발 간 사

충남대학교 법학전문대학원 학술지 Vor-Jurist가 어느덧 제4호를 맞이하게 되었습니다. 나날이 발전해 나가는 Vor-Jurist의 한 페이지를 장식하는 발간사를 쓰게 되어 개인적으로 매우 영광스럽게 생각합니다. 이번 제4호는 Vor-Jurist의 창간 이후 계속해서 이어져 온 학문은 현실과 유리되어서는 안 된다는 신념 아래 '제도'와 '사회' 그리고 '사람'을 큰 줄기로 하여 창의적이고 다양한 여러 주제들을 법학적 관점에서 조명하고자 노력하였습니다.

Vor-Jurist 제4호는 제도분석과 대안의 제시, 판례와 사회 : 시사이슈와 판례평석, 법이론 고찰과 응용, 쟁점노동판례 리뷰, WTO 수상작 소개로 나누어진 다섯 범주로 구성되어 있습니다. 구체적으로 소개하자면 먼저 제도분석과 대안의 제시에서는 박근우, 주지현, 정희정, 강윤구 편집위원이 '제도'에 초점을 맞추어 우리 사회가 직면한 여러 분야 가운데 시의성 있고 중요한 주제에 대해 치밀한 분석과 함께 대안에까지 이르는 고민의 흔적을 남기기 위해 애썼습니다.

다음으로 판례와 사회 : 시사이슈와 판례평석에서는 김지은, 이원주 편집위원이 '사회'를 화두로 하여 그 기저에 내재된 갈등을 적나라하게 투영해내는 판례를 분석함으로써 당면한 시사문제에 대한 거시적 접근을 시도하였습니다. 그리고 법이론 고찰과 응용에서는 박재영, 정주희 편집위원이 기존의 법 문제에 대해 신선하고 독창적인 방법으로 다가서고자 노력하였습니다.

마지막으로 쟁점노동판례 리뷰와 WTO 수상작 소개에서는 충남대학교 법학전문대학원 노동법학회 학회원들께서 기고해 주신 법과 '사람'이 가장 첨예하게 맞닿아 있는 노동의 문제를 탐구한 열한 편의 글과 제3회 WTO 모의재판대회에서 준우승을 차지한 충남대학교 법학전문대학원 학생들의 노하우를 정리한 글을 담았습니다.

Vor-Jurist 제4호가 발간되기까지 많은 분들의 도움이 있었습니다. 먼저 이번 학술지 발간에 아낌없는 격려와 지원을 베풀어주신 이재곤 원장님과 이철남 부원장님, 바쁘신 와중에도 기꺼이 시간을 내어 심사를 맡아주신 김소영 교수님, 서보국 교수님, 이효경 교수님, 위계찬 교수님께 이 자리를 빌어서 진정어린 감사의 말씀을 올립니다. 또한 항상 가까이에서 큰 힘이 되어준 김천용 학생회장과 윤희성 부학생회장 및 학우 여러분들께 감사드립니다. 끝으로 열정과 성의를 다해 Vor-Jurist 제4호의 성공적인 발간을 위해 갖은 노력을 다한 로리뷰 편집위원 여러분들께 필설로 다 전할 수 없는 깊은 감사와 마음 가득한 고마움을 표합니다.

모쪼록 이번 Vor-Jurist 제4호에 담긴 우리의 치열함과 열정이 알알이 퍼져나가 다음 호에 보다 더 풍성하게 피어나기를 희망합니다. 감사합니다.

2012년 9월 17일

편집장 곽 정 규

축 사

Vor-Jurist 제4호 발간을 축하하며

충남대학교 로스쿨의 자랑 중 하나인 Vor-Jurist가 제4호를 발간하게 되었습니다. 로스쿨 구성원 모두와 함께 진심어린 축하의 말을 전합니다.

순수하게 학생들만의 힘으로 법학전문학술지를 만든다는 것이 얼마나 어려운 일인지는 학계가 다 아는 일입니다. 하지만 자랑스러운 우리 충남대학교 로스쿨 학생들은 이 일을 해냈고 호가 더할 때마다 향상된 내용으로 새로운 역사를 써가고 있습니다. 이에 따라 자연스럽게 많은 로스쿨에서 우리 Vor-Jurist를 주목하며 벤치마킹하고 있습니다.

변호사 시험의 경쟁이 심해지고 엄격한 상대평가의 시행으로 학업부담이 훨씬 커진 현실적인 어려움 속에서도 이번에 나오는 제4호 역시 우리의 기대를 뛰어넘는 수준의 많은 논문들이 수록되어 전문가들도 참고할 수 있을 만한 학술지로 발전되고 있는 것을 알 수 있습니다. 편집방향을 정하여 제도분석과 대안을 제시하는 글과 시사이슈를 가진 판례를 분석하는 글을 모아 현실문제에 대한 법적 접근과 대안을 제시하는 시도는 전문학술지로서의 발전적 방향을 제시한 것으로 보입니다. 더구나 노동법쟁점판례분석을 특집으로 다루어 전문가적인 접근을 시도하고 있는 부분도 발전적인 방향으로 평가됩니다.

성장하는 자녀를 바라보면 기쁘고 자랑스럽듯이 발전적인 모습으로 발간되는 Vor-Jurist 제4호를 바라보며 뿌듯한 마음이 드는 것은 저뿐만이 아닐 것입니다. 그동안 훌륭한 학술지를 만드느라 촌음을 아끼며 애쓴 곽정규 편집위원장을 비롯한 편집위원들의 노고에 고마운 마음을 전하고 높은 수준의 원고를 작성하느라 지혜와 정성을 모은 논문기고자들에게도 축하와 고마운 마음을 전합니다. 더 발전된 모습의 제5호를 기다리며 축하의 글을 마칩니다.

2012년 9월

충남대학교 법학전문대학원장 이 재 곤

- 目　　次 -

[발간사]

[축하사]

[제도 분석과 대안의 제시]

▸ 한국의 대통령 선거제도 개선방안 ---------- 박근우 / 001

▸ 금융상품 불완전판매 방지를 위한 개선방안에 대한 고찰 ---------- 주지현 / 025

▸ 은행의 금융상품 설명의무 위반에 관한 연구 ---------- 정희정 / 053

- 자본시장법을 중심으로 -

▸ 기간제법 시행 후 기간제 근로자의 갱신기대권에 대한 소고 ---------- 강윤구 / 075

[판례와 사회 : 시사이슈와 판례평석]

▸ 취소소송의 대상으로서의 조례 ---------- 김지은 / 91

- 서울행정법원 2012. 6. 22. 선고 2012구합 11676 판결 -

▸ 종교의 자유를 둘러싼 유럽인권재판소의 판례분석 ---------- 이원주 / 109

- 히잡착용 및 국공립학교에서의 종교적상징물금지를 중심으로 -

[법이론 고찰과 응용]

▸ 불법행위에 기한 금지청구권의 근거와 활용 ---------- 박재영 / 131

▸ 우리의 민사실체법과 법경제학의 관계 ---------- 정주희 / 149

- 민법의 주요 문제에 관한 경제적 분석 -

[특집 : 쟁점노동판례 리뷰]

▸ 개별적 근로관계법의 쟁점노동판례 리뷰 ---------- 노동법학회 / 205

[WTO 수상작]

한국의 대통령 선거제도 개선방안

박근우

충남대학교 법학전문대학원 석사과정

I. 서론
II. 대통령제 개선방안에 대한 논의들
1. 과거 한국의 개헌논의
2. 일반적인 정치제도의 특징
3. 연합정치의 의의
4. 연합정치의 장점
5. 연합정치의 보완을 위한 제도적 장치들
6. 한국에서의 연합정치의 사례
7. 소결
III. 프랑스의 결선투표제
1. 프랑스 대통령의 권한
2. 결선투표제도
3. 결선투표제 도입의 필요성 검토
4. 소결
IV. 미국의 중간선거
1. 미국 대통령의 특징
2. 중간선거 시행 이유
3. 오바마 정부에 대한 평가인 2010년 중간선거 결과
4. 소결
V. 한국에 적용가능한 선거제도
VI. 결론

I. 서론

1987년 민주화 이후, 2012년은 20년 만에 총선과 대선이 함께 치러지는 해이다. 과거 어느 때보다 정치권력이 누구에게 돌아갈 것인지에 대해 많은 사람이 관심을 가지고 있다. 반면 2007년 대선과 2008년 총선 직후에는 국정의 안정성이라는 측면에서 대통령의 4년 임기와 재임허용 및 국회의원과의 임기일치에 대해 가장 활발히 논의되었다. 그때 당시 당선된 사람들이 개헌을 통한 양자의 임기일치를 협의하지 못한다면 후에 당선된 어느 한 쪽에서 보장된 임기를 단축해야 하기 때문이다. 그리고 어느 쪽에서든 임기단축을 수용할 것이라고 기대하기 어렵기 때문에 20년을 기다려야 한다고 여겼으므로 논의가 활발했다.

하지만 임기일치를 위한 개헌 논의에 관한 관심이 아닌 다른 이유로 올해 대선에 대한 세인들의 관심이 몰리고 있다고 볼 수 있다. 여소야대에서 보이는 대통령의 답답한 정국운영에 대한 실망감과 함께 1987년 이뤄낸 민주화 이후 유권

자들이 직접선거를 통해 배출한 5명의 대통령이 대통령제의 특성상 한 명의 개인에게 주어진 막강한 권한과 권위에 의해 불거지는 여러 논란에 질렸다는 점이 가장 큰 이유이다.

대한민국의 대통령은 국가원수이자 정부수반이다. 국가원수로서 대통령은 국가를 대표하며 집행부의 수반으로서 최고 행정권담당자이자 국무회의 의장의 역할을 한다.[1] 하지만 국가원로자문회의가 현재 운영되지 않는 것과는 별도로 임기 말년에 불거진 측근비리로 퇴임 후 검찰의 수사를 받지 않은 인물을 찾아보기 어렵고 2명의 전임 대통령은 개인적인 착복으로 징역형을 살았다는 사실 등 때문에 국가 원로로서의 역할을 기대하기 어렵다. 이러한 임기 후 불거진 정권의 폭주는 한국의 대통령이 갖는 막강한 권한에 비해 당선 후 마땅한 견제 장치가 없다는 점에서 기인한다.

이것은 권력에 대한 국민의 신뢰를 떨어뜨리고 민주주의의 근간인 선거에 대한 위협으로 다가온다. 실제로 한국의 정치에 대한 신뢰는 매번 낮아지는 대통령 투표율을 통해서 알 수 있듯이 낙관적이지 않은 상황이다. 하지만 대통령 권한의 축소를 통한 개선책은 현실성이 부족하다. 자신이 가지고 있는 권한을 내놓을 수 있는 사람이 대통령에 있을 때 개헌 논의가 있어야 하지만 지금까지 헌법 개정은 주로 정치인들의 야욕에 따라 권한의 집중이라는 방향으로 이루어져 왔기 때문이다. 따라서 정치인들에게 국민이 가장 큰 영향을 끼칠 수 있는 선거제도의 개선을 통하여 국민의 의사가 더욱 반영되고 견제할 수 있는 장치가 마련될 필요가 있다.

본고는 한국의 대통령제의 문제인 분점정부 하에서의 국정운영의 어려움과 대통령의 임기 말 혹은 퇴임 후 불거지는 비리 논란을 선거제도의 개선을 통해 해결할 수 있는지를 논의하고자 한다. 기존의 논의들을 통해서 한국과 외국에서 활용하는 정치제도들에 어떤 것들이 있는지 검토하고 한국에 있었던 연합정치라는 사례를 통해서 그것의 장점과 적용 가능성을 살펴볼 것이다. 이후 결선투표제로 유명한 프랑스가 대통령 선거 과정에서 그 제도를 어떻게 활용하는지와 미국의 중간선거가 대통령에게 미치는 영향을 분석할 것이다. 이를 통해서 한국에 적용할 수 있는 선거제도의 모습에 대해 알아보겠다.

1) 양건, 「헌법강의」, 법문사, 2012, 948-950면.

II. 대통령제 개선방안에 대한 논의들

1. 과거 한국의 개헌 논의

건국헌법을 제정한 후 불과 2년도 지나기 전에 그것을 개정하려는 시도가 나타났다. 한국의 헌법은 그 초기부터 한국에 민주주의적인 전통이 미약했다는 점에서 악용될 가능성이 높다고 판단되었다. 실제로 개헌의 역사를 살펴보면 헌법은 집권자나 집권여당에 의해 개헌 논의가 시작되고 그들의 집권연장을 위해 악용되었다. 따라서 한국의 헌법개정과정은 서구 선진국과 비교하면 개정의 빈도가 잦다는 점, 개헌의 주된 내용으로는 중임제금지조항의 수정 내지 삭제, 혹은 대통령 선거방식의 변경이 있으며, 개헌의 준비 작업을 은밀히 진행했으며 변칙적인 방식으로 개헌을 이루었다는 특징이 있다.[2)]

일반적으로 정부형태와 관련된 개헌의 논의는 입법부와 행정부 양자의 국정수행 원리와 권한의 분배를 이루는 방법이 핵심[3)]이라는 점을 생각할 때, 1987년에 있었던 9차 개정헌법을 제외하고는 한국에 있었던 개헌은 권한분배보다는 권한을 집중하고 오래 향유하기 위한 방향으로 이루어졌다.

2. 일반적인 정치제도의 특징

(1) 대통령제와 의원내각제 일반론

현재 대부분 나라는 대통령제 혹은 의원내각제로 구성되어있다. 그 외에 양자를 절충한 이원집정제가 있다. 한국은 장면 내각을 제외하고는 대통령제를 유지하고 있다.

라이파트(Lijphart, 1992)에 의하면 대통령제와 의원내각제 사이에는 세 가지 근본적인 차이가 있고 이 기준으로 양 제도를 정의할 수 있다고 한다. 대통령제의 경우 첫째, 대통령은 헌법에 정해진 임기 동안 일할 수 있다. 그리고 일반적으로 대통령의 임기는 의회의 신임 여부에 영향을 받지 않는다. 다만 탄핵으로 임기가 중단될 수 있다. 둘째, 직접선거로 선출된다. 셋째, 대통령은 국정의 모든 영역에서 직접적이고 최종적인 책임을 가진다. 즉, 내각과 국정에 관한 책임을 공유하지 않는다.[4)]

---

2) 권영성, 「헌법학 원론」, 법문사, 2010, 100-101면.
3) 윤대규, 「왜 개헌인가?」, 한울, 2005, 52면.

반면 의원내각제의 경우 정부의 수반인 수상과 내각이 의회의 신임에 의존한다. 따라서 의회의 불신임으로 임기 중에 물러날 수 있다. 둘째, 일반적으로 의회의 다수를 점하는 정당의 대표가 수상으로 선출된다. 셋째, 수상과 내각이 집합적으로 국정의 책임을 진다.

(2) 의원내각제의 적용 가능성 검토

양 제도는 임기와 정치적 책임에 있어서 큰 차이를 가지고 있다. 여소야대의 정국에서 한국의 대통령들이 겪게 되는 정국운영의 어려움과 임기 말과 퇴임 후 불거지는 여러 논란을 해결하기 위해 한국도 의원내각제를 도입해야 한다는 논의가 있었다. 하지만 의원내각제가 대안이 되기는 어렵다. 의원내각제하에서도 대통령제 못지않게 국회와 정부 간의 경쟁 또는 긴장관계가 약화되 권력남용이 가능할 수 있기 때문이다.

이러한 위험성을 낮추는 데 필요한 "선행조건은 국회의원의 자질, 정당정치 및 의회정치의 제도화 수준, 중앙권력과 지방권력을 분산하는 지방자치제의 정착, 정치권과 행정권 간의 권력을 분산하는 직업공무원제의 확립, 정치와 경제의 분화 정도 등이 있다." 우리나라는 직업공무원제 및 지방자치의 실현이라는 조건은 어느 정도 충족하였으나 아직 많이 부족한 상황이다. 더욱이 민주화 이후 지금까지 정치권에서 보여준 여소야대의 정국 속에서의 국정운영의 모습을 기억해보면[5] 의원내각제를 시행하면 의회의 내각에 대한 불신임권의 남용이 우려되는 것이 사실이다.

실제로 외국은 의회 불신임권의 사용에 의한 내각 해산의 사례는 적다. "영국에서는 20세기에 1924년과 1979년에 내각 불신임에 의한 의회 선거가 있었을 뿐이다. 독일은 바이마르 공화국 이후 내각 불신임으로 의회가 해산된 적은 한 번뿐이다."[6]

한국의 경우, 지난 1987년의 개헌은 국민적인 요구를 따라서 이루어진 것이다. 그때의 개헌을 통해서 현행 헌정체제를 대통령제라고 명명하고 있지만, 미국식 대통령제만큼이나 의원내각제적 요소가 폭넓게 자리 잡고 있다. 예컨대 국회의 동의를 얻어야 하는 국무총리제, 국회가 정부를 정치적으로 공격할 수 있는 국무총리, 국무위원해임건의제 등은 의원내각제적인 헌정체제로의 정국운용가능

4) 이준한, "정치제도의 비교: 대통령제, 의원내각제, 이원집정제", 「한국헌법 무엇이 문제인가」, 북마크, 2010, 216면.
5) 윤대규, 전게서, 73-75면.
6) 이준한, 전게논문, 244면.

성을 마련해 주는 헌법적 장치이다. 따라서 "현행 헌법체제하에서 주어진 의원내각제적 요소를 더욱 부각시켜 충분한 정치적 실험을 거쳐야할 필요가 있다."[7] 그전에는 의원내각제가 대통령제의 대안이 되기는 어렵다고 볼 수 있다.

(3) 이원집정제의 특징과 도입 가능성 검토

"20세기에 들어와서 전통적인 의회제와 대통령제라고 규정지을 수 있는 정부형태로서의 이른바 가장 본질적 요소라 할 수 있는 부분들이 혼재한 헌법체제를 갖추는 나라가 다수 출현하고 있기에 전통적인 이분법으로서의 설명이 부족할 수 있다. 따라서 대통령제와 의원내각제의 중간모델로서 이원집정제가 논의되기 시작하였다."[8]

이원집정제란 대통령과 수상이 권력을 대등하게 나누는 것을 목적으로 삼는 것이다. 대통령제와 의원내각제가 개헌을 통하지 않고 유권자의 투표 결과에 따라서 번갈아 출현하는 이원집정제는 기존의 정치제도보다 유연하다는 장점이 있다. 반면, 대통령이 권한을 행사하는 영역인 외교 및 국방 분야와 총리가 담당하는 내정 분야의 구별이 나날이 힘들어져서 실정에 관한 책임 소재가 불분명하다는 단점을 가진다.[9]

하지만 국내에서는 국민의 화합을 꾀하고 국외에서는 국민을 대표하는 권위를 집중시킨 국가원수가 필요하다는 점에서 이원집정제는 국가수반과 정부수반을 분리한다는 장점을 가진다. 그럼에도 과거에는 이원집정제가 권위주의적이라는 비판과 함께 히틀러의 집권까지도 이원집정제의 탓으로 돌리기도 했었다. 하지만 "무솔리니 파시즘과 일본 군국주의는 이탈리아와 일본이 내각제임에도 불구하고 권력을 찬탈했으며, 1930~40년대 남미 파시즘들은 오히려 대통령제를 징검다리로 독재권력을 구축했었다. 또한, 과거의 비판과는 정반대로 이원집정제였기 때문에 독일국민의 나치스 지지 광풍 속에서도 폰 힌덴부르크 대통령은 1930년 3월 총선에서 제1당이 된 나치당의 히틀러를 기피하여 세 차례 다른 인물을 총리로 임명함으로써 그의 집권을 적어도 3년 가까이 저지했었다"[10]고도 볼 수 있다.

그러나 이원집정제로의 개헌이 과연 올바른 것인지에 대해서는 의문이 든다. 프랑스의 대통령과는 달리 한국의 대통령에게는 의회 해산권이 부여되어 있지 않

7) 성낙인, 「프랑스헌법학」, 법문사, 1995, 313-314면.
8) 성낙인, 전게서, 337면.
9) 이준한, 전게논문, 235-236면.
10) 황태연, "유럽 분권형 대통령제에 관한 고찰", 「한국정치학회보」, 2005, 51-52면.

고 5년 단임이라는 임기 제한이 있기 때문이다. 대통령의 집권 중 여소야대의 형성으로 야당 주도의 내각이 출범하게 되었다고 가정했을 때 그다음에 선출된 대통령은 당선 직후부터 그의 임기 중 새로운 국회의원 선거 때까지 권한을 행사할 별다른 방법이 없게 된다는 문제가 생길 수 있다. 또한, 소속정당이 다른 대통령과 총리의 출현을 받아들일 수 있는 정치 문화가 자리 잡았는지도 의문이다.[11]

3. 연합정치의 의의

한국의 대통령들이 보인 문제들을 해결하기 위해 현재의 정치형태를 의원내각제 혹은 이원집정제로 바꾸기보다는 기존의 대통령제를 유지하면서 연합정치를 통하여 한국의 대통령제가 가진 문제점의 해결을 시도해 볼 수 있다. "연합정치란 제도적 맥락에서는 연립정치라고도 불리며 선거와 집권을 통한 연립정부 구성 및 그것을 전후한 모든 정치적 연대와 공동행동으로 정의할 수 있다. 즉, 후보 단일화를 비롯한 각종 선거 연합과 연립정부의 내각 배분에 이르기까지 규약과 협조에 의한 집단 간 공동의 정치행위"[12]라고 할 수 있다.

연합정치를 통하여 린쯔가 지적한 다섯 가지의 대통령제가 내포한 제도적 문제점을 해결할 수 있다. 첫째, 직접 선거로 선출된 국회와 대통령은 이원적 정통성을 갖게 된다. 이 경우 권력 분립 원칙 아래에서는 이견이 발생하였을 때 그 해결을 가능하게 할 제도가 부족하여 의견의 차이를 좁히기 어렵다. 둘째, 대통령의 임기가 탄핵 등의 매우 예외적인 상황을 제외하고는 보장되기 때문에 정치적으로 경직되기 쉽다. 따라서 대중의 요구에 대통령은 반응하지 않거나 자신의 국정수행에 대하여 책임지지 않는 경우가 발생할 수 있다. 셋째, 대통령제는 승자독식의 모습을 가진다. 더욱이 한국은 민주화 이후 과반수를 넘는 지지를 얻지 못한 대통령이 꾸준히 나와서 문제를 더욱 심각하게 한다. 소수에 의하여 정부가 좌우될 수 있기 때문이다. 넷째, 국회의원과 비교하면 대통령은 더 넓은 범위의 국민으로부터 지지를 받았기 때문에 자신의 정당성을 과대평가하기 쉽다. 이 경우 일방적인 정책 추진으로 의회와 마찰이 빈번해진다. 마지막으로, 정치적 국외자가 집권할 가능성이 높아 정당정치의 약화를 일으킬 수 있다.[13]

물론 린쯔의 논의 자체가 내포한 문제점이 있다. 두 번째로 지적한 임기의 보장에 의한 정치적 경직성의 경우, 무능하고 인기가 없는 대통령을 그때마다 교

11) 강원택, 「대통령제, 내각제와 이원정부제」, 인간사랑, 2006, 210면.
12) 조성대 · 홍재우, "연합정치의 비교정치적 맥락과 한국적 적용", 「역사비평」, 2012, 26면.
13) 조성대 · 홍재우, 전게논문, 29-31면.

체할 수 있게 한다면 임기를 정상적으로 마칠 수 있는 대통령을 찾기는 불가능할 것이다. 또한, 세 번째로 지적한 제로섬 게임의 문제의 경우, 승자가 독점적으로 행정부를 통제하는 것은 린쯔의 지적과 달리 대통령제만의 특징이 아니다. 의원내각제 국가인 영국에서 대처 총리가 집권했던 기간이 대표적인 예이다. 총리인 그녀는 물론이고 내각의 구성 및 의회의 절대 과반수를 보수당 측 인사들이 차지했다.[14] 정치적 국외자의 집권 가능성 문제 역시 대통령제에서는 크게 문제가 된다고 보기 어렵다. 기존 정치권에 대한 불신과 혐오감이 높고 변화와 개혁에 대한 열망이 높은 상황에서 기존 체제에서 벗어나 있던 인물이 대통령으로 등장하여 새로운 변화와 개혁의 가능성을 높여준다는 점에서 오히려 긍정적으로 평가해 볼 여지가 있다. 외국 사례로는 페루의 후지모리 대통령 사례가 있고 한국에서는 2002년의 대통령 선거에서의 정몽준 후보의 경우가 있다. 후지모리는 정치권에 알려지지 않은 인물이었지만 경제적 위기와 정치적 혼란 속에서 유권자들이 기존 정치에 가지고 있던 실망과 불만을 최대한 이용하며 당선에 성공했다. 정몽준도 2002년 대통령 선거의 유력한 후보로 부상하기 전까지 정당정치와는 거리를 두고 있었다.[15] 그전의 그의 주요 경력은 정치 외적인 영역에 집중되었다. 현대중공업 회장과 대한축구협회 회장, 국제축구연맹 부회장 등을 역임했지만, 정치인으로 쌓은 이력은 상대적으로 빈약했다.[16] 하지만 2002년 한일 월드컵에서 사상 최초로 한국 대표팀이 4강에 진출하면서 정몽준의 인기는 급부상하였다.[17] 그리고 "그의 급격한 부상은 당시 한나라당과 민주당이라는 기존의 두 정치세력이 포용하지 못한 지지자들을 끌어안으므로" 가능했다고 볼 수 있다.[18]

린쯔의 지적은 그가 "대통령제를 위험한 것이라고 규정하였고 그 대신 의원내각제의 좋은 점을 강조하려고 했다"[19]는 점에서 태생적인 문제가 있다. 그가 지적한 대통령제의 문제점을 의원내각제 역시 내포하고 있기 때문이다. 또한, 대통령제가 근본적으로 위험하다는 린쯔의 주장은 통계적으로도 근거가 희박하다. "1919년에서 1995년 사이의 모든 민주주의 국가들에서 정치제도와 민주주의 생존 또는 안전성의 관계를 분석한 결과 정치체제 그 자체가 민주주의의 생존에 영향을 주지 않는다"[20]고 하였기 때문이다.

---

14) 이준한, 전게논문, 222-225면.
15) 강원택, 전게서, 75-77면.
16) "두 번째 대권 도전에 나선 정몽준", 중앙일보, 2012. 4. 29. 기사.
17) "고건-이인제-정몽준 공통점과 차이점", 조선일보, 2006. 6 .4. 기사.
18) 강원택, 전게서, 78면.
19) 이준한, 전게논문, 218면.

4. 연합정치의 장점

내포하고 있는 이론적인 문제가 있음에도 린쯔가 지적한 현재 대통령제가 가지고 있는 고유의 문제점은 개선될 필요가 있다. 표를 통해서 개선방안 중 하나인 연합정치의 장점을 살펴볼 수 있다.

〈표 1〉 선거 결과에 따른 정부형태: 여당 성격과 정부구성[21]

구분		정부구성		합계
		단독정부	연립정부	
여당성격	과반여당	185 (75.5)	60 (24.5)	245 (35.7)
	소수여당	192 (43.4)	250 (56.6)	442 (64.3)
합계		377 (54.9)	310 (45.1)	687 (100.0)

〈표 2〉 정부 형태와 거버넌스[22]

	VA	PA	GE	RQ	RL	CC
과반여당 – 단독정부	-0.07(182)	-0.20(182)	-0.39(167)	-0.26(167)	-0.41(171)	-0.44(168)
과반여당 – 연립정부	-0.17(60)	-0.51(60)	-0.51(60)	-0.26(60)	-0.57(60)	-0.56(60)
소수여당 – 단독정부	-0.05(191)	-0.31(191)	-0.38(186)	-0.18(186)	-0.42(186)	-0.42(187)
소수여당 – 연립정부	0.12(248)	-0.26(248)	-0.19(245)	0.005(247)	-0.27(248)	-0.22(245)
전체	-0.006(681)	-0.28(681)	-0.32(658)	-0.13(660)	-0.38(665)	-0.37(660)
F	6.23***	2.76*	5.13*	5.18*	3.47*	6.00***

괄호 안의 숫자는 관찰빈도임. * p〈0.05. ** p〈0.01. *** p〈0.001
a. VA: 표현의 자유와 책임성 / PA: 정치적 안정과 비폭력 / GE: 정부효율성 / RQ: 규제의 질 / RL: 법의 지배 / CC: 부패통제.

위의 표에서 얻을 수 있는 결론은 두 가지이다. 첫째, 연립정권은 여당이 국회 내에서 소수석을 차지했을 때 빈번히 나타난다는 점이다. 둘째, 소수여당이 연립정부를 구성했을 때가 소수여당이 단독정부를 구성했을 때보다 통치행위를 평가한 결과가 높다는 점이다. 더욱이 그런 연립정부의 결과물은 과반여당의 정

20) 이준한, 전게논문, 234면.
21) 홍재우 · 김형철 · 조성대, "대통령제와 연립정부: 제도적 한계의 제도적 해결", 「한국정치학회보」 제46집 제1호, 2012, 98면.
22) 홍재우 · 김형철 · 조성대, 전게논문, 99-100면.

부형태가 만들어 낸 결과물보다 더 높은 평가를 받고 있다. 따라서 한국의 대통령이 보여준 과거 여소야대의 정국운영 모습을 기억해 볼 때 연립정부의 도입을 통해 분점정부의 문제를 해결할 수 있는 방식이 될 수 있다고 여겨진다.[23]

하지만 이러한 연합정치의 출현이 어려운 이유는 대통령이 행정부의 구성에 관한 인사권을 독점하고 있기 때문에 발생한다. 그러므로 대통령과 행정각부의 장들의 위계적인 관계가 의회제보다 더 강하게 형성된다. 또한, 대통령이 인사권을 독점하므로 연립정부의 구성에 대한 의회의 신뢰가 낮다. 그리고 연합의 붕괴 때문에 의회 내에 대통령을 지지하는 세력이 과반수를 넘지 못하게 되어도 그것이 대통령 권력의 붕괴로 이어지지 않는다.[24] 따라서 연립정치의 성립을 제도적으로 보완할 필요가 있다.

5. 연합정치의 보완을 위한 제도적 장치들

연립정치의 연속성을 위해 활용 가능한 제도적 장치는 크게 네 가지가 있다. 첫째, 대통령의 단독권한을 약화시키고 대통령의 권한을 의회가 견제하게 하는 방법이 있다. 단독권한이 강한 대통령은 그의 소속정당이 국회 내에서 소수임에도 법률안 발의권 등을 통해 의회를 거치지 않고 정책을 추진할 수 있다. 반면에 의회는 대통령의 권한을 견제할 마땅한 수단이 없고 특히 행정부의 인사권을 대통령이 가지고 있으므로 연합에 대한 신뢰가 낮을 수밖에 없기 때문이다.[25] 둘째, 의석의 배분을 바꾸는 방법이 있다. 비례대표제를 도입할 때 다수의 선호가 의회의 의석배분에 반영될 수 있다.[26] 예를 들어 17대 총선에서 민주노동당을 지지한 유권자는 전체의 13%였다. 하지만 민주노동당 소속 국회의원은 10명만이 선출되었다. 만약 비례대표제로만 의원을 선출하였다면 민주노동당은 전체 의석의 13%인 39석을 차지할 수 있었을 것이다.[27] 따라서 비례대표제는 제조된 과반을 만드는 현재의 선거제도보다 과반수의 유권자의 의사를 실질적으로 반영할 수 있는 방식이라고 볼 수 있다. 셋째, 대통령 선거제도에 결선투표제를 도입하여 연립정부의 형성을 제도적으로 보완할 수 있다. 최종승자가 되기 위해서는 사회적 다수의 지지를 받을 수 있도록 1차 투표와 2차 투표 사이에 연립정부 구성을 위한 협상이 있어야 하기 때문이다. 협상 과정에서 2차 투표에 진출한 후

23) 홍재우 · 김형철 · 조성대, 전게논문, 99-100면.
24) 조성대 · 홍재우, 전게논문, 31-32면.
25) 조성대 · 홍재우, 전게논문, 35면.
26) 홍재우 · 김형철 · 조성대, 전게논문, 96-97면.
27) 조성대 · 홍재우, 전게논문, 47면.

보와 그의 소속정당은 다른 소수정당에 각료지분이나 정책 등을 양보하고 연립정부를 구성하게 된다. 마지막으로 대통령과 의회의 정치적, 정책적 성향의 일치를 높이기 위해서 선거구의 일치하는 정도를 높이는 방법이 있다.[28]

6. 한국에서의 연합정치의 사례

선행논문들은 막강한 권한을 가진 대통령의 권한을 권력 분점이라는 연합정치를 통해서 해결하는 방안을 연구하였다. 실제 정치인들의 행보도 1987년 민주화 이후부터는 연합정치의 시도가 꾸준히 있었다. 민주화 이후 역대 대통령들은 여소야대 정국 속에서 과반수의 지지를 받지 못한 상태에서 정국을 운영하여야 했기 때문이다.

〈표 3〉 민주화 이후 대통령선거의 결과(13대-17대)[29]

대선회차 및 일자	유권자수 (명)	투표자수 (명)	투표율 (%)	당선자 및 득표수	당선자 득표율 (%)	2위 득표자 및 득표수	2위 득표율 (%)
(13) 87.12.16	25,873,624	23,066,419	89.2	노태우 8,282,738	35.9	김영삼 6,337,581	27.5
(14) 92.12.18	29,422,658	24,095,170	81.9	김영삼 9,977,332	41.4	김대중 8,041,284	33.4
(15) 97.12.18	32,290,416	26,042,633	80.7	김대중 10,326,275	39.7	이회창 9,935,718	38.2
(16) 02.12.19	34,991,529	24,784,963	70.8	노무현 12,014,277	48.5	이회창 11,443,297	46.2
(17) 07.12.19	37,653,518	23,683,684	62.9	이명박 11,492,389	48.5	정동영 6,174,681	26.1

자료 : http://info.nec.go.kr(2010년 2월 검색)을 토대로 구성
당선자 득표율과 2위 득표율은 투표자수 대비 수치이다.

대표적인 연합정치에는 DJP연합, 노무현 정몽준의 후보 단일화, 노무현 대통령의 대연정 제안, 그리고 야권연대 등이 있다. 이러한 연합정치는 선거에서의 승리라는 결과를 만들어 내기도 했지만, 권력을 얻은 후 연합의 목표였던 권력

28) 홍재우 · 김형철 · 조성대, 전게논문, 96-97면.
29) 한동호, "한국의 분권형 대통령제 개헌과 프랑스 동거정부의 함의", 「행정논총」, 2010, 106면.

분점에 대한 제도적인 강제성이 없으므로 늘 실패로 돌아갔다. 그 중 세 가지 사례를 통하여 기존의 연합의 모습을 살펴보고 연합의 실패 원인을 살펴보면서 한국에서 연합정치의 가능성을 검토해 보겠다.

첫 번째는 DJP 연합이다. 이 연합의 핵심적인 합의는 김대중을 대선의 단일후보로 하고 김종필은 이후 차기의 공동정부에서 국무총리가 되는 것과 공천권을 행사할 때 양당의 배분 비율을 동일하게 하는 것이었다. 연합은 대선과 지방선거에서의 승리까지 이어졌지만 이후 내각제로의 개헌에 대한 논의가 줄어들면서 연합의 지속에 대한 회의적인 시각이 많아지게 되었다. 결국, 정치 협약만으로는 연합을 지속시킬 수 없음을 보여준 사례라고 할 수 있다. 두 번째는 노무현과 정몽준의 후보 단일화이다. 결선 투표제가 없었지만 그들의 후보 단일화 과정은 1차 투표의 성격과 유사했다. 결과적으로 노무현으로 후보단일화가 이루어졌으나 선거 후의 권력 배분에 대한 신뢰의 부족으로 선거 전날 단일화는 파기되었다. 세 번째는 노무현 대통령의 대연정 제안이다. “이 대연정은 정치적 안정을 목표로 했다. 이 제안에서 처음으로 의회와 행정부 사이의 교착 상태에 대한 문제제기가 있었다. 미국식의 의회, 대통령, 정당 등의 권력 분산과 균형 추구가 제대로 작동하지 않았기 때문에 프랑스의 이원정부제나 유럽식의 연립정권에서 해법을 찾으려는 시도였다. 하지만 압도적인 지지율을 보이고 있던 한나라당에서 권력분점을 할 이유가 없었고 여당도 극심히 반대하였다.”[30]

검토한 바처럼 한국에서 있었던 연합정치의 사례는 부분적인 성공에 한정된 경우가 많다. 서로에 대한 신뢰가 부족하고 선거 이후 약속을 지킬 이유가 사라지기 때문이다. 하지만 이제 연합의 필요성은 선거 이후에도 지속할 것으로 보인다. 2012년 지방선거에서 보여주었던 야권연대의 경우가 그 증거가 된다. 비새누리파 사람들의 연합을 통해서 새누리당과 비새누리당간의 대결구도가 가능했던 지역에서만 야권의 승리가 가능했기 때문이다. 총선 이후에도 야권은 앞으로 있을 대선을 위해서 연합을 유지 하고 있다. 선거는 계속되므로 야권의 연대는 대선 이후에도 지속할 것으로 보인다.

7. 소결

서론에서 언급했듯이 한국의 대통령제가 가진 문제 중 하나는 분점정부 하에서 대통령의 국정운영 능력이 급격하게 떨어진다는 것이다. 이 문제 해결을 위

30) 조성대 · 홍재우, 전게논문, 39-45면.

해 선행논문들은 정부형태를 기존의 대통령제에서 의원내각제나 이원집정제로 바꾸는 것을 검토하였다. 하지만 의원내각제는 현재 이용 가능한 의원내각제적인 요소를 활용할 정치적 실험을 거쳐야 하기에 당장 적용하는 것은 현실적이지 못하다. 이원집정제는 대통령에게 의회해산권이라는 새로운 권한을 부여해야 하는 문제와 함께 한국의 정치문화가 소속정당이 다른 대통령과 수상의 출현을 받아들이기 어렵다는 문제가 있다. 하지만 연합정치는 그러한 단점 없이 분점정부가 일상화된 현실에서 대통령의 국정운영을 더욱 원활하게 할 수 있다는 점에서 제도적으로 그 발현을 보완할 필요가 있다고 여겨진다.

III. 프랑스의 결선투표제

1. 프랑스 대통령의 권한

"전통적인 다당제 국가인 프랑스에서 결선투표제는 정치세력의 이원화 현상을 나타내고 있기에 이를 다당제의 양극화현상으로 이해할 수 있으며, 이는 곧 현실의 헌정운용에 있어서도 양당제에 유사한 상황을 초래한다."[31] 하지만 1차 투표와 2차 투표 사이의 동안에 발생한 정치적 연합에 의해서 대통령의 정치적 영향력이 약화하여질 수밖에 없다는 문제 제기가 있기도 하다. "그러나 상대적으로 다수대표제를 시행하고 있는 우리나라와 비교해 보면, 동거정부 하에서라도 오히려 안정된 대통령직을 수행하고 있다고 볼 수 있다. 왜냐하면 대통령은 결선투표제에 의하여 국민의 절대적 다수에 의하여 지지받고 있으며, 대통령의 헌법상 권한 행사에 있어서 독자적 권한 영역이 비교적 선명하기 때문이다."[32] 또한, 프랑스 대통령은 제한이 있는 경우[33]를 제외하고는 재량에 의해 의회해산권을 행사할 수 있다.[34]

프랑스에서 대통령의 독자적인 권한은 일반적으로 "드골을 위해서 만들어졌다고 평가되는 제5공화국 헌법에 의해서 선명하게 드러난다. 대통령 선출 방식의 민주화를 통해 정통성을 강화하였고 권력 구조의 측면에서 대통령의 권력이 제도적으로 강화되었다. 총리의 임명에 있어 대통령의 실질적 권한이 새롭게 확보

31) 성낙인, 전게서, 211면.
32) 박인수, "프랑스의 대통령 선거제도", 「헌법학연구」 제8권 제2호, 2002, 152면.
33) 권한대행 체제와 비상대권이 발동된 경우 및 의회가 해산된 후 1년 이내의 경우이다.
34) 전학선, "프랑스의 의회해산제도", 「공법학연구」 12(3), 2011, 221면.

되었지만 총리와 행정부의 의회에 대한 책임은 이전과 같이 유지되어 이원집정제로의 변화가 가능해졌다."[35]

프랑스의 대통령은 기존에 주어진 국가수반으로서의 권한과 제5공화국 헌법에 따라 부여된 권한을 가진다. 대외관계에서는 외국사절들의 신임장을 받으며 유럽이사회에 참여할 권한이 있다. 이 권한은 동거정부 아래에서도 침해되지 않는다. 행정영역에서는 고위 공무원 임명권한이 있다. 사법영역에서는 사면권이, 입법영역에서는 의회에 자신의 의견을 적은 문서를 보낼 수 있는 권한이 전통적으로 주어졌다. 반면 새로이 주어진 권한은 하원의원해산권과 비상대권이 있다.[36]

또한, 대통령이 "프랑스 헌법 제8조에 따라 수상을 임명하도록 되어 있으며, 헌법의 명문상 다른 제한이 없는 것으로 해석된다."[37] 하지만 "헌법 제49조에 의해 국무회의 심의 후 수상은 그의 정책프로그램을 의회에 제출하고, 정부의 책임을 의회 앞에 선언하게 된다. 이때 만일 의회가 수상의 정책프로그램에 찬동하지 않는다면 내각은 불신임을 당하게 된다. 그러므로 대통령은 이 점을 고려해서 수상을 임명할 수밖에 없다. 바로 이러한 의회주의의 전통이 동거정부가 나타나게 된 가장 직접적인 원인이다."[38]

한국은 국회에 주어진 국무의원 해임건의권이나 탄핵소추권의 행사로 행정부를 견제할 수 있다. 실제로 노무현 대통령 시절에 탄핵소추권을 행사하여 헌법재판소의 판결을 받은 적도 있다. 하지만 탄핵에 대한 결정권이 국회가 아닌 헌법재판소에 있다는 점에서 국회에 프랑스의 내각 불신임권처럼 강력한 견제수단을 줬다고 하기는 어렵다.[39]

2. 결선투표제도

프랑스의 대통령 선거는 "1차 투표에서 절대 과반수를 득표한 후보가 없는 경우에는 2주일 후의 일요일에 2차 투표를 시행하도록 규정하고 있다."[40] 이러한 제도를 결선투표제라고 한다. 결선투표제는 1차 투표에서 절대 과반수를 확보한 후보자가 있으면 그를 당선자로 결정하지만, 절대 과반수를 확보한 후보가 없을

35) 조홍식, "프랑스 대통령 임기 5년제 개헌:부분적 개헌의 성공사례", 「한국정치학회보」 제43집 제3호, 2009, 177면.
36) 한동호, 전게논문, 93면.
37) 전학선, 전게논문, 217면.
38) 한동호, 전게논문, 94면.
39) 한동호, 전게논문, 102면.
40) 박인수, 전게논문, 134면.

때 2차 투표를 통해서 당선자를 결정하는 선거제도이다.[41] 2차 투표에서는 1차 투표와 달리 절대과반수를 확보할 필요는 없다. 하지만 1차 투표에서 일정 득표율 이상을 획득한 자로 그 자격을 제한한다.[42]

"결선투표제에서는 2차 투표 시에 이루어지는 선거연합 및 그에 따른 후보사퇴가 대단히 중요한 영향을 미치게 되는 것은 분명하다. 이러한 정치적 행위들에 의하여 선거결과는 1차 투표와 전혀 다른 양상으로 나타나기도 한다."[43]

1차 투표에서 유권자는 자신이 지지하는 후보자의 당선 가능성이 낮더라도 2차 투표를 기대하며 그 후보에게 투표하게 된다. 그리고 이러한 유권자의 행태를 통해 그들의 의사를 읽을 수 있으며 그와 동시에 그들이 지지하는 후보와 유사한 정치성향을 가진 유력한 경쟁상대에 대한 확고한 지지의사로도 볼 수 있다. "따라서 1차 투표만이 국가 전체의 정치적 상황에 대한 유효한 평가를 내릴 수 있게 한다."[44]

따라서 "1차 투표와 2차 투표 사이의 기간 동안 이루어지게 되는 후보자들의 사퇴, 철회, 잔류를 통하여 2차 투표에는 일반적으로 두 명의 후보자간의 경쟁으로 압축된다. 이러한 결과 1차 투표는 선택하는 투표이며, 2차 투표는 제거하는 투표라고 보기도 한다." 유권자가 지지하던 후보자가 1차 투표에서 탈락하게 될 경우를 가정했을 때 유권자는 지지했던 후보와 유사한 정치성을 갖는 후보자에게 표를 주거나 정반대로 그가 반대하는 후보가 당선이 유력시될 때 그를 낙선시키기 위해 투표를 하게 될 것이기 때문이다.[45]

3. 결선투표제 도입의 필요성 검토

대통령직의 두 가지 본질을 고려할 때 현행 헌법이 취하고 있는 상대 다수 대표제보다는 결선투표의 도입을 검토해 볼 필요가 있다. 그 본질은 첫째, 대통령은 국가 전체의 이익을 위한 역할을 수행하는 자리라는 점과 둘째, 대통령의 선출은 직선제에 의한다는 점이다. 국민 다수의 지지를 그 선택과정에서 확보하는 것이 국가의 이익을 대변하는 대통령의 속성과 들어맞을 것이고 이를 위해 결선투표제를 통한 대통령 선출을 고려할 필요가 있다.[46]

---

41) 성낙인, 전게서, 209면.
42) 박인수, 전게논문, 143면.
43) 박인수, 전게논문, 144면.
44) 성낙인, 전게서, 210면.
45) 박인수, 전게논문, 144면.
46) 강승식, 「권력분립원리와 현행헌법상 대통령제」, 미래한국재단, 2011, 215-216면.

한국의 13대부터 17대까지 대통령 중, 단 한 명의 대통령도 과반수 득표를 한 적이 없다는 것은 대통령의 정당성과 권위를 약화시키고 있다. 그리고 민주화 이후 대통령 직선제의 투표율은 지속해서 낮아지고 있다. 13대 선거의 투표율을 정점으로 꾸준히 하락세를 보였으나 한국의 민주주의의 상징인 김영삼과 김대중이 후보로 출마한 14대와 15대까지만 해도 80% 이상의 투표율을 보여주었다. 하지만 하락세는 계속되어 가장 최근의 대선에서는 유권자의 약 63%가 투표에 참여했고 이명박은 결국 전체 유권자의 3분의 1도 안 되는 지지를 받은 셈이다. 이러한 현상은 대통령의 권위에 손상을 초래한다. 또한, 투표율의 계속된 감소는 자신이 지지하는 후보의 당선 가능성이 희박할 때는 유권자가 투표를 포기하는 현상을 나타내고 있다고 볼 수 있다. 지난 17대 선거에서는 선거하기 전부터 한나라당 후보가 대통령이 된다는 분위기가 계속된 상황 속에서 선거가 치러졌다. 그 결과 당선자의 득표수와 2위 득표자의 득표수의 차이가 과거보다 매우 크게 나타났다는 점에서 투표 포기 예라고 할 수 있다.[47] 이런 상황에서 대통령선거에 결선투표제를 도입하는 것은 과반수 지지를 받는 당선자를 선출한다는 것과 소수정당 지지자들의 투표율을 높일 수 있다는 점에서 매우 바람직하다.

4. 소결

프랑스식 결선투표제를 도입함으로써 대통령의 특성상 필요한 국민 다수의 지지를 얻을 수 있게 한다는 점에서 도입할 필요가 있다. 그런데 프랑스식 결선투표의 도입은 과다한 비용이 소요된다는 점과 한국 사회의 다원화 경향을 고려할 때 절대다수의 지지를 얻기가 매우 어렵다는 비판이 있다. 따라서 헌법연구자문위원회는 40%를 기준으로 제시하였다.[48] 하지만 13대-17대 당선자들의 총 유권자 수 대비 득표수의 평균은 32.5%이다. 따라서 40%보다 조금 더 기준을 낮추어도 괜찮다고 생각된다.[49]

47) 한동호, 전게논문, 106면.
48) 한동호, 전게논문, 106면.
49) 총 유권자수 대비 당선자의 득표수는 13대가 32.0% 14대가 33.9% 15대가 31.9% 16대가 34.3% 17대가 30.5%이다(각주 29)의 표3).

IV. 미국의 중간선거

1. 미국 대통령의 특징

미국 대통령의 권한은 다른 나라의 대통령이 갖는 권한에 비해 상대적으로 약하다는 특징을 가진다. 첫 번째로 "미국 대통령에게는 헌법상 행정입법권과 국가긴급권이 부여되어 있지 않다."[50] 따라서 입법이 가능한 의회의 동의가 있어야만 대통령이 원하는 법안을 추진할 수 있으며,[51] "헌법상 중요한 국가정책은 원칙적으로 양원제조항과 이송조항이라는 까다로운 절차를 거쳐야 한다."[52] "두 번째로 대통령과 의회는 비교적 대등한 관계를 형성하고 있다. 그렇기 때문에 내각각료를 포함한 연방공무원을 임명함에 있어서 상원의 권고와 동의를 얻을 것을 요구하고 있다. 세 번째로 선거제도로 인하여 분할정부가 출현할 가능성이 높다. 대통령의 취임으로부터 2년 후에 시행되는 중간선거의 결과에 따라 대통령의 소속정당이 의회를 지배하기 힘든 결과를 만들 수 있기 때문이다."[53] 그리고 미국에서는 법안 제출권은 의회만이 갖고 있으며 행정부에는 독자적인 법안 제출권이 주어져 있지 않다. 따라서 일반적인 인식과 다르게 미국 내의 미국대통령의 권한은 타국의 대통령에 비해 약하다고 볼 수 있다.

2. 중간선거 시행 이유

미국의 헌법을 만든 이들은 권력의 집중과 남용을 우려하였다. 특히 의회의 권력 집중과 남용을 우려하였는데 헌법 제정에 참여한 그들은 국민 전체로 보았을 때 소수인 많은 재산을 소유한 계층이었기 때문이다. 따라서 급진적인 세력이 의회를 장악한 경우에 자신들이 재산상의 침해를 받을 수 있다고 염려하였다. 그러한 사태를 미연에 방지하고자 다수에게 장악된 의회에 의해서 소수인 자신들의 권리와 자유의 침해를 막을 수 있는 제도를 만들었다. 이에 의회를 상원과 하원으로 나누고 각각의 선출방법과 임기를 다르게 하여 의회의 강력한 권한에 대한 견제 장치로 만들었다. "인구 비례에 의해 선출되며 임기가 2년으로

50) 강승식, 전게서, 100면.
51) 강원택, 전게서, 39면.
52) 양원제조항은 미국헌법 제1조 제1항, 제7항이며 이송조항은 미국헌법 제1조 제7항 제3호이다 (강승식, 전게서, 101면).
53) 강승식, 전게서, 101-104면.

상원에 비해 임기가 짧은 하원의원은 상황에 따라 대중의 정치적 압력의 영향을 많이 받는다. 하지만 임기가 6년으로 상대적으로 길고 주 전체를 선거구로 한 상원의원은 그러한 정치적 압력의 영향이 상대적으로 적다. 그런 차이를 통해서 상원이 하원을 견제할 수 있게 되었다."[54] 또한 "상원의원은 1/3씩 2년마다 돌아가며 선출되도록 하였다. 어느 시점에 거센 정치적 바람이 몰아치더라도 그로 인해 어느 한 선거를 통해 특정 세력이 상원과 하원, 대통령, 사법부를 모두 장악할 수는 없게 되는 것이다."[55]

3. 오바마 정부에 대한 평가인 2010년 중간선거 결과

2008년도 미국 공화당의 패배는 부시 행정부의 누적된 정책적 실수와 함께 그 해에 발생한 서브 프라임 모기지 사태에 의한 경제 공황 때문에 그동안의 공화당의 정책에 대한 유권자들의 신뢰가 떨어진 것에 의했다. 대선에서 공화당이 패배할 것은 2006년 중간선거에서 공화당이 패배한 순간부터 예견되었다. 공화당은 상원에서 6석, 하원에서 30석을 잃어서 상원에서 49석 하원에서 202석을 유지했다. 특히 하원의 30석 중 28석은 2004년에 공화당이 승리하였던 지역으로 2006년 중간선거의 공화당 패배를 결정지었다고 할 수 있다.[56]

이런 패배의 원인인 부시 행정부의 대표적인 정책적 실수로는 카트리나로 피해를 본 뉴올리언스에 대한 대처방식을 꼽을 수 있다. 2005년 뉴올리언스를 허리케인 카트리나가 강타하면서 발생한 재난에 부시 정부는 무감각하게 대처하였다. 그 후 많은 시민은 정부에 대한 일말의 기대도 하지 않게 되었다. 완전히 돌아선 그들의 마음은 부시 행정부의 어떤 행동에도 돌아서질 않았다.[57] 그리고 그러한 불만은 앞에서 검토한 2006년 중간선거에서 부시 행정부의 패배와 2008년 대선에서의 패배로 이어졌다. 이를 통해서 미국의 중간선거 결과는 미국 대통령과 그 소속정당에 큰 영향을 끼친다는 것을 알 수 있다.

세계적인 경제 불황으로 집권 후 오바마 정부의 우선 과제는 경기의 안정화였다. 그럼에도 올해 있을 미국 대선에서 오바마의 재임에 가장 큰 걸림돌은 여전히 경제 문제이다. 미국 노동부에 의하면 2008년부터 상승하기 시작한 실업률은 여전히 높은 상태에 있다.[58] 이에 대한 오바마 정부의 대처에 대한 미국인들의

54) 강원택, 전게서, 35-36면.
55) 강원택, 전게서, 44면.
56) http://www.nytimes.com/ref/elections/2006/Senate.html(2012. 8. 11. 방문).
57) "美 진보의 집권, 오바마 때문이 아니었다", Pressian, 2009. 7. 10. 기사.
58) 미국 노동부 홈페이지,

평가는 2010년도에 있었던 미국의 중간선거 결과로 알 수 있듯이 부정적이다. 공화당은 하원에서 다수당이 되었고 상원에서도 공화당의 의석수가 늘었다. 중간선거가 있었던 2010년 11월 전달인 10월에 발표된 노동부의 미국 실업률은 남성은 9.5%로 당해 월별 실업률 중 가장 높은 수치는 아니지만 거의 낮아지지 않은 상태였고 여성은 8.1%로 두 번째로 높았다.[59] 따라서 유권자들이 일자리를 얻어서 미국 경기의 안정화를 체감할만한 수준이 못 되었다고 하겠다.

중간선거에서 민주당은 상원에서 6석을 잃어서 53석을 지켰고 하원에서 63석을 잃어서 193석을 유지하게 되었다. 그 결과 공화당은 상원에서는 5석을 얻어서[60] 47석을 차지했고 하원에서 63석을 얻어서 242석을 가지게 되어 하원에서 과반수의 의석을 확보하게 되었다.

[Annual average unemployment rate, civilian labor force 16 years and over (percent)]

Year	Annual
2007	4.6
2008	5.8
2009	9.3
2010	9.6
2011	8.9

59) 미국 노동부 홈페이지,

[Labor Force Statistics from the Current Population Survey, Men]

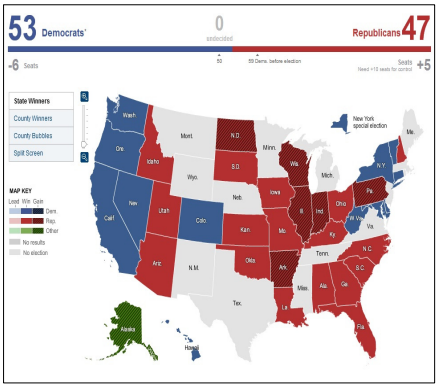
	Jan	Feb	Mar	Apr	May	Jun	Jul	Aug	Sep	Oct	Nov	Dec
2008	4.5	4.4	4.6	4.6	4.9	5.1	5.4	5.7	6.1	6.3	6.7	7.4
2009	7.9	8.5	9.0	9.4	9.8	9.9	9.8	10.1	10.1	10.5	10.3	10.1
2010	10.1	10.2	10.1	10.1	9.7	9.8	9.6	9.7	9.6	9.5	9.9	9.4
2011	8.9	8.8	8.7	8.8	8.9	9.0	8.9	8.8	8.7	8.7	8.3	8.0
2012	7.7	7.7	7.6	7.5	7.8	7.8	7.7					

[Labor Force Statistics from the Current Population Survey, Women]

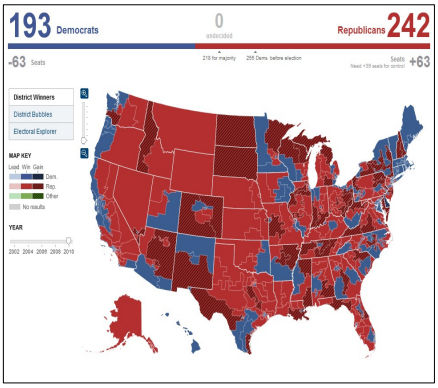
	Jan	Feb	Mar	Apr	May	Jun	Jul	Aug	Sep	Oct	Nov	Dec
2008	4.3	4.2	4.5	4.2	4.6	4.7	4.7	5.4	4.9	5.4	5.7	6.0
2009	6.5	6.8	7.1	7.1	7.5	7.6	7.7	7.7	7.8	8.0	7.9	8.1
2010	7.9	8.0	8.0	8.2	8.0	7.7	7.9	8.0	7.9	8.1	8.4	8.1
2011	7.9	7.9	7.8	7.9	8.0	8.0	7.9	7.9	8.1	7.9	7.8	7.9
2012	7.7	7.7	7.4	7.4	7.4	7.4	7.5					

60) 다른 1석은 Alaska의 Murkowski가 차지했고 소속 정당은 없다.

〈그림 1〉 2010 미국 중간선거 결과[61]



미국 상원 선거 결과



미국 하원 선거 결과

4. 소결

미국에서 처음 시행된 대통령제는 권력의 분립과 상호 견제가 잘 이루어지고 있다고 볼 수 있다. 특히 중점적으로 검토한 중간선거는 대통령과 그 소속정당에 정책 운용에 대한 유권자들의 평가가 이루어지게 하여 국민의 견제 통로로 활용된다. 임기 중 마땅한 견제장치가 없는 한국 대통령들의 국정운영에 대한 평가와 임기 말 혹은 퇴진 후 불거지는 문제들을 줄이기 위해 중간선거 도입을 통한 견제를 검토해볼 필요가 있다.

V. 한국에 적용 가능한 선거제도

앞에서 검토한 것처럼 새로운 정치형태의 도입은 문제점이 있다. 의원내각제의 도입은 현재 있는 의원내각제적인 요소를 활용하는 정치적 실험을 거쳐서 검토해볼 필요성이 있다. 이원집정제로의 개헌은 제도적으로 대통령이 5년 단임이며 의회해산권이 없다는 점과 정치문화 성숙이 필요하다는 점에서 당장 실행하기는 어렵다. 따라서 연합정치를 통해서 대통령의 국정운영 안정화를 제도적으로 꾀할 수 있도록 결선투표제를 도입할 필요가 있으며 국민 다수의 지지를 얻은 대통령을 임기 중 견제할 수 있는 중간선거의 시행이 필요하다. 또한, 미국식

61) http://elections.nytimes.com/2010/results/senate(2012. 8. 11. 방문).

대통령제는 여소야대의 상황에서도 대통령에게 나름의 운신의 폭이 있다는 것과 다르게 한국의 정치 풍조는 그렇지 않다. "미국의 정당들은 통상 느슨한 정당 기율과 자유표결을 허용한다"는 점에서 대통령과 의회가 서로 견제를 하면서도 대통령이 분점정부상황에서 국정운영이 가능하다.[62] 하지만 한국의 강한 정당 기율과 행정부에 집중된 권한 때문에 양자가 견제하기보다는 소속정당이 같으면 함께 국정을 운영하는 모습을 보인다. 하지만 대통령의 소속정당이 소수파가 된다면 대통령은 국민 다수의 지지를 받지 못하고 있기 때문에 국정운영에 더 큰 차질을 빚게 된다.

프랑스식 결선투표제의 도입은 비용과 한국사회의 다원화 경향을 고려하면 그대로 도입하기 까다로운 것이 사실이다. 따라서 앞서 살펴본 프랑스의 결선투표제도와 미국의 중간선거제도를 우리나라 실정에 맞는 조화로운 혼합으로 적용해야 할 필요가 있다. 가치 있는 것을 만들기 위해서는 기존의 것들을 조화롭게 혼합해야만 가능하기 때문이다.[63] 따라서 현대사회에서의 최선의 정부형태는 대통령제, 의원내각제, 이원집정제 등 각 제도의 우월성만을 주장하기보다는 필요한 부분을 결합하여 통일된 형태의 정부의 모습을 보여야 함을 의미한다.[64] 그리고 그러한 조화는 선거제도 개선을 통해서 그에 합당한 정치인들을 선출하면서 준비되어간다고 할 수 있다.

결선투표제는 대통령이 국가 전체의 이익을 위해서 일한다는 점과 국민의 직접선거를 통해서 선출된다는 점에서 국민다수의 지지를 확보할 필요가 있으므로 비용의 문제가 있더라도 도입해야 한다. 결선투표제를 통해서 대통령에게 과반수의 지지를 제도적으로 보장하여 민주주의에서 과반수가 갖는 의미를 대통령에게 최대한 부여할 수 있기 때문이다.[65] 단, 앞서 검토했듯이 40%나 그 이하를 기준으로 정하여 도입해야 한다고 생각된다.

연립정부의 사례에서 살펴봤듯이 현재 한국 정치는 새누리당 대 비새누리당간의 대립으로 나뉘어있고 특히 비새누리당파가 어떤 식으로 결합할지가 이번 대선에서 가장 중요한 변수이다. 자발적으로 양당제의 모습으로 변하고 있는 한국의 정치계에 결선투표제는 이질감보다는 대통령이 본연의 역할을 충실히 수행하는 힘을 주는 제도이자 연립정부를 출현할 수 있게 하는 제도라고 할 수 있다. 반면 결선투표제를 통해서 대통령이 얻게 될 국민 다수의 지지로 말미암은 자신

62) 황태연, 전게논문, 46-47면.
63) 이수윤, 「정치학」, 법문사, 2006, 380면.
64) 이수윤, 전게서, 2006, 381면.
65) 홍재우, "투표와 선거", 「현대 정치학 강의」, 명지사, 2007, 148면.

감으로 국정을 독단적으로 운영할 우려에 대한 대비로 중간선거의 도입 또한 필요하다.

중간선거의 도입을 위해서 국회의원의 임기에 대한 수정이 필요하다. 국회의원의 임기를 현행 4년에서 미국의 하원처럼 2년으로 단축하고 그 전부를 2년마다 새로 뽑는 것이 아닌 3분의 1만이 다시 선출되도록 하는 것이다.[66] 짧은 임기를 통해 국회의원은 상황에 따른 정치적 분위기와 대중의 압력에 더 민감하게 반응할 수밖에 없고 소속정당의 승리를 위해 대통령 역시 국민의 여론에 대해 진지하게 고려할 요인이 될 것이다. 올해와 2016년에 뽑힌 국회의원들의 충분한 논의를 거쳐서 2020년 총선부터 국회의원 임기를 2년으로 단축한 것을 적용하기 시작한다면 2022년에 대선과 총선이 동시에 치러지고 2024년에 대통령에 대한 평가로 중간선거가 시행될 수 있다.

비록 선거에 대한 기회비용은 높아질 수밖에 없지만, 대통령이 국가의 수반이자 행정부의 수반으로서의 정당성을 더욱 확보함과 동시에 취임 이후에도 국민에 의한 견제를 염두에 두게 함으로써 권위적이고 독단적인 모습을 줄이게 될 수 있을 것이다.

VI. 결론

한국의 대통령제의 문제인 분점정부 하에서의 국정운영의 어려움과 대통령의 임기 말 혹은 퇴임 후 불거지는 비리 논란에 대한 해결책으로서 도입할 수 있는 외국의 선거제도를 검토해 보았다. 첫 번째 문제는 대통령 선거 투표율의 하락하기 때문에 국민 다수의 지지를 받지 못하기 때문에 국가 전체의 이익을 대표하는 역할에 대한 정당성 부여가 약해져서 발생하는 문제이다. 두 번째 문제는 대통령이 임기 중에 적절한 견제를 받지 않는다는 점에 의한다.

첫 번째 문제 해결을 위해서 현행 대통령의 5년 단임제인 임기를 단임제에서 중임제로 바꾸고, 임기 기간과 재임 횟수에 대한 조정에 대한 논의도 있다. 하지만 단임제와 중임제 양자 간에는 각각의 장, 단점이 있기 때문에 어떤 것이 우위에 있다고 하기가 어렵다. 현행 5년 단임제는 재선이 불가능하므로 재선에 대한 압박이 없다. 따라서 대통령은 국정을 재선을 위한 수단으로 활용하기보다는 자신의 소신과 조금 더 객관적인 입장에서 수행할 수 있게 한다. 하지만 그 점 때문에 유권자가 대통령을 평가할 기회를 봉쇄하게 된다는 단점이 있다. 반

66) 윤태규, 전게서, 100면.

면 중임제는 현직 대통령의 재선 의지가 국정수행에 긍정적인 역할을 할 때도 있고 부정적인 역할을 할 때도 있으므로[67] 단임제보다 더 나은 제도라고 보기 어렵다.

결국, 앞서 검토한 연합정치를 통해서 국정운영을 오히려 개선할 수 있으므로 결선투표제를 도입하여 제도적으로 그것을 지원할 필요가 있다. 분점정부 상황에서도 연합정치를 이루었을 때 대통령의 정국운영 결과물은 더 높은 점수를 받았다. 또한, 결선투표제를 통해서 다수 국민의 지지를 보장한다면 대통령의 국정운영은 지금보다 훨씬 나아질 수 있다.

두 번째 문제는 중간선거를 도입하여 대통령을 견제함으로써 나아질 수 있다. 지금의 대통령은 여당이 의회의 다수당이 되면 입법부의 대통령에 대한 견제가 있기 어렵고 야당이 다수당이 되면 견제가 과해서 대통령의 국정운영이 거의 불가능해진다. 이것은 국회의원의 임기를 조정하고 중간선거를 대통령의 임기 중간에 시행하여 해결할 수 있다고 본다. 대통령의 임기 중간에 있을 중간선거를 통해서 대통령의 소속정당 국회의원이 유권자들에게 얼마나 선택되었는지 여부는 대통령에 대한 중요한 평가이자 견제장치이기 때문이다.

결선투표제를 통해서 한국의 대통령은 제도적으로 강제되는 연합정치로 더 나은 국정운영의 모습을 보여줄 수 있고 중간선거를 통해서는 대통령을 임기 중에도 견제할 수 있게 하여 임기 말 혹은 퇴임 후 불거지는 비리들을 축소할 수 있을 것이다. 이를 통해서 결국 국민의 정치에 대한 불신은 줄어들고 관심은 늘어날 것이다. 그리고 그것은 자연스럽게 투표율의 증가로 이어져 한국 정치 발전의 원동력이 될 수 있다고 생각한다.

67) 강승식, 전게서, 148-159면.

참고문헌

1. 단행본

강승식, 「권력분립원리와 현행헌법상 대통령제」, 미래한국재단, 2011.
강원택, 「대통령제, 내각제와 이원정부제」, 인간사랑, 2006.
권영성, 「헌법학 원론」, 법문사, 2010.
김웅진 외, 「현대 정치학 강의」, 명지사, 2007.
성낙인, 「프랑스헌법학」, 법문사, 1995.
양 건, 「헌법강의」, 법문사, 2012.
윤대규, 「왜 개헌인가?」, 한울, 2005.
이수윤, 「정치학」, 법문사, 2006.

2. 논문

김형남, “현행 대통령제에 대한 비판적 고찰”, 「사회과학연구」, 경성대학교 사회과학연구소, 2003.
박인수, “프랑스의 대통령 선거제도”, 「헌법학연구」 제8권 제2호, 한국헌법학회, 2002.
이준한, “정치제도의 비교: 대통령제, 의원내각제, 이원집정제”, 「한국헌법 무엇이 문제인가」, 북마크, 2010.
전학선, “프랑스의 의회해산제도”, 「공법학연구」 12(3), 한국비교공법학회, 2011.
조성대 · 홍재우, “연합정치의 비교정치적 맥락과 한국적 적용”, 「역사비평」, 역사비평사, 2012.
조홍식, “프랑스 대통령 임기 5년제 개헌: 부분적 개헌의 성공사례”, 「한국정치학회보」 제43집 제3호, 한국정치학회, 2009.
한동호, “한국의 분권형 대통령제 개헌과 프랑스 동거정부의 함의”, 「행정논총」, 서울대학교 한국행정연구소, 2010.
황태연, “유럽 분권형 대통령제에 관한 고찰”, 「한국정치학회보」 39(2), 한국정치학회, 2005.
홍재우 · 김형철 · 조성대, “대통령제와 연립정부: 제도적 한계의 제도적 해결”, 「한국정치학회보」 제46집 제1호, 한국정치학회, 2012.

금융상품 불완전판매 방지를 위한 개선방안에 대한 고찰

주지현

충남대학교 법학전문대학원 석사과정

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 불완전판매의 의의
1. 불완전판매의 개념
2. 금융소비자의 지위적 특성
3. 자본시장법상 불완전판매 방지를 위한 원칙
4. 소결
Ⅲ. 불완전판매 방지를 위한 자본시장법상의 규제
1. 자본시장법상의 내부통제제도
2. 자본시장법상의 내부통제기관
3. 자본시장법상의 내부통제기준
4. 금융투자협회의 표준투자권유준칙
Ⅳ. 불완전판매 사례와 그 원인
1. 사례 소개에 앞서
2. ELF 불완전판매 사례
3. 선물옵션 부당 권유 사례
4. 원인분석
5. 소결
Ⅴ. 불완전판매의 개선방안
1. 적합성의 원칙의 문제
2. 적정성의 원칙의 문제
3. 설명의무의 문제
4. 내부통제기관의 문제
5. 불완전판매 입증책임의 문제
6. 준법감시제도 강화를 위한 유인책 강구
Ⅵ. 결론

Ⅰ. 서론

저금리로 인하여 수익률 높은 상품, 고령화사회 진입으로 안정적인 금융투자상품[1]에 대한 요구로 다양한 금융상품들이 개발되고 필요로 하는 시점에서 금융상품 판매자의 부적절한 투자권유로 인해 큰 피해가 발생하는 사건들이 계속 발

1) 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제3조 ① 이 법에서 "금융투자상품"이란 이익을 얻거나 손실을 회피할 목적으로 현재 또는 장래의 특정(特定) 시점에 금전, 그 밖의 재산적 가치가 있는 것(이하 "금전등"이라 한다)을 지급하기로 약정함으로써 취득하는 권리로서, 그 권리를 취득하기 위하여 지급하였거나 지급하여야 할 금전등의 총액(판매수수료 등 대통령령으로 정하는 금액을 제외한다)이 그 권리로부터 회수하였거나 회수할 수 있는 금전등의 총액(해지수수료 등 대통령령으로 정하는 금액을 포함한다)을 초과하게 될 위험(이하 "투자성"이라 한다)이 있는 것을 말한다.

생하고 있다. 사회적 파장이 컸던 대표적인 사건으로 KIKO 사태[2], 저축은행 후순위채권 판매 사건[3], 파워인컴펀드 사태[4] 등을 들 수 있다.

KIKO 사건에서 KIKO 계약을 체결한 기업의 주목적은 환율변동의 위험에 대한 헤지가 목적이었음에도 은행은 약정 구간을 벗어날 경우 위험성이 커지는 상품을 추천하였다. 저축은행 후순위채권판매의 경우에도 높은 금리를 내세워 저축은행이 파산할 경우 변제받을 가능성이 현저히 낮은 상품을 판매하였고 일부 고객들은 가입한 상품이 후순위채권이라는 것을 몰랐을 정도로 상품에 대한 설명을 다하지 않았다. 파워인컴펀드 사건의 경우 펀드판매 시 안정적인 고수익을 보장하였지만 실제로는 거의 원금전액에 대해 손실이 발생하였다.

이러한 불완전판매로 인한 손해는 일차적으로 투자자가 입게 되지만, 상품을

---

2) KIKO 사태: 기존에 수출 기업들은 환변동에 따른 손실을 헤지('hedge'는 원래 울타리라는 의미에서 출발하여 재무학에서는 '손실?위험 등에 대한 방지책'의 개념으로 사용되는 용어이다.)하기 위하여 환변동보험에 가입하고 있었다(박선종, "파생상품의 법적 규제에 관한 연구: KIKO 소송을 계기로 하여", 고려대학교 대학원 박사학위논문, 2011, 166면). 은행에서는 수출기업들에게 KIKO 상품을 헤지를 위한 상품으로 판매하였는데 KIKO는 "확률이 낮은 구간의 위험을 부담하는 대가로 확률이 높은 구간인 넉아웃(Knock-Out) 환율부터 넉인(Knock-In) 환율 사이의 구간에서 행사환율을 높여 통화선도거래에 비해 추가수익을 기대할 수 있는 통화옵션상품"으로 약정 구간 내에서는 헤지가 가능하지만, 그 구간을 벗어날 때에는 오히려 기업이 큰 손실을 볼 수도 있는 구조이다(박선종, "파생상품의 법적 규제에 관한 연구: KIKO 소송을 계기로 하여", 고려대학교 대학원 박사학위논문, 2011, 156면). 2008년 글로벌 금융위기로 인하여 환율이 급격하게 변동하여 KIKO 상품에 가입한 기업들은 큰 피해(금융위원회에 따르면 2010년 6월말 기준 피해 중소기업은 738개사에 확정손실은 3조1569억 원에 이른다. 중소기업 한 곳당 42억7000만원의 손해를 봤다. 한국상장사협의회에 따르면 자본금 80억 원 이하 527개 중소기업의 작년 상반기 평균 순익은 16억 원에 불과하다. 결국 키코피해기업은 1년치 평균 순익 이상을 모두 날린 셈이다.)를 보았고 도산한 기업들도 생겼다("[키코의혹]은행들은 수수료로 최대 120억 챙겨", 뉴스토마토, 2012. 2. 8. 기사).

3) 저축은행 후순위채권 판매 사건: 후순위채권은 채무 변제 순위가 일반채권보다 뒤에 있어서 발행 주체가 파산한다면 전혀 변제를 못 받을 수도 있다. 그리고 예금자보호법의 적용대상이 아니기 때문에 예금자보호법에 의해서 보장받을 수도 없다. 그러나 저축은행들은 후순위채권에 대해 제대로 설명하지 않고 고금리를 내세워 팔았고, 부실 저축은행들이 영업정지 등의 사태를 겪으면서 후순위채권 투자자들에 대한 피해구제가 문제되고 있다.

4) 파워인컴펀드 사태: 2005년 장외파생상품인 '파워인컴펀드' 1호와 2호가 판매되었다. 은행 측은 미국과 유럽의 우량주를 기초자산으로 3개월마다 연 6.7%의 금리를 지급하는 안정적인 수익상품으로 소개했다(파워인컴펀드 1호에 대한 설명이며 파워인컴펀드 2호도 이와 유사하다. 이자 지급 수준은 펀드 설정일(2005. 12. 28.)의 5년만기 국고채 수익률에 1.2%의 가산금리를 더하여 결정, 현재 연6.6% 수준으로 예상되며 원금은 만기일(2012. 1. 6.)에 지급된다고 설명함)("경남은행, '우리 Power Income 펀드 2호'판매 [경남은행]", 연합뉴스, 2005. 12. 19. 보도자료). 실제로는 편입 주식 종목이 일정 가격 아래로 떨어지면 막대한 손실이 생기는 파생상품이었고 2008년 금융위기의 여파로 막대한 원금손실이 발생했다. 파워인컴펀드 1호의 경우 100% 원금손실이 발생하였고, 파워인컴펀드 2호도 거의 원금 전액(원금대비 9.619% 지급)에 대해 손실이 발생하였다.

판매한 기업에도 손해가 발생한다. KIKO 사건의 경우 중소기업들은 천문학적인 피해를 보았고 은행은 KIKO 판매로 수수료를 취득하였으나 KIKO 상품 판매로 인한 대부분의 이득은 해외투자은행이 가져갔다.[5] 금융상품에 대한 분쟁으로 민사소송이 진행되면(민사소송뿐만 아니라 형사소송도 진행될 수 있고 감독기관의 감사를 받게 될 수도 있다.) 그로 인한 소송 비용지출도 상당한 손실이 될 것이고, 민사소송에서 패소하게 될 경우에도 은행은 손해배상으로 인한 손실을 입게 된다. 무엇보다 KIKO 사건을 보더라도 상품을 판 대상이 은행의 주거래 고객이라면 고객의 신뢰와 장래 이익 창출을 위한 기반을 잃게 되는 것이 문제가 된다.

불완전판매를 예방하기 위해서 다양한 노력들이 시도된다. 우선 금융당국의 감시·감독을 들 수 있고, 그리고 기업 스스로 불완전판매 예방을 위한 노력을 하는 것이 필요하다. 금융당국의 감시·감독이 결국은 사후적 수단이 된다는 점에서 기업 스스로 불완전판매 예방을 위한 노력이 중요하며, 그것은 금융상품 판매에 있어 내부통제를 강화하는 것이 된다. 기업 스스로가 사전에 문제를 예방하고 사고가 발생하더라도 그 손해를 최소화하기 위한 가장 효율적인 방편은 내부통제가 될 것이기 때문이다.

이미 IMF위기 이후 금융기관의 부정과 부실을 막고자 금융기관에 대한 각종 감시, 통제제도가 마련되었다. 그리고 2012년 4월 시행된 개정 상법에서는 내부통제기준 및 준법감시인을 두어야 하는 기업을 제외하고 자산총액이 5천억 원 이상인 회사에 준법지원인 제도를 도입하여 내부통제제도를 확대적용하기로 하였다(상법 제542조의 13[6] 및 동법 시행령 제39조[7] 내지 제41조). 이미 내부통제제도가 정착된 금융회사에서도 법률 전문 인력을 적극적으로 영입하고 임직원들에 대한 준법교육을 실시하는 등 내부통제 기능 강화를 위해 노력하는 추세이다.[8] 일반기업에까지 준법지원인 제도를 도입한다는 것은 기존 내부통제시스템이 도입된 기업에서의 내부통제제도의 역할과 기능의 긍정적인 측면이 인정되었기 때문일 것이다. 그렇다면 금융회사들의 경우에는 이미 내부통제제도가 갖춰

---

5) "(키코의혹)은행들은 수수료로 최대 120억 챙겨", 뉴스토마토, 2012. 2. 8. 기사.

6) 상법 제542조의13 ① 자산 규모 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 상장회사는 법령을 준수하고 회사경영을 적정하게 하기 위하여 임직원이 그 직무를 수행할 때 따라야 할 준법통제에 관한 기준 및 절차(이하 "준법통제기준"이라 한다)를 마련하여야 한다.

7) 상법 시행령 제39조(준법통제기준 및 준법지원인 제도의 적용범위) 법 제542조의13제1항에서 "대통령령으로 정하는 상장회사"란 최근 사업연도 말 현재의 자산총액이 5천억 원 이상인 회사를 말한다. 다만, 다른 법률에 따라 내부통제기준 및 준법감시인을 두어야 하는 상장회사는 제외한다.

8) "[금투업계 '집단소송' 리스크]증권사 신뢰 잃으면 끝장...법조인 영입·임직원 교육 총력", 이투데이, 2012. 8. 1. 기사.

졌음에도 불구하고 앞서 본 사건들이 끊임없이 발생하는지에 대한 의문이 생기지 않을 수 없다.

금융상품 불완전판매로 인한 부작용에 대한 우려로 이미 금융상품 불완전판매에 관하여 선행연구들이 이루어졌고 최근 연구로도 금융상품판매의 내부통제기준이나 소비자보호방안을 중심으로 한 연구 등이[9] 있었다. 본고는 선행연구들을 참고하여, 자본시장법을 중심으로 불완전판매 방지를 위한 현행 제도와 규제 등을 검토하고, 실제 사례를 통해 이러한 규제에도 불구하고 불완전판매가 발생하는 원인을 파악해보고 실질적으로 불완전판매가 개선되기 위해 필요한 방안을 중심으로 고찰해 보고자 한다.

II. 불완전판매의 의의

1. 불완전판매의 개념

금융상품에 있어 불완전판매란 금융상품판매자가 투자 권유 등의 상품판매과정에 있어 설명의무, 적합성의 원칙 등과 같은 판매 원칙을 지키지 않고 금융상품을 판매하여 계약체결 과정에 있어 하자가 있는 것을 의미한다.[10] 자본시장과 금융투자업에 관한 법률(이하 "자본시장법") 제9조 제4항은 투자권유에 대해 "특정 투자자를 상대로 금융투자상품의 매매 또는 투자자문계약·투자일임계약·신탁계약(관리신탁계약 및 투자성 없는 신탁계약을 제외한다)의 체결을 권유하는 것"으로 정의한다.

즉, 불완전판매란 완전판매가 아닌 것을 의미하며 완전판매를 위해서는 자본시장법에서 규정한 투자권유에 있어서 일정한 원칙들을 지켜야 한다. 아래에서는 금융소비자의 지위적 특성에서 연유한 불완전판매 방지의 필요성과 불완전판

9) 금융상품 불완전판매에 관한 선행연구로 국내문헌으로는 다음과 같은 논문들이 있다. 파생상품(KIKO, ELS 등) 관련 분쟁들에 대한 논문들도 다수 있었지만 아래에서는 직접적으로 불완전판매를 다룬 논문만 소개하였다(명희은, "펀드투자자의 펀드불완전판매경험에 관한 연구", 인천대학교 대학원 석사학위논문, 2011; 박찬복, "금융투자상품판매의 내부통제기준에 관한 법적 연구 : 자본시장법상 투자권유에 관한 연구", 한국외국어대학교 박사학위논문, 2009; 이윤호, "금융상품의 불완전판매와 입증책임의 역할", 「한국산업경영학회 발표논문집」, 2009;황진자, "금융상품의 불완전판매와 소비자보호 : 사법적 규율을 중심으로", 고려대학교 대학원 박사학위논문, 2011; 황진자, "금융상품 판매에 있어 고령소비자보호 방안", 「소비자문제연구」제41호, 2012).

10) 황진자, "금융상품의 불완전판매와 소비자보호 : 사법적 규율을 중심으로", 고려대학교 대학원 박사학위논문, 2011, 1면.

매 방지를 위한 원칙들에 대해 살펴보도록 하겠다.

2. 금융소비자의 지위적 특성

금융상품에 있어 불완전판매가 발생하지 않도록 판매자에게 특별히 주의를 요하는 것은 금융소비자의 지위적 특성에 연유한 까닭이 크다. 금융상품 자체가 일반 소비상품보다 액수가 큼에도 불구하고, 금융상품투자를 위해서 일반투자자가 정보를 얻을 수 있는 방법은 한정되어 있으며, 투자자는 투자권유를 받는 과정에서 얻는 정보에 전적으로 의지할 가능성이 크며 투자권유자가 제공하는 정보는 결국 판매자의 입장에서 제공하는 것이다(정보의 비대칭성). 그리고 금융상품의 판매는 일반적인 계약과 달리 전혀 교섭의 여지가 없다는 점에서 금융소비자는 판매자에 비해 약자의 입장에 있다(교섭의 불균형).

이러한 정보의 비대칭성, 교섭의 불균형이 존재한다면, 금융소비자의 행위(투자에 대한 의사결정)로 인한 결과에 대해 일방적으로 책임을 물을 수는 없을 것이다. 자기 책임의 원칙을 관철시키기 위해서는 금융거래 시 합리적인 판단을 방해하는 금융기업의 행위를 규제하고 금융기업과 금융소비자간의 공정한 거래체계를 확립시켜야 한다. 그리고 그것을 토대로 금융소비자가 합리적인 판단으로 의사결정을 하여야 추후 그 행위로 인한 결과에 대해서도 금융소비자가 자기 책임의 원칙으로 금융거래의 위험을 부담하여야 한다.[11]

3. 자본시장법상 불완전판매 방지를 위한 원칙

(1) 신의성실의 원칙 (자본시장법 제37조[12])

자본시장법 제37조 제1항은 금융투자업자가 신의성실의 원칙에 따라 공정하게 금융투자업을 영위할 것을 규정한다. 금융투자업자에게 부과된 신의성실의 의무는 일반법인 민법 제2조의 신의성실의 원칙의 반복이라기 보다는, 자본시장법을 마련한 취지로 볼 때 기존의 민법이나 상법 등에서의 선관주의의무나 충실의무보다 주의의무가 가중된 규정으로 이해하여야 할 것이다.[13]

---

11) 남주하 · 김정렬 · 이규복, 「금융위기와 한국의 금융제도 개혁」, 율곡출판사, 2012, 104면.

12) 제37조(신의성실의무 등)
① 금융투자업자는 신의성실의 원칙에 따라 공정하게 금융투자업을 영위하여야 한다.
② 금융투자업자는 금융투자업을 영위함에 있어서 정당한 사유 없이 투자자의 이익을 해하면서 자기가 이익을 얻거나 제삼자가 이익을 얻도록 하여서는 아니 된다.

(2) 적합성 원칙 (자본시장법 제46조[14])

자본시장법 제46조는 적합성 원칙에 대해 규정한다. 적합성의 원칙은 일반투자자의 투자목적·재산상황 및 투자경험에 비추어 적합하지 않은 투자권유를 하지 말 것을 의미하며, 적합성의 원칙의 전제로서 고객조사의무를 규정하고 있다. 그리고 명문의 규정은 없지만 개별 투자자에게 적합한 투자방식인지 여부를 판단하기 위해 금융투자업자는 금융투자상품에 대한 정보가 있어야 할 것이므로 금융투자상품 조사의무를 이행하여야 할 것이다.[15]

(3) 적정성의 원칙 (자본시장법 제46조의2[16])

자본시장법 제46조의2는 적정성의 원칙에 대해 규정한다. 앞서 본 적합성의 원칙이 투자권유에 있어 적합한 상품을 권유할 것을 규정한다면, 적정성의 원칙은 투자권유가 아닌 다른 방식으로 유인되어 금융상품에 투자하는 투자자를 보호하기 위한 것이다. 기존에는 금융투자업자가 제공한 자료나 광고 등으로 유인되어 투자하려는 투자자나 스스로 온라인 등을 통해 거래하는 투자자와 같은 경우는 투자권유를 통해서 계약을 체결한 것이 아니므로 적합성 원칙의 보호를 받지 못하였다. 적정성의 원칙을 규정하여, 이러한 투자자들의 경우에 있어서도 고

---

13) 한국증권법학회, 「자본시장법 [주석서I]」, 박영사, 2009, 178-179면.

14) 제46조(적합성 원칙 등)
① 금융투자업자는 투자자가 일반투자자인지 전문투자자인지의 여부를 확인하여야 한다.
② 금융투자업자는 일반투자자에게 투자권유를 하기 전에 면담·질문 등을 통하여 일반투자자의 투자목적·재산상황 및 투자경험 등의 정보를 파악하고, 일반투자자로부터 서명(「전자서명법」 제2조제2호에 따른 전자서명을 포함한다. 이하 같다), 기명날인, 녹취, 그 밖에 대통령령으로 정하는 방법으로 확인을 받아 이를 유지·관리하여야 하며, 확인받은 내용을 투자자에게 지체 없이 제공하여야 한다.
③ 금융투자업자는 일반투자자에게 투자권유를 하는 경우에는 일반투자자의 투자목적·재산상황 및 투자경험 등에 비추어 그 일반투자자에게 적합하지 아니하다고 인정되는 투자권유를 하여서는 아니 된다.

15) 한국증권법학회, 「자본시장법 [주석서I]」, 박영사, 2009, 233면.

16) 제46조의2(적정성의 원칙 등)
① 금융투자업자는 일반투자자에게 투자권유를 하지 아니하고 파생상품, 그 밖에 대통령령으로 정하는 금융투자상품(이하 "파생상품등"이라 한다)을 판매하려는 경우에는 면담·질문 등을 통하여 그 일반투자자의 투자목적·재산상황 및 투자경험 등의 정보를 파악하여야 한다.
② 금융투자업자는 일반투자자의 투자목적·재산상황 및 투자경험 등에 비추어 해당 파생상품등이 그 일반투자자에게 적정하지 아니하다고 판단되는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 사실을 알리고, 일반투자자로부터 서명, 기명날인, 녹취, 그 밖에 대통령령으로 정하는 방법으로 확인을 받아야 한다.

객정보를 파악하고 그 투자자 성향에 비추어 적정하지 않을 경우 투자자에게 위험성을 알리고 투자자로부터 위험성에 대한 확인을 받도록 하였다.[17]

(4) 설명의무 (자본시장법 제47조[18])

금융투자업자와 일반투자자 사이에는 정보의 비대칭성으로 인한 교섭력의 차이가 존재하며, 투자자는 금융투자업자가 제공하는 정보를 신뢰하고 그에 주로 의지하여 투자에 대한 판단을 내리게 된다. 자본시장법은 일반투자자가 올바른 정보를 바탕으로 자기 결정을 할 수 있도록 금융투자업자에게 설명의무를 부여하고 있다.[19] 설명의무의 대상은 상품의 내용, 투자의 위험성 등이며, 투자판단 또는 상품의 가치에 중대한 영향을 미칠 수 있는 사항에 대해서도 정확하게 설명하여야 한다. 그리고 설명한 내용에 대하여 일반투자자가 이해하였음을 확인받도록 하고 있다.

4. 소결

자본시장법은 정보의 비대칭성과 교섭의 불균형으로 인하여 상대적 약자인 투자자를 보호하기 위해 투자계약 체결과정에서 금융상품에 대한 투자권유시 지켜야 할 원칙을 규정하고 있다. 공정하게 금융투자업을 영위할 것을 규정하며(신의성실의 원칙), 투자자의 투자 목적과 상황을 고려하여 그에 적합한 상품에 대해 투자를 권유하도록 하며(적합성의 원칙), 투자권유를 받지 않은 투자자도 보호하고자 하고 있다(적정성의 원칙). 그리고 일반투자자가 올바른 정보를 바탕으로 결정하도록 설명의무를 부여하여 투자자에게 투자하는 상품에 대한 위험성을 알리고 위험성을 투자자가 이해하였음을 확인 받도록 하고 있음을 알 수 있다(설명의무).

---

17) 한국증권법학회, 「자본시장법 [주석서I]」, 박영사, 2009, 251-252면.

18) 제47조(설명의무)
① 금융투자업자는 일반투자자를 상대로 투자권유를 하는 경우에는 금융투자상품의 내용, 투자에 따르는 위험, 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항을 일반투자자가 이해할 수 있도록 설명하여야 한다.
② 금융투자업자는 제1항에 따라 설명한 내용을 일반투자자가 이해하였음을 서명, 기명날인, 녹취, 그 밖의 대통령령으로 정하는 방법 중 하나 이상의 방법으로 확인을 받아야 한다.
③ 금융투자업자는 제1항에 따른 설명을 함에 있어서 투자자의 합리적인 투자판단 또는 해당 금융투자상품의 가치에 중대한 영향을 미칠 수 있는 사항(이하 "중요사항"이라 한다)을 거짓 또는 왜곡(불확실한 사항에 대하여 단정적 판단을 제공하거나 확실하다고 오인하게 할 소지가 있는 내용을 알리는 행위를 말한다)하여 설명하거나 중요사항을 누락하여서는 아니 된다.

19) 한국증권법학회, 「자본시장법 [주석서I]」, 박영사, 2009, 253면.

Ⅲ. 불완전판매 방지를 위한 자본시장법상의 규제

1. 자본시장법상의 내부통제제도

불완전판매 방지를 위한 원칙들이 금융상품판매 과정에서 실질적으로 지키기 위해 기업에서는 어떤 식으로 내부통제를 하고 있는지에 대해 알아보고자 한다. 내부통제(Internal control)는 기업이 내부의 의사결정과 업무 집행이 적법하고 효율적으로 이루어지도록 체계적으로 구축해놓은 경영활동 통제 장치를 의미한다.[20] 전술한 바와 같이 금융당국의 감시·감독의 강화는 기업의 불완전판매 방지를 위한 노력을 일정 부분 강제할 수 있으나 그것은 주로 사후적인 것으로 불완전판매 방지라는 직접적 목적달성은 어렵다. 금융투자상품 판매 시 불완전판매가 발생하지 않는지 자체적으로 감사를 시행하거나 불완전판매 방지를 위해 교육하고 지침을 만드는 것과 같은 기업 스스로의 노력 없이는 불완전판매는 계속적으로 발생할 수밖에 없다.

자본시장법 제28조[21]는 금융투자업자는 내부통제기준을 정하고 준법감시인을

---

20) 성희활, "상장법인에 대한 내부통제와 준법지원인 제도의 도입타당성 고찰", 「인하대학교 법학연구」 제12집 제2호, 2009, 184면.

21) 제28조(내부통제기준 및 준법감시인)

① 금융투자업자는 법령을 준수하고, 자산을 건전하게 운용하며, 이해상충방지 등 투자자를 보호하기 위하여 그 금융투자업자의 임직원이 직무를 수행함에 있어서 준수하여야 할 적절한 기준 및 절차(이하 "내부통제기준"이라 한다)를 정하여야 한다.

② 금융투자업자(자산규모 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 투자자문업자 및 투자일임업자를 제외한다. 이하 이 조에서 같다)는 내부통제기준의 준수 여부를 점검하고 내부통제기준을 위반하는 경우 이를 조사하여 감사위원회 또는 감사에게 보고하는 자(이하 "준법감시인"이라 한다)를 1인 이상 두어야 한다.

③ 금융투자업자는 준법감시인을 임면하고자 하는 경우에는 이사회 결의를 거쳐야 한다.

④ 준법감시인은 다음 각 호의 요건을 모두 충족한 자이어야 하며, 준법감시인이 된 후 제2호 또는 제3호의 요건을 충족하지 못하게 된 경우에는 그 직을 상실한다.

1. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 경력이 있는 자일 것. 다만, 가목부터 라목까지의 어느 하나에 해당하는 자가 라목에서 규정한 기관에서 퇴임 또는 퇴직한 후 5년이 경과되지 아니한 경우에는 준법감시인이 되지 못한다.

가. 한국은행 또는 「금융위원회의 설치 등에 관한 법률」 제38조에 따른 검사대상기관(이에 상당하는 외국 금융기관을 포함한다)에서 합산하여 10년 이상 근무한 경력이 있는 자

나. 금융관련 분야의 석사학위 이상의 학위소지자로서 연구기관 또는 대학에서 연구원 또는 조교수 이상의 직에 합산하여 5년 이상 근무한 경력이 있는 자

다. 변호사 또는 공인회계사의 자격을 가진 자로서 그 자격과 관련된 업무에 합산하여 5년 이상 종사한 경력이 있는 자

라. 기획재정부, 금융위원회, 증권선물위원회, 금융감독원(「금융위원회의 설치 등에 관한 법

둘 것을 규정하고 있다. 자본시장법 제28조 제1항에서는 '내부통제기준'에 대해 법령을 준수하고, 자산을 건전하게 운용하며, 이해상충방지 등 투자자를 보호하기 위하여 임직원이 직무를 수행함에 있어서 준수하여야 할 적절한 기준 및 절차를 의미한다고 하며, 제2항에서는 준법감시인은 내부통제기준의 준수 여부를 점검하고 내부통제기준을 위반하는 경우 이를 조사하여 감사위원회 또는 감사에게 보고하는 자를 의미한다고 규정한다.

자본시장법 제50조는 투자권유를 함에 있어서 준수하여야 할 구체적인 기준 및 절차를 정하여야 한다고 규정하고 있으며, 금융투자협회는 금융투자업자가 공통으로 사용할 수 있는 표준투자권유준칙을 제정해두었다.[22)23)]

2. 자본시장법상의 내부통제기관

자본시장법상의 내부통제기관으로는 준법감시인을 들 수 있다. 자본시장법 제

률」에 따른 금융감독원을 말한다. 이하 같다), 거래소, 협회 또는 금융관련 법제업무 기관에서 합산하여 5년 이상 근무한 경력이 있는 자

(생략)

⑤ 준법감시인은 선량한 관리자의 주의로 그 직무를 수행하여야 하며, 다음 각 호의 업무를 수행하는 직무를 담당하여서는 아니 된다.

1. 해당 금융투자업자의 고유재산의 운용업무
2. 해당 금융투자업자가 영위하고 있는 금융투자업 및 그 부수업무
3. 해당 금융투자업자가 제40조에 따라 영위하고 있는 업무

⑥ 금융투자업자는 준법감시인이 그 직무를 독립적으로 수행할 수 있도록 하여야 한다.

⑦ 금융투자업자는 준법감시인을 임면한 때에는 그 사실을 금융위원회에 통보하여야 한다.

⑧ 금융투자업자의 임직원은 준법감시인이 그 직무를 수행함에 있어서 자료나 정보의 제출을 요구하는 경우 이에 성실히 응하여야 한다.

⑨ 금융투자업자는 준법감시인이었던 자에 대하여 그 직무수행과 관련된 사유로 부당한 인사상의 불이익을 주어서는 아니 된다.

⑩ 그 밖에 내부통제기준 및 준법감시인에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

22) 제50조(투자권유준칙)

① 금융투자업자는 투자권유를 함에 있어서 금융투자업자의 임직원이 준수하여야 할 구체적인 기준 및 절차(이하 "투자권유준칙"이라 한다)를 정하여야 한다. 다만, 파생상품등에 대하여는 일반투자자의 투자목적·재산상황 및 투자경험 등을 고려하여 투자자 등급별로 차등화된 투자권유준칙을 마련하여야 한다. 〈개정 2009.2.3〉

② 금융투자업자는 투자권유준칙을 정한 경우 이를 인터넷 홈페이지 등을 이용하여 공시하여야 한다. 투자권유준칙을 변경한 경우에도 또한 같다.

③ 협회는 투자권유준칙과 관련하여 금융투자업자가 공통으로 사용할 수 있는 표준투자권유준칙을 제정할 수 있다.

23) 금융투자협회 표준투자권유준칙, http://www.kofia.or.kr/kofia/index.cfm?event=ksda.ksda_001_viewer&sub_rules_idx=12&idx=14(2012. 8. 11. 방문).

28조 제2항에 의하면 준법감시인은 내부통제체제를 마련하고 준수 여부 점검 및 보고를 하는 자를 말한다. “준법감시(Compliance)란 기업의 최고경영자와 이사회가 경영상의 위험을 회피하기 위해 회사의 임직원이 직무를 수행하면서 모두가 제반 법규 등을 철저하게 준수하도록 사전 또는 상시적으로 통제·감독하는 제도”[24]를 의미한다. 준법감시인의 자격으로 전문성 및 업무의 효율성 확보를 위하여 일정 경력이 요구되며 윤리성이 요구되는 업무의 특성상 업무수행을 하는 데에 결격사유가 없어야 한다(제28조 제4항). 그 외 자본시장법은 파생상품 투자자보호에 필요한 업무 등을 하도록 파생상품업무책임자(제28조의2[25])와 같은 상근 임원을 두도록 하고 있다.

3. 자본시장법상의 내부통제기준

자본시장법 제28조 제1항은 내부통제기준에 대해 금융투자업자의 임직원이 직무를 수행함에 있어서 준수하여야 할 적절한 기준 및 절차라고 규정한다. 내부통제기준에 포함되어야 하는 사항은 자본시장법 시행령 제31조 제1항[26]에서 정

24) 한국증권법학회, 「자본시장법 [주석서II]」, 박영사, 2009, 144면.

25) 제28조의2(파생상품업무책임자)
① 자산규모 및 금융투자업의 종류 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 금융투자업자(제22조에도 불구하고 겸영금융투자업자를 포함한다)는 상근 임원(「상법」 제401조의2제1항 각 호의 자를 포함한다)으로서 대통령령으로 정하는 파생상품업무책임자를 1인 이상 두어야 하며, 파생상품업무책임자를 지정·변경한 때에는 그 사실을 금융위원회에 통보하여야 한다.
② 제1항의 파생상품업무책임자는 다음 각 호의 업무를 수행한다.
1. 파생상품 투자자보호에 필요한 절차나 기준의 수립 및 집행에 관한 관리·감독업무
2. 장외파생상품 매매에 대한 승인 업무
3. 그 밖에 대통령령으로 정하는 업무

26) 자본시장법 시행령 제31조 ① 법 제28조제1항에 따른 내부통제기준(이하 "내부통제기준"이라 한다)에는 다음 각 호의 사항이 포함되어야 한다.
1. 업무의 분장과 조직구조에 관한 사항
2. 고유재산과 투자자재산의 운용이나 업무를 수행하는 과정에서 발생하는 위험의 관리지침에 관한 사항
3. 임직원이 업무를 수행할 때 준수하여야 하는 절차에 관한 사항
4. 경영의사결정에 필요한 정보가 효율적으로 전달될 수 있는 체제의 구축에 관한 사항
5. 임직원의 내부통제기준 준수 여부를 확인하는 절차·방법과 내부통제기준을 위반한 임직원의 처리에 관한 사항
6. 임직원의 금융투자상품 매매와 관련한 보고 등 법에 따른 불공정행위를 방지하기 위한 절차나 기준에 관한 사항
7. 내부통제기준의 제정이나 변경 절차에 관한 사항
8. 법 제28조제2항에 따른 준법감시인(이하 "준법감시인"이라 한다)의 임면절차에 관한 사항
9. 이해상충의 파악·평가와 관리에 관한 사항

하고 있으며 금융감독원은 금융투자업자가 내부통제기준 작성 시 참고하도록 모범규준[27]을 두고 있다. 불완전판매와 직·간접적으로 관련된 내용은 업무수행 시 준수절차(시행령 제31조 제3항), 내부통제기준 준수 확인 및 처리(시행령 제31조 제5항), 금융투자상품 매매와 관련한 보고(시행령 제31조 제6항) 등 불공정거래행위 방지를 위한 절차나 기준에 관한 사항 등이 그에 해당된다. 그리고 금융투자업규정은 내부통제기준의 설정 및 운영 시 금융투자업자가 준수하여야 할 기준을 정하고 있으며 지점에 관한 내부통제(제2-23조), 파생상품 영업에 관한 내부통제(제2-24조), 매매주문처리에 관한 내부통제(제2-26조) 등의 기준을 두도록 하고 있다.

4. 금융투자협회의 표준투자권유준칙

(1) 법적 성질 및 의의

투자권유준칙은 불완전판매를 방지하기 위한 대표적인 내부통제기준이다. "행정법상 준칙(directive)은 행정청이 개별적 처분을 할 수 있는 재량권의 행사를 위하여 사전에 제정한 그 권한행사의 기준을 의미하며, 행정규칙의 성격을 지닌 것으로 보고 있다."[28] 그러나 자본시장법에서의 투자권유준칙은 명문상 "준칙"이라는 용어를 사용하고 있으나, 그 법적 성격은 법규성이 없는 모범규준에 불과하다. 자본시장법은 투자권유에 대한 규제의 실효성을 위해 그리고 투자권유행위가 자율적으로 정착되도록 제50조 제1항에서 금융투자업자가 투자권유준칙을 정하도록 하였다. 제50조 제2항에서는 투자권유준칙을 인터넷 홈페이지 등에 공시하도록 하고 있는데, 이는 투자권유의 적정성 제고와 업무의 투명성 확보, 투자자의 신뢰 보호에 도움이 되며, 제50조 제3항에서는 금융투자업자가 투자권유준칙을 제정하는 데 참고할 수 있도록 금융투자협회에서 표준투자권유준칙을 제정하도록 하고 있다.[29][30]

---

10. 집합투자재산이나 신탁재산에 속하는 주식에 대한 의결권 행사와 관련된 법규 및 내부지침의 준수 여부에 관한 사항
11. 집합투자재산이나 신탁재산에 속하는 자산의 매매를 위탁하는 투자중개업자의 선정기준에 관한 사항
12. 그 밖에 내부통제기준에 관하여 필요한 사항으로서 금융위원회가 정하여 고시하는 사항

27) 금융투자업규정 제2-33조(표준내부통제기준) 협회는 표준내부통제기준을 작성하고 금융투자업자에게 사용을 권고할 수 있다.

28) 이광윤 외, 「신행정판례연구」, 삼영사, 2001, 25면(한국증권법학회, 「자본시장법 [주석서I]」, 박영사, 2009, 262면에서 재인용).

(2) 투자 권유 및 판매의 원칙

표준투자권유준칙에서는 법령 준수 의무, 신의성실의 원칙, 설명의무 등을 판매의 일반 원칙[31]으로 삼고 있다. 표준투자권유준칙상 투자권유는 (i) 투자자 방문 목적 확인, (ii) 투자자 정보 파악,[32] (iii) 투자자에게 투자자성향 제공, (iv) 투자권유의 적합성 기준에 비추어 적합한 투자 상품의 권유[33] 및 설명, (v) 투자자 의사확인, (vi) 계약체결 시 계약서 교부, (vii) 사후 관리의 단계를 거치도록 되어 있다.

그리고 장외파생상품 이외의 파생상품은 추가적으로 투자자의 연령과 파생상품에 대한 투자경험 등을 고려하여 투자권유를 하도록 되어 있다. 장외파생상품의 경우 투자권유 여부와 상관없이 그 투자자가 보유하고 있거나 보유하려는 자산·부채 또는 계약 등("위험회피대상")에 대하여 미래에 발생할 수 있는 경제적 손실을 부분적 또는 전체적으로 줄이기 위한 거래를 하는 경우로서 정해진 요건[34]을 모두 충족하는 경우에 한하여 거래를 할 수 있도록 하였다. 이는 위험성

---

29) 한국증권법학회, 「자본시장법 [주석서I]」, 박영사, 2009, 262면.

30) 금융투자협회는 표준투자권유준칙에 대해 다음과 같이 밝히고 있다. "이 표준투자권유준칙은 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제50조에 따라 개별 회사가 회사의 투자권유준칙을 제정·운영함에 있어 참고할 수 있도록 하기 위하여 마련한 자료입니다. 각 회사는 이 표준투자권유준칙을 참고하여 회사의 특성에 맞도록 변경 또는 수정하여 사용하시기 바랍니다."

31) [투자권유 및 판매 일반 원칙] 금융투자협회 표준투자권유준칙 제2면.
임직원등은 투자자에 대하여 투자권유 및 판매를 하는 경우에는 다음의 사항을 준수하여야 한다.
1) 임직원등은 관계법령등을 준수하고, 신의성실의 원칙에 따라 공정하게 업무를 수행하여야 한다.
2) 임직원등은 투자자가 합리적인 투자판단과 의사결정을 할 수 있도록 투자에 따르는 위험 및 거래의 특성과 주요내용을 명확히 설명하여야 한다.
3) 임직원등은 투자자 자신의 판단과 책임에 따라 스스로 투자에 관한 의사결정을 하여야 하고, 그에 대한 결과가 투자자 본인에게 귀속됨을 투자자에게 알려야 한다.
4) 임직원등은 정당한 사유 없이 투자자의 이익을 해하면서 자기가 이익을 얻거나 회사 또는 제삼자가 이익을 얻도록 하여서는 아니 된다.

32) 재산상황, 투자경험, 투자목적, 금융지식 수준/이해도, 감내할 수 있는 손실 수준, 투자하는 자금의 투자 예정기간, 가족관계, 과세형태, 연령, 취약투자자 여부 등이 그 기준이 될 것이다 (표준투자권유준칙상 투자자정보 항목[예시]).

33) 다만, (i) 위험회피 목적으로 투자하거나 적립식으로 투자하는 등 해당 투자를 통하여 투자에 수반되는 위험을 낮추거나 회피할 수 있다고 판단하는 경우에는 금융투자상품 위험도 분류 기준보다 완화된 기준을 적용하여 투자권유를 할 수 있다. (ii) 투자자에게 적합하지 아니한 것으로 판단되는 금융투자상품에 투자자가 투자하고자 하는 경우 해당 투자가 투자자에게 적합하지 아니할 수 있다는 사실 및 해당 금융투자상품에 대한 투자의 위험성을 알리고 해당 투자자로부터 서명등의 방법으로 이를 고지 받았다는 사실을 확인받아야 한다.

34) 가. 위험회피대상을 보유하고 있거나 보유할 예정일 것

이 높은 파생상품의 경우 투자 권유에 있어 더 신중할 것을 요구하고 있는 것으로 이해된다.

Ⅳ. 불완전판매 사례와 그 원인

1. 사례 소개에 앞서

위에서 살펴본 바와 같이 자본시장법에서는 내부통제기준을 정할 것을 규정해 놓고, 준법감시인에게 내부통제기준의 준수 여부를 점검·조사하고 그에 대해 보고하도록 하고 있다. 그리고 투자권유 등에 있어 투자자를 보호하기 위해 적합성, 적정성의 원칙 등과 관련 기준을 정해놓고 투자권유준칙 등과 같은 내부통제기준을 확립하여 불완전판매가 발생하지 않도록 하였다. 이러한 불완전판매를 막기 위한 법률과 관련 내부 규정이 있음에도 불구하고 불완전판매는 계속 발생하고 있는데, 실제 불완전판매 사례 등을 통해 불완전판매가 발생하는 원인이 무엇인지에 대해 살펴보고자 한다.

2. ELF[35] 불완전판매 사례[36]

(1) 사실관계

2007. 9. 3.[37] A(투자자)는 은행 지점을 내방하여 정기예금금리를 문의하고 B(담당직원)가 연 5% 정도라고 하자, A가 금리가 낮다고 함에 따라 B는 본 상품을 가입 권유하였고 파생상품 투자신탁상품[38]에 합계 3억 원을 가입하였다. A

나. 장외파생상품에 대한 약정거래기간 중 해당 거래에서 발생할 수 있는 손익이 위험회피 대상에서 발생할 수 있는 손익의 범위를 초과하지 아니할 것.

35) Equity-Linked Fund, 주가지수 연동펀드. 주가지수의 변동과 연계하여 수익이 결정되는 투자신탁상품 주가연계펀드.

36) 금융분쟁조정위원회 분쟁조정사례 결정일자 2010. 3. 9. 조정번호 제2010-26호.

37) 자본시장법 시행 전.

38) ▸기초자산 : KOSPI200 / NIKKEI225
▸투자기간 : 2년 (매 6개월마다 조기상환기회 부여)
▸자동상환조건 : 매 6개월 평가일의 기초자산 지수가 모두 기준지수의 10%(6개월), 15%(12개월), 20%(18개월), 25%(만기) 초과 하락하지 않은 경우 연 13.5%의 수익률로 상환
▸만기상환조건 : 투자기간 중 기초자산 지수가 모두 기준지수의 30% 초과 하락한 적이 없는 경우 연 8%의 수익률로 상환, 하나라도 기준지수의 30% 초과 하락한 적이 있는 경우 낮은

는 1937년생으로 비교적 고령이며 본건 펀드 가입 전에는 다른 펀드에 가입한 경험이 없었다고 한다.

〈간접투자상품 거래신청서〉의 '가입자 성명'과 〈투자설명서 교부 및 주요내용 설명확인서〉의 "제공받고", "설명들었음" 부분 및 '가입자 성명'을 모두 B가 대필하였으며, 거래인감도 B가 A로부터 건네 받아 대신 날인하였다. '투자설명서'는 A에게 교부되지 않았고, B는 '상품안내장'을 교부하였다고 주장하나 A는 이를 부인하였다. 그리고 B는 A에게 자산운용보고서 수령 의사를 물어보지 않고 '운용보고서 통보거절'로 전산 입력하였다. A에게 교부된 〈펀드 통장〉에는, 펀드명과 "이 금융상품은 예금자보호법에 의하여 보호되지 않습니다", "신탁기간 : 2년(매6개월마다 조기상환 기회)" 및 "기초자산 : 코스피200, 니케이225"라는 문구가 표기되어 있었다.

본건 펀드는 투자기간 중 자동상환조건이 충족되지 못한 상태에서 만기가 도래하였는데, 'KOSPI200지수'는 기준지수 대비 약 △11%였으나 'NIKKEI225지수'가 약 △34% 하락하여 원금손실이 발생하였다.

(2) 분쟁 조정 결과

A 과실비율 60%, B의 책임을 40%로 제한하여 A의 손해금액의 40%에 해당하는 금액에 대하여 B의 배상책임을 일부 인용하였다.

A가 펀드에 가입 당시 자본시장법은 시행 전이었으나, 구 간접투자자산운용업법 제56조[39]에 따라 투자권유에 있어 투자설명서 제공 및 설명의무가 부여되어 있었으며 판례에 의하여도 고객보호의무 및 그 위반에 따른 불법행위책임이 인정되고 있었다.[40][41]

수익률 기준으로 상환.

39) 제56조 ② 판매회사는 투자자에게 간접투자증권의 취득을 권유함에 있어 제1항의 투자설명서를 제공하고 그 주요내용을 설명하여야 한다.

40) 투자신탁회사의 임직원이 고객에게 투자신탁상품의 매입을 권유할 때에는 그 투자에 따르는 위험을 포함하여 당해 투자신탁의 특성과 주요 내용을 설명함으로써 고객이 그 정보를 바탕으로 합리적인 투자판단을 할 수 있도록 고객을 보호하여야 할 주의의무가 있다(대법원 2006. 5. 11. 선고 2003다51057 판결).

41) 증권회사의 임직원이 고객에게 적극적으로 투자를 권유하였으나 투자 결과 손실을 본 경우에, 거래경위와 거래방법, 고객의 투자상황(재산상태, 연령, 사회적 경험 정도 등), 거래의 위험도 및 이에 관한 설명의 정도 등을 종합적으로 고려한 후, 당해 권유행위가 경험이 부족한 일반 투자가에게 거래행위에 필연적으로 수반되는 위험성에 관한 올바른 인식형성을 방해하거나 또는 고객의 투자상황에 비추어 과대한 위험성을 수반하는 거래를 적극적으로 권유한 경우에 해당하여 결국 고객에 대한 보호의무를 저버려 위법성을 띤 행위인 것으로 평가될 수 있는 경우

B는 (i) 원금손실가능성 및 손익구조에 대하여 충분한 설명을 하는 등 위 대법원 판례에서 인정되는 고객을 보호하여야 할 주의의무를 다하지 않았고 (ii) '투자설명서'를 교부하지 않았으며 (iii) '상품안내서'를 교부를 통하여 신청인에게 본건 펀드에 관한 정보를 제공하였다고 인정하기 어려운 점, (iv) 〈투자설명서 교부 및 주요내용 설명확인서〉의 "제공받고", "설명들었음" 부분 및 '가입자 성명'을 모두 '대필 작성'하여 펀드의 주요내용을 정확히 설명하였음을 입증할 객관적인 증거가 없으며 (v) A가 비교적 고령(1937년생)이고 원금손실이 발생할 수 있는 실적배당상품에 투자한 경험이 없는 상태였음에도, 그에 대한 충분한 고려 없이 고도의 위험성을 수반하는 파생상품(ELF)의 가입을 권유하였던 점, (vi) 자산운용보고서 수령의사를 묻지 않고 임의로 '운용보고서 통보거절'로 전산 입력함으로써, A로 하여금 자산운용보고서 수령을 통하여 본건 펀드의 주요내용 및 현황을 파악할 수 있는 기회를 상실하게 하였던 점을 들어 책임을 인정하였다.

다만, A가 (i) 자기책임의 원칙 아래 신중히 투자하지 않은 점, (ii) 분쟁조정위원회 문답에서 펀드와 같은 금융투자상품에서 원금손실의 발생가능성에 대해 알고 있다고 진술한 점, (iii) A에게 교부된 펀드 통장에 원금손실 가능성과 기초자산에 대해 명백히 표기되어 있었다는 점을 감안하여 A의 과실을 인정하여 B의 책임을 제한하였다.

(3) 검토

위 사례의 경우 자본시장법 시행 이전의 사건이나, 당시 적용된 간접투자자산운용업법에 의하더라도 형식적 측면을 충족시키지 않았다(투자설명서 교부, 자필서명 및 날인 등). 그리고 고령의 투자자의 입장에서 전통적으로 은행은 안정적인 상품(예금·적금)을 판매한다는 인식이 강하므로 원금이 보장되는 상품으로 오해할 가능성이 높으며,[42] 실제로 원금보장이 되는 상품을 추천받기를 원하였으나 은행에서는 적합하지 않은 고위험의 상품을 추천하였다. 물론 은행 측의 항변대로 당시에는 고객의 투자성향을 진단하는 것은 의무사항이 아니었으므로[43] '신청인의 투자성향'을 진단하지 않았다고 할 수는 있다. 그러나 이미 판례에 의해 고객 보호의무에 대해서는 인정되고 있었으므로, 경험이 부족한 일반투자가에게 위험성이 있는 파생상품을 적극적으로 권유한 것에 해당하여 보호의무

투자가에 대한 불법행위책임이 성립한다(대법원 2003. 1. 10. 선고 2000다50312 판결).

42) 황진자, "금융상품 판매에 있어 고령소비자보호 방안", 「소비자문제연구」 제41호, 2012, 172면.

43) 자본시장법이 시행되면서 적합성 원칙(제46조), 적정성 원칙(제46조의2)으로 이 부분은 보완이 되었다.

를 저버려 위법성을 띤 행위로 평가되므로 불법행위책임을 져야 할 것이다.

3. 선물옵션 부당 권유 사례[44)]

(1) 사실관계

2010. 10. 25. 주식거래를 하던 A(투자자)에게 B(담당직원)가 헤지의 중요성을 강조, 선물옵션 거래가 안전하다고 수차례 강조하고 권유하여 A는 선물옵션계좌를 개설하였다. C(지점장)가 A에게 선물옵션거래의 내용 및 위험성에 대하여 설명하여 A가 위험성에 대하여 걱정하였으나 B는 'C는 선물을 잘 모른다.'며 선물옵션 거래가 안전하다며 거듭 권유하였다.

A는 선물거래계좌를 개설하면서 '계좌개설신청서' 및 '일반투자자 투자정보 확인서'에 자필기재 및 서명을 하였는데, B는 투자정보 확인서의 내용이 선물옵션 투자에 적합하지 않다고 하여 재작성을 요청하여 A는 B가 알려주는 대로 다시 작성하였다. 그리고 그 내용은 A가 2개월 전에 주식거래를 위해 작성한 투자정보 확인서와 큰 차이가 있었다고 한다. 본건 선물옵션거래는 A의 기보유주식을 담보로 거래되었고, B에게 거래를 포괄위임하는 형태로 이루어졌다. B는 계약체결 시 헤지의 중요성을 강조하였으나, 실제로는 주가하락을 헤지하기보다는 수익성 및 위험성을 높이는 양매도전략을 취하였다.

2010. 11. 24. 누적손실 및 누적수수료가 약 5천 3백만 원 이었으나 B는 A에게 손실액을 축소 보고하였고 이후에도 여러 차례 손실을 축소 보고하였다. 2011. 2. 8. B는 손실을 만회하기 위하여 콜옵션을 대량 매수하였으나 지수가 하락하여 손실이 급격히 확대되었다.

(2) 분쟁 조정 결과

A 과실비율 55%, B의 책임을 45%로 제한하여 A의 손해금액의 45% 해당하는 금액에 대하여 B의 배상책임을 일부 인용하였다.

B의 경우, (i) B가 선물옵션의 내용, 구조 및 위험성에 대한 설명의무를 준수하지 않고, (ii) C가 A에게 선물옵션의 위험하다는 취지의 설명을 하여 A가 거래를 주저하자, B가 선물옵션의 안전성을 적극 주장하여 A의 상품의 위험성에 대한 올바른 인식형성을 적극 방해, (iii) 투자정보 확인서의 재작성을 요구하여 투

44) 금융분쟁조정위원회 분쟁조정사례 결정일자 2011. 6. 21. 조정번호 제2011-38호.

자정보 확인서 내용을 왜곡, (iv) A에게 설명한 것과 다르게 선물옵션거래에 있어 양매도전략을 취하고 (v) 거래손실을 축소보고 하는 등 안내를 충실하게 이행하지 않은 점 및 (vi) 전체손해액 중 수수료의 비중이 지나치게 과다한 점을 들어 책임을 인정하였다.

다만 A가 (i) 자기책임의 원칙 아래 신중히 투자하지 않은 점, (ii) 선물옵션계좌 개설 시 자필기재 및 서명을 하여 거래가 이루어졌고 (iii) C로부터 설명을 들어 위험성을 알 수 있었는데도 A의 말만 믿고 선물옵션거래를 시작한 점 (iv) B로부터 손실을 보고받고 선물옵션거래가 손실을 입을 수도 있다는 점을 알고도 거래를 중단하지 않아 손실이 확대된 점 (v) 투자판단은 본인이 결정하여야 하는데도 불구하고 B에게 일임한 점을 들어 A의 과실을 인정하여 B의 책임을 제한하였다.

(3) 검토

위 사례는 투자권유준칙을 형식적으로는 따랐으나 그 실질적 내용은 충족시키지 못하였다. 설명의무의 측면에서 상품의 구조, 내용 및 위험성에 대한 설명은 충분히 하지 않았으나 설명을 받았다는 확인의 취지의 자필 서명을 하여 오히려 투자자의 과실이 인정되었다. 적합성 측면에서는 상품을 추천할 때 투자자의 투자 성향 등 투자자의 투자정보를 파악하여 투자정보 확인서를 작성하여 그 내용과 기준에 맞춘 상품을 투자 권유하여야 하나, 선물옵션 거래로 유인하기 위하여 투자정보 확인서의 내용을 수정하여 그에 맞추는 등 투자자에게 적합하지 않은 상품을 투자권유하였다. 그리고 사후 관리에 있어서 손실액을 줄여서 보고하여 투자자가 올바른 판단을 할 수 있는 충분한 정보를 제공하지 않았음에도 불구하고 잘못된 보고이지만 손실액을 보고받고도 거래를 중단하지 않아 투자자가 손실확대에 기여하였다고 인정되었다.

이는 금융투자업자가 일반투자자에게 설명의무를 충실히 이행하여 투자자의 자기 결정권을 존중하기보다 영업에 치우쳐 판매하고자 하는 상품으로 투자자를 유인하는 것에 중점을 두고 있으며, 자본시장법상 규정이나 내부통제기준도 형식적으로 그 역할을 하고 오히려 투자자를 보호하기 위하여 정해놓은 절차들이 투자자가 손해를 배상 받는 데에 있어 방해물로 작용할 수 있음을 보여준다.

4. 원인분석

(1) 적합성 원칙의 문제

앞서 본 두 사례 모두 투자자에게 적합한 상품을 투자권유하지 않았다. 그리고 서론에서 소개한 세 가지 사건도 투자자에게 적합하지 않은 상품을 판매한 것이 문제가 되었다. 적합성의 원칙이 지켜지지 않는 것은 판매자가 그 상품을 판매하겠다는 의지가 투자자에게 실질적으로 적합한 상품을 알려주어야 하는 의무보다 강하게 작용하기 때문일 것이다. 적합하지 않은 상품을 판매하게 하는 유인으로서는 투자자가 원하는 상품을 가지고 있지 않기 때문에 투자자 이탈을 방지하고자 하는 것, 판매수수료나 유지수수료 등의 경제적 이익의 추구 또는 특정 상품에 대한 캠페인 등으로 인하여 실적 압박 등을 들 수 있을 것이다.

(2) 설명의무의 문제

적합성 원칙의 준수는 설명의무와 뗄 수 없는 관계이다. 적절한 설명이 이루어졌으면 투자자의 입장에서 그 상품이 본인에게 적합한지 아닌지를 판단할 수 있었을 것이고, 그에 따라 금융상품 투자여부를 결정할 수 있기 때문이다. 설명의무는 투자자에게 상품의 내용, 투자의 위험성, 그 외 투자판단 또는 상품의 가치에 중대한 영향을 미칠 수 있는 사항 등에 대해 설명하는 것이다. 충실한 설명은 결국 판매직원이 해당 상품에 대해 이해하고, 상품의 위험성을 인지하고 있더라도 그것을 판매해야 하는 입장에서 어느 정도 선에서 고객에게 위험을 알려야 하는지 그 적정선에 대한 문제이다.

(3) 내부통제기관의 문제

자본시장법상 대표적인 내부통제기관은 준법감시인이다. 준법감시인은 '내부통제기준의 준수 여부를 점검하고 내부통제기준을 위반하는 경우 이를 조사하여 감사위원회 또는 감사에게 보고하는 자'라고 하는데, 위 사례 등에서는 내부통제기준 준수 여부에 대한 점검 및 그에 대한 조치가 제대로 이루어지지 않았음을 알 수 있다. 이는 내부통제기준의 점검이 형식적이어서 내부통제기준 위반 사항을 적발하지 못했거나, 적발하였더라도 그 행위에 대해 내부적 시정에 그치고 해당 상품 투자자에 대한 보완조치(추가적 설명, 투자계약서 교부, 계약 해제)가 이루어지지 않았다는 것을 의미할 것이다.

(4) 절차의 문제

위에서 검토한 ELF 불완전판매 사례에서는 절차적 요건(투자설명서 교부, 자필 서명 및 날인 등)이 전혀 준수되지 않음을 알 수 있다. 그리고 선물옵션 부당 권유 사례에서는 자본시장법의 시행으로 내부통제기준이 강화되어 형식적인 절차들은 대체로 지켜졌지만 투자정보확인서를 판매직원이 임의로 판매하려는 상품의 위험성에 맞추어 투자자로 하여금 재작성하게 하는 등 그 실질에 있어서는 지켜지지 않았음을 알 수 있다. 이는 불완전판매를 방지하기 위해 절차를 마련하더라도 금융상품을 판매하는 판매자가 절차를 형식적으로만 준수하고 그 절차가 판매자의 책임 회피의 수단으로 역이용되어 오히려 투자자가 적합한 상품을 추천받지 못하거나 설명을 제대로 듣지 못한 경우에도 투자자가 증명의 어려움으로 인하여 피해를 입게 될 수도 있음을 보여준다.[45]

5. 소결

불완전판매의 발생은 제도의 미비로 인한 것이 아니라 완전판매를 위한 원칙과 내부통제제도의 존재에도 불구하고 제대로 원칙이 지켜지지 않고 내부통제가 되지 않은 원인이 더 크다 할 것이다. 자본시장법 시행 이전에도 판례를 통해서 고객 보호의무 등이 인정되고 있었고 자본시장법 시행 이후 관련 규정이 마련되었음에도 불완전판매가 계속되고 있다는 점에서 불완전판매를 방지하기 위해서는 현행 원칙과 제도들의 실효성 확보가 가장 큰 문제가 될 것이다. Ⅴ.에서는 불완전판매 방지를 위해 Ⅳ.에서 사례를 통해 지적된 원인을 중심으로 현행 제도들의 실효성 확보를 위한 개선방안에 대해 검토하고자 한다.

45) "(ELS오해와진실)③ELS에 대한 불편한 진실, 불완전판매", 뉴스토마토, 2012. 1. 20. 기사. "금감원 관계자는 "이렇게 분쟁조정이 들어왔을 때, 사후적으로 불완전판매를 했느냐 안했느냐를 판단하기는 어렵다"며 "그렇기 때문에 이런 경우에는 처음 판매할 때 서류상의 문제가 있었는지를 볼 수밖에 없는데 서류상으로는 ELS 투자자의 날인이 돼 있는 관계로 안타깝게 기각이 많이 되는 편"이라고 말했다."

Ⅴ. 불완전판매의 개선방안

1. 적합성의 원칙의 문제

(1) 투자자 정보 및 투자성향에 대한 정확한 판단

앞서 본 사례에서는 모두 투자자의 투자성향에 대해 정확히 판단되지 않았다. 투자권유준칙에서 투자성향 판단에 대해 기준을 두고 그에 따르도록 되어있지만 형식적으로 투자성향을 판단하기가 쉽다. 투자자가 투자정보를 기입할 때에 판매자의 의사가 반영되지 않도록 하며, 투자자의 실제 정보가 기입되어야 할 것이다. 그리고 앞서 살펴본 사례(Ⅳ.의 3. 선물옵션 부당 권유 사례)와 같이 위험성이 높은 상품 판매를 위해 투자자 정보를 재작성하여 왜곡하는 일이 없도록 일정 기간 이내에 투자자 정보를 재작성하는 경우에는 투자자 정보의 재작성 사유에 대해 파악하여 기록해두는 방식 등으로 보완해야 할 것이다.

(2) 투자분야에 있어 약자에 대한 보호

투자권유준칙에서도 투자자의 연령이나 투자 경험 등을 고려하여 투자권유를 하도록 되어있다. 하지만 이 역시 기계적으로 적용하여 기존의 경험만을 고려하여 위험성이 높은 투자를 권유하게 된다면 적합하지 않은 투자권유가 될 수 있다. 기존에도 전혀 위험성을 인지하지 못한 상태로 위험한 상품에 투자를 해왔고 다행히 손실을 보지 않은 것에 불과하다면 그 투자자는 상품의 위험성에 대해서는 여전히 인지하지 못하고 있는 것이고 기존의 투자경험이 있다고 하더라도 그것이 위험성을 감내하겠다는 의미로 직결되지는 않기 때문이다. 투자자의 성향과 투자할 상품에 대한 투자자의 이해도 등을 종합적으로 판단하여 투자자의 의사와 이익, 투자자의 자기 결정권이 잘 반영될 수 있는 방향으로 투자를 이끌어야 할 것이다.

2. 적정성의 원칙의 문제

투자권유가 아닌 방식으로 금융상품에 투자하게 되는 투자자들은 광고 문구에 전적으로 의지하고 투자를 결정할 수 있기 때문에 광고문구에 대해서도 더욱 규제가 필요하다. 특히 지점을 방문하지 않고 온라인상으로 투자를 결정하는 경우

에는 광고가 더욱 강력한 영향을 끼칠 수 있다. 2006년 이후 투자광고에 대해서 준법감시인의 사전확인절차를 거치도록 하였고(현행법은 자본시장법 제57조[46] 및 시행령 60조)[47] 투자자에게 부정확한 정보를 제공하여 현혹시키지 않도록 하

---

46) 제57조(투자광고) (제1항 생략)
② 금융투자업자(제1항 단서의 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)는 투자광고(집합투자증권에 대한 투자광고를 제외한다)를 하는 경우에는 그 금융투자업자의 명칭, 금융투자상품의 내용, 투자에 따른 위험, 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항이 포함되도록 하여야 한다.
③ 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 대통령령으로 정하는 사항 외의 사항을 투자광고에 사용하여서는 아니 된다.
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 수익률을 보장하는 것은 아니라는 내용
④ 금융투자업자는 투자광고를 함에 있어서 제103조제3항에 따라 손실의 보전 또는 이익의 보장을 하는 경우를 제외하고는 손실보전 또는 이익보장으로 오인하게 하는 표시를 하여서는 아니 된다.
⑤ 투자광고에 있어 「표시·광고의 공정화에 관한 법률」 제4조제1항에 따른 표시·광고사항이 있는 경우에는 같은 법이 정하는 바에 따른다.
⑥ 그 밖에 투자광고의 방법 및 절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

47) 자본시장법 시행령 제60조(투자광고)
① 법 제57조제2항에서 "대통령령으로 정하는 사항"이란 다음 각 호의 사항을 말한다.
1. 법 제57조제2항에 따른 금융투자업자(이하 이 조에서 "금융투자업자"라 한다)는 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 사항
② 법 제57조제3항 각 호 외의 부분에서 "대통령령으로 정하는 사항"이란 다음 각 호의 사항을 말한다.
1. 집합투자업자, 집합투자재산을 보관·관리하는 신탁업자와 집합투자증권을 판매하는 투자매매업자·투자중개업자(일반사무관리회사가 있는 경우에는 일반사무관리회사를 포함한다)의 상호 등 그 업자에 관한 사항
2. 제1호의 자가 받는 보수나 수수료에 관한 사항
3. 해당 집합투자기구의 투자운용인력에 관한 사항
4. 과거의 운용실적이 있는 경우에는 그 운용실적
5. 집합투자증권의 환매에 관한 사항
6. 그 밖에 투자광고에 포함하여도 투자자 보호를 해치지 아니한다고 인정되는 사항으로서 금융위원회가 정하여 고시하는 사항
③ 금융투자업자는 투자광고를 하는 경우 다음 각 호의 사항을 준수하여야 한다.
1. 수익률이나 운용실적을 표시하는 경우에는 수익률이나 운용실적이 좋은 기간의 수익률이나

여야 한다.[48] 그리고 광고 뿐만이 아니라, 투자상품에 대하여 다른 방식(인터넷 커뮤니티,[49] 블로그)으로 홍보할 때에도 준법감시인은 이에 대한 사전 검토를 해야 할 것이다. 투자상품에 대한 간접광고가 되는 신문기사 등에 대한 모니터링도 필요하다.

3. 설명의무의 문제

(1) 판매직원의 전문성 확보

판매직원이 상품에 대해 정확하게 이해하고 있어야 투자자에 대해 설명의무를 충실히 이행할 수 있다. 그러나 파생상품의 구조가 복잡해지고 종류가 다양화되면서 투자상품을 운용하지 않고 판매만 담당하는 판매직원은 상품을 이해하기 어려울 수가 있고 이 경우에 설명이 정상적으로 이루어지지 않으면 불완전판매가 발생할 수 있다.

판매직원이 설명의무를 충실히 이행하기 위해서는 직원교육에 대한 투자가 있어야 할 것이고, 파생상품 종류별로 세분화하여 분야별로 전문화하는 방안도 있을 수 있다. 펀드 불완전판매가 한동안 이슈가 되고 집단소송들이 제기된 이후에 펀드의 불완전판매는 일정부분 개선이 되었다고 한다.[50] 그러나 새로운 금융

운용실적만을 표시하지 아니할 것

2. 금융투자상품의 비교광고를 하는 경우에는 명확한 근거 없이 다른 금융투자상품이 열등하거나 불리한 것으로 표시하지 아니할 것
3. 준법감시인(준법감시인이 없는 경우에는 감사 등 이에 준하는 자를 말한다)의 사전확인을 받는 등 금융위원회가 정하여 고시하는 방법에 따를 것

48) 금융감독원은 최근 판매가 급증한 월지급식펀드의 광고와 판매 과정에서 불완전판매 가능성이 있어 이처럼 지도할 것이라고 1일 밝혔다. 투자자가 '월급받기', '월급처럼' 등의 광고를 보면 마치 이자만 지급받고 원금이 보장되는 것처럼 오인할 우려가 있다고 금감원은 판단했다. 또 '예금처럼', '적금처럼', '보험처럼' 등 다른 금융상품으로 오인할 우려가 있는 용어도 사용을 자제하도록 지도할 계획이다("월지급식펀드 '월급처럼' 용어 못쓴다", 서울경제, 2011. 11. 1. 기사).

49) 토마토저축은행은 후순위채권판매를 위해 인터넷 재테크커뮤니티에 홍보글을 올리기도 하였다. 이런 행위 또한 규제대상이 되어야 할 것이다. 토마토저축은행은 "후순위채권은 예금, 적금과 달리 예금자보호가 되지는 않지만 수익률이 높고 매월이자를 수령할 수 있어 재테크상품으로 매우 좋습니다. 청약금액은 1000만 원부터이고, 연수익율은 7.9%(5년간 총수익률은 세후 약 33%입니다.) 만기는 5년 1개월입니다."라며 홍보했다(Moneta, http://finance.moneta.co.kr/board/prodBoardInfo.jsp?cat_cd=02&fnlog=r_fn5c&num=3038&page=1(2012. 8. 18. 방문)).

50) 금융감독원은 2011년 8월에 펀드판매에 대한 미스터리쇼핑 실시 후 그 결과에 대해 "전체 35개사의 평균점수는 84.3점으로 2010년(82.1점)보다 2.2점 상승한 것으로 나타나 펀드 판매관행이 점진적으로 개선되고 있는 것으로 판단된다"고 하였다(금융감독원 보도자료, "2011년 펀드판

상품이 나오면 그에 대해서는 또 문제가 발생할 수 있으므로 특히 새로운 금융상품의 경우에는 더욱 철저한 교육이 있어야 한다. 그리고 직원들의 이직이 잦으면 고객에 대한 책임감이 떨어지고 불완전판매가 발생할 가능성이 높고,[51] 판매직원들의 숙련도, 전문성도 떨어지게 되므로 직무만족도를 높여야 할 것이다.

(2) 위험성에 대한 설명의무의 강화

최근 금융감독원이 실시한 ELS[52] 불완전판매 여부 미스터리 쇼핑[53]의 결과에서 ELS의 기초자산(99.7), 만기상환(86.3) 및 자동 조기상환(80.6) 등 ELS의 기본적인 내용에 대한 만족도는 상대적으로 양호한 반면 ELS 투자자에게 중요한 영향을 미치는 최대손실가능금액(57.6)에 대한 만족도가 저조한 것으로 나타나 향후 투자자 불만 제기 등 분쟁발생의 소지가 있는 것으로 나타났다고 한다.[54]

수익률이 높은 파생상품일수록 일반적으로 그 위험성도 높다. 특히 최근 각광받는 ELS의 경우 위험성이 높음에도 불구하고 앞에서 본 바와 같이 그 위험성에 대해서는 설명이 충분히 이루어지고 있지 않다.[55] 투자권유를 하는 입장에서는 밝은 면을 강조하여 상품을 판매하려는 경향이 있다. 그러나 상품의 위험성에 대해 충분한 설명을 하지 않는 것은 분쟁의 소지가 될 뿐만 아니라, 금융회사에 있어서 가장 중요한 신뢰도의 하락과 더불어 잠재적 고객을 잃게 되는 결과를 가져오게 되므로, 위험성에 대해서도 충분한 설명을 하여 투자자의 자기 결정권을 보장하고 자기 책임의 원칙 하에서 투자를 할 수 있도록 하여야 할 것이다.

매 미스터리쇼핑 실시결과 판매관행 점차 개선", 2011. 10. 25.).

51) 특히 보험판매에 있어서 보험설계사들의 이직으로 인한 소비자피해 등이 보고된다.

52) Equity-Linked Securities, 주가연계증권. 개별 주식의 가격이나 주가지수에 연동되어 투자수익이 결정되는 파생결합증권.

53) 감독당국, 기업 내부 감독직원 등이 일반고객으로 가장하여 지점, 매장 등을 방문하여 특정 사항에 대해 조사하는 것을 의미한다.

54) 금융감독원 보도자료, "2012년 상반기 ELS 판매에 대한 미스터리쇼핑 결과", 2012. 6. 25.

55) "ELS 만능 아니다 … 급락해도 손절매·물타기 못 해", 중앙일보, 2012. 6. 8. 기사. "기초자산 가격이 일단 손실 구간에 가까워지기 시작하면 손 쓸 도리가 없다. 주식이나 펀드는 손절매를 해서 손실을 통제할 수 있다. 이른바 '물타기', 즉 평균 매입 단가를 낮춰 손실률을 낮추기도 한다. 하지만 ELS는 시장 상황이 변해도 투자자가 대응할 수단이 없다. 일단 기초자산 가격이 급락하면 손실이 커지는 것도 그래서이다."

4. 내부통제기관의 문제

(1) 캠페인 등과 같은 실적압박에 대한 문제제기의 필요성

투자자에게 적합하지 않은 상품을 판매하는 것은 실적에 대한 압박이 크게 작용한다. 특정상품에 대한 캠페인은 목표 달성을 위해서 캠페인 대상인 투자상품의 판매를 높이기 위해서 그 상품이 적합하지 않은 투자자에게 상품을 판매하거나 투자권유준칙을 제대로 준수하지 않는 문제가 발생할 가능성이 높다. 특히 고위험 상품의 경우 캠페인을 할 경우에는 불완전판매로 연결되어 금융사고로 이어질 수 있으며, 새로운 금융상품의 경우 판매직원도 기존 투자상품에 비해 그 위험성에 대해 제대로 인지하지 못하기 때문에 충실한 설명이 어려울 수도 있다.

내부통제기관에서도 이러한 점을 감안하여 캠페인을 실시할 경우 불완전판매가 발생하지 않도록 방안을 강구해야 하며, 나아가 캠페인 실시자체를 줄이도록 하거나 캠페인을 실시할 경우 결과 평가를 마친 뒤 실적 상위 점포에 대해 사후감사를 하겠다는 점을 미리 알려주고 사후감사를 실시하는 방법 등을 통해서 불완전판매를 막는 방법을 생각해 볼 수 있을 것이다.[56] IBK기업은행의 경우 2010년 12월부터 캠페인을 금지하였는데, 그 후 신규카드발급에 대한 캠페인을 하지 않음으로 인하여 타은행에 비해서 카드 연체율이 낮아지는 등의 긍정적 효과가 있었다고 한다.[57]

(2) 전문성 및 독립성 강화

2012년 주주총회 공시자료에서 소위 '낙하산 인사'인 관료출신이 사외이사나 감사로 여전히 많이 선임된 것으로 조사되었다. 금융당국의 규제가 많은 금융산업의 특성상 관료출신이 사외이사나 감사로 활동할 경우 현실적으로 도움이 된다는 측면에서 그러한 선임이 이루어진다. 그러나 사외이사나 감사의 고유의 역할을 생각해볼 때 이는 내부통제나 주주의 이익보호를 위한 경영자 감시의 역할을 뒷전에 두는 것으로 경영의 투명성을 떨어트리는 바람직하지 않은 결과를 가져올 수 있다.[58] 내부통제기관을 선임할 때에는 전문성을 갖추면서도 회사 내에

56) 정창모, 「금융사고」, 매일경제신문사, 2006, 434면.
57) "[시선 집중]카드발 위기감 증폭되는데… '기업은행은 웃는다'", 뉴시스, 2012. 7. 11. 기사.
58) "[금융권 50개사 올해 주주총회 공시자료 분석해 보니] 사외이사·감사 134명 중 74명이 낙하산", 내일신문, 2012. 6. 19. 기사.

서 독립적인 목소리를 내며 경영자 감시, 내부통제를 할 수 있는가를 고려해야 할 것이다.

5. 불완전판매 입증책임의 문제

금융투자업자와 일반투자자간에는 정보비대칭이 존재함에도 불구하고 일반투자자가 금융투자업자에게 현행 자본시장법상 금융투자업자의 설명의무 위반으로 인하여 손실을 입은 경우 손해배상을 받기 위해서는 투자자가 금융투자업자의 의무위반과 발생한 손해사이의 인과관계를 입증하여야 한다.[59] 미국의 경우 '시장사기이론(Fraud-on-the-Market Theory)'에 근거하여 신뢰요건을 완화하여 소비자를 보호하고 있다고 하며,[60] 영국은 금융서비스시장법상 일반영업규칙을 위반시 부실표시법에 근거하여 정보제공의무위반에 대한 입증책임을 정보제공자로 전환하였다.[61]

입증책임이 전환된다면 투자자 보호라는 효과도 거둘 수 있지만, 금융투자업자가 입증에 대한 부담 때문이라도 내부통제를 강화하고 투자권유 등의 과정에서 불완전판매가 발생하지 않도록 내부통제를 강화할 것으로 기대되므로 입증책임의 전환 또는 요건의 완화가 필요하다.

6. 준법감시제도 강화를 위한 유인책 강구

미국의 경우에는 기업의 형사책임에서 합리적이고 실효성 있는 준법감시인제도가 운영되는 가를 고려하도록 되어있기 때문에 기업이 자발적으로 효과적인 준법감시인제도를 운영하도록 동기부여를 하고 있다.[62] 우리 현행법은 내부통제

59) (i) 설명의무 위반의 존재, (ii) 손해의 발생과 손해액, (iii) 의무위반과 손해 사이의 인과관계의 세 가지 입증책임을 부담하여야 하는데 현행법에서는 손해액만 추정되어 있고, 인과관계의 추정까지는 되어 있지 않아 소비자들의 경우 인과관계 추정을 입증하는데 있어 여전히 곤란하다고 볼 수 있다(황진자, "금융상품 판매에 있어 고령소비자보호 방안", 「소비자문제연구」 제41호, 2012, 178면).

60) 김병연, "미국 판례법상 시장사기이론(The fraud on-the-market theory)", 한국증권법학회 2003년 10월 25일 세미나 발표; 김정수, "증권집단소송법상 입증책임과 시장사기이론", 한국증권법학회 2003년 6월 28일 세미나 발표 자료 정리(황진자, "금융상품 판매에 있어 고령소비자보호 방안", 「소비자문제연구」 제41호, 2012, 179면에서 재인용).

61) 황진자, "금융상품 판매에 있어 고령소비자보호 방안", 「소비자문제연구」 제41호, 2012, 179면.

62) 윤종행, "기업범죄 예방을 위한 우리나라와 미국의 준법감시인제도 비교", 「연세대학교 법학연구」 제21권 제3호, 2011, 401-402면.

에 따른 적극적인 인센티브를 부여하고 있지는 않고 있다. 다만, 보험법에서 내부통제구축에 따른 행정적인 인센티브[63]를 부여하고 있다.[64]

불완전판매의 방지를 위한 내부통제제도의 실효성을 확보하기 위해서는 불완전판매 행위 발생 시 회사에 대한 형사적, 민사적 책임을 엄중히 묻되, 내부통제제도를 충실히 구축 및 시행하고 있음에도 불구하고 사고가 발생했을 경우에는 책임 감면의 혜택을 주는 것을 고려해볼 수 있을 것이다.

Ⅵ. 결론

금융상품거래를 할 때에 일반투자자는 판매자에 비해 정보가 부족하며, 표준화되어 판매되는 금융상품의 특성을 생각할 때 거래에 있어서 투자자에게는 교섭의 여지도 없다. 그러므로 금융소비자가 합리적인 의사결정으로 행위의 결과에 대해 책임질 수 있도록, 금융상품을 판매할 때에는 설명의무, 적합성의 원칙 등을 지켜서 불완전판매를 방지하여야 한다.

불완전판매를 방지하기 위해서는 금융당국의 감시·감독, 관련 규정의 제·개정 등이 요구된다. 최근 업권별로 따로 규제가 적용되면서 발생한 부작용과 불편, 비효율을 개선하기 위해 불완전판매 방지 체계를 하나로 구축한 '금융소비자보호법'의 제정[65]의 움직임은 긍정적인 신호이다. 그러나 무엇보다 기업 스스로 불완전판매 방지를 위해 내부통제를 강화하는 것이 필요하다. 현행법은 금융기업에게 준법감시인과 같은 내부통제기관, 내부통제기준 등을 마련하도록 의무를 부과하고 있고, 특히 불완전판매와 관련해서는 투자권유준칙을 마련하여 그 절차를 지키도록 하고 있다.

그러나 이러한 노력에도 불구하고 불완전판매가 계속 발생하는 것에는 여러 이유가 있다. 우선 금융제도가 보완이 되어도 일반투자자를 보호하기 위한 절차

63) 보험업법 제17조 ⑧ 금융위원회는 효과적인 내부통제기준을 정하고 이를 엄격하게 준수하고 있다고 인정되는 보험회사에 대하여는 제133조에 따른 검사의 생략, 검사기간의 단축 또는 제134조에 따른 제재(制裁)를 감면할 수 있다.

64) 김강수, "회사 내부통제제도 발전을 위한 법적 개선방안", 중앙대학교 박사학위논문, 2012, 117-118면.

65) 법안이 통과되면 그동안 업권별로 따로 적용되던 규제가 '모든 판매행위'를 규율하게 되면서 불완전판매 방지를 위한 체계가 구축된다. 또, 개별 금융법상 판매행위 규제를 총망라해 모든 금융상품 판매에 관한 '6대 판매행위 규제 원칙'도 규정된다. 각 원칙은 적합성원칙, 적정성원칙, 설명의무, 구속성상품계약 체결 금지원칙, 부당권유행위 금지, 광고규제 등이다("'국무회의 통과' 금소법 제정안, 어떤 내용?", 서울파이낸스, 2012. 7. 3. 기사).

나 원칙을 형식적으로만 지키게 되어 발생하는 문제들이 있다. 절차를 형식적으로만 지키게 된다면 추후 분쟁 발생 시 관련 서류들은 불완전판매에 대한 증명보다는 판매직원에게 유리한 증거로 작용하여 오히려 일반투자자가 보호받지 못하는 결과를 가져올 수도 있다. 그리고 지나친 영업 압박은 판매직원으로 하여금 캠페인 중인 상품이나 수수료가 높은 상품 등과 같이 투자자에게 적합하지 않은 상품을 판매하게 만들 소지가 크다. 또한 금융상품 종류의 다양화로 인해, 특히 파생상품의 경우 그 구조의 복잡성으로 판매직원들이 판매하는 금융상품마다 그 상품의 구조에 대해 정확하게 이해하고 위험성을 파악하는 지에 대한 우려도 있다.

불완전판매 관련 분쟁을 방지하기 위해서는 기업이 불완전판매로 인한 부작용에 대해 정확히 인식하여서 기업 자체적으로 불완전판매를 줄이도록 노력해야 한다. 불완전판매로 인한 분쟁 발생 시 그로 인해 입는 유형적 손해(소송비용, 패소 시 손실)와 무형적 손해(기업 신뢰도의 하락 및 사회 전반에 끼치는 부정적 영향)를 감안하여 불완전판매가 발생하지 않도록 개별 투자자에게 적합한 상품에 대한 올바른 안내와 함께 투자권유가 이루어져야 할 것이다. 그를 위해서는 금융투자기업 스스로가 내부통제기준을 준수하고 있는지 점검하고 준법감시인 등은 내부통제업무를 충실히 이행하면서 상품을 판매하는 직원들이 실질적으로 투자권유의 원칙을 충족할 수 있는 업무환경 조성을 위해서 노력해야 한다. 경영진도 기업의 내부통제제도가 효율적으로 운영될 수 있도록 사외이사, 감사인, 준법감시인 등 내부통제를 위한 기관들의 독립성을 보장하고, 지나친 실적 압박으로 불완전판매가 발생하지 않도록 해야 할 것이다.

다양한 금융상품의 등장은 반가운 일이다. 다양한 금융상품은 투자자에게 선택의 기회를 제공해주고, 개별 투자자의 상황에 맞는 상품에 투자하도록 도움을 줄 것이다. 공정한 거래체계 내에서 완전판매가 이루어져 금융소비자가 자기 책임 하에서 금융상품에 대한 투자를 결정하고 그에 대한 이익을 향유하게 되길 바란다.

참고문헌

1. 단행본

남주하 · 김정렬 · 이규복, 「금융위기와 한국의 금융제도 개혁」, 율곡출판사, 2012.
이상복, 「기업범죄와 내부통제」, 삼우사, 2005.
정창모, 「금융사고」, 매일경제신문사, 2006.
최승재, 「전략적 기업경영과 법」, 한국학술정보(주), 2010.
한국증권법학회, 「자본시장법 [주석서I]」, 박영사, 2009.

2. 논문

김강수, “회사 내부통제제도 발전을 위한 법적 개선방안”, 중앙대학교 박사학위논문 2012.
박선종, “파생상품의 법적 규제에 관한 연구: KIKO 소송을 계기로 하여” 고려대학교 박사학위논문, 2011.
박찬복, “금융투자상품판매의 내부통제기준에 관한 법적 연구 : 자본시장법상 투자권유에 관한 연구”, 한국외국어대학교 박사학위논문, 2009.
성희활, “상장법인에 대한 내부통제와 준법지원인 제도의 도입타당성 고찰”, 「인하대학교 법학연구」 제12집 제2호, 인하대학교 법학연구소, 2009.
윤종행, “기업범죄 예방을 위한 우리나라와 미국의 준법감시인제도 비교”, 「연세대학교 법학연구」 제21권 제3호, 연세대학교 법학연구원, 2011.
이윤호, “금융상품의 불완전판매와 입증책임의 역할”, 「한국산업경영학회 발표논문집」, 한국산업경영학회, 2009.
황진자, “금융상품의 불완전판매와 소비자보호 : 사법적 규율을 중심으로”, 고려대학교 박사학위논문, 2011.
_____, “금융상품 판매에 있어 고령소비자보호 방안”, 「소비자문제연구」 제41호, 한국소비자원, 2012. 4.

은행의 금융상품 설명의무 위반에 관한 연구

- 자본시장법을 중심으로 -

정희정

충남대학교 법학전문대학원 석사과정

I. 서설
II. 금융상품의 설명의무에 대한 법적 검토
1. 설명의무의 의의
2. 설명의무 위반의 유형
3. 설명의무 위반의 효과
4. 소결
III. 은행의 설명의무 위반 관련 판례 분석
1. 은행의 설명의무 위반을 인정한 판례 분석 : 대법원 2010. 11. 11. 선고 2010 다55699 판결을 중심으로
2. 은행의 설명의무 위반을 인정한 일본 판례 분석 : 福岡高裁平成23年4月23日判決(金融商事判例1369号 25頁)을 중심으로
3. 소결
IV. 결어

Ⅰ. 서설

영국 정부의 1986년 금융빅뱅 프로그램[1] 추진을 통해 영국의 증권사들은 대형화 등을 통한 효율성 제고에 성공했고, 영국은 국제금융센터로서의 지위를 확립했다.[2] 이후 금융기관에 대한 규제완화와 금융기관의 대형화와 겸업화는 세계화의 조류를 따라 전 세계로 퍼져 갔다. 일본은 1996년 11월 하시모토 총리의 금융시스템 개혁 선언(일본판 금융빅뱅) 이후 금융기관의 대형화와 겸업화가 시작되었고, 우리나라도 2007년 8월에 제정되어 2009년 2월 4일부터 시행된「자본시장과 금융투자업에 관한 법률(이하 '자본시장법'이라 약칭)」을 근거로 금융기관의 겸업화를 허용하기 시작했다.

이에 따라 증권회사 뿐 아니라 은행 등 모든 금융기관들이 증권이나 파생금융

1) 금융서비스법(Financial Services Act) 제정 · 겸업허용 등 규제 완화를 골자로 하는 금융개혁.
2) 김자봉, "영국 금융빅뱅사례와 국내 자본시장빅뱅의 조건",「금융포커스」제16권 제47호, 2007, 12-13면.

상품 등을 공급할 수 있게 되었고, 투자자 혹은 금융소비자[3]는 지금과 같은 저금리 시대에 예금보다 더 많은 수익률을 보장하는 펀드 등 다양한 금융상품의 수요자로 등장했다. 그러나 금융 상품에 대한 정보·이해도가 부족한 금융소비자의 경우, 금융 상품의 내용을 정확하게 이해하지 못하고 구입하거나 금융계약의 내용을 사실과 다르게 알고 체결했다가 손실을 입는 사례가 빈번하게 발생하기 시작했다.

이러한 손실에 대해 금융소비자들은 주로 민법 제2조 신의칙 위반과 동법 제750조 불법행위에 기한 손해배상책임을 근거로 금융기관을 상대로 배상을 요구했다. 그러나 '투자자 자기책임의 원칙'과, 계약서에 서명을 한 경우 금융기관이 금융상품 판매 시 상품에 대한 설명을 제대로 듣지 못했다는 사실을 입증하는 것이 어려워 구제받지 못하는 것이 현실이었다. 이에 우리나라는 자본시장법 제47조에 설명의무를 규정하고, 제48조에서 손해배상책임을 인정하여 금융소비자를 보호하고자 하고 있다.

한편 이러한 설명의무 위반을 쟁점으로 하는 금융 분쟁은 주로 펀드, 선물환계약, 금리스왑 등 복잡한 파생금융상품을 중심으로 야기되었다. 파생금융상품의 경우 계약을 체결하기 전에 해당 금융상품을 통한 목적 달성 가능성이나 위험성, 계약해지 시 발생하는 상황 등 판단해야할 요소가 많은 데도 불구하고 금융소비자가 금융상품이나 계약에 대해 금융기관으로부터 제공받는 정보는 주로 상품이나 계약의 개략적인 구조와 필요성에 불과하기 때문이다. 특히 과거 예금 등 안전자산만을 취급하던 은행에서 이러한 복잡한 파생금융상품 구입 권유를 받는 금융소비자의 경우 상품의 위험성에 대한 정보를 제공받지 못했음에도 불구하고 은행을 믿고 상품을 구입하는 계약을 체결하여 손실을 본 사례가 많았다.[4]

본 논문에서는 우선 자본시장법 제47조와 제48조를 중심으로 '설명의무'의 의의, 위반의 유형, 위반의 효과 등을 검토하여 현재 우리나라 금융시장에서 금융소비자들이 어떤 경우에 금융기관을 상대로 설명의무를 주장할 수 있는지 살펴보고자 한다.

다음으로 금융기관의 설명의무 위반과 그로 인한 손해배상책임을 인정한 법원의 판결을 분석하여 설명의무 관련 쟁점을 도출하고자 한다. 특히 그 구조의 복

3) '금융소비자'의 경우 자기책임이 강조되는 '투자자'에 비해 소비자 주권이 강조되는 용어이므로 본고에서는 금융거래의 상대방을 지칭하는 용어로 '금융소비자'를 사용하기로 한다.

4) 원승연, "금융투자상품 시장에서의 금융소비자 보호-제한된 합리성 개념을 중심으로-", 「소비자학연구」 제22권 제1호, 2011, 43-45면.

잡함으로 설명의무 위반 가능성이 높은 '파생금융상품'을 소송의 대상으로 하고, 위험기피 성향의 금융기관으로 인식되어 오히려 설명의무 위반이 빈번하게 발생하는 '은행'을 소송의 상대방으로 하는 판례 중 가장 최근의 판례[5]를 분석의 대상으로 한다. 또한 우리나라 보다 먼저 금융소비자 보호 관련법들을 제정한 일본[6]의 금융기관의 설명의무 위반 및 손해배상책임을 인정한 판례[7]를 분석하여 시사점을 도출하고자 한다.

II. 금융상품의 설명의무에 대한 법적 검토

1. 설명의무의 의의

(1) 설명의무의 개념

자본시장법상 설명의무란 금융투자업자가 일반투자자를 상대로 투자권유를 하는 경우에는 금융투자상품의 내용, 투자에 따르는 위험, 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항[8]을 일반투자자가 이해할 수 있도록 설명하여야 하는 의무를 말한다.[9] 이 때 금융투자업자의 투자권유 없이 체결되는 금융투자상품에 대해서는 자기책임의 원칙에 근거하여 자본시장법상 설명의무가 부과되지 않는다고 한다.[10] 여기서 투자권유란 특정 투자자를 상대로 금융투자상품의 매매 또는 투자자문계약·투자일임계약·신탁계약(관리형신탁계약 및 투자성 없는 신탁계약은 제외)의 체결을 권유하는 것을 말한다.[11]

---

5) 대법원 2010. 11. 11. 선고 2010다55699 판결.

6) 일본은 2000년「금융상품의 판매등에 관한 법률(이하 '금융상품판매법'이라 한다)」을 제정하여 금융기관의 설명의무와 동 의무의 위반시 손해배상책임 인정.

7) 福岡高裁平成23年4月23日判決(金融商事判例1369号25頁).

8) 자본시장법 시행령 제53조(설명의무)
① 법 제47조 제1항에서 '대통령령으로 정하는 사항' 이란 다음 각 호의 사항을 말한다.
1. 금융투자상품의 투자성(법 제3조 제1항 각 호 외의 부분 본문에 따른 투자성을 말한다. 이하 같다)에 관한 구조와 성격
2. 법 제58조 제1항에 따른 수수료에 관한 사항
3. 조기상환조건이 있는 경우 그에 관한 사항
4. 계약의 해제·해지에 관한 사항.

9) 자본시장법 제47조(설명의무) ①.

10) 박명환, "자본시장법상 투자자보호제도의 개선방안에 관한 연구", 연세대학교 대학원 법학과 박사학위논문, 2010, 37면 각주 75).

11) 자본시장법 제9조(그 밖의 용어의 정의) ④.

(2) 설명의무의 주체 및 규율대상

자본시장법 제정 이전에는 증권회사, 선물회사 등 금융기관별로 적용되는 법령이 있었고, 취급상품의 범위도 해당 금융기관의 규제법령에 각각 열거되어 있었기 때문에 법령에 근거가 없는 새로운 상품에 대해서는 투자자 보호가 적용되지 않는 규제의 공백이 발생할 수밖에 없었다. 이에 자본시장법은 '금융투자상품'이라는 개념을 신설하고, 모든 금융투자상품을 자본시장법의 규율대상으로 하는 포괄주의 체제로 전환하였다.[12)]

이러한 자본시장법 시행 이전에는 선물회사, 자산운용회사, 부동산투자회사 등에 대해서만 설명의무의 실정법적 근거가 존재하고 기타 금융기관에 대해서는 민법상 계약당사자간의 보호의무가 설명의무의 근거로 인정되어 왔다.[13)] 그러나 자본시장법 시행 이후 설명의무는 동법 제47조 제1항에 근거하여 모든 금융투자상품을 대상으로 적용되는 것으로 규정되었다. 따라서 금융투자상품을 판매하는 모든 금융기관은 설명의무를 부담하는 주체로 인정된다.

1) 금융투자상품의 개념

금융투자상품이란 이익을 얻거나 손실을 회피할 목적으로 현재 또는 장래의 특정 시점에 금전, 그 밖의 재산적 가치가 있는 것(이하 '금전 등'이라 한다)을 지급하기로 약정함으로써 취득하는 권리로서, 그 권리를 취득하기 위하여 지급하였거나 지급하여야 할 금전 등의 총액(판매수수료 등 대통령령으로 정하는 금액을 제외한다)이 그 권리로부터 회수하였거나 회수할 수 있는 금전 등의 총액(해지수수료 등 대통령령으로 정하는 금액을 포함한다)을 초과하게 될 위험(이하 '투자성'이라 한다)이 있는 것을 말한다.[14)]

이 때 원본손실가능성을 의미하는 투자성 요건은 자본시장법이 포괄주의 방식으로 금융투자상품의 개념을 정의함에 따라 원본보장형 예금과 보험상품을 자본시장법의 적용대상에서 제외시키기 위한 것으로, 이러한 투자성 기준에 의하여 금융투자상품과 비금융투자상품(예금 및 보험상품)의 구별기준이 명확하게 된다.[15)]

---

12) 박명환, 전게논문, 19-20면.
13) 박명환, 전게논문, 37면.
14) 자본시장법 제3조(금융투자상품) ①.
15) 박명환, 전게논문, 23-24면

2) 금융투자상품의 종류

금융투자상품은 위험의 정도에 따라 분류되는데, 손실이 원본 이내로 한정되는 증권과 손실이 원본을 초과할 가능성이 있는 파생상품으로 구분된다. 증권은 내국인 또는 외국인이 발행한 금융투자상품으로 투자자가 취득과 동시에 지급한 금전 외에 어떠한 명목으로든지 추가로 지급의무(투자자가 기초자산에 대한 매매를 성립시킬 수 있는 권리를 행사하게 됨으로써 부담하게 되는 지급의무를 제외한다)를 부담하지 아니하는 것을 말한다.[16]

파생상품은 선도(forward)[17], 옵션(options)[18], 스왑(swaps)[19] 계약으로, 정형화된 거래시장에서 거래되는지 여부에 따라 장내파생상품[20]과 장외파생상품[21]으로 구분된다.[22] 이러한 구분은 장내파생상품의 경우 장외파생상품에 비해 상품의 객관성·정형성 등에 따라 위험성은 적지만 불공정 거래 가능성이 있게 되므로 투자자 보호규제를 완화하여 적용하되 불공정거래 규제를 추가적으로 적용한다는 점에서 구분의 실익이 있다고 한다.[23]

손실범위	손실비율≤0%	0%＜손실비율≤100%	100%＜손실비율
	원본보전형	원본손실형	추가지급형
상품	비투자상품(예금)	금융투자상품	
		증권	파생상품

16) 자본시장법 제4조(증권) ①.

17) 자본시장법 제5조(파생상품)
① 1. 기초자산이나 기초자산의 가격·이자율·지표·단위 또는 이를 기초로 하는 지수 등에 의하여 산출된 금전 등을 장래의 특정 시점에 인도할 것을 약정하는 계약.

18) 자본시장법 제5조(파생상품)
① 2. 장래의 일정기간 동안 미리 정한 가격으로 기초자산이나 기초자산의 가격·이자율·지표·단위 또는 이를 기초로 하는 지수 등에 의하여 산출된 금전 등을 교환할 것을 약정하는 계약.

19) 자본시장법 제5조(파생상품)
① 3. 당사자 어느 한쪽의 의사표시에 의하여 기초자산이나 기초자산의 가격·이자율·지표·단위 또는 이를 기초로 하는 지수 등에 의하여 산출된 금전 등을 수수하는 거래를 성립시킬 수 있는 권리를 부여하는 것을 약정하는 계약.

20) 자본시장법 제5조(파생상품)
② 이 법에서 '장내파생상품'이란 파생상품으로서 파생상품시장에서 거래되는 것 또는 해외 파생상품시장(파생상품시장과 유사한 시장으로서 해외에 있는 시장과 대통령령으로 정하는 해외파생상품거래가 이루어지는 시장을 말한다)에서 거래되는 것을 말한다.

21) 자본시장법 제5조(파생상품)
③ 이 법에서 '장외파생상품'이란 파생상품으로서 장내파생상품이 아닌 것을 말한다.

22) 박명환, 전게논문, 25면.

23) 박명환, 전게논문, 25면 각주 48).

(3) 설명의무의 상대방

자본시장법은 금융투자업자의 거래 상대방인 투자자에 대하여 위험감수능력에 따라 전문투자자와 일반투자자(금융소비자)로 구분하여 규제를 달리하고 있는데[24], 설명의무는 동법 제47조 제1항에 따라 일반투자자에 대해서만 적용된다. 다만 동법 제9조 제5항 단서에 의해 일반투자자로의 전환기회를 부여받은 일부 전문투자자의 경우 설명의무의 상대방으로 인정될 수 있다.

자본시장법은 전문투자자[25]를 위험감수능력이 있는 투자자로 정의하면서 유형별로 열거하여 규정하고, 일반투자자[26]는 전문투자자가 아닌 투자자라고 규정한다. 전문투자자는 국가, 금융기관, 기타 전문투자자 등으로 구분되며, 전문투자자에 해당하는지 여부는 해당 투자자가 실제로 전문성을 가지는지 여부를 불문하고 객관적인 지위에 의해 정해진다.[27]

(4) 설명의무의 내용

금융투자업자가 거래의 상대방에게 설명해야 할 내용은 자본시장법 제47조 제1항 및 동법 시행령 제53조 제1항에 규정된 내용으로 금융투자상품의 내용, 투자에 따르는 위험, 금융투자상품의 투자에 관한 구조와 성격, 수수료에 관한 사항, 조기상환조건이 있는 경우 그에 관한 사항, 계약의 해제·해지에 관한 사항이다.[28]

동법 제47조 제3항은 금융투자업자가 설명을 할 때 투자자의 합리적인 투자판

---

24) 박명환, 전게논문, 26면.

25) 자본시장법 제9조(그 밖의 용어의 정의)
⑤ 이 법에서 '전문투자자'란 금융투자상품에 관한 전문성 구비 여부, 소유자산규모 등에 비추어 투자에 따른 위험감수능력이 있는 투자자로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자를 말한다. 다만, 전문투자자 중 대통령령으로 정하는 자가 일반투자자와 같은 대우를 받겠다는 의사를 금융투자업자에게 서면으로 통지하는 경우 금융투자업자는 정당한 사유가 있는 경우를 제외하고는 이에 동의하여야 하며, 금융투자업자가 동의한 경우에는 해당 투자자는 일반투자자로 본다.
1. 국가
2. 한국은행
3. 대통령령으로 정하는 금융기관
4. 주권상장법인. 다만, 금융투자업자와 장외파생상품 거래를 하는 경우에는 전문투자자와 같은 대우를 받겠다는 의사를 금융투자업자에게 서면으로 통지하는 경우에 한한다.
5. 그 밖에 대통령령으로 정하는 자.

26) 자본시장법 제9조 ⑥ 이 법에서 '일반투자자' 란 전문투자자가 아닌 투자자를 말한다.

27) 임재연, 「자본시장법」, 박영사, 2012, 169-170면.

28) 박명환, 전게논문, 38면.

단 또는 해당 금융투자상품의 가치에 중대한 영향을 미칠 수 있는 사항('중요사항')을 거짓 또는 왜곡하여 설명하거나 중요사항을 누락하지 못한다고 규정하고 있는데, 이 때 왜곡이란 불확실한 사항에 대하여 단정적 판단을 제공하거나 확실하다고 오인하게 할 소지가 있는 내용을 알리는 행위를 말한다.[29]

(5) 설명의무의 방법

자본시장법 제47조 제1항은 금융투자업자는 설명사항을 일반투자자가 이해할 수 있도록 설명하여야 하고, 동조 제2항은 금융투자업자는 제1항에 따라 설명한 내용을 일반투자자가 이해하였음을 서명, 기명날인, 녹취, 그 밖의 대통령령으로 정하는 방법[30] 중 하나 이상의 방법으로 확인을 받아야 한다고 규정하고 있다.

이 때 금융투자업자가 설명사항을 일반투자자가 이해할 수 있도록 설명할 의무와 그러한 의무의 이행을 확인받을 의무는 별개이다. 즉, 설명의무를 이행했다는 것을 일반투자자로부터 확인받았다는 사실만으로 설명의무의 이행이 간주되거나 추정되는 것은 아니라는 것이다. 그러나 손해배상 청구소송에서 자본시장법상 설명의무 위반에 대한 증명책임 전환규정이 없으므로 투자자가 금융투자업자의 설명의무 불이행을 증명해야 하는데, 금융투자업자가 제47조 제2항의 확인까지 받은 경우에는 투자자가 금융투자업자의 설명의무 불이행을 증명하기 어려울 것이다.[31]

한편 금융투자상품에 대해 설명할 때 일반적이고 평균적인 투자자를 기준으로 설명해야 하는지, 개별적인 해당 투자자를 기준으로 설명해야 하는지는 설명의무에 관한 규정만으로는 불분명하다. 그러나 자본시장법 제46조 제2항은 금융투자업자는 일반투자자에게 투자권유를 하기 전에 면담 · 질문 등을 통하여 일반투자자의 투자목적, 투자경험 등의 정보를 파악하여야 한다고 규정하므로, 일반적인 투자자가 아니라 해당 투자자를 기준으로 설명해야 할 것이다.[32]

---

29) 임재연, 전게서, 175-176면.

30) 자본시장법 시행령 제52조(투자목적 등의 확인방법)
법 제46조 2항에서 '대통령령으로 정하는 방법'이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 방법을 말한다.
1. 전자우편, 그 밖에 이와 비슷한 전자통신
2. 우편
3. 전화자동응답시스템.

31) 임재연, 전게서, 175면 각주 50).

32) 임재연, 전게서, 175면.

2. 설명의무의 위반 유형

설명의무는 고객이 자기 책임 하에 합리적인 투자판단을 할 수 있도록 필요한 정보를 적극적으로 제공하여야 할 의무와 설명 시 투자자를 오도하는 부실기재 또는 중요한 사항을 누락하지 말아야 할 의무로 구성되어 있다.[33] 아래에서는 설명의무의 위반의 유형을 부실고지와 불고지로 유형을 나누어 살펴보기로 한다.

(1) 부실고지

부실고지[34]란 중요사항에 대해 사실과 다른 사항을 고지하는 것이며, 이 때 중요사항이란 금융거래 계약의 목적이 되는 내용과 소비자의 계약 체결 여부에 영향을 미치는 사항을 의미한다. 계약의 중요내용에 대해 사실과 다르게 고지하는 것은 진실 또는 진정하지 않은 말을 하는 것으로, 펀드 조건을 사실과 다르게 설명하거나 보험계약당시 추후 연금으로 전환가능하다고 설명했는데 전환이 안 되는 경우 등을 부실고지의 예로 들 수 있다.

(2) 불이익사실의 불고지

불이익사실의 불고지[35]는 사업자가 소비자에게 계약체결을 권유할 때 중요사항에 대해 이익이 되는 부분만을 알리고 투자자에게 불이익으로 되는 사실을 고의로 알리지 않은 경우이다. 투자자가 불고지된 사실에 대해 '그러한 내용을 알았다면 계약을 하지 않았다'라고 설명의무 위반을 이유로 계약의 취소나 손해배상을 요구하는 경우, 금융기관은 불고지 된 내용이 약관 등을 보면 당연히 알 수 있거나 중요 내용에 속하지 않음을 이유로 소비자의 요구를 거절하는 것으로 나타났다.

33) 서완석, "KIKO 분쟁에 있어서 판례의 동향과 자본시장법상의 쟁점", 「상사판례연구」 제23호 제1권, 2010, 439면.
34) 황진자, "금융상품의 불완전판매와 소비자보호-사법적 규율을 중심으로-", 고려대학교 대학원 법학과 박사학위논문, 2010, 29면.
35) 황진자, 전게논문, 30면.

3. 설명의무 위반의 효과

자본시장법 제48조 제1항은 금융투자업자는 제47조 제1항 또는 제3항을 위반한 경우 이로 인해 발생한 일반투자자의 손해의 배상 책임이 있다고 규정하고 있다. 손해배상책임발생의 요건은 ①위반행위의 존재, ②손해발생, ③위반행위와 손해 간의 인과관계이다.

또한 금융투자업자가 전문투자자를 상대로 투자권유를 하는 경우에는 제47조의 설명의무가 적용되지 않으므로[36] 금융투자업자에게도 손해배상책임이 인정되지 않는다. 다만 전문투자자라 하더라도 구체적인 사실관계에 따라서는 금융투자업자의 고객보호의무 위반에 해당하는 경우 민법 제750조의 불법행위책임은 발생할 수 있고, 이 때 투자자는 손해액을 증명해야 할 것이다.[37]

한편 손해액을 전문성이 없는 일반투자자에게 입증하도록 하는 것은 손해배상제도가 사실상 유명무실하게 될 수 있기 때문에 자본시장법은 제48조 제2항[38]에서 손해액 추정제도를 마련하고 있다.[39] 그러나 이 조항에 근거하여 손해인과관계도 추정된다고 해석하는 것은 부당하다. 손해액 중 해당 위반행위와 인과관계 있는 손해에 대해서만 배상책임이 인정되기 때문이다.[40]

4. 소결

자본시장법상 금융기관의 설명의무는 금융소비자가 금융상품에 대한 '투자권유'를 받는 순간부터 발생한다. 이 때 금융소비자는 전문투자자가 아닌 일반투자자여야 하며, 금융상품이란 증권과 파생금융상품을 의미한다. 다만 전문투자자는 한정적으로 열거되어 있고, 전문투자자에 해당할지라도 일반투자자로의 전환이 허용되고 있으므로 금융소비자 보호가 두텁게 이루어질 수 있다고 할 수 있다.

설명의무를 부담하는 주체는 금융상품을 취급하는 모든 금융투자업자이므로

---

36) 임재연, 전게서, 177면.
37) 임재연, 전게서, 178면.
38) 자본시장법 제48조(손해배상책임)
② 금융투자상품의 취득으로 인하여 일반투자자가 지급하였거나 지급하여야 할 금전등의 총액(대통령령으로 정하는 금액을 제외한다)에서 그 금융투자상품의 처분, 그 밖의 방법으로 그 일반투자자가 회수하였거나 회수할 수 있는 금전등의 총액(대통령령으로 정하는 금액을 포함한다)을 뺀 금액은 제1항에 따른 손해액으로 추정한다.
39) 박명환, 전게논문, 39면.
40) 임재연, 전게서, 177면 각주 54).

은행, 증권사 등 금융상품을 판매하는 모든 금융기관이라고 할 수 있다. 금융기관은 사람이 아니므로 설명의무의 위반 여부는 금융기관에서 금융상품을 판매하는 직원을 기준으로 판단하며, 금융기관은 그로 인한 손해배상책임을 부담하게 된다.

자본시장법은 금융투자상품의 내용, 투자에 따르는 위험, 투자에 관한 구조와 성격, 계약의 해제·해지에 관한 사항 등 설명의무의 내용에 대해 비교적 구체적으로 규정하고 있다. 금융투자상품을 판매하는 직원이 이러한 내용과 관련하여 고객에게 불리한 내용을 설명하지 않거나 사실과 다른 내용을 고지하면 설명의무를 위반한 것이 된다. 이러한 경우 금융소비자는 해당 금융기관에 대하여 자본시장법 제47조 설명의무 위반을 근거로 동법 제48조의 손해배상책임을 물을 수 있다.

지금까지 자본시장법 제47조와 제48조를 중심으로 설명의무의 의의, 위반의 유형, 위반의 효과 등을 살펴보았다. 이후에는 금융투자상품의 판매시 설명되어야 할 내용과 설명의무의 위반을 판단하는 기준, 설명의무 위반시의 손해배상의 범위 등에 대해 관련 판례를 중심으로 구체적으로 살펴보도록 하겠다.

III. 은행의 설명의무 위반 관련 판례 분석

현재까지 판례는 설명의무 위반과 손해배상책임을 인정하는 경우라도 자본시장법 제47조 등이 아닌 민법 제2조 신의칙의무와 동법 제750조 불법행위책임을 근거로 들고 있다. 그러나 자본시장법 시행 이후에 내려진 판결의 경우 내용상 설명의무를 근거로 하여 민법 제2조의 신의칙 위반을 이끌어 내는 등 설명의무의 내용을 구체화하는 노력이 분명히 보인다.[41]

본고에서는 우선 은행이 금융파생상품(본 사안의 경우 선물환계약)을 판매함에 있어서 설명의무를 위반했고, 그로 인한 손해배상책임이 인정된다고 판시한 우리나라 대법원 판례를 분석하여 자본시장법상 설명의무 관련 쟁점을 찾아보고자 한다. 이어서 이와 유사한 일본의 고등법원 판례를 분석하여 한국의 판례와 비교하고 시사점을 도출해 보고자 한다.

41) 서완석, 전게논문, 396면.

1. 은행의 설명의무 위반을 인정한 판례 분석

: 대법원 2010. 11. 11. 선고 2010 다55699 판결을 중심으로

(1) 사실관계

원고는 1994년부터 피고인 하나은행 대전둔산지점에서 변액연금보험 등 거래를 해 오다가, 2007. 2. 6. 당시 피고의 직원인 소외 1의 권유에 따라 일본펀드에 가입하였다. 원고는 2007. 11. 16. 피고의 직원인 소외 2의 권유에 따라 만기에 미리 정한 선물환율로 투자원금 상당의 엔화를 매도하기로 하는 내용의 선물환 계약(이하 '1차 선물환계약'이라 한다)을 체결하였다.

원고는 이 날 환차손을 지급한 후 선물환계약을 갱신하였다(이하 '2차 선물환계약'이라 한다). 2차 선물환계약의 만기 하루 전날인 2009. 2. 17. 원고가 피고에게 이 사건 펀드 및 2차 선물환계약에 대한 해지의사표시를 하여 해지일인 2009. 2. 17. 시장 환율을 기준으로 2차 선물환계약을 정산하였는데, 원/엔 환율이 급등하는 바람에 환차손을 입게 되었고, 이 사건 펀드도 손실이 발생하였다.

(2) 원심법원[42]의 판단

원심법원은 금융기관인 피고는 선물환계약과 같은 파생금융상품에 관한 상식이나 경험이 부족한 고객에게는 적어도 환율의 변동가능성, 선물환계약의 정산방법 및 선물환계약에 따르는 위험성 등에 관한 충실한 내용이 이해하기 쉽게 기재된 자료를 제공하는 등으로 선물환계약의 특성을 구체적으로 설명함으로써 고객이 그 정보를 바탕으로 선물환계약을 새로이 체결하거나, 이미 체결한 선물환계약을 유지할지 여부에 관하여 합리적인 판단을 할 수 있도록 고객을 보호하여야 할 주의의무가 있다고 판시하였다.

또한 피고는 역외펀드와 연계된 선물환거래의 특별한 위험성에 대해 원고가 이해할 수 있는 방식으로 설명하거나 그러한 위험성이 기재된 아무런 자료도 교부하지 아니한 채 담당직원의 개괄적인 설명만으로 선물환계약을 체결하게 하였으므로 고객 보호 의무를 위반한 잘못이 있다고 보아 원고가 입은 손해를 배상할 책임이 있다고 판시하였다.

이 때 피고가 배상하여야 할 손해의 범위는 원고가 이 사건 각 선물환 계약을 체결함에 따라 입은 전체 환차손액 중 이 사건 선물환계약 특유의 고도의 위험

42) 대전고법 2010. 6. 9. 선고 2009나9940 판결.

성으로 인한 손해, 즉 펀드에서 손실이 발생하는 부분에 상응하는 선물환계약으로 인하여 발생된 손해로 한정된다고 한다.

한편 원심법원은 원고에게도 선물환계약 체결 여부를 신중하게 결정하여야 함에도 이를 게을리한 과실이 있고, 2차 선물환계약의 체결 당시에는 1차 선물환계약 정산 경험을 통해 손실 발생 가능성을 알면서도 위험성을 정확하게 파악하지 않은 과실이 있으므로 피고가 배상해야 할 손해액을 정함에 있어서는 위와 같은 원고의 과실이 참작되어야 한다고 판시했다. 마지막으로 원고의 과실 등을 참작할 때 피고가 원고에게 배상해야 할 손해의 범위는 1차 선물환계약의 경우에는 위에서 인정한 손해액의 70%, 2차 선물환계약의 경우에는 위에서 인정한 손해액의 50% 정도로 제한함이 공평의 원칙상 상당하다고 판시하고 있다.

(3) 대법원[43]의 판단

대법원은 원심의 판단 중 제2차 선물환계약에 대한 손해배상책임에 대한 부분에 대해서만 파기하고 나머지 부분은 원심의 판단에 법리상 오해가 없다고 판시하고 있다. 대법원은 2차 선물환계약이 원고에게 적합하지 않았던 것이라고 볼 수는 없고, 또한 원고는 비록 1차 선물환계약의 체결 당시에는 선물환계약의 위험성에 관하여 제대로 알지 못하였다고 하더라도, 1차 선물환계약의 만기일에 이 사건 펀드를 해지하지 않고 선물환계약만을 정산하면서 당시 이 사건 펀드의 손실과 상승한 환율로 인하여 2천만 원이 넘는 정산금을 입금하면서 선물환계약의 의미와 위 정산금의 발생내역에 관한 설명을 다시 들었으므로, 그 무렵에는 앞에서 본 바와 같은 선물환계약의 특별한 위험성에 관하여 잘 알게 되었다고 보아야 할 것인바, 그렇다면 그 후 피고가 2차 선물환계약을 체결하면서 별도로 원고에게 위와 같은 특별한 위험성에 관하여 설명할 의무가 있었다고는 볼 수 없다고 판시하여 2차 선물환계약에 대한 설명의무를 부정하였다.

(4) 쟁점의 검토

우선 사실관계에서 원고는 2007. 11. 16. 피고의 직원인 소외 2의 권유에 따라 선물환 계약을 체결하였다고 하였으므로, '투자 권유'가 있었다고 할 수 있으므로 금융기관의 자본시장법 제47조 설명의무가 발생했다고 할 수 있다. 이와 같이 '투자 권유'가 있었는지가 설명의무 존재를 판단하는 첫 번째 쟁점이 될 것

43) 대법원 2010. 11. 11. 선고 2010다55699 판결.

이다. 이 때 금융기관의 직원의 투자권유 없이 자발적으로 금융투자상품을 구입한 금융소비자도 금융기관에 대해 자본시장법 제47조의 설명의무를 주장할 수 있는지는 의문이다.

다음으로 원심판단은 '파생금융상품에 관한 상식이나 경험이 부족한 고객'을 일반투자자로 보아 설명의무의 상대방으로 인정하고 있음을 알 수 있다. 또한 대법원은 피고의 동일 상품 투자 경험을 이유로 2차 선물환계약에서의 피고의 대한 원고의 설명의무를 부인하였다. 그러므로 거래의 상대방인 금융소비자가 '일반투자자'에 해당하는지가 설명의무 존재의 두 번째 쟁점이 될 것이다. 일반투자자인지 여부는 해당 금융소비자의 관련 상품에 대한 상식이나 경험유무를 기준으로 판단되며, 자본시장법 제9조 제5항 각 호의 전문투자자에 해당되는 경우라도 일반투자자로 전환을 요구했는지 확인해 볼 필요가 있다.

세 번째로 원심판단은 설명의무의 내용이 금융소비자의 계약체결 여부 및 계속의 판단의 근거가 되는 사항이라고 규정하고, 사안의 경우 '환율의 변동가능성, 선물환계약의 정산방법 및 선물환계약에 따르는 위험성'을 설명의 내용이라고 명시한 후 피고가 이와 같은 내용을 금융소비자에게 설명하지 않았음을 이유로 설명의무 위반의 판단을 내리는 구조를 채택하고 있다. 그러므로 판단의 시발점이라고 할 수 있는 설명의무의 내용 확정이 설명의무 위반 여부 판단의 세 번째 쟁점이 될 것이고, 이 때 그 확정 기준은 계약의 체결 여부와 계속에 대한 판단의 근거가 되는 내용인지가 될 것이다.

네 번째로 원심법원은 설명의무의 내용은 이해하기 쉽게 기재된 자료로 제공하여야 한다고 판시하여, 일반투자자에게 선물환계약을 맺는 상품을 판매할 경우 자료의 제공여부가 설명의무를 이행하는 방식이 된다는 것을 알 수 있다. 그러므로 관련 자료의 제공 여부 등을 통해 설명의무의 이행이 이루어졌는지가 네 번째 쟁점이 될 것이다.

마지막으로 손해배상책임의 범위는 원고의 과실 부분을 결정함에 따라 달라지므로 원고의 과실 부분을 결정하는 것이 다섯 번째 쟁점이 될 것이며, 그 판단 근거는 원고가 얼마나 성실하게 해당 계약을 파악하기 위한 노력을 했는지가 될 것이다.

지금까지 은행의 설명의무 위반과 그에 따른 손해배상책임을 인정한 한국의 대법원 판례를 분석하여, 금융기관의 설명의무 위반 유무를 판단하고 손해배상책임의 범위를 결정하는 다섯 개의 쟁점을 뽑아 보았다. 아래에서는 은행의 담당 종업원이 스왑거래 판매시에 했던 설명이 설명의무에 위반하는가가 쟁점이 되었던 일본의 후쿠오카 고등법원의 판례[44]를 분석하고자 한다.

2. 은행의 설명의무 위반을 인정한 일본 판례 분석

: 福岡高裁平成23年4月23日判決(金融商事判例1369号25頁)을 중심으로

(1) 사실관계 및 원심판결[45]

원고회사가 피고은행에 대해 고정금리(연 20145-3.035%)를 지불하고 피고은행은 원고회사에 대해 변동금리(3개월 TIBOR[46]+0%)를 지불하는 금리교환계약을 내용으로 하고, 1년 후를 거래의 스타트 라인으로 하는 방식(선(先) 스타트 방식)으로 하는 금리스왑계약(이하 '본건금리스왑계약'이라 한다)을 체결했다.

이후 고정금리가 변동금리를 상회하여 원고회사는 환차손 약883만엔이 발생했다. 원고회사는 피고은행의 담당종업원에게 설명의무위반 및 우월적 지위를 남용한 권유 등이 있다는 것을 이유로「금융상품의 판매 등에 관한 법률(이하 '금융판매법'이라 한다)」제4조,[47] 민법 제415조,[48] 제709조,[49] 715조[50]에 근거하여 피고은행의 불법행위에 기한 손해배상 즉 본건금리스왑계약에 기해 원고회사가 피고은행에 지불한 금원상당액 및 이에 대한 지연손해금의 지불을 구하는 본건

---

44) 지금까지는 간행물에 등재된 일본의 판례 중 은행의 종업원에 대해서 설명의무위반을 인정했던 것이 없었고 그 결론이 원판결과 본판결에서 판단이 다르다는 점이 특징이다("金利スワップ契約を締結するに当たって，銀行の担当従業員には説明義務違反があったとして，銀行に対する不法行為に基ずく損害賠償請求が認められた事例(過失相反４割)",「判例タイムズ」No.1364，2012.158頁).

45) 福岡地裁大牟田支部平成20年6月24日判決(金融商事判例1369号38頁).

46) 동경시장에 있어서 은행간 거래의 금리(Tokyo Inter Bank Offered Rate).

47) 일본 금융상품법 제4조
금융상품판매업자등은 금융상품의 판매 등을 업으로 행할 때, 당해 금융상품의 판매 등에 관계되는 금융상품의 판매가 행해질 때까지의 사이에 고객에 대해 해당 금융상품의 판매에 관계되는 사항에 있어서 불확실한 사항에 대해 확정적 판단을 제공하거나 확실하다고 오인시킬 위험이 있는 사실을 고하는 행위(이하 '단정적 판단의 제공 등'이라고 한다)를 행해서는 안 된다.

48) 일본 민법 제415조
채무자가 그 채무의 본지에 좇은 이행을 하지 않을 경우 채권자는 이에 의해 생긴 손해의 배상을 청구할 수 있다.

49) 일본 민법 제709조
고의 또는 과실에 의해 타인의 권리 또는 법률상 보호되는 이익을 침해한 사람은 이에 의해 생긴 손해를 배상할 책임을 진다.

50) 일본 민법 제715조
어떤 사업을 위해 타인을 사용하는 사람은 피용자가 그 사업의 집행에 있어서 제3자에게 가한 손해를 배상할 책임을 진다. 단, 사용자가 피용자의 선택 및 그 사업의 감독에 대해서 상당한 주의를 했을 때 혹은 상당한 주의를 했어도 손해가 발생했을 경우에 한해서 책임이 없다.

소송을 제기했다.

원심판결은 담당종업원에게는 설명의무위반이 없다고 판단하여 원고의 청구를 기각했고, 원고회사는 이에 불복해서 항소했다.

(2) 고등법원의 판단

법원은 피항소 은행의 종업원이 ① 중도해약시에 있어서의 위약금액과 계산방법, ② 선(先) 스타트 방식과 스팟 스타트(spot start)방식(계약시점을 스타트라인으로 하는 방식)에 따라 금리가 다른 이유 등에 대한 이해, ③ 본건금리스왑계약에서 정한 고정금리는 변동금리를 TIBOR로할 때 경제적으로 균형을 이루는 수준인가에 대해서 설명하지 않았다고 판단했다. 따라서 이러한 설명은 항소회사가 계약체결·계속의 가부, 현시점에서 선(先) 스타트 방식의 거래를 할 지 아니면 장래 스팟 스타트(spot start)방식의 거래를 할지 여부, 변동 금리 리스크 헷지 기능의 효과 등에 대해서 합리적인 판단을 할 수 없는 불충분한 설명이었다고 판단했다.

결론적으로 본건금리스왑계약은 신의칙에 반해 무효인 것으로 피항소 은행의 종업원에게 설명의무 위반이 있으므로 피항소 은행에는 일본 민법 709조, 715조에 근거한 환차손을 배상할 의무가 있으나 항소회사에도 과실이 있으므로 지연손해금, 환차손의 약4할을 공제한 금액의 배상을 명하는 동시에 피항소 은행의 반소청구는 기각했다.

(3) 쟁점의 검토

1) 설명의무의 내용과 설명의무 위반의 판단

법원은 항소회사가 본건금리스왑계약의 설명을 들을 때 세무사를 동석시켰고, 그 설명을 듣고 난 이후 상당기간 동안 검토한 후 본건금리스왑계약의 체결을 했다는 사실과 금리스왑거래는 복잡한 파생금융상품이지만 원리 자체는 이해하기가 어렵지 않다는 사실을 인정했다. 그럼에도 불구하고 극도로 전문적인 지식 및 경험이 없는 한 본건금융스왑계약이 계약의 목적인 변동금리 리스크헷지로서의 효과가 있는지 없는지의 판단은 극히 어려운 것이라고 판시하여 금융상품의 목적에 대한 고도의 설명의무를 인정하고 있다.

또한 법원은 본건금융스왑계약 해지시의 청산금에 대해 판단할 수 있는 자료가 주어지지 않아 항소회사로서는 이러한 해지 조건을 고려한 계약체결 검토 기

회가 주어지지 않았다고 판시했다. 마찬가지로 법원은 금융스왑계약의 스타트 시점에 대한 설명이 전혀 없었기 때문에 이에 항소회사로서는 선(先) 스타트 방식과 스팟 스타트(spot start)방식을 현시점에서 선택해야하는가의 판단마저도 불가능했다고 보았다. 법원은 이와 같이 계약의 체결 여부 등의 판단의 자료가 되는 정보의 제공을 설명의무로 보고, 이러한 정보 제공이 이루어지지 않았을 경우 설명의무를 위반한 것으로 보고 있다.

2) 전문적 계약의 경우 설명의무의 강화

법원은 금리스왑거래의 계약은 금융관계거래소를 통하지 않고 당사자 간의 직접적인 거래로 이루어지기 때문에 그 거래조건이 당사자 간의 합의에 의해 정해지는 것으로, 본건금리스왑계약의 체결도 피항소 은행의 금리스왑계약의 제안을 항소회사가 검토한 후 동의한다는 전제 위에 체결된 것임을 지적하며 금융소비자의 자기책임의 원칙을 시사했다.

그럼에도 불구하고 법원은 본건금리스왑계약이 계약당사자의 일방에 한해서 전문적인 정보와 지식 등이 있는 특수·전문적 내용의 계약인 '전문적 성질의 계약'에 해당하며, 이와 같이 계약의 주된 내용이 지식이 있는 당사자로부터의 일방적인 제안인 경우, 그 지식이 있는 당사자에게는 타방당사자에 대한 계약에 대해 개개의 상대방의 사례와 당해계약의 성질에 어울리는 상당한 정도의 법적인 설명의무가 부가된다고 판시하여 전문적 성질의 계약의 경우 금융기관의 설명의무가 강화됨을 보이고 있다.

3) 설명의무 위반에 기한 손해배상책임

법원은 본건 피항소 은행의 설명은 계약체결을 좌우할 가능성이 있는 중도해약 시의 청산금, 선(先) 스타트 방식과 스팟 스타트(spot start)방식의 결정, 계약체결의 목적인 협의의 변동금리 리스크 헷지 기능의 효과에 대한 판단에 필수적인 정보인 변동금리의 기준금리가 TIBOR가 되는 경우의 고정금리수준 등에 대해서 설명이 이루어지지 않은 것 등 설명이 전체적으로는 극히 불충분했다고 판단했다.

법원은 또한 상기 설명이 충분히 이루어졌다면 항소회사는 목적으로 하는 변동금리 리스크 헷지의 가능성이 불합리하게 낮은 본건 금리스왑계약은 체결하지 않았을 것이 분명하므로 그 설명의무 위반은 중대하다고 판단하였다. 이러한 중대한 설명의무 위반을 근거로 법원은 본건금리스왑계약은 계약체결시의 신의칙에

위반하는 것으로 무효이며, 또한 그 설명의무 위반은 피항소 은행의 불법행위를 구성한다고 판시했다. 그러므로 '알았다면 체결하지 않았을 정도'의 사실에 대해 설명을 하지 않은 경우 설명의무를 위반한 것으로 본다는 것을 알 수 있다.

3. 소결

소결에서는 앞에서 분석한 한국과 일본의 두 판례를 비교하고자 한다. 두 판례 모두 금융상품 판매시 전달해야 할 상품의 '중요 사항'을 전달하지 않은 은행에 대해서 설명의무 위반을 인정하고 손해배상책임을 부과한 판례이다.

우선 한국 판례의 경우 '투자 권유'가 설명의무 존재를 판단하는 첫 번째 쟁점이 되는 데 비해 일본 판례의 경우 '투자 권유'의 존재 유무는 설명의무를 판단하는 쟁점으로 등장하지 않는다. 그러므로 일본의 경우 금융기관의 투자 권유 없이 금융소비자가 자발적으로 금융상품계약을 체결하는 경우에도 금융기관은 금융상품판매법 제4조에 근거하여 설명의무를 부담한다.

두 번째로 한국의 대법원은 원고의 동일 상품 투자 경험을 이유로 2차 선물환 계약에서의 피고의 대한 피고의 설명의무를 부인했다. 이러한 금융소비자가 일반투자자인지 전문투자자인지 여부와 일반투자자인 경우에도 해당 금융소비자가의 지식과 경험 유무에 따라 설명의무 존재 여부를 판단하는 것은, 금융소비자의 자기책임 원칙에 근거하여 설명의무를 좁게 인정하는 것을 의미한다. 그러나 일본의 경우 금융소비자의 성격 보다는 금융상품이 전문적 계약인지 여부에 따라 설명의무 존부를 판단하여 보다 금융소비자 보호에 유리하다는 것을 알 수 있었다.

다만 '알았다면 계약하지 않았을 정도'의 중대한 내용에 대해 자료의 제공이 없는 것이 설명의무 불이행으로 정의된다는 것과 파생금융상품의 경우 구조, 원리, 위험성 등이 다양하므로 법원의 판결 시에 해당 금융상품의 설명의무의 내용이 구체적으로 정해진다는 것은 공통점이라고 할 수 있다.

마지막으로 아직 우리나라에서 금융상품의 설명의무 위반을 이유로 손해배상을 받은 경우는 있었지만, 계약이 무효로 인정된 사례는 한 번도 없었다. 하지만 일본 판례에서는 설명의무 위반을 근거로 계약 무효가 가능하여 금융소비자가 더 두껍게 보호되고 있다는 것을 알 수 있다.

IV. 결어

자본시장법은 금융기관에 대한 규제완화와 투자자 보호를 동시에 규제하고 있다. 그러나 자본시장법의 목적이 규제 완화를 통한 금융기관의 효율성 제고였기 때문에 투자자 보호보다는 투자자 자기책임의 원칙이 기본 원칙으로 여겨져 온 것이 사실이다. 그럼에도 불구하고 투자자 보호 관련 규정이 추상적인데다가 각각의 금융기관을 규율하는 법령에 산발적으로 흩어져 있던 과거에 비하면 자본시장법은 금융상품을 판매하는 모든 금융기관을 규율하고 있고 적합성 원칙, 적정성의 원칙, 설명의무 등을 명확하게 규정하고 있으므로 투자자 보호가 확대되었다고 할 수 있다.

특히 동법 제47조는 금융기관이 부담하는 설명의무의 주체, 대상, 상대방 등을 구체적으로 규정하고 있고, 제48조 설명의무 위반시 손해배상책임을 규정하여 금융소비자의 피해를 구제할 수 있는 방법을 제시하고 있다. 동 조항들과 관련 시행령들이 금융기관이 금융소비자에게 금융상품을 판매할 때 금융투자상품의 내용, 투자에 따르는 위험, 금융투자상품의 투자성에 관한 구조와 성격, 수수료에 관한 사항, 조기상환조건에 관한 사항, 계약의 해제·해지에 관한 사항을 전달하도록 규정하여 설명의무의 내용을 구체적으로 제시하고 있는 점이 주목할 만하다. 설명의무의 내용에 대한 이러한 구체화는 금융소비자의 소비주권을 보호할 뿐 아니라 금융기관의 책임 이행 여부를 명확히 해서 분쟁의 해결에도 도움이 될 것이기 때문이다.

판례는 위와 같은 설명의무의 내용이 되는 특징을 '계약체결 여부, 계약계속 여부 등을 판단하는 재료가 되는 사항'으로 인식하고, 각각의 금융상품 계약의 '중요 사항'을 제시하고 금융기관이 그에 대한 자료 제공이 있었는지에 따라 설명의무 위반을 판단하고 있다.

설명의무 위반을 판단하는 방식은 일본의 판례도 유사한 것으로 보인다. 이미 1990년 후반의 금융빅뱅 이후 파생상품, 워런트 등 다양한 금융상품이 보급되었으나 이용자의 지식과 정보 부족 등으로 분쟁이 빈발하고, 규제완화에 따른 규제공백이 나타난 일본의 경우, 민사규제를 중심으로 한 '소비자계약법', '금융상품판매법과 행정규제를 중심으로 한 '금융상품거래법'을 중심으로 금융소비자 보호체제를 갖추고 있다.[51] 반면 한국의 경우 금융기관의 규제완화와 겸업화를 허용

51) 황진자, "일본의 금융소비자보호법제 제정에 따른 시사점-소비자계약법, 금융상품판매법, 금융상품거래법 제정을 중심으로", 「소비자정책동향」 제7호, 2008, 1면.

하는 것을 주된 내용으로 하고 투자자보호를 같이 규정하는 자본시장법만이 존재하고 있다. 이에 금융소비자의 보호를 더욱 구체적으로 규정할 필요가 있다. 현재 일본의 금융상품판매법에 해당하는 '금융소비자보호법(안)'[52]이 국회의 통과를 기다리고 있다. 이 법안이 통과한다면 금융소비자 보호가 더욱 확실하게 이루어지고, 금융상품을 둘러싼 분쟁해결에도 도움이 될 것이다.

한편 한국과 일본의 판례에서 중요한 차이점은 한국 판례의 경우 피고 은행 측에 설명의무 위반이 존재하는지를 판단함에 있어 일반투자자인 원고에게 해당 상품의 '중요 사항'을 전달해야 하는가가 쟁점이 되었고, 일본 판례의 경우 피고 은행 측이 해당 상품의 '중요 사항'이 전달되었는지가 쟁점이었다는 점이다. 즉 한국의 경우 해당 금융 상품의 복잡성 등 보다는 금융소비자의 경험 등에 비추어 은행의 설명의무 정도를 결정하고 있으므로 금융소비자의 자기책임의 원칙이 더 강조되고 있음을 알 수 있다. 반면 일본의 경우 금융소비자의 경험이나 지식의 정도와는 상관없이 해당 금융상품의 구조나 위험성 등이 파악하기 힘들 정도로 복잡하다면 은행의 설명의무가 존재하고, 은행이 이러한 설명의무를 이행했다는 것을 입증하지 못하는 경우 손해의 배상을 인정하고 있으므로 은행의 투자자보호 의무가 더 강조되고 있다는 것을 알 수 있다.

일본의 경우 민법 제715조에서 보듯이 입증책임의 전환이 이루어지고 있기 때문에 금융기관이 설명의무의 이행을 입증하기 위한 방안들을 스스로 마련해 왔다. 2007년 9월 투자자보호를 강화한 금융상품 거래법이 전면 시행되면서 일본의 대형 은행들이 고령투자자보호에 관심을 기울이는 이유도 금융상품거래법에서 투자자가 손실을 입은 경우 피해에 대한 인과관계 입증책임을 판매회사에게 부담시켰기 때문이라고 한다.[53] 그러므로 금융소비자 보호를 통한 금융소비자의 금융시장에 대한 신뢰를 회복하고, 이를 통해 금융시장을 더욱 활성화시키기 위해서는 설명의무 위반에 대한 입증책임의 전환도 고려해 볼 가치가 충분한 방안이라고 생각된다.

마지막으로 일본의 금융상품판매법의 경우 설명의무의 이행 방법에 대해 명확히 제시하고 있지 않지만 판례를 보면 '중요 사항'에 대한 자료의 제공 등 사실에 따라 판단하고 있다는 것을 알 수 있다. 한국의 경우 서명 또는 기명날인 등

52) 금융위원회는 2012. 7. 3. 「금융소비자 보호에 관한 법률」 제정안 및 「금융위원회의 설치 등에 관한 법률」 개정안이 국무회의 통과했으며 동년 7월 중 국회에 제출될 계획임을 발표했음.
http://www.fsc.go.kr/info/ntc_news_view.jsp?bbsid=BBS0030&page=8&sch1=&sword=&r_url=&menu=7210100&no=28726 참조(2012. 8. 15. 방문).

53) 한국투자자보호재단(편), 「투자자보호 나침반」, 한국투자자보호재단, 2012, 179면.

설명의무의 방법을 제시하고 있으나, 오히려 이러한 형식적인 기준만을 충족한다면 설명의무가 이행된 것으로 판단되는 부작용이 있어 왔고, 계약 체결 시 해당 금융 상품에 대해 어떤 설명이 있었는지는 실제 분쟁에서 가장 입증하기도 어렵고, 당사자 간 주장이 대립되는 부분이기도 하다다. 이에 자필확인서의 증명력을 담보하기 위해서는 금융투자업자가 상품을 판매한 후 고객에게 전화통화 등의 방법으로 모니터링을 실시하여 판매과정에서 누락된 사항을 사후적으로 보완하는 절차를 마련하거나 설명과정을 녹화하여 보관하도록 하는 방법[54] 등도 대안으로 제시되고 있다.

한국의 금융시장은 1997년 말 IMF 금융위기 사태 이후 외국계 금융기관의 등장으로 금융의 세계화가 시작되었다고 할 수 있다. 이후 금융기관의 대형화와 겸업화를 통한 금융시장의 효율성 및 수익성 제고라는 세계 금융시장의 흐름에 따라 2007년 자본시장법을 제정하였고, 이로 인한 규제 완화를 위해 금융소비자법(안)을 제정하고자 하고 있는 상황에 와 있다.

세계 금융시장의 변화와 이에 따른 자본시장법 제정 등으로 한국의 금융기관은 대형화, 겸업화를 통해 저금리시대에 높은 수익률을 제공하는 다양한 파생금융상품을 제공하는 등 수요자(금융소비자)에게 다양한 금융서비스를 제공할 수 있게 되었다. 금융소비자에 대한 보호 측면에 대한 행정적인 규제를 강화하고, 금융소비자의 손해를 구제할 수 있는 방안을 마련하는 등 금융소비자의 소비주권을 강화시킨다면 한국의 금융소비자도 만족스러운 금융서비스를 누릴 수 있게 될 것이고 한국의 금융시장은 더욱 발전할 것으로 생각된다.

54) 서완석, 전게논문, 439-440면.

참고문헌

1. 단행본

임재연, 「자본시장법」, 박영사, 2012.
한국투자자보호재단(편), 「투자자보호 나침반」, 한국투자자보호재단, 2012. 3.

2. 논문

김자봉, “영국 금융빅뱅사례와 국내 자본시장빅뱅의 조건”, 「금융포커스」 제16권 제47호, 한국금융연구원, 2007. 11.
노태석, “2010년 하반기 은행거래 관련 주요 판례”, 「은행법연구」 제3권 제2호, 은행법학회, 2010. 11.
박명환, “자본시장법상 투자자보호제도의 개선방안에 관한 연구”, 연세대학교 대학원 법학과 박사학위논문, 2010.
서완석, “KIKO 분쟁에 있어서 판례의 동향과 자본시장법상의 쟁점”, 「상사판례연구」 제23호 제1권, 한국상사판례학회, 2010. 3.
안수현, “은행소비자 보호의 개선과제-펀드판매를 중심으로”, 「은행법연구」 제1권 제1호, 은행법학회, 2008.
원승연, “금융투자상품 시장에서의 금융소비자 보호-제한된 합리성 개념을 중심으로”, 「소비자학연구」 제22권 제1호, 한국소비자학회, 2011. 3.
정순섭, “일본의 금융기관 설명의무 입법에 대한 연구”, 「홍익법학」 제8권 제1호, 홍익대학교, 2007.
황진자, “금융상품 판매에 있어 고령소비자보호 방안”, 「소비자문제연구」 제41호, 한국소비자보호원, 2012. 4.
, “금융상품의 불완전판매와 소비자보호-사법적 규율을 중심으로-”, 고려대학교 대학원 법학과 박사학위논문, 2010.
, “일본의 금융소비자보호법제 제정에 따른 시사점-소비자계약법, 금융상품판매법, 금융상품거래법 제정을 중심으로”, 「소비자정책동향」 제7호, 한국소비자원, 2008. 10.
“金利スワップ契約を締結するに当たって，銀行の担当従業員には説明義務違反があったとして，銀行に対する不法行為に基ずく損害賠償請求が認められた事例(過失相反 4 割)”, 「判例タイムズ」 No.1364, 判例タイムズ社, 2012.

기간제법 시행 후 기간제 근로자의 갱신기대권에 대한 소고

강윤구

충남대학교 법학전문대학원 석사과정

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 기존에 정립된 갱신기대권
1. 의의
2. 유형별 요건
3. 효과
Ⅲ. 기간제법 시행 후 갱신기대권의 의미
1. 문제의 제기
2. 판례의 검토
3. 갱신기대권 인정여부
Ⅳ. 결론

Ⅰ. 서론

기간제 근로계약이란 기간의 정함이 있는 근로계약을 말한다. 기간제 근로계약은 계약당시 계약의 종료시점을 예측할 수 있어 계약관계 종료에 대비할 수 있으므로 법률관계의 안정을 도모할 수 있는 장점이 있다. 그러나 계약당사자가 대등한 관계에 있지 않은 상황에서는 근로관계의 존속여부가 일방에 의해 결정되고 남용될 수 있는 여지가 있다. 특히 사용자에 의해 기간제 근로계약이 남용될 경우 근로자는 불합리한 차별적 처우에도 합당한 법적 보호를 받을 수 없어 불안정한 법적지위에 놓이게 된다. 그러한 법적 불균형을 시정하기 위해 대법원은 몇몇 유형의 판례법리를 형성하여왔다. 그리고 근로자보호를 주목적으로 2007. 7. 1. 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」(이하 '기간제법'이라 한다)이 시행되었다.

이러한 입법적 결단으로 말미암아 일부에서는 종전의 판례법리가 더 이상 존속할 수 없을 것이라는 견해를 보이고 있다. 그러나 기간제법은 2년이라는 총 사용기간의 제한과 사용기간의 제한에 영향을 받지 않는 다양한 예외를 적용하는 사유제한을 적용함으로써 기간제 근로에 대한 보호규정으로서 불충분한 점이

있다.[1] 따라서 종전의 판례법리가 기간제법 시행 하에서도 적용된다면 현행 기간제법의 문제점을 보완할 수 있을 것이라는 기대 하에 판례법리 유지에 대한 논의가 이루어지고 있다.

기간제법이 시행됨으로 인해 기존의 근로자 보호를 위한 판례의 법리들이 존속할 수 있는지에 대한 대법원 판결은 현재로서는 없다. 따라서 본고에서는 하급심의 판결을 바탕으로 기간제 근로자 보호에 관한 판례법리 중 하나인 갱신기대권에 대한 법리가 유의미하게 존속할 수 있는지 논하고자 한다.

갱신기대권이 판례법리인 만큼 그 의미나 유형을 다르게 설명하거나 정리하는 경우가 많은 편이다. 따라서 갱신기대권의 개념을 먼저 고찰하고 현재 정의된 갱신기대권이 존속될 수 있는지에 대해서 세 가지 하급심 판례를 검토하면서 향후 갱신기대권의 의미를 예상해보도록 하겠다.

Ⅱ. 기존에 정립된 갱신기대권

1. 의의

갱신기대권이란 기간의 정함이 있는 근로계약일지라도 일정한 요건 아래 근로자에게 근로계약의 갱신을 요구할 수 있는 권리가 생기는 것을 의미한다.[2] 즉, 갱신기대권은 근로계약기간의 만료로 근로계약이 종료되는 원칙[3]에도 불구하고 합리적인 이유가 있는 경우에만 갱신 거절을 가능하게 함으로써 상대적으로 취약한 근로자의 지위를 보호하려는 판례법리이다.[4]

기간제 근로자 보호법리로서의 갱신기대권이 가지는 지위를 파악하는 견해는 대략 세 가지로 나뉜다. 기간제 근로자 보호법리를 네 가지 유형으로 분석하여 파악하는 견해[5]와 효과에 따라 두 가지 유형으로 파악하는 견해[6], 계층적 구조

---

1) 김홍영 · 변성영, "현행기간제법 하에서의 종전 판례법리의 유지가능성", 「成均館法學」 제23권 제1호, 2011, 451면.

2) 중앙노동위원회, 기간제 근로자 판례분석 : 기간제 근로계약 해지의 정당성, 2008, 2면.

3) 임종률, 「노동법」, 박영사, 2011, 575면.

4) 유성재교수는 '재임용기대권'이라고 표현하는데 이는 갱신기대권중 교원임용에 관한 기대권을 말하고 있고 판례는 '정당한기대권'이라 표현한 후 갱신거절의 합리적 이유를 판단하는데 이는 표현의 차이가 있을 뿐 갱신기대권과 동일하다 할 것이다.

5) 과거 장기간 근로계약의 반복 · 갱신이 이루어진 경우(1유형), 근로계약상 기간의 정함이 형식에 불과한 경우(2유형), 법령이나 정관에 재임용에 관한 근거규정이 있어 갱신기대권이 형성된 경우(3유형), 기간제 근로계약을 인정하면서 해고제한법리가 유추적용된 경우(4유형)로 분류하는

의 판례법리로 파악하는 견해[7]가 그것이다.

학설에 따른 분류 방식은 어느 하나가 절대적인 방식이라고 보기는 어렵다. 검토할 문제가 구체적인 판례법리의 변경과정이라면 판례의 각 유형으로 분류할 필요도 있을 것이고, 효과를 중점적으로 파악하기 위해서는 순수기간제 근로계약 법리와 사실상 무기계약법리로 이해하는 것이 효과적이며 계층적 구조로 이해한다면 근로자에게 적용 가능한 법리를 구성하거나 갱신기대권의 독자성을 검토하기에 적합하기 때문이다.

본고에서는 기간제법의 시행에 따른 판례의 변화를 중점적으로 검토할 예정이므로 판례를 네 가지 유형으로 분류하는 견해에 입각하여 검토하는 것이 적절하다고 할 것이다. 그에 따르면 법령이나 정관에 재임용에 관한 근거규정이 있어 갱신기대권이 형성된 경우(3유형), 기간제 근로계약을 인정하면서 해고제한법리가 유추적용된 경우(4유형)가 갱신기대권이 발생하는 경우이다. 이 중 4유형은 법령이나 정관에 근거 없이 반복·갱신의 근로에 기반한 갱신기대권을 근거로 든다는 점에서 3유형을 갱신기대권으로 보고 4유형은 확장된 갱신기대권으로 파악할 수 있다.[8]

2. 유형별 요건

(1) 적극적 요건

1) 규정이나 계약 등에 재임용에 관한 근거규정이 있는 경우(3유형)

판례는 "임용권자에게 임용기간이 만료된 근로자를 재임용할 의무를 지우거나 재임용 절차 및 요건 등에 관한 근거규정을 두고 있어 근로자에게 소정의 절차

견해이다(신권철, "기간제 근로계약의 무기근로계약으로의 전환", 「노동법연구」 제30호, 2011, 206면 이하).

6) 사실상 무기계약법리와 순수기간제 근로계약 법리로 보는 견해이다(유성재, "「기간제법」의 제정과 기간제 근로계약의 갱신거부", 「중앙법학」 제12집 제2호, 2010, 359면 이하).

7) 판례법리를 계층적으로 구조화시켜서 먼저 기간제근로계약성립부정법리를 거치고, 기간제근로계약이라면 계속근로기간인정법리를 확인하여 판례법리가 적용될 근로계약을 분류한 후에 각 근로계약에 맞게 자동갱신법리, 형식적근로계약기간법리, 갱신기대권법리를 적용해야 한다는 견해이다(하갑래, "기간제근로계약에 있어 근로자의 계속근로기대법리", 「經營法律」 제20집 제1호, 2009, 878면 이하).

8) 이 견해를 취할 경우 2유형과 3유형의 구분이 명확하지 않은 때가 있는데 갱신기대권은 순수기간제법리라는 유성재 교수의 의견이나 형식적근로계약기간법리와 갱신기대권법리를 구분하여 파악하는 하갑래 교수의 의견을 고려하여 그 독자성을 인정한다면 3유형을 갱신기대권으로 보고 2유형은 무기한 근로계약으로 보는 것이 적당하다 할 것이다.

에 따라 재임용될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정되는 경우에는 사용자가 그 절차에 위반하여 부당하게 근로자를 재임용에서 제외하는 것은 실질적으로 부당해고에 해당"하여 효력이 없다며 갱신기대권을 인정하여 왔다.[9] 근거규정에 대해서는 근무성적평정제도나 퇴직급여제도가 적용된다는 것만으로는 계약갱신의 요건이 충족된다고 볼 수는 없다[10]는 점에서 명시적인 근거규정을 중요시하고 있다고 보여진다. 즉, 명시적으로 임용의 근거가 된 법령 등의 규정이나 계약 등에서 계약갱신의 절차나 사유 등을 정하고 있을 것을 요건으로 한다. 다만 이 유형에서 갱신기대권이 인정된 사례는 대부분 대학교원 재임용에 관한 사례에서 형성되었으므로 일반 기간제 근로자에 대한 적용 가능성에는 논란의 여지가 있다.[11]

2) 근로계약 당사자 사이에 일정한 요건이 충족되어 갱신에 대한 신뢰관계가 형성된 경우(4유형)

다음으로 명시적 규정이 없더라도 "근로계약의 내용과 근로계약이 이루어지게 된 동기 및 경위, 계약 갱신의 기준 등 갱신에 관한 요건이나 절차의 설정 여부 및 그 실태, 근로자가 수행하는 업무의 내용 등 당해 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합하여 볼 때 근로계약 당사자 사이에 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성"[12]된 경우에는 정당한 기대권이 인정될 수 있다. 이 경우 근로계약서 문언의 취지, 다른 동종 근로자들의 계약갱신 사례는 물론 업무의 내용도 고려하여 종합적으로 판단하여 생성된 갱신에 대한 신뢰관계를 요건으로 한다. 3유형의 갱신기대권이 일반 근로자에게 적용될 수 있도록 고려사항을 다양화시켜 인정한 확장된 형태의 갱신기대권이라고 볼 수 있다.

(2) 소극적 요건[13]

적극적 요건이 인정된다면 '합리적인 이유' 없이 갱신을 거절할 경우 사실상 부당한 해고에 해당하게 된다. 갱신거절은 해고에 해당하지 않기 때문에 해고제

9) 대법원 2005. 7. 8. 선고 2002두8640 판결; 대법원 2007. 10. 11. 선고 2007두11566 판결.
10) 하갑래, 전게논문, 869면.
11) 신권철, 전게논문, 218면.
12) 대법원 2011. 4. 14. 선고 2007두1729 판결.
13) 갱신기대권이 인정되더라도 '합리적인 이유'가 있다면 갱신 거절이 인정되어 갱신기대권은 무의미하므로 '합리적인 이유'를 갱신 거절의 요건이자 갱신기대권의 소극적 요건으로 이해할 수도 있을 것이다.

한규정을 유추적용하여 해고제한규정의 '정당한 이유'보다는 넓은 개념인 '합리적인 이유'로 부당한 해고여부를 판단한다. '정당한 이유'는 근로계약을 유지할 수 없을 정도로 근로자에게 책임이 있거나 경영상 필요가 있는 경우를 의미하지만[14] '합리적인 이유'는 근로자 고용 필요성이나 평가를 거친 후 일정 등급 이하의 근로자 재계약 거절도 인정된다.[15] 그리고 '합리적인 이유'가 인정된다면 갱신 거절은 정당화된다.

3. 효과

갱신기대권이 인정된다면 근로자의 기존 근로계약이 갱신된다. 이 경우 기간만료 후의 근로관계는 종전의 근로계약이 갱신된 것과 동일하다.[16] 따라서 갱신기대권이 반복되었다고 하더라도 당연히 무기근로계약으로 전환되거나 다음 갱신이 예정되지는 않는다.

보통 기간제 근로계약은 통산 부당해고구제사건이나 부당해고무효 소송 중에 만료되므로 갱신거절이 부당해고로 간주되어도 근로자의 지위회복이 이루어지기 어렵다는 비판이 있다.[17] 또한 기간의 정함이 없는 근로계약으로 간주된다는 법리를 확립하지 못한 채 결론내린 대법원의 잘못으로 보고 기간의 정함이 없는 근로계약이 체결된 것과 동일한 것으로 보자는 견해도 있다.[18] 그럼에도 불구하고 대법원은 임용기간의 만료로 교원의 신분을 상실한 자의 교수지위확인을 구하는 소송을 허용하지 않고[19] 재임용거부처분의 무효확인을 구하는 소송만을 허용[20]하고 있다. 대법원은 재임용 거부결정이 불법행위에 해당함을 이유로 임금상당의 손해배상을 구할 수는 있지만[21] 갱신기대권이 인정된다 할지라도 즉시 근로관계의 회복 효력이 발생하는 것은 아니라는 입장에 있다고 볼 수 있다.

14) 임종률, 전게서, 496면.
15) 유성재, 전게논문, 372면.
16) 대법원 2011. 4. 14. 선고 2007두1729 판결.
17) 신권철, 전게논문, 216-217면.
18) 박제성, "기간제 근로계약과 갱신 기대권", 「노동법학」 제38호, 2011, 221면.
19) 대법원 2006. 7. 6. 선고 2005다16041 판결.
20) 대법원 2006. 3. 9. 선고 2003다52647 판결.
21) 대법원 2006. 3. 9. 선고 2003다52647 판결.

Ⅲ. 기간제법 시행 후 갱신기대권의 의미

1. 문제의 제기

기존의 기간제 근로에 대한 규율은 근로기준법 제16조에 의해서 이루어졌다. 이 규정의 해석에 대해 대법원은 "1년을 초과하는 근로계약기간을 정하여 근로계약을 체결하였다 할지라도 그 계약기간의 정함 자체는 유효"하다고 보았다.[22][23] 근로기준법 제16조의 입법취지를 1년을 초과하는 근로계약기간 부분의 근로관계에 있어서 근로자에게 퇴직의 자유를 보장하려는 것에 있다고 보았기 때문이다. 그로 인해 취약해진 근로존속의 보호를 위해 갱신기대권을 비롯한 기간제 근로의 보호에 관한 판례법리들이 등장하게 되었다.[24]

문제는 2007. 7. 1. 기간제법이 시행된 후에도 판례법리들이 유효한가이다. 특히 갱신기대권의 유효여부가 문제가 된다. 앞서 갱신기대권의 효과에서 살펴보았듯이 다른 기간제 근로자 보호법리는 기간의 정함이 없는 근로계약으로의 변환을 가져오지만 갱신기대권은 기존 근로계약이 갱신되는 효과가 있다. 그렇다면 갱신기대권이 인정됨으로 인해서 근로계약기간이 2년이 초과된 경우에도 기간제법의 적용을 받아 무기근로계약으로 변경 되는지가 문제된다. 간단히 말하면 1년 6개월의 기간제 근로계약 이후 갱신기대권이 적용되어 총 3년의 기간제 근로계약으로 인정된다면 해당 근로계약은 기간제법의 적용을 받아 사실상 기간의 정함이 없는 근로계약이 되는가의 문제이다. 그 차이는 앞서 갱신기대권의 효력을 살펴본 바와 같이 근로계약의 회복유무에 있으므로 근로자와 사용자 모두의 입장에서 큰 의미를 지닌다 할 것이다.

이에 대한 대법원 판례는 아직 없지만 문제가 되었던 세 가지의 하급심 판례를 검토한 후, 갱신기대권의 인정으로 무기근로계약으로 전환될 때의 갱신기대권의 존속 여부를 검토하고 향후 방향을 제시해보고자 한다.

---

22) 대법원 1996. 8. 29. 선고 95다5783 전원합의체 판결.

23) 기존에는 1년 이상의 근로계약이 체결된 경우 1년 이후의 근로관계는 특별한 사정이 없는 한 기간의 약정이 없는 것으로 보았으나(88다카21296) 대법원은 전원합의체 판결로 판례를 변경하였다.

24) 김홍영 · 변성영, 전게논문, 453-454면.

2. 판례의 검토

(1) 울산지방법원 2011. 6. 9. 선고 2010가합2059 판결

사안에서 원고들은 2007. 3. 1.에 학교의 조리원으로 입사하여 계약기간을 1년으로 정하고 각 근로계약 종료시마다 매 1년 단위로 기간을 정하여 근로계약을 갱신하여 왔는데 2010. 2. 28. 계약기간 종료 통보서를 받았다. 그리하여 원고들은 근로계약상의 기간의 정함이 단지 형식에 불과하여 기간의 정함이 없는 근로계약이라는 주장과 그렇지 않더라도 갱신기대권이 존재함에도 불구하고 합리적인 이유없이 해고한 것은 무효라고 주장하였다.[25]

법원은 여러 사정[26]을 종합하여 이 사건 근로계약이 사실상 기간의 정함이 없는 근로자에 해당한다고 보기는 어렵다고 판단하였다. 그리고 갱신기대권의 주장에 대해서는 "근로계약의 갱신거절이 바로 통상적인 의미에 있어서의 해고 자체는 아니므로 갱신거절의 사유는 해고사유보다는 다소 넓게 인정함"을 전제하고 종합적인 고려에 의해 "원고들에게 이 사건 근로계약의 갱신에 대한 정당한 기대권이 있다고 보기도 어려울 뿐더러 이 사건 갱신거절이 합리적 이유 없는 갱신거절이라고 볼 수도 없다"고 하였다. 특이한 사항은 고려 대상에 "기간제법의 시행으로 2년을 초과하여 근무한 기간제 근로자의 경우 기간의 정함이 없는 근로자로 의제됨으로써 사용자가 근로계약의 갱신 여부를 결정하는 데 있어 중요한 사정에 현저한 변경이 발생한 점"을 추가하고 있다는 것이다. 물론 종합적 판단의 한 요인일 뿐이지만 기간제법의 시행으로 인한 사정 변경을 근로계약 갱신 거부의 합리적인 이유에 포함시키는 것으로 해석하고 있는 것이다.[27]

이 사건에서 법원은 원고에게 정당한 기대권이 있다고 보기도 어렵고 합리적 이유 없는 갱신거절이 있다고 볼 수도 없다고 하였다. 갱신기대권의 인정을 위한 요건 중 적극적 요건, 소극적 요건이 모두 부존재한다고 본 것이다. 하지만 이 판결에서 법원은 기간제법 시행 후에도 갱신기대권이 인정될 수 있다는 것을

25) 이 사건에서 근로계약은 2008. 3. 1. 갱신되었고 기간제법은 시행 후 갱신시점부터 적용되므로 2년이 지나지 않은 2010. 2. 28.에는 기간제법을 적용을 요구할 수 없었기 때문에 원고들은 기간제법 적용 주장을 할 수 없었다.

26) 근로계약서에 1년의 계약기간을 명시적으로 기재한 점, 재계약의 절차 및 요건 등에 관한 구체적 근거규정이 존재하지 않아 재계약을 보장한다는 취지로 보기 어려운 점, 각 근로계약의 기간만료시마다 퇴직금을 정산하여 지급하여 온 점, 업무의 성격상 학교급식인원이나 급식환경 등이 변화하면 업무가 없어지거나 감소될 수 있다는 사정을 원고들로서도 잘 알고 있었을 것으로 보이는 점 등이 고려사항이 되었다.

27) 최석환, "기간제법 시행 이후의 기간제 근로계약과 기대권", 「노동법학」 제40호, 2011, 346면.

전제하고 있다. 또한 사안에서는 비록 정당한 기대권이 인정되지 않았지만 인정된다 할지라도 갱신거절의 합리적인 이유를 판단함에 있어서 기간제법의 시행을 고려하고 있다는 점이 주목할 만하다.

(2) 서울고등법원 2011. 8. 18. 선고 2011누9821 판결

사안에서 원고는 2008. 6. 19.부터 2008. 12. 31.까지로 정하는 전문위원채용계약을 체결하고, 2008. 12.경 계약기간을 2009. 1. 1.부터 2009. 12. 31.까지로 체결한 후 2009. 12. 31.까지 근무하다가 2009. 12. 31. 계약기간 만료로 인하여 퇴직한 사람들이다. 원고는 피고(국민권익위원회)가 2010. 1. 1. 재계약을 체결하지 아니한 것은 부당해고에 해당한다고 주장하였다.

1심은 개별 사안에서 갱신거절의 합리성을 판단할 때에 기간제법 제4조 제1항 및 제2항의 존재사실을 고려사항의 하나로 삼을 수는 있지만 위 조항을 들어 정당한 계약갱신의 기대권이 계속근로기간 2년을 초과하지 아니하는 범위 내에서만 인정된다고 할 수는 없다고 하였다.[28]

하지만 상급심인 서울고등법원은 기간제법의 입법취지[29]를 "기간제 근로계약의 남용을 방지함으로써 기간제근로자 지위의 안정화라는 목표와 사용자가 경기변동에 따라 고용량을 조절할 수 있는 노동시장의 유연성 제고라는 목표를 조화롭게 추구하기 위함"이라고 보아 기간제법 제4조 제2항은 강행규정이라고 판단하면서 재계약기간은 원고들의 총 근로기간이 2년 이내가 되는 한도 내에서 정해지는 것으로 2010. 6. 18. 만료되었다고 보았다. 또한 "기간제법 시행 이후에 신규로 체결되는 기간제 근로계약은 근로관계가 2년의 기간 내에 종료될 것이 예정되어 있는 반면 근로자에게 총 사용기간이 2년을 초과하는 재계약이 체결될 수 있으리라는 기대권이 인정될 수 없다"고 하였다.

이 사건에서 법원은 채용공고의 내용과 법령과 예산의 엄격한 제한을 받는 고용의 성격을 고려하여 갱신기대권이 없음을 인정할 수 있었다. 하지만 기간제법의 시행으로 인해 근로자에게 총 사용기간이 2년을 초과하는 재계약이 체결될 수 있으리라는 기대권이 인정될 수 없다는 것에 중점을 두고 판단하였다. 법원

---

28) 서울행정법원 2011. 2. 10. 선고 2010구합36312 판결.

29) 1심은 기간제법의 입법취지에 대해 "기간제근로자, 단시간근로자 등 비정규직 근로자가 급격히 증가하고 이들 근로자에 대한 차별적 처우와 남용행위가 사회적 문제로 대두됨에 따라, 기간제근로자 및 단시간근로자에 대한 불합리한 차별을 시정하고 사용자의 남용행위를 규제함으로써 이들 근로자의 근로조건을 보호하고 노동시장의 건전한 발전을 도모하기 위하여 기간 제법이 제정되었"다고 보았다.

은 기간제법이 강행규정이므로 판례법리인 갱신기대권은 기간제법과 충돌되지 않는 정도까지만 인정되며, 갱신기대권과 기간제법이 중첩적으로 적용될 여지가 없다고 보고 있는 것이다. 따라서 근로자에게 총 사용기간이 2년을 초과하는 재계약이 체결될 수 있으리라는 기대권이 인정될 수 없다. 결국 이 사건에서 법원은 갱신기대권을 통해 2년을 초과하는 경우는 갱신기대권의 적극적 요건이 발생하지 않는다고 보았다.

(3) 서울고등법원 2011. 4. 14. 선고 2010누33971 판결

사안에서 참가인(근로자)는 2000. 7. 6. 원고(한국철도공사)의 전신인 철도청 산하 철도경영연수원 입사하여 근무하다가, 2005. 1. 1. 신분전환 및 고용승계가 되었고, 이후 1년 단위로 원고와 근로계약을 체결하였다. 기간제법 시행 이후인 2007. 7. 1.과 2008. 7. 1.에 재계약이 이루어졌는데 원고는 2009. 6. 30. 자로 근로계약기간이 만료될 것임을 통지하였으나 경기지방노동위원회와 중앙노동위원회는 재계약거부가 부당해고에 해당한다고 판단하였다.

원고는 기간제 근로자가 재계약 기대권에 따라 재계약되어 근로기간이 2년을 초과하게 되면 기간제법에 따라 무기근로계약으로 전환되어 부당한 결과를 초래한다고 주장하였다. 또한 참가인에게 재계약 기대권이 인정된다고 하더라도, 참가인의 업무 자체가 존속 필요성을 상실하였으므로, 원고에게는 재계약을 거부할 합리적인 이유가 있다고 주장하였다.

원고의 이와 같은 주장에 대해 서울고등법원은 기간제법에 의해 계약 당사자가 의도하지 않은 불합리한 결과가 초래될 수도 있으나, “무기계약 전환이라는 결과는 재계약 기대권 법리의 직접적 귀결이 아니라 기간제근로자보호법 제4조에 따른 것이므로, 그와 같은 사정을 들어 이미 발생한 재계약 기대권을 부정하거나 제한적으로 해석할 수는 없다(위와 같은 불합리는 기간제근로자보호법 제4조 제1항 단서 또는 적법한 절차에 따른 정리해고, 근로계약의 합의해지 등의 방법으로 해결하여야 할 것으로 보인다)”고 판단하였다. 또한 기간제 근로자를 사용할 경우 무기근로자로 전환해야 할 상황에 직면한 것으로는 합리적인 이유가 되지 않는다고 판단하였다. 참가인에게 재계약의 정당한 기대권이 인정되는지 여부에 대해 “정당한 기대권은 채용의 근거가 된 계약이나 취업규칙의 재계약 관련 규정에서 발생하는 권리이고, 기간제근로자보호법률 제4조가 그와 같은 재계약 관련규정을 특별히 제한하는 규정이라고는 보이지 아니하”다고 전제하였기 때문이다.

이 사건에서 법원은 재계약 기대권, 즉 갱신기대권이 기간제법 시행 후에도 유효하며 그 효과 역시 기간제법의 적용과는 별개로 인정되는 것으로 중첩적으로 적용될 수 있다고 본다. 또한 갱신기대권이 인정됨으로 인해서 기간제법이 적용된다는 사정이 갱신거절의 합리적 이유로 볼 수는 없다고 하였다.

다만 2000.부터 8회에 걸쳐 매년 재계약하며 근무한 것이 갱신기대권에 영향을 끼친 것인지 검토할 필요가 있을 것이나 법원은 그 영향이 미세하다고 판단하는 듯하다. 법원은 기대권 발생의 근거로 들고 있는 양호한 근무실적의 내용이 기간제법 시행 이후에 발생하였다는 것과 기간제법이 공포된 직후인 2006. 12. 29. '전문직직원운영세칙' 개정의 내용에서도 계약기간이 1년 단위로 계속 연장된 것으로 간주함을 명시하는 규정이 있어 기간제법 시행으로 2년이 경과하기 이전에 근로계약관계를 종료할 수 있다는 점을 서로 용인하고 있었다고 보기 힘들다는 것을 근거를 제시하고 있기 때문이다.

(4) 검토

울산지방법원의 사건에서는 기간제법의 시행이라는 사정을 고려하여 합리적 이유 없는 갱신거절이 있다고 볼 수도 없다고 하였다. 이 경우 합리적인 이유에 기간제법의 시행을 주된 요소로 고려한다면 사실상 갱신기대권을 인정할 수 없다는 취지로 보인다. 흥미로운 것은 갱신거절은 계약종료 후 언제나 가능하기 때문에 갱신기대권은 인정될 여지가 없게 됨에도 불구하고 판결은 갱신기대권이 인정될 수 있다는 것을 전제하고 있다는 것이다. 이것을 이해한다면 기간제법의 시행은 합리적인 이유 판단에 주된 고려사항이 아니라고 할 것이다.

서울고등법원의 2011누9821 판결에서는 기간제법 시행 이후에 신규로 체결되는 근로자에게 총 사용기간이 2년을 초과하는 재계약이 체결될 수 있으리라는 기대권이 인정될 수 없다고 보았다. 같은 법원 2010누33971 판결을 의식한 것으로 보인다. 하지만 기간제법 시행 이후 신규로 체결된 근로계약이라는 것이 중요한 의미를 지니는지는 의문이다. 2010누33971 판결에서도 결정적인 갱신기대권의 인정 이유는 기간제법 시행 후에 발생한 사정들에 의한 것이었기 때문이다. 또한 기간제법의 시행 당시 부칙 제2항에 따르면 '제4조의 규정은 이 법 시행 후 근로계약이 체결·갱신되거나 기존의 근로계약기간을 연장하는 경우부터 적용'하기 때문에 기간제법 시행 이후 체결된 재계약과 신규로 체결된 근로계약을 다르게 볼 이유가 없다고 보여진다.

서울고등법원 2011누9821 판결에서는 기간제법 제4조 제2항은 강행규정이므로

기간제법 시행 이후에 신규로 체결되는 기간제 근로계약은 근로관계가 2년의 기간 내에 종료될 것이 예정되어 있다고 판단하였다. 하지만 2년을 넘게 고용한 경우 무기한 근로계약이 성립된다는 효력이 강행규정이지 2년을 넘는 기간의 계약이 무효라는 의미의 강행규정은 아니라고 할 것이므로 기대할 수 있는 근로계약의 기간이 2년에 한한다고 볼 수는 없다.

서울고등법원의 2010누33971 판결에서는 기간제법 제4조가 기간제 근로자의 근로조건 보호 강화의 입법취지가 있으므로 갱신기대권을 제한하는 규정이라고 보지 않는다. 그러므로 갱신기대권을 인정함에 의해 무기계약 전환이 이루어진다고 할지라도 그것은 기간제법의 효과일 뿐이고 그것을 이유로 갱신기대권을 제한할 수는 없다고 한다. 이 경우 근로자의 보호를 위한 목적은 달성되겠지만 사용자는 근로자와 원치 않는 무기계약을 체결한 결과를 초래하므로 부당하다는 비판을 면할 수 없다. 판결에서는 기간제법 제4조 제1항 단서 또는 적법한 절차에 따른 정리해고, 근로계약의 합의해지 등의 방법을 해결책으로 제시하고 있다. 하지만 갱신기대권의 인정범위를 어떻게 정하는가에 따라 사용자는 물론이고 근로자도 불안정한 법률상 지위에 처하게 될 수 있으므로 갱신기대권의 범위를 명확히 할 것이 요구된다.

앞서 살펴본 몇몇 하급심 판결에서 볼 수 있듯이 아직 판례가 일관성 있게 정립되어 있지 않다. 그렇지만 위와 같은 하급심 판결들은 갱신기대권에 대한 찬반의 합리적인 근거들을 사례에서 보여주고 있다.

3. 갱신기대권 인정여부

(1) 갱신기대권을 인정할 수 없다는 견해

서울고등법원의 2011누9821 판결에서 근거로 삼은 것과 같이 기간제법 제4조 제2항을 강행규정으로 보아 기간제 근로계약은 근로관계가 2년의 기간 내에 종료될 것이 예정되어 있고 갱신기대권은 인정할 수 없다는 견해이다. 이 견해에 따르면 기간제법의 입법취지는 갱신기대권까지 규율하기 위함이라고 본다. 즉, 기간제법 제4조 제1항 본문의 반대해석을 통해 기존의 판례법리의 적용을 배척한다고 보고 있다. 그러므로 더 이상 법 흠결이 존재하지 않고 갱신기대권은 존재의 정당성을 상실한다.[30]

추가적으로 갱신기대권의 적극적 요건은 인정되나 소극적 요건으로서의 '합리

30) 유성재, 전게논문, 373면.

적인 이유'가 있는 것으로 보아 갱신 거절이 가능하다고 보는 견해도 갱신기대권을 인정할 수 없다는 입장이다. '합리적인 이유'의 존부에 대한 주요 고려대상으로 기간제법의 시행을 포함시킨다면 사실상 갱신기대권을 인정할 여지가 없기 때문이다.

(2) 기간제법과 별개로 갱신기대권을 인정하는 견해

갱신기대권 법리는 기간제법의 시행과는 관계없이 종전과 같이 적용된다는 견해이다. 기간제법 제4조의 의미는 사용자의 기간제 사용을 제한하는 데에 있음을 근거로 한다. 기간제법 제4조의 강행규정성은 사용자에게 2년을 초과하여 기간제 근로자를 사용할 수 없다는 것이지 2년까지로 근로자의 사용을 제약하겠다는데 있지 않기 때문이다. 또한 기간이 갱신되어 근로계약이 무기계약으로 전환된다 하더라도 그것은 갱신기대권 법리의 효과가 아니므로 갱신기대권의 적용을 부인할 수 없다는 것을 근거로 한다. 오히려 사용자가 갱신기대권이 형성되지 않도록 주의해야 한다는 입장이다.[31]

(3) 소결

갱신기대권을 인정할 수 없다는 견해는 갱신기대권을 인정하면 무기계약으로 전환되는 근로계약이 발생한 경우 결과적으로 판례법리인 갱신기대권은 의미를 상실했다고 본다. 하지만 이러한 견해는 원천적으로 갱신기대권을 인정하지 않아 사용자의 법 잠탈을 위한 시도에 근로자가 대응할 수 없는 단점이 있다.[32] 반면에 기간제법의 시행과 관계없이 갱신기대권을 인정하는 취한다면 근로자 보호에는 충실할 수 있지만 그로 인해 사용자의 불합리한 부담을 초래하게 되는 단점이 있다. 또한 이 경우 사용자에게 큰 부담을 지우게 되고 원치 않는 무기근로계약이 발생하여 법적 안정성이 위협받으며 명확한 기준이 없어 법적분쟁이 빈번하게 발생할 가능성을 배제할 수 없다.

결국 문제의 핵심은 외형상 드러난 근로자의 기대권을 인정할 것인가, 아니면 사용자에게 예상치 못한 부담을 지우지 않도록 갱신기대권을 인정하지 않을 것인가이다. 이를 위해 갱신기대 명시성의 정도를 그 기준으로 삼는 것이 합리적인 해결방안이 될 수 있다. 그리고 그 분류는 기존의 3유형(규정이나 계약 등에 재임용에 관한 근거규정이 있는 경우)과 4유형(근로계약 당사자 사이에 일정한

31) 김홍영, 전게논문, 368-369면.
32) 최석환, 전게논문, 347면.

요건이 충족되어 갱신에 대한 신뢰관계가 형성된 경우)이 될 수 있다.

명확하게 근거규정이 있음에도 불구하고 근로자의 갱신기대권을 인정하지 않는다면 근거규정을 신뢰한 근로자를 기만하고 사용자가 법을 오용할 수 있는 방법을 법적으로 제공하는 것과 다름없다. 그러므로 규정이나 계약 등에 재임용에 관한 명시적인 근거규정이 있는 경우에는 갱신기대권을 인정하는 것이 옳다. 다만 근거규정 없이 근로계약 당사자 사이에 단순히 갱신을 기대할만한 근로계약서의 문언이나 동종 근로자들의 갱신사례, 업무의 내용 등을 종합적으로 고려하여 갱신에 대한 신뢰관계가 형성될 수 있는 경우에는 그 신뢰가 어느 일방의 것이 될 가능성이 높고, 사용자에게 지나친 부담을 주게 되므로 갱신기대권을 인정하지 않도록 해야 한다.

이 기준을 적용한다면 갱신기대권이 인정되면 무기근로계약으로 전환되는 경우에는 3유형의 갱신기대권은 인정하고 4유형의 갱신기대권은 인정하지 않는 결과를 가져온다. 물론 이는 3유형의 갱신기대권을 확장해서 보호하기 위해서 만들어진 4유형의 갱신기대권이 다시 축소되는 결과이다. 그렇지만 갱신기대권을 인정함에도 해고무효의 소는 인정하되 지위확인의 소는 인정하지 않았던 기존의 판결을 고려해보면 갱신기대권으로 보호하려고 하는 근로자의 보호이익이 사용자의 부당한 부담을 넘어서는 안 된다는 것이 법원의 입장으로 보인다. 그리고 그 입장을 고수하기 위해서는 무기근로계약의 전환될 때의 갱신기대권 인정을 원천봉쇄하거나 근로자의 보호를 위해 묵시적인 사정들을 모두 고려하여 무기근로계약을 인정하기는 힘들다. 다만 4유형에 속하더라도 근로계약이나 근거규정이 아닌 다른 명시적인 의사표명이 있었다면 그 경우 또한 갱신기대권을 인정할 여지가 있다.

Ⅳ. 결론

기간제 근로계약은 근로자의 과실 유무와 관계없이 기간이 만료되면 근로계약이 종료된다. 그와 같은 사정은 사용자의 권한을 강화하고 기간제 근로자에 대한 차별을 가져올 수 있다. 그러한 불균형을 보완하기 위해 제출된 기간제법안의 제안이유는 “기간제근로자, 단시간근로자 등 비정규직 근로자가 급격히 증가하고 이들 근로자에 대한 차별적 처우와 남용행위가 사회적 문제로 대두됨에 따라 기간제근로자 및 단시간근로자에 대한 불합리한 차별을 시정하고 사용자의 남용행위를 규제함으로써 이들 근로자의 근로조건을 보호하고 노동시장의 건전

한 발전을 도모하려는 것임"으로 나타나 있다. 비록 법률을 제정할 때까지 사용자의 입장에서 뿐만 아니라 근로자의 입장에서도 많은 비판과 반론이 있었지만, 기간제법은 근로자를 보호하려는 입장에 초점이 맞추어져 있었다고 할 수 있다. 그러므로 기간제법이 적용되지 않는 부분에 대해서는 법적인 보호를 포기하겠다는 의미보다는 판례법리로 미흡한 점을 보완하겠다는 의미로 보아 이를 인정하는 방향으로 고려해야 한다.

기간제법이 시행되기 전에 근로자 보호를 위해 형성되었던 갱신기대권도 마찬가지이다. 기간제법은 총 근로기간을 기준으로 근로계약기간의 제한을 하고 있으나 갱신기대권은 그와 달리 재계약에 관한 근거규정이나 여러 사정을 종합하여 판단한다. 그러므로 기간에 관계없이 인정되는 갱신기대권은 여전히 근로자 보호를 위한 판례 법리로 존속할 수 있을 것이다.[33]

물론 앞서 살펴본 바와 같이 갱신기대권이 인정됨으로 인해 근로계약이 무기근로계약으로 전환되는 경우가 발생할 수 있다. 이 경우 사용자는 부당한 부담을 지게 되지만, 갱신기대권을 인정하여 무기근로계약으로 전환되어 발생되는 불합리는 기간제법 제4조 제1항 단서 또는 적법한 절차에 따른 해고 및 근로계약의 해지 등의 방법으로 해결할 수 있다. 반면 갱신기대권을 인정하지 않음으로 인해 발생하는 사용자의 근로자에 대한 남용행위는 적절한 대처방법이 없으므로 갱신기대권을 인정하는 방향으로 판례가 구성되어야 하지 않을까 사료된다.

갱신기대권의 인정을 위한 요건 중 명시적인 규정이 있을 것을 강조하여 사용자의 남용을 방지할 필요가 있다. 그리고 갱신기대권이 인정된 경우에는 계약상 및 혹은 규정상의 의무로 무기근로계약의 전환을 인정해야 한다. 이 경우 합의에 의한 근거를 가지고 있기 때문에 갱신거절의 합리적인 이유에 기간제법의 시행을 포함시키는 것은 어렵다. 반면 기존과 같이 여러 사정을 종합하여 갱신기대권을 인정하였던 판례는 무기근로계약의 전환을 인정하기 위한 경우에는 사용자와의 균형을 고려할 때 인정되기 힘들다.

본고는 기간제법 시행이후의 판례의 방향에 관하여 기간제 근로자 보호법리 중 갱신기대권에 대해서만 고찰하였다. 그렇지만 다른 기간제 근로자 보호법리와 기간제법의 시행 후 관계도 여전히 논란의 여지가 있다. 사실 이러한 분쟁을 최소화하는 가장 좋은 방법은 기간제 근로계약시 동등한 관계에서 이를 명확히

33) 최근 대법원은 2012. 6. 14. 선고 2010두8225 판결에서 기존 직원들에게 가점을 주는 것에 대한 구체적인 기준도 없이 공개채용절차를 통하여 선발되어야만 계약 갱신을 해주겠다고 주장하면서 공개채용절차에 응시하지 않았다는 이유만으로 갱신을 거절한 것은 부당해고에 해당한다고 판단함으로 이를 뒷받침하고 있다.

하는 것이다. 하지만 계약당시 상대적으로 불리한 지위에 있는 근로자가 재계약에 대한 규정이나 계약을 명시적으로 요구하는 것은 쉽지 않다.

갱신기대권은 고용불안에 처해 차별을 허용할 수밖에 없는 기간제 근로자에게 쉽게 포기할 수 있는 권리가 아니다. 그러므로 동등한 지위에서 근로계약을 체결할 수 있는 입법적 장치가 준비되기 전에는 갱신기대권을 인정하는 방향으로 지속적인 논의가 필요하다.

참고문헌

1. 단행본

임종률, 「노동법」, 박영사, 2011. 1.

2. 논문

김홍영, “기간제법의 시행 이후 갱신기대권의 인정여부”, 「노동법학」 제41호, 한국노동법학회, 2012. 3.

김홍영 · 변성영, “현행기간제법 하에서의 종전 판례법리의 유지가능성”, 「成均館法學」 제23권 제1호, 성균관대학교 법학연구소, 2011. 4.

박제성, “기간제 근로계약과 갱신 기대권”, 「노동법학」 제38호, 한국노동법학회, 2011. 6.

신권철, “기간제 근로계약의 무기근로계약으로의 전환”, 「노동법연구」 제30호, 서울대학교 노동법연구회, 2011. 3.

유성재, “「기간제법」의 제정과 기간제 근로계약의 갱신거부”, 「중앙법학」 제12집 제2호, 중앙법학회, 2010. 6. 30.

최석환, “기간제법 시행 이후의 기간제 근로계약과 기대권”, 「노동법학」 제40호, 한국노동법학회, 2011. 12.

하갑래, “기간제근로계약에 있어 근로자의 계속근로기대법리”, 「經營法律」 제20집 제1호, 한국경영법률학회, 2009. 10.

취소소송의 대상으로서의 조례

- 서울행정법원 2012. 6. 22. 선고 2012구합11676 판결 의무휴무조례 판결에 관한 소고 -

김지은

충남대학교 법학전문대학원 석사과정

Ⅰ. 들어가며
Ⅱ. 서울행정법원 2012. 6. 22. 선고 2012구합11676판결
1. 사건의 개요
2. 판결의 취지
3. 쟁점
Ⅲ. 조례의 위법성 판단 기준
1. 법률 우위의 원칙
2. 법률 유보의 원칙
3. 지방자치단체장의 고유 권한
4. 사안
Ⅳ. 처분적 조례
1. 처분적 조례 개념
2. 사안
3. 조례에 대한 취소소송
Ⅴ. 나가며

Ⅰ. 들어가며

최근 대형 마트들이 대형마트 영업시간 제한 및 의무휴무일 지정 조례(이하 의무휴무조례)[1]에 따른 영업시간제한취소의 소를 서울시의 지방자치단체들(강동구, 송파구)을 상대로 서울행정법원에 제기하였다. 서울행정법원은 2012년 6월 22일 조례의 위법성을 이유로 강동구청장과 송파구청장이 한 영업시간제한 및 의무휴업일 지정처분을 취소하는 판결[2]을 선고하였다. 서울행정법원의 판결에

1) 조례의 공식 명칭은 지방자치단체별로 다르다. 송파구의 경우 '서울특별시 송파구 전통상업보존구역 지정 및 대규모·준대규모점포의 등록제한 등에 관한 조례'이고 강동구의 경우 '서울특별시 강동구 유통기업상생발전 및 전통상업보존구역 지정 등에 관한 조례'가 공식명칭이다. 이 조례들은 영업시간 제한 및 의무휴무일 지정을 공통내용으로 하고 있으므로 '대형마트 영업시간 제한 및 의무휴업일 지정 조례'라는 이름으로 쓰기로 하고 이를 줄여 '의무휴무조례'라고 부르기로 한다.

2) 강동구청장을 피고로 한 서울행정법원 2012. 6. 22. 선고 2012구합11676 판결, 송파구청장을 피고로 한 서울행정법원 2012. 6. 22. 선고 2012구합11966 판결. 두 개의 판결은 판결주문과 판결이

뒤이어 대형마트들은 조례를 제정한 전국의 지방자치단체들을 상대로 처분의 취소를 구하는 소송을 제기하고 있으며 이에 따른 지방자치단체들의 조례개정 움직임 또한 본격화되고 있다.

골목 상권으로 표현되는 중소 유통업자들의 이익을 보호하기 위해 지방자치단체들은 유통산업발전법의 개정과 조례의 제정을 통해 대형마트들의 영업시간을 제한하는 시도를 하였다. 이러한 영업규제에 반대하여 대형마트들은 영업의 자유 등의 기본권이 침해될 가능성을 제기하였다.[3] 대형마트에 대한 영업 규제로 인해 "재래시장이나 골목상권이 반사 효과를 누렸는지" 아니면 "오히려 내수 위축과 소비자불편만 초래한 것은 아닌지"[4]에 대한 반응이 엇갈린 가운데 서울행정법원의 판결은 법리적인 관점을 떠나 사회적으로 중대한 관심사가 되었다.

세간의 관심이 대형마트에 대한 규제를 강화하는 방향으로 초점을 맞춰 관련 법과 조례를 개정하는데 쏠려 있는 것에 반해 서울행정법원 2012. 6. 22. 선고 2012구합11676 판결이 지닌 법리적 쟁점에 관한 관심은 덜한 편이다.

이 글에서는 행정법적 측면에서 서울행정법원의 판결을 검토하는 것을 목적으로 한다. 서울행정법원은 강동구청장이 대형마트들에게 한 통지에 처분성을 인정한 뒤 처분에 절차적 위법성이 있다고 판단하여 처분을 취소하는 결정을 내렸다. 이와 함께 강동구의회가 의결한 조례의 위법성을 확인하고 무효를 선언했다. Ⅱ에서는 서울행정법원 판결의 취지와 쟁점들이 무엇인지 간략하게 밝히고 Ⅲ에서는 의무휴무조례의 위법성 판단에 바탕이 된 주요 법리들을 하나씩 짚어볼 것이다.

이 글의 또 다른 목적은 대형마트 의무휴무조례의 위법성 판단의 기준들과 최근 몇 년 간 우리나라 행정법학에서 논쟁의 중심이 되었던 처분적 성격의 법규명령에 대한 사법적 통제에 관한 이론을 접목하는 것이다. Ⅳ에서는 의무휴무조례라는 개별 법령을 처분적 조례로서 개념화할 때 이에 대한 취소소송의 효과는 어떻게 전개될 것인지 추론할 예정이다. 이는 처분적 법규명령에 대한 사법적 통제가 어떤 방식으로 이뤄져야 하는지에 대한 단상을 제공해 줄 수 있을 것이라고 믿는다.

유가 동일하므로 이 중에서 서울행정법원 2012. 6. 22. 선고 2012구합11676 판결을 중심으로 글을 전개하려 한다.

3) 한국체인스토어협회는 대형마트와 기업형슈퍼마켓(SSM)의 영업을 제한하는 내용의 '유통산업발전법'에 대한 헌법소원과 전주시 조례에 대한 효력정지 가처분 신청을 냈다. 체인협은 개정된 유통법과 조례가 대형유통사들의 헌법에 명시된 영업의 자유(제15조)를 침해한다고 밝혔다. 또 합리적인 이유 없이 대형마트와 SSM을 편의점, 온라인몰, 전통시장, 개인이 운영하는 슈퍼마켓과 차별하는 해당 법안이 헌법상 기본권인 평등권을 해친다고 밝혔다("대형마트, 영업의 자유 지켜낼 것", WOW 한국경제TV, 2012. 2. 17. 기사).

4) "포퓰리즘 덫에 빠진 대형마트 영업규제", 이데일리, 2012. 8. 20. 기사.

Ⅱ. 서울행정법원 2012. 6. 22. 선고 2012구합11676판결

1. 사건의 개요

2012. 1. 17. 법률 제11175호로 개정된 유통산업발전법에서 시장·군수·구청장이 대통령령으로 정하는 대규모점포와 준대규모점포(이하 대형마트)에 대하여 오전 0시부터 오전 8시까지의 범위에서의 영업시간 제한 및 매월 1일 이상 2일 이내의 범위에서의 의무휴업을 명할 수 있도록 하고, 이에 필요한 사항은 해당 지방자치단체의 조례로 정하도록 하는 내용의 규정이 신설되었다.

서울특별시 강동구 의회에서는 위와 같이 개정된 유통산업발전법에 따라 서울특별시 강동구 유통기업상생발전 및 전통상업보존구역 지정 등에 관한 조례의 개정작업에 착수하였다. 강동구 의회 행정복지위원회는 2012. 2. 29. 위원회 안을 가결한 후 2012. 3. 1.부터 2012. 3. 5.까지 5일간 강동구 의회 홈페이지를 통해 입법예고를 하였고, 위 가결된 안은 강동구 의회 본회의에 상정되어 2012. 3. 19. 통과되었으며 의결된 조례는 강동구청장에게 이송되었다.

강동구청장은 2012. 4. 3. 강동구 내에 위치한 35개의 대형마트 측에 유통산업발전법의 개정에 따라 대형마트와 준대규모점포에 대한 영업시간의 제한과 월 2회의 의무휴업일 제도가 시행이 되며, 이에 따라 마련된 이 사건 조례가 공포·시행될 예정이니 이를 준수하라는 내용의 공문을 보냈고 2012. 4. 9. 이 사건 조례를 공포하였다.

서울특별시 강동구 내에서 대규모점포 또는 준대규모점포를 운영하는 법인들은 강동구청장을 피고로 하여 영업시간 제한 및 의무휴업일 지정처분을 취소하는 소를 서울행정법원에 제기하였다.

2. 판결의 취지

서울행정법원은 원고인 대형마트들의 주장을 인용하여 영업시간 제한 및 의무휴업일 지정 처분을 취소하는 판결을 하였다. 크게 두 가지 이유를 제시하였는데 첫 번째는 강동구 의회가 의결하고 강동구청장이 공포한 의무휴무조례[5]가 강

5) 서울특별시 강동구 유통기업상생발전 및 전통상업보존구역 지정 등에 관한 조례
제16조의2(대규모점포등에 대한 영업시간의 제한 등)
구청장은 법 시행령 제7조의2에 따라 대형마트로 등록된 것과 준대규모점포에 대하여 다음 각 호와 같이 영업시간 제한과 의무휴업일을 명하여야 한다. 다만, 연간 총매출액 중 「농수산물

동구청장에게 유통산업발전법에 따른 대형마트들에 대한 영업시간 제한 및 의무휴업 범위의 최대치를 의무적으로 명하도록 강제하고 있어 강동구청장의 판단재량을 박탈하고 있고 이는 상위법인 유통산업발전법의 입법취지에 반하여 위법하다는 것이다. 조례의 위법은 강동구청장이 유통산업발전법에 의해 부여받은 판단재량권을 스스로 행사하지 않고 의무휴무조례에만 근거하여 영업시간 제한 및 의무휴업일 지정 처분을 하는 결과를 초래하여 대형마트들에게 심대한 영향을 미쳤다고 서울행정법원은 판시하였다. 따라서 이 사건 처분은 의무휴무조례를 근거로 이루어진 것이 명백하므로, 의무휴무조례가 위법한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 이 사건 처분 또한 위법하게 된다고 판시하였다.

두 번째는 강동구청장은 영업시간 제한 처분을 함에 있어서 행정절차법상의 절차를 모두 거쳤어야 함에도 이를 제대로 지키지 않은 위법이 있다는 것이다. 영업시간 제한 처분은 당사자에게 의무를 과하거나 권익을 제한하는 처분이어서 강동구청장은 처분을 함에 있어서 행정절차법 제21조 제1항[6], 제22조 제3항[7]에 의하여 당사자에게 처분의 사전통지를 하고, 의견 제출의 기회를 주어야 함에도 이러한 절차를 거치지 않아 위법하다는 것이다. 서울행정법원은 강동구청장이 의무휴무조례가 시행될 것이니 이를 준수하라는 내용으로 대형마트들에게 통지를 한 것에 대해 처분성을 인정하였다. 서울행정법원은 강동구청장이 통지를 하

유통 및 가격안정에 관한 법률」에 따른 농수산물의 매출액 비중이 51퍼센트 이상인 대규모점포등은 제외한다.

1. 영업시간 제한 : 오전 0시부터 오전 8시까지
2. 의무휴업일 : 매월 두 번째 일요일과 네 번째 일요일

제19조(과태료의 부과·징수 등)

① 구청장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게 법 제52조에 따라 과태료를 부과·징수 한다.

2. 제16조의2 각 호에 따른 영업시간 제한 또는 의무휴업일을 위반한 자. 끝.

6) 행정절차법 제21조(처분의 사전통지)

① 행정청은 당사자에게 의무를 과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 미리 다음 각 호의 사항을 당사자등에게 통지하여야 한다.

1. 처분의 제목
2. 당사자의 성명 또는 명칭과 주소
3. 처분하고자 하는 원인이 되는 사실과 처분의 내용 및 법적 근거
4. 제3호에 대하여 의견을 제출할 수 있다는 뜻과 의견을 제출하지 아니하는 경우의 처리방법
5. 의견제출기관의 명칭과 주소
6. 의견제출기한
7. 기타 필요한 사항

7) 행정절차법 제22조(의견청취)

③ 행정청이 당사자에게 의무를 과하거나 권익을 제한하는 처분을 함에 있어서 제1항 또는 제2항의 경우외에는 당사자등에게 의견제출의 기회를 주어야 한다.

기 이전에 대형마트들에 대하여 영업시간 제한 및 의무휴업에 관한 조례가 공포될 예정임을 안내하고, 대형마트들을 대상으로 이와 관련된 회의를 개최한 것에 대해 조례가 공포될 예정임을 안내하는 내용에는 사전통지에 필수적으로 포함되어야 할 행정절차법 제21조 제1항 각 호의 사항이 기재되어 있지 않는 사실이 인정되므로 이를 근거로 행정절차법 제21조 제1항에 따른 처분의 사전통지가 제대로 이루어진 것이라고 볼 수 없다고 판시하였다. 또한 강동구청장이 대형마트들을 대상으로 개최한 회의는 조례개정의 추진경과, 조례 공포예정일 안내, 조례개정 취지 등을 일방적으로 설명하고 이를 준수하도록 하면서 이와 관련된 질의에 대한 응답을 하는 것에 그쳤을 뿐인 사실이 인정되는바, 이는 의견 제출의 기회를 주기 위한 회의가 아닌 것으로 보이므로 이와 같은 회의를 거친 것만으로 행정절차법상의 처분의 사전통지 및 의견 제출의 기회 제공이라는 절차를 준수한 것이라고 볼 수 없다고 판시하였다.

3. 쟁점

이 판결에서 쟁점은 강동구 의회가 의결한 의무휴무조례의 위법성 여부이다. 의무휴무조례의 위법성 여부를 판단하기 위해서는 헌법 제117조 제1항과 지방자치법 제22조의 해석에서 도출되는 법률 우위의 원칙과 법률 유보의 원칙에 해당 조례가 위반되는지 살펴볼 필요가 있다. 또한 유통산업발전법 제12조의2 규정이 조례에 위임한 내용이 구체적으로 무엇인지에 따라 조례의 위법성 판단은 달라질 것이다. 또 하나 새로운 쟁점은 의무휴무조례가 대형마트들에 대해 의무휴업을 해야 할 의무를 직접 부과한 것이 아니라는 법원의 판단이다. 이를 전제로 법원은 강동구청장이 대형마트들에게 의무휴무조례가 시행될 예정이고 이를 준수하라는 내용을 통지한 것을 처분으로 보아 처분의 절차적 위법성을 판단하였다. 그러나 해당 의무휴무조례의 규정을 해석할 때 조례의 규정이 대형마트들에 대한 영업시간 제한의 의무를 직접 부과하는 처분적 조례는 아닌지 살펴볼 필요가 있다.

Ⅲ. 조례의 위법성 판단 기준

1. 법률 우위의 원칙

헌법 제117조
① 지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.

지방자치법 제22조(조례)
지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다. 다만, 주민의 권리 제한 또는 의무 부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다.

헌법 제117조 제1항은 지방자치단체가 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있음을 규정하고 있다. 헌법 제117조 제1항과 지방자치법 제22조 본문은 "지방자치단체에게 자치입법권을 부여하면서도 그 범위를 법령의 범위 안에서만 허용하고 있는 것으로 볼 수 있고 '법령의 범위 안'에서의 조례제정권의 보장이 법률 우위의 원칙을 설정한 것으로 볼 수 있다."[8] 법률 우위의 원칙은 "합헌적 절차에 따라 제정된 법률은 헌법을 제외한 그 밖의 모든 국가의사에 우월하고, 행정은 법률에 반할 수 없는"것으로 정의된다.[9] "법률 우위의 원칙은 조례와 같은 자치입법에도 적용되는 것으로 법률에 위반되는 내용의 조례인 경우 그 조례는 무효라고 할 것이다."[10] 대법원 또한 "지방자치법 제15조(현행 제22조) 본문은 '지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다'고 규정하는 바, 여기서 말하는 '법령의 범위 안에서'란 '법령에 위반되지 않는 범위 내에서'를 가리키므로 지방자치단체가 제정한 조례가 법령에 위반되는 경우에는 효력이 없다"[11]고 판시한 바 있다.

2. 법률 유보의 원칙

지방자치법 제22조 단서는 "주민의 권리 제한 또는 의무 부과에 관한 사항이

8) 문상덕, "조례와 법률유보 재론",「행정법연구」제19호, 2007, 9-11면.
9) 홍정선, 「행정법원론(상)」, 박영사, 2010, 50면.
10) 홍정선, 「행정법원론(하)」, 박영사, 2010, 140면.
11) 대법원 2004. 7. 22. 선고 2003추51 판결.

나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다"라고 규정하고 있다. 이 조항은 법률 유보의 원칙을 규정한 것으로 볼 수 있다. 대법원은 "지방자치법 15조(현행 22조)는 원칙적으로 헌법 제117조 제1항의 규정과 같이 지방자치단체의 자치입법권을 보장하면서, 그 단서에서 국민의 권리제한·의무부과에 관한 사항을 규정하는 조례의 중대성에 비추어 입법정책적 고려에서 법률의 위임을 요구한다고 규정하고 있는바, 이는 기본권 제한에 대하여 법률유보원칙을 선언한 헌법 제37조 제2항의 취지에 부합하므로 조례제정에 있어서 위와 같은 경우에 법률의 위임근거를 요구하는 것이 위헌성이 있다고 할 수 없다"[12]라고 판시하여 지방자치법 제22조 단서가 법률유보의 원칙을 규정한 것이라고 해석하였고 헌법재판소의 입장도 마찬가지이다.[13] 이는 조례로 기본권을 침해하기 위해서는 법률의 근거가 있어야 함을 의미하는 것으로 침익적 사항을 규율하는 조례의 경우 법률에 위임이 없다면 그 조례는 무효라 할 것이다.[14]

그러나 법률이 조례에 위임하는 경우에는 행정입법의 위임과 달리 '구체적으로 범위를 정하여'(헌법 제75조, 제95조) 위임할 것이 요구되지 아니한다. "지방의회는 민주적 정당성을 가진 기관이기 때문에 그 위임은 구체적인 위임만을 뜻하는 것은 아니고, 포괄적인 위임도 가능하다."[15] 대법원은 "법률이 주민의 권리의무에 관한 사항에 관하여 구체적으로 아무런 범위를 정하지 아니한 채 조례로 정하도록 포괄적으로 위임하였다고 하더라도, 행정관청의 명령과는 달라 조례도 주민의 대표기관인 지방의회의 의결로 제정되는 지방자치단체의 자주법인만큼 지방자치단체가 법령에 위반되지 않는 범위 내에서 주민의 권리의무에 관한 사항을 조례로 제정할 수 있으므로"[16]라고 판시하였고 헌법재판소 역시 판결에서 "조례의 제정권자인 지방의회는 선거를 통해서 그 지역적인 민주적 정당성을 지니고 있는 주민의 대표기관이고 헌법이 지방자치단체에 포괄적인 자치권을 보장하

12) 대법원 1995. 5. 12. 선고 94추28 판결.

13) 헌법재판소 1995. 4. 20. 92헌마264·279(병합) 결정."이 사건 조례들은 담배소매업을 영위하는 주민들에게 자판기 설치를 제한하는 것을 내용으로 하고 있으므로 주민의 직업선택의 자유 특히 직업수행의 자유를 제한하는 것이 되어 지방자치법 제15조 단서 소정의 주민의 권리의무에 관한 사항을 규율하는 조례라고 할 수 있으므로 지방자치단체가 이러한 조례를 제정함에 있어서는 법률의 위임을 필요로 한다."

14) 대법원 2009. 5. 28. 선고 2007추134 판결."영유아보육법아 보육시설 종사자의 정년에 관한 규정을 두거나 이를 지방자치단체의 조례에 위임한다는 규정을 두고 있지 않음에도 보육시설 종사자의 정년을 규정한 '서울특별시 중구 영유아 보육조례 일부개정조례안' 제17조 제3항은, 법률의 위임 없이 헌법이 보장하는 직업을 선택하여 수행할 권리의 제한에 관한 사항을 정한 것이어서 그 효력을 인정할 수 없으므로, 위 조례안에 대한 재의결은 무효이다."

15) 홍정선, 「신지방자치법」, 박영사, 2009, 317면.

16) 대법원 2006. 9. 8. 선고 2004두947 판결

고 있는 취지로 볼 때, 조례에 대한 법률의 위임은 법규명령에 대한 법률의 위임과 같이 반드시 구체적으로 범위를 정하여 할 필요가 없으며 포괄적인 것으로 족하다"[17]라고 판시하였다.

3. 지방자치단체장의 고유 권한

대법원은 조례의 적법성을 판단하는 기준으로 헌법 제117조 제1항과 지방자치법 제22조에서 명시적으로 규정된 법률 우위의 원칙과 법률 유보의 원칙 이외에 단체장의 권한을 통제하는 것을 내용으로 하는 조례는 지방자치법에 위반된다고 판시하고 있다. 대법원 판례에 의하면 "지방의회는 단체장에 대하여 "법률에 규정이 없는 견제장치를" 조례로 만들 수 없고, 단체장의 "사무집행에 관한 집행권을 본질적으로 침해"하거나 "사전에 적극적으로 개입"하는 것을 허용하는 조례를 만들 수 없으며, "지방의회의 권한을 본질적으로 침해"하는 조례도 허용되지 아니한다."[18]

4. 사안

(1) 단체장의 집행권 침해의 문제

서울행정법원 2012. 6. 22. 선고 2012구합11676 판결에서 서울행정법원은 해당 의무휴무조례에 대해 "개별법령에서 지방자치단체의 장에게 부여한 판단재량을 박탈하는 내용의 조례는 특별한 사정이 없는 한 개별 법령의 입법취지에 반하는 결과를 가져오는데다가 지방자치법에서는 지방의회와 지방자치단체의 장에게 각각 권한을 부여하고 상호 견제와 균형을 이루도록 하고 있으므로 법률에 특별한 규정이 없는 한 조례로써 견제의 범위를 넘어 법률에 의해 지방자체단체의 장에게 부여된 권한을 침해하는 규정을 두는 것은 허용될 수 없으므로 위법하다"라고 판시하고 있다. 법원은 의무휴무조례가 법령에서 위임받은 범위를 넘어 집행기관의 판단재량을 박탈하고 있어 위법하다는 것이다. 유통산업발전법 제12조의2 제1항의 규정이 단체장에게 영업시간 제한 및 의무휴무의 지정 처분에 관한 재량권을 부여하고 있으므로 이를 넘어 영업시간 제한 및 의무휴무일의 지정 처분을 명하도록 단체장에게 의무를 부과하는 조례의 조항은 일단 위법성

17) 헌법재판소 1995. 4. 20. 선고 92헌마264·279 (병합)결정.
18) 홍정선, 「행정법원론(하)」, 박영사, 2010, 148면.

이 있다고 할 것이다. 그러나 해당 조례가 단체장의 집행권을 본질적으로 침해하였느냐의 여부는 해당 법률이 조례에 위임한 내용의 범위에 따라 상대적으로 달라질 수 있다고 할 것이다.

(2) 포괄적 위임의 문제

유통산업발전법 제12조의2 "영업시간 제한 및 의무휴업일 지정에 필요한 사항은 해당 지방자치단체의 조례로 정한다" 규정을 서울행정법원은 "지방의회로 하여금 시장·군수·구청장이 대형마트 등에 대하여 영업시간 제한 및 의무휴업을 명함에 있어 필요한 세부적인 절차와 방법 및 기준을 정하도록 함으로써 위 조치의 시행에 적절히 관여할 근거를 마련해 준 것"이라고 판단한다. 다시 말해 지방자치단체의 장은 대형마트 등에 대한 영업시간 제한 및 의무 휴업일을 지정할 수 있는 판단재량권이 있는 반면 지방의회는 조례로써 영업시간 제한 및 의무휴업일 지정 처분의 집행에 필요한 절차와 방법을 규정하여 영업시간 제한 및 의무휴업일 지정 처분의 시행에 관여할 수 있다는 것이다. 이는 해당법률이 위임하는 조례의 규율내용이 처분의 집행을 위한 절차와 방법으로 한정되는 것을 의미한다.

그러나 앞서 살펴본 바와 같이 조례가 규율하는 내용이 주민의 권리 제한이나 의무부과에 관한 사항인 경우에도 법률의 위임이 있으면 조례로써 규율할 수 있고 이때 위임은 포괄적 위임으로 충분하다는 것이 학설과 판례의 태도이다. 따라서 대형마트들에 대해 영업시간을 제한하거나 의무휴무일을 정하는 것을 내용으로 조례를 제정할 경우 법률의 포괄적 위임이 있다면 위법하지 아니하다.

유통산업발전법 제12조의2 "영업시간 제한 및 의무휴업일 지정에 필요한 사항을 해당 지방자치단체의 조례로 정한다" 규정이 해당 처분의 시행을 위해 조례에 그 내용을 포괄적으로 위임한 위임근거규정이라고 해석한다면 조례를 제정하는 지방의회는 해당 조례를 제정함에 있어 처분에 대한 단체장의 판단재량권 만큼의 권한을 가지는 것으로 해석할 수 있다. 이러한 해석은 지방의회와 지방자치단체장 사이의 "상호견제와 균형을 이루도록" 규정하는 지방자치법의 취지에도 부합하는 것이라 할 것이고 의무휴무조례가 단체장의 집행권을 본질적으로 침해한 것인가라는 문제를 재고해 볼 수 있는 여지를 만든다.

Ⅳ. 처분적 조례

1. 처분적 조례 개념

"행정소송법 제2조 제1항 제1호에 규정된 처분의 개념은 '행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용 및 행정심판에 대한 재결'로 정의되어 있다. 이 때 구체적 사실이란 기본적으로 관련자가 개별적이고 규율대상이 구체적인 것을 의미한다."[19] 이는 처분과 행정입법을 구별하는 개념적 표지라고 할 것이다.

"일반적으로 조례는 지방자치단체가 법령의 범위 안에서 그 권한에 속하는 사무에 관하여 지방의회의 의결로써 제정하는 자치입법의 한 형식을 말한다."[20] "조례는 불특정 다수인에 대하여 구속력을 갖는 법규이고 조례의 구속력은 당해 지방자치단체의 모든 주민과 기관 그리고 감독청과 법원에도 미친다는 점에서 실질적 의미의 법률에 해당한다."[21]

따라서 조례는 행정소송법 제2조 제1항에 의한 처분이 될 수 없고 대법원 역시 "행정소송의 대상이 될 수 있는 것은 구체적인 권리의무에 관한 분쟁이어야 하고 일반적 추상적 법령 그 자체로서 국민의 권리의무에 관한 분쟁을 떠나서 법규명령 자체의 무효확인을 구하는 청구는 행정소송의 대상이 아닌 사항에 관한 것으로서 부적합하다"[22]라고 판시하여 이와 같은 입장을 뒷받침하고 있다.

그러나 조례가 일반적 추상적인 법규범의 성격이 아닌 개별적 구체적인 성격의 처분성을 지니고 있다면 이는 처분적 조례로써 규율되어야 할 필요가 있다. 대법원은 "조례가 집행행위의 개입 없이도 그 자체로써 직접 국민의 구체적인 권리의무나 법적 이익에 영향을 미치는 등의 법률상 효과를 발생하는 경우 그 조례는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다"[23]라고 판시하였다. "여기에서 대법원은 '자동집행력'이 처분적 조례의 본질적 요소인 것으로 설명하고 있고 헌법재판소의 결정에서도 처분적 법률이 자동집행력을 지니는 법률이라는 전제하에 판단한 경우가 있다. 그러나 자동집행력이 처분적 법률(내지 처분적 조

19) 홍정선, 「행정법원론(상)」, 박영사, 2010, 861면.
20) 홍준형, 「행정법」, 법문사, 2011, 1223면.
21) 홍정선, 「행정법원론(하)」, 박영사, 2010, 137면.
22) 대법원 1992. 3. 10. 선고 91누12639 판결; 대법원 1991. 8. 27. 선고 91누1738 판결; 대법원 1987. 3. 24. 86누656 판결 등.
23) 대법원 1996. 9. 20. 선고 95누8003 판결.

례)의 본질적인 특성이냐에 대해서는 이견이 있다. 집행적 법률(조례)과 처분적 법률(조례)은 구분되어야 한다는 견해에 따르면 집행적 법률(조례)은 집행행위를 매개로 하느냐의 여부가 결정적인 기준이 되며, 처분적 조례 (내지 법률)는 개별성·구체성을 지니느냐의 여부가 결정적인 기준이 된다고 본다."[24] 대법원 1996. 9. 20. 선고 95누8003 판결은 "경기 가평군 가평읍 상색초등학교 두밀분교를 폐지하는 내용의 이 사건 조례는 위 두밀분교의 취학아동과의 관계에서 영조물인 특정의 초등학교를 구체적으로 이용할 이익을 직접적으로 상실하게 하는 것이므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분"에 해당한다고 보았다. "두밀분교폐지조례는 형식적으로 행정입법의 일종인 조례이지만, 실질적인 규율내용은 특정한 사람(두밀분교의 취학아동)과 특정한 사실(두밀분교의 이용)을 대상으로 하고 있으므로 완벽하게 개별적·구체적 성격을 갖는 것이라고 할 수 있다."[25]

2. 사안

서울행정법원 2012. 6. 22. 선고 2012구합11676 판결에서 서울행정법원은 의무휴무조례의 "구청장은 법 시행령 제7조의2에 따라 대형마트로 등록된 것과 준대규모 점포에 대하여 다음 각 호와 같이 영업시간 제한과 의무휴업일을 명하여야 한다" 규정이 대형점포 등에 대하여 영업시간 제한이나 의무휴업을 해야 할 의무를 부과하고 있는 것은 아니라고 판단하였다. 이러한 전제 아래 강동구청장이 대형마트에 의무휴무조례가 시행될 예정이고 이를 준수하라는 내용을 통지한 것을 처분으로 보았다.

그러나 서울행정법원의 판단과 달리 의무휴무조례 자체의 처분성을 인정할 가능성이 있다. 유통산업발전법이 조례에 위임한 내용이 대형마트들에 대한 영업시간 제한 및 의무휴업일 지정을 하는데 필요한 세부적인 절차와 방법 및 기준으로 한정되지 않고 영업시간 제한 및 의무휴업일 지정 처분을 명하는 것이라고 볼 수 있다. 앞서 본 것처럼 주민의 권리와 의무에 관한 사항을 법률이 조례에 위임하는 경우 포괄적 위임으로 가능하기 때문이다. 포괄적 위임을 한 것으로 본다면 의무휴무조례의 "구청장은 … 영업시간 제한과 의무휴업일을 명하여야 한다" 규정은 구청장으로 하여금 특정화 가능한 대형마트들에 대하여 오전 0시부터 오전 8시까지 영업시간을 제한하고 매월 두 번째 일요일과 네 번째 일요일을 의무휴업일로 지정하도록 처분할 의무를 부과하고 있다고 볼 수 있다. 동시에

24) 송종원, "처분적 조례와 집행적 조례", 「법학논총」 제25권 제1호, 2012, 13-14면.
25) 최계영, "헌법소원에 의한 행정작용의 통제", 「공법연구」 제37집 제2호, 2008, 211면.

이 규정은 대형마트들에 대하여 영업시간 제한 및 의무 휴업을 할 것을 구체적으로 명하는 처분적 조례라고 해석할 수 있다.

조례의 규정은 "집행행위의 개입 없이" 수범자들에게 법적 의무를 부여한다고 할 수 없어 해당 의무휴무조례가 자동 집행력을 지녔다고 볼 수 없다. 왜냐하면 조례는 구청장에게 처분할 의무를 부과하고 있을 뿐이므로 처분의 집행 주체는 구청장이고 구청장의 구체적인 집행행위에 따라 대형마트들에게 의무 발생이라는 법률상의 효과가 발생하기 때문이다. 그러나 의무휴무조례의 규정은 구청장에게 집행행위를 해야 할 의무를 부과함으로써 특정한 수범자들에게 구체적인 사실 행위(영업행위)의 부작위를 명하는 처분의 성격을 띠고 있으므로 이는 처분적 조례로 판단할 여지가 있다.

강동구 의회가 의결한 의무휴무조례를 처분적 조례로 판단한다면 강동구청장의 통지는 조례에서 규정된 내용을 확인하는 정도의 의미를 갖는 것이라고 할 수 있다. 따라서 법원은 의무휴무조례를 대상으로 하여 조례의 하자 유무를 판단할 수 있다.

해당 의무휴무조례의 위법성이 문제되는 사안의 경우 의무휴무조례 자체의 처분성을 인정하여 조례를 취소소송의 대상으로 삼도록 하는 것은 소송경제상의 이점이 있다. 대형마트들에 대한 영업시간 제한 및 의무휴업에 관한 처분의 근거 규정은 유통산업발전법과 강동구 의회가 의결한 의무휴무조례이다. 이러한 상황에서 강동구청장이 대형마트들에게 영업시간 제한과 의무휴업일 지정을 명하는 처분을 한 경우, 해당 처분의 대상자들은 해당 처분의 취소소송을 개별적으로 제기해야 할 것이고 법원은 각각의 처분이 지닌 위법성을 판단해야 한다. 그러나 의무휴무조례를 처분으로 보아 취소소송의 대상으로 하여 그 위법성을 판단한다면 의무휴무조례의 법적 효력에 따라 단체장의 대형마트에 대한 영업시간 제한 및 의무휴업일 지정 처분의 효력을 일괄적으로 규율할 수 있다.

3. 조례에 대한 취소소송

(1) 처분의 취소소송

"취소소송이란 행정청의 위법한 처분 등을 취소 또는 변경하는 소송(행정소송법 제4조 제1호)으로 개인의 권리구제를 직접적인 목적으로 하는 주관적 소송"[26]이나 소송의 대상은 행정 행위의 위법성 그 자체라는 것이 학설과 판례의

26) 홍정선, 「행정법원론(상)」, 박영사, 2010, 855면.

입장이다.[27] 여기서 더 나아가 "취소소송은 원래 주관적 소송이지만 처분의 위법성을 확인한다는 점에서 행정의 적법성 통제가 소송의 본질적 목적인 객관소송적 성격을 지니고 있다"[28]는 견해가 등장하였다. 이러한 견해는 취소소송의 대상을 행정입법에까지 확대하려는 판례의 경향과 궤를 같이 한다.

서울행정법원 2012. 6. 22. 선고 2012구합11676 판결은 처분의 위법성을 판단함과 더불어 조례의 위법성을 판단하고 있다. 위 판결에서 법원은 의무휴무조례가 유통산업발전법에서 위임받은 범위를 넘었다는 점에서 위법하여 무효라고 판시하였다. 이처럼 조례의 위법성을 근거로 조례의 무효를 판시하는 것은 명령 등에 대한 부수적 규범 통제의 형태라고 할 수 있다. "부수적 규범 통제란 구체적 사건에 대한 재판에서 당해 재판의 전제가 되는 근거규범의 위헌·위법 여부를 선결심사하여 무효라고 판단하는 경우로서, 판결이유 또는 결정이유에 설시하고 해당 계쟁사건에 근거규범으로 적용하지 않는 것을 말한다. (대)법원이 판결주문이 아닌 판결이유에서 법령이 무효임을 설시하고 당해 사건에 있어서 재판부가 더 상위의 법령을 근거로 구체적 사건을 판결하는 경우가 부수적 규범 통제의 대표적인 경우라고 할 수 있다. 부수적 규범통제의 경우 해당 법령의 일반적 효력은 판결(결정)에 의해 소멸하지 않으며 행정부는 원칙적으로 별도의 법적 근거가 없는 한 다른 사건에 있어서 유효한 법령으로 계속 적용하게 된다."[29]

의무휴무조례의 경우에도 판결이유에는 무효임이 설시되어 있으나 판결주문에는 단지 영업시간 제한 및 의무휴업일 지정처분을 취소한다고 판시되어 있다. 따라서 의무휴무조례의 일반적 효력은 판결에 의해 소멸하지 않고 다른 사건에 있어서 유효하게 적용된다.

만약 의무휴무조례의 처분적 성격을 인정하여 조례 자체를 소송의 대상물로 한다면 판결의 효과는 어떻게 달라질지의 문제가 새롭게 발생한다. 왜냐하면 규범에 대해 직접적인 통제를 할 경우 그 규범이 위법하다면 규범의 일반적 효력을 소멸시켜야 할 문제이지 처분과 같이 취소할 수 있는 것이 아니기 때문이다.

---

27) 대법원 1990. 3. 23. 선고 89누5386 판결. "원래 과세처분이란 법률에 규정된 과세요건이 충족됨으로써 객관적, 추상적으로 성립한 조세채권의 내용을 구체적으로 확인하여 확정하는 절차로서, 과세처분취소소송의 소송물은 그 취소원인이 되는 위법성 일반이고 그 심판의 대상은 과세처분에 의하여 확인된 조세채무인 과세표준 및 세액의 객관적 존부이다"

28) 박정훈, "행정입법에 대한 사법심사", 「행정법연구」 제11호, 2004, 149면.

29) 서보국·손상식, 「명령·규칙에 대한 위헌심사권」, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2011, 7-8면.

(2) 규범의 직접통제를 둘러싼 논쟁

취소소송의 대상이 행정작용의 위법성 확인에 있는 만큼 쟁송법상 처분의 개념으로 범주화되었던 행정행위의 범위는 확대되는 경향을 보이고 있다. 이러한 확대의 결과 통상적으로 법규범의 범주에 속하는 법규명령의 경우에도 처분성을 띠는 경우 항고소송의 대상이 될 수 있다. 그러나 우리나라 행정법학은 "행정행위, 법률 하위적 규범, 공법계약, 사실행위"의 네 가지 행정작용형식체계를 구축하였고 어떠한 작용형식을 선택하느냐에 따라 "행정작용의 절차와 형식 및 효력 규정이 좌우"된다고 할 수 있다. "행정작용형식의 체계에서 보면 처분적 조례는 새로운 작용형식으로 제안될 수 있으나 대법원이 처분적 조례의 가능성을 제기하는 차원에 머물렀을 뿐 처분적 조례의 개념을 기존의 작용형식과 구별되는 독립된 작용형식의 하나로 자리매김하지는 않았다는 비판이 제기된다."[30]

"이에 대법원이 발의한 2006년 행정소송법 개정안은 항고소송의 대상을 종래의 처분개념에서 행정행위개념으로 확대하고 행정행위의 범위에 처분적 성격의 명령을 포함하는 것을 그 내용으로 하였다." 다시 말해 "구체적인 처분을 매개하지 않더라도 법규명령 그 자체로서 직접 국민의 법적 지위에 영향을 미치는 이른바 처분법규(Maβnahmegesetz)또는 집행법규(Vorzugsgesetz)"를 항고소송의 대상으로 삼아 법원의 사법적 심사를 받을 수 있도록 하려는 시도였다.[31]

이러한 개정 시도는 명령 등의 규범에 대한 직접적 통제를 가능케 하는 것으로 헌법 제107조 제2항의 대법원의 명령·규칙에 대한 구체적 · 부수적 통제 규정에 반하여 위헌이라는 비판에 직면하게 되었다.[32][33] 또한 "여러 행정작용을 행정행위라는 단일한 체계 하에 두는 것은 행정의 작용형식에 따라 '법효과와 하자효과들'의 차이를 없애는 결과를 낳을 수 있다는 비판을 받게 되었다."[34]

---

30) 김중권, "조치적 명령 내지 개별사건규율적 명령에 대한 권리보호에 관한 소고",「법조」, 2002, 101-102면.

31) 김남철, "법규명령에 대한 항고소송의 문제점",「공법학연구」제6권 제1호, 2005, 220면.

32) 이에 관한 논문으로 홍준형,"항고소송의 대상 확대 -행정소송법 개정시안에 대한 입법론적 고찰-", 「공법연구」, 제33집 제5호, 2005; 김하열,"행정소송법 개정안에 관한 의견 -법규명령에 대한 항고소송의 신설을 중심으로-",「행정소송법 개정자료집II」, 2007; 서보국 · 손상식, 「명령 · 규칙에 대한 위헌심사권」, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2011, 24,29면에서 참조.

33) 헌법 제107조 제2항의 해석론과 관련한 법원의 명령 등에 대한 추상적 통제의 타당성 문제 및 규범 통제의 관할권의 문제는 이 논문에서 다루지 않는 것으로 한다.

34) 김중권, 전게논문, 102면.

(3) 위법한 법규명령(조례)의 효력

"대법원이 발의한 2006년 행정소송법 개정안은 명령 등을 대상으로 한 항고소송에 관한 특례를 규정하고 있다. 즉 명령 등에 대한 취소소송의 제1심 관할법원은 피고의 소재지를 관할하는 고등법원으로 하고, 명령 등의 취소소송과 그 명령 등을 집행하는 처분에 대한 취소소송이 모두 제기된 경우 명령 등의 취소소송의 종결을 기다려 처분에 대한 취소소송의 결론을 도출할 수 있도록 처분의 취소소송이 계속 중인 법원은 소송절차를 중지할 수 있도록 하고 있다."[35] "개정안은 법규명령이 위법하지만 무효가 아닌 경우에는 취소소송을 제기하고, 법규명령이 무효인 경우에는 무효확인소송을 제기할 수 있는 것으로 보고 있다."[36]

이에 대해 법규명령에 대한 항고소송을 부정하는 견해는 행정행위의 무효·취소의 구별 등과 같은 하자 이론을 법규명령에 도입하는 것에 반대하면서 위법한 법규명령은 모두 무효라고 본다. 왜냐하면 "취소가 인정되는 행정행위 등과 같은 구체적 규율과 달리 법규명령은 법적 안정성의 보장보다 적법성의 보장이 보다 우선시 되어야 한다는 점 때문이다."[37]

그러나 법규명령이 개별적·구체적 처분의 성격을 띠는 경우 법규명령의 하자효과에 관한 일반론을 그대로 수용할 수 없다고 봐야 한다. 왜냐하면 취소할 수 있는 행정행위와 무효인 행정행위는 실체법적·절차법적 측면에서 큰 차이가 있고 이러한 차이는 처분적 법규명령(처분적 조례)에 대해서도 마찬가지로 적용된다 할 것이기 때문이다. 취소할 수 있는 행정행위인가 무효인 행정행위인가의 여부에 따라 불가쟁력의 문제(취소할 수 있는 행정행위는 심판제기기간이 경과하면 다툴 수 없으나 무효인 행정행위는 언제나 다툴 수 있다), 하자의 승계(무효인 행정행위는 선행행위의 하자가 후행행위에 승계되지만 취소할 수 있는 행정행위는 선·후 행위가 하나의 효과를 목적으로 하는 경우에만 하자가 승계된다), 하자의 치유와 전환(취소할 수 있는 행정행위는 하자의 치유가 인정되지만 무효인 행위에는 하자의 치유가 인정되지 않고 하자의 전환만이 인정된다), 복종거부가능성의 문제(무효인 행정행위에 대해서 사인은 그 효력을 부인할 수 있고 행정청이 무효인 행위의 집행을 위해 강제력을 발휘하면 이에 대항할 수 있다)가 발생하고 쟁송형식이나 소송제기요건(쟁송제기기간유무)와 같은 쟁송법상의 적용에 차이가 있다. 이처럼 "행정행위의 하자의 효과가 하자의 정도에 따라 달리 구성되는 이유는 행정행위의 본질상 상대방이 원칙적으로 국민 또는 주민이

35) 서보국·손상식, 전게서, 18면.
36) 박균성, "처분과 명령에 대한 항고소송",「고시계」 통권 609호, 2007, 21면.
37) 최봉석, "행정입법의 규율적 특성과 규범통제",「공법학연구」 제7권 제2호, 2006, 357면.

고 동시에 다수인이므로 공적 거래의 안전 내지 상대방의 신뢰보호를 고려하여야 하기 때문이다."[38] 법적 안정성의 요청은 처분적 법규명령(조례)에도 마찬가지로 적용된다고 할 것이기 때문에 행정행위의 하자 효과에 따라 취소 또는 무효의 효력을 가질 수 있도록 하는 것이 옳다고 보인다.

"개정안이 명령 등의 취소소송의 제소기간을 "원고적격이 있음을 안 날로 90일, 원고적격이 생긴 날부터 1년으로" 규정하였고 판결의 효력에 관련하여 "확정판결에 의하여 명령 등이 취소된 때에도 그 명령 등에 근거한 재판 또는 행정행위가 이미 확정된 경우에는 그 효력에 영향을 미치지 아니한다. 다만 그 재판 또는 행정행위를 집행할 수 없다"고 규정한 것은 무효와 취소의 구별이 전제로 하는 것을 기초로 하고 있는 것이다."[39]

하자의 정도에 따라 처분적 법규명령(조례)의 효력이 달라질 수 있다고 한다면, 의무휴무조례의 위법성을 이유로 무효를 선언한 법원의 판단 또한 달라질 수 있을 것이다. 앞서 설명한 것처럼 의무휴무조례가 상위법으로부터 포괄적 위임을 받았는지 여부, 단체장의 집행권에 대한 본질적인 침해 여부의 판단에 따라 의무휴무조례가 지닌 하자가 중대하고 명백한 것인지 달라질 것이고 하자의 중대·명백성에 대한 판단으로부터 의무휴무조례가 취소할 수 있는 것인지 무효화해야 하는 것인지 결정할 수 있을 것이다.

Ⅴ. 나가며

행정소송상 처분에 대한 취소소송은 개인의 권리 침해를 구제하는 목적을 지니지만 소송의 대상은 처분에 대한 위법성 확인이라는 점에서 취소소송은 객관소송적 성격을 띠고 있다. 서울행정법원 2012. 6. 22. 선고 2012구합11676 판결에서 법원은 구청장이 대형마트에게 한 영업시간 제한 및 의무휴업일 지정에 관한 통지 처분의 위법성을 판단함과 동시에 강동구의회가 이 처분을 위해 개정한 의무휴무조례의 위법성을 함께 판단하였다. 조례의 위법성 판단은 규범에 대한 사법적 통제로서 헌법 제107조 제2항의 규정에 의하여 구체적·부수적 통제로 이뤄지고 있다. 본 판결의 경우에도 마찬가지로 조례의 위법성에 대해 판단하되 판결 주문이 아닌 판결 이유에 설시함으로써 조례의 일반적 효력은 소멸시키지 않은 채 처분의 취소만을 결정하였다.

---

38) 홍정선, 「행정법원론(상)」, 박영사, 2010, 388-389면.
39) 최봉석, 전게논문, 360-361면.

이 글은 의무휴무조례를 처분적 조례로 해석한다면 이에 대한 위법성 판단의 방식과 그 효과가 어떠할지에 대한 물음에서 시작되었다. 논의를 전개하기 위해 조례의 위법성 판단의 기준들-법률 우위의 원칙과 법률 유보의 원칙 및 단체장의 집행권 침해 문제-을 열거하고 이러한 기준에 비춰 의무휴무조례의 위법성을 살펴보았다. 그리고 의무휴무조례를 처분적 조례로 해석한다면 취소소송의 대상적격이 있는지 살펴보았다.

대법원은 두밀분교폐지무효확인판결에서 처분적 조례가 취소소송의 대상이 될 수 있다고 판단한 바 있다. 이러한 대법원의 판단은 행정입법으로 인해 직접적으로 권리의 침해를 받는 국민이 권리구제를 받을 수 있는 길을 열어 놓았다. 그러나 처분적 조례를 대상으로 하여 직접 사법적 심사를 할 경우 그 방식과 효과가 어떠할지에 대해서는 의견이 엇갈린다. 이러한 견해의 대립은 2006년 대법원의 행정소송법 개정안을 둘러싼 논쟁에서 극명하게 나타났다. 이 글은 처분적 조례를 본안적으로 통제할 경우 조례가 위법함에 따라 그 사법적 효과를 어떻게 규율할 것인지에 대해 마지막으로 다뤘다. 처분적 조례를 취소소송의 대상으로 삼을 경우 처분에 준하여 하자의 정도에 따라 취소 또는 무효를 구별하여 규율할 것인지, 아니면 규범으로서의 특성상 위법한 법규범인 경우 무효화하여 일반적 효력을 소멸시켜야 하는지에 대한 문제가 발생한다. 필자는 조례라 할지라도 처분적 성격을 갖는 이상 하자가 중대·명백한지의 여부에 따라 취소와 무효를 구별할 필요가 있다고 생각한다. 조례 등과 같은 규범 자체의 하자를 판단한 뒤 하자의 정도에 따라 취소 내지 무효의 효과를 구별하는 것이 법적 안정성과 당사자의 신뢰보호라는 측면에서 효과적일 것이기 때문이다.

그러나 처분성이 없는 행정입법의 경우에 규범 자체를 대상으로 하는 취소소송을 제기할 수 있는지는 여전히 의문이다. 왜냐하면 행정입법의 경우 "일반적·추상적 규범이라는 측면에서는 입법작용으로서의 특성을 가지고 있"[40]기 때문이다. 행정입법이 지닌 규범적 측면으로 인해 행정입법은 취소소송을 통해 취소할 수 있는 것이라기보다는 구체적인 규범 심사절차를 통해 일반적 효력을 소멸시켜야 할 행정작용형식인 것은 여전히 분명한 사실이다. 따라서 행정입법에 대한 직접통제의 정당성과 가능성을 둘러싼 논의는 더욱 발전되어야 할 필요성이 있다.

이 글은 처분적 조례를 구체적 규범 심사의 대상으로 할 경우 그 효력을 어떻게 규율할 것인지를 살펴보았다. 이를 위해서는 조례가 지닌 규범적 본질과 처분적 성질에 관한 논의를 심화시킬 필요성이 있다. 처분적 조례의 행정작용형식적 특징을 충분히 개괄하여 설명하지 못한 아쉬움을 남기며 글을 마치고자 한다.

---

40) 최봉석, 전게논문, 356면.

참고문헌

1. 단행본

서보국, 손상식, 「명령·규칙에 대한 위헌심사권」, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2011.
홍정선,「행정법원론(상)」, 박영사, 2010.
홍정선,「행정법원론(하)」, 박영사, 2010.
홍정선,「신지방자치법」, 박영사 2009.
홍준형,「행정법」, 법문사, 2011.

2. 논문

김남철, “법규명령에 대한 항고소송의 문제점”, 「공법학연구」제6권 제1호, 한국비교공법학회, 2005. 2.
김중권, “조치적 명령 내지 개별사건규율적 명령에 대한 권리보호에 관한 소고”, 「법조」제544호, 법조협회, 2002. 11.
문상덕, “조례와 법률유보 재론”, 「행정법연구」제19호, 행정법이론실무학회, 2007. 12.
박균성, “처분과 명령에 대한 항고소송”, 「고시계」통권 609호, 고시계사, 2007. 11.
박정훈, “행정입법에 대한 사법심사”, 「행정법연구」제11호, 행정법이론실무학회, 2004. 5.
송종원, “처분적 조례와 집행적 조례”, 「법학논총」제25권 제1호, 국민대학교 법학연구소, 2012. 6.
이원우, “행정입법에 대한 사법적 통제방식의 쟁점”, 「행정법연구」제25호, 행정법이론실무학회 2009. 12.
최계영, “헌법소원에 의한 행정작용의 통제”, 「공법연구」제37집 제2호, 한국공법학회, 2008. 12.
최봉석, “행정입법의 규율적 특성과 규범통제”, 「공법학연구」제7권 제2호, 한국비교공법학회, 2006. 6.

종교의 자유를 둘러싼 유럽인권재판소의 판례분석

- 히잡착용 및 국공립학교에서의 종교적상징물금지를 중심으로 -

이원주

충남대학교 법학전문대학원 석사과정

Ⅰ. 서론
1. 문제의 제기
2. 연구의 목적 및 연구 방향
Ⅱ. 종교의 자유에 관한 국제인권규범
1. 서
2. 국제연합헌장
3. 세계인권선언
4. 국제인권규약
5. UN 선언
6. 소결
Ⅲ. 유럽에서의 종교의 자유
1. 서
2. 유럽인권협약
3. 유럽인권협약 및 유럽기본권헌장에서의 종교의 자유
4. 소결
Ⅳ. 유럽인권재판소의 종교의 자유에 대한 판결
1. 서
2. CASE OF DOGRU v FRANCE
3. CASE OF LEYLA SAHIN v TURKEY
Ⅳ. 우리나라가 지향해야 하는 종교의 자유에 대한 태도
1. 현재 논의되고 있는 우리나라의 종교의 자유문제
2. 유럽인권재판소 판례가 주는 시사점
3. 소결
Ⅴ. 결론

Ⅰ. 서론

1. 문제의 제기

종교는 인간의 역사와 흔적을 같이하여 왔다. 과거부터 분쟁의 씨앗이었던 종교문제는 국가 간의 경계가 점점 허물어져 가는 현재뿐만 아니라 미래에도 여전히 분쟁의 소재가 될 것이다. 유럽에서는 1900년대부터 이주자가 많아짐에 따라

다문화 사회가 구성되는 과정에서 종교의 자유문제가 대두되었다.

유럽의 종교의 자유에 대한 논의는 전통적인 서구의 종교인 기독교와 이주민의 종교인 타종교, 그 중에서 특히 이슬람교와 관계되는 것이 많다. 유럽에서 주로 논의되는 문제는 정교분리의 원칙에 따라 국공립학교에서 특정 종교적상징물을 착용하는 것을 금지하는 것이다. 국공립학교에서 이슬람교의 상징물인 히잡 착용을 금지하는 것이 종교의 자유침해인지와 관련하여 많은 문제가 있다. 특히 국공립학교에서 교사와 학생, 그리고 학부모의 종교의 자유 혹은 교육권과 관련하여 논의되며 종교의 자유문제뿐만 아니라 평등의 문제 등 다양한 기본권 영역에서도 논의가 촉발되고 있다.[1)]

이슬람 교도인이 많지만 그동안 종교분쟁이 적었던 이집트도 최근 종교 충돌에 시달리고 있다. 2011년 1월 1일, 알렉산드리아 교회에서 예배 도중 폭탄 테러가 발생하여 24명이 사망하였고, 최근에는 '세탁소 사건'이라고 일컬어지는 이슬람교도와 기독교인간의 유혈 충돌이 있었다.[2)] 우리나라도 아직까지는 이주자의 비율이 적기 때문에 타문화를 가진 사람들과의 종교의 충돌 문제는 크게 발생하지 않았다. 그러나 결혼, 노동 등 여러 이유 때문에 우리나라로 이주하는 사람들이 늘어남에 따라 우리나라도 다문화 사회로 나아가고 있다. 유럽에서의 종교의 자유를 살펴보고, 앞으로 발생할 수 있는 소수종교와 우리나라의 정교분리 원칙과의 충돌 문제를 대비할 필요가 있다.

2. 연구의 목적 및 연구 방향

유럽에서의 종교의 자유문제를 연구의 대상으로 잡은 이유는 유럽에는 종교의 분쟁이 많았고 그에 대한 역사가 길다는 점에 있다. 유럽은 기독교를 중심으로 하는 종교의 역사가 길다. 기독교의 뿌리가 깊은 유럽에 이주자들이 늘어남에 따라 문화도 다양하게 섞임으로써 이슬람 등의 종교가 들어오게 되었고 유럽에서는 종교의 충돌문제 역시 오랜 기간 반복되어 왔다. 따라서 유럽에서의 히잡 착용과 국가의 정책적 문제의 충돌을 분석하여 우리나라에 대응할 부분을 찾고자 한다.

---

1) 신옥주, "히잡착용을 통하여 본 유럽에서의 종교의 자유에 대한 고찰", 「공법학연구」 제9판 제3호, 2008, 306면.

2) "이집트 종교갈등 격화 교회 전소·유혈 사태로…대통령 "기독인 공격말라"", 국민일보, 2012. 8. 6. 기사; 이집트에서의 이슬람인과 기독교인의 갈등은 As Tensions Rise for Egypt's Christians, Officials Call Clashes Secular By MICHAEL SLACKMAN Published: August 2, 2008 Newyork times.

본 논문에서는 종교의 자유에 관한 국제인권규범을 바탕으로 유럽에서의 히잡 착용 및 종교적 상징물을 금지하는 유럽의 세태를 파악하고, 유럽에서의 문제를 파악하기 위해 유럽인권재판소의 종교의 자유에 관한 판례를 분석하기로 한다. 그리고 이를 기초로 하여 우리나라가 지향해야 하는 종교의 자유문제에 대한 태도를 제시하고자 한다.

Ⅱ. 종교의 자유에 관한 국제인권규범

1. 서

인권개념은 제2차 세계대전 이후 보편적 승인을 확보하였으며, 1948년 세계인권선언과 1976년의 두 개 국제인권규약을 통해 국제인권법이 국제법의 한 영역으로 자리 잡았다.[3] 국제인권법은 국제적으로 보장되는 개인 및 집단의 권리들이 국가권력으로부터 침해받지 않도록 보호하는 법과 개인 및 집단의 권리에 대한 보장을 증진시키는 법으로 정의될 수 있다.[4] 따라서 평화를 위한 국제기구인 국제연합의 헌장에서도 명백히 '평화의 유지'와 '인권의 보장'이 불가분의 관계에 있음을 인정하여 인권의 존중과 향상을 국제연합의 주요한 목적으로 선언하고 있다.[5]

국제적 합의와 국제관습을 통해 확립되어 가는 국제인권법은 각국의 사람들의 권리를 존중하고 확보하여 국가가 이러한 의무를 이행하지 못한 경우, 국제적 구제를 부여할 의무를 부과하고 있으며 점차 그 범위를 넓히고 있다. 국제관습을 통해 확립되어 가는 국제인권규범은 국제적으로 준수되어야 한다. 유럽 및 우리나라는 종교의 자유문제를 해결하고자 할 때 아래에서 살펴볼 국제인권규범을 지켜야 한다.

---

3) 최철영,「인권, 생각의 차이 또는 사람의 차이」, 열린길, 2010, 63면.
4) Thomas Buergenthal, 양건 · 김재원(역), 「국제인권법개론」, 교육과학사, 1992, 11면.
5) 국제연합헌장, 제1조
① 국제평화와 안전을 유지하고, 이를 위하여 평화에 대한 위협의 방지, 제거 그리고 침략행위 또는 기타 평화의 파괴를 진압하기 위한 유효한 집단적 조치를 취하고 평화의 파괴로 이를 우려가 있는 국제적 분쟁이나 사태의 조정, 해결을 평화적 수단에 의하여 또한 정의와 국제법의 원칙에 따라 실현한다.
③ 경제적, 사회적, 문화적 또는 인도적 성격의 국제문제를 해결하고 또한 인종, 성별, 언어 또는 종교에 따른 차별없이 모든 사람의 인권 및 기본적 자유에 대한 존중을 촉진하고 장려함에 있어 국제적 협력을 달성한다.

2. 국제연합헌장[6)]

국제연합헌장은 '인권과 기본적 자유의 존중'이라는 추상적 표현만을 채택하였고, 그 준수를 확보할만한 조치를 마련하지 못하였다.[7)] 그러나 인권을 국제화하였고, 국제연합 자신과 회원국에게 인권보호 및 인권조약의 성문화를 위해 협력할 법적 권한과 의무를 부과하였으며, 헌장에 근거한 인권관련 제도와 기구를 창설하여 회원국들이 인권 촉진의무를 성실히 준수하도록 촉구하였다는 점에서 중요한 의미를 가진다.[8)]

국제연합헌장에서의 종교의 자유는 제1장 제1조에서 찾아볼 수 있다. 제1장 제1조에서 "경제적·사회적·문화적 또는 인도적 성격의 국제문제를 해결하고 또한 인종·성별·언어 또는 종교에 따른 차별 없이 모든 사람의 인권 및 기본권적 자유에 대한 존중을 촉진하고 장려함에 있어 국제적 협력을 달성한다."고 규정하고 있는데, 종교에 따른 차별을 두지 않겠다는 것은 종교에 있어서 차등을 두지 않겠다는 의미로 해석될 수 있고 이는 종교의 자유를 인정하는 것으로 볼 수 있다.

3. 세계인권선언[9)]

세계인권선언은 모든 인간이 인격과 권리를 갖는 자유롭고 평등한 존재로 태어났음을 천명함으로써, 인권의 보편성을 지지하는 가장 강력한 국제문서이다.[10)] 세계인권선언은 어떠한 추가적 자격도 요구하지 않고 인간이라는 본성만으로 모든 사람은 인간다운 삶을 영위하기 위한 기본조건을 간주되는 권리를 보유한다고 선언하고 있다.[11)]

---

6) 정식명칭은 'Charter of the United Nations'이며, 1945년 6월 26일 샌프란시스코에서 채택되어 1945년 10월 24일 발효되었다. 우리나라 조약 제1059호로, 1991년 9월 18일에 발효되었다.

7) 국제연합헌장 제1조 제3항, 제55조, 제56조 등은 인권을 명시하고 있는 조항이나, 미국의 Sei-Fujii v. California case에서 볼 수 있듯이 이러한 인권조항은 실제 그 적용에 있어 인권의 기준을 제시할 수 없는 비자기집행적 조약으로 분류되고 있다. 19 ILR (1952), 312면(서원상, "다문화사회의 법적 기반에 관한 소고 -국제인권법을 중심으로- ", 「법학연구」, 2011, 13면).

8) 최철영,「인권, 생각의 차이 또는 사람의 차이」, 열린길, 2010, 69면.

9) 국제연합헌장의 기초자들은 경제사회이사회로 하여금 인권과 기본적 자유를 존중·촉진·준수할 수 있는 최선의 방법을 논의·보고할 특별위원회의 구성을 주장하였고, 이에 따라 발족된 인권위원회(Commission on Human Rights)의 활동으로 1948년 12월 10일 세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights)이 국제연합 총회에서 채택되었다.

10) Christian Tomuschat, Human Right-Between Idealism and Realism (Oxford University Press: 2003), p. 58.

세계인권선언의 제2조에서는 “모든 사람은 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 견해, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분과 같은 어떠한 종류의 차별없이, 이 선언에 규정된 모든 권리와 자유를 향유할 자격이 있다…”고 규정함으로써 종교로 인한 차별을 금지하고 있다. 제18조에서는 “모든 사람은 사상, 양심 및 종교의 자유에 대한 권리를 가진다. 이러한 권리는 종교 또는 신념을 변경할 자유와 단독으로 또는 다른 사람과 공동으로 그리고 공적으로 또는 사적으로 선교, 행사, 예배 및 의식에 의하여 자신의 종교나 신념을 표명하는 자유를 포함한다”고 하여, 종교의 자유를 보장하고 있다.

4. 국제인권규약

국제인권규약은 1966년 국제연합총회에서 채택된 것으로, 법적 구속력이 있는 조약의 형식을 취하고 있다. 국제인권규약은 본질적으로 세계인권선언에 기초하여 작성된 것이나, 그 규정내용은 세계인권선언과 동일한 것은 아니며[12], 형식상의 특징적인 차이가 있다. 우선, 국제인권규약은 ‘경제적 · 사회적 · 문화적 권리에 관한 국제규약’(A규약)[13]과 ‘시민적 · 정치적 권리에 관한 국제규약’(B규약)[14]으로 나누어 인권의 내용을 사회권적인 것과 자유권적인 것으로 구별하고 있다.[15]

---

11) 선언은 “모든 사람은 태어나면서부터 자유롭고, 그 존엄과 권리에 있어 평등하다,” 그리고 “모든 인간은 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치상 혹은 기타의 의견, 민족적 혹은 사회적 출신의 차이, 재산, 출생 기타 지위의 차별 없이 이 선언에 열거된 모든 권리와 자유를 향유한다”고 규정하고 있다(제1조 및 제2조). 그 구체적 권리로서 시민적 · 정치적 권리(제3조~제21조)와 경제적 · 사회적 · 문화적 권리(제22조~제27조)를 규정하는 한편, 인간의 권리와 자유가 완전히 실현될 수 있는 사회적 · 국제적 질서를 누릴 권리가 누구에게나 있음을 인정하고, 모든 사람은 사회에 대한 의무와 책임을 진다고 강조하였다(제28조~제30조).

12) 세계인권선언에는 포함되어 있으나, 국제인권규약에는 포함되어 있지 않은 권리로는 소유권과 재산의 자의적인 박탈금지, 외국에서 박해로부터 비호 받을 수 있는 권리, 하나의 국적을 갖고 국적을 자의적으로 박탈당하지 않을 권리 등이 있다. 한편 국제인권규약에 새로이 규정된 권리로는 민족자결권과 자연적 부와 자원을 자유로이 처분할 수 있는 권리(A규약 제1조 및 B규약 제1조), 전쟁을 위한 증악심 고취의 금지(B규약 제20조), 아동의 권리(B규약 제24조) 등이 있다(서원상, “다문화사회의 법적 기반에 관한 소고 -국제인권법을 중심으로- ”, 「법학연구」, 2011, 14면).

13) 정식명칭은 ‘International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights’이며, 1966년 12월 16일 국제연합 총회에서 채택되어 1976년 1월 3일 발효되었다. 우리나라 조약 제1006호로, 1990년 7월 10일 발효되었다.

14) 정식명칭은 ‘International Covenant on Civil and Political Rights’이며, 1966년 12월 16일 국제연합 총회에서 채택되어 1976년 3월 23일 발효되었다. 우리나라 조약 제1007호로, 1990년 7월 10일 발효되었다.

15) 31개조로 구성된 A규약은 노동조건, 단결권, 사회보장, 가족의 보호, 생활수준의 확보 및 건

A규약과 B규약 모두 세계인권선언에서 보장하는 바와 같이 종교적 차별을 금지하는 것을 제2조에서 규정하고 있으며, 특히 B규약의 제 18조[16] 3항에서는 "자신의 종교나 신념을 표명하는 자유는, 법률에 규정되고 공공의 안전, 질서, 공중보건, 도덕 또는 타인의 기본적 권리 및 자유를 보호하기 위하여 필요한 경우에만 제한받을 수 있다"고 하여 종교의 자유는 원칙적으로 보장받는 권리이고, 안보 및 타인의 기본권 침해를 방지하기 위한 경우에만 제한 될 수 있다고 보았다.

5. UN 선언

UN헌장의 제55조, 세계인권선언의 제2조와 제7조, 인권 B규약의 제2조 제1항은 물론이고, 지역 인권조약이나 국가들의 일반적인 관행을 통하여 반복적으로 언급되고 있는 차별금지는 국제관습법을 구성한다고 볼 수 있다.[17] 다문화사회와 관련하여 차별금지를 명칭에 명시한 국제문서로 인종차별철폐협약[18][19]과 UN

강 · 교육 · 문화 · 생활에 관하여 규정하고, 그러한 권리가 점진적으로 차별 없이 실현될 것을 규정하였다. 35개조인 B규약은 이전의 자유, 생명 · 신체의 자유와 안전, 프라이버시, 혼인의 자유, 공정한 재판, 사상 · 양심 · 종교의 자유, 표현 · 집회 · 결사의 자유, 공무 및 선거 참가권, 소수자 등의 권리 등을 규정하고, 일방적인 생명박탈, 고문, 노예, 강제노동, 일방적 체포나 구금, 전쟁의 선전, 차별 혹은 폭력을 유발하는 것과 같은 인종차별이나 종교적 증오를 야기하는 행위를 금지하고 있다(서원상, "다문화사회의 법적 기반에 관한 소고 -국제인권법을 중심으로-", 「법학연구」, 2011, 15면).

16) 시민적 · 정치적 권리에 관한 국제규약 제18조
① 모든 사람은 사상, 양심 및 종교의 자유에 대한 권리를 가진다. 이러한 권리는 스스로 선택하는 종교나 신념을 가지거나 받아들일 자유와 단독으로 또는 다른 사람과 공동으로, 공적 또는 사적으로 예배, 의식, 행사 및 선교에 의하여 그의 종교나 신념을 표명하는 자유를 포함한다.
② 어느 누구도 스스로 선택하는 종교나 신념을 가지거나 받아들일 자유를 침해하게 될 강제를 받지 아니한다.
③ 자신의 종교나 신념을 표명하는 자유는, 법률에 규정되고 공공의 안전, 질서, 공중보건, 도덕 또는 타인의 기본적 권리 및 자유를 보호하기 위하여 필요한 경우에만 제한받을 수 있다.
④ 이 규약의 당사국은 부모 또는 경우에 따라 법정 후견인이 그들의 신념에 따라 자녀의 종교적, 도덕적 교육을 확보할 자유를 존중할 것을 약속한다.

17) 홍성필, "국제인권법의 국내적 적용에 관한 연구", 「법학논집」 제3권 1호, 1998.

18) 정식명칭은 '모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약'(International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination)이며, 1965년 12월 21일 뉴욕에서 채택되어 1969년 1월 4일에 발효되었다. 우리나라 조약 제667호로, 1979년 1월 4일에 발효 되었다.

19) 인종차별철폐협약은 제1조 제1항에서 '인종차별이란 인종, 피부색, 가문, 또는 민족이나 종족의 기원에 근거를 둔 어떠한 구별, 배척, 제한 또는 우선권을 말하며, 이는 정치, 경제, 사회, 문화 또는 기타 어떠한 공공생활의 분야에 있어서든 평등하게, 인권과 기본적 자유의 인정, 향유 또는 행사를 무효화시키거나 침해하는 목적 또는 효과를 가지고 있는 경우'라 정의하고 있다. 협

총회의 종교차별철폐선언[20]을 꼽을 수 있다.

1981년 UN 총회는 차별금지선언을 채택하였는데, 이 선언에 의하면 모든 사람은 생각, 양심, 종교, 신앙의 자유를 가지고 있으며, 종교나 다른 신념에 의하여 차별을 받아서는 안 된다고 하고 있다.[21]

6. 소결

국제연합헌장, 세계인권선언, 국제인권규약, UN 선언 등을 통해서 알 수 있듯이 국제적으로 종교의 자유를 보장하고 있다. 다만 국제인권규약은 국제연합헌장, 세계인권선언과 다르게 종교의 자유가 공공의 안전, 타인의 권리 및 자유를 보호하기 위하여 필요한 경우에만 제한을 받을 수 있다고 제한의 가능성을 둔 점에서 차이가 있다. 그러나 이 제한은 종교의 자유는 원칙적으로 보장되어야 하나 규약에서 한정적으로 열거한 사유에 한하여만 제한 할 수 있다는 의미로 해석되어야 한다.

국제인권규범을 통해 국제적으로 종교의 자유는 개인의 기본권적 자유로서 존중되어야하고 종교를 이유로 차별을 받지 않을 것을 규범화시킴으로써 종교의 자유를 보장하고 있음을 알 수 있었다. 국제연합헌장 및 세계인권선언의 제1조에서 인종과 더불어 종교를 이유로 한 차별이 있어서 안된다는 점을 명시한 것으로 미루어 보았을 때 종교의 자유는 타인의 기본권이나 생명권을 침해하는 위협적인 경우를 제외하고는 절대적으로 보장해야 하는 기본권임을 알 수 있다.

약은 당사국에 대해 국내에서 인종차별을 철폐하기 위해 필요한 조치를 취할 의무를 부담시키고(제2조~제7조), 협약의 실시를 위해 18인의 위원으로 구성된 인종차별 철폐위원회를 설치하여 당사국에 대해 타당사국이 협약상 의무를 이행하지 않을 때는 동 위원회에 신고 할 수 있도록 하고 있다. 인종차별에 대한 문제가 당사국간에 해결되지 않으면 위원회에 의해 임명된 특별조정위원회에 회부하여 해결하며, 개인도 조약상의 권리침해를 당한 경우 국내구제수단의 완료를 조건으로 인종차별철폐위원회를 청원할 수 있다(김정건 · 장신 · 이재곤 · 박덕영, 「국제법」, 박영사, 2010, 618면).

20) 정식명칭은 '종교 및 신념에 따른 모든 유형의 박해 및 차별의 제거에 관한 선언'(Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief) 이다.

21) 홍성필, "국제인권법의 국내적 적용에 관한 연구", 「법학논집」 제3권 1호, 1998.

Ⅲ. 유럽에서의 종교의 자유

1. 서

유럽의 역사는 종교를 빼놓고 이야기할 수 없을 만큼 종교와 밀접한 연관이 있어왔다.[22] 유럽에서는 종교를 정치적, 사회적인 문제로서 오랜 기간 논의하여 왔고 베스트팔렌조약이후 유럽의 개별국가는 각국의 상황에 맞추어 정교분리의 원칙을 발전시키면서 종교와 정치적 문제를 해결하고자 했다.

유럽에는 유럽인권협약이라는 유럽만의 지역적 인권보장시스템이 존재한다. 유럽인권협약을 살펴봄으로써 유럽에서의 종교의 자유 보장에 대하여 파악하고, 앞으로 다루고자 하는 종교의 자유에 대한 유럽인권재판소의 판결을 살펴보기 위한 초석을 마련하고자한다.

2. 유럽인권협약[23]

(1) 의의 및 역사적 배경

유럽인권협약은 국제조약으로서 가입된 회원국에 대해 구속력이 있으며 적용범위가 유럽연합에 한정되는 것이 아니라는 점에서 유럽공동체법상의 유럽기본권헌장과 차이가 있다. 특히 유럽인권협약은 체결국에 대해 구속력이 있지만 유럽기본권헌장은 유럽연합의 초국가조직으로서의 유럽연합에게 단지 특정한 기본권목록 대해서만 의무를 지운다는 점에서 차이가 있다.[24]

유럽의 인권보장제도는 유럽인권협약[25]이 만들어지고 나서부터 시작되었다고 볼 수 있다. 유럽인권협약이 나오게 된 배경은 크게 세 가지가 있다.[26] 첫째는 제2차 세계대전 중 유럽에서 자행된 인권 유린에 대한 대응하기 위함이고, 둘째는 호전적인 독일과 여타 유럽의 연합국의 관계를 개선하려는데 그 목적이 있었

22) 유럽에서는 십자군전쟁(11 ~ 13세기), 종교전쟁(16 ~ 17세기) 등 중세부터 근대에 이르기까지 종교관련 분쟁이 지속적으로 있어왔다.
23) 박찬운, 「인권법」, 한울, 2011, 215-230면.
24) 신옥주, "히잡착용을 통하여 본 유럽에서의 종교의 자유에 대한 고찰", 「공법학연구」 제9판 제3호, 2008, 312면.
25) 정식명칭은 '유럽인권협약'European Convention for the Protection of Human rights and Fundamental Freedoms)이며, 1953년부터 발효되었다.
26) 박찬운, 전게서, 216면.

다. 셋째는 냉전을 거치면서 공산진영의 인민민주주의(people's democracy)와는 본질적으로 다른 진정한 민주주의(genuine democracy)를 실현하는 이념적틀을 마련하기 위하여 만들어졌다.[27]

유럽인권협약은 인권침해를 당한 개인에게 국내 사법절차의 한계를 극복하여 국제적인 구제절차의 기회를 최초로 제공하였다는 점에서 의의가 있다. 그리고 유럽인권재판소라는 실시 메커니즘을 보유하고 있어, 현존하는 지역적 인권장치 중에서 가장 발전되었다고 할 수 있다.

(2) 유럽인권협약에서 보호하는 권리

유럽인권협약은 국제인권규약과 권리의 제한과 유보에 있어 차이점을 보인다. 유럽인권협약은 국제인권규약에서 볼 수 있는 국민의 자결권(제1조)과 소수자에 대한 권리(제27조)가 없다. 그러나 두 조약은 표현의 자유, 집회의 자유 및 종교의 자유에 대해 제한을 허용한다는 점에서 공통점이 있다. 국제인권규약에서는 공공의 안전, 질서, 공중보건, 도덕 또는 타인의 기본적 권리 및 자유를 보호하기 위하여 필요한 경우 종교의 자유를 제한할 수 있다고 규정하고 있다. 그러나 유럽인권협약은 자유권규약에서 볼 수 없는 그 제한의 한계를 설정한다.[28] 즉 협약은 '민주사회에서 필요한 경우'에만 권리의 제한을 할 수 있도록 하고 있으며 권리를 제한하지 못하는 소위 절대적 권리의 범위도 상호 크게 차이가 있다.

유럽인권협약의 제2조[29] 내지 제12조에서는 생명권(제2조), 고문으로부터의 자유(제3조), 노예 및 강제노동으로부터의 자유(제4조), 신체의 자유(제5조), 공정하게 민사 및 형사재판을 받을 권리(제6조), 사생활 및 가족의 권리(제8조), 사상 · 양심 · 종교의 자유(제9조), 표현의 자유(제10조) 및 집회결사의 자유(제12조), 결혼 및 가정을 가질 권리(제14조) 등을 규정하고 있다. 특히 제14조[30]는 위의 권

27) 박찬운, 전게서, 217면.
28) 박찬운, 전게서, 224면.
29) 유럽인권협약 제2조 (생명권)
① 모든 사람의 생명권은 법에 의하여 보호된다. 어느 누구도 법에 규정된 형벌이 부과되는 범죄의 유죄확정에 따른 법원의 판결을 집행하는 경우를 제외하고는 고의로 생명을 박탈당하지 아니한다.
② 생명의 박탈이 다음의 상황에서 절대적으로 필요한 힘의 행사의 결과인 때에는, 이 조에 위반하여 부과된 것으로 간주되지 아니한다.
a. 위법한 폭력으로부터 사람을 보호하기 위하여.
b. 합법적으로 체포를 하거나 또는 합법적으로 구금된 자의 도주를 방지하기 위하여.
c. 폭동 또는 반란을 진압하기 위하여 합법적으로 취하여지는 행동.
30) 유럽인권협약 제14조(차별의 금지)

리들을 향유함에 있어 차별받지 않을 것을 보장하고 있다.

3. 유럽인권협약 및 유럽기본권헌장에서의 종교의 자유

종교의 자유는 유럽 공동의 기본권으로서, 유럽재판소에서 발전이 된 종교의 자유는 불문의 공동체법으로 인정이 되었다.[31] 유럽재판소의 판결은 유럽공동체조약 제6조 제1항과 제2항에 반영되어 있다. 유럽공동체조약 제6조 제1항에서는 유럽연합은 자유, 민주, 인권존중, 기본자유 그리고 법치국가의 원칙 위에 기초하며, 이러한 기본 원칙들은 모든 회원국들에서 공동사항이라고 확정하고 있다. 제2항에서는 유럽연합은 회원 국가들의 헌법들로부터 도출된 공동체법의 일반적인 원칙들 같은 유럽인권협약에서 말하는 의미의 기본권을 존중한다고 하고 있다. 또한 제11조 제1항에서는 유럽연합에게 민주주의와 법치국가의 발전 및 인권과 기본적 자유를 존중할 것을 의무화하고 있다.

유럽인권협약 제9조 제1항은 모든 사람에게 사상 · 양심 · 종교의 자유에 대한 청구를 보장한다. 제2항에서는 가중된 법률유보를 규정하고 있는데, 이에 따라 종교 및 신앙고백의 자유는 공공질서, 공공안전, 건강, 도덕 또는 다른 사람의 권리와 자유의 보호를 위하여 민주사회에서 필수적인 조치들을 법률로 예정된 제한 이외의 다른 제한을 받을 수 없다는 것을 의미한다. 이는 국제인권규약과는 다른 점이다.

유럽기본권헌장(Europaeische Grundrechtscharta)[32] 제10조 제1항 1문에는 유럽인권협약 제9조의 내용이 간결하게 "모든 사람은 사상 · 양심 · 종교의 자유에

성, 인종, 피부색, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 소수민족에의 소속, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등에 의한 어떠한 차별도 없이 이 협약에 규정된 권리와 자유의 향유가 확보되어야 한다.

31) EuGH 1976, 1589 ff=DOEV 1977, 408 ff. ; Mueckl, Stefan, Religions-und Weltanschauungs freiheit im Europarecht, 2002, S. 32 ff(신옥주, "히잡착용을 통하여 본 유럽에서의 종교의 자유에 대한 고찰", 「공법학연구」 제9판 제3호, 2008, 313면에서 재인용).

32) Charta der Grundrechte der Europaeischen Union(2000/C 346/01), ABl. C 364/1. 유럽기본권헌장은 인간의 존엄, 자유, 평등, 연대, 시민의 권리, 사법상의 권리 등 총 6장으로 구성되어 있다. 동 헌장의 성립과정을 간략히 보면 다음과 같다. ① 쾰른의 유럽참사회가 1999년 6월 4일 협약초안작업을 위한 위원회(Konvent)의 구성을 명하였고, ② 1999년 12월에 위원회가 구성되고 2000년 10월 2일 초안 작성하였다 ③ Biarritz의 유럽참사회가 2000년 10월 13일 동 초안을 만장일치로 승인하고 유럽위원회와 유럽의회에 송부되었으며 ④ 유럽의회는 2000년 11월 14일에, 유럽참사회는 2000년 12월 6일에 비준하였다. ⑤ 2000년 12월 7일에 니짜에서 유럽의회, 유럽참사회, 유럽위원회가 동 초안을 비준하고 공포함. 유럽기본권헌장은 현재 진행중인 유럽헌법속에 들어가 있다(http://www.europarl.europa.eu/charta/default(2012. 8. 9. 방문)).

대한 권리를 갖는다"고 규정되어 있다. 그리고 유럽연합의 종교 등에서의 동등처우실현을 위한 범주지침[33]은 종교 및 세계관, 장애, 연령과 성적 지향 등을 근거로 하는 차별을 금지하고 있다. 동 지침에 따라 종교를 근거로 하는 직·간접차별 및 단순한 모욕도 차별로 간주되며 동 지침의 관철을 위해 회원국은 자국으로 전환된 법규위반 시 처벌을 하는 규정을 포함하는 여러 장치를 두어야한다.

4. 소결

유럽인권협약 제9조 제2항의 '민주사회에 있어서 필요한 경우에만 제한 받을 수 있다'고 규정되어 있는 가중된 법률유보는 필요한 경우에만 제한할 수 있다고 규정한 국제인권규약을 구체화 한 것이다. 이는 공산주의에 반대하여 민주주의를 주창한 유럽공동체의 모습이 반영되어 있는 것일 뿐이고[34] 그 안에 담긴 종교의 자유를 보장해야 한다는 내용은 같다. 따라서 국제인권규범과 마찬가지로 유럽인권협약 역시 종교의 자유를 보장해야 한다는 것을 규정함으로써 보호받아야 하는 기본권임을 천명하고 있음을 알 수 있다.

Ⅳ. 유럽인권재판소의 종교의 자유에 대한 판결

1. 서

유럽인권재판소는 유럽인권협약의 실시 매커니즘의 하나로써, 유럽인권협약에 재판부의 구성 및 절차 등이 규정되어 있다. 유럽인권협약상의 권리를 침해받은 개인이 상대국의 의사와 관계없이 직접 유럽인권재판소에 제소가 가능한데, 이러한 개인 사법 구제절차를 보장함으로써 유럽인권협약이 다른 인권보장시스템에 비해 발전되었다는 평가를 받는다.[35]

유럽의 종교의 자유문제를 검토하기 위해서는 유럽인권협약의 종교의 자유에 관한 규정인 제9조 침해와 관련된 판결을 살펴볼 필요가 있다. 유럽인권재판소

33) Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens fuer die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschaeftigung und Beruf(신옥주, "히잡착용을 통하여 본 유럽에서의 종교의 자유에 대한 고찰", 「공법학연구」 제9판 제3호, 2008, 314면에서 재인용).

34) 유럽공동체는 냉전시대에 공산주의진영에 반대하여 진정한 민주주의를 추구하였다.

35) 박찬운, 전게서, 215면.

의 판례 중 유럽인권협약 제9조가 침해되었다고 제소된 판결 중 히잡착용을 금지와 관련한 종교의 자유침해 분쟁을 중심으로 살펴보기로 한다.

2. CASE OF DOGRU v FRANCE[36]

(1) 사실관계

공립중학교를 1998-1999동안 다닌 11살, 12살의 무슬림 신념을 가진 여학생들이 1999년 1월에 헤드스카프는 체육시간에 부적합하다는 교사의 반복되는 요청을 거절하고 벗기를 거절하였다. 이를 이유로 1999년 2월 학교 위원회는 신청 여학생들의 반복되는 체육수업 불참으로 인해 그들을 추방해야 한다고 결정 내렸고 1999년 3월 Director of Education에서는 Academic Appeals Board의 논의 끝에 이 여학생들의 추방을 결정했다. 이 학생들은 1999년 10월 행정법원에 제소를 하였으나 기각되었다. 기각의 사유는 헤드스카프를 벗지 않음으로써 활동적인 참여를 할 수 없었고, 그로 인해 학교 수업을 정규적으로 참여할 의무를 위반하였으며 학교의 분위기를 긴장 시켰다는 것이다. 그 결과 이들은 유럽인권재판소에 제소를 하게 되었다.

(2) 판결주문

만장일치로 유럽인권협약 제9조 위반이 아니라고 보았다. 그리고 인권 및 기본적 자유의 보호에 관한 유럽협약 제1추가의정서[37]를 검토할 필요가 없다고 판단하였다.

(3) 판결의 주요내용

체육시간에 헤드스카프를 쓰는 것을 금지하는 법과 헤드스카프 벗기를 거절하는 여학생들을 추방하는 것은 종교의 자유를 제한하는 것이다. 제소시기에는 체육시간에 헤드스카프를 쓰는 것을 명백히 금지하는 법이 없었다. 이 사건은 정교분리 원칙 적용하여 공립학교에서 종교적 상징물 또는 의복을 착용하는 것을 규제하는 법인 「Law no. 2004-228 of 15 March 2004」가 제정되기 이전에 일

36) http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-90039(2012. 8. 9. 방문).

37) 정식명칭은 "Protocol to the Convention for Protection of Human Rights and Funda- mental Freedoms as amended by protocol No.11" 이고 발효일은 1954. 5. 18. 이다.

어났다.

그러나 프랑스 당국의 이러한 제재는 수업참여의 근면의 요청과 수업시간에 알맞는 옷을 착용할 필요성 및 보안의 염려성이라는 세 가지 요소에 의해 정당화될 수 있다. 그리고 여학생들은 학교에 등록할 때 학교의 규칙을 준수할 것을 사인하였고, 부모도 동의하였다. 이를 통해 제소자들은 체육시간에 헤드스카프를 벗는 것을 거절한다면 학교에서 추방당할 수 있다는 사실을 예견할 수 있었다.

공립학교에서의 정교분리의 목표 추구로 인해 여학생들의 종교의 자유 권리는 제한될 수 있다. 이와 같은 맥락에서 종교적인 상징물 역시 정교분리의 원칙상 공립학교에서 금지될 수 있다. 이는 프랑스 당국의 정교분리 모델이라고 인정할 수 있다. 따라서 이 사건에서는 제소자들이 주장하는 대로 종교적 신념을 침해하는 것이 아니고 건강, 안전상의 이유로 체육시간에 헤드스카프를 쓰는 것은 부적합하다고 보아 추방이라는 제재는 학교규칙 준수의 거절로 인한 결과이고 신청자들에 대해서 이루어진 훈계의 수단으로써 적정하다.

결론적으로 추방은 부적합한 것이 아니며, 여학생들은 원격수업[38]을 계속할 수 있다. 여학생들의 종교적 신념은 공적 요청과 다른 권리 및 자유를 보호하는 요청의 관계에서 참작하여 발현되어야 한다. 여학생들의 종교적인 믿음을 반대하는 것이 아니라, 그러한 요청에 근거한 결정이라는 것은 명백하다. 따라서 만장일치로, 유럽인권협약에 위반되지 아니한다는 결론이다.

(4) 소결

종교의 자유라는 인간의 기본적인 권리를 한 나라의 정치적인 사유로 제한하는 것은 극단적으로 표현한다면, 다양성의 자유를 억압하는 폭력이라 할 수 있다. 체육시간에 헤드스카프를 씀으로써 활동의 제약이 발생하고 그로 인하여 몸이 불편하게 되는 측은 헤드스카프를 착용하기를 고집하는 여학생들이다. 헤드스카프를 착용함으로써 해당 여학생들은 신체의 부자연스러움이라는 제약을 감수하면서 종교적인 신념을 지키고자 하였고, 이를 굳이 학칙, 법률로써 제한하여야 하는지 의문이 든다. 프랑스에서는 1993년 낭튀아(Nantua)의 자비에-비샤(Xavier-Bichat) 중학교에 다니던 두 자매가 체육시간에 히잡을 벗으려 하지 않아 퇴학시킨 최초의 퇴학 이후 종교적상징물 착용을 금지하는 법률[39]을 제정하

38) 판결 원문에는 "correspondence classes"라 명시하고 있으나, 의역하여 원격수업이라고 표현하였다.

39) 공식 명칭은 '정교 분리 원칙의 적용에 있어, 공립 중 · 고등학교에서 종교적 외양을 드러내는 옷이나 상징물의 착용을 포괄하는 2004년 3월 15일의 법', Loi n. 2004-228 du 15 mars 2004

기도 하며 정교분리의 원칙을 고수 했다. 종교적 상징물착용금지법이 무슬림을 대표하는 히잡(헤드스카프)을 겨냥한 이슬람혐오주의의 발현이라고 보는 견해도 있다.[40] 이 견해는 이 법에서 나타내는 "종교적 상징물"이 히잡을 겨냥한다고 비판한다. 그리고 이 법안의 적용은 공립학교에 국한되어 사립학교에서는 그 적용이 없고, 지방 공립학교의 교실에서는 십자가를 걸고 학생들이 종교교육을 받고 있다는 점에서, 정교분리원칙을 내세우며 히잡착용을 금지하여 다른 종교와의 형평성 측면에서 어긋나므로 법의 한계를 보여준다고 한다.

공화국이라는 국가의 정치적 이념은 지킬 필요가 있으나 이를 탄력적이지 못하게 적용하여 종교라는 문화적인 부분을 제약하고, 나아가 히잡을 쓴 학생들을 퇴학시킴으로써 교육권을 침해한 프랑스 당국의 태도는 국제인권규범으로써 인정되는 종교의 자유를 보장하지 못한 것이라 보인다. 이는 유럽인권재판소에서도 인정하고 있듯이 명백히 종교의 자유 제한이고, 과도한 제약이라 보이므로 우리나라에서 답습하여서는 안 될 것이다.

3. CASE OF LEYLA SAHIN v TURKEY[41]

(1) 사실관계

2002년 터키 여대생 Leyla Sahin이 대학에서 히잡의 착용금지를 이유로 인권재판소에 제소를 하였다. Leyla Sahin은 1973년생으로 터키 국적을 가졌고, 그녀는 전통적인 이슬람가정에서 태어나서 히잡 착용을 의무로 여기고 있었다. 소의 제기시점에 그녀는 이스탄불 의과대학에서 5년째 수학 하고 있었다. 1998년 2월 23일 이스탄불 의과대학측은 히잡을 착용한 학생들에 대해 입학을 거부하고, 시험을 볼 수 없으며 튜터활동을 할 수 없음을 내용으로 하는 규칙을 제정했다. Leyla Sahin은 히잡을 착용하고 있다는 이유로 한 학과의 졸업시험을 거부당했고 대학은 같은 이유로 졸업논문을 쓰는 것과 같은 상급반 수업을 위한 허가를 내주지 않았다.

---

encadrant, en application du laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, colléges et lycées publics'. Journal officiel. 2004. 3. 17.

40) 박단, "프랑스 공화국과 무슬림 여학생의 교내 히잡(헤드스카프) 착용 금지", 「역사학회 역사학보」 Vol. 185, 2005, 264면.

41) Press release issued by the Registrar, Chamber Judgments in the Cases of Leyla Sahin v. Turkey and Zeynep Tekin v. Turkey. (http://www.echr.coe.int/eng/press/2004/june/chamberjudgementssahinandtekin.htm(2012. 8. 9. 방문)).

(2) 판결주문

16대 1의 결론으로 유럽인권협약 제9조, 유럽협약 제1추가의정서의 제2조를 위반하지 않았다고 판단한다. 그리고 만장일치로 유럽인권협약 제8조, 제10조, 제14조를 위반하지 않았다고 판단한다.

(3) 판결의 주요내용

터키의 정교분리 시스템은 프랑스와 비슷하게 대학생들에게 히잡착용을 금지하고 있었다. 원래 Zeynep Tekin도 Leyla Sahin와 같이 인권재판소에 제소하였으나, 2003년에 소를 취하하여 판결은 Leyla Sahin에게만 내려졌다.

구체적으로 제소자의 주장에 대한 유럽인권재판소의 판결을 살펴보기로 한다.

1) 협약 제9조[42]의 위반 주장에 관하여

제소자는 헤드스카프를 착용하지 못하게 함으로써 자신의 종교의 권리를 방해받았다고 주장했다. 이에 대해 터키 헌법 법원과 최고행정법원에서 수년간 꾸준히 공화국의 기초원칙에 의해 헤드스카프 착용금지는 모순되는 것이 아니라고 판단하여왔다. 그리고 헤드스카프 착용 규제법은 제소자가 입학하기 전부터 터키에 존재하였기 때문에 제소자는 법의 적용을 예측할 수 있었다고 볼 수 있다. 제소자가 주장하는 종교의 자유 제한은 공공의 질서를 보호하고 다른 사람의 권리와 자유를 보호하는 중요한 목표를 추구하고 있기 때문에 필요하다. 게다가 정교분리의 원칙은 터키의 민주시스템을 보호하는데 필수적으로 고려되어야 하는 원칙이므로 제소자에게 히잡착용을 금지하는 것을 강요한 것은 종교의 자유 침해가 아니다.

---

42) 유럽인권협약 제9조

① 모든 사람은 사상, 양심 및 종교의 자유에 대한 권리를 가진다. 이러한 권리는 자기의 종교 또는 신념을 변경하는 자유와 단독으로 또는 다른 사람과 공동으로, 공적 또는 사적으로 예배, 선교, 행사와 의식에 의하여 그의 종교 또는 신념을 표방하는 자유를 포함한다.

② 자기의 종교 또는 신념을 표명하는 자유는 법률에 규정되고, 공공의 안전, 공공질서, 보건, 또는 도덕, 또는 다른 사람의 권리 및 자유의 보호를 위하여 민주사회에 있어서 필요한 경우에만 제한받을 수 있다."

2) 유럽협약 제 1추가의정서의 제2조[43] 위반에 관하여

헤드스카프를 착용하지 못하게 하는 것이 제소자의 교육의 권리의 요소를 해치는 것은 아니라고 보아 위반이 아니라고 판단하였다.

3) 협약 제8조,[44] 10조,[45] 14조[46] 위반에 관하여

제소자는 사생활을 존중받을 권리, 표현의 자유, 차별의 금지 위반을 주장하였는데, 인권재판소는 헤드스카프 규제는 제소자의 종교의 표현에 직접적으로 반하지 않는다고 판시하였다. 교육기관에서의 정교분리정책은 다른 이들의 권리와 자유를 보호하려는 중요한 목표를 추구하는 것에 해당하므로 본 협약을 위반하지 않는다고 판단하여 히잡착용의 제한이 민주사회에서 필요한 경우에 해당한다고 보았다.

(4) 소결

유럽인권협약 제9조 제1항의 종교의 자유에는 종교를 표방할 수 있는 표현의 자유를 내포하고 있으므로 히잡을 착용 금지하는 것은 명백히 종교의 자유를 침해하는 것이라 볼 수 있다. 그럼에도 인권재판소는 동 사건에 대한 2002년 7월

---

43) 유럽협약 제1추가의정서 제2조
어느 누구도 교육을 받을 권리를 부인당하지 아니한다. 국가는 교육 및 교수와 관련된 어떠한 기능을 수행하는데 있어서도 부모가 자기의 종교적 및 철학적 신념에 일치하는 교육 및 교수를 hkr보할 권리를 존중하여야 한다.

44) 유럽인권협약 제8조
① 모든 사람은 그의 사생활, 가정생활, 주거 및 통신을 존중받을 권리를 가진다.
② 법률에 합치되고, 국가안보, 공공의 안전 또는 국가의 경제적 복리, 질서유지와 범죄의 방지, 보건 및 도덕의 보호, 또는 다른 사람의 권리 및 자유를 보호하기 위하여 민주사회에서 필요한 경우 이외에는, 이 권리의 행사에 대하여는 어떠한 공공당국의 개입도 있어서는 아니된다.

45) 유럽인권협약 제10조
① 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 의견을 가질 자유와 공공당국의 간섭을 받지 않고 국경에 관계없이 정보 및 사상을 주고받는 자유를 포함한다. 이 조가 방송, 텔레비전 또는 영화 사업자에 대한 국가의 허가제도를 금지하는 것은 아니다.
② 이러한 자유의 행사에는 의무와 책임이 따르므로, 법률에 의하여 규정되고, 국가안보, 영토의 일체성이나 공공의 안전, 무질서 및 범죄의 방지, 보건과 도덕의 보호, 타인의 명예나 권리의 보호, 비밀리에 얻은 정보의 공개 방지, 또는 부의 권위와 공정성의 유지를 위하여 민주사회에서 필요한 형식, 조건, 제약 또는 형벌에 따르게 할 수 있다.

46) 유럽인권협약 제14조
성, 인종, 피부색, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 소수민족에의 소속, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등에 의한 어떠한 차별도 없이 이 협약에 규정된 권리와 자유의 향유가 확보되어야 한다.

2일의 판결에서 학교와 대학에서 히잡의 착용을 금지하는 것이 유럽인권협약 제9조에 반하지 않는다고 판시하였다. 이에 대한 근거로 이스탄불 의과대학측의 규정은 터키 법에 근거가 된 것이라고 하면서 종교적인 이유로 히잡이나 베일로 머리와 목을 덮는 것은 헌법에 반한다고 판시한 터키 헌법재판소의 판결[47]을 주요 논거로 삼았다. 이러한 부분에 있어서 이 사건에 대한 동 재판소의 판결은 설득력이 낮다.

인권이라는 보편적인 상위의 가치를 판단함에 있어서 전 인류적이고 국제적인 인권규범들이 존재함에도 불구하고, 인권침해를 주장하는 제소자의 당사국의 헌법에 위반됨을 이유로 침해되지 않았다고 판단하는 것은 기준에 대한 오류가 있다고 보인다. 앞에서 살펴본 국제인권규범과 유럽인권협약에서 종교의 자유는 보장되는 것이 원칙이고, 불가결한 한정적인 상황에 있어서 제한할 수 있다고 규정하고 있다.

그런데 인권재판소는 해당 국가의 헌법에 위반되지 않는다는 이유와 국가의 정치적인 원칙을 준수하는 것을 이유로 하여 히잡착용금지가 종교의 자유를 위반하는 것이 아니라고 판단하고 있다. 인권재판소는 인권 침해가 자행되었다고 의심되는 국가의 판결을 반복하는 앵무새가 아니다. 인권재판소는 이전 판결들에 구애받지 않고 순수하게 인권 침해 사항을 판단해야 하며, 해당 국가의 정치적, 역사적 상황을 모두 고려하되 인권이라는 보편적이고 상위의 가치를 항상 염두에 두고 판결을 내려야 한다.

Ⅳ. 우리나라가 지향해야 하는 종교의 자유에 대한 태도

1. 현재 논의되고 있는 우리나라의 종교의 자유문제

우리나라의 종교의 자유의 논의 중심에는 사립종교학교에서 학생들에게 종교수업 및 행사참여와 관계되어 발생하는 사건들이 놓여있다.[48] 우리나라에서도

47) Politischer Bericht Tuerkei, Konrad Adenauer Stiftung Laenderbuero Tuerkei, 2004. 7.

48) 헌법재판소는 사립학교의 특수성으로 일반적으로 국, 공립학교는 보편적인 교육이념과 교육의 기회균등 원칙에 따라 표준화된 교육을 실시하여야 할 책무가 있으므로 학교 나름의 특성을 개발, 배양하는데 본질적인 한계가 있는데 반하여, 사립학교는 그 설립자의 특별한 설립이념을 구현하거나 독자적인 교육방침에 따라 개성 있는 교육을 실시할 수 있을 뿐만 아니라 공공의 이익을 위한 재산출연을 통하여 정부의 공교육실시를 위한 재정적 투자능력의 한계를 자발적으로 보완해 주는 역할을 담당한다고 판시하였다(헌법재판소 1991. 7. 22. 선고 89헌가106 결정).

유럽인권재판소의 판결에서 고려한 바와 같이 학생에게 학교 선택권이 있었는가에 따라 위치를 달리하여 판단한다.

자발적 입학의 경우 미국은 학생의 입학 및 재학관계는 모두 이러한 계약상의 합의로 간주되며, 학교는 학칙 제정을 통하여 학생의 시민적 자유를 제한할 수도 있고, 종교행사 참석을 의무화할 수도 있다.[49]

대법원은 대학예배 6학기 참석을 졸업요건으로 정한 사립대학교의 학칙이 학생들의 신앙을 가지지 않을 자유를 침해하는 위헌무효의 학칙인지 여부가 문제된 사건에서 사립대학은 헌법상 자치권이 부여되어 있으므로 학생들의 신앙을 가지지 않을 자유를 침해하지 않는 범위 내에서 학생들로 하여금 일정한 내용의 종교교육을 받을 것을 졸업요건으로 하는 학칙을 제정할 수 있다고 보았다.[50]

이 사립대학교의 대학예배는 예배시간의 참석만을 졸업의 요건으로 할 뿐 그 태도나 성과 등을 평가하지 않는다는 사실에 비추어 볼 때 신앙을 가지지 않을 자유를 침해하지 않는 범위 내에서 학생들에게 종교교육을 함으로써 진리, 사람에 기초한 보편적인 교양인을 양성하는 데 목표를 두고 있으므로 종교의 자유에 반하지 않는다고 적시하였다.

그런데 학교를 강제로 배정받은 경우, 정교분리의 원칙이 있어서 국공립학교에서는 종교교육을 실시할 수 없다. 따라서 국공립학교에 학생을 강제 배정한 경우에는 종교의 자유 침해 문제는 발생하지 않는다. 사립학교에 학생을 강제 배정하는 경우 학교의 종교교육의 자유와 학생의 종교의 자유 간에 충돌이 일어날 수 있다.[51]

---

49) 박종보, "사립학교에서 종교교육의 자유와 학생의 신앙의 자유", 「法學論叢」 제24집 제3호, 2007, 49-67면.

50) 대법원은 기독교 재단이 설립한 이 사립대학의 대학예배가 목사에 의한 예배뿐만 아니라 강연이나 드라마 등 다양한 형식을 취하고 있고 학생들에 대하여도 예배시간의 참석만을 졸업의 요건으로 할 뿐 그 태도나 성과 등을 평가하지는 않는 사실 등에 비추어 볼 때, 위 대학교의 예배는 복음 전도나 종교인 양성에 직접적인 목표가 있는 것이 아니고 신앙을 가지지 않을 자유를 침해하지 않는 범위 내에서 학생들에게 종교교육을 함으로써 진리, 사랑에 기초한 보편적인 교양인을 양성하는 데 목표를 두고 있다고 적시한 다음, 대학예배에의 6학기 참석을 졸업요건으로 정한 위 대학교의 학칙은 헌법상 종교의 자유에 반하는 위헌무효의 학칙이 아니라고 판시하였다(대법원 1998. 11. 10. 선고 96다37268 판결).

51) 충돌의 원인에 관하여 박종보 "사립학교에서 종교교육의 자유와 학생의 신앙의 자유", 「法學論叢」 제24집 제3호, 2007, 49-67면 참조.

2. 유럽인권재판소 판례가 주는 시사점

종교는 유럽인권재판소의 판례에서도 알 수 있듯이 국가의 정치상황과 매우 밀접해있는 분야이다. 정치와 불가분의 관계이지만, 종교의 자유는 인간의 기본적인 권리로써 일차적으로 보장되어야 한다. 유럽연합에서도 이슬람여성들에게 히잡착용을 금지하는 것은 그녀들의 인격권, 인간의 존엄, 종교의 자유, 평등권 등 다양한 측면에서 문제가 될 수 있다고 판단하여 Veil 프로젝트를 진행하고 있다.

유럽인권재판소는 히잡착용 금지는 종교의 자유를 제한하는 것임을 인정하나, 국가의 여러 제반 사정을 고려하여[52] 부득이하게 제한할 수밖에 없음을 이유로 협약위반이 아니라고 판시하였다. 유럽인권재판소에서 협약 위반을 판단할 때 개별 국가의 역사적 · 정치적 · 사회적 상황이 모두 고려되어야 하나, 개인의 기본권으로서 존중되어야 하는 종교의 자유는 사회적 기본권과는 다르게 접근하여 판단해야 하는 것을 간과하였다. 앞으로 우리나라에서 이러한 종교의 자유문제가 발생할 경우 이러한 유럽인권재판소의 판결의 한계를 극복하여 해결하여야 한다.

3. 소결

우리나라에는 아직 이슬람교도가 많지 않아 학교 내 히잡착용 및 종교적 상징물을 금지해야 한다는 문제는 제기되고 있지 않다. 그러나 우리나라에서도 점차적으로 그 수가 늘어나고 있는 추세이다. 우리나라에는 현재 9개의 이슬람 성원 및 60여개의 임시예배소, 외국인 이슬람교인을 포함하여 15만명의 이슬람 신도들이 있다.[53]

히잡착용은 정교분리에 정면으로 반하는 것은 아니다. 단지 이슬람교도들이 자신들의 종교를 표출하는 표현의 측면이라고 파악할 필요가 있다. 따라서 종교의 자유 측면 외에도 표현의 자유라는 기본권적 권리로써 보호 가능하다. 다만 공공기관이나 국가 주요기관에서는 테러의 위험을 고려하여 전신을 가리는 니

52) CASE OF DOGRU v FRANCE의 경우, 보안의 염려성, 충분한 국내법적 법률과 규칙의 존재 ; CASE OF LEYLA SAHIN v TURKEY의 경우 TURKEY헌법에 위반되지 아니함을 그 이유로 한다.

53) 외교통상부 http://sau.mofat.go.kr/webmodule/htsboard/template/list/korboardlist.jsp?typeID=15&boardid=4977&seqno=665171&c=&t=&pagenum=1&pc=&dc=&wc=&lu=&vu=&iu=&du=# (2012. 8. 9. 방문).

캅[54]이나 얼굴을 알아볼 수 없는 부르카[55]의 경우에는 안보상의 이유로, 종교의 자유의 예외로써 제한할 수 있다고 규정하는 것이 대안이 될 수 있다. 이렇게 함으로써 국제인권규범에서 규정하고 있는 종교로 인하여 차별받지 않을 권리를 실현할 수 있다.

물론 이 경우도 이슬람교도들의 종교의 자유 및 표현의 자유를 완전히 보장하는 방안은 아니다. 그러나 단순히 자신들의 머리카락 정도만 가리는 헤드스카프는 타인에게 피해를 주거나 타인의 자유 및 권리를 위협하는 것이 아니므로 이를 금지하는 것은 종교의 자유를 지나치게 제한하는 것이다. 종교를 정치의 수단이 아닌 문화의 현상이라는 시각에서 접근한다면 종교의 자유를 지나치게 제한하는 현상은 지양될 수 있다. 우리나라는 다문화사회를 맞이하여 종교적, 문화적으로 타 민족을 수용하여 다양성을 추구하는 방향으로 정교분리의 원칙을 새롭게 정립해나가야 한다.

Ⅴ. 결론

인간의 행복을 추구할 권리는 불가침의 신성한 권리이다. 종교의 자유 역시 행복 추구권의 범주에 포함되므로 종교의 자유도 불가침의 신성한 권리라는 결론이 도출될 수 있다. 종교의 자유는 원초적인 인간의 자유이지만, 한 국가의 국체를 확고히 하는데 필수적이라 할 만큼 매우 정치적이기도 하다.[56]

우리나라도 노동, 결혼 등의 사유로 이주자들이 많아짐에 따라 점차 민족과 종교가 혼재하게 될 수 있다. 민족과 종교가 혼재하게 된다면 단일민족이었던 우리나라는 유럽의 국가들보다 더 큰 혼란에 빠질 수 있으므로 종교의 자유의 문제에 대하여 미리 대비를 하여야 한다.

단일 민족, 단일 문화를 주창해온 우리나라에서 히잡과 기타 종교적 상징물을 쓰거나 두른 사람들이 많아진다면 그 동안 유럽에서 일어났던 종교적 배척, 혐오주의보다 더욱 심각한 현상이 팽배해질지 모른다. 우리나라에서는 앞으로 발생할 수 있는 종교 문제에 대비하여 다문화를 수용하고자 하는 시민의식을 고취시키고 사회 다방면에서 정치와 종교를 분리하는 정책을 수행할 필요가 있다.

54) 이슬람 교도의 여성이 착용하는 전신을 머리에서 푹 뒤집어 쓰는 느슨한 무릎 길이나 발목길이의 겉옷으로 시야를 확보하기 위해 눈 주변 구멍이 트여있다.
55) 니캅과는 다르게 눈조차 망사로 덮어버린 것이 특징이다.
56) 신옥주, "히잡착용을 통하여 본 유럽에서의 종교의 자유에 대한 고찰", 「공법학연구」 제9판 제3호, 2008, 323면.

그리고 종교의 자유문제가 법적 분쟁이 되었을 때 법원에서는 유럽인권재판소의 판결과 같은 실수를 범해서는 안된다. 즉, 국제인권규범에서도 천명하고 있듯이 종교는 인종과 더불어 차별받지 않아야 하는 대상이고, 개인의 기본권으로써 보장될 필요가 있음을 명심하고 판결이 이루어져야 한다.

다문화 시대를 맞이하여 우리나라는 비엔나 세계인권선언의 "모든 인권은 보편적이고 불가분이며 상호의존적이다. 국제공동체는 인권을 같은 뿌리에 근거하여 같은 정도로 공정하고도 공평한 방식에 의해 전 지구적으로 다루어야 한다. 국가적 · 지역적 특수성의 중요성과 다양한 역사적 · 문화적 · 종교적 배경을 염두에 두면서도 정치적 · 경제적 · 문화적 제도에 관계없이 인권과 기본적 자유를 보호하고 증진하는 것은 국가의 의무이다."[57]라는 내용을 염두에 두고 우리나라의 특수성을 잃지 않으면서 타문화와 종교를 받아들임으로써 인권을 증진시키려는 노력이 필요하다.

57) "Vienna Declaration and Programme of Action"(UN Doc., 1993), A/49/668.

참고문헌

1. 단행본

김정건 · 장신 · 이재곤 · 박덕영, 「국제법」, 박영사, 2010.
박찬운, 「인권법」, 한울, 2011.
최철영, 「인권, 생각의 차이 또는 사람의 차이」, 열린길, 2010.
박단, 「프랑스의 문화전쟁」, 책세상, 2005.
Thomas Buergenthal, 양건 · 김재원(역), 「국제인권법개론」, 교육과학사, 1992.
Christian Tomuschat, Human Right-Between Idealism and Realism (Oxford University Press: 2003).

2. 논문

박단, "프랑스 공화국과 무슬림 여학생의 교내 히잡(헤드스카프) 착용 금지", 역사학회역사학보, Vol.185, 2005.
신옥주, "히잡착용을 통하여 본 유럽에서의 종교의 자유에 대한 고찰", 「공법학연구」 제9판 제3호, 한국비교공법학회, 2008.
서원상, "다문화사회의 법적 기반에 관한 소고 -국제인권법을 중심으로-" 「법학연구」, 연세대학교 법학연구원, 2011.
홍성필, "국제인권법의 국내적 적용에 관한 연구," 「법학논집」 제3권 1호, 이화여자대학교 법학연구원, 1998.

불법행위에 기한 금지청구권의 근거와 활용

박재영

충남대학교 법학전문대학원 석사과정

I. 서론
II. 금지청구권에 대한 기존의 논의
1. 의의, 요건, 효과
2. 근거와 보호법익
3. 금지청구권의 인정방식에 대한 검토
III. 불법행위에 기한 금지청구권
1. 관련 판례
2. 쟁점
3. 근거
4. 요건
IV. 불법행위에 기한 금지청구권의 활용에 대한 시사점
1. 새로운 보호법익에 대한 대처
2. 쟁점에 대한 대응
3. 근거에 대한 재인식
V. 결론

Ⅰ. 서론

산업혁명 이전만 하더라도 사인 간의 분쟁에서 당사자 간 계약에 의한 문제가 차지하는 비중이 컸다.[1] 그러나 점점 산업사회가 고도화되면서 위험한 기계나 자동차 등을 매개로 하여 전혀 계약관계가 없는 제삼자에게 피해를 입히는 사례가 증가하였다. 이 경우 그 손해를 어떻게 전보할 것인가가 문제가 되고, 이에 대응하여 불법행위법도 발달하게 되었다.[2] 예를 들어, 「제조물책임법」은 고의·과실이 없거나 불분명할 경우에도 위험원을 지배하는 자에게 그 위험으로 인한 손해를 귀속시키는 위험책임의 법리를 불법행위법에 도입한 결과이다.[3] 이렇듯 산업·경제상의 변화는 불법행위법 및 관련 특별법에 영향을 주고 있다.

IT산업은 우리나라가 국제 경쟁력을 확보한 분야로서 하루하루 우리 삶의 모습을 바꿔나가고 있다. 이러한 IT기술의 발전에 힘입어 다양한 사업들이 출현하

1) 김영희, "미국 불법행위법의 기본 구조에 관한 연구 - 불법행위의 유형과 성립요건을 중심으로 -", 「법학연구」, 2011, 37면.
2) 김영희, 전게논문, 38면.
3) 김형배, "위험책임체계와 특별법의 해석", 「법학논집」 34호, 1998, 154면.

고 있으며, 이 과정에서 예상치 못한 분쟁이 불거져 나오기도 한다. 인터넷 게시판에서의 댓글로 한 사람의 명예가 실추되기도 하고, 개인정보가 유출되어 제삼의 범죄에 악용되기도 한다. 특히, 이러한 유형의 손해는 한번 가해행위가 일어나면 그 손해를 회복하기가 어렵고, 손해가 확대되는 속도가 빠르다는 특징을 가지고 있다. 따라서 이미 손해가 발생하고 난 후에는 손해배상의 의미가 퇴색되므로, 사전적으로 손해의 발생을 방지하는 것이 중요하다. 그러나 우리의 불법행위법은 손해의 사후적 구제방법으로서 손해배상만을 규정하고 있어 이러한 문제에 효과적으로 대응할 수 없다.[4)]

사전적 구제방법으로 금지청구권이 있다. 본고에서는 기존의 금지청구권이 어떤 근거로 인정되어 왔으며, 그 요건이 무엇인지에 관해 살펴본 후 이를 검토해 보았다. 이어서 금지청구권 인정에 관한 획기적인 판례로서 불법행위에 기해 금지청구권을 인정한 판례를 소개하고 관련된 쟁점, 근거 및 요건 등을 살펴보았다. 마지막으로 이러한 쟁점, 근거, 요건이 불법행위에 기한 금지청구권을 활용하는데 있어서 어떠한 시사점을 갖는지 짚어보았다.

Ⅱ. 금지청구권에 대한 기존의 논의

1. 의의, 요건, 효과

금지청구권이란 물권적 청구권으로서 방해제거 및 방해예방청구권에 기초하여 권리나 법익에 대한 침해행위의 제거 및 중지를 청구할 수 있는 권리를 말한다[5)] 금지청구권은 단일한 권리로 존재하기 보다는 개별적으로 규정된 반환청구권, 방해제거청구권, 예방청구권 등을 총칭하는 표현으로 보인다. 금지청구권은 원상회복, 손해배상 등과 함께 민사상 구제방법 중의 하나이며[6)], 손해의 발생여부와 상관없이 손해가 염려되거나 계속적인 손해가 예상될 경우 이를 사전적으로 방지하는 기능을 한다. 손해가 발생하기 전에 이를 예방하거나 진행 중인 침해행위를 중지시킬 수 있으므로 손해배상이나 원상회복 등의 사후적 구제수단 보다 경제적이라고 볼 수 있다.

---

4) 민법 제750조에서는 "고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다."라고 하여 손해배상만을 구제수단으로서 규정하고 있다.

5) 김준호, 「민법강의」, 법문사, 2012, 1799면.

6) 김차동, "금지(유지)청구권에 관한 비교법적 고찰 - 대한민국과 미국을 중심으로 -", 「경제연구」 제26집 제4호, 2009, 223면.

물권적 청구권으로서 금지청구권의 효과는 방해의 배제를 위해 작위 또는 부작위를 청구하여 물권을 실현할 수 있게 한다는 것이다.[7] 따라서 금지청구권은 필연적으로 권리 행사의 대상이 되는 사람의 자유를 제한하게 된다. 그러나 물권의 실현을 방해할 가능성이 있는 경우에는 고의, 과실 등 여타의 요건이 갖추어지지 않아도 개별 규정에 의해 곧바로 금지청구권이 인정된다.

2. 근거와 보호법익

(1) 물권적 청구권으로서의 금지청구권

민법 제204조, 제206조에서는 점유권에 기한 반환청구권을 규정하고 있다. 민법 제213조, 제214조는 소유권에 기한 반환청구권, 소유물방해제거청구권, 방해예방청구권을 정함으로써 금지청구권을 인정한다. 이 권리들은 지상권, 지역권, 전세권, 저당권 등의 물권에 준용되고 있다. 제217조는 생활이익의 침해에 대한 방해금지를 규정하고 있어 제214조에 대한 특칙으로 보인다.[8] 현행 민법은 이렇게 소유권 등의 물권이 침해되었을 경우 개별적으로 금지청구권을 규정하고 있다.

이와 같이 물권을 보호법익으로 하는 금지청구권이 명문화되어 있고, 이를 당연시 여기는 이유로는 물권의 본질로부터 귀결된 논리적 당연성을 생각해 볼 수 있다. 같은 물건에 대해 제삼자가 동시에 동일한 물권을 주장하는 것은 불가능하다.[9] 또한 물권은 누구에게나 주장 가능하기에 굳이 유책성을 요건으로 하지 않아도 부당하게 타인의 자유를 제한할 염려가 없는 것이다.[10] 이러한 관념은 로마법으로부터 계승되어 지금까지 오랫동안 유지되어온 바이기도 하다.[11]

(2) 특별법에 근거를 둔 금지청구권

특허법은 제126조(권리침해에 대한 금지청구권 등)[12]에서 특허권 및 전용실시

7) 김준호, 전게서, 488면.
8) 김상중, "불법행위에 대한 금지청구권 규정의 신설 제안", 「민사법학」 제55호, 2011, 180면.
9) 지원림, 「민법강의」, 홍문사, 2012, 440면.
10) 김준호, 전게서, 473-474면.
11) 곽윤직, 「민법주해 [V]」, 박영사, 2011, 235-236면.
12) 특허법 제126조(권리침해에 대한 금지청구권 등)
① 특허권자 또는 전용실시권자는 자기의 권리를 침해한 자 또는 침해할 우려가 있는 자에 대하여 그 침해의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다.

권을 보호법익으로 하여 금지청구권을 인정한다. 「부정경쟁방지 및 영업비밀에 관한 법률」(이하 "부정경쟁방지법")은 제4조(부정경쟁행위 등의 금지청구권 등)[13]에서, 「언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률」(이하 "언론중재법")은 제30조(손해의 배상)[14]에서 각각 금지청구권을 인정하고 있다. 이 이외에도 「실용신안법」, 「디자인보호법」, 「상표법」, 「표시광고의 공정화에 관한 법률」 등 다양한 특별법에서 금지청구권이 규정되어 있다.[15]

특별법에 기한 금지청구권이 보호하는 권리 또는 법익은 조문에 직접 언급되어 있거나 해당 법의 제정 목적과 규율 대상의 범위를 종합적으로 고려하여 유추될 수 있다. 즉 금지청구권으로써 보호하려는 법익이 물권이 아닐 경우에는 특별법이 그 목적과 대상을 정의하고 직접 금지청구권의 인정근거를 규정하고 있는 것이다. 예를 들어, 언론중재법은 제1조(목적)[16]에서 "언론보도 또는 그 매개(媒介)로 인하여 침해되는 명예 또는 권리나 그 밖의 법익(法益)"을 보호법익으로 함을 명시하였다. 이때 해당 법 내에 기술된 제정목적과 규율대상의 한정은 금지청구권에 의한 제삼자의 자유에 대한 침해를 최소화하는 역할을 한다.

(3) 판례에 의해 형성된 금지청구권

민법 제764조에서는 인격권의 침해에 대한 구제방법으로서 "손해배상"과 "명예회복에 적당한 처분"만을 정하고 있고, 금지청구권은 규정되어 있지 않다.[17] 그

---

② 특허권자 또는 전용실시권자가 제1항의 규정에 의한 청구를 할 때에는 침해행위를 조성한 물건(물건을 생산하는 방법의 발명인 경우에는 침해행위로 생긴 물건을 포함한다)의 폐기, 침해행위에 제공된 설비의 제거 기타 침해의 예방에 필요한 행위를 청구할 수 있다.

13) 부정경쟁방지 및 영업비밀에 관한 법률 제4조(부정경쟁행위 등의 금지청구권 등)
① 부정경쟁행위나 제3조의2제1항 또는 제2항을 위반하는 행위로 자신의 영업상의 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 자는 부정경쟁행위나 제3조의2제1항 또는 제2항을 위반하는 행위를 하거나 하려는 자에 대하여 법원에 그 행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다. 〈개정 2011. 6. 30〉

14) 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 제30조(손해의 배상)
③ 제1항에 따른 피해자는 인격권을 침해하는 언론사등에 침해의 정지를 청구할 수 있으며, 그 권리를 명백히 침해할 우려가 있는 언론사등에 침해의 예방을 청구할 수 있다.
④ 제1항에 따른 피해자는 제3항에 따른 청구를 하는 경우 침해행위에 제공되거나 침해행위에 의하여 만들어진 물건의 폐기나 그 밖에 필요한 조치를 청구할 수 있다.

15) 위계찬, "불법행위의 금지청구권", 「강원법학」 제33권, 2011, 252~253면.

16) 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 제1조(목적)
이 법은 언론사 등의 언론보도 또는 그 매개(媒介)로 인하여 침해되는 명예 또는 권리나 그 밖의 법익(法益)에 관한 다툼이 있는 경우 이를 조정하고 중재하는 등의 실효성 있는 구제도를 확립함으로써 언론의 자유와 공적(公的) 책임을 조화함을 목적으로 한다.

17) 제764조 (명예훼손의 경우의 특칙)

러나 판례는 인격권의 침해에 대한 구제수단으로 금지청구권을 인정한 바 있다.[18] 이 판례는 "인격권은 그 성질상 일단 침해된 후의 구제수단(금전배상이나 명예회복 처분 등)만으로는 그 피해의 완전한 회복이 어렵고 손해전보의 실효성을 기대하기 어려우므로, 인격권 침해에 대하여는 사전(예방적) 구제수단으로 침해행위 정지·방지 등의 금지청구권도 인정된다"라고 판시하여 물권적 청구권을 확장해 금지청구권을 인정하고 있다.[19] 이렇게 인격권에 대해 '준물권적 지위'를 부여한 것은[20] 판례가[21] "인격권은 물권의 경우와 마찬가지로 배타성을 가지는 권리"라고 판시한 것에서 그 근거를 찾아볼 수 있다. 같은 방법으로 대항력을 갖춘 임차권[22]에 대해서도 금지청구권을 인정하고 있다.[23]

판례는 종교 등의 문화적 이익[24], 교육환경의 보호필요성, 도로의 소음으로 인한 환경이익에 대한 침해방지[25]에 대해서도 금지청구권을 인정하고 있다. 예를 들어, 부산대학교 사건에서 판례[26]는 "피신청인이 건축하는 이 사건 아파트가 24층까지 완공되는 경우 신청인 산하 부산대학교 구내의 그 판시 첨단과학관에서의 교육 및 연구활동에 커다란 지장이 초래되고, 위 첨단과학관 옥상에 설치된 자동기상관측장비 등의 본래의 기능 및 활용성이 극도로 저하되며, 위 부산대학교의 대학교로서의 경관, 조망이 훼손되고, 조용하고 쾌적한 교육환경이 저해되며, 소음의 증가 등으로 교육 및 연구활동이 방해받게 된다면, 위 부산대학교의 부지 및 건물을 교육 및 연구시설로서 활용하는 것을 방해받게 되는 그 소유자

타인의 명예를 훼손한 자에 대하여는 법원은 피해자의 청구에 의하여 손해배상에 가름하거나 손해배상과 함께 명예회복에 적당한 처분을 명할 수 있다.

18) 대법원 1996. 4. 12. 선고 93 다40614, 40612 판결."인격권은 그 성질상 일단 침해된 후의 구제수단(금전배상이나 명예회복 처분 등)만으로는 그 피해의 완전한 회복이 어렵고 손해전보의 실효성을 기대하기 어려우므로, 인격권 침해에 대하여는 사전(예방적) 구제수단으로 침해행위 정지·방지 등의 금지청구권도 인정된다고 전제한 다음, 우리 나라 우유업계 전체가 이른바 '광고전쟁'의 소용돌이에 휘말리게 된 경위와 그 동안의 피고의 광고행태에 비추어 보면, 피고가 원고를 비방하는 광고를 재현할 위험은 아직도 존재하므로 원고는 피고가 자행할 위법한 광고로부터 그 명예·신용 등을 보전하기 위하여 피고에게 그러한 광고의 중지를 요구할 권리가 있다고 판단하였음은 옳고, 거기에 소론과 같은 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다."

19) 김상중, "불법행위의 사전적 구제수단으로서 금지청구권의 소고 - 대법원 2010.8.25. 자 2008마1541 결정에 관한 평석 -", 「비교사법」 제17권 제4호 통권 제51호, 2010, 159면.

20) 김상중, 전게논문, 159면.

21) 대법원 2005. 1. 17. 자 2003마1477 결정.

22) 대법원 2002. 2. 26. 선고 99다67079 판결.

23) 송오식, "불법행위의 효과로서 금지 및 예방청구권 - 대법원 2010.8.25. 자 2008마1541 결정 -", 「전남대학교 법학논총」 제31집 제1호, 2011, 537면.

24) 대법원 1997. 7. 22. 선고 96다56153 판결.

25) 대법원 2007. 6. 15. 선고 2004다37904 판결.

26) 대법원 1995. 9. 15. 선고 95다23378 판결.

인 신청인으로서는 위와 같은 방해가 사회통념상 일반적으로 수인할 정도를 넘어선다고 인정되는 한 그것이 민법 제217조 제1항 소정의 매연, 열기체, 액체, 음향, 진동 기타 이에 유사한 것에 해당하는지 여부를 떠나 그 소유권에 기하여 그 방해의 제거나 예방을 청구할 수 있다"라고 하여 소유권의 개념을 확장함으로써 교육환경에 대한 보존 필요성과 금지청구권을 인정하였다.

3. 금지청구권의 인정방식에 대한 검토

(1) 절대권의 침해 또는 특별법의 위반에 근거한 금지청구권

요약하자면 금지청구권은 세 가지 방식으로 인정된다. 첫째, 소유권 등 물권에 대한 침해가 예상 또는 진행 중인 경우 물권적 청구권으로서 금지청구권을 인정하는 것이 원칙이었다. 둘째, 물권에 관한 규정을 직접 적용할 수 없을지라도 준물권적 지위를 부여할 수 있는 권리이거나 소유권의 개념을 확장해 적용할 수 있을 경우에는 판례에 의해 금지청구권을 인정했다. 이 방식도 보호법익의 지위 및 개념을 재해석하여 금지청구권의 근거를 물권적 청구권으로 귀속시킨다고 평가될 수 있다. 셋째, 관련 특별법이 있을 경우에는 규정된 범위 내에서 금지청구권을 인정하였다.

반면에 현행 민법은 채권과 같은 상대적 권리에 대해서 금지청구권을 인정할 수 있는 근거를 가지고 있지 않다.[27] 채권자대위권의 행사를 통해 계약상의 권리를 대위함으로써 제삼자의 채권침해에 대해 금지청구를 한 것과 같은 효과를 얻은 판례가 있지만[28], 이를 두고 제삼자의 채권침해에 대한 금지청구권을 인정했다고 보기는 어렵다. 결론적으로 절대권적 성질을 바탕으로 한 물권적 청구권과 특별법의 규정이 금지청구권의 근거로 활용되어 왔다고 볼 수 있다.

(2) 금지청구권의 근거에 대한 기존 논의의 한계

소유권 등 절대권에 기해 금지청구권을 인정하는 방식에 따르면 인접한 고속도로 공사의 소음에 대해 소음발생방지청구권을 구하는 경우 당사자는 소음의 피해자로서 근처 집의 소유자이거나 점유자이어야 한다. 공사지역 근처 아파트의 관리인으로 일하고 있다면 그 관리인은 매일 출퇴근 시에 같은 소음 피해를

27) 김상중, "불법행위에 대한 금지청구권 규정의 신설제안", 「민사법학」 제55호, 2011, 182면.
28) 대법원 2001. 5. 8. 선고 99다38699 판결.

입으면서도 절대권에 기한 금지청구권을 청구하기 어렵다. 이와 같이 소음 등에 의한 생활이익의 침해에 대해 소유권의 개념을 확장시켜 물권적 청구권을 인정하는 방법은 생활이익의 보호에 한계를 드러낸다. 금지청구권에 대해 기존에 논의된 근거 및 인정방법으로는 생활이익처럼 절대권과 상대권 사이의 중간영역에 있는 법익을 보호하는데 한계가 있다.

중간영역의 법익을 보호하기 위해 특별법을 제정하는 방법은 속도도 느리고 다양한 침해양상에 대응하기 어렵다. 산업의 발전 속도가 법 제정 속도보다 빠를 뿐더러 금지청구권의 대상이 되는 침해행위를 모두 열거하는 것도 불가능하기 때문이다. 따라서 특별법에 의한 금지청구권 역시 오늘날 다양한 법익 유형에 대처하기에 문제가 있다.

III. 불법행위에 기한 금지청구권

1. 관련 판례

(1) 불법행위에 기한 금지청구권의 의미

우리 불법행위법은 민법 제750조 하나의 조문으로 일반조항주의를 택하고 있어 상대적으로 판례에 의한 법리형성에 유연하다는 장점이 있다. 이러한 면에서 불법행위에 기한 금지청구권은 앞서 언급한 금지청구권의 한계에 비추어 현실적인 의미를 가진다. 실제로 대법원은 대법원 2010. 8. 25. 자 2008마1541 결정을 통해 영업이익의 침해에 대해 불법행위에 기한 금지청구권을 처음으로 인정한 바 있다. 그러나 그 방법상 기존 불법행위법 체계와 충돌하는 면들이 있어 논란도 많고, 첫 판례로서 판시내용에 해석상 불분명한 부분도 있는 만큼 해당 판례의 의미를 쟁점별로 분석해볼 필요가 있다.

(2) 판례 소개

1) 사실관계

대법원 2010. 8. 25. 자 2008마1541 결정(이하 "대상결정")은 가처분이의신청에 대한 대법원의 원심인용결정이다. 채권자는 국내 제일의 포털사이트(네이버)를 운영하는 사업자로 메일, 까페, 블로그 등의 인터넷 서비스와 뉴스 등 각 분

야별 콘텐츠를 제공하고 있다. 채권자는 다수의 포털사이트 이용자들에게 채권자가 유치한 배너 및 키워드 광고를 노출시키고 그 광고수익을 얻어 사업을 영위하고 있다. 채무자는 인터넷 사이트를 통한 광고시스템 프로그램을 개발, 배포하는 회사로서 해당 프로그램이 설치된 컴퓨터에서 채무자가 유치한 광고를 노출시키고 광고수익을 얻는 수익모델을 가지고 있다.

문제가 된 침해행위는 채무자가 제작, 배포한 프로그램이 설치된 컴퓨터에서 이용자가 채권자의 사이트(네이버)를 접속하여 키워드를 입력할 때 발생한다. 채무자의 프로그램에 의해 채권자가 제공하는 광고가 아닌 채무자의 광고가 제시되거나 채권자 사이트의 빈 공간에 채무자의 광고가 표시된다. 따라서 이용자가 채무자의 광고를 클릭함으로써[29] 채권자의 광고수익이 감소하거나 동일 화면에서 채무자와 채권자의 광고가 동시에 표시되어 채권자의 광고수익활동에 지장을 초래하게 된다.

2) 쟁점 및 결정사항

채권자는 해당 프로그램 제작, 배포금지 가처분 신청을 냈고, 원심[30]은 해당 프로그램에 의한 광고노출 만을 금지시키는 변경된 주문을 결정하였다. 이에 채권자는 변경된 주문에 대해 재항고하였고, 채무자는 가처분신청에 있어 피보전권리 및 피보전권리의 보전 필요성이 소명되지 않았다는 이유로 항고하였다.

피보전권리에 대한 쟁점은 다음 세 가지였다. 첫째는 채무자가 저작권법 또는 컴퓨터프로그램보호법을 위반했는지 여부이다. 채권자는 네이버 사이트의 표시내용을 하나의 저작물로 보고 채무자가 자신이 제작한 프로그램으로써 사이트의 동일성을 해하였다고 주장하였다. 또한 채무자가 채권자의 서버에서 전송되는 HTML파일을 변경하여 컴퓨터프로그램의 동일성유지권이 침해되었는지 여부가 문제되었다. 둘째는 채무자의 프로그램이 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」(이하 "정보통신망법")이 규제하고 있는 악성프로그램에 해당하는지 여부이다. 셋째는 채무자의 행위를 불법행위라고 보고 가처분 신청의 피보전권리로서 금지청구권이 인정될 수 있는지 여부이다.

대법원은 저작권법, 정보통신망법 등 특별법 상의 쟁점에 대해 '소극'으로 판단한 원심의 결정을 모두 인용하였다. 또한 대상결정은 영업이익을 보호법익으

29) 인터넷 검색광고의 과금방식에는 여러 가지가 있으나 대표적인 것이 CPC(Cost per click)방식이다. 이는 사이트의 이용자가 해당 광고를 클릭할 때마다 미리 정해진 단가대로 광고주에게 광고비가 과금되는 방식을 말한다.

30) 서울고등법원 2008. 9. 23. 자 2008라618 결정.

로 하여 불법행위에 기한 금지청구권을 인정하였고, 이 금지청구권이 가처분신청의 피보전권리로서 소명되었음을 분명히 하여 세 번째 쟁점에 대해서도 원심인 용결정을 내렸다.

2. 쟁점

(1) 판례의 태도

일반불법행위책임의 객관적 요건으로서 (i) 가해행위 (ii) 가해행위의 위법성 (iii) 손해의 발생 (iv) 가해행위와 손해발생 사이의 인과관계가 필요하다.[31] 주관적 요건으로는 가해자의 고의 또는 과실이 입증되어야 한다. 그러나 대상결정은 "채무자의 위와 같은 광고행위는 인터넷을 이용한 광고영업 분야에서 서로 경쟁자의 관계에 있는 채권자가 상당한 노력과 투자에 의하여 구축한 네이버를 상도덕이나 공정한 경쟁질서에 반하여 자신의 영업을 위하여 무단으로 이용함으로써, 채권자의 노력과 투자에 편승하여 부당하게 이익을 얻는 한편, 앞서 본 바와 같이 법률상 보호할 가치가 있는 이익인 네이버를 통한 채권자의 광고영업 이익을 침해하는 부정한 경쟁행위로서 민법상 불법행위에 해당한다고 할 것이다."라고 판시하여 불법행위의 성립에 대해 실체법적인 근거를 밝히고 있지는 않다.

사실관계로 미루어 보아 채무자의 프로그램에 의한 채권자의 광고 노출방해를 가해행위로 볼 수 있다. 이로 인한 광고수익의 감소라는 손해가 발생했으며 가해행위에 의해 채권자의 광고클릭수가 감소했으므로 가해행위와 수익감소 사이의 인과관계 또한 상식적인 수준에서 이해될 수 있다. 결국 남는 쟁점은 불법행위의 성립에 관한 것이다. 따라서 위법성의 본질과 고의·과실의 판단여부가 쟁점이 되고, 이 쟁점에 대한 판단에 따라 기존 불법행위의 성립체계와 충돌하는 경우도 있을 수 있다.

(2) 기존 불법행위법 체계와의 충돌

1) 불법행위의 구성방법

대상결정의 태도가 불분명한 지점은 불법행위의 구성방법이다. 하나의 시각은 판례가 기존 불법행위법의 법리에 따라 영업이익을 보호법익으로 하여 영업이익에 대한 침해로써 위법성을 인정하고, 채무자의 고의·과실을 추정하여 불법행위

31) 양창수, "불법행위법의 전망 - 일반불법행위요건의 당부 -", 「민사법학」 제9·10호, 1993, 527면.

의 성립을 긍정했다고 보는 것이다. 이와 달리 물권적 청구권과 유사한 방식으로 파악할 수도 있다. 즉 판례가 영업이익의 침해로서 곧바로 불법행위가 성립하는 것으로 보고, 그 효과로서 고의·과실에 대한 요건이 필요 없이 금지청구권을 인정한 것으로 볼 수도 있다. 각각의 경우에 쟁점이 다르다.

2) 위법성의 본질적 측면

기존 불법행위법의 법리에 따라 대상결정을 해석하면 위법성의 본질이 문제가 된다. 위법성의 본질에 대한 기존 불법행위법의 접근은 침해된 이익의 측면과 침해행위의 측면, 두 가지 관점에서 사안에 따라 구체적으로 판단하는 것이 일반적이었다.[32] 즉 재산권이나 인격권 등 절대권의 침해와 형벌법규, 단속법규위반, 사회질서위반 등 현행법의 위반을 구별하여 어느 한쪽에 치우치면 위법성을 인정하는 상관관계론의 입장이 전통적인 접근이었다.[33]

그러나 대상결정에서 위법성의 기준으로 삼고 있는 것은 절대권의 침해나 현행법의 위반이 아니라 영업이익의 침해였다. 대상결정은 침해이익의 관점에서 "채권자 네이버가 다년간 노력한 결과 확보한 이용자들에게 배너 및 키워드 광고를 노출시켜 얻는 영업이익 역시 법률상 보호할 가치가 있는 이익"라고 판시하였다. 그러나 이 영업이익이 전통적인 위법성 판단기준에서의 절대적 권리가 아님에 주의해야 한다. 즉 영업이익이 침해될 경우 언제나 위법성이 인정되는 것은 아니라는 것이다. 어디까지나 부정경쟁방지법이 보호하는 범위 내에 있는 영업이익의 침해행위가 있을 경우 위법성이 인정된다고 보아야 한다.

대상결정에서도 "경쟁관계에 있는", "공정한 경쟁질서에 반하여", "부정한 경쟁행위로서" 등을 언급하고 있다. 대상결정은 채무자의 행위가 직접적으로 부정경쟁방지법에서 열거된 부정경쟁행위에 해당하지는 않지만 이 법의 취지에 반하는 방법으로 채권자의 영업이익을 침해하였으므로 이에 따른 위법성을 인정하고 있다. 따라서 대상결정은 어느 한쪽에 치우침 없이, 침해이익 뿐 아니라 침해행위의 태양도 동시에 고려하여 위법성을 판단하고 있다고 볼 수 있다.

3) 고의·과실의 불법행위법 체계상 위치

대상결정의 금지청구권 인정방식을 물권적 청구권과 유사하게 볼 경우 고의·과실을 불법행위의 요건으로 하지 않게 되어 기존 불법행위법의 체계와 충돌하

32) 정기웅, "불법행위 성립요건으로서의 위법성에 대한 고찰", 「안암법학」 36권, 2011, 437면.
33) 정기웅, 전게논문, 441면.

게 된다. 이와 같은 충돌은 민법 제750조가 불법행위의 효과로서 사후적 손해배상만을 규정하고 있기 때문에 발생한다. 손해가 발생한 후에 가해자의 유책성은 손해의 전가를 위해 중요한 요건이 된다. 반면 대상결정에서는 불법행위책임으로서 손해배상이 아닌 금지청구권을 인정하고 있다. 물권적 청구권으로서 금지청구권을 규정하는 민법이나 각 특별법의 금지청구권 규정에서도 가해자의 유책성을 요건으로 하지 않는다. 그것이 손해에 대한 사전적 구제수단으로서의 기능에도 부합한다. 따라서 고의·과실의 체계적 위치에 관한 문제는 사후적 구제방법인 금지청구권을 처음으로 인정하면서 불거져 나온 것으로서 몇 번의 판례로 정리될 수 있는 사안은 아니라고 생각된다.

3. 근거

(1) 불법행위법의 기능적 측면

우리 민법 제750조는 불법행위책임으로서 손해배상만을 규정하고 있다. 따라서 명문의 규정이 없음에도 불구하고 대상결정에서 불법행위에 기한 금지청구권을 인정함으로써 논란이 많았다. 이와 관련하여 크게 두 가지 입장에서 불법행위에 기한 금지청구권 인정근거를 생각해 볼 수 있다.

첫째, 우리 불법행위법의 기능에 비추어 금지청구권도 당연히 인정된다는 견해이다. 조문만을 고려하면 우리 불법행위법의 기능은 손해의 전가, 분산이다. 원칙적으로 손해는 자신이 부담해야 하나 특별한 요건이 갖추어지면 타인에게 전가할 수 있게 하는 것이 불법행위법의 이념이다.[34] 그러나 손해의 온전한 회복을 위해서는 불법행위법의 기능이 손해의 전가 및 분산뿐만 아니라 손해의 구제에 필요한 예방을 포함해야 한다고 생각된다.[35] 불법행위가 성립한 후 손해배상을 청구할 수 있으나, 그 손해 발생 전 또는 진행 중에 이를 방지할 수 없다면 해당 법익을 온전히 보호할 수 없음이 자명하기 때문이다.

(2) 손해의 태양

둘째, 손해의 태양에 따라 손해의 산정이 불가능하거나 손해배상만으로는 그 회복이 충분하지 않을 경우가 있다. 대상 결정에서 볼 수 있듯이 불특정 다수가

34) 김천수, "우리 불법행위법의 소묘 - 그 자화상과 미래상 -", 「민사법학」 제52호, 2010, 528면.
35) 위계찬, "불법행위의 금지청구권", 「강원법학」 제33권, 2011, 250면.

이용하는 사이트의 특성상 채권자의 광고대신 채무자의 광고가 클릭된 횟수를 사후적으로 파악하는 것은 쉽지 않다. 또한 채무자 측의 광고에서 사기 광고가 발견되어 채권자가 운영하는 사이트의 신용을 저해한다면 포털사이트 운영자인 채권자의 사업 존립기반이 흔들리게 된다. 이 경우 사전적으로 손해를 방지하는 것이 훨씬 효과적이고, 특히나 사업의 존망과 직결된 손해일 때에는 금지청구권이 필수적이라고 생각된다. 이와 관련된 최근의 논의로서 전체유추의 개념을 이용한 설명이 있다. 전체유추는 "법이 보호하고자 하는 권리나 이익이 침해되었다면 피해자는 그 침해로부터 회복될 수 있는 가장 적절하고 유효한 수단에 의해 구제되어야 한다"라는 법의 일반원칙에 따라 개별규정을 유추할 수 있음을 의미한다.[36] 이 전체유추의 개념을 이용하면 손해배상에 비해 금지청구권이 더 유효적절한 방법일 경우 명문의 규정이 없더라도 금지청구권을 유추 적용할 수 있다.

4. 요건

(1) 판례의 태도

금지청구권의 발생요건과 관련하여 대상결정은 아래와 같이 판시하고 있다.

"한편 원심이 적법하게 인정한 사실들에 의하면, 채무자의 위와 같은 광고행위가 일회적인 것이 아니라 이 사건 프로그램을 설치한 인터넷 사용자들이 네이버에 접속할 때마다 계속적으로 반복되는 것임을 알 수 있다. 나아가 이 사건 프로그램에 의한 광고행위의 성질상 채권자가 인터넷 사용자들의 이 사건 프로그램의 설치현황 및 그로 인한 네이버에서의 채무자의 광고현황 등을 일일이 파악하여 대응하기가 매우 곤란할 것으로 보이는 점과 채무자의 광고내용에 따라서는 채권자의 신용, 명성 등 무형적인 가치까지도 손상시킬 수 있을 것으로 보이는 점 등을 고려할 때 채무자에게 금전배상을 명하는 것만으로는 채권자 구제의 실효성을 기대하기 어렵다고 할 것이다. 나아가 채무자의 이 사건 프로그램에 의한 네이버에서의 광고행위를 그대로 방치하는 경우 결국 네이버에서의 광고영업을 그 수익모델로 삼고 있는 채권자 회사의 존립 자체를 위협할 수 있다는 점에서 채무자의 위와 같은 광고행위를 금지함으로써 보호되는 채권자의 이익이 그로 인한 채무자의 영업의 자유에 대한 손실보다 더 크다고 할 것이다. 따라서

36) 권영준, "불법행위와 금지청구권", 「Law & Technology」 제4권 제2호, 2008, 61면(위계찬, 전게논문, 257면에서 재인용).

채권자는 채무자에 대하여, 네이버에 접속한 인터넷 사용자들의 모니터에서 이 사건 프로그램을 이용한 광고행위를 하는 것의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다고 봄이 상당하다."

학계는 불법행위에 기한 금지청구권에 대해 부정설과 긍정설로 나뉘어 있고 대상결정이전에는 법원실무에서도 불법행위에 기한 금지청구권을 부정해왔다.[37] 이를 감안하면 대법원이 불법행위에 기한 금지청구권에 대해 판례로써 법리를 형성하는데 조심스러울 수밖에 없고, 그 결과 여러 가지 요건을 판시하게 된 것으로 보인다. 따라서 판시된 요건을 그대로 받아들이기보다는 해당 요건의 필요성과 함께 검토할 필요가 있다.

(2) 요건에 대한 검토

1) 구제의 실효성

첫째, 대상결정은 "채무자에게 금전배상을 명하는 것만으로는 채권자 구제의 실효성을 기대하기 어렵다"라고 하여 구제의 실효성을 금지청구권의 요건으로 들고 있다. 이는 금지청구권의 인정근거가 손해의 태양과 밀접한 관련이 있음을 시사한다. 우선 손해가 임박하거나 계속될 위험이 전제되어야 하고, 발생할 손해의 산정이 곤란해야 한다. 또한 신용 등의 무형의 가치에 대한 손해로 확대될 가능성이 있어 금전배상만으로는 손해의 회복이 불가능함을 요건으로 하고 있다. 대법원은 이러한 유형의 손해에 대해서는 명문의 규정이 없다는 제약을 극복하고 사전적 금지청구권을 인정할 만한 충분한 이익이 있다고 판단한 것으로 보인다.[38]

2) 채권자와 채무자 간의 이익교량

두 번째로 대상결정은 "채권자의 이익이 채무자의 이익보다 클 때"를 요건으로 들고 있다. 이는 영업이익과 같이 절대권도 아니고 상대권도 아닌 중간영역의 보호법익에 대한 침해를 불법행위로 구성하면서 필요하게 된 요건이라고 볼 수 있다. 왜냐하면 오직 당사자만이 누릴 수 있는 절대권을 벗어나 영업이익 등의 권리에 대한 침해까지 불법행위의 영역을 넓힌다면 반드시 해당 채무자의 권

37) 김민수, "민법상 불법행위의 금지를 명하는 가처분에 대한 고찰 - 대법원 2010. 8. 25 자 2008마1541 결정에 대한 평석 -", 「법경제학연구」 제8권 제2호, 2011, 235-236면.
38) 김상중, "불법행위에 대한 금지청구권 규정의 신설 제안", 「민사법학」 제55호, 2011, 164면.

리만을 제한해야하는 이유가 필요하기 때문이다. 대상결정에서 밝힌 바대로 손해의 정도가 사업의 존망에 영향을 미칠 정도로 중대하다는 점은 금지청구권으로써 채무자의 자유를 제한하는데 정당성을 부여해 준다.

Ⅳ. 불법행위에 기한 금지청구권의 활용에 대한 시사점

1. 새로운 보호법익에 대한 대처

앞으로 대상결정과 유사한 판례가 거듭되면서 불법행위법에 의한 보호법익은 더욱 확대될 수 있다. 그러나 이렇게 다양한 보호법익의 침해행위에 대하여 불법행위에 기한 금지청구권을 인정받기 위해서는 해당 보호법익의 성격을 고려해야 한다. 절대권의 성질을 갖지 않는 보호법익을 위한 금지청구권은 그 남용을 방지할 수 있는 제약을 필요로 한다. 자유의 제한이라는 금지청구권의 성격 때문이다.[39] 대상결정의 경우처럼 보호법익과 관련된 특별법이 존재하고, 그 취지에 의해 보호법익의 범위를 제한할 수 있다면 그렇지 못한 경우보다 명문의 규정이 없는 금지청구권을 인정하기에 저항이 덜할 것이다.

2. 쟁점에 대한 대응

대상결정에서 영업이익을 보호법익으로 하여 이에 대한 침해를 위법성의 본질로 삼았다면, 채무자가 채권자와 '경쟁자의 관계'에 있지 않거나 경쟁관계가 미약할 경우에는 그 위법성의 정도가 현저히 감소할 것이다. 채무자가 채권자가 속한 산업의 '경쟁자'에 해당한다는 점은 부정경쟁방지법의 취지를 적용하여 위법성을 밝히는데 중요한 근거가 되는 것이다. 따라서 불법행위의 성립과 관련하여 보호법익을 분명히 하고, 침해행위의 위법성을 증대시킬 수 있는 특별법의 규정을 효과적으로 지목하는 것이 필요하다.

3. 근거에 대한 재인식

불법행위법의 이념, 기능과 관련하여 금전배상이 손해구제의 실효성을 가지지

39) 김현수, "불법행위에 대한 금지청구권의 요건 - 제2차 불법행위법 리스테이트먼트상 적합성 판단 요소를 중심으로 -", 「법학논고」 제39집, 2012, 604면.

못하는 경우 금지청구권이 강하게 긍정될 수 있다. 따라서 손해의 태양을 면밀하게 이해한다면 현재 대상결정에서 언급된 요건에 국한하지 않더라도 손해배상의 실효성을 효과적으로 부정할 수 있다. 예를 들어, 최근 이슈가 되고 있는 클라우드 컴퓨팅[40] 사업과 관련하여 클라우드 서비스의 이용자는 자신의 지배를 떠난 정보가 악용되더라도 그 악용 사실조차 알기 힘들다. 이와 같이 손해의 인식조차 불가능할 경우 악용가능성이 높은 행위를 열거하여 사전적으로 금지청구권을 요청할 수도 있을 것이다.

Ⅴ. 결론

기존에는 금지청구권의 행사가 소유권 등의 배타적인 지배권에 대한 침해나 각종 특별법의 위반과 같이 위법성에 관한 비교적 명백한 근거를 토대로 용인되어왔다. 이에 대법원 2010. 8. 25. 자 2008마1541 결정은 여러 가지 면에서 주목받았다. 첫째, 소유권 등의 절대권이 아니라 사기업의 영업이익을 그 보호법익으로 하여 금지청구권을 인정했다. 둘째, 민법 제750조의 불법행위에 대한 구제책으로서 사후적 손해배상이 아닌 사전적 금지청구권을 인정하였으나 이는 민법 제750조 및 기타 명문으로 규정된 바 없다. 셋째, 명문의 규정이 없는 상태에서 해당 결정을 이끌어 내기 위한 요건을 분명히 했다.

이 결정이 법학계 내에서 가지는 의미 뿐 아니라 관련되었던 업계에서의 실용적인 의미도 새길 만하다. 대상결정과 유사한 사례에서 금지청구권을 이끌어 내기 위해서는 여러 가지 법적수단이 있을 수 있다. 특허법, 부정경쟁방지법 등의 특별법의 구성요건을 검토할 수도 있고, 따로 행정처분을 구할 수 도 있다. 그러나 위 결정의 선례로써 해당 요건을 갖춘 사안이라면 민법 제750조의 불법행위에 기한 금지청구권을 고려하여 가처분신청을 하는 방법을 택할 수도 있게 되었다. 특별법의 구성요건을 만족시키지 못하거나 그 해당성을 입증하기 어려운 사안에서도 문제의 해결방법을 찾을 수 있게 된 것이다. 이는 불특정 다수가 이용하는 인터넷 서비스를 이용한 영업노하우에 대한 침해사실 및 그에 따른 손해를 입증하기 어렵다는 점, 인터넷 서비스 업계의 특성상 침해의 제거 속도가 중요하다는 점 등에서 실용적인 의미를 가진다.

---

40) 클라우드 컴퓨팅(cloud computing)은 인터넷 기반(cloud)의 컴퓨팅(computing) 기술을 의미한다. 인터넷 상의 유틸리티 데이터 서버에 프로그램을 두고 그때 그때 컴퓨터나 휴대폰 등에 불러와서 사용하는 웹에 기반한 소프트웨어 서비스이다.

이 결정이 있은 후 4년이 지났다. 이 결정이 주목받게 된 이유와 실용적인 의미에서 미루어 짐작할 수 있듯이 사안 해결에 대한 비교적 새로운 접근이 판례에 의해 공식화 되었으나 아직도 그 법적근거와 법리 구성에 대해서는 논란이 많다. 특히, 금지청구권의 인정방법 상 기존 불법행위법의 체계와 충돌하는 면들이 있다. 물론 불법행위에 기한 금지청구권에 대한 논의가 기존에 없었던 것은 아니며 논란의 많은 부분은 불법행위법의 개정논의에 포함된 바 있다.[41] 이후에도 입법안의 제안이 이어졌다. 이를테면 민법 제766조의 2를 신설하여 불법행위법의 책임요건과 효과에 대한 일관된 기술을 꾀하고, 금지청구권의 요건에 관한 일반규정으로서 실무상의 구체적 판단방향을 제시하려는 시도도 있었다.[42]

이러한 입법적 노력과 더불어 기존 판례에 대한 쟁점을 분석하여 향후 판례의 법리 형성과정에 적극적으로 대응할 필요도 있다. 우선 대상결정은 금지청구권이 보호하는 법익의 영역을 영업이익에까지 확장한 판례이기 때문에 향후 판례에서는 확장에 따른 부작용을 최소화하는 장치가 필요하다. 금지청구권을 절대적 권리가 아닌 영역에까지 행사할 수 있도록 함으로써 제삼자에 대한 권리침해의 개연성이 커졌기 때문이다. 따라서 영업이익 이외의 다른 상대적 권리를 새로이 주장할 경우에도 대상결정에서처럼 관련 특별법의 존재와 그 보호법익과의 연관성을 분명히 하여 그 개연성을 최소화할 필요가 있다. 또한 입법적 노력이 결실을 맺기 전까지는 현행 불법행위법이 유일하게 규정하고 있는 구제방법인 손해배상이 해당 사안에서 실효성이 없음을 증명하는 것이 금지청구권 인정의 관건이 된다. 대상결정은 그 구제수단의 한계를 분명하게 인식하는 것만으로도 명문 규정이 없는 금지청구권을 인정할 수 있는 가능성을 처음으로 열어둔 것이고, 손해배상의 실효성이 없음을 입증하는 방법은 사안에 따라 다양하게 생각될 수 있다.

41) 김천수, "한국 불법행위법에 관한 최근 입법 논의", 「민사법학」 제57호, 2011, 31-32면.
42) 김상중, "불법행위에 대한 금지청구권 규정의 신설 제안", 「민사법학」 제55호, 2011, 229-230면.

참고문헌

1. 단행본

곽윤직, 「민법주해 [V]」, 박영사, 2011.
김준호, 「민법강의」, 법문사, 2012.
지원림, 「민법강의」, 홍문사, 2012.

2. 논문

김민수, “민법상 불법행위의 금지를 명하는 가처분에 대한 고찰 - 대법원 2010. 8. 25자 2008마1541 결정에 대한 평석 -”, 「법경제학연구」 제8권 제2호, 한국법경제학회, 2011.
김상중, “불법행위에 대한 금지청구권 규정의 신설 제안”, 「민사법학」 제55호, 한국민사법학회, 2011.
_____, “불법행위의 사전적 구제수단으로서 금지청구권의 소고 - 대법원 2010.8.25. 자2008마1541 결정에 관한 평석 -”, 「비교사법」 제17권 제4호 통권 제51호, 한국비교사법학회, 2010.
김영희, “미국 불법행위법의 기본 구조에 관한 연구 - 불법행위의 유형과 성립요건을 중심으로 -”, 「법학연구」, 연세대학교 법학연구원, 2011.
김차동, “금지(유지)청구권에 관한 비교법적 고찰 - 대한민국과 미국을 중심으로 -”, 「경제연구」 제26집 제4호, 한양대학교, 2009.
김천수, “우리 불법행위법의 소묘 - 그 자화상과 미래상 -”, 「민사법학」 제52호, 한국민사법학회, 2010.
_____, “한국 불법행위법에 관한 최근 입법 논의”, 「민사법학」 제57호, 한국민사법학회, 2011.
김현수, “불법행위에 대한 금지청구권의 요건 - 제2차 불법행위법 리스테이트먼트상 적합성 판단 요소를 중심으로 -”, 「법학논고」 제39집, 경북대학교 법학연구원, 2012.
송오식, “불법행위의 효과로서 금지 및 예방청구권 - 대법원 2010.8.25. 자 2008마1541 결정 - ”, 「전남대학교 법학논총」 제31집 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2011.
양창수, “불법행위법의 전망 - 일반불법행위요건의 당부 -”, 「민사법학」 제9 · 10

호, 한국민사법학회, 1993.
위계찬, “불법행위의 금지청구권”, 「강원법학」 제33권, 강원대학교, 2011.
정기웅, “불법행위 성립요건으로서의 위법성에 대한 고찰”, 「안암법학」 36권, 안암법학회, 2011.

우리의 민사실체법과 법경제학의 관계

- 민법의 주요 문제에 관한 경제적 분석 -

정주희

충남대학교 법학전문대학원 석사과정

Ⅰ. 서 론
Ⅱ. 외부효과의 전형으로서 생활방해(Immission)
1. 생활방해와 외부효과
2. 생활방해에 관한 민사책임
(1) 전통적 이론
(2) 생활방해에 관한 재판례
(3) 몇 가지 의문
3. 생활방해에 대한 경제학적 분석
—권리부여와 권리보호
(1) 외부효과의 상호적 성질
(the Reciprocal Nature of the Externality)
(2) 코즈 정리(Coase Theorem)
(3) 설정된 권리의 보호
—Property Rule, Liability Rule
4. 전통적 민사책임에 대한 재검토
(1) 서
(2) 대법원 1974. 6. 11. 선고 73다1691 판결
(3) 대법원 2007. 6. 28. 선고 2004다54282 판결
Ⅲ. 계약당사자의 확정 —최소비용회피자 원리
1. 민사실체법에서 계약당사자의 확정
2. 종래의 판례와 학설
(1) 대법원 판결례
(2) 이에 관한 학설
(3) 검 토
3. 경제적 시각에 따른 통찰
(1) 최소비용회피자 원리
(the Least-Cost Avoider Principle)
(2) 가정적 거래(Hypothetical Bargaining)
(3) 종전 법리의 경제적 분석
1) 서
2) 대법원 1995. 9. 29. 선고 94다4912 판결
3) 대법원 1974. 6. 11. 선고 74다165 판결
4) 이른바 차명대출에 관한 판결
Ⅳ. 대리권 남용 —정보의 비대칭과 대리문제
1. 쟁점의 소재
2. 법률행위의 대리와 대리권 남용에 관한 종래의
이론
(1) 대리제도의 존재이유
(2) 대리권 남용
3. 대리관계에 대한 경제학적 분석
—대리문제(Agency Problem)
(1) 2인 모형: 본인, 대리인
(2) 3인 모형: 본인, 대리인, 상대방(제3자)
(3) 종래의 대리권 남용 법리에 대한 재검토
Ⅴ. 결 론

Ⅰ. 서 론

1.

사람이 사회생활을 하는 기본적 이유는 개인적 욕구를 충족시키기 위해서이다. 좁게는 좋은 옷을 입고, 맛있는 음식을 먹으며, 편안하게 집에서 쉴 욕구부터 시작해서 넓게는 출세나 지적 성숙에 대한 욕구, 자아를 실현하고자 하는 욕

구까지 그 범위는 넓고 또한 깊다. 그러나 욕구를 충족시켜 줄 수 있는 수단은 사회 내에 한정되어 있다. 그리하여 경제주체로서 인간의 행동 범위에 일정한 제약(constraint)이 가해지게 되며, 따라서 경제주체로서 사람의 행동은 이러한 제약을 고려하여 수행된다.

사회란 공동생활을 하는 사람의 집단이다. 따라서 집단생활 내에 여러 경제주체들의 이해에는 일정한 충돌이 생겨난다. 세상에 옷이 무한정 공급될 수는 없으며 음식을 만들기 위한 재료가 모든 사람에게 충분할 정도로 존재하지도 않는다. 이와 같이 이익이 서로 대립할 때 법은 어느 이익이 우선적으로 추구되어야 할 것인가를 규율하지 않으면 안 된다. 법적 행태규율은 일정한 이익의 보장을 도모하고 이와 충돌되는 이익을 배척한다. 그러므로 법적 행태규율에서는 이익형량이 그 기초를 이루게 된다.[1] 법은 기본적으로 사회 내의 갈등 해결을 위한 수단인 것이다.

그렇다면 가령 민사실체법의 해석학(Hermeneutik)에 있어서 갈등을 일관되게 해결할 수 있는 기준이 정립되어 있는가. 생각하여 보면 반드시 그렇지만은 않은 듯 느껴진다. 법학적 해석에 있어서는 형태부여라든지 형상화가 중요한 것이 아니라 규범의 내용과 그 의미 폭에 대한 적절한 판단이 중요함에도,[2] 아직까지는 그 '형태부여' 내지는 '형상화'에 치우친 것이 아닌가 하는 인상을 지울 수 없다. 그것은 사비니(F. C. Savigny)가 말한 "예술"이 무엇을 지향해야 하는가에 대한 투철한 의식이 완전치 못함 때문일 수도 있고, 플루메(W. Flume)가 말한 "연습"이 충분치 못함에 기인할 수도 있을 것이다.

2.

위에서의 언급에 비추어 알 수 있듯이 법은 기본적으로 경제 현상과 떼려야 뗄 수 없는 관계를 가지고 있다. 본래 경제 내의 갈등을 해결하기 위한 기준으로 만들어진 규범이 법이기 때문이다. 마르크스(K. Marx)나 스미스(A. Smith)가 법학을 연구했다는 점은 이미 잘 알려진 사실이다. 그렇다면 경제현상을 '효율'(efficiency)이라는 기준을 통해 조율하려는 경제학의 통찰은 법학에도 큰 의미를 가질 수 있으리라 여겨진다.

이러한 문제의식 아래에 미국을 중심으로 법의 경제적 분석(economic analysis of law)이 활발하게 연구되고 있다. 특히 1960년 이후로 발전되어온 이

1) Reinhold Zippelius, 김형배 역, 「법학입문」, 삼영사, 1993, 43면.
2) K. Larenz/C. W. Canaris, 허일태 역, 「법학방법론」, 세종출판사, 2000, 177면.

른바 신법경제학(new law and economics)에 의해 경제적 분석의 대상은 광범하게 확장되었다. 이러한 분야의 기본적 문제의식은 가령 "사적 소유권 제도는 사회를 위해 바람직한가?", "채무불이행이 있을 경우 어떤 구제수단이 검토될 수 있으며 그 구제수단들의 차이는 무엇인가?", "만약 불법행위법이 무과실책임주의를 채택할 경우 기업은 보다 더 큰 주의를 기울일 것인가?" 등과 같다. 이러한 사고방식은 종래의 법학 방법론에 큰 영향을 미쳐왔으며 그것은 매우 성공적이었던 것으로 평가된다. 법경제학도 보통 경제학과 마찬가지로 이른바 효율성(efficiency)[3]을 중요한 기준으로 하여 법에 대한 분석을 시도하고 있다.

3.

이 글의 목적은 이러한 법의 경제적 분석에 관한 이론을 민사실체법 특히 민법의 주요한 문제에 적용하기 위한 것이다. 종래 민법에 있어 중요하게 다루어진 특징적인 유형의 문제들 있다. 법률행위의 대리에 관한 문제, 제3자 보호문제, 부동산의 이중양도가 대표적이다. 이 영역들의 특징은 모두 3인(人)의 법률행위 관여자가 등장한다는 데 있으며, 문제 해결의 관건은 이들 사이의 이해 대립을 어떻게 바람직하게 해결하느냐에 달려있다. 그런데 부동산의 이중양도에 관한 연구는 이미 윤진수 교수님께서 잘 해 두신 바가 있으므로,[4] 이 문제는 제외하고 나머지 문제들에 대해 다루어보기로 한다.

구체적으로 대리법(代理法)과 밀접한 관련 속에 논의되는 계약 당사자 확정 문제, 대리권 남용 문제를 경제적으로 분석한다. 이에 더하여 신법경제학 발전의 토대가 된 로널드 코즈(Ronald H. Coase)의 유명한 논문 "사회적 비용의 문제"[5]에서 다룬 쟁점인 생활방해 문제를 다루어보기로 한다. 요컨대 이 글의 목적은, 객관적 제3자의 입장에서, 법 해석 과정에서 원용할 수 있는 하나의 일관된 기준을 제시하고, 이를 통해 종래의 학설과 판례를 다시 한 번 검토해 봄으로써, 그러한 기준의 적절성을 논증하려는 데 있다.

점차 국내에서도 법경제학에 대한 관심이 커지고 있다.[6] 그러나 아직까지도

---

3) 이에 대한 간단한 설명은 Richard. A. Posner, Economic Analysis of Law, 7th ed., Aspen Publishers, 2007, pp. 10-15 등을 참조할 것.

4) 윤진수, "부동산 이중양도의 경제적 분석: 배임행위 적극가담론의 비판", 「민법논고 I」, 박영사, 2007, 352면 이하.

5) Ronald H. Coase, "The Problem of Social Cost", 3 Journal of Law and Economics, 1960, pp. 1-69.

6) 법경제학에 관한 국내의 대표적 문헌으로는 우선 박세일, 「법경제학」, 개정판, 박영사, 2004;

법의 경제적 분석과 종래의 법학방법론의 차이로 인해 법경제학에 대한 부정적 인식이 강한 듯 보인다. 그러나 "푸딩의 맛은 먹어보지 않고는 모른다."(The proof of pudding is in the eating)

Ⅱ. 외부효과의 전형으로서 생활방해(Immission)

1. 생활방해와 외부효과

과학 기술의 발전에 따라 새로운 유형의 간섭이 점차 증가하고 있다. 공장에서 매연이나 진동, 열기체를 방산하는 것에서 시작하여 이른바 조망권 내지 일조권 기타 건전한 생활에 필수적으로 수반되는 환경적 이익의 침해가 사회적으로 문제가 되고 있다. 최근에는 아래에서 살펴볼 이른바 부산대학교 사건[7]이나 한강 조망이익 침해 사건[8]에 지대한 사회적 관심이 쏠리기도 하였다.

이러한 일련의 간섭에 따른 이해관계 충돌 문제는 민법에서 '생활방해'라 하여 논의된다. 어떤 토지나 그 위의 시설물(공장·건물 기타 공작물)로부터 밖으로 나와 흩어진 매연·가스·음향·진동 등의 간섭이 이웃의 다른 토지에 흘러들어 감으로써 그 이웃 토지의 소유자나 이용자에게 피해를 주는 경우를 생활방해(nuisance, Immission)라 하는 것이다.[9] 그리고 우리 민법은 이에 대응하여 일정한 이해관계 조절 수단을 두고 있다.[10] 법원의 재판작용이 이러한 법률규정에 근거를 두고 이루어짐은 더 말할 나위가 없다.

한편 이러한 유형의 이해관계의 충돌은 경제학에서는 이른바 '외부효과'(externality)의 문제로 다루어진다. 외부효과란 어느 경제주체의 행동이 타인

김일중, 「규제와 재산권」, 한국경제연구원, 1995를 들 수 있으며, 최근에 김일중, 「법경제학 연구: 핵심이론과 사례분석」, 한국법제연구원, 2008; 고학수 외, 「경제적 효율성과 법의 지배」, 박영사, 2009; 김일중 외, 「법경제학: 이론과 응용」, 해남출판사, 2011이 출간되었다. 번역서로는 A. Mitchell Polinsky, 송상현/정상조 공역, 「법경제학입문」, 경문사, 1984를 필두로, Ronald H. Coase, 김일태/이상호 공역, 「기업 시장 그리고 법」, 전남대학교출판부, 1998; Richard A. Posner, 정기화 역, 「법경제학(상, 하)」, 자유기업원, 2003; Jeffrey. L. Harrison, 명순구 역, 「법경제학」, 세창출판사, 2006; Robert D. Cooter and Thomas S. Ulen, 한순규 역, 「법경제학」, 경문사, 2009 등이 있다.

7) 대법원 1995. 9. 15. 선고 95다23378 판결(공 1995, 3399).

8) 대법원 2007. 6. 28. 선고 2004다54282 판결(공 2007, 1135).

9) 곽윤직, 「물권법」, 제7판, 박영사, 2002, 181-182면.

10) 민법 제211조, 그리고 제213조 기타 물권적 청구권 규정, 제217조, 제750조 등.

에게 일정한 영향을 주는 것으로 특히 그 타인과의 사이에서 그 영향과 관련된 일정한 배상 또는 보상을 주고받지 않는 것을 말한다.[11] 그리고 경제학에서도 이러한 외부효과의 문제를 해결하기 위해 일정한 해결책을 제시하고 있다.[12] 그렇다면 전통적인 민법해석학의 문제 해결 방식과 경제학의 문제 해결 방식은 어떤 관계를 맺고 있는지, 구체적으로 어떤 공통점과 차이점이 있는지 문제될 수 있다. 모두 동일한 사회적 생활사실을 두고 논의를 전개한다는 점에서 밀접한 관련성이 인정되기 때문이다.

이하에서는 생활방해 문제에 대한 종래의 대응책을 살펴본 후, 경제학적 시각을 검토해 본다. 그리고 이러한 바탕 위에 경제학의 분석이 종전의 민법 해석론에 의미 있는 통찰을 제시해주는 것은 아닐지 생각해 보기로 한다. 이러한 논의는, 민법제정 당시 예상할 수 없었던 다양한 환경 문제에 대해, 법해석을 통해 탄력적으로 대응할 수 있는 하나의 기준점을 제시해 줄 수 있을 것이라는 점에서도, 정당성을 찾을 수 있을 것이다.[13]

2. 생활방해에 관한 민사책임

(1) 전통적 이론

생활방해가 타인의 토지의 이용을 침해하는 것이라면 형식상 그것은 소유권의 침해라고 하여야 한다.[14] 그런데 소유권은 타인의 행위를 끼어들게 하지 않고서 일정한 객체에 대하여 직접 지배력을 발휘할 수 있는 권리 즉 지배권의 일종이

11) Gregory N. Mankiw, Principles of Economics, 3rd ed.(ISE), Thompson, 2004, p. 204. 한편 이러한 외부효과에는 긍정적 외부효과(positive externality)와 부정적 외부효과(negative externality)가 있다. 가령 어느 목장에서 기르는 말이 주변의 농지에 침입하여 농작물을 마음대로 먹어서 농장 주인에게 손해를 끼치는 경우 부정적 외부효과가 나타나는 사례로 볼 수 있고, 그럼에도 농장 주인이 그 목장으로부터 값싸게 비료를 얻을 수도 있을 것인데 이런 경우를 긍정적 외부효과가 나타나는 예로 파악할 수 있다. 부정적 외부효과에서는 외부 비용(external cost)이 발생하는 것이고, 긍정적 외부효과에서는 외부 편익(external benefit)이 발생하는 것이다. 중요한 것은 이러한 상호작용이 시장 밖에서 이루어져 이른바 보이지 않는 손(invisible hand)이 작용하지 않게 된다는 점이다. 시장 메커니즘이 작동하지 않으므로 이른바 시장실패(market failure)의 한 유형으로 논의된다. 이하에서는 민법학의 주요 관심사인 부정적 외부효과에 초점을 맞추어 논의한다.

12) Mankiw(주 11), pp. 212-217.

13) 김재형, "소유권과 환경보호: 민법 제217조의 의미와 기능에 대한 검토를 중심으로", 「민법론 Ⅰ」, 박영사, 2004, 168면.

14) 곽윤직(주 9), 180면. 편집대표 곽윤직, 「민법주해[Ⅴ]」, 박영사, 1992, 289면 이하(유원규 집필부분)도 마찬가지이다.

다.[15] 그런데 지배권에는 지배권으로서의 성질상 필연적으로 가지게 되는 일정한 효력이 있다.[16] 이는 대내적 효력과 대외적 효력으로 나눌 수 있는데, 대내적 효력이란 객체에 대한 직접적 지배력을 말하고, 대외적 효력이란 제3자에게 권리자의 지배를 침해해서는 안 된다고 하는 배타적 효력 즉 권리 불가침의 효력을 말한다. 따라서 지배권에 대한 제3자의 위법한 침해는 당연히 불법행위를 성립시키고, 동시에 지배 상태에 대한 방해를 제거할 수 있는 효력이 있다. 우리 민법도 이러한 사고방식을 받아들여 제213조를 비롯한 몇몇 규정에서[17] 이른바 물권적 청구권을 규율하고 있고, 동시에 제750조 이하에서 불법행위를 규율한다.[18]

이러한 구제수단이 작용하기 위해서는 일정한 요건이 갖추어져야 한다. 민법전의 규율 내용을 중심으로 보면, 먼저 민법 제214조에서 정하는 물권적 청구권이 성립하기 위해서는 소유자의 소유권을 "방해"하는 자가 있어야 한다. 또한 민법 제214조의 한계를 규정하는 민법 제217조를 원용하기 위해서는 역시 이웃 토지의 사용을 "방해"하는 것이 인정되어야 하거나 또는 이웃 거주자의 생활에 "고통"을 주는 것이 인정되어야 한다. 그리고 이러한 책임이 제한될 수 있는 경우로 제217조 제2항은 "토지의 통상에 사용에 적당한 것"일 경우 피해자에게 수인의무를 부과한다. 한편 민법 제750조 소정의 일반 불법행위가 성립하려면 고의과실로 인한 "위법행위"로 타인에게 손해를 가할 것이 요구된다.

한편 이러한 두 축의 구제수단은 전통적 이론에 따를 경우 병렬적 구제수단으로 파악된다.[19] 따라서 생활이익의 침해를 받은 원고로서는 양자 가운데 어느 것이라도 선택하여 상대방에게 방해의 제거 또는 손해의 배상을 요구할 수 있다.[20]

---

15) 곽윤직, 「민법총칙」, 제7판, 박영사, 2002, 51면.

16) 이하 곽윤직(주 15), 52면.

17) 민법 제213조, 제214조 및 제204조 내지 제207조. 그리고 이는 민법 제290조, 제301조, 제319조, 제370조 의하여 기타 제한물권에 준용된다.

18) 한편 곽윤직(주 9), 19면에서는 이와 같은 설명을 물권의 일반적 효력과 특유한 효력이라는 관점에서 설명하고 있기도 하다.

19) 가령 양창수, 「민법입문」, 제4판, 박영사, 2004, 75면은 다음과 같이 서술한다. "민법이 어떠한 기존의 권리가 침해된 경우에 그 **일반적인** 구제수단으로서 인정하고 있는 것은 방해배제청구권 등(제213조 이하), 불법행위로 인한 손해배상청구권(제750조 이하), 부당이득반환청구권(제741조 이하)의 셋이다. … (중략) … 실로 소유권에 대하여는 그 구제수단이 극히 **포괄적으로** 부여됨에 반하여, 채권인 경우에는, 그것이 금전채권인 경우는 말할 것도 없고 B의 채권과 같은 특정물채권이라도 원칙적으로 채무자에 대하여 채무불이행책임을 묻는 것밖에 없는 것이다." 이러한 서술 특히 저자에 의해 강조된 부분을 보면 일련의 구제수단을 병렬적으로 파악하고 있는 것이 아닌가 생각된다. 곽윤직(주 15), 52면도, 분명하지는 않으나, 이와 비슷한 취지가 아닐까 짐작된다.

20) 그러나 이와 다른 시각이 없는 것은 아니다. 가령 최병조, "토지매수인에 의한 지상물철거행위의 법률효과", 「민사판례연구[XVI]」, 박영사, 1994, 131면 이하에서는 민사사례를 해결할 때

(2) 생활방해에 관한 재판례

대법원도 이러한 사고방식과 같은 맥락에서 분쟁을 처리하고 있다.

가령, 대법원 1969. 11. 25. 선고 69다1592 판결[21]에서는, 말(馬) 2필이 인근 경작지에 들어가서 같은 경작지에서 재배 중인 농작물(육도)을 먹어 버림으로써 농장에 일정한 손해를 발생케 한 데 대하여, 농작물 주인에게 민법 제759조 제1항에 기한 손해배상청구권을 인정하였다.[22] 그리고 대법원 1974. 12. 24. 선고 68다1489 판결[23]은, 원고 집에 인접한 종합병원 시체실에서 흘러나오는 악취, 곡성, 그리고 시체의 운구를 빈번하게 보게 됨으로써 원고에게 발생하는 정신적 침해에 대하여, 원고로 하여금 방해요인의 제거 내지 방해예방을 청구할 수 있다고 판단하고서, 최종적으로 원고의 시체실 등의 사용금지 청구를 인용하였다. 한편, 대법원 1974. 6. 11. 선고 73다1691 판결[24]은, 학교 건물이 원고 소유 대지를 일부 침입함으로써 발생케 한 빗물, 휴지, 기타 각종 오물의 침해 문제에 대하여, 원고의 불법행위로 인한 손해배상청구를 인용하였다. 나아가 대법원 1997. 10. 28. 선고 95다15599 판결[25]은, 위 1974. 12. 24. 판결(주 23)과 유사한 사실관계에 관하여, 원고의 손해배상청구를 인용하였고, 대법원 1995. 9. 15. 선고 95다23378 판결(주 7)에서는, 건축회사가 건축허가를 받은 후에 신청인 부산대학교 부근에 24층의 아파트를 신축하는 공사에 진행하였는바, 신청인 부산대학교가 건축회사를 상대로 공사금지의 가처분 신청을 한 사안에 대하여, 신청

청구권 규범의 검토 순서로 물권적 청구권을 불법행위로 인한 손해배상청구권에 우선시키고 있다. 김형배, 「민법연습」, 신조사, 2003, 12면 및 백태승, "민사사례의 해결방법 및 시범답안", 「고시계」, 1994년 5월, 155면 이하도 같은 취지이다. 한편, 김재형(주 13), 157면에서는 환경침해에 대한 구제를 상린관계로 구성하여야 하는지 아니면 불법행위로 구성하여야 하는지에 대하여 "두 구제수단은 **그 기능이 다른 것으로** 이러한 논의는 큰 의미가 없다."(강조체는 인용자가 가한 것이다.)라고 한다. 하지만 이러한 서술이 경제학적 사고를 전제로 한 것인지는 불분명하다.

21) 집17(4)민, 91. 한편 본 판결에서는, 손해배상채권의 성립여부에서 나아가, 유치권의 성립여부가 문제되었다.

22) 물론 이러한 동물의 침입이 이른바 생활방해에 해당하지 않는다는 견해도 있다. 곽윤직(주 9), 181면. 하지만 채석장에서 돌이 날아오는 것, 사격장에서 탄환이 날아오는 것, 소·말·개 등 커다란 동물의 침입은 항상 금지되어야 한다. 김증한/김학동, 「물권법」, 제9판, 박영사, 1997, 269면; 장경학, 「물권법」, 법문사, 1990, 405면; 편집대표 곽윤직, 「민법주해[V]」, 박영사, 1992, 301면; Baur/Stürner, Sachenrecht, 17. Aufl., 1999, §25 Rn. 26; Westermann, Sachenrecht, 7. Aufl., 1998, §62 II 1a; Staudinger-Roth, §906 Rn. 109f.; BGHZ 28, 225; BGHZ 111, 158. 김재형(주 13), 133면에서 재인용.

23) 공 1975, 8267. 이른바 한일병원 시체실 사건.

24) 공 1974, 7931.

25) 공 1997, 3617.

인 부산대학교의 소유권에 기한 방해배제청구를 인용하였다.[26] 한편, 대법원 1997. 7. 22. 선고 96다56153 판결[27]에서는 사찰의 종교적 환경을 보호할 것인지가 문제되었는데, 위 1995. 9. 15. 판결(주 7)과 같은 취지에서, 신청인 대한민국 조계종 봉은사의 피신청인 주식회사 신성에 대한 건물신축공사 금지신청을 인용하였다. 그리고 이른바 한강 조망이익 침해사건으로 불리는 대법원 2007. 6. 28. 선고 2004다54282 판결(주 8)에서는, 서울시 용산구 이촌동 리바뷰아파트 주민들이, 대체로 23층 정도 되는 엘지아파트가 생김으로 인해 한강 조망권이 침해된다고 주장하면서 엘지아파트 주민들에게 일정 액수의 손해배상청구를 한 데 대해, 조망이익이 사회통념상 독자적인 이익으로 승인될 수 있을지에 대해 판단한 후, 종국적으로 엘지아파트 주민들의 정당한 소유권 행사가 인정된다는 이유로, 원고의 손해배상청구를 기각하였다.

이러한 판결들은 모두 전통적인 법리, 즉 일정한 손해야기행위에 대해 귀책근거를 따져 발생한 손해의 공평한 분담을 추구하려는 이론에 바탕을 둔 것[28]으로 이해된다. 위의 사례들은 민법이 예정한 비교적 전형적 분쟁유형으로서 상기 이론이 적용 내지 원용될 수 있는 적절한 사례들이거니와, 나아가 각 판결에서 제시된 판결 이유 부분에 대체로 위의 이론과 같은 맥락으로 논리 전개가 이루어지고 있는 것이다.

(3) 몇 가지 의문

이러한 종래의 민사적 대응은 한 눈에 보아 정당한 것으로 여겨진다. 법적 가치판단의 중요 항목인 공정성(fairness)이 인정된다고 여겨지기 때문이다. 그러나 효율성(efficiency)을 염두에 두고 종래의 대처 방식을 살펴볼 때 몇 가지 의문점들이 제기된다.

첫째, 민법 제214조에서는 소유권을 방해하는 자에 대하여 방해의 제거를 청구할 수 있다고 간단히 규정하고 있는데[29] 그렇다면 여기서 "방해"라는 법률요건

---

26) 본 판결과 유사한 판결은 지속적으로 나오고 있다. 가령 대법원 1997. 7. 22. 선고 96다56153 판결(공 1997, 2636)이 대표적이다.

27) 전주(前註). 이른바 봉은사 사건.

28) K. Larenz, 양창수 역, 「정당한 법의 원리」, 박영사, 1995, 100면 이하 참조. Zippelius(주 1), 100면도 참조.

29) 한편 양창수(주 19), 95면은, 이러한 요건의 단순함이 물권적 청구권 제도의 커다란 이점이라 한다. 그만큼 이 청구권은 물권을 보유하는 사람에게 손쉬운 공격수단을 부여하는 것이기 때문이다. 그러나 이러한 지적은, 동시에 물권적 청구권 제도의 약점을 드러내는 것은 아닐까 하는, 약간의 의문을 떠올리게 한다. 아래에 이어지는 4. (1) 부분을 참조.

의 충족 여부를 판단하는 기준은 무엇인가? 마찬가지로 민법 제217조의 "방해", "고통", "이웃토지의 통상의 용도에 적당한 것인 때"를 어떤 기준으로 판단할 것이며, 민법 제750조에서 규율하는 "위법행위"는 생활방해가 문제되는 상황에서 언제 인정된다고 할 것인가?

둘째, 이른바 물권적 청구권과 손해배상청구권 두 구제수단은 병렬적인 것인가? 그리하여 생활이익의 침해를 받은 원고로서는 어느 것이나 선택하여 방해의 제거를 청구한다 하더라도 사회적으로 동일한 결과를 기대할 수 있는 것인가?

셋째, 지금까지 본 민법 제214조, 제217조, 제750조 등은 모두 일정한 해(injury)를 입한 자에게 법적 책임(liability)을 부여함으로써 그 행위를 억제(restraint)하려는 사고방식을 취하는데 이것은 반드시 사회적으로 바람직한 사고방식일까?

요약하면, 첫째, 물권적 청구권과 손해배상청구권의 법률요건을 성립시키기 위해서는 어떤 판단기준이 필요한가, 둘째, 물권적 청구권과 손해배상청구권은 동등한 지위에 서는 구제수단들인가, 셋째, 이러한 규정들에 깔린 전통적 사고방식은 반드시 사회적으로 바람직하다고 할 수 있을 것인가의 문제라 할 수 있다. 이하에서는 외부효과에 대응하는 경제학적 시각을 검토해본 후, 이 문제들에 대해 생각해 보기로 한다.

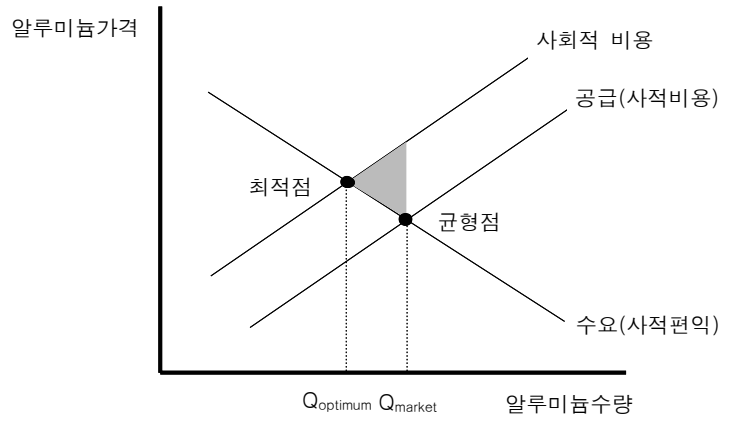
3. 생활방해에 대한 경제학적 분석 —권리부여와 권리보호

(1) 외부효과의 상호적 성질(the Reciprocal Nature of the Externality)

외부효과에 대응하는 전통적 경제학자들의 접근 방법은 경제학자 피구(Pigou)의 이른바 후생경제학(welfare economics)에 기반을 둔 것이다. 이에 따르면 외부효과에 따른 경제적 비효율은 부정적 외부효과의 경우에는 개인적 비용과 사회적 비용의 불일치에서[30] 발생한다. 가령 Mankiw(주 11)에서 제시된 사례와 설명을 통해 이에 대해 살펴보자.

가령 알루미늄을 생산하는 공장에서 오염물질을 배출한다고 하자. 한 단위의 알루미늄을 생산할 때마다 일정량의 매연이 공기 중으로 방산된다. 이는 부정적 외부효과의 사례이다. 그렇다면 이러한 외부효과는 시장의 효율성에 어떤 영향을 주는가? 이는 그래프를 통해 보면 이해하기 쉽다.

30) 그리고 긍정적 외부효과에서는 개인적 이익과 사회적 이익의 불일치 때문에.



여기서 공장 개인이 부담하는 비용(private cost)과 사회적 비용(social cost)의 차이는 전술한 공해에 따른 것이다. 이 그래프를 통해 보았을 때 사회적으로 바람직한 알루미늄의 생산량은 Qoptimum이다. 하지만 실제 시장에서 생산되는 생산량은 Qmarket에 해당하는 부분까지이다. 생산자인 기업으로서는 구매자들의 구매의향을 반영하는 수요곡선과 사적 비용곡선을 고려해서 최적산출량을 결정하려고 하기 때문이다. 따라서 그래프에서 보이는 회색 삼각형만큼의 사회적 손실 즉 사중손실(deadweight loss)이 발생한다.[31]

이렇게 시장을 통해 자원의 효율적 배분이 이루어지지 못할 경우 정부가 이러한 상황을 교정할 수 있다. 여기에는 직접적인 규제(regulation)를 가하는 것과 환경오염에 따르는 세금(taxes)을 부과하는 것이 있다. 먼저 정부가 직접적인 생산량을 규제하는 경우는 예를 들어 미국 EPA(Environmental Protection Agency)가 공장이 방출할 수 있는 오염물질의 최대량을 정해두는 경우를 들 수 있다. 하지만 이 방식의 문제점은 모든 해로운 행위를 규제할 수는 없다는 데 있다. 한편, 환경세 기타 피구세(Pigovian taxes)를 부과하는 방식을 들 수 있다. 가령 EPA에서 알루미늄 1톤을 생산하는데 매 공장마다 5만 달러의 세금을 부과하는 경우를 들 수 있다. 이는 공장의 사적 비용곡선을 사회적 비용곡선에 근접하도록 한다는 점에서 직접적 규제보다 효율적이며 경제학자들이 비교적 선호하는 방법이다. 하지만 이 방법도 공장의 사적 비용곡선과 사회적 비용곡선을 정확히 알아야 효과적인 결과를 낼 수 있다는 점에서 완전하다고 볼 수만은 없다. 이것

31) 이 구간에서는 알루미늄 한 단위에서 생산되는 편익인 수요곡선의 높이보다 비용인 사회적 비용곡선의 높이가 높다. 따라서 수요곡선과 사회적 비용곡선이 교차하는 지점까지 생산량이 줄어들어야 효율적 결과를 가져온다.

이 종래 경제학자와 법학자들의 기본적 생각이다.

하지만 시카고 대학의 로널드 코즈(Ronald H. Coase)교수는 이러한 해로운 효과(harmful effects)에 대해 좀 다르게 대처해야 한다고 주장한다.[32] 그는 종전의 피구(Pigou) 식의 후생경제학적 접근방식, 따라서 종전의 법적 대처방식이 부적절한 것이며, 보다 바람직한 해결책을 제시하기 위해 1960년 논문을 발표했다고 한다.[33] 그는, 바람직한 해결책의 모색은 문제 상황을 보다 정확하게 파악하는 것으로부터 시작한다면서 그것은 보통 생각되는 바와 같이 해를 유발한 자의 행위를 어떻게 억제할 것인가가 아닌 다른 방식으로 문제를 볼 것을 주장한다. 가해자가 피해자에게 해를 입히는 것을 허용할 것이냐 아니면 피해자가 가해자에게 해를 입히는 것을 허용할 것이냐의 문제로 파악되어야 한다는 것이다.[34] 이러한 외부효과의 상호성(the reciprocal nature of the externality)에 의해 문제의 초점은 분명해진다고 한다. 선택에 따라 얻는 것과 잃는 것을 비교하는 것이다. 그리하여 가령 알루미늄 공장에서 방출하는 해로운 물질로 주변의 주민들의 건강을 위협한다면 알루미늄 생산에 따른 이득과 방출되는 오염물질에 따른 비용을 비교해야 할 것이라고 말한다.

다음 항에서는 코즈 교수의 견해를 정식화한 이른바 코즈 정리(Coase Theorem)에 대해 좀 더 자세하게 살펴보도록 한다.

(2) 코즈 정리(Coase Theorem)

간단하게 코즈 정리는 다음과 같이 말할 수 있다.

코즈 정리(Coase Theorem): "만약 거래비용(transaction cost)이 영이라고 가정하고 각 당사자의 권리가 제대로 정해져 있다면, (이를테면 위에서 든 사례에서 알루미늄) 공장에게 배상책임을 인정하는 경우와 인정하지 않는 경우 두 가지의 경우에 있어서 자원배분의 상태는 동일하게 될 것이다."

---

32) 본래 코즈 교수의 관심사는 기업이 타인에게 해를 입히는 경우에 관한 것이었다. 하지만 코즈 교수의 해결방식은 각종의 외부효과에 적용될 수 있는 것이며 이에 대한 매우 광범위한 연구가 지금까지도 이루어지고 있다(이른바 거래비용 학파, transaction cost school).

33) Coase(주 5), p. 2.

34) "The real question that has to be decided is, Should A be allowed to harm B or should B be allowed to harm A? The problem is to avoid the more serious harm." Coase(주 5), p. 2.

만약 가격시스템이 비용 없이 기능한다고 가정하면 생산물의 가치를 극대화한다는 최종적인 결과는 법적 시스템과는 독립적이라는 것이다.[35] 여기서 거래비용(transaction cost)이란 시장의 가격메커니즘을 이용하는 데 들어가는 비용을 말한다.[36] 이는 구체적으로 거래 상대방을 물색하는 데 들어가는 탐색비용(search cost), 거래를 성사시키는 데 들어가는 교섭비용(bargaining cost), 체결된 거래가 제대로 이루어지는지 감독하는 데 들어가는 강제비용(enforcement cost) 등을 말한다.[37]

코즈 교수는 이러한 통찰로 1990년에 노벨상을 수상하였다. 노벨상 수상 후 코즈 교수는 다음과 같이 말하였다.

"다만 나는 경제체제가 어떻게 운용되는가를 분석함에 있어서 연구의 질을 향상시키고 싶었다. 거래비용이 0이 아닐 때 비로소 법은 경제의 성과를 가름하는 핵심적인 요인이 된다. 거래비용이 0이라면 아무리 법이 변해도 민간의 경제주체들이 자발적으로 생산량을 극대화시키기 위해 각종 계약행위를 할 것이다. 그러나 **만약 거래비용이 매우 높다면** 재산에 관한 법을 재조정하는 자발적인 계약행위가 일어나지 않을 것이다. 왜냐하면 그런 계약행위로부터 기대되는 순익이 상대적으로 크지 않기 때문이다. 따라서 이러한 상황에서 개인들이 갖게 되는 권리란 대체로 법에 의하여 부여될 텐데, **고로 법이 경제를 조정하는 역할을 하게 될 것이다.**"(강조체는 인용자가 가한 것이다.)[38]

이러한 사고방식을 받아들여 위의 알루미늄 공장 사례를 보면 전통적으로 경제학자나 법학자가 취해온 방식이 효율성의 측면에서 잘못되었을 수도 있음을 알게 된다. 일방이 타방에게 해를 입혔다고 그의 행위를 절대적으로 금지시켜야 하는 것이 아니라 양자가 얻을 수 있는 효용(utility)의 합이 최대가 될 때 그 선택이 사회적으로 가장 바람직하다는 것이다. 하나의 대표적 사례를 통해 코즈 정리의 의미에 대해 생각해 보기로 한다.[39]

---

35) Coase(주 6), 25면.

36) 한편 Robert D. Cooter and Thomas S. Ulen, Law & Economics, 5th ed.(international ed.), Pearson/Addison Wesley, 2008, p. 91에서는 거래비용을 자발적 교환에 들어가는 비용으로 정의한다.

37) 여기서 탐색비용(search cost)은 정보비용(information cost)이라고 불리기도 하며, 강제비용(enforcement cost)은 집행비용 즉 소송비용 내지 강제집행 비용 등을 의미하기도 한다. 박세일(주 6), 92면.

38) Ronald. H. Coase, "Law and Economics at Chicago", Journal of Legal Studies, 1993, pp. 250-251. 김일중(주 6), 115면에서 재인용.

가령 다음과 같이 가정하자. 방목업자와 농부가 인접한 토지에서 각자의 경제활동을 하고 있다. 농부는 그의 땅 일부에 옥수수를 기르고 있고, 방목업자는 그의 땅에 말을 몇 마리 기르고 있다. 농부와 방목업자의 토지 사이의 경계는 분명하지만, 둘 사이를 구획하는 담장은 설치되어 있지 않다. 그래서 때때로 말이 농부의 땅에 넘어와서 옥수수를 뜯어 먹거나 밟아서 못쓰게 만들기도 한다. 이런 손실을 없애기 위해서는 담장을 설치하거나, 지속적으로 말을 감시하거나, 말을 적게 기르거나, 또는 옥수수를 적게 경작할 수 있다. 농부와 방목업자는 서로의 교섭을 통해 누가 비용을 부담할 것인가에 대해 협의를 할 수 있다.

이 때 두 가지 수단이 고려될 수 있다. 첫째, 방목업자에게 권리를 부여한다. 이렇게 되면 방목업자는 말을 자유롭게 기를 수 있다. 옥수수에 가해지는 손해는 농부가 부담해야 하며, 따라서 그는 담장을 스스로 설치해야 한다. 둘째, 농부에게 권리를 부여한다. 이렇게 되면 농부는 자유롭게 옥수수를 경작할 수 있다. 옥수수에 가해지는 손해는 방목업자가 부담해야 하며, 따라서 그는 담장을 스스로 설치해야 한다. 어떤 것이 더 바람직한가? 아마 전통적 법이론에 따르면 두 번째 방식이 '공정'할 것이다. 가해자인 방목업자에게 손해를 귀속케 할 귀책사유가 인정되기 때문이다.[40]

그러나 다음과 같은 가정을 추가하자. 담장이 설치되지 않았을 경우 말이 옥수수에게 끼치는 손실은 일 년에 $100이다. 농부의 땅 주변에 담장을 둘러치고 유지하는 비용은 일 년에 $50이고, 방목업자의 땅 주변에 담장을 둘러치고 유지하는 비용은 일 년에 $75이다. 이 때 두 번째 방식 즉 농부에게 옥수수를 경작할 권리를 주는 경우를 생각해 보자.[41] 그러면 방목업자로서는 두 가지 가능성 가운데 하나를 선택해야 한다. 담장을 시설하지 아니하고 $100의 손해를 배상할 것인가, 아니면 $75에 담장을 시설할 것인가. 답은 명백히 후자이다. 따라서 방목업자는 일 년에 $75를 부담하고 자신의 토지 주변에 담장을 둘러 칠 것이다.

하지만 방목업자는 또 다른 해결책을 모색할 수 있다. 앞에서 농부와 방목업자 사이에 자유로운 교섭이 가능하다고 했으므로 가령 방목업자는 농부에게 $50에 담장을 스스로 쳐 줄 것을 요구할 수 있다. 물론 농부는 이러한 요구를 그대로 받아들이지는 아니할 것이고, 가령 $50~$75 사이에서 생겨나는 잉여(surplus) 분 $25를 적절히 나누어 줄 것을 조건으로 스스로의 땅 주변에 담장을 시설할

39) Cooter and Ulen(주 36), pp. 85-89. 한편 다른 사례가 수록된 서적으로는 가령 Polinsky(주 6), 27면 이하; Posner(주 3), pp. 85-89; 박세일(주 6), 70-79면 등을 참조.

40) 위에서 언급한 대법원 1969. 11. 25. 판결(주 21)도 이와 같은 해결책을 취한다.

41) 첫 번째 방식을 취하더라도 결론은 아래에서와 마찬가지로 나타난다.

수 있을 것이다. 여기서 주의해야 할 것은, 농부와 방목업자의 협상을 통해 담장은 언제나 농부 소유 토지 주변에 시설된다는 것이다. 둘 사이의 협상을 통해 양 당사자는 그들에게 돌아가는 비용을 줄일 수 있다.

이러한 통찰이 함의하는 바는 무엇인가? 한 경제주체의 활동이 다른 경제주체에게 해를 입힌다면 법은 어느 당사자에게 권리[42]를 부여할 것인지 결정해야 한다. 공정성(fairness)은 명백하게 해를 입힌 자에게 책임을 지울 것, 따라서 그 상대방에게 권리를 부여할 것을 요구한다. 그러나 효율성(efficiency)은 양 당사자 가운데 보다 권리를 가치 있게 여기는 자에게 권리를 부여할 것을, 따라서 상대방에게 책임을 부여할 것을 요청한다. 만약에 법적 대처가 적절하지 못하다면 법이 누구에게 법적 권리를 부여하였는가에 상관없이 당사자 사이에 효율적 결과가 나타나게 될 것이다. 지금까지의 설명은 이른바 '최고가치평가자'에게 권리를 부여할 것으로 요약할 수 있다.[43]

하지만 당사자 사이에 거래가 항상 이루어지는 것은 아니다. 둘 사이의 의사소통에는 비용이 들어간다. 가령 교섭을 위한 장소를 찾아야 하고, 중재자를 고용해야 할 수도 있으며, 교섭에는 시간이 들어간다. 이는 위에서 언급한 거래비용(transaction cost)에 해당한다. 거래비용이 커지면 당사자가 교섭에서 느끼는 편익이 상대적으로 적어지며, 따라서 거래 당사자는 교섭을 하지 아니하기로 결정할 수도 있다. 따라서 법적 이해관계 조절이 적어도 사회적으로 '효율적'이려면 다음과 같이 해결해야 한다. 거래비용이 적을 때 당사자 사이에 교섭이 어떻게 이루어 질 것인지를 살펴본 후, 그것을 모방해주어야 한다. 가령 위의 방목업자 사례에서 거래비용이 $35가 들어간다고 해보자. 이는 서로 간에 창출할 수 있는 편익 $25를 초과한다. 따라서 거래는 이루어지지 않고 방목업자가 스스로 담장을 시설해야 할 것이다. 그러나 이는 명백히 사회적으로 비효율적이다. 그러므로 법은 방목업자에게 권리를 부여하여야 하며 따라서 농부의 손해배상청구를 인용하지 않아야 할 것이다.[44]

---

42) 그러나 대법원은 가령 사실상의 소유권 개념을 인정하지 않는다. 대법원 2006. 10. 27. 선고 2006다49000 판결(공 2006, 1995) 등. 따라서 적어도 대한민국 민법의 해석론을 따를 경우 '권능'이라 표현하는 것이 좀 더 적절하다고 생각된다. 여기서는 원문에 충실하기 위해 그냥 '권리'라고 표현하나, 이른바 물권법정주의(민법 제185조)에 관하여 유의해야 할 것이라는 점을 지적하여 두기로 한다. 한편, 물권법정주의에 대한 본격적인 법경제적 연구는, 김정호, 「한국민법의 경제분석(Ⅰ)」, 한국경제연구원, 2003, 11면 이하를 참조할 것.

43) Posner(주 3), p. 53.

44) 물론 '효율성'외에 '공정성' 내지 '형평성'을 고려한다면 다른 결론을 선택할 여지가 없는 것은 아니다. 다만 사회적으로 효율적인 결과를 만들기 위해서는 이렇게 처리하는 것이 바람직하다는 것이다.

요컨대 코즈 정리는 상호성이 있는 외부효과 사례에서 대립하는 당사자 사이에 최고가치평가자에게 권리를 부여할 것을 요구하는 것이다.[45]

(3) 설정된 권리의 보호 —Property Rule, Liability Rule

권리가 부여되었다면 이렇게 설정된 권리를 어떻게 보호할 것인지가 문제로 된다. 이에 대해서는 위에서 본 바와 같이 민법상 물권적 청구권과 불법행위에 기한 손해배상청구권이 있다. 이는 대체로 캘러브레시(G. Calabresi)의 property rule과 liability rule에 대응하는 것이라 볼 수 있는데,[46] 이 둘 사이의 차이점에 대하여서는 캘러브레시와 멜라메드(A. Douglas. Melamed)가 분석하였다.[47]

여기서 property rule은 그 권리를 권리자로부터 제거하고자 하는 자는 그 권리의 가치가 당사자 사이의 합의에 의하여 결정되는 자발적인 거래에 의하여서만 권리를 취득할 수 있는 그러한 권리의 보호방법을 말한다. 따라서 권리자의 동의를 받지 않고 권리를 침해하는 경우에는 권리자는 그 침해행위 자체를 막을 수 있다. 여기서 중요한 것은 국가는 그 권리의 가치 결정에는 개입하지 않고 이는 오로지 당사자들에 의하여서만 결정된다는 것이다. 반면 liability rule이란 권리자 아닌 타인이 그 권리에 대하여 객관적으로 결정되는 가격만 지급하면 그 권리를 침해할 수 있는 그러한 권리의 보호방법을 말한다. 여기서는 권리의 가격은 당사자에 의하여 결정되는 것이 아니라 법원 등 제3자에 의하여 결정되며 권리의 침해가 있는 경우에 권리자는 그 침해행위 자체를 막을 수는 없고 다만 그 권리의 객관적인 가액만을 청구할 수 있을 뿐이다.[48]

따라서 property rule이 liability rule보다 더 포괄적으로 권리를 보호하고 있다고 볼 수 있다. 그러면 왜 property rule 외에 liability rule이 존재하여야 하는 것인지 의문이 제기된다. 이는 결국 거래비용 때문이다. 각 보호방법의 정의대로 property rule은 결국 당사자 사이의 합의에 따른 해결을 중요하게 생각하는 것이며, liability rule은 제3자에 의한 해결을 보다 중요하게 생각하는 것이다. 구체적으로 앞에서 코즈 정리의 두 번째 전제 즉 '당사자 사이의 권리 배분이 명

45) 이러한 해결책이 완벽한 것은 아니다. 그리하여 부차적으로 권리의 설정에 관한 기준들이 제시되어 있기도 하다. 가령 박세일(주 6), 142면 이하를 참조. 이에 대한 상세한 소개는 다음 기회로 미루어 둔다.

46) 윤진수(주 4), 372면의 각주 83) 참조.

47) G. Calabresi and A. Douglas Melamed, "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral", 85 Harvard Law Review, 1972, pp. 1089-1128.

48) 이상 윤진수(주 4), 372-373면.

확할 것'이라는 전제는 property rule에 의해 충족된다. 따라서 거래비용이 낮다면 property rule에 의한 효율적 자원 배분을 기대할 수 있다. 그러나 거래비용이 큰 경우 이런 해결책이 쓸모없게 된다. 그럴 때는 가령 국가에 의해 문제된 권리의 가치평가를 수행하고 효율적 자원배분을 실현하는 것이다.[49]

따라서 설정된 권리의 보호방법은 다음과 같이 정식화 할 수 있다.[50] 첫째, 만약에 거래 당사자 사이에 거래비용이 높아서 교섭에 장애 요인이 많을 경우 더 효율적인 방법은 liability rule에 의해 분쟁을 해결하는 것이다. 둘째, 그러나 당사자 사이에 거래비용이 낮아서 서로의 교섭이 기대되는 경우 효율적인 방법은 원고의 재산권을 보호하기 위해 피고에게 유지명령(injunction)을 부과하는 것이다. 적어도 국가기관에 의한 배상액 산정의 수고를 덜 수 있을 것이기 때문이다.

4. 전통적 민사책임에 대한 재검토

(1) 서

앞에서 본 바와 마찬가지로 생활방해라는 이해관계 충돌을 규율하기 위해 입법자들은 몇 가지 구제수단을 민법전에 규율하고 있다. 그런데 그 규율은 추상적이어서 해석론을 살펴볼 필요가 있다. 한편, 해석론을 검토해 보면 그것이 반드시 분명한 판단기준을 제시하고 있는지 의문이다. 가령 민법 제214조의 구성요건인 "방해"를 어떻게 판단할 것인가에 대하여 종래의 지배적 견해들은 단지 "점유의 상실 이외의 방법으로 방해"될 것을 요구한다.[51] 그리고는 몇 가지 재판례에서 나타난 사실관계를 열거하고 있다.[52] 그런데 이러한 법명제가 구체적 사실관계에 부합하는지 판단하는 것[53]은 역시 공백으로 남겨진다.

이러한 문제 제기는 다른 규정에 대한 해석론을 검토할 때도 마찬가지이다.

---

49) 이 때 전형적으로 논의되는 사례는 공용수용(eminent domain)이다. 가령, 어느 땅을 공원으로 조성하는 것이 주변 주민에게 이득이 되는 것이 명백함에도 불구하고, 땅 주인이 이른바 버티기(hold-out. 소위 '알박기')를 하는 경우, 국가가 그러한 시장실패(market failure)를 개선하기 위해 땅을 수용해버리는 것이다. 이는 땅 주인과 주변 주민 사이에 거래가 이루어질 수 없기 때문에 제3자인 국가가 개입하여 땅에 대한 가치를 평가, 바람직한 자원배분을 실현하는 것이다(토지 가치의 객관화).

50) Cooter and Ulen(주 36), pp. 104-105.

51) 가령 고상룡, 「물권법」, 법문사, 2001, 355면.

52) 대표적으로 이영준, 「새로운 체계에 의한 한국민법론[물권편]」, 신정2판, 박영사, 2004, 526면 이하.

53) 이른바 포섭(Subsumtion). Reinhold Zippelius, 김형배 역, 「법학방법론」, 삼영사, 1993, 134면 이하 참조.

가령 민법 제217조 제1항의 법률요건을 판단함에 있어서 통설은, 토지사용방해의 유무나 생활고통의 유무는 그 토지의 객관적 상태와 평균인의 통상의 감각을 기준으로 해서 구체적인 경우에 판단·결정하여야 할 것이라거나, 민법 제217조 제2항의 구성요건을 판단함에 있어 토지의 주위의 상황(예컨대 공업지구이냐 또는 주택지구이냐 등)과 평균인을 표준으로 한 사회통념에 따라 결정하여야 할 것이라고 한다.[54] 민법 제750조의 위법성을 설명할 때 거론되는 이른바 실질적 위법성론도 이런 판단의 공백을 남겨두고 있는 것으로 생각된다.

한편 우리 대법원은 민법 제214조, 제217조, 제750조를 해석하는데 있어 하나의 기준을 제시한다. 이른바 수인한도론이 그것이다. 수인의무를 정면에서 규율한 민법 제217조에 관한 해석론에 있어서는 물론이거니와 민법 제750조 소정의 위법성을 판단할 때에도 수인한도론을 통해 판단하려는 모습을 보여준다.[55] 나아가 민법 제214조에는 수인한도에 관한 부분이 명시되어 있지 아니함에도 대법원은 동조의 법률요건 성립 여부를 판단하는데 이른바 수인한도론을 적용시키고 있다.[56] 그렇다면 현재 문제되는 것은 적어도 이러한 '수인한도'를 어떤 기준으로 판단할 것인가로 귀착된다.

이제 앞에서 논의한 법경제학적 분석 틀을 이용해서 이러한 수인한도가 어떠한 것인지 살펴보기로 한다. 순서는 대표적으로 문제가 되었던 두 가지 판결, 소위 한일병원 사건으로 불리는 대법원 1974. 6. 11. 선고 73다1691 판결(주 24)과, 한강 조망이익 침해사건으로 일컬어지는 대법원 2007. 6. 28. 선고 2004다54282 판결(주 8)을 코지안(Coasian)적 관점에서 분석하기로 한다.

---

54) 곽윤직(주 9), 181면.

55) 가령 위에서 언급한 대법원 1974. 6. 11. 선고 73다1691 판결(주 24)에서는 "원고들 소유의 부동산에 대한 방해의 정도가 위 상고이유 1점 기재의 원판시 사실과 같다고 하면 이것은 이웃토지의 통상의 용도에 적당한 것이었다 할 수 없으므로 이러한 취의에서 위와 같은 피고측의 계속되는 소유물 방해와 소음 및 불안상태의 조성은 이른바 수인의 한도를 넘는 불법이라고 판시한 원판결에 안온 방해행위에 있어서의 수인의 한계에 관한 법리를 오해한 위법이 있다할 수 없으므로 이점에 관한 논지 또한 그 이유 없다."고 판단한다. 불법행위에 관한 수인한도론은 대법원 1997. 10. 28. 선고 95다15599 판결(주 25)의 그것이 더 상세하다. 김재형(주 12), 157면 이하 참조.

56) 대법원 1995. 9. 15. 선고 95다23378 판결(주 7)인 이른바 부산대학교 사건. 김재형(주 12), 140면 이하.

(2) 대법원 1974. 6. 11. 선고 73다1691 판결

사실관계는 다음과 같다. A는 자기 집에서 살고 있었다. 그런데 문제는 A의 집 바로 옆에 있는 B병원 시체실 때문에 발생한다. 시체실은 A의 집 바로 옆에 담장을 가운데 두고 인접해 있다. 그러다보니 A는 시체 옮기는 모습을 심심치 않게 볼 수 있었고, 장례식 과정에서 유족들의 울음소리도 들렸다. 더군다나 집 앞에 화환과 차량이 세워지게 되니 통행도 불편하게 되었다. 무엇보다 참을 수 없는 것은 여름철이 되면 시체 썩는 냄새가 스며든다는 것이었다. 그래서 A는 B병원에게 적당한 조치를 취하라고 요구한다.

앞에서 본 코즈 정리의 함의, 즉 최고가치평가자에게 권리를 부여할 것이라는 논리를 그대로 수용한다면 여기서 문제되는 생활 이익도 무슨 '권리'라고 해서 그것을 사고파는 식으로 입론할 수 있을 것이다. 가령 그 권리를 '악취 배출권'이라고 구성할 수도 있겠고, '통행권'이라는 식으로 구성 할 수 있을 것이다. 그렇지만 실정법의 해석론으로서는 민법 제212조와 관련하여 '소유권의 범위' 문제로 처리하는 것이 적절할 것으로 생각된다. 물권적 권리 즉 물건을 직접적 배타적으로 지배하는 권리를 마음대로 창설할 수는 없기 때문이다(물권법정주의). 그렇다면 다음과 같이 처리할 수 있다.

우선 경제학적으로는 가령 '악취 배출권'이 A에게 있다고 판단할 수 있을 것이다(따라서 B는 악취 배출을 하지 못함). 하지만 법적으로 그런 권리가 반드시 존재한다고는 할 수 없기 때문에, 그냥 A의 소유권 범위가 B의 악취 배출을 허용하지 않는다고 판단할 수 있을 것이다. 악취가 지나칠 때 A의 소유권 행사가 방해받기 때문이다. 이런 논리는 결국 소유권의 범위를 악취 배출권만큼 넓혀주는 역할을 하게 될 것이다. 이 때 가령 악취 배출을 허용할 것인지, 즉 우리 판례[57]가 언급하는 '수인한도'를 넘는 것인지 판단하는데 있어서는 경제학적 비용-편익 분석방법(cost-benefit analysis method)이 좀 분명한 기준을 제시해 줄 수 있다.

유명한 Boomer v. Atlantic Cement 사례[58]에서도 이런 방식으로 분쟁을 해결했다. 만약에 위 사례에서 B에게 악취를 없애기 위한 어떤 조치를 취하게 했다고 가정하자. 가령 악취를 없애는 대형 공기 정화기를 설치하게 하는 것 등을 생각해 볼 수 있다. 그러면 B병원에게 설치비용이 들 것이다. 이 비용과, 그 정

57) 판례가 무엇인지에 대한 고찰은 서민, "판례의 의의", 「민사판례연구」, Ⅰ, 박영사, 1992, 345면 및 357면 이하를 참고할 것. 또한 양창수, 「민법연구」, 제2권, 박영사, 1998, 335면 각주 7)과 각주 8)도 참고.

58) Boomer v. Atlantic Cement Co., 26 N.Y.2d 219, 309 N.Y.S.2d 312 (N.Y. 1970).

화기가 설치되지 않았을 경우 A의 피해 정도를 비교하는 것이다. 그러면 경우에 따라 벽을 설치하는 것이 효율적일 수도 있겠고, 설치하지 않는 것이 효율적일 수도 있을 것이다. 정화기 설치비용이 지나치게 클 경우 법원으로서는 A의 주장 가령 정화기를 설치하라는 주장을 받아들이지 않을 수 있을 것이다. 반대로 기술이 발달해서 정화기 설치비용이 얼마 들지 않는다면, 그리고 그에 비해 A의 물질적 혹은 정신적 피해가 막대하다면 법원으로서는 정화기를 설치하라고 할 수도 있다.

그러나 이 경우에 법원이 적극적으로 property rule과 liability rule을 선택하는 것은 현행법의 해석론으로는 무리일 수 있다. 이른바 적극적 석명으로서 석명권 행사의 한계를 일탈하는 결과를 낳을 수 있게 되기 때문이다.[59)60)] 그러나 당사자로서는 서로 간에 교섭이 용이할 것인지 그러하지 아니할 것인지를 고려해서 청구취지를 밝힐 수 있다는 점에서 어느 정도의 효용은 있으리라 생각된다.

(3) 대법원 2007. 6. 28. 선고 2004다54282 판결

본 판결에서는 이른바 조망권 외에 일조권도 문제되었으나, 이 항에서는 조망권에 한정해서 논의를 전개한다. 그렇다면 조망권이 무엇인지 문제되는데, 앞서 살펴본 외부효과의 상호성을 고려할 때 조망권을 "토지나 건물의 소유자가 종전부터 누리고 있던 아름다운 풍경을 바라볼 수 있는 권리가 타인이 건축물 등을 신축함으로써 침해되는 경우 법적으로 보호받을 수 있는 권리"[61)]라고 정의함이 타당하다고 생각된다.

본 판결의 사실관계는 다음과 같다. 서울 용산구 이촌동 300-30 외 66필지 14,133.15㎡ 위에는 원래 1970년경에 지어진 5층짜리 외인아파트 18개동이 있었는데, 위 대지 소유자인 피고A는 위 외인아파트를 철거하고 그 자리에 19층 내지 25층 높이의 엘지한강빌리지아파트(이하 엘지아파트) 10개동 656세대를 건설

59) 가령 대법원 2001. 10. 9. 선고 2001다15576 판결(공 2001, 2428) 등 참조. 그런데, 민사소송법상 이른바 지적의무(指摘義務)의 법리와 관련하여, 이 문제를 석명권의 측면이 아닌 지적의무의 관점에서 파악할 수도 있지는 않을는지, 약간의 단견이 떠오르기도 한다.

60) 한편 적극적 석명 논의를 제외한다면, 법원으로서는 여러 가지를 고려해서 판단을 내릴 수 있다. 가령, 이 사안에서 A의 주장이 받아들여지는 데, 이를테면 정화기를 설치하는 비용이 얼마 되지 않는다고 판단할 수도 있다. 그렇지 않으면, 가령 A의 정신적 피해가 엄청날 것이라고 분석을 할 수도 있다. 그렇지도 않다면, 예컨대 A가 가정 형편이 너무 어려워서, 효율성의 기준만 놓고 볼 때는 그의 청구를 기각해야 함에도, 부의 이전(wealth transfer)이란 차원에서 A의 청구를 받아들여주었을 가능성도 생각해 볼 수는 있다.

61) 김종률, "조망권의 법적 구성론", 「법조」, 2003, 101면.

하기로 하기로 하고 2000. 3. 25. 용산구청장으로부터 주택건설사업 승인을 받고 2000. 5. 16. 피고 주식회사B에게 건설공사를 도급하였다. 이에 피고 B주식회사는 2003. 4.경 엘지아파트 건설공사를 마쳤는데 엘지아파트의 높이가 대략 23층 정도 되는 관계로 원고A들이 공동소유하는 리바뷰아파트의 한강 조망을 방해하게 되었다. 이에 원고A들은 조망이익 침해 등으로 인한 재산적 손해 배상 소송을 법원에 제기하기에 이르렀다.[62] 한편, 이 지역은 고층 아파트 건설이 가능한 지역이고 엘지아파트를 건설함에 있어 이격거리나 높이 제한 등 건축법규에 위반한 사항은 없다.

이 사건은 전형적인 외부효과(externality) 사례이다. 엘지아파트 주민들과 리바뷰아파트 주민들은 각자 소유권을 정당하게 행사할 수 있다. 그러나 일방의 소유권 행사가 타방의 소유권 행사를 방해한다. 그러한 방해는 소 제기에 이른 현재까지 시장에서 가격기구를 통해 이루어지지 않았다. 한편, 이 문제는 역시 상호적 성질(reciprocal nature)을 가지고 있는 문제이다. 반드시 어떤 한 편을 잘못했다고 탓할 수 없다. 하지만 대립하는 두 당사자 사이의 거래비용은 일반적으로 클 것으로 생각된다. 분쟁에 관련되어있는 사람의 수가 위 1974. 6. 11. 판결에 비하여 다수라고 보이기 때문이다. 그렇다면 코즈 정리를 통해 사건을 해결할 수 있을 것이다. 필자가 보기에 대법원도 이러한 맥락에서 분쟁을 처리한 것으로 생각된다.

우선 대법원은 다음과 같은 추상적 법률론을 전개한다. "어느 토지나 건물의 소유자가 종전부터 향유하고 있던 경관이나 조망이 그에게 하나의 생활이익으로서의 가치를 가지고 있다고 객관적으로 인정된다면 법적인 보호의 대상이 될 수 있는 것인바, 이와 같은 조망이익은 원칙적으로 특정의 장소가 그 장소로부터 외부를 조망함에 있어 특별한 가치를 가지고 있고, 그와 같은 조망이익의 향유를 하나의 중요한 목적으로 하여 그 장소에 건물이 건축된 경우와 같이 당해 건물의 소유자나 점유자가 그 건물로부터 향유하는 조망이익이 사회통념상 독자의 이익으로 승인되어야 할 정도로 중요성을 갖는다고 인정되는 경우에 비로소 법적인 보호의 대상이 되는 것이라고 할 것이고, 그와 같은 정도에 이르지 못하는 조망이익의 경우에는 특별한 사정이 없는 한 법적인 보호의 대상이 될 수 없다고 할 것이다."(밑줄은 필자가 그은 것이다.)

여기서 밑줄 그은 부분이 이른바 '조망권'을 인정할 것이냐에 대한 부분이

62) 편의상 아래에서는 '엘지아파트 주민'과 '리바뷰아파트 주민'의 분쟁으로 단순화한다. 즉 이 사례를 코즈 정리의 관점에서 분석하기 위해 당사자는 두 아파트의 주민들만 등장한다고 가정한다.

다.[63] 특히 두 번째 밑줄 부분을 보면 '사회통념상 독자의 이익' 하는 부분에 대해 정면으로 판시하였다. 여기에 코지안(Coasian)의 관점을 통해 법적 가치평가를 내릴 수 있다. 거래비용이 0일 때 누구에게 조망권이 귀속될 것인지를 판단한 다음, 만약 그것이 엘지아파트 주민에게 귀속된다면 '사회통념상 독자의 이익으로 승인되지 않는다.'는 판단을 내리면 되고, 반대로 리바뷰아파트 주민에게 귀속된다면 '사회통념상 독자의 이익으로 승인된다.'는 식의 결론을 내려주면 될 것이다.

대법원은 다음과 같이 분쟁을 종결지었다. "위 원고들이 조망을 누리던 한강의 경관이 매우 아름다운 것으로서 법적으로 보호받는 조망의 대상이 되기에 충분하다고 할 것이지만, 위 원고들이 구분소유하는 리바뷰아파트가 그 장소로부터 한강을 조망함에 있어 특별한 가치를 가지고 있다고 할 수는 없다. 조망의 대상과 그에 대한 조망의 이익을 누리는 건물 사이에 타인 소유의 토지가 있지만 그 토지 위에 건물이 건축되어 있지 않거나 저층의 건물만이 건축되어 있어 그 결과 타인의 토지를 통한 조망의 향수가 가능하였던 경우 그 타인은 자신의 토지에 대한 소유권을 자유롭게 행사하여 그 토지 위에 건물을 건축할 수 있고 그 건물 신축이 국토의 계획 및 이용에 관한 법률에 의하여 정해진 지역의 용도에 부합하고 건물의 높이나 이격거리에 관한 건축관계법규에 어긋나지 않으며 조망향수자가 누리던 조망의 이익을 부당하게 침해하려는 해의에 의한 것으로서 권리의 남용에 이를 정도가 아닌 한 인접한 토지에서 조망의 이익을 누리던 자라도 이를 함부로 막을 수는 없으며, 따라서 조망의 이익은 주변에 있는 객관적 상황의 변화에 의하여 저절로 변용 내지 제약을 받을 수밖에 없고, 그 이익의 향수자가 이러한 변화를 당연히 제약할 수 있는 것도 아니다."(밑줄과 강조체는 필자가 가한 것이다.)

이에서 알 수 있듯이 대법원은 원고에게 조망권을 인정하지 않는다. 그런데 그 이유로 들고 있는 부분들이 흥미롭다. 만약에 리바뷰아파트 주민들에게 조망권을 인정했다고 가정하자. 그러면 엘지아파트 주민들의 소유권이 제한받을 것이고, 당초 기대했던 용도만큼 그 땅을 사용하지 못할 것이다. 그래서 땅의 가치는 매우 하락할 것이다. 원래는 잘 활용되어야 하는 땅인데도 제대로 활용되지 못할 수 있다. 이는 명백히 사회적 비효율을 초래한다. 더군다나 이런 사실을 알게 되면 주변 사람들이 한강 주변의 땅을 아예 사려고 하지 않을 수도 있을 것이다. 또, 리바뷰아파트 주민들에게 조망권이 있다면 관계 법규도 다시 정비해야 할 필요가 생길수도 있을 것이다. 또한 감정평가사를 데려다가 실제 발생한

63) 한편 대법원은 일관되게 "조망의 이익"이라고 표현한다.

손해가 얼마인지도 일일이 다 계산해봐야 할 것이다. 하지만 리바뷰아파트 주민들에게 조망권을 인정하지 않는다면 이런 비용은 없어진다. 대신 리바뷰아파트 주민의 조망 이익이 침해될 뿐이다. 물론 조망 이익 침해가 적은 액수는 아니다. 하지만 후자 즉 리바뷰아파트 주민들에게 조망권을 인정하지 않는 선택의 사회적 비용이 '현재로서는' 좀 적을 것으로 생각된다.[64]

위의 논의를 요약하면, 결국 대법원도 '어느 쪽의 손을 들어 줄 때 발생하는 비용이 더 적으냐'라는 기준을 놓고 판단하는 모습을 보여준다는 것으로 축약할 수 있다. 그런데 이 말을 뒤집으면 '누구 손을 들어주는 것이 사회적으로 더 이득이 되냐'는 것이 될 것이다. 권리 설정 문제에서 코즈 정리가 시사하는 것이 '최고 가치 평가자에게 권리를 귀속시킬 것' 이므로, 결국 거의 똑같은 기준으로 판단하고 있다고 볼 수 있는 것이다.[65]

Ⅲ. 계약당사자의 확정 ―최소비용회피자 원리

1. 민사실체법에서 계약[66]당사자의 확정

민사실체법에서 계약의 당사자 문제는 적절한 위치를 부여받지 못하고 있다.[67] 보통 교과서에서는 계약의 성립요건의 하나로 당사자가 지적될 뿐이다.[68] 그러나 민사실체법 특히 민법과 상법에서는 실제로 계약의 당사자가 과연 누구

64) 한편 모형을 제3자가 등장하는 유형으로 확장시킬 경우 이와 다른 결과가 나타날 수 있다. 이 때는 엘지아파트의 조망권을 보장해 줄 때 리바뷰아파트 뿐만 아니라 일정 범위의 공중들에게 가하여지는 해(harm)도 고려하여야 할 것이다.

65) 물론 권리의 남용이 성립할 여지를 열어둠으로써 구체적 타당성에 부합하는 결론을 얻으려고 한다. 이는 캘러브레시가 말한 정의에 따른 '거부권'(veto)의 역할과 동일하게 파악할 수 있는 듯 보인다. 참고로 캘러브레시는, 1차적으로 효율성에 기초한 법적 판단을 내릴 것을 주장하였으나, 그것이 심히 공정에 반한다고 여겨질 경우, 공정성의 관점에서 효율적 결론을 '거부'할 수 있다고 하였다. Calabresi and Melamed(주 47), pp. 1098-1101도 참조.

66) 아래에서 논의하는 대로 필자는 계약당사자 확정 문제를 법률행위의 해석 이론을 통해 처리하려고 한다. 법률행위에는 계약 외에도 단독행위와 합동행위가 있으나, 법률행위의 당사자 확정이 특히 문제되는 경우는 계약의 경우라고 생각된다. 따라서 이하에서는 법률행위의 당사자를 그냥 계약의 당사자로 표현하기로 한다.

67) 北川善太郎, 정종휴 역, "일본에서의 민법의 발전과 체계", 「민사법학」, 6, 한국민사법학회, 1986, 576면. 윤진수, "계약 당사자의 확정에 관한 고찰: 특히 예금계약을 중심으로", 「민법논고 I」, 박영사, 2007, 280면에서 재인용.

68) 가령 곽윤직(주 15), 199면.

인가 하는 점이 빈번하게 문제된다. 특히 최근에는 계약의 내용이 복잡해짐에 따라 계약의 당사자란에 표시되지 않은 사람에게도 권리의무가 귀속되는지 문제되는 경우가 발생하고 있고, 계약의 체결이나 이행을 사실상 주도하는 사람을 계약의 당사자로 보아야 할 것인지 문제되는 경우도 있다.[69]

이러한 계약의 당사자 확정이 문제되는 분쟁 유형은 크게 여섯 가지로 나눌 수 있을 것이다. 첫째, 이른바 서명대리의 경우이다. 대리인이 본인의 이름으로 대리행위를 하면서 마치 본인처럼 행세할 때 계약의 당사자가 누구인지 문제된다. 특히 이 유형은 종래의 통설이 유일하게 관심을 갖는 부분이기도 하다.[70] 둘째, 타인의 명의를 모용하여 계약을 한 경우가 있다. 대법원의 표현에 따른다면 타인의 이름을 임의로 사용하여 계약을 체결한 경우가 이 유형에 해당한다. 셋째, 이른바 차명대출에 해당하는 사안유형이 있다. 금융기관으로부터 대출을 받으려는 사람이 있지만 이런저런 이유(특히 동일인 대출 한도 초과)를 들어 다른 사람의 이름을 빌려 대출을 받는 것이다. 넷째, 기타 계약명의신탁에 해당하는 경우로서 특히 부동산 실권리자 명의 등기에 관한 법률 제2조 제1항, 제4조 제2항 단서가 규율하는 경우가 있다. 이와 관련하여 판례가 인정하는 이른바 소유권의 관계적 분속을 두고 여러 해석론이 전개되어 있다.[71] 다섯째, 특히 예금계약이 문제될 수 있다. 이른바 금융실명제에 관한 것이다.[72] 여섯째, 기타 유형으로서 재개발사업의 분양계약이 문제되는 경우도 있다.

이러한 사안 유형 가운데 기본적인 형태는 두 번째 유형인 타인 명의로 한 법률행위(Handeln unter fremdem Namen)라고 여겨진다. 물론 각 유형에 따라 분쟁을 어떻게 처리할 것인지에 대한 견해대립이 있기는 하지만, 무엇보다 명의자, 행위자, 상대방 3자 사이의 계약관계를 어떻게 확정할 것인지에 대한 기본적 시각은 타인 명의 모용행위를 분석함으로써 얻어질 수 있다고 생각되기 때문이다. 그리고 계약 당사자 확정 문제를 활발하게 논의케 한 대법원 1995. 9. 29. 선고 94다 4912 판결[73]도 이 유형의 분쟁을 대상으로 한 것이었다.

따라서 이하에서는 주로 타인 명의 모용행위를 중심에 두고서 경제학적 분석

69) 김재형, "분양계약의 당사자확정에 관한 문제: 사실적 계약관계론에 대한 검토를 포함하여", 「민법론Ⅲ」, 박영사, 2007, 89면.

70) 가령 곽윤직(주 15), 268면 등.

71) 이러한 계약명의신탁 유형과 타인 명의 모용행위(둘째 유형)의 구별이 문제될 수 있으나, 윤진수 교수님에 의하면 행위자와 명의자 사이에 의사의 합치가 있는지 여부에 따라 구별될 수 있다고 한다. 윤진수(주 67), 281면.

72) 가령 김재형, "금융거래의 당사자에 관한 판단기준", 「민법론Ⅲ」, 박영사, 2007, 43면 이하; 윤진수(주 67) 등.

73) 공 1995하, 3584.

을 시도해 보기로 한다.[74] 이하에서는 우선 종래의 판례와 학설을 추적해 보고, 경제학적 시각을 도입한 후, 종래의 법리를 경제학적으로 재검토하는 순서로 논의를 전개한다. 이런 분석은 거래관계가 복잡화·다변화되는 지금 계약에 내재하는 불확실성을 사전적으로 줄여주는 바람직한 방향을 모색하는 데 도움을 줄 수 있을 것이다.

2. 종래의 판례와 학설

(1) 대법원 판결례

1) 서명대리

이에 대하여 먼저 대법원 1963. 5. 9. 선고 63다67 판결[75]에서는 "대리인은 반드시 대리인임을 표시하여 의사표시를 하여야 하는 것이 아니고 본인명의로도 할 수 있다고 할 것"이라고 판시하였는바 이는 서명대리를 적법한 대리행위로 인정하는 취지로 이해된다.

한편 대법원 1987. 6. 23. 선고 86다카1411 판결[76]은 원고가 소외 최○○, 조○○과 함께 A회사에 식품류의 납품을 동업하기로 하면서 위 조○○이 식품류의 납품을 하기 위해서는 식품을 주로 구입할 피고에게 담보를 제공하고 그 서류를 미리 위 회사에 제출해야 한다고 하자 이에 응하여 그에 관한 담보로 특정 부동산을 제공하기로 하였고 그때 이 사건 부동산을 피고에게 담보로 제공하기 위하여서는 부득이 피고와 거래관계가 있고 사업자등록도 되어있는 위 조○○을 채무자로 할 수밖에 없어서 원고가 위 최○○에게 채무자를 위 조○○으로 하는 근저당권설정계약을 체결하도록 그에게 필요한 등기부등본과 인감증명서 등 모든 서류와 원고의 처를 통하여 도장까지 교부한 사실에 대하여 판단하기를, "원고가 위와 같이 이 사건 부동산을 피고에게 담보로 제공함에 있어서 위 최○○에게 그에 관한 대리권을 준 이상 위 최○○이 피고와의 사이에 그 부동산에 관

74) 한편 이른바 차명대출의 경우를 제외한 계약명의신탁 유형은 관련 특별법에 의해 민법의 계약법리가 일부 수정되고 있다. 따라서 이러한 분쟁 유형은 법 해석론의 측면보다는 제도의 적절성의 문제로 다루어지는 것이 바람직하다고 생각된다. 예금계약의 경우에도 마찬가지이다. 그리고 재개발사업과 관련된 분양계약의 문제는 기본적으로 타인 명의 모용행위 이론에 대한 응용례로 볼 수 있다고 생각된다. 그러므로 이하에서는 위에서 제시한 넷째 유형과 다섯째, 여섯째 유형에 관하여는 다루지 않는다.

75) 집11(1)민, 298.

76) 공 1987, 1209.

하여 근저당권설정계약을 체결할 때 그 피담보채무를 동업관계의 채무로 특정하지 아니하고 또 대리관계를 표시함이 없이 마치 원고 본인인 양 행세하였더라도 위 근저당권설정계약은 대리인인 위 최○○이 그의 권한 범위 안에서 한 것인 이상 그 효력은 본인인 원고에게 미친다 할 것"이라고 판시하였다(당사자 명의는 일부 수정하였다).

2) 타인의 명의를 모용한 경우

이에 관하여는 대법원 1995. 9. 29. 판결(주 73)이 당사자 결정에 관한 원칙을 제시한 최초의 판결이라고 평가된다.[77] 본 판결의 사실관계는 다음과 같다. 자신의 명의로 사업자등록을 할 수 없는 사정이 있던 B가 평소 친분이 있던 A 모르게 그의 명의로 문구류 판매업을 시작하면서 1989. 12. 2. D와의 사이에 D가 공급하는 사무기기 및 용품을 실수요자에게 판매하기로 하는 내용의 대리점계약을 체결하였다. 그리고 이 대리점계약상의 영업보증금의 지급담보를 위하여 A의 승낙도 없이 마치 자신이 A인 것처럼 임의로 A의 명의를 사용하여 C와의 사이에 피보험자를 D로 하는 보험계약을 체결하였다. 그 후 B가 영업보증금의 지급을 지체하자 D가 대리점계약을 해지하고 C에게 보험금의 지급을 청구하여 C가 D에게 보험금을 지급하였다. 그런데 나중에 이러한 사실이 알려지자 C가 위 보험계약이 효력이 없는 것이라 주장하며 D에게 기 지급된 보험금을 부당이득으로 반환을 청구한 것이다.

대법원은 먼저 다음과 같은 추상적 법률론을 전개하였다. "타인의 이름을 임의로 사용하여 계약을 체결한 경우에는 누가 그 계약의 당사자인가를 먼저 확정하여야 할 것으로서, 행위자 또는 명의인 가운데 누구를 당사자로 할 것인지에 관하여 행위자와 상대방의 의사가 일치한 경우에는 그 일치하는 의사대로 행위자의 행위 또는 명의인의 행위로서 확정하여야 할 것이지만, 그러한 일치하는 의사를 확정할 수 없을 경우에는 계약의 성질, 내용, 목적, 체결경위 및 계약체결을 전후한 구체적인 제반사정을 토대로 상대방이 합리적인 인간이라면 행위자와 명의자 중 누구를 계약당사자로 이해할 것인가에 의하여 당사자를 결정하고, 이에 터잡아 계약의 성립 여부와 효력을 판단함이 상당할 것이다."(밑줄은 필자가 그은 것이다.)

그리고 이러한 바탕 위에 "또한 기록에 의하면 이 사건 보험계약은 보험계약자가 D에 대하여 계속적 거래관계에서 부담하게 될 물품대금 채무의 이행을 담

77) 송덕수, "타인의 이름을 임의로 사용하여 체결한 계약의 당사자 결정", 「법률신문」, 제2521호(1996년 7월 22일), 15면.

보하기 위한 영업보증금의 지급을 보증하는 계약임을 알 수 있으므로 이는 채무자인 보험계약자의 신용상태가 그 계약체결의 여부 및 조건을 결정하는 데에 중요한 요소로 작용하였다고 보아야 할 것인데, 위 B는 자신의 명의로 사업자등록조차 할 수 없는 처지였음에도 불구하고 이러한 사정을 숨긴 채 보험가입에 아무런 지장이 없는 A인 것처럼 행세하여 그의 명의로 이 사건 보험계약을 청약하였고 이에 C는 실제로 계약을 체결한 B가 서류상에 보험청약자로 되어 있는 A인 줄로만 알고 그 계약이 아무런 하자 없는 당사자에 대한 것이라는 판단 하에 이 사건 보험계약을 체결하였다고 여겨지므로(원심이 들고 있는 을 제3호증의 26에 의하면 C는 이 사건 문제가 생긴 뒤에 비로소 B에 대한 전산조회를 하여 보고 그가 증권교부 부적격자임을 알았다는 것이므로 이 사건 계약체결 당시 B를 당사자로 생각하였더라면 원고는 계약을 체결하지 아니하였을 것으로 보인다.) 이에 비추어보면 객관적으로 볼 때 C는 B가 제출한 청약서상에 보험계약자로 되어 있는 A를 보험계약의 상대 당사자인 주채무자로 인식하여 그와 이 사건 계약을 체결하는 것으로 알았으리라고 인정된다. 그렇다면 C와 이 사건 보험계약을 체결한 당사자는 위 B가 아니라 위 A이라고 보아야 할 것[이다.]"(꺾음괄호는 필자가 가한 것이다. 당사자 명의는 일부 수정하였다.)

이후에도 이와 유사한 취지의 대법원 판결들이 반복해서 나오고 있고,[78] 이제는 이러한 추상론이 하나의 판례로서 굳어진 것을 확인할 수 있다. 한편 학설에서는 대법원의 추상론의 첫 번째 경우를 이른바 자연적 해석으로 이해하고, 두 번째 경우를 이른바 규범적 해석에 따른 것으로 받아들인다. 그래서 결과적으로 위 1995. 9. 29. 판결은 규범적 해석에 따라 분쟁을 해결했다고 설명한다.[79]

한편 대법원 1974. 6. 11. 선고 74다165 판결[80]도 이와 같은 맥락에서 논의될 수 있다고 여겨진다. 본 판결의 사안은 B가 A로부터 금원을 차용하고 이를 담보하기 위해서 A의 명의로 C와 임대차 계약을 체결하였는데 B가 A의 대리인임을 표시하지 아니하고 마치 자신이 A인 것처럼 행세하여 C로 하여금 A가 B와 동일인인 것으로 알고 임대차 계약을 체결하게 된 것이다. 이에 대해 대법원은 "설사 B가 A를 위하여 하는 의사로서 위 계약을 체결하였다고 하더라도 여기에 법률행위의 대리의 원칙을 적용하여 위 계약의 효력이 A에게 미치는 것이라고 할 수는 없다"고 판시하였다.

78) 가령 대법원 1995. 10. 13. 선고 94다55385 판결(공 1995하, 3769) 등.
79) 가령 윤진수(주 67), 297면 등.
80) 공 1974, 7911.

3) 이른바 차명대출

우선 대법원 1996. 8. 23. 선고 96다18076 판결[81]에서는 피고인 상호신용금고로부터 대출을 받음에 있어 상호신용금고법 및 동법 시행령에 규정된 동일인에 대한 대출액 한도를 피하기 위하여 실질적인 주채무자인 소외 회사가 원고를 주채무자로 삼았고 피고도 이를 양해하여 원고 명의로 대출이 이루어진 사안에 대하여 다음과 같이 판시하였다. "원고는 형식상의 명의만을 빌려 준 자에 불과하고 그 대출계약의 실질적인 당사자는 피고와 소외 회사라 할 것이어서, 원고가 공동 발행인으로 되어 있는 이 사건 약속어음 중 원고 명의의 부분은 피고의 양해 하에 그에 따른 채무부담 의사 없이 형식적으로 기재·작성된 것에 불과하고, 따라서 원고의 위 약속어음 공동 발행행위는 통정허위표시에 해당하는 무효의 법률행위[라고 할 것이다.]"(꺾음괄호는 인용자가 가한 것이다.)

그리고 최근 대법원은 2001. 5. 29. 선고 2001다11765 판결[82]에서도 통정허위표시 법리를 원용하여 계약이 무효임을 밝혔다. 사실관계는 다음과 같다. 소외 1이 원고 축산업협동조합으로부터 대출을 받으려고 하였으나 동일인에 대한 대출한도의 제한 때문에 피고의 승낙을 받아 피고가 주채무자가 되어 대출을 받은 것이다. 원고 조합이 피고에 대하여 대여금을 반환하라고 청구하자 피고는 위 대출계약이 비진의의사표시에 해당하거나 통정허위표시에 해당한다는 이유로 무효라고 주장하였다. 이에 대해 대법원은 우선 다음과 같은 추상론을 설시하였다.

"동일인에 대한 대출액 한도를 제한한 법령이나 금융기관 내부규정의 적용을 회피하기 위하여 실질적인 주채무자가 실제 대출받고자 하는 채무액에 대하여 제3자를 형식상의 주채무자로 내세우고, 금융기관도 이를 양해하여 제3자에 대하여는 채무자로서의 책임을 지우지 않을 의도 하에 제3자 명의로 대출관계서류를 작성 받은 경우, 제3자는 형식상의 명의만을 빌려 준 자에 불과하고 그 대출계약의 실질적인 당사자는 금융기관과 실질적 주채무자이므로, 제3자 명의로 되어 있는 대출약정은 그 금융기관의 양해 하에 그에 따른 채무부담의 의사 없이 형식적으로 이루어진 것에 불과하여 통정허위표시에 해당하는 무효의 법률행위이다." 그리고 인용판결로 위 1996. 8. 23. 판결(주 81) 등을 들고 있다.

대법원은 이러한 추상론과 위 사실관계를 근거로 문제된 대출계약이 통정허위표시에 해당하여 무효라고 판단하였다.

한편 대법원 1996. 9. 10. 선고 96다18182 판결[83]에서는 소외 B가 상호신용

81) 공 1996, 2847.
82) 공 2001, 1477.
83) 공 1996, 3000.

금고로부터 대출을 받음에 있어 대출한도액 제한 때문에 자기 명의로는 더 이상 대출을 받을 수 없게 되자 피고들을 내세워 피고들 명의로 대출을 받았는 바, 당시 위 대출은 B가 피고들로부터 대출에 필요한 서류를 교부받아 혼자 상호신용금고에 가서 대출절차를 밟아 이루어졌고, 상호신용금고 역시 B가 피고들의 명의만을 빌려 대출받는다는 사실을 잘 알고 대출하여주었는데, 그 후 위 B가 위 채무를 변제하지 아니하여 담보로 제공한 부동산이 경락될 위기에 처하자 그 부동산에 관하여 이해관계를 가지고 있던 원고가 대출금을 대위변제한 다음 피고들을 상대로 대위변제한 돈의 상환을 구하였다.

이에 대법원은 다음과 같이 판시하였다. "피고들은 대리인인 B를 통하여 이 사건 대출금채무를 주채무자로서 부담한다는 표시행위를 위 상호신용금고들에게 하였음이 명백하므로, 그 표시행위에 나타난 대로의 법률효과가 발생하지 않기 위하여는 적어도 그 표시행위에 대응하는 내심의 효과의사, 즉 주채무자로서 채무를 부담한다는 의사가 피고들에게 존재하지 않았어야만 할 것인데, 법률상 또는 사실상의 장애로 자기 명의로 대출받을 수 없는 자를 위하여 대출금채무자로서의 명의를 빌려준 자에게 그와 같은 채무부담의 의사가 없는 것이라고는 할 수 없을 것이어서 피고들의 의사표시를 비진의표시에 해당한다고 볼 수 없을 뿐만 아니라(당원 1980. 7. 8. 선고 80다639 판결 참조), 설령 피고들의 의사표시가 비진의표시에 해당한다고 하더라도 그 의사표시의 상대방인 위 상호신용금고들로서는 피고들이 전혀 채무를 부담할 의사 없이 진의에 반한 의사표시를 하였다는 것까지 알았다거나 알 수 있었다고 볼 수도 없으며, 그 밖에 이 사건 대출약정의 법률효과가 피고들에게는 발생하지 않고 오로지 B에게만 발생한다는 합의가 피고들과 위 상호신용금고들 사이에 이루어졌다고 볼 만한 자료도 전혀 없으므로, 결국 이 사건에서 피고들은 그들의 표시행위에 나타난 대로 이 사건 대출금채무를 부담한다고 할 것이다."(당사자 명의는 일부 수정하였다.)

다음으로 최근 대법원 2003. 6. 24. 선고 2003다7357 판결[84]이 최근 논의되었다. 사안은 다음과 같다. B는 그의 형인 D가 전무로 근무하고 있는 원고 C조합으로부터 많은 돈을 대출받아 사용하여 오다가, 1999. 4. 초순경 법원의 경매 대상물로 나온 이 사건 부동산을 경락받아 타에 전매하면 큰 차익을 얻을 수 있을 것이라 판단하고 위 부동산을 낙찰받는데 필요한 4억 원을 원고 C조합으로부터 대출받고자 D와 대출상담을 하였는데, B의 원고 C에 대한 기존 대출금채무가 연체되고 있어 B를 주채무자로 하여서는 추가 대출이 불가능하므로, 제3자를 주채무자로 내세워 대출받은 다음 B가 이 사건 부동산을 경락받아 소유권이전등기

84) 미간행. 대법원 종합법률정보 시스템(glaw.scourt.go.kr)에서 검색.

를 경료하는 즉시 원고 C 앞으로 위 대출금채무에 대한 근저당권을 설정해 주기로 합의한 사실, 이에 따라 B는 자신의 친구이자 원고 조합의 전 이사장인 E에게 주채무자 명의를 빌려달라고 부탁하였는데, E는 자신이 운영하는 ○○냉동운수사의 자금 조달을 위해 앞으로 원고 C로부터 돈을 빌려 쓸 일이 많으므로 자신의 명의를 빌려주기는 어렵고 대신 위 업체의 종업원으로 있는 피고A의 명의를 빌려 대출을 받게 해주겠다고 한 다음, 피고A에게 위와 같은 사정을 얘기하면서 이 사건 부동산을 원고 C조합에 담보로 제공하게 되고 원고 C조합에서도 양해하기로 하였으니 주채무자 명의를 빌려주더라도 피고A가 책임질 일은 전혀 없을 것이라고 하여 피고A로부터 주채무자 명의를 빌려주겠다는 승낙을 받은 사실, 이에 D가 원고 C조합의 G 상무에게 피고A 명의로 대출을 실행하도록 지시함에 따라 피고A는 1999. 4. 17. E와 함께 원고 C조합 사무실로 찾아가, 채무자를 피고A, 차용금액을 금 380,000,000원, 변제기를 2001. 4. 17.로 하는 내용의 이 사건 금전소비대차계약서의 채무자란에 서명날인하고, 이 사건 부동산에 대한 근저당권 설정계약서(아직 B가 위 부동산을 경락받기 전이어서 근저당권설정자란과 채무자란, 근저당물건 목록 등이 모두 공란인 상태였다.)의 채무자란에도 미리 날인하고 대출금수령에 필요한 예금청구서 등 관계서류에도 미리 서명 날인하여 위 서류들을 원고 C조합 직원 H에게 교부하였고, 원고 C는 같은 날 위 대출금을 피고A의 예금계좌에 입금하였다가 이를 바로 인출하여 B에게 교부한 사실, B는 조카인 I 명의로 대금 320,000,000원에 이 사건 부동산을 낙찰 받아 위 대출금으로 낙찰대금을 납부하고 1999. 4. 20. 이 사건 부동산에 관하여 I 명의로 소유권이전등기를 경료한 다음, 같은 날 원고 C 앞으로 채권최고액 금 600,000,000원의 근저당권설정등기를 경료한 사실, 그 후 B가 위 대출금을 변제하지 못하자, 원고 C는 2000. 8.경 이 사건 부동산에 관한 근저당권에 기하여 대전지방법원 서산지원 2000타경14045호로 임의경매신청을 한 다음, 그 경매절차에서 2001. 11. 23. 금 225,788,396원을 배당받아 이를 위 대출원금 중 일부에 충당하였다.

먼저 대법원은 다음과 같은 추상론을 전개한다. "통정허위표시가 성립하기 위하여는 의사표시의 진의와 표시가 일치하지 아니하고, 그 불일치에 관하여 상대방과 사이에 합의가 있어야 하는바, 제3자가 금융기관을 직접 방문하여 금전소비대차약정서에 주채무자로서 서명 날인하였다면 제3자는 자신이 당해 소비대차계약의 주채무자임을 금융기관에 대하여 표시한 셈이고, 제3자가 금융기관이 정한 대출규정의 제한을 회피하여 타인으로 하여금 제3자 명의로 대출을 받아 이를 사용하도록 할 의도가 있었다거나 그 원리금을 타인의 부담으로 상환하기로

하였더라도, 특별한 사정이 없는 한 이는 소비대차계약에 따른 경제적 효과를 타인에게 귀속시키려는 의사에 불과할 뿐, 그 법률상의 효과까지도 타인에게 귀속시키려는 의사로 볼 수는 없으므로, 제3자의 진의와 표시에 불일치가 있다고 보기는 어렵다." 그리고는 특히 피고가 직접 원고 조합을 방문하여 이 사건 금전소비대차약정서, 이 사건 부동산에 관한 근저당권설정계약서 및 그 밖에 대출금 수령에 필요한 예금청구서 등 관계서류에 서명 날인하였거나 날인하였다는 것이므로 이 사건 금전소비대차계약의 주채무자가 될 의사를 원고에게 표시하였다고 할 것이라고 판단하였다.

(2) 이에 관한 학설

1) 서명대리의 처리

제1설은 종래의 통설로서 이른바 대리의사의 유무를 기준으로 판단한다. 즉 대리인에게 대리의사가 인정되는 이상 대리로 입론할 수 있다는 것이다.[85] 그러나 제2설은 다음과 같이 판단한다. 본인의 수권행위라는 자기결정이 있는 한 그 효과는 당연히 본인에게 귀속하나, 인적 색채가 농후한 계약의 경우에는 상대방은 그 효과가 본인에게 귀속되는 것을 거부할 정당한 이익이 있다는 것이다.[86]

2) 타인명의의 모용

이 문제에 대하여는 한 견해가 체계적 논리를 전개한 후[87] 이제는 대법원과 다른 학설들도 이에 동조하고 있다. 이 견해에 의할 경우 타인명의를 모용한 행위에 법률행위의 해석론을 적용한다. 따라서 이른바 자연적 해석이 가능하면 당사자의 의사에 따라 법률관계를 정리하고, 그렇지 않다면 이른바 규범적 해석에 따라 거래 상대방의 시각에 의하여 계약 관계를 조절할 것이라고 한다. 한편, 규범적 해석에 의하여 계약 당사자가 명의자와 상대방으로 결정될 경우 대리법의 적용 또는 유추적용을 인정한다.[88]

---

85) 곽윤직(주 15), 252면.
86) 이영준, 「새로운 체계에 의한 한국민법론[총칙편]」, 박영사, 2004, 320면.
87) 송덕수, "타인의 명의를 빌려 체결한 토지분양계약의 효력", 「민사판례연구[XVI]」, 박영사, 1992.
88) 윤진수(주 67), 297면 이하.

3) 차명대출

이에 대한 이론적 처리를 두고도 견해가 대립된다. 제1설은 차명대출의 경우 원칙적으로 명의대여자는 대주인 금융기관에 대하여 차주로서 책임을 부담하여야 하며 통정허위표시를 인정하여서는 안 된다고 한다.[89] 그러나 제2설은 이 경우도 계약당사자의 확정 문제로 해결하자고 주장한다.[90] 한편 제3설은 판례가 취하는 태도로 이른바 통정허위표시 이론을 통해 문제를 해결한다.

(3) 검 토

생각건대 위에 제시한 세 가지 분쟁유형은 계약 당사자 확정 문제로 처리함이 타당하다고 생각된다. 재판에서 거론된 '형식적' 법리 뒤에서 '실질적'으로 문제된 것은 실상 계약 당사자 확정의 문제였던 것이다. 나아가 계약 당사자 확정의 문제를 위험의 분배(risk allocation)라는 관점에서 처리하는 것이 가장 합목적적이라고 생각된다. 상술한 견해들은 분쟁 유형에 따라 일관되지 못한 처리를 할 가능성이 있다고 생각되기 때문이다. 가령 서명대리의 경우 종래의 통설이 당사자의 의사와 상관 없이 단지 대리의사 만에 의하여 법률관계를 구성하여야 한다는 것은 이미 많은 비판에 직면해 있는 바와 같고, 타인명의 모용의 경우 특히 문제가 되는 당사자 사이의 의사가 일치하지 않는 경우 계약 관계를 어떻게 조절할 것인지는 역시 공백으로 남겨진다.[91] 이러한 논의는 차명대출의 경우도 마찬가지이다.

아래에서는 경제적 시각에 따라 계약 당사자 확정 문제를 어떻게 처리하는 것이 바람직한지 검토하기로 한다. 특히 이른바 최소비용회피자 원리와 가정적 거래에 관해 살펴본다.

89) 윤진수, "차명대출을 둘러싼 법률문제", 「민법논고II」, 박영사, 2008, 25면.

90) 안승훈, "계약당사자를 결정하기 위한 법률행위의 해석방법과 통정허위표시이론과의 관계", 「법조」, 2006, 257면 이하 등. 윤진수(주 89), 22면에서 재인용.

91) 상술한 대법원의 추상론에 의하면 이른바 규범적 해석을 통해 분쟁을 처리할 경우 역시 제반 사정을 고려하여 계약 당사자를 결정할 것이라고 한다("그러한 일치하는 의사를 확정할 수 없을 경우에는 계약의 성질, 내용, 목적, 체결경위 및 계약체결을 전후한 **구체적인 제반사정을 토대로 상대방이 합리적인 인간이라면 행위자와 명의자 중 누구를 계약당사자로 이해할 것인가에 의하여 당사자를 결정**[하여야 할 것이다.]" 꺾음괄호와 강조체는 인용자가 가한 것이다.).

3. 경제적 시각에 따른 통찰

(1) 최소비용회피자 원리(the Least-Cost Avoider Principle)

이른바 최소비용회피자에 관한 논의는 예일대학교의 캘러브레시(G. Calabresi)의 사고법(accident law) 이론에서 유래한다. 그는 사고 발생 기타 외부효과 상황을 가장 적은 비용으로 회피할 수 있는 자에게 책임을 묻게 해야 한다고 주장하였다.[92] 이렇게 해야 사회적으로 가장 바람직한 결과 즉 효율적인 결과가 창출된다는 것이다. 이 경우에는 이른바 파레토 우월적(Pareto-superior)[93] 상태가 기대되기 때문이다.[94] 그리고 이러한 이른바 최소비용회피자 원리(the least-cost avoider-principle)는 Posner에 의해 불법행위법 분야를 규율하는 중요한 원리로 정식화되었으며 다른 법분야를 법경제학적으로 분석하는데 광범위하게 응용되고 있다.[95] 왜냐하면 이러한 시각은 결국 코즈 정리와 맥을 같이하기 때문이다.[96]

그렇다면 이러한 최소비용회피자 원리가 계약당사자를 확정하는 데 어떤 의미가 있을까. 일단 경제학에서 말하는 위험(risk)에 대한 것부터 논의하기로 하자. 위험이란 불확실성이 존재하게 되면 필연적으로 수반되는 속성을 말한다. 그리고 불확실성(uncertainty)이란 확실성(certainty)에 대응되는 개념으로서 경제주체가 의사결정을 내리는 경우 최소한 두 가지 이상의 결과가 예상되며 사전적(ex ante)으로 어떤 결과가 발생할지 확실하게 알 수 없는 상황을 일컫는다.[97] 이러한 위험(risk) 논의는 법경제학적으로 불능론(impossibility doctrine)에서 위의 최소비용회피자 원리의 응용으로서 논의된다. 가령 Cooter and Ulen(주 36)은 우

92) G. Calabresi, The Cost of Accident: A Legal and Economic Analysis, Yale University Press, 1970. 박세일(주 6), 79면에서 재인용. Calabresi는 다음과 같은 표현하였다고 한다. "Putting costs on the party or activity which can most cheaply avoid them(pollution or accident, or other externalities)." 박세일(주 6), 141면.

93) 파레토 최적(Pareto optimum)상태란 실현 가능한 자원배분 가운데 한 자원배분을 평가할 때 어느 한 소비자의 효용을 감소시키지 않고서는 다른 소비자의 효용을 증가시킬 수 없는 상태를 말한다. 이영환, 「미시경제학」, 증보제2판, 율곡출판사, 2005, 512면. 또한 Jules Coleman, "Efficiency, Utility, and Wealth Maximization", from Markets, Morals, and the Law, Cambridge University Press, 1988, pp. 95-132. Avery W. Katz, Foundations of the Economic Approach to Law, Foundation Press, 1998, pp. 10-15에 재수록 되어있음.

94) Calabresi and Melamed(주 47), pp. 1093-1098 등 참조.

95) 이러한 관점을 코지안(Coasian)이라고 표현하는 것에 대응하여 "Posnerian style of law and economics"라고 부른다고 한다. Eric Rasmusen, "Agency Law and Contract Formation", 6 American Law and Economics Review, 2004, p. 380.

96) 박세일(주 6), 79면.

97) 이상 이영환(주 93), 136면.

발상황(contingency)이 발생했을 때 과연 계약 당사자에게 책임을 묻게 할 수 있을 것인지에 대해 논의하면서 당해 상황을 최소의 비용으로 회피할 수 있는 자 즉 최소의 비용으로 그 위험을 분산(spread)할 수 있는 자에게 책임(liability)을 돌려야 한다고 주장한다.[98] 그래야 사전적(ex ante)으로 우발상황을 방지할 만한 유인이 주어지게 되고 불확실성의 발생 확률이 줄어들기 때문이다.[99] 이는 물론 사회적 효율을 가져다준다.

계약 당사자를 결정하는 것이 문제되는 경우도 일종의 우발상황으로 볼 여지가 있다. 이와 관련해서는 독일법계에서 활발히 논의되는 이른바 위험책임(Gefährdungshaftung)에 관한 설명이 유용하다고 생각된다.[100] 이른바 위험책임은 고의 내지 과실 따위의 귀책사유와는 상관없이 정당하게 구획된 위험영역의 원리에 따라 일정한 위험을 분배하자는 것이다. 그런데 여기서 말하는 위험이라는 것이 실상은 전술한 경제적 위험 개념과 밀접한 연관이 있는 것이다.[101] 이렇게 본다면 계약 당사자를 확정하는 문제에 위험 개념을 끌어와 분쟁을 처리하자고 하는 필자의 견해는 일견 타당성이 있지 않을까 생각해 본다.[102]

---

98) Cooter and Ulen(주 36), p. 289. 한편 Cooter and Ulen은 이를 두고 "lowest-cost risk-bearer"라고 표현한다.

99) 불확실성은 그 자체로 일정한 비용을 수반한다.

100) 이에 관한 간단한 설명은 양창수, "한국사회의 변화와 민법학의 과제", 「민법연구」, 제1권, 박영사, 1998, 9면 이하를 참조할 것.

101) 가령 Zippelius(주 1), 104면에서는 위험책임에 관해 다음과 같이 서술한다. "손해배상의무는 어떤 자가 적법하게 위험원인을 만들어 낸 경우에도 성립한다. 동물을 사육하거나, 물품을 유통과정에 투입하거나 또는 위험요소를 지닌 기업을 경영하는 자는 **비록 그에게 전혀 과책이 없는 경우라 하더라도** 그에 의하여 야기된 손해위험(Schadensrisiko)을 부담해야 한다." 물론 이러한 서술만으로 반드시 경제학적 위험에 해당하는 사실관계, 즉 우발상황들을 모두 포괄하게 될 것인지 의심스럽기도 하다. 하지만 Larenz/Canaris(주 2), 397면에서는 "위험원리에 의하면 **신뢰의 법률요건**을 만든 사람은 거기에서 발생하는 애매한 위험 또는 -서류에서는- 남용의 위험을 부담하는 것이어서, 신뢰자보다 **"보다 근접한 경우"에 있는가**의 여부가 문제된다. 그것은 그가 스스로 행한 통지 또는 통고가 정확하지 않은 것을 알고 있었던 때, 특히 적합하다." 라고 설명하는데 이러한 설명은 보다 경제학적 사고에 근접한 것이라 생각된다. 위험원과 근접한지 여부 즉 거리를 따지는 사고방식은 경제학에서 정보비용(information cost)을 고려하는 것과 마찬가지이기 때문이다. 비슷한 맥락에서 양창수, "무권대리인의 책임: 민법 제135조의 연혁에 소급하여", 「민법연구」, 제1권, 박영사, 1998, 159면 이하에서도 같은 취지로 설명되고 있다. 이와 관련하여 Rasmusen(주 95), pp. 390-391 에서는 이른바 무권대리의 경우 제3자가 책임을 져야 하는 경우를 설명하면서 다음과 같이 서술한다. "The third party has the advantage of being present *at the time of contracting*, and so has available *at low cost additional information* relevant to whether the purported agent is taking a wrong action."(이상 강조체는 필자가 가한 것이다.)

102) 필자가 조사한 범위 내에서 정보비용을 고려하는 사고가 반영된 민법 문헌은 위의 문헌 외에도 몇 가지가 더 있다. 이영준 교수님, Flume 교수님, 김형배 교수님의 견해가 그것이다. 특

한편 이른바 계약당사자 확정의 문제에서 중요하게 여겨야 할 점이 있다고 본다. 문제되는 계약 당사자의 확정 문제가 특히 두 가지의 경우 가운데 어느 것을 선택할 것인가의 구도로 논의된다는 점이다. 가령 B가 A의 명의로 C와 계약을 체결하였을 경우, 대체로 A와 B 사이의 계약이 성립할 것인지는 문제되지 않는다. 오히려 재판례 등을 면밀하게 검토하여 보면 A-C 사이의 계약 성립을 인정할 것인지 아니면 B-C 사이의 계약의 성립을 인정할 것인지 문제된다. 대법원 1995. 9. 29. 판결(주 73)에서 전형적으로 그러했고, 대법원 1974. 6. 11. 판결(주 80)에서 그러했다. 또한 차명대출에 관한 대법원 1996. 8. 23. 판결(주 81), 대법원 2001. 5. 29. 판결(주 82) 등도 그러하다. 특히 이러한 경우에는 계약 관계를 A-C로 인정할 경우 주로 A에게 불측의 손해 발생의 위험이 생기게 되고,[103] B-C로 인정할 경우에는 사안에 따라 B[104]나 C[105]에게 불측의 손해 발생의 위험이 생기게 된다.

미시경제학 따라서 법경제학은 일종의 선택(choice)에 관한 학문이다.[106] 어느 경우를 고를 경우 한계적 이익(marginal benefit)이 더 클 것인지 고려한다.[107]

히 김형배, 「채권총론」, 제2판, 박영사, 1998, 169면에는 채무불이행의 요건사실에 관한 증명책임의 분배와 관련하여 다음과 같이 서술한다. "채무불이행의 요건사실에 대하여 입증책임의 분배에 관한 법규정은 존재하지 않는다. 그러므로 입증책임분배의 원칙에 대해서는 여러 가지 학설이 있을 수 있으나, 저자는 입증책임의 분배는 대부분의 경우에 **증거와의 거리**, 입증의 난이, 민법 제390조 및 제393조의 입법취지에 의하여 행하여지지 않으면 안 된다고 생각한다(**증거거리설**)."(강조는 인용자가 가한 것이다.) 이영준 교수님과 Flume 교수님의 견해에 대하여는 아래 각주 108)을 참조.

103) 가령 대법원 1995. 9. 29. 판결(주 73)에서 계약 당사자를 명의자 A와 상대방 C로 인정할 경우, 자신의 명의가 모용되는지 모른 A로서는 갑작스레 계약의 구속으로 끌려들어가게 되는 불측의 손해 발생 위험이 생기게 된다. 채무불이행시 손해배상을 하게 될 위험이 A에게 잔존하기 때문이다.

104) 가령 대법원 1974. 6. 11. 판결(주 80)에서 계약 당사자를 행위자 B와 상대방 C로 인정할 경우, 자신은 단지 임대차계약만을 체결해 주기로 생각했던 B가 예측과 다르게 계약 관계로 끌려들어가게 될 수 있다.

105) 만약 대법원 2001. 5. 29 판결(주 82)에서 계약 당사자를 행위자 B와 상대방 C로 인정할 경우, C로서는 신용도가 낮은 B와의 계약이 체결됨으로써 당초 기대했던 경제적 이익을 취하지 못하게 될 위험이 발생한다. 가령 B가 A보다 무자력의 위험이 클 경우 C로서는 대출채권이 부실화 될 위험성이 커지는 것이다.

106) 이영환(주 93), 2면 이하 참조. 아직까지 법의 경제적 분석은 미시경제학 교과서의 한 부분으로 논의되는 것이 국내의 일반적 경향이다. 경제학이 인간의 선택에 관한 과학이라는 것을 의미하는데서 공통분모를 찾을 수 있기 때문이다. Coase(주 6), 10면도 참조.

107) Mankiw(주 11), p. 6에서는 경제학의 기본원리 가운데 하나로 한계성을 든다("Rational People Think at the Margin"). 참고로 여기서 한계적 변화(marginal change)라는 것은 경제주체가 경제활동을 수행할 때 가장 끝부분에서 이루어지는 조정과정(adjustments around the edges of what you are doing)을 의미한다. 예를 들어 빵을 한 개 먹을 때 즐거움·고통의

그리고 이익이 더 큰 경우를 선택한다. 여기서 구축한 모형(model)에 따르면 문제 상황은 두 가지 경우 가운데 어느 것을 선택할 것인지로 단순화된다. 그리고 그 선택에 따른 이익을 어떻게 고려할 것인가도 위험의 분배(risk allocation)의 문제로 단순화된다.[108] 이러한 일종의 모형을 통해 계약 당사자 확정 문제를 어떻게 법경제학적으로 처리할 것인지는 바로 아래에 이어지는 다. 부분에서 상세하게 다루기로 한다.

(2) 가정적 거래(Hypothetical Bargaining)

법경제학에서는 기존 계약의 미비한 부분을 법원이 보충할 때 하나의 지침을 제시한다. 이른바 가정적 거래(hypothetical bargaining)가 그것이다.[109] 이는 당사자들이 모든 관계된 위험 상황에 관하여 교섭하였을 때 계약에 넣으리라 기대되는 계약 조건을 계약의 미비한 부분에 채워주는 것을 말한다. 왜냐하면 그렇게 하는 것이 당사자 사이의 거래비용을 줄여주는 효과를 야기하기 때문이다.[110] 구체적으로 계약 당사자는 거래에서 발생할 모든 위험을 대비하여 계약 조건을 교섭해야 할 것인지 아니면 그 부분은 공백으로 남겨 두고 차후 분쟁이 발생하였을 때 법원의 보충을 기대할 것인지 그 둘 사이의 비용을 비교하게 되는 바 이는 곧 교섭비용(bargaining cost, or search cost)을 줄여주는 효과를 발생시킨다. 당사자는 둘 가운데 보다 비용이 적게 들어가는 것을 선택함으로써

비율과 빵을 두 개 먹을 때 즐거움·고통의 비율을 비교하는 것이 한계적 사고이다.

108) 이러한 논리가 종전의 규범적 해석론에 반하는 것은 아니다. 가령 이영준(주 86), 254면에 의하면 규범적 해석이라 하더라도 반드시 상대방의 시각에 의하여야만 하는 것은 아니라고 한다. 예외적으로 상대방과 표의자의 시각을 비교하여야 하는 경우도 있다는 것이다. 그리고 이 경우 어느 것을 선택할 것인가는 표시행위를 그르치게 한 원인으로부터 보다 멀리 있는 자의 시각에 의하여야 할 것이라고 한다. 법경제학에서 논의하는 정보비용 논리와 같은 맥락의 서술이다. 한편, 편집대표 곽윤직, 「민법주해[II]」, 박영사, 1992, 185면(송덕수 집필부분)에는 Flume 교수님의 견해가 소개되어 있는 바, Flume교수께서는 이영준 변호사님과 같은 맥락에서 표의자와 상대방 사이의 귀책가능성을 고려해야 할 것이라고 한다(D. Medicus도 동지). 그리고 그러한 귀책은 과실 등과 마찬가지로 파악될 수 없다고 한다. 역시 정보비용의 관점에서 이해될 수 있으리라 여겨진다.

109) Posner(주 3), p. 15 참조. 한편 이는 도산법(bankruptcy law)에서 활발하게 논의되었던 부분이기도 하다(이른바 hypothetical creditors' bargaining). Thomas H. Jackson, "Bankruptcy, Nonbankruptcy Entitlements, and the Creditors' Bargain", 91 Yale Law Journal, 1982, p. 857. Barry E. Adler, Foundations of Bankruptcy Law, Foundation Press, 2005, pp. 112-128에 재수록. 이러한 점을 지적하는 국내 문헌으로는 가령 김성용, "도산절차에서 쌍무계약의 처리와 관련한 두 가지 의문", 「비교사법」, 14권 1호, 2007, 63면 참고.

110) Cooter and Ulen(주 36), p. 221.

사전적으로 교섭비용을 줄일 수 있게 된다.

따라서 계약의 당사자 확정 문제를 전술한 바와 같이 계약에 내재하는 불확실성의 문제로 본다면 그리하여 결국 문제를 위험의 분산 문제로 단순화시킨다면 결국 법원으로서는 가정적 거래를 고려해야 할 것이다. 만약 당사자 사이에 교섭을 통해 계약의 당사자가 확정될 경우 누구를 진정한 계약의 당사자로 하게 될 것인지 추정해야 한다. 그렇게 해야 사후적(ex post)으로 계약 당사자의 경제적 이해관계에 부합하게 됨은 물론,[111] 사전적(ex ante)으로 계약에 들어가는 거래비용을 줄여줌으로써 이루어지는 것이 바람직한 거래를 더욱 촉진시키는 결과를 가져다주게 될 것이다.

(3) 종전 법리의 경제적 분석

1) 서

위의 경제학적 논의를 바탕으로 종전의 법리 특히 판례의 태도를 경제적으로 분석해 보기로 한다. 결론적으로 말해 대법원의 태도는 위의 논리와 맥을 같이 하며 타당하다고 생각한다. 우선 위에서의 논의를 간단히 정리하고 대법원 판결에서 추출되는 판례를 검토한다.

계약 당사자 확정이 문제되는 경우 다음과 같이 접근하는 것이 효율적이다. 먼저 법원이 법이 당사자 사이의 거래비용이 낮을 경우를 예상해서(zero

111) 법경제학의 관점에서 당사자들이 계약을 체결하는 중요한 이유 가운데 하나가 바로 경제적 잉여(economic surplus)를 창출할 수 있기 때문이다. 여기서 경제적 잉여란 어떤 행동을 선택함으로 발생하는 편익에서 비용을 뺀 것을 말한다. Mankiw(주 11), pp. 138-150. Ben. S. Bernanke and Robert H. Frank, Principles of Economics, 3rd ed., Mcgraw-Hill College, 2007, p. 7. 만약 당사자의 의도와 달리 계약 조건이 결정된다면 당사자 사이에서 의도된 거래의 이익이 좌절될 수 있음은 물론 이는 사회적 후생의 손실을 초래한다. 이와 관련된 법리 가운데 하나로 이른바 오표시 무해의 원칙(falsa demonstratio non nocet) 내지는 자연적 해석의 원칙이 검토될 수 있다고 생각된다. 자연적 해석에서는 표의자의 실제의 의사를 추구한다. 예컨대 부동산의 매매계약에 있어 계약서상에는 매매 목적물이 A 토지로 표시되어 있으나 매도인과 매수인의 일치된 의사는 이와 다른 B 토지를 매매목적물로 하려는 것이었다면 매매목적물을 A 토지 아닌 B 토지로 보아야 하는 것이다. 대법원 1993. 10. 26. 선고 93다2629,2636 판결(공 1993, 3165) 등. 그것이 당사자 사이의 경제적 이익에 부합하기 때문이다. 만약 이와 반대로 A 토지로 계약을 해석할 경우 사전적으로 거래비용이 상당히 증가하게 될 것임은 쉽게 예측할 수 있다. 사전적으로 거래 당사자들은 계약 조건이 완비되어 있는지 일일이 따져보아야 할 것이기 때문이다. 또는 사후적으로 법원의 결정과 다르게 자발적 거래가 이루어지게 되는 경우도 상정할 수 있을 것이고 이 경우에는 행정비용(administrative cost)만 낭비하게 된 것이라고 볼 수 있다. 윤진수, "계약 해석의 방법에 관한 국제적 동향과 한국법", 「민법논고 I」, 박영사, 2007, 228면 이하도 참조.

transaction cost), 그 위험이 어떻게 분배될 것인가를 살펴본 후에(hypothetical bargains), 그 내용을 모방해 주어야 한다(mimicking the market).[112] 이른바 효율적위험부담자(the efficient risk-bearer)에게 계약의 불확실성에 따른 불이익(risk)이 돌아가게 해야 한다. 만약에 그렇지 않다면, 법원이 어떻게 판단하든지 간에 결국 최소비용회피자에게 위험이 돌아가도록 자발적 거래가 이루어질 수도 있을 것이고, 그런 상황이라면 사중손실의 일부로서 불필요한 행정비용(administrative cost)이 초래된다. 물론 이때 법원으로서는 계약 당사자로 결정될 수 있는 두 가지 경우 즉 '명의자-상대방' 혹은 '행위자-상대방' 가운데 하나를 선택하게 될 것이다.

2) 대법원 1995. 9. 29. 선고 94다4912 판결

이런 맥락에서 우선 대법원 1995. 9. 29. 판결(주 73)을 검토해 보기로 한다. 본 판결에서 계약 당사자의 확정이 문제된 사실관계를 단순화하면 결국 B가 A의 명의로 C와 보험계약을 맺었는데 이 때 C는 행위자인 B를 A로 잘못 알았다는 것이다.[113] 이 때 만약 C의 신뢰를 보호하기로 하여 계약 당사자를 A-C로 인정한다면 A가 불측의 손해를 입을 위험을 부담하게 되고, 만약 A의 신뢰를 보호하기로 하여 계약 당사자를 B-C로 인정한다면 C가 불측의 손해를 입을 위험을 부담한다. 어느 것을 선택하는 것이 사회적으로 보다 효율적인가?

일단 A는 자기 명의가 도용당하는 것을 방지하기 위해 명의와 관련된 서류나 인감을 잘 간수해야 할 것이다. 특히 지인 가운데 사업 기타 영리활동을 하려는 사람이 있을 경우에는 더 주의해야 할 것이다. 한편으로 C는 보험계약을 체결할 때 B가 정말로 보험계약을 맺을 만 한 사람인지 살펴보아야 한다. 이렇게 사례를 단순화 하고 보면 최소비용회피자는 C일 것으로 판단된다. 무엇보다 C의 입장에서는 전산조회를 통해 B가 계약의 적격자인지 알아낼 수 있는 지위에 있었다.[114] 애초에 그런 소위를 하라고 설립한 보증보험회사인 것이다. 이에 반해 A

112) Coleman은 이를 "권리를, 시장을 가장하거나 모방하는 것"이라고 서술하였다. J. Coleman, "The Economic Analysis of Law", in: M. Kuperberg and C. Beitz, Law, and Economics, and Philosophy: A Critical Introduction, with Application to the Law of Torts, 1983, pp. 113. 윤진수(주 4), 372면에서 재인용.

113) 판결에서 별도로 문제된 또 다른 위험 즉 C와 D 사이의 위험 배분에 관한 논의는 이 모형에서는 생략한다. 참고로 C와 D 사이의 문제를 함께 고려할 경우 이른바 부당이득법리에서 위험 배분의 논의가 문제될 수 있을 것이다.

114) 판결 이유에 제시된 "[C]는 이 사건 문제가 생긴 뒤에 비로소 [B]에 대한 전산조회를 하여 보고 그가 증권교부 부적격자임을 알았다는 것이므로 이 사건 계약체결 당시 [B]를 당사자로 생각하였더라면 원고는 계약을 체결하지 아니하였을 것으로 보인다."라는 서술로부터 C는 비교

는 자기 주변의 수많은 사람들이 자기 명의를 도용할 것인지 아닌지 확인하려면 비교적 많은 비용이 들게 될 것이라고 추측된다. 아무리 서류나 인감을 잘 간수한다고 하더라도 수많은 사람 가운데 명의를 도용할 만한 사람이 누구일지 알기는 쉽지 않을 것이기 때문이다. 결과적으로 정보비용(information cost, or search cost)을 놓고 볼 때 비교적 C가 적은 비용으로 당해 우발상황을 회피할 수 있는 지위에 있었음을 알 수 있다. 이렇게 보고 나면 결론적으로 A의 신뢰를 보호해야 할 것 같고, 그러자면 C는 B와 계약을 맺었다는 식으로 논리를 전개하면 될 것이다.[115)116)]

대법원의 판단도 이와 같은 맥락이다. 대법원은 우선 이 사건에서 당사자 사이의 의사 일치가 없음을 이유로 이른바 자연적 해석은 문제될 수 없다고 한다. 그리고 이어서 이른바 규범적 해석에 따라 C의 시각에서 계약을 해석하여 계약 당사자는 A-C로 인정해야 한다고 결론 내린다. 그러나 대법원은 여기에 그치지 아니하고 곧이어 A-C 사이의 계약관계는 "그 계약 내용대로 효력을 발생할 수는 없는 것"이라고 한다. 그 이후의 처리에 대하여는 판결 이유에 드러나 있지 않으나 B-C 사이의 관계로 정리될 것임은 쉽게 추측할 수 있다. 결국 대법원도

적 쉽게 B의 보험계약 적격성을 판별할 수 있었으리라 짐작된다(당사자 명의는 필자가 일부 수정하였다.).

115) 한편, 양창수(주 101), 169면에서는 무권대리인의 상대방에 대한 책임을 다음과 같이 서술한다. 필자의 견해와 같은 맥락이라고 이해되기에 중요하다고 생각되는 부분을 옮겨둔다. "상대방이 그 주장[무권대리인에게 대리권이 있다거나 혹은 본인이 자신의 무권대리행위를 추인할 것이라는 적어도 묵시적인 주장: 필자 주]을 믿고 그에 기하여 재산적 처분을 행한 때에는, 이로 말미암아 상대방에게 **손해가 발생할 위험**이 생긴다. 상대방에게 그 **신뢰**에 관하여 귀책사유가 없는 경우에는 그 위험은 정당하게 구획된 위험영역의 원리에 따라 분배될 수밖에 없다. 그렇다면 그 위험은 대리인이 부담하여야 한다. 대리인은 자신에게 대리권이 없음으로 말미암은 손해발생의 위험을 상대방보다 더 잘 방지할 수 있고, 또는 적어도 그 가능성을 상대방보다 더 잘 고려할 수 있었던 것이다. 즉 대리인은 상대방보다 더욱 그 위험원에 근접해 있는 것이다. 또한 타인의 대리인으로 행위하려고 하는 자는 항상 그 타인에 대하여 일정한 관계를 가지고 있으며("대리권 수여행위의 원인관계"), 이 내부관계에 기하여 자신의 대리권에 관한 정보를 본인에 대하여 제3자의 지위에 있는 상대방보다 쉽게 획득할 수 있다(**정보의 우위** Informationsvosrprung!). 그는 대리권이 없음으로 말미암아 생길지도 모르는 손해의 위험에 대한 **추상적 지배가능성(abstrakte Beherrschbarkeit)**을 가지고 있는 것이다."(강조체는 인용자가 가한 것이다.)

116) 물론 여기서는 계약의 당사자만 결정하는 것이고, 구체적으로 그 계약이 제대로 이루어졌는지는 별개의 문제이다. 중요한 것은 A를 일단 제쳐두고, B와 C 사이에서 보험계약과 그 외의 수단들을 검토하는 것이다. C의 입장에서는 B에게 실제 보험계약으로부터 생겨나는 의무이행을 청구하거나, 또는 만약에 손해를 입었다면 손해배상을 청구할 수도 있을 것이다. 이런 수단들은 사전적(ex ante)으로 B의 외부효과(externality)를 내부화(internalize)시키는 수단으로 볼 수 있을 것이다.

A-C, B-C의 두 가지 가운데 두 번째의 경우를 선택함으로써 사회적으로 효율적인 결과를 가져왔다고 평가할 수 있겠다. 특히 B-C 사이의 관계 내에서 분쟁을 정리하라고 하는 대법원의 태도는 전술한 가정적 거래의 관점에서 볼 때 타당하다고 할 것이다.[117]

3) 대법원 1974. 6. 11. 선고 74다165 판결

다음으로 대법원 1974. 6. 11. 판결(주 80)을 검토해 보기로 한다. 이 사안을 단순화한다면 역시 B가 A의 명의로 C와 임대차계약을 체결한 것이다. 특히 이 경우에는 위 1995. 9. 29. 판결(주 73)과 다르게 C로서는 B가 실제 A와 동일인인지 아닌지 판별하기 곤란한 위치에 있었다. 대법원은 이 경우에 타당하게도 C의 시각에서 계약을 해석하여 계약 당사자는 B-C로 결정되어야 한다고 판단하였다.

이러한 판단은 효율성 측면에서도 찬성할 만하다. 이 사안에서는 특히 B와 C 둘 가운데 누구를 선택하여 그의 신뢰를 보호할 것인지가 문제였다. 만약에 B의 신뢰를 보호하여 계약 당사자를 A-C로 인정할 경우 C는 불측의 손해발생위험을 부담한다. 임대차계약은 행위자의 성질이 중요한 계약유형 가운데 하나이므로[118] 실제 계약 당사자가 A인지 B인지는 C에게 큰 영향을 주게 된다. 반면 C의 신뢰를 보호하여 계약 당사자를 B-C로 인정할 경우 이제는 B가 불측의 손해발생위험을 부담한다. 가령 B로서는 의도하지 않게 계약 대금을 지급해야 할 것이며 만약 이를 이행하지 아니한다면 채무불이행의 위험에 노출될 수 있다. 그렇다면 이 경우에는 누가 최소비용회피자인가? B일 것으로 생각된다. B는 계약을 체결하면서 조금만 주의를 기울였더라면 자기가 아닌 A가 계약 당사자라고 말할 수

117) 한편 이와 관련하여, 위의 대법원 1995. 9. 29. 판결과 유사한 사실관계에서 이른바 대리법의 적용 또는 유추적용을 해야 한다는 견해가 독일을 중심으로 활발하게 논의되고 있다. 송덕수(주 87), 96면 이하 참조. 물론 이 견해에 의하더라도 대법원과 같은 결론에 도달한다. 민법 제135조에 의해 계약 책임을 물을 수 있기 때문이다. 그러나 이러한 견해는 전술한 가정적 거래라는 관점을 견지할 때 문제가 있지 않나 여겨진다. 위에서 논의한 대로 직접적으로 계약 당사자의 확정 문제로 접근할 경우 B-C 사이의 계약관계를 인정함에 있어 별다른 무리가 없는데 반하여(따라서 손해배상은 이행이익), 대리법 특히 무권대리인의 책임에 관한 민법 제135조를 (유추)적용할 경우 왜 계약관계의 성립까지 인정해야 할 것인지, 그리고 민법 제135조의 손해배상을 왜 이행이익으로 보아야 하는지에 대해 논란이 있을 수 있기 때문이다. 양창수(주 101), 169-171면도 참조. 이는 물론 그 결론이 당사자 사이의 가정적 의사에 부합하지 아니할 수도 있기에 제기되는 문제일 것이다. 게다가 대법원 1995. 10. 13. 선고 94다55385 판결(주 78)에서는 대리법의 적용이 불필요한 듯이 판시하고 있다고 설명된다. 송덕수(주 77), 15면. 이렇게 보았을 때 과연 계약 당사자 확정 문제를 대리법의 유추적용 문제로 풀어가야 할 것인지 약간의 의문이 들게 된다는 점을 지적해 두고자 한다.

118) 편집대표 곽윤직, 「민법주해[Ⅲ]」, 박영사, 1992, 27면(손지열 집필부분) 등.

있었을 것인데 반해, C는 아무래도 실제 계약 당사자가 A라는 점을 알기 어렵기 때문이다. 즉 이와 같은 불확실성을 제거할 수 있을 만한 보다 유리한 지위에 B가 있었다. 따라서 계약 당사자는 B와 C로 결정되어야 한다.

4) 이른바 차명대출에 관한 판결

이른바 차명대출에 관한 대법원 판례도 이와 같은 맥락에서 파악할 수 있다. 먼저 대법원 2001. 5. 29. 선고 2001다11765 판결(주 82)은 다음과 같이 사례를 단순화 할 수 있다. B가 축산업협동조합인 C로부터 돈을 차용하고자 하는데 대출 한도 제한에 걸리는 바람에 빌릴 수 없게 되었다. 그래서 B는 A에게 부탁하여 명의를 빌려달라고 했다. A는 승낙했고, B는 A를 법적인 채무자로 서류를 꾸며서 C로부터 돈을 차용했다. 한편 B는 C로부터 돈을 빌릴 때 융자상담을 받기도 하고, C가 제시하는 신용조사서를 작성하기도 했다. 하지만 신용조사서와 제반 서류들이 형식적으로 작성된 것으로 판명되었다.

한편 이 사안을 계약 당사자 확정의 모형에 맞게 더 압축하면 다음과 같이 정리할 수 있다. B가 A의 이름으로 C로부터 돈을 빌렸는데, 여러 사정으로 볼 때 C는 실제 돈을 빌리는 사람이 B인 것을 알았다는 것이다. 여기서도 계약 당사자가 A-C로 결정될 것인지, B-C로 결정될 것인지 불확실성이 존재한다. 그리고 전자라면 A가 위험을 지게 되어 손실을 보게 되고, 후자라면 C가 위험을 지게 되어 손실을 볼 수 있다. 이런 관점으로 사례를 관찰하면, C가 최소비용으로 위험을 부담할 만한 사람(lowest-cost risk-bearer)인 것으로 판단된다. 대출 당시 신용조사서나 다른 서류를 작성한 정황을 고려할 때, C는 거의 확실할 정도로 A가 계약 당사자가 아니라는 점을 알고 있었다고 여겨지기 때문이다. 아마 B로부터 모든 사정을 들었을 수도 있을 것이다. 그렇다면 A-C 사이에 분배되어야 하는 위험은 C가 부담하라고 하고, 나머지 문제들은 B-C 사이에서 처리하게 하면 될 것이다. 우리 대법원도 이와 유사한 취지에서 B-C가 '대출계약의 실질적 당사자'라는 표현을 사용하고 있다.

"동일인에 대한 대출액 한도를 제한한 법령이나 금융기관 내부규정의 적용을 회피하기 위하여 실질적인 주채무자[B]가 실제 대출받고자 하는 채무액에 대하여 제3자[A]를 형식상의 주채무자로 내세우고, 금융기관[C]도 이를 양해하여 제3자에 대하여는 채무자로서의 책임을 지우지 않을 의도 하에 제3자 명의로 대출관계서류를 작성 받은 경우, 제3자는 형식상의 명의만을 빌려 준 자에 불과하고 그 대출계약의 **실질적인 당사자**는 금융기관[C]과 실질적 주채무자[B]이므로, 제3자 명의로 되어 있는 대출약정은 그 금융기관의 양해 하에 그에 따른 채무부담의 의

사 없이 형식적으로 이루어진 것에 불과하여 통정허위표시에 해당하는 무효의 법률행위이다."(밑줄과 꺾음괄호는 필자가 가한 것이다.)

다음으로 대법원 2003. 6. 24. 선고 2003다7357 판결(주 84)을 검토한다. 이 판결의 사실관계도 조금 단순화 할 수 있다. B는 조합인 C로부터 돈을 차용하고자한다. 그러나 기존 대출금 채무의 변제를 지체하였기에 B 이름으로 돈을 빌리기 어려운 사정이 발생하였다. 그래서 B는 A의 명의을 빌려 금원을 빌리기로 하고, A의 허락을 받았다. 그래서 B는 A의 명의로 C로부터 차금했다. 금원을 빌릴 때 A는 직접 C조합 사무실로 찾아가 제반 서류들을 작성해 주었고, 실제로 A가 서명 날인을 하였다.

역시 대출계약에 불확실성이 존재한다. 계약의 당사자가 B-C로 될 것인지, 아니면 A-C로 될 것인지 불확실하다. 서류는 A이름으로 작성했는데, 실제 차용금은 B가 A로부터 받아다가 사용했다. 게다가 여기서도 상호적 성질(reciprocal nature)이 존재한다. A의 손을 들어주면 C가 불이익을 입고, C의 손을 들어주면 A가 불이익을 입게 된다. 다시 코즈 정리(Coase Theorem)에 따라 판단해보자. 먼저 누가 효율적 위험 부담자인지, 다시 말해 최소 비용으로다툼을 회피할 수 있는 사람인지 결정해야 한다. 그리고 이것을 결정하는 데는 정보비용(information cost)의 많고 적음이 중요한 판단 요소가 된다. 문제가 발생한 '현재' 불확실성을 줄이기 위해 누가 '정보의 우위'에 있느냐에 따라 최소 비용 회피자가 결정될 것이기 때문이다.[119]

이렇게 볼 때 이 사건에서는 효율적 위험 부담자(the efficient risk-bearer)가 A인 것으로 생각된다. 물론 이 사례에서는 A에게 선뜻 위험을 돌리기 어려운 사정이 있었다. A는 B로부터 'A에게 피해가 가지 않도록 하겠다.'는 확인을 받고 명의를 빌려준 것이었다. 하지만 상대적으로 C 보다는 정보의 우위에 있는 것으로 여겨진다. 무엇보다 A가 직접 C의 사무실로 가서 채무자를 A로 한 차용 계약서 채무자 란에 서명 날인을 했기 때문이다. 그로 인해 자기가 돈을 갚을 수도 있다는 점을, 바꾸어 말해 C로부터 돈 갚으라는 요구가 들어오게 될 것을 어느 정도 확실하게 예측할 수 있었을 것이다.[120]

대법원의 논리도 이러한 맥락에서 파악할 수 있다. 대법원은 이 사건에서 결국 A-C가 대출계약의 당사자라고 표현하고 있다. 구체적으로 법 논리를 전개하는 방식은 다르지만(통정허위표시), 결론적으로 A에게 위험을 지게 한다는 점에

119) 각주 101)에서 인용한 Rasmusen의 견해 참조.

120) 물론 2003. 6. 24. 판결(주 84)에서는 C조합의 전무가 B의 형이라서 문제가 되긴 했지만, 전무를 제외한 상무 기타 조합 구성원들은 그 사정을 잘 몰랐다는 취지인 것 같다.

서는 같다.

"[A]는 직접 [C]조합을 방문하여 이 사건 금전소비대차약정서, 이 사건 부동산에 대한 근저당권설정계약서 및 그 밖에 대출금 수령에 필요한 예금청구서 등 관계서류에 서명 날인하거나 날인하였다는 것이므로, 이로써 [A]는 자신이 이 사건 금전소비대차계약의 주채무자가 될 의사임을 [C]에 대하여 표시하였다고 할 것이고, 한편 [B]가 기존 대출금채무가 연체되고 있어 추가 대출이 불가능하자 [D]를 통하여 [A]에게 이 사건 부동산을 담보로 제공하게 되므로 주채무자 명의를 빌려 주더라도 [A]가 책임질 일은 전혀 없을 것이라고 하여 [A]가 이를 승낙하였다는 것이지만, 이와 같이 [B]의 [C]에 대한 기존 대출금채무가 연체되어 있는 관계상 [A] 명의로 대출을 받아 이를 사용하도록 할 의도가 있었다거나 그 원리금을 [B]의 부담으로 상환하기로 하였더라도, 특별한 사정이 없는 한 이는 [B]가 물적 담보를 제공함과 아울러 [B]에게 대출금 상환의무가 있음을 명확히 하면서 이 사건 금전소비대차계약에 따른 경제적 효과를 [B]에게 귀속시키려는 의사에 불과할 뿐, 그 **법률상의 효과**까지도 [B]에게만 귀속시키고 대출명의인인 [A]에게 귀속시키지 아니할 의사였다고 볼 수는 없다."(밑줄과 꺾음괄호, 그리고 강조체는 필자가 가한 것이다. 당사자의 명의는 일부 수정하였다.)

역시 이렇게 '정보의 우위'에 따라 효율적 위험 부담자를 가려내어 보니 비교적 일관되게 판례를 파악할 수 있으리라 생각된다.

차명대출 부분을 간단히 정리하고 다음 문제로 넘어가기로 한다. 차명대출에서는 일단 명의자-대여자 사이에 불확실성(위험)을 어떻게 분배할 것이냐가 문제된다. 효율적 위험 부담자에게 위험을 지게 할 때 그 계약으로부터 생기는 잉여(surplus)가 가장 커지게 되고 사회적으로 바람직한 결과가 창출된다. 그래서 위험을 질 사람을 결정하기 위해 정보비용(information cost)을 중요한 고려 사항으로 넣었다. A를 선택할 것이냐 C를 선택할 것이냐 고민하게 되는 현재, 정보면에서 우위에 있는 사람이 추가적 정보비용이 적게 들어가게 될 것이고, 그 사람이 효율적 위험 부담자가 될 것이기 때문이다. 이런 분석이 갖는 실익은, 사전적(ex ante)으로 계약에 내재하는 불확실성을 줄여준다는 데서 찾을 수 있을 것이다. 첫 번째 사례와 같은 경우는 금융기관에게, 두 번째 사례와 같은 경우는 명의자에게 계약에 내재하는 불확실성을 줄이게 하는 유인(incentive)을 주게 될 것이다.

Ⅳ. 대리권 남용 —정보의 비대칭과 대리문제

1. 쟁점의 소재

경제적 거래 가운데에는 타인을 이용하여 거래관계를 조성해야 하는 경우가 있다. 애초에 거래를 성사시키고자 하는 자의 물리적 한계 때문에 그러할 수도 있고(가령 거래 상대방이 너무나 원거리에 거주하는 경우) 또는 여러 일신상의 사정에 의해 타인의 사용이 필요한 경우도 있을 수 있다. 근대민법도 이러한 경제적 요청에 부응하여 법률행위의 대리제도를 두고 있다. 이러한 대리제도는 법률효과의 표의자에의 귀속이라는 원칙에 대한 중대한 예외로서 논의된다.[121] 법적으로 뒷받침되는 대리관계에 있어서는 흔히 본인으로부터 대리인에게 일정 정도의 권한이 부여된다.[122]

한편 이렇게 타인을 통해 거래를 성사시키는 생활관계가 법적으로 대리제도에 의해 완전하게 보장받기 위해서는 대리인이 그 행위가 본인을 위한 것임을 표시하여야 한다(현명주의, 민법 제114조). 그런데 "본인을 위한 것임을 표시"하여야 하는 것은 그 행위의 법률적 효과를 본인에게 귀속시키려고 하는 의사 이른바 대리의사를 표시하여야 한다는 것이다. 이는 본인의 이익을 위하여서라는 뜻은 아니다.[123] 그리하여 대리인이 사리를 얻고자 권한을 남용하여 배임적 행위를 하는 경우가 문제될 수 있으며 실제로 거래계에서는 빈번하게 이러한 유형의 분쟁이 관찰된다. 이 경우는 특히 본인과 상대방 사이의 이익형량이 주요 문제로 등장하게 된다.

한편 이러한 분쟁 유형은 경제학적으로 바라보았을 때 정보의 비대칭(information asymmetry) 때문에 발생한다.[124] 비대칭정보(asymmetric information)란 단순히 서로 다른 정보를 보유하고 있는 데 그치지 아니하고 한 사람이 다른 사람보다 우월한 정보를 가지고 있는 경우를 말한다.[125] 비대칭정보의 상황도 시장실패의 일종으로 이른바 보이지 않는 손이 작동하지 않는다.[126] 효율적 자원배분이 발

121) 곽윤직(주 15), 252면; 양창수(주 19), 10면 이하 등.
122) 我妻榮, 조재석 역, 「일본 민법안내Ⅱ: 민법총칙」, 육법사, 2002, 188면 이하도 참조.
123) 곽윤직(주 15), 252면.
124) 이런 유형을 특히 "postcontract asymmetry"라고 부른다.
125) 이영환(주 93), 629면.
126) 한편 비대칭정보의 상황을 초래하는 요인으로 크게 세 가지가 논의된다. 감추어진 속성(hidden characteristics), 감추어진 행동(hidden actions), 감추어진 정보(hidden information).

생하지 않는다. 보이지 않는 손은 이른바 마비된 손(palsied hand)으로 바뀌게 된다. 대리관계를 경제적으로 바라보면 본인(principal)과 대리인(agent)사이에 정보의 비대칭이 발생한다. 대체로 거래행위를 실제로 담당하는 대리인이 정보의 우위에 서게 된다. 나아가 모형을 3자가 등장하는 유형 즉 본인, 대리인, 상대방이 등장하는 유형으로 확장한다면 역시 문제는 거래비용임을 알게 된다. 아래 3. 나. 에서 논의하겠지만 광의의 거래비용(broadly stated transaction cost)에 포함되는 대리비용과 협의의 거래비용 사이의 상충관계(trade-off)가 문제된다.

지금까지 한 일련의 논의와 마찬가지로 대리 문제에서도 법학과 경제학 양 학문분야 모두 하나의 사회적 생활사실을 두고 다른 접근방식을 채택하는 모습을 볼 수 있다. 따라서 법적 가치판단의 기준으로 경제학적 분석방법이 유용할 것이라 쉽게 추측할 수 있다. 이하에서는 먼저 법률행위의 대리와 이른바 대리권 남용에 관한 전통적 설명을 살펴보고, 이른바 대리문제(agency problem)에 집중하여 경제학 이론을 살펴본다. 그리고 광의의 거래비용의 관점에서 대리권 남용 문제를 재조명한다.

2. 법률행위의 대리와 대리권 남용에 관한 종래의 이론

(1) 대리제도의 존재이유

대리제도는 근대사회에 들어 자본주의경제가 크게 발전함에 따라 거래관계가 기술화 · 전문화되고 동시에 거래관계가 전국적 · 세계적으로 확장되면서 나타나게 된 제도이다.[127] 이런 상황에서는 개인이 자기의 자유의사 만에 의하여 거래를 하는 것이 한계에 봉착하게 된다. 이를 극복하기 위하여 대리인을 통해 자기의 법률관계를 처리케 하려는 제도가 나타나게 되었다. 그렇기 때문에 대리제도는 거대한 재산의 관리와 대기업의 경영을 위한 중요한 법기술적 제도로서 인정된다.[128]

아래에서 다룰 대리문제에서는 주로 감추어진 행동과 감추어진 정보가 문제된다. 따라서 감추어진 속성에 관한 문제 가령 G. Akerlof의 중고차시장이나 보험시장에 관한 상세한 논의는 생략한다. 상세는 다음의 논문을 참조할 것. George Stigler, "The Economics of Information", 69 Journal of Political Economy, 1961, pp. 213-225; George Akerlof, "The Market for Lemons: Qualitative Uncertainty and the Market mechanism", 84 Quarterly Journal of Economics, 1970, pp. 488-500.

127) 곽윤직(주 15), 252면.

128) Zippelius(주 53), 80면.

(2) 대리권 남용

대리권 남용이란 대리인이 형식적으로는 대리권 범위 내에서 대리행위를 하였으나 실질적으로 본인의 이익이 아닌 자기 또는 제3자의 이익을 위하여 대리행위를 하는 것을 말한다. 이러한 대리권 남용의 경우 원칙적으로 그 행위는 대리행위로서 인정된다. 상대방의 신뢰를 보호하여야 하기 때문이다. 그러나 일정한 경우에는 상대방의 신뢰보다 본인의 이익을 보호하여야 하는 바 과연 언제 본인의 이익을 보호하여야 하는지에 대해 견해가 대립된다.

먼저 제1설은 대리권 남용에 있어 비진의의사표시의 규정을 유추하여 대리행위의 효력을 부인하여야 한다고 한다. 이 경우 상대방이 배임사실을 알았거나 알 수 있었을 경우 본인의 이익이 보호된다.[129] 제2설은 대리인의 권한남용에 따른 법률행위 효과 귀속을 권한남용에 따른 위험을 본인과 상대방 가운데 누구에게 분배하여야 하는가의 문제로 풀이한다. 그리하여 상대방이 남용사실에 대해 악의 또는 중과실의 경우 신의칙상 그에게 위험을 부담케 하는 것이 타당하다고 한다.[130] 제3설은 대리제도의 내재적 한계를 거론하며 대리인의 배임행위를 상대방이 알았거나 정당한 이유 없이 알지 못했을 경우 대리권이 부정되어 무권대리가 된다고 한다.[131] 판례는 대체로 제1설과 같은 맥락에서 분쟁을 처리하고 있으나[132] 주식회사 대표이사의 대표권 남용에 대하여서는 제2설과 같은 취지로 판시한 경우가 있다.[133]

그런데 재판례에 제시된 사실관계를 면밀히 살펴보고 나서 학설들을 다시 검토해 보면 한 가지 의문이 제기된다. 과연 '과실' 특히 경과실과 중과실 그리고 '고의'라는 개념적 징표만으로 일관된 분쟁의 해결이 가능할 것인가? 과연 어느 경우를 과실 있는 경우로 보아야 할 것이며 나아가 그것이 경과실인지 중과실인지 판단할 만한 선명한 기준은 제시되어 있는가? 요컨대 분쟁의 사전적 예방이라는 관점에서 종래의 학설은 반드시 적절하다고 할 수 있을 것인지 문제이다.

---

129) 곽윤직(주 15), 268면 등.
130) 고상룡, 「민법총칙」, 제3판, 법문사, 2003, 501면.
131) 가령 이영준(주 86), 504면.
132) 가령 아래에서 검토할 대법원 1987. 11. 10. 선고 86다카371 판결(공 1988, 78) 등.
133) 가령 대법원 2001. 1. 19. 선고 2000다20694 판결(공 2001, 504) 등.

3. 대리관계에 대한 경제학적 분석 —대리문제(Agency Problem)

(1) 2인 모형: 본인, 대리인

전술한바 법률행위의 대리는 본인(principal)의 법률행위 형성 영역을 넓혀주는 기능을 한다.[134] 그런데 이러한 설명은 거래비용 개념과 밀접하다.[135] 가령 서울에 거주하는 A가 부산에 사는 상대방과 대전 소재 상대방 소유 토지에 관한 매매계약을 체결하려 할 경우 A나 상대방으로서는 거래관계 형성에 상당한 비용이 들게 된다. A와 상대방이 서로 시간을 정해 만나야 할 것이고, 나아가 둘이 함께 대전에 가서 매매의 목적물인 토지를 살펴보아야 한다. 설령 교섭이 원만하게 진행되어 계약이 체결되었다 하더라도 서로 간의 의무 이행이 적절한지 감시하기 위해서 상당한 시간과 노력이 소요될 것이다. 즉 거래비용이 상당히 들게 된다.

하지만 일정한 자격이 갖추어진 자 B를 대리인(agent)으로 삼아 거래를 수행할 경우 시장의 가격메커니즘을 이용하는 데 드는 비용이 크게 줄어든다. 가령 B가 토지의 가격을 전문적으로 평가하는 자일 경우 매매대금의 결정 문제를 손쉽게 해결할 수도 있을 것이고, 설령 A와 상대방이 동시에 시간을 내지 못하는 경우라도 B와 상대방 사이에 교섭을 위한 시간 조율을 기대할 수도 있다. 그리고 가령 B가 대전이나 부산에 사는 사람이라면 공간적인 측면에서도 A보다 훨씬 우위에 있게 된다. 요컨대 대리인 B를 통해 거래에 들어가는 비용이 상당히 줄어들게 된다.[136]

하지만 대리인의 행위가 본인의 입장에서 반드시 적절한 것이지만은 않다. 본인의 입장에서 보았을 때 일정한 행동의 오류(error)가 발생할 가능성이 존재한다.[137] 이는 비대칭적 정보 특히 감추어진 행동 때문에 발생한다(hidden action problem). 대리인과 본인은 서로 다른 사람인 이상 경제적 유인(incentive) 동기가 다를 수 있다. 따라서 대리인이 자신의 이익을 위해 본인에게 해를 입히는 행동을 할 가능성이 있다. 그런데도 본인은 대리인이 어떤 행동을 하고 있는지 알 수 없는 상황이 조성되어 있기 때문에 문제가 발생하게 되는 것이다(도덕적

134) 이를 흔히 사적 자치의 확장 또는 사적 자치 그 자체라고 설명하기도 한다.
135) 논의의 편의를 위해 당사자는 본인과 대리인 둘로 한정한다. 그리고 고려되는 비용은 협의의 거래비용과 대리비용으로 한정한다.
136) Rasmusen(주 95), p. 409.
137) 이는 대리인의 명시적 배임 의사에 의한 것일 수도 있고 대리인의 실수로 인한 것일 수도 있다(가령 표현대리 문제 등). 이하에서 다룰 대리권 남용의 문제는 대부분 명시적 배임 의사 즉 고의에 의한 것일 것이다.

해이, moral hazard).[138][139] 이렇게 대리관계에서 발생하는 도덕적 해이 문제를 대리문제(agency problem)이라고 한다.

대리문제가 생기게 되면 본인으로서는 이러한 비효율을 줄이기 위해 대리인에 대한 감시나 감독을 강화할 수 있다. 또는 대리인이 도덕적 해이를 저지르지 않겠다고 보증을 하는 경우도 있다. 그러나 이러한 경우 모두 일정한 비용이 소요된다. 감독을 본인이 할 경우 본인의 기회비용(opportunity cost)[140]이 생겨난다. 감독을 타인에게 맡길 경우 그 감독자를 누가 감독해야 할 것인지의 문제가 발생한다. 대리인이 보증을 선들 본인으로서는 선뜻 믿기 어려울 수도 있다. 이렇게 대리문제를 통해 발생하는 비용을 대리비용(agency cost)이라고 한다.[141]

이로부터 볼 때 대리제도를 법적으로 인정할 경우 제기되는 가장 중요한 문제는 이른바 대리비용을 절감시키기 위해 법제도를 어떻게 운용할 것인가 라는 점을 알게 된다.[142] 법제도의 운용이 비효율적일 경우, 거래에서 기대되는 이익이 현실화되지 못할 가능성이 커지게 되며, 그리하여 그 제도는 점차 활용되지 못할 가능성이 있기 때문이다.

---

138) 이준구, 「미시경제학」, 제4판, 법문사, 2008, 587면. 한편 동 교수님에 의하면 본인-대리인 문제는 다음과 같은 세 가지 중요한 특징을 갖는다고 한다. 첫째, 경제적 관계를 맺고 있는 양 당사자 중 한 쪽(대리인)이 다른 쪽(본인)의 경제적 후생에 영향을 줄 수 있는 행동을 취한다. 둘째, 본인은 대리인이 취한 행동을 관찰할 수 없다. 셋째, 본인과 대리인은 대리인이 어떤 행동을 하는 것이 바람직한지에 대해 의견이 엇갈리고 있다. 이는 양자가 서로 다른 이해관계를 갖고 있기 때문이다.

139) 감추어진 행동이 문제가 되는 상황에서 정보를 가진 측은 정보를 갖지 못한 측에서 보면 바람직하지 않은 행동을 취하는 경향이 있는데 이와 같은 행동이 나타났을 때 도덕적 해이(moral hazard)가 일어났다고 한다. 이준구(주 138), 590면.

140) 기회비용(opportunity cost)이란 그 행동을 선택함으로써 포기하여야 하는 최선의 행동의 화폐가치를 말한다. Bernanke and Frank(주 111), p. 7 등.

141) 대리비용은 Jensen and Meckling에 의할 경우 감독비용(monitoring cost), 보증비용(bonding cost), 나머지비용(residual loss)으로 나뉘어 설명된다. Michael C. Jensen and William H. Meckling, "Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure", 3 Journal of Financial Economics, 1976, pp. 305-306. 참조.

142) 거래비용과 관련해서 검토할 수 있는 민법의 해석론 가운데 한 가지를 든다면, 수권행위의 해석이 적절할 것이라고 판단된다. 전술한 바와 같이 대리법에서 특히 중요한 문제는 대리인의 권한 범위를 획정하는 것이다. 그런데 이러한 권한 범위 획정은 거래비용(협의의 거래비용과 대리비용을 포괄한다.)과 밀접하다. 가령, 바로 앞에서 든 사례에서, 대리인에게 단지 계약만 체결하라는 권한만 수여했다고 볼 경우, 결과는 어떠할까? 그리고, 계약뿐만 아니라 중도금이나 잔금까지 수령할 수 있다고 권한 범위를 넓혔을 경우에는 또한 어떠할까? 그리고, 이에 관한 계약 당사자의 의사와 '법원의 결정'이 다르다면, 나아가 당사자 의사와 '법전의 규율'이 상이하다면 과연 어떤 결론이 실제적으로 생명력을 유지해 갈 것인가? 한편, 경제학 분야에서는 이른바 유인설계(incentive design)를 대책으로 제시한다. 이에 관하여는 이준구(주 138), 595면 이하; 이영환(주 93), 662면 이하 등을 참조.

(2) 3인 모형: 본인, 대리인, 상대방(제3자)

이제 논의를 조금 확장하여 본인(principal)과 대리인(agent) 사이의 이해관계 상충이 제3자(third party)인 거래상대방에게 어떤 영향을 미치는지 살펴보자.[143] 전술한 바와 같이 본인과 상대방 사이에 거래비용을 줄이기 위해 대리제도가 인정된다. 따라서 본인과 상대방 사이의 의도된 거래의 이익이 대리인을 통함으로써 현실화될 가능성이 증가한다. 하지만 역시 전술한 바와 같이 대리제도를 사용함으로써 대리비용(agency cost)이 소요된다. 본인과 대리인 사이의 이해관계 충돌로 인해 본인의 이익 극대화보다는 대리인 자신의 이익 극대화를 위해 권한을 마음대로 사용할 가능성이 증대된다. 이러한 대리비용도 대리관계를 통해 조성하려는 거래에 들어가는 비용으로 볼 수 있다. 그리하여 대리비용도 광의의 거래비용 개념에 속한다고 보게 되면 결국 문제는 거래비용 사이의 상충관계(trade off)로 파악할 수 있을 것이다. 대리인을 이용함으로 인해 협의의 거래비용이 감소하는 반면, 광의의 거래비용이 증가할 수도 있게 되는 것이다.[144]

그렇다면 결국 문제는 광의의 거래비용을 어떻게 절감시킬 수 있겠는가의 문제로 귀착된다. 왜냐하면 전술한 바와 같이 광의의 거래비용이 크다면 거래로부터 얻을 수 있는 순 편익(net benefit)이 상대적으로 줄어드는 결과가 초래되기 때문이다. 나아가 광의의 거래비용 절감 문제는 특히 협의의 거래비용과 대리비용 가운데 어느 것을 보다 더 절감시킬 수 있는가의 문제로 단순화될 것이다. 상술하면 다음과 같다. 첫째, 본인이 대리인에 대한 감독을 용이하게 할 수 있는 경우가 있을 수 있다. 이 경우에는 대리비용이 보다 적게 들어간다. 본인으로서는 대리인의 행위를 어느 정도 자유롭게 통제 가능하다. 동시에 상대방이 대리인에 대한 감시를 하기 어려운 처지에 있다면 협의의 거래비용이 많이 소요될 수 있다. 상대방으로서는 대리인의 행위 상황을 관찰하기 어려운 처지에 놓여있다. 여기에 앞서 논의한 최소비용회피자 원리(the least-cost avoider principle)를 원용하면 최소비용회피자는 본인이다. 그러므로 이와 관련된 불이익 내지 위험은 본인이 져야 한다. 그리고 거래 상대방을 보호해야 할 것이다. 둘째, 반대로 거래 상대방이 대리인에 대한 감독을 본인보다 용이하게 할 수 있는 경우가 있을 수 있다. 이 경우에는 앞서의 경우와 반대로 최소비용회피자가 거래 상대방으로 인정될 수 있다. 따라서 본인의 이익이 보호되어야 한다.[145]

---

143) 우선 논의의 편의를 위해 대리관계의 당사자는 본인, 대리인, 상대방 3명으로 한정하며, 동시에 3자 사이에 거래비용과 대리비용 두 가지 비용만 고려된다고 가정하자.

144) Posner(주 3), p. 114 이하도 참조.

145) Rasmusen(주 95), pp. 390-391 부분도 참조.

(3) 종래의 대리권 남용 법리에 대한 재검토

우선 대리권남용이 전형적으로 문제되었던 이른바 명성사건에 관한 판결[146]의 사실관계로부터 출발하자. A은행의 지점 대리 B가 D의 부탁으로 D의 사업 자금을 마련해 주기로 하였다. 그리하여 B는 자신에게 정기예금을 맡기면 시중 금리보다 높은 금리로 이자를 준다고 광고를 내어 사람들[C]을 모았다. 그리하여 이 사람들로부터 받은 돈을 수기통장으로 기록하여 정리하고 그 돈은 A은행이 아닌 D에게 전달되었다. 특이할 만한 사항은 이 예금계약의 금리가 정규금리의 3배에 달한다는 점, 예금거래는 A은행의 특정 지점에서만 가능하다는 점, 예금을 할 때에는 특정의 암호를 이용하여야 한다는 점 등이 있었다. 이후 예금자들[C]은 예금계약이 A와 사이에 적법하게 성립되었음을 전제로 A은행을 상대로 정기예금 반환을 청구한다. 이 주장은 받아들여질 수 있을 것인가?

이 사안은 앞의 3. 나. 에서 논의한 3자 모형으로 설명될 수 있다. 본인 A은행은 예금자들[C]과의 예금거래에서 발생하는 비용을 줄이기 위해 대리인을 이용하였다. 그런데 이런 과정에서 본인과 대리인 사이의 이해관계 불일치로 인해 대리비용이 발생하였다. 이 사안은 본인 A은행을 보호할 것인가 예금자들[C]을 보호할 것인가의 문제라는 점을 고려하면 결국 문제는 C에게 협의의 거래비용을 부담하게 할 것인가 아니면 A에게 대리비용을 부담하게 할 것인가 라는 것을 알게 된다.

A은행의 이익을 보호하여 예금자들의 주장 즉 정기예금 반환을 기각한다면 사전적(ex ante)으로 예금자들은 대리인의 권한 범위가 어디인지 등에 대한 감시 감독을 보다 철저히 하려 할 것이다. 이는 거래비용을 수반한다. 하지만 본인으로서는 대리비용을 완전히 부담할 유인이 줄어든다. 대리인에 대한 감독을 철저히 하지 아니하더라도 본인의 이익은 법적으로 보호되기 때문이다. 이러한 결론은 발생하는 (협의의) 거래비용보다 절감되는 대리비용이 커서 (광의의) 거래비용이 절감되는 경우 정당화 될 수 있을 것이다. 최소비용회피자는 C인 것이다. 반면에 예금자들의 이익을 보호하기로 하여 예금자들의 예금 반환 청구를 인용해 준다면 부담은 A은행에게 돌아간다. A은행으로서는 고용하고 있는 대리인들[B]에 대한 감시 감독을 강화해야 한다. 거래 상대방과의 사이에서 분쟁이 발생할 경우 손실은 본인이 감수해야 하기 때문이다. 이러한 결론은 발생하는 대리

146) 대법원 1987. 7. 7. 선고 86다카1004 판결(공 1987, 1292). 본건에서는 대리권남용 이전에 민법 제126조 표현대리가 문제되었고, 동시에 사용자책임이 문제되었으나, 논의의 단순화를 위해 분석 대상을 대리권남용의 문제로 한정한다.

비용보다 절감되는 (협의의) 거래비용이 커서 (광의의) 거래비용이 절감되는 경우 정당화 될 수 있을 것이다. 이 때 최소비용회피자는 A이다.

그런데 일반적으로 본인과 대리인 사이에는 본인과 상대방 사이의 관계에 비해 '정보의 우위'가 인정된다.[147] 대리비용이 (협의의) 거래비용보다 적다. 그렇다면 대리권남용의 사례유형에 있어 원칙적으로 거래 상대방의 신뢰는 보호되어야 한다. 그래야 사전적으로 분쟁을 보다 효율적으로 방지할 수 있다. 그러나 거래 상대방이 대리인의 배임적 의도를 어느 정도라도 알고 있어서 (또는 알 수 있었기에) 협의의 거래비용[148]이 대리비용보다 적다는 점이 인정될 수 있는 경우에는 오히려 본인의 이익을 보호해야 할 것이다. 대법원도 이와 같은 맥락에서 다음과 같은 추상적 법률론을 전개한다.

"진의 아닌 의사표시가 대리인에 의하여 이루어지고 그 **대리인의 진의**가 본인의 이익이나 의사에 반하여 자기 또는 제3자의 이익을 위한 배임적인 것임을 그 **상대방이 알았거나 알 수 있었을 경우**에는, 민법 제107조 제1항 단서의 유추해석상 그 대리인의 행위는 본인의 대리행위로 성립할 수 없으므로 본인은 대리인의 행위에 대하여 아무런 책임이 없다고 할 것이며, 이 때에 그 상대방이 대리인의 표시의사가 진의 아님을 알았거나 알 수 있었는가의 여부는 표의자인 대리인과 상대방 사이에 있었던 의사표시의 형성 과정과 그 내용 및 그로 인하여 나타나는 효과 등을 객관적인 사정에 비추어 합리적으로 판단하여야 할 것이다." (밑줄과 강조체는 필자가 가한 것이다.)

이러한 태도는 위의 설명에 비추어 정당하다고 인정될 수 있다. 원칙적으로 본인과 대리인 사이의 정보 우위가 인정되므로 그 위험은 본인이 지게 하지만, 대리인의 진의를 상대방이 알아서 또는 알 수 있었기에 거래비용(정보비용)이 적게 들어갈 경우 불이익을 상대방이 지게 한다는 논리이기 때문이다. 그리고 이어 명성사건에 관하여 대법원은 본인의 이익을 보호하였다. 사실관계를 살펴보면 (협의의) 거래비용이 대리비용보다 적다는 점이 인정될 수 있는 바,[149] 그렇다면 대법원은 효율적으로 경제활동을 조절하고 있다고 평가할 수 있을 것이다.

이러한 맥락에서 대법원 1987. 11. 10. 선고 86다카371 판결(주 132)도 이해할 수 있으며, 대법원 1998. 2. 27. 선고 97다24382 판결,[150] 대법원 1996. 4. 26. 선고 94다29850 판결[151]의 결론도 수긍할 만하다 할 것이다. 나아가 신용협

147) 양창수(주 101), 169면; Posner(주 3), p. 114.

148) 특히 정보비용(information cost).

149) 정규예금 금리보다 높은 이자, 예금 가능 지점이 한정된 점, 암호의 사용, 예금거래신청서 양식의 특수성, 수기통장이라는 특수성 등.

150) 공 1998, 867.

동조합에서의 예탁금 반환이 문제된 대법원 1999. 1. 15. 선고 98다39602 판결,[152] 예금보험공사의 예탁금이 문제된 대법원 2004. 2. 26. 선고 2003다59662 판결,[153] 부분적 포괄대리권을 가진 상업사용인의 상품권 거래가 문제된 대법원 2008. 7. 10. 선고 2006다43767 판결[154]도 정당화 될 수 있으리라 생각된다.

Ⅴ. 결 론

1.

지금까지의 논의를 요약하여 본다. 필자는 국내 민사실체법 특히 민법의 해석론과 이른바 판례를 경제적으로 분석하고자 노력하였다. 만약 법적 가치판단의 기준으로 효율성을 채택할 경우 법은 어떻게 소묘될 수 있는가, 그리하여 법적 선택에 따른 결과가 어떻게 전개되어 나갈 수 있을 것인가에 집중하여 논의를 전개하였다.

첫째, 이른바 '생활방해'에 관한 문제를 논의하였다. 이는 경제적으로 보아 외부효과에 해당하는바, 신법경제학의 출발점이 된 코즈의 통찰을 응용하여 국내의 해석론에 적용시켜보려 노력하였다. 그래서 이해관계의 충돌이 생겨날 경우 효율적 시장을 가정하고 그것을 모방할 것을 주문했다. 이른바 최고가치평가자에게 권익권을 부여할 것을 주장하였다.

둘째, '계약 당사자의 확정' 문제를 논의하였다. 필자는 경제학에서 논의되는 위험의 개념을 법적 위험원리와 연결시켜 계약 당사자 확정 문제를 기본적으로 위험의 분배라는 관점에서 바라보았다. 그래서 문제된 갈등 상황을 최소비용으로 회피할 수 있는 자 이른바 최소비용회피자에게 그 위험을 지울 것을 주장하였다.

셋째, '대리권 남용' 문제에 대해 논의하였다. 경제학에서 활발하게 논의되는 대리문제를 통해 법적 대리관계를 바라보았다. 그리하여 협의의 거래비용과 대리비용의 상충관계를 도출한 후, 이를 바탕으로 모형 두 가지를 발전시켰다. 본인과 대리인이 등장하는 유형에서는 대리비용을 잘 줄이기 위해 법제도를 효율

151) 공 1996, 1662.
152) 공 1999, 290.
153) 미간행. 대법원 종합법률정보 시스템(glaw.scourt.go.kr)에서 검색.
154) 공 2008하, 1132.

적으로 운영할 것을, 그리고 본인과 대리인에 이어 상대방까지 등장하는 유형에서는 협의의 거래비용과 대리비용의 다과를 잘 교량해서 광의의 거래비용을 줄이는 방향으로 법제도를 운영할 것을 주장하였다.

2.

한 나라의 법은 그 나라의 정치·경제·사회와 문화를 토대로 하여 이루어져 있으므로 법은 이들의 변화를 수용 또는 반영하여 "살아있는 법"으로서 계속 발전하여야 한다. 따라서 법을 연구 또는 운영함에 있어서 그 전제가 되는 사회와 경제 등을 고려하지 아니함은 장님이 코끼리 다리를 만지는 격 또는 뜬구름을 잡고 헤매는 격이라고 할 수 있는 위험하고 무익한 일인 것이다. 따라서 법 자체의 규범적이고 개념적인 해석을 넘어서서 법과 그것이 규율하는 사회 간의 관계를 학문적 협동방식(interdisciplinary studies)을 통하여 연구하는 경향에 주목하여야 한다.[155]

또한 법을 통한 이해관계의 조절을 고려할 때는 정의(justice)의 목소리에 항상 귀를 기울여야 한다. 정의의 문제에 대한 판단을 내리기 위해서는 가능한 한 넓은 범위의 지배적 법감정(das herrschende Rechtsempfinden)을 찾아내야 하는 것이므로, 최대다수의 법감정과 그 법감정에 근거한 지배적 법에토스(herrschendes Rechtsethos)에서 판단의 기초를 찾아내야 할 것이다.[156] 그래야 진정한 법적 평화[157]가 달성되고 사회 구성원의 규범 내면화가 실현될 수 있을 것이다. 그런데 이러한 사고를 전개하여 나아감에 있어 한 가지 유의해야 할 점은 수사학적 논의 뒤에 있는 진정한 판결 이유(true ground of legal decision)에 주의를 기울여야 한다는 점이다.[158]

지금까지 필자 나름대로의 체계에 따라 평소 품었던 의문을 해소하기 위해 논의를 전개하여 왔다. 국내법에 있어 법경제학적 분석이 풍부하게 되어 있지

155) Polinsky(주 6), 역자서문.

156) Zippelius(주 53), 27면. 이러한 논지는 이른바 공리주의의 견해와 밀접하다.

157) Larenz(주 28), 23면 이하 참조. Larenz는 법적 평화가 이른바 법적 안정성을 포괄한다고 설명한다.

158) Posner(주 3), p. 25. 한편 양창수(주 19), 145면에서는 다음과 같이 서술되어있다. "법 공부를 하는 사람은 재판례를 읽으면서 살아 있는 각 개인의 삶의 구체적 양상에 맞닥뜨리게 된다. "사람에 관한 일로 나에게 흥미를 일으키지 않는 것은 없다"는 말이 있듯이, 우리는 이렇게 알게 된 삶의 모습에 그 당사자들과 같이 웃고 우는 인간적인 동질감과 연대를 느끼지 않을 수 없다. 이러한 마음가짐이야말로 법 공부를 삭막한 문자의 세계로부터 구해 내는 중요한 발판이 되는 것이다."

아니하기에 필자 스스로의 생각을 밀고 나아가는데 있어 어려움이 많았던 것이 사실이다. 법학과 경제학 두 학문분야에 대한 식견과 지식이 짧아 논리가 거친 부분, 그리하여 엄밀하게 받아들이지 못할 부분이 있을 수도 있으리라 여겨진다. 그러나 이 한 편의 글을 통해, 앞으로 우리 법학이 아래로는 민중들의 마음과 사회 구석구석에 깊이 뿌리내리고, 위로는 국가기관 모두에게 법치의 튼실한 가지가 분수처럼 뻗어나가는, 그리하여 법적 안정성과 예측가능성이라는 고귀한 열매가 싱싱하게 열리게 되는 대한민국이 되는 데 조금이나마 도움이 되었으면 한다.

참고문헌

1. 단행본

편집대표 곽윤직, 「민법주해[II]」, 박영사, 1992.
편집대표 곽윤직, 「민법주해[III]」, 박영사, 1992.
편집대표 곽윤직, 「민법주해[V]」, 박영사, 1992.

고상룡, 「민법총칙」, 제3판, 법문사, 2003.
고상룡, 「물권법」, 법문사, 2001.
곽윤직, 「민법총칙」, 박영사, 2002.
곽윤직, 「물권법」, 박영사, 2002.
김일중, 「법경제학 연구: 핵심이론과 사례분석」, 한국법제연구원, 2008.
김형배, 「채권총론」, 박영사, 1998.
박세일, 「법경제학」, 개정판, 박영사, 2004
양창수, 「민법입문」, 박영사, 2004.
이영준, 「새로운 체계에 의한 한국민법론[총칙편]」, 박영사, 2004.
이영준, 「새로운 체계에 의한 한국민법론[물권편]」, 박영사, 2004.
이영환, 「미시경제학」, 율곡출판사, 2005.
이준구, 「미시경제학」, 법문사, 2008.

A. Mitchell Polinsky, 송상현/정상조 공역, 「법경제학입문」, 경문사, 1984.
Karl Larenz, 양창수 역, 「정당한 법의 원리」, 박영사, 1995.
Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris, 허일태 역, 「법학방법론」, 세종출판사, 2000.
Ronald H. Coase, 김일태/이상호 공역, 「기업 시장 그리고 법」, 전남대학교출판부, 1998.
Reinhold Zippelius, 김형배 역, 「법학입문」, 삼영사, 1993.
Reinhold Zippelius, 김형배 역, 「법학방법론」, 삼영사, 1993.

Avery W. Katz, Foundations of the Economic Approach to Law, Foundation Press, 1998.
Ben. S. Bernanke and Robert H. Frank, Principles of Economics, 3rd ed.,

Mcgraw-Hill College, 2007.
Robert. D. Cooter and Thomas S. Ulen, Law & Economics, 5th ed.(international ed.), Pearson/Addison Wesley, 2008.
Gregory N. Mankiw, Principles of Economics, 3rd ed.(ISE), Thompson, 2004.
Richard. A. Posner, Economic Analysis of Law, 7th ed., Aspen Publishers, 2007.
Steven Shavell, Foundations of Economic Analysis of Law, Belknap/Harvard, 2004.

2. 논문

김재형, "소유권과 환경보호: 민법 제217조의 의미와 기능에 대한 검토를 중심으로", 「민법론 I」, 박영사, 2004.
송덕수, "타인의 이름을 임의로 사용하여 체결한 계약의 당사자 결정", 「법률신문」, 제2521호(1996년 7월 22일).
_____, "타인의 명의를 빌려 체결한 토지분양계약의 효력", 「민사판례연구[XVI]」, 박영사, 1992.
양창수, "무권대리인의 책임: 민법 제135조의 연혁에 소급하여", 「민법연구」 제1권, 박영사, 1998.
윤진수, "계약 당사자의 확정에 관한 고찰: 특히 예금계약을 중심으로", 「민법논고 I」, 박영사, 2007.
_____, "부동산 이중양도의 경제적 분석", 「민법논고 I」, 박영사, 2007.
_____, "차명대출을 둘러싼 법률문제", 「민법논고II」, 박영사, 2008.
최병조, "토지매수인에 의한 지상물철거행위의 법률효과", 「민사판례연구[XVI]」, 박영사, 1994.

Ronald H. Coase, "The Problem of Social Cost", 3 Journal of Law and Economics, 1960.
G. Calabresi and A. Douglas. Melamed, "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral", 85 Harvard Law Review, 1972.
Eric Rasmusen, "Agency Law and Contract Formation", 6 American Law and Economics Review, 2004.

Richard A. Posner, "The Law and Economics of Contract Interpretation", 83 Texas Law Review, 2005.

Michael C. Jensen and William H. Meckling, "Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure", 3 Journal of Financial Economics, 1976.

개별적 근로관계법의 쟁점노동판례 리뷰

충남대학교 법학전문대학원 노동법연구회

Ⅰ. 머리말 - 개별적 근로관계법 분야의 쟁점판례 동향과 개요
Ⅱ. 근로기준법의 적용과 근로자·사용자 개념
1. 상시 근로자의 수와 근로기준법의 적용(전혜린)
2. 근로기준법상 근로자 개념과 사용종속성의 판단기준(최우식)
3. 근로기준법상 사업주에 대한 판단(이동연)
Ⅲ. 근로기준법의 기본원칙
1. 근로계약상 위약예정금지(김민웅)
2. 정년에 있어서의 남녀차별(전진희)
3. 근로자와 사용자간의 경업금지약정의 효력(문선혜)
Ⅳ. 취업규칙
1. 취업규칙 불이익변경의 동의주체(김창덕)
2. 취업규칙 불이익변경에 있어서의 '사회통념상 합리성' 판단(황이경)
Ⅴ. 징계해고
1. 단체협약에 반한 취업규칙에 의한 징계해고의 정당성(조용현)
Ⅵ. 퇴직금
1. 퇴직금 계산에 있어서의 계속근로기간(이다혜)
2. 연봉제에 있어서의 퇴직금분할약정의 효력(박원석)

머리말[1] - 개별적 근로관계법 분야의 쟁점판례 동향과 개요

노동법은 현실에서 발생하는 복잡다기한 모든 노동분쟁을 규율할 수도 없고, 모든 사건을 해결할 목적으로 제정된 것도 아니므로, 구체적 사건에 법 규정이 어떻게 적용될지는 판례가 그 역할을 담당한다. 또한, 노동법이 규율하는 노동관계는 노동시장 및 노사관계와 연계되어 있어 그 양상이 다양하며 변화의 속도가 빠르다. 따라서 노동법에는 법관의 구체적 판결에 의하여 법의 추상성이 구체화되고 극복되는 소위, 특히 법관법(法官法)의 비중이 크다. 노동판례는 노동법의 중요한 원칙과 법 이론을 형성하고 발전시켜 왔으며, 많은 노동사건에서 분쟁해결의 기준으로 작용하고 있다. 특히 근로자와 사용자의 사적 계약관계에서 발생하는 분쟁의 해결에 있어서는 구체적, 실질적, 종합적 판단이 중시된다는 점에서, 개별적 근로관계법 분야에서의 판례법리의 역할은 더욱 중요하다.

---

1) 김소영(충남대학교 법학전문대학원 노동법연구회 지도교수)

본고는 기본적으로 실무에서 빈발하는 사례를 중심으로 안정적 판례법리가 정착된 대표 판례들을 다루었지만, 판례의 태도가 다소 진일보하거나 새로운 해석기준을 도입한 최근의 쟁점판례들도 소개하고 분석하였다. 각각의 판례들에 대하여는「사안의 개요와 논점, 판결요지 및 이유, 판결에 대한 검토(평석), 최근 판례의 동향」의 순서로 서술하였다.

본고에서 평석을 시도한 판례들의 쟁점과 개요를 간략하게 소개하면 다음과 같다.

「근로기준법의 적용 및 근로자·사용자 개념」과 관련된 판례로서 ①대법원 2000. 3. 14. 선고 99도1243 판결(근로기준법 적용을 위한 상시근로자의 수) ②대법원 2011. 3. 24. 선고 2010두10754 판결(근로기준법상 근로자 개념과 사용종속성의 판단기준) ③대법원 1996. 6. 11. 선고 96누1504 판결(근로기준법상 사업주에 대한 판단)을 분석하였다.

대법원 2000. 3. 14. 선고 99도1243 판결은 "근로기준법이 적용되는 상시 5인 이상 사업장(근기법 제11조)의 '상시'(常時)는 "사회통념에 의하여 객관적으로 판단하여 근로자의 수가 상태적(常態的)으로 5인 이상이 되는 경우'를 의미한다"는 해석기준을 정립한 대표판례이다. 대법원 2011. 3. 24. 선고 2010두10754 판결은 KBS 방송국 VJ(영상취재요원)의 근로자성 판단에 대한 판결이다. 대상 판결은 근로자성 판단에 대한 기존의 대표판례인 1994년 판결(대법원 1994. 12. 9. 선고 94다22859 판결)과 2006년 판결(대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결)에서 한 걸음 나아간 입장을 보임으로써 소위 특수형태 근로에 종사하는 자들의 근로자성 판단에 향후 긍정적 영향을 미칠 것이라고 본다. 즉, 대상판결은 '사용종속성'에 대한 기존의 판단징표에 추가적으로 '비정규직의 증가 현실과 비정규직 근로자의 불안정한 지위'라는 노동현실을 반영하였다. 대법원 1996. 6. 11. 선고 96누1504 판결은 근로기준법상 사업주에 대한 판단에 관한 판례로서 하도급관계에서의 사용자 개념 및 분열·확대 법리의 필요성을 화두로 던져주고 있다. 대상판결은 closed shop인 항운노조 소속 근로자들의 근로관계에서 과연 사용자가 누구이며, 누가 사용자책임을 져야 하는지에 대한 많은 판결들 중의 하나이다. 대상판결은 전국항운노동조합 산하 서울특별시농산물종합시장노동조합 소속의 근로자들을 파견받아 사업장에서 하역작업을 시켜 온 농업협동조합중앙회와 근로자들과 사이에 실질적인 사용종속관계가 없다고 보았다.

「근로기준법의 기본원칙」에 대하여는 ①대법원 2008. 10. 23. 선고 2006다37274 판결(근로계약상 위약예정금지) ②대법원 1996. 8. 23. 선고 94누13589 판결(정년에 있어서의 남녀차별) ③ 대법원 2003. 7. 16. 선고2002마4380 판결

(근로자와 사용자간의 경업금지약정의 효력)을 분석하였다.

대법원 2008. 10. 23. 선고 2006다37274 판결은 '위약 예정금지(근기법 제20조)와 연수비반환'에 관한 판례로서, 회사에서 흔히 발생하는 연수비용반환 분쟁에 대한 해결기준을 정립하였다. 대상판결은 "근로자의 연수가 근로자의 자발적 희망과 이익을 고려한 것이고 사용자가 대신 연수비용을 지출한 것으로 평가되며, 약정 근무기간 및 상환해야 할 비용이 합리적이고 타당한 범위 내에서 정해져 있다면 근로기준법의 위약예정금지원칙에 반하는 것은 아니다"라고 판시하였다. 대법원 1996. 8. 23. 선고 94누13589 판결은 남녀정년차별에 대한 것으로서 여러 가지 의미에서 주목되는 판결이다. 원고인 한국전기통신공사 교환직렬 김영희씨는 이미 대상판결 이전의 대법원 1988. 12. 27. 선고 85다카657 판결을 통하여 우리 사회 및 여성계에 큰 파장을 불러 일으켰었다. 1988년 판결은 여성의 정년을 43세로 정한 것은 헌법의 평등조항 및 근로기준법의 균등대우에 위반되는 것이라고 판시하여, 우리 사회의 남녀정년차별에 경종을 울리는 계기가 되었으며, 한국전기통신공사 교환직렬의 정년은 53세로 연장되었다. 그러나 재차 전화교환직렬 직원의 53세 정년이 문제된 1996년의 대상판결에서 대법원은 '정년차등의 사회통념상 합리성'에 중점을 두어 결론을 내렸고, 원고는 패소하였다. 대법원 2003. 7. 16. 선고2002마4380 판결은 S전자가 S전자에 근무했던 근로자(전무)의 전직금지를 구한 가처분 신청사건으로서, 근로자와 사용자간의 경업금지약정의 효력 여부에 관한 판례이다. 근로자의 경업금지의무는 근로계약상의 부수적 의무로서 신의칙상 문제될 수 있으나, 헌법이 보장하는 직업선택의 자유를 침해할 가능성이 있다. 근로기준법에는 근로자의 경업금지의무와 관련된 규정이 없으므로, 판례법리가 중요한 의미를 지닌다.

「취업규칙」 관련 쟁점판례로는 ① 대법원 2009. 5. 28. 선고 2009두2238 판결(취업규칙 불이익변경의 동의주체) ②대법원 2001. 1. 5. 선고 99다70846 판결(취업규칙 불이익변경에 있어서의 '사회통념상 합리성' 판단)을 다루었다.

대법원 2009. 5. 28. 선고 2009두2238 판결은 사업장에서 상이한 근로자집단이 하나의 근로조건 체계 내에 있는 경우에 취업규칙 불이익변경의 동의주체를 어떤 범위로 확정할 것인가에 대한 해석기준을 정립한 의미있는 판례이다. 대법원 2001. 1. 5. 선고 99다70846 판결은 취업규칙을 불이익하게 변경하는 경우라도 '동의'를 효력발생요건으로 하지 않는 예외적 경우로서 법원이 제시하고 있는 '사회통념상 합리성'에 대한 판결이다. 학계의 비판에도 불구하고 판례는 "변경된 취업규칙이 법적 규범성을 시인할 수 있을 정도로 사회통념상 합리성이 인정되는 경우에는 설령 취업규칙의 불이익변경에 해당하더라도 근로자 집단의 동의를

받지 않아도 효력이 있다"는 입장을 보이고 있다.

「징계해고」에 있어서는 하급심이지만 단체협약에 반한 취업규칙에 의한 징계해고의 정당성에 대한 서울고등법원 2010. 4. 14. 선고 2009누25509 판결을 분석하였다. 대상판결의 쟁점은 단체협약에서 단체협약의 사유로만 해고할 수 있도록 규정한 경우에 취업규칙에서 당연퇴직사유로 정한 사유로 근로관계를 종료시킬 수 있는지 여부이다. 법원은 단체협약에서 정한 해고사유 이외에 근로자의 의사에 반하여 면직할 수 있는 사유를 새로 규정한 취업규칙의 당연퇴직규정은 단체협약에 위배되어 무효라는 전제하에 해고의 정당성을 판단하였다.

「퇴직금」에 관한 판례로는 ①대법원 2001. 11. 13. 선고 2000다18608 판결(퇴직금 계산에 있어서의 계속근로기간) ②대법원 2010. 5. 20. 선고 2007다90760 판결(연봉제에 있어서의 퇴직금분할약정의 효력)을 분석하였다.

대법원 2001. 11. 13. 선고 2000다18608 판결은 영업양도시 퇴직금 계산에 있어서의 계속근로기간 산정기준을 정립한 대표판례이다. 대상판결은 "근로자가 회사의 영업양도로 인하여 회사의 일방적 결정으로 퇴직 및 재입사의 형식을 거친 것이라면 퇴직금을 지급받았더라도 계속근로관계는 단절되지 않는다"고 보았다.

대법원 2010. 5. 20. 선고 2007다90760 판결은 현재 사업장에서 흔히 활용하고 있는 임금지급형태인 연봉제 시스템하의 '퇴직금분할약정의 효력'에 관한 판례이다. 기존의 판례가 일관되게 퇴직금분할약정의 경우 근로자의 최종 퇴직시 발생하는 퇴직금청구권을 사용자와의 약정을 통해 사전에 포기하는 것으로 강행법규 위반으로 무효라는 것에만 비중을 두어 판시한 것과 달리, 대상판결은 퇴직금분할약정에 의하여 지급된 퇴직금 명목의 금원은 통상임금이 아닌 법률상 원인 없이 지급된 부당이득에 해당한다는 점에 착안하여 판결을 내리고 있다.

상시 근로자의 수와 근로기준법의 적용 :
대법원 2000. 3. 14. 선고 99도1243 판결

전혜린

충남대학교 법학전문대학원 석사과정

Ⅰ. 사안의 개요

1. 사실관계

(1) 피고인은 이삿짐 운송업체를 경영하고 있는데, 상주직원으로는 현장소장 강동수, 경리직원 이경아, 운전기사 박근우 등 3인을 고용하고 있고, 이삿짐 운반용의 5t 탑차, 이사작업용 장비를 운반하기 위한 1t 트럭 1대를 보유하고 있다.

(2) 업무는 이삿짐 운송 의뢰가 들어오면 전화상담이나 현장답사를 통해 이삿짐의 부피를 정한 후, 현장작업자를 일당제로 고용하고, 5인 1조로 현장에 파견하는 방식으로 이루어진다. 이때, 현장작업자는 일이 있을 때마다 전화나 호출기 등으로 연락하여 현장작업에 투입되며, 그들에 대한 노임은 작업당일의 수입에서 필요 경비를 공제한 뒤 일정비율로 안분하여 지급된다.

(3) 현장작업자 중에는 위 업체에 자주 출역하는 '고정인부'도 있고 그렇지 않은 사람도 있으나, 고정인부들이 매일 사무실로 출근할 의무는 없고 출근부도 없으며 단지 위 업체의 일을 자주 하게 된 관계로 일이 있을 경우 우선적으로 그 작업을 맡게 되고, 부족한 인원은 그때그때 연락이 되는 대로 다른 곳에서 충원되며, 위 고정인부들은 위 업체에 일이 없으면 다른 동종 업체에도 출역하였다.

(4) 1996년 1월 중, 약 일주일에 걸친 동아대학교 도서관 이전작업에 현장소장 강동수의 부탁으로 고정인부인 위 정정수가 일당 4만 원에 대학생 64명을 동원하여 작업을 하였다.

(5) 위 업체가 고정인부 정정수 및 대학생 64명에게 임금을 지급하지 않아, 구 근로기준법(1996. 12. 31. 법률 제5245호로 개정되기 전의 것, 이하 '근로기준법'이라고 한다) 제30조[2] 소정의 임금청산의무위반을 이유로 기소되었다.

2. 논점

사안에서는 ① 근로기준법 구 제10조 제1항[3] 소정의 '상시 5인 이상의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장'의 의미 및 ② 상주직원 3인을 고용하고 이사작업에는 일용근로자를 사용하는 이삿짐운송업체가 근로기준법 적용대상인 '상시 5인 이상의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장'에 해당하는지 여부가 핵심적인 쟁점이다.

Ⅱ. 판결요지 및 이유

1. 원심

(1) 판결요지

피고인과 정정수, 피고인과 대학생들 간의 종속적 근로관계를 인정할 수 없어, 근로기준법의 근로자에 해당한다고 할 수 없다. 또한, 피고인이 상시 근로자 5명 이상을 고용하여 위 업체를 경영하였다고 볼 수 없다.

(2) 이유

① 도서관 이전작업을 일시 도와 준 대학생들이 피고인과 종속적인 관계에서 근로를 제공한 것으로 볼 수 없음은 물론 위 정정수를 비롯한 이른바 고정인부라고 불리는 현장의 다른 작업자들도 피고인과 전속(전속)관계가 없고, ② 근무시간의 구속을 받지 않으며, ③ 출역하지 않은데 대하여 제재도 받지 아니하고, 서로 상대방에 대하여 작업할 기회를 요구하거나 작업할 권리를 예정하지 않고 있다.

---

2) 2012. 02. 01. 법률 제11270호의 제36조에 해당.
3) 2012. 02. 01. 법률 제11270호의 제11조 제1항에 해당.

또한, ④ 현장소장 등 상주직원 3인 외에 달리 위 업체의 상시 근로자라고 볼 만한 다른 사람이 있음을 인정할 증거가 없다.

2. 대법원

(1) 판결요지

사안의 고정인부들은 일용근로자인 것이고, 일당을 목적으로 위 도서관이전작업을 한 대학생들 역시 마찬가지로서, 모두 근로기준법상의 근로자에 해당한다.

또한, 1996년 1월 중의 작업빈도가 이례적으로 많은 경우가 아니라면, 사안의 작업횟수와 작업일수, 작업시 사용된 일용근로자의 인원, 이삿짐운반업의 특성상 이삿짐운반작업 자체는 매일 수행하게 되는 것은 아니라는 점 등에 비추어 피고인은 이 사건에서 문제된 근로자들의 퇴직 당시 상주직원인 3인에 현장의 이삿짐운반작업자인 2인 이상의 일용근로자를 포함하여 상시 5인 이상의 근로자를 사용하여 이삿짐운반업을 영위하고 있다고 판단된다.

원심 판결을 파기 환송한다.

(2) 이유

1) 고정인부들은 피고인에 대하여 지고 있는 근로제공의무를 이행하기 위해서가 아니라 일감을 구하여 사무실에 출근하는 것이고, 일감이 있어 일당제로 고용되어야 비로소 당일의 이삿짐운반작업을 하게 된다. 그러므로 원심이 고정인부들과 피고인간의 종속적 근로관계를 부인하는 근거로 들고 있는 사유는, 고정인부들의 근로제공의무의 발생원인이 되는 고용계약이 성립되기 전이거나 이들이 고용되지 않았을 때의 사정에 불과하여, 현실적으로 근로의 제공 및 수령이 이루어지고 있는 당사자 간에 있어서 그 존부가 문제되는 사용종속성에 관한 판단자료로 삼을 수는 없다.

2) 근로기준법의 적용 범위를 정한 구 동법 제10조 제1항[4] 소정의 '상시 5인 이상의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장'은, '상시 근무하는 근로자의 수가 5인 이상인 사업 또는 사업장'이 아니라, '사용하는 근로자의 수가 상시 5인 이상인 사업 또는 사업장'을 뜻하는데, 이 경우 상시라 함은 상태(常態)라고 하는 의미로서 근로자의 수가 때때로 5인 미만이 되는 경우가 있어도 사회통념에 의

4) 2012. 02. 01. 법률 제11270호의 제11조 제1항에 해당.

하여 객관적으로 판단하여 상태적으로 5인 이상이 되는 경우에는 이에 해당하며, 여기의 근로자에는 당해 사업장에 계속 근무하는 근로자뿐만 아니라 그때그때의 필요에 의하여 사용하는 일용근로자 역시 포함한다고 해석해야 한다.

Ⅲ. 판결 검토

헌법재판소는 근로기준법이 적용범위를 '상시 5명 이상의 근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장'으로 한정함에 있어서, 근로기준법의 확대적용을 위한 지속적인 노력을 기울이는 과정에서 한편으로는 영세사업장의 열악한 현실을 고려하고, 다른 한편으로는 국가의 근로감독능력의 한계를 아울러 고려해야 한다고 판시[5]한다.

이처럼 근로기준법 제11조의 동법 적용범위 규정은 근로기준법의 법규범성을 실질적으로 관철하기 위한 입법 정책적 결정이 입법화된 것이라 할 것이므로, 법원은 '상시'의 기준을 판단하는 데에 있어서도 합리적인 범위 내에서 재량을 가진다. 그에 따라 대법원은 위의 사안에서 '상시'의 의미와 관련하여 '사회통념에 의하여 객관적으로 판단하여 근로자의 수가 상태적으로 5인 이상이 되는 경우'로 판시였는데, 이는 노동시장의 현실을 최대한 반영하기 위한 노력인 것으로 생각된다. 즉, 근로기준법의 적용이 사업자에게 재정적 부담을 지울 수 있다는 사실을 감안하면, 규모가 영세한 사업자나 사안의 이삿짐운반업체처럼 업무 특성상 근로자 사용이 수시로 가변적일 수밖에 없는 사업장은 상시 근무자를 되도록 적게 고용하려 할 것이고, 이는 곧 근로자가 보호의 사각지대에 놓이는 결과로 이어질 위험이 있다. 따라서 대법원이 근로기준법의 적용범위를 해석함에 있어 '상태'의 개념을 적용하였는데, 이와 같은 유연한 판단은 사회통념이 태생적으로 품고 있는 '모호함'이라는 특성 때문에 자칫하면 명확성을 담보하지 못할 위험도 있다. 그러나 합목적적 측면에서 본다면, 근로관계에 있어서 근로자는 사용자보다 열적 위치에 놓이는 것이 일반적이므로, 대법원이 사안과 같이 일시적인 필요에 따라 일당제로 고용된 근로자도 근로기준법의 보호 범위에 포섭한 것은 나름의 합리성과 타당성을 충분히 갖추었다고 본다.

5) 헌법재판소 1999. 9. 16. 자 98헌마310 결정.

Ⅳ. 최근 판례의 동향

위에서 살폈듯이, 2000. 3. 14. 자 선고 99도 1243 판결에서 위와 같은 기준이 제시된 후로, 판례는 근로기준법 제11조 1항의 '상시 5인 이상의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장'을 판단함에 있어서 일관적으로 그 기준을 따르고 있는 것으로 보인다. 최근 대법원은 2008. 3. 27. 자 판결에서, 폐업일 직전 등 일시적으로 직원 수가 4인이었을 때도 있었지만 그 기간을 모두 합쳐도 3-4개월 정도밖에 되지 않았던 사실 등을 인정한 다음, (상호 생략)식당의 상시 근로자수는 사회통념상 5인 이상이었다고 봄이 상당하다고 판단[6]하였다.

6) 대법원 2008. 3. 27. 선고 2008도364 판결.

근로기준법상 근로자 개념과 사용종속성의 판단기준 : 대법원 2011. 3. 24. 선고 2010두10754 판결

최우식

충남대학교 법학전문대학원 석사과정

Ⅰ. 사안의 개요

1. 당사자

(1) 원고, 상고인 : 한국방송공사
(2) 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장
(3) 피고보조참가인 : 김○○, 이○○

2. 사실관계

(1) 근로관계의 설정 및 존속

김○○, 이○○(이하 '피고보조참가인들'이라 함)은 한국방송공사(이하 '원고'라 함)에 영상취재요원으로 채용되어 2년 또는 5년 동안 근무하였다. 이 기간 동안 피고보조참가인들은 원고가 지정한 장소와 시간에 일정한 영상을 촬영하여 수정·편집하여 왔으며, 촬영 작업부터 편집 작업까지 지속적으로 수정 지시를 받아 왔다. 임금은 매월을 기본단위로 하여 일당 일정액에 실제 근무일수를 곱한 금액을 지급받아 왔고, 업무 수행에 잘못이 있는 경우 그 잘못의 경위를 기재한 시말서 등을 제출하였다. 피고보조참가인들은 자신 소유의 카메라로 업무에 임하였고, 원고로부터 근태관리를 받지 않았으며, 4대보험에도 가입되어 있지 않았다. 그리고 근로소득세도 원천징수하고 있지 않았다.

(2) 사업자등록요구 및 계약해지

2008. 7. 1.부터 기간제및단시간근로자보호법(이하 '기단법'이라 함)이 시행될 예정이었는데, 동법 제4조 제1항에서는 기간제근로자의 사용기간을 2년을 넘지 못하도록 규정하고 있으며, 동조 제2항에서는 사용자가 법정 사유 없이 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용하는 경우에는 그 기간제근로자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 의제하고 있다. 동조항은 동법 부칙 〈제8074호, 2006.12.21〉 제2항에 따라 동법 시행 후 근로계약이 체결·갱신되거나 기존의 근로계약기간을 연장하는 경우부터 적용된다.

피고보조참가인들은 2008. 7. 1.이후 체결·갱신된 계약일로부터 2년을 초과해서 근무할 경우 기단법 제4조 제2항에 따라 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 의제되는 상황이었다.

2007. 8. 2. 원고는 피고보조참가인들에게 사업자등록을 요구하였고, 이에 불응하자 근로계약을 종료하였다.

(3) 노동위원회 구제신청 인용

피고보조참가인들은 원고의 근로계약 종료를 부당해고라고 주장하며, 노동위원회에 부당해고구제신청을 하였고, 중앙노동위원회는 피고보조참가인들이 근로자에 해당하며 해고는 부당하다고 판정하였다.[1)]

Ⅱ. 판결요지 및 이유

1. 판결요지

피고보조참가인들이 정해진 기본급이나 고정급을 지급받은 것은 아니고 원고로부터 근로소득세를 원천징수당하지 아니하였으며 원고가 참가인들에 대하여 취업규칙 등의 규정을 적용하지 않은 사정이 있다고 하더라도, 이러한 사정들은 최근에 급격하게 증가하고 있는 비정규직 근로자에게 일반적으로 나타나는 현상으로 볼 수 있을 뿐 아니라 사용자인 원고가 경제적으로 우월한 지위에서 사실

1) 중앙노동위원회 2008. 05. 19. 판정, 2008부해79.

상 임의로 정할 수 있는 사정들에 불과하다고 여겨지는 점 등을 종합하여 보면 비록 참가인들이 6㎜ 카메라를 직접 소유하고 있고 원고로부터 명시적인 출·퇴근시간 등의 근태관리를 받지 않았으며 참가인들에 관하여 4대 보험이 가입되어 있지 않다고 하더라도, 참가인들은 원고와의 근로관계에 있어 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 원고에게 근로를 제공한 근로자에 해당한다.

2. 판결이유

(1) 기존 판례에서의 근로자성 판단 기준

근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 위에서 말하는 종속적인 관계가 있는지 여부는 ▲업무내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무 인사 규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘 감독을 하는지, ▲사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지, ▲노무제공자가 스스로 비품 원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제 3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, ▲노무제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지와 ▲보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, ▲근로제공 관계의 계속성과 ▲사용자에 대한 전속성의 유무와 그 정도, ▲사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다.

(2) 최근 판례에서 부가하여 설시된 근로자성 판단 기준

기본급이나 고정급이 정하여졌는지 근로소득세를 원천징수하였는지 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크다는 점에서 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다.

(3) 본 사안에서의 판단

원심은 제1심판결 이유를 인용하여 다음과 같은 사정 즉, ① 참가인들이 원고의 채용공고에 의하여 영상취재요원으로 채용되어 원고가 기획·의도한 특정한 장소에서 특정한 시간 내에 일정한 영상을 촬영하여 이를 수정·편집하여 온 점, ② 참가인들은 영상제작에 관하여 그 작업의 특성상 일정한 재량을 가지고 작업을 하여 왔으나, 원고 소속 취재담당기자의 기획의도에 따라 제작된 촬영 및 편집구성안에 따라 구체적인 인터뷰 내용 및 방법, 촬영 방법, 기타 영상 내용 등에 대하여 촬영 작업부터 편집 작업까지 지속적으로 수정 지시를 받아 왔고, 위와 같은 촬영 및 편집구성안 이외에도 현장에서 구두로 또는 이메일을 통하여 지속적인 수정 지시를 받아 온 점, ③ 참가인들은 위와 같은 업무수행의 대가로 프로그램 아이템의 촬영 영상당 일정액으로 계산된 금액을 지급받은 것이 아니라 매월을 기본단위로 하여 일당 일정액에 실제 근무일수를 곱한 금액을 급여로 지급받아 온 점, ④ 원고가 참가인들에게 다른 회사의 영상취재요원으로 근무하는 것을 금지하지 아니하였다고 하더라도 참가인들의 원고에 대한 업무일지 등에 기재된 실제 근무일과 근무시간상 참가인들이 원고의 영상취재요원으로 근무하면서 원고가 아닌 다른 회사의 영상관련업무에 종사하는 것은 사실상 불가능한 것으로 보이는 점, ⑤ 원고는 영상취재요원에게 위와 같은 업무를 수행하게 하면서 그 업무 수행에 잘못이 있는 경우 그 잘못의 경위를 기재한 시말서 등을 징구하여 온 점, ⑥ 원고는 2년 또는 5년 동안 참가인들과의 근로관계를 지속적으로 유지해 오다가 이른바 비정규직 보호법 발효를 앞둔 참가인들에 대하여 위와 같은 비정규직 2007. 8. 2. 보호법의 적용을 배제하기 위한 목적으로 사업자등록을 요구한 후 이 사건 계약종료에 이르게 된 것과 원고 스스로 작성한 'VJ운영개선방안'의 내용 등에 비추어, 원고 스스로도 참가인들과 같은 영상취재요원의 근로형태가 근로기준법에 정한 근로자로 인정받을 수 있다는 것을 충분히 예상하고 있었다고 보이는 점, ⑦ 참가인들이 정해진 기본급이나 고정급을 지급받은 것은 아니고 원고로부터 근로소득세를 원천징수당하지 아니하였으며 원고가 참가인들에 대하여 취업규칙 등의 규정을 적용하지 않은 사정이 있다고 하더라도 이러한 사정들은 최근에 급격하게 증가하고 있는 비정규직 근로자에게 일반적으로 나타나는 현상으로 볼 수 있을 뿐 아니라 사용자인 원고가 경제적으로 우월한 지위에서 사실상 임의로 정할 수 있는 사정들에 불과하다고 여겨지는 점 등을 인정한 다음 이러한 사정을 종합하여 보면 비록 참가인들이 6mm 카메

라를 직접 소유하고 있고 원고로부터 명시적인 출 퇴근시간 등의 근태관리를 받지 않았으며 참가인들에 관하여 4대 보험이 가입되어 있지 않다고 하더라도 참가인들은 원고와의 근로관계에 있어 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 원고에게 근로를 제공한 근로자에 해당한다고 판단하였다. 원심의 이와 같은 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 채증법칙 위반이나 근로기준법상 근로자의 판단기준에 관한 법리오해 또는 이유모순 등의 위법이 없다.

Ⅲ. 판결 검토

지난 해 8월 현재 국내 비정규직 근로자의 수는 599만 5천명으로 6백만 명에 육박하고 있다.[2] 이는 전체 근로자 1,751만 명의 약 34%에 해당하는 수치이다. 직무급이 보편화되어 있지 않은 우리나라의 상황에서 비정규직 근로자라 함은 낮은 임금수준과 높은 고용단절 위험에 노출되어 있음을 의미한다. 정치권과 노동계에서는 비정규직 근로자의 수를 줄이기 위한 다각적인 노력을 지속해 왔고, 그 결과물 중 하나가 소위 비정규직 보호법이다.

'비정규직 근로자'라는 표현은 법률에 정의를 둔 개념은 아니지만, 일반적으로 정규직 근로자에 대비되는 표현으로 기간제근로자, 단시간근로자, 파견근로자를 포괄하는 개념으로 쓰인다. 소위 비정규직 보호법에는 기간제및단시간근로자보호등에관한법률과 파견근로자보호등에관한법률이 포함된다. 다소 미비한 점은 있지만, 위 법률이 비정규직 근로자를 보호하는 기능을 수행함을 부정하기는 어려워 보인다. 그런데 위 법률의 보호를 받기 위하여는 일단 근로자에 해당하여야 하기 때문에, 근로자성 판단의 문턱을 넘지 못하여 노동법의 사각지대에 머무는 특수고용형태종사자의 문제가 심각한 상황이다.

우리나라의 법령상 근로자성 판단 기준은 추상적이기 때문에 판례를 통하여 보충이 이루어져 왔고, 실무에서는 이러한 판례의 기준을 근로자에 대한 사용자 책임을 면하기 위한 수단으로써 빈번하게 활용하여 왔다. 특정 직종의 종사자에 대하여 사업자등록을 하도록 하고, 작업도구를 스스로 구비하도록 하며, 4대보험 신고를 하지 않는 것 등의 조치는 사업주가 우월한 지위에서 강요할 수 있는 부분이기 때문이다. 하지만 대상판결을 비롯한 최근의 판례들은 기존의 판례에서

2) 통계청, 경제활동인구조사(근로형태별 부가조사), 2011. 8.

일관되게 원용하고 있는 근로자성 판단 기준들 중에서 사용자가 일방적으로 정할 수 있는 요소들을 판단에서 배제할 수 있는 여지를 남겨두고 있다. 최근 판례의 태도는 스스로가 세운 기준이 악용되고 있는 현실에 대한 적극적인 개선 의지를 천명한 것으로 평가될 수 있다.

이러한 판례의 변화에 따라 기존 판례의 기준들을 이용하여 근로자성을 부인하려는 시도는 더 이상 용이하지 않게 되었다. 다만, 대상판결의 경우 피고보조참가인들과 원고가 근로관계를 개시하여 유지하다가 비정규직 보호법의 시행을 앞두고 근로관계를 단절시키려고 했다는 점에서 노동위원회와 법원에서 일관되게 근로자의 손을 들어줬지만, 사업주가 처음부터 특정 직종 종사자의 근로자성을 배제하려고 의도한 경우에는 같은 결론이 나오기가 쉽지 않을 것이다. 특히, 특수고용형태종사자들의 경우 대상판결의 법리만으로는 그 해결이 곤란하다는 점에서 한계가 있으나, 판례를 통해 확인되는 법원의 개선 의지 자체는 긍정적으로 볼 것이다.

Ⅳ. 최근 판례의 동향

1. 서울행정법원 2012. 2. 9, 선고 2011구합20932 판결

구직자가 조합원으로 포함된 지역별 노조(서울 청년유니온) 설립 신고에 대하여 행정청은 구직자는 노동조합및노동관계조정법(이하 '노조법'이라 함) 제2조 제1호에서 정하고 있는 자가 아니기 때문에 동조 제2호 라목 본문에 따른 결격 사유에 해당되고, 구직자를 제외하면 1인 조합으로서 단체성을 결하여 노동조합으로 볼 수 없다는 이유로 반려처분을 하였다.

이에 서울 청년유니온은 서울행정법원에 위 반려처분의 취소를 구하는 소를 제기하였고, 서울행정법원은 노조법 제2조 제1호 및 제4호 라목 본문에서 말하는 '근로자'에는 특정한 사용자에게 고용되어 현실적으로 취업하고 있는 자뿐만 아니라, 일시적으로 실업 상태에 있는 자나 구직 중인 자도 노동3권을 보장할 필요성이 있는 한 그 범위에 포함되어야 한다고 보아 원고의 청구를 인용하였다.

2. 대법원 2011. 7. 14. 선고 2009다37923 판결

대법원은 원고인 디지털판매사들이 원고들이 근로기준법상의 근로자에 해당함을 전제로 하여 퇴직금을 청구한 사안에서, 전자제품 제조·판매회사인 피고와의 사이에 팀장 운영약정을 체결한 후 디지털판매사를 모집하여 교육·관리하고 피고로부터 원고들 소속 디지털판매사의 판매실적에 따라 수수료를 지급받아 온 원고들을 포함한 팀장들은 종속적인 관계에서 피고에게 임금을 목적으로 근로를 제공한 것이라고 볼 수 없다고 보아, 원고들의 퇴직금 청구를 기각한 원심판결을 수긍하였다.

근로기준법상 사업주에 대한 판단 :
대법원 1996. 6. 11. 선고 96누1504 판결

이동연

충남대학교 법학전문대학원 석사과정

Ⅰ. 사안의 개요

① 농업협동조합중앙회는 신촌사업장 운영에 있어서 전국항운노동조합연맹 산하 서울특별시 농산물종합시장노동조합 소속 조합원을 사용하여왔다. ② 이에 근로복지공단이 농업협동조합중앙회에 대하여 산재보험 보험료부과처분을 하였다. 보험료부과처분은 고용노동부장관의 위탁을 받은 근로복지공단이 행정청으로서 우월한 지위에서 행하는 행정처분이므로 행정소송법상의 '처분'에 해당한다. ③ 따라서 농업협동조합중앙회는 행정심판 또는 행정소송으로 이를 다툴 수 있고, 농업협동조합중앙회는 원고로서 보험료부과처분 취소소송을 제기하였다. ④ 보험료 부과처분의 당부를 판단함에 있어서 항운노조 산하 조합원의 '근로자성'을 인정할 수 있는지 여부가 쟁점이 된다. 근로자성이 인정되어야 산재보험법상 보험료부과처분을 할 수 있기 때문이다.

Ⅱ. 판결요지 및 이유

[판결요지]

[1] 구 산업재해보상보험법(1993. 12. 27. 법률 제4641호로 개정되기 전의 것) 제3조, 제6조, 제19조, 근로기준법 제14조, 제18조 등의 관계 규정을 종합하면 산업재해보상보험에 가입한 사업주는 근로기준법 소정의 근로자 즉, 직업의 종류를 불문하고 자신의 근로의 대상으로 사용자로부터 금품을 받을 것을 목적으로 사용자와의 사이에 실질적인 사용종속관계를 유지하면서 사용자에게 근로를 제

공하는 자에 대한 관계에서만 보험가입자로서의 보험료 납부의무가 있다.

[2] 근로기준법상의 근로자에 해당되는지를 판단함에 있어서는 업무의 내용이 사용자에 의하여 정하여지고 취업규칙 또는 복무규정 등의 적용을 받으며, 업무수행과정에 있어서도 사용자로부터 구체적, 개별적인 지휘, 감독을 받는지 여부, 사용자에 의하여 근무시간과 근무장소가 지정되고 이에 구속을 받는지 여부, 근로자 스스로가 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 업무의 대체성 유무, 비품, 원자재, 작업도구 등의 소유관계, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격이 있는지 여부와 기본급이나 고정급이 정하여져 있는지 여부 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로제공관계의 계속성과 사용자에의 전속성의 유무와 정도, 사회보장제도에 관한 법령 등 다른 법령에 의하여 근로자로서의 지위를 인정받는지 여부, 양 당사자의 경제 사회적 조건 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

[3] 전국항운노동조합 산하 서울특별시농산물종합시장노동조합 소속의 근로자들을 파견받아 사업장에서 하역작업을 시켜 온 농업협동조합중앙회와 근로자들과 사이에 실질적인 사용종속관계가 없다고 본 사례.

【전 문】

【원고,상고인】 농업협동조합중앙회 (소송대리인 변호사 이기창)

【피고,피상고인】 근로복지공단 (변경전 피고 서울서부지방노동사무소장)

【원심판결】 서울고법 1995. 11. 28. 선고 94구23335 판결

【주문】

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

【이유】

상고이유를 본다.

1. 원심판결 이유에 의하면 원심은 거시 증거들에 의하여 농민의 자주적인 협동조직인 단위조합과 특수조합을 그 회원으로 하여 회원조합의 공동이익의 증진과 그 건전한 발전을 도모함을 목적으로 설립된 원고는 그 산하에 농산물을 구입 또는 판매하거나 정부양곡을 보관하는 사업장인 신촌사업장(고양창고, 사직슈퍼마켓 및 서대문전시장을 포함한다, 이하 이 사건 사업장이라 한다.)을 운영하고 있는 사실, 이 사건 사업장에는 전국항운노동조합연맹 산하 서울특별시 농산물종합시장노동조합(이하 소외 조합이라 한다.) 소속의 근로자들(이하 이 사건 하역작업자들이라 한다.)인 소외 고금환(고금한의 오기로 보인다.) 외 9인이 상

하역 및 입출고의 작업에 종사하고 있는 사실, 이 사건 하역작업자들은 매일 07 : 00경 출근하여 원고 소속 담당직원으로부터 당일의 작업지시를 받고 작업반장인 고금한이 중심이 되어 상하차 작업을 실시하는데 작업내용은 실려오는 양곡을 하차하여 보관창고에 쌓아 놓았다가 다시 창고에 쌓여 있는 양곡을 하주의 차량에 실어주는 단순, 반복적인 작업이어서 그 수행과정에서 원고로부터 구체적인 작업지시를 받지 아니하나 작업종료에 관하여는 원고의 작업종료의 지시 없이는 귀가할 수 없었던 사실, 위 고금한은 1977년경부터 이 사건 작업장에서 계속 하역작업을 담당하여 왔고, 다른 하역작업자들도 마찬가지로 같은 장소에서 계속하여 하역작업을 수행하여 오고 있으며, 이 사건 사업장 중 고양창고의 경우에는 이 사건 원고가 설치한 운반장치(콘베이어)를 이용하여 하역작업을 하고 있는 사실, 이 사건 하역작업자들은 하역작업에 대한 대가로 매년 원고가 정하는 정부양곡 하역요율에 따른 상하차료 및 검근료를 지급받는데, 그 지급방식은 원고가 이를 일률적으로 관리하였다가 일정한 기간 동안 적립된 것을 이 사건 하역작업자들에게 직접 지급하는 형식을 취하고, 이때 원고는 위 보수가 자유직업소득에서 발생하는 사업소득으로 보고 개정 전 소득세법 소정의 규정에 따라 1%에 해당하는 금액을 소득세로 원천징수하는 한편, 이 사건 하역작업자들은 각기 사업소득자로서 해당세무서에 종합소득세를 신고, 납부하여 온 사실, 또한 이 사건 하역작업자들은 그들이 속한 소외 조합에 조합비로 7,500원을 납부하고, 이 사건 사업장 내에 설치된 노동조합사무실을 근로자의 대기실로 사용하고 있을 뿐 소외 조합이 하역작업자들에 대한 보수지급이나 작업지시에 관하여 일체 관여하지 아니하고 있는 사실을 인정한 다음, 사실관계가 이러하다면 이 사건 하역작업자들은 비록 원고와의 사이에서 정식으로 고용계약이나 도급계약을 체결한 것은 아니지만 원고와 사용종속관계에 있는 근로자에 해당하고, 따라서 원고는 이 사건 하역작업자들에 대한 관계에서 보험료 납부의무를 지는 사업주의 지위에 있으므로, 이 사건 보험료부과처분은 적법하다고 판단하였다.

2. 가. 산업재해보상보험법(1993. 12. 27. 법률 제4641호로 개정되기 전의 법률) 제3조, 제6조, 제19조, 근로기준법 제14조, 제18조 등의 관계 규정을 종합하면 산업재해보상보험에 가입한 사업주는 근로기준법 소정의 근로자 즉, 직업의 종류를 불문하고 자신의 근로의 대상으로 사용자로부터 금품을 받을 것을 목적으로 사용자와의 사이에 실질적인 사용종속관계를 유지하면서 사용자에게 근로를 제공하는 자에 대한 관계에서만 보험가입자로서의 보험료 납부의무가 있다(당원 1995. 1. 4. 선고 94누9290 판결 참조).

그리고 근로기준법상의 근로자에 해당되는지를 판단함에 있어서는 업무의 내용이 사용자에 의하여 정하여지고 취업규칙 또는 복무규정 등의 적용을 받으며, 업무수행과정에 있어서도 사용자로부터 구체적, 개별적인 지휘, 감독을 받는지 여부, 사용자에 의하여 근무시간과 근무장소가 지정되고 이에 구속을 받는지 여부, 근로자 스스로가 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 업무의 대체성 유무, 비품, 원자재, 작업도구 등의 소유관계, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격이 있는지 여부와 기본급이나 고정급이 정하여져 있는지 여부 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로제공관계의 계속성과 사용자에의 전속성의 유무와 정도, 사회보장제도에 관한 법령 등 다른 법령에 의하여 근로자로서의 지위를 인정받는지 여부, 양 당사자의 경제 사회적 조건 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(당원 1994. 12. 9. 선고 94다22859 판결, 1995. 6. 30. 선고 94도2122 판결 등 참조).

나. 이 사건에 돌아가 원고와 하역작업자들 사이에 실질적인 사용종속관계가 있는가에 대하여 보건대, 소외 조합 소속의 이 사건 하역작업자들 중 하나로서 작업반장인 원심증인 고금한의 증언을 포함한 원심이 채용한 증거들과 기록에 의하더라도,

(1) 이 사건 하역작업자들은 소외 조합에 소속되어 원고의 요청에 따라 소외 조합으로부터 이 사건 사업장에 파견된 자들로서, 원고와 사이에 개별적인 근로계약을 체결한 바 없이 이 사건 사업장에서의 작업량에 따라 근로를 제공하고 있고,

(2) 원고가 그들에 대한 채용, 인사이동, 해고 및 퇴직 등에 관한 인사권을 갖고 있다거나 그들에게 적용되는 취업규칙 등이 있다고 볼만한 자료가 전혀 없으며,

(3) 이 사건 하역작업자들이 통상 07 : 00경 출근하는 이유는 출근시간이 정해져 있기 때문이 아니라 하역작업의 특성상 작업량을 예측하기가 곤란하므로, 작업이 있을 경우에 대비하기 위한 것뿐으로 보이고,

(4) 원고가 이 사건 하역작업자들에게 하였다는 작업지시의 구체적인 내용은 작업대상을 정하여 작업을 지시하고 작업종료를 통보하는 정도인데, 이는 이 사건 하역작업의 내용이 구태여 자세한 지시를 필요치 않는 단순, 반복적 업무인 점, 이 사건 사업장에서 농산물의 구입, 판매 또는 정부양곡의 보관 등의 업무를 담당하는 원고가 사업장 관리운영계획에 따라 이 사건 하역작업자들에게 그 날의 작업대상과 작업내용을 개괄적

으로 지적하고, 작업종료를 통보하는 것은 노무를 제공받는 사업자로서 통상적으로 할 수 있는 범위 내의 지시라고 보여지는 점 등에 비추어 위와 같은 정도의 작업지시를 원고가 이 사건 하역작업자들에 대하여 작업수행과정에 있어서 구체적, 개별적인 지휘 감독을 하였다고 할 수 없고,

(5) 또한 이 사건 하역작업자들이 이 사건 사업장에서 장기간 계속 근로를 하였다는 것은 이 사건 사업장의 작업물량이 계속 있었다는 사정에 기인하는 것일 뿐, 만일 이 사건 사업장의 작업물량이 없을 경우에는 이 사건 하역작업자들로서는 소외 조합의 지시에 의하여 하역작업을 필요로 하는 다른 회사들의 사업장에서 근로하였을 것임은 그들의 지위에 비추어 충분히 예상할 수 있는 것이므로, 이와 같은 계속적인 작업을 근거로 이 사건 하역작업자들의 근로가 원고 회사에게 종속된 것이라고 볼 수도 없으며,

(6) 한편 원고가 상하차비 및 검근료를 이 사건 하역작업자들에게 직접 지급하다가 이 사건 처분 이후인 1994. 8.부터 직접 지급하지 않고, 소외 조합에 소속된 작업반장인 위 고금한에게 지급하여 그로 하여금 이 사건 하역작업자들에게 분배시키고 있는 점(기록 92면, 위 고금한의 진술서)에 비추어 원래부터 원고가 상하차비 등을 이 사건 하역작업자들에게 지급하여야 할 의무가 있었다고는 단정할 수 없고, 오히려 사무의 편의상 또는 소외 조합과의 약정상 소외 조합의 업무를 원고가 대행하고 있는 것이 아닌가 하는 의심이 들고,

(7) 원고는 이 사건 하역작업자들이 자유직업에 종사하는 것으로 보고, 사업소득세를 원천징수한 것이지 근로자로 보고 갑종근로소득세를 원천징수한 것이 아니며,

(8) 이 사건 사업장 내에 소외 조합의 사무실이 설치되어 있고, 위 고금한이 작업반장의 지위에 있는 점 등에 비추어 소외 조합은 위 고금한을 통하여 다른 하역작업자들의 작업을 지시하고 있는 것으로도 볼 수 있으므로,

위와 같은 이 사건 하역작업자들의 근로제공의 형태, 작업비 지급의 형태 등 모든 사정을 종합하여 보면 원고와 이 사건 하역작업자들 사이에는 실질적인 사용종속관계가 없다고 봄이 상당하다.

다. 그럼에도 불구하고 원심은 이와 달리 소외 조합으로부터 파견된 이 사

건 하역작업자들과 원고와 사이에 실질적인 사용종속관계가 있다고 보고, 원고가 산업재해보상보험법상의 보험료 납부의무를 지는 사업주의 지위에 있다고 판단하였으니, 원심판결에는 근로기준법 소정의 근로자에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 것이므로, 이 점을 지적하는 논지는 이유 있다.

그러므로 원심판결을 파기하고, 다시 심리·판단케 하기 위하여 사건을 원심법원에 환송하기로 관여 법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

대법관 김석수(재판장) 정귀호 이돈희(주심) 이임수

Ⅲ. 판결검토

1. 근로기준법상 근로자의 개념 판단

근로자성의 판단은 사용종속관계의 여부를 판단하여야 하는데, 이를 판단함에 있어서는 근로자에 대한 노동법의 보호필요성을 염두에 두고, 구체적 사안에 따라 판단할 수밖에 없다. 판례는 1994년부터 2010년까지 이 구체적 판단기준에 변화를 보였는데,

(1) 1994년 대법원 판시 내용에서는,

① 사용자로부터 구체적 지휘감독 여부 ② 사용자의 근무시간 및 장소 구속 여부 ③ 비품 및 원자재의 소유관계 ④ 업무의 대체성 유무 ⑤ 기본급이 정해져 있는지 여부 ⑥ 사회보장법령에 의하여 근로자로서의 지위를 인정받는지 여부 ⑦ 양 당사자의 경제 및 사회적 조건 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다고 하였다.

(2) 또한 2006년의 판례에서는,

①의 지휘감독을 사용자의 상당한 지휘감독으로 완화하였고, ⑤⑥의 사항은 사용자가 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크다는 점에서 이를 이유로 근로자성을 쉽게 부정해서는 안 된다고 하였다.

(3) 나아가 2010년 판례에서는,

⑤⑥의 사항을 최근 급격하게 증가하고 있는 비정규직 근로자에게 일반적으로 나타나는 현상이라고 하여 근로자의 범위를 넓히고 있다.

2. 사안의 경우

동 사안은 1996년의 판례이므로 1994년 판시 내용을 사용하여 '근로자성'여부를 판단하였다. 따라서 '구체적 지휘감독'이라는 표현도 등장한다. 그러나 2010년의 판단기준을 적용하더라도 판례의 기준이 타당한 것으로 보인다. 항만노동조합의 조직 결집력을 생각할 때 그들이 처리하는 단순 반복적 업무에 대하여 상당한 지휘감독도 인정하기 어렵기 때문이다.

3. 생각해 볼 문제

(1) 사용자 여부 판단

사안의 근로자성 여부에 대한 판단은 농업협동조합을 사용자로 인정할 수 있는 지 여부의 문제와 표리의 관계에 있다. 항만하역회사는 항구의 하역작업에 있어서 어떤 근로자를 특정하지 아니한 채 항운노조로부터 동종의 노동을 계속적으로 제공받으며 그 대가로서 항운노조를 통하여 항만하역근로자들에게 임금을 지급한다. 판례는 항만하역회사와 항만하역근로자들 사이의 사용종속관계를 부인하며 항만하역회사를 항만하역근로자들의 사용자가 아니라고 보는 입장이 일반적이다.[3] 즉, 사용종속관계를 인정할 수 없으므로 사용자의 지위도 부정하는 것이 타당하다.

(2) 사용자 개념의 분열 및 확대

근로자의 개념에 대한 판례에서 확인했듯이 1994년, 2006년, 2010년 근로자의 개념이 변화해왔다. 그 이유는 IMF 이후 비정규직(파견근로, 기간제 근로, 파트타임 아르바이트 사용)의 증가로 근로자 보호의 필요성이 생겼기 때문이다. 그리고 동일한 목적으로 사용자 개념도 분열 및 확대되어 왔다. 이 부분의 논의는 다음 항인 최근판례의 동향에서 다룬다.

---

3) 김소영, 「근로기준법의 이론과 사례」, 충남대학교 출판문화원, 2012, 63면.

Ⅳ. 최근 판례의 동향

1. 묵시적 근로계약 법리와 법인격 부인의 법리

(1) 현대 미포조선 판례 : 묵시적 근로계약의 법리

형식적으로는 피고 회사와 도급계약을 체결하고 소속 근로자들인 원고들로부터 노무를 제공받아 자신의 사업을 수행한 것과 같은 외관을 갖추었다고 하더라도, 실질적으로는 업무수행의 독자성이나 사업경영의 독립성을 갖추지 못한 채, 피고 회사의 일개 사업부서로서 기능하거나 노무대행기관의 역할을 수행하였을 뿐이고, 오히려 피고 회사가 원고들로부터 종속적인 관계에서 근로를 제공받고, 임금을 포함한 제반 근로조건을 정하였다고 봄이 상당하므로, 원고들과 피고 회사 사이에는 직접 피고 회사가 원고들을 채용한 것과 같은 묵시적인 근로계약관계가 성립되어 있다고 보는 것이 옳다.[4)]

(2) 인사이트코리아 사건 판례 : 묵시적 근로관계의 법리 + 법인격 부인의 법리

형식적으로는 자회사가 독립된 법인으로서 근로자들과 근로계약을 체결하고 있다 하더라도 모회사가 자회사에 대하여 실질적으로는 경영에 관한 결정권을 행사하면서 근로자의 채용에 직접 관여할 뿐만 아니라 업무지시, 직무교육실시, 표창, 휴가사용 승인 등 제반 인사관리를 시행하고, 근로자들의 업무수행능력을 직접 평가하여 임금인상 수준도 결정하고 있다면, 모회사와 자회사의 도급관계는 '위장도급'이 되며 이때 원고용주인 자회사(수급인)에게 사업주로서의 실체가 없고, 모회사와 자회사 근로자 사이에 종속적인 관계가 있으면 실질적으로는 모회사와 자회사의 근로자들 사이에는 근로계약관계가 존재한다.

주식회사 에스케이는 위장도급의 형식으로 근로자를 사용하기 위하여 인사이트코리아라는 법인격을 이용한 것에 불과하고, 실질적으로는 참가인이 원고들을 비롯한 근로자들을 직접 채용한 것과 마찬가지로서 참가인과 원고들 사이에 근로계약관계가 존재한다고 보아야 할 것이다.[5)6)] 다만, 원심에서 논의되어 왔던

---

4) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2005다75088 판결.

5) 대법원 2003. 9. 23. 선고 2003두3420 판결.

6) ① 본 사건에서는 파견법상 파견이 인정되지 않는 불법파견의 경우에도 파견법상의 고용의제 조항이 적용될 수 있는지도 하급심 법원과 노동위원회 심의과정에서는 문제되었다. 서울지방노동위원회는 파견법상의 고용의제를 인정하였으나(서울지방노동위원회 2001. 3. 2. 판정, 2001부

불법파견의 경우에 파견법상의 고용의제조항이 적용되는지 여부에 대하여는 판단하지 않았다.

2. 불법파견에도 직접고용간주규정 적용

그러다가 최근 대법원은 구 파견법상의 직접고용간주규정은 불법파견으로 2년을 초과한 경우에도 적용된다고 명시적으로 판시한 바 있다.[7] 나아가 최근 현대자동차 판례에서는 묵시적 근로계약의 법리와 불법파견에도 고용의제조항이 적용된다는 법리를 함께 적용하여 판단한 바 있다.

3. 현대자동차 판례 : 고용의제조항 적용을 통한 직접 근로계약 성립의 법리

원고와 기업(파견기업) 사이에 체결된 근로계약의 내용, 도급계약의 내용, 참가인(현대자동차-현대자동차에 보조참가로서 참가적 효력 발생할 것)에 의한 참가인의 사내협력업체 관리 실태, 참가인에 의한 각종 업무표준의 제정 및 실시 사실과 함께, 참가인과 파견기업 사이에 체결된 위 도급계약에 따라 파견기업 소속의 근로자들이 참가인에게 노무를 제공하는 내용과 방식, 그에 관한 참가인의 지배 내지 통제의 내용과 범위 등에 관한 판시사실을 인정하고, 그 인정사실에 비추어 원고가 파견기업에 고용된 후 참가인 사업장에 파견되어 참가인으로부터 직접 노무지휘를 받는 근로자파견관계에 있었다고 본다. 이때 근로자파견사업이 허용되는 업무에 포함되지 않고, 파견기업이 허가를 받지 않았다고 하더라도 이를 이유로 구 파견법 제6조 제3항 본문에서 정한 직접고용간주규정의 적용을 배제할 수 없다. 따라서 원고는 파견기업에 입사한 2002. 3. 13부터 2년이

해902, 부노247), 중앙노동위원회는 고용의제를 인정하지 않는 판정을 하였다(중앙노동위원회 2001. 9. 18. 판정, 2001부해184, 부노53).

② 이 사건 1심법원의 판단 (서울행정법원 2002. 1. 25. 선고 2001구43492 판결) : 파견 허용업무 규정을 위반한 경우 그 위반의 기간이 2년을 넘었다고 하여 그 순간부터 '고용의제'를 함으로써 위법한 근로관계를 적법한 근로관계로 갑자기 질적인 변화를 가한다는 것 자체 또한 수긍하기 어렵다(고용의제부정설).

③ 이 사건 2심법원의 판단 (서울고등법원 2003. 3. 14. 선고 2002누2521 판결) : 파견법에 의해 허용되는 업무로 파견된 근로자에 한하여 고용의제가 인정된다면 파견근로자의 고용안전이라는 입법목적에 반하는 결과가 되고, 오히려 사용사업주로 하여금 법에서 허용되지 않는 업무로 파견받을 것을 부추기는 결과가 되어 명백히 부당하다고 아니할 수 없다(고용의제긍정설).

7) 대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두22320 전원합의체 판결.

경과한 이후 계속하여 참가인에게 파견되어 사용됨으로써 2004. 3. 13.부터 사용사업주인 참가인과 사이에 직접 근로관계가 성립하였다.[8)9)]

4. 평가

현대미포조선 판례와 인사이트코리아 사건판례, 그리고 현대자동차 판례는 사실관계가 크게 다르지 않다. 그럼에도 대법원은 비정규직 근로자의 보호를 위하여 묵시적 근로계약 성립의 법리·법인격 부인의 법리·불법파견에도 고용의제조항의 적용 법리를 상황에 맞게 제시하거나 조합하여 제시함으로써 사용자의 개념을 확대시키고 있다. 물론 파견법상 고용의제조항이 고용의무조항으로 바뀌었으므로 대법원이 고용의제조항을 사용하는 기간은 한시적일 것이다.

8) 대법원 2012. 2. 23. 선고 2011두7076 판결.

9) 본 판결 이전 파견법 개정(2006. 12. 21. 개정, 2007. 7. 1. 시행)으로 '직접고용간주'규정은 '직접고용의무'로 바뀌었다. 그러나 개정법 시행 이전에 직접고용간주 규정이 적용되는 파견근로자에 대해서는 개정법 시행 후에도 종전의 규정이 적용된다(파견법 부칙 제3항). 즉 개정법 이전에 불법파견으로 2년을 초과한 파견근로자에 대해서는 직접고용간주규정이 적용된다.

근로계약상 위약예정금지 :
대법원 2008. 10. 23. 선고 2006다37274 판결

김민웅

충남대학교 법학전문대학원 석사과정

Ⅰ. 사안의 개요

1. A회사는 일본의 도카이 고무공업주식회사(이하 '도카이'라고만 한다)와 기술원조(액체봉입식 엔진마운트시스템을 포함한 방진고무의 생산에 대한 기술제휴)를 받는 계약을 체결하고 약 1억 6천여만 원을 지급하였고, 제공된 기술 정보에 대해 비밀을 지킬 의무가 있었다.

2. A회사는 기술 제휴 업무 전담자로 입사한 근로자인 피고와 영업 비밀 보호 계약을 체결하면서 아울러 피고가 10년간 근무하지 않고 퇴사하면 10억 원을 지급하기로 약정하였다.

3. 원고는 2002. 3. 4. 자동차용 방진고무제품 등의 제조 및 판매 등을 목적으로 A회사에서 분할되어 설립되면서 도카이와 사이의 위 각 개별기술원조계약 및 피고와 사이의 위 각 약정상의 지위를 승계하였다.

4. 원고는 기술 습득을 위해 피고를 일본의 도카이에 11회에 걸쳐 장기간(총 243일) 연수 및 출장을 다녀오게 했고 그 비용으로 도카이에 2천 7백여만 원을 지급하였는데, 피고는 위의 약정을 체결한 후 약 3년 만에 다른 회사인 D회사로 이직했다.

5. 원고는 피고가 10년간 계속 근무할 것을 전제로 원고가 막대한 연수비용을 들여 피고로 하여금 도카이의 신기술을 습득하게 한 이상, 피고로서는 일정기간

위와 같이 습득한 신기술을 가지고 원고를 위하여 근무할 법률상 의무를 부담한다고 할 것임에도 그 연수가 끝난 직후 D회사로 전직하였으므로, 피고는 이 사건 약정에 따라 10년간 근무약정 위반시에 지급하기로 한 금액 중 1억 원을 지급할 의무가 있다고 주장함에 대하여, 피고는 전직금지에 관한 이 사건 약정은 근로기준법 제27조(위약예정의 금지)에 위반되어 무효라고 다툰다.

Ⅱ. 판결요지 및 이유

[판결요지]

근로자가 일정 기간 동안 근무하기로 하면서 이를 위반할 경우 소정 금원을 사용자에게 지급하기로 약정하는 경우, 그 약정의 취지가 약정한 근무기간 이전에 퇴직하면 그로 인하여 사용자에게 어떤 손해가 어느 정도 발생하였는지 묻지 않고 바로 소정 금액을 사용자에게 지급하기로 하는 것이라면 이는 명백히 구 근로기준법(2007. 4. 11. 법률 제8372호로 전문 개정되기 전의 것) 제27조에 반하는 것이어서 효력을 인정할 수 없다. 또, 그 약정이 미리 정한 근무기간 이전에 퇴직하였다는 이유로 마땅히 근로자에게 지급되어야 할 임금을 반환하기로 하는 취지일 때에도, 결과적으로 위 조항의 입법 목적에 반하는 것이어서 역시 그 효력을 인정할 수 없다. 다만, 그 약정이 사용자가 근로자의 교육훈련 또는 연수를 위한 비용을 우선 지출하고 근로자는 실제 지출된 비용의 전부 또는 일부를 상환하는 의무를 부담하기로 하되 장차 일정 기간 동안 근무하는 경우에는 그 상환의무를 면제해 주기로 하는 취지인 경우에는, 그러한 약정의 필요성이 인정된다. 이때 주로 사용자의 업무상 필요와 이익을 위하여 원래 사용자가 부담하여야 할 성질의 비용을 지출한 것에 불과한 정도가 아니라 근로자의 자발적 희망과 이익까지 고려하여 근로자가 전적으로 또는 공동으로 부담하여야 할 비용을 사용자가 대신 지출한 것으로 평가되며, 약정 근무기간 및 상환해야 할 비용이 합리적이고 타당한 범위 내에서 정해져 있는 등 위와 같은 약정으로 인하여 근로자의 의사에 반하는 계속 근로를 부당하게 강제하는 것으로 평가되지 않는다면, 그러한 약정까지 구 근로기준법 제27조에 반하는 것은 아니다.

【전 문】
【원고, 피상고인】 원고 주식회사 (소송대리인 변호사 류수열)
【피고, 상고인】 피고 (소송대리인 변호사 임기동)

【원심판결】 부산고법 2006. 5. 19. 선고 2005나19491 판결

【주 문】

원심판결 중 피고 패소 부분을 파기하고, 사건을 부산고등법원으로 환송한다.

【이 유】

상고이유를 판단한다.

구 근로기준법(2005. 1. 27. 법률 제7379호로 개정되기 전의 것, 아래에서는 '구 근로기준법'이라고만 한다) 제27조가 "사용자는 근로계약 불이행에 대한 위약금 또는 손해배상액을 예정하는 계약을 체결하지 못한다."고 정하고 이를 위반하는 행위를 형사처벌 대상으로 삼은 취지는, 근로자의 근로계약 불이행을 이유로 사용자에게 어떤 손해가 어느 정도 발생하였는지를 묻지 않고 바로 일정 금액을 배상하도록 하는 약정을 미리 함으로써, 근로자의 의사에 반하는 계속 근로를 강제하는 것을 방지하기 위한 것이다(대법원 2004. 4. 28. 선고 2001다53875 판결 등 참조).

따라서 근로자가 일정 기간 동안 근무하기로 하면서 이를 위반할 경우 소정 금원을 사용자에게 지급하기로 약정하는 경우, 그 약정의 취지가 약정한 근무기간 이전에 퇴직하면 그로 인하여 사용자에게 어떤 손해가 어느 정도 발생하였는지 묻지 않고 바로 소정 금액을 사용자에게 지급하기로 하는 것이라면 이는 명백히 위 조항에 반하는 것이어서 효력을 인정할 수 없다. 또, 그 약정이 미리 정한 근무기간 이전에 퇴직하였다는 이유로 마땅히 근로자에게 지급되어야 할 임금을 반환하기로 하는 취지일 때에도, 결과적으로 위 조항의 입법 목적에 반하는 것이어서 역시 그 효력을 인정할 수 없다.

다만, 그 약정이 사용자가 근로자의 교육훈련 또는 연수를 위한 비용을 우선 지출하고 근로자는 실제 지출된 비용의 전부 또는 일부를 상환하는 의무를 부담하기로 하되 장차 일정 기간 동안 근무하는 경우에는 그 상환의무를 면제해 주기로 하는 취지인 경우에는, 그러한 약정의 필요성이 인정되고, 주로 사용자의 업무상 필요와 이익을 위하여 원래 사용자가 부담하여야 할 성질의 비용을 지출한 것에 불과한 정도가 아니라 근로자의 자발적 희망과 이익까지 고려하여 근로자가 전적으로 또는 공동으로 부담하여야 할 비용을 사용자가 대신 지출한 것으로 평가되며, 약정 근무기간 및 상환해야 할 비용이 합리적이고 타당한 범위 내에서 정해져 있는 등 위와 같은 약정으로 인하여 근로자의 의사에 반하는 계속 근로를 부당하게 강제하는 것으로 평가되지 않는다면, 그러한 약정까지 구 근로기준법 제27조에 위반되는 것은 아니다.

원심이 인정한 바에 의하더라도, 이 사건 약정은 근로자인 피고가 사용자에게 영업비밀을 침해하지 않고 약정한 10년 동안 근무하겠다는 등을 약속하면서 만약 이를 이행하지 않을 때에는 10억 원을 지불하기로 하는 내용이라는 것인바, 이는 피고가 약정 근무기간 이전에 퇴직하는 등 위 약속을 위반하기만 하면 그로 인하여 사용자에게 어떤 손해가 어느 정도 발생하였는지 묻지 않고 바로 미리 정한 10억 원을 사용자에게 손해배상액으로 지급하기로 하는 것이므로, 구 근로기준법 제27조가 금지하는 전형적인 위약금 또는 손해배상액의 예정에 해당하여 그 효력을 인정할 수 없는 것이다. 그리고 원심이 인정한 바와 같이 이 사건 약정은 미리 정한 10억 원을 위약금 또는 손해배상액으로 예정하는 취지로 보일 뿐이고, 달리 피고가 실제 지출된 교육훈련 또는 연수비용의 전부 또는 일부를 상환하는 의무를 부담하기로 하되 일정 기간 동안 근무하는 경우에는 그 상환의무를 면제받기로 하는 취지로 해석할 여지는 없는 것으로 보인다.

그럼에도 불구하고, 원심은 그 판시와 같은 사정을 들어 이 사건 약정이 구 근로기준법 제27조에 위반되지 않는다고 판단하였는바, 이에는 위 조항의 해석 적용에 관한 법리오해 등의 위법이 있어 그대로 유지될 수 없다.

그러므로 원심판결 중 피고 패소 부분을 파기하고 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김능환(재판장) 양승태 박시환(주심) 박일환

Ⅲ. 판결검토

1. 관련 법규정

근로기준법 제27조(위약예정의 금지, 현행 근로기준법 제20조) 사용자는 근로계약 불이행에 대한 위약금 또는 손해배상액을 예정하는 계약을 체결하지 못한다.

민법 제398조(배상액의 예정) ① 당사자는 채무불이행에 관한 손해배상액을 예정할 수 있다.

② 손해배상액의 예정액이 부당히 과다한 경우에는 법원은 적당히 감액할 수 있다.

③ 손해배상액의 예정은 이행의 청구나 계약의 해제에 영향을 미치지 아니한다.
④ 위약금의 약정은 손해배상액의 예정으로 추정한다.
⑤ 당사자가 금전이 아닌 것으로써 손해의 배상에 충당할 것을 예정한 경우에도 전 4항의 규정을 준용한다.

2. 이 사건 약정이 근로기준법상 금지되는 위약예정인지 민법상 허용되는 손해배상액의 예정인지 여부

(1) 대상판결의 원심판결인 부산고등법원 2006. 5. 19. 선고 2005나19491 판결

원심판결은 근로기준법 제27조가 "사용자는 근로계약 불이행에 대한 위약금 또는 손해배상액을 예정하는 계약을 체결하지 못한다."고 규정하고 있는 취지는, 근로자가 근로계약을 불이행한 경우 반대급부인 임금을 지급받지 못한 것에 더 나아가서 위약금이나 손해배상을 지급하여야 한다면 근로자로서는 비록 불리한 근로계약을 체결하였다 하더라도 그 근로계약의 구속에서 쉽사리 벗어날 수 없을 것이므로 위와 같은 위약금이나 손해배상액 예정의 약정을 금지함으로써 근로자가 퇴직의 자유를 제한받아 부당하게 근로의 계속을 강요당하는 것을 방지하고, 근로계약 체결시의 근로자의 직장선택의 자유를 보장하며 불리한 근로계약의 해지를 보호하려는 데 있다는 전제 하에서, 이 사건의 경우

① 피고가 담당 업무와 기술 연수를 감안하여 자신이 선택하여 이 사건 약정을 수락하였다는 점, ② 피고의 근로는 전문적인 지식을 전제로 한 비대체적인 성질의 것이고 원고가 그 근로를 제공받지 못하게 되면 제품 개발 및 양산 체제 개시가 지연되어 손해를 입는 점, ③ 피고의 약 3년간의 재직 기간은 기술 습득 및 양산 체제 구축을 위한 준비 기간이었던 점, ④ 도카이와의 관계에서 원고의 영업 비밀 침해를 방지하기 위해 이 사건 약정이 불가피하다는 점, ⑤ 10년간의 전직 금지 기간이 과다하게 장기간이라고 단정하기 어려운 점 등을 고려하여, 이 사건 약정이 피고의 퇴직의 자유를 제한하여 부당하게 근로의 계속을 강요하는 것이라고 볼 수 없어, 근로기준법상 금지되는 위약금 또는 손해배상액을 예정하는 계약에 해당되지 않는다고 판단하였다.

고등법원은 위와 같은 이유로 피고의 전직 금지 의무 위반에 따른 손해배상책임을 인정하면서 채무불이행에 관한 손해배상책의 예정액이 과다하면 법원이 적당히 감액할 수 있으므로(민법 제398조 제2항) 손해배상 예정액을 5천만 원으로

감액하여 지급하라고 판단하였다.

(2) 근로기준법상 금지되는 위약예정과 민법상 허용되는 손해배상액의 예정의 구별기준

원심판결은 기업경영의 사정과 계약체결과정의 자발성에 근거하여 이 사건 약정을 민법상 허용되는 손해배상액의 예정으로 평가하였다. 하지만 근로기준법이 근로자가 지급하는 위약금이나 손해배상액을 예정하는 것 자체를 금지하고 있는 점은 다른 일반 계약 관계와 달리 특이하다는 것을 유념하여야 한다. 즉 기업 이익의 실현을 위해 특정 근로자에게 다액의 투자가 이루어지고 장기간 준비하여야 기업 이익의 실현이 시작되며 그 후부터 장기간이 지나야 제반 투자비용이 회수되는 사정이 있더라도, 다액의 손해배상액이나 위약금을 예정하여 장기간 퇴직을 못하게 하는 것은 강제 근로에 해당된다고 평가해야 한다.

따라서 근로기준법상 금지되는 위약예정으로 평가되기 위해서는 ① 그 약정의 취지가 약정한 근무기간 이전에 퇴직하면 그로 인하여 사용자에게 어떤 손해가 어느 정도 발생하였는지 묻지 않고 바로 소정 금액을 사용자에게 지급하기로 하는 것이거나, ② 그 약정이 미리 정한 근무기간 이전에 퇴직하였다는 이유로 마땅히 근로자에게 지급되어야 할 임금을 반환하기로 하는 취지인 경우로 평가되어야 한다.

반면, 위약예정에 해당하지 않는 유효한 약정으로 평가되기 위해서는 ① 그러한 약정의 필요성이 인정되고, ② 주로 사용자의 업무상 필요와 이익을 위하여 원래 사용자가 부담하여야 할 성질의 비용을 지출한 것에 불과한 정도가 아니라 근로자의 자발적 희망과 이익까지 고려하여 근로자가 전적으로 또는 공동으로 부담하여야 할 비용을 사용자가 대신 지출한 것으로 평가되며, ③ 약정 근무기간 및 상환해야 할 비용이 합리적이고 타당한 범위 내에서 정해져 있는 등 위와 같은 약정으로 인하여 근로자의 의사에 반하는 계속 근로를 부당하게 강제하는 것으로 평가되지 않아야 한다.

(3) 생각해 볼 문제

근로기준법은 근로자가 지급하는 위약금이나 손해배상액을 예정하는 것 자체를 금지하고 있으며, 기업이 그 근로자에게 투자한 비용을 근로자에게 대여한 것으로 하고 일정 기간 재직하면 그 상환의무를 면하게 하는 방식으로 약정된 기간 중에 퇴직하더라도 종전의 투자비용을 사실상 회수하는 정도에 그치는 것만이 판례가 예외적으로 합법이라고 인정할 뿐이다.

따라서 기업은 특별히 투자한 근로자가 조기에 스스로 퇴직하지 않도록 할 수 있는 합법적이면서도 적절한 다른 방법을 다양한 각도로 모색해야 한다.

Ⅵ. 관련문제

1. 불법행위

근로기준법 제20조가 채무불이행으로 인한 손해배상액 예정만 금지하도록 규정하고 있으므로, 과연 불법행위로 인한 경우에도 손해배상의 예정이 금지되는지에 관하여 논란이 있다. 법 취지가 손해배상의 사유 및 액수를 불문하고 손해배상액의 예정을 통한 근로자의 강제 노동을 금지하는 데 있으므로 긍정하는 것이 타당하다고 생각된다.[10)]

2. 전속계약

유명 운동선수 또는 연예인 등이 구단주나 기획사 등과 소위 '전속계약'을 맺는 경우 그 양자 간에 사용종속관계가 있는 것으로 볼 수 없다면 근로계약에 해당되지 아니하므로, 근로계약을 전제로 하는 근로기준법 제20조는 적용될 수 없다.[11)]

---

10) 이상윤, 「노동법」, 155면.
11) 서울고등법원 1990. 2. 2. 선고 89나23072 판결.

정년에 있어서의 남녀차별 :
대법원 1996. 8. 23. 선고 94누13589 판결

전진희

충남대학교 법학전문대학원 석사과정

Ⅰ. 사안의 개요

① 김영희 씨는 한국전기통신공사에서 교환직렬에서 근무 중 정년인 53세에 달하였다는 이유로 정년퇴직발령을 받았다. ② 이에 여성전용직종인 교환직의 정년을 58세인 일반직의 정년과 차등적용하는 것은 남녀차별에 해당하여 무효라고 주장한다. ③ 한국전기통신공사에서 교환직과 일반직의 정년을 차등을 둔 것이 합리적인 이유 없이 남녀를 차별한 것인지가 쟁점이 된다.

Ⅱ. 판결요지 및 이유

【판결요지】

[1] 근로기준법 제5조에서 말하는 남녀의 차별적 대우란 합리적인 이유 없이 남성 또는 여성이라는 이유만으로 부당하게 차별대우하는 것을 의미한다.

[2] 일반직 직원의 정년을 58세로 규정하면서 전화교환직렬 직원만은 정년을 53세로 규정하여 5년간의 정년차등을 둔 것이 사회통념상 합리성이 있다고 본 사례.

【전 문】

【원고,상고인】 한국전기통신공사 (소송대리인 법무법인 중앙국제법률특허사무소 담당변호사 최승욱 외 5인)

【피고,피상고인】 중앙노동위원회위원장

【피고보조참가인】 김영희 (소송대리인 청조법무법인 담당변호사 강기원 외 4인)
【원심판결】 서울고법 1994. 9. 29. 선고 93구25563 판결
【주문】
원심판결을 파기하고 사건을 서울고등법원에 환송한다.

【이유】
상고이유(기간경과 후에 제출된 상고이유보충서 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

남녀고용평등법 제8조 제1항, 제2조의2 제1항은 사업주가 근로자의 정년 및 해고에 관하여 여성인 것을 이유로 합리적 이유 없이 남성과 차별하는 것을 금지하고 있고, 근로기준법 제5조는 사용자는 근로자에 대하여 남녀의 차별적 대우를 하지 못하며 국적, 신앙 또는 사회적 신분을 이유로 하여 근로조건에 대한 차별적 처우를 하지 못한다고 규정하고 있는바, 근로기준법 제5조에서 말하는 남녀의 차별적 대우란 합리적인 이유 없이 남성 또는 여성이라는 이유만으로 부당하게 차별대우하는 것을 의미한다 할 것이다(대법원 1988. 12. 27. 선고 85다카657 판결 참조).

원심판결 이유에 의하면 원심은, 피고 보조참가인(이하 참가인이라 한다)이 1961. 6. 1. 체신부중앙우체국 교환원으로 임용되었다가 1982. 1. 1. 체신부의 전기통신업무가 원고로 이관됨에 따라 원고의 서울시외전화국 일반직 5급 교환원으로 옮겨 근무하던 중 1992. 12. 31. 원고로부터 교환직렬 직원의 정년인 53세에 달하였다는 이유로 원고의 인사규정 제33조 제1호 및 제36조 제1항 제1호, 제4항에 근거하여 정년퇴직 발령을 받은 사실, 원고의 인사규정에서는 소속 직원의 정년에 관하여 일반직 직원, 연구직 직원, 기능직 직원, 용원으로 구분하여 그 정년을 달리하고, 일반직 직원의 정년을 58세로 규정하면서 일반직 직원 중 교환직렬 직원만은 정년을 53세로 규정하고 있는 사실, 교환직렬 직원의 직무의 내용은 114 전화번호 안내, 시외 및 국제전화 연결 소통, 전화요금 부과를 위한 통화건수, 시간 등의 정리, 기타 교환업무에 대한 관리감독 등인데, 그 중 가장 본질적인 직무는 안내 및 교환업무인 사실, 원고의 교환직원의 수는 1982. 설립 당시 4,790명, 1989. 3.경 6,700명, 1993. 3.경 6,400명, 1994. 5.경 6,208명이었으나 그 중 남성은 1978.부터 1981.사이에 체신부의 교환원 공개채용시험에 합격하여 교환원으로 임용되었다가 원고의 교환원으로 옮겨 근무하던 3명뿐이었고, 그나마 이 사건 참가인에 대한 정년퇴직 발령 당시에는 퇴직하거나 다른 직군으로 전환되어 원고의 교환직렬 직원은 모두 여성으로 구성되어 있었던 사실,

1987. 9. 4.부터 1994. 5. 31.까지 사이에 원고의 교환원 869명이 퇴직하였는데 그 중 53세 정년에 달하여 퇴직한 자는 1명뿐이고 41세 이전까지 퇴직한 자는 786명으로 총퇴직자의 90%를 넘고 있는 사실 등을 인정한 다음, 그 판시와 같은 이유로 교환직은 여성전용직종인데 다른 직종과 비교하여 정년의 차이를 둘 합리적인 이유도 없으므로 교환직렬에 대한 정년의 차이는 합리적 이유가 없는 남녀의 차별에 해당한다고 판단하였다.

그러나 가사 교환직이 여성전용직종이라고 하더라도, 원심이 원고의 교환직에 대한 정년차등규정이 합리적 이유가 없다고 판단한 것은 선뜻 납득하기 어렵다. 즉, 기록에 의하면 원고의 교환직렬 직원의 수는 1982. 원고가 설립되던 당시에는 4,790명, 1987.에는 7,193명, 1993. 3.경에는 6,400명, 1994. 5. 30.에는 6,208명인데, 1994. 5. 30. 현재 총인원수 6,208명 중 30세 이하는 30명에 불과하고, 40세 이상이 2,352명에 이르게 되자, 교환직렬 직원들도 젊은 교환원들의 채용을 원하고 있을 뿐만 아니라 교환직렬 직원 중 87.1%가 현재의 정년이 적정하거나 오히려 단축해야 한다는 의견인 사실, 원고의 경우 교환업무의 자동화로 인하여 교환직렬에 잉여인력이 발생하여 1982. 11. 26. 이후 교환직렬에 신규채용을 중지하고 있을 뿐만 아니라(다만 원고가 설립되던 당시 원고로 이관되지 아니하고 남아 있던 체신부의 면단위 교환업무가 점진적으로 이관됨에 따라 위와 같이 교환직렬 직원의 수가 증가되었다.) 교환직렬 직원 중 상당수는 교환직렬의 업무가 아닌 고장신고업무, 전화국 창구보조업무 등을 담당하고 있고 이에 의한 원고의 인건비 증가분도 상당한 사실, 이에 반하여 교환직렬의 경우와는 달리 일반직의 다른 직렬의 경우에는 잉여인력이 발생하지 아니하여 신규채용이 이루어져 온 것으로 엿보이는 사실, 원고의 설립 당시 55세이었던 교환직렬의 정년은 각 노사간의 협의를 거쳐 1982. 5. 20. 43세로, 1984. 6. 29. 50세로, 1987. 9. 4. 53세로 조정되어 오다가, 1992. 5. 18. 본인 희망에 따라 인사위원회의 심의를 거쳐 1년간의 정년 연장이 가능하도록 변경되었고, 1987. 9. 4.부터 1994. 5. 30.까지의 원고의 교환직렬 직원의 퇴직자 869명 중 53세의 정년으로 퇴직한 자는 1명뿐이고, 그 나머지는 모두 정년에 이르기 전에 조기퇴직한 사실(이러한 점에 비추어 볼 때 53세가 넘는 고령의 여성근로자가 야간근무 등을 수반하는 교환직의 업무를 담당하는 것이 적합한지도 의문이다.), 1994. 5. 30. 현재 교환직렬 직원 중 53세가 10명, 52세가 35명, 51세가 51명, 50세가 40명, 49세가 64명, 48세가 70명에 이르는 점에 비추어 보면 잉여인력으로 말미암아 신규채용이 이루어지지 않고 있는 교환직렬의 경우 담당인력의 고령화가 지속되고, 게다가 원고의 교환직렬의 정년을 다른 직렬의 경우와 같이 58세로 연

장하면 교환직렬은 더욱 고령화되고, 신규인력의 유입이 어려워짐에 따라 연공서열제를 채택하고 있는 원고의 고용비용은 증가되고 상대적으로 생산성은 낮아질 수밖에 없는 사실을 알 수 있는바, 사정이 그러하다면 원고의 교환직렬에서의 인력의 잉여 정도, 연령별 인원구성, 정년 차이의 정도, 차등정년을 실시함에 있어서 노사간의 협의를 거친 점, 신규채용을 하지 못한 기간, 현재의 정년에 대한 교환직렬 직원들의 의견 등에 비추어 보아 원고가 교환직렬에 대하여 다른 일반직 직원과 비교하여 5년간의 정년차등을 둔 것이 사회통념상 합리성이 없다고 단정하기는 어렵다 할 것이다.

그럼에도 불구하고 원심이 교환직렬에 대한 정년의 차이를 규정한 원고의 인사규정이 합리성 없는 남녀의 차별적 대우에 해당하여 근로기준법 제5조 및 남녀고용평등법 제8조 제1항에 위배되어 무효라고 판단한 것은 위법하다 할 것이니 이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다.

그러므로 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기환송하기로 관여 법관들의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

대법관 이용훈(재판장) 박준서 김형선(주심)

Ⅲ. 비교판례

대법원 1988. 12. 27. 선고 85다카657 판결 【정년퇴직무효확인】

【판결요지】

가. 근로기준법 제5조에서 말하는 남녀간의 차별적인 대우란 합리적인 이유없이 남성 또는 여성이라는 이유만으로 부당하게 차별대우하는 것을 의미한다고 할 것이므로 교환직렬직종의 정년을 43세로 정하고 있는 한국전기통신공사의 취업규칙인 인사규정 제36조 제1항 단서의 규정내용이 합리적인 이유없이 여성근로자들로 하여금 조기퇴직하도록 부당하게 낮은 정년을 정한 것이라면 이는 위 근로기준법 소정의 남녀차별금지규정에 해당되어 무효라고 보아야 한다.

나. 위 인사규정의 근로기준법 제5조 위반여부를 판단함에 있어 교환직렬직종이 여성전용직종인지의 여부와 정년을 다른 직종에 비하여 낮게 정하게 된 이유를 구체적으로 심리판단하지 아니한 위법이 있다고 하여 원심판결을 파기한 사례

【전 문】
【원고, 상고인】 김영희 소송대리인 변호사 이태영 외 3인
【피고, 피상고인】 한국전기통신공사 소송대리인 변호사 박일재
【원심판결】 서울고등법원 1985.2.15. 선고 83나3100 판결
【주 문】
원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

【이 유】
그러나 근로기준법 제97조 제1항은 취업규칙은 법령에 반할 수 없다고 규정하고 있고 같은 법 제5조는 사용자는 근로자에 대하여 남녀의 차별적 대우를 하지 못하며 국적, 신앙 또는 사회적 신분을 이유로 근로조건에 대한 차별적 대우를 하지 못한다고 규정하고 있는바, 위 법조에서 말하는 남녀간의 차별적인 대우란 합리적인 이유없이 남성 또는 여성이라는 이유만으로 부당하게 차별대우하는 것을 의미한다 할 것이므로 피고공사의 취업규칙이라 할 수 있는 위 인사규정 제36조 제1항 단서의 규정내용이 여성이라는 이유만으로 불합리한 차별내용을 정한 것이라면 무효라 할 것이다.

이 사건의 경우를 볼 때 원심인정과 같이 교환직렬이라는 특정직종 전체 근로자의 정년을 43세로 규정하고 있고 이 직렬에 종사하는 여성근로자들의 정년만을 낮춘 것은 아니며 교환직렬에의 취업이 여성만으로 제한되어 있지 않아서 실제로 3명의 남성근로자가 있기는 하다. 그러나 피고공사의 교환직은 전통적으로 여성근로자로 충당되어 왔고 남녀근로자의 수나 비율을 보더라도 위 인사규정을 제정할 무렵에는 약 4,800명 가량의 교환직렬직원 가운데 남성은 불과 3명 정도였으며 그후 교환직렬직원이 7,480명으로 증가되었는데도 남성은 3명에 머물러 있었음이 기록상 명백하다. 이러한 사정이라면 위 근로자 3명이 취업하게 된 사정과 앞으로 남성들의 취업경향 여하에 따라서는 교환직렬 직종은 이를 여성전용직종으로 볼 여지가 있으므로 근로자의 거의 대부분이 여성인 위 직종에 남성근로자가 예외적으로 취업하게 된 경위와 그 근로내용 및 역할 그리고 위 직종에 앞으로도 남성근로자를 필요로 하는지 여부와 이 직종에 대한 남성들의 취업경향 등을 살펴서 교환직렬 직종이 실제로 여성전용직종인지의 여부를 가려보아야 할 것이며 만약 이를 여성전용직종으로 보아야 할 경우에는 위에서 본 바와 같이 이 직렬직종의 정년을 다른 일반직 직렬의 정년에 비하여 12년이 낮게 정하여진 것이 여성에 대한 불합리한 차별에 해당되는지의 여부를 검토하여야 할 것이다. 비록 이들 직렬에 대해서는 원심인정과 같이 과거부터 낮은 정년을 정

하여 오기는 하였지만 이와 같은 사실만 가지고는 그것이 바로 여성에 대한 합리적인 이유없는 부당한 차별이 아니라는 이유로 삼기는 어렵다고 보여지므로 이들 직종근로자의 근로내용, 이들 근로자가 갖추어야 할 능력, 근로시간, 이용자에 대한 역할, 특별한 복무규율이 필요한 여부나 인력수급사정등 이들 근로자와 피고공사에 관한 여러사정을 모두 고려하여 정년을 그렇게 낮게 정할 상당한 이유가 있었는지 아니면 합리적인 이유없이 부당하게 낮은 정년을 정한 것인지의 여부등을 자세히 검고해보아야 할 것이며 위의 모든 사정들을 종합하여 여성전용직종으로 보여지는데도 합리적인 이유없이 여성근로자들이 조기퇴직하도록 부당하게 낮은 정년을 정한 것이라면 이는 위 근로기준법의 남녀차별금지규정에 해당되어 무효로 보아야 할 것이다.

그렇다면 원심으로서는 앞에서 지적한 바와 같이 교환직렬 직종이 여성 전용직종인지의 여부와 정년을 다른 직종에 비하여 현저히 낮게 정하게 된 이유를 구체적으로 심리판단하였어야 함에도 불구하고 원심이 이에 이르지 아니하고 교환직렬이 남녀 모두에게 개방되어 현재도 3명의 남성근로자가 있다는 사실과 교환원에 대한 정년이 과거부터 43세로 정해져 왔다는 사실만을 적시한 다음 막연히 위 인사규정 제36조 제1항 단서는 교환직렬직종의 특수성, 근로자의 수급등 피고공사와 그 소속근로자들의 사정을 감안하여 교환직렬직원 전체의 정년을 정한 것으로서 그 규정의 결과로 현실적으로 대다수의 여성이 종사하고 있는 교환직렬의 정년이 43세로 되었다 하여 위 조항 단서가 근로기준법 제5조에 위반되어 무효라고 보기 어렵다고 판단한 것은 심리미진과 이유불비가 있어 판결결과에 영향을 미치게 하였음이 명백하고 이는 소송촉진등에관한특례법 제12조 소정의 파기사유에 해당한다 할 것이다.

그러므로 나머지 상고이유에 대하여 판단할 필요없이 원심판결을 파기하고, 사건을 원심법원에 환송하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 이회창(재판장) 배석 김주한

Ⅳ. 판결검토

1. 관련 법규정

헌법 제11조 ① 모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.

근로기준법 제6조(균등한 처우) 사용자는 근로자에 대하여 남녀의 성(性)을 이유로 차별적 대우를 하지 못하고, 국적·신앙 또는 사회적 신분을 이유로 근로조건에 대한 차별적 처우를 하지 못한다.

남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률 제11조(정년·퇴직 및 해고) ① 사업주는 근로자의 정년·퇴직 및 해고에서 남녀를 차별하여서는 아니 된다.

2. 판례의 변화 여부

비교판례와 본 판례에서는 "근로기준법 제5조에서 말하는 남녀의 차별적 대우란 합리적인 이유 없이 남성 또는 여성이라는 이유만으로 부당하게 차별대우하는 것을 의미한다."고 하여 차별적 대우에 대한 개념에 대한 변화는 없어 보인다. 그리고 본 판례에서도 교환직이 여성전용직종이라는 사실에 대해서는 판단을 함께 하고 있다. 그렇다면 차이가 있는 것은 정년차등규정에 대한 합리적 이유에 대한 판단이다.

3. 합리적 이유의 판단

합리성 판단은 그 판단을 구체적·종합적으로 하더라도 누구의 관점에서 어떻게 판단하느냐에 따라 상반되는 결론에 도달할 수 있다는 한계를 갖는다.

차별 판단기준을 합리성에 두는 입장은 1960년대까지 세계 각국의 일반적 경향이었다. 그러나 합리성 자체가 모호할 뿐만 아니라 합리성 유무가 판단자의 주관적 견해에 좌우될 여지가 많다는 비판이 제기됨에 따라, 1970년대 이후 차별에 대해서는 점차 엄격한 사법심사기준이 적용되거나 성차별의 정의규정을 구체적으로 규정하고 그 예외를 엄격하게 제한하는 것이 국제적인 동향이다.[1] 이

에 따라 ILO의 고용 및 직업상 차별대우에 관한 협약 제1조 제1항은 이 협약에서 말하는 차별대우를 "인종·피부색·성별·종교·정치적 견해·출신국 또는 사회적 신분을 이유로 행해지는 모든 구별·배제 또는 우대로서 고용 또는 직업에 있어서 기회 또는 대우의 평등을 파괴하거나 저해하는 효과가 있는 것"으로 정의하고 있다.[2)]

4. 판결이유에 대하여[3)]

(1) 현재의 정년에 대한 교환직렬 직원들의 의견

설문조사 결과 다수의 직원들이 현재의 정년이 적정하다고 답변했다고 하더라도 이는 승진과 교대근무에 대한 불만표시라고 보여진다. 이 답변을 정년차등의 합리성의 근거로 해석할 수 없다. 그리고 이는 한국전기통신공사의 의뢰로 이루어진 설문조사라 그 진정성에 의문이 든다. 설문조사의 결과를 하나의 참고자료로 삼을 수 있을 뿐인데 이를 이유로 들어 사회통념상 합리성이 있다고 볼 수 없다. 또 차별을 당하는 여성 스스로가 그 차별이 합당하다고 생각한다는 것을 이유로 들어 차별을 합리화시킬 수는 없다.

(2) 교환직렬에서의 인력의 잉여 정도

자동화로 인한 잉여인력의 문제는 기업형태의 변화에 따라 배치전환 등을 통해서 인력수급을 조정할 문제이지, 유독 여성전용직렬인 교환원의 정년을 차등적용해서 해결해 나갈 문제가 아니다.

(3) 정년 차이의 정도

남자 55세, 여자 43세로 12세 차이나는 것은 너무 차이가 많이 나서 합리성이 없고 남자 58세, 여자 53세로 5년 정도의 차이는 합리성이 있다고 봐야 한다면 이는 지나친 양적 사고다.

---

1) 윤성천, "고용상의 성차별과 고평법상이 분쟁처리제도 개선방안", 한국노동연구원, 1995.
2) Convention concerning Discrimination in respect of Employment and Occupation : 제111호.
3) 원심판결인 서울고등법원 1994. 9. 23. 선고 93구25563 판결.

(4) 차등정년을 실시함에 있어서 노사간의 협의를 거친 점

노사간의 단체협약에 의하여 추인을 받았다고 하더라도 남녀간의 차별대우를 금지한 근로기준법 제6조와 남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률 제11조에 위반되어 무효이다.

(5) 정년에 이르기 전에 조기퇴직한 점

정부투자기관직원의 정년조정안에 따르면, 정부투자기관의 총취업자중 정년퇴직율은 0.56%이고 민간기업의 경우에는 0.26%였다. 정년에 이르기 전에 조기퇴직한 것은 고령의 여성근로자가 노동능력이 감퇴되어서가 아니고, 다른 직렬과 다른 직종의 공통된 현상인데 이를 이유로 정년에 차등을 두어서는 안 된다.

근로자와 사용자간의 경업금지약정의 효력 :
대법원 2003. 7. 16. 자 2002마4380 결정

문선혜

충남대학교 법학전문대학원 석사과정

Ⅰ. 사안의 개요

1. 당사자

(1) 재항고인 : 삼성전자 주식회사
(2) 상대방 : 이○규

2. 사건개요 및 쟁점

채권자(삼성전자)는 무선단말기 개발팀의 연구와 제품개발업무 전체를 총괄 관리하던 채무자(이○규)가 상사와의 갈등 문제 등으로 인하여 사직서를 제출하고 경쟁회사의 사장으로 전직하자 그 전직금지를 구하는 가처분 신청을 하였다.

이 사건에서는 구체적인 전직금지약정이 없는 경우 부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률에 의하여 전직금지신청이 허용되는지 여부, 이 때 영업비밀의 요건 구비 및 특정 여부의 판단 시 고려하여야 할 사정, 그리고 영업비밀침해금지기간 및 전직금지기간의 기산점이 주요한 쟁점이 되었다.

Ⅱ. 사실관계

채무자(이○규)는 1977. 9. 12.경 채권자(삼성전자)에 입사하여 근무해오면서

줄곧 정보통신분야(무선단말기 부문)의 연구개발파트에서 일해 왔으며, 1993. 3월 이사로 승진하여 1996. 5.경부터 1997. 12.경까지 채권자(삼성전자) 무선개발팀의 지에스엠(GSM) 단말기 개발팀장을 맡아오다 소위 '애니콜(ANYCALL) 신화'를 창조한 공로를 인정받아 1998. 1. 상무로, 1999. 2. 전무로 고속 승진하였고, 1998. 1.부터 2000. 5. 31.까지 이동통신 단말기(CDMA, GSM) 개발팀장으로 근무하면서 무선개발팀의 연구와 제품개발업무 전체를 총괄 관리하여 왔다.

한편, 채무자(이○규)는 평소 자신의 직속상관이자 위 무선개발팀이 소속되어 있는 무선사업부의 부사장으로 재직하던 이○태와 자신에 대한 부당한 근무평정, 포상금의 지급 등 차별대우의 문제로 갈등을 겪어왔는데(이○태가 채무자(이○규)에 대하여 B 이하의 근무평정을 하였는데, 당시의 정보통신사업 부문 총괄사장이 애니콜 신화의 창조자에 대하여 그러면 안 된다면서 평정을 A로 고침), 2000. 1. 19.자 실시된 채권자(삼성전자)의 임원 인사에서 이○태가 정보통신사업 부문 총괄사장으로 승진함으로써 공석이 된 무선사업부장 자리에 당연히 채무자(이○규)가 승진할 것으로 예상하였으나 막상 이○태가 무선사업부장을 겸임하는 것으로 인사발표가 나자, 때마침 국내에 벤처사업 열풍이 불고 있는데다가 채무자(이○규)에 대하여 좋지 않은 평가를 하는 이○태 총괄사장 체제 아래서는 자신은 더 이상 희망이 없다고 판단하고 2000. 3. 29.경 인사담당자에게 퇴사의사를 밝힌 후 출근하지 않다가 같은 해 6. 1.경 팬택의 사장으로 전직하였다.

이에 채권자(삼성전자)는 채무자(이○규)에 대해 수원지방법원 2000카합253호로 전직금지약정 및 영업비밀침해방지청구권에 기하여 팬택으로의 전업금지 및 영업비밀침해금지를 구하는 가처분신청을 하였는데, 위 재판진행 중이던 2000. 7.경 채권자(삼성전자)와 채무자(이○규) 사이에 채무자(이○규)는 채권자(삼성전자)에 복귀하고, 채권자(삼성전자)는 위 가처분신청을 취하하기로 하는 내용의 합의가 이루어졌고, 채무자(이○규)는 채권자(삼성전자)의 권유에 따라 현업에 복귀하지 않은 채 2000. 8. 3.부터 2001. 7. 23.까지 약 1년간 미국 ○○대학과 채권자(삼성전자)의 협력에 의해 개설한 연구과정인 'Stanford Asia Pacific Research Center' 기업제휴 프로그램(corporate affiliates program)에서 객원연구원(visiting fellow) 자격으로 미국인들의 정치, 경제, 사회, 문화에 대한 체험과 실리콘밸리 소재의 기업을 탐방하는 내용으로 연수를 받았다.

그런데, 귀국을 얼마 남겨두지 아니한 2001. 6.경 채권자(삼성전자)로부터 귀국 후에는 채무자(이○규)가 오랫동안 근무해 오던 정보통신 분야가 아니라 반도체 분야를 주로 연구하는 SOC(System On a Chip) 연구소장 ○○대학교수로 가거나 미국에서 계속 연수하라는 연락을 받자, 채무자(이○규)는 채권자(삼성전자)에 더 이상 근무할 수 없다고 판단하고 2001. 8. 10. 채권자(삼성전자)에 사직서를 제출하고, 2001. 9. 1. 다시 팬택으로 전직하여 현재까지 사장으로 근무하면서 GSM, CDMA 등 이동통신 단말기 제품연구 및 개발업무 등을 총괄하였다.

이에 채권자(삼성전자)는 채무자(이○규)에 대해 서울고등법원 2002라313호로 팬택으로의 전업금지 및 영업비밀침해금지의 가처분을 구하는 취지의 항고를 하였으나 기각되었고, 채권자(삼성전자)는 재항고하였다.

[관련 법령]

부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제2조 제2호

2. "영업비밀"이란 공공연히 알려져 있지 아니하고 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로서, 상당한 노력에 의하여 비밀로 유지된 생산방법, 판매방법, 그 밖에 영업활동에 유용한 기술상 또는 경영상의 정보를 말한다.

부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제10조 (영업비밀 침해행위에 대한 금지청구권 등)

① 영업비밀의 보유자는 영업비밀 침해행위를 하거나 하려는 자에 대하여 그 행위에 의하여 영업상의 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 경우에는 법원에 그 행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다.

② 영업비밀 보유자가 제1항에 따른 청구를 할 때에는 침해행위를 조성한 물건의 폐기, 침해행위에 제공된 설비의 제거, 그 밖에 침해행위의 금지 또는 예방을 위하여 필요한 조치를 함께 청구할 수 있다.

민사집행법 제300조 (가처분의 목적)

① 다툼의 대상에 관한 가처분은 현상이 바뀌면 당사자가 권리를 실행하지 못

하거나 이를 실행하는 것이 매우 곤란할 염려가 있을 경우에 한다.

② 가처분은 다툼이 있는 권리관계에 대하여 임시의 지위를 정하기 위하여도 할 수 있다. 이 경우 가처분은 특히 계속하는 권리관계에 끼칠 현저한 손해를 피하거나 급박한 위험을 막기 위하여, 또는 그 밖의 필요한 이유가 있을 경우에 하여야 한다.

Ⅲ. 결정요지 및 이유

1. 결정요지

[1] 근로자가 전직한 회사에서 영업비밀과 관련된 업무에 종사하는 것을 금지하지 않고서는 회사의 영업비밀을 보호할 수 없다고 인정되는 경우에는 구체적인 전직금지약정이 없다고 하더라도 부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률 제10조 제1항에 의한 침해행위의 금지 또는 예방 및 이를 위하여 필요한 조치 중의 한 가지로서 그 근로자로 하여금 전직한 회사에서 영업비밀과 관련된 업무에 종사하는 것을 금지하도록 하는 조치를 취할 수 있다.

[2] 부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률 제2조 제2호의 영업비밀이라 함은 공연히 알려져 있지 아니하고 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로서, 상당한 노력에 의하여 비밀로 유지된 생산방법·판매방법 기타 영업활동에 유용한 기술상 또는 경영상의 정보를 말하는 것이고, 영업비밀침해금지를 명하기 위해서는 그 영업비밀이 특정되어야 할 것이지만, 상당한 정도의 기술력과 노하우를 가지고 경쟁사로 전직하여 종전의 업무와 동일·유사한 업무에 종사하는 근로자를 상대로 영업비밀침해금지를 구하는 경우 사용자가 주장하는 영업비밀이 영업비밀로서의 요건을 갖추었는지의 여부 및 영업비밀로서 특정이 되었는지 등을 판단함에 있어서는, 사용자가 주장하는 영업비밀 자체의 내용뿐만 아니라 근로자의 근무기간, 담당업무, 직책, 영업비밀에의 접근 가능성, 전직한 회사에서 담당하는 업무의 내용과 성격, 사용자와 근로자가 전직한 회사와의 관계 등 여러 사정을 고려하여야 한다.

[3] 근로자가 회사에서 퇴직하지는 않았지만 전직을 준비하고 있는 등으로 영업비밀을 침해할 우려가 있어서 이를 방지하기 위한 예방적 조치로서 미리 영업

비밀침해금지 및 전직금지를 구하는 경우에는 근로자가 회사에서 퇴직하지 않았다고 하더라도 실제로 그 영업비밀을 취급하던 업무에서 이탈한 시점을 기준으로 영업비밀침해금지기간 및 전직금지기간을 산정할 수 있을 것이지만, 근로자가 회사에서 퇴직한 이후 전직금지를 신청하는 경우에는, 전직금지는 기본적으로 근로자가 사용자와 경쟁관계에 있는 업체에 취업하는 것을 제한하는 것이므로, 근로자가 영업비밀을 취급하지 않는 부서로 옮긴 이후 퇴직할 당시까지의 제반 상황에서 사용자가 근로자가 퇴직하기 전에 미리 전직금지를 신청할 수 있었다고 볼 특별한 사정이 인정되지 아니하는 이상 근로자가 퇴직한 시점을 기준으로 산정하여야 한다.

2. 결정이유

(1) 전직금지약정을 체결하였다는 주장에 관하여

원심은 채권자가 제출한 소명자료만으로는 채권자가 2000. 6. 1. 채무자를 상대로 제기하였던 전업금지가처분신청을 취하할 당시에 채무자와 사이에 전직금지약정을 체결하였다고 볼 수 없다고 인정하고, 전직금지약정을 전제로 한 채권자의 전직금지가처분 신청을 배척하였는데, 원심의 그 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍된다.

(2) 부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률에 기한 전직금지가처분 신청에 관하여

원심은 당사자 사이에 구체적인 전직금지약정의 존재가 인정되지 아니하는 이 사건에 있어서는 근로자에 대한 전직금지신청이 헌법상 보장된 근로자의 직업선택의 자유를 필연적으로 제한하는 측면이 있음에 비추어 볼 때 원칙적으로 부정경쟁방지법 제10조의 규정만을 근거로 채무자에 대하여 전직금지를 구할 수는 없다고 판단하였다.

원심이 인정한 사실관계에서는 채무자에 대한 전직을 금지하지 않고서는 채권자의 영업비밀의 침해를 방지할 수 없다고 단정하기 어려우므로 원심의 그와 같은 판단은 정당하다.

(3) 영업비밀침해금지기간 및 그 기산점에 관하여

원심은 영업비밀 침해행위를 방지하기 위하여 채권자 회사가 신청한 채무자에 대한 영업비밀침해금지기간은 채무자가 이 사건 영업비밀을 취급하던 연구개발 업무에서 실질적으로 이탈한 2000. 3. 29.부터 1년간인 2001. 3. 28.까지라고 봄이 상당하다고 인정한 후, 채무자가 퇴직하여 전직할 당시인 2001. 9. 1.에는 그 기간이 모두 경과하였다고 보아 영업비밀침해금지를 구하는 채권자의 신청을 배척하는데, 원심의 그 판단은 정당한 것으로 수긍된다.

(4) 전직금지기간 및 그 기산점에 관하여

원심은 채무자에 대한 전직금지기간도 영업비밀침해금지기간과 같이 채무자가 영업비밀 취급업무에서 실질적으로 이탈한 2000. 3. 29.부터 1년간이라고 인정하였다.

퇴직한 근로자에 대하여 전직금지의무를 부과하는 것은 종전에 근무하던 직장의 영업비밀을 보호하기 위한 것이므로 특별한 사정이 없는 한 영업비밀의 존속기간을 넘는 기간까지 전직을 금지할 수는 없다고 할 것인데, 앞서 본 바와 같이 이 사건에서 채권자 회사의 영업비밀의 보호기간을 1년으로 인정하는 이상 채무자에 대한 전직금지기간도 1년으로 인정함이 상당하다고 할 것이므로, 원심의 그 판단도 정당하다.

원심은 그의 판시와 같은 사실을 기초로, 채무자에 대한 전직금지기간의 기산점도 영업비밀침해금지기간의 기산점과 같이 채무자가 영업비밀 취급업무에서 실질적으로 이탈한 2000. 3. 29.이라고 판단하였다.

채무자가 퇴직한 이후에 채권자 회사가 전직금지를 구하는 경우이어서 채무자가 채권자 회사에서 퇴직을 하기 이전에 채권자 회사가 채무자에 대한 전직금지를 신청할 수 있었다고 볼 특별한 사정이 없다면 채무자에 대한 전직금지기간의 기산점은 채무자가 채권자 회사에서 퇴직한 시점을 기준으로 삼아야 할 이 사건에서, 특별한 사정에 관하여 판시함이 없이 원심이 채무자가 퇴직한 날이 아닌 채무자가 영업비밀을 취급하던 업무에서 이탈한 시점인 2000. 3. 29.을 그 전직금지기간의 기산점으로 인정한 것은 잘못이라고 할 것이다.

그러나 영업비밀 보호기간을 2000. 3. 29.부터 1년 동안으로 정함이 상당한 것으로 판단될 뿐 반대 사정이 인정되지 아니하는 이 사건 사실관계에서는 채무자가 실제로 채권자 회사에서 퇴직할 당시에는 이미 그 기간이 경과하여 채권자

회사가 주장하는 영업비밀이 더 이상 영업비밀로서 보호될 수 없다고 할 것이고, 따라서 채무자가 퇴직한 당시를 기준으로 할 경우 채권자 회사의 영업비밀의 보호를 위하여 채무자의 전직을 금지할 필요성이 없게 되는 결과, 채권자 회사의 전직금지신청을 받아들일 수는 없을 것이어서, 원심이 비록 그 이유는 다르지만 채권자 회사의 전직금지신청을 기각한 것은 그 결론에 있어서 정당하다.

Ⅳ. 검토

1. 대상 결정은 경업금지약정이 헌법상 보장된 직업선택의 자유를 직접적으로 제한할 뿐 아니라 자유로운 경쟁을 저해하여 일반 소비자의 이익을 해칠 우려가 있다는 점과, 퇴직 후의 경쟁업체로의 전직금지 약정은 근로자의 생계와 직접적인 연관이 있다는 점을 들어 사용자와 근로자 사이에 전직금지약정이 있는지에 관하여는 엄격하게 판단해야 한다고 설시하고 있다.

생각건대, 사용자와 근로자 사이에 전직금지약정이 있었는지 여부에 대하여 자유로운 증명을 통하여 완화된 심사를 하도록 허용한다면 사용자 측에서 이를 악용하여 근로자의 직업선택의 자유와 근로권 등을 과도하게 제한할 여지가 생긴다고 할 것이므로, 위와 같은 대법원의 판단은 합리적인 것으로 판단된다.

2. 대상결정은 또한, 구체적인 전직금지약정이 없는 경우에도 근로자가 전직한 회사에서 영업비밀과 관련된 업무에 종사하는 것을 금지하지 않고서는 회사의 영업비밀을 보호할 수 없다고 인정되는 경우에는 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하 “부정경쟁방지법”이라 한다) 제10조 제1항에 의하여 전직금지신청을 할 수 있다고 설시하였다.

부정경쟁방지법의 입법 취지[1] 및 실효성 문제를 고려할 때, 대법원의 이러한 판단은 정당한 것으로 수긍된다. 다만 이로 인하여 사용자와 근로자 사이에 전직금지약정이 없었음에도 불구하고 사용자가 근로자의 전직을 가로막을 수 있는 길이 열린 만큼, 법원은 당해 사건의 사실관계가 부정경쟁방지법의 요건사실을 충족하는지에 관하여 엄격하게 심사해야 앞에서 설시한 결정내용, 즉 근로자의 직업선택의 자유 및 생계를 보호해야 하는 문제와의 모순을 피할 수 있을 것이다.

---

1) 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제1조(목적)
이 법은 국내에 널리 알려진 타인의 상표·상호(商號) 등을 부정하게 사용하는 등의 부정경쟁행위와 타인의 영업비밀을 침해하는 행위를 방지하여 건전한 거래질서를 유지함을 목적으로 한다.

3. 또한 전직금지기간 및 그 기산점에 관하여 판단 기준을 명확하게 제시하였다는 점에서도 의의가 있다고 하겠다. 대상결정은 퇴직한 근로자에 대하여 전직금지의무를 부과하는 것은 종전에 근무하던 직장의 영업비밀을 보호하기 위한 것이므로 특별한 사정이 없는 한 영업비밀의 존속기간을 넘는 기간까지 전직을 금지할 수는 없다고 하면서, 그 기산점에 대한 기준으로 근로자가 아직 회사에서 퇴직하지 않았지만 예방적 조치로서 미리 전직금지를 구하는 경우에는 실제로 그 영업비밀을 취급하던 업무에서 이탈한 시점을 기준으로 전직금지기간을 산정하고, 근로자가 회사에서 퇴직한 이후에 전직금지를 신청하는 경우에는 근로자가 영업비밀을 취급하지 않는 부서로 옮긴 이후 퇴직할 당시까지의 제반 상황에서 사용자가 근로자가 퇴직하기 전에 미리 전직금지를 신청할 수 있었다고 볼 사정이 인정되지 아니하는 이상 근로자가 퇴직한 시점을 기준으로 전직금지기간을 산정해야 한다고 본다.

대법원은 위와 같은 논지로 영업비밀 보호기간과 전직금지기간을 분리하여 기산하여야 하는 바, 원심이 채무자가 퇴직한 날이 아닌 채무자가 영업비밀을 취급하던 업무에서 이탈한 시점을 전직금지기간의 기산점으로 인정한 것은 잘못이라고 지적하나, 채무자가 퇴직한 당시를 기준으로 할 경우에도 채권자 회사의 영업비밀의 보호를 위하여 채무자의 전직을 금지할 필요가 없게 된다면 채권자 회사의 전직금지신청은 받아들일 수 없다고 하여 결과적으로는 원심과 동일한 결론을 도출하였는데, 이에 대한 논의의 실익이 크지 않다고 할 것이다. 왜냐하면 어차피 영업비밀의 존속기간을 넘는 기간까지 전직을 금지할 수는 없기 때문에, 영업비밀 보호기간의 기산점을 도과하여 전직금지기간을 기산한다고 해도 전직금지기간의 종기는 영업비밀 보호기간의 종기에서 벗어나기 어려울 것이기 때문이다.

취업규칙 불이익변경의 동의주체 :
대법원 2009. 5. 28. 선고 2009두2238 판결

김창덕

충남대학교 법학전문대학원 석사과정

Ⅰ. 사안의 개요

1. 당사자

(1) 원고, 상고인: 신용협동조합
(2) 피고, 피상고인: 중앙노동위원회위원장
(3) 피고보조참가인, 피상고인: 보조참가인(이하 편의상 甲이라 표시한다.)

2. 사건의 쟁점

이 사건 판례의 쟁점은 근로기준법 제 94조 제 1항 단서 '취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하는 경우에는 그 동의를 받아야 한다.'의 해석과 관련하여 동의의 주체인 근로자의 의미에 관한 것이다.

Ⅱ. 사실관계

1. 원고 조합은 1973. 3. 2. 설립인가를 받아 전주시 완산구 전동 (지번 생략)에 본점을 두고 상시근로자 35명을 고용하여 금융업을 영위하는 신용협동조합이고, 피고 보조참가인 甲은 1976. 2. 14. 원고 조합에 입사하여 2001년도에 상무(2급 갑)로 진급하고 그 후 중앙지소 지점장으로 발령받아 근무를 하다가 2007. 6. 30.자로 정년면직 처리된 사람이다.

2. 원고 조합이 甲을 정년면직 처리한 근거는 甲의 입사 후 변경된 취업규칙이었다. 원고 조합은 2003. 12. 30. 제11차 정기이사회를 개최하여 인사규정 중 관리직(3급 이상) 60세, 일반직(4급 이하) 55세로 되어 있는 정년규정을 관리직과 일반직 모두 동일하게 58세로 하기로 의결하였고, 노동조합은 2004. 10. 13. 조합원 27명 전체의 출석하에 임시총회를 개최하여 찬성 22표, 반대 5표로 위와 같은 직원정년규정의 개정에 대한 동의안을 통과시켰다. 당시 노동조합은 전체 직원 38명 중 관리직 3급 4명과 일반직 23명 등 총 27명으로 구성되어 있었다. 그 후 원고 조합과 노동조합은 2004. 11. 4. 정년에 관한 인사규정 제27조 제1항을 위와 같이 개정하여 2004. 1. 1.자로 시행하기로 합의하였고, 이에 따라 원고 조합은 인사규정을 개정하여 시행하였다.

3. 甲은 2007. 7. 18. 전북지방노동위원회에 2007부해113호로 이 사건 해고가 부당하다면서 부당해고 구제신청을 하였고, 전북지방노동위원회는 같은 해 8. 30. 원고 조합이 2003. 12. 30. 인사규정(취업규칙)상의 관리직의 정년을 60세에서 58세로 변경함에 있어 비조합원인 관리직 직원들의 동의를 얻었다고 볼 수 없다는 등의 이유로 위 인사규정을 적용하여 참가인이 58세의 정년에 도달하였다는 이유로 한 이 사건 해고를 부당해고로 인정하고, 원고 조합은 참가인을 즉시 원직에 복직시키고 해고기간 동안 정상적으로 근로하였다면 받을 수 있었던 임금상당액을 지급하라는 구제명령을 발하였다.

4. 이에 원고는 2007. 9. 18. 중앙노동위원회에 2007부해762호로 부당해고 구제재심신청을 하였고, 중앙노동위원회는 2007. 10. 16. 초심판정과 같은 이유로 원고의 재심신청을 기각하였다.

5. 원고조합은 서울행정법원에 「중앙노동위원회가 2007. 10. 16. 원고와 피고보조참가인 사이의 2007부해762 부당해고구제 재심신청사건에 관하여 한 재심판정을 취소한다.」는 취지의 청구를 하였으나 원고패소 판결이 있었고[1] 항소하였으나 서울고등법원의 항소기각판결[2]이 있었다. 이에 불복하여 원고조합은 상고

1) 원고의 주장에 의하더라도 원고 조합의 노동조합은 관리직 직원 11명 중 가입자격이 있는 3급 4명만이 가입되어 있다는 것이어서 그러한 노동조합으로부터 위 규정개정에 동의를 얻었다 하더라도 이는 불이익변경 대상 근로자집단의 과반수의 동의를 얻은 것으로 볼 수 없다(서울행정법원 2008. 6. 3. 선고 2007구합41598 판결).

2) 이 법원이 이 사건에 관하여 설시할 이유는, 제2항 기재와 같이 고쳐쓰거나 추가하는 이외에는 제1심 판결문의 이유 기재와 같으므로 행정소송법 제8조 제2항, 민사소송법 제420조에 의하여

하였다.

[관련법령]

근로기준법

제94조(규칙의 작성, 변경 절차) ① 사용자는 취업규칙의 작성 또는 변경에 관하여 해당 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수의 의견을 들어야 한다. 다만, 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하는 경우에는 그 동의를 받아야 한다.

② 사용자는 제93조에 따라 취업규칙을 신고할 때에는 제1항의 의견을 적은 서면을 첨부하여야 한다.

Ⅲ. 판결요지 및 이유

1. 판결요지

여러 근로자 집단이 하나의 근로조건 체계 내에 있어 비록 취업규칙의 불이익 변경 시점에는 어느 근로자 집단만이 직접적인 불이익을 받더라도 다른 근로자 집단에게도 변경된 취업규칙의 적용이 예상되는 경우에는 일부 근로자 집단은 물론 장래 변경된 취업규칙 규정의 적용이 예상되는 근로자 집단을 포함한 근로자 집단이 동의주체가 되고, 그렇지 않고 근로조건이 이원화되어 있어 변경된 취업규칙이 적용되어 직접적으로 불이익을 받게 되는 근로자 집단 이외에 변경된 취업규칙의 적용이 예상되는 근로자 집단이 없는 경우에는 변경된 취업규칙이 적용되어 불이익을 받는 근로자 집단만이 동의 주체가 된다.

이를 인용한다(서울고등법원 2009. 1. 9. 선고 2008누17877 판결).

2. 판결이유

(1) 판례의 동향

1) 일반적인 경우

취업규칙의 작성·변경에 관한 권한은 원칙적으로 사용자에게 있으므로 사용자는 그 의사에 따라서 취업규칙을 작성·변경할 수 있고, 다만 취업규칙의 변경에 의하여 기존 근로조건의 내용을 일방적으로 근로자에게 불이익하게 변경하려면 종전 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자 집단의 집단적 의사결정방법에 의한 동의를 요한다고 할 것인바, 그 동의방법은 근로자 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합의, 그와 같은 노동조합이 없는 경우에는 근로자들의 회의방식에 의한 과반수의 동의가 있어야 하고, 여기서 말하는 근로자의 과반수라 함은 기존 취업규칙의 적용을 받는 근로자 집단의 과반수를 뜻한다.[3)]

2) 취업규칙의 적용대상이 이원화 되어있는 경우

사원과 노무원으로 이원화된 개정 퇴직금규정이 개정 전의 그것보다도 퇴직금 지급일수의 계산 및 퇴직금 산정 기초임금의 범위에 있어 근로자에게 불리하게 변경된 경우에는 이에 관하여 종전 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자집단의 동의가 있어야 유효하다고 할 것인바, 노동조합원인 총 근로자 중 85%가 넘는 수를 차지하는 노무원이 퇴직금개정안에 완전히 동의하였다 하더라도 개정 퇴직금규정이 노무원에 대한 부분에 국한하여 효력이 있는 것일 뿐, 개정에 동의한 바 없는 사원에 대한 부분은 효력이 없다.[4)]

(2) 대상 판결

취업규칙의 작성·변경의 권한은 원칙적으로 사용자에게 있으므로 사용자는 그 의사에 따라 취업규칙을 작성·변경할 수 있으나, 취업규칙의 작성·변경이 근로자가 가지고 있는 기득의 권리나 이익을 박탈하여 불이익한 근로조건을 부과하는 내용일 때에는 종전 근로조건 또는 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자의 집단적 의사결정방법에 의한 동의, 즉 당해 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이

3) 대법원 2008. 2. 29. 선고 2007다85997 판결.
4) 대법원 1990. 12. 7. 선고 90다카19647 판결.

없는 경우에는 근로자의 과반수의 동의를 요한다(대법원 1997. 5. 16. 선고 96다2507 판결 등 참조). 또한 취업규칙의 일부를 이루는 규정의 변경이 일부의 근로자에게는 유리하고 일부의 근로자에게는 불리한 경우 그러한 변경에 근로자 집단의 동의를 요하는지를 판단하는 것은 근로자 전체에 대하여 획일적으로 결정되어야 할 것이고, 또 이러한 경우 취업규칙의 변경이 근로자에게 전체적으로 유리한지 불리한지를 객관적으로 평가하기가 어려우며, 같은 개정에 의하여 근로자 상호간의 이, 불리에 따른 이익이 충돌되는 경우에는 그러한 개정은 근로자에게 불이익한 것으로 취급하여 근로자들 전체의 의사에 따라 결정하게 하는 것이 타당하다(대법원 1993. 5. 14. 선고 93다1893 판결 등 참조). 그리고 여러 근로자 집단이 하나의 근로조건 체계 내에 있어 비록 취업규칙의 불이익변경 시점에는 어느 근로자 집단만이 직접적인 불이익을 받더라도 다른 근로자 집단에게도 변경된 취업규칙의 적용이 예상되는 경우에는 일부 근로자 집단은 물론 장래 변경된 취업규칙 규정의 적용이 예상되는 근로자 집단을 포함한 근로자 집단이 동의주체가 되고, 그렇지 않고 근로조건이 이원화되어 있어 변경된 취업규칙이 적용되어 직접적으로 불이익을 받게 되는 근로자 집단 이외에 변경된 취업규칙의 적용이 예상되는 근로자 집단이 없는 경우에는 변경된 취업규칙이 적용되어 불이익을 받는 근로자 집단만이 동의주체가 된다.

이러한 법리와 원심판결 이유 및 기록에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 이 사건 정년규정의 개정으로 일반직 직원인 4급 이하 직원의 정년은 55세에서 58세로 연장되었고, 관리직 직원인 3급 이상 직원의 정년은 60세에서 58세로 단축되었으며, 이 사건 정년규정의 개정 당시 원고의 전체 직원 38명 중 관리직 직원은 12명이고, 노동조합은 관리직 3급 4명과 일반직 23명 등 총 27명으로 구성되어 있었던 점, 위와 같이 원고의 전체 직원 중 과반수가 4급 이하의 일반직 직원이기는 하였으나, 3급 이상의 관리직 직원들과 4급 이하의 일반직 직원들은 그 직급에 따른 차이만이 있을 뿐 4급 이하의 일반직 직원들은 누구나 3급 이상으로 승진할 가능성이 있으며, 이러한 경우 승진한 직원들은 이 사건 정년규정에 따라 58세에 정년퇴직하여야 하므로 위 개정은 3급 이상에만 관련되는 것이 아니라 직원 전부에게 직접적 또는 간접적, 잠재적으로 관련되는 점 등에 비추어 볼 때 이 사건 정년규정의 개정은 당시 3급 이상이었던 관리직 직원뿐만이 아니라 일반직 직원들을 포함한 전체 직원에게 불이익하여 그 개정 당시의 관리직 직원들뿐만 아니라 일반직 직원들을 포함한 전체 직원들이 동의주체가 된다고 봄이 상당하다.

Ⅳ. 검토

1. 대상판결의 의미

근로기준법 제94조 제1항은 사용자가 취업규칙의 내용을 불이익하게 변경하기 위하여서는 근로자 측의 동의를 얻도록 규정하고 있으며 해당 사업장에 근로자 과반수로 조직된 노동조합이 존재하는지 여부에 따라 취업규칙의 변경과 관련한 동의의 주체를 달리 하도록 규정하고 있다. 그런데 당해 동의의 주체를 판단하기 위한 '근로자 과반수'의 구체적인 의미와 관련하여서는 별다른 규정을 두고 있지 않은바 그 의미와 관련하여 종래부터 다툼이 제기되어 왔다.

본 건 대상판결은 "… 여러 근로자 집단이 하나의 근로조건 체계 내에 있어 비록 취업규칙의 불이익변경 시점에는 어느 근로자 집단만이 직접적인 불이익을 받더라도 다른 근로자 집단에게도 변경된 취업규칙의 적용이 예상되는 경우에는 일부 근로자 집단은 물론 장래 변경된 취업규칙 규정의 적용이 예상되는 근로자 집단을 포함한 근로자 집단이 동의주체가 되고, 그렇지 않고 근로조건이 이원화되어 있어 변경된 취업규칙이 적용되어 직접적으로 불이익을 받게 되는 근로자 집단 이외에 변경된 취업규칙의 적용이 예상되는 근로자 집단이 없는 경우에는 변경된 취업규칙이 적용되어 불이익을 받는 근로자 집단만이 동의주체가 된다"라고 하여, 장래 그 변경된 취업 규칙의 적용이 예상되는 근로자들도 동의의 주체가 된다는 견해를 최초로 명확히 제시하였다는 점에서 의미가 매우 크다고 본다.[5)]

2. 대상판결의 문제점

(1) 근로자 동의에 관한 해석의 문제점

당해 판결은 취업규칙 불이익변경의 동의주체에 대해 "여러 근로자 집단이 하나의 근로조건 체계 내에 있어 비록 취업규칙의 불이익변경 시점에는 어느 근로자 집단만이 직접적인 불이익을 받더라도 다른 근로자 집단에게도 변경된 취업규칙의 적용이 예상되는 경우에는 일부 근로자 집단은 물론 장래 변경된 취업규칙 규정의 적용이 예상되는 근로자 집단을 포함한 근로자 집단이 동의주체가 된

5) 주완, 계간 「조정과 심판」, 2010 봄호 (제40호), 중앙노동위원회, 2010, 33-34면.

다."고 판시하고 있다. 그리고 이 사건의 경우 일반직 근로자에게도 변경된 취업규칙의 적용이 예상된다고 하며 동의주체를 당해사업장의 근로자 '전체'로 판단하였다.

이러한 대법원의 해석에 반대한다. 첫째, 판례가 설시하고 있는 적용이 예상된다는 것은 지나치게 모호하여 그 경계가 불분명하다. 둘째, 근로기준법 제94조의 근로자 동의의 필요는 근로자의 근로생활의 안전을 위한 취지도 있으므로 동의 유무는 엄격하게 해석하여야한다. 그렇다면 적용이 예상된다는 것의 의미를 해석함에 있어 '형식적인 적용의 예상'이 아니라 '실질적인 적용의 예상'이 있어야 한다. 사안의 경우 판례는 일반직근로자들이 장래에 관리직이 '될 수도' 있기 때문에 개정된 취업규칙의 적용이 예상된다고 보고 있다. 하지만 모든 일반직 근로자들은 특별한 사정이 없는 한 장래에 모두가 관리직이 '된다.'는 전제가 성립하지 않는 한 판례의 견해는 타당하지 않다. 실질적으로 보자면 일반직근로자들에게는 이 사안의 변경된 취업규칙은 적용될 수도 있고 안 될 수도 있는 것이며 구체적 사업장의 구조를 생각한다면(이 사건에서는 일반직 중에서 관리직으로 승진될 수 있는 수는 대략 반 정도에 불과하다.) 실질적으로 적용받지 않는 근로자의 수가 압도적으로 많아지게 된다. 따라서 판례가 말한 기본적인 원칙은 타당하지만 사건의 구체적인 포섭에 있어서는 그 전제가 잘못되었다고 본다. 대상판결은 구체적 사건을 해결함에 있어 지나친 형식논리를 보이고 있는 것이다.

(2) 고위직급 근로자의 신뢰보호문제 및 대상판결법리의 남용가능성

사업장의 직급에 따른 근로자의 수는 고위직급으로 올라가면 갈수록 그 수가 적어지는 피라미드 형태를 보이는 것이 일반적이다. 만약 당해사건처럼 판례의 원칙을 적용한다면 고위직급들은 자신들이 직접 불이익을 받음에도 불구하고 취업규칙의 불이익변경을 막을 수 있는 실질적인 수단을 상실하게 된다.[6] 대법원 판례의 해석을 유지할 경우 사업자는 고위직급근로자의 근로조건은 불이익하게 그 이외의 일반직의 근로조건은 유리하게 변경(대상판례에서 관리직들의 근로조

6) 예컨대 특정 기업에서 '신입사원의 부장 직급으로의 승진 가능성이 5% 밖에 되지 않는다'고 다정함에 있어, 당해 부장 직급에게만 적용될 임금체계를 기존 호봉제에서 성과급 연봉제(마이너스 섬)로 불이익하게 변경하는 것과 관련하여, 단순히 직급체계상 그 부장 직급으로의 승급 가능성이 존재한다는 사정만을 이유로 하여 신입사원을 포함한 전체 근로자들을 본 건 동의의 주체로 보아야 한다고 할 경우, 이는 당해 변경된 근로조건을 적용받을 가능성이 희박한 근로자집단의 의사에 의하여 현재 이를 직접 적용받는 근로자의 근로조건이 좌지우지되는 모습을 갖게 될 것이므로, 이와 같은 내용의 운영모습이 과연 타당한지는 논란의 여지가 있다고 보인다. 주완, 계간 「조정과 심판」, 2010 봄호 (제40호), 중앙노동위원회, 2010, 33-34면.

건은 열악하게 일반근로자들의 근로조건을 향상시키는 형태의 취업규칙)하는 취업규칙으로 고위직급의 근로조건을 좌지우지 할 수 있게 된다. 이는 고위직급근로자의 근로생활의 안정 및 신뢰의 보호문제 뿐만 아니라 사업장안의 근로자 사이의 갈등을 유발할 수 있는 요소라고 생각한다. 또한 극단적인 예로 60세가 정년이었던 56세의 근로자가 정년이 57세로 변경된 취업규칙으로 인해 가까운 장래에 퇴직해야 하는 불합리가 발생할 수도 있다.

물론 판례의 견해에 의하지 않는다면 고위직급 근로자들이 불이익해진 취업규칙에 동의하지 않을 고도의 개연성이 있고 실제로 동의를 거부한다면 인사적체 문제 등이 해결되지 못하는 불합리가 있음은 인정한다. 하지만 사업장의 인사적체문제 등은 장기적인 계획을 세워 해결함이 바람직하며 고위직급근로자의 신뢰보호와 조화를 이루면서 이루어져야 한다. 사안의 경우 사업자는 직접불이익을 받을 근로자들에게는 유예조항을 마련할 수 있었고 유예조항이 있었다면 불이익변경의 동의주체가 일반 근로자 전체라는 결론에 이견이 있을 수가 없다고 본다. 그렇다면 장기적으로는 인사적체의 문제가 근로자의 신뢰보호와 조화를 이루며 자연스럽게 해결될 수 있었다고 본다.

Ⅴ. 결론

대상판결의 입장의 기본적인 태도에는 찬성하지만 구체적인 사안의 포섭에서 있어서 과연 타당한지는 의문이다. 즉 구체적인 사건을 해결하는데 지나친 형식논리를 보이고 있는 것 같아 우려스럽고, 언제까지 이러한 입장이 지속될 수 있을지 의문이 드는 바이다.

취업규칙 불이익변경에 있어서의 '사회통념상 합리성' 판단 :

대법원 2001. 1. 5. 선고 99다70846 판결

황이경

충남대학교 법학전문대학원 석사과정

Ⅰ. 사안의 개요

1. 당사자

(1) 원고, 상고인 : 정○○
(2) 피고, 피상고인 : 재단법인 한국기계연구원

2. 사건개요 및 쟁점

한국정밀기계센터를 통합한 한국기계금속시험연구소가 기존의 한국정밀기계센터의 직원 전원을 인수하며 그 근로관계를 포괄적으로 승계하였으며, 원고를 비롯한 기존의 한국정밀기계센터 출신 직원들에게 한국기계금속시험연구소의 퇴직금규정을 적용하는 것은 동의 없이 이루어진 불이익한 취업규칙의 변경이라 하여 효력이 없다하여 한국정밀기계센터의 퇴직금규정에 근거하여 미지급된 퇴직금을 청구한 사안이다.

이 사건에서는 근로자의 집단적 의사결정방법에 의한 동의 없이 근로자에게 불리하게 작성·변경된 취업규칙이라도 사회통념상 합리성이 있다고 인정되는 경우에는 그 적용이 가능한지 여부 및 합리성 유무의 판단 기준이 주요한 쟁점이 되었다.

Ⅱ. 사실관계

1. 피고 재단법인(한국기계연구원)의 설립경위

(1) 소외 재단법인 한국정밀기기센터(이하 한국정밀기기센터라 한다)는 1966. 4. 13. 대한민국 정부와 유네스코의 공동사업으로 발족되었으며, 한국정밀기기센터육성법(1975. 4. 4. 법률 제2760호)에 의하여 법률적 보호를 받게 되었다.

(2) 그 후 특정연구기관육성법(1973. 12. 31. 법률 제2671호)에 의하여 소외 재단법인 한국기계금속시험연구소(이하 한국기계금속시험연구소라 한다)가 설립되었는데, 정부는 1979. 1. 한국정밀기기센터가 수행하는 사업 부문 중 전자공업진흥사업부문은 소외 한국전자공업진흥회에 이관하고, 나머지 사업부문은 한국기계금속시험연구소에 흡수·통합시키기로 방침을 정하였고, 이에 한국정밀기기센터 직원 287명 중 전자공업진흥사업부문 직원 28명은 1979. 3. 7. 한국정밀기기센터에서 면직된 다음 한국전자공업진흥회에 인수되었고, 한국기계금속시험연구소는 1979. 4. 1. 한국정밀기기센터를 흡수·통합하면서 한국정밀기기센터의 자산과 부채를 승계하고, 한국정밀기기센터가 영위하던 사업을 계속하는 한편 한국정밀기기센터의 직원 259명 전원을 인수하였다.

(3) 그런데, 정부는 1980. 11.경 정부 출연 연구기관들을 통폐합하여 연구체제를 정비하기로 하고, 1981. 1. 5. 한국기계금속시험연구소와 소외 재단법인 한국선박연구소(이하 한국선박연구소라 한다)를 해산하는 대신 재단법인 한국기계연구소(이하 한국기계연구소라 한다)를 설립하였는 바, 한국기계연구소는 한국기계금속시험연구소와 한국선박연구소의 인원, 재산, 사업, 예산 및 권리의무 일체를 포괄승계하였고, 1983. 7. 1. 소외 재단법인 한국과학기술연구소(이하 한국과학기술연구소라 한다)의 기업기술지원센터 등 일부조직을 이관받았으며, 1992. 3. 16. 피고 재단법인(한국기계연구원)으로, 그 명칭이 변경되었다.

2. 퇴직금지급규정의 변경

(1) 한국정밀기기센터가 1970. 1. 1.부터 시행한 퇴직금지급규정에는, 퇴직금은 근속 1년 이상의 직원이 퇴직할 때 지급하며, 퇴직 당시 일개월 분의 급료액

에 별지 1. 퇴직금지급률표 기재 퇴직금지급률을 곱한 금액으로 하고, 근속년수의 계산은 퇴직자의 입사 임명일부터(다만, 부칙 제2조 제1항에서 위 규정의 시행일인 1970. 1. 1. 이전의 근속년수는 소멸된 것으로 간주한다고 규정하였다.) 퇴직일까지 만년수로 하며 1년 미만의 단수는 만년수의 지급률로 일할 계산하도록 규정되어 있다.

(2) 한국기계금속시험연구소가 1980. 3. 6. 제정하여 시행한 퇴직금지급규정에는, 퇴직금지급규정은 한국기계금속시험연구소에 만 1년 이상 근속한 임직원에게 적용하되, 5년 미만 근속한 직원의 퇴직금은 퇴직당시 급여월액에 근속년수를 곱한 금액으로 하고, 5년 이상 근속한 직원의 퇴직금은 별지 2. 퇴직금지급기준표 기재 방식에 따라 산정한 금액으로 하며, 한편 급여월액이라 함은 퇴직전 3개월간의 기준급여, 연구 및 기술수당, 년월차수당과 상여금을 포함하여 월평균 지급되는 임금을 말하고, 근속년수의 계산은 퇴직자의 입소, 임명일로부터 퇴직일까지의 만년수로 하며 1년 미달의 단수는 만년수의 지급률로 일할 계산하도록 규정되어 있다.

(3) 1) 한국기계연구소가 1981.3.26. 제정하여 시행한 퇴직금지급규정에는, 퇴직금은 근속1년 이상의 직원이 퇴직할 때 지급하며, 퇴직 당시 급여월액에 별지 3. 퇴직금지급률표 기재 퇴직금지급률을 곱한 금액으로 하고, 근속년수의 계산은 퇴직자의 입소 임명일부터(다만, 부칙에서 한국기계금속시험연구소와 한국선박연구소에서 인수된 직원은 한국기계금속시험연구소와 한국선박연구소에서의 재직기간을 통산하여 위 규정을 적용한다고 규정하였다.) 퇴직일까지 만년수로 하며 1년 미만의 단수는 월할계산하고 월 미만의 단수는 1월로 계산하도록 규정되어 있다.

2) 한국기계연구소가 1989. 4. 1. 개정한 퇴직금지급규정에는, 퇴직금은 평균임금과 근속기간에 따라 계산하되, 5년 이상 근속한 직원의 퇴직금은 별지 4. 퇴직금지급기준표 기재 방식에 따라 산정한 금액으로 하며, 근무년수의 계산은 입소명령일부터 퇴직일까지의 만년수로 하되 1년 미만의 단수로서 6개월 미만은 1/2년으로, 6개월 이상 1년 미만은 1년으로 각 계산하도록 규정되어 있다. 또한 위 퇴직금지급규정에는, 평균임금이라 함은 근로기준법 제19조 및 동법시행령 제32조에 의거하여 퇴직일 직전 3개월간에 지급된 임금의 총액을 그 기간의 총일수로 나눈 금액의 1개월분을 말한다고 규정하는 한편, 퇴직금 지급에 관한 세부적 사항은 소장이 따로 정하여 시행한다고 규정하였고, 이에 따라 같은 날 제

정된 퇴직금지금요령에서 직원의 평균임금은 기본급여, 상여금, 연구활동비, 년월차수당을 기초로 산정한다고 규정하였다.

(4) 피고가 1993.9.22. 개정하여 시행한 퇴직금지급규정에는, 위 1989. 1. 1. 퇴직금지급규정과 동일한 방식으로 산정한 금액에서 국민연금법 제75조에 의거하여 선납한 퇴직금전환금을 공제한 금액을 퇴직금으로 지급하도록 규정되어 있고, 한편 1994. 8. 25. 개정된 퇴직금지급요령에서 직원의 평균임금은 기본급여, 상여금, 연구활동비, 년월차수당, 능률제고수당, 주임수당, 감독수당을 기초로 산정한다고 규정하였다.

3. 원고의 근로관계 및 퇴직금 수령

(1) 원고는 1969. 1. 10. 한국정밀기기센터에 입사하여 기획관리실 예산주무로 근무하다가 한국정밀기기센터가 한국기계금속시험연구소에 통합되면서 1979. 4. 1.부터 기획관리실 예산과 선임관리원으로서 종전과 동일한 업무를 수행하였다.

(2) 그 후 원고는 한국기계금속시험연구소가 한국기계연구소에 통합되면서 1981. 1. 5.부터 기획부 기획예산과장 등으로 계속 근무하다가 1996. 1. 31. 퇴직하였는데, 퇴직당시 위 1993. 9. 22. 개정 퇴직금지급규정과 1994. 8. 25. 개정 퇴직금지급요령에 따라 산정한 퇴직금 128,989,730원을 지급받았다.

[관련 법령]

근로기준법(일부개정 1999.2.8 법률 제5885호)

제97조 (규칙의 작성, 변경의 절차) ①사용자는 취업규칙의 작성 또는 변경에 관하여 당해 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 로동조합이 있는 경우에는 그 로동조합, 근로자의 과반수로 조직된 로동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수의 의견을 들어야 한다. 다만, 취업규칙을 근로자에게 불이익하게 변경하는 경우에는 그 동의를 얻어야 한다.

②사용자는 제96조의 규정에 의하여 취업규칙을 신고할 때에는 제1항의 의견을 기입한 서면을 첨부하여야 한다.

Ⅲ. 판결요지 및 이유

1. 판결요지

사용자가 일방적으로 새로운 취업규칙의 작성·변경을 통하여 근로자가 가지고 있는 기득의 권리나 이익을 박탈하여 불이익한 근로조건을 부과하는 것은 원칙적으로 허용되지 아니한다고 할 것이나, 당해 취업규칙의 작성 또는 변경이 그 필요성 및 내용의 양면에서 보아 그에 의하여 근로자가 입게 될 불이익의 정도를 고려하더라도 여전히 당해 조항의 법적 규범성을 시인할 수 있을 정도로 사회통념상 합리성이 있다고 인정되는 경우에는 종전 근로조건 또는 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자의 집단적 의사결정방법에 의한 동의가 없다는 이유만으로 그 적용을 부정할 수는 없다고 할 것이고, 한편 여기에서 말하는 사회통념상 합리성의 유무는 취업규칙의 변경에 의하여 근로자가 입게 되는 불이익의 정도, 사용자측의 변경 필요성의 내용과 정도, 변경 후의 취업규칙 내용의 상당성, 대상조치 등을 포함한 다른 근로조건의 개선상황, 노동조합 등과의 교섭 경위 및 노동조합이나 다른 근로자의 대응, 동종 사항에 관한 국내의 일반적인 상황 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

2. 판결이유

(1) 기존 판례에서의 취업규칙 불이익변경에 있어서 사회통념상 합리성 판단 기준

당해 취업규칙의 작성 또는 변경이 그 필요성 및 내용의 양면에서 보아 그에 의하여 근로자가 입게 될 불이익의 정도를 고려하더라도 여전히 당해 조항의 법적 규범성을 시인할 수 있을 정도로 사회통념상 합리성이 있다고 인정되는 경우에는 종전 근로조건 또는 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자의 집단적 의사결정방법에 의한 동의가 없다는 이유만으로 그 적용을 부정할 수는 없다고 할 것이고, 한편 여기에서 말하는 사회통념상 합리성의 유무는 ① 취업규칙의 변경에 의하여 근로자가 입게 되는 불이익의 정도, ② 사용자측의 변경 필요성의 내용과 정도, ③ 변경 후의 취업규칙 내용의 상당성, ④ 대상조치 등을 포함한 다른 근로조건의 개선상황, ⑤ 노동조합 등과의 교섭 경위 및 노동조합이나 다른 근로자의 대응, ⑥ 동종 사항에 관한 국내의 일반적인 상황 등을 종합적으로 고려

하여 판단하여야 할 것이다.

(2) 최근 판례에서 부가하여 설시된 취업규칙 불이익변경에 있어서 사회통념상 합리성 판단 기준

당해 취업규칙의 작성 또는 변경이 그 필요성 및 내용의 양면에서 보아 그에 의하여 근로자가 입게 될 불이익의 정도를 고려하더라도 여전히 당해 조항의 법적 규범성을 시인할 수 있을 정도로 사회통념상 합리성이 있다고 인정되는 경우에는 종전근로조건 또는 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자의 집단적 의사결정방법에 의한 동의가 없다는 이유만으로 그의 적용을 부정할 수는 없다고 할 것이고, 한편 여기에서 말하는 사회통념상 합리성의 유무는 취업규칙의 변경에 의하여 근로자가 입게 되는 불이익의 정도, 사용자측의 변경 필요성의 내용과 정도, 변경 후의 취업규칙 내용의 상당성, 대상조치 등을 포함한 다른 근로조건의 개선상황, 노동조합 등과의 교섭 경위 및 노동조합이나 다른 근로자의 대응, 동종 사항에 관한 국내의 일반적인 상황 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이지만, 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하는 경우에는 그 동의를 받도록 한 근로기준법을 사실상 배제하는 것이므로 제한적으로 엄격하게 해석하여야 할 것이다.[1)]

(3) 본 사안에서의 판단

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 판결에서 채용하고 있는 증거들을 종합하여 그 판시의 사실을 인정한 다음, 한국기계금속시험연구소의 1980. 3. 6. 퇴직금지급규정이 한국정밀기기센터의 1970. 1. 1. 퇴직금지급규정에 비하여 그 지급률에 있어서 불이익한 것은 사실이나, ① 한국기계금속시험연구소의 1980. 3. 6. 퇴직금지급규정을 제정할 당시 한국정밀기기센터 출신 직원들과 기존의 한국기계금속시험연구소 직원들 사이에 서로 다른 퇴직금지급률을 조정하고, 통일적인 퇴직금지급규정을 마련할 필요성이 높았던 점, ② 한국정밀기기센터 출신 직원들의 정년이 통합 후 55세에서 65세로 10년이나 연장됨에 따라 연장된 기간만큼 더 근무하면서 이에 상응하는 임금을 지급받게 된 점, ③ 통합을 전후하여 한국정밀기기센터 출신 직원들의 임금이 인상되고, 호봉이 조정됨에 따라 퇴직금 산

1) 대법원 2010. 1. 28. 선고 2009다32362 판결.

정의 기초가 되는 임금이 인상되는 등 통합 후 다른 근로조건이 개선되었고, 이로써 퇴직금지급률의 저감에 따른 불이익이 상당 정도 완화된 점, ④ 통합에 앞서 원고를 포함한 한국정밀기기센터 출신 직원들이 한국정밀기기센터를 형식적으로 퇴직하면서 인상된 임금을 기초로 종전의 높은 퇴직금지급률에 의한 퇴직금을 이의 없이 수령하였고, 따라서 통합 당시에는 원고를 포함한 한국정밀기기센터 출신 직원들도 향후 제정될 한국기계금속시험연구소의 퇴직금지급규정이 자신들에게 적용될 것으로 예상하고 있었다고 추정되는 점 등의 제반 사정에 비추어 볼 때, 한국기계금속시험연구소의 1980. 3. 6. 퇴직금지급규정은 한국정밀기기센터 출신 직원들의 집단적 의사결정방법에 의한 동의를 받지 않아도 될 만한 사회통념상의 합리성이 있었다고 봄이 상당하고, 따라서 이는 원고를 포함한 한국정밀기기센터 출신 직원들에게도 적용된다고 판단하고 있다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 판단은 수긍이 가고, 거기에 사회통념상의 합리성 유무에 관하여 법리를 오해하였거나 그에 관하여 심리를 다하지 아니한 위법이 있다고 할 수 없다.

Ⅳ. 검토

취업규칙은 사용자가 다수 근로자에게 획일적으로 적용하기 위하여 그 근로조건에 관하여 설정한 준칙이라고 정의할 수 있다. 사업 또는 사업장에 다수 근로자가 취업하는 경우에는 이들의 근로조건을 공평 · 통일적으로 설정하는 것이 효율적인 사업경영을 위하여 필요하게 된다. 사용자가 설정하는 취업규칙은 다수 근로자의 근로조건을 획일화하는 중대한 기능을 가지기 때문에 근로기준법은 근로자보호를 위하여 취업규칙에 대하여 그 작성 · 변경의 절차 등에 관하여 규제를 하면서 근로계약에 대한 규범적 효력을 인정하고 있다.[2)]

이와 같은 판례의 입장은 일본의 판례를 답습한 것으로 보인다. 일본의 경우는 취업규칙의 불이익변경에 대한 요건을 법률로 규정하지 않고, 판례가 취업규칙의 법적 성질에 관하여 사실관습설을 택하기 때문에 근로자에게 불리하게 변경된 취업규칙의 효력이 근로자의 동의 유무가 아니라 변경의 합리성 유무에 따라 결정된다는 결론에 도달하는 것이다.

2) 임종률, 「노동법」, 박영사, 2011, 336면.

그러나 우리나라는 일본과 달리 근로기준법에서 취업규칙의 불이익변경에 대하여는 근로자집단의 동의를 받도록 명문으로 규정하고 있는데, 판례의 입장은 법률이 불이익변경의 요건으로 규정한 근로자집단의 동의를 해석을 통하여 배제하여 사법해석의 한계를 넘어서고, 스스로 1970년대부터 취업규칙의 법적 성질에 관하여 수권설의 입장을 택하면서 불이익변경에는 근로자집단의 동의가 없으면 무효라고 결론지어온 것과 모순된다.[3)]

우리나라 근로기준법은 근로자 과반수의 동의를 요건으로 하므로 취업규칙의 불이익변경(그 내용이 동종의 사업과 비교했을 때, 그리고 객관적으로 합리적이라 여겨져도)이 매우 어렵다. 근로자들이 기존에 누려온 이익을 포기하기엔 쉽지 않기 때문이다. 이에 판례는 일본 판례의 '사회통념상 합리성 이론'을 수용하여 근로자집단의 동의 없이도 취업규칙의 불이익변경이 가능하다는 법리를 형성하게 되었다. 그러나 이러한 해석은 사법해석의 한계를 넘는 것이라는 비판이 있다. 이러한 문제점을 해결하기 위하여 예외적으로 취업규칙의 불이익변경이 제반 사정상 필요하고, 사회통념상 합리성이 인정되어 근로자집단의 동의를 얻지 않아도 되는 경우-예를 들어 99다70846의 사안과 같이 기업의 합병으로 인해 같은 사업장 내 근로자들 사이에 적용될 취업규칙이 통일되지 않은 경우- 를 법으로써 명문화하는 등 입법적으로 해결해야 할 것이다.

3) 임종률, 전게서, 344-345면.

단체협약에 반한 취업규칙에 의한 징계해고의 정당성:
서울고등법원 2010. 4. 14. 2009누25509 판결

조용현

충남대학교 법학전문대학원 석사과정

I. 사안의 개요

1. 당사자

(1) 원고, 피항소인 : 권OO
(2) 피고 : 중앙노동위원회위원장
(3) 피고보조참가인, 항소인 : 주식회사 O레코

2. 사건의 쟁점

이 사건 판례의 쟁점은 단체협약에서 단체협약의 사유로만 해고할 수 있도록 규정한 경우에 취업규칙에서 당연퇴직사유로 정한 사유로 근로관계를 종료시킬 수 있는지 여부에 관한 것이다.

II. 사실관계

1. 피고보조참가인 회사는 1987. 2. 1. 설립되어 상시근로자 38명을 고용하여 광산물 가공업 등을 영위하는 자이고, 원고는 1997. 10. 3. 참가인 회사에 입사하여 근무하던 중, 한미FTA 체결 반대 집회로 인하여 2007. 7.경 업무방해죄로 구속기소되어(2007. 9. 12. 보석으로 석방) 2007. 12. 21. 광주지방법원에서 징역 10월에 집행유예 2년을 선고받아 2008. 7. 10. 판결이 확정된 자이다.

2. 참가인 회사는 위 확정판결이 취업규칙 제45조 제4호에서 정한 당연퇴직사유(이하 '이사건 당연퇴직규정')에 해당한다는 이유로 2008. 9. 25. 원고를 당연퇴직처리하고(이하 '이 사건 당연퇴직처분'), 원고에게 이를 통보하였다.

3. 이에 원고는 2008. 10. 16. 전남지방노동위원회에 2008부해400, 2008부노65호로 부당해고 및 부당노동행위 구제신청을 하였으나 모두 기각되어, 중앙노동위원회에 2008부해957, 2008부노241호로 재심 신청하였으나 중앙노동위원회도 2009. 2. 18. 재심신청에 대한 기각 결정(이하 '이 사건 재심 판정')을 하였다.

4. 이에 원고는 서울행정법원에 중앙노동위원회의 '이 사건 재심 판정'을 취소한다는 취지의 청구를 하여 서울행정법원은 부당해고구제 부분에 관한 재심판정을 취소하는 원고 일부승소 판결을 내렸고, 이에 피고가 항소하였으나 항소심에서도 패소하고, 상고심에서는 심리불속행 기각되어 구제명령이 확정된 사건이다.

[관련 법령]

근로기준법

제23조(해고 등의 제한) ①사용자는 근로자에게 정당한 이유 없이 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌(懲罰)(이하 "부당해고등"이라 한다)을 하지 못한다.

제96조(단체협약의 준수) ①취업규칙은 법령이나 해당 사업 또는 사업장에 대하여 적용되는 단체협약과 어긋나서는 아니 된다.

[관계규정]

[단체협약]

제26조(징계사유) 회사는 조합원에 대한 징계시 단체협약에 명시된 징계사유로만 징계할 수 있으며 징계위원회는 다음 각 호에 해당하는 자만 징계할 수 있다.

1. ~ 6. (생략)

제27조(징계의 종류) 징계의 종류는 다음과 같다.

① 견책 ② 감봉 ③ 정직 ④ 권고해직 ⑤ 징계면직

- 권고해직 : 근로자의 신분을 계속 유지하기 어려운 과실이 인정될 때
- 징계면직 : 근로자로서 사내·외 중대한 과실을 유발시켰을 때

제28조(해고사유) 회사는 사원이 다음 각 호에 해당할 때에만 해고할 수 있다.

① 무단결근 10일 이상이거나 회사에 근무할 의사가 없는 자
② 부당 노동행위, 조합과 조합원 및 비조합원에게 불이익 행위를 할 때
- 권고해직 : 권고해직시킨다.
- 징계해직 : 면직시킨다.

[취업규칙]

제45조(당연퇴직) 근로자가 다음 각호에 해당할 때에는 당연히 퇴직한다.

① 사망한 때
② 이력사항의 하자가 발견되었을 때
③ 금치산, 한정치산, 파산선고를 받았을 때
④ 형사사건으로 금고이상의 형이 확정된 때
⑤ 법률에 의거 공민권이 정지 또는 박탈되었을 때
⑥ 정년에 달한 때

III. 판결요지 및 이유

1. 판결요지

(1) 부당해고 부분

1) 취업규칙상 당연퇴직 사유 설정의 재량권 남용 여부

취업규칙의 작성·변경에 관한 권한은 원칙적으로 사용자에게 있으므로 취업규칙에 당연퇴직사유로 정한 것이 사회통념상 상당성을 인정하기 어렵다는 등의 특별한 사정이 없는 한 존중되어야 하나 그 취업규칙에서 정한 당연퇴직사유가 근로관계의 자동소멸사유로 보여지는 경우를 제외하고는 그 당연퇴직처리는 해고의 일종으로서 근로기준법 제23조 제1항의 제한을 받는 것이므로 정당한 이유가 있는지에 대한 판단이 필요하다.

이 사건 당연퇴직규정이 엄격한 도덕성이 요구되는 공무원에 대한 것과 동일한 정도라고 하여 사회통념상 합리성이 인정되기 어렵다고 할 수는 없으므로,

사용자에게 재량권 남용의 위법이 있어 무효라고 할 수는 없다.

2) 단체협약상 해고사유제한 위배 여부

단체협약에서 단체협약의 사유로만 징계해고를 할 수 있다고 해고사유를 제한한 경우, 근로관계의 자동소멸사유가 아닌 한 취업규칙에서 단체협약 소정의 해고사유 이외의 새로운 해고 사유를 정할 수는 없다고 할 것이다.

3) 소결

따라서 단체협약에서 정한 해고사유 이외에 근로자의 의사에 반하여 면직할 수 있는 사유를 새로이 규정한 이 사건 당연퇴직규정은 단체협약에 위배되어 무효라 할 것이고, 무효인 이 사건 당연퇴직규정에 기한 이 사건 당연퇴직처분은 '정당한 이유'가 없는 해고이므로 부당해고에 해당한다.

(2) 부당노동행위 부분

참가인 회사가 당연퇴직 규정이 무효임을 인식한 상태에서 단지 원고의 일련의 노동조합활동에 대한 보복으로 이 사건 당연퇴직규정을 표면적으로 내세워 이 사건 당연퇴직처분을 하였다고 단정할 수 없고, 달리 이를 인정할 만한 증거 또한 없으므로, 이 사건 당연퇴직처분이 부당노동행위에 해당한다고 볼 수 없다.

2. 판결이유

(1) 취업규칙의 당연퇴직사유 설정 자체가 재량권 남용에 해당하는지 여부

취업규칙의 하나인 인사규정의 작성·변경에 관한 권한은 원칙적으로 사용자에게 있으므로 사용자는 그 의사에 따라 인사규정을 작성·변경할 수 있고, 원칙적으로 인사규정을 종전보다 근로자에게 불이익하게 변경하는 경우가 아닌 한 당해 사업장 근로자의 과반수로 조직된 노동조합 또는 근로자 과반수의 동의를 받지 아니하고 인사규정을 변경하였다고 하여 그 인사규정의 효력이 부정될 수는 없다.[1)]

1) 대법원 2005. 6. 10. 선고 2004두10548 판결.

(2) 당연퇴직사유 중 근로관계의 자동소멸사유가 아닌 사유에 따른 퇴직처분의 법적 성질(=해고) 및 위 당연퇴직사유의 해석 기준

사용자가 어떤 사유의 발생을 당연퇴직 또는 면직사유로 규정하고 그 절차를 통상의 해고나 징계해고와 달리한 경우에 그 당연퇴직사유가 근로자의 사망이나 정년, 근로계약기간의 만료 등 근로관계의 자동소멸사유로 보이는 경우를 제외하고는 이에 따른 당연퇴직처분은 구 근로기준법(2007. 4. 11. 법률 제8372호로 전문 개정되기 전의 것) 제30조 소정의 제한을 받는 해고라고 할 것이고, 위와 같이 취업규칙 등에 당연퇴직사유로서 근로관계의 자동소멸사유에 해당하지 아니하는 사유를 규정한 경우 그 의미는 그 규정 취지나 다른 당연퇴직사유의 내용 등에 비추어 합리적으로 판단하여야 한다.[2)]

(3) 사용자가 취업규칙에 단체협약 소정의 해고사유와 무관한 새로운 해고사유를 규정하는 것이 단체협약에 반하는지 여부

단체협약에서 "해고에 관하여는 단체협약에 의하여야 하고 취업규칙에 의하여 해고할 수 없다."는 취지로 규정하거나 "단체협약에 정한 사유 외의 사유로는 근로자를 해고할 수 없다."고 규정하는 등 근로자를 해고함에 있어서 해고사유 및 해고절차를 단체협약에 의하도록 명시적으로 규정하고 있거나 동일한 징계사유나 징계절차에 관하여 단체협약상의 규정과 취업규칙 등의 규정이 상호 저촉되는 경우가 아닌 한 사용자는 취업규칙에서 단체협약 소정의 해고사유와는 관련이 없는 새로운 해고사유를 정할 수 있고, 그 해고사유에 터잡아 근로자를 해고할 수 있으며, 비록 단체협약에서 해고사유와 해고 이외의 징계사유를 나누어 구체적으로 열거하고 있다 하더라도 취업규칙에서 이와 다른 사유를 해고사유로 규정하는 것이 단체협약에 반하는 것이라고 할 수 없다.[3)]

(4) 본 사안에서의 판단

1) 취업규칙상 당연퇴직 사유 설정의 재량권 남용 여부

항소심은 제1심의 이유를 인용하여 이 사건 취업규칙 제45조 제4항의 규정에 의한 당연퇴직사유의 설정에 따른 이 사건 당연퇴직처분은 사망, 정년, 근로계약

2) 대법원 1999. 9. 3. 선고 98두18848 판결.
3) 대법원 1999. 3. 26. 선고 98두4672 판결.

기간의 만료 등 근로관계의 자동소멸사유가 아니므로 해고에 해당하고 따라서 근로기준법 제23조 제1항 소정의 정당한 이유를 갖추어야 한다. 그리고 당연퇴직에 정당한 이유가 있는지 판단함에 있어 ① 근로자의 담당업무나 지위, ② 범죄의 내용, ③ 구속 여부, ④ 당해 범죄행위로 인하여 사용자에 미친 영향 등의 사항이 충분히 고려될 수 있는 점에 비추어, 이 사건 당연퇴직규정이 사회통념상 상당성을 인정하기 어렵다고 할 수 없으므로 사용자에게 부여된 재량권의 범위를 일탈하여 무효라고 할 수는 없다고 보았다.

2) 단체협약상 해고사유제한 위배 여부

참가인 회사의 단체협약 제26조에 의하면 회사는 조합원 징계 시 단체협약에 명시된 징계사유로만 징계할 수 있다고 규정하면서 각 호로써 징계사유를 구체적으로 열거하고 있고, 제27조는 징계종류로 권고해직, 징계면직을 규정하고 있으며, 제28조는 다음 각 호에 정한 사유에 해당할 때만 해고할 수 있다고 규정하고 있다. 이러한 참가인 회사의 단체협약 규정은 제28조 제1, 2호의 해고사유에 해당하는 경우와 제26조 각 호의 징계사유에 해당함으로써 권고해직 내지 징계면직의 징계처분을 받는 경우만으로 그 해고사유를 제한하는 취지임이 분명하므로, 참가인 회사는 단체협약 소정의 해고사유와는 다른 새로운 해고사유를 규정할 수 없다고 할 것임에도, 이 사건 당연퇴직규정에서 정한 사유인 '형사사건으로 금고 이상의 형이 확정된 때'라는 근로관계의 자동소멸사유가 아닌 사유로 근로자의 의사에 반하여 면직할 수 있는 새로운 규정을 만든 것이어서 단체협약 제27조 내지 제28조에 위배되어 무효라고 할 것이다.

3) 기타 참가인 측 주장에 대한 판단

이 사건 단체협약이 30여차의 교섭과정을 거쳐 체결한 사실을 인정할 수 있고, ① 사기업인 참가인 회사의 직원들에게 공기업과 같은 수준의 윤리성, 도덕성이 요구된다고 보기 어려운 점, ② 이 사건 당연퇴직규정은 범죄의 내용, 구속 여부, 사용자에게 미친 영향 등을 고려하지 아니하고 있으므로 적용 범위의 제한이 필요한 점, ③ 참가인 회사의 취업규칙에는 근로관계의 자동소멸사유가 아닌 당연퇴직사유가 산재하고 그 내용도 모호하여 이로 인한 인사권의 남용을 막기 위하여 단체협약에 해고제한 규정을 두게 되었다고 보이는 점, ④ 단체협약 제26조 내지 제28조는 징계사유와 해고사유를 명시적으로 제한하고 있고 근로기준법 제96조제1항에서 취업규칙은 해당 사업 또는 사업장에 대하여 적용되는 단

체협약과 어긋나서는 아니 된다고 규정하고 있는 점 등에 비추어 볼 때, 참가인 회사의 궁박, 무경험을 이용하여 체결되었으므로 인사권의 본질적 침해가 있어 참가인 회사에게 현저하게 불리한 내용의 것이라고 할 수 없다. 또한 원고의 비위사실로 말미암아 원고와 참가인 회사 간의 신뢰관계가 더 이상 근로관계를 유지할 수 없을 정도로 상실되었다는 사정도 인정하기 어렵고, 이러한 사정은 단체협약 제28조 소정의 해고사유는 물론 이 사건 당연퇴직사유도 아니다. 가사 이러한 사정이 존재한다고 하더라도 무효인 이 사건 당연퇴직규정에 기한 이 사건 당연퇴직처분에 '정당한 이유'가 있다고 할 수 없으므로 참가인의 주장은 이유없다.

IV. 검토

취업규칙은 사업장내에서 근로자들의 근로조건, 복무규율, 직장질서 등을 획일적·통일적으로 규율하기 위하여 사용자가 일방적으로 정한 규칙을 말한다.[4] 따라서 비록 불이익하게 변경되는 경우에도 근로기준법이 근로자 측의 동의를 받도록 하여 근로자를 보호하고자 하나, 판례나 통설적 견해인 수권설에서 취업규칙의 규범적 효력을 인정하고자 하는 목적이 근로자 보호에 있다고 하더라도 사용자가 일방적으로 정할 수 있다는 점, 그리고 거기에 규범적 효력을 부여할 수 밖에 없다는 점 등을 고려할 때, 언제든지 일방적으로 근로자에게 불리하게 작성·변경될 수 있는 가능성을 배제할 수 없다. 더욱이 소규모 사업장의 경우 근로계약이 단지 형식적으로 체결되고 노조가 결성되어 있지 않아 취업규칙상의 근로조건이 중요한 역할을 하는 경우가 많고,[5] 노조가 결성되어 있다하더라도 단체협약은 조합원에게만 적용되는 것이므로 비조합원에게는 여전히 취업규칙이 강력한 효력을 발휘한다고 보아야 할 것이다. 또한 실제 사업장에서 취업규칙과 근로계약, 법령 또는 단체협약 간에 내용이 어긋나는 경우 어느 것이 적용되는지의 문제는 실무상 매우 중요하다.[6]

취업규칙은 사용자가 취업규칙 등에서 어떤 사유의 발생을 당연퇴직사유로 규정하고 그 절차를 징계해고와 달리하고 있더라도 그 퇴직사유가 사망, 정년, 근

4) 김소영, 「근로기준법의 이론과 사례」, 충남대학교출판문화원, 2012, 133면.
5) 고용노동부에 따르면 2010년 당시 노동조합 조직률은 9.8%이다.
6) 김소영, 전게서, 134면.

로계약기간의 만료 등과 같이 근로관계의 자동소멸을 가져오는 경우를 제외하고는 단체협약 등에 따른 당연퇴직처분도 근로기준법 제23조 제1항에서 정한 해고에 해당할 수 있으며[7], 근로관계의 종료사유는 근로자에게는 근로기회의 소멸을 의미하므로 이를 보호할 필요가 있다.[8]

이 사안과 같이 단체협약에서 징계나 해고 사유를 명시적으로 제한하고 있는 경우, 근로기준법 제96조 제1항의 해석에 있어서 편면적용설, 즉 근로자에게 유지한 조건이 우선 적용된다는 소위 유리의 원칙은 조합원들에게 노동조합의 성실교섭 노력에 대한 의구심을 일으켜 노동조합의 지지기반을 약화시킬 우려가 있고 사용자가 단체교섭에서 최종적 대안을 제시하는 등 성실하게 임하지 않았음을 의미할 수도 있다는 점에서 부당노동행위가 성립될 여지가 있다. 또 독일에서는 산업별 통일교섭을 통한 해당 산업 공통의 근로조건, 즉 최저기준을 정하고 각 기업의 특수성은 별도로 반영할 것을 예정하고 있지만, 우리나라에서 지배적인 기업별 협약은 해당 사업에서 현실적으로 적용할 표준적·정형적 근로조건을 상세히 규정하고 있으므로 사용자가 이보다 유리한 근로계약이나 취업규칙을 시행하는 것은 신의칙에 반한다고 생각한다.[9]

따라서 단체협약의 우선적 효력이 인정되어 하물며 단체협약보다 유리한 조건을 규정한 취업규칙 등의 내용 또한 부정되어야 하는 것이므로, 단체협약에 비해 불리한 조건의 내용을 취업규칙 등에 규정한 경우 부정되어야 함이 타당하다 하지 않을 수 없다. 또한 이는 협약 자치의 원칙상 단체협약의 우선적 효력에 비추어 당연한 논리적 귀결이기도 하다. 참가인 측 소송대리인 역시 이러한 점에 착안하여 단체협약 체결과정에서 민법 제103조, 제104조 등의 강행규정에 위반한 사실이 있음을 들어 단체협약 자체가 무효라는 주장과 당연퇴직규정의 내용과 관계없이 근로관계의 신뢰 상실을 이유로 하여 정당한 이유가 있음을 주장한 것도 이러한 점에 기인한다고 볼 것이다. 그리고 만약 이를 인정한다면 소규모 사업장에서 노동조합이 결성되어 있고 단체교섭을 통한 단체협약이 체결되었음에도 불구하고 사용자 측이 일방적인 취업규칙의 변경을 통하여 자의적으로 해고를 할 경우, 근로자 개인이 해고의 정당성에 대한 판단을 구할 수 있는 행정심판이나 소송 등의 구제절차가 존재하는 것은 별론으로 하고, 노동조합으로서는 자체적으로 이를 저지할 방법이 없어 노조 활동의 심각한 위축이 우려된다고

7) 대법원 2009. 2. 12. 선고 2007다62840 판결.
8) 김소영, 전게서, 174면.
9) 임종률, 「노동법」, 박영사, 2012, 145면.

아니할 수 없다.

대상 판결은 이러한 판례의 일관된 태도를 다시 한 번 확인하는 의미가 있고, 향후 노동조합으로서는 사용자 측과의 단체협약을 위한 교섭 과정에서 징계나 해고의 사유를 구체적으로 제한하여 명시할 필요가 있다고 할 것이다.

한편 사용자 측으로서는 징계나 해고에 관한 규정을 지나치게 구체적인 사유에 한정하여 명시한 단체협약을 체결할 경우, 향후 발생할지도 모르는 예상치 못한 사유로 인한 징계 등이 불가능해지므로 협약체결 시 주의를 요한다고 할 것이다.

퇴직금 계산에 있어서의 계속근로기간 :
대법원 2001. 11. 13. 선고 2000다18608 판결

이다혜

충남대학교 법학전문대학원 석사과정

Ⅰ. 사안의 개요

1. 당사자

(1) 원고, 상고인 : 김ㅇㅇ
(2) 피고, 피상고인 : 주식회사 하이마트

2. 사건개요 및 쟁점

원고는 대한전선에서 대우전자로, 다시 대우전자에서 대우를 거쳐 피고 회사로 퇴직 및 입사의 절차를 거쳤으나, 실제로는 대한전선에서 피고 회사에 이르기까지 근로관계는 단절됨이 없이 이어져 온 것이므로 그 계속근로년수를 기초로 하여 산정된 퇴직금의 지급을 구하였다.

이 사건에서는 이미 퇴직금을 정산받고 퇴직한 회사와의 관계에 대하여 근로관계가 단절되지 않았다고 보아 퇴직금산정을 다시 할 수 있는지가 주요한 쟁점이 되었다.

Ⅱ. 사실관계

1. 원고의 고용관계 변동 상황

소외 대우전자 주식회사(이하 '대우전자'라고만 한다)는 1983년 1월경 소외 대한전선 주식회사(이하 '대한전선'이라고만 한다)의 전자부문을 인수하였는데 이에 따라 1977. 8. 3. 대한전선에 입사하여 전기영업부에서 애프터서비스 기사로 근무하던 원고는 1983. 2. 28.자로 대한전선을 사직하면서 대한전선으로부터 퇴직금을 정산받고, 다음날부터 대우전자의 애프터서비스 기사로 근무하였다. 원고는 위와 같이 대우전자에서 애프터서비스 기사로 근무하던 중, 1986. 4. 1. 주식회사 대우(이하 '대우'라고만 한다)의 판매관리2부로 부서를 옮겨 1986. 5. 28.부터 같은 대우그룹의 계열사인 소외 이수화학공업 주식회사(이하 '이수화학'이라고만 한다)의 가전제품 판매부문에 파견되어 서부지사의 대림동지점 지점장으로 근무하였는데, 피고 회사는 1987. 6. 3. 가전제품의 도매업을 목적으로 설립한 대우그룹의 계열회사로서 유통판매업무를 영위하기 위하여 1987. 6. 30. 이수화학과의 사이에 이수화학의 가전제품, 악기 등 판매부문의 자산과 영업상의 권리, 의무 일체를 양수하기로 하는 영업양도계약을 체결하였으며, 위 영업양도계약에 따라서 이수화학 및 대우전자의 가전제품 판매부문에 근무하던 근로자들은 모두 위 영업양도계약일인 1987. 6. 30.자로 이수화학 및 대우전자에서 퇴사하고 그 다음날 피고 회사에 입사하였다. 원고는 피고 회사가 위와 같이 이수화학 가전제품 판매부문을 영업양수할 당시인 1987. 6. 30. 이수화학 소속 근로자들과 함께 피고 회사로 소속을 옮기기 위하여 당시 소속하여 있던 대우를 퇴직하면서 퇴직금으로 금 2,026,930원을 수령하고 그 다음 날짜로 피고 회사와 근로계약을 체결하고 입사하는 형식을 취하였으나 계속 위 대림지점의 지점장으로 근무하다가 1996. 6. 30. 피고 회사에서 퇴직하였다.

2. 원고의 퇴직금 재산정 요구

원고가 대한전선에서 대우전자로, 다시 대우전자에서 대우를 거쳐 피고 회사로 퇴직 및 입사의 절차를 거쳤으나, 실제로는 대한전선에서 피고 회사에 이르기까지 근로관계는 단절됨이 없이 이어져 온 것이므로 원고가 피고회사에서 퇴직할 당시 원고의 1개월분 평균임금은 금 2,182,204원이고, 계속근로년수는

1977. 8. 3.부터 1996. 6. 30.까지 18년 10개월 29일이라고 주장하면서, 이를 기초로 하여 산정된 퇴직금의 지급을 구하였다.

3. 원심의 원고 청구 일부인용

먼저, 대한전선에서 퇴직 후 대우전자로의 입사시 근로관계 단절 여부에 대하여 영업양도의 경우에는 특단의 사정이 없는 한 근로자들의 근로관계 역시 양수인에 의하여 계속적으로 승계된다 할 것이나, 원고가 대한전선에서 퇴직하면서 소정의 퇴직금을 지급받았고 당시 퇴직금 지급제도가 단수제였으므로 중간에 퇴직금을 수령하여도 별로 불리하지 아니한 점, 원고가 대우전자, 대우로 전직한 후 이수화학에서 1987. 6. 30. 퇴직하면서 위 각 회사의 재직기간에 해당하는 퇴직금만을 수령하고서도 장기간 동안 퇴직금 수령액에 대하여 이의를 하지 아니한 점 등에 비추어 원고는 그의 자발적인 의사에 기하여 대한전선을 퇴직하였다 할 것이므로 대한전선과의 근로관계는 단절되었다고 판단하고, 다음으로 대우에서 퇴직 후 피고 회사로의 입사시 근로관계 단절 여부에 대하여 대우와 피고 회사는 모두 대우그룹의 계열사들이고, 이수화학 가전제품 판매조직의 일부분인 대림지점의 지점장으로 근무하고 있던 원고를 퇴직하게 하고 바로 다음날 피고 회사에 입사하게 한 것은 비록 형식상 영업양도양수의 형식을 갖추었지만 이른바 계열사간의 전적에 해당한다 할 것인데, 그 판시 증거를 종합하면, 대우는 원고를 포함한 판매부 직원들 100여명을 이수화학에 파견하여 지점장으로 보직하였다가 피고 회사를 새로 설립하여 그 중 일부는 대우로 복귀시키고, 나머지는 본인의 희망이나 회사의 지점장요원 충원 등 경영방침에 따라 계열회사인 피고 회사로 전적시키면서 원고는 대우전자와 대우에서의 계속근속년수에 따른 퇴직금을 지급받고 새로이 피고 회사와 근로계약을 체결한 사실을 인정할 수 있어 원고가 대우를 사직한 것이 회사의 방침에 따른 것이라고 하더라도 원고가 이에 동의하고 퇴직금까지 수령한 이상, 원고의 이 사건 전적은 유효한 전적이므로 원고의 근로관계는 단절되었다는 이유로 원고의 위 주장을 배척하였다. 그리고 그에 따라 원고의 계속근로년수는 원고가 피고회사에 입사한 1987. 7. 1.부터 퇴직한 1996. 6. 30.까지 9년으로 원고청구를 일부인용하였다.

[관련 법령]

근로기준법

제34조(퇴직급여 제도) 사용자가 퇴직하는 근로자에게 지급하는 퇴직급여 제도에 관하여는 「근로자퇴직급여 보장법」이 정하는 대로 따른다.

상법

제41조 (영업양도인의 경업금지) ① 영업을 양도한 경우에 다른 약정이 없으면 양도인은 10년간 동일한 특별시·광역시·시·군과 인접 특별시·광역시·시·군에서 동종영업을 하지 못한다. 〈개정 1984.4.10, 1994.12.22, 1995.12.29〉

② 양도인이 동종영업을 하지 아니할 것을 약정한 때에는 동일한 특별시·광역시·시·군과 인접 특별시·광역시·시·군에 한하여 20년을 초과하지 아니한 범위내에서 그 효력이 있다. 〈개정 1984.4.10, 1994.12.22, 1995.12.29〉

III. 판결요지 및 이유

1. 판결요지

영업양도의 경우에는 특단의 사정이 없는 한 근로자들의 근로관계 역시 양수인에 의하여 계속적으로 승계되는 것으로, 영업양도시 퇴직금을 수령하였다는 사실만으로 전 회사와의 근로관계가 종료되고 인수한 회사와 새로운 근로관계가 시작되었다고 볼 것은 아니고 다만, 근로자가 자의에 의하여 사직서를 제출하고 퇴직금을 지급받았다면 계속근로의 단절에 동의한 것으로 볼 여지가 있지만, 이와 달리 회사의 경영방침에 따른 일방적 결정으로 퇴직 및 재입사의 형식을 거친 것이라면 퇴직금을 지급받았더라도 계속근로관계는 단절되지 않는 것이다.

2. 판결이유

(1) 대한전선에서 대우로의 이적시 근로관계 단절 여부에 대하여

원심도 설시하고 있듯이 영업양도의 경우에는 특단의 사정이 없는 한 근로자들의 근로관계 역시 양수인에 의하여 계속적으로 승계되는 것으로, 영업양도시 퇴직금을 수령하였다는 사실만으로 전 회사와의 근로관계가 종료되고 인수한 회사와 새로운 근로관계가 시작되었다고 볼 것은 아니다.

다만, 원고가 자의에 의하여 사직서를 제출하고 퇴직금을 지급받았다면 계속근로의 단절에 동의한 것으로 볼 여지가 있지만, 이와 달리 회사의 경영방침에 따른 일방적 결정으로 퇴직 및 재입사의 형식을 거친 것이라면 퇴직금을 지급받았더라도 계속근로관계는 단절되지 않는 것이라 할 것이다.

그런데 기록을 살펴보아도 원고가 자의에 의하여 사직서를 제출하고 퇴직금을 지급받았다고 인정할 만한 자료를 찾아볼 수 없고, 오히려 제1심 증인 이동식의 "일괄적으로 같은 직급, 직종으로 고용승계되어 직원들의 동요는 없었으며, 퇴직금을 정산하고 새로 입사하는 형식을 취하였다(기록 82면)."는 진술만이 있어 원고는 회사의 경영방침에 따른 일방적 결정으로 퇴직 및 재입사의 형식을 거친 것이라는 점이 엿보일 뿐이다.

그렇다면 원심으로서는 기왕에 한 대한전선에 대한 사실조회의 회신을 촉구하거나, 그 밖의 증거방법에 의하여 위 이동식의 진술의 취지를 명백히 하여 원고의 자의에 의한 퇴직여부를 판단하였어야 할 것임에도 그에 나아가지 아니하고 그 설시 사유만으로 자의에 의한 퇴직이라고 인정한 것은 퇴직금 산정의 기초가 되는 근속기간에 관한 법리를 오해하거나 심리를 미진하여 사실을 오인함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 아니할 수 없고, 이 점에 관한 상고이유의 주장은 이유 있다.

(2) 대우에서 피고 회사로의 이적시 근로관계 단절 여부에 대하여

원심 판시 사실 및 기록에 의하면, 주식회사 대우는 국내 전자판매대리점 영업을 이수화학에게 양도하면서 이수화학으로 하여금 위 사업부분에 종사하는 직원들의 근로관계도 파견 형식으로 포괄적으로 승계하도록 하였다가, 피고 회사를 설립한 후 피고 회사로 하여금 1987. 6. 30.자로 이수화학으로부터 다시 국내 전자판매대리점 영업을 양도받으면서 위 사업부문에 종사하는 근로자들의 소속도 일괄하여 변경시키기로 하였고, 이에 따라 원고도 1987. 6. 30.자로 대우를

퇴직하여 같은 해 7월 1일 피고 회사에 신규 입사하는 형식을 취하였으나 실질적으로는 같은 장소에서 같은 내용의 업무를 처리하였고, 연월차 수당 등 각종 수당도 계속근무한 것과 동일한 기준으로 지급받아 온 사실을 인정할 수 있는 바, 이러한 각 일부 영업의 양도를 전후하여 가전제품을 판매하던 국내 전자판매대리점 등이 그 동일성을 유지하면서 계속 운영되고 있었던 이상, 이는 대우로부터 이수화학, 다시 이수화학으로부터 피고로의 각 경영주체의 변경에 불과하여 그 각 경영주체와 근로자들의 근로관계는 새로운 경영주에게 포괄승계되었다고 보아야 하고, 원고가 영업양도시 퇴직금을 수령하였다 하여 그 사실만으로 전 회사와의 근로관계가 종료되고 피고 회사와의 새로운 근로계약관계가 시작되었다고 볼 것이 아니다.

다만, 원심 인정과 같이 이수화학에 파견되어 지점장으로 보직된 자 중 일부는 대우로 복귀되고, 원고의 경우 그의 희망에 따라 대우를 퇴직하여 퇴직금을 수령한 다음 새로이 피고 회사와 근로계약을 체결한 것이라면 원고는, 계속근로의 단절에 동의한 것으로 볼 여지가 있지만, 기록을 살펴보아도 원심이 든 그 밖의 증거 및 앞서 인정한 사실에 비추어 그대로 믿기 어려운 원심 증인 이광우의 일부 증언 외에는 위 영업양도시 파견된 대우소속 직원 중 일부가 대우로 복귀되었다거나 원고가 그의 희망에 따라 피고 회사로 이적하였다고 볼 만한 자료가 없고, 오히려 위 일부 증언내용과는 달리 원고와 같이 대우에서 파견된 직원들은 대우의 경영방침에 따른 일방적 결정으로 피고 회사로 소속이 변경된 점이 엿보일 뿐이다.

사정이 그러하다면, 이 부분 원심 판단에는 채증법칙을 위배하여 사실을 오인하거나 퇴직금 산정의 기초가 되는 근속기간에 관한 법리를 오해한 나머지 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 아니할 수 없고, 이 점을 지적하는 상고이유의 주장도 이유 있다.

Ⅳ. 검토

퇴직금은 계속적인 근로관계가 끝남에 따라 퇴직하는 근로자에 대하여 사용자가 지급하는 급부로서, 근로자에게 재직 중 적립하여 두었던 임금을 사후적으로 지급하는 근로조건으로서 후불임금의 성격을 가진다. 따라서 퇴직금은 법에서 정하고 있는 퇴직금의 지급 요건에 해당되는 한 퇴직 사유를 불문하고 지급해야 한다. 구체적으로는, 사용자가 계속근로기간 1년에 대해 30일분 이상의 평균임금

을 퇴직금으로 퇴직하는 근로자에게 지급해야 한다.[1] 또한 근로기준법 제43조 제1항에서 임금전액지급의 원칙에 대해 규정하고, 민사집행법 제246조에서 '퇴직금 그 밖에 이와 비슷한 성질을 가진 급여채권의 2분의 1에 해당하는 금액'을 압류금지채권으로 규정하고 있는 것은, 퇴직금보장이 근로자 보호의 측면에서 가지는 중요성을 보여준다고 하겠다.

따라서 근로자의 근로관계의 계속성을 판단할 때 지나친 형식주의에 치우치는 것은 바람직하지 않을 것이다. 판례도 이와 같은 맥락에서 계속근로관계 판단에 있어 유연성을 보이고 있는 것으로 풀이된다. 또한 이에 대한 판단기준도 어느 정도 정립되었다고 할 수 있다. 이는 본 판례의 참조판례가 되는 다른 유사 판례에서도 동일하게 설시되고 있는 것에서 알 수 있다.[2] 본 사안의 경우에도 원심과 대법원 판단 기준은 동일하고, 다만 사실관계 인정에 있어 차이가 있음을 확인할 수 있다.

본 사안에서 원심과 대법원의 결론은 '원고의 자의에 의한 퇴직 여부'를 어떻게 판단했느냐에 따라 달라졌다고 할 수 있다. 원심은 사실관계에 근거하여 원고의 퇴직을 자의에 의한 퇴직이라 인정했고, 대법원은 사실관계만으로 원고의 자의를 인정할 근거가 부족하다고 판시한 것이다. 근로자 보호의 측면에서 기준에 대한 해석을 유연히 하고, 애매한 상황에서 근로자의 손을 들어주는 것은 필요할지 모른다.

그러나 본 사안에서 대법원은 원심의 판단에 법리오해가 있어서가 아니라 심리미진에 있었음을 이유로 원심을 파기환송하였다. 이와 같은 이유로 원심 판결을 파기하기 위해서는 좀 더 조심스러운 접근이 필요하지 않을까하는 생각이 든다. 또한 사직서의 제출이 근로자의 자발적 퇴직의사를 전제한다고 할 때, 제출된 사직서가 자발적 의사에 기한 것이 아니었음을 주장하려면 이를 주장하는 측에서 이에 대한 입증을 해야 한다고 본다. 그러나 사안에서는 자의를 인정하기 위한 증거도 자의가 아님을 인정하기 위한 증거도 불충분한 것으로 보인다. 이런 경우 입증책임은 원고에게 있다고 보는 것이 합리적이지 않을까. 그리고 원

1) 근로자퇴직급여 보장법 제8조 ①
2) 대법원 1992. 7. 14. 선고 91다40276 판결(1984,520); 대법원 1997. 6. 27. 선고 96다49674 판결(1988,189); 대법원 1998. 3. 13 선고 97다57122 판결(1992,1037); 대법원 1999. 6. 11. 선고 98다18353 판결(공1988, 168) 등.

심의 판결이유에도 설시하였듯 원고가 대한전선에서 퇴직하면서 소정의 퇴직금을 지급받았고 당시 퇴직금 지급제도가 단수제였으므로 중간에 퇴직금을 수령하여도 별로 불리하지 아니한 점, 원고가 대우전자, 대우로 전직한 후 이수화학에서 1987. 6. 30. 퇴직하면서 위 각 회사의 재직기간에 해당하는 퇴직금만을 수령하고서도 장기간 동안 퇴직금 수령액에 대하여 이의를 하지 아니한 점 등을 고려할 때 과연 이와 같은 상황에 있는 근로자를 무조건 먼저 보호해야할 필요성이 있는가 하는 의문도 든다.

연봉제에 있어서의 퇴직금분할약정의 효력 :
대법원 2010. 5. 20. 선고 2007다90760 전원합의체 판결

박원석

충남대학교 법학전문대학원 석사과정

Ⅰ. 사안의 개요

1. 당사자

(1) 원고, 상고인 : 이○○ 외 25인
(2) 피고, 피상고인 : 주식회사 ○○○솔루션

2. 사건개요 및 쟁점

피고는 컨설팅업을 목적으로 하는 회사로, 근로자들과의 연봉계약 체결에 있어 퇴직금을 중간정산하여 매월 지급하는 급여에 포함시키기로 약정하였다.[1)]

이 사건에서는 사용자와 근로자가 월급이나 일당과 함께 퇴직금으로 일정한 금원을 미리 지급하기로 약정한 경우, 그 약정의 효력과 무효인 약정에 기해 지급된 금원의 부당이득 해당여부, 이러한 부당이득반환채권과 퇴직금채권의 상계 허용여부가 주요한 쟁점이 되었다.

1) 김희성, 「노동법학」 제36호, 2010, 239-264면.

II. 사실관계

1. 원고와 피고 사이의 연봉계약서에는 다음과 같은 내용에 포함되어 있다.

(1) 기본급에 해당하는 본봉, 시간외 근무수당 등의 각종 수당, 1년에 1개월 평균임금 상당액인 퇴직금의 1년간의 지급총액과 이를 각 12등분하여 매월 분할 지급되는 금액

(2) "해당 연봉액은 근로자가 조직의 일원으로 회사에 제공한 근로에 대한 포괄적인 대가로 인식하고 책정한 금액으로서 통상적인 개념의 월급여, 상여금, 시간외 근무수당, 제수당과 기간 중 발생한 퇴직금을 포함한 총액임을 확인합니다."라는 문구

(3) "근로자는 본인의 자유의사에 따라 퇴직금을 매월 단위로 중간정산하여 정규급여지급일에 지급해 줄 것을 요청합니다."라는 문구와 해당 근로자들의 서명

2. 이러한 연봉계약에 의하여 원고들은 매월 급여에서 '퇴직금'이라는 항목으로 명시된 퇴직금 명목의 금원을 매월 지급받았다.

3. 원고들은 매월 퇴직금 명목으로 지급받은 금원은 퇴직금이 아닌 통상임금에 해당하므로 이를 포함한 퇴직 전 3개월간 받은 급여를 기준으로 평균임금을 산정하여 퇴직금을 지급해줄 것을 주장하였다.

4. 피고는 매월 월급과 함께 지급한 금원은 퇴직금으로 유효하므로 피고에게는 별도의 퇴직금지급의무가 존재하지 아니하고, 만약 퇴직금으로서의 효력이 인정되지 아니한다면 월급과 함께 지급된 금원은 부당이득으로 원고들은 피고에게 해당 금액을 반환해야 한다고 주장하였다. 또한 이러한 부당이득반환채권으로 원고들이 피고에 대하여 가지는 퇴직금지급채권을 대등액에서 상계한다고 항변하였다.

5. 제1심에서는 연봉계약서에 명시적 문구를 기재하고 원고들의 서명을 받았다고 하더라도 이는 퇴직금 중간정산으로서의 효력이 없고, 해당 금원은 통상임금에 해당한다고 보아 원고청구 인용판결을 하였다.[2)]

6. 제2심판결의 경우 퇴직금은 근로계약의 종료 후에 지급되는 것이 원칙이나, 근로기준법 상의 요건을 갖춘 경우 퇴직금 중간정산이 허용된다는 점과 피고들이 퇴직금 분할 약정 옆에 별도의 서명날인을 한 점 등을 들어 피고가 지급한 퇴직금 명목의 금액이 통상임금에 해당한다는 원고들의 주장을 배척하는 한편 이를 부당이득으로 보아 피고의 퇴직금지급채권과 대등액에서 상계항변을 인정하였다.[3)]

[관련 법령]

근로기준법

제2조 (정의) ① 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

5. "임금"이란 사용자가 근로의 대가로 근로자에게 임금, 봉급, 그밖에 어떠한 명칭으로든지 지급하는 일체의 금품을 말한다.

제34조 (퇴직급여제도) 사용자가 퇴직하는 근로자에게 지급하는 퇴직급여 제도에 관하여는 「근로자퇴직급여보장법」이 정하는 대로 따른다.

제43조 ① 임금은 통화로 직접 근로자에게 그 전액을 지급하여야 한다. 다만, 법령 또는 단체협약에 특별한 규정이 있는 경우에는 임금의 일부를 공제하거나 통화 이외의 것으로 지급할 수 있다.

근로자퇴직급여보장법

제8조 (퇴직금제도의 설정) ① 퇴직금제도를 설정하고자 하는 사용자는 계속근로기간 1년에 대하여 30일분 이상의 평균임금을 퇴직금으로 퇴직하는 근로자에게 지급할 수 있는 제도를 설정하여야 한다.

② 제1항의 규정에 불구하고 사용자는 근로자의 요구가 있는 경우에는 근로자가 퇴직하기 전에 당해 근로자가 계속 근로한 기간에 대한 퇴직금을 미리 정산하여 지급할 수 있다. 이 경우 미리 정산하여 지급한 후의 퇴직금 산정을 위한 계속근로기간은 정산시점부터 새로이 기산한다.

---

2) 서울서부지방법원 2006. 8. 25. 선고 2005가합8989 판결.

3) 서울고등법원 2007. 11. 30. 선고 2006나86698 판결.

민법

제492조 (상계의 요건)
① 쌍방이 서로 같은 종류를 목적으로 한 채무를 부담한 경우에 그 쌍방의 채무의 이행기가 도래한 때에는 각채무자는 대등액에 관하여 상계할 수 있다. 그러나 채무의 성질이 상계를 허용하지 아니할 때에는 그러하지 아니하다.
제497조 (압류금지채권을 수동채권으로 하는 상계의 금지)
채권이 압류하지 못할 것인 때에는 그 채무자는 상계로 채권자에게 대항하지 못한다.
제741조 (부당이득의 내용) 법률상 원인없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 손해를 가한 자는 그 이익을 반환하여야 한다.

민사집행법

제246조 (압류금지채권) ①다음 각호의 채권은 압류하지 못한다.
5. 퇴직금 그 밖에 이와 비슷한 성질을 가진 급여채권의 2분의 1에 해당하는 금액

헌법

제32조 ③근로조건의 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다.

III. 판결요지 및 이유

1. 판결요지

[1] 사용자와 근로자가 매월 지급하는 월급이나 매일 지급하는 일당과 함께 퇴직금으로 일정한 금원을 미리 지급하기로 약정(이하 '퇴직금 분할 약정'이라 한다)하였다면, 그 약정은 구 근로기준법(2005. 1. 27. 법률 제7379호로 개정되기 전의 것) 제34조 제3항 전문 소정의 퇴직금 중간정산으로 인정되는 경우가 아닌 한 최종 퇴직 시 발생하는 퇴직금청구권을 근로자가 사전에 포기하는 것으로서 강행법규인 같은 법 제34조에 위배되어 무효이고, 그 결과 퇴직금 분할 약정에

따라 사용자가 근로자에게 퇴직금 명목의 금원을 지급하였다 하더라도 퇴직금 지급으로서의 효력이 없다. 그런데 근로관계의 계속 중에 퇴직금 분할 약정에 의하여 월급이나 일당과는 별도로 실질적으로 퇴직금을 미리 지급하기로 한 경우 이는 어디까지나 위 약정이 유효함을 전제로 한 것인바, 그것이 위와 같은 이유로 퇴직금 지급으로서의 효력이 없다면, 사용자는 본래 퇴직금 명목에 해당하는 금원을 지급할 의무가 있었던 것이 아니므로, 위 약정에 의하여 이미 지급한 퇴직금 명목의 금원은 같은 법 제18조 소정의 '근로의 대가로 지급하는 임금'에 해당한다고 할 수 없다. 이처럼 사용자가 근로자에게 퇴직금 명목의 금원을 실질적으로 지급하였음에도 불구하고 정작 퇴직금 지급으로서의 효력이 인정되지 아니할 뿐만 아니라 같은 법 제18조 소정의 임금 지급으로서의 효력도 인정되지 않는다면, 사용자는 법률상 원인 없이 근로자에게 퇴직금 명목의 금원을 지급함으로써 위 금원 상당의 손해를 입은 반면 근로자는 같은 금액 상당의 이익을 얻은 셈이 되므로, 근로자는 수령한 퇴직금 명목의 금원을 부당이득으로 사용자에게 반환하여야 한다고 보는 것이 공평의 견지에서 합당하다.

[2] 구 근로기준법(2005. 1. 27. 법률 제7379호로 개정되기 전의 것) 제42조 제1항 본문에 의하면 임금은 통화로 직접 근로자에게 그 전액을 지급하여야 하므로 사용자가 근로자에 대하여 가지는 채권으로써 근로자의 임금채권과 상계를 하지 못하는 것이 원칙이고, 이는 경제적·사회적 종속관계에 있는 근로자를 보호하기 위한 것인바, 근로자가 받을 퇴직금도 임금의 성질을 가지므로 역시 마찬가지이다. 다만 계산의 착오 등으로 임금을 초과 지급한 경우에, 근로자가 퇴직 후 그 재직 중 받지 못한 임금이나 퇴직금을 청구하거나, 근로자가 비록 재직 중에 임금을 청구하더라도 위 초과 지급한 시기와 상계권 행사의 시기가 임금의 정산, 조정의 실질을 잃지 않을 만큼 근접하여 있고 나아가 사용자가 상계의 금액과 방법을 미리 예고하는 등으로 근로자의 경제생활의 안정을 해할 염려가 없는 때에는, 사용자는 위 초과 지급한 임금의 반환청구권을 자동채권으로 하여 근로자의 임금채권이나 퇴직금채권과 상계할 수 있다. 그리고 이러한 법리는 사용자가 근로자에게 이미 퇴직금 명목의 금원을 지급하였으나 그것이 퇴직금 지급으로서의 효력이 없어 사용자가 같은 금원 상당의 부당이득반환채권을 갖게 된 경우에 이를 자동채권으로 하여 근로자의 퇴직금채권과 상계하는 때에도 적용된다. 한편 민사집행법 제246조 제1항 제5호는 근로자인 채무자의 생활보장이라는 공익적, 사회 정책적 이유에서 '퇴직금 그 밖에 이와 비슷한 성질을 가진 급여채권의 2분의 1에 해당하는 금액'을 압류금지채권으로 규정하고 있고,

민법 제497조는 압류금지채권의 채무자는 상계로 채권자에게 대항하지 못한다고 규정하고 있으므로, 사용자가 근로자에게 퇴직금 명목으로 지급한 금원 상당의 부당이득반환채권을 자동채권으로 하여 근로자의 퇴직금채권을 상계하는 것은 퇴직금채권의 2분의 1을 초과하는 부분에 해당하는 금액에 관하여만 허용된다고 봄이 상당하다.

2. 판결이유

(1) 기존 판례에서의 퇴직금 분할약정의 효력 여부

판례는 일관되게 퇴직금 분할약정의 경우 근로자의 최종 퇴직 시 발생하는 퇴직금청구권을 사용자와의 약정을 통해 사전에 포기하는 것으로 강행법규 위반으로 무효이며, 이러한 약정에 기해 이루어진 퇴직금 명목의 금원 지급 역시 효력이 없다고 한다.

(2) 관련판례

퇴직금지급청구권은 퇴직이라는 근로관계의 종료를 요건으로 하여 비로소 발생하는 것으로 근로계약이 존속하는 한 퇴직금지급의무는 발생할 여지가 없다.[4)]

(3) 본 사안에서의 판단

제2심판결에서 판단한 바와 같이 퇴직금 중간정산의 유효요건인 '근로자의 요구'란 소극적·묵시적 방법이 아닌 적극적·명시적 방법이어야 한다는 이유로 퇴직금 중간정산으로서의 퇴직금 분할 약정의 효력을 인정하지 아니하는 한편, 퇴직금 분할 약정에 의하여 지급된 퇴직금 명목의 금원은 통상임금이 아닌 법률상 원인 없이 지급된 부당이득에 해당한다고 하였다. 다만 이러한 부당이득반환채권의 경우 사용자가 근로자에 대하여 가지는 채권으로 임금전액지급의 원칙에 따라 상계가 허용되지 아니하는 것이 원칙이지만, 계산착오 등으로 인한 임금의 초과 지급의 경우 근로자의 경제생활의 안정을 해할 염려가 없는 때에는 상계할 수 있다는 법리를 적용하여 상계를 허용하였다. 한편 민사집행법은 퇴직금의 2분의 1에 해당하는 금액을 압류금지채권으로 규정하고 민법에서 이를 압류금지채권의 채무자는 상계로 채권자에게 대항하지 못한다고 규정하고 있으므

4) 대법원 2007. 8. 23. 선고 2007도4171 판결.

로 퇴직금채권의 2분의 1을 초과하는 부분에 해당하는 금액에 관하여만 상계를 허용한다.

IV. 검토

1990년대 중반 이후 국내기업에도 기존의 연공급 임금체계에서 근로자의 성과나 업적을 중시하는 연봉제가 도입되어 확산되어 왔다. 이에 따라 많은 기업에서 퇴직금을 연봉과 함께 분할 지급하는 중간정산제에 의한 퇴직금 분할 지급 약정이 이루어졌다. 그러나 근로자의 퇴직 후 안정적인 노후생활의 보장을 위한 퇴직금제도가 다른 금융수단으로 자금융통이 어려운 근로자의 편의 측면에서 예외적으로 인정되는 퇴직금중간정산제를 통해 사용자의 퇴직금제도 우회수단으로 이용된다는 점에서 분쟁이 발생하여 왔고, 이러한 우회시도가 계속되어 새로운 연봉계약형태가 출현하는 한, 논란은 계속될 것이다. [5]

부당이득에 관하여 당해 판례는 "근로자는 수령한 퇴직금 명목의 금원을 부당이득으로 사용자에게 반환하여야 한다고 보는 것이 공평의 견지에서 합당하다"고 한다.

그러나 판례에 따른 부당이득 제도의 취지는 "공평관념에 위배되는 재산적 가치의 이동이 있는 경우 수익자로부터 그 이익을 되돌려 받아 손해자에게 주어 이에 재산상태의 조정을 꾀하는 것"이라고 한다.[6] 사용자는 우선적으로 구 근로기준법 제34조에 위반한 퇴직금 분할 약정을 하였고, 이러한 퇴직금제도의 우회시도가 강행법규 위반에 해당하여 무효임에도 불구하고 퇴직금 명목으로 지급된 금원을 부당이득으로 보아 근로자가 이를 반환해야 한다면 결과적으로 퇴직금 분할 약정이 유효하게 인정된 경우와 아무런 차이가 없다. 따라서 퇴직금이라는 명칭에도 이를 근로의 대가로 지급되는 임금의 일종이라고 보는 소수의견에 찬동하며, 이미 지급받은 퇴직금 명목의 금원을 반환해야 하는 근로자와 우월적인 지위를 통해 강행법규를 위반한 약정을 체결한 사용자 사이에 있어 공평의 관념에서 더 합당할 결과라고 볼 것이다. 또한 만약 부당이득으로 보는 경우라도 퇴직금 중간정산의 형식을 통해, 실질적으로 퇴직금 지급의무의 회피하기 위하여 근로자로 하여금 사전에 퇴직금을 포기하도록 하는 탈법적 수단이라는 측면에서

5) 김소영, 「근로기준법의 이론과 사례」, 충남대학교출판문화원, 2012, 332-333면.
6) 대법원 1975. 4. 8. 선고 73다29 판결.

선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하여 반환을 거절할 수 있다고 볼 수 있을 것이다.[7)]

당해 판례와 같이 퇴직금 분할 약정에 의해 지급된 금액을 부당이득으로 보아 근로자에게 반환하도록 하는 경우, 결국 사용자는 퇴직금 분할 약정을 통해 얻으려는 결과를 얻게 되어 해당 금액 상당액에 대하여 상계를 통해 퇴직금 지급의무를 면하게 된다. 생각건대, 제1심판결과 같이 퇴직금 중간 정산으로서의 효력이 없는 퇴직금 명목의 금원을 그 명칭과 무관하게 통상임금으로 판단하는 경우라야 사용자의 퇴직금 지급 회피시도를 차단할 수 있다는 점에서 고려해볼 수 있을 것이다.

7) 김홍영, "월급에 포함된 퇴직금 지급의 효력", 「노동법연구」 제24호, 2008, 212면.

제3회 WTO 모의재판 경연대회 수상작

심희주 · 임소연 · 정이훈 · 조한슬

충남대학교 법학전문대학원 석사과정

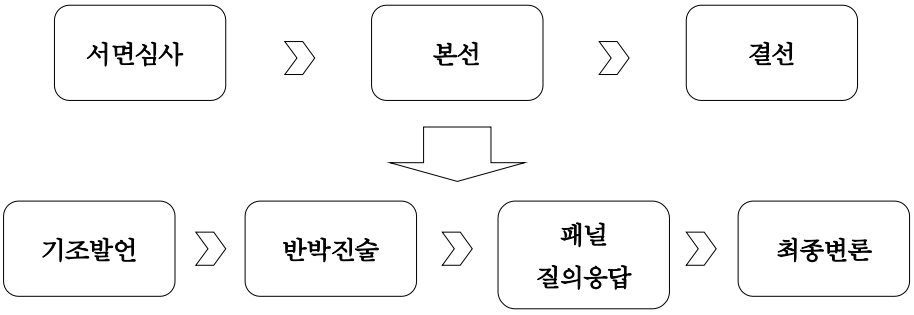
1. 대회 취지

WTO(World Trade Organization) 모의재판 경연대회는 외교통상부, 한국국제경제법학회와 성균관대학교 법학전문대학원이 공동 주최한 모의재판 경연대회이다.

2011년 대한민국이 세계에서 9번째로 무역규모 1조 달러를 달성하면서 우리나라의 주요 무역국으로서의 위상이 더욱 높아졌으며, 국가 경제에 미치는 무역의 영향력도 커지고 있다. 그러나 무역에서 중요한 역할을 하는 국제법은 최근까지 민법, 형법 등 타 법에 비해 주목받지 못하였다. 한편 무역규모의 확장에 따라 국제무역 분쟁도 늘어나고 있는 실정이다. 하지만 그에 대처할 국제법 관련 전문 인력이 부족하여 국제법 전문가, 특히 국제통상법 전문가 양성이 시급하나 국내 법학전문대학원에서의 법학 교육은 국내법 위주로 진행되고 있어 국제법에 대한 관심과 이해가 낮다.

이에 국제통상법에 대한 관심과 일반연구 활성화를 유도하기 위하여 전국 대학생 · 대학원생과 사법연수원생을 대상으로 하는 WTO 모의재판 경연대회가 개최되었다. 2012년 제3회 WTO 모의재판 경연대회는 국제통상법의 주요한 무역규제 중 하나인 반덤핑 협정에 관한 가상의 사례를 각 참가팀이 제소국과 피제소국의 입장에서 서면 및 구두 변론하는 방식으로 진행되었다.

2. 대회 흐름도



3. 서면 내용 요약

주제	2개의 가상 국가(Esporia, Invistany)의 반덤핑 분쟁에 관한 각각의 변론
사안	Esporia의 자동차회사 SkyRover가 Invistany의 자동차 품목 덤핑 조사를 요청함에 따라 Invistany의 3개 회사(Nebula, SmartDrive, Oceanic)에 대한 반덤핑조사가 있었다는 가상의 사례를 바탕으로, 각각의 입장에서 반덤핑 조사에 관련된 문제점들을 지적하고 해명한다. Esporia는 반덤핑 조치를 결정한 상대국가의 무역부서의 조사와 법령 및 각종 규제가 WTO협정과 GATT에 합치하지 않음을 지적하고 반대로 Invistany는 자국 무역부의 결정 및 자국 법령이 WTO협정과 GATT에 합치되어 정당하다는 점을 지적한다.
목적	WTO 체제상의 반덤핑 관련 분쟁해결 절차를 확인하고 국제경제법상 반덤핑 조치에 관련된 제반 사항을 숙지한다.
내용	1. 국가의 주장 요약 2. 반덤핑 조사의 개시[1]가 WTO 반덤핑협정 5.2, 5.3에 합치하는지 여부 - WTO 협정상 조사개시에 필요한 자격요건 충족 여부 - 회사 SkyRover가 Invistany의 국내 산업을 대표할 자격이 있는지 여부 3. 기한을 어긴 증빙자료 제출의 WTO협정 6.8조와 Annex 2 위반여부 - Oceanic사의 기한을 경과한 자료 제출 문제 - Esporia 조사기관의 소규모 회사에 대한 협조 의무 위반 여부

	- Esporia 조사기관의 자료제공기회 박탈 여부 4. 평균-개별 가격 비교에 의한 덤핑률 산정에 있어서 부의 마진을 무시하는 조사관행[2]과 반덤핑협정 2.4.2. - 제로잉 관행이 WTO 반덤핑협정 2.4.2와 합치하는지 여부 - 제로잉의 실체적 적용이 WTO 반덤핑협정 2.4.2에 합치하는지 여부 5. 불리한 정보[3] 적용의 문제 - 조사대상기업의 임의적 선정에 관한 문제 - 시한 경과한 자료 제출로 인해 입수 가능한 불리한 정보(AFA)를 적용한 것이 WTO 반덤핑협정 9.3조 위반했는지 여부 - 다른 회사의 덤핑률 산정방식의 WTO 반덤핑협정 9.4조 위반 여부 6. 덤핑방지목적 보증금[4] 지급요구 - 덤핑방지목적 보증금의 지급요건 7. 일몰재심[5]의 적용요건 - 반덤핑 조사 관련 규정들과 WTO반덤핑 협정 11.3조와의 일치 여부 - 조사당국의 재량권이 WTO반덤핑 협정 11.3조와 합치되는지 여부

1) 반덤핑 조사를 시작하기 위해서는 수입국가의 회사 중 해당분야에 종사하는 회사의 신청 필요
2) zeroing : 덤핑률 산정에 있어서 -마진이 아닌 +마진이 발생한 경우나 마진이 없는 경우를 모두 0으로 처리 또는 해당 거래가 없는 것으로 처리하는 조사관행으로 이를 적용하면 덤핑률이 높아지는 효과가 있어 반덤핑 보복조치를 취하기 위해 미국, EU가 적용하던 계산방식
3) 불리한 정보의 적용 (Adverse Fact Available) : 조사에 있어서 입수 가능한 정보(Fact Available) 중에서 불리한 정보, 주로 미국에서 사용되는 선정 방식
4) Security Deposit : 덤핑이 발생한 다음 기타 해외시장으로 판로를 변경하는 방법으로 반덤핑관세의 부과를 면탈하려는 시도를 막기 위해 담보목적으로 보증금을 요구하고 나중에 차액을 환급해주는 제도
5) Sunset Review : WTO반덤핑 협정의 규정에 따라 반덤핑 관세의 부과를 포함한 일체의 반덤핑 조치는 5년 내로 종료되어야 하고, 이를 지속하기 위해서는 추가적인 보복조치의 필요성에 대해 조사를 해야 한다는 규정에 따른 종료 재심조사

4. 서면 목차

WTO Moot Written Submission of Esporia (Complainant)
Table of Content

1. List of Abbreviations

2. Claims and Arguments

2.1. Measures at Issue

2.2. Legal Pleadings

I. Claim 1: The Initiation of AD Investigation is Inconsistent with Article 5.2 and 5.3 of the ADA

A. Interpretation of Article 5.2 and 5.3 of ADA
B. The Application for Initiation by Sky Rover Violates Article 5.2
C. MOIT's Determination to Initiate AD Investigation Violates Article 5.3
D. The Initiation Criteria of the TRIA is Inconsistent with the Article 5.2

II. Claim 2: MOIT's Application of AFA was Inconsistent with Article 6.8 and Annex II of the ADA

A. The Difference Between AFA and FA
B. MOIT's Application of AFA was Inconsistent with Article 6.8
(i) Oceanic Properly Provided the Information Requested
(ii) Interpretation of Article 6.1.1 concerning "Within a Reasonable Period"
(iii) Oceanic Submitted the Full Translation "Within a Reasonable Period"

C. MOIT's Application of AFA was Inconsistent with Annex II, Paragraph 7
  (i) MOIT Ignored Oceanic's Cooperation
  (ii) MOIT Ignored the Fact that Oceanic Did Not "Withhold" Information
  (iii) MOIT Did Not Exercise "Special Circumspection"

III. Claim 3: MOIT's Treatment of the Evidence Submitted by Oceanic was Inconsistent with Article 6 and Annex II of the ADA

A. MOIT Failed to Provide Oceanic with a Proper Opportunity to Respond and Defend Itself as Required by Article 6.1
B. MOIT Failed to Satisfy Itself with the Oceanic's Documents as Required by Article 6.6
C. MOIT Failed to Take into Account the Difficulties Faced by Oceanic as Required by Article 6.13
D. MOIT Should Consider the Information when Determinations are Made as Required by Annex II paragraph 3
E. MOIT Disregarded the Document Submitted by Oceanic in Violation of Paragraph 5 of Annex II
F. MOIT Did Not Take Due Account of the Time-Limits in Investigation

IV. Claim 4: AFA is Inconsistent with Article 9.3 and 9.4 of the ADA

A. MOIT's Excessive Margin of Dumping for Oceanic is Inconsistent with Article 9.3
B. The Invistany Law Governing Calculation of the 'All Others' Rate, As Such and As Applied Here, is Inconsistent with Article 9.4

V. Claim 5: Zeroing Practice "As Such" is Violation of Article 2.4.2 and 2.4

A. Article 2.4.2 of the ADA Prohibits Zeroing
  (i) Symmetrical Method
  (ii) Asymmetrical Method

B. WTO has Coherently Found Zeroing Practice 'As Such' Illegal
  (i) Determination on Dumping Margin
  (ii) Determination on Zeroing Types in Relation with Fair Comparison
  (iii) Zeroing in T-T Comparisons in Original Investigation
C. The Role of Precedent Leads Members in Dispute to Have a Legal Expectation

VI. Claim 6: ESPA "As Applied" Based on Article 30 of the TRIA is Not Consistent with Article 2.4.2 of the ADA

A. The Prohibition of "Zeroing" is Not Based Only on Article 2.4.2 But Also 2.4 of the ADA
  (i) Scope of the Application of the A-T Methodology
  (ii) Interpretation of Article 2.4 in Applying the A-T Methodology
B. The Language of Article 30 of the TRIA and ESPA Methodology Is Arbitrary
  (i) 'Targeted Dumping' as a Legal Technicality to Apply Zeroing
  (ii) Problem in Concealment of Targeted Dumping
C. The MOIT is Not Allowed to Have Considerable Discretion in Selection of an Appropriate Comparison Methodology
D. The MOIT Should Have Considered the 'General Sales Practice' during the POI

VII. Claim 7 : The Sampling and Assign of 'All Others' Margin in AD Investigation by Invistany are Inconsistent with AD Articles 9.4 and paragraph 1 of Annex II

A. Examining of Firms Individually is Needed in Investigating
  (i) MOIT's Sampling is Inconsistent with 6.10 of the ADA
  (ii) MOIT's Arbitrary Sampling of Respondent is inconsistent with Article of 9.4 in the ADA
  (iii) Adoption of the FA Margins For Other Remaining Three Exporters is Inconsistent with Article of 6.10 of the ADA

B. Application of FA in Calculating All Others Rate Margins is Not Justified Under Article 9.4 of ADA

(i) Application of FA in "All Others" Rate in Non-Selected Exporters

(ii) Imposition of Additional Margin is Not Allowed Under Article II

VIII. Claim 8: Imposition of a Security Deposit is Inconsistent with Article 18.1 of the ADA

A. GATT VI should be interpreted in accordance with Article 18.1 of the ADA

B. The Imposition Prior to the Antidumping Order is Inconsistent With Article 7.2 of the ADA

IX. Claim 9: Invistany's Sunset Review Regime - Article 34 of the TRIA – is Inconsistent with Articles from the ADA and Article II of the GATT 1994.

A. MOIT Has Too Much Discretion in Initiating a Sunset Review

(i) The Context in Which Article 11.3 Operates Confirms There Must Be "Sufficient Evidence" to Justify Initiating a Sunset Review

(ii) Mutatis Mutandis Application of Article 12.1 to Article 11.3 of the ADA

(iii) MOIT Is Not Given Carte Blanche to Initiate a Sunset Review

(iv) Relationship Between Article 12 and Article 11.3 of the ADA

(v) MOIT's Sunset Review Initiation Without Enough Evidence Results in Inconsistent Interpretation of Article 11.3 of the ADA

B. B. Article 34 (4) of the TRIA is Not Consistent with Article 2.1, 5.1, 6.0, and 9.2 of the ADA

2.3. Request for Findings

3. References

WTO Moot Written Submission of Invistany (Respondent)

Table of Content

1. List of Abbreviations

2. Claims and Arguments

2.1. Measures at Issue

2.2. Legal Pleadings

I. CLAIM 1 : THE INITIATION OF ANTIDUMPING INVESTIGATION IS CONSISTENT WITH THE ARTICLE 5.2 AND 5.3 OF THE ANTIDUMPING AGREEMENT

A. THE APPLICATION FOR INITIATION SUBMITTED BY SKY ROVER IS CONSISTENT WITH THE ARTICLE 5.2 OF THE ADA

(i) There are Differences in the Degree of Information Required in Different Stages of an Investigation

(ii) Insufficient Evidence in Final Determination Can Justify the Initiation of the Investigation

B. THE INITIATION OF ANTIDUMPING INVESTIGATION IS CONSISTENT WITH THE ARTICLE 5.3 OF THE ADA

II. CLAIM 2: THE MOIT FULLY COMPLIED WITH ARTICLE 6.8 AND WITH PARAGRAPHS 5 AND 7 OF ANNEX II

A. MOIT USED THE FA CONSISTENTLY WITH ARTICLE 6.8.

B. PARAGRAPH 5 OF ANNEX II DOES NOT MANDATE THE ACCEPTANCE OF THE DOCUMENT WHICH IS UNTIMELY PROVIDED AND DIFFICULT TO ANALYSE.

C. THE MOIT'S APPLICATION OF AFA IS CONSISTENT WITH ANNEX II,

PARAGRAPH 7

(i) Oceanic Did Not Cooperate to the MOIT

(ii) MOIT Exercised Circumspection, Taking All Circumstances Into Account, in Its Choice of FA

III. CLAIM 3: THE MOIT'S TREATMENT OF THE UNTIMELY SUBMITTED DOCUMENTS FULLY COMPLIED WITH ARTICLE 6 OF THE ADA

A. THE MOIT GAVE OCEANIC AMPLE OPPORTUNITY TO RESPOND AND DEFEND ITSELF AS REQUIRED BY ARTICLE 6.1

(i) The MOIT Gave Oceanic the Second Chance to Submit the Document

(ii) The MOIT Specified in Detail the Information Required

B. ARTICLE 6.6 DID NOT REQUIRE THE MOIT TO VERIFY OCEANIC'S UNTIMELY SUBMITTED DOCUMENT

C. THE MOIT'S HANDLING OF THE SUBMISSION OF DOCUMENT WAS CONSISTENT WITH ARTICLE 6.13

IV. CLAIM 4: APPLICATION OF ESPA AND ARTICLE 30 OF THE TRIA IS CONSISTENT WITH ADA ARTICLE 2.4.2

A. THE SECOND SENTENCE OF ADA ARTICLE 2.4.2 PERMITS USE OF ZEROING IN TARGET DUMPING

B. ARTICLE 2.4 OF 'FAIR COMPARISON' CONTAINS 'NO INDEPENDENT REQUIREMENT OF OFFSETTING AND SYMMETRY' FOR THE SECOND SENTENCE OF ARTICLE 2.4.2.

C. INVESTIGATING AUTHORITY RETAINS 'DISCRETION' IN HOW IT CHOOSES TO CALCULATE MARGIN OF DUMPING BY ARTICLE 30 OF THE TRIA

V. CLAIM 5: ZEROING HOLDS CONTINUED EFFECTIVENESS OF THE ANTIDUMPING REMEDY

A. APPLICATION OF ESPA PURSUANT TO ARTICLE 30 OF THE TRIA IS

IN EFFECT
B. THE USEFULNESS OF ZEROING IN TARGETED DUMPING LIES IN ITS FLEXIBILITY TO CAPTURE THE AMOUNT OF DUMPING

VI. CLAIM 6: THE SAMPLING AND ASSIGNING OF 'ALL OTHERS' MARGIN IN ANTIDUMPING INVESTIGATION BY INVISTANY ARE CONSISTENT WITH ADA ARTICLES 9.4 AND PARAGRAPH 1 OF ANNEX II

A. SELECTION OF MANDATORY RESPONDENTS BY MOIT IS CONSISTENT WITH ADA
(i) The 'Impracticable' in Selecting Mandatory Respondents
(ii) Article 9.4 of the ADA Only Applies when the Investigating Authority limits its Examination to a Reasonable number of Exporters.
B. APPLICATION OF FA IN "ALL OTHERS" RATE IN UNSELECTED SAMPLE IS CONSISTENT WITH ADA

VII. CLAIM 7: IMPOSITION OF A SECURITY DEPOSIT IS CONSISTENT WITH ADA 18.1

A. GATT VI AND ADA 18.1 IS NOT CONTRADICT EACH OTHER
(i) The Needs of Security Deposit to Regulate D&D Incident
(ii) Contradiction of GATT VI and Article 18.1 of the ADA
(iii) Relation of GATT VI and Article 18.1 of the ADA by US-Thailand Shrimp and US-Customs Bond Directive
(iv) Conditions to Authorize Definitive Antidumping Duties for the Purpose of Security Deposit

VIII. CLAIM 8: INVISTANY'S SUNSET REVIEW REGIME DOES NOT VIOLATE ARTICLES FROM ADA AND ARTICLE II OF THE GATT 1994.

A. ARTICLE 11.3 ITSELF DOES NOT EXPLICITLY PROVIDE THAT THE EVIDENTIARY STANDARD OF ARTICLE 5.6 IS APPLICABLE TO

SUNSET REVIEWS

(v) Article 5 of the ADA Does Not Apply to Sunset Reviews

(vi) The Evidentiary Standard of Article 5.6 of the ADA is Not Applicable to Sunset Reviews.

B. ARTICLE 34 (4) OF THE TRIA IS CONSISTENT WITH ARTICLE 6.10 OF THE ADA

(i) Establishing Margins of Dumping for the Product as a Whole is Not Required

(ii) Article 34 (4) of the TRIA is Justified under Article 6.10 of the ADA

(iii) Margins of Dumping are Established Accordingly for Each Exporter in Accordance with Article 6.10 of the ADA

2.3. Request for Findings

3. Reference

5. 구두 변론 원고

〈 Esporia (Complainant) 〉

A. Oral Presentation (15min.)

Good morning(afternoon), your honors. My name is Heeju Sim and will be speaking as a representative of my team, T.O.Y.

Today I'm standing here on behalf of the government of Esporia in order to argue against the antidumping investigations and imposition of definitive antidumping duties imposed by Invistanian government on passenger vehicles exporters of Esporia.

The issues in this case are basically rooted from The Trade Remedy Investigation Act of 1995, so-called 'TRIA' and its implementing provisions. This gives Invistany a legal basis to execute different kinds of antidumping measures, which of them, we believe are legally challenged according to WTO rules for antidumping regimes.

Your honors, from the point of Esporian view, I'd like to point out five major controversial issues: **First, wrongly application of AFA, Adverse Facts Available in the overall investigation process for Oceanic; Second, misinterpretation of zeroing in calculating dumping margin for Smartdrive; Thridly, unjust imposition of Security Deposit on Nebula; Fourthly, a blanket application of 'All Others Rate' margin for three non-selected exporters; and Lastly, the lack of legal background of in initiating Sunset Reviews.**

These problems should have been thoroughly reviewed before MOIT, the Ministry of International Trade of Invistany made a final decision to levy the antidumping duties on my clients from Esporia.

First, I'm going back to the issue of AFA. MOIT's application of AFA before and during the investigation is groundless as it is in nowhere stipulated in the Antidumping Agreement(ADA), particularly in relation with Article 5, 6, and even the Annex II.

According to the fact pattern, the investigation was initiated by the petition of Sky Rover, a domestic industry from Invistany. This violates Article 5.2 because it did not include sufficient evidence to justify the initiation of the investigation. Article 5.2 requires the application to meet the three requirements: dumping, material injury, and a causal link between the two. However, in the materials of petition submitted, it was not entirely clear whether dumping was taking place in the market of Invistany by Esporian automobile producers. Nor was it clear whether the Invistanian domestic producers were suffering from material injury as a result of the alleged dumping. Therefore, we argue that the MOIT did not abide by Article 5.2.

Also, MOIT's determination to initiate the Anti-agreement violated Articles 5.3 of the ADA because MOIT did not examine the accuracy and adequacy of the evidence provided in the application. Article 5.3 requires the authority to examine the accuracy and adequacy of the evidence in the application. *(In the light of Article 5.3, an unbiased and objective investigation authority examining such evidence could not have determine that there was sufficient evidence to justify initiation of the anti-dumping investigation.)* In other words, an objective and unbiased examination would not allow it to be deemed sufficient to justify initiation. Therefore, we argue that the MOIT did not follow the Article 5.3.

On top of that, the initiation criteria of the TRIA is inconsistent with the Article 5.3. The statutory initiation criteria of Invistany only mandate that the petitioner should occupy more than 50% of the total domestic automobile production of Invistany, which is the content of Article 5.4. But, the ADA not only requires the Article 5.4 to be met but also requires the authorities to examine the accuracy and adequacy of the evidence as required by Article 5.3, which means the TRIA permits the petition for an antidumping investigation to be confirmed without fulfilling the requirements under Article 5.3. Therefore, the initiation criteria of the TRIA are inconsistent with Article 5.3 of the ADA.

Meanwhile, MOIT's application of AFA is inconsistent with Article 6.8 and Annex II of the ADA. As clearly stated in the fact pattern, Oceanic properly provided the requested information within a reasonable period. The notion

of a reasonable period should be analyzed with the Article 6.1.1. According to Article 6.1.1 and the footnote, the time-limit should be counted from the one week from the MOIT's request of the Invistanian translation and should be given at least 30 days for reply from the point where one starts counting. Now that the full translation in to Invistanian was delivered one month after the request, Oceanic submitted the translation within a reasonable period.

MOIT's Application of AFA was also inconsistent with paragraph 7 of Annex II for two reasons. One is that MOIT did not exercise special circumspection and failed to "take everything into account." Although MOIT had accurate and relevant information in its hands, MOIT chose to use possibly impartial information submitted by Sky Rover. So Sky Rover actually benefited from the application of AFA. No "special circumspection" was exercised at all. The other reason lies that, paragraph 7 requires that the interested party should not cooperate and should withhold the information from the administering authority to justify Facts Available. But MOIT completely ignored this criterion. Oceanic cooperated and relevant information was not withheld from the authorities. Oceanic tried to submit even partial translation by the deadline, and managed to submit the full translation within a reasonable period. Therefore, MOIT's application of AFA violated paragraph 7 of Annex II.

In addition to this, MOIT failed to satisfy itself with the Oceanic's documents as required by Article 6.6. If not under the circumstances provided for in Article 6.8, MOIT should have verified the Oceanic's documentation as required by Article 6.6. Even though cases were not the circumstances set forth in Article 6.8, MOIT ignored the mandate of Article 6.6 and refused to satisfy themselves as to the accuracy of the information.

(MOIT Failed to Take into Account the Difficulties faced by Oceanic as required by Article 6.13 and the paragraph 6 of the Annex II.) MOIT acted inconsistently with Article 6.13 and paragraph 6 of the Annex II because they failed to take into account the difficulties and time-limits with regard to the submission of translated document over one thousand pages in total. This means MOIT did not provide any meaningful assistance and did not

take due account of the time-limits.

MOIT didn't specify in detail the information as required by paragraph 1 of Annex II. In spite of short time-limit, Oceanic couldn't help submitting all the data relevant within the deadline due to the vagueness of the requested information. And eventually Oceanic had no choice but to submit after the deadline.

MOIT should have considered the information when determinations were made as required by Annex II paragraph 3. Though the information met the all requirements as demonstrated in Paragraph 3 of Annex II, MOIT didn't take into account the information when determinations are made as required.

MOIT disregarded the document submitted by Oceanic in violation of Paragraph 5 of Annex II. Even if it was submitted after the questionnaire deadline, it should not be justified because Oceanic acted to the best of its ability by submitting the full translation within a reasonable period. Therefore MOIT's treatment of the evidence cannot be justified, because it violated Annex II paragraph 5.

Second, regarding the dumping margin of Smartdrive, Invistany calculated the margin by adopting its particular system called 'ESPA', Extraordinary Sales Pattern Adjustment. This is an apparent violation of ADA because it enables MOIT to apply zeroing methodology which has been banned to use under the anti-dumping regime.

(In WTO terms, this is all about Article 2.4.2 of the ADA. This provision stipulates three comparison methodologies between the normal values and export prices on the basis of weighted average to weighted average(A-A), transaction to transaction(T-T), and weighted average to individual export transactions(A-T).)

As you may assume, there is no express in the ADA to prohibit the adoption of 'zeroing' as a method of calculation of dumping. However, we do not see Article 2.4.2 suggests that zeroing practice is a permissible one because the calculation of duties using the zeroing methodology produces illusionary results by distorting the dumping margin.

If you go back to the fact pattern, your honors, Article 30 of the TRIA

permits Invistanian government to apply zeroing in calculation of dumping margin upon the discovery of particular sales patterns. We affirmatively insist that ESPA "As Applied" based on Article 30 of the TRIA is not consistent with Article 2.4.2. Because the prohibition of "Zeroing" is not based only on Article 2.4.2 but also Article 2.4. *(In the case of EC vs. India's Bed linen, the Appellate Body has clearly stated that all calculations of dumping margins in the ADA must be in accordance with the provisions of Article 2.4 of the ADA - including Article 2.4.2.)* Therefore, Article 2.4.2 should be interpreted as an exceptional third methodology limited only to targeted dumping.

In this respect, it is important to understand that Invistany does not use this third methodology the way it was intended, as they compared all export sales with no investigation into whether the criteria of targeted dumping are actually present, and present no justifications. Invistany, by looking at all the export sales and by including only those export sales that are below the average normal value, calculates a dumping margin for Smartdrive just like the EC did in *EC - Bed Linen* and that was already found inconsistent with the ADA by the AB.

Besides, the language of Article 30 of the TRIA and ESPA methodology is arbitrary. The MOIT argues ESPA methodology reflects the provision of Article 2.4.2 of the ADA. However, many major export markets including Invistany have used several legal technicalities to evade compliance with adverse WTO zeroing decisions. One such tactic has been its use of a targeted dumping analysis *(like that employed in the Taiwan Bags decision.)* Importantly, the approach of 'zeroing' out non-dumped sales and calculating the margin based only on dumped sales tends to increase the overall average amount of dumping. As for Esporia, the application of ESPA based on zeroing calculation indeed has led to the relatively high margin for Smartdrive, which would otherwise has been the *de minimis* for the company without the application of the methodology.

Also, I'd like to add that MOIT shoufld have considered the 'General Sales Practice' during the POI. Unlike the Invistanian argument that the general sales practice in the market has no influence in the administration of an

antidumping investigation, in reality the promotional sales event during the month of December through its year-end is prevalent practice among international exporters. Though it may be controversial to clarify how the promotional sales would lie with dumping sales in the market, given that this sales practice is quite a common marketing strategy, Invistany must have a reasonable consideration over this issue in the investigation.

Actually zeroing may be the most controversial and at the same time critical issue in the anti-dumping regime. However, as WTO has coherently confirmed zeroing practice 'As Such' Illegal, it may result in substantial dumping duties even in cases where there has not been any dumping at all.

Repeated WTO judgments prohibiting zeroing as a violation of Article 2.4.2 of the ADA is functioning as an effective 'precedent' that leads Members to have a reasonable legal expectation in dispute settlement proceedings.

Although previous AB decisions are not strictly speaking binding on panels, there clearly is an expectation that panels will follow such decisions in subsequent cases raising issues that the AB has expressly addressed. Therefore, non-compliance of Invistany with the WTO mandate has resulted in the undermining of the authority of the WTO rulings that has been against zeroing practice.

Thirdly, Invistany's imposition of a Security Deposit on Nebula is inconsistent with Article 18.1 of the ADA. According to ADA, no specific action against dumping except in accordance with the provisions of GATT 1944 as interpreted by this agreement. The panel also mentioned in the *US - Shrimp (Thailand) and US - Customs Bond Directive* cases that Article VI may not be interpreted so as to justify action that is prohibited by the ADA.

When Invistany imposes security deposit, investigating authority should consider i) the temporal scope, ii) urgent needs of combination, iii) any needs of combinational process and iv) should be reasonable, but MOIT didn't verify any of these requirements. Thus, the imposition of Anti-dumping order should not be done without the basis of preliminary determination of dumping, injury and casualty.

Fourthly, the application of 'All Others Rate' margin to the non-selected exporters of Esporia is a very inconsiderate measure and MOIT even ignored the intent of Article 9.4.

As clearly stated as in the Article 9.4, during the anti-dumping investigation, the selection process of interested respondents should be most fair.

According to the fact pattern, the MOIT calculated an all others rate margin for the unselected three companies and applied 13% of margin in a lump while it only examined three out of six companies; Oceanic, Smartdrive, and Nebula. This is also an obvious violation of Article 6.10 because it consequentially resulted in the application of AFA to the rest of three companies.

Lastly, Invistany's initiation of Sunset Review is not fully qualified with reasonable legal backgrounds. We see several problems in the Sunset Review Regime of Invistany.

Invistany's sunset review regime, which is manifested in Article 34 of the TRIA is inconsistent with ADA and Article II of the GATT 1994. The anti-dumping duty order, as generally known, usually lasts for five years yet such order is driven by Sunset Reviews. But we can not find any explicit legal grounds of this practice of initiating Sunset Reviews. Invistany would argue that Article 34 of the TRIA is legally backed up as it is similar with Article 11.3 of the ADA. Article 34 of the TRIA says that MOIT can automatically initiate Sunset Reviews without any evidence as long as there is request by domestic industry like sky rover.

But, we firmly argue that all anti-dumping duty orders must be in proportion to the period and degree of the injury that is induced by the duties. And the duties should not be more than five years to the maximum in accordance with the ADA. We suppose that anti-dumping duties by any member state of WTO be no longer extended by a discretional measure like Sunset Reviews. That is, anti-dumping duties must be terminated with no exception upon the expiration.

Furthermore, MOIT has too much discretion in initiating a sunset review. According to the appellate body report of United States vs. China on measures affecting imports of certain passenger vehicle and light truck tyres from china case, Article 11.3 must requires that the administering authority like MOIT make a threshold decision as to whether to begin a sunset review.

The purpose of initiating a sunset review is not only to begin analyzing whether continuation of the order is necessary but also to determine if initiation itself is necessary or not. Thus, Initiation of sunset review is not an empty or automatic decision.

(Besides, Article 34 section 4 of TRIA is not consistent with Article 2.1, 5.1, and 9.2 of the ADA. According to the case of US vs. Japan on measures relating to zeroing and sunset reviews, panel clearly mentioned that dumping is defined in relation to a product as a whole ad defined by investigating authority. They further stated that the term 'margin of dumping' refers to the magnitude of dumping.

But section 4 of Article 34 only states as 'new antidumping margins shall be calculated for respective exporters'. According to the case of US vs. Canada on soft lumber, the appellate body stated (our view that) "dumping and margins of dumping can only be established for the product under investigation as a whole." Thus, the investigation authority must treat that product as a whole for the following purposes;

(1) determination of the volume of dumped imports;

(2) injury determination,

(3) casual link between dumped imports and injury to domestic industry and

(4) calculation of the margin of dumping.

Taking all these into consideration, Article 34 section 4 of the TRIA violates Article 2.1, 5.1, and 9.2 of the ADA.)

Your honors, as I have pointed so far, despite the controversies under the TRIA still unidentified, Invistany imposed definitive antidumping duties on passenger vehicles of Esporia. Also, Invistany did not abide by the legitimate procedure in accordance with ADA in imposing antidumping duties.

Therefore, we assert that the antidumping duty on Esporia cannot be justified as it is clearly against the rules and values of antidumping regime under WTO system. Thank you for listening.

B. Concluding Remark (3min.)

Your honors, my name is So-yeon Lim from the team T.O.Y. As a representative of my team and my clients from Esporia, I affirm that the antidumping duty on Esporia cannot be justified neither theoretically nor practically.

Your honors, we consider that Invistany's violation of Antidumping Agreement(ADA) have nullified the antidumping duty on exporters. Thus, on behalf of Esporia I kindly ask you (Panel) to review the following issues.

(1) Invistany's initiation of AD investigation violated Article 5.2 and 5.3 of the ADA because there is no sufficient evidence to justify the investigation. Sky Rover failed to reason the existence of dumping, the material injury, and causal link between them in Invistanian domestic market.

(2) Invistany's application of AFA to Esporia was inconsistent with Article 6.8 and Annex II of the ADA. Those provisions give reasonable period and opportunity to submit information. However, Invistany did not observe them.

(3) Invistany's zeroing practice violates Article 2.4 and 2.4.2 of the ADA because it will result in dumping duty without dumping at all.

(4) Invistany's application to AFA in calculating 'all others rate' to the non-selected exporters is not consistent with Article 9.4 of the ADA because the provision does not allow Invistany to apply the dumping margin based on FA to them.

(5) Invistany's imposition of security deposit is inconsistent with Article 18.1 of the ADA.

(6) Invistany's sunset review regime is not consistent with the ADA in respect that it initiates sunset review without sufficient evidence, and antidumping margins shall be calculated for respective exporters.

In conclusion, for the above reasons, we, Esporia request you to

recommend the government of Invistany to withdraw the imposition of antidumping duty and revise the TRIA in accordance with the Antidumping Agreement(ADA). Thank you for listening.

C. Rebutting Statement (5min.)

Your honors, my name is So-yeon Lim from the team T.O.Y. Before continuing the presentation, first of all, I really appreciate your giving me an opportunity to rebut the claims of Invistany. In order to clarify what we argue for Esporia, I'd like to emphasize several points as follows.

First, the Application for Initiation by Sky Rover Violates Article 5.2. Although none of the ADA defines what is meant by sufficient evidence to justify the initiation of an investigation, the Panel in the *US - Softwood Lumber* case was of the view that the evidence required at the time of initiation had to be relevant to establishing the Agreement elements.

Second, MOIT's determination to initiate the Anti-dumping agreement violated Articles 5.3 of the ADA. Invistany's argued that the MOIT have only to examine accuracy and adequacy, not sufficiency of evidence. But, according to Panel report Guatemala-Cement(II)(ds 156) it is the sufficiency of the evidence, and not its adequacy and accuracy, which represents the legal standard to be applied in the case of a determination whether to initiate an investigation.

Third, MOIT's application of AFA is inconsistent with Article 6.8 because Oceanic Properly Provided the requested information within a reasonable period. Even if Article 6.8 permitted the use of FA, MOIT's Application of AFA was nevertheless Inconsistent with paragraph 7 of Annex II because MOIT did not exercise special circumspection and failed to "take everything into account." Therefore, MOIT's application of AFA violated paragraph 7 of Annex II.

Fourth, MOIT Failed to Satisfy Itself with the Oceanic's Documents as Required by Article 6.6. Even though cases were not the circumstances set forth in Article 6.8, MOIT ignored the mandate of Article 6.6. and refuse to satisfy themselves as to the accuracy of the information.

Fifth, MOIT Failed to Take into Account the Difficulties Faced by Oceanic as Required by Article 6.13 and the paragraph 6 of the Annex II because MOIT did not provide any meaningful assistance and did not take due account of the time-limits.

Sixth, ESPA "As Applied" based on Article 30 of the TRIA is not consistent with Article 2.4.2. Because the prohibition of "Zeroing" is not based only on Article 2.4.2 but also Article 2.4.

MOIT's AD investigation is inconsistent with Article 6.10, because there are just six exporters so the exception under Article 6.10 cannot be applied in sampling.

MOIT's application of AFA to the unselected 3 companies is inconsistent with Article 9.4. the margin of Oceanic was based on "partial" FA. MOIT should disregard the FA portion in calculating the "all others" rate as required by Article 9.4. Therefore, MOIT's application of AFA to other 3 companies is inconsistent with the requirement of Article 9.4.

Imposition of Security Deposit is inconsistent with Article 18.1 of the ADA. When Invistany impose security deposit, investigating authority should consider i) the temporal scope ii) urgent needs of combination iii) any needs of combinational process and iv) should be reasonable, but they didn't do any of these.

As required by Article 6.2 and 6.4, MOIT should have sent questionnaire to warn about the consequences of not responding. But they didn't do and it resulted in applying AFA to unselected 3 companies.

〈 Invistany (Respondent) 〉

A. Oral Presentation (15min.)

Good morning(afternoon), your honors. My name is Heeju Sim and will be speaking as a representative of my team, T.O.Y. Today I'm standing here on behalf of the government of Invistany in order to argue that the decision on imposing antidumping measures on Esporia is reasonably made because The Trade Remedy Investigation Act of 1995, so-called 'TRIA' and its implementing provisions are all consistent with the WTO antidumping agreement.

The issues in this case basically are driven from the difference in opinions over the antidumping investigation on exporters of Esporian passenger vehicles. We, firmly believe that MOIT, the Ministry of International Trade, as an investigating authority of Invistany has a considerable discretion in dealing with the targeted dumping and imposition of definitive antidumping duties on exporters from Esporia, and conducted a legitimate investigation in accordance with WTO's fair trade regimes.

Your honors, from the point of Invistanian view, I'm going to go over five major points: **(1) reasonable application of AFA, Adverse Facts Available in the overall investigation process for Oceanic, (2) indispensable application of zeroing methodology for Smartdrive in order to prevent from the targeted dumping being hidden, (3) suitable imposition of Security Deposit on Nebula, (4) proper application of All Others Rate margin for the rest of the exporters, and (5) duly initiated Sunset Reviews.**

All these issues are reasonably decided with a valid basis in domestic laws and provisions which all reflect what WTO rules aim at.

First, I'll start with the issue of AFA. MOIT's application of AFA before and during the investigation is obviously grounded on the Antidumping Agreement(ADA), particularly in relation with Article 5, 6, and even the Annex II.

The Application for Initiation by Sky Rover did not violate Article 5.2 because there are differences in the degree of complexity and the scope of the information required in different stages of an investigation. That is, the information required for the initiation of an investigation is not the same as that required for the preliminary or final determination. Esporia argued that the materials submitted in the petition were not entirely clear whether dumping was taking place. However, 5.2 does not require an application to contain analysis, but rather to contain information in terms of evidence that can support allegations.

Also, MOIT's determination to initiate the investigation did not violate Articles 5.3 because MOIT used the publicly available information. Publicly available information will necessarily be accurate and adequate due to its publicity. And Oceanic's allegations on Articles 5.3 are based on the prior argument that the application did not contain sufficient information under Article 5.2. Since this argument has no support, it cannot be asserted that the MOIT did not conduct the examination concerning the accuracy and adequacy of the evidence submitted by Sky Rover.

With regard to the consistency of Article 6.8 and Annex II, MOIT's application of AFA can be justified because Oceanic didn't submit the document within a reasonable period. Article 6.8 states that "the provisions of Annex II shall be observed in the application of this paragraph." Accordingly, the term 'reasonable period' in Article 6.8 should be interpreted with Annex II. To conclude, the interpreted meaning of the term 'reasonable period' is "a timely submission." Therefore, if the respondent did not meet the established deadline, then the authority may apply Facts Available. Actually Oceanic failed to provide the requested translation within its deadline. Thus, the MOIT was authorized to use the FA in determining the margin for the affected sales consistently with Article 6.8.

MOIT's application of AFA was not inconsistent with paragraph 7 of Annex II. Unlike the argument by Esporia, Oceanic did not cooperate with the MOIT's Investigation in violation of Annex II. Oceanic did not submit the document within the deadline and the documents were too burdensome to analyze within the established deadline due to its overwhelming volume.

Thus, Oceanic did not cooperate with the MOIT.

Besides, MOIT exercised circumspection in its choice of FA for three reasons; (1) MOIT exercised circumspection by using the data which is publicly available. Though it was suggested by Sky Rover, it was necessarily impartial due to its publicity, (2) Esporia's argument that Sky Rover actually benefitted from the application of FA is incorrect. From the information suggested by Sky Rover it was not entirely clear whether dumping was taking place in the preliminary determination stage. Therefore, it cannot be concluded that Sky Rover unconditionally benefitted from the application of FA. (3) (Finally) MOIT's application of FA was 'partial'. It did not apply total FA. The application of the AFA affected roughly 40% of the domestic sales price information only where the AFA is needed.

Meanwhile, MOIT did not violate Article 6.6. The Article 6.6 does not require the investigation authority to verify the accuracy of data which it does not intend to use. This means, under Article 6.6, there is no need for MOIT to verify the document because the MOIT did not base its findings upon Oceanic's information by rejecting Oceanic's untimely submitted document.

MOIT did not violate Article 6.13 either. Article 6.13 states that "authorities shall take due account of any difficulties experienced by interested parties, in particular small companies, in supplying information requested and provide any assistance practicable."

The primary purpose of Article 6.13 was to alleviate the burden of small companies and ensure that companies experiencing such difficulties would nonetheless be able to participate in the investigation. And Oceanic is not a small company. It is one of the three largest automobile exporters in Esporia whose economy is heavily dependent on international trade with other countries and most recently small-size passenger vehicles have taken the bulk of the exports of Esporia. And even though the Article is not limited to small companies, it was not intended to excuse repeated errors and grossly untimely submissions by large, capable, sophisticated company such as Oceanic.

The MOIT Specified in Detail the Information Required consistently with

paragraph 1 of Annex II. There was nothing vague about the MOIT's request for the document. During the verification the numbers reported by Oceanic for the domestic sales of the subject merchandise in the Esporian Market do not dovetail with those reported in the questionnaire response of oceanic. Although the Oceanic officials provided explanations on the reasons for the obvious discrepancy, the reasons provided by Oceanic officials were contradictory among each other and confusing to least.

So we requested submission of documentation to substantiate the explanation. The MOIT hadn't ever requested the documentation over one thousand pages in total. It is so clear that we needed not the all data, but the data that can explain the discrepancy. The MOIT specified in detail the information required consistently with paragraph 1 of Annex II.

MOIT did not violate Paragraph 5 of Annex II because Oceanic did not act to the best of its ability. Oceanic supplied the document right before the statutory deadline established for MOIT's investigation compeletion. Oceanic should have either submitted the document within deadline or make the document boiled down for the MOIT to analyze without undue difficulties. But neither of them was done by Oceanic. Therefore, Oceanic failed to act to the best of its ability.

Second, Article 30 of the TRIA, which permits the MOIT to adopt zeroing in the cases of ESPA of foreign exporters, is indispensable to prevent targeted dumping of foreign exporters from being hidden.

Your honors, the second sentence of ADA Article 2.4.2 explicitly permits use of A-T comparisons "if the authorities find a pattern of export prices which differ significantly among different purchasers, regions or time periods."

(In the cases like US - Softwood Lumber V and US - Stainless Steel (Mexico) the AB has been careful to leave open its options for the consideration of zeroing under this provision, suggesting an investigating agency to use zeroing in "targeted dumping" situations referred to in ADA Article 2.4.2.)

Concerning the relationship between Article 2.4 and Article 2.4.2, there is

no basis for interpreting the provision as an exception to the fair comparison requirements of Article 2.4. Therefore, the targeted dumping methodology is not an exception to the fair comparison requirement of Article 2.4; it is rather an exception to the symmetrical comparison requirements for investigations set forth in the first sentence of Article 2.4.2.

Accordingly, the application of the ESPA methodology in MOIT's antidumping investigations "will necessarily include any exceptional or alternative comparison methods that are determined appropriate to address case-specific circumstances."

Also, MOIT as an investigating authority has discretion in how it chooses to calculate margin of dumping by Article 30 of the TRIA. Section (1) of the Article 30 simply directs how ESPA should be made when such comparisons are used. This leaves the MOIT considerable discretion in selecting an appropriate comparison methodology in reviews. It is, therefore, within the MOIT's discretion to establish criteria for the selection of an appropriate comparison methodology.

While the MOIT finds that the language of section (3) of TRIA mandates application of ESPA to all transactions, it exercises such discretion in a limited number of investigations in which it used a zeroing methodology for certain transaction-specific antidumping margins for some respondents.

As zeroing is a reasonable interpretation of the statute, it is a reasonable interpretation that MOIT's adoption of reasoned and balanced approach to implementation parallels the WTO-consistent methodology.

Regardless of controversy over zeroing practice, we have to admit at least that zeroing holds continued effectiveness of the antidumping remedy, particularly in targeted dumping. (When the criteria of section (1) of Article 30 are confirmed, the MOIT can apply ESPA to employ the A-T margin calculation methodology under the following circumstances:

i. there is a "pattern" of export prices that differ significantly among purchasers, regions or periods of time;

ii. the MOIT explains why such differences cannot be taken into account using the ordinary average-to-average or transaction-to-transaction methodology)

During the POI, with respect to sales by Smartdrive, there was a peculiar sales pattern of U.S. prices for comparable merchandise that differed significantly among certain time periods, in accordance with the criteria of section (1) of Article 30. Also, based on the evidence on the record, Smartdrive has engaged in the low-price sale during the month of December through its year-end sales promotion scheme. The sales practice of Smartdrive in this particular period of the POI indicates a significant departure from other sales of the company during the POI.

The usefulness of zeroing in targeted dumping lies in its flexibility to capture the amount of dumping. More specifically, the theory behind a targeted dumping analysis is that an exporter can use targeted dumping on a few sales to hide or "mask" its overall dumping. Even EU and Japan have acknowledged that dumping can be masked completely through the provision of offsets by asserting that dumping would not exist but for the denial of offsets.

Thus, in the context of preserving the full effectiveness of the antidumping remedy, removal of zeroing calculation at the moment would undermine the intention of the present antidumping duty law of Invistany as it flexibly captures the maximum amount of targeted dumping.

Thirdly, Invistany's imposition of additional security deposit on Nebula is consistent with Article 18.1 of the ADA.

In the interim review, sometimes foreign exporters simply cease exportation and disappear from Invistany market to avoid additional duties assessed as a result of interim review. To regulate these continual D&D incident which diverting the antidumping duties and to prevent free ride to the benefit of Free Trade, Security Deposit consistent with GATT VI is desperately needed.

According to the fact pattern, Esporia marked the second highest in the ratio of D&D incident which happened in Invistany. Futhermore, Nebula once experienced actual increase of antidumping duty order before.

In this respect, such imposition is no less no more than a measure that is to maintain the security deposit thus prevent D&D. And before making the

decision to impost security deposit, MOIT suitably considered i) the temporal scope ii) urgent needs of combination iii) any needs of combinational process and iv) reasonability.

Also, even though one of the major functions of Article 32 and 34 of the TRIA is to prevent D&D incidents, these provisions allow refund system after interim review.

Fourthly, applying the 'all others' margin to the non-selected companies is practicable and proper. Especially, the selection and assigning of 'All Others' margin in antidumping investigation by Invistany are consistent with Article 9.4 and Paragraph 1 of Annex II of the ADA.

In this case, during the investigation, three largest exporters selected by MOIT as mandatory respondents for investigation in total six exporters of the subject merchandise in Esporia, with varying export volumes.

Invistany did not limit its examination to a reasonable number of exporters. Actually, MOIT has not received any request from other remaining unselected three exporters of Esporia for voluntary participation in the investigation. The Article 9.4 of the ADA does not apply when a dumping margin is calculated for exporters that did not participate in the investigation.

During the investigation, selecting respondent should be reasonable. MOIT's investigation is consistent with ADA 9.4 because MOIT examined statistically valid and largest percentage of sample. MOIT's selection is reasonable and MOIT applied their best FA only in partial part.

Lastly, the standards of sunset review regime was duly conducted based on Article 34 of the TRIA.

Your honors, as you know, the sunset review provision was incorporated into the WTO antidumping regime after the Uruguay Round. And member states signed the GATT Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral trade Negotiations on April 15. 1994.

Espoira insists that MOIT has no right and no ground to initiate sunset review on antidumping duty which is imposed to Esporia passenger vehicles

exporters. But we'll prove it groundless.

Esporia argues that Article 11.3 of the ADA imposes evidentiary standard for the self-initiation of sunset review. However, Article 11.3 contains no cross-reference to Article 5.6 and it demonstrates that the drafters intended not to apply the evidentiary standards of Article 5.6 to sunset review.

Let me take a look at Article 5.6 here.

"If, in special circumstances, the authorities concerned decide to initiate an investigation without having received a written application by or on behalf of a domestic industry for the initiation of such investigation, they shall proceed only if they have sufficient evidence of dumping, injury and a causal link, as described in paragraph 2, to justify the initiation of an investigation."

Furthermore, the other provisions of Article 5 of the ADA do "not" suggest that evidentiary standards for the self-initiation of investigation also apply to sunset reviews.

Therefore, Invistany's sunset review provision, Article 34.1 of the TRIA, does not violate Article 11.3 of the Antidumping Agreement.

The other argument of Esporia that Article 34 (4) of the TRIA is inconsistent with Article 6.10 is totally wrong. Because Article 2.1 and Article 6 of the GATT 1994 do not require that investigating authority establish margins of dumping for the 'product' under investigation as a whole. To briefly quote what *US vs. Canada*, S*oftwood lumber* case said, "dumping" and "margin of dumping" cannot occur at a transaction specific level. But the phrases "product as a whole" and "product under investigation as a whole" did not form part of the panel's reasoning in that case. Rather, Article 34 (4) of the TRIA is justified under Article 6.10 of ADA.

Article 6.10 requires that an individual margin of dumping shall be determined for each known exporter or producer of the product under investigation. That is to say, known exporters or producers must be treated individually for the purposes of determining dumping.

I'll go over Article 34 (4) of the TRIA.

When the antidumping duty order is extended following a sunset review , new antidumping margins shall be calculated for "respective exporters"

Article 6.10 requires that investigating authorities determine an individual margin of dumping for each known exporter or producer. Therefore, Article 34 (4) of the TRIA is consistent with Article 6.10 of the ADA.

Your honors, as I have pointed so far, the issues raised in this case is basically rooted from the different manner of interpreting the related provisions. Unlike claims of Esporian side that we are not equipped with legal grounds, we do have reasonable legal basis that is parallel to the antidumping regime. Therefore, we strongly ask Esporia to accept and follow the antidumping duties. Thank you for listening.

B. Concluding Remark (3min.)

Your honors, my name is So-yeon Lim from the team T.O.Y. As a representative of my team and my clients from Invistany, I insist that the antidumping duty on Esporia is reasonable decision to prevent the free trade system from being hindered.

Your honors, in light of the foregoing discussion, I, on behalf of Invistany would like to ask you (Panel) to consider the following issues.

(1) Invistany's initiation of AD investigation did not violate Article 5.2 and 5.3 of the ADA because the petition and evidence for investigation by Sky Rover is reasonable and sufficient enough to justify the initiation of the investigation.

(2) The MOIT is authorized to use the FA in determining the antidumping margin for the affected sales because Oceanic failed to provide the requested documents properly.

(3) MOIT's Application of ESPA and Article 30 of the TRIA is consistent with Article 2.4.2 of the ADA because the second sentence of Article 2.4.2 of the ADA permits use of Zeroing in Target Dumping of Esporia.

(4) The sampling and assigning of 'All Others' margin in antidumping investigation by the MOIT is consistent with Article 9.4 and Annex II (1) because the investigating authority is allowed to limit their examination either by using valid samples or by examining the largest percentage of the volume from exporters by those provisions.

(5) MOIT's imposition of security deposit on Esporian Nebula is consistent with the Article 18.1 of ADA because Nebula has increasing probability to do 'D&D' soon.

(6) Esporia's assertion that Invistany's sunset review regime and Article 34 of the TRIA violate the ADA is totally groundless because Article 34 (1) of the TRIA is consistent with Article 11.3 of the ADA and Article 34 (4) of the TRIA is in accordance with Article 6.10 of the ADA.

In conclusion, for the above reasons, we, Invistany see that Esporia's contentions regarding ADA, GATT, AFA, ESPA, zeroing, security deposit and sunset review etc. are unwarranted and thus, kindly ask you (Panel) to recommend Esporia to cooperate with antidumping investigation authority of Invistany and to observe the antidumping duty order.

C. Rebutting Statement (5min.)

Your honors, my name is So-yeon Lim from the team T.O.Y. Before continuing the presentation, first of all, I really appreciate your giving me an opportunity to rebut the claims of Esporia. In order to clarify what we argue for Invistany, I'd like to emphasize several points as follows.

First, the Application for Initiation by Sky Rover did not violate Article 5.2. because there are differences in the degree of complexity and the scope of the information required in different stages of an investigation. That is, the information required for the initiation of an investigation is not the same as that required for the preliminary or final determination.

Second, MOIT's determination to initiate the Anti-agreement did not violate Articles 5.3 of the ADA because MOIT used the publicly available information.

Third, MOIT's application of AFA can be justified under Article 6.8 because Oceanic didn't submit the document within a reasonable period.

Fourth, MOIT's Application of AFA was not inconsistent with paragraph 7 of Annex II. Unlike the argument by Esporia, Oceanic Did Not Cooperate with the MOIT's Investigation. And also, MOIT Exercised Circumspection in Its Choice of FA by using the data which is publicly available and by

applying partial AFA.

Fifth, MOIT did not violate Article 6.6. The Article 6.6 does not require the investigation authority to verify the accuracy of data which it does not intend to use. Therefore, under Article 6.6, there is no need for MOIT to verify the document because the MOIT did not base its findings upon Oceanic's information.

Sixth, MOIT did not violate Article 6.13. The primary purpose of Article 6.13 was to alleviate the burden of small companies. And Oceanic is not a small company. It is one of the three largest automobile exporters in Esporia And even though the Article is not limited to small companies, it was not intended to excuse repeated errors and grossly untimely submissions by large, capable, sophisticated company such as Oceanic.

MOIT's AD investigation is consistent with ADA 9.4, because MOIT examined statistically valid and largest percentage of sample.

Imposition of Security Deposit is consistent with Article 18.1 of the ADA. MOIT considered i) the temporal scope ii) urgent needs of combination iii) any needs of combinational process and finally MOIT was reasonable.

MOIT's regulation and statute about D&D incident allow refund system after interim review.

Although Esporia claimed that MOIT did not act as required by Article 6.2 and 6.4. MOIT clearly told deadline to selected companies.

6. Timeline & Tip

Date	Activity (주최 측)	T.O.Y.
5/24	**Competition Commencement**	
6/1 -11	**Registration** Team registration through by email. Must be completed by 13:00 pm, June 11	팀 대화창 개설 팀원 추가 대회 참가 신청 접수 완료 통지 문제 확인
6/25	**Clarification Request Deadline** Fact-clarification request must be sent to wtomootcourt2012@gmail.com by 13:00 pm. A request must be filed by a registered team's representative.	7/1 팀 모임 7/2 팀원 추가 웹하드 개설 판례 예시 자료 업로드
7/6	**Clarification Announcement** The compiled responses to the clarification requests will be announced on the webpage.	7/9 팀 모임 도서, 판례집 자료수집 7/12 주최 측 Clarification 지연 공지 7/14 팀 모임 7/16 Clarification 발표 7/22, 23, 27 팀 모임 7/29 서면 완성
7/30	**Deadline for Written Submission** The electronic copies must be sent to wtomootcourt2012@gmail.com by 13:00 pm The confirmation e-mail will be sent to team representatives.	
8/6	**Announcement of Invited Oral-Hearing Participants** Thirty-two (32) teams will be invited to the Oral-Hearing Competition.	8/4, 8, 9 팀 모임 8/10 script 정리 8/13 대회 동영상 시청, 대회 준비 개시
8/15		Zeroing, AFA, Security Deposit 초안 정리
8/16		팀 모임, 대회 지원금 신청
TBD	**Orientation Meeting for Moot Competition Procedures** Rules and guidelines for the Oral-Hearing will be explained to the participants.	8/21 요약본 작성 8/22 팀 모임
8/23-24	**Competition at Oral Hearing**	

Tip

① 문제가 원하는 게 무엇인지 파악한다.
② 효율적으로 자료를 찾도록 한다.
③ 서면 작성 등을 할 때 관련 조항을 중심으로 두고, 판례는 그에 대한 설명을 할 때 보충적으로 사용한다.
④ 대회 준비를 위해 장기간 협동해야 하므로 그 과정에서 갈등이 생길 수 있다는 점을 인지하고, 늘 무리하지 않도록 한다.

지 도 교 수

이 철 남 (충남대학교 법학전문대학원 부원장)

교수 심사위원

김 소 영 (충남대학교 법학전문대학원 교 수)
서 보 국 (충남대학교 법학전문대학원 교 수)
이 효 경 (충남대학교 법학전문대학원 교 수)
위 계 찬 (충남대학교 법학전문대학원 교 수)

편집위원회

편집장	곽정규
운영국장	강윤구
대외협력국장	김해슬
기획국장	성미루
총무국장	송정윤
학술국장	정주희
취재국장	최인환
편집위원	곽지은, 김지은, 박근우, 박재영, 이원주, 정희정, 주지현

FACULTY ADVISOR

Chulnam Lee

REVIEW COMMITTEE

Sohyeong Kim
Bocook Seo
Hyokyung Lee
Kyechan We

BOARD OF EDITORS

CHIEF EDITOR		Jungkyu Kwak
OPERATION DIRECTOR		Yoonkoo Kang
COOPERATION DIRECTOR		Haeseul Kim
PLANNING DIRECTOR		Miru Seong
GENERAL AFFAIR DIRECTOR		Jungyun Song
ACADEMIC DIRECTOR		Joohee Jung
NEWS DIRECTOR		Inhwan Choi
EDITORS	Jieun Kwak	Jieun Kim
	Keunwoo Park	Jaeyong Park
	Wonju Lee	Heejeong Jung
	Jihyun Ju	

CLS LAW REVIEW
VOR-JURIST
제4호

인쇄일 2012년 10월 12일
발행일 2012년 10월 12일
발행인 김천용
발행처 충남대학교 법학전문대학원 학생회
전 화 042-821-8507
팩 스 042-821-8881
e-mail vorjurist@cnu.ac.kr
편집인쇄 대흥인쇄사 042-634-2513