

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 **송 자**



趙柄倫教授近影

趙柄倫 教授 年譜

I. 出 生

생년월일 : 1945년 3월 13일

본 적 : 강원도 강릉시 박월동 606번지

주 소 : 경기도 고양시 덕양구 행신3동 햇빛마을 24단지 동신아파트 2405-404

II. 學 歷

- 1951.3~1957.2 강릉 모산 초등학교
- 1957.3~1960.2 강릉 중학교
- 1960.3~1963.2 강릉 제일고등학교 (강릉 상업고등학교)
- 1964.3~1969.2 서울대학교 (법학과)
- 1969.3~1976.2 서울대대학원(법학석사)
- 1976.3~1983.2 서울대대학원(법학박사)
- 1983.9~1989.3 프랑스 파리 II 대학교(법학박사)

III. 主要經歷

- 2001.2~2003.8 명지대학교 부총장
- 2006.1~2008.2 명지대학교 법과대학장
- 1995.2~1997.1 명지대학교 법정대학장
- 1998.2~2001.6 명지대학교 지방자치대학원(현 사회복지대학원) 원장
- 1990.3~1992.8 명지대학교 기획관리실장
- 1997.2~1999.1 명지대학교 사회과학연구소장
- 1999.3~현재 명지대학교 국제인권교육연구센터소장
- 1978.3~1980.2 영남대학교 전임강사

- 2001.12~현재 세계헌법학회 한국학회 회장
- 1999.12~현재 한불법학회 회장
- 1998.11~현재 법률소비자연맹 공동대표

- 2000.10~현재 국정감사 NGO 모니터단(270개 단체 연합) 공동단장
- 2007.1~2007.12 올바른 로스쿨을 위한 시민·인권·노동·법학계 비상대책
위원회 공동대표
- 1989.7~1993.5 헌법재판소 헌법연구관(별정직1급)
- 2000.12~2001.12 한국헌법학회 회장
- 1999.12~2001.12 한국교육법학회, 한불정법학회 회장
- 2000.2~2002.12 공법이론판례연구회 회장
- 1997.11~2002.12 경실련 시민입법위원
- 1998.4~2008.1 소비자보호와 사법개혁을 위한 시민사회 소비자단체공동 추
진협의회 (공추협:65개시민·사회단체연합체) 공동대표
- 1996.4~2001.3 국민을 위한 사법개혁추진협의회 사무총장

IV. 著 書

- 법학개론 (공저), 1979
- 정치관계론 (공저), 1983
- 법학통론 (공저), 1994
- 인간의 존엄성의 근본원리, 2003
- 21세기 한국의 국가 경쟁력 강화를 위한 선진시민사회 확립과 행정효율화
제고방안, 2003
- 민주 시민 교육의 근본원리, 2005
- 헌법학 원리, 2010

V. 主要論文

- 서독의 건설적 불신임 투표제도(공법연구, 1978)
- 독일의 헌법재판제도(공법연구, 1981)
- 국민대표론의 연구(서울대 박사학위논문, 1983)
- L'Ontologie de la souverainete du peuple et de la dignite de
l'homme
(실질적 국민주권과 인간의 존엄성의 근본원리, 파리Ⅱ대학교 박사학위논문
1989)

- 이원정부제와 실질적·능동적 국민주권(고시계, 1989)
- 헌법재판의 의의와 기능(김철수교수 화갑기념 논문집, 1993)
- 국민주권과 권력구조- 한국 헌법상 권력구조의 문제점(헌법학 연구, 1995)
- 범세계적 입헌주의의 개념과 헌법존재론(현대헌법학이론, 1996)
- 형식적 국민주권과 실질적 국민주권(고시계, 1997)
- 인간성회복과 국민 대통합을 위한 한국 민주주의 교육의 실천방안 (독일·유럽 연구센터 논총, 1998)
- 인간의 존엄성의 범세계적 실현을 위한 세계헌법의 제정방안(헌법학 연구, 1998)
- 세계화와 통일을 위한 인간존중의 실질적 민주주의 실현방안(공법연구, 1998)
- 통일에 대비하는 민주주의 실질화와 국민주권 구현방안 (명지대 리서치 아카데미 논총, 1998)
- 한국 헌법상 인성교육과 민주정치교육의 방향(헌법학 연구, 1999)
- 21세기 한국교육의 원칙과 방향(한국교육법 연구, 1999)
- 프랑스 이원정부제의 본질과 실질적 국민주권(한불정법연구, 2000)
- 선진시민사회 확립을 위한 권력의 민주화의 헌법사상(국제인권교육연구, 2001)
- 한국의 선진시민사회 확립과 세계화를 위한 인권교육의 필요성과 방향 (국제교육정보연구, 2001)
- 인권보장의 실질화를 위한 권력의 민주화의 헌법철학원리(세계헌법연구, 2002)
- 프랑스 인권제도의 발전 근원과 실질적 민주주의의 헌법철학 및 정치 철학 사상(헌법학연구, 2003)
- 인권의 철학적 근원과 발전(세계헌법연구, 2004)
- 인간의 존엄성과 국민주권의 본질에 대한 헌법교육(불어논문)(세계헌법연구, 2007)
- 이원정부제 개헌의 본질(세계헌법연구, 2008. 7)
- 책임정치를 실현하는 정부형태로서의 분권형 이원정부제와 국민주권의 실질화--국회 헌법연구자문위원회 보고서의 이원정부제 안과 관련하여--, (공법연구, 2009. 11)

刊 行 辭

강의와 각종 행사 등으로 분주했던 학기중에도 연구에 전념해오신 교내외 여러 교수님들과 대학원생의 귀한 연구성과를 모아 명지법학 제9호를 출간하게 된 것을 기쁘게 생각합니다. 돌이켜보면 올해는 법학과가 법과대학으로 승격되고 법학연구소가 대학부설연구소로서 독립된 체제를 갖추고 출범하여 지난 2000년 명지법학 창간호를 발간한지 꼭 10년이 되는 해입니다. 그동안 명지대학교 법학연구소는 각종 세미나를 개최하고 교수님들의 연구활동을 지원하면서 연구소 체제를 내실화하는데 진력하였고 특히 지적 재산권, 정보통신, 생명공학 등의 분야에서 나름대로 독보적인 성과를 이룩하였다고 자부합니다.

이번 명지법학 제9호는 조병윤 교수님께서 이번 1학기에 정년을 맞게 되심에 따라 정년기념 논문집으로 상재하고자 합니다. 조병윤 교수님께서 지난 1980년부터 30년간을 명지대학교 교수로서 봉직하시면서 대내적으로는 사회과학연구소장, 법정대 학장, 기획관리실장, 지방자치대학원장, 부총장 등 요직을 두루 거치시면서 탁월한 행정능력을 발휘하셨고, 대외적으로는 헌법재판소 연구관, 21세기위원회 위원장, 한국헌법학회와 한국교육법학회 및 한불정법학회의 회장, 한불법학회 부회장, 세계헌법학회 임원, 한국법제연구원 자문위원 등 왕성한 학술관련활동을 통해 우리나라의 법학계에 커다란 족적을 남기셨습니다. 또한 경실련 시민입법위원회 위원, Pax Koreana 21 연구원 원장, 소비자보호와 사법개혁을 위한 시민단체 공동추진협의회 상임공동대표 등 사회단체활동에도 적극 참여하시고 로스쿨 도입에 앞장서시는 등 우리나라의 사회발전에 도 크게 기여하셨습니다.

이번 명지법학 제9호에는 현재 조병윤 교수님과 함께 재직하시는 법과대학 동료 교수님들의 논문은 물론, 재직하시는 동안 조병윤 교수님의 지도를 받았던 제자들의 논문과 경향각지에서 투고된 타대학 교수님들의 옥고를 엄격한 심사절차와 윤리위원회의 심의를 거쳐 엄선하여 실었습니다. 그간 여러 가지로 법학연구소의 발전을 위하여 도와주신 교수님, 본지에 훌륭한 논문을 보내주신 투고자 여러분, 엄정한 심사와 편집을 해주신 위원님 제위께 심심한 감사의 말씀씀을 드립니다. 다시 한번 명지법학 제9호 조병윤 교수님 정년퇴임 기념호의 출간을 기쁘게 생각하며, 앞으로도 법학연구소가 크게 발전할 수 있도록 각별한 관심과 애정을 부탁드립니다.

2010년 6월

명지대학교 법학연구소 소장 이 기 현

목 차

[간 행 사]

[연구논문]

공개에 흠결이 있는 경우의 선행기술 인정범위	박 영 규 / 1
생명의 시작과 형법적 보호의 한계	이 상 용 / 29
전기통신사업법상 이용자 차별 규제의 법리적 고찰	홍 명 수 / 43
해방 이후 정윤환(鄭潤煥)의 주요활동과 발표논문 에 관한 연구 김 수 용 / 67	
의원직을 사직한 국회의원의 권한행사 배제	박 찬 주 / 87
민법상 후견제도의 법적 과제에 관한 고찰	이 정 식 / 121
한국 법조인 양성법제에 관한 입법사적 고찰	최 유 경 / 153
기업범죄와 통제방안	안 상 옥 / 185

[부 록]

「명지법학」 투고규정	213
「명지법학」 편집규정	215
「명지법학」 연구윤리규정	218
「명지법학」 원고작성 요령	222

공개에 흠결이 있는 경우의 선행기술 인정범위

1)박 영 규*

논문요지

문언 그대로의 해석이 명세서의 다른 기재에 비추어 명백히 불합리한 경우 혹은 발명의 실체와 다른 경우에, 어떠한 해석이 출원된 기술사상의 내용, 명세서의 다른 기재, 출원인의 의사 및 제3자에 대한 법적 안정성을 고려했을 때 형평에 따른 합리적 판단인지의 여부에 대해 명확한 해결책이 제시되지 못하고 있다. 일반적으로 일부 내용에 흠결이 있더라도 그 기술 분야에서 통상의 지식을 가진 자가 기술상식이나 경험칙에 의하여 쉽게 기술내용을 파악할 수 있는 범위 내에서는 선행기술로 인정되고 있다. 하지만, 선행기술의 일부에 특허발명에 대응하는 구성이 형식적으로는 기재되어 있는 것처럼 보이나 그 기재가 선행기술의 다른 부분 기재와 명백히 모순되거나 또는 실질에 있어서 선행기술이 명세서 전체를 통해서 밝히고 있는 발명의 실체와 맞지 않으며 오히려 이에 반하는 것일 때에는, 발명의 실시가능성은 통상의 전문가 입장에서 볼 때 모순되거나 상반되고 따라서 통상의 전문가가 기술적 사상을 이해하지 못하는 결과를 초래한다. 이러한 점에서 해당 기술 분야에서 통상의 지식을 가진 자가 기술상식이나 경험칙에 의하여 쉽게 기술내용을 파악할 수 있는 범위를 벗어난 경우, 예를 들면 문언 그대로의 해석이 명세서의 다른 기재에 비추어 명백히 불합리하거나 발명의 실체와 다른 경우 혹은 발명의 공개가 불합리하거나 출원 당시에 당업자를 기준으로 실시가 불가능한 내용을 포함하는 경우에는 선행기술에 포함되는 것으로 해석되어서는 안 될 것이다. 또한 공개문헌에 기재된 내용이 당업자를 기준으로 명백한 흠결이 있고, 본래 의도했던 기술적 실체를 제시하지 않고 있는 경우에도 선행기술에 포함되지 않는 것으로 판단하는 것이 타당할 것이다.

검색용 주제어 : 선행기술, 내용의 흠결, 신규성, 실시가능성, 통상의 지식을 가진 자

· 논문접수: 2010. 4. 30 · 심사개시: 2010. 4. 30 · 게재확정: 2010. 5. 24

* 명지대학교 법과대학 조교수(Dr. Juris)

I. 서론

발명가에게 발명에 관한 독점·배타권을 부여하는 특허제도는 오늘날 여전히 가장 간단하고, 광범위하게 그리고 효과적으로 기술의 개발 및 혁신을 보호할 수 있는 제도로 인정되고 있다. 특허법은 발명자에게는 독점·배타권이라는 권리를 부여함과 동시에 발명을 공개·실시하여 공중에게 발명이용의 길을 제공하는 의무를 부과하고, 공중에게는 발명 이용의 기회를 제공하지만 그 대신 일정 기간 발명을 모방하여 실시하지 않을 의무를 부과하여 궁극적으로 기술의 발전을 통한 국가 산업발전에 이바지함을 그 목적으로 하고 있다. 이러한 목적을 달성하기 위하여 특허권자에게는 특허법 제94조, 제97조에 의해 특허청구범위에 기재된 사항에 의하여 정하여지는 보호범위와 그 균등영역 내에서 그 특허 발명을 업으로서 실시할 권리인 독점배타권이 인정되고 있다.¹⁾

현재 지적재산권에 관하여 가장 자세하고 포괄적으로 규정하고 있는 TRIPs 협정 제27조 제1항은 각 회원국에게 모든 기술 분야에서 물건 또는 방법에 관한 어떠한 발명도 신규성, 진보성 및 산업상 이용가능성이 있으면 특허부여를 인정해야 함을 규정하고 있다. 특허대상을 규정하고 있는 TRIPs 협정 제27조는 대륙법 국가와 영미법 국가 간 법제의 차이를 극복하기 위하여, 대륙법 국가에서의 특허요건 중 진보성, 산업상 이용가능성은 영미법 국가에서의 특허요건 중 비자명성(non-obviousness), 유용성(usefulness)과 같은 의미를 가지는 것으로 규정하고 있다.²⁾ 이를 통해 TRIPs 협정은 한편으로는 협상과정에서 이루어진 각 회원국 간의 최소한의 합의를 반영하였고, 다른 한편으로는 특허법 조약(PLT) 협상과정에서 합의에 이르지 못했던 개별 특허요건에 대해 통일적으로 규정하게 되었다.

한국 특허법 제29조 제1항과 제2항도 산업상 이용 가능한 발명이어야 하고, 특허 출원 전에 국내·외에서 공지, 공용 및 간행물에 게재된 발명에 해당되어 않아야 하며, 발명이 속하는 기술 분야에서 통상의 지식을 가진 자³⁾가 선행기

1) 균등이론에 대해서는 김병남, “균등론을 제한하는 금반언에 관한 고찰(상/하)”, 「창작과 권리」 제31호(2003년 여름호), 64쪽/「창작과 권리」 제32호(2003년 가을호), 2쪽; 전원열, “특허법에 있어서 법이념간의 균형과 Festo판결”, 「창작과 권리」 제31호(2003년 여름호), 41쪽; 송영식, “균등이론과 대법원 판례”, 「창작과 권리」 제11호(1998년 여름호), 32쪽 참조

2) TRIPs 협정 각주 5 참조.

3) 판례는 통상의 지식을 가진 자를 “그 출원에 관한 발명이 속하는 기술 분야에서 보통 정도의 기술적 이해력을 가진 자, 즉 평균적 기술자”로 정의하고 있다(대법원 1997. 7. 25. 선고 96후2531 판결).

술로부터 용이하게 발명할 수 있는 것이 아니어야 특허를 받을 수 있는 것으로 규정하고 있다. 이러한 개별적 선행기술과 출원발명을 비교하여 동일성⁴⁾이 인정되는지의 여부에 따라 신규성 여부가 결정되고, 선택된 1 또는 2 이상의 선행기술로부터 출원발명을 구현하는 것이 당업자를 기준으로 용이한지의 여부에 의해 진보성 인정여부가 결정된다. 하지만, 비교대상의 특허청구범위 기재가 명세서의 기재와 전혀 다른 발명인 경우에 그러한 청구범위의 기재를 이유로 하여 후 출원된 특허발명의 신규성 혹은 진보성을 부인할 수 있는지의 여부는 여전히 국내·외적으로 명확한 해결책이 제시되지 못하고 있다. 다르게 표현하면, 문언 그대로의 해석이 명세서의 다른 기재에 비추어 명백히 불합리한 경우 혹은 발명의 실체와 다른 경우에, 어떠한 해석이 출원된 기술사상의 내용, 명세서의 다른 기재, 출원인의 의사 및 제3자에 대한 법적 안정성을 고려했을 때 형평에 따른 합리적 판단인지의 여부에 대해 명확한 해결책이 제시되지 못하고 있다.

이에 본고는 제II절에서 선행기술의 의미, 선행기술의 인용, 발명의 공개 및 보호범위 해석의 일반적인 기준을 살펴보고, 제III절에서는 각국에서의 선행기술 인정범위에 대한 판단기준을 고찰한다. 이를 통해 문언 그대로의 해석이 명세서의 다른 기재에 비추어 명백히 불합리한 경우에 적용될 수 있는 합리적 해석 기준을 제시하고자 한다.

II. 선행기술, 발명의 공개 그리고 보호범위 해석

1. 선행기술의 의미

특허출원 당시에 이미 공개된 종래의 기술 또는 기술적 지식으로 정의되는 선행기술은 특허요건 가운데 신규성,⁵⁾ 진보성의 충족 여부를 판단하는 기준이

4) 선출원의 발명과 동일한 발명인지의 여부를 판단하기 위해서는 먼저 두 발명의 성격(물건에 관한 발명인지, 방법에 관한 발명인지)과 그 특허발명의 범위를 확정하여야 할 것이며 그 중 하나가 물건(장치)에 관한 발명으로 되어 있고 다른 하나가 방법에 관한 발명으로 되어 있을 때에는 그 발명의 실체를 파악하여 동일한 발명인데 표현양식에 따른 차이가 있는 것에 지나지 아니하는 것인지, 아니면 장치와 방법 양자에 관하여 각각 별개의 발명이 있었는지 여부를 먼저 확정하여 실시하고 이에 터 잡아 두 발명의 동일성 여부를 판단하여야 한다(대법원 1990.2.27. 선고 89후148 판결).

5) 신규성은 청구항에 기재된 발명이 특허법 제29조 제1항 각호의1에 해당하는지의 여부, 구성이 동일한지의 여부에 대한 판단이고, 특허청구범위에 청구항이 2이상 있는 경우에는 청구항마다 신규성을 판단하는 것이 기본원칙이다(특허청, 심사지침서, 2002, 2314쪽).

되고 있다.⁶⁾ 현행 특허법은 선행기술을 정의하고 있지 아니하지만, 특허출원의 심사에 있어서 필요하다고 인정될 때에는 특허청장은 특허법 제58조에 의해 선행기술의 조사를 의뢰할 수 있다. 현행 특허법 제29조 제1항은 특허출원 전의 선행기술로 공지된 발명, 공연히 실시된 발명, 간행물에 기재된 발명 및 대통령령이 정하는 전기통신회선을 통하여 이용가능하게 된 발명을 규정하고 있다. 즉 신규성, 진보성 판단에 있어서 특허발명과 대비대상이 될 수 있는 선행기술의 유형으로, 공지발명, 공용발명,⁷⁾ 간행물기재 발명 등으로 규정하고 있다. 여기에서 공지된 발명 내용은 비밀상태에서 벗어나 불특정인에게 알려진 발명을 의미하고, 공연히 실시된 발명이란 공연히 알려진 상태 또는 공연히 알려질 수 있는 상태에서 실시되는 발명을 의미한다. 또한, 간행물이란 일반 공중에게 반포에 의하여 공개할 목적으로 복제된 문서, 도면, 기타 이와 유사한 정보전달 매체를 의미한다. 일반 공중에게 반포에 의하여 공개할 목적으로 복제된 것이라 함은 원본이 공개되어 그 복사물이 공중의 요구에 의하여 즉시 교부될 수 있으면 간행물로 인정될 수 있다.⁸⁾

하지만 각각의 유형에 있어서 어느 정도까지의 범위로 선행기술의 내용을 인정할 것인지에 대한 구체적인 기준은 존재하지 않고 있다. 다만, 특허청 심사지침서는 간행물 기재 발명을 그 문헌에 직접적으로 명확하게 기재되어 있는 사항 및 문헌에 명시적으로 기재되어 있지 않으나 사실상 기재되어 있다고 인정할 수 있는 사항에 의하여 파악되는 발명으로 정의하고 있다.⁹⁾ 여기서 사실상 기재되어 있다고 인정할 수 있는 사항이란 그 발명이 속하는 기술 분야에서 통상의 지식을 가진 자가 그 간행물의 반포 시에 간행물에 기재된 사항에 의하여 파악해 낼 수 있는 사항을 포함한다. 이 경우에는 간행물 반포시의 기술상식을 참작한다고 하여 간행물 기재 발명의 내용 특징을 위한 어느 정도의 기준은 제시하고 있으나, 이 역시 원론적인 수준의 기준 제시에 그칠 뿐 구체적 쟁점에 대한 명확한 해답까지는 주고 있지 못하다.¹⁰⁾

6) 배대헌, “선행기술에 관한 국제적 논의와 현행 특허법 제29조의 검토”, 「창작과 권리」 제31호(2003년 여름호), 2, 3쪽.

7) 발명이 공지공용의 것이라 함은 공지공용의 기술과 동일한 경우에 한정할 필요는 없고, 어느 발명이 선행의 공지공용의 기술로부터 이루어진 것이라고 하여도 이것이 공지공용의 기술에 근사한 것이 명백하여 특별히 새로운 기술이라고 볼 수 없는 경우에는 진보성에 앞서 그 신규성 자체를 부정할 수 있을 것이다(대법원 1992.6.2. 자 91마540 결정).

8) 특허청, 심사지침서, 2002, 2305쪽.

9) 특허청, 심사지침서, 2002, 2306쪽.

10) 주지기술이란 그 기술에 관해 상당히 다수의 문헌이 존재하거나, 업계에 알려져 있거나, 혹은 예시할 필요가 없을 정도로 잘 알려진 기술과 같이 그 기술 분야에서 일반적으로 알려진

선행기술의 인정과 관련하여 현행 특허법 제29조 제3항은 특허출원한 발명이 당해 특허출원을 한 날 전에 특허출원 또는 실용신안등록출원을 하여 당해 특허출원을 한 후에 출원 공개되거나 등록 공고된 타 특허출원 또는 실용신안등록출원의 출원서에 최초로 첨부된 명세서 또는 도면에 기재된 발명 또는 고안과 동일한 경우에 그 발명에 대하여는 제1항의 규정에 불구하고 특허를 받을 수 없는 것으로 규정하고 있다.¹¹⁾ 명세서 또는 도면에 기재되어 있는 발명은 등록공고 또는 출원공개에 의하여 공개되므로 특허청구범위에 포함되어 있지 않아도 그 발명은 출원인의 입장에서 보면 대가 없이 사회에 공여한 발명에 해당하고, 이렇게 대가 없이 사회에 공여한 발명을 후 출원한 제3자의 전유물로 하는 것은 불합리할 뿐만 아니라 새로운 발명에 대한 공개의 대가로 일정기간 독점권을 부여하는 특허제도의 취지에도 부합하지 않는다는 점을 고려하여 특허가 부여되지 않는 것이다.¹²⁾ 또한 동 규정은 명세서 또는 도면에 기재된 발명을 보정에 의해 특허청구범위에 기재할 경우 특허법 제36조 규정에 의한 선출원이 될 가능성이 있어, 후출원의 심사를 선출원의 심사 종결 시까지 미루어야 하는 문제가 발생할 수 있고 이러한 불합리한 점을 방지하기 위한 측면도 고려하고 있다.¹³⁾

2. 선행기술의 인용

특허발명의 진보성은 신규성이 있음을 전제로 하는 것으로서, 어느 발명이 공지기술에 비추어 새로운 것인가의 신규성의 문제와 그것이 공지기술로부터

기술을 말하며, 관용기술은 주지기술 중 자주 사용되고 있는 기술을 말한다(특허청, 심사지침서, 2002, 2411쪽). 대법원이 선행기술에 주지관용기술을 부가하여 청구항의 신규성을 부정할 수 있도록 함으로써 그 동일성의 범위를 무제한 확대하고 있다는 비판에 대해서는 임호, “신규성 판단에 있어서 동일성의 범위(II)”, 「저스티스」 제100호, 80쪽 이하 참조.

11) 다만, 당해 특허출원의 발명자와 타특허출원의 발명자나 실용신안등록출원의 고안자가 동일한 경우 또는 당해 특허출원의 특허출원시의 특허출원인과 타특허출원이나 실용신안등록출원의 출원인이 동일한 경우에는 그러하지 아니하다

12) 확대된 선원에서 발명의 동일이라 함은 그 기술적 구성이 전면적으로 일치하는 경우는 물론 그 범위에 차이가 있을 뿐 부분적으로 일치하는 경우라도 그 일치하는 부분을 제외한 나머지 부분만으로 별개의 발명을 이룬다거나 위 일치하는 부분의 발명이 신규의 발명과 유기적으로 연결되어 일체로서 새로운 발명으로 되는 등의 특별한 사정이 없는 한 양 발명은 동일하다 할 것이고, 비록 양 발명의 구성에 상이점이 있어도 그 기술 분야에서 통상의 지식을 가진 자가 보통으로 채용하는 정도의 변경에 지나지 아니하고 발명의 목적과 작용효과에 격별한 차이를 일으키지 아니하는 경우에는 양 발명은 역시 동일한 발명이라 할 것이다(대법원 1985.8.20. 선고 84후30 판결).

13) 특허청, 심사지침서, 2002, 2503쪽.

용이하게 생각해 낼 수 있는 것인가의 진보성의 문제는 구별되어야 하고, 따라서 발명의 진보성을 판단하기 위해서는 먼저 그 발명의 신규성의 판단이 선행되어야 한다.¹⁴⁾ 신규성에 의해 거절되기 위해서는 당해 발명의 모든 구성요소가 단 하나의 인용문헌에 모두 기재되어 있어야 한다. 다른 인용문헌도 고려될 수 있으나 그 경우에는 거절의 주된 이유가 된 인용문헌을 해석하기 위해서 참고로 할 뿐이지 거절이유로 인용될 수는 없다. 그러나 당해 발명의 제1인용문헌이 발명 1개에 의해서는 예측되지 않고 당해 발명을 완성하기 위해서 제2인용문헌을 인용하여 2개의 인용문헌을 조합하여야 하는 경우에는 신규성의 문제가 아니고 진보성에서 고려된다. 결과적으로 신규성 판단에서 선정하는 인용문헌은 진보성에서 선정하는 인용문헌과 달리 해당 기술 분야나 해당 기술 분야의 범위에 대하여 아무런 제한이 없다.¹⁵⁾ 진보성 판단 시에는 2이상의 문헌을 상호 조합시켜 판단할 수 있으나, 그 조합이 당해 발명의 출원 시에 그 발명이 속하는 기술 분야에서 통상의 지식을 가진 자에게 자명한 경우에 한한다.¹⁶⁾ 청구항에 기재된 발명과 상이한 분야의 선행기술을 인용발명으로 인용할 경우에는 양 기술 분야의 관련성, 과제해결의 동일성, 기능의 동일성 등을 포함하여 인용의 타당성을 충분히 검토하여야 한다.¹⁷⁾

3. 발명의 공개

특허제도는 발명을 보호·장려하고 그 이용을 도모함으로써 기술의 발전을 촉진하여 산업의 발달에 기여함을 목적으로 하고 있다. 즉, 새로운 기술을 개발하여 그것을 공개한 자에 대하여 심사과정을 거쳐 특허권을 부여함으로써 발명의 보호를 도모하는 한편, 제3자에 대해서는 그 발명을 이용할 수 있는 기회를 제공하고 있다. 발명에 관한 이와 같은 보호 및 이용은 특허발명의 보호범위를 명확히 명시하는 권리서로소의 역할, 발명의 기술적 내용을 공개하는 기술문헌으로서의 역할을 가진 명세서에 의해 이루어지게 된다. 이와 관련하여 TRIPs 협정 제29조 제1항은 특허출원인에게 당해 기술 분야의 전문가에 의해 발명이 실시될 수 있을 정도로 충분히 명확하고 완전하게 발명을 공개하도록 요구하는

14) 대법원 1992.6.2. 자 91마540 결정.

15) 김원준, “진보성의 심사기준과 인용문헌의 조합에 관한 연구”, 「산업재산권」 제27호 (2008.12), 29, 35쪽.

16) 특허청, 심사지침서, 2002, 2414쪽.

17) 윤선희, 특허법 제3판, 법문사, 2007, 204쪽.

것을 허용함으로써, 발명의 충분한 공개를 특허부여의 요건으로 규정할 수 있도록 각 회원국에게 인정하고 있다. 종전 한국 특허법 제42조 제3항은 “발명의 상세한 설명에는 그 발명이 속하는 기술 분야에서 통상의 지식을 가진 자가 용이하게 실시할 수 있을 정도로 그 발명의 목적·구성 및 효과를 기재하여야 한다”라고 규정하고 있었다. 즉 발명의 목적, 구성 및 효과를 특허출원서에 반드시 기재토록 의무화하고 있었다.¹⁸⁾

그러나 본 조항은 정보기술(IT), 생명공학(BT) 등 새로운 기술 분야의 등장과 기술의 다양화, 복합화 추세에 따라 발명의 내용을 출원서 형식에 맞출 수 없는 경우가 있어 발명을 상세하고 명확하게 설명하는데 제한요소로 작용하였고, 아울러 개인발명가들이 출원서에 발명의 내용을 상세하고 명확하게 기재하지 못한 형식상의 하자로 인해 특허 받지 못하는 경우가 발생하였다. 이러한 문제점을 해결하기 위해 2006년 12월 8일 국회를 통과한 특허법¹⁹⁾은 “발명의 상세한 설명에는 그 발명이 속하는 기술 분야에서 통상의 지식을 가진 자가 그 발명을 쉽게 실시할 수 있도록 명확하고 상세하게 기재하여야 한다”라고 규정함으로써, ‘발명의 상세한 설명’ 사항의 기재요건에서 발명의 목적·구성 및 효과로 구분하는 것을 삭제하고, 특허출원인이 편리하고 다양하게 그 사항을 기재할 수 있도록 허용하고 있다.²⁰⁾

18) 대법원도 제42조 제3항과 관련된 판결(대법원 1996.7.30. 선고, 95후1326; 대법원 1996.10.11. 선고, 96후559; 대법원 1996.6.28. 선고, 95후95)에서 “특허법 제42조 제3항에 의하면, 특허출원서상의 발명의 상세한 설명에는 그 발명이 속하는 기술 분야에서 통상의 지식을 가진 자가 용이하게 실시할 수 있을 정도로 그 발명의 목적, 구성, 작용 및 효과를 기재하여야 한다고 되어 있는 바, 그 규정의 취지는 특허출원된 발명의 내용을 제3자에게 공표하여 그 기술적 범위를 명확하게 하기 위한 것이므로 그 발명과 관련된 기술 분야에서 평균적 기술능력을 가진 자가 당해 발명을 명세서 자체의 기재에 의하여 출원 당시의 기술수준으로 보아 특수한 지식을 부가하지 않고서도 그 발명의 내용을 명확하게 이해하고 이를 재현할 수 있을 정도로 기재하는 것을 말하므로, ...(후략)”라고 판시하였다. 의약용도발명의 약리효과 기재와 관련된 본 판결에 대한 비판으로는 최성준, “의약의 용도발명에 있어서의 약리효과 기재정도”, 「LAW & TECHNOLOGY」 제2호(2005년 9월), 서울대학교 기술과법센터, 133, 136쪽 참조. 아울러 대법원의 입장 변화에 대해서는 대법원 2004.12.23. 선고, 2003후1550; 대법원 2003.10.10. 선고, 2002후2846; 대법원 2001.11.30. 선고, 2000후2958; 대법원 2001.11.30. 선고, 2001후65; 대법원 2001.11.30. 선고, 2000후3005 참조.

19) 법률 제8197호. 2007년 7월 1일부터 시행됨.

20) 생명공학 발명의 산업상 이용가능성(유전자, 단백질의 기능, 효과 등)이 최초 출원서에 첨부된 명세서에 신뢰성을 갖고 확인할 수 있을 정도로 공개되어야 하는지의 여부에 대해서는 박영규, “유전공학 산물의 산업상 이용가능성”, 「창작과 권리」 제34호(2004년 봄호), 2쪽; 박영규, “생명공학적 발명의 보호와 유전자특허의 보호범위”, 「산업재산권」 제18호, 2005.11, 41쪽 이하 참조.

4. 보호범위 해석의 일반원칙

특허의 무효 또는 권리침해 여부는 특허청구항의 문언과 비교대상 발명 또는 확인대상 발명을 비교하여 판단하고(문언해석의 원칙), 특허청구항의 문언은 여러 용어로 구성되어 있는데 해당 용어는 원칙적으로 해당 기술 분야에서 통상의 지식을 가진 자가 부여하는 의미로 이해된다. 어떠한 용어를 특정한 의미로 사용하려고 하는 경우에는 그 의미를 정의하여 사용하는 것이 허용²¹⁾되지만 이러한 경우에 용어의 의미가 명세서에서 정의된 경우에는 그에 따라 해석되고(명세서 참작의 원칙), 특허청구범위의 내용을 명확히 이해하기 위해서 출원으로부터 특허에 이르기까지의 출원인의 의사와 특허청의 견해를 참작하는 것이 필요한 경우도 있을 수 있다(출원경과 참작의 원칙). 즉 발명의 보호범위를 보다 정확히 파악하고, 발명의 권리범위를 결정하는데 기준이 되는 특허청구항이 어떻게 형성되어 왔는가를 파악하기 위해서 최초의 명세서, 도면, 거절이유통지서, 의견서, 보정서, 거절결정불복의 심판청구서 등을 참작할 수 있다. 그리고 특허청구범위에 공지기술이 포함되어 있는 경우에 그 부분을 제외하고 특허 발명의 보호범위를 인정할 것인지의 여부와 관련하여 출원시의 기술수준이 고려될 수도 있을 것이다(공지기술 참작의 원칙).

보호범위 해석과 관련하여 이러한 원칙들이 존재하고 있다 하더라도 구체적으로 어떻게, 어느 원칙을 적용하여야 한다는 일반적 기준은 존재하지 않는다. 다만 특허권의 권리범위 내지 실질적 보호범위는 특허출원서에 첨부한 명세서의 청구범위에 기재된 사항에 의하여 정하여지는 것이 원칙이고, 그 기재만으로 특허의 기술적 구성을 알 수 없거나 알 수는 있더라도 기술적 범위를 확정할 수 없는 경우에는 명세서의 다른 기재에 의한 보충을 할 수 있다.²²⁾ 그러나 이러한 경우에도 명세서의 다른 기재에 의하여 특허범위의 확장해석이 허용되지 아니함은 물론 청구범위의 기재만으로 기술적 범위가 명백한 경우에 명세서의 다른 기재에 의하여 청구범위의 기재를 제한하여 해석할 수 없다. 또한 청구범위에 포함되는 것으로 문언적으로 해석되는 것 중 일부가 발명의 상세한 설명의 기재에 의하여 뒷받침되고 있지 않거나 출원인이 그 중 일부를 특허권의 권리범위에서 의식적으로 제외하고 있다고 보이는 경우 등과 같이 청구범위를 문언 그대로 해석하는 것이 명세서의 다른 기재에 비추어 명백히 불합리할

21) 대법원 2005. 9. 29. 선고 2004후486 판결.

22) 대법원 2004. 10.28. 선고 2003후2454 판결; 대법원 1993.10.12. 선고 91후1908 판결.

때에는, 출원된 기술사상의 내용과 명세서의 다른 기재 및 출원인의 의사와 제 3자에 대한 법적 안정성을 두루 참작하여 특허권의 권리범위를 제한 해석하는 것이 가능할 것이다.²³⁾

III. 선행기술 인정범위

1. 개 요

세계지적재산권기구(WIPO)에서 논의 중인 특허실체법조약(SPLT, Substantive Patent Law Treaty) 초안 제8조 제1항은 “선행기술은 청구발명의 우선일 전에 세계 어디에서든 어떤 형태로든 공중에게 접근 가능하였던 모든 정보로 구성된다”고 규정하고 있다. 나아가 동 조 제2항은 아직 공개되지는 않았지만 우선일 전에 출원된 선출원도 선행기술의 효과를 가진다고 규정하고 있다. 특허청 심사지침서도 심사관이 선출원주의나 확대된 선출원주의를 판단하는 경우에 당해 특허출원일 전에 출원된 선출원의 명세서에 기재된 모든 정보가 선행기술에 해당하는 것으로 규정하고 있다. 이러한 점에서 특허실체법조약 초안과 특허청 심사지침서 모두 일반적인 선행기술과 선출원에 의한 선행기술 모두를 선행기술의 범주에 포함시키고 있다.²⁴⁾

무엇이 선행기술을 구성하는지의 판단은 해당 선행 문헌에 기재되어 있는 형식적인 기재 내용에 터 잡을 것이 아니라, 해당 문헌이 해당 분야의 당업자에게 어떠한 기술적 사항을 공개하고 있는가를 밝히는 작업이라 할 것이다. 따라서 당업계의 일반 상식과 반대된다거나 또는 다른 부분 기재와 모순되는 등 당해 문헌의 발명 실체와 부합하지 않는 잘못된 기재가 있다면 이는 선행발명에 기재된 구성으로 해석하여서는 안 될 것이다. 만약에, 선행기술의 일부에 특허발명에 대응하는 구성이 형식적으로는 기재되어 있는 것처럼 보이나 그 기재가 선행기술의 다른 기재와 명백히 모순되거나 또는 실질에 있어서 선행기술이 명세서 전체를 통해서 밝히고 있는 발명의 실체와 맞지 않는 경우에도 단지 문언적으로 해석하여 선행기술로 인정한다면, 이는 각국이 엄격하게 금지하고 있는 사후적 고찰(Hindsight)²⁵⁾을 통해 명세서상의 기재와 부합하지 않는 내용을 선

23) 대법원 2003. 7. 11. 선고 2001후2856 판결.

24) 정차호/윤기승, “특허출원인이 종래기술로 기재한 내용의 선행기술로의 채택 가능 여부”, 「인권과 정의」 제382호(2008.06), 158, 166쪽.

25) 해결 후에는 간단해 보이는 것도 그 해결 전에는 당업자에게 매우 기술적으로 어려운 과제

행기술로 인정하는 과오를 범하게 될 것이다.

2. 국제적 동향

가. 유 럽

(1) 유럽특허협약

유럽특허협약(Convention on the Grant of European Patents: European Patent Convention)은 1963년 특허에 관한 실체법 통일협약(Convention on the Unification of Certain Points of Substantive Law on Patents for Invention, 소위 “스트라스부르그”협약)을 기초로 하여, 유럽 역내에서 특허부여절차를 통일화하기 위하여 1973년 10월 5일 독일 뮌헨에서 체결되어 1977년 10월 7일 발효되었다.²⁶⁾ 동 협약은 총 178개의 조문과 시행 규칙(총 106개의 조문)으로 구성되어 있으며, 이에는 재판관할에 관한 의정서, 유럽특허제도의 집중화 및 그 도입에 관한 의정서 및 제69조의 청구범위 해석²⁷⁾에 관한 의정서가 포함된다. 유럽특허는 회원국의 국내특허와 같은 효력이 있고, 같은 조건이 적용(유럽특허협약 제2조)되며 아울러 국내특허가 부여하는 것과 같은 권리를 특허권자에게 부여한다(유럽특허협약 제64조). 그리고 유럽 특허는 발명대상이 특허성이 없는 경우, 당업자가 발명을 실시할 수 있도록 충

가 될 수 있는 것이 있는데, 이를 흔히 사후적 고찰 혹은 콜럼버스의 달걀 등으로 부른다. 사후적 고찰을 통해 관련분야에서 상당한 의미를 갖는 발명도 쉽게 그 진보성을 부정될 위험성이 있기 때문에 어느 나라를 막론하고 이러한 사후적 고찰은 엄격히 금지되고 있다.

26) 이 후에 2000년 11월 29일에 유럽특허협약이 개정되어 마침내 2007년 12월 13일에 발효되었다. 개정의 주요내용에 대해서는 Nack/Phelip, Bericht über die Diplomatische Konferenz zur Revision des Europäischen Patentübereinkommen, GRUR Int. 2001, S. 322; Akte zur Revision des Übereinkommens über die Erteilung europäischer Patente vom 5. Oktober 1973, zuletzt revidiert am 17. Dezember 1991, GRUR Int. 2001, S. 309 참조.

27) 유럽특허조약 제69조에 대한 해석지침은 “보호범위는 청구항의 엄격한 문언해석에 따라야 하고 청구항이 불명료한 경우에만 명세서나 도면을 사용해야 하는 취지로 해석되어서는 안 된다. 또 청구항이 가이드라인으로서만 도움이 된다든지, 당사자가 명세서 및 도면을 자세히 검토한 결과 인정되는 범위, 즉 특허권자가 기재한 범위까지 보호범위를 확장해도 된다는 취지로 해석해서는 안 된다. 보호범위 해석은 이러한 양 극단의 사이에서 특허권자를 위한 공정한 보호와 제3자에 대한 충분한 법적 안정성의 조합에서 결정되어야 한다”라고 규정하고 있고, 유럽특허협약 제69조에 대한 해석지침 제2조(미발효 2000)는 “유럽특허의 보호범위 해석에 특허청구항에 언급된 구성요소와 균등적 구성요소는 고려된다”라고 하여 보호범위 해석에 균등론의 적용을 명확히 하고 있다.

분히 공개되지 아니한 경우 등에 한하여 무효화 될 수 있지만, 일단 특허가 부여되면 특허의 유효성과 침해여부에 대해서는 각국의 법률과 법원이 판단하게 된다.

(2) 선행기술 인정범위 판단의 기본원칙

유럽특허청 항고심판소는 특허발명과 대비되는 선행기술이 문서인 경우, 그 문서의 내용 전체로부터(the disclosure of the document as a whole) 쟁점이 되고 있는 특허에 의해 보호받고자 하는 발명이 기술적인 교시 내용으로서 당업자에게 이용가능하게 되어 있었는지(make available to a skilled person as a technical teaching)의 여부를 기준으로 선행발명의 내용을 확정하고 인정하여야 한다고 하고 있다.²⁸⁾ 선행기술인 문서에 개시된 기술적 내용은 당업자가 이해하는 대로 문서 전체의 내용으로부터 판단하여야만 하고(should be considered in its entirety), 그 문서 중에 포함된 내용과 다르거나 또는 그것에 반하는 기술정보를 도출하기 위해 문서의 일부를 별개로 끄집어내어 그 내용을 임의로 해석하는 것은 허용되지 않는다고 한다.²⁹⁾

나아가 선행문헌의 일부 기재가 선행문헌 전체 내용으로부터 다른 부분 기재와 자기모순(self-contradictory)되거나 정합적으로 해석하기 어려운 경우에는, 이러한 부적절한 기재를 그대로 선행발명의 내용으로 인정하여서는 안 되고 오기를 바로 잡아 그 내용을 인정하여야 한다.³⁰⁾ 이러한 명세서 내의 자기모순의 경우는, 비단 문제로 되는 해당 부분의 기재가 애매모호하여 그 해석이 불분명한 경우뿐만 아니라, 비록 문장 자체의 애매모호함은 없더라도 다른 부분 기재에 비추어 문헌 전체의 내용으로서 파악했을 때 모순되는 것으로 당업자가 쉽게 이해할 수 있는 경우에도 마찬가지로 판단된다.³¹⁾

(3) 구체적 사례

(가) 유럽특허청(T 77/87, 1989.03.16) 심결

28) EPA 1985.02.28 - T 198/84; EPA 1987.09.16 - T124/87.

29) EPA 1988.9.20 - T 56/87.

30) EPA 1991.10.15 - T 450/89; EPA 1989.12.20 - T 89/87.

31) EPA 1991.10.22 - T 513/89.

공개문헌에 흠결이 있는 경우에 이를 선행기술로 인정할 수 있는지의 여부가 논란이 되었던 Fehlerhaftes Referat/IC 사건에서, 유럽특허청 항고심판부는 당업자에게 기술적 실체와 관련된 내용이 공개되었는지의 여부에 의해 선행기술의 범위를 확정하였다. 위 사건에서 유럽특허청 항고심판부는 먼저 공개문헌에 기재된 내용이 당업자를 기준으로 명백한 흠결이 있어 본래 의도했던 기술적 실체를 제시하지 않고 있기 때문에 선행기술에 포함되지 않는 것으로 판단하였다. 즉 문헌의 개시 내용이 당업계의 일반 상식에 반하고 관련 산업계에서도 그와 같은 개시의 기술 내용이 전혀 알려지지 않았는데, 당해 선행문헌이 이러한 내용을 개시하면서도 이를 뒷받침하는 근거는 전혀 제시하고 있지 않은 경우는, 문언적으로 해석하여 선행발명의 내용에 포함되는 것으로 인정해서는 안 되는 것으로 판단하였다.³²⁾

(나) 유럽특허청(T 412/91, 1996. 2.27) 심결

선행문헌이 청구항에서 Cu의 비율을 특허발명의 범위(0.2~0.5%)를 포함하는 넓은 범위(0.15~2.25%)로 개시한 사건에서, 유럽특허청은 당업자의 시각에서는 이 선행문헌에 기재된 수치 범위가 지나치게 넓다고 우선 인식할 수 있다는 점, 선행문헌의 다른 명세서 부분 기재를 보더라도 적어도 0.75%는 되어야 바람직하다고 기재하고 있는 점, 선행문헌의 어디에도 0.15%라고 하는 극히 적은 범위도 가능하다는 점에 대한 언급이 전혀 없고 나아가 모든 실시예도 청구항 기재의 하한보다는 13배나 큰 1.9%에서의 구성만을 기재하고 있다는 점, 청구항 기재와 같은 극히 작은 하한 범위에서의 가능한 효과에 대해서는 이를 짐작하게 할 만한 아무런 기재도 하고 있지 않다는 점, 명세서에 ‘바람직한’이라는 표현을 사용하여 0.75%라는 하한 범위를 기재하고는 있더라도 당업자로서는 해당 선행발명이 청구항 기재처럼 0.15%라고 하는 매우 낮은 하한 범위까지를 발명 내용으로 하고 있다고 믿기 어렵다는 점을 근거로 청구항 기재 그대로를 선행발명으로 인정할 수는 없다고 결정하였다. 참고로, 본 사안에서는 이러한 내부 증거 외에도, 당해 선행문헌의 대응외국특허공보 기재로부터 위 청구항 기재의 하한 범위가 0.15가 아닌 0.75의 오기라는 점이 추가로 확인되었다.³³⁾

32) 동 결정은 다른 많은 심결(T 1192/02, T 0230/01, T 0161/98, T 1080/99, T 1088/96, T 0015/97, T 1009/97, T 0453/87, T 0591/90, T 0412/91, T 0255/93, T 0160/92, T 1193/03, T 0892/01, T 1201/03, T 0606/06)에서 인용되고 있다.

(다) 유럽특허청(T 1071/04, 2005.3.30) 심결

2~5%의 Ti, 0.5~10 Mn과 나머지 Cu를 포함하여 경도가 높은 안경테용 CuTi 합금 철사를 대상으로 하여 출원(유럽특허출원(Nr. 0 0118 712.9))된 사건에서, 유럽특허청은 비교대상발명(D5: DE-C-593 783, D6: DE-C1-4 314 625)을 문언적으로 해석하여 안경테용 Ti, Mn, Cu로 구성된 합금 철사는 쉽게 도출할 수 있다는 점을 근거로 출원발명의 진보성을 부정하였다. 위 사건에서 비교대상발명 D6은 합금의 구성부분으로 청구항에는 Mg을 기재하고 있음에 반해 발명의 상세한 설명에는 Mn을 언급하고 있는데, 이는 명세서상의 내용 및 추구하는 발명의 장점을 고려했을 때 Mg을 잘못 기재한 것으로, 청구항 1, 종속항 및 실시예도 선택적 구성부분으로 Mn이 아니라 Mg을 언급하고 있었다. 이러한 기재가 통상적으로 식별이 가능한 기재상 흠결에 해당하여 통상의 전문가가 인식할 수 있고 바로잡을 수 있는지의 여부, 즉 선행기술에 포함될 수 있는지의 여부가 다투어졌다. 특히 비교대상발명 D6은 합금으로서 Mn의 사용에 대해 기술적인 정보를 제시하지 못하고 있었고, 통상의 전문가가 접근할 수 있는 합금물질로서 출원발명과 같은 CuTi 합금 철사에 대한 선행문헌은 존재하지 않았다.

유럽특허청의 결정에 대해 출원인은 항고심판을 청구하였고, 유럽특허청 항고심판부는 비교대상발명 D6이 합금의 구성부분으로 발명의 상세한 설명에 Mg 대신에 Mn을 기재한 것은 출원인이 의도했던 기술적 정보의 공개에 해당하지 아니하고, 아울러 이는 비교대상발명 D6의 실제적 기술 공개에 부합하지 않는다고 결정하였다. 만약에 비교대상발명 D6을 전체적으로 고찰하지 않고 문언적으로만 해석하여 합금의 선택적 구성부분으로 발명의 상세한 설명에 Mn을 개시한 것으로 인정한다면, 이는 각국이 엄격하게 금지하고 있는 사후적 고찰을 통해 명세서상의 기재와 부합하지 않는 내용을 선행기술로 인정하는 과오를 범하게 된다고 결정하였다. 이에 따라 합금의 구성부분으로 청구항과 달리 발명의 상세한 설명에 Mn을 공개한 것은 선행기술에 해당하지 않고, 아울러 신규성 및 진보성이 인정되는 것으로 판단하였다.³⁴⁾

33) 동 결정은 다른 많은 심결(T 0548/00, T 1071/04, T 0058/03, T 0042/00, T 0047/00, T 0410/99, T 0161/98, T 0871/98, T 1080/99, T 0015/97, T 1069/98, T 1193/03, T 1408/04, T 1014/04, T 0860/06)에서 인용되고 있다.

34) 같은 취지의 심결로는 EPA 1996.2.27 - T 412/91 참조. 동 결정은 다른 많은 심결(T

나. 일 본

일본의 경우에 진보성 판단의 자료로서 선행 기술의 기재사항을 해석함에 있어서, 선행기술의 동일성 범위를 초과한 범위의 기술 내용까지 포함시킬 수 없다는 판례가 있다.³⁵⁾ 이 판결에서 동경고등재판소는 특허청이 진보성 판단의 자료로 삼은 인용례의 도면에 대해서 이를 진보성 판단의 자료가 될 수 없다고 판단하면서, 그 근거로 인용례의 도면으로부터 기술 상식상 허용되는 오기의 정정보정의 한계를 넘는 기술사상을 인정하는 것은 잘못된 것이라고 하였다. 즉, 선행발명의 요지를 변경할 정도로 동일성을 훼손하는 사항을 선행발명으로 인정해서 특허발명의 진보성을 부인할 수 없다고 판시하였다.

다. 한 국

개별적 선행기술과 출원발명을 비교하여 동일성이 인정되는지의 여부에 따라 신규성 여부가 결정되고, 선택된 1 또는 2 이상의 선행기술로부터 출원발명을 구현하는 것이 당업자를 기준으로 용이한지의 여부에 의해 진보성 인정여부가 결정된다. 선 출원(일본)에 기하여 우선권을 주장하면서 출원(한국)된 “질화물 반도체소자”에 대한 무효심판에서, n층 캐리어 제한층으로 InGaN/GaN의 초격자를 사용하는 것을 특징으로 하는 특허발명에 대하여 비교대상이 된 선행기술에 특허발명의 초격자에 해당하는 InGaN/GaN의 동일 조성이 개시되어 있는지가 다투어졌다. 즉, 비교대상 선행기술은 선출원된 특허공개공보로서 그 특허청구범위인 종속항 제3항만을 보면, 버퍼층의 조성으로 InGaN/GaN의 조성도 청구범위에 포함하는 것으로 기재는 되어 있으나 문제는 이러한 청구항 제3항의 기재가 선행 기술의 다른 기재와 배치되면서 나아가 위 청구항 제3항에 기재된 InGaN/GaN의 조성이 당해 선행기술에 제시된 발명과 부합하는지의 여부가 다투어졌다. 위 사건에서 비교대상의 특허청구범위 기재가 명세서의 기재와 전혀 다른 발명인 경우에 그러한 청구범위의 기재를 이유로 하여 후 출원된 특허발명의 신규성 혹은 진보성을 부인할 수 있는지의 여부가 핵심적인

0548/00, T 1071/04, T 0058/03, T 0042/00, T 0047/00, T 0410/99, T 0161/98, T 0871/98, T 1080/99, T 0015/97, T 1069/98, T 1193/03, T 1408/04, T 1014/04, T 0860/06)에서 인용되고 있다.

35) 동경고등재판소 소화52. 1. 25. 판결, 취소집 소화52년 제161면.

법률적 쟁점이었다.

문언 그대로의 해석이 명세서의 다른 기재에 비추어 명백히 불합리한 경우 혹은 발명의 실체와 다른 경우에, 어떠한 해석이 출원된 기술사상의 내용, 명세서의 다른 기재, 출원인의 의사 및 제3자에 대한 법적 안정성을 고려했을 때 형평에 따른 합리적 판단인지의 여부와 관련하여, 특허심판원³⁶⁾은 선 출원(일본)에 기하여 우선권을 주장하면서 출원(한국)된 “질화물반도체소자”에 대한 무효심판에서 선행문헌(일본공개특허공보 평7-302929, 이하 비교대상발명이라 칭함)을 근거로 하여 특허발명의 진보성을 부정하였다. 위 사건에서 특허심판원은 특허발명과 비교대상의 구성이 서로 대응하고, 특허발명과 비교대상 간에 존재하는 구성의 차이는 비교대상으로부터 용이하게 도출할 수 있는 것으로 판단하였다. 아울러 특허발명과 비교대상은 동일한 효과를 나타내는 것으로 해석하였다.

3. 소 결

선행기술의 인정범위와 관련하여 대법원³⁷⁾은 출원발명의 진보성 판단에 제공되는 선행기술은 기술 구성 전체가 명확하게 표현된 것뿐만 아니라, 자료의 부족으로 표현이 불충분하거나 일부 내용에 흠결이 있다고 하더라도 그 기술 분야³⁸⁾에서 통상의 지식을 가진 자가 기술상식이나 경험칙에 의하여 쉽게 기술 내용을 파악할 수 있는 범위 내에서는 대비대상이 될 수 있다고 판시하고 있다. 공개된 내용이 선행기술에 포함되는지의 여부는 통상의 전문가가 공개 내용을 근거로 하여 객관적으로 추론할 수 있는 이해력이 핵심적 판단기준이다. 위의 대법원 판례도 일부 내용에 흠결이 있더라도 그 기술 분야에서 통상의 지식을 가진 자가 기술상식이나 경험칙에 의하여 쉽게 기술내용을 파악할 수 있는 범위 내에서만 선행기술로 인정하고 있다. 하지만 해결 후에는 간단해 보이는 것도 해결 전에는 당업자에게 기술적으로 매우 어려운 사항이 될 수도 있다는 점에서 사후적 고찰은 엄격히 금지되고 있다. 이에 따라 선행기술에 포함될

36) 특허심판원 2008.9.30. 2008당853 심결.

37) 대법원 2006.3.24. 선고 2004후2307 판결; 대법원 2000. 12. 8. 선고 98후270 판결; 대법원 1997. 8. 26. 선고 96후1514 판결.

38) 특허법 제29조 제2항에서 ‘그 발명이 속하는 기술 분야’란 원칙적으로 당해 특허발명이 이용되는 산업분야를 말하므로, 당해 특허발명이 이용되는 산업분야가 비교대상발명의 그것과 다른 경우에는 비교대상발명을 당해 특허발명의 진보성을 부정하는 선행기술로 사용하기 어렵다(대법원 2008.7.10. 선고 2006후2059 판결)

수 있는 예로는, 일부 내용에 흠결이 있더라도 그 기술 분야에서 통상의 지식을 가진 자가 기술상식이나 경험칙에 의하여 쉽게 기술내용을 파악할 수 있는 범위 내인 경우, 즉 통상적으로 식별이 가능한 기재 상 흠결로서 통상의 전문가가 인식할 수 있고 바로잡을 수 있는 경우이다.³⁹⁾

반대로 식별 혹은 인식이 불가능한 기재 상 흠결이 포함된 경우에는 발명의 실시가능성은 통상의 전문가 입장에서 볼 때 모순되거나 상반되고 따라서 통상의 전문가가 기술적 사상을 이해하지 못하는 결과를 초래한다. 이러한 점에서 해당 기술 분야에서 통상의 지식을 가진 자가 기술상식이나 경험칙에 의하여 쉽게 기술내용을 파악할 수 있는 범위를 벗어난 경우, 예를 들면 문언 그대로의 해석이 명세서의 다른 기재에 비추어 명백히 불합리하거나 발명의 실체와 다른 경우⁴⁰⁾ 혹은 발명의 공개가 불합리하거나 출원 당시에 당업자를 기준으로 실시가 불가능한 내용을 포함하는 경우에는 선행기술에 포함되는 것으로 해석되어서는 안 될 것이다. 이러한 경우에 통상의 전문가는 이를 이용하지 않고, 아울러 이러한 정보는 기술의 발전에 전혀 기여하지도 않는다는 점에서 이러한 정보는 선행기술로서의 지위가 인정될 수 없고 나아가 신규성 및 진보성 판단의 대비 자료가 될 수 없을 것이다.⁴¹⁾ 통상의 전문가는 우선적으로 기술적 실체 혹은 실질에 관심을 가지며, 따라서 발명의 재현이 출원 당시에 실제로 불가능한 경우에 이는 선행기술로 인정될 수 없다. 따라서 공개 내용이 선행기술에 포함되는지의 판단은 출원의 목적을 위하여 발명이 충분히 공개되었는지의 여부, 즉 발명이 속하는 기술 분야에서 통상의 전문가가 쉽게 실시할 수 있도록 명확하고 상세하게 기재되었는지의 여부에 의해 결정되어야 할 것이다.⁴²⁾

IV. 결 론

발명의 보호장려를 통해 기술발전을 촉진하고 산업발전을 꾀하고자 하는 특허법의 기본 입법 취지에 따라 신규성이나 진보성의 판단에 있어서의 선행기술

39) BGH GRUR 1974, 148, 149 - Stromversorgungseinrichtung; EPA GRUR Int. 1986, 467 - Redox-Katalysator/AIR P; EPA GRUR Int. 1987, 170 - Herbizide/ICI.

40) EPA 1991.11.12 -T 591/90; EPA 1996.2.27 - T 412/91; EPA GRUR Int. 1990, 857, 858 - Fehlerhaftes Referat/ICI; Turrini, Der Begriff der Neuheit: Überblick über die Rechtsprechung der Beschwerdekammern des Europäischen Patentamts, GRUR Int. 1991, S. 448.

41) Benkard, Patentgesetz, 10.Aufl., Verlag C.H.Beck 2006, § 3 Rdn. 31.

42) EPA GRUR Int. 1987, 170 - Herbizide/ICI; EPA GRUR Int. 1990, 974 - Prä-Pro-Rennin/COLLABORATIVE.

은, 출원 당시 당업자에게 이용가능하게 되었던 것이 무엇인지를 가려내고 이를 기준으로 특정하여야 하는 것이 당연한 법리이다. 다르게 표현하면 당해 선행기술이 해당 문헌을 통해 제시하고 있는 기술적 실체가 무엇인지를 규명해 내는 것이라고 할 수 있다. 대법원, 독일연방대법원 및 유럽특허청 실무도 일부 내용에 흠결이 있더라도 그 기술 분야에서 통상의 지식을 가진 자가 기술상식이나 경험칙에 의하여 쉽게 기술내용을 파악할 수 있는 범위 내에서만 선행기술로 인정하고 있다. 이에 따라 통상적으로 식별이 가능한 기재 상 흠결로서 통상의 전문가가 인식할 수 있고 바로잡을 수 있는 경우에 한하여 선행기술로 인정될 수 있을 것이다.

하지만, 선행기술의 일부에 특허발명에 대응하는 구성이 형식적으로는 기재되어 있는 것처럼 보이나 그 기재가 선행기술의 다른 부분 기재와 명백히 모순되거나 또는 실질에 있어서 선행기술이 명세서 전체를 통해서 밝히고 있는 발명의 실체와 맞지 않으며 오히려 이에 반하는 것일 때에는, 발명의 실시가능성은 통상의 전문가 입장에서 볼 때 모순되거나 상반되고 따라서 통상의 전문가가 기술적 사상을 이해하지 못하는 결과를 초래한다. 이러한 점에서 해당 기술 분야에서 통상의 지식을 가진 자가 기술상식이나 경험칙에 의하여 쉽게 기술내용을 파악할 수 있는 범위를 벗어난 경우, 예를 들면 문언 그대로의 해석이 명세서의 다른 기재에 비추어 명백히 불합리하거나 발명의 실체와 다른 경우 혹은 발명의 공개가 불합리하거나 출원 당시에 당업자를 기준으로 실시가 불가능한 내용을 포함하는 경우에는 선행기술에 포함되는 것으로 해석되어서는 안 될 것이다. 또한 공개문헌에 기재된 내용이 당업자를 기준으로 명백한 흠결이 있고, 본래 의도했던 기술적 실체를 제시하지 않고 있는 경우에도 선행기술에 포함되지 않는 것으로 판단하는 것이 타당할 것이다.

[참고문헌]

1. 국내문헌

- 김병남, “균등론을 제한하는 금반언에 관한 고찰(상/하)”, 「창작과 권리」 제31호(2003년 여름호), 64쪽/「창작과 권리」 제32호(2003년 가을호), 2쪽
- 김원준, “진보성의 심사기준과 인용문헌의 조합에 관한 연구”, 「산업재산권」 제27호(2008.12), 29쪽
- 박영규, “유전공학 산물의 산업상 이용가능성”, 「창작과 권리」 제34호(2004년 봄호), 2쪽
- 박영규, “생명공학적 발명의 보호와 유전자특허의 보호범위”, 「산업재산권」 제18호, 2005.11, 41쪽
- 배대현, “선행기술에 관한 국제적 논의와 현행 특허법 제29조의 검토”, 「창작과 권리」 제31호(2003년 여름호), 2쪽
- 송영식, “균등이론과 대법원 판례”, 「창작과 권리」 제11호(1998년 여름호), 32쪽
- 윤선희, 특허법 제3판, 법문사, 2007
- 임호, “신규성 판단에 있어서 동일성의 범위(II)”, 「저스티스」 제100호, 80쪽
- 전원열, “특허법에 있어서 법이념간의 균형과 Festo판결”, 「창작과 권리」 제31호(2003년 여름호), 41쪽
- 최성준, “의약의 용도발명에 있어서의 약리효과 기재정도”, 「LAW & TECHNOLOGY」 제2호(2005년 9월), 서울대학교 기술과법센터, 133쪽

2. 외국문헌

- Akte zur Revision des Übereinkommens über die Erteilung europäischer Patente vom 5. Oktober 1973, zuletzt revidiert am 17. Dezember 1991, GRUR Int. 2001, S. 309
- Benkard, Patentgesetz, 10.Aufl., Verlag C.H.Beck 2006
- Nack/Phelip, Bericht über die Diplomatische Konferenz zur Revision des Europäischen Patentübereinkommen, GRUR Int. 2001, S.

322

Turrini, Der Begriff der Neuheit: Überblick über die Rechtsprechung der Beschwerdekammern des Europäischen Patentamts, GRUR Int. 1991, S. 448

3. 기타자료

특허청, 심사지침서, 2002

[Zusammenfassung]

Fehlerhafte Darstellung

Young-Gyu Park

Fehlerhafte Darstellung sind, solange die Fehler die Ausführbarkeit der offenbarten Lehre nicht berühren, grundsätzlich Bestandteil des Standes der Technik. Erkennbare Fehler wird der Fachmann in der Regel korrigieren. Veröffentlichungen, die solche Fehler und Ungenauigkeiten enthalten, gehören dann mit dem zutreffenden Inhalt zum Stand der Technik. Eine trotz eines nicht erkannten Fehlers ausführbare Lehre wird regelmäßig aus der Sicht des Betrachters widersprüchlich und daher unverständlich sein. Sie wird daher nur dann der Neuheit entgegenhalten werden können, wenn der Fachmann ihre Ausführbarkeit trotz der vorhandenen Fehler erkennt. Im übrigen ist sie zur Beeinflussung des Standes der Technik nicht geeignet. Druckfehler oder sonstige Darstellungsfehler in einer Vorveröffentlichung können eine Vorwegnahme bewirken, wenn sie dem Fachmann die Vorstellung einer sinnvollen technischen Lehre vermitteln und er sie nicht ohne weiteres als Fehler aus dem sonstigen Inhalt der Druckschrift erkennen konnte. Maßgebend für den Offenbarungsgehalt der Schrift ist auch insoweit das Verständnis, das die Fachwelt objektiv auf Grund der vorliegenden Offenbarung gewinnt.

Key Words : Stand der Technik, fehlerhafte Darstellung, Neuheit, Ausführbarkeit, Fachmann

생명의 시작과 형법적 보호의 한계

- 생명윤리 및 안전에 관한 법률상 배아에 관한 규정의 검토 -

43)이 상 용*

논문요지

우리 헌법의 가치체계에서 사람의 생명은 가장 중요한 법익으로 보호받는다. 법률은 출생시부터 사망시까지를 살아있는 사람으로 보고 있으며, 그 이전 단계인 태아를 사람과는 구별하며, 태아는 생물학적인 발생단계에서 모체에의 착상 이후의 존재로 이해하고 있다. 따라서 기존의 법률적 입장에 따르면, 착상 이전의 존재는 생명을 가진 사람이나 태아로 인정받지 못했다.

그러나 의학과 생명공학의 발달에 따라 인공임신에 의한 출생이 가능해지고, 착상 이전 단계에 인위적인 개입이 가능해지면서 태아 이전의 존재, 곧 수정란 및 배아의 생명의 보호가 새롭게 중요한 논제로 떠오르고 있다. 생물학적으로 볼 때 새로운 개체로서의 생명의 탄생은 수정란에서 시작한다고 볼 수 있고, 출생하여 존재하는 모든 인간은 그 특정한 수정란으로부터 성장한 것이므로, 수정란 및 배아의 생명은 살아있는 인간의 생명과 동일하게 보호받아야 한다는 주장이 제기되는 것이다.

법률상 사람과 태아의 시기가 제한됨으로써 수정란 및 배아에 대한 법률적 보호에는 공백이 있게 되었고, 이 부분을 규율하기 위해서 마련된 특별법이 "생명윤리 및 안전에 관한 법률"이지만, 배아의 생명을 침해하는 행위 자체는 이 법률의 처벌대상 행위에 포함되어 있지 않다. 그리고 최근에 헌법재판소는 초기배아는 사람이 아니며 기본권주체성이 부인된다고 결정했다. 따라서 형법상 착상 이전 단계의 생명보호는 여전히 없다고 할 수 있다. 이 글에서는 수정란 및 배아에 대한 형법의 입장과 생명윤리법 규정들을 살펴봄으로써, 자연과학적 지식과 종교적, 윤리적 입장에도 불구하고 배아 생명의 법률적 보호에는 한계가 있음을 확인하고, 그것은 어떠한 근거를 갖고 있는지를 헌법재판소 결정을 통해 검토하고자 한다.

검색용 주제어 : 생명윤리 및 안전에 관한 법률, 배아, 사람의 始期, 수정시절, 착상시절

· 논문접수: 2010. 4. 28 · 심사개시: 2010. 4. 30 · 게재확정: 2010. 5. 20

* 명지대학교 법과대학 부교수 / 법학박사

I. 서 론

인간의 존엄과 가치는 우리 헌법의 최고의 근본규범이며, 이러한 헌법의 가치체계에서 사람의 생명은 가장 중요한 법익으로 보호받는다.⁴⁴⁾ 생명은 인간으로서 누릴 수 있는 모든 권리와 이익의 기초가 되는 것으로서 형법상으로도 최고의 보호법익이며, 사람의 생명은 “절대적 생명보호의 원칙”에 의해 보호받아야 한다고 주장된다.⁴⁵⁾ 다만 이러한 보호는 “살아있는 사람”을 대상으로 한 것으로서, 지금까지 법률적 입장은 출생시부터 사망시까지를 살아있는 사람으로 보고 있으며, 그 이전 단계인 태아를 사람과는 구별하였다. 또 법률적 입장은 태아를 생물학적인 발생단계에서 모체에의 착상 이후의 존재로 이해하고 있다. 따라서 기존의 법률적 입장에 따르면, 착상 이전의 존재는 생명을 가진 사람이거나 태아로 인정받지 못했던 것이다.

이러한 입장은 사람의 출생이 자연적인 임신을 통한 출산에 의해서만 이루어질 때에는 별 문제가 없는 것으로 보였으며, 법률의 입장이 태아 이전 단계의 생명의 존재를 부인한 것이라고 단정할 수는 없을 것이다. 그것은 오히려 생명의 존재가 분명해지고, 따라서 그 침해의 가능성이 생긴 때부터 보호가 시작된다는 것으로 이해될 수도 있었다. 그러나 의학과 생명공학의 발달에 따라 인공임신에 의한 출생이 가능해지고, 착상 이전 단계에 인위적인 개입이 가능해지면서 태아 이전의 존재, 곧 수정란 및 배아의 생명의 보호가 새롭게 중요한 논제로 떠오르고 있다. 생물학적으로 볼 때 새로운 개체로서의 생명의 탄생은 특정한 정자와 특정한 난자가 결합한 수정란에서 시작한다고 볼 수 있고, 출생하여 존재하는 모든 인간은 그 특정한 수정란으로부터 성장한 것이므로, 수정란 및 배아의 생명은 살아있는 인간의 생명과 동일하게 보호받아야 한다는 주장이

*명지대학교 법과대학 부교수/법학박사

44) 우리 헌법에는 생명권에 관한 명문의 규정은 없으나 헌법 제10조와 제12조 등을 근거로 생명권이 인정된다고 한다. 성낙인, 헌법학, 제9판, 법문사, 2009, 438면. 또 명문규정의 유무와 관계없이 생명권을 당연한 헌법상의 권리로 보기도 한다. 허영, 한국헌법론, 전정4판, 박영사, 2008, 346면. 헌법재판소는 이에 관하여 “인간의 생명은 고귀하고, 이 세상에서 무엇과도 바꿀 수 없는 존엄한 인간 존재의 근원이다. 이러한 생명에 대한 권리, 즉 생명권은 비록 헌법에 명문의 규정이 없다 하더라도 인간의 생존본능과 존재목적에 바탕을 둔 선형적이고 자연법적인 권리로서 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권”이라고 선언하고 있다. 헌재 1996. 11. 28. 95헌바1, 판례집 제8권 2집, 545면 및 헌재 2008. 7. 31. 2004헌바81, 판례집 제20권 2집 상, 101면.

45) 박상기, 형법각론, 제7판, 박영사, 2008, 15면; 배종대, 형법각론, 제5판, 홍문사, 2003, 48-49면; 이재상, 형법각론, 제5판(보정신판), 박영사, 2007, 10면 등. 다만 현실에서 이러한 원칙이 예외없이 관철되고 있는가는 별개의 문제이다.

제기되는 것이다.

수정란 및 배아와 그로부터 성장하여 출생한 사람이 생명의 발생과 성장이라는 연속되는 과정에서 하나의 생명체라는 사실을 자연과학적으로 인정하지 않을 수는 없을 것이다. 또 종교적, 윤리적으로도 수정으로부터 생명이 시작하며 그 생명은 출생한 사람의 생명과 똑같이 보호되어야 한다는 주장은 생명의 존엄함을 최고의 가치로 인정하고 철저히 보호해야 한다는 의미로 이해될 수 있으며, 이는 헌법질서와도 부합된다고 할 수 있다. 그러나 법률상 사람과 태아의 시기가 제한됨으로써 수정란 및 배아에 대한 법률적 보호에는 공백이 있게 되었고, 이 부분을 규율하기 위해서 마련된 특별법이 "생명윤리 및 안전에 관한 법률"(이하 "생명윤리법"이라 함)이다.⁴⁶⁾ 그런데 이 생명윤리법의 규정은 뒤에서 살펴보듯이 수정란 및 배아를 인간으로 인정하거나, 개체로서의 배아의 생명을 보호하고 있는 것은 아니다. 또한 이에 관하여는 최근에 헌법재판소의 결정이 선고됨으로써 수정란 및 배아의 법적 지위에 대한 논의는 일단 정리가 된 것이라고 할 수 있다. 이 글에서는 수정란 및 배아에 대한 형법의 입장과 생명윤리법 규정들을 살펴봄으로써, 자연과학적 지식과 종교적, 윤리적 입장에도 불구하고 배아 생명의 법률적 보호에는 한계가 있음을 확인하고, 그것은 어떠한 근거를 갖고 있는지를 헌법재판소의 최근 결정을 통해 검토하고자 한다.

II. 생명의 시작과 사람의 始期에 대한 논의

1. 개체의 탄생과 배아의 時期

정자와 난자가 수정하여 수정란을 형성하면 이는 곧 분열을 시작하여 여러 개의 세포로 이루어진 덩어리가 되는데, 대체로 수정 후 4-5일째 배반포의 단계에서 자궁의 착상이 이루어지며, 이때부터 배반포는 모체와 영양물질의 교류를 시작한다.⁴⁷⁾ 대부분의 발생학, 생물학 및 의학교과서에서는 배아(embryo)는 수정되어 태아의 기관 형성이 완성되는 수정 후 8주까지를 의미하며 그 이후 출생까지의 시기는 이와 구별하여 태아(fetus)라고 부른다.⁴⁸⁾ 그리고 수정

46) 이 법은 많은 논의를 거쳐 2004년 1월 29일에 법률 제7150호로 제정되어 2005년 1월 1일부터 시행되었으며, 2008년 6월에 큰 폭의 개정을 거쳐 시행중이다. 최근의 개정은 2010년 1월 18일 법률 제9932호에 의한 것이고, 2010년 3월 19일부터 시행 중이다.

47) 권복규/김현철, 생명 윤리와 법, 이화여자대학교출판부, 개정판, 2009. 2, 201면.

후 대략 2주일(14일)에 원시선(primitive streak)이 나타나는데, 이는 나중에 척추의 기원이 되는 자리이며 이곳을 근거로 개별 기관들이 발생한다. 이 때문에 수정 후 14일 이전의 초기배아를 전배아(preembryo)라고 하여 그 이후의 배아와 구별하기도 한다.⁴⁹⁾

수정을 통하여 인격체의 고유한 유전체가 형성되었다고 해도, 수정란의 초기에는 세포가 쪼개져 일란성 쌍태아가 발생할 수 있고, 이란성 쌍생아의 경우에는 한 인간 생명체 안에 두 인간생명체의 유전자가 살아있는 경우가 있다고 한다. 그러나 원시선이 나타난 이후에는 일란성 쌍태아가 발생할 가능성이 없기 때문에 인격체의 개인적 정체성은 이때 완성된다고 할 수 있으며, 또 수정 후 임신초기에는 자연유산으로 소실될 확률도 10-15%, 많게는 60%나 된다고 한다.⁵⁰⁾

일반적으로 시험관아기의 탄생을 뜻하는 체외수정술은 정자와 난자가 결합하는 수정을 인위적으로 해서 착상을 시도하는 것이며, 착상이 이루어지면 그 이후부터는 정상 임신과정을 거친다. 이 경우에는 수정률과 임신율을 높이기 위하여 보통 한 번에 10-15개의 난자를 채취하여 수정을 시도하며, 수정란의 착상 확률을 높이기 위해서 보통 3-5개의 수정란을 한꺼번에 자궁내에 밀어넣는다고 한다.⁵¹⁾ 따라서 시험관아기 기술에서는 다태아의 출생비율이 높으며, 착상된 배아의 수가 많을 경우에는 자궁내 태아유산을 시도하여 숫자를 줄이기도 한다.⁵²⁾ 이와 같이 시험관 아기 기술에서는 수정란 또는 배아가 잉여생산되고 있으며, 출생에 이르지 못하는 배아의 희생과 잔여배아의 보관과 폐기의 문제가 필연적으로 따르게 된다.

2. 사람의 始期에 대한 견해⁵³⁾

법률적으로 사람은 태아와 구분되며, 사람의 시작은 출생이다. 다만 무엇을 기준으로 출생했다고 할 것인가, 곧 출산의 과정에서 어느 시점 또는 단계부터

48) 서 경, "착상 전 배아의 도덕적 지위", 대한산부인과학회지, 제51권 제3호, 2008. 3, 286면.

49) 권복규/김현철, 앞의 책, 202면; 서 경, 앞의 논문, 286면.

50) 서 경, 앞의 논문, 287면.

51) 권복규/김현철, 앞의 책, 54-55면.

52) 권복규/김현철, 앞의 책, 59면.

53) 이 부분의 논의는 필자의 "출생 전 생명에 대한 형사법적 고찰 - 착상과 출생의 전후에 따른 형법적 보호의 차이", 의료법학, 제10권 제1호, 대한의료법학회, 2009. 6, 120-121면 및 123-124면의 서술과 중복되는 부분이 있음. 이 논문은 낙태죄 및 태아에 대한 과실치사상죄의 적용여부 등 착상 이후의 생명의 보호에 관한 것으로서 주된 연구대상을 달리함.

태아가 사람으로 되느냐에 대해서 그동안 제시된 학설들은 진통설, 분만개시설, 일부노출설, 전부노출설, 독립호흡설 등이 있으나, 현재 형법적으로는 규칙적인 진통을 수반하면서 태아의 분만이 개시될 때, 즉 분만을 개시하는 진통이 있을 때를 사람의 始期라고 보는 데에 학설과 판례가 견해를 같이 한다.⁵⁴⁾⁵⁵⁾ 다만 학설상으로 진통이라는 용어가 사전진통까지도 포함하기 때문에 불분명하며, 자궁경부의 자궁구가 열리는 시점을 기준으로 하는 분만개시설로 부르는 것이 타당하다는 주장이 있으나,⁵⁶⁾ 진통설이라는 명칭을 사용하는 경우에도 자궁경부의 자궁구가 열리는 규칙적 분만진통 내지 개방진통을 의미하며, 분만과 무관한 사전진통은 포함되지 않는다고 하기 때문에⁵⁷⁾ 진통설과 분만개시설은 현재 같은 의미로 이해되고 있다. 이는 전부노출설을 취하는 민법과는 다른 입장인데, 이는 우리 형법상 분만 중의 태아(영아)를 살해하는 행위는 영아살해죄(형법 제251조)⁵⁸⁾로서 살인의 죄로서 처벌하기 때문이며,⁵⁹⁾ 또 “생명이라는 법익의 보호를 최대화하기 위하여 ‘사람으로서의 보호시점’을 보다 앞당길 필요가 있다는 ‘목적론적 해석’”⁶⁰⁾이기도 하다.

따라서 출생 이전의 태아는 살인죄의 객체가 되지 않으며, 태아의 생명을 침해하는 행위는 낙태죄로 처벌된다. 태아의 생명이 출생된 사람의 생명으로 연결되는 것을 인정하지만, 법률은 출생이라는 사실에 의해 그 이전과 이후를 명백히 구분하고 있는 것이다. 그리고 낙태죄의 형량은 살인죄에 비해 매우 가벼

54) 강구진, 형법강의 각론 I, 박영사, 1983, 20면; 김일수/서보학, 새로쓴 형법각론, 제6판, 박영사, 2004, 21면; 박상기, 앞의 책, 19면; 배종대, 앞의 책, 51면; 오영근, 형법각론, 제2판, 박영사, 2009, 17면; 유기천, 형법학(각론강의 상), 일조각, 1982, 27면; 이재상, 앞의 책, 14면; 임 응, 형법각론, 개정판, 법문사, 2003, 15면.

55) “사람의 생명과 신체의 안전을 보호법익으로 하고 있는 형법의 해석으로는 규칙적인 진통을 동반하면서 분만이 개시될 때(소위 진통설 또는 분만개시설)가 사람의 시기라고 봄이 타당하다고 함은 종래 대법원이 취하여 온 견해이다”, 대법원 2007.6.29. 선고 2005도3832 판결; “사람의 생명과 신체의 안전을 보호법익으로 하고 있는 형법상의 해석으로는 규칙적인 진통을 동반하면서 태아가 태반으로부터 이탈되기 시작한 때 다시 말하여 분만이 개시될 때(소위 진통설 또는 분만개시설)가 사람의 시기라고 봄이 타당하다고 여겨지며 이는 형법 제251조(영아살해)에서 분만 중의 태아도 살인죄의 객체가 된다고 규정하고 있는 점을 미루어 보아서도 그 근거를 찾을 수 있다.”, 대법원 1982. 10. 12. 선고 81도2621 판결 등.

56) 박상기, 앞의 책, 19면; 유기천, 앞의 책, 27면; 임 응, 앞의 책, 14면.

57) 배종대, 앞의 책, 51면; 이재상, 앞의 책, 13면 각주 2).

58) 형법 제251조(영아살해) 직계존속이 치욕을 은폐하기 위하여 양육할 수 없음을 예상하거나 특히 참작할 만한 동기로 인하여 분만 중 또는 분만 직후의 영아를 살해한 때에는 10년 이하의 징역에 처한다.

59) 박상기, 앞의 책, 19면; 이재상, 앞의 책, 14면.

60) 임 응, 앞의 책, 15면.

우며,⁶¹⁾ 낙태의 경우에는 과실범 처벌 규정도 없고, 미수범을 처벌하는 규정도 없다. 따라서 형법상 사람으로서의 생명가치와 태아로서의 생명가치는 명백히 차별화되어 있음을⁶²⁾ 부인할 수 없다. 나아가 현실에서의 낙태행위의 적발과 처벌의 실태를 살펴본다면, 형법상 태아의 생명의 보호는 출생한 사람의 생명의 보호에 비해 대단히 미약하다고 할 수 있다.⁶³⁾

낙태죄에서도 그 객체인 태아는 살아있는 태아를 의미하며, 수정란이 자궁에 착상한 이후의 생명체를 가리킨다. 이에 따라 착상 이전의 단계에서 수정란이 착상하지 못하게 하는 것은 낙태죄로 인정되지 않는다.⁶⁴⁾ 인간생명의 시작에 관하여 우리 대법원은 지난 1985년에 낙태죄에 관한 판결에서 “인간의 생명은 잉태된 때부터 시작되는 것이고 회임된 태아는 새로운 존재와 인격의 근원으로 서 존엄과 가치를 지니므로 그 자신이 이를 인식하고 있던지 또 스스로를 방어할 수 있는지에 관계없이 침해되지 않도록 보호되어야 한다 함이 헌법 아래에서 국민일반이 지니는 건전한 도의적 감정과 합치되는 바이고...”라고 판시한 바 있다.⁶⁵⁾ 여기서 ‘잉태’와 ‘회임’의 의미를 더 상세히 밝히지는 않았으나, 학설은 그것이 착상을 의미하는 것으로 이해하는 것이다. 곧 우리 형법상 출생 이전의 생명을 보호하는 규정은 낙태죄뿐인데, 낙태죄 규정에 의하여 보호되는 생명의 범위는 착상 이후가 되는 것이고, 따라서 그 이전 단계인 수정란 또는 배아는 형법상의 보호의 범위에서는 제외되고 있는 것이다. 이는 인간생명의 시작에 대한 착상시설의 입장이라고도 이해할 수 있으나, 대법원이 착상 이전의 생명에 대한 보호를 적극적으로 거부한 것인지는 분명하지 않다. 그보다는 최근까지는 수정에서 착상까지의 시기에서 인간의 인위적인 개입을 통해 생명이 침해될 가능성을 예상하지 않았기 때문에, 오히려 착상만 되면 그 이후에는 발육의 정도를 묻지 않고 낙태죄가 성립될 수 있다는 것으로도 이해할 수 있을 것이다. 그러나 생명과학기술의 발달로 착상 이전의 배아에 대한 연구와 인위적 조작이 가능해지면서, 배아의 생명과 생명윤리의 보호의 필요성이 주장되게 되었고, 그 부분은 2004년에 제정된 “생명윤리 및 안전에 관한 법률”의 규율에

61) 살인죄의 경우, 법정형은 사형, 무기, 또는 5년 이상의 징역이며(형법 제250조 제1항), 미수범을 처벌한다. 낙태죄의 경우, 사상의 결과를 발생시키지 않는다면 1년 이하 - 3년 이하의 징역과 200만원 이하의 벌금이 규정되어 있다(형법 제269조, 270조).

62) 박상기, 앞의 책, 20면.

63) 낙태의 현실 및 비범죄화 논의에 대해서는 이상용, “출생 전 생명에 대한 형사법적 고찰 - 착상과 출생의 전후에 따른 형법적 보호의 차이”, 의료법학, 제10권 제1호, 대한의료법학회, 2009. 6, 126-130면 참조.

64) 박상기, 앞의 책, 85면; 오영근, 앞의 책, 103면; 이재상, 앞의 책, 94-95면 등.

65) 대법원 1985.6.11. 선고 84도1958 판결, [집33(2)형,497;공1985.8.1.(757),1025].

맡겨졌다.

현재의 법률적 입장에 대해서는 종교적, 도덕적, 윤리적 입장에서 비판이 제기되고 있다. 그것은 수정을 통해 형성된 배아는 이로부터 성숙하여 태어날 인간의 정체성을 가지고 있으며, 배아가 성장하여 태아가 되고, 출생을 하고 성체가 되고 노화를 거쳐 죽음에 이르는 동안 단절없는 연속성을 유지한다는 것이다. 그리고 이러한 인간의 발달 과정은 선명한 경계선이 없는 연속적인 과정이어서, 착상뿐만 아니라 출생도 그 전후의 존재를 질적으로 달리 보는 근거가 될 수 없다는 것인데,⁶⁶⁾ 이러한 입장을 인간생명의 시작에 대한 수정시설⁶⁷⁾이라고 한다. 수정시설에 따르면 착상의 전후에 따라 보호 여부를 달리하는 것이 부당한 것임은 물론이려니와, 배아를 파괴하는 것은 출생한 사람을 살해하는 것과도 다르지 않다는 주장도 가능하다. 따라서 배아의 파괴 및 이를 수반하는 연구는 당연히 금지되어야 하며, 극단적으로는 배아의 냉동보존도 부당하다고 주장될 수 있다.

이와 같은 입장은 생명공학의 발전에 중대한 장애가 되는 것은 물론이며,⁶⁸⁾ 체외수정술의 시술에도 상당한 제약이 될 수 있을 것이다. 따라서 절충적 입장에서 인간배아는 잠재적 인간존재이며 수정란이 세포분열을 하여 일반적으로 원시선이 나타나는 수정 후 14일이 되는 때부터 인간 개체로 보자는 "수정 후 14일론"이 제기되기도 한다.⁶⁹⁾

III. 배아에 대한 생명윤리법의 규정태도

66) 구인회, "우리는 왜 초기 인간생명을 보호해야 하는가?", 한국생명윤리학회, 생명윤리, 제6권 제2호, 통권 제12호, 2005. 12, 3-6면.

67) 정현미 교수는 단지 수정란이 생물학적 특성상 인간의 지위를 갖기 때문이 아니라 규범적으로 그때부터 보호할 필요성이 있기 때문이라고 한다. 정현미, "배아의 생명권과 착상전 유전자진단", 비교형사법연구, 제5권 제2호, 2003, 264-265면. 다만 수정시부터 개체의 생명권을 인정하더라도 배아를 태어난 인간과 완전히 동일하게 포괄적, 절대적으로 보호하는 것은 현실적으로 어렵다고 한다. 같은 논문, 265면.

68) 신동일 교수는 수정시설이 인간 생명존중의 원칙에서 출발하며, 법이론적으로 설득력을 갖추고 있지만, 현실적인 문제에서 단점을 갖고 있음을 인정한다. 신동일, "생명윤리의 형법적 보호: 최근의 논의상황", 형사정책연구, 제18권 제3호, (통권 제71호), 2007, 가을. 한국형사정책연구원, 528, 530면. 국제적으로 치료복제연구에 대한 규제가 완화되고 있다는 주장은, 김진우, "인간배아복제의 규제에 관한 국제적 동향", 법조, 제57권 제2호, 통권 617호, 2008. 2, 373면 이하 참조.

69) 이 학설의 소개 및 비판은 정현미, 앞의 논문, 263면 참조.

1. 생명윤리법상 배아 관련 규정

가. 배아의 정의 및 배아생성의 제한과 연구목적의 제한

생명윤리 및 안전에 관한 법률 (개정 2010. 1. 18, 법률 제9932호, 2010년 3월 19일 시행)에 의하면 “배아”란 수정란 및 수정된 때부터 발생학적으로 모든 기관이 형성되는 시기까지의 분열된 세포군”을 말한다(동법 제2조 2호). 착상 이후에는 형법적으로는 태아가 되므로, 배아는 수정란부터 착상 이전 단계까지를 말한다고 할 수 있지만, 생명윤리법은 착상에 의한 단계적 제한을 하지 않았고, 발생학적으로 모든 기간이 형성되는 시기까지를 배아의 범위 내에 포함시키고 있다. 또 원시선이 나타나는 것을 기준으로 하여 전배아와 배아를 구분하지 않고 수정으로부터 곧 배아로 본다는 것을 알 수 있다.

생명윤리법은 제2조 3호에서는 “잔여배아”를 정의하고 있고, 동조 4호와 5호에서는 “체세포핵이식행위”와 “체세포복제배아”를 정의하고 있는데, 이에 의하면 잔여배아란 인공수정으로 생성된 배아중 임신의 목적으로 이용하고 남은 배아를 말하며, 체세포복제배아는 체세포핵이식행위에 의하여 생성된 배아이고, 체세포핵이식행위란 핵이 제거된 인간의 난자에 인간의 체세포 핵을 이식하는 것을 말한다.

생명윤리법은 제13조에서 임신 외의 목적으로 배아를 생성하는 것을 금지하고 있으며, 이를 위반한 경우에는 3년 이하의 징역형을 규정하고 있다.⁷⁰⁾ 또 제22조에서는 체세포핵이식행위를 할 수 있는 경우를 제17조 제2호의 규정에 의한 희귀·난치병의 치료를 위한 연구목적으로 제한하고 있으며, 이를 위반한 경우에도 3년 이하의 징역형을 규정하고 있다.⁷¹⁾ 동법 제17조는 잔여배아의 연구를 허용하는 규정인데, 이에 따르면 제16조의 규정에 의한 배아의 보존기간이 경과된 잔여배아는 발생학적으로 원시선이 나타나기 전까지에 한하여 체외에서 제한된 목적으로 이용할 수 있도록 하고 있는데, 그 목적은 첫째, 불임

70) 생명윤리법 제13조(배아의 생성 등) ① 누구든지 임신외의 목적으로 배아를 생성하여서는 아니된다. 제51조(벌칙) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역에 처한다. 3. 제13조 제1항의 규정에 위반하여 임신외의 목적으로 배아를 생성한 자

71) 같은 법 제22조(체세포핵이식행위) ① 누구든지 제17호 제2호의 규정에 의한 희귀·난치병의 치료를 위한 연구목적 외에는 체세포핵이식행위를 하여서는 아니된다. 제51조(벌칙) 제1항의 7호

치료법 및 피임기술의 개발을 위한 연구, 둘째, 근이영양증 그밖에 대통령령이 정하는 희귀·난치병의 치료를 위한 연구, 셋째, 그밖에 위에 준하는 연구로서 대통령령이 정하는 연구 등이다. 물론 이들 연구에 대해서는 보건복지부장관에게 배아연구계획서를 제출하여 승인을 얻어야 하며, 연구를 하고자 하는 자는 보건복지부령이 정하는 시설과 인력 등을 갖추고 배아연구기관으로 등록이 되어있어야 한다.⁷²⁾

이 규정들을 종합해보면, 현재의 생명윤리법은 배아의 생성을 임신 목적으로 인공수정에 의한 경우와 제한된 범위의 희귀, 난치병의 치료를 위한 연구목적으로 체세포복제배아를 생성하는 경우로 제한하고 있으며, 체세포복제배아와 잔여배아의 연구를 각각 일정한 목적을 위한 경우로 제한하고 있음을 알 수 있다.

나. 인간복제의 금지 및 이종간 착상 등 금지

생명윤리법은 배아의 인공적 생성을 제한적으로 허용하지만, 그동안 생명윤리상 많은 논란의 대상이 되었던 인간복제나 이종간 융합에 대해서 엄격히 금지하는 입장을 밝히고 있다. 곧, 체세포복제배아는 자궁에 착상시켜서는 안 되며, 착상된 상태를 유지하거나 출산하여서도 안 되고, 이를 위반한 경우에는 10년 이하의 징역형이 규정되어 있고, 또 이에 대해서는 미수범 처벌규정까지 두고 있다.⁷³⁾ 그리고 이러한 체세포복제배아의 착상 등 행위를 유인 또는 알선한 행위에 대해서도 처벌규정을 두고 있다.⁷⁴⁾ 또 이종간의 착상 등에 대해서는 제12조에서 금지되는 행위를 열거하고 있다. 이에 따르면 우선 인간의 배아를 동물의 자궁에 착상시키거나 동물의 배아를 인간의 자궁에 착상시키는 행위가 금지되며,⁷⁵⁾ 인간의 난자를 동물의 정자로 수정시키거나 동물의 난자를 인간의 정자로 수정시키는 행위, 핵이 제거된 인간의 난자에 동물의 체세포핵을 이식

72) 같은 법 제18조 및 제19조. 체세포복제배아의 생성 및 연구에 관해서는 제23조에 의해 등록 의무가 인정되고, 제19조 등 잔여배아 연구에 관한 규정들이 준용된다.

73) 같은 법 제11조(인간복제의 금지) ① 누구든지 체세포복제배아를 자궁에 착상시켜서는 아니 되며, 착상된 상태를 유지하거나 출산하여서는 아니된다. ② 누구든지 제1항의 규정에 의한 행위를 유인 또는 알선하여서는 아니된다. 제49조(벌칙) ① 제11조 제1항의 규정을 위반하여 체세포복제배아를 자궁에 착상시키거나 착상된 상태를 유지 또는 출산한 자는 10년 이하의 징역에 처한다. ② 제1항의 미수범은 처벌된다.

74) 같은 법 제51조(벌칙) 제1항 1호에 의해 3년 이하의 징역에 해당함.

75) 같은 법 제12조 제1항, 위반행위에 대해서는 제50조에 5년 이하의 징역형이 규정됨.

하거나 핵이 제거된 동물의 난자에 인간의 체세포 핵을 이식하는 행위, 인간의 배아와 동물의 배아를 융합하는 행위, 다른 유전정보를 가진 인간의 배아를 융합하는 행위도 금지되고, 또 위와 같은 행위로 생성된 것을 인간 또는 동물의 자궁에 착상시키는 행위도 금지된다.⁷⁶⁾

따라서 배아의 생성 및 연구가 인정된다고 하더라도 그것은 인공임신을 위한 경우 또는 일정한 범위 내에서의 치료를 위한 연구의 목적 내로 엄격히 제한됨을 알 수 있으며, 이종간의 혼용을 방지하는 규정도 사람과 동물간의 착상을 금지할 뿐만 아니라 그 이전의 배아의 융합행위도 금지하고 있음을 알 수 있다. 이것은 생명윤리법의 목적이 생명과학기술에 있어서의 생명윤리 및 안전을 확보하여 인간의 존엄과 가치를 침해하거나 위해를 주는 것을 방지하는 것(동법 제1조)임을 고려할 때 당연한 것이라고 할 수 있다. 다만, 위의 규정들은 개별적인 배아의 생명을 직접적으로 보호하는 규정이라고 볼 수는 없을 것이다.

다. 유전자검사의 제한

인공임신을 위해 생성된 배아의 생명을 위협하는 중요한 계기가 되는 것은 착상 전 유전자진단(Preimplantation genetic diagnosis, PGD)이다. 이는 배아를 자궁에 착상시키기 전에 유전자검사를 하여 배아의 상태를 확인하는 것으로서 체외수정이 시행되면서 가능해진 것이며, 체외수정술의 증가와 함께 시술 건수도 늘고 있다.⁷⁷⁾ 이 경우에는 착상 전에 이루어지는 검사이므로 이상을 발견하고서 그 배아를 폐기한다고 해도 낙태죄의 문제가 발생하지 않는다는 점에서 태아를 대상으로 한 검사와는 다른 측면이 있다. 이 검사를 하는 일차적 동기는 인공수정의 성공률을 높이고, 염색체 이상이나 유전으로 전달되는 질병을 사전에 검사해서 이들 질환이 없는 자녀를 낳으려는 것이지만, 원하는 유전형질을 가진 아기를 선택적으로 태어나게 하는 이른바 맞춤형 아기(designer

76) 같은 법 제12조 제2항 및 3항. 다만 인간의 난자를 동물의 정자로 수정시키거나 동물의 난자를 인간의 정자로 수정시키는 행위는 의학적으로 인간의 정자의 활동성 시험을 위한 경우는 허용된다. 같은 법 제12조 제2항 1호의 단서. 금지에 위반하여 배아를 생성하는 행위는 3년 이하의 징역에, 금지되는 행위에 의해 생성된 배아를 인간 또는 동물의 자궁에 착상시키는 행위는 5년 이하의 징역형에 해당한다. 같은 법 제51조 제1항 제2호 및 제50조.

77) 김장한, "착상전 유전자 진단 및 산전 진단에 대한 법적 윤리적 고찰", 대한산부인과학회지, 제49권 제12호, 2006. 12, 2499면; 권복규/김현철, 앞의 책, 64-65면.

baby)의 탄생이 가능해진다는 문제가 제기된다.⁷⁸⁾ 곧 유전적 질환이 없고 건강한 배아라고 해도, 희귀질환을 앓는 먼저 태어난 자녀의 치료를 위하여 세포 조직이 일치하는 배아를 선택하여 착상시키거나, 또는 우생학적으로 특정한 유전적 형질을 가진 배아를 선택하여 착상시키는 것이 가능해지기 때문이다.

생명윤리법은 이에 대하여 유전자검사의 장에서 규율하고 있는데, 제25조 제2항에서 배아와 태아를 대상으로 하는 유전자검사는 근이영양증 등 그밖에 대통령령이 정하는 유전질환을 진단하기 위한 목적으로만 가능하다고 규정하고 있어 그외의 특정 유전형질의 선택을 위한 유전자 검사는 금지되고 있다.⁷⁹⁾ 이에 대해서는 착상 전 유전자 진단은 태아에 대한 산전 진단과는 의학적, 윤리적으로 차이가 있으므로 배아 보호의 항목에 해당하여야 한다는 주장이 있다.⁸⁰⁾

라. 배아의 보관과 폐기, 관리 및 배아생성의료기관의 등록 등

인공수태시술을 위하여 정자 또는 난자를 채취, 보관하거나 이를 수정시켜 배아를 생성하고자 하는 의료기관은 보건복지부장관으로부터 배아생성의료기관으로 지정받아야 하며(생명윤리법 제14조 제1항), 잔여배아를 연구하고자 하는 자는 보건복지부장관에게 배아연구기관으로 등록하여야 한다(동법 제18조). 그리고 체세포복제배아를 생성하거나 연구하고자 하는 자도 보건복지부장관에게 등록하여야 한다(동법 제23조). 이들 기관은 보건복지부령이 정하는 시설과 인력 등을 갖추어야 하며(각 관련조문 참조), 생명과학기술에 있어서의 생명윤리 및 안전을 확보하기 위하여 기관생명윤리심의위원회를 두어야 한다(동법 제9조 제1항 1호-3호). 또 이들 기관은 배아의 취급, 잔여배아의 보관, 취급, 폐기 등의 관리를 철저히 함과 아울러, 당해 기관에서 행해지는 연구로 생명윤리 또는 안전에 중대한 위해가 발생하거나 발생할 우려가 있는 경우에는 연구의 중단 등 적절한 조치를 해야 하며, 잔여배아의 보관 및 제공 등에 관한 사항을 보건복지부장관에게 보고하여야 한다(동법 제20조, 제21조 및 제23조 제2항).⁸¹⁾ 이

78) 김장한, 앞의 논문, 2499면; 권복규/김현철, 앞의 책, 65면.

79) 생명윤리법 제25조(유전자검사의 제한) ② 유전자검사기관은 근이영양증 그 밖에 대통령령이 정하는 유전질환을 진단하기 위한 목적외에는 배아 또는 태아를 대상으로 유전자검사를 하여서는 아니된다. 이 제25조의 규정에 위반하여 유전자검사를 한 자에게는 제52조에 의해 2년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금이 규정되어 있다.

80) 김장한, 앞의 논문, 2505면.

81) 2007년 1년 동안 142개의 배아생성의료기관에서 278,990개의 난자가 채취되어 이중

외에도 이들 기관은 보건복지부장관의 보고 또는 자료제출명령, 배아 등의 폐기명령, 개선명령에 응해야 한다(동법 제38조-제40조)

배아생성의료기관이 배아를 생성하기 위하여 정자 또는 난자를 채취하는 때에는 정자제공자, 난자제공자, 인공수태시술대상자 및 그 배우자(이들을 동의권자라고 한다)의 서면동의를 얻어야 하는데, 이에는 배아생성의 목적, 배아의 보존기간 및 그밖의 보관, 배아의 폐기, 임신외의 목적으로 잔여배아를 이용하는 것에 대한 동의여부, 동意的 철회, 동의권자의 권리 및 정보보호 등의 사항이 포함되어야 하며, 이 동의는 사전의 충분한 설명을 바탕으로 이루어져야 한다(법 제15조). 배아의 보존에 관하여 현행법은 그 기간을 5년으로 하고 있으며, 다만 동의권자가 보존기간을 5년 미만으로 정한 경우에는 그에 따르도록 하였고,⁸²⁾ 배아생성의료기관은 이 보존기간이 도래한 배아 중 법 제17조의 규정에 의한 연구목적으로 이용하지 아니하고자 하는 배아는 폐기하여야 하는 것으로 규정하고 있다. 배아생성의료기관은 폐기에 관한 사항을 기록하고 보관하여야 한다(법 제16조)

2. 배아 생명 침해에 대한 생명윤리법의 태도

우리의 생명윤리법은 배아의 인공적 생성과 연구를 엄격히 통제하고 있고, 그밖에도 이종 교잡 및 이종 착상의 금지 등, 생명윤리를 훼손하는 행위를 금지하며 이를 위반하는 행위에 대해서는 최대 10년 이하의 징역에 해당하는 형벌을 과하는 처벌규정을 두고 있지만, 정작 배아 생명의 침해에 대해선 처벌규

188,372개가 배아로 수정되었고, 93,939개가 임신에 이용되고, 이식에 부적합하거나 동의권자가 폐기를 원하여 61,535개는 폐기되고, 2개는 연구용으로 제공되었으며, 32,896개가 동결보존되었다. 2006년도에는 211,699개의 배아가 생성되고 이중 107,223개가 임신에 이용되고, 69, 144개가 폐기되고, 35,332개가 동결보존되었다. 2007년 12. 31 현재 배아생성의료기관에서 동결보존중인 배아 수는 138,027개이다. 이는 첫 조사 이후 2년만에 44,000여개가 증가한 숫자이다. “배아의 생성 및 임신 이용 현황”, 보건복지부 정책통계포털, <http://stat.mw.go.kr/>. 우리나라 배아 현황 집계 결과의 첫 공식 발표인, 보건복지부의 “2005년도 배아보관 및 제공 현황 조사결과”에 따르면, 2005년 12월 31일 현재 총 93, 921개의 배아를 동결 보관중이었다. 보건복지부 보도자료, 2006. 5. 19.

82) 생명윤리법에 대해서는 최근에 전부개정안이 입법예고되었는데(보건복지부공고 제2010-87호, 2010. 5. 10)배아와 관련하여서는, 일정 요건하에 단성생식배아연구를 허용하는 규정도 도입되었고, 체외수정용 배아의 보존기간을 현행 5년 이하에서 항암치료 등을 위해 장기보관이 필요하다고 보건복지부령으로 정하는 경우에 한해서는 동의권자가 5년 이상으로 정할 수 있도록 기간제한을 완화하였다.

정을 두고 있지 않다. 오히려 일정한 요건하에 잔여배아의 냉동보관과 폐기, 연구용 사용, 체세포복제배아의 생성과 연구 등을 인정함으로써 배아의 생명을 침해하는 것을 전제로 하는 행위들을 허용하고 있다. 이것은 생명윤리법 제1조에 나타나있는 입법목적이 "이 법은 생명과학기술에 있어서의 생명윤리 및 안전을 확보하여 인간의 존엄과 가치를 침해하거나 인체에 위해를 주는 것을 방지하고, 생명과학기술이 인간의 질병 예방 및 치료 등을 위하여 개발·이용될 수 있는 여건을 조성함으로써 국민의 건강과 삶의 질 향상에 이바지함을 목적으로 한다."는 것을 통해 이해할 수 있다. 그러나 개별적인 배아의 생명 보호를 외면하면서 생명윤리를 확보한다는 것에는 의문이 제기될 수 있다. 일정한 정도의 불확실성이 남아있지만, 배아는 착상되어 태아로 성장하고 또 출생하여 사람이 된다는 것을 부인할 수 없다. 이 과정에서 자연적인 소실의 가능성이 있지만, 그것은 인위적인 개입에 의한 파괴나 폐기와는 분명히 구분되어야 할 것이다. 그러나 다른 한편으로는 이미 인공임신을 위해서 착상되는 배아의 숫자 이상의 배아가 불가피하게 생성되고 따라서 그 보관과 폐기가 문제될 수밖에 없다는 것 역시 무시할 수 없는 현실이다. 이에 따라 배아에게 태아 또는 출생한 사람과 완전히 동등한 지위를 인정할 것인가를 둘러싸고 다음에서 보듯 헌법적 논란이 발생하였다.

3. 생명윤리 및 안전에 관한 법률 제13조 제1항 등 위헌확인사건에 대한 헌법재판소 결정

가. 사건의 경과

2004년 12월 A씨 부부는 임신의 목적으로 체외 인공수정을 통해 배아를 생성하였고, 이 가운데 배아 2개체는 착상되지 않은 채 의료재단에 보존되어 있었다. 배아생성자들인 이들 부부와, 보존중인 두 배아, 그리고 9인의 법학자, 윤리학자, 철학자, 의사 등은 2005년 3월에 생명윤리 및 안전에 관한 법률 제16조 제1항, 제2항 등의 위헌확인을 구하는 헌법소원심판을 청구하였다. 청구인들은 위 조항들이 임신목적으로 배아생성을 허용하면서 인공수정배아를 인간이 아닌 세포군으로 규정하여 이에 대한 연구목적의 이용 가능성을 열어두고 있고, 잔여배아의 보존기간과 그 폐기 및 연구에 관해 불충분하게 규율하고 있으며, 생성배아의 수효에 관한 제한 및 인공수정을 할 수 있는 전제와 기준,

방법 등에 대하여 규율하지 않았고, 체세포핵이식행위를 통해 생성된 체세포복제배아의 연구, 폐기를 허용함으로써 청구인들의 기본권을 침해한다고 주장하였다. 이에 대해 헌법재판소는 최근에 재판관 전원의 일치된 의견으로 청구인인 초기배아들의 심판청구는 청구인적격이 없어 부적법하고, 다른 청구인들의 청구 중 배아생성자들의 잔여배아에 대한 보존과 폐기에 관한 생명윤리법 제 16조 제1항과 제2항에 대해서만 기본권 침해의 가능성과 자기관련성, 직접성을 인정하여 본안 판단을 하였으나 헌법에 위반되지 아니한다는 결정을 선고하였다.⁸³⁾

나. 청구인들의 주장과 관계기관의 의견

이 사건 헌법재판소 결정문에 따르면 청구인들은 임신목적의 배아생성시의 조건과 방법 등을 규정하지 않았다는가, 잔여배아의 연구에 사실상 제한을 하지 않는다는가, 가치관에 혼란을 야기하였다 등의 주장도 제기하였지만, 그 바탕이 되는 가장 핵심적인 주장내용은 인간의 배아는 어떠한 경우이든 태아 또는 출생한 인간과 달리 취급할 이유가 없는 동일한 생명체라는 것이다. 곧 "우리나라 헌법체계 하에서 인간배아는 새로운 존재와 인격의 근원으로서 그 존엄과 가치를 법적으로 보호받아야 하는 생명체이다. 배아, 태아, 출생한 인간은 생명의 연속선상에 있는 동일한 생명체이며, 고유한 유전자를 갖고 있다는 점에서 동일하다. 따라서 인간의 배아가 '착상 전의 배아'이든, '인공수정 후 체외에 보관 중인 배아'이든, '인간의 체세포핵이식에 의한 체세포복제배아'이든, 배아를 태아 또는 출생한 인간과 달리 취급할 이유나 근거가 없으며, 오히려 연약한 생명체로서의 배아를 더욱 강한 법적 보호에 두어야 할 필요성이 있다. 이와 같이 보는 이유는 "생명의 시작은 수정시(체세포핵이식의 경우는 핵이식시)부터이므로, 인간 배아는 이미 헌법이 보호하는 '인간'으로서 생명권의 주체이며 인간으로서의 존엄과 가치를 지니"며, "인간의 성장과정을 수정-배아-태아-출생 단계로 구분하여야 할 합리적인 이유가 없음에도 이와 같은 자의적 차별을 하여" 배아가 연구의 대상이 될 수 있게 한 것은 배아의 평등권을 침해하는 것이라고 주장한다.⁸⁴⁾

83) 헌법재판소 결정 2010년 5월 27일 선고, 2005헌마346.

84) 위 헌재 결정문, 7-9면.

결정문에는 관계기관의 의견도 제시되어 있는데, 보건복지부장관, 교육과학기술부장관, 법무부장관 등은 착상될지 여부가 불분명한 상태에 있는 냉동상태의 배아는 착상된 배아 또는 태아 및 사람과 동일한 지위를 가진다고 볼 수 없으며, '인간으로서 성장할 잠재성을 가지는 인간 이전의 생명체', '인간'이 아닌 '인간으로 되어가는 존재', '생성중인 인간'으로서 배아와 인간은 각기 그 법적 보호의 정도가 다르다는 입장을 밝히고 있다. 다만 국가생명윤리심의위원회는 다수의견과 함께 소수의견 및 개별의견까지 제시하고 있는데, 다수의견은 인간 배아는 '잠재적 인간존재'로서의 지위를 가지며, 원시선이 출현하기 이전의 배아도 생명권의 존중대상인 인간의 잠재성을 부인할 수 없지만, 완전히 인간과 동등한 존재 내지 생명권의 주체로서 인격을 가지는 존재로 볼 수는 없다고 하여 다른 관계기관의 의견과 유사한 의견을 제시했다. 이에 반하여 일부 소수의견은 착상 이전의 초기 배아는 순수하게 생물학적 관점에서 세포군으로서의 성질을 가진다고 봄으로써 잠재적 인간 존재로서의 지위도 부인하였고, 특히 원시선이 생기기 전인 14일 미만의 배아는 착상이 안 된 경우 연구나 실험의 객체 내지 물건으로 인정할 수 있다고 하였으며, 일부 개별의견은 이와는 정반대로 "인간의 생명은 수정된 때로부터 시작되므로 인간배아를 완전한 인간으로 인정하여야 한다는 의견을 제시하였다. 수정후 성장의 연속선상에 있는 인간생명에 대해 어느 시점을 단절하여 생명권의 주체 여부를 달리 평가할 이유가 없고, 생명의 출발점에 대한 판단은 합의로 결정될 수 있는 사항이 아니라는 것이다.⁸⁵⁾

다. 헌법재판소 결정의 내용과 의의

이번 헌법재판소 결정의 핵심내용은 배아가 기본권 주체성을 가지는가에 관한 것으로서 이는 배아의 청구인 적격에 관한 판단에서 나타난다. 이 부분의 결정문 내용은 다음과 같다.⁸⁶⁾

가. 청구인 1, 2의 청구에 대한 판단

(1) 청구인 적격

(가) 헌법재판소법 제68조 제1항은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여

85) 위 현재 결정문, 10-16면.

86) 위 현재 결정문, 17-19면.

기본권을 침해받은 자가 헌법소원의 심판을 청구할 수 있다고 규정하고 있으므로, 기본권의 주체가 될 수 있는 자만이 헌법소원을 청구할 수 있고, 이 때 기본권의 주체가 될 수 있는 '자'라 함은 통상 출생 후의 인간을 가리키는 것이다.

그런데 존엄한 인간 존재와 그 근원으로서의 생명 가치를 고려할 때 출생 전 형성 중의 생명에 대해서는 일정한 예외적인 경우 기본권 주체성이 긍정될 수 있다. 헌법재판소도 형성 중의 생명인 태아에 대하여 헌법상 생명권의 주체가 되며, 국가는 헌법 제10조에 따라 태아의 생명을 보호할 의무가 있음을 밝힌 바 있다(헌재 2008. 7. 31. 2004헌바81, 판례집 20-2 상, 91, 101 참조). 다만, 출생 전 형성 중의 생명에 대해서 헌법적 보호의 필요성이 크고 일정한 경우 그 기본권 주체성이 긍정된다고 하더라도, 어느 시점부터 기본권 주체성이 인정되는지, 또 어떤 기본권에 대해 기본권 주체성이 인정되는지는 생명의 근원에 대한 생물학적 인식을 비롯한 자연과학·기술 발전의 성과와 그에 터 잡은 헌법의 해석으로부터 도출되는 규범적 요청을 고려하여 판단하여야 할 것이다.

(나) 청구인 1, 2는 수정란 및 수정된 때부터 발생학적으로 모든 기관이 형성되는 시기까지의 분열된 세포군을 말하는 생명윤리법상의 '배아'(생명윤리법 제2조 제2호 참조)에 해당하며, 그 중에서도 수정 후 14일이 경과하여 원시선이 나타나기 전의 수정란 상태, 즉 일반적인 임신의 경우라면 수정란이 모체에 착상되어 원시선이 나타나는 그 시점의 배아 상태에 이르지 않은 배아들이다(이하에서 이 시기의 배아를 '초기배아'라고 약칭하기로 한다). 생명윤리법은 청구인 1, 2와 같은 초기배아에 대해서 임신목적으로 이용되지 않을 경우 다른 연구목적으로 이용할 수 있도록 하고 있는 반면, 발생학적으로 원시선이 나타난 이후에는 배아에 대한 연구목적 이용을 전면적으로 금지하고 있다(생명윤리법 제17조 참조).

(다) 초기배아들에 해당하는 청구인 1, 2의 경우 헌법상 기본권 주체성을 인정할 수 있을 것인지에 대해 살피건대, 청구인 1, 2가 수정이 된 배아라는 점에서 형성 중인 생명의 첫걸음을 떼었다고 볼 여지가 있기는 하나 아직 모체에 착상되거나 원시선이 나타나지 않은 이상 현재의 자연과학적 인식 수준에서 독립된 인간과 배아 간의 개체적 연속성을 확정하기 어렵다고 봄이 일반적이라는 점, 배아의 경우 현재의 과학기술 수준에서 모태 속에서 수용될 때 비로소 독립적인 인간으로의 성장가능성을 기대할 수 있다는 점, 수정 후

착상 전의 배아가 인간으로 인식된다거나 그와 같이 취급하여야 할 필요성이 있다는 사회적 승인이 존재한다고 보기 어려운 점 등을 종합적으로 고려할 때, 초기배아에 대한 국가의 보호필요성이 있음은 별론으로 하고, 청구인 1, 2의 기본권 주체성을 인정하기 어렵다.

(라) 그렇다면 청구인 1, 2는 기본권의 주체가 될 수 없으므로 헌법소원을 제기할 수 있는 청구인적격이 없다고 할 것이다.

(2) 다만, 오늘날 생명공학 등의 발전과정에 비추어 인간의 존엄과 가치가 갖는 헌법적 가치질서로서의 성격을 고려할 때 인간으로 발전할 잠재성을 갖고 있는 초기배아라는 원시생명체에 대하여도 위와 같은 헌법적 가치가 소홀히 취급되지 않도록 노력해야 할 국가의 보호의무가 있음을 인정하지 않을 수 없다 할 것이다.

헌법재판소는 이 결정에서 배아, 특히 초기배아가 "형성 중인 생명의 첫걸음을 떼었다고 볼 여지가 있"으며 "인간으로 발전할 잠재성을 갖고 있는" "원시생명체"라고 표현함으로써, 이것이 단순한 세포군으로서 물건에 해당하는 것이 아님을 분명히 하지만, 기본권주체성은 부인함으로써 인간으로 부를 수는 없다는 것을 밝혔다. 다만 이 결정은 인간의 始期가 언제부터라고 명시하지는 않았기 때문에, 헌법재판소가 수정시술을 부인한 것은 분명하지만 착상시술을 채택했는지 또는 수정 후 14일이나 원시선의 출현을 기준으로 삼는 것인지는 불분명하다. 그러나 착상이 되었다면 태아로 인정될 것이며, 원시선의 출현 이후에는 현행법상 잔여배아의 연구가 금지되므로, 가장 논란이 되는 그 이전 단계의 배아의 존재가 사람과 동일하지 않다는 것을 밝힌 것이다. 헌법재판소는 그 이유로서, "출생 전 형성 중의 생명에 대해서 헌법적 보호의 필요성이 크고 일정한 경우 그 기본권 주체성이 긍정된다고 하더라도, 어느 시점부터 기본권 주체성이 인정되는지, 또 어떤 기본권에 대해 기본권 주체성이 인정되는지는 생명의 근원에 대한 생물학적 인식을 비롯한 자연과학·기술 발전의 성과와 그에 터 잡은 헌법의 해석으로부터 도출되는 규범적 요청을 고려하여 판단하여야 할 것"이라며, 현재의 자연과학적 인식의 수준과 과학기술 수준, 그리고 규범적으로는 "수정 후 착상 전의 배아가 인간으로 인식된다거나 그와 같이 취급하여야 할 필요성이 있다는 사회적 승인이 존재한다고 보기 어려운 점"을 들고 있다. 다만 이러한 초기배아에 대해서도 인간으로 발전할 잠재성을 가지고 있으므로 인간의 존엄과 가치가 소홀히 취급되지 않도록 노력해야 할 국가의 보호의무가

있음은 인정하였다.

이러한 입장은 "생명의 연속적 발전과정에 대해 동일한 생명이라는 이유만으로 언제나 동일한 법적 효과를 부여하여야 하는 것은 아니다. 동일한 생명이라 할지라도 법질서가 생명의 발전과정을 일정한 단계들로 구분하고 그 각 단계에 상이한 법적 효과를 부여하는 것이 불가능하지 않다"고 보는 이전의 헌법재판소 결정⁸⁷⁾의 내용과도 일치하는 것이다.

배아에 대하여 이와 같이 판단한 것은 결정문의 다른 곳에서 실시한 바와 같이, 체외수정의 경우에 임신성공률을 높이기 위해 잔여배아가 다수 생성되는 것이 불가피하고, 따라서 배아의 보존기한을 설정하고 폐기를 인정하는 것을 피할 수 없다는 현실도 작용했을 것으로 보인다.⁸⁸⁾ 인간 생명의 침해에 대한 소박한 공리주의적 관점에서만 가능한 타협이라는 비판이 이에도 해당될 수 있겠지만⁸⁹⁾ 수정시설을 채택했을 때에 발생하는 현실적 문제를 해결하기 곤란하다는 점도 고려했을 것으로 생각된다. 이러한 재판관들의 고민은 결정문에 생명의 시점에 대한 명확한 입장을 밝히지 않은 채 배아에 대한 국가의 보호필요성과 보호의무를 언급한 점에서도 엿볼 수 있다.

IV. 생명침해에 대한 형법의 입장

수정란 또는 배아의 모체내의 착상 이후의 생명 침해는 형법상 낙태죄가 적용되며, 출생으로 인정되는 분만개시시부터는 사람으로 인정되어 그에 대한 생명침해는 살인죄가 적용되게 된다. 따라서 출생 전의 태아와 출생 후의 사람은 연속되는 같은 존재로 인정된다고 해도 그 생명침해에 대한 형법적 평가는 큰 차이를 보이는데, 특히 우리 사회에서의 낙태죄 규정의 현실적 기능을 고려한다면, 출생 이전의 생명에 대한 보호는 매우 미약하다고 할 수 있다. 또 이와 같은 출생 전 생명의 보호라 하더라도 그것은 착상 이후의 생명을 대상으로 한 것으로서, 착상 이전의 수정란 또는 배아의 생명은 형법상 전혀 보호의 대상이

87) 헌재 2008. 7. 31. 2004헌바81, 판례집 제20권 2집 상, 105면. 이 결정은 태아의 민법상 권리능력 인정여부와 관련된 민법 제3조 등 위헌소원에 대한 것이다.

88) 헌재 2010. 5. 27. 2005헌마346 결정문, 25-26면. 우리 사회의 배아생성 및 보관의 현황은 앞의 각주 38) 참조.

89) 신동일, 앞의 논문, 529면. 신 교수의 이 비판은 착상시설에 대한 것이지만, 수정시설이 아닌 이상 배아 생명의 침해를 인정하게 되고 이것은 수정후 14일설이나 착상시설 모두에 해당할 수 있을 것이다.

되지 않으며, 이는 2008년의 헌법재판소 결정에서도 확인된 바 있다.⁹⁰⁾ 따라서 착상 이전에 수정란 또는 배아의 착상을 방해하는 행위도 낙태죄의 적용범위에서 제외된다.

착상 이전의 생명의 보호와 관련하여 규율을 하는 것은 앞에서 살펴본 바와 같이 생명윤리 및 안전에 관한 법률이고, 이에는 위반행위의 종류에 따라 1년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금(동법 제53조)에서 10년 이하의 징역(동법 제49조)까지 형벌에 의한 처벌이 규정되어있다. 따라서 광의의 형법에 의한 규율이 이루어지고 있다고 볼 수 있지만, 그 처벌대상인 행위는 배아의 생성과 연구, 보존, 폐기 등과 관련하여 생명윤리 및 안전의 확보를 위해 지켜야할 준수사항들을 위반하는 행위들이며, 배아의 생명을 침해하는 행위 자체는 포함되어 있지 않다. 또 이번 헌법재판소 결정으로 초기배아는 사람이 아니며 기본권 주체성이 부인된다는 것이 확인됨으로써 기존의 법률의 효력은 유지되고 있다. 따라서 형법상 착상 이전 단계의 생명보호는 여전히 없다고 할 수 있다.

V. 결 론

인간의 존엄과 가치를 최고의 근본규범으로 인정하는 우리 헌법의 가치체계에서 사람의 생명은 가장 중요한 법익으로 보호받는다. 그러나 이러한 보호의 대상은 "살아있는 사람"이며, 이는 출생시부터 사망시까지의 사람을 뜻한다. 따라서 만삭의 임부의 몸 안의 생명은 형태상 신생아와 차이가 없고 모체 외에서 충분히 생존할 수 있는 단계라고 해도 출생 전에는 태아로서 낙태죄의 대상이 될 뿐, 살인죄나 상해죄의 대상이 되지 않는 것이다. 연속되는 동일한 생명체임이 분명한 경우에도 이와 같이 법적 평가를 달리하는 것이 정당화되는 이유는 출생이라는 분명한 시점을 기준으로 사람의 始期를 인정해야 한다는 데에 사회적 승인이 있기 때문이라고 할 수 있다. 사람과 그 이전 단계인 태아를 구별하

90) 헌재 2008. 7. 31. 2004헌바81, 판례집 제20권 2집 상, 105-106면. "생명의 연속적 발전과정에 대해 동일한 생명이라는 이유만으로 언제나 동일한 법적 효과를 부여하여야 하는 것은 아니다. 동일한 생명이라 할지라도 법질서가 생명의 발전과정을 일정한 단계들로 구분하고 그 각 단계에 상이한 법적 효과를 부여하는 것이 불가능하지 않다. 예컨대 형법은 태아를 통상 낙태죄의 객체로 취급하지만, 진통시로부터 태아는 사람으로 취급되어 살인죄의 객체로 됨으로써 생명의 단계에 따라 생명침해행위에 대한 처벌의 정도가 달라진다. 나아가 태아는 수정란이 자궁에 착상한 때로부터 낙태죄의 객체로 되는데 착상은 통상 수정 후 14일 경에 이루어지므로, 그 이전의 생명에 대해서는 형법상 어떠한 보호도 행하고 있지 않다. 이와 같이 생명의 전체적 과정에 대해 법질서가 언제나 동일한 법적 보호 내지 효과를 부여하고 있는 것은 아니다.

는 기준은 일반 사람들이 직접 눈으로 확인할 수 있으며, 비교적 명확한 기준이었던 데 반하여, 태아와 그 이전의 존재를 구별하는 착상이라는 기준은 외부에서는 판별하기 곤란한 것이다. 그럼에도 불구하고 그 구별은 큰 문제가 되지 않았고, 착상 이전의 배아의 생명을 침해하는 행위가 별도로 범죄행위로 규정되기도 아니하였다. 그것은 착상 이전 단계에서는 자연적으로 착상에 성공하지 못하는 경우를 예상해야 했으며, 착상 이전 단계에서 모체를 침해하지 아니하고 배아의 생명만을 침해하는 경우를 상정하기 어려웠기 때문이라고 할 수 있다. 그러나 생명과학기술의 발달에 따른 체외수정술의 등장은 이러한 점들에 변화를 가져왔고, 종래 법의 보호 바깥에 놓여있던 배아의 생명 보호를 재검토하는 계기를 마련해주었다.

현재 생명윤리법과 이에 관한 헌법재판소의 태도는 배아의 생성과 활용, 보관, 폐기, 연구 등에 대하여 사회의 현실적 요구들에 부응하는 입장을 보이고 있다. 곧 체외수정술과 배아연구를 원천적으로 금지하지는 않으며 일정한 제약 아래에서 수행할 수 있도록 인정하고 있다. 헌법재판소의 이러한 입장은 명시적으로 인간의 始期를 밝히지 않았다고 해도, 초기배아의 희생을 허용하는 점에서 이른바 절충설에 해당하는 수정 후 14일설이나, 원시선의 출현을 기준으로 하는 입장 또는 착상시설과도 실질적으로 다르지 않다고 생각된다.

위의 결정은 초기배아가 사람이 아니라는 이유를 자연과학적 측면과 사회적 승인의 부존재라는 양 측면에서 제시하고 있으나, 사회적 승인의 문제를 더 중시한 것이 아닌가 생각된다. 특정한 난자와 특정한 정자의 수정이라는 것은 이후의 성장과정상의 다른 계기와는 달리, 그 이전과 그 이후를 분명히 구분짓는 단계라고 할 수 있다. 물론 수정란의 장차의 성장과정에 일정한 정도의 불확실성이 있다고 해도, 이미 출생한 인간 개체의 생명의 시작이 바로 그 어느 수정란에서부터 비롯되었다는 것을 부인할 수는 없을 것이기 때문이다. 다만 법률적으로 보호받는 사람의 始期는 그 존재가 자연적으로 인식될 수 있는 시점에서 한없이 소급될 수는 없을 것이다. 또 사회적으로 체외수정을 통한 인공임신을 원하는 수요가 분명히 있고, 그것을 금지할 수 없으며 그 과정에서 착상되지 않는 다수의 배아가 생성되는 것 또한 인정해야 한다. 그리고 배아에 대한 보호는 태아에 대한 보호와의 균형도 고려하지 않을 수 없을 것이다. 따라서 수정시설을 택했을 때 부딪쳐야 하는 해결할 수 없는 문제들을 고려한다면, 이번 헌법재판소의 결정은 수긍할 수 있는 결론이라고 생각한다.

다만 헌법재판소가 초기배아에 대해서도 생명보호의 필요성이 있다는 것을 인정했다는 점에서, 앞으로 배아생성의 제한의 완화나 배아연구의 허용의 확대 등에는 신중한 고려가 따라야 할 것으로 생각된다.

[참고문헌]

- 강구진, 형법강의 각론 I, 박영사, 1983.
- 권복규/김현철, 생명 윤리와 법, 이화여자대학교출판부, 개정판, 2009. 2.
- 김일수/서보학, 새로쓴 형법각론, 제6판, 박영사, 2004.
- 박상기, 형법각론, 제7판, 박영사, 2008.
- 배종대, 형법각론, 제5판, 홍문사, 2003.
- 성낙인, 헌법학, 제9판, 법문사, 2009.
- 오영근, 형법각론 제2판, 박영사, 2009.
- 유기천, 형법학(각론강의 상), 일조각, 1982.
- 이재상, 형법각론, 제5판(보정신판), 박영사, 2007.
- 임 웅, 형법각론, 개정판, 법문사, 2003.
- 허 영, 한국헌법론, 전정4판, 박영사, 2008.
- 구인회, "우리는 왜 초기 인간생명을 보호해야 하는가?", 생명윤리, 제6권 제2호, 통권 제12호, 한국생명윤리학회, 2005. 12.
- 김장한, "착상전 유전자 진단 및 산전 진단에 대한 법적 윤리적 고찰", 대한산부인과학회지, 제49권 제12호, 2006. 12.
- 김진우, "인간배아복제의 규제에 관한 국제적 동향", 법조, 제57권 제2호, 통권 617호, 2008. 2.
- 서 경, "착상 전 배아의 도덕적 지위", 대한산부인과학회지, 제51권 제3호, 2008. 3
- 신동일, "생명윤리의 형법적 보호: 최근의 논의상황", 형사정책연구, 제18권 제3호, (통권 제71호), 한국형사정책연구원, 2007, 가을.
- 이상용, "출생 전 생명에 대한 형사법적 고찰 - 착상과 출생의 전후에 따른 형법적 보호의 차이", 의료법학, 제10권 제1호, 대한의료법학회, 2009. 6.
- 정현미, "배아의 생명권과 착상전 유전자진단", 비교형사법연구, 제5권 제2호, 2003.

<Abstract>

Legal Status of Embryo in the aspect of Criminal Law in Korea

Lee, Sang-Yong

Criminal Law protects the human life with the provision of murder when he/she has born, and with the provision of abortion before the birth, which punishes the criminal less severely. And the fetus, that is the object of abortion and becomes a person by the birth, is the existence after implantation of fertilized egg. Therefore the life of fertilized egg or embryo, especially the life of early embryo before appearance of the primitive streak is denied and excluded from the legal protection. But accordingly the development of bio technology, genetic diagnosis and in vitro fertilization(IVF), it becomes possible to manipulate embryo artificially before implantation.

For the protection of bioethics and biosafety, Bioethics and Biosafety Act is in force, but the purpose of this act is protecting of bioethics and human dignity in bio technology, not the life of embryo itself. Oppositely it is alleged that embryo should be regarded as valuable as an early form of human life. And quite recently, the Constitutional Court of Korea has decided that the early embryo is not the human being. This paper discusses the regulations of Bioethics and Biosafety Act concerning embryo and the grounds of that decision.

Keywords : embryo, Bioethics and Biosafety Act, beginning of human life, fertilization

전기통신사업법상 이용자 차별 규제의 법리적 고찰

1)홍 명 수*

논문요지

전기통신사업법은 통신사업자의 차별 규제에 관한 규정을 두고 있다. 특히 동법 제50조 제1항 제5호 후단의 이용자 이익 침해행위에 해당하는 행위로서 동법시행령 <별표 3>은 이용자 차별에 관하여 규정하고 있다. 우선 경제 영역에서 이용자 차별은 경쟁정책의 관점에서 부당성을 판단할 수 있다. 즉 경쟁 사업자를 당해 시장에서 배제할 의도로서 차별을 행하거나, 또는 유통 과정에서 다른 사업자의 시장 봉쇄를 목적으로 차별이 이루어질 수 있고, 이러한 경쟁상의 침해에 기초하여 이용자 차별의 부당성을 인정할 수 있을 것이다. 한편 전기통신사업법 고유의 통신이용자 이익보호적 관점에서 부당성을 판단할 여지도 있으며, 이러한 관점에서의 부당성 판단과 관련하여 최소한으로 보장되어야 하는 통신서비스의 내용이 중요한 의미를 갖는다.

검색용 주제어 : 통신법, 통신서비스 이용자, 차별, 경쟁제한, 이용자 보호

· 논문접수: 2010. 4. 30 · 심사개시: 2010. 4. 30 · 게재확정: 2010. 5. 28

* 명지대학교 법과대학 부교수

I. 서론

통신서비스의 제공과 관련하여 거래 상대방에 따라서 상이한 거래조건으로 거래하는 행위가 빈번히 발생하고 있다. 흔히 거래상 차별로 이해되는 일련의 행위는 상품 거래 전반에 걸친 오랜 거래관행에 속하는 것이지만, 다양한 관점과 법적 근거에 의하여 규제가 이루어지고 있다. 경제적 영역에 한정하여 보면, 우선 경쟁법적 관점에서 거래 주체의 차별적 행위에 대한 규제가 가능한데, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 ‘독점규제법’이라 한다)은 명시적으로 불공정거래행위의 규제 대상으로서 차별적 취급을 규정하고 있고, 또한 일반적으로 시장지배적 지위남용행위로서 규제도 가능한 것으로 이해되고 있다.¹⁾

통신서비스와 관련하여 전기통신사업법도 거래상 차별에 대한 중요한 규제 근거가 된다. 특히 동법 제50조 제1항은 이용자 이익을 해치거나 해칠 우려가 있는 행위를 금지하고 있으며, 동 규정의 적용상 통신서비스의 이용자 차별도에 해당한다. 물론 통신사업자에 의한 모든 이용자 차별이 규제되는 것은 아니며, 전기통신사업법 제50조 제1항의 적용에 있어서 ‘부당한 이용자 차별’만이 금지 대상이 된다. 상품 거래에 있어서 당사자는 사적 자치 내지 계약자유를 기본적 권리로 향유하는 주체이고, 거래 상대방에 따라서 상이한 거래조건을 부과하는 것도 원칙적으로 상대방 선택과 내용 결정의 자유를 포함하는 계약자유 범위 안에 위치한다.²⁾ 따라서 거래상 차별에 대한 규제는 기본적으로 계약자유에 대한 제한의 의미를 갖게 되며, 법질서 전체의 관점에서 이러한 제한을 정당화할 수 있는 법적 근거가 제시되어야 한다. 전기통신사업법상 이용자 차별의 규제에 있어서 이러한 정당화의 근거는 부당성 판단의 과정에서 구체화될 것이다. 즉 전기통신사업법상 어떠한 경우에 이용자 차별이 금지되는지는 부당성 판단에 집약되며, 이에 의하여 허용되는 이용자 차별과 그렇지 않은 경우의 경계가 주어질 것이다.

부당성 판단과 관련하여, 경쟁법 영역에서 발전되어 온 거래상 차별 규제 법리의 원용은 우선적으로 고려되어야 할 부분이다. 통신서비스 역시 경제적 활동에 의하여 매개되는 하나의 상품이며, 비록 통신산업이 적어도 부분적으로 규제산업으로서의 성격을 여전히 갖고 있다 하더라도, 통신산업의 조정 원리로

1) EC조약 제82조 c호는 시장지배적 지위남용행위의 유형으로서 “다른 거래상대방에게 동등한 거래에 상이한 거래조건을 부과하는 것”을 명문으로 규정하고 있다.

2) 양명조, 경제법, 신조사, 2008, 207면 참조.

서 시장 기능의 의의가 강화되고, 또한 경쟁정책의 중요성이 점점 더 강조되고 있다는 것은 부인할 수 없다.³⁾ 이러한 점에서 통신서비스의 이용자 차별에 의한 경쟁제한적 효과에 초점을 맞추어 부당성을 판단하는 것은 타당한 접근방식이라 할 수 있다. 또한 전기통신사업법상 금지 대상인 이용자 차별은 통신법의 고유한 관점에서 살펴볼 필요가 있다. 경쟁법 일반에 의한 규율이 가능함에도 불구하고, 전기통신사업법에 별도의 규제 근거를 두고 있다는 것 자체가 이러한 필요성을 시사하는 것일 수 있으며, 경쟁정책 이외에 통신법이 추구하는 다양한 목적과 가치가 부당성 판단에 어떻게 반영될 수 있는지가 검토되어야 한다.

한편 전기통신사업법상 이용자 차별의 부당성을 논의함에 앞서, 이용자 차별의 의의에 불명확한 점이 존재한다는 점에도 주의를 요한다. 이용자 개념에 대해서는 동법 제2조 제2항 제9호에 의하여 법적 정의가 시도되고 있지만, 이로 부터 한정되는 범위와 법정책적 의의에 대한 추가적인 이해를 필요로 한다. 차별도 개념적으로 자명한 것은 아니다. 일반적으로 차별은 분리된 그룹 간에 동등하지 않은 대우를 의미하며, 그룹 간의 비교 과정을 거쳐서 판단하게 되지만, 이때 비교 대상이나 기준에 따라서 차별의 존부나 정도는 달라질 수밖에 없을 것이고, 나아가 이러한 점은 차별의 부당성 판단에도 영향을 미칠 것이다.

이하에서의 논의는 통신산업에서 나타나는 차별적 행태 중에서도 특히 전기통신사업법 제50조 제1항에서 금지하는 이용자 차별을 대상으로 하여, 해당 규제의 법리적 고찰을 목적으로 한다. 전술한 것처럼 이용자 차별의 부당성 판단이 핵심이지만, 그 전제로서 통신서비스 이용자 차별의 의의가 검토되어야 하며, 이를 논의의 출발점으로 삼을 것이다. 이상의 분석에 기초하여 이용자 차별의 부당성을 경쟁법적 관점과 통신법 고유의 관점으로 대별되는 두 가지 방향에서 분석할 것이고, 이를 종합하는 것으로 결론에 갈음하고자 한다.

II. 이용자 차별 규제의 법적 근거와 이용자 차별의 의의

1. 이용자 차별 규제의 법적 근거

3) 이와 관련하여 통신산업에서의 경쟁의 촉진을 각 회원국들의 규제기관이 수행하여야 하는 중요한 정책목표로서 제시하고 있는 EC의 기본지침(Framework Directive) - Directive 2002/21/EC of the European Parliament and the Council of March 2002) 제8조 참조.

가. 전기통신사업법상 차별 행위 규제

통신사업자의 차별 행위에 대하여, 전기통신사업법은 세 항목에서 이를 명시적으로 규제하는 규정을 두고 있다. 첫 번째는 이용약관의 인가에 관련된 것이다. 동법 제28조 제1항에 따라서 기간통신사업자는 전기통신역무의 요금 및 이용조건에 관한 약관을 정하여 방송통신위원회에 신고하는 것으로 충분하지만, 제2항은 예외적으로 서비스별 전년도 매출액을 기준으로 국내 총매출액에 대한 시장점유율이 가장 높은 기간통신사업자가 제공하는 서비스 중 전년도 매출액이 방송통신위원회가 서비스별로 정하여 고시하는 금액 이상인 서비스(1호) 또는 제1호의 서비스를 제공하는 기간통신사업자가 다른 기간통신사업자와의 독점규제법 제12조 제1항 제1호 또는 제4호에 따른 기업결합을 한 경우 그 다른 기간통신사업자가 제공하는 제1호의 서비스(2호)에 해당하는 경우(동법 시행령 34조 1항) 방송통신위원회의 인가를 받아야 하는 것으로 규정하고 있다.⁴⁾ 동조 제3항은 인가시 적합성을 판단하는 기준을 제시하고 있는데, 특히 제4호에서 “특정인을 부당하게 차별하여 취급하지 아니할 것”을 규정하고 있다. 동 규정은 통신서비스의 이용에 관한 거래에 적용된다는 점에서 이하에서 살펴볼 이용자 이익저해 행위로서 부당한 이용자 차별과 적용상 유사한 측면이 있지만, 인가시 차별 취급의 금지는 극히 제한된 범위의 기간통신서비스에 대해서만 적용되고, 또한 행위 이전의 조건의 부과로서 사전적 규제의 성격을 갖고 있다는 점에서 구별된다.

통신사업자의 차별 행위를 규제하는 또 다른 법적 근거로서 동법 제50조 제1항 제1호는 통신사업자 간의 차별적 거래행위를 규제 대상으로 한다. 동조 제1항은 “전기통신사업자는 공정한 경쟁 또는 이용자의 이익을 해치거나 해칠 우려가 있는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하거나 다른 전기통신사업자 또는 제3자로 하여금 금지행위를 하도록 하여서는 아니 된다”고 규정하고 동항에 의하여 금지되는 행위의 하나로서 제1호는 “설비 등의 제공·공동활용·공동이용·상호접속·공동사용·도매제공 또는 정보의 제공 등에 관하여 불합리하거나 차별적인 조건 또는 제한을 부당하게 부과하는 행위”를 들고 있다. 동 규정은 동법 시행령 <별표 3> 「금지행위의 유형 및 기준」에 의하여 구

4) 현재 (주)KT의 시내전화와 SK텔레콤(주)의 이동전화가 방송통신위원회의 인가대상 이용약관에 해당한다.

체화되고 있는데, 전기통신설비의 제공, 가입자선로의 공동활용, 무선통신시설의 공동이용, 상호접속 또는 전기통신설비의 공동사용 등이나 정보의 제공 등의 범위와 조건·절차·방법 및 대가의 산정 등을 동일하거나 유사한 역무를 제공하는 전기통신사업자 간에 부당하게 차별하는 행위(I. 1.) 그리고 기간통신사업자가 전기통신역무의 제공과 관련하여 부가통신사업자에게 전기통신설비의 임차, 접속 등을 부당하게 차별하는 행위(I. 4.) 등이 이에 해당한다. 앞에서 언급한 것처럼 동 규정은 사업자 간의 차별을 전제한 것이고, 차별적 거래조건을 부과함으로써 거래상대방이 당해 거래에 기초하여 이루어지는 이후의 거래에서 불리한 경쟁 상황에 놓이도록 하는 형태의 차별을 상정하고 있다. 거래 상대방이 되는 복수의 통신사업자 간에 차별적 조건의 제시가 전형적인 예지만, 전기통신설비를 보유하고 있는 사업자가 이를 이용하여 자신의 자회사가 제공하는 통신서비스와 동일하거나 유사한 통신서비스를 제공하고자 하는 사업자에 대하여 차별적 조건을 부과하는 것도 동 규정에 포섭될 수 있다. 경쟁법상 이러한 유형의 차별은 거래 상대방들 간의 경쟁 관계에서 경쟁상의 침해가 발생한다는 의미에서 2선(secondary-line) 차별로 이해되며, 차별 이후의 거래에서 나타나는 경쟁상의 불이익에 초점을 맞추어 경쟁제한성을 판단하게 된다.⁵⁾ 이러한 이해에 따르면, 동 규정에서 차별의 부당성은 전기통신설비 등을 이용하여 제공하는 통신서비스 단계에서의 경쟁제한적 효과에 기초하여 판단하는 것이 타당하다. 한편 동 규정이 금지하는 차별에 대한 구체적인 이해를 전제하지 않고, 동법 제50조 제1항의 체계적 해석을 통하여 동항 제1호에서의 차별적 행위는 동항 본문에서 규정하고 있는 공정한 경쟁의 저해와 이용자 이익 저해 중에서 전자를 구체화한 것으로 보는 견해도 있다.⁶⁾

전기통신사업법상 차별 행위에 대한 규제의 세 번째 유형은, 동법 제50조 제1항의 금지행위로서 이용자 차별에 대한 규제이다. 동항 제5호 전단은 “전기통신이용자의 이익을 현저히 해치는 방식으로 전기통신서비스를 제공하는 행위”를 금지행위로 규정하고, 동법 시행령 <별표 3> IV는 이용자의 이익을 현저히 저해하는 방식으로 전기통신역무를 제공하는 행위에 해당하는 경우를 구체적으로 제시하고 있는데, 부당한 이용자 차별도 그 중의 하나로 규정되어 있다. 특

5) 2선 차별과 대비되는 1선(prime-line) 차별은 차별이 이루어지고 있는 시장에서 경쟁상의 침해가 발생하는 경우를 말한다. Herbert Hovenkamp, Antitrust, West Group, 2003, 253면.

6) 한기정, “전기통신사업법 제36조의3상 금지행위에 관한 법적 고찰”, 이원우 편, 정보통신법연구 III, 경인문화사, 2008, 73면.

히 IV. 제5호에 의하여 전기통신역무의 요금, 번호 및 전기통신설비 등을 다른 이용자에 비하여 부당하게 차별적으로 제공하거나 이를 제안하는 행위(가목), 장기이용 또는 다량이용 계약체결자에게 부당하게 차별적인 조건으로 전기통신역무를 제공하는 행위(나목) 그리고 다른 전기통신사업자로부터 가입을 전환한 이용자 또는 다른 전기통신사업로 가입을 전환하지 아니하기로 한 이용자에게 부당하게 차별적인 조건으로 전기통신역무를 제공하는 행위(다목)는 부당한 이용자 차별로서 전기통신이용자의 이익을 현저히 저해하는 행위에 해당한다. 이상의 이용자 차별 규제는 전형적으로 통신사업자와 통신서비스의 최종이용자 사이의 관계에서 발생하는 차별을 대상으로 하는 것이지만, 전술한 가목의 경우 전기통신설비의 이용자에 대한 것까지 규정하고 있으므로, 이용자 차별 규제의 범위는 통신사업자 간의 거래까지 포괄하는 것으로 볼 수 있다. 따라서 동 규정에서의 이용자 차별을 획일적으로 1선 내지 2선 차별로 이해하는 것에 한계가 있다. 한편 동 규정에서의 차별 규제는 행위에 대한 사후적 평가를 통하여 실현되는 것이므로, 첫 번째 유형의 인가약관에서 차별적 취급의 금지와 대비되는 사후적 규제로서의 성격을 갖는 것으로 볼 수 있다.

이상의 전기통신사업법과 동법 시행령에서 명시적으로 차별 행위를 규제하고 있는 것뿐만 아니라, 동법 제50조 제1항 제5호 전단의 “이용약관(방송통신위원회에 신고 또는 인가된 약관)과는 다르게 전기통신역무를 제공하는 것” 역시 이용자 차별 규제의 성격을 갖고 있다는 지적은⁷⁾ 주목할 만한 것이다. 동 견해에 의하면, 이용약관과 다른 조건으로 통신서비스를 제공하는 것을 금지하여 이용자 차별의 가능성을 배제함으로써 집행의 명확성과 편의성을 도모할 수 있다는 것을 동 규정의 입법취지로 이해하고 있다. 나아가 동 견해는 이용약관과 다른 전기통신역무의 제공을 획일적으로 금지할 것이 아니라 그 실질에 있어서 이용자 차별 규제의 성격을 갖고 있으므로 부당성을 개별적으로 판단하여 금지 여부를 결정할 것이고, 다만 인가를 요하는 약관의 경우에는 이용약관의 일률적 적용을 통하여 이용자의 이익을 보호하려는 입법자의 의도를 고려하여 개별 약정 자체를 금지하는 것으로 보는 입장을 취하고 있다.⁸⁾ 이용약관과 다른 통신서비스 제공의 금지가 실질에 있어서 이용자 차별을 방지하려는 것에 있다는 지적은 타당한 것이라 할 수 있지만, 또한 입법자가 형식적인 기준에 의하여

7) 동 규정을 개별약정금지 규정으로 이해하고, 이는 이용자차별 금지 원칙을 형식적으로 관철하기 위한 수단으로 보고 있는 견해로서, 이원우, “통신법상 개별약정의 허용과 그 한계”, 행정법연구 제16호, 2006, 5면 참조.

8) 위의 글, 7면 이하 참조.

규제하려는 입법 목적도 고려할 필요가 있다. 결국 이용약관과 다른 통신서비스 제공의 형식적 금지를 통한 집행의 명확성 내지 편의성과 이용자 차별의 관점에서 개별적 심사를 통하여 부당성을 판단하는 것에 의하여 이를 수 있는 이익 사이의 형량의 문제로 보는 것이 타당하며, 이때 개별적 심사는 일반적인 이용자 차별에서 부당성 판단의 방식이 원용될 수 있을 것이다.

나. 전기통신사업법상 이용자 차별 규제의 법체계

법체계상 전기통신사업법 시행령 <별표 3> IV. 5.에서 규정하는 부당한 이용자 차별은 동법 제50조 제1항 제5호 후단의 전기통신 이용자의 이익을 현저히 저해하는 방식으로 전기통신역무를 제공하는 행위를 구체화한 것이다. 또한 제5호 후단은 제1항 본문의 공정한 경쟁 또는 이용자의 이익을 해치거나 해칠 우려가 있는 행위의 하나로서 규정된 것이다. 이를 종합하면, 부당한 이용자 차별은 동법 제50조 제1항에 의하여 공정한 경쟁 또는 이용자 이익 저해 행위의 하나로서 금지되는 것이다.

이와 관련하여 동법 제50조 제1항 본문 규정 중에서 공정한 경쟁을 저해하는 행위는 동항 제1호 내지 제3호 등에 의하여 구체화되는 반면에, 동항 제5호 후단은 이용자 이익 저해행위에 해당하는 것으로 보고, 특히 후자에 공정한 경쟁의 저해는 관련되지 않는 것으로 보는 견해가 있다.⁹⁾ 이러한 견해는 동법 제50조 제1항 각호의 규정이 공정한 경쟁에 관한 것과 이용자 이익에 관한 것으로 분리될 수 있다는 사고에 기초한 것이다. 그러나 독점규제법상 불공정거래 행위에서 경쟁제한적인 행위 유형과 공정 거래를 침해하는 유형 사이에 명확한 구분이 용이하지 않은 것처럼, 공정 경쟁 저해와 이용자 이익 저해를 분리하는 것에 한계가 있을 뿐만 아니라,¹⁰⁾ 이러한 분리를 뒷받침할 수 있는 법문의 근거를 찾기 어렵다는 점도 염두에 두어야 한다. 또한 거래상 차별은 원칙적으로 경쟁제한적 효과와 관련된다는 점에서, 이를 공정한 경쟁과 무관한 행태로 이해하는 것이 타당한 것인지에 의문이 있다.

따라서 부당한 이용자 차별은 공정한 경쟁과 이용자 이익 모두에 관련되는 것으로 볼 경우에, 부당성 판단도 이러한 맥락에서 이루어져야 한다.

9) '공정한 경쟁'은 부당한 이용자 차별 규제의 보호 법익으로 볼 수 없다는 것으로서, 한기정, 주 6)의 글, 81면.

10) 이호영, 독점규제법의 이론과 실무, 홍문사, 2006, 210면 이하 참조.

2. 이용자 차별의 의의

가. 이용자 개념의 문제

전기통신사업법 제2조 제1항 제9호는 이용자 개념을 “전기통신역무를 제공 받기 위하여 전기통신사업자와 전기통신역무의 이용에 관한 계약을 체결한 자”로 정의하고 있다. 동 규정에 의하여 정의된 이용자 개념은 계약 체결자로 제한된다는 점에서 특징적인데, 이용자의 범위를 동 규정의 문리적 해석에 따라서 기존의 계약체결자로 한정할 것인지 아니면 계약을 체결하고자 하는 잠재적 이용자까지 확대할 것인지를 문제가 제기된다. 이와 관련하여 전기통신사업법상 이용자가 규정된 각 조항의 의의에 비추어 개별적으로 이용자 범위를 판단하여야 한다는 주장이 제기되고 있다.¹¹⁾

이와 관련하여 전기통신사업법상 이용자 개념이 비교법적으로 지나치게 협소하다는 점에 주목할 필요가 있다. 예를 들어 EC의 통신산업 기본지침(Framework Directive)은 제2조 h호에서 이용자(user)는 공중이 이용할 수 있는 전자통신서비스를 이용(using) 또는 요청(requesting)하고 있는 법인 또는 자연인을 의미하는 것으로 규정하면서, 동시에 i호에서 소비자(consumer)는 공중이 이용할 수 있는 전자통신서비스를 자신의 거래, 사업 또는 직업 외의 목적으로 이용(uses) 또는 요청(requests)하는 자연인, k호에서 가입자(subscriber)는 공중이 이용할 수 있는 전자통신서비스를 제공하는 자와 이러한 서비스의 공급을 위한 계약의 상대방인 자연인 또는 법인, n호에서 최종이용자(end-user)는 공중 통신망이나 공중이 이용할 수 있는 전자통신서비스를 제공하지 않는 이용자를 말하는 것으로 각각 규정함으로써 다양한 통신서비스 이용주체를 정의하고 있다.

이상의 EC 통신법상 통신서비스 이용 주체의 다양한 개념 정의에 비하여, 우리 전기통신사업법은 이용자라는 단일한 개념에 기초하고 있다는 점에서 다양한 규제 목적과 보호 필요성에 충분히 대응할 수 있는지에 의문이 있으며, 또한 이용자 개념 정의도 계약 체결자에 제한되고 있다는 점에 대해서도 일정한 문제제기가 가능하다.¹²⁾ 이와 같은 이용자 개념에 대한 불명확성과 입법론적 문제제기는 이용자 차별에 있어서 이용자가 구체적으로 어떻게 이해될 수 있는지의 문제에도 관련된다. 이용자 차별은 전기통신사업법 제50조 제1항 제

11) 한기정, 주 6)의 글, 68-71면 참조.

12) 이에 관한 상론은, 홍명수, “전기통신사업법상 이용자 개념의 검토”, 서강법학연구 제11권 제2호, 2009, 183면 이하 참조.

5호 후단의 이용자 이익저해 행위를 구체화 한 것으로서, 동법 제2조 제1항 제9호의 정의에 의하여 ‘이용자 차별’에서 이용자를 단지 통신서비스의 공급계약을 체결한 자로 한정하는 것은, 통신서비스 이용자가 통신서비스 공급 계약 체결자에 국한되는 것은 아니라는 점에서 그 범위가 지나치게 제한되고 있다는 지적이 가능할 것이다.

이와 관련하여 계약체결 준비과정에 있는 자를 포함하는 의미에서 ‘잠재적 이용자’라는 개념을 통하여 이용자 범위의 확대를 시도하는 견해도 제시되고 있다.¹³⁾ 물론 이러한 시도는 이용자 범위를 계약체결자 이상으로 확대할 수 있다는 점에서 긍정적이지만, 그러나 이 역시 충분하지 않다는 지적이 가능하다. 기능적으로 보면, 통신서비스의 공급계약은 통신망과 계약체결자를 연결하는 지점(network termination point; EC 보편적역무 지침(Universal Service Directive) 2조 e호)을 정하는 의미가 있으며, 계약체결자 외에도 이 지점에 접근가능한 자는 이용자 범위에 포함될 수 있다. 따라서 동법 제2조 제1항 제9호의 계약적 이용자 외에 실질적 이용자라는 개념을 통하여 이용자 범위를 정하는 방법도 고려할 수 있을 것이다. 물론 이러한 접근방식이 전기통신사업법의 문리적 해석 범위 안에 있는지에 관한 논의를 피할 수는 없다.

이와 관련하여 독일 통신법(Telekommunikationsgesetz) 제27조 제1항은 요금 규제 목적 중의 하나로 최종이용자(Endnutzer) 또는 경쟁자에 대한 차별적 요금 정책(Discriminierung)을 취하는 것을 방지하는 것에 있다고 규정하고 있는데, 차별에 관한 보호 대상의 하나로서 최종이용자를 언급하고 있는 것에 주목할 필요가 있다.

나. 차별의 의미

(1) 차별의 의미

차별(discrimination)은 사전적 의미에서 개인 또는 집단 간에 불평등한 취급을 의미한다. 즉 차별은 분리될 수 있는 그룹 간의 비교 개념이며, 비교 대상과 기준을 어떻게 설정하는지에 따라서 차별의 의미는 달라질 것이다.

특히 상품 거래와 같은 경제활동에서 나타나는 차별에 대해서는, 차별적 거래에 관련된 경제 주체들의利害를 적절히 반영할 수 있다는 점에서 경제적 관점이 유용하다. Stigler의 차별에 대한 분석이 대표적인데,¹⁴⁾ 이에 의하면 한

13) 한기정, 주 6)의 글, 69-70면 참조.

계 비용에 대한 가격 비율에 차이가 있을 경우에 차별이 존재한다. 이외에도 Robinson의 단일한 관리 하에서 생산된 동일한 재화를 다른 구매자에게 다른 가격으로 판매하는 것, Philips의 다른 구매자에게 다른 순가격(net price)에 판매되는 것 등과 같은 가격차별에 대한 이해도 제시되고 있다.¹⁵⁾ 그러나 Robinson의 ‘동일한 재화’에는 개념적으로 이미 비용구조의 동일성이 내포되어 있는 것이고, Philips의 순가격 개념도 비용에 관련된 것이므로, 경제적 관점에서의 차별에 대한 이해는 대체적으로 비용에 기초하고 있다는 점에서 동일성이 있다. 이상의 논의 중에서 Stigler의 이해에 따른다면, 가격 상의 차이(difference)가 있다 하더라도 언제나 차별이 존재하는 것은 아니며, 역으로 동일한 가격에 대해서도 차별로 파악할 수 있는 경우가 가능하다.

이처럼 한계비용에 대한 가격 비율로 차별을 이해하는 방식은 차별의 경제적 의미가 명확할 뿐만 아니라, 차별이 경쟁에 미치는 효과에 대한 분석의 적절한 기초가 될 수 있다는 점에서, 경쟁법상으로도 수용되고 있다. 예를 들어 Hovenkamp는 차별의 존재를 수익률의 차이로 파악하고 있는데,¹⁶⁾ 수익률은 한계비용에 대한 가격비율에 상응하는 것이므로, 기본적으로 Stigler의 분석과 동일한 접근방식을 취한 것이라 할 수 있다. 한편 이러한 접근방식의 유용성에도 불구하고, 이를 판단하는 과정에 현실적인 한계가 있을 수 있다는 점을 부인하기 어렵다. 즉 한계 개념은 판단 기준으로서 정확성을 담보하는 것이지만, 이를 판단할 수 있는 자료를 구하는 것이 용이하지 않을 수 있다. 이와 관련하여 부당염매 사건에서 우리 대법원이 총비용을 판단기준으로 활용하였던 것처럼,¹⁷⁾ 단위당 평균비용과 가격의 비교가 실제적인 판단기준이 될 수도 있을 것이다.

사회적 관점과 같은 경제 외적인 관점에 의하여 차별을 이해할 수도 있다. 차별을 평등한 대우에 대한 권리를 침해하는 것으로 볼 경우에, 각자의 능력이나 기여도에 따른 대우로서(배분적 정의, 상대적 평등) 평등에 대한 요구를 충족할 수 있는 경우도 있지만, 기본권적 권리와 같이 모두에게 동등하게 실현됨으로서(평균적 정의, 절대적 평등) 평등이 유지될 수 있는 경우도 있다. 차별을

14) Edwin Mansfield & Gary Yohe, *Microeconomics*, W. W. Norton & Company, 2000, 346-348면 참조.

15) 이상규 등, “통신서비스 가격차별”, 정보통신정책연구 제13권 제2호, 2006, 113면 참조.

16) Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy - The Law of Competition and Its Practice* 2. ed., West Group, 1999, 565면.

17) 대법원 2001. 6. 21. 선고 99두4686 판결 참조. 한편 동 판결에서 대법원이 총비용에 의한 판단을 독점규제법 시행령 상의 ‘공급에 소요되는 비용’이라는 표현의 문리적 해석에 따른 것이라고 판시하고 있다는 점은 염두에 두어야 한다.

이해함에 있어서 각자의 능력이나 기여도에 따른 취급으로서 충분한 배분적 정의의 관점은 전술한 비용기초적 분석에 의한 경제적 관점에 부합하는 측면이 있다. 반면에 평균적 정의가 요구되는 영역에서는 각자에게 귀속될 수 있는 배분의 정당성을 확정하는 것과 같은 경제적 접근방식 보다는, 오히려 하나의 법적 공동체가 그 구성원에게 보장하여야 하는 이익의 내용과 수준이 중요한 의미를 갖게 된다. Rawls의 이해를 빌린다면, 차별이 궁극적으로 사회 모든 구성원에게 유리한 것이고, 특히 가장 불리한 대우를 받는 그룹에게도 유리한 것이 될 경우에 정의로운 것이 되며, 이와 같은 Rawls식의 정의관은 다른 한편으로 불평등한 대우가 허용될 수 있는 기준이 어떻게 형성될 수 있는지를 시사한다.

이와 관련하여 통신서비스는 국민이 자유롭게 의견을 표명하고 교환할 수 있는 기본적 수단으로 기능한다는 점에서, 기본권적 관련성이 충분한 상품이라는 것에 주의를 환기할 필요가 있다. 통신서비스 중에서 특히 이러한 관련성이 큰 경우를 보편적 서비스(universal service, Universaldienst)라 하는데, Windthorst는 보편적이고, 적절하며 또한 충분하게(flächendeckende, angemessende und ausreichende) 제공받는 것에 대한 공동체 구성원의 요구로부터 보편적 서비스 개념이 도출된다고 보고 있다.¹⁸⁾ 이상의 보편적인 공급에 대한 요구에 통신사업자가 차별적으로 응할 경우에, 전술한 경제적 관점에서의 비용가격 분석 보다는 공동체 구성원으로 가져야 할 기본권적 요구의 범위를 정하는 것으로부터 출발하는 것이 타당한 접근방식이 될 수 있다. 예를 들어 EC 보편적역무 지침 제3조 제1항은 “회원국이 보편적 서비스를 지리적 위치에 상관 없이 모든 최종 이용자가 특정한 수준의 품질로 그리고 고유한 국가적 조건의 관점에서 적정한(affordable) 가격에 이용할 수 있는 것을 보장하여야 한다”고 규정하고 있다. 여기서의 적정한 가격은 공급자의 비용뿐만 아니라 최종 이용자의 부담 능력까지를 고려한 것으로 볼 수 있는데, 이러한 서비스가 차별적으로 제공된 경우, 경제 외적인 관점에 기초한 차별에 대한 이해가 반영되는 것은 불가피하다.

(2) 차별의 유형

여기서 다루게 될 차별의 유형은, 앞에서 살펴본 차별에 대한 서로 대비되는 두 가지 관점 중에서, 특히 경제적 관점에 의한 차별의 의미를 구체화하는 의

18) Kay Windthorst, Der Universaldienst im Bereich der Telekommunikation, Duncker & Humblot, 2000, 115-116면.

미가 있다. 특히 차별의 가장 빈번히 발생하는 형태인 가격차별을 기준으로 보면, Pigou의 분류가 일반적으로 원용되고 있다. 이에 의하면, 차별의 강도에 따라서 1급 가격차별, 2급 가격차별, 3급 가격차별로 분류된다. 1급 가격차별은 수요자들이 각각 지불하고자 하는 모든 가격 수준에 맞추어 가격을 책정하는 방식으로 이루어지며, 흔히 완전 가격차별로 이해된다. 3급 가격차별은 분리될 수 있는 몇 개의 그룹에 따라서 상이한 가격을 책정하는 것이고, 2급 가격차별은 그 중간적 형태를 의미한다.¹⁹⁾ 1급 차별의 경우는 수요자가 지불하고자 하는 보상수요곡선상의 위치를 공급자가 정확하게 알 수 있다는 것을 전제한다. 반면에 다른 형태의 가격차별은 이러한 정보가 비대칭적이며, 따라서 이러한 정보를 상대방이 현출시키도록 하는 가격전략이 가격차별과 결합하는 경우가 흔히 발생한다. 상대방의 상품 선호도나 의도하는 구매량, 거래의 계속성 등에 관한 정보를 여러 종류의 요금표를 선택하게 함으로써 그룹 분리와 가격차별을 동시에 행하는 경우가 대표적인 예이다.²⁰⁾ 물론 그룹 분리에 따른 상이한 가격책정이 언제나 가격차별에 해당하는 것은 아닌데, 예를 들어 대량구매자와 소량구매자 사이에 비용상의 차이에 따라서 상이한 가격책정이 이루어진 경우 전술한 경제적 관점에서의 차별로 이해할 수는 없을 것이다. 한편 가격차별은 단일가격의 책정에 비하여 생산량의 증대를 가져오고, 또한 소비자 잉여가 공급자에 귀속되는 효과도 발생하게 되는데, 이상의 가격차별의 강도에 따른 분류는 가격차별의 효과가 발생하는 정도에도 비례적으로 영향을 미칠 것이다.

차별에 대한 또 다른 분류로서 일시적(sporadic) 차별과 지속적(persistent) 차별의 분류가 가능하다. 이러한 분류는 단순히 차별의 횟수에 따른 것은 아니며, 일회적인 경우라도 지속적인 계획 하에 이루어진 것이라면 지속적 차별에 해당한다. 당연히 경제적 내지 경쟁법적으로 의미를 갖는 것은 후자인데, 현실적으로 양자를 구분하는데 어려움이 따를 것이다. 한편 Bork가 지적한 것처럼, 일시적인 가격차별은 균형가격을 찾아가는 공급자의 가격조정 과정에서 나타나는 것일 수 있으며,²¹⁾ 이러한 점은 경쟁정책상 볼 수 있는 근거가 된다.

끝으로 앞에서 언급하였던 1선 차별과 2선 차별의 분류는 경쟁제한적 효과와 직접적으로 관련되는 것이다. 1선 차별은 차별적 거래가 이루어진 당해 시장에서 경쟁제한적 효과가 발생하는 것인데 반하여, 2선 차별은 차별적 거래의 거래상대방이 참여하는 다음 단계에서의 경쟁에 영향을 미치며, 시장봉쇄효과

19) 이준구, 미시경제학, 법문사, 1995, 362-364면 참조.

20) Edwin Mansfield & Gary Yohe, 주 14)의 책, 351-353면 참조.

21) Robert H. Bork, 신광식 역, 반트러스트의 모순, 교보문고, 1991, 468-469면.

에 초점을 맞추게 된다.

(3) 이용자 차별의 태양

차별은 동일한 비용 구조 하에서 상이한 거래조건을 부과하는 것으로 이해할 경우에, 다양한 거래조건별로 차별의 구체적 모습이 나타나게 될 것이다. 가격에 관한 차별이 대표적이지만, 그 밖의 수량이나 품질, 부가서비스 등에 차별적 조건을 부과하는 경우도 상정할 수 있다. 예를 들어 상품 거래에 수반하는 배달 서비스나 설치 서비스 등의 제공을 거래 상대방에 따라서 달리 할 경우에 거래상 차별에 해당할 것이다.

독점규제법도 이러한 차별의 형태를 반영하고 있는데, 동법 시행령 <별표 1>에 불공정거래행위로서 차별적 취급(2호)에 가격차별(가목), 거래조건차별(나목)의 형태를 규정하고 있고, 그 밖에 차별의 특수한 형태로서 계열회사를 위한 차별(다목)과 집단적 차별(라)이 규정되어 있다.

전기통신사업법 시행령 <별표 3> IV. 제5호에서 규정하는 이용자 이익저해행위로서 이용자 차별의 형태는, 전기통신역무의 제공과 관련하여 현실적으로 문제가 될 수 있는 행태를 구체적으로 반영하고 있다. 가목은 차별적 조건의 대상으로 요금, 번호 및 전기통신설비를 열거하고 있는데, 물론 이에 한정되는 것은 아니다. 한편 거래 조건을 상대방에게 동일하게 부과하는 경우라도, 조건의 변경 시에 이에 대한 정보를 차등적으로 제공함으로써 상대방에게 영향을 미칠 수 있는데,²²⁾ 이러한 경우도 동 규정에 포섭될 수 있는 것으로 보아야 할 것이다.

동 규정에서 나목은 장기 또는 다량이용자에 대하여 부당하게 차별적 조건으로 전기통신역무를 제공하는 행위, 다목은 가입 전환 내지 가입 유지를 전제로 당해 이용자에게 부당한 차별적 조건으로 전기통신역무를 제공하는 행위를 각각 규정하고 있다. 이상의 규정은 현실 거래에서 빈번하게 발생하는 차별적 행태를 대상으로 선호되는(favored) 그룹을 명시적으로 정하고 있다는 점에서 특징적이다.

III. 이용자 차별의 부당성 판단

1. 경쟁법적 관점

22) Ian Lloyd & David Mellor, Telecommunications Law, Lexis Nexis, 2003, 122-123면.

가. 차별의 조건 및 경제적 동기

차별이 행하여질 수 있는 조건 내지 동기에 대한 이해는, 경쟁법적 관점에서 차별적 행태에 대한 부당성을 판단하기 위한 기초를 제공한다. 흔히 차별적 조건이라는 표제로 논의되지만, 차별에 의하여 경제적 목적을 달성할 수 있는 조건으로 보는 것이 보다 정확할 것이다. 우선 차별이 가능하기 위해서는 수요자들의 그룹별 분리가 전제되어야 하며, 분리 기준으로서 수요의 가격탄력성이 대표적이다. 전술한 것처럼 수요자 그룹의 분리에 대한 정보가 공급자에게 명확하지 않은 경우에, 공급자는 거래의 기회에 상대방이 갖고 있는 정보를 현출시키게 함으로써 동시적으로 그룹 분리를 행하는 전략을 채택할 수도 있다. 두 번째 조건으로서 차별 주체의 목적을 관찰하기 위해서는 차별적 거래 이후 분리된 수요자 그룹 간의 거래가능성이 배제되어야 한다.²³⁾

또한 차별적 거래를 수행하기 위해서 공급자는 높은 수준의 가격을 부과할 수 있는 수준의 시장지배력을 갖고 있어야 한다. 이러한 지배력이 뒷받침되지 않으면, 높은 가격이 부과된 그룹의 소비자는 거래에서 이탈할 가능성이 크고, 공급자는 의도하였던 경제적 목적을 달성하기 어려울 수 있다. 따라서 현실 경제에서 사업자가 차별적 거래를 행하고 있는 것은, 시장지배력을 갖고 있음을 보여주는 것이라는 견해가 있다.²⁴⁾ 한편 시장지배력을 갖고 있지 않은 사업자가 거래상 차별을 하고자 할 경우에, 낮은 가격 수준을 약탈적 가격 내지 비용 이하의 가격으로 책정하는 것에 의하여 가능할 수 있다는 지적이 있다.²⁵⁾

이상의 조건을 충족하여 차별을 행하는 경제적 동기는, 우선 거래량 내지 시장점유율의 확대와 높은 이윤의 확보 두 가지 측면에서 파악할 수 있다. 일반적으로 낮은 가격에 의한 상품 공급은 일정한 수요 확대를 가져올 수 있고, 차별적인 가격 책정은 수요자에게 귀속될 잉여를 공급자에게 이전시킴으로써 이윤 증가를 이룰 수 있다. 한편 전술한 것처럼, 거래 상대방의 이후 단계에서의 경쟁 조건에 영향을 미칠 목적으로 차별을 행할 수도 있다. 이와 같은 차별의 경제적 동기는 다음에 논의할 부당성 판단의 기초가 된다.

나. 차별 규제의 부당성 판단

23) Edwin Mansfield & Gary Yohe, 주 14)의 책, 348면.

24) Herbert Hovenkamp, 주 5)의 책, 249면.

25) Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, Antitrust Law - An Analysis of Antitrust Principles and Their Application vol. III, Little, Brown and Company, 1996, 216면.

(1) 독점규제법상 차별 규제의 법적 근거

전술한 것처럼 차별을 실효적으로 수행하기 위해서는 차별 주체가 시장지배력을 갖고 있어야 하며, 이러한 조건은 거래상 차별을 시장지배적 지위남용행위로 파악할 수 있는 근거가 될 수 있다. 또한 이상에서 살펴본 것처럼 차별적 행태는 단일가격을 책정하는 경우 이상으로 이윤이나 거래량을 확대할 목적으로 행하여질 수 있고, 따라서 가격남용이나 또는 거래량 확대에 수반하는 다른 사업자의 사업활동 방해로서 남용행위에 해당하는 것을 인정할 수도 있다.

한편 독점규제법은 명문으로 차별적 취급이 불공정거래행위에 해당하는 것으로 규정하고 있으므로, 불공정거래행위로서 규제될 법적 근거가 분명하다. 따라서 독점규제법상 시장지배적 지위남용행위와 불공정거래행위 간의 경합 문제가 발생할 수밖에 없다. 이와 관련하여 시장지배적 지위남용행위 규제와 불공정거래행위 규제 간의 관계를, 수범자적 특성²⁶⁾ 또는 잔존경쟁만이 남아 있는 시장구조적 특성에²⁷⁾ 의하여 특별법적 관계로 이해하는 것이 지배적이며, 이러한 견해에 따르면, 전자에 의한 규제가 우선적으로 적용될 것이다.

(2) 부당성 판단의 고려 요소

부당성 판단에 있어서 차별에 대한 경쟁정책적 관점에서의 평가가 이중적으로 이루어질 수 있다는 점은 우선적으로 고려되어야 할 부분이다. 전술한 것처럼 가격차별은 일반적으로 거래량의 증대와 소비자 잉여의 귀속을 통한 이윤 확대의 이중적 효과를 갖게 되는데, 후자의 경우 소비자 후생의 감소를 낳게 되므로, 이에 대한 경쟁정책상 부정적으로 평가될 수 있다. 반면에 전자의 거래량의 확대는 경쟁 시장에서의 균형 수준에 접근하는 것이 되므로, 자원 배분의 효율성 측면에서 긍정적인 평가가 가능할 것이며,²⁸⁾ 결국 이와 같은 상반된 평가를 형성하는 과정이 수반되어야 한다.

독점규제법상 구체적인 규제 근거와 관련하여 구체적으로 보면, 우선 불이익(disfavored) 그룹에 대한 높은 가격의 책정은 착취적 남용의 의미를 갖는 가

26) 권오승, *경제법*, 법문사, 2009, 335면.

27) Gerhard Wiedemann hrsg., *Handbuch des Kartellrechts*, C. H. Beck, 1999, 766면 (Georg-Klaus de Bronett 집필부분) 및 이봉의, “독점적 사업자의 끼워팔기: 마이크로소프트(MS)사의 지위남용을 중심으로”, *법과 사회* 제27호, 2004, 336-337면.

28) Herbert Hovemkamp, 주 5)의 책, 252면 참조.

격남용으로 규제될 가능성이 있다(독점규제법 3조의2 1항 1호). 물론 비교시장 분석 또는 비용기초분석에 의하든지 간에, 경쟁시장에서 가능하지 않은 부당하게 높은 가격 수준의 판단은 용이하지 않으며, 비교법적으로도 규제 사례가 많지 않다. 다만 전기, 수도, 통신과 같은 공공재 산업이 민영화된 영역에서 아직 시장 기능이 충분히 자리잡기 이전인 경우에, 가격 남용에 대한 규제가 실효성을 가질 수 있다는 Whish의 지적은²⁹⁾ 참고할 만하다.

반면에 이익(favored) 그룹에 대하여 책정된 낮은 가격을 약탈가격의 법리로 규율할 수도 있을 것이다. 이 경우 약탈가격의 수준을 어떻게 정할 것인지의 문제가 핵심이며, 전술한 대법원 판결(99두4686)은 총비용 이하를 약탈적 가격의 기준으로 삼으면서, 한계비용에 따른 허용 범위는 정당화 사유로서 검토될 수 있을 것으로 판시하고 있다. 한편 전술한 바와 같이 차별 주체의 거래량 확대는 당해 시장에서 경쟁하는 사업자의 시장점유율을 축소하는 방향으로 작용할 것이며, 이에 초점을 맞추어 사업활동 방해에 의한 남용행위로서(독점규제법 3조의2 1항 3호) 규제하는 것도 가능할 것이다. 이와 관련하여 미국의 Utah Pie 판결은³⁰⁾ 시사하는 바가 크다. 동 판결은 전국적으로 냉동파이 공급을 하고 있는 세 사업자가 Utah주에 한정되어 냉동파이 영업을 하고 있는 지역사업자인 Utah Pie Company를 상대로 가격차별을 한 사건을 대상으로 한 것으로서, 연방 대법원은 세 사업자의 차별 행위가 경쟁을 제한하는 효과를 낼 수 있다는 점에서 위법한 것으로 판결하였다.³¹⁾

전술한 2선 차별의 경우도 사업활동 방해의 하나로 규제될 수 있는데, 차별적 거래가 상대방 상호 간의 경쟁조건에 미치는 영향의 측면에서 검토가 이루어져야 하며, 이때 불이익 그룹에게 발생하는 시장봉쇄효과의 정도가 핵심적인 고려 사항이 될 것이다.

차별 행위를 독점규제법상 불공정거래행위로서 규제할 경우, 경쟁제한적 측면에서의 분석은 시장지배적 지위의 부분을 제외하고 시장지배적 지위남용행위

29) Richard Whish, *Competition Law*, Oxford Univ. Press, 2005, 195면.

30) *Utah Pie Co. v. Continental Baking*, 386 U.S. 685 (1967).

31) 동 사건에서 세 사업자의 가격차별 행위에도 불구하고, Utah Pie Company의 Utah주 냉동파이 시장에서의 점유율은 오히려 증가한 추세를 보여주었다. 이러한 점 때문에, 동 판결은 가격 차별에 의하여 지역영세사업자의 이익을 보호하려는 취지에 따른 것이라는 견해도 제시되었다. 미국 반독점법상 가격차별은 1936년 Clayton법의 개정법인 Robinson-Patman법에 의하여 도입되었는데, 제안자이었던 Patman의원은 동법에 의한 영세 사업자 보호의 의지를 분명히 피력하였는데, 특히 “동 법안이 선택의 기회를 파괴함으로써 독점력을 추구하는 모든 부정하고 탐욕스러운 사업자에 반대하는 것이다”라는 견해를 피력하였다. Ernest Gellhorn & William E. Kovacic, *Antitrust Law and Economics*, West Publishing Co., 1994, 433, 439-440면 참조. 그러나 이러한 입법 의도가 충분히 관철되었는지에 대해서 부정적인 견해가 유력하다. 이에 관하여 Herbert Hovenkamp, 주 16)의 책, 572면 참조.

에서 다루어진 틀이 기본적으로 동일하게 적용될 수 있으며, 공정거래위원회가 제정한 「불공정거래행위 심사지침」도 차별적 취급의 부당성은 주로 경쟁제한적 측면에서 판단하는 것으로 하고 있다. 한편 독점규제법 시행령 <별표 1>이 정하고 있는 차별적 취급의 유형 중에서 ‘계열회사를 위한 차별’에 대해서는 대법원 판결에³²⁾ 의하여 특별한 논의가 추가되고 있다. 동 판결은 계열회사를 위한 차별의 위법성 판단에서 경제력의 집중도 판단 기준으로서 고려되어야 한다는 입장을 취하고 있다. 그러나 이와 같은 해석의 법적 근거가 없다는 점을 지적할 수 있다. 계열회사를 위한 차별은 전기통신사업법상 대량구매자의 경우와 같이 현실에서 계열회사와 관련된 차별 행위가 빈번히 발생할 수 있을 것이라는 입법자의 판단이 반영된 것이라 할 수 있으며, 그 자체로 경제력집중의 관점을 위법성 판단에 반영할 근거가 되는 것은 아니다.

(3) 전기통신사업법상 수용될 수 있는 판단 기준

전기통신사업법상 이용자 차별의 부당성을 경쟁정책의 관점에서 판단할 경우에, 위에서 살펴본 경쟁법상의 판단 기준이 대체적으로 적용될 것이다. 즉 차별적 행태가 나타난 당해시장에서의 경쟁제한성을 판단할 경우에, 소비자 잉여의 이전을 통한 거래 상대방인 이용자의 후생 감소, 차별 주체의 거래량의 확대에 따른 경쟁사업자에 대한 경쟁제한적 효과 등이 주된 분석 대상이 될 것이다.

한편 전기통신사업법상 이용자 차별 규제에 관한 규정이 독점규제법상 시장 지배적 지위의 남용과 같은 형식을 취하고 있지 않다는 점은 분명하지만, 전기통신사업법상 차별의 부당성 판단에 있어서도 시장력에 대한 고려가 요구된다는 점에 주의를 요한다. 차별의 조건으로서 시장지배력이 요구된다는 점, 따라서 시장지배력이 있는 사업자와 그렇지 않은 사업자의 차별 행위가 경쟁정책상 동일하게 평가될 수 없다는 점 그리고 독일 통신법상 차별적 요금 부과에 대한 규제는 상당한 시장력(beträchtliche Marktmacht; significant market power)을 전제하고 있다는 점 등이 근거가 된다.

전기통신사업법상 이용자 차별에 관한 규정에서 명시적으로 열거되어 있는 차별의 예 중에서는 전기통신설비의 이용에 관한 것이 유일하게 2선 차별적인 성격을 갖고 있다. 따라서 전기통신설비 이용자 차별의 부당성 판단에 관해서는, 전술한 것과 같이 차별 주체인 거래상대방 간에 경쟁제한적 효과의 분석이

32) 대법원 2004. 12. 9. 선고 2002두12076 판결.

중요하다. 즉 전기통신설비를 이용하여 통신서비스를 제공하는 시장의 분석이 부당성 판단의 기초가 되어야 한다.

다. 항변 사유의 검토

차별의 항변 사유로서 우선적으로 검토되는 것은 비용상의 항변이다. 경제적 관점에서의 차별을 동일한 비용 기초에서 상이한 거래조건을 부과하는 것으로 이해한다면, 상이한 거래조건이 부과가 비용상의 차이에 기인한 것이라는 주장은 유력한 항변사유가 될 수 있다. 차별은 비용의 동일성에 기초하여 성립하는 것이고, 따라서 이에 대한 입증은 규제기관이 부담하여야 하며, 이를 피규제자의 항변사유로 할 것은 아니라는 지적이 유력하다.³³⁾ 그러나 미국 실무 경향에서 규제기관이 비용상의 차이를 적극적으로 고려하지는 않는 것으로 보인다. 반독점법상 차별 규제의 근거가 되는 Clayton법 제2조 단서가 “비용상의 차이(difference in the cost)를 적절하게 고려한 차별을 금지하지 아니한다”고 규정되어 있고, 연방대법원도 유사한 사안에 대하여 비용관련자료를 갖고 있는 자에게 입증책임을 부담지우는 것이 타당하다는 입장을 취하고 있다는 점³⁴⁾ 등이 이러한 실무 경향을 뒷받침하고 있다. 비용상의 항변으로서 비용상의 차이를 입증하는 것이 용이하지는 않다. 비용 측정 자체의 어려움도 있지만, 사업자가 내부적으로 비용을 적절히 분배할 경우에, 이에 대응하는 방법을 찾는 것에 한계가 있을 수밖에 없다.

또 다른 항변사유로서 경쟁대응항변이 거론된다. 경쟁사업자의 행태에 대한 수동적인 반응의 결과로서 차별이 이루어진 경우에 경쟁정책적으로 비난하기 어렵다는 점에서, 이른바 경쟁대응(meeting Competition) 항변의 가능성이 논의되고 있다.³⁵⁾ 부당성을 조각하는 근거로서의 핵심은 거래상 차별이 수동적 대응의 결과라는 것에 있다. 미국 판례법상 A & P 사건에서³⁶⁾ 정식화된 경쟁대응 항변의 요건을 보면, 판매자는 신뢰할 수 있는 거래상대방으로부터 정보를 얻고, 이를 조사하기 위하여 노력하여야 하며, 거래상대방의 요구에 따라서 가격을 낮추지 않을 경우에 거래 종결의 심각한 위험에 직면하고 있어야 한다. 이와 관련하여 차별 행위자가 거래상대방으로부터 얻은 정보를 절대적으로 확신할 것을 요구할 수는 없으며, 선의에 의한 신뢰로 충분하다는 견해가 있

33) Robert H. Bork, 주 21)의 책, 470면.

34) Automatic Canteen Co. of America v. FTC, 346 U.S. 61 (1953).

35) Ernest Gellhorn & William E. Kovacic, 주 31)의 책, 445면 참조.

36) Great Atlantic & Pacific Tea Co., Inc. v. FTC, 440 U.S. 69 (1979).

다.³⁷⁾

끝으로 경영상의 필요성에 기한 항변이 논의되고 있다. 이와 관련하여 대법원은 전술한 판결(2002두12076)에서 경영상 필요성에 의한 항변 자체는 인정하면서도 당해 사건에서 항변사유로 받아들이지는 않았다. 경영상 필요성이 항변사유로서 고려되는 것은 타당한 것이라 할 수 있지만, 기업의 활동이 대부분 경영상 필요성에 따른 것인 만큼, 인정 범위에 따라서 항변사유가 지나치게 확대될 우려가 있다. 따라서 경영상 필요성에 기한 항변은 예외적이고 제한적으로 인정될 필요가 있다. 즉 차별적 행위가 회사의 존속을 위하여 불가피하고 다른 수단이 없다는 것이 명백한 예외적 상황에 한하여 항변사유를 인정하는 것이 타당하다.

2. 이익 보호적 관점

가. 개관

앞에서 살펴본 것처럼, 경제적 또는 경제 외적인 관점에 의한 차별에 대한 이해는 비교 대상이나 판단기준에 있어서 상이한 구조를 취하고 있으며, 특정한 목적이나 가치관에 따라서 현실에서 차별을 파악할 수 있는 별개의 분석 수단으로 기능한다. 당연히 이러한 분리는 차별의 부당성 판단에도 연결될 것이다. 즉 앞에서 논의한 경제적 차별에서의 부당성 판단이 거래상 차별의 당사자들 사이에 경제적 이해관계를 분석하고 형량하는 과정에 의한 것이었다면, 경제 외적인 차별에서의 부당성 판단에서는 평균적 정의 관념에 의하여 공동체의 구성원에게 보장되어야 하는 이익의 내용과 정도를 침해하는지 여부가 핵심적인 의미를 갖게 된다.

통신서비스와 관련하여 보면, 공동체 구성원의 삶의 영위와 가치 실현에 밀접히 관련되는 통신서비스의 특성과 기능은 이러한 이익의 내용을 결정하는 기준으로 작용한다. 물론 모든 통신서비스가 공동체 구성원에게 보장되어야 하는 것은 아니지만, 공동체 구성원으로서 기본권적 요구에 상응하는 최소한의 범위에서 절대적으로 보장되어야 하는 범위가 정하여질 경우에, 여기에 해당하는 통신서비스의 차별적 취급은 이러한 범위를 침해하는 의미를 갖게 됨으로써 부당성 판단의 근거가 될 수 있다.

37) Ernest Gellhorn & William E. Kovacic, 주 31)의 책, 445면.

나. 이익 보호적 관점에 의한 부당성 판단

어떠한 범위에서 공동체 구성원에게 통신서비스의 최소한의 보장이 이루어져야 하는지의 문제와 관련하여, 통신서비스가 보편적인 차원에서 적절하고 이용 가능한 수준으로 제공되어야 한다는 사고를 집약한 보편적 서비스의 개념이 유용할 것이다. 보편적 서비스는 개념적으로 국민의 기본권적 요구와 이에 대한 국가의 보장체계 그리고 통신사업자의 의무를 종합한 것이라 할 수 있으며, 그 과정에서 국민에게 최소한으로 보장되어야 하는 통신서비스의 범위가 도출된다.³⁸⁾

이와 관련하여 EC 보편적역무 지침의 입법 태도에 주목할 필요가 있다. 동 지침은 보편적 서비스의 제공에 있어서 사업자의 의무와 손실부담금의 배분 등의 원칙 등을 정하면서, 동시에 보편적 서비스의 제공을 받는 것을 이용자의 기본적 권리라는 점을 명시적으로 규정하고 있다(EC 보편적역무 지침 3조). 즉 보편적 서비스에 해당하는 통신서비스에 대하여 이용자는 적절하고 이용 가능한 수준으로 제공받을 권리를 가지며,³⁹⁾ 이러한 권리는 보편적 서비스에 대하여 비차별적으로 대우 받을 것에 대한 요구를 함축하는 것이라 할 수 있다. 이때 비차별적 원칙의 위반에 의한 차별의 부당성 판단에 있어서, 최소한의 수준으로 보장되어야 하는 통신서비스의 내용을 침해하였는지 여부가 핵심적인 의미를 갖게 될 것이다.

비교법적으로 보편적 서비스의 규정은 통신산업의 급속한 변화 과정에 상응하여 주기적으로 심사하는 절차에 따르는 것이 일반적이다. 현행 전기통신사업법 시행령 제2조 제1항에 의하면, 보편적 서비스에 해당하는 것은 유선전화 서비스(1호), 긴급통신용 전화 서비스(2호), 장애인·저소득층 등에 대한 요금감면 전화 서비스(3호) 등이다. 현행 법령상의 보편적 서비스는 현재 적절하게 이용 가능한 수준으로 제공되어야 하는 통신서비스에 대한 입법적 판단이지만,

38) 미국 통신법(Communications Act) 제254조 c항에 의하면, 보편적 서비스를 판단하기 위하여 1) 통신서비스가 교육, 공중보건 또는 공중안전에 필수적일 것, 2) 고객에 의한 시장선택의 작용에 의하여 거주자의 실질적인 다수가 가입되었을 것, 3) 통신사업자에 의한 공적 통신망에서 제공되고 있을 것, 그리고 4) 공중의 이해, 편의 및 필요성에 기초할 것 등이 고려되어야 한다. 전기통신사업법 제3조의2 제3항도 보편적 역무의 구체적 내용을 정함에 있어서 정보통신기술의 발전 정도(1호), 전기통신역무의 보급 정도(2호), 공공의 이익과 안전(3호), 사회복지 증진(4호), 정보화 촉진(5호) 등을 고려하도록 규정하고 있다. 한편 보편적 서비스 개념이 초기에는 그 실현을 위하여 산업의 독점을 인정하고 이를 규제하는 규제산업의 근거로서 기능하였다. Thomas G. Krattenmaker, Telecommunications Law and Policy, Carolina Academic Press, 1998, 350면 이하 참조.

39) 전기통신사업법 제2조 제1항 제10호는 보편적 역무를 “모든 이용자가 언제 어디서나 적정한 요금으로 제공받을 수 있는 기본적인 전기통신역무”로 정의하고 있다.

이용자 이익의 관점에서 최소한으로 보장되어야 하는 통신서비스 전부를 의미하는 것은 아니다. 무엇보다 보편적 서비스의 지정에는 현재 통신산업의 변화에 비추어 일정한 시차가 발생할 수 있으며, 차별적 행위의 부당성 판단과 관련하여 최소한으로 보장되어야 하는 통신서비스의 내용은 행위 시점에서의 구체적인 판단에 기초하여야 한다.

즉 현행 법령에 의하여 보편적 서비스로 지정된 통신서비스는 최소한의 보장 수준에 대한 예시는 될 수 있지만, 절대적인 기준으로 볼 수는 없다. 예를 들어 이동통신 서비스의 대량구매자와 소량구매자 사이에 요금 차별이 행하여진 경우, 비용상의 정당성이 입증되어 경쟁정책상의 부당성이 인정되지 않는 경우라 하더라도, 이용자 이익보호적 관점에서 판단이 가능할 수 있다. 이 경우 불이익(disfavored) 그룹에 속한 소량구매자의 요금 수준이 이동통신서비스의 특성과 기능에 비추어 최소한 이용가능성을 침해하는지 여부에 의한 판단이 배제되지 않는다.

다. 부당성 판단의 종합

이상의 논의에서 살펴본 것처럼, 경쟁법적 관점에서의 부당성 판단과 이용자 이익 보호적 관점에서의 부당성 판단이 독자적인 논리로서 가능하며, 따라서 양자의 적용상의 경합 문제가 제기된다.

이와 관련하여 공익적 관점에서의 부당성 판단을 선행하고, 이어서 경쟁정책적인 관점에서의 부당성 판단을 행하는 방식의 단계적 접근이 주장되고 있다.⁴⁰⁾ 그러나 공익적 관점을 우선할 수 있는 법령상의 근거를 찾기 어렵다는 점에서, 입법론적인 제안은 별론으로 하고, 현행 이용자 차별의 부당성 판단에 적용하는 것에는 한계가 있다. 결국 경쟁정책적 관점과 이익보호적 관점이 부당성 판단에 모두 가능하다는 점에서, 적용상의 순서와 무관하게 양자의 경합적 적용을 인정하는 것이 불가피할 것이다.

한편 경합적 적용을 인정할 경우에, 두 가지 관점에 의한 부당성 판단이 상충되는 경우가 발생할 수 있다. 양 기준이 상호 배제하는 성격을 갖는 것은 아니기 때문에, 어느 일방에 부당성 판단이 이루어지면, 당해 이용자 차별의 부당성을 인정하는 것이 가능한 것으로 보아야 한다.

IV. 결론

40) 이상규 등, 주 15)의 글, 145-147면 참조.

전기통신사업법상 이용자 차별은 동법 제50조 제1항 제5호 후단의 이용자 이익 저해행위를 구체화하는 유형으로 동법시행령 <별표 3>에 의하여 규정되어 있다. 이용자 차별의 부당성을 판단하기 이전에 이용자 개념과 차별의 의의가 분석이 전제되어야 한다.

현행 전기통신사업법상 이용자 개념은 전기통신서비스 이용 계약을 체결한 자로 규정되어 있는데, 보호 필요성이 있는 범위를 충분히 포괄하고 있는지에 대한 의문이 제기되고 있으며, 적어도 이용자 차별과 관련하여 실질적 이용자까지 포함하는 해석론을 전개할 필요가 있다. 차별의 의의는 경제적 관점과 경제 외적인 관점으로 구성될 수 있으며, 전자는 비용 분석에 기초하여, 후자는 보호 필요가 있는 최소한의 통신서비스를 상정하여 각각 차별을 이해하고 있다.

이와 같은 차별에 대한 두 가지 관점에 의한 이해는 이용자 차별의 부당성 판단에도 관련된다. 경쟁법적 관점에서의 부당성 판단은 1선 차별의 경우 거래상 차별이 발생한 당해 시장에서 경쟁제한적 효과에 기초하며, 2선 차별의 경우 차별적 거래 상대방의 경쟁 조건에 미치는 영향에 초점을 맞추게 된다. 이용자 이익보호적 관점에서의 부당성 판단은 최소한으로 보장되어야 하는 통신서비스의 내용이 논의의 출발점이 되며, 보편적 서비스는 최소한의 보장 수준을 파악하는데 유용한 기준이 될 수 있다.

두 가지 관점에 의한 부당성 판단은 경합적으로 적용되는 것으로 볼 수 있으며, 각각의 부당성 판단은 독자적으로 의미를 갖는다. 한편 전기통신사업법상의 이용자 차별과 독점규제법상의 차별 규제의 경합도 발생할 수 있으며, 이는 규제기관 간의 관할의 문제로도 나타난다. 통신규제당국과 연방카르텔청의 협의의무를 규정하고 있는 독일 통신법 제123조의 규정처럼, 통신위원회와 공정거래위원회의 견해를 조정하고 협의할 수 있는 제도의 도입을 검토할 필요가 있다.

[참고문헌]

- 권오승, 경제법, 법문사, 2009
- 양명조, 경제법, 신조사, 2008
- 이봉의, “독점적 사업자의 끼워팔기: 마이크로소프트(MS)사의 지위남용을 중심으로”, 법과 사회 제27호, 2004
- 이상규 등, “통신서비스 가격차별”, 정보통신정책연구 제13권 제2호, 2006
- 이원우, “통신법상 개별약정의 허용과 그 한계”, 행정법연구 제16호, 2006
- 이준구, 미시경제학, 법문사, 1995
- 이호영, 독점규제법의 이론과 실무, 홍문사, 2006
- 한기정, “전기통신사업법 제36조의3상 금지행위에 관한 법적 고찰”, 이원우 편, 정보통신법연구 III, 경인문화사, 2008
- 홍명수, “전기통신사업법상 이용자 개념의 검토”, 서강법학연구 제11권 제2호, 2009
- Bork, R. H., 신광식 역, 반트러스트의 모순, 교보문고, 1991
- Areeda, P. E. & Hovenkamp, H., Antitrust Law - An Analysis of Antitrust Principles and Their Application vol. III, Little, Brown and Company, 1996
- Gellhorn, E. & Kovacic, W. E., Antitrust Law and Economics, West Publishing Co., 1994
- Hovenkamp, H., Antitrust, West Group, 2003
- _____, Federal Antitrust Policy - The Law of Competition and Its Practice 2. ed., West Group, 1999
- Krattenmaker, T. G., Telecommunications Law and Policy, Carolina Academic Press, 1998
- Lloyd, I. & Mellor, D., Telecommunications Law, Lexis Nexis, 2003
- Mansfield, E. & Yohe, G., Microeconomics, W. W. Norton & Company, 2000
- Whish, R., Competition Law, Oxford Univ. Press, 2005
- Wiedemann, G. hrsg., Handbuch des Kartellrechts, C. H. Beck, 1999
- Windthorst, K., Der Universaldienst im Bereich der Telekommunikation, Duncker & Humblot, 2000

<Abstract>

A Studies on User Discriminations in Telecommunications Act

Myungsu Hong

The discrimination in trade occurs when the same commodity that would have same cost basis is sold at more than one trade conditions. Most countries that have competition Law has regulated the price discrimination, for example The Clayton Act Sec. 2 in U.S.A., amended by Robinson-Patman Act. Though many questions has been raised on the reasonableness of the regulation on the discrimination, if the discriminations lessen or restrain the competition among the competitors, it should be regulated by competition law.

In Korea, Fair Trade Law has expressly prescribed the discrimination in trade as an unfair business practices on Article 23. But the discrimination in trade could be regulated as an abuse of market-dominant position in accordance with the provision of Article 3-2. These regulations would be justified in perspective of competition policy.

Such a perspective of competition policy would apply on the regulations of the discriminations among the users that would make use of same telecommunication services in Telecommunications Law. But the perspective of user protection would have an important roles in the regulations of discriminations in Telecommunications Law.

<Key Words>

Telecommunications Law, Telecommunications User, Discriminations, Competition Restraints, User Protection

해방 이후 정윤환(鄭潤煥)의 주요활동과 발표논문에 관한 연구

41)김 수 용*

논문요지

일본의 오랜 식민지배로부터 해방된 우리나라는 새로운 국가를 수립해야 하는 과제를 안게 되었다. 하지만 해방 당시에 헌법을 비롯한 개별법률을 제정할 인물이 부족한 형편이었다. 이러한 상황에서 당시 고등법원 판사였던 정윤환의 활동과 그가 남긴 글을 주목하지 않을 수 없다.

해방 이후 그의 주요한 활동으로는 첫째, 1947년 법전기초위원회 위원과 1948년 법전편찬위원회 위원으로 임명되었다. 둘째, 대한민국헌법초안 작성에 참여하였다. 셋째, 법원조직법초안을 작성하였다. 넷째, 미군정법령 제176호(형사소송법의 개정) 제정 등에 참여하였다.

해방 이후 정윤환은 헌법, 행정소송법, 형사법 등에 관하여 많은 글을 남기고 있다. 특히 헌법의 한 내용인 사법제도에 대하여 많은 글을 남기고 있다. 그가 남긴 헌법과 관련한 글은 헌법일반론, 기본권론, 사법제도론으로 나누어 살펴볼 수 있다. 이 중 사법제도론 분야에서 그는 첫째, 법원에 의한 위헌법률심사제도를 주장하고 있다. 둘째, 특별법원의 설치를 반대하고 있다. 셋째, 법관에 대한 탄핵재판을 반대하고 있다.

이상에서 살펴본 것처럼 해방 이후 정윤환은 새로운 국가를 수립하는데 필요한 헌법을 비롯한 법제정에 많은 활동을 하였다. 당시 김병로, 이인, 권승렬 등이 법조계 원로로서 중요한 역할을 하였다면, 정윤환은 유능한 실무가로서 실제 법기초에 많은 활동을 한 것으로 생각된다.

검색용 주제어 : 정윤환, 해방 이후 그의 주요활동, 그의 발표논문, 법전기초위원회, 법전편찬위원회

· 논문접수: 2010. 4. 29 · 심사개시: 2010. 4. 30 · 게재확정: 2010. 5. 28

* 대구대학교 사범대학 교수

I. 머리말

일본의 오랜 식민지배로부터 해방된 한반도는 새로운 국가를 수립하고 운영하기 위하여 헌법을 비롯한 개별법률들을 제정해야 하는 과제를 안게 되었다. 그러나 해방공간에는 새로운 국가를 수립하기 위하여 필요한 헌법을 비롯한 개별법을 제정하고 그것을 뒷받침해 줄 법이론을 제시할 만한 인물이 부족한 형편이었다. 이러한 상황을 예견한 이승만은 해방 후 미국에서 귀국할 때 새로운 국가를 수립하기 위하여 필요한 헌법을 기초할 만한 사람이 없을 것 같아서 프린스턴대학교 슬라이(John F. Sly) 교수에게 이 다음 자기가 부탁하면 한국을 위하여 헌법을 기초해 달라는 말을 해놓았다고 한다.¹⁾

해방 후 미군정은 1947년에 새로운 국가를 수립하기 위하여 헌법을 비롯한 개별법률의 기초를 하기 위하여 사법부(司法部) 내에 법전기초위원회를 조직하였다. 법전기초위원회가 조직되어 개별법기초분과위원회를 설치하고 기초위원과 일반위원을 임명하여 활동을 시작하였다. 하지만 기초분과위원회의 활동이 지지부진하거나, 위원들 중에는 기초분과위원회에 참여하지 않는 경우가 많았다. 이 이유에 대하여 형법의 후반부 기초위원이었던 엄상섭(嚴詳燮)은 법전기초위원회 위원들이 당면한 법전기초사업의 특수성을 정당하게 파악하지 못하였고, 자신들의 능력을 너무 과신하였으며, 법전기초의 대방침이 확립되어 있지 않았기 때문이라고 하였다.²⁾

해방 이후 우리나라 법조계의 상황이 이상과 같았기 때문에 개별법률을 기초하고 정비하는 것은 쉽지 않았다. 이러한 상황에서 김병로, 이인, 권승렬 등 법조계 원로와 장경근, 민복기, 정윤환 등의 활동이 눈에 띈다. 이 중 특히 주목할 만한 사람은 당시 고등법원판사였던 정윤환(鄭潤煥)이다. 그는 해방 이후 헌법, 형사법 등에 대한 많은 글을 남기고 있다. 현재 그에 관한 약력과 경력을 알 수 있는 자료가 거의 존재하지 않는다. 그런데 그와 관련하여 1949년 12월 10일에 발간된 『대한민국 인사록』에 비교적 자세한 내용이 수록되어 있다.

鄭潤煥 三四歲

1) 俞鎮午, 『憲法起草回顧錄』(서울: 一潮閣, 1980), 61쪽.

2) 曉堂學人, 「法典編纂에 對하여」, 『法政』 第三卷 第六號(1948. 6.), 10쪽.

慶尙南道南海出身

住所서울市敦岩洞四九

日本中央大學法科卒業 高等文官試驗 合格 同大學研究室에서 國法學을 專攻 解放後서울高等法院判事 大法官等歷任³⁾ 法制編纂委員(刑事訴訟의 改正法)⁴⁾ 法院組織法起草 大韓民國憲法草案起草 辯護士試驗委員 國民大學教授等要職에在하다⁵⁾

그의 이력 중에 눈에 띄는 것은 일본 주오대학(中央大學)⁶⁾ 법학과를 졸업하고 같은 대학 연구실에서 '국법학(國法學)'을 공부하였다는 점이다. 이러한 배경으로 유진오의 헌법안 작성에 참여하게 되었던 것 같다.

그에 대하여 당시 대법원장이었던 김용무(金用茂)와 검찰총장이었던 이인(李仁)은 다음과 같은 극찬을 아끼지 않았다.⁷⁾

閔復基, 鄭潤煥兩君은 余의 信賴하는 友僚로서 內外法學에 豊富한 學識과 司法實務에 練達한 經習이 있고 法制編纂委員과 辯護士試驗委員을 兼任하고 있으며 本書를 繙閱함에 理論的 說明과 아울러 實務的 解說이 豊足하니 實로 稀貴한 良書로서 朝野法曹諸位와 法律學徒에게 推薦하여 마지않는 바이다(김용무의 序文)

이번 우리 司法陳의 偉才로 內外的 信望이 두터운 서울高等法院 鄭潤煥判事와 司法部의 閔復基法制局長의 苦心努力으로 改正法令의 解說이 上梓된 바 그 內容을 一瞥컨대 解明과 判斷이 銳利明確하여 司法實務家의 須庾不釋할 至重指針이 될 것이고 斯法運用에 巨大한 貢獻이 될

3) 행정소송법의 기본이론을 설명하는 글 마지막에 '大法官代理'로 기재되어 있다. 「行政訴訟法의 基本理論: 法治國思想과 概括主義」, 『法政』第三卷 第九號(1948. 9.), 12쪽.

4) 미군정법령 제176호(형사소송법의 개정)를 말한다.

5) 康晉和, 『大韓民國 人事錄』(서울: 內外弘報社, 1949. 12. 10.), 157쪽.

6) 일본의 주오대학(中央大學)은 1885년(明治 18년) 7월에 인가받아 9월에 개교한 영국법률학교에서 유래한다. 영국법률학교는 1889년 10월에 교명을 동경법학원(東京法學院)으로 개칭했다가 1903년에는 동경법학원대학(東京法學院大學)으로 개칭하였으며, 1905년 8월에 중앙대학(中央大學)으로 개칭하였다. 영국법률학교는 일본의 법률제도를 정비하기 위하여 주로 영국법을 중심으로 강의하였다. 그 결과 법학분야에서 주오대학의 학풍은 영미법계에 가까웠다. 1940년 10월에는 고등문관사법과시험에서 제일 많은 합격자수를 배출하기도 하였다. 「대학의 연혁: 1885년 ~ 1958년」(www.chuo-u.ac.jp/chuo-u/d_annai/enkaku.html); 中央大學(編), 『中央大學要覽』(1930. 1.), 吾校風과 1-4쪽.

7) 閔復基/鄭潤煥, 『刑事訴訟改正法概說』(서울: 朝鮮出版文化社, 1948), 서문 참조.

것이다(이인의 序文)

실제로 그는 헌법, 형사소송법, 행정소송법, 형법, 법원조직법, 호적법 등을 직접 기초하거나 위원으로 참여하는 등 활발한 활동을 하였다. 그리고 법 제정에 필요한 이론들을 글로 남기기도 하였다. 해방이 되던 해 그는 막 30세를 넘긴 나이였지만 다방면에 걸친 활동을 하였다. 그가 남긴 글들은 당시 법조계의 분위기를 반영하는 것들이 많다. 따라서 해방 이후 그가 남긴 글과 활동은 한 개인의 업적을 넘어 개별법률의 제정배경을 살펴볼 수 있는 중요한 자료로써 의미가 있다. 그러나 그가 발표한 글들이 수록된 잡지 등이 존재하지 않는 경우가 있어서 자료의 수집이 용이하지 않았다.

이하에서는 해방 이후 정윤환의 주요활동을 살펴보고, 현재까지 발굴한 글을 대상으로 헌법관련, 행정소송법관련, 형사법관련, 기타로 나누어서 살펴보도록 한다.

II. 해방 이후 정윤환의 주요활동

1. 1947년 법전기초위원회 위원과 1948년 법전편찬위원회 위원으로 활동

남조선과도정부는 조선의 기존 사법행정을 현대화하고 민주주의화를 하기 위하여 1947년 6월 30일에 행정명령 제3호로 사법부 내에 법전기초위원회(法典起草委員會)를 설치할 수 있는 근거를 마련하였다. 이후 법전기초위원회는 개별법률기초분과위원회를 구성하였다. 이때 정윤환은 행정소송기초분과위원회 기초위원, 형사소송법기초분과위원회 기초위원, 민사부속법(부동산등기법, 호적법) 위원으로 임명되었다.⁸⁾ 위원들 중에 두 개의 기초분과위원회 기초위원으로 임명된 사람은 장경근(張暲根, 민법총칙과 친족법), 홍진기(洪璉基, 회사법과 국제사법) 이외에 없었다. 그리고 당시 그의 나이는 32세였다. 이러한 사실들로 볼 때, 당시 그는 법조계 내에서 능력을 상당히 인정받았음을 알 수 있다.

1948년 대한민국이 수립되고 난 후, 같은 해 9월 15일에 대통령령 제4호로 사법(司法)에 관한 법전을 편찬하기 위하여 법전편찬위원회(法典編纂委員會)의 근거가 마련되었고, 9월 25일에는 각 기초분과위원회가 정해졌다. 이때 정윤환은 호적법기초분과위원회 기초위원, 형법기초분과위원회 일반위원으로 임명되

8) 「法制編纂委員會 分委設置」, 『法政』 第二卷 第十一號(1947. 11.), 36쪽.

었다. 법전기초위원회 형사소송법기초분과위원회에서는 정운환이 전반부의 기초를 담당하였고, 이호(李濤)가 후반부의 기초를 담당하였으나, 법전편찬위원회 형사소송법기초분과위원회에서는 전반과 후반부 모두 이호가 기초위원으로 임명되었다.

소속 기초분과위원회	
1947년 법전기초위원회	<ul style="list-style-type: none"> ○ 행정소송기초분과위원회의 기초위원 ○ 형사소송법기초분과위원회(전반)의 기초위원 ○ 민사부속법(부동산등기법, 호적법)기초분과위원회의 위원
1948년 법전편찬위원회	<ul style="list-style-type: none"> ○ 호적법기초분과위원회의 기초위원 ○ 형법기초분과위원회의 위원

그는 1950년 납북되기까지 법전편찬위원회 형법기초분과위원회의 위원으로 참여하였는데, 당시 형법기초분과위원회의 분위기에 대하여 다음과 같이 설명하고 있다.

軍政時代에 創設된 法典編纂委員會(법전기초위원회를 말함: 필자 보충 설명)가 우리나라 政府組織과 同時에 大統領直屬機關으로 改編되어 司法法規의 起草를 擔當하고 있는 바 時急히 制定을 要하는 刑法典에 關하여서는 金炳魯委員長이 公務의 多忙하심에도 不拘하고 親히 總則編의 條文起草까지 完了하여 審査委員會를 거쳐 方今 委員總會에서 討議中에 있고 各則編은 嚴詳變委員이 擔當하여 不遠間 審査委員會에 上程될 것인바 爲先 條文 起草가 完了된 刑法總則에 關하여 그동안 同法案의 審査委員會의 末席에 參加하였던 關係로 多少聞見한 바 있어서 이 法典이 가진 特徵을 簡略하게 說明을 하고저 하는 바이다(밑줄은 필자 강조)⁹⁾

이처럼 그는 1947년에 조직된 법전기초위원회와 1948년에 조직된 법전편찬위원회의에서 활발한 활동을 하였다. 단순히 일반위원으로 참여한 것이 아니라 기초위원으로 참여하여 개별 법률을 직접 기초하였다. 1947년 법전기초위원회 위원들 중에는 활동을 실제로 하지 않은 경우가 많았다. 그러한 점을 고려할

9) 「韓國刑法의 特徵(一)」, 『法政』 第四卷 第九號(1949. 9.), 30쪽.

때, 그는 법전기초위원회와 법전편찬위원회를 통하여 신생 독립국가의 법제도 정비에 많은 공헌을 한 것으로 평가할 수 있다.

2. 헌법초안 작성에 참여

『대한민국 인사록』에 따르면¹⁰⁾, 그는 대한민국헌법초안을 기초한 것으로 되어 있다. 그는 사법부(司法部)의 헌법초안을 작성하던 유진오를 도와 헌법초안 작성에 참여하게 되었다. 그의 참여에 대해 유진오는 다음과 같이 말하였다.

그 무렵 法院內에서 憲法에 가장 精通한 사람으로 알려진 鄭潤煥氏(그 때 서울高等法院判事로 있었던 것으로 記憶한다)도 자주 내 집으로 오게 되어, 나에게는 한층 더 힘이 되었다. 鄭判事는 열심히 各國憲法을 공부하고 있는 中이어서, 憲法全般에 관한 造詣도 상당히였으나, 특히 司法制度에 관해서는 나나 黃東駿, 尹吉重 兩氏보다 훨씬 무게있는 意見を 들려 주었다.¹¹⁾

유진오에 따르면, 당시 정윤환은 법원 내에서 헌법에 가장 정통한 사람이었고 세계각국의 헌법을 공부하고 있던 중이었기 때문에 헌법전반에 대하여 상당한 조예가 있었다. 특히 사법제도에 대해서는 정윤환이 무게있는 의견을 많이 제시하였고, 그의 의견이 많이 고려되었다고 한다.

憲法草案을 내 집에서 黃, 尹兩氏와 討論하던 당시 司法部門에 관해서는 鄭潤煥判事의 의견을 들었는데, 鄭判事는 法官의 任期制와 違憲法律의 심사를 위한 憲法委員會制度에 반대하고, 法官의 身分을 終身制로 할 것과 違憲法律의 審査權을 美國式으로 法院에 줄 것을 強硬하게 주장하였다. 鄭氏의 주장은 個人的 주장이라느니보다도 그 당시의 法院側의 의견을 代辯하는 것 같으므로, 이 두 가지에 관해서는 鄭氏의 留保意見を 添加하여 法典編纂委員會에 제출하였던 것이다.¹²⁾

10) 康晉和, 『大韓民國 人事錄』(서울: 內外弘報社, 1949. 12. 10.), 157쪽.

11) 俞鎮午, 『憲法起草回顧錄』(서울: 一潮閣, 1980), 24쪽.

12) 俞鎮午, 『憲法起草回顧錄』(서울: 一潮閣, 1980), 38쪽, 190-191쪽. 정윤환도 1948년 헌법 제80조(法官은 彈劾, 刑罰 또는 懲戒處分에 依하지 아니하고는 罷免, 停職 또는 減俸되지 아니한다)의 기초당시에 참가하였다고 한다(「法院組織法の 性格: 法院自律權을 中心으로」, 『法政』 第五卷 第一號(1950. 1.), 7쪽).

해방 이후 정윤환이 작성한 글 중 많은 것이 사법제도와 관련되어 있다. 그리고 그는 사법제도를 구체화시키는 법원조직법초안을 직접 작성하기도 하였다. 뿐만 아니라 당시 법원 내에서 신망이 두터웠다. 따라서 사법부의 헌법초안을 작성하고 있던 유진오로서는 정윤환의 견해, 특히 사법제도와 관련한 부분에 대해서는 무시할 수 없었던 것으로 생각된다.

3. 법원조직법초안의 작성

대한민국이 수립되기 이전에 법원조직법은 1948년 5월 4일에 남조선과도정부법령 제192호로 공포되어 6월 1일부터 시행되었다. 군정장관 러치(Archer L. Lerch)는 1947년 2월 11일에 법원조직법을 제정할 것을 지시하였다. 이에 따라 대법원장이 임명한 16명의 법관으로 구성된 법원조직법기초위원회에서 법원조직법초안 작성을 준비하기 시작하였다. 이처럼 최초의 법원조직법초안은 1947년 사법부 내에 설치된 법전기초위원회가 아니라 그것과는 별도의 대법원 내의 법원조직법기초위원회가 제정하였는데, 같은 해에 최초의 법원조직법초안이 완성되었다. 이후 법원안, 사법부장안, 미국인 법률고문 길리암안 등이 완성되었고, 이러한 초안을 가지고 수정하여 법원조직법이 최종적으로 완성되었다. 그리고 1948년 5월 4일에는 군정장관의 인준을 받아 공포되었다.¹³⁾

이처럼 1948년 5월 4일에 남조선과도정부법령 제192호로 공포된 법원조직법은 여러 과정을 거쳐 완성되었지만, 최초의 법원조직법초안 작성에는 대법원 내의 법원조직법기초위원회의 기초위원이었던 정윤환의 역할이 컸다. 그는 법원조직법기초위원회 기초위원으로 임명되어 활동한 것과 관련하여 다음과 같이 회고한다.

從來 法院의 組織을 編制하는 法制로서 日帝時代に 朝鮮總督府裁判所 令이 施行되고 있었든바 解放以後 軍政이 實施되자 從來의 日帝式色臭 가 濃厚한 「朝鮮總督府裁判所令」을 全面的으로 廢棄하고 民主主義法 治國家制의 構想下에서 새로운 法院組織法을 制定하고자 四二八〇年 二月頃부터 大法院 및 서울高等法院判事를 中心으로 한 「法院組織法

13) 이 시기의 법원조직법 제정에 관한 구체적인 내용은 문준영, 「미군정기 법원조직법의 입법 과정: 미국립문서관 법원조직법관계문서철의 소개와 분석」, 『法史學研究』 第32號, 2005. 10. 참조.

起草委員會」가 設置되어 그 當時부터 起草責任을 擔當하였든 筆者로서는 實로 感慨가 깊다고 아니할 수 없는 바이다.¹⁴⁾

III. 해방 이후 정윤환의 발표논문과 주요내용

1. 헌법

헌법과 관련하여 당시 정윤환이 쓴 글을 발행순서대로 살펴보면 다음과 같다.

1. “近代憲法과 自由權論의 變遷(二)”, 『司法新聞』, 一九四六年 二月 一日號
“近代憲法과 自由權의 發達”, 『司法新聞』 第二號-第五號
2. “英吉利의 司法制度概觀(四)”, 『司法新聞』, 一九四六年 十月 十五日號
3. “英國의 憲法과 議會政治(一)”, 『民主警察』 第一卷 第二號, 1947. 8.
4. “法院組織法草案(一)”, 『法政』 第二卷 第八號, 1947. 8.
5. “法院組織法草案(二完)”, 『法政』 第二卷 第十號, 1947. 10.
6. “司法制度의 基本理論(一)”, 『法政』 第三卷 第十二號, 1948. 12.
7. “基本權論序說: 그 生成과 發展史의 一〇”, 『法政』 第四卷 第一號, 1949. 1.
8. “司法制度의 基本理論(二)”, 『法政』 第四卷 第二號, 1949. 2.
9. “司法制度의 基本理論(三·完)”, 『法政』 第四卷 第三號, 1949. 3.
10. “彈劾裁判制度論: 比較法的 考察을 中心으로”, 『法曹協會雜誌』 第一卷 第一號, 1949. 4.
11. “法院組織法の 性格: 法院自律權을 中心으로”, 『法政』 第五卷 第一號, 1950. 1.

이상과 같이 그는 헌법과 관련하여 많은 글을 남겼다. 이하에서는 헌법일반론, 기본권론, 사법제도론으로 나누어서 살펴보도록 한다.

14) 「法院組織法の 性格: 法院自律權을 中心으로」, 『法政』 第五卷 第一號(1950. 1.), 4쪽.

가. 헌법일반론

『司法新聞』 제2호에서 제5호까지 “近代憲法과 自由權의 發達”이라는 주제로 다음의 내용이 담긴 글을 연재한 것 같다: 미국의 체제는 민주법치국가에 속한다. 미국 건국의 사정이 자유를 찾아서 신천지를 개척한 인종, 전통, 종교를 달리 하는 사람들의 또 자력으로써 개척한 諸地域의 정치적, 경제적 이해를 달리 하는 諸州의 연합이라는 점에서 그 헌법은 의식적으로 체결된 사회계약의 성격이 명료하다. 그 중에 각인과 각주는 그 고유의 개성을 保持하기 위한 최소한도의 자유를 유보한 것이다. 이 점에서 사법권의 우위가 미국 헌법의 가장 현저한 특색의 하나이다.¹⁵⁾

나. 기본권론

정운환은 기본권의 개념에 대하여 “憲法上에 있어서 基本權이라는 것은 國法으로서 保障되지 아니하면 안 될 國民의 個人的 權利인 同時에 政治權力의 構成과 運用에 參加할 수 있는 國民 個人的 權利를 內容으로 하는 것이며 이것은 國家統治權 運營의 擔當者에 對하여 要求할 수 있는 統治者와 被治者間의 公法的 契約-即 統治契約이라고 할 수 있는 것이다”라고 한다.¹⁶⁾

기본권의 성질에 대해서는 다음과 같이 실정권설을 취하고 있다: “元來 英國의 基本權思想은 天賦人權論이나 또는 自然權의 理論에 依據하는 것이 아니다. 「방크모프트」가 말하는 바와 같이 「英國의 權利請願」은 歷史的이고 回顧的인데 不過한 것이라 할 수 있는 것이다. 다시 말하면 歷史的인 政治鬪爭의 結果로서, 人民이 爲政者로부터 獲得한 權利이며 그 產物로서 얻은 法律的 保障에 不過한 것이므로 決코 사람은 날 때부터 平等하다는 觀念論的 見地에서 出發하는 理論은 아니다.”¹⁷⁾ “天賦人權論은 政治運動上에 있어서 極히 重大한 役割을 하였다고 할 수 있으나 이 學說이라는 것은 近代民主主義革命의 實踐 理論이었을 뿐 그러나 科學的으로는 그것은 一個의 「화라식-」일 뿐 假設일 뿐. 따라서 이 理論이 언제든지 合理的으로 存續될 수 없다는 것이다.”¹⁸⁾

15) 「司法制度의 基本理論(二)」, 『法政』 第四卷 第二號(1949. 2.), 19쪽 주 2)에서 재인용. “近代憲法과 自由權의 發達”이 수록된 『司法新聞』은 아직까지 발굴하지 못하였다.

16) 「基本權論序說: 그 生成과 發展史의 一〇」, 『法政』 第四卷 第一號(1949. 1.), 6쪽.

17) 「基本權論序說: 그 生成과 發展史의 一〇」, 『法政』 第四卷 第一號(1949. 1.), 6쪽.

기본권의 보장과 관련해서는 헌법에서 아무리 철저히 규정하고 있다고 하더라도 그 실효성을 기대할 수 없다고 한다. 이것은 프랑스의 인권선언과 독일 바이마르헌법의 역사가 증명하고 있다고 한다. 이러한 역사적 경험으로 볼 때, 우리나라의 헌법상 기본권에 대한 충분한 해명도 필요하지만 그것의 실효성을 어떻게 확보할 것인가에 대하여 한층 각별한 노력을 기울여야 한다고 주장하였다.¹⁹⁾

다. 사법제도론²⁰⁾

(1) 법원에 의한 위헌법률심사제도 주장

헌법안 작성과정에서 위헌법률심사를 어느 기관에서 다룰 것인가와 관련하여 당시 유진오와 법원 측과의 견해대립이 있었다. 유진오는 다음과 같은 이유로 법원이 아닌 헌법위원회에서 위헌법률심사를 담당하는 것을 구상하였다. 첫째, 당시 우리나라의 법원에 그러한 권한을 맡기는 것에 대한 불안감이 있었다. 민·형사의 재판에 관해서는 그들이 권위자라는 점에 대해 이의가 없었으나, 공법학에 대한 지식은 너무나 결여되어 있었기 때문이었다. 둘째, 근본적인 이유는 국가권력기구조직의 기본원리에 관한 자신의 견해 때문이었다. 미국의 사법적 위헌심사제도는 대통령제와 함께 몽테스키외적 권력분립사상의 산물로, 각인의 자유와 권리를 확보하기 위하여 국가권력을 상호견제시키고 강화하려는 18세기적 개인주의사상의 표현으로 당시의 국내외적 상황에 적합하지 않다고 생각하였다. 이러한 이유로 그는 유럽의 헌법재판소제도와 제2차 세계대전 이후 프랑스 제4공화국의 헌법위원회제도 등을 참작하여 미국식제도와 프랑식제도의 절충이라고 볼 수 있는 헌법위원회를 주장하였다.²¹⁾

이에 대해 정윤환은 미국식 위헌법률심사제도를 주장하였다. 그는 연방대법원²²⁾에서 위헌법률심사를 담당하고 있는 미국의 사법제도에 대해서 많은 비판

18) 「基本權論序說: 그 生成과 發展史의 一〇」, 『法政』 第四卷 第一號(1949. 1.), 7쪽.

19) 「基本權論序說: 그 生成과 發展史의 一〇」, 『法政』 第四卷 第一號(1949. 1.), 9쪽.

20) 영국의 사법제도에 대하여 “英吉利의 司法制度概觀”이라는 주제로 『司法新聞』 1946년 9월 1일호부터 동년 12월 1일호까지 연재한 것으로 보이나(「英國刑事訴訟制度(二)」, 『法政』 第二卷 第十一號(1947. 11.), 15쪽과 18쪽 각주 7) 참조), 이 논문이 수록된 『司法新聞』은 아직까지 발굴하지 못하였다.

21) 俞鎮午, 『憲法起草回顧錄』(서울: 一潮閣, 1980), 41-42쪽.

22) 정윤환은 ‘최고재판소’라고 하고 있다.

이 제기되고 있지만, 기본적으로 미국의 사법제도에 대해 찬성하였다. 그리고 미국의 사법제도를 반대하는 입장은 단순히 학설상의 견해에 지나지 않는다고 하였다.²³⁾

유진오가 헌법초안을 작성할 때, 사법부분에 관해서는 정윤환의 의견을 들었다. 이 때 그는 법관의 임기제와 헌법위원회에 의한 위헌법률심사제도를 반대하고, 법관의 신분을 종신제로 할 것과 위헌법률심사권을 미국식으로 법원에 줄 것을 강경하게 주장하였다고 한다. 이에 대해 유진오는 정윤환의 주장은 개인의 주장이라기보다 그 당시의 법원 측의 의견을 대변하는 것 같다고 회고하였다.²⁴⁾

(2) 특별법원 설치의 반대

정윤환은 다음과 같은 이유로 특별법원의 설치를 반대하였다: 법률지상의 원칙 중 법에 의하지 아니하고는 형벌을 부과할 수 없다라는 것은 개인이라도 상설정규의 법원에서 정규의 심판절차에 의하여 판결된 명백히 법률위반의 경우 이외에는 형벌을 받거나 신체, 재산에 제재를 당하는 일이 없음을 의미한다. 즉, 행정처분, 군사처분으로 재산을 몰수하거나 관청에 유리하고 편의한 특별법원(행정재판소, 군사재판소 등)의 특별한 절차에 의하여 심판하고 형을 과하는 것은 헌법위반이다. 따라서 남조선과도입법의원 분과위원회에서 기초한 임시헌법초안의 내용²⁵⁾ 중 정규의 법원 외에 행정재판소라는 일제시대의 잔재적 기구를 설치한다는 것은 민주주의의 이념에 배치되고 세계입법 경향에 역행한다. 일본도 헌법개정을 통해 행정재판소라는 괴이한 존재를 말살시켰다.²⁶⁾

23) 「司法制度의 基本理論(三.完)」, 『法政』 第四卷 第三號(1949. 3.), 32쪽.

24) 俞鎮午, 『憲法起草回顧錄』(서울: 一潮閣, 1980), 38쪽.

25) 서상일(徐相日)이 제출한 남조선과도약헌안(南朝鮮過渡約憲案) 제31조는 다음과 같이 규정되어 있다.

司法權은 法官으로써 組織된 法院이 此를 行함
但 法律로써 定한 行政訴訟은 此限에 不在함
法院의 組織及 法官의 資格은 法律로써 此를 定함

26) 「英國의 憲法과 議會政治(一)」, 『民主警察』 第一卷 第二號(1947. 8.), 73쪽. 그리고 1950년에 쓴 글에서 “法院組織法은 行政訴訟에 對한 考慮가 微弱하다. 다만 第二條에 여러가지 訴訟形態 中의 하나로서 列記되어 있을 뿐이고 舊法에 있는 管轄規定 等を 全面的으로 削除하여 버렸슴은 未지않어 政府에서 行政救濟乃至 行政訴訟法을 起草할 것을 前提로 한 것 같으나 行政官廳의 不法處分에 關한 國民의 權益侵害에 對한 救濟方途가 緊急히 作定되어야 할 것은 筆者가 數年來 主張하여 오든 바이며 또 한번 여기에서 強調하고 싶다”라고 주장하였다(「法院組織法의 性格: 法院自律權을 中心으로」, 『法政』 第五卷 第一號(1950. 1.), 8쪽).

(3) 법관에 대한 탄핵재판의 반대

정운환은 영국, 미국, 프랑스, 독일, 멕시코 등의 탄핵재판제도에 대한 비교 법적 검토를 한 뒤 다음과 같은 이유로 법관에 대한 탄핵재판을 반대하였다: 20세기에 이르러 각 국의 헌법이 責任內閣制를 채용하여 국회는 탄핵재판에 의하지 아니하고도 내각불신임을 결의할 수 있게 되었기 때문에 탄핵소추의 실제적 존재 가치가 없게 되었다. 유럽 각 국의 제도가 대신(大臣)에 대한 탄핵의 실효성이 없어졌다고 할지라도 우리나라는 헌법상 책임내각제가 아니고 또 국무위원 이외의 고급공무원(검찰총장, 심계원장, 고시위원장, 검찰위원장, 各處長, 各部長官 등)에 대한 탄핵소추가 필요하다. 그러나 법관의 탄핵재판을 국회에 일임하는 것은 행정부와 국회가 보조를 함께 해서 사법부를 지배할 경향이 없지 않을 것이다. 그리고 법관은 국회의 의사에 좌우되어 정치적 투쟁의 와중에 돌입하여 재판의 정치화가 야기될 우려가 있다. 그 결과 사법권의 독립을 침해할 가능성이 크다. 따라서 헌법 제46조²⁷⁾의 탄핵재판에 관한 규정 가운데 ‘법관’이라는 문구는 삭제되어야 할 것이다.²⁸⁾

2. 행정소송법

정운환이 쓴 글 중 행정소송과 관련하여 “行政訴訟法의 基本理論: 法治國思想과 概括主義”(『法政』第三卷 第九號, 1948. 9.)가 남아 있다. 앞에서 살펴본 것처럼 그는 1947년 법전기초위원회 행정소송기초분과위원회 기초위원으로 임명되었다. 법전기초위원회의 각 기초위원들은 1948년 4월 20일(이 날은 법전기초위원회의 제3차 회의가 있었음: 필자 보충설명)부터 개별 법률의 요강이나 초안을 제출하였다. 각 요강과 초안에 대한 기초위원들의 해설은 『법정』 1948년 9월호부터 수록되어 있다. 그러나 행정소송의 요강이나 초안에 대한 해설은 존재하지 않는다. 다만 『법정』에 그의 “行政訴訟法의 基本理論: 法治國思想과 概括主義”라는 글이 소개되어 있다. 법전기초위원회는 제3차 회의 때인 4월

27) 大統領, 副統領, 國務總理, 國務委員, 審計院長, 法官 其他 法律이 定하는 公務員의 그 職務遂行에 關하여 憲法 또는 法律에 違背한 때에는 國會는 彈劾의 訴追를 決議할 수 있다.

國會의 彈劾訴追의 發議는 議員 五十人以上의 連署가 있어야 하며 그 決議는 在籍議員 三分之二 以上の 出席과 出席議員 三分之二 以上の 贊成이 있어야 한다.

28) 「彈劾裁判制度論: 比較法的 考察을 中心으로」, 『法曹協會雜誌』第一卷 第一號, 1949. 4. 참조.

20일 경에 개별기본법률에 대한 요강을 제출하기로 하였고, 5월 20일 경에는 각 초안을 제출하기로 하였다. 그러나 당시 그 시기까지 개별법률의 요강이나 초안이 작성되지 않는 경우도 존재하였다. 이상의 정황으로 미루어볼 때, 1948년 4월 20일까지도 행정소송에 대한 요강이나 초안은 마련되지 않았고, 기초위원이었던 그가 행정소송에 대한 기본이론을 제시하는 수준이었던 것 같다.

『법정』에 수록되어 있는 “行政訴訟法の 基本理論: 法治國思想과 概括主義”를 통해 정운환이 구상하였던 행정소송의 대강을 추론할 수 있다. 그는 행정법규는 사법(私法)법규와 달라 각국마다 현저한 특수성을 가지고 있는 것으로 행정소송사항의 구체적 내용도 복잡하고 다양성을 띄고 있다고 한다. 그렇기 때문에 행정법규에 대한 비교법적 고찰은 대단히 어려운 일이라고 한다. 그러나 후진국들은 선진국들의 경험을 활용할 필요가 있다고 한다. 이러한 측면에서 그는 대륙법계 국가인 프랑스, 오스트리아, 스위스의 행정소송제도를 개관하고 있다.²⁹⁾

각 국가의 행정소송제도와 행정소송의 기본이론으로서 대별되는 개괄주의와 열기주의의 장단점을 살펴본 뒤 다음과 같은 이유로 개괄주의가 타당함을 주장하였다.

行政裁判制度는 이러한 法治國思想의 基盤 위에 이데올로기의 素地 위에 建設된 法的 施設이고 그 目的하는 바는 國家의 違法行爲에 對한 人民의 權益을 保護함에 있다. 이러한 意味에서 될 수 있는 限 「全行政의 法律適合性」에 照應하여 全行政의 分野에 있어서 法律適合性을 確保하기 爲하여 Rechtsprechung의 存在를 要請하여야 할 것이니 이러한 見地에서 우리 行政裁判法 制定에 있어서는 概括主義의 立場이 堅持되어야 할 것이다.³⁰⁾

3. 형사법

29) 「行政訴訟法の 基本理論: 法治國思想과 概括主義」, 『法政』 第三卷 第九號(1948. 9.) 9-11 쪽. 정운환은 그의 글 곳곳에서 비교법적 고찰을 하고 있다. 비교법적 고찰방법에 대해서는 다음과 같은 견해를 가지고 있다. 그는 법원의 규칙제정권과 관련하여 일본의 제학설이 그냥 그대로 우리나라 헌법과 법원조직법상의 법원규칙제정권에 인용될 수 있는 입장에 있다고 하면서, “日本の學說은 一應 우리들의 法律解釋理論의 構成에 參考는 되지언정 그 決定的인 指針이 될 수 없는 것이니 要件대 單純한 몇 개 法律條文의 類似만을 가지고 制度의 全貌에 對한 論斷은 避하여야 할 것이다”(「法院組織法の 性格: 法院自律權을 中心으로」, 『法政』 第五卷 第一號(1950. 1.), 7쪽)라고 하여 단순한 편면적 비교를 피할 것을 주장하였다.

30) 「行政訴訟法の 基本理論: 法治國思想과 概括主義」, 『法政』 第三卷 第九號(1948. 9.) 12쪽.

형사법과 관련하여 당시 정윤환이 쓴 글을 발행 순서대로 살펴보면 다음과 같다.

1. “英國刑事訴訟制度(一)”, 『法政』 第二卷 第八號, 1947. 8.
2. “刑事立法試論”, 『法政』 第二卷 第九號, 1947. 9.
3. “英國刑事訴訟制度(二)”, 『法政』 第二卷 第十一號, 1947. 11.
4. “「刑事訴訟法の 改正」 概說”, 閔復基·鄭潤煥, 刑事訴訟改正法概說, 서울: 朝鮮出版文化社, 1948³¹⁾
5. “新刑法과 保安處分”, 『民主警察』 第三卷 第三號, 1947. 9(1949. 4.)
6. “韓國刑法의 特徵(一)”, 『法政』 第四卷 第九號, 1949. 9.
7. “인권옹호의 기본과제: 새 입법과 관련하여”, 『民聲』 제5권 제11호, 1949. 11.
8. “사형논의”, 『民聲』 제6권 제3호, 1950. 3.
9. “인권옹호와 민생문제 해결”, 『民聲』 제6권 제4호, 1950. 5.

이상의 내용을 통해 볼 때, 그는 형사소송법 뿐만 아니라 형법에 관해서도 관심이 많았음을 알 수 있다. 따라서 이하에서는 형법과 형사소송법으로 나누어서 살펴보도록 한다.

가. 형법론: 보안처분 도입을 주장

정윤환은 보안처분을 도입할 것을 주장하였다.³²⁾ 그리고 법전편찬위원회에서 형법기초분과위원회에서 보안처분에 대한 배려가 없는 것에 대하여 다음과 같은 비판을 하였다. 법전편찬위원회에서 형법전을 제정함에 있어 개인의사의 자유와 도의적 책임을 고창하는 구파의 사상은 포기하였고 세계적 사조에 따라 의사결정론, 방위주의, 교육형주의를 채택하기로 하고 여기에다 한 걸음 더 나아가 진보적인 형사정책적인 특별한 고려를 하였다고 하나 보안처분에 관한 배려가 없으니 심히 유감한 일이라고 한다.³³⁾

31) 민복기와 정윤환이 함께 저술한 『刑事訴訟改正法概說』의 제1편은 민복기가, 제2편은 정윤환이 각각 담당 집필하였다.

32) 「刑事立法試論」, 『法政』 第二卷 第九號(1947. 9.), 33-34쪽.

형법 후반부 기초위원이었던 엄상섭(嚴詳燮)에 의하면, 법전기초위원회의 형법기초분과위원회에서 보안처분에 관한 규정을 둘 것을 결정하였으나 우리나라의 현실상태로 봐서 그것을 실행함에 많은 곤란이 예상되어 그만두기로 하였다. 그러나 그 시기가 성숙하게 되면 형법의 일부개정 또는 단행법으로 제도화시켜야 한다는 것은 거의 일치된 견해였다고 한다.³⁴⁾

나. 형사소송법론

1947년 법전기초위원회에 형사소송법기초분과위원회가 설치되었다. 형사소송법의 전반부에 대해서는 정운환이, 후반부에 대해서는 이호(李濤)가 기초위원으로 임명되었다. 앞에서 살펴본 것처럼 법전기초위원회에서는 제3차 회의 때인 4월 20일 경에 개별기본법률에 대한 요강을 제출하기로 하였고, 5월 20일 경에는 각 초안을 제출하기로 하였다. 그러나 다른 개별기본법률과 달리 형사소송법요강이나 초안은 보이지 않는다. 그 이유는 1948년 3월 20일에 제정된 미군정법령 제176호(형사소송법의 개정) 때문인 것으로 생각된다. 즉 법전기초위원회 형사소송법기초분과위원회의 요강 내지 초안작성 작업이 미군정법령 제176호 제정 작업에 흡수되어 논의되었기 때문으로 생각된다. 이후 형사소송법요강 내지 초안 작성은 대한민국이 수립된 이후에 조직된 1948년 법전편찬위원회 형사소송법기초분과위원회에서 논의되었다. 이때 기초위원으로 정운환은 제외되었고, 이호만 다시 기초위원으로 임명되었다.

형사소송에 대한 정운환의 견해는 『법정』 제2권 제9호에 수록되어 있는 “刑事立法試論”을 통해 살펴볼 수 있다. 여기에서 그는 형사소송법의 목표로 다음과 같이 8가지를 주장하였다. 그 내용은 영장제도, 사소(私訴)제도, 검사의 권한 제한, 공판중심주의, 선고유예제도, 배심제도, 필요변호제도 등에 관한 것이다.³⁵⁾

33) 「新刑法과 保安處分」, 『民主警察』 第三卷 第三號, 1947. 9.(1949. 4.), 12-13쪽. 『民主警察』 第三卷 第三號가 1947년 9월에 발간된 것으로 되어 있으나, 수록된 글의 내용이나 발행횟수 등을 고려하면, 1949년 4월의 오기로 보인다.

34) 嚴詳燮, 「刑法要綱解說(二.完)」, 『法政』 第三卷 第十號(1948. 10.), 12쪽; 「朝鮮法制編纂委員會起草要綱(二)」, 『法政』 第三卷 第七號(1948. 7.), 45쪽.

35) 1948년 법전편찬위원회 형사소송법기초분과위원회의 기초위원이었던 이호가 작성한 형사소송법요강은 다음과 같이 17개 항목으로 되어 있다.

一. 刑事訴訟法の 編纂은 現行刑事訴訟法規를 參考로 하여 民主主義的 刑事裁判制度를 確立하도록 制定할 것

二. 人權保障을 爲한 法令 第一七六號 「刑事訴訟法の 改正」은 이것을 刑事訴訟法

1. 搜查機關에게 強制搜查를 許容하지 않고 반드시 判事의 令狀을 得하여 強制處分을 하게 할 것.
2. 起訴權을 檢察官에게만 獨占시킬 것이 아니라 一般被害者로 하여금 起訴에 關한 權限을 行使하게 할 것.
3. 檢事의 不起訴處分權及上訴權을 制限할 것.
4. 公判中心主義를 實質的으로 強化하고 宣告猶豫制度를 採用할 것.
5. 陪審制를 採用할 것.
6. 事件의 輕重을 不問하고 必要辯護制를 採用할 것 但 被告人의 明示한 意思에 反하지 안 함을 要함.
7. 貧困한 當事者에 對하여 訴訟救助制度를 定立할 것.
8. 刑의 執行과 假出獄을 判事의 監督下에서 行하게 할 것.³⁶⁾

4. 기타의 글

에 適當히 編入하고 罰則은 이것을 刑法에 移編할 것

三. 合議事件은 全部 必要辯護로 할 것

四. 檢察官 直屬의 司法警察을 創設하는 同時에 直屬司法警察 以外의 一般警察에 對하여도 檢察官의 犯罪搜查上의 指揮命令權을 明白히 規定할 것이다

五. 裁判書 特히 判決書는 從前의 形式대로 할 것

六. 裁判所는 職權 또는 當事者의 申請에 依하여 速記者로 하여금 公判進行을 速記케 할 수 있음 裁判所가 速記者를 附하였을 때에는 그 速記錄을 裁判의 參考로 한다

七. 所謂 公判中心主義(當事者主義)를 採擇하여 公判手續을 公判請求書로부터 始作하고 檢察官, 辯護人에게 直接 訊問 及 反對訊問의 權限을 認定하고 辯護人이 없는 境遇에는 被告人에게 그 權限을 認定할 것

八. 被告人은 訊問을 拒否할 수 없으나 自己에게 不利한 供述을 拒絶할 수 있도록 할 것

九. 裁判所는 必要한 때에 證據調査를 할 수 있도록 할 것

十. 裁判所는 當事者間에 異議 없는 證據方法은 이를 制限할 수 있음

十一. 被告人이 公訴事實을 法廷에서 是認할 때는 證據調査를 省略할 수 있도록 할 것

十二. 陪審制度는 이를 採擇치 않을 것

十三. 豫審制度는 이를 廢止할 것

十四. 大法院을 第一審으로 하는 境遇를 廢止할 것

十五. 私訴制度는 이를 廢止할 것

十六. 被告人에게 不利한 再審은 하지 않기로 할 것

十七. 簡易法院의 刑事手續을 簡便하게 할 것

金壽用, 「逮捕·拘束適否審査制度에 관한 憲法史的 研究: 해방이후 1948년헌법의 제정 때까지의 입법배경과 법적 논의를 중심으로」(碩士學位論文, 서울大學校 大學院, 2004. 2.), 282쪽.

36) 「刑事立法試論」, 『法政』 第二卷 第九號(1947. 9.), 34쪽.

정운환은 헌법, 행정소송법, 형사법 관련 글 이외에도 다음과 같은 글을 썼다. 하지만 현재 호남신문(湖南新聞)이나 협동(協同) 등이 남아있지 않아서 관련 글을 살펴볼 수 없었다.

1. “軍政廳法令概觀”, 車相道(編), 『在朝鮮美國陸軍司令部 軍政廳諸法令集』, 漢城: 司法新聞社, 1946. 4. 10.
2. “法律의 解放”, 『湖南新聞』, 一九四六年 七月 二十一日
3. “입법정책의 기본이론”, 『協同』 통권 제20호, 조선금융조합연합회, 1949 .1.
4. “장안사의 여인”, 『民聲』 제5권 제9호, 1949. 9.
5. “時局問題: 監察委員會의機能과 그 方向”, 『새한민보』 제3권 2호
6. “K判事: 隨筆”, 『새한민보』 제3권 18호
7. “鄭潤煥審判官”, 『民主日報』, 1947. 7. 10., 2면

IV. 맺음말

일본의 오랜 식민지배로부터 해방된 우리나라는 새로운 국가를 수립해야 하는 과제를 안게 되었다. 하지만 해방 당시에 헌법을 비롯한 개별법률을 제정할 인물이 부족한 형편이었다. 이러한 상황에서 당시 고등법원 판사였던 정운환의 활동과 그가 남긴 글을 주목하지 않을 수 없다. 해방 당시 그는 갓 30세를 넘긴 젊은 법조인이었음에도 불구하고 새로운 국가수립을 위해 필요한 많은 법제정에 참여하였고 법이론에 관한 글을 남기고 있다. 그의 이러한 활동배경으로 그가 일본 주오대학(中央大學) 법학과 연구실에서 국법학(國法學)을 전공한 사실이 눈에 띈다.

그는 대륙법계와 영미법계 국가의 법학자료를 비교법적으로 참고하여 신국가수립에 필요한 많은 법이론 논문을 발표하고 있다. 그리고 자신의 법이론의 근거로 대륙법계와 영미법계 법학자료를 다양하게 활용하고 있다. 그중 특히 영미법계 국가의 법학자료를 많이 활용하고 있고, 영미법계의 법이론에 다소 경도되어 있다. 이러한 경향은 그가 졸업한 일본의 주오대학 법학과의 학풍과 미군정의 영향을 받은 것 같다.

해방 이후 그의 주요한 활동으로는 첫째, 1947년 법전기초위원회 위원과 1948년 법전편찬위원회 위원으로 임명되었다. 1947년 법전기초위원회에서는 행정소송기초분과위원회와 형사소송법기초분과위원회(전반)의 기초위원으로, 민사부속법(부동산등기법, 호적법)기초분과위원회의 위원으로 임명되었고, 1948년 법전편찬위원회에서는 호적법기초분과위원회의 기초위원과 형법기초분과위원회의 위원으로 임명되었다. 당시 법전기초위원회에서 두 가지 개별법기초분과위원회의 기초위원으로 임명된 사람은 장경근(민법총칙과 친족법), 홍진기(회사법과 국제사법), 정윤환이었다. 그리고 당시 그의 나이가 32세였음을 고려하면, 그는 법조계 내에서 능력을 상당히 인정받았음을 알 수 있다. 둘째, 대한민국 헌법초안 작성에 참여하였다. 유진오는 1947년 가을에 미군정청 사법부 법전기초위원회의 헌법기초분과위원회 위원직을 수락하고 헌법초안을 작성하였다. 유진오는 헌법초안을 작성하는 과정에서 의회제도나 사법제도에 대하여 황동준, 윤길중, 정윤환의 도움을 받았다. 특히 사법제도에 대해서는 정윤환이 무게 있는 의견을 많이 제시해 주었는데, 정윤환의 의견은 개인의 주장이라기 보다는 당시 법원 측의 의견을 대변하는 것 같아서 무시할 수 없었다고 한다. 이처럼 정윤환은 유진오가 사법부(司法府)를 위하여 헌법초안을 작성하는데 참여하여 대한민국헌법의 기틀을 마련하는데 도움을 주었다. 당시 정윤환은 법원 내에서 헌법에 가장 정통한 사람으로 알려져 있었고, 세계각국의 헌법을 열심히 공부하고 있었다. 특히 사법제도에 대해서는 비교법적 연구를 통하여 많은 글을 발표하기도 하였다. 셋째, 법원조직법초안을 작성하였다. 법원조직법은 미군정장관 러치의 지시에 따라서 대법원장이 임명한 16명의 법관으로 구성된 법원조직법기초위원회에서 기초하였다. 법원조직법기초위원회에서 작성한 초안은 이후 법원안, 사법부장안, 미국인 법률고문 길리암안 등으로 수정, 조정되어 1948년 5월 4일에 남조선과도정부법령 제192호로 공포되어 6월 1일부터 시행되었다. 정윤환은 법원조직법기초위원회 기초위원으로서 최초의 법원조직법 초안을 작성하였다. 넷째, 미군정법령 제176호(형사소송법의 개정) 제정 등에 참여하였다.

해방 이후 정윤환은 헌법, 행정소송법, 형사법 등에 관하여 많은 글을 남기고 있다. 특히 헌법의 한 내용인 사법제도에 대하여 많은 글을 남기고 있다. 그가 남긴 헌법과 관련한 글은 헌법일반론, 기본권론, 사법제도론으로 나누어 살펴볼 수 있다. 이 중 사법제도론 분야에서 그는 첫째, 법원에 의한 위헌법률심사제도를 주장하고 있다. 이와 같은 주장은 당시 법조계의 일반적인 입장이

기도 하였다. 그는 유진오가 사법부를 위하여 작성하던 헌법초안 작성에 참여하여 이같은 주장을 강하게 하여 유진오와 견해대립이 있기도 하였다. 유진오는 일제시대에 활동한 법관들을 견제하기 위하여 법원이 아닌 헌법위원회가 위헌법률심사를 담당하는 것을 구상하고 있었다. 둘째, 특별법원의 설치를 반대하고 있다. 그는 법치주의의 원칙에 따라 일반법원이 아닌 특별법원의 설치를 반대하였다. 셋째, 법관에 대한 탄핵재판을 반대하고 있다. 그는 법관에 대한 탄핵소추를 국회에 일임하는 것은 국회가 행정부와 함께 사법부를 지배할 경향이 있고, 법관이 국회의 의사에 좌우되어 정치적 투쟁에 휩쓸리게 되고 재판의 정치화가 될 가능성이 있다는 이유로 국회의 탄핵소추대상에서 법관을 제외할 것을 주장하였다. 이러한 주장은 당시 법조계의 일반적 견해였다.

정윤환은 1947년 법전기초위원회 행정소송기초분과위원회와 형사소송법기초분과위원회(전반부)의 기초위원이었다. 그러나 기초위원으로서 그가 행정소송법과 형사소송법의 요강 내지 초안을 작성한 것 같지는 않다. 다만 그가 남긴 행정소송법과 형사법 관련 글을 통해 기초위원으로서 관련 법률에 대한 그의 전체 구상을 엿볼 수 있다. 행정소송에 대해서는 열기주의와 개괄주의의 장단점을 살펴본 뒤 개괄주의를 취하는 것이 타당하다고 주장하고 있다. 형사소송법 제정과 관련해서는 8가지를 제시했는데, 그 내용은 영장제도, 사소(私訴)제도, 검사의 권한 제한, 공판중심주의, 선고유예제도, 배심제도, 필요변호제도 등이다. 그는 형사소송법과 관련한 이러한 내용들을 형사소송법초안으로 구체화시키지는 못한 것 같다. 다만 1948년 3월 20일에 제정된 미군정법령 제176호(형사소송법의 개정) 제정 작업에 참여하여 이러한 내용을 주장했을 것으로 생각된다.

그가 남긴 글을 통해 볼 때, 그는 외국어 실력이 뛰어났음을 알 수 있다. 그는 자신의 주장을 뒷받침하기 위하여 비교법적 고찰을 하고 있는데, 이 때 영법원서 뿐만 아니라 독법원서나 불법원서를 직접 인용하고 있다. 그러나 그는 자신이 졸업한 일본 주오대학의 학풍과 미군정의 영향으로 영미법계의 논의에 다소 경도되어 있다.

이상에서 살펴본 것처럼 해방 이후 정윤환은 새로운 국가를 수립하는데 필요한 헌법을 비롯한 법제정에 많은 활동을 하였다. 당시 김병로, 이인, 권승렬 등이 법조계 원로로서 중요한 역할을 하였다면, 정윤환은 유능한 실무가로서 실제 법기초에 많은 활동을 한 것으로 생각된다.

<Abstract>

**A Study on the main roles and papers of Yun-Hwan
Jung(鄭潤煥) after liberation**

Kim, Su-Yong

There were a lot of urgent matters in Korea after liberation. But there were little people to draft Acts as well as a Constitution then. In the circumstances, I can't help laying an eye on what Yun-Hwan Jung(鄭潤煥) who was a High Court judge did and wrote.

After liberation, first, he was appointed as a committee of Code Drafting Commission(法典起草委員會) in 1947 and Code Drafting Commission(法典編纂委員會) in 1948 respectively. Second, he took part in drafting the Constitution. Third, he drafted Court Organization Act. Fourth, he took part in drafting the USAMGIK(United States Army Military Government in Korea) Ordinance No. 176(Changes in Criminal Procedure) and so on.

After liberation, he wrote many papers about constitutional law, administrative litigation law, criminal law and so on. Especially, he wrote many papers about the judicial system. Papers about constitutional law can be divided into the general, fundamental rights, judicial system. In the judicial system, first, he insisted judicial review by the court. Second, he was against establishing special courts. Third, he was against impeachment trial about judge.

As stated above, Yun-Hwan Jung took many roles about drafting Acts as well as a Constitution needed to establish new country after liberation. If Byeong-Ro Kim, In Lee, Seung-Ryeol Gwon etc took important roles as doyens of legal profession, Yun-Hwan Jung took many roles in drafting Acts as a competent man of affairs.

Key Words: Yun-Hwan Jung, his main roles, his papers, Code Drafting Commission(法典起草委員會) in 1947, Code Drafting Commission(法典編纂委員會) in 1948

의원직을 사직한 국회의원의 권한행사 배제

37)박 찬 주*

논문요지

국회법 제135조 제1항에서는 국회의원의 사직에 대해 국회의 허가를 얻도록 규정하고 있다. 그러나 헌법 제64조에서는 국회의원에 대한 자격심사, 징계 및 제명과 의사와 내부규율에 관한 국회의 규칙제정권을 규정할 뿐 국회의원의 사직에 대해 규정하는 바가 없다. 그러나 국회의원은 국민의 대표자라는 점에서 국회의원과 국회 사이에는 그 사직을 함에 있어서 국회의 허가를 받아야 하는 특별권력관계가 존재한다고 보아서는 아니 된다.

이 글의 주된 논의는 헌법에서는 위헌법률이라고 하더라도 헌법재판소가 위헌결정을 하기까지는 효력을 가지므로 사직한 국회의원이 그 직을 사직하고도 국회의 허가가 없었다는 이유로 국회의원으로서의 권한을 행사하는 경우에 어떠한 방법을 통하여 헌법재판소로부터 국회법 제135조 제1항의 위헌결정을 이끌어냄으로써 국회의원으로서의 권한행사를 배제시킬 낼 것이냐 라는 점이다. 헌법재판소 2009. 9. 22. 선고 2009헌마510 결정에서는 사직에 의해 국회의원직을 상실한 것으로 보는 경우에 그 의원의 지역구에서 보궐선거에 출마하고자 하는 자가 제기한 헌법소원에 대하여 『자기관련성』의 결여를 이유로 각하하고 있다. 그러나 동 결정은 종전의 선례와 정합성이 결여되어 있다는 것이 필자의 주장이다. 헌법소원이 민중소송으로 이용될 가능성이 적을수록 제3자에게 청구인적격성을 인정하여야 한다. 다만 헌법재판소의 입장이 변경되지 아니하고 있는 상황 하에서 헌법재판소로부터 위헌결정을 이끌어내는 대체적인 방법으로 補助參加와 사직한 의원이 의결에 참가하여 가결 또는 부결된 법률안에 대해 법률적 이해관계를 가지는 자가 정족수를 문제삼아 헌법소원을 제기하는 방법을 대체수단으로 살펴보고 있다.

검색용 주제어: 의원의 사직, 국회의 허가, 허가의 창설적 효력, 허가의 법적 성격의 이원성, 자기관련성의 요구

· 논문접수: 2010. 4. 30 · 심사개시: 2010. 4. 30 · 게재확정: 2010. 6. 4

* 조선대학교 법과대학 교수, 변호사

I. 머리말

헌법에서는 국회의원직을 사직한 의원의 지위에 대해 직접적으로 규정하고 있지는 아니하다. 이에 대해 국회법 제135조 제1항에서는 『국회는 그 의결로 의원의 사직을 허가할 수 있다. 다만, 폐회중에는 의장이 이를 허가할 수 있다.』고 규정하고 있다. 국회의원으로 재직중이던 천정배 등은 정세균·천정과 속칭 미디어법이 헌법과 법률이 정하는 절차를 무시하고 강행통과되었다는 이유로 2009. 7. 24. 의원직사직서를 국회의장에게 제출하였다가, 국회가 국회법 제135조 제1항이 정하는 바에 따른 허가절차를 밟지 아니하는 사이에 2010. 1. 10. 자신의 사직을 철회하였다. 그리하여 언론은 천정배 등이 의원직 사직서를 철회함으로써 국회의원직에 복귀하였다고 해설하고 있다.¹⁾

사직서를 제출한 천정배가 사직을 철회하고 다시 국회의원으로 활동하는 것은 국회법 제135조 제1항을 근거로 한 것이다. 이와 같이 천정배가 국회의원으로서의 활동재개를 하였다고 하더라도, 사직한 의원의 지위상실이 있기 위해서는 국회의 허가가 필요하다는 국회법 제135조 제1항이 헌법에 근거하지 아니한 위헌규정이라고 한다면 국회법 제135조 제1항의 규정과 무관하게 국회의원은 그 직을 사직하는 서류를 제출함과 동시에 그 지위를 상실한다고 보아야 하기 때문에 국회의원으로서의 활동은 하자 있는 활동이라고 할 수 있다. 그러면 국회에서 사직에 대한 허가가 이루어지지 아니하고 있다는 이유로 국회의원으로서 활동하는 경우에 그 효력은 모두 무효로 보아야 할 것인가. 이 문제는 의원으로서 사직서를 제출한 이상 당연히 그 직을 상실한다는 헌법재판소의 결정이 나오기 전에만 제기되는 문제이다. 이 상태에서의 의원의 지위는 비유적으로 말하면 『事實上の 會社』(de facto corporation)와 유사한 지위에 있다고 할 수 있다. 사실상의 회사는 『법률적으로는』 유효하게 성립된 회사가 아님에도 일정한 범위 내에서 마치 법률적으로 유효하게 성립된 회사처럼 취급되는 실체이다.²⁾ 이러한 『사실상의 회사』 법리가 등장한 것은 그 내부관계 및 외부관계에 있어서 유효하게 성립한 회사처럼 취급하기 위한 것이다. 우리 상법도 이러한 법리를 받아들이고 있다(상법 제328조 제2항, 제190조 단서). 그러나 이러한 명문규정이 없는 국회의원과 관련하여서는 모든 점에서 해당의원의 권한행사가 적법하다고 볼 것인지는 의문이다. 의원직을 사퇴하였음에도 불구하고

1) 중앙일보 2010. 1. 11.자 2쪽.

2) 최준선, 회사법, 제2판, 삼영사, 2006, 83-86쪽.

고 국회에서 사직에 대한 허가를 결정하지 않는 것을 이용하여 해당 의원들이 국회의원을 상대로 하여 권한쟁의심판청구를 하는 것³⁾도 마찬가지이다.

어쨌든 국회법 제135조 제1항이 헌법에 근거하지 아니한 위헌규정이라고 가정하는 경우에 의원직을 사직한 국회의원이 국회의 허가가 이루어지지 아니하였다는 이유로 사직에도 불구하고 그대로 국회의원으로 권한을 행사하고 행사한 권한이 유효한 것으로 취급될 여지가 크다면 사직한 국회의원의 권한행사를 배제해야 할 필요가 있다. 이 글에서는 국회법 제135조 제1항의 위헌성을 간단히 언급하고,⁴⁾ 그 권한행사의 배제방법에 대해 논하기로 한다.

II. 의원직 사직에 대한 국회 허가제도의 위헌성

1. 국회의 허가의 성질

사직한 국회의원의 지위에 대해 헌법에서 직접 규정하는 나라는 드물다. 헌법에서 국회의원의 사직에 대한 처리절차를 직접 규정하는 입헌례로서는 원로원은 의장 앞으로 사직서를 제출함으로써 의원자격을 잃는 것으로 규정하는 濠洲헌법(제19조), 참의원의장 또는 중의원의장 앞으로 사직서를 제출되어 각 의장이 이를 승인한 때에는 의원직을 잃는 것으로 규정하는 한편, 각 의장이 그 사직이 자발적이라거나 진의에 기한 것이 아니라는 점에 대해 알고 있거나 적당한 방법으로 알게 된 경우에는 사직을 허가해서는 아니 된다고 규정하는 印度헌법(제102조 제3항 제2호) 정도이다. 이와 같이 국회의원이 그 직을 사직한 경우에 바로 의원으로서의 지위를 잃는 것으로 할 것이냐, 국회의 허가나 동의를 얻도록 할 것이냐의 문제는 헌법정책적 문제라고 할 것이지만, 대부분의 나라 헌법에서는 이에 대해 침묵을 지키고 있고, 따라서 헌법해석의 문제로 귀착한다고 할 수 있다. 따라서 헌법에서 사직한 국회의원의 지위에 대해 직접 규정을 하지 아니하고 있는 상태에서 국회법이라거나 국회규칙 등을 통해 이를 규정하는 경우에는 그러한 국회법이나 국회규칙이 과연 헌법에 합치하는 것인가의 점이 문제될 수밖에 없다. 우리나라와 같이 헌법에서는 사직한 국회의원의 지위를 직접 규정하지 아니하면서도 국회법에서 국회의 허가를 얻도록

3) 헌법재판소 2009. 10. 29. 선고 2009헌라8.9.10 결정의 청구인에는 의원직을 사직한 정세균, 천정배가 포함되고 있다.

4) 別稿인 박찬주, '국회의원의 사직에 대한 국회의 허가', 인권과 정의, 제405호, 대한변호사협회, 2010, 46-64쪽에서는, 의원직 사직에 대한 국회의 허가와 국회의원에 대한 징계, 제명, 자격심사 및 국회규칙을 통한 허가절차의 규정가능성 등에 대해 논하고 있다.

규정하는 나라로는 일본이 있다. 일본국회법 제107조에서는 우리나라 국회법 제135조 제1항과 유사하게 『各議院은 그 의원의 사직을 허가할 수 있다. 그러나 폐회중에는 의장이 이를 허가할 수 있다.』고 규정하고 있다. 다만 衆議院規則 제187조 및 參議院規則 제191조에서는 『의장은 사표를 낭독시켜 토론을 하지 아니하고 議院에 자문하여 그 허부를 결정한다』고 규정하여 『자문』이라는 표현을 쓰고 있는 점 및 중의원규칙 제188조, 참의원규칙 제192조에서 사직서의 표현이 무례하거나 의원의 품위를 손상시킬 우려가 있는 경우에는 사표를 징벌위원회에 회부하여 심사시킬 수 있도록 하고 있는 점 등에 비추어⁵⁾ 일본국회법 제107조에서 규정하는 본회의 개회중의 『허가』에 대해 우리나라 국회법 제135조 제1항에 비해 재량적 성격의 정도가 보다 크다.

그러면 국회법 제135조 제1항 본문에서 국회의원의 사직에 대해서는 국회가 『허가』를 하도록 규정하는 바, 그 허가의 성질은 무엇일까. 국회법 제135조 제1항을 합헌으로 보는 것은 국회의 『허가』가 창설적 효력을 가진다는 것을 의미한다. 그리고 국회허가의 효력을 창설적으로 경우에는 다시 사직에 『정당한 사유』가 존재하지 아니하는 경우에는 국회의 허가가 허용되지 아니하는가 라는 문제가 발생한다. 이에 대해서는 국회의원의 사직은 참정권이 법적 의무가 아닌 이상 무제한으로 인정하여야 한다는 부정설⁶⁾과, 의원의 사직이 眞意에 기하지 아니하고 이루어질 있기 때문에, 즉 의원의 사직에 정치적 권력이 개입하거나 조작된 사건을 통해 정치적 제거를 목적으로 이루어질 수 있기 때문에 그 사직에 정당한 이유가 있는지 여부를 가려야 한다는 긍정설⁷⁾이 대립한다. 생각건대, 긍정설이 그 효용을 다하기 위해서는 『정당한 이유』가 결여된 사직에 대해 부당하게 허가를 하는 경우에 다투는 방법이 존재하여야 할 것이다. 그런데 국회법 제135조 제2항에서는 국회가 허가여부를 결정함에 있어서는 토론을 하지 아니하는 것으로 규정하고 있고 이는 당사자의 신문과 발언을 허용하는 자격심사와는 큰 차이가 있으므로(국회법 제141조) 국회의 허가에 앞서 사직한

5) 衆議院規則은 제186조에서 『의원이 사직하고자 할 때에는 사표를 의장에게 제출하여야 한다』, 제187조에서 『의장은 사표를 낭독시켜 토론을 하지 아니하고 議院에 자문하여 그 허부를 결정한다』, 제188조에서 『① 사표에 무례하거나 議院의 품위를 손상시킬 문구가 있다고 인정될 때에는, 의장은 낭독에 갈음하여 그 요지를 議院에 보고한다. ② 전항의 경우에 있어서 의장은 그 사표를 징벌위원회에 회부하여 심사시킬 수 있다.』고 규정하고 있고, 參議院規則에서도 제190조 내지 제192조에서 유사하게 규정하고 있다. 국회사무처, 일본국회법 및 규칙, 1998, 88-89, 153쪽

6) 김철수, 학설판례 헌법학(중), 전정신판, 박영사, 2009, 217쪽.

7) 구병삭, 헌법학Ⅱ(통치구조), 박영사, 1983, 832쪽

* 印度헌법 제102조 제3항 제2호는 긍정설에 가깝다고 할 수 있다.

의원의 사직이유를 확인할 수 있는 제도적 장치가 존재하지 않는 문제점이 존재하는 것은 사실이다. 그러나 설사 국회가 부당하게 의원직의 사직에 대해 허가를 한다고 하더라도 헌법 제64조 제4항의 정신에 비추어 법원에 대한 제소가 금지된다고 보아야 하고,⁸⁾ 설사 헌법소원이나 권한쟁의심판청구의 제기가 가능하다고 하더라도 사직서를 제출할 당시로부터 국회의 허가절차가 종료되기까지 항거불능의 상태가 지속된다는 점은 예상하기 힘들 것이다. 이러한 문제는 사직서 제출에 대한 정치적 논쟁을 별론으로 하고, 국회법 제135조 제1항이 위헌이라고 보는 경우에는 생기지 않는다.

2. 허가제도가 제기하는 문제

가. 국회법 제135조 제1항이 규정하는 『허가』의 법적 성격의 二元性

국회법 제135조 제1항 본문에 의하면 국회가 개회중인 경우에는 국회의 허가를 얻어야 하는데, 이때의 국회의 허가는 국회의 의결에 의해 이루어진다. 그러나 동조 단서에서는 국회가 폐회중인 경우에는 의장은 단독으로 허가 여부를 결정할 수 있다고 규정하고 있다. 만일 의원의 사직에 대해 국회가 허가하는 것을 국회의 자율권으로 이해한다면 국회가 폐회중임을 이유로 의장이 단독으로 사직을 허가하는 것은 국회의 자율권을 크게 훼손하는 것이 된다. 그런데다가 현행 국회법에 의하면 의사일정은 국회의장이 국회운영위원회와 협의하여 정한다고는 하지만 협의가 이루어지지 않으면 의장이 단독으로 결정하도록 되어 있는데다가(국회법 제76조 제3항) 의장이 의원의 사직에 대한 허가 여부를 결정하는 안건에 대해 국회운영위원회와 의사일정의 협의를 하지 않는 이상은 그 안건을 국회 본회의에 상정하는 것이 사실상 제한된다고 할 수 있기 때문에⁹⁾ 국회의장은 자의로 본회의에서 의원이 허가 여부를 결정하는 것을 회피할 수 있다. 이러한 문제를 극복하기 위해서는 의장의 『허가』에 대해 창설절 효력을 부여해서는 아니 되고 강학상의 『수리』행위로서의 효력만 인정하든지, 국회

8) 국회의 허가는 국회의 자율권에 속한다고 할 수 있지만, 보다 근본적으로 국회의 허가라는 것은 개개 국회의원의 『사직에 대한 허가 여부』라는 안건에 대해 『찬성』한다는 표결행위의 결론에 불과한 것이다. 그런데도 허가가 부당하다는 이유로 헌법소원이나 권한쟁의심판청구가 가능하다고 본다면 찬성위원의 표결행위 자체를 문제삼는 것이 되어 국회의원의 표결에 관하여 국회 외에서 책임을 지지 아니한다고 규정하는 헌법 제45조를 침해하는 것이 된다.

9) 국회의장이 협의절차를 밟지 않는데 대해서는 국회법 제77조 규정에 따라 의원 20인 이상의 연서로 의사일정변경을 動議하는 방법으로 시정할 수밖에 없다.

의 자율권을 훼손하는 규정으로 보고 국회법 제135조 제1항 단서규정을 위헌으로 보아야 할 것이다.

나. 허가제도의 위헌성 문제

그러나 한편으로는 국회의 본회의가 개회중인 경우에는 국회가 의결로서 의원의 사직을 허가하도록 규정하는 국회법 제135조 제1항은 합헌규정으로 보아야 하는가. 그러나 합헌규정으로 보는 경우에는 다음과 같은 문제가 발생한다.

첫째는, 국회의장의 허가행위는 실질적으로 수리행위에 불과한데 대해 본회의의 의결은 창설적 효력을 발생시키는 것이 되어 국회가 개회중인가 폐회중인가의 여부에 의하여 국회법 제135조 제1항이 규정하는 『허가』의 성질이 현격하게 달라지는 것은 바람직한 헌법해석이라고 할 수는 없다.

둘째는, 국회의원의 사직에 대한 국회의 허가는 국회의원의 지위와 상충한다는 점이다. 일반적으로 국회의원이 국회를 구성하는 국회구성원으로서의 지위를 가지는 외에 국민의 대표자로서의 지위를 가진다고 설명되고 있다. 국회의원의 사직에 대한 국회의 『허가』는 국회의원의 이러한 대표성을 훼손하는 것이다. 공법상 허가관계에서는 허가권자는 허가신청자에 대해 우월적인 지위에 있다는 것, 특히 허가가 특별권력관계에 기인하는 경우에는 특별권력관계에서 허가권자와 허가신청자 사이에 상하관계가 형성되어 있다는 것을 전제로 한다. 그리고 공법관계가 되었던 사법관계가 되었던 어떤 구성원이 사직서를 제출한데 대해 사직에 대한 『허가』가 필요하다면 그 조직에는 일정한 상하관계가 존재한다는 것을 의미한다. 그러므로 국회의원의 사직서제출에 대해 국회의 허가가 필요하다면 국회와 국회의원 간의 관계에는 특별권력관계로서의 상하관계가 존재하여야 하는데, 독립한 헌법적 기관인 국회의원에 대해 국회와 사이에 특별권력관계를 설정한다는 논리란 허용될 수 없다.

셋째는, 국회의 불허가는 사직한 국회의원에 대한 強制勞役을 초래한다는 점이다.

국회의원이 국민의 대표자라고 하더라도 그러한 대표성은 국민의 국회의원에 대한 위임관계란 無羈束委任 내지 自由委任을 기초로 하고 있다는 점을 염두에 두어야 한다.¹⁰⁾ 이는 일단 선출된 국회의원은 그 후 개별유권자 또는 국민들의 의사에 따르지 아니한다고 하여 개별유권자나 국민들의 의사에 따라 직무

10) 헌법재판소 1998. 10. 29. 선고 96헌마186 결정

를 수행하도록 강제할 수 없다는데 기인한다. 이러한 무기속위임의 원칙이나 자유위임의 원칙은 본래 국회의원과 개별유권자 또는 국민들과의 관계에서 문제되는 것이 원칙이지만, 국회의원과 국회 또는 다른 의원들과의 관계에서도 마찬가지 원칙이다. 그런데도 국회의원의 사직서 제출에도 불구하고 국회에서의 결로 사직을 허가하지 아니하거나 국회가 폐회중임을 이유로 국회의장이 단독으로 결정하면서 불허가를 한다는 것은 국회의원이 자신을 선출하거나 국민을 대표하는 국민전체에 대한 관계에서도 허용되지 아니하는 무기속위임의 원칙이나 자유위임의 원칙을 파괴하면서 국회의원으로서의 직무를 수행하도록 강요하는 것으로서, 일종의 強制勞役に 해당된다고 할 수 있다.

이러한 강제노역을 최소화하기 위해서는 국회의 불허가에 대하여 불허가된 의원에 대해서 이를 다룰 수 있는 구제방법이 마련되어야 할 것이다. 그런데 헌법 자체에서는 사직의 효력이나 사직에 대한 처리절차를 규정하고 있지 아니하기 때문에 진정으로 국회의원직을 그만 두고 싶은 국회의원이 사직서를 제출하였다가 국회가 불허가하더라도 현행헌법의 구조 아래서는 불허가된 의원은 그 불허가결정에 대해 법원에 제소할 수 있느냐의 점이 모호하다. 헌법 제64조 제4항에서는 의원에 대한 자격심사나 징계에 대해서 법원에 대한 제소를 금지하고 있고, 의원의 사직에 대한 국회의 허가는 앞서 살핀 바와 같이 부분적으로는 징계로서의 측면과 자격심사로서의 측면과 관련되고 있다는 점에서 헌법 제64조 제4항의 유추를 긍정하더라도 잘못된 아닐 것이다. 다만 현행헌법 제64조 제4항가 제소금지의 사법기관을 『법원』이라고 명문화하기 때문에 이와 같은 법원에 대한 제소금지가 헌법재판소에 대한 제소금지까지 의미하느냐에 대해서 학설이 분립하고 있고,¹¹⁾ 헌법재판소에 대한 제소가 의사절차에 대한

11) 이준일, 헌법학강의, 제3판, 홍문사, 2008, 1025쪽에서는 국회의 제명처분과 관련하여서 법원뿐 아니고 헌법재판소를 포함하여 제소할 수 없다고 설명한다. 이에 대해 허영, 한국헌법론, 전정3판, 박영사, 2007, 916쪽에서는 身分自律權과 관련하여 『국회가 갖는 신분자율권의 특성은 의원의 신분에 대한 국회의 결정에 대해서는 법원에 제소할 수 없다는데 있다(제64조 제4항). 사법심사가 허용되는 한 그것은 이미 신분자율권이라고 보기는 어렵기 때문이다.』라고 설명하고, 문광삼, 한국헌법학(국가조직론), 삼영사, 2008, 107쪽에서는 『자격심사와 제명의 처분에 대하여는 법원에 제소할 수 없도록 하고 있다(제64조 제4항)』이라고 설명하면서, 아울러 『그 자율권에 속하는 상황에 관한 국회의 판단에 대하여 다른 국가기관이 개입하여 그 정당성을 가리는 것은 바람직하지 않고, 헌법재판소도 그 예외는 아니다』라고 설명한다. 그리고 김철수, 앞의 책, 234쪽에서는 자격심사와 관련하여서 법원에 제소할 수 없다고 설명하면서 주 2)에서 『독일에서는 선거소송과 의원의 자격상실은 연방의회에서 한다. 이 결정에 대해서는 헌법재판소에 소원을 제기할 수 있다』고 설명하고 있으며, 홍성방, 헌법학, 개정4판, 현암사, 2007, 799쪽에서도 『자격심사와 징계처분에 대해서는 법원에 제소할 수 없다(제64조 제4항)』라고 설명하면서 800쪽 주 347)에서 『제명의 경우는 헌법재판소에 헌법소원을 제기할 수 있다고 본다』는 권영성 교수의 입장을 소개하고 있다. 이는 홍 교수의 입장이 헌

위헌·위법인 것으로 제한하는 경우¹²⁾에는 자격심사에 대한 헌법소원이 거의 허용되지 아니할 것이다.¹³⁾ 이와 같은 제소금지제도는 는 제3공화국헌법(1962.

법소원에 대한 제기가능성을 부정하는 것으로 해석된다. 이들 교수의 주장취지는 표현상의 차이에도 불구하고 실질적으로는 차이가 없으며 헌법재판소에 대한 제소를 부정하는 것이라고 할 수 있다. (김철수, 홍성방 교수는 국회의 의사절차·입법절차에 헌법이나 법률의 규정을 명백히 위반한 흠이 있는 경우에는 그것을 자율권의 문제라고 할 수 없다는 이유로 헌법재판이 가능하다고 주장한다. 그러나 이러한 헌법재판은 헌법소원이 아닌 권한쟁의심판청구의 문제가 될 것이다. 헌법소원의 경우에는 입법절차라고 하더라도 그것이 헌법위반이 아닌 한 제소가 허용된다고 할 수 없기 때문에 다소 불명확한 논리라고 할 수 있다. 이 점에 대하여는 박찬주, '일사부재의 원칙과 출석의 계수에 관한 몇 가지 문제', 저스티스, 2009/12 통권 제 114호, 90쪽 참조).

* 이에 대해 권영성, 헌법학원론, 개정판, 법문사, 2009, 933쪽; 이승우, 헌법학, 도서출판 두남, 2009, 977쪽에서는 법원에의 제소는 헌법규정상 허용되지 않으나 제명의 경우에 한정하여 헌법재판소에 헌법소원을 제기하는 것은 가능하다고 보고 있으며, 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2006, 890-891쪽에서는 국회의원에 대한 자격심사 및 징계처분에 대해서는 법원에 제소할 수 없지만, 자격심사나 징계가 국회의원의 기본권을 침해한 경우에는 헌법소원이 가능하다고 보는 한편, 징계도 반드시 제명에 국한하지 아니하고 널리 징계 일반에 확대하고 있다. 자격심사나 징계처분은 국회의 자율권의 일종이라는 점에 착안하여 자율권의 행사를 위한 의사절차에 위헌·위법이 있는 경우에 헌법재판을 청구하는 것은 위와는 별개문제이다. 이 점은 다음 각주에서 살핀다.

12) 정종섭, 앞의 헌법학원론, 890-891쪽에서는 자격심사나 징계가 국회의원의 기본권을 침해한 경우에는 헌법소원이 가능하다고 보고 있으며, 이승우, 앞의 책, 977쪽에서는 보다 특정하여 헌법소원의 제기가 가능한 경우를 국회의원으로서의 공무담임권을 박탈하는 중대한 기본권침해와 관련되는 경우로 한정한다.

* 이준일, 앞의 책, 1025쪽에서는 『제명의 절차와 관련하여 헌법과 법률을 위반한 흠이 중대하고 명백한 경우에는 헌법재판소에 제소할 수 있다』고 설명하면서 자율권과 관련하여서는 1027쪽에서는 『국회의 자율권을 존중한다고 하더라도 의사절차나 입법절차가 헌법과 법률을 위반한 흠이 중대하고 명백한 경우에, 특히 국민의 기본권을 침해하는 경우에는 사법심사의 대상이 될 수 있다고 보는 것이 타당하다』고 설명한다. 즉 국민의 기본권을 침해하는 자격심사나 징계라고 하더라도 그 절차에 헌법과 법률을 위반한 흠이 중대하고 명백할 것을 요구하는 것이기 때문에, 의사절차에 그러한 위헌·위법이 없는 경우에는 국민의 기본권침해가 있더라도 헌법소원의 제기를 부정하는 것으로 보인다.

* 자격심사나 징계에 대한 헌법소원의 제기에 소극적이면서도 이를 위한 의사절차에 헌법이나 법률에 위반한 경우에는 헌법재판소에 대한 제소가 가능하다는 입장으로는 김철수, 앞의 책, 315쪽 주 2); 홍성방, 앞의 책, 799쪽; 장영수, 헌법학, 홍문사, 2006, 1155쪽이 있다. 다만 장영수 교수는 단순히 『국회의 의사절차가 명백하고 중대한 하자를 보일 경우에는 의사절차가 적법하게 이루어졌는지를 사법심사의 대상으로 삼는 것이 가능하다』고 설명함으로써 법원에 의한 심사까지 가능하다는 암시를 하고 있다.

13) 앞서의 각주에서 본 바와 같이 일부 학자들이 국민의 기본권을 침해하는 자격심사나 징계에 대해서는 헌법소원의 제기가 가능하다고 보고 있다. 이 점은 노무현대통령이 중앙선거관리위원회 위원장으로부터 2007. 6. 7.자의 '대통령의 선거중립의무 준수요청 조치'와 2007. 6. 18.자의 '대통령의 선거중립의무 준수 재촉구 조치'를 받는데 대해 헌법소원을 제기함에 대해 헌법재판소 2008. 1. 17. 선고 2007헌마700 결정을 참조할 필요가 있다. 동 결정에서는 『대통령도 국민의 한사람으로서 제한적으로나마 기본권의 주체가 될 수 있는바, 대통령은 소속 정당을 위하여 정당활동을 할 수 있는 사인으로서의 지위와 국민 모두에 대한 봉사자로서 공익실현의 의무가 있는 헌법기관으로서의 지위를 동시에 갖는데 최소한 전자의 지위와 관련하여서는 기본권 주체성을 갖는다고 할 수 있다』고 설시하고 있다. 따라서 자격심사와 징계에 대

12. 26. 헌법 제6호)에서 도입되었기 때문에 그러한 도입이 있기 전의 제1공화국 및 제2공화국 헌법¹⁴⁾하에서는 의원에 대한 자격심사와 징계에 대한 사법심사가 허용되느냐의 여부는 정치적 문제(political question)에 대한 사법심사의 적격문제로 치환되며, 따라서 상황에 따라서는 국회의 자격심사나 징계에 대한 법원¹⁵⁾의 사법심사가 전혀 배제된다고 보기 어려울 수 있다.¹⁶⁾ 그리고 현행헌법 하에서도 국회가 『자격심사』라는 이름으로 국회법 제135조 제1항이 위헌이라고 보고 사직한 의원의 지위를 상실시킨다면 지위를 상실당한 국회의원은 이론적으로는 이에 대한 헌법소원은 한정적으로 가능하다고 할 수 있다.¹⁷⁾

넷째는, 국회의원의 사직에 대해 국회의 허가제는 제도악용을 획책하는 심각한 부작용을 동반한다는 점이다.

과거 몇 차례 일부 국회의원들의 사직서 제출이 있었고 국회가 편의적으로

해 국회의원이 헌법소원을 제기하기 위해서는 기본권주체성이 인정되어야 하는데, 기본권주체성이 인정되는 경우란 의원의 기본권행사를 징계사유로 삼는 것을 의미한다. 따라서 이승우, 앞의 책, 977쪽에서 『헌법소원의 제기가 가능한 경우를 국회의원으로서의 공무담임권을 박탈하는 중대한 기본권침해와 관련되는 경우로 한정한다』고 하지만, 징계의 결과 공무담임권을 박탈하는 결과를 가져왔다고 하더라도 징계사유가 국민의 기본권과 관련하지 않는 한 헌법소원의 제기는 허용되지 않는다고 보아야 한다.

- 14) 제헌헌법에서는 헌법위원회를 두고 있었고 헌법위원회는 법률에 대한 위헌여부결정권을 부여하고 있었고(동 헌법 제81조 제2항), 제2공화국헌법(1960. 6. 16. 헌법 제4호)에서는 헌법재판소제도를 도입하였고 헌법재판소는 위헌여부결정권 뿐 아니고 국가기관간의 권한쟁의와 함께 헌법에 대한 최종적 해석권 등을 부여받고 있었다(동 헌법 제83조의3 제1호, 제2호, 제3호).
- 15) 제헌헌법에서는 헌법위원회를 두고 있으나 헌법위원회는 법률에 대한 위헌여부결정권만을 부여하고 있었다(동 헌법 제81조 제2항). 따라서 의원의 자격심사와 제명에 대한 제소는 헌법위원회가 아닌 법원에 대해 하여야 한다. 제2공화국헌법(1960. 6. 16. 헌법 제4호)에서는 헌법재판소제도를 도입하였고 헌법재판소는 위헌여부결정권 뿐 아니고 국가기관간의 권한쟁의와 함께 헌법에 대한 최종적 해석권 등을 부여하고 있다(동 헌법 제83조의3). 따라서 의원의 자격심사와 제명에 대한 제소는 제헌헌법과 마찬가지로 법원에 대해 하여야 한다.
- 16) 이종극, 개정憲法精義, 신지사, 1954, 310쪽에서는 제소금지제도가 도입되기 전인데도 이미 『자격 없다는 것이 본회의에서 결의된 때에는 의원의 신분을 잃는다. 의원자격에 관하여 의문이 있는 경우의 유권적 판단은 議院 자신이 할지며, 법원은 할 수 없다』고 논하고 있다.
- 17) 사직서를 제출한 국회의원이 헌법재판소의 위헌결정이 없는 상태에서 국회법 제135조 제1항을 위헌으로 보고 자신에 대한 의원으로서의 지위를 상실시키는 것이 헌법에 위반된다는 헌법소원을 제기하는 것이 矛盾行爲禁止 내지 禁反言의 原則(estoppel by representation)에 어긋나는 것이 아닌가 라는 문제가 제기된다. 헌법재판소 2009. 10. 29. 선고 2009헌라8.9. 10 결정은 media법 안건에 대한 것으로, 야당의원들은 심의·표결권을 행사할 수 있었음에도 이를 행사하지 아니한 것에 그치는 것이 아니라 국회의장의 의사진행과 다른 국회의원들의 심의·표결권 행사를 원천적으로 불가능하게 하려고 적극적으로 방해하였다. 그러나 다수의 의견은 『국회의원의 법률안 심의·표결권은 국민에 의하여 선출된 국가기관으로서 국회의원이 그 본질적 임무인 입법에 관한 직무를 수행하기 위하여 보유하는 권한으로서의 성격을 갖고 있으므로 국회의원의 개별적인 의사에 따라 포기할 수 있는 것은 아니다』라고 실시하여, 그 가능성을 부정하고 있다.

일부의원의 사직에 대해서만 선별적으로 허가하는 의결을 하였던 사례도 있었지만, 대부분의 사직이 정치적 투쟁의 일환으로 이루어진 것이기 때문에 정치적 쟁점에 대한 분쟁이 어느 정도 마무리되면 국회의장이 이를 불허하고 사직서를 반려해주는 경우가 많았다.¹⁸⁾ 그 결과 사직서제출은 자신의 정치적 투쟁을 위한 수단 정도로 생각하는 한편, 자신이 제출한 사직서에 대해 국회가 덜컥 허가하지는 않을 것이라는 확신에 따라 제출하는 경우가 없지 않았다는 의심이 끊임없이 제기되고 있었다.¹⁹⁾ 그런데다가 사직서를 제출한 의원들은 자신의 사직에 대해 국회가 허가를 하지 아니하는 동안에는 의원으로서의 신분이 유지된다는 논리를 내세워 의원으로서의 권한을 종전과 다름없이 행사하여왔다.²⁰⁾

의원직 사직에 대한 국회의 불허가로 인한 또 다른 문제는 국회의 불허가에도 불구하고 그 직을 면하기 위해서는 국회의원은 국회법에 명문의 규정은 없지만 당연한 자동퇴직사유라고 할 수 있는 자살을 하거나 고의적으로 국회불출석을 계속하거나 징계사유에 해당하는 행위들을 자행함으로써 국회법에 따라 징계의 일종으로서 제명되는 길밖에 없다.

이상과 같은 문제점으로 인해 의원의 사직은 국회를 대표하는 국회의장에게 사직서를 제출함으로써 즉시 효력이 발생하며 국회의장의 수리라거나 허가는 불필요하다고 보아야 한다. 따라서 국회의원의 사직에 대해 허가를 얻도록 규정하는 국회법 제135조 제1항은 위헌으로 보아야 한다.

III. 사직한 의원의 권한행사 배제방법

1. 헌법재판소 2009. 9. 22. 선고 2009헌마510 결정

18) 의원의 사직서 제출의 예로서는, 1965. 7. 한일국교정상화 협정이 공화당 단독으로 비준동의의 되자 이에 항의하여 제출된 민중당 등 야당 의원 61명의 사직서, 1979. 10. 4. 공화당과 유정회가 김영삼 신민당 총재의 제명에 동의한 것에 대한 항의로서 신민당 의원 68명이 일괄 제출한 사직서, 1990. 7. 임시국회에서 민자당의 국군조직법 변칙처리에 항의하여 김대중 총재 등 평민당 의원 72명 전원이 제출한 사직서 등이 있는 바, 이것들은 모두 반려되었다.

19) 의원직을 사직한 천정배가 사직서를 철회하는 방법으로 국회에의 복귀를 시도하자 같은 소속정당의 조경태 의원이 『‘국민사기극’, ‘생 쇼’ 등 원색적 표현을 써가며 ‘충정은 이해하나 대국민 약속을 파기한 무책임한 정치행위의 표본’이라며 ‘국민 대다수가 동의하지 않는 극한 무리수를 던졌다 아무런 성과도 없이 철회하는 모습에 국민들은 정치권과 민주당을 어떻게 평가하겠는가’라고 성토했다. joins.com ‘민주, 의원직 사퇴론’, 2010. 1. 12 15:47 입력 / 2010. 1. 12 15:54 수정.

20) 속칭 media법과 관련하여 국회의장을 상대로 한 권한쟁의심판청구사건(2009헌라8.9.10(병합))에서 의원직을 사직한 정세균, 천정배는 청구인에 포함되어 있다.

가. 문제의 소재

국회법 제135조 제1항의 위헌성은 앞서 본 바와 같지만, 의원직을 사직한 국회의원이 국회의 허가가 미료되고 있거나 국회의 불허가 상태를 이용하여 의원으로서의 권한행사를 계속하는 경우에 그 권한행사를 배제시키는 방법이 문제된다.

앞서 설명하듯 제2공화국헌법에서 헌법재판소의 관장업무를 법률의 위헌여부 심사(제1호)와 헌법에 대한 최종적 해석(제2호)을 별도로 규정하고 있었고 그에 근거하여 제정된 헌법재판소법(1961. 4. 17. 법률 제601호) 제10조에서 제청서 기재사항과 관련하여 『법원에 계속중인 사건에 관하여 법률의 위헌여부를 제청할 때』(제1항)와 『법원에 사건이 계속됨이 없이 법률의 위헌여부 또는 헌법에 관한 최종적 해석을 제청할 때』(제2항)로 나누어 규정하고 있었기 때문에 사직한 국회의원이 국회의 불허가나 허가절차의 미료 등은 이유로 권한행사를 하더라도 다른 의원은 사직에 의해 의원으로서의 지위를 자동상실하였음을 이유로 자격심사를 청구하게 되면 국회는 의원의 사직에 대해 국회의 허가를 요구하는 국회법(1960. 6. 7. 법률 제548호) 제77조 제1문에 대한 위헌 여부에 대한 심사를 청구할 수 있었을 것이고 그로 인해 국회는 사직한 의원의 지위 유지여부를 『간접적으로』 결정할 수 있었던 것이다. 그러나 현행헌법에서는 사정이 전혀 다르다. 그러나 현행헌법 하에서 국회법 제135조 제1항의 효력을 상실시키기 위해서는 헌법소원의 힘을 빌리지 않을 수 없다. 문제는 헌법소원을 제기하기 위해서는 청구인에게 국회법 제135조 제1항이 위헌결정되지 아니함으로 인해 자신의 기본권이 침해되고 있다는 점을 주장할 수 있어야 하는데 그러한 기본권으로 어떠한 것을 예상할 수 있느냐 하는 점이다.

나. 헌법소원에서 주장하는 침해된 기본권

위 헌법소원에서 청구인은 헌법상의 행복추구권(헌법 제10조) 및 공무담임권(헌법 제25조)의 침해를 문제삼고 있다. 그에 대한 논거는 다음과 같다: 『국회의원은 국민의 대표이기 때문에 피선거인으로서의 자격을 가지는 자는 자신의 주소지에 관계없이 성거가 실시되는 지역구가 있으면 어느 지역구이든 출마할 수 있다. 국회법 제35조 제2항 제2호에서는 국회의원에 대한 보궐선거는 4월

1일부터 9월 30일 사이에 그 선거의 실시사유가 확정된 때에는 10월중 마지막 수요일에 실시하도록 규정하고 있다. 정세균과 천정배는 의원직을 2009. 7. 24. 사직하였기 때문에 국회법 제135조 제1항에 대한 위헌결정이 신속하게 이루어지면 동인들의 의원직 상실로 인한 보궐선거는 2009. 10. 마지막 수요일인 28. 실시되어야 할 것이다. 그런데 보궐선거가 실시되기 위해서는 국회의장은 국회의원에 궐원된 사실을 중앙선거관리위원회에 통보하여야 하고(국회법 제137조, 공직선거법 제200조 제4항), 중앙선거관리위원회가 보궐선거실시지역임을 명백하게 하여야 출마하고자 하는 자들은 예비후보자로서 등록을 하고 선거운동을 할 수 있다. 공직선거법 제60조의2 제1항에서는 예비후보자로서의 등록은 선거일전 120일로 정하고 있고 보궐선거의 경우는 그 실시사유가 확정된 때라는 제한을 가하고 있다. 따라서 4월 1일부터 그해 9월 30일 사이에 실시되는 보궐선거를 예상하더라도 그 실시사유가 확정되지 않는 한 예비자등록을 할 수 없다. 예비자등록을 하지 못한 상태에서의 선거운동이란 단순한 사정선거운동에 불과할 뿐이다.』

다. 헌법재판소의 판단

위와 같은 기본권침해 주장에 대한 헌법재판소는 『헌법재판소법 제68조 제1항의 ‘공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 기본권의 침해 받은 자’라 함은 공권력의 행사 또는 불행사로 말미암아 자기의 기본권이 현재 그리고 직접적으로 침해받은 경우를 의미하므로 원칙적으로 공권력의 행사 또는 불행사의 직접적인 상대방만이 이에 해당한다고 할 것이고, 공권력의 작용에 단순히 간접적, 사실적 또는 경제적 이해관계가 있을 뿐인 제3자는 이에 해당하지 않는다』고 자기關聯性에 관한 법리를 설시하면서 그에 대한 선례로 헌법재판소 1997. 3. 27. 선고 94헌마277 결정을 드는 한편, 나아가 『이 사건 법률조항 및 피청구인의 부작위 등은 그 법적인 효과에 있어 사직서를 제출한 정세균.천정배의 국회의원직 상실 여부에 관련된 것으로서, 공직선거법 제16조 제2항에 의해 특별한 거주 요건 없이 국회의원 피선거권이 인정될 수 있는 제3자가 그들의 국회의원직 상실에 따라 당해 지역구에서 실시될 수 있는 보궐선거에 출마할 기회가 생기는지 여부는 단순한 간접적, 사실적 이해관계에 불과하다』고 하면서 이러한 제3자에 해당하는 청구인은 국회법 제135조 제1항 및 피청구인의 부작위에 대하여 자기관련성이 없다는 이유로 청구인의 심판청구를 각하하였다.

2. 헌법재판소 2009. 9. 22. 선고 2009헌마510 결정의 문제점

가. 문제의 소재

위 헌법재판소 결정에서 전제로 실시하고 있는 자기관련성에 관한 법리는 위 결정에서 선례로 인용하고 있는 헌법재판소 1997. 3. 27. 선고 94헌마277 결정에서 이미 전개하고 있기 때문에 논의의 대상에서 제외하기로 한다. 그러나 위 법리를 바탕으로 『공직선거법 제16조 제2항에 의해 특별한 거주 요건 없이 국회의원 피선거권이 인정될 수 있는 제3자가 그들의 국회의원직 상실에 따라 당해 지역구에서 실시될 수 있는 보궐선거에 출마할 기회가 생기는지 여부는 단순한 간접적, 사실적 이해관계에 불과하다』는 부분은 세 가지 점에서 문제된다. 첫째는 인용하고 있는 선례가 위 헌법재판소 결정의 대상사안에 적합한 사안에 대한 것인가 라는 점이고, 둘째는 과연 청구인의 보궐선거에 출마할 기회가 간접적, 사실적 이해관계에 불과한 것인가, 셋째는 위 헌법재판소 결정에 의한다면 국회법 제135조 제1항 규정이 위헌이라고 가정할 때 그 위헌성을 주장할 수 있는 자로 국회법 제135조 제1항을 악용하는 하직한 국회의원에 국한시키는 것이 타당한 자기關聯性에 대한 법리라고 할 것인가 라는 점이다.

나. 선례로서 인용되는 헌법재판소 1997. 3. 27. 선고 94헌마277 결정에 대한 검토

(1) 선례의 사안

동 사건의 사안은 다음과 같다: 『청구인들은 고신대학교 의학부 의학과에 재학중인 학생들이다. 고신대학교는 대한예수교 장로회 총회 고려학원에서 설립한 학교로서 1993학년도 신입생 선발 당시 총점 550점 중 44점(8%)의 면접고사점수를 신앙노선, 신급, 주일성수 및 교회봉사, 신앙관 및 성경상식, 기독교 대학에 대한 지원동기와 적성에 관한 질문으로 평가하였다. 또한 1994.1995학년도 신입생모집요강에는 신입생자격을 신학과는 세례를 받은 자/나머지 학과는 기독교 교인 중 '학습인' 이상으로 제한하고, 신급에 따라 원입인, 학습인, 유아세례교인, 입교인(세례교인)으로 구분하며, 입학지원시 신앙증명서류로서

학습 및 입교(세례) 연명부 사본 또는 교회 당회장 증명서를 첨부하도록 하였다. 이에 청구인들을 비롯한 의학부학생들은 고신대학교의 신입생자격 제한조치가 헌법상 평등권, 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리 등을 침해한 위헌적인 조치라고 보고, 고신대학교 총장에게 자격제한을 철폐해 줄 것을 진정하였으나 거부되었으며, 교육부장관에게 위와 같은 자격제한조치에 대한 시정 조치를 요구하였으나 교육부장관은 고신대학교 총장에 대해서 그 시정을 권고할 뿐이어서 결국 위와 같은 자격제한조치는 시정되지 않았으므로, 청구인들은 1994. 12. 28. 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판을 청구하였다.』

(2) 선례의 결정취지

헌법재판소는 위 사안에 대해 다음과 같이 실시하고 있다: 『청구인들은 고신대학교의 재학생들이므로 신입생자격 제한조치의 직접적인 상대방이 아닌 제3자이다. 청구인들은 신입생자격제한으로 인하여 재학생인 자신들의 학문의 자유, 대학자치에의 참여권이 침해당했다고 주장하나, 고신대학교의 신입생자격 제한으로 인하여 고신대학교에 입학하고자 하는 자의 기본권이 직접 침해되었는지 여부는 별론으로 하고, 청구인들은 이미 고신대학교에 입학한 재학생들이므로 신입생자격제한으로 인하여 재학생들의 기본권이 침해될 여지는 없다고 할 것이다.』

(3) 선례로서의 부정합성

앞서 인용한 헌법재판소 결정에서 알 수 있듯, 동 사건사안에서 청구인들은 고신대학교 신입생자격인 『신학과는 세례를 받은 자/나머지 학과는 기독교 교인 중 ‘학습인’ 이상인 자』에 해당한다는 이유로 입학이 허용되어 이미 재학중인 자들이기 때문에 설사 고신대학교 신입생자격제한조치가 헌법상 평등권, 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리 등을 침해한 위헌조치라는 이유로 헌법재판소에서 무효결정이 된다고 하더라도 입학이 불허된 자들로서 입학이 가능하게 되는 것은 아닌 이상, 헌법재판소의 무효결정으로 간접적 또는 사실적 이해관계가 생길 여지가 없는 자들이라고 할 수 있다. 따라서 위 선례는 대상결정인 헌법재판소 2009. 9. 22. 선고 2009헌마510 결정의 사안에서 가지는 청

구인의 이해관계가 간접적이거나 사실적인 것에 불과하다는 결론을 도출하는데 있어서 선례로서의 가치는 전혀 없다고 할 수 있다.

위 선례에서 인용되고 있는 선례들의 내용은 다음과 같다. 헌법재판소 1993. 7. 29. 선고 89헌마123 결정은 『이 사건 과세처분의 상대방은 청구인 남문학 원이고, 위 과세처분으로 말미암아 위 학교에 재학중인 학생들인 청구인들은 단지 간접적이고 사실적이며 경제적인 이해관계가 있는 자들일 뿐, 법적인 이해관계인이 아니라고 할 것이므로 그들에게는 동 처분에 관하여 자기관련성이 인정되지 않는다』는 것으로 과세처분의 근거가 되는 구 법인세법 제59조의3 제2항 제3호, 제3항(1989. 12. 30. 법률 제4165호로 개정되기 전의 것)이 위헌 결정이 되더라도 청구인에게 특정한 법률적 이해관계가 발생되지 아니한 것으로 보았다.

헌법재판소 1994. 6. 30. 선고 92헌마61 결정은 단층연립주택의 소유자에 포함되지 아니하는 청구외인이 “청구인 A과 다른 청구외인이 단층연립주택을 소유하고, 다른 청구인 B 등은 점포를 소유하는 방법으로 계쟁토지를 구분 특정하여 각 점유하고 있으므로, 계쟁토지가 공유토지분할에관한특례법이 적용되는 토지”라고 주장하면서 특례법에 따라 청구인 A, B 등을 포함한 일부공유자의 동의를 얻어 지방자치단체의 장에게 계쟁토지를 공동주택의 부지부분과 점포의 부지부분으로 분할하여 달라고 신청하였는데 동 지방자치단체의 공유토지분할위원회가 분할신청을 기각하자 청구인 A, B 등은 위 분할신청기각결정이 청구인들에게 보장된 헌법상의 기본권을 침해하고 있다고 하여 헌법소원심판을 제기한 사안에서, 『특례법이 제정되었다고 하여, 특례법이 적용되는 토지의 공유자들이 토지재산권에 관하여 일정한 권리를 취득하거나, 일정한 의무를 부담하게 된다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 원래의 민법상의 공유물분할제도를 이용할 수 없게 된다면, 그 이용을 정지당한다고도 볼 수 없다. 또한 제3자가 특례법에 따라 일정한 토지에 관하여 공유토지분할을 신청하였다고 하여, 그로 인하여 당해토지의 공유자나 그 분할신청에 동의한 자들이 자신의 이름으로 같은 토지에 관하여 특례법상의 공유토지분할을 신청할 수 없게 되는 것도 아니다(특례법 제14조 제4항 참조). 그러므로, 제3자가 일정한 토지에 관하여 신청한 공유토지분할신청이 받아들여져서 분할개시의 결정이 내려진 경우에 당해토지의 공유자 등에게 그 분할절차의 간접적 이익을 가지게 됨은 별론으로 하고, 제3자가 일정한 토지에 관하여 특례법에 따라 공유토지분할을 신청하였으나 그 신청의 기각결정으로 인하여 직접 청구인들의 재산권이나 기타의 법적

이익이나 권리를 침해당하고 있다고 인정할 수 없는 것이다. 따라서 당해 토지의 공유자나 제3자의 분할신청에 동의한 자들은 그 이유만으로는 피청구인의 기각결정으로 인하여 직접적으로 자기들의 기본권이 침해당하였다는 법적 지위에 있지 아니하다 할 것이다.』는 이유로 이므로 제기한 헌법소원에 대해 자기관련성을 부정하고 있다. 이 결정에서는 제3자가 제기한 공유토지분할위원회의 기각결정에도 불구하고 청구인은 그와는 별도로 분할신청은 가능하므로²¹⁾ 그 기각결정에 의해 청구인의 법적 권리는 훼손당한 바가 없다는 점을 명백히 한 것이다. 그러나 의원사직에 대해 헌법재판소가 위헌결정이 선고되는 경우에 청구인은 사직한 의원의 지역구에 출마하는 것이 법률적으로 가능하기 때문에 이를 단순한 간접적이거나 사실적인 이해관계라고 볼 것은 아니다.

3. 제3자의 自己關聯性

가. 자기관련성의 의의

자기관련성(Selbstbetroffenheit)이란 청구인이 침해받은 기본권의 주체임을 말한다. 헌법소원을 제기함에 있어서 요구되는 자기관련성이라는 요건은 민사소송이나 행정소송에서 요구되는 當事者適格에 대응하는 개념이다.²²⁾ 헌법재판소는 흔히 『헌법재판소법 제68조 제1항의 ‘공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 기본권의 침해를 받은 자’라 함은 공권력의 행사 또는 불행사로 말미암아 자기의 기본권이 현재 그리고 직접적으로 침해받은 경우를 의미한다』라고 실시하는데,²³⁾ 이러한 실시는 『자기관련성』에 대한 정의에 해당한다. 헌법재판소는

21) 그러므로, 제3자가 일정한 토지에 관하여 신청한 공유토지분할신청이 받아들여져서 분할개시의 결정이 내려진다고 하더라도 당해 토지의 공유자 등에게 주어지는 이익은 간접적인 것에 지나지 아니한다. 위 결정에서는 이 점에 대하여 『그러므로, 제3자가 일정한 토지에 관하여 신청한 공유토지분할신청이 받아들여져서 분할개시의 결정이 내려진 경우에 당해 토지의 공유자 등에게 그 분할절차의 간접적 이익을 가지게 됨은 별론으로 하고』라고 실시하고 있다.

22) 신 평, 헌법재판법, 법문사, 2007, 558쪽; 황도수, ‘헌법소원심판청구의 적법요건으로서의 「자기관련성」의 판단기준 -독일판례를 중심으로-’, 헌법논총, 2집, 헌법재판소, 1991, 538쪽

* 자기관련성은 직접관련성(unmittelbare Betroffenheit), *gutworhksfustjdgegenwärtige Betroffenheit*)와 함께 법적관련성의 세 요소이다. 그리고 이 법적관련성이 청구인적격을 결정한다. 정종섭, 헌법소송법, 제4판, 박영사, 2006, 567쪽; 허 영, 헌법소송법론, 박영사, 2006, 370쪽; 신 평, 앞의 헌법재판법, 558, 568, 576쪽. 그러나 이 글에서는 자기관련성 이외의 요소에 대한 논의는 불필요하다.

이러한 정의에서 나아가 『헌법재판소법 제68조 제1항의 ‘공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 기본권의 침해를 받은 자’라 함은 … 원칙적으로 공권력의 행사 또는 불행사의 직접적인 상대방만이 이에 해당한다고 할 것이고, 공권력의 작용에 단순히 간접적, 사실적 또는 경제적 이해관계가 있을 뿐인 제3자는 이에 해당하지 않는다』고 설시하는데, 이 부분은 공권력행사의 대상자(Adressat)는 당연히 청구인이 될 수 있다는 점과 함께²⁴⁾ 제3자가 청구인이 됨에 있어서는 공권력의 작용에 단순히 간접적, 사실적 또는 경제적 이해관계가 있는 것만으로 부족하다는 점을 밝히고 있다고 할 수 있다. 이러한 자기관련성에 대한 요구는 헌법소원이 권리구제형 헌법소원이든 규범통제형 헌법소원이든 마찬가지이다. 다만 이 글의 주제가 국회법 제135조 제1항의 위헌성과 관련되고 있으므로, 앞으로의 논의는 규범통제형 헌법소원을 염두에 두고 전개하는 것으로 한다.

나. 선례를 통해 본 자기관련성의 판단기준

(1) 헌법재판소 1997. 9. 25. 선고 96헌마133 결정

위 결정은 판단기준으로 흔히 인용되고 있는 선례로서 『어떠한 경우에 제3자의 자기관련성을 인정할 수 있는가의 문제는 무엇보다도 법의 목적 및 실질적인 규율대상, 법규정에서의 제한이나 금지가 제3자에게 미치는 효과나 진지성의 정도, 규범의 직접적인 수규자에 의한 헌법소원제기의 기대가능성 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다』고 그 판단기준을 제시하고 있다. 사안은 청구인은 제15대 국회의원선거의 지역선거구에 무소속으로 등록된 후보자로서 선거운동의 효율성을 높이기 위하여 기존 선거운동원을 서울특별시 지하철공사

23) 헌법재판소 1997. 3. 27. 선고 94헌마277 결정

24) 공권력행사가 재판이나 구체적 처분일 경우에는 대개 그 행위의 대상자, 상대방 내지 당사자가 구체적으로 명시되어 있다. 따라서 공권력행사의 당사자로 명시되어 있는 자들은 자기의 이름으로 당해 공권력행사에 대하여 헌법소원심판을 청구할 수 있게 된다. 재판에 대한 헌법소원이 인정되는 독일의 경우 재판의 당사자인 원고, 피고, 신청인, 피고인 등에게 자기관련성이 당연히 인정되고 있다. 이와 달리 공권력행사가 立法行爲이거나 일반적 처분인 경우에는 그 행위의 대상자가 구체적으로 명시되어 있지 아니하다. 이러한 경우에는 법률, 명령, 기타 규범 및 일반적 처분의 요건에 해당되어 당해 규범이나 처분의 법적 효과가 그에게 발생된 자(規範의 受範者)를 공권력행사의 대상자로 보고, 그들에게 자기관련성을 인정하여야 한다. 어떠한 자가 규범의 수범자가 되는가 라는 것은 결국 당해 규범이나 처분의 해석에 의하여 결정되게 된다. 황도수, 앞의 논문, 540-541쪽

직원으로 교체하여 관할 선거관리위원회에 신고하였다. 그러나 관할 선거관리위원회위원장은 공직선거및선거부정방지법의 관련규정에 교체선거운동원이 선거운동을 할 수 없는 지방공사의 직원이라는 이유로 선거운동원으로서의 활동을 금지시켰고, 이에 청구인은 당해지방공사 직원의 선거운동을 금지하는 공직선거및선거부정방지법 규정이 위헌임을 이유로 헌법소원을 제기한 것이다. 위 결정에서는 앞서 실시한 판단기준을 제시하면서 『[당해] 법률조항은 법의 목적 및 규율대상에 있어서 제3자인 청구인을 함께 규율하려고 의도하지도 않을 뿐 아니라 제3자에 미치는 효과의 정도에 있어서도 청구인에 미치는 효과의 정도가 미약하므로, 청구인이 입는 이러한 불이익은 청구인의 법적 지위에 대한 직접적 침해가 아니라 청구인이 단순히 일정 생활관계에 필연적으로 관련됨으로써 파생하는 간접적, 사실적 연관성에 불과하다』는 이유로 청구인은 당해규정의 위헌여부를 다룰 기본권침해의 자기관련성이 결여되어 있다고 결론지었다. 이 점을 염두에 두고 자기관련성의 인정·불인정에 관한 헌법재판소 선례들을 살펴보기로 하자.

(가) 자기관련성을 인정한 경우

헌법재판소는 법률이 직접 규제대상으로 삼는 受規者 내지 受範者에는 해당하지 않는다고 하더라도 수규자에 대한 규제로 자신의 영업활동의 주된 부분에 제한이 따르는 경우에 대해 자기관련성을 인정하고 있고,²⁵⁾ 제3자가 실질적 수규자에 해당하여 법규정에 내포하고 있는 불이익이 수규자의 범위를 넘어 제3

25) 헌법재판소 1998. 11. 26. 선고 94헌마207 결정. 당시 시행중이던 방송법 제17조 제3항 제3호에서는 광고방송물에 대하여 방송되기 전에 방송위원회가 그 내용을 사전심의하여 방송여부를 결정하도록 규정하고 있고, 방송위원회는 방송심의에관한규정을 제정·공표하여 광고방송물의 심의기준을 정하고 있었다. 이에 광고대행 및 제작을 업으로 하는 여러 광고회사에 소속되어 광고의 제작활동에 종사하는 청구인들은 통상 광고주(기업주)의 위탁이 있을 경우 오랜 시간과 노력, 그리고 비용을 들여 광고방송물을 제작하지만 방송위원회의 사전심의를 거쳐야 함은 물론, 일정한 경우에는 방송불가 판정을 받아 더 이상 전파를 탈 수 없게 되는 규범상태에 놓여 있다는 점을 들어 자기관련성 충족을 내세우고 사전심의를 규정하는 당해 방송법규정은 검열을 금지하고 있는 헌법 제21조 제2항에 위반된다는 이유로 헌법소원을 제기하였다. 위 결정에서는 『이 사건 청구인들은 사전심의를 대상이 되는 광고표현물의 제작에 참여하는 광고인들이다. 이들은 제작과정에서 사전심의회도와 심의규정의 존재를 의식하여 제작활동을 행하지 않을 수 없고, 또한 만약 사전심의회 결과 방송불가 또는 조건부 방송가 판정을 받는 경우에는 광고표현물을 심의규정에 맞게 재수정해야 하는 등 이 사건 법률조항과 심의규정에 의하여 그들의 제작활동이 직접 제약을 받고 있다고 보지 않을 수 없고, 이러한 제약이 단순히 간접적 또는 사실적인 것이라고 보기는 어렵다. 따라서 청구인들은 이 사건 법률조항과 심의규정에 의한 기본권침해의 자기관련성을 갖추고 있다고 할 것이다.』라고 하여 자기관련성을 인정하고 있다.

자에게도 거의 동일하게 미치는 경우,²⁶⁾ 위헌 여부에 대해 헌법소원이 제기된 법률과 밀접한 이해관계를 가지는 경우,²⁷⁾ 종전에 두 직업군에 허용되어 오던 행위가 법의 개정으로 인해 한 직업군에게만 허용되기에 이른 경우에 배제된 직업군에 속하는 자의 경우²⁸⁾에 자기관련성을 인정하고 있다.

(나) 자기관련성을 부정한 경우

헌법재판소는 위헌법률임을 주장하는 법률이 설사 헌법재판소에 의해 위헌결정이 된다고 하더라도 청구인에게 그로 인하여 보호받을 이익이 현존하지 아니하거나,²⁹⁾ 위헌결정이 청구인의 법적 지위에 영향을 미치지 아니하는,³⁰⁾ 다시

- 26) 헌법재판소 2000. 6. 29. 선고 99헌마289 결정:『국민건강보험법 부칙 제6조 및 제7조의 직접적인 수급자는 법인이나, 직장의료보험조합은 공법인으로서 기본권의 주체가 될 수 없을 뿐만 아니라, 법규정의 실질적인 규율대상이 수급자인 법인의 지위와 아울러 제3자인 청구인들(직장의료보험조합의 조합원들)의 법적 지위라고 볼 수 있으며, 법규정이 내포하는 불이익이 수급자의 범위를 넘어 제3자인 청구인들에게도 유사한 정도의 불이익을 가져온다는 의미에서 거의 동일한 효과를 가지고 있으므로, 법의 목적 및 실질적인 규율대상, 법규정에서의 제한이나 금지가 제3자에게 미치는 효과나 진지성의 정도, 규범의 수급자에 의한 헌법소원의 제기가능성 등을 종합적으로 고려하여 판단할 때, 청구인들의 자기관련성을 인정할 수 있다』
* 헌법재판소 2003. 5. 15. 자 2001헌마565 결정:『대학으로 하여금 국가유공자의 자녀에 대하여 수업료등을 면제할 수 있게 하고 국가는 그 면제한 수업료등의 반액을 대학에 보조하도록 규정한 국가유공자등예우및지원에관한법률 제25조 제2항, 제3항의 입법목적에 비추어 볼 때, 국가유공자 본인은 위 법률조항의 실질적인 규율대상에 속한다고 판단되고, 위 법률조항에 의해 국외 대학에 취학한 국가유공자의 자녀가 교육보호를 받을 수 없게 되는 데서 생기는 불이익은 통상적으로 자녀의 학비를 부담하는 국가유공자 본인에게 돌아가게 되는 점을 고려할 때, 국가유공자인 청구인에 대해 자기관련성을 인정할 수 있다』
- 27) 헌법재판소 1991. 3. 11. 선고 91헌마21 결정:『서울특별시의회에 진출하려는 청구인 유윤석이나 민중당은 후술하는 범위내에서 지방의회의원선거법과 밀접한 이해관계가 인정되므로 자기(관련)성은 의문의 여지가 없고…』
- 28) 헌법재판소 2003. 10. 30. 선고 2000헌마563 결정: 약사법 제21조 제8항은 의료기관의 조제실에서 조제업무에 종사하는 약사가 의료법 제18조의2의 규정에 의하여 처방전이 교부된 환자에게 의약품을 조제해서는 안 된다고 규정하고 있다. 청구인은 의료재단이므로 병원 조제실 근무 약사의 기본권을 침해할 가능성이 존재하지만 동 법률조항의 간접적인 수범자인 제3자에 불과하다. 그런데 청구인은 약사를 고용하여 병원내 조제실을 운영하여오다가 개정된 약사법에 의해 고용된 약사가 원외처방전에 대해서 조제할 수 없게 되었고, 외래환자를 위해서는 병원내 조제실('구내약국')을 운영할 수 없게 되었다. 위 결정에서는 이러한 사실관계에 대하여 『의료기관 운영자는 외래환자에 대한 조제투약 금지를 규정한 법 제21조 제8항으로 말미암아 외래환자에 대한 조제투약업무로 획득하던 수입을 더 이상 올릴 수 없게 되었기 때문에 그만큼 영업상의 불이익을 받게 되었다고 볼 수 있다. 그렇지만 이러한 영업상의 불이익은 단순한 사실상 및 경제상의 불이익에 해당된다고 볼 수 없고, 청구인의 직업(병원 운영)을 수행할 수 있는 자유 내지 법적 이익에 불리한 영향을 준다고 할 것이다』는 이유로 자기관련성을 인정하고 있다.
- 29) 헌법재판소 1989.7.21. 89헌마12 결정. 청구인은 형사소송법 제260조 제1항에서 재정신청의 대상이 되는 범죄를 형법 제123조 내지 제125조에 규정한 범죄에만 한정하고 그 밖의 범죄에 대한 검사의 불기소처분에 대해서는 사법적 심사의 길을 봉쇄하여 결국 검찰을 특수계

말하면 청구인의 법적지위가 개선되지 아니하는³¹⁾ 경우, 이미 권리가 주어진 수급자들에 대해 그 권리행사의 절차만을 규정하는 법률에 대해 수급자에 포함되지 아니하는 자들이 제기한 헌법소원에서 해당규정에 대해 위헌결정이 이루어지더라도 수급자에 포함되지 아니한 자들에 대해 권리가 주어지는 것이 아닌 경우,³²⁾ 아직 확정적으로 법률상의 수급자의 지위를 획득하지 못한 자가 장래 그 지위를 획득할 것을 전제로 수급자를 규정하는 법률을 폐지하여 더 이상의 수급자가 존재할 수 없도록 한 경우,³³⁾ 제정된 법률의 내용이 청구인의 법적 지위나 자유·권리, 또는 편익에 어떠한 변화를 가져올지는 분명히 예견할 수 있는 성질의 것이 아니며 많은 정치·경제적 여건 등 외부적인 제반 요인에 의해서도 변동될 수 있는 측면이 존재하기 때문에 반드시 청구인이 주장하는 바

급화 함으로써 평등의 원칙을 규정한 헌법에 위반하였다는 점을 이유로 동 규정에 대한 헌법소원을 제기한 사안에 대하여 『청구인은 그 자신이 고소 또는 고발을 한 사실이 없을 뿐 아니라, 청구인이 장차 언젠가는 위와같은 형사소송법의 규정으로 인하여 권리침해를 받을 우려가 있다 하더라도 그러한 권리침해의 우려는 단순히 장래 잠재적으로 나타날 수도 있는 것에 불과하여 권리침해의 현재성을 구비하였다고 할 수 없다』고 설시하고 있다.

* 정종섭, 앞의 헌법소송법, 562쪽에서는 『형사소송법 제260조 제1항에서 재정신청의 대상이 되는 범죄로 형법 제123조 내지 제125조에 규정한 범죄에 한정하고 있는 것이 그 밖의 범죄에 대한 검사의 불기소처분에 대한 재정신청을 봉쇄한다는 이유로 헌법소원을 제기한 경우에 자기관련성을 인정하지 아니한 결정으로 소개하나, 그와 같은 소개는 오해를 불러올 수 있다.

- 30) 헌법재판소 2003. 2. 27. 선고 2001헌마550 결정: 『청구인은 이 사건 헌법소원심판청구 후인 2001. 9. 3. 스스로 의원직을 사퇴하였고, 또한 같은 날 국회본회의에서 청구인에 대한 의원사직건이 가결되었다. 이에 따라 청구인은 그 후 2001. 10. 25. 실시된 강릉시 보궐선거에 입후보하여 당선되었다. 그렇다면 청구인은 청구외인에 대한 징역형의 선고가 그 후 2001. 12. 14. 대법원판결로 확정된 것과 관계없이 더 이상 이 사건 법률조항에 의하여 기본권침해를 받게 되는 지위에 있지 아니하게 되었으므로, 이 사건 헌법소원심판 청구를 기본권침해의 자기관련성이 없게 된 부적법한 심판청구라고 할 것이다.』
- 31) 헌법재판소 1993. 3. 11. 선고 89헌마79 결정: 『가사 청구인이 주장하는 바와 같이 한의사에 대한 무단속이 위헌으로 판단되어 청구인의 이 부분 청구가 인용되어 한의사가 침구술의 시술을 하지 못하게 된다고 하여도 이로 인하여 청구인자신의 법적지위가 그 전에 비하여 개선되는 것이 아니므로 청구인으로서 위와 같은 한의사에 대한 단속의 여부를 자신이 다룰 자기관련성은 없는 것이라 볼 것이다.』
- 32) 헌법재판소 1999. 3. 25. 선고 97헌마99 결정: 『공직선거법 제148조에 관한 부분에 대하여 보면, 같은 법조 규정은 부재자투표를 할 수 있는 사람에 관하여 부재자투표를 하는 절차만을 규정한 것이므로 이 규정에 의하여 청구인들의 기본권이 침해되었다고 할 수 없다. 즉 이 규정은 일단 부재자투표권자로 선거인 명부에 등재된 사람들의 투표절차를 규정한 것인데, 청구인들은 공직선거법 제38조 제1항에 의하여 부재자투표권자로 선거인명부에 등재될 수 없는 처지이므로 청구인들에게 공직선거법 제148조가 적용될 여지가 없다.』
- 33) 헌법재판소 2001. 2. 22. 선고 99헌마613 법률. 세무대학 진학을 목표로 공부하여 오던 청구인이 세무대학설치법이 동법률폐지법률에 의해 폐지되자 폐지법률의 위헌성을 다툰 사안에서 위 결정은 『세무대학 진학을 목표로 공부를 해 왔다는 사실만으로는 아직 세무대학에서 학업할 수 있는 자격을 확정적으로 부여받았다고 볼 수 없다』는 이유로 자기관련성을 부정하였다.

와 같은 결과가 초래된다고는 단정할 수 없는 경우³⁴⁾에 자기관련성을 인정하지 아니하고 있다.

(2) 헌법재판소 2008. 4. 24. 선고 2004헌마440 결정

헌법재판소 2008. 4. 24. 선고 2004헌마440 결정에서는 자기관련성과 관련하여 두 가지 점을 판단하고 있다. 첫째의 점은 『법률 또는 법률조항 자체가 헌법소원의 대상이 될 수 있으려면, 그 법률 또는 법률조항에 의하여 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고 직접·현재·자기의 기본권을 침해받아야 하는 것을 요건으로 한다. 여기서 말하는 기본권침해의 직접성이란 집행행위에 의하지 아니하고 법률 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우를 뜻하므로, 구체적인 집행행위를 통하여 비로소 기본권침해의 법률효과가 발생하는 경우에는 직접성의 요건이 결여된다 할 것』³⁵⁾이라는 점이고, 둘째의 점은 『집행행위에는 입법행위도 포함되므로, 법령규정이 그 규정의 구체화를 위하여 하위규범의 시행을 예정하고 있는 경우에도 당해 법령규정의 직접성은 부인된다』³⁶⁾는 점이다.

다. 검토

(1) 헌법재판소 2009. 9. 22. 선고 2009헌마510 결정의 선례에의整合性

- 34) 헌법재판소 2002. 6. 27. 선고 2001헌마122 결정(한국전력공사의 분할절차를 간소화하는 내용의 전력산업구조개편촉진에관한법률에 대해 한전의 직원이자 노동조합원, 그리고 전기소비자의 지위를 가지는 청구인이 청구인의 직업선택의 자유, 행복추구권, 근로3권 및 소비자의 권리를 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다는 이유로 헌법소원을 제기한 사안에 대한 것임)
- 35) 선례로 인용되는 헌법재판소 1992. 11. 12. 선고 91헌마192 결정에서는 『農村近代化促進法 제94조는 그 규정 자체만으로는 자유의 제한, 의무의 부과, 권리(또는 법적 지위의 박탈 등 기본권 침해에 관련한 내용을 포함하고 있지 아니할 뿐 아니라, 위 법률조항은 농지개량사업을 실시함에 있어서 사업시행자가 당해 농지개량사업시행계획의 개요의 고시나 열람 등 그 집행절차를 규정하고 있는 것에 지나지 아니하므로 청구인이 위 법률조항 자체에 의하여 직접 기본권 침해를 받았다고 할 수 없다』
- 36) 헌법재판소 2004. 9. 23. 선고 2003헌마231 결정: 『福券및福券基金法 제11조는 단순히 “복권위원회는 …… 온라인 복권발매시스템의 운용 및 판매에 관한 수수료의 최고한도를 정하여 고시할 수 있다”라고 규정함으로써 복권위원회에게 하위규범인 고시를 제정·시행할 권한을 부여하고 있을 뿐, 그 자체로 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이라는 법적 효과를 발생시키지 않고 있으므로, 위 법률조항이 직접적으로 청구인의 기본권을 침해하고 있다고 할 수 없다』

여부

(가) 헌법재판소 1997. 9. 25. 선고 96헌마133 결정과 관련하여

자기관련성을 인정하는 결정 가운데 위헌 여부에 대해 헌법소원이 제기된 법률과 밀접한 이해관계를 가지는 경우에 대한 결정³⁷⁾은 특히 의미를 가진다. 보궐선거가 실시되기 위해서는 국회의장은 국회의원에 궐원된 사실을 중앙선거관리위원회에 통보하여야 하고(국회법 제137조, 공직선거법 제200조 제4항), 중앙선거관리위원회가 보궐선거실시지역임을 명백하게 하여야 출마하고자 하는 자들은 예비후보자로서 등록을 하고 선거운동을 할 수 있다. 따라서 국회의원의 지위를 사직한 경우에 국회의 허가와 무관하여 자동적으로 의원직을 상실하는 것이 헌법합치적 해석이라면 국회의장으로 하여금 국회의원에 궐원된 사실을 중앙선거관리위원회에 통보하도록 하기 위하여 의원의 사직에 국회의 허가를 얻도록 규정하는 국회법 제135조 제1항의 위헌을 구할 이익이 있다고 보아야 하고 동 규정과 청구인 사이에는 밀접한 관계가 있다고 보아야 한다.

그러나 헌법재판소 2009. 9. 22. 선고 2009헌마510 결정의 판단기준에의 정합성 여부는 이러한 자기관련성을 인정하는 선례보다는 이를 부정하는 선례들과 대비하여 이해하는 것이 보다 현실적이다. 자기관련성을 부정하는 많은 선례들이 들고 있는 이유는 위헌법률임을 주장하는 법률이 설사 헌법재판소에 의해 위헌결정이 된다고 하더라도 청구인에게 그로 인하여 보호받을 이익이 현존하지 아니하거나,³⁸⁾ 위헌결정이 청구인의 법적 지위에 영향을 미치지 아니하는³⁹⁾ 경우에 대한 것들이다. 그 중 헌법재판소 2009. 9. 22. 선고 2009헌마510 결정에서 제시하는 『밀접한 이해관계』라는 기준은 지극히 불분명하고 『법률적 이해관계』라는 의미보다 다분히 『간접적 또는 사실적 이해관계』라는 의미를 내포하고 있지만, 그 사안에서 청구인은 국회법 제135조 제1항이 위헌결정되는 경우에 공무담임권의 행사를 위한 출마가 열려 있는 자이다. 그와 같이 헌법재판소 2009. 9. 22. 선고 2009헌마510 결정의 사안은 자기관련성을 부정

37) 헌법재판소 1991. 3. 11. 선고 91헌마21 결정

38) 헌법재판소 1989.7.21. 89헌마12 결정

39) 헌법재판소 2003. 2. 27. 선고 2001헌마550 결정: 『청구인은 이 사건 헌법소원심판청구 후인 2001. 9. 3. 스스로 의원직을 사퇴하였고, 또한 같은 날 국회본회의에서 청구인에 대한 의원사직건이 가결되었다. 이에 따라 청구인은 그 후 2001. 10. 25. 실시된 강릉시 보궐선거에 입후보하여 당선되었다. 그렇다면 청구인은 청구외인에 대한 징역형의 선고가 그 후 2001. 12. 14. 대법원판결로 확정된 것과 관계없이 더 이상 이 사건 법률조항에 의하여 기본권침해를 받게 되는 지위에 있지 아니하게 되었으므로, 이 사건 헌법소원심판 청구를 기본권침해의 자기관련성이 없게 된 부적법한 심판청구라고 할 것이다.』

하는 결정의 사안과는 현저한 차이가 있다. 또한 헌법재판소 2009. 9. 22. 선고 2009헌마510 결정의 사안은 그리고 이미 권리가 주어진 수규자들에 대해 그 권리행사의 절차만을 규정하는 법률에 대해 수규자에 포함되지 아니하는 자들이 제기한 헌법소원에서 해당규정에 대해 위헌결정이 이루어지더라도 수규자에 포함되지 아니한 자들에 대해 권리가 주어지는 것이 아닌 경우⁴⁰⁾에 관한 사안과 다른은 의문의 여지가 없다. 청구인은 국회법 제135조 제1항에 대한 위헌결정으로 자신의 공무담임권을 행사할 수 있는 길이 열리기 때문이다.

이와 같이 자기관련성에 관하여 종전에 확립되어 온 판단기준을 적용한다고 하더라도 헌법재판소 2009. 9. 22. 선고 2009헌마510 결정에서 청구인에 대해 자기관련성을 부인한 것은 타당하지 못하다고 할 수 있다.

(나) 헌법재판소 2008. 4. 24. 선고 2004헌마440 결정과 관련하여

국회의원의 사직에 대해 국회의 허가를 얻도록 규정하는 국회법 제135조 제1항은 그 구체화를 위해 하위규범의 시행을 예정하고 있는 것은 아니다. 한편 첫째의 점에서 말하는 『기본권침해의 직접성』에서 말하는 『집행행위』란 헌법소원에서 위헌선언을 구하는 법률에 대해 집행의 책임을 지는 행정기관에 대한 개념이지 위헌여부를 결정하는 헌법재판소의 결정을 의미하는 것은 아니다. 국회의원의 사직에 대해 국회가 허가 여부를 결정하지 아니하거나 불허가를 결정하는 경우에 청구인에게 공무담임권이라는 기본권침해가 발생하는 것은 분명하지만, 국회의 허가를 요한다고 규정하는 국회법 제135조 제1항 자체가 위헌결정되지 아니하는 한 청구인의 훼손된 기본권에 대한 구제는 불가능하다. 반대로 국회법 제135조 제1항이 위헌결정되는 경우에는 청구인의 기본권은 보호가 된다.

이러한 점에서 청구인이 국회법 제135조 제1항에 대해 위헌임을 이유로 헌법소원을 제기함에 있어서는 자기관련성이 인정하는 것이 바람직하며, 헌법재판소 2009. 9. 22. 선고 2009헌마510 결정은 『자기관련성』에 관한 선례와의 정합성도 확보하지 못한 잘못된 결정이라고 할 수 있다.

(2) 『자기관련성』의 요구 근거

헌법소원에서 자기관련성이 요구되는 것은 헌법소원이 民衆訴訟으로 이용되

40) 헌법재판소 1999. 3. 25. 선고 97헌마99 결정

지 아니하기 위한 장치로 기능하도록 하기 위한 것이며,⁴¹⁾ 이러한 기능은 규범 통제형 헌법소원에서 더욱 두드러진다고 할 수 있다. 그러나 헌법소원이 민중 소송으로 이용당하지 아니하도록 하기 위해서는 어떠한 노력을 하여야 하는가의 점에 대해서는 일부학자가 자기관련성의 요건과 관련하여 일반적인 효력을 갖는 형벌규정은 특별한 의미를 갖는다. 형사법에서 직업·성·연령 등을 따지지 않고 모든 사람에게 일정한 행위의무 또는 금지의무를 부과하고 위반하면 제재 수단으로서 형벌 또는 행정벌을 규정한 경우에 형사법규정은 모든 사람이 자기관련성을 갖는다고 볼 수 있다. 그렇다고 해서 누구나 일반적 효력을 갖는 형사법규정이 자신이 범할 수 있는 행위를 기본권에 어긋나게 형벌로 위협하고 있다고 자기관련성을 주장하며 헌법소원을 제기하는 것을 허용할 수는 없는 일이다. 특히 동성애·간통·병역의무 등 가치관의 차이가 심한 사항에 관한 형사법규정의 경우에 현실적인 문제로 대두될 수 있다. 그러나 한편 관련당사자나 일반인에게 위헌이라고 생각하는 형사법규정의 위헌성을 형사재판절차에서 주장하기 위해서 스스로 형사법을 어기는 범법행위를 하라고 요구할 수는 없는 일이다. 결국 형사법규정에 대한 민중소송도 방지하면서 스스로 범법행위를 통해 형사법규정의 위헌성을 따져야 하는 모험적이고 우회적인 방법도 피할 수 있는 길을 모색해야 한다. 그것은 궁극적으로 권리보호이익과 기대가능성의 심사로 귀착한다고 할 것이다.』라고 설명하고 있을 뿐,⁴²⁾ 활발한 논의가 이루어지고 있지 아니하다.

(3) 법적·직접적 이해관계와 사실적·간접적 이해관계

앞서 살핀 바와 같이 판례는 제3자의 자기관련성이 인정되기 위해서는 공권력의 작용에 단순히 간접적, 사실적 또는 경제적 이해관계가 있을 뿐인 것만으로는 부족하다고 보고 있다. 그런데 헌법재판소 2009. 9. 22. 선고 2009헌마510 결정은 국회법 제135조 제1항이 위헌임이 선언되는 경우에 의원직을 사직한 국회의원의 지역구에 출마할 수 있는 이익을 단순히 간접적 또는 사실적 이해관계라고 본다. 이 결정이 선례와 정합성을 갖추지 못하고 있다는 점은 앞서

41) 정종섭, 앞의 헌법소송법, 557-558쪽; 허영, 앞의 헌법소송법론, 370쪽

42) 허영, 앞의 헌법소송법론, 374쪽

* 그 외에는 정문식, 헌법소원심판의 청구인적격에 관한 연구, 석사학위 청구논문, 한양대학교, 1997, 44-45쪽에서는 『어떤 단체의 구성원들을 대상으로 한다든지, 선거소송과 같이 民衆訴訟을 인정할 여지가 있는 사건들에 있어서는 당사자의 범위를 확대하여 개인의 기본권구제를 도모하는 것이 바람직하다』고 논하는 정도이다.

지적인 바인데, 이는 어떠한 법률규정이 위헌인 경우에 가지는 제3자의 이익을 법적·직접적 이해관계로 볼 것인지 사실적·간접적 이해관계로 볼 것인지를 가리는 것은 거의 불가능하고 헌법재판소가 구제를 허용하고 싶은 경우에만 법적·직접적 이해관계로 의제하는 것은 아닌지 지극히 의문스럽다고 할 수 있다. 이런 점에서 『제3자의 기본권제한의 경우는 필연적으로 제한의 성격이 간접적일 수밖에 없음에도, 다시금 제한의 성격과 효과를 기준으로 삼아 ‘단지 반사적 효과에 불과한 간접적, 사실적 또는 경제적 이해관계자인지’ 아니면 ‘직접적, 법적 침해인지’에 따라 판단하고자 하는 시도는 그러한 구분의 기준을 전혀 제시하지 못하고 있다는 점에서 자의적이다』라는 지적⁴³⁾은 설득력을 가진다. 이와 같이 제3자의 기본권제한의 성격이 간접적일 수밖에 없다는 점을 강조하는 한, 제3자의 헌법소원의 제기가능성은 사실상 봉쇄된다. 이를 막기 위한 기준의 하나로 헌법소원이 민중소송으로 이용될 가능성이 어느 정도인지를 고려하는 것이라고 할 수 있다.

(4) 자기관련성에 대한 소명이 필요한가

자기관련성에 대한 논의는 이러한 자기관련성의 충족을 위해서 단순히 자신에게 권리가 귀속되고 있다는 점을 주장하는 것만으로 족한가, 단순히 자신이 권리귀속자임을 주장하는 것만으로는 부족하고 엄격한 증거가 요구되는가, 엄격한 증거가 요구되는 것은 아니라고 하더라도 적어도 疎明의 정도는 요구되는가 라는 점과 연결된다. 헌법재판소는 이 점과 관련하여 『헌법재판소는 일반법원과는 달리 일반법률의 해석이나 사실인정의 문제를 다루는 기관이 아니라 헌법재판소가 사실문제 판단에 깊이 관여할 수 없는 헌법해석기관이며 헌법소원의 기능이 주관적 기본권보장과 객관적 헌법보장기능을 함께 가지고 있으므로 권리귀속에 대한 소명만으로써 자기관련성을 구비한 여부를 판단할 수 있다고 할 것이다』라고 실시함으로써,⁴⁴⁾ 소명설을 취하고 있는 것처럼 이해되고 있다. 이에 대하여 이 자기관련성은 기본권 혹은 권리의 귀속주체라고 주장하면 족하다는 입장에서는 권리의 실체적 귀속관계까지 따질 것은 아니라는 이유로 헌법재판소가 자기관련성을 적법요건이라고 하면서도 침해된 기본권의 보유 여부에 관한 실체적 심사를 하여 판단하는데 대해 의문을 표시하고 있다.⁴⁵⁾

43) 한수용, ‘자유권의 제한 개념과 헌법소원에서 제3자의 자기관련성’, 헌법학연구, 제15권 제1호, 한국헌법학회, 2009, 490쪽

44) 헌법재판소 1994. 12. 29. 선고 89헌마2 결정

생각건대, 헌법재판소가 소명을 취하는 것과 같은 외관을 보이는 결정은 그 사안이 손실보상금청구권에 대해 양도인.양수인 사이에 다툼이 있거나 수인의 양수인 가운데 누구에게 권리가 귀속하는가를 둘러싸고 다툼이 있는 특수한 사실관계를 바탕으로 하고 있다. 이와 같은 다툼이 있는 경우에는 기본권 또는 권리의 귀속주체가 아닌 자의 헌법소원이 설사 인용된다고 하더라도 종국적으로는 보호받을 이익이 존재하지 아니하기 때문에 헌법소원의 인용에 의해 자신의 법적 지위가 개선되는 것은 아니다. 이와 같이 권리자라고 주장하는 자가 경합되고 있는 사안에서는 보호받을 이익이 존재하는 자가 누구인가를 가린다는 의미에서 문제의 헌법재판소 결정은 단순히 자신이 권리자라고 주장하는 것만으로는 부족하고 이에 대한 최소한의 소명이 필요하다는 점을 명백히 한 것이고, 앞서 살핀 논의를 벗어나는 것은 아니라고 하겠다.

그러면 당사자적격을 인정하기 위해 요구되는 자신이 권리의 귀속주체라는 점에 대해 요구되는 관련성의 정도를 어느 정도라고 이해하여야 할 것인가. 자기관련성을 너무 협소하게 인정하면 자기관련성이라는 요건에 의해 헌법상의 기본권보장이 왜곡될 위험성이 있다고 할 것이지만,⁴⁵⁾ 그에 못지않게 자기관련성의 요구가 헌법소원이 민중소송으로 전락되는 것을 방지하기 위한 것이라는 점에서, 제기되고 있는 규범통제형 헌법소원이 민중소송으로 전락할 위험성이 적은 경우에는 그러한 위험성이 큰 경우보다도 요구되는 자기관련성을 보다 넓게 인정할 필요가 있다고 보아야 한다.

(5) 小結

위에서 필자는 헌법재판소 2009. 9. 22. 선고 2009헌마510 결정의 부당성을 헌법재판소의 선례들과 관련하여 검토하였다. 그러나 자기관련성에 대한 학자들의 논의는 과감하게 생략하였다. 헌법재판소가 위 결정과 같은 태도를 앞으로도 유지하는 한 사직한 국회의원이 국회에서 허가가 이루어지지 아니하고 있다는 이유로 그대로 의원으로서의 권한을 행사하려고 할 것인데, 제3자에게 이에 대한 제동을 걸 수 있는 수단이 확보되지 않는 한 그 권한행사를 배제하는 것은 법률적으로 불가능하게 되어버린다는 점에 초점을 맞추는 것이 이 글의 초점이기 때문에, 위 결정의 잘.잘못을 학자들의 논의에 따라 비판하는 것은

45) 신 평, 앞의 책, 558쪽

46) 정종섭, 앞의 헌법소송법, 559쪽

큰 의미가 없기 때문이다. 따라서 여기에서는 일부 학자들이 독일연방헌법재판소의 결정에 맞추어 청구인은, 청구인을 차별하고 있다고 주장하는 당해 공권력행사를 무효 또는 취소시키게 된다면, 청구인에게 구체적인 지위의 향상,⁴⁷⁾ 기회의 증가,⁴⁸⁾ 경쟁력의 증가⁴⁹⁾ 등의 이익을 가져올 수 있거나, 배제되었던 혜택을 향유⁵⁰⁾ 할 수 있는 관계를 가지고 있어야 한다는 주장⁵¹⁾을 펼치고 있다는 점, 그리고 이러한 논의는 비록 평등권과 관련한 논의이기는 하지만, 정합성 검토를 하면서 설명하는 내용들과 사실상 동일하다는 점을 언급하는데 그치기로 한다.

필자는 당사자적격을 인정하기 위해 요구되는 자신이 권리의 귀속주체라는 점에 대해 요구되는 관련성의 정도를 어느 정도라고 이해하여야 할 것인가 라는 문제와 관련하여 제기되고 있는 규범통제형 헌법소원이 민중소송으로 전락할 위험성이 적은 경우에는 그러한 위험성이 큰 경우보다도 요구되는 자기관련성을 보다 넓게 인정할 필요가 있다고 보고 있다는 점은 앞서 설명한 바와 같다. 설사 국회의원의 사직에 대해 국회의 허가를 얻도록 규정하는 국회법 제135조 제1항이 위헌이라고 하더라도 그 위헌성을 다투기 위한 헌법소원의 제기는 국회의원이 의원직을 사직하였음에도 불구하고 국회의 허가가 없었다는 이유로 국회의원으로서의 권한을 행사하고 국회의장이 국회의원에 궐원된 사실을 중앙선거관리위원회에 통보하지도 아니하여 중앙선거관리위원회가 보궐선거가 실시되지 아니하는 경우에 가능할 뿐이다. 그런데 국회의원의 의원직 사직은 극히 예외적으로 이루어지고 있다. 이 점은 국회법 제135조 제1항의 위헌성을 다투는 헌법소원의 제기가 민중소송의 형태로 제기될 가능성은 거의 존재하지 아니한다는 것을 의미하고, 따라서 그 악용가능성은 무시하여도 좋을 것이다. 그렇다면 사직한 지역구에서 국회의원후보가 되고자 하는 자가 국회법 제135조 제1항의 위헌성을 주장하는 헌법소원을 제기함에 있어서는 과도하게 자기관련성을 요구하여서는 아니 된다고 할 수 있다. 이 점에서도 사직한 지역구에서 국회의원후보가 되고자 하는 자가 제기한 헌법소원에 대해 자기관련성이 존재하지 아니한다는 이유로 각하한 헌법재판소 2009. 9. 22. 선고 2009헌마510 결정은 타당하지 않다고 할 수 있다.

47) BVerfGE 26, 79[91] 등

48) BVerfGE 12, 354[362]

49) BVerfGE 18, 1[12,16]; 43, 58[68]

50) BVerfGE 6, 273

51) 황도수, 앞의 논문, 542-544쪽

4. 헌법소원의 제기에 대한 대체수단

가. 문제의 소재

헌법재판소 2009. 9. 22. 선고 2009헌마510 결정이 확립되어 있는 선례들과 사이에서도 정합성이 확보되지 못하고 있는 것은 앞서 논한 바 있다. 문제는 동 결정이 변경되지 아니하는 한 사직한 국회의원이 국회의 사직허가를 하기 전까지 국회법 제135조 제1항을 내세워 국회의원으로로서의 권한을 행사하는 경우에 어떠한 방법으로 국회법 제135조 제1항에 대한 위헌결정을 이끌어냄으로써 동 규정을 악용하지 못하도록 할 수 있느냐의 점이다.

나. 補助參加

헌법재판소의 심판절차에는 헌법재판소법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 헌법재판의 성질에 반하지 않는다면 민사소송에 관한 법령의 규정이 적용된다. 그리고 권한쟁의심판청구 및 헌법소원의 경우에는 행정소송법에 관한 규정도 아울러 적용된다(헌법재판소법 제40조). 민사소송법에서 보조참가인은 참가인의 소송행위가 피참가인의 소송행위에 어긋나는 것이 아니라면 소송에 관하여 공격·방어·이의·상소, 그 밖의 모든 소송행위를 할 수 있다(민사소송법 제76조).

학자들은 소송참가의 형태로서 공동소송적 보조참가나 공동소송참가의 허용성⁵²⁾ 및 권한쟁의심판청구를 중심으로 제3의 국가기관이나 지방자치단체의 참가가능성⁵³⁾을 중심으로 논하고 있으나, 사인이 피청구인을 보조참가하는 것을 금지할 필요는 없다고 본다. 그리고 참가의 형태로는 공동소송적 보조참가나 공동소송참가보다 보조참가가 보다 현실적이라고 할 수 있다. 왜냐하면 공동소송적 보조참가나 공동소송참가의 경우에는 앞서 논한 『자기관련성』이 청구인에게 요구하는 정도로 엄격히 요구된다고 보아야 하기 때문이다.⁵⁴⁾

52) 신 평, 앞의 책, 118쪽

53) 정종섭, 앞의 헌법소송법, 434쪽

54) 헌법재판소 1991. 9. 16. 선고 89헌마163 결정: 『민사소송법 제76조의 공동소송참가란 소송의 목적이 당사자의 일방과 제3자에 대하여 합일적으로 확정될 경우에 그 제3자는 별소를 제기하는 대신에 계속중의 소송에 공동소송인으로 참가하는 것으로서 자기 자신도 피참가인인 당사자와 마찬가지로 소를 제기할 수 있는 당사자적격을 구비하지 않으면 안

민사소송법상 보조참가를 하기 위해서는 소송결과에 대해 법률상의 이해관계를 가져야 한다는 요건을 갖추어야 한다. 그리고 소송결과에 대해 법률상의 이해관계를 가져야 한다는 것은 일반적으로 『판결주문에 판단되는 소송물인 권리관계의 존부』에 의해 영향을 받는 관계를 의미한다고 보고 있다.⁵⁵⁾ 이 점에 대해 대법원 1999. 7. 9. 선고 99다12796 판결에서 『특정 소송사건에서 당사자의 일방을 보조하기 위하여 보조참가를 하려면 당해 소송의 결과에 대하여 이해관계가 있어야 하고, 여기에서 말하는 이해관계라 함은 사실상, 경제상 또는 감정상의 이해관계가 아니라 법률상의 이해관계를 가리킨다』고 판시하고 있다. 문제는 위 판결에서 판례가 요구하는 『사실상, 경제상 또는 감정상의 이해관계가 아니라 법률상의 이해관계』라는 부분은 자칫하면 청구인이 헌법소원을 제기함에 있어서 요구되는 『사실상, 경제상 또는 감정상의 이해관계가 아니라 법률상의 이해관계』와 동일한 개념으로 파악한다면 『자기관련성』을 가지지 못하는 자는 보조참가도 할 수 없다는 결론이 된다는 점이다. 보조참가에 이와 같은 엄격한 요건을 요구하는 것은 타당하지 못하며 양자에게 요구되는 『법률상의 이해관계』를 차별화할 필요가 있다. 독일연방재판소는 법규범에 의한 주관적인 권리침해와 단순한 반사적 효과에 의한 불이익을 구별하면서도 제3자의 보호의 필요성이 있다고 인정되는 경우에는 주관적 권리보호의 범위를 제3자 보호의 영역(Drittschutzkonstellationen)까지 비교적 넓게 인정하고 있는데,⁵⁶⁾ 현재 유효하게 적용되고 있는 헌법재판소의 자기관련성의 법리에 비추어 청구인에 대해서 이와 같은 확장은 어렵다고 하더라도 보조참가의 경우에는 확장이 가능하다고 보는 것이 바람직하다. 그리고 민사소송에서 요구하는 『판결주문에 판단되는 소송물인 권리관계의 존부』에 의해 영향을 받는 관계에 국한할 것이 아니라, 청구인의 청구를 청구요건의 결여를 이유로 각하하게 하는 보조참가도 가능하다고 보아야 한다. 국회의원을 사직하였던 정세균.천정배는 속칭 미디어 법에 대한 권한쟁의심판청구에 대하여 헌법재판소로부터 합헌결정⁵⁷⁾이 선고된

되는 것이므로, 위 규정이 준용되는 헌법소원절차에 있어서 대한한약협회의 공동소송참가 신청이 적법하기 위하여는 피참가인인 청구인과 마찬가지로 청구인적격을 가져야 한다고 할 것이다. 그런데 이 사건은 청구인이 자연인에게만 부여되는 한약업사의 지위에서 한약업사로서의 기본권이 침해되고 있음을 이유로하여 낸 소원심판청구로서, 사단법인인 대한한약협회에 한약업사의 자격을 부여할 수도 없고 부여되어 있지도 아니함이 명백하므로 참가인이 청구인과 같은 소원청구인 적격자라고 할 수 없으니, 결국 대한한약협회의 이 사건 공동소송참가는 부적법한 신청이라고 밖에 볼 수 없다.』

55) 이시윤, 신민사소송법, 제5판, 박영사, 2009, 884쪽; 정동윤·유병현, 민사소송법, 제3판, 법문사, 2009, 933쪽; 정영환, 민사소송법, 세창출판사, 2009, 815쪽

56) 허영, 앞의 헌법소송법론, 372쪽

후 다시 국회의장을 상대로 부작위에 의한 권한쟁의심판청구를 제기한 것으로 알려지고 있다. 이러한 권한쟁의심판청구의 청구권자는 정세균.천정배에 국한한 것은 아니지만, 청구권자가 양인뿐이라고 가정하는 경우에 미디어법의 제정으로 헌법상의 『알권리』의 충족에 이해관계를 가지는 자는 동인들이 국회의원직을 사임함으로써 청구인적격을 상실하였다는 이유로 각하결정을 이끌어내는 것에 대해 『법률상의 이해관계』를 가지고 있다고 보아도 무리가 없을 것이다.

다. 의결정족수를 문제삼은 헌법소원의 제기

국회의장이 의결정족수를 충족 또는 불충족을 이유로 법률안에 대한 가결 또는 부결을 선포하였다고 하더라도 의장의 그와 같은 선포가 국회의원을 사직한 자의 표결이 포함되는 경우에는 이에 대해 법률상의 이해관계를 가지는 자는 이를 이유로 헌법소원을 제기할 수 있다고 보아야 한다.

IV. 맺는말

국회법 제135조 제1항에서는 국회의원의 사직에 대해 국회의 허가를 얻도록 규정하고 있다. 그러나 헌법 제64조에서는 국회의원에 대한 자격심사, 징계 및 제명과 의사와 내부규율에 관한 국회의 규칙제정권을 규정할 뿐 국회의원의 사직에 대해 규정하는 바가 없다. 그러나 국회의원은 국민의 대표자라는 점에서 국회의원과 국회 사이에는 그 사직을 함에 있어서 국회의 허가를 받아야 하는 특별권력관계가 존재한다고 보아서는 아니 된다.

이 글의 주된 논의는 헌법에서는 위헌법률이라고 하더라도 헌법재판소가 위헌결정을 하기까지는 효력을 가지므로 사직한 국회의원이 그 직을 사직하고도 국회의 허가가 없었다는 이유로 국회의원으로서의 권한을 행사하는 경우에 어떠한 방법을 통하여 헌법재판소로부터 국회법 제135조 제1항의 위헌결정을 이끌어냄으로써 국회의원으로서의 권한행사를 배제시킬 낼 것이냐 라는 점이다. 헌법재판소 2009. 9. 22. 선고 2009헌마510 결정에서는 사직에 의해 국회의원직을 상실한 것으로 보는 경우에 그 의원의 지역구에서 보궐선거에 출마하고자 하는 자가 제기한 헌법소원에 대하여 『자기관련성』의 결여를 이유로 각하하고 있다. 그러나 동 결정은 종전의 선례와 정합성이 결여되어 있다는 것이 필자의

57) 헌법재판소 2009. 10. 29. 선고 2009헌라8.9.10 결정

주장이다. 헌법소원이 민중소송으로 이용될 가능성이 적을수록 제3자에게 청구 인격격을 인정하여야 한다. 다만 헌법재판소의 입장이 변경되지 아니하고 있는 상황 하에서 헌법재판소로부터 위헌결정을 이끌어내는 대체적인 방법으로 補助參加와 사직한 의원이 의결에 참가하여 가결 또는 부결된 법률안에 대해 법률적 이해관계를 가지는 자가 정족수를 문제삼아 헌법소원을 제기하는 방법을 대체수단으로 살펴보았다. 위 헌법재판소 2009. 9. 22. 선고 2009헌마510 결정을 중심으로 한 후속논의를 기대한다.

[참고문헌]

- 구병삭, 헌법학Ⅱ(통치구조), 박영사, 1983
국회사무처, 일본국회법 및 규칙, 1998
권영성, 헌법학원론, 개정판, 법문사, 2009
김철수, 학설판례 헌법학(중), 전정신편, 박영사, 2009
문광삼, 한국헌법학(국가조직론), 삼영사, 2008
박찬주, '국회의원의 사직에 대한 국회의 허가', 인권과 정의, 제405호, 대한변호사협회, 2010
박찬주, '일사부재의 원칙과 출석의 계수에 관한 몇 가지 문제', 저스티스, 2009/12 통권 제114호, 한국법학원, 2009
신 평, 헌법재판법, 법문사, 2007
이승우, 헌법학, 도서출판 두남, 2009
이시윤, 신민사소송법, 제5판, 박영사, 2009
이종극, 개정憲法精義, 신지사, 1954
이준일, 헌법학강의, 제3판, 흥문사, 2008
장영수, 헌법학, 흥문사, 2006
정동윤·유병현, 민사소송법, 제3판, 법문사, 2009
정문식, 헌법소원심판의 청구인적격에 관한 연구, 석사학위청구논문, 한양대학교, 1997
정영환, 민사소송법, 세창출판사, 2009
정종섭, 헌법소송법, 제4판, 박영사, 2006;
정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2006
최준선, 회사법, 제2판, 삼영사, 2006
한수웅, '자유권의 제한 개념과 헌법소원에서 제3자의 자기관련성', 헌법학연구, 제15권 제1호, 한국헌법학회, 2009
허 영, 헌법소송법론, 박영사, 2006
허 영, 한국헌법론, 전정3판, 박영사, 2007
홍성방, 헌법학, 개정4판, 현암사, 2007
황도수, '헌법소원심판청구의 적법요건으로서의 「자기관련성」의 판단기준 -독일판례를 중심으로-', 헌법논총, 2집, 헌법재판소, 1991

<Abstract>

**Prevention of Resigned Member's Exercising Member's Right as
an Incumbent of the National Assembly**

- Park, Chanju

- Professor of Law at Chosun University; Lawyer

§135 ① of the (Korean) National Assembly Act provides as "The National Assembly may permit by resolution a resignation of an assemblyman: Provided, That when the National Assembly is in recess, the Speaker may permit it.". But (Korean) Constitution does not have corresponding or similar provision. Instead, Constitution provides clauses about review of the member's qualification, disciplinary actions against its members, expulsion of its member and the power of establishing of the rules of its proceedings and internal regulations.

This sort of Constitutional vacuum raises unconstitutionality problem about §135 ① of National Assembly Act, as a member's resignation brings about automatic loss of its position under the Constitution's viewpoint. §135 ① of the National Assembly Act presuppose the National Assembly's superiority status over its member. But writer does not agree with this premise, as National Assembly's members are representatives the nation.

Another point treated in this article is the so-called self relevancy requirement. The Constitutional Court's adjudication of 2009hunma510 announced on September 29, 2009 denied 'self-relevancy' between applicant and presumed unconstitutional law and dismissed applicant's request of constitutional complaint. The applicant based

his causes on the right to hold public office. If the resigned member loses his position without National Assembly's permission, he can run for special election carried out by §200 of Public Official Election Act. We must recognize more easily the standing to sue to a third party where the possibility of degrading the constitutional complaint to the public litigation is little. The writer points in this article that adjudication does not harmonize with its precedents, but under the ruling of the adjudication, he presents the possible alternative ways such as supplementary intervention or raising constitutional complaint by the 'self-relevancy' holding applicant based on the deficiency of quorum.

Key Words

member's resignation of the National Assembly, permission of member's resignation by the National Assembly, formative effect of the National Assembly permission, dual character of the National Assembly permission, requirement of self-relevancy

민법상 후견제도의 법적 과제에 관한 고찰

58)이 정 식*

논문요지

우리나라에서 성년이지만 지적장애자, 정신장애자, 고령자 등인 경우 이들을 배려하기 위한 법적 제도는 아직 미비한 상태에 있다. 현행 민법은 지적 또는 정신적 장애로 인해 판단능력이 없거나 부족한 사람을 위하여 한정치산제도, 금치산제도, 후견인제도 등이 있지만 이들 제도를 규정하고 있는 규정내용들이 아주 간단하기 때문에 다양한 종류의 지적장애자, 정신장애자 및 고령자에게 적합하지 않는 것이 지적되고 있다. 또한 무능력자로 인정되는 자의 자기결정권을 제한하고 지나치게 획일적으로 시행되어 한정치산자 등에게 그들의 잔존능력을 무시하여 재활의 기회를 배제하는 결과를 초래하고 있다. 그리고 금치산자나 한정치산자로 인정되면 등기를 하도록 되어 있어 제도의 공개성으로 인해 가족들조차 적극적 개입보다 은폐 등의 부정적인 방법을 선택하고 있는 실정이다.

이처럼 민법이 규정하고 있는 행위무능력자 제도는 판단능력을 상실하거나 불충분한 자를 획일적으로 무능력자로 규정함으로써 사회적으로 냉대를 경험하게 하는 요인이 된다. 더구나 대상자의 판단능력, 보호의 필요성의 수준은 다양한데 반해 금치산과 한정치산 2개의 유형만을 인정하는 경직된 제도로 인해 정신능력 및 보호의 필요성의 정도에 합당한 탄력적인 조치를 취할 수 없다.

우리 민법의 행위 무능력자제도는 자기결정권의 존중, 인간존엄성의 보장이라는 측면에서 매우 낙후된 제도임에 따라 이러한 문제점들을 해결하고 고령사회의 진입으로 인한 고령자에 대한 배려와 장애인의 복지증진 및 사회적 안전망을 구축하고, 인권을 보호하기위하여 성년후견제도를 도입해야한다는 당위성이 증가하고 있다. 이러한 사회보장적 관점에서 기존 의 행위능력.후견제도를 현재 정신적 제약을 가지고 있는 사람은 물론 미래에 정신적 능력이 약해질 상황에 대비하여 후견제도를 이용하고자 하는 사람들의 재산행위뿐만 아니라 치료, 요양 등 복리에 관한 폭넓은 도움을 받을 수 있는 성년후견제도를 민법상 도입할 필요가 있다.

따라서 본 연구는 후견이 필요한 이들의 인권을 보장하고 돌봄의 필요를 충족시킬 수 있는 후견제도의 법적 과제와 문제점 및 대응방안을 마련하는 데 있다.

검색용 주제어 : 후견제도, 성년후견, 임의후견인, 자기결정권, 장애인복지

· 논문접수: 2010. 4. 25 · 심사개시: 2010. 4. 30 · 게재확정: 2010. 5. 28

* 법학박사

I. 서 론

우리나라에서 성년이지만 지적장애자, 정신장애자, 고령자 등인 경우 이들을 배려하기 위한 법적 제도는 아직 미비한 상태에 있다. 우리 민법은 지적 장애로 인해 판단 능력이 없거나 부족한 살을 위해 한정치산제도를 두고 있다. 그러나 현행 민법의 제도는 무능력자로 인정되는 자의 자기 결정권을 제한하고 지나치게 획일적으로 시행되어 한정치산자나 금치산자에게는 그들의 잔존능력을 무시하여 재활의 기회를 배제하는 결과를 초래하고 있다. 또한 제도의 공개성으로 인해 가족들조차 적극적 개입보다 은폐 등의 부정적 방법을 선택하게 되었다.

민법이 규정하고 있는 행위무능력자 제도는 판단능력을 상실하거나 불충분한 자를 획일적으로 무능력자로 규정함으로써 사회적으로 냉대를 경험하게 하는 요인이 된다. 더구나 대상자의 판단능력, 보호의 필요성의 수준은 다양한데 반해 금치산과 한정치산 2개의 유형만을 인정하는 경직된 제도로 인해 정신능력 및 보호의 필요성의 정도에 합당한 탄력적인 조치를 취할 수 없다.

또한 고령사회의 진전으로 인한 고령자의 증가 및 성년자이지만 지적능력, 정신능력이 부족한 사람들이 증가함과 아울러 이들을 위한 적절한 법적 배려가 더욱 필요하다는 주장이 대두되고 있다. 치매 등으로 정신능력이 부족한 고령자, 지적장애자, 정신장애자 등을 보살피는 문제는 세계적인 이슈가 되고 있다. 특히 고령사회의 문제는 국제적인 대책마련이 요구되고 있는바, 2002년 고령화에 대한 제2차 세계대회(Second World Assembly on Aging)에서 채택된 고령화에 관한 마드리드 국제행동계획(Madrid International Plan of Action on Ageing)은 고령화사회에 대처하는 노인과 개발, 기능적 부양환경 등 여러 행동기준을 제시하고 있다.¹⁾

우리 민법이 정신장애자를 위한 제도로써 한정치산제도와 금치산제도를 마련하고 있지만, 이는 의학의 발달로 말미암아 정신장애자의 정도가 여러 가지로 분류될 수 있기 때문에 좀 더 다양한 제도가 마련될 필요가 있다. 또한 동거, 부양의 의무를 받게될 동일가족 구성원이 감소하는 현대사회에는 장애인 등의 보호를 위한 근본적인 대책이 되지 못한다.

그리고 현재의 제도는 '행위무능력자제도'이기 때문에 정신 장애의 정도가

1) 장복희, “고령사회와 관련한 주요국제기구에서의 논의”, 『고령사회의 도래와 각국의 입법적 대응 및 현황(II)』, 법제연구원워크샵자료집, 2003.9.5, 23면

적은 사람에게는 과도하게 행위능력을 제한하는 효과를 가지는 등의 문제점이 있어서 별로 활용되지 못하고 있다. 현재 우리 사회의 고령자, 지적장애자, 정신장애자들을 위한 실효성 있는 성년후견제도의 도입이 시급히 필요하다. 그리하여 우리나라에서도 그 도입의 필요성의 주장이 강력해 지고 있다.²⁾

우리 민법의 행위무능력자제도는 자기결정의 존중, 인간 존엄성 보장이라는 측면에서 매우 낙후된 제도라고 할 수 있다. 즉 현행 행위무능력자제도는 우리 헌법 제37에 명시된 개인의 자율과 자기결정권을 존중함으로써 인간의 존엄성을 실현하고자 하는 정신에도 합치하지 않을 뿐 만 아니라 정신장애인 및 정신보건 수발개선을 위한 모든 원칙을 관통하고 있는 본인의 보호의 이념과 자기결정권의 존중, 잔존능력의 활용 등에도 위반된다고 볼 수 있다.

이러한 문제점들을 해결하고 지적·정신·자폐성 장애인 등과 치매노인의 복지 증진 및 사회적 안전망을 구축하여 인권을 보호하기 위하여 성년후견제도를 도입해야 한다는 요구가 증가하고 있다³⁾.

본고에서는 후견이 필요한 이들의 인권을 보장하고 돌봄의 필요를 충족시킬 수 있는 재산관리 및 신상과 관련하여 의사결정이 불충분한 고령자의 의사실현을 도입 시의 민법상 법적 과제와 문제점 및 개선방안을 고찰하고자 한다.

II. 성년후견제도의 비교법적 고찰

1. 프랑스

2009년 1월부터 시행될 민법에서는 민법 제414조 내지 제515조에 이르기까지 약 120여개의 조문으로써 성년후견에 관한 내용을 규율하고 있다⁴⁾.

개정 법률의 특징은 의사결정능력 없는 성년의 존엄성과 자율성의 보장을 입법목적으로 삼고 있다. 이는 낭비자에 대한 성년후견제도를 폐지하고, 성년후견제도가 요보호성년의 자유, 기본권 및 인간의 존엄의 보호라는 원칙하에 수

2) 장현옥, "우리나라 후견제도의 문제점과 개선방안", 『아세아여성법학 제3호』, 아세아여성법학연구회, 2000.6. 154면; 김성숙, "성년후견법의 법적 고찰", 『가족법연구 제12호』, 한국가족법학회, 1998.12. 495면; 김정순 외 5인, 『고령사회의 법적 과제, 고령사회법제10』, 법제연구원, 2004. 124면

3) 변용찬외 3인, "성년후견제 사회복지분야 지원방안 연구", 보건복지부·한국보건사회연구원, 2009, 11~12면

4) Laurence Pécaut - Rivolier, Protection judiciaire des majeurs: entrée en vigueur de la réforme, Recueil Dalldz, 2008, p.968

행되고, 이 제도의 목적이 요보호성년의 이익 보호에 있고, 그의 자율성을 최대한 존중하며, 이와 같은 보호가 가족만이 아니라 국가의 책임임을 선언하는 것에서 잘 드러난다. 이런 원칙을 구체화함에 있어서 법적보호가 필요한 경우 개별 요보호성인의 사정에 따라 보충적으로 의사결정능력의 감소 정도에 비례하여 제공되도록 규정하고 있다. 그러나 개정 법률은 기존의 사법적 보호, 보좌, 후견제도의 골격을 그대로 유지하면서 그 내용을 보강하고 있다.

가. 법의 형태

성년자의 정신능력이 질병, 병약 혹은 고령으로 인한 쇠약으로 손상된 경우 또는 방해의 정도에 따라 사법적 후견, 보좌, 후견에 따른 보호를 시행함은 물론 탄력적으로 구성하고 있으며, 요보호성년에 따른 개별화된 사회적 지원조치, 검사의 신청으로 법관이 명하는 사법적 지원조치, 임의후견인 및 임시보좌인제도에 따른 지원을 하고 있다.

나. 시사점

프랑스의 성년후견제도는 피성년후견인의 장애의 정도, 재산소유의 정도 및 가족관계 등을 고려하여 최대한 보호를 줄 수 있도록 매우 상세하고 유연하며 또 탄력적인 제도로 되어 있다는 점이다. 따라서 프랑스의 경우 형식적으로는 3가지 유형으로 되어 있으나 실제 운용에 있어서는 상황에 따라 다양한 유형의 보호가 가능하다. 우리나라의 경우에도 이러한 유연성과 탄력성을 고려하여 유형화에 따른 경직적인 운영이라는 단점을 보완할 수 있도록 제도 도입 시 검토가 필요하다고 하겠다.

프랑스의 성년후견제도는 제도의 개시와 존속에 있어서 가족의 역할이 재음미되고 있는데, 특히 친족을 법정후견인으로 지정하지 않는다. 이는 친족의 이해관계와 피성년후견인의 이해관계가 다를 수 있음을 안정하는 것이며, 우리나라의 경우도 이점에 대한 검토가 필요하다⁵⁾. 프랑스의 성년후견제도는 자기결정권이 강조되고 있으며, 특히 사법적 보호에 있어서 자기결정권이 존중되고 있다. 이러한 자기결정권에 대한 강조는 우리나라 성년후견제도의 도입 시에도 강조되어야 할 점이다.

5) 변용찬외 3인, 전계논문, 105면

프랑스는 가족적 후견인이 없는 경우 후견 판사는 국가에 후견을 위탁한다. 이러한 국가후견은 1974년의 Decret(no 74-930)에 의해 급속히 발전하여 현재는 완전한 후견보다 훨씬 많이 이용되고 있다고 한다. 국가후견인은 원칙적으로 지사에게 위탁할 수 있고, 자격이 있는 자연인이나 법인에 위탁할 수 있다. 우리나라의 경우 지방자치단체의 장이 지역사회 내에서 대상자를 발견하였을 경우에는 후견을 신청할 수 있도록 되어 있다.

2. 독일

1989년 2월에 서독정부는“성년자를 위한 후견 및 감호법 개정에 관한 법률안”을 연방참의원에 제출하였으며 1990년 6월에 개정법을 마련하여 1992년 1월1일부터 시행하고 있다.⁶⁾ 그러나 성년후견법이 법정후견인제도를 원칙으로 하였기 때문에 나타나는 문제, 성년후견인의 직무범위를 법률행위에 한정하는 명시적인 규정이 존재하지 않아 성년후견의 범위가 지나치게 넓어지는 문제⁷⁾ 등으로 1998년 후견법 개정법은 법정성년후견을 임의대리 및 임의후견에 보충적으로 운영된다는 점을 명확히 하였다.

가. 성년후견의 요건

(1) 필요성의 원칙

성년후견은 성년자가 심리적, 정신적 및 신체적 장애로 인하여 자기 사무의 전부 혹은 일부를 처리할 수 없는 경우에 이루어진다(독 민법 제986조 제1항). 신체적 장애도 성년후견의 사유가 될 수 있다는 점이 특징이다⁸⁾. 구민법 상 행위능력박탈의 요건에 해당했던 낭비는 성년후견의 요건에서 제외되었다. 장애의 종류 및 경중은 성년후견의 필요성의 판단에 영향을 미치지 않는다. 이러한 요건에 의하면 전통적인 후견의 대상이었던 장애인외에 고령에 이를 것에 대비하여 후견제도를 이용할 수 있으며, 독일의 성년후견법은 이를 의도한 것이기

6) 한봉희, “독일의 성년후견제도소고”, 『아세아여성법학, 제3호』, 아세아여성법학연구소, 25~26면

7) 김성숙, 전계논문, 514~515면

8) 백승흠, “현행 성년자 보호를 위한 문제점과 대안으로서 성년후견제도”, 『민사법학 제24 호』, 2003, 436면

도 하다. 이와 같이 법률상의 처리로 성년후견의 직무를 한정하고, 또 임의후견을 우선적으로 한 것은 1998년 개정법의 주요 취지였다. 독일은 성년후견법에서 성년후견의 요건을 개별적인 필요성의 여부 및 정도에 따라 성년후견이 결정되도록 하였다.

(2) 보충성의 원칙

본인이 이미 가족이나 친구 혹은 본인의 수권에 의하여 선임된 임의대리인이 의하여 충실한 보호를 받고 있는 경우에는 성년후견의 필요성은 부인된다. 이로써 법정후견에 비해서 임의후견 우선의 원칙을 명확히 한 것이다. 성년후견에 우선하여 이루어지는 임의후견은 다음과 같다(독 민법 제167조). 첫째 일반적으로 대리권을 사전에 수여하는 경우이다. 둘째, 노령에 이를 것을 대비하여 사전에 대리권을 수여하는 경우이다.

일반적으로 성년후견이 필요한 상황에 대비하여 충분한 의사능력이 있는 경우에 미리 성년후견인을 지정할 수 있다. 이때 성년후견인의 직무는 주로 생활의 방법 및 재산관리이다. 이러한 대리권 수여에 있어서도 법정후견에 있어서와 마찬가지로 피성년후견인의 복지에 반하지 않는 한 본인의 의사를 존중하여야 한다(독 민법 제1901조 제2항). 피성년후견의 예정자가 병으로 인하여 회복 가능성이 없을 때에 대비하여 연명치료중단의 직무를 대리할 수 있다. 다만 이에 대해서는 최종적으로는 후견법원이 판단한다(독 민법 제1904조).

노후에 대비한 대리권 수여에 있어서 일반적으로 배우자 혹은 친족이 성년후견인으로 선임한다. 물론 그 밖의 자를 성년후견인으로 지정할 수 있다. 또 성년후견인으로서 희망하지 않는 자를 명확히 할 수도 있다. 노후에 대비하여 대리권을 수여하는 형태는 다음과 같다⁹⁾. 첫째 은행의 경우 사전에 은행에 의하여 승인된 경우 대리권수여가 유효하다. 부동산의 처분에 관한 대리권은 공증이 되어야 한다. 둘째, 대리권은 본인이 능력을 상실한 경우 효력을 발생한다. 일반적으로 대리권수여증서는 제3자가 보관하고 있으며, 조건이 성취된 사실을 의사로부터 증명을 받고 대리인에게 증서를 수여한다. 셋째, 복수의 대리인을 선임하는 경우 대리의 성격을 명확히 하여야 한다. 복수대리인을 선임하는 것은 상호감시를 위하여 유용하다.

9) 백승흠, “성년후견제도의 이법모델에 관한 비교법적 고찰- 독일과 일본의 유형을 중심으로”, 『한.독사회과학논총 제15권 제2호』, 2003, 28면 이하 참조

결국 독일의 성년후견제도는 후견의 필요성이 있지만 임의대리인을 선임하는 방법 등으로 스스로 필요한 조치를 배려할 수 없는 상황을 보호하는 기능을 수행한다.

나. 1998년 개정법의 시사점

첫째, 노인 및 장애인이 스스로의 능력과 의사에 따라서 법률행위를 할 수 있어야 하는 사회 및 가족구조의 변화를 배경으로 도입되었다.

둘째, 성년후견의 요건에 있어서 피성년후견인의 다양한 상황에 적합하게 후견의 내용을 형성할 수 있으며, 피성년후견인의 자기결정권이 존중되는 효과가 있다.

셋째, 일원론이 갖는 피성년후견인의 자기결정권 및 제도의 탄력성을 도모하는 방안이 찾아져야 할 필요가 있다.

넷째, 성년후견제도가 가능하기 위해서는 기능의 전제조건이 충실히 갖추어져야 한다.

다섯째, 직무의 범위를 법률행위로 한정하였으며, 임의후견제도를 활성화하여 본인의 자기결정권을 존중하였다.

여섯째, 성년후견을 필요로 하는 장애인 혹은 노인이 실제로 이를 사용할 수 있도록 비용청구권에 관한 규율이 정비되어야 한다.

3. 영국

가. 2005년 영국의 정신능력법 제정 이전

영국에서는 고령자 등의 보호의 문제가 제기되어 이에 대한 사전적인 연구와 보고서 제출 및 사후적인 조사 및 보고서 제출을 하고 있다. 영국법률위원회의 보고서인 “무능력의 본인(the Incapacitated Principal)”이라는 보고서의 권고에 기하여 영국에서는 1971년 대리권수여법이 제정되고 그 뒤 1985년 지속적 대리권수여법(Enduring Powers of Attorney Act; 1986.3.10 시행)제정되었다.¹⁰⁾

지속적대리권수여법은 고령자가 의사능력이 있을 때에 지속적대리인을 선임

10) 新井 誠, 『高齡社會の 成年後見法』, 有斐閣, 2000.6, 8~9면.

할 수 있도록 하고 있다. 지속적대리권이 수여되기 위해서는 대리권한을 보호 법원에 등록하여야 한다. 그리고 지속적대리권은 엄밀히는 영국의 1983년 정신보건법에서 정의한 “심신상실”상황의 발생 후에도 이용할 수 있는 것이지만, 요보호성인을 “심신상실”에 고령자의 치매를 포함하는 것이 당연하므로 지속적 대리권수여법은 주로 고령자를 위한 법이다.¹¹⁾

지속적대리권의 등록 및 철회, 보호법원의 권한 및 기능의 구체적인 것은 지속적대리권법시행령에 위임하고 있고, 지속적대리권수여 방식에 관하여는 지속적대리권법시행규칙에서 정하고 있다.

나. 2005년 영국의 정신능력법 제정 이후

종래의 정신보건법 제7부를 폐지하면서 2005년에 정신능력법을 개혁하여 2007년 4월부터 시행하고 있다. 동 법은 자신을 위해 행동이나 의사결정을 할 능력이 결여 된 자를 요보호성년으로 보고 이들을 보호하기위한 다양한 제도를 마련하고 있다. 현재는 정신보건법 제7조 내지 제10조의 후견제도와 정신능력법은 종래와 다른 많은 새로운 제도를 도입하였다.

정신능력법은 첫째, 종래의 지속적 대리제도(EPA)에서는 재산관리권한만 대리가 가능하였으나, 신상보호에 대해서도 대리할 수 있도록 영속적 대리제도(LPA)를 창설하였다. 재산관리에 관한 것만 심판하던 보호법원을 대신하여 신상보호에 관한 사항도 심판하기 위해 새로운 보호법원을 독립법원으로 창설하였다¹²⁾. 둘째, 보호법원이 선임하는 법정대리인제도를 신설하였다. 셋째, 돌보아 줄 친족대신는 영속적 대리인이 없는 자 들을 위해 이들의 치료와 관련한 활동의 대리를 위해 독립 정신능력 대리인제도(IMCA)를 신설하였다. 넷째, 누구라도 정신적 판단능력이 결여된 자를 위해 활동하는 경우, 그 활동으로 인해 책임보호법지 않도록 하는 일반 항변제도를 도입하였다. 다섯째, 영속적 대리인 및 법정대리인의 지도, 감독 업무를 수행하는 공공후견청(the Public Guardian)제도를 정비하였다. 여섯째, 정신능력법의 제정으로 정신보건법 제7부가 폐지되었고, 신하여정신능력법은 본인의 의사결정능력이 있는 것으로 추정하고, 영속적 대리인 신는 법정대리인(deputy)역시 요보호성년립 정신 의사결정을 하도록 격려, 권장하여야 하기 때문에, 요보호성년이 의사결정능력이

11) 新井 誠., 上掲論文, 10面.

12) J. McHale/ M. Fox, Health Care Law, London Sweet & Maxwell, 2007, p.342

없는 상태에서 한 계약의 효력이 문제될 것이다. 이때에는 보통법의 일반원칙에 따라 처리될 것이다.

4. 일본

일본의 1999년 개정 민법은 1896년 민법상의 금치산과 준금치산의 무능력자 제도를 완전히 폐지하고 법정후견제도를 후견, 보좌 및 보조제도로 3유형화하였다.

일본은 특히 고령사회가 되면서 일본에서도 고령자에 대한 보살핌이 별도로 필요하게 되었는데, 이들에게는 과거의 일본 민법의 금치산제도나 준금치산제도는 적절하지 않아서 성년후견제도의 개혁이 요구되었던 것이다.

그리하여 과거의 금치산선고제도에 대하여는 후견제도를, 준금치산선고제도에 대하여는 보좌제도를 대치하였고, 새로이 보조제도가 신설되어 과거의 일본 민법상의 법정후견인제도가 “법정의 성년후견제도”를 도입하면서 크게 개정되었고, 또한 새로이 특별법상의 임의후견계약제도가 도입되었다.

일본은 독일의 일원주의를 채택하지 않고 프랑스의 다원주의를 채택하였다. 이는 일본민법의 무능력자제도가 일본민법 제정 시로부터 프랑스민법의 영향을 많이 받고 있었던 것과 맥을 같이 한다. 즉 일본에서는 1999년 12월 1일에 민법일부개정법 등 성년후견제도에 관한 4개의 법률이 성립되어 2000년 4월 1일부터 시행되고 있다. ① 민법의 일부를 개정법률, ② 임의후견계약에관한법률, ③ 후견등기등에관한법률, ④ 민법의 일부를개정하는법률에따른관계법률의정비에관한법률이 그것이다.

이에 따라 일본민법 친족편 제5장의“후견”이 대폭 개정되었고, 제5장의2로 “보좌”및“보조”가 신설되었다. 그리하여 일본의 성년후견제도는 크게 일본민법상의 “법정의 성년후견제도”와 특별법상의 “임의후견계약제도”로 나눌 수 있고, 그 에 이에 부수하는 후견등기제도, 임의후견계약의 공증제도 등도 성년후견제도의 주요한 내용이 된다. 일본에서 지역복지권리옹호제도 등은 복지관계법이 성년후견제도를 보완하는 것으로서 중요하다.¹³⁾

III. 행위무능력제도와 후견제도의 문제점

13) 本澤巳代子, “成年後見制度の改革と地域福祉權利擁護制度”, 『아세아여성법학제3호』, 아세아여성법학연구소, 2006.6. 15면 이하

1. 인간다운 생활을 할 권리를 보장할 필요성

우리 민법은 제 2장 1절 「능력」에서 행위무능력제도를 규정하고, 일반적으로 모든 사람은 행위능력을 가지나, 예외적으로 행위 무능력자는 그 법률행위에 법정대리인의 동의를 얻게 함으로써 제한을 가하고 있다.

이러한 행위무능력제도는 무능력자에게는 무의식상태의 입증책임부담을 덜어 주고, 타인의 조력을 얻어 유효한 법률행위를 가능하게 하며, 경솔하게 단독으로 행한 법률행위에 관해서는 부모나 후견인이 취소할 수 있도록 하고, 이 취소로써 선의의 제3자에게 대항할 수 있도록 하여, 취소하는 경우에는 무능력자가 현존이익만을 반환하도록 하여 무능력자의 소비를 문책하지 않는다는 장점이 있다.

또한 무능력자를 정형적·확일적으로 규정함으로써 사전에 식별이 가능하도록 하여 불측의 손해를 방지하고, 무능력자와 거래한 상대방에게는 최고권·철회권을 주어 계약을 확정적으로 유효 또는 무효로 할 수 있도록 하며, 상대방이 법률상 행위능력자인 경우에는 다소 판단력이 부족할지라도 취소할 없도록 함으로써 계약의 유효성에 대한 신뢰도를 높여 거래안전의 보호에 이바지한다.¹⁴⁾

그러나 행위무능력제도는 과거 독일의 행위능력박탈제도의 문제점과 같이 무능력자의 자기결정권을 제한하고, 지나치게 확일적·정형적이므로 인하여 한정치산자나 금치산자에게는 그들의 잔존능력을 무시하게 됨으로써 재활의 기회를 배제해 버리게 되는 결과를 초래할 수 있으며, 그들을 돌보는 가족들조차 사회적인 이목을 꺼려하며 적극적인 개호를 하기보다는 폐쇄적인 환경에 가두거나 비밀로 하게 됨으로써 부정적인 결과를 초래할 수 있다는 문제점이 있다.

특히, 연령의 증가와 더불어 신체적·정신적 능력이 감퇴하여 가는 고령자에게 있어서는 더욱 문제가 크다. 노령으로 인해 정상인이 갖는 여러 가지 능력이 감퇴하는 것은 누구에게나 예외 없는 자연의 법칙이기 때문이다. 타인의 조력 없이는 거동할 수 없을 정도로 기력이 쇠퇴한다거나 집중력, 판단력, 기억력의 쇠퇴 등은 특별히 치매나 뇌졸중과 같은 질병으로 인한 경우가 아니더라도 누구나 맞이하게 되는 노년기의 증상이다. 노령에 처해 있는 본인은 자신의 신체적·정신적 능력의 감퇴를 인정하지 않으려 애쓰겠지만 어쩔 수 없이 타인의 도

14) 백승흠, “우리나라에서의 성년후견제도 도입 그 검토”, 『고령사회와 성년후견제도』, 법제연구원 워크샵자료, 2003.12.19, 150면

움을 받아야만 하게 된다. 더욱이 노령에 의한 능력의 감퇴뿐만 아니라 선천적 장애인 정신질환을 가진 자나 질병 또는 후천적으로 심신에 장애를 가지게 되는 자들도 문명의 발달과 더불어 증가하고 있다.

우리 헌법 제10조는 누구나 장애의 정도를 묻지 않고 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 인간다운 생활을 할 권리를 보장하고 있으며, 장애인 차별금지 및 권리구제에 관한 법률 제1조에서도 모든 생활영역에서 장애를 이유로 한 차별을 금지하고 장애를 이유로 차별받은 사람의 권익을 효과적으로 구제함으로써 장애인의 완전한 사회참여와 평등권 실현을 통하여 인간으로서의 존엄과 가치를 구현함을 목적으로 한다고 규정하고 있다. 또한 노인복지법 제2조 제2항에서도 고령자도 그 능력에 따라 적당한 일에 종사하고 사회적 활동에 참여할 수 있어야 한다고 규정하고 있다.

더욱이 우리 민법에서는 제974조 이하에서 자신의 자력이나 근로에 의하여 생활을 유지할 수 없는 자를 위한 부양제도를 마련해 두고 있다. 민법상의 부양제도를 통하여 부양을 받아야 하는 고령자는 동거하는 자에게 의지하여 생활을 영위하고, 필요한 물품의 구입이나 신체적인 개호를 받는 것도 가능하다. 그러나 동거부양의 의무를 거부하는 경우에 강제적 이행이 불가능하고 고령자를 요양할 가족구성원이 여러 가지 이유로 감소하고 있는 것을 고려하면, 이 또한 고령자의 개호를 위한 근본적인 대책이 되지 못하는 것이다.

결국, 헌법에 보장된 자기결정권을 존중하고, 고령자에게 남아 있는 능력을 존중하기 위해서는 고령자 스스로가 법률행위를 할 수 있도록 하는 것이 필요하다. 판단능력이 감퇴한 자나 행위능력이 제한된 고령자도 일상적인 사무와 같이 가능한 범위 내에서는 스스로의 판단으로 행할 수 있도록 법이 보장해 주어야 하며, 어떠한 이유에서건 사회적으로 배제되고 차별되어서는 안 되는 것이다.

민법이 규정하고 있는 행위무능력자제도 가운데 판단능력이 부족한 상태에 있는 고령자를 대상으로 하는 것은 한정치산제도와 금치산제도이다, 그러나 현행 민법은 행위무능력자제도로써 판단능력을 상실하거나 불충분한 자를 획일적으로 무능력자로 규정함으로써 고령자의 잔존능력을 무시하고, 따라서 사회적으로나 심지어 가족들에게도 냉대 받게 되는 결과를 초래하고 있는 실정이다.¹⁵⁾ 성년후견제도는 이러한 처지에 있는 자들의 자기결정권을 존중하고, 정신능력의 감퇴로 인하여 완전한 의사무능력상태에 빠지지 않는 잔존능력을 존

15) 백승흠, 전제논문, 121면

중하며 보편화개념을 실현하고자 하는 것이다.

2. 행위무능력제도의 문제점

한정치산·금치산선고는 각각「심신이 박약하거나, 재산의 낭비로 자기나 가족의 생계를 궁박하게 할 염려가 있는 때와」 「심신상실」을 실질적으로 하고, 「본인·배우자·4촌 이내의 친족·후견인 또는 검사」의 청구를 형식적 요건으로 하고 있다. 금치산과 한정치산의 구별에 있어서 정신적 판단능력의 정도를 기준으로 하면, 민법은 단순히「심신상실」과「심신박약」의 두 유형으로만 구분하여 의사능력을 상실하거나 감퇴된 자를 획일적으로 이분함으로써 제도의 탄력적 운용을 불가능하게 하고 있다.¹⁶⁾

또한 형식적 요건과 관련하여 법원에서 사건 심리 중에 당사자에게 금치산·한정치산선고의 필요성이 인정되더라도, 법원이 직권으로 선고할 수 없게 된다. 더욱이 본인과 검사, 그 밖의 자에게도 청구권이 있으나 거의 행해지지 않고 있는 실정이다.

가사소송규칙 제33조는 「가정법원이 한정치산 또는 금치산선고의 심판을 할 경우에는 사건 본인의 심신상태를 판단할 만한 다른 충분한 자료가 있는 때에는 그러하지 아니하다」고 규정하고 있다. 현실적으로 한정치산·금치산의 경우 판단능력의 판정에는 장시간의 입원과 정신과 전문의의 진단이 필요하므로 고액의 감정비용이 소요되며, 이러한 비용문제로 인하여 한정치산·금치산선고의 필요가 있는 경우에도 주저하게 되고, 또한 심판의 청구에서 선고까지에 상당히 많은 시간이 소요되고 있다.¹⁷⁾

한정치산·금치산의 심판절차는 가사소송법 라류 사건으로서 가사비송사건이기 때문에, 가사소송법 제45조의 규정상 본인이나 사건관계인의 심문은 필요치 않으나 실무에서는 신중을 기하기 위해 청구인이나 사건 본인의 가족을 참고인으로 심문하고 있다고 한다.¹⁸⁾ 그러나 사건 본인이 어느 정도 자신의 의사를 표명할 수 있는 경우에도 일률적으로 본인의 의사는 전혀 고려하고 있지 않다고 한다.¹⁹⁾ 선고를 받게 되면, 금치산자의 경우에는 행위능력이 완전히 박탈되고 후견이 대리하게 되며, 한정치산자의 경우에는 예외적인 경우를 제외하고는

16) 백승흠, 상계논문, 124면

17) 신영호, “고령화사회에 있어서의 후견제도”, 『가족법연구 제11호』, 1997, 366 ~ 367면

18) 법원행정처, 『법원실무제요(가사)』, 1994, 581면

19) 신영호, 전계논문, 367면

후견인의 동의를 얻어 법률행위를 해야 한다. 결국 한정치산·금치산자의 잔존 능력을 일축하고 자기결정권은 무시한 채, 획일적이고 전면적인 능력의 박탈 내지는 제한을 행하는 것이다.²⁰⁾

이 밖에도 한정치산·금치산선고를 받은 자는 공직선거법상 피선거권은 물론이고 선거권도 인정되지 않으며, 수많은 법률에 의해 무능력자로 분류되게 된다. 더구나 심판이 확정되면 그 내용을 공고하고, 사건 본인의 가족관계등록사무를 관장하는 자에게 통지하여 본인의 가족관계등록부에 기재된다. 무능력자의 공시를 위해서 이지만 이로 인하여 본인은 물론 그 가족들에게도 사회적 차별을 느끼게 하고 요보호자를 비밀로 하며, 따라서 정상적인 개호를 통하여 재활의 기회를 주는 길을 막게 되는 것이다.

3. 후견인제도의 문제점

우리 민법은 금치산자 등에 대한 후견의 개시에 관하여 제929조에서 「금치산 또는 한정치산의 선고가 있는 때에는 그 선고를 받은 자의 후견인을 두어야 한다」고 규정하고, 기혼자의 후견인 순위에 관하여 제934조에서 「기혼자가 금치산 또는 한정치산의 선고를 받은 때에는 배우자가 후견인이 된다고」고 규정하며, 금치산 등의 후견인 순위에 관해서는 제932조에 「제 931조에 의한 후견인의 지정이 없는 때에는 미성년자의 직계혈족, 3촌 이내의 방계혈족의 순위로 후견인 후견인이 된 다」고 규정하고 있다.

여기서의 직계혈족 및 방계혈족에는 모계혈족을 포함하는 것으로 본다.²¹⁾ 도 제935조 제1항에서는 후견인의 순위에 관하여 「제 932조 내지 제934조의 규정에 의한 직계혈족 또는 방계혈족이 수인인 때에는 최근친을 선순위로 하고 동순위가 수인인 때에는 연장자를 선순위로 한 다」고 규정하고 있다.

이러한 후견제도에는 다음과 같은 문제점이 노출되고 있다.

첫째, 자연인만을 법정후견인으로 예정하고 있는 현행 민법에 의하면 고령자의 개호를 업무로 하는 사회복지기관과 같은 법인은 후견인이 될 수 없다.²²⁾ 이것은 후견인으로서의 적성을 갖춘 재원의 확보나 그러한 자들의 양성·교육이라는 측면에서 문제가 된다.

둘째, 기혼인 자의 경우 우선적으로 그 배우자가 후견인에 선임되도록 한 민

20) 백승흠, 전계논문, 123면

21) 대판 81스 25 - 29

22) 장현옥, 전계논문, 157면

법 제934조의 경우에 발생하는 문제점은 후견인이 될 배우자의 “高齡”이다. 고령으로 인한 능력의 쇠퇴로 한정치산 또는 금치산선고를 받은 고령자의 경우 그 배우자도 역시 고령자인 경우가 대부분일 것이다. 더욱이 배우자를 법률상의 배우자에 한정함으로써 사실상 부부관계가 파탄에 이른 경우에는 곤란한 문제가 발생하게 된다.²³⁾

셋째, 민법 제 935조 제1항은 연장자를 선순위의 후견인으로 규정하고 있는데, 이러한 경우 요 후견상태에 있는 자 보다도 더 고령인 자가 후견인이 되는 경우가 발생할 수 있다.

넷째, 현행법은 사실상 후견인을 1인으로 한정하여 재산관리와 신상감호를 맡기고 있다. 그러나 재산관리와 신상감호라고 하는 후견인의 직무가 극히 포괄적일 뿐만 아니라 전문성이 요구되는 재산관리에 대해서도 1인의 후견인이 그 직무를 감당할 수 있는지의 여부가 문제이다.²⁴⁾

다섯째, 한정치산자의 후견인은 재산관리권과 대리권을 갖게 되므로 신체상의 보호에 관한 권리의무는 없다. 그러나 한정치산과 금치산의 명백한 기준이 없는 정신능력의 판별이라는 점에서 심신이 박약한 한정치산자의 경우도 금치산자와 같이 요양감호가 필요한 경우가 있을 것이다.

피보호자의 재산관리와 신상감호 중 종래에는 민법 규정상 재산관리만이 중시되고 신상감호는 거의 고려되지 않았지만, 이것은 원칙과 예외가 뒤바뀐 것이고 성년후견법은 신상감호에 중점을 두어야 한다. 기본적으로는 거래의 안정성을 지향하는 기존의 재산법상의 사고와는 다르다는 것을 강조하기 위해서도 성년후견법은 신상감호법이고 그 범위 내에서는 신상감호가 우위에 서고 피보호자의 재산관리는 신상감호에 포함되고 있다는 것을 명확히 해야 할 것이다.

여섯째, 후견감독기관이 친족회로 되어 있는데, 현행 친족회제도는 친족회원만을 선임하는 절차, 친족회를 소집하는 절차 및 친족회의 결의절차가 매우 형식적으로 이루어지고 있어 후견인을 감독하는 기능을 다하지 못하고 있다.²⁵⁾

일곱째, 법정후견인제도는 후견의 공백상태가 생길 여지를 줄여 본인을 보호할 수 있는 장점에도 불구하고, 개별적이고 구체적인 사안에 따른 유연성이 부족하고 또 이 제도가 악용되면 본인의 이익을 해칠 우려가 있다.²⁶⁾

23) 장현옥, 상계논문, 156면

24) 김용한, “후견”, 『사법행정제15권 제8호』, 1974.8, 63면.

25) 윤진수, “친족회의 동의를 얻지 않은 후견인의 법률행위에 대한 표현대리의 성립여부”, 『아세아여성법학 제3호』, 2000, 86~87면

26) 권순한, “법정후견인제도”, 『아세아여성법학 제3호』, 2000, 91~92면.

여덟째, 법원에 의한 후견인선임에 있어서 민법 제777조의 규정에 의한 피후견인의 친족 기타 이해관계인의 청구를 요건으로 하고 있는 데에 대한 비판이다. 즉 제936조에 의하면 일정한 자의 선임 청구가 없게 되면 법원은 직권으로 후견인을 선임할 수 없고, 따라서 금치산·한정치산자의 보호에 공백이 생긴다.²⁷⁾

IV. 성년후견제도의 개선 방안

1. 입법의 방법론

입법의 방법은 요보호 성년자를 포괄적으로 규정하고 구체적인 내용은 가정법원에서 결정하는 일원론과 미리 몇 개의 유형을 나누고 각각의 유형 중에서 탄력화와 유연화를 도모하는 다원론으로 나누어 볼 수 있다.

첫째로 입법실현의 난이도에 따른 차이이다. 즉 입법적으로 반발 없이 실현하기 쉬운 유형은 다원론적으로 탄력화에 기한 입법일 것이다. 일본의 성년후견문제연구보고에서 채택한 것과 같은 방법에 따른 입법은 현행법의 개정으로 가능하지만, 이에 반해 일원적 탄력화에 기한 입법은 민법 구조의 근본적인 변경을 초래할 것으로 예상되며, 무엇보다도 가정법원의 역할이 강화되어야 할 것이다.

둘째로 제도의 외관이 일반인들에게 주는 부정적인 인상에 관한 것이다. 즉 성년후견제도를 입법함에 있어서는 종래 한정치산·금치산제도에 관한 부정적인 인상을 없애는 것이 중요하다.

셋째로 제도운용의 간편성에 관한 것이다. 즉 현행 무능력제도하에서는 가정법원이 금치산선고나 한정치산선고 중 하나를 결정하면 된다. 그러나 제도를 유연화 하게 되면 가정법원의 재량의 폭이 대폭 확대된다.

넷째로 규정의 명확성이다. 즉 탄력과 유연한 구조를 갖춘 제도를 확립하게 되면, 후견인의 권한의 범위나 당해 성년자가 한 행위의 유효성 등에 관한 복잡한 규정이 필요하게 된다. 그렇게 되면 기초가 번잡하게 될 뿐만 아니라 제도의 간이성을 손상시켜 제도의 이용이 어렵게 될 염려가 있다.²⁸⁾

27) 장현옥, 전계논문, 157면

28) 백승흠, 전계논문, 127면.

2. 자기결정권 존중의 원칙 및 잔존능력 존중의 원칙

외국입법례가 새로운 「성년후견제도」를 도입한 주요한 이유는 종전의 후견제도가 피후견인의 자기결정권을 존중하고 있지 못했다는 것이다. 종전의 이들 국가의 무능력자제도는 현행 우리 민법상의 ‘무능력자제도’와 유사했던 것인데, 이들 제도는 무능력자의 행위능력을 제한하는 것을 목적으로 하는 것으로서 지적장애자, 정신장애자, 고령으로 정신능력이 약해진 사람이 이용하기에는 그 내용이 적당하지 않은 것이다. 특히 고령자들은 보통은 일상생활을 영위하고 있고, 간단·단순한 계약에 대하여는 계약을 체결할 능력을 보유하고 있기 때문에 종전의 후견제도는 그와 같은 고령자에게는 그 제한이 너무 강하였던 것이다. 그리하여 각국의 성년후견제도의 기본원칙은 피후견인의 자율적인 ‘자기결정권의 존중’과 ‘잔존능력의 활용’이라고 하고 있다²⁹⁾.

성년후견제도는 그 운용에 있어, 자기결정 존중의 원칙의 견지에서 문제가 될 수도 있다. 예컨대 피후견인을 시설에 입소시키거나 피후견인에게 불임수술 등을 시술할 필요가 있을 때에 자기결정권을 어떻게 존중할 것인가? 본인의 판단능력이 부족 또는 상실된 경우에는 본인의 동의를 받을 수 없기 때문에 문제가 더욱 심각하다. 독일에서의 한 조사에 따르면 시설수용의 건수가 상당히 많은 것을 볼 수 있는데, 우리가 성년후견제도를 도입함에 있어서는 이에 따른 본인의 피해를 방지하기 위하여 의사나 전문가의 감정 등 제도적 장치가 마련되어야 할 것이다. 독일에서의 불임수술의 경우에 적어도 2인 이상의 전문가의 감정이 있어야 하고 변호사가 절차보좌인으로 선임되어야 할 것을 요건으로 하고 있다.³⁰⁾

3. 신상에 대한 배려

치매의 고령자, 지적장애자, 정신장애자 등은 그들의 재산을 관리해 주는 것도 필요하지만 그들의 신상에 대한 보살핌 역시 필요하다.

독일이나 프랑스에서는 민법개정으로 다양한 신상보살핌 제도를 도입하고 있다. 또한 일본에서서는 1980년부터 1990년 사이에 복지정책, 사회복지관계법제의 사상적 근거에 많은 변화가 있었다. 1989년 ‘고령자보건복지10개년전략’

29) 星野英一, “成年後見制度と와 立法過程”, 『ジュリスト』, 第1172号, 2000.2.15. 3面.

30) 新井 誠, 전개논문, 101面

(소위 Gold Plan)이 책정되어 노인복지법 등 8개의 법률이 일제히 개정되었다. 그리고 1993년 장애자기본법(심신장애자대책기본법의 개정), 복지욕구의 연구 개발및촉진에관한법률, 1995년 정신보건복지법(정신보건법의 개정), 고령사회대책기본법, 1997년의 아동복지법의 개정 등이 있다.

이로써 고령자, 장애인 등에 대한 신상의 보호는 복지법제에서도 다루어지게 되었다.³¹⁾ 1997년의 개호보험법의 성립은 고령자복지에 있어서의 하나의 전환점이 되었고, 1999년의 사회복지기초구조개혁은 장애인에 있어서의 새로운 정책의 전기가 되었다.³²⁾ 일본에서는 복지전문가와 법률전문가의 협력이 요구되고 복지문제와 법률문제를 함께 해결할 수 있는 인재 양성이 필요하다는 주장이 있으며, 또한 성년후원제도를 보완하는 제도로서 지역복지권리옹호제도가 있는데 이 제도의 충분한 이용을 기대하고 있다. 이러한 문제는 우리나라에서도 동일하게 요구되는 것으로서 앞으로 성년후원제도 뿐만 아니라 복지관계법, 가족법 문제를 해결할 법률복지사의 양성이 요구된다.³³⁾ 현행의 한국의 후견제도는 신상보호적 요소보다는 재산적인 요소가 비교적 많다. 우리 민법상 한정치산자의 경우 후견인에게 요양·감호의 의무가 없는 것이 문제이다. 이를 위한 개정이 요구된다.³⁴⁾

정신장애자의 보호, 복지를 위한 것이 후견제도의 근본정신이므로³⁵⁾, 이러한 이념에 부합하는 제도의 도입이 요구된다. 성년후견제도를 도입함에 있어서는 '피성년후견인의 복리'를 기본원칙으로 해야 할 것이다. 일본의 경우 재산관리 뿐만 아니라 의료계약, 주거계약, 시설입소계약, 개호계약, 교육 및 재활에 관한 계약 등의 신상보호와 피성년후견인의 의사를 존중하고 심신상태 및 생활을 배려하고 있다. 법무부 민법개정안에는 피후견인의 복리, 치료행위, 주거의 자유 등에 관한 신상보호 규정을 도입하고 피후견인에 대한 중대한 의료행위에 대한 동의권을 행사할 경우 가정법원의 허가를 얻도록 하고 있다.

이와 관련하여 신상보호제도의 도입에 있어 법무사 중심의 재산관리대리 서비스 및 사회복지사 중심의 신상보호 서비스를 실시하고, 신상보호의 내용 및 범위의 규정방식, 신상보호의 주요내용 및 예외규정사항(의료행위 및 신체강제 사항)등을 명시하도록 하며, 신상보호의 내용으로서 일상생활 유지에[관한 사

31) 大曾根寛, 『成年後見社會福祉法制, 法制, 法律文化社, 2000.7, 93面

32) 大曾根寛, 상계논문, 93面

33) 本澤巳代子, 전계논문, 15~16面

34) 신영호, 전계논문, 369면

35) 장현옥, 전계논문, 156면

향으로는 주택시하(수선, 임대차계약 등), 복지요양서비스의 이용(재할포함), 복지시설 등에서의 생활, 의료에 관한 사항, 교육, 노동, 여가활동 등을 성년후견인의 직무범위에 포함시켜야 한다³⁶⁾.

피성년후견인의 복리를 위해서는 법정후견제도나 임의후견제도만 있어서는 안 된다. 법률상 여러 가지 복리·복지제도가 있어야 할 뿐만 아니라, 성년피후견인의 복리·복지법관계연구회, 사회단체 등의 활동이 아울러 활발하여야 하고, 이들과 가정법원의 활동과의 협력관계가 잘 이루어져야 한다. 앞으로 민법상의 성년후견제도 뿐만 아니라 가사소송법, 2008년부터 시행하고 있는 노인장기요양보험법 등 복지관계법의 보완이 필요하며, 이러한 문제를 해결할 제도의 설치 및 '법률복지사' 내지 '법률상담원'의 양성이 요구된다.

4. 재산에 대한 배려

첫째, 일본의 성년후견제도의 통계를 보면, 재산관리를 위한 경우가 제일 많은 것을 볼 수 있다. 그러므로 성년후견제도를 도입한다면 신장보호에 관한 부분도 강화하여야 할 것이지만 재산관리 부분에 대하여도 크게 보완이 필요하다.

둘째, 우리 현행 민법상의 한정치산 및 금치산제도는 행위무능력제도로써 법률행위를 중심으로 규정되어 있어서 피후견인의 능력을 너무 제한하고 있다. 이 문제는 영국, 독일, 일본 등에서 성년후원제도를 도입하게 된 큰 이유가 되는 것이다. 영국의 '지속적 대리권 수여제도'나 일본의 '임의후견계약제도'의 도입이 필요하며, 독일에서의 '성년후견제도' 또는 프랑스에서의 후견·보좌·사법적 보호제도에 대한 깊은 연구를 통한 법정의 성년후견제도의 도입이 요구된다.

임의후견계약제도를 도입함에 있어서도 영국식 또는 미국식³⁷⁾의 제도가 좋은 것인지, 아니면 프랑스 및 일본식의 다원적 제도가 좋을 것인지에 관한 연구가 요구되며, 법정의 성년후견제도를 도입함에 있어서도 독일식의 일원적 제도가 좋을 것인지, 아니면 프랑스나 일본에서와 같은 다원적인 제도가 좋을 것인지에 관한 선택이 요구된다. 피후견인의 의사능력이 다양하므로 그에 따른 여러 유형의 제도를 마련하는 것이 타당할 것으로 보인다.³⁸⁾

36) 변용찬외 3인, 전계논문, 127면

37) 미국에서는 1979년의 통일지속적대리권법(Uniform Durable Power of Attorney Act, 1979)이 있고, 이를 많은 州에서 채용하고 있다.

독일에서의 30년간의 논의, 영국에서의 사전적인 연구와 보고서 제출 및 사후적인 조사 및 보고서 제출, 일본에서의 수년간 성년후견제도에 관한 연구회의 활동과 보고서 제출 등은 좋은 본보기가 된다.

5. 성년후견절차개시의 요건

첫째, 장애의 다양한 특성을 반영하여 서비스를 제공할 수 있는 장점이 있기 때문에 성년후견 적용대상으로 노인과 신체장애인 등 전 국민이 정책 대상이 되어야 할 필요가 있다. 프랑스의 경우 성년자의 정신적 능력이 질병, 병약 내지 고령으로 인한 쇠약으로 손상된 경우 또는 신체적 능력이 손상이 의사표현을 방해하여 자기 사무의 전부 또는 일부를 처리할 수없는 경우 민사생활 행위에서 보호를 필요로 할 때 개시된다. 법무부의 민법개정안에서는 질병, 노령, 기타 사유로 인한 정신적 제약으로 일시적 또는 특정한 사무에 관한 후원이 필요한 사람, 사무를 처리할 능력이 부족한 사람, 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 지속적으로 결여된 사람에 대하여 한정하고 있다. 신체적 장애인 등 기타 장애로 인해 판단기능이 불완전하여 성년 후견제도에 의한 성년후견제도에 의한 청구 필요성이 인정되는 모든 대상을 포함하는 것이 바람직할 것으로 판단된다.

둘째, 후견인 청구권자 범위 확대와 관련하여 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 미성년후견인, 미성년후견감독인, 성년후견인, 성년후견감독인, 특정후견인, 특정후견감독인, 검사를 추가하고 있으며, 당사자 본인의 의사가 중요하므로 본인 아닌 사람이 청구할 경우 본인의 동의를 얻도록 하고 있다. 그러나 영국 처럼 지방자치의 장, 치료기관 및 사회복지시설의 장, 기타 이해관계에 있는 자는 법원의 허가를 얻어 신청할 수 있다.

셋째, 검사를 후견절차개시의 청구인으로 하는 것은 타당한가? 우리나라의 경우 현재까지 후견인을 검사가 청구한 경우는 거의 없고, 또한 절실한 이해관계인이 없는 한 이를 청구하지 않는 것이 보통이다.³⁸⁾ 일본도 성년후견제도에서는 후견개시심판 등의 청구인으로서 검사를 여전히 두고 있다. 생각건대 앞으로 성년후견제도에서도 적극적인 활동을 기대하면서 검사를 후견개시심판의 청구인으로 하는 것이 좋을 것으로 생각한다.

38) 김정순외 5인, 전계논문, 139면

39) 신영호, 전계논문, 366면

넷째, 일정한 복지단체 또는 법률상담단체를 청구인으로 인정하는 것도 고려할 수 있다. 현재 후견사건에서 검사가 신청을 하는 경우는 별로 없는 것은 그 업무가 과중하기 때문이라고 생각된다. 그렇다면 현실적으로 고령자나 정신장애자 등의 복지상담, 법률상담 등을 담당하는 단체로 하여금 그 신청을 할 수 있게 한다면 좀 더 실질적인 도움이 될 수 있을 것이다.

다섯째, 후견사건은 우리 가사소송법 라류사건 가사비송사건이기 때문에 사건관계인을 심문하지 않고 할 수도 있지만(가사소송법 제45조), 실무에서는 신중을 기하기 위하여 청구인이나 사건본인의 가족을 참고인으로 심문하고 있다고 한다.⁴⁰⁾ 하지만 많은 경우 본인의 의사를 무시하는 경우가 있을 수 있고, 이는 허위의 사실에 기하여 선고가 내려질 위험이 크다는⁴¹⁾ 것을 보여주기도 한다. 성년후견제도를 도입한다면 본인의 의사를 반영할 수 있는 제도적 장치가 마련되어야 할 것이다.

여섯째, 우리의 현행 민법상 낭비자(가족의 생활을 궁박하게 할 정도의 낭비자)는 한정치산선고를 받을 수 있는 자로 규정되어 있는데, 신체적결함도 없는 낭비자를 정신장애자와 동렬에서 보호하고 있는 것은 문제이다. 일본 성년후견제도에서 '낭비자'를 제외하고 있는 것은 타당하다 할 것이며, 우리 민법개정시에도 이를 삭제하여야 할 것이다.

6. 후견인 및 후견감독기관

첫째, 후견인은 복수로 하는 것이 좋다.⁴²⁾ 독일(독일민법 제1897조 이하) 및 일본 성년후견제도에서는 이를 받아들이고 있다. 우리나라가 성년후견제도를 도입하는 경우에는 후견인을 복수로 할 수 있도록 하여야 한다고 본다.

둘째, 현행 민법상 후견인이 법정후견인 중심으로 운영되고 법정 후견제도로써 외국의 성년후견제도를 도입하여 후견인으로서 적합한 자를 선임할 수 있는 제도를 도입하여야 할 것이고, 또 임의후견계약제도도 도입하여 본인이 신뢰하는 자를 후견인으로 하는 계약을 체결할 수 있도록 하여야 할 것이며, 이들 후견인을 감독하는 합리적인 제도를 두어 그 권한남용을 방지할 수 있도록 하여야 할 것이다. 이를 위하여 가정법원의 감독기능이 더 강화되어야 할 것이라고 생각한다.

40) 법원행정처, 『법원실무제요(가사)』, 1994, 581면

41) 김성숙, 전계논문, 156면

42) 김주수, 『친족·상속법』, 법문사, 2006, 397면

우리의 법정후견인제도는 연령만 순위로 하기 때문에 부당하며, 가부장적 가족제도의 사고방식이므로 적절하지 않다.⁴³⁾ 후견인으로서 적절한 자를 후견인으로 정할 수 있도록 개정하는 것이 필요하다.

우리 민법상 배우자가 법정후견인인 되는 것도 획일적이다. 사실상 이혼인 경우는 더욱 곤란 문제가 있다.⁴⁴⁾ 이 역시 개정시 반영하여야 할 것이다.

셋째, 우리 민법상 선임후견인의 경우 후견인의 공백이 문제된다. 예컨대 금치산선고만 있고 후견인 선임청구가 없는 경우는 후견인에 공백이 있을 수 있다.⁴⁵⁾ 이 문제도 법 개정시 해결해야 한다.

넷째, 후견인으로서 사회복지기관 또는 법률상담기관이 더 적격일 수 있다.⁴⁶⁾ 법인 또는 사단을 후견인으로 할 수 있는 제도가 일본 성년후견제도 및 독일 제도에 있다(독일민법 제1900조 제1항 내지 제3항). 이를 우리 민법에도 도입하는 것이 좋을 것으로 본다.

다섯째, 우리 민법상 후견감독기관은 친족회, 가정법원인데 이 후견 감독이 너무 형식적으로 되고 있는 것이 문제이다.⁴⁷⁾ 이에 관하여 여러 의견이 제시되고 있지만,⁴⁸⁾ 친족회를 후견인의 감독기관으로 하는 경우에는 현재 우리 민법상의 친족회가 감독기관으로서의 기능을 제대로 하지 못하는 것이 문제가 되고, 가정법원이 이를 담당하는 경우에는 개인부담이 증대되어 국가·지방자치단체의 부담을 줄어줄 것이지만, 법률상담소 운영보조비, 가정법원의 조사관 비용의 증대 등 비용증대 역시 문제가 될 것이다.

독일이 법 개정에서 의하여⁴⁹⁾“성년후견(Betreuung)”제도를 도입하여 이를 1992년 1월 1일부터 시행한 이후 후견법원·후견상담소·후견인협회 등에 지출된 후견인선임비용을 감당하기 어렵게 되었고, 이것이 주요 원인이 되어 1999년에 다시 법 개정을 한 것을 유념할 필요가 있다. 일본의 경우에는 임의후견계약제도의 경우 임의후견감독인을 선임하도록 하여 그 비용을 본인이 부담하도록 하고 있다. 이에 독일의 경우가 참고가 되었을 것으로 생각한다. 다만 법률구조가 필요한 고령자 등에게는 무료 또는 비용감액의 법률부조를 실시할 필

43) 최병욱, “법정후견인의 순위에 관한 재검토론”, 『법학논집』, 창간호, 이화여대 법학연구소, 1996.5, 58면

44) 오경희, “성년후견제도에 관한 연구”, 부산대학교 대학원 박사학위논문, 1999.2, 39면

45) 김증한·주재황 편, 전계서, 63면

46) 장현옥, 전계논문, 157면

47) 장현옥, 상계논문, 158면

48) 윤진수, 전계논문, 87면

49) 독일은 1990년 6월 1일 성년자를위한후견및감호법개정에 관한법률(Gesetz zur Reform der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige)을 입법하였다.

요가 있다고 본다.

7. 사전적 조치로서의 임의후견제도의 도입

첫째, 사전적 조치는 성년 후견이 필요한 경우를 미리 대비하여 대리권을 수여하거나, 성년후견인을 지정하는 것이다. 즉 임의 후견제도는 판단능력이 있을 때, 임의후견인을 치매 등으로 인하여 지원이 필요한 상태에 대비하여 임의 후견인을 미리 선정해두는 제도로 지원을 필요로 하는 자가 자기의사에 따라 결정하는 계약이므로 노령인구의 증가가 뚜렷이 나타나는 현대사회 필요한 제도이다.

둘째, 사전적 조치로서의 대리권수여나 성년후견인 지정은 독일민법이 취하고 있는 제도로서 이러한 사전적 조치가 있는 경우에는 가정법원에서의 법정대리인인 성년후견인의 선임은 없다. 독일의 위와 같은 제도와 달리 일본 민법상의 임의후견인계약제도는 사전적 조치로서의 역할을 훌륭히 해낼 것으로 생각한다. 법무부개정안에서는 법정후견제도의 다원화 및 임의후견제도의 도입으로 다원론에 입각하여 법정 성년후견제도로 민법의 '금치산'을 '성년후견'으로, '한정치산'을 '한정후견'으로 대체하고, 한정후견에 못 미치는 정신장애를 대상으로 '후원'을 신설하는 한편, 법정 성년후견제도를 보완하는 임의성년후견제도를 기본 골격으로 하고 있다. 임의성년후견제도에서 임의후견계약이란 정신적 장애로 사리를 분별할 능력이 부족한 상황을 미리 대비하여 자기의 생활, 요양상의 간호 및 재산관리에 사무의 전부 또는 일부를 위탁하고 그 위탁에 관계된 사무에 관하여 대리권을 부여하는 위임계약을 말한다. 이러한 임의후견계약은 일정한 양식의 공정증서에 의할 것을 요구한다. 임의후견계약에서 후견인은 당사자 본인이 선정하므로 적정한 감독을 위해 감독인의 선임이 필수적이다. 따라서 임의후견계약은 가정법원이 임의후견감독인을 선임한 때부터 효력이 발생한다.

셋째 임의후견감독인의 선임신청은 본인, 배우자, 4촌이내의 친족 또는 임의 후견수임자가 청구할 수 있다. 임의후견감독의 실효성을 확보하기위하여 임의 후견수임자 또는 임의후견인의 배우자, 직계혈족, 형제.자매는 임의후견감독인이 될 수 없도록 제한한다. 임의후견제 도입과 관련하여 임의후견인의 대리권한 오용 등 문제점 방지를 위하여 공정제도 등 제도적 보안장치를 적극 검토할 필요가 있다.

임의후견계약제도는 물론 그것을 감독하는 문제가 가장 중요한 문제가 될 것이며, 대리법과의 저촉에 관한 문제도 상당한 논란이 있을 것이나⁵⁰⁾ 자기결정권 존중의 면에서 탁월하다고 생각된다.

8. 물적 자원의 확보

첫째, 실효성 있는 후견제도를 운영하기 위해서는, 특히 피후견인의 건강 등 신상보호에 소요되는 비용이 문제된다. 일본에서도 성년후견제도의 여러 종류의 시책을 실현하기 위해서는 그에 상응하는 자금이 필요하기 때문에 비용문제가 대두되고 있다. 독일의 경우 전술한 바와 같이 성년후견제도가 1992년 1월 1일 시행된 이래, 자금 부담문제가 크게 대두하였고, 이것이 주요원인이 되어 1999년에 다시 개정하였다.⁵¹⁾ 이 개정법에서는 명예직 성년후견을 우위에 두고 있다.

둘째, 우리나라의 경우도 이 문제가 역시 중요한 문제가 될 것이다.⁵²⁾ 따라서 성년후견제도를 도입하는 경우 비용부담문제를 크게 고려하여야 한다. 성년후견서비스 비용을 본인과 국가 및 지방자치단체가 부담을 하여야 한다고 본다. 성년후견인의 보충, 모집, 확보가 문제로 된다.⁵³⁾ 기타 피후견인의 신상을 보호하기 위한 상담원, 조사원 등 인적자원 문제도 있다. 이 역시 비용확보가 필요하고 인적 자원의 교육·훈련 등이 요구된다.

9. 성년후견인의 전문성 확보

첫째, 후견인의 전문성 확보의 필요성 및 전문 후견인 양성방안으로서 현행 법은 자연인만을 법정후견인으로 예정하고 있어 고령자의 개호를 업무로 하는 사회복지기관과 같은 전문 법인이 후견인이 될 수 없으며 이는 후견인 적성을 갖춘 인력 확보나 그러한 자들의 양성, 교육이라는 측면에서 문제가 된다. 독일은 독자적 직업으로서의 후견인은 아직 존재하지 아니한다. 독립적으로 활동하는 직업후견인으로는 변호사, 간병인, 사회복지분야 종사자, 전문경영인, 심리학자, 사회교육자 등이 있다.

50) 佐久間 毅, “代理法 からみた任意後見.法定後見”, 『民商法雑誌』, 122卷 4.5号, 2000.8.

51) 한봉희, 전계논문, 47~48면

52) 新井 誠, 前掲論文, 28面.

53) 김성숙, 전계논문, 522면

일본의 경우 제2도교변호사회가 고령자재산관리센터를, 일본사법사서연합회가 독일의 후견인협회와 캐나다의 공증후견인 사무소를 모델로 1999년 사단법인 성년후견센터 리걸서포트를 설립하여 성년후견사무에 대한 공정한 업무집행과 서비스수준의 확보 등을 위해 여러 방안을 마련하고 있다. 대법원의 개정안에서는 일본의 경우를 모델로 하여 사회복지기관 등 전문기관의 체계적 조직화를 제시하고 있다.

둘째, 성년후견인의 전문성 확보방안과 관련하여, 성년후견인 양성 및 보수교육을 담당할 수 있는 기구설립에 대한 필요성이 있으며(예를 들어, 사회복지사협회 및 기타 법인 등을 지정하여 관련된 성년후견인 교육실시 및 자격부여), 전문후견인 양성과 관련하여, 후견인은 본인의 재산관리에 관한 법률적 사항 등에 익숙해야 한다는 점에서 후견사무에 요구되는 법률지식과 경험, 직업윤리를 갖춘 변호사와 법무사의 적극적 역할이 필요하다. 또한 피후견인의 생활, 요양간호, 심신 상태나 생활상황을 배려하는 신상보호의 중요성이 강조됨에 따라 이러한 영역의 전문성을 가진 사회복지사 등 사회복지기관의 체계적 조직화를 검토할 필요가 있다.

따라서 후견인의 전문교육 실시를 위해 중앙정부에서 교육지침 등 매뉴얼을 작성·배포하며, 후견법인이 매뉴얼에 따른 위탁교육을 실시하도록 한다. 후견인으로 하여금 정기보고서를 작성 제출하도록 하며, 체계적인 서비스의 전달을 위해 독립적인 후견센터의 설치가 필요하다.

10. 성년후견서비스의 전달체계

성년후견인제도 운영체계와 관련하여 부처 간 역할분담방안 검토가 필요하며 관련 유관부처의 역할에 대한 검토가 필요하다. 영국의 경우 2007년 10월부터 본격적으로 시행된 정신능력법은 종래와 다른 많은 새로운 제도를 도입하였다. 즉 재산관리에 관한 것만 심판하던 보호법원을 대신하여 신상보호에 관한 사항도 심판하기 위한 새로운 보호법원을 독립법원을 창설하고 있다. 일본의 경우 법무성에서는 성년후견인 및 피후견인의 등록 및 등기하고, 등기증명서에는 후견의 종류, 판정 법원, 판정시기, 후견인 업무 한계 등을 기재한다. 일본의 가정법원에서는 후견서비스 수혜에 대한 판단, 후견인 선임 및 피후견인과 연결, 후견인의 보수를 책정하고, 지방자치단체는 재가장애인 및 시설장애인의 후견서비스 관련 상담, 저소득층의 성년후견인 신청경비 및 후견인의 보수 지원,

후견제도관련 이용 사업을 수행하고, 후견인등록법인에서는 성년후견인 교육 및 명부관리, 후견인 및 후견감독인 양성을 위한 프로그램을 진행하고 있다⁵⁴⁾.

11. 공적지원제도의 도입

성년후견제도는 정신적 장애인이 자기결정권을 가지고 지역사회에서 생활할 수 있도록 지원해 주는 제도로써, 피후견인의 재산으로 비용을 지불하는 것을 원칙으로 하고 있다. 다만 이러한 비용지출이 어려울 경우 정부는 이러한 무자력자에 대하여 공적지원제도를 구비하여 모든 국민이 필요하다고 인정될 때에는 성년후견제도를 이용할 수 있도록 하여야 할 것이다. 성년후견 공적지원제도의 기본 취지는 비용부담이 곤란하여 제도이용을 하지 못하는 사태에 빠지지 않도록 하는데 있다. 따라서 공적지원제도의 대상자는 저소득층이 되어야 할 것이다. 이때, 성년후견인이 필요한 장애인복지 서비스와 노인복지서비스를 계약을 통하여 이용하고 있거나 이용하려는 자가 대상이며, 본인의 재산이 없을 뿐만 아니라 부양가족이 없어서 후견서비스 신청비용이나 후견인 등의 보수 등 필요로 하는 경비의 일부에 대하여 공적 지원을 받지 않으면 성년후견제도의 이용이 곤란하다고 인정되는 자이다.

그리고 성년후견서비스는 재산관리와 신상보호 서비스로 나눌 수 있다. 재산 관리의 경우 기본적으로는 피후견인의 재산으로 후견인의 보수 등을 지원하면 되나, 재산이 없으면서 신상보호 서비스를 받아야 하는 경우가 발생하였을 경우 이에 대한 공적 지원이 필요하다. 일본의 경우 신상 보호 내용으로서 크게 일상생활 유지, 주택계약, 복지시설 등에서의 생활, 의료 관련 사항, 교육, 노동, 여가와 관련된 사항과 관련되어 있으며, 따라서 피후견인의 전반적인 생활의 모든 부문에 걸쳐 신상보호서비스가 제공되고 있다.

정신적 장애인이거나 치매노인으로서 각종 장애인복지 서비스나 노인복지 서비스를 이용하고 있거나 이용하려고 하는 자로서 서비스 계약 체결 등 다양한 환경에서 후견서비스 필요하다고 인정되고 있으나, 후견 서비스에 대한 신청비용이나 후견인의 보수 등을 지불할 수 있는 능력이 없는 무자력자를 발견하였을 경우 가정법원에 후견신청을 하게 된다. 따라서 성년후견 공적지원 대상자 발견시 시군구청장은 가정법원에 후견 신청을 하게 되며, 가정법원은 피 후견인의 가정환경 등을 감안하여 무자력자라고 인정할 경우 후견인에 대한 비용은

54) 변용찬외 3인, 전계논문, 144면

지방자치단체의 비용으로 충당할 것 등을 심판하게 된다. 가정법원은 후견 신청 사안에 따라 사회복지사 등 신상보호 중심의 후견인이나 법무사나 변호사 등 전문 후견인 등으로 선임하게 된다. 또한 선임된 후견인은 후견업무를 충실하게 수행하여야 하며, 제공한 후견 서비스에 대해 보고서를 작성하여 법원에 제출하여야 한다. 후견서비스에 소요되는 비용은 제출된 보고서를 검토한 후 지불하게 된다. 공적 지원제도인 경우 이러한 후견서비스에 소요되는 비용을 국가와 시도 및 시군구 등이 분담하여 재원을 마련하게 되며, 이러한 분담비율은 중앙정부와 지방정부의 매칭 펀드 사업과 같이 정부의 보조금 지급기준에 따르면 될 것이다.⁵⁵⁾

12. 기타 감독 등

첫째, 현행 민법상의 제도로 언급한다면, 금치산선고의 청구가 있더라도 한정치산선고를 할 수 있고 반대로 한정치산선고의 청구가 있더라도 금치산선고를 할 수 있게 하여야 한다.⁵⁶⁾ 만일 법을 개정한다면 여러 후견절차 상호간의 심판에 대한 규정을 할 필요가 있다.

둘째, 후견을 받는 본인의 자기결정권의 보호, 잔여능력의 존중, 신상간호, 복리 내지 복지 등에 초점을 맞추어야 할 것이다. 현행 민법의 후견제도는 금치산선고나 한정치산선고가 내려지면 그 내용이 가족관계등록부에 기재가 되어 피후견인 및 그 가족이 이를 싫어하고 이것이 또한 그들에게 법적·사회적으로 불리하게 작용하기도 하는데, 일본에서도 호적에 기재하는 문제가 지적되어 현재의 성년후견제도에서는 성년후견등기제도가 운영되고 있고, 영국에서는 등록제를 운영하고 있다. 따라서 성년후견제도에서는 그들에 관계되는 사항에 대하여 별도의 등록 내지 등기제도의 신설이 검토될 수 있을 것이다.

셋째, 성년후견제도의 비용부담문제도 매우 중요한 문제이므로 당사자인 본인이 비용의 전부 또는 일부를 부담 내지 분담하는 제도가 바람직할 것으로 본다. 무엇보다도 재산이 있어서 비용부담을 할 수 있는 사람들만이 이용하는 제도가 되어서는 안 될 것이며, 경제적으로 보살핌이 필요한 고령자, 정신장애자 등도 이용할 수 있는 제도가 되어야 할 것이다. 경제적으로 지원이 있어야 할 것이고, 법률상담, 복지상담 등 법률·복지사의 구조가 행하여져야 할 것이다.

55) 변용찬의 상계논문, 151면

56) 김상용, 『민법총칙』, 법문사, 2000, 172면

넷째, 무엇보다도 가정법원만이 홀로 성년후견제도를 담당하면서 운영한다면, 이제도의 효율성이 적을 것이므로 중앙정부의 복지담당 기관, 지방자치단체, 법률구조단체나 상담단체, 연구기관, 학회, 복지기관, 복지시설, 종교단체 등의 정보교환과 상호 협력이 원활하게 되어야 할 것이다. 가정법원도 현재의 시스템만으로는 앞으로 성년후견제도를 담당하기 역부족일 것이다. 실효성 있는 성년후견제도의 운영을 위하여 인적·물적 시스템을 먼저 구축되어야 한다고 본다. 구조법원으로서 법원의 신설이 요구되고, 후견인이 될 자, 조사관, 상담가 등 성년후견을 담당할 자들을 교육하고 그 활동을 적극적으로 지원할 수 있는 제도의 도입도 병행되어야 한다.⁵⁷⁾

V. 결 론

독일의 성년후견법은 제정논의로부터 민법전의 개정 시까지 30년의 시간이 소요되었다. 영국도 마찬가지로 전통적인 대리법의 원리를 수정하면서까지 성년후견제도를 정비하였다. 이미 입법적 조치를 끝내고 제도의 정비에 충실하고 있는 프랑스나 오스트리아, 일본도 마찬가지다. 전통적으로 정신적 능력이 불완전한 자를 보호하는 무능력자제도에 대한 회의가 일면서 민법에서 규정하고 있는 무능력자제도를 폐지하거나 개선하려는 노력을 계속하고 있는 것이다. 거기에 고령인구의 증가라는 문제가 기폭제가 되고 있다. 성년후견제도는 잔존능력의 존중, 의사능력개념의 상대화, 신상감호 중시 세 가지 사항에서 특징적이다. 이러한 사항으로부터 새로운 능력개념이 도출되는 것이다.

성년후견제도의 도입 문제를 보면 우리나라에서 성년이지만 지적장애자, 정신장애자, 고령자 등인 경우 이들을 배려하기 위한 법적 제도는 아직 미비한 상태에 있다. 민법상 한정치산제도, 금치산제도, 후견인제도 등이 있지만 이들 제도를 규정하고 있는 규정내용들이 아주 간단하기 때문에 다양한 종류의 지적장애자, 정신장애자 및 고령자에게 적합하지 않게 된다.

즉, 우리 민법은 정신장애자를 위한 제도로써 한정치산제도와 금치산제도를 마련하고 있지만, 이는 의학의 발달로 말미암아 정신장애자의 정도가 여러 가지로 분류될 수 있기 때문에 좀 더 다양한 제도가 마련될 필요가 있다. 그리고 현재의 제도는 '행위무능력자제도'이기 때문에 정신장애의 정도가 적은 사람에게서는 과도하게 행위능력을 제한하는 결과가 되기 때문에 별로 활용되지 못하고

57) 김정순외 5인, 전계논문, 145면.

있는 것이 문제이다. 현재 우리 사회의 고령자, 지적장애자, 정신장애자들을 위한 실효성 있는 성년후견제도의 도입이 시급히 필요하다.

성년후견제도를 도입한다면 그에 관한 기본원칙을 확립하여야 할 것이고, 단일한 제도로 할 것인지 아니면 다양한 제도를 도입할 것인지, 또 그 도입의 절차는 민법개정을 통하는 것이 좋을지 특별법 제정형식을 취하는 것인지 등이 검토되어야 한다. 먼저 기본원칙의 확립과 관련하여 보살핌을 받은 본인의 자기결정권의 보호, 잔존능력의 존중, 신상간호, 복리 내지 복지 등에 초점을 맞추어야 할 것이다.

제도형식과 관련하여서는 일원주의인가 다원주의인가로 나누어 볼 수 있는데 독일은 단일한 성년후견제도를 가지고 있고, 프랑스와 일본은 여러 유형의 성년후견제도를 가지고 있다. 어느 것이 우리 사회에 맞고 효율적인 제도가 될 것인지 선택할 필요가 있다. 한편 민법개정방식으로 제도를 도입할 것인지, 특별법제정방식으로 할 것인지에 관해서는 성년후견제도에 관한 입법을 단행 법률의 형태로 하는가 아니면 일본과 같이 민법의 개정과 함께 특별법의 제정으로 하는 것이 좋을 것인가의 측면에서 검토되어야 한다.

구체적으로 성년후견제도를 도입할 경우 다음과 같은 문제들을 적극 검토되어야 한다.

첫째, 정부는 복지서비스 수혜 시 계약 체결 등 성년후견사업을 이용할 필요가 있으며 수급자로서 부양가족이 없는 경우에 성년후견 공적 지원 사업을 실시할 필요가 있다 또한 무자력자나 무연고자 등에게는 후견인 비용마련 방안에 대해 검토해야 한다.

둘째, 성년후견사업을 이용할 필요가 있는 사람으로 무자력자이면서 연고가 없는 사람을 위하여 관할 지방자치단체의 장이 성년후견인 청구권을 행사할 필요가 있다. 따라서 장애인복지법, 노인복지법, 정신 보건법 등에 성년후견인 청구권에 관한 내용을 개정할 필요가 있다.

셋째, 신상보호 내용의 구체화이다. 즉 주요내용으로는 현금 및 현물지원 필요성에 관한 문제제기나 관련 서비스 신청이나 의료계약, 병원입원계약, 주거에 관한 계약, 시설입소계약 등에 관한 사무처리 등을 들 수 있다.

넷째, 성년후견인의 양성, 보수교육을 담당할 수 있는 민관기관의 역할 및 담당내용의 법적 명시가 필요 하다.

다섯째, 성년후견제도는 복지부, 법조계, 장애단체, 노인단체 등 유관기관과 단체가 많으면서 상호 중복업무 발생 등에 따른 사전 및 사후 조율 필요성이

크므로 유관 기관 간 인적 네트워크의 구축이 필요하다.

여섯째, 후견감독인의 역할로서 후견인의 지원역할 강화를 위한 제도를 마련하는 방안에 대한 검토가 필요하며 특히 가족후견인에 대한 감독역할을 강화할 수 있는 방안 마련이 필요하다.

일곱째, 가정법원의 전문성을 담보하기 위하여 서울가정법원, 18개 지방법원 가정지부하에 성년후견센터의 설치를 해야 하며 가정법원 성년후견센터내 성년후견전담판사를 배치할 필요가 있다.

[참고문헌]

- 권금주, “성년후견법안의 주요쟁점”, 성년후견제제도화를 위한 공청회자료집, 2006
- 권순한, “법정후견인제도”, 『아세아여성법학 제3호』, 2000
- 김경석, 『일본의 성년후견제도』, 2008, 한국법제연구원
- 김봉철, 『영국의 성년후견제도 관련 규범』, 2009, 한국법제연구원
- 김상용, 『민법총칙』, 법문사, 2000
- 김성숙, “성년후견법의 법적 고찰”, 『가족법연구 제12호』, 한국가족법학회, 1998.12, 495면; 김정순 외 5인, 『고령사회의 법적 과제, 고령사회법제10』, 법제연구원, 2004.
- 김용한, “후견”, 『사법행정제15권 제8호』, 1974
- 김주수, 『친족상속법』, 법문사, 2006.
- 김증한 . 주재황 편, 『주석민법 총칙(상)』, 한국사법행학회
- 남성민, “대법원 성년후견인제도안의 주요내용”, 성년후견제 토론자료집, 2008
- 박종희, “독일에 있어서의 정년제와 고령자고용”, 『고령자고용과 정년제의 법적 과제』, 법제연구원 워크샵자료집, 2003
- 박태신, “정신장애인의 자기결정권과 행위능력: 일본의 성년후견제도를 중심으로”, 『안암법학 제27권』, 2008
- 백승흠, “우리나라에서의 성년후견제도 도입 그 검토”, 『고령사회와 성년후견제도』, 법제연구원 워크샵자료, 2003
- , “현행 성년자 보호를 위한 문제점과 대안으로서 성년후견제도”, 『민사법학 제24호』, 2003
- , “성년후견제도의 입법모델에 관한 비교법적 고찰- 독일과 일본의 유형을 중심으로”, 『한.독사회과학논총 제15권 제2호』, 2003
- , “성년후견에 관한 연구 - 독일과 영국을 중심으로”, 『가족법연구 제12호』, 2003
- , “유럽과 미국에 있어서 고령자 보호제도의 비교 고찰”, 『한.독사회과학논총 제16권 제2호』, 2006
- , “독일 민법에서의 피성년후견인의 절차능력과 절차감호인에 관한 고찰:”, 『한.독 사회과학논총 제17권 제3호』, 2007
- , “독일법상 피성년후견인의 수용에 관한 고찰에 ”, 『가족법연구 제21권 제1호』, 2008
- , “성년후견제도와 그 입법에 관한 몇 가지 고찰”, 『법학논집 제30권 제1호』, 2008
- 법원행정처, 『법원실무제요(가사)』, 1994,
- 변용찬외 3인, “성년후견제 사회복지분야 지원방안 연구”, 보건복지부.한국보건사회연구원, 2009,

- 변용찬외 2인, “장애인실태조사”, 한국보건사회연구원, 2008
- 신영호, “고령화사회에 있어서의 후견제도”, 『가족법연구 제11호』, 1997
- 오경희, “성년후견제도에 관한 연구”, 부산대학교 중앙법학 제10집 제4호, 2008
- 윤진수, “친족회의 동의를 얻지 않은 후견인의 법률행위에 대한 표현대리의 성립여부”, 『아세아여성법학 제3호』, 2000
- 이석배, “의료후견주의와 환자의 자기결정권: 의사의 설명의무를 중심으로”, 『고려법학 제49호』, 1997
- 이은영, “성년후견제도의 개선방향”, 『외법논집 제15집』, 2003
- 이은영, “성년후견인제도에 관한 입법필요성”, 『성년후견제 제도화를 위한 공청회 자료집』, 2006
- 임해경, “권리옹호정책으로서 일본의 성년후견제도: 문제와 시사점”, 『사회보장연구 제25권제1호』, 2009
- 장복희, “고령사회와 관련한 주요국제기구에서의 논의”, 『고령사회의 도래와 각국의 입법적 대응 및 현황(Ⅱ)』, 법제연구원워크샵자료집, 2003
- 장현옥, “우리나라 후견제도의 문제점과 개선방안”, 『아세아여성법학 제3호』, 아세아여성법학연구소, 2000.
- 정조근·송호열, “후견인등록제도에 관한 고찰”, 『가족법연구 제20권 제3호』, 2007.
- 조상균, “일본의 고령자고용법제”, 『고령자고용과 정년제의 법적 과제』, 법제연구원 워크샵자료집, 2003.
- 제철웅 외 3인, “행위무능력제도의 재검토: 성년후견 도입을 중심으로”, 『법무부 연구용역보고서』, 2007
- 최병욱, “법정후견인의 순위에 관한 재검토론”, 『법학논집』, 창간호, 이화여대 법학연구소, 1996
- 한국법제연구원, “고령사회와 성년후견제도”, 『고령화사회법제 워크샵 자료집』, 2003
- 한봉희, “독일의 성년후견제도소고”, 『아세아여성법학, 제3호』, 아세아여성법학연구소, 1993
- 홍춘의, “프랑스 성년후견제도”, 『고령화사회법제 워크샵 자료집』, 한국법제연구원, 2003
- 大曾根寛, 『成年後見社會福祉法制』, 法律文化社, 2000.
- 本澤巳代子, “成年後見制度の改革と地域福祉權利擁護制度”, 『아세아여성법학제3호』, 아세아여성법학연구소, 2006.
- 星野英一, “成年後見制度と와 立法過程”, 『ジュリスト』, 第1172号, 2000.
- 新井 誠, 『高齡社會の 成年後見法』, 有斐閣, 2000.
- 佐久間 毅, “代理法 からみた任意後見.法定後見 ”, 『民商法雜誌』, 122卷 4.5号, 2000
- Laurence Pécaut -Rivolier, Protection judiciaire des majeurs: entrée en vigueur de la réforme, Recueil Dalldz, 2008
- J. McHale/M. Fox, Health Care Law, London Sweet & Maxwell, 2007

<Abstract>

**A study on the problems legal of the guardianship the Civil
Law**

Lee, Jung Sik^{*58)}

While Korea has become the aged society, its birth rate has drastically decreased as well.

As the society pays great attention to the situation of the aged society, people in Korea are also interested in reasons, development, counter - measures, etc.

Although no country has entered into the high level of the aged society yet, most of industrialized countries have prepared and developed for few decades some policies in terms of population, labor market, social welfare, economy, etc. in order to prevent to become an aged society. However, Korea has recently prepared such counter-measures.

Under such circumstances, this paper aims to review the legal system and problems to prevent and aged society and suggest some improvements.

Among possible problems in the aged society, this paper will research the issues concerning health welfare, guardianship.

It will at first review the spirit of legislation for the aged society in light of some discussions in international organizations as well as the related laws and regulations in Korea and other jurisdictions.

It will search to review to introduce the guardianship in which any senior citizen who has insufficient knowledge and decision - making ability in the management of asset and its body can be supported by guardian

Keywords : guardian, aged society, senior citizen, guardianship, decision - making ability

* LL. D.,

한국 법조인 양성법제에 관한 입법사적 고찰

- 『법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률』을 중심으로 -

59) 최 유 경*

논문요지

이 글은 한국의 근대적인 법조인 양성법제를 입법사적으로 고찰하고, 그 중에서도 현행 『법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률』(이하 『법학전문대학원법』)의 입법과정을 주된 연구 대상으로 하고 있다. 법학전문대학원제도의 도입과 관련한 기존의 연구들이 제도의 도입여부와 관련한 주장들을 중심으로 전개되었음을 감안할 때, 우리의 법조인 양성제도에 관한 역사적인 고찰은 논의의 맥락을 보다 명확히 해 줄 수 있을 것으로 기대해 볼 수 있을 것이다.

먼저 한국의 근대적인 사법제도 및 법조인 양성제도가 형성되고 발전되어온 양상을 고찰함으로써 현재의 법조인 양성제도를 둘러싼 논의의 역사적인 흐름을 드러내고자 노력하였다. 이와 같은 고찰은 『법학전문대학원법』의 제정 과정과도 직결된다는 의미와 함께, 한국의 법조인 양성제도 및 법학교육의 역사를 정리하는 의미를 가질 것이다.

한편 현재의 새로운 법조인양성제도로 등장한 법학전문대학원 제도의 도입은 김영삼 정부의 세계화 추진정책의 일환으로 1995년 도입이 검토된 이래, 정권이 교체될 때마다 사법개혁의 주요 의제 가운데 하나로 거론되었음에도 불구하고 10년이 넘도록 제도의 도입에 대한 합의점을 찾지 못하던 중, 노무현 정부의 후반부인 2005년 10월 마침내 법학전문대학원법안이 국회에 제출되고, 2007년 7월 3일 우여곡절 끝에 통과되기에 이르렀다. 이로써 2009년 3월부터 전국 25개 법학전문대학원이 설치되어 현재까지 운영됨에 따라 ‘사법시험-사법연수원’ 체제로 유지되던 기존의 법조인양성제도는 법조인 양성을 위한 ‘전문교육’과 ‘자격부여제도’의 통합으로 전환되었다. 여기에서는 이러한 법학전문대학원법의 도입 논의 과정을 크게 세 시기로 구분하여 각 시기별로 어떤 주체들이 등장하여 어떤 주장을 펼쳤는지 여부를 살펴보고 있다.

검색용 주제어 : 입법사, 법조인 양성제도, 재판소구성법, 법관양성소, 법학전문대학원, 『법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률』(『법학전문대학원법』)

· 논문접수: 2010. 4. 30 · 심사개시: 2010. 4. 30 · 게재확정: 2010. 6. 4

* UC 버클리 법대 박사수료.

I. 서 론

법사학자의 사명은 과거를 있는 그대로 밝혀내서 오늘 우리가 서 있는 시점을 정확하고 과학적으로 진단하여 한국의 법과 법학이 한 단계 더 높은 수준으로 나아가는 (이른바 지양(止揚)¹⁾, Aufheben) 데 있다고 생각할 수 있으며, 이러한 법사연구자세는 해방 이후의 최근세법사(最近世法使)에 대해서도 그대로 견지되어야 할 것이다.²⁾ 이러한 맥락에서 본고는 『법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률』(이하, 『법학전문대학원법』이라 한다³⁾)의 성립과 관련한 역사적인 고찰을 시도하려 한다.

『법학전문대학원법』은 정부법률안의 형태로 2005년 10월 27일 국회에 제출⁴⁾된 이후 약 1년 9개월 간 국회에 계류 상태로 남아 있다가 2007년 7월 3일 제268회 국회 임시회 제10차 본회의 폐회 직전에 통과되었다.⁵⁾ 이로써 ‘사법시험-사법연수원’을 통해 이루어지던 법조인 양성 체제는 일대 전환을 맞게 되었다. 필자는 그 동안 법학전문대학원 제도에 관한 기존의 연구가 주로 법조인 양성제도의 개선, 법조일원화, 적정법조인 수에 관한 연구 등에 편중되었던 반면 한국의 근대적 법조인양성제도를 연혁적으로 고찰하는 연구가 미비한 점

- 1) 여기서 지양(止揚)은 변증법(辨證法)에서의 중요 개념의 하나로 사물에 관한 모순이나 대립을 부정을 매개로 하여 고차적인 단계에서 통일하는 것을 뜻한다.
- 2) 심희기, 『한국법제사상의; 한국법사상의 판례와 읽을 거리』, 삼영사, 1997, 56-57면. 법사학의 목적은 넓은 의미에서 '역사적 교훈'을 추구하는 것이지 반드시 과거의 것 가운데에서 '무언가 좋은 것'을 찾아내는데 있는 것은 아니다. 과거의 것 중에서 이어받을 수 없는 것을 비판적으로 인식하는 것도 법사학의 중요한 목적 중의 하나이다. 그것은 과거를 미화하는 것이 법사학의 목적이라고 할 수는 없을 것이기 때문이다. 그러나 과거를 필요 이상으로 매도하는 것도 바람직하지 않다고 생각한다. 같은 책, 59면.
- 3) 한국의 법학전문대학원이 기본적으로 학사 후 전문대학원에서의 법조인 양성이라는 미국식 로스쿨(Law School) 제도에 기본적인 제도의 근간을 두는 점, 본 법률이 최종 입법되기 전까지 이를 일컫는 합의된 명칭이 없었던 관계로 논의하는 사람에 따라서는 편의상 『법학전문대학원 설치 및 운영에 관한 법률』을 ‘로스쿨법’으로 약칭하기도 하나 이 글에서는 법안의 명칭에 근거하여 『법학전문대학원법』으로 약칭한다.
- 4) 본 법률안은 의안 번호 173096으로 제17대(2004-2008) 제256회 국회에 제출되었고, 교육위원회가 소관위원회가 되어 2005년 10월 31일에 교육위원회에 회부되고, 같은 해 11월 22일에 동 위원회에 상정된 후, 2007년 7월 3일 본회의에 상정되어 제268회 제10차 회의에서 수정 가결되었다. 이에 따라 2007년 7월 13일 정부로 이송되어 2007년 7월 27일 『법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률』(제8544호)로 공포되기에 이르렀다.
- 5) 국회에서 통과된 법률에 대한 개정 이유와 주요 내용에 관해서는 국회 홈페이지를 참조. http://www.assembly.go.kr/renew09/info/inf/tra_read.jsp?boarditemid=1100369450&name=교육위원회&M_idx=2_01&cPage=1 (마지막 방문 2010년 5월 27일). 김진표 의원 외 131인이 발의한 수정안이 의결됨에 따라 정부 제출안은 입법절차를 거치지 않고 자동적으로 폐기되게 되었다.

에 착안하여 법조인 양성제도 법제를 법제사적 측면에서 살펴보고자 한다. 물론 법학전문대학원제도의 도입에 관한 본격적인 논의는 ‘법학전문대학원제도 도입을 논의하는 단계’ - ‘『법학전문대학원법』의 제정 단계’ - ‘『법학전문대학원법』 시행 과정’의 단계적 고찰이 필요하겠으나, 이 글에서는 『법학전문대학원법』의 제정 단계까지의 기간을 중점적으로 살펴보고자 한다.

이를 위해서 먼저, 제 II절에서는 한국의 근대적 법조인양성 제도의 발전 과정을 1894년 갑오개혁의 시기부터, ‘사법시험-사법연수원’ 제도에 이르는 기간의 순서로 살펴보고자 한다. 이어지는 제 III절에서는 법학전문대학원 제도의 도입이 논의되었던 기간을 사법개혁의 일환으로 법조인양성제도의 개혁이 정부 차원에서 공식적으로 거론되기 시작한 1995년부터 『법학전문대학원법』이 제정된 2007년 7월로 한정하여 살펴보되 전체 기간은 집권 정부에 따라서 세 시기로 나누고, 각 시기별로 어떠한 주체들이 등장하여 법조인양성제도의 개혁을 논의했는지, 각 시기별로 법조인양성제도 혹은 법학교육 개혁의 의미를 일관되게 평가할 수 있는지 살펴보게 될 것이다.⁶⁾

II. 한국의 근대적 법조인양성 제도의 발전 과정

본 절에서는 한국의 근대적 법조인 양성제도의 도입 및 발전의 역사를 시대별로 고증함으로써 오늘날 법조인 양성제도의 개혁 논의에 대한 이해의 폭을 넓히고자 한다.

1. 1894년 갑오개혁과 재판소구성법 및 법관양성제도의 형성

1894년 갑오개혁을 기점으로 우리나라에도 근대적 사법제도의 모습인 재판제도, 소송대리나 변호 제도 혹은 소송대리인의 개념이 등장하게 되었다. 그 이전에는 행정권과 사법권이 혼합되어 재판은 군수나 관찰사가 행정사무의 일환으로 재판사무까지 담당하는 형태를 보이고 있었다. 비록 1485년 제정되어

6) 법학전문대학원법이 국회에서 통과된 2007년 7월 3일 이후의 과정은 그 시기별로 ①법학교육위원회를 통한 법학전문대학원 인가 과정, 총정원 및 지역간 정원 할당의 문제, 인가 신청대학의 법학전문대학원 준비 과정과 인가대학 결정이 이루어진 시기, ②25개 법학전문대학원의 인가 결정을 토대로 각 법학전문대학원들이 개원하여 이를 운영하고 있는 시기(2009년 3월- 현재), 및 ③ 새로운 변호사시험법을 통한 법조인의 배출시점 및 법학전문대학원에 관한 평가(2011년~) 시기 등으로 세분화하여 살펴볼 수 있을 것이나 이에 관한 논의는 다른 기회에 분석의 대상으로 삼고자 한다.

조선시대의 법적 근간의 기초가 된 경국대전(經國大典)에는 ‘대송(代訟)’이라 하여 본인의 가족이 대신 출두하여 소송을 대리할 수 있다거나 거래문서나 소송서류의 작성을 유생이나 아전에게 의뢰하여 대서(代書)시킬 수 있는 가능성을 두고 있지만, 이를 오늘날 변호사가 수행하는 역할과 동일시 하는 것은 어려워 보인다.⁷⁾ 그러다가 1894년 갑오개혁을 계기로 발표된 ‘홍범(洪範) 14조’에 근거하여 각종 법률이 공포되는 가운데, 1895년 『재판소구성법(裁判所構成法)』이 제정되어⁸⁾ 독립적인 사법제도 및 사법부의 형성의 시작을 알렸다.⁹⁾ 아울러 재판의 절차를 규정한 『민사소송에 관한 규정』(법부령 제3호)도 『재판소구성법』과 같은 시기에 공포되었는데, 이 규정은 장래 변호사제도의 도입을 예상하여 “재판소의 허가를 득(得)한 후에 소송을代人(代人)에게 위임할 수 있고”, “재판소의 허가를 득(得)하여 보좌인을 동반할 수 있다”고 규정하고 있었다. 그러나 이러한 대인은 제도적으로 발전하지는 못하고, 소송에 참가하는 대인제도는 규정상 문구로 남아있을 뿐이었다.¹⁰⁾

재판소구성법과 함께 칙령 제49호로 『법관양성소규정』이 공포되어 재판소를 운영할 직업적인 법조인 양성을 목적으로 하는 법관양성소가 설립되었으며 1895년 4월 15일(음력) 법부령 제1호로 우리나라 법원의 효시를 이루는 한성 재판소가 설치되어 4월에 제1기생 50명, 6월에 제2기생 50명을 각각 모집함으로써 우리나라의 근대적 법관 양성의 시작을 알렸다. 하지만, 법관양성소의 교육기간은 6개월로 단기에 그쳤고, 위의 1, 2기 졸업생 가운데 법조인으로 활약한 인원은 각각 9명, 3명으로 극히 소수에 지나지 않았다.¹¹⁾ 1903년(광무(光武)¹²⁾ 7년)에 이르러 법관양성소는 8년 만에 다시 개원하였다가¹³⁾ 그 후 법부

7) 대한변호사협회, 『한국변호사사(史)』, 대한변호사협회, 1979. 15면.

8) 『재판소구성법』은 1895년 3월 25일(음력) 법률 제1호로 재판소구성법이 제정, 반포 되었고, 1895년 4월 1일부터 시행되었다.

9) 재판소구성법에 따라 지방재판소, 개항시장재판소, 순회재판소, 고등재판소(후에 평리원(平理院)으로 개칭) 및 특별법원의 5종 2심제로 구성되는 사법제도의 기틀이 마련됐다.

10) 대한변호사협회, 앞의 주 7), 18-19면.

11) 대한변호사협회, 앞의 주 7), 19-20면: 문헌에 따르면 제1기생은 1895년 11월 10일 47명이 졸업하고, 제2기는 이듬해인 1896년 4월 27일 38명이 졸업하였다. 그러나 제3기는 모집되지 않았고, 명성황후 시해사건을 계기로 일본 세력의 급격한 후퇴와 더불어 법관양성소는 사실상 폐지되고 말았다고 전한다.

12) 광무(光武)는 1897년 8월 17일부터 1907년 8월 11일까지 사용된 대한제국의 첫 번째 연호이다.

13) 대한변호사협회, 앞의 주 7), 19-20면: 이 때, 교육기간을 종전의 6개월에서 3년으로 연장하였으나 1년 단기교육으로 일부인 25명을 제3기생으로 졸업시키고, 1905년 제4기생으로 20명을 졸업시키기도 했다. 1905년 4월 학칙을 개정하여 수업기간을 3년으로 연장하고, 1907년 12월 18명을, 1908년 12월에 54명을 추가 졸업시켰다.

가 폐지됨과 동시에 법학교(法學敎)로 개칭되어 법관양성소는 법부 소관에서 학부(學部) 소관으로 이관되기도 하였다.

2. 일제강점기 하에서의 한국의 법조인양성법제의 양태

1905년 을사조약(乙巳條約) 체결 이후, 일본은 서울에 통감부를 설치하고 식민정책을 강화시키는 과정에서 1906년, 한국의 사법제도 개선이라는 미명 아래 법부에 일본인 참여관, 평리원(平理院), 한성재판소, 13개 도(道)재판소와 11개 개항재판소에 법무보좌관과 법무보좌관보를 배치하고 간섭을 시작하였다.¹⁴⁾ 이로써 1907년 12월 23일에는 『재판소구성법』과 『재판소설치법』이 각각 법률 제8호 및 법률 제10호로 제정, 공포되었고, 평리원이 대심원(大審院)으로 개칭되고, 대심원을 최고재판소로 하였다. 뿐만 아니라 사법권의 점진적인 탈취를 목적으로 각급재판소와 대심원의 장은 물론 각 부 차관, 판검사, 경찰관 등 주요 관직에 일본인을 임명하여 독립적인 사법제도 및 법조인 양성의 기회를 갖기 어려웠다.¹⁵⁾ 1907년 2월에서 6월까지 판검사 임명 현황을 보면, 일본인 판사가 80명, 검사 27명, 서기장 및 서기 84명인 것에 비해 한국인 판사는 36명, 검사 9명, 서기 71명의 임명이 이루어져 그 구성 비율은 점차 일본인 판사 비율이 늘어나고 한국인 판검사의 비율은 줄어드는 양상을 보였다 그럼에도 불구하고 1905년(광무 9년) 11월 8일 을사조약의 체결과 더불어 법률 제5호로 『변호사법』(당시 연호를 붙여 『광무변호사법』이라 함)이 제정됨으로써 갑오개혁 당시 별도로 창설되지 못했던 변호사직역이 법제화되었다는 점은 주목할 만 하다.¹⁶⁾ 이러한 변호사직역의 법제화 과정은 『광무변호사법』, 『융희(隆熙)¹⁷⁾변호사법』, 『통감부변호사규칙』 및 1908년(융희 4년) 12월 이후의 『조선

14) 법원행정처, 『2008 사법연감』, 법원행정처, 2007, 61-62면.

15) 정미조약(丁未條約)의 부속서류인 『한일협정실행각서』에는 대법원, 지방재판소 구(區)재판소의 판사와 서기 중 일정 인원을 다음의 표와 같이 일본인으로 임명하도록 규정하고 있다., 대한변호사협회, 앞의 주 10), 25-27면.

구 분	법조인	법원직원
대심원(大審院)	판사 중 2인	서기 중 5인
공소원(控訴院)	원장과 검사장, 판사 중 2명	서기 중 6명
지방재판소(地方裁判所)	재판소장과 검사장, 판사 중 32명	서기 중 80명
구(區)재판소	판사 중 1인	서기 중 1인

16) 이 법은 일본에서 프랑스변호사법을 모방한 『변호사법』을 모범으로 하여 전문(全文) 35개조로 이루어졌는데, 법률의 공포 다음 해인 1906년(광무 10년) 등록된 3인의 변호사가 인가증을 받음으로써 한국의 근대적인 변호사가 탄생하기 시작했다.

총독부변호사규칙』 등을 근거로, 한국인과 일본인 변호사 등록 및 변호사협회 설립으로 이어지기도 했다. 이를 보다 자세히 살펴보면 1907년 11월 6일에는 최초의 변호사시험이 시행되기도 했지만, 정미조약 체결이 있던 해, 『재판소구성법』이 개정되고 일본인판검사의 비율이 증가하자 일본은 『광무변호사법』 및 규칙은 폐지하고 1907년(융희 3년) 4월 26일, 『융희변호사법』과 동규칙을 공포했다. 한편, 한국의 사법권을 강탈한 일본에 의해 1909년(융희 5년), 10월 『통감부변호사규칙』이 공포되었고, 이에 따라 한국에서 변호사를 개업한 일본인 변호사에게도 적용되었다. 한편, 1910년 8월 29일 한일합방조약이 체결되고 같은 해 10월 조선총독부가 설치되면서 『조선총독부재판소령』(명치(明治) 43년 10월 칙령 제5호)이 공포되었다. 이는 『통감부재판소령』의 재판제도인 4계급 3심제를 유지하였지만, 감독권은 조선총독부에 속하고, 일본인 판·검사와 한국인 판·검사의 재판 권한에 차별을 둔 채 운영되기도 하였다. 1919년에는 현재 소송대리업에 종사하는 자로 하여금 조선총독에 신청하여 인가를 얻어 변호사로 활동할 수 있게 함으로써 16명의 일본인이 변칙적으로 변호사로 등록되는 길을 열어 두기도 하였다. 1924년에 이르러서는 조선총독부 소관의 경성제국대학(京城帝國大學)이 설립되고, 1926년 5월 법문학부가 설치되면서 법학교육이라고 볼 수 있는 교육이 이루어지기 시작했다.¹⁸⁾

3. 해방 후 미군정기 및 대한민국 수립 후 법조인양성제도의 발전

1945년 8월 15일 일본의 패전과 더불어 조선에는 미군정이 실시되면서 미군정하의 법무국(法務局) 지령으로 기존의 자격변호사에 대하여 미국인, 한국인을 불문하고 자격을 확인하여 주는 등, 혼란을 야기하기도 하였다. 그러나 미군정당국은 변호사제도에 깊은 관심을 가지고 1948년 7월 1일 미 군정법령 제207호로 『변호사법』을 공포함으로써 법조업무에 대한 감독과 규율을 목적으로 하면서 조선변호사회연합회와 지방변호사회의 창설을 규정했다. 1947년 대한민국 단독 정부 수립이 결정되고, 1948년 제헌국회와 대한민국 정부가 수립되면서

17) 융희(隆熙)는 1907년 8월 순종이 즉위하면서 새롭게 제정한 연호로서, 1910년 8월 일본에 나라를 빼앗길 때까지 4년간 사용된 대한제국의 마지막 연호이다.

18) 경성제국대학은 1945년 대한민국의 주권 회복과 더불어 그 이름을 경성대학(京城大學)으로 바꾸어 운영되다가 미군정법령에 근거하여 폐쇄, 1946년 서울대학교가 설립될 때까지 존속하였다. 당시 법문학부에는 헌법, 행정법, 민법, 민사소송법, 형법, 형사소송법, 경제학, 정치학, 로마법, 철학, 윤리학, 심리학, 종교학, 미학, 교육학, 사회학, 국사학(일본 역사), 조선사학, 동양사학, 국어학, 중국어학, 외국어학 등의 강좌가 설치되었다.

대한민국 헌법에 의한 사법권의 독립이 확립되었고, 1949년 11월 7일 법률 제 63호로 공포된 『변호사법』은 변호사의 직무, 자격, 등록 및 권리의무와 변호사회 등을 규정하였다. 1947년부터 1949년에는 『조선변호사시험령』에 따라 『조선변호사시험』을 실시하여 법조인이 선발되기도 했으며 이후 1950년 1월 24일에는 대통령령인 『사법관시보의 임명수습 및 고시규정』에 따라 고등고시 사법과의 실시로 이어져 1963년까지 약16회에 걸쳐 시행되었다.

4. ‘사법시험-사법연수원’ 체제의 형성 및 운영

오늘날의 사법시험의 형태가 갖추어진 것은 1963년 5월 9일 『사법시험령』(각령(閣令) 제1290호, 시행 1963년 6월 1일) 이 제정, 공포되면서부터이다.¹⁹⁾ 이후 사법시험은 2009년까지 51회에 걸쳐 실시되면서 한국 법조인 양성의 기틀을 제공했다. 1969년까지 사법시험은 평균 60점 이상을 합격시키는 절대점수제로 시행되는 한편, 1971년 사법연수원이 설립되기 전까지 합격자들은 서울대학교²⁰⁾ 사법대학원(司法大學院)에서 연수를 받았다.²¹⁾ 1963년부터 1970년에 이르는 기간 동안 12회 실시된 사법시험의 연평균합격인원은 약 31.1명에 불과했다.²²⁾ 상황이 이러하자 1970년 5월 5일 『사법시험령』 전면 개정을 통해 법조인력의 확대를 목적으로 매년 2차 합격 정원을 80명²³⁾으로 정하는 정원제가 시행되기도 했지만²⁴⁾, 1971년부터 1977년까지의 평균 합격자 수는 68.6에 그쳤다. 『사법시험령』은 14차례에 걸쳐 일부 또는 전부 개정되었으며 『사법시험

19) 최초의 사법시험과목은 제1차 시험과목 6개(필수과목: 헌법, 민법 형법, 선택과목: 제1선택(국제법, 국제사법, 사회법, 형사정책(행형학 포함) 중 택1), 제2선택(정치학, 경제원론, 심리학, 법철학 중 택1), 제3선택(영어, 독어, 불어, 일어, 중국어 중 택1), 제2차 필기 시험과목 7개(헌법, 행정법, 상법, 민법, 민사소송법, 형법, 형사소송법)로 구성되어 있었다.

20) 1946년 8월 22일 당시 한국에 존재하는 고등교육기관인 경성제국대학, 경성법학전문학교 등이 통합되어 서울대학교 법과대학이 탄생하였고, 신생 정부에서 요구하던 사법, 행정 영역의 전문 지식을 갖춘 인재 양성소로 기능하기 시작했다.

21) 사법시험의 연혁에 대해서는 법무부 사법시험 홈페이지 <http://www.moj.go.kr/barexam/> 참고(마지막 방문: 2010년 5월 31일)

22) 대법원, 『법조인 양성, 그 새로운 접근-공개토론회(2003. 7. 25.)』, 대법원, 2003. 204면. 제 3편 참고자료 6. ‘역대 사법시험 합격자 수, 합격률’ 참고.

23) 1970년 5월 5일 시행된 『사법시험령』(대통령령 제4979호, 전부개정) 제3조는 2차 시험의 합격인원을 매년 80명으로 규정하였다.

24) 1952년부터 교수들의 미국유학 프로그램을 통해 유기천, 김증한, 이한기 등이 유학하기도 하였으며 선진 서양 법학을 일본을 거치지 않고 대한민국 법학계가 직접 받아들임으로써 법학 분야의 변화가 이루어지기 시작했다. 유기천은 특수대학원인 사법대학원(司法大學院)을 설치하고 1962년 4월부터 1970년 12월까지 508명의 졸업생을 배출하였다.

법』의 제정으로 말미암아 2001년 3월 31일 폐지되었다. 이는 2001년 3월 28일, 법률 제6436호로 『사법시험법』이 제정됨으로써 1963년부터 2000년까지 대통령령에 근거하여 운영되던 법조인양성제도가 비로소 법률에 근거를 두기 시작했음을 알려 준다. 2002년 이전까지는 행정자치부 고시과에서 주관하던 사법시험은 『사법시험법』 제2조에 근거하여 법무부 법조인력과로 이관되었고, 사법시험의 운영을 위해 필요한 사항은 『사법시험법 시행령』(대통령령 제 17181호, 2001년 3월 31일 제정 및 시행)과 『사법시험법 시행규칙』(법무부령 제510호, 2002년 12월 4일 제정 및 2002년 1월 1일 시행)에 위임하는 형태를 갖추게 되었다.²⁵⁾ 『사법시험법』은 2006년 3월 24일 응시자격에 관한 제6조가 한 차례 개정된 바 있고, 2007년 7월 3일 『법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률』의 제정에 기해 2017년 12월 31일로 폐지될 예정이다.²⁶⁾

한편, 1970년 8월 7일 대법원에 사법연수원을 설치하기로 하는 『법원조직법 중개정법률안』이 국회를 통과하여 같은 해 8월 7일 『법원조직법』(법률 제 2222호)이 개정되었고, 동법 제8조의 3이 신설되어 “판사의 연수 및 사법연수생의 수습을 관장하기 위하여 대법원에 사법연수원을” 두었으며 1970년 11월 13일 『사법연수원의 운영과 설치 등에 관한 규칙』(대법원규칙 제430호) 및 『사법연수원의 운영규칙』(대법원 규칙 제433호)이 제정되기에 이르렀다. 1971년 1월 7일 사법대학원 14기생 32명 및 제12회 사법시험 합격자 49명을 연수생으로 임명함으로써 사법연수원이 본격적으로 운영되기 시작했다. 이후 사법연수원은 사법연수생의 수습, 법관의 연수 및 사법보좌관 후보자의 교육 등을 주된 업무로 하면서 한국의 법조인 전문 양성교육기관으로 기능해 왔지만, 사법시험은 원칙적으로 판·검사 선발을 위해 시행된 국가시험이었고, 사법연수제도 역시 판·검사를 양성하는 데 중점을 두고 운영되었던 제도이다. 사법시험 합격 인원이 1,000명으로 늘어나면서 판·검사로 임용되는 약 300여 명을 제외한 사법연수원 수료자의 70% 가량은 변호사로 진출하고, 국제화, 전문화 및 다양화 된 사회에서 법률가로서의 역량을 발휘할 것이 요구되었음에도 불구하고, 사법연수원에서 이를 위한 변호사 연수는 별도로 이루어지지 못했다. 사법연수원은 특히, 연구와 교육의 경험이 없는 판·검사와 변호사들이 일정 기간 순환보직의 형태로 담당하고 있어 법조인의 소양과 자질 및 다양한 전문지식을 일정하게 교육하는 데 있어 한계를 드러낼 수밖에 없었다. 이러한 사법연수원의

25) 이상, 『사법시험령』 및 『사법시험법』, 『사법시험법 시행령』과 『사법시험법 시행규칙』에 대한 사항은 법제처 국가법령정보센터(<http://www.law.go.kr>) 및 각 법률, 시행령을 참고.

26) 『사법시험법』(법률 제9747호, 2009년 5월 28일 타법폐지, 시행 2017년 12월 31일) 참고.

교육은 기존 법조 직역의 한정된 법률지식과 선례들을 일방적인 주입식 교육의 형태로 전달하면서 법조인의 시각과 사고를 획일화·정형화 시킨다는 비판²⁷⁾의 빌미를 제공했다. 뿐만 아니라 사법연수원 기수(期數)에 따라 형성된 강력한 결속은 전관예우와 같은 법조비리가 근절되지 못하는 근본적 원인으로 평가되기도 한다. ‘사법시험-사법연수원’ 제도의 문제점을 해결하고 시대적 요청에 부응하는 법률가 양성제도 개혁 논의는 법조에 의한 사법시험 및 사법연수원 통제와 관리를 배제하고, 왜곡된 법조인 수급구조를 바로잡아야 한다는 인식에서 비롯되었다.

5. 평가

지금까지 한국 법조인양성제도의 연원과 발전 과정 및 제도의 특성과 운영 방식에 대해서 간략히 정리하였다. 한국의 근대적 사법제도와 법조인양성제도의 도입 및 발전은 1895년 갑오개혁을 기점으로 시작되어 일본의 강제점령기와 미군정기라는 역사적 암흑기를 거쳐 서서히 발전해 오다가 대한민국 정부 수립 이후 1971년이래 정착된 ‘사법시험-사법연수원’ 체제를 통해 오늘날까지 가장 오랜 기간 동안 한국 사회에서 판사, 검사, 변호사를 배출하는 통로로 기능해 왔음을 알 수 있다. 이렇게 배출된 판사, 검사 및 변호사의 세 직역을 일컬어 “법조인(法曹人)”이라 하였다. 이들은 한국 사회의 급속한 민주화, 시민사회의 성장, 소송의 증가 등을 배경으로 법의 지배와 점차 안정된 계층을 이루어갔지만, 이러한 법조인 양성체제는 주로 국가의 사법, 행정 기능을 담당하는 엘리트를 양성할 목적으로 운영되어 판사와 검사를 양성하는 것을 주된 목표로 하여 이들을 성적에 따라 먼저 임용하고 나머지가 변호사로 활동하는 양상을 보여왔던 것도 사실이다. 나아가 변호사 수²⁸⁾에 대한 국가적 통제는 사법시험 경쟁률을 기형적으로 높이고 시험 합격률이 1990년대 중반까지 1~2%를 밑도는 결과를 초래하였다. 마침내 1990년대에는 법학교육 정상화 및 국제경쟁력을 갖춘 법조인의 양성을 위한 제도의 개혁이 본격적으로 논의되기 시작하였다.

27) 참여연대 사법감시센터, “주요 사법개혁 법률안에 대한 참여연대의 입장(1)”, 참여연대 사법감시센터, 2005. 3. 11.

28) 법학전문대학원 제도 도입이 정부 차원에서 처음으로 논의 되기 시작했던 1995년을 기준으로 한국의 변호사수는 3,079명이었으며 사법시험 합격률은 1.5%에 불과했다.

III. 법학전문대학원 제도 및 『법학전문대학원법』의 전개 과정

본 장에서는 지금까지 논의한 한국의 근대적 법조인 양성제도의 연혁적 고찰을 특히 법학전문대학원 제도 도입의 측면에서 전개하고 있다. 기존의 ‘사법시험-사법연수원’ 제도의 한계에 대한 대안으로 제시된 법학전문대학원 제도의 도입 논의를 이하에서는 1995년부터 2007년으로 한정하여 전체 기간을 집권 정부에 따라 세 시기로 나누고, 논의의 초점을 각 시기마다 등장한 주체에 맞추어 그 주장들을 정리하고자 한다. 주지하다시피 역사학은 “공동체를 이루는 존재로서 여러 가지 활동을 하는 인간의 공간적·시간적인 발전의 제반 사실을 그때그때의 공동체에서 본 가치와 관련된 심리적·물질적인 인과 관계에 따라 구명하고 또 서술하는 과학(강조는 필자)”²⁹⁾임이 이러한 관점을 정당화해 줄 것이다.

『법학전문대학원법』이 제정되기까지는 법조인양성제도 개혁 방안에 관한 행정부와 사법부의 갈등을 비롯하여 법학계와 법조계, 나아가 시민단체들이 법학전문대학원제도에 관하여 가지는 이상과 목적이 달랐으며, 합의점을 찾지 못하여 다양한 사회 세력 간의 갈등이 고조되었고, 다양한 이해관계를 가진 행위자들이 관여하다 보니 합의체를 구성하는 것조차 쉽지 않은 일이었다. 무엇보다 기존의 법조인 양성제도를 통해 배출된 법조인들은 법률 서비스의 독과점적 공급자의 입지를 유지하고 싶어했고, 법학전문대학원 제도의 도입이 법조인 수의 증가로 이어지고, 법률이 서비스화됨으로써 기존에 누릴 수 있었던 특권이 이전처럼 인정되기 어렵게 될 것이라는 의식에서 벗어나지 못했다. 나아가 새로운 제도가 초래할 법률 시장의 양상을 그 누구도 정확하게 예측하기 어려운 상황에서 법조계 스스로 법학전문대학원 도입에 소극적이거나 신중한 입장을 고수하지 않을 수 없었던 것으로 보인다. 이러한 상황에도 불구하고 사법부를 비롯한 법조계의 동의와 협조를 얻지 않고서는 법학전문대학원 제도의 도입 자체가 곤란해 질 수 밖에 없었기에, 사법개혁을 추진하는 주체의 입장에서 법학전문대학원 제도의 도입을 위해서는 사법부와 행정부를 망라한 범(範) 정부적 차원의 노력을 기울여야 했을 뿐만 아니라 기존 법조인의 이익을 대변하는 이익 집단으로서의 변호사단체, 법학 교육의 현장에서 기존의 법조인 양성제도가 드

29) Ernst Bernheim, Einleitung in die Geschichtswissenschaft, 박광순 역, 『역사학입문』 범우사, 1985, 58면.

러내는 한계를 체험하던 학계, 일반 국민과 여론을 대변하는 시민단체와 언론계는 물론, 경제계, 노동계 등 전 사회적인 역량이 모여지지 않고는 목적을 이룰 수 없다는 점을 간과할 수 없었다.³⁰⁾ 이와 같은 맥락에서 『법학전문대학원법』의 입법과정을 고찰함에 있어서는 입법 주체 및 입법의 주된 참여자의 관점에서 고찰이 의미를 크게 가질 수 있을 것이다.

1. 법학전문대학원 제도의 도입 논의의 시기별 분석

현행 법학전문대학원 제도는 『법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률』에 법학전문대학원 설치 근거를 두고 운영되고 있으며 이 법이 통과된 것은 2007년 7월 참여정부 때이다. 법조인 양성제도와 법학교육의 문제점에 관해서는 김영삼(1993-1997)의 문민정부 하에서 세계화추진위원회(이하, ‘세추위’라 한다)의 세계화추진방안의 하나로서 1995년 논의되기 시작하였지만, 당시 법조계의 극심한 반대로 큰 성과를 얻지 못하였다. 그러다 김대중(1998-2002)의 국민의 정부 때 이르자 새교육공동체위원회와 사법개혁추진위원회 등에서 사법개혁 혹은 교육개혁의 일환으로 논의하는 것처럼 보였지만, 큰 성과는 보지 못하였고, 법학전문대학원 제도 도입에는 실패했다. 그러다가 노무현(2003-2007)의 참여정부 임기가 얼마 남지 않은 시점에서 『법학전문대학원법』이 제정됨으로써 지난 십여 년 간 좀처럼 합의점을 찾지 못하는 것처럼 보였던 법조인양성제도 및 법학교육 개혁의 난제를 일단락지은 듯 보였다. 다양한 이해관계에 얽힌 주장들이 난무하고, 아직도 새로운 제도의 완비와 정착을 위해서는 남아 있는 과제가 많은 것이 사실이지만, 사법시험과 사법연수원을 통해 법조인을 양성하던 기존의 한국 법조인 양성 체제에 큰 변혁이 예고되고 있음은 부인하기 어렵다. 특히, 오랜 세월 동안 합의점을 찾지 못하였던 제도의 개혁이 결국 법의 제정을 통하여 이루어졌다는 점은 유사한 치·의학전문대학원제도의 도입의 양상과 달랐을 뿐 아니라 앞의 두 정부에서는 이렇다 할 성과 없이 실패에 그쳤던 법학전문대학원 제도의 도입이 입법을 통해 달성될 수 있었던 배경과 의의를 반추하게 한다. 이러한 인식과 의문을 바탕으로 아래에서는 위에 적시한 세 시기를 시간의 흐름에 따라 살펴보고 특히 법조인 양성제도 도입 논의에 참여한 핵심 ‘주체’에 주안점을 두면서 검토하기로 한다. 입법과정에 관한 서술은 정부 법안이 국회에 제출된 2005년 10월부터 법안이 통과된 2007년 7월 3일에 한정하

30) 김선수, 『사법개혁 리포트』, 박영사, 2008, 15면

지 않고, 그 이전의 시기로 거슬러 올라가 넓은 의미의 입법과정으로 이해하고자 하며, 단순히 집권 정부에 따라 이루어진 논의를 분석하고 그 때 그 때 활동했던 정책 주체들을 고증하는 의미를 넘어 각 정권에서 법학전문대학원 제도 혹은 법조인 양성제도의 개혁을 바라보는 시각과 입장에 어떤 인식의 차이가 있는지를 분석하는 기초로 삼고자 한다. 입법의 각 주체들의 구성, 입법적 행위와 선택이 『법학전문대학원법』이 제정되는 데 있어서 어떠한 입법적 자극, 추동력, 혹은 동인(動因)을 제공했을 것으로 보고, 이를 검증하기 위한 근거로 삼을 것이다.

가. 제1기 (1993년-1997년)

법률 서비스의 양적, 질적 확대와 법조인 양성과 관련하여 법학교육제도 개선의 필요성은 1980년대부터 법학 교육계는 물론 법조계에서도 제기되었지만, 어디까지나 법학교육계 내부의 문제로 인식되었을 뿐이다. 그러다 문민정부로 표방되는 김영삼 정부의 집권이 중반에 접어드는 1995년 2월, 법조비리³¹⁾에 대한 인식이 고조되는 가운데 세추위에서는 미국식 로스쿨의 도입을 검토하였다. 이에 앞서 1993년 11월 3일 법조계, 학계, 정계, 언론계, 사회단체 인사 등으로 대법원에 사법제도발전위원회(이하 ‘사발위’라 한다)를 구성하고, 사법의 공정성 확보를 위한 개선안, 사법의 독립성을 강화하는 방안 등을 포함하는 사법제도개혁안을 마련한 바 있다. 이 안건은 대법원이 1994년 4월 14일 대법관회의를 거쳐 대법원의 사법개혁 6대 법안을 성안하는 방식으로 진행되었고, 법무부를 경유하는 입법 방식이 아니라 대법원이 발의하고 국회법사위 여야의원이 제안하는 의원입법의 방식으로 1994년 7월 27일 국회에서 통과시켜 법률을 개정한 바 있다. 다만, 사발위에서는 법조인력 양성제도 개선 등의 문제에 대해서 결론을 내지 못하고 이를 시급한 제도개선으로 취급하지 않았던 것으로 보인다.³²⁾

31) 이러한 정황은 당시 신문기사와 시민단체의 주장 등을 통해서 반추할 수 있는데, 그 내용은 주로 법조비리로 지적되어왔던 판·검사 출신 변호사의 전관예우와 과다수임료 등을 비판하거나(한겨레신문 1995. 4. 24. 3면, “법조개혁안 귀추를 주목한다 (사설)”) 변호사 세무조사의 필요성을 척결해야 한다는 내용부터 비리 변호사의 근절하지 않고서는 투명한 사회를 이룩할 수 없다는 취지의 주장이 주를 이룬다. 세계일보 1995. 3. 8. 3면, “변호사 세무조사 (사설)”, 국민일보 1993. 4. 12. 3면, “변호사비리 척결하려면 (사설)”, 서울신문 1996. 5. 10. 3면, “수임료 개혁차원서 낮춰라 (사설)”

32) 진상은, “법학전문대학원 설치·운영법 제정과정에 관한 연구”, 서울대학교 행정대학원 석사학위논문, 2008. 2., 62면.

(1) 세계화추진위원회와 대법원

세추위는 1995년 1월 대통령의 지시로 범행정부적 차원에서 설치된 위원회로서 당시 청와대 대통령비서실의 박세일 정책기획수석비서관은 세추위가 당시 한국 사회는 산업화가 종식되고 후기 산업화로 접어들고 동시에 국제화, 세계화의 흐름에서 세계화 추진을 담당하였고, 세추위를 통해 이러한 발전 원리에 부합하는 제도적, 정책적 개혁의 필요성을 피력하게 되었다고 당시를 회고하고 있다.³³⁾ 박세일 前수석은 특히 법률은 서비스의 하나로 인식되어야 하며 기존의 변호사(혹은 법조인) 집단이 한국 사회에서 특권 계층이 된 가장 큰 이유는 그 수가 너무 적기 때문이라고 보고, 일차적으로 변호사 수를 늘리고, 동시에 양질의 법학교육을 통해 질적으로 다양하고 전문적인 법 영역에서 법률 서비스를 제공할 수 있는 법률가를 양성하여야 한다는 확신을 가지고 있었던 것으로 보인다.³⁴⁾ 국제화 시대에 보다 다양화·세분화·전문화 되어야 할 법률 서비스의 양적, 질적 향상은 현행 사법시험에 치중한 법조인 양성 제도 하에서는 달성되기 어렵다고 판단하고, 그 대안으로 제시된 것이 미국식 로스쿨 제도였다. 즉, 변호사시험을 종전과 같이 어려운 시험을 통해 제한된 극소수 엘리트에게 변호사 자격을 주는 방식에서 일정 수준의 법학 교육을 받은 사람이라면 80-90% 이상이 시험에 합격할 수 있는 하나의 자격시험으로 전환할 것을 주장하였다. 변호사 자격이 주어진 후에 특화된 부분에서 자기계발과 전문성을 갖추어야 한다는 것이 박 前수석의 개혁 의식의 근거를 이루고 있었다. ‘법률서비스 및 법학교육의 세계화’ 추진을 위하여 법조계, 학계, 소비자단체, 시민단체 등 각계 전문가로 구성된 전문가 회의를 개최하여 사법개혁 작업에 본격적으로 착수하는 한편, 1995년 4월 25일 세추위와 대법원은 여러 차례의 회의를 거듭하여 ‘법률서비스 및 법학교육의 세계화방안’을 공동으로 발표하기도 했다.³⁵⁾

한편, 현행 사법시험을 변호사 자격시험으로 전환하는 방안을 검토하고 있다는 정부 차원의 발언과 더불어 언론은 변호사의 과다 수임료, 전관예우 문제를 거론하기 시작했으며, 법학교육의 고시화 문제 등 법조계의 부조리와 문제점에

33) 이와 같은 내용은 박세일(現 서울대학교 국제대학원 교수, 한반도선진화재단 이사장) 前 청와대 정책기획수석비서관과의 인터뷰 내용에 근거함(인터뷰 일시: 2010년 4월 30일).

34) 주 33), 인터뷰에 근거함.

35) 대통령자문 새교육공동체위원회, 『법학교육 제도개선 연구-‘학사 후 법학교육’의 도입』, 1999.8., 13-14면.

대해서도 강도 높은 비판을 가함으로써 정부의 사법개혁 의지를 뒷받침하는 역할을 수행하게 된다.³⁶⁾ 이 당시 사법제도의 개혁에 대한 필요성은 일종의 위로 부터의 개혁이었던 것은 사실이지만, 언론과 NGO 등의 지지를 얻어 사회적인 합의(social consensus)와 공감대를 얻는데 성공한 것으로 볼 수 있지만, 정치적, 정책적으로 이를 제도화, 현실화하는 데에는 실패하였다. 이는 법조계 등의 이해집단의 강력한 반발로 갈등이 심화되었던 데에서 근본적인 원인을 찾을 수 있다. 사법개혁을 전담하던 세추위는 대법원과 공동으로 개혁안을 마련하기로 결정하는 등의 노력을 기울였으나 1996년 10월에는 이홍구 국무총리가 기자회견담회에서 법학전문대학원 설치를 강력히 추진할 것을 시사하면서 대법원은 즉각적으로 반발하는 등 정부와 법조계간의 갈등은 공식화되었다. 문민정부는 결국, 대법원으로 대표되는 법조계와의 갈등을 해소하는데 실패하고 사법시험 합격자의 점진적 증원, 시험과목 조정, 법조관행 일부개선 및 연수원제도 보완 등의 선에서 합의하고, 법학교육에 관해서 필요한 사항은 교육개혁위원회에서 계속 검토하는 방향으로 결론을 맺었다.

이에 따라 1996년 2월 9일 교육개혁위원회는 법학교육개혁의 일환으로 제2차 교육개혁안의 하나로 ‘법학전문대학원안’을 대통령에게 보고하였고, 이는 교육부장관 자문기구인 법학교육위원회에서 ‘법학대학원안’으로 다시 수정되기에 이르지만, 법조인양성제도와 연계된 법학교육에 대한 교육 개혁은 주된 논의대상이 아니었다.³⁷⁾

(2) 평가

이상에서의 논의를 살펴볼 때, 제1기는 법조인 양성제도 개혁의 필요성을 정부 차원에서 공식화하고, 정책적 대안을 제시하며 사회적 합의를 도출하는데 기여한 측면에서 중요한 의미를 가진다. 그러나 결국, 제1기에서 로스쿨 논의는 대법원을 중심으로 한 법조계의 반발에 부딪힌 것은 물론, 세추위와 대법원이 합동으로 논의한 결과 대학교수 사이에서도 로스쿨 도입에 대한 반대의견이 있었고, 행정부 내의 의견 조율이 이루어지지 않았다. 결국, 미국식 로스쿨 제

36) 신인섭, “법학전문대학원(Law School)제도 정책결정과정 분석-Allison 모형을 중심으로”, 한국교원대학교 교육정책대학원 석사학위논문, 2006. 2., 59면. 당시 중앙일보는 ‘사법개혁, 이것이 문제다’, 동아일보는 ‘긴급진단 사법제도’, 조선일보는 참여연대와 공동기획으로 ‘사법개혁’ 기획물을 연속적으로 보도하였다.

37) 김정오, “한국의 법학교육개혁안과 미국의 법학교육제도 비교·분석”, 법과 사회, 제20호, 2001., 203면.

도의 채택이 실현되지 못한 채 사법연수원제도에 학기제와 학점제를 도입하고, 그 인원을 점증하는 선에서 타협함으로써 법적, 제도적인 완성을 달성하지는 못한 것으로 평가된다. 제1기에는 사법시험의 정원을 순차적으로 확대하였지만, 법학교육에 대해서는 결실을 얻지 못함으로써 법조인의 양적 확대만 있고 질적 개선이 이루어지지 못하였기 때문에 법률가의 자질은 여전히 문제를 남겨 둔 채 다양한 분야의 법률 수요를 충족시키지 못하였다. 그 뿐 아니라 고시 준비생의 양산으로 법학교육이 더욱 황폐되는 가운데 법률 시장 및 교육 시장의 개방을 맞이하게 되었다는 평가를 받기도 한다.³⁸⁾

이와 같은 상황에서 제1기에는 로스쿨 도입이 입법을 통해 추진될 정도로 논의가 성숙되기는 어려웠던 것으로 보인다. 정부가 세계화, 국제화의 맥락에서 기존 법학교육과 법조인양성제도의 한계 및 법률시장의 구조적인 모순을 문제점으로 인식한 것은 사실이지만, 기득권의 반대에도 불구하고 법학전문대학원 제도를 반드시 도입하겠다는 의지나 역량은 부족했던 것으로 볼 수 있다. 이는 법학전문대학원 제도 도입의 문제를 세계화, 국제화 차원에서 평면적으로 보았다는 한계이기도 하며 입법을 통한 개혁에 대한 인식이 부족했던 것으로도 보인다.

그럼에도 불구하고 입법 주체와 입법과정의 참여자의 논지로 돌아와서 볼 때, 『법학전문대학원법』의 입법과정은 제1기를 거쳐 10년 후에 일어났지만, 이 시기와 이 시기에 나타난 행위자, 혹은 주체들은 『법학전문대학원법』의 입법과정 이전에 필요한 입법을 위한 사회현상에 대한 진단과 정책적 대안을 제시하면서 후일 이어지는 『법학전문대학원법』 논의에서도 등장하고 있다.

나. 제2기 (1998년-2002년)

사상 최초로 여야의 정권교체를 이루어 낸 김대중 정부는 ‘국민의 정부’로 불리우며 학부모, 교원, 시민단체 및 지역사회를 망라하는 각계각층의 인사들이 참여하는 교육공동체를 형성하여 현장 중심의 교육개혁을 지속적으로 추진하고자 했다. 법학전문대학원 제도의 도입 논의 역시 이와 같은 교육개혁의 일환으로 논의되었던 측면이 강한데, 이하에서는 특히, 법학교육 및 법조인양성 제도 논의와 관련되는 위원회와 그 활동을 분석해 보기로 한다.

38) 대통령자문 새교육공동체위원회, 주 35), 21-22면.

(1) 새교육공동체위원회와 사법개혁추진위원회

지속적인 교육개혁에 대한 의지를 바탕으로 정부는 마침내 1998년 7월 24일 대통령 자문기구로 새교육공동체위원회(이하, '새교위'라 한다)를 설치하였고, 새교위 산하에 법학교육제도연구위원회를 구성하고 법학교육 개혁방안을 마련하도록 했다. 새교위는 전원 학자 출신으로 구성되어 있었으며 법학대학의 폐지를 통해 대학입시 문제 해결을 도모하는 관점에서 출발하여 1999년 9월 교육개혁 방안의 일환으로 다양한 전공의 학부 졸업자를 위한 법학교육을 시행하는 기구인 법학대학원의 설치를 주장하는 내용의 “학사 후 법학교육 도입안”을 만들어 대통령에게 건의함으로써 로스쿨 논의에 일정한 진전을 가져오게 된다. 다른 한편에서는 때마침 불거져 나온 법조비리 사건으로 인해 법조계 전체에 대한 국민의 불신이 폭발하기에 이르렀고³⁹⁾, 1999년 5월 7일 또 하나의 대통령 자문기구로서 사법개혁추진위원회(이하, '사개추'라 한다)가 설치되었다.⁴⁰⁾ 새교위와 비교했을 때, 사개추는 구성원의 대부분이 법조인으로 구성되어 있었으며 행정부 주도의 법학교육 제도 개혁 추진에 반발한 법조계에 의해 설치된 기구의 성격을 지녔다. 사개추에서는 법조개혁에 대해 검토하는 기능을 수행하면서 1999년 12월 사법연수원을 “대법원이 관장하는 독립법인 형태의 ‘한국사법대학원(가칭)’으로 개편하여 3년제로 사법대학원으로 실무교육과 학문교육을 병행 실시하도록 한다”는 취지의 안을 마련하여 대통령에게 건의하기도 했다.

(2) 평가

39) 현직 판사·검사를 비롯한 검찰과 법원 직원, 경찰관 등 300여 명이 대전지방검찰청 부장검사 출신인 이종기 변호사에게 사건수임을 알선하고 소개비를 받은 것이 이종기 변호사의 전 사무장의 폭로로 드러난 속칭 대전 법조비리 사건을 비롯해 (한겨레 1999. 1. 12. 14면), 1997년 의정부지방법원 주변에서 형사 사건을 주로 담당하던 변호사 이순호가 브로커를 이용해 사건을 대거 수임한 것이 밝혀진 것을 시작으로 검찰과 법원의 조사결과 판사 15명이 변호사에게 명절비, 휴가비 명목으로 뇌물을 수수한 사건이 사회화 되고 변호사 53%가 브로커에게 알선료를 지급하였다는 조사 결과가 기사화 되기도 하였다. (문화일보 1999. 2. 11. 21면), 이 당시 법조비리에 대한 경각심을 고조시키고, 철저한 독립 수사를 요구하는 보도가 잇달았다. (세계일보 1999. 1. 13. 25면, “[법조비리시리즈] 활개치는 법조브로커”, 서울신문 1998. 7. 10. 7면, “법조비리 뿌리뽑는 계기로 (사설)”, 동아일보 1999. 2. 03. 23면, “법무부 법조비리 근절방안-전관예우 차단”, 문화일보 1999. 2. 03. 6면, “권영성, 권력형 법조비리가 더 큰 문제” 등 참조.

40) 신인섭, 주 36), 80면, 대통령 자문기구인 사개추는 법조인 8명을 포함한 총 19명의 위원으로 구성되어 있었으며 시민의 사법참여 문제까지 포함한 광범위한 사법개혁 과제들을 논의하기에 이른다.

무엇보다 제2기의 국민의 정부는 IMF경제위기와 구조조정, 사회의 양극화 문제를 시급한 해결 과제로 인식하여 우선적인 관심을 기울였고, 사법개혁 자체에 대한 의지와 구체적인 노력은 이전의 제1기나 이후의 제3기와 비교했을 때 상대적으로 미약하였던 것으로 보인다. 새교위는 세추위에서의 논의를 기반으로⁴¹⁾ 법학전문대학원 도입에 관한 비교 연구를 통해 면밀한 제도적 고찰을 하였음에도 불구하고, 하나의 정부 아래 두 개의 대통령 자문기구가 공존하면서 전혀 다른 개혁방안을 보고함에 따라 어느 방안도 채택되지 못하고 사법개혁, 법조인 양성제도의 개혁은 이루어지지 못하는 결과를 보였다.⁴²⁾ 사회적인 합의는 고사하고 사법개혁을 추진하는 정책의 주체였던 정부 차원에서조차 의견의 창구를 단일화하지 못하였으므로 입법을 통한 법학전문대학원 제도의 도입은 제1기 보다 그 가능성이 희박한 분위기였을 것이며, 법조인양성제도 및 법학교육 제도의 개선과 개혁에 대한 정부의 인식이 어느 시기 보다 낮았던 것으로 평가된다. 오히려 사법개혁 혹은 교육개혁의 큰 틀 속에서 하나의 의제 정도로 보고 제도 도입이 추진되는 것처럼 보였지만, 큰 진전을 보지 못한 것으로 보인다. 이 시기에도 대법원을 비롯한 법조계는 우호적인 입장을 취하지 않았으며 법학전문대학원 제도 도입의 길은 요원해 보였다.

다. 제3기 (2003년-2007년)

노무현 대통령의 참여정부는 그 어느 때 보다 사법제도에 대한 국민의 불신이 증폭되었던 시기이자 1995년 이래 사법제도 전반에 대한 사회적 개혁요구와 열망이 가장 강했던 시기라고 할 수 있다.⁴³⁾ 따라서 이전 시기에서 이루지

41) 대통령자문 새교육공동체위원회, 주 35), 1-3면.

42) 참여정부 정책보고서(1-02), “사법제도 개혁-사법의 선진화, 민주화를 위한 참여정부의 입장”, 대통령자문 정책기획위원회, 국정홍보처, 2008. 24면; 신인섭 주 36), 60면.

43) 2003년에도 법조브로커 의혹 사건 수사를 둘러싸고 검찰과 경찰의 갈등이 재연되는가 하면, 계속되는 법조비리 사건 보도 속에서 대검찰청이 법조비리 특별 단속을 벌여 변호사 13명(3명 구속)을 포함, 133명(구속 84명)을 형사처벌하기도 하였다 (국민일보 2004. 8. 02. 5면). 한 보도에 따르면 당시 3년 간 매 년 2000여 건의 법조비리 사건이 적발되었고, 구속자도 해마다 늘어 2002년에는 406명에서 2003년 519명, 2004년 상반기에는 216명 등 모두 1141명이 구속되었으나 전체 법조비리의 20% 정도가 미제로 처리되고 있다는 지적이 있다(국민일보 2004. 10. 04. 9면). 2004년 10월에는 춘천 지방법원 판사에 대한 성접대 사건 파문이 있었다. 이리저 법조비리를 근절하자는 목소리가 커졌고, 한겨레 신문은 “법조비리-이번엔 뿌리 뽑자”라는 제목 아래 (1)감찰·징계제도 정비와 (2) 변호사 업계의 고질적 관행 (3)사개위 법조윤리 제고 방안 점검이라는 기획연재를 하기도 했다. (한겨레 신문 2004. 12. 9일(9면), 10일(9면), 11일(7면). 그 외에도 다수의 신문기사가 있으나 지면상 모두 소개하지는 않기로 한다.

못한 사법개혁을 단행하겠다는 행정부의 의지가 전반적으로 강화되었고, 무엇보다 대법원을 주축으로 법조계에서 먼저 법학전문대학원 제도 개혁 등을 추진하기 시작하는 모습을 보였다.

(1) 사법개혁위원회

2003년 10월 28일 대법원장 자문기구로 사법개혁위원회(이하, '사개위'라 한다)가 설치되어 2004년 12월까지 활동하였고, 사개위 논의 과정에서 법학계의 대다수와 시민 단체가 소위 로스쿨 도입을 적극적으로 주장하였다. 여전히 법학계 소수와 법무부, 검찰 및 대한변호사협회(이하, '대한변협'이라 한다)은 소극적인 입장을 보였지만, 이전의 두 시기에서는 법학전문대학원 제도의 도입 자체에 대한 의견이 극명히 대립된 나머지 찬반 양론이 합의를 이루지 못하던 것에 비하여 적어도 법학전문대학원을 설립한다는 합의 분위기를 도출해 낸 것으로 보인다.⁴⁴⁾ 사개위 내부에서도 로스쿨 도입에 찬성하는 견해가 다수였고, 이에 반대하는 것은 반개혁적인 것으로 여겨지는 분위기 속에서 2004년 9월 초, 법무부와 검찰마저 로스쿨 도입에 찬성하는 쪽으로 입장을 변경하기에 이른 것은 주목할 만하다.

사개위는 2004년 10월 4일 개최된 제21차 회의에서 법조인 선발 및 양성제도 개선방안에 관하여 표결을 거쳐 의결에 이르게 되었다.⁴⁵⁾ 법학전문대학원 도입에 관한 표결에 있어서는 21명의 위원 가운데 16명이 출석하고, 새로운 법학전문대학원 도입방안이 13표(그 밖에 현행제도 개선안이 2표, 나머지 1표는 기권을 얻었다)를 얻어 '단일안'으로 채택되었다. 이는 『법학전문대학원법』이 법안의 형태로서 입법 추진의 단초를 제공했고, 10여 년 동안 표류하던 논의에서 적어도 직역간의 광범위한 합의를 도출했다는 점에서 의의를 가진다.⁴⁶⁾

(2) 사법제도개혁추진위원회

앞에서 살펴 본 사개위는 2004년 12월까지 활동하였고, 활동 종료 시점을 두 달 남겨 놓은 2004년 10월, 종래 사법개혁 과정에서 추진기구의 결여로 사법개혁이 결실을 거두지 못했으므로 이를 구체적·체계적으로 추진해 나갈 수

44) 김선수, 주 30), 94-95면., 신인섭, 주 36), 60-61면.

45) 사법개혁위원회, 『사법개혁위원회 자료집(IV)』, 2005., 193-205면.

46) 김선수, 주 30), 95면.

있는 기구를 대통령 산하에 설치할 필요성이 있다는 건의문을 대통령에게 제출했다. 대통령은 이러한 사법개혁추진기구 설치 건의를 받아들여 2004년 12월 15일 대통령령(제18599호) 『사법제도개혁추진위원회규정』을 제정하고, 이에 근거하여 사법제도개혁추진위원회(이하, '사개추위'라 한다)가 설치되었다.⁴⁷⁾ 사개추위는 2005년 1월 18일 위원을 위촉하고 첫 번째 회의를 개최한 후 2006년 12월 31일까지 한시적으로 존재하였고, 국무총리와 국무총리급 민간인을 공동 위원장으로 하면서⁴⁸⁾ 관계 부처 장관⁴⁹⁾과 민간위원 등 총 20명으로 구성되었다. 또한 위원회에 상정할 안건을 사전에 검토·조정하는 차관급 실무위원회를 두고, 위원회의 사무처리와 조사·연구 업무를 담당할 할 기획추진단을 별도로 두고, 실제로 법학전문대학원제도 도입에 관련된 사항은 기획추진 1팀에서 수행하였다.⁵⁰⁾ 사개추위 위원장 및 위원 총 20인 중 법조직역으로 분류되는 위원은 5명이었고, 간사는 기획추진단장으로서 변호사였으며, 나머지는 응집력이 낮은 관련부처의 장관으로서 사실상 법조계에서 주도적으로 위원회를 이끌어가는 형국이었다. 한편, 실무위원회의 구성 역시 18명의 위원 가운데 6명이 법조인으로 구성되어 있었다. 사개추위의 주요 심의 사항은 사법개혁 추진을 위한 기본계획의 추진에 관한 사항, 사법개혁 추진과 관련되는 법령의 제정·개정에 관한 사항, 사법개혁 추진 상황의 점검·평가에 관한 사항, 사법개혁 추진에 관한 부처간의 의견 조정에 관한 사항, 그 외에 사법개혁 추진과 관련하여 대통령 또는 위원장이 부의하는 사항 등이었다.⁵¹⁾ 사개추위는 본위원회 14회, 실

47) 사법개혁위원회, 『사법개혁을 위한 건의문』, 2004. 12., 74-75면. 대통령 산하에 유관 기관 및 단체 등이 모두 참여하는 '사법개혁추진을 위한 위원회'를 두고 그 위원회에서 사법개혁위원회의 건의내용이 충분히 반영되는 구체적 방안을 최정적으로 검토·확정하도록 하는 것이 바람직할 것이라고 하였다. : 김선수, 주 30), 18면. 이에 따르면, 사법제도개혁추진위원회규정의 시행일은 2005년 1월 1일이었지만, 부칙에서 위원회의 설치준비를 위한 추진단의 구성 및 활동은 시행일 이전에 할 수 있다는 근거를 마련했고, 이에 따라 추진단 실무진 일부는 동 규정 제정 직후부터 활동을 시작하였다고 한다.

48) 그러나 국무총리는 명의만 올려 놓고 의사 결정에 전혀 참여하지 않는 특이한 형태로 운영되었으며 실무 업무를 위해 국무조정실장 1인가 19인 이내의 위원으로 구성된 실무위원회를 두었다. 신인섭, 주 36), 66-67면.

49) 사법제도개혁추진위원회, 『사법제도개혁추진위원회 백서(상)-사법 선진화를 위한 개혁』, 2006.12.에 따르면위원은 당연직 정부위원인 교육인적자원부장관, 법무부장관, 국방부장관, 행정자치부장관, 노동부장관, 기획예산처장관, 국무조정실장, 법제처장, 대통령 비서실 민정수석비서관, 법원행정처장이었으며 그 외에 대통령이 위촉하는 민간 위원으로 구성되었다.

50) 사법제도개혁추진위원회, 주 49), 참고.

51) 사법제도개혁추진위원회규정 (대통령령 제18599호, 2004.12.15. 제정, 시행 2005. 1. 1.)

제2조 (기능) 사법제도개혁추진위원회(이하 "위원회"라 한다)는 다음 사항을 심의한다.

1. 사법개혁추진을 위한 기본계획의 수립에 관한 사항
2. 사법개혁추진과 관련되는 법령의 제정 또는 개정에 관한 사항

무위원회 16회, 위원간담회 및 소위원회 18회, 외부전문가 초청 토론회 46회, 연구회 31회, 공청회 7회, 해외시찰 9회, 여론조사 4회, 모의재판 4회 등의 활동을 통해 28개 의결 안건을 처리하였다. 사개추위로부터 의결법안을 보고받은 대통령은 다시 주무부처가 정부입법안으로 국회에 제출할 것을 지시하고, 각 주무부처는 필요한 절차를 밟아 정부안으로 국회에 제출하였다. 이렇듯 사개추위의 의결을 거쳐 국회에 제출된 개혁방안은 13개였고, 법률안은 25개였다⁵²⁾. 참여정부 임기가 만료되던 시점인 2007년 말을 기준으로 국회에 송부한 사개추위 안건 가운데 13개가 통과되었고, 『법학전문대학원법』 역시 2007년 7월 극적으로 통과되었음은 기술한 바와 같다.

(3) 평가

제3기는 사개위와 사개추위를 사법개혁의 추진기구로 설치하면서 제1기 및 제2기에서 법학전문대학원 제도 도입을 논의하였던 세추위나 새교위 등과 달리 다양한 이해관계를 조정하고, 사법개혁을 입법의 형식으로 달성하려 했다는 점에 특징이 있다. 종합적으로 평가해 볼 때, 사개위 단계에서는 『법학전문대학원법』의 도입 여부가 논의의 핵심이었던 데 비해 사개추위 단계에서는 『법학전문대학원법』안을 만들고, 그 과정에서 다루어야 하는 법학전문대학원 총입학정원, 사후평가기구의 설치 및 이를 담당하는 주체를 결정하는 문제들이 논의의 핵심을 이루고 있었다. 특히, 사개위에서 사개추위로 넘어오는 과정에서 『법학전문대학원법안』을 마련하게 되었으며 법률 성안의 과정 속에서 다양한 이해관계를 조정할 뿐 아니라 최종적으로 작성된 법안은 이들의 합의가 구체화된 결과물로서 의미를 가진다고 보려고 했다. 사개위와 사개추위는 기본적으로 사법개혁의 각 의제들이 개별적이고 독립적인 성격을 갖기 보다 중첩적이고 다면적으로 밀접하게 연관돼 있다고 보고 가령, 변호사 중에서 판사를 임용하는 법조일원화는 변호사 숫자의 증대와 함께 법조인 양성시스템이 민간주도의 로스쿨제도와 같이 전면적으로 변경되지 않고서는 달성하기 어려운 추진 목표임은 물론, 나아가 법률구조 및 법률서비스를 확대하기 위해서도 법학전문대학원의 도

3. 사법개혁추진상황의 점검·평가에 관한 사항
4. 사법개혁추진에 관한 부처간의 의견조정에 관한 사항
5. 그 밖에 사법개혁추진과 관련하여 대통령 또는 위원장이 부의하는 사항
52) 구체적으로는 법률안 중 법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률, 국민의 형사재판참여에 관한 법률 등 제정 법률 7개, 형사소송법, 법원조직법 등 개정법률 16개, 상고심절차에 관한 특례법 등 폐지법률 2개였다. 참여정부 정책보고서(1-02), 주 42), 13-14면.

입이 전제되어야 한다는 인식을 가지고 있었다.⁵³⁾ 좀처럼 합의점을 찾지 못하고 표류하기만 하던 법학전문대학원 제도 도입의 논의가 제3기에 이르러 법률안 작성 및 의결로 일단락 지어지는 데에는 입법주체의 하나인 정부가 대통령 산하 사개추위의 운영을 통해 강력한 입법외지를 실천한 데 일면 기인하는 것이 사실이다. 이러한 사실에도 불구하고 사개추위는 법학전문대학원 도입 논의 과정에서 법학교수와 시민단체의 의견을 중립적으로 수렴하는 데 한계를 보였고, 4차에 걸친 실무위원회 및 3차에 걸친 본위원회의 논의과정을 비공개로 진행하는 등 법률안을 만드는 과정에서 이를 법조인력 충원의 문제로만 인식하고, 교육제도에 관한 헌법원리와 직업의 자유의 문제라는 점을 도외시하였다는 비판을 받았다.⁵⁴⁾ 법학전문대학원 제도의 도입은 단순히 법학교육의 개선, 법조인력의 충원의 문제를 넘어 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성을 보장하는 헌법원리에 입각하여 논의되었어야 하는 문제였음에도 불구하고, 교육행정기관의 과도한 개입과 통제에서 자유롭지 않은 내용의 법안을 마련하는 한계를 보였다.

제3기의 사개위와 사개추위의 활동 과정과 결과를 추적하는 과정에서 개혁추진 주체의 문제가 개혁의 성패에 어떠한 영향을 미쳤는지 짐작할 수 있다. 즉, 사법부가 배제된 상황 하에서 사법부의 반대로 사법개혁은 무산됐었고, 사법부가 포함된 경우라고 하더라도 사법부의 힘이 지배적인 경우에는 부분적인 개선에만 머무른 것이 지난날 사법개혁의 결과였다. 반면, 이해 당사자의 반대를 우려해 이해관계가 걸린 모든 집단이나 기관이 참여하지 않고 일부 배제된 채, 부분적인 혹은 지배적인 집단에 의해 개혁이 진행될 경우 그 개혁은 실패하거나 부분적인 성과에 그칠 수밖에 없다는 것을 보여주기도 한다.⁵⁵⁾ 사개위와 사개추위는 그 『법학전문대학원법』 입법과정에서 정부안을 마련하고, 이를 국회에 제출하는 과정에서 결정적인 역할을 수행하기는 하였지만, 직접적인 법률안 제출권을 가지지 않았다는 점, 특정 목적에 입각하여 한시적으로 운영된 특별기구였다는 점에서 입법과정에서 말하는 일반적인 입법의 주체라고 하기는 어려울 것이다. 그럼에도 불구하고 사개위와 사개추위는 『법학전문대학원법』의 제정 과정에 있어서 입법 주체인 정부의 구체적이고 실천적인 역할을 분담한 추진기구로서의 성격을 가질 뿐 아니라, 관련 집단의 의견을 대표하는 자로 구

53) 참여정부 국정운영백서, 제2편 사법개혁, 국정홍보처, 2008., 116면.

54) 박종보, “특집-사법제도개혁추진위원회의 법학전문대학원 도입방안에 대한 검토: 법학전문대학원법안의 설치·운영상 문제점”, 법과 사회, Vol. 29., 2005., 30-31면.

55) 참여정부 국정운영백서, 주 53), 121-122면에 근거한 필자의 평가임을 밝혀 둔다.

성되어 의견을 수렴하고, 법안을 마련하여 법안이 국회에서 통과되는 과정에 이르는 동안 수행한 역할에 비추어 보았을 때, 『법학전문대학원법』의 입법과정에서 일정한 역할을 담당한 주체 내지는 참여자로 볼 수 있다.

다른 한편, 사개추위 의결을 거쳐 정부에 제출된 법안은 25개에 달하며 당시 형사소송법 개정과 군사법개정과 같은 보다 굵직굵직한 사안에 치중되어 있었다는 점, 참여정부 출범 직후부터 법학전문대학원 제도의 도입이 논의된 것은 아니었다는 점, 법안이 실제로 국회에서 통과된 것 역시 정부법률안이 제출된 이후 1년 9개월이 지난 시점에서 사학법과 연계되어 일괄 처리되었다는 점, 이로 인해 법학전문대학원 설치를 준비하던 대학들은 짧은 기간 동안 인가 요건을 충족시키기 위해서 일대 혼란기를 거쳐 대응해야 했다는 점에 있어서 제3기에서 『법학전문대학원법』이 가지는 비중이 얼마나 컸는지, 과연 참여정부가 법학전문대학원 제도의 도입과 사법개혁의 일환으로서 로스쿨 개혁에 적극적으로 임했는지 여부는 분명하지 않다.⁵⁶⁾ 오히려 사법개혁위원회의 활동이 완료되는 2004년 12월을 4개월 가량 남겨둔 시점에도 법학전문대학원 도입에 관한 의견의 합치를 도출하지는 못했던 것으로 보인다.

2. 정부의 『법학전문대학원법안』 제출 및 국회 심의

이하에서는 사개위와 사개추위의 활동을 통해서 사법개혁법안의 하나로써 의결된 『법학전문대학원법안』이 정부법률안의 형태로 2005년 10월 국회에 제출되어 2007년 7월 3일 국회에서 통과되기까지의 입법과정을 구체적으로 다루고 있다.

가. 정부의 법률안 제출

56) 참여정부의 12대 국정과제는 다음과 같이 나뉘고, 그 밖에도 『국가보안법』, 『사립학교법』, 『과거사진상규명법』, 『언론관계법』의 4개 개혁입법을 추진한 바 있으나 사법개혁 내지는 법학전문대학원 제도의 도입을 통한 법조인양성제도의 개혁이 주요한 개혁입법 과제에 명시되어 있었던 것은 아닌 것으로 보인다.

외교안보분야	•한반도 평화체제 구축	
정치행정분야	•부패 없는 사회 봉사하는 행정	•지방분권과 국가균형발전
	•참여와 통합의 정치개혁	
경제분야	•자유롭고 공정한 시장경제 확립	•동북아 경제 중심국가 건설
	•과학기술 중심사회 구축	•미래를 열어가는 농어촌
사회문화여성분야	•참여복지와 삶의 질 향상	•교육개혁과 지식문화강국 실현
	•국민통합과 양성평등의 구현	•사회통합적 노사관계 구축

참여정부 하에서 대통령 자문기구로서 사법개혁의 추진기구로 설치된 사개위가 의결한 사법개혁 법안들은 대통령에게 보고되었고, 대통령이 주무부처에 위법안을 정부입법안으로 국회에 제출할 것을 지시함에 따라 정부의 주무부처가 필요한 절차를 밟아 정부안으로 국회에 제출하는 형태의 입법과정을 밟았다. 사개추위의 의결을 거쳐 국회에 제출된 개혁방안은 13개, 법률안은 25개였으며, 그 중 『법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률안』은 2005년 5월 16일 소관 부처인 교육인적자원부로 보내져 교육인적자원부의 입법예고, 부처 협의 및 규제개혁위원회 심의를 거쳤다. 이어 정부 입법을 위한 차관회의와 국무회의와 같은 일련의 입법절차를 거친 후에 2005년 10월 27일 국회에 제출되었다. 그 과정에서 규제개혁위원회에 의한 규제심사에서 정원정책과 사후평가기구 등을 규제로 인식한 위원들이 이견을 제시하였고, 그 과정에서 사개추위는 교육인적자원부 장관과 함께 정책 정원 및 사후평가기구의 필요성과 합의에 이르게 된 배경 등을 설명하여 정부 원안대로 처리해 줄 것을 규제개혁심의위원회 측에 요청하기도 했다.⁵⁷⁾ 결국, 『법학전문대학원법안』은 2005년 11월 22일 소관 상임위원회 교육위원회에 상정되었다. 그러나 2005년 12월 9일 한나라당이 『사립학교법』 개정을 이유로 장외 투쟁을 전개하면서 더 이상 심의가 이루어지지 못했다. 이후 2006년 2월이 되어서야 열린우리당과 한나라당 원내대표 사이에 국회 운영에 대한 합의가 이루어지고, 『법학전문대학원법안』의 상임위원회 심의도 진행될 수 있었다. 이 과정에서 2006년 2월 15일에는 교육위원회 주관 공청회가 개최되기도 하였다.⁵⁸⁾

나. 국회 교육위원회 및 법안심사소위원회 회부

『법학전문대학원법안』 심의의 소관 위원회인 교육위원회에서는 주로 여야 간 의원들 사이에서 『법학전문대학원법』 통과 필요성에 대해 어느 정도 합의가 있었던 것으로 보인다. 회의록을 살펴보면 특히, 법학전문대학원의 총정원을 누가 책정할 것인지, 정원의 규모 혹은 범위를 애초에 법률의 형태로 규정할 것인지, 사후 평가기구를 대한변협에 설치하는 것이 타당한지, 사후 평가기구에 제재·건의 권한을 인정하는 것이 타당한지 여부와 법학교육위원회와 사후 평

57) 참여정부 정책보고서(1-02), 주 42), 96-97면.

58) 제258회(임시회), 국회교육위원회회의록 제3호, 『법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률안』(정부제출안)에 관한 공청회 회의록 참고.; 참여정부 정책보고서(1-02), 주 42), 97면.

가위원회의 위원의 수 및 비율에 대한 쟁점들이 언급되었다. 사개위의 건의문에 따르면 2008년 법학전문대학원이 신입생을 모집할 수 있도록 시기를 정해 놓았는데, 교육인적자원부도 이러한 일정을 따르고자 했다. 이에 따라 교육위원회의 열린우리당과 한나라당 간사는 2006년 4월 3일 『사립학교법』은 교육위원회에 상정하여 대체토론 후 법안심사소위원회(이하, ‘법안심사소위’라 한다)에 회부하고, 『법학전문대학원법안』은 정원문제를 법안에 삽입하지 않은 채로 의결 처리하기로 합의하였다. 2007년 4월 17일 회의⁵⁹⁾에서 마침내 법률안의 내용에 대해 최종적인 합의가 이루어졌다. 그 내용은 정원책정절차에 대해서는 교육인적자원부 장관이 법무부장관 및 법원행정처장과 협의하여 정하되 대한변협 및 사단법인 한국법학교수회는 의견을 제시할 수 있으며, 정원을 확정하기 전에 국회 소관 상임위원회에 보고하는 것으로 하였다. 한편, 정원을 법정하는 것은 부적절하고 그 때의 상황과 법률 수요에 맞게 책정되는 것이 합리적이라는 판단 하에 채택하지 않았다. 법학전문대학원의 사후 평가기구는 인가와 평가의 분리를 원칙으로 대한변협에 주되, 사후 평가기구의 제재·건의 권한은 삭제하였다. 법학교육위원회와 사후평가위원회의 구성에서 학계나 법조계에 속하지 않는 인사를 2명 증원하기도 했다. 법안심사소위는 몇 가지 세부 사항을 추가하여 법률안 내용에 완전한 합의를 하였고, 합의에 따라 전문위원이 법안 내용을 수정하여 4월 19일에 열릴 법안심사소위에서 의결하기로 하였다.⁶⁰⁾

다. 『법학전문대학원법안』의 통과 과정

법안심사소위에서의 법률안에 대한 최종 합의에도 불구하고 『법학전문대학원법』은 2007년 7월 3일이 되어서야 국회에서 통과되었으며 당시 국회에서 재석 의원 187명 중 찬성 149표, 반대 18표, 기권 20표로 통과되었는데, 짧게는 당시 정부가 2005년 10월 정부법안 형태로 제출한 이후 2년, 길게는 1995년 세 추위에서 법률서비스 및 법학교육의 세계화를 추진과제로 논의하기 시작한 이래 12년 만의 일이다. 『법학전문대학원법』은 국회에서 80% 이상의 찬성으로 통과되었지만, 『법학전문대학원법』이 단독 상정되어 처리된 것은 아니었으며, 법 제정 실무를 담당했던 담당자들조차 마지막 순간까지 그 입법 가능성을 예측하지 못했을 뿐 아니라 참여정부 임기 내 법학전문대학원 통과를 낙관하지 못한 것으로 보인다.⁶¹⁾ 『법학전문대학원법』은 입법의 과정에 있어서 법안심사

59) 제259회(임시회) 교육위원회회의록 (법안심사소위원회) 제1호.

60) 참여정부 정책보고서(1-02), 주 42), 97-98면.

소위 차원의 합의가 이루어졌음에도 불구하고 법안이 실제로 통과되는 과정에서는 법안심사소위의 심사를 받기로 의결한 이후 『사립학교법』을 둘러싼 여·야 간의 갈등 상황이 변수로 개입하여 실제로 1년 9개월 동안 제대로 논의조차 되지 않았고, 이로써 입법과정에 영향을 미쳤다. 그 과정에서 다양한 입법 주체 및 입법 참여자들이 입법을 촉진 또는 저지하는 움직임을 보이기도 하였다.

(1) 심의의 중단(2006년4월19일~2006년12월22일)

『법학전문대학원법안』을 의결하기로 예정되어 있던 4월 19일 법안심사소위가 열리기 하루 전인 2006년 4월 18일, 한나라당이 교육위원회 회의에서 『사립학교법』 개정안을 발의, 상정하는 상황이 발생했다. 하지만, 『사립학교법』 개정안은 법안심사소위에 회부되었고, 이를 둘러싼 여·야 간 대립이 극심해져서 그 의결은 무산되었다. 『사립학교법』개정을 둘러싸고 국회에서 여·야 간 대립이 극심해졌고, 한나라당이 『사립학교법』 개정을 다른 법률안의 처리와 연계함으로써 법학전문대학원 법안에 대한 심의 과정에도 영향을 미쳤다. 더구나 2006년 5월 말로 국회의 전반기 원구성이 새로이 구성되면서 교육위원이 된 일부 야당 의원은 특히, 법조 출신의 한나라당 의원들을 중심으로 『법학전문대학원법』에 대한 종전의 법안심사소위의 합의를 무시하고, 법학전문대학원 도입 자체에 다시 문제를 제기하는 반대 기류를 형성하며 법학전문대학원 도입 문제를 원점으로 돌려놓게 되었다. 이러한 교육위원회의 사정은 2006년 8월 임시국회와 정기국회는 물론, 정기국회 후 예산안 처리를 위해 소집되어 2006년 12월 22일까지 열린 임시국회 기간에도 마찬가지로여서 법안심사소위조차 구성되지 못하였다.⁶²⁾

2006년 12월 초에는 열린우리당 측의 이은영 의원 대표발의로 『사립학교법』 개정안을 국회에 제출하고, 『사립학교법』 개정안과 『법학전문대학원법안』을 같이 처리하자는 주장이 제기되었다. 그러나 법조인 출신 한나라당 의원들은 이에 대해서 두 법안의 연계처리를 반대하는 입장을 표명했다. 오히려 한나라당은 2006년 12월 13일 “법학교육 및 법조인 양성제도 개선책 마련을 위한 태스

61) 이는 당시 사개위 및 사개추위를 비롯하여 법학전문대학원법 제정에 참여한 실무가 혹은 관여자 및 학자들을 인터뷰하는 과정에서도 검증되는 바이며, 필자가 2010년 4월 29일, 4월 30일 및 5월 4일에 걸쳐 만난 네 사람의 사개위 및 사개추위 실무진들을 통해서 확인한 바 있다.

62) 참여정부 정책보고서(1-02), 주 42), 98-99면.

크 포스(Task Force)”를 구성하고, 2007년 2월 임시국회 기간 중에 정부안과 함께 심의, 처리할 수 있도록 한다는 계획을 발표하였지만, 2006년 12월 말까지 개선책을 제시하지 못하던 중, 2007년 2월 21일, 한나라당 김기현 의원 대표발의로 사법시험법 개정안이 제출되기도 했다.⁶³⁾

(2) 2007년2월 임시국회 및2007년4월 임시국회의 논의

2007년 2월 5일부터 3월 6일까지 열린 임시국회에서는 대통령과 강재섭 한나라당 대표최고위원 사이에 면담이 성사되어 『법학전문대학원법』 등 주요 쟁점 법안 처리에 대한 기대가 높아졌고, 2007년 2월 21일 교육위원회는 법안심사소위를 구성했다. 그러나 여전히 『사립학교법』 개정안을 놓고 여·야 간의 대립이 합의점을 찾지 못해 『법학전문대학원법』에 대해서는 전혀 논의가 이루어지지 못한 채 임시 회기가 끝났다. 다른 한편, 2007년 4월 2일에는 한미자유협정이 타결됨에 따라 오랫동안 결말 없이 논의만 계속되던 법학전문대학원 제도 도입에 대한 사회적 요구도 증대되었다. 그럼에도 불구하고 2007년 4월 임시국회에서도 『사립학교법』과의 연계문제, 법조인 출신 일부 의원들의 이견 등을 이유로 『법학전문대학원법안』이 국회에서 통과되지 못하였다.

(3) 2007년6월 임시국회와 『법학전문대학원법』의 국회 통과

『법학전문대학원법안』이 통과되지 못하고 국회에서 표류하는 동안 법학전문대학원 도입을 대비하는 대학들의 노력은 2,000억~4,000에 이르는 상당한 규모의 시설 투자로 이어졌지만⁶⁴⁾, 정작 법안이 통과되지 못함으로써 대학들은

63) 참여정부 정책보고서(1-02), 주 42), 100면.

64) 법학전문대학원 설치와 관련하여 41개의 로스쿨 유치 희망 대학들이 법학전문대학원법상의 설립인가 기준을 충족시키기 위하여 2004년부터 건물 신축 및 시설 설비 투자에 들인 사회적 총비용만 해도 2007년 7월 4일 기준 최소 약 2020억 원 가량인 것으로 집계된 바 있고, 그 외에 법조인을 신규 교수로 채용하면서 투자한 비용 역시 수백 억 원이 넘는 것으로 추산된다. 이를 정리하면 아래 표와 같다. (경향신문, 2007. 7. 5. 3면, 문화일보 2007년 8월 23일)

구 분	국·공립대학교(12개)	사립대학교(28개)	합계
건물 신축 또는 증축	276억 원	1665억 원	1941억 원

진퇴양난에 처했다. 이러던 중, 언론과 방송, 시민단체 및 법학교수단체 등은 법안대로 2009년 3월 법학전문대학원 개원을 목표로 상정할 경우, 2007년 6월 임시국회가 법안을 통과시킬 수 있는 마지막 기회라고 주장하며 국회를 압박하기 시작했다. 이 단계에서는 특히, 언론, 시민단체 중 참여연대, 대학들의 강력한 요구와 압박이 작용하였고, 입법과정에서 추진력을 제공하였던 것으로 보인다. 그러던 중, 2007년 6월 4일부터 7월 3일까지 임시국회가 열리게 되었고, 6월 20일과 22일 두 차례 걸쳐 교육위원회 법안심사소위가 개최되었다. 하지만, 이 때에도 『법학전문대학원법안』은 심의되지 못하였고, 6월 27일 법안심사소위에서는 2006년 4월 17일 교육위원회 법안심사소위에서 합의한 안을 중심으로 『법학전문대학원법안』에 대한 심의가 비로소 이루어지게 되었다. 그러나 한나라당 지도부에서 9월 정기국회에서 처리하자는 의견을 제시함으로써 교육위원회에서의 처리는 또다시 미루어지고, 임시국회 종료를 하루 앞둔 7월 2일 오후까지만 해도 『사립학교법』과 『법학전문대학원법안』의 동시 처리 문제에 대한 합의점을 찾지 못해 『법학전문대학원법안』의 국회 통과는 불가능해 보였다. 그러다 임시국회 폐회를 7시간 남기고 각 당의 원내 대표들이 『사립학교법』과 『법학전문대학원법안』을 본회의에서 처리한다는 내용의 극적인 합의를 발표했다. 이처럼 『법학전문대학원법안』은 통과되기 직전까지 극심한 진통을 거듭하였고⁶⁵⁾, 민주노동당 의원들이 오전부터 소관 상임위인 교육위원회 회의장 점거하고, 국회의장 직권상정을 놓고도 열린우리당은 내부 이견 때문에 의원총회에서 두 시간 넘게 격론을 벌인 끝에 표결로 직권상정 처리 당론을 확정했으며 이후에도 민주노동당의 항의 시위가 벌어지는 등 난항 끝에 사학법과 더불어 폐회 3분 전에 극적으로 처리되었다.

IV. 결론

기자재 구입	16억 원	61억 원	77억 원
합계	292억 원	1726 억	2018억 원
로스쿨 대비 교수 충원 현황	106명	266명	372명

(출처: http://www.chosun.com/site/data/html_dir/2007/07/06/2007070600059.html 마지막 방문 2010년 5월 31일)

한편, 교육인적자원부에 따르면 로스쿨 유치 희망 대학들이 그 동안 쏟아 부은 돈이 모두 4,000억 원 정도로 추정되며, 비용의 대부분은 로스쿨 전용도서관, 강의실, 모의법정 등 관련 시설 설치와 교수 영입에 들어간 것으로 밝혔다. (<http://news.hankooki.com/lpage/society/200801/h2008013019165722020.htm> 마지막 방문 2010년 5월 31일)

65) 문화일보, 2007년 7월 4일, 4면, 3판.

지금까지 한국의 법조인양성제도를 특히 『법학전문대학원법』의 성립과정을 중심으로 하여 살펴보았다. 논의의 맥락을 드러내기 위해 갑오경장 이후의 법조인 양성제도를 살펴보았으며, 법학전문대학원의 설치가 사법개혁의 일환으로 논의되기 시작한 이후의 시기를 세 시기로 구분한 바 있다. 이러한 시기의 구분을 통해서 각 시기별로 진행된 논의와 논의의 주체를 분석한 바, 제1기와 제2기에는 법학전문대학원 제도의 도입에 관하여 다양한 가능성을 열어 둔 채 찬반 양론의 논의들이 이루어졌지만, 정작 제도의 도입은 현실화되지 못하였고, 제3기에 이르러서야 법학전문대학원 제도의 도입에 사회적 합의와 필요성이 있다는 토대 위에서 『법학전문대학원법』이 국회에 제출되어 통과되기에 이르렀지만, 이 과정에서도 다양한 입법주체의 움직임들의 존재를 확인할 수 있었다.

이렇게 한국 사회에서 법학전문대학원 제도의 도입과 설치, 그리고 『법학전문대학원법』은 그 논의 과정과 입법과정 및 참여한 입법의 주체들을 분석해 보았을 때, 단순히 사법개혁 담론의 하나로서 법학 교육 및 법조인 양성 제도의 개선이 가지는 의미나 법조인 증원 및 질적 향상의 차원을 넘어 이해되어야 할 것이다. 즉, 입법을 통해 법학전문대학원제도를 도입하였다는 점과 그 안에 기존의 법조인이 가지고 있던 기득권, 혹은 권력이 새롭게 편성 또는 재분배되는 의미를 함축하고 있다는 점에서 재해석되어야 한다. 현재 운영 중인 법학전문대학원도 완벽한 제도는 아니며 변호사시험법의 운영, 관련 법률과 제도의 정비와 같은 현실적인 문제점이 여전히 남아 있다. 그러므로 지금 법학전문대학원 제도의 성패를 논하는 것은 시기적으로 이르며 그 보다는 입법과정과 그에 따라 등장하는 입법주체를 나누어 『법학전문대학원법』의 제정이 의미하는 바를 분석하는 것에 비중을 두어야 할 것이다. 입법과정과 입법주체에 관한 연구의 궁극적인 목적은 한국사회에 법학전문대학원 제도가 입법의 형식을 통해 제도화되었다는 측면에 주목했기 때문인데, 본고에서 다루지 않았지만 제3기에 이르러 법학전문대학원 제도를 특히 입법을 통한 정당성 확보를 통해 이루려고 했던 근본적인 이유와 입법의 원리는 입법과정과 입법주체에 관한 연구의 확대를 통해서 논의되어야 하는 부분이다. 비록 본고는 이와 같은 입법과정 및 입법주체에 관한 연구가 이들 입법주체 혹은 입법에 참여한 행위자들이 그 때마다 취한 주장과 행동과의 관계 속에서 상세히 설명되지 못한 한계를 지니고 있지만, 입법적 모델로서 『법학전문대학원법』의 제정을 바라보는 시각을 견지하면서 차제에 논의를 발전시킬 것을 기대해 본다.

[참고문헌]

- 김선수, 『사법개혁 리포트』, 박영사, 2008.
- 김정오, “한국의 법학교육개혁안과 미국의 법학교육제도 비교·분석”, 법과 사회, 제20호, 2001.
- 대법원, 『법조인 양성, 그 새로운 접근-공개토론회(2003. 7. 25.)』, 대법원, 2003
- 대통령자문 재교육공동체위원회, 『법학교육 제도개선 연구-‘학사 후 법학교육’의 도입』, 1999.8.
- 대한변호사협회, 『한국변호사사(史)』, 대한변호사협회, 1979.
- 박종보, “특집-사법제도개혁추진위원회의 법학전문대학원 도입방안에 대한 검토: 법학전문대학원법안의 설치·운영상 문제점”, 법과 사회, Vol. 29., 2005.
- 법원행정처, 『2008 사법연감』, 법원행정처, 2007.
- 사법개혁위원회, 『사법개혁위원회 자료집(IV)』, 2005.
- 사법제도개혁추진위원회, 『사법제도개혁추진위원회 백서(상)-사법 선진화를 위한 개혁』, 2006.12.
- 사법제도개혁추진위원회, 『사법제도개혁추진위원회 백서(하)-사법 선진화를 위한 개혁』, 2006.12.
- 신경철, “법학전문대학원 제도의 실태 및 발전방안에 관한 비교분석: 한·미·일 3국을 중심으로”, 아주대학교 교육대학원 석사학위논문, 2008. 6.
- 신인섭, “법학전문대학원(Law School)제도 정책결정과정 분석-Allison 모형을 중심으로”, 한국교원대학교 교육정책대학원 석사학위논문, 2006. 2.
- , “우리나라 교육정책 결정과정에 관한 연구-법학전문대학원 도입정책 사례를 중심으로”, 경기대학교 행정학과 박사학위 논문, 2006.
- 심희기, 『한국법제사강의: 한국법사상의 판례와 읽을 거리』, 삼영사, 1997.
- 올바른 로스쿨을 위한 시민·인권·노동·법학계 비상대책위원회, 『국민의 로스쿨법 제정, 그 실천의 기록』, 2007.
- 진상은, “법학전문대학원 설치·운영법 제정과정에 관한 연구”, 서울대학교 행정대학원 석사학위논문, 2008. 2.

- 참여정부 국정운영백서, 제2편 사법개혁, 국정홍보처, 2008.
- 참여정부 정책보고서(1-02), “사법제도 개혁-사법의 선진화, 민주화를 위한 참여정부의 입장”, 대통령자문 정책기획위원회, 국정홍보처, 2008.
- 참여연대 사법감시센터, 『우리가 로스쿨을 말하는 이유-로스쿨 지지자의 편지』, 2007.
- 참여연대 사법감시센터, “주요 사법개혁 법률안에 대한 참여연대의 입장(1)”, 참여연대 사법감시센터, 2005. 3. 11.
- Ernst Bernheim, *Einleitung in die Geschichtswissenschaft*, 박광순 역, 『역사학입문』 범우사, 1985.

<Abstract>

**Legislative Historical Reflection on the Korean Legal
Professional Training System**

Yukyong Choe (UC Berkeley School of Law, JSD Candidate)

This article mainly analyzes the legal process of the enactment of the “Establishment and Management of Legal Professional Graduate School Act” (Act hereafter) focusing on the legal-historical meaning carved behind the legal professional education reform of Korea. It aims at categorizing diverse players and participants in accordance with their legislative impact in the process of the legal professional education reform.

Korea has opened a new era of legal education through launching the postgraduate-level professional law school system in March 2009 as the Act was passed by the Korean National Assembly in July 2007. Recent studies have offered much data and explanation of the new system, mainly comparing it to the previous one. However, it was not only an educational reform but also a social reform that the Korean democratic society has been trying to redistribute the power of the legal professional group through reforming the legal professional education system.

In this sense, this article mainly focuses on the historical study on the changes in the legal professional training system since 1895(Gabogyongjang). Then, I describe detailed legal process of the Act since the government submitted the proposal of the Act in October, 2005 to the Act was passed at the last moment of the National Assembly’s provisional session in July, 2007. The Act was proposed by the government but it took one year and nine months until the Act was actually passed in the National Assembly. It shows that not only the legitimate legislative player but also relating influential actors the legal process of the legislation. In Chapter III, I describe the legal process of the Act in a broader perspective

dividing the legal educational reform into three parts according to its governmental regime since 1995 to 2007. In each period, different legislative players and influential actors appeared or disappeared suggesting their arguments in the process of the legislation. The power, intent, or will against the legislation has related to the legislation so that the Act could be proposed and passed during period 3 while period 1 and period 2 failed to.

Keyword: Legislative history, legal professional training system of Korea, “Establishment and Management of Legal Professional Graduate School Act” of Korea, legal professional education reform.

기업범죄와 통제방안

66)안 상 옥*

논문요지

기업은 현대사회의 경제구조에서 중추적 역할을 담당함으로써 국가 발전과 국민의 삶의 질을 향상시키는 역할을 하는 반면에 해당 기업의 발전과정에서 수많은 범법행위를 범하고 있다. 그러나 성장정책의 일환으로 국가적 차원에서 기업을 육성해 온 우리나라는 기업의 범법행위에 대처할 형사법적 통제방안이 부족하고, 그에 따른 피해는 계속해서 커지고 있는 실정이다.

그럼에도 불구하고 기업범죄에 대한 명확한 정의나 공식적인 통계자료는 존재하지 않으며, 기업 통제방안도 형사법적으로는 양벌규정에 따른 벌금형이 유일하고, 대부분의 통제방안을 행정법적 통제방안에 의존하고 있는 것이 현실이다. 국가의 가장 강력한 수단인 형법은 국가질서를 유지하고, 국민을 보호하기 위해 존재한다고 한다면 기업범죄에 대한 형사법적 통제수단이 절실하게 필요한 시기이다.

따라서 현재 행정적 제재로 규정되어 있는 기업의 해산, 영업정지, 공표 등도 형사법적 통제로 인정하여 기업에 대한 더욱 강력한 통제가 이루어지도록 하여야 한다. 형사법적 통제는 행정법적인 통제 방안에 비해, 집행이 확실하고, 제재의 불균형을 막을 수 있으며, 죄형법정주의를 보장할 수 있다는 장점이 있다. 요컨대 비난가능성의 정도에 따라 행정기관에 의한 통제도 가능하도록 하되, 형사법 규율도 인정하여 기업범죄에 대한 강력한 통제가 이루어질 수 있도록 하여야 한다.

검색용 주제어 : 기업범죄, 통제방안, 해산, 영업정지, 공표

· 논문접수: 2010. 4. 26 · 심사개시: 2010. 4. 30 · 게재확정: 2010. 6. 4

* 명지대학교 대학원 법과대학 법학과 석사과정 수료

I. 서 언

범죄라고 하면 일반인들은 살인, 강도, 강간, 폭력, 절도 등 빈곤이나 원한에 의해 사람을 해치는 행위를 떠올리게 된다. 범죄의 개념은 시간과 장소에 따라서 조금씩 다르게 규정될 수 있으며, 사회적으로 유해한 행위의 개념 역시 조금씩 변화하여 왔지만 그 본질적인 요소는 크게 다르지 않다고 하겠다.

그러나 최근 사회구조와 사람들의 인식이 변화함에 따라서 범죄의 개념도 변화하고 있다. 그에 따라 죄형법정주의를 표방하는 '형법'은 현대범죄에 대처하기 위해서 범죄의 개념을 더욱 확장하고, 그 처벌을 규정해야 할 필요성을 느끼게 되었으며, 그에 관한 연구와 입법이 활발하게 이루어졌다. 자본주의가 발달하고, 산업이 발달하여, 이른바 정보통신사회가 된 현대사회에서 경제활동의 주체가 되는 기업은 산업의 발달에 필수적인 요소가 되었고, 자본주의 사회를 이끌어가고 그 구성원의 삶을 윤택하게 하는 요소가 되었다. 그러나 반면 이윤을 추구하는 기업활동의 속성에서 비롯된 역기능 역시 현대사회가 해결해야 할 문제로 대두되었다.

우리나라는 삼성의 정치자금 사건, 대우그룹 분식회계 사건, 한보철강 비리 사건 등 대기업은 물론 중소기업이나 벤처기업 등의 기업범죄도 나날이 증가하고 있다. 기업범죄는 사회, 경제적으로 막대한 피해를 초래함에도 불구하고, 기업이 가진 막강한 권력과 의 관계, 재력 등을 이용하여 자신들의 범죄를 숨기고, 방어하기 때문에 널리 알려지지 않고, 그 비난가능성과 피해를 축소하는 경향이 있다. 또한 단시간내에 가시화되는 피해가 있는 반면에, 환경과 관련한 범죄, 노동자의 건강과 관련된 범죄처럼 단시간에 눈에 띄지는 않지만, 피해의 정도는 되돌릴 수 없을 만큼 큰 것도 있다. 외국의 경우는 자본주의의 발달과 더불어 기업범죄에 관한 논의가 활발하게 이루어진 것¹⁾에 비하여, 우리나라의 경우에는 균형보다는 경제발전이라는 목표에서 기업의 범죄행위가 묵인되어 왔고, 이제는 그것이 오히려 관행화되기도 하였다. 게다가 기업범죄는 점점 변화하고 진화하여 그 행위의 수법이 다양해지고 피해규모도 점점 커지고 있다.

즉, 기업범죄는 교환경제와 기업조직의 발전에 따라 기업가 및 그 사용자의

1) 영미에서는 19세기 이후부터 기업의 범죄주체성을 인정하기 시작하였다. 영미에서는 우선 기업의 부작위(nonfeasance) 책임을 인정(R v Birmingham and Gloucester Railway Company, (1842)3 QB 23)한 후 곧이어 판례(R v Great North of England Railway, (1846)9 QB 32)를 통하여 기업의 失當행위(법을 위반하는 행위는 아니지만 부적절한 방법으로 행하는 것)를 인정하였다. ; 송기동, 「영미기업범죄 형사책임의 전개」, 형사정책 제20권 제2호, 한국형사정책학회, 2008, 43-44면

새로운 범죄형태로 등장하게 된 것이다.²⁾ 앞서 언급한 바와 같이 기업범죄는 권력과 자본을 배경으로 지능적이고 조직적으로 행해지며, 그 피해의 범위가 광범위하고 막대하기 때문에 이를 적절히 예방하고 처벌하지 못한다면 국가적으로 막대한 손실을 발생시키고, 나아가 국민 전체에 피해를 주고, 땀 흘려 일하는 건전한 서민경제에 대해 불신과 위화감을 조성할 것이다. 따라서 기업의 범죄행위에 대해서는 이를 유형별로 나누어 고찰하고 그에 대한 대응책을 연구하는 것이 건전한 경제환경을 조성하기 위한 초석이 될 것이다.

그러나 기업범죄가 이처럼 심각한 상황임에도 불구하고, 우리나라는 기업범죄에 대한 형사법적 통제가 구비되어 있지 않다. 즉, 양벌규정을 통한 벌금형으로 기업을 통제하는 것이 거의 유일한 형사법적 통제³⁾이며 기업에 대한 대부분의 통제가 행정법적 통제로 이루어져 있다. 그러나 기업범죄도 범죄라는 점, 그 피해의 규모가 크고 그 대상이 국가질서와 국민건강이라는 점을 고려하면 형사법적 통제의 필요성이 크다고 할 것이다. 따라서 여기서는 현재 기업범죄와 관련하여 행정기관에 의해서 이루어지고 있는 통제를 형사법적 통제로 전환하는 방안에 대하여 검토하고자 한다.

II. 기업범죄의 개념

1. 기업의 정의

기업범죄의 개념을 정의하기에 앞서 선행되어야 할 일은 바로 ‘기업’(企業, corporate, Unternehmen)의 개념을 정의하는 것이다. 기업이라는 용어는 법률상의 용어가 아니라 경제학상의 용어로 출발하였다. 그러다 보니 우리나라 실정법상 기업이라는 용어가 많이 사용되고 있으나 각 법률의 입법목적과 필요성에 따라 기업이라는 용어의 적용범위 및 성격을 달리 규정하고 있다.⁴⁾

기업이라는 용어가 다양한 법률에서 당해 법률의 목적에 따라서 각각 다른 의미로 사용되고 있으므로 일반적인 기업개념의 정립은 불가능하다

2) 정영석/신양균, 『형사정책』, 법문사, 1996, 197면

3) 현재 기업에 대한 벌금제도는 예외적인 규정을 제외하고는 총액벌금제의 형태를 취하고 있으며, 이러한 방식이 기업을 통제하는 것에 있어 효과적이지 못하기 때문에 주식벌금제도, 일수벌금제도, 기업에 대한 보호관찰, 사회봉사명령 등 형사적 제재의 도입이 주장되고 있다.

4) 유병규, 『기업범죄 수사의 효율성 제고방안 - 선진 각국의 기업범죄 수사체계를 중심으로』, 한국형사정책연구원, 2003, 49면

는 입장도 있다.⁵⁾ 또한 기업개념은 다른 개념과는 달리 사법의 체계에서 이에 비교할 수 있는 어떤 전통적인 개념을 가지고 있지 않으므로 역사적으로 확정되고 일반적으로 인정된 내용이 없고 또 통일적인 기업개념을 정립할 필요성에 관한 합의가 없기 때문에 통일적인 기업개념의 정립을 시도하는 것은 어려운 문제에 속한다는 견해도 있다.⁶⁾

그럼에도 다양한 법률들을 종합하여 정의한다면, ‘기업’이란 ‘계속적인 생산 활동을 하는 독립적인 경제단위이며, 경제성을 활동원리로 하는 사회적인 조직체’라고 정의할 수 있다.⁷⁾ 또한 기업범죄는 경제질서의 침해행위에 대한 제재에 중점을 둔 포괄적인 정의로서 기업의 경제활동과 관련된 범죄를 의미한다고 할 것이다.⁸⁾

2. 기업범죄의 개념에 대한 논의

가. 서덜랜드(E. H. Sutherland)의 기업범죄의 개념

기업범죄라는 개념이 사용되기 시작한 것은 1907년 Ross가 기업의 범죄에 대해서 언급한 적이 있으나⁹⁾, 서덜랜드가 1939년 미국사회학회 50주년 기조연설과 「화이트칼라 범죄」라는 논문에서 처음으로 ‘화이트칼라 범죄(white collar criminality)’라는 용어를 사용¹⁰⁾하면서 시작되었다. 서덜랜드는 화이트칼라 범죄를 ‘사회적으로 높은 지위와 명망을 갖고 있는 사람이 직업상의 직무수행과정에서 범하는 범죄’¹¹⁾라고 정의하였다. 이러한 서덜랜드의 개념정립은 경제적으로 빈곤하고 문화적으로 결핍된 사람들의 범죄에만 관심을 가졌던 범

5) 정동윤, 『상법총칙상행위법』 개정판, 법문사, 1996, 11면

6) 임중호, 「기업개념에 대한 비판적 검토」, 법학논문집 제19권 제1호, 중앙대학교 법학연구소, 1994, 123면

7) 장영민/조영관, 『경제범죄의 유형과 대처방안』, 한국형사정책연구원, 1993, 27면 ; 이철송, 『회사법강의』 제15판, 박영사, 2008, 37면 이하, 상법(2009.5.28. 법률 제9746호, 시행일 2010.5.29.) 제169조는 회사를 상행위 기타 영리를 목적으로 하며 설립한 사단이라 규정하고 제170조에서는 회사의 종류로서 합명회사, 합자회사, 주식회사, 유한회사를 규정하고 있다. 앞선 개념정의에 따르면 기업은 회사를 포함하는 개념으로 이해할 수 있다.

8) 송호신, 「회사범죄에 대한 법리구성」, 한양법학 제4·5집(통합), 한양법학회, 1994, 8면

9) Stanton Wheeler/Mitchell Lewis Rothman, “The Organization as Weapon in White Collar Crime”, Michigan Law Review, Vol 80, 1982, p.1403

10) Edwin H. Sutherland, “White collar criminality”, American Social Review 5, 1940, p.6

11) Edwin H. Sutherland, “White Collar Crime”(The uncut version), New Haven : Yale Univ. Press, 1983, p.12

죄학 분야에 경제적 지배계층에 의한 범죄를 포함시킴으로서 범죄학의 영역을 확장시키고, 범죄를 개인적·사회적 병리현상으로 파악한 범죄원인론에 반론을 제기하였다.¹²⁾ 그러나 서덜랜드의 견해는 법적으로 범죄가 아닌 활동을 범죄에 포함시킨다는 문제점, 범죄자의 사회적 지위를 범죄를 정의하는 개념요소로 포함시킬 수 있는지의 여부 등을 이유로 비판하는 학자들도 있다.¹³⁾

나. 기업범죄의 개념의 발전

서덜랜드가 주장한 화이트칼라범죄는 이후 많은 학자들에 의해 수정, 보완되었다. 대표적으로 가이스(G. Geis)는 서덜랜드가 집단으로서의 기업에 의한 범죄와 기업의 구성원 개인에 의한 범죄를 구분하지 못했다고 비판하였다.¹⁴⁾ 클리나드(Mashall B. Clinard)와 퀴니(R. Quinney)¹⁵⁾는 화이트범죄라는 용어를 완전히 폐기하고 기업범죄와 직업범죄라는 용어를 사용하여 화이트칼라범죄의 개념을 기업범죄의 개념으로 설명하였다.¹⁶⁾ 이에 따르면 기업범죄란 '기업의 직원들이 그 기업을 위해 범한 범죄 및 기업자체가 행한 범죄'라 정의할 수 있으며, 이 정의에 따르면 기업범죄는 광의의 화이트범죄라고 할 수 있고, 이것이 기업범죄의 개념으로 정립되기 시작하였다.¹⁷⁾

또한 학자들은 기업범죄를 '기업과 기업의 소속원, 즉 기업 또는 기업의 대표자, 사용자 또는 사용자의 대리인 기타 종업원이 그 기업의 업무와 관련해서 범하게 되는 모든 범죄'라고 규정하거나¹⁸⁾ '행정법, 민법, 형법 등 그 규율형태를 불문하고 국가형벌권에 의하여 처벌되는 모든 기업의 행위'라고 설명한다.¹⁹⁾

12) 천진호, 「기업범죄와 형사적 규제」, 법학논고 제16집, 경북대학교 법학연구소, 2000, 73면

13) 이에 관해서는 최인섭/최영신, 『화이트칼라범죄에 관한 연구』, 한국형사정책연구원, 1996, 22-25면 참고

14) G. Geis, "Toward a Delineation of White Collar Offenses", Sociological Inquiry vol 32, 2007(Online), p.162

15) 퀴니는 급진적 갈등론을 주장하면서 자본가들이 자신의 이익을 보호하기 위해서 저지르는 범죄들을 '지배와 억압의 범죄(crime of domination and repression)'로 지칭하였으며 그 중에서도 기업범죄란 내부거래, 가격담합, 입찰담합 등 경제적 지배를 도모하기 위해 유발되는 범죄라고 지칭하였다. 박상기/손동권/이순래, 앞의 책, 190면

16) Mashall B. Clinard/Peter C. Yeager, "Corporation Crime : issue in research", Criminology 16, 1978, p.296

17) John Braithwaite, "Enforced self-regulation : A New Strategy For Corporation Crime Control", Michigan Law Review 80, 1982, p.1466

18) John Braithwaite, op. cit., p.1466

19) Mashall B. Clinard/Peter C. Yeager, "Corporate Crime", New York : The Free

다. 스티븐 박스(Steven Box)의 기업범죄의 정의

앞서 살펴 본 바와 같이 기업범죄의 개념에 대한 학자들의 정의는 매우 다양하지만, 그 중에서도 스티븐 박스가 기업범죄를 비교적 명확하게 정의하고 있는 것으로 평가받고 있으며, 많은 학자들의 지지를 받고 있다.²⁰⁾

박스에 따르면 기업범죄란 ‘합법적으로 조직된 공식적인 기업체의 구성원으로부터 개인이나 그룹이 그 기업체의 목적을 추구하는 과정에서 작위 또는 부작위에 의해 고용인·소비자·일반시민 그리고 다른 기업에 대해서 인적·물적 손해를 가하는 행위로서, 민사법·행정법·형법적으로 그 형태를 불문하고 국가에 의하여 규제가 가하여 지는 행위’라고 정의하였다.²¹⁾

박스의 입장에 따르면 기업범죄의 주체와 관련하여서는 기업체의 구성원인 자가 기업의 목적 달성상 그에게 부과된 업무를 처리하는 과정에서 기업을 위하여 행하는 행위만을 포함하게 되며, 기업은 그 행위의 배경인 동시에 동기가 된다. 또한 기업범죄는 확정적 고의보다는 불확정적 고의나 과실에 의한 경우가 더 많아서 인과관계를 정확히 파악하거나 예측할 수 없는 경우가 많다고 볼 수 있다.²²⁾

라. 소결 - 기업범죄의 개념의 확정

본 논문에서는 기업범죄의 개념에 관하여 많은 학자들의 지지를 받고 있는 스티븐박스의 견해를 대체로 따르고자 한다.

첫째, 기업범죄는 기업의 구성원이 기업이라는 사회적 조직체에 통합된 상태에서 그 조직체의 행위로서 하는 범죄만을 포함한다. 따라서 기업 구성원이 아닌 자의 행위가 포함되지 않는 것은 물론이고, 기업의 구성원일지라도 그의 지위에 따르는 권한을 남용하여 완전히 개인적 동기로서 자신의 이익을 위해서 행하는 경우나, 사회에 대해서 행하는 경우는 기업범죄가 아닌 직업범죄(Occupation crime)라고 할 것이다.²³⁾

Press, 1980, p.18

20) 유병규, 앞의 책, 50면

21) Steven Box, "Power, Crime, and Mystification", New York : Tavistock Publication, 1983, pp.20-23

22) 박강우, 『기업범죄의 현황과 정책분석』, 한국형사정책연구원, 1999, 20면

둘째, 고의 및 과실에 관한 문제로서 기업범죄는 확정적 고의보다는 불확정적 고의나 과실에 의한 경우가 많을 것이다. 종래의 전통적 범죄는 범죄행위와 그 결과간의 인과관계가 비교적 분명하기 때문에 고의가 확정적인 경우가 많으나 기업범죄의 경우에는 직접적 피해보다는 간접적 피해가 많고, 인과관계를 정확하게 예측하기 어려운 경우가 많다.²⁴⁾ 또한 가해행위와 결과 발생 사이에 많은 시간이 소요되며, 피해도 간접적으로 발생한다.²⁵⁾ 따라서 기업범죄에는 경제적인 손실뿐만 아니라 인적 손실도 포함시켜야 한다. 즉 대기업의 가격담합, 합병, 허위광고 등 공정거래에 위배되는 행위로 인한 피해와 그와 경쟁하는 기업보다 힘이 약한 기업을 파산시키는 경우를 예로 들 수 있을 것이다.²⁶⁾

셋째, 기업범죄에 대한 적용 법규의 문제이다. 기업범죄의 경우 전통적으로 범죄개념에 입각한 것으로 생각하기 쉽지만, 민사적 혹은 행정적 제재를 받는 경우도 포함한다.²⁷⁾ 즉 대중에게는 유해하지만 형법의 적용을 받지 않고 단지 사적 권리를 침해함으로써 민사법이 적용된다 하더라도, 그 사회적 해악을 중시하여 범죄에 포함시키는 것이다.²⁸⁾ 물론 형법상의 행위와 민법상의 행위는 본질적으로 다르기 때문에 동일선상에서 논할 수 없고, 단순한 불법행위는 기업범죄에 포함시킬 수 없다는 견해도 있지만, 뉴만(Newman)이 지적했듯이 비록 많은 민사규정의 위반행위가 형사법원에서 심리되고 있지 않다 하더라도 그 대부분은 형사적으로 처벌할 수 있는 행위이며, 화이트칼라범죄를 범죄가 아니라 불법행위로 처리하는 것은 그 행위의 법적 특성때문이 아니라 ‘존경할 만한 시민’의 범법적 행위를 범죄화 하지 않으려는 요구에서 온 것²⁹⁾으로 보인다. 이와 같이 법에 계급적 편견이나 이익이 반영될 경우 이를 적정하게 규율하기 위해서는 범죄의 개념을 위와 같이 넓게 설정할 수 밖에 없지 않은가 한다.³⁰⁾

이와 같이 정의할 때 기업범죄는 국가가 기업과 개인의 경제활동을 규제하기 위해 만든 법규범의 총체인 경제법³¹⁾을 위반하는 행위를 의미하는 경제범죄와

23) Mashall B. Clinard/Peter C. Yeager, op. cit., p.18 ; Stanton Wheeler/Mitchell Lewis Rothman, op. cit., pp.1404-1405

24) 박강우, 앞의 책, 20면

25) 박재윤, 「화이트 칼라의 범죄」, 신동아, 동아일보사, 1968. 1월호, 316면

26) Steven Box, op. cit., p.21

27) Mashall B. Clinard/Peter C. Yeager, op. cit., p.16 ; Steven Box, op. cit., p.22

28) Steven Box, op. cit., p.22

29) John Braithwaite, "Inequality Crime and Public Policy", Routledge and Kegan Paul, 1979, p.185

30) D. Stanley Eitzen/Dong A. Timmer, "Criminology, Crime and Criminal Justice", John Wiley & Sons Inc, 1986, pp.286-287

31) 권오승, 『경제법』 제8판, 법문사, 2010, 12면

구별되고³²⁾, 기업에 종사하는 자의 개인적 범죄를 지칭하는 비즈니스범죄와도 구별되며³³⁾ 범죄를 목적으로 조직된 단체인 범죄기업의 범죄행위³⁴⁾와도 구별된다. 또한 상법 제622조 이하의 벌칙에 위반되는 행위를 의미하는 회사범죄와도 구별된다.³⁵⁾

III. 기업범죄에 대한 형벌부과의 필요성

1. 서 설

사회 공동체의 보호라고 하는 형사정책적 과제를 합목적적으로 이행하기 위하여 형법을 어떻게 규정하여야 하는가라는 질문은 형사정책의 본질적 논제중의 하나이다.³⁶⁾ 특히 계속 증가하고 있는 기업에 의한 경제관련 범죄 혹은 환경범죄에 대한 효율적 대처방법과 관련하여 장차 개별 행위자뿐만 아니라 기업에 대해서도 책임을 묻는 것이 필요한가, 나아가 기업에 대해 단순한 행정법상의 과태료 내지 행정제재 이외에 형법에서 규정하고 있는 형벌을 부과하는 것이 필요한가라는 근본적인 문제가 제기된다.³⁷⁾

자연인의 형사책임은 자연인 스스로 범죄를 의도하고 행할 수 있다는 전제하에 사회질서의 기본 가치 보호와 사회방위를 위하여 법률체계와 상관없이 전 세계적으로 인정되어 왔다. 그러나 산업혁명 이후 기업은 경제개발에 중요한 요소로서 부를 창출하며 사회생활의 주요한 주체로서 등장하면서 대중에게 편리와 더불어 폐해를 끼치고 있다.³⁸⁾ 따라서 기업은 법적으로 안정된 사회적 주체로서 법인격을 부여받고 법적인 테두리 안에서 충분히 권리를 보장받는 현실

32) 이종원, 『경제범죄론』, 일신사, 1974, 87면 ; 독일의 Klaus Tiedmann 교수는 혐의의 경제범죄는 개인의 이익뿐만 아니라 초개인적인 법익을 침해 또는 위태롭게 하는 경제적 행위방법을 의미한다고 하고 광의로는 개인적·개별적인 기업이나 소비자에 대한 여러 가지 형태의 범죄가 포함된다고 한다. : Klaus Tiedmann, 「경제범죄의 발생형태와 형법적 규제의 가능성」, 이재상 역, 형사법 개정자료Ⅱ, 형사개정의 제문제, 형사법 개정 특별 심의 위원회, 1985, 351면

33) 정봉휘, 「기업범죄의 특성과 유형」, 논문집2, 세무대학교, 1989, 6면

34) Steven Box, op. cit., p.22

35) 홍순길, 「회사범죄론 소고」, 고시연구 125, 대명고시연구회고시연구사, 1984, 226면

36) Hans-Heinrich Jescheck, "Lehrbuch des Strafrechts", Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Berlin, 1988, S.18

37) 김재윤, 「기업의 가벌성에 관한 독일의 논의 분석」, 형사정책연구 통권 제58호, 한국형사정책연구원, 2004, 40면

38) 송기동, 앞의 논문, 42면

에 비추어 본다면 법을 위반하여 법익을 침해 하였을 경우에는 당연히 그만큼의 법적 책임도 부담하여야 한다.

기업에 대한 형벌을 인정하지 않은 채 개인에 대한 형벌만을 강조하다 보면 불법행위로 인해 발생하는 단체의 이익을 억제할 수 없게 되고, 기업범죄에 대하여 부과되는 개인적 형벌은 사회적 손해의 정도와 개인의 책임을 조화시킬 수 없게 되므로 충분한 응보효과를 거둘 수 없게 된다.³⁹⁾ 또한 현대의 기업은 세분화, 분업화 되어 있기 때문에 그 책임소재를 가리는 것도 쉽지 않으며, 구성원들 역시 다른 사람에게 책임을 전가하게 된다. 따라서 기업범죄에 효과적으로 대처하기 위해서는 행위자 개인뿐 아니라 기업 자체에 대해서도 형사책임을 묻는 것이 타당하다.

2. 실체적·절차적 측면에서의 형벌부과의 필요성

국가가 부과하는 제재의 재편에 앞서 선행되어야 할 것은 범죄행위와 단순한 행정질서위반행위의 구분과 이에 대한 효과로서의 형벌과 행정질서벌의 구분이다. 범죄화의 기준에 입각하여 형벌을 부과하여야 할 범죄행위를 명확하게 하고 이에 대해 중한 제재인 형벌의 종류를 확정하여 부과하는 균형이 필요하다.⁴⁰⁾ 그렇다면 기업의 범죄능력을 인정하고 이에 대해 형벌을 부과할 경우, 주된 대상은 현재의 행정제재가 될 것이다. 기존의 행정제재를 형사적 제재로 변경함으로써 얻을 수 있는 실익⁴¹⁾으로 다음과 같은 것을 들 수 있다.

첫째, 집행이 확실해 질 수 있다. 현재 부과되는 행정제재는 행정기관에 의해 부과되고 집행되기 때문에 사법기관에 의한 것에 비해 확실성이 떨어진다. 행정처분의 경우에는 일단 제재가 부과되어도 가처분 신청 등에 의해 소송이 최종적으로 확정될 때 까지는 제재를 피할 수 있으며, 행정처분을 집행함에 있어서도 자회사를 통한 조업 등으로 실질적 제재를 피하는 편법이 사용되고 있다. 따라서 수사기관이 행정공무원 등과 공조하여 기업에 대한 제재를 명확히 하는 것이 필요하다.

둘째, 부과의 형평성의 문제에서도 각 지역별로 나누어져 있는 행정기관보다는 사법부에서 부과하는 것이 좀 더 통일성과 균형을 기할 수 있으며, 사법

39) 이승현, 「기업범죄에 대한 효율적 형사제재방안」, 형사정책연구 통권 제77호, 한국형사정책연구원, 2009, 787면

40) 이기현/박기석, 『법인범죄에 대한 효율적 제재방안』, 한국형사정책연구원, 1996, 51면 참고

41) 이에 관해서는 이기현/박기석, 앞의 책, 52-53면 참고

부의 범죄의 인정이나 양형이 좀 더 공평하다고 할 수 있다.

셋째, 행정제재를 형사제재로 변경하는 것이 형법의 보충성이나 최후수단성에 반한다는 비판이 있을 수 있으나⁴²⁾ 이러한 논의는 기업을 범죄주체로 인정할 것인가의 여부에 관한 논의이며 가벌성의 범위와는 관련이 없다고 할 것이다. 오히려 민사적, 행정적 제재는 지연을 수반하고, 위법행위를 반복하는 기업에 대해서 효과적이지 못하며, 피해자 보호에도 충분하지 못하다.

절차적 측면에서 보더라도 소추자와 심판자가 동일한 행정절차⁴³⁾ 보다는 무죄추정원칙에 입각한 형사절차를 거치는 것이 타당하다고 할 것이다.

3. 형사정책적 측면에서의 형벌부과의 필요성

형사정책적인 측면에서 기업을 처벌해야 하는 이유로는 다음의 몇 가지를 들 수 있다.

첫째, 단지 개인적인 형벌만으로는 불법적인 행위에 의해서 기업이 이익을 얻는 것을 막을 수 없기 때문에 기업범죄를 통제하기 불충분하다.⁴⁴⁾ 현대사회에서 기업의 이익은 개인의 이익과 직결되고, 또한 개인은 기업의 명령을 어기기 어렵다는 점에서 보면 개인은 불법적 행위라 할지라도 이를 거부할 수 없다. 따라서 기업을 처벌하여야만 효과적인 통제를 할 수 있다.

둘째, 기업범죄로 인한 피해는 막대한 것인데 비하여 개인의 책임정도는 상대적으로 작을 수 밖에 없기 때문에 형벌의 목적인 응보효과를 기대하기 어렵다. 또한 국민의 법감정에 비추어 보더라도 기업의 범죄행위에 대한 책임을 몇몇 개인이 지는 것은 적합하지 않다.

셋째, 기업의 범죄는 경제범죄, 환경범죄를 비롯하여 나날이 증가하고 있으며 그 수범 또한 교묘해지고 있다. 이러한 기업범죄의 확대는 현대 형법학의 영역에서 더 이상 무시할 수 없는 현실이며, 독일의 경우에는 기업의 무분별한 이윤추구, 침해한 기업 간의 경쟁 및 위험을 수반하는 기술의 발전으로 인해 중대한 경제범죄 사건 중 80%가 기업 활동을 통해서 범해지고 있다고 한다.⁴⁵⁾

42) 배종대, 『형법총론』 제8전정판, 홍문사, 2005, 213면 : 이에 따르면 기업자체에 대한 처벌은 민법, 상법, 행정법으로 충분히 규율할 수 있으며, 벌금형제도 역시도 입법 기술적으로 잘못된 것이어서 정당화 될 수 없는 것이라고 한다.

43) 물론 행정제재가 불합리하다고 판단될 경우 행정소송제도를 통해 바로 잡을 수 있는 기회가 있다. 그러나 제재가 부과되어 집행되는 것 자체가 당사자에게 불이익하고, 개인의 불이익을 감수하고서라도 법집행을 앞세우려는 사고는 행정편의적 사고라고 할 수 있다.

44) 김재윤, 앞의 논문, 41면

IV. 통제방안에 대한 형사법적 전환

1. 형사제재로의 전환 필요성

현재 우리나라에서 기업에 대한 제재 중 벌금형을 제외한 대부분은 행정적 제재수단인데, 행정적 제재는 기업을 통제하는 수단으로서는 형사적 제재보다 더욱 효과적이다. 그러나 개인에게만 형벌을 부과하는 것은 합리적이지 못하며, 따라서 기업 자체에 형벌을 부과할 수 있도록 하는 것이 타당한 것은 전술한 바와 같다.

현재 기업의 운용을 제한하는 제재, 즉 해산, 조업정지, 공급거부 등은 모두 행정적 제재수단이다. 그러나 행정적 제재수단과 별도로 형사적 수단을 마련하면 제재는 기업의 활동에 좀 더 강력한 타격을 줄 뿐만 아니라 그 기간 동안 위법행위를 방지하고 적법행위를 유도하며, 직접적이고 정면적인 대응을 통하여 범죄와 형벌의 관계를 명확히 할 수 있다. 또한 공표, 개선명령, 원상회복 등도 행정법적 제재의 형식을 가지고 있지만, 형사법적으로도 선고할 수 있도록 하여야 한다.

즉 기업의 운용을 통해 이익을 누리는 일부에게 책임을 묻는 것이 아닌, 기업 전체에 형사적 책임을 묻게 됨으로서 각자에게 분배된 이익을 박탈할 수 있다는 장점이 있다. 기업의 운용을 통해서 이익을 얻는 자는 기업운용과 관련된 위법행위에도 그만큼의 책임을 지도록 하는 것이 조직의 원리상 타당하다.⁴⁶⁾ 따라서 이러한 제재는 형사제재로서도 시행되는 것이 타당할 것이다.

2. 기업 해산

가. 해산의 의의 및 법적 성질

기업을 해산하는 것은 기업의 운영을 영구적으로 중단시키는 행위이다. 기업이 해산을 당하게 되면 선고된 내용에 따라서 일정기간 내에 절차를 거쳐 해체하게 된다. 형식적으로 보면 이는 자연인의 사형에 해당하는 제재이다.⁴⁷⁾ 물론

45) Hans-Heinrich Jescheck, ebd., S.22

46) 이기현/박기석, 앞의 책, 95면

47) 이기현/박기석, 앞의 책, 95-96면

생명을 단절시키는 사형과는 질적으로 다르지만⁴⁸⁾, 기업이 해산을 당하는 경우 그 사회경제적 파급효과는 자연인의 사형과 비교할 때 이루 말할 수 없을 정도로 크다. 따라서 그 부과에는 신중한 검토가 필요하다.

기업의 해산은 현행법상 인·허가의 취소, 등록취소, 폐쇄명령 등의 행정처분으로 인정되고 있다. 그 요건 자체도 행정법상의 일정한 의무위반 혹은 인·허가 부여요건의 결여에 대한 효과로서 인정되는 것이어서 기업의 범죄행위로 인한 해산명령과는 법적 성질을 달리한다. 따라서 행정법상의 기업범죄에 대한 통제방안과 형사법적 해산명령은 병존할 수 있는 것이며, 그 절차 또한 전혀 다르다고 할 것이다. 물론 형사제재로서의 해산명령이 더욱 강력한 제재임에는 틀림없다. 처분으로서의 인·허가취소, 등록취소, 폐쇄명령 등은 일정한 요건을 갖추면 원상회복이 가능한 처분이지만, 형벌로서의 기업 해산이 확정되면 형의 집행으로서 그 인적 물적 구성이 철저히 해체되고, 규정에 따라 실체가 동일한 법인은 일정기간 다시 설립할 수 없도록 하여야 할 것이기 때문이다.⁴⁹⁾

형벌로서의 해산의 경우에는 기업의 존재 자체를 말살하는 것⁵⁰⁾이므로 신중한 검토가 필요하다. 즉 기업의 성격과 해당 범죄행위 모두가 해산을 선고할 수 있는 요건을 갖춘 경우에 선별적으로 적용하여야 할 것이다.

나. 기업해산의 입법례

미국의 모범형법전에 의하면 검사가 형사소송 중에 주법에 따라 설립된 기업의 허가를 박탈할 것을 법원에 청구할 수 있고, 법원은 기업이나 그 기관이 범죄행위를 범했고, 더 이상 방치할 경우 공공의 이익이 훼손된다고 판단되면 허가의 취소를 명할 수 있도록 규정하고 있다.⁵¹⁾ 미국에서는 기업 해산은 권한개시영장(writ of quo warranto)하에 행할 수 있는 기업에 대한 대체형벌의 하나로서 주장되었고 실제로 적용되기도 하였다.⁵²⁾ 프랑스 형법에 도입되어 있는 기업 해산의 요건도 상당히 한정적으로 규정되어있다.⁵³⁾

48) Stephen A. Yoder, "Criminal Sanctions for Corporate Illegality", The Journal of Criminal Law and Criminology Vol. 69, No. 1, Northwestern University, 1978, p.54

49) 유병규, 앞의 책, 228면

50) 이러한 점에서 형벌의 효과로서 특별예방효과는 기대하기가 어렵다. Stephen A. Yode, op. cit., p.54

51) Model Penal Code 6.04(2)(a)

52) 이기현/박기석, 앞의 책, 97면 ; Standard Oil Co. v. Missouri, 224U.S.270(1912)

53) 프랑스 형법 제131-39조 : 법무부, 『프랑스 형법』, 법무부, 2008, 46-47면

다. 도입가능성에 대한 검토

형벌로서의 기업의 해산은 범죄행위를 근원적으로 차단할 수 있으므로 사회방위적 차원에서 가장 효과적이라는 장점이 있다. 하지만 기업을 해산하게 되면 사회경제적 혼란을 초래하고 선의의 피해자가 발생할 수 있으며, 또 다른 형태의 기업을 창설할 경우 이를 막을 수 없다는 단점을 안고 있다.

이렇듯 기업에 대한 형사제재로서의 해산은 극단적인 것이어서 기업에 대한 다양한 형사제재를 모색하는 영미법의 경우에도 주된 논의대상으로 삼지 않고 있다. 기업의 형사제재는 기업을 존치시킨 상태에서 부과하는 것을 그 원칙으로 하며, 해산에 따르는 부작용과 파급효과가 상당히 크기 때문이다.⁵⁴⁾

그러나 기업의 경우라도 사회적으로 끼치는 피해가 계속되고 국민의 건강과 안전을 위협한다면 해당 기업을 존치시키는 것은 무의미하다. 또한 그 피해가 막중하여 해당 기업을 해산시키는 것이 국민의 대다수의 법감정에 부합하고 사회적으로 이익이 된다면 그러한 기업은 해산하는 것이 마땅하다. 이 경우 기업의 비난가능성이 크다면 행정법적 제재보다는 형사법적 절차를 밟는 것이 타당하다고 할 수 있으며, 따라서 형사제재로서 기업의 해산을 도입하는 것이 타당하다.

3. 영업정지(조업정지)

가. 영업정지의 개념 및 입법례

영업정지 또는 조업정지는 기업이나 사업장의 활동 자체를 일시적으로 중단시키는 행위를 말한다. 위법행위가 기업의 활동에서 비롯되었으므로 기업의 활동 자체를 중단시킨다는 점에서 직접적이고 강력한 제재이며, 기업에 미치는 타격 정도도 벌금이나 과태료와는 비교할 수 없을 정도로 크다. 영업정지는 자연인의 자유형과 비교할 수 있는 제도이다.⁵⁵⁾

미국에서는 ‘기업의 격리’(Corporate Quarantine), ‘기업의 구금’(Corporate Imprisonment)이라는 형태로 기업에 대한 새로운 형벌제도로

54) 이기현/박기석, 앞의 책, 99면 ; 유병규, 앞의 책, 228면

55) 이기현/박기석, 앞의 책, 100면 ; 유병규, 앞의 책, 229면

제시⁵⁶⁾되고 있다. 미국의 증권거래법'(Securities Exchange Act)상 증권거래 위원회가 중개인이나 매도인의 활동을 정지시키거나 등록을 무효화하는 권한행사가 조업정지와 유사한 형태이다. 미국에서는 육류판매에 관한 기업의 범죄행위에 대해 일정기간 혹은 무기한 농림부의 조사를 받도록 함으로서 유사한 효과를 거두곤 한다. 이 조사를 받게 되면 당해기업은 다른 사업을 할 여지를 완전히 박탈당한다. 조업정지로 인해 받는 피해는 수백만 달러를 넘기도 한다.⁵⁷⁾

프랑스 형법은 사업장의 폐쇄를 규정하고 있다. 기업에 대해 적용되는 사업장의 폐쇄는 기업이 범죄를 실행하기 위해 사용된 사업장의 전부 또는 일부에 대하여 무기한 또는 5년 이상의 폐쇄가 부과될 수 있다. 그 외에도 자금공모의 금지, 수표발행금지 및 현금카드 사용금지 등 역시 조업정지의 성질을 띠고 있다고 할 수 있다.⁵⁸⁾

나. 도입가능성에 대한 검토

영업정지를 형벌로서 도입하면 벌금형의 문제점을 극복하고 범죄의 대가가 얼마나 엄중한지를 잘 보여줄 수 있으며, 또한 벌금을 충분히 부과할 수 없는 경우에도 기업의 규모와 사정에 따라 영업정지를 부과할 수 있다는 장점이 있다. 반면, 기업에 너무 가혹하다는 평가와, 피용자들이 잘못 없이 고통을 받을 수 있다는 점, 해당기업과 관련된 채권자와 채무자들이 연쇄적인 피해를 받을 수 있다는 점, 분산운영이 잘되는 기업의 경우 효과가 미비하다는 단점이 지적된다.⁵⁹⁾

영업의 정지는 여러 문제점이 지적되기는 하지만 다음과 같은 장점이 있기 때문에 기업의 범죄행위에 대처하는 주된 형사제재로서 확립될 수 있다고 본다. 먼저 ① 기업활동 자체를 정지시킴으로서 벌금 등의 제재에도 불구하고 계속되었던 범죄행위를 중단시킬 수 있다.⁶⁰⁾ ② 경제적인 측면에서도 다른 규제에 비해서 직접적이고 타격이 크기 때문에 효율성을 충분히 발휘할 수 있으며,

56) Stephen A. Yode, op. cit., p.54 ; C. Kennedy, "Criminal Sentences for Corporations : Alternative Fining Mechanisms", California Law Review vol 72 No 2, 1985., p.446

57) C. Kennedy, op. cit., p.446

58) 프랑스 형법 제131-39조 : 법무부, 앞의 책, 46-47면

59) Stephen A. Yode, op. cit., p.54

60) 장영민/조영관, 앞의 책, 109면

③ 기업의 해산과는 달리 기업을 존속시키면서 제재를 가하는 것이기 때문에 파급효과를 줄일 수 있고, ④ 기업의 불법한 운용을 통해 이익을 얻는 자들에 합당하고 공평한 타격효과를 줄 수 있다.⁶¹⁾

물론 해산과 같이 형사적 제재임을 감안한다면 그 부과에 있어 요건과 내용을 명확히 규정하여 적용하여야 하며, 범죄사실과 결과, 행위태양, 인적 구성원들의 주관적 태도 등을 종합적으로 판단하여 벌금형과 같은 제재가 비효과적인 경우에 한하여 부과되어야 한다. 또한 영업정지의 기간이 실질적으로 기업을 해산시킬 수 밖에 없을 정도로 장기여서는 안 될 것이다.⁶²⁾

4. 공급거부

공급거부란 국가가 제공하는 일정한 재화나 서비스의 공급을 거부하는 행정작용을 말한다. 대표적인 것이 전화, 전기, 수도의 공급을 중단하는 것이다. 이러한 서비스는 기업운영에 필수적이기 때문에 일시적인 중단도 치명적일 수 밖에 없다.

우리나라에서의 공급거부는 행정작용으로 그 법적 성질의 여하와 관계없이 법률의 근거를 요한다고 보는 것이 현재의 통설⁶³⁾이며, 행정처분으로 이루어지고 있다. 프랑스의 경우 공공기관과의 거래배제 규정을 두고 있으며, 광의의 공급거부에는 이러한 내용도 포함된다.

공급거부 역시 조업정지와 크게 다를 바 없는 영향을 기업에게 미치므로 형벌로서 부과하는 방안을 고려해야 한다. 공급거부를 형벌로서 도입하여 집행함에 있어서는 특히 집행기관인 검찰과 타 기관과의 협조체제가 무엇보다도 필요하다고 할 수 있다. 그리고 당해 재화나 서비스의 공급을 중단시키지 않으면 계속되는 범죄행위를 방지할 수 없다는 점을 공급거부의 필수적 요건으로 규정하는 방안도 고려해 볼 수 있다.⁶⁴⁾

5. 공 표

61) 유병규, 앞의 책, 230면

62) 이기현/박기석, 앞의 책, 107-108면

63) 홍정선, 『행정법특강』 제9판, 박영사, 2010, 477-478면 ; 박균성, 『행정법강의』 제5판, 박영사, 2008, 423면

64) 이기현/박기석, 앞의 책, 110면

가. 공표의 개념 및 입법례

공표(Formal Publicity)라 함은 '행정법'상 의무위반 또는 의무불이행이 있는 경우에 그 의무위반자 또는 불이행자의 명단과 그 위반 또는 불이행 사실을 공중에 알림으로서⁶⁵⁾ 명예나 신용을 훼손하는 제재를 말한다.⁶⁶⁾ 따라서 공표는 대중이 보기에 기업의 신용이나 명예를 감소시키는 제재로서 장기적으로 피용자나 소비자에 영향을 미치게 되어 금전적 손해를 야기한다.⁶⁷⁾

미국의 양형지침에서는 공표를 기업에 대한 보호관찰의 한 내용으로 규정하였다. 즉 '법원은 기업에 대해 그의 비용으로 법원이 선정한 형식과 매체를 통해 저지른 범죄의 내용, 유죄선고의 내용, 부과된 처벌의 내용 및 유사한 범죄행위의 재발방지를 보장할 방법 등을 공표하도록 명할 수 있다.'고 규정하고 있다.⁶⁸⁾ 이로서 미국에서는 기업범죄의 공표제도가 정착되었다. 미국에서의 공표제도는 독자적인 형사제재는 아니며 보호관찰의 준수 의무의 하나로서 부과된다는 점이다. 미국 양형지침에서 부과되는 공표는 기업의 명예나 신용의 실추를 통해 기업의 운영 방침을 개선하여 재범을 방지하고 범죄피해자에게 일정한 사실을 알리자는데 그 주목적이 있기 때문에 단순히 재정적 손실을 입힌다거나 운영의 저해를 위하여 부과할 수 없다고 해석한다.⁶⁹⁾

영국에서는 1822년에 성립된 '빵법'(Bread Act)에서 유죄선고를 받으면 공표를 명하도록 규정하였으며⁷⁰⁾, '도량법'에서 범죄자의 유죄인정을 공표할 수 있도록 하였고, 최근에는 1973년에 '공정거래법' 제124조 이하에서 소비자 보호 규정을 위반한 일부행위에 대해 언론에 공개할 수 있도록 하였다.⁷¹⁾

프랑스도 판결의 공표를 기업범죄의 제재수단으로 도입하고 있다. 프랑스 '형법'전은 공표의 범위, 즉 판결의 주문이나 요지만을 공표할 것인가 전문을 공표할 것인가는 판사의 재량에 위임되어 있다. 또 공표의 비용은 수형자의 부담이지만 그 액수는 기업에 부과된 벌금의 상한을 초과할 수 없다. 공표에 피해자의 이름을 게재할 때에는 피해자의 승낙이 필요하며, 공표하는 장소 및 기

65) 홍정선, 앞의 책, 479-480면

66) Stephen A. Yode, op. cit., p.52

67) Louise Dunford/Ann Ridley, "No Soul to be Damned, No Body to be Kicked : Responsibility, Blame and Corporate Punishment", International Journal of the Sociology of Law Volume 24, University of Portsmouth, U.K, 1996, p.1

68) U.S.S.G. §D1. 4(a)

69) 박기석, 「법인에 대한 형벌로서의 공표」, 한양법학 제7호, 한양법학회, 1996, 4면

70) Louise Dunford/Ann Ridley, op. cit., p.14

71) Louise Dunford/Ann Ridley, op. cit., p.14

간도 법원이 결정하도록 하였다.⁷²⁾

나. 공표의 목적 및 문제점

(1) 공표의 목적

첫째, 공표를 하는 가장 큰 이유는 기업의 명예를 실추시키는 것이다. 명예의 실추란 명예심을 갖는 자연인에게만 적용될 수 있는 것이다. 따라서 기업에 대한 명예의 실추란 자연인이 갖는 자긍심에 대한 심리적 작용이라기보다는 기업 전체에 대한 신용을 의미하는 것이며, 또한 기업의 사회적 명예실추를 통해 기업의 인적 구성원인 자연인의 명예심을 자극하는 것을 의미한다.

둘째, 공표는 금전적 손실을 야기한다. 공표는 기업의 생산품이나 서비스의 소비량을 저하시키게 된다. 공표 자체가 불매를 요구하는 것은 아니지만 생산품을 구체적으로 명시하는 것은 불매의 결과를 예정하고 있는 것이며, 결국 소비자는 공표된 기업의 제품의 이용을 꺼리게 될 것이다. 이러한 점에서 공표는 대기업과 중소기업의 규모의 차이를 고려할 때, 공평한 제재라고 할 수 있다. 공표의 비용은 다른 제재에 비해 크지 않지만 그 효과는 기업의 규모에 따라서 달리 나타나기 때문이다.⁷³⁾

공표로서 얻을 수 있는 또 하나의 효과는 정부의 개입을 유도할 수 있다는 것이다. 공표를 통해 기업에 대한 불신이 가중되고 일정한 관리 필요성이 요구되는 상황에 이르면 정부개입을 통해 기업의 내부구조를 개선할 수 있는 여건이 마련될 수 있다는 것이다. 이외에도 잠재적 범죄자에 대한 형벌의 고지효과⁷⁴⁾, 소비자에 대한 경고, 교육과 윤리화 등의 효과를 거둘 수 있다.⁷⁵⁾

(2) 공표의 문제점

공표는 다음과 같은 몇 가지 문제점을 가지고 있다.⁷⁶⁾

72) 프랑스 형법 131-35조, 법무부, 앞의 책, 40-41면

73) Richard S. Gruner, "Beyond Fines : Innovative Corporate Sentences Under Federal Sentencing Guidelines", 71 Wash. U. L. Q., Washington University Law Quarterly, 1993, p.322

74) 잠재적 범죄에 대한 고지효과란 일방예방효과를 말하는 것으로서 타 기업의 이사, 임원, 종업원들로 하여금 적법한 행위로 나아가도록 지침을 마련해 주는 효과를 말한다.

75) 박기석, 앞의 논문, 12면

① 해당 기업이 어느 정도의 경제적 불이익의 효과를 받는지 명확하게 측정할 수 없으며, 따라서 일반예방 효과도 명확하지 않다. ② 실효성 면에서 볼 때 기업범죄에 대한 계속적인 공표는 일반인들에게 별다른 비판의식을 갖지 못하도록 할 수도 있다. ③ 기업은 이미지 광고 등으로 공표의 효과를 희석시킬 수 있다. ④ 현실적이고 구체적인 공공의 위험을 야기한 경우에는 공표의 효과가 있겠지만, 단순한 행정명령위반처럼 국민의 일상생활과 특별한 관련이 없는 경우에는 그 효과가 크지 않을 것으로 생각된다. ⑤ 자칫 개인의 프라이버시 보호라는 헌법상의 기본원리를 침해한다는 단점이 있다. ⑥ 끝으로 기업의 임원이나 피용자들에게 낙인을 찍는 효과가 있는데, 이 경우 무고한 투자자나 공급자 등에도 불이익을 미칠 수 있다는 문제가 있다.

(3) 도입가능성에 대한 검토

공표는 기업에게 신용의 훼손이라는 타격을 입히게 되므로 형벌로서의 도입을 주장하는 견해가 있다.⁷⁷⁾ 기업은 일반 국민에게 비추어지는 신뢰가 바탕이 되어야 성장할 수 있다는 측면에서 생각해보면 공표는 범죄의 역지력에 있어서도 상당한 효과를 가지고 있다.

그러나 공표를 독립된 형사제재로서 채택하기에는 무리가 있다. 앞서 본 바와 같이 공표는 그 자체로서 경제적 타격을 준다든가 직접적으로 기업의 구조를 개선시키는 제재가 아니기 때문에 독립적인 형벌로 삼는 것은 바람직하지 못하다. 따라서 공표의 경우에는 다른 형사제재와 병과하여 부과할 수 있는 특수한 형사제재로서 규정하고, 독립적인 형벌과는 별도로 기업의 위법사실을 국민에게 알림으로써 기업이익을 제한하는 효과를 갖도록 하는 것이 타당할 것이다.

6. 원상회복 및 개선명령

가. 원상회복

(1) 원상회복의 의의

76) Louise Dunford/Ann Ridley, op. cit., pp.14-15

77) Louise Dunford/Ann Ridley, op. cit., p.15

원상회복이란 어떠한 사물이나 사실관계를 본래의 상태로 되돌려 놓는 것을 의미한다. 따라서 범죄가 발생한 경우 원상회복이란 범죄행위로 인하여 피해자에게 발생한 손해를 직접 또는 간접적으로 상쇄함으로써 법익을 침해 이전의 상태로 돌려놓는 것을 말한다. 즉 원상회복은 행위결과로서 손해를 전제로 하며, 손해의 상쇄를 위한 급부를 필요로 한다.⁷⁸⁾

원상회복은 자연인에 대한 형사제재의 한 방법으로서 종래부터 채택되었던 것으로 결코 새로운 것만은 아니다. 그러나 한편으로는 조직체에 대한 양형지침은 기업범죄에 대응하여 기업의 자산의 고려, 종업원이나 소비자에의 배려 또는 기업활동의 보고의무라는 새롭고 독특한 내용을 담고 있다.⁷⁹⁾ 따라서 이러한 내용이 실제로 기업에 대한 형사제재로서 유효하게 기능할 것인지를 검토해 보아야 한다.

(2) 원상회복의 장·단점

기업범죄에 대한 피해자의 피해 회복을 민사절차가 아닌 형사절차를 통해 행하는 것은 다음과 같은 장점을 가지고 있다.⁸⁰⁾

- ① 가장 먼저, 시장경쟁의 원리에서 나오는 공평성을 이룰 수 있다는 점이다. 즉 기업범죄에 의한 부정한 수익을 기업으로부터 완전하게 박탈시키고, 기업의 시장에서의 부당한 우위를 제거함으로써 실질적 정의를 유지할 수 있다.
- ② 형사제재와 손해배상의 일괄처리를 통해 소송의 효율화를 도모할 수 있다.
- ③ 피해자 개인보다는 경찰이나 검찰이 기업의 위법행위를 좀더 잘 증명할 수 있다.
- ④ 원상회복으로 억지와 개선의 효과를 기대할 수 있다.

반면 원상회복의 적용에 있어서 법원의 권한이 불명확하고, 피해자 유형에 대한 지침이 규정되어 있지 않으며, 보상 가능한 피해의 범위가 애매하다는 점이 문제점으로 지적되고 있다.

나. 개선명령

78) 장규원, 「원상회복제도에 관한 고찰」, 한국공안행정학회보 제19호, 한국공안행정학회, 2005, 499면

79) 이기현/박기석, 앞의 책, 165면

80) 이에 관해서는 이기현/박기석, 앞의 책, 167면

개선명령은 범죄에 의해 야기된 피해를 복구하거나 범죄로 인해 야기될 수 있는 장래의 피해발생 가능성을 배제 또는 경감하기 위하여 그 구제를 기업에게 구하는 것이다. 미국의 양형지침상 개선명령은 원상회복이 피해자에 대한 구제책으로서 불충분한 때⁸¹⁾에만 부과되는 대체형으로 규정되어 있다.[U.S.S.G. 8B1. 2(a)]

개선명령은 직접적으로 피해자의 손해를 물리적으로 전보하는 것이므로 피해보상이 충분하다고 할 수 있다. 또한 범죄로 야기된 결과의 전보이므로 범죄를 범한 기업이 충분히 그 타당성을 인정하며 승복하기 때문에 특별예방효과도 기대할 수 있다. 반면 개선명령의 정도를 확정하는 기준이 불명확하다는 점 등이 문제점으로 지적된다.

다. 도입가능성에 대한 검토

형사상의 원상회복은 범죄 피해자의 지위를 높여준다는 측면에서 민사상의 원상회복과 다르며, 피해자가 제재절차에 개입할 수 있다는 장점이 있다.⁸²⁾ 즉 기업범죄에 있어 피해자는 형사적 절차 내에서 손해배상을 받을 수 있다. 개선명령 또한 원상회복만으로 피해자가 구제되지 못할 경우, 혹은 피해가 계속될 가능성이 있는 경우에 효과적인 구제방안이 될 수 있다.

기업범죄의 특성상 피해자인 개인은 기업과 동등한 위치에서 민사소송을 하기 어렵다. 즉, 기업의 위법사실과 인과관계를 입증해서 보상을 받는 것은 쉬운 일이 아니다. 또한 기업범죄의 피해자 개인은 기업의 형사적 제재보다도 피해자 자신의 원상회복이 더욱 중요한 문제인 것이다. 따라서 기업범죄에 관한 형사제재에 원상회복의무를 규정하고 법원으로부터 형벌과 동시에 선고할 수 있도록 하는 것이 타당하다. 물론 합리적인 기준과 보상의 범위에 관한 연구는 필수적으로 선행되어야 할 것이다.

V. 결 어

81) 원상회복이 불충분하다고 인정되는 경우는 ① 피해자나 그 경제적 손해의 범위가 특정되기 어려운 경우, ② 피해가 다수의 피해자에 걸쳐 있어 또 개개의 피해자에 대한 손해는 소규모이기 때문에 그 손해회복을 도모할 절차적인 유효성이 적다고 생각되는 경우, ③ 정신적 또는 비금전적 피해가 인정되는 경우 등이다.

82) 장규원, 앞의 논문, 503면

‘인과응보’라는 말이 있다. 즉, 어떤 일이든 행동을 하였다면 그 결과에 책임을 져야 한다는 것이다. 우리나라는 신속한 경제성장을 이루기 위해서 대기업이 주도하는 성장을 국가정책으로 삼아 발전해 왔고, 그 과정에서 발생하는 폐해와 부작용은 발전을 위해 당연한 것으로 여겼으며, 정부와 기업이 마치 약속이나 한 듯 범법적인 행위를 반복하고 그것을 관행이라는 이름으로 눈감아 왔다. 이는 결국 최근 들어 빈번히 발생하고 경제 전반을 위협하는 기업범죄로 나타나고 있으며, 현재 대한민국은 그것을 바로잡기 위하여 많은 진통을 겪고 있다. 그러나 지금의 진통이 사라질 때면 기업의 범죄행위가 어떠한 형태로도 나타나지 않을 것이라고 생각하는 사람은 아무도 없을 것이다.

우리보다 먼저 현대적 기업의 형태가 발전되고 발전한 선진국이 기업의 범죄행위에 대하여 가하는 법적 통제에 비하여 우리의 기업범죄 통제방안은 미비한 수준이다. 대부분의 규정은 민사적, 행정적 규제로 이루어져 있으며, 형사법에서는 벌금이 기업을 통제하기 위한 유일한 방안이다. 기업범죄를 기업의 위법한 행위라고 규정하고, 또한 국민과 사회에 해악을 끼치는 행위라고 생각한다면 이러한 행동은 국가의 고유권한인 형벌권을 발동하여 해결해야 하며, 그러지 못한다면 국가가 직무를 유기하고 있다고 볼 수 있다.

물론 법적 논리를 구성하고 누구나 이해할 수 있는 타당한 근거를 제시하여 기업범죄를 통제하는 것은 가장 먼저 선행되어야 할 문제이다. 따라서 학설의 대립이 있는 기업의 범죄능력과 관련해서 기업의 범죄능력을 인정하고, 범죄를 통제하는 방안을 모색하여야 한다. 기업범죄의 형태는 탈세나 뇌물죄처럼 당장 수사과정을 통해서 바로 잡을 수 있는 것부터 환경범죄처럼 오랜 시간이 지나도 되돌릴 수 있는 지의 여부를 알 수 없는 것까지 다양하고 또한 점차 진화하고 있는데 반하여, 그 통제는 변하지 않고 있으며, 형사법에서는 자연인과 동일하게 처벌하는 양벌규정이 거의 대부분인 현실은 기업범죄 통제에 매우 미흡하다고 하겠다. 또한 거대한 기업으로 인하여 노동자들이 고통을 받고, 불법하고 조잡한 제조물로 인해 국민건강이 심각하게 위협받고, 자신들의 이익을 위해 온 나라를 거대한 쓰레기장으로 만들어가는 기업을 방치하는 것은 매우 심각한 문제가 아닐 수 없다.

현대사회는 기업범죄의 심각성을 인식하고 그 통제방안을 강구하여야 한다. 특히 그 영리성, 전문성, 암수성 등을 가지고 있는 기업범죄의 특성을 파악하고, 그것이 주는 피해의 심각성을 인식하여 적절한 통제방안을 도입하는 것이 시급하다.

따라서 현재 행정법으로 기업을 규율하고 있는 기업의 해산, 영업정지, 공급 거부, 공표 등도 행정적 통제방안과 더불어 형사법적 통제방안으로 도입해야 할 것이다. 기업에 있어 죄형법정주의를 지키는 형사법적 통제방안은 행정기관에 의한 통제에 비해서 집행을 확실히 할 수 있으며, 각 기관별, 지역별로 달라질 수 있는 제재의 정도와 관련해서도 사법부가 통일적으로 부과할 수 있다. 또한 형벌이 예정하고 있는 일반예방효과, 특별예방효과, 응보효과를 달성함으로써 기업범죄를 감소시킬 수 있는 이점이 있다. 기업의 입장에서든 하나의 행정기관이 조사, 심의, 제재를 부과하는 방식보다는 검찰과 법원으로 나뉘어 있는 형사법적 제재가 절차적 권리를 보장한다고 할 수 있다.

준법은 국가를 유지하기 위한 초석이다. 또한 국가의 가장 강력한 수단인 형법은 국가의 안전과 체제를 수호하고, 질서를 유지하기 위해 사용되는 도구이다. 따라서 기업범죄가 국가의 안전과, 건전한 경제 환경을 위협하고, 국민에게 손해를 끼치는 상황에서도 형법이 외면하는 것은 형법이 가지고 있는 기능을 망각하고, 직무를 유기하는 것과 다르지 않다. 이러한 측면에서 형사법은 기업범죄를 통제하기 위한 중추적인 역할을 담당해야 함을 인정하고, 그와 관련된 제도적인 정비를 서둘러야 할 것이다.

[참고문헌]

■ 국내문헌

- 권오승, 『경제법』 제8판, 법문사, 2010
- 김재윤, 「기업의 가벌성에 관한 독일의 논의 분석」, 형사정책연구 통권 제58호, 한국형사정책연구원, 2004
- 박강우, 『기업범죄의 현황과 정책분석』, 한국형사정책연구원, 1999
- 박균성, 『행정법강의』 제5판, 박영사, 2008
- 박기석, 「법인에 대한 형벌로서의 공표」, 한양법학 제7호, 한양법학회, 1996
- 박상기/손동권/이순래, 『형사정책』, 한국형사정책연구원, 2003
- 박재윤, 「화이트 칼라의 범죄」, 신동아, 동아일보사, 1968. 1월호
- 배종대, 『형사정책』 제6전정판, 흥문사, 2005
- 배종대, 『형법총론』 제8전정판, 흥문사, 2005
- 법무부, 『프랑스 형법』, 법무부, 2008
- 송기동, 「영미기업범죄 형사책임의 전개」, 형사정책 제20권 제2호, 한국형사정책학회, 2008
- 송호신, 「회사범죄에 대한 법리구성」, 한양법학 제4·5집(통합), 한양법학회, 1994
- 유병규, 『기업범죄 수사의 효율성 제고방안 - 선진 각국의 기업범죄 수사체계를 중심으로』, 한국형사정책연구원, 2003
- 이기현/박기석, 『법인범죄에 대한 효율적 제재방안』, 한국형사정책연구원, 1996
- 이승현, 「기업범죄에 대한 효율적 형사제재방안」, 형사정책연구 통권 제77호, 한국형사정책연구원, 2009
- 이종원, 『경제범죄론』, 일신사, 1974
- 이철송, 『회사법강의』 제15판, 박영사, 2008
- 임중호, 「기업개념에 대한 비판적 검토」, 법학논문집 제19권 제1호, 중앙대학교 법학연구소, 1994
- 장규원, 「원상회복제도에 관한 고찰」, 한국공안행정학회보 제19호, 한국공안행정학회, 2005
- 장영민/조영관, 『경제범죄의 유형과 대처방안』, 한국형사정책연구원, 1993
- 정동윤, 『상법총칙상행위법』 개정판, 법문사, 1996

- 정봉휘, 「기업범죄의 특성과 유형」, 논문집2, 세무대학교, 1989
정영석/신양균, 『형사정책』, 법문사, 1996
천진호, 「기업범죄와 형사적 규제」, 법학논고 제16집, 경북대학교 법학연구소, 2000
최인섭/최영신, 『화이트칼라범죄에 관한 연구』, 한국형사정책연구원, 1996
홍순길, 「회사범죄론 소고」, 고시연구 125, 대명고시연구회고시연구사, 1984
홍정선, 『행정법특강』 제9판, 박영사, 2010

■ 외국문헌

- Charles. R. Tittle/Raymond Paternoster, “Social Deviance and Crime : An Organization and Theoretical Approach”, Los Angeles : Oxford University Press, 2000
C. Kennedy, “Criminal Sentences for Corporations : Alternative Fining Mechanisms”, California Law Review vol 72 No 2, 1985.
D. Stanley Eitzen/Dong A. Timmer, “Criminology, Crime and Criminal Justice”, John Wiley & Sons Inc, 1986
Edwin H. Sutherland, “White collar criminality”, American Social Review 5, 1940
Edwin H. Sutherland, “White Collar Crime”(The uncut version), New Haven : Yale Univ. Press, 1983
G. Geis, “Toward a Delineation of White Collar Offenses”, Sociological Inquiry vol 32, 2007(Online)
Hans-Heinrich Jescheck, “Lehrbuch des Strafrechts”, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Berlin, 1988
John Braithwaite, “Inequality Crime and Public Policy”, Routledge and Kegan Paul, 1979
John Braithwaite, “Enforced self-regulation : A New Strategy For Corporation Crime Control”, Michigan Law Review 80, 1982
Klaus Tiedmann, 「경제범죄의 발생형태와 형법적 규제의 가능성」, 이재상 역, 형사법 개정자료Ⅱ, 형사개정의 제문제, 형사법 개정 특별 심의 위원회, 1985

- Louise Dunford/Ann Ridley, "No Soul to be Damned, No Body to be Kicked : Responsibility, Blame and Corporate Punishment", International Journal of the Sociology of Law Volume 24, University of Portsmouth, U.K, 1996
- Mashall B. Clinard/Peter C. Yeager, "Corporation Crime : issue in research", Criminology 16, 1978
- Mashall B. Clinard/Peter C. Yeager, "Corporate Crime", New York : The Free Press, 1980
- Richard S. Gruner, "Beyond Fines : Innovative Corporate Sentences Under Federal Sentencing Guidelines", 71 Wash. U. L. Q., Washington University Law Quarterly, 1993
- Stanton Wheeler/Mitchell Lewis Rothman, "The Organization as Weapon in White Collar Crime", Michigan Law Review, Vol 80, 1982
- Stephen A. Yoder, "Criminal Sanctions for Corporate Illegality", The Journal of Criminal Law and Criminology Vol. 69, No. 1, Northwestern University, 1978
- Steven Box, "Power, Crime, and Mystification", New York : Tavistock Publication, 1983

<Abstract>

The Corporate Crime and Control Policy

Sang-Uk An

Corporation plays a major role in economic structure of our contemporary society, and is also a key contributor to improving national development and life quality, but commits a series of illegal acts in the course of its development. However, Korea has promoted its domestic corporation activities focusing mainly upon economic growth on a national basis, so there are just a few means of criminal law to control illegal corporation activities, causing ever-increasing number and extent of damages.

Nevertheless, there is neither any clear-cut definition of Corporate Crime nor any official statistics about it. Besides, the imposition of fine under joint penal provisions of current Korean criminal law is the only means to control corporation with regard to its crime, and most of current controls over Corporate Crime rely on controls provided under administrative law. Provided criminal law exists as strongest means of state control to secure national order and protect people from any harm, now is the time to urgently demand means of control over Corporate Crime under criminal law.

It is advisable that current legitimate administrative sanctions against Corporate Crime, i.e. corporation dissolution, business suspension and formal publicity should be recognized as controls of criminal law and work as stronger controls over Corporate Crime. The controls of criminal law has some advantages such as reliable execution, preventing potential imbalanced sanctions and assuring the principle of legality (*nulla poena sine lege*), as compared to conventional means of control under administrative law. Hence, although it is important to allow administrative authority to impose controls on

corporation involved crimes depending on how much the business of question is accusable, it is also required to employ criminal laws to regulate Corporate Crime in the interest of strong controls over such crimes.

Key Word : corporate crime, control policy, corporation dissolution, business suspension, formal publicity

「명지법학」 투고규정

1. (투고자격)

- 1) 국내외 대학 전임교수
- 2) 법률 분야의 종사자
- 3) 대학원생으로써 박사학위 수료 이상의 자
- 4) 기타 편집위원회의 추천을 받은 자

2. (투고절차)

- 1) 국문 원고인 경우에는 외국어제목, 외국어초록, 외국어 주제어를 첨부하여야 하고, 외국어 논문인 경우에는 국문 제목, 국문 초록, 국문 주제어를 첨부하여야 한다.
- 2) 원고는 4부를 작성하여 제출하되, 그 중 3부는 작성자의 인적사항을 삭제한다.
- 3) 원고 제출은 인쇄된 문서나 저장 파일 또는 이메일로 송부할 수 있다.
- 4) 보낼 곳: 서울시 서대문구 남가좌동 50-3 명지대학교 법학연구소
(Tel) 02-300-0803, (Fax) 02-300-0804
http://mjulaw.net/law_institute.html

3. (투고기한)

논문의 투고는 발간 예정일을 기준으로 2월 전(4월 30일)까지 제출한다. 다만 부득이한 사정이 있는 경우에는 편집위원회의 허가를 받는다.

4. (논문의 작성)

논문의 작성은 명지법학 원고 작성 요령에 따른다.

5. (논문의 심사)

- 1) 투고원고는 편집위원회가 선정한 3인의 심사위원이 심사하여 그 결과를 편집위원회에 통보하면 편집위원회는 그 결정에 따라 논문의 수정·보완을 요구하거나 게재를 유보할 수 있습니다. 편집위원회의 모든 업무처리와 각 심사위원의 심사는 본 명지법학 연구윤리규정과 게재논문 심사규

정에 따라서 이루어집니다.

- 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 연구기대효과 및 학계기여도, 이상 일곱 가지입니다.
- 3) 심사결과는 원칙적으로 편집위원회가 투고자에게 문서(전자문서, 이메일 포함)로써 통지합니다. 게재불가의 경우 투고자가 편집위원회에 이의를 제출하면 가능한 한 신속하게 이를 처리하고 그 결과를 통보해 드리겠습니다.

「명지법학」 편집규정

제1조 (목적)

이 규정은 명지대학교 법학연구소에서 간행하는 명지법학(Myongji Law Review)을 국내 및 국제적 차원에서 명실상부한 전문논문집으로 발전시키기 위하여 논문집의 편집에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제2조 (명지법학의 간행)

- ① [명지법학]은 연 1회 발간함을 원칙으로 한다. 단, 편집위원회가 필요하다고 인정하는 경우에는 합본 호나 증호를 발간할 수 있다.
- ② [명지법학]의 발간일자는 매년 6월 30일로 한다. 다만, 부득이한 경우 발간 일자를 변경할 수 있다.
- ③ [명지법학]은 200부 이상 발행하며, 연구소 홈페이지에 게재한다.

제3조(원고의 게재)

- ① 다음 각 호의 투고 논문으로서 편집위원회의 게재 결정을 얻어 [명지법학]에 게재한다.
 1. 연구소의 학술행사에서 발표된 논문 및 법학연구소에서 기고를 청탁한 논문
 2. 공인된 국내외 대학교의 교원 및 법학 관련 연구소의 연구원의 논문
 3. 초빙연구원이거나 이었던 자의 논문
 4. 기타 편집위원회의 추천을 받은 논문
- ② 게재 원고가 국문인 경우에는 외국어 제목, 외국어 초록, 외국어 주제어를 첨부하여야 하고, 외국어로 작성된 논문일 경우에는 국문 제목, 국문 초록, 국문 주제어를 첨부하여야 한다.
- ③ 투고 원고는 기왕에 다른 학술지 등에 게재된 일이 없으며 전문 학술논문으로써 정확한 인용 방법 및 기타의 요건을 갖추어야 한다.
- ④ 원고는 4부를 작성하여 제출한다(그 중 3부는 작성자의 인적 사항을 삭제하여 제출한다).

제4조 (편집위원회의 구성)

- ① 편집위원회는 법학연구소의 편집위원장과 편집위원으로 구성된다.

- ② 편집위원은 편집위원장을 포함한 3인 이상으로 하며 외부 인사를 포함할 수 있다.
- ③ 편집위원장은 법학연구소장이 임명하고 임기는 2년으로 한다. 다만, 연임 가능하다.
- ④ 편집위원이 될 수 있는 외부 인사는 법학교수 또는 법률분야 종사자로서 편집위원 1인 이상의 추천을 받은 자로 한다.
- ⑤ 편집위원의 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. 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 과반수의 찬성에 의한다.
- ③ 위원회는 [명지법학] 기타 간행물에 투고된 원고를 제7조의 심사기준에 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 심사하며, 심사위원장은 3인의 심사위원 중 호선한다.
- ② 심사위원은 법학연구소의 전임연구원, 국내외 전·현직 대학교수, 기타 편집위원회의 결정에 따라 자격이 있다고 인정되는 자 중에서 위촉한다.
- ③ 심사위원의 신원은 원고투고자에 대하여 비밀로 한다.

제8조 (원고의 심사)

- ① 논문 심사는 다음의 기준으로 한다.
 - 1. 주제설정(창작성과 적절성)

2. 연구 관점의 참신성 및 연구 방법의 논리적 완결성
 3. 연구결과의 학술적 완성도 및 학계의 기여도
 4. 종합의견(게재 찬성, 수정 후 게재, 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, 게재 불가로 구분한다.
- ④ 평가 시 원고 투고자의 신원은 익명으로 한다.

제9조 (게재료)

[명지법학]에 게재된 원고에 대한 게재료는 편집위원회에서 결정한다.

제10조(별쇄본 및 전자출판)

- ① 채택된 기고자에게는 명지법학 1부와 별쇄본을 무상으로 제공한다.
- ② 무상으로 제공되는 별쇄본은 10부로 한다. 다만, 기고자의 신청이 있으면 기고자의 비용 부담 하에 추가 제공할 수 있다.
- ③ 명지법학의 출판은 인쇄본과 전자출판을 병행한다.

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 2008년 1월부터 시행한다.

「명지법학」 연구윤리규정

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.

제3조 (기능)

위원회는 명지법학의 회원, 준회원 또는 단순계재자의 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 받는 외부인사 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 비공개로 원칙으로 한다.

제6조 (연구부정 행위 조사)

- ① 위원회는 구체적인 제보가 있거나 상당한 의혹이 있을 경우에는 연구부정 행위 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 경우에는 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 기피 신청된 위원은 당해 조사와 관련하여 배제된다.
- ② 당해 조사와 직접적인 이해관계가 있는 자는 안건의 심의 . 의결 및 조사에 관여할 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 조사사안과 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 철석과 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 게재취소사실의 공지
 3. 회원자격의 박탈 또는 정지
 4. 관계기관에의 통보
- ③ 전항 제2호의 공지는 저자명, 논문명, 논문의 수록 집수, 취소일자, 취소 이유 등이 포함되어야 한다.
- ④ 위원회는 연구윤리와 관련하여 고의 또는 중대한 과실로 진실과 다른 제보를 하거나 허위의 사실을 유포한 자에 대해서는 회원자격을 박탈 또는 정지할 수 있다.

제11조(결과의 통지)

위원장은 조사결과에 대한 위원회의 결정을 서면으로 작성하여 지체 없이 피조사자 및 제보자 등 관련자에게 통지한다.

제12조(재심의)

피조사자 또는 제보자는 위원회의 결정에 불복할 경우 제11조의 통지를 받은 날부터 20일 이내에 이유를 기재한 서면으로 위원회에 재심을 요청할 수 있다.

다.

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, 조사에 직 . 간접적으로 참여한 자는 심의 . 의결 . 조사 기타 조사과정에서 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.

「명지법학」 원고작성 요령

법학연구소에서 간행하는 [명지법학]에 논문을 게재하고자 하는 분은 다음의 원고 작성 절차에 따라 작성하여 주십시오.

다 음

1. 원고는 워드프로세서 프로그램으로 작성하여 명지대학교 법학연구소에 이메일로 보내주시면 됩니다. 워드프로세서 프로그램은 [한글]을 원칙으로 합니다.
2. 원고는 다음 순서에 따라서 구성되어야 합니다.
 - 1) 국문요약
 - 2) 한글주제어(외국어로 작성된 논문의 경우는 외국어 주제어)
 - 3) 논문제목(부제 포함)
 - 4) 투고자 성명 및 학위, 소속 및 지위
 - 5) 본문(각주 포함)
 - 6) 참고문헌: 본문에서 인용한 참고문헌에 한합니다.
 - 7) 외국어 초록(외국어로 작성된 논문의 경우는 한글 초록): 논문제목, 투고자 성명을 표시하여야 합니다.
 - 8) 외국어주제어(외국어로 작성된 논문의 경우는 한글주제어)
3. 구체적인 원고작성 양식은 다음과 같습니다.
 - 1) 목차의 순서는 다음과 같이 하여 주십시오.
 - I. 로마숫자 (중양으로)
 - 1. 아라비아 숫자
 - (1) 괄호 숫자 (4칸 들여쓰기)
 - (ㄱ) 괄호 한글 가, 나, 다 (8칸 들여쓰기)
 - 1) 반괄호 숫자
 - 2) 공동연구논문인 경우에는 각주란에 *표를 하고 책임연구자와 연구자를 표시하여 주십시오.
 - 3) 각주는 다음과 같이 표기하여 주십시오.

- 저서 인용 : 저자명, 「서명」, 출판사, 출판년도, 면수.
 - 정기간행물 인용 : 저자명, “논문제목”, 「잡지명」, 제○○권 ○호(년도), 면수.
 - 기념논문집 인용 : 저자명, “논문제목”, ○○○선생기념논문「기념논문집명」, 면수.
 - 판결 인용 : 대법원 19○○.○○.○○. 선고, ○○다○○○○ 판결 (법원공보 19○○년, ○○○면) 또는 대판 19○○.○○.○○, ○○다○○○○
 - 그 밖의 사항은 사단법인 한국법학교수회에서 펴낸 “논문작성 및 문헌인용에 관한 표준”(2004.12.)을 참조하시기 바랍니다.
- 4) 편집용지의 여백주기(F7 키를 누름) 설정
- 위쪽 : 30, 아래쪽 : 30, 왼쪽 : 35.9, 오른쪽 : 35.9, 머리말 : 19.9, 꼬리말 : 19.9, 제본 : 0
- 5) 문단모양
- 왼쪽 : 0, 오른쪽 : 0, 들여쓰기 : 2, 줄간격 : 160, 문단위 : 0, 문단아래 : 0, 낱말간격 : 0, 정렬방식: 혼합.
- 6) 글자모양
- 서체 : 신명조, 자간 : 0, 장평 : 100, 크기 : 10.
- 7) 참고문헌은 저자명, 논문제목 또는 저서명, 학술지명, 권호, 발간연도의 순서로 기재하여 주십시오.
- 8) 주제어는 10개를 넘지 않되, 한글과 외국어를 같은 순서로 배열합니다.
- 9) 외국어 초록의 경우에도 위 1) 내지 5)의 사항을 준수하시면 됩니다.

㉮ 편집위원회

위원장 : 이상용 (명지대학교 법과대학 교수)

위 원

권건보 (아주대학교 법학전문대학원 교수)

신영수 (경북대학교 법학전문대학원 교수)

이종훈 (명지대학교 법과대학 교수)

장경원 (명지대학교 법과대학 교수)

조성규 (전북대학교 법학전문대학원 교수)

최선웅 (충북대학교 법학전문대학원 교수)

박영규 (명지대학교 법과대학 교수)

간 사 : 박인회 (명지대학교 법과대학 교수)

편집조교 : 안상욱

明知法學 (제9호)

2010년 6월 29일 인쇄

2010년 6월 30일 발행

板 權
所 有

발행인 : 이 기 현

발행처 : 명지대학교 법학연구소

주 소 : 서대문구 남가좌동 50-3

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

제 작 : 도서출판 한학사 (02)313-4836

* 이 책의 무단복제·복사·전제를 금함

ISSN 1229-7585