

2010

제1권 제1호

03

CLS LAW REVIEW VOR-JURIST



충남대학교
CHUNGNAM NATIONAL UNIVERSITY

- 目 次 -

▶ 축 사 -----	서영제 / 1
▶ 발 간 사 -----	박정련 / 2

[제 · 개정법에 대한 고찰]

▶ 개정 노조법의 복수노조 · 노조전임자규정에 관한 비판적 소고 -----	김소영 / 5
▶ 개정 노조법과 노사관계의 변화 -----	조재한 / 15
▶ 자본시장법과 금융투자자보호 -----	맹수석 / 23
▶ “자본시장과 금융투자업에 관한 법률”시행 이후 금융상품 ----- 소비자 보호와 관련한 소송상 쟁점	변지원 / 31

[시사이슈]

▶ 한국 과거청산 작업의 전개와 그 역사적 의의 -----	김동춘 / 47
▶ 과거사관련 판결에 있어 국가의 소멸시효 항변에 관한 소고 ----- - 하급심 판례 4개를 중심으로	박정련 / 55
▶ JURY TRIAL AND PUBLIC TRUST -----	공영호 / 67
▶ 「HEBEI SPIRIT호 유류유출사고」를 통해 본 유조선 ----- 기름유출에 따른 피해 배·보상 문제와 향후과제	김영정 / 71
▶ 국제공연계약상의 공연료(소득)의 조세회피문제의 해결방안 -----	김수미 / 87

[판례평석]

▶ 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009므2130 판결의 의의와 파탄주의 이혼법 --	한복룡 / 99
▶ 파탄주의(무책주의) 이혼법 연구 ----- - 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009므2130 판결을 계기로 하여	한은지 /103
▶ 공무집행방해행위를 업무방해죄로 처벌할 수 있는가? ----- - 대법원 2009.11.19. 선고 2009도4166 판결	조지훈 /115

[에세이]

▶ 로스쿨 그리고 10년 후 나의 모습 ----- - 충남대 로리뷰 창간을 축하하며	노태악 /125
---	----------

축 사

서 영 제(충남대학교 법학전문대학원 원장)

충남대학교 법학전문대학원이 개원을 하고 벌써 두 번째 봄을 맞이하였습니다. 1년간의 성실한 준비를 거쳐, 새롭게 시작하는 2010년 봄에 충남대학교 법학전문대학원학생들이 주축이 된 Law Review를 발간하게 된 것을 진심으로 축하드립니다.

제가 미국대학에서 공부할 때 하버드대 로스쿨의 학생들이 발간한 Harvard Law Review를 보고 그 수준과 깊이에 놀랐었습니다. Obama 미국 대통령도 Harvard Law Review 편집장이었음을 상기 할 때 우리 Law School의 학생들이 발간하는 Law Review가 Law School 발전과 법률문화의 발전에 많은 기여를 할 것이라는 점에는 누구도 의심치 않을 것입니다.

수업을 듣고 변호사시험을 준비하면서 엄청난 공부량을 소화해내야 하는 Law School 학생들이 논문 수준의 글을 작성하고 교수님들과 외부전문가들의 글을 기고 받아 Law Review를 발간했습니다. 특히 이번 Law Review의 창간호가 더욱 의미있는 것은 편집위원 전원이 법학을 처음 접해본 비법학사들이었음에도 불구하고 한 명도 빠짐없이 자신의 글을 기고했다는 점이라고 생각합니다. 그래서 더욱 이들의 용기와 의지가 자랑스럽습니다.

「Vor Jurist」의 첫 발간을 계기로 충남대학교 법학전문대학원도 더욱 발전을 거듭하여 세계일류의 Law School로 우뚝 서게 될 모습을 상상해 봅니다. 비록 시작은 부족한 점이 있고 아쉬운 부분이 있을 수 있으나 발걸음을 내딛었다는데 의미가 있으며 앞으로 더욱 좋은 모습으로 발전해 나갈 것을 믿습니다. 다시 한번 「Vor Jurist」의 발간을 축하드립니다.

2010년 3월 18일

충남대학교 법학전문대학원

서 영 제

발 간 사

박정련(Vor Jurist 편집장)

충남대학교 법학전문대학원 재학생이 만드는 Law Review 「Vor Jurist」가 첫걸음을 내딛었습니다. 제호 「Vor Jurist」는 독일어로 '예비 법조인'이라는 의미입니다. 「Vor Jurist」는 앞으로 제 몫을 다하는 법조인으로 성장하고자 하는 예비법조인의 희망을 담고 있습니다. 오늘날 우리는 커뮤니케이션이 어느 때 보다 중요해진 시대를 살고 있습니다. 저희는 「Vor Jurist」를 통해 사회적 문제와 법적 쟁점에 대한 생각을 독자들과 공유하고 싶습니다. 아직 법을 알아가는 초심자이지만 이번 창간호에 실린 글은 오롯이 세상과 소통하고픈 저희들의 의지와 노력의 산물입니다. 저희 생각을 표현하고 주장하는 것에서 나아가 교수님, 선배 법조인, 동문수학하는 예비 법조인 등 여러 독자들과 함께 호흡하며 고민하고 싶습니다. 부족한 점이 많더라도 너그러운 마음으로 이해해주시고, 「Vor Jurist」의 발전을 위해 관심과 조언의 말씀을 부탁드립니다.

「Vor Jurist」의 창간은 학생 스스로가 다듬어진 글로써 자신의 생각을 표현할 수 있는 기회와 공간이 부족한 현실을 개선해보려는 노력의 작은 결실입니다. 「Vor Jurist」를 통해 재학생들에게 법적 쟁점에 대해 직접 논지를 펼 수 있는 기회를 제공하고자 하였습니다. 특히 이번 창간호는 「Vor Jurist」 구성원인 학생 6명 전원이 참여하여 평소 관심을 가지고 있던 주제에 대해 자신의 생각을 밝혔다는 점에서 그 의미가 큼니다.

기본적인 구성은 각 주제에 대하여 학생과 교수님 및 외부 기고가의 글을 함께 실는 것으로 하였습니다.

'개정 노조법'에 대해서 충남대학교 법학전문대학원 김소영 교수님과 조재한 학생이, '자본시장법' 제정과 관련해서는 충남대학교 법학전문대학원 맹수석 교수님과 변지원 학생이 글을 기고해 주셨습니다. 성공회대학교 사회과학부 김동춘 교수님께서 '과거사청산'에 대한 글을 통해 함께 고민할 수 있는 기회를 제공해 주셨고, 박정련 학생이 과거사관련 판결에 있어 국가의 소멸시효 항변에 관한 판례 평석을 다뤘습니다. '파탄주의 이혼법'에 관하여는 충남대학교 법학전문대학원 한복룡 교수님과 한은지 학생이 판례 평석을 통한 고찰을 해주셨습니다. 충남대학교 법학전문대학원 공영호 교수님께서 '배심제도와 공적신뢰'에 대한 글을 기고해 주셨습니다. 피디수첩 및 민주노동당 강기갑 대표에 대한 법원의 판결과 연관해서 생각해 볼 수 있는 흥미로운 주제입니다. 또한 국가적 이슈가 되었던 태안기름유출 사고와 관련하여 김영정 학생이 피해 배·보상 문제와 향후 과제에 대한 자신의 생각을 밝혔고, 공무집행방해행위를 업무방해죄로 처벌할 수 있는가에 대하여 조지훈 학생이 비판적 판례평석을 썼습니다. 충남대학교 법과대학에 재학중인 김수미 학생도 국제공연계약상의 공연료의

조세회피문제에 대해 글을 기고해 주었습니다. 마지막으로 특허법원 노태악 부장판사님께서
는 애정을 담아 '로스쿨 학생들에게 보내는 편지'를 보내주셨습니다. 이번 창간호에 선뜻 글
을 기고해 주신 모든 분께 진심으로 감사드립니다.

로리뷰를 만들고자 하는 학생들의 생각에 공감하시고 격려를 아끼지 않은 충남대학교
법학전문대학원 서영제 원장님과 김용진 부원장님, 또 지도교수를 맡아 학생들에게 조언을
해 주신 공영호 교수님께 깊이 감사드립니다. 많은 교수님들께서 편집위원들의 열정을 칭찬
해 주시고 용기를 북돋워 주셨기에 저희들이 「Vor Jurist」을 창간할 수 있었습니다.

「Vor Jurist」는 학생들이 세상과 소통할 수 있는 공간이 되고 싶습니다. 부족한 점은
앞으로 발간될 다음 호를 통해 조금씩 채워나가도록 하겠습니다. 보다 발전된 「Vor Jurist」
로 찾아뵙기를 다짐하며, 교수님들과 학생들의 애정 어린 관심과 참여를 기다리겠습니다.

개정 노조법의 복수노조 · 노조전임자규정에 관한 비판적 소고

김소영(충남대학교 법학전문대학원 교수, 노동법)

I. 법 개정의 배경과 의의	5. 복수노조와 부당노동행위
II. 사업장단위 복수노조 허용과 교섭창구 단일화	III. 노조전임자 임금지급금지와 근로시간면제 제도
1. 연혁과 의의	1. 전임자 임금지급금지원칙
2. 복수노조와 단체교섭	2. 근로시간면제제도
3. 복수노조와 교섭창구 단일화	3. 근로시간면제사항과 정의행위
4. 공정대표의무	IV. 결어

I. 법 개정의 배경과 의의

2010년 1월 1일 노동조합 및 노동관계조정법(이하, 노조법이라 칭한다)이 개정되어 2011년 7월부터 사업장 단위에서의 복수노조가 허용되고 2010년 7월 1일부터 노조전임자(專任者)에 대한 임금지급이 금지된다. 1997년 3월 13일 노조법 개정에 의하여 복수노조 · 노조전임자규정이 정비되었으나 이 두 가지 문제는 그 동안 수차례의 시행유예와 함께 우리나라 노사관계의 '뜨거운 감자'였다. 그 이유는 노동계가 요구하는 복수노조 허용에 대하여 경영계는 사업장의 혼란을 이유로 필사적으로 반대하고, 경영계가 요구하는 노조전임자 임금지급금지에 대하여 노동계 역시 노동운동의 쇠퇴를 이유로 수용할 수 없다고 버티는 팽팽한 대립관계 속에 정치권까지 가세하여 갈등 양상을 보여 왔기 때문이다. 이번에도 역시 노·사 단체, 공익대표 및 정부가 합의안을 이루어내지 못하여 국회 환경노동위원장이 제안한 안(이른바 추미애 중재안)이 국회의장의 직권상정을 통하여 금년 1월 1일 국회 본회의를 통과함으로써 노조법이 개정되었다(법률 제 9930호).

법 개정의 주요내용을 살펴보면 우선 2010년 7월 1일부터 시행되는 전임자관련규정은 유급 근로시간면제제도가 특징이다. 근로시간면제제도란 단체협약 또는 사용자의 동의가 있는 경우 전임자가 교섭 · 협의, 고충처리, 산업안전 등 노사공동의 이해관계에 속하는 활동과 업무에 종사하는 시간은 근로시간면제(time-off) 방식을 통해 유급 처리를 허용하는 제도이다. 금년 2월 9일 제정된 노조법 시행령은 근로시간면제 심의위원회가 기업 규모별로 time-off (임금지급 가능 특정 업무시간) 총량을 정하고, time-off를 적용받는 조합원 수를 제한할 수

있도록 하였다.

2011년 7월 1일부터 허용되는 복수노조의 경우 교섭창구 단일화를 원칙으로 하고 있다. 교섭창구 단일화의 절차는 자율적 단일화를 원칙으로 하고, 단일화가 안 되는 경우 과반수 노조가 교섭(위임·연합 등을 통해 과반수 되는 경우 포함)하거나, 과반수노조가 없는 경우 공동교섭 대표단(자율결정 또는 신청을 통한 노동위원회 결정)이 교섭하도록 하고 있다.

개정 노조법은 지난 13년간 끌어온 노사관계의 2대 현안 - 복수노조와 노조전임자문제 - 을 일단락 지었다는 것에서는 의의를 찾을 수 있으나, 이는 어디까지나 법규 정비차원에 서의 마무리일 뿐이다. 1997년 노조법개정 이후 몇 차례의 시행유예를 통하여 임시방편으로 봉합하고 있었지만, 법 시행을 둘러싼 노사관계의 갈등은 이제부터 본격적으로 시작된다고 보아야 한다. 갈등이 심화되리라 보는 데는 여러 가지 원인이 있지만, 어찌 보면 그 근본적 이유는 노동법 개정의 한계에서 찾을 수도 있을 것이다. 다른 법 영역의 개정과 달리 노동법은 노사합의를 바탕으로 하는 개정을 지향한다. 노사관계의 당사자인 노사의 합의를 기초로 하지 않은 노동법은 노동현장에서 전혀 실효성을 기대할 수 없기 때문이다. 그러나 이는 자칫하면 법을 타협의 산물로 전락시킬 위험을 내포하고 있다. 게다가 여기에 경제논리와 왜곡된 노동운동의 관행까지 한 몫 하여 작용한다면 노동법은 법이념이나 법 논리와는 한참 거리가 먼 기형아를 세상에 내놓게 된다. 이번 노조법 개정이 정말 기형아로 자라게 될지, 그런대로 제대로 된 모습을 찾아갈지 우려되는 것도 바로 그런 이유에서이다.

그러나 이 시점에서 우리가 해야 할 일은 개정 노조법의 입법취지를 명확히 하고 법의 흠결을 보충할 수 있는 올바른 해석론을 정립하는 것이다. 이하에서는 복수노조와 전임자에 대하여 개정노조법을 중심으로 각각 그 구체적 내용 및 해석 방향을 소개하고 노사관계에 미치는 영향을 전망해본다.

II. 사업장단위 복수노조 허용과 교섭창구 단일화

1. 연혁과 의의

헌법의 단결권 보장취지에 따라 근로자들에게 자유롭게 노동조합을 조직하고 가입할 수 있는 권리가 보장되어야 하는 것이 원칙이다(헌법 제33조 1항, 노조법 제5조). 근로자의 단결권 행사는 원칙적으로 조직의 단위(산업, 지역, 직종, 사업, 사업장 등)에 의하여 제한되거나 금지되어서는 안 될 것이다. 그러나 우리 노조법은 그동안 하나의 사업 또는 사업장에 이미 노동조합이 조직되어 있는 경우에는 그 노동조합과 조직대상을 같이하는 새로운 노동조합을 설립할 수 없도록 금지하여 왔다.¹⁾ 따라서 복수노조의 설립을 금지하는 것은 단결

1) 2010년 1월 1일 개정 전의 부칙 제5조 제1항, 제3항.

권을 침해하는 위헌의 소지가 있다는 견해가 주장되어 왔으며, 이는 ILO협약(제87호 및 제98호)에도 위반되는 것이었다.

이에 1997년 3월 13일에 노조법 개정 시 사업 또는 사업장 단위에서 조직대상을 같이 하는 새로운 노동조합(복수의 노동조합)의 설립을 인정하는 노동조합 설립의 자유가 구체적으로 보장되었다(노조법 제5조 참조). 그러나 그 시행을 2002년 1월 1일부터 하기로 하고, 노동부장관은 2001년 12월 31일까지 교섭창구 단일화를 위한 단체교섭의 방법, 절차 기타 필요한 사항을 강구하기로 하였다(노조법 부칙 제5조 3항). 그 후 복수노조의 시행시기를 연기하는 두 차례의 노조법 개정(2001년 3월 28일, 2006년 12월 30일)이 있었으며, 2010년 1월 1일부터 관련제도가 시행될 예정이었으나²⁾ 다시 2010년 1월 1일 복수노조의 설립과 교섭창구 단일화에 관한 규정은 2011년 7월 1일부터 시행하도록 부칙이 개정되었다.³⁾

2. 복수노조와 단체교섭

개정법에 의하면 하나의 사업 또는 사업장에 제2의 노조가 설립되어 복수의 노조가 존재할 때 기존노조가 이미 사용자와 단체협약을 체결하고 있는 경우에는 새로 설립된 노조는 사용자에게 대하여 단체교섭 또는 단체협약의 체결을 요구할 수 없다. 제2노조는 기존노조의 단체협약 유효기간 만료일 3개월 전부터 사용자에게 단체교섭을 요구할 수 있고, 단체교섭을 하기 위해서는 교섭창구단일화 절차를 거쳐야 한다(노조법 제29조의2 이하 참조).⁴⁾ 2개 이상의 단체협약이 있는 경우에는 그 중 최초로 도래한 단체협약의 유효기간 만료일 3개월 전부터 사용자에게 단체교섭을 요구할 수 있다(노조법 시행령 제14조의2 제1항). 체결된 단체협약은 교섭대표노동조합에 의하여 대표되는 모든 조합원에게 적용된다. 다만 사용자가 교섭창구단일화 절차를 거치지 아니하고 개별교섭에 동의한 경우에는 복수의 노조와 개별 교섭할 수 있다(노조법 제29조의2 제1항 단서). 법 개정 이전에 이미 조직대상이 중복되는 노조, 사업변동으로 생긴 노조, 공장단위의 사업장별 복수노조, 직종별 복수노조가 존재하는 경우에도 마찬가지로 해석해야 할 것이다.

-
- 2) 노동조합의 복수설립과 교섭창구단일화에 관한 제도는 노동조합 전임자에 대한 급여지급에 관한 제도(제24조 2항)와 더불어 그 시행시기를 같이 하기로 예정되어 있었다(2010.1.1. 개정 전의 부칙 제6조 제1항).
 - 3) 그러나 기왕에 사업변동에 의하여 하나의 사업 또는 사업장에 설립되어 있는 복수노조에 대해서는 개정된 노조법의 해당규정이 적용될 것이다.
 - 4) 교섭대표노조의 결정 단위는 하나의 사업 또는 사업장이므로 일정 지역 또는 산업은 해당되지 않으나(노조법 제29조의3 제1항), 하나의 사업 또는 사업장에서 현격한 근로조건차이, 고용형태, 교섭관행 등을 고려하여 교섭단위를 분리할 필요가 있다고 인정되는 경우에 노동위원회는 노동관계당사자의 양쪽 또는 어느 한 쪽의 신청을 받아 교섭단위를 분리하는 결정을 할 수 있다(노조법 제29조의3 제2항).

3. 복수노조와 교섭창구 단일화

단결권보장 취지와 국제노동기준에 맞추어 복수노조를 허용하면서도 사용자와의 단체교섭창구를 단일화하도록 한 것은 근로조건의 통일성을 확보하고 교섭의 효율화를 기하기 위한 것에서 의의를 찾을 수 있다. 하나의 사업장에서 동종의 업무를 수행하는 근로자들에게는 통일된 근로조건 기준이 적용되는 것이 합리적일 것이다. 개정 노조법 제29조 제2항은 교섭창구 단일화 절차(제29조의2)에 따라 결정된 「교섭대표노동조합의 대표자는 교섭을 요구한 모든 노동조합 또는 조합원을 위하여 사용자와 교섭하고 단체협약을 체결할 권한을 가진다」고 규정하고 있다.⁵⁾

교섭창구를 단일화하여 교섭대표노조를 정하는 방법은 세 가지인데, 「자율단일화→조합원과반수노조→공동교섭대표단 또는 복수 노조와의 개별교섭」으로 요약할 수 있다. 즉 ① 교섭대표노조를 자율적으로 정하는 방법, ② 자율적 결정을 하지 못하고 사용자가 개별교섭에 동의하지 않은 경우에는 노동조합의 전체 조합원 과반수로 조직된 노조를 교섭대표노조로 하는 방법, ③ ①과 ②의 방법에 의하여 교섭대표노조가 정해지지 못한 경우에 공동교섭대표단을 구성하는 방법이다. 다만, 교섭대표노조를 자율적으로 결정하는 기한 내에 사용자가 교섭창구단일화 절차를 거치지 아니하기로 동의한 경우에는 복수노조와 개별교섭이 이루어지게 된다. 위의 절차를 도식화하면 다음과 같다.⁶⁾

■ 교섭참여노조 확정 절차

교섭 요구(단체협약 만료 3개월 전부터) → 교섭요구 사실에 대한 사용자 공고(7일) → 공고기간 내 다른 노조 교섭 참여



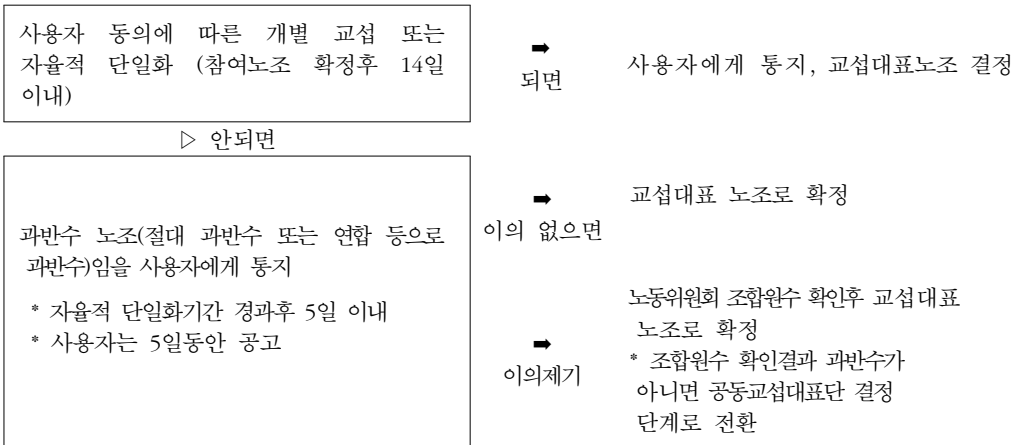
참여노조 확정 공고(5일) · 수정 시 수정공고(5일)

※ 공고에 이의가 있는 경우 노동위원회에 시정요청 (5일내 신청, 10일내 처리)

5) 하나의 사업 또는 사업장에서 조직형태에 관계없이 근로자가 설립하거나 가입한 노동조합이 2개 이상인 때에는 노동조합은 교섭대표노동조합(2개 이상의 노동조합 조합권을 구성원으로 하는 교섭대표기구를 포함한다)을 정하여 교섭을 요구하여야 한다(노조법 제29조의2 제1항 본문). 이 때 ‘조직형태에 관계없이 사업 또는 사업장에 복수로 존재하는 노동조합’이라 함은 기업별노조, 사업장별노조, 공장단위별노조, 사업변동으로 생긴 노조 등이 우선 해당된다. 산업별 노조의 경우에는 그 사업 또는 사업장에 지부 또는 분회가 노동조합으로서의 실체를 갖추고 있으면 교섭창구 단일화에 참여할 수 있는 노동조합이라고 보아야 할 것이다. 그러나 노동조합으로서의 실체를 갖춘 노조는 존재하지 아니하고 산업별 노동조합에 소속된 근로자들만이 존재할 때에는 이들이 교섭창구단일화에 참여할 수 있기 위해서는 노동조합으로 인정될 수 있는 요건(독자적인 규약 및 집행기관을 가지고 독립한 단체로서 활동을 하면서 당해 조직이나 그 조합원에 고유한 사항에 대하여는 독자적으로 단체교섭 및 단체협약체결 능력을 가지고 있을 것)을 갖추어야 한다. 직종별노조에 대하여도 마찬가지로 생각할 수 있다.

6) 노동부, 『노조법 개정설명자료』 (2010.1.) 참조.

■ 참여노조 확정후 교섭대표노조 결정절차



▷ 과반수 노조 없으면

공동교섭대표단 자율 구성 ⁷⁾ * 과반수 노조의 공고가 없을 경우 자율적 단일화 기간 경과후 10일 이내 * 노동위원회 확인결과 과반수 노조 없는 경우 노동위원회 결정 통지후 5일 이내
--

▷ 자율 구성 안되면

창구단일화에 참여한 노동조합의 전부 또는 일부의 신청에 의해 노동위원회가 공동교섭대표단 결정 ⁸⁾ (신청 후 10일 이내)

4. 공정대표의무(duty of fair representation)

개정 노조법 제29조의4 제1항은 「교섭대표노동조합과 사용자는 교섭창구 단일화 절차에 참여한 노동조합 또는 그 조합원 간에 합리적 이유 없이 차별을 하여서는 아니된다」고 규정하여 교섭대표노동조합과 사용자의 공정대표의무 원칙을 천명하고 있다. 공정대표의무는 원래 미국의 철도노동법(Railway Labor Act) 적용 하에서 연방대법원의 판례⁹⁾에 의하여 확립된 것이다. 단체협약의 내용이 공정대표의무에 반하는 경우에는 노동조합은 그 행위가 있는 날, 즉 그 단체협약이 체결된 날부터 3개월 이내에 노동위원회에 그 시정을 요청할 수

7) 공동교섭대표단에 참여할 수 있는 노동조합은 그 조합원 수가 교섭창구 단일화 절차에 참여한 노동조합 전체조합원의 100분의10 이상인 노동조합으로 한다(노조법 제29조의2 제4항 후단).

8) 노동위원회는 조합원 비율을 고려하여 공동교섭대표단을 결정할 수 있다(노조법 제29조의2 제5항).

9) Steel v. Louisville & Nashville R. Co., 323 U.S. 192, 65 S. Ct. 226, 89 L.Ed. 173 (1944).

있으며(제29조의4 II), 노동위원회는 그 신청에 대하여 합리적 이유 없이 차별을 하였다고 인정될 때에는 그 시정에 필요한 명령을 내려야 한다.

5. 복수노조와 부당노동행위

사용자가 복수노조들에 대하여 차별적 처우를 하는 경우에 이는 부당노동행위에 해당될 것이다(노조법 제81조 제4항 단서 참조). 한편, Union shop 제도의 의미는 상대적으로 약해질 수밖에 없을 것이나, 교섭대표노동조합 또는 공동교섭대표단이 사용자와 교섭하면서 비조합원에 대하여 불이익을 주는 협정(일반적 조직강제)을 체결할 가능성은 존재한다. 다만 노조법 제81조 제2호 단서의 「근로자의 3분의2 이상을 대표하고 있는」 노동조합을 어떻게 이해할 것인지는 해석상의 과제로 남아있다. 교섭권이 없는 노조의 조합원에 대하여 Union shop 협정을 적용하는 것은 복수노조를 인정한 취지에 반한다고 보아야 할 것이다.

III. 노조전임자 임금지급금지와 근로시간면제(time-off) 제도

1. 전임자 임금지급금지원칙

노조전임자의 급여는 노동조합이 스스로 부담하는 것이 원칙이다. 2010년 1월 1일 개정 노조법은 구법과 마찬가지로 노조전임자(專任者)는 전임기간 동안 사용자로부터 임금지급을 받을 수 없도록 규정하고(노조법 제24조 제2항), 이를 부당노동행위로 취급한다(노조법 제81조 제4항 본문 후단).

2. 근로시간면제제도

전임자와 관련된 개정 노조법의 가장 큰 특징은 2010년 7월 1일부터 시행되는 근로시간 면제제도다 할 수 있다.¹⁰⁾ 개정법은 전임자 급여지급의 금지를 원칙으로 하면서 예외적으로 임금의 손실 없이 사용자와의 협의·교섭, 고충처리, 산업안전 활동 등과 건전한 노사관계 발전을 위한 노동조합의 유지·관리업무를 할 수 있도록 근로시간면제제도를 도입하였다(노

10) 실질적인 노조업무 시간에만 예외적으로 사용자가 노조전임자의 임금을 부담하는 타임오프제는 원래 유럽에서 활용되고 있는 제도로서 그 목적은 전임자 수를 제한하기 위한 것이 아니라 노조활동을 정상적으로 할 수 있는 시간을 보장해준다는 데 있다. 이를 법률에 의하여 규정하고 있는 국가 중 프랑스나 이탈리아는 면제시간뿐만 아니라 인원수도 함께 정하고 있다.

조법 제24조 제4항, 제24조의2). 근로시간면제심의위원회는 근로시간 면제 한도를 정할 때 노조법 제24조 제4항에 따라 사업 또는 사업장의 전체 조합원 수와 해당 업무의 범위 등을 고려하여 시간과 이를 사용할 수 있는 인원으로 정할 수 있다(노조법 시행령 제11조의2). 한편 근로시간면제제도에 의한 급여는 사용자의 급여지급과는 그 성질을 전혀 달리하는 것이므로 부당노동행위에 해당하는 사용자의 재정지원으로 볼 수 없다(노조법 제81조 제4항 단서 후단).

개정법에 의하여 신설된 내용은 아래 표와 같다.

구 노조법	개정 노조법((신설 2010.1.1, 시행일 2010.7.1)
제24조(노동조합의 전임자) ①근로자는 단체협약으로 정하거나 사용자의 동의가 있는 경우에는 근로계약 소정의 근로를 제공하지 아니하고 노동조합의 업무에만 종사할 수 있다 ②제1항의 규정에 의하여 노동조합의 업무에만 종사하는 자(이하 “전임자”라 한다)는 그 전임기간동안 사용자로부터 어떠한 급여도 지급받아서는 아니 된다.	제24조(노동조합의 전임자) ① (현행과 같음) ② (현행과 같음) ③ 사용자는 전임자의 정당한 노동조합 활동을 제한하여서는 아니 된다. ④ 제2항에도 불구하고 단체협약으로 정하거나 사용자가 동의하는 경우에는 사업 또는 사업장 별로 조합원 수 등을 고려하여 제24조의2에 따라 결정된 근로시간 면제 한도(이하 “근로시간 면제 한도”라 한다)를 초과하지 아니하는 범위에서 근로자는 임금의 손실 없이 사용자와의 협의·교섭, 고충처리, 산업안전 활동 등 이 법 또는 다른 법률에서 정하는 업무와 건전한 노사관계 발전을 위한 노동조합의 유지·관리업무를 할 수 있다. 제24조의2(근로시간면제심의위원회)¹¹⁾ ① 근로시간 면제 한도를 정하기 위하여 근로시간면제심의위원회(이하 이 조에서 “위원회”라 한다)를 노동부에 둔다. ② 근로시간 면제 한도는 위원회가 심의·의결한 바에 따라 노동부장관이 고시하되, 3년마다 그 적정성 여부를 재심의하여 결정할 수 있다. ③ 위원회는 노동계와 경영계가 추천하는 위원 각 5명, 정부가 추천하는 공익위원 5명으로 구성된다. ④ 위원장은 공익위원 중에서 위원회가 선출한다. ⑤ 위원회는 재적위원 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다. ⑥ 위원의 자격, 위촉과 위원회의 운영 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

11) 노조법 부칙 제2조(최초로 시행되는 근로시간 면제 한도의 결정에 관한 경과조치) ① 근로시간면제심의위원회는 이 법 시행 후 최초로 시행될 근로시간 면제 한도를 2010년 4월 30일까지 심의·

3. 근로시간면제사항과 쟁의행위

개정 노조법 제24조 제5항은 「노동조합은 제2항과 제4항을 위반하는 급여 지급을 요구하고 이를 관철할 목적으로 쟁의행위를 하여서는 아니 된다」고 규정하고 있다. 근로시간면제의 대상이 되는 업무의 범위에 대하여는 노조법 제24조 제4항이 「사용자와의 협의·교섭, 고충처리, 산업안전 등 이 법 또는 다른 법률에서 정하는 업무와 건전한 노사관계발전을 위한 노동조합의 유지·관리업무」라고 규정하고 있으나, 실제 사업장에서 대상업무의 내용을 둘러싸고 향후 다툴 분쟁이 발생할 것이다. 생각건대 근로시간면제 대상업무에 관한 분쟁은 근로조건에 관한 분쟁이 아니라 법률규정에 관한 해석의 분쟁이라고 보아야 할 것이다. 대상업무에 관하여 단체협약에 규정이 있는 경우 그 해석에 관하여 당사자 간에 의견의 불일치가 있을 때에는 노동위원회에 그 해석 또는 이행방법에 관한 견해의 제시를 요청할 수 있다(노조법 제34조 제1항). 또한, 근로시간 면제한도 내에서 면제시간을 정할 때에도 노조와 사용자 사이에 주장의 불일치가 발생할 수 있으나, 노동조합은 쟁의행위를 통하여 주장을 관철할 수는 없다고 해석된다. 근로시간 면제한도와 그 적용대상업무를 노사 간의 단체협약으로 정할 경우에 이와 같은 교섭사항은 채무적 부분에 해당한다고 보아야 하며, 이로 인한 쟁의행위가 발생한 때에도 결국에는 해당규정의 해석을 바탕으로 쟁의행위의 정당성 여부를 판단해야 할 것이다.

IV. 결어

“아버지가 있으되, 아버지를 아버지라 부르지 못하는” 홍길동처럼, 1997년 법 개정이 되고나서도 수년간의 시행유예로 인하여 금지되었던 사업장 단위 복수노조가 2011년 7월부터 허용된다. 그러나 우리나라의 복수노조제도는 교섭창구단일화를 통하여 「1사업장 1단체협약」의 원칙을 채택하고 있으므로 경쟁노조는 선명성 경쟁에 치중하기 보다는 조합원의 폭넓은 지지를 바탕으로 합법적 절차를 통하여 교섭대표노동조합이 될 수 있도록 노력해야 할 것이다. 사용자 역시 변화된 제도적 환경에 적응하여 이 기회를 사업장에 선진적 노사관계를 뿌리 내릴 수 있도록 활용해야 한다.

노조전임자 임금지급금지가 시행될 경우 전임자 수가 절반 이하로 줄어들 것이라며 노동계가 필사적으로 저지하고자 했던 전임자 문제는 유럽식의 근로시간면제제도 도입에 의하여 어느 정도 절충안을 찾은 듯 보이지만 이에 대하여는 노사 모두 불만과 우려가 크다. 경영계는 동 급원이 일종의 급여가 아닌지 의구심을 떨쳐 버리지 못하고, 노동계는 time-off의

의결하여야 한다.

② 근로시간면제심의위원회가 제1항에 따른 기한까지 심의의결을 하지 못한 때에는 제24조의2제5항에도 불구하고 국회의 의견을 들어 공익위원만으로 심의·의결할 수 있다.

한도와 적용 범위를 결정하는 근로시간면제위원회가 노동부 산하에 설치된 사실에 대하여 불안해하고 있다. time-off 한도를 최소화하려는 경영계와 최대화하려는 노동계의 대립이 격화될 경우 결국 근로시간면제위원회의 공익위원이 최종결정권을 갖기 때문이다.

금년 7월부터 도입되는 근로시간면제제도가 제대로 정착하느냐의 여부에 따라 내년 7월부터 허용되는 복수노조 제도의 성패가 갈릴 것이다. 설사 근로시간면제제도가 노사정의 양보와 정부의 균형적 접근 하에 연착륙 한다고 가정해도, 우리 노사관계의 현실에 비추어 볼 때 복수노조 도입 초기단계에서는 어느 정도의 혼란을 피할 수 없을 것이다. 이와 같은 전환적 과도기에 노사 당사자는 ‘뼈를 바꾸고 태(胎)를 벗기는’ 환골탈태(換骨奪胎)의 자세로 기존의 의식과 관행에서 벗어나서 한 단계 진화된 노사관계를 정립해야 한다. 또한 정부는 후견적 입장이나 주도적 입장이 아닌 균형적 조정자의 자세를 갖고 새로운 제도가 합리적으로 정착되도록 노력해야 할 것이다.

개정 노조법과 노사관계의 변화

조재한(충남대학교 법학전문대학원 석사과정)

I. 서설	3. 정부
II. 개정안과 노사관계	4. 사건
1. 개정안의 주요내용	IV. 선진국의 사례
2. 노사관계에 미치는 영향 및 문제점	1. 선진국의 사례
III. 노사정의 입장	2. 시사점
1. 노동계	V. 결어
2. 경영계	

I. 서설

한국노동조합총연맹(이하 한국노총이라 함), 한국경영자총협회(이하 한국경총이라 함), 노동부는 작년 12월 4일 전국민주노동조합총연맹(이하 민주노총이라 함)이 이탈한 가운데 복수노조와 전임자관련 법 개정안에 대한 노사정 합의를 도출한 바 있다. 이후 노·사·당·정 등의 8자 회의가 견해의 차이를 좁히지 못하면서 결렬되었고 국회 환경노동위원장인 추미애 의원이 제안한 안이 국회의장의 직권상정을 통하여 2010년 1월 1일 국회 본회의를 통과함으로써 노동조합 및 노동관계조정법(이하 노조법이라 함)이 개정되었다. 그러나 개정안에 따라 변화될 노사관계와 이에 따른 효과 또는 문제점에 대하여 노동계, 경영계, 정부는 서로 상이한 입장을 보이고 있다. 개정된 노조법에 따라 우리나라 노사관계에 혼란이 예상되는 바, 이하에서는 복수노조 시행과 노조전임자 임금 지급 금지와 관련하여 노사관계에 미치는 영향과 예상되는 쟁점 및 각계의 입장을 정리해보고 주요 외국 사례를 통해 향후 우리나라 노사관계 및 노동시장에 시사하는 바를 알아보도록 하겠다.

II. 개정안과 노사관계

1. 개정안의 주요내용

개정 노조법의 특징은 크게 복수노조의 허용과 노조전임자 임금 지급 금지라 할 수 있

다. 특히 노조전임자 임금 지급 금지와 관련하여 근로시간면제제도가 도입되었다. 복수노동조합 설립 허용은 헌법상 보장된 근로자의 단결권을 본질적으로 침해하는 위헌적인 상황을 개선하는데 목적이 있다. 또한 노조전임자 임금 지급을 금지하는 것은 노조의 자율성 침해 및 어용화를 방지하기 위함이다. 그리고 근로시간면제제도란 노조전임자의 임금 지급을 금지하는 대신 노사 공통이해업무에 종사한 시간을 근로시간으로 정하고 이에 대한 급여를 지급하는 제도를 말한다.

개정법에서는 복수노조의 경우 1년 6개월의 준비기간을 거쳐 2011년 7월부터 시행하고, 노조전임자 임금 지급 금지는 2010년 7월부터 적용된다. 교섭창구 단일화와 관련하여 사용자가 동의하면 단일화를 하지 않아도 되며 노동위원회가 현격한 근로조건의 차이, 교섭관행 고용형태 등을 감안해 분리교섭을 인정하도록 했다. 다만 현재 조직된 산별노조의 경우 내년부터 2년 6개월 동안 창구단일화 적용 대상에서 제외된다. 개정법은 노조전임자에 대해 노사 교섭, 협의, 고충처리, 산업안전 등 노조유지 및 관리활동을 명시해 급여를 지급하는 근로시간면제제도를 도입했다. 또한 근로시간면제심의위원회를 설치, 3년마다 근로시간면제제도의 적정성 여부를 결정하게 하고, 노조 전임자가 근로시간 면제제도의 범위를 초과한 급여를 지급받기 위한 파업행위를 금지했다.

시행령은 근로시간면제심의위원회가 근로시간면제제도 한도를 전체 조합원 수와 해당 업무의 범위 등을 고려해 시간과 이를 사용할 수 있는 인원으로 정할 수 있다고 규정하고 있다. 내년 7월부터 시행되는 복수노조 허용에 따른 교섭참여 노조 확정 절차로 단체협약 만료 3개월 전부터 교섭 요구, 7일간의 공고, 공고기간 중 타 노조 교섭 참여의사 표명, 교섭 참여 노조 확정 공고 등의 순서를 규정했다. 교섭창구 단일화에 참여하는 노조가 확정된 이후에는 14일 이내에 노조 간 자율적으로 교섭대표노조를 단일화하도록 했다. 자율적 단일화가 안 되면 공동교섭대표는 과반수 노조가 맡도록 하였고, 과반수 노조가 없으면 공동교섭대표단을 자율적으로 구성하고 자율구성이 안 되면 창구단일화에 참여한 노조 전부나 일부가 신청한 지 10일 이내에 노동위원회가 공동교섭대표단을 결정하도록 했다.

2. 노사관계에 미치는 영향 및 문제점

(1) 복수노조

복수노조 시행 시 예상되는 쟁점으로는 노사갈등 및 단체교섭 비용의 증가, 노노간의 갈등과 분열, 노사관계의 균형 파괴, 노조난립 등의 부정적 효과와 사용자의 중립유지 및 성실교섭의무 등에 대한 우려가 있다. 이하에서는 노노간의 갈등과 사용자의 성실교섭의무를 중심으로 쟁점을 검토해보도록 하겠다.

1) 복수노조 하에서의 노노간의 갈등

노노간의 갈등은 근로자들의 다툼으로 이어지고 이는 기업의 생산성과 경쟁력을 저하시키는 결과를 초래할 가능성이 있다. 또한 노조가 쉽게 결성되어 난립하게 될 경우 노무관리비용이 증가하게 되고 각 노조마다 서로 다른 교섭조건을 요구함으로써 노조 간 차별이 발생할 수 있을 것이다. 이와 같은 문제점은 노사 양측에 모두 불리한 조건으로 작용함으로써 근로자들의 기본권을 보장하기 위한 제도가 오히려 근로자들의 생존권을 위협하는 결과를 초래할 수 있다. 그렇기 때문에 이와 같은 부작용을 방지하고자 교섭창구를 단일화하는 방안이 대두된 것이다. 그런데 개정안의 교섭창구 단일화 방안은 자율적 단일화와 자율적 교섭대표선정을 인정하도록 하면 노노간 갈등과 분열 문제를 해결하지 못할 것이라는 견해가 제기되고 있다. 노조 간 자율적 합의로 교섭대표를 선정하는 방안은 각 노조 간 이해관계 및 의견 차이로 교섭단 구성 과정이 장기화되어 교섭 준비기간이 지연될 수 있고 다수의 조합원 확보를 위한 선명성 경쟁으로 합리적 교섭이 진행되지 못하여 노사관계에 갈등만을 가져올 수 있기 때문이다.¹⁾

2) 단체교섭 시 사용자의 성실교섭의무

단체교섭의 당사자는 신의에 따라 성실히 교섭하고 단체협약을 체결해야 하며, 정당한 이유 없이 교섭 또는 단체협약 체결을 거부하거나 해태하지 않아야 한다.²⁾ 성실교섭의무는 당사자 쌍방에 부과된 것이고, 일방이 이에 위반하는 것은 상대방이 교섭을 거부·해태할 수 있는 정당한 이유가 된다. 이 때 사용자의 위반은 부당노동행위가 된다.³⁾

사용자는 조합원의 근로조건을 변경할 때에 노동조합에 교섭을 할 것인지를 타진할 의무가 있고⁴⁾, 이러한 타진을 하지 않은 채 일방적으로 근로조건을 변경하는 것은 불성실한 교섭으로 보아야 한다. 이때 성실교섭 의무는 상대방의 요구를 수락하거나 그것에 대하여 양보할 의무까지 포함하는 것은 아니다.

복수노조가 허용되는 경우 사용자는 모든 노조에 대해 중립적인 시각에서 성실교섭의무를 이행해야 한다. 노조 간의 갈등을 줄이기 위해서 노동조합 사이에 차별문제가 생기지 않도록 해야 하기 때문이다. 만일 사용자 동의에 의한 개별 교섭이 이루어질 경우 사용자의 중립유지 및 성실교섭의무는 더 큰 의미를 갖는다. 소수 노조에 대한 차별이 있는 경우 부당노동행위가 성립할 수 있기 때문이다.

(2) 노조전임자 임금 지급 금지와 노조전임자의 지위

근로자는 사용자와의 관계에서 임금 지급을 목적으로 근로계약상의 근로의무를 제공하

1) 이동웅, 『월간 경영계』, 2009. 9, 8면.

2) 노조법 제30조 제1항, 제2항.

3) 노조법 제81조 제3호.

4) 임종률, 『노동법』, 2009, 132면, 미국의 배타적 교섭대표제 아래서는 사용자가 교섭대표조합과 교섭에 협력하지 않고 근로조건을 일방적으로 변경하는 것은 성실교섭 의무에 위반된다.

여야 할 의무가 있으나 이를 행하지 않고 노동조합의 업무에만 종사하는 자를 노조전임자라고 한다. 근로시간면제제도와 관련된 쟁점은 노사정 각계의 입장을 정리하면서 서술토록 하고, 이하에서는 노조전임자의 지위와 관련된 쟁점을 살펴보도록 하겠다.

노조전임자는 법적 지위, 인사·노무 상의 지위, 산재보험적용여부 등에서 일반근로자와 다르게 규율되고 있다. 법적 지위와 관련하여 판례에 따르면 노조전임자는 휴직상태에 있는 근로자와 유사한 지위를 갖고 있으므로 단체협약 등에 정함이 없는 한 사용자에게 상여금 또는 연차휴가수당을 청구할 권리가 당연히 인정되는 것은 아니라고 하였다.⁵⁾ 또한 취업규칙상 출·퇴근 및 복무관련 규정은 원칙적으로 적용된다는 입장이 유지되고 있다.⁶⁾ 그런데 노동조합에 의하여 선임된 임원이 노조업무만을 게을리 하는 경우에는 원칙적으로 자주적인 단결체인 노동조합 자체의 규약에 의하여 규율되는 것이 마땅하다고 하면서, 노조전임자를 조합업무에 충실하게 하는 것은 노동조합 자체의 규제사항이고 사용자가 통제·감독할 대상은 아니라고 보아 노조전임자의 출·퇴근 의무를 부정하는 견해도 있다.⁷⁾

인사·노무관리상의 지위는 판례에 따르면 사용자는 노조전임자에게 정당하게 인사명령을 내릴 수 있으며, 승진 및 평가에서도 “근로자에 대한 인사고과는 인사권자인 사용자의 고유한 권한인 바 평가기준항목설장·점수배분 등에 있어 사용자에게 광범위한 재량이 인정된다.”고 판시하였다.⁸⁾ 하지만 최근 판례는 이 경우 불합리한 차등을 두는 것은 부당노동행위에 해당한다고 하였다.⁹⁾

산재보험적용여부와 관련하여 판례는 ① 노조전임자가 사용자의 승인으로 인정되고, ② 재해발생당시 근로관계가 있었으며, ③ 그 질병이 노조업무수행 중 육체적·정신적 피로로 인하여 발병한 것이라면, ④ 사업과 무관한 대외활동 및 대립적인 쟁의행위에 해당하는 등의 특별한 사정이 없는 한 산재보험을 적용하여야 한다고 하였다.¹⁰⁾

종전 노조전임자제도는 노조법 제81조 제4호에서 규정한 부당노동행위의 한 유형이었으며 이와 관련된 분쟁은 직접적으로 규율하고 있지 않아 판례에 의존하여 해결하여 왔다. 따라서 개정안에 따라 시행을 앞둔 노조전임자제도의 운영에 있어서 또 다른 다양한 법적 분쟁이 예상되므로 구체적이고 합리적인 대응방안이 강구되어야 할 것이다.

Ⅲ. 노사정의 입장

5) 대법원 1998. 4. 24. 97다54727 판결.

6) 대법원 2005. 10. 13. 2005두5093 판결.

7) 김형배, 『노동법』, 2009, 724면.

8) 서울고등법원 2002. 4. 18. 선고 2001누12446 판결.

9) 서울행정법원 2008. 9. 17. 선고 2008구합9157 판결.

10) 대법원 1996. 6. 28. 96다12733 판결.

1. 노동계

복수노조 시행에 대하여 노동계는 노사정 합의에 참여한 한국노총과 지난 해 12월 노사정 합의안 회의에서 이탈했던 민주노총의 입장이 크게 엇갈리고 있다.

한국노총은 절차나 내용에 있어서 아쉬움을 남긴 노조법 개정이지만 노사정과 여야 정치권이 합심하여 세부방안과 후속조치를 마련해야하며 향후 노동관계법을 보완하고 제도를 개선해야 한다고 하며, 일응 수용하는 태도를 보이고 있다.

반면 민주노총은 이번 개정이 새로운 노사 간의 갈등을 초래할 수 있다고 강력히 반발하는 입장이다. 특히 노동조합의 활동을 근본적으로 침해할 수 있다는 면에서 노동기본권을 제한할 수 있다는 점, 정부의 개입가능성이 높아 노사자율의 원칙을 침해한다는 점, 창구단 일화에 있어 자율교섭의 여지를 근본적으로 차단할 뿐만 아니라 다양한 절차적 규정의 유무로 인해 교섭의 진척을 사실상 가로막고 있다는 점을 지적한다.¹¹⁾ 근로시간면제제도와 관련하여 근로시간 면제한도는 유급 전임자 임금을 금지하기 위한 목적이므로, 노조전임자의 수와 활동 범위는 노조가 결정하도록 해야 하며, 시행령의 규정은 입법위임의 한계를 넘어서는 동시에 월권적 규정이고, 전임자의 정당한 노동조합 활동을 제한할 수 없다(개정노조법 제24조 제3항)는 법개정 취지에 정면으로 반하는 것이라 하였다.

2. 경영계

한국경영총은 개정안이 향후 발생할 산업현장의 혼란과 갈등을 예방하는데 치중한 나머지 노사정 합의가 지켜지지 않은 채 통과되어 유감이라는 입장이다. 또한 특히 전임자 임금 지급 금지규정에도 기존 단체협약의 유효기간에 대해 효력을 인정한다거나 복수노조 시행 유예기간을 단축한 것은 무척 아쉽다고 지적하였다. 노조법 개정안에서 근로시간면제제도 대상업무에 노조 유지 및 관리업무가 추가된 것은 노조전임자 임금 지급 금지원칙을 어긴 것이라는 의견과 복수노조 하에서 교섭창구 단일화 원칙을 어기고 사용자가 동의한 경우 교섭창구를 단일화하지 않을 수 있게 함으로써 노동계가 개별교섭을 요구하면서 투쟁할 수 있는 빌미를 줬다는 주장이 제기되기도 한다. 근로시간면제제도에 대해서 노조업무와 허용시간의 범위를 노사 간의 협상에 맡기고 있기 때문에 실제로는 종전의 전임자 임금 지급 관행을 합법화하는 결과를 가져올 수 있다는 의견도 있다.¹²⁾ 경영계는 기존 노사정 합의안에서 크게 벗어난 개정안에 대하여 부정적인 입장이라 볼 수 있다.

11) 이에 대한 상세한 내용은 “개정 노조법 시행령 입법예고안에 대한 민주노총 의견서” 참조 (<http://nodong.org/218582>).

12) 이동웅, 『월간 경영계』, 2009. 9, 8면.

3. 정부

이번 개정안을 주도한 국회 환경노동위원장은 지난 해 12월 30일 한나라당 의원들만 참석한 상황에서 노동법 개정안을 상정, 표결처리하였다. 이에 대해 위원장 본인은 노사문제는 모두에게 인심을 잃을 수밖에 없는 상황인데 원칙을 선언하고 노사를 설득해서 돌파했다는 점, 복수노조 허용과 노조전임자 임금 지급 금지제도의 필요성에 대해 사회적 공감대가 이미 형성되어 있었다는 점, 헌법 원칙·현실조화·국제적 노동 관행을 존중하면서 노사관계의 새로운 길을 열기 위함이었다는 점 등을 개정안 추진 배경으로 설명하고 있다. 이에 대해서 민주노총은 노사정 합의를 통해 이루어진 교섭창구 단일화라는 원칙 하에서 산별노동조합의 교섭권을 예외적으로 인정해달라고 요구한 것은 모순이라며 이를 반박한다. 노조 전임자 임금 지급 금지와 관련해 근로시간면제제도를 도입하는 데 주도적 역할을 한 노사정위원회 공익위원들은 적용 인원수로 조합원 300명당 1명이 적당하다는 의견을 보인 것으로 조사됐다.¹³⁾ 하지만 경영계는 최소 1000명당 1명으로 감축해야 한다고 주장하고, 노동계는 현행 수준을 유지해야 한다며 반발하고 있다.

4. 사건

복수노조 사업장에서 단체교섭 시 자율적 합의로 교섭대표를 인정하도록 하게 되면 노노간의 대립과 교섭장기화를 초래할 가능성이 크다. 즉, 노동조합의 경쟁시대가 열림과 동시에 다수의 조합원 확보를 위한 노조 간의 권력싸움이 야기될 수 있다.

또한 노조전임자 급여와 관련하여 근로시간면제제도의 대상범위인 ‘건전한 노사관계 발전을 위한 노조 유지 및 관리업무’의 의미가 해석에 따라 달라질 수 있어 논쟁의 불씨가 될 수 있다. 따라서 법 개정으로 인한 혼란은 노사관계의 갈등과 기업 경쟁력의 악화로 이어질 수 있다. 경영계는 이러한 우려 속에서도 개정안의 큰 틀이 확정된 만큼 변화될 노사관계의 조속한 안정을 위해 이에 대응하는 노무관리시스템을 마련해야 하고 원칙을 가지고 향후 노사관계의 문제점을 풀어 나가야 할 것이다

IV. 선진국의 사례

1. 선진국의 사례

13) “공익위원들 노조전임자 현재의 절반으로…노사 모두 반발”, 한국경제, 2010. 2. 21. 기사.

영국의 경우 2차 세계대전이 끝난 후 직종별로 복수노조가 허용되어 조합원수가 급격히 늘어나게 되었다. 경제가 호황기일 때는 복수노조 하에 여러 노동조합이 임금을 인상시킬 수 있었으나 경제가 불황으로 접어들면서 고임금으로 인한 기업의 경영난이 심화되기도 하였다. 미국의 경우 사용자는 각 노조별로 교섭을 해야 했기 때문에 노조 간 갈등과 교섭비용의 증가로 인해 기업이 도산하는 사례가 보고되기도 하였다. 프랑스는 상급노동단체에 속해있는 기업단위 노조가 모두 노사협상에 참여할 수 있어 노조의 난립으로 인한 노노갈등이 극에 달해 있다. 캐나다의 경우 노동위원회의 결정을 통해 교섭권이 주어진다.

일본의 경우 복수노조 시행 후 합리적 노조활동을 벌인 노조가 근로자의 지지를 얻어 사용자와의 관계가 개선된 경우가 보고되었다. 또한 오랜 기간에 걸쳐 일본 최고재판소의 판례가 누적됨에 따라 복수노조 문제 해결을 위한 법리가 형성되어 있으며 노조 간의 분쟁 해결을 위한 공감대가 형성되어 노사안정에 결정적인 역할을 하기도 하였다.¹⁴⁾ 일본은 복수노조 하에서 단결권 평등의 원칙과 과반수 노동조합에 대한 우대조항을 바탕으로 노무관리를 하고 있다. 일본의 최고재판소는 사용자측이 합리적인 이유 없이 노조 간 다른 조건을 제시하거나 노조의 성격에 따른 차별이 정당한 사유가 없는 경우에는 부당노동행위가 성립하는 것으로 보고 있다. 복수노조 하에서 사용자의 중립유지 및 성실교섭의무가 노사관계를 풀어나가는데 중요한 역할을 하고 있는 것이다. 반면 특정 노조가 자신의 요구조건을 내세우며 타협을 하지 않는 경우에는 다수 노조와의 교섭이 이루어진 경우 부당노동행위가 성립하지 않는다고 본다. 또한 조합비공제제도, 변형근로시간제, 초과근로에 관한 조항 등 과반수 노동조합에 대한 우대 규정을 두고 있기도 하다.¹⁵⁾

2. 시사점

이처럼 우리나라에서 복수노조를 허용하는 경우에도 소수 노동조합에 대한 차별문제, 노노간의 갈등 등이 주요 쟁점으로 떠오를 것이다. 노노간의 갈등을 중재할 제도적인 보안을 위해 선진국의 사례와 우리나라의 노사환경을 충분히 고려해야 할 것이며 우리나라의 기존 노동법제가 일본과 유사한 면이 많다는 점을 감안할 때 다수 근로자들의 지지와 사용자의 공감을 이끌어 낼 수 있는 합리적인 노조의 활동과 사용자의 중립유지 및 성실교섭의무가 노사관계 안정을 위해 중요한 역할을 했다는 것을 주목할 필요가 있다. 즉 정부가 벤치마킹한 캐나다의 사례와 일본의 사례를 통해 합리적인 해결책을 모색해 보아야 한다. 하지만 어느 나라의 사례를 따르더라도 독특한 우리나라 노사환경과 단순 비교하는 것은 불가능할 것이다.

14) 윤기철, 『월간 경영계』, 2009. 9, 12-14면.

15) 이정, “일본 복수노조와의 자율교섭과 노사관계”, 『노동법학』 제32호, 2009. 12, 512-513면.

V. 결어

복수노조의 허용은 국제적으로 보편화되어 있으나 우리나라는 그 동안 사업장단위에서는 금지되어 왔다. 근로자가 자유롭게 노조를 결성할 수 있도록 허용하는 것은 단결권 보장 차원에서 자명하다. 또한, 노조전임자 임금 지급을 금지하는 것은 노조의 자율성 침해 및 어용화를 방지하기 위해 금지되는 것이 원칙이지만 노동계와 경영계 양쪽 모두를 충족시킬 수 있는 묘안을 내놓는 것은 매우 힘든 일이다. 민주노총은 개정안의 교섭창구 단일화와 근로시간면제제도에 대하여 새로운 의견을 제시하였고, 경영계는 기존 노사정 합의문을 바탕으로 원칙을 지키는 것이 중요하다고 강력히 반발하였지만 법은 이미 개정되었다.

우여곡절 끝에 탄생한 개정안에 대하여 현시점에서는 이를 바탕으로 노사 양측의 혼란을 최소화하기 위한 보완과 법적 분쟁을 해결하기 위한 준비가 필요하다고 생각한다. 개정안에서 위원회의 역할이 중요한 만큼, 위원회의 실효성 있는 운영을 위한 꼼꼼한 준비를 기대해 본다. 또한 노조는 각 기업별 환경에 맞춘 합리적인 내부지침이 마련되어야 할 것이고 노조와 공생할 기본원칙을 수립함과 동시에 기업의 생존을 위한 전략을 구상하여 변화될 환경에 발빠르게 대처해야 한다. 노사 양측이 개정법을 계기로 얼룩졌던 대립관계에서 벗어나 정반합을 이루어 낼 수 있는 관계로 발전하여 건전한 노사문화가 정착되었으면 하는 바람이다.

자본시장법과 금융투자자보호

맹수석(충남대학교 법학전문대학원 교수, 상법)

I. 머리말

II. 자본시장법 제정의 의의와 투자자보호 내용

1. 자본시장법의 제정 배경과 의의

2. 적합성원칙의 도입과 투자자보호

3. 설명의무의 확대에 의한 투자자보호

4. 부당한 투자권유행위의 금지

III. 금융상품 투자자보호를 위한 법적 과제

I. 머리말

금융시장은 그 어떤 살아있는 생물체보다 역동적인 변화현상을 보여주는 곳이다. 그동안 각국의 경제부양책에 힘입어 국제금융시장은 번성기를 구가하는 듯 했지만, 2008년 대형 금융회사의 도덕적 해이로 촉발되었던 서브프라임 모기지(Subprime mortgage) 사태로 Lehman Brothers社가 파산함으로써 세계경제는 다시 극도의 불안상태에 빠지게 되었다. 대마불사(too-big-to-fail)로 표현되는 금융부문의 과잉(financial excesses)과 대형금융회사의 도덕적 해이로 인해 세계 경제가 1997년에 이어 다시 침체국면에 접어들게 되었다. 금융위기를 초래한 주요 원인으로는 금융규제·감독의 실패와 더불어 은행 및 기타 금융기관들의 무모하고 무책임한 리스크 부담행위 등이 지적되고 있다.

이러한 위기를 타개하기 위한 국제적 노력이 가시화되었는데, 2009년 9월 제3차 G20 정상회의에서는 국제거시정책 공조, 국제금융구조 및 금융기구 개혁, 지속가능한 균형성장체계, 에너지안보 및 기후변화, 최빈국 지원 등에 대한 합의를 이끌어 냈다. G20 제3차 회의에서는 세계경제는 회복되고 있으나 아직 위험요인이 상존하고 있기 때문에 지속적인 경기부양책이 필요하지만, 출구전략은 경제회복 확인 후 시행하기로 하였다. 어쨌든 정부의 적극적 재정투입이 G20의 이름으로 진행되었고, 중앙은행들은 순식간에 Zero 금리까지 금리를 떨어뜨리고 통화량의 확장까지 담당했다. 예컨대 미국 FRB는 Lehman Brothers社 파산 이후 금융역사에 기록될 만큼의 짧은 기간(3개월) 동안 자산을 0.9조 달러에서 2.3조 달러까지 늘리면서 시장에 돈을 풀었다. 우리나라도 환율의 변동성에 따른 위기감까지 더해져 정부의 경기부양정책이 상대적으로 신속하게 진행되었다. 물론 최근 PIGS(포르투갈, 이탈리아, 그리스, 스페인)로 불리는 EU 회원국의 재정 악화 문제가 불거지는 등 금융위기가 계속되고 있는데, 이러한 위기의 원인으로 세계 불균형(global imbalance)과 같은 거시적 원인 이외에도 신용파생상품(Credit Default Swap)과 같은 파생금융상품 등 미시적이고도 구체적인

인 금융행위나 상품 등이 지적되고 있다. 즉 금융공학적으로 복잡하게 설계된 상품 자체의 문제도 있지만, 특히 상품을 운용하는 회사와 투자자들의 전략적 움직임이 합해져서 문제가 확대된 측면도 있다.

최근 각종 투자상품의 판매와 관련한 소송이 급증하고 있고, 이와 관련한 판결이 줄을 잇고 있다. 예컨대 서울중앙지법 민사합의 46부는 2009년 11월 20일 우리자산운용의 주가연계펀드(ELF)인 우리2star 파생상품KW-8호에 투자했다가 전액 손실을 입은 원고(214명)가 제기한 투자금반환 청구소송에서, 펀드운용사인 우리자산운용과 수탁사인 하나은행이 손해액 61억원을 전액 지급하라는 원고 승소 판결을 내렸다. 법원은 운용사가 투자설명서에 명시된 장외파생상품 거래 상대방을 일방적으로 바꾸는 바람에 투자자들이 손해를 입었기 때문에, 투자자와의 사이에 성립된 계약을 일방적으로 위반한 것이라고 지적하고 운용사와 감독의무를 다하지 못한 수탁사가 손해를 배상할 책임이 있다는 취지의 판결을 내린 것이다. 이와 같이 금융투자상품의 판매 등과 관련하여 법적 분쟁이 증가하고 있는 시점에서, 이 글에서는 2009년 시행된 자본시장법의 주요내용과 금융소비자인 투자자의 보호에 관한 법적 쟁점을 검토해 보고자 한다.

II. 자본시장법 제정의 의의와 투자자보호 내용

1. 자본시장법의 제정 배경과 의의

국내외적인 금융환경의 변화 속에서 투자자를 보호하기 위한 법적 환경정비 및 투자자(소비자) 보호를 위한 법적 기준의 확보가 매우 중요하다. 우리나라는 2009년 2월 4일부터 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」(이하 자본시장법이라 함)을 시행하기에 이르렀다. 자본시장법은 국내자본시장을 동북아 금융허브로 육성·발전시킨다는 정부의 자본시장발전전략에 따라 제정된 법률로, 금융업종간 차별적인 규제를 철폐함으로써 금융시장간의 불균형 성장의 심화를 최소화하는 한편, 금융혁신과 경쟁의 촉진을 통해 금융산업 전반의 효율성을 제고하여 국내자본시장의 국제경쟁력을 강화할 목적으로 기존의 각종 자본시장관련 법률을 하나의 단일법으로 통합하는 형태로 되어 있다.

자본시장법은 기능별 규제를 도입하여 금융투자업을 영위하는 주체가 누구인지를 불문하고 동일하게 금융투자업 규정을 적용함으로써, 모든 금융투자상품 투자와 관련하여 투자자보호를 받을 수 있도록 하고 있다. 특히 투자자보호를 위해 투자권유자에 대한 설명의무와 적합성원칙 등을 확대 또는 신설하여 인정하고 있다. 펀드연계증권(fund linked note)과 같은 신종 금융상품의 판매 허용 등 거래환경이 급변하고 있는 시점에서, 자본시장법의 적합성원칙 등 투자자보호를 위한 규정의 중요성이 더욱 부각된다.

최근의 투자실태에서 볼 수 있는 것과 같이, 원금 손실의 위험이 있는 금융상품에서는 투자를 할 때 자기책임이 따르게 된다. 이러한 투자는 고수익(high return)이 예상되지만, 한편으로는 고위험(high risk)이 따르기도 한다. 그럼에도 불구하고 우리나라에서는 투자자의 리스크에 대한 인식이 미흡한 것이 사실이다. 또한 금융상품의 구조가 복잡한 경우에는 투자자의 지식이 그에 미치지 못한다. 그러한 점을 노려 수익을 올리기에 급급한 금융투자업자가 부당한 권유를 하게 될 위험성이 높고, 실무상으로도 금융투자상품의 불완전 판매와 불공정 거래에 대한 법적 분쟁이 지속적으로 발생하고 있다. 이에 대한 적절한 규율이 선행되지 않게 된다면 자본시장에 대한 투자자의 신뢰 저하라는 문제와 자금조달을 사실상 어렵게 하는 문제를 낳게 될 것이다. 자본시장법은 금융상품판매업자에 비해 정보의 비대칭 등으로 인하여 열악한 지위에 있는 투자자를 보호하기 위하여 투자권유 단계에서 일정한 의무와 책임에 관한 규정을 두고 있지만, 적합성원칙 위반의 효과 등에 대한 규정을 명확히 하고 있지 않아 그 입법적 의미가 퇴색되는 점도 부인하기 어렵다.

2. 적합성원칙의 도입과 투자자보호

자본시장법은 그동안 증권업감독규정 제4-15조에서 규정하고 있던 적합성원칙을 입법화 하기에 이르렀다(제46조). 즉 금융투자업자는 투자자가 일반투자자인지 전문투자자인지의 여부를 확인하여야 한다(동조 제1항). 또한 금융투자업자는 일반투자자에게 투자권유를 하기 전에 면담·질문 등을 통하여 일반투자자의 투자목적·재산상황 및 투자경험 등의 정보를 파악하고, 일반투자자로부터 서명, 기명날인, 녹취, 그 밖에 대통령령으로 정하는 방법으로 확인을 받아 이를 유지·관리하여야 하며, 확인받은 내용을 투자자에게 지체 없이 제공하여야 한다(동조 제2항). 아울러 금융투자업자는 일반투자자에게 투자권유를 하는 경우에는 일반투자자의 투자목적·재산상황 및 투자경험 등에 비추어 그 일반투자자에게 적합하지 아니하다고 인정되는 투자권유를 하여서는 아니 된다(동조 제3항). 자본시장법에 적합성원칙이 규정됨으로써 전문지식이 없는 투자자에 대한 보호가 두텁게 이루어질 수 있게 되었다.

적합성원칙(suitability rules)이란 증권 등의 투자권유자가 투자자의 의뢰를 받을 경우, 투자자의 요구에 적합한 투자권유를 하여야 할 의무를 말한다. 즉 투자권유자는 투자자의 투자목적과 경험, 재산상태 등에 비추어 적합한 투자가 아니라면 당해 고객에 대해서 이를 권유해서는 안 된다는 것으로, 증권거래에 있어서 적용되는 투자자보호를 위한 중요한 원칙의 하나이다. 이 원칙은 금융투자업자는 계약의 변경, 이전, 해약 등 중요한 국면을 포함한 금융상품의 권유·판매 등에 있어서 투자자의 지식, 구매경험, 구입목적, 재산상태, 투자의향 등에 비추어 부적합한 거래를 해서는 아니 되고, 나아가 금융투자업자는 적극적으로 소비자의 지식, 구입경험 등에 대해 상당한 조사를 하여야 한다는 요청을 포함한 개념으로, 투자권유 시점은 물론 계약의 종료에 이르기까지 사업자는 이 원칙에 기해 행동하여야 한다.

사적자치의 원칙상 매매거래 당사자는 대등한 위치에서 자기판단과 자기책임의 원칙에

의해 거래를 하면 된다. 따라서 금융판매업자가 고객에게 충분한 정보를 제공하면 고객은 그 정보에 기초하여 의사결정을 할 수 있기 때문에, 결정의 결과에 자기책임을 부담하게 된다. 이는 매수인이 목적물에 대해 하자 유무를 조사하여야 한다는 매매계약에 있어서 매수인 주의의 원리에 다름 아니다. 그러나 오늘날 금융상품의 복잡성에 비추어보면 정보개시만으로는 충분치 않고, 보다 높은 정도의 보호가 필요하게 된다. 정보개시는 고객에게 많은 정보를 제공하게 되지만, 소비자는 주어진 정보내용의 의미와 중요성을 이해하기 어렵고, 어떤 정보가 제공되더라도 그것만으로 소비자가 의사결정을 할 수 있는 것도 아니기 때문에, 적합성의 원칙이 인정되기에 이른 것이다.

현행 자본시장법에는 설명의무와는 달리 적합성원칙 위반의 경우 어떠한 책임을 부담하는가에 대한 규정을 두고 있지 않다. 이로 인하여 적합성원칙의 위반을 이유로 불법행위책임을 추궁할 수 있는지가 쟁점으로 된다. 증권투자는 투자자의 자기책임에 의거하여 이루어지는 것이다. 투자결과 투자자는 이익을 획득할 수 있는 가능성이 있는 반면에, 이에 의해 손실이 발생하게 되면 스스로 손실을 부담하지 않으면 안 된다. 더욱이 증권의 가격변동요인이 복잡하고 그 판단에는 지식과 고도의 분석능력이 필요하기 때문에 전문가인 금융투자업자에 의한 투자권유가 이루어지는 경우, 특히 적합성원칙의 준수가 요구된다. 이와 같이 투자자의 자기책임을 원칙으로 하면서, 예외적으로 금융투자업자에게 적합성원칙의 준수를 요구하는 것이 바람직 할 것이다. 적합성원칙은 고객의 의향과 실정에 따른 거래를 업자에게 요구하는 것으로, 행위규칙의 하나로 볼 수 있다. 물론 투자권유를 둘러싼 증권회사와 고객 사이에 분쟁이 발생하는 경우 적합성원칙 위반과 함께 설명의무위반이 주장될 때가 많은데, 고객 측에 충분한 지식과 정보가 없는 상태에서 설명을 하지 않고 거래를 하려는 것은 신의칙에 위반되어 불법행위책임을 발생시킨다.

적합성원칙은 고객의 지식과 경험에 적합한 형태로 권유를 의무화하는 것이다. 금융투자상품에 대한 지식이 적은 고객에게는 보다 자세한 설명이 필요하듯이, 설명의 정도는 고객의 속성에 의해 달라지게 된다. 이 경우 설명에 최선을 다한다면 적합성이 만족되어 그 결과 적합성원칙 위반이 치유되는 면도 생각할 수 있을 것이다. 이 점에서 적합성원칙과 설명의무는 밀접한 관계를 갖게 된다. 그런데 이러한 경우 특히 지식과 경험이 부적합한 고객에 대한 해당 원칙의 적용이 문제된다. 무엇보다 재산상황에 대해서는 설명을 충실히 한다 하더라도 적합성은 회복되지 않을 수 있으므로 유의할 필요가 있다. 그리고 충분한 설명을 했다고 하더라도 지식이나 경험의 부적합성을 보완할 수 없는 고객이 존재하는 것도 부정할 수 없다. 이와 같은 고객에 대해서는 권유자체가 부정되어야만 한다. 그러한 점에서 설명의무와는 별개의 의무로서 적합성원칙이 존재하게 된다고 본다.

따라서 적합성원칙으로부터 현저하게 벗어나 증권거래를 권유하여 이를 행했을 때, 해당 행위는 불법행위법상 위법으로 된다고 해석하는 것이 타당하다 할 것이다. 그리고 적합성원칙의 실효성을 확보하기 위해 이를 위반한 경우의 민사상배상책임을 물을 수 있도록 할 필요가 있다고 본다. 다만 적합성원칙위반의 구성요소가 설명의무와 달리 정형화되어 있지 아니하다는 문제가 있지만, 향후 그 중요도에 따라 위반정도를 계량화하는 노력이 수반되어야

할 것이다. 그리고 적합성원칙 위반의 경우에도 과실상계가 문제될 수 있지만, 설명의무 위반의 경우와 동일하게 볼 수는 없다. 왜냐하면 투자자의 투자상황에 비추어 권유해서는 안 되는 고객에게 권유를 한 경우, 권유를 받은 투자자 측에게 과실이 인정되는 것은 아니기 때문이다.

3. 설명의무의 확대에 의한 투자자보호

자본시장법은 적합성원칙과 함께 설명의무에 관한 규정도 두고 있다(제47조). 즉 금융투자업자로 하여금 일반투자자를 상대로 투자권유를 하는 경우에는 금융투자상품의 내용, 투자에 따르는 위험, 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항을 일반투자자가 이해할 수 있도록 설명하여야 한다(동조 제1항). 금융투자업자는 설명을 함에 있어서 투자자의 합리적인 투자 판단 또는 해당 금융투자상품의 가치에 중대한 영향을 미칠 수 있는 중요사항을 거짓으로 설명하거나 중요사항을 누락하여서는 아니 된다(동조 제3항).

설명 의무란 증권투자권유 단계에서 투자상품판매업자가 고객인 투자자에게 투자상품의 내용과 위험도, 계약의 형태 등에 관하여 정확하고 필요 충분하게 제공할 의무를 말한다. 그동안 학설, 판례 등으로 인정되어 오던 설명의무를 자본시장법에 입법화하면서 손해액 추정 규정까지 함께 둔 것은 투자자보호를 위해 바람직한 것이라고 본다. 설명의무의 범위와 관련하여 법 및 시행령에서 규정하고 있지만, 결국은 투자자가 투자의 여부와 그 정도를 결정함에 있어서 중요한 판단기준이 되는 것에 초점이 맞추어져야 할 것이다.

설명하여야 할 사항이란 원본결손이 생길 우려가 있다는 취지 및 원본결손을 생기게 하는 요인과 권리행사기간의 제한 또는 해약기간의 제한 등이라 할 것이다. 중요성 판단도 해당 고객이 해당 금융투자상품을 구입할 것인가의 여부를 판단하는 징표로 되는 사항을 의미하는 것으로 보아야 할 것이다. 이 중요사항에 관한 설명을 하지 않은 때는 손해배상책임을 지게 된다. 설명의무의 이행행위인 설명이란 고객의 지식, 경험, 재산상황, 해당 금융투자상품의 판매에 관한 계약을 체결하는 목적에 비추어 그 고객을 이해시키기 위한 필요한 방법 및 정도에 의한 것이어야 한다. 이해시키기 위한 필요한 방법 및 정도의 기준은 일반적인 고객만이 아니라, 해당 고객도 포함된다. 해당 고객을 이해시키기 위한 필요한 방법 및 정도라 하더라도 현실적으로 해당 고객을 이해시키는 것까지 요구되는 것은 아니다. 이는 같은 설명이라도 고객에 따라서는 설명의무를 이행한 것이 되지 아니하여 손해배상책임을 질 수도 있다는 것이고, 고객의 이해력은 설명의 기준에 들어가지 않기 때문에 고객이 이해하지 못했다고 하여 항상 설명의무의 위반이라고 단정할 수는 없다 할 것이다. 따라서 설명의무의 이행 여부는 증권거래의 형태에 따라 사항별로 판단할 수밖에 없을 뿐만 아니라, 고객인 투자자의 투자목적과 이해력 등을 종합적으로 고려하여 판단할 문제라고 본다.

중요사항에 대하여 설명의무를 위반한 금융투자업자는 이로 인하여 발생한 일반투자자의 손해를 배상할 책임이 있다(제48조 제1항). 이 경우 투자자의 원본결손액을 금융투자회

사의 불법행위로 인한 손해액으로 추정하고 있다. 즉 금융투자상품의 취득으로 인하여 일반 투자자가 지급하였거나 지급하여야 할 금전 등의 총액에서 그 금융투자상품의 처분, 그 밖의 방법으로 그 일반투자자가 회수하였거나 회수할 수 있는 금전 등의 총액을 뺀 금액은 그가 배상하여야 할 손해액으로 추정한다(동조 제2항).

이에 의해 설명의무를 위반한 경우 그 손해액에 대한 입증책임이 투자자에게서 금융투자업자에게 전환된다. 불법행위에 의한 손해배상청구와 비교할 때 금융투자업자의 책임이 무과실 책임인 점, 원본손실액이 고객이 입은 손해액으로 추정된다는 점에서 투자자에게 유리하다. 다만 손해액이 추정된다 하더라도 금융투자업자가 일반 투자자의 과실을 입증하게 되면 과실상계가 인정된다 할 것이다. 자본시장법은 설명의무위반에 대한 손해배상청구권의 소멸시효에 대한 규정을 두고 있지 않지만, 이는 민법의 소멸시효에 관한 규정이 준용되는 것으로 보아야 할 것이다.

4. 부당한 투자권유행위의 금지

자본시장법은 부당권유행위를 금지하고 있다. 즉 금융투자업자는 투자권유를 함에 있어서 ① 거짓의 내용을 알리는 행위, ② 불확실한 사항에 대하여 단정적 판단을 제공하거나 확실하다고 오인하게 할 소지가 있는 내용을 알리는 행위, ③ 투자자로부터 투자권유의 요청을 받지 아니하고 방문·전화 등 실시간 대화의 방법을 이용하는 행위, ④ 투자권유를 받은 투자자가 이를 거부하는 취지의 의사를 표시하였음에도 불구하고 투자권유를 계속하는 행위, ⑤ 그 밖에 투자자 보호 또는 건전한 거래질서를 해할 우려가 있는 행위로서 대통령령으로 정하는 행위를 하여서는 아니 된다(제49조).

이는 종래 증권거래법에서도 규정되었던 것이지만, 투자자의 사생활을 해치고 불필요한 투자를 유발시킬 가능성이 큰 행위라는 점에서 요청하지 않은 투자권유 규제와 의사에 반하는 재권유 규제에 관한 내용을 신설한 것이다. 그동안 부당한 투자권유와 관련하여 손실부담의 약정이나 단정적 판단의 제공행위, 과도한 권유행위나 부실표시이용행위 등이 주로 문제되었지만, 자본시장법의 제정으로 요청하지 않은 투자권유(unsolicited call)나 재투자권유도 부당권유행위에 포함되어 투자자보호에 기여하게 될 것이다. 투자권유의 적정성은 금융투자업자를 신뢰하고 그가 제공한 정보에 기초하여 투자판단을 하는 일반 투자자를 보호하기 위한 것으로, 직접적인 투자권유이든 간접적인 정보제공이든 자본시장법의 규제대상이 된다.

부당권유행위로 ① 유가증권의 인수업무와 관련하여 유가증권의 인수계약을 체결한 발행인이 유가증권신고서와 사업설명서에 허위의 기재 또는 표시를 하거나 중요한 사항의 기재 또는 표시를 누락하는 것을 방지하는데 필요한 적절한 주의를 기울이지 아니하는 행위, ② 유가증권의 매매 기타 거래와 관련하여 고객에게 특정 유가증권의 가격의 상승 또는 하락에 대하여 단정적이거나 합리적인 근거가 없는 판단을 제공하여 매매 기타 거래를 권유하는 행위, ③ 유가증권의 매매 기타 거래와 관련하여 고객에게 금융위원회가 정하는 한도

를 초과하여 직접 또는 간접적인 재산상의 이익을 제공하는 행위 또는 정당한 사유없이 당해 거래에서 발생한 손실의 전부 또는 일부를 보전하여 주는 행위, ④ 제3자로 하여금 고객에게 금전을 대여하도록 중개·주선 또는 대리하는 행위, ⑤ 고객의 매매주문동향 등 직무와 관련하여 알게 된 정보를 자기 또는 제3자의 이익을 위하여 이용하는 행위 등이 있다.

부당투자권유와 관련하여 자본시장법은 이에 위반한 금융투자업자에 대해 형사적 제재를 등을 가하고 있지만(제445조 제6호, 제449조 제22호), 위반행위로 인하여 경제적 손실을 입은 투자자에 대한 손해배상책임에 대해서는 규정하고 있지 않다. 판례는 증권업자의 부당한 투자권유행위에 의해 계약이 체결되고 그로 인해 경제적 손실이 생긴 경우 증권업자에 불법행위책임을 인정하고 있다.

생각건대 금융투자업자가 거짓의 내용을 알리거나, 불확실한 사항에 대하여 단정적 판단의 제공 또는 확실하다고 오인하게 할 소지가 있는 내용을 알리는 행위의 경우(제49조 제1호 및 제2호)에는, 이로 인하여 일반투자자가 투자계약 등에 있어서 중대한 오판을 할 가능성이 높다는 점에서 설명의무에 준하는 손해배상책임 규정(제48조)이 준용되는 것으로 보아야 할 것이다. 그리고 허위의 내용을 알려 투자권유를 하고 이에 기해 투자계약이 체결된 경우 투자자는 계약을 취소할 수 있고, 그 투자계약이 약관의 형태로 체결되었다면 무효를 주장할 수 있다고 본다(약관규제법 제6조 및 제16조 참조).

예컨대 투자자가 고도의 위험이 수반되는 선물옵션거래를 함에 있어 투자권유자가 이를 취급할 수 있는 자격이 없음에도 불구하고 자신의 정보력 등을 과대 포장하여 지속적으로 투자권유행위를 한 것은 선물옵션거래에 수반되는 위험성에 관한 올바른 인식형성을 방해한 것으로 볼 수 있다. 특히 투자자가 직접 선물옵션거래를 한 경험도 없을 뿐만 아니라, 선물옵션거래의 위험성에 대하여도 잘 알지 못하는 상태인데도 원금보장약속을 하는 등 원고의 투자상황에 비추어 과대한 위험성을 수반하는 거래를 적극적으로 권유한 것에 대해 판례가 부당권유행위로서 불법행위책임을 인정한 것은 올바른 판단이라고 본다.

Ⅲ. 금융상품 투자자보호를 위한 법적 과제

자본시장법이 제정·시행된 지 1년이 지나고 있지만, 아직도 투자자보호를 위한 법적 환경 정비는 미흡하다고 본다. 각종 신종금융상품의 판매 허용 등 급변하는 금융거래환경 속에서, 자본시장법은 국내 자본시장의 국제경쟁력 강화와 특히 투자자보호제도의 선진화라는 목적을 갖고 제정되었다. 이상에서 살펴본 것과 같이 자본시장법은 투자권유단계에서의 투자자보호 방책인 적합성원칙, 설명의무, 부당권유에 대한 규정을 두고 있다. 적합성원칙은 그동안 증권업감독규정에 있던 것을 입법화한 것인데, 이로써 금융투자상품에 대한 전문지식이 없는 일반투자자가 두텁게 보호받을 수 있게 되었다. 그런데 자본시장법은 이 원칙을 위반한 경우 어떠한 법적 효과가 발생하는지에 대하여는 규정하고 있지 않다. 생각건대 적합성원칙은 투자자에게 금융투자상품을 권유할 때 금융투자업자에게 요청되는 행위규칙의

하나라는 점에서, 이를 위반한 경우 다른 유형의 불법행위와 별개로 손해배상책임을 부담하는 것으로 보아야 할 것이다.

또한 자본시장법은 설명의무와 손해배상책임에 관하여 규정하고 있는데, 특히 손해액 추징제도에 의해 금융투자상품거래에 있어서 투자자를 두텁게 보호할 수 있게 되었다. 설명의무를 위반한 경우 그 손해액에 대한 입증책임이 금융투자업자에게 전환되게 된다. 다만 자본시장법은 설명의무위반 시 발생하는 손해배상청구권의 소멸시효에 대한 규정을 두고 있지 않지만, 민법의 소멸시효에 관한 규정이 준용되는 것으로 보아야 할 것이다. 그리고 자본시장법은 부당권유행위를 금지하면서 그 유형으로 불초청권유금지와 채투자권유금지에 관한 내용을 포함시킴으로써 투자자보호에 진전을 보이고 있다. 다만 부당한 투자권유행위로 인하여 투자자가 손실을 입은 경우 법적 효과에 관한 규정은 두고 있지 않은데, 증권투자권유자가 단정적 판단의 제공 등 부당권유를 하는 경우에는 일반투자자가 투자계약에 중대한 오판을 할 가능성이 높다는 점에서 설명의무에 준하는 손해배상책임규정이 적용되는 것으로 보아야 할 것이다.

앞에서 살핀 것과 같이 각국의 금융규제 당국은 금융위기로 인한 소비자 피해를 최소화하고, 거래시장의 안전을 확보하기 위한 다각적인 노력을 서두르고 있다. 예컨대 미국의 경우 금융소비자에 대한 실질적 보호 대책의 미비로 인하여 모기지 및 신용카드의 불완전 판매행위가 만연하였고 이로 인해 금융시장의 거시건전성까지 위협받게 되었을 뿐만 아니라, 기존의 금융규제기관은 금융건전성감독(prudential supervision) 기능과 금융소비자보호기능을 동시에 담당하였기 때문에 건전성보호에 비해 금융소비자보호에 대한 책임성과 전문성이 부족하다는 비판을 받아왔다. 특히 금융위기 와중에 대형 금융기관이 파산하고 메이도프 폰지(Ponzi) 사기사건 등이 발생하여 금융소비자의 금융시장에 대한 신뢰가 추락하자, 2009년 7월 금융소비자 보호방안을 구체화하기 위해 금융소비자보호청법(CFPAA) 안과 투자자보호법(IPA) 안을 마련하여 입법화하기 위한 노력을 하고 있다. 아울러 2010년 1월 버락 오바마 미국 대통령은 상업은행의 자기자본투자금지를 골자로 하는 규제안을 제시함으로써 금융권에 메머드급 충격을 준 바 있다. 이른바 선진금융기법 등을 자랑해온 미국의 이러한 움직임은 불안한 자본시장체제를 갖고 있는 우리에게 시사하는 바가 크다고 본다.

최근 우리의 경우도 보다 근본적인 금융소비자 보호 방안이 구체적으로 논의되고 있다. 이러한 시점에서 금융투자업자 등의 자정적 노력이 그 어느 때보다도 필요한 시점이라고 본다. 즉 감독기구 재편 논의 및 금융소비자보호원의 신설과 더불어 금융규제강화 움직임이 공적감독기구 개편 차원에서만 논의된다면 자칫 과잉규제로 호를 위협이 있기 때문에, 자율규제 시스템의 작동에 대한 공감대 형성도 필요한 것이다. 왜냐하면 규제강화의 핵심내용인 시스템 리스크관리는 그 측정 및 정책수단 확보 자체가 매우 곤란할 뿐만 아니라, 경기역행적 의사결정을 요구하게 되는 문제가 있고, 특히 공적 규제만으로는 그 목적 달성에 한계가 있기 때문이다. 아울러 투자자보호기금제도의 확대·보완도 서둘러야 할 것이다. 물론 금융소비자도 금융상품거래에서 상존하는 투자리스크는 물론, 거래관계에서의 자기책임원칙을 새롭게 인식할 필요가 있을 것이다.

“자본시장과 금융투자업에 관한 법률”시행 이후 금융상품 소비자 보호와 관련한 소송상 쟁점

변지원(충남대학교 법학전문대학원 석사과정)

I. 서설	VI. 과장광고의 문제
II. 소송상대방의 판단	VII. 설명의무
III. 투자자집단의 분류	VIII. 적합성 원칙
IV. 투자자 자기책임의 원칙	IX. 손해배상의 범위와 그 입증책임의 문제
V. 불완전판매	X. 요약 및 맺음말

I. 서설

2007년 8월 3일 공포된 자본시장과 금융투자업에 관한 법률(이하 ‘자본시장법’이라 함)이 1년 6월의 유예기간을 거쳐 2009년 2월 4일부터 전면 시행되고 있다. 자본시장법은 자본시장의 금융혁신과 공정한 경쟁을 촉진하고 투자자를 보호하며 금융투자업을 건전하게 육성함으로써 자본시장의 공정성·신뢰성·효율성을 높여 국민경제 발전에 이바지하기 위하여 제정한 법률(일부개정 2009. 06. 09 법률 제9784호)이다.¹⁾ 금융위원회에 따르면 자본시장법은 자본시장 관련 법률을 단일 법률로 통합해 금융투자상품의 포괄주의 도입, 기능별 규율체제로의 전환, 업무범위 확대, 투자자 보호제도 선진화를 꾀한다.²⁾ 특히 투자자 보호제도의 선진화와 관련해 자본시장법에서는 투자자 자기책임의 원칙을 실질적으로 보장하고 금융투자자를 충분히 보호하기 위해 투자권유 시 상품의 내용과 위험을 상세하게 설명하도록 요구하는 설명의무(product guidance)와 고객의 재산이나 소득수준 등과 동떨어진 상품을 권유하는 것을 원천적으로 금지하는 적합성(suitability) 원칙 등을 규정하고 있다.³⁾ 본고에서는 자본시장법 시행 이후 금융투자자 보호의무 위반 상황에서 문제될 수 있는 소송상 쟁점을 소송당사자 판단에서 손해배상책임까지 항목을 나누어 다루어보았다. 본고는 금융상품에 대한 불완전판매 상황이 발생하였을 때의 소송상 쟁점을 중심으로 서술되었으며 투자자 보호제도 중 이해상충과 부당한 투자권유의 문제는 불완전판매의 직접적 논점이 되는 경우에 한해 간

1) 전창환, "신자유주의적 금융화와 자본시장의 경쟁력강화 경쟁", 동향과 전망 73호, 2008.

2) 금융감독위원회, "자본시장법 설명회 자료", 2008. 11. 12.

3) 여은정, "펀드 불완전판매 방지를 위한 투자자보호제도 개선방안", 한국금융연구원, 『주간 금융 브리프』 18권 3호, 2009. 1. 10.

접적으로만 언급하였음을 밝힌다. 불완전판매에 대해서는 자본시장법 시행 이후 기준이 될 만한 대법원 판례가 아직 없는 관계로 자본시장법 시행 직전의 결정이지만 자본시장법의 취지를 충분히 반영하였다고 여겨지는 '우리파워인컴 펀드'의 불완전판매에 대한 2008. 11. 11. 금융감독원 금융분쟁조정위원회 조정결정(조정번호 : 제2008 - 83호)을 기준으로 정리하였다.

II. 소송상대방의 판단

1. 법률변경에 따른 소송상대방 판단의 문제

(1) 자본시장법 제3조의 금융투자상품(증권, 파생상품) 구매자가 금융투자자 보호의무 위반을 이유로 손해배상소송을 제기 할 경우, 누구를 피고로 하여 소송을 제기할 것인지가 문제된다. 자본시장법 상 가능한 소송상대방으로는 자본시장법 제6조의 금융투자업자인 투자매매업자, 투자중개업자, 집합투자업자, 투자자문업자, 투자일임업자, 신탁업자 등이 있으며 이들은 구 간접투자자산 운용업법(이하 간접투자법이라고 함)에서 금융상품 판매사와 자산 운용사로 구별되어 왔다.⁴⁾ 본고는 보다 간명한 서술을 위해 구 간접투자법의 이 분류방식을 활용하고자 한다.

(2) 구 간접투자법 상 금융상품 판매사를 피고로 하는 데에는 큰 문제가 없었다. 판매사가 금융상품을 판매함에 있어서 각종의 개별법 위반행위, 불완전 판매행위, 설명의무 위반행위, 적합성 원칙 위반행위 등을 한 경우, 판례는 그러한 각종 고객 보호의무 위반행위에 대해 손해배상책임을 인정해왔다. 신법인 자본시장법 부칙 <29>에 따르면 판매업자를 투자중개업자와 집합투자업자로 규정하고 있고 자본시장법에서는 이들에 대해 설명의무와 적합성 원칙 준수 의무를 명문의 규정으로 부여하고 있으므로 투자중개업자와 집합투자업자에 대해 직접적 손해배상청구는 기존판례의 입장과 마찬가지로 당연히 받아들여 질 것이다.

(3) 구 간접투자법의 분류에 따른 자산 운용사의 경우에는 선관주의의무를 위반하거나(구 간접투자법 제86조), 분산투자 의무를 위반하는 행위(구 간접투자법 제88조), 자산운용상 금지된 행위를 하는 행위(구 간접투자법 제91조) 등 개별법 위반행위를 하여 결과적으로 고객에게 피해를 준 경우 피고가 될 수 있었다. 신법인 자본시장법에서는 제96조-제102조 선관주의 및 충실의무, 제55조 손실보전 등의 금지 등 개별법 위반행위를 하여 결과적으로 고객에게 피해를 준 경우 집합투자업자, 투자일임업자 등이 피고가 될 수 있을 것이다. 덧붙

4) 남현주, "자본시장통합법의 특징과 향후 전망", 정보통신정책연구원, 우정정보 69 (2007여름).

여 투자일임업자, 투자자문업자는 제96조(선관의무 및 충실의무), 제97조(계약의 체결), 제98조(불건전 영업행위의 금지), 제99조(투자일임보고서의 교부) 위반 시 피고가 될 수 있다.

2. 금융상품 운용사의 투자자 보호의무

(1) 문제의 소재

소송상대방 판단과 관련해 특히 문제되는 것은 자산운용사의 투자자 보호 의무이다. 금융상품 판매사의 경우 금융상품 소비자와의 직접적 계약관계가 존재하기에 손해배상책임의 소재에 대한 판단이 비교적 간명하나 직접적 판매행위에 관여하지 않은 자산운용사의 경우 손해배상책임을 묻기 곤란할 수 있으며 손해의 원인이 자산운용사에 있는 경우 그 손해배상책임의 귀속과 관련해 인과관계 입증의 곤란성, 책임의 배분문제 등이 야기될 수 있다.

(2) 관련판례

대법원은 금융상품 운용사이자 판매위탁회사가 판매회사를 통하여 약관과 달리 기재된 이 사건 운용계획서를 원고에게 교부하여 잘못된 정보를 제공함으로써 투자자가 금융상품을 매수하는 데 수반되는 위험성이나 투자내용에 관하여 정확한 인식을 형성하지 못하는 데 중요한 원인을 제공하였고 이로 말미암아 투자자가 정확한 정보에 기초한 합리적인 투자판단을 할 수 없도록 하였다면, 그 잘못된 정보를 믿고 투자한 투자자를 보호하기 위하여, 금융상품을 운용하면서 원고 이외의 다른 투자자를 보호할 필요가 있는 경우 등을 비롯하여 특별한 사정이나 합리적인 사정이 없다면 가능한 한 운용계획서에서 명시한대로 투자자금을 운용할 필요가 있고, 만약 특별한 사정이나 합리적인 사정이 없음에도 불구하고 투자자의 신뢰를 저버리고 이와 달리 운용함으로써 피해가 발생하였다면 투자자 보호를 위하여 그로 인한 손해를 배상할 책임이 있다고 판시하였다(대법원 2007. 9. 6. 선고 2004다53197 판결).

서울남부지원은 자산운용회사가 적합성의 원칙, 설명의무를 위반하여 판매은행으로 하여금 투자자에게 금융상품의 거래에 수반하는 위험성이나 투자내용에 관해 정확한 인식을 형성하는 데 장애를 초래할 정도로 잘못된 정보를 제공한 경우 판매은행과 자산운용회사가 공동불법행위책임을 진다고 판시하였다(서울남부지원 2009. 8. 14. 선고 2008가합20578 판결).

(3) 소결

판례는 금융상품의 판매업무를 직접 담당하지 않는 경우에도, 자산운용사는 그 금융상품의 판매에 직접적인 이해관계가 있는 당사자로서, 투자설명서를 작성하여 해당 금융상품을 구매하고자 하는 자에게 제공하고 투자운용결정 및 지시를 하며 선량한 관리자로서 투자자산을 관리할 책임을 지며 수익자의 이익을 보호하여야 하므로, 투자자에게 투자종목이나 대

상 등에 관하여 올바른 정보를 제공함으로써 투자자가 그 정보를 바탕으로 합리적인 투자 판단을 할 수 있도록 투자자를 배려하고 보호하여야 할 주의의무가 있다고 하였다. 당해 금융상품거래가 이루어진 구체적인 경위, 금융상품의 특성 및 위험도 수준, 투자자의 투자경험 및 능력 등 제반사정을 고려하여 볼 때 위탁회사가 투자대상에 대하여 오해를 생기게 하는 표시 등을 하고도 아무런 조치를 취하지 아니하여 투자자가 당해 거래에 수반하는 위험성이나 투자내용에 관하여 정확한 인식을 형성하는 데 장애를 초래하도록 잘못된 정보를 제공한 경우에는, 자산운용사도 투자자의 신뢰에 위배되는 행위를 함으로써 투자자가 입은 손해를 배상할 의무가 있으며 이 때 자산운용사와 판매은행은 공동불법행위책임을 진다고 본다. 자본시장법 체제에서는 설명의무와 설명내용에 대한 당사자 간 서명, 기명날인, 녹취 등 확인이 법적으로 의무화되어 투자자의 판매사에 대한 설명의무 위반에 기한 불완전 판매의 주장을 직접 하기 곤란한 경우가 많을 것이다. 법적의무화 된 설명의무 이행의 증거를 판매사측에서 미리 확보해 둘 것이기 때문이다. 이와 같이 기존의 판매사에 대한 손해배상책임을 묻기 곤란한 사안에서 금융상품 운용사의 부적절한 정보제공, 투자설명서에 따르지 않은 자산 운용에 기한 금융상품 운용사에 대한 직접적 손해배상의 청구는 투자자의 손해를 전보하기 위한 유용한 수단이 될 것이다.

III. 투자자집단의 분류

1. 투자자집단분류에 따른 보호정도의 차등문제

자본시장법은 복잡·다양한 금융투자상품 판매와 정보부족 등에 따른 투자자 피해 발생을 방지하기 위한 금융투자업자의 영업행위 규제를 보다 강화하되, 투자자의 특성에 따라 그 영업행위 규제의 정도를 합리적으로 규율해 투자자집단 간 보호의 정도에 차등을 둔다.⁵⁾ 즉 투자위험 감수능력에 따라 투자자를 전문투자자와 일반투자자로 구분하여 차등화된 규율내용을 적용하는 것이다. 따라서 원고의 전문투자자 여부는 영업행위에 있어 투자자 보호의무의 정도를 판단하는데 중요한 기준이 되므로 소송상 쟁점이 될 수 있다.

2. 전문투자자(법 제9조 제5항 및 영 제10조) 여부의 판단⁶⁾

5) 여은정, "자본시장통합법하의 투자자구분제도 현황 및 시사점", 한국금융연구원, 『주간 금융브리프』 17권 9호, 2008.

6) 한국은행 금융결제국, "자본시장통합법상 금융투자회사에 대한 규제 및 감독의 주요내용", 업무참고자료, 2008. 9.

첫째, 전문투자자는 금융투자상품에 관한 전문성 구비·소유자산규모 등에 비추어 투자에 따른 위험감수능력이 있다고 판단되는 자로서 국가, 한국은행, 금융기관 등 법령에 열거된 투자자를 말한다. 둘째, 전문투자자 중 일정한 자가 일반투자자(법 제9조 제6항; 전문투자자가 아닌 투자자)와 같은 대우를 받겠다는 의사를 금융투자업자에게 서면으로 통지하면 특별한 사유가 없는 한 일반투자자로 간주한다. 셋째, 비상장법인은 외부평가를 받은 경우에 한해, 개인은 순자산이 일정금액 이상인 경우에 한해 전문투자자로 인정한다.

3. 전문투자자에 대한 영업행위 규제조항의 적용배제

전문투자자에 대한 영업행위에 대해서는 적합성 원칙(법 제46조), 설명의무(법 제47조), 손해배상책임(법 제48조), 계약체결과 관련된 사항의 자료교부의무(법 제97조), 투자일임보고서 교부의무(법 제99조)등의 적용을 배제한다.

4. 판례의 태도

최근 서울중앙지법 민사11부(재판장 이성철 부장판사)는 우리파워인컴펀드 불완전판매와 관련하여 용인시민장학회가 우리은행을 상대로 낸 손해배상 청구소송에서 원고패소 판결을 내렸다.⁷⁾ 이는 법원이 일반투자자와 전문투자자에 다른 잣대로 판단을 내려 기관투자자에게 좀 더 높은 주의의무를 요구한 것이다. 이러한 법원의 태도는 자본시장법 체제에서 계속 유지될 것으로 보이므로 전문투자자의 분류에 들어가지만 일반투자자로 인정될 여지가 있는 경우, 개인투자자지만 전문투자자로 분류할 수 있는 경우 등 전문투자자와 일반투자자의 경계선상에 있는 투자자가 있는 사안에서는 주장해 볼 수 있는 쟁점이다.

IV. 투자자 자기책임의 원칙

사적 거래관계의 일종인 금융투자에 있어 기본적인 대원칙은 투자자 자기책임의 원칙이다. 본고에서 기술하는 자본시장법상 투자권유 관련 규제와 금융투자업자에 대한 투자자 보호의무 부과 또한 적합한 투자권유를 통해 합리적인 투자결정을 돕고 최종적으로 투자자 자기책임의 원칙을 실현하기 위한 제도일 뿐이다.⁸⁾ 투자자 자기책임의 원칙이란 투자자는 원본손실가능성(투자성)있는 금융투자상품 투자 시 자신의 판단과 책임 하에 투자해야 하며,

7) 김소영, "'우리파워인컴 펀드' 손해책임 어디까지", 법률신문, 2009. 10. 7.

8) 서규석, 박선중, "증권투자권유에 있어서 적합성원칙", 『법학연구』, 전북대학교 법학연구소, 2002.

투자결과에 대해서는 본인이 책임을 지는 것이다. 그 위험부담의 분배에 있어서는 금융상품의 수익률 변동으로 인한 위험은 원칙적으로 투자자가 부담하나 이는 위험부담의 중요한 사항인 금융상품의 구성, 투자대상, 투자비중 등에 관하여 정확한 정보가 제공되고 이에 따라 투자자의 투자결정이 적절하게 이루어질 것을 전제로 한다(대법원 2007. 9. 6. 선고 2004다53197). 이러한 원칙은 투자일임업자⁹⁾에게 투자일임하거나, 전문인력의 상담·조언 및 애널리스트의 조사분석자료를 참고해서 투자하는 경우에도 동일하게 적용된다. 투자자 자기책임의 원칙은 금융투자업자 및 그 임직원이 금융투자상품의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 투자자의 손실을 보전하거나, 투자자에게 이익 보장, 또는 제공하는 행위를 금지하고 있는 자본시장법 제55조에서도 잘 나타난다.

V. 불완전판매

1. 의의

불완전판매는 펀드와 같은 금융상품 및 서비스 구매를 권유하는 판매자가 구매자인 고객에게 구매에 있어 필요하고도 충분한 정보를 제공하지 않으면서 무리한 투자권유를 하여 펀드를 판매하는 등, 정당한 사유 없이 고객의 이익을 해하면서 자기의 이익(수수료 등)을 추구하는 행위를 총칭하는 개념으로서, 민법상 신의성실의 원칙(민법 제2조)에 반하는 행위를 말한다. 이에 반하여 ‘완전판매’란 판매자가 금융상품 및 서비스를 판매함에 있어서 향후 발생 가능한 고객의 불만과 판매리스크를 원천적으로 예방한 상태에서 위와 같은 상품을 판매하는 형태를 총칭한다.¹⁰⁾ 민법 제2조, 자본시장법 제96조 투자자문업자 및 투자일임업자의 투자자에 대한 선관의무 및 충실의무가 1차적인 법적 근거이다.

2. 판단의 기준

(1) 금융감독원의 조정결정(조정번호 : 제2008 - 83호)

2008년 11월 11일 금융감독원 금융분쟁조정위원회는 ‘우리파워인컴 펀드’와 관련된 금융분쟁에서 ‘불완전 판매’에 대한 책임이 은행 측에 있음을 이유로 구매자 손실 금액의 50%를 손해배상하라는 조정결정을 내렸다(조정번호 : 제2008 - 83호). 사안에서는 파생상품 판매 시 고객에 대한 보호의무를 다하였는지 여부가 쟁점이 되었다. 비록 위 조정결정은 자본시장

9) 금융투자상품에 대한 투자판단의 전부 또는 일부를 투자자로부터 일임받아 투자자별로 구분하여 금융투자상품을 취득·처분·운용하는 금융투자업자

10) 부종식, "펀드피해 소송의 쟁점 및 검토", 기업법무리포트, 2009. 4. 9.

법 도입 직전의 결정이기는 하지만 금융상품의 불완전판매와 관련한 자본시장법의 도입취지를 충분히 반영한 가장 최근의 결정이라 볼 수 있다. 따라서 본고에서는 조정번호 제 2008-83 조정결정의 논리적 흐름에 따라 자본시장법과 관련한 불완전판매의 쟁점을 논해보고자 한다.

(2) 투자손실에 대한 위법성 판단의 기준 판례

위 조정결정은 대법원 2003. 1.10. 선고 2000다50312판결을 위법성 판단의 기준으로 제시하고 있다. 대법원은 금융회사 권유행위의 위법성 여부 판단기준에 관하여 “증권회사의 임직원이 고객에게 적극적으로 투자를 권유하였으나 투자 결과 손실을 본 경우에 투자자에 대한 불법행위책임이 성립되기 위해서는, 이익보장 여부에 대한 적극적 기망행위의 존재까지 요구하는 것은 아니라 하더라도, 적어도 거래경위와 거래방법, 고객의 투자 상황(재산상태, 연령, 사회적 경험 정도 등), 거래의 위험도 및 이에 관한 설명의 정도 등을 종합적으로 고려한 후, 당해 권유행위가 경험이 부족한 일반 투자자에게 거래행위에 필연적으로 수반되는 위험성에 관한 올바른 인식형성을 방해하거나 또는 고객의 투자 상황에 비추어 과대한 위험성을 수반하는 거래를 적극적으로 권유한 경우에 해당하여, 결국 고객에 대한 보호 의무를 저버려 위법성을 띤 행위인 것으로 평가될 수 있는 경우라야 한다(대법원 2003. 1.10. 선고 2000다50312판결).”고 판시하고 위 조정결정도 해당 판례가 제시한 기준에 따라 사안을 판단하고 있다. 즉 불완전 판매 여부는 금융투자업 종사자 투자권유행위의 위법성여부를 기준으로 판단하는데 이때 투자권유행위의 위법성은 ① 금융상품의 위험성에 관한 구매자의 올바른 인식 방해 여부에 대해 i) 과장광고여부, ii) 설명의무를 기준으로, ② 고객의 상황에 비추어 과대하게 위험성 있는 거래를 적극적으로 권유하였는지 여부에 대해 적합성 원칙을 기준으로 판단한다. 여기서의 과장광고, 설명의무, 적합성 원칙 등은 불완전판매의 판단기준만이 되는 것은 아니고 부당권유 여부의 판단 기준으로서도 작용할 수 있으며 그 위반 자체로 불법행위책임을 인정할 수 있는 등 다양하게 이용되어 질 수 있다. 따라서 본고는 이 기준 판례에 따라 ① 과장광고, ② 설명의무, ③ 적합성 원칙의 순으로 서술하되 편의상 목차를 바꾸어 논하기로 한다.

VI. 과장광고의 문제

1. 자본시장법에서 투자광고의 규제

자본시장법에서는 금융투자회사의 광고가 무분별하게 이루어지는 것을 방지하여 투자자를 보호하기 위해 광고 규제를 도입하였다. 자본시장법에서는 적법하게 이루어지는 투자권

유와 투자광고를 구분하기 위해서 투자권유의 개념을 정의하고 있는데, ‘투자권유’는 “특정 투자자를 상대로 금융투자상품의 매매 또는 금융투자업 관련계약의 체결을 권유하는 행위”로 정의하여(자본시장법 제9조 제4항) 상대적으로 불특정 투자자를 상대로 하는 것은 투자광고로 의제할 수 있다. 그런데 광고가 투자권유의 일종으로 볼 경우 설명의무, 적합성원칙 등이 적용되어 광고가 사실상 불가능해질 가능성이 있으므로 투자광고에 대해 다음과 같은 규제를 통해 금융소비자 보호와 동시에 투자광고의 허용을 꾀하고 있다.¹¹⁾

첫째, 금융투자업자가 아닌 자는 원칙적으로 금융투자업자의 영위업무(인가받거나 등록한 업무 범위) 또는 금융투자상품에 관한 광고(이하 “투자광고”라 함)를 하여서는 아니 된다(자본시장법 제57조 제1항).

둘째, 금융투자업자는 집합투자증권에 대한 투자광고를 제외한 투자광고를 하는 경우에는 그 금융투자업자의 명칭, 금융투자상품의 내용, 투자에 따른 위험, 그 밖에 대통령령¹²⁾으로 정하는 사항이 포함되도록 하여야 한다(자본시장법 제57조 제2항).

셋째, 금융투자업자는 집합투자증권에 대하여 투자광고를 하는 경우 다음 각 호의 사항이 포함되도록 하여야 하며, 집합투자기구의 명칭, 집합투자기구의 종류에 관한 사항, 집합투자기구의 투자목적 및 운용전략에 관한 사항, 그 밖에 집합투자증권의 특성 등을 고려하여 대통령령¹³⁾으로 정하는 사항 외의 사항을 투자광고에 사용하여서는 아니 된다(자본시장법 제57조 제3항).

① 집합투자증권을 취득하기 전에 투자설명서를 읽어 볼 것을 권고하는 내용

② 집합투자기구는 운용결과에 따라 투자원금의 손실이 발생할 수 있으며, 그 손실은 투자자에게 귀속된다는 사실

③ 집합투자기구의 운용실적을 포함하여 투자광고를 하는 경우에는 그 운용실적이 미래의 수익을 보장하는 것은 아니라는 내용

넷째, 금융투자업자는 투자광고를 함에 있어서 손실보전 또는 이익보장으로 오인하게 하는 표시를 하여서는 아니 된다(자본시장법 제57조 제4항).

다섯째, 투자광고의 방법 및 절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령¹⁴⁾으로 정한다(자

11) 전옥, "자본시장과 금융투자업에 관한 법률상의 금융투자자보호제도에 관한 고찰", 저스티스 통권 제107호, 2008. 9. 25.

12) 시행령 제60조 제1항에 의하면 1. 금융투자업자는 금융투자상품에 대하여 충분히 설명할 의무가 있다는 내용, 2. 금융투자업자로부터 제1호에 따른 설명을 듣고서 투자할 것을 권고하는 내용, 3. 법 제58조제1항에 따른 수수료에 관한 사항, 4. 투자광고를 하는 자, 투자광고의 내용, 투자광고의 매체 크기 시간 등을 고려하여 금융위원회가 정하여 고시하는 사항을 말한다.

13) 위 같은 조 제2항에 의하면 1. 집합투자업자, 집합투자재산을 보관 관리하는 신탁업자 및 집합투자증권을 판매하는 투자매매업자 투자중개업자 일반관리회사에 관한 사항, 2. 제1호의 자가 받는 보수 또는 수수료에 관한 사항, 3. 해당 집합투자기구의 투자운용인력에 관한 사항, 4. 과거 운용실적이 있는 경우 그 운용실적, 5. 집합투자증권의 환매에 관한 사항, 6. 그 밖에 투자광고에 포함하여도 투자자 보호를 해치지 아니한다고 인정되는 사항으로서 금융위원회가 정하여 고시하는 사항을 말한다.

14) 위 같은 조 제3항에 의하면 1. 수익률 또는 운용실적을 표시하는 경우에는 수익률 또는 운용실적

본시장법 제57조 제6항).

2. 결정의 내용¹⁵⁾

금융감독원은 문제의 광고와 관련하여 Moody's의 등급은 오직 크레딧 리스크에 대한 판단이며 투자자의 수익률에 현저한 영향을 끼칠 수 있는 그 이외의 리스크는 포함되어 있지 않고, 그 등급은 언제라도 변경 및 철회, 보류될 수 있다는 사실을 익히 알고 있었거나 알 수 있었음에도 불구하고 이를 의도적으로 도외시 한 채 무디스의 등급(A3)이 확고불변의 진리인양 과대 포장한 문구가 기재된 상품 안내장을 사용하여 “…… 원금 손실은 없을 것 ……”라고 설명함으로써 판매된 금융상품이 원금손실의 위험성이 거의 없는 상품으로 오해하게 하였는데, 이는 허위표시 또는 중요한 사항에 대하여 오해를 유발할 수 있는 표시행위를 금지하고 있는 자본시장법 제176조(시세조종행위 등의 금지), 동법 제178조(부정거래행위 등의 금지), 투자원금 손실가능성을 반영하지 아니한 단정적인 연 수익률의 광고를 허용하지 아니하는 동법 제57조를 위반한 것이고, 더욱이 이자라는 개념은 금전소비대차 거래에 있어 금전의 사용대가를 말하는 것이어서 여수신 거래에 국한하여 사용하여야 함에도 의도적으로 수익금이라는 표현 대신에 이자, 금리, 고정금리라는 표현을 사용하여 설명하였고, 또한 3개월마다 수익금을 지급할 때에도 통장에 이자라는 단어를 기재함으로써 신청인으로 하여금 해당 금융상품을 정기예금 또는 이와 유사한 상품으로서 원금이 보장되는 것으로 오해하게 한 위법이 있다고 판시하였다.

VII. 설명의무

1. 의의

설명 의무는 금융투자업자가 투자자에게 금융투자상품에 대한 투자를 권유하는 경우, 금융투자상품의 내용과 투자에 따르는 위험 등 법령에 정한 사항을 투자자가 이해할 수 있도록 설명해야 하는 의무를 의미한다(자본시장법 제47조 제1항). 또한 금융투자업자는 설명을 함에 있어 투자자의 합리적인 투자판단이나 금융투자상품의 가치에 중대한 영향을 미칠 수 있는 중요사항을 거짓으로 설명하거나 누락하여서는 안 된다(자본시장법 제47조 제3항). 즉 금융투자업자는 고객인 투자자가 거래의 내용과 투자의 위험성에 대한 인식이나 판단을 잘못하지 않도록 배려

이 좋은 기간 의 수익률 또는 운용실적만을 표시하지 아니할 것, 2. 금융투자상품의 비교광고를 하는 경우에는 명확한 근거 없이 다른 금융투자상품이 열등하거나 불리한 것으로 표시하지 아니할 것, 3. 준법감시인의 사전확인을 받는데 금융위원회가 정하여 고시하는 방법에 따를 것을 말한다.
15) 금융감독원의 조정결정(조정번호 : 제2008 - 83호).

해야 하고, 당해 거래에 대한 정확하고 완전한 설명을 해 주어야 하는 것으로¹⁶⁾ 이는 충분한 정보에 근거한 투자판단(informed investment)을 유도하기 위한 것이다. 이러한 설명의무에는 고객으로 하여금 오인을 야기할 수 있는 정보를 제공하지 말아야 할 부작위의무와 고객이 자기 책임 하에 적절한 투자판단을 할 수 있도록 필요한 정보를 적극적으로 제공해야 할 작위의무가 있다.

2. 적합성 원칙과의 관계

금융투자상품에 관한 계약이 체결되는 과정을 보면, 우선 일반투자자에 대한 유가증권매매의 권유를 위해서는 당해 유가증권이 당해 투자자에 대한 적합성을 충족시켜야 하며(협회의 적합성의 원칙), 당해 투자자의 목적 등에 적합한 형식으로 권유·판매가 이루어져야 한다(광의의 적합성의 원칙). 그리고 당해 고객의 목적 등에 적합한 종목이나 수량의 범위 내에서 이루어진 권유는 당해 고객에게 이해시키기 위해 적절한 정도의 설명을 요한다. 즉 적합성원칙은 설명의무를 다하였는지 여부를 판단하는 해석기준으로서 작용한다.¹⁷⁾ 덧붙여 자본시장통합법의 체제에서 설명의무위반은 법문 상 불법행위책임이 명백하지만 적합성의 원칙에 대해서는 논란의 여지가 있으므로 양자의 증명이 가능한 경우 설명의무위반을 중심으로 사안을 해결하는 것이 바람직해 보인다. 하지만 적합성 원칙의 위반에 대해서도 판례는 그 불법행위성을 인정하고 있다.

3. 설명의 범위

금융투자상품의 판매와 관련해 설명을 요하는 부분은 적어도 수익 내지 손실에 영향을 미치는 것으로 계약체결 여부의 판단을 하는데 있어 중요한 사항이다. 이때 중요성의 판단기준은 투자자가 금융투자상품을 구입할 것인지 여부의 판단에 달려 있다. 설명사항은 금융투자상품의 내용, 투자에 따르는 위험(자본시장법 제47조 제1항), 금융투자상품의 투자에 관한 구조와 성격, 수수료에 관한 사항, 조기상환조건이 있는 경우 그에 관한 사항, 계약의 해제·해지에 관한 사항 등이다(자본시장법 제53조 제1항).

4. 설명의 정도와 관련한 판례

판례는 기업어음거래에서 거래의 대상인 CP에 있어 발행자의 신용도를 측정하는 지표인 신용등급은 중요정보에 해당한다고 보아 설명의무위반을 인정하였다(대법원 2006. 6. 29. 선고 2005다49799판결). 공사채형 투자신탁의 경우에 설명사항으로는 투자에 따르는 위험과 관련한

16) 정준우, "증권업자의 부당한 투자권유행위의 합리적 규제방안", 『비교사법』 제11권 3호(한국비교사법학회, 2004), 433-434면.

17) 이영철, "금융투자상품의 투자권유에 있어서의 설명의무", 『성균관법학』 제20권 3호(별권), 성균관대학교 비교법연구소.

여 채권시장의 시가변동에 의한 위험, 발행주체의 신용 위험, 그리고 외국채권을 신탁재산에 편입하는 때에는 환시세의 변동에 의한 위험이 존재하고 이로 인해 원본 손실의 가능성이 있다는 사실 등을 판시하였다(대법원 2003. 7. 11. 선고 2001다11802판결).

5. 설명의무 위반의 효과와 관련한 판례

청주지방법원은 금융상품 판매자가 설명의무를 이행하였다고 하더라도 소비자가 계약을 체결하였을 것으로 판단된다면 판매자의 설명의무 위반은 계약체결 과정에서 부수의무를 위반한 것으로 보아야 하며 이러한 경우에는 설명의무위반을 이유로 계약의 효력 자체를 부인할 정도는 아니라고 보았다(청주지방법원 2010. 1. 13. 선고 2009가합2924 판결). 그렇다면 설명의무를 이행하였을 경우 소비자가 계약을 체결하지 않았을 것이 명백한 경우에는 설명의무위반을 이유로 계약의 효력 부인을 주장해 볼 여지가 있다.

6. 결정의 내용¹⁸⁾

구 간접투자법 제56조 제2항, 표준판매행위준칙 제13조 및 제14조에 따라 피신청인은 신청인에게 투자설명서를 제공하고, 그 주요 내용을 설명하여야 함에도 이를 위반하여 투자설명서를 제공하지 아니하였음은 물론, 본 건 금융상품은 대부분의 자산을 장외파생상품에 투자하여 운용하는 펀드로 ‘위험 포트폴리오의 이벤트 수’(변동성이 큰 56종목의 주가가 각 종목별로 기준가 대비 65% 초과 하락한 횟수)에서 ‘보통 포트폴리오의 이벤트 수’(변동성이 작은 56종목의 주가가 각 종목별 기준가 대비 65% 초과 하락한 횟수)를 차감하여 산출되는 ‘펀드이벤트의 수치’가 58~90 사이일 때 투자원금의 일부가, 91 이상일 때 투자 원금의 전액이 손실된다는 사실을 전혀 설명하지 않은 불법을 인정했다.

VIII. 적합성 원칙

1. 의의

자본시장통합법에서는 금융투자회사가 투자권유를 하기 전에 투자자의 특성을 파악하기 위해 투자목적, 재산상태, 투자경험 등을 투자자와의 면담 등을 통해 파악하여 서면으로 확인받도록 하는 소위 ‘Know-Your-Customer-Rule’인 적합성의 원칙(suitability)을 도입하였

18) 금융감독원의 조정결정(조정번호 : 제2008 - 83호).

다.¹⁹⁾ 이러한 적합성의 원칙은 투자자에게 적합한 투자상품과 투자방향을 제공하기 위한 것으로,²⁰⁾ 기존에 증권업감독규정 차원에서 규정되어 있던 것을²¹⁾ 실정법에서 도입한 것이다. 적합성의 원칙은 기관투자자와 같은 소위 전문성이 있는 투자자에게는 적용되지 않고 위험 감수능력이 상대적으로 미약한 일반투자자에게만 적용한다. 기관투자자는 증권투자의 전문가이므로 충분히 자기방어적인 능력이 있기 때문에 이들에 대하여는 굳이 적합성의 원칙을 적용할 필요가 없기 때문이다.²²⁾ 자본시장법에서는 금융투자회사가 투자권유를 함에 있어 투자자가 일반투자자인지 전문투자자인지를 확인토록 하는 한편(자본시장법 제46조 제1항), 전문투자자의 요건을 갖춘 자가 일반투자자 대우를 원하고 금융업자가 이에 동의하는 경우에는 일반투자자로서의 투자자 보호를 받을 수 있도록 하여 제도의 획일적 적용에 따른 부작용을 완화하는 장치를 마련하였다. 그러나 일반투자자를 전문투자자로 대우하는 것은 허용하지는 않는다.²³⁾ 그리고 적합한 투자권유가 이루어질 수 있도록 투자권유를 하기 전 투자자의 투자목적, 재산상황 및 투자경험 등에 관한 정보를 제공받고 투자자로부터 이에 대한 서면확인을 받아야 한다(동조 제2항).²⁴⁾

2. 결정의 내용²⁵⁾

가입 당시 나이가 58세(47년생)인 가정 주부로 펀드 가입 경험이 전혀 없고, 여유자금을 주로 정기예금 등으로 운용하는 원고의 보수적 투자성향을 알고 있었거나 알 수 있었던 판매자가 투자 원금의 전액이 손실될 가능성이 있는 파생상품을 노후자금으로 운용하기에 적합하고, 고정금리에 3개월마다 이자가 지급되며, 안정성이 매우 높다는 식으로 적극적으로 권유하여 원고로 하여금 예금담보 대출을 받아 가입하게 한 사실을 들어 적합성원칙의 위반을 인정하였다.

19) 이러한 적합성의 원칙은 미국 NYSE와 NASD의 자율규제 차원에서 비롯되었고, 판례에서는 적합성의 원칙에 기하여 묵시적 사적 소권(implied cause of action)을 인정하는가에 관하여 견해가 나누기도 하였고, 적합성의 원칙 위반을 Rule 10b-5 위반으로 다루기도 하였다. 자세한 내용은 권순일, 전게서, 114-120면 참조.

20) 영국(COB § 5.3.5), 호주(FSRA s945A), 싱가포르(SFA § 123), 홍콩(SFO § 168.(d)), 일본(금융판매법 7조, 증권거래법 43조), 독일(증권거래법 31조) 등 거의 모든 국가에서 도입되어 있는 제도이다.

21) 금감위의 증권업감독규정 제4-15조 제3항 참조.

22) Lyle Roberts, Suitability Claims under Rule 10b-5: Are Public Entities Sophisticated Enough to Use Derivatives?, 63 U. Chi. L. Rev. 817, 818(1996).

23) 일반투자자를 전문투자자로 대우하는 것을 허용할 경우 금융투자회사가 투자자 보호회피 수단으로 악용할 수 있으므로 도입하지 않았다.

24) 이는 기존의 증권업감독규정 제4-15조 제3항의 내용을 실정법 규정으로 수용한 것이다.

25) 금융감독원의 조정결정(조정번호 : 제2008 - 83호).

IX. 손해배상의 범위와 그 입증책임의 문제

1. 자본시장법의 태도

자본시장법에서는 설명의무의 확보수단으로 설명의무를 이행하지 않은 경우와 법령에 규정된 중요한 사항에 대한 설명의 허위(misstatement) 또는 누락(omission)으로 인하여 발생한 일반투자자의 손해에 대하여 금융투자업자에게 손해배상책임을 부과하고 있다(자본시장법 제48조 제1항). 이 경우 손해배상액은 투자금액에서 회수금액을 제한 투자자의 원본손실액을 손해액으로 추정하고 있다(자본시장법 제48조 제2항).

2. 자본시장법 도입 이전과의 비교

자본시장법 체제 이전에는 ① 금융상품 자체에 존재하는 치명적인 결함 또는 판매사(또는 자산운용사)의 개별법 위반행위, 불완전판매, 적합성 원칙 위반행위 등 투자자 보호의무 위반행위, ② 투자자가 입은 손해, ③ 위와 같은 ‘금융상품 자체의 결함 또는 판매사(또는 자산운용사)의 위와 같은 위반행위’와 투자자의 손해 사이의 인과관계를 투자자 스스로 모두 입증하여야만 손해의 배상을 받을 수 있었다.

자본시장법의 체제에서는 ① 금융투자업자가 투자자에 대하여 설명의무를 부담한다는 것이 명시되어(자본시장법 제47조) 투자자는 업자의 책임을 직접 추궁할 수 있으며(직접책임), ② 금융투자업자의 고객에 대한 정보·교섭력의 우위성 등을 감안하여 설명의무위반에 관하여 고의·과실 유무는 불문하고(자본시장법 제48조 제1항, 무과실책임), ③ 설명의무위반과 투자자에게 발생한 손해 간의 인과관계를 추정함과 동시에 손해액을 추정하는 규정을 둠으로써 입증책임이 금융투자업자에게 전환된다(자본시장법 제48조 제2항, 입증책임의 전환).

3. 관련 판례

인과관계와 관련하여 실질적인 주식가치를 제대로 평가한 분석기관의 평가의견이 유가증권 신고서나 청약안내공고 등에 기재되었더라면 투자자들이 그와 상당히 차이가 있는 공모가액으로 공모에 응하지 않았을 것이라는 사정이 인정되는 경우, 다른 특별한 사정이 없는 한 분석기관의 부당한 평가와 그 평가의견을 제공 받은 투자자들이 공모에 응하여 입은 손해 사이에는 상당인과관계가 인정된다고 판시한 대법원 판례가 있다(대법원 2010. 1. 25. 선고 2007다16007 판결).

책임의 제한과 관련해 펀드 가입 시 소비자의 주의의무 해태, 시장의 여건변화에 따른 손해

축소노력 해태, 펀드중도해지 전 상당한 수익금 취득, 손해발생의 원인에 있어 세계적인 금융위기라는 외부적 상황의 고려 등을 통해 설명의무 위반의 판매자에 대해 책임을 45%로 한정한 서울중앙지방법원 판례가 있다(2009. 6. 23. 선고 2008가합99578 판결).

4. 결정의 내용²⁶⁾

경험이 부족한 투자자에게 본건 금융상품 거래행위에 필연적으로 수반되는 위험성에 관한 올바른 인식형성을 방해하고, 신청인의 투자상황에 비추어 과대한 위험성을 수반하는 거래를 적극적으로 권유하는 등 신청인에 대한 보호의무를 이행하지 아니하여 불법행위 책임이 성립된다고 판단하였다. 다만, “가입하신 투자신탁 상품은 은행예금이 아니며, 운용 실적에 따라 수익이 배분되는 실적배당상품으로서 투자원금의 손실이 발생할 수 있다”고 기재되어 있는 ‘투자신탁상품 가입고객 확인서’상에 서명날인한 점, 본건 통장의 상품명란에 ‘수익증권(○○파생상품투자신탁)’이, 그 하단에는 ‘펀드종류 : 파생상품형’ 등이 기재되어 있는 점, 판매자가 6년 만기 이전에 해지하는 경우 환매수수료가 발생한다고 설명한 사실이 있는 점 등을 고려해, 투자자는 해당 금융상품이 정기에금과는 다른 상품인 것을 인식하였거나 인식할 수 있었음에도 적극적으로 상품 내용을 알려고 하지 아니한 잘못이 있으므로 이를 참작하여 책임 비율을 50%로 제한하였다.

X. 요약 및 맺음말

자본시장법의 시행으로 금융소비자 보호와 관련된 기존 규정들과 학설·판례를 통해 주장·인정되어오던 원칙들이 하나의 법체계 하에서 통일성 있게 명문화되었다. 이는 금융소비자에 대한 자기책임의 원칙을 실질적으로 보장하기 위한 보완책들이라 할 수 있다. 금융소비자의 합리적 투자결정을 위한 금융상품 판매사와 운용사의 의무와 관련해 특히 문제되는 소송상 쟁점은 다음과 같다. 소송상대방의 판단문제에서 금융상품의 판매사 뿐 아니라 운용사 또한 당해 금융상품에 대한 이해관계인으로 투자판단에 대한 부정확한 인식을 형성하도록 하였다면 공동불법행위의 책임을 진다. 투자자 보호의 규정은 투자집단에 따라 차등적으로 적용되기에 소송을 위해서는 원고가 투자자집단분류 중 어디에 속하는 지를 명확히 할 필요가 있다. 전문투자자에 대해서는 영업행위 규제 중 적합성원칙(자본시장법 제46조), 설명의무(법 제47조), 손해배상책임(법 제48조), 계약체결과 관련된 사항의 자료교부의무(법 제97조), 투자일임보고서 교부의무(법 제99조)등의 적용이 배제된다. 최근 불완전판매에 대한 금융감독원의 조정결정(제2008-83호)은 대법원 2003. 1. 10. 판시 중 ① 위험성에 대한 올바

26) 금융감독원의 조정결정(조정번호 : 제2008 - 83호).

른 인식형성 방해 여부, ② 고객의 투자 상황에 비추어 과대한 위험성을 수반한 거래를 적극 권유하였는지 여부를 불완전 판매에 대한 판단기준으로 하고 있다. 이 불완전 판매에 대한 판단기준은 자본시장법상의 소비자 보호규정 대부분을 포괄한다. 인식형성과 관련해서는 투자광고, 설명의무 위반의 문제가 있는데 특히 투자광고 여부의 판단, 투자광고 규정의 위반 여부, 설명의 범위와 정도가 문제된다. 과대한 위험성 있는 거래의 적극적 권유 여부는 적합성 원칙으로 판단한다. 손해배상책임에 있어서는 금융투자업자의 직접책임, 무과실책임, 입증책임의 전환이 소송상 고려할 부분이며 과실상계에 있어서는 투자자의 주의의무, 손해를 최소화하고자 하는 노력, 외부적 투자사정 등이 고려된다. 자본시장법의 도입으로 판매사와 운용사의 금융소비자 보호 의무는 학설상의 원칙이나 판례의 태도가 아닌 당연히 지켜져야 할 현행법상 명문규정으로서의 지위를 가지게 되었다. 자본시장법의 도입으로 금융소비자 보호의무가 명문화되고 소송상 입증책임이 전환되면서 금융소비자에 대한 보호의무 위반을 이유로 한 소송이 꾸준히 제기되고 있고 자본시장법의 정착과 함께 관련 소송의 수는 급증할 것으로 보인다. 이러한 소송에 대해 법원은 CCTV판독과 금융소비자의 사건 전후 투자경향, 교육정도, 직업 등을 면밀히 분석해 설명의무 이행여부를 판단하는 한편(2009.10.29. 선고 2009가합70505 판결), 투자자의 주의의무, 시장의 여건변화에 대한 대응 형태 및 손해축소를 위한 노력, 중도해지 전 수익의 정도, 금융위기와 같은 외부여건의 고려 등을 과실의 비율 산정 시 고려해왔으며(2009.6.23. 선고 2008가합99578 판결) 이러한 판례의 태도는 자본시장법의 시행 이후에도 큰 변화가 없을 것이다. 따라서 금융투자자나 금융투자업체 양측 모두 승소를 위해서는 법문과 사실관계의 세부적 내용을 면밀히 분석하고 충분히 준비해야하는 난점이 있으나 투자손실의 정도가 크고 설명의무 위반 등이 명백한 사안의 금융소비자를 대리하는 경우라면 승소 시 금융상품투자로 인한 손실의 상당부분을 배상받을 수 있으므로 투자손실보전을 위한 마지막 수단으로 시도해 볼 만한 소송이다.

한국 과거청산 작업의 전개와 그 역사적 의의

김동춘(성공회대 사회과학부 교수, 전 진실화해위원회 상임위원)

I. 전개과정

III. 의의

II. 한계 혹은 위험성

I. 전개과정

한국은 과거 군부독재를 겪었던 후발자본주의 국가 중에서는 경제성장과 민주화를 동시에 달성한 희귀한 사례로 종종 거론된다. 특히 한국은 민주주의의 공고화에 성공한 사례로 칭송되는데, 군부세력의 완전한 퇴진, 비교적 공정한 선거의 도입, 안정적인 정권교체, 선거 시 후보와 정당간의 합법적인 경쟁, 지방자치에도의 실시, 언론자유와 신장, 시민사회의 활성화, 두 번에 걸친 문민정권의 수립 경험 등이 그 증거들이다. 특히 군사정권 붕괴와 그 이후의 한국의 민주화 과정에서 가장 큰 사안이 군사정권 하 발생했던 인권유린 사태에 대한 진상규명 작업이었다. 여기에는 가해자의 처벌, 피해자의 구제 및 화해 등 일련의 작업이 포함된다. 민주화 이행을 겪은 모든 나라들에서 그러하였듯이 김영삼 정부이후 본격화된 한국 과거청산은 민주화를 촉진, 공고화시키는 기반이 되었고, 다른 편으로 보면 위로부터의 정치적 민주화나 아래로부터의 대중적 참여와 요구의 수준에 따라 가해자 처벌, 피해자 명예회복과 보상, 과거 은폐된 사실 등에 대한 과거 청산의 질과 수준이 좌우되기도 했다.

한국에서 군부정권을 퇴진시킨 87년 6월 항쟁은 그 자체가 과거청산운동이었다는 점을 주목해 볼 필요가 있다. 즉 '전두환 정권 퇴진'의 구호는 그 정권이 단순히 절차적 민주주의를 위배한 독재정권이기 때문만이 아니라 집권과정에서 1980년 광주 민주화운동을 폭력적으로 진압하고 수많은 인명을 학살하였기 때문이며, 집권 이후 7년 동안 민주화 세력을 탄압하기 위해 강제징집 대학생을 대상으로 한 '녹화사업', 여러 가지 형태의 간첩조작, 인권침해와 고문 등의 폭력을 행사해 왔고, 군부정권 퇴진 구호는 바로 그러한 과거를 반복하지 않으려는 열망의 소산이었기 때문이었다. 92년 김영삼의 대통령 당선 역시 민주화세력에 대한 국민적 지지의 표현이었고, 97년 김대중의 당선은 광주 민주화 운동에 대한 국민적 인정이자 광주 학살과 그것을 자행했던 세력에 대한 심판의 성격을 갖고 있었다. 김영삼 대통령은 신군부의 핵심 그룹은 하나회를 해체시킴으로써 군부의 재집권 가능성을 차단하였다. 이것이 한국이 더 이상 쿠데타의 가능성이 존재하지 않는 나라, 즉 위로부터 진행된 가장 중요한 과거청산의 성과였다고 볼 수 있다. 특히 김대중 대통령의 당선은 80년 광주 5.18 학살

과 민주화 운동과 결정적인 함수관계를 갖고 있다. 무엇보다도 5.18 학살 이후 한국의 호남 지역사람들이 얻은 상처와 그것을 해결해줄 수 있는 정치적인 상징으로 그를 선택했기 때문이다.

한편 과거 반인권·반민주 전력자들의 낙선과 낙천을 제창했던 2000년과 2004년의 시민 운동 주도의 선거정치 참여 운동은 87년 이후 진행된 정치 민주화를 보다 심화 확대시키려던 과거청산운동의 일종이기도 했다. 물론 2004년 총선에서는 이제 과거 반인권, 반민주전력자의 퇴출 문제에 대한 국민적 관심이 크게 저하되기는 했지만 87년부터 이후 지금까지 한국에서는 대통령 선거와 총선거가 과거 군사정권 부역자 및 반인권 전력자들에 대한 정치적 심판, 그리고 그 반대편에 서 있었던 민주화 운동 경력자의 정치세력화의 성격을 어느 정도 지니고 있었음을 말해준다.

선거정치 외에 과거청산을 담당한 곳은 사법부였다. 사법부 주도의 과거청산의 대표적인 사례는 12.12와 5.18 사건 재판이었다. 1995년 7월 18일 검찰은 12.12와 5.18 사건에 대한 1년의 수사 끝에 '성공한 쿠데타는 처벌할 수 없다'는 논리를 내세워 관련자 불기소 결정을 내렸다. 그러나 이에 분노한 민주화운동 세력은 5.18 특별법 쟁취를 위한 공대위를 구성하여 지속적인 투쟁을 벌인 끝에 12월 21일 5.18 특별법을 제정하는 데까지 이르렀다. 결국 법원은 '폭동과 학살'의 주역들에게 유죄판결을 내리는데 성공했으나, 가해자 규명을 포함한 5.18의 총체적 진실에 도달하지 못하는 한계를 보였다.

한편 90년대 이후 된 시민운동에 의해 주도된 과거 반인권 국가기구 개혁 작업 역시 과거청산운동의 연장이었다고 볼 수 있다. 비록 군사정권 하 인권침해의 상징이었던 군부, 국가정보원(KCIA), 기무사, 검찰, 경찰 조직의 인권침해적 요소를 제거하기 위한 여러 번의 개혁적인 조치들, 그리고 시민적 정치적 인권이 제약되는 사태를 막고 인권보장을 제도화하기 위해 국가인권위원회를 설립하자는 운동들, 민주화운동 기념사업회를 설립하기 위한 운동, 80년대 의문사의 진상을 규명하자는 운동들 모두 정치적 민주화 이후 국가기관을 민주화시키기 위한 새로운 형태의 과거청산운동이었다 볼 수 있다. 그러나 이와 같은 밑으로부터의 운동에 의해 추진된 과거청산 운동은 다른 나라에서 그러했듯이 문민정부가 여전히 구세력의 압력에 밀려 과거청산 작업에 소극적인 자세를 취하게 되자 이에 대해 피해자나 시민사회단체가 강력하게 항의하는 양상으로 전개되었다.

예를 들어 군사정권 하의 의문사 유족들과 활동가들은 세계 사회 운동사상 유래가 없을 정도의 400일 이상의 천막농성을 여의도 국회의사당 앞에서 진행하였고, 그 결과 87년 민주화운동 이후 무려 15년이 흐른 후에야 대통령 직속 의문사위원회(The Presidential Truth Commission on Suspicious Deaths of the Republic of Korea)가 본격적으로 구성되어 활동하기 시작했다. 민주화운동 관련자 명예회복과 보상법안을 위한 투쟁역시 이와 동시에 진행되었다. 한편 이와 더불어 한국전쟁 피학살 유족들은 거창, 제주 등 일부 지역에서는 개별 사건 해결을 위한 특별법을 제정하는데 성공했으나 전국단위의 진상규명 기구 설립에는 계속 실패했다. 2000년 이후 한국전쟁 시기 학살 문제 해결을 위한 민간단체가 구성되고 유족과 함께 지속적으로 항의, 농성, 청원, 국회 압박, 대시민호소 작업을 거친 이후에야 2005년

5월 3일 국회에서 통과된 진실화해를 위한 과거사 정리 기본법(Framework Act on Clearing up Past Incidents for Truth and Reconciliation) 조항에 전쟁기학살 진상규명을 내용을 포함하는데 성공했다. 이런 과거청산 기구를 설립하기 위한 입법운동은 그 어느 하나도 유족 등 관련 당사자나 사회운동 세력의 지속적인 투쟁 없이 국회의원 주도로 이루어진 것은 없었다.

결국 90년대 이후 한국의 과거청산 작업은 분명히 당사자인 피해자단체와 사회운동 진영의 항의와 문제제기에 의해 가능했지만, 그것을 입법화하는 데 칼자루를 쥐고 있는 당사자는 사실 청산되어야 할 세력이 다수를 점하고 있는 국회 그리고 구세력과 연합한 소수의 정치권의 민주화 세력이었다. 이러한 한계 때문에 90년대 이후 한국에서 입법화된 각종 과거청산법은 여타 아시아 국가에서 80년대 이후 과거청산작업이 구세력의 방해를 받아서 굴절된 것과 유사하게 언제나 철저한 진상조사를 통한 진실 규명과 그것을 통한 정의의 수립이라는 목표에 비추어보면 대단히 미흡한 법안이 되고 말았다.

즉 청산되어야 할 세력이 다수를 차지하는 국회가 입법의 주체가 된 이 딜레마는 1945년 해방 직후 친일과 청산을 위한 반민특위활동이 이승만 정권의 방해로 좌절된 것처럼 실제로는 과거청산작업을 기존의 권력구조의 변동에 영향을 주지 않는 방향으로, 즉 철저한 민주화를 차단하는 방향으로 진행되도록 유도하였다. 즉 '화해'를 거론하고 실행해야 할 주체는 사실상 피해자이고, 그 전제는 가해자가 누구인지에 대한 명확한 진상규명과 피해자에 대한 사과임에도 불구하고 피해자들이나 일부 가해혐의자들이 사과와 반성없이 먼저 화해를 앞세우는 일이 발생한 것도 이러한 이유 때문이다.

그러나 전두환, 노태우 두 전직 대통령에 대한 5.18 재판이 갖는 의미는 부당한 정치권력이 아무리 적법의 외관을 지녔다고 하더라도 언젠가는 국민의 심판에 의해 단죄될 수밖에 없다는 사실을 보여주었으며, 군부정권의 권력찬탈의 불법성을 확인시키는 결과를 가져왔고, 법의 지배, 선거정치 등으로 집약되는 절차적 민주주의를 역전시키는 것은 불가능하다는 신념을 심어주었다. 한편 의문사위원회의 3년간의 활동 역시 만족스럽지는 않았지만 은폐되었던 인권탄압의 진실이 밝혀지게 되었고 군사정권으로 다시 회귀해서는 안된다는 국민적인 공감대를 확고하게 했다는 데서 큰 의의를 갖는다.

90년대 이후 2000년대 초반까지 진행된 일련의 과거청산 작업은 보다 근본적이고 추가적인 과거청산의 필요성을 제기한 점에도 기여했다. 즉 7,80년대 군부독재를 가능케 했던 것은 바로 분단체제와 극우반공주의 이데올로기였다고 볼 수 있는데, 그것은 바로 한국전쟁기의 학살과 친일파청산 문제와 연결되어 있다. 결국 제주 4.3 특별법, 거창사건명예회복법 등이 이 기간 동안 제정되는 성과를 얻었지만 한국전쟁시기 학살사건 일반이 드디어 수면에 부상할 수 있게 된 것은 바로 민주화의 가장 중요한 성과인 셈이다. 가까운 과거사가 아닌 먼 과거사는 절차적 민주주의의 정착이라는 과제를 넘어서서 국가와 사회의 재구조화의 영역인데, 그러한 과제가 2000년 이후 본격화되었다.

지난 노무현 정부는 역대 어떤 정부보다도 과거청산 작업에 큰 무게를 두었다. 그것은 90년대 문민정권의 등장 이래 피해자와 운동진영의 그때그때의 요구에 응하면서 분산적이고

비밀관되게 진행되어오던 일련의 과거청산 작업을 가닥을 잡아서 총체적으로 재정리해서 완성하자는 야심적인 프로젝트를 제안하였다. 특히 대한민국 역사상 처음으로 대통령은 물론 국회까지도 자유주의 개혁 세력이 장악했던 2004년 총선 직후인 2004년 8월 15일 경축사에서 노무현 대통령이 '포괄적 과거청산'의 필요성을 밝힌 뒤로 한국정치사회에서는 과거청산문제가 새롭게 화두가 되었다.

당시 가장 뜨거운 논란이 된 것은 친일진상규명 문제였다. 2003년 2월, 한나라당이 다수의석을 점하던 16대국회에서 통과된 친일진상규명법이 진상규명작업을 제대로 할 수 없는 누더기 법이라는 비판이 제기되고 17대국회에서 다수당이 된 열린우리당이 이를 개정하기로 방침을 정한 이후 한나라당 박근혜 대표의 부친이자 전 대통령인 박정희의 친일경력이 크게 논란이 되었으며, 과거청산작업이 야당을 무력화시키기 위한 정치공세가 아닌가 하는 비판이 제기되었다. 결국 친일진상규명법 개정안은 2004년 가을 국회에 다시 상정되어 통과된 이후 본격적인 활동에 들어갔다. 한편 과거 문민정권 하에서 제주 4.3 사건 진상규명과 피해자 명예회복, 거창사건 관련자 명예회복 작업이 진행되었지만 이 정부 들어서서 한국전쟁 전후 민간인학살 진상규명문제가 본격적으로 거론되어 앞에서 말한 군사정권하의 의문사 진상규명을 포함한 과거사법(진실·화해를 위한 과거사정리기본법안)이 2005년 5월 3일 국회를 통과했다. 한편 그와는 별도로 국정원, 경찰, 군 등 정부기관은 자체의 과거사위원회를 구성하여 지난 군사정권하에서 저질러진 공권력남용과 탈법 사례를 진상조사하기에 이르렀다. 그래서 한국은 일본, 중국 등을 포함한 동아시아국가 중에서 국가가 과거에 저지른 잘못을 국가 스스로 나서서 조사하고 반성하기 시작한 사실상 첫 국가가 되었다.

친일반민족행위자 진상규명, 한국전쟁기 학살사건에 대한 진상규명 작업은 비록 발생 후 반세기 이상 흐른 해묵은 과제이지만 한국사회에서는 여전히 매우 민감한 과제이다. 이렇게 오래된 사건이 사건 발생 후 반세기가 더 지나서야 새롭게 부각되었다는 점은 바로 한국에서 과거청산 작업이 갖는 역사정치적 함의, 즉 그것이 현재의 한국의 권력지형에 여전히 영향을 미칠 수 있는 있다는 점을 잘 보여준다. 즉 한국의 경우 군사정권 하에서의 의문사 사건, 의혹사건 등에 대한 진상규명 작업은 남미, 아프리카, 아시아 여러 나라에서 진행된 이행기 정의(transitional Justice) 수립과 대단히 유사한 점이 있으며 절차적 민주주의의 확립과 관련되어 있는 사안이다. 그러나 이들 모든 나라에서 반민주, 반인권 세력의 뿌리는 과거 식민지 지배 혹은 국가건설기의 국가폭력과 전쟁 등에서 유래하고 있다. 즉 절차적 민주주의의 확립 문제보다 더 근본적인 것은 바로 국가 정체성 문제다. 한국에서 친일파진상규명 문제는 바로 한국의 국가 건설 과정에서의 폭력과 학살 즉 지배 엘리트와 국가권력의 정당성과 연결되는 사안이며, 한국전쟁기 학살 진상규명 문제는 분단체제의 극복과 남북 평화체제 수립 문제와 연결되어 있다. 이 두 사안은 단순한 인권보장, 법의 지배의 제도화를 위한 과거청산이 아니라 인권 민주 국가로서의 국가의 정체성 확보, 사회통합, 국가와 국민의 관계 재설정 작업과 연관되어 있다.

진실·화해를 위한 과거사정리기본법안에 의거하여 2005년 12월에 발족한 진실화해를 위한 과거사정리 위원회(Truth and Reconciliation Commission, Republic of Korea)는 90년대

이후 진행되어온 과거청산 작업을 총체적으로 정리, 마무리할 임무를 가진 종합적 기구였다. 정부 어느 기관에도 소속되지 않는 독립기구이자 4년이라는 한시적인 기간 동안 활동하기로 되어 있는 이 위원회는, 활동의 한시성만 제외한다면 김대중 정부 하에서 수립된 국가인권위원회(National Human Rights Commission of Korea)와 유사한 성격을 갖고 있다. 한편 진실화해위원회는 그 명칭에서 드러난 것처럼 그 설립 목적을 가해자 처벌이나 피해자 배·보상보다는 진실과 화해에 두었다. 설립을 위한 운동과정에서 반드시 남아프리카공화국(South Africa)의 모델을 참고한 것은 아니었지만, 전쟁기 학살사건 등을 다루기 때문에 처벌과 배·보상 보다는 진실규명과 사회통합이 한국의 조건에서 더욱 절실하다는 공감대가 있었기 때문에 이러한 방향으로 입법활동과 조직결성을 한 셈이다.

진실화해위원회는 설립 이후 1년(2005. 12. 1. ~ 2006. 11. 30.) 동안 10,860건의 진실규명 신청을 접수했다. 위원회는 2006년 11월 첫 진실규명 결정 이후, 2008년 현재까지 총 3,182건을 진실규명 및 불능을 결정하였으며, 매월 평균 50여건(사건 수 3~4건)정도를 결정하였다. 한편 위원회는 법에 따라 피해자와 유족들의 명예를 회복하고, 국가의 사과, 위령사업 지원, 재심 권고, 역사기록 등재 등 다양한 권고를 내놓으며 화해를 위한 조치를 취하도록 했다. 특히 위원회의 권고에 따라 2008년 1월 14일 노무현 대통령은 국가를 대표해서 한국전쟁 당시 국가 권력이 저지른 민간인 학살 행위에 대해 포괄적으로 사과함으로써 피해자 및 유가족들을 위로하기도 했다. 또, 2008년 9월까지 위원회에서 진실규명 결정시 재심을 권고한 18건 중 9건에 대해 법원의 재심개시 결정이 있었다. 한편 위원회는 2006년 12월부터 6개월 동안 전국에 산재되어 있는 한국전쟁기 피학살자들의 유해 매장지 154개소를 조사하여 우선적으로 유해 발굴이 가능한 37개를 선정한 다음 유해발굴 작업을 시작하였는데, 2007년 6월 이후 총 400여구의 유해와 탄피, 도장, 명찰 등의 유품 1,085점도 발굴했다.

II. 한계 혹은 위험성

비록 과거사에 대한 명확한 진실규명 그리고 가해자 처벌이 철저하게 진행되지는 못했지만 제도적인 측면에서 보자면 90년대 이후 한국의 과거청산 작업은 아시아권에서는 물론 세계적으로도 보더라도 모범 사례라 할만하다. 이것은 과거사를 반성하지 않는 이웃 일본과도 크게 대비된다. 과거청산은 과거의 국가폭력의 진상규명과 가해자 처벌, 피해자 보상에서 끝나는 것이 아니라, 정치사회의 개혁 그리고 과거의 인권유린을 가능케 했던 법·제도 개혁으로 완수되어야 하기 때문에 사실 진상규명과 명예회복 작업은 출발점에 불과하다. 즉 과거의 국가폭력과 인권유린, 학살은 정도의 차이는 있지만 관료기구, 언론, 지식인 그리고 수동적이고 복종적인 시민의 무언의 지지 없이는 발생하지 않았을 것이기 때문에 법, 제도 개혁은 반드시 과거의 잘못을 발생시켰던 국가기관의 문제점을 완전히 드러내서 그 조직을 혁신시키는 운동으로 연결되어야 하고, 또한 새롭게 확인된 진실의 사회적 공유, 피해자의

세력화(empowering) 과정을 수반해야 한다.

과거 의문사위 핵심권고안이나 현재의 진실화해위원회의 권고안을 군, 경찰, 국정원(KCIA) 등 인권침해 가능성이 높은 기존의 정부조직이 거의 수용하지 않은 사실들에서 확인할 수 있듯이, 90년대 이후 문민정권의 등장과 절차적 민주주의의 완성에도 불구하고 이러한 억압적인 국가기구의 획기적인 민주화, 국가기관이 보유하고 있는 정보의 공개 문제는 여전히 지난한 과제다. 특히 과거 식민지 억압 체제, 군사정권 하의 반인륜적인 범죄에 가담했던 사람과 그의 자손이 여전히 한국 지배 엘리트의 주요세력으로 남아있기 때문에 이들은 이명박 정부 들어서서 역사교과서 개정을 요구하는 등 더욱 목소리를 높이고 있다. 그래서 피해자 명예회복을 통해 사회통합으로 나아가던 분위기는 오히려 역전되어 가고 있다. 문민정권 이후 중립성을 견지하려 노력하던 국정원, 경찰 등의 조직은 과거처럼 정치권력의 의중에 따라 움직이려는 경향을 보이고 있다.

과거청산의 궁극적인 단계는 피해자의 슬픔을 달래는데서 끝나서는 안되고 피해자가 영원이 피해자로 남지는 않는다는 것을 제3자, 즉 일반 사회구성원들에게 보여줌으로써 피해자 당사자는 물론 국민들로 하여금 정치 사회과정에서 참여의 의지와 자신감을 갖도록 해주는데 있다. 지금까지 한국의 과거청산 작업에서 충분하지는 않지만 피해자들의 명예회복이나 보상작업은 어느 정도 추진되었기 때문에 그것은 한국사회의 통합성을 높이는데 크게 기여했다. 그러나 그것이 국가 및 지배엘리트의 국민적 신뢰도, 법의 공정성과 객관성, 시민사회의 활성화, 사회적 약자의 참여의지를 높이는 데 어느 정도 기여했는지는 다소 논란거리가 있다. 정치적 이해관계에 좌우된 과거청산, 당사자주의로 일관한 보상, 사법적 청산 혹은 관료적 처리에 안주한 문제해결 방식, 형식적이고 절차적 민주주의 확보에 안주한 점 등이 여전히 문제로 남는다. 이는 과거청산이 미래지향적인 인권향상과 민주주의의 질적인 심화로 나아가지 못했다는 것을 의미한다.

남아공화국에서 그러하듯이 성공적인 과거청산, 혹은 인종적 갈등의 극복은 사회경제적 갈등을 극복하는데 별로 도움을 주지 못했다. 과거청산 문제를 오직 공권력의 잘못에만 초점을 맞추게 되면 자본주의 사회에서 법과 행정이 자본에 비해 경제적 약자에게 훨씬 불리하게 집행되고, 또 약자들이 공권력의 잘못된 집행으로 불이익을 당해도 호소할 방법이 없는 현실에 눈을 감게 된다. 이것이 과거청산 과제를 시민이나 노동자들의 관심권에서 멀어지게 하는 이유다. 즉 공공기관은 국민의 생활과 관련된 정보를 최대한 공개하여 언제나 시민의 감시권 안에 그것을 노출시켜야 하고, 잘못된 행정집행에 대해서는 곧바로 시정하거나 관련자를 처벌하여 책임을 지는 모습을 보이고, 피해자가 자신의 문제를 스스로 해결할 수 있도록 장치를 마련해주고, 그것을 격려하는 제도와 문화의 건설을 촉진시켜야 한다. 이러한 조건 위에서 민주주의는 질적으로 심화될 것이다. 그렇지 않으면 과거청산은 말 그대로 ‘과거사 정리’에 그칠 것이고 민주주의 정착과도 별로 관계없이 진행될 위험성도 크다.

과거청산은 국민의 알권리 충족이며, 국가와 사회를 정상상태로 복원시키는 것이며, 사회적 신뢰의 확보이기 때문에 새롭게 밝혀진 과거의 진실은 국민들에게 충분히 전달되어 교육의 자료로 활용되어야 한다. 그래서 과거청산은 정부와 사법기관이 주로 추진하지만 정부

주도로만 일이 추진되어서는 안되며, 피해자가 특권화되어 그 성과를 독점해서도 안된다. 시민사회, 정치권, 정부가 각각 역할을 분담해서 진행해야 한다. 이러한 점에 비추어도 지금까지 과거청산은 과도하게 정부의 역할에 의존한 감이 없지 않다.

Ⅲ. 의의

진상규명, 처벌과 명예회복, 구제와 포상 등으로 이어지는 과거청산의 일련의 과정은 국가나 사회의 기본 윤리와 철학, 정체성과 방향 설정과 연관된 사안이다. 물론 그것이 정치 집단의 이해에 종속되어 추진 혹은 좌절될 경우에는 자신의 필요에 따라 특정의 행동을 장려하고 다른 행동을 억제하는 효과를 갖는다. 1949년 반민특위의 좌절은 민족을 배반하고 파시즘에 동조했다라도 반공의 노선을 견지하면 용서받을 수 있으며, ‘반공’의 이름을 빈 어떠한 반사회적 행동도 용납될 수 있다는 국민 교육적 효과를 발휘하였다. 전후 독일에서 나치 협력 세력의 숙청은 독일이 유럽에서 또다시 패권주의 국가로 등장하는 것을 억제하였으며, 일본에서 미국이 일급 전범들을 살려준 것은 일본의 정치나 사회가 또다시 우경화의 길을 걷도록 격려해준 가장 결정적인 사건이었다.

오늘날 우경화의 물결 속에서 비록 독일에서 신나치 세력이 형성되고 있다고는 하나, 독일이 다시 여타 유럽 국가를 침략하는 일은 발생하지 않을 것이다. 그것은 독일이 전범 재판을 통해 나치 시대의 과거와 명확하게 선을 그었기 때문이다. 그러나 일본에서 1945년 이후 천황제 부활, 전범에 대한 불처벌, 과거에 대한 부인은 왜 오늘의 일본이 새롭게 우경화의 길로 나아가고 있는지를 이해할 수 있는 출발점이 된다. 즉 유럽은 통합의 길로 나가고 있으나 동아시아 지역에서의 국가 간 군비경쟁과 민족주의는 더욱 심각해지고 있으며, 미국의 군사패권주의가 여전히 개입하고 있다. 유럽과 아시아의 이러한 극명한 차이는 바로 일본의 침략전쟁을 일본 자신이 그리고 여타 나라들이 어떻게 정리했는가의 차이에서 궁극적으로 기인하는 것이다. 그래서 한국의 현대사는 반민특위의 그늘 아래 있다고 볼 수 있고, 오늘의 독일과 일본 역시 전후 전범 처리라는 과거청산의 그늘 아래 있다고 볼 수 있다. 미래를 개척하는 것이 역사를 만들어 나가는 것이라면, 과거를 청산하는 것 역시 그 정도의 비중을 갖고 있는 역사 만들기, 국가 만들기, 국민 만들기, 법과 질서 만들기 작업이다.

결국 과거청산은 국가가 자신의 잘못을 인정하는 데 있다. 법적, 정치적, 도덕적 책임을 인정하고, 잘못된 것을 복원하는 작업이 우선되어야 한다. 법적인 죄책과는 별도로 다카하시 데스야(高橋哲哉)가 말하는 ‘응답가능성으로서의 책임’도 중요하다. 왜냐하면 그것은 사회 내에서 신뢰의 회복을 위한 출발점이 되기 때문이다. 즉 사람이 사는 사회에서 어떤 피해가 발생했을 때 그것에 대해 책임을 진다는 것은 사회를 유지하는데 기본적인 요건인데, 만약 분명한 피해자가 있는데도 가해의 사실이 규명되지 않거나 가해자가 나타나지 않는다면, 공권

력의 신뢰성은 확보되기 어렵다. 설사 가해자가 모두 사망하고, 피해자가 자신의 고통과 한을 적극적으로 제기하지 않는다고 하더라도 문제가 사라진 것은 아닌데 그 이유는 가해와 피해자가 사망하더라도 그들 간에 만들어진 정치 사회적 관계의 틀은 그대로 남기 때문이다. 우리가 60년 이전의 친일문제나 한국전쟁 피학살 문제를 거론하는 것도 그러한 이유 때문이다.

즉 중대한 범죄가 처벌되거나 규명되지 않으면 사회적으로 ‘죄’의 개념이 수립될 수 없고, 피해자들에 대해 가해자들이 책임지지 않으면 ‘사회’가 유지될 수 없게 되어 있다. 범죄자를 단죄하는 행위는 가장 중요한 공동체 유지 활동이며, 최상의 교육활동이다. 그런데 통치 혹은 안보라는 이름으로 국가의 폭력행위에 대해 면죄부가 주어지고, 또 동료 구성원을 살해한 집단이나 개인이 사회 구성원으로 버젓이 살아있거나 심지어는 권력과 자본을 소유한 기득권으로 존재한다면 그 사회의 여타 구성원은 침묵으로 저항하거나, 적극적인 사회관계를 맺기를 포기하고 더 이상 책임 있는 주체로 행동하지 않으려 할 것이다. 그것은 바로 정치의 파괴, 사회의 파괴이며 아렌트(Arendt)가 말하는 판단력의 마비상태이다. 이 파괴, 혹은 판단력의 마비상태는 겉으로는 잘 드러나 보이지 않는다. 그러나 정치와 사회가 건재하는지 파괴되었는지는 그것이 법과 절차, 그리고 도덕적인 기준에 의해 운영되는가 그렇지 않으면 약육강식의 논리에 의해 움직여지는가를 보면 안다. 그리고 판단력이 완전히 마비되었는지 건재하는지는 정의의 수립 여부 즉 사회에서 발생한 문제가 처리되는 방식, 억울한 일을 당한 사람들이 자신의 문제를 어떻게 해결할 수 있는지의 여부를 보면 안다.

과거사 진상 규명은 그 목적만큼이나 과정도 중요하다. 즉 과거의 국가폭력과 국가범죄 사실과 가해자들이 범죄를 저지르게 된 상황들이 공개되고, 피해의 사실들과 피해자들의 고통이 알려지면서 사회 내에서 타인이 겪은 고통에 대한 공감과 그러한 고통을 가져온 배경과 상황을 공유할 수 있게 되고 그 과정에서 사회 구성원이 가졌던 무관심과 공포에 대해서도 같이 반성할 수 있는 기회를 갖기 때문이다. 진실의 규명과 그것을 공론화하는 작업은 바로 고통을 공유하여 사회적인 것으로 만들 것인가, 피해자 가족들과 피해자 ‘자신만의 것’으로 가슴에 묻을 것인가의 문제다. 이것은 최소한 사회, 혹은 사회적 관계를 다시 수립하는 작업이 된다. 따라서 국가폭력의 진상의 규명과 책임자의 규명과 처벌은 일종의 사회적 정신치료, 국가적 정신치료라 부를 수 있다. 개인의 병과 달리 사회의 병은 진실과 정의를 통해서 치료될 수 있다(Healing with Truth). 물론 이러한 정신치료의 과정을 거치지 않아도 겉으로 사회는 유지될 수 있을 것이다. 그러나 그것은 정신병에 걸린 사람이 육체적 생명을 유지하는 것과 마찬가지로 사회적 건강성, 즉 사회가 유지되기 위해 반드시 필요한 법과 규범, 도덕률이 밑으로부터 무너진 상황이 초래된다. 용서는 대단히 소중한 것이지만, 용서는 진상의 규명이 없이는 이루어질 수 없다. 어떤 범죄가 왜 누구에 의해 자행되었는지 알지 못하는 상태에서 용서와 관용이 있을 수는 없기 때문이다.

결국 과거청산은 일차적으로는 정의의 수립, 인권의 보장을 위해 필요하지만, 심층적으로 보면 그것은 사회에 만연해 있는 편법, 부정, 부패, 탈법, 편의주의, 목적지상주의 등의 사회적 정치적 질병을 치료하여 법과 정의를 수립하는 가장 중요한 길이다.

과거사관련 판결에 있어 국가의 소멸시효 항변에 관한 소고

- 하급심 판례 4개를 중심으로

박정련(충남대학교 법학전문대학원 석사과정)

I. 서론	VI. 구체적인 사안의 검토
II. 시효제도에 대한 논란	1. 국가의 소멸시효 항변을 인용한 사례
1. 신의성실의 원칙	2. 국가의 소멸시효 항변을 배척한 사례
2. 시효제도의 목적	3. 진실화해를 위한 과거사정리위원회의 보상 권고가 있는 경우 : 하급심 판례 4개를 중심으로
III. 국가의 소멸시효 주장이 신의성실의 원칙에 반하는지 여부	4. 소결론
1. 소멸시효 항변의 대한 대법원의 두 가지 대원칙	V. 결론
2. 국가의 경우에 있어 소멸시효 항변이 적용될 때의 기준	

I. 서론

법은 문제 해결에 있어 최후 수단으로 인식된다. 다양한 문제 해결책 중에서 법적 수단을 강구한다는 것은 다른 수단을 통해서 문제를 해결하지 못했다는 뜻이기 때문이다. 특히 사건이 발생한 후 상당한 시일이 지난 후에는 법이 최후의 권리 구제 수단이 될 수밖에 없다.¹⁾ 과거사를 둘러싼 갈등이 바로 여기에 해당한다. 국가가 과거의 과오를 인정하였다고 하더라도 법적 수단을 통하지 않고서는 피해자와 그 가족의 권리를 회복해 줄 수 없다. 현 시점에서 법에 의한 과거사 해결은 민사소송의 손해배상을 의미한다. 물론 자식의 의문사에 대해 부모가 가장 원하는 것은 진실과 책임 있는 자의 고백과 반성²⁾이다. 하지만 법원은 손해배상 판결을 통해 과거의 질곡을 풀어줄 수 있다.

사회적 정의의 관점과 법적 관점은 과거사를 판단하는 기준이 다르다. 일례로 국가의 과오와 관련한 개인의 국가에 대한 손해배상은 민법의 중요한 원칙인 시효제도의 적용을 받는다. 국가가 이를 활용하여 개인의 피해에 대한 배상책임을 청구시효가 경과하였음을 이유

1) 박경신, "누가 입을 돈으로 막으려 하는가", 오마이뉴스, 2009. 8. 18. 기사, '법치국가에서 소송은 최후의 권리구제수단이다.'

2) "허영춘씨 진실규명과 국가의 사과 더 간절", 경향신문, 2010. 2. 4. 기사.

로 거부할 경우 피해자는 승복하기 어렵다. 한편 시효제도는 민법의 또 다른 대원칙인 신의성실 및 권리남용 금지의 원칙과 충돌하게 된다. 국가가 자신의 잘못을 인정했다면 피해자는 국가가 적절한 사과와 배상을 할 것이라는 신뢰를 갖게 된다. 그럼에도 불구하고 법원이 시효 경과를 이유로 국가의 손을 들어준다면 신의성실 원칙을 위배하는 결과가 될 수 있다.

과거사 판결에 있어서 핵심은 국가의 시효제도 적용 주장을 어느 정도까지 인정할 것인가에 있다. 최근 들어 법원은 국가의 소멸시효 주장에 대해 의미 있는 판결을 잇달아 내놓고 있다. 본고에서는 과거사 판례를 통해 법원의 사회적 정의와 법적 정의의 조화 노력을 시효제도 관점에서 살펴보고 국가의 과오에 대한 법원의 올바른 태도를 모색해 보고자 한다.

II. 시효제도에 대한 논란

1. 신의성실의 원칙

민법 제2조 신의성실의 원칙 및 권리남용금지 원칙은 민법의 대원칙으로 작용한다. 이 조항은 가장 일반적이면서도 보편적인 조항이다. 다만 그것의 법적 결과가 어떻게 나타나는지의 문제는 결국 구체적인 법조항의 적용에 따르게 된다. 즉 개별적이고 구체적인 법조항이 없는 경우 법원은 신의성실의 원칙 및 권리남용금지의 원칙을 조심스럽고 제한적으로 적용할 수밖에 없다. 이 조항은 너무나 일반적이고 보편적인 '신의성실'이라는 개념에 관한 것이기 때문에 그것을 해석하는 사람의 가치관과 해석에 따라 달라질 수 있기 때문이다. 따라서 신의성실의 원칙 및 권리남용금지 원칙은 소송의 최종적인 변론 혹은 주장이 되며 다른 법적 주장을 모두 법원에 한 후 마지막 수단으로 제시되어 왔다.³⁾ 이러한 점은 역설적으로 조항의 중요성 여부와는 달리 실제적인 소송에서 신의칙을 통한 법적 정의의 달성이 쉽지 않다는 것을 반증한다. 또한 신의칙이 주된 법적 쟁점이 되는 소송은 현실적인 법적 구제 수단이 거의 없을 경우에 절박한 심정에서 제기하는 가장 본질적이고 원초적인 쟁점이기도 하다.

2. 시효제도의 목적

시효제도의 목적에 대해서 학설은 의견이 분분하지만 판례는 “시효제도가 일정기간 계속된 사회질서를 유지하고 시간의 경과로 인하여 곤란하게 되는 증거보전으로부터의 구제

3) 지원림, 『민법강의』 제8판, 48면, 신의칙은 최후의 비상수단으로서 역할을 가진다.

내지는 자기 권리를 행사하지 않고 소위 권리 위에 잠자는 자는 법적 보호에서 이를 제외하기 위하여 규정된 제도⁴⁾라고 표현하고 있다. 이러한 시효제도는 현행 민법상 조문을 통해 규정된 것으로서 그 자체를 부정할 수 없다. 문제는 과거사 청산에 있어서 시효제도가 잘못된 과거에 대해 더 이상 다룰 수 없게 만드는 역할을 할 수 있다는 점에 있다. 즉 경우에 따라서 시효제도의 존재의의와 현실에 있어서 활용에 대해 구체적인 검토를 해야 할 필요가 있는 것이다.

법적 안정성을 중시하는 시각은 시효제도의 긍정적 측면을 강중한다. 이 입장은 시효제도란 입법자가 일정한 합리적 이유의 기하여 채택한 좋은 제도라고 평가한다. 이러한 견해를 취하는 입장⁵⁾에서도 시효제도의 구체적인 적용에 있어서는 신의칙을 고려해야 한다고 본다. 한편 법의 이념으로서의 정의와 법적 안정성은 어느 한 쪽으로 치우칠 수 없지만 정의의 훼손이 심각한 경우에는 양자의 형량을 포기하게 될 수 있다는 견해⁶⁾도 있다. 이 견해는 그 근거로 정의를 심각하게 침해한 경우에는 이를 덮어두는 것이 법적 안정성을 가져오는 것이 아니라 오히려 정의에 대한 국민적 요구로 인하여 법적 불안정성을 야기할 수 있다는 점을 든다.

결국 법적 안정성을 중시하는 입장이든 법적 정의를 중시하는 입장이든 시효제도의 운용에 있어 신의칙을 고려하지 않을 수 없다는 점은 명백하다. 그리고 이 신의칙의 적용은 시효제도의 문제점을 보완하고 그 틈을 메우는 방향으로 활용되어야 한다.

Ⅲ. 국가의 소멸시효 주장이 신의성실의 원칙에 반하는지 여부

1. 소멸시효 항변에 대한 대법원의 두 가지 대원칙

(1) 시효원용이 신의성실의 원칙에 반하는 것으로서 허용되지 아니하는 경우 및 그 사유

대법원은 "소멸시효 항변과 관련하여 채무자의 소멸시효에 기한 항변권의 행사도 우리

4) 대법원(전원합의체) 1976. 11. 6. 선고 76다148 판결.

5) 양창수, "유럽계약법원칙의 소멸시효규정", 『서울대학교 법학』 제44권 제4호 133면 이하. "시효 제도는 시간의 경과라는 일률적 기준을 요건으로 하지 않을 수 없는 것에 따르는 불가피한 대가가 발생할 수 있다. 이러한 문제가 일어나지 않도록 제도를 설계·운용하는 것이 요구되며 기산점, 시효의 중단이나 정지사유 등의 구체적 해석, 나아가 신의칙의 적용 등을 통하여 문제점을 보완할 수 있다."

6) 장영수, "공소시효의 인권법적 문제점에 관한 헌법적 검토", 『고려법학』 2009 114면 이하. "단기적으로는 이익형량을 통해 정의와 법적 안정성의 요청 중에서 어느 것이 우선되어야 할 것인지를 판단하게 되지만, 장기적으로는 정의의 요청을 부정하는 법이 안정성을 가질 수 없다는 점을 염두에 두어야 한다."

민법의 대원칙인 신의성실의 원칙과 권리남용금지의 원칙의 지배를 받는 것이어서, ① 채무자가 시효완성 전에 채권자의 권리행사나 시효중단을 불가능 또는 현저히 곤란하게 하였거나, 그러한 조치가 불필요하다고 믿게 하는 행동을 하였거나 ② 객관적으로 채권자가 권리를 행사할 수 없는 장애사유가 있었거나, 또는 ③ 일단 시효완성 후에 채무자가 시효를 원용하지 아니할 것 같은 태도를 보여 권리자로 하여금 그와 같이 신뢰하게 하였거나, ④ 채권자 보호의 필요성이 크고, 같은 조건의 다른 채권자가 채무의 변제를 수령하게 하는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 채무자가 소멸시효의 완성을 주장하는 것이 신의성실의 원칙에 반하여 허용될 수 없다."고 일관되게 판시⁷⁾하고 있다. 즉 시효원용이 신의성실의 원칙에 반하는 것으로 허용되지 않을 수 있음을 인정하면서도 그 요건으로 앞서 언급한 네 가지 사유 중 하나에 해당되어야 함을 명확히 함으로써 신의칙의 적용을 제한하고 있다.

(2) 국가의 시효원용의 가능성

한편 대법원은 "국가에게 국민을 보호할 의무가 있다는 사유만으로 국가가 소멸시효의 완성을 주장하는 것 자체가 신의성실의 원칙에 반하여 권리남용에 해당한다고 할 수는 없으므로, 국가의 소멸시효 완성 주장이 신의칙에 반하고 권리남용에 해당한다고 하려면 앞서 본 바와 같은 특별한 사정이 인정되어야 하고, 또한 위와 같은 일반적 원칙을 적용하여 법이 두고 있는 구체적인 제도의 운용을 배제하는 것은 법해석에 있어 또 하나의 대원칙인 법적 안정성을 해할 위험이 있으므로 그 적용에는 신중을 기하여야 한다."고 판시⁸⁾하였다. 즉 국가도 경우에 따라 소멸시효를 주장할 수 있음을 인정하고 신의칙의 적용에 신중을 기해야 한다는 입장이다.

2. 국가의 경우에 있어 소멸시효 항변이 적용될 때의 기준

위에서 살펴본 대법원이 제시한 시효원용에 관한 두 가지 원칙을 종합하여 볼 때, 국가의 소멸시효 항변 자체가 금지되는 것은 아니지만 저지사유로 대법원이 말한 네 가지 경우 중 하나에 해당하는 경우에는 국가의 소멸시효 항변은 허용되지 않는다. 또한 대법원은 소멸시효 항변의 일반적 저지사유로 네 가지를 들고 있으나 국가의 소멸시효 항변의 경우에는 이 네 가지 외에도 고려해야 할 부분이 있다. 헌법은 국가가 국민을 보호할 의무를 규정하고 있는바, 이러한 헌법의 취지가 개별 법령을 통해 구체화되거나 법령을 해석할 때 국가에

7) ①, ②, ③, ④의 부호는 필자가 삽입. 이에 따른 판례는 대법원 1994. 12. 9. 선고 93다27604 판결, 대법원 1996. 12. 19. 선고 94다22927 판결, 대법원 1997. 12. 12. 선고 95다29895 판결, 대법원 1999. 12. 7. 선고 98다42929 판결, 대법원 2002. 10. 25. 선고 2002다32332 판결, 대법원 2003. 3. 28. 선고 2002두11028 판결, 대법원 2005. 5. 13. 선고 2004다71881 판결, 대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두2173 판결, 대법원 2008. 9. 25. 선고 2006다18228 판결 등이 있다.

8) 이에 따른 판례는 대법원 2005. 5. 13. 선고 2004다71881 판결, 대법원 2008. 5. 29. 선고 2004다33469 판결 등이 있다.

작위의무가 있다고 볼 수 있는 경우에는 국가의 소멸시효 항변을 제한해야 한다. 즉 의무 있는 국가가 자신이 저지른 위법행위에 대해 소멸시효 항변을 하는 것은 법적 정의에 반하는 일이며 오히려 법령에 반한다는 측면에서도 법적 안정성을 해치게 된다.

일반적으로 소멸시효의 항변을 신의칙으로 제한하는 일은 제시된 네 가지 요건 중 하나에 해당하는 경우에 있어서만 제한적으로 인정되어야 하지만 국가의 소멸시효의 항변을 신의칙으로 제한할 경우에는 법적 안정성 보다 법적 정의를 고려해야 할 측면이 있다.

IV. 구체적인 사안의 검토

1. 국가의 소멸시효 항변을 인용한 경우

(1) 대법원 2005. 5. 13. 선고 2004다71881 판결

이 사건에서 원고는 학도의용군으로 입대하여 복무하다 제대한 상황이었지만 국가로부터 다시 징집영장을 받았다. 원고는 학도의용군 참전사실을 들어 징집 면제를 요청하였으나 국가가 거절하였고 결국 다시 육군에 입대하여 복무하다가 제대하였다. 이에 대해 원고는 국방부가 규정에 따라 군복무자 가운데 학도의용군으로 복무하였던 자가 있는지 조사하여야 할 의무가 있음에도 불구하고 이를 소홀히 한 불법행위가 있으므로 이에 대해 손해배상을 청구하였다. 원심은 국가의 시효항변에 대해서 국가는 국민을 보호할 의무가 있어 국민이 국가가 취한 조치가 적법하다고 믿은 것에 어떠한 잘못이 있다고 볼 수 없으며, 대한민국 산하 국방부가 구 병역법 조항에 위반한 불법행위를 하였음을 객관적으로 외부에서 알기 어려워 일반 국민인 원고로서는 국가의 그러한 조치에 전적인 신뢰를 둘 수 밖에 없다는 점 등을 들어 국가의 소멸시효 항변을 배척하였다. 대법원은 원심의 이러한 판단에 대하여 대법원이 일관되게 제시하고 있는 소멸시효 항변이 신의성실의 원칙에 반한 권리남용에 해당하는 네 가지 사유 중에 하나에 해당하지 않는다고 판단⁹⁾하였다.

이 사건은 국가도 소멸시효 항변을 할 수 있다는 점, 신의성실의 원칙의 적용에 있어 신중을 기해야 한다는 점 등을 명확히 한 판결로써 소멸시효 제도를 통해 법적 안정성을 추구하려는 대법원의 입장을 보여주고 있다. 다만 이 사건의 경우 국가의 작위의무 내지 부작위의무가 명확하지 않았다는 점에서 아래에서 살펴볼 사건과는 다른 측면이 있다고 볼 수 있다.

9) 특히 대법원은 "기록에 의해 살펴보면 원고가 이중 복무에 따른 보상 또는 배상을 받기 위하여 어떠한 조치를 취한 바 있는지, 여기에 대해 피고인 국방부가 어떻게 대응하였는지가 전혀 나타나 있지 않은 상황에서는 피고가 원고의 손해배상청구권 행사를 불가능 또는 현저히 곤란하게 하거나 그런 조치가 불필요하다고 믿게 할 만한 언동을 하였다고 볼 수 없다."고 판단하였다.

2. 국가의 소멸시효 항변을 배척한 경우

(1) 서울중앙지법 2006. 11. 3. 선고 2005가합88966 판결

이 사건은 수사공무원들이 대공수사 업무를 수행하면서 피해자를 불법구금한 후 각종 고문을 하여 피해자로 하여금 위장귀순하여 고정간첩으로 활동해 왔다는 내용의 허위 자백을 하도록 하고, 피해자가 간첩임을 전제로 무기징역형을 선고받아 장기간 복역하게 한 사건이다. 이 사건 중 국가의 소멸시효 항변 부분과 관련하여 법원은 수사공무원들의 고문 등 불법행위를 원인으로 한 국가 등에 대한 손해배상청구권의 소멸시효가 완성되었으나, 국가 등이 소멸시효의 완성을 주장하는 것은 신의성실의 원칙에 반하여 권리남용으로서 허용되지 않는다고 판시하였다. 그 근거로 법원은 ① 대공수사관들의 이 사건 불법행위는 국가권력을 등에 업은 채 국가시설 안에서 이루어졌고, 역시 주요한 국가기관인 검찰과 법원에서 고문을 당하여 허위자백을 했고 증거가 조작되었다는 주장이 전혀 받아들여지지 않아 법원에 의해 간첩임이 공인되고 무기징역형을 복역하게 된 당사자와 그 가족들의 입장에서는, 법원으로부터 위와 같은 주장을 받아들이고 과거에는 누명을 쓴 것이라는 내용의 공권적 판단을 받기 전에는, 국가기관의 하나이기도 한 그 법원에 과거의 판단이 고문과 증거 조작에 의하여 잘못된 것임을 전제로 국가와 고문당사자를 상대로 그와 같은 행위로 인한 손해배상을 구하는 소를 제기한다는 것이 일반인의 관점에서 보더라도 기대하기 어려운 점, ② 이 사건 불법행위 중 핵심인 피고 고문기술자의 고문행위는 국가권력을 등에 업은 채 조직적으로 이루어진 것으로서 1962년경부터 이미 우리나라 헌법에 금지 대상으로 규정되어 왔고, 국제적으로 그와 같은 행위에 대하여는 시효제도의 적용을 배제하는 등 법률적으로 특별한 취급을 하여야 한다는 논의가 이루어지고 있을 정도로 중대한 인권침해 행위에 해당하며, 그로 인하여 원고들은 신체와 정신에 심대한 타격을 입고 현재까지는 물론 앞으로도 정상적인 생활이 불가능할 정도의 심각한 피해를 입게 된 점 등을 들고 있다.

이러한 근거에 비추어 법원은 원고 합주명에 대한 재심판결이 확정된 2005년 7월 23일까지는 원고들이 피고들에 대하여 이 사건 손해배상청구권을 행사할 수 없는 객관적인 장애사유가 있었다고 판단하였고, 또한 위와 같은 피해를 당한 원고들을 보호할 필요성은 큰 반면, 피고들의 그에 대한 채무 이행 거절을 인정하는 것은 현저히 부당하고 불공평하다고 할 것이어서 국가의 소멸시효 항변을 인정하는 것은 신의성실의 원칙에 반하여 권리남용으로서 허용될 수 없다고 하였다.

이 판결에 대해 소멸시효 남용의 이론을 원용하지 않고서도 피고 측의 소멸시효 주장을 배척할 수 있다고 보는 견해¹⁰⁾도 있으나 이 판결은 국가의 위법 행위가 시대적 상황에 비

10) 윤진수, 심당 송상현 선생 정년기념호 : 판례연구 ; 2006년도 주요 민법(民法) 관련 판례 회고, 『서울대학교 법학』 제48권 제1호, 399면 "위 판결은 유죄의 형사판결의 존재가 그 유죄판결의 증거가 조작되었음을 이유로 하는 손해배상청구의 소멸시효 진행을 막는 법률상 장애가 아니라고 하였으나, 이러한 경우에 유죄의 확정판결이 재심에 의하여 취소되지 않는 한, 그러한 손해배상청구는 형사판결의 기판력에 저촉되는 것으로서 법률상 받아들일 수는 없는 것이고, 따라서 이러한

추어 지속적으로 일어날 수 있는 상태에서 발생한 것이라면 국가의 위법행위는 개인이 문제를 제기하고 잘못을 시정하는 것이 사실상 불가능한 객관적 장애 사유에 해당할 수 있음을 지적했다는 점에서 그 의의가 크다고 할 것이다.

(2) 서울중앙지법 2006. 2. 14 선고 2005나27906 판결

서울대학교 법과대학 교수로 재직 중이던 최종길 교수는 1973년 10월 19일 중앙정보부에서 조사를 받던 중 사망하였다. 중앙정보부는 기자회견을 통해 최종길 교수가 북한을 왕래하며 간첩행위를 하였고 중앙정보부에서 조사를 받던 중 자신이 간첩임을 자백하고 조직을 보호할 목적으로 투신 자살한 것이라고 발표하였으나, 그 후 의문사진상규명위원회의 조사를 통해 최종길 교수가 민주화운동과 관련하여 위법한 공권력의 행사로 인하여 사망한 것이 임이 밝혀졌다. 이에 유가족은 최종길 교수의 사망과 그를 간첩이라고 허위로 발표한 사실에 대해 국가에게 불법행위 책임이 있음을 들어 국가를 상대로 손해배상을 청구하였다.

법원은 최종길 교수의 사망과 그를 간첩이라고 허위로 발표한 데 대하여 국가의 불법행위 책임을 인정하였다. 국가의 소멸시효 항변과 관련하여서는 소멸시효 항변이 신의성실의 원칙에 반하여 권리남용에 해당할 수 있는 네 가지 사유 중 원고가 그 청구권을 행사할 수 없는 객관적인 사정¹¹⁾이 있었거나, 소멸시효를 인정하는 것이 현저히 부당하거나 불공평하게 되는 등의 특별한 사정¹²⁾이 있었던 경우에 해당한다고 보아 국가의 소멸시효 항변을 배척하였다.

이 판결에 대하여 소멸시효의 주장이 신의성실의 원칙에 반하여 권리남용에 해당하는 네 가지 사유 중 채무자가 시효완성 전에 채권자의 권리행사나 시효중단을 불가능 또는 현저히 곤란하게 한 경우에 해당한다고 보는 견해¹³⁾도 있다. 이 판결은 국가가 적극적으로 위

유죄의 확정판결은 법률상의 장애사유로서 손해배상청구권의 소멸시효는 제심에 의하여 위 판결이 취소된 때부터 비로소 진행된다고 보아야 한다."

11) 이 점과 관련하여 법원은 객관적으로 원고들이 권리를 행사할 수 없는 장애 사유가 있었는지 여부는 그 의미와 범위를 확정하기 어렵지만, 일단 권리자 이외의 제3자가 권리자의 입장에 선다 하더라도 권리를 행사하는 것이 불가능한 경우를 의미한다고 판시하였다. 또한 국가가 자신이 가해행위에 관여한 것을 은폐하는 공문서를 작성한 점, 중앙정보부가 최종길 교수의 사망과 관련한 모든 자료를 감춘 점, 당시는 공공기관의 발표에 대해 검증하는 시스템이 없어 국가의 발표를 믿을 수 밖에 없었다는 점, 의문사위에서 전면적 재조사를 하기 전에는 모든 자료와 정보가 가려져 있다는 사정 등을 종합적으로 고려하여 원고들이 권리를 행사할 수 없는 '객관적 장애'가 있었다고 보았다.

12) 이 점과 관련하여서 법원은 민사재판이 변론주의에 따라 운영되고, 입증책임의 분배는 권리의 발생을 주장하는 자 즉 이 사건에서 불법행위를 원인으로 손해배상을 주장하는 원고들이 피고 대한민국의 불법행위 사실을 입증해야 하지만, 이 사건처럼 모든 증거자료를 피고 대한민국이 보유하고 있는 상황에서는 원고의 독자적 노력만으로 피고의 불법행위 사실을 입증하라고 하는 것은 매우 불공평한 결과를 초래한다고 보았다. 증명책임의 분배와 관련하여 법률요건분류설 뿐 아니라 위험영역설, 증거거리설 등이 나타나는 것은 위와 같은 변론주의의 한계에 대한 반성에서 기인하였다는 점 등을 고려할 때 증거수집능력이 열악한 개인은 국가의 공권력에 기대어 진실을 규명하여 달라고 요구할 수 밖에 없고 국가가 조직적으로 자료를 은폐하고 조작한 상황은 국민 개인의 기본적 인권을 보호하는 것이 특별히 요구되는 경우로 법원은 판단하였다.

법행위에 가담하였을 뿐만 아니라 그 후 그 위법사실의 은폐 및 조작과 관련한 행위를 한 경우에 있어 국가의 소멸시효 항변이 신의칙에 반하여 권리남용에 해당하는지에 관한 요건을 더욱 엄격하게 해석하여 개인의 권리구제에 중점을 두었다는 점에서 의미가 있다.

3. 진실·화해를 위한 과거사정리위원회¹⁴⁾의 보상 권고가 있는 경우 : 하급심 판결 4개를 중심으로

(1) 수원지법 성남지원 2008. 9. 11. 선고 2008가합2162 판결

이 사건은 손해배상 소멸시효기간이 지난 후에 복합적인 군내 부조리 때문에 군복무 중 자살하였다는 군의문사진상규명위원회의 결정에 기하여 국가를 상대로 제기한 손해배상청구 소송에서 국가가 소멸시효 완성을 주장하는 것은 권리남용에 해당하거나 신의성실의 원칙상 허용될 수 없다고 한 사례이다. 특히 이 사건에서 법원은 군의문사 진상규명위원회의 결정¹⁵⁾은 국가배상책임의 존부와 소멸시효 완성 여부를 둘러싼 사법상의 법률효과까지도 충분히 염두에 둔 것이었고 또 이는 법률상 의결기구에 의하여 적법한 절차에 따라 이루어진 것이었으므로, 이때 국가가 소멸시효 완성을 주장하는 것은 권리남용에 해당하여 신의성실의 원칙상 허용될 수 없다고 판시하였다. 법원은 원고들이 일방적인 군 내부의 자체 조사결과만으로 망인의 사망원인을 정확히 파악할 수 없었다는 점을 소멸시효 항변의 저지 사유 중 하나인 '채무자가 소멸시효 완성 전에 채권자의 권리행사나 시효중단을 현저히 곤란하게 한 경우'로 볼 수 있고 또한 국가기관인 군의문사 진상규명위원회의 진상규명결정이 있었다는 점은 소멸시효 항변의 저지 사유 중 하나인 '피고가 소멸시효를 원용하지 않을 것 같은 태도를 보여 원고들로 하여금 그렇게 신뢰하게 한 경우'에 해당한다고 풀이할 여지가 충분하다고 보았다.

이 판결은 법률상 의결기구인 군의문사 진상규명위원회가 적법한 절차를 통하여 결정한 사실에 대하여 법원이 이를 국가가 신뢰를 부여한 경우에 해당한다고 판단하였다는 점에서 의미가 있다.

(2) 전주법원 군산지원 2009. 9. 11 선고 2009가합350 판결

13) 윤진수, 심당 송상현 선생 정년기념호 : 판례연구 ; 2006년도 주요 민법(民法) 관련 판례 회고, 『서울대학교 법학』 제48권 제1호, 398면 하단.

14) 진실·화해를 위한 과거사정리위원회의 법적 지위와 법적 성격은 다음과 같다.

① 진실·화해를 위한 과거사정리위원회는 법정 위원회이다.

허상수, "과거청산의 위기와 과거사정리 관련 위원회의 미래지향적 가치", 『민주법학』 제39호, 130면. "진실·화해를 위한 과거사정리위원회는 여당과 야당 간의 타협과 합의에 의해 제정된 법에 의해 운영되는 법정 위원회의 지위를 가진다."

② 서울행정법원 2007. 7. 26. 선고 2007구합5875 판결. "진실·화해를 위한 과거사정리위원회의 진실 규명 신청에 대한 각하결정이 항고소송이 대상이 되는 행정처분에 해당한다."

15) 2007년 11월 1일 군의문사 진상규명위원회가 진상규명결정을 원고에게 통지하였다.

이 사건은 보안부대원이 단순한 의혹만으로 영장도 없이 민간인을 연행하여 구금한 후 조사과정에서 구타 및 가혹행위를 가하였고 결국 약 2주 후에 사망에 이르게 한 경우이다. 법원은 이에 대하여 국가의 손해배상책임을 인정하였다. 또한 국가의 소멸시효 항변은 허용될 수 없다고 판단하였다. 그 근거로 첫째, 진실화해위원회가 국가에 대하여 '망인 및 그 가족에 대하여 사과하고 배상 등 화해를 이루는 적절한 조치를 취할 것'을 명시적으로 권고하였다는 점. 둘째, 국가의 소멸시효 항변을 통한 책임 부정은 진실화해법의 기본적 취지에도 반하는 태도이며 법에 의하여 설립된 국가기관인 진실화해위원회의 명시적인 배상권고를 무시하는 것으로서 국가로서 갖추어야 할 위신까지 스스로 무너뜨리는 태도라는 점. 셋째, 공권력에 의해 무고한 개인이 사망에 이르게 된 사건으로서 그 위법성이 매우 심각하고 중대하므로 이 사건에서 망인 및 유가족들의 피해를 회복시켜 줄 수 있는 가장 기본적이면서도 유일한 조치가 그들이 입은 손해를 금전으로나마 배상하여 주는 것이라는 점 등을 들고 있다. 특히 이 판결은 대법원이 소멸시효 항변의 네 가지 저지 사유를 제시한 취지는 이 네 가지 경우에만 권리남용 항변이 허용될 수 없다는 취지는 아니라는 점을 들면서 이 사건의 경우처럼 진실화해위원회가 진실화해법에 의하여 피고 국가에게 배상 조치를 권고한 경우는 이를 대법원 제시하는 네 가지 저지 사유 중 '채무이행의 거절을 인정함이 현저히 부당하거나 불공평하게 되는 등의 특별한 사정'이 있는 경우에 해당하는 것으로 볼 수 있다고 판시하였다.

앞서 살펴보았듯이 진실화해위원회의 결정은 위원들이 치밀한 자료수집과 조사를 통하여 내린 것으로서 법에 의하여 규정된 국가기관의 결정이다. 이와 같은 결정은 권력분립의 차원에서도 존중될 필요가 있다.

(3) 서울중앙지법 2009. 9. 11. 선고 2008가합76216 판결

이 사건은 혁명재판소가 1961년 5·16 군사정변 후 진보성향 신문인 민족일보의 사장이었던 조용수 씨에 대하여 특수범죄처벌에관한특별법을 소급적용해 사형을 선고하고 집행한 경우이다. 이 사건으로 민족일보는 폐간조치 되었으며 관련자인 양실근 씨는 징역 5년을 선고받아 2년 6개월간 복역한 뒤 풀려났으나 1993년까지 정보기관의 감시 하에서 생활했다. 유족의 신청에 따라 과거사진상규명위원회가 2006년4월 25일 조사개시 의결을 하고 조사를 진행하여 같은 해 11월 28일 위 사건에 대하여 "조용수에 대한 사형 집행은 그의 생명권을 박탈한 반민주적 인권유린에 해당한다."는 취지로 진실을 규명한다는 결정을 하였다. 이에 유가족은 재심청구를 하였고 재심법원은 2008년 1월 16일 조용수와 양실근에 대하여 각 무죄를 선고하였으며, 이 판결은 같은 달 24일에 확정되었다.

국가를 상대로 진행된 손해배상청구에서 법원은 국가가 불법행위를 저지른 일에 대하여 유가족에게 손해를 배상할 것을 명하였다. 국가의 소멸시효 항변에 대하여 법원은 "법원에서 자신의 주장이 받아들여져 무죄임을 인정받기 전에는 원고 양실근 및 조용수의 유족들인 원고들로서는 자신들에게 유죄를 선고하였던 법원에 과거의 판단이 잘못된 것임을 전제로

국가를 상대로 불법행위를 이유로 손해배상을 청구한다는 것은 일반인의 관점에서 보더라도 기대하기 어려우므로, 원고에 대한 재심판결이 확정된 2008년 1월 24까지는 원고들이 피고에 대해 이 사건 손해배상청구권을 행사할 수 없는 객관적인 장애가 있었다고 봄이 상당하므로, 피고가 원고들의 손해배상청구권의 소멸시효가 완성되었다고 항변하는 것은 신의성실의 원칙에 반하는 권리남용으로서 허용될 수 없다."고 판시하였다.

(4) 서울중앙지법 2010. 2. 3. 선고 2007가합31728 판결

이 사건은 육군에서 근무중인 허원근 일병이 3발의 총상을 입고 숨진 채 발견된 경우이다. 이에 대하여 군수사기관은 자살이라고 결론 내렸으나, 군의문사진상규명위는 2002년 9월 10일 이 사건 사고가 타살이라는 최종조사 결과를 발표하였다. 이 결과를 놓고 다시 국방부 특별조사단이 조사를 벌여 2002년 11월 28일 다시 망인이 자살하였다는 내용으로 조사결과를 발표하였다. 이처럼 조사기관에 따라 결론이 달라지고 있는 사안에 대하여 법원은 증거자료, 범의학적 자료, 사건 전후의 상황 등을 참작하여 판단한 결과 망인의 사망이 자살이라 할 수 없고 소속 부대 군인 중 누군가에 의하여 타살되었다고 판단하였으며 국가는 불법행위로 인한 손해배상책임을 진다고 판시하였다.

국가의 소멸시효항변에 관하여 법원은 군수사기관이 최초조사 결과를 자살로 발표한 사정에 비추어 볼 때 군의문사진상규명회의 조사 결과 발표가 있었던 2004년 6월 28일까지는 이 사건 손해배상청구권을 행사하는 것이 불가능하거나 현저히 곤란하다고 보았다. 또한 소멸시효의 취지¹⁶⁾에 비추어 볼 때 국가가 자신의 위법행위에 대하여 소멸시효의 완성을 주장하는 것은 신의칙에 비추어 허용되기 어렵다고 보았다. 따라서 원고들의 권리 행사가 불가능했던 사실상의 장애사유가 해소된 이후인 2004년 6월 28일부터 기산하여 5년이 경과하기 전인 2007년 4월 16일에 이 사건 소를 제기한 사실은 기록상 분명하므로, 국가의 소멸시효에 관한 주장을 배척하였다.

4. 소결론

국가의 소멸시효 항변이 신의성실의 원칙에 반하여 권리남용에 해당하는가에 대한 법원의 판례를 살펴보면 일단 국가의 소멸시효 항변에 대하여 인정은 하되 그 요건을 엄격하게 해석하고 있는 것으로 보인다. 또한 하급심 판결에서는 과거사진상규명위원회나 군의문사진

16) 이 점에 대하여 법원은 "소멸시효 제도는 일정기간 계속된 사회질서를 유지하고 시간의 경과로 인하여 곤란하게 되는 증거 보전으로부터 구제하며 자기의 권리를 행사하지 아니하고 권리 위에 잠자는 자를 법적 보호에서 배제하기 위하여 인정된 제도인데, 원고들은 이 사건 사고가 발생한 직후부터 현재에 이르기까지 이 사건 사고의 진상을 밝히기 위하여 수차례 제소사를 요구하여 왔는바, 이러한 소멸시효에 대한 입법취지와 원고들이 현재까지 취해 온 태도를 고려해 본다 하더라도 이 사건에서 피고 국가가 소멸시효의 완성을 주장하는 것은 신의칙에 비추어 허용되기 어렵다 할 것이다."고 판시하였다.

상규명위원회의 결정을 고려하여 국가의 위법한 행동에 대하여 국가 스스로가 소멸시효 항변을 하는 것을 허용하지 않는 추세다. 이러한 하급심의 판결은 비록 대법원의 판결이 나오지 않았지만 앞으로 국가의 소멸시효 항변과 관련해서 주목해야 할 것이다. 하급심 판결은 위법한 국가 활동으로 발생한 개인의 권리침해에 대하여 국가가 소멸시효 항변을 남용하는 것을 허용하지 않겠다는 점을 분명히 한 판결로서 법원이 왜 권리 구제의 최후의 보루라고 일컬어지는가를 잘 보여준 경우라 하겠다.

VI. 결론

과거사관련 판결에 있어 법원은 다른 모든 사안과 마찬가지로 독립적인 위치에서 결론을 도출해야 한다. 다만 법원이 과거사 판결에 있어 독립적으로 사안을 판단한다 할지라도 꼭 고려해야 할 점이 있다. 그것은 과거사 판결에 있어서는 법원이 국가의 역할과 의무에 대하여 고민해 보고, 이러한 고민이 반영된 판결을 내려야 한다는 점이다.

서로 다른 가치가 충돌할 경우 법원은 양 가치를 비교 형량하여 판단하게 된다. 이 경우 보다 상위의 가치를 고려하는 입장을 우선시 할 수 밖에 없다. 과거사 관련 소송은 언뜻 보면 공익과 사익의 충돌로 볼 수 있다. 공익과 사익의 충돌일 경우 사안에 따라 시효제도가 지향하는 '법적 안정성'이라는 공적 가치가 '개인의 신뢰보호'라는 사익보다 중시될 수 있다. 그러나 오늘날 과거사청산이 갖는 시대적 의미를 살펴보면 과거사청산은 한 개인의 아픔과 고통을 구제하는 사익 보호를 넘어 사회적 정의의 구현과 올바른 국가의 방향을 제시한다는 면에서 공익을 실현하는 측면이 있다. 공익과 사익의 비교 형량에 있어서도 신뢰보호의 원칙을 고려해 공익을 해치지 않는 부분에서 사익을 최대한 보장하려고 노력해야 한다. 더욱이 단순한 사익이 아니라 실질적으로 공익적 측면을 가지는 사익과 공익을 비교형량 할 경우에 있어서는 보다 신중한 판단이 필요하다.

과거사 청산을 통해 국가가 법적 정의의 달성이라는 신뢰를 사인에게 부여한 경우 이는 사인의 신뢰를 넘어 사회적 신뢰, 즉 공익에 대한 신뢰라는 모습을 띠게 된다. 공공복리의 관점에서 보면 사회적 신뢰는 개인적 신뢰의 집합체로서 상위가치가 되는 개념이다. 따라서 사회적 신뢰에 대한 보호의 필요성은 개인적 신뢰에 대한 것보다 훨씬 크다고 볼 수 있다. 따라서 개인적 신뢰의 경우보다 사회적 신뢰에 신의성실의 원칙을 더욱 엄격하게 적용해야 한다. 게다가 법원이 과거사 판결과 관련해서 판단을 내릴 경우 그 판단의 사회적 파급력에 대해서 고민해 보지 않을 수 없다. 과거사 청산이 갖는 시대적 의미와 당위성을 고려할 때 법원이 과거사관련 판결에 있어 국가의 소멸시효 항변을 배척하는 것은 법적 정의의 달성 뿐만 아니라 사회적 신뢰의 보호라는 긍정적 효과를 가져 올 수 있다.

과거사관련 판결에서 신의성실 및 권리남용 금지의 원칙이 더 엄격히 적용될 수 밖에 없는 또 다른 이유는 우선 시일이 경과할수록 국가의 위법행위를 증명하기 어렵고 국가가

위법행위를 인정한 경우에도 시효제도 때문이 개인의 피해회복이 쉽지 않다는 점에 있다. 따라서 법원은 과거사청산과 관련하여 소멸시효 제도가 국가의 위법행위에 법적 면죄부가 될 수 없음을 확고히 해야 한다. 또 전문가로 구성된 국가위원회의 명시적인 보상 권고가 있는 경우 법원은 국가의 소멸시효 항변을 적극적으로 배척해야 할 것이다.

특히 국가의 재정에 부담을 줄 수 있기 때문에 국가가 소멸시효 항변을 하는 경우¹⁷⁾라면 더욱 엄격하게 판단하여 국가의 소멸시효 항변을 제한해야 한다. 과거사청산은 금전적 관점에서 접근해야 할 문제가 아니다. 오히려 법치국가적 관점에서 볼 때 반드시 필요한 과업이며 절차다. 국가의 위법행위로 인해 절망하고 있는 국민을 위무하고 유사 문제가 재발하지 않는다는 것을 보여주는 일이야말로 법의 중요성을 알리는 방법이자 근본적인 해결책인 것이다.

17) '과거사관련' 국가배상사건 항소 잇따라, 법률신문, 2009. 10. 5 기사.

JURY TRIAL AND PUBLIC TRUST

공영호(충남대학교 법학전문대학원 교수, 영미법)

Recently, a series of court decisions have created a lot of controversies. One of the reasons of such controversies has to do with the public confidence and trust in the judicial system in Korea. For example, the court ruling acquitting the congressman Gi-Gap Gang from the assault charge in the National Assembly has caused dissatisfaction and uproar in the public. In January this year, a judge acquitted the producers of MBC “PD Notebook” who made the controversial TV program regarding the mad cow disease. Around the same time, another court ruling came down and held that some managers of the Korean Teachers and Education Workers’ Union were not guilty for making political declarations in which they criticized a particular political party. The judges’ decisions in these cases were criticized for various reasons. One criticism was that a decision was not based on facts but on the political bias and view of a judge. Another reason for criticism was that the decisions were not consistent with each other although the courts have the same fact patterns warranting the consistent rulings. Regardless of the justification of the criticisms, these decisions led to the public’s outcry showing lack of confidence and trust in the judicial system.

This column is not to approve or disapprove the holdings of the recent court decisions. Rather, it is to discuss the necessity of adopting the jury system in the Korean criminal trials as a means of restoring the public confidence and trust in the judicial system. As a matter of fact, the jury system has been implemented in the Korean criminal trials to some limited extent. I would argue that the jury system should be implemented in a more complete fashion than the existing system. In 2007, the Korean National Assembly enacted the Act for Civil Participation in Criminal Trials which permitted a criminal defendant to request a jury trial. A defendant who requests a jury trial can get it if the court approves such request. The scope of this new trial system is limited to the serious felony cases such as murder, rape, robbery, kidnapping and narcotic crimes. Once a jury trial begins, the role of lay people in the criminal case is to attend the trial as jurors and to provide their verdict to the presiding judge who will consider the submitted verdict in making the ultimate decision regarding guilt and sentencing. In other words, the jurors’ opinion is not binding and only advisory to the judge under the current

system.

My argument here is that a defendant in a criminal case should be given a complete right to a jury trial. A criminal defendant's request for jury trial should not be subject to a court approval. Jury trial should be available to any defendants without a limitation imposed by the court. And the role of the jurors in criminal trials should be broadened to make their verdicts binding. Also the jury trial should be allowed in all criminal cases instead of the limited cases of serious felony crimes. This will make the lay people to participate in the trials as the jury to the fullest extent not merely as observers whose opinions may or may not be considered.

The advantages of the jury systems are manifold. The fact-finders and decision makers are the jurors who are the lay people. In the United States, the Seventh Amendment of the United States Constitution provides that people have the right to a jury trial. Any person can request and demand that his or her case be decided by the jury. The right to a jury trial is to guarantee that defendants be tried before the lay people who are the peer of the defendants. The lay people are not professional judges. The idea behind the jury trial is that the lay defendant should be tried by the lay and peer people. Also, the composition of jury is usually diverse as it is made up of twelve people who may come from diverse backgrounds, beliefs and occupations. Such diversity can help see the facts of a case from more diverse perspectives. It seems significant from the standpoint of public trust that the power of final decision making resides with the jurors instead of the judges in criminal trials. The defendants in criminal cases tend to trust the decisions of the jury who are the peers more than those of the judges. That explains the reason that the majority of the criminal defendants in the United States opt for a jury trial rather than a bench trial. Especially, in Korea there have been distrust of the judicial system due to the deep-rooted belief that the judges would side with the prosecutors as both are part of the government and both tend to be bureaucratic. Furthermore, the public tend to consider the judiciary as a body of chosen elites who do not adequately represent the interests of average people. One may assume that average lay people may be more understanding and sympathetic to the fates of criminal defendants than professional judges whose attitudes can be aloof and less sympathetic at times. Even if this assumption is far-fetched, there would be at least an appearance of fairness and equity when trials are decided by the jury.

Another advantage of the jury trial is that a case is reviewed and a decision is made unanimously by twelve people instead of one judge. Regardless of the outcome of the trial, public would look at a judge's decision with distrust if the judge is affiliated with a particular party or association. If a decision is made by a judge who happens to be

closely associated with a particular party or association which advocates a particular political view strongly, the public can easily accuse the judge of making the decision based on the judge's political bias and prejudice rather than on the law. The public would be less inclined to have such distrust if the trial is decided by the jury.

The disadvantages of jury trial would be that jury system has some inherent problems. For example, it can be argued that the lay people are not knowledgeable and not equipped to deal with legal issues and that they may be emotionally manipulated by professional litigants including prosecutors and lawyers. Especially in Korea, the lay people are not familiar with the adversarial system of trial proceedings. However, such concerns have been proven to be unwarranted. The lay people are shown to be dedicated and committed once they are selected as jurors. People take the role of juror very seriously because it involves a civic duty of reaching a verdict and deciding the fate of another individual. They consider the evidence submitted very carefully and can sometimes see a fact with different perspectives from a judge. It can be better to have the twelve jurors' diverse perspectives than a single perspective of one judge on a given issue. The rate that the judges override the jury decisions in Korea has been low which means that the judges acknowledge the reliability of the jury decisions. The judges in the United States said that they would have reached the same decisions as the jury if the trials had been conducted as bench trials. Similar conclusions were made by the judges in Korea since the enactment and implementation of the Act for Civil Participation in Criminal Trials. In other words, there is a consensus that the lay people are capable of being good fact-finders and reaching a solid and reasonable decision.

Korea has been working on adopting and implementing the new jury system but rather too cautiously. It appears to be a high time to fully implement the jury system given the recent court decisions causing the social uproar. The criminal defendant should be entitled to a jury trial before the peer people whose verdicts should be binding, not merely advisory. More active participation of lay people in the form of jury trial would be more democratic and would help reduce the distrust of the public in the criminal trials. Had the recent controversial trials been decided by the jury, the outcome might or might not have been the same. Regardless of the outcome, however, the public response would not have been as controversial as it was.

「HEBEI SPIRIT호 유류유출사고」를 통해 본 유조선 기름유출에 따른 피해 배·보상 문제와 향후과제

김영정(충남대학교 법학전문대학원 석사과정)

I. 서론	III. 피해자 보상을 위한 노력
II. 유류오염피해보상 책임	1. 주요국가의 해양오염사고에 대한 대응 사례 비교
1. 허베이 스피리트호 선박소유자의 책임	2. 허베이 스피리트호 유류오염사고 피해주민의 지원 및 해양환경의 복원 등에 관한 특별법의 제정과 한계점
2. 삼성중공업의 책임	IV. 맺음말 - 현행 유류오염손해배상체제 내에서 피해자 구제를 위한 보완책

I. 서론

2007년 12월 7일 7시 6분경 태안군 원북면 신도 남서방 6마일 해상에서 예인선 2척에 의하여 예인되던 삼성중공업 소속 크레인 부선(삼성 1호)이 정박 중인 홍콩(중국) 선적 허베이 스피리트 유조선¹⁾과 충돌하여 유조선 좌현 화물탱크 1·3·5번이 파공되었다.

‘HEBEI SPIRIT호 유류유출사고’로 일컬어지는 이 사고로 국내사상 최대 유출량인 12,547kl(약 10,900톤)의 원유가 충남 태안 해상에 유출되어 태안 앞바다 및 서남해안일대 양식장과 해수욕장이 오염되는 등 막대한 피해가 발생했다.

대법원은 충돌사고발생에 대하여 허베이 스피리트선박 주식회사와 삼성중공업 주식회사의 쌍방과실을 인정²⁾하였고, 이로써 사고의 책임소재는 분명해졌으나 손해배상청구와 관련해서는 보다 복잡한 문제들이 산재되어 있다.

1) 허베이 스피리트호는 단일선체 대형유조선(VLCC)으로 톤수는 146,848톤이다.

2) 대법원 2009. 4. 23. 선고 2008도11921 판결. 대법원은 이 사건 해상사고에 대해서, 예인선단측이 항해 중 기상급변에 조기 대처하지 못하고 기상악화로 조종이 거의 불가능할 정도로 예항 능력을 상실하여 조종 성능이 심각히 제한된 상태로 풍파에 떠밀리면서도 주위 선박들에게 경고하거나 비상투묘 등의 안전조치를 취하지 않은 채 무리한 항해를 계속하여 정박선 허베이 스피리트호와 충돌하게 된 과실이 크지만, 정박선으로서도 충돌위험이 발생한 상황에서 항행선이 스스로 피항 할 수 없는 상황에서 적절한 피항 조치를 하지 않은 점에 대한 과실이 인정되고, 더욱이 충돌 후 부적절한 비상대응조치로 유류유출속도를 증가시키고 유출방지를 위한 조치를 소극적으로 이행하였다는 점에도 잘못이 있다고 하여, 삼성중공업과 허베이 스피리트선박 주식회사 양쪽에 대해서 해양오염방지법위반을 인정하였다.

먼저, 유류유출사고로 발생한 피해액을 누가 부담할 것인지가 문제된다. 여기에 피해 주민측이 주장하는 피해규모에 비해 국제유류오염보상기금(IOPC)가 산정한 추정피해액이 현저히 적다는 데서 논란이 가중되고 있다. 피해 주민측에서는 이 사건 유류유출로 인한 피해규모가 수조원에 이른다고 주장하는 반면, IOPC가 추정한 피해액은 5,663억~6,013억(2008년 10월 7일 기준)에 불과하다. IOPC측에서는 추가비용산정을 위한 관련자료가 충분히 확보된다면, 추정손해액이 증가될 가능성을 배제할 수 없다고 발표³⁾하여, 향후 추정손해액이 증가될 수 있음을 시사하기도 하였으나, 여전히 입증자료를 마련할 수 없는 대다수의 피해 주민들은 매우 불리한 입장에 있다.

손해배상청구에 관한 지금까지의 판결을 살펴보면, 2009년 2월 9일 대전지법 서산지부는 이 사건 유류유출사고와 관련, 유조선 허베이 스피리트호측이 낸 책임제한절차 개시신청을 받아들이기로 결정했다. 이에 따라 유조선측의 손해배상책임은 선주책임상호보험(P&I) 가입한도인 1천 425억원 이내로 제한된다.⁴⁾ 그리고 2010년 1월 20일 서울고등법원은 삼성중공업에 대해 56억원까지의 책임제한을 인정하였다.⁵⁾

이하에서는 허베이 스피리트호와 관련하여 유조선 선박소유자의 책임법리를 살펴보고, 삼성중공업에 56억원까지의 책임제한을 인정한 고등법원 판결을 검토해보고자 한다. 나아가 대형해양오염사고에 대한 각 국의 대응사례를 비교해보고, 우리 정부가 제정한 허베이 스피리트호 유류오염사고 피해주민의 지원 및 해양환경의 복원 등에 관한 특별법(이하 '주민지원 특별법'이라고 함)의 실효성을 평가해보겠다. 마지막으로 피해자 구제를 위한 개선방안을 제시하고자 한다.

II. 유류오염피해보상 책임

1. 허베이 스피리트호 선박소유자의 책임

(1) 국제유류오염책임배상제도

국제 관습법상 각 국가들은 해양환경을 보호할 의무가 있지만, 해양환경에 피해를 입히는 불법행위에 대해 가해국가가 책임을 지는 국제책임제도보다 해양오염을 발생시킨 개인이 민사책임을 부담하는 민사책임제도를 더 선호해왔다.⁶⁾ 이러한 이유로, 유조선의 유류오염사

3) 국토해양부, 허베이 스피리트 오염피해 최대 6,013억원 추정, 국토해양부 보도자료, 2008, 1-2면.

4) 법률신문, 2008년 2월 12일자 기사.

5) 법률신문, 2010년 1월 25일자 기사.

2010년 2월 5일 대법원에 사건접수(2010마222)된 상태다.

6) 국제 환경법상 국제책임은 전통적으로 과실책임주의에 기초하고 있으나 이를 입증하기가 어렵고,

고에 대한 책임 및 배상제도는 민사책임에 기초한 새로운 국제법 제도를 통해 발전하게 되었고, 선주책임상호보험조합(Protection & Indemnity Club, 이하 'P&I Club'이라고 함) 및 국제유류오염손해보상기금(IOPC FUND)에 의한 손해배상체제를 성립시켰다. 현재 국제유류오염책임배상제도는 92 CLC - 92 FC⁷⁾ - 2003 추가기금협약으로 이어지는 3단계 손해배상체제를 이루고 있다.

92 CLC는 민사책임법리에 기초하여 오염자 부담법리에 근거한 손해배상책임을 인정한다. 즉, 선주에게 P&I Club 등에 가입을 강제하고, 이로써 선주는 오염자로서 그 소유 선박이 해양오염사고에 의해 발생시킨 손해에 대해 1차적 배상책임을 부담한다. 92 CLC에서는 무과실책임주의를 도입하여 과실여부와 상관없이 유류오염피해에 대한 책임을 부담하지만 원칙적으로 전액배상이 아니라 선박의 톤수에 따른 유한책임의 배상으로 한정⁸⁾되어 있어 과도한 배상책임으로부터 선주를 보호한다.⁹⁾ 한편, 92 FC는 IOPC FUND를 통하여 92 CLC의 선주책임한도를 초과하는 유류오염손해에 대하여 일정액까지는 부담¹⁰⁾하여 피해자를 구제하고자 한다. 이는 선주책임한도를 초과하는 대형유류오염사고가 발생했을 때, 선주의 추가적 재정 부담을 완화하고 유류운송으로 인하여 이익을 얻는 석유업계도 피해에 대한 책임을 분담하자는 취지를 담고 있다. 유조선 선주가 보험에 가입하지 않아서 배상능력이 없는 경우 등에도 IOPC FUND에서 보상한다.

그런데 1999년 12월 프랑스 해상에서 발생한 에리카호 유류오염사고, 2002년 11월 스페인 해상에서 발생한 프레스티지호 유류오염사고로 인한 피해가 92 FC의 보상한도를 초과하자 2003년 국제사회는 92 CLC 및 92 FC의 보상한도를 증액하는 의정서를 발효했으며, 또한 이와는 별도로 국제기금의 한도를 IOPC FUND 부담금(203백만 SDR, 3,216억원)을 포함하여, 750백만 SDR(1조 1,182억원)까지 증액한 추가기금의정서를 2003년 5월 채택하였는데,

불법행위와 피해 사이에 인과관계가 성립되어야 하고 오염의 출처를 확인해야 하는 등 여러 가지 어려움이 수반되고 있어서 국가들이 이를 기피하고 있다.

7) 국제유류오염보상체제는 "1969년 유류오염손해배상을 위한 민사책임협약"(International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage, 이하 '69 CLC' 라고 함)과 "1971년 유류오염손해에 대한 보상을 위한 국제기금의 설치에 관한 국제협약"(International Convention on the Establishment of International Fund for Compensation of Oil Pollution Damage, 이하 '71 FC'이라고 함)의 체결로부터 시작되었는데, 유류오염사고의 대형화 추세와 국제사회 환경변화 등을 반영해 69 CLC에 대한 1976년 및 1992년 개정의정서와 71 FC에 대한 1992년 개정의정서 등으로 개정된 것이 현 92 CLC - 92 FC 체제이다.

8) 총톤수 5,000톤 이하의 선박인 경우, 450만 SDR이 선주의 배상한도 범위가 되고, 총톤수 5,000톤 초과 140,000톤 이하의 선박인 경우, 450만 SDR에 총톤수 5,000톤을 초과하는 톤수에 대하여 톤당 631 SDR를 곱하여 얻은 금액을 더한 금액이, 총톤수 140,000톤을 초과하는 선박의 경우는 8,977만 SDR이 책임한도액이 된다. < SDR= Special Drawing Right(특별인출권)의 약자. 국제유동성 공급을 위해 주요 회원국들의 통화바스켓을 구성해 국제통화기금(IMF)이 창출한 화폐단위로 IMF는 SDR에 대한 회원국들의 통화율[1SDR=1584.33원(2008년 3월 13일자 환율, 1992년 국제기금협약상 보상한도인 203백만 SDR에 대한 환율이 국제기금 집행이사회에서 결정된 날이다.)을 적용한다. >

9) 김기순, "국제유류오염책임배상제도와 Herbei Spirit호 사고의 손해배상책임에 관한 연구", 『월간 법조통권』 629호, 2009, 3면.

10) 92 FUND는 선주부담금을 포함하여 최대 203백만 SDR까지 배상책임을 진다.

이를 2003 추가기금협약이라고 한다.¹¹⁾

(2) 국내법상 선박소유자의 책임제한 근거

- 유류오염손해배상보장법(유배법)의 제정

상법 제769조는 '선박에서 또는 선박의 운항에 직접 관련하여 발생한 사람의 사망, 신체 의 상해 또는 그 선박 이외의 물건의 멸실 또는 훼손으로 인하여 생긴 손해에 대한 채권'¹²⁾ 과 '선박의 운항에 직접 관련하여 발생한 계약상의 권리 이외의 타인의 권리의 침해로 인하여 생긴 손해에 대한 채권'¹³⁾ 등 각 호에서 규정한 채권에 대하여 선박소유자에게 금액유한 책임을 부여한다. 한편, 제773조는 '1969년 11월 29일 성립한 유류오염손해에 대한 민사책임에 관한 국제조약(69 CLC)¹⁴⁾ 또는 그 조약의 개정조항이 적용되는 유류오염손해에 관한 채권'¹⁵⁾ 등 각 호에서 규정한 채권에 대해서는 선박소유자의 책임을 제한하지 못한다고 규정하고 있다. 이 조약의 책임제한 규정이 상법의 특별법이기 때문이다. 유류오염방지에 관하여는 해양오염방지법¹⁶⁾도 있다. 그러나 우리나라는 69 CLC에 대한 76년 개정의정서와 71 FC에 가입하고 이들 협약을 국내적으로 수용하기 위해 '유배법'¹⁷⁾을 제정하여 선박소유자의 책임을 제한한다.¹⁸⁾ 따라서 허베이 스피리트호의 선박소유자는 '유배법'에 의하여 유류유출로 피해를 입은 어업권자나 양식업자 등에 대한 불법행위로 인한 손해배상책임을 지게 된다.

(3) 이 사건 허베이 스피리트호 선박소유자의 책임범위

허베이 스피리트호는 유배법의 적용을 받는 선박에 해당한다.¹⁹⁾ 유조선에 의한 유류오염사고는 선박에 의한 유류운송이라는 고도의 위험을 내포하고 있는 행위에 의해서 초래되므로 선박소유자나 선장, 기타 사용인의 과실유무를 따지지 않고 선박소유자가 배상책임을

11) 김창수, "해양 유류오염사고에 대한 국내의 피해보상체제 비교분석", 부산대학교 대학원, 2009, 8-9면.

12) 동조 제1호.

13) 동조 제3호.

14) 1979년 3월 18일 한국발효.

15) 동조 제3호.

16) 1991. 3. 8. 법률 제4365호.

17) 우리나라는 69 CLC 및 71 FC 체제를 국내로 수용하기 위해서 유배법을 제정(1992. 12. 8 법률 제4532호)하였으며, 92 CLC 및 92 FC로 개편되는 등 국제유류오염배상체제의 변화에 따라 이에 발맞추어 유배법을 개정해왔다. 유배법은 유조선 등의 선박으로부터 유출 또는 배출된 유류에 의하여 유류오염사고가 발생한 경우에 선박소유자의 책임을 명확히 하고, 유류오염손해의 배상을 보장하는 제도를 확립함으로써 피해자를 보호하고 선박에 의한 해상운송의 건전한 발전을 도모함을 목적으로 한다(유배법 제1조).

18) 최준선, 『보험법·해상법』, 2008, 394-401면.

19) 유배법 제2조 제1호.

지는 무과실책임을 원칙으로 한다.²⁰⁾ 따라서 이 사건 유류오염 피해자는 유류오염사고에 대한 유조선측의 과실을 입증할 필요 없이, 유류의 유출 또는 배출이 사고로 인한 것이든 선박소유자나 선장, 기타 사용인의 과실에 의한 것이든 그 유무를 따지지 않고 선박소유자에게 배상책임을 물을 수 있다. 따라서 유조선 선박소유자 자신의 고의로 발생한 경우 또는 손해발생의 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 한 작위 또는 부작위에 의해서 유류오염손해가 발생한 것이 아닐 경우²¹⁾에, 선박소유자의 유류오염손해배상의 책임제한 한도액을 정한 동법 제8조 제1항²²⁾에 따라 허베이 스피리트호가 가입한 선주책임상호보험(P&I)인 '중국 P&I와 SKULD P&I'가 1천 425억원까지 1차 배상 책임을 지게 되는데, 앞서 우리 법원이 이를 인정했다는 것을 밝힌 바 있다.²³⁾

여기에 유배법은 피해자가 유조선의 선박소유자 또는 보험자 등으로부터 배상을 받지 못하는 경우에 국제기금에 대한 보상청구를 보장하고,²⁴⁾ 더 나아가 2009년 5월 27일 유배법 개정을 통해 국제기금의 보상한도액을 초과하는 유류오염손해가 발생할 경우에는 추가기금협약에서 정하는 바에 따라 추가기금에 대하여 보상을 청구할 수 있다는 조항²⁵⁾을 추가하여 피해자 구제 범위를 넓히고 있다.²⁶⁾

결국, 허베이 스피리트선박 주식회사측의 선주책임제한액을 초과한 피해액에 대해 IOPC FUND가 1천 425억원을 포함하여, 약 3천억원까지 배상하게 된다.

2. 삼성중공업의 책임

(1) 문제점

서울고법 민사40부는 2010년 1월 20일 삼성중공업(주)의 선박책임제한 신청을 받아들인 1심 결정을 취소해 달라며 가모씨 등 피해 어민들이 낸 항고사건(2009라1045)에서 항고인들

20) 다만, 전쟁·내란·폭동 또는 천재지변 등 불가항력으로 발생한 경우, 유조선의 선박소유자 및 그 사용인이 아닌 제3자의 고의만으로 발생한 경우, 국가 및 공공단체의 항로표지 또는 항행보조시설 관리의 하자만으로 발생한 경우에 대해서는 손해를 배상할 책임이 없다(동법 제5조 제1항).

21) 동법 제7조 제1항.

22) 배상최고액이 제한될 경우에는 ① 총톤수 5천톤 이하의 유조선의 경우에는 451만 계산단위('계산단위'란 국제통화기금의 특별인출권(SDR)을 말하고, 계산단위에 대한 한화 표시금액의 산정은 「선박소유자 등의 책임제한절차에 관한 법률」 제11조 제2항에 따른다.)에 상당하는 금액, ② 총톤수 5천톤을 초과하는 유조선의 경우에는 8천977만 계산단위(SDR)에 상당하는 금액의 범위에서 제1호의 금액에 총톤수 5천톤을 초과하는 톤수에 대하여 톤당 631계산단위(SDR)를 곱하여 얻은 금액을 더한 금액이 책임한도액이 된다. 여기에 이 사건 허베이 스피리트호의 총톤수 146,848톤을 산입한다.

23) 각주 4).

24) 동법 제21조.

25) 동법 제30조.

26) 다만, 추가기금협약에 의한 배상은 추가기금협약 가입 이후 발생한 사고에 대해 적용되므로, 이 사건 'HEBEI SPIRIT호 유류유출사고'에는 해당되지 않는다.

의 항고를 모두 기각하고 삼성중공업은 약 56억원의 유한책임을 부담한다는 것을 다시금 확인하였다. 주요 쟁점은 ① 이 사건 예인선단이 상법상 선박책임제한 규정이 적용되는 '선박'에 해당하는지 여부와 ② 이 사건 손해발생이 삼성중공업 자신의 고의 또는 손해발생의 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 한 작위 또는 부작위로 인한 것인지 여부이다. 특히 쟁점 ②의 판단기준이 중요하다.

(2) 사실관계

이 사건 삼성중공업의 책임범위를 검토하기 위해 필요한 사실관계를 살펴보면 다음과 같다.

당시 삼성중공업의 예인선단은 3,000톤급 해상 크레인을 적재한 부산 삼성 1호(11,828톤, 자체항진장치가 없으며, 이동은 전적으로 예인선에 의존한다), 이 부선을 예인하는 두 척의 예인선인 삼성 T-5호(292톤) 및 삼호 T-3호(213톤), 그리고 작업선 삼성 A-1호(89톤)로 이루어져 있었다. 크레인 부산 삼성 1호, 예인선 삼성 T-5호, 작업선 삼성 A-1호는 삼성물산의 소유이고, 예인선 T-3호는 삼호 I&D 소유이지만 삼성물산이 이를 임차하여 예인단을 구성하고 있었고, 이렇게 구성된 예인선단을 삼성물산은 삼성중공업에 임대하였다. 그리고 삼성중공업은 그 협력업체인 보람주식회사에게 크레인 부산 삼성 1호와 예인선 삼성 T-5호의 관리, 운항 및 크레인 작동 업무를 위탁하였으며 이들 각 부선, 예인선, 작업선의 선장 및 선원들은 보람주식회사에 의하여 고용된 자들이다. 예인선 T-3호는 삼호 I&D가 관리, 운항을 담당해 온 듯하며, 그 선장과 선원은 삼호 I&D에 의하여 고용된 자들이다. 그러나 삼성물산은 인천대교 건설공사를 수주하면서, 크레인 부선이 필요하여 삼성중공업으로부터 예인선단을 역임차 하였다. 하지만 예인선단의 관리, 보수 및 거제시의 삼성중공업으로부터 인천대교 공사현장까지의 운항, 그리고 인천대교 공사현장에서 거제시 삼성중공업까지의 운항책임은 삼성중공업이 부담하는 것으로 약정되어 있었다. 삼성 1호(예인선단)와 정박 중이던 허베이 스피리트호의 충돌사고 당시 삼성 1호는 예인선 삼성 T-5호와 삼호 T-3호에 의해 예인되어 인천항에서 삼성중공업 거제도 조선소로 돌아가던 중이었다.²⁷⁾

27) 전경운, "해양유류오염사고피해에 대한 손해배상의 법적문제", 『허베이 스피리트호 기름유출사고의 법적 대응방안과 향후 과제: 강원대학교 법대·한국법제연구원 공동학술회의』 008(8), 한국법제연구원, 2008, 133-134면.

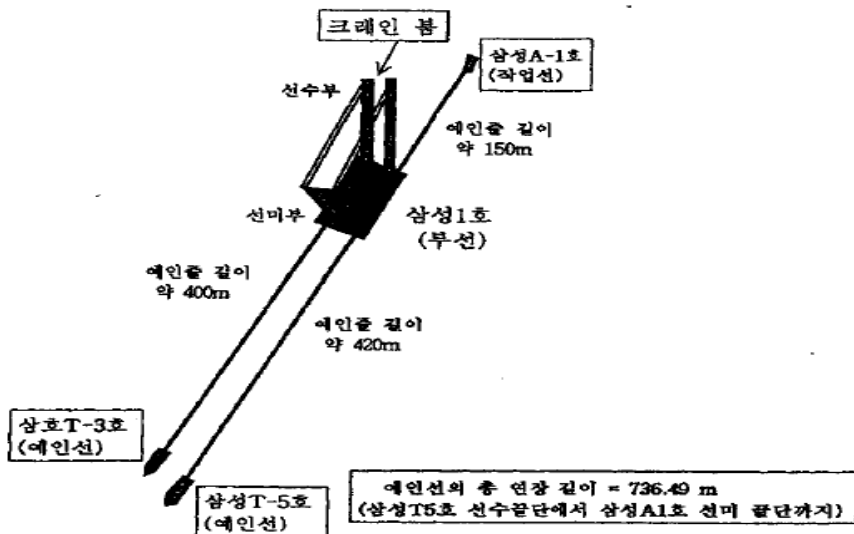


그림 1. [선단의 구성]

(3) 이 사건 예인선단이 (해)상법상 '선박'에 해당하는지 여부

허베이 스피리트를 충격한 해상 크레인은 본질적으로 건설장비에 해당하고, 삼성 T-5호, 삼호 T-3호 및 삼성 A-1호는 삼성 1호에 종속된 부속물에 불과하여 이 사건 예인선단은 상법상 책임제한 규정이 적용되는 선박에 해당하지 않는다는 항고인들의 주장에 대해 법원은 선박법 제1조의2의 규정을 들어 이를 '선박'에 해당한다고 보았다.²⁸⁾

생각건대, 상법은 “이 법에서 ‘선박’이란 상행위나 그 밖의 영리를 목적으로 항해에 사용하는 선박을 말한다(제740조).”고 규정하고 있을 뿐, 선박자체의 개념을 설명하지 않고 있다. 그러므로 선박개념은 사회통념에 의하여 결정하는 수밖에 없다고 본다.²⁹⁾ 사회통념상 선박이란, 광의의 선박을 말하는 것으로서 수상 또는 수중을 항행하는데 사용하는 구조물이다. 광의의 선박인 한 그 구조, 형태, 동력 같은 것은 문제되지 않는다. 또 독항능력, 즉 자력으로 항행할 수 있는 능력이 필요한 것도 아니다.³⁰⁾ 이 사건 해상 크레인은 예인선에 의해 예인되는 부선과 일체로서 예인선단을 구성한다고 할 것이므로, 부선이 상법상 책임제한

28) 대법원은 “선박법 제1조의2에 규정된 바와 같이 선박법상 선박이라 함은 수상 또는 수중에서 항행용으로 사용하거나 사용될 수 있는 배의 종류를 말하며 ① 기선[기관을 사용하여 추진하는 선박(선체 밖에 기관을 붙인 선박으로서 그 기관을 선체로부터 분리할 수 있는 선박 및 기관과 돛을 모두 사용하는 경우로서 주로 기관을 사용하는 선박을 포함한다.)], ② 범선[돛을 사용하여 추진하는 선박(기관과 돛을 모두 사용하는 경우로서 주로 돛을 사용하는 것을 포함한다.)], ③ 부선[자력 항행능력이 없어 다른 선박에 의하여 끌리거나 밀려서 항행되는 선박]으로 구분한다. 삼성 1호는 부선이고, 삼성 T-5호, 삼호 T-3호 및 삼성 A-1호는 기선이므로 이 사건 예인선단은 ‘선박’이다.”라고 판단하였다.

29) 같은 견해로 최준선, 『보험법·해상법』, 2008, 354면.

30) 최준선, 『보험법·해상법』, 2008, 356면.

이 적용되는 '선박'인 이상 부선에 해상 크레인이 장착되었다고 해서 이와 달리 볼 것은 아니다. 그러므로 이 사건 크레인 부선은 상법상 책임제한 규정이 적용되는 '선박'이다.

(4) 삼성중공업이 선박소유자의 책임을 지는지 여부

삼성물산 소유인 크레인 부선 삼성 1호, 예인선 삼성 T-5호, 작업선 A-1호와 삼호 I&D 소유이지만 삼성물산이 임차한 예인선 T-3호가 예인선단을 이루고 있었고, 삼성중공업은 삼성물산으로부터 이 예인선단을 임차하였다. 다시 삼성물산이 예인선단을 역임차하기는 하였으나, 예인선단의 관리, 보수 및 거제시의 삼성중공업으로부터 인천대교 공사현장까지의 운항, 그리고 인천대교 공사현장에서 거제시 삼성중공업까지의 운항책임은 삼성중공업이 부담하는 것으로 약정되어 있었으므로 삼성중공업은 이 사건 유류유출사고에 대해서 선박임차인으로서의 책임을 진다고 할 것이다.

그런데 이 사건 크레인 부선은 산적유류를 화물로서 운송함을 목적으로 하는 항해선이 아니므로, 유배법의 적용을 받지 않는다. 유배법의 적용을 받지 않는 그 외의 일반 선박이 기름을 유출시켜서 손해가 발생한 경우에는 일반 민사책임이 적용되고, 이 때 선박소유자의 책임은 1991년 12월 31일에 개정된 상법(이하 '구 상법'이라고 한다.) 제746조 제3호, 제4호에 의해서 제한된다.³¹⁾ 이 때, 그 책임한도액은 제747조를 따른다.³²⁾ 그리고 일정한 경우에 선박임차인은 제3자에 대하여 선박소유자와 동일한 권리의무가 있다.³³⁾ 따라서 선박임차인으로서 삼성중공업은 구 상법 제746조 제3호³⁴⁾에 의해서 그 책임이 제한될 수 있다. 그런데 구 상법 제746조 단서는 "그러나 그 채권이 선박소유자 자신의 고의 또는 손해발생의 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 한 작위 또는 부작위로 인하여 생긴 손해에 관한 것인 때에는 그러하지 아니하다."고 하여 선박소유자의 유한책임에 대한 배제사유를 밝히고 있다. 즉, '삼성중공업 자신'의 고의나 손해발생의 염려가 있음을 인식한 상태에서의 무모한 행위로 인해 손해가 발생하였다는 것이 인정된다면, 삼성중공업은 발생한 모든 손해에 대하여 책임을 지게 되는 것이다. 이 때문에 구 상법 제746조 단서조항의 적용여부가 초미의 관심

31) 전경운, "해양유류오염사고피해에 대한 손해배상의 법적문제", 『허베이 스피리트호 기름유출사고의 법적 대응방안과 향후 과제: 강원대학교 법대·한국법제연구원 공동학술회의』 008(8), 한국법제연구원, 2008, 137면.

32) 이 사건 해상사고에서 법원은 책임한도액의 산정과 관련하여, 예인선단의 총 톤수를 제747조 제1항 제3호에 산입할 것이 아니라 대법원 1998. 3. 35. 97마2758 결정을 인용하여 이 사건 선단을 구성하는 각 선박에 대하여 각각 제747조 제1항 제3호에 따라 산정한 금액을 합한다고 하였다. 따라서 이 사건 선단을 구성하는 각 선박별 책임한도액은, 3백톤 미만 선박인 삼성 T-5호, 삼호 T-3호, 삼성 A-1호는 각 83,000 SDR, 5백톤을 초과하고 3만톤 이하인 삼성 1호는 2,058,776 SDR(=167,000+11,328x167SDR)이므로 이를 합산한 2,307,776 SDR에 '1SDR=2,186.44원(2008년 12월 5일자 환율)'을 적용하면 약 50억원이 된다.

33) 구 상법 제766조 제1항.

34) 최준선, 『보험법·해상법』, 2008, 396-397면. 구 상법 제746조 제3호(선박의 운항에 직접 관련하여 발생한 계약상의 권리 이외의 타인의 권리의 침해로 인하여 생긴 손해에 대한 채권)의 '채권'에는 선박의 운항과 관련하여 어업권 침해 등 불법행위로 인한 채권, 또는 개항질서법 등 법률의 규정에 의한 행위로 인한 채권이 해당되는데, 선박충돌은 불법행위의 일종이다.

사로 떠올랐다.

항고인들은 보람주식회사나 삼호 I&D가 고용한 예인선단 선장 또는 선두의 과실로 이 사건 손해가 발생하였다고 하여 구 상법 제746조 단서조항이 적용될 수 있다고 주장하였다. 그러나 법원은 "① 예인선단의 선장 또는 선두의 행위는 선박임차인인 '삼성중공업 자신'의 행위가 아니고, ② '고의나 무모한 행위'가 있었는지 여부는 엄격히 해석해야 할 것이므로 삼성중공업에게도 일정한 과실이 있다는 주장 정도로는 인정되기 어렵다."고 하여 삼성중공업의 유한책임을 인정하였다.

선박사고는 책임소재를 찾기 어려운 반면, 손해의 범위 또한 예측하기 어렵다는 특수성이 있다. 이러한 이유로 구 상법 제746조는 선박운항이라는 고도의 위험을 내포한 행위자체에 대한 책임을 물어 선박소유자가 무과실책임을 부담하는 대신, 그 책임을 제한하여 예측할 수 없는 손해의 확산으로 무한책임을 지는 것을 방지하고자 하는데 그 제정목적이 있다고 할 것이다. 이는 과실책임주의가 원칙인 민법과는 그 성격을 달리하므로, 피용자의 고의나 과실에 대해서 사용자가 대위책임을 지는 민법의 불법행위 법리를 적용할 수 없다. 따라서 구 상법 제746조 단서의 적용은 '삼성중공업 자신'의 행위에만 한정³⁵⁾하는 것이 타당하다. 또한 제746조 단서의 '손해발생의 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 한 행위'를 평가함에 있어서도 선박소유자 책임제한의 제정취지에 비추어 볼 때, 엄격하게 해석³⁶⁾하여 무한책임의 가능성을 축소시키는 것이 피해자와 선박소유자 간의 형평에 맞다고 본다. 따라서 설령 예인선단의 선장 또는 선주의 행위를 삼성중공업 자신의 행위로 볼 수 있다 하여도 과실 정도를 가지고 상법 제746조 단서의 적용을 주장하는 것은 이유 없다고 판시한 법원의 판단은 법리해석적 측면에서는 적절하다고 본다.

35) 삼성중공업과 같은 법인의 경우에는, 그 대표기관의 행위를 선박소유자인 법인 자신의 행위로 간주한다. 다만, 대법원 2006. 10. 26. 선고 2004다27082 판결 등에서는 적어도 내부적 업무분장에 따라 당해 법인의 관리 업무 또는 특정 부분에 관하여 대표기관에 갈음하여 사실상 법인의 의사결정 등 모든 권한을 행사하는 사람도 그의 행위를 선박소유자인 법인 자신의 행위로 볼 수 있다고 하였다. 본 사안에서 법원은 위 판례를 인용하여 보람주식회사나 삼호 I&D가 고용한 예인선단의 선장 또는 선주는 피용자이고, 보람주식회사의 행위를 대표기관의 행위로 볼 수 없다(삼성중공업이 보람주식회사에 예인선단의 업무나 관리를 일임하였다고 볼 근거가 불충분하다.)고 하여 이 사건 손해 발생은 '삼성중공업 자신'의 행위로 인한 것이 아니라고 보았다.

36) 김기창, "서해안 기름 유출 사고와 삼성중공업의 배상책임", 『비교사법』, 한국비교사법학회, 2008, 16면. 엄격해석의 기준은 우리와 마찬가지로 1976년 해상채권책임제한조약(Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims, 1976) 제4조를 수용한 영국법원의 입장을 통해 확인해 볼 수 있다. 영국법원은 '무모하게' 하는 행위는 '위험이 명백한 행위임에도 그 위험의 가능성에 대하여 아무 생각을 기울이지거나 위험을 인정하지 아니하고 행위로 나아가는' 것임에 반하여, '손해발생의 개연성에 대한 인식'은 '행위 시점에 그 행위가 그런 유형의 손해를 발생시킬 개연성이 있음을 파악하거나 인지하는 것'을 뜻하므로, 양자는 개념상 구분되며 책임제한을 배제하기 위하여는 이 양자 모두가 입증되어야 한다고 하였다. 그러면서 더욱이 '손해발생의 개연성에 대한 인식'은 그러한 인식을 했어야 한다거나 그러한 인식을 할 수 있었다는 것으로는 부족하고, 행위 당시에 손해가 발생할 개연성이 있음을 '실제로 인식'하고 있었다는 점이 입증되어야 인정될 수 있다는 것을 분명히 하여 그 요건을 더 엄격히 하였다.

Ⅲ. 피해자 보상을 위한 노력

1. 주요국가의 해양오염사고에 대한 대응 사례비교

유류유출사고 발생시 피해자 보상에는 보상의 정당성, 신속성 및 충분성이 담보되어야 한다. 그런데 국제유류오염책임배상제도 체제에서 손해배상액은 「IOPC FUND의 사정 - 집행위원회의 결정 - 총회의 분담금 결정」의 절차를 거쳐 지급되기 때문에 피해자가 직접 배상금을 수령할 때까지는 오랜 시일이 걸린다. 더욱이 손해액 산정에 있어서도 IOPC FUND는 정확한 증거와 기록을 요구³⁷⁾하는 바, 피해입증이 어려운 대다수의 피해 주민에게 매우 불리하다. 이와 같은 문제점을 극복하고자 정부의 보상금 선지급, 선주책임제한제도의 폐지 등 여러 가지 대안이 주장되어왔는데, 이하에서는 프랑스, 스페인, 미국의 해양오염사고에 대한 대응 사례를 비교하고 동 주장들에 대해 검토해보겠다.

(1) 스페인 프레스티지(Prestige)호 사고

2002년 11월 13일 유조선 프레스티지호의 침몰 사고로 약 63,000톤의 유류가 유출되어 스페인, 프랑스 및 포르투갈에 오염피해가 발생하였다. 그러자 스페인 정부는 국제기금으로부터의 손해액지급 지연에 따른 피해 주민의 고통을 경감시키기 위해 특별법(Royal Decree)을 제정하였다. 스페인은 국제기금협약 당사국이지만 특별법 조치에 따른 정부 주도의 피해 보상을 통해 어업분야의 경우 사고발생 2년 내에 보상의 대부분이 완료되는 등 비교적 신속한 초기 보상이 이루어졌다. 그러나 정부와 국제기금으로 이원화된 피해보상체제로 인해 일부 피해 주민과 지방 정부에서 정부측 사정기관의 사정결과에 동의하지 않고 국제기금에 별도의 클레임을 제기함에 따라 일부보상이 지연되는 등의 문제점이 발생하였고, 정부의 자체 사정자료와 국제기금의 사정결과에 차이가 발생하여 정부의 자체사정을 근거로 지급된 선보상금이 국제기금으로부터 정산되지 않아 정부의 재정 부담이 증가하는 폐해를 낳았다.³⁸⁾

(2) 프랑스 에리카(Erika)호 사고

1999년 12월 12일 유조선 에리카호가 프랑스 연안에서 침몰되어, 약 19,800톤의 유류가

37) 김기순, "국제유류오염책임배상제도와 Herbei Spirit호 사고의 손해배상책임에 관한 연구", 『월간 법조통권』 629호, 2009, 25면. 예를 들어, IOPC FUND의 Claims Manual은 방제활동의 경우에는 육하원칙에 따라 소요된 비용을 기록하고, 물리적 손해와 경제적 손실 및 환경적 피해의 경우에는 손실의 성격, 이전 수입과 사고 후 수입의 비교 수치, 손실 평가방법 등에 대한 정확한 기록과 증거를 요구하고 있다.

38) 「HERBEI SPIRIT호 유류오염사고 피해보상지원관련 각종 참고자료」, 국토해양부 허베이 스피리트 피해보상지원단.

유출되었다. 사고 초기 추정손해액이 국제기금의 보상한도를 훨씬 초과할 것으로 예상되자, 프랑스 정부는 정부채권의 후순위(SLQ)를 선언하였다. 이는 정부채권을 후순위로 두어 피해 주민이 충분한 보상을 받을 수 있도록 하기 위한 프랑스 정부의 정책적 결정이었다.³⁹⁾ 그리고 국제기금사정액의 50%를 '중소기업개발은행'이 연 1.5%이율로 피해 주민들에게 선지급 하도록 하였다. 특히, 수산업 분야에서는 OFIMER⁴⁰⁾에 의한 긴급지원 형태로 선사정 후 선지급이 이루어졌다. 특별법 등 별도의 법률제정 없이 선보상이 이루어졌다는 점, 그 지급기준을 선주보험사나 국제기금과 협의 없이 독자적으로 마련하기는 하였으나 1992년 국제기금 Claims Manual을 참고하였고, 평가·산정된 손해액의 50%만 지급했다는 점이 스페인의 프레스티지호 보상사례와는 차이를 보인다. 결과적으로는 총손해액이 국제기금보상한도액 이내로 추정되어, 정부의 선보상금 및 후순위 비용은 모두 변제받았다.⁴¹⁾

(3) 미국의 유류오염법(Oil Pollution Act, OPA)

미국은 엑슨·발데즈(Exxon Valdez)호 사건⁴²⁾을 계기로 유류오염에 적극적으로 대처하고 기존의 미비한 법제도를 개선하기 위해 1990년 8월 유류오염법(이하 'OPA'라고 함)을 제정하였다. 이 법은 사고발생을 예방하기 위해 기존의 단일선체 선박구조에서 이중선체 선박구조로 단계적으로 전환하는 것을 의무화하고 피해를 경감시키기 위한 방재계획을 강화하였다. 또한 국가적인 차원에서 유류오염신탁기금을 마련하였다. 특히 사고발생자의 피해책임을 대폭 강화했다는 점에서 주목을 받는다.⁴³⁾ 이 법을 입법하는 과정에서 미국 의회는 선박 소유자에 대한 무한책임주의를 인정하고자 하였다. 그러나 이러한 안은 해운업계와 보험업계에 의해 너무 가혹하다는 비판과 지구환경의 보호라는 양 측면을 고려하여 선주의 책임제한제도를 인정하되 책임한도액을 대폭 인상하는 것으로 결정되었다.⁴⁴⁾ 결국 엑슨·발데즈호 사고는 선주책임제한법이 있었지만, 음주경력 있는 선장과 무능한 선원에게 책임을 물어 책임제한규정을 적용하지 않고 총 5조원대의 배상과 방제를 유도한 선례를 남기게 되었다.⁴⁵⁾

39) 국제기금협약상 오염손해에 대한 손해배상청구권은 정부채권이나 민간채권이나 모두 동순위임으로 만약 총손해액이 보상한도를 초과할 경우, 각 청구자는 국제기금이 결정한 지급률 수준에 따라 비례적으로 감소된 금액을 보상받게 되는 것이 일반적이다.

40) 프랑스 농수산부 산하의 국가해양생산양식.

41) 「HEBEI SPIRIT호 유류오염사고 피해보상지원관련 각종 참고자료」, 국토해양부 허베이 스피리트 피해보상지원단.

42) 1989년 3월 24일 37,000톤의 유류가 유출된 미국 최대의 유류유출사고. 유출된 유류의 규모 및 피해의 심각성 외에도 사고원인이 선장의 음주 및 무자격 항해사에 의한 운항이라는 점에서 미국 민에게 충격을 주었다.

43) 소병천, "미국의 해양유류오염피해에 대한 법적 대응과 시사점", 『허베이 스피리트호 기름유출사고의 법적 대응방안과 향후 과제: 강원대학교 법대·한국법제연구원 공동학술회의』 008(8), 한국법제연구원, 2008, 96면.

44) 김인숙, 『주요국가의 해양오염사고 대응에 관한 비교법적 연구Ⅰ』, 한국법제연구원, 2008, 32면.

45) 신용승, "허베이 스피리트호 유류오염사고 대응현황 및 개선방향", 한국환경정책평가연구원, 2008, 7면.

(4) 각 국의 해양오염사고 대응 사례가 주는 시사점

스페인과 프랑스는 신속한 피해자 보상을 위한 정부의 보상금 선지급 방안을 마련하였다. 그런데 양 국의 선지급 방안은 세부적인 기준의 마련과 구체적인 적용에 있어 큰 차이를 보였다. 스페인 어업분야 보상사례는 정부의 조사 및 사정결과를 국제기금이 인정하지 않으면 국제기금과의 정산이 어렵기 때문에 정부의 재정적 손실이 불가피하다는 문제점을 보였다. 반면, 프랑스 에리카호 보상사례에서는 비록 독자적인 기준에 의한 보상이었으나, 그 독자적 기준은 국제기금의 보상매뉴얼을 준수했기 때문에 국제기금으로부터의 전액 정산이 가능했다. 유류오염사고의 가해자가 엄연히 존재하는 상황에서 유류오염사고의 당사자와 같은 입장에서 정부가 직접 보상하는 것은 법리적으로 합당하지 않을뿐더러, 정부의 재정적 손실은 결국 국민의 세금 부담으로 돌아온다는 점에서 '정부자체 사정기준에 따른 보상금 선지급'이라는 스페인 정부의 조치는 바람직하지 않은 측면이 있다.

다음으로 사실상 선주의 무한책임을 인정하는 미국의 OPA법에 대해 검토해보겠다. 무한책임제도의 도입은 피해보전에 관한 현행 제도가 안고 있는 부족한 배상 및 보상 문제를 일거에 해결할 수 있다는 장점이 있다. 그러나 이는 현행 국제유류오염책임배상체제와는 양립할 수 없다. 이러한 이유로 미국도 국제협약에 가입하지 않고, 독자적인 국내법을 통해 선주의 책임제한사유를 엄격히 설정하여 선주에게 사실상 무한책임을 강제하고, 선주의 무자력에 대비하여 보험 및 기금제도 등을 마련하였다. 하지만 우리가 이를 수용하기에는 현실적으로 어려운 측면이 많다. 전세계 분담유량의 약 40%를 차지하는 미국과 달리, 한국은 미국의 약 1/10 수준에 불과하므로 허베이 스피리트호 유류유출사고와 같이 피해규모가 막대한 경우에는 국내 선주의 무한책임과 정유업계의 분담금 납부에 따른 기금이 마련되더라도 그 피해를 완전하게 보전할 수 없다. 설사 피해의 완전배상 및 보상을 위한 기금을 강제하더라도 이것은 국내 해운업계와 정유업계의 부담을 턱없이 가중시키는 결과를 초래하므로 시행되기 어렵다.⁴⁶⁾ 게다가 무한책임의 인정은 사고의 조속한 해결을 가로막는다. 미국의 엑스발테즈호 사고에서도 20여년간 손해배상청구를 둘러싼 지루한 법정공방이 계속되어 사회, 경제적 손실이 가중된 측면이 있다.

2. 허베이 스피리트호 유류오염사고 피해주민의 지원 및 해양환경의 복원 등에 관한 특별법의 제정과 한계점

우리 정부는 허베이 스피리트호 유류오염사고로 피해를 입은 주민 및 해양환경 등에 대하여 신속하고 적절한 수습 및 복구대책을 수립·시행함으로써 피해지역 주민들의 재기와 해양환경의 조속한 복원을 도모하기 위해 '주민지원특별법'⁴⁷⁾을 제정·시행하였다.

46) 한상운, "한국의 해양유류오염피해에 대한 법적 대응과 과제", 『허베이 스피리트호 기름유출사고의 법적 대응방안과 향후 과제: 강원대학교 법대·한국법제연구원 공동학술회의』 008(8), 한국법제연구원, 2008, 35-37면.

주민지원특별법의 주요한 특징은 신속한 손해보전지원을 위해 대지급금⁴⁸⁾과 대부금⁴⁹⁾의 지급 규정을 마련하고, 보상의 범위를 확대하기 위해 정부채권의 후순위 지정⁵⁰⁾, 한도초과 보상금⁵¹⁾ 및 피해보상을 받지 못한 자를 위한 지원 특례⁵²⁾를 도입하였다는 점이다.

현행 주민지원특별법은 에리카호 사고 당시 프랑스 정부의 대응책과 유사점을 보이는데, 정부의 선지급과 정부채권의 후순위 지정이 그것이다. 특별법에서도 국제기금 등에 의한 손해사정액을 기준으로 정부의 선지급이 이루어진다.

한편, 한도초과보상금 및 피해보상을 받지 못한 자를 위한 지원 특례의 도입은 매우 중요한 의미를 갖는다. 먼저, 한도초과보상금 지급 특례규정을 살펴보면 주민지원특별법 제9조는 제1항에서 “국가 또는 지방자치단체는 다음 각 호 어느 하나에 해당하는 사유로 인하여 손해액의 일부만을 지급받은 자에 대하여는 대통령령으로 정하는 바에 따라 지급받지 못한 금액의 전부 또는 일부를 지급할 수 있다.”고 하고, 각 호에서는 총손해액이 국제기금의 보상한도액을 초과하나 책임제한 또는 배상능력의 부족으로 보상이 이루어질 수 없는 경우를 정하고 있다. 그 구체적인 내용을 보면, 허베이 스피리트호 유류오염사고로 인하여 발생된 손해가 국제기금의 보상한도액을 초과하면서 유배법 제7조 제1항 본문에 따라 선박소유자의 책임제한이 인정되어 국제기금의 보상한도액 초과부분에 대한 배상책임자가 없는 경우(제1호)와 허베이 스피리트호 유류오염사고로 인하여 발생된 손해가 국제기금의 보상한도액을 초과하면서 유배법 제7조 제1항 단서에 따라 선박소유자의 책임제한이 인정되지 아니하여 선박소유자의 배상책임은 있으나 선박소유자의 배상능력이 부족한 경우(제2호)이다. 그런데 제2항에서는 “제1항에 따른 지급액은 책임협약 및 국제기금협약에 따라 국제기금에서 인정한 총사정액을 초과할 수 없다.”고 하여, 한도초과보상금의 지급 역시 국제기금이 인정한 손해사정액 범위 내로 한정시키고 있다는 점에서 아쉬움이 남는다. 2009년 유배법 개정을 통해 국제기금의 보상한도액이 약 1조 1,182억원까지 증가했는데, 국제기금은 엄격한 사정 기준을 적용하여 손해액을 산정하므로, 실제로 국제기금에서 인정한 총사정액이 국제기금의 보상한도액을 넘어서기는 어렵다. 따라서 ‘국제기금에서 인정한 총사정액을 초과할 수 없는’ 한도초과보상금 규정은 그 실효성이 미약하다.

다음으로 피해보상을 받지 못한 자에 대한 지원 특례를 규정한 제11조 제1항 제4호의

47) 제정 2008. 3. 14. 법률 제8898호 · 시행 2008. 6. 15./ 개정 2009. 5. 27. 법률 9740호 · 시행 2009. 11. 28.

48) 유류오염손해배상보장법상 배상이 이루어지기 전에 국가 또는 지방자치단체가 국제기금 등에 의한 손해사정액을 기준으로 그 전부 또는 일부의 금액("대지급금")을 선지급하고 그 대지급금 범위 내에서 청구권을 대위행사 하도록 하고 있다(동법 제8조 제1항 내지 제3항).

49) 피해자의 손해배상청구일로부터 6개월 이내에 국제기금 등에 의한 손해사정이 이루어지지 아니한 경우 대책위원회가 정하는 기준과 절차에 따라 국가 또는 지방자치단체가 해당자에게 대부 등의 지원을 할 수 있게 하고 있다(동법 제8조 제5항, 제6항).

50) 국가 또는 지방자치단체의 장 또는 대책위원회가 정하는 기관, 단체가 국제기금 등을 상대로 손해배상 또는 보상을 청구하는 경우에 그 외의 청구인보다 후순위로 할 수 있도록 규정하고 있다(동법 시행령 제11조).

51) 동법 제9조.

52) 동법 제11조 제4항.

내용을 살펴보면, 주민지원특별법은 허베이 스피리트호 유류오염사고와 관련된 피해 주민 중 보상을 받지 못한 자에 대해서 지원을 할 수 있도록 한다. 시행령 제20조 제1항에서는 ‘보상 받지 못한 자’를 유배법에 따른 손해배상 또는 보상을 청구한 자로서 실질적인 피해를 입었음에도 불구하고 손해배상 또는 보상을 받지 못하거나 대책위원회가 정하는 기준 이하로 받은 자로 정한다. 이 규정은 영세 어업인 또는 무면허 사업자, 무자료 거래 등으로 국제기금에서 요구하는 피해입증이 용이하지 아니한 피해 주민의 생계안정 등을 위한 지원근거가 된다는 점에서 큰 의미가 있다. 그러나 피해입증이 용이하지 아니한 경우 손해액을 어떻게 산정할 것인지 등 구체적인 적용에 있어서 신뢰할만한 보완책이 마련되지 않는 한, 이 또한 그 실효성이 상실될 것이다.

IV. 맺음말

- 현행 유류오염손해배상체제 내에서 피해자 구제를 위한 보완책

앞서 살펴본 바와 같이 해양유류오염사고 피해에 대한 보상은 국제유류오염보상체제에 따라 이루어져 오고 있다. 그러나 국제유류오염보상체제는 정당한 보상원칙에 따라 피해자의 피해입증을 강하게 요구하기 때문에 피해가 입증되지 않는 한 신속하고 충분한 보상이 이루어질 수 없다.

우리나라는 69 CLC 및 71 FC 체제를 국내로 수용하기 위해서 유배법을 제정하였으며, 92 CLC 및 92 FC로 개편되는 등 국제유류오염보상체제의 변화에 따라 이에 발맞추어 유배법을 개정해왔다. 더욱이 ‘HEBEI SPIRIT호 유류유출사고’라는 대형유류오염사고가 발생하자, 주민지원특별법을 제정하여 피해복구를 위해 보다 적극적인 자세를 취하였다.

주민지원특별법은 기존 92 CLC 및 92 FC 체제를 존중하면서도 피해 주민에 대한 신속하고 적절한 피해보상 지원을 위해 대지급금, 대부금, 한도초과보상금 등의 새로운 개념을 도입하였다는 점에서 높이 평가된다. 그러나 앞에서 지적한 바와 같이 ① 한도초과보상금 지급기준이 국제기금의 사정에 의존하고 있다는 점과 ② 피해보상을 받지 못한 자를 위한 지원 특례에서 정당한 보상을 위한 구체적인 타당한 조사연구가 뒷받침 되어야 한다는 점 등에 대한 충분한 논의와 보완책의 마련은 필수적이다. 현행 주민지원특별법의 미비점을 검토하고 개선하는 것은 주민지원특별법이 허베이 스피리트호 유류오염사고에 한정되어 적용되는 것이기는 하나 앞으로 또 다시 대형유류오염사고가 발생한다면 하나의 선례가 될 가능성이 크고, 더욱이 사고 발생마다 특별법을 제정하는 것은 법적 안정성이나 예견 가능성 측면에서 바람직하지 않기 때문에 궁극적으로는 유배법으로 수용되는 것이 타당하다고 본다. 면, 더욱 필요한 작업이라고 할 것이다.

특히 ①에서 제기한 문제와 관련해서는 2009년 유배법 개정을 통한 2003 추가기금협약

가입, 주민지원특별법 상의 한도초과보상금 지급에 대한 특례 마련과 같이 보상한도액을 높이려는 노력만으로는 실손해액을 전보 받을 수 없다는 점을 지적하고 싶다. 주민지원특별법상 한도초과보상금 지급규정에도 기재⁵³⁾된 바와 같이 우리나라가 국제유류오염보상체제에 속해 있는 한 보상액 지급에 필요한 손해액의 산정은 국제기금의 사정에 의존할 수밖에 없다. 그런데 이번 ‘HEBEI SPIRIT호 유류유출사고’에서도 제기된 바와 같이, 국제기금의 사정 손해액은 피해 주민들이 주장하는 손해액에 비해 현저히 적다. 결국 국제기금에서 인정되지 않은 손해는 고스란히 피해 주민의 부담으로 남게 된다. IOPC FUND나 P&I Club이 유류오염손해의 범위를 엄격히 제한하고 인과관계의 입증을 강하게 요구하는 것도 문제지만 이것은 우리나라만이 아니라 계약국 모두에게 적용되고 있음에도 불구하고 다른 국가와 비교하여 특히 우리나라의 보상액이 청구액에 비하여 매우 낮다⁵⁴⁾는 점에서 해결방안의 모색이 절실히 요구된다.

먼저, 청구액 대비 보상액이 낮은 가장 근본적인 이유는 평상시 국제기금 사정기준을 충족할 수 있는 입증자료를 구비하고 있지 않기 때문이다. 특히 우리나라에서는 등록되지 않은 맨손어업인 등 피해 주민 대부분이 객관적이고 신빙성 있는 입증자료를 갖추지 못하고 있다. 따라서 사후적으로 객관성과 전문성이 결여된 증거능력이 약한 간접 자료를 제시할 수밖에 없어 결국 보상청구액의 대폭적 감액을 초래하고 있다. 이 문제를 해결하기 위해서는 국제적으로 신뢰할 수 있는 감정평가기관이나 국가가 지정하는 전문조사연구기관 또는 교육기관에 의뢰하여 현장조사 활동을 통하여 어업생산량이나 손해액 등을 객관적으로 조사·평가하여 전문적이고 과학적인 근거를 평상시에 마련해야 한다.⁵⁵⁾ 그리고 국제기금의 손해액 산정에 있어 해당 국가의 특수성을 고려하지 않는다는 것도 매우 불합리하다. 이를 해결하기 위해서는 보상청구와 관련하여 정부나 지방자치단체의 소극적 대응이나 국제적 신뢰도 및 협상능력부족 등의 문제가 시정되어야 한다. 우리 정부는 국제기금의 손해액 산정에 한 국연안의 특수성과 피해입증을 위한 자료수집의 복잡성이 반영될 수 있도록 지속적으로 설명하고 문제를 제기하는 등 적극적으로 대응해야 한다. 한편, 국제기금에 피해입증자료와 추가입증자료를 피해 주민들이 제대로 제출하지 않기 때문에 허베이 스피리트호 사고의 보상이 지연되고 있다는 국제기금의 주장은 일견 타당하나 국제기금의 미온적인 태도 또한 시정되어야 한다. 우리 정부가 수차례에 걸쳐 허베이 스피리트 센터에 피해청구 접수인원을 증원해 줄 것을 요구했음에도 불구하고 국제기금은 허베이 스피리트 센터에 직원 1명을 증원하는데 그쳤으며, 우리 정부가 특별법상 대부, 대지급금 도입으로 상호간 보상금 이중지급

53) 동법 제9조 제2항.

54) 우리나라의 경우 시프린스호 사고의 IOPC FUND 총보상액은 청구액대비 17.7%에 불과하였으며, 10% 미만에서 타결된 경우도 많았다(금동호 사건 7.6%, 태양호 사건 1.7%, 삼우호 사건 2.5% 등). 반면, 나호드카호(일본), 에리카호(프랑스) 사고의 총보상액은 청구액대비 69.9%, 65.2%였고, 프레스티지호(스페인) 사고의 경우에는 기존 IOPC FUND 보상한도를 초과하여 손해액이 인정되었다.

55) 한상운, "한국의 해양유류오염피해에 대한 법적 대응과 과제", 『허베이 스피리트호 기름유출사고의 법적 대응방안과 향후 과제: 강원대학교 법대·한국법제연구원 공동학술회의』 008(8), 한국법제연구원, 2008, 40-41면.

방지를 위한 정보공유가 절실함을 지속적으로 설명했음에도 2009년 4월이 되어서야 클레임 접수 시스템을 개편하기 시작하였다는 점 등에 대해서는 그 책임을 물어야 할 것이다. 국제 기금의 문제점을 지적하고 그 문제점을 개선시켜 나가는 것은 회원국으로서의 당연한 권리이자 의무라고 생각한다.⁵⁶⁾

지금까지 현행 유류오염손해배상체제 내에서 피해자 구제를 위한 보완책을 검토해보았다. 대형해양유류오염사고 발생 시 피해를 최소화하고, 피해자를 보다 두텁게 보호하기 위해서는 법적, 제도적 측면에서 신속하고 충분한 피해보상이 가능하도록 유류오염보상체제를 개선하는 것이 가장 효과적인 방안이 될 것이다.

다만 해운업을 보호하기 위해 현행 유류오염손해배상체제가 수용한 선박소유자의 책임 제한제도가 피해 주민들에게는 고통을 가중시키고 있다는 일각의 비판은 고려할 면이 있다. 이 사건 ‘허베이 스피리트호 유류유출사고’와 관련하여 삼성중공업은 선박소유자 책임제한 법리에 따라 잠정적으로 56억 원의 금전배상책임만을 질 수 있게 되었다. 그런데 앞서 살펴본 엑슨발데즈호 사고의 경우, 가해자인 엑슨 사는 법적 책임이 확정되기 전에 자발적으로 수조 원대의 비용을 들여서 환경복구, 지역개발에 매진하였다. 금전 배상 등 법리적 방법만이 아니라 환경과피에 대한 복구, 피해자의 고통에 대한 위로, 그들의 생존권 보장 등 사회적 책임을 다하는 것으로 문제를 해결하려고 노력하는 선진국의 사례는 태안기름유출사고와 관련하여 우리에게 시사점을 준다.

56) 김창수, "해양 유류오염사고에 대한 국내의 피해보상체제 비교분석", 부산대학교 대학원, 2009, 132면.

국제공연계약상의 공연료(소득)의 조세회피문제의 해결 방안

- 한미조세조약을 중심으로

김수미(충남대학교 법학과 4학년)

I. 문제의 제기	1. 조세조약의 개관
II. 국제공연계약상 공연자, 공연단체의 공연료(소득)에 대한 조세회피와 한-미조세조약	2. 한-미조세조약상 국제공연 시 아티스트나 공연단체의 소득에 대한 조세회피문제
III. 결어	

I. 문제의 제기

오늘날 우리는 다양한 문화의 향유를 통해 정신적 풍요로움과 삶의 질을 향상시키고 있다. 많은 해외 공연예술작품들의 내한과 인터넷의 급속한 발전으로 우리는 갖가지 콘서트, 연극, 뮤지컬, 영화 등에 대한 정보를 손쉽게 찾아 각자가 관심 있는 문화정보를 쉽게 파악하여 예술문화를 향유할 수 있는 것이다.

실제로 몇 년 째 주기적으로 브로드웨이 4대 뮤지컬 중 하나인 ‘캣츠’, 그리고 뮤지컬 ‘시카고’도 국내에서 라이선스 공연되고 있고, 작년 12월 중순부터는 뮤지컬 ‘오즈의 마법사’도 라이선스 공연되었다. 대중음악 공연으로는 작년만 해도 비욘세, 레이디 가가, 올해에는 휘트니 휴스턴 등 쟁쟁한 가수들이 내한공연을 하였다. 게다가 오케스트라 내한 공연의 경우 2007년에는 잉글리시 챔버 오케스트라가, 2008년에는 베를린필하모닉 오케스트라가 내한 공연을 하였고 올해에는 동유럽을 대표하는 소피아 필하모닉 오케스트라가 첫 내한공연을 11월 초에 시작하였다. 이렇듯 클래식 분야에서도 활발하게 내한공연이 전개되고 있다.

이러한 상황 속에서 공연계약을 체결하는 일부 국가의 공연자들(팝스타나 오케스트라 등의 공연자)에게 지불하는 공연료의 조세회피문제가 심심찮게 대두되고 있는데, 이 문제를 어떻게 해결하여 활발한 국제공연거래가 이루어지도록 할 것인지를 살펴보도록 하겠다.

II. 국제공연계약상 공연자(artist), 공연단체의 공연료(소득)에 대한 조세 회피와 한·미조세조약

1. 조세조약의 개관

(1) 목적 및 적용순서와 적용범위

OECD 모델조약에 따르면 조세조약은 2개의 국가 간에 체결되며(양국간 조약, bilateral treaty)¹⁾ 그 목적은 “국제적인 이중과세를 배제”하고 “조세회피와 탈세를 방지”하는 것으로 규정하고 있다.²⁾ 그러나 한편으로는 한 국가의 과세권을 확보하고자 한 데도 그 목적이 있다.³⁾ 조세조약은 ‘소득에 관한 조세’의 이중과세 회피를 위한 것이므로 과세대상 조세는 법인세, 소득세, 소득할 주민세(주민세)가 포함되며, 부가가치세, 개별소비세 등의 간접세는 그 대상이 아니다.⁴⁾ 특이한 점은 조세조약은 ‘양 체결국’의 국적자와는 상관없이 거주자(resident, 개인과 법인)에게 적용된다는 점이며 조세조약은 국내세법과 동일한 효력을 가진다.⁵⁾ 그러나 조세조약은 국내세법에 대하여 특별법의 지위에 있으므로 특별법 우선의 원칙에 의하여 조세조약이 국내세법에 우선하여 적용된다.⁶⁾ 그러나 내국법으로 조세조약을 배척하는 경우도 있는데, 이에 대해서는 자세히 후술하기로 한다.

(2) 공연수입 - 독립적 인적용역소득(국내원천소득)

공연수입은 그 수입이 개인에게 속하든 법인에게 속하든, 비거주자·외국법인의 국내원천소득인 소득세법상의 인적용역소득에 해당된다.⁷⁾ 이는 독립적 성격의 활동으로 인한 소득이므로 타인의 피고용인으로서 용역을 제공하고 대가를 지급받는 근로소득과는 구분되는 개념으로, 소득세법상의 인적용역을 국내에서 수행하는 경우 우리나라에서 과세된다.(용역수행지국과세원칙)⁸⁾

2006년 개정 전 세법(소득세법 및 법인세법)에 의하면 국내기획자(인적용역을 제공받는 자)가 해외 아티스트의 공연에 의한 직접소득에 과세할 뿐만 아니라, 이외에 항공료, 숙박비

1) 국세청, 비거주자 외국법인의 국내원천소득 과세제도 해설(2007), 제1장.

2) 한성수, "한·미조세조약의 개정방안"(미간행, 박사학위논문, 서울시립대학교 세무대학원, 2009), 40면.

3) 서영택, 「신세新稅는 악세惡稅인가」(서울 : 모아드림, 2008), 203-204면.

4) 국세청, 전게서.

5) 헌법 제6조 제1항. '헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.'

6) 국세청, 전게서.

7) 소득세법 제119조 제6호, 동 시행령 제179조 제6항 제4호 및 법인세법 제93조 제6호, 동 시행령 제132조 제6항.

8) 국세청, 전게서, 제4장 제6절.

등의 체제비나 일비(퍼디엠, Per Diem)를 모두 인적용역소득으로 과세하였다. 따라서 이로부터 초래되는 제작비 부담은 양질의 해외 콘텐츠를 국내시장에 소개하는 기획자들이 좋은 공연물을 확보하기 어렵게 하는 요인으로 작용하는 한편, 이는 다음 단계에서 공연티켓가격의 상승으로 이어져 결국 관객의 부담으로 고스란히 전가된다는 비판을 받아왔다. 그러나 일비에 대한 과세는 2006년 2월 9일 이후 최초로 발생하는 소득분부터는 총 지급액에서 항공료·숙박비·식대 등을 차감한 금액에서 원천징수하는 것으로 세법이 개정되었다. 이것으로 앞서 언급한 문제점이 다소 보완될 수 있으리라 본다.⁹⁾

(3) 비거주 연예인 등에 대한 과세

국내세법상 연예인 및 체육인의 독립적 활동은 독립적 인적용역의 범위에 포함되나, 대부분의 조세조약은 독립적 인적용역 조항과 별도로 비거주 연예인, 체육인이 제공하는 용역¹⁰⁾에 대한 조항을 두고 있다. 이 경우, 별도의 조항이 우선하여 적용되고, 별도의 조항이 없으면 인적용역 조항이 적용될 것이다.¹¹⁾

우리나라와 조세조약을 체결·발효한 국가는 70년 일본을 시작하여 현재 약 70여개 국에 달하고 있다.¹⁵⁾ 조세조약상 비거주 연예인 등에 대한 소득의 과세요건은 각국마다 차이가 있으나, 문화적 교류가 활발한 선진국을 중심으로 몇 가지 형태로 나누어 볼 수 있다.

우리나라와 조세조약 체결국가	원칙(대부분 국가) 비거주 연예인들의 소득의 귀속을 불문하고 용역을 수행한 국가에서 과세
	예외(미국)
	▶ 공연소득이 연예인에게 귀속 1) 과세연도¹²⁾ 중 총 183일 이상 체재 하거나 183일 이상 고정시설 보유 2) 인적용역소득이 과세연도 중 US\$3,000 초과 ▶ 공연소득이 법인에게 귀속 1) 우리나라에 고정사업장 있는 경우 고정사업장의 사업소득으로 신고·납부¹³⁾ 2) 우리나라에 고정사업장 없는 경우 국내기획사가 비과세 외국연예·체육법인¹⁴⁾에게 연예인, 체육인의 용역제공대가 지급시 조세조약상 비과세규정에 불구하고 지급금액에 대하여 20%(소득세법 제156조 1항 2호) 선원천징수, 후정산제도 (2008년 개정)

9) 강은경, 「계약에서 공연장까지(From Contract to Concert Hall) : 국제공연계약의 이론과 실제」 (일산 : 이클라세, 2007), 225면.

10) 비거주연예인이란 연예인·운동가의 국내 용역제공을 보조하는 감독·조명·촬영·음향기사, 코치 및 이와 유사한 용역을 제공하는 자를 포함한다(2008년 신설한 소득세법 시행령 제207조의 7). 비거주 연예인, 체육인이 제공하는 용역이라 함은 국내에 거주하지 아니하는 연예인·체육인이 국내에서 연예 및 체육활동을 수행하고 대가를 받는 용역으로서, 소득세법상 비거주자나 법인세법상 외국법인이 국내사업장을 통하지 않고 제공하는 용역을 말한다(국세청, 전거서 제4장).

11) 국세청, 전거서, 제4장. 미국과의 조약의 경우 별도 조항이 없으므로 독립적 인적용역 조항이 적용될 것이다.

우리나라와 조세조약 미 체결국가	국내세법상 독립적 인적용역소득으로 과세
면세되는 경 우(3가지 중 하나)	1) 연예인 등의 한국방문에 실질적으로 소요되는 직접경비를 공공기금으로부터 지원받는 경우 2) 연예인 등의 소득이 제3자에게 귀속되고, 제3자가 정부, 지방공공단체 등으로부터 공공기금을 지원받거나 비영리단체인 경우 3) 연예인 등이 비영리단체인 경우 (비영리단체란 영리 아닌 목적으로 설립된 단체로 국립 또는 시립 오케스트라, 국립발레단, 국가대표 축구팀 등의 경우)

(국세청, 「비거주자 외국법인의 국내원천소득 과세제도 해설(2007)」, 제4장 제6절 내용을 참고로 표로 정리)

2. 한·미조세조약상 국제공연 시 아티스트나 공연단체의 소득에 대한 조세회피문제

(1) 문제의 제기

앞서 목차 ‘II.1.(3) 비거주 연예인 등에 대한 과세’ 내용상의 표에서 살펴본 바와 같이, 미국법인이 제공하는 용역은 국내에 고정사업장이 없는 경우 과세되지 않으므로 세계 각국의 연예인·체육인(이하 ‘연예인 등’)들이 미국의 대행법인(Management Co. 또는 Agent)이나 연예회사(Star Company)을 통하여 국내에서 공연 등의 용역을 제공하는 사례가 늘어나고 있다. 대형 팝스타들의 1백만 달러¹⁶⁾등 고액에 달하는 공연 수입이 한·미조세조약상 과세대상에서 제외되자 개정의 필요성이 계속해서 대두되어 왔다.¹⁷⁾

1979년부터 발효된 한미조세협약에 따르면 연예인 및 체육인의 소득에 대해서는 개인소득은 모두 과세하되 법인 소속일 경우 국내에 고정사업장이 있는 경우만 과세하고 있어 1990년대 들어 미국의 유명 연예인들이 이 한미조세협약의 맹점을 이용하여 개인자격보다는 법인을 앞세워 거액의 공연수익을 거두고도 세금을 내지 않았던 것이다.¹⁸⁾

12) 조세특례제한법 제2조(정의) 제1항 제2호에서는, " '과세연도' 라 함은 소득세법에 의한 과세기간 또는 법인세법에 의한 사업연도를 말한다."고 규정하고 있다. 과세기간 있는 조세는 개인과 법인 소득세(1월 1일부터 12월 31일까지), 부가가치세(1월 1일~6월 30일, 7월 1일~12월 31일) 뿐이다. 사업연도란 법인세법 제6조(사업연도) 제1항에서, "사업연도는 법령 또는 법인의 정관 등에서 정하는 1회계기간으로 한다. 다만, 그 기간은 1년을 초과하지 못한다."고 규정하고 있다. 즉, 언제나 1년인 것은 아니다.

13) 한·미조세조약상 인적용역소득이 법인에게 귀속할 경우 사업소득으로 과세하도록 규정하지만, 우리 세법에서는 연예인 등의 인적 용역 소득을 사업소득에서 제외시키고 있다(국세청, 전게서, 제4장 제5절).

14) 연예인·체육인의 공연 등을 하는 외국법인으로 고정사업장이 없어 조세조약에 따라 비과세되는 법인(국세청, 전게서, 제4장 제6절).

15) 기획재정부, 조세조약체결현황 2009년 2월(<http://www.mosf.go.kr/>).

16) 김태근, ‘균형 안맞는 韓美 조세협약 100만달러 번 아길레라 한국선 세금 한푼 안내’, 매일경제, 2007.7.1 기사.

17) 한성수, 전게서, 8면.

이렇듯 한·미조세조약에서는 개인은 과세대상이나 제8조(사업소득)에서 원천지국에 고정 사업장이 있는 경우에만 소득을 과세할 수 있을 뿐이나,¹⁹⁾ OECD 및 UN모델조세조약 제17조에서는 연예회사(starcompany)²⁰⁾나 대행회사(management)를 이용한 조세회피를 방지하기 위해, 소득이 예능인이나 체육인 자신에게 귀속되는지 혹은 다른 사람에게 귀속되는지 여부를 불문하고, 원천지국에서 행해진 예능인(artists)과 체육인(sportsman)의 활동소득을 원천지국에서 과세할 수 있는 소득으로 규정²¹⁾하고 있는 것이 일반적인 추세이다. 또한 대형팝스타의 어마어마한 공연수입과 달리 해외클래식공연단체의 경우 (물론 일반 단원과 지휘자의 공연료의 차이가 크지만 동등하다는 가정 하에 계산한다면) 유명한 공연인 경우 1인당 700만원 즈음의 소득을 올리는데²²⁾ 소득이 적건 크건, 우리나라의 도로 등 공공재를 이용하고 제반 시설을 이용하였고 우리나라에서 인적용역을 수행하여 올린 소득이므로 용역수행지국의 원칙상 우리나라에서 과세하는 것이 정당할 것이다.

(2) 해결방안

1) 실질과세의 원칙

(가) 실질과세의 원칙에 관한 개정사항 및 조세회피에의 적용

실질과세의 원칙이란 거래의 외형(법적인 형식)보다는 거래의 경제적 실질 내용에 따라서 과세하여야 한다는 원칙으로서 우리 국세기본법 제14조 제1항, 제2항에서 각각 실질귀속의 원칙(과세대상의 법적 귀속에 상관없이 경제적 소득이 사실상 귀속되는 자에 착안하여 과세하는 것)과 실질계산의 원칙을 규정하고 있다. 이러한 실질과세의 원칙은 대륙법과 영미법에 상관없이 실질주의에서 구체화된 아주 기본적인 원리이다.

국제거래의 발전으로 통상의 측면에서 국가간 장벽이 없어지고 있고, 더욱이 일방체약국의 기업이 타방체약국에서 수익활동을 영위하는 동안 동 기업은 타방체약국의 보호 아래 경제활동을 영위하여 수익을 극대화하게 된다. 따라서 수익을 실현하는 자는 타방체약국의 관련세법에 따라 체약국에서 세금을 납부하여야 할 것이다.²³⁾

따라서 대행회사 등을 통하여 비거주 연예인 등의 용역이 국내에 제공될 때에는 용역의 실질 제공자를 파악하여 원천징수하여야 함이 타당하다. 예를 들어 연예인 등(소득이 법인

18) 윤소영, 대중음악 공연기획의 현황 및 발전방안 연구 : 해외 아티스트 초청 국내공연을 중심으로 (미간행, 석사학위논문, 중앙대학교 예술대학원, 2002), 96-97면.

19) 대한민국·미합중국, 「대한민국과 미합중국간의 소득에 관한 조세의 이중과세 회피와 탈세방지 및 국제무역과 투자의 증진을 위한 협약」 제6조 제6항·제8항, 제8조 제1항.

20) 용역수행자가 설립·소유하고 용역수행과 관련하여 명목상 소득의 수령인으로 활동하는 법인(한성수, 전계논문, 144면).

21) 김준석, 「국제조세실무 : 조세협약을 중심으로 한 국제조세지침서」(서울 : 영화조세총람, 2005), 57면.

22) 김지원, "빈 슈타츠오퍼 내한공연 45만원! 일본보다 비싸다니..." 한국일보, 2007.7.18 기사.

23) 한성수, 전계논문, 41면.

에게 귀속해도 과세되는 국가의 거주자)의 용역이 대행회사를 통하여 국내에 제공되는 경우, 그 대행회사(미국)가 연예인 등의 용역제공을 용이하게 하기 위하여 계약체결, 공연일정의 조정 등 보조적인 역할을 할 뿐이라면 그 용역은 대행회사가 제공하는 것으로 볼 수 없을 것이다. 따라서 계약서의 명의자가 용역을 실질적으로 제공하는 자와 다른 경우에는 계약서의 명의자 여부에 불문하고 용역을 실질적으로 제공하는 자의 거주지국 조세조약을 적용하여 그 소득을 원천징수하여야 한다.²⁴⁾ 혹은 연예인이 미국의 거주자일 경우에도 대행회사가 단지 보조적 역할을 수행하고 있다면 위와 같은 경우에는 실질과세의 원칙상 개인에게 귀속되는 소득으로 보아 원천징수 하여야 할 것이다.

즉, 실질과세의 원칙을 적용하여 연예인 등의 소득을 원천징수하기 위해서 살펴보아야 할 것은 ① 용역계약상의 명의자와 용역의 실질적 제공자가 다른지, ② 계약상의 명의자가 수수료만을 받을 뿐이고 용역의 대가가 최종적으로 귀속하는 자가 따로 있는지 ③ 법인증명서를 제출받아 계약상 명의자인 법인의 실체가 실제로 법인인지 ④ 법인이 제공하는 용역은 그 법인의 고용인을 통한 것이므로 해당 용역을 제공하는 자가 법인에 실질적으로 고용되었는지 확인해 보아야 한다.²⁵⁾

2006년 이전에는 「국세기본법」(제14조)과 「법인세법」(제4조)에만 실질과세의 원칙이 간단하게 규정되어 있었다. 그러나 최근 국제거래와 관련하여 조약의 남용사례가 사회적인 문제로 등장하게 되자 정부는 이를 보완하기 위해 「국제조세조정에 관한 법률」과 「법인세법」에 조약의 남용을 방지하기 위한 규정을 신설하였다. 따라서 과거의 「국세기본법」 및 「법인세법」의 실질과세의 원칙과 새로 신설된 「국제조세조정에 관한 법률」 제2조의 2에 규정된 실질과세의 원칙을 비교해 보면, 과거와 달리 「국제조세조정에 관한 법률」이 실질과세의 원칙을 “조세조약”에 적용할 수 있다고 규정한 점이 내용상 가장 두드러진 차이점이라고 할 것이다.²⁶⁾

(나) 실질과세 원칙 적용의 문제점 검토

그러나 상술했듯 실질과세의 원칙은 대륙법과 영미법에 상관없이 실질주의에서 구체화된 아주 기본적인 원리이기 때문에 국제간의 거래에서도 상관없이 적용되어야 할 것이므로 일종의 확인규정에 지나지 않는다고 사료된다.²⁷⁾ 게다가 신설된 실질과세의 원칙은 과거와 마찬가지로 그 내용이 너무 추상적이기 때문에 아직도 조약의 남용과 관련하여 납세자와 과세당국 또는 양 계약국간에 조세분쟁이 발생할 여지가 상존하고 있고, 과세행정의 투명성의 측면에서 글로벌 기준에 미치지 못해 원활한 국제거래의 증진을 저해하는 요인으로 작용할 것이다.²⁸⁾

24) 국세청, 전거서, 제4장.

25) 국세청, 전거서.

26) 한성수, 전계논문, 57-58면.

27) 종전 「국세기본법」과 「법인세법」의 실질과세원칙을 조약남용의 사례에 적용될 수 있는지에 대해 이를 판례가 긍정하였다(한성수, 전계논문, 58면).

또한 실질과세의 원칙에 의하여 해결될 문제였다면, 국내법이 개정되지도 않았을 것이고, 한·미조세조약 개정의 필요성이 대두되지도 않았을 것이다. 이론적으로는 물론 타당한 해결방법이지만 연예인 등의 용역대금이나 대행회사에 대한 수수료가 해외에서 지급된다면 그들이 자진납세하지 않을 것은 명약관화하거나와 타국의 관할 영토 내에서 일어나는 일에 대하여 세무조사를 할 수도 없다. 그 결과 과세근거가 되는 과세자료가 부족²⁸⁾하여(근거과세의 원칙³⁰⁾) 사실상 과세하기엔 역부족하리라 본다. 따라서 실무상 효과적으로 쓰일 수 있는 해결방안은 아니라고 사료된다.

2) 국내세법 개정

(가) 우리세법의 개정상황

이미 우리 소득세법은 2008년 개정을 통해 이러한 조세회피를 방지하고자 하였다. 소득세법 제156조의5(비거주연예인등의 용역제공과 관련된 원천징수절차 특례)를 신설하여, 국내 기획사가 비과세 외국연예·체육법인에게 연예인·체육인의 용역제공대가 지급 시 조세조약상 비과세규정에 불구하고 지급금액에 대하여 20%(소득세법 제156조 1항 2호)를 원천징수한다고 규정한 것이다. 이 때, 국내기획사는 비과세 외국 연예·체육법인이 연예인·체육인에게 관련용역에 대한 대가 지급 시 지급하기로 한 금액의 20%를 제외한 나머지 금액을 지급하고 이러한 국내기획사의 선 원천징수로, 비과세 외국연예·체육법인의 원천징수의무(지급금액의 20%)를 이행한 것으로 본다.

이렇듯 원천징수한 경우, 개별적으로 정확한 징수를 했다고 보기 어려우므로 후에 정산 절차를 거치게 된다. 즉 연예인 등에게 지급한 내역서 등을 첨부하여 정산신청하면, 관할세무서(당초 원천징수한 국내기획사 소재지)는 신고서 등 확인 후 과다원천징수세액을 환급하게 된다.

또한 동년 소득세법 제121조 제5항 개정을 통해 국내사업장이 없는 비거주자의 인적용역소득에 대한 과세방법을 개정하였다. 종전, i) 지급자(국내기획사)가 지급금액의 20%를 (완납적) 원천징수하거나, ii) 수령자(비거주 연예인 등)가 종합소득으로 신고·납부하는 방법 중 한 가지를 선택할 수 있었다. 그러나 종합소득으로 신고 납부할 경우 지급자가 예납적 원천징수를 해야 하는 지가 불분명하다. 이러한 점을 이용하여 세금납부를 회피할 수 있었

28) 한성수, 전게논문, 58면.

29) 과세정보 교환에 대한 논의는 회원국 중 호주·오스트리아·벨기에·캐나다·체코·덴마크·프랑스·독일·헝가리·아일랜드·이탈리아·일본·네덜란드·뉴질랜드·노르웨이·스웨덴·스위스·영국·미국의 19개 회원국(OECD)을 중심으로 하여 전개되고 있으며, 우리나라는 소극적으로 참여하고 있는 실정이다.(안종석·최준욱, 국제조세 회피의 행태 및 경제적 효과 분석(미간행: 한국조세연구원, 2003), 42면).

30) 국제기본법 제16조(근거과세) ①납세의무자가 세법에 의하여 장부를 비치·기장하고 있는 때에는 당해 국세의 과세표준의 조사와 결정은 그 비치·기장한 장부와 이에 관계되는 증빙자료에 의하여야 한다.

다. 따라서 소득세법을 개정하여 종합소득으로 신고·납부할 경우에도 지급자가 예납적 원천징수함을 명확하게 규정하였다.

이에 더하여 2008년 신설 규정인 제156조의5 ‘비거주연예인들의 용역제공과 관련된 원천징수절차 특례’에 의거 원천징수 의무자(국내연예기획사)가 비거주 연예법인에게 국내 용역대가 지급 시 20% 선원천징수 의무를 부여하여 추후 미국법인이 비거주 연예인에게 실제 대가 지급 시 정산하여 과다 납부금액을 환급하도록 하고 있다. 그런데 원천징수의무를 이행하지 않는 경우에도 현행규정 해석으로 가산세 부과 가능하나, 명확한 규정이 없어 불이행가산세 부과여부가 불분명하게 된다. 따라서 우리 소득세법은 2009년 소득세법 제85항, 제158조 제1항의 개정을 통해 비거주 연예법인 원천징수 불이행시 가산세 추징을 명확하게 한 것이다.

(나) 국내세법 개정 해결책의 검토

사건으로, 이는 신법우선의 원칙으로 조세협약의 조세회피를 방지하고자 하는 것이 아닌 가 사료된다. 조세조약은 그 목적이 이중과세방지에도 있으나 조세회피의 방지에도 있는데다가³¹⁾, 조세조약은 한 번 체결하면 개정하기 어려워 조세조약이 예정하지 않은 조세회피문제를 막는 국내세법의 개정의 타당성과 장점이 도출될 수 있다.³²⁾ 게다가 조세조약은 30여 개에 불과한 조문으로 구성되어 있어³³⁾ 어떻게 보면 이러한 조세회피의 문제가 잠재적으로 내재되어 있다고 볼 수도 있어 국내세법을 개정하는 것은 이러한 면에서 바람직한 방향이라고 생각한다.

문제는, 국내기획사가 세법에 대한 선 원천징수의무를 이행하게 되는데, 이 경우 공연단체 및 아티스트는 세금을 제외한 순이익만을 받게 되어있으므로 결국 세금은 공연료에서 20%를 떼어서 내도록 하는 법규정의 취지와는 달리, 국내기획사는 공연료는 공연료대로 지급하고 세금은 세금대로 부담하게 되는 문제가 발생한다. 또한 국내세법을 개정함으로 인하여 국가 간 합의한 조세조약을 무력화 시키는 문제가 발생하는데, 조세조약의 목적이 앞서 언급한 바대로 “탈세와 조세회피”에 있으므로 국내법으로 조세조약이 예정하지 않은 조세회피행위를 방지하는 것은 조세조약의 무효화와는 별개라는 견해도 있고 이는 타당한 견해라고 생각된다.³⁴⁾ 그러나 양국 간 합의에 의한 조약을 내국법에 의해 무력화시키는 것은 아직 조세조약의 무효화에 대한 개념이 명확하게 확립된 것이 아니어서, 국제사회의 견해를 살펴보면 내국세법으로 조세조약을 무력화 시키는데 대한 긍정설(OECD)과 부정설(비엔나협약) 및 절충설로 엇갈리고 있고 국내에서도 조약과 국제법 중 어떤 것을 우선할 것이냐에 대하여 학설이 맞서고 있다. 또한 조세조약을 무효화한 규정을 두고 있는 국가와 그렇지 않은

31) 한·미조세조약의 정식명칭은 ‘대한민국과 미합중국간의 소득에 관한 조세의 이중과세 회피와 탈세방지 및 국제무역과 투자의 증진을 위한 협약’이다.

32) 한성수, 전개논문, 79-81면.

33) 한성수, 상개논문, 74면.

34) 한성수, 상개논문, 79면.

국가가 있어서³⁵⁾ 계약국간의 논란의 여지가 있을 가능성도 있다.³⁶⁾ 공연수입에 대한 조세회피는 일반의 광범위한 조세회피 행위와는 달리 좁은 범위에서 명확한 조세회피행위가 벌어지고 있는 것이므로, 해당 조세조약의 문제내용을 개정하여 과세대상을 명확히 할 필요성이 요구될 것이라고 생각한다.

(3) 개정 미·일조세조약의 연예인등 소득과세조항을 통한 한·미조세조약 개정방안 검토

우리 국내법상 외국법인은 영리법인일 경우 국내원천소득에 과세하는데(법인세법 제91조 제2항), 국내원천소득에는 연예인 등이 제공하는 인적 용역소득도 포함되며(법인세법제93조 제6호, 동 시행령 제132조 제6항) 그 외국법인이 국내사업장이 있는 외국법인일 경우 종합과세·신고납부의 방식으로 과세하고 국내사업장이 없는 외국법인일 경우 분리과세·원천징수하게 된다.³⁷⁾ 즉, 국내세법상 외국법인이 국내사업장이 있든 없든 그 소속의 연예인이 인적용역을 제공하여 소득이 있었다면 세금 징수의 대상인 것이다.³⁸⁾

그러나 앞서 ‘II.1.(3) 비거주 연예인 등에 대한 과세’의 표에서 언급한 바대로 한·미조세조약에서는 연예인 등의 인적용역소득에 대해 별도의 규정이 마련하지 않고 제6조 제6항에서 널리 독립적 인적용역소득을 국내원천소득으로 규정하였다. 그러나 국내 세법과 달리 제8조에서 법인이 고정사업장을 통해 얻는 이윤만을 과세의 대상으로 함을 명시적으로 규정하였다. 이를 통해 한국에서는 고정사업장이 없는 미국법인이 그 소속 아티스트, 해외공연단체를 통해 얻는 소득은 비과세되는 조세회피행위가 발생하는 것이다. 앞서 언급한 바대로 우리 세법은 이러한 조세회피행위를 막기 위하여 2008년 세법규정에서 연예인 등의 소득이 조세조약에 의해 비과세되더라도 국내기획사측이 이를 원천징수하여야 한다고 규정한 것이다.

이와 관련하여, 1971년의 미·일조세조약과 현행 한·미조세조약의 내용에 유사한 점이 많다는 것을 감안하면, 일본과 미국이 어떤 사항에 중점을 두어 그리고 어떻게 조세조약을 개정했는지를 살펴보는 것은 상당한 의미가 있을 것이다.³⁹⁾ 따라서 2003년 11월에 개정된 미·일조약의 비거주 연예인 등의 소득과세조항을 살펴보고 앞으로 우리 한·미조세조약의 개정 방향을 살펴보는 것이 도움이 될 것이다.

35) 한성수, 상개논문, 67-68면.

36) 미국은 여러국가와의 조세조약상 지점세 비과세를 규정해 놓고서는 1986년 내국세법을 개정하여 외국법인이 미국법인에 지점을 갖고 있을 경우 종래 비과세하던 지점세를 과세하였다. 이 결과, 한국을 포함하는 여러 계약국의 과세권을 침해하여 국제적으로 문제를 야기한 바 있다.(한성수, 상개논문, 78-79면.)

37) 국세청, 전거서, 제2장 제4절.

38) 사업소득은 국내 사업장이 없으면 비과세되지만, 연예인의 인적용역소득은 사업소득에서 제외된다(국세청, 전거서, 제4장 제5절).

39) 한성수, 전개논문, 88면.

개정 마일조약 제16조 제1항에서는 예능인 또는 체육인이 타방채약국에서 인적활동으로 획득하는 소득으로 사업소득이나 종속적 인적용역 규정에 따라 조세가 면제되는 소득은 US\$1만불 이상의 소득은 과세할 수 있다고 규정하고 있다.⁴⁰⁾

또한 중요한 것은 동조 제2항⁴¹⁾에서 예능인 또는 체육인이 일방채약국에서 인적활동과 관련된 소득이 그 개인이 아니라 타방채약국의 거주자인 다른 인에게 발생하는 경우, 개인의 활동이 수행되는 채약국에서 과세할 수 있다고 규정하고 있다는 것이다. 이로써 스타컴퍼니(Star Company)나 대행회사를 통한 조세회피행위를 방지할 수 있으므로, 앞으로 한·미 조세조약 개정 시 반드시 이러한 취지의 조항을 추가하여 연예인 등이 조세조약이 예정하지 않은 사항을 이용하여 조세회피행위를 하는 것을 방지하는 것이 타당할 것이다.

III. 결어

오늘날 국제간 거래가 활발해 지고 우리나라의 국제적 위상이 높아지면서 해외아티스트·단체의 내한공연도 활발해 지고 있다. 대형팝스타는 물론이고 세계적 오케스트라의 내한과 그 수요가 증가하고 있는 것이다.

이 내한 혹은 초청공연의 근거에는 ‘국제공연계약’이라는 법률행위가 자리잡고 있는 바, 이러한 국제공연계약상 채무의 이행은 공연료의 지급으로 이루어지게 된다. 공연료(소득)의 세금에 관해서, 한·미조세조약상 허점을 이용하여 아티스트나 단체 개인이 아니라 대행회사를 통해 공연료(소득)를 제공받기 때문에 조세회피행위가 종종 이루어지고 있고, 이러한 해외 연예인의 공연료는 이론적으로는 우리 국세기본법, 법인세법이나 국세조정에 관한 법률상의 실질과세의 원칙에 의해 납부 받을 수 있으나, 명확한 관련 규정이 없으므로 현실적으로 여전히 회피가 이루어지고 있어 국내세법을 개정하여 이에 의해 세금을 납부 받을 수 있도록 하였다. 그러나 국내세법을 통한 조세조약 무효화에 대하여 국제 및 국내적으로 견해가 엇갈리고 있는데다가 매도인 우위 시장의 특색인 국제공연계약상의 실질과 결합하여 (국내기획자에게 제반세금을 낼 의무가 관행적으로 있다) 여전히 조세회피가 이루어지고 있

40) "일방채약국의 거주자인 개인이 연극, 영화, 라디오, 텔레비전 출연배우나 음악가와 같은 예능인 또는 체육인으로 타방채약국에서 실행하는 인적활동에서 획득하는 소득으로 제7조(사업소득)와 제14조(종속적 인적용역)의 규정에 따르면 타방채약국에서 동 소득에 대한 조세가 면제되는 소득은 그러한 예능인 또는 체육인이 그러한 활동에서 획득하는 총 수령액(보상받거나 스스로 부담하는 비용을 포함하여)이 관련 과세연도 동안 미화 10,000불 또는 그에 상응하는 엔화를 초과하면 타방채약국이 과세할 수 있다." (한성수, 전개논문, 143-144면).

41) "예능인 또는 체육인으로서는 개인이 일방채약국에서 행하는 인적활동과 관련된 소득이 동 개인에게 발생하는 것이 아니고 타방채약국의 거주자인 다른 인에게 발생하는 경우, 제7조 및 제14조의 규정에도 불구하고 인적활동수행과 관련된 계약이 이 다른 인이 인적용역을 수행할 개인을 지정하는 것을 허용하는 것이 아니면 동 소득은 개인의 활동이 수행되는 채약국에서 과세할 수 있다." (한성수, 전개논문, 144면).

기 때문에, OECD모델조약 제17조나 개정 미·일 조세조약처럼 국내에서 용역을 수행한 연예인의 소득이 제3자 등에게 귀속되더라도 과세할 수 있도록 한·미 조세조약을 명확하게 개정하여 이러한 문제를 해결할 필요성이 있다. 이 경우에도 결국은 매도인 우위시장인 국제공연계약상 현실적으로는 국내기획사가 관련 세금을 내게 될 것이므로 매도인과 매수인의 평등 문제를 같이 해결하지 않으면 현실적인 해결을 기대하기 어려울 것이다. 따라서 첩외·협상 및 계약서체결단계에서 가급적 국내기획사가 관여할 수 있는 영역을 넓히고 계약서상 및 계약서 외의 의무를 줄여야 할 것이다.

결국 국제공연계약의 협상과 계약서 체결 상 과도한 국내기획자 의무부과를 막고 비용적 부담이 큰 유명공연을 국가의 비영리단체가 주최하게 하고, 조세조약을 개정하여 부당한 조세회피행위를 방지하면 국가의 정당한 과세권의 행사가 실질적으로 이루어져 결국 그 세금은 국민들에게 돌아가게 될 것이고, 국내기획자가 과도한 부담을 덜 수 있어 국제공연거래 및 그 계약이 더욱 건강하고 활발하게 이루어질 것이다. 또한 이로써 문화예술이 대중을 위한 공공재로서의 그 본연의 역할을 충실히 해 낼 수 있을 것이다.

대법원 2009. 12. 24. 선고 2009므2130 판결의 의의와 파탄주의 이혼법

한복룡(충남대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사)

I. 사실관계 및 원심

1. 사실관계

2. 원심의 판단

II. 대법원 판결의 요지

III. 판결의 의의와 파탄주의 이혼법

I. 사실관계 및 원심

1. 사실관계

(1) A남과 B녀는 1990. 12. 12. 혼인신고를 마친 법률상 부부로서 그 사이에 미성년 자녀 C, D를 출산하였다. B녀는 A남의 잦은 음주와 외박으로 인하여 원만하지 않은 혼인생활을 하던 중 1997. 11. 30. 가출하여 따로 생활하다가 2003. 9. 30. A남의 설득에 의해 다시 집으로 들어왔으나 한 달 만인 2003. 10. 30. '미안하다.'는 내용의 편지를 남기고 다시 가출하였다.

(2) B녀는 최초 가출한 이후 잠시 가정으로 복귀한 기간을 제외하고 현재에 이르기까지 약 11년간 A남과 서로 떨어져 각자의 주거지에서 별개로 생활을 영위하여 왔는데, 위 별거 기간 동안 A남은 수차례 B녀의 행방을 수소문하는 등 B녀를 찾아왔으며, 미성년 자녀들도 B녀를 기다려 왔다. B녀는 2007년 초 E남을 만나 현재까지 동거하면서 E남과 사이에서 2008. 2. 12. 몸무게 2.4kg으로 다리가 기형인 딸 F녀를 출산하였다.

(3) 한편 A남과 B녀가 위와 같이 별거하기 시작한 이래 지금까지 A남이 자신의 어머니의 도움을 받아 C, D를 양육하여 왔다. B녀는 이혼을 결심하고 조정을 신청한 후, 조정기일에 출석하여 'E남과 사이에 태어난 F녀가 지속적인 치료를 받아야 하는데 현재 이혼이 되지 않은 상태이어서 자신의 자로 가족관계등록을 할 수 없어 치료가 어렵다. A남과의 혼인 생활은 회복할 수 없을 정도로 파탄되었으니 제발 새로이 태어난 아이의 치료와 양육을 위하여서라도 자신을 용서해 달라. C, D에게는 미안한 마음이고 현재는 출산과 양육으로 경제활동을 할 수 없으나 형편이 나아지면 양육비를 부담하겠다. 현재와 같은 상태가 지속된다면 자살할 수밖에 없다. 부디 나중에 양육비를 부담하는 조건으로 이혼에 응하여 달라.'는

취지의 요청을 하였다.

(4) 그러나 이에 대하여 A남은 'C, D가 B녀의 귀가를 기다리고 있고 자신도 B녀와의 혼인관계가 지속되기를 강력히 희망하고 있다. C, D는 B녀의 출산사실을 알지 못하며 B녀는 E남과의 사이에 태어난 아이를 E남에게 맡기고 귀가하여야 한다.'면서 B녀의 요청에 응할 수 없다고 하여 조정이 성립되지 않았다.

(5) 결국 B녀는 A남을 상대로 소로서 이혼을 청구하게 된다. 제1심 법원은 이혼청구를 기각하였고, B녀는 이에 항소하였다. 제2심 법원은 항소를 받아들여 제1심 판결을 취소하고 원고의 청구를 인용하였다. 이에 A남은 상고하였지만 대법원은 상고를 기각하였다.

2. 원심의 판단

제1심 법원¹⁾은 “혼인생활의 파탄에 대하여 주된 책임이 있는 배우자는 원칙적으로 그 파탄을 사유로 하여 이혼을 청구할 수 없고, 다만 상대방도 그 파탄 이후 혼인을 계속할 의사가 없음이 객관적으로 명백한데도 오기나 보복적 감정에서 이혼에 응하지 아니하고 있을 뿐이라는 등 특별한 사정이 있는 경우에만 예외적으로 유책배우자의 이혼청구가 허용된다.”²⁾는 대법원 판례를 인용하면서, 혼인생활이 파탄에 이르렀다 하더라도 특별한 사정이 없는 한 유책배우자의 이혼청구가 허용될 수 없다는 기존 대법원 판례의 법리를 재확인하였다. 그리고 이에 근거하여 B녀가 유책배우자이고, 유책배우자의 이혼청구를 허용할 특별한 사정이 없다는 이유로 B녀의 이혼청구를 기각하였다.

이에 B녀는 항소하였다. B녀의 항소에 대해 광주고등법원³⁾은 ‘부부의 별거가 쌍방의 연령 및 동거기간에 비추어 볼 때 상당히 장기간에 이르고 부부간에 어린 자녀가 없는 경우라면, 상대방이나 자녀가 이혼으로 인하여 정신적·사회적·경제적으로 심히 가혹한 상태에 처하게 되는 등 이혼청구를 인용하는 것이 현저하게 사회정의에 반한다고 할 만한 특별한 사정이 인정되지 않는 한, 유책배우자의 이혼청구라는 이유만으로 당해 청구가 허용될 수 없다고 해석하여서는 아니된다.’⁴⁾며, 혼인생활이 이미 파탄에 이르렀다면 특별한 사정이 없는 한 유책배우자라도 이혼청구를 할 수 있다는 법리를 제시하였다. 그리고 이러한 법리에 근거하여 A남과 B녀의 혼인생활이 파탄에 이르렀고, 유책배우자의 이혼청구를 배척할 특별한 사정이 없다는 이유로 B녀의 이혼청구를 인용하였다.

1) 광주지방법원 가정지원 2008. 11. 18. 선고 2008드합69 판결.

2) 대법원 2004. 9. 24. 선고 2004므1033 판결 등.

3) 광주고등법원 2009. 6. 5. 선고 2008르242 판결.

4) 일본 최고재판소 1987. 9. 2. 선고昭和61년(オ)제260호 판결도 같은 내용이다(원심 판결문에서 재인용).

II. 대법원 판결⁵⁾의 요지

위의 2심 판결에 대해 A남은 상고하였고, 이에 대법원은 “원고와 피고의 혼인관계는 ... 혼인의 실체가 완전히 해소되었다”는 점, B녀는 E남과의 사이에 F녀까지 출산하여 F녀의 “치료와 양육이 절실한 상황”이라는 점, “혼인관계가 파탄에 이르게 된 데에는 ... 원고의 책임과... 피고의 책임이 경합했다”는 점, “부부공동생활 관계의 해소상태가 장기화되면서 ... 혼인이 파탄에 이르게 된 데에 대한 책임의 경중을 엄밀히 따지는 것의 법적, 사회적 의의도 현저히 감소되었다”는 점, A남 역시 “혼인의 실체를 상실한 외형상의 법률혼 관계만을 유지하기를 바랄 뿐 실질적 혼인관계의 지속의사가 없다는 점”을 고려하여, “A남과 B녀의 혼인은 혼인의 본질에 상응하는 부부공동생활 관계가 회복할 수 없을 정도로 파탄되고, 그 혼인생활의 계속을 강제하는 것이 일방 배우자에게 참을 수 없는 고통이 된다고 할 것이며, 혼인 제도가 추구하는 목적과 민법의 지도이념인 신의성실의 원칙에 비추어 보더라도 혼인관계의 파탄에 대한 B녀의 유책성이 반드시 B녀의 이혼청구를 배척하지 않으면 아니 될 정도로 중한 것이라고 단정할 수 없으므로 A남과 B녀의 혼인에는 민법 제840조 제6호 소정의 ‘혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가 있을 때’라는 이혼원인이 존재한다.”고 설시하여 A남의 상고를 기각하였다.

III. 판결의 의의와 파탄주의 이혼법

1. 이번 판결에 대해 이경희 한남대 법대 교수는 “종래 대법원은 민법 제840조 제6호의 사유를 파탄주의의 원인으로 보지 않았지만 학설은 파탄주의를 명시한 것으로 해석해왔다.”며 “이번 대법원판결이 명확히 파탄주의를 취한 것으로 볼 수는 없지만 파탄주의적 사고를 강화한 것으로 평가할 수 있다.”고 설명하였다. 또한 “판례가 유책주의를 취해온 기존 취지는 바람을 피운 남성이 경제적 능력이 없는 부인을 버릴 수 없도록 하기 위한 것으로 약자 보호를 위해 필요한 부분이 있었지만 지금은 사회상이 많이 변했다.”며 “이제는 파탄된 가정을 그냥 두는 것이 옳은지 아니면 헤어지도록 하고 자녀를 어떤 식으로 보호할 것인가를 고려해야할 때”라고 말했다. 이화숙 연세대 교수는 “유책주의의 연장선상에 있는 판결이자 파탄주의로도 볼 수 있는 판단이며 상대배우자에게 혼인계속의 의사가 있음에도 이를 인용했고, 혼인이 회복될 수 없을 정도로 파탄된 점을 판단근거로 든 점 등은 파탄주의로 해석할 수 있다.”고 평가하면서 “이번 판결을 계기로 이혼소송에서 파탄주의를 채택하되 경제력이 없는 아내 등 약자를 보호할 수 있는 방향으로 변화되길 바란다.”고 하였다.

5) 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009므2130 판결.

2. 필자는 법원이 사회의 변화를 받아들여 전향적인 판결을 내렸다고 생각한다. 이번 판결을 계기로 파탄주의의 본질과 내용을 깊이 이해하고 적극적으로 파탄주의立法을 수용하는 노력을 하여야 한다고 본다. 1960년대 구미를 중심으로 종래의 유책주의 이혼법을 탈피하여 파탄주의 이혼법으로 바뀐 것은 우리 가족법에 있어서 코페르니쿠스적 전환이라고 평가하는 이유를 잘 생각해 볼 필요가 있다. 유책주의 하에서 국가는 이혼 당사자의 유책여부와 이혼가능성을 따지는 소극적 역할을 하였으나 파탄주의 이혼법 시스템에서 국가는 유책여부를 따지기 보다는 적극적으로 이혼 이후에 발생하는 여러 가지 문제들, 특히 약자인 배우자와 미성년 자녀들을 어떻게 보호할 것인가 그리고 국가·사회의 안전망을 어떻게 확보할 것인가에 중점을 둔다고 볼 수 있다. 그러므로 스웨덴의 가족법학자 Sundberg는 “사회복지법의 발전으로 가족법은 진보적으로 쇠퇴한다.”고 갈파하였던 것이다. 이번 판결을 계기로 하여 파탄주의 이혼법에 대한 본격적인 연구가 시작되기를 바란다. 때마침 충남대학교 로스쿨 한은지 학생이 이에 대한 문제제기를 하여 파탄주의 이혼법에 대한 연구를 함으로써 이 문제의 중요성을 환기시키게 된 것은 참으로 의미가 있는 일이라고 생각한다.

파탄주의(무책주의) 이혼법 연구

- 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009므2130 판결을 계기로 하여

한은지(충남대학교 법학전문대학원 석사과정)

I. 우리민법의 이혼제도	1. 기각된 판례
II. 판례의 기본적 태도	2. 인용된 판례
III. 파탄주의 이혼법으로의 전환	V. 대법원 2009. 12. 24 선고 2009므2130판결의 의미
1. 유책주의 이혼법의 문제점	1. 원심의 판단
2. 파탄주의 이혼법 국가에서의 상대배우자 보호	2. 대법원의 판단
IV. 유책배우자의 이혼청구가 기각된 판례와 인용된 판례의 비교	VI. 파탄주의 이혼법과 우리 이혼법의 향후 과제

I. 우리민법의 이혼제도

현행 민법은 이혼에 대해 협의이혼과 재판이혼을 같이 규정하고 있다. 먼저 민법 제834조는 "부부는 협의에 의해 이혼할 수 있다."고 하며, 제836조는 "협의상 이혼은 가정법원의 확인을 받아 '가족관계의 등록 등에 관한 법률'이 정한 바에 의해 신고함으로써 그 효력이 생긴다."고 한다. 한편 제840조는 재판상 이혼원인을 규정한다. 본 조 제1호는 배우자에게 부정한 행위가 있었을 때, 제2호는 배우자가 악의로 다른 일방을 유기한 때, 제3호는 배우자 또는 그 직계존속으로부터 심히 부당한 대우를 받았을 때, 제4호는 자기의 직계존속이 배우자로부터 심히 부당한 대우를 받았을 때, 제5호는 배우자의 생사가 3년 이상 분명하지 아니한 때, 제6호는 기타 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가 있을 때 재판상 이혼을 청구할 수 있다고 밝히고 있다.

〈민법 제840조의 재판상 이혼청구 원인의 분류〉

	절대적·구체적 이혼사유	상대적·추상적 이혼사유	유책주의적 이혼사유	무책주의· 파탄주의적 이혼사유
제1호: 배우자에 부정한 행위가 있었을 때	○		○	
제2호: 배우자가 악의로 다른 일방을 유기한 때	○		○	

제3호: 배우자 또는 그 직계존속으로부터 심히 부당한 대우를 받았을 때	○		○	
제4호: 자기의 직계존속이 우자로부터 심히 부당한 대우를 받았을 때	○		○	
제5호: 배우자의 생사가 3년 이상 분명하지 아니한 때	○			○
제6호: 기타 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가 있을 때		○		○

이와 같이 이혼원인을 한정적으로 열거한 구민법과 달리, 현행법은 제840조 제1호 내지 제5호의 절대적·구체적 이혼사유와 함께 제6호의 상대적·추상적 이혼사유도 규정하고 있으며, 배우자의 책임과 관련해서 보자면 제1호 내지 제4호는 유책주의적 이혼원인을, 제5호와 제6호는 무책주의·파탄주의적 이혼원인을 규정한 것으로 보이는데, 특히 제6호와 관련하여 재판상 이혼의 입법주의에 대한 견해가 갈린다. 통설과 관례는 제6호를 제1호 내지 제5호와 독립된 사유로 보아 각 사유간의 전환이 인정되지 않으며 따라서 우리민법은 유책주의의 입장에 서 있다고 이해하고 있는 반면, 제6호를 파탄주의적 일반조항으로 보아 우리민법이 파탄주의를 규정하고 있다고 해석하는 견해도 있다.

II. 판례의 기본적 태도

대법원은 기본적으로 우리 민법의 재판상 이혼제도가 유책주의를 근간으로 하고 있다고 해석하고 있다. 예를 들어 대법원은 “재판상 이혼에 있어서 유책주의적 법제를 취하고 있는 민법의 해석상 혼인생활의 파탄에 책임 있는 유책배우자는 그 혼인관계가 파탄에 이르렀다고 하여 이혼을 청구할 수 없다(대법원 1986. 3. 25. 선고 85므98 판결).”고 하여 명시적으로 우리 민법이 유책주의를 채택하고 있다고 판시했으며, “이혼에 관하여 유책주의를 채용하고 있는 현행 법제 아래에서는 유책배우자는 특별한 사정이 없는 한 민법 제840조 제6호 소정의 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유를 들어 이혼을 구할 수 없다(대법원 1987. 9. 22. 선고 87므8 판결).”고 하여 유책배우자의 이혼청구를 부정하였다. 또한 “재판상 이혼에 관하여 유책주의를 채택하고 있는 우리 법제에서는 민법 제840조 제1호 내지 제5호의 이혼사유가 있는 경우라도 위 각 호의 이혼사유를 일으킨 배우자보다 상대방 배우자에게 혼인파탄의 주된 책임이 있는 경우에는 상대방 배우자는 위 이혼사유를 들어 이혼청구를 할 수

없다(대법원 1993. 4. 23. 선고 92므1078 판결).”고 하여 유책주의의 기본이념인 청구인의 무책성과 피청구인의 유책성 또는 적어도 피청구인에게 혼인파탄의 주된 책임이 있을 것을 요구하고 있다.

이와 같이 대법원은 우리 민법의 재판상 이혼제도를 '유책주의'를 근간으로 하는 것으로 해석하고 있고 이에 따라 유책배우자의 이혼청구를 허용하지 않는 것을 원칙으로 한다.

III. 파탄주의 이혼법으로의 전환

1. 유책주의 이혼법의 문제점

우리 민법이 시행된 1960년대만 하여도 여성의 지위가 남성에 비하여 극히 낮았으며, 축첩의 구습이 남아있는 데다가 대개 유책배우자는 남자였기 때문에 대법원 판례는 유책배우자의 이혼청구를 부인하여 왔다. 즉 우리의 주류적인 판례는 유책배우자의 이혼청구를 허용하는 것은 결국 구시대의 폐습인 남자의 일방적인 의사에 의한 이혼 내지는 축출이혼을 시인하는 결과가 될 것을 우려해 유책배우자의 이혼청구를 기각하고 있는 것이다¹⁾.

그러나 이에 대해 이미 학계와 하급심 일부 판례에서는 다음과 같은 꾸준한 문제제기가 있었다. ① 유책배우자의 이혼청구를 인정하지 않는 주된 이유는 가능한 한 가정의 해체를 막아 미성년 자녀의 이익을 보호하고 남성에 의한 축출이혼으로부터 여성을 보호하기 위함인데, 오늘날에 이르러 여성의 지위가 향상되고 여성이 이혼청구를 주도적으로 하는 현실에서는 여성 보호의 의미가 퇴색하였고 ② 유책주의 하에서는 재판 과정에서 상대방의 잘못을 주장·입증하여야 하므로 부부 사이에 깊은 감정의 골이 생겨 이혼 후 자녀양육이라는 부부 공동의 의무를 다하기 어렵게 되어 오히려 미성년 자녀의 보호에 역행하게 되는 폐단이 있으며 ③ 유책배우자라는 이유로 이혼가능성을 원천적으로 차단한다면 독립적인 인격 사이의 자유로운 의사에 의하여야 할 혼인관계에 따른 배우자로서의 지위와 그에 따른 의무 이행을 국가가 강제하는 것이 되어 개인이 지닌 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복을 추구할 권리를 침해하게 될 것이며 ④ 아울러 혼인관계의 파탄은 대부분 그 책임의 정도에 차이는 있다 할지라도 부부 상호 간의 잘못에 그 원인이 있음을 부인할 수 없는 바, 과연 누구에게 주된 책임이 있는지 가리기가 쉽지 아니할 뿐 아니라 혼인관계 파탄 후 오랫동안 별거하다가 나중에 이혼을 청구하는 경우 유책의 입증도 불가능하여 오히려 불합리한 결론에 이를 수도 있고 ⑤ 유책배우자의 이혼청구를 기각하는 것이 곧 무책배우자를 보호하는 길이라는 것은 추상적 법논리에 지나지 않으며, 오히려 파탄에 이른 혼인일 경우 이를 억지로 지속하게 하기보다는 적절히 해소하고 상대방배우자의 경제적 문제 등을 해결할 수단을 강구하는 것

1) 홍춘의, "유책배우자의 이혼청구와 배우자보호", 『법학연구』, 전북대학교법학연구소, 1990, 20면.

이 더 합리적일 수 있으며 ⑥ 실제 이혼에서 압도적 다수를 차지하는 협의이혼의 경우에는 별다른 제약을 가하지 않으면서 재판이혼 중에서도 극소수를 차지하는 유책배우자의 이혼청구의 경우에만 혼인과 이혼의 윤리성 및 도덕성을 엄격히 요구하는 불균형은 시정되어야 할 것이라는 점 등을 그 이유로 든다.

2. 파탄주의 이혼법 국가에서의 상대배우자 보호

위와 같은 유책주의 이혼법의 많은 문제점들로 영국(1969년), 프랑스(1975년), 독일(1976년), 스웨덴(1973년), 미국(1959년 캘리포니아 주가 최초로 개정) 등 서구의 많은 국가들은 이미 유책주의에서 파탄주의 이혼법으로의 전환을 이루었다.²⁾ 파탄주의 이혼법의 도입시 가장 문제가 되는 것은 이혼으로 경제적 약자의 처지에 놓이게 되는 상대배우자와 자녀의 보호문제이다. 우리나라에서도 유책배우자의 이혼청구를 불허하는 중요한 이유 중 하나가, 주로 무책배우자인 처의 경제적 무능으로 이혼 후 처와 자녀가 생활고에 시달리게 된다는 점이다. 따라서 세계 각국은 파탄이혼을 받아들이면서 약자인 배우자와 그 자녀를 보호하기 위한 제도적 보완장치를 마련하는 일에 몰두하게 되었다. 파탄주의 이혼법을 채택한 국가들의 상대배우자에 대한 보호장치를 보면 다음과 같다.

먼저 영국은 1969년의 가족법 개정(Divorce Reform Act)으로 당사자 일방이 이혼소송을 제기할 수 있는 유일한 원인을 “혼인이 회복할 수 없을 정도로 파탄(The marriage has broken down irretrievably)”³⁾된 것으로 정하였다. 이에 따라 영국의 혼인소송법(MCA 1973)은 약자에 대한 보호장치를 두 가지 마련하였는데, 그 중 하나가 ‘이혼금지명령’이다. 이혼금지명령은 당사자들이 5년 이상 별거하였을 경우에는 무책의 배우자도 그 의사에 반하여 이혼이 허용될 수 있는 결과, 피청구인에게 중대한 재정 문제가 포함된 고통을 줄 수 있고 모든 상황에서 혼인의 해소가 바람직하지 않다고 판단될 경우에는 법원이 이혼을 인용하지 않을 수 있다고 한다. 이는 처가 자를 가진 경우 경제적 어려움이 가중될 수 있고, 이혼으로 연금혜택을 상실할 수도 있다는 점이 특별히 고려된 것이다. 다른 하나는, 2년이나 5년의 별거로 인하여 이혼사유에 해당하는 경우에도 이혼배우자에 대한 재정적 보호가 충분히 제시되지 않으면 이혼이 보류될 수 있으며, 자녀의 복지를 위한 배려가 없으면 이혼명령을 발할 수 없도록 하는 규정으로서 약자에 대한 보호를 이혼의 전제로 하고 있는 것이다.

다음으로 프랑스는 1975년에 파탄주의를 인정하는 ‘이혼사건에 관한 법률(Des Cas de divorce)’을 제정하였다. 이 이혼법은 처와 자녀의 이익을 고려하여 각종 이혼절차에 법원의 강력한 관여를 인정하였다는 것이 특징인데, 구체적으로 이혼이 배우자의 질병에 극히 중대한 결과를 초래할 수 있는 경우나, 자기 또는 자녀에게 극히 가혹한 결과를 초래할 경우 혼인생활이 파탄에 이르렀을지라도 이혼청구를 기각하고 있다⁴⁾.

2) 한복룡, "파탄주의국가들과 한국의 이혼법", 『안암법학』, 안암법학회, 2005, 3면.

3) 방혜신, "파탄주의 이혼원인과 유책배우자의 이혼청구", 『법학논총』, 단국대학교 법학연구소, 2003, 8면.

마지막으로 독일 이혼법의 경우 영국과 마찬가지로 혼인의 파탄을 유일한 이혼원인으로 하면서도 자녀의 이익을 위해 혼인의 계속이 필요하고 이혼을 거부하는 상대방배우자에게 이혼이 가혹한 것으로 되는 경우 '가혹조항(Härteklause)'에 의해 이혼을 인정하지 않는다. 한편 이혼에 관한 합의가 있는 경우에는 이혼신청서에 부양, 주거 및 친권규제에 관한 부모의 공동제안을 반드시 기재하도록 함으로써 이혼 자녀와 배우자에 대한 배려를 이혼의 전제로 하고 있다⁵⁾.

이와 같이 파탄주의를 채택한 서구 국가들은 무조건적으로 혼인파탄의 사실이 있으면 이혼청구를 허용하는 것이 아니라, 경제적·사회적 약자인 배우자와 자녀의 복지에 대한 배려를 최우선으로 하여 이혼에 일정한 제한을 가함으로써 파탄주의 이혼법에서 나타날 수 있는 문제점들을 보완하려는 입법을 하고 있는 것이다.

IV. 유책배우자의 이혼청구가 기각된 판례와 인용된 판례의 비교⁶⁾

1. 기각된 판례

이와 같이 서구에서는 이미 파탄주의 이혼법이 정착된 것과 대조적으로 우리 주류 판례는 여전히 특별한 사정이 없는 한 유책배우자의 이혼청구를 기각하고 있다. 예를 들어 2000 년도에 서울가정법원이 이혼청구를 기각한 사건이 67건인데, 그 중 원고가 유책배우자라는 이유로 기각된 사건이 26건(39%)이며, 혼인관계가 파탄되지 않았다는 이유로 기각된 사건 33건 중에서도 혼인관계가 파탄되었다고 가정하더라도 원고가 유책배우자이어서 기각을 면치 못할 사건이 15건이었다고 한다. 유책배우자의 이혼청구를 배척한 Leading case는 대법원 1965. 9. 21. 선고 65므37 판결로 일컬어진다⁷⁾. 이 판결의 요지는 다음과 같다.

"원심이 피청구인이 임신불능이라는 사실, 청구인과 피청구인이 별거생활을 하기로 하였다는 사실, 피청구인이 1963. 7. 5. 가명으로 청구인에게 경고하는 취지의 서신을 발송하였을 뿐만 아니라 관계요로에 투서 등을 함으로써 청구인이 축첩공무원으로서 권고사직을 당한 사실 및 청구인과 피청구인이 별거생활과 가정불화로 다소의 싸움을 하였을 뿐만 아니라 청구인의 바바리코트 등을 잡아당김으로써 찢어지게 한 사실만으로는 피청구인에게 재판

4) 방혜신, "파탄주의 이혼원인과 유책배우자의 이혼청구", 『법학논총』, 단국대학교 법학연구소, 2003, 7면.

5) 방혜신, "이혼원인과 유책배우자의 이혼청구", 『법학논총』, 단국대학교 법학연구소, 2003, 12-13면.

6) 김주수, 친족법(2), 주석친족법, 한국사법행정학회, 2005 참고.

7) 신영호, "유책배우자의 이혼청구권 -판례의 동향과 현황을 중심으로-", 『고려법학』, 고려대학교 법학연구원, 2004, 8면.

상의 이혼청구사유가 있다고 인정할 수 없고, 도리어 청구인이 가정의 평화와 남녀의 본질적 평등을 무시하고 그 책임에 속하는 축첩행위를 하였을 뿐만 아니라 내연의 처인 A에게 대한 애정에만 사로잡혀 피청구인을 돌보지 않고 냉대한 결과 가정의 파탄을 초래한 사실을 확정하고 청구인의 이혼청구를 배척하였음은 지당하다. 청구인과 피청구인사이에 청구인의 축첩생활에 기인한 애정의 냉각이 있다 하여 축첩을 한 청구인이 애정의 냉각을 이유로 재판상이혼을 주장할 수 없을 것이며, 배우자의 생산불능이 축첩의 정당한 이유가 되지 못한다(대법원 1965. 9. 21. 선고 65므37 판결)."

위 사안은 원고가 다른 여자와 부정한 관계를 맺음으로써 혼인관계가 파탄된 것인데, 이와 같이 원고가 부정행위를 하여 부부관계가 파탄된 사안에 대해서는 그 후에도 계속하여 유책배우자의 이혼청구를 기각하고 있다. 그 밖에 첩을 둔 것은 아니지만, 가정파탄의 원인이 원고에게 있는 경우에 이혼청구를 인정하지 않고 있다. 대법원은 다음과 같은 사안에 대해서조차 유책배우자의 이혼청구를 배척하고 있다.

"청구인(夫)은 피청구인(妻)을 10여 년간 홀로 남겨놓고 타지를 전전하고 마지막에는 피청구인으로 하여금 다년간 식모살이를 하면서 생계를 유지하도록 버려두어 돌아보지 아니하여 악의로 유기한 것으로 보여질 뿐이거니와, 피청구인이 건디다 못하여 청구외 A에게 개가 하여 동서하게 된 것을 기다려 청구인이 청구외 A와 재혼하여 현재에 이른 사실을 엿볼 수 있다 할 것이므로, 그렇다면 청구인과 피청구인간의 혼인의 파탄은 그 책임이 오로지 청구인에게 있는 것이라 아니 볼 수 없는 바인즉, 이러한 유책배우자인 청구인의 이혼청구는 허용될 수 없다(대법원 1974. 6. 11. 선고 73므29 판결)."

또한 대법원은 원고와 피고 사이에 6남매가 있음에도 불구하고 원고가 부정행위를 자행하므로 원고와 피고가 별거하게 되고 피고가 자녀를 양육하던 중 원고가 이혼청구를 한 사건에서 다음과 같이 판시하여 판례가 유책배우자의 이혼청구를 배척하는 이유에 대해 자세히 설명한다.

"혼인관계를 파탄에 이르게 한 것이 오로지 당사자 일방의 귀책사유에 기인하는 경우에 그 귀책사유를 저지른 당사자가 이혼을 계속할 수 없는 중대한 사유가 있다 하여 이를 재판상 이혼원인으로 주장할 수 있다면 혼인관계를 고의로 파기한 불법을 행한 사람에게 이혼청구권을 인정하는 부당한 결과가 발생할 것이며 그러한 사태를 법률이 허용한다면 헌법이 보장하는 혼인의 순결과 혼인당사자의 정절을 기대할 수 없는 결과가 될 것이다. 그러므로 혼인당사자 일방이 오로지 혼인생활의 파탄에 원인을 주어 그 파탄이 그 귀책사유에 기인하는 경우에는 상대방이 이를 원인으로 재판상 이혼청구를 하면 모르되 귀책사유 있는 당사자가 스스로 혼인을 계속할 수 없는 중대한 사유가 있다하여 재판상 이혼을 청구할 수 없다고 해석하여야 할 것이다(대법원 1971. 3. 23. 선고 70므41 판결)."

2. 인용된 판례

(1) 유책배우자의 이혼청구의 예외적 인정

한편 유책배우자의 이혼청구를 예외적으로 인용하는 판결도 있는데, 그 유형은 아래와 같다⁸⁾.

1) 상대방에게도 이혼의사가 있는 경우

유책배우자의 이혼청구일지라도 피청구인에게 이혼의사가 있으면 이를 인용하는 획기적인 판결이 1987년부터 나타나기 시작하였다. 즉 대법원 1987. 4. 14. 선고 86므28 판결은 다음과 같이 판시하고 있다. "혼인의 파탄에 관하여 유책배우자는 그 파탄을 원인으로 이혼을 청구할 수 없는 바, 이는 혼인의 파탄을 자초한 자에게 재판상 이혼청구권을 인정하는 것은 혼인제도가 요구하고 있는 도의성에 근본적으로 배치되고, 배우자 일방의 의사에 의한 이혼 내지는 축출이혼을 시인하는 부당한 결과가 되므로 혼인의 파탄에도 불구하고 이혼을 희망하지 않고 있는 상대방 배우자의 의사에 반하여 이혼을 할 수 없도록 하려는 것일 뿐 상대방배우자에게도 그 혼인을 계속할 의사가 없음이 객관적으로 명백한 경우에만 파탄된 혼인의 계속를 강제하려는 취지는 아니다"... "유책자의 이혼제기에 대하여 상대방 배우자도 이혼의 반소를 제기하거나 오기나 보복적 감정에서 표면적으로는 이혼에 불응하고 있기는 하나 실제에 있어서는 혼인의 계속과는 도저히 양립할 수 없는 행위를 하는 등 그 이혼의 의사가 객관적으로 명백한 경우에는 비록 혼인의 파탄에 관하여 전적인 책임이 있는 배우자의 이혼청구라 할지라도 이를 인용함이 상당하다"라고 판시한다.

즉, 판례는 상대방배우자에게 이혼의사가 명백한 경우에는 유책배우자의 이혼청구를 인용하고 있는 것이다. 유책배우자의 이혼청구는 혼인관계의 도덕성에 반하기 때문에 인정하여서는 안 되는 것이 원칙이지만, 예외적으로 무책배우자인 상대방이 오기나 보복적 감정으로 표면상 이혼에 불응하고 있을 뿐 실제로 이혼의사가 객관적으로 명백한 경우에는 유책배우자의 이혼청구라고 하여 배척할 필요가 없다는 것이 판례의 입장이다.

2) 혼인의 파탄이 상호유책에 기한 경우

혼인파탄의 책임이 '부부 어느 일방의 귀책사유로 인한 것이라고 보기 어려운 경우', '피청구인에게 무거운 책임이 있는 경우', '청구인과 피청구인 모두에게 책임이 있는 경우'에 파탄에 있어서 가벼운·동등한 유책자의 이혼청구를 민법 제840조 제6호에 의하여 인용한 판례가 있다. 예를 들어 대법원은 1987. 4. 14 선고 86므28판결에서 부부관계가 파탄에 이른 것이 원고에게 뿐만 아니라 피고에게도 책임이 있는 경우에는 비록 피고에게 이혼의사가 없

8) 청주지방법원 2008. 5. 15. 선고 2008르60 판결 참조.

더라도 이혼청구를 인정하고 있는데 판결요지는 다음과 같다.

“원심은 청구인은 1940년 2월 초순경 피청구인과 혼례식을 올린 지 불과 10여일 만에 강제징용으로 일본에 끌려갔는데 피청구인은 1942년경 청구의 A와 사실혼관계를 맺어 그 사이에 아들 하나를 생산하여 동거하여 왔고, 청구인은 일본에 거주하면서 1947년경 청구의 B와 사실혼관계를 맺어 그 사이에 2남 2녀를 두고 일본에서 생활하고 있는 사실과 청구인이 1962년경 일시 귀국하여 피청구인과의 사이에 이혼합의가 이루어진 사실 등을 확인한 다음 청구인과 피청구인이 다시 부부로 되돌아간다는 것은 불가능하다 할 것이고, 이 부부 관계가 파탄에 이른 것은 청구인에게 뿐 아니라 피청구인에게도 책임이 있다고 판시하여 청구인의 청구를 인용한 제1심판결을 유지하고 있는바, 이에 이르는 원심의 심리과정과 증거의 취사판단을 기록에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심조치는 정당하다고 보여지고 아무 위법사유도 없다(대법원 1987. 4. 14 선고 86므28 판결).”

3) 또 다른 원인에 의하여 이미 혼인이 파탄되어 있는 경우

대법원은 또한 다른 원인에 의하여 이미 혼인이 파탄되어 있는 경우에는 夫가 부정행위를 하였다고 하더라도 이를 유책배우자라는 이유만으로 이혼청구를 배척하지는 않고 있다. 대법원은 1970. 2. 24. 선고 69므13 판결에서 피청구인은 종교관계로 반목하여 별거하여 오다가 피청구인은 청구인으로부터 위자료 5만원을 받고 협의이혼하기로 한 후 청구인이 그 후 청구의 A를 맞아들여 그 사이에 3남매를 생산하였다면 피청구인이 청구인과 이혼할 의사가 없다 하여도 특별한 사정이 없는 한 청구인과 피청구인은 다시 원만한 부부생활로 돌아가기 어려운 상태로 해석된다고 판시하여 원고의 이혼청구를 인용하고 있다.

V. 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009므2130 판결⁹⁾의 의미

1. 원심의 판단

(1) 제1심 법원¹⁰⁾의 판단

제1심은 원·피고 사이에 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가 있음을 이유로 한 원고의 이 사건 이혼청구에 대하여, 혼인생활의 파탄에 대하여 주된 책임이 있는 배우자는 원칙적으로 그 파탄을 사유로 하여 이혼을 청구할 수 없고, 다만 상대방도 그 파탄 이후 혼인

9) 본 판결의 사실관계는 위의 한복룡 교수님의 글 ‘대법원 2009. 12. 24. 선고 2009므2130 판결의 의의와 파탄주의 이혼법’에서 이미 밝혔으므로 생략하기로 한다.

10) 광주지방법원 가정지원 2008. 11. 18. 선고 2008드합69 판결.

을 계속할 의사가 없음이 객관적으로 명백한데도 오기나 보복적 감정에서 이혼에 응하지 아니하고 있을 뿐이라는 등 특별한 사정이 있는 경우에만 예외적으로 유책배우자의 이혼청구가 허용된다고 전제하고 나서, 인정된 사실관계에 의하면 원고와 피고의 혼인생활이 현재 돌이킬 수 없을 정도의 파탄상태에 이른 점은 인정되나, 원·피고의 혼인관계가 파탄에 이르게 된 데에는 잦은 음주와 외박으로 갈등을 야기한 피고의 잘못이 일부 있기는 하지만, 오히려 그 파탄의 근본적이고 주된 책임은 앞서 본 바와 같이 위와 같은 갈등을 극복하기 위한 최선의 노력을 다하지 아니한 채 미성년 자녀를 남겨두고 일방적으로 집을 나가 결국은 다른 남자와 실질적인 중혼관계를 유지하면서 딸까지 둔 원고에게 있다 할 것이므로, 이 사건 이혼청구는 유책배우자의 이혼청구라 할 것이고, 유책배우자의 상대방인 피고도 혼인을 계속할 의사가 없음이 객관적으로 명백함에도 오기나 보복적 감정의 발로로 이혼에 응하지 않고 있다고 볼 만한 예외적 사정 또한 엿보이지 아니한다는 이유로 원고의 청구를 기각하였다. 이는 기존의 우리판례의 주류의 입장을 따라서 유책배우자의 이혼청구권을 부정한 것이다.

(2) 제2심 법원¹¹⁾의 판단

그러나 고등법원은 배우자 일방이 중병에 걸려 만일 이혼을 허용한다면 그 병세가 심각하게 악화될 염려가 있는 경우와 같이 이혼으로 인하여 배우자의 일방이 정신적·사회적·경제적으로 아주 심각한 상황에 처하게 되는 등 이혼이 배우자 일방에게 심히 가혹한 결과를 가져오는 것이어서 이혼을 원하는 상대방의 이익을 고려하여 보더라도 혼인생활을 계속하는 것이 필요하다고 인정되는 경우나, 이혼으로 인하여 부부 사이에서 태어난 미성년 자녀의 가정적·교육적·정신적·경제적 상황이 본질적으로 악화되어 그 자녀의 행복이 심각하게 침해될 우려가 있는 등 그 자녀의 이익을 위하여 부부관계를 유지하는 것이 반드시 필요하다고 인정되는 특별한 사정이 있는 경우 외에는, 혼인생활이 이미 파탄상태에 이른 이상 유책배우자의 이혼청구도 허용함이 상당하다고 판시하였는데 이는 혼인이 파탄되었다면 이혼을 허용하되 가혹조항의 예외를 인정하는 서구 파탄주의의 입장에 따른 전향적인 판결이라 해석된다.

2. 대법원¹²⁾의 판단

이에 대해 대법원은 원고와 피고가 11년이 넘는 장기간의 별거를 하였고 원고의 사실혼 관계 형성 등으로 인하여 혼인의 실체가 완전히 해소되었으며 원고와 피고가 독립적인 생활 관계를 갖기에 이른 경우, 비록 원고가 가출을 하고 다른 남자와 사실혼관계를 맺은 유책배

11) 광주고등법원 2009. 6. 5. 선고 2008르242 판결.

12) 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009므2130 판결.

우자이기는 하지만 ① 혼인기간 중 잦은 음주와 외박으로 부부간의 갈등을 야기함으로써 원고를 가출에 이르게 하고, 원고가 혼인에 가정에 복귀할 수 있도록 갈등원인을 제거하고 정상적인 가정환경을 조성하여 지속적으로 원고의 행방을 찾는데 최선의 노력을 다하지 아니함으로써 결국 원고로 하여금 현 상황에까지 이르게 한 피고의 책임이 경합하였다고 할 것인 점 ② 원고와 피고 사이의 부부공동생활 관계의 해소 상태가 장기화 되면서 원고의 유책성도 세월의 경과에 따라 상당 정도 악화되고, 원고가 처한 상황에 비추어 그에 대한 사회적 인식이나 법적 평가도 달라질 수밖에 없으므로, 현 상황에 이르러 원고와 피고의 이혼 여부를 판단하는 기준으로 파탄에 이르게 된 데 대한 책임의 경중을 엄밀히 따지는 것의 법적·사회적 의의(意義)는 현저히 감쇄(減殺)되고, 쌍방의 책임의 경중에 관하여 단정적인 판단을 내리는 것 역시 곤란한 상황에 이르렀다고 보이는 점 ③ 원고와의 이혼을 거절하는 피고의 혼인계속의사는 일반적으로 이혼 여부를 판단함에 있어서 반드시 참작하여야 하는 요소이기는 하지만, 원고와 피고가 처한 현 상황에 비추어 이는 혼인의 실체를 상실한 외형상의 법률혼 관계만을 계속 유지하려는 것에 다름 아니라고 보이고, 피고의 혼인계속의사에 따라 현재와 같은 파탄 상황을 유지하게 되면, 특히 원고에게 참을 수 없는 고통을 계속 주는 결과를 가져올 것으로 보이는 점 등을 고려해 원고와 피고의 혼인에는 민법 제840조 제6호 소정의 '혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가 있을 때'라는 이혼원인이 존재한다고 하여 원고승소판결을 하였다.

이 판례를 정리해보자면 결국 혼인생활의 파탄에는 ① 원고와 피고의 책임이 경합하였고, ② 피고가 비록 이혼을 거부하고 있기는 하지만 현 상황에 비추어 볼 때 피고는 단지 진정한 혼인관계를 계속할 의사 없이 혼인의 실체 없는 법률혼 관계를 지속하려는 것일 뿐이며 ③ 혼인을 지속하는 것이 원고에게 참을 수 없는 고통을 준다는 세 가지 이유로 유책배우자인 원고의 이혼청구를 허용한 것이다. 이러한 대법원의 판례는 위에서 살핀 것처럼 파탄이 상호유책하고, 상대방이 이혼의사를 가진 경우 예외적으로 유책배우자의 이혼청구를 허용한 것으로서 이러한 판례만으로 판례의 입장이 유책주의에서 파탄주의로 변화된 것이라고는 할 수는 없을 것이다. 그러나 위에서 언급하였듯이 매우 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 유책배우자의 이혼청구를 허용하지 않던 과거에 비해 이런 예외적 인정 판례들이 점차 늘어나는 것을 보면 법원도 세계적인 추세에 발맞추어 이혼법에서의 파탄주의 이념을 도입할 필요성을 인식하고 있는 것이라 생각된다.

VI. 파탄주의 이혼법과 우리 이혼법의 향후 과제

법이 혼인을 강제할 수 없듯이, 자유주의 이념 하에서 이미 파탄에 이른 혼인생활에 대해 법이 혼인생활의 해소를 부당하게 금지할 수도 없는 일일 것이다. 과거에는 여성의 열악한 사회적·경제적 지위로 말미암아 유책배우자의 이혼청구가 인용될 경우 축출이혼 등 부

당한 사례들이 발생할 것을 우려해 이를 금지하였지만, 여성의 사회적 지위가 높아지고 혼인의 성립과 해소에 대한 자유주의적 이념이 절정에 달해있는 현대 사회에 여전히 유책주의 이혼법만을 고수하는 것은 문제가 있다고 생각한다.

우리나라의 높은 이혼율을 보면 이제는 이혼을 ‘물리쳐야 할 사회적 병폐’라기 보다는 ‘인정해야 할 하나의 사회현상’으로 바라보아야 할 때가 아닌가 싶다. 이혼을 단지 사회적 병폐로만 본다면 이혼은 어떻게든 막아야 하는 것이 될 뿐이어서 이혼을 허용하지 않는데에만 초점이 맞춰져 정작 우리 사회와 법이 관심을 가져야 할 이혼 후의 배우자의 생활이나 자녀의 복리 문제 등에는 소홀하게 될 수 있다. 그러나 이혼을 하나의 사회현상으로 바라본다면, 단지 이혼율 감소에만 초점을 맞추는 것이 아니라 그 관심의 폭을 넓혀 이혼 후 배우자나 자녀양육 등 미래지향적인 계획을 세우는 데 도움이 될 수 있을 것이다.

유책주의 이혼법 하에서 우리 이혼법정의 모습은 서로의 잘못을 따지느라 얼굴을 붉히고, 서로 최악의 상황에 다다르면서 한때는 배우자였던 상대방에게 상처를 입히고, 자녀들에게도 씻을 수 없는 아픈 기억을 심어주는 모습이었다. 반면 이혼 후 약자인 배우자나 자녀양육 등에 대한 배려는 부족했기 때문에 이혼 후 당사자 뿐 아니라 자녀들도 이혼가정이라는 굴레 속에서 재기하지 못하고 사회의 패배자, 결손 가정의 문제아로 낙인찍히는 경우도 많았다고 생각한다. 이런 점에서 혼인 생활이 객관적으로 파탄이 되었다면 유책이나 무책이냐를 가리지 않고 신중히 혼인생활을 정리하되, 이혼 후 배우자나 자녀의 복리를 고려해 보다 좋은 모습으로 결별할 수 있는 기회를 줄 수 있는 것이 파탄주의 이혼법의 도입이라고 생각한다.

서구에서 20세기 가족법의 가장 큰 이슈가 파탄주의 이혼법으로의 전환이었고, 이미 이들 나라에서는 파탄주의 이혼법이 정착되었다. 그러나 우리는 이런 서구 여러 나라에 비해 아직 많이 뒤쳐져 있다고 생각된다. 이혼법의 원리를 일방 당사자에 대한 ‘제재(divorce sanction)’인 유책주의로부터, 부부공동생활의 파탄에 대한 ‘구제(divorce remedy)’로서의 이혼으로 전환하여, 이혼 허가시 당사자의 유책여부보다는 이혼의 결과에 대한 신중한 고려와 약자에 대한 배려에 초점을 맞추는 것이 중요할 것이다. 파탄주의 이혼법의 조속한 정립으로 이혼도 사회복지라는 보다 큰 틀 안에 포섭되어, 혼인 중 뿐 아니라 혼인 해소 후에도 당사자들의 인간의 존엄성과 자녀의 최대복리(the best interest of child)가 실현될 수 있도록 우리나라 가족법의 개혁이 필요한 시점이다.

공무집행방해행위를 업무방해죄로 처벌할 수 있는가?

- 대법원 2009.11.19. 선고 2009도4166 판결

조지훈(충남대학교 법학전문대학원 석사과정)

I. 판결의 소개	1. 업무방해죄의 법적성질
1. 사실관계	2. 공무도 업무방해죄의 업무에 포함되는가.
2. 대법원의 판결 요지	III. 기존 국내 판례와 일본 판례의 태도
3. 판결의 의의와 문제점	1. 국내 판례의 태도
II. 업무방해죄의 범위에 대한 학계의 논란	2. 일본 판례의 태도
	IV. 본 사건의 대법원 판단에 대한 고찰

I. 판결의 소개

1. 사실관계

대법원은 최근 민원인들이 공공기관에서 소란을 피워 공무원들의 업무를 방해한 사건에 대하여 공무원의 업무를 방해했다는 이유로 '업무방해죄'를 적용할 수 없다는 판결을 내렸다.¹⁾

검찰의 공소사실에 따르면 A(63)씨와 B(66)씨는 자신들이 충남지방경찰청 청문감사관실에 제출한 진정서 및 탄원서에 기재한 내용을 수사이의사건 경찰관이 조사하지 않고 내사 종결했다는 이유로, 이에 대한 탄원서를 제출하기 위해 충남지방경찰청 1층 민원실에 찾아갔다. 이에 경찰관들이 내사 종결 사유에 대해 설명했으나, A씨와 B씨는 제출한 내용을 제대로 조사하지 않았다는 이유로 지방경찰청장 면담 등을 요구하며 경찰관들에게 심한 욕설을 하면서, 큰 소리를 지르며 행패를 부리고, 민원실 밖 복도에 주저앉는 등의 방법으로 1시간가량 경찰관들의 수사관련 업무를 방해한 혐의로 기소됐다. 형법 제136조(공무집행방해죄)에 따르면 직무를 집행하는 공무원에게 폭행 또는 협박을 하면 5년 이하 징역, 1000만원 이하 벌금에 처한다²⁾. 제314조(업무방해)에 따르면 위력으로 사람의 업무를 방해한 자는 5

1) 대법원(전원합의체) 2009. 11. 19. 선고 2009도4166 판결.

2) 1995. 12. 29일 개정.

년 이하 징역 또는 1500만원 이하 벌금에 처한다고 규정돼 있다.

1심인 대전지방법원 형사7단독 오명희 판사는 A씨와 B씨에게 업무방해죄를 인정해 각각 벌금 100만원씩을 선고했다. 그러자 A씨와 B씨는 “경찰관들에게 행한 욕설이나 주저앉는 등의 행위만으로는 업무방해죄에 있어서의 ‘위력’에 이른다고 할 수 없다”며 항소했으나, 항소심인 대전지법 제3형사부(재판장 김재환 부장판사)는 항소를 기각하고 1심과 같이 업무방해죄를 인정했다.³⁾

재판부는 판결문에서 “피고인들이 진정사건 처리결과에 대해 불만을 갖고 지방경찰청장 면담 등을 요구하는 과정에서 이를 저지하는 경찰관들의 행위는 경찰관들이 처리하는 수사 업무처리와 밀접불가분의 관계에서 이루어진 경우로서 업무방해죄에 의해 보호되는 업무”라며 “피고인의 행위는 경찰관들의 자유의사를 제압·혼란케 할 만한 유형력의 행사로 업무방해죄의 위력에 해당한다.”고 밝혔다.

2. 대법원의 판결요지

하지만 대법원은 원심의 판단과 그 의견을 달리 하였다. 이 사건의 주요쟁점은 직무를 집행하는 공무원에 대해 폭행 또는 협박에 미치지 못하는 ‘위력’으로써 그 집행을 방해하는 경우 형법 제314조 업무방해죄로 처벌이 가능한지 여부였다.

대법원 전원합의체(재판장 이용훈 대법원장, 주심 박시환 대법관)는 19일 지방경찰청에서 소란을 피운 A씨와 B씨에게 업무방해죄를 인정해 벌금 100만원씩을 선고한 원심을 깨고, 무죄 취지로 사건을 대전지법 합의부로 돌려보냈다.

대법원은 판결문에서

첫째, 공무집행방해죄는 업무방해죄와 별도로 규정되어 있다는 점. 둘째, 업무방해죄에서 보호되는 업무란 사람이 사회생활상의 지위에서 계속적으로 행하는 일체의 사회적 활동을 의미하는데 공무집행방해죄의 경우 국가 또는 공공 기관의 기능을 보호하기 위한 것이므로 그 보호법익이 다르다는 점. 셋째, 공무집행방해죄는 업무방해죄에 비하여 행위유형이 제한되어 있다는 점을 근거로 제시하여 본 사건에서 업무방해죄의 성립을 부정하였다.⁴⁾

3) 대전지방법원 2009. 4. 30. 선고 2009노222 판결.

4) 대법원(전원합의체) 2009. 11. 19. 선고 2009도4166 판결. 다수의견 판결요지 전문

"형법상 업무방해죄의 보호법익은 업무를 통한 사람의 사회적·경제적활동을 보호하려는 데 있으므로, 그 보호대상이 되는 '업무'란 직업 또는 계속적으로 종사하는 사무나 사업을 말하고, 여기서 '사무' 또는 '사업'은 단순히 경제적 활동만을 의미하는 것이 아니라 널리 사람이 그 사회생활상의 지위에서 계속적으로 행하는 일체의 사회적 활동을 의미한다. 한편, 형법상 업무방해죄와 별도로 규정한 공무집행방해죄에서 '직무의 집행'이란 널리 공무원이 직무상 취급할 수 있는 사무를 행하는 것을 의미하는데, 이 죄의 보호법익이 공무원에 의하여 구체적으로 행하여지는 국가 또는 공공기관의 기능을 보호하고자 하는 데 있는 점을 감안할 때, 공무원의 직무집행이 적법한 경우에 한하여 공무집행방해죄가 성립하고, 여기에서 적법한 공무집행이란 그 행위가 공무원의 추상적 권한에 속할 뿐 아니라 구체적 직무집행에 관한 법률상 요건과 방식을 갖춘 경우를 가리키는 것으로 보

3. 판결의 의의와 문제점

이번 판결은 그 동안 공무에 대한 업무방해죄의 여부를 두고 엇갈린 판결을 보였던 하급심의 판단에 중요한 잣대를 제공할 수 있다는 점에는 의미가 있다. 또한 현 법학계에서는 업무방해죄의 업무범위와 관련해 공무포함설(적극설)과 공무제외설(소극설)이 팽팽하게 대립해 왔으나 앞으로는 소극설이 우위에 설 것으로 예상된다. 하지만 당해 사건 판결은 기존 학계에서 논의 되었던 논거에서 크게 벗어나지 않아 공무제외설을 반대하는 입장에 대해 명쾌한 해답을 내려주지 못하였고, 공무집행방해죄의 방해행위를 폭행, 협박으로 제한하는 입장을 고수하여 위력에 의해 공무가 방해될 경우 형법상 보호할 수 없다는 문제점을 지니고 있다. 따라서 업무방해죄의 업무범위와 공무의 의미에 대한 논의는 계속될 것으로 보인다.

II. 업무방해죄의 범위에 대한 학계의 논란

업무방해죄(형법 제314조)의 업무를 ‘사람이 사회생활상의 지위에 기하여 계속하여 행사하는 사무의 일체’라고 해석할 경우 공무 역시 업무에 포함된다고 볼 것이지만, 업무방해죄와 별도로 형법 제136조에 공무집행방해죄가 규정되어 있어 공무방해사범이 업무방해죄로 처벌될 수 있는지에 대해 학설이 대립한다. 업무의 범위를 논하기 위해서는 먼저 업무방해죄의 법적성질에 대해 판단해야 하므로 먼저 이에 대해서 살펴보도록 한다.

1. 업무방해죄의 법적성질

업무방해죄의 보호법익과 죄질에 대해서 학설이 대립한다. 제1설은 광의의 재산죄설인데 이 견해에 따르면 업무방해죄가 규정된 34장의 죄는 재산적 법익을 보호하는 것이 궁극의 목적이라고 해석하여야 하며⁵⁾, 이는 정신적 신용까지 모두 상품화하는 자본주의 사회의 성

아야 한다. 이와 같이 업무방해죄와 공무집행방해죄는 그 보호법익과 보호대상이 상이할 뿐만 아니라 업무방해죄의 행위유형에 비하여 공무집행방해죄의 행위유형은 보다 제한되어 있다. 즉 공무집행방해죄는 폭행, 협박에 이른 경우를 구성요건으로 삼고 있을 뿐 이에 이르지 아니하는 위력 등에 의한 경우는 그 구성요건의 대상으로 삼고 있지 않다. 또한, 형법은 공무집행방해죄 외에도 여러 가지 유형의 공무방해행위를 처벌하는 규정을 개별적, 구체적으로 마련하여 두고 있으므로, 이러한 처벌조항 이외에 공무의 집행을 업무방해죄에 의하여 보호받도록 하여야 할 현실적 필요가 적다는 측면도 있다. 그러므로 형법이 업무방해죄와는 별도로 공무집행방해죄를 규정하고 있는 것은 사적 업무와 공무를 구별하여 공무에 관해서는 공무원에 대한 폭행, 협박 또는 위계의 방법으로 그 집행을 방해하는 경우에 한하여 처벌하겠다는 취지라고 보아야 한다. 따라서 공무원이 직무상 수행하는 공무를 방해하는 행위에 대해서는 업무방해죄로 의을 할 수는 없다고 해석함이 상당하다."

5) 유기전, 『형법학각론강의(상)』, 178~179면.

격상 타당하다고 본다. 제2설은 자유보호설⁶⁾로 업무방해죄를 사람의 자유와 사회의 안전에 관한 죄로 보아 사람의 적정한 사회적 자유행동을 저해하는 데에 그 본질이 있다고 하여 신용훼손죄와는 죄질을 달리 판단하고 있다. 하지만 이 학설은 사회적 활동의 자유를 경제적 측면에서 보호하려는 의미를 간과했다는 비판을 받는다. 이에 업무방해죄를 신용훼손죄와 같이 인격적 성질과 재산적 성질을 병유하고 있다는 병유설⁷⁾이 주장되고 있다. 이 학설은 종래에 업무방해죄가 인격에 대한 사회적 평가 및 인격적 활동의 자유를 경제적 측면에서 보호하고자 하는 식으로 설명되었으나, 최근에는 사람의 사회적 활동의 자유를 경제적 측면에서 보호하려는 것이라고 주장하는 해석이 유력하게 나타나고 있다.⁸⁾

2. 공무도 업무방해죄의 업무에 포함되는가?

최근 주류의 입장인 병유설에 따르면 업무방해죄는 사람의 사회적 활동의 자유를 경제적 측면에서 보호하고 있다. 따라서 공무원을 사람의 직업으로 볼 경우, 즉 공무에 종사함으로써 경제적 수익을 얻는다는 개인의 관점에서 볼 때 공무가 업무에 포함된다고 보는 것은 당연하다. 하지만 전술한 대로 공무에 대한 방해행위는 별도의 공무방해죄의 규정(제136조)이 존재하므로 업무방해죄에 공무가 포함되지 않는다는 견해도 있다. 이하에서는 공무포함설과 공무제외설을 중심으로 업무방해죄에 공무가 포함되는지에 대한 현재까지의 학설들을 검토해 보겠다.

(1) 공무포함설(적극설)⁹⁾

공무도 본죄의 업무에 포함되므로 모든 공무는 업무방해죄의 대상이 된다는 견해이다. 그 논거로 ① 업무란 단어는 문리적 해석상 공적 사무이든 사적 사무이든 구별되지 않으며, 본죄의 업무에서 공무를 제외한다는 규정이 없는 이상 공무도 포함된다는 보는 것이 당연하며, ② 공공기관에서 드러누거나, 철로 위에서 연좌농성하는 등 폭행, 협박에 이르지 않는 위력으로 공무집행을 방해하는 경우 공무가 업무에 포함되지 않는다고 하면 이러한 행위에 아무런 범죄도 성립하지 아니하여 형법상 민간업무보다 중시되고 있는 공무의 보호에 오히려 사각지대가 생긴다는 것, ③ 공무를 집행하는 공무원 개인은 공무를 통하여 자신의 사회적 활동을 하고 있으므로 공무를 집행하는 공무원 개인에 대하여도 그의 인격발현은 보호되어야 하며 이러한 관점에서 공무라고 하여 공무의 범위에서 배제되어서는 안된다는 점, ④ 공무원의 공무집행임을 모르고 업무방해죄의 고의로 공무를 방해한 경우에 공무집행방해죄

6) 김순태, "업무방해죄에 관한 연구", (인하대 박사학위 논문, 1993).

7) 유기천, 『형법학각론강의(상)』, 178~179면. 7) 강구진, 229-231면; 김종원, 164면; 이재상, 205면; 정성근/박광민, 203면.

8) 권문택, 『註釋 형법각칙(하)』, 138면.

9) 김일수/서보학, 208면; 서일교, 112면; 이건호, 300면; 임웅, 각상, 205면; 황산덕, 241면.

가 성립하지 않고 과실에 의한 공무집행방해를 처벌하는 규정도 없기 때문에 본조의 업무방해죄는 성립한다고 해서 처벌함이 타당한 것을 든다.

이 견해에 따르면 만약 업무방해죄와 공무집행방해죄가 모두 성립하는 경우, 특별법인 공무집행방해죄만 적용된다고 본다. 이러한 견해는 업무방해죄의 본질을 사회적 활동의 자유보호에서 구하는 입장에서의 이론적 귀결이라고 볼 수 있다.¹⁰⁾

(2) 공무제외설(소극설)¹¹⁾

공무는 본죄의 대상에서 제외되므로 어떤 공무에 대한 방해도 업무방해죄로 될 수 없다는 견해이다. 그 논거로 ① 형법이 업무방해죄와 별도로 공무집행방해죄를 규정하고 있는데 개인이 경제활동에서의 자유를 보호법익으로 삼는 업무방해죄에서의 업무와 국가적 법익을 보호하기 위한 공무집행방해죄에서의 공무는 준별되어야 하며 본죄는 체계상 개인적 법익에 관한 죄로 되어 있으므로 국가적 법익인 공무에 대한 것은 제외되어야 한다는 점, ② 업무집행방해죄가 아니라 업무방해죄라는 것을 고려했을 때 이는 개인의 경제적, 사회적 활동을 보호하기 위함이고 공무집행방해죄의 경우 공무원을 보호하기 보다는 공무원에 의하여 집행되는 공무 그 자체를 보호하기 위한 것으로 양 죄는 차이가 있다는 것, ③ 형법이 공무방해죄의 행위유형을 폭행, 협박, 위계로 제한하고 있는 것은 국가기관이 개인에 비해 방해에 대한 방어력이 높기 때문에 공무에 대해서는 개인의 업무에 비해 범죄성립요건을 엄격하게 규정하겠다는 취지로서 폭행, 협박에 이르지 않는 위력에 의한 공무방해는 별도로 범죄로 규정할 필요성이 적어 처벌하지 않겠다는 입법자의 의사로 해석한다는 것, ④ 공무포함설은 업무방해죄와 공무집행방해죄를 범조경합의 관계로 보지만 양 죄는 보호법익과 실행행위의 방법이 서로 달라서 일반 대 특별한 관계로 볼 수 없고 따라서 이론적으로 공무제외설이 우수하다는 것을 든다.

이 입장에 따르면 공무원의 공무집행임을 모르고 업무방해죄의 고의로 공무를 방해한 경우에는 무죄라고 본다. 이러한 견해는 업무방해죄의 업무를 사람의 재산적 질서 내지 사회적 경제활동에만 한정한다고 볼 수 있다.¹²⁾

(3) 기타 학설(절충설)¹³⁾

1) 행위주체기준설

행위주체를 기준으로 하여 공무원이 행하는 공무는 공무집행방해죄로 보호되므로 본죄

10) 강구진, "업무방해죄에 있어서의 업무", 『고시계』, 1981, 26면.

11) 김종원, 168면; 박상기, 207-208면; 배종대, 282-283면; 백형구, 374면; 손동권, 187면; 오영근, 282면; 유기천, 각상, 188면; 이재상, 208면.

12) 강구진, "업무방해죄에 있어서의 업무", 『고시계』, 1981, 27면.

13) 정성근/박광민, 205면.

의 업무에 포함되지 않는다고 보고 비공무원이 행하는 공무는 본죄의 업무에 포함된다는 견해이다.¹⁴⁾

2) 공무기준설

공무의 성질을 기준으로 하여 공무 중 본죄의 업무에 포함되는 것과 포함되지 않는 것을 구분하는 견해이다. 이에는 공무의 어떤 성질을 기준으로 하여 구분할 것인지와 관련하여 ① 권력적, 지배적 성질의 공무만이 공무집행방해죄에서의 공무이고 이는 본죄의 업무에 포함되지 않으나 비권력적, 비지배적 성질의 공무는 본죄의 업무에 포함된다는 견해, ② 비권력적이면서 또한 비현실적인 공무는 민간업무와 실질적으로 구별되지 않으므로 업무방해죄의 대상이 된다는 견해, ③ 민간업무와 동질인 공무에 대하여는 업무방해죄에 의한 보호가 필요하다는 견해가 있다. 이 학설은 업무방해죄의 대상으로 되는 공무는 공무집행방해죄의 공무로 되지 않는다고 보아 공무집행방해죄의 공무를 한정한다.

3) 수정소극설¹⁵⁾

비공무원의 공무 및 비권력적 공무는 본죄의 업무에 포함되고, 공무원이 행하는 공무는 원칙적으로 본죄의 업무에 포함되지 않지만 폭행, 협박에 이르지 않는 위력으로 공무를 방해하는 경우에는 공무집행방해죄를 적용할 수 없으니 그런 경우에는 공무를 본죄의 업무에 포함시켜 처벌함이 타당하다는 견해이다.

Ⅲ. 기존 국내 판례와 일본 판례의 태도

1. 국내 판례의 태도

국내의 기존 판결을 살펴보면 공무가 업무에 포함된다는 내용의 판결이 다수 존재한다. 대구지방법원¹⁶⁾은 폭행, 협박에 이르지 않는 위력에 의하여 경찰관들의 공무를 방해함으로써 공무집행방해죄가 성립되지 않는 경우에는 업무방해죄도 역시 성립되지 않는지 여부에 대하여

“공무원의 사무, 즉 ‘공무’(公務)도 사람이 그 사회생활상의 지위에서 계속적으로 행하는

14) 황산덕, 224-225면. “공무의 포함여부는 공무수행의 주체에 따라 구별하여 공무원에 의해 공무의 수행의 경우에는 폭행, 협박 또는 위계에 의한 방해에 한하여 공무집행방해죄가 성립되고 공무원 이외의 자에 의한 공무수행의 경우와 공무원에 의한 경우에도 폭행, 협박 또는 위계의 방법에 의하지 않는 경우, 즉 위력에 의한 경우에는 업무방해죄가 성립된다고 보아야 할 것이다.”

15) 이형국, 332면; 정성근/박광민, 274면.

16) 대구지방법원 2007. 4. 5. 선고 2007노00 판결.

사무에 해당함이 명백하고, 달리 공무라는 이유만으로 이를 ‘업무’에서 제외시킬 합리적 근거를 찾아볼 수가 없다. 그런데 공무는 별도로 공무집행방해죄에 의하여 보호를 받고 있고, 다만 그 죄는 폭행, 협박에 이른 경우만을 처벌의 대상으로 삼고 있을 뿐, 폭행, 협박에 이르지 아니하는 위력 등에 의한 경우는 처벌의 대상으로 삼고 있지 않다. 이는 그 공무의 성질상 그 집행을 방해하는 자를 배제할 수 있는 강제력을 가진 공무원에 대한 폭행, 협박에 이르지 않는 위력 등에 의한 저항에 대해서는 그 공무원이 강제력을 행사하여 그 저항을 배제함으로써 공무를 현실적으로 집행하도록 하는 것으로 충분하다고 볼 것이어서 굳이 그러한 저항 행위에 대하여 달리 형벌을 부과할 필요성이 그만큼 줄어들다는 데에 근거하고 있다. 따라서 위와 같은 성격의 공무는 공무집행방해죄에 의하여 보호받는 데 그칠 뿐, 나아가 업무방해죄에 의하여 보호받아야 할 필요가 없다고 볼 여지가 있다. 한편 그 공무의 성질상 그 집행을 방해하는 자를 배제할 수 있는 강제력을 가지지 않은 공무원에 대한 폭행, 협박에 이르지 않는 위력 등에 의한 저항에 대해서는 그 공무원이 강제력을 동원하여 그 저항 행위를 배제하여 공무를 현실적으로 집행할 수 없을 것이므로, 그러한 저항 행위에 대하여는 따로 형벌을 부과할 필요성이 그만큼 많아진다고 볼 수 있다. 왜냐하면 위와 같은 저항 행위는 폭행, 협박에 이르지 않는 한 공무집행방해죄로 처벌되지도 아니하고, 또한 현실적으로도 그 공무의 집행이 곤란하게 되는 상황을 그대로 두고 보고만 있을 수도 없을 것이기 때문이다. 따라서 위와 같은 공무에 대해서는 그 방해 행위가 폭행, 협박에 이르지 않아 공무집행방해죄의 보호를 받지 못한다고 하더라도, 업무방해죄의 업무에 해당한다고 보아 이에 대한 폭행, 협박에 이르지 않는 위력 등에 의한 저항 행위는 업무방해죄를 구성한다고 봄이 상당하다.” 고 판시하여 특정한 공무의 경우 업무방해죄의 업무에 포함시켜 형법 제314조로 처벌할 수 있다는 절충설의 입장을 취한 것으로 보인다. 대법원도 대전지방법원 사문소 앞에서 소음과 소란을 유발하여 해당 공무원들의 공무를 방해한 사건¹⁷⁾에서 소음과 소란을 유발시킨 행위는 위력에 해당하며 위력에 의해 공무가 방해된 경우 업무방해죄로 처벌할 수 있다고 판시한바 바 있다.¹⁸⁾

2. 일본 판례의 태도

일본판례의 경우 본 사안과 유사한 사건에 대하여 공무 또한 업무방해죄의 객체에 해당한다는 입장을 취하고 있다. 국철쟁의에 즈음하여 화차의 운행을 위력으로 방해한 사안¹⁹⁾에 대하여 국철의 사업 내지 업무는 민영철도와 동일한데 민영철도직원의 업무는 업무방해죄의 보호대상이고 국영철도 직원의 현업업무는 그 직원이 법령에 의하여 공무에 종사하는 자로 본다는 이유로 업무방해죄의 대상이 아니라고 볼 합리적 이유가 없다 하여 업무방해죄 성립을 인정하였고, 대법정판결²⁰⁾은 국철연락선의 운항업무를 위력으로 방해한 사안에 대하여

17) 대법원 1996. 1. 26. 선고 95도1959 판결.

18) 대법원 2003. 3. 14. 선고 2002도5883 판결.

19) 일본 최고재판소 1960. 11. 18. 판결.

업무방해죄의 성립을 긍정하였다. 최고재판소는 그 후 우체국의 현업업무에 대하여 업무방해죄의 성립을 인정하였고²¹⁾, 공직선거법상의 입후보제출 수리사무를 위계 및 위력으로 방해한 사안²²⁾에 대하여 위 사무는 강제력을 행사하는 권력 공무가 아니기 때문에 본조의 업무에 해당한다고 하였다.

IV. 본 사건의 대법원의 판단에 대한 고찰

이번 사건에서 대법원은 기존의 입장과 달리 업무방해죄의 업무에 공무가 포함되지 않는다는 공무제외설의 입장을 취하고 있다. 그리고 그 근거로 공무집행방해죄가 업무방해죄와 별도로 규정되어 있으며, 공무집행방해죄의 경우 해당 공무가 적법함을 하나의 요건으로 요구하고 있으므로 성립요건이 상이함을 들어 두 죄 간에 보호법익과 보호대상이 다르다고 판단하고 있다.

하지만 판례가 취한 공무제외설은 문리적 해석이나 구체적 타당성 측면에서 지지하기 어렵다. 그간 우리 대법원은 업무방해죄에서의 ‘업무’가 직업 또는 사회생활상의 지위에 기하여 계속적으로 종사하는 사무나 사업의 일체를 의미하고, 그 업무가 주된 것이든 부수적인 것이든 가리지 아니하는 것이라는 입장을 확고히 유지하여왔다.²³⁾ 따라서 공무원이 직무상 수행하는 공무 역시 공무원이라는 사회생활상의 지위에서 계속적으로 종사하는 사무라고 볼 수 있고 이는 대법원이 인정한 업무의 개념에 포함됨이 명백한데, 형법 제314조에 ‘공무를 업무에서 제외한다.’라는 명문의 규정이 없음에도 이를 배제하는 것은 법문에 대한 타당한 해석이라고 보기 어렵다.²⁴⁾

20) 일본 최고재판소 1966. 11. 30. 전원합의체판결.

21) 일본 최고재판소 1978. 3. 3 판결.

22) 일본 최고재판소 2000. 2. 27 판결.

23) 대법원 2008. 11. 13. 선고 2007도9794 판결 등 참조.

24) 대법관 양승태, 대법관 안대희, 대법관 차한성의 반대의견.

"공무원이 직무상 수행하는 공무 역시 공무원이라는 사회생활상의 지위에서 계속적으로 종사하는 사무이므로 업무방해죄의 ‘업무’의 개념에 당연히 포섭되고, 업무방해죄의 업무에 공무를 제외한다는 명문의 규정이 없는 이상 공무도 업무방해죄의 업무에 포함된다. 뿐만 아니라 업무방해죄는 일반적으로 사람의 사회적, 경제적 활동의 자유를 보호법익으로 하는 것인데, 공무원 개인에 대하여도 자신의 업무인 공무수행을 통한 인격발현 및 활동의 자유는 보호되어야 하므로 단순히 공무원이 영위하는 사무가 공무라는 이유만으로 업무방해죄의 업무에서 배제되어서는 아니 된다. 따라서 공무의 성질상 그 집행을 방해하는 자를 배제할 수 있는 강제력을 가지지 않은 공무원에 대하여 폭행, 협박에 이르지 않는 위력 등에 의한 저항 행위가 있는 경우에는 일반 개인에 대한 업무방해행위와 아무런 차이가 없으므로 업무방해죄로 처벌되어야 한다. 그리고 형법이 컴퓨터 등 정보처리장치에 대한 손괴나 데이터의 부정조작의 방법에 의한 업무방해죄의 규정을 신설하면서 같은 내용의 공무집행방해죄를 따로 규정하지 않은 것은 컴퓨터 등 정보처리장치에 대한 손괴나 데이터의 부정조작의 방법에 의한 업무방해죄의 규정에 의하여 이러한 방법에 의한 공무방해행위를 처벌할 수 있기 때문이라고 보아야 한다. 한편, 다수의견처럼 공무에 대하여는 업무방해죄가

또한 공무집행방해죄는 해석상 상대방의 행위나 수익을 방해함으로써 성립하는 방해죄의 한 종류라고 볼 수 있고 따라서 공무를 방해하는 어떠한 행위를 방치하는 것은 입법취지에 어긋나는 것인데, 본 판례의 입장을 취할 경우 위력에 의해 공무가 방해됐을 때, 이를 처벌할 방법이 없게 된다. 이러한 모순을 피하기 위해 공무집행방해죄인 제136조 제1항을 방해죄가 아닌 폭행죄, 협박죄만의 특별법으로 파악하자는 견해²⁵⁾가 있고 이 경우 공무집행방해죄와 업무방해죄는 전혀 다른 범죄가 되기 때문에 상호의 연관성을 고려할 필요가 없어진다. 하지만 이와 같이 해석할 경우 기존의 대법원이 일관되게 보여준 ‘업무의 정의’와 부합되지 않는다는 문제점을 가지고 있고, 공무원만을 단지 공무원이라는 이유로 특별 취급하게 되는 것이어서 형평성의 측면에서도 옳지 않다. 제136조가 폭행죄, 협박죄의 특별법이라는 것을 부정할 수 없다 해도 그것은 공무원이 공무를 담당한 사람이기 때문에 제정한 특별법인 것이므로 그런 의미에서 공무집행방해죄가 방해죄라는 것을 부정해서는 안 된다.²⁶⁾ 따라서 방해죄의 특성상 공무집행방해죄의 행위유형에 위력도 포함되도록 법문의 개정이 필요하고, 만약 현행법상 공무집행방해죄로의 처벌이 불가능하다면 업무방해죄로 의율해서 처벌하는 것이 합리적인 법률의 해석이라고 생각된다.

현실적인 측면에서 접근하더라도 본 판결의 다수의견에는 수긍할 수 없는 부분이 있다. 반대의견에서 실시한 대로 과거에는 공무원들이 공무수행과정 중 적법한 강제력을 동원하는 것이 용이하였고 따라서 폭행, 협박에 이르지 않는 방해행위의 경우 강제력을 행사하여 공무를 집행할 수 있었기에 공무집행 방해죄의 행위유형을 폭행, 협박으로 제한하여도 공무를 보호하기에 충분하였다. 하지만 근래에 들어 민주주의 이념의 확대로 국가의 강제력 행사가 자제되었고 복리 후생적인 공무와 이를 담당하는 공무원이 증가하는 추세이다. 특히 일반 사무직에 근무하는 행정 공무원들의 경우 민원인들이 폭행, 협박의 정도에 이르지 않는 위력을 통해 그들의 업무를 방해할 경우 스스로 이를 배제할 만한 능력을 가지고 있지 않아 그들의 공무가 심각하게 방해될 우려가 높다. 이 경우 업무방해죄의 성립조차 부정한다면 형법상 보호를 받지 못하는 사각지대가 존재하게 되고 당해 공무 그 자체는 물론 해당 공무와 관련된 일반 국민들의 사회적 법익까지 침해받을 개연성이 상당하다. 따라서 구체적 타당성 측면에서도 본 판결에 대한 반대의견이 다수의견보다 더욱 합당한 견해라고 생각된다.

이러한 점에 대해 다수의견은 공무집행방해죄의 조문 상 행위태양은 폭행과 협박으로 제한되어 있고, 이에 해당하지 않는 방해행위를 한 경우 업무방해로 처벌하지 않는다 하더라도 직무강요죄(제136조 제2항), 법정 또는 국회의원회의장모욕죄(제138조), 인권옹호직무방해

성립하지 아니한다고 보게 되면 입법자가 예상하지 아니한 형벌의 불균형을 초래하고 현실적으로 공공기관에서 많은 민원인들의 감정적인 소란행위를 조장하는 결과를 초래하게 될 위험이 있다. 따라서 업무방해죄에 있어 ‘업무’에는 공무원이 직무상 수행하는 공무도 당연히 포함되는 것으로서 직무를 집행하는 공무원에게 폭행 또는 협박의 정도에 이르지 않는 위력을 가하여 그의 공무수행을 방해한 경우에는 업무방해죄가 성립한다고 보아야 한다.”

25) 박봉진, "경찰관에 대한 공무집행방해죄의 고찰", 한국법학회, 2005, 16면.

26) 박봉진, "경찰관에 대한 공무집행방해죄의 고찰", 한국법학회, 2005, 17면.

죄(제139조), 공무상 비밀표시무효죄(제140조), 부동산강제집행효용침해죄(제140조의2), 공용서류등 무효죄(제141조 제1항), 공용물과괴죄(제141조 제2항)등 여러 가지 유형의 공무방해행위를 처벌하는 규정이 개별적·구체적으로 존재하므로 공무를 업무방해죄에 의하여 보호받도록 하여야 할 현실적 필요가 적다는 견해를 제시하였다.

하지만 개별적 규정이 다수 존재한다 할지라도 모든 사안들을 포섭하는 것은 실질적으로 불가능하고, 위력으로 공무가 방해될 경우 이를 보호할 수 있는 총체적 규정이 필요한 부인할 수 없다. 또한 공무집행방해죄의 경우 1995년도 개정 전에는 업무방해죄보다 더욱 중하게 처벌하였고(개정전 공무집행방해죄의 법정형은 5년 이하의 징역으로 선택형으로 벌금형이 없었고, 업무방해죄의 법정형은 5년 이하의 징역 또는 2만 5천환 이하의 벌금이었음.²⁷⁾), 법정 또는 국회의원장 모욕죄(제138조), 공용물과괴죄(제141조 제2항)등을 모욕죄 및 손괴죄와 별도로 규정하고 이를 더욱 중하게 처벌하는 현행 형법상 업무보다 공무를 더욱 중하게 보호하려는 것이 입법자의 취지라고 볼 수 있다. 따라서 공무의 보호범위를 업무의 보호범위보다 축소하는 것은 입법취지와 전체 법질서의 균형에 맞는 해석이라고 볼 수 없다. 오히려 공무집행방해죄가 행위태양을 제한한 것은 폭행과 협박이라는 특정한 행태에 대해서는 특별히 중하게 처벌하기 위한, 즉 공무집행방해죄를 업무방해죄의 특별조항으로 해석할 수 있을 것이다.²⁸⁾ 그리고 다수의견이 취한 공무제외설에 의하면 공무원의 공무집행임을 모르고 업무방해죄의 고의로 공무를 방해한 경우 처벌받지 아니한다. 이러한 형벌상의 공백이 입법자의 의사라고 보기는 어려우므로 공무제외설은 현실적으로 몇 가지 허점을 지니고 있다고 생각한다.²⁹⁾

이상의 이유로 공무도 업무방해죄의 업무에 포함되어야 한다고 생각한다. 궁극적인 해결책은 공무집행방해죄의 행위유형에 위력을 포함시키고 그 법정형도 업무방해죄보다 무겁게 하여 공무가 더 중하게 보호되도록 제136조를 개정하는 것이다. 이러한 개정이 이루어지지 않는다 하더라도 공무가 위력에 의해 방해될 경우 업무방해죄로 처벌하는 것이 현실적으로 형법의 사각지대를 발생시키지 않고, 법문의 해석 및 업무의 정의에 대한 판례의 일관성을 유지할 수 있는 합리적 방법이라고 볼 것이다.

27) 이충상, 『형법각칙』, 314면. "개정형법으로 공무집행방해죄, 위계공무집행방해죄의 법정형은 5년 이하의 징역 또는 1000만원 이하의 벌금으로 하고 업무방해죄의 법정형은 5년 이하의 징역 또는 1,500만원 이하의 벌금으로 규정하였는데, 벌금의 다액에 있어 업무방해죄의 그것을 공무집행방해죄의 그것보다 많게 규정한 것은 적절하지 않다."

28) 윤종행, "업무방해죄의 입법론적 검토", 『형사법연구』 특집호, 2004, 6-7면.

29) 이충상, 『형법각칙』, 315면.

로스쿨 그리고 10년 후 나의 모습

- 충남대 로리뷰 창간을 축하하며

盧泰嶽(특허법원 부장판사)

1.

로스쿨에 들어온 지 어느새 2년차로 접어들고 있습니다. 정신없이 지나간 한 해였겠지요. 로스쿨 입학 을 위하여 리트(LEET)시험을 준비할 때 여러분이 무슨 생각으로 그렇게 결단을 내렸는지 그때 그 러보았던 10년 후의 자신의 모습에 대한 기억이 아득하게 느껴지기도 하고, 법조인이 되기 위하여 이렇게 힘든 과정을 거쳐야 하는 것인가 반문하기도 할 것입니다.

그러나 사람의 생명을 다루는 의사가 되기 위하여 그 힘들고 긴 수련의 과정을 거쳐야 하는 것처럼 자칫 부족하고 잘못된 판단으로 소송당사자에게 돌이킬 수 없는 정신적, 경제적 고통을 안길 수 있다고 생각하면 법조인이 되기 위한 훈련의 과정이 결코 쉬울 리 없습니다. 변호사로서 검사로서 사무실에서, 판사로서 법정에서 처리하는 모든 일들이 우리 법조인들에게는 그저 처리해야 하는 수많은 사건 중의 하나에 불과할지 모르지만 소송당사자들은 일생에 할 수 없이, 한번은 거쳐야 하는 반복하고 싶지 않은 경험이며, 우리의 판단이 그들의 인생행로를 바꿀 수 있습니다. 남은 평생을 판결문을 부여잡고 세상을 원망하며 살아갈 지도 모릅니다. 법조인에게 단순한 직업인의 범주를 넘어 召命意識이 필요하고 높은 정도의 職業倫理를 요구하는 이유가 또한 여기에 있는 것입니다.

2.

어떻게 보면 법조인에 주어진 일은 - 사회과학 전반이 가질 수밖에 없는 한계이기는 하지만 - 현재 파이를 두 개로 키울 수 있는 일이 아닙니다. 주어진 하나의 파이를 얼마나 공정하게 나눌 수 있는가 하는 것에 그 실천적인 목적이 있는 것이 아닐까요. 이제 세상은 분초단위로 바뀌어가고 있습니다. 바로 어제까지도 미처 생각하지 못한 일들이 오늘 눈앞에서 벌어지고 있습니다. 과거에는 법적인 문제가 생길 여지가 전혀 없어 보였던 분야에서도 의견의 대립이나 분쟁의 싹이 트고 있습니다. 이제는 분쟁이 발생하고 나서 사후적으로 처리하는 전통적인 법조의 역할은 점점 한계를 보이고 있습니다. 不確實性의 시대에서 어느 누구의 귀책사유로 돌리기 어려운 사정으로 발생하는 손실의 분담을 어떻게 할 것인가, 법적인 쟁점을 두고 생기는 의견의 대립을 어떻게 해결할 수 있으며 미리 예방할 수 있을 것인가 하는 방향으로 법조인 역할의 무게중심이 이동하고 있습니다.

3.

이러한 無限競爭의 시대에서 어떻게 자신감 있게 살아남을 수 있을까요. 자신감은 실력과 건강에서 나옵니다.

이 시대에 의미 있는 專門家로서 살아남기 위하여 끊임없이 자신의 전문영역을 개척하고, 넓혀야 합니다. 지금 당장은 그렇게 아는 것이 없고 부족할지 몰라도 적어도 10년 후 내가 어디서 어떤 모습으로 서 있을 것인가를 고민해야 합니다.

전문화와 국제화는 이제 거스를 수 없는 대세입니다. 지금 당장 그 준비를 시작하여야 합니다. 미래는 준비하고 노력하는 사람의 것입니다. 실력 없는 사람의 選擇은 제한되고 소극적일 수밖에 없는 것입니다.

법조인으로서 다른 사람 사이에서 이루어진 과거의 역사적인 일을 다루면서, 항상 하늘이 무너져도 정의를 세우겠다는 생각으로, 언제나 제대로 된 법률적 판단을 제공하기 위해서는 건강을 유지해야 하는 것 또한 중요한 덕목 중의 하나입니다. 쉽게 변하지 않고 흔들리지 않는 恒常心을 가지고 최선을 다해야 할 때, 최선을 다할 수 있는 것도 결국은 꾸준히 유지되는 건강한 체력에서 나올 수 있습니다. 시간이 없고 여건이 안 된다는 핑계는 더 이상 통할 수 없습니다.

지금 당장 주위를 돌아봅시다. 틀림없이 자신에게 적합한 운동이 있을 것입니다. 다른 사람들과 같이 호홉하면서 재미있게 어울려 하는 운동도 좋고, 스스로 명상을 하면서 건강을 지키는 운동도 있을 것입니다. 건강도 예금과 같이 잔고가 필요하고 이를 유지해야 합니다. 때로는 며칠 밤을 새워 기록을 검토하면서 준비서면이나 판결서를 작성해야 합니다. 이때 건강잔고가 넘치면 넘칠수록 더 자신감을 가지고 진취적인 자세로 주어진 일을 처리할 수 있을 것입니다.

4.

“내게 예언하는 능력이 있고, 모든 신비와 모든 지식을 깨닫고 산을 옮길 수 있는 큰 믿음이 있다하여도 나에게 사랑이 없으면 나는 아무것도 아닙니다(1코린 13장 2절).”

그렇습니다. 우리 앞에 놓인 법적인 現象은 어떻게 보면 論理必然의이라기 보다는 궁극적으로는 選擇의 문제가 아닌가 하고 느껴질 때가 많이 있습니다. 이러한 선택의 기준으로 가장 중요한 것은 인간의 본성에 대한 무한한 신뢰, 사람들 사이의 관계에 대한 애정 어린 洞察力이 되어야 합니다. 사람들에게 대한 사랑 그리고 상대방에 대한 배려, 바로 이를 바탕으로 상대방을 설득할 수 있는 진정한 힘이 나오는 것입니다.

정현종 시인의 말씀으로 이 글을 마무리하고자 합니다.

아마도 10년 후 모습을 그리며, 지금 최선을 다하고 있는 젊은 법조인 여러분을 두고 이렇게 표현하고 있나봅니다.

“... 모든 순간이 다아

꽃봉오리인 것을,

내 열심에 따라 피어날

꽃봉오리인 것을 !”

지도교수

공 영 호

편집위원회

편집장

박정런

편집위원

변지원
김영정

조지훈

조재한
한은지

FACULTY ADVISOR

John Kong

BOARD OF EDITORS

EDITOR IN CHIEF

Jung-Ryun Park

EDITORS

Ji-Won Beyn
Young-Jung Kim

Ji-Hun Cho

Jae-Han Cho
Eun-Ji Han

CLS LAW REVIEW

VOR-JURIST

제1권 제1호

인쇄일

2010년 3월 15일

발행일

2010년 3월 18일

발행인

서영제

발행처

충남대학교 법학전문대학원 편집위원회

전 화 042-821-8507

팩 스 042-821-8881

e-mail vorjurist@cnu.ac.kr

편집인쇄

현프린트 02-2273-7142

