양한 개헌 관련 논의가 이루어진 바 있다. 동 위원회의 토론회 결과보고에 관한 보다 자세한 내용은 “헌법개정특위, 헌법개정 국민대토론회 종합보고”, 『국회보』 2017년 11월호, 7~12면을 참조.
  - 2) 대통령의 공약사항이기도 했던 동 개헌안은 대통령의 4년 연임제를 중심으로 한 권력구조의 개편을 위시하여, 선거제도의 개편과 사법제도 개선, 지방자치 강화 및 경제질서의 불평등과 불공정 시정 등을 중심으로 하는 가운데 기본권과 관련해서도 기본권의 주체 확대, 평등권 강화와 함께 생명권, 정보기본권 등의 새로운 기본권의 신설을 담고 있었다. 2018년 6월 현재 동 개헌안은 청와대 홈페이지(<http://www1.president.go.kr/Amendment>)에서 확인가능하다(2018.6.30. 최종확인).
  - 3) 현행 헌법 제12조 제3항 체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. 다만, 현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다.
  - 4) 2018년 대통령 헌법 개정안 제13조 제3항 체포·구속이나 압수 또는 수색을 하려 할 때에는 적법한 절차에 따라 **청구되고** 법관이 발부한 영장을 제시해야 한다. 다만, 현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피하거나 증거를 없앨 염려가 있는 경우 사후에 영장을 청구할 수 있다.
  - 5) 검찰의 영장청구권에 관한 논의는 그 동안 검찰과 경찰 간에 진행된 이른 바 “검·경 수사권 논쟁”의 주요한 부분을 구성해 왔다고 할 수 있다. 예를 들어 정웅석, “헌법상 검사의 영장청구 규정과 수사지휘권과의 관계”, 한국형사소송법학회 제54회 월례발표회 자료집(2018) 등. 최근의 헌법개정을 위한 논의들 가운데에서 동 조항의 개정과 관련한 부분은 이경렬, “강제처분에 관한 검사의 영장청구권 규정의 함의”, 『형사법의 신동향』 제56호(2017), 5~7면을 참조.
  - 6) 제헌헌법 제9조 모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 법률에 의하지 아니하고는 체포, 구금, 수색, 심문, 처벌과 강제노역을 받지 아니한다. 체포, 구금, 수색에는 법관의 영장이 있어야

장신청에서 오는 인권유린의 폐해를 방지하고자”<sup>7)</sup> 1962년 헌법 개정을 통해 “검찰관의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장”이라는 규정이 추가됨으로써(동헌법 제10조 제3항) 검찰이 영장청구의 주체로 헌법에 규정된 이래<sup>8)</sup> 이러한 헌법의 태도가 대체적으로 현재까지 이어지고 있다.<sup>9)</sup>

신체의 자유 보장에 있어서 영장주의가 가지는 중요한 의미와 함께, 헌법전에 명시된 검사의 영장청구권의 헌법규범적 의미와 성격을 명확히 규명함으로써 형사소송법에서 규정하는 영장청구권의 규범적 성격과 상호관계를 이해하는 것은 입헌주의 체제하에서의 적절한 형사소송절차의 운용의 출발점을 확인하는 작업이 될 수 있을 것임을 감안한다면, 그 동안 특히 헌법학계에서 이러한 검사의 영장청구권에 대한 논의가 상대적으로 부족한 듯 보이는 것은 다소 의아할 정도이다.<sup>10)</sup> 향후 헌법의 개정까지 염두에 두는 가운데, 신체의 자유 보장에 있어 가장 바람직한 형사절차의 운용을 위해서는 현행 헌법상의 검사의 영장청구권이 우리 헌법상 명문화된 배경과 의미에 대한 구체적이고 실증적인 연구와 논의가 필요할 것이다.

이에 향후의 본격적인 논의를 위한 기초적인 작업으로서 비교법사학적인 관점에서 선진 주요 국가의 법체계에서는 이를 어떻게 규정하고 있는지, 나아가 헌법이 포함하고 있는 형사절차 규정의 범위는 어디까지이며 그 배경과 의미가 무엇인지 등을 함께 살펴보는 것도 우리 헌법의 관련 규정이 어떠한 위치에 있는지를 가늠하는 기회를 제공해 줄 수 있을 것이기에, 본고에서는 우선적으로 독일의 형사절차 관련 역대 헌법규정

한다. 단, 범죄의 현행·범인의 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 수사기관은 법률의 정하는 바에 의하여 사후에 영장의 교부를 청구할 수 있다. 누구든지 체포, 구금을 받은 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리와 그 당부의 심사를 법원에 청구할 권리가 보장된다.

- 7) 현재 1997.3.27. 96헌바28 등, 판례집 9-1, 313, 322.
- 8) 1962년 헌법 제10조 제3항 체포·구금·수색·압수에는 검찰관의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. 다만, 현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다.
- 9) 동 조항은 1972년 헌법 제 10조 제3항에서 “검사의 요구”로 변경되었다가, 1980년 헌법 제 11조 제3항 “체포·구금·압수·수색에는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다” 및 제15조 “모든 국민은 주거의 자유를 침해받지 아니한다. 주거에 대한 압수나 수색에는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다”는 규정을 통해 “검사의 신청”이 신체 및 주거에 대한 강제처분의 영장발부 요건으로 자리매김되어 오늘에 이르고 있다. 이상 검사의 영장신청권의 헌법적 규율에 관한 보다 자세한 논의는 정종섭·이효원, 『검사의 영장신청권에 대한 헌법적 의미에 대한 연구』, 대검찰청 용역보고서(2013), 86~76면을 참고.
- 10) 그 동안의 관련 논의는 형사법학계와 더불어 특히 검·경 실무진에 의해 주도적으로 수행되어 왔다고 할 수 있다. 예를 들어 서보학, “검사의 독점적 영장청구제도에 대한 비판과 입법론적 대안”, 『비교형사법연구』 제12권 제1호(2010); 안미영, “우리 헌법상 검사의 영장신청권 조항의 의의”, 『형사법의 신동향』 제24호(2010); 이완규, “헌법상 검사의 영장청구권 규정의 연혁과 의의”, 『형사소송 이론과 실무』 제9권 제1호(2017) 등. 헌법학계에서의 대표적인 논의로는 김선택, “영장청구주체 헌법규정의 해석론 및 개정론”, 『공법연구』 제38집 제2호(2009); 문재완, “우리 헌법상 영장조항과 영장청구주체에 관한 연구”, 『세계헌법연구』 제19권 제1호(2013) 등을 참조.

들을 살펴보는 기회를 갖고자 한다. 이를 위해서 우선 간략하게나마 독일의 역사를 개관하고(II), 근대 이후의 역대 독일 헌법상 형사절차의 규율양상을 살펴본 후(III), 역시 근대 이후의 독일 형사절차의 역사적 전개과정에 대한 검토(IV)를 바탕으로 독일 형사절차에 있어서 헌법규정과 헌법현실의 전개양상을 고찰해 보고자 한다.

## II. 독일사 개관

사실, 헌법에 의해 그 영토, 주권, 정체, 언어 등이 명확히 규정된 정치적 의미에서의 국가라는 의미에서의 독일이라는 국가가 역사상 존재한 것은 생각만큼 오래되지는 않는다고 할 수 있다. 구체적으로는 1871년 1월 18일에 프로이센 왕국(Königreich Preußen)을 중심으로 바이에른 왕국(Königreich Bayern)과 뷔르템베르크 왕국(Königreich Württemberg) 등이 하나의 통일된 독일 제국(Deutsches Kaiserreich)으로 합쳐지면서 오늘날의 모습을 갖추게 된 것이기 때문이다.<sup>11)</sup> 그렇지만 민족으로서의 독일인의 역사는 이보다 훨씬 오래전까지 소급되게 된다. 이에 독일의 역사가 언제 시작되었는가는 특히 독일 사학계를 중심으로 많은 논란이 제기되고 있는 실정이나,<sup>12)</sup> 대체적으로는 기원전 500년 전후 스칸디나비아 반도, 발트해 연안, 엘베강 동쪽을 점령해 있던 게르만인들이 서진(西進)하여, 오늘날의 독일 지역에 신석기 시대부터 정주해 있던 원주민들을 축출 혹은 흡수해 가면서 정착한 이래 기원전 20년부터는 로마와 대립하거나 혹은 협력해가면서 존속하던 중, 기원후 4~5세기에 본격화된 게르만민족의 대이동의 와중에 프랑크족에 의해 여러 부족이 통합되어 481년 프랑크왕국(메로빙거 왕조)이 건립되는 시기부터 독일의 역사가 본격화된다고 할 수 있다. 특히 751년 피핀 3세에 의해 카롤링거 왕조를 연 프랑크 왕국이 이후 게르만의 분할상속제도로 인해 843년 동·중·서프랑크로 분열되면서 성립하게 된 동프랑크 왕국이 오늘날 독일의 실질적인 모태(母胎)로 평가된다.

한편 프랑크 왕국의 카롤링거 왕조가 단절된 911년 이후에는 세습왕조가 아닌 추대 방식의 지배자를 선출하는 방식을 취해 이른바 ‘선거후제(選舉侯制)’ 방식의 왕위계승 전통이 출현하게 되나, 936년 오토 1세가 로마교회와 제휴하는 가운데 왕권을 강화하

11) 권형진, 『독일사(완전개정판)』(서울: 대한교과서, 2005), 11면. 이 장의 서술은 기본적으로 이 책의 내용을 기반으로 이루어진 것이다.

12) Martin Kitchen, *The Cambridge Illustrated History of Germany*, 유정희 역, 『(사진과 그림으로 보는) 케임브리지 독일사』(서울: 시공사, 2001), 9면. 이후에 언급한 843년 외에도 동프랑크 왕국의 군주였던 카린티아의 아르눌프(Arnulf of Carinthia)가 카롤링거 왕조의 영토를 일부 되찾아 온 887년, 콘라트 1세(Konrad I)가 왕으로 선출된 911년, 오토 대제(Otto I or Otto der Große)가 왕으로 즉위한 936년, 오토 대제가 로마에서 황제의 관을 쓴 962년 등이 꼽히기도 하며, 특히 유럽 대륙에서 독일의 역할을 강조하고 싶은 역사가들은 샤를마뉴 대제(Carolus Magnus)로부터 독일역사가 시작되었다고 주장하기까지 한다.

여 신성로마제국을 성립시킨 이후부터 13세기 전반까지는 ‘황제시대’가 계속된다. 그렇지만 다시 제후의 세력이 커지면서 형성된 대공위시대(大公位時代)를 거쳐 15세기부터는 합스부르크가(Habsburg 家)에 의해 제위가 세습되게 된다.

1517년 루터의 종교개혁으로 심대한 충격을 받은 독일사회는 기사전쟁(騎士戰爭)·농민전쟁·종교전쟁 등을 거치면서 1555년 아우크스부르크종교회의(Augsburg 宗教和議)에 의해 신·구교가 확정적으로 분리된 후, 30년전쟁을 종식시킨 1648년 베스트팔렌조약으로 종교적 평화는 달성되었으나, 크고 작은 30여 개의 나라로 분열된 연방체제가 성립됨으로써 독일은 정치적·경제적으로 분산화·무력화되는 결과를 낳게 된다. 한편 18세기 말에서 19세기에 걸친 프랑스혁명과 나폴레옹의 유럽지배는 분열된 독일에 커다란 영향을 미쳐 통일운동의 기운이 무르익게 되고, 나폴레옹 몰락 후 1814~1815년 빈 회의를 거쳐 독일의 민족운동은 1815년 독일연합(Deutscher Bund)의 성립이라는 성과를 보게 된다.<sup>13)</sup> 이하에서는 이 시기 이후의 주요 헌법전을 중심으로 형사절차와 관련된 조항들을 검토해 보기로 한다.

### Ⅲ. 역대 독일 헌법상 형사절차의 규율양상

이른바 고유한 의미의 헌법 개념을 염두에 둔다면 역대 독일 헌법에 관한 논의는 당연히 근대 이전의 헌정을 지배한 규범체계에 대한 고찰을 포함할 필요가 있을 것이나, 여기에서는 독일에서의 근대 입헌주의 헌법전의 성립을 전후한 시기 이후부터 고찰해 보기로 한다.

#### 1. 1849년 독일제국 헌법(Verfassung des Deutschen Reiches): 프랑크푸르트 제국헌법(Frankfurter Reichsverfassung): 속칭 “파울교회 헌법(Paulskirchenverfassung)”<sup>14)</sup>

10세기 이래 존속해왔던 신성로마제국이 1806년 8월 황제 프란츠 2세의 퇴위로 막을 내리면서 독일 지역은 크고 작은 독립된 국가로서의 영방(領邦: Staaten)의 연합체로 존립하게 된다. 1848년 프랑스에서의 혁명의 여파로 독일 지역에서도 자유주의 혁명이 전개되어(“1848년 독일 혁명(Deutsche Revolution 1848/49)” a.k.a “3월 혁명”) 1848년 5월에는 통일 독일의 건립을 목적으로 국민에 의해 직선으로 선출되어 구성된

13) 프랑스 혁명 이후 19세기 초 독일연합의 성립과정까지에 관한 논의는 송석윤, 『헌법과 사회 변동』 (서울: 경인문화사, 2007), 107~113면을 참조.

14) 이 헌법의 원문은 <http://www.lwl.org/westfaelische-geschichte/que/normal/que835.pdf> 및 <http://www.documentarchiv.de/nzjh/verfdr1848.htm>에서 확인가능하다(2018.6.30. 최종확인).

독일헌법제정국민의회(Deutsche verfassunggebende Nationalversammlung)가 프랑크푸르트에 있는 파울교회(Paulskirche)에서 회의를 열게 되었고, 이듬해인 1849년 3월, 「독일제국헌법」을 제정하게 된다.<sup>15)</sup>

이 프랑크푸르트 헌법은 입헌군주정과 양원제 의회를 바탕으로 한 연방국가의 형태를 채택하였으며, 이 연방헌법은 각주헌법이나 법률의 상위에 있으면서 동시에 직접적으로 국민을 구속하였다. 그렇지만 이 헌법은 헌법제정국민의회가 독일제국 황제로 추대한 프로이센의 국왕 프리드리히 빌헬름 4세(Friedrich Wilhelm IV)가 황제의 제관을 거부함으로써 아쉽게도 시행되지 못하고 유산되게 되나, 독일 헌정사에서 매우 중대한 의미를 차지하는 것으로서 그 이념과 사상이 각 주의 헌법뿐만 아니라 이후 독일의 여러 헌법에 직·간접적인 영향을 미친 것으로 평가된다.<sup>16)</sup>

기본권 보장과 관련하여 프랑크푸르트 헌법은 자유주의자들의 요구를 받아들여 국민의 기본권 보장에도 힘써 매우 구체적이고 진보적인 기본권보장규정을 두고 있었다.<sup>17)</sup> 이 가운데 형사절차와 관련이 있는 것들로는 거주·이전의 자유(제133조), 인신의 자유(제138조),<sup>18)</sup> 형사보상청구권(제138조 제5항), 주거의 불가침(제140조), 공개재판주의와 구두변론주의(제178조), “중대 범죄와 모든 정치범죄”에 대한 재판의 배심제를 요구한 조항(제179조)을 들 수 있다.

## 2. 프로이센 헌법(Preußische Gesetz-Sammlung, 1850)<sup>19)</sup>

이 헌법은 1848년 프로이센의 국왕 프리드리히 빌헬름 4세에 의해 흠정헌법으로 제정된 이후에 국왕의 긴급명령을 통해 직접·국세의 납입액에 따른 등급선거제인 3등급

15) 김도협, “독일의 근대헌법사에 관한 일고찰”, 『헌법학연구』 제12권 제1호(한국헌법학회, 2006), 162쪽. 이후에 성립한 「독일제국헌법」들과의 구분을 위해 ‘프랑크푸르트 헌법’으로 지칭한다.

16) 김도협, 위의 논문, 163쪽.

17) 국민의 기본권을 상세하게 규정한 독일헌정사상 최초의 헌법으로 평가되는 프랑크푸르트 헌법은 주의 헌법과 법률을 구속하는 법률유보 없는 기본권으로서(제130조), 거주이전과 영업의 자유, 법 앞의 평등과 신분특권의 폐지, 인신의 자유와 주거의 불가침, 표현의 자유, 신앙의 자유, 학문과 교육의 자유, 집회와 결사의 자유, 소유권의 불가침, 청원권 등이 보장되었다. 보다 자세한 프랑크푸르트 헌법상 기본권 목록은 김도협, 위의 논문, 163-164쪽.

18) 프랑크푸르트 헌법 제138조 인신의 자유는 불가침이다. 현행법의 체포를 제외하고 사람의 구금은 사법상의 정당한 명령에 의해서만 수행되어야 한다. 이 명령은 구금당시 혹은 24시간 이내에 피구금인에게 제시되어야 한다. 경찰은 구금된 자를 익일 중에 풀어주거나 혹은 사법당국에 이송해야 한다. 피고인은 중죄의 명백한 징표가 있지 않는 한, 법원의 보석결정이나 보증인을 내세울 경우 석방되어야 한다. (하략)

19) 1850년 프로이센 헌법의 국역본 및 원문은 독한대역을 수행하고 있는 양태건 역·송석운 감수, “1850년 프로이센 헌법”, 『서울대학교 법학』 제54권 2호(서울대학교 법학연구소, 2013), 205-248쪽을 참조. 또 다른 국역본으로 김효전 역, “[자료] 프로이센 헌법”, 『헌법학연구』 제21권 제1호(한국헌법학회, 2015), 435-488쪽은 특히 동 헌법의 전신이라 할 수 있는 1848년 12월 5일의 프로이센 헌법과의 비교검토를 수행하고 있다.

선거법(Dreiklassen-Wahlsystem)에 따라 선출된 보수적 성향의 의원들에 의해 1850년 개정·공포된 것으로서, 기본적으로 프랑크푸르트 헌법의 영향 하에 입헌군주제의 헌법형식을 취하고 있었다. 이 헌법은 본질적으로 자유주의의 패배와 보수주의의 승리 내지는 재등장을 의미하는 것으로 독일시민계급의 가치보다는 독일 통일, 즉 군사력에 의거한 제국의 통일에 우선적 가치를 둔 것으로 결과적으로 보수적 군사강국인 프로이센에 의한 강제적 성격의 독일 통일을 낳은 전형적인 외견적 입헌주의 헌법으로 평가된다.<sup>20)</sup>

이 헌법의 형사절차 관련 규정을 살펴보면, 제2장 프로이센인의 권리의 장에서 신체의 자유를 보장하면서 구금이 허용되는 조건과 방식의 법률유보를 규정하였고(제5조), 주거의 불가침을 선언하면서, 주거에 대한 침입과 가택수색, 서신과 문서의 압수는 법률로 규정된 경우와 방법으로만 허용함을 규정하였다(제6조). 아울러 법률이 정하는 재판관에 의한 재판을 받을 권리를 규정하고(제7조), 죄형법정주의(제8조)와, 시민권사(市民權死: bürgerlicher Tod)<sup>21)</sup>와 재산몰수형의 폐지(제10조), 언어·문서·인쇄물 또는 구상적 표현으로 범한 범죄의 일반형법에 의한 처벌(제28조), 집회의 자유(제29조), 결사의 자유(제30조), 서신의 비밀(제33조) 및 군사재판(제37조)에 관한 규정을 두었다. 그 밖에도 제3장 국왕의 장에서 국왕의 인신(人身)의 불가침을 선언하고(제43조), 국왕의 은사권(제49조)을 규정하였고, 제4장 대신(大臣)의 장에서는 대신의 소추에 관한 규정(제61조)을 두었다. 제5장 의회의 장에서는 양원의 의원의 표결에 대한 면책특권과 의회의 자율권, 불체포특권(제84조)을 규정하고, 제6장 사법권의 장에서는 민·형사 법원의 심리의 공개원칙(제93조), 중죄 및 정치범죄, 출판 관련 범죄에 대한 배심재판 원칙(제94조)<sup>22)</sup>, 특별 배심재판소의 설치근거(제95조), 공무원의 직권남용 행위의 법정 기소 요건 법정주의 및 상급 관청의 허가 배제(제97조)를 규정하였다. 프로이센 헌법은 특히 제7장 법관신분에 속하지 않는 공무원의 장을 두어 “검사를 포함하여 법관신분에 속하지 않는 국가공무원의 특별한 법률관계는 법률에 의해 규율되어야 한다. 그 법률은 집행기관을 선정하는 정부의 선택권을 부당하게 제한하지 않으면서, 공무원에게 공직과 급여의 자의적인 박탈에 대한 적절한 보호를 보장한다.”(제98조)고 규정하였다.

20) 김도협, 앞의 논문, 167~168쪽. 1850년 프로이센 헌법의 성립배경 및 개괄적 내용에 관한 보다 자세한 논의는 송석운, “군민공치와 입헌군주제 헌법 - 비교헌정사적 연구”, 『서울대학교 법학』 제53권 제1호(2012), 508~510면을 참조.

21) ‘시민권사’에 관한 자세한 내용은 양태건 역·송석운 감수, 앞의 글, 247쪽 주 2)를 참조. 김효전은 이를 민사사(民事死: bürgerlicher Tod)로 번역하면서 재판으로 종신 동안 자유가 박탈된 자는 민사상 사망과 동일한 효력을 발생하며, 혼인은 해소되고 재산권은 상실하는 것을 말한다고 설명하고 있다. 김효전 역, 앞의 글, 437쪽 주 9)를 참조.

22) 제94조는 1852년 5월 21일의 법률(법률집 249쪽)에 의해 폐지되었고 동법 제2조로 대체되었다고 한다. “범죄에 대해서는, 의회 양원의 사전동의를 얻어 공포된 법률로 예외를 정하고 있지 않은 한, 고의 유죄여부에 관한 결정을 배심원이 내린다. 배심법원의 구성은 법률로 정한다.” 양태건 역·송석운 감수, 앞의 글, 238쪽 주 16).

### 3. 독일제국헌법(Verfassung des Deutschen Kaiserreichs, 1871년 4월 16일)<sup>23)</sup>

1866년 프로이센·오스트리아 전쟁이 프로이센의 승리로 끝나면서 사실상 대독일주의(Großdeutsche Lösung)와 소독일주의(Kleindeutsche Lösung)의 대립이 소독일주의의 승리로 귀결되어,<sup>24)</sup> 이후 1867년에 프로이센 중심의 「북독일연합헌법(Verfassung des Norddeutschen Bundes)」의 제정이 이루어졌고, 이를 기점으로 독일은 종래의 국가연합(Konföderation)에서 사실상의 연방국가(Bundesstaat)가 되게 된다. 이 「북독일연합헌법」은 1871년 통일된 「독일제국헌법(Verfassung des Deutschen Kaiserreichs)」으로 수용·발전 되게 된다. “비스마르크 헌법(Bismarckschen Reichsverfassung)”으로도 불리는 이 독일제국헌법은 프랑크푸르트 헌법에서 규정되었던 기본권 관련 규정 및 헌법재판제도 관련 규정을 두고 있지 않다.<sup>25)</sup>

이 헌법상의 형사절차 관련 규정으로는 제5장 제국의회에서 제국의회 구성원에게 투표나 직무상 발언에 대한 면책특권(제30조)과 불체포특권(제31조)을 규정하였고, 제13장 “분쟁의 조정 및 형벌조항의 장”에서는 “독일제국의 존립, 통합성, 안전 혹은 헌법에 반하는 모든 시도 및 연방참사원과 제국의회, 연방참사원 또는 제국议회의 의원, 제국의 관청이나 공무원에 대해, 공무원의 직무 수행중 또는 그 직무에 관련하여 언어, 문서, 인쇄물, 신호, 그림 기타의 표현을 통해 모욕하는 행위는, 개별 구성국가의 현행법률 또는 장래의 법률이 정하는 바에 따라 각 구성국가에서 재판에 회부되어 처벌되며, 이 법률은 개별 구성국가와 그 헌법, 의회 또는 신분의회, 그 의원, 그 관청과 공무원에 대해 행하여지는 같은 행위에 대해서도 규율해야 한다(제74조)”는 규정을 두고, 이 규정의 구체적인 실행절차를 마련하는 가운데 고등항소법원의 관할과 절차에 관한 입법을 명시적으로 위임(제75조)<sup>26)</sup>한 바 있어 실질적인 의미의 형사법 조항을 포함하고 있었음은 특기할 만하다.

23) 1871년 독일제국헌법의 국역본은 송석윤, “1870/71년 독일통일과 연방제헌법”, 『법사학연구』 제41집(한국법사학회, 2010), 222-245쪽을 참고.

24) 주지하듯이, 19세기 독일의 통일 과정에서 오스트리아의 기득권을 보장하는 가운데 독일연방에 포함된 오스트리아 제국의 영역을 포함한 통일을 주장한 대독일주의와 오스트리아를 제외한 프로이센 왕국 중심의 통일을 주장한 소독일주의의 대립이 있었다. 그렇지만, 오스트리아 황제가 자신의 제국을 분할하는 것을 인정하지 않았기 때문에 '소독일주의'가 국민 의회에서 차츰 주도적인 의견으로 자리를 잡아 갔다. 권형진, 앞의 책, 130면 이하; Martin Kitchen, 앞의 책, 217면 이하를 참조.

25) 김도협, 앞의 논문, 171-172쪽.

26) 동 헌법 제75조 제74조에 열거된 독일제국에 대항하는 시도가 구성국가 중 하나에 대하여 행해져서 내란죄 혹은 외환죄를 구성한다면, 뤼벡에 소재하는 3개 자유한자도시 공통의 고등항소 법원이 관할법원으로서 1심과 최종심을 담당한다. 고등항소법원의 관할과 절차에 관한 상세한 규정은 제국입법으로 정한다. 제국법률이 공포될 때까지는 각 구성국가의 재판소의 기존 관할권에 따르는 것으로 하며, 그 절차에 관한 규정을 적용한다.

#### 4. 바이마르공화국 헌법(Die Verfassung des Deutschen Reichs, 1919년 8월 11일)<sup>27)</sup>

제1차 세계대전에서의 패전과 혁명을 거치면서 제기된 새로운 정치적 변화의 요구에 부응하기 위해 1919년 2월 선출·소집된 국민의회(Nationalversammlung)가 베를린을 중심으로 한 급진세력의 압력을 피해 바이마르에서 회의를 소집하여 이후 동년 8월 제정한 헌법이 「바이마르공화국헌법(Verfassung des Deutschen Reichs)」이다. 이 헌법은 독일국민의 자결권(Selbstbestimmungsrecht)에 기초를 둔 것으로, 과거 비스마르크헌법상의 입헌군주제에서 사실상의 연방공화제로의 변혁을 가져 온 독일 헌정사상 매우 중요한 의미를 가지는 헌법이나, 의회정치에 관한 전통이나 경험이 부족한 상태에서 단지 군주제의 폐지와 민주정치의 실현이라는 가치에 대한 집념으로 제정되다 보니, 실제의 운용에서 여러 어려움에 봉착하게 되었고 결국 국가사회주의당의 집권으로 막을 내리게 된다.

이 헌법상 형사절차 관련 규정들을 살펴보면 제1편 국가(Reich)<sup>28)</sup>의 구성 및 권한의 편에서는 제1장 국가 및 주(州)들(Länder)의 장에서 입법권을 규정하면서, “2. 형법, 3. 소송법과 형의 집행 및 사법공조법”을 입법권의 범위내로 규정하였고(제7조). 아울러, 통일적 법규의 공포를 요하는 경우에 국가는 1. 행복의 증진, 2. 공적 질서 및 안녕의 보호에 대하여 입법권을 가진다고(제9조) 규정한 바 있다. 이어 제2장 국가의회(Reichstag)의 장에서는 국가의회, 각 州의회 또는 그 위원회에 있어서 공개회의에서의 의사에 관한 진실한 보고에 대하여는 어떠한 책임도 물을 수 없도록 규정하고(제30조), 국가의회 또는 각 州의회의 의원은 그 표결 또는 직무집행을 위하여 한 발언에 대한 면책특권(제36조) 및 불체포특권(제37조)을 규정하였다. 한편 국가의회 및 각 州의회의 의원은 의원의 자격으로 타인으로부터 사실을 들어 알게 되거나 또는 그 직무의 집행에 있어서 타인에게 사실을 누설한 경우에 있어서 그 사실 및 사람에 관하여 증언을 거부하는 권리도 가졌다(제38조). 제3장 국가대통령 및 국가정부의 장에서는 대통령의 형사상 불소추 특권(제43조 제3항) 및 은사권(제49조)이 규정되었고, 제7장 국가의 사법 장에서는 군법회의 이외의 특별법원을 금지하는 가운데 법률에 정한 법관

27) 독일어본은 <<http://www.lwl.org/westfaelische-geschichte/que/normal/que843.pdf>>, 영역본은 <[http://www.zum.de/psm/weimar/weimar\\_vve.php](http://www.zum.de/psm/weimar/weimar_vve.php)>, 국역본은 송석윤, 『위기 시대의 헌법학: 바이마르 헌법학이 본 정당과 단체』(서울:정우사, 2002), 353-386쪽; 김효전, “바이마르 공화국 헌법”, 『헌법학연구』 제4권 제3호(한국헌법학회, 1998), 439-477쪽 및 이 국역본을 수정보완한 Hermann Heller, 김효전 역, 『바이마르 헌법과 정치사상』(부산: 산지니, 2016), 858-885쪽을 참고.

28) “Reich”는 보통 ‘제국(帝國)’으로 번역하지만, 독일의 용례에 있어서는 반드시 황제(皇帝) 등의 군주가 다스리는 국가가 아니더라도 일반적인 국가, 연방 등을 가리키기 위해 “Reich”라는 단어를 사용하는 경우가 있는데, 바이마르 공화국이 바로 그 대표적인 예라 할 수 있다. 따라서 바이마르 공화국의 경우는 ‘제국’이란 번역어가 적절하지 않으므로 여기에서는 그냥 ‘국가’로 번역한다. 송석윤 교수와 김효전 교수는 이러한 사정을 감안하여 ‘Reich’를 굳이 번역하지 않고 ‘라이히’라는 외래어 표기를 사용한다.

의 재판을 받을 권리가 규정되었다(제105조).

한편 제2편 독일인민의 기본권과 기본의무의 제1장 개인의 장에서는 인신의 자유의 보장 및 그에 대한 제한의 법률유보를 규정하는 가운데, 인신의 자유를 박탈하는 경우에 늦어도 익일까지는 하명주체 및 이유 등을 고지하여 그 자유박탈에 대하여 불복의 주장을 할 수 있는 기회를 가지게 하여야 함(제114조)<sup>29)</sup>을 규정하고, 주거의 자유 및 그에 대한 법률유보(제115조)<sup>30)</sup>를 규정하였으며, 죄형법정주의(제116조), 신서 및 우편·전신·전화의 비밀보장 및 그에 대한 법률유보(제117조) 등을 규정하였다.

## 5. 독일연방공화국 기본법(Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 1949년 5월 23일 공포, 2017년 7월 13일 최종 개정)<sup>31)</sup>

바이마르 공화국 하에서 성장한 국가사회주의당이 국정을 장악하면서 형성된 “제3제국”은 제2차 세계대전을 일으키고 결국 패배함으로써 비극적인 종말을 맞이하게 되고, 1945년 5월 8일 종전과 함께 새로운 독일의 헌정사가 시작되게 된다. 동년 6월 5일 베를린 선언을 통해 사실상 독일은 자신의 통치권을 연합국의 전승 4개국(미국, 영국, 프랑스, 소련)에 넘겼고, 이 국가들은 베를린에 “연합국 관리위원회(Alliiertes Kontrollrat)”라는 기구를 설립하여 각국의 군정장관을 주축으로 독일지역을 분할·통치하게 된다. 이후 독일의 통일문제와 관련하여 서방 3개국과 소련간의 이견이 발생함으로써 결국 독일은 서방 3개국의 통치지역과 소련의 통치지역이 각각 서독과 동독으로 분단되게 된 바, 서독지역이 1949년 독립된 국가로 새롭게 시작하면서 제정한 헌법이 바로 「독일연방기본법(Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland)」(일명 “본(Bonn)기본법” or “서독기본법”)이다.<sup>32)</sup>

이 헌법상 형사절차 관련 규정을 살펴보면 제1장 기본권(Die Grundrechte) 장에서는 인간의 존엄성의 불가침을 선언하고, 불가침·불가양의 인권이 세계의 모든 인류공동체, 평화 및 정의의 기초로 인정하면서 기본권이 직접 적용되는 법으로서 입법부·행정부·

29) 바이마르공화국 헌법 제114조 인신의 자유는 불가침이다. 공권력에 의한 인신의 자유의 침해나 박탈은 법률에 근거해서만 허용된다.

인신의 자유를 박탈당한 자에게는 늦어도 그 다음날에는 이를 명한 관청과 그 이유를 통지해야 하고, 자유의 박탈에 대한 이의를 제기할 기회를 부여해야 한다.

30) 바이마르공화국 헌법 제115조 모든 독일인의 주거는 각인의 안식처이며 불가침이다. 예외는 법률의 근거해서만 허용된다.

31) 독일어본(2017년 개정본) <<http://www.gesetze-im-internet.de/gg/index.html>>; 영역본(2012년 개정본)은 <[http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_gg/englisch\\_gg.html#p0026](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/englisch_gg.html#p0026)>.

32) 김도협, 앞의 논문, 184~185쪽. 제2차세계대전 종결 후 서독기본법이 성립하기까지의 과정에 관한 보다 상세한 논의는 송석윤, 앞의 책, 164~190면을 참조. 이후 1990년 서독과 동독이 재통일을 하게 되지만 새로운 헌법의 제정이 아니라 기존 독일기본법의 개정을 통해 통일 국가를 구성함으로써 여전히 이 독일기본법이 독일의 헌법의 근간으로 기능하고 있다.

사법부를 구속함을 선언하고(제1조), 생명권과 신체를 훼손당하지 않을 권리와 함께 신체의 자유의 보장과 그에 대한 법률유보를 규정한다(제2조). 서신 및 우편과 전신의 비밀을 보장하는 가운데 이에 대한 법률유보를 규정하면서 “자유민주주의적 기본질서의 보호 또는 연방이나 주의 존립이나 안전에 기여하는 경우에는 법률은 이 제한을 관계자에게 통지하지 않는 것과 재판기관 대신에 의회가 임명하는 기관이나 보조기관이 심사하도록 정할 수 있”도록 규정하고(제10조) 거주이전의 자유의 보장에 있어서 법률유보를 규정하면서 그 사유 가운데 “주의 존립이나 또는 자유민주적 기본질서의 절박한 위협의 방지”와 “범죄행위의 예방”을 들고 있다(제11조).

이 헌법은 특히 주거의 자유의 보장에 관한 상세한 규정을 두고 있는 것이 특기할 만하다(제13조). 우선 주거의 불가침을 선언하는 가운데(동조 제1항) 수색은 법관에 의한 실행을 원칙으로 하되 지체되면 위험한 경우에만 법률에 규정된 다른 기관에 의하여 법률에 규정된 형식으로 실행될 수 있도록 규정하고(동조 제2항), 법률에 특정된 중죄의 의심의 경우에는 법관의 결정에 따라 제한적으로 기한부 감청이 가능하도록 하며, 공공안전에 대한 급박한 위험, 특히 공동의 위험 또는 생명의 위험을 방지하기 위해서는 오직 법관의 명령으로 주거의 감시가 가능하며, 지체되면 위험한 경우 이 조치는 법률로 정한 다른 기관이 명령할 수 있지만 이 경우에는 사후에 지체 없이 법관의 결정을 받도록 하고 있다(동조 제3항). 그 밖에도 공공안전에 대한 급박한 위험, 특히 공동의 위험 또는 생명의 위험을 방지하기 위해서는 오직 법관의 명령으로 주거의 감시를 위하여 기술적 수단을 설치할 수 있는데, 지체의 염려가 있는 경우에는 법률로 정한 다른 기관이 명령할 수 있지만 이 경우 사후에 지체 없이 법관의 결정을 받아야 하며(동조 제4항), 기술적 수단이 오직 주거에서 활동하는 사람의 보호를 위한 것일 때에는 그 조치를 법률로 정한 기관이 지시할 수 있으며, 이때 취득한 정보를 목적 외 이용하는 것은 형사소추 또는 위험방지의 목적으로만 그리고 사전에 그 조치의 적법성이 법관에 의하여 확인된 경우에만 허용되며, 지체되면 위험한 경우에는 사후에 지체 없이 법관의 결정을 받아야 한다(동조 제5항). 연방정부는 매년 연방의회에 제3항에 따른 기술적 수단의 설치와 연방의 권한 범위 내에 있는 제4항에 따른 기술적 수단의 설치 및 법관의 심사가 필요한 한에서 제5항에 따른 기술적 수단의 설치에 대하여 보고하고, 연방의회가 선출한 위원회는 이 보고를 기초로 의회의 통제를 행하며, 주(州)에도 동등한 의회 통제가 행하여진다(동조 제6항). 그 외에도 침해와 제한은 공동의 위험 또는 개인의 생명의 위험을 방지하기 위하여, 또한 법률에 근거하여 공공안전과 질서의 긴박한 위협의 방지, 특히 주택부족의 해결, 전염병 위험의 퇴치 또는 위험에 처한 청소년의 보호를 위해서만 허용된다(동조 제7항).

그 밖에 제3장 연방의회의 장에서는 연방의회에서의 의장의 승인 없는 수색과 압수의 금지(제40조 제2항)가 규정되어 있고, 제7장 연방입법의 장에서는 연방이 “9a. 주를 초월하는 위험이 존재하고, 주 경찰청의 권한이 인정되지 않거나 주의 최상급 관청이 인수를 요청할 경우에 연방 형사경찰청에 의한 국제테러리즘 위협의 방어”에 대한 전

속적 입법권을 가짐을 규정하고(제73조 제1항 제9a호)<sup>33)</sup> 아울러 “a) 형사경찰 분야, b) 자유민주주의적 기본질서, 연방 또는 주의 존립과 안전(헌법수호)의 보호, c) 폭력을 사용하거나 폭력을 목적으로 하는 준비행위로 독일연방공화국의 대외적 이익을 위협하는 연방영역에서의 기도의 방지, 연방 형사경찰청의 창설 및 국제범죄의 퇴치”의 영역에서 연방과 주의 협력을 위한 전속적 입법권을 가짐을 규정하고 있다(제73조 제1항 제10호). 제8장 연방법률의 집행 및 연방행정의 장에서는 “경찰 정보 및 통신(polizeiliche Auskunfts- und Nachrichtenwesen)을 위한 중앙관청, 형사경찰(Kriminalpolizei)을 위한 중앙관청, 헌법수호와 폭력을 사용하거나 폭력을 목적으로 하는 준비행위로 독일연방공화국의 외교상의 이익을 위협하는 연방영역에서의 기도로 부터의 보호를 목적으로 자료를 수집하기 위한 중앙관청”을 연방법률에 의해 설치할 수 있도록 규정하고 있다(제87조 제1항). 제9장 사법의 장에서는 균형사법원의 설치와(제96조 제2항), “집단학살(Völkermord), 국제형법상의 반인도적 범죄, 전쟁범죄, 국가 간의 평화적 공동생활을 방해하는데 적합하고 그 의도로 행하는 기타 행위(제26조 제1항) 및 국가안보” 영역의 형사절차를 위한 연방재판권을 주법원이 행사할 수 있도록 연방참사원의 동의로 연방법을 제정할 수 있음을 규정하고(제96조 제5항), 특별법원(Ausnahmegerichte)의 설치를 금지하여 국민의 법률이 정한 법관의 재판받을 권리를 보장하고(제101조 제1항), 사형을 폐지하며(제102조), 법정에서 법률에 따라 진술할 권리를 보장하고, 행위시법주의 및 일사부재리의 원칙을 규정하며(제103조), 다음과 같이 신체의 자유에 대한 상세한 규정을 마련하고 있다(제104조).

① 신체의 자유는 형식적인 법률에 근거하여, 그리고 그 법률이 정하는 형식에 따라서만 제한될 수 있다. 구금된 사람은 정신적으로나 육체적으로 학대받아서는 안 된다.

② 자유박탈의 허용 및 계속에 대하여서는 법관이 결정한다. 법관의 명령에 의거하지 않는 자유의 박탈은 지체 없이 법관의 결정을 구하여야 한다. 경찰은 자기의 권한으로 누구라도 체포의 익일을 초과하여 구금 할 수 없다. 자세한 사항은 법률로 정하여야 한다.

③ 누구든지 처벌받을 수 있는 행위의 혐의로 일시적으로 체포된 때에는 늦어도 체포의 익일에 법관에게 이송되어야 하며, 법관은 피체포자에게 체포의 이유를 고지하고, 심문해야하며, 항변의 기회를 주어야 한다. 법관은 지체 없이 이유를 기재한 체포영장을 발부하거나 또는 석방을 명하여야 한다.

④ 자유박탈의 명령 또는 계속에 관한 법관의 결정은 지체 없이 피구금자의 가족 또는 그가 신뢰하는 사람에게 통지되어야 한다.

33) 단, 이에 따른 법률은 연방참사원의 동의를 요한다(동조 제2항).

## 6. 정리

영국이나 프랑스에 비해 상대적으로 늦게 중앙집권적 국가를 형성한 독일은 헌법의 발전에 있어서도 뒤쳐진 바, 구체제를 혁명적으로 전환하려 했던 1849년 「독일제국헌법」은 우여곡절 끝에 제정이 이루어졌지만 결국 시행되지는 못하고, 전형적인 외견상 입헌주의 헌법으로 분류되는 1850년 「프로이센 헌법」에 의해 본격적인 근대국가 건설에 나서게 된다. 영국의 정치적 발전과 프랑스의 혁명으로부터 영향을 받아 독일에서도 19세기 초반 법치국가(Rechtsstaat) 사상이 발전하게 되지만, 19세기 후반 혁명의 실패로 인해 독일의 법치국가 사상은 정치권력을 통제하는 국가원리로 기능하지는 못한 채, 이른바 형식적 법치주의로 발전되게 된다. 그 결과 정치영역과 개인영역의 분리(국가와 사회의 대립), 법치주의와 민주주의의 분리, 형식적 법치국가의 확립과 함께 합법성과 정당성이 동일시되게 됨에 따라 끝내 다수결(민주주의)에 의한 전체주의 정권의 탄생으로 인해 형식적 법치주의와 민주주의의 파괴를 경험하게 된다. 이에 새로운 헌법-독일기본법-은 실질적 법치주의의 실현을 위해 헌법우위에 바탕을 둔 입법부의 헌법 및 기본권에의 구속을 성문화하고 이를 구체화하는 제도적 장치를 마련하게 된다.<sup>34)</sup> 이에 더하여 2차 세계대전을 통해 조직적인 민족말살, 고문, 강제추방, 단종(斷種), 사체의 산업적 이용, 생체실험 등 나치즘과 군국주의에 의한 끔찍한 비인간적 만행을 경험한 후, 이와 같은 역사적 과오를 반복해서는 안 된다고 하는 다짐을 천명하는 의미에서 인간존엄의 불가침성을 헌법적으로 선언한 바 있다.<sup>35)</sup>

아울러 현행 독일기본법 제19조 제4항의 권리구제수단 보장과 일반적 재판청구권으로부터 사법권의 조직과 재판절차에 대한 헌법상의 요건이 도출되고,<sup>36)</sup> 아울러 재판절차는 법치국가적 절차 형성을 통해 효율적인 권리보호수단을 보장해 주어야 할 과제를 갖는 바, 기본법 제103조 제1항을 통해 기본권으로 보장되는 진술권은 특히 소송법적 근본규범으로서 이에 기여하게 된다고 한다.<sup>37)</sup> 한편 독일은 기본법 제104조의 여러 조항을 통해 구금된 자의 학대금지, 경찰의 체포익일 종료후 구금금지, 체포된 자에 대한 체포 익일의 법관의 인치 규정을 두고 있는 바, 위와 같은 독일기본법의 정신에 따라 독일 형사소송법(Strafprozeßordnung: StPO)은 구속제도에 관한 여러 규정을 두고 있다.<sup>38)</sup>

34) 김일환, “독일 헌법상 사법관련 규정의 비교법적 고찰 - 우리 법질서에 갖는 시사점과 더불어 -”, 『인권과 정의』 제357호(대한변호사협회, 2006), 356-357쪽.

35) 방승주, “헌법 제10조”, 한국헌법학회 편, 『헌법주석 I』(서울: 박영사, 2013), 285쪽.

36) Christoph Degenhart, *Staatsrecht. 1: Staatsorganisationsrecht*(28. neu bearb. Aufl.), 홍일선 역, 『독일 헌법총론』(고양: 피앤씨미디어, 2015), 262쪽 이하.

37) 위의 책, 267쪽. 그 밖의 재판절차에 대한 헌법적 요청들은 법치국가원리로부터 직접 도출된다고 한다. 같은 곳.

38) 이금로, “헌법상의 인신구속제도에 관한 소고”, 공법연구회 편, 『형사법과 헌법이념(제1권)』(서울: 박영사, 2006), 146쪽. 이 조항은 기본적으로 프랑크푸르트 헌법 제138조에서 유래하여 바이마르 공화국 헌법 제114조를 거쳐 독일기본법에 수용된 것이다. 자세한 내용은

다만 독일 연방헌법은 검사에 대하여 별도의 규정을 두고 있지 않으며, 독일에서 검찰의 조직과 검찰에 대한 법적 규제는 법원이나 판사와 함께 법원조직법(Gerichtverfassungsgesetz: GVG)과 독일법관법(Deutsches Richtergesetz: DRiG)에 규정되어 있다. 이러한 사실은 검사가 객관적으로 진실을 수사하는 사법기관이고 형사사법에 대하여 법원과 함께 책임을 부담해야 하기 때문에 자격과 보수의 측면에서 판사와 동일한 지위가 보장되어야 한다는 점에 근거하고 있다고 한다. 다만 검사의 법적 지위는 우선 지시구속성(GVG 제146조), 즉 검사의 상명하복 관계에 의하여 법관의 그것과 구분된다. 더 나아가 검사는 법관의 업무를 수행할 수 없고 법관에 대해 직무감독을 할 수 없으며, 검찰과는 달리 법원은 헌법상의 기관이라는 점에서도 검사와 법관의 법적 지위는 구분된다고 한다. 결국 독일도 우리나라와 마찬가지로 검사는 헌법상의 기관으로서의 지위에 있지 않으며 준사법기관으로서의 성격에 따라 판사와 검사가 동일한 자격과 대우가 보장되고 있을 따름이라는 평가가 가능할 것이다.<sup>39)</sup>

#### IV. 독일 형사절차의 역사적 전개과정

이러한 독일 헌법상 형사절차에 대한 규율양상의 변화가 실제 독일의 형사절차와 어떤 관계를 가지게 되었는가를 고찰해 보는 것도 의미가 있을 것이다. 독일의 형사절차의 역사적 전개과정은 크게 네 단계로 나누어 볼 수 있는데, 제1단계를 고대로부터 제국형사소송법이 제정된 시기까지(고대~1876년), 제2단계를 제국형사소송법이 성립된 이후부터 나치시대(국가사회주의시대)까지(1877년~1945년), 제3단계를 형사소송법의 재통일 및 탈나치화를 꾀한 시기까지(1945년~1973년), 마지막 제4단계를 정치·경제적 안정을 토대로 급속하게 변화하는 사회현상에 대응하기 위한 시기(1974년~현재)로 파악할 수 있다고 한다.<sup>40)</sup>

제1단계의 독일의 형사절차는 게르만 고유의 자생적인 형사절차의 발전과정에서 비롯된 규문주의 절차와 두 갈래의 외국법의 수용, 즉 15세기의 로마법, 보다 적절하게는 중세 이탈리아의 카논법의 수용과 1800년경 영국·프랑스 법사상 및 법제도의 수용에 의하여 생성된다. 독일의 규문주의 절차는 중세의 이탈리아 교회법(카논법)을 계수함으로써 1532년의 형사소송법(Peinliche Gerichtsordnung)으로 집대성되어 보통법 시대의 형사절차로 발전하였고, 19세기 이후의 영국·프랑스법의 영향은 이른바 ‘개혁된 독

I.v.Münch, Ph.Kunig & A.v. Arnauld, *Grundgesetz: Kommentar Band 2: Art. 70-146(6. Aufl.)* (München: C.H. Beck, 2012), 941면 이하.

39) 유일준, “검사의 헌법상 지위”, 공법연구회 편, 『형사법과 헌법이념(제1권)』(서울: 박영사, 2006), 5쪽.

40) 대법원, 『바람직한 형사사법시스템의 모색 결과보고서(II) - 독일·프랑스·일본의 형사사법시스템』(서울: 대법원, 2004), 4쪽 이하. 이 장의 논의는 기본적으로 이 보고서의 내용에 기반하고 있다.

일 형사소송'의 형성에 영향을 미치게 된 바 독일 제국 성립 이전의 개별 독일 영방국가에서 특별법으로 나타났다가 1876년 제국형사소송법이 제정됨으로써 독일 형사절차의 기틀을 형성하게 된다.

고대 독일의 게르만 고유의 형사절차는 피해자(혹은 피해자가 속한 집단)가 가해자를 재판정에 고소함으로써(사인소추 또는 민중소추) 절차가 개시되고, 당사자가 재판정에서 공개적인 구두공판절차에 의하여 당사자의 주도하에 전개되는 당사자주의 절차로서, 주된 목적이 실제적 진실의 발견 보다는 피해자의 명예회복과 보상을 통한 공동체의 법적 평화를 확보하는 것이었기에 공판절차는 주로 피고소인에게 고소인의 법적인 비난을 일축하고 피해자에 대한 보상 없이 법적 평화를 확보할 수 있는 변명과 입증의 기회를 부여하는 것으로 구성되어, 증거법도 엄격한 규칙의 통제를 받는 극도의 원시적 형태를 띠어 증거조사절차로 피고소인의 진실서약, 이를 뒷받침하는 최대 6명의 서약보증인, 그리고 피고소인의 변명을 신빙성 있게 만들 수 있는 피고소인에 대한 평판과 소문을 진술할 증인들의 진술절차가 활용되었다.<sup>41)</sup> 이러한 증거조사절차는 중세까지 지속되지만 영주권력의 강화와 기독교의 영향, 로마법 및 교회법의 전파에 따라 점차 변화하기 시작하여 우선적으로 고소인의 입증가능성이 점차 확대되고 실제적 진실 발견의 경향이 강화되게 된다.

신성로마제국의 성립 이후의 중세 독일은 황제와 로마 교황의 협력과 대립이 반복되는 가운데 주교와 도시국가의 군주들(후에 영방국가를 형성하는 제후들)이 주교 관할권 또는 영지, 도시를 독자적으로 지배하면서 세력을 확장해가는 복잡한 정치적 상황 속에서 각자 독자적인 형사재판권을 행사하게 됨에 따라 다양한 재판소가 설치되고 그에 적용되는 형사절차 역시 독자적으로 발전한 바, 이 시기에 적용된 형사절차로는 독일의 자생적 규문절차, 황제와 제후재판소에서의 재정관(財政官: Fiskalat)에 의한 규문절차 교회의 규문절차를 들 수 있다.<sup>42)</sup> 이러한 상황을 극복하고자 신성로마제국의 황제 카를(Karl) 5세는 1532년 카롤리나 형법전(Constitutio Criminalis Carolina)을 제정하여 교회법의 규문주의 절차적 모델을 전통적인 게르만 법과 가능한 동질적인 것으로 결합하려고 시도하여 본래적인 의미의 재판권이 재판부가 아닌 법학교육을 받은 참심단에 속하게 되고, 이에 따라 소송진행결과를 서류로 작성하기 시작하고(서면주의의 지배, 직접주의 및 구두주의의 후퇴), 소송이 하나의 공판기일에 종결될 수 없게 되어 하나의 사건기록이 여러 개로 분리되는 등 형사소송절차의 근본적인 변화를 가져온다. 이후 16세기 중반부터 300년에 걸쳐 '조서에 의한 비밀의 규문주의 절차'가 공식적으로 지배하게 되어 재판관이 범죄에 대한 수사를 담당하는 규문주의 원칙, 형사절차의 목표가 실제적 진실발견이라는 직권주의 원칙 그리고 법률에 규정된 증거이론과 자유심증주의의 부정, 서면재판주의와 간접주의, 자백중심주의로 특징지어지게 된다.<sup>43)</sup>

41) 대법원, 위의 책, 5-7쪽.

42) 각각의 절차의 자세한 내용은 대법원, 위의 책, 10-16쪽.

43) 대법원, 위의 책, 16-30쪽. 보통법 시대의 엄격한 증거법은 피고인의 자백을 얻기 위해 고

‘관방사법(Kabinetstjustiz)’<sup>44)</sup>이라 불리기까지 한 이러한 독일의 규문주의 형사절차에 대한 개혁의 움직임이 18세기부터 전개되는데, 특히 프랑스에서 유래된 계몽주의 사상과 프랑스혁명의 영향, 시민적 자유주의가 추구하는 새로운 국가관 그리고 1808년 프랑스의 치죄법의 영향으로 본격화되어, 탄핵주의와 검찰에 의한 형사절차를 요청하고 비밀의 서면에 의한 ‘수사’를 공개적이고 구두에 의한 공판절차에서 진행하기를 희망하였으며, 그 공판절차에서 증거조사가 재판부의 면전에서 직접적으로 실시되기를 희망한 바, 이러한 요청들이 1848년부터 논의되어 1849년 성립한 프랑크푸르트 제국헌법에 수용되기에 이르고, 1848년 이후 독일의 주요 개별국가들의 새로운 형사소송법들에 반영되게 된다.<sup>45)</sup> 이러한 와중에 1846년 프로이센에서 임시법률로 「베를린 항소법원 및 형사법원 관내에서 진행되는 조사절차에 관한 법률」에서 최초로 수사권을 가지는 검찰제도가 도입되어, 프로이센 전역에 확대되었고, 이후 프로이센의 주도로 독일 제국이 성립하게 됨에 따라, 이 프로이센의 형사소송법이 독일제국 형사소송법의 기본이 된다.<sup>46)</sup>

문도 불사했다. 절대주의 국가형태를 취하였던 당시로서 일반 국민은 권리의 주체가 아니라 절대군주의 신민이었기 때문에 일체의 사법참여가 배제되고, 사법은 국가권력에 종속된 직업 법관에 의하여 지배되어 법관의 독립성은 전혀 보장되지 않은 채 중요한 사건의 경우 군주가 입증을 통해 형사사건을 파기하거나 형을 감경·가중할 수도 있어, 이러한 군주의 형사사법적 권력은 19세기에 이르기까지 유지된다고 한다. 같은 책, 29쪽.

44) 형사소추가 국가의 전유물이 되고, 규문주의 절차에 의존한 독일보통법시대의 형사소송이 17세기 절대국가시대에 들어서 국민참여적 소송의 여지가 왕에 의해 임명된 법관의 손으로 전부 이양됨에 따라 붙여진 이름이다. 김일수, 『독일·오스트리아·스위스의 형사법 개정추이 연구 - 특히 수사체계에서 검사의 지위와 역할을 중심으로』(과천: 법무부, 2005), 73쪽.

45) 1840년대 후반에 들어서도 독일의 형사소송법 개혁은 부진을 면치 못해, 대부분의 주 정부들이 신분제회의의 개혁주장을 거부했으나, 1848년 3월 혁명으로 인하여 시민계급의 저항을 체험한 주정부들이 형사소송의 전반적인 개혁을 약속하게 됨으로써 전환의 계기를 마련하여 1848.4.20. Braunschweig 대공작령 법률, 1848.5.9. Hannover 왕국 법률, 1848.11.23. Sachsen 주 법률, 1848.12.5. Bayern 법률 등이 공개주의와 구두주의를 도입하였고, 프로이센 왕국에서도 1848.5.12. 헌법문서를 통하여 공개주의와 배심법원 그리고 검찰제도 등에 대해 규정하였으며, Oldenburg 대공작령에서도 1849.2.18. 법률에서 공개주의, 구두주의 및 탄핵주의(Anklagegrundsatz) 등을 규정하는 등 3월 혁명은 독일 전역에서 형사소송법의 개혁 및 검찰제도 입법화의 계기가 되었다. 김종구 외 7인 공저, 『검찰제도론』(파주: 법문사, 2011), 169쪽.

46) 김종구 외 7인 공저, 위의 책, 167-168쪽. 프로이센에서 검찰제도가 처음 도입된 것은 1846년 7월 17일 특별법으로 베를린 주에만 제한하여 임시법으로 도입되었는데, 이처럼 임시로 도입된 검찰제도는 이후 긍정적인 반향을 불러 일으켜, 비록 검찰이 법무부장관의 지휘 하에 있고 그 지시구속성이 인정되는 점에 대하여 문제 제기가 있기는 하였으나 대세는 이에 대해 큰 의문을 품지 않아, 형사소송에 있어서의 공개주의, 구두주의 및 이에 따르는 검찰제도 도입이 이루어지게 된다. 특히 1848년의 3월 혁명 후, 1848년 12월 5일의 헌법에서 프로이센 전역에 공개주의와 구두주의를 도입한다고 규정하여, 이에 따른 형사소송법이 준비되었는데 이미 그 효용성이 입증된 베를린 특별법이 기본적인 준거로 사용되어 1849년 1월 3일 프로이센 전역에 공개주의와 구두주의를 도입하고, 검찰제도를 실시하는 형사소송법이 국왕에 의하여 발의되었고 이후 의회 승인과정에서 일부 변경이 이루어진 후 1852년 5월 3일 법으로 공포되게 되었는데 검찰제도의 기본적인 틀은 베를린에서 형성된 제도가 큰 변화 없이

독일 형사절차의 제2단계는 1871년 독일제국성립 이후 1877년 1월 공포된 「독일제국법원조직법(Gerichtsverfassungsgesetz für das Deutsche Reich)」과 동년 2월 공포된 「독일제국형사소송법(Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich)」으로부터 본격화되는데, 독일의 형사절차도 기본적으로 프랑스 모델에 따라 소추·예심·재판기능을 각각 별개의 기관에 맡겼다.<sup>47)</sup> 이 시기는 시민적 자유주의의 영향 하에 법관의 독립을 비롯한 법치국가원칙에 근거한 형사사법을 지향하고 있었지만 당시 형법에서 지배적 위치를 차지했던 응보사상에 내포된 권위주의적 속성을 버리진 못했다. 즉 제국형사소송법은 자유주의적 개혁운동의 산물로서 등장하긴 했지만 관헌국가적인 보수적 관념에 반대하여 형성된 것이 아니라 그것과의 일정한 타협 아래 형성된 것이라 할 수 있다. 그 결과 자유성, 법치국가적 보장 및 보호형식의 측면에서 일정한 표준을 제공하게 되었지만, 종래의 파괴적인 신문형식을 근절하지 못한 채 규문주의적 방식을 그대로 유지하고 있었다는 비판도 받게 된다.

바이마르 공화국의 성립 이후 1930년대 초반 독일의 극심한 경제불황으로 인해 비용절약적이고 간소한 형사절차의 도입이 이루어지기도 하였으나, 나치가 집권한 이후에는(국가사회주의 시대) 권위주의 국가의 목적을 달성하기 위한 재판구조로의 전환을 위해서, 형사절차의 대상으로서의 피고인은 자신의 이익을 민족공동체의 보호욕구와 속죄욕구에 종속시켜야 한 바, 당시까지 적용되었던 형사소송법은 개인주의적이라는 이유로 배척되었고, 전체적으로 검찰과 법원의 권한을 약화시키면서 친위대와 경찰의 권력을 강화하였으며, 이들 기관의 자의에 의해 형사사법의 권한에 심각한 침해가 초래되게 된다.<sup>48)</sup>

독일 형사절차의 제3단계인 제2차 세계대전의 패전 이후에는 형사소송에 유입되었던 국가사회주의적 이념을 배제하고 연합국의 점령기 동안 상실되었던 법적 통일성을 회복하는데 주력한 이후,<sup>49)</sup> 1964년 형사소송개정법률에 의해 자유주의적 영향 하에 형사소송절차를 기본법 및 유럽 인권규약의 법치국가적 요청에 부합하려는 것으로 개정

유지되었다. 같은 책, 169-179쪽.

47) 문준영, 『법원과 검찰의 탄생: 사법의 역사로 읽는 대한민국』 (서울: 역사비평사, 2010), 90-91쪽. 다만 독일의 경우 프랑스와 비교할 때, 검찰의 객관성·중립성에 특별한 관심을 보였다는 점이 가장 차이점이 두드러진다고 한다. 즉 독일에서의 검사는 편파적 당사자가 아닌 법률을 수호하는 자로서 객관의무를 가진 관청으로 이해된다. 이와 관련한 내용은 같은 책, 91-94쪽 참조.

48) 대법원, 앞의 책, 33-43쪽. 이러한 제국 형사소송법상의 검찰제도는 나치시대에도 권한, 조직 면에서 큰 변화 없이 그 근간을 유지하였지만, 인권 보장기관으로서의 역할을 하지 못한 암흑기를 거치게 되었다. 다만 나치시대에는 각 주마다 분권적으로 설치된 주 검찰체제를 폐지하고 전국적으로 통일된 중앙집권적인 국가 검찰체제로 개편하였다. 김종구 외 7인 공저, 앞의 책, 179-180쪽.

49) 제2차 세계대전의 패전 후 독일 연방공화국 시대에 들어 법률제도는 일단 다시 바이마르 시대를 기준으로 복구하기로 함에 따라 검찰제도도 제국 형사소송법상의 제도로 복구하였다. 그리하여 일정한 범죄를 관할하는 연방검찰과 각 주의 주검찰의 분권체제로 복구하였다. 김종구 외 7인 공저, 앞의 책, 180쪽면.

하려는 의도 하에서 피의자·피고인의 지위를 개선하려는 노력이 주를 이루게 된다.

독일 형사절차의 제4단계는 범치국가적 사법정형성(피의자·피고인에 대한 절차적 보장) 보다는 형사사법의 기능적 효율성의 강화라는 지도이념 하에 절차의 신속화와 간이화 및 범죄와의 투쟁을 목적으로 한 개정들이 주류를 이루는데,<sup>50)</sup> 대표적으로 1975년 형사절차개정법률은 최후변론을 삭제하는 등 피의자와 변호인의 지위를 오히려 약화시키면서 검찰에게 강력한 권력을 부여하고 있다.<sup>51)</sup> 동법은 피의자에게 검찰의 소환에 응해야 할 의무를 부여하고 동시에 검찰에게 피의자의 출두를 강제할 권한을 부여하였으며, 구인명령과 질서벌 부과를 통해 출두와 진술을 강제할 수 있고 더욱이 적합한 진술을 강제하기 위해 - 여전히 형식적으로는 법관에 의한 구금영장에 의해야 했지만 - 구금을 명할 수도 있게 하였다. 검찰의 권한 증대는 특히 예심절차에 기초한 법관의 수사활동을 검찰의 권한으로 옮긴 것에서 기인하는데 이는 법관을 수사임무로부터 해방시키는 것으로서 전통적인 형사절차의 개혁 요구에 부합하는 것이긴 하였으나, 이러한 조치가 당사자주의적 형사소송으로의 진보로 연결되지는 못했다는 평가를 받기도 한다.<sup>52)</sup>

## V. 결론에 갈음하며: 헌법규정과 헌법현실

지금까지 간략하게나마 근대 이후 역대 독일헌법상의 형사절차의 규율양상을 살펴보고 아울러 독일 형사절차의 구체적 구현 양상에 대해 검토해 보았다. 간략한 고찰을 토대로 한 판단이기는 하지만, 독일의 헌법규정과 독일의 형사절차에 관한 구체적 전개양상이 직접적인 상응관계 속에서 전개된 것으로 파악하기는 어렵지 않을까 생각된다. 이는 기본적으로 헌법규정과 헌법현실의 간극으로 파악해 볼 수 있겠으나, 다른 측면에서는 독일에서의 법의 지배의 정립이 영국 등에 비해 상대적으로 뒤쳐진 부분이 중요한 요인으로 작용했을 가능성이 있다고 본다.

다만 독일의 형사절차의 현실에 있어서, 전통적으로 독일은 절대주의 권력의 유산으로 취급되는 경찰국가(Polizeistaat)의 전통을 보유한 바 있어, 이러한 경찰의 권력을 제한하기 위한 주요한 기제로서 검찰제도가 도입·운용되어 온 측면이 없지 않아,<sup>53)</sup> 오

50) 1975년 이후의 독일의 형사소송법 개정에 관한 주요 내용은 김일수, 앞의 책, 77-84쪽을 참조.

51) 대법원, 앞의 책, 46쪽. 이처럼 수사단계에서 검찰권이 강화된 이유로 형사재판의 엄격화와 소송절차의 신속화, 효율적인 범죄투쟁의 도모라는 형사절차개정법률의 입법목적에 따른 것이었다고 한다. 조성용, “형사소송의 기능변화 - 1974년 이후 독일 형사소송법의 변천과정에 대한 실증적 분석을 토대로-”, 『안암법학』 제16호(고려대학교 법학연구소, 2003), 59-60쪽.

52) 대법원, 앞의 책, 46-51쪽. 한편 현행 독일 형사소송법상 수사판사(Ermittlungsrichter)라는 용어가 여전히 남아있기는 하나, 이전의 예심을 관장하는 판사와 같은 것은 아니고 단지 강제처분 관련 영장업무나 공판전의 검사의 신청에 의한 피의자 신문 또는 참고인 신문 등의 업무를 담당하는 것으로 업무가 축소되어 있다. 김종구 외 7인 공저, 앞의 책, 180쪽.

늘날 독일에서는 기본적으로 검찰은 법치국가 이념을 대표하는 기관이고 이에 반해 경찰은 수사절차의 편의성을 중시하는 기관으로 여겨지고 있으며, 실제 대부분의 수사가 경찰에 의해 이루어지고 검사는 이를 지휘하는 역할에 국한되는 것이 현실이지만, 이러한 현실 속에서 정치적 또는 여론에 편승하는 경향이 경찰에 의해 발생하는 것을 경계하여 검찰이 법치국가상의 수사지휘·통제권을 확고하게 보유하는 가운데 그 권한을 제한적으로 시행하고 있음을<sup>54)</sup> 확인할 수 있었다. 결국 헌법적 규정의 유무보다는 실질적인 국가의 목적으로서 신체의 자유를 위시한 국민의 기본권 보장에 어떤 방식이 가장 효과적이면서도 효율적인가에 대한 고민이 무엇보다 중요하다 할 것이다.

주지하다시피 기본권을 직접적으로 침해할 소지가 높은 국가작용에 대하여는 보다 엄격하게 통제할 필요가 있는데, 헌법은 국가기관과 기본권 간의 불균형으로 인하여 특별히 후자를 보호해야 하거나 국가기관의 자제가 필요한 경우 헌법상 직접적으로 이를 요청하며, 이러한 헌법사항은 법률사항보다 더욱 기본권의 보장에 기여할 수 있을 것으로 기대된다. 이러한 맥락에서 강제수사를 위한 영장의 청구는 기본권과 관련하여 중대한 사안이므로 이에 대한 핵심적 내용은 헌법적 사항으로 규정할 필요성이 있다는 주장과 영장청구권의 귀속은 형사소송법 등 법률사항으로 규정하는 것이 타당하다는 주장이 대립하고 있는 바<sup>55)</sup> 이 문제의 해결을 위해서는 독일 이외의 다른 국가들에 대한 고찰도 필요할 것이고, 나아가 보다 엄밀한 헌법이론적 연구를 추가적으로 진행할 필요가 있을 것이다.

53) 독일의 검찰제도 도입 이후 전개된 경찰권의 제한과 관련한 자세한 내용은 김일수, 『수사체계와 검찰문화의 새 지평』 (서울: 세창출판사, 2010), 157~160면.

54) 김정해·최유성·홍진이·남현이, 『한국과 선진국의 형사사법기관 구성 및 운영차이에 관한 연구』(서울: 형사정책연구원, 2004), 113~114면.

55) 이와 관련하여 최근의 논의는 이경렬, 앞의 논문, 10면 이하를 참조.

## [참고문헌]

### 1. 단행본

- 권형진, 『독일사(완전개정판)』 (서울: 대한교과서, 2005).  
김일수, 『수사체계와 검찰문화의 새 지평』 (서울: 세창출판사, 2010).  
김종구 외 7인 공저, 『검찰제도론』(파주: 법문사, 2011).  
문준영, 『법원과 검찰의 탄생: 사법의 역사로 읽는 대한민국』 (서울: 역사비평사, 2010).  
송석윤, 『위기시대의 헌법학: 바이마르 헌법학이 본 정당과 단체』(서울:정우사, 2002).  
-----, 『헌법과 사회변동』 (서울: 경인문화사, 2007).

- 김일수, 『독일·오스트리아·스위스의 형사법 개정추이 연구 - 특히 수사체계에서 검사의 지위와 역할을 중심으로』(과천: 법무부, 2005).  
김정해·최유성·홍진이·남현이, 『한국과 선진국의 형사사법기관 구성 및 운영차이에 관한 연구』(서울: 형사정책연구원, 2004).  
대법원, 『바람직한 형사사법시스템의 모색 결과보고서(Ⅱ) - 독일·프랑스·일본의 형사사법시스템』(서울: 대법원, 2004).  
정종섭·이효원, 『검사의 영장신청권에 대한 헌법적 의미에 대한 연구』, 대검찰청 용역보고서(2013).

- Degenhart, Christoph, *Staatsrecht. I: Staatsorganisationsrecht*(28. neu bearb. Aufl.), 홍일선 역, 『독일 헌법총론』(고양: 피앤씨미디어, 2015).  
Kitchen, Martin, *The Cambridge Illustrated History of Germany*, 유정희 역, 『(사진과 그림으로 보는) 케임브리지 독일사』 (서울: 시공사, 2001).  
Münch, I.v., Ph.Kunig & A.v. Arnauld, *Grundgesetz: Kommentar Band 2: Art. 70-146*(6. Aufl.) (München: C.H. Beck, 2012).

### 2. 논문

- 김도협, “독일의 근대헌법사에 관한 일고찰”, 『헌법학연구』 제12권 제1호(한국헌법학회, 2006).  
김일환, “독일 헌법상 사법관련 규정의 비교법적 고찰 - 우리 법질서에 갖는 시사점과 더불어 -”, 『인권과 정의』 제357호(대한변호사협회, 2006).  
김효전 역, “[자료] 프로이센 헌법”, 『헌법학연구』 제21권 제1호(한국헌법학회, 2015).  
-----, “바이마르 공화국 헌법”, 『헌법학연구』 제4권 제3호(한국헌법학회, 1998).  
방승주, “헌법 제10조”, 한국헌법학회 편, 『헌법주석 I』(서울: 박영사, 2013).  
송석윤, “1870/71년 독일통일과 연방제헌법”, 『법사학연구』 제41집(한국법사학회,

- 2010).
- , “군민공치와 입헌군주제 헌법 - 비교헌정사적 연구”, 『서울대학교 법학』 제53권 제1호(2012).
- 양태건 역·송석윤 감수, “1850년 프로이센 헌법”, 『서울대학교 법학』 제54권 2호(서울대학교 법학연구소, 2013).
- 유일준, “검사의 헌법상 지위”, 공법연구회 편, 『형사법과 헌법이념(제1권)』(서울: 박영사, 2006).
- 이경렬, “강제처분에 관한 검사의 영장청구권 규정의 함의”, 『형사법의 신동향』 제56호(2017).
- 이금로, “헌법상의 인신구속제도에 관한 소고”, 공법연구회 편, 『형사법과 헌법이념(제1권)』(서울: 박영사, 2006).
- 정웅석, “헌법상 검사의 영장청구 규정과 수사지휘권과의 관계”, 한국형사소송법학회 제54회 월례발표회 자료집(2018).
- 조성용, “형사소송의 기능변화 - 1974년 이후 독일 형사소송법의 변천과정에 대한 실증적 분석을 토대로-”, 『안암법학』 제16호(고려대학교 법학연구소, 2003).

[Abstract]

**A Narrow View on the Clauses for Criminal Process in Constitutional Laws  
in Germany**

Kim Ju Young\*

For the revision of the constitutional amendment initiated by the President in March 2018 included the deletion of the clause in the present Constitution on designating the prosecutors as the subject of requesting warrant, the long-continued arguments on that matter would have been entering a new phase. But that revision was abolished because the National Assembly didn't go to a division. So the arguments have to continue under the current constitutional system, at least for the time being.

Thought the power of prosecutors of requesting warrant was introduced through the amendment of the Constitution of 1962, it is true that constitutional academy have not been much interested in that matter, compared to the importance of the freedom of the body and the importance of understanding the criminal procedure. As a fundamental work for future discussions, it would be so meaningful to examine the legal systems of advanced countries in terms of comparative-historical legal science that this article examines the constitutional provisions of the previous German Criminal Procedure and how they relate to criminal proceedings.

As a result of the discussion, it seems difficult to grasp the specific development of the German constitutional regulation and the criminal procedure of Germany in the direct correspondence relationship. Basically, it can be understood as a gap between the constitutional provisions and the constitutional reality, but it is also possible that the part of the ruling of the law that is relatively lagging behind the United Kingdom is an important factor. In the end, we can confirm that the most important thing is to achieve the maximum guarantee of people's fundamental rights under the principle of checking and balance of power.

---

\* Associate Professor, Myongji University College of Law, LL.D.

<Keywords>

Germany, Constitution, Criminal process, Prosecutor, Police, Requesting Warrants.

# 「명지법학」 편집규정

제정 2010. 11. 30.

개정 2016. 06. 30.

**제1조(목적)** 이 규정은 명지대학교 법학연구소에서 간행하는 명지법학(Myongji Law Review)의 편집, 간행 및 논문심사에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

## 제2조(명지법학의 간행)

- ① 「명지법학」은 연 2회 발간함을 원칙으로 한다. 단, 편집위원회가 필요하다고 인정하는 경우에는 합본호나 증호를 발간할 수 있다.
- ② 「명지법학」의 발간일자는 매년 7월 31일과 1월 31일을 원칙으로 한다.
- ③ 「명지법학」은 인쇄출판과 전자출판의 형태로 간행하며, 전자출판의 경우 원문파일을 명지대학교 법과대학 법학연구소 홈페이지에 게재한다.
  - 홈페이지 주소: <http://col.mju.ac.kr/user/mjulaw/index.html>

## 제3조(원고의 게재)

- ① 투고 원고는 「명지법학」 투고규정상의 투고 자격을 갖춘 투고자의 논문으로서 편집위원회의 게재 결정을 얻어 「명지법학」에 게재한다.
- ② 투고 원고는 전문 학술논문으로써 기왕에 다른 학술지 등에 게재된 일이 없으며, 「명지법학」 투고규정 및 원고작성 지침에 따른 절차와 요건을 갖춘 것이어야 한다.
- ③ 제출된 투고 원고가 본 연구소가 제시한 투고규정 및 원고작성 지침에 부합하지 않을 경우에는 수정을 요구할 수 있다.

## 제4조(편집위원회의 구성)

- ① 편집위원회는 법학연구소의 편집위원장과 편집위원으로 구성된다.
- ② 편집위원은 편집위원장을 포함한 5인 이상으로 한다.
- ③ 편집위원이 될 수 있는 자는 법학교수, 법학분야 박사학위 보유자 또는 법률분야에 5년 이상 종사한 자로 하며 외부 인사를 포함할 수 있다.
- ④ 편집위원의 임기는 2년으로 한다. 다만, 연임할 수 있다.
- ⑤ 편집위원장은 편집위원 중 법학연구소장이 임명하고 임기는 2년으로 한다. 다만, 연임할 수 있다.

### 제5조(편집위원회의 업무)

- ① 「명지법학」의 편집 및 출판
- ② 「명지법학」 원고의 접수 및 게재 여부 심사
- ③ 「명지법학」 연구윤리위원회의 결정에 따른 조치
- ④ 기타 간행물의 편집 및 출판

### 제6조(편집위원회의 운영)

- ① 위원회는 위원장이 필요하다고 판단하거나 편집위원 과반수의 요구가 있는 경우에는 위원장이 소집한다.
- ② 위원회의 의결은 편집위원 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 찬성에 의한다.
- ③ 위원회는 「명지법학」 기타 간행물에 투고된 원고를 제8조의 기준과 「명지법학」 투고규정 및 「명지법학」 원고작성 지침에 따라 심사하여 그 게재 여부를 정한다.
- ④ 편집위원장은 위원회의 업무를 효율적으로 수행하기 위하여 편집간사를 둘 수 있다.

### 제7조(심사위원회의 구성)

- ① 논문 심사는 제8조 제1항의 기준에 따라 편집위원회에서 위촉하는 3인의 심사위원이 심사한다.
- ② 심사위원은 명지법학연구소의 연구위원 및 편집위원장이 위촉하는 외부 심사위원으로 구성한다.
- ③ 심사위원의 신원은 원고투고자에 대하여 비밀로 한다.

### 제8조(원고의 심사)

- ① 논문 심사는 다음의 기준으로 한다.
  1. 주제설정(창의성과 적절성)
  2. 연구 방법의 논리적 완결성
  3. 연구의 학술적 완성도
  4. 연구결과의 학문적 기여도
  5. 종합의견(게재, 수정 후 게재, 수정 후 재심사, 게재 불가)
- ② 번역, 서평, 및 판례 평석 심사는 다음의 기준으로 한다.
  1. 번역, 서평 및 판례 평석의 필요성
  2. 번역, 서평 및 판례 평석의 완성도
  3. 번역, 서평 및 판례 평석의 기여도
- ③ 심사에 관한 평가는 게재가, 수정 후 게재, 수정 후 재심사(차호 게재), 게재 불

가로 구분한다.

- ④ 평가 시 원고 투고자의 신원은 익명으로 한다.

**제9조(심사료)** 「명지법학」 투고논문을 심사하는 심사위원에게는 소정의 심사료를 지급할 수 있다. 심사료는 편집위원회에서 결정하며, 법학연구소장이 지급여부를 결정한다.

**제10조(게재료)** 「명지법학」에 게재된 원고에 대한 게재료는 편집위원회에서 결정한다.

**제11조(본 규정의 시행 및 개정)**

- ① 이 규정은 법학연구소의 편집위원회의 의결을 거친 날로부터 시행한다.
- ② 이 규정은 법학연구소의 편집위원회의 의결을 거쳐서 개정할 수 있다.

**부칙**

**제1조(시행일)** 이 규정은 2011년 1월 1일부터 시행한다.

**부칙**

**제1조(시행일)** 이 규정은 2016년 8월 1일부터 시행한다.

# 「명지법학」 투고규정

제정 2010. 11. 30.

개정 2016. 06. 30.

## 제1조(투고자격)

- ① 국내외 대학 전임교수
- ② 법률 분야의 종사자
- ③ 대학원생으로써 박사학위 수료 이상의 자
- ④ 기타 편집위원회의 추천을 받은 자
- ⑤ 각 호의 자와 공동으로 투고하는 자

## 제2조(투고원고)

- ① 학술지에 투고할 원고는 다음과 같다.
  1. 발표논문: 본 연구소 주최 학술모임에서 발표되고 제출된 논문
  2. 일반논문: 학술지 게재를 위하여 투고된 논문
  3. 기타(번역·평석 등): 「명지법학」 게재를 위하여 제출된 번역, 판례평석, 입법동향분석, 서평 등
- ② 학술지에 게재할 원고는 다음의 요건을 갖춘 것이어야 한다.
  1. 법학 연구 및 교육 혹은 법률문화 창달에 기여하는 내용의 원고 일 것
  2. 다른 학술지 등에 발표한 일이 없는 원고일 것, 다만, 타 학술지에 일부 발췌문을 발표하였을 경우에는 그 전문(全文)을 투고할 수 있다.
  3. 외국논문을 한글로 번역한 논문의 경우에는 게재를 요청하는 번역자에 의해 저작권 협의가 이미 완료되어 있을 것
- ③ 학술지에 게재할 원고의 전체분량은 「명지법학」 원고작성 지침에 따른 형식으로 20매 내외를 원칙으로 하며, 30매를 초과할 경우 편집위원회의 결정에 따라 게재가 허용될 수 있다.

## 제3조(투고절차 및 방법)

- ① 국문 원고인 경우에는 외국어제목, 외국어초록, 외국어 주제어를 첨부하여야 하고, 외국어 논문인 경우에는 국문 제목, 국문 초록, 국문 주제어를 첨부하여야 한다.
- ② 원고는 작성자의 인적사항을 삭제한 후 제출하고, 표지에 저자명, 소속, 직위,

연락처(전자우편, 전화번호)를 기입한다.

- ③ 원고 제출은 투고기한 내에 완성된 원고를 첨부하여 전자우편(E-Mail)으로 송부함을 원칙으로 한다.

**제4조(투고기한)** 논문의 투고는 「명지법학」의 발간 예정일을 기준으로 1월 전(각 6월 30일, 12월 31일)까지 제출한다. 다만 부득이한 사정으로 기한을 초과하여 제출하는 경우에는 편집위원회의 허가를 받는다.

**제5조(논문제출처)** 논문투고에 관한 문의와 투고논문의 제출처는 다음과 같다.

- 주소: (03674) 서울시 서대문구 남가좌동 50-3 명지대학교 법학연구소
- 이메일: lawresearch@mju.ac.kr
- 전화: 02-300-0803
- 팩스: 02-300-0804

**제6조(저작권)**

- ① 학술지의 편자(編者)는 법학연구소장의 명의로 한다. 다만, 학술지의 내용에는 개별 원고의 집필자를 명시한다.
- ② 「명지법학」에 출판된 모든 저작물의 편집저작권 및 출판권은 본 연구소에 귀속된다.

**제7조(투고논문의 작성방법)** 투고논문의 작성방법은 명지법학 원고작성 지침에 따른다.

**제8조(논문의 심사)**

- ① 투고원고는 편집위원회가 선정한 3인의 심사위원이 심사하여 그 결과를 편집위원회에 통보하면 편집위원회는 그 결정에 따라 논문의 수정·보완을 요구하거나 게재를 유보할 수 있다. 편집위원회의 모든 업무처리와 각 심사위원의 심사는 본 명지법학 연구윤리규정과 게재논문 심사규정에 따라서 이루어진다.
- ② 「명지법학」의 심사기준은 1) 논문제목과 내용의 적합성, 2) 기존연구와의 차별성, 3) 연구내용의 독창성, 4) 연구방법과 결과의 명확성, 5) 논문체계와 기술방법의 적절성, 6) 참고문헌 인용의 적합성, 7) 연구 기대효과 및 학계 기여도로 한다.
- ③ 심사결과는 원칙적으로 편집위원회가 투고자에게 문서(전자문서, 이메일 포함)로써 통지한다. 게재불가의 경우 투고자가 편집위원회에 이의를 제출하면 가능한 한 신속하게 이를 처리하고 그 결과를 즉시 통보한다.

**부칙**

제1조(시행일) 이 규정은 2011년 1월 1일부터 시행한다.

**부칙**

제1조(시행일) 이 규정은 2016년 8월 1일부터 시행한다.

## 「명지법학」 연구윤리규정

제정 2007. 11. 30.

개정 2016. 06. 30.

**제1조(목적)** 이 규정은 명지법학 연구윤리위원회(이하 "위원회"라 한다)의 운영에 관한 기본적인 사항을 규정함으로써 목적으로 한다.

**제2조(용어의 정의)** 이 규정에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

- ① "연구부정행위"라 함은 연구를 제안, 수행, 발표하는 과정에서 연구 목적과 무관하게 고의 또는 중대한 과실로 내용을 위조, 변조, 표절하거나 저자를 부당하게 표시하는 등 연구의 진실성을 해치는 행위를 말한다.
- ② "위조"라 함은 자료나 연구결과를 허위로 만들고 이를 기록하거나 보고하는 행위를 말한다.
- ③ "변조"라 함은 연구와 관련된 자료, 과정, 결과를 사실과 다르게 변경하거나 누락시켜 연구가 진실에 부합하지 않도록 하는 행위를 말한다.
- ④ "표절"이라 함은 타인의 아이디어, 연구 과정 및 연구 결과 등을 적절한 출처 표시 없이 연구에 사용하거나, 자신이 이미 발표한 연구 결과를 적절한 출처 표시 없이 부당하게 발표하는 행위를 말한다.
- ⑤ "부당한 저자 표시"는 연구 내용 또는 결과에 대하여 학술적 공헌 또는 기여를 한 사람에게 정당한 이유 없이 저자 자격을 부여하지 않거나, 학술적 공헌 또는 기여를 하지 않은 자에게 감사의 표시 또는 예우 등을 이유로 저자 자격을 부여하는 행위를 말한다.
- ⑥ "제보자"라 함은 부정행위 또는 부적절행위를 인지한 사실 또는 관련 증거를 제시한 자를 말한다. 다만, 고의 또는 과실로 당해 주장이나 증언에 반하는 사실을 간과한 자는 제보자로 간주하지 않는다.
- ⑦ "피조사자"라 함은 제보 또는 연구소의 인지에 의하여 부정행위 등의 조사대상이 된 자 또는 조사를 수행하던 중 부정행위 또는 부적절행위에 가담한 것으로 추정되어 조사대상이 된 자를 말한다. 다만, 조사과정에서의 참고인이나 증인은 포함되지 아니한다.

**제3조(기능)** 위원회는 명지법학의 회원·준회원 또는 단순게재자의 연구윤리와 관련된 다음 각 호의 사항을 심의·의결한다.

- ① 연구윤리 확립에 관한 사항
- ② 연구부정행위의 예방, 조사에 관한 사항
- ③ 제보자 보호 및 비밀 유지에 관한 사항

#### 제4조(구성)

- ① 위원회의 위원은 명지법학의 편집위원장이 지명하는 편집위원 중 3명과 위원회의 추천을 받은 외부 인사 2인으로 한다.
- ② 연구윤리위원장은 위원회에서 호선하고, 위원장과 위원의 임기는 2년으로 한다.
- ③ 위원회의 제반업무를 처리하기 위해 간사 1인을 둘 수 있다.
- ④ 위원장은 위원회의 의견을 들어 전문위원을 위촉할 수 있다.

#### 제5조(회의)

- ① 위원회의 회의는 필요한 경우에 위원장이 소집하고 주재한다.
- ② 회의는 재적위원 과반수 출석으로 성립하며, 출석위원 과반수 찬성으로 의결한다.
- ③ 필요한 경우 위원이 아닌 자를 회의에 참석시켜 의견을 들을 수 있다.
- ④ 회의는 비공개를 원칙으로 한다.

#### 제6조(연구부정 행위 조사)

- ① 위원회는 구체적인 제보가 있거나 상당한 의혹이 있을 경우에는 연구부정행위 존재 여부를 조사하여야 한다.
- ② 위원장은 예비조사를 실시할 수 있다.

#### 제7조(위원회의 권한과 책무)

- ① 위원회는 조사과정에서 제보자·피조사자·증인 및 참고인에 대하여 출석과 자료 제출을 요구할 수 있다.
- ② 피조사자가 정당한 이유 없이 출석 또는 자료 제출을 거부할 경우에 혐의 사실을 인정한 것으로 추정할 수 있다.
- ③ 위원회는 연구기록이나 증거의 상실, 파손, 은닉 또는 변조 등을 방지하기 위하여 상당한 조치를 취할 수 있다.

#### 제8조(기피·제척·회피)

- ① 피조사자 또는 제보자는 위원에게 공정성을 기대하기 어려운 사정이 있는 때에는 그 이유를 밝혀 기피를 신청할 수 있다. 기피신청이 인용된 경우에는 기피신청된 위원은 당해 조사와 관련하여 배제된다.
- ② 당해 조사와 직접적인 이해관계가 있는 자는 안건의 심의·의결 및 조사에 관여

할 수 없다.

- ③ 제1항 또는 제2항의 사유가 있다고 판단하는 위원 및 조사위원은 회피를 신청할 수 있다.
- ④ 위원장은 위원 중 당해 조사 사안과 이해관계가 있는 위원에 대해서는 당해 조사 사안과 관련하여 위원의 자격을 정지할 수 있다.

**제9조(진술기회의 보장)** 위원회는 조사 사실에 대해 피조사자에게 의견을 제출하거나 해명할 기회를 부여하여야 한다.

**제10조(조사결과에 따른 조치)**

- ① 위원회는 재적위원 과반수 출석과 출석위원 3분의 2 이상의 찬성으로 피조사사실과 관련한 피조사자의 행위가 연구부정행위임을 확인하는 판정을 한다.
- ② 연구부정 행위 확인판정이 있는 경우에는 다음 각 호의 제재를 가하거나 이를 병과할 수 있다.
  - 1. 연구부정 논문의 게재취소
  - 2. 연구부정 논문의 게재취소 사실의 공지
  - 3. 관계기관에의 통보
- ③ 전항 제2호의 공지는 저자명, 논문명, 논문의 수록·접수·취소 일자, 취소 이유 등이 포함되어야 한다.

**제11조(결과의 통지)**

- ① 위원장은 조사결과에 대한 위원회의 결정을 서면으로 작성하여 지체 없이 피조사자 및 제보자 등 관련자에게 통지한다.
- ② 전항의 통지 방식에는 전자문서에 의한 통지도 포함된다.

**제12조(재심의)**

- ① 피조사자 또는 제보자는 위원회의 결정에 불복할 경우 제11조의 통지를 받은 날부터 20일 이내에 이유를 기재한 서면으로 위원회에 재심을 요청할 수 있다.
- ② 전항의 재심의 요청 방식에는 전자문서에 의한 요청도 포함된다.

**제13조(비밀유지의 의무 등)**

- ① 위원회는 제보자를 보호하고 피조사자의 명예를 부당하게 침해하지 않도록 노력하여야 한다.
- ② 제보·조사·심의·의결 및 건의 등과 관련된 일체의 사항은 비밀로 하되, 상당한 공개의 필요성이 있는 경우 위원회의 의결을 거쳐 공개할 수 있다.

- ③ 위원 및 조사에 직·간접적으로 참여한 자는 심의·의결·조사 기타 관련 절차에서 취득한 정보를 부당하게 누설하여서는 아니 된다.

**제14조(경비)** 위원회의 운영에 필요한 경비는 명지법학의 예산의 범위 내에서 지급한다.

**부 칙**

**제1조(시행일)**

이 규정은 2008년 1월 1일부터 시행한다.

**부 칙**

**제1조(시행일)**

이 규정은 2016년 8월 1일부터 시행한다.

## 「명지법학」 원고작성지침

법학연구소에서 간행하는 「명지법학」에 논문을 게재하고자 하는 자는 다음의 원고 작성 절차를 준수해야 한다.

다 음

### 1. 원고 작성의 원칙

- 1) 원고는 워드프로세서로 작성하여 명지대학교 법학연구소 전자우편(E-Mail)으로 제출하며, 워드 프로세서는 [한글] 프로그램을 사용을 원칙으로 한다.
- 2) 원고는 국문으로 작성하는 것을 원칙으로 하되, 필요한 경우 외국어로 작성할 수 있다.
- 3) 원고는 각주, 표, 그림 등을 포함하여 A4 용지 20매 내외로 하는 것을 원칙으로 한다.

### 2. 원고의 구성

원고는 다음 순서에 따라서 구성되어야 한다.

- 1) 논문제목(부제 포함)
- 2) 투고자 성명(학위, 소속 및 지위 등 투고자의 인적사항에 관한 내용은 각주로 표시함)
- 3) 논문요지
- 4) 논문요지의 검색용 주제어(주제어는 10개를 넘지 않도록 함)
- 5) 본문(각주 포함)
- 6) 참고문헌(본문에서 인용한 참고문헌에 한함)
- 7) 외국어 초록(외국어로 작성된 논문의 경우는 한글 초록): 논문제목, 투고자 성명을 포함
- 8) 외국어 주제어(외국어로 작성된 논문의 경우는 국문 주제어): 외국어 주제어는 국문 주제어와 같은 순서로 배열함

### 3. 원고 작성의 규칙

구체적인 원고작성 양식은 다음과 같다.

- 1) 목차의 순서는 다음과 같다.
  - I. 로마숫자 (가운데 정렬)

- 1. 아라비아 숫자
  - (1) 괄호 숫자
  - 가. 한글 가, 나, 다
- 2) 공동 연구논문인 경우에는 공동 연구자 성명에 \*로 각주표시를 한 후 해당 각주에 책임연구자와 연구자를 각각 기재한다.
- 3) 각주의 표기는 다음과 같다.
- 저서 인용: 저자명, 「서명」, 출판사, 출판년도, 면수.
    - 한글 및 일본어, 중국어 저서일 경우, 책명을 「」으로 표시한다.
    - 영어 및 독일어 등 서양문헌인 경우 책명을 이탤릭으로 표시한다.
  - 정기간행물 인용: 저자명, “논문제목”, 「잡지명」, 제○○권 ○호(년도), 면수.
    - 영어 및 독일어 등 외국잡지일 경우 저자명, “논문제목”, 「논문집명」, 권호, 년월, 면수의 순으로 하며, 논문제목은 이탤릭으로 표기한다.
  - 기념논문집 인용: 저자명, “논문제목”, ○○○선생기념논문 「기념논문집명」, 면수.
  - 판결 인용: 대법원 19○○.○○.○○. 선고, ○○다○○○○ 판결 (법원공보 19○○년, ○○○면) 또는 대판 19○○.○○.○○, ○○다○○○○
    - 미국 판례의 경우: 제1당사자 v. 제2당사자, 판례집 권 번호 판례집 약자, 판결의 첫 페이지, 인용된 페이지 (선고년도) 또는 사건명의 약칭, 판례집 권 번호와 판례집 약자 at 인용된 페이지.
  - 그 밖의 사항은 사단법인 한국법학교수회에서 펴낸 “논문작성 및 문헌인용에 관한 표준”(2004.12.)을 참조하여 작성한다.
- 4) 편집용지의 여백주기(F7 키를 누름) 설정
- 위쪽: 30, 아래쪽: 35, 왼쪽: 35.9, 오른쪽: 35.9, 머리말: 15, 꼬리말: 15, 제본: 0
- 5) 문단모양
- 왼쪽: 0, 오른쪽: 0, 들여쓰기: 2, 줄 간격: 160, 문단 위: 0, 문단 아래: 0, 낱말 간격: 0, 정렬방식: 혼합
- 6) 글자모양
- 서체: 신명조, 자간: 0, 장평: 100, 크기: 10
- 7) 참고문헌은 저자명, 저서명 또는 논문 제목, 출판사 또는 학술지명 및 권호, 발간연도의 순서로 기재한다.
- 참고문헌의 글자크기는 9pt로 한다.
  - 참고문헌의 순서는 국내문헌, 동양문헌, 서양문헌 순으로 한다. 국내문헌은 저자명의 가나다순, 동양문헌은 그 나라 발음의 알파벳순, 서양문헌은 발음에 관계없이 알파벳순으로 한다.

## ◆ 편집위원회

위원장 : 박영규 (명지대학교 법과대학 교수)

### 위 원

권건보 (아주대학교 법학전문대학원 교수)  
노호창 (호서대학교 사회과학대학 교수)  
선정원 (명지대학교 법과대학 교수)  
송재일 (명지대학교 법과대학 교수)  
신영수 (경북대학교 법학전문대학원 교수)  
이철기 (가천대학교 법과대학 교수)  
최병천 (전남대학교 법학전문대학원 교수)  
홍명수 (명지대학교 법과대학 교수)

간 사 : 최석환(명지대학교 법과대학 교수)

편집 보조인 : 윤정미(명지대학교 법학연구소 교육조교)

## 明知法學 (제 17권 제 1호)

2018년 7월 30일 인쇄

2018년 7월 31일 발행

板 權  
所 有

발행인 : 박 영 규

발행처 : 명지대학교 법학연구소

주 소 : 서대문구 남가좌동 50-3

전 화 : (02)300-0803, FAX : (02)300-0804

제 작 : 도서출판 학술정보

\* 이 책의 무단복제·복사·전재를 금함

ISSN 1229-7585