

---

제 9 권  
제 3 호

---

2008

HONGIK LAW REVIEW

# 홍익법학

홍익대학교 법학연구소

---



홍익대학교



## 머 리 말

국내외적으로 경제상황이 대단히 어려운 것 같습니다. 1930년 전후의 경제공황이 또 다시 도래하는 것이 아닌가 하는 우려도 있습니다. 그러나 지금의 어려운 상황을 슬기롭게 극복한다면 오히려 지금의 위기가 선진국으로의 도약을 위한 좋은 기회가 될 수도 있다고 생각합니다.

이번에 발간하는 '홍익법학' 3호는 우리 법학연구소가 1년에 세 번씩 학술지를 발간하기로 한 계획을 성공적으로 실천하는 의미가 있습니다. 여러분의 노력이 있었기에 가능한 일이었습니다. 우선 이번 호에 소중한 원고를 써주신 최강욱 변호사님, 권경현 변호사님, 이화여대의 최희경 교수님과 우리 대학교의 박현석 교수님께 감사합니다. 그리고 지난 호에 이어 원고를 또 다시 써주신 임채웅 판사님께 거듭 감사하다는 말씀을 드립니다. 특히 이번호에는 조선대학교에서 김명식 교수님과 박찬주 교수님 두 분이 소중한 원고를 보내주셨습니다. 앞으로도 조선대학교 법학연구소와 학술교류가 계속되기를 바라마지 않습니다. 그리고 이번호에는 9월 18일 개최된 제4회 월송(유기천교수) 기념 학술세미나에서 발표된 세편의 논문을 게재하게 된 것을 영광으로 생각합니다. 발표문의 게재를 허락해주신 金哲洙 교수님과 李時潤 교수님 및 오쿠다 마사미찌(奥田昌道) 교수님께 깊이 감사합니다.

아울러 이번호의 심사작업에 참여하여 주신 여러 심사위원님들과, 편집작업에 수고하여 주신 편집위원님들과 이승용 조교에게도 감사의 말씀을 드립니다.

2008. 10.

홍익대학교 법학연구소장

임 종 훈



# 차 례

[특집] - 한국 법학전문대학원의 과제와 전망

◆ 기조강연

- 法學專門大學院의 設立과 法學教育의 確大方案 【金哲洙】 ..... 3
- 日本の法科大學院の現状と課題  
- 同志社大學法科大學院での経験から - 【奥田昌道】 ..... 25
- 일본 법과대학원의 현상과 과제  
-도오시사(同志社)대학 법과대학원에서의 경험을 토대로- 【김창록 역】 .. 41

◆ 토론문

- 多元的 법학교육의 필요성 【李時潤】 ..... 57

[논문]

- 象徴的 表現의 規制에 대한 審査基準 【최희경】 ..... 61
- 한국사회에서의 법치주의에 대한 재조명 【임종훈】 ..... 93
- 미국의 치안관사제도에 관한 일고찰 【김명식】 ..... 117
- 授權行爲에 관한 몇 가지 문제 【박찬주】 ..... 151
- '지휘관 사법'의 폐해와 그 폐지론  
- 관할관, 심판관 제도를 중심으로 - 【최강욱】 ..... 191
- 어음 事故申告擔保金の 性格과 倒産節次가  
그에 미치는 影響에 關한 研究 【임채웅】 ..... 213
- 통신시장에서의 합병 규제 【권경현】 ..... 235
- ICJ의 管轄權에 관한 다툼에 대한 節次規則의 適用 【朴賢錫】 ..... 259

[자료]

- 법학전문대학원 설치예비인가 거부처분 취소청구의  
소장 및 준비서면..... 282
- 위헌법률심판제청신청서..... 329

<특집>

## 한국 법학전문대학원의 과제와 전망

### <편집자의 주>

다음의 글은 2008년 9월 18일 한국프레스센터 20층 국제회의실에서 열렸던 “한국 법학전문대학원의 과제와 전망”이라는 주제로 열린 제4회 월송기념학술세미나의 기조강연과 종합토론문의 일부이다. 홍익대 법학연구소는 향후 있게 될 법학전문대학원의 추가 인가를 준비하는 입장에서 현재 준비되고 있는 법학전문대학원의 문제점을 예의주시하고 있다. 그래서 위 세미나의 원고와 홍익대가 제소하였던 법학전문대학원의 예비인가처분에 대한 행정소송의 관련자료를 이번 홍익법학에 게재하기로 하였다.

위 세미나의 원고 게재를 승낙하여 주신 오쿠다 교수님, 金哲洙 교수님, 李時濶 변호사님, 김창록 교수님과 유기천교수기념사업출판재단의 黃迪仁 이사장님께 감사의 말씀을 드린다. 그리고 행정소송의 준비서면 작성을 위해 수고하신 송시강, 양경석, 오병국, 임종훈, 김성태 교수님께도 감사의 말씀을 드린다.



<기조강연>

## 法學專門大學院의 設立과 法學教育의 確大方案

金哲洙

(학술원 회원, 서울대 명예교수)

### I. 韓國 法學教育改革의 歷史

韓國의 法學教育은 韓末의 法官養成制度에서 시작하여 日帝下에서 正式 發展하였다. 普成專門學校나 大東法學校 등에서 法學教育이 行해졌으나 正式法科大學體制는 京城法學專門學校와 京城帝國大學設立에 基因한다고 할 수 있다. 이 制度는 3年制 大學課程이 原則이었고 法學專門教育制度로 運營되었다. 解放 後에 京城帝大는 京城大學校로 改編되었다. 1946년에는 京城帝大法學科와 京城法學專門學校가 統合되어 서울大學校 法科大學이 設立되었다. 이 밖에도 많은 大學校에 法科大學이 設立되게 되었다.

그러나 法學教育은 美國의 影響을 받음이 없이 舊日本式의 法學教育이 行해졌다. 이러한 4年制 學部教育은 司法試驗合格을 擔保하지 못하였기 때문에 教室의 空洞化를 가져왔고 山寺에서 暗記工夫하는 것을 考試受驗의 正道로까지 認識하였다. 各 法大를 卒業한 뒤 高等考試 사법과에 合格하는 比率은 적었고 卒業生中 法曹로 나아가는 比率도 적었다.

또 法大의 法學教育은 辯護士나 判·檢事의 職務와 동떨어져 있어 考試合格

後에는 法院이나 檢察에서 徒弟教育을 받게 되었다. 이러한 徒弟教育도 判·檢事·辯護士의 不足으로 옳게 될 수 없었다. 아세아財團을 비롯한 美國援助機關의 도움으로 韓國法學教育의 全面的인 改編이 論議되었고<sup>1)</sup> 그 結果 서울大 法大가 學部教育을 맡고 司法大學院이 法曹教育을 맡는 시스템이 構築되었다.

이것은 法學教育和 法曹教育을 連繫하여 一貫된 教育을 하여야 한다는 意見에 따른 것이고 5·16 後 法學教育은 그대로 두고 法曹教育을 改革하려는 論議가 있었다. 그 結果가 서울大學校 司法大學院制度의 導入이었다.<sup>2)</sup>

### 1. 서울大學校 司法大學院의 實驗

美國教育顧問團은 서울大學校 法科大學이 法律學科와 行政學科를 둔 것을 이상히 생각하여 1959년에는 行政大學院을 獨立시켰다. 이것은 當時 流行이었던 行政學의 普及을 위한 것이었으며 高級公務員과 軍將校들의 再教育에 目的이 있었다.

當時 서울大學校 敎務處長을 거쳐 서울法大學長이 된 劉基天 教授는 美國式인 Law School을 導入하여 法曹人을 養成하기로 趙鎭萬 大法院長과 合意하여 軍事政府와 妥協하여 서울大學校에 司法大學院을 設立하게 되었다.

1962年 2月 17日에 閣令 455號로 法曹養成機關인 서울大學校 司法大學院이 發足할 根據가 마련되었고 1962年 4月 2日 高等考試 司法科 第14回合格者 42名의 入學으로서 開校하게 되었다. 初代院長에는 當時 서울法大學長이었던 劉基天 博士가 兼任하였다. 1965年 8月에는 第2代 院長으로 金箕斗 法大學長이 司法大學院 院長專任으로 補職되었다. 1969年 3月에는 第3代 院長으로 徐燾珏 博士가 就任하였고 1970年 末에는 第4代 院長으로 李漢基 博士가 就任하였다. 나는 1967년부터 1970년까지 3年間 3代 院長을 모시고 敎務, 學生課長을 擔當하였다.

69年 當時의 大學院委員은 徐燾珏 院長, 金哲洙 敎務學生課長, 朴觀淑 延大敎授, 梁俊模 서울第一辯護士會會長, 李鳳成 大檢次長檢事, 李漢基 서울法大學長, 全宇榮 法院行政處長, 車洛勳 高大敎授, 韓恒鎭 辯護士였다. 學生들의 授業은 1年

1) 미국의 법과대학의 소개는 김철수, 미국의 법학교육 (1)~(6), 고시계 130호-136호 참조.

2) 이 부분은 김철수, 서울대학교 법학전문대학원에 대한 검토, 서울대학교 명예교수회보, 2006에 실은 것을 요약하였다.

은 大學院에서 理論講義를 하였다. 必須科目은 16學點이며 選擇科目은 8學點이었다.

實務修習은 法院, 檢察, 辯護士會에 委託하여 行하였는데 實務修習의 學點은 다음과 같다.

- ① 民事修習5학점, ② 刑事修習3학점, ③ 檢察修習3학점, ④ 辯護士修習1학점

趙鎭萬 大法院長이 停年退任하고 새 大法院長이 오게 되어 1971年 大法院 傘下에 司法研修院을 두기로 하여 서울大學校 司法大學院은 司法研修院에 學生들을 引繼하였다. 이것이 李漢基 院長, 裴裁湜 教務課長 때 일이다. 이들 國際法學者들은 繼續教育機關으로서 司法大學院의 存置를 企圖하였으나 力不足이었다.

司法大學院制度는 10年間 運營되었다. 司法大學院이 廢校되고 大法院 傘下에 司法研修院을 두게 된 것은 當時 法曹人들이 美國式 Law School의 長點을 認識하지 못한 때문이기도 하다. 當時의 大法官 등 法院行政家들은 司法大學院에서의 獨逸法이나 英美法講義에 反感을 나타내었고 法官의 外國出張조차 嚴禁하는 狀態였다. 더군다나 司法大學院에서 美國判例나 獨逸判例를 研究하여 在來式 日本判例를 批判하는 教育 등을 싫어했다. 또 辯護士爲主의 實務講義와 法院修習이나 檢察修習이나 辯護士修習이 法曹實務界의 여건 不備와 非協助로 잘 되지 않았던 것도 重要한 理由였다. 法曹人들은 自己들이 直接 所謂 司法官試補를 教育하겠다고 하여 日本式 司法研修所制度를 模倣하여 徒弟式教育을 固守하려고 하였다. 司法大學院學生들의 自由분방한 氣風에 대해서도 다갈시하고 過去 케케묵은 判例를 묵수하고 權威主義的 司法制度를 維持하려고만 하여 司法大學院制度를 廢止하고 司法研修院制度로 바꾼 것이다.

물론 內部的으로도 問題는 있었다. 當時 司法大學院이 서울大學校에만 있었기 때문에 다른 法科大學의 呼應을 얻지 못했던 것도 重要原因이었다. 當時 行政大學院이 서울大學校밖에 없었는데 現在 수많은 行政大學院이 생긴 것을 볼 때 學界가 좀 더 團結하여 司法大學院을 살렸다면 지금쯤 많은 司法大學院이 생겼을 것이고 法曹教育도 40年 前進하였을 텐데 하는 아쉬움이 있다.

學內問題로 專任教授를 두지 않고 兼任教授와 講師만으로 運營된 것도 問題였다. 當時 서울大學校의 財政은 貧弱하였기에 司法大學院에 教授 T.O를 줄 생각도

하지 않았고 院長과 現副院長에 해당하는 敎務課長, 學生課長도 兼職이었다. 學生들은 過去 같으면 司法官 試補로서 勤務하며 公務員俸給을 받았을 텐데 俸給을 받지 못하여 不滿이었고, 強制的 寄宿舍生活이며 苦된 敎育課程에 適應하려고 하지 않았다. 政府는 司法大學院 學生에게는 試補手當을 주지 않았고 學校에서는 獎學金을 많이 줄 수 없었고 厚生福祉費 支給도 極少하였기에 學生들의 不滿도 一理가 있었다.

그러나 美國政府의 도움으로 많은 美國敎授를 招聘하여 講義를 함으로써 學生들의 世界的 感覺을 일깨워준 것과 그것이 契機가 되어 많은 卒業生들이 美國 등 海外留學을 하게 되었고 그들이 歸國하여 法院, 檢察, 辯護士業界뿐만 아니라 官界, 學界에까지 進出하여 先進的·合理的 紛爭解決方式을 導入할 수 있었다.<sup>3)</sup> 또 司法大學院敎育이 司法研修院敎育의 한 모델이 되기도 하였다. 그동안 司法大學院卒業生들이 司法研修院敎授를 지냈고 大法官·憲法裁判所長 등으로 法院行政을 맡기도 하였다. 이 점에서 司法大學院敎育은 成功한 것이었고 결코 實務家들의 主張처럼 失敗한 것이 아니었다.<sup>4)</sup>

## 2. 法學敎育改善을 위한 提案

3) 사법대학원에서 아시아재단의 도움으로 한국판례를 수집하고 이를 학생들이 comment하여 출판한 것은 판례연구의 초석이 된 것이다.

4) 서울대학교 사법대학원이 실패했다는 주장에 대한 법학교수회의 반론  
지난 1961년에 도입된 사법대학원이 실패했다는 주장이 있으나 이는 사실과 다르다. 사법대학원에도 공과가 있었다.

### (1) 공

- 1) 사법시험합격생에게 다양한 교과목과 외국의 법률제도를 강의함으로써 다양한 세계관에 입각한 법조인을 양성하였다.
- 2) 사법대학원에서 석사학위를 받은 뒤 외국대학에 유학하여 외국의 법조자격을 얻고 또 박사학위를 얻은 국제전문변호사를 많이 양성하였다. 그 결과 법학교수양성에도 기여하였다.

### (2) 과

- 1) 법조실무교육이 부실하였다고 하나 검찰실무는 잘되었고 법원실무수습과 변호사실무수습은 법원과 변호사회가 맡아서 했는데 그 때 잘되지 않았을 뿐만 아니라 현재의 사법연수원에서도 잘되지 않고 있다.
- 2) 서울대학교의 재정부족으로 학생들에게 장학금을 많이 주지 못하였고 전임교수확보가 어려웠으나 유능한 졸업생을 외국에 유학시켜 교수요원양성을 하였다. 그들이 사법대학원이 없어서 교수가 되지 못하였으므로 지금은 국회의원, 국제법률회사의 대표 등으로 활약하고 있다. 이로써 보더라도 과거 사법대학원이 실패하였다고 하는 것은 잘못이고 정부의 지원 여하에 따라서 얼마든지 극복될 수 있는 것이다. 또 국립대학과 사립대학의 재정상태도 그동안 많이 좋아졌기 때문에 과거와는 달리 전임교수확보에 어려움은 없을 것으로 보인다. 현재만 해도 Law School 인가를 위하여 100~200명의 정원의 대학들의 교수 수가 30~40명이 되고 있다. 법조실무에 종사했던 교수들의 수도 약 5분의 1이 되고 있다.

各 大學에는 法學部를 두어 法學教育을 하였으나 教養教育에 치우칠 수밖에 없었다. 法曹職業教育은 司法研修院이 擔當하였다. 이에 法學教育과 法曹教育을 連結시키기 위한 試圖가 여러 차례 行하여졌다. 특히 司法試驗應試資格을 法學教育履修者에게만 인정하는 問題가 많이 論議되었다. 司法試驗應試資格이 法學士學位와 無關하게 獨學者에게도 認定한 結果 大學教育은 荒廢化하였고 考試學館만이 成長하게 되었다.

이러한 弊端을 없애기 위하여 司法大學院을 두었을 때에는 法學科 3年 課程을 履修한 者에게만 司法試驗應試資格을 주었다. 또 法學科 卒業生의 大多數가 司法試驗에 合格하여야 한다는 主張으로 司法試驗合格者의 增員을 위하여 努力하였다. 그 結果 司法試驗合格者의 定員制가 導入되어 現在까지 繼續되고 있다.

法學教育의 改善에 관해서는 그 동안 많은 研究가 있었다.

첫째로는, 受業年限을 延長하는 것이 論議되었다. 50年代에는 大學 4年間 180學點을 履修하는 制度였었는데 점점 卒業學點이 줄어들게 되어 140學點으로 줄게 되고 2年間の 教養教育 때문에 法學專門教育의 期間이 2年으로 短縮될 수밖에 없었다. 이에 5년제안과 6년제안이 대두되었다. 5年制로는 學位를 法學士밖에 줄 수 없으며 3年制專門教育으로는 多樣한 法分野를 全部 消化할 수 없기 때문에 6年制로 하되 卒業時에는 法學碩士學位를 주고 法學碩士學位取得者에게만 辯護士試驗應試資格을 賦與한다는 案이었다.<sup>5)</sup> 그러나 5年制案이나 6年制案이 모두 採擇되지 못하였다. 第一 問題가 된 것은 法學教育을 延長한다고 하여 法學部卒業生이 다시 司法試驗을 치러야 된다면 法學教育期間延長을 學生들이 원하지 않을 것이라고 생각했기 때문이다. 學校教育을 하나도 받지 않고도 司法試驗應試資格이 賦與되는데 教育期間을 延長하면 學費만 많이 들고 實益이 없다는 理由였다.

둘째로는 法曹實務教育의 問題였다. 처음 司法研修生은 40餘名에서 始作하였는데 定員制의 施行으로 300名, 400名, 800名, 1000名으로 늘어나자 司法研修院生中에서 判·檢事로 곧 任官되는 사람은 200~300名밖에 안 되고 나머지는 다른 職業을 가져야만 하게 되었다. 그리하여 研修生들이 法學碩士學位를 달라는 要求가 많았다. 司法研修院在籍生들의 不滿도 컸었다. 過去 司法大學院에서는 論文을 쓴

5) 김철수, 법학교육과 사법시험제도의 개선방안(1)~(6), 법률신문 1201~1206호, 1977.4.5; 김철수, 사법시험제도의 개선(1)~(5), 법률신문 1257~1261호; 김철수, 법학교육과 법률구조, 법정논총(국민대), 1981.

學生들은 碩士學位를 받았고 繼續 進學하여 博士學位를 받아 教授로 登用되는 機會를 가졌는데 司法研修院教育으로서는 法學教授나 法學者로의 進入이 制限되게 되었다. 또 辯護士로 大部分이 進出해야 할 現況에서 判事養成을 위한 起案教育에 대한 不滿도 많았기 때문에 司法研修院教育에도 問題가 많았고 점차 이 制度도 많이 改善되었다.

### 3. 法學教育改善을 위한 Law School案의 擡頭

法學教育期間을 延長하여야 하며 司法研修院의 法曹教育和 連結하는 問題가 많이 論議되었다. 이에 관하여 나는 活潑한 改善方案을 提示하였다.<sup>6)</sup> 서울大學校 法學研究所에서는 1988년에는 「法學教育和 司法制度改革」이라는 論文集을 出版하여 法學教育和 法曹教育에 관한 方向을 提示하려고 하였다.<sup>7)</sup>

1990年 들어 全國法學教授를 動員하여 法學教育和 司法制度改革을 위하여 努力하였다. 특히 法學教育의 改善과 法曹教育의 改善을 위하여 Law School制度를 導入하도록 主張하였으며 司法試驗合格者의 爆發的 增員을 要求하였다.<sup>8)9)</sup> 韓國 法學教授會도 法學教育改善과 司法制度改革을 위하여 活潑한 活動을 벌였다.<sup>10)</sup>

## II. Law School案의 展開過程

### 1. 文民政府下의 法學教育改善案

1994년에는 文民政府에서 司法制度改革에 着手할 氣運이 있자 學界와 法曹界, NGO에서 대대적인 Lobby活動을 하게 되었다. 1994年 5月에는 國民을 위한 司法

---

6) 김철수, 한국법학교육·연구의 현황과 개선방향, 법학논총(한양대), 창간호, 1981, 165-256면  
7) 김철수 편, 법학교육과 사법제도개혁, 서울대학교 법학연구소, 1988.  
8) 김철수, 정치개혁과 사법개혁, 서울대 출판부, 1995.  
9) 김철수, 한국법학교육은 위기인가, 사법행정 18권 6호, 1977.6 ; 김철수, 법조인구의 증대와 법조교육개선, 판례월보 130호, 1981.7 ; 김철수, 법학교육과 사법개혁의 기본문제, 고시계 455호, 1995.1 ; 김철수, 사법시험의 문제점과 법학교육의 정상화, 고시저널, 1995.4.  
10) 상세한 것은 한국법학교수회편, 사법개혁 이렇게 해야 한다, 1994, 길안사; 한국법학교수회, 법학교육 및 사법개혁자료집, 1995.5.26; 한국법학교수회, 한국법학교육 백주년, 법학교육개혁자료집, 1995.2.24 참조.

改革推進聯合會가 結成되어 「國民權益擁護를 위한 憲法裁判所法·法院組織法·辯護士法の 改正에 관한 請願」을 國會에 提出하였다. 이 請願에는 2130名이 參與하였다.

1994年 1月에는 경실련에서 「市民을 위한 司法改革의 길」이란 討論會가 열렸다. 韓國法學教授會도 1992년에 이미 法曹人口의 爆發的 增加를 要求했으며 法學教育을 받은 사람의 多數가 司法試驗에 合格할 수 있도록 할 것을 要求하였다. 1995년에는 法學教授會가 세미나를 열고 法學教育과 司法改革에 관한 建議文을 提出하였다. 그 內容은 ① 法學教育은 4年制法科大學 위에 3年制 司法大學院을 두는 것을 原則으로 한다. ② 司法大學院은 美國式 로스쿨의 無條件的 模倣이 아닌 韓國的 司法大學院이 되어야 한다. ③ 司法大學院은 嚴格한 基準을 갖춘 大學院中心大學에만 設立을 認可한다. ④ 司法大學院의 入學定員은 서울에 2,000名 地方에 1,000名이 되어야 한다. ⑤ 司法大學院의 入學資格은 4年制 大學 卒業者로 하며, 全國의 共通試驗 假稱 司法大學院入學資格試驗에 合格한 者로 한다. ⑥ 司法大學院入學資格試驗의 合格者數는 1996年 1,500名, 1997年 2,000名, 1998年 2,500名으로 한다. 1999年 以後에는 司法大學院의 數에 따라 定員을 定한다. ⑦ 司法大學院 入學資格試驗 合格者를 各 司法大學院에서 3年間 教育시킨 다음 辯護士試驗을 치르게 한다. ⑧ 辯護士試驗의 合格率은 80~90%로 한다는 것이었다.

이에 대하여 法曹界에서는 ① 大陸法界인 우리나라에서는 美國式 로스쿨이 맞지 않는다. ② 司法改革은 必要 없다. ③ 法曹人口는 GNP에 對比해야 한다. ④ 類似法曹人을 包含하면 法曹人數는 現在도 많다. ⑤ 法曹人의 增員은 法律서비스의 質을 下落시킨다. ⑥ 辯護士數의 增員은 事件브로커만을 量産한다. ⑦ 法科大學院을 新設하기 위한 人的·物的 施設이 未備하다. ⑧ 司法試驗制度 改革은 機會의 平等을 制約하고 學力差別을 하는 것이다. ⑨ 서울大學校 司法大學院이 失敗했다. ⑩ 現在의 司法研修院制度는 維持되어야 한다는 이유로 반대하였다. 이들은 5敵을 指定하면서 教授들을 中傷謀略하기도 하였다.

1995年 4月에는 大法院이 「21世紀를 위한 法曹人力養成方案」이라는 세미나를 열어 大體的으로 法曹人養成制度에 대한 劃期的 改革에 反對하는 立場을 取하였다.<sup>11)</sup> 事實 大法院에는 司法行政制度改善審議委員會가 있어 民間學者들이 繼

11) 법원행정처, 21세기를 위한 법조인력양성방안, 1995.4; 대법원, 법조개혁건의안, 1995  
반대논의는 한국법학교수회, 사법개혁에 관한 법조계의 비판에 대한 검토, 1995.

續 司法試驗制度의 改善과 司法研修院制度의 改善을 主張하였으나 當時의 權威主義의 法院首長에 의하여 拒否되기 일쑤였다. 大法院에서는 司法研修院을 두면서 司法研修院卒業生에게 法學碩士學位授與를 해 줄 것을 願하였으나 教育部에서는 司法研修院教授가 教授資格을 가지지 못하고 있다는 점 등을 들어 難色을 表明하였다.

그러나 大法院은 世界化推進委員會의 壓力에 따라 「法律서비스 및 法學教育의 世界化方案」에 合意하였다. 그 內容은 「世界化時代에 增大되고 있는 多樣하고 專門인 法律서비스需要에 副應하고 統一 및 法律서비스市場開放 등 法曹環境變化에 對應하여 現行 法學教育制度和 試驗制度를 大幅 改編한다」는 것이었다. 法學教育 學制改編의 基本方向은 ① 試驗보다는 教育의 比重을 높이면서, 法學教育의 正常化·充實化를 圖謀하기 위하여 基礎素養教育 및 專門領域教育을 強化해 나가는 것, ② 多様な 學問의 背景을 갖춘 사람이 法曹人이 되는 機會를 充分히 提供함, ③ 이를 위해 새로운 學制를 마련하고 97년부터 施行할 수 있도록 하는 것이었다. 試驗의 改編方向으로는 「法學教育이 充實하게 이루어질 수 있도록 새 學制에 의한 教育履修者에게만 試驗應試資格을 賦與하도록 한다」는 것이었다.

學制改編의 方向은 ① 專門法科大學院設置案과 ② 法科大學學制延長案을 委員會에서 檢討하여 7월까지 最終案을 마련한다는 것이었다. 여기서 構成된 法大學制委員會는 ① 法學教育機關認可機關, ② 認可要件, ③ 教授陣, ④ 學生選拔方式, ⑤ 학사管理 등에 관해서 合意하기로 하였다. 그러나 學制改編은 大法院과 法曹人의 反對로 霧散되고 말았다.

韓國法學教授會案은 當時로서는 最適의 案이라고 생각되었으나 數的으로 많은 辯護士, 判事, 檢事들의 反對로 霧散되었다. 大法院은 世界化推進委員會의 壓力에 따라 司法試驗合格者의 漸進인 增員에만 合意하고 法學教育改革이나 다른 法曹改革은 霧散시키고 말았다. 大統領의 任期末期와 IMF事態 등 때문에 司法改革과 法學教育改革이 霧散된 것이 아쉽다.

## 2. 國民의 政府下에 있어서의 法學教育改革案

1998年 國民의 政府가 出帆하자 教育部傘下에 大統領諮問機關인 新教育共同體委員會가 構成되고 그 下部組織인 法學教育制度研究委員會가 研究 끝에<sup>12)</sup>

1998年 5月에는 「法學教育制度의 基本方向 - 學士後法學教育의 導入」이라는 中間 報告書를 發表하였다. 이 內容은 그 뒤 最終案으로 確定된 것이었다. 教育部는 有名大學校의 法科大學入試競爭 때문에, 入試의 過熱競爭과 學원과외를 막기 위하여 몇 개의 法科大學을 없애는 것을 目標로 한 것이었다. 이 案에 따르면 法科大學制度和 새로운 學士後法學教育制度를 並置하는 것이다. 既存制度의 維持로는 4年制 法學부와 一般大學院 法學科로 運營하며 4年制 法學部 卒業者에게 司法試驗 1次試驗資格을 賦與하고 그 뒤에 一般大學院이 法學碩士, 法學博士課程을 現行대로 두도록 하였다. 이 大學院課程은 주로 法學教授要員을 養成하기 위한 것이었다. 이에 대하여 새로운 法學大學院制度를 두고 3年 卒業時에는 法務博士(J.D)學位를 주고 그 위에 法學博士課程(Ph.D)을 주도록 하였다. 또 法學大學院은 複合學位課程을 두어 J.D와 Ph.D를 함께 取得할 수도 있게 하였다.

그러나 이 案은 司法府나 法務部, 辯護士會와의 合意 없이 法學教育만 獨立하여 專門大學院制度를 導入하려고 한 점에서 失敗할 수밖에 없었다. 現在와 같은 司法試驗 1次試驗과 2次試驗을 並存시키는 경우 1次試驗 免除를 받기 위하여 3年의 法學大學院 進學者가 많을 것인지도 憂慮되었고 司法研修院 教育의 改善論議 없이 法學教育의 改善만 研究한 데 盲點이 있었다. 教育部는 이 案에 따라 法科大學에 대한 評價를 하고 法學大學院認可를 하려고 하였으나 既存의 法學部 廢止를 反對하는 教授와 大學當局에 의하여 거의 廢案되고 말았다. 이 法學大學院制度는 醫學大學院制度和 함께 特定有名大學의 法學부와 醫學부를 없애서 大學入學의 過熱을 막겠다는 發想에서 나온 것으로 그 動機가 純粹하지 못했다.

### 3. 參與政府下의 改革論議

21世紀에 들어와서 司法改革論議가 다시 活潑해졌다. NGO들은 다시 司法改革을 要求하기 始作하였다. 法律消費者聯盟은 法學教育의 改善를 要求하면서 既存의 法學部는 教養法學教育機關으로 두고, 學部課程을 나온 大學의 卒業生들이 大學院課程으로 2年 내지 3年 동안 法學教育을 實務의으로 하도록 勸告하고 있다.

12) 당시 나에게는도 참여교섭이 있었으나 법조의 참여 없는 법학교육개혁이 성공할 수 없다고 생각하여 참여하지 않았다. 양건 교수 등 韓國法學教授會案에 찬성한 학자들은 참여를 거부하고 최대권 교수 등이 주동적으로 활동하였다. 상세한 것은 최대권, 법학방법론, 2003 참조.

「專門法科大學院을 통해 專門的인 法曹人이 誕生하고 一般大學校의 法學科를 통해 法을 아는 市民이 養成된다면 우리나라의 法治主義가 더 빨리 發展될 수 있을 것」으로 보고 있다. 또 專門法科大學院의 早速導入을 要求하면서 이를 통한 辯護士들의 質的 水準向上을 期待하고 있었다.<sup>13)</sup>

法律市場開放과 함께 질 좋은 辯護士를 確保하여야겠다는 日本經濟人들의 要求로 日本에서도 法學教育의 改善과 司法改革이 推進되게 되었다. 우리 보다 늦게 시작한 日本의 司法改革의 요체는 法科大學院制度로의 法曹養成制度轉換이었다. 이 法科大學院構想은 우리나라의 論議를 벤치마킹한 感이 있다.<sup>14)</sup>

日本에서는 法務部와 教育部, 辯護士協會, 法科大學 등이 共히 法學教育을 改善하여야 한다는데 共感하여 2002년에는 司法制度改革推進法案이 提案되었고 2003년에는 參議院을 通過하여 2004년부터 法科大學院이 設立되게 되었다. 각 大學은 2004년 봄부터 法科大學院을 開校하였으며, 2006년 첫 卒業生을 輩出하게 되었다.<sup>15)</sup> 既存 法學部는 그대로 둔 채로 法科大學院을 두고 法科大學院 卒業者에 대하여 法務部主管으로 司法試驗을 實施하며 司法研修所도 그대로 存置한다는 점에서 美國式 로스쿨과는 다르고 우리나라의 1999년 法學教育制度研究委員會案과 거의 같다고 하겠다.

이에 刺戟되어서인지 韓國에서도 새로이 法學教育改革이 論議되게 되었다. 大法院은 「司法發展을 위한 向後推進課題」라는 2003년 1월 報道資料에서 「司法試驗應試者가 年間 30,000名 以上에 달하여 大學이 考試學院化되고 社會 各方面의 優秀한 人才들이 司法試驗에 集中되고 있으며 應試生의 年齡도 갈수록 高齡化되고 있는 實情이어서 國家의으로 人力浪費가 深刻하다는 批判이 있음, 위와 같은 現行 法曹人養成制度의 여러 問題點을 解決하기 위하여 大法院은 法學專門大學院制度(로스쿨)에 대하여도 轉向的인 姿勢로 檢討함은 물론, 韓國司法大學院制

13) 법률소비자연맹, 사법자치와 사법정의구현을 위한 사법개혁을 촉구하며, 참고.

14) 양건(미야자와 세쓰오 譯), 한국에 있어서의 법학교육과 사법시험의 개혁, 법률문화, 1996년 1월호; 법학교육제도연구위원회, 중간보고서 「법학교육제도개선의 기본방향 - 학사후법학교육의 도입」(미야자와 세쓰오 감역, 이동훈 譯), 고법법학잡지 제49권 2호; 이동희, 오스카 히로시 역, 한국에 있어서의 법과대학원구상, 월간사법개혁 1999년 12월호 59~62면.

15) 상세한 것은 법률시보 增刊, 사법개혁 I, 법조양성 - 로스쿨구상, 일본평론사 2000; 월간사법개혁 1999.12, 2000.1, 기타호; 고상왕, 일본의 법학교육, 세계화시대의 법, 법률학(한국법학교수회편), 69~98면 등; 김창록, 일본법과대학원제도의 구조와 문제점, 법학전문대학원, 어디까지 왔나?, 부산대학교 법과대학, 2003; Malcom Smith, Foreign Law Education in Japanes Law Schools, 成均館大學校, 世界化時代의 法學教育方法, 2006, 33~53면.

도를 비롯한 그 밖의 法曹養成問題에 관하여 深層的인 研究·檢討를 할 豫定」이라고 發表하였다.<sup>16)</sup>

그 뒤 大法院은 傘下에 司法改革委員會를 設置하여 그 案件의 하나로 「法曹人養成 및 選拔制度改善案」을 討議하였다.<sup>17)</sup> 그 內容은 ① “試驗에 의한 選拔에서 教育에 의한 養成”으로 法曹人養成制度의 基本틀을 變更함, ② 多樣한 專攻의 學部卒業者를 對象으로 專門大學院에서 專門法學教育을 實施, ③ 法學專門大學院의 教育을 充實하게 履修할 경우 容易하게 辯護士資格을 取得할 수 있도록 法曹人選拔制度를 改編함으로써, 法學教育과 法曹人選拔 사이에 一定한 連繫를 構築하는 것이었다. 이것은 法學專門大學院을 設立하여 그 卒業者의 多數를 辯護士試驗에 合格하는 것으로 하였다. 그 具體的 內容은 ① 認可主義, ② 嚴格한 設置認可基準 및 審査, ③ 總入學定員의 制限 등이었다. 入學資格은 學士學位所持 以上으로 하고 最少受業履修學期는 原則적으로 6學期(3年)以上으로 하고 嚴格한 事後評價를 하며 法學專門大學院 修了者에게만 應試資格을 賦與하고 應試횟수도 制限하되 法學專門大學院 修了者의 80% 以上이 合格할 수 있도록 하였다.<sup>18)</sup>

2004年 10月 4日 司法改革委員會는 表決로써 로스쿨 導入案을 決定하였다. 로스쿨 導入案은 委員 3분의 2 以上の 多數로 議決되었고, 로스쿨 入學定員과 關聯해서는 司法試驗合格者數를 基準으로 로스쿨 定員을 定한다는 多數意見과 함께 法曹人力 需給狀況을 考慮, 適正水準으로 維持한다는 原則論的인 少數意見이 採擇되었다.<sup>19)</sup> 專任教授 對 學生比率이 1:15나 1:12나를 놓고, 그리고 專任教授 最少人員은 20人이나, 25人이나를 놓고 多數·少數意見이 엇갈렸으며 實務家(辯護士資格者)敎員의 任用도 敎員比率과 判事, 檢事, 辯護士 外 法律有關機關 實務經歷者의 包含 與否에 대해 意見이 나뉘었다. 로스쿨 1個校 당 入學定員, 로스쿨의 地域的 配分 등에도 尖銳한 利害關係가 對立되었으나, 추후 教育部, 法院, 法務部 關係者를 中心으로 꾸려질 實務陣의 몫으로 남겨 두었다. 多數意見은 入學定員問題에 대해 現司法試驗合格者數 1千名을 考慮할 때 1,200名 程度가 바람직하다

16) 대법원보도자료, 사법행정을 위한 향후추진과제, 2003.1.

17) 법조인양성 및 선발, 사법개혁위원회 제5차 회의 보고자료, 제1분과 전문위원 연구반, 2004.1.15; 사법개혁위원회, 법조인양성 및 선발공청회, 2004.4.26.

18) 대법원, 법조인양성 및 선발제도개선안, 2004.9.6.

공청회의 개요에 관해서는 대법원 홈페이지 <http://www.scourt.go.kr/kj50html> 참고.

19) 대법원 홈페이지의 제21차 회의기록에 근거한 것이다.

는 前提를 깔고 있는 것으로 보였다. 專任教授 대 學生比率이나 專任教授 最少人員을 考慮하면 로스쿨 1個校 당 入學定員은 150名 안팎이 適切하고 어떤 境遇라도 200名을 넘어서는 안 되도록 했다. 로스쿨 數는 많을 경우 10餘個 大學에 이르고 地域按配를 考慮, 5個 高等法院管轄地域마다 最少 1個 以上の 로스쿨이 設置된다고 假定하면 서울所在大學 中에는 5個 안팎의 로스쿨이 設立될 것으로 觀測된다고 했다. 그러나 로스쿨 定員, 設立基準 등도 추후 論議過程에서 確定되거나 內容이 變更될 餘地도 남아 있었다.

이 司法改革委員會案은 大法院長에게 建議되었다.

#### 4. 司法改革推進委員會案

政府에서는 2005年 司法改革推進委員會를 構成하여 이 案을 推進하기로 하였다. 教育部·法務部·大法院이 細部事項을 協議한 뒤 法律案을 만들어 國務會議에 提出하고 國會에서 議決하도록 하였다.

위와 같은 司法改革推進委員會의 로스쿨案에 대해서 言論界에서는 大體的으로 歡迎하고 있었다. 1994年 로스쿨 導入이 論議된 때 大法院, 法務部, 辯護士團體의 反對에 부딪혀 挫折된 法學專門大學院案이 大法院의 主導로 辯護士團體의 反對를 무릅쓰고 司法改革委員會를 通過하였기 때문에 司法改革이 이루어질 것으로 보아 言論들은 贊成하고 있었다. 그러나 言論界에서도 現在의 法科大學의 存立問題와 定員過疏問題에 대해서는 憂慮를 表하고 있었다.

각 法科大學에서도 로스쿨 導入이 期待 可能한 大學은 大體的으로 歡迎하는 반면 로스쿨 導入이 無望한 大學에서는 反對하였고, 로스쿨 設立可能 與否의 限界線에 있는 大學에서는 로스쿨 設立을 위한 無限競爭에 突入하였었다. 각 大學이 法大建物과 模擬法廷, 圖書館을 新築하였고 法曹實務教授들을 大學 迎入하였다. 그러나 一部大學에서는 이에 反對하여 法科大學의 年限延長을 주장하였다.

辯護士團體는 로스쿨의 定員을 1,200名 程度로 줄이고 辯護士資格 있는 教授要員을 多數 拔擢하는 前提下에서 積極反對하지는 않았다. 그러나 로스쿨의 定員이 늘어날까봐 消極的으로 反對하고 있었다. 辯協은 法科大學을 年限을 늘리는 制度를 주장하기도 하였다.

一般的인 輿論이 司法改革의 一環으로 司法試驗制度를 없애고 法學專門大學院

制度를 導入한 후 辯護士試驗을 치르게 하는 것에 好意的이었던 것 같다.

## 5. 司法改革推進委의 法學專門大學院制度에 대한 輿論

### (1) 法學教育年限의 延長 : 日本式 法科大學院이나 美國式 로스쿨이나

그때까지의 法學부의 教育은 司法試驗準備教育에 치우치고 있었으며 學生들 또한 司法試驗科目의 受講에만 置重하고 高學年이 되면 考試學院에서 試驗技術을 익혀 온 弊端 때문에 法學教育의 改善은 時急한 課題였다. 앞서 말한 바와 같이 1963年에서 10年 間 美國式 로스쿨의 韓國版이라 할 司法大學院制度가 存在했지만 當時만 하더라도 法曹養成에 대한 意識이 不足하여 成功할 수 없었다. 司法大學院制度 導入에 따라 法學部 卒業生만이 司法大學院에 入學할 수 있었고 그들만이 法學碩士學位를 받을 수 있었던 점에서 進一步한 것이었다고 하겠다.

法曹養成制度로서 司法大學院이 廢止된 原因은 法學教授들의 全的인 支持를 받지 못했고, 또 劣惡한 財政形便 때문이기도 하였으나 第一 큰 問題點은 法曹에서 大學이 法曹人을 養成하는데 대하여 非協調的이었기 때문이었다. 大法院長이 바뀌자 日本式 司法研修所制度를 導入한 것은 過去의 徒弟式 教育에 대한 鄉愁와 法院豫算增額을 위한 한 方便이기도 하였다. 그 뒤 司法研修院制度는 法曹人에 의한 實務教育中心이었기 때문에 過去의 判例를 暗記하는데 置重하였으며 判·檢事 養成에 置重하였다.<sup>20)</sup> 이러한 司法研修院制度에 대한 批判으로 1994年 世界化推進委員會와 法學教授會에 의하여 로스쿨(司法大學院) 導入이 主張되게 되었다. 過去 大法院과 法曹界가 決死反對하여 로스쿨 制度의 導入이 政權交替로 霧散된 것은 앞에서 본 바였다.

그 뒤 法學科의 入試過熱을 막기 위하여 1998年에 생긴 新教育共同體委員會의 法學專門大學院案은 法曹界와의 協議 없이 教育部 單獨으로 法學教育의 年限을 늘리려 한 것으로 法學專門大學院 卒業者에 대하여 司法試驗 1次試驗을 免除해 주려는 것이었다. 이 案은 잘 나가던 法科大學의 學部를 없애려는 것이 主目的이었으므로 서울大學校를 비롯한 有數한 大學의 反對에 부딪혀 霧散되었다.

2004年 司法改革委員會가 司法試驗制度를 廢止하고, 로스쿨을 導入하며 로스

20) 사법연수원제도에 대한 비판으로 임지봉 전문위원 의견, 전계 법조인양성 및 선발, 2004.1.5., 6면 참고.

쿨 卒業生에게만 辯護士資格試驗 應試資格을 주게 한 것은 1995年度の 世界化推進委員會와 法學教授會案을 受容한 것이라 하겠다.

그동안 法學教授들은 法學教育의 內實化를 위하여 法學教育期間의 延長을 主張해 왔는데 1999年 5月 一部教授들은 5·6年制 法科大學과 法學大學院案을 提出했는데 이 案은 法科大學이나 法學大學院 修了者에게만 司法試驗應試資格을 賦與하려는 것이었다. 이 案은 法學教育과 司法試驗應試資格을 連結시킨 점은 좋으나 養成에 의한 法曹人選拔과는 距離가 있었다.

辯護士團體와 法務部 등은 既存의 틀을 維持하면서 司法研修院을 韓國司法大學院으로 轉換하고 在學生의 身分을 準公務員이 아닌 學生身分으로 하려고 하였다. 이것은 大法院이 既得權을 維持하면서 2年間 法曹人이 大學院教育을 맡고 大學院修了 後 1年間 職域別 研修를 하도록 하였다. 이것은 既存의 法學教育의 發展은 考慮하지 않고 法曹教育만 強調한 것이어서 問題가 있었고 法學界의 反對로 霧散되었다.

2004年 日本이 司法改革의 一環으로서 法科大學院制度를 導入하자 우리나라에서도 日本式을 導入할 것이냐, 美國式을 導入할 것이냐 論爭이 되었다.<sup>21)</sup> 日本式이나 美國式이나 다 같이 法學教育과 法曹教育을 一元化하여 大學院卒業生에게만 辯護士資格試驗應試資格을 주고 있는 것은 같다. 다만 美國式은 法學部가 없는 대신 日本式은 法學部를 並置하고 있는데 差異가 난다. 日本式은 法學履修者의 경우 2年 만에 法科大學院을 卒業할 수 있게 한 점이 美國式과 다르다. 美國式은 法學教育을 받지 않은 法學未履修者에게 3年間 法學教育을 시키고 있으며 日本에서는 法學既履修者의 在學期間은 2年으로 하고 法學未履修者의 在學期間은 3年으로 하였다.

法學教授들도 法學教育의 年限을 延長하는데 대하여는 贊成하고 있었다. 5年制나 6年制案이 一般的이었는데 4年制 法學部에 2年制 法學大學院案을 더 選好하고 있는 것 같았다. 어떤 輿論調査(法律저널)에 의하면 300名 中 118名の 應答者 中 46.4%가 4年制 法學部에 2年制 法學大學院을 選好하고 있다고 한다. 이는 既存制度和 法曹實務教育을 統合하여 大學에서 管掌하는 것이며 日本의 法科大學院案과 비슷하다.

21) 일본식 법학교육개혁에 대해서는 김창록, 일본법과대학원제도의 구조와 문제점, 법학전문대학원 어디까지 왔나, 부산대학교, 93면 이하; 法學教室別冊, 法科大學院 핸드북, 2004 등 참고.

이에 대하여 法學大學院을 둔 大學에서는 學部를 廢止하려는 것은 美國式 로스쿨案이다.

사실 法學教育의 年限을 延長하여 法的 問題解決能力을 갖춘 法曹人을 養成하기 위해서는 日本式 制度가 바람직하다. 그러나 法學既履修者와 法學未履修者를 한 講義室에서 講義하는 것은 쉽지 않으며 司法試驗合格者는 法學既履修生이 大部分을 차지할 可能性이 많다.

## (2) 贊反論議內容

法學專門大學院制度에 대하여도 贊反兩論이 있었다. 全國法科大學學長協議會는 2004年 9月 14日 로스쿨案에 反對하는 聲明을 發表하였다. 아마 그 理由는 定員減縮과 設立認可主義 때문이 아닌가 생각된다. 로스쿨案은 ① 法曹利己主義에 지나치게 치우친 점, ② 法學教育正常化에 背反, ③ 大學自律性 侵害 등의 理由를 들고 있다. 法曹界의 反對者들의 理由는 ① 公式授業年限의 長期化로 인한 지나친 進入制限, ② 實務教育機能에 대한 懷疑, ③ 考試浪人대신에 法學專門大學院 入試浪人 量産憂慮, ④ 많은 資格者를 輩出함으로써 質의 低下를 가져온다고 하며, ⑤ 辯護士의 過剩供給으로 인한 市場攪亂 등을 들고 있었다.

로스쿨 贊成論者들은 ① 人文·社會·理工界 卒業生들에게도 入學資格을 賦與함으로써 多様な 專攻의 辯護士를 育成할 수 있다. ② 考試浪人들이 일찍 斷念할 수 있게 하여 人的 浪費를 막을 수 있다. ③ 大學院養成課程에서 社會不適應者를 淘汰할 수 있으며, ④ 多様な 人的 資源을 活用할 수 있도록 法曹教育을 多樣化할 수 있다는 등의 理由를 들고 있다.

法學專門大學院 反對論者는 司法試驗의 應試資格을 制限하는 것은 平等權과 職業選擇의 自由를 侵害한다고 主張한다. 이것은 辯護士資格制度의 趣旨에 違反되는 主張이고 이러한 基本權도 公共福利를 위하여 法律으로써 制限할 수 있기 때문에 法律으로써 法學專門大學院 入試資格을 制限하는 것은 合憲이다. 考試浪人대신에 法學專門大學院 入試浪人이 생겨 改善의 效果가 없다고 하나, 보다 젊은 나이에 다른 職業을 選擇할 수 있는 機會를 賦與할 수 있다는 長點이 있다. 또 法學專門大學院의 亂立으로 資格者를 量産하여 質의 低下를 가져온다고 하나 이는 法學大學院의 定員이나 辯護士試驗合格率의 調整만 하면 된다. 辯護士市場의 過剩供給을 憂慮할 것은 아니고 辯護士의 職域擴大를 기해야 한다.

### Ⅲ. 法學專門大學院設置와運營에 관한法律

#### 1. 內容

##### (1) 法律의 制定過程

政府는 司法改革推進委員會의 建議를 받아들여 Law School制度를 導入하기로 하여 法學專門大學院設置와運營에 관한法律案을 2005年 10月 27日 國會에 提出하였다. 이 法律은 國會教育委員會의 審議가 지연되어 거의 廢案될 줄 알았으나 任期末 盧武鉉政府의 強攻드라이브로 國會를 통과하여 2007年 2月 27日 政府가 公布하였고 공포후 2개월이 경과한 날부터 시행하게 되었다. 이 法律은 2008年 2月 29日에 改正되었고 2009年 3月 1日부터 學生의 入學을 許容할 수 있게 했다.

##### (2) 法學專門大學院의 理念

法學專門大學院의 教育理念은 「國民의 多樣한 期待와 要請에 副應하는 良質의 法律서비스를 提供하기 위하여 豊富한 教養, 人間 및 社會에 대한 깊은 理解와 自由·平等·正義를 指向하는 價値觀을 바탕으로, 健全한 職業倫理觀과 複雜多技한 法的 紛爭을 專門的·效率的으로 解決할 수 있는 知識 및 能力을 갖춘 法曹人의 養成에 있다」고 하고 있다(법 제2조).

이러한 法曹人의 養成에 필요한 專門的인 法律理論 및 實務에 관한 教育 및 研究를 주된 目的으로 하는 것이 法學專門大學院이다(제9조).

##### (3) 認可制

法學專門大學院의 認可는 教育科學技術部傘下의 法學教育委員會가 審議하고 長官이 결정하나 그 評價는 大韓辯護士協會下의 評價委員會에서 하도록 하고 있다. 法學專門大學院의 設置基準 및 運營에 대해서는 法律이 詳細히 規定하고 있다. 教員은 1人當 學生 數 15人 以內의 範圍에서 정하며 最低 '人員'은 20명 이상 이어야 한다. 實務法曹人 教授는 1/5로 하였다. 法學專門大學院에는 學位課程으로 碩士課程과 博士課程을 둘 수 있으며 研究生課程도 둘 수 있게 하였다. 日本과 달리 法學專門大學院을 設置하는 大學에는 法學部를 廢止하도록 하였다.

#### (4) 入學定員

總 定員에 대해서는 規定하지 않고 法院行政處長, 法務部長官과 協議하여 教育科學技術部長官이 定하도록 하였다. 이때 教育科學技術部長官은 國民에 대한 法律서비스의 圓滑한 提供 및 法曹人의 需給狀況 등 諸般事情을 考慮하여 總 定員을 定하도록 하였다. 個別法學專門大學院의 定員도 總 定員 範圍 內에서 教育科學技術部長官이 定하도록 하였다.

#### (5) 入學資格

入學資格은 學士學位를 取得한 者로 하며 適性檢査에 合格한 者 中에서 一般 銓衡 또는 特別銓衡에 依하여 選拔하도록 하였다. 또 學生構成의 多樣化를 위하여 法學未履修者를 1/3 以上 選拔하여야 하고 他 大學 卒業生을 1/3 以上 合格시키도록 했다(法 제28조).

### 2. 問題點

이 법률은 많은 問題點을 안고 있다.

#### (1) 法曹實務家の 役割增大

卒業試驗格인 辯護士試驗과의 連繫가 되어 있지 않고 또 入學總定員을 法曹界의 意見에 依存하게 하고 있다. 또 大學의 自律을 侵害하고 法學教育委員會에 實務家가 많이 들어가 있는가 하면 專門大學院評價는 大韓辯護士協會에서 主管하도록 하고 있다. 法學專門大學院의 設立認可나 指示·命令權, 評價權 등이 教育科學技術부와 法曹界에 偏重되어 있어 大學의 自律性을 侵害하는 問題가 대두되고 있다.

法學專門大學院의 設立으로 그 認可, 存續, 評價 등에 대한 法曹實務機關의 權限이 莫大해졌다. 이는 法學專門大學院이 法曹人에 의한 法學教育 接收요, 統制로 비쳐지고 있다. 심지어 法曹職域에 의한 法學教育의 信託統治라는 批判까지 나오고 있다. 이 境遇 과연 大學의 自律性이 保障될 수 있는 지 疑心스럽다. 이대로 간다면 法學專門大學院은 現 司法研修院의 分割처럼 될 것이다. 設立主體가 大法院에서 教育科學技術부로 變更된 것 밖에 안 될 것이 아닌가 걱정된다.

## (2) 定員策定

政府는 法學專門大學院의 總 定員을 2,000名으로 하고 試驗合格者를 1,000名의 現 水準으로 凍結하려는 것 같은 느낌이 들어 문제이다. 法曹利己主義에 置重하여 法曹職域의 進入障壁을 쌓기 위하여 法學專門大學院의 數를 줄이고 定員을 줄이는 것은 理解할 수 없다. 國會教育委員會小委員會에서는 總 定員을 2,000名 내지 3,000名으로 하기로 했다고 했는데 2,000名으로 확정하고 있다. 이것도 처음에는 1,600명으로 하기로 한 것을 교수들과 시민의 반대로 2,000명으로 증원된 것이다.

## (3) 地域分散

또 施行令은 教育科學技術部長官은 法學專門大學院의 설치인가 등에 있어서 지방대학의 발전과 地域發展에 필요한 優秀人力을 양성하기 위하여 地域間 均衡을 고려하여야 한다(제5조)고 하고 있다. 이에 따라 처음에는 5:5로 定員을 조정하기로 하였으나 현재는 4:6 정도로 되어 있다. 지방의 法學專門大學院의 설치는 바람직하나 地方法學專門大學院의 졸업생이 지방에 분산 정착할 수 있는 方案이 우선 강구되어야 할 것이다.

## 3. 改善方案

### (1) 認可主義에서 準則主義로

이 法律은 法學專門大學院의 설립을 認可主義로 하고 있는데(법 제5조) 이는 準則主義로 나가야 할 것이다. 日本의 法科大學院이 準則主義를 채택한 결과 76개의 法科大學院이 난립하였고 總定員이 5,000명 이상이 되어 浪人이 많이 생겼다고 하여 韓國에서는 認可主義를 채택한 것 같다. 그러나 認可主義는 大學의 自律性을 침해하는 것이며 國立大學의 경우에는 制限할 수 있으나 私立專門法科大學院을 규제하는 것은 行政便宜主義에 의한 것이 아닌가 생각한다. 私立大學의 경우 敎員·施設·豫算·財政·獎學制 등을 엄격히 규율하면 收支打算이 맞지 않아 自進해서 認可申請을 하지 않게 될 可能性도 있다. 日本에 있어서도 廢校를 고려하고 있는 大學院이 많다고 한다. 우리나라에서도 이에 대비하여 法學專門大學院의 폐지인가규정을 두고 있다.

## (2) 入學定員의 增員을

法學專門大學院의 總入學定員은 法院行政處長과 法務部長官과 상의하여 教育科學技術部長官이 定하는데 이를 미리 國會所管常任委員會에 報告하여야 한다 (法 제7조).

現在의 法學專門大學院의 總定員을 2,000명으로 限定되고 있는데 總定員도 增加하여야 할 것이다. 經濟界의 주장에 의하면 法曹人數는 年間 5,000명이상 增加하여야 한다고 하는데 辯護士試驗應試資格者를 2,000名이하로 하는 것은 國民的 需要를 충족시키지 못한다.

또 法學專門大學院이 지향하는 多方面의 人材를 育成하기 위하여서도 現在의 各學校單位定員은 너무 적다. 法學專門大學院의 國際競爭力을 강화하기 위해서도 큰 法學專門大學院의 定員을 300명 이상으로 하여야 한다. 美國의 Harvard Law School만 해도 560명이 되며 Georgetown Law School은 晝夜間 合計 1,000명이 넘고 있다. 日本에서 조차 東京大學, 早稻田大學 등은 300명을 每年 入學시키고 있다. 그런데 50명의 零細專門大學院의 경우 教授 20명 이상이 特化된 專攻科目을 開講하는 경우 과연 몇 명이나 受講할 수 있을 것인지 우려된다. 또 最大定員인 150명의 大學生에게 70余名의 教授가 特化專攻科目을 開設하는 경우 少數學生만이 受講하게 될 것이요 辯護士試驗의 必須科目이외의 科目의 受講者가 많을 것을 期待할 수도 없을 것이다.

이렇게 되면 法學專門大學院의 教育理念인 「복잡·다기한 법적 분쟁을 전문적·효율적으로 해결할 수 있는 지식을 갖춘 법조인의 양성」에 寄與하기는 어렵게 될 것이다.

法學專門大學院의 設立目的인 다양한 專攻을 가진 法曹人을 育成하기 위하여서는 優秀한 敎員과 敎育施設을 가진 大學에게는 定員을 늘여 주어야 한다. 定員이 적은 群小大學院의 경우 統合하는 限이 있더라도 個別大學院의 定員을 늘리는 것이 필요할 것이다.

또 辯護士試驗의 應試科目과 合格定員을 미리 정해야만 法學專門敎育을 할 수 있을 것이다. 法學專門大學院 學生들은 專門法曹人이 되기 위한 細分된 專攻敎育을 받아야 할 것이다.

## (3) 法學部 敎育의 強化와 法學專門大學院 併合을

法學專門大學院을 두는 大學의 法學部를 廢止하게 되어 있는데(법 제8조) 이는 再考되어야 한다. 法學專門大學院에서 法律에 대해서 완전 백지인 大學卒業生을 入學시켜 3年만에 辯護士試驗에 合格할 수 있게 하는 것은 거의 不可能하다. 이들은 基礎法學教育을 받지 않았기 때문에 法學專門大學院의 講義를 듣기 위하여서는 學院에서 基礎法學教育을 받아야 하고 또 受驗準備를 위하여 學院에서 受驗教育을 받아야 하기 때문에 法學의 私教育만 진흥시킬 것이요 學生들은 私教育費 때문에 辛을 할 것이며, 辯護士試驗合格까지 많은 負債를 질 것이 豫想된다.

法學教育은 世界各國이 원래 學部課程이었다. 그것이 美國에서 비롯해서 大學院教育이 되고 있다. 유럽에서는 大學에서 法學教育을 하고 있다.<sup>22)</sup> 프랑스에서도 法學大學院은 없으며 他유럽에서도 法學教育은 大學教育이다. 근자에 와서 Bologne Process에 따라 3年間 大學을 이수한 뒤 2年間 法學碩士課程을 밟게 하는 곳도 있다. 美國式을 밟고 있는 나라는 거의 없으며 日本에서는 法科大學 위에 法科大學院을 두고 있다.<sup>23)</sup> 우리의 法學專門大學院制度는 法曹人을 양성하기 위한 制度이나 法學教養人을 양성하는 곳은 아니다. 이제까지의 法科大學이 교양교육을 했던 것처럼 法學士를 大量·量産하는 것이 필요하다. 우리나라의 法治主義가 이 정도라도 발전한 것은 法曹人에 의한 것이기 보다도 法學공부를 한 多數市民들의 역할이 컸다고 하겠다.

政府는 「법교육지원법」을 만들어 「국민들로 하여금 自律과 調和에 바탕을 둔 合理的인 법의식을 함양하고 民主的 基本秩序를 이해하는 건전한 民主市民을 육성하여 法治主義의 구현에 이바지 하」려고 하고 있다. 그런데 기존의 法學教育을 축소하는 것은 이 법에도 모순되는 것이다.

지금의 法科大學은 의기소침해 있어 警察學科, 公認仲介士學科, 司法行政學科 등으로 변신하려고 하고 있다. 法學部 入學定員이 2,000명이나 줄었고, 有名法科大學이 廢科됨으로 優秀學生들이 法科大學入學을 꺼리고 있다. 政府는 各 大學에 Pre-Law Course<sup>24)</sup>를 만드는 것조차 不許하고 있어 優秀學生들이 自由專攻學部에 몰릴 可能性이 많다. 法學專門大學院認可大學에 法科大學을 廢校하는 理由는

22) 간단한 것으로는 Legal education, Wikipedia encyclopedia 참조.

23) 미국의 법학교육에 관한 간단한 소개로는 Legal Education in the United States, Wikipedia encyclopedia 참조.

24) 미국의 Pre-Law School education에 관해 상세한 것은 ABA section of Legal education and admission to Bar, Preparing for Law School 참조.

法科大學入試競爭을 막고 大學平準化를 가져오기 위한 것으로 보인다. 政府는 大學入試過熱을 막는다는 意味에서 優秀法科大學을 폐지하는 愚를 犯하지 말아야 할 것이다.

獨逸 München 대학같은 경우 法學部入學生이 3,000명이나 되고 있으나 이를 감축하려고 하지 않는다. 獨逸에는 수많은 法學部 卒業生이 있기 때문에 法秩序가 安定되고 있다.

우리나라에서는 學部에서의 法學教育을 보다 擴大·強化하여 民主市民育成에 努力하여야 할 것이다. 또 學部에서 法學基礎教育을 받은 사람이 法學專門大學院의 授業을 잘 따를 수 있을 것이며 그들이 優秀한 成績으로 卒業하게 되어 法學專門大學院이 目標로 하는 優秀한 法曹人으로 養成될 수 있을 것이다.

#### (4) 國家의 財政支援擴大를

國家는 法曹人の 養成을 위하여 財政의 支援方案을 마련하는 등 필요한 措置를 취하여야 한다(법 제3조 2항). 그런데 國家가 設立主體가 되어 있는 國立法學專門大學院조차 教育施設支援이 잘 안 되고 있고 教授 TO도 制限되어 있다. 고액의 報酬를 받는 유능한 判事·辯護士·檢事를 영입하기 위하여서는 敎員의 대우가 좋아져야 하는데도 期待밖이라 유능한 實務經歷敎員을 확보할 수 있을지도 문제이다(법 제16조 제4항).

법교육지원법은 「법교육이란 청소년 및 일반국민에게 법에 관한 지식과 기능, 법의 형성과정, 법의 체계, 법의 원리 및 가치 등의 제공을 통하여 민주시민으로서 필요한 법적 이해능력, 합리적 사고능력, 긍정적 참여의식, 질서의식, 헌법적 가치관등을 함양함을 목적으로 하는 법과 관련된 일체의 교육을 말한다」고 규정하고 있으며, 「학교법교육은 초·중등교육법 제2조 및 고등교육법 제2조에 따른 학교에서 교육과정의 일환으로 행하는 모든 법교육을 말한다」고 하고 있다. 國家는 法教育의 支援을 위하여 여러 시책을 마련하도록 하고 있다. 그리하여 國家 및 地方自治團體는 豫算의 範圍내에서 大統領令으로 정하는 바에 따라 法教育事業에 필요한 財政上의 支援을 할 수 있다고 하고 있다(제3조 3항). 이러한 財政上의 支援은 法科大學의 法教育에까지 擴大되어야 할 것이다. 그러나 아직도 시행령이 마련되어 있지 않으며 豫算이 編成되어 있지 않다.

政府는 專門法曹人養成도 물론 중요하지만 一般市民·學生의 市民教育·法教

育도 중요하다는 것을 인식하여 法科大學의 定員을 늘리고 效果的인 法教育이 이루어지도록 國家支援을 擴大하여야 할 것이다.

<기조강연>

## 日本の法科大学院の現状と課題

— 同志社大学法科大学院での経験から —

奥田昌道  
(京都大学 名誉教授)

### 【はじめに】

2004年4月に発足した日本の法科大学院は今年2008年度には5年目に差し掛かっている。全国74の法科大学院は、その間それぞれに工夫を凝らしながら教育にあたってきたが、すでにさまざまな問題点、将来への課題が浮かび上がってきている。その概要については、2008年6月5日に韓国ソウルで行われた『SEOUL LAW SCHOOL SYMPOSIUM 2008』において明らかにされている。

また、2006年9月21日、日本学士院で行われた『第1回日韓学術フォーラム』において報告者は「日本における法科大学院の現状と課題」と題する報告を行った。その報告の印刷コピーが皆様のお手元に事前に配布されていると伺っているので、本報告においては、それらを踏まえつつ、報告者が2004年4月の法科大学院発足以来携わってきた同志社大学法科大学院での教育を通して経験してきたことを中心としながら、現在日本の法科大

学院制度が抱えている課題と今後の方向について感想を述べてみたい。

## I. 教育上の問題点

### 1. 既修者について

ここで言う既修者とは、3年コースの第1年次の課程を省略して第2年次の課程から始める者をいう。大学法学部出身者が主であるが、他学部出身者（正確には、法学を履修する課程以外の課程を履修した者）であっても、既修者入学試験に合格すれば、既修者として受け入れられる。既修者は、文字通り、既に大学法学部において法律学の基礎知識を修得している者として、カリキュラムが設定されている。すなわち、実定法科目（いわゆる六法科目）については、1クラス25名の受講者に対し演習形式での授業が中心となる。報告者が担当した民事法については、実務的観点をもとり入れつつ、特定のテーマを中心に判例（それも第一審、原審、最高裁のそれぞれ）を素材として、判例の事案における事実関係を分析し、当事者の主張内容を整理し、裁判所の判断を理論的及び実地的（当該事案における適切な利益衡量に立っての）観点から分析検討するといった作業を行う。担当教員は、民法専攻の研究者教員と実務家（弁護士）教員が共同で授業を行う。第3年次になると、これに民事訴訟法専攻の研究者教員が加わり、より複雑な諸問題を含み、実体法（民法）と手続法（民事訴訟法、民事執行法、民事保全法、倒産法）が絡むテーマについて検討を行う。

4年間の経験を通じて明らかになったことは、受講学生の間で、知識、思考力、理解力にかなりの開きがあること、共通の欠点は、基礎知識の不足、丸暗記的な型にはまった思考から抜けられないこと、深く考えようとする姿勢に欠けていること、などである。

せっかく苦心して作成した教材（かなりの分量のものではあるが）を読みこなす力がないか、忍耐力がない。したがって、双方向・多方向の活発な議

論の展開とは程遠い授業で終わってしまう。

学生のレベルが高く、均質的な法科大学院においてはここに述べたような問題は生じていないのかもしれないが、報告者の所属する法科大学院の実情は残念ながらこのようなものであった。その原因を考えると、既修者コースに入学してくる学生が、それぞれの出身大学法学部において、どのように勉強してきたか、それをわれわれは残念ながら知り得ない。民法について言えば、民法総則から親族・相続法に至るまで、全科目を真剣に履修してきた者がどれだけいるだろうか。今後も日本では大学法学部は存続し続けると思われるが、そして報告者もそれでよいと考えるが、法科大学院教育と大学法学部における教育内容との有機的連携を考慮しなければ、法科大学院における実りある教育は望めないと思われる。日本の大学法学部の卒業生の進路は極めて多方面である。法曹になる者は1割に満たない大学が多い。法科大学院ができた以上は、大学法学部での教育は、幅広い教養を身につけること、法律学に関しては、いわゆるリーガルマインドを養うといったことで十分であると考えるが、法曹を志し法科大学院に進学しようとする者には、一定科目の履修を義務づけの確な基礎知識を修得するようにしなければ、法科大学院における教育が実りあるものとはなりにくい。

以上のような事柄に対して、直ちに、法科大学院の既修者入学試験において、基礎学力の劣る者を入学させないようにすれば良いではないか、との反論がなされるであろう。同志社大学法科大学院では、7科目（憲法、行政法、刑法、刑事訴訟法、民法、商法、民事訴訟法）の筆記試験を実施しているが、入学定員を満たすために学力の劣る者でも結果的に合格させることになってしまう。当初の合格決定者のうちかなりの者が他の法科大学院へと流出してしまうのである。

以上は、学生間の学力格差についての制度的な問題点であるが、そのほかに、なお、新司法試験の合格率の問題がある。全国平均で受験生の3割から4割しか合格することができない現在の試験制度の下では、学生の関心が、いかにすれば新司法試験に合格することができるかに集中しがちなのもやむを得ない面がある。特に、学力に乏しく授業の教材を消化しきれない学生ほど、表面的な知識の修得だけで切り抜けようとする。彼らにとっては、法科

大学院は法曹になるための単なる手段であって（なぜなら、法科大学院の修了生でないと新司法試験の受験資格がないから）、高邁な法科大学院制度の教育理念などはどうでも良いことなのである。

## 2. 未修者について

未修者は、第1年次において、憲法、刑法、刑事訴訟法、民法、商法（会社法）、民事訴訟法など、いわゆる六法科目の概要を学ぶ。授業は、時間数の関係から講義形式とならざるを得ないのが実情である。大学法学部における授業時間数の4割程度の時間しか与えられていない。それにもかかわらず、同志社大学も含めて多くの法科大学院においては、第2年次からは未修者・既修者の混合クラスで演習その他の授業科目を履修することになっている。これは未修者に対して明らかに過大な負担を課するものであるが、その解決は未修者自身の努力と、補助的にアカデミックアドバイザー制度の活用によって何とか切り抜けている状況である。

同じく未修者といってもその実態は、かつて法学部で学んだ者や、法学部を卒業したばかりなのに未修者として入学試験に出願した者などがかなりの割合を占め、理系学部や文学部、経済学部など法律学を履修しないで入学してきた「純粹未修者」は3割に満たないのが現実である。これらの純粹未修者は、第3年次修了時には既修者を追い越す成績を収める者がいる一方、途中で脱落していく者も少なくない。また、新司法試験の合格率が低下するにつれ、社会人で新たに法曹の道に挑戦しようとする者が次第に減少している。

社会人や、これまでに法律学を履修してこなかった純粹未修者が第2年次以降、既修者クラスの中で同等以上の成果を挙げようと思うならば、そしてそれが望ましいのであるが、法科大学院入学前に何らかの方法により六法科目についての基礎知識を修得するようにする他ないと思われる。いわば授業の予習の大幅な前倒しである。そして、第1年次の六法科目の授業においては、自己の修得した知識や法的思考が適切なものであったかどうかを確認し、さらに種々の基本文献を自習して知識及び思考を深めるといった積極性がないと、所期の目標に到達することは困難であろうと思われる。

### 3. 教員の負担について

第2年次、第3年次における六法科目（基幹科目と呼ぶ。）を演習形式で担当する教員の教育負担は、従来の大学法学部における講義や演習の負担とは比較できないほど質的にも量的にも大きく重い。教材の作成、教材検討のための学生に対する細々とした指示書の作成、授業のための準備、授業後の学生からの質問に対する応対（しばしば1時間にも及ぶ）、期末試験問題（論文式で所要時間は3時間）の作成、答案の採点、答案採点後の講評の作成・交付、再試験（成績の悪かった者に対して再評価を行うための試験）の問題作成と採点といった一連の作業は、これまでの学部や大学院での授業では考えられなかったほど濃密で、多大の時間とエネルギーを必要とする。同志社大学法科大学院の民事法の演習では、1クラス25名前後の6クラスを設け、できる限り同じ時間帯に授業を行うこととしたために、6名の研究者教員と6名の実務家教員がペアとなって6クラスを受け持つこととした。各クラスの授業内容があまり隔たることがないように、教員相互の協議・連携が必要となる。そして同じ学期に（春学期）、第2年次生のための民事法演習Ⅰと同Ⅲ、第3年次生のための民事法総合演習Ⅰを受け持つことになって、それぞれが今述べたように質・量ともに重厚なものであるために、教員は自らの固有の研究課題に取り組む時間的余裕はなく、もっぱら教えることのためにのみ時間を費やすことにならざるを得ない。秋学期には、演習は、民事法演習Ⅱ（第2年次）と民事法総合演習Ⅱ（第3年次）の2科目で少し楽になった。報告者は以上の他、春学期には第2年次生のための「民事訴訟実務の基礎」（裁判官と共同で担当）を、秋学期には第1年次生（未修者）のための講義「契約法Ⅱ」（実質は債権総論）を受け持った。これらは、すべて2単位の授業科目であり、同志社大学では、全学共通の基準として、教員は1年間に最低16単位（2単位科目ならば、8科目）担当することが求められる。法科大学院の授業負担は、他の学部、学科、大学院での授業負担とは全く異なる重いものであることを力説しても、理解してもらえない。法科大学院の置かれている状況に対して、他の学部ないし大学院研究科は冷淡である。

何分、法科大学院制度がスタートしたばかりであり、この4年間は、試行錯誤の積み重ねによる、いわば実験段階にあったといえるであろう。したがって、報告者が定年により退職した2008年度からは、教育負担を軽減するために、次のような工夫が凝らされているところである。すなわち、一人が多種類の科目を担当するのではなく、同一人が2ないし3のクラスにおいて同一科目を担当するとか、これまで毎年改訂を行ってきた演習教材につき、毎年同じ内容の教材を（最小限度の改訂・増補はあるにせよ）使用するとか、また、学生に配布する教材のスリム化を図る（これまでは分量が多かったために学生は読みこなすことができなかつたため）とかの改善策である。

教育負担の点についてさらに言及するならば、研究者教員は、従来、民法について言えば、自らの研究課題との関係もあり、民法の全分野ではなく、総則、物権、担保物権、債権総論、契約法、不法行為法といったものの二つ程度を重点的に担当することで、教育負担と研究との両立を図ってきたといえよう。ところが、法科大学院における演習では、全分野についての知識が要求される。それも常に実務、とりわけ民事手続法との関連に留意することが求められる。「理論と実務との架橋」を標榜する法科大学院教育においては至極当然の要請であり、これまでの研究者教員の研究・教育の在り方がむしろ問題であったと言う事ができるであろう。そうはいうものの、このような「理論と実務との架橋」は、一人の研究者においては、徐々に達成されうるものであって、年齢の比較的若い研究者教員に直ちにそれを要求することは、せつかく築き上げてきた固有の研究活動をかなりの長期間、中断することを強いることになる。かくして、若い研究者にとって、法科大学院の教員ポストは吸引力を失い、設立当初経験豊富な熟練の研究者教員が、定年を迎えて退職するようになると、果たして後継者を適切に見出しうるのか、さらには、大局的に見て学者をどこで育てることができるのか（これは、従来の大学院法学研究科と法科大学院ないし法曹養成制度との関係をどう関連づけていくかの問題である。）が深刻な問題として立ちはだかる。

## Ⅱ. 法科大学院適性試験について

法科大学院に入学を希望する者は必ず「法科大学院適性試験」（以下、「適性試験」と略す。）を受験しなければならない。適性試験の実施主体として公認されているのは、現在では、①独立行政法人大学入試センター（以下、「大学入試センター」という。）と、②財団法人・日弁連法務研究財団及び社団法人・商事法務研究会の「適性試験委員会」の二つである。同志社大学法科大学院では、入学希望者はこのどちらかの一つもしくは双方の試験成績証明書の提出を義務づけている。試験は、2008年についていえば、①は5月、②は6月に実施された。試験の内容は、①の方は、「第1部」が「推論・分析力」をテストするもので、50点90分、12問出題され、解答欄は36あり、各解答欄に1点から3点の配点が明示されており、コンピューターにより採点される。「第2部」は、「読解・表現力」をみるもので、50点90分、9問出題され、解答欄は35である。

②の方の試験内容は、「第1部 論理的判断力を測る問題」が40分で24問題、「第2部 分析的判断力を測る問題」が40分で4問題、各問題がさらに細分化された多数の小問題からなっている。「第3部 長文読解力を測る問題」は40分で4問題、やはり各問題が細分化された多数の小問題からなっている。「第4部 表現力を測る問題」は40分で問題は一つ、「問題文の指示に従って論理的で説得力ある文章を作成しなさい。なお、問題は架空の設例であり法的な知識を問うものではないので、法律の解釈論や判例・学説の羅列は評価されない。」という前書きが付されている。「第1部」から「第3部」はコンピューターによる採点であるから問題ないが、「第4部」の論述式的答案の採点は答案数が多ければ大変であろうと思われる。

適性試験は、①の方を採用する法科大学院が多かったが、次第に②の方を採用するところや、両者の並存を認めるものなど、②の方も注目されつつあるようである。因みに、大学入試センターは、もともと、大学入試センター試験の出題のために設立されたもので、文部科学省のバックアップの下、いわば「官製」の機関であり、それが法科大学院の入学資格の認定のためにも

介入してきたと言えるものである。未修者の入学試験には法律科目の試験をすることができないので、やむなくこの適性試験を採用せざるを得ない面があるが、はたして、この適性試験の成績と入学後の成績、新司法試験の合格との関連性については、関係が薄いというのが現段階での評価である。内容も、まるでパズルを解くようなもので、年齢の高い者やじっくり物事を考えるタイプの人間には向いていないのではないかと思われる（なお、新司法試験の短答式試験についてもこのことはあてあまる。）。その点では、適性試験委員会の出題の方が、適切な出題であるように思われる。

なお、同志社大学法科大学院の入試においては、既修者のための試験では、法律科目に重点があり、適性試験のウエイトは軽い。

### Ⅲ. 法科大学院と大学法学部の併存の可否

#### 1. 大学法学部は存続すべきである。

大学法学部の学生数は、1学年で約4万5000人とのことである。そのうち、仮に近い将来、新司法試験の合格者が3000人に増加したとしても、その他の大学法学部学生は、どこでどのような教育を受ければよいのか。法学・政治学を学びたい学生を強いて、法曹養成コース（現在の定員は、74法科大学院で5825人）へ入るか（入ったとしても、法曹資格を取得できる保証はない。）、法学部以外の学部へ追いやるかのいずれかの道しかないというのは、はたして合理的であるのか。大学法学部は、これまで法学・政治学の学習を通じて幅広い教養を身につける役割を果たしてきた。それがどこまで達成されたかは、各大学の教育体制、学生の勉学意欲と学習態度によって左右されるから、一概にその功罪を論じることはできない。制度論としては、あるべき大学法学部の教育目標を明確にし、それを実現するように努めるべきである。私見は、大学法学部の教育課程だけで修了して社会へ進出する者と法曹養成コースである法科大学院へ進学する者とで、異な

るカリキュラムを設定すべきであると考え。後者については、大学法学部段階で修得すべき内容と、法科大学院において修得すべき内容とを有機的に関連づけて、無駄のない、効率的な段階的履修を志向すべきであると考え。その結果、法科大学院への進学を希望する者は3年の学部課程のみで法科大学院に進学することができることになってよいと考える。要は、両者の役割分担、機能分担を明確にするべきである。

法科大学院制度の設立の基礎を築いた「司法制度改革審議会意見書」（2001年6月12日）によれば、この点につき、「現在、全国で93大学に置かれている法学部では、1学年約4万5千人が学んでおり、法曹以外にも社会の様々な分野に人材を輩出しており、その機能は法科大学院導入後も基本的には変わりはない。」「法学部教育については、（中略）それぞれの大学が特色を発揮し、独自性を競い合う中で、全体としての活性化が期待される。」と述べるのみで、なんらビジョンなり、法科大学院教育との関連の中で法学部教育がいかにあるべきかについては、触れていない。

現在の法科大学院においては、幅広い教養や豊かな人間性の涵養、学生相互の切磋琢磨による人格の形成、といったことはおよそ望むべくもない。なるほど、法科大学院においては、大学法学部における学習では得られなかった深い専門的知識と思考力が培われ、法曹としての基礎をしっかりと学ぶという点では、法科大学院は、大学法学部での教育と司法研修所の管理の下に実施される司法修習（実務修習）とを媒介するものとして、重要な役割を果たしている。しかし、学生は、過密なカリキュラムのもと、膨大な資料に取り組み、学習に追われるとともに、待ち受けている厳しい新司法試験に備えて、豊かな教養や人間性の涵養どころではない、というのが偽らざる現実の姿である。私は、それはそれでよい、と考える。「専門職大学院」と銘打つ以上は、幅広い教養や豊かな人間性の涵養は大学学部の段階でその素地を養っておけば、専門職業人として法曹となってから、日々の職務を通じてさらに形成されるべきものであろう。それだけに、大学法学部での3年ないし4年の学生生活は大切であり、この間に、様々のクラブ活動（体育系、文科系を問わず）やボランティア活動にも励むこともできるのである。また、学問的にも、法哲学や、法制史、外国法、比較法といった実定六法科目以外の

幅広い学習の機会も与えられているのである。明治期にフランス法、ドイツ法を継承して法典化に成功して今日に至っている日本の法律学にとっては、ローマ法以来のヨーロッパ大陸法の学習は、研究者のみならず、学生にとっても有益であり、民法学について言えば、学説は多分に外国法の知識を基礎としながら形成されてきたものである以上、法の解釈適用において、このような学説とその影響を受けつつ独自の発展を遂げてきた判例ないし判例法の双方を学んで初めて、適切妥当な法解釈並びにその適用が図られるものである。この点が、判例中心に形成されてきたアメリカ法及びその法学教育と大きく異なるものと言わねばならない。アメリカのロースクールをモデルとして法科大学院を構想し、大学法学部を廃止せよとの主張は、この点の認識において欠けているのではないか、と思われる。

## 2. 社会の中での大学法学部卒業生の役割

既に述べたように、大学法学部の卒業生は社会の様々な分野で活躍してきた。深い専門的法律知識の面では未熟ではあっても、いわゆるリーガルマインドを備えた人材として社会の様々な部門で役割を担ってきた。もし、日本の社会が、法科大学院を修了した法曹と非法学部の大学卒業生だけによって構成されることになれば、果たして穏健で健全な社会が持続されるであろうか。大いに疑問であると思われる。アメリカがそうだからといって、何もかもアメリカをモデルにすることは、歴史や伝統を無視した考え方であると思う。

## IV. 後継者の養成

法科大学院は、実務法曹を養成するための教育機関であって、学者を育てる処ではない。学者（研究者）の養成は、主として大学院法学研究科（名称は大学によって異なるが）において行われてきた。六法系以外の、いわば基礎法科目については、従来どおり、法学研究科において研究者の養成が行わ

れるであろう。実定法とりわけ民法の研究者をどこで養成するかは極めて深刻な問題である。法曹資格を取得した後、直ちに大学院博士後期課程に編入させ、そこで外国文献の研究を一から開始するという事は、年齢的な面も考慮するとかなりの負担ではなかろうかと思われる。実務経験を積んだというだけでは、研究者としてやっていけない。ここがアメリカと事情を異にする点だと思われる。また、大学院に戻るとしても、実定法の研究者教員が法科大学院の教育負担で手一杯で自ら研究者として研究することができない状況の下では、大学院生に対して満足な指導ができるであろうか。このような状態が続くと、やがて日本の法律学が衰退し、法学部も大学院も、そして法科大学院も有能な研究者教員を有しないという状態になってしまわなかを危惧するものである。

## V. 未修者教育と新司法試験

報告者の見るところ、未修者3年、既修者2年の現行制度は、未修者（純粋未修者を指す）にとって、過酷なものだというほかない。制度設計者は、未修者3年コースを基本とし、法学部は廃止する、といった基本構想で、既修者2年のコースは妥協の産物であったのではないかと推測する。新司法試験において未修者を苦しめるのは、まず短答式試験において合格点を取らねばならないことである。これに失敗すると、論文式試験の答案の採点をしてもらえない。未修者は、まず法律科目のそれぞれにつき、基本的知識と法的思考力を身につけることで精一杯であり、短答式試験で問われる細かい知識（それも全分野からもれなく出題されている。）の修得までには至らない。報告者の見解では、現在の短答式試験は有害無益である。ただ、論文式試験の採点に多大の時間と労力を要するために、採点すべき答案数を減らすために使われているに過ぎないように思われる。暗記ではなく、法的思考力を養い、法曹にふさわしい事案の分析力、検討力、利益衡量、法的構成力などを論文の形で問うことこそが、試験において求められるはずであるのに、短答

式試験はこの趣旨に反している。

## VI. 法科大学院での教育内容と司法修習制度

司法修習制度が従来の1年6ヵ月から1年に短縮されたことを受けて、当初は、従来司法研修所で行っていた前期修習(4ヶ月)のかなりの部分を前倒しする形で、法科大学院の教育に組み入れることが想定された。法科大学院は「理論と実務との架橋」を一つの柱とし、現職の裁判官や検察官を各法科大学院の要請に応じて派遣し、またかなりの数の弁護士を実務家教員として教員スタッフとして採用するなど、従来の大学法学部や大学院法学研究科ではみられなかった特色ある教員構成が実現した。そうは言っても、実際の学生の学力が追いつかないこと、基礎知識の不足が痛感されることなどから、司法研修所教官の側から、法科大学院においては基礎学力、基礎知識の充実に努めるようにとの要望がなされるに至った。そして、いわゆる実務的訓練は、実務修習において、及び裁判官、検察官、弁護士のそれぞれの道に進んだ後に、いわゆるオンザジョブトレーニング(OJT)において行うという方向に固まりつつある。

それとは別に、新聞報道によれば、今年3月に中央教育審議会(中教審)は、「法科大学院の教育の質の保証に関するワーキング・グループ」を設置したとのことである。その目的は、司法試験の合格者増加に伴い、法曹の質の低下が懸念されることに鑑み、法科大学院で教える最低限の内容を示す「コア・カリキュラム」を策定し、法科大学院ごとに異なる教育内容の大部分を共通化し、教育の質を保証し向上させようとするものである。

なお、最新の新聞報道によれば、中教審の法科大学院特別委員会は、9月5日の会合で、教育の質を確保するため、入学定員を見直したり、法科大学院同士の統合を進めたりすることが必要であるとする提言案をまとめたとのことである。新聞記事によると、今年度は5785人の募集人員に対し、入学者は5397人で、388人の定員割れが生じた。74校の法科大学院の

うち、2年連続で定員割れが生じたのは28校もある。特別委員会は、「制度創設前に社会人入学を希望していた人は、大半が既に入学したものと見られ、今後は社会人入学志願者の飛躍的増加は期待できない」として、各校が定員を適正規模に抑えることが重要と指摘し、定員抑制により結果的に修了者の司法試験合格率が上がれば、今後も優秀な入学者を確保できるとしている、とのことである。また、成績評価を厳格にし、単位認定で及第点を取れなかった学生を安易に再試験で救済すべきではないとも指摘した。

適性試験で一定の最低点を越えないと入学させない仕組みがあるのは5校に過ぎないため、「門前払い」制度の全面導入も検討すべきだとした。また、複数の大学が共同で大学院を設置できる制度改正が近く行われることを受け、法科大学院同士の統合も検討課題とした。なお、文部科学省の調査によると、法科大学院1校当たりの専任教員数は平均23・3人だが、実態はこのうち4・2人が学部などと兼務の「ダブルカウント教員」であり、可能な限り早期にダブルカウント教員を解消すべきだと指摘している。(2008年9月6日付日本経済新聞による)

## VII. 経済的諸問題

### 1. 法科大学院設置に伴う経費の問題

既存の大学法学部や大学院法学研究科の施設とは別に、新しい独立の組織として法科大学院を設置するには、建物、教室、学生自習室、図書室及び購入すべき図書などの物的施設面の経費のほか、教員及び事務職員などの人件費のために、膨大な支出を要する。同志社大学では、建物については、法科大学院棟は、旧大学会館の跡地に新築した。法科大学院のほか、ビジネススクール、全学学生のための厚生施設やホール等があり、建物の新築は全学的な事業として行われた。教員数は、専門職大学院設置基準(文部科学省令)等により、同志社大学法科大学院(学生数1学年150名)については、3

0名の専任教員を置くことが求められている。それを超えて専任教員を置くことについては、全学の理解を得ることは必ずしも容易ではないが、現在34名まで認められている。そのうちの5名については、法学部や大学院法学研究科の専任教員との兼任という形で対処している。ただし、このような兼任形態が許されるのは2013年度（設置後10年間）までである。

## 2. 学生の負担する経費（入学金、授業料、その他）と学生に対する支援策

### (1) 学費

当初、開設4年目から法科大学院単独で収支均衡が図られるよう、350人の学生（未修者1学年50人 $\times$ 3=150人、既修者1学年100人 $\times$ 2=200人、合計350人）で約3億円（300,000,000円）程度の支出を試算して学費を設定した。2009年度に大学全体の収支見通しを考慮して、以下のように学費の改定がなされた。

入学金28万円（280,000円）、授業料108万9千円（1,089,000円）、教育充実費14万9千円（149,000円）これが入学1年目（未修者、既修者とも）の経費である（合計151万8千円：1,518,000円となる）。

第2年目からは、授業料は146万1千円（1,461,000円）、教育充実費が15万7千円（157,000円）で合計161万8千円（1,618,000円）である。

ただし、政府から補助金（法科大学院支援経費）が支給されるので、上記の金額から、年間1人あたり約30万円（300,000円）程度減額している。

なお、国立大学（正確には、独立行政法人であるが、実質は変わらない）の学費は、例えば京都大学においては、2008年度、入学金は28万2千円（282,000円）、年間授業料は80万4千円（804,000円）である。

同志社大学の2009年度入学生につき、他の学部学生及び大学院研究科

入学生の学費は文科系については、次のとおりである。

学部生 1, 107, 400円 (入学金280, 000円、授業料675, 000円、教育充実費149, 000円)

大学院生 886, 000円 (入学金280, 000円、授業料497, 000円、教育充実費109, 000円)

## (2) 支援策

### ①同志社大学法科大学院奨学金

成績優秀者(第1年目の学生については、入学試験の成績、第2年目以降は前年度の学業成績上位者)に授業料相当額またはその二分の一の奨学金を支給している(給費制)。1年目、2年目の学生では、授業料相当額が各9名、その1/2の受給者が各15名;3年目の学生では、授業料相当額が3名、その1/2の受給者が5名である。

### ②同志社大学法科大学院貸与奨学金

希望者全員に、無利息で授業料相当額またはその二分の一の額を貸与している。

### ③以上のほか、日本学生支援機構(旧日本育英会)

の大学院第一種奨学金(無利息で、月額88,000円)、第二種奨学金(利息付きで月額50,000円~220,000円)があり、①②と併用することができる。

## VIII. 今後の課題

法科大学院制度は、日本の法学教育において画期的な試みであった。これまで残念ながら法曹養成を目的とした教育制度は存在しなかった。法学教育に実務家の関与は殆ど見られなかった。実定法を対象とする研究者の研究と実務との間には断絶があったと言って過言ではなかろう。なるほど、判例研

究は盛んに行われたが、学者と実務家との組織的な交流の道はなかった。法科大学院において初めて、学者と実務家との教育・研究面での協力体制が確立しようとしている。教育面では、教員はその全精力を教育に注ぐほどに充実した教育体制が確立し、学生には24時間使用可能な自習室が備えられ、授業の予習・復習に没頭することができる。従来の授業風景は一変した。新司法試験の論文式試験の出題内容は、誠実に法科大学院の授業に打ち込んだ学生が順当に合格できるように、出題に工夫が凝らされている。以上が法科大学院制度の導入によってもたらされた積極面である。

他方では、既に断片的に述べてきたような諸問題がある。すなわち、教育面では、未修者教育の問題については、どこの法科大学院も頭を悩ませている。私見では、そもそも制度設計上のミスではないかとささ考える。個々の法科大学院や未修者個人の努力だけではどうにもならない問題とってよい。次に、法科大学院のカリキュラムと新司法試験科目との関係の問題がある。試験科目は実定法科目に絞られるので、それ以外の科目の履修がどうしても手薄になる面があるのは否定できない。将来の職業を考えれば（弁護士にしても、いずれ専門に特化した弁護士が求められることになるであろう。）、たとえ司法試験科目になくても十分の学習機会が与えられるべきであるが、目前の試験準備に追われて必ずしも満足の行く学習のできないままに終わり勝ちである。

法科大学院の修了時期（3月）と新司法試験の時期（5月）、合格発表の時期（9月）、さらには司法修習生としての採用時期（11月）の間の処遇（過ごしかた）の問題がある。不合格者（年々増加する）の処遇については、一層問題は深刻である。

教員の固有の研究活動の保障の問題（例えば、何年かに一度はサバティカルイヤーを設けるなど）や後継者の養成問題、法科大学院教育と大学法学部教育の連携の問題など、すでに触れた諸問題についても継続的な検討が望まれる。

このような様々の問題を抱えながらも、法科大学院制度は、今後とも当初の理念を大切にしていりあるものとしていくことが、大切であると考えられる。

<번역문>

## 일본 법과대학원의 현상과 과제

- 도오시샤(同志社)대학 법과대학원에서의 경험을 토대로 -

오쿠다 마사미찌(奥田昌道)

(쿄오토[京都]대학 명예교수)

번역 : 김 창 록

(경북대학교 법과대학 교수)

### < 머리말 >

2004년 4월에 발족한 일본의 법과대학원은, 금년 2008년도에는 5년째에 접어들고 있다. 전국 74개의 법과대학원은, 그 동안 각자 이리저리 궁리하면서 교육을 해왔지만, 이미 여러 가지 문제점과 장래에 해결해야 할 과제가 부각되었다. 그 개요에 관해서는, 2008년 6월 5일에 한국의 서울에서 개최된 「SEOUL LAW SCHOOL SYMPOSIUM 2008」에서 명확하게 제시되었다.

또 2006년 9월 21일 日本學士院에서 개최된 「제1회 한일학술 포럼」에서 발표자는 「일본 법과대학원의 현상과 과제」라는 제목의 발표를 했다. 그 발표의 복사본이 여러분에게 사전에 배포되었다고 들었기 때문에, 이 발표에서는, 그것들을 토대로 하면서, 발표자가 2004년 4월의 법과대학원 발족 이래 근무해온 도오시샤 대학 법과대학원에서의 교육을 통해 경험한 것을 중심으로, 현재 일본의 법과대학제도가 안고 있는 과제와 앞으로의 방향에 관해 감상을 이야기하고자 한다.

## I. 교육상의 문제점

### 1. 기수자에 관해

여기에서 말하는 기수자란, 3년 코스의 1년차 과정을 생략하고 2년차 과정부터 시작하는 자를 말한다. 주로 대학 법학부 출신자이지만, 타 학부 출신자(정확하게는, 법학을 이수하는 과정 이외의 과정을 이수한 자)라도 기수자 입학시험에 합격하면 기수자로서 받아들여진다. 기수자는 문자 그대로 이미 대학 법학부에서 법률학의 기초지식을 수득한 자이며, [법과대학원에는 그 점을 고려하여] 커리큘럼이 설정되어 있다. 즉, 실정법과목(소위 6법과목)의 경우 1개 클래스 25명의 수강자에 대해 연습 형식의 수업이 중심이다. 발표자가 담당할 민사법의 경우, 실무적 관점도 도입하면서, 특정 테마를 중심으로 판례를(그것도 제1심·원심·최고재판소의 판례를 각각) 소재로 해서, 판례의 사안에서의 사실관계를 분석하고, 당사자의 주장 내용을 정리하고, 재판소의 판단을 이론적·실제적(당해 사안에서의 적절한 이익형량에 입각한) 관점에서 분석·검토하는 작업을 한다. 담당 교원은, 민법 전공의 연구자 교원과 실무가(변호사) 교원이 공동으로 수업을 한다. 3년차가 되면, 거기에 민사소송법 전공의 연구자 교원이 참여해서, 보다 복잡한 여러 문제를 포함하여, 실체법(민법)과 절차법(민사소송법, 민사집행법, 민사보전법, 도산법)이 뒤얽힌 테마에 관해 검토를 한다.

4년간의 경험을 통해 명백하게 된 것은, 우선 수강생들 사이에 지식·사고력·이해력에 상당한 격차가 있다는 것이다. 그리고, 공통적인 결점으로서, 기초지식이 부족하다는 것, 무조건 암기만 하는 사고방식으로부터 벗어나지 못한다는 것, 깊이 생각하려고 하는 자세가 결여되어 있다는 것 등도 명백하게 밝혀졌다. 애써 고심해서 작성한 교재(상당한 분량이기는 하지만)를 읽고서 이해해낼 힘이 없거나, 아니면 인내력이 없다. 따라서 쌍방향·다방향으로 이루어지는 활발한 논의의 전개와는 거리가 먼 수업으로 끝나버린다.

학생의 수준이 높고 균질적인 법과대학원에서는 여기에서 이야기한 것과 같은 문제가 생기지 않는지도 모르지만, 발표자가 소속된 법과대학원의 실정은 유감스럽지만 이와 같은 것이었다. 그 원인을 생각해 보면, 기수자 코스에 입학하는 학

생들이, 각자의 출신대학 법학부에서 도무지 어떻게 공부했는지, 유감스럽지만 그것을 우리들은 알 도리가 없다. 민법의 경우, 민법총칙부터 친족·상속법까지 전 과목을 진지하게 이수한 자가 얼마나 될까? 앞으로도 일본에서는 대학 법학부는 계속 존속할 것이라고 생각되지만, 그리고 발표자도 그래도 좋다고 생각하지만, 법과대학원 교육과 대학 법학부 교육 사이의 유기적 연계를 고려하지 않으면, 법과대학원에서의 성과있는 교육은 바랄 수 없다고 생각된다. 일본의 대학 법학부 졸업생의 진로는 참으로 다방면에 걸친다. 법조가 되는 자는 10%에 미치지 못하는 대학이 많다. 법과대학원이 생긴 이상은, 대학 법학부의 교육은, 폭넓은 교양을 체득하게 하는 것으로, 그리고 법률학에 관해서는 소위 리걸 마인드를 기르게 하는 것으로 충분하다고 생각되지만, 법조를 지망하여 법과대학원에 진학하려고 하는 자에게는, 일정 과목의 이수를 의무지워 적절한 기초지식을 수득하도록 하지 않으면, 법과대학원에서의 교육은 성과를 거두기 어렵다.

위와 같은 사태에 대해서는, 곧바로 법과대학원 기수자 입학시험에서 기초학력이 떨어지는 자를 입학시키지 않도록 하면 되는 것 아닌가라는 반론이 나올 것이다. 도오시사대학 법과대학원에서는, 7개 과목(헌법, 행정법, 형법, 형사소송법, 민법, 상법, 민사소송법)의 필기시험을 실시하고 있지만, 입학정원을 채우기 위해 학력이 떨어지는 자라도 결과적으로 합격시키게 되어 버린다. 당초의 합격결정자 중 상당수가 다른 법과대학원으로 유출되어 버리기 때문이다.

이상은, 학생간의 학력격차에 관한 제도적인 문제점이지만, 그 외에 또 신사법 시험의 합격률 문제가 있다. 전국 평균으로 수험생의 30%에서 40% 밖에 합격할 수 없는 현재의 시험제도 아래에서는, 학생의 관심이, 어떻게 하면 신사법시험에 합격할 수 있는가에 집중되게 되는 것도 어쩔 수 없는 면이 있다. 특히, 학력이 부족해서 수업 교재를 충분히 소화해내지 못하는 학생일수록, 표면적인 지식의 수득만으로 헤쳐 나가려고 한다. 그들에게는, 법과대학원은 법조가 되기 위한 단순한 수단이며(왜냐하면 법과대학원의 수료생이 아니면 신사법시험의 수험자격이 없기 때문에), 고매한 법과대학원제도의 교육이념 따위는 어찌되었건 상관없는 것이다.

## 2. 미수자에 관해

미수자는 제1년차에 헌법, 형법, 형사소송법, 민법, 상법(회사법), 민사소송법

등 소위 6법과목의 개요를 배운다. 수업은 시간수 관계로 강의 형식이 되지 않을 수 없는 것이 실정이다. 대학 법학부에서의 수업시간수의 40% 정도의 시간 밖에 주어지지 않고 있다. 그럼에도 불구하고, 도오시사대학도 포함해서 다수의 법과 대학원에서는, 2년차부터는 미수자·기수자 혼합 클래스에서 연습 기타의 수업 과목을 이수하게 되어 있다. 이것은 미수자에게 분명 과대한 부담을 지우는 것이지만, 그 해결은 미수자 자신의 노력과, 보조적으로 아카데미 어드바이저 제도의 활용에 의해 그럭저럭 헤쳐 나가고 있는 상황이다.

같은 미수자라도 그 실태는 이전에 법학부에서 배운 자와 법학부를 막 졸업했음에도 미수자로서 입학시험에 출원한 자 등이 상당한 비율을 차지하고, 이과계 학부나 문학부, 경제학부 등 법률학을 이수하지 않고 입학한 「순수 미수자」는 30%에 미치지 못하는 것이 현실이다. 이들 순수 미수자는 3년차 수료 시에는 기수자를 앞지르는 성적을 얻는 자가 있는 한편으로, 도중에 탈락하는 자도 적지 않다. 또, 신사법시험의 합격률이 저하함에 따라, 사회인으로서 새롭게 법조의 길에 도전하려고 하는 자가 차츰 감소하고 있다.

사회인이나, 지금까지 법률학을 이수하지 않았던 순수 미수자가 2년차 이후, 기수자 클래스에서 동등 이상의 성과를 거두려고 한다면 - 그리고 그것이 바람직한 것이지만 - 법과대학원에 입학하기 전에 어떤 방법으로도 6법과목에 관한 기초지식을 취득하도록 하는 수밖에 없다고 생각된다. 말하자면 수업의 연습을 크게 앞당겨서 하는 것이다. 그리고 1년차의 6법과목 수업에서는, 자기가 취득한 지식이나 법적 사고가 적절한 것이었는지의 여부를 확인하고, 나아가 여러 가지 기본문헌을 자습해서 지식 및 사고를 심화시키는 적극성이 없으면, 소기의 목표에 도달하기는 어려울 것이라고 생각된다.

### 3. 교원의 부담에 관해

2년차와 3년차의 6법과목(基幹科目이라고 부른다)을 연습 형식으로 담당하는 교원의 교육 부담은, 종래의 대학 법학부에서의 강의나 연습의 부담과는 비교할 수 없을 정도로 질적으로도 양적으로도 매우 무겁다. 교재의 작성, 교재 검토를 위한 학생에 대한 세심한 지시서의 작성, 수업을 위한 준비, 수업 후의 학생으로부터의 질문에 대한 대응(종종 1시간이나 걸린다), 기말시험 문제(논문식으로 소

요시간은 3시간)의 작성, 답안의 채점, 답안 채점 후의 강평의 작성·교부, 재시험(성적이 나쁜 학생에 대해 재평가를 하기 위한 시험)의 문제 작성과 채점 등 일련의 작업은, 지금까지의 학부나 대학원의 수업에서는 생각할 수 없었을 정도로 농밀하여 많은 시간과 에너지를 필요로 한다. 도오시사대학 법과대학원의 민사법 연습에서는, 1개 클래스 25명 전후의 6개 클래스를 두고, 가능한 한 같은 시간대에 수업을 하도록 했기 때문에, 6명의 연구자 교원과 6명의 실무가 교원이 짝을 이루어 6개 클래스를 담당하도록 했다. 각 클래스의 수업 내용이 너무 차이가 나는 일이 없도록, 교원 상호간의 협의·연계가 필요하게 된다. 그리고 같은 학기(봄학기)에, 2년차 학생을 위한 민사법연습I과 III, 3년차 학생을 위한 민사법종합연습I을 맡게 되어, 각각이 지금 이야기한 것과 같이 질·량 모두 중후한 것이기 때문에, 교원은 자기의 고유한 연구과제에 몰두할 시간적 여유는 없고, 오로지 가르치는 일을 위해서만 시간을 쓰게 되지 않을 수 없다. 가을학기에는, 연습은, 민사법연습II(2년차)와 민사법종합연습II(3년차)의 두 과목이어서 조금 편하게 되었다. 발표자는 위의 과목들 외에, 봄학기에는 2년차를 위한 「민사소송실무의 기초」(재판관과 공동으로 담당)를, 가을학기에는 1년차 학생(미수자)을 위한 강의인 「계약법II」(실질은 채권총론)를 맡았다. 이것들은, 모두 2단위의 수업과목이고, 도오시사대학에서는, 전 대학 공통의 기준으로, 교원은 1년간 최저 16단위(2단위 과목이면 8과목)를 담당하는 것이 요구된다. 법과대학원의 수업 부담은 다른 학부·학과·대학원에서의 수업 부담과는 전혀 다른 무거운 것이라고 역설해도, [사람들이] 이해해주지 않는다. 법과대학원이 처해 있는 상황에 대해 다른 학부 내지 대학원 연구과는 냉담하다.

여하튼 법과대학원제도가 막 스타트한 상태이고, 이 4년간은 시행착오를 거듭하는, 말하자면 실험단계에 있었다고 말할 수 있을 것이다. 따라서, 발표자가 정년퇴직한 2008년도부터는, 교육 부담을 경감하기 위해 다음과 같은 궁리가 이루어지고 있다. 즉, 한 사람이 많은 종류의 과목을 담당하는 것이 아니라, 동일인이 둘 내지 세 개의 클래스에서 동일 과목을 담당한다거나, 지금까지처럼 연습교재를 매년 개정하는 대신에 매년 동일한 내용의 교재를 (최소한도의 개정·증보는 하지만) 사용한다거나, 또는 학생에게 배포하는 교재의 슬림화를 꾀한다거나(지금까지는 분량이 많았기 때문에 학생은 읽고 이해해 낼 수 없었기 때문에) 하는 개선책이다.

교육 부담에 관해 조금 더 언급한다면, 연구자교원은, 민법의 경우 종래에는 자신의 연구과제와의 관계도 있어서, 민법의 전분야가 아니라 총칙·물권·담보물권·채권총론·계약법·불법행위법 중에서 둘 정도를 중점적으로 담당하는 것으로, 교육 부담과 연구의 양립을 도모해왔다고 할 수 있을 것이다. 그런데, 법과대학원에서의 연습에서는 전 분야에 관한 지식이 요구된다. 그것도 항상 실무, 특히 민사절차법과의 연관에 유의하는 것이 요구된다. 「이론과 실무의 가교」를 표방하는 법과대학원 교육에서는 지극히 당연한 요청이고, 지금까지의 연구자교원의 연구·교육의 양태가 오히려 문제였다고 할 수 있을 것이다. 그렇다고는 해도, 이와 같은 「이론과 실무의 가교」는, 한 사람의 연구자의 입장에서는 오랜 기간에 걸쳐 서서히 달성될 수 있는 것이어서, 연령이 비교적 젊은 연구자교원에게 곧바로 그것을 요구하는 것은, 애써 쌓아온 고유의 연구활동을 상당히 오랜 기간 동안 중단하도록 강요하는 것이 된다. 이렇게 해서, 젊은 연구자에게는 법과대학원 교원 자리가 흡인력을 잃어버리게 되어, 설립 당초 경험이 풍부한 숙련된 연구자교원이 정년을 맞아 퇴직하게 되면, 과연 후계자를 적절하게 찾아낼 수 있을 것인지, 나아가서는 대국적으로 보아 학자를 어디에서 기를 수 있을 것인지(이것은 종래의 대학원 법학연구과와 법과대학원 내지 법조양성제도 사이의 관계를 어떻게 설정해 갈 것인지의 문제이다)가 심각한 문제로서 제기되게 된다.

## II. 법과대학원 적성시험에 관해

법과대학원에 입학하려고 하는 자는 반드시 「법과대학원 적성시험」(이하 「적성시험」이라고 줄여 씀)을 수험하지 않으면 안된다. 적성시험의 실시 주체로서 공인을 받은 기관은, 현재로서는 ① 독립행정법인 대학입시센터(이하 「대학입시센터」라고 함)와 ② 재단법인 일변원 법무연구재단 및 사단법인 상사법무연구회의 「적성시험위원회」 둘이다. 도오시사대학 법과대학원은 입학희망자가 그 어느 한 쪽 혹은 둘 모두의 시험성적 증명서를 제출하도록 의무지우고 있다. 2008년의 경우 ①의 시험은 5월에 ②의 시험은 6월에 실시되었다. ①의 시험 내용을 보면, 「제1부」가 「추론·분석력」을 테스트하는 것으로서, 50점 90분에 12문제가 출제

되었고, 36개의 해답란에 각각 1점부터 3점까지의 배점이 명시되어 있었고, 컴퓨터에 의해 채점되었다. 「제2부」는 「독해·표현력」을 테스트하는 것으로서, 50점 90분에 9문제가 출제되었고, 해답란은 35개였다.

②의 시험 내용은, 「제1부 논리적 판단력을 측정하는 문제」가 40분에 24문제, 「제2부 분석적 판단력을 측정하는 문제」가 40분에 4문제였으며, 각 문제가 다시 세분화된 다수의 작은 문제로 이루어져 있었다. 「제3부 장문독해력을 측정하는 문제」는 40분에 4문제로 역시 각 문제가 세분화된 다수의 작은 문제로 이루어져 있었다. 「제4부 표현력을 측정하는 문제」는 40분에 1문제였으며, 「問題文」의 지시에 따라 논리적이고 설득력 있는 문장을 작성하라. 또한 문제는 가공의 設例이며 법적인 지식을 묻는 것이 아니기 때문에, 법률 해석론이나 판례·학설의 나열은 평가되지 않는다」라는 머리가 붙어 있었다. 「제1부」부터 「제3부」까지는 컴퓨터에 의한 채점이기 때문에 문제가 없지만, 「제4부」의 논술식 답안의 채점은 답안수가 많으면 큰 일일 것이라고 생각된다.

적성시험은, ①의 시험 쪽을 채용하는 법과대학원이 많았지만, 차츰 ②의 시험 쪽을 채용하는 곳이나, 양자 모두를 인정하는 곳 등, ②의 시험 쪽도 점차 주목되고 있는 듯하다. 덧붙여서 말하면, 대학입시센터는, 원래 대학입시센터시험의 출제를 위해 설립된 것으로서, 문부과학성의 지원을 받고 있는, 말하자면 「官製」의 기관이고, 그것이 법과대학원의 입학자격 인정에도 개입했다고 말할 수 있는 것이다. 미수자의 입학시험에는 법률과목의 시험을 칠 수 없기 때문에, 어쩔 수 없이 이 적성시험을 채용하지 않을 수 없는 측면이 있지만, 과연 이 적성시험의 성적과 입학 후의 성적 및 신사법시험의 합격 사이에 연관성에 있는지에 관해서는, 관계가 열다는 것이 현단계의 평가이다. 내용도 마치 퍼즐을 푸는 것과 같은 것이어서, 나이가 많은 자나 차분하게 생각하는 타입의 사람에게는 적합하지 않은 것이 아닌가라고 생각된다 (또한, 신사법시험의 단답식시험에 대해서도 이것은 해당된다). 그 점에서, 적성시험위원회의 출제 쪽이 적절한 출제인 것으로 생각된다.

그리고, 도오시샤대학 법과대학원의 입시의 경우, 기수자를 위한 시험에서는 법률과목에 중점이 두어지고 있고, 적성시험의 비중은 작다.

### Ⅲ. 법과대학원과 대학 법학부 병존의 가부

#### 1. 대학 법학부는 존속되어야 한다.

대학 법학부의 학생수는 한 학년에 약 4만 5천명이라고 한다. 그 중에서, 가령 가까운 장래에 신사법시험의 합격자가 3,000명으로 증가한다고 해도, [그 수를 제외한 수의] 기타의 대학 법학부 학생들은 어디에서 어떤 교육을 받으면 좋을 것인가? 법학·정치학을 배우고 싶어 하는 학생을 억지로 법조양성 코스(현재의 정원은 74개 법과대학원에 5,825명)에 입학하게 하거나(입학한다고 해도 법조자격을 취득할 수 있다는 보장은 없다), 아니면 법학부 이외의 학부로 내쫓는 방법 밖에 없다고 하는 것은, 과연 합리적인 것일까? 대학 법학부는 지금까지 법학·정치학의 학습을 통해 폭넓은 교양을 체득하게 하는 역할을 수행해왔다. 그것이 얼마나 달성되었는지는, 각 대학의 교육체제, 학생의 면학의욕과 학습태도에 의해 좌우되기 때문에, 일률적으로 그 공과를 논할 수는 없다. 제도론으로서는, 대학 법학부의 바람직한 교육목표를 명확하게 하고, 그것을 실현하도록 노력해야 한다. 사견으로는, 대학 법학부의 교육과정만을 수료해서 사회에 진출하는 자와 법조양성 코스인 법과대학원에 진학하는 자에게 각각 다른 커리큘럼을 설정해야 한다고 생각한다. 후자에 관해서는, 대학 법학부 단계에서 취득해야 할 내용과 법과대학원에서 취득해야 할 내용을 유기적으로 관련지워, 낭비가 없는 효율적인 단계적 이수를 지향해야 한다고 생각한다. 그 결과, 법과대학원에 진학하기를 희망하는 자는 3년의 학부과정만으로 법과대학원에 진학할 수 있도록 되어도 좋다고 생각한다. 요컨대, 양자의 역할 분담, 기능 분담을 명확하게 해야 하는 것이다.

법과대학원제도 설립의 기초를 놓은 「사법제도개혁심의회 의견서」(2001년 6월 12일)에 따르면, 이 점에 관해, 「현재, 전국 93개 대학에 설치되어 있는 법학부에서는, 한 학년에 약 4만 5천명이 배우고 있고, 법조 이외에도 사회의 다양한 분야에 인재를 배출하고 있고, 그 기능은 법과대학원 도입 후에도 기본적으로는 변함이 없다.」 「법학부 교육에 관해서는, (중략) 각 대학이 특색을 발휘하고 독자성을 서로 다투는 가운데, 전체적으로 활성화될 것이 기대된다」라고 서술할 뿐, 그 어떤 비전이나, 법과대학원 교육과의 관련 속에서 법학부 교육이 어떻게 되어야 할

것인지에 대해서는 언급하고 있지 않다.

현재의 법과대학원에서는, 폭넓은 교양이나 풍부한 인간성의 함양, 학생 상호의 절차탁마에 의한 인격의 형성 따위는 전혀 바랄 수 없다. 물론, 법과대학원에서 대학 법학부의 학습으로는 얻을 수 없었던 깊은 전문적 지식과 사고력이 배양되고, 법조에게 필요한 기초가 착실하게 가르쳐진다는 점에서는, 법과대학원은, 대학 법학부의 교육과 사법연수소의 관리 아래 실시되는 사법수습(실무수습)을 매개하는 것으로서, 중요한 역할을 수행하고 있다. 그러나, [법과대학원의] 학생은 과밀한 커리큘럼 아래 방대한 자료와 씨름하면서 학습하는 데 쫓기고, 또 곧닥치게 될 신사법시험에 대비하느라, 풍부한 교양이나 인간성을 함양할 형편이 아니라고 하는 것이 숨길 수 없는 현실의 모습이다. 나는 그래도 상관없다고 생각한다. 「전문직대학원」이라는 간판을 내건 이상은 [전문교육에 충실해야 하는 것이고], 폭넓은 교양이나 풍부한 인간성의 함양은, 대학 학부 단계에서 그 바탕을 다져 두고, 전문직업인인 법조가 되고 나서, 일상적으로 이루어지는 직무를 통해 더욱 심화되어야 하는 것일 터이다. 그런 만큼, 대학 법학부에서의 3년 내지 4년간의 학생생활은 중요하고, 그 동안에 다양한 클럽활동(체육계, 문과계를 묻지 않고)이나 볼런티어활동에 힘쓸 수도 있는 것이다. 또, 학문적으로도 실정법 6법과목 이외에 법철학이나 법제사, 외국법, 비교법 등에 대한 폭넓은 학습의 기회도 주어져 있는 것이다. 메이지(明治) 시대에 프랑스법과 독일법을 계승하여 법전화에 성공한 경험을 토대로 오늘에 이른 일본에서는, 로마법 이래의 유럽대륙법의 학습은 연구자 뿐만 아니라 학생에게도 유익하다. 민법학에 관해 말하면, 그 학설은 다분히 외국법에 관한 지식을 기초로 하면서 형성되어 온 것이므로, 이와 같은 학설과 그 영향을 받으면서 독자적인 발전을 이루어 온 판례 내지 판례법을 모두 배우고서야 비로소, 적절하고 타당한 법해석 및 그 적용을 도모할 수 있는 것이다. 이 점이 판례 중심으로 형성되어 온 미국법 및 그 법학교육과 크게 다른 것이라고 하지 않으면 안 된다. 미국의 로스쿨을 모델로 해서 법과대학원을 구상하면서 대학 법학부는 폐지해야 한다고 주장하는 사람들은, 이 점에 대한 인식이 결여되어 있는 것이 아닌가라고 생각된다.

## 2. 사회 속에서의 대학 법학부 졸업생의 역할

이미 이야기한 것처럼, 대학 법학부의 졸업생들은 사회의 다양한 분야에서 활약해왔다. 전문적 법률지식의 면에서는 미숙하더라도, 이른바 리걸 마인드를 갖춘 인재로서 사회의 다양한 부문에서 역할을 담당해왔다. 만일 일본 사회가 법과 대학원을 수료한 법조와 비법학부 대학의 졸업생으로만 구성되게 된다면, 과연 온건하고 건전한 사회가 지속될까? 매우 의문이다. 미국이 그렇다고 해서 무엇이든 모두 다 미국을 모델로 삼는 것은, 역사와 전통을 무시한 사고방식이라고 생각한다.

## IV. 후계자의 양성

법과대학원은 실무법조를 양성하기 위한 교육기관이며 학자를 키우는 곳은 아니다. 학자(연구자)의 양성은 주로 대학원 법학연구과(명칭은 대학에 따라 다르지만)에서 이루어져왔다. 6법계 이외의, 말하자면 기초법과목의 경우, 종래대로 법학연구과에서 연구자 양성이 이루어질 것이다. 실정법 특히 민법의 연구자를 어디에서 양성할 것인가는 매우 심각한 문제이다. 법조자격을 취득한 후 곧바로 대학원 박사후기과정 편입시켜, 거기에서 외국문헌의 연구를 처음부터 시작하는 것은, 연령적인 면도 고려하면 상당한 부담이 아닐까라고 생각된다. 실무경험을 쌓았다는 것만으로는 연구자 활동을 할 수 없다. 이것이 미국과 사정이 다른 점이라고 생각된다. 또, 대학원에 간다고 해도, 실정법 연구자교원이 법과대학원 교육에 대한 부담 때문에 힘에 겨워 스스로 연구자로서 연구를 할 수 없는 상황에서, 대학원생에 대해 만족할만한 지도를 할 수 있을까? 이와 같은 상태가 이어지면, 마침내 일본의 법률학이 쇠퇴하게 되어, 법학부도 대학원도 그리고 법과대학원도 유능한 연구자교원을 가지지 못하는 상태가 되어 버리는 것이 아닐까라고 걱정하는 것이다.

## V. 미수자교육과 신사법시험

발표자가 보기에는, 미수자 3년, 기수자 2년의 현행제도는 미수자(순수 미수자를 가리킨다)에게 가혹한 것이라고 할 수밖에 없다. 제도설계자 미수자 3년 코스를 기본으로 하고 법학부를 폐지한다는 기본구상을 가지고 있었던 것이고, 기수자 2년 코스는 타협의 산물이었던 것이 아닐까라고 추측한다. 신사법시험에서 미수자를 괴롭히는 것은, 우선 단답식시험에서 합격점을 얻지 않으면 안된다는 것이다. 이것에 실패하면, 논문식시험의 답안은 채점해주지 않는다. 미수자는 우선은 법률과목의 각각에 관해 기본적 지식과 법적 사고력을 체득하느라 정신이 없어서, 단답식시험에서 출제되는 세세한 지식(게다가 전 분야에 걸쳐 빠짐없이 출제되고 있다)의 수득에까지는 미치지 못한다. 발표자의 견해로는, 현재의 단답식시험은 有害無益하다. 다만, 논문식시험의 채점에 많은 시간과 노력이 필요하기 때문에, 채점해야 할 답안의 수를 줄이기 위해 이용되는 데 지나지 않는 것으로 생각된다. 암기가 아니라 법적사고력을 배양하고, 법조에게 걸맞는, 사안에 대한 분석력·검토력·이익형량·법적 구성력 등을 논문의 형태로 묻는 것이야말로 시험에서 요구될 터인데, 단답식시험은 이 취지에 반하는 것이다.

## VI. 법과대학원의 교육 내용과 사법수습제도

사법수습제도가 종래의 1년 6개월에서 1년으로 단축된 것에 대응해서, 당초에는 종래 사법연수소에서 이루어진 전기 수습(4개월)의 상당 부분을 앞당겨서 하는 형태로, 법과대학원의 교육에 편입하는 것이 상정되었다. 법과대학원에서는, 「이론과 실무의 가교」를 하나의 기둥으로 하여, 현직 재판관과 검찰관이 각 법과대학원의 요청에 따라 파견되고, 또 상당한 수의 변호사가 실무가교원으로 채용되는 등, 종래의 대학 법학부나 대학원 법학연구과에서는 볼 수 없었던 특색있는 교원 구성이 실현되었다. 그렇지만, 실제로 학생의 학력이 따라오지 못하고, 기초 지식의 부족이 심각하다는 등의 이유로, 사법연수소 교관측으로부터 법과대학원에서는 기초학력, 기초지식의 충실에 노력하도록 했으면 한다고 요망되기에 이르

렸다. 그리고, 이른바 실무적 훈련은, 실무수습 과정에서, 그리고 재판관·검찰관·변호사로 각각 진출한 후에, 이른바 온더잡(OJT)으로 하는 방향으로 굳어지고 있다.

그것과는 별도로, 신문보도에 따르면, 올해 3월에 중앙교육심의회(중교심)은, 「법과대학원의 교육의 질 보증에 관한 워킹 그룹」을 설치했다고 한다. 그 목적은, 사법시험 합격자 증가에 따라 법조의 질 저하가 우려되는 것을 고려하여, 법과대학원에서 가르치는 최저한의 내용을 제시하는 「코어 커리큘럼」을 책정하고, 법과대학원마다 서로 다른 교육내용의 대부분을 공동화하여, 교육의 질을 보증하고 향상시키려고 하는 것이다.

또한 최신의 신문보도에 따르면, 중교심의 법과대학원특별위원회는 9월 5일의 회합에서 교육의 질을 확보하기 위해 입학정원을 재검토하거나 법과대학원간의 통합을 추진하는 것이 필요하다고 하는 提言案을 마련했다고 한다. 신문기사에 따르면, 올해는 모집인원이 5,785명인 데 대해 입학자는 5,397명으로 388명의 결원이 발생했다. 74개 법과대학원 중 2년 연속으로 결원이 발생한 곳도 28개교나 된다. 특별위원회는 「제도 창설 이전에 사회인입학을 희망했던 사람들은 대부분 이미 입학한 것으로 보여, 향후 사회인입학 지원자의 비약적인 증가는 기대할 수 없다」라며, 각 법과대학원이 정원을 적정규모로 억제하는 것이 중요하다고 지적하고, 정원 억제에 의해 결과적으로 수료자의 사법시험 합격률이 올라가면, 앞으로도 우수한 입학자를 확보할 수 있다고 했다. 성적평가를 엄격하게 하고, 단위 인정에서 급제점을 얻지 못한 학생을 안이하게 재시험을 통해 구제해서는 안 된다고 지적하기도 했다. 적성시험에서 일정한 최저점을 넘지 못하면 입학시키지 않는 제도를 가지고 있는 곳은 5개교에 지나지 않기 때문에, 「門前逐客」제도의 전면 도입도 검토해야 한다고 했다. 또, 복수의 대학이 공동으로 대학원을 설치할 수 있도록 하는 제도 개정이 곧 이루어지는 것에 대응해서, 법과대학원간의 통합도 검토과제라고 했다. 그리고, 문부과학성의 조사에 따르면, 법과대학원 1개교당 전임교원수는 평균 23.3명이지만, 실태는 그 중 4.2명이 학부 등의 교육을 겸하는 「더블 카운트 교원」이며, 가능한 한 조기에 더블 카운트 교원을 해소해야 한다고 지적하고 있다. (2008년 9월 6일자 『日本經濟新聞』)

## VII. 경제적 문제들

### 1. 법과대학원 설치에 수반되는 경비의 문제

기존의 대학 법학부나 대학원 법학연구과의 시설과는 별도로, 새로운 독립된 조직으로서 법과대학원을 설치하는 데는, 건물·교실·학생자습실·도서실 및 구입해야 할 도서 등 물적 시설면의 경비 외에, 교원 및 사무직원 등의 인건비를 위해, 방대한 지출이 필요하다. 도오시사대학에서는, 건물의 경우 법과대학원동을 구 대학회관 부지에 신축했다. 법과대학원 외에 비즈니스 스쿨, 전 대학 학생을 위한 후생시설과 홀 등이 있고, 건물의 신축은 대학 전체 차원의 사업으로서 이루어졌다. 교원의 수는, 전문직대학원 설치기준(문부과학성령) 등에 따라, 도오시사대학 법과대학원(한 학년 학생수 150명)의 경우 30명의 전임교원을 두는 것이 요구되고 있다. 그것을 넘어서 전임교원을 두는 것에 대해서는 대학 전체의 이해를 얻는 것이 반드시 쉽지는 않지만, 현재 34명까지 인정되어 있다. 그 중 5명은 법학부나 대학원 법학연구과의 전임교원을 겸임하게 하는 형태로 대처하고 있다. 다만, 이와 같은 겸임형태가 허용되는 것은 2013년도(설치 후 10년간)까지이다.

### 2. 학생이 부담하는 경비(입학금, 수업료 기타)와 학생에 대한 지원책

#### (1) 학비

당초에는 개설 4년째부터 법과대학원 단독으로 수지균형을 꾀할 수 있도록, 350명의 학생(미수자 한 학년 50명 $\times$ 3 = 150명, 기수자 한 학년 100명 $\times$ 2 = 200명, 합계 350명)을 기준으로 약 3억엔(300,000,000엔) 정도의 지출을 시산해서 학비를 설정했다. 2009년도에 대학 전체의 수지 전망을 고려해서, 아래와 같이 학비의 조정이 이루어졌다.

입학금 28만엔(280,000엔), 수업료 108만 9천엔(1,089,000엔), 교육충실비 14만 9천엔(149,000엔). 이것이 입학 첫 해(미수자, 기수자 모두)의 경비이다 (합계 151만 8천엔 : 1,518,000엔).

둘째 해부터는, 수업료는 146만 1천엔(1,461,000엔), 교육충실비가 15만 7천엔(157,000엔)으로 합계 161만 8천엔(1,618,000엔)이다. 다만, 정부로부터 보조금(법과대학원 지원경비)이 지급되기 때문에, 위의 금액에서 연간 1명당 약 30만엔(300,000엔) 정도 감액하고 있다.

그리고, 국립대학(정확하게는 독립행정법인이지만, 실질은 변함이 없다)의 학비는, 예를 들면 교토포대학에서는, 2008년도에 입학금은 28만 2천엔(282,000엔), 연간 수업료는 80만 4천엔(804,000엔)이다.

도오시사대학의 2009년도 입학생 중 타 학부 학생 및 대학원 연구과 입학생의 학비는, 문과계에 경우 아래와 같다.

학부생 1,107,400엔(입학금 280,000엔, 수업료 675,000엔, 교육충실비 149,000엔)  
대학원생 886,000엔(입학금 280,000엔, 수업료 497,000엔, 교육충실비 109,000엔)

## (2) 지원책

### ① 도오시사대학 법과대학원 장학금

성적우수자(1년차 학생은 입학시험 성적 상위자, 2년차 이상의 학생은 전년도 학업성적 상위자)에게 수업료 상당액 또는 그 2분의 1에 해당하는 장학금을 지급하고 있다(給費制). 1년차와 2년차 학생 중에는, 수업료 상당액이 각각 9명, 그 2분의 1 수급자가 각각 15명, 3년차 학생 중에는, 수업료 상당액이 3명, 그 2분의 1 수급자가 5명이다.

### ② 도오시사대학 법과대학원 대여장학금

희망자 전원에게, 무이자로 수업료 상당액 또는 그 2분의 1에 해당하는 금액을 대여하고 있다.

### ③ 그 외에 일본학생지원기구(구 일본육영회)의 대학원

제1종 장학금(무이자로 월 88,000엔), 제2종 장학금(유이자로 월 50,000엔 ~ 220,000엔)이 있으며, ①②와 병용할 수 있다.

## VIII. 향후의 과제

법과대학원제도는 일본의 법학교육에 있어서 획기적인 시도였다. 유감스럽게도 지금까지 법조양성을 목적으로 한 교육제도는 존재하지 않았다. 법학교육에 실무가가 관여하는 예는 거의 발견할 수 없었다. 실정법을 대상으로 하는 연구자의 연구와 실무는 서로 단절되어 있었다고 해도 과언이 아닐 것이다. 물론, 판례 연구는 활발하게 이루어졌지만, 학자와 실무가가 조직적으로 교류할 수 있는 방도는 없었다. 법과대학원에서 비로소, 학자와 실무가의 교육·연구면에서의 협력 체제가 확립되려고 하고 있다. 교육면에서는, 교원들이 그 모든 정력을 교육에 쏟을 정도로 충실한 교육체제가 확립되었고, 학생에게는 24시간 사용가능한 자습실이 갖추어져 수업의 연습·복습에 몰두할 수 있게 되었다. 종래의 수업풍경은 일변했다. 신사법시험의 논문식시험 출제 내용은, 법과대학원의 수업에 성실하게 전념한 학생이 순조롭게 합격할 수 있도록, 여러 가지로 궁리가 이루어지고 있다. 이상의 내용이 법과대학원제도의 도입에 의해 생겨난 적극적인 모습이다.

하지만 다른 한편으로 이미 단편적으로 이야기한 것과 같은 여러 가지 문제들이 있다. 교육면에서는, 미수자교육의 문제에 대해 모든 법과대학원이 골치를 썩이고 있다. 사전으로는, 애당초 제도설계상의 미스가 아닌가라는 생각조차 든다. 개개의 법과대학원이나 미수자 개인의 노력만으로는 어쩔 수 없는 문제라고 해도 좋다. 다음으로, 법과대학원 커리큘럼과 신사법시험 과목 사이의 관계도 문제이다. 시험과목이 실정법과목으로 좁혀지기 때문에, 그 이외의 과목의 이수 는 아무래도 허술해지는 측면이 있다는 것은 부정할 수 없다. 장래의 직업을 생각하면(변호사라도 결국은 전문영역에 특화된 변호사가 요구되게 될 것이다), 설령 사법시험과목이 아니라도 충분한 학습기회가 주어져야 하지만, 목전의 시험준비에 쫓겨서 만족할만한 학습을 하지 못하는 채로 끝나기 십상이다.

법과대학원의 수료 시기(3월)와 신사법시험의 시기(5월), 합격 발표의 시기(9월), 그리고 사법수습생으로서의 채용 시기(11월) 사이의 처우(무엇을 하고 지낼 것인지)도 문제이다. 불합격자(매년 증가한다)의 처우의 경우 한층 문제가 심각하다.

교원의 고유한 연구활동을 보장하는 문제(예를 들면, 몇 해 걸쳐 한번은 안식년을 두는 것 등)나 후계자 양성 문제, 법과대학원 교육과 대학 법학부 교육의 연계

문제 등, 이미 언급한 여러 문제에 대해서도 지속적인 검토가 요망된다.

이와 같은 다양한 문제를 안고 있지만, 앞으로도 법과대학원제도의 당초의 이념을 소중하게 간직하고 살려서 좋은 결실을 맺을 수 있도록 하는 것이 중요하다고 생각한다.

<토론문>

## 多元的 법학교육의 필요성

李時潤

(변호사, 전 헌법재판소 재판관·감사원장)

2009년 3월이면 진통을 거듭하던 법학전문대학원, 즉 Law School의 교육이 시작됩니다. 오늘의 이 Symposium의 주제 선택은 시의에 매우 적절하다고 하겠습니다. 분명한 것은 법률실무교육의 기본 틀이 대륙형에서 미국형으로 바뀐 것입니다. 미국식 Law School을 model로 하고 이의 수정형인 일본식 Law School을 참조하면서 출발하는 것입니다.

바람직한 법학전문대학원의 교육과정에서 문제될 현안과 과제가 어떠한 것인지 일본 오후다 교수를 비롯한 두 분의 기초강연, 다섯 분의 주제발표 그리고 네 분의 토론참가에서 나타났습니다. 부각된 논점이 이상적인 실무 교육모델에 큰 참고자료가 될 것임은 물론으로 이분들의 노고를 높이 평가합니다.

한국의 Law School 문제는 '갈수록 태산'이라는 말이 있습니다. 준령을 넘어서는데 오늘의 Symposium이 타산지석(他山之石)이 될 것이 틀림없습니다.

유기천 교수님은 일찍이 대학에서 법률실무교육을 담당하는 서울대학교 사법대학원을 설립하여 7년에 걸쳐 운영한 실적이 있었던 것으로, 비록 뒤에 폐쇄의 불운을 맞았지만 오늘날의 Law School이 그 연장이었던 것은 사실이며 여기에서 그의 선견지명을 새삼 확인하게 됩니다. 따라서 오늘의 이 Symposium의 개최는

유교수님의 업적을 기리는 특별한 의미가 있을 것입니다.

이제 사회자로서 오늘의 Symposium의 결과를 私見을 보태어 정리하여 보겠습니다.

첫째로, 법학전문대학원의 설치에 불구하고 기존의 사법연수원을 존치시켜 실무교육을 최종적으로 보완시키는 것입니다. 법학전문대학원에는 법학도와 비법학도가 혼재되어 있게 되며, 비법학도에게 3분의 1 이상 TO를 주게 되어 있습니다. 이들 때문에 법률실무교육에만 전념할 수 없는 상황이며 기초교육도 불가피하다 할 것입니다. 학생정원에 비하여 너무 많이 뽑은 교수들의 문제도 있다 하겠습니다. 그들 모두에게 교과목의 배정 때문에 '선택'이라 하지만 이수할 과목이 많아질 수 밖에 없어 졸업 후 곧바로 판·검사, 변호사로 활동하기에 충분한 실무능력의 집중 배양에 어려움이 있을 것입니다. 따라서 졸업 후 6개월 내지 1년 정도 사법연수원에서 집중실무교육의 보완장치가 바람직할 것입니다. 그것이 각 Law School마다 특성 있는 교육을 받은 졸업생에게 최종단계에 가서 사법연수원에서 균질적인 공통적인 실무교육을 받게 한다는 점에서도 좋을 것입니다.

둘째로 대학원 법학과는 존치되어야 합니다. 법학전문대학원은 중심이 어디까지나 법률실무교육인 것입니다. 여기에서 법학자와 법률실무가를 모두 교육시키는 것은 두 마리의 토끼를 동시에 잡기인 것으로 모두 실패로 끝날 수 있습니다. 법학자로서 심오한 법률이론의 교육은 대학원 법학과가 맡아 법학의 academism을 살려야 할 것입니다. 법학전문대학원이 생겨 법률교양과목이 퇴조되게 된다는 우려는 대학원 법학과를 존치하여 그의 몫으로 하면 깨끗이 불식시킬 수 있다고 하겠고 그것이 적절한 대안으로 생각됩니다.

셋째로 전문대학원을 두지 못한 대학교의 법학과는 존치되는 것으로 아는데, 그쪽에서 소외감을 갖고 개탄할 일만이 아니라고 봅니다. 법학교육이란 법률실무교육이 전부가 아니고 법률교양교육 내지 기초교육도 그 중요한 지분입니다. 법률의 기초과목교육에 사회적 수요가 있는 것이고, 특히 우리 같은 아시아적인 카리스마 지배의 전통사회에서 법치주의 나아가 합리주의를 뿌리내리는데 좋은 인프라가 될 것이 분명합니다. 이러한 견지에서 대학교의 법학과도 나름대로 큰 몫이 있는 것이므로 패배의식을 떨치고 전진해야 할 것입니다. 기존의 법학과에서 법률기초교육을 잘 받아 두는 것은 법학전문대학원에서 법률실무교육의 효율화에 결정적인 도움을 주는 것이므로 긍지를 가질 것입니다.

요컨대 최종적 법률사무는 기존의 사법연수원이, 법률이론교육은 기존의 대학원 법학과가, 법률기초교육은 남아있는 대학교 법학과가 각 분담하는 다원구조로 가면 법률실무교육치중의 법학전문대학원의 성공적인 정착이 가능할 것으로 전망하는 것입니다.

끝으로 내가 유기천 선생님을 모시고 서울대 사법대학원에서 몇 년간 교무·학생과장으로 종사한 일이 있습니다. 그때의 경험으로 보면, 종합대학교라는 큰 틀 안에서 사법대학원의 독자성과 특수성을 살리려는데 다른 단과대학, 타 대학원 그리고 대학교 본부가 냉담하고 비협조적이었다는 것입니다. 그것도 사법대학원이 종당에 실패로 돌아간 요인인지 모르겠습니다만, 종합대학교 안의 법학전문대학원은 다른 구성기관과의 협조적 분위기의 조성에 유념해야 할 것입니다.



# 象徴的 表現의 規制에 대한 審査基準

최 희 경

(이화여자대학교 법과대학 조교수)

## [초 록]

미국 연방헌법 수정 제1조는 표현의 자유를 규정하고 있으며, 이러한 표현의 자유 속에는 구두나 문자에 의한 표현 외에도 의사를 전달하는 행위도 포함된다. 하지만 의사를 전달하는 모든 행위가 헌법상 보호되는 표현에 해당하는 것은 아니므로, 어떠한 행위가 상징적 표현으로서 헌법상 보호를 받을 수 있는 지에 대한 검토가 중요한 의미를 가진다. 이에 본 논문은 주요 상징적 표현행위를 중심으로 의사표현의 수단으로서의 의미와 함께 이를 규제하는 입법에 대한 미연방대법원의 심사기준을 중심으로 그 적절한 보장수준을 검토해보고자 한다. 상징적 표현의 보호는 국민 개개인이 헌법이 보장하는 표현의 자유를 어느 정도 수준에 향유할 수 있는 가를 보여준다는 점에서 중요성을 가진다고 하겠다.

첫째, 다양한 상징적 표현 중에서 항의의 의사로 행해진 국기소각, 증오와 인종적 우월주의를 상징하는 십자가 소각, 에로틱한 메시지를 전달하는 누드댄싱(Nude Dancing) 등을 중심으로 이러한 의사전달적 행위가 헌법상 보호되는 상징적 표현에 해당하는지를 검토한다.

둘째, 특정한 행위가 의사 전달적인 것이어서 상징적 표현에 해당한다는 것만으로 일체의 정부규제가 금지되는 것은 아니다. 특정 행위가 상징적 표현에 해당한다고 하더라도, 정부가 이를 규제할만한 충분한 정당성을 가지는

지가 검토되어야 한다. 연방대법원은 *United States v. O'Brien* 사건에서 의사 전달적 행위에 대한 헌법상 보호를 평가하기 위한 심사기준을 제시하였는 바, 상징적 표현행위의 심사기준으로 제시된 *O'Brien* 사건의 심사기준의 구체적 내용을 살펴본다.

셋째, *O'Brien* 사건에서 제시된 심사기준을 중심으로 국기소각, 십자가소각, 누드 댄싱 각각의 상징적 표현에 대한 규제의 합헌성 여부를 살펴보고자 한다. 각 상징적 표현에 대해 적용된 연방대법원의 구체적 사법심사기준과 그 위헌여부에 대한 판단과 함께, *O'Brien* 심사기준의 적합성을 검토해 본다.

---

**주제어** : 상징적 표현, 표현의 자유, 국기소각, 누드 댄싱, 십자가 소각

## 【차 례】

I. 序說	1. 국기소각과 審査基準
II. 象徴的 表現의 保護와 O'Brien 判決의 審査基準	2. 누드 댄싱(nude dancing)과 審査基準
1. 象徴的 表現의 憲法上 保護	3. 十字架燒却과 審査基準
2. O'Brien 判決의 審査基準	VI. 맺음말
III. 象徴的 表現의 具體的 類型과 審査基準	

## I. 序說

미연방 수정헌법 제1조는 “합중국의회는 ... 언론 및 출판의 자유를 ... 제한하는 어떠한 법률도 제정할 수 없다”고 규정하고 있다. 수정헌법 제1조에 의해 표현의 자유가 보장됨에 따라 개인은 국가의 간섭없이 자신의 의견이나 견해를 불특정인에게 자유로이 표명할 수 있다. 그리고 국가가 특정사상을 선호하지 않는다는 이유만으로 개인의 표현을 규제하는 것은 금지된다. 그 동안 수정헌법 제1조를 둘러싸고 다양한 표현의 내용과 수단이 보호대상이 될 수 있는지 여부가 논의되어 왔으며, 특히 20세기 동안 상징적 표현의 보호문제는 수정헌법 제1조의 발전 속에서 중요한 논의 중 하나였다. 사람들은 흔히 언어 나 문자가 아닌 상징적 행위를 통하여서도 의사표현을 한다. 항의의 의사로 행해지는 국기소각, 검은 완장의 착용 등은 표현행위의 명백한 예이며, 이러한 의사전달적 표현행위에 대하여 수정헌법 제1조의 보호를 인정하지 않는 것은 메시지를 전달하는 효율적 수단의 중요 부분을 상실하는 것이다.

미 연방대법원도 오랫동안 수정헌법 제1조하에서 의사를 전달하는 표현행위를 일정 경우 보호하여 왔다. 예컨대 연방대법원은 1931년의 *Stromberg v. California* 판결<sup>1)</sup>에서 정부에 대한 반대의 징표, 그 상징으로서 붉은색기를 게양하지 못하도록 금지한 주법에 대해서 위헌이라고 결정했으며,<sup>2)</sup> 1943년 *Board of Educ. v.*

1) 283 U.S. 359 (1931).

2) 동 판결에서 미연방대법원은 처음으로 수정헌법 제1조의 이름으로 위헌을 선언했다. Anthony Lewis, *Freedom for the Thought That We Hate*, 2007, p. 39.

Barnett 사건<sup>3)</sup>에서는 학생에게 국기에 대한 경례를 강제하는 법을 무효화하였다. 법원은 주법상의 강제적 표현이 허용될 수 없다고 보았으며, 국기에 대해 경례를 하는 것이나 하지 않는 것 모두 표현의 형식임을 강조하였다. 또한 법원은 상징이 '원초적일지라도 의사를 전달하는 가장 효율적인 방식'<sup>4)</sup>임을 인정하였다.

이와 같이 비언어적 표현이 표현의 보호형태로서 승인된다는 법원의 일관된 입장에도 불구하고, 상징적 표현의 법리는 많은 논쟁을 불러 일으켰다. 특히 상징적 표현은 시대적 상황을 배경으로 하여 1960년대에는 베트남전에 반대하는 징집카드소각, 1980년대에는 정치적 항의수단으로서의 국기소각, 1990년대 이후 성적 메시지를 전달하는 누드 댄싱, 백인우월주의와 증오의 메시지를 전달하는 십자가 소각 등을 통하여 당시의 다양한 사회적 갈등을 표출하고 있다. 따라서 이러한 상징적 표현행위를 규제하려는 다양한 입법조치가 행해졌으며, 미연방대법원은 이 같은 규제의 위헌성 여부를 판단하면서 일반적 표현의 자유에 대한 심사기준을 기초로 하면서도 상징적 표현의 규제에 대한 사법심사기준을 제시하고자 하였다.

그렇지만 표현의 자유 속에 다양한 상징적 행위와 상징적 표현들이 포함되어 있을지라도, 미연방대법원은 다른 표현의 자유에 비하여 이를 수용하고 해석함에 있어서 체계적인 법논리를 발전시키고 있지는 못하고 있다. 이에 주요 상징적 표현행위를 중심으로 의사표현의 수단으로서의 의미와 함께 이를 규제하는 입법에 대한 미연방대법원의 심사기준을 중심으로 그 적절한 보장수준을 검토해보고자 한다. 상징적 표현의 보호는 국민 개개인이 헌법이 보장하는 표현의 자유를 어느 정도 수준에 향유할 수 있는 가를 보여준다는 점에서 중요성을 가진다고 하겠다.

## II. 象徴的 表現의 保護와 O'Brien 判決의 審査基準

### 1. 象徴的 表現의 憲法上 保護

3) 319 U.S. 624 (1943).

4) In West Virginia State Board of Education v. Barnett, 319 U.S. 624, 632 (1943). 동 판결을 집필한 잭슨 판사는 이러한 상징적 표현이 가지는 사상의 전달수단으로서의 특성을 강조하였다.

오늘날 표현은 언어나 문자를 통해서 뿐만 아니라 일정한 상징을 사용하거나 또는 상징적 행동을 통해서 나타나고 있는데 이러한 상징적 표현의 경우 그 헌법적 보호여부를 둘러싸고 논란이 있어 왔다.<sup>5)</sup> 물론 모든 종류의 행위가 메시지를 전달할 수 있다. 하지만 모든 종류의 의사전달 행위가 헌법상 표현의 자유로 보호되는 것은 아니기 때문에 어떤 상징적 표현행위가 수정헌법 제1조에 의해서 보호되어질 수 있는지, 또한 이에 대한 적절한 사법심사기준이 무엇인지에 대한 고려가 중요한 의미를 가지게 된다.

연방대법원은 *Spence v. Washington* 사건<sup>6)</sup>에서 언제 행위가 의사전달적인 것으로 간주될 수 있는지를 판단하였다. 동 사건에서 스펜스는 캄보디아 침공에 대한 반대시위를 단속하는 과정에서 켄트 주립대생 4명이 사망하게 되자, 평화를 상징하고자 성조기에 테이프를 둘렀으며 이로 인해 기소되었다. 연방대법원은 스펜스의 행위가 수정헌법 제1조에 의해서 보호되며, “분별없는 무정부주의자의 행위가 아니라 정부의 국내외정책에 대한 피고인의 분노를 표현”<sup>7)</sup>한 것이라고 결정하였다. 연방대법원은 동 행위가 의사전달적 요소라고 결론 내리면서 두 가지 요소를 강조하였다. 첫째는 특정한 메시지를 전달하려는 의도가 있어야 하며, 두 번째로 주변 상황 속에서 메시지가 이를 보는 사람에 의해서 이해될 수 있는 가능성이 커야 한다는 것이다.<sup>8)</sup>

이러한 기준 하에서 특정 행위가 수정헌법 제1조상 표현으로 분석되어질 수 있기 위해서는 첫째, 특정한 메시지를 전달하려는 의도가 있어야 하며, 둘째 메시지가 이를 받은 사람에게서 이해될 수 있는 실질적 가능성이 있어야만 한다. 이처럼 법원은 행위를 통해 사상을 표현하려는 자의 모든 행위가 표현행위로 인정될 수는 없다고 하더라도, 일정한 경우는 의사전달적 요소를 가지기에 충분하다고 보고 있는 것이다. 예컨대 미 연방대법원은 *Tinker v. Des Moines Independent Community School District* 사건<sup>9)</sup>에서 베트남전에 항의하여 검은 완장을 착용한

5) 우리나라 헌법학자들도 표현의 자유의 수단으로서 상징적 표현이 포함된다고 보고 있다. 예컨대 계획열, 『헌법학(중)』, 박영사, 2003, 339면; 김철수, 『헌법학』, 박영사, 2008, 964면; 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2008, 491면; 성낙인, 『헌법학』, 박영사, 2008, 512면; 허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2008, 543면.

6) 418 U.S. 405 (1974).

7) Id. at 410.

8) Id. at 410-411.

9) 393 U.S. 503 (1969). 1965년 12월 상소인인 아이오와 주 Des Moines시의 중고교생 3인이 월남전에 반대하는 의미에서 검은 완장을 두르고 등교하자 학교당국은 이들을 강제로 귀가시키고 완장을

것은 수정헌법 제1조에 의해 보호된다고 판시하였다. 즉 “...특정한 견해를 표현하기 위해서 검은 완장을 착용한 것은 수정헌법 제1조 내의 상징적 표현이며, 순수한 언론(pure speech)에 유사한 것이다”라고 보았다. Spence 판결의 심사기준을 적용할 때 검은 완장의 착용은 메시지를 전달하는 것이며, 그것을 보는 사람에게 베트남전에 항의하는 상징이라는 것이 이해될 수 있으므로 상징적 표현으로 보는 것에는 어려움이 없다. 이처럼 상징적 표현행위의 보호여부를 둘러싸고, 단순히 하나의 행위와 표현수단으로서의 상징적 표현행위를 어떻게 구별할 것인가. 또 이에 대하여 어떠한 사법심사기준을 적용하는 것이 적합한가의 문제가 논의되기 시작했다. 이에 대해서는 이후 살펴볼 O'Brien 판결에서 법원이 제시한 분석이 중요한 역할을 하였다.

## 2. O'Brien 判決의 審査基準

특정 행위가 의사 전달적인 것이어서 상징적 표현에 해당한다는 것만으로 일체의 정부규제가 금지되는 것은 아니다. 특정 행위가 상징적 표현에 해당한다고 하더라도, 정부가 이를 규제할만한 충분한 정당성을 가지는 지가 검토되어야 한다. 연방대법원은 *United States v. O'Brien* 사건<sup>10)</sup>에서 의사전달적 행위에 대한 헌법상 보호를 평가하기 위한 심사기준을 제시하였다. 동 사건에서는 베트남전에 대한 항의의 표시로 징집영장을 불태운 행위를 표현의 자유로서 인정할 것인가가 문제되었으며, 법원은 이를 수정헌법 제1조의 보호를 받는 상징적 표현으로 인정하였지만, 그에 대한 기소 자체는 정당하다고 결정하였다.

먼저 법원은 O'Brien 판결에서 사상을 전달하려는 의사를 가진 '무제한적인 다양한 행위'가 모두 표현에 해당한다는 주장은 받아들이지 않았다.<sup>11)</sup> 법원은 O'Brien의 행위가 표현으로 인정될 수 있지만 하나의 행위 속에 표현적 요소와 비표현적 요소가 혼합되어 있는 경우 “비언어적 요소를 규제할 정부의 중요한 이익은 수정헌법 제1조의 자유에 대한 부수적 제한을 정당화시킬 수 있다”고 판시

때지 않는 한 등교할 수 없다고 금지하였다. 이에 Tinker 등은 연방지방법원에 제소하였으나, 동 법원은 이러한 학교당국의 조치가 교내의 질서유지를 위한 합리적인 것이라고 판시하였고, 제8항 소법원 역시 원심을 지지하였다. 그러나 연방대법원은 7대2의 판결로써 원심을 파기하였다.

10) 391 U.S. 367 (1968).

11) Id. at 376.

했다. 또한 O'Brien 판결에서 정부의 이익이 상징적 표현에 대한 제한을 정당화할 수 있는지를 판단하기 위해 '4부문 심사'를 제시했다. 즉 연방대법원은 "다음의 경우 정부의 규제가 허용되어질 수 있다. 동 규제는 (1) 정부의 헌법상 권한 내에 있어야 하며, (2) 중요하거나 실질적인 정부의 이익을 증진하기 위한 것이어야 하며, (3) 정부의 이익이 자유로운 표현을 억압하기 위한 것이 아니어야 하며, (4) 수정헌법 제1조의 자유에 대한 부수적인 제한이 정부이익을 증진시키기에 필수적이어야 한다"<sup>12)</sup>고 이를 구체화하였다.

연방대법원은 O'Brien의 행위를 규제하는 법이 표현의 자유를 직접 규제하기 보다는 그 부수적인 효과에 의한 것이라고 보았으며, 이러한 경우 통상적으로 표현의 자유의 규제에 대해 적용되는 엄격심사기준이 아닌 보다 완화된 심사기준이 적용되어야 한다고 결정했다. 연방대법원은 이러한 기준을 적용하여 정부는 군대를 유지할 권한을 가지고 관련 법률을 제정할 수 있다는 것과 징집카드는 선발적 병역제도의 효율적 운영을 위해 중요하고 실질적 이익을 위한 것임을 인정한 후, 이와 같이 징집제도를 정상적으로 운영할 이익은 표현의 자유의 억압과는 무관하며, 이러한 이익을 옹호하기 위해서는 징집카드의 손괴와 소각을 금지하는 것 외에는 다른 대체수단이 없다는 점을 인정하였다. 따라서 징집카드를 불태우는 것을 금지한 정부조치는 헌법상 허용된다고 판단하였다.

이처럼 정부는 중요한 이익이 메시지의 억압과 관련이 없으며, 의사전달에 대한 효과가 정부목적 달성을 위해 필요 이상을 넘지 않는다면 상징적 표현을 규제할 수 있다. 이와 같이 표현의 자유에 대한 억압과 관련이 있는지 없는지에 대한 구별은 O'Brien 사건에서 처음으로 고안된 것으로서 표현을 제한하려는 법과 단지 표현에 대해 부수적 효과를 가진 법을 구별하려는 노력이 반영된 것이다. 그리고 이러한 구별의 전제는 수정헌법 제1조의 관점에서 볼 때 전자가 후자보다 문제가 있다는 것이다. 이러한 심사기준은 중간심사기준과 완전히 동일하지는 않지만 상당히 유사하다. 동시에 이 사건은 내용중립적 규제의 기준과 요건을 정한 판결로서 중요한 의미를 갖는다. 종래 표현의 경우 내용에 근거한 규제와 내용중립적 규제로 구별되었으며, 내용에 근거한 규제는 그 전달하려는 메시지 때문에 표현을 제한하는 것인데 반해서 내용중립적 규제란 전달하려는 메시지의 내용과

---

12) Id. at 377.

관계없이 표현을 제한하는 것이다. 그리고 내용에 근거한 표현에 대한 규제에 대해서는 엄격심사기준이 적용되는 것과 달리 내용중립적 규제에 대해서는 좀 더 완화된 심사기준이 적용되어 왔다.

O'Brien 사건의 심사기준은 이후 상징적 표현에 대한 규제의 위헌성 여부를 판단함에 있어서 기본적인 역할을 하였지만, 상징적 표현과 특정행위를 구체적으로 어떻게 구별한 것인가<sup>13)</sup> 그리고 과연 상징적 표현에 대한 일관성 있는 심사기준으로 기능하고 있는 지에 대해서는 다양한 비판<sup>14)</sup>이 행해졌다. 따라서 중요한 개별적 상징적 표현을 중심으로 각각의 규제에 대한 연방대법원의 심사기준을 고찰해 봄으로써 상징적 표현에 대한 심사기준을 평가하고, O'Brien 사건의 심사기준의 상징적 표현의 심사기준으로서의 적합성을 살펴볼 필요가 있다.

### Ⅲ. 象徴的 表現의 具體的 類型과 審査基準

#### 1. 國기소각과 審査基準

##### (1) 象徴的 表現으로서 國旗燒却

모든 국가는 고유의 정치적 상징물을 가지며, 특히 국기는 국가를 식별하게 할 수 있는 징표로서의 역할을 함으로써 정치적 상징으로 기능한다.<sup>15)</sup> 미국의 경우 1980년대 후반 들어서면서 국기오욕행위 중에서 국기소각을 통해서 국가정책에 대한 반대나 항의의 의사를 표현하려는 행위가 수정헌법 제1조의 보호대상이 되

13) Joshua Waldman, "Symbolic Speech and Social Meaning," 97 Colum. L. Rev. 1844, 1844 (1997); James M. McGoldrick, Jr., "United States v. O'Brien Revisited: of Burning Things, Waving Things, and G. Strings," 36 U. Mem. L. Rev. 903 (2006) 참조.

14) Alfgang, "Free Speech and Symbolic Conduct: The Draft-Card Burnig Case," 1968 Sup. Ct. Rev. 1. (법정의견의 명백한 지나친 단순성에도 불구하고 결론은 옹호될 수 있다고 보았다). 비판에 대하여는 예컨대 Velvel, "Freedom of Speech and the Draft Card Burning Cases," 16 U. Kan. L. Rev. 149 (1968); Nimmer, "The Meaning of Symbolic Speech Under the First Amendment," 21 UCLA L. Rev. 29 (1973). Note, "First Amendment Protection of Ambiguous Conduct," 84 Colum. L. Rev. 467 (1984) 참조.

15) Ute Krudewagen, "Political Symbols in Two Constitutional Orders: The Flag Desecration Decisions of the United States Supreme Court and the German Federal Constitutional Court," 19 Ariz. J. Int'l & Comp. L. 679, 682 (2002).

는 지가 본격적으로 논의되기 시작하였다. 미연방대법원은 두 차례의 판결에서 항의의 의사를 전달하고자 하는 국기소각행위가 가지는 표현으로서의 헌법적 의미와 보호수준을 결정하였다. 즉 Texas v. Johnson 판결<sup>16)</sup>과 United States v. Eichman 판결<sup>17)</sup>에서 국기소각행위를 상징적 표현으로 인정하였으며 국기소각행위의 규제는 수정헌법 제1조를 침해하는 것이라고 결정하였다.

구체적으로 Johnson 사건 및 Eichman 사건에서 국기소각행위는 단순한 행위 자체로서의 의미보다는 정치적 항거의 수단으로 사용되었다. 예컨대 전자의 경우 국기소각은 미국의 대외정책과 국가주의에 대한 반대를 표현하는 강력한 상징이었으며, 당시의 상황으로 보아 존슨이 전달하려는 메시지의 일반적인 취지는 주변의 제3자에게 이해되어질 수 있었다. 물론 이러한 국기소각행위에 대해서 특정 사상의 표현이 아니라 평화를 교란하는 선동적 효과에 불과하다고 보거나<sup>18)</sup> 국기소각에 대한 규제가 동의하지 않는 ‘사상’에 대한 것이 아니라 오히려 중요한 국가의 자산가치를 훼손하면서도 동의하지 않는 ‘행위’에 대한 것이라고 보는 견해<sup>19)</sup>도 있다. 하지만 국기소각이 저항의 의사를 전달하기 위해서 행해진 것이며, 이러한 의미가 제3자에게 이해될 수 있는 것이라면 이는 상징적 표현으로서 그 표현적 가치를 가지는 것이다. 그렇다면 문제는 그러한 상징적 표현으로서의 국기소각에 대해서 어떠한 심사기준이 적용되고, 국기소각을 규제하려는 주법이 헌법상 허용되는지 여부에 대한 구체적 판단이 무엇인가 하는 것이다.

## (2) 國旗燒却規制에 대한 審査基準

연방대법원은 상징적 표현으로서 국기소각이 문제된 Texas v. Johnson 판결과 United States v. Eichman 판결에서, 국기소각을 규제하는 법은 표현을 억압하기 위한 것이므로 O'Brien 심사기준은 적용될 수 없으며 엄격심사기준이 적용되어야 한다고 보았다.

16) 491 U.S. 397 (1989). 1984년 8월 그레고리 존슨(Gregory Johnson)이 정부와 공화당의 정책에 대한 항의의 표시로서 국기를 불태우는 사건이 발생했다. 당시 존슨은 ‘공경되어야 할 대상에 대한 오욕행위(Desecration of Venerated Object)’를 처벌하는 텍사스주 형법 위반을 이유로 기소되었으며, 연방지방법원은 존슨에게 징역 1년 및 벌금 2,000불의 유죄를 선고하였다. 이와 달리 연방항소법원은 존슨의 행위를 수정헌법 제1조에 의해 보호되는 상징적 표현행위라고 보아서, 위 1심 판결을 파기했으며, 이에 대한 상고심은 1989년 9월 연방대법원에서 결정되었다.

17) 496 U.S. 310 (1990).

18) Id. at 432. 렌퀴스트 대법원장의 반대이견 참조.

19) Id. at 438. 스티븐슨 대법관의 의견 참조.

먼저 *Texas v. Johnson* 판결에서 범정의견을 개진한 브레넌 판사는 텍사스주법은 저항이나 반대를 전달하기 위해 국기를 사용하는 것으로부터 국기를 보호하려는 것이므로 이는 메시지를 억압하기 위한 것이라고 보았다. 즉 브레넌 판사는 *O'Brien* 사건과 달리 정부의 이익이 메시지의 억압과 관계되어 있다는 것을 강조하면서, 텍사스주가 표현에 대한 억압을 정당화할 수 있는 필요불가피한 이익(compelling interest)을 가졌는지를 검토하였다.<sup>20)</sup> 텍사스주는 질서교란을 방지할 이익<sup>21)</sup>과 국가적 통합의 상징으로서 국기를 보전할 이익을 주장하였으나, 이러한 주장은 엄격심사기준을 통과하지 못하였다. 먼저 질서교란을 방지할 이익의 경우 존슨의 행위가 실제로 질서를 위협했는지는 명확하지 않으며, 또한 추가 제시한 증거라고는 국기소각으로 인한 심한 모욕감을 느꼈다는 몇몇 사람의 증언뿐<sup>22)</sup>이었다. 따라서 질서교란을 방지할 주의 이익은 존슨에 대한 기소를 정당화시키지 못한다고 판단되었다. 그 다음으로 국민과 국가적 통합의 상징으로서 국기를 보전할 이익의 경우, 브레넌 판사는 존슨이 국가정책에 대한 불만이라는 표현을 이유로 기소<sup>23)</sup>되었음을 강조하면서, 단순히 국기가 더럽혀지거나 손상되어 조각된 경우는 텍사스주법 하에서 국기모독을 이유로 기소되지 않는 점을 강조하였다. 즉 연방법상 국기가 더 이상 게양하기에 적합하지 않은 경우에는 이를 소각하는 것이 바람직한 방법이므로 텍사스 주는 이를 문제 삼지 않았을 것이다.<sup>24)</sup> 결국 존슨이 기소된 이유는 그가 국기를 소각한 이유, 즉 국기소각을 통해 표현하려고 했던 정치적 의미 때문이라고 결론을 내렸다.

렌퀴스트 대법원장은 반대의견<sup>25)</sup>을 통해서 국가의 상징으로서 국기의 중요성을 강조했으며,<sup>26)</sup> 국기소각이 특정 사상을 개진하는데 있어서 본질적 부분은 아니라는 점을 주장했다. 존슨에게는 다른 상징을 사용하거나 구두로 국가정책을 반대할 기타의 표현방식이 여전히 인정될 수 있다는 점, 존슨이 처벌받은 것은 특정한 상징에 대해서 그가 사용한 방법 때문이지 전달하려는 사상 때문인 것은 아니라는 점을 강조했다.<sup>27)</sup> 한편 스티븐슨 판사도 별도의 반대의견을 통해서 전

20) 491 U.S. at 412.

21) *Id.* at 407.

22) *Id.* at 408.

23) *Id.* at 411.

24) *Id.*

25) 렌퀴스트 대법원장의 반대의견에는 화이트 판사와 오코너 판사가 참가했다.

26) 491 U.S. at 429.

달하려는 메시지의 내용은 이 사건과 아무런 관련이 없으며, 존슨은 정부 정책에 대한 불만을 표시하고자 선택한 방법 때문에 기소되었을 뿐이라고 보았다.<sup>28)</sup>

Johnson 판결에 대해서 대다수의 학자들은 수정헌법 제1조의 확립된 법원리에 따른 적절한 판단이라고 평가하였다.<sup>29)</sup> 그럼에도 불구하고 당시 조지 부시 대통령은 존슨 판결을 번복하기 위한 헌법개정을 제안했고, 의회는 이를 회피하기 위해서 1989년 국기보호법<sup>30)</sup>을 제정하였다. 동 법은 “고의로 미합중국 국기를 절단·오손하거나 또는 물리적으로 손상·소각하거나 마루나 땅바닥에 놓거나 짓밟는 자에게는 자유형 또는 벌금형으로 처벌하거나 양자가 병과된다”고 규정하였다. 이러한 새 국기보호법에 대해서도 이를 표현의 자유에 대한 침해로 보는 측에서는 즉각적인 항의<sup>31)</sup>를 제기했으며, 동 법은 다시 연방대법원에서 위헌성여부가 다투어졌다. *United States v. Eichman* 判決<sup>32)</sup>에서 연방대법원은 동 법 역시 위헌이라고 판단하였다. 브레넌 판사는 법정의견에서 연방의회가 제정한 1989년의 국기보호법은 Johnson 사건의 텍사스 주법보다는 다소 광범위한 용어를 사용하고 있지만 기본적으로 동일한 결함을 가진다고 보았다. 즉 의사전달적인 효과 때문에 표현을 억압하고 있다는 것이다.<sup>33)</sup> 브레넌 판사는 *Eichman* 판결에서도 국기의 상징적 가치를 보호하려는 주의 이익은 직접적으로 표현에 대한 억압과 관련되어 있으므로, *O'Brien* 사건의 완화된 심사기준이 아니라 엄격한 심사기준이 적합하다고 보았으며, 결과적으로 정부측 이익은 수정헌법 제1조상의 권리에 대한 침해를 정당화시키지 못한다고 결정했다. 뿐만 아니라 정부가 국가의 상징을 지정하고 이를 존중하도록 할 수 있지만, 1989년 국기보호법은 표현의 전달적

27) *Id.*

28) *Id.* at 438.

29) 예컨대 Kent Greenwalt, *O'er the Land of th Free: Flag Burning as Speech*, 37 *UCLA L. REV.* 925, 927(1990); Sheldon H. Nahmod, *The Sacred Flag and the First Amendment*, 66 *Ind. L.J.* 511, 522(1991); Geoffrey R. Stone, *Flag Burning and the Constitution*, 75 *Iowa L. Rev.* 111, at 111-116(1989).

30) *Flag Protection Act of 1989*, 103 Stat. 777, 18 U.S.C.A §700 (Supp. 1990).

31) 새로운 국기보호법이 제정된 후, 동 법 시행일인 1989년 10월 28일을 기하여 시애틀에서는 시위자들이 우체국 건물 앞에 게양된 국기를 불태웠다. 다른 시위대는 워싱턴시의 의회건물 계단에서 새로운 법을 무시하기 위해 국기를 불태웠다. 이들은 애국심과 국기에 대한 존경을 강요하는 신법에 항의하기 위해 국기를 불태운다고 주장하는 것 외에도 점증하는 인종차별, 여성의 권리에 대한 폭거, 강제적이고 압제적인 도덕적 규범의 요청, 타국에 대한 개입과 국민에 대한 탄압의 증가에 반대한다고 국기소각행위에 대한 정치적 입장을 밝혔다.

32) 496 U.S. 310 (1990).

33) *Id.* at 317.

효과를 이유로 국기소각을 형사법적으로 금지하기 때문에 그 허용된 범주를 넘어선 것이라고 보았다.<sup>34)</sup> 이와 같이 법원은 텍사스주 국기오욕법과 함께 새로운 연방의 국기보호법 역시 표현에 대한 규제이며, 저항의 의사를 표현하려는 것을 금지시키는 것이므로 내용에 근거한 규제로서 표현을 억압한다고 판단했다. 이에 대하여 스티븐스 판사는 반대의견을 통해서 연방정부는 미국국기의 상징적 가치의 보호라는 합법적 이익을 가진다고 주장했다.<sup>35)</sup> 그리하여 스티븐 판사는 정부는 국기소각자가 전달하는 표현의 특정내용에 상관없이 국기의 상징적 가치를 보호해야만 하며, 이러한 사안에서의 기소는 피고인의 항거 목적에 달려 있지 않다고 결론을 내렸다.<sup>36)</sup>

이와 같이 법원은 텍사스주 국기오욕법과 함께 새로운 연방의 국기보호법 역시 표현에 대한 규제이며, 저항의 의사를 표현하고자 하는 것을 금지시키는 것이므로 내용에 근거한 규제로서 메시지를 억압하는 것이라고 판단했다. 국기를 소각하는 것은 독특한 저항과 항의의 표현 형태이며, 의사전달적 효과는 강력한 것이다. 국기소각에 대해서 정부는 이를 금지하는 법을 통해서 국기를 애국심을 전달하고 국가권위를 상징하는 것으로 보전하려고 했으며, 이에 대한 항거나 저항의 상징으로서의 입장은 수용하지 않고 있다. 따라서 이처럼 표현의 내용을 억압하는 규제는 O'Brien 판결에서의 완화된 심사기준이 아니라 엄격심사기준이 적용되어야 하며, 동 기준을 충족시킬 수 있는 경우에만 정당화되어질 수 있다, 그러나 국기소각과 관련해서 이러한 사법심사기준을 적용할 국기를 추가 주장한 치안교란의 방지라는 이익이나 국가통합의 상징인 국기를 보존하기 위한 이익은 이러한 규제를 정당화할 수 없다. 특히 국가통합의 상징으로서 국기를 보존하기 위해서 국기에 대한 오욕을 금지시켜야 한다는 정부의 주장은 국기소각이 그러한 상징으로서 기여하는 국기의 기능을 훼손시킨다는 것을 전제로 하고 있다. 그러나 그러한 증거는 존재하지 않는다. 중요한 상징적 가치에 대한 반대자들의 저항적 표현이나 태도가 상징의 가치 그 자체를 손상시킬 수는 없는 것이며, 사실 국기소각이 강력한 대응에 직면하면 할수록 상징으로서 국기의 의미는 강화되어진다. 이처럼 국기소각을 통한 저항적 비판조차 관용하는 것이 표현의 자유를 충실

---

34) Id.

35) Id. at 319.

36) Id. at 322.

히 보장하는 것이라는 점을 고려할 때 국기소각에 대한 규제를 위헌으로 판단한 미연방대법원의 판결은 국기소각의 상징적 표현으로서의 가치와 의미를 인정함으로써 표현의 자유의 중요성을 확인한 것이라 하겠다.

## 2. 누드 댄싱(nude dancing)과 審査基準

### (1) 象徴的 表現으로서 누드 댄싱

댄스는 표현으로서 헌법상의 보호를 받는다. 그리고 누드 댄싱의 경우에도 댄스의 표현적 구성부분일 수 있음이 강조되며, 전달하는 에로틱한 메시지는 가치 있는 것이므로 도덕, 예술, 댄서의 주관적 의도에 근거하여 다른 표현에 비하여 상대적으로 적은 헌법상의 보호를 제공하려는 것은 정당화되지 않는다는 견해<sup>37)</sup>도 제시되고 있다. 하지만 누드 댄싱이 전달하는 에로틱한 메시지를 헌법상 보호되는 표현으로 볼 수 있는지, 댄스를 통한 메시지의 전달이나 춤과 관련하여 누드가 필수적인 것인지에 대해서 이의를 제기하는 견해들도 있다. 미 연방대법원은 누드 댄싱을 결코 음란물로 본 적은 없었으며, 누드 댄싱이 문제된 일련이 사건에서 누드 댄싱이 행해진 상황을 고려하여 표현으로서의 보호여부를 결정하였다. 즉 법원은 누드 댄싱의 보호여부가 처음으로 문제된 *California v. LaRue* 판결<sup>38)</sup>에서, 정부의 규제를 지지하였다. 법원은 주(州)는 수정헌법 제21조 하에서 주류 판매를 허가한 시설에서의 라이브 공연을 규제할 권한이 있다고 보았으며, 또한 간접적으로 공연의 어떤 부분은 수정헌법 제1조의 보호를 받는다고 판단했다.<sup>39)</sup> 그리고 누드 실연이 포함된 뮤지컬 *Hair*의 공연금지가 문제된 *Southeastern Promotions, Ltd. v. Conrad* 판결<sup>40)</sup>에서는 뮤지컬공연 등 극장에서의 공연 중 누드는 수정헌법 제1조의 보호를 받는다고 판단했다. 그렇지만 1981년의 *Shad v. Borough of Mt. Ephriam*, 사건<sup>41)</sup>에서는 모든 라이브 시설을 금지하는 조례는 콘서트, 연극, 라디오 시설의 모든 형태를 금지할 수 있으므로 지나치게 광범위하여

37) Kevin Case, "Lewd and Immoral": Nude Dancing, Sexual Expression, and the First Amendment," 81 Chi.-Kent L. Rev. 1185, 1186 (2006).

38) 409 U.S. 109 (1972).

39) Id. at 118.

40) 420 U.S. 546 (1975).

41) 452 U.S. 61 (1981).

위헌이라고 판단했으며, 누드 댄싱이 수정헌법 제1조의 보호를 받는다고 판시했다.<sup>42)</sup> 이것은 상황에 근거한 구별을 기준으로 삼던 이전의 판례태도와는 다소 상이한 태도라고 하겠다.

하지만 법원이 직접적으로 누드 댄싱이 수정헌법 제1조의 보호를 받는 상징적 표현에 해당하는지를 판단한 것은 *Barnes v. Glen Theatre, Inc* 판결<sup>43)</sup>이었다. 법원은 누드 댄싱이 수정헌법 제1조의 경계에 있거나 단지 주변적인 범위 내의 것 일지라도 표현에 해당한다고 보았으며,<sup>44)</sup> 이후 *City of Erie v. PAP's AM* 사건<sup>45)</sup>에서도 누드 댄싱이 가지는 의사전달적 효과를 인정하였다. 하지만 법원은 왜 누드 행위가 수정헌법 제1조상 주변적 보호를 받을 수밖에 없는지에 대한 설명은 하고 있지 않다. 그렇지만 상징적 표현행위로서의 의사전달적 효과는 인정하고 있다고 하겠다. 즉 *Barnes* 판결과 *Erie* 판결의 상이한 의견에도 불구하고, 다수는 누드 댄싱이 수정헌법 제1조의 어느 정도의 보호를 받는 표현행위라는 것에 동의하였는데 *Barnes* 판결에서는 8인의 판사, *Erie* 판결에서는 7인의 판사가 그러하였다. 특히 *Barnes* 판결에서 화이트 판사는 댄서의 누드는 누드 댄싱 공연을 통해 호소되는 감정과 사고의 통합적 부분이라는 점과 댄스의 표현적 구성부분임을 강조하였다.

## (2) 누드 댄싱 規制에 대한 審査基準

연방대법원은 누드 댄싱이 수정헌법 제1조에 의해 보호되는 표현행위라는 점은 인정했으나, 이를 제한하는 규제에 대해서 합헌이라고 판단했다. 법원은 *Barnes v. Glen Theatre, Inc* 사건<sup>46)</sup>과 *City of Erie v. PAP's AM* 사건<sup>47)</sup>에서 상징적 표현으로서의 누드 댄싱에 대한 규제의 위헌여부를 판단했으며, 두 판결 모두 다수의견은 없었으며 복수의견은 다른 논거에 의존하였다. 특히 앞서 보았듯이 국기소각이 문제된 *Texas v. Johnson* 판결과 *United States v. Eichman* 판결에서 법원은 표현에 대한 규제가 직접 메시지와 관련되어 있다고 결론 내렸기 때문

42) *Id.* at 66.

43) 501 U.S. 560 (1991).

44) *Id.* at 566.

45) 529 U.S. 277 (2000).

46) 501 U.S. 560 (1991).

47) 529 U.S. 277 (2000).

에 O'Brien 심사기준을 적용하지 않았다. 그렇지만 Barnes 판결과 Erie 판결의 복수의견은 O'Brien 심사기준을 적용했으며, 누드 댄싱에 대한 주의 규제가 정당하다고 판단했다.

먼저 Barnes 사건은 누드 댄싱을 금지하기 위해서 공개적인 누드 행위를 금지하는 인디애나 주법의 합헌성 여부와 관련되어 있다. 렌퀴스트 대법원장의 복수의견은 누드 댄싱이 표현행위로서 최소한의 어떠한 보호를 받을 가치는 있다고 보았음에도 불구하고, 공적 누드행위를 금지하는 주법의 정당성을 지지하였다.<sup>48)</sup> 우선 인디애나주의 경우 선택적으로 누드 댄싱만을 규제하지 않고 일반적으로 공적 누드를 금지하고 있으므로 이는 표현적 행위에 대한 부수적 제한에 불과하다고 보았다. 따라서 상징적 표현에 대한 규제를 판단하기 위한 O'Brien 판결의 심사기준을 적용하였으며, 주법 상의 규제에 대해서 주의 헌법상 권한 내의 것이며, 나아가 주 법이 질서와 도덕을 보호하려는 정부의 실질적인 이익을 증진시킨다고 판단했다.<sup>49)</sup> 인디애나주법은 도덕과 공공질서를 보호하기 위한 것이며, 공적 누드에 대한 도덕적 불승인을 반영하는 것으로서 도덕을 보호하려는 주의 이익은 전통적인 경찰권한 내의 것이라고 본 것이다.<sup>50)</sup> 또한 도덕과 누드의 불승인에 대한 인디애나주의 이익을 강조함으로써 세 번째 기준에서 요구하는 바와 같이 주법이 자유로운 표현의 억압과 관련이 없다고 판단했다.<sup>51)</sup> 렌퀴스트 대법원장은 인디애나주법은 일반적으로 공적 누드를 금지하는 것이며 누드댄싱에 의해 전달되는 특별한 성적 메시지를 의도한 것은 아니라고 결론 지었다.<sup>52)</sup> 그리고 댄서의 경우 의상과 상관없이 여전히 메시지를 전달할 수 있기 때문에 의사전달적 효과가 주의 이익의 필요성보다 크지 않다는 점을 강조하였다.

스칼리아 판사는 인디애나 주법을 지지했으나 이는 동법이 O'Brien사건의 심사기준을 통과했기 때문은 아니었다. 그는 법이 표현이 아니라 단순히 행위를 규제하는 것이므로 수정헌법 제1조의 심사기준이 적용되지 않는다고 보았다.<sup>53)</sup> 스칼리아 판사는 합리성 심사기준을 적용하였으며 누드에 대한 도덕적 반대에 의해

---

48) Id. at 572.

49) Id. at 567.

50) Id. at 569.

51) Id. at 568-569.

52) Id. at 570-571.

53) Id. at 572.

서 이러한 기준이 충족된다고 보았다. 한편 사우터 판사는 동조의견에서 누드 댄싱이 어느 정도 수정헌법 제1조의 보호를 받을 만하다는 것에 동의하였다. 그는 복수의견과 같이 O'Brien 심사기준을 적용하였지만, 공공도덕의 보호라는 정부의 이익과 달리 성인오락시설의 부차적 효과의 방지를 강조하였다. 그는 매춘, 성폭력, 다른 범죄행위를 방지하기 위한 주의 이익이 O'Brien의 기준 하에서 충족된다고 보았다.<sup>54)</sup> 즉 관련법의 목적이 성적표현의 억압이 아니라 범죄에 관련된 부차적 효과를 통제하기 위한 것으로서, 이러한 목적은 내용중립적 규제를 위한 적절한 기준 하에서 충분히 지지될 수 있다고 보았다.

그렇지만 화이트 판사는 브레넌, 마샬, 블랙먼 판사가 참여한 반대의견에서, 누드 댄싱을 금지하는 것은 메시지를 억압하는 것임을 강조하였다. 화이트 판사는 “댄서의 누드는 누드 댄싱 공연이 호소하고자 하는 감정과 사고의 통합적 부분이다. 충분한 의상을 입거나 부분적으로 의상을 걸치는 것은 댄서에게 누드댄서의 춤과는 상당히 다른 효과를 줄 수 있다. 누드 그 자체는 댄스의 표현적 구성부분이며 단순히 부차적 ‘행위’가 아니다”라고 보았다. 이처럼 반대의견은 누드 댄싱이 댄서들에 의한 메시지의 전달을 의미하므로 수정 제1조의 보호를 받는 표현행위라고 보았다. 즉 누드 댄싱의 금지는 바로 메시지의 내용을 전제로 하며, 따라서 이 사건에서는 O'Brien 기준이 아니라 엄격심사기준이 적용되어야 하며 이에 의할 경우 동 법률은 무효가 되어야 한다고 주장하였다.<sup>55)</sup>

다수의견은 메시지의 억압과 관련없이 누드 댄싱을 금지할 수 있는 목적을 제대로 설명하고 있지 못한 점에서 O'Brien 심사기준을 적용한 것에는 어려움이 있다. 주의 정당화는 순전히 도덕적인 것으로서 메시지 및 표현의 수단이 부도덕하다고 판단한 것이다. 더욱이 댄서가 빈약한 옷을 걸치고 춤을 계속할 수 있다는 법원의 판단은 누드 댄싱이 최소한의 옷을 입은 것과는 다른 방식으로 독특한 의사전달방법이라는 원고의 주장을 간과한 것이라 하겠다.

이와 같이 Barnes 판결에서 상이한 심사기준이 적용됨에 따라 상징적 표현에 대한 법원의 일관성없는 태도에 대해서 비판<sup>56)</sup>이 제기되고 있다. 즉 복수의견과 동조의견, 반대의견 모두 누드 댄싱의 규제에 대하여 다른 심사기준을 적용하였

54) Id. at 583.

55) Id. at 593.

56) 예컨대 James M. McGoldrick, Jr., "United States v. O'Brien Revisited: of Burning Things, Waving Things, and G. Strings," 36 U. Mem. L. Rev. 903, 912 (2006) 참조.

다. 렌퀴스트 대법원장의 복수의견은 표현이 관련되어 있지만 메시지의 억압과 관련이 없다고 보아 O'Brien의 중간심사기준을 적용한 것에 반해서, 스칼리아 판사는 동조의견에서 표현이 관계되지 않았다고 보아 합리성심사기준을 적용하였다. 또한 화이트 판사의 반대의견은 내용에 근거한 규제라고 보았으며 엄격심사기준을 적용하였다. 이와 같이 누드 댄싱의 규제에 대한 상이한 심사기준에 관한 차이는 복수의견이 비록 O'Brien 심사기준을 적용해서 주의 규제를 정당하다고 판단했는지라도 O'Brien 심사기준의 상징적 표현에 대한 심사기준으로서의 적합성에 대한 비판을 완전히 없애지는 못하고 있다.

연방대법원은 9년후 City of Erie v. PAP's AM 사건<sup>57)</sup>에서도 다른 근거에 의한 것이지만 누드댄싱을 금지하는 지방정부의 권한을 재확인하였다. 펜실베이니아주 에리시는 공적 누드를 금지시키는 조례를 채택하였다. 조례제정의 목적은 캔디랜드와 같은 성인오락시설물에서의 누드 댄싱을 금지시키려는 것이었다.

연방대법원은 6대 3으로 동 조례를 지지했으나, 다수의견은 없었다. 오코너 판사는 복수의견에서 누드 댄싱이 의사를 전달하는 행위임을 인정하였지만, 정부가 그 지역에서 범죄와 같은 바람직하지 않은 누드댄싱의 부차적인 효과를 방지하기 위해서 누드 댄싱을 금지할 수 있다고 하였다.<sup>58)</sup> 오코너 판사는 캔디랜드와 같은 성인오락시설로 인해 나타나는 부정적인 부차적 효과를 제거하려는 에리시측의 이익이 누드 댄싱의 에로틱한 메시지에 대한 억압과 관련이 없다고 결론 내렸다.<sup>59)</sup> 오코너 판사는 조례를 내용중립적인 것으로 본 후, 다시 O'Brien 심사기준을 적용하였으며 두 번째 심사기준을 강조하였다. 공적누드행위의 금지 및 누드 댄싱과 관련된 해로운 부차적 효과의 제거를 위해 누드행위를 규제하려는 주의 이익은 부인할 수 없는 중요한 것이라고 판단했다.

하지만 스티븐 판사와 사우터 판사의 반대의견은 누드 댄싱이 범죄를 증가시키거나 바람직하지 않은 부차적인 효과를 야기한다는 것에 대한 어떠한 것도 입증되지 않았음을 강조하였다. 사우터 판사는 O'Brien 심사기준이 적용되어야 한다고 보았으며, Barnes 판결에서는 그러한 증거를 요구하지 않았음도 불구하고 Erie 판결에서는 누드댄싱과 주장된 해로운 2차적 효과와의 관련성을 보여주는

57) 529 U.S. 277 (2000).

58) Id. at 290.

59) Id. at 293.

증거가 없다고 보았다.<sup>60)</sup> 스티븐스 판사 역시 보다 정확한 용어 속에서 그러한 법의 증거상의 기초가 결여되어 있음을 지적했다. 그는 파스키를 입은 댄서는 조레가 허용하고 있음을 주목하였다. 그는 완전히 누드인 댄서가 최소한을 옷을 입은 댄서보다 많은 범죄를 야기할 수 있다는 증거는 없다고 주장했다.<sup>61)</sup> 그러나 오코너 판사는 이에 대한 입증은 불필요하며, 시 위원회 위원들은 다른 도시의 경험과 스스로의 판단에 근거하여 누드 댄싱이 범죄를 증가시킨다는 결론을 내렸다고 주장했다. Erie 판결은 지방 정부에게 누드 댄싱과 같은 성적인 표현을 규제할 수 있도록 한 점에서 매우 중요한 것이다. 그러나 오코너 판사의 접근방법은 불리한 효과에 대한 어떠한 입증도 요구하지 않고 그 해악에 근거하여 규제를 허용하였다는 점에서 문제가 있다고 하겠다.

결과적으로 동 사건에서 사우터 판사는 O'Brien 심사기준을 사용함으로써 복수의견에 가담하였기 때문에, 5인의 판사가 누드댄싱에 대한 공적누드법의 효과를 평가하기 위한 기준으로서 O'Brien 심사기준이 적절하다고 평가하였다.

이와 같이 연방대법원은 누드 댄싱과 관련해서 상징적 표현에 대한 O'Brien 심사기준을 적용하였지만, 누드 댄싱에 대한 규제가 문제된 Barnes 판결과 Erie 판결에서 각 규제를 정당하다고 판단하였다. 이러한 법원의 판단에 대해서는 누드 댄싱에서의 누드행위가 댄스의 본질적 구성부분일 수 있다는 점, 특히 복수의견, 동조의견, 반대의견이 각기 다른 심사기준을 적용하고 있다는 점에서 O'Brien 심사기준에 대한 적합성에 대한 의문이 제기되고 있는 점을 염두에 둘 필요가 있다.

### 3. 十字架燒却과 審査基準

#### (1) 象徴的 表現으로서 十字架燒却

십자가 소각은 처음에는 14세기 무렵 스코트 지역에서 부족 간에 신호를 보내는 수단으로 사용되었다. 하지만 미국에서는 백인우월주의 단체인 Ku Klux Klan(KKK 혹은 클랜)의 역사<sup>62)</sup>와 밀접한 관련을 가지는 것으로서 인종우월주의

60) Id. at 316-317.

61) Id. at 323.

62) KKK는 1866년 봄 테네시주의 폴라스키에서 시작되었으며 처음에는 사교클럽으로 시작되었으나 이후 자유흑인이 미국내 정치과정에 참여하는 것에 반대하며 남부지역에서 테러를 가하였다. 이 같은 클랜의 행위에 대하여 국가차원의 입법조치가 취해졌는데, 1871년 그랜트 대통령은 남부지

와 증오심을 상징적으로 표현하는 것이다. 이러한 KKK와 십자가소각을 연결시킨 것은 문학작품과 영화였지만 곧 현실의 KKK 집회 속에서, 그리고 흑인 개인에 대한 직접적 위협으로 나타났다. 십자가소각은 클랜 회원간의 공유된 이데올로기를 전달하고자 이용되었으며, 1940년경 십자가소각은 위협의 상징이 되었으며 클랜은 십자가소각과 함께 직접 신체에 대한 폭력이나 생명에 대한 위협을 가하였다.<sup>63)</sup> 나아가 여전히 1960년대 초에도 민권운동에 관련된 흑인에게 테러를 가하기 위해서 십자가가 불태워졌으며,<sup>64)</sup> 그리고 이러한 흑인에 대한 통합반대는 소수자에 대한 반대로 연결되어졌고, 근래에 와서 십자가소각은 거주지역내에 소수자통합에 반대하는 사람들이 사용한 일련의 폭력적 행위의 한 부분이 되기도 하였다.<sup>65)</sup>

이처럼 미국에서는 종교의 신성한 상징인 십자가가 불태워짐으로써 클랜이라는 극단적 정치집단의 의 정체성과 이데올로기, 증오의 상징으로 변모되었다.<sup>66)</sup> 이와 같은 십자가소각에 대해서 이를 수정헌법 제1조의 보장을 받을 수 있는 표현으로 볼 수 있는 지에 대해서는 상이한 견해가 대립되고 있다. 십자가소각의 의사전달적 의미를 부정하는 입장에서는 표현이 아니라 행위일 뿐이며, 결코 표현의 자유로서 보호될 수 없다고 한다. 예컨대 토마스 판사는 Black 판결의 반대 의견에서 십자가 소각을 표현이 아니라 행위라고 보았으며, 일부 학자들도 헌법상 보호를 받는 증오의 표현이 아니라 행위이며 기소되어야 할 증오범죄라고 주장한다.<sup>67)</sup> 하지만 십자가소각을 상징적 표현으로 보는 입장에서는 십자가 소각이 상징, 백인우월주의 상징으로 메시지를 전달하고 있다는 점을 지적한다. 예컨대 오코너 판사는 “십자가 소각이 행위인 것은 사실이지만, 마찬가지로 수정헌법 제

---

역에서 행해지고 있는 클랜의 테러를 생명과 재산의 안전에 대한 침해로 보아 이에 대한 의회의 대응을 촉구했으며 의회는 소위 클랜법이라 불리는 법을 제정하였다. 이러한 조치는 효과를 거두었으며 1877년 말경 제1차 클랜은 사라지게 되었다. *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343, 352 (2003).

63) *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343, 354-355.

64) 예컨대 1964년 1월 150개의 십자가가 루이지애나 주의 흑인 가정과 교회 근처에서 불태워졌다. Wyn Craig Wade, *The Fiery Cross: The Ku klux Klan in America* 146 (1987).

65) Jeannine Bell, “O Say, Can You See: Free Expression By the Light of Fiery Crosses,” 39 *Harv. C. R. -C. L.L. Rev.* 335, 344 (2004).

66) 클랜의 정관에 따르면, “불의 십자가”는 모든 클랜맨이 목적과 원리에 대한 그들의 신실하고 비이기적인 헌신의 징표로 인정된다. 클랜은 자신들의 뉴스와 잡지를 ‘불타는 십자가’라는 제명 하에서 사용한다.

67) 예컨대 “십자가소각은 헌법상 보호되어야 할 증오언론(hate speech)가 아니라 기소되어야 하는 증오범죄(hate crime)”이며, 또한 십자가 소각은 인종적 견해를 상징적으로 표현하는 것이 아니라 테러의 수단으로 사용된 것일 뿐이라고 한다. Jeannine Bell, *supra* note 65, at 338.

1조가 순수한 표현뿐만 아니라 상징적 행위를 보호하는 것은 사실이다”라고 역설하고 있다.<sup>68)</sup>

십자가소각은 단순히 행위가 아니며 이를 통해 특정집단과 결부된 인종적 증오심, 증오의 메시지를 전달하기 위해서 사용되어진다. 즉 효율적이고 극적인 방식으로 증오의 메시지를 전달하며 이는 그 메시지의 내용과 상관없이 헌법상 보호되는 상징적 표현에 해당한다. 연방대법원도 미국역사 속에서 위협적 메시지로써 십자가소각이 사용된 긴 역사를 인용한 후 법원은 십자가 소각이 화자가 전달하고자 하는 메시지를 극적으로 전달하기 때문에 표현행위임을 강조하였다. 따라서 십자가소각이 인종적 증오심, 백인우월주의 등의 일정한 메시지를 전달하며, 이를 보는 사람이 이해할 수 있다면 이는 상징적 표현에 해당하며 수정헌법 제1조의 표현의 자유의 문제와 관계된 것으로 평가해야 한다.

## (2) 十字架燒却規制에 대한 審査基準

이렇게 십자가 소각을 상징적 표현으로 인정하더라도 연방대법원이 이에 관한 규제의 위헌여부를 판단한 방법은 종래의 상징적 표현에 관한 기준과 다소 차이가 있다. 또한 연방대법원이 1992년 R.A.V. 判決<sup>69)</sup>과 2003년의 Virginia v. Black 判決<sup>70)</sup>에서 십자가소각을 금지하는 법이 수정헌법 제1조를 침해하는지 여부를 판단함에 있어서도 그 심사기준을 달리하고 있다. 법원은 십자가 소각과 관련해서 인종주의적 상징적 전달의 “특별히 사악한 속성”을 고려했지만, 이의 규제와 관련해서 R. A. V. 판결에서는 수정헌법 제1조의 심사를 통과하지 못한다고 판시했으나, Black 판결에서는 심사를 통과한다고 결정했다. 각 판결에 대해 적용된 심사기준을 살펴보고 그 상이점을 검토해 보고자 한다. 십자가 소각과 관련하여 두 판결 모두 O'Brien 심사기준을 적용하기 보다는 각각 ‘도발적 언사’와 ‘진정한 협박’의 법리에 근거하여 십자가소각에 대한 규제를 판단하고 있다.

### 1) R.A.V. 判決上の 심사기준

68) 538 U.S. 343, 360, n 2. 참조.

69) R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377, 388 (1992).

70) 538 U.S. 343 (2003). 동 판결에서는 1998년 버지니아 주에서 십자가를 불태운 3명이 관계되었는데, 그 중 한 명은 Ku Klux Klan의 멤버였고, 나머지 두 명은 특정 정치집단과 관련되어 있지 않았다. 이들은 공적으로 위협적 의도를 가지고 행해진 십자가소각을 금지하는 버지니아주 법에 의해 기소되었다.

1992년의 R.A.V. 判決<sup>71)</sup>에서는 십자가를 불태우는 것을 포함하여 인종, 피부색, 신조, 종교나 성별에 근거해서 다른 사람에게 분노나 불안을 불러일으키는 상징물의 전시를 처벌하는 성마울시조례의 위헌성여부가 다투어졌다. 스칼리아 판사는 법정의견에서 위 조례가 내용에 근거한 차별로서 허용될 수 없다고 판시했다. 특히 종래 헌법적 보호의 범주에서 제외되는 표현의 형태인 ‘도발적 언사’에 해당할지라도 내용에 근거한 규제는 허용될 수 없다고 판단하여 십자가소각에 대한 규제를 위헌으로 결정했다.

먼저 스칼리아 판사는 음란물,<sup>72)</sup> 명예훼손적 표현<sup>73)</sup> 등과 같이 특정표현의 범주는 헌법상 금지되는 내용으로 인해 규제를 받아왔으며 헌법상 보호되지 않고 있음을 지적하였다. 하지만 스칼리아 판사는 이와 같이 보호되지 않는 표현의 범주에서조차 정부가 내용에 근거한 차별을 하는 것은 제한되어진다고 설명하였다.<sup>74)</sup> 마찬가지로 ‘도발적 언사’의 경우도 보호되지 않는 표현의 범주이지만, 이들이 사상의 표현의 어떠한 부분도 구성하지 않는다거나 사상의 표명의 본질적 부분이 아니라고는 말할 수 없다는 점을 지적하였다.<sup>75)</sup>

또한 스칼리아 판사는 수정헌법 제1조가 요구하는 내용차별에 대한 금지가 절대적이지 않다고 보았으며, 일반적으로 내용차별이 금지되는 것은 정부가 시장에서 특정 사상이나 견해를 효율적으로 없앨 수 있기 때문인데,<sup>76)</sup> 금지되는 표현의 범주 중에서 내용차별이 이 같은 위협을 제기하지 않는 경우에는 차별이 허용된다고 한다. 그 첫 번째 예외는 내용차별의 기초가 “전적으로 문제된 범주의 표현 전부를 금지할 수 있는 이유로만 이루어져서” 사상이나 견해차별의 중대한 위험이 존재하지 않는 경우<sup>77)</sup>라고 한다. 두 번째는 “법이 표현의 ‘부차적 효과’에 대한 것이기 때문에 규제가 표현의 내용에 대한 언급없이 정당화되어 질 수 있는 경우”이다.<sup>78)</sup> 마지막으로 세 번째 예외는 “현실적으로 사상에 대한 공적 억압이 발생할 가능성이 전혀 없는 경우”이다.<sup>79)</sup>

71) R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377, 388 (1992).

72) Roth v. United States, 354 U.S. 476 (1952).

73) Beauharnais v. Illinois, 343 U.S. 250 (1952).

74) 505 U.S. at 386-387.

75) Id. at 386.

76) Id. at 387.

77) Id. at 387.

78) Id. at 389.

79) Id. at 390.

스칼리아 판사는 이러한 법리를 문제되고 있는 성바울시 조례에 적용하여 위헌이라고 판단하였다. 그는 성바울시 조례는 특정집단을 대상으로 하고 있는 것이 아니라 그 집단이 추구하는 특정 메시지에 관한 것이며, 수정헌법 제1조의 핵심은 다수의 선호도에 따라 내용에 근거하여 표현을 침묵시키는 것이 아니라 어떠한 방식이든 표현할 수 있도록 하는 것임을 강조하였다.<sup>80)</sup> 즉 문제된 조례는 단지 인종, 피부색, 신조, 종교 혹은 성별에 근거하여 모욕이나 폭력을 유발한 '도발적 언사'만을 처벌하므로 이는 헌법상 금지되는 표현의 내용에 근거한 차별이라고 판단하였다. 예컨대 동 조례에 의하면 가학적 욕설이 포함된 연극의 경우 그것이 얼마나 악의적이고 중대한지와는 상관없이 특정한 비우호적인 주제를 언급하지 않는 한 허용되며, 또한 동 조례에서 언급되지 않은 다른 적대감을 표현하는 사상, 예컨대 정치적 가입, 노동조합의 회원, 동성애를 이유로 하는 경우에도 얼마든지 허용될 수 있다고 한다.<sup>81)</sup> 따라서 스칼리아 판사는 십자가소각 중 특정한 이유에 근거한 것만을 규제하는 것은 내용에 근거한 표현의 규제이므로 표현의 자유를 침해한다고 결정했다. 나아가 성바울시 조례의 내용차별은 이러한 차별이 허용되는 앞서 제시한 세 가지 예외 중 어느 것에도 해당하지 않는다고 판단했다.<sup>82)</sup>

화이트 판사는 동조의견에서 법원의 논거를 일부 비판하였는데, 먼저 법정의견이 표현의 자유에 대한 종래의 범주적 접근법을 포기한 것을 비판하였다. 그는 종래 법원이 표현의 특정 범주는 그 내용이 사회적 가치가 없거나 최소한의 가치만을 가질 뿐이므로 수정헌법 제1조의 보호대상이 아니라는 점을 분명히 했음에도 불구하고 법정의견이 "그러한 단순한 전부 아니면 아무것도 아니라는 식은 접근법은 기이한 것"<sup>83)</sup>이라고 본 것과 나아가 도발적 언사의 경우에도 내용에 근거한 한 규제가 허용되지 않는다고 한 것은 타당하지 않음을 지적했다. 화이트 판사는 보호되지 않는 범주의 표현의 경우에는 추가 내용에 근거하여 규제할 수 있다고 보았다.<sup>84)</sup>

블랙먼 판사와 스티븐스 판사도 동조의견을 개진하였는데, 블랙먼 판사의 경우

80) Id. at 391.

81) Id.

82) Id. at 393-395.

83) Id. at 384.

84) Id. at 399-401.

도 법정의견이 표현의 제한에 대한 범주적 접근법을 포기한 것과 내용에 근거한 규제에 적용될 수 있는 심사기준의 수준을 완화함으로써 표현에 대한 전통적 보호를 약화시킨 것을 지적하였다. 즉 법정의견이 보호되는 범주의 표현과 보호되지 않는 것을 동일한 방식으로 다룸으로써 내용에 근거한 모든 법에 적용될 수 있는 심사기준을 완화시켰다고 보았다. 한편 스티븐스 판사 역시 법정의견에 대해서 다수선례를 무시하고 내용근거규제에 대한 금지의 새로운 형태를 적용한 것으로서 수정헌법 제1조의 구조를 왜곡시켰다고 비판하였다.

이와 같이 R.A.V. 判決에서 법원은 십자가소각이 헌법상 보호받는 표현인지와 그 상징적 의미, 정치적 의미에 대한 고려는 별로 하지 않은 채 보호되지 않는 표현으로서의 도발적 언사와 표현의 내용을 이유로 한 규제의 허용여부만을 중심으로 판단하였다. 특히 종래의 범주적 접근법과는 달리 헌법상 보호되지 않는 범주에 해당하는 표현일지라도 이에 대한 내용차별은 허용되지 않으며, 일정한 경우에만 예외적으로 가능하다는 법정의견은 많은 논란을 가져왔다. 결과적으로 법원은 “증오의 메시지가 포함된 도발적 언사를 금지하는 것”은 헌법상 허용되지 않는다고 판시하였으며, 이러한 결론은 결과적으로 십자가소각자와 인종우월주의자에게 수정헌법 제1조의 승리를 부여했다.

## 2) Virginia v. Black 判決<sup>85)</sup>상의 심사기준

Virginia 판결에서는 ‘위협적 의도를 가지고’ 행해진 십자가소각을 금지하는 버지니아 주법<sup>86)</sup>의 위헌성여부가 문제되었으며, 이와 함께 십자가소각 자체를 위협적 의도의 추정적 증거(prima facie evidence of intent to intimidate)로 보도록한 조항이 다투어졌다.

오코너 판사<sup>87)</sup>는 법정의견에서 R.A.V. 判決의 법원과 달리 십자가소각이 미국에서 KKK의 역사와 밀접한 관련이 있음을 상세히 설명한 후, 십자가소각이 클랜 이데올로기의 상징이며 폭력적 역사를 통해 위협적 메시지를 전달하는 상징적 표

85) 538 U.S. 343 (2003). 동 판결에서는 1998년 버지니아 주에서 십자가를 불태운 3명이 관계되었는데, 그 중 한 명은 Ku Klux Klan의 멤버였고, 나머지 두 명은 특정 정치집단과 관련되어 있지 않았다. 이들은 공적으로 위협적 의도를 가지고 행해진 십자가소각을 금지하는 버지니아주 법에 의해 기소되었다.

86) Va. Code Ann § 18.2-423 (1952)

87) 오코너 판사의 법정의견에는 렌퀴스트 대법원장, 스티븐스 판사, 브레이어 판사가 참가했으며, 스칼리아 판사는 부분적으로 법정의견에 참가했으며 부분적으로 동조의견을 제시했다.

현임을 강조하였다.<sup>88)</sup>

하지만 버지니아주의 십자가소각금지법의 위헌성과 관련해서 오코너 판사는 위협적 의도를 가진 십자가소각의 경우는 이를 금지하더라도 수정헌법 제1조를 침해하지 않는다고 보았다. 먼저 수정헌법 제1조의 보호는 절대적이지 않으며, 법원은 정부가 특정한 범주의 표현을 규제할 수 있음을 인정하여 왔다는 것을 지적한 후, 수정헌법 제1조는 제한된 영역에서 표현의 내용에 근거한 규제를 허용하고 있다고 보았다.<sup>89)</sup> 이러한 제한된 범주 중 하나가 '진정한 협박(true threat)<sup>90)</sup>이며, 오코너 판사는 십자가소각이 '진정한 협박'의 유형 중 하나인 위협(intimidation)에 해당한다고 보았다. 먼저 '진정한 협박'은 화자가 특정한 개인이나 집단에 대하여 불법적인 폭력행위를 가할 의도를 진지하게 표현하는 것이며, 이 때 화자는 실제 위협을 전달하려는 의도를 가질 필요는 없다고 한다. 그리고 헌법상 금지되는 표현으로서 '위협'은 '진정한 협박'의 한 유형이라고 보았다.<sup>91)</sup> 또한 오코너 판사는 주는 신체적 해악의 두려움을 불러일으킬 것과 같은 위협의 형식만을 규제할 수 있으므로 위협적 의도를 가진 십자가 소각의 금지는 수정헌법 제1조 하에서 허용된다고 한다.

그렇지만 오코너 판사는 복수의견을 통해 위협적 의도를 지닌 십자가소각의 금지는 수정헌법 제1조를 침해하지 않지만, 이와 달리 십자가소각 자체를 위협적 의도가 있다는 추정적 증거로 보도록 한 조항은 수정헌법 제1조를 침해한다고 판시하였다.<sup>92)</sup> 오코너 판사는 십자가를 불태우는 행위가 헌법상 금지되는 위협을 의미할 수도 있지만 동일한 행위가 개인의 중요한 정치적 표현을 의미할 수도 있는데, 추정적 증거조항은 이러한 십자가소각의 두 가지 의미간의 경계를 모호하게 만듦으로써 헌법상 보호되는 정치적 표현을 위축시킬 수 있다고 강조하였다.

스티븐스 판사 역시 동조의견을 통해서 위협적 의도를 지닌 십자가소각은 수정헌법 제1조의 보호를 받지 않는 진정한 협박에 해당한다는 점을 강조하였다. 또한 버지니아 십자가소각법은 너무 광범위하기 때문에 무효라고 판단하였다.<sup>93)</sup> 스칼

88) 538 U.S. at 352-357.

89) Id. at 359.

90) *Watts v. United States*, 394 U.S. 705, 708 (1969); *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S., at 388; *Madsen v. Women's Health Center, Inc.*, 512 U.S. 753, 774 (1994).

91) Id. at 359-360.

92) Id. at 364-367.

93) Id. at 368.

리아 판사는 위협적 의도를 가진 십자가소각을 금지할 수 있다는 법정의견에는 부분적으로 동의하지만, 추정적 증거조항에 대한 복수의견에는 동의하지 않음을 분명히 하였다. 스칼리아 판사는 동 조항은 헌법상 아무런 문제가 없다고 보았다.

사우터 판사<sup>94)</sup>는 버지니아주법이 이전의 R.A.V. 판결하에서 위헌이 아니며 내용근거한 규제에 대한 금지가 허용될 수 있는 예외에 해당한다는 다수의견의 논거에 반대하였다.<sup>95)</sup> 또한 사우터 판사는 동 법이 필요불가피한 주의 이익에 기여하기 위해 협소하게 만들어지지 않으므로 위헌이라고 보았다.

토마스 판사는 반대의견을 통해 십자가소각은 폭력과 테러행위로서 십자가소각을 금지하는 법은 표현이 아니라 행위를 금지하는 것이며<sup>96)</sup> 수정헌법 제1조의 심사 하에서 분석할 필요가 없다고 하였다. 또한 버지니아주법이 수정헌법 제1조와 관련된다 가정하더라도, 배심원에게 십자가소각 자체를 위협적 의도가 있다고 보도록 하는 조항은 합헌이라고 보았다.<sup>97)</sup>

이처럼 법원은 십자가소각이 증오의 메시지를 전달할지라도 상징적 표현으로 수정헌법 제1조에 의해 보호되지만, 그러한 표현이 진정한 협박에 해당하는 경우에는 제한할 수 있다는 중간적 입장<sup>98)</sup>을 취하고 있다. 기본적으로 법원은 정부가 일체의 십자가소각을 금지하는 것은 허용될 수 없다고 보았다. 예컨대 수정헌법 제1조는 공격적이라 하더라도 인종주의나 반유대주의적 표현을 보호하며, 마찬가지로 상당수의 사람들이 십자가소각을 통해 분노하며 공격적으로 여길지라도 이를 일체 금지하는 법은 허용되지 않는다는 태도를 취하고 있다. 그렇지만 법원은 십자가소각을 위협적 의도를 가진 것과 그렇지 않은 것으로 구별했으며, 전자의 경우에는 정부가 금지할 수 있다고 보았다. 법원은 십자가소각은 역사 속에서 위협을 상징하는 것으로 피해자에게 폭력에 대한 두려움을 불러 일으키므로 ‘진

94) 케네디판사와 긴즈버그 판사가 참가했으며, 부분적으로 동조하고 부분적으로 반대하였다.

95) 그는 R.A.V. 판결이 적절한 분석틀을 제공한다고 보았지만 그럼에도 “특별히 악의적 예외”는 메시지의 내용과 상관없는 금지에 적용된다고 보았다. 그는 버지니아주법은 진정한 협박이 될 수 있는 잠재성만족이나 이데올로기적인 이유로 십자가 소각을 적용대상으로 하였다고 한다. 즉 상징적 행위가 위협을 의미할 때조차도, 십자가소각은 백인 프로테스탄트 우월주의의 이데올로기적 메시지를 전달할 수 있다고 한다. Id. at 381.

96) Id. at 394.

97) Id. at 395.

98) 홉킨스 교수는 Black 판결에서 법원이 그 문제를 해결하지 않고, 타협안을 취함으로써 십자가 소각을 둘러싼 수렁에서 헤어 나올 수 없도록 만들었다고 비판하고 있다. W. Wat Hopkins, "Cross Burning Revisited: What the Supreme Court Should Have Done in Virginia v. Black and Why it Didn't," 26 Hastings Comm. & Ent. L.J. 269 (2004).

정한 협박'이 되며, 표현의 자유에 대한 수정헌법 제1조상의 권리의 예외가 된다고 보았다. 즉 위협적 표현의 특정한 형태를 금지하는 것은 수정헌법 제1조와 일치하며 따라서 버지니아주가 이러한 특정한 형태의 위협적 행위로부터 시민을 보호할 권한을 가진다는 것이다. 이처럼 법원은 개인에게 증오심을 표현할 권리가 인정될 수 있기는 하지만 폭력으로 다른 사람을 위협할 권리까지 부여되지는 않는다고 보았다.

또한 Black 판결은 십자가소각에 대한 규제를 위헌이라고 판단했던 R.A.V 판결을 비판하거나 파기하지 않았을지라도 성바울시 조례와 버지니아주법이 다르다고 봄으로써 표현의 내용차별의 문제보다는 진정한 협박의 법리를 중심으로 사안을 해결하였으며, 십자가소각의 역사와 그 상징적 의미를 강조하였다. 특히 R.A.V. 판결에서 문제된 조례는 일정한 구체적 사유에 근거하여 "폭력에 호소"하는 자를 대상으로 하므로 내용에 근거한 차별로써 헌법적 심사를 통과할 수 없지만, 버지니아주법은 특정한 비우호적 주제를 직접적으로 골라내지 않았으므로 문제가 다르다고 보고 있다.<sup>99)</sup>

십자가소각은 다른 상징적 표현과 달리 메시지의 전달을 넘어서 일정한 경우 인종적 증오심을 통해 특정인을 위협하거나 협박에 이르게 될 수 있으며 이는 표현의 자유의 범주를 넘어서는 것이 될 수 있다. 따라서 연방대법원은 통상적인 상징적 표현의 문제에 대한 접근과 달리 '진정한 협박'으로 보아 십자가소각이 폭력에 대한 두려움을 가져오는 경우에는 이를 규제할 수 있도록 하고 있다. 즉 인종차별적 표현, 나아가 십자가를 불태우며 증오의 메시지를 전달하는 행위는 최소한 이러한 위협적 행위가 누군가에게 진정한 협박이 되는 경우 제한될 수밖에 없다. 따라서 미연방대법원이 일정한 정치적 표현으로서의 십자가소각은 보호하면서도 진정한 협박의 법리를 통해 위협적 의도로 행해진 십자가소각의 경우는 주가 규제할 수 있도록 한 것은 일정한 기준을 제시하기 위한 것으로서 이를 단순히 질충적 타협안으로 폄하할 수는 없다. 다만 협박이라는 기준이 모호할 경우 상징적 표현으로서 십자가소각이 가질 수 있는 정치적 표현을 억압하고 규제하는 결과를 초래할 수 있으므로 이에 대한 기준과 범위가 보다 구체화되어야 할 것이다.

---

99) Id. at 358-363.

## VI. 맺음말

미국의 경우 다양한 상징적 표현이 그 헌법적 보호여부를 둘러싸고 문제되어 왔으며, 이러한 의사전달적 표현행위에 대하여 수정헌법 제1조의 보호를 인정하지 않는 것은 메시지를 전달하는 효율적 수단의 중요 부분을 상실하는 것이라는 점에서 그 구체적인 보호범위와 수준의 적절성에 대한 논의가 행해져 왔다. 즉 어떠한 행위를 단순한 행위가 아닌 의사전달적 행위로 보아 헌법적 보호를 제공할 것인가, 상징적 표현에 대한 규제에 대해서는 과연 어떠한 심사기준이 적용되어야 할 것인가의 문제 등이 상징적 표현을 둘러싼 중요한 법리적 문제라 하겠다.

다양한 상징적 표현 중에서 특히 저항의 의사로 행해진 국기소각, 성적 메시지의 전달로서 그 구체적 가치가 문제된 누드 댄싱, 인종적 증오심의 표현으로서의 십자가소각은 각각 그 전달하는 메시지와 수단을 둘러싸고 많은 갈등과 논란이 행해져 왔으며, 미연방대법원은 이러한 문제를 상징적 표현에 해당한다고 보았지만 각각의 규제에 대한 위헌성 여부에 대해서는 구체적인 고찰을 필요로 하였다. 즉 상징적 표현에 해당한다고 해서 이에 대한 규제가 절대적으로 금지되는 것은 아니므로 과연 그 헌법상 허용되는 범위에 대한 심사를 필요로 하는 것이다.

특히 상징적 표현에 대한 규제를 위해 연방대법원이 제시한 O'Brien 심사기준은 규제가 자유로운 표현에 대한 억압과 관계되는지를 물음으로써 내용에 근거한 규제에 대해서는 적용되지 않으며, 표현의 억압과 관계되지 않은 규제에 대해서 엄격심사기준보다는 완화된 심사기준으로서 위헌성여부를 판단하기 위해 적용되었다. 연방대법원은 국기소각이 문제된 판결에서도 먼저 규제가 표현의 억압과 관계되는지를 물음으로써 O'Brien 심사기준이 적용될 수 없다는 것을 강조한 후 엄격심사기준을 적용했으며, 누드 댄싱의 경우 복수의견은 O'Brien 심사기준의 4부문 심사를 적용하여 그 규제의 위헌성 여부를 판단했다. 그리고 십자가소각의 경우는 십자가소각이나 누드 댄싱과 달리 메시지가 전달하는 정치적 표현으로서의 의미를 넘어서 실제 협박에 이를 경우 이를 규제할 수 있다는 '진정한 협박'이론에 근거하여 판단하였다.

상징적 표현에 대한 O'Brien 심사기준은 상징적 표현에 해당하는 표현행위에 대하여 이후 그 규제의 정당성여부를 구체적으로 심사하는 기준으로서 순수한 표

현과 구별되는 표현적 행위를 위해 적용되는 심사기준으로서 중요한 의미를 가지지만, 상징적 표현이 포함하고 있는 상징의 다양성과 그 각각의 특성들이 고려되어야 한다는 점에서 모든 상징적 표현행위에 대해서 일관되고 체계적으로 적용되기에는 사실상 어려운 점이 있다. 또한 각각의 상징적 표현에 대한 구체적 심사기준의 적용문제는 다양한 상징이 가지는 가치에 대한 미연방대법원의 개별적 평가일 수 있으며, 이의 적용 역시 다양한 가치에 대한 사회적 대립을 둘러싼 법원의 수용한계를 드러내고 있다는 점에서 O'Brien 심사기준의 비일관성이나 비체계성의 문제로 모두 환원할 수는 없다고 하겠다. 따라서 다양하고 복잡한 상징적 표현의 표현으로서의 가치의 승인과 함께 이러한 규제에 대한 합헌성여부를 심사하기 위해 고안된 O'Brien 심사기준은 상징적 표현을 위한 원칙적인 심사기준으로서 실질적 의미를 가진다고 하겠다.

■ 참고문헌

- 박용상, 『표현의 자유』, 현암사, 2002.
- 심경수, “증오언론(Hate Speech)과 십자가 소각(Cross Burning)에 관한 판례경향 - R. A. V. v. City of St. Paul 및 Virginia v. Black 사건을 중심으로,” 미국헌법연구, 제18권 제1호, 2007.2.
- 윤명선, “미국헌법상 상징적 표현에 관한 고찰” 미국헌법연구, 제15권 제1호, 2004.
- 이부하, “상징적 표현의 권리-O'Brien 사건과 Johnson 사건을 중심으로-,” 공법학연구, 제6권 제2호, 2005.
- 최희경, “수정헌법 제1조와 십자가소각,” 헌법학연구, 제12권 제5호, 2006.12.
- Bell, Jeannine, "O Say, Can You See: Free Expression By The Light of Fiery Crosses," 39 Harv. C.R.-C.L.L.Rev. 335 (2004).
- Case, Kevin, "Lewd and Immoral": Nude Dancing, Sexual Expression, and the First Amendment," 81 Chi.-Kent L. Rev. 1185 (2006).
- Chemerinsky, Erwin, "October Term 2002: Value Choices by the Justices, Not Theory, Determine Constitutional Law," 6 Green Bag 2d 367 (2003).
- Dyer, James R. "Texas v. Johnson: Symbolic Speech and Flag Desecration Under the First Amendment," 25 New Eng. L. Rev. 895 (1991).
- Eberle, Edward J., "Cross Burning, Hate Speech, and Free Speech in America," 36 Ariz. St. L.J. 953 (2004).
- Ely, John Hart, "Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis," 88 Harv. L. Rev. 1482 (1975).
- Elrod, Jennifer, "Expressive Activity, True Threats, and the First Amendment," 36 Conn. L. Rev. 541 (2004).
- Gey, Steven G., "A Few Questions About Cross Burning, Intimidation, and Free Speech," 80 Notre Dame L. Rev. 1287 (2005).
- Greenwalt, Kent, "O'er the Land of the Free: Flag Burning as Speech," 37 UCLA L. Rev. 925 (1990).
- Hopkins, W. Wat, "Cross Burning Revisited: What the Supreme Court Should Have Done in Virginia v. Black and Why it Didn't," 26 Hastings Comm. & Ent. L.J. 269 (2004).
- Loewy, Arnold H. "The Flag-Burning Case: Freedom of Speech When We Need it Most," 68 N.C. L. REV. 165 (1989).
- McGoldrick, James M., "United States v. O'Brien Revisited: of Burning Things, Waving Things, and G. Strings," 36 U. Mem. L. Rev. 903 (2006).
- Michelman, Frank, "Saving Old Glory: On Constitutional Iconography," 42 Stan. L. Rev. 1337 (1990).
- Mitchell, Anne E. "Nude Dancing and First Amendment Scrutiny," 34 Urb. Law. 277 (2002).
- Nies, Eric John, "The Fiery Cross: Virginia v. Black, History, and the First Amendment," 50 S.D. L. Rev. 182 (2005).
- Petraro, Nina, "Harmful Speech and True Threats: Virginia v. Black and the First Amendment in

- an Age of Terrorism," 20 St. John's J. Legal Comment. 531 (2006).
- Rothman, Jennifer E., "Freedom of Speech and True Threats," 25 Harv. J. L. & Pub. Pol'y 283, 289 (2001).
- Stone, Geoffrey R. "Flag Burning and the Constitution," 75 Iowa L. Rev. 111 (1989).
- Sullenger, D. Wes, "Burning the Flag: A Conservative Defense of Radical Speech and Why It Matters Now," 43 Brandeis L.J. 597 (2005).
- Tushnet, Mark V. "The Search Term Begin Flag- Search Term End Burning Episode: An Essay on the Search Term Begin Constitution Search Term End," 61 U. Colo. L. Rev. 39 (1990).
- Waldman, Joshua, "Symbolic Speech and Social Meaning," 97 Colum. L. Rev. 1844 (1997).
- Zick, Timothy, "Cross Burning, Cockfighting, and Symbolic Meaning: Toward a First Amendment Ethnography," 45 Wm. & Mary L. Rev. 2261 (2004).

투고일자 2008.09.03      심사개시일자 2008.09.17      게재확정일자 2008.10.01

Hongik Law Review, Vol. 9, No. 3(2008)

**[ABSTRACT]**

## **The Standard of Judicial Review on the Regulation of Symbolic Speech**

Choi, Hee-Kyung

The First Amendment of the United States Constitution stipulates freedom of expression which also includes symbolic speech in addition to oral or written expression. However, all the activities for communication do not fall under expression protected by the Constitution and therefore, it is necessary to review which activity may be protected by the Constitution as a symbolic speech. In addition to the meaning of the major symbolic speech as a means of expression, this thesis intends to study proper level of their assurance focusing on the standard of judicial review by the Supreme Court of the United States which regulates them.

First, a study will be made whether or not such communicational activities correspond to symbolic speeches being protected under the Constitution as Flag Burning being performed as an intention of a protest, Cross Burning representing hatred or ethnocentrism, and Nude Dancing to communicate erotic message.

Second, all the governmental regulations are not prohibited from the fact that a certain communicational activity only falls under a symbolic speech. Even though a certain activity falls under a symbolic speech, a review should be made

whether or not the government has a valid authority to regulate it. At the case of *United States v. O'Brien*, the Supreme Court suggested standard to evaluate protection of a symbolic speech under the Constitution. A specific study will be made on the standard of judicial review of said case which was suggested as a standard for symbolic speech.

Third, with the standard raised at the case of *O'Brien* as the central issue, a review will be made about constitutionality of regulation on the respective symbolic speech of Flag Burning, Nude Dancing and Cross Burning. Along with a judgment on the specific standard of judicial review and its unconstitutionality, a study will be also made whether the *O'Brien* test is adequate for that of symbolic speech.

**Key Words** : Symbolic Speech, freedom of expression, Flag Burning, Nude Dancing, Cross Burning

# 한국사회에서의 법치주의에 대한 재조명

임 중 훈

(홍익대학교 법과대학 교수)

## [초 록]

우리 사회에서는 언제부터인가 자신들에게 억울한 사정이 있으면 실정법을 무시하고라도 자신의 입장을 관철하기 위하여 극한투쟁을 전개하여도 괜찮다는 의식이 팽배해지고 있다. 이 글은 이와 같이 우리 사회에서 법치주의가 무시되는 이유를 알아보고, 그에 대한 대책을 모색해보고자 한다.

우선 법치주의의 의미부터 살펴보면, 법치주의는 국민의 자유와 권리를 제한하거나 새로운 의무를 부과하기 위해서는 국민의 의사를 대표하는 국회가 제정한 법률에 의하거나 법률의 근거를 필요로 하며, 이 법률이 국민뿐만 아니라 국가권력의 담당자도 규율한다는 원리를 말한다. 이러한 법치주의의 구성요소로서 우리 학계에서는 권력분립, 기본권의 보장, 사법권의 독립 등을 제시하는 것이 보통인데 반하여 영미의 학자들은 사법권의 독립이나 법의 정당성·투명성 등을 강조하고 있다.

우리사회에서 법치주의가 안 되는 이유로는 한국민의 법에 대한 부정적 경험, 집권자들의 인기영합주의(populism), 정치인들의 임기응변식 행태 및 사법부의 온정주의 등을 들 수 있다.

법치주의가 필요한 이유로는 법치가 되면 우리 모두의 일상생활이 예측 가능해지고 미래에 대한 체계적 설계가 가능해진다는 것이다. 투자와 기업경영도 마찬가지로여서 법치가 확립된 국가에서는 경제활동에 관한 각종입법이 잘

지켜지기 때문에 내국인은 물론 외국인들도 그 법을 신뢰하고 안전하게 투자를 할 수 있다. 따라서 법치는 대한민국의 경제발전을 위해서도 반드시 필요한 선행조건이 된다.

이와 관련하여 1960년대 이후 경제학자와 정치학자 및 교육학자들이 사회구성원 사이의 유대관계와 신뢰관계를 또 하나의 자본으로 파악하여 '사회적 자본(social capital)'이라는 개념으로 설명하면서, 법을 '사회적 자본'의 한 구성요소로 제시하기 시작했는데, 이러한 주장에 의하면 법치주의는 사회구성원 사이의 신뢰와 협력에 영향을 미침으로써 경제발전에도 영향을 미치게 된다는 것이다. 또한 법치는 불필요하고 소모적인 경쟁과 대립을 최소화하여 정치비용도 절감해 줌으로써 정치선진화를 앞당길 수 있다.

그런데 법치주의를 확립하기 위해서는 선행조건으로 법의 공정한 집행이 확보되고 정권이 국민들로부터 신뢰를 받고 있어야 한다.

법치주의를 확립하기 위해서는 정치지도자들이 인기영합주의를 배격하고 엄격하게 법을 집행하는 것은 물론 사법온정주의를 청산할 필요가 있다. 그 외에도 입법의 정당성을 확보하기 위해서 입법절차에 국민 참여를 확대할 필요 등이 있다는 점을 제시하고 있으며, 사법온정주의를 해결하기 위해서 사법부 구성의 민주화와 양형기준의 마련이 필요하다는 것 등을 제시하고 있다.

---

**주제어 :** 법치주의, 인기영합주의(populism), 사법온정주의, 전관예우, 사회적 자본(social capital)

【차 례】

---

I. 들어가며	1. 한국사회에서 법치주의가 안 되는 이유
II. 법치주의 개관	2. 법치주의의 필요성
1. 법치주의의 의의	3. 법치주의의 선행조건
2. 법치주의의 발전	V. 법치주의 확립을 위한 제언
3. 법치주의의 구성요소	1. 입법 분야의 과제
III. 한국 헌법상의 법치주의	2. 법치주의 확립을 위한 사법 분야의 과제
IV. 한국사회와 법치주의	VI. 맺는 말

---

I. 들어가며

우리 사회에서는 언제부터인가 자신들에게 억울한 사정이 있으면 실정법을 무시하고라도 자신의 입장을 관철하기 위하여 극한투쟁을 전개하여도 괜찮다는 의식이 팽배해지고 있다. 그래서 한미 자유무역협정(FTA)에 반대하는 농민들은 서울의 주요도로를 장악하고 죽봉으로 진압경찰관들을 내리치는 등의 폭력시위를 벌여도 주동자들 일부가 구속되기는 하나 그 처벌은 지극히 미비한 채 사태가 대충 마무리되며, 노동자들도 회사의 기물을 파괴하는 등의 불법 노동쟁의행위를 하여도 결국 회사 측과의 타협을 통하여 노조 간부들은 별다른 처벌을 받지 않으면서도 나름대로 노조가 요구하는 입장을 관철하고 있는 것이 현실이다. 국민의 정부 시절에는 의료보험제도의 개혁에 반대하며 의사들이 환자를 볼모로 진료 거부라는 집단행동을 벌인 경우도 있었다. 2007년 3월에는 환자의 의료기관 이용에 편의를 제공하기 위한 보건복지부의 의료법 개정시안에 반대하며 많은 의사들이 병·의원 문을 닫는 사태가 발생했다. 그러나 의료법은 의료인이 진료요구를 받은 때에는 정당한 이유 없이 이를 거부하지 못한다고 규정하고 있다(의료법 제16조제1항).

이와 같은 범질서 위반행위의 보편화는 우리 사회에 엄청난 부담이 되고 있다. 2007년 초 한국개발연구원(KDI)이 발표한 「불법폭력시위로 인한 사회경제적 손실비용」에 의하면, 대규모 불법 집회·시위로 인한 사회·경제적 비용은 12조

3,190억 원으로 국내총생산(GDP)의 1.53%에 달하는 것으로 나타났다(2005년 기준)고 한다. 이러한 법질서 위반행위의 보편화와 법치주의의 붕괴는 우리 사회 공동체의 와해를 초래할 수 있으며 대한민국이 선진국으로 진입하는데 결정적인 장애가 될 수 있기에 그 대책이 절실히 요구된다.

이러한 문제의식 하에 이명박 대통령은 8·15 경축사를 통해서 대한민국의 새로운 60년은 선진화를 이룩하는 기간이어야 한다고 선언한 다음, 선진화를 이룩하기 위한 전제조건 중 하나로 ‘법치’를 강조했다. 당연한 지적이다. 법치가 확립되지 않고서는 대한민국의 선진화는 무망하다고 하겠다.

이 글에서는 법치주의의 일반적 의미를 알아본 후 왜 법치주의가 필요한지를 검토한 다음, 한국사회에서 법치주의가 잘 되지 않는 이유를 알아보고, 그 대책을 모색해보는 실천적 논의를 진행하고자 한다.

## II. 법치주의 개관

### 1. 법치주의의 의미

법치주의를 그 어의(語義)에 충실하게 간단히 정의한다면 ‘법’에 의하여 통치가 이루어지는 정치원리라고 할 수 있다. 이러한 의미의 법치주의는 ‘사람’에 의하여 통치가 이루어지는 정치원리와 대립되는 개념이 될 것이다. 그러나 법학에서는 법치주의를 정의할 때 국민의 자유와 권리라는 차원에서 접근한다. 즉 법치주의는 국가가 국민의 자유와 권리를 제한하거나 새로운 의무를 부과하기 위해서는 국민의 의사를 대표하는 국회가 제정한 법률에 의하거나 법률의 근거를 필요로 하며, 이 법률은 국민뿐만 아니라 국가권력의 담당자도 규율한다는 원리를 말한다고 한다.<sup>1)</sup>

이러한 법치주의는 국가권력에 대항하여 국민의 자유와 권리를 보장한다는 의미에서 국민의 자유를 최우선가치로 생각하는 자유주의를 그 이념으로 한다.

그리고 법치주의는 국민대표기관인 의회가 법을 정하고, 독립이 보장된 법원이

---

1) 김철수, 헌법학, 2008, 274면.

이 법을 적용하며, 행정은 법에 근거하여 집행되어야(법률에 의한 행정) 한다는 의미에서 권력분립을 기초로 하여 성립하고 존속한다.<sup>2)</sup>

## 2. 법치주의의 발전

19세기 후반에 독일에서 법치주의 이론이 등장했을 때 법치주의는 국가목적의 실현을 위한 법 기술적인 수단으로 보았다. 그리고 그 내용도 형식적 합법성의 원칙에 따라서 '법률의 내용'과는 관계없이 '법률의 형식'만 갖추면 된다는 '형식적 법치주의'에 그치고 있었다. 형식적 법치주의의 결과 독일의 Weimar 공화국은 긴급명령과 포괄적 수권법으로 법치국가의 위기를 맞게 되었다.

Weimar 공화국의 실패한 경험을 토대로 오늘날은 법치주의도 법률의 형식으로 통치한다고 모두 법치주의가 되는 것이 아니고, 법률의 내용과 목적도 정의에 합치하는 정당한 것이어야 한다고 요구하는 '실질적 법치주의'로 발전하였다.

독일과 달리 영미에서는 법치주의가 '법의 지배(rule of law)'라는 이름으로 발전하였다. 영국에서의 '법의 지배'는 '법의 우위'를 의미하며, 지배자의 전단적인 권력행사를 억제하기 위해 법의 지배는 중세 이래 영국헌법이론의 기본 이념이 되었다.<sup>3)</sup>

한편 미국에서는 성문헌법상의 기본권 보장을 중심으로 의회의 입법권에 대한 헌법의 우위가 위헌법률심사제 의해서 보장됨으로써 법치주의가 실현되고 있다는 점이 영국과 다르다.

그리고 법치주의는 행정과의 관계에서는 행정권의 행사가 국민의 대표기관인 의회가 제정한 법률에 따라서 이루어져야 하며 헌법과 법률에 위배된 행정처분의 효력을 법원이 부인할 수 있다는 의미를 포함하는 '법치행정'의 원리로 발전하였다.

2) 김철수, 위의 책, 275면.

3) 17세기에 E. Coke 는 군주 대권의 절대성을 반대하고, common law의 우위성을 주장했다고 하며, A. V. Dicey는 영국에서 법의 지배 원리를 이론적으로 체계화하였는데, Dicey는 1)전제권력의 부인 및 이에 대신하는 일반법의 절대적 우위, 2)법 앞의 평등(국가에 대한 시민의 소송은 보통재판소가 심리), 3)영국헌법은 개인의 권리의 원천이 아니라 결과라는 3원칙을 법치주의의 내용으로 제시하였다. A. V. Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Liberty Classics, 1982, pp.107-122.

### 3. 법치주의의 구성요소

법치주의가 구현되고 있다고 하기 위해서 갖추어야 할 요소로 국내 학계에서는 권력분립, 기본권의 보장, 사법권의 독립 등을 제시하고 있다.<sup>4)</sup>

한편 영미의 학자들은 다소 비슷한 점도 있으나 다른 시각에서 법치주의 원칙들을 제시하고 있다. Joseph Raz는 법치주의의 원칙으로 8가지 요소를 들고 있다. 즉 1) 모든 법은 소급 적용되어서는 아니 되고, 공개되어야 하며, 분명해야 한다. 2) 법은 자주 개정되어서는 아니 된다. 3) 구체적 실정법의 제정은 일반적 법원칙(open, stable, clear and general rules)에 부합해야 한다. 4) 사법부의 독립이 보장되어야 한다. 5) 자연적 정의(natural justice)의 원칙이 지켜져야 한다. 6) 입법이나 행정에 대한 사법심사가 보장되어야 한다. 7) 법원에 대한 접근성이 확보되어야 한다. 8) 경찰이나 검찰의 재량권 남용이 금지되어야 한다.<sup>5)</sup> 그러나 8가지 요소 중 굳이 고른다면 1) 사법권의 독립과 2) 입법과 행정에 대한 사법심사가 법치주의 확립을 위한 요체로 강조되고 있다고 할 수 있다.

미국의 Barry M. Hager는 법치주의의 핵심요소로 9가지를 제시하고 있다. 즉 1) 입헌주의 2) 법에 의한 통치 3) 사법부의 독립 4) 법의 공평하고 일관된 적용 5) 법의 투명성과 접근성 6) 법적용의 효율성과 적시성 7) 계약의 자유를 포함한 재산권과 경제적 권리의 보장 8) 인권과 정신적 기본권의 보장 9) 법의 투명하고 접근 가능한 절차에 의한 개정을 들고 있다.<sup>6)</sup> 여기서는 법의 투명성이 강조되고 있다는 점이 주목을 요한다.

## Ⅲ. 한국 헌법상의 법치주의

우리나라에서는 제헌헌법 이래 법치주의를 채택하고 있으며, 현행헌법도 명문으로 법치주의를 규정하고 있지는 않으나, 헌법의 전반에 걸쳐 법치주의의 이

4) 김철수, 앞의 책, 279-280면; 권영성, 한국헌법론, 2008, 148면.

5) Joseph Raz, "The Rule of Law and Its Virtue," The Law Quarterly Review Vol. 93 (April, 1977), pp. 198-202.

6) Barry M. Hager, The Rule of Law - A Lexicon for Policy Makers, The Mansfield Center for Pacific Affairs, 1999, pp.19-46.

념을 선언하고 있다고 할 수 있다. 우리 헌법에서 법치주의는 우리 헌법의 기본원리 내지 기본질서<sup>7)</sup>로서 헌법 개정을 통해서도 함부로 폐지할 수 없는 중요한 부분이다.

헌법에 명문규정은 없으나, 우리 헌법이 법치주의를 기본원리로 채택하고 있다고 할 만한 근거조항은 있다. 즉 국민의 자유와 권리는 반드시 법률로써만 제한할 수 있다고 규정한 제37조 제2항과 국가의 기본권보장의무를 규정한 제10조 등이 근거가 된다.

우리 헌법은 기본권을 보장하고(헌법 제10조, 제37조제2항 등), 권력분립을 통하여 어느 한 국가기관이 국민의 자유와 권리를 침해하지 못하도록 상호 견제·균형 하도록 하고 있으며, 국민의 권리를 보호하기 위하여 사법권의 독립을 보장함으로써 법치주의를 구현하고 있다.

그 외에도 기존 법률이나 제도에 대한 국민의 신뢰를 가급적 보호해야 한다는 ‘신뢰보호의 원칙’과 입법은 소급 적용되어서는 아니 된다는 ‘소급입법금지의 원칙’ 등을 통하여 법치주의가 구현되고 있다.

## IV. 한국사회와 법치주의

### 1. 한국사회에서 법치주의가 안 되는 이유

한국법제연구원이 2008년 4월부터 5월에 걸쳐 전국적으로 19세 이상 일반 국민 3,007명을 대상으로 면접 조사한 결과에 의하면, 국민 10명 중 6명(62.8%)은 “법이 잘 안 지켜지고 있다”고 생각하는 것으로 드러났다.<sup>8)</sup> 그리고 법이 잘 지켜지지 않는 이유로는 “법대로 살면 손해 본다(34.3%).”는 응답이 “법을 지키지 않는 사람이 더 많아서(20.1%)”, “법을 지키는 것이 번거롭고 불편해서(14.5%)”, “법을 잘 몰라서(11.7%)”라는 응답보다 많았다. 또 범 죄 없는 사회를 이루기 위해서는 “관계당국의 엄격한 법집행과 처벌강화(32.5%)”가 필요하다는 응답이 가장

7) 법치주의 외에도 국민주권주의, 민주주의 등이 우리 헌법의 기본원리 내지 기본질서로 설명되고 있다.

8) 법률신문 2008. 9. 22.

많아 1994년 조사에서 가장 높았던 “피해자와 일반시민의 철저한 신고정신 (30.3%)”이란 응답이 가장 많았던 것과 대조를 이루었다.

이러한 조사결과는 한국사회에서 법치주의가 안 되고 있다는 것을 실증적으로 보여주는 동시에 법치주의를 확립하기 위해서는 엄격한 법집행이 필요하다는 것을 말해준다고 할 수 있다.

그렇다면 왜 우리사회에서는 법이 잘 지켜지지 않는 것인가? 왜 법치가 안 되는 것일까?

이러한 질문에 대한 답은 논자에 따라 다르다. 건국 60주년을 기념하여 2008년 8월 25일 개최된 한국법률가대회에서는 ‘선진국 조건으로서 법치주의’라는 주제 하에 두 편의 논문이 발표되었다. 이 날 발표된 논문에서 서울고등법원의 박철부장판사는 우리 사회에서 법치주의가 잘 안 되는 이유로 법을 제정하고 집행하는 국가기관과 공무원에 대한 국민의 낮은 신뢰, 그리고 이른바 ‘떼법’과 ‘국민정서법’ 및 님비(NIMBY)현상, 법적용상의 형평성 결여를 들면서, 그 외에도 국민들의 법에 대한 부정적 인식과 우리 사회의 정치과잉 현상 및 법 자체의 명확성과 합리성 부족 등을 들고 있다.<sup>9)</sup> 한편 정성진 국민대학교 명예교수는 우리 사회의 유교문화적 전통, 법 운영과 관련된 불행한 역사적 경험, 법 제정 및 집행기관에 대한 국민의 불신, 우리 사회의 이념대립, 및 법에 대한 교육과 언론의 문제를 한국에서 법치주의를 저해하는 요인으로 들고 있다.<sup>10)</sup>

한편 미국의 Barry Hager는 식민치하에서 한국민을 복속시키기 위한 수단으로 법이 기능했던 경험이 한국인에게 준법보다는 법을 피하도록 하게 했다고 지적하고 있다.<sup>11)</sup>

이 글에서는 우리 사회에서 법치주의가 잘 안 되는 주된 이유로 그동안 집권자들이 불법적인 집단시위나 파업에 대하여 그 불법을 눈감아주고 적당히 타협함으로써 정치적 인기를 유지하려고 했던 인기영합주의(populism)를 들고자 한다.

그리고 여당 시절에는 준법을 강조하다가도 야당이 되면 준법을 거부하며 의사당 단상을 접거하고 장외로 뛰쳐나가는 정치인들의 임기응변식 행태(여당이 되

9) 박철, “경제발전을 위한 법치주의 - 사회적 신뢰와 협조의 기초인 법과 법치주의를 중심으로-,” 2008년 한국법률가대회 발표논문.

10) 정성진, “한국의 법치주의 왜 어려운가 - 그 원인과 대책을 중심으로 -,” 2008년 한국법률가대회 발표논문.

11) Hager, 앞의 책, 11-12면.

면 야당 시절에 주장하던 논리를 쉽게 내던지는 여당의 입장도 마찬가지이다)가 법치주의를 저해하고 있다.

또한 국가경제발전에 기여한 공로를 감안하고 기업경영을 위한다는 명분 하에 실정법을 위반한 기업인에 대하여 호의를 베풀고, 수뢰죄나 정치자금법 위반으로 기소된 정치인이나 고위공직자에게 관용을 베풀며, 사회적 약자라는 이유로 불법 시위자에 대하여 선처를 아끼지 않는 사법부의 온정주의도 법치주의가 잘 안되는 데 한 몫을 하고 있다.

그 외에 법치주의의 토대가 되고 있는 법률이 제대로 제정되고 있는지도 문제인데 이에 대해서는 별도로 검토하기로 한다.

## 2. 법치주의의 필요성<sup>12)</sup>

그렇다면 왜 ‘법치’이어야 하는가? 법치주의를 하면 어떠한 이점이 있을까?

우선 ‘법’은 사회 공동체의 질서유지와 번영을 위해서 우리 모두가 지키기로 한 약속이다. 법치가 되면 우리 모두의 일상생활이 예측 가능해지고 미래에 대한 체계적 설계가 가능해진다.

투자와 기업경영도 마찬가지이다. 법치가 확립된 국가에서는 경제활동에 관한 각종입법이 잘 지켜지기 때문에 내국인은 물론 외국인들도 그 법을 신뢰하고 안전하게 투자를 할 수 있다. 따라서 법치는 대한민국의 경제발전을 위해서도 반드시 필요한 선행조건이다.

1960년대 이후 경제학자와 정치학자 및 교육학자들이 사회구성원 사이의 유대관계와 신뢰관계를 또 하나의 자본으로 파악하여 ‘사회적 자본(social capital)’이라는 개념으로 설명하면서, 법을 사회적 자본의 한 구성요소로 제시하기 시작했다.<sup>13)</sup> 이러한 주장에 의하면 법치주의는 사회 구성원 사이의 신뢰와 협력에 영향을 미침으로써 경제발전에도 영향을 미치게 된다는 것이다. 전문가들이 세계 여러 나라의 법치주의를 계량화하여 분석한 결과에 의하면 부유한 국가(이탈리아와 그리스 제외)의 법치주의 수치가 높고, 가난한 국가의 법치주의가 낮은 것으로 나

12) 이 부분은 문화일보 2008. 8. 19에 게재된 필자의 칼럼 “법치 없이는 선진화 무망하다”를 일부 수정·보완한 것이다.

13) 박철, 앞의 글, 3면.

타났다고 한다.<sup>14)</sup> 물론 이러한 수치는 국가가 부유해져서 법치주의가 잘 되는 것인지, 아니면 법치주의가 잘 되어서 그 나라가 부유해진 것인지는 분명치 않다. 우리나라에서도 사공일 국가경쟁력강화위원장은 2008년 5월 두 차례에 걸쳐 “한국의 법치주의에 대한 존중이 OECD 평균만큼 높아진다면 성장률이 연 1% 이상 올라갈 수 있다.”고 언급한 바 있다.<sup>15)</sup>

또한 법치는 불필요하고 소모적인 정쟁과 대립을 최소화하여 정치비용도 절감해 줌으로써 정치선진화를 앞당길 수 있다.

반면에 법치가 안 되면 그 사회에서는 만인에 대한 만인의 투쟁이 전개될 것이다. 우리 생활에 예측가능성은 존재하지 않게 된다. 외국인도 투자를 기피할 것이며, 국내 기업인은 예측 가능한 투자처를 찾아서 해외로 나갈 것이다. 권력을 장악한 집단의 의지가 곧 법이 될 것이며, 권력에서 소외된 집단들은 끊임없는 저항과 투쟁을 계속할 것이다. 정도가 심해지면 결국 무정부상태가 될 것이다.

### 3. 법치주의의 선행조건

법치주의가 구현되기 위해서는 몇 가지의 선행조건이 갖추어져야 한다. 우선 법치 앞에서는 네 편, 내편의 구별이 없어야 한다. 오히려 나와 내편의 부정과 비리에 더 엄격한 법의 잣대를 들이대어야 한다. 과거 정권들이 나와 내편의 잘못은 안 보고, 남의 불법만을 처벌하려 했기에 이 땅에 법치가 확립되지 않은 것이다.

그리고 정부가 법치를 확립하기 위해서는 국민들로부터의 ‘신뢰’가 선행되어야 한다. 신뢰를 잃은 정부가 내세우는 법치는 편파성이나 야당탄압을 핑계로 하는 저항에 부딪칠 수 있다. 한편 여야의 상황이 바뀌었다고 준법을 부정하는 정치행태도 더 이상 용납되어서는 아니 된다. 법치의 전통은 정권을 뛰어넘어 이어져야 한다.

## V. 법치주의 확립을 위한 제언

---

14) Daniel Kaufmann & Aart Kraay, Growth without Governance, World Bank Policy Research Working Paper No.2928. 박철, 앞의 글, 10면에서 재인용.

15) 박철, 위의 글, 11면.

우리나라에서 법치주의를 확립하기 위해서는 우선 정치지도자들이 인기영합주의를 떨치고 엄격히 법을 집행해야 한다. 또한 정치인들은 여·야의 입장을 떠나서 일관성 있고 원칙 있는 준법 자세를 보여주어야 한다. 그 외에도 입법의 정당성을 확보하고 사법 온정주의를 개선하기 위하여 다음과 같은 구체적인 노력이 필요하다.

## 1. 입법 분야의 과제<sup>16)</sup>

우리 사회에서 법치주의가 잘 되지 않는 원인을 입법과 관련하여 검토해 보면 입법의 민주적 정당성이 결여되어 있다든가, 법이 비현실적으로 규정되어 있다든가, 위임내용이 과다하여 국회입법이 빈껍데기만 규정하고 있다는 점 등을 들 수 있다.

### (1) 법의 민주적 정당성 제고

국민이 법을 준수하지 않고 법을 경시하는 이유 중의 하나는 법의 내용이 정당하지 않다는데 있다. 입법과정에 국민 다수의 목소리가 제대로 반영되지 않은 채 일부 계층이나 기득권자들의 이익만이 반영되어 있거나, 법을 집행하는 공무원들의 편의만을 고려하여 각종의 보고와 정보제공을 의무화하는 내용으로 입법이 이루어진 경우 국민들로서는 법을 준수해야 할 당위성을 찾기 어렵다.

비슷한 맥락에서 이익집단이나 압력단체의 로비가 입법과정에서 성공적으로 이루어진 결과 이들 집단이나 단체의 이익만을 고려하고 국민다수의 이익을 고려하지 않은 채 입법이 이루어질 경우에도 법의 정당성은 상실된다.

입법의 민주적 정당성확보를 위한 방안으로는 다음과 같은 조치들을 검토할 필요가 있다.

#### 1) 입법공청회의 활성화

입법이 민주적 정당성을 확보하기 위해서는 입법과정에 수범자인 국민의 적극적인 참여가 보장되어야 한다. 국회법에 의하면 국회의 각 위원회는 법률안을 심

16) 이 부분은 한반도선진화재단, “법치가 선진화의 길이다,” (2008)에 실린 필자의 글 “법치주의 확립을 위한 과제 - 입법분야”를 일부 수정한 것이다.

사하기 위하여 필요한 경우 법률안에 대하여 이해관계가 있는 사람 또는 입법사항에 대하여 학식이나 경험이 있는 사람들을 진술인으로 불러 의견을 듣는 공청회를 개최하되, 새로이 제정되는 법률안과 전부를 개정하는 법률안을 심사하는 경우에는 반드시 공청회를 개최하도록 의무화하고 있다(국회법 제64조). 그러나 국회에서 개최되는 공청회는 대부분 관련 분야의 전문가가 진술인으로 참여하는 것이 보통이며, 법률이 입법화될 경우 수범자의 입장에 서게 되는 국민의 참여는 일부 시민단체의 대표가 참여하는 것을 제외하면 극히 저조한 실적이다. 조직화되지는 않았으나 법률의 수범자가 되는 다수 국민들, 달리 표현한다면 '법률 소비자'들이 입법에 참여할 수 있도록 하기 위한 국회의 적극적인 노력이 필요하다.

## 2) 참여민주주의와 숙의민주주의의 구현

대부분 법률안의 주된 이해관계자는 당연히 국민임에도 불구하고 일반국민이 입법과정에 참여하는 것은 사실상 불가능하게 되어있다. 이와 관련해서는 대의제 민주주의의 현대적 문제점(예, 대표의 무능과 부패 또는 책임회피 등)을 보완하고 국민주권주의의 이념을 구현하기 위해서도 입법과정에 일반국민이 참여할 수 있는 기회를 확대하는 등 참여민주주의(participatory democracy)를 실질적으로 실현하기 위한 노력이 필요하다. 이를 위해서는 앞에서 언급한 법률안에 대한 공청회 외에 인터넷을 이용한 여론 수렴 절차를 마련하는 한편 인터넷에 친숙하지 않은 사람들을 위해서는 오프라인(off-line)을 이용한 여론 수렴 절차를 마련해 두어야 한다.

그리고 참여민주주의도 단순히 주권자인 국민이 국회의 입법과정에 한두 번 형식적으로 참석하는 것만으로 끝나서는 안 되며, 이해관계가 있는 국민들이 입법과정에 지속적으로 참여하면서 국회의원들과의 숙의(deliberation) 과정을 통해서 보다 많은 국민들이 공감할 수 있는 합리적 대안을 찾아가는 노력이 가능하도록 하기 위한 제도의 마련을 검토할 필요가 있다.

## 3) 법률안의 위원회 심사제도 개선- 복수위원회회부제도의 도입과 전원위원회제도의 활성화<sup>17)</sup>

입법의 민주적 정당성을 제고하기 위해서는 국회에서 법률안의 내용을 실질적

17) 임종훈, "입법과정의 민주적 정당성 제고를 위한 모색 - 법률안의 위원회 회부제도를 중심으로-", 헌법학연구 제11집 제4호(2005 12), 287-317면 참조.

으로 결정하는 위원회의 심사 제도를 개선할 필요가 있는데 여기서는 법률안의 위원회 회부제도를 중심으로 검토하고자 한다.

현행 국회의 입법과정은 과거 권위주의 정부 시절부터 내려온 틀을 그대로 유지하고 있는데 기본적으로 그 틀은 능률과 생산성을 중요시 한 나머지 국민의 참여와 국회의원들 간의 숙의과정을 도외시한 형태로 되어 있다. 그래서 국회에서 법률안 심의가 실질적으로 이루어지는 소관위원회를 정함에 있어서도 그 소관위원회는 반드시 하나이어야 한다는 원칙이 많은 부작용과 문제점을 가지고 있음에도 불구하고 현재까지 유지되고 있다.

대부분의 법률안은 정부의 여러 부처에 관련된 내용이 포함되어 있고 그 내용 중에는 부처 간에 이견이 있는 부분도 있기 때문에 국회의 소관위원회도 여러 위원회인 것이 보통이나 단일 소관위원회 원칙(국회법의 해석과 국회 관행에 의하여 정착된 원칙임)에 따라 어느 한 위원회만이 소관위원회가 된다. 물론 법률안의 주요 내용을 관장하는 위원회가 소관위원회가 되기는 하나, 관련된 여러 위원회의 의견이 입법과정에서 제대로 조율되고 반영되지 못한 채 입법이 이루어진다. 다시 말하면 입법과정에서 이해당사자들 간에 이견의 조율이 제대로 되지 못함은 물론이고 국회의원들 간에도 법률안에 대한 충분한 타협과 절충 및 숙의의 기회가 보장되지 않은 채 입법이 이루어지는 것이 우리 국회의 현실이다. 이러한 현실을 타개하기 위한 방안으로 미국의회에서 운영되고 있는 복수위원회 회부제도(multiple referral)를 제안하며 또한 국회법상 제도는 마련되어 있으나 거의 활용되지 않고 있는 전원위원회제도의 활성화를 제안한다.

복수위원회 회부제도는 하나의 법률안을 이해관계가 있는 여러 위원회에 동시에 회부하거나(이 경우 주된 소관위원회와 부수적 소관위원회를 정한다) 아니면 순차적으로 관계 위원회에 회부하여 심사를 하는 제도이다. 그리고 전원위원회제도는 국회의 소관 상임위원회를 통과한 법률안이 본회의에서 심의되기 전에 소관 상임위원회에 속하지 않은 의원들의 요구가 있을 때 소집되어 관련된 이해관계를 조율하도록 하기 위하여 2000년 2월에 처음으로 도입된 제도이나 그 활용실적은 지극히 저조하다.

복수위원회 회부제도나 전원위원회제도를 통하여 하나의 법률안에 포함된 정책에 관련이 있는 여러 위원회와 해당 국회의원들이 모두 참여하여 다양한 국민 여론을 토대로 숙의를 거듭한다면 보다 많은 국민이 공감하고 수용할 수 있는 입

법을 할 수 있을 것이다.

#### 4) 로비제도의 투명화를 위한 검토

우리나라 국회의 입법과정에서도 이익집단이나 압력단체의 로비(lobby)가 행해지고 있다는 것은 부인할 수 없는 사실이다. 다만 그 규모와 정도 및 실질적 영향력 등에 대해서 체계적으로 파악된 자료가 없을 뿐이다. 그러나 로비가 반드시 부정적인 것은 아니다. 입법자에게 입법에 관한 정확한 정보를 제공해준다면 올바른 입법에 기여할 수 있다. 문제는 일부집단에 의하여 로비가 독점될 경우 조직화되지 않은 다수 국민의 의사는 배제된 채 잘 조직화된 소수의 이익만을 배려한 입법이 이루어질 수 있다는 점이다. 로비제도의 양성화에 대해서는 찬반논쟁이 있으나 적어도 이 시점에서 로비의 투명화를 위한 최소한의 대책이 확보되어야 할 것이다.<sup>18)</sup> 가능한 대책의 하나로 이익집단이나 압력단체가 국회의원에게 제출한 자료를 입법기록으로 보존할 것을 제안하며 이것이 어렵다면 최소한도 위원회에 제출되는 자료만이라도 해당 법률안의 부속서류로 보존할 것을 제안한다. 그리고 이해관계인의 국회의원 방문기록을 보존하고 공개할 것도 아울러 제안한다.

#### (2) 법의 비현실성

입법자들이 현실적인 여건을 고려하지 않은 채 이상적인 입법목적만을 설정해 놓고 입법을 추진할 경우 국민들이 그 입법을 준수할 것을 기대하기 곤란하다. 이러한 경우로는 특정 정파의 정치적 이념을 달성하기 위하여 입법을 무리하게 추진하거나, 재난 예방이나 안전이라는 목적을 달성하기 위하여 법을 지켜야 할 국민들의 현실적 입장을 고려하지 않고 지나치게 준수하기 어려운 기준을 요구할 경우 국민들의 준법을 기대하기 어렵게 된다(예, 건축법과 건축법시행령 및 「건축물의 피난·방화구조 등의 기준에 관한 규칙」에 의하면 화재예방과 화재 시 대피 등을 용이하게 위하여 건축물의 계단 및 복도 등을 설치하고자 하는 경우 여러 가지의 구조기준을 충족하도록 요구하고 있다). 또한 법이 규율해야 할 현실은 시대의 변화에 따라 많은 변화를 겪었음에도 불구하고 법률이 적기에 개정되지 않아 현실의 변화를 제대로 반영하지 못하고 있을 경우(예컨대, 도심에서 굴뚝이 사라져 더 이상 규제할 필요성이 없는데도 불구하고 존치하고 있는 경범죄처벌법

18) 로비제도의 양성화에 대한 논쟁은 임종훈·박수철, 『입법과정론』, 2006, 279-283면 참조.

제1조 제30호의 ‘굴뚝 등 관리소홀’ 규정, 일부 중학생들의 학교 내 폭력이 강력범죄에 이르고 있는데도 형사미성년을 수십 년 전과 같이 14 세로 규정하고 있는 형법 제9조 등)에도 법이 지켜질 것을 기대하기 어렵다.

국회 입법이 규율해야 할 현실과 부합하기 위해서는 입법을 시작하기 전에 입법수요에 대한 정확한 예측을 해야 하며 입법이 될 경우 실효성을 확보할 수 있는지 여부에 대하여도 면밀한 검토(사전적 입법평가)가 선행되어야 한다.<sup>19)</sup> 그리고 일단 입법이 이루어진 후에는 그 입법이 입법자가 의도했던 대로 효과를 발휘하고 있는지를 검토한 후(사후적 입법평가) 의도했던 효과가 나타나지 않거나 오히려 역효과가 나타난다면 이를 개정하거나 폐지하여야 한다.<sup>20)</sup> 특히 현재 시행 중인 법률 중에 일부 법률들은 해당 법률의 제정 이후 많은 시간이 경과하는 동안 현실 여건과 맞지 않게 된 것들이 있다. 이들 법률에 대한 정확한 평가와 그 평가결과에 따른 개정이나 폐지 작업이 요구된다. 그리고 요건이 지나치게 엄격한 안전·보건 또는 환경 관련 법률의 경우 일정한 기준을 침해하지 않는 범위 안에서 수범자가 지킬 수 있을 만큼 입법의 눈높이를 낮추어 현실에 맞게 개정할 필요가 있다.

### (3) 위임입법의 과다

국민의 권리와 의무를 규율하거나 국가의 중요정책에 관한 사항을 정하는 입법은 국민대표기관인 국회가 행하는 것이 원칙이다(헌법 제40조). 그리고 여기서 말하는 국회입법의 원칙은 국민의 권리와 의무에 관한 사항이나 국가의 중요정책에 관한 사항 중 적어도 기본적인 내용은 국회가 직접 법률의 형태로 정해야 한다는 것을 의미한다. 그런데 오늘날 국가의 역할과 기능이 강화되는 적극국가화 내지 행정국가화 경향에 따라 입법에 담아야 할 내용도 복잡·다양해지고 전문화됨에 따라 상대적으로 전문성이 부족한 국회로서는 법률에 담아야 할 내용을 자세하게 기술하지 못하고 입법해야 할 사항의 기본 골격만을 법률에 담고, 자세한 내용은 대통령령 등 법규명령이나 행정규칙에 위임하고 있는 것이 현실이다. 사정이 이렇다 보니 국민들로서는 법의 내용을 알고자 하여도 법률만 보아서는 안 되며 관련된 하위 법규범을 모두 찾아보아야 하는데, 이는 비전문가로서는 용이

19) 최윤철, “독일 입법학 연구의 현황과 전망,” 『입법학연구』 제3집(2006), 38면.

20) 위의 글.

한 일이 아니며, 이는 결국 준수해야 할 법이 무엇인지조차 알기 어렵게 하는 결과가 될 수 있다.

위임입법은 오늘날 사회복지국가화·행정국가화 경향을 감안해 보면 불가피한 측면이 있다는 주장이 일반적으로 제기되고 있으나, 미국이나 독일 등에서는 우리나라와 달리 의회에서 규율하고자 하는 사항의 자세한 내용까지를 법률로 규정하고 있다. 우리나라에서도 국회의 입법역량을 강화하여 국회가 가급적 위임을 자제하고 필요한 사항은 모두 법률에 담아내는 입법을 해야 한다. 입법을 할 때 국회 입법보좌 인력의 도움을 받고 행정부의 지원을 받는다면 불가능한 일은 아니다. 그렇게 되면 국민들도 실정법을 이해하는 것이 쉬워질 것이며 이는 준법으로 이어질 것이다.

## 2. 법치주의 확립을 위한 사법 분야의 과제<sup>21)</sup>

법치주의의 확립은 사법부의 역할과 떼어 수 없는 밀접한 관계가 있다. 사법부가 법을 적용·집행하는 기관이기 때문이다. 법치주의의 확립과 관련하여 사법 분야가 안고 있는 문제점과 개선대책을 사법온정주의와 사법부구성의 비민주성 등을 중심으로 살펴보면 다음과 같다.

### (1) 사법온정주의

국민들이 법을 경시하고 지키지 않는 것은 법을 위반해도 엄격하게 처벌을 받지 않고 풀려나기 때문이다. 이렇게 된 데는 사법부의 온정주의가 많은 역할을 했다고 생각된다. 사법부가 준법의 중요성보다는 이리 저러한 이유로 범법자에게 관용을 베푸는 것을 미덕으로 생각한 결과라고 할 수 있으며, 이는 사법부 차원의 인기영합주의(populism)라고 할 수 있다. 그 동안 법원의 판결을 보면 뇌물죄로 기소된 정치인이나 고위공직자 중 실형을 선고받고 교도소에 복역한 사람은 많지 않았으며, 재벌의 총수들도 탈세나 횡령 등의 혐의로 기소된 이후 실형을 선고받고 복역한 예는 역시 많지 않았다.<sup>22)</sup> 그리고 정부의 정책에 항의하며 불법시위를

21) 이 부분은 한반도선진화재단, 『법치가 선진화의 길이다』 (2008)에 실린 필자의 글 “법치주의 확립을 위한 과제 - 사법분야”를 일부 수정한 것이다.

22) 경제개혁연계가 화이트칼라 범죄의 법원양형을 분석한 결과에 의하면 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」상 횡령·배임죄는 법정형이 징역 3년 이상 및 무기 또는 징역 5년 이상을 정해

벌였던 사람들에 대한 처벌 또한 관대하기 그지없었다. 예컨대, 「집회 및 시위에 관한 법률」 위반 혐의로 기소된 사범에 대한 법원의 선고형량을 살펴보면 아래 표에서 보는 바와 같이 법원의 판단은 관대하기 그지없어 실형선고는 거의 없고 대부분이 집행유예나 벌금형으로 풀려나고 있으며 이러한 경향은 해가 거듭될수록 강화되는 추세임을 알 수 있다.<sup>23)</sup>

건수 \ 연도	2002	2003	2004	2005	2006
기소	103	133	183	128	187
자유형	3	4	1	0	2

사법부의 온정주의는 “법관은 헌법과 법률에 의하여 양심에 따라 독립하여 심판한다.”는 헌법 제103조와 관련이 있다. 즉 법관은 헌법과 법률에 위반되지 않는 한 재판을 함에 있어서 폭넓은 재량을 인정받고 있는데, 대부분의 형벌 법규는 법정형을 매우 융통성 있게 규정하고 있어서(예, 징역 10년 이하) 결과적으로 동일하거나 유사한 범죄에 대해서도 실제로 내려지는 법원의 양형은 많은 편차를 보이게 마련이다. 이러한 상황 하에서 법관이 누리게 되는 재량의 여지가 온정주의적 결과로 나타나고, 전관예우를 가능하게 하는 것이다. 따라서 양형을 함에 있어서 법관의 재량을 줄이기 위한 노력으로 각 범죄유형별로 양형기준을 설정해서(이러한 목적으로 대법원에서는 2007년 5월 2일 양형기준을 정립할 ‘양형위원회’를 출범시켰다) 적극적으로 활용할 것을 제안한다.

또한 사법부의 온정주의는 상소심 법원들이 일단 상소가 된 사건에 대해서는 으레 양형을 낮추어주는 관행에서 비롯된다고 할 수 있다. 우리나라에서 1심 법원의 판결에 대한 항소율은 합의사건의 경우 52~56%이고 단독사건의 경우 27~31%로서, 다른 나라의 10%정도 항소율에 비하여 매우 높다고 한다. 그리고 항소심 재판결과를 보면 2006년의 경우 고등법원 사건의 37%, 지방법원 항소부 사건의 35%에서 양형이 변경되었다고 한다.<sup>24)</sup>

따라서 사법부의 온정주의를 개선하기 위해서는 상소심 법원, 특히 항소심 법

질 만큼 중범죄임에도 불구하고, 집행유예 선고율이 83.9%에 이른다고 한다. 법률신문 2007년 8월 23일자 7면.

23) 2002-2006 사법연감.

24) 법률신문 2007년 4월 16일.

원의 기능을 재조정할 필요가 있다. 항소의 남발을 억제하고 상소를 통한 사법 온정주의를 타개하기 위해서는 항소심이 가급적 1심 판결을 존중하는 것이 바람직하다.

물론 항소심에서 양형을 자주 변경한다는 것은 1심 법원의 심리와 판결이 제대로 이루어지지 않는다는 반증이 될 수도 있기 때문에 항소율과 과기율을 낮추는 노력과 함께 1심에서의 심리를 철저히 하고 양형이 적정하게 이루어지도록 하는 노력이 병행되어야 한다. 이러한 차원에서도 양형의 적정화를 위해서 양형기준을 설정해서 시행할 필요가 있다.

## (2) 사법부 구성의 비민주성

국민들이 사법부의 판단을 경시하고 법을 무시하게 되는 또 다른 원인은 사법부 구성의 비민주성 내지 사법부 구성원의 관료화에서 찾을 수 있다. 사법부의 수장인 대법원장은 대통령이 국회의 동의를 얻어 임명하고(헌법 제104조 제1항), 대법관은 대법원장의 제청으로 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명하며(헌법 제104조 제2항), 대법관 외의 일반 법관은 대법원장이 대법관회의의 동의를 얻어 임명하게 되어 있다(헌법 제104조 제3항). 그런데 이러한 임명구조는 결국 대통령이 대법원장을 임명하고 이렇게 임명된 대법원장이 대법관을 비롯한 모든 법관을 사실상 임명함으로써(그동안 대법원장이 임명제청한 대법관임명후보자에 대한 국회의 동의를 부결된 예가 없다는 점에서) 사법부를 대법원장을 정점으로 한 관료 집단으로 만들고 있다. 그리고 이러한 법관의 관료화는 법관들이 임명권자의 눈치를 보면서 반정부세력에게는 법을 가혹할 정도로 엄격하게 적용하면서도(심지어 법을 잘못 적용한 예로 인혁당 사건 등을 들 수 있다), 퇴직한 동료가 수임한 사건에 대해서는 법이 허용하는 최대한의 재량을 발휘하여 관용을 베푸는 이른바 '전관예우'라는 기이한 사법문화를 만들었다. 전관예우는 비싼 수임료를 부담하고 전관인 변호사를 선임한 피의자나 피고인은 유리한 결정을 받고 그렇지 못한 사람은 상대적으로 불리한 결정을 받게 되어 '유전무죄 무전유죄'라는 말로 표현되는 사법 불신을 초래하고 있다. 결국 전관예우는 법의 해석·적용을 사건의 수임자가 누구이냐에 따라서 자의적으로 행한다는 의미가 된다는 점에서 법치주의에 정면으로 반한다.

사법부 구성을 민주화하기 위해서는 대법관을 비롯한 법관들의 임명절차가 확

기적으로 개선되어야 한다. 모든 법관의 임명에 국민이 직접 관여하거나(예컨대, 법관추천회의를 두되 여기에 시민대표 등이 참석하는 방법) 아니면 적어도 국민 대표기관인 국회와 대통령이 참여하는 형태로 개선되어야 하는데 이는 앞으로 헌법을 개정할 기회에 반영되어야 할 사항이다.

그리고 전관예우를 방지하고 법관의 관료화를 막기 위해서는 법조 일원화를 통해서 재야에서 일정 경력(약 10년 정도 이상)을 쌓은 변호사가 법관으로 임명되어 평생 봉직하도록 하여야 한다. 그리고 법관의 직급제(지방법원 판사-고등법원 판사-지방법원 부장-고등법원 부장-지방법원장-고등법원장)도 폐지되어야 한다.

전관예우 관행의 방지를 위하여 그동안 변호사법을 개정하여 개업지 제한 조치를 취한 적도 있으나 헌법재판소에서 위헌결정을 받았다.<sup>25)</sup> 그래서 정부와 법원은 2007년 7월 27일부터 전관예우의 관행을 퇴출시키기 위하여 판사·검사 또는 군법무관 등 공직에서 근무하다 개업한 소위 '전관변호사'는 퇴임 후 2년간 정기적으로 수입사건의 자료와 처리결과를 법조윤리협의회(법원행정처장과 법무부장관, 대한변협회장이 각각 3명씩 지명 또는 위촉하는 9인의 위원으로 구성)에 제출하도록 의무화하는 내용의 변호사법시행령을 개정 했다. 그러나 이 번 조치가 전관예우 관행의 해소를 통해서 국민들의 사법 불신을 해소하고 법치주의 확립에 어느 정도 실질적으로 기여할지는 의문이다.

한편 사법 작용에서도 국민주권주의를 구현한다는 차원에서 2007년 4월 국회에서 제정된 국민 참여 재판 제도(일정한 범죄 사건에 대하여 피고인이 희망하는 경우 배심원이 재판에 참여하는 제도)의 정착을 위한 노력이 필요하다.<sup>26)</sup>

### (3) 법률서비스제도의 부족과 악의적 법규 위반에 대한 제재조치의 미비와 대책

부당한 공권력 행사나 일부 독과점 기업의 횡포에 맞서서 일반 시민들이 권리를 구제받기 위해서는 저렴한 비용으로 법률서비스를 이용할 수 있어야 하는데 우리나라에서는 아래 표에서 보는 바와 같이 지난 2-30년 동안 변호사수가 꾸준히 확대되었음에도 불구하고 아직도 법적 분쟁을 겪고 있는 일반 시민들이 변호사의 도움을 받기가 쉽지 않다.

25) 현재 1989. 11. 20. 89헌가102.

26) 배심제도의 도입논의에 대해서는 권영설, 『헌법이론과 헌법담론』, 2006, 563-581면.

## 변호사수의 변동현황(2007. 7. 19 기준)

연 도	1906	1960	1970	1980	1990	2000	2006	2007
변호사수	3	456	719	940	1,803	4,228	7,603	8,322

한편 일부 기업에서는 국민의 건강을 지키거나(예, 식품위생법) 우리 사회의 환경을 보전하기 위하여(예, 수질환경보전법 등) 또는 기업 간의 공정한 경쟁을 담보하기 위하여 제정된 각종 법률(예, 공정거래법)의 규제조치 위반에 대한 처벌이 경미한 것을 악용하여 이들 규제조치를 쉽게 위반하는 경향이 있다.

법학전문대학원제도가 도입된 만큼 변호사 선발인원의 확대를 통하여 법률서비스를 제공하는 변호사의 수를 확대할 필요가 있다. 그리고 일반 시민들이 변호사를 용이하게 활용할 수 있도록 하기 위해서 독일 등에서 실시되고 있는 법률서비스 보험제도의 도입여부를 신중히 검토해볼 필요가 있다.

한편 일부 기업들이 건강이나 환경 또는 공정 경쟁 법규를 쉽게 위반하는 것은 위반에 대한 벌금이나 과태료 등의 제재가 위반으로 인하여 얻게 되는 이익보다 작기 때문이다. 이러한 사안에 대한 법정형의 상향 조정과 엄중한 법 적용이 요구된다. 또한 이렇게 악의적으로 공익을 위한 규제조치를 위반하는 기업에 대해서는 미국에서 인정되고 있는 징벌적 손해배상(punitive damage)제도를<sup>27)</sup> 통하여 제재를 가할 필요가 있다. 물론 이러한 징벌적 손해배상에 대해서는 일정한 한계를 설정하여 제도의 남용이 없도록 하는 노력도 함께 있어야 한다.

## VI. 맺는 말

우리나라에서는 실정법이 무시되고 공권력이 무력화되는 현상을 가끔씩 볼 수 있다. 그러나 법치주의는 헌법 제정 이래 헌법의 기본원리중 하나로 채택되고 있

27) 징벌적 손해배상제도의 의미에 대해서는 이상윤, 『영미법』 (2003), 264면; George P. Fletcher & Steve Sheppard, 『American Law - In a Global Context - The Basics』 (2005), pp.488-501.

다. 법치주의가 우리 스스로의 선택이 아닌 타율에 의하여 시작되었다는 역사적 경험과 우리 사회의 적당주의 등이 법치주의를 어렵게 요인으로 꼽히고 있다. 그러나 법치주의는 우리에게 예측가능성과 법적 안정성을 부여하여 일상적 법률생활에 안정을 가져오는 것은 물론 정치비용의 절감과 기업 활동 및 투자촉진을 위해서도 꼭 필요한 요소가 되었다. 법치주의를 확립하지 않고서는 선진국진입을 기대하기 어렵게 되었다. 그동안 우리사회에서 법치주의를 저해하는 요소로 작용했던 정치인들의 인기영합주의(populism)를 타파하고, 입법의 민주적 정당성을 제고하며, 사법부의 온정주의 극복하여 엄정한 법집행이 이루어지도록 한다면 우리사회에도 법치주의의 실현이 가능할 것이다.

■ 참고문헌

- 권영설, 『헌법이론과 헌법담론』, 2006.
- 권영성, 『한국헌법론』, 2008.
- 김철수, 『헌법학』, 2008.
- 대법원, 『사법연감』 2002-2006.
- 박철, “경제발전을 위한 법치주의 - 사회적 신뢰와 협조의 기초인 법과 법치주의를 중심으로-,” 2008년 한국법률가대회 발표논문, 2008. 8.
- 이상윤, 『영미법』, 2003.
- 임중훈, “입법과정의 민주적 정당성 제고를 위한 모색 - 법률안의 위원회 회부제도를 중심으로-,” 『헌법학연구』 제11집 제4호, 2005. 12.
- 임중훈·박수철, 『입법과정론』, 2006.
- 정성진, “한국의 법치주의 왜 어려운가 - 그 원인과 대책을 중심으로 -,” 2008년 한국법률가대회 발표 논문, 2008. 8.
- 최윤철, “독일 입법학 연구의 현황과 전망,” 『입법학연구』 제3집(2006),
- 한반도선진화재단, 『법치가 선진화의 길이다』, (2008).
- A. V. Dicey, 『An Introduction to the Study of the Law of the Constitution』, Liberty Classics, 1982,
- Barry M. Hager, 『The Rule of Law - A Lexicon for Policy Makers』, The Mansfield Center for Pacific Affairs, 1999
- George P. Fletcher & Steve Sheppard, 『American Law - In a Global Context - The Basics』, 2005.
- Joseph Raz, "The Rule of Law and Its Virtue," 『The Law Quarterly Review』 Vol. 93, April, 1977.

투고일자 2008.09.05      심사개시일자 2008.09.17      게재확정일자 2008.10.01

Hongik Law Review, Vol. 9, No. 3(2008)

**[ABSTRACT]**

## **Revisit to the Rule of Law in Korea**

Lim, Jong-Hoon

The rule of law has been one of the basic principles of the Constitutional Law in Korea throughout its history. The basic idea of the concept is that both the government and the people are ruled by law. As such, the rule of law is considered to promote not only political democracy but also economic success throughout the world. Still, however, the rule of law does not work in Korea as it is supposed to.

What prevents the rule of law from being imbedded in Korea? Politicians tend to lean toward populism. Judges are too generous to the defendants who violated law. And sometimes illegitimate legislations were made at the National Assembly.

The President should be more strict and fair in his application of law. Sentencing guidelines are recommended for the judges deciding cases. Bureaucracy of judiciary must be removed. Public participation and deliberation should be more actively facilitated to increase legitimacy of legislation of the National Assembly.

**Key Words** : rule of law, populism, judicial generosity, social capital, bureaucracy of judiciary



# 미국의 치안판사제도에 관한 일고찰\*

김 명 식

(조선대학교 법과대학 조교수)

## [ 초 록 ]

---

오늘날 우리 사회가 다원화되고 생활환경이 복잡해짐에 따라 개인에게 발생하는 법률분쟁의 종류도 매우 다양하게 나타나고 있으며 그 내용도 상당히 전문화되고 있는 추세이다. 이와 같이 변화된 시대환경 속에서 새롭게 등장하는 다양한 태양을 가진 법적 분쟁은 당해 사건의 성질이나 소송물의 규모, 해결의 용이성 등에 따라 다양한 형태로 구체화된 사법제도를 통해 해결될 필요가 있다. 이는 법치국가의 실현이라는 헌법적 원리의 관점에서도 타당한 것으로 보인다. 왜냐하면 국민주권원리를 바탕으로 법치국가원리가 실질화되고 활성화될수록 법을 통한 분쟁의 해결이라는 생활방식이 우리의 삶에 뿌리내리게 될 터이고, 국가의 기능 중 그러한 역할은 궁극적으로는 사법기능이 담당하게 될 것이기 때문이다.

그런데 현대사회에서 법률분쟁의 다양화나 법치국가원리의 실질화 등으로 사법기능의 확대와 이의 합리적인 제도화의 요청이 전반적으로 강하게 대두되고 있는바, 특히 소액사건 등 경미한 법적 분쟁이 전체 사건에서 차지하는 비중이 매우 높다는 점은 이를 신속하고 간편하게 처리할 수 있는 소송제도와 함께 이러한 업무를 전담하는 지위와 권한을 가진 법관의 필요성에 대해

---

\* 이 논문은 한국헌법학회가 2008년 대법원으로부터 위탁받아 수행·제출한 연구과제 「법관의 다양화 방안과 신분보장」의 연구결과 중 필자가 집필한 부분을 토대로 작성되었음을 밝혀 둡니다.

진지한 검토와 연구의 과제를 던져준다. 왜냐하면 우리 헌법 제101조제3항은 사법권을 담당하는 “법관의 자격은 법률로 정한다”고 규정하고 있고, 이를 구체화한 「법원조직법」 제4편은 법관의 종류를 대법원장, 대법관, 판사로만 정하고 있어서, ‘판사’라는 단일의 지위를 갖는 법관이 간이재판을 포함한 제1·2심의 모든 재판을 담당하도록 되어 있는바, 과연 이러한 현행 법관제도가 오늘날의 다양한 법적 분쟁을 효율적으로 처리할 수 있는지 의문이 들기 때문이다.

본고는 이러한 문제의식을 바탕으로 하급심 단계에서 특히 경미한 분쟁의 소송사건을 담당하게 될, 그 임용방법·자격·임기·관할·권한·급여 등의 측면에서 기존의 ‘판사’와는 상당히 다른 법적 지위를 갖는 새로운 유형의 법관의 도입 필요성을 비교법적 차원에서 적극적으로 검토하기 위한 사전준비작업의 일환으로서 미국의 치안판사제도의 현황과 실제에 대한 구체적 내용을 고찰한다. 다만 방대한 규모의 연방국가라는 미국의 특성을 고려하여 우선 미국의 법원제도를 연방정부와 텍사스(Texas)주 및 조지아(Georgia)주를 대상으로 법원조직의 체계와 법관제도를 중심으로 개관한 후, 치안판사의 임용방법·자격요건·임기·관할·직무 등에 대해 개별적으로 살펴본다.

미국의 연방법원에서든 주법원에서든 변호사자격을 갖지 않은 일반인에 의해서 제한된 관할범위에서나마 재판이 이루어지는 경우가 있었는데, 그 명칭과 세부내용의 미세한 차이점을 제외한다면, 치안판사를 그 대표적인 예로 들 수 있을 것이다.

이는 사건의 규모나 성질과는 상관없이 모든 제1심 재판을 ‘판사’라는 단일한 지위를 가진 법관이 담당하도록 되어 있는 매우 경직된 구조를 가진 우리나라의 법관제도와 비교할 때 대단히 주목받을 만한 점이라 할 수 있다.

현대의 복잡한 법률생활환경 속에서 개인에게 발생하는 다양한 종류의 법률분쟁은 당해 사건의 성질이나 규모에 따라서는, 소송경제적 관점에서나 국민의 편익증진 차원에서도, 보다 간이하고 신속한 해결이 요구되고 바람직하다는 점은 재차 언급할 필요도 없을 것이다.

이러한 관점에서 보면, 미국의 치안판사제도는 우리에게 많은 시사점을 던져 줄 수 있다고 보며, 앞으로 이에 대한 세밀한 분석과 더불어 그 도입여부에 대한 심도 있는 논의가 전개되었으면 한다.

---

**주제어** : 치안판사제도, 미국법원제도, 연방치안판사, 텍사스주치안판사, 조지아주치안판사.

**【차 례】**

I. 서	III. 치안판사제도에 대한 개별적 고찰
II. 미국의 법원제도 개관	1. 연방치안판사
1. 법원의 조직체계	2. 텍사스州치안판사
2. 법관제도 개관	3. 조지아州치안판사
	IV. 결

I. 서

오늘날 우리 사회가 다원화되고 생활환경이 복잡해짐에 따라 개인에게 발생하는 법률분쟁의 종류도 매우 다양하게 나타나고 있으며 그 내용도 상당히 전문화되고 있는 추세이다. 이와 같이 변화된 시대환경 속에서 새롭게 등장하는 다양한 태양을 가진 법적 분쟁은 당해 사건의 성질이나 소송물의 규모, 해결의 용이성 등에 따라 다양한 형태로 구체화된 사법제도를 통해 해결될 필요가 있다. 이는 법치국가의 실현이라는 헌법적 원리의 관점에서도 타당한 것으로 보인다. 왜냐하면 국민주권원리를 바탕으로 법치국가원리가 실질화되고 활성화될수록 법률을 통한 분쟁의 해결이라는 생활방식이 우리의 삶에 뿌리내리게 될 터이고, 국가의 기능 중 그러한 역할은 궁극적으로는 사법기능이 담당하게 될 것이기 때문이다.<sup>1)</sup>

그런데 현대사회에서 법률분쟁의 다양화나 법치국가원리의 실질화 등으로 사법기능의 확대와 이의 합리적인 제도화의 요청이 전반적으로 강하게 대두되고 있는바, 특히 소액사건 등 경미한 법적 분쟁이 전체 사건에서 차지하는 비중이 매우 높다는 점<sup>2)</sup>은 이를 신속하고 간편하게 처리할 수 있는 소송제도와 함께 이러한 업무를 전담하는 지위와 권한을 가진 법관의 필요성에 대해 진지한 검토와 연구의 과제를 던져준다. 왜냐하면 우리 헌법 제101조제3항은 사법권을 담당하는 “법관의 자격은 법률로 정한다”고 규정하고 있고, 이를 구체화한 「법원조직법」 제4편은 법관의 종류를 대법원장, 대법관, 판사로만<sup>3)</sup> 정하고 있어서, ‘판사’라는 단일

1) 이현환, 법과 정치, 박영사, 2007, 13면 이하 참조.  
 2) 우리나라의 2007년 사법연감을 보면 제1심 본안사건 중 소액사건이 차지하는 비율이 무려 75.1%나 된다.

의 지위를 갖는 법관이 간이재판을 포함한 제1·2심의 모든 재판을 담당하도록 되어 있는바, 과연 이러한 현행 법관제도가 오늘날의 다양한 법적 분쟁을 효율적으로 처리할 수 있는지 의문이 들기 때문이다.

본고는 이러한 문제의식을 바탕으로 하급심 단계에서 특히 경미한 분쟁의 소송사건을 담당하게 될, 그 임용방법·자격·임기·관할·권한·급여 등의 측면에서 기존의 '판사'와는 상당히 다른 법적 지위를 갖는 새로운 유형의 법관의 도입 필요성을 비교법적 차원에서 적극적으로 검토하기 위한 사전준비작업의 일환으로서 미국의 치안판사제도의 현황과 실제에 대한 구체적 내용을 고찰하고자 한다<sup>4)</sup>. 다만 방대한 규모의 연방국가라는 미국의 특성을 고려하여 우선 미국의 법원제도를 연방정부와 텍사스(Texas)주 및 조지아(Georgia)주를 대상으로 법원조직의 체계와 법관제도를 중심으로 개관한 후, 치안판사의 임용방법·자격요건·임기·관할·직무 등에 대해 개별적·구체적으로 살펴보기로 한다.

## II. 미국의 법원제도 개관

미국이 방대한 규모의 연방국가라는 점과 연방헌법이 연방의회 및 주의회에 법원조직의 구성에 관한 구체적 사항을 포괄적으로 위임하고 있다는 점 등으로 인하여 다양한 방법으로 다양한 지위의 법관을 선발하고 있다는 점이 미국 법원제도의 가장 큰 특징이지 않을까 생각한다. 이러한 다양성으로 인하여 미국의 법원제도를 일반화시켜 이야기하는 것은 극히 어려운 일이며, 나아가 법관의 지위나 직무범위 및 선발방식을 통일적으로 설명하는 것도 사실상 불가능하다고 본다. 따라서 이하에서는 연방법원과 주법원 및 지방정부법원의 법관제도 중 '법관지위의 다양성'을 대표적으로 보여주는 내용을 간략히 개관

3) 논의의 편의상 헌법재판소 재판관은 여기서 제외되고 있는데, 또 다른 이유는 헌법재판소장이나 재판관은 「헌법재판소법」에서 규율하고 있다는 점이다.

4) 치안판사제도를 제대로 이해하고 우리나라에서의 도입을 이끌기 위해서는 이 제도의 도입과정, 제도적 장·단점, 순기능과 역기능, 비판론 등에 대한 미국에서의 논의를 정리·소개할 필요가 있으나, 이러한 쟁점들은 비교법적 연구의 핵심과제로서 별도의 논문에서 심층적으로 연구되어야 할 것으로 사료되며, 본 논문은 이를 위한 기초적인 참고자료를 축적하고 앞으로 다양한 시각에서의 연구·검토를 제안하는 의미에서 미국치안판사제도의 현황에 실제에 대한 구체적 내용을 고찰하는데 그치고 있다.

하고자 한다.

## 1. 법원의 조직체계

### (1) 연방법원

#### 1) 연방법원의 유형

미국의 연방법원은 연방헌법 제3조, 제1조제8항제9절, 제4조제3항제2절 등을 헌법적 근거로 하여 다양한 형태로 구성되어 있다. 연방헌법 제3조제1항은 연방법원의 조직과 구성, 권한과 직무 등 연방사법부에 대한 기본적인 사항을 규정하고 있는데, 하나의 최고법원(연방대법원; supreme Court)과 연방의회(Congress)가 법률로 정하는 하급법원(inferior Court)으로 구성되도록 하였으며, 연방법원 판사는 직무를 적법하게 수행하는 한(during good Behaviour) 종신임기(life tenure)와 급여삭감금지의 보장을 받도록 하였다. 이와 관련하여 연방헌법 제2조제2항제2절은 대통령이 상원(Senate)의 조언과 동의(advice and consent)를 얻어 연방법원 판사를 임명하도록 그 선발방식을 규정하고 있다.

한편, 연방헌법 제1조제8항제9절은 연방의회에게 법률로써 ‘제3조상 법원’(Article III court) 이외의 법원을 창설할 수 있도록 하는 권한을 포괄적으로 위임하고 있으며, 연방헌법 제4조제3항제2절도 연방의회로 하여금 법률로써 준주(territory)지역 등에서 다양한 지위의 법관으로 구성된 법원을 설립할 수 있도록 규정하고 있다.

따라서 연방법원은 크게 ‘제3조상 법원’(이하 “헌법상 법원”(constitutional court)이라 함)과 ‘제1조·제4조상 법원’(이하 “법률상 법원”(legislative court)이라 함)으로 구별될 수 있지만, 그 구체적인 구분은 법원조직법(Judiciary Acts) 등 관련법률의 규정내용을 검토하여야 가능하다. 다만 연방의회는 제1조와 제4조에 의해 위임받은 권한을 근거로 다양한 지위와 직무범위를 가진 법관으로 구성된 다양한 형태의 법원조직을 창설하였음은 분명하다.

#### 2) 연방법원의 조직체계 개관

연방법원은 기본적으로 연방대법원-연방항소법원-연방지방법원의 3단계 심급구조로 조직되어 있으며 전국적으로 통일적인 조직체계를 갖추고 있다.

첫째, 연방대법원은 최종심을 관할한다.

둘째, 연방항소법원은 총 14개로 구성되는데, 일반적 사물관할권을 가진 제 1~11연방항소법원(U.S. Court of Appeals for the 1st~11th Circuit)<sup>5)</sup> 및 연방D.C. 항소법원(U.S. Court of Appeal for the District of Colombia Circuit)<sup>6)</sup> 특수법원으로 연방순회항소법원(U.S. Court of Appeal for the Federal Circuit)과 연방군사항소법원(U.S. Court of Appeals for the Armed Forces) 등이 있다.

셋째, 연방지방법원은 일반적 사물관할권을 가진 94개<sup>7)</sup>의 연방지방법원(U.S. District Court) 및 3개<sup>8)</sup>의 準州(Territory)지방법원, 특수법원으로 94개의 연방과산법원(U.S. Bankruptcy Court), 국제통상법원(U.S. Court of International Trade), 연방청구법원(U.S. Court of Federal Claims), 연방조세법원(U.S. Tax Court), 연방참전용사청구법원(U.S. Court of Appeals for the Veterans Claims) 등으로 구성되어 있다.

## (2) 州법원 및 지방정부법원

미국의 州정부(state government)는 州헌법에 사법부에 대한 규정을 별도로 가지고 있으며, 이를 근거로 연방법원과 구별되는 州법원체계가 각각 형성되어 있다. 또한 여러 州의 지방정부(local government)도 州헌법이나 州법령에서 직접 규정하거나 이로부터 위임을 받은 지방정부의 조례(ordinance)에서 규정하는 다양한 지위와 직무범위를 갖는 법관으로 구성된 법원조직을 별도로 운영하고 있다.

오늘날 미국의 州법원은 델라웨어(Delaware)州, 메인(Maine)州, 몬태나(Montana)州, 네바다(Nevada)州, 로드아일랜드(Rhode Island)州, 사우스다코타

5) 건국 초기에는 연방대법관 2인과 연방지방법원판사 1인으로 구성하여 각 지방을 순회하며 재판하던 비상주법원이었던 연혁적 이유로 오늘날까지도 순회법원(Circuit Court)으로 불리고 있으며, 가장 늦게 설치된 審級이다. 1981년 제5순회구(5th Circuit)항소법원으로부터 제11순회구(11th Circuit)항소법원이 분리되면서 현재와 같이 11개의 순회구항소법원으로 구분되고 있다고 한다. 각 연방항소법원은 여러 州에 걸친 관할구역을 가지고 있는데, 예를 들어 제5연방항소법원은 텍사스(Texas)州, 루이지애나(Louisiana)州, 미시시피(Mississippi)州를 관할하고, 제11연방항소법원은 조지아(Georgia)州, 앨라배마(Alabama)州, 플로리다(Florida)州를 관할하고 있다.

6) 컬럼비아지구(이하 "D.C."라 함)연방지방법원(U.S. District Court of District of Colombia)으로부터의 항소심사건을 담당한다.

7) 각 州는 적어도 하나의 연방지방법원을 갖고 있으며, 뉴욕(New York)과 같이 큰 州에는 4개가 설치되어 있어 현재 총 92개가 있으며, D.C.와 푸에르토리코(Puerto Rico)에 각각 1개의 연방지방법원이 있다.

8) 괌(Guam), 버진아일랜드(the Virgin Islands), 북마리아나군도(the Northern Mariana Islands)에 각각 설치되어 있다.

(South Dakota)州, 웨스트버지니아(West Virginia)州, 와이오밍(Wyoming)州 등 8개州와 D.C.만이 2심제를 채택하고 있고, 나머지 42개州는 3심제를 채택하고 있다.<sup>9)</sup> 따라서 통상 일반적 관할권(general jurisdiction)을 가진 州법원을 그 다양한 명칭<sup>10)</sup>에도 불구하고 이를 일반화시켜 본다면, 상고심을 담당하는 대법원(supreme court), 항소심을 담당하는 항소법원(court of appeals), 제1심을 담당하는 지방법원(district courts) 또는 순회법원(circuit courts) 등으로 구분해 볼 수 있을 것이다.

또한 지방정부<sup>11)</sup>에도 다양한 법원이 존재하는바, 郡법원(county court), 市법원(municipal court), 치안법원(magistrate court 또는 the justice of the peace court), 검인법원(probate court), 소년법원(juvenile court), 가사법원(family court) 등을 대표적인 예로 들 수 있는데, 이들 대부분은 제한된 관할권을 행사하는 법원(court of limited jurisdiction)이다.

여기에서는 州법원과 지방정부법원의 조직체계에 대하여 텍사스州와 조지아州를 중심으로 간략히 살펴보고자 한다.

#### 1) 텍사스州의 법원제도 개관

텍사스州의 법원체계의 가장 큰 특징은 최고법원인 대법원(supreme court)과 동격의 형사항소법원(court of criminal appeals)이 존재한다는 점이다. 그 아래로 14개의 항소법원(courts of appeals)이 있고, 440개의 지방법원(district courts)이 있다. 이들은 모두 일반적 관할권을 행사하는 법원이다.

9) 보다 자세한 소개는 Sandra Schultz Newman & Daniel Mark Isaacs, Historical Overview Of The Judicial Selection Process In The United States, 49 VILL. L. REV. 1, 18-53 (2004) 참조. 그렇지만 대부분의 사건은 지방법원에서의 재판만으로 종결되는 경우가 많다. 이는 미국의 대다수 州가 제1심만 사실심으로 하고, 항소심은 법률심으로 운영하고 있어서 항소심에서는 사실발견을 위한 증거조사 등을 하지 않고 제1심 소송기록만을 가지고 재판을 진행하는 등 여러 가지 제약을 두고 있기 때문이다.

10) 예를 들어 州에 따라 제1심법원을 지방법원(district court), 상급법원(superior court), 대법원(supreme court)으로 각각 다르게 부르기도 하며, 대부분의 州는 하나의 대법원을 가지고 있지만 오클라호마(Oklahoma)州와 텍사스(Texas)州에는 민사와 형사를 위한 2개의 대법원이 존재하기도 한다. 특히 뉴욕州의 법원체계는 여러 가지 독특한 면을 보여주고 있는데, 우선 법원명칭의 특이함을 들 수 있다. 최종심을 담당하는 최고법원의 명칭이 연방법원이나 다른 州법원과 달리 항소법원(court of appeals)인 점과 지방법원에 해당하는 제1심법원의 명칭이 오히려 대법원(supreme court)인 점이다. 또한 항소심법원이 Appellate Divisions of Supreme Court와 Appellate Terms of Supreme Court로 2원화되어 있다는 점, 郡법원이 제1심법원인 대법원과 동격으로 일반적 관할권을 행사한다는 점 등이다.

11) 굳이 우리나라의 국가조직체제와 비교하자면, (기초)지방자치단체에 해당한다고 볼 수 있다.

또한 제한된 관할권을 가진 법원으로서 郡법원급(county-level courts)으로 254개의 州헌법상의 郡법원(constitutional county court), 18개의 검인법원(probate court), 222개의 제정법상의 郡법원(county court at law)이 있으며, 그보다 하위로 918개의 市법원(municipal court)과 821개의 치안판사법원(justice of the peace courts)이 있다. 검인법원을 제외하고는 모두 지방정부에 의해 운영되고 있다.

이들 법원은 항소심법원(appellate-level courts)과 사실심법원(trial-level courts)으로 대별되는데, 대법원·형사항소법원·항소법원은 항소심법원으로 법률심만을 담당하며, 나머지 법원은 모두 사실심법원으로 증거조사·증언청취·배심원평결 등의 사실심리와 관련된 직무를 수행한다.

## 2) 조지아州的 법원제도 개관

1983년 조지아州헌법에 따르면, 조지아州的 법원체계는 우선 항소심법원과 사실심법원으로 대별된다. 즉 항소심법원은 법률심인 항소심을 주로 담당하는 각각 1개의 대법원(supreme court)과 항소법원(court of appeals)으로 구성되며, 사실심법원은 법률심뿐만 아니라 사실심도 관할하는데 제1심에 대한 일반적 관할권을 가진 49개의 순회지구별 상급법원<sup>12)</sup>(superior court)과 제한적 관할권을 가진 159개의 치안법원(magistrate court), 159개의 검인법원(probate court), 159개의 소년법원(juvenile court), 71개의 郡법원(state court of counties), 약 400여개의 市법원(municipal court) 등으로 구성된다.

한편 조지아州 법원체계는 州법원과 지방정부법원으로 구별해 볼 수도 있는데, 대법원·항소법원·상급법원은 州법원인 반면, 치안법원·검인법원·郡법원(市법원)·소년법원 등은 지방정부에 의해 운영되고 있다.

## 2. 법관제도 개관

미국의 법관은 우선 연방국가의 특성상 연방법원판사와 州법원판사로 구분해 볼 수 있을 것이다. 여기에 더하여 주로 제한적 관할권을 가진 지방정부법원판사도 포함시켜 구분해 볼 수도 있다.

12) 동법원은 제1심법원임에도 불구하고 여러 지방정부법원으로부터의 항소사건을 관할하고 있기 때문에 그 명칭이 상급법원으로 되어 있다.

한편 연방법원판사의 경우에도 그 헌법적 근거와 임명방식 및 임기 등을 기준으로 연방헌법상 헌법상 법원판사와 법률상 법원판사로 구분할 수 있으며, 사물관할·법적 지위 내지 신분을 기준으로도 구분해 볼 수도 있다. 또한 재판원판사나 지방정부법원판사의 경우에도 사물관할을 기준으로 일반적 관할권을 가진 판사와 제한적 관할권을 가진 판사로 구분할 수 있으며, 심급별로 구분할 수도 있다.

### (1) 연방법원판사

앞에서 간략히 살펴 본 바와 같이, 미국의 연방법원은 크게 헌법상 법원과 법률상 법원으로 구분해 볼 수 있는데, 헌법상 법원은 연방헌법 제3조(사법부)에 규정되어 있는 법원으로서 적법한 직무수행 동안 종신임기와 급여삭감금지의 보장을 받고 오직 탄핵에 의해서만 면직되는 등 강력한 신분보장을 받는 법관으로 구성되는 법원을 말하는 반면, 법률상 법원은 연방헌법 제1조(의회)나 제4조(準州등)를 근거로 하여 의회가 법률로써 설치할 수 있는 법원들로서 종신임기나 급여삭감금지의 보장을 받지 못하는 법관으로 구성된 법원을 말한다<sup>13)</sup>. 물론 양자는 모두 상원의 인준절차를 거쳐 대통령이 임명한다는 점에서는 차이가 없지만, 후자는 당해 법관의 선정에 있어서 의회의 판단재량이 보다 넓게 인정되고 있기에 전문적이거나 기술적인 영역에서 발생하는 법률분쟁을 해결하는데 더 용이할 수 있다.

이러한 구분기준에 따라 연방법원을 구별해 보면, 연방대법원<sup>14)</sup> 연방항소법원<sup>15)</sup>(제1~11항소법원, D.C.항소법원, 연방순회항소법원<sup>16)</sup>), 연방지방법원<sup>17)</sup>·연

13) 양자의 개념구분에 대해서는 32 AM. JUR. 2D Federal Courts §§5-6(2008) 참조.

14) · 구성: 최초 6명의 대법관으로 출발하여, 1907년 7명으로 증원되었다가, 현재는 대법원장 1명과 대법관 8명으로 구성되어 있다.(28 U.S.C. §1) 특별한 자격요건은 규정되어 있지 않다. 2008년 연봉은 대법원장이 \$217,400이고, 대법관은 \$208,100이다.(<http://www.uscourts.gov/salarychart.pdf> 참조; 2008년 8월 31일 최종검색)

· 관할: 연방하급법원과 州최고법원으로부터의 상고심(선별심리 가능), 2개 이상 州정부간 사건, 연방정부와 州정부간 사건, 외국외교관 관련사건, 州정부와 他州주민간 사건(州정부에 의한 소송인 경우) 등에 대한 제1심

15) · 구성: 2008년 8월 현재 연방항소법원판사의 총정원은 179명이다.(<http://www.uscourts.gov/history/tablec.pdf> 참조; 2008년 8월 31일 최종검색) 연방항소법원판사에 대한 특별한 자격요건은 규정되어 있지 않지만, D.C.항소법원을 제외하고는 임명 당시 당해 관할구역에 거주하고 있어야 한다. 항소법원장은 64세 이하의 1년 이상 항소법원판사 중 최고연장자(모두 65세 이상이면 최연소자)가 되며, 연임은 허용되지 않는다. 2008년 연봉은 \$179,500이다.(<http://www.uscourts.gov/salarychart.pdf> 참조; 2008년 8월 31일 최종검색)

· 관할: 연방지방법원, 연방조세법원, 독립규제기구(independent regulatory agencies) 등에 대한 소심

16) · 관할: 국제통상법원·연방청구법원·연방참전용사청구법원·계약분쟁위원회(Board of Contract

방과산법원·국제통상법원<sup>18)</sup> 등은 헌법상 법원에 해당하고, 연방군사항소법원,<sup>19)</sup> 연방청구법원·연방조세법원<sup>20)</sup>·연방참전용사청구법원<sup>21)</sup> 등이 법률상 법원에 속하는데, 법률상 법원은 주로 제한적 사물관할권을 가지고 있다. 다만 연방 헌법 제4조에 근거하여 의회가 법률로써 창설한 3개의 準州(Territory)지방법원은 파산사건(bankruptcy case)을 포함한 모든 연방사건(federal case)뿐만 아니라, 州 법원에서 처리하는 지방사건도 아울러 관할한다는 점에서 헌법상 법원과 법률상 법원의 중간적 위치에 놓여 있다고 할 수 있지만, 10년 임기의 법관으로 구성되느냐 측면에서 보면 법률법원에 가까워 보인다.

그러나 이상의 연방법원을 구성하는 정규법관 이외에는 연방법원의 관할사건을 담당하는 특수한 법관도 다양하게 존재하고 있는바, 헌법상 법원의 원로판사<sup>22)</sup>(Senior Judge), 연방지방법원의 치안판사(Magistrate Judge), 연방과산법원의 판사, 행정심판법관(Administrative Law Judge<sup>23)</sup>) 등이 그것이며, 법률상 법

---

Appeals)·국제무역위원회(International Trade Commission)·상표및특허사무소(Patent and Trademark Office)·실적제도보호위원회(Merit Systems Protection Board)·농림부장관및상무부장관의결정(certain decisions of the Secretaries of the Department of Agriculture and the Department of Commerce)·연방지방법원의특허사건(patent claims that were originally heard in federal district courts) 등에 대한 항소심

- 17)·구성: 2008년 8월 현재 연방지방법원판사의 총정원은 678명이며,<http://www.uscourts.gov/history/tableh.pdf> 참조: 이 중 667명이 종신직이고, 11명은 임시직이며, 연방지방법원판사가 674명, 準州지방법원판사는 4명임; 2008년 8월 31일 최종검색) 2008년 연봉은 \$169,300이다. (<http://www.uscourts.gov/salarychart.pdf> 참조; 2008년 8월 31일 최종검색)
- 관할: 연방형사소송, 연방민사소송, 他州주민간 민사소송(소송가액 \$50,000 이상 사건), 해사(海事) 사건, 파산소송, 연방행정기관 결정, 기타 연방의회가 위임한 사건 등에 대한 제1심
- 18)·구성: 2008년 8월 현재 국제통상법원판사의 총정원은 9명이다.<http://www.cit.uscourts.gov/informational/about.htm#COMPOSITION> 참조; 2008년 8월 31일 최종검색)
- 관할: 국제무역 및 관세관련 사건에 대한 제1심(상품의 수입가능성 및 관세에 대한 분쟁)
- 연혁: 오랜 역사의 연방관세법원(U.S. Customs Court)의 후속법원으로 1980년 의회에 의해 창설되었다.
- 19)·구성: 상원인준을 거쳐 대통령이 임명하는 임기 15년의 민간법관 5인으로 구성된다.
- 관할: 연방군사법원(Court Martial)에 대한 항소심
- 20) 28 U.S.C. §7441 이하 참조.
- 21)·구성: 상원인준을 거쳐 대통령이 임명하는 임기 15년의 3~7인 법관으로 구성된다.
- 관할: 참전용사청구심판위원회(Board of Veterans' Appeals)의 결정에 대한 제1심
- 22) '은퇴법관'으로 번역할 수도 있지만, 본래의 제도적 취지를 넘어 그들의 오랜 경력을 활용하여 과다한 업무를 보충적으로 분담하도록 하고 신입법관에게 살아있는 현장교육을 제공하고 있는 오늘날의 현실적 역할을 강조한다면, 오히려 '원로판사'라 칭하는 것이 보다 바람직하다고 생각한다.
- 23) Administrative Law Judge를 우리말로 적당히 번역하기 쉽지 않다. 다만 과거 청문주재관(hearing examiner)이던 명칭이 행정법관(Administrative Law Judge)로 변경된 것에서 알 수 있듯이 그 지위가 어느 정도 독립적인 행정부공무원에서 법관 쪽으로 상당히 이동되어 있으며(37 Fed. Reg 16,787(1972)참조), 연방대법원도 그 기능이 법관과 유사함을 인정하고 있으므로(Butzv. Economou, 438 U.S. 478(1978) 참조) "행정법관"으로 해석하는 것이 무난하다고 생각한다.

원에 해당하는 연방조세법원·연방청구법원의 판사도 헌법법원의 판사와는 그 법적 지위나 직무범위 등에서 다소 차이가 있다. 이 중에서 연방치안판사에 대해서는 항을 바꾸어 상세히 고찰하기로 한다.

## (2) 州법원판사 및 지방정부법원판사

각 州에서 운영하고 있는 州법원은 통상 일반적 관할권을 행사하는 州법원판사로 구성되어 있는 바, 州에 따라 그 명칭이 다양하고 상이함에도 불구하고 다수의 州가 3심제를 두고 있는 만큼 그에 따라 이를 일반화시켜보면 대법관, 항소법원판사, 지방법원판사 등으로 구분해 볼 수 있다. 州에 따라서는 각 심급별 법관의 자격, 임기, 선출방식, 정년, 신분보장 등에서 많은 차이가 있기도 하지만, 무엇보다도 제한적 관할권을 가진 市법원판사(municipal court judge), 郡법원판사(county court judge), 치안판사(justice of the peace 또는 magistrate) 등 지방정부법원의 법관이 ‘법관지위의 다양성’ 측면에서 큰 관심의 대상이 되고 있다. 여기에서는 우선 州법원의 정규법관에 대해 텍사스(Texas)州와 조지아(Georgia)州의 경우를 중심으로 간략히 설명하고, 치안판사에 대해서는 항을 바꾸어 구체적으로 살펴보고자 한다.

### 1) 텍사스州의 법관제도<sup>24)</sup>

텍사스州법원의 법관은 심급이나 관할에 따라 인적 구성이나 선출방식, 자격요건, 임기 등에서 다양한 모습을 보여주고 있다.

우선, 최고법원이 민사부(supreme court)와 형사부(court of criminal appeals)로 이원화되어 있는 점이 특징적이나, 각 법관의 명칭이 대법관(justice)과 판사(judge)로 다른 것을 제외하고는 자격요건이나 선출방식 및 임기 등에서 거의 동일함을 볼 수 있다. 양자 모두 9명의 법관<sup>25)</sup>으로 구성되며, 6년 임기로 全州단위 정당입후보선거를 통해서 선출된다. 다만 임기 중에 결원이 생긴 경우에는 잔여

24) [http://www.courts.state.tx.us/pubs/AR2007/jud\\_branch/5-judge-qualifications-chart-07.pdf](http://www.courts.state.tx.us/pubs/AR2007/jud_branch/5-judge-qualifications-chart-07.pdf) 참조.(2008년 8월 31일 최종검색)

25) 항소법원으로부터 상고되는 민사사건과 소년사건에 대한 최종심을 관할하는 민사최고법원은 1명의 대법원장(chief justice)과 8명의 대법관(justices)으로 구성되며, 항소법원으로부터 상고되는 형사사건과 지방법원으로부터 飛躍上告된 사형선고사건(appeals of death sentences)에 대한 최종심을 관할하는 형사최고법원은 1명의 형사항소법원장(presiding judge)과 8명의 판사(judges)로 구성된다. 2007년 9월 1일 기준 대법원장과 형사항소법원장은 152,500달러의 연봉을, 대법관과 항소법원판사는 150,000달러의 연봉을 받는다.

임기 동안 봉직할 법관을 상원의 인준을 거쳐 주지사가 임명한다. 자격요건으로 35세 이상 74세 이하의 미국시민이자 텍사스州民일 것과 10년 이상 실무변호사 내지 기록법원판사의 경력이 요구된다.

다음으로, 14개 지구의 항소법원<sup>26)</sup>에는 각각 1명의 항소법원장(chief justice)과 2~12명의 판사(justices)가 있어 전체 80명의 항소법원판사가 있다. 이들은 각 지구별로 6년 임기로 정당입후보선거를 통해 선출되며, 결원보충방식이나 자격요건은 최고법원판사의 그것과 동일하다.

그 다음으로, 각 지방법원<sup>27)</sup>마다 1명씩의 지방법원판사가 있다. 이들은 각 지방법원지구(district)별로 4년 임기로 정당입후보선거를 통해 선출되며, 결원이 생긴 경우에는 상원의 인준을 거쳐 주지사가 임명한다. 자격요건으로 25세 이상 74세 이하의 미국시민이자 당해 지구의 거주민일 것과 4년 이상 실무변호사 내지 판사의 경력이 요구된다.

그 다음으로, 州헌법상 郡법원<sup>28)</sup>별로 각 1명씩의 郡법원판사가 있는데, 이들은 4년의 임기로 郡단위 정당입후보선거를 통해 선출되며, 결원이 생길 경우 郡守(county commissioner)에 의해 임명된다. 자격요건으로 “州의 법률에 정통할 것”을 요구하고 있을 뿐, 변호사면허를 포함하여 어떠한 추가적인 자격도 요구되지 않는다. 또한 법률상 郡법원<sup>29)</sup> 및 검인법원마다 각 1명씩의 郡법원판사가 존재하

26) 각 지구별 사실심법원으로부터의 민·형사사건에 대한 항소심을 각각 관할한다. 2007년 9월 1일 현재 항소법원장은 최고 147,500달러의 연봉을, 항소법원판사는 최고 145,000달러의 연봉을 받는다.

27) 지방법원은 민사사건, 형사사건, 선거사건 등 모든 유형의 사건에 대한 일반적 관할권을 가진 제1심법원으로서 2007년 기준 440개의 지방법원이 있다. 다만 대도시지역 등의 몇몇 지방법원은 제한된 관할권을 행사하는 경우도 있는데, 12개의 지방법원은 형사사건에 대한 관할권을 가지고 있어 이를 형사지방법원(criminal district court)이라 부른다. 지방법원은 통상 중죄(felony)와 경죄(misdemeanor) 등 모든 형사사건에 대해서 제1심 관할권을 가지나, 민사사건에 대해서는 일정한 제한이 있다. 즉 訴價에 대한 상한제한은 없는 반면, 하한제한은 존재하나 訴價 200달러 이상인지 500달러 이상인지에 대해서는 논란이 있다. 그렇지만 제정법상 郡법원이 설치되어 있는 郡에서는 訴價 100,000달러 이상의 민사사건에 대해서는 배타적 관할권(exclusive jurisdiction)을 가지며, 500달러 이상 100,000달러 미만의 민사사건에 대해서는 제정법상 郡법원과 경합적 관할권(concurrent jurisdiction)을 행사하게 된다. 또한 모든 검인사건에 대한 관할권을 행사할 뿐만 아니라, 인신보호영장(writs of habeas corpus) 등의 발급 여부를 결정하기도 한다. 2007년 9월 1일 현재 지방법원판사는 최고 140,000달러의 연봉을 받는다.

28) 州헌법상 郡법원은 訴價 200달러 이상 10,000달러 미만의 민사사건에 대해서는 치안판사법원과, 訴價 500달러 이상 5,000달러 미만의 민사사건에 대해서는 지방법원과 제1심의 경합적 관할권을 각각 가지며, 모든 검인사건과 소년사건 및 500달러 이상의 벌금형이나 1년 이하의 징역형에 해당하는 경죄의 형사사건에 대한 제1심의 관할권을 가진다. 또한 치안판사법원과 市법원의 판결에 대한 항소심관할권을 가지고 있다.(Tex. Gov't Code Ann. §26.001 이하 참조)

29) 법률상 郡법원은 주로 대도시지역에 설치되며, 州헌법상 郡법원과 경합적 관할권을 가지는 것이 보통이다. 다만, 訴價 500달러 이상 100,000달러 미만의 민사사건에 대한 관할권과 州산재보상위

는데, 이들 역시 4년의 임기로 郡단위 정당입후보선거를 통해 선출되며, 결원이 생길 경우 郡守에 의해 임명된다. 다만 자격요건으로 25세 이상의 연령으로 2년 이상 당해 郡에 거주하고 있을 것과 4년 이상의 실무변호사 내지 판사로서의 경력이 요구된다.

그 다음으로, 치안판사법원<sup>30)</sup>별로 각 1명씩의 치안판사가 있는데, 이들도 각 법원지구(precinct)별로 4년의 임기로 정당입후보선거를 통해 선출된다. 그러나 어떠한 자격요건도 요구되지 않는다.<sup>31)</sup> 치안판사에 대한 보다 상세한 내용은 항을 바꾸어 설명하기로 한다.

마지막으로, 市법원<sup>32)</sup>마다 1명 이상의 市법원판사가 존재하는바, 이들은 당해 市의 정관이나 조례에 규정된 바에 따라 선출되기도 하며 시장(또는 시의회)에 의해 임명되기도 한다. 그 자격요건 역시 각 市의 시장(또는 시의회)에 의해 결정되며, 통상 2년의 임기를 가지나 市의 시장(또는 시의회)이 이를 임의로 정할 수도 있다.

## 2) 조지아州的 법관제도

조지아州법원의 법관은 州법원판사와 지방정부법원판사로 크게 나누어 볼 수 있는데, 州법원판사에는 대법관, 항소법원판사, 상급법원판사가 있으며, 지방정부법원판사로는 郡법원판사, 검인법원판사, 소년법원판사, 치안판사 등이 있다.<sup>33)</sup>

첫째, 대법원<sup>34)</sup>은 7명의 대법관으로 구성된다.<sup>35)</sup> 이들은 6년 임기로 비정당입

원회(Texas Workers' Compensation Commission)의 결정과 판결에 대한 항소심판할권을 지방법원과 결합적으로 행사하고 있다.(Tex.Gov't Code Ann. §26.0006(a) 이하 참조)

30) 치안판사법원은 벌금형에 해당하는 C급 경죄의 형사사건이나 교통법규위반사건과 訴價 200달러 미만의 소액민사사건에 대한 배타적 관할권을 가지고 있다. 訴價 200달러 이상 10,000달러 미만의 민사사건에 대해서는 郡법원과 결합적 관할권을 가진다. 또한 중죄 및 경죄의 범죄자에 대한 체포영장의 발부, 예비청문(preliminary hearing)의 주제, 구속피고인에 대한 석방과 재수감의 명령, 보석 허가 등의 사법업무도 처리한다. 치안판사의 급여는 조례로 규정하도록 되어 있다.

31) 오늘날 약 7%의 치안판사만이 변호사자격을 가지고 있다고 한다.

32) 市법원은 500달러 이하의 벌금에 처해질 수 있는 조례위반사건에 대한 배타적 관할권을 가지며, 속도위반·신호위반·주정차위반 등의 교통법규위반사건도 처리한다. 또한 벌금형에 그치는 단순폭행·50달러 미만의 절도 등 C급 경죄의 형사사건에 대해서는 치안판사법원과 결합적 관할권을 행사하며, 중죄 및 경죄의 범죄자에 대한 체포영장의 발부, 예비청문의 주제, 구속피고인에 대한 석방과 재수감의 명령, 보석 허가 등의 사법업무도 처리한다. 市법원판사의 급여는 조례로 규정하도록 되어 있다.

33) 이하의 수치는 2007년 7월을 기준으로([http://www.georgiacourts.org/aoc/selfhelp/court\\_diagram.html](http://www.georgiacourts.org/aoc/selfhelp/court_diagram.html) 참조; 2008년 8월 31일 최종검색) 한 것이며, 2007년 개정된 조지아州 헌법과 법률의 관련조항을 중심으로 기술하였다.

34) 대법원은 州최고법원으로서 항소법원이나 사실심법원의 상고심을 관할하며, 사형선고와 관련된 모든 형사사건의 상고심을 관할한다. 한편 조약(treaty)과 연방 및 조지아州 헌법의 해석과 관련된 모든 사건과 법률·조례·헌법조항의 합헌성문제, 그리고 모든 소송사건에 대한 배타적 관할권을

후보 선거방식으로 선출되며,<sup>36)</sup> 7년 이상의 법조실무경력이 요구된다.<sup>37)</sup>

둘째, 항소법원<sup>38)</sup>은 12명의 항소법원판사로 구성된다.<sup>39)</sup> 이들 역시 6년 임기로 비정당입후보 선거방식으로 선출되며,<sup>40)</sup> 7년 이상의 법조실무경력이 요구되고 있다.<sup>41)</sup>

셋째, 상급법원<sup>42)</sup>은 49개의 순회지구별<sup>43)</sup>로 비정당입후보 선거방식으로 선출되는 4년 임기의 202명<sup>44)</sup>의 상급법원판사로 구성된다.<sup>45)</sup> 이들 역시 7년 이상의 법조실무경력이 요구되고 있으며,<sup>46)</sup> 30세 이상의 연령으로 3년 이상 조지아州民 일 것과 변호사자격을 박탈당한 경우에는 정당하게 복권되었을 것 등의 추가적인 자격요건이 요구된다.<sup>47)</sup> 상급법원판사는 인신보호영장이나 강제명령(injunction) 영장 또는 선별심리(certiorari)영장 등을 발부할 권한을 행사한다.<sup>48)</sup>

넷째, 72개의郡법원<sup>49)</sup>에는 118명의郡법원판사가 있다. 이들 역시 4년 임기의

가진다.(GA. CONST. Art. VI, Sec. VI, Para. II)

35) GA. CODE ANN. §15-2-1.1. 州헌법은 9인 이하의 대법관(Justices)을 두도록 규정하고 있으며, 대법원장(Chief Justice)은 호선하도록 하고 있다.(GA. CONST. Art. VI, Sec. VI, Para. I) 1명 이상의 대법관이 부득이한 사유로 심리할 수 없게 된 경우 당사자가 전원재판부(full bench)의 심리를 요구하면, 나머지 대법관들이 상급법원판사로 하여금 이를 대신하도록 위임할 수 있다.(GA. CODE ANN. §15-2-1.2) 대법관의 연봉은 139,418달러이며(GA. CODE ANN. §45-7-4(a)(18)), 여기에 여비와 경비 등의 실비를 추가로 지급받을 수 있다.(GA. CODE ANN. §15-2-3(b)(2))

36) GA. CONST. Art. VI, Sec. VII, Para. I.

37) GA. CONST. Art. VI, Sec. VII, Para. II(a).

38) 사형이 법정형이 아닌 총기무장강도, 강간, 납치의 범죄와 관련된 사건에 대한 제1심관할권을 가지는(GA. CODE ANN. §15-3-3) 한편, 사실심법원으로부터 항소되는 모든 민사·행정·가사사건 등을 처리한다.

39) GA. CODE ANN. §15-3-1(a). 州헌법은 9인 이상의 항소법원판사(Judge)를 두도록 규정하고 있으며, 항소법원장(Chief Judge)은 호선하도록 하고 있다.(GA. CONST. Art. VI, Sec. V, Para. I) 또한 3인의 항소법원판사로 구성되는 4개의 부(division)를 두고(GA. CODE ANN. §15-3-1(b)), 독립적으로 사건을 심리하고 판결한다.(GA. CODE ANN. §15-3-1(c)) 항소법원판사의 연봉은 138,556달러이며(GA. CODE ANN. §45-7-4(a)(19)), 여기에 여비와 경비 등의 실비를 추가로 지급받을 수 있다.(GA. CODE ANN. §15-2-3(b)(2))

40) GA. CONST. Art. VI, Sec. VII, Para. I.

41) GA. CONST. Art. VI, Sec. VII, Para. II(a).

42) 상급법원은 형평법법원으로서의 권한을 행사하며, 치안법원과郡법원 등으로부터의 항소심을 관할하고, 500달러 미만의 벌금이나 20일 미만의 구류에 처해지는 모욕죄(contempt)사건을 처리한다.(GA. CODE ANN. §15-6-8) 상급법원판사의 연봉은 99,862달러이며, 여기에 여비와 경비 등의 실비를 추가로 지급받을 수 있다.(GA. CODE ANN. §45-7-4(a)(20))

43) GA. CODE ANN. §15-6-1.

44) 이들의 순회지구별 판사배정인원은 GA. CODE ANN. §15-6-2; 開延時期는 GA. CODE ANN. §15-6-3 각 참조.

45) GA. CONST. Art. VI, Sec. VII, Para. I.

46) GA. CONST. Art. VI, Sec. VII, Para. II(a).

47) GA. CODE ANN. §15-6-4.

48) GA. CODE ANN. §15-6-9.

비정당입후보 선거방식으로 선출되며,<sup>50)</sup> 7년 이상의 법조실무경력이 요구되지만 2000년에 선출되거나 임명된 경우에는 5년으로 단축된다.<sup>51)</sup> 여기에 더하여 25세 이상의 연령과 선출 당시 당해 지구의 거주민이면서 3년 이상 조지아州民일 것이 추가적인 자격요건으로 요구되고 있다.<sup>52)</sup> 한 가지 주의할 점은 郡행정당국은 市 행정당국과 郡법원에 의한 사법업무의 지원을 계약할 수 있다는 점이다.<sup>53)</sup>

다섯째, 159개의 검인법원<sup>54)</sup>에는 각 1명씩 검인법원판사가 있다. 이들은 소속 郡별로 정당입후보 선거방식으로 4년의 임기로 선출되며, 1월 1일에 임기가 개시된다.<sup>55)</sup> 자격요건으로는 미국시민일 것, 선거일 기준 2년 이상 당해 郡의 거주민이고, 재직기간 동안 계속 당해 郡에 거주할 것, 등록된 유권자일 것, 25세 이상일 것, 고등학교 졸업자이거나 이와 동등한 학력을 가질 것, 연방법률·당해 州법률 및 기타 州법률 상의 중죄(felony offence)나 도덕적 비난(moral turpitude)과 관련된 범죄로 유죄선고를 받지 않았을 것 등이 있다.<sup>56)</sup> 또한 검인법원판사는 25,000달러의 보증금(bond or surety)을 납입하여야 하며, 그 금액은 조례로 상향 조정될 수 있다.<sup>57)</sup>

여섯째, 각 郡별로 1개 이상씩 총 159개의 치안법원에 각 1명씩의 치안법원장(chief magistrate)과 354명의 치안판사(magistrate)가 있다. 치안판사에 대한 보다 상세한 내용에 대해서는 항을 바꾸어 설명하기로 한다.

일곱째, 159개의 소년법원<sup>58)</sup>에는 4년의 임기로 상급법원판사에 의해 임명되는

49) 郡법원은 중죄를 제외한 형사사건에 대한 제1심관할권과 상급법원의 배타적 관할에 속하지 아니하는 모든 민사사건에 대한 관할권을 행사하며, 체포·수색영장의 신청에 대한 청문과 발부 여부를 처리한다.(GA. CODE ANN. §15-7-4) 郡법원판사는 조례가 정하는 바에 따른 급여를 지급받는다.(GA. CODE ANN. §15-7-22)

50) GA. CONST. Art. VI, Sec. VII, Para. I; GA. CODE ANN. §15-7-20(b).

51) GA. CONST. Art. VI, Sec. VII, Para. II(b).

52) GA. CODE ANN. §15-7-21(a)(1).

53) GA. CODE ANN. §15-7-80.

54) 유언의 검인, 유언집행장의 교부 및 취소 또는 철회, 혼인증명서의 발급, 총기소지면허의 발급, 법정대리인의 지정 등의 사무를 처리한다.(GA. CODE ANN. §15-9-30) 검인법원판사의 최소연봉은 소속 郡의 인구수에 따라 29,832.20달러에서부터 109,425.84달러에 이르기까지 매우 다양하다.(GA. CODE ANN. §15-9-63)

55) GA. CODE ANN. §15-9-1.

56) GA. CODE ANN. §15-9-2(a)(1). 그러나 인구수가 96,000명이 넘는 郡에서는 30세 이상의 연령일 것과 7년 이상 법조실무경력을 가질 것이 추가적인 자격요건으로 요구된다.(GA. CODE ANN. §15-9-4(b))

57) GA. CODE ANN. §15-9-7.

58) 소년법원은 17세 이하의 비행청소년과 18세 이하의 궁박한(deprived) 청소년과 관련된 모든 사건을 담당한다. 이로 인해 주요중죄(capital felony) 및 양육권분쟁 등의 일정한 사건에 대해서는 상급

120명의 전임제 및 시간제 소년법원판사가 있다. 이들에게는 30세 이상의 연령일 것, 3년 이상 조지아주에 거주하였을 것,<sup>59)</sup> 5년 이상의 법조실무경력 등의 자격이 요구되고 있다.<sup>60)</sup>

### Ⅲ. 치안판사제도에 대한 개별적 고찰

이상에서 살펴 본 미연방 및 텍사스주·조지아주의 법원조직의 체계와 법관제도에 대한 내용을 바탕으로, 연방치안판사 및 텍사스주·조지아주의 치안판사에 대해 임용방법·자격요건·임기·관할·직무 등을 중심으로 그 구체적인 내용을 고찰해보고자 한다.

#### 1. 연방치안판사(Magistrate Judge)

##### (1) 연혁

1968년 연방의회는 연방사법부의 업무부담을 경감시키고 사법업무의 효율적 수행을 도모하기 위하여<sup>61)</sup> 연방치안판사법(Federal Magistrates Act)을 제정하면서 연방치안판사제도가 시행되었다.

이는 사법보좌관(Commissioner)제도<sup>62)</sup>와 사실심리관(special master)제도<sup>63)</sup>를

---

법원과 관할권이 중첩되기도 하나, 고의적 살인(murder)·우발적 살인(voluntary manslaughter)·강간·총기무장강도 등에 대해서는 상급법원이 배타적 관할권을 가진다. 다만 청소년의 교통법규 위반 사건 등은 소년법원이 주로 처리하게 된다.(GA. CODE ANN. §15-11-28)

59) GA. CODE ANN. §15-11-18.

60) GA. CONST. Art. VI, Sec. VII, Para. II(b).

61) Mathews v. Weber, 423 U.S. 261 (1976) 참조.

62) 사법보좌관은 형사사법절차에서 연방법관을 보조하는 역할을 담당하였는데, 이 제도는 18세기 말부터 존재하고 있었으며, 주로 보석금징수, 증인선서, 체포영장 및 소환장 발부, 징역 6월 이하 또는 벌금 500달러 미만의 경범죄에 대한 재판 등의 업무를 수행하고 있었다. 한편 이들에 대해서는 변호사자격 등과 같은 특별한 자격요건이 요구되지 않았으며, 연방법관이 임의로 임명했다가 해고할 수 있었고, 대부분 전업직(full-time)이 아닌 시간제(part-time)로 근무하였다. 당시 사법보좌관의 약력 등에 대한 상세한 설명은 Leslie G. Foschio, A History of the Development of the Office of United States Commissioner and Magistrate Judge Systems, 1999 FED. CTS. L. REV. 4, 7-10 (1999) 참조.

63) 사실심리관제도는 17세기 영국 민사법원에서 유래하였다고 한다. 사실심리관은 당사자와의 접촉 및 대화가 자유로웠던 형평법법원이 보통법의 체계 속으로 편입되면서 법관을 대신해 당사자를

개선하기 위해 도입된 것으로, 영국의 치안판사(Magistrate)제도를 모델로 하여 등장하였다. 먼저, 사법보좌관의 업무수행과 관련된 특정 형식이나 지침이 존재하지 않았기 때문에, 법관의 업무를 분산하기에 적절치 않다는 문제점을 해결하기 위하여 제도개선이 시도되었다고 한다.<sup>64)</sup> 다음으로, 사실심리관은 여러 가지 형태가 있었지만 복잡한 사실관계를 가진 사건의 본안판단 단계에서 법관을 대신하여 사실의 발견자로 활동하는 경우가 논란이 되었는데, 주로 특정분야의 전문가가 사실심리관으로 임명되었지만 많은 경우 변호사가 임명되기도 하였기에 비용 증대, 이해관계의 충돌, 재판 지연 등의 문제점이 지적되었고, 이를 이유로 사실심리관의 임명을 예외적인 경우로 억제해야 한다는 비판까지 제기되었다고 한다.<sup>65)</sup>

연방의회는 이러한 문제점을 모두 개선하기 위하여 치안판사의 자격요건을 강화하는 한편, 직무범위도 명확히 하고자 하였다. 즉, 1968년 연방치안판사법은 치안판사의 직무로 민사재판에서 종전 사실심리관의 역할, 민·형사소송에서 재판 전 절차나 증거개시, 인신보호영장 신청에서 예비심리만을 예시하였고, 추가적인 담당직무(additional duties)의 위임범위는 연방지방법원별로 자체적으로 규정할 수 있도록 하였기에,<sup>66)</sup> 그 직무범위가 다양하게 결정될 수 있었다. 그러나 초기에는 그 범위가 다소 좁게 설정되었기에,<sup>67)</sup> 연방의회는 1976년 치안판사의 권한을 확장하고 명확화하려는 입법을 시도하게 되었다.<sup>68)</sup> 이러한 경향은 그 이후에도 계속되었는데, 1979년에는 당사자의 동의가 있으면 배심재판을 포함한 모든 재판을 할 수 있도록 규정함으로써 치안판사의 권한을 더욱 확장하였다.<sup>69)</sup> 나아가

---

집촉하는 등 법관을 보조하는 역할을 수행하였다. 그러다가 1938년 기존의 형평법과 보통법 상의 소송규칙을 통합한 연방민사소송규칙(Federal Rules of Civil Procedure)이 제정되면서 예외적인 상황에서 법관이 임명할 수 있는 제도로 축소되었다고 한다. 보다 상세한 내용은 Amalia D. Kessler, *Our Inquisitorial Tradition: Equity Procedure, Due Process, And The Search For An Alternative To The Adversarial*, 90 CORNELL L. REV. 1181 (2005) 참조.

64) 보다 자세한 내용은 McCabe, *The Federal Magistrate Act of 1979*, 16 HARV. J. LEGIS. 343, 345-347 (1979) 참조.

65) *La Buy v. Howes Leather Co.*, 352 U.S. 249 (1957).

66) *Federal Magistrates Act §636(b)* (1972) 참조.

67) *Wingo v. Wedding*, 418 U.S. 461 (1974) 참조.

68) 재판 전 절차에 대하여는 8가지 항목의 신청 사건을 제외하고는 치안판사에게 위임할 수 있도록 했고, 위 사건에서의 결정이 이외에 따라 명백하게 오류이거나 법률에 반한다는 지방법원 법관의 결정이 있기 전까지는 종국적 효력을 가진다고 규정하였다.(28 U.S.C. §636(b)(1)(A)) 또한 재판에 중대한 영향을 미치는 8가지 항목의 신청 사건에 대하여는 증거에 관한 심문절차를 포함한 모든 심문절차를 행할 수 있도록 하고 사건에 관하여는 사실판단과 그에 따른 처리를 권고하는 의견서를 연방법원에 제출하도록 했으며, 이에 대하여 당사자가 10일 이내에 이의를 제출할 경우에는 연방지방법원 법관이 새로운 재판을 거쳐 결정하도록 했다.(28 U.S.C. §636(b)(1))

1990년에는 치안판사의 지위를 법관으로 격상시키기 위해 그 명칭을 치안판사 (Magistrate Judge)로 변경하였을 뿐만 아니라, 연방법관의 승인 없이도 당사자에게 동의를 권고할 수 있도록 하였으며,<sup>70)</sup> 1996년에는 동의에 의한 재판의 경우 연방지방법원 법관에 대한 이의신청제도를 폐지하고 연방항소법원으로 항소권을 일원화하기도 하였다.<sup>71)</sup> 마지막으로 2002년에는 종전에 연방지방법관에게 의뢰하도록 되어 있었던 법정모독행위에 대하여 치안판사가 직접 이를 제재할 수 있도록 하였으며, 이에 대해 불복중하는 행위를 제재할 수 있는 권한까지 부여함으로써 법관으로서 치안판사의 위치를 확고히 했다.<sup>72)</sup>

## (2) 자격요건

치안판사제도는 연방지방법원의 법관을 보조하기 위한 목적으로 출범하였기 때문에 이를 달성하기 위해 그 자격요건도 계속 강화되어왔다. 초기에는 변호사 자격만을 요건으로 하였으나, 치안판사 간 업무능력의 불균형이 존재하고 연방법관에 비해 업무능력이 부족한 점 등이 문제되자 1979년에 5년 이상의 경력을 가지고 등록된 변호사로 자격요건을 강화하게 된 것이다.<sup>73)</sup>

또한 임명 당시 연방지방법원 판사와 친척관계나 인척관계에 있는 자는 치안판사로 임명될 수 없다.<sup>74)</sup>

## (3) 임명방법

치안판사는 정원, 근무지, 급여 등에 대한 연방법관회의<sup>75)</sup>(Judicial Conference

69) 28 U.S.C. §636(c). 이와 같은 재판에 대하여는 바로 연방항소법원에 항소할 수 있으며, 지방법원 법관에게 이의할 경우 항소는 지방법원 법관의 허가를 받아야만 하도록 만들었다. 물론 연방대법원에 특별항소를 제기할 수는 있다.

70) Judicial Improvements Act of 1990, P.L. 101-650, 104 Stat. 5112.

71) Federal Courts Improvement Act of 1996, P.L. 104-317, 110 Stat. 3850.

72) 28 U.S.C. §636(e).

73) 28 U.S.C. §631(b)(1). 다만 적임자가 없을 경우에는 5년 미만의 경력을 가진 변호사를 시간제 (part-time)로 임명할 수 있다.

74) 28 U.S.C. §631(b)(4).

75) 매년 2회 소집되는 연방법관회의는 각 연방항소법원장과 각 항소법원에서 선출되는 연방지방법원 법관들로 구성된다. 연방법관회의는 그 산하의 치안판사법원운영위원회(Committee on the Administration of the Magistrate Judges System)의 결정에 따라 치안판사의 정원, 근무지, 급여 등을 결정한다. 동위원회는 순회지구(Circuit)당 1명씩 총 12명의 연방법관과 3명의 치안판사로 구성된다. 보다 자세한 내용은 Philip M. Pro & Thomas C. Hnatowski, Measured Progress: The Evolution and Administration of the Federal Magistrate Judges System, 44 AM. U. L. REV. 1503, 1508 (1995) 참조.

of the United States)의 결정<sup>76)</sup>에 따라 연방지방법원 판사가 다수결로, 가부동수인 경우에는 재판장이 임명한다.<sup>77)</sup> 연방법관회의는 치안판사의 임명 기준과 절차를 정하는 규칙을 제정할 수 있는데, 여기에는 결원에 대한 공고(public notice)절차와 추천위원회(merit selection panel)의 설치에 관한 규정이 반드시 포함되어야 한다.<sup>78)</sup>

추천위원회는 당해 지방법원 관할구역 내에 거주하는 주민들로 구성되며, 공식이 된 치안판사직에 응모한 지원자를 면접하고 선별하며, 그 결과에 따라 순위를 정하여 최적격후보자를 추천한다.

#### (4) 관할

치안판사는 피고인의 구두 또는 서면에 의한 동의가 있는 경우 법정형이 징역 6월 이하인 경범죄<sup>79)</sup>(misdemeanor and petty offense)에 대한 재판<sup>80)</sup>을 담당한다.<sup>81)</sup> 연방법원이 지정할 수 있는 추가적 직무에는 당사자의 동의가 있을 때 연방법관을 대신하여 배심선발(Voir Dire)<sup>82)</sup>과 유죄인정의 확인절차(guilty plea)<sup>83)</sup>가 포함된다.<sup>84)</sup> 한편, 치안판사는 당사자의 동의<sup>85)</sup>가 있는 경우 민사재판을 진행하고 판결을 내린다.<sup>86)</sup> 이때의 동의는 명시적일 필요는 없으며 묵시적인 것으로도 가능하다.<sup>87)</sup>

76) 연방법관회의는 이러한 결정을 내릴 때 동회의의 업무를 행정적으로 보좌하는 연방법원행정처(Administrative Office of the United States Courts)의 권고안을 통상 참고하게 되는데, 연방법원행정처는 각 지방법원의 업무부담에 대한 통계와 현황조사를 거쳐 정원, 연봉, 지방법원별 인원배치에 대한 권고안을 제출한다.

77) 28 U.S.C. §631(a). 연방법관회의는 필요한 경우 1명의 치안판사가 1개 이상의 인접 지방법원에서 특정된 범위의 직무를 수행하도록 지정할 수도 있는데, 이때에는 관련되는 모든 지방법원 판사의 다수의 동의를 필요로 한다.

78) 28 U.S.C. §631(b)(5).

79) 2006년을 기준으로 경범죄는 98,308명을 처리했으며 그 과정에서 재판은 2,507명에 대하여 이루어 졌다. 이에 대해서는 Judicial Business of U.S Courts 2006, tbl. M1-A, M2-A 참조.

80) 이때의 재판은 양형이나 보호관찰의 선고 또는 취소도 모두 포함하는 넓은 개념이다.

81) 18 U.S.C. §3401(b); 28 U.S.C. §636(a)(3)-(4); Fed. R. Crim. P. 5(b), 58(b)(3).

82) Peretz v. United States, 501 U.S. 923 (1991).

83) United States v. Williams, 23 F.3d 629 (2d Cir. 1994).

84) 2006년 기준 배심선발은 513건, 유죄인정의 확인은 22,186건을 행했다고 한다. 이에 대한 보다 자세한 통계자료는 Judicial Business of U.S Courts 2006, tbl. M3-A, M4 참조.

85) 2006년을 기준으로 보면 치안판사에 의하여 종결된 사건은 11,621건으로 그 중 배심재판은 379건, 법관재판은 197건이다. 2006년 연방지방법원 전체의 배심재판이 2,415건, 법관 재판이 1,140건인 점에 비추어보면 대략 16.2%의 민사재판이 치안판사에 의해 처리되었다고 볼 수 있다. 이에 대해서는 Judicial Business of U.S Courts 2006, tbl. M-5, C4-A 참조.

86) 28 U.S.C. §636(c).

치안판사가 가장 크게 활약하는 부분은 재판 자체보다는 그 외의 준비절차인데, 연방지방법원 판사는 사건을 종결시키는 효과가 있는 8종류의 신청사건(dispositive motion)을 제외한 모든 준비절차에 대한 신청사건의 처리를 치안판사에게 배정할 수 있다.<sup>88)</sup> 제외된 8종류의 신청사건은 단행가처분에 해당하는 금지명령(injunctive relief), 별도의 증거나 판단 절차 없는 소장예 따른 판결(judgement on the pleading), 추가적 증거 수집 없는 간이판결(summary judgment) 신청, 공소장 각하 신청(dismiss or quash an indictment or information), 형사소송에서의 증거배제신청(suppress evidence in a criminal case), 집단소송의 각하 또는 유지에 관련된 신청(to dismiss or to permit maintenance of a class action), 성립요건 불충분에 따른 소장각하신청(to dismiss for failure to state a claim upon which relief can be granted), 소 각하 신청(involuntarily dismiss an action)이지만 이 경우에도 연방지방법원 판사는 그 심문절차는 치안판사에게 위임할 수 있다.<sup>89)</sup>

이에 따라 원래 치안판사의 본래적 업무로 되어 있는 재판을 기다리는 피고인 또는 피의자의 구금이나 석방, 보석, 압수·수색 영장의 발부, 체포영장의 발부, 범인인도 같은 형사적인 처분 외에<sup>90)</sup> 광범위한 형태의 각종 사전준비 절차나 소송절차를 주관한다.<sup>91)</sup>

### (5) 임기 및 겸직금지

치안판사의 임기는 전임제(full-time)의 경우와 시간제(part-time)의 경우가 다르다. 전임제는 8년, 시간제는 4년인데, 연임할 수 있으며, 연임하는 경우에도 위와 동일한 임명절차를 따른다.<sup>92)</sup>

87) Roell v. Withrow, 538 U.S. 580 (2003).

88) 28 U.S.C. §636(b)(1)(A).

89) 28 U.S.C. §636(b)(1)(B). 이 때 치안판사는 심문결과에 따른 사실판단과 그에 따른 권고의견서를 연방법판에게 제출하도록 되어 있다. 형사피고인의 재심 및 수감조건에 관한 소송도 마찬가지이다.

90) 18 U.S.C. §§3041, 3141(a), 3142(a); 28 U.S.C. §636(a)(2); Fed. R. Crim. P. 5(a), (c) 각 참조.

91) 2006년을 기준으로 보면 형사사건 중 원래 치안판사의 본래적 임무로 되어 있던 피고인 또는 피의자 구금 석방관련사건 326,476건, 연방지방법원 법관의 위임에 따라 준비절차나 각종 신청사건 166,833건, 민사분야에서는 위임에 따라 269,020건의 각종 신청 및 사전준비절차를 각 행했으며, 연방법관을 대신해 심문절차를 행하고 의견서를 제출한 건도 48,748건에 달한다. Judicial Business of U.S Courts 2006, tbl. M3, M4, M4-A, M4-B 참조

92) 28 U.S.C. §631(e).

치안판사로 봉직하는 동안 겸직은 원칙적으로 금지되나, 연방법관회의의 승인을 얻어 파산법원의 시간제 심판관(part-time referee)이나 연방법원의 서기 또는 서기보로 근무할 수 있다. 이 경우에도 연방법관회의는 겸직으로 인해 얻게 되는 보수의 총액을 제한할 수 있다.<sup>93)</sup>

특히 전임제 치안판사는 소송실무에 관여해서도 안 되며, 사법공무원으로서 적절하고 공정한 업무수행에 지장을 초래하는 어떠한 직무에도 관여할 수 없다.<sup>94)</sup> 다만 시간제 치안판사는 형사사건을 제외한 소송실무에 관여할 수는 있다.<sup>95)</sup>

## 2. 텍사스주치안판사<sup>96)</sup>(justice of the peace)

### (1) 개관

텍사스주의 치안판사제도도 영국의 그것에 그 연원을 두고 있다고 한다. 특히 개척기의 텍사스는 인구밀도가 상당히 낮은 편이었고 통치시스템 또한 지방분권화되어 있었으며, 규범 자체보다는 그 규범을 집행하는 사람의 자질이 중요하게 여겨졌기에 당해 지역주민에 의해 선출된 치안판사의 역할이 매우 중요했었다고 한다.

텍사스주헌법은 모든 郡에 郡별 인구수에 따라 1명에서 8명까지의 치안판사를 두도록 규정하고 있다. 즉 가장 최근의 연방인구총조사(federal census)상, 50,000명 이상의 인구를 가진 郡은 4개 이상 8개 이하의 치안법원지구(justice precinct)를 둘 수 있으며, 18,000명 이상 50,000명 미만의 인구를 가진 郡은 2개 이상 8개 이하의 치안법원지구를 둘 수 있으나, 18,000명 미만의 인구를 가진 郡은 사법보좌관법원<sup>97)</sup>(commissioners court)이 4개 지구의 범위 내에서 추가 설치하도록 결정하지 않는 이상 1개의 치안법원지구만을 둘 수 있다. 또한 150,000명 이상의 인구를 가진 郡에서 18,000명 이상의 인구를 가진 市를 포함하는 치안법원지구에는 2명의 치안판사가 선출되어야 하며, 150,000명 이상의 인구를 가진 郡의 치안법원

93) 28 U.S.C. §631(c).

94) 28 U.S.C. §632(a).

95) 28 U.S.C. §632(b).

96) 이하에서 서술되는 내용은 CAROLE KEETON RYLANDER (Texas Comptroller), JUSTICE OF THE PEACE MANUAL for Texas Counties (February 2002)에서 발췌·번역한 것이다.

97) 사법보좌관법원이 郡내의 치안법원지구를 분할하고 할당하는 책무를 담당하고 있다.

지구는 1개 이상의 치안법원을 둘 수 있다.

## (2) 임용방법 및 임기

치안판사는 4년의 임기로 郡내의 지구별로 선거를 통해 선출되며, 적격의 후임자가 선출될 때까지 봉직한다.

1명의 치안판사가 있는 지구의 경우에는 주지사선거와 동시에 실시되는 선거에서 선출하게 되며, 2명의 치안판사가 봉직하고 있는 지구의 경우에는 2명의 치안판사를 주지사선거와 동시에 실시되는 선거에서 모두 선출하되 선거 이후의 원활한 교체를 위하여 2년의 기간이 겹치는 방식으로 근무하게 된다.

치안법원지구가 폐지·분합 등의 사유로 변경되더라도 이미 선출된 치안판사는 그 임기동안 근무할 수 있으며, 이로 인하여 공석이 발생한 경우에는 사법보좌관법원이 다음 선거가 실시되기 전까지 치안판사를 임명할 권한을 갖는다.

만약 어느 지구의 치안판사가 공석이 되거나 직무를 수행할 수 없는 경우에는 郡내의 가장 인접한 지구의 치안판사가 일시적으로 그 직무를 수행할 수 있으며, 질병이나 출장 등으로 인하여 일시적으로 직무를 수행할 수 없는 경우에는 郡법원판사가 임시의 치안판사를 임명할 수도 있다. 이 경우 임시의 치안판사도 정규 치안판사와 동일한 금액의 보수를 받는다.

## (3) 자격요건 및 보증금납입 등

텍사스州헌법은 특정한 자격요건을 규정하고 있지 않지만, 치안판사가 되기 위해서는 미국시민일 것, 임기개시거나 임명시에 18세 이상일 것, 법원의 중국판결로 정신적 무능력자로 판정되지 않았을 것, 중죄의 유죄평결을 받지 않았을 것, 1년 이상 텍사스州的 州民이면서 6개월 이상 당해 치안법원지구에 거주하고 있었을 것 등의 자격요건을 갖추어야 한다. 또한 치안판사로 선출되거나 임명되기 위하여 뇌물을 授受한 죄로 유죄평결을 받은 자도 치안판사가 될 수 없다.

그리고 치안판사는 주립고등교육기관에서 선출된 해에는 80시간의, 나머지 연도에는 20시간의 직무연수를 받아야 한다. 이를 모두 이수한 경우 텍사스州치안법원연수원으로부터 수료확인증을 수여받게 된다. 만약 이수하지 못한 경우에는 치안판사직으로부터 파면된다.

한편 치안판사는 郡법원판사에게 5,000달러 이하의 보증금을 납입하여야 하는

데, 이는 법률상 직무를 성실하고 공정하게 수행하고, 치안판사가 수령한 금전을 정당한 당사자에게 신속히 지급하기 위한 것이다. 이 보증금은 2인 이상의 선의의 보증인(good and sufficient sureties)이나 영업을 허가된 지불능력 있는 보증 회사에 의해 담보된다고 한다. 치안판사의 보증을 담보한 개인이나 회사는 사법 보좌관법원에 그 보증으로부터 면제를 요청할 수 있다. 사법보좌관법원이 만약 이 요청을 인용하면 기록보존업무를 제외한 치안판사의 모든 기능은 정지되며, 당해 치안판사가 이를 통지받은 날로부터 20일 이내에 새로운 보증금을 납입하지 않으면 그 직으로부터 파면된다.

#### (4) 관할권한 및 직무

치안판사의 주요한 책무는 소액청구법원(small claim court)의 기능까지 수행하는 치안법원을 주재하는 것으로서 민·형사사건을 처리하게 되나, 그 밖에도 다수의 비사법적 직무를 수행하기도 한다.

##### ① 형사관할

치안판사는 벌금형이나 금고 또는 징역형에 이르지 아니하는 금지명령(sanction)과 병과된 벌금형에 의해 처벌될 수 있는 형사사건에 대한 제1심 관할권을 가진다. 나아가 치안법원에서의 유죄선고로 인하여 법원 이외의 기관이 허가의 거부·정지·취소 등과 같은 제재를 부과하는 경우에도 당해사건에 대한 제1심 관할권을 가진다.

##### ② 민사관할

치안판사는 訴價 200달러 이하의 민사사건에 대해서는 배타적 관할권을 가지고 있으며, 訴價 200달러 초과 5,000달러 이하의 민사사건이나 郡법원·지방법원의 배타적 관할에 속하지 아니하는 민사사건에 대해서는 郡법원·지방법원과 결합적 관할권을 가진다.

##### ③ 각종 영장의 발부권한

치안판사는 그의 면전에서 사형이나 무기징역형으로 처벌될 중죄를 범한 자에 대한 체포명령을 구두로(verbally) 발할 수 있으며, 그의 면전이나 관할지역 내에서 형사범죄가 발생한 경우나 정당한 신청이 제기된 경우에 체포영장을 발부할

수 있다. 또한 다른 州나 관할지역으로부터 도망 온 범죄인에 대한 체포신청을 받은 경우에는 체포영장을 발부하여야 한다. 뿐만 아니라 치안판사는 수색영장을 발부할 권한도 가진다.

이 밖에도 보석 여부를 결정하고, 郡법원·지방법원 판사의 위임에 따라 국선변호인을 임명할 수 있으며, 고소·고발에 대한 심리할 수 있다. 또한 변사체를 검시하거나 화재원인을 조사하거나 운전면허의 취소·정지 여부를 결정할 수 있다.

#### ④ 비사법적 직무(non-judicial duty)

치안판사는 이상의 사법업무 이외에도 다양한 비사법적 직무를 수행하는바, 첫째 郡서기(county clerk)가 발부한 30일 동안 유효한 혼인확인증(marriage license)을 당사자로부터 접수받는 등 결혼식을 진행하고, 둘째 당해 郡내에서 직권상(ex officio) 공증인(notary public)이 되며, 셋째 출생·사망 등을 확인하고 등록하여 기록을 유지하며 州통계청(State Bureau of Vital Statistics)에 보고한다.

#### (5) 면직 절차 및 사유

6개월 이상 당해 郡에 거주하였고 당해 郡에서 기소된 적이 없는 텍사스州民은 당해 치안판사가 거주하는 구역의 지방법원에 그 치안판사의 파면을 청원할 수 있다. 이 청원은 반드시 지방법원판사에 의해 심리되어야 하고, 파면의 사유가 관련된 사건의 시간과 장소까지 구체적으로 주장되어야 하며, 1명 이상의 청원당사자가 청원을 제기할 때나 그 이전에 선서하여야 한다.

또한 누구든지 州법관윤리위원회(State Commission on Judicial Conduct)에 치안판사에 대한 민원(complaint)을 제기할 수 있으며, 동위원회는 이를 판단하여 적절한 조치를 취하여야 한다.

지방법원판사는 무능력(incompetence), 직권남용(official misconduct), 알코올 중독(habitual drunkenness), 보증금미납(failure to adequately give bond) 등의 사유가 있을 경우 배심재판을 통해 치안판사를 파면시킬 수 있으며, 그 직무집행을 일시 정지시키거나 다른 사람으로 하여금 이를 대신하게 할 수도 있다.

먼저 무능력이란 중대한 직무태만(gross ignorance of official duties), 직무수행상의 중과실(gross carelessness in discharging duties), 신속하고 적절하게 직무를 수행할 수 없을 정도의 선출 당시 존재하지 않았던 정신적·육체적 결함, 직무

연수의 불이행 등을 의미한다.

다음으로 직권남용이란 직무집행과 관련된 고의의 불법행위를 의미하는바, 고의적이거나 수뢰에 의한 직무의 태만, 거부, 불이행 등을 포함한다. 한편 치안판사는 형사사건의 금전납부자에게 영수증을 지급하여야 하는데, 이 영수증에는 납부된 금액, 납부일자, 사건의 유형과 횟수, 항목, 납부자명, 수령공무원의 서명 등이 포함되어 있어야 하며, 영수증별로 고유번호가 부여된 二重의 영수증장부로 편철되어 매달 말일 郡회계관(county auditor)에게 보고되고, 그에 의해서 벌금이나 수수료가 적절하게 부과되었는지 확인받게 되는데, 치안판사가 이를 위반했을 경우에는 郡당국이나 지방검사(district attorney)의 신청에 의해 파면될 수도 있다.

그 다음으로 알코올중독은 직무집행 중이 아닌(not on duty) 경우에도 파면사유에 해당되지만, 주류음용이 의사의 지시나 처방에 의한 것이었음이 확인되면 면책될 수 있다.

마지막으로 보증금미납이란 적기에 보증금을 집행하지 않은 경우나 법령의 규정에 따라 새로운 보증금이나 추가적인 보증금 또는 보증인을 납입·제공하지 않은 경우를 말한다.

### 3. 조지아州치안판사<sup>98)</sup>(magistrate)

#### (1) 연혁

조지아州 치안법원(magistrate court)은 과거의 치안판사법원(justice of the peace court)이나 기타 제한된 관할권을 가진 법원의 후속법원이다. 조지아州 치안판사는 그 기원이 영국의 에드워드 3세 시대까지 거슬러 올라가는 오래된 직책<sup>99)</sup>으로, 초기 조지아州 식민지가 개척되었을 때, 치안판사는 지방통치기관의 지위를 누렸다고 한다. 이러한 치안법원은 오랫동안 시민들이 가장 많이 접근할 수 있었던 법원이었고, 일반적으로 소액민사사건이나 형사상 체포 및 수색영장의 발부, 보석 여부 결정 등을 관할하였다. 당시의 치안판사법원은 기록법원이 아니

98) 이하에서 서술되는 내용은 WAYNE M. PURDOM, GEORGIA MAGISTRATE COURT HANDBOOK WITH FORMS (2007-2008)에서 발췌한 것이다.

99) 이 치안판사제도는 영국왕의 사법권한을 확장시키고 지방귀족의 소규모 전제정치를 뿌리 뽑는데 있어서 보안관(sheriffs)과 함께 중요한 역할을 수행하였다고 한다.

었기 때문에 통상 공식적인 변론서가 요구되지도 않았고, 법률가가 아닌 자가 치안판사로 선출되었으며, 상급법원에 항소할 수 있었다.

1961년에 조지아州 최초의 소액청구법원(small claim court)이 창설된 이후 약 20년 동안, 조례(local legislation)에 의해 100여개의 이와 유사한 법원이 창설되었으며, 이들은 각각 그 관할과 운영에 있어서 유사한 구조를 가지고 있었고 대부분 법률가가 아닌 일반인에 의해 재판이 이루어졌다. 이들 또한 기록법원이 아니었기 때문에 민사소송법(Civil Practice Act) 등이 적용되지 않았고, 소송관계인은 비정형적인 소송절차를 향유할 수 있었다고 한다.

한편 소액청구법원을 창설한 몇몇 郡은 치안법원을 폐지하기도 하였으며, 이와는 반대로 몇몇 郡은 당해 치안법원의 민사관할권을 확대하였다. 그 결과 다수의 다른 특수법원이 창설되기에 이르렀고 치안법원의 민사 및 형사 관할권과 관할권이 중첩되게 되었다. 1981년에 이르러 오늘날 치안법원에 의해 수행되는 업무를 수행하는 -각각 고유한 관할권과 소송절차를 가진- 제한된 관할권을 가진 잡다한 법원이 산만하게 존재하였다.

이러한 문제점을 해결하기 위하여 1983년 조지아州헌법은 단일의 법원체계를 구성하려고 시도하였다. 이러한 사법부 단일화의 일환으로 제1심급법원을 치안법원, 검인법원, 소년법원, 郡법원 및 상급법원의 5가지 유형으로 통일하였고, 검인법원을 제외하고는 관할권과 소송절차를 통일하였다. 同헌법은 또한 시행시점에 운영되고 있던 치안판사법원(justice of the peace court), 소액청구법원(small claim court), 치안법원(magistrate court)을 모두 치안법원(magistrate court)으로 통일하였으며, 1983년 6월 30일 당시 그러한 법원에서 봉직하던 모든 판사를 그 임기가 종료될 때까지 치안판사(magistrate)가 되도록 규정하였다.<sup>100)</sup> 나아가 폐지된 법원의 관할권은 자동적으로 동일하거나 유사한 관할권을 가진 새로운 법원으로 이전되도록 하였으며, 치안판사의 자격요건은 법률에 위임하였다.

## (2) 임용방법 및 임기

치안법원별로 1인의 치안법원장(chief magistrate)이 있으며, 이에 더하여 일반 치안판사(associate magistrate)도 둘 수 있다. 치안판사의 수는 조례에 의해 정해

100) GA. CODE ANN. §15-10-120(a).

지며, 조례에 특별한 규정이 없을 경우에는 상급법원판사가 다수결로 이를 정한다.<sup>101)</sup>

조례에 특별히 다르게 규정되어 있는 경우가 아니면, 치안법원장은 郡의 유권자에 의해 다른 郡공무원이 선출되는 것과 동일한 방식의 일반선거에서 선출되며, 선거일 다음 해 1월 1일부터 4년의 임기가 개시된다. 일반 치안판사는 상급법원판사의 동의를 얻어 치안법원장이 임명하며, 그들의 임기는 임명권자인 치안법원장과 동일하다.<sup>102)</sup>

한편 州의회는 조례로 하여금 郡별로 치안판사의 수를 별도로 정하고 치안법원장과 치안판사의 임명 및 선출 방식을 변경할 수 있도록 하고 있으며,<sup>103)</sup> 겸인법원판사가 치안법원장으로 봉직할 수 있도록 규정하고 있다.<sup>104)</sup>

### (3) 자격요건

치안판사가 되기 위해서는 1년 이상 당해 郡에 거주하고 있어야 하고, 25세 이상이어야 하며, 고등학교 졸업 이상이나 이와 동등한 학력을 보유하고 있어야 하며, 조례에 의해 추가될 수도 있다.<sup>105)</sup> 이 조항을 근거로 몇몇 郡은 조지아州변호사협회(Georgia Bar)의 회원일 것을 치안판사의 자격요건으로 규정하고 있기도 하지만, 변호사자격을 가질 것을 요구하는 일반적인 법령은 존재하지 않으며, 현재 다수의 치안판사는 변호사자격을 가지고 있지 않다.<sup>106)</sup> 변호사자격을 가진 치안판사는 자신의 법정에서 소송실무를 담당할 수 없으며, 자신이 관할하는 어떠한 사건에 대한 실무도 담당할 수 없으나, 형사사건 및 치안법원으로부터의 항소사건을 포함하여 자신의 관할권이 미치지 아니하는 사건을 수임할 수는 있다. 나아가 변호사자격을 가진 치안판사와 동업하고 있는 변호사 등에 대해서도 동일한 제한이 따른다.

한편 郡법원판사는 보통법상 겸직금지원칙에 따라 치안법원장이나 일반 치안

101) 따라서 조례이나 상급법원의 규정이 없을 경우 어떤 郡은 치안법원장만 두게 될 것이다.

102) GA. CODE ANN. §15-10-20(d).

103) GA. CODE ANN. §15-10-20(e),(f).

104) GA. CODE ANN. §15-10-20(g). 조지아州 대법원도 州헌법이 치안판사의 선출과 임기를 조례로 정할 수 있도록 규정하고 있다고 판시하였다.(In re Magistrate Court of Baldwin Co., 262 Ga. 334, 418 S. E. 2d 42 (1992))

105) GA. CODE ANN. §15-10-22(a).

106) 현재 州내 치안판사의 약 4분의 3은 변호사자격을 가지고 있지 않다고 한다.

판사의 직을 동시에 보유하지 못한다. 그러나 市의원(city councilman)은 치안법원장이나 일반 치안판사로 봉직할 수 있다.

한편, 선출이나 임명의 경우, 상급법원서기(clerk of the superior court)는 상급법원 의사록에 치안판사의 선서목록을 작성하여야 하고, 당해 郡의 상급법원장은 선서를 행한 치안판사에게 확인증을 발급하여야 한다.

또한 치안판사는 그 직무수행에 앞서 성실한 직무수행을 담보하기 위하여 25,000달러의 보증금을 납입하여야 한다. 이 보증금의 액수는 조례로 증액될 수 있으나, 증액된 액수는 郡예산당국에 의해 郡재정으로부터 지불되어야 한다.<sup>107)</sup>

#### (4) 원로치안판사(senior magistrate)

치안법원장은 원로치안판사를 임명할 수 있는데, 이는 郡행정당국에 의해 승인되어야 한다. 8년 이상 봉직한 치안판사, 기록법원의 판사, 소년법원의 판사 등이 원로치안판사가 될 수 있다.

원로치안판사는 다른 치안판사와 동일한 사법적 권한을 가지고 있지만, 치안판사위원회(Council of Magistrate Court Judges)의 사무직원이나 집행위원으로 봉직할 수 없다.<sup>108)</sup>

#### (5) 관할 및 권한

체포·수색영장의 발급, 郡조례위반사건, 상급법원의 배타적 관할권에 속하지 아니하는 訴價 15,000달러의 민사사건, 소환장 등의 발급, 200달러 이하의 벌금이나 10일 이하의 구류에 처해지는 모욕죄(contempt)사건, 예비청문, 보석 허부 결정, 경범죄사건, 예금계좌사기<sup>109)</sup>(deposit account fraud)사건 등을 처리한다.<sup>110)</sup>

#### (6) 직무연수 및 징계절차

모든 치안판사는 주기적으로 직무연수(training course)를 받아야 한다.<sup>111)</sup> 즉 1998년 7월 1일 이후 임용된 치안판사는 직무수행 첫해 동안 멘토법관프로그램(mentor judge program)을 이수하여야 하며, 조지아州변호사협회의 활동회원

107) GA. CODE ANN. §15-10-20(h).

108) GA. CODE ANN. §§15-10-7, 220~223.

109) 계좌에 잔액이 부족한 상태로 개인수표(personal check)를 발행하는 경우를 말한다.

110) GA. CODE ANN. §15-10-2.

111) GA. CODE ANN. §15-10-25(a).

(active member)이 아닌 경우에는 2년 이내에 80시간의 직무연수를 받아야 한다. 이러한 직무연수프로그램은 모두 조지아주치안법원연수위원회(Georgia Magistrate Court Training Council)가 지정한 것으로 동위원회에 의해 그 이수 여부가 확인된다. 이후 모든 치안판사는 매년 20시간의 직무연수에 참석하여야 한다.<sup>112)</sup> 郡행정당국은 郡재정으로부터 치안판사연수에 소요되는 비용을 합리적인 범위 내에서 지불하여야 한다.<sup>113)</sup>

조지아주치안법원연수위원회는 치안판사에 대한 직무연수 관련기록을 유지·관리하며, 만약 당해 연도에 예정된 직무연수를 이수하지 않았을 경우 그 사실을 법관자격심사위원회(Judicial Qualifications Commission)에 통지한다.<sup>114)</sup> 이 통지를 받은 법관자격심사위원회는 그것이 불가항력적 사유로 인한 것이라고 인정되지 않을 경우 치안판사의 파면을 권고할 수 있다.<sup>115)</sup>

치안판사는 조지아주헌법에 규정된 바에 따라 징계(discipline)·파면(removal)·권고사직(involuntary retirement)될 수 있다.<sup>116)</sup> 1983년 조지아주헌법은 고의적인 위법행위, 고의적이고 상습적인 직무태만, 알코올중독, 부도덕한 행위와 관련된 범죄에 대한 유죄선고, 사법부의 권위를 손상시키는 편파적인 재판운영 등의 사유로 파면, 자격정지, 기타의 징계를 받을 수 있도록 규정하고 있다. 또한 심각하고 영구적인 직무장애에 해당하는 무능력을 이유로 퇴직할 수 있다고 규정하고 있다.<sup>117)</sup>

#### IV. 결

이상에서 미국의 법원체계를 개관하고, ‘법관지위의 다양성’의 측면에서 미국 연방법원과 州법원의 법관제도를 고찰해 보았다. 아마도 미국 법관제도의 가장

112) GA. CODE ANN. §15-10-137.

113) GA. CODE ANN. §15-10-25(b),(c).

114) GA. CODE ANN. §15-10-25(d).

115) GA. CODE ANN. §15-10-25(c).

116) GA. CODE ANN. §15-10-24.

117) GA. CONST. Art. 6, Sec. 7, Para. 7. 동항은 州대법원으로 하여금 법관의 징계 등에 관한 시행규칙(rules of implementation)을 제정하도록 규정하고 있다.

큰 특색은 다양한 방법으로 다양한 지위의 법관을 선발하고 있다는 점일 것이다. 특히 50개의 州는 각각의 역사적 배경과 생활현실에 가장 적합한 법원조직과 재판제도를 창설·운영하여 왔기 때문에 매우 복잡다기한 모습을 보여주는 것은 당연한 것으로 보이며, 법원제도의 가장 핵심적 구성요소인 법관의 지위와 선발방식을 정함에 있어서도 다양한 모습을 보여주고 있다. 그 중에서도 눈에 띄는 것은 많은 州정부—보다 정확히는 지방정부—가 운영하고 있는 市·郡법원, 치안법원, 검인법원, 소년법원, 가사법원 등에서는, 州에 따라서는 비록 사라져가는 추세이기는 하지만, 아직까지도 변호사자격이나 소송실무경력이 없는 일반인이나 非사법공무원(non-judicial officer)이 재판을 담당하고 있다<sup>118)</sup>는 점이다.

또한 연방법원에서든 州법원에서든 변호사자격을 갖지 않은 일반인에 의해서 제한된 관할범위에서나마 재판이 이루어지는 경우가 있었는데, 그 명칭과 세부내용의 미세한 차이점을 제외한다면, 치안판사를 그 대표적인 예로 들 수 있을 것이다.

이는 사건의 규모나 성질과는 상관없이 모든 제1심 재판을 ‘판사’라는 단일한 지위를 가진 법관이 담당하도록 되어 있는 매우 경직된 구조를 가진 우리나라의 법관제도와 비교할 때 대단히 주목받을 만한 점이라 할 수 있다.

현대의 복잡한 법률생활환경 속에서 개인에게 발생하는 다양한 종류의 법률분쟁은 당해 사건의 성질이나 규모에 따라서는, 소송경제적 관점에서나 국민의 편익증진 차원에서든, 보다 간이하고 신속한 해결이 요구되고 바람직하다는 점은 재차 언급할 필요도 없을 것이다.

이러한 관점에서 보면, 미국의 치안판사제도는 우리에게 많은 시사점을 던져 줄 수 있다고 보며, 앞으로 이에 대한 세밀한 분석과 더불어 그 도입여부에 대한 심도 있는 논의가 전개되었으면 한다.

118) 이들은 州정부의 법관이 아니라, 지방정부의 법관으로서 그 보수도 지방정부의 재정으로부터 지급받는 것이 보통이다.

■ 참고문헌

이헌환, 법과 정치, 박영사, 2007.

CAROLE KEETON RYLANDER (Texas Comptroller), JUSTICE OF THE PEACE MANUAL for Texas Counties (February 2002).

CHARLES H. SHELDON & LINDA S. MAULE, CHOOSING JUSTICE: THE RECRUITMENT OF STATE AND FEDERAL JUDGES, Washington State University Press (1997).

HENRY J. ABRAHAM, THE JUDICIAL PROCESS: AN INTRODUCTORY ANALYSIS OF THE COURTS OF THE UNITED STATES, ENGLAND, AND FRANCE (5th ed.), Oxford University Press (1986).

LEE EPSTEIN (ed.), COURTS AND JUDGES, Ashgate Publishing Limited (2005).

STEVEN W. HAYS & COLE BLEASE GRAHAM, JR (ed.), HANDBOOK OF COURT ADMINISTRATION AND MANAGEMENT, Marcel Dekker, Inc. (1993).

WAYNE M. PURDOM, GEORGIA MAGISTRATE COURT HANDBOOK WITH FORMS (2007-2008).

Amalia D. Kessler, Our Inquisitorial Tradition: Equity Procedure, Due Process, And The Search For An Alternative To The Adversarial, 90 CORNELL L. REV. 1181 (2005).

Leslie G. Foschio, A History of the Development of the Office of United States Commissioner and Magistrate Judge Systems, 1999 FED. CTS. L. REV. 4 (1999).

McCabe, The Federal Magistrate Act of 1979, 16 HARV. J. LEGIS. 343 (1979).

Philip M. Pro & Thomas C. Hnatowski, Measured Progress: The Evolution and Administration of the Federal Magistrate Judges System, 44 AM. U. L. REV. 1503 (1995).

Sandra Schultz Newman & Daniel Mark Isaacs, Historical Overview Of The Judicial Selection Process In The United States, 49 VILL. L. REV. 1 (2004).

In re Magistrate Court of Baldwin Co., 262 Ga. 334, 418 S. E. 2d 42 (1992).

La Buy v. Howes Leather Co., 352 U.S. 249 (1957).

Mathews v. Weber, 423 U.S. 261 (1976).

Roell v. Withrow, 538 U.S. 580 (2003).

Wingo v. Wedding, 418 U.S. 461 (1974).

[http://www.courts.state.tx.us/pubs/AR2007/jud\\_branch/5-judge-qualifications-chart-07.pdf](http://www.courts.state.tx.us/pubs/AR2007/jud_branch/5-judge-qualifications-chart-07.pdf).

[http://www.georgiacourts.org/aoc/selfhelp/court\\_diagram.html](http://www.georgiacourts.org/aoc/selfhelp/court_diagram.html).

<http://www.uscourts.gov/salarychart.pdf>.

<http://www.uscourts.gov/history/tablec.pdf>.

투고일자 2008.09.05

심사개시일자 2008.09.17

게재확정일자 2008.10.01

**[ABSTRACT]**

## **A Study on the Magistrate System in the United States**

Kim, MyeongSik

Nowadays, the various kind of legal disputes led by the radical social changes might require of the diversity in justice system and judge system. Especially, to efficiently settle down small claims, etc., we should seriously consider needs of introducing the magistrate system to Korean justice system, I think.

This study mainly reviews the American magistrate system: the federal magistrate system and state(Texas and Georgia) magistrate systems, in order to form the basis of building the Korean magistrate system, because the American system could give some suggestions to improve the current Korean judge system.

In the United States, the “magistrate” or “justice of the peace” refers to any independent judge who is capable of issuing warrants, reviewing arrests, etc. In other words, it means a judge or judicial officer who is capable of hearing and deciding a particular matter. That capability is defined by statute or by common law.

In the federal court system, magistrates are judges authorized by 28 U.S.C. § 631 et seq. Magistrates are appointed by the life-term federal district judges of a certain court, serving terms of eight years if they are full-time, or four years if part-time, and they may be reappointed. Magistrates conduct a wide extent of

judicial proceedings to advance the disposition of the civil and criminal caseloads of the United States District Courts. Congress set forth in the statutory powers and duties that would be delegated by district court judges to magistrates. It left the actual determination of which responsibilities to assign to magistrates to the particular courts, however, in order to attain highest flexibility in meeting the wants of each court.

In Texas, justices of the peace are elected as county officials. The Constitution of the State of Texas provides that each county shall have one to eight justice precincts depending on its population. The major duty of this office is to supervise over the justice court, which may function as a small claims court.

In Georgia, each county has a chief magistrate, elected by the voters of the county, who has the power to hold preliminary hearings in criminal cases, grant bail, and supervise over a small claims court for cases where the amount in controversy does not exceed \$15,000. Magistrates in Georgia are not required to be licensed attorneys, but they are usually regular attorneys. In some counties, the magistrate court bench has both attorneys and non-attorneys.

**Key Words** : Magistrate System, US court system, Federal Magistrate, Justice of the Peace in Texas, Magistrate in Georgia.



# 授權行爲에 관한 몇 가지 문제

박 찬 주

(조선대학교 법과대학 교수 · 변호사)

## [초 록]

---

수권행위는 대리행위의 법률효과를 직접 본인에게 귀속할 것을 목적으로 하는 법률행위이며, 따라서 대리행위와는 구별되는 독립된 법률행위이다. 수권행위를 둘러싸고 이루어지는 논의 가운데 중요한 두 가지는 수권행위에 외부적 수권행위라는 관념을 인정할 것이냐, 수권행위의 법률적 성질을 무엇인가 라는 점이다.

전자와 관련하여, 일반적으로는 외부적 수권행위 개념은 불필요하지만 특정한 상황에서는 인정할 필요가 있다. 필자는 상대방에게 특정인을 대리인으로 선임한다는 의사표시를 한 이상 상당한 기간이 경과하지 아니한 상태에서의 대리행위를 무권대리 상태로 보아서는 아니 된다고 보고 있다. 그리고 그 근거를 외부적 수권행위는 상당한 기간 내에 내부적 수권을 하지 않을 것을 해제조건으로 하는 의사표시로서의 성질을 가진다고 본다.

후자와 관련하여, 우리나라의 지배적 학설은 단독행위설을 취하고 있다. 그러나 필자는 계약설은 일정한 장점을 가진다고 본다. 민법 제117조에서는 『대리인은 행위능력자임을 요하지 아니한다』고 규정하고 있다. 단독행위설에 의하면 본인에 의한 일방적 수권은 유효하다. 본인과 무능력자 사이에 체결되는 수권계약에 대해 본인이 승낙하거나 무능력자의 법정대리인에 의해 대리될 필요가 없기 때문이다. 문제는 단독행위설에 의하면 무능력자는

대리에 의한 계약체결을 하지 않아야 한다는 점이다. 만일 무능력자가 자신의 무능력에도 불구하고 계약을 체결하여 본인에게 손해를 입힌 경우에는 그 손해가 단순과실에 의한 것이라고 하더라도 이를 본인에게 배상하여야 하기 때문이다. 이런 사정은 본인이 무능력자임을 알고 대리권을 수여하는 의사표시에는 무능력자의 단순과실에 의해 발생하는 손해에 대해서는 책임을 묻지 아니하기로 하는 의사표시가 포함되어 있고, 그것이 계약의 내용이 되고 있다고 해석하는 근거가 된다.

한편 백지위임장에 의한 수권에 대해서는 단독행위설을 취하는 학자들도 그 성질을 계약이라고 보는바, 계약설은 이러한 문제도 극복할 수 있는 장점이 있다. 그와 같이 백지위임장은 수권행위의 방식과 관련한다는 점에서 이 글에서는 수권행위의 방식을 아울러 살펴보고 있으며, 그 외에 17대 국회에서 제안하였던 민법개정안에서 도입을 추진하던 처분권부여 제도의 문제점에 대해서도 검토하고 있다.

---

**주제어** : 대리, 대리권, 수권행위, 내부적 수권행위, 외부적 수권행위, 백지위임장, 단독행위설, 계약설, 수권행위의 무인성/유인성, 무권리자의 처분행위

## 【차 례】

I. 머리말	1. 問題의 所在
II. 授權行爲의 方式	2. 授權行爲의 獨自性 문제
1. 非要式行爲	3. 授權行爲의 單獨行爲性 문제
2. 默示的 授權行爲	4. 授權行爲의 無因性 문제
3. 書面에 의한 授權	V. 處分權賦與
III. 內部的 授權行爲와 外部的 授權行爲	1. 處分權賦與의 包攝範圍
1. 의의	2. 顯名
2. 외부적 수권행위 개념의 필요성	3. 處分權賦與와 代理
IV. 授權行爲의 性質	VI. 맺음말

## I. 머리말

수권행위(Vollmachtung)는 대리행위의 법률효과를 직접 본인에게 귀속할 것을 목적으로 하는 법률행위이며, 따라서 대리행위와는 구별되는 독립된 법률행위이다. 따라서 수권행위는 대리행위와는 별개의 법률행위라는 것이 통설이다.<sup>1)</sup> 수권행위를 둘러싸고 이루어지는 논의 가운데 중요한 점은 수권행위에 외부적 수권행위라는 관념을 인정할 것이냐, 수권행위의 법률적 성질을 무엇인가 라는 두 점이다. 후자의 점에 대해서 우리나라 통설은 단독행위설을 취하고 있다. 필자는 한정적인 범위 내에서 외부적 수권행위 개념의 필요성 및 수권행위과 관련한 계약설이 가지는 의미를 분석할 필요가 있다고 보고, 이 글에서는 이 점을 집중적으로 논하기로 한다.

그와 아울러 수권행위의 성질을 논함에 있어서는 백지위임장의 위치를 주목할 필요가 있다. 그리하여 본고는 위 점 외에 수권행위의 방식과 관련한 문제 및 17

1) 이영준, 민법총칙 (한국민법론 I), 박영사, 2005, 468쪽

\* 다만 統合要件說을 주장하고 있는 Müller·Freienfels는 수권행위와 대리행위가 합체하여 하나의 법률행위가 되는 것이 아니라 각각 별개로 법률행위의 요건이 된다고 보고 있고, Flume는 하나의 법률행위는 행위라는 측면과 규율이라는 측면의 두 측면에서 고찰하는 것으로 보고 있기도 하나, 수권행위가 일반적·포괄적으로 이루어진 경우에는 수권행위와 대리행위가 단일한 법률행위라고 보는 것은 擬制的 설명이라고 할 수 있다는 점에서(김상용, 민법총칙 (전정판 보정), 법문사, 2003, 562쪽) 찬성하기 어렵다.

대 국회에서 검토되고 있었던 민법개정안에서 도입을 추진하던 處分權賦與 제도의 문제점을 논하고자 한다. 이 글은 국내학자들의 논의를 바탕으로 하고 있다.<sup>2)</sup>

## II. 授權行爲의 方式

### 1. 非要式行爲

독일민법에서는 대리권은 대리인 또는 대리행위의 상대방에 대한 의사표시로 수여되지만(동법 제167조 제1항), 반드시 대리권의 내용을 이루는 법률행위에 대해 정해진 방식에 따를 것을 요하지는 않는다(동조 제2항)고 규정하고 있다. 우리 민법에서는 수권의 방식에 대해서는 규정하고 있지 않으나, 정해진 방식이 존재하지 않는다는 점에서는 다를 바가 없다.

논의의 전개를 위해 먼저 内部的授權行爲와 外部的授權行爲의 개념을 정의하기로 하자. 수권행위는 상대방 있는 의사표시에 해당하는데, 본인이 대리권을 대리인에게 직접 수여하는 것을 内部的 授權, 대리행위의 상대방에게 특정인을 대리인으로 한다는 의사표시를 하는 것을 外部的 授權이라고 한다. 내부적 수권이 이루어진 후 대리행위의 상대방에게 특정인이 대리인으로 선임되었음을 알리는 것은 외부적 수권이 아니라, 단순히 대리인 선임사실을 알리는 의사의 통지에 지나지 아니한다.<sup>3)</sup> 다만 대리행위의 상대방에게 특정인이 대리인이 선임되었다고 알렸으면서도 내부적으로 수권이 이루어지지 않는 경우에는 表見代理(민법 제125조)가 성립할 수 있다.<sup>4)</sup> 그러나 그러한 통지를 외부적 수권행위가 있었던 것으로 볼 필요는 없다.

주의할 점은 외부적 수권행위라는 개념을 인정한다고 하더라도 후에 대리인에게 내부적 수권행위가 이루어져야 한다는 점이다. 내부적 수권행위가 이루어지지 않는 경우에는 단순한 표현대리만 성립할 뿐이다. 그와 같이 수권행위는 내부적

2) 본고에서는 독일문헌은 참고하지 않는다. 우리 학자들이 잘못 소개한 것이 아니라면, 이 문제에 관한 독일에서의 논의는 이미 충분히 소개되었다고 보아야 한다. 그리고 우리가 독일이론에 맹목적으로 추종할 필요도 없다고 본다.

3) 백태승, 민법총칙 (제2판), 법문사, 2006, 464쪽; 서광민, 민법총칙, 신론사, 2007, 422쪽

4) 이하에서 法名이 기재되지 아니한 것은 民法을 지칭한다.

수권행위가 이루어졌느냐에 의해 결정된다.<sup>5)</sup>

## 2. 默示的 授權行爲

수권행위는 不要式行爲이므로 묵시적 수권행위도 가능하다. 묵시적 수권행위가 허용됨으로서 독일에서 발전한 認容代理(Duldungsvollmacht)·外觀代理(Anscheinsvollmacht)의 법리는 그 존립의 터를 마련할 수 있다. 認容代理란 특정인이 자신의 대리인이라고 칭하면서 거듭 행위를 하는 경우에 본인으로 지칭되는 자가 그 사실을 알고 이의를 제기할 수 있는데도 불구하고 방치하는 경우에, 外觀代理란 본인으로 지칭되는 자가 자칭대리인의 행위를 알고 있지는 못하지만 거래상 요구되는 주의의무를 다하였다면 알 수 있었다고 인정되는 경우에 대리권이 존재하는 것으로 보는 대리관계이다.<sup>6)</sup>

그 중 認容代理의 경우는 묵시적 수권행위가 있었다고 보아도 무방하다.<sup>7)</sup> 그런데 묵시적 수권행위란 본래 의사표시의 상대방이 대리인에 대한 것인가, 대리행위의 상대방에 대한 것인가 하는 점이 불분명한 경우가 많다. 따라서 대리인에 대한 것이라고 판단되면 묵시적·내부적 수권행위가 있었던 것으로, 대리행위의 상대방에 대한 것이라고 판단되면 묵시적·외부적 수권행위가 있었던 것으로 해석하여야 한다는 설<sup>8)</sup>이 있으나, 외부적 수권행위가 있더라도 궁극적으로 내부적 수권행위가 있어야 한다면, 굳이 이와 같이 구별하는 것은 무의미하다고 할 수 있다.

外觀代理의 경우에는 본인이 자칭대리인의 행위를 알고 있지는 못하지만 거래상 요구되는 주의의무를 다하였다면 알 수 있었다고 인정되는 경우에도 묵시적 수권행위가 있었던 것으로 볼 수 있느냐의 점에 대해서는, 긍정설<sup>9)</sup>과 부정설<sup>10)</sup>이 대립한다. 그러나 묵시적 의사표시란 원래 의사표시의 존재를 추단할 수 있는 표시행위를 전제로 하는 것이기 때문에, 어떤 표시행위도 존재하지 아니하는 경우를 외관대리로 보면서 동시에 묵시적 수권행위로 부르는 것은 묵시적 의사표시의

5) 이런 점에서, 수권행위의 본질은 외부적 수권행위라고 보는 수권행위 2분설에는 찬성할 수 없다.

6) 김상용, 앞의 책, 562-563쪽

7) 이와 달리 내부적 수권이 없었다고 보아 표현대리(제125조)를 인정하는 방법도 있을 수 있다

8) 이은영, 민법총칙 (제4판), 박영사, 2005, 604쪽

9) 이영준, 앞의 책, 471쪽 (다만 교수는 이를 인용대리로 부르고 있다)

10) 박윤직 (편집대표), 민법주해 [III], 박영사, 1995, 34쪽 註 37) (손지열 집필부분)

개념을 혼란에 빠뜨리는 것이라고 할 수 있다. 따라서 외관에 본인에게 過責性이 존재한다고 하더라도 수권행위가 있었다고 볼 것이 아니라, 묵시적인 대리권수여의 표시(민법 제125조)로 보아야 할 것이다.

### 3. 書面에 의한 授權

#### (1) 一般委任狀의 경우

수권행위는 不要式行爲이므로 반드시 서면으로 할 필요는 없지만 흔히 위임장을 교부하는 형태로 이루어진다. 위임장의 작성·교부에 의해 수권행위가 이루어질 수 있음은 물론이나, 일반적으로는 위임장은 위임계약의 내용을 기록한 계약증서가 아니라 대리권을 증명하는 문서에 불과하다.

위임장이 있더라도 정당한 수권행위가 존재하지 않으면 위임장을 소지하고 있다는 사실만으로 정당한 대리인이 되는 것은 아니다. 그러나 이를 상대방에게 제시하고 법률행위를 체결하는 경우에 상대방은 표현대리(제125조)에 의해 보호를 받을 수 있다. 다만 그 근거에 대해 비록 내부적 수권행위는 존재하지 아니하지만 외부적 수권행위는 존재하기 때문에 제125조의 표현대리가 성립한다는 설<sup>11)</sup>이 있다. 그러나 본인의 의사에 기하지 아니하는 외부적 수권행위를 인정할 수 없기 때문에 찬성할 수 없다. 이 설의 배경에는 표현대리를 유권대리의 亞種이라는 법리가 존재하는데, 비록 外部的일망정 수권행위가 존재하여야 유권대리이지, 백지 위임장에 의한 것이 아닌 한 위임장의 제시를 외부적 수권행위 또는 대리에 의한 수권행위로 보는 것은 무리라는 점에서 찬성하기 어려운 논리이다.<sup>12)</sup>

#### (2) 白紙委任狀의 경우

##### 1) 의의

백지위임장은 위임장의 기재사항 중 일부를 기재하지 않고 남겨둔 채 그것을

---

11) 이영준, 앞의 책, 472쪽

12) 백태승, 앞의 책, 464쪽

\* 이영준, 앞의 책, 463쪽에서는 외부적 수권행위를 『수권증서에 의한 수권의 경우에, 본인이 대리인에게 수권증서를 교부하는 때에 내부적 수권행위가 있고, 대리인이 수권증서를 상대방에게 제시하는 때에 비로소 외부적 수권행위가 있게 된다』고 설명하는데, 제125조를 설명함에 있어서는 내부적 수권행위가 있더라도 외부적 수권행위가 성립할 수 있다고 주장하는 것은 서로 모순된다.

일정한 사람에게 보충시키고자 하는 형식으로 된 위임장을 말한다. 백지위임장도 나중에 보충이 되면 위임장으로서 유효하게 된다.

판례는, 대리인을 공란으로 한 백지소송위임장을 작성·교부한 경우,<sup>13)</sup> 매매대금수령에 관한 수령인 백지의 위임장인 대금수령확인서의 작성·교부,<sup>14)</sup> 총회에 서의 대리인이 기재되지 않은 백지위임장의 제출·소지<sup>15)</sup> 등은 유효한 수권행위로 인정하였다. 그러나 買受人란이 공란으로 된 백지의 매도증서와 위임장 및 인감증명서의 교부는 수권행위로 보지 아니하였다.<sup>16)</sup> 그러나 이는 판례가 中間省略登記를 허용하지 아니하기 때문에 비롯한 것일 뿐,<sup>17)</sup> 앞서의 사안들과 구별할 논리적 필연성은 없다.

## 2) 성질

① 학설    중래의 통설은 백지위임장에 의한 수권행위와 관련하여, ① 백지위임장의 작성자는 장래에 정당하게 그 백지위임장을 취득한 모든 사람에 대하여 백지위임장에 기재한 일정한 사무의 처리 및 그에 필요한 대리권수여의 청약을 하고 최후의 취득자가 백지로 되어 있는 부분에 자기의 이름을 적어넣음으로써(承諾에 해당한다) 두 사람 사이에 계약이 성립하며, 수임인으로서의 권리·의무와 대리권을 취득하며, ② 이러한 백지위임장에 의한 수권행위(청약)는 商慣習상 철회할 수 없고, 본인이 사망하더라도 그 효력에는 아무런 영향이 없다고 보고

13) 대법원 1979. 12. 26. 선고 79다1851 판결

14) 대법원 1990. 2. 23. 선고 88다카30108 판결

15) 대법원 1998. 10. 13. 선고 97다44102 판결

16) 대법원 1996. 4. 12. 선고 95다49882 판결

17) 대법원 1991. 4. 23. 선고 91다5761 판결

\* 중간생략등기의 유효성은 구민법과는 달리 현행민법이 物權變動과 관련하여 形式主義를 취하면서 제기된 문제이다. 대법원 1967. 5. 30. 선고 67다588 판결에서는 『부동산의 소유권매매계약이 차례로 여러 사람들 사이에 전전 이루어진 경우에 그 최종매수인이 등기부상의 現명의자라로부터 직접 그 소유권 명의를 넘겨오려면 소위 중간등기 생략에 관한 합의가 관계당사자 전원들 사이에 있어야 하나 그러한 합의 없이 그 방법이야 어찌되었던건 이미 중간생략 등기가 경유되어 버린 경우에 있어서는 그 관계매매당사자들 사이에 매매계약이 적법히 성립되어 이행된 이상 그 등기부상의 명의자가 그 중간 생략등기가 합의가 없었다는 사유만으로서는 그 소유권이전 등기의 말소등기 절차이행을 청구할 수 없다』고 판시하였다. 그런데 구민법에 관한 사안인 대법원 1966. 1. 25. 선고 65다2210 판결에서는 『舊민법상 토지의 매수인은 매매계약만에 의하여 그 소유권을 취득한다 할 것이나, 그 소유권이전등기가 있기 전에는 아직 등기부상 소유자로 등재되어 있는 매도인에게 전혀 처분권한이 없거나 또는 그 처분을 당연무효라고 할 수 없다 할 것이므로 등기부상의 명의자인 매도인이 소유권이전등기에 관한 매도증서, 인감증명서, 위임장 등을 소외인에게 교부하였다면 이는 위의 서류에 표시된 처분에 관한 표현대리의 기초가 된 대리권수여의 표시에 해당한다고 해석하여야 할 것이다』고 판시하고 있다. 구민법과 현행민법 사이에 수권행위에 대한 개념의 변화를 알 수 있다.

있다.<sup>18)</sup>

백지위임장은 일정한 사항을 상세히 기재하는 번거로움을 피하기 위해 이용되지만, 대리인이 보충하는 권한을 남용할 가능성이 크다. 예전에 담보권설정자의 대리인의 표시를 백지로 하는 백지위임장을 받아두었다가 임의로 보충할 수 있도록 약정하는 방법으로 假登記擔保를 위한 提訴前和解에 악용되고 있었다.<sup>19)</sup> 이러한 제도의 악용에 대하여는, (a) 자기계약·쌍방대리금지규정(제124조)에 해당된다는 것을 이유로 하는 무효설,<sup>20)</sup> (b) 본인의 허락이 있었기 때문에 자기계약·쌍방대리금지규정에 해당하지는 않지만, 반사회적 법률행위(제103조)·폭리행위규정(제104조)의 위반을 이유로 하는 무효설,<sup>21)</sup> (c) 단순히 대리인 부분 내지 상대방 부분의 공백이 남용된 것에 그치고, 위임사항 부분의 남용이 현저하지 않는 경우(비위임사항 남용형)에는 제125조를 적용할 수 있으나, 대리인 부분 내지 상대방 부분의 남용에 그치지 아니하고 위임사항 부분의 공백도 상당한 정도로 남용된 경우(위임사항 남용형)에는 제125조의 적용을 부정해야 한다는 설<sup>22)</sup>이 대립한다.

② 사건 백지위임장에 의한 수권행위의 성질을 계약으로 볼 것인가는 뒤에서 살핀다. 假登記擔保를 위한 提訴前和解에의 악용은 代理制度라는 制度濫用 내지 規範濫用(normenmißbrauch)에 해당하기 때문에 자기계약·쌍방대리금지규정에 해당한다고 볼 수 있다. 그리고 이러한 악용은 반사회적 법률행위·폭리행위규정에 해당하기 때문에 (a)설과 (b)설의 적용상의 차이만 없다고 할 수 있다. 다만 자기계약·쌍방대리금지규정 위반을 이유로 한 무효와 반사회적 법률행위·폭리행위규정 위반을 이유로 한 무효 사이에는 주장·증명책임과 관련하여

18) **곽윤직**, 민법총칙 (제7판), 박영사, 2002, 262쪽; **김용한**, 민법총칙론 (제12판), 박영사, 1981, 338-339쪽; **김기선**, 한국민법총칙 (제3전정판), 법문사, 1991, 287-288쪽; **이태재**, 민법총칙, 법문사, 1978, 287-288쪽. 곽윤직 교수는 이러한 법리를 종래의 판례의 입장이라고 하면서, 종래의 판례는 백지위임장을 신속을 존중하는 거래계의 필요에서 발생한 수권행위의 한 변태라고 보고 있다. 그러나 본문에서 설명한 백지위임장에 관한 법리를 명백히 한 우리 판례는 발견되지 아니한다. 다만 日政시 ①의 점은 日本大審院 大正 7(1918). 10. 30. 판결(민 2087)에서, ②의 점은 日本大審院 大正12(1923). 4. 16. 판결(민 251)에서 판시한 바 있다.

19) 대법원 1969. 6. 24. 선고 69다571 판결에서는 이러한 방법에 의한 대리인선임을 유효하다고 보았다. 그리하여 舊民法소송법이 1990. 1. 13. 개정되면서 제355조 제2항에 제소전화화를 위하여 대리인의 선임권을 상대방에게 위임할 수 없다는 규정을 신설하였다.

20) **이영준**, 앞의 책, 472쪽

21) **윤형렬**, 민법총칙 (제2판), 법영사, 2006, 591쪽

22) **김주수**, 민법총칙 (제5판), 삼영사, 2000, 456쪽

차이가 있는 것이 아닌가 라는 의문이 생길 수 있지만, 제소전제도의 악용을 이유로 무효라고 하기 위해서는 악용사실에 대한 주장이 있어야 하는 것은 당연하다. 그와 같은 주장이 이루어진 경우에 이를 규범남용으로 보고 무효라고 할 것인지, 나아가 반사회적 법률행위·폭리행위 규정에 해당한다는 이유로 무효라고 할 것 인지는 법원의 직권판단의 영역에 속하기 때문에, 법원은 어느 것을 인정하여도 무방하다고 할 수 있다. 그러나 위임사항 부분의 남용이 현저한가 여부에 따라 제125조의 적용을 긍정하거나 부정할 수 있다는 (c)설은 제125조가 이 점에 대해 아무런 규정을 하고 있지 아니하는 점에 비추어 의문이다. 이 문제에 대한 접근은 대리인관을 보충하지 아니한 轉得者의 지위와 관련하여 이루어져야 한다고 생각한다.

### 3) 대리인관을 보충하지 아니한 전득자의 지위

① 학설   본인이 백지위임장을 작성하여 타인(被交付者)에게 교부한 경우에 그 타인이 자시의 이름으로 보충을 하지 않는 한 그 타인은 백지위임장에 의하여 발생시키고자 하는 법률행위에 대한 대리인이 아니다.

그러면 그 타인의 지위는 어떠한가. 백지위임장과 관련하여 백지위임장을 교부 하는 경우에는 商慣習상 철회할 수 없고 본인이 사망하더라도 그 효력에는 아무런 영향이 없다고 보는 것이 일반적이다. 한편 수권행위의 경로와 관련하여, 백지 위임장의 작성자는 장래에 정당하게 그 백지위임장을 취득하는 모든 사람에게 백지위임장에 기재한 사무의 처리 및 그에 필요한 대리권수여의 청약을 하고, 최후의 취득자가 백지로 되어 있는 부분을 수임인으로서 자기의 이름으로 적어넣음으로써 승낙을 하여 두 사람 사이에 계약을 취득하며, 수임인으로서의 권리·의무와 대리권을 취득한다는 이론구성을 취하고 있다.<sup>23)</sup>

② 사건   백지위임장을 교부받은 타인에는 단순히 使者인 경우와 대리인인 경우가 있을 수 있다. 백지위임장의 수임인난을 보충함으로써 본인과 사이에 대리권이 발생한다고 하지만, 엄밀하게는 백지위임장에는 두 종류의 대리관계가 포함되어 있다고 할 수 있다. 백지위임장을 교부받은 타인이 자신의 이름으로 백지부분을 보충할 수도 있지만 직접 자신의 이름으로 보충하지 아니하고 유통시킨 경우에 그 타인을 대리인으로 관념할 수 있는 것이다. 대리인과 사자의 구별에

23) **박윤직**, 앞의 책, 262쪽

대해서는 확실의 대립이 있지만,<sup>24)</sup> 의사표시의 완성에 협력하는 자는 모두 대리인이라고 보는 입장에서는 백지위임장의 양도는 무체적 의사표시와 함께 이루어지기 때문에 사자가 아니라 대리인이라고 볼 수 있으며, 표시기관으로서의 사자 개념을 인정하는 입장이라고 하더라도 본인으로서는 어느 누가 보충을 할지 모르는 상황이기 때문에 백지위임장을 취득한 자는 모두 대리인으로 관념할 수밖에 없는 것이다. 이 경우에는 백지위임장과 관련한 수권행위는 ㉠ 백지부분을 보충함으로써 발생하는 대리권에 대한 것과, ㉡ 본인으로부터 수권행위의 내용을 전달하여줄 것을 내용으로 하는 대리권이 병존한다고 할 수 있다<sup>25)</sup>.

문제는 수권행위의 내용을 전달하여야 할 사자나 대리인이 백지위임장을 양도함에 있어서 본인이 의도하는 수권행위의 내용을 전달하지 아니하거나 달리 전달하는 경우를 어떻게 보아야 할 것인가 하는 점이다. 使者의 경우에는 「무체적 의사표시의 도달」과 관련된다. 학자들은 표의자가 자기의 表示使者에 의하여 무체적 의사표시를 전달하는 경우에는 잘못 전달되었다고 하더라도 전달된 대로 효력이 발생한다고 보고 있다. 따라서 그로 인한 불이익은 표의자가 부담하는 셈이다.<sup>26)</sup> 그러면 수권행위의 내용을 전달하지 아니하는 경우에는 어떻게 보아야 하는가. 이 경우에는 수권행위의 내용에는 제한이 없다는 묵시적 의사표시가 전달되었다고 보아야지, 전혀 아무런 의사표시도 존재하지 않았다, 따라서 도달도 없었다고 볼 것은 아니다. 달리 의사표시가 도달하지 아니한 것으로 본다면 백지위임장의 취득에도 불구하고 아무런 수권행위도 이루어지지 않았다는 것이 되어버리기 때문이다.

이렇게 보더라도 위임사항 부분이 백지인 경우에 대리행위의 상대방은 확인가능한 한, 본인에게 위임사항의 내용을 확인하여야 할 의무가 존재하고, 백지부분의 남용이 현저한 경우에는 그 남용사실을 알 수 있다고 보아야 하기 때문에, 그 경우에는 제125조의 적용이 부정될 것이다. 이런 점에서 (c)설은 찬성하기 어렵다.

24) 이 점에 대하여는, **박찬주**, 「의사표시의 효력발생」, 법조 통권 621호, 법조협회, 2008, 35-45쪽 참조

25) 이러한 주장에 대해 심사과정에서 『백지위임장을 교부받은 타인이 자신의 이름으로 백지부분을 보충할 수도 있지만 직접 자신의 이름으로 보충하지 아니하고 유통시킨 경우, 법리를 어떻게 구성하여야 할지, 즉 복대리권, 복복대리권이 존재하는지 여부에 대한 검토가 필요하다고 할 것이다.』라는 高見이 있었다. 생각건대, 대리인이 대리인 자신의 이름이 아닌 『본인』의 이름으로 선임한 대리인은 복대리가 아니라 본인의 대리인이라는 법리를 적요할 수 있다고 본다.

26) **이영준**, 앞의 책, 420-421쪽; **윤형렬**, 앞의 책, 390쪽

## 4) 착오와의 관계

본인이 피교부자에게 백지위임장을 통해 수권하고자 하는 내용을 전달하지 아니하는 경우에는 수권행위의 내용은 일종의 『動機』를 이루는데 불과하다고 할 수 있다. 따라서 그 동기가 표시되고 법률행위의 내용을 이루지 아니하는 한 취소를 허용하지 아니하는 판례를 따른다면 보충된 내용이 본인의 내심적 효과의사와 다르다고 하여 착오에 의한 취소를 할 수 없다. 그러면 피교부자가 백지위임장을 양도하면서 잘못 전달하거나 전달하지 아니하여 백지위임장의 전득자가 수권행위의 내용을 잘 알지 못한 경우에는 착오를 이유로 취소할 수 있는가. 그러나 백지위임장은 그 성질상 부당보충의 위험성이 상존하기 때문에 착오를 이유로 취소를 허용한다면 백지위임장 제도가 무용하게 되어버릴 것이다. 이런 이유로 착오를 이유로 하는 취소를 허용해서는 아니 될 것이다.

## (3) 要式的 代理行爲와 授權行爲의 방식

특정한 법률행위에 대하여 일정한 방식을 규정하고 要式에 의한 법률행위에 강한 효력을 부여하는 경우에, 강한 효력을 부여받기 위해서는 대리행위만이 아니고 수권행위도 법률행위에 대해 요구하는 방식을 따라야 하는가. 제555조에서는 증여자는 書面에 의하지 아니한 贈與契約을 언제든지 그 계약을 해제할 수 있도록 규정하고 있다. 이 경우에 수권의 목적이 증여계약체결을 위한 것이라고 하더라도 대리인이 대리행위에 해당하는 증여계약을 서면으로 하지 않는 한, 설사 본인의 수권행사와 그 내용이 서면으로 이루어지고 있다고 하더라도 수권행위는 제555조가 규정하는 『증여』 자체에는 해당하지 아니하므로 언제든지 증여계약을 해제할 수 있을 것이다. 그리하여 대리행위의 방식규정이, 수권행위에 유추적용되지 아니하는 경우에는 방식규정의 존재의의가 몰각되는 경우에는 수권행위도 대리행위에 대해 요구되는 방식이 요구된다는 설<sup>27)</sup>이 있다. 입법례(이탈리아민법 제1392조, 그리스민법 제217조)에 따라서는 수권행위는 대리행위의 방식에 의하도록 규정하기도 하지만, 우리민법에는 그와 같은 규정이 존재하지 않는다.

27) 이영준, 앞의 책, 473-474쪽. 다만 교수는 수권행위의 철회를 함으로써 그 결과는 사실상 제555조가 금하고 있는 서면에 의한 증여를 해제하는 것이 된다고 설명하는 것은 의문이다. 수권행위 철회의 효과에 대해 將來效만 인정하는 경우에는 증여계약이 서면에 의하지 않았다고 하더라도 별도의 해제절차 없이 소멸될 이유가 없기 때문이다. 더구나 서면에 의한 경우에는 증여계약을 해제할 수 없다.

생각건대, 수권행위의 성질을 계약으로 해석하는 한, 대리인이 동의하지 아니하는 경우에는 수권행위 자체가 서면에 의하지 아니하였음을 이유로 증여계약을 본인이 일반적으로 해제하는 것은 허용되지 아니한다.<sup>28)</sup> 그리고 대리행위의 상대방은 이 정도의 보호로 충분하다고 생각한다. 대리인의 상대방은 수권행위가 서면에 의해 이루어진 것인지 알 수 없는 경우가 많을 뿐 아니라, 증여계약 자체가 서면에 의해 이루어지지 아니하는 한 언제든지 증여계약이 해제가능하다는 것을 알고 있다고 보아야 하기 때문에 더 이상의 보호는 과보호라고 생각되기 때문이다.<sup>29)</sup>

### III. 內部的 授權行爲와 外部的 授權行爲

#### 1. 의의

앞서 설명하듯, 본인이 대리권을 대리인에게 직접 수여하는 것을 內部的 授權, 대리행위의 상대방에게 특정인을 대리인으로 한다는 의사표시를 하는 것을 外部的 授權이라고 한다. 내부적 수권이 이루어진 후 대리행위의 상대방에게 특정인이 대리인으로 선임되었음을 알리는 것은 외부적 수권이 아니라, 단순히 대리인 선임사실을 알리는 의사의 통지에 지나지 아니한다.<sup>30)</sup> 다만 대리행위의 상대방에게 특정인이 대리인이 선임되었다고 알렸으면서도 내부적으로 수권이 이루어지지 않는 경우에는 表見代理(민법 제125조)가 성립할 수 있다. 그러나 그러한 통지를 외부적 수권행위가 있었던 것으로 볼 필요는 없다.

원래 수권행위는 본인이 『대리인에게』 대리권을 수여하는 것을 내용으로 하는

28) **이은영**, 앞의 책, 607쪽; **송덕수**, 신민법강의, 박영사, 2008, 191쪽에서는 단독행위설을 취하면서 필자와 결론을 같이 한다.

29) 미국에서는 종래 수권행위는 封印(seal)이라는 要式이 필요했다. 그러나 지금은 구두에 의한 수권행위가 가능하게 되었다. 이러한 변천과정에서 칼리포니아州民法 §2309서는 수권행위의 無方式을 선언하면서도, 대리하는 법률행위가 서면에 의하도록 요구되는 경우에는 수권행위도 서면으로 이루어져야 할 것을 요구하고 있다. 그런데 統一商法典(UCC) §2-201(1)에서 \$55가 넘는 매매는 서면계약에 의하여야만 유효하다고 규정하기 때문에, 그러한 거래에 대하여는 수권행위도 서면으로 이루어져야 효력을 발생하는 것이 된다.

30) **백태승**, 앞의 책, 464쪽; **서광민**, 앞의 책, 422쪽

법률행위이기 때문에 내부적 수권행위가 원칙이다. 수권행위를 계약으로 보는 경우에는 당연하지만, 단독행위로 보는 경우에도 마찬가지로 보아야 한다.<sup>31)</sup>

## 2. 외부적 수권행위 개념의 필요성

왜 외부적 수권행위라는 개념을 설정하는가. 본인은 사정에 따라서는 먼저 법률행위의 상대방에 대해 특정인을 대리인으로 선임한다는 의사를 표시하고, 그 후에 그 특정인에게 대리권을 수여하거나(단독행위설의 입장), 수권계약을 체결할 수 있다(계약설의 입장). 이와 같이 내부적 수권이 이루어지지 않는 상태에서 외부적 수권이 먼저 이루어지는 것은 상대방에게 대리인을 상대로 성립시킬 법률행위에 대한 준비행위를 할 수 있도록 하거나, 아직 대리인으로 선임할 자와 수권계약이 체결되지 못하고 있다는 사정 때문이다.

그러나 학자에 따라서는 외부적 수권행위라는 개념을 부정하기도 한다.<sup>32)</sup> 이 입장에 의하면 상대방 기타 제3자를 통해 『특정인을 대리인으로 선임하겠으니 이런 뜻을 그에게 전해 달라』고 하는 것은 외부적 수권이 아니라 使者에 의한 의사표시에 불과하고, 이 경우에도 내부관계설정계약이 있는 때에만 수권행위가 유효하다고 본다.<sup>33)</sup>

생각건대, 외부적 수권행위라는 개념이 전혀 무용한 것이 아니다. 먼저 상대방에게 특정인을 대리인으로 선임한다는 의사표시를 한 후 아직 내부적 수권이 이루어지지 않은 상태를 반드시 무권대리 상태로 볼 수 없는 경우가 있다. 이런 경우에는 내부적 수권이 주어지지 아니하는 것이 확정된 경우에 비로소 대리인의 행위는 무권대리 상태가 된다고 보아야 한다. 다만 그 이론적 근거가 문제인데, 외부적 수권행위란 상당한 기간 내에 내부적 수권행위를 확정적으로 포기할 것을 해제조건으로 한 수권행위라고 해석할 수 있다고 본다. 따라서 외부적 수권이 이루어졌으나 상당한 기간이 지나지 아니하여 아직 내부적 수권이 이루어지지 아니한 상태에서 대리인이 대리행위를 하는 경우에는 아직 내부적 수권을 하지 않겠다는 것이 확정된 상태가 아니기 때문에 대리행위를 무권대리라고 보기는 어렵

31) 강태성, 민법총칙 (신판), 대명출판사, 2006, 616쪽

32) 이은영, 앞의 책, 603쪽

33) 서광민, 앞의 책, 422쪽

다. 내부적 수권행위가 이루어지지 아니한 상태에서 대리인이 대리행위를 하는 것은 대리인이 내부적 수권도 이루어지리라고 기대하고 대리행위에 나아가는 경우에 발생한다. 이러한 경우까지 무권대리로 보는 경우에는 그 후 본인이 내부적 수권을 하려고 한다 하더라도 아직은 유권대리가 아니라 무권대리 상태에 지나지 아니하기 때문에 본인이 내부적 수권을 하기에 앞서 대리인이 체결한 계약을 철회할 수 있고(제135조), 대리인에 대해 무권대리인으로서의 책임을 물을 수도 있게 되는(제135조) 부당한 결과를 초래한다. 따라서 본인이 자신의 외부적 수권행위로 인해 내부적 수권이 이루어지지 않은 상태에서 대리인이 대리행위를 하리라는 것을 알고 있거나 알 수 있었던 경우에는 상당한 기간 내에 내부적 수권 여부를 확정하여야 하고, 그 의사표시를 하지 않은 이상 묵시적으로 수권계약이 이루어졌다고 보아야 한다. 외부적 수권행위는 이 범위 내에서 의미를 가진다고 볼 수 있다.

대리권이 授權證書(위임장)에 의해 이루어지는 경우에는 증서가 대리인에게 교부된 때 내부적 수권이 이루어진 것으로 보아야 하지만, 외부적 수권은 이 증서가 대리행위의 상대방에게 제시되는 때에 이루어진 것으로 보아야 한다는 설<sup>34)</sup>이 있다. 이 입장에 의하면 수권증서가 상대방에게 제시되지 아니하는 한 외부적 수권이 이루어진 것으로 보지 않기 때문에, 상대방에 대한 관계에서는 아무런 의미가 없고 본인과 사이에서만 효력을 가지는 것으로 보게 된다. 그러나 이 설을 극단적으로 적용하는 경우에는 대리인이 수권증서를 제시하지 아니한 채 대리권이 주어졌다면 상대방과 법률행위를 하더라도 외부적 수권이 이루어지지 않은 상태에서의 법률행위로 보아야 하고 기껏해야 표현대리가 적용될 뿐인 바, 이는 수권행위가 수권증서가 아닌 구두에 의해 이루어지는 것을 사실상 봉쇄한다는 점에서 타당성이 의심된다<sup>35)</sup>. 그리고 ① 授權證書가 제시되지 아니한 상태에서 대리인이 대리권이 주어졌음을 표방하는 경우에도 외부적 수권이 주어진 것이라고 본다면 굳이 내부적 수권 외에 외부적 수권이라는 개념을 정립해야 할 것인지, ② 내부적 수권을 받은 대리인이 상대방에게 수권증서를 제시한 경우에 다시 외부적 수권이 이루어진 것으로 본다면 그에 대한 이론구성은 (a) 상대방에게 수권

34) 이영준, 앞의 책, 465쪽

35) 만일 구두에 의한 수권행위가 허용된다면 수권행위가 수권증서에 의해 이루어지 것과 평행하게 대리인이 상대방에게 대리인이라는 점을 밝혀야 비로소 외부적 수권행위가 이루어졌다고 보아야 할 것이다.

증서를 제시하는 것을 조건으로 내부적 수권이 이루어질 때 외부적 동시에 이루어졌다고 보거나, (b) 내부적 수권을 받은 대리인에게 외부적 수권의 의사표시를 할 수 있는 대리권이 수여되었다는 전제로 하는 것인데, 이러한 가정은 일종의 『擬制』이다. 이와 같은 『의제』라는 법적 기교를 필요로 할 만큼 외부적 수권의 독자성이 요구되는지의 점들도 의문이다.

더욱 수권행위의 성질을 계약으로 보는 입장에서는 원칙적으로 수권계약이 전제되지 아니하는 외부적 수권행위란 존재할 수 없으며, 제125조의 표현대리의 성립을 논하는 경우에 의미가 있을 뿐이다.

#### IV. 授權行爲의 性質

##### 1. 問題의 所在

기초적 내부관계가 존재한다고 하여 반드시 대리권이 존재하지는 않는다. 법률에 따라서는 기초적 내부관계와 대리권을 명백히 분리하고 기초적 내부관계에도 불구하고 대리권을 부여하지 않는 경우가 있다. 委託賣買(상법 제101조)·중개업(동법 제93조) 등이 그 예이다. 그러나 이러한 경우에 해당하지 않는 한, 대리권은 본인과 대리인 사이에 위임(제680조)·조합(제703조와 제709조의 업무집행조합원을 선정한 경우)·도급(제664조)·고용(제655조) 등의 법률관계가 존재하고, 대리인이 그러한 법률관계로부터 본인에 대해 부담하는 의무를 이행하기 위하여, 제3자와 본인의 이름으로 법률행위를 할 필요가 있는 경우에, 그러한 대외적인 법률행위를 할 수 있도록 하는 수단으로 주어지는 경우가 많다. 이와 같이 대리인과 본인 간의 내부적인 권리의무관계를 基礎的 內部關係라고 하고, 이러한 법률관계를 발생하게 하는 계약이 內部關係設定契約이라고 부르는데, 그러면 수권행위는 본인과 대리인 사이에 존재하는 기초적 내부관계와 어떠한 관계에 있는 것일까. 수권행위는 기초적 법률관계로부터 대리인이 본인에게 부담하는 의무를 이행하기 위한 수단으로 이용되는 경우가 많지만 내부관계설정계약과는 별개의 독자적인 개념인가, 수권행위에 인한 대리권의 행사는 내부관계설정계약에서 정한

여러 의무 가운데 한 의무를 이행하는 것에 지나지 않는 것일까. 이 점에 관한 논쟁이 授權行爲의 獨自性(Selbständigkeit der Vollmachtung) 문제라고 한다. 수권행위의 독자성이 인정되는 경우에는 다시 수권행위의 성질을 단독행위로 볼 것인가, 계약으로 볼 것인가 하는 점이 문제된다.

내부관계설정계약이 발생할 것으로 기대하고 미리 수권행위를 한 경우에는, 대리의 허용여부·허용방법에 관하여 본인과 대리인 간에 합의가 있으면 이에 의하고, 이러한 합의가 없으면 수권행위에 의하여 발생하는 被授權者의 지위는 대리인이 아니라 豫備的 委任(Eventualauftrag)라는 설<sup>36)</sup>이 있다. 그러나 내부관계설정계약이 발생하지 아니한 상태에서 예비적 위임이라는 지위를 인정한다고 하여 기대되는 실익은 존재하지 않는다. 대리인과 본인 사이에 내부관계설정계약이 체결되지 아니한 상태에서는 대리인은 본인에 대해 기초적 법률관계에 의해 부담할 의무가 전혀 없기 때문이다. 본인이 수권을 하면서 대리인에게 내부관계설정계약이 체결된 후에 대리권을 행사하도록 한 경우에는 대리권의 범위에 대한 제한을 가한 것이 되고 따라서 예비적 위임상태에서 대리권을 행사하는 경우에는 條件未成就를 이유로 한 무권대리(제130조)에 해당하거나 권한을 넘는 표현대리(제126조)가 문제될 뿐이다. 다만 내부설정계약의 체결을 예약한 경우에는 예비적 위임이라는 지위를 인정할 수 있을 것이다.

## 2. 授權行爲의 獨自性 문제

### (1) 學說

#### 1) 肯定說

긍정설의 논거는 다음과 같다. : 委託賣買(상법 제101조)·중개업(동법 제93조) 등에서는 기초적 법률관계가 존재함에도 불구하고 대리권을 인정하지 아니하는 것은 내부관계설정계약과 대리권수여는 별개의 법률행위라는 것을 의미한다.<sup>37)</sup>

36) 이영준, 앞의 책, 464쪽

37) 그러나 위탁매매업이나 중개업의 경우에 대리권의 수여가 절대적으로 금지된다는 취지는 아니라고 본다. 舊상법 제552조 제2항에서는 위탁자와 위탁매매인 사이에는 대리에 관한 규정을 준용하고 있는데, 이는 외부관계에서도 대리권이 수반될 수 있다는 것을 의미한다. 그리고 상법 제103조가 계수한 독일상법 제392조 제2항과 관련하여 『顯名主義의 修正』으로 이해하는 학자가 존재하는 것(임흥근, 상행위법, 법문사, 1989, 714쪽)은 위탁매매업이라고 하더라도 이를 代理문제에서 절연하는 것이 어렵다는 것을 뜻하는 것이다.

민법 제128조에서 前文에서는 『법률행위에 의해 수여된 대리권은 … 그 원인된 법률관계의 종료에 의해 소멸된다』고 규정하고, 後文에서는 『법률관계의 종료전에 수권행위를 철회한 경우에도 같다』고 규정하는 것도 수권행위가 기초적 내부관계로부터 독립하고 있다는 것을 간접적으로 규정한 것이다.<sup>38)</sup>

## 2) 否定說

부정설에서는 대리권은 내부관계설정계약에서 직접 발생한다고 본다. 이와 같이 대리권은 내부관계설정계약과 일체를 이루며 내부관계설정계약이 체결되면 당연히 대리권도 발생한다는 점에서 내부관계설정계약은 대리권수여를 동반하는 融合契約이라고 본다.<sup>39)</sup>

## (2) 判例

판례<sup>40)</sup>는 『위탁과 대리권수여는 별개의 독립된 행위로서 위탁은 위탁자와 수탁자간의 내부적인 채권채무관계를 발하고 대리권은 대리인의 행위가 본인에게 미치는 대외적 자격을 말하는 것이므로 위탁계약에 대리권수여가 수반되는 일은 있으나 위탁계약만으로는 그 효력이 위임자와 수임자 이외에는 미치는 것이 아니므로 대리관계와는 아무 관계가 없다』고 판시하고 있다.

## (3) 私見

授權行爲의 獨自性 문제라고 하더라도 엄격하게 본다면 두 가지 의미가 포함되어 있다. 授權行爲라는 개념 자체를 인정할 것인가 하는 문제와, 수권행위라는 개념을 인정한다고 하더라도 내부관계설정계약으로부터 독립한 지위를 인정할 것인가 라는 문제이다. 수권행위에 독자성을 인정하지 않는 입장이라고 하더라도 당사자 사이에 내부관계설정계약은 체결하지 아니하고 수권행위만 하거나, 내부관계설정계약에 의해 설정된 내부관계는 소멸·변경시키지 않고 수권행위만 철회하는 것이 논리적으로 불가능하다고 보지는 않는다. 다만 법에서 의도적으로

38) **곽윤직**, 앞의 책, 256쪽; **김중환·김학동**, 민법총칙 (제9판), 박영사, 1995, 391-392쪽; **이영준**, 앞의 책, 460쪽; **김상용**, 앞의 책, 560쪽; **이은영**, 앞의 책, 599쪽; **백태승**, 앞의 책, 465쪽; **고상룡**, 민법총칙 (제3판), 법문사, 2003, 482-485쪽; **강대성**, 앞의 책, 614쪽; **윤형렬**, 앞의 책, 586쪽; **명순구**, 민법총칙, 법문사, 2005, 437쪽; **송덕수**, 앞의 책, 190쪽

39) **김용한**, 앞의 책, 335-336쪽

40) 대법원 1962. 5. 24. 선고 4294민상251·252 판결

양자를 분리하지 않는 한, 내부관계설정계약과 분리하여 존재한다는 것은 현실적으로 상상하기는 어렵다는데 있을 뿐이다.<sup>41)</sup> 긍정설이 주장하는 바와 같이 법률에 따라서는 기초적 내부관계와 대리권을 명백히 분리하고 기초적 내부관계에도 불구하고 대리권을 부여하지 않는 경우가 있다. 위탁매매(상법 제101조)·중개업(동법 제93조) 등이 그 예이다.

그러나 수권행위의 독자성 문제를 논하는 것은 뒤에서 논할 수권행위의 성질을 단독행위로 볼 것이냐, 계약으로 볼 것이냐의 문제, 그리고 내부관계설정계약에 존재하는 瑕疵가 수권행위에 영향을 미칠 것이냐의 문제와 연계되는 것을 제외하면 큰 의미는 없다.

기초적 내부관계와는 별도로 독립한 수권행위가 있어야 대리권이 발생한다면, 기초적 내부관계에 수반하는 사무를 처리해야 하는 자가 외부적으로 제3자와 법률행위를 성립시켜야 하는 사무처리 문제와 부딪치더라도 단순히 사실행위만 할 수 있을 뿐 상대방과 어떠한 내용의 합의도 할 수 없고 상대방과의 법률행위를 위해서는 항상 본인이 출석하여야 하는 것이 되기 때문에, 이런 정도의 사무처리를 위하여 내부관계설정계약을 체결하여야 할 이유가 없을 것이다. 여기서 주의할 것은 본인에 대립하는 使用人<sup>42)</sup>이 수인인 경우에 모두가 대리권을 가져야 한다는 것을 의미하는 것은 아니다. 업무의 내용이 외부관계와 관련되는 경우에도 계층적 구조로 인하여 일부 사용인에게만 대리권이 주어질 수 있다. 이를 전제로 할 때 기초적 법률관계가 존재함에도 불구하고 대리권을 행사하는 사용인이 변경된 경우에는 그 사용인에 대해서만 수권행위를 철회할 수 있으며, 외부관계의 사무가 존재하지 않게 되는 경우에도 그 사용인에 대해서만 수권행위를 철회할 수 있을 것이다. 제128조 후문은 이러한 경우를 염두에 둔 것이다. 이와 달리 기초적 법률관계의 외부관계를 처리하여야 할 필요성이 존재하는데도 불구하고 모든 사용인으로부터 수권행위만 철회하는 것은 현실적으로 존재하지 않을 것이다. 이런 점에서 외부관계의 사무를 처리하는 자가 상대방과 법률행위를 체결함에 있어서 본인이 출석하지 않았다면 대리권이 수여된 것이라

41) 김용한, 앞의 책, 335쪽에서는 이 점을 『...이상과 같이 생각하면 본질적으로 내부관계설정계약과 '별개·독립된' 「수권행위」라는 것을 관념하는 것 자체가 문제된다.』고 설명하면서, 다시 『외부관계를 위해 대리권이라는 개념을 사용하는 것은 유용하다』고 말한다.

42) 도급과 관련한 사용자나 사용자책임에서의 사용자로서의 개념이 아니라, 상업사용인에 대응하는 개념으로 사용한다.

고 『推定』하여야 할 것이다. 그리고 수권행위의 독자성을 인정한다고 하더라도 그 범위는 상대방이 대리인과 법률행위를 함에 있어서 대리권 유무의 조사의무를 지지 않게 한다는 범위에서만 인정되는 한계를 가진다는 주장<sup>43)</sup>은 일면 타당하다고 보아야 한다.

### 3. 授權行爲의 單獨行爲性 문제

수권행위를 내부관계설정계약과는 별개의 법률행위로 보는 경우에는 수권행위가 단독행위인가 계약인가 하는 점이 문제된다.

#### (1) 學說

##### 1) 無名契約說

이 설은 수권행위가 대내적 법률관계와 합체하느냐 하는 것은 입법정책의 문제라고 본다. 수권행위는 위임행위와는 전혀 별개의 것이지만 그렇다고 수권행위가 다른 의사표시와의 합체를 할 수 없다는 것은 아니며 경우에 따라서는 하나의 계약으로서 내부관계와 대리관계를 발생시킬 수도 있다. 그런데 단독행위는 일방적 의사표시에 의해 법률효과가 발생하므로 법률에 그 허용규정이 있는 경우에만 인정된다고 보아야 한다. 그러나 민법에서는 수권행위가 단독행위임을 밝히는 규정이 없다. 따라서 수권은 본인과 대리인 사이의 계약에 의해서만 이루어질 수 있다. 다만 그 계약은 민법이 규정하는 전형계약에는 해당하지 아니하므로 무명계약으로 보아야 한다고 주장한다.<sup>44)</sup>

##### 2) 單獨行爲說

이 설의 근거는 다양하게 주장되고 있다. : ① 계약설을 취하게 되면 대리인에게 무능력·의사의 흠결·의사의 하자 등의 사유가 있는 경우에 수권행위는 효력을 잃게 되고 대리인의 대리행위는 무권대리가 된다. 그러나 수권행위를 단독행위로 보는 경우에는 대리인에게 그러한 사유가 존재하더라도 대리행위는 아무런 영향

43) 박종두, 민법총칙, 삼영사, 2005, 521쪽

44) 김기선, 한국민법총칙 제3전정판, 법문사, 1991, 286-287쪽

\* 과거 김학동, 「수권행위의 법률적 성질」, 소봉 김용한교수 화갑기념논문집, 박영사, 1990, 119-132쪽에서 유사한 입장을 취한 바 있으나, 앞의 민법총칙 (제9판), 392쪽 주 6)에서 단독행위설로 입장을 바꾸었다.

을 받지 아니하기 때문에 거래의 안전을 보호할 수 있다. ② 대리권의 수여는 대리인에게 일종의 대외적인 지위 내지 자격을 줄 뿐이고 어떤 의무를 부담시키는 것은 아니기 때문에 대리인의 승낙을 요건으로 할 필요가 없다. ③ 수권행위의 방법으로 白紙委任狀을 교부하는 경우에 단독행위설에 의하여야 거래실정에 부합하는 해석이 가능하다. ④ 민법에서는 직접 수권행위가 단독행위임을 밝히지는 않고 있으나, 수권행위에 대하여 대리권의 부여(제120조), 대리권의 수여(제128조)라는 표현을 사용하고 있고, 특히 제128조 후문에서는 수권행위의 철회를 인정하고 있으며, 대리인은 행위능력자임을 요하지 아니한다(제117조)고 규정하는 것 등은 수권행위가 단독행위임을 전제로 하는 것이다.<sup>45)</sup>

위 근거 중 ②의 점은 단독행위는 통상적으로 일방적 의사표시에 의해 법률관계의 발생·변경·소멸을 가져오는 경우가 많기 때문에 법에서 특히 규정하는 경우가 아니라면 인정되지 아니한다는 계약설에서의 비판에 대응하는 것으로, 수권행위에 의해 대리인은 대외적으로 대리할 수 있는 지위 내지 권한을 주는, 즉 대리인의 대리행위에 대한 正當性 부여행위에 지나지 않기 때문에, 수권행위를 단독행위로 보는 명문의 규정이 없다는 것이 수권행위를 단독행위라고 보는 것을 방해하는 것은 아니라고 설명한다. 그리고 ③의 점은 수권행위의 방법으로 白紙委任狀을 교부하는 경우가 많은데, 백지위임장에 의한 수권은 대리인이 될 자가 특정되어 있지 아니하기 때문에 백지위임장이 輾轉流通된 후 최후의 자가 대리인으로 자기 이름을 기재해 넣음으로써 대리인이 특정되는바, 계약설에 의하는 한 본인이 전혀 알지 못하는 자와 수권계약을 체결하는 것으로 의제할 수밖에 없고, 이는 거래의 실정에 부합하지 않을 뿐 아니라 법률관계를 지나치게 복잡하게 한다고 설명한다.

## (2) 私見

먼저 명백히 할 점은 수권행위의 단독행위성에 대한 논의는 수권행위가 대리인의 의사와 무관하게 수여될 수 있는냐에 대한 것이지 수권행위가 계약에 의해

45) **곽윤직**, 앞의 책, 260쪽; **김중환·김학동**, 앞의 책, 393쪽; **김상용**, 앞의 책, 557쪽; **김주수**, 앞의 책, 409쪽; **이영준**, 앞의 책, 461-463쪽; **이은영**, 앞의 책, 601쪽; **백태승**, 앞의 책, 465쪽; **고상룡**, 앞의 책, 482쪽; **강태성**, 618-619쪽; **윤형렬**, 앞의 책, 583-585쪽; **김준호**, 민법총칙 (전정판), 법문사, 2007, 310쪽; **이준성**, 민법총칙, 삼영사, 2007, 484쪽; **서광민**, 앞의 책, 416-417쪽; **이태재**, 앞의 책, 284쪽; **송덕수**, 앞의 책, 190쪽

수여되는 경우가 존재하지 않는다는 것을 의미하지는 않는다는 점이다. 그리고 필자는 단독행위설이 들고 있는 근거는 모두 적절하지 않다고 생각한다.

1) 수권행위는 대리인에게 전혀 불이익을 주지 않는가

가) 대리권의 성실행사의무      법률에 단독행위에 관한 근거규정이 없다고 하더라도 상대방에게 아무런 불이익을 주지 않으면 단독행위가 허용된다는 점(위 ②의 점)은 원론적으로는 타당하다. 그러나 수권행위가 대리인에게 전혀 불이익을 주는 것은 아니라는 데는 동의할 수 없다.

수권행위가 내부관계설정계약과 함께 이루어지는 것이 일반적인 이상 대리인은 내부관계설정계약을 성실히 이행하여야 할 의무를 부담하고 있고, 대리권의 수여도 이러한 의무를 이행하는 방법으로 주어지는 이상 당연히 대리권을 성실하게 행사하여야 할 의무를 부담하며, 이러한 의무는 일종의 불이익이라고 할 수 있다. 만일 대리권의 성실행사의무를 수권행위에 따르는 불이익이라고 보지 않는다면, 代理權 誠實行使義務의 근거를 수권행위 이외의 곳에서 찾을 수밖에 없는데, 내부관계설정계약 이외에 어떤 것도 예상되지 않는다. 그렇다면 대리권 성실행사의무를 굳이 수권행위에서 분리하여 내부관계설정계약에서 찾아야 할 이유가 어디 있는가.

그런데다 대리권의 수여에 어떠한 기초적 법률관계의 존재를 예상하지 않는 경우에 대리권을 행사하기 위한 준비과정에서 인적·물적 손해를 본 경우에 대리인은 고스란히 손해를 안아야 한다는 것이 된다. *D'Arcy v. Lyle* 사건판결<sup>46)</sup>에서 제기된 문제이다. 경우에 따라서는 대리권을 행사함에 있어서 본인에게 손해가 발생한 경우에는 불법행위자로서 손해배상을 하여야 한다. 단독행위설은 수권행위가 단독행위라는 결론을 끌어들이기 위해 대리인에게 생길 수 있는 불이익에 대해 일부러 눈을 감아버린 설이라고 할 수 있다. 이러한 문제를 해결할 수 있는 길은 수권행위의 본질이 본래 단독행위이어야 할 당위성이 존재하지 않는다고 보는 것이다.

나) 대리인이 무능력자인 경우      이렇게 보는 경우에 무능력자가 본인과 수권계약을 체결하기 위해서는 법정대리인의 동의를 얻어야 하는 것이 아닌가 하는 문제가 제기된다. 그러나 그러할 필요는 없다. 제117조는 『대리인은 행위능력자

46) (1813) 5 Binn. 441

임을 요하지 아니한다』고 규정하고 있다. 따라서 행위무능력자도 타인의 대리인으로서 유효한 대리행위를 할 수 있다. 제117조에 대한 입법취지에 대해서는 ① 대리인은 법률행위에 의하여 권리를 취득하거나 의무를 부담하는 것이 아니므로 무능력자를 대리인으로 하더라도 무능력자를 보호하려는 無能力者保護制度의 본질에 반하지 않을 뿐 아니라, ② 본인이 원하여 무능력자를 대리인으로 선임한 것이므로 무능력자의 대리행위가 불이익하더라도 그 불이익한 결과를 본인에게 부담시키는 것은 부당하지 않다고 설명하는 것이 일반적이다.<sup>47)</sup>

필자로서는 가능한 근거를 ②에서만 구하여야 한다고 본다. ①의 논거는 행위무능력자가 授權을 받는 것은 오로지 권리만을 얻는 행위(제5조 제1항 단서)에 해당한다는 것을 전제한다. 그러나 무능력자는 행위능력자에 비해 판단능력이 떨어지기 때문에 대리행위를 하면서 본인에게 손해를 입힐 가능성이 많다. 이 경우에 무능력자에게 행위능력자와 마찬가지로 일반적인 불법행위의 기준에 의해 배상책임을 지도록 한 것은 가혹하다. 이와 같이 무능력자는 불법행위책임을 통해 간접적으로 의무를 부담하기 때문에 수권행위를 단순히 권리만을 얻는 행위(제5조 제1항 단서)로 볼 것은 아니며 무능력자의 행위가 본인에게 손해를 끼치는 경우에 그 행위가 불법행위를 성립에 필요한 주의의무의 기준이나, 과실의 정도에 타당성을 이끌어내는 근거로 기능한다고 보아야 한다. 즉, 대리행위를 하는 무능력자의 주의의무의 기준은 행위자와 동일한 처지에 있는 행위무능력자가 부담하는 주의의무와 같은 정도의 것이거나 중과실에 국한시켜야 할 것이다. 그렇지 않는 한, 행위무능력자는 대리행위에 대해 불법행위책임을 굴레에서 벗어나지 못하게 될 것이다.<sup>48)</sup> 이에 대하여는 대리권은 대리인에게 대리행위를 할 수 있는 단순한 자격이나 지위만을 준 것이기 때문에 대리인이 현실적으로 대리행위를 하는가 여부는 독자적인 판단에 의하여 결정하여야 하는 것이고 그런데도 대리행위를 한 것이라면 그의 귀책사유로 인해 본인 등이 피해를 보았다면 일반불법행위의 기본 법리에 따라 손해배상을 하여야 하는 것은 당연하다는 반론이 있을 수 있겠지만, 무능력자는 일반적으로 통상인에 비해 판단능력이 뒤떨어지는 것을 전제하는 것

47) 김중환·김학동, 앞의 책, 421쪽; 김상용, 앞의 책, 592쪽; 이영준, 앞의 책, 519쪽; 이은영, 앞의 책, 593-594쪽; 고상룡, 앞의 책, 519쪽; 김주수, 앞의 책, 430쪽; 강태성, 앞의 책, 680쪽; 윤형렬, 앞의 책, 623쪽; 명순구, 민법총칙, 법문사, 2005, 455쪽; 이준성, 앞의 책, 511-512쪽; 서광민, 앞의 책, 442쪽; 김준호, 앞의 책, 325쪽

48) 박찬주, 권리변동론, 조선대학교출판부, 2008, 525쪽

이므로 대리행위를 할 것인가 여부를 판단하는 것 자체도 통상인에 비해 뒤떨어진다는 것을 염두에 둔다면 오히려 무능력자에게 불법행위책임을 부담시키는 것을 제한하여야 한다고 본다.

제117조는 본인이 대리인을 행위무능력자임을 알면서 선임하는 경우에 국한하지 않는다. 이는 본인이 무능력자임을 모르고 선임했다는 이유로 착오를 주장할 수 없다는 것을 말한다. 본인은 대리인과 수권계약을 체결하면서 대리인의 정신능력을 판단할 수 있기 때문이다.<sup>49)</sup>

그러나 필자는 근본적으로 수권행위의 성질을 수권계약으로 보더라도 미성년자 단독으로 체결할 수 있다고 본다. 바로 그 근거가 제117조이다.<sup>50)</sup> 통설이 내부관계설정계약을 제117조에서 제외하려는 취지는 행위무능력자에게 내부관계설정계약을 단독으로 체결할 수 있다고 보는 경우에는 행위무능력자 단독으로 내부관계설정계약을 체결함으로써 의무를 부담하는데도 불구하고 법정대리인이 이를 통제할 수 없다는데 있을 것이다. 다만 수권행위와 내부관계설정계약의 관계는 두 가지가 있음을 주의해야 한다. 내부관계설정계약과 수권행위가 결합되어 있다고 하더라도 (a) 주된 것은 내부관계설정계약이고 수권행위는 내부관계설정계약의 처리를 위하여 종속하는 경우(내부관계설정계약이 도급·고용 등의 경우는 대부분 이에 속한다고 할 수 있다)와, (b) 주된 것은 수권행위이고, 내부관계설정계약은 수권행위로부터 발생하는 권리·의무관계를 처리하기 위해 사실상 위임계

49) 박찬주, 앞의 책, 599쪽

50) 명순구, 앞의 책, 436쪽에서는 『만약 수권행위를 계약으로 본다면 제117조 규정은 무의미한 것으로 전락하게 된다』고 설명한다. 그 근거에 대해서는 설명하고 있지 않으나, 수권계약의 체결을 위해 법정대리인의 도움을 받아야 한다면 대리인에게 능력자임을 요하지 않도록 하는 취지가 거의 존재하지 않는다고 보는데 있다 할 수 있다. 그러나 필자로서는 오히려 미성년자 단독으로 수권계약을 체결할 수 있도록 하기 위해 제117조가 입법화되었다고 본다. 수권행위를 내부관계설정계약과 명백하게 분리하지 않고 있었고, 따라서 불관서민법의 영향을 받은 것으로 평가되고 있었던 舊민법하(舊민법 제104조에서는 “위임에 의한 대리인”이라는 표현을 사용한다)에서도 현행 제117조에 상응하는 규정이 존재하고 있었음을 염두에 두어야 한다. 만일 수권계약의 체결을 법정대리인에 의해 하는 것을 원칙으로 하였다면 제117조 규정을 둘 필요가 전혀 없었을 것이다.

\* 한편 무명계약설을 취하는 김기선, 앞의 책, 295-296쪽에서는 『수권행위는 수권계약이기는 하나, 단순히 권리만을 얻는 것이기 때문에 법정대리인의 동의를 얻지 아니하고 미성년자·한정치산자가 단독으로 체결할 수 있고, 법정대리인은 이를 취소할 수 없다(제5조, 제10조). 다만 금치산자의 행위는 언제나 취소할 수 있으므로(제13조) 금치산자는 수권계약을 체결하더라도 법정대리인은 언제나 취소가능하다. 그리고 취소로 인한 상대방의 불이익은 표현대리에 의해 보호될 뿐이라고 본다.』고 함으로서, 무명계약설이라고 하더라도 내부관계설정계약까지 행위무능력자가 단독으로 체결할 수 있다고 보지는 않고 있다. 결국 내부관계설정계약과 아울러 수권계약이 체결되는 경우에는 법정대리인을 통해 체결한다는 점에서, 단독행위설과 다르지 않다. 그러나 이 또한 제117조의 입법취지를 그르친 해석이라고 할 수 있다.

약이 존재하는 것으로 의제되는 경우(내부관계설정계약이 위임인 경우는 위임계약에 대한 법률행위해석을 거쳐 主·從이 결정될 것이다)가 있는데, (b)의 경우에는 내부관계설정계약이 무능력자에 의해 체결되었다는 이유로 취소할 수 없다고 보아야 한다.<sup>51)</sup>

## 2) 기초적 내부관계의 종료와 대리권의 종료

대리인이 무능력자이거나 수권계약에 의사의 흠결이 있거나 사기·강박으로 인한 하자가 존재함으로써 해서 수권행위가 소급하여 무효로 된다면 대리인의 행위는 무권대리행위에 지나지 않고 그로 인해 대리인과 법률행위를 한 상대방은 불측의 손해를 입게 된다는 주장(위 ①의 점)은 그러한 사정들은 내부관계설정계약 자체를 무효로 하는 사정에 해당한다는 점을 간과하고 있다. 단독행위설로 일관하기 위해서는 설사 대리인에게 그와 같은 사정이 존재하여 내부관계설정계약이 무효가 되더라도 대리권은 존속하여야 한다고 보아야 한다. 그러나 제128조 제1항 제1문에서는 『법률행위에 의해 수여된 대리권은 … 그 원인된 법률관계의 종료에 의해 소멸된다』고 규정하고 있기 때문에, 원인된 법률관계의 종료로 대리권도 소멸하고 있다.

이러한 모순을 극복하기 위해서는 두 가지 방법이 있을 수 있다. (a) 뒤에서 볼 『授權行爲 2分說』의 주장과 같이 제128조 전문은 내부적 수권행위의 유인성을 선언한 것이고 외부적 수권행위에 대해서는 적용할 수 없으며, 다만 내부관계설정계약에 비추어 내부적 수권이 이루어지지 않고 있고 이러한 사실을 상대방이 알았거나 알 수 있었던 경우에는 외부적 수권의 正當性이 부정되므로 제129조에 의해 외부적 수권이 소멸되었다고 보거나, (b) 대리인이 무능력자이거나 수권계약을 체결함에 있어서 의사의 흠결이 있거나 사기·강박으로 인한 하자가 존재하더라도 수권행위가 직접 효력을 소멸하는 것은 아니지만 내부관계설정계약이 무효가 됨으로써 『간접적으로』 소멸한다는 논리를 취하는 길이다.

그러나 (a)의 점은 외부적 수권행위에는 제128조가 직접 관련되고 있지 않는데 상대방이 알았거나 알 수 있었던 경우라고 하여 갑자기 외부적 수권이 소멸되었다고 보아야 할 근거가 무엇인가 하는 점이 불명확하다. 외부적 수권행위는 그대로 유효하다고 본다면 차라리 代理權濫用의 문제로 다루어야 하는 것이 보다 타

51) 박찬주, 앞의 책, 598쪽

당할 것이다. 그런데다가 수권행위를 본인의 『대리인』에 대한 대리권의 부여라고 정의하면서, 상대방에 대해 수권증서를 제시하여야 외부적 수권행위가 이루어지는 것으로 보는 것은 논리적으로 모순이다.<sup>52)</sup>

다음으로 (b)의 점은 이렇게라도 해석하지 않는 한, 내부관계설정계약의 소멸에도 불구하고 본인이 수권행위를 철회하지 않는 한 대리인의 지위를 소멸시킬 방법이 없다는 사정에 기인한다. 이러한 해석은 대리권을 소멸시키기 위한 지극히 기교적 해석에 불과하다.

### 3) 法律解釋의 正道

단독행위설에서 실정법적 근거로 주장하는 규정 중 하나인 『대리인은 능력자임을 요하지 않는다』는 규정(제117조)은 오히려 민법이 계약설을 취하기 위한 입법적 조치임을 염두에 둔 것으로 해석할 수도 있다. 수권행위의 본질이 단독행위라면 대리인이 능력자임을 요하지 아니하는 것은 당연하고, 굳이 이에 관한 규정을 둘 필요가 없다. 특히 대리권을 일정한 자격 또는 지위라고 하지만 무능력자에게 아무런 불이익을 주지 않는 한 권리만을 얻는 행위에 대하여는 법정대리인의 동의를 받지 않아도 되는 제5조 단서 규정을 유추적용하면 충분하기 때문이다.

그렇다면 제5조 규정에 불구하고 동일한 내용이라고 할 수 있는 제117조가 입법화된 경우에 법률해석의 정도는 무엇인가. 무용한 중복규정이라고 보아야 할 것인가, 아니면 다른 입법취지를 발견해 내도록 하여야 하는가. 필자는 후자가 법률행위의 정도라고 본다. 앞서 지적하듯 수권행위를 기초적 법률관계와 분리하는 경우에 대리인에게 불이익이 발생하는 사정에 대해 살펴보았는데, 이러한 불이익이 존재하기 때문에, 대리권은 단순한 자격 내지 지위만을 부여할 뿐이라는 이유로 수권행위를 단독행위라고 보기보다는, 계약으로 보아야 한다고 본다.

남는 문제는 다만 이와 같이 미성년자가 단독으로 본인과 수권계약을 체결하는 것이 가능하다고 보는 경우에, 대리인이 상대방과 계약을 체결하는 과정에서 판단력이 부족한 때문에 본인에게 손해를 입힌 경우에, 본인에게 손해를 배상하여야 하느냐의 점이 문제된다. 먼저 제117조 규정에 의해 무능력자인 대리인이 상대방과 법률행위를 한 후 본인이 무능력자에 의한 행위임을 이유로 무효나 취

52) 강태성, 앞의 책, 616쪽에서 『(수권행위 2분설에 의하는 한) 이러한 수권행위의 개념에는 외부적 수권행위는 포함되지 않는다. 왜냐하면, 외부적 수권행위는 대리인이 아니라 대리인의 상대방에게 표시하는 것이기 때문이다.』고 설명하는 것은 정당한 비판이라고 할 수 있다.

소를 주장할 수 없다는 점을 주의해야 한다.

단독행위설에 의하는 한, 수권행위는 대리인에게 불이익을 주지 아니하기 때문에 대리행위를 할 것인가 아닌가는 대리인의 자유의사에 의해 결정할 것이지만, 불법행위의 효과는 본인에게 귀속하지 않으므로<sup>53)</sup> 대리행위를 하는 과정에서 대리인에게 귀책사유가 있으면 본인에게 손해배상책임을 져야 하고, 상대방에 대해서도 대리인이 책임을 져야 한다는 결론을 내릴 것이다. 그러나 본인이 무능력자를 대리인으로 선임하였다면 그로 인한 불이익을 본인이 부담하는 것은 당연하므로(앞서 본 논거 ②이기도 하다), 적어도 대리인에게 고의·중과실이 존재하지 않는다면 본인은 대리인에게 손해배상책임을 물을 수는 없다고 본다. 무능력자를 대리인으로 선임하는 수권계약에는 무능력자의 단순과실에 의하여 발생하는 손해에 대해서는 대리인에게 책임을 묻지 아니하고 본인이 부담하기로 하는 의사표시가 포함되고 계약의 내용이 되었다고 보아야 한다. 그리고 상대방과의 관계에 있어서도 일정한 범위 내에서는 본인에게 그 효과를 돌리는 것이 가능하다는 이론구성<sup>54)</sup>을 시도할 수 있다고 본다. 이런 구성은 수권행위의 본질을 수권계약으로 보고 수권계약의 체결에 능력을 요하지 아니하는 원칙상 무능력자 단독으로 가능하다는 이론구성을 하지 않는 한 불가능하다고 할 수 있다.

민법에서는 단독행위설의 주장과 같이 수권행위와 관련하여 대리권의 부여(제120조)·대리권의 수여(제128조)·수권행위의 철회(제128조 후문)라는 용어를 사용하고 있지만, 그것만으로 수권행위가 단독행위라는 건거로 삼기에는 불충분하다고 할 수 있다.

53) 우리나라 통설이다. **곽윤직**, 앞의 책, 265쪽; **김중환·김학동**, 앞의 책, 386쪽; **김상용**, 앞의 책, 533쪽; **이영준**, 앞의 책, 427쪽; **이은영**, 앞의 책, 567쪽; **고상룡**, 앞의 책, 475쪽; **백태승**, 앞의 책, 458쪽; **김주수**, 앞의 책, 401쪽; **강태성**, 앞의 책, 602쪽; **윤형렬**, 앞의 책, 568쪽; **이준성**, 앞의 책, 482쪽; **김준호**, 앞의 책, 304쪽

54) 영미법에서는 불법행위에 대해서도 그 효과를 본인에게 귀속시킬 수 있다는 이론구성이 피해지기도 한다. *Farwell v. Boston W. R. Corp.*, (1842) 45 Mass (4 Metc.) 49

\* 대리의 효과로서 본인에게 직접효력이 발생하는 법률효과로서 학자들(**곽윤직**, 앞의 책, 272쪽; **백태승**, 앞의 책, 490쪽)은 ①의사표시의 법률효과와, ② 그 의사표시에 따른 불법행위적 효과, 즉 의사표시제도의 목적을 달성하기 위해 법률이 정하고 있는 여러 가지 효과로 나누고 있다. 이를 기초로 필자는 **박찬주**, 앞의 책, 614쪽에서 법률행위적 측면에 대해서는 대리를 인정하지 아니하는 것이 바람직한 것인가에 대해서 의문을 제기하고, 『대리인이 고의적으로 불법행위를 목적으로 행위를 한 경우에는 전통적인 법률행위이론에서는 허용되지 못하는 것은 어쩔 수 없다고 하더라도, 법률행위의 수행과정에서 불법행위가 파생되는 경우에는 앞서 설명한 불법행위적 효과라는 개념을 확장하여 포함시킬 수 있다.』고 조심스러운 試論을 한 바 있다.

## 4) 白紙委任狀과 契約說

앞서 살피듯, 학자들은 백지위임장의 경우에는 백지위임장의 작성자는 장래에 정당하게 그 백지위임장을 취득한 모든 사람에 대하여 백지위임장에 기재한 일정한 사무의 처리 및 그에 필요한 대리권수여의 청약을 하고 최후의 취득자가 백지로 되어 있는 부분에 자기의 이름을 적어넣음으로써(承諾에 해당한다) 두 사람 사이에 계약이 성립하며, 수임인으로서의 권리·의무와 대리권을 취득한다고 보고 있다.

통설의 이러한 설명은 설사 임의대리권을 발생시키는 수권행위의 성질은 통상적으로는 단독행위라고 본다고 하더라도, 백지위임장에 의한 수권행위의 성질은 수권계약에 해당한다는 것을 전제하고 있다할 수 있다. 생각건대, 백지위임장에서 권리·의무와 관련된 내부관계설정계약 부분은 위임에 해당하는 것은 분명하다. 그런데도 수권행사와 관련되는 경우에는 하나의 백지위임장에서 수권행위 부분을 분리하여 단독행위라고 보면서, 이러한 해석이 보다 거래의 실정에 부합한다고 주장하는 것은 너무 作意的 설명이다.<sup>55)</sup>

백지위임장에 의한 수권행위에 일방적 철회가 인정되지 아니한다고 하더라도, 백지위임장 작성의 근거가 되었던 법률행위가 무효·취소 등의 사유로 효력이 발생하지 아니한 경우에는 백지위임장에 의한 수권행위도 효력을 상실한다. 판례<sup>56)</sup>는 아파트 분양신청권이 전전매매된 후 최초의 매매 당사자가 계약을 합의해제한 경우, 그 분양신청권을 전전매수한 자는 설사 그가 백지 매도증서, 위임장 등 제반 서류를 소지하고 있다 하더라도 완전한 권리를 취득한 것이라고 할 수 없다고 판시하고 있다.

백지위임장에 의한 수권은 백지위임장에 기재한 사유 이외의 것으로는 대리권의 범위를 제한할 수 없다. 그러나 법률이나 별개의 법리에 의해 제한되는 것은

55) 본문에서 설명하듯 종래의 통설은 『백지위임장에 기재한 일정한 사무의 처리 및 그에 필요한 대리권수여의 청약을 하고 최후의 취득자가 백지로 되어 있는 부분에 자기의 이름을 기재해 넣음으로써(承諾에 해당한다) 두 사람 사이에 계약이 성립하며, 수임인으로서의 권리·의무와 대리권을 취득한다』라는 내용으로 백지위임장의 법리를 설명하고 있는데, 이영준 교수는 단독행위설의 근거를 백지위임장의 유통과 관련하여 설명하기 때문인지 내부관계설정계약과 관련한 부분은 전혀 언급하지 않고 있다. 그렇다면 백지위임장은 수임인 난이 백지인 상태에서지만 존재하는 것은 필수적이지만, 대리권수여의 기재나 대리인 난이 존재하지 않는 경우가 있을 수 있는데, 이 경우에는 수권행위가 없었다고 보아야 하는 것이 아닌가, 즉 수권증서라고 보아서는 아니 되는 것은 아닌가 라는 의문이 생긴다.

56) 대법원 1996. 4. 12. 선고 95다49882 판결

이 원칙에 반하는 것은 아니다. 매도증서와 백지위임장을 교부한 경우에는 반대의 사정이 없는 한 교부를 받은 자를 대리인으로 한다는 것을 표시한 것으로 볼 수 있다.<sup>57)</sup> 그러나 부동산의 경우에는 매도인을 포함하여 전전매매에 관련한 모든 계약당사자의 합의가 없는 한 中間省略登記가 허용되지 아니하기 때문에<sup>58)</sup> 수권행위를 단독행위로 보더라도 거래의 실정에 부합할 여지가 전혀 없다.

### (3) 수권행위의 철회

수권행위의 성질을 단독행위로 보는 경우에는 수권행위의 철회가 용이하다고 할 수 있다. 그러나 수권행위를 계약으로 보는 경우에는 수권행위의 철회는 계약의 합의해제·해지에 의하여야 한다. 수권계약이 내부관계설정계약과 융합하여 존재하는 한, 내부관계설정계약이 합의해제·해지되면서 동시에 수권계약도 해제·해지된다고 할 수 있다. 문제는 내부관계설정계약이 존속함에도 불구하고 수권계약만 소멸시켜야 하는 경우에는 대리인이 해제·해지의 합의에 응하지 않을 수 있다는 점이다. 대리권소멸의 합의에 응하지 아니하는 대리인의 행위는 신의성실의 원칙에 어긋나는 한 효력이 없다고 보아야 할 것이다.

## 4. 授權行爲의 無因性 문제

수권행위의 무인성 문제는 본인과 대리인 사이의 내부관계설정계약이 무효이거나 취소 기타의 사유로 무효가 되는 경우에 수권행위도 그 영향을 받아 효력을 상실하게 되는가 하는 점이 문제된다. 이를 수권행위의 무인성 문제라고 한다. 이 문제는 수권행위가 내부관계설정계약과는 무관하게 이루어지는 경우에는 제기되지 아니하며, 수권행위가 내부관계설정계약과 하나의 행위로 합체되어 행하여지거나, 내부관계설정계약을 바탕으로 하여 이루어지는 경우에 발생하는 문제이다.

### (1) 學說

#### 1) 無因說

무인설에서는 내부관계설정계약이 무효·취소·해제(해지)되더라도 수권행위

57) 김주수, 앞의 책, 456쪽

58) 대법원 1991. 4. 23. 선고 91다5761 판결

는 유효하다고 본다. 수권행위의 성질을 계약으로 보는 입장에서는 무인설을 취할 여지가 없으나. 단독행위로 보는 입장에서는 수권행위를 단독행위로 해석하는 실익이 상대방의 보호 내지 거래의 안전에 있기 때문에 수권행위의 무인성을 인정하는 것은 당연하다고 주장하는 경우가 많다.<sup>59)</sup> 그리고 유인설에서 제128조 전단 규정을 유인설의 논거로 삼는데 대해, 제128조는 대리권의 『소멸』을 내부관계 설정계약에 의존한다고 규정하는 것일 뿐, 대리권의 『성립』을 원인관계의 성립에 의존한다는 점에 대한 근거가 되지는 못한다고 비판한다.<sup>60)</sup> 그리고 내부관계설정 계약이 소멸되면 수권행위가 철회된 것으로 보고, 즉 遡及效를 인정하지 아니하고 將來效만 인정될 뿐이라고 본다.<sup>61)</sup>

그렇다면 제128조 전단의 규정은 대리권에 전혀 영향을 미치지 아니하는가. 대리권은 내부관계설정계약을 그대로 두면서 대리권만 소멸시킬 수 있고, 내부관계 설정계약은 소멸시키면서 대리권만 존속시킬 수도 있기 때문에 제128조 전단은 수권행위해석을 위한 표준적·보충적 규정에 지나지 아니한다.

## 2) 有因說

유인설은 내부관계설정계약이 무효·취소·해제(해지)되면 수권행위에도 그 영향을 미쳐서 그 효력이 상실된다는 입장이다. 제128조 전단이 『그 원인된 법률 관계의 종료에 의하여 대리권은 소멸한다』고 규정하는 것은 유인설의 입장을 취한 것으로 보고 있다.

유인설은 수권행위의 성질을 어떻게 보든 수용할 수 있는 이론이다.

① 수권행위의 독자성을 인정하고 단독행위설을 취하는 입장<sup>62)</sup>에서는 유인설의 논거로 제128조 전단의 규정과 『당사자의 통상의 의사해석상 수권행위와 원인 관계는 유인관계에 서는 것으로 해석하여야 한다』고 주장한다.

59) 김중환·김학동, 앞의 책, 393-394쪽; 백태승, 앞의 책, 466쪽; 김주수, 앞의 책, 410쪽; 강태성, 앞의 책, 621쪽; 윤행렬, 앞의 책, 588쪽; 서광민, 앞의 책, 419-420쪽

60) 김중환·김학동, 앞의 책, 394쪽

\* 有因說을 취하는 명순구, 앞의 책, 439쪽에서도 비슷한 취지로 제128조 전문은 『원인행위의 종료』만을 규정한 것이지, 원인행위가 무효·취소·해제 등으로 실효된 경우를 규정하는 것은 아니라고 설명한다.

61) 윤행렬, 앞의 책, 588쪽; 서광민, 앞의 책, 420쪽

62) 박윤직, 앞의 책, 261쪽; 김상용, 앞의 책, 561쪽; 고상룡, 앞의 책, 484-485쪽; 이은영, 앞의 책, 602쪽; 김기선, 앞의 책, 287쪽; 김준호, 앞의 책, 311쪽; 이태재, 앞의 책, 286-287쪽; 송덕수, 앞의 책, 190쪽

② 수권행위는 위임행위와는 전혀 별개의 것이라는 無名契約說<sup>63)</sup>에서는 수권행위는 대내관계에서는 결합적 또는 수반적 행위라는 이유로 유인계약으로 보고 있다.

③ 대리권은 인정하지만 수권행위라는 독자적 개념을 인정하지 아니하는 融合契約說에서는 대리권은 내부관계설정계약에 의하여 발생하며, 계약관계의 변경 또는 소멸에 의하여 대리권의 내용이나 존재도 변동한다고 봄으로써 당연히 유인성을 가진다고 보아야 할 것이다. 그러나 融合契約說을 취하더라도 取消의 경우를 달리 취급하여, 내부관계설정계약상 대리인측이 취소권을 가지는 경우에는 그 계약을 취소할 수 있지만 계약으로 이미 발생한 대리자격에 의해 이미 행해진 대리행위에 대해서는 유권대리로서 不動의 것으로 보아야 한다고 주장한다. 이 경우에는 무능력자 등의 실질적 이익을 보호하지 않으면 안 된다는 필요와 실익이 없기 때문이라고 본다.<sup>64)</sup>

### 3) 授權行爲 2分說

이 설에서는 내부관계설정계약이 무효·취소·해제되면 원칙적으로 수권행위도 무효·취소·해제가 된다고 유인성을 인정하면서도, 외부적 수권행위 자체에 무효사유가 존재하지 않는 한 외부적 수권은 유효하게 존속한다고 본다.

이 설에서는 제128조 전문은 내부적 수권행위의 유인성을 선언한 것으로 본다. 따라서 내부설정계약이 사회질서에 반하거나 강행법규에 반하여 무효이면 수권행위도 무효이고, 본인이 착오·사기·강박을 이유로 하여 그 계약을 취소하면 수권행위도 무효로 되며, 내부관계설정계약이 채무불이행을 이유로 하여 해제 또는 해지하면 수권행위도 해제 또는 해지된다고 본다. 그러나 제128조를 외부적 수권행위에 대해 적용할 수는 없으며, 다만 수권에 의해 성립된 대리권이 내부관계설정계약에 비추어 정당하지 않다는 것을 상대방이 알았거나 알 수 있었던 경우에는 외부적 수권의 正當性이 부정되므로 제129조에 의해 외부적 수권이 소멸되었다고 본다.<sup>65)</sup>

## (2) 私見

63) 김기선, 앞의 책, 287쪽

64) 김용한, 앞의 책, 336쪽

65) 이영준, 466-467쪽

필자는 유인설에 찬성한다. 그 이유는 다음과 같다.

### 1) 제128조 規定의 適用範圍

無因說에서 제128조 전단 규정은 대리권의 『소멸』을 내부관계설정계약에 의존한다는 규정일 뿐, 대리권의 『성립』을 원인관계의 성립에 의존시키려는 규정이라고 보아서는 아니 된다는 논거는 자의적 해석이다. 이렇게 보는 경우에는 앞서 『수권행위의 단독행위성』과 관련하여 논하듯, 대리인이 무능력자이거나 수권계약을 체결함에 있어서 의사의 흠결이 있거나 사기·강박으로 인한 하자가 존재하여 내부관계설정계약이 무효가 되는 경우에도 無因說로 일관하기 위해서 대리권은 그대로 존속하여야 할 것이다. 그러나 내부관계설정계약이 효력을 상실하였음에도 불구하고 대리권만 존속시킬 필요성이 없어졌기 때문에 대리권의 소멸이라는 결론을 이끌어내기 위해서는 그러한 사정이 존재하더라도 수권행위가 직접 효력을 소멸하는 것은 아니지만 내부관계설정계약이 무효가 됨으로써 『간접적으로』 소멸한다는 논리를 취하는 길밖에 없다. 이러한 해석은 대리권을 소멸시키기 위한 지극히 기교적 해석에 불과하다.<sup>66)</sup>

제128조는 엄밀하게는 ① 대리인이 무능력자이거나 수권계약을 체결함에 있어서 의사의 흠결이 있거나 사기·강박으로 인한 하자가 존재하는 경우는 물론이고, ② 그러한 사정이 존재하지 않는 상태에서 내부관계설정계약이 종료된 경우의 모두를 규정한 것이다. 따라서 제128조는 대리권의 효력상실에 대한 溯及效 규정도, 將來效 규정도 아니다. 이런 점에서 제128조가 유인설의 근거가 되지는 못한다. 다만 대리인의 무능력이나 수권계약체결에 있어서 의사의 흠결이 있거나 의사의 하자가 있음을 이유로 수권행위가 취소되는 경우에 상대방이나 그 후 상대방과 이해관계를 맺은 제3자의 보호문제는 별도로 살펴볼 필요가 있다.

### 2) 제3자 보호문제

대리인이 무능력자인 경우와 수권행위에 하자가 존재하는 경우로 나누어 살펴본다.

① 대리인이 무능력자인 경우      무능력자인 대리인이 상대방과 법률행위를 성립시킨 후 대리인은 자신의 무능력을 이유로 상대방과의 법률행위에 대한 취소

66) 강태성, 622쪽에서는 무인행위설에 의하면 내부관계설정계약이 무효이거나 취소되더라도 이로 인해 수권행위가 무효가 되거나 실효된다고 보고 있지 않다. 즉 將來效까지 부정하고 있는 것이다.

가 가능하다. 법에서는 대리인은 능력자임을 요하지 아니한다(제117조)고 규정하고 있기 때문에 무능력자는 물론이고 무능력자의 법정대리인이 취소할 수는 없다고 보아야 한다. 대리권의 성질을 단순히 일정한 자격이나 지위를 부여할 뿐 대리인에게 불이익을 주는 것은 아니라는 설에 의하는 한, 제5조 제1항 단서를 유추하여 취소의 대상이 되지 않는다고 할 수 있다.

② 수권계약에 의사의 흠결이나 하자가 존재하는 경우 無因說에서는 내부관계설정계약이 소멸되면 수권행위가 철회된 것으로 보고, 즉 遡及效를 인정하지 아니하고 將來效만 인정될 뿐이라고 보지만, 민법에서는 선의의 제3자에 대한 보호규정(제129조)을 두고 있기 때문에 무인설을 적용하는 경우와 큰 차이가 없다. 다만 무인설로 일관하는 경우에는 악의의 제3자까지 보호하는 것이 되기 때문에, 이러한 자를 보호대상에서 제외시키기 위해서는 代理權濫用의 법리를 유추 적용하여야 할 것이다.

### 3) 有因說의 適用制限

유인설의 적용에 있어서는 일정한 제한이 따라야 한다. 수권행위와 내부관계설정계약과의 관계는 크게 두 가지로 나눌 수 있다. 수권행위가 내부관계설정계약과 하나의 법률행위로 이루어지지만 附從的 地位에 머무르는 경우에는 무능력이나 의사의 흠결이나 하자를 이유로 내부관계설정계약이 효력을 상실하게 되는 경우에 수권행위도 효력을 상실한다고 보아야 한다. 그러나 수권행위가 이루어지면서 수권행위와 관련하여 발생하는 법률관계를 해결하기 위해 내부관계설정계약이 체결된 경우<sup>67)</sup>에는 내부관계설정계약이 효력을 상실한다는 이유로 수권행위가 상실한다고 보아서는 아니 된다.

제117조에서는 대리인은 행위능력자임을 요하지 아니한다고 규정하고 있는데 이는 무능력자에게 수권계약을 체결할 수 있는 능력을 인정한다는 취지이다. 그런데 수권계약은 일반적으로 내부관계설정계약과 함께 이루어지는 경우가 대부분이다. 이 경우에 내부관계설정계약은 대리인이 무능력자임을 이유로 법정대리인의 동의를 얻어 체결하여야 한다는 원칙을 일관하는 한, 대리인이 행위능력자임을 요하지 아니한다는 규정은 사문화되어버릴 위험이 있다. 따라서 내부관계설

67) 실제로는 체결이 있었다고 묵시적으로 해석되는 경우가 많을 것이다. 특히 대리행위가 계속적·포괄적으로 이루어지는 것이 아닌 한 이 경우에 해당한다고 보아야 할 것이다

정계약이 수권계약에 종속하는 것으로 볼 수 있는 범위 내에서는, 내부관계설정 계약이 무능력자에 의해 체결되었다는 이유로 취소할 수 없다고 보아야 한다.

#### 4) 授權行爲 2分說에 대하여

그러나 앞서 논하듯, 외부적 수권행위에는 제128조가 직접 관련되고 있지 않는데 상대방이 알았거나 알 수 있었던 경우라고 하여 갑자기 외부적 수권이 소멸되었다고 보아야 할 근거가 무엇인가 하는 점이 불명확하다. 외부적 수권행위는 그 대로 유효하다고 본다면 차라리 代理權濫用의 문제로 다루어야 하는 것이 보다 타당할 것이다.

## V. 處分權賦與

### 1. 處分權賦與의 包攝範圍

處分權賦與(Ermächtigung)를 어떻게 정의할 것인가에 대해서는 학설의 대립이 있다. ① 일반적으로는 處分權賦與이란 권리자가 타인에 대하여 권리 그 자체를 이전하는 처분만을 부여하는 것을 말하나,<sup>68)</sup> ② 학자에 따라서는 법정대리인이 무능력자에게 단독으로 법률행위를 할 수 있도록 동의하는 경우까지 포함한다.<sup>69)</sup> 후자의 입장(위 ②)에 의하는 경우에 법정대리인의 동의에서는 무능력자인 본인이 법률행위를 하는 경우에 그 효과는 행위자인 본인에게 귀속하기 때문에, 법률행위자와 행위효과의 귀속자가 다른 경우에 제기되는 요건인 效果歸屬要件이라는 개념에는 포섭되지 아니하므로, 여기서는 전자의 입장에서만 사용하기로 한다.

### 2. 顯名

전자의 입장(위 ①)에 의하면 권한을 부여받은 授權者가 부여된 처분권을 행사하는 경우에 수권자의 처분행위의 효과는 직접적으로 권리자에게 귀속한다고 설

68) 김상용, 앞의 책, 549쪽; 윤형렬, 앞의 책, 578쪽

69) 이은영, 앞의 책, 332쪽

명하면서, 이 점을 間接代理와 구별되는 특징으로 지적한다. 그러면 이 경우에 수권자가 본인의 이름을 현명해야 하는가. 이에 대해서는 (a) 수권자가 반드시 본인의 이름을 顯名할 필요는 없다는 입장,<sup>70)</sup> (b) 처분권부여와 대리권부여를 구별하는 기준을 顯名으로 봄으로써, 처분권행사는 수권자가 자신의 이름으로 하는 이루어져야 한다는 입장<sup>71)</sup>이 대립한다. 후자의 입장(위 (b))에 의하는 경우에는 수권자의 처분권행사가 본인의 이름으로 이루어지는 것은 대리행위이지 처분권행사에 해당하지 아니하는 것이 된다.

처분권부여를 위와 같이 정의하는 경우에 처분권부여는 처분 전에 이루어질 수도 있고, 처분 이후에 이루어질 수도 있는데, 처분행위 후에 이루어지는 경우에는 권한 없는 처분행위에 대한 追認을 하는 것이 된다. 민법에서는 이러한 처분권부여에 대한 명문의 규정을 두지 아니하고 있다. 그러나 처분권을 부여받지 아니한 자의 처분권행사의 효력을 부정하는 것이 일반적이다.<sup>72)</sup>

### 3. 處分權賦與와 代理

#### (1) 양자의 구별

학자들의 일반적 설명에 의하면 처분권행사에 현명이 요구되느냐의 점 외에도, 대리권은 본인과의 人的(persönlich) 관계인데 대하여, 권한부여는 권리와 物的(sachlich) 관계에 있다고 설명한다.<sup>73)</sup> 그리고 처분권부여와 대리가 외관상 구별이 쉽지 않고 혼용하여 사용되는 경우에 양자를 구별하는 기준에 관하여, 거래상 대방과의 관계를 고려한 객관적 관점에서 양자를 구별하여야 한다고 본다. 즉 수권자가 법률행위로 인하여 대상과 관련하여 발생한 효력을 자기가 아닌 타인에게 발생시킨다는 표시를 한 경우에는 타인을 위한 법률행위를 한 것으로서 대리가 성립하고, 처분하는 자가 자기 자신은 처분권한이 없다는 점을 밝힌 경우에는 대리도 되지 않고 권한부여의 문제로 된다. 즉, 처분하는 자가 자신이 아니라, 법률행위의 대상에 대한 처분권자가 따로 있어 그가 거래당사자가 되어야 한다는 점

70) 김상용, 앞의 책, 549-550쪽

71) 이영준, 앞의 책, 448쪽; 윤형렬, 앞의 책, 580쪽

72) 김상용, 앞의 책, 550쪽; 이영준, 앞의 책, 448쪽

73) 이영준, 앞의 책, 448쪽; 윤형렬, 앞의 책, 580쪽

이 외부로 드러나는 경우에는 권한부여가 된다는 것이다.<sup>74)</sup>

## (2) 처분권부여 개념의 문제점

處分權의 행사에 의해 그 효과가 본인에게 직접 귀속한다는 것은 우리민법의 구조 하에서는 대리행위가 수반되지 아니한 이상을 불가능하다. 처분권행사에 현명을 하지 아니하는 것을 원칙으로 한다면 대리에 있어서도 상대방이 대리인으로서 한 것임을 알았거나 알 수 있었을 때가 아니라면 본인에게 효과가 귀속하지 아니하는데(제115조 단서), 代理意思도 존재하지 아니한 처분권행사에서 본인에게 효과가 직접 귀속시키는 것이 되기 때문이다. 그렇게 본다면 본인을 현명하지 아니한 처분권행사를 하면서 본인에게 효과귀속을 의도하는 경우에는 非顯名代理에 불과하다고 보아야 한다.

처분권한을 부여받지 아니한 상태에서 처분권을 행사하는 것은 어떻게 보아야 하는가.

판례<sup>75)</sup>는 무권리자가 타인의 권리를 자기의 이름으로 또는 자기의 권리로 처분하는 것에 대해 무권대리의 일종으로 보고 본인의 추인으로 소급적으로 유효하다고 보고 있다. 이에 대해 학설상으로 ① 판례와 동일하게 무권대리행위로 보고 무권대리행위에 대한 추인이라는 설,<sup>76)</sup> ② 무권리자의 처분행위를 무권대리인의 처분행위와 동일시하고 추인을 허용하는 것은 자신의 의사와 관계없이 권리와 계약을 체결한 것과 같은 義務負擔授權을 허용하는 것이 되어 현행법체계에 배치된다는 설,<sup>77)</sup> ③ 무효행위의 추인이라는 설<sup>78)</sup>과 함께, 이러한 학설과 병행하여, ④ 법률행위 요건을 효력발생요건과 효력귀속요건으로 나누고 효력귀속요건은 법률행위가 성립한 후에 충족될 수 있으며 본인의 追認은 효력귀속요건인 追完行爲에 해당한다고 보면서, 무권리자의 처분행위라고 하더라도 그 법률효과는 완전

74) **윤형렬**, 앞의 책, 580쪽

75) 대법원 1981. 1. 13. 선고 79다2151 판결

76) **김중환·김학동**, 앞의 책, 460쪽; **김상용**, 앞의 책, 647쪽; **김용한**, 앞의 책, 360쪽; **강태성**, 앞의 책, 781쪽

77) **소재선**, 「무권리자의 처분과 추인」, *Jurist*, 409호 2006, 469쪽 : 이는 제3자를 위한 계약 등과 같이 법이 예외를 명문으로 인정하는 경우를 제외하고 법률행위의 당사자 이외에게 그 법률효과를 귀속시키는 것이 되어 현행법의 체계에 반하며, 이를 인정하면 대리와 간접대리의 구별이 곤란하고, 채권행위의 주된 청구권 외에 부수적 채권관계를 성립시켜 법률관계의 명료성을 해친다는 것에 근거한다.

78) **곽윤직**, 앞의 책, 294쪽

하게 발생한 것이며 단지 처분행위에 효력귀속요건이 구비되지 아니한 상태이므로 권리자의 추인에 의해 권리자에게 효력이 미칠 수 있다는 설<sup>79)</sup>이 대립한다는 점이다. 효력귀속요건의 개념을 정립하는 입장에서는 위 판례를 無權代理의 追認의 문제로 다루고 있다는 점이다.<sup>80)</sup> 이는 처분권부여가 실질적으로는 대리권부여와 구별할 실익이 없다는 것을 의미한다.<sup>81)</sup> 이런 점에서 민법개정안에서 無權利者의 처분에 관한 규정(개정안 제139조의2)<sup>82)</sup>을 도입하려는 것은 무용하고, 법체계를 번잡하게 할 위험이 있다는 점을 지적하고자 한다.

## VI. 맺음말

필자가 이 글에서 논한 가장 중요한 논제는 수권행위의 성질을 계약으로 파악

- 79) 양창수, 「무권리자의 처분과 권리자에 의한 추인」, 민사판례연구, X 박영사, 1988 34-35쪽  
 \* 양창수 교수의 관련한 주장으로는 다음과 같은 내용이 포함된다. : 『① 우리 민법은 타인의 권리의 매매도 유효한 것으로 하므로(제569조) 적어도 매매계약 자체의 효력으로서 아무런 하자가 없다. 다만 무권리자가 맺은 '채권행위'를 추인할 수 있다고 하면 상대방에게 예정되지 않던 권리자와 채권·채무관계를 강요하는 것이 되어 상대방의 이익을 해치기 때문에 허용될 수 없다. 무권리자에 의해 '처분행위'가 이루어진 때, 즉 외형상 물건변동이 생긴 때에 한해 권리자의 추인이 허용될 뿐이다. ② 이때의 추인의 의미 내지 효과는 무권리자의 처분행위를 권리자가 동의함으로써 상대방이 유효하게 권리를 취득하는데 있고, 그 근거는 권리자의 의사, 즉 사적자치의 원리에 있다. ③ 무권리자가 그 처분으로 얻은 이익의 문제는 권리자의 추인과는 별개의 것으로서, 이것은 그가 이득을 보유하는 것이 정당한지의 관점에서 따로 검토해야 하는데, 선의취득에서 권리자는 무권리처분자가 얻은 대가의 반환을 구할 수 있는 것처럼, 그 이득은 원래의 귀속자에게 반환되어야 한다. 상계 논문, 22-29쪽』 (김준호, 앞의 책, 367-368쪽에서는 본문 내용은 언급하지 아니한 채, 이 부분만 찬성하고 있다)
- 80) 김상용, 앞의 책, 647쪽; 이영준, 앞의 책, 679쪽; 윤형렬, 앞의 책, 581쪽
- 81) 독일민법 제185조에서는 Verfügung eines Nichtberechtigten이라고 하여 「(제1항) 무권리자가 어떤 목적물에 대하여 한 처분이 권리자와 사정승인 아래 행하여진 경우에는 그 처분은 효력이 있다. (제2항) 권리자가 이를 추인한 경우, 처분자가 목적물을 취득한 경우 또는 권리자가 처분자를 상속하고 또 권리자가 상속채무에 대하여 무한책임을 지는 경우에는 그 처분은 효력이 있게 된다. (단서 생략)」고 규정하고 있다. 대리권의 수여와 처분권부여의 성질을 人的인가(persönlich) 물적인가(sachlich)의 차이에서 구하는 학설은 이러한 규정형식의 영향을 받은 것으로 보인다. 그러나 처분권의 부여를 받은 경우에 처분권의 행사가 대리의 형식에 의하지 않는 한 본인에게 처분의 효력을 직접 귀속시킬 수 없는 이상은, 독일에서의 해석은 여하튼, 우리민법의 해석론에 의하는 한, 제1항이 반드시 처분권수여와 대리권 수여에 차이를 두려는 취지라고 해석하여서는 안 될 것이다. 그리고 제135조는 실제로는 처분권을 가지지 않는 자의 처분행위에 대한 추인을 허용하기 위한 규정으로 보아야 할 것이다.
- 82) 개정안 제139조의2 (무권리자의 처분) ① 무권리자가 권리자의 동의를 얻어 한 처분은 효력이 있다. ② 권리자가 무권리자의 처분을 추인하면 그 처분은 소급하여 효력이 있다. 그러나 제3자의 권리를 해하지 못한다.

하자는 것이다. 계약설은 과거 김용한 교수가 주장한 바 있지만 지금은 사멸하였다고 할 수 있는데도 이 설을 다시 부활시키려는 것은, 그 가장 큰 효능은 수권계약의 체결을 무능력자 단독으로 체결할 수 있다는 이론구성과 함께, 무능력자인 대리인이 대리과정에서 본인이나 상대방에게 손해를 입힌 경우에 대리인의 손해배상책임을 제한하는 이론구성이 비교적 용이하다는데 있다고 할 수 있다. 그리고 단독행위설이라고 하더라도 백지위임장에 의한 수권은 계약이라고 보는데 이는 이론적 과탄이라는 점에서, 계약설적 구성은 타당하다고 할 수 있다.

이 글에서는 그 이외에 한정적으로 외부적 수권행위라는 개념을 유지할 수 있다는 점, 그리고 무권리자의 처분은 무권대리에 불과하다는 점 등을 지적하고 있다. 필자가 제기한 논점들에 대해서 앞으로 많은 논의를 기대한다.

■ 참고문헌

- 강태성, 민법총칙 (신판), 대명출판사, 2006  
고상룡, 민법총칙 (제3판), 법문사, 2003  
곽윤직, 민법총칙 (제7판), 박영사, 2002  
곽윤직 (편집대표), 민법주해 [ I ], 박영사, 1995  
김기선, 한국민법총칙 (제3전정판), 법문사, 1991  
김상용, 민법총칙 (전정판 보정), 법문사, 2003  
김상용, 비교계약법, 법영사, 2002  
김용한, 민법총칙론 (제12판), 박영사, 1981  
김주수, 민법총칙 (제5판), 삼영사, 2000  
김준호, 민법총칙 (전정판), 법문사, 2007  
명순구, 민법총칙, 법문사, 2005  
박종두, 민법총칙, 삼영사, 2005  
박찬주, 권리변동론, 조선대학교출판부, 2008  
백태승, 민법총칙, 제2판, 법문사, 2006  
서광민, 민법총칙, 신론사, 2007  
소재선, 「무권리자의 처분과 추인」, Jurist 409號, 2006  
송덕수, 신민법강의, 박영사, 2008  
양창수, 「무권리자의 처분과 권리자에 의한 추인」, 민사판례연구, X 박영사, 1988  
윤형렬, 민법총칙, 제2판, 법영사, 2006  
이영준, 민법총칙 (한국민법론 I), 박영사, 2005  
이은영, 민법총칙, 제4판, 박영사, 2005  
이준성, 민법총칙, 삼영사, 2007  
이태재, 민법총칙, 법문사, 1978  
최문기, 민법총칙강의, 세종출판사, 2007

투고일자 2008.09.05      심사개시일자 2008.09.17      게재확정일자 2008.10.01

Hongik Law Review, Vol. 9, No. 3(2008)

**[ABSTRACT]**

## **Several Issues on Delegation of Authority**

Park, Chan-Ju

A delegation of authority is a separate but distinguishable act from representing act, aiming at attribution of producing effect by the agent's representing act to the principal. Two major issues about delegation of authority are focused on whether external delegation of authority is a useful concept, or what are the characteristics of delegation of authority.

Relating to the former issue, the writer asserts the concept of external delegation is an unnecessary in general but necessary in certain circumstance. The situation of principal who indicated a third person to conferring the power of representation to certain person but could not confer such power owing to deliberation in a reasonable period should not make the indicated person as the unauthorized agent. The writer proposes the characteristic as delegation with condition subsequent of non-conferring the power in a reasonable period.

Relating to the latter issue, dominant opinions take the unilateral act theory. But the writer presents some merits of contract theory. The Civil Act §117 provides "An agent needs not be a person of full capacity." Under unilateral act theory the unilateral delegation by the principal is effective, as formation of delegation contract is not required between the principal and incompetent agent not

represented or which contract is not approved by his statutory agent. But according to unilateral act theory, the delegated incompetent should abstain from concluding contract by way of the agent. If he advanced to contract in disregard of his incompetence and inflicted damages to the principal, the agent must assume them even if he brought forth damages with mere negligence. But the writer asserts, as the principal delegated the power to the incompetent knowingly, he should assume the damage in so far the tort was done under mere negligence. Principal's manifestation of delegation must be construed to contain the manifestation of exempting the incompetent from damage caused by mere negligence.

Even the unilateral-act-theorists hold the characteristic of delegation under blank letter as contract, and the writer criticizes such attitude as the collapse of unilateral act theory.

**Key Words** : agency, power of representation, delegation of authority external delegation of authority, blank power of delegation unilateral act theory, contract theory abstract/causal characteristic of delegation of authority, disposition by agent without power

# '지휘관 사법'의 폐해와 그 폐지론\*

- 관할관, 심판관 제도를 중심으로 -

최 강 욱

(법무법인 청맥 변호사)

## 【 초 록 】

우리나라의 민주화와 사회발전이 소중한 열매를 맺기 위한 필수적인 과제 가운데 하나로, 군 사법제도의 개혁을 빼놓을 수 없다. 군대는 민주주의적 헌정체제를 수호할 뿐, 민주주의의 그 자체와는 무관한 조직이라든가, 국방은 민주정체를 지켜내는 체제일 뿐, 민주정체로부터 통제를 받지 않는 영역이라는 식의 논리는 이제 더 이상 통용될 수 없다.

이러한 문제의식에 기초하여 우리의 군 사법제도가 갖고 있는 가장 큰 문제점이라고 할 수 있는 '지휘관 사법'의 폐해를 지적하고 그 제도의 폐지를 강력하게 촉구하고자 한다. 폐지론의 당위성과 타당성에 대하여 현재 운용되고 있는 관할관, 심판관 제도만큼 좋은 사례는 없을 것이다. 헌법은 무엇이고, 우리 헌법이 지향하는 가치가 무엇이며, 헌법이 추구하는 질서가 무엇인지를 생각하는 것이 우리 군을 제대로 된 민주 군대로 만드는 데 무엇보다 중요하다고 생각한다. 그러한 주장의 핵심으로 사법권의 지휘권에 대한 종속으로 적나라하게 표현되는 '지휘관 사법'의 문제와 그 표본인 관할관, 심판관 제도의 문제점을 이론과 실무를 통해 확인하고자 한다.

**주제어** : 관할관, 법무참모, 지휘관사법, 입헌적 관리와 통제

\* 이 논문은 한국형사정책학회 추계학술세미나(2007. 11. 24.)에서 발표한 내용을 수정보완한 것임.

【차 례】

---

I. 서론	1. 심판관 제도의 현실
II. 관할관 제도의 문제점	2. 심판관 제도의 폐지론
1. 연혁적 배경	IV. 지휘관 사법의 본질적 문제점
2. 관할관 확인조치권의 폐지론	1. 군에 대한 입헌적 통제의 필요성
3. 법무참모의 공판관여 배제	2. 인권과 대립할 수 없는 지휘권
III. 심판관 제도의 문제점	3. 군 사법개혁에 대한 전통적 반대론의 유사성
	V. 결어

---

I. 서론

한국 사회의 민주주의 발전은 군대 사회의 발전과 떼어놓고 생각할 수 없다. 식민지배를 벗어나 대한민국의 새로운 역사가 시작되는 순간부터 선진적 교육을 받은 상층부의 고급인력과 함께 강력한 조직 및 물리력을 보유한 군은 한국사회의 권력집단으로서 스스로를 자리매김하였다. 한국전쟁의 참화를 거쳐 분단상황의 고착화로 이어진 역사적 현실 속에서 군은 국가안보의 최종적이고 유일한 수호자로 스스로를 규정짓고, 항상 강력한 감시자의 입장에서 무질서하고 부패한 시민사회를 가르쳐 이끌어어나가는 존재임을 자임하였던 사실을 부인할 수 없다. 실제 분단이후 여러 가지로 열악한 현실 속에서 군이 가진 인력(manpower)은 상당한 것이었고, 시민들의 머리 속을 지배하였던 전쟁에 대한 아픈 기억들은 군을 우리 사회 속에 자리 잡은 하나의 성역으로 치부하게 하였다.

이러한 과정을 통해 군은 스스로 갖고 있는 강고한 조직력과 비밀주의, 상명하복이라는 일방적인 의사결정 과정을 통해 민주적 발전을 위한 경험에서 점점 멀어져갔고, 선천적인 것으로 간주되는 불투명성과 비민주성이 점점 더 강고해져가는 측면이 있었음을 부인할 수 없다. 그러나 시민사회는 민주화를 향한 끊임없는 노력과 헌신을 통해 한국사회의 민주주의를 발전시켜 왔고, 결국 제2차 세계대전 이후의 신생 독립국 가운데 경제발전과 민주화라는 두 마리 토끼를 잡은 흔치 않은 사례로 국제사회에서 확실하게 그 성과를 인정받고 있다.

시민사회에서 끊임없이 이어진 민주주의와 인권의 발전을 위한 노력은 상대적 대립관계에 있던 군사정권과 충돌할 수밖에 없었고 시민사회세력과 군사정권은 그 과정에서 서로를 적대시한 측면이 있으며, 그 결과로 서로에 대한 이해와 교류를 통한 선순환적 발전을 이루기보다 서로가 서로를 경원시하며 멀어져가, 결국 서로를 백안시하는 안타까운 상황으로 귀결될 수밖에 없는 위험성을 갖고 있었다. 시민사회가 이룬 많은 성과들은 정권안보에 집착하던 군 수뇌부의 편견과 독단에 따라 좌익분자들의 준동에 따른 위험한 열매로 치부되었고, 민주화를 위해 헌신하던 사람들이 겪을 수밖에 없었던 무시무시한 군사독재의 폐해들은 군을 도저히 어찌할 수 없는 괴물로 치부하여 경원시하게 되는 결과를 낳았다. 군사독재의 어두운 터널을 지나오는 과정에서 우리 군은 누구의 시비도 용납하지 않는 '국가안보'라는 성역에 들어가 '비밀'과 '군사보안'의 커튼을 내린 채 정권안보의 중요한 축을 담당하며 권력자를 배출하고, 권력을 유지하는 자금줄로서의 역할을 하면서 한국사회 부패의 온상이 되고 있다는 불명예와 의혹을 감내해야 하는 상황에 이른 것도 사실이다.

하지만 언제나 그렇듯 역사의 수레바퀴는 더디지만 쉬지 않고 전진하여, 도저히 변하지 않을 것으로 보이던 우리 군에 의미 있는 많은 변화를 가져오게 하였다. 시민사회의 의식향상과 경제발전, 무엇보다 확고히 자리 잡은 민주화의 대세는 군도 결코 접근할 수 없는 성역이 아닌, 민주적 기본질서의 통제를 받아야 하고 민주적 기본질서를 수호해야만 하는 매우 중요한 헌법기관의 하나임을 인정하게 만들었고, 그러한 인식 아래에서 군도 지난 시절의 어두운 기억들을 털어내려는 노력에 어쩔 수 없이 동참하고 있다. 물론 보는 사람과 관점에 따라 군의 이러한 노력을 기득권 수호를 위해 작은 것을 양보하는 몸부림 정도로 치부할 수 있다. 하지만 오늘날 우리 군 수뇌부가 강군을 만드는 요체로 장병의 인권보장을 강조하고, 보다 민주적이고 헌법합치적인 사법제도를 만들고자 장관 이하 군 수뇌부 모두가 서명한 문건을 통해 개혁법안을 제출하며, 과거 저질러진 군 의문사 진상규명과 과거사 진실규명을 위한 작업에 협조하는 외에도, 스스로를 혁신하고 투명성을 제고하려는 노력의 일환으로 방위사업청을 출범시킨 것은 과거 우리 군이 차지했던 사회적 역할과 권력을 생각하면 격세지감이 들게 하는 것도 사실이다. 군대는 민주주의적 헌정체제를 수호할 뿐, 민주주의 그 자체와는 무관한 조직이라든가, 국방은 민주정체를 지켜내는 체제일 뿐, 민주정체로부터 통제를 받지

않는 영역이라는 식의 논리는 이제 더 이상 통용될 수 없는 것이다).

그래서 필자는 우리나라의 민주화와 사회발전이 소중한 열매를 맺기 위한 필수적인 과제 가운데 하나로, 군 사법제도의 개혁을 힘주어 주장하고자 한다. 어찌 보면 헌정사상 최초이자 마지막이 될 지도 모를 소중한 시간들이 그냥 지나가고 있는 것 같아 마음 한 구석이 몹시 불안한 것도 사실이다. 주지하는 바와 같이 참여정부가 추진한 사법개혁 과제 가운데 유일하게 통과되지 않은 법안이 군 사법개혁 관련 법안이라는 점이 역설적으로 군사법제도 개혁이 왜 필요한지를 웅변하고 있지 않나 생각한다. 사법개혁추진위(이하 “사개위”라 한다)를 통과한 군사법제도 개선안은 당초 별 무리 없이 무난한 통과가 예상되는 것이었다. 그 제도적 원시성과 위헌성의 문제가 대부분의 공감을 얻어냈기 때문이다. 그러나 문제는 항상 방심과 무관심이 결합할 때 더 심각해진다.

사법개혁에 관한 주요한 이슈들에 밀려 슬그머니 뒷전으로 방치되나 싶던 군 사법제도는 여전히 우리 사회의 한 구석을 차지하고 있는 완강한 수구 기득권 세력들의 저항에 직면하였고, 결국 국방부 자체 수정안을 만든다면서 슬금슬금 그 내용이 퇴색되기 시작하더니 이제 거의 좌초 직전의 운명에 처해 있는 것이 현실이다. 군 사법제도의 개혁은, 국방행정 분야에서의 투명성을 제고하고 민주주의적 통제를 통한 법치주의 실현을 가능하게 한다는 측면에서 한 획을 긋는 소중한 성과의 하나임에 분명한 것이며 그래서 꼭 이루어야만 하는 것이다.

이러한 문제의식에 기초하여 우리의 군 사법제도가 갖고 있는 가장 큰 문제점이라고 할 수 있는 ‘지휘관 사법’의 폐해를 지적하고 그 제도의 폐지를 강력하게 촉구하고자 한다. 폐지론의 당위성과 타당성에 대하여 현재 운용되고 있는 관할관, 심판관 제도만큼 좋은 사례는 없을 것이다. 헌법은 무엇이고 헌법이 지향하는 가치가 무엇이며 헌법이 추구하는 질서가 무엇인지를 생각하는 것이 우리 군을 제대로 된 민주 군대로 만드는데 무엇보다 중요하다는 생각이고, 그러한 주장의 핵심으로 사법권의 지휘권에 대한 종속으로 적나라하게 표현되는 ‘지휘관 사법’의 문제와 그 표본인 관할관, 심판관 제도의 문제점을 이론과 실무를 통해 확인하고자 한다.

1) 이계수, 『군사안보법 연구』, 울산대학교 출판부, 2007, 92쪽.

## II. 관할관 제도의 문제점

### 1. 연혁적 배경

우리나라의 군사법제도는 해방이후 미군정하에서 군사재판을 담당하던 군법회의로부터 시작되어 별다른 비판 없이 계수된 채, 1962년 군법회의법의 제정을 시초로 1986년 군법회의라는 명칭이 군사법원으로 변경되어 현재에 이르고 있다. 이러한 군사법원은 "군사재판을 관할하기 위하여 특별법원으로서 군사법원을 둘 수 있다"는 헌법 제110조에 근거하고 있는데, 일반법원과 다른 특별법원으로서의 군사법원을 설치하고자 하는 목적은 '군전투력 보존과 군기유지'를 위해서 라고 설명되어져 왔다.

군사법원 이전의 군법회의는 해방 후 미군정 하에서 제정된 국방경비법을 그 형식적 근거로 하고 있었으나, 제헌헌법에는 그 직접적 근거조문이 없었다. 단지 제헌헌법 제100조에서 "현행 법령은 이 법에 저촉되지 아니하는 한 효력을 가진다"는 규정을 두어 기존의 국방경비법의 효력이 그대로 유지되는 것으로 보았을 뿐이다. 그러나 특별법원으로서 군법회의를 무슨 근거로 둘 수 있는지에 대하여 위헌론이 유력하게 제기되자 1954년의 제2차 개정헌법 제83조의 2에 비로소 헌법적 근거를 마련하게 되었다. 그 후 우리 헌정사의 숱한 격변에도 불구하고 지금까지 한번도 군법회의 내지 군사법원이 왜 필요하며, 그 바람직한 모습은 어떤 것인지에 대한 실질적인 논의나 구체적 성찰은 거의 이루어지지 않은 채 오늘에 이르고 있다는 것은 주지의 사실이다. 그 이유는 무엇보다도 군부의 지배가 오랫동안 유지된 우리 현대사의 질곡 속에서 찾을 수 있을 것이며, 군사정권이 수명을 다한 이후의 정권 담당 세력들도 우리 사회에서 이미 막강한 영역을 구축한 군부와와의 마찰을 되도록 피하려는 의도에서 군 관련 제도들에 대한 헌법적 문제제기를 통해 문민통제를 강화하는 문제를 의식적으로 회피하였을 뿐 아니라, 실질적으로 군에 대한 이해나 연구가 전무하여 제대로 된 방향을 찾지 못한데서 기인하기도 하였다.

헌법의 개정과 더불어 군법회의법과 군사법원법은 수차 개정을 거듭하였으나, 1987년 개정헌법에서 군법회의의 명칭을 군사법원으로 바꾸면서 이어진 법률 개

정에서도 ‘법무사’를 ‘군판사’로 바꾸어 사법기관으로서 군사법원의 성격을 강조하는 정도의 진전과, 1994. 1. 5. 법률 제4704호로 일부 개정된 군사법원법<sup>2)</sup>에서 “사회민주화 및 군의 발전추세에 따라 군 사법제도의 불합리한 요소들을 개선함으로써 군 사법권의 독립 및 군 사법제도의 효율적인 운영으로 국민의 신속하고 공정한 재판을 받을 권리를 보장함과 동시에 군의 민주화에 기여”한다는 취지 아래 나름대로 합헌성을 보장하는 차원에서 다음의 주요 사항을 개정한 외에는, 형사소송법의 개정과 일부 미비한 절차를 개선한 외에 그 내용에 있어 특별한 변화나 별다른 진전이 이루어지지 않고 오늘에 이르고 있다.

1994년의 법 개정에서는 각 군의 고등군사법원을 국방부로 통합하고, 재판부의 구성원 가운데 군판사가 차지하는 비중을 과반수가 되도록 바꾸었으며 군검찰부를 군사법원으로부터 분리하여 설치하고, 구속영장의 발부권자를 관할관에서 군판사로 바꾸었다. 또 관할관의 확인조치의 대상이 되는 판결의 범위를 제한하고 형집행면제권을 폐지하였으며, 항소심에서의 확인조치권도 폐지하였다. 결국 군사법원법 개정의 역사는 우리 사회의 민주화가 진전되는 정도에 따라 나름대로 개선되어 온 것이었으며 그 본질적 개선은 사법기관으로서의 본질을 회복하려는 노력의 결과가 대부분이라고 보아야 할 것이다. 그러나 현재에도 여전히 비상설 회의체로서의 군법회의가 갖던 근본적 한계는 극복되지 않고 있으며, 지휘관 사법의 폐해 또한 완전히 방지될 수 없는 것이 현실이다. 따라서 군사법원의 특징은 곧 군사법원의 위헌성 내지 결정적 결함을 가진 사법기관으로서의 실체와 직결되고 있다. 그것은 일반 사법절차에서 상상할 수 없는 관할관, 심판관 제도 및 비상계엄 하의 단심제와 소송법적 의미의 비상설적 법원에 머무르고 있다는 점 등에서 확인된다.

기존에 별다른 문제제기 없이 군사법원의 설치목적이라고 수용되어 온 군전투력 보존과 군기유지라는 목적은 궁극적으로 지휘관의 지휘권을 보장하기 위한 것이며, 군사법제도 또한 지휘관의 지휘권에 복속되어야 한다는 논리가 일반 장교는 물론 군법무조직 저변에도 무비판적으로 깊숙이 뿌리내리고 있었던 것이 사실이다. 그리하여 군대라는 조직 내의 관계는 법치주의의 기본원리가 제한되는 특별권력관계라는 인식이 팽배해 현행 군사법제도가 안고 있는 수많은 위헌적 요소

2) 당시의 법개정은 문민정부의 출범 후 당시 법무관리관의 비리 등이 문제되어 군법무관들이 중심이 된 강력한 쇄신 요구에 따라 이루어졌다.

들이 방치되어 왔고, 그러한 위헌적 제도 속에서 수많은 장병들의 인권이 무시되고 유린되어 온 측면을 무시할 수 없다. 이러한 인식 아래에서 군사법원의 '관할관' 제도는 끈질기게 그 지위를 보존하여 왔고 그 폐지가 논의될 때마다 군은 아무런 법적, 논리적 설명을 수반하지 않은 채 '군의 특수성'과 '지휘권 보장'이라는 근거를 일방적으로 제시하여 왔다. 단적으로 말하자면 군사법원은 헌법에 근거를 둔 특별법원으로서의 성격을 전제하고 논의의 중심에 섰던 적이 없이, 군 내부에 설치된 기관 가운데 하나로 당연히 지휘관의 권한 범위 내에서 운용되는 참모부서 가운데 하나일 뿐이라는 인식이 군 소속 여하를 불문하고 무비판적으로 널리 통용되어 왔던 것이다.

그러나 현대 법학에 있어 특별권력관계에 있어서도 법치주의의 기본원리가 적용된다고 하는데 이론이 없고, 그리하여 특별권력관계에 있어서의 기본권 제한도 법률에 의해서만 가능하며, 법률에 의한 제한이 가능하다고 하더라도 그 본질적 요소는 제한할 수 없다고 하는 것이 일치된 견해이다. 그런데 현행 군사법제도는 군전투력 보존과 군기유지라는 미명하에 '헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리', '변호인의 조력을 받을 권리', '공정한 재판을 받을 권리', '공개재판을 받을 권리', '체포·구속시 적부심사 청구권' 등과 같은 국민의 기본권을 명확한 법률상의 근거 없이 제한하고 있거나 그 본질적 요소까지 침해하고 있어 적법절차에 의한 실제적 진실발견을 통한 사법적 정의실현이라는 사법제도 자체의 목적을 현저히 훼손하고 있는 실정이다.

이러한 현실은 무엇보다도 군사법제도를 지휘권 보장의 한 수단으로밖에 인식하지 않는 이념적 편향성에서 기인하는 것으로 보이고, 아울러 군사법원의 법률상 조직체계 및 운영상의 각종 문제점과 군사법 관련자들의 관심부족이 그 원인이 되었던 것으로 보인다.<sup>3)</sup> 한편 현역 법무관들은 이러한 제반 문제점들이 엄밀히 구분되어야 할 군검찰 및 군사법원 조직이 군지휘관의 지휘·감독을 받아야 한다는 전제 하에 군사법원법이라는 단일한 법에 통합되어 있고, 그에 따라 각각의 독립성과 공정성을 보장할 수 있는 하위규정 또한 부재하거나 불비한 상황에서 비롯된다고 보고 있는바 그 핵심에 관할관제도 및 심판관 제도가 '지휘관 사법'을 온존하기 위한 장치로 여전히 존재하고 있는 것이다.

3) 김경환, "현행 군사법제도의 근본적인 문제점과 개선방안", 참여연대 토론회 토론회, 2002, 1면

## 2. 관할관 확인조치권의 폐지론

### (1) 관할관의 개념과 지위

현행 군사법원법상 관할관은 군사법원이 설치되어 있는 사단급 이상 부대의 지휘관을 말한다. 국방부장관은 고등군사법원의 관할관이 된다. 관할관의 기본적인 권한은 군사법원의 행정사무에 대한 지휘감독권이다(법 제7조, 제8조).<sup>4)</sup> 거기에 더하여 관할관은 재판부의 구성원인 심판관을 법률 전문가가 아닌 장교 가운데서 임명하고 재판관을 지정하며 각종 영장 발부에 대한 승인권과 판결에 대한 확인 조치권을 갖고 있다. 검찰에 대하여도 군검찰관을 임명하고 지휘감독하며 재정신청 처리에 관한 권한과 집행확인권, 형집행정지에 관한 권한 등을 행사한다

### (2) 관할관 확인조치권

보통군사법원의 관할관은 무죄, 무죄, 면소, 공소기각, 형의 면제, 형의 선고유예 또는 형의 집행유예의 판결을 제외한 판결을 확인하여야 하며, 형법 제51조 각호의 사항을 참작하여 그 형이 과중하다고 인정할만한 사유가 있는 때에는 그 형을 감경할 수 있는 권한을 가지고 있다(법 제379조).<sup>5)</sup> 이러한 권한의 행사에는 아무런 기준이나 제약이 없으며, 전적으로 지휘관이 자신의 뜻에 따라 행사한다. 물론 실무에서는 법무참모 등이 확인상신관으로서 의견을 개진하나 그러한 의견의 구속력은 일체 없는 것이며 관할관이 그 의견을 무시하였다고 하여 어떠한 책임이 뒤따르는 경우도 전혀 없다.

관할관 확인조치권이 인정되는 근거에 대하여는 지휘관의 지휘권 확립과 군 전투력을 보존하고 강화하는 데에 필요하다는 점과 군 지휘관의 오랜 경험이나 군사적 전문지식을 통하여 법률전문가가 간과하기 쉬운 군사적 특수성이나 군사적 필요를 반영할 수 있다는 점 등이 제시되고 있다.<sup>6)</sup> 쉽게 말하자면 지휘관은 부하에 대한 생사여탈권을 갖고 있어야 부하들이 복종한다는 전근대적 인식이 그 배경에 깔려 있고, 지휘관이 보기에 사법절차에 따른 처벌을 하는 것보다 전투에 투입하는 것이 더 적절하다고 판단되는 군인의 경우는 재판 결과에도 불구하고

4) 이하에서 특별한 언급이 없이 “법”이라고 한 것은 군사법원법을 지칭한다.

5) 과거 관할관은 영장을 발부할 권한과 확인조치권을 통한 형의 면제까지도 가능한 권한을 갖고 있었다는 점을 다시 상기하고자 한다.

6) 송영길, 『군사법원 제도개선 방안』, 2000년 송영길 의원 국정감사 정책자료집, 2000, 11면.

지휘관의 재량에 따라 언제든 전투력을 증강시키는데 활용할 수 있어야 한다는 철학을 바탕으로 한다는 것이다. 결국 후자의 이유라면 평시에 관할관이 그러한 권한을 갖고 있어야 할 이유는 없는 것이며, 전자의 경우는 지휘관에게 있어 사법 절차는 요식행위일 뿐 언제든 부하의 자질과 행위에 대한 스스로의 판단에 따라 재판결과를 무력화시킬 수 있어야 부하들의 충성을 유도할 수 있다는 전근대적이고 행정편의적인 사고에 그 기반을 두고 있는 것이다.

이러한 관할관 확인조치권은 전시상태에 있거나 해외 파병을 하고 있는 미국이나 영국 정도를 제외하고 평시에 이를 운용하는 나라는 거의 없고<sup>7)</sup> 사실상 대통령 사면권보다 우월한 내용으로 구성되어 있다. 또한 이는 공개적인 군사재판 이외에 법무참모와 지휘관이 밀실에서 추가로 재판을 한 번 더 하게 되는 것으로서 헌법상 보장된 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리 및 공개재판을 받을 권리를 침해하게 되는 것이다(헌법 제27조). 또한 관념상으로 구속영장 승인시의 지휘관과 재판결과에 대한 확인조치권을 행사하는 관할관은 구분되나, 실질상 동일인이므로 수사에서 판결에 이르기까지 전 과정을 지휘관이 관장하는 결과가 되어 기소와 심판의 분리라는 근대 사법의 근본을 무너뜨리는 제도이다. 또한 확인조치권의 행사 과정에서 지휘관이나 법무참모의 자의적인 판단 및 남용의 소지가 농후하고 그 결과 군사재판의 권위 또한 실추될 가능성이 높다. 통계적으로 병사보다는 장교나 부사관 등과 같은 간부에 대한 감경비를 높다고 하는데 이는 확인조치권의 부당한 행사의 결과이다.

실제 보통군사법원에 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 제5조상 국고손실죄로 기소되어 징역 5년 및 추징금 7,200만원을 선고 받은 한 육군 장성은 국방부 장관의 관할관 확인 과정에서 징역 2년 6월로 감형되었고, 결국 항소심에서 집행유예 3년이 붙어 석방되는 일이 있었다. 특가법상 특정 범죄의 경우는 징역형의 하한선이 높아 법원의 작량감경을 통해 3년 이하의 형을 선고할 수 없는 경우라도, 군사법원에서는 관할관 확인 과정에서 형이 감경되면 항소심에서 집행유예를 선고받을 수 있는 특수한 상황이 가능하며, 실제 그런 일이 이루어지고 있다.

이렇게 특이하고 이례적인 경우를 굳이 살피지 않더라도 평시에 있어 지휘관의 지휘권은 인사권과, 징계권 등을 통하여 충분히 보장될 수 있고, 굳이 사법권

7) 김석철, 『군사법경찰관과 군검찰관의 직무상 지휘체계에 관한 연구』, 동국대학교 석사학위논문, 1998, 24-25면

까지 지휘권을 보장하기 위해 복속될 이유는 없다고 본다. 실제 군에서 지휘관이 누리는 지위와 철저한 계급체계 및 철저한 상명하복 문화를 생각한다면 지휘권의 약화를 우려하는 것은 기우에 지나지 않는다는 점을 군 지휘부도 이제는 솔직히 인정해야 한다. 따라서 현행 군사법원법상 관할관 확인조치권은 반드시 폐지되어야 하며 이 점에 대하여는 현재의 군 수뇌부도 별다른 공식적 이의를 제기하지 못하였다. 사법개혁추진위원회에서도 관할관의 확인조치권에 관한 문제는 별다른 논란 없이 의결되었고, 사개위의 논의를 거쳐 정부안으로 국회에 제출된 군사법제도 관련 법안에서는 관할관의 확인조치권이 완전히 삭제되었다.

### 3. 법무참모의 공판관여 배제

현행 군사법원법상 법무참모는 아무런 법률적 근거를 가지고 있지 않으며, 단지 군 조직내에서 지휘관을 보좌하는 참모의 위치에 불과하다. 그러나 법무참모는 해당 법무참모부 소속의 군검찰관과 군판사를 실질적으로 지휘·감독하고 있다. 법무참모는 군검찰권의 행사 과정에서 지휘관의 개입을 용이하게 하는 창구 역할을 함과 동시에 군사재판 과정에서도 평의에 개입하여 지휘관의 의도나 여타의 청탁을 반영할 가능성을 지니고 있다. 이와 같이 법률상 전혀 근거가 없는 법무참모의 공판관여 행위는 헌법상 보장된 법관의 법률과 양심에 의한 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는 것으로서 마땅히 시정되어야 하는 것이며, 여기에서 군사법원과 군검찰이 분리, 독립된 조직으로 운용되어야 할 필요성이 당연히 도출되는 것이다. 법무참모는 행정조직상의 개념으로 사법조직에 관여한다는 것이 인정될 수 없음은 당연한 것이며, 육군 야전교범의 내용처럼 “지휘관의 개인참모로서 지휘관이 직접 조정, 통제하기를 요망하는 개인적인 업무 또는 특정 분야에 관하여 지휘관을 보좌하는 기능”을 갖고 있기에 군검찰 및 군사법원 조직으로부터 완전히 분리하여 지휘관에 대한 순수한 법률자문관으로만 운용해야 한다.

### Ⅲ. 심판관 제도의 문제점

#### 1. 심판관 제도의 현실

현행 군사법원법상 보통군사법원은 군판사 2인과 심판관 1인으로 구성되는데, 심판관은 법에 관한 소양이 있는 자로서 재판관으로서의 인격과 학식이 충분한 자로 관할관에 의해 임명되어야 한다(군사법원법 제24조 제1항). 재판부의 구성원 가운데 계급이 높은 자가 재판장이 되므로 심판관은 법률적 소양이 거의 전무하고 사건에 대해 별다른 책임감도 없으며, 재판절차에 대하여 거의 알고 있지 못함에도 재판장이 된다. 결국 이러한 무지의 소치로 인해 재판의 진행은 주심 군판사에 의하여 이루어지므로 심판관은 주어진 시나리오를 낭독하는 역할에 머물러 사실상 들러리에 그치는 경우가 많은 게 현실이다. 많은 사람들의 예상과는 달리 군인들 스스로도 심판관으로 재판에 참여하는 것을 그다지 달가워하지 않는다. 민감한 사건의 경우 지휘관의 눈치를 보아야 하고, 비전문가의 입장에서 재판장 역할을 한다는 것이 쉽지 않기 때문이다.

#### 2. 심판관 제도의 폐지론

심판관제도의 취지는 군의 특수성을 고려하여 군판사가 결여하고 있는 군사적 전문지식을 보완하고자 하는 것이라고 한다. 그러나 실제 군사법원에서 다루어지는 범죄 가운데 군사적 전문지식이 있어야만 판단할 수 있는 범죄는 거의 전무하며, 대부분의 경우 피고인과 같은 소속 부대의 구성원이라는 본질에 의해 심판관은 재판에 관여하기 전 이미 발생한 사건에 대하여 자신의 직무수행 과정에서 그 내용을 미리 알고 예단을 갖고 있거나, 심지어 피해자를 따로 만나 피고인에 대한 불리한 정보를 개인적으로 수집하는 경우도 있었다.

한편 심판관은 사건 관련자들의 청탁이나 압력의 통로로 작용할 가능성이 있고, 법률적 소양이나 법적 절차에 대한 무지로 월권행위를 하는 경우도 왕왕 있다. 최근 모 사단에서는 심판관이 평의 내용을 무시하고 일방적으로 무죄를 선고하여 물의를 일으킨 바 있다<sup>8)</sup>. 헌법에 따라 군사법원을 설치한다고 하더라도 심판관을 필수적으로 두어야 할 이유는 없고, 군사재판 과정에서 군의 특수성을 받

영하기 위한 제도적 취지에도 불구하고 사실상 유명무실화하고 있으며, 오히려 비리와 군사재판 불신의 온상이 되고 있는 측면이 많으므로 심판관 제도는 반드시 폐지되어야 한다. 군의 특수성이나 부대 상황에 대한 고려는 부대장의 서면의 견을 통해 충분히 반영될 수 있다.

군사법원법의 역사를 보면 관할관의 권한이 점점 축소되는 것과 함께 심판관의 역할도 축소되는 쪽으로 개정되어 왔다. 애초 지휘관 사법이 당연한 것으로 여겨지던 시절에는 합의부를 구성하는 3인 가운데 과반수를 차지하는 것은 심판관이었던 것이다. 이러한 구성이 변호사의 자격을 가진 군판사를 과반수로 하는 것으로 바뀐 것이 1994년의 개정인 것이다.

결국 군사법원법의 역사가 말해주는 바와 같이 지휘관(관할관)은 강제수사 여부를 사실상 결정하고 자신의 부하를 재판부에 포함시켜 재판의 성립에 관여한다. 다음 확인조치권을 통해 이미 선고된 판결의 내용까지 변경시킬 수 있는 무소불위의 권력을 행사하였다. 이러한 과정에서 사법권의 독립 내지 인권보호를 위한 감시자로서의 사법의 역할은 형해화될 수밖에 없었고, 이는 군사법제도의 정당성은 물론이고 군에 대한 근본적 불신의 원인으로 자리매김하였던 것이 사실이다.

현상이 이러하였고 그것이 우리 헌법이 예정하고 있는 사법의 역할에서 매우 동떨어진 것이라면, 이제는 그것을 과감히 버려야만 한다. 언필칭 ‘국민과 함께하는 튼튼한 국방’을 외치면서 ‘가고 싶은 군대, 보내고 싶은 군대’를 만들려는 것을 국방정책의 목표로 삼고 있다면 그간의 전근대적인 군사법원 운영의 상징이라 할 수 있는 심판관 제도를 관할관 제도와 함께 폐지하는 것은 마땅한 일이 될 것이며, 여하한 반론도 허락될 수 없을 것이다.

#### IV. 지휘관 사법의 본질적 문제점

오늘날 군 사법제도의 개혁은 시대적 요청이자 더 이상 미룰 수 없는 시급한 과제이다. 특히 인권보장에 적합한 사법제도의 구축, 최고법원을 정점으로 한 사법체계의 통일성 확보라는 헌법상의 요청은 군의 특수성이나 군사법체계의 특수

8) 물론 이 사람에 대한 실질적 처벌은 이루어지지 않았다.

성이라는 논리보다 우월한 가치를 갖고 있다는 생각이 보편화되고 있다. 군대를 시민사회로부터 분리된 특수사회로 보는 시각은 후퇴하고 있으며, 인권에 대한 국제적 관심과 국제 인권기준의 강화, 프라이버시 기준의 강화에 발맞추어 군 사법제도를 개혁해야 할 필요성이 그 어느 때보다 커지고 있는 것이다.<sup>9)</sup>

## 1. 군에 대한 입헌적 통제의 필요성

비교법적 관점에서 각국의 군 사법제도를 검토해보면 군 지휘관에게 사법권까지 부여하는 전통적인 군 사법 운용방식이 급격하게 와해되고 있음을 알 수 있다<sup>10)</sup>. 군 지휘관의 행사에 사법권의 행사가 당연히 포함된다는 인식은 이제 더 이상 유지될 수 없고, 유지되어서도 안 되는 전근대적인 것임을 분명히 하고자 한다. 현대전을 수행하는 군대는 과거의 그것과 완전히 다른 만큼, 그러한 군대를 지휘하는 지휘관의 인식 또한 과거와는 완전히 달라져야 한다. 군대의 사명은 국가를 지키는데 있다. 이는 영토를 기준으로 한 물리적 개념으로서의 국가뿐만 아니라, 국가의 기본질서인 헌법과 헌법이 표방하는 가치를 지켜내는 것까지를 의미하는 것이다.

과거 우리 군은 헌법의 규율을 받는 국가기관의 하나로 인식되고 운용된 것이 아니라, 헌법적 통제로부터 자유로운 특수조직의 하나로 치부되어 온 경향이 있다. 군 스스로도 시민사회의 감시자 역할을 자임하며 헌법과 법률을 준수하려고 노력하기 보다는 스스로 헌법과 법률을 무력화하거나 자신에게 편리한 쪽으로만 활용하려는 시도를 멈추지 않았다. 여기에 덧붙여 우리 군은 “군대는 그 특유의 속성상 민주주의적 기관이 될 수 없으므로 민주주의적 통제에서 항상 열외에 놓여있어야 한다”는 착각에 빠져 있었다는 점도 부인할 수 없다. 현실적 역학관계에서 열세에 놓여 있거나 군사정권의 어두운 터널을 거쳐 오는 동안 기득권 세력의 하나로 자리매김한 우리의 일부 정치세력과 법조는 한편으로 여전히 군을 두려워하고, 한편으로는 자신들의 필요와 이익을 위해 군과 결탁하며 결코 연결될 수 없는 앞선 두 가지의 논리를 무리하게 연결시키고도 그 모순을 애써 외면하고 있었다.

9) 이계수, 앞의 책, 249면.

10) 이계수, 앞의 책, 256~258면.

그 결과 군은 사회의 민주화와 합리적 발전과정을 따라가지 못한 채 홀로 고립되어 정상적이고 단계적인 발전을 이루지 못하였고, 군사정권이 종식된 지금은 어느 날 갑자기 개혁을 요구받고도 전혀 논리적 대응을 하지 못하는 실질적 무기력 상태에 빠져 있다. 군에 대한 불신은 여전하고 그것을 해소하려는 노력에 대한 냉소 또한 여전하다. 지휘관이 모든 것을 책임지는 것이니 모든 권한을 행사해야 한다는 근거 없는 망상에 사로잡혀 감당할 수 없는 상황을 억지로 감당해보려다 결국 무너지는 과정에서 갖은 무리수를 두어 웃음거리가 되고 있기도 하며, 구성원들의 사기 또한 나날이 저하되고 있는 측면이 있다는 점도 부인하기 어렵다. 이러한 군에 헌법적 통제가 이루어지지 않으면 군의 미래도 없고 우리나라의 미래도 없다는 점을 감히 주장하고자 한다. 그러기 위하여 우리 헌법이 바라보고 구현하고자 하는 바람직한 군의 모습을 이제는 정말 진지하게 성찰할 때에 온 것이다.

## 2. 인권과 대립할 수 없는 지휘권

헌법은 분명 군사법원을 사법기관으로 인식하며 규정하고 있다. 여기에 행정조직의 일원인 지휘관이 개입할 수 있는 여지를 허락하지 않고 있다는 점 또한 자명한 사실이다. 대한민국의 어느 행정기관장도 사법권을 갖고 있지 않다. 이는 군 통수권자인 대통령의 경우도 마찬가지이다. 그런데 대통령의 통수권 아래에 있는 군 지휘관들이 사법권을 보유한다는 것은 너무도 극명한 모순이다. 관할관 제도와 심판관 제도를 존속시켜야 한다는 군내 일각의 논리가 억지로 비추어지는 것은 이 점 때문이다. 아닌 것을 맞다고 우기려다 결국 아무런 호응도 없이 전부 패퇴한 것이 관할관과 심판관을 둘러싼 사개위 논의의 과정과 결과로 드러나 있다. 군대의 효율적 관리와 운용이라는 가치가 국민과 군인의 인권보장이라는 가치와 충돌하여 우위를 점하던 시대는 이미 지났다. 지휘권과 인권은 결코 대립할 수 없는 것이며 지휘권은 당연히 인권 앞에 고개를 숙여야 하는 것이 마땅하다. 군 사법제도는 지휘권과 인권이 경합하는 지점이 아니라 인권의 보장을 위해 궁극적으로 진정한 지휘권을 확보하는 지점이라는 사실을 분명히 인식해야만 한다. 그럼에도 불구하고 지휘권을 보장하여야 한다는 논리의 이면에는 그저 과거에 안주하여 어떠한 충고도 무시하려는 기득권자의 처절한 몸부림만이 남아있을 따름

이다.

아울러 현재 국회에 계류 중인 군사법 개혁 법안과 관련한 유보론 혹은 소극적 개정론의 경우 표면적으로 내세우는 논리 가운데 가장 눈에 띄는 부분은, 지휘관들의 반발을 염두에 두고 그들의 의견을 무시하여서는 안 된다는 주장이다. 물론 지휘관이 군 내에서 차지하는 위치에 비추어 그들의 의견을 무시하거나 의도적으로 배제하여서는 안 된다.

하지만 현재의 국면에서 논의되는 지휘관들의 반발이나 반론이라는 것이 어떤 법적, 논리적 토대에서 비롯된 것인지 먼저 분명히 할 필요가 있다는 생각이다. 불과 1, 2년 전까지만 해도 군에 대하여 인권을 논의하는 것을 빨갱이들의 준동이거나 군에 대하여 전혀 모르는 철부지들의 한가한 담론 정도로 치부하던 사람들이 어느 날 갑자기 인권의식과 법치주의에 대한 인식이 향상되어 장병의 권익보호를 위한 지휘관의 의견수렴과 권한 보장이 필수적이라는 모순된 주장을 거리낌 없이 부르짖고 있는 것이 사실이다. 여기에 편승한 일부 정치세력은 헌법 정신이나 바람직한 군사법의 방향, 사법권의 본질에 대한 논의는 애써 외면한 채, 자신들의 정치적 이해득실을 따져 기득권 세력의 편을 들고 그 궤변을 정당화하려는 시도를 멈추지 않고 있는 것이다.

군 지휘관들 가운데에는 사법권을 지휘권의 한 내용으로 포함시킬 때 군을 일사불란하게 지휘·통제할 수 있다고 생각하는 경향이 있다. 이러한 주장은 결국 지휘권의 개념을 초법적인 것으로 전제하며 부하들의 위치를 항상 지휘관의 관리와 보호 하에 두어야 하는 불완전한 존재로 보는 인식에 기초하고 있음을 부인하지 못할 것이며, 지휘권을 행사하는 지휘관의 무오류가 전제되어야 한다는 중요한 지적과 논리적 반박에 대하여는 아무런 해답을 주지 못한다. 더구나 비리를 저지르고 불법을 자행하는 지휘관을 어떻게 견제하여야 하는지에 대한 의문에는 그저 지휘관에게 소양교육을 강화하면 된다는 알 수 없는 강변과 기무사의 존재가 있으므로 그럴 리 없다는 억지만이 답변으로 돌아온다.

솔직히 말해 현재의 군 사법이 누구를 위해 운용되어 왔고 현재의 제도가 누구에게 결정적으로 유리한 것인지는 이미 명백히 드러났다고 생각한다. 이제 기득권자의 위치에서 시대적 변화에 따라 자기 손을 벗어나려 하는 권한에 대한 미련을 과감히 버리라고 충고하고 싶다. 이는 그간 군사법원이 우리 현대사 속에서 수행해온 역할을 볼 때에도 이제는 사회발전과 민주화의 추세에 발맞추어 그 전

근대성을 탈피해야 한다는 시대적 요청에서도 분명한 것이며, 이제 그 누구도 특권을 보유한 채 성역 속에 안주할 수 없다는 준엄한 시대정신에 순응하여야 한다는 점을 보아도 명백한 것이다. 지휘관 사법을 고집하며 고수하는 것은 장기적으로 보아 군의 바람직한 발전에 걸림돌이 되는 것이며, 국민의 신뢰를 저해하는 독소임을 깨달아야 할 때가 된 것이다.

군 사법제도를 개혁하였거나 개혁하고자 하는 나라들이 군 사법제도의 설계에서 관심을 갖는 포인트는 두 가지라고 한다. 하나는 군 사법제도를 사법부의 한 부분으로 통합함으로써 최고법원을 정점으로 한 '사법체계의 통일성 확보'라는 헌법적 요청을 실현해야 한다는 것이고, 다른 하나는 군 사법 개혁을 통해 군인의 인권보장을 강화한다는 것이다.<sup>11)</sup> 양자는 전혀 별개의 개념이거나 분리되어 생각할 수 없는 연결적 개념이라는 것에 대하여는 반론의 여지가 많지 않을 것이다.

군 사법이 통일적인 사법체계에 편입되어 있는가 하는 것은 형식적인 기준이 아니라 실질적인 기준에 의거해서 판단해야 한다. 재판의 공정성이 담보되어 있는지, 수사·기소·재판이 지휘관의 영향력에서 벗어나 있는가 하는 점 등을 고려해야 한다는 것인데 사법의 통일성 원칙을 이렇게 이해한다면 사법의 통일성과 군인 인권보장은 하나의 목적을 지향하는 두 개의 하위원리가 되는 셈이다. 이를 한마디로 줄이면 “군사 영역에서의 입헌주의 관철”이 되며 군 사법제도의 개혁은 이러한 목적을 완성하는 것이어야 한다는 점을 재삼 강조하고자 한다. 이러한 입장에서 볼 때, 관할관 제도와 심판관 제도가 폐지되어야 한다는 것은 당연한 귀결이 될 것이다.

### 3. 군 사법개혁에 대한 전통적 반대론의 유사성

앞서 살핀 바와 같이 지휘관 사법의 문제점과 그 전근대적 폐해는 반드시 극복되어야 할 과제이며, 많은 나라들이 그러한 노력에 성실히 임하고 있다. 그러나 그에 반대하는 기득권자들의 논리는 국제적 공통성을 획득하였다고 할 수 있을 정도로 매우 유사한 것이어서 필자를 놀라게 한 바 있었다. 여기에서 간단히 소개하며 그 논리의 허구성을 다시 지적하고자 한다.

예컨대 이탈리아 국제청문회에서 움베르토 카푸쥬(Umberto Cappuzzo) 장군

11) 이계수, 앞의 책, 258면.

이 사법개혁을 반대하는 논리로 제기한 다음의 주장<sup>12)</sup>들은 우리 군과 정치세력 일각에서 제기되는 논리와 지나치게 유사하다.

① 군사재판은 군이라는 특수하고 전문적인 조직을 이해하는 자만이 할 수 있다, ② 군검사와 군판사 같은 군 사법제도 종사자들만이 사실관계와 범죄자의 성격 파악을 정확히 할 수 있다, ③ 군사재판은 신속한 재판을 통하여 범죄자를 처벌해야 한다는 군의 요청에 부응할 수 있다, ④ 군사재판을 일반법원이 담당하면 군의 정체성이 훼손될 수 있다, ⑤ 군사재판은 일종의 확대된 징계위원회이므로 사법체계와는 무관하다는 것이 그 논거들이다. 한마디로 군의 특수성을 인정해야 하므로 헌법적 요청은 유보되거나 배제되어야 한다는 논리라고 생각된다. 하지만 변화된 군사환경과 조건 등을 고려할 때 실체가 모호한 군의 특수성을 앞세우는 논리보다 헌법적 요청이 우월한 가치를 갖는다는 견해가 당연히 대다수의 국가에서 공유되고 있으며 국민적 공감대를 형성하고 있는 것이 분명한 사실이다.

더욱이 이러한 문제들은 인권에 대한 국제적 관심의 강화와 국제 인권기준의 강화라는 세계적 추세에 비추어도 군 사법제도 개혁의 필요성이 새로운 차원에서 제기되어 왔음을 다시 상기하고자 한다. 인권이라는 쟁점은 군 사법제도 개혁을 추동하는 가장 중요한 포인트이며 군 사법제도 개혁에서 빠질 수 없는 주제가 되었다. 진정한 군 사법제도 개혁은 인권을 더 이상 지휘권을 제약하는 요소가 아니라 지휘권을 입헌적 반석 위로 이끄는 중요한 동인이자 가치로 인식하는데서 출발하여야 한다<sup>13)</sup>는 견해에 전적으로 동의한다.

## V. 결 어

한국 사회의 민주주의 발전은 국방분야의 민주화로 완성될 수 있다고 생각한다. 그러한 목표를 달성하는데 있어 군 사법제도의 개혁과 그에 따른 국민의 신뢰 확보 및 군 구성원들의 자부심과 전문성의 증진이 무엇보다 중요한 것임을 다시 강조하고자 한다.

12) 이계수, 앞의 책, 259면.

13) 이계수, 앞의 책, 263면.

어렵게 시작된 참여정부에서의 군 사법제도 개혁 논의가 수구세력의 완강하고 집요한 저항에 의하여 좌초될 위기에 있다. 이 시기를 놓치면 우리의 군 사법제도가 진정한 입헌적 기반위에 놓을 날이 없다는 위기의식이 점점 강해지는 것도 사실이다.

대한민국 헌법 아래에서 헌법의 규율을 받는 국가기관의 장이나 하부 기관장 가운데 사법부의 구성원인 법관을 제외하고 자신의 권한 가운데 일부로 사법권을 포함하여 행사하는 유일한 사람이 군 지휘관이다. 스스로를 객관화시키지 못한 채 제왕적인 절대자의 위치에 놓고 비리를 철저히 방지하고 인권을 보장한 행정조직의 수장은 인류 역사상 존재하지 않았다. 이것이 우리가 그토록 폐지의 당위성을 주장하는 지휘관 사법의 본질이다.

■ 참고문헌

- 김석철, 『군사법경찰관과 군검찰관의 직무상 지휘체계에 관한 연구』, 동국대학교 석사학위논문, 1998
- 송영길, 『군사법원 제도개선 방안』, 2000년 송영길 의원 국정감사 정책자료집, 2000
- 이계수, 『군사안보법 연구』, 울산대학교 출판부, 2007
- 김경환, "현행 군사법제도의 근본적인 문제점과 개선방안", 참여연대 토론회 토론문, 2002

투고일자 2008.09.03      심사개시일자 2008.09.17      게재확정일자 2008.10.01

**[ABSTRACT]**

**The Study on the Abolition of the Commander-Controlled  
Military Justice System  
- focusing on Convening Authority and Line-Officer Judge System -**

CHOE, Kang Wook

Under the current military justice system, the commanders supervise the military prosecutor's offices and the general military courts as a convening authority. Such lack of independence of the military justice system has been an obstacle to fair prosecution and trial.

Reform of the military justice system is one of the key elements of the democratization and social development in Korea. Logics and arguments for the separation of military system from constitution-based democracy (for the reason of its uniqueness and efficiency in command control) shall be no longer esteemed valid or justifiable.

The author believes that adjudication and justice system controlled by unit commanders is the most problematic in the entire military justice system of Korea and that unit commander's exertion of influence over the system should be done away with. One may not find any better examples to justify the abolition of current commander-influenced military justice system than the cases of line-officer judge and convening authority system of the Korean armed forces. In order to

make the justice system democratic, we must think hard on what values the constitution of Korea pursue and what type of society as a whole is envisioned thereunder. In line therewith, the author wishes to shed the lights on the commander-controlled justice system, including the line-officer judge and convening authority system, from theoretical and practical perspectives.

The military commanders are the only executives who manage to retain the judiciary power, sacrificing the independence of the judiciary necessary to warrant fairness. If the human history teaches us anything, one of the many would be that there has been no person having executive power completely immune from personal bias, bribery, etc. while protecting the rights of subordinates and the general public to the fullest extent.

Development of democratic society in Korea can be completed by democratization of the Korean military and to such an end, the author emphasizes the utmost importance of earning of the trust from the general public and enhancing the pride and the expertise of the military men and women through reform of the military justice system.

**Key Words** : convening authority, line-officer judge, commander-controlled military justice system, constitution based supervision and control



# 어음 事故申告擔保金の 性格과 倒産節次가 그에 미치는 影響에 關한 研究

임 채 응  
(서울중앙지방법원 부장판사)

## 【초 록】

대법원판례는 어음과 관련된 사고신고담보금 예치계약을 제3자를 위한 계약으로 파악하고, 어음발행인이 어음사고신고담보금을 별단예금으로 입금한 뒤 그에 대해 도산절차가 개시된 경우 어음소지인은 발행인을 상대로 도산채권확정의 소를 제기하여 승소한 다음 위 담보금을 확보할 수 있다고 본다.

이에 대해 본인은 도산과 관련한 위 견해는 옳지 않은 것이라고 주장한 논문을 발표한 바 있는데, 김교창변호사께서 본인의 논문에 대해 비판을 가하면서, 위 예치계약은 제3자를 위한 계약이 아니고 변제공탁계약이므로, 위 담보금의 예치로 변제가 이루어진다는 취지의 주장을 하였다.

이 글은 위와 같은 주장이 옳지 않음을 논증하여 위 예치계약을 제3자를 위한 계약으로 봄은 옳으나, 발행인에 대해 도산절차가 개시되면 소지인인 더 이상 위 담보금에 대해 권리를 주장할 수 없다고 주장하였다.

아울러 채무자에 대한 도산절차의 개시가 제3자를 위한 계약에 어떠한 영향을 주는가에 대해 새로운 주장을 전개하였으며, 마지막으로 위 담보금을 도산절차에서 완전히 격리시키려면 신탁으로 구성하는 것이 해결책이 될 수 있음을 제시하였다.

**주제어:** 어음, 수표, 사고신고담보금, 제3자를 위한 계약, 도산, 도산채권확정의 소, 변제, 신탁

【차 례】

I. 들어가는 말	5. 소결론
II. 위 비판론의 요지	IV. 도산절차와의 관계
III. 사고신고담보금 예치계약	1. 기존 논의의 정리
1. 위 비판론의 주장	2. 논리의 일관성
2. 사고신고담보금제도의 근거	3. 현행 제도의 해석론
3. 번제공탁계약	4. 관련문제
4. 위 비판론의 기타 내용과 그에 대한 본인의 견해	V. 맺는 말

I. 들어가는 말

어음(또는 수표)에 대한 사고신고담보금의 성격과 어음발행인에 대해 도산절차가 개시된 경우 위 사고신고담보금에 어떠한 영향이 미칠 것인가에 대해 그간 몇 개의 대법원판례가 선고된 바 있으며, 그에 관해 많은 연구성과가 발표되었는데, 본인도 그에 관해 한 편의 연구논문(이하 ‘위 拙稿’)을 발표한 바 있다.<sup>1)</sup>

그런데, 위 주제에 관해 그간 꾸준히 연구해 오시던 김교창변호사님께서 법률신문 2007. 10. 8.자 제3592호에 “회사정리계획과 어음소지인의 사고신고담보금 청구권”(이하 ‘법률신문 논문’)이라는 논문을 발표하셨고, 이 글에서 위 拙稿에 대한 비판을 가하셨다. 본인이 위 拙稿의 주장내용을 대표하는 위치에 있지도 않

1) 拙稿, “정리전회사가 사고신고담보금을 예탁한 후 회사정리절차가 개시된 경우 어음소지인의 지위에 관한 연구”, 상사판례연구 VI권(2006. 3.), 박영사, 203면 이하.

2) 김교창변호사님께서 위 법률신문 논문이 발표되기 이전에 이미 같은 내용의 “사고신고담보금과 회사정리 개시결정”(서울지방변호사회, 판례연구 18집(1)(2004. 8.), 82면 이하)(이하 ‘판례연구 논문’)이라는 논문을 발표하시어 같은 주장을 펴신 바 있다. 위 법률신문 논문은 아무래도 약간 간략한 편이어서 이해에 어려운 점이 있다. 위 판례연구 논문과 같이 읽으면 좀 더 잘 이해할 수 있을 것이다. 이하에서는 김교창변호사님께서 이러한 논문들을 통하여 주장하시는 바를 ‘위 비판론’이라 부르기로 한다.

한편 위 拙稿 및 판례연구 논문은 대법원 2001. 7. 24. 선고 2001다3122 판결(이하 ‘판결 1’)과 관련된 것이었고, 법률신문 논문은 그 후 선고된 대법원 2005. 3. 24. 선고 2004다71928 판결(이하 ‘판결 2’)과 관련된 것이었다. 법률신문 논문에서는 ‘참고판결’을 거론하고 있으면서도 어떤 판결인지 명백히 하고 있지 아니하다. 관련논문과 여러 사정들을 고려해볼 때, 위 ‘참고판결’이란 [판결 1]을 지칭하고 있음이 분명하다.

은데, 아마도 김교창변호사님께서 위 拙稿 221면에 ‘위와 같은 의견에 제기될 수 있는 반론에 대하여’라는 소제목으로 간략하게 언급해둔 것을 보시고 주된 비판 대상으로 삼으신 것으로 짐작된다.

아래에서 적는 바와 같이 본인은 아직도 김변호사님의 견해에 찬동하기 어려운 점이 있으나, 이와는 별개로 본인의 주장에 대해 소중한 지적을 해주신 점에 대해 이 글을 빌어 깊은 감사의 말씀을 드리고 싶다.

한편 위 拙稿를 발표한 論者로서, 자신이 발표한 글에 대해 學術的인 批判이 가해졌고 그 비판에 대해 그대로 수긍할 수 없다면 마땅히 그에 대한 반론을 제시하는 것이 옳다고 보며, 그렇게 하는 것이 학술적인 발전에 기여하는 길이라 믿고 있으므로, 이 글에서는 위 비판론에 대해 조심스럽게 反論을 펴보고자 한다.

이 글은 먼저 위 비판론을 요약하고(Ⅱ), 사고신고담보금 예치계약의 성격에 관하여 살펴본 다음(Ⅲ), 도산절차와의 관계에 관해 설명하기로 한다(Ⅳ). 그런데 사고신고담보금 예치계약의 성격을 살펴봄에 있어 위 비판론에 대해 답변하는 형식을 취하기로 하는데, 그 이유는 그와 같은 형식을 취하는 것이 위 비판론과 본인의 견해를 뚜렷하게 대비시킴으로써 위 계약의 성격을 더욱 명백히 보일 수 있기 때문이다.

## Ⅱ. 위 비판론의 요지

판례연구 논문과 법률신문 논문의 내용은 거의 동일하나, 위 拙稿에 대한 비판은 법률신문 논문에서만 이루어지고 있다. 법률신문 논문의 위 拙稿에 대한 비판의 핵심은 두 가지이다.

첫째, 대법원판결이 어음발행인과 은행 사이의 사고신고담보금 예치계약(이하 ‘예치계약’)을 제3자를 위한 계약으로 잘못 이해하고 있는데, 본인이 이에 동조하고 있는 것이 잘못이라는 것이다.

둘째, 사고신고담보금이 예치된 뒤 어음발행인에 대해 도산절차가 개시되고 어음소지인이 위 도산절차에서 그 권리를 행사하지 아니하여 실권된 경우 대법원판례는 어음소지인이 그 권리를 행사할 수 없다는 결론을 내리고 있고, 본인은 이에

대해 ① 도산절차에 의하여 채권자들의 권리가 제약되는 것이 옳고, ② 위 담보금도 어음발행인의 재산이라는 면이 있다는 점을 들어 찬성하였는데, 이러한 이해가 잘못된 것이라 한다.

본인은 위 拙稿에서 제시한 결론이 지금도 옳다고 보고 있으므로, 이 글에서는 그 내용에 대한 詳論은 피하고, 위 법률신문 논문의 비판에 대해 집중하여 검토하고자 한다.

### Ⅲ. 사고신고담보금 예치계약

#### 1. 위 비판론의 주장

위 견해에서는 예치계약은 제3자를 위한 계약이 아니며 '변제공탁계약'이고, 그 예치 즉시 정당한 어음소지인은 즉시 확정적으로 권리를 취득한다고 주장한다. 예치계약의 성격을 위와 같이 파악하면 위 담보금에 대한 권리는 이미 어음발행인의 손에서 완전히 떠난 것이 되어 어음발행인에 대한 도산절차에 의해 영향을 받지 않는다는 결론에 이르게 되는 것으로 설명하고 있다.

위 拙稿는 어디까지나 도산이라는 측면에 중점을 둔 글이며, 예치계약의 성격을 논점으로 삼고 있지 않다. 위 拙稿가 작성되는 과정에서 이 점에 관해 검토한 바도 없으며, 따라서 그 성격에 관하여 단정하고 있지도 아니하다. 당시에 이미 제3자를 위한 계약으로 보는 것이 대법원판례의 입장이었고 학술적으로도 주목할 만한 반론이 없었던 것으로 보았으므로 이를 당연한 전제로 한 것이었다. 그러나 이번 기회에 위 예치계약의 성격을 검토해보기로 한다.

#### 2. 사고신고담보금제도의 근거

은행과의 거래와 관련하여 어음을 발행하고자 하는 사람(발행인)은 은행과 계약을 체결하여야 하는데, 발행인과 은행 사이에는 '예금거래기본약관'이 기본적으로 적용되고, 어음발행과 관련해서는 '입출금이 자유로운 예금약관'(이하 '입출

금약관')이 적용된다.<sup>3)</sup>

예금거래기본약관 제22조[기타]는, “이 약관과 입출금이 자유로운 예금약관 또는 거치식·적립식 예금약관에서 정하지 않은 사항은 따로 약정이 없으면 관계법령, 어음교환업무규약을 적용한다.”라고 규정하고 있고, 입출금약관 제5조 제3항은, “거래처가 이미 발행한 수표나 어음의 지급위탁을 취소할 때에는 은행이 마련한 서식으로 신청하여야 하고 어음교환업무규약에 따라 수표나 어음에 적힌 금액을 담보금으로 예치하여야 합니다.”라고 규정하고 있다.<sup>4)</sup>

한편, 현재의 어음교환 등은 1986. 6월 전국어음교환관리소와 은행지로관리소를 통합하여 창설된 사단법인 금융결제원이 담당하고 있으며, 금융결제원의 ‘어음교환업무규약’과 ‘어음교환업무규약 시행세칙’에 따라 업무가 처리된다.

사고신고담보금에 대해서는 위 시행세칙에서 규정하고 있는데, 동 세칙 제2조 제1항 제15호는, 「“사고신고담보금”이라 함은 어음발행인이 사고신고와 관련하여 제116조에 의하여 지급은행에 별단예금으로 입금한 어음금액 해당자금을... 말한다.」라고 규정하고 있고, 제118조에서 지급요건을 정하고 있다.<sup>5)</sup>

3) 은행별로 이러한 계약형식은 달라질 수 있다. 이 글에서는 신한은행의 실무에 따른다.

4) ‘사고신고’와 ‘지급위탁의 취소’는 다른 것으로 분명히 구별되어야 한다고 한다(판례연구 논문 85면 이하).

5) 제118조 【사고신고담보금 등의 지급】

① 사고신고담보금 또는 지급정지가처분담보금은 다음과 같은 사유로 지급청구가 있을 경우 그 청구권자에게 지급한다.

1. 어음소지인에게 지급하는 경우

가. 어음소지인이 어음금지급청구소송 또는 어음채무부존재확인소송에서 승소하고 그 판결확정증명 또는 확정판결과 동일한 효력이 있는 것으로 지급은행이 인정하는 증서를 제출한 경우

나. 어음소지인이 확정된 이행권고결정문 또는 확정된 지급명령문을 제출한 경우. 다만, 청구에 관한 이의의 소가 제기되었음을 입증하는 자료가 제출된 경우는 제외

다. 어음발행인이 어음소지인에 대한 어음금지급에 동의하고 이를 증명하는 서면을 제출한 경우. 다만, 당해어음에 대한 법원의 지급정지가처분명령이 송달된 경우는 제외

2. 어음발행인에게 지급하는 경우

가. 어음발행인이 어음금지급청구소송 또는 어음채무부존재확인소송에서 승소하고 그 판결확정증명 또는 확정판결과 동일한 효력이 있는 것으로 지급은행이 인정하는 증서를 제출한 경우

나. 당해 어음채무로 인하여 어음발행인이 그 상대방을 위하여 별도로 담보공탁하였음을 입증하는 서면을 제출하는 경우 공탁해당금액. 다만, 어음발행인이 당해어음의 지급정지가처분신청과 관련하여 담보공탁한 경우는 제외

다. 어음발행인이 당해어음을 회수하여 제출하는 경우

라. 당해어음과 관련하여 이해관계인이 소송계속중임을 입증하는 서면을 지급은행에 제출한 바가 없고 지급제시일로부터 6개월이 경과한 경우. 다만, 소송계속중임을 입증하는 서면이 지급은행에 제출되었더라도 그 소송이 지급제시일로부터 6개월 이내에 각하 또는 취하되었을 경우에는 지급제시일로부터 6개월이 되는 때에 지급하고, 지급제시일로부터 6개월이 경과

예치계약은 별도로 독립되어 체결되는 것이 아니다. 일반 예금계약의 일부로서 체결되는 것이다. 예금계약의 약관에 의하여 은행과 결제원 사이에서 적용되는 위 규약 및 세칙이 그 계약의 일부로 편입되는 것이다. 사고신고담보금은 공공적 성격이 강하기는 하지만, 어디까지나 사적 자치의 산물이라 할 수 있다.

### 3. 변제공탁계약

우선 예치계약이 '변제공탁계약'이라는 파악이 옳은 것인지 하는 점에 의문이 있다. 원래 공탁이란 채무이행지의 공탁소에 하여야 하는 것이고(민법 제488조 제1항), 적법한 공탁이 이루어지면 채무자는 채무를 면할 수 있다(민법 제487조). 즉, 공탁 즉시 변제의 효과가 발생하는 것이다.

그런데 과연 예치계약에 의하여 위와 같은 효과가 발생하는가? 김교창변호사께서는, 위 예치와 민법상의 변제공탁과의 차이는 단지 형식적인 뿐이라 하면서 그 차이란 첫째, 공탁을 담당하는 기관이 은행이나 법원이나의 차이를 보이는 것이고, 둘째, 공탁에서는 채무자가 법원에 변제공탁을 하면서 채권자로 하여금 어떤 증서를 제출하고 지급받아가도록 함에 대하여, 예치계약에서는 소지인이 신고인을 상대로 한 소송에서 승소판결을 받아내는 것을 증거로 제출하도록 하는 차이가 있다고 한다.<sup>6)</sup>

결국 위 비판론은 예치계약을 사적자치에 의하여 창설된 공탁제도에 해당되는 것으로 보고 공탁을 예치에 대응하는 것으로 보는 것이며, 예치를 함으로써 공탁을 한 것과 같이 변제효과가 나는 것으로 보는 것이라 할 수 있다.

예치계약과 공탁 사이에 위와 같은 유사성이 있음을 착안한 것은 매우 의미있는 일이지는 하나, 유사한 점이 있다고 하여 곧바로 같은 것이라 할 수는 없다.

하여 각하 또는 취하되었을 경우에는 그 사실을 어음발행인이 입증한 때에 지급  
 마. 당해어음이 지급제시기간내에 제시되지 않은 경우

3. 법원으로부터 제권판결을 받은 자에게 지급하는 경우

사고신고 또는 지급정지가처분사유가 분실·도난이고 당해어음에 대한 제권판결을 받아 법원의 판결문을 제출하고 1개월이 경과한 경우. 다만, 신고된 권리를 보유하고 증권의 무효를 신고한 제권판결문을 제출한 경우 및 제권판결 불복의 소가 제기되었음을 입증하는 자료가 제출된 경우는 제외

②지급은행은 전항에서 정한 지급사유가 먼저 발생한 당사자를 정당한 권리자로 간주하고 그 청구에 의하여 사고신고담보금 또는 지급정지가처분담보금을 지급하거나 반환한다.

6) 위 판례연구 논문 89면.

이론적인 면에서, 우선 사고신고담보금을 예치한다고 하여 그 즉시 변제효과가 나지 않는다는 점을 지적하지 않을 수 없다. 적법한 공탁이 이루어지면 그 시점에서 변제효과가 발생하며 채권자가 일정한 증명을 하여야 공탁금을 수령할 수 있으나, 예치계약에서는 그렇게 볼 수 없다. 어디까지나 어음교환소규약에 따른 '조건'이 성취되어야 어음소지인이 그 담보금에 대해 권리를 취득하고, 권리를 취득한 다음 구체적으로 담보금을 수령하여야만 변제효과가 발생하는 것으로 보지 않을 수 없다.

공탁제도가 아니면서도 금원을 특정인에게 예치하는 것만으로 변제효과가 나게 되는 제도를 사적자치규약에 의하여 창설할 수도 있을 것이나, 그와 같이 명백히 합의된 경우에만 가능한 일일 것이다. 예금계약이나 위 규약 또는 세칙 등이 그에 해당된다고 할 수 없다.

위 비판론이 변제공탁계약이라는 개념을 제시하기까지 한 것은 그와 같이 구성함으로써 발행인이 담보금을 은행에 예치하는 순간 담보금에 대한 발행인의 권리는 소멸되고 정당한 소지인이 그에 대해 권리를 확정적으로 취득하는 것으로 구성함으로써 그 이후 발행인에 대해 도산절차가 개시되더라도 소지인이 그로부터 영향을 받지 않게 하려는 고려에서 비롯된 것이라 할 수 있다. 그러나 현재의 사고신고담보금제도를 그와 같이 해석하는 것은 무리이다. 이 점은 後述하는 바와 같이 '조건'의 의미에 대한 견해의 차이와도 밀접한 관련이 있다.

변제의 성격을 준법률행위로 보는 것이 일반적인 견해인데, 이론적인 견해에 따라 그에 변제의 의사가 필요한가 그렇지 않은가에 대한 엇갈림이 있다. 그러나 변제에 대한 견해의 차이와 별개로 만일 위 예치계약을 변제공탁계약이라고 해석하려면 변제하겠다는 의사가 필요하다.<sup>8)</sup> 그런데 예치계약을 체결하고 담보금을 예치하는 발행인의 의사는 본인의 의지에 의해 임의로 변제하려는 것이 아니라 그 반대이다. 변제를 거부하기 위한 수단으로 예치하는 것이다. 따라서 의사표시의 내용이라는 면에서 보더라도 예치계약에 따라 예치하는 것을 변제에 해당되는 것으로 볼 수 없다.

결국 예치계약은 변제공탁과 유사한 점이 있고, 경우에 따라서는 그와 비슷한

7) 여기서의 '조건'에 대해서는 後述.

8) 변제의 성격과 그에 대한 분석으로는, 拙稿, "倒産法上 否認權의 行使對象에 關한 研究", 서울大學校 法學博士學位論文(2007), 71면 이하.

기능을 하는 경우가 있을 수 있음은 사실이나, 변제공탁의 효과와 동일하다고 할 수는 없다. 따라서 이를 '변제공탁계약'이라고 하는 것은 여러 모로 오해의 여지가 있다.

#### 4. 위 비판론의 기타 내용과 그에 대한 본인의 견해

##### (1) 대립적 권리의무관계의 유무

###### 1) 위 비판론의 내용

제3자를 위한 계약의 요약자와 낙약자는 대체로 그들 사이에 어떤 대립적인 권리의무관계를 갖고 있으나, 발행인과 은행 사이에는 그와 같은 관계가 없다.<sup>9)</sup>

###### 2) 본인의 견해

요약자와 낙약자 사이에 대립적인 권리의무관계가 있는 것이 대체적인 경우이기는 하나, 그것이 꼭 대등한 대가관계이어야 할 이유가 없다. 그러한 권리의무관계가 전혀 없더라도 제3자를 위한 계약의 성립에 아무런 지장도 주지 않는다.

또한 어음발행인과 은행 사이에서 위 담보금의 예치는 별단예금의 형식을 취하게 되므로, 가령 권리의무관계가 필요하다 하더라도 별단예금으로 성립하는 것으로 충분한 것이다. 위와 같은 별단예금 자체를 통하여 어음발행인이나 은행이 얻는 것이 없다 하더라도 위 예치계약은 독립적으로 체결되는 것이 아니고, 어음거래와 관련된 일련의 법률관계를 형성하면서 그 일부로서 체결되는 것이므로 더더욱 위 비판론의 위 주장은 근거가 없는 것이 된다.

아울러 위 비판론 스스로도 위 '세칙'이 제3자를 위한 계약으로 이해하고 제시인에게 수익의사표시를 요구하고 있다라고 기술하고 있다.<sup>10)</sup> 위 비판론이 사고신고담보금제도는 사적자치법규에 의하여 창설된 것이라고 설명하고 있는데, 그러한 자치법규 자체가 예치계약을 제3자를 위한 계약이라고 보고 있다고 하면서도 제3자를 위한 계약이 아니라고 하는 것은 모순이다. 자치법규 스스로가 제3자를 위한 계약이라고 했다면 그대로 인정하는 것이 옳다.

9) 판례연구 논문, 89면.

10) 판례연구 논문, 90면. 위 세칙 제118조 제1항을 지칭하는 것으로 이해된다.

## (2) 낙약자의 항변권 부존재

### 1) 위 비판론의 내용

제3자를 위한 계약이라면 낙약자가 요약자와의 계약에 기한 항변으로 제3자에게 대항할 수 있는데(민법 제542조), 위 예치계약에서는 지급은행이 그런 항변권을 행사할 여지가 없고, 실제로 신고인과 지급은행 사이에 작성되는 약정서에 그런 내용은 들어있지 않다. 따라서 그 점에서도 위 예치계약은 제3자를 위한 계약이 분명히 아니다.<sup>11)</sup>

### 2) 본인의 견해

은행이 위 항변으로 대항할 수 없도록 한 것은 위 예치계약에서 그렇게 정했기 때문일 뿐이며, 위와 같은 내용이 들어갔다고 하여 제3자를 위한 계약으로서의 성격이 바뀌는 것은 아니다. 어디까지나 당사자의 합의에 따른 효력에 지나지 않는다.

일반적인 제3자를 위한 계약의 경우와 달리, 사고신고담보금과 관련하여서는 발행인이 담보금을 일단 출연하여야 함이 기본이고 소지인이 이에 대한 권리를 확보한다고 하더라도 지급은행은 그에 대해 아무런 이해관계도 갖지 않는다. 따라서 지급은행이 위와 같은 항변권을 행사할 여지가 없다. 또한 소지인이 그의 권리를 확보하기 위하여 발행인을 상대로 하는 각종 절차에서 발행인이 위 항변권을 행사할 수 있는 것이라는 점에서도 지급은행이 위 항변권을 행사할 필요가 없다는 점은 더욱 분명하다.

## (3) 조건의 의미

### 1) 위 비판론의 내용

위 예치계약의 성격을 제3자를 위한 계약이라는 견해를 취하는 論者들은 담보금에 대한 소지인의 지급청구권을 정지조건부 권리, 신고인이 반환청구권을 해제조건부 권리로 이해함에 대하여, 위 비판론은 다양한 예를 들어가며 비판을 가한다. 즉, 조건이란 불확실한 장래의 사실에 관한 것이어야 하는데, 사고신고담보금과 관련하여서는 '소지인이 정당한 권리자인지 여부'는 과거의 일이고 이미 확정되어 있

---

11) 판례연구 논문, 90면.

는 사실이라는 점을 지적하고, 정당한 권리자인지 그렇지 않은지는 장래의 어떤 사실에 의하여 좌우될 여지가 없다고 주장한다. 요컨대 소지인이 객관적으로 정당한 권리자라면 이를 소송을 통하여 밝히는 일만 남았는데, 혹시 소송과정을 제비뽑기나 동전던지기<sup>12)</sup>에 의하여 결판이 나는 것이라고 본다면 이를 조건이라고 말할 수 있으나, 소송은 법관이 법률과 양심에 따라 진실을 밝히는 과정으로 기상청에 문의하는 것과 같은 것이므로 이를 조건이라 말할 수 없다고 비판한다.<sup>12)</sup>

## 2) 본인의 견해

위와 같은 비판론은 사고신고담보금제도에서의 조건이 무엇인가에 대해 근본적인 오해를 범한 데에서 비롯된 잘못된 논의이다. 위 제도에서의 조건은 위 세칙에서 본 바와 같이, ‘...승소하고 ... 판결이나 ...증서를 제출할 것’이다. 결코 ‘소지인이 정당한 권리자일 것’이 아니다. ‘소지인이 정당한 권리자일 것’은 지금은행이 판단하기 어렵다. 불가능한 일은 아니지만 비용이 많이 드는 일이고, 또 직접 판단한다고 하여 모두에게 강제할 수 있는 방법도 없으므로 의미가 없다. 결국 비판론은 ‘실체법적 차원에서의 정당한 권리의 취득’과 ‘위 제도에서 요구하는 절차적인 요건(으로서의 조건)’을 혼동한 것이다.

실체법적 차원에서 정당한 권리자라 하더라도 소송에서는 얼마든지 패소할 수 있는 것이며, 그것이 판사의 정당한 업무처리를 통하여 이루어진 것이라면 잘못된 것이라 할 수도 없다. 즉, ‘과거에 실체법적 권리를 정당하게 취득한 것’은 조건이라 할 수 없을 것이나, ‘그 점이 지금 밝혀질 것’은 조건이될 수 있는 것이다.

## 5. 소결론

이상 살펴본 바와 같이, 사고신고담보금제도와 관련된 예치계약은 제3자를 위한 계약으로 보는 것이 타당하다.

上述한 대로 예치계약은 독립적으로 체결되는 것이 아니라 예금계약내용의 일부로 체결되는 것이나, 일단 예금계약이 체결된 이상 예치에 관한 부분은 독립적인 지위를 갖는 면이 있는 것으로 파악하여야 한다. 따라서 원래의 예금계약이 해지되더라도 사고신고담보금에 대한 부분은 해지되지 않고 원래의 정함대로 효

12) 판례연구 논문, 90면 이하.

력이 유지된다고 하여야 한다. 이렇게 해석하는 것이 제도의 취지에도 맞고 당사자들의 의사에도 일치된다.

그 구성에 있어 예금계약의 성립과 동시에 예치계약이라는 부분이 독립된 계약으로 존재하는 것이라기 보다는 예금계약의 일부로서 존치되다가 예금계약이 해지되는 경우에도 사고신고담보금에 대한 부분은 해지되지 않는 것으로 구성되어야 할 것이다.

이러한 구성은 제3자의 권리가 생긴 후에는 당사자는 이를 변경 또는 소멸시키지 못한다고 규정하고 있는 민법 제541조의 정함과 모순되지 않는다. 즉, 소지인이 권리를 취득한 경우에는 예금계약이 해지되더라도 영향을 주지 못할 것이다. 제3자를 위한 계약의 원칙적인 모습으로는, 담보금을 예치하고 소지인이 권리를 취득하기 전이라면 요약자나 낙약자가 그 권리내용을 변경 또는 소멸시킬 수 있어야 할 것이나, 사고신고담보금에 관해서는 원래의 예금계약상 담보금을 예치하면 그 이후로는 비록 소지인이 권리를 취득하기 전이라도 요약자 또는 낙약자가 일방적으로 변경 또는 소멸시키지 않은 것으로 약정한 것으로 보아야 한다. 이러한 논리가 발행인이 도산한 경우에도 그대로 적용될 수 있는 것인지, 바꾸어 말하자면 발행인이 도산한 경우에는 소지인의 권리의무가 어떻게 되는가 하는 점은 별개의 문제이며, 그 점에 대해서는 後述하기로 한다.

한편, 수익의 의사표시전이면 계약의 내용을 변경 혹은 소멸시키는 것이 가능하다고 보는 민법의 해석론과 달리, 수익의 의사표시전이라도 발행인이 담보금을 반환받거나 내용에 대한 변경을 가할 수 없다는 점에서 예치계약은 민법상의 원칙을 어음소지인의 보호라는 취지에서 수정하고 있다는 점, 나아가 수익의 의사표시 전에 사고신고담보금에 대하여 어음소지인은 지급청구권 그리고 어음발행인은 반환청구권을 가지며 양자 모두 정지조건부권리를 가진다는 점들을 지적하면서, 위 예치계약은 민법상의 제3자를 위한 계약이라기보다 이와 유사한 특수계약으로 보는 것이 타당하지 않을까 생각된다는 견해도 발견된다.<sup>13)</sup> 이러한 견해는 예치계약의 특수성에 착안한 견해라 할 것이나, 위에서 지적하는 점 정도는 당사자의 의사에 의하여 충분히 수정이 가능한 내용이라 생각된다. 따라서 예치계약을 ‘특수한 효력이 부가된 제3자를 위한 계약’으로 보는 것으로 충분하며, 제

13) 金汶在, “2004년도 어음·手票에 관한 大法院判例의 動向과 分析”, 商事判例研究, 18집 2권(2005. 6.), 405면.

3자를 위한 계약인 점을 완전히 부인하기에는 부족하다고 본다.

#### IV. 도산절차와의 관계

##### 1. 기존 논의의 정리

사고신고담보금제도와 관련하여 문제가 되는 것은 역시 발행인이 담보금을 예치한 후 그에 대해 도산절차가 개시된 경우, 이 담보금은 어떻게 되는가, 좀 더 구체적으로는 이 경우에도 소지인은 원래의 절차대로 담보금을 모두 수령할 수 있는가 하는 문제이다. 이러한 점에 대해 위 拙稿는 [판결 1]에 대한 평석형식을 취하고 있었기 때문에, 그 결론의 당부만을 검토하였다. 이 글에서는 이 문제를 좀 더 본격적으로 검토해보기로 한다.

기존의 대법원의 견해는 다음과 같이 요약될 수 있다.

① 사고신고담보금은 발행인 소유가 아니고 발행인이 제공한 담보도 아니므로 도산절차에 복종하지 않는다.

② 소지인이 담보금을 찾으려면 발행인을 상대로 소를 제기하여 승소하여야 하는데, 소지인은 발행인에 대해 여전히 파산채권자(또는 회생채권자)이므로 관재인(또는 관리인)을 상대로 도산채권확정의 소를 제기하여 승소한 다음, 이를 위 세칙에서 요구하는 판결로 은행에 제시하여 담보금을 찾을 수 있다.

③ 만일 소지인이 도산절차에 적법하게 참여하지 아니하여 失權된 경우, 더 이상 관재인(또는 관리인)을 상대로 소를 제기할 수 없으니, 위 담보금을 수령할 수도 없게 된다.

이에 더하여 [판결 2]는 다음과 같은 판시를 하였다.

④ 소지인이 회사정리절차에 신고하여 권리가 인정되면, 그 뒤 정리계획에서 권리변경이 이루어지더라도 그에 따른 영향을 받지 않는다.<sup>14)</sup>

이에 대하여 위 비판론은 위 담보금은 도산절차에 복종하지 않는다는 점에 대해서는 찬성하고, 실권된 뒤에는 위 담보금을 수령할 수 없게 된다는 결론에는 찬성하지 않고 있다. 위 비판론은 이러한 논리를 충족시키기 위하여 위 담보금의 예치 즉시 공탁이 된 것과 마찬가지로 된다는 논리를 제시하고 있는 것이다.

## 2. 논리의 일관성

위 대법원판례의 논리는 사고신고담보금은 도산절차에 복종하지 않는다고 하면서도 소지인이 실권될 경우에는 복종되게 되는 결과가 되어 논리가 일관되어 있지 못하다.

사고신고담보금제도를 어떻게 파악할 것인가에 대해서는 견해가 다를 수 있다. 즉, 본인의 생각과 같이 위 담보금도 발행인의 도산절차에 복종되는 것이라 할 수도 있고, 아니면 발행인의 도산절차에 의해 영향을 받지 않는다고 구성될 수도 있다. 이 점은 일종의 정책판단의 문제라 할 것이나, 어느 쪽이든 한 쪽을 택하였으면 그에 맞게 일관된 결론이 나와야 한다. 채무자가 신탁을 통하여 담보를 제공한 경우(소위 '담보신탁'<sup>15)</sup>)나 채무자 아닌 제3자가 보증을 섰거나 담보물을 제공한 경우에는 채권자가 도산절차에 참여를 하든 실권하든 상관없이 권리가 변경되지 않는다. 그러나 위 담보금제도는 현재의 대법원판례의 결론에 따르면 그러하지 아니하다. 결국 위 제도에 대한 이해에 부족함이 있는 것이다.

## 3. 현행 제도의 해석론

### (1) 제3자를 위한 계약 일반론

다음 현재의 구조로는 어느 쪽으로 해석하는 것이 맞을 것인지 검토해보기로 한다.

위 예치계약은 제3자를 위한 계약이므로, 일반적인 제3자를 위한 계약과 비교해보도록 하자. 사고신고담보금이라 하면 그 공공적 성격이 느껴지고, 거래의 안

14) [판결 1]과 마찬가지로, [판결 2]는 회사정리절차에 관한 것이었다. 위 판시사항은 회생절차에 대해 적용될 수 있을 것이다.

15) 담보신탁의 일반론에 관해서는, 拙稿, “擔保信託의 研究”, 人權과 正義, 통권 제378호(2008. 2.), 115면 이하 참고.

전에 중대한 영향을 줄 것으로 인식되게 되어 결론에 영향을 줄 여지가 있다. 따라서 그와 같은 경우가 아닌 평범한 경우를 생각해 본다. 예치계약이 제3자를 위한 계약이라면 도산절차로부터의 영향문제도 기본적으로 다른 유형의 제3자를 위한 계약과 동일한 규율이 이루어져야 한다. 달리 취급되어야 한다고 하더라도, 우선은 제3자를 위한 계약의 경우를 검토하고 그에 비해 달라져야 하는 점은 무엇이며 그에 대해 어떠한 근거를 제시할 수 있을 것인가가 논의되어야 할 것이다. 아래와 같은 사안을 설정해 본다.

#### [사안]

부동산을 매매하면서 매도인 甲과 매수인 乙 사이에 대금은 매도인의 채권자 丙에게 직접 지급하기로 약정하였다.

위 사안에서 채권자가 수익의 의사표시를 하기 전에 매도인에 대해 도산절차가 개시된 경우, 채권자의 권리는 문제될 여지가 없다. 매도인과 매수인 사이의 문제로 처리하면 된다. 쌍무계약으로 관재인에 의하여 해제될 수도 있을 것이고, 원래 계약대로 이행하게 되는 수도 있을 것이다.

채권자가 수익의 의사표시를 한 다음, 실제로 그 대금을 수령한 경우에는 매도인에 대해 채권자에게 변제한 것과 마찬가지이다. 따라서 일단은 그 법률관계가 종결된 것이고, 매도인측에서 부인권의 행사에 성공하지 않는 한 그 법률관계는 변하지 않는다.

문제는 채권자가 수익의 의사표시를 한 다음에 그 대금을 수령하기 전에 매도인에 대해 도산절차가 개시된 경우이다. 수익의 의사표시가 있는 다음에는 매도인은 매수인에 대해 부동산의 소유권을 넘겨주어야 할 채무를 부담하고, 매수인은 채권자에게 대금을 지급하여야 할 의무가 있고, 이러한 의무는 동시에 이행되어야 한다. 그러나 채권자가 실제로 대금을 지급받기 전까지는 채권자의 채권은 변제된 것이 아니고, 채권자는 여전히 매도인에 대한 채권자의 지위를 보유한다. 따라서 채권자는 매도인에 대한 도산절차에서 도산채권자로 신고를 하여야 한다. 관재인 또는 관리인(이하 '관재인')이 계약을 해제할 경우, 채권자의 지위에는 변함이 없을 것이고, 매도인(관재인)과 매수인 사이의 원상회복의 문제만 남는다. 만일 관재인이 계약의 이행을 선택할 경우, 매도인측인 관재인은 소유권을 넘겨

주어야 하고, 매수인은 원래대로 채권자에게 대금을 지급하여야 한다.<sup>16)</sup>

이 경우 채권자의 법률관계를 살펴보면, 원래의 채권은 소멸하지 않고 매수인으로부터 대금을 지급받아야 비로소 변제의 효과가 발생하고 그의 매도인에 대한 채권이 소멸한다고 보아야 한다. 수익의 의사표시 시점부터 실제 대금수령시까지 채권자는 변제를 받은 것이 아니고, 변제를 위하여 별도의 권리를 취득한 것이 된다. 변제의 과정에 있는 것이다. 요컨대, 제3자를 위한 계약을 체결하였다고 하여 채권자의 지위에 근본적인 변화가 생기는 것이 아니라, 매도인이 채권자에게 변제하는 방법으로 특수한 형태를 취한 것이라 할 수 있다.<sup>17)</sup> 어떠한 형태로든 변제가 완료되었다면 그 뒤로는 변제의 부인 문제만 남는 것이지만, 변제가 완료되기 전에는 완료되지 않은 변제방법은 중단되어야 하고, 도산절차를 통하여서만 변제를 받을 수 있게 됨이 옳다. 따라서, 채권자는 더 이상 매수인에게 그의 권리를 행사할 수 없고, 원래의 채권을 도산절차에 신고하고 그 절차를 통하여 변제를 받아야 한다. 이 점은 민법 제541조에서 제3자의 권리가 생긴 후에는 당사자는 이를 변경 또는 소멸시키지 못한다는 규정에 반하는 것도 아니다.

## (2) 채권양도의 경우와의 비교

제3자를 위한 계약과 채권변제를 위하여 타인에 대한 채권을 양도한 경우를 비교해보기로 한다. 제3자를 위한 계약은 요약자와 낙약자의 계약에 의하여 별도로 체결되는 계약임에 반하여, 변제를 위한 채권양도는 채무자와 제3채무자가 채권양도를 위해 별도로 계약을 체결하는 것은 아니라는 차이가 있다.

채권양도로 인해 채권자는 타인(제3채무자)에 대한 권리를 취득하고, 채무자는 그 타인에 대한 권리를 상실한다. 이때 채무자에 대해 도산절차가 진행되었다고 한다면, 채권자의 지위는 역시 위 채권양도의 성격에 달려 있다.

채권양도가 변제에 갈음하여 이루어진 것이라면 채무자의 채무는 소멸한다. 채권자는 채무자의 도산절차에 신고할 여지가 없다. 채무자의 관재인에 의한 부인권

16) 이러한 원상회복과 관련하여 관재인이 계약을 해제하는 편이 더 낫다고 판단할 가능성이 있으나, 이 점은 별개의 문제이다.

17) 채권자가 수익의 의사표시를 했는데 다른 사정으로 매수인이 대금지급을 거절한다고 하면, 채권자는 매수인을 상대로 소를 제기할 수밖에 없다(채권자가 매도인에게 별도로 소를 제기할 수 있음은 별개의 문제이다). 이 점을 생각해보면 채권자가 수익의 의사표시를 했다고 하여 결코 변제가 되었다고 할 수는 없는 것이다.

행사 외에는 달리 변동의 여지가 없다. 이 경우에는 채무자의 변제를 부인권의 행사대상으로 잡을 수도 있고, 양도행위를 그 행사대상으로 잡을 수도 있을 것이다.

만일 변제를 위하여 양도된 것이라면, 채권자의 채권은 소멸하지 않은 것이다. 따라서 채권자는 도산절차에 신고하여야 한다. 이때 만일 신고하지 않아 실권된다면, 그가 양수받은 채권의 운명은 어떠한가? 이때는 채권자가 양수받은 채권을 계속 보유할 권원이 없게 된다. 따라서 그 채권을 채무자에게 돌려주어야 한다. 이 경우에도 관재인은 채권양도 자체를 부인할 수 있을 것이다. 변제가 완료된 것은 아니지만, 변제를 위하여 이루어진 양도행위이므로 역시 변제의 일부로 보아 부인할 수 있을 것이라 생각되고, 그 점에서 부인대상에는 변제에 갈음하여 양도가 이루어진 경우와 다를 바가 없을 것으로 본다. 그러나 변제에 갈음하여 양도가 이루어진 경우와 달리, 관재인은 채권자를 상대로 부당이득의 반환을 청구할 수 있다.

이러한 구조는 일반적인 제3자를 위한 계약과 매우 유사한 것이라 할 수 있다.

### (3) 예치계약

예치계약에 적용되는 세칙상, ‘어음금지급청구소송’ 또는 ‘어음채무부존재확인소송’이라고 되어 있으니, ‘도산채권확정의 소’는 이에 해당되지 않는다고 해석될 가능성은 없는가? 그렇게 볼 수도 있다고 본다.

그런데, 세칙에 정확하게 규정하지 않아 ‘도산채권확정의 소’는 이에 해당되지 않는다고 한다면, 세칙에 만일 ‘도산채권확정의 소’에서 승소한 경우라고 규정하면 유효한가? 결국 이것은 계약해석의 문제가 아니고, 도산법적 측면에서의 판단의 문제이다.

도산채권자가 채권확정의 소를 제기한다는 것은 관재인이 채권조사절차에서 채권자의 채권을 부인했음을 의미한다. 그렇다면 만일 관재인이 시인한다면 그 시인한 것으로 담보금을 취득할 수 있는가? 시인한다는 것의 입증이 ‘어음발행인이 어음소지인에 대한 어음금 지급에 동의하고 이를 증명하는 서면’이 될 수 있는가? 채권자집회에 관한 서류나 채권자표에의 기재가 그와 같이 될 수 있는가?

당사자가 제기하는 소가 채권확정의 소라고 한다면, 이는 당사자의 해당 채권 행사가 도산절차에 복종하는 것임을 의미한다. 그러함에도 그것을 이용하여 도산절차의 지배에서 벗어난다는 것은 앞뒤가 맞지 않는다. 제3자가 제공한 담보는

채무자에 대한 도산절차의 영향을 받지 않지만, 대신 제3자에 대한 공격을 하고자 한다면 채권자는 제3자를 상대로 소를 제기하여야 한다. 사고신고담보금과 그와 관련된 소는 그에 해당되는 것이 되지 못한다.

결론적으로 세척에서 도산채권확정의 소를 들고 있지 아니한 점은 이런 측면에서도 타당하고, 또한 세척에서 ‘어음금지급청구소송’ 또는 ‘어음채무부존재확인소송’에 도산채권확정의 소가 포함된다고 볼 수도 없다. 따라서 채권자집회에 관한 서류나 채권자표에의 기재가 위 세척에서 정한 자료 또는 증서가 될 수 없다. 이러한 점에서도 이와 관련된 [판결 1]의 결론은 타당하지 못하다.

#### 4. 관련문제

이상의 논의는 주로 [판결 1]의 판시사항과 관련된 것인데, 이에 대하여 [판결 2]는 소지인이 회사정리절차에 채권을 신고하고 인정되어 권리를 취득한 다음, 회사정리계획으로 어음채권의 내용이 변경되더라도 어음소지인이 지금은행에 대한 사고신고담보청구권에는 영향을 받지 않는다고 하고 있고, 이에 대하여 법률신문 논문은 [판결 1]과 [판결 2]가 모순된다고 지적하고 있다.

본인은 어음소지인이 도산절차에서 도산채권자로 확정되는지 여부에 상관없이 사고신고담보금은 파산재단 또는 채무자의 재산의 일부가 되어야 한다고 보므로, [판결 2]의 결론도 애초에 타당하지 않다고 보는 바이지만, 일단 [판결 1]의 결론이 옳다고 한 이상에는 그것으로 소지인이 지금은행에 대하여 담보금에 대한 권리를 취득하므로 그 뒤 정리절차에서 권리변경이 이루어진다고 하더라도 소지인의 권리가 변경되지 않는다고 보는 것이 옳다고 생각한다.

즉, 본인은 예치계약을 제3자를 위한 계약으로 보는 점에서는 대법원과 입장을 같이 하지만, 채무자(발행인) 도산시의 권리관계에 대해서는 입장을 달리 한다. 대법원이 예치계약을 제3자를 위한 계약으로 파악하면서도 도산절차가 이에 영향을 미치지 않는 것으로 부당하게 해석하고 있지만, 일단 그와 같이 보는 이상은 [판결 2]의 결론은 그르다고 할 수 없다.

게다가 [판결 1]의 사안은 소지인이 채권신고를 하지 않아 실권된 경우이고, [판결 2]는 채권신고를 하여 권리가 인정된 경우로 사안이 다르다. 따라서 이 점에 의해서라도 모순되지 않은 것으로 볼 수는 있다. 그러나 [판결 1]이 갖고 있는

이론적인 잘못은 여전히 그대로 유지하고 있다고 생각된다.

## V. 맺는 말

이상 사고신고담보금을 둘러싼 예치계약의 성격과 발행인에 대한 도산절차가 이에 미치는 영향에 관하여 살펴보았다. 도산절차가 예치계약에 미치는 영향에 관한 대법원의 태도는 여러 차례 확인되어 확고한 것이라 할 수 있는데, 이론적으로 문제가 없지 아니하므로 조속히 그 정당성이 재검토되어야 한다.

한편 예치계약의 성격에 관해서도, 그것이 제3자를 위한 계약이 아니라고 보려고 한다면 그렇게 파악할 수도 있을 것이나, 그렇더라도 최소한 위 비판론이 제기하고 있는 근거는 옳지 않다. 결국 현재로서는 제3자를 위한 계약으로 파악하는 견해의 중대한 문제점이 드러나지 않는 한, 예치계약을 제3자를 위한 계약으로 파악하지 않을 수 없다.

만일 꼭 사고신고담보금을 발행인의 도산절차에서 격리하여 어음소지인을 보호하고자 한다면, 아예 사고신고담보금의 예치관계를 은행을 수탁자로 하고 어음소지인을 수익자로 하는 신탁으로 파악하는 것이 어떤가 하는 생각을 해보게 된다. 이 점까지 이 글에서 상세히 다루는 것은 적절하지 못하므로 추후의 연구과제로 남겨두고자 하나, 우리나라에서도 신탁은 묵시적으로 체결될 수도 있고, 또한 판례상으로도 의제신탁에 유사한 경우도 발견되고 있느니 만큼<sup>18)</sup> 이러한 立論도 시도해 볼 가치가 있다고 생각된다.

18) 이러한 점들에 대해서는, 拙稿, “默示信託과 擬制信託의 研究(평석대상 판결 대법원 2002. 7. 26. 선고 2000다17070 판결)”, 저스티스, 韓國法學院, 통권제10권 제5호(2008. 8.), 277면 이하.

■ 참고문헌

- 김교창, “회사정리계획과 어음소지인의 사고신고담보금청구권”, 법률신문  
2007. 10. 8.자 제3592호.
- 김교창, “사고신고담보금과 회사정리 개시결정”(서울지방변호사회, 관례연구 18집  
(1)(2004. 8.),
- 金汶在, “2004년도 어음·手票에 관한 大法院判例의 動向과 分析”, 商事判例研究,  
18집 2권(2005. 6.),
- 拙稿, “擔保信託의 研究”, 人權과 正義, 통권 제378호(2008. 2.),
- 拙稿, “倒産法上 否認權의 行使對象에 關한 研究”, 서울大學校 法學博士學位論文  
(2007).
- 拙稿, “默示信託과 擬制信託의 研究(평석대상 판결 대법원 2002. 7. 26. 선고 2000  
다17070 판결)”, 韓國法學院, 통권 제10권 제 5호(2008. 8.), 277면 이하.
- 拙稿, “정리전회사가 사고신고담보금을 예탁한 후 회사정리절차가 개시된 경우 어음  
소지인의 지위에 관한 연구”, 상사관례연구 VI권(2006. 3.), 박영사.

투고일자 2008.09.04      심사개시일자 2008.09.17      게재확정일자 2008.10.01

**[ABSTRACT]**

**A Study on the Margin for Default Declaration of a Note  
and the Effect of the Bankruptcy Procedure**

Lim, Chaewoong

The Supreme Court Rulings have regarded the deposit contract of margin for default declaration(MDD) as a contract in favour of third person and supposed that a bearer of a note could secure MDD after he wins a lawsuit concerning confirmation of bankruptcy claims against the drawer after the commencement of bankruptcy procedure for the drawer.

I have presented an essay saying that the rulings might not be right in the viewpoint of bankruptcy theory. A famous attorney at law, Gyochang Kim has criticized my essay. He insisted that the deposit contract of MDD is not a contract in favour of third person, but a deposit contract for payment. If a drawer deposits MDD into a bank, he pays his debt.

This essay analyzes court rulings and Attorney Kim's opinion. Through it, I come to the same conclusion of my latest essay. I insist that a bearer could not claim MDD after the commencement of bankruptcy procedure for the drawer.

I propose a new opinion on what effect the commencement of bankruptcy procedure for the debtor has on a contract in favour of third person. Finally, I suppose that a trust could be a effective tool to make MDD bankruptcy remote.

**Key Words** : note, check, margin for default declaration, contract in favour of third person, bankruptcy, lawsuit concerning confirmation of bankruptcy claims, payment, trust



# 통신시장에서의 합병 규제

권 경 현

(방송통신위원회, 변호사)

## 【초 록】

통신시장에서 합병규제는 통신산업과 규제에 대한 이해를 전제로 한다. 합병이라는 경영판단이 왜 통신시장에서 일어나는 지를 이해할 필요가 있는 것이다. 또한 공공의 이익과 시장형성 및 발전을 위해 규제기관이 어떤 역할을 해야 할지 고민해야 하는 것이다. 이를 위해 규제권한 배분, 규제절차, 규제기준에 대한 논의가 필요하다. 통신이라는 산업 영역에 대한 이해와 시장전망을 검토하고, 시장의 형성과 공익을 확보하기 위한 규제기관의 역할에 대해 검토하기로 한다.

주제어 : 통신, 합병, 규제, 규제기관, 규제절차, 규제기준

**【차 례】**

---

I. 서설	2. 미국 통신시장에서의 M&A 동향
	3. 우리 통신시장에서의 M&A
II. 통신산업의 특징과 합병 규제 의미	IV. 통신시장에서 합병 규제
1. 통신산업의 특징	1. 합병규제 체계의 비교법적 검토
2. 합병규제 의미	2. 통신시장에서 합병 규제
III. 통신시장에서 M&A 동향 및 시장 예측	V. 결어
1. M&A(Merger & Acquisition) 의 의미	

---

I. 서설

통신시장에서 합병 규제는 통신산업과 규제에 관한 이해를 전제로 한다. 합병 규제는 통신시장에서의 진입규제에 관한 논의로 이하에서는 통신의 특징, 진입규제에 대한 동향을 간략히 살펴보기로 한다. 나아가 통신산업에서 미국과 우리나라를 중심으로 M&A 사례를 분석하고, 기업들이 M&A를 선택하는 원인과 시장에 미치는 영향을 검토한다. 이에 대한 고려를 바탕으로 통신시장에서의 합병에 대해 규제의 목적과 규제기관, 규제 절차, 규제내용, 규제한계가 어떠해야 하는지를 고민해 보고자 한다.

II. 통신산업의 특징과 합병 규제의 의미

1. 통신산업의 특징

통신산업은 ①사회간접시설로서 국가기간산업의 하나라는 점, ②통신이라는 의사소통은 인간의 존엄성 유지를 위한 기본요소이면서 정보화사회의 기본이 된다는 점, ③최첨단 과학기술이 응용되는 분야로 기술규제뿐만 아니라 진입규제, 경쟁규제, 망접속규제, 이용요금규제, 회계분리규제, 이용자보호를 위한 규제 등에 있어서도 기술적인 전문성이 요구된다는 점, ④망산업으로서 초기 투자비용이

크기 때문에 후발사업자와 경쟁사업자 보호를 위해서는 동등접근이 보장되어야 망외부효과나 스펙트럼현상을 방지할 수 있는 점, ⑤기술발전에 대한 파급효과가 크고, 경제성장의 원동력이 될 수 있으므로 산업 정책적 요소가 반영될 수 있는 특징이 있다.<sup>1)</sup>

## 2. 합병 규제의 의미

### (1) 진입규제

위와 같은 통신산업의 특성으로 인해 규제산업의 성격을 가지며, 우리 전기통신사업법 역시 진입규제 규정을 두고 있다. 전기통신사업법 제5조에서 기간통신사업자<sup>2)</sup>는 방송통신위원회의 허가를 요하고 있다. 동법 제19조에서 별정통신사업자<sup>3)</sup>는 대통령이 정하는 바에 따라 요건을 갖추어 정보통신부 장관에 등록할 것을 요한다. 부가통신사업자<sup>4)</sup>는 동법 제21조에서 대통령이 정하는 바에 따라 방송통신위원회에 신고하여야 한다. 다만, 기간통신사업자가 부가통신산업을 경영하고자 하는 경우에는 그러하지 아니하다.

현행 통신법에서 진입규제는 정보통신부에 의해 이루어지고 있다. 다만 현행 음성, 설비 보유를 기준으로 기간 의무 여부를 결정하는 기준은 IPTV 등 통신과 방송을 겸비하고 있는 융합서비스를 적절히 반영하지 못하므로 Network와 Contents로 재분류될 필요가 있으며 융합서비스에 대한 근거법령도 필요하다. 통신산업은 이제 안정기에 접어들어 정책보다 시장기능에 의한 경쟁원리가 보다 중요하므로 진입규제 완화가 요구된다.

### (2) 합병규제

합병이란 둘 이상의 기업이 경제적, 법적으로 결합하여 단일한 관리체제하에

- 
- 1) 이원우, 통신시장에 대한 공법적 규제의 구조와 문제점, 행정법연구 11호 (2004년 상반기), 62-64면.
  - 2) 기간통신사업은 전기통신회선설비를 설치하고, 이를 이용하여 공공의 이익과 국가산업에 미치는 영향, 의무의 안정적 제공의 필요성 등을 참작하여 전신, 전화 의무등 정보통신부령이 정하는 종류와 내용의 전기통신의무를 제공하는 사업으로 한다. (전기통신사업법 제4조 제2항)
  - 3) 별정통신사업은 기간통신사업의 허가를 받은 자의 전기통신회선설비 등을 이용하여 기간통신의무를 제공하는 사업과 대통령이 정하는 구내에 전기통신설비를 설치하거나 이를 이용하여 그 구내에서 전기통신의무를 제공하는 사업을 말한다. (전기통신사업법 제4조 제3항 제1,2호)
  - 4) 부가통신사업은 기간통신사업자로부터 전기통신회선설비를 임차하여 제2항의 규정에 의한 기간통신의무 외의 전기통신의무를 제공하는 사업을 말한다.(전기통신사업법 제4조 제4항)

들어가는 행위로서, 특히 피결합기업의 경제적 독립성 상실만으로 완성되는 통상적인 기업결합의 단계에서 한 걸음 더 나아가, 법적으로도 완전히 하나로 합쳐진다는 점에서 가장 강력한 기업결합 수단에 해당한다.<sup>5)</sup>

전기통신사업법 제13조 제1항은 기간통신사업자 사업의 전부 또는 일부를 양수하거나 혹은 기간통신사업자인 법인을 합병하는 경우에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 방송통신위원회의 인가를 받도록 하여 합병인가를 진입 규제로 다루고 있다.

통신시장에서 합병 규제의 의미를 충분히 이해하려면 실제로 통신시장에서 어떠한 합병 사례들이 있었고, 왜 기업들이 이 시장에서 M&A를 하고자 하는 지를 살펴볼 필요가 있다.

### Ⅲ. 통신시장에서 M&A 동향 및 시장 예측

#### 1. M&A(Merger & Acquisition) 의 의미

M&A와 합병이 혼동되기도 하고, 기업이 왜 M&A를 하거나, 합병을 하는 지에 대해서도 여러 논의가 있다. 기업의 성장은 내적 성장과 외적 성장으로 나누어 볼 수 있는데, 내적 성장(internal growth)은 기업의 경영활동 범위를 확대시켜 나가는 것으로 기업내부의 투자결정, 자금조달결정 등의 경영합리화로 기업 자체를 성장시키는 것을 말한다. 외적 성장(external growth)은 두 개 이상의 기업들이 하나로 합쳐서 단일회사가 되는 방법으로 기업합병, 기업인수, 자산취득 및 주식인수 등의 방법으로 인적, 물적, 자본결합을 통해 경제적 효과를 추구하는 M&A이다.<sup>6)</sup>

M&A는 둘 이상의 기업이 통합되어 하나의 기업이 되는 기업합병(merger)과 기업이 인수대상기업의 주식이나 자산을 전부 또는 일부 취득함으로써 경영권을 획득하는 기업인수(acquisition)<sup>7)</sup>뿐만 아니라, 넓은 의미에서 기업의 자산, 생산라

5) 권오승, 경제법, 법문사 2004. 182면.

6) 김동환, 홍성도 공저, 벤처기업 M&A, 무역경영사 2003, 161면.

7) 주식취득을 통한 경영권 확보 단계가 기업인수라면, 합병은 인수에서 더 나아가 하나의 기업으로

인, 자회사 및 기업의 일부분 또는 전부를 매각하는 분리매각(divestiture), 즉 역 M&A(reverse M&A)까지도 포함하는 개념이다.<sup>8)</sup>

## 2. 미국 통신시장에서의 M&A 동향

2004년 12월 15일에 이루어진 Sprint PCS와 Nextel간의 합병이 2005년 8월 3일 FCC에 의해 최종적으로 승인됨에 따라, 같은 달 12일 Sprint Nextel이 출범하게 되었다. 이로 인해서 2004년 10월 26일에 FCC의 조건부 승인을 얻은 Cingular와 AT&T Wireless의 합병과 더불어 미국 이동전화 시장의 전국 사업자가 Cingular, Verizon Wireless, T-Mobile과 Sprint Nextel 4개사로 줄어들게 됨으로써 이동전화시장의 경쟁양상이 새로운 국면을 맞게 되었다.<sup>9)10)</sup>

미국 통신시장에서의 이러한 합병 추세는 유럽과 달리 사기업인 AT&T에서 출발한 미국 통신시장에서 독점의 폐해를 막기 위해 1982년 수정동의판결을 통해 AT&T의 분리를 단행했으나, 통신시장에서 기술투자와 성장을 위해서는 일정 규모의 경제가 요구됨을 반증하는 사례로 지적되고 있다.<sup>11)</sup>

단일화시켜 통합시키는 강한 강도의 결합 유형에 해당한다.

8) 김동환, 홍성도 공저, 전계서, 162면.

9) 강인규, FCC, Sprint와 Nextel의 합병 승인, 주간기술동향(2005.10.1), 정보통신정책, 58-59면.

10) 미국 통신시장은 그동안 인수 합병의 바람이 끊이지 않았지만 최근의 대규모 인수 합병은 시사하는 바가 크다. 무엇보다 오랜기간 통신업계를 지탱해왔던 패러다임의 변화를 상징한다는 점에서 그동안의 인수합병과 차원이 다르다. 즉 전통적인 통신 서비스 구분경계가 무너지고 통방 융합·디지털 기술이 발전하면서 초고속 인터넷망보급이 확산되고 통신과 방송의 사업영역이 공통분모를 넓혀가면서 통방 융합이 가속화 되고 있다. 이와 함께 1996년 통신법을 손질해야 한다는 목소리가 일고 있다. 비록 이 법이 통신과 방송을 아우르지만 당시는 인터넷이 대중화되어 있지 않았기 때문에 규제범위나 정도가 현실과 동떨어진 측면이 있다는 것이다. 규제완화를 기조로 시내전화 사업 경쟁체제를 허용했던 미국 통신법이 손질된지 10년 만에 통신시장이 SBC와 버라이즌의 양강 구도로 재편됐다는 것은 생존을 위해 몸집 키우기가 필요하다는 반증이기도 하지만 일각에서는 독점의 폐해에 대한 우려도 있다. - 김영진, 미국 통신업계 M&A 작업과 향후 전망, 1-3면.

11) Alexander Graham Bell의 1876년 전화 발명 1년 후 설립된 Bell Telepone Company는 특허를 이용하여 한동안 독점적 지위를 유지하였으나, 1900년 대 AT&T(이는 벨시스템의 모회사)의 대부분 특허가 만료됨에 따라 6000 여개의 지역전화회사가 통신시장에 신규진입하여, 사업자간 경쟁을 통하여 가격은 지속적으로 하락하였고, 이 기간동안 통신망에 대한 투자도 증가하고 통신시장의 전화 보급률도 증가하였다. 하지만 AT&T는 상호접속 거부 등을 통해 지속적으로 합병을 통한 기업 규모의 확대와 시장점유율을 확대하였고 1930년대에는 미국 전화시장의 80%를 점유하는 시내전화사업자이자 유일한 장거리 전화사업자가 되었다.

AT&T의 시장지배력 증가로 인한 문제가 발생하자 1934년 통신법 제정을 통해 FCC와 각 주에 통신규제 권한을 부여하였다. 1934년 통신법 제정 이후에도 AT&T가 장비사업자인 Western Electric Company에 대한 상호보조 문제등 반경쟁적인 문제가 남아있었고 미국 법무부의 제소로 Western Electric Company를 분할하는 1956년 동의명령(Consent Decree)에 이른다. 동의명령은

### 3. 우리 통신시장에서의 M&A

#### (1) 우리 통신시장에서 M&A 사례와 특징

국내 통신서비스 시장의 M&A 중 대표적인 대규모 M&A 사례는 이동전화 시

①AT&T에 규제를 받는 기간사업자 서비스 제공 이외의 사업 참여금지 ②Western Electric에 Bell System을 위해서만 장비제조 ③AT&T와 Western Electric에 합리적이고 비차별적인 로열티로 모든 요청업자에게 특허권을 라이선스 하도록 강제하는 것을 내용으로 한다.

1970년대 장거리 전화시장에 경쟁이 시작되었으나 AT&T는 이를 지지하기 위하여 상호접속 거부 혹은 지연, 접속 허용시에도 낮은 품질의 접속 제공, 과도한 망사용대가 요구 등 반경쟁적 행위를 보였다. 결국 1974년 미국 법무부는 AT&T를 독점금지법 위반으로 제소하였고, 법원의 심리중 1982년 AT&T와 법무부는 합의안에 동의하였고 법원은 그에 대한 판결한 수정동의판결(Modified Final Judgement)에 도달하게 된다. MFJ(수정동의판결)은 ①AT&T에 22개의 벨 시내전화회사를 분리매각하여 7개의 시내전화 지주회사(RBOC)로 재조직 ②RBOC에는 사업영역제한 부과로 LATA내 서비스만 제공하고 LATA(장거리서비스)제공 및 장비제조 금지, 정보서비스 제공은 반경쟁행위의 우려가 없는 경우에만 제공 ③RBOC에 장거리 사업자, 정보서비스 제공은 동등한 상호접속을 제공하고 차별적인 행위를 금지 ④AT&T에 장거리전화서비스는 계속 제공할 수 있고, 1956년 동의명령 상의 규제를 폐지하여 경쟁적 시장으로의 진입이 허용됨

수정동의판결의 내용에 따라 1984년 AT&T는 지역전화 서비스를 제공하는 7개의 시내전화지주회사(RBOCs)와 장거리전화서비스, 장비 그리고 R&D부분을 제공하는 AT&T로 분리되었다.

MCI의 장거리전화시장 진입 이후 Sprint, Worldcom 등 경쟁사업자들이 신규진입하여 장거리전화시장에 경쟁의 압력이 높아졌다. 시내전화시장에서도 무선통신기술의 발달로 무선망을 통하여 적은 비용으로 시내전화서비스를 제공하는 것이 가능해지고 광통신의 발달은 유선으로 대형 사업용 전화서비스를 제공하는 경쟁접속업자(Competitive Access Provider : CAPs)의 시내전화진출을 가져왔다. 1992년 케이블TV소비자법 (Cable Television Consumer Protection and Competition Act of 1992) 이후 FCC의 케이블 TV 요금 규제로 인해 케이블 사업자들은 신규수입원으로서 전화서비스 진출을 모색했다.

시내전화 시장의 경쟁압력으로 시내전화지주회사들은 장거리전화시장으로 진입을 시도했다. 수정동의판결로 사업영역제한에 묶여 LATA내 서비스만 제공하던 위 회사들은 FCC에게 자사 영업지역(in- region) 내 LATA간 통신서비스 제공을 허용해달라고 요구하였고, 한편으로는 비디오서비스 시장에도 진출하고자 했다. 법원에서 언론의 자유 침해를 이유로 전화회사에 의한 비디오프로그램 제공금지 조항에 대해 위헌확인을 받아 수정동의판결은 수정이 불가피했다.

장거리전화사업자들도 시내전화시장에 진출하고자 했다. 수정동의판결은 접속 요청자에게 동등한 상호접속을 제공하고 차별적 행위를 금지하면서도, 암묵적으로 보편적 서비스 유지를 위해 장거리사업자에게 높은 가격 접속료를 받아 시내전화사업자에 대한 보조수단으로 활용하였는데, 장거리 사업자들은 이에 이익을 제기하며 독자적인 시내전화망을 보유하기를 원했다. - 정현준, 미국 통신시장 규제의 역사와 통신법 개정의 움직임, 정보통신정책 제17권 제16호, 47면.

1996년 통신법 이후 산업과 기술, 시장에 엄청난 변화가 진행되었고, 정부의 통신정책을 다시 검토할 필요성이 생겼다. 이러한 상황에서 2005년 7월 27일 미국 상원의원 John Ensign은 "The Broadband Investment and Consumer Choice Act"를 발의하였다. 이 개정안은 목적에서 '시장주도 통신시장의 확립과 기존 통신서비스에 대한 정부 주도하의 경쟁 철폐, 그리고 기능상으로 동등한 서비스간 형평성 제고를 위하여'라고 명시하고 있다. 기존 UNE조항을 삭제하고 동선망(Copper Loops)에 대해 규정하여 기존시내전화사업자는 2011년 1월1일까지 지역의 동선 망과 이러한 접근에 필요한 설비에 대해서만 UNE제공의무를 지면된다. 비디오시장의 진입장벽을 철폐하고, 소비자의 콘텐츠 접근을 규정하며 주의 규제역할을 재정립하고 있다.- 정현준, 전개논문, 13-21면.

장점유율 1,3위 업체(SK텔레콤과 신세기통신)와 2,5위 업체인(한통프리텔과 한솔엠티컴)의 기업결합이 있다. 과잉경쟁이라는 비판이 있었던 이동전화 시장에서 시장내 재편과정이라는 측면과 IMT-2000 서비스 도입에 따른 사업권확보를 위해 이루어진 특징이 있다.<sup>12)</sup>

통신산업에서의 M&A가 일반산업에서의 M&A와 다른 점은 통시서비스 산업의 경우 각 상품의 수명주기(life-cycle)가 대단히 짧고, 변화가 빠르며 서비스 통합(convergence)이 이루어지고 있는 분야라는 것이다. 인터넷과 방송의 통합, 망과 서비스의 통합, 인터넷 서비스간 연계 및 통합 등이 빠르게 진행되고 있는 분야이기 때문에 기업들이 단기에 이를 수용하고 발전해나갈 수 있는 M&A를 택할 유인이 높다.<sup>13)</sup>

## (2) 우리 통신시장 M&A에 대한 예측<sup>14)</sup>

합병이슈는 SKT와 KT에 있어 유선, 무선 시장뿐만 아니라 전송시장과 콘텐츠 시장에서의 융합사업에 참여하면 할수록 커질 것으로 예측된다. 이 기준은 2005년 기준 메릴린치 보고서를 토대로 통신시장 합병에 대한 예측을 정리하나, 이후 2007년 SKT-하나로텔레콤의 합병이 있었고, 2008년 2월 정보통신부의 합병 인가결정이 내려졌다.

### 1) KT + KTF ?

이 합병 시나리오는 장기적으로는 가능하지만, 단기 (12-18개월) 진행에서는 어려울 것이다.

- 이러한 합병이 현재로서는 상당한 시너지 효과를 가져오기 어려운데, 이미 시내전화시장의 지배적 사업자인 KT가 결합상품 판매에서 가입자에게 할인을 가져오기 어려운 현행 법제에선 수익 유인이 적기 때문이다.
- KT의 유선시장에서의 시장지배력이 오히려 KTF에 대해서는 부정적인 정책 영향을 미칠 수 있다는 점에서 규제와 정책 측면에서 테스트에 임할 필요가 있다.

12) 이종관, 국내 통신서비스 시장의 인수, 합병 특징과 시사점, 정보통신정책 제13권 제6호, 7-10면.

13) 이종관, 전개논문, 15-16면.

14) John H. Kim, South Korea Telecommunications- Korean Telecom, Merrill Lynch In-depth Report, 14 October 2005,

2) KTF + LGT ?

KTF-LGT간 합병은 SKT에 대해 상당한 경쟁이 될 수 있는데, 그들의 통합 가입자 비율은 49%가 될 것이기 때문이다. 그러나 가입자 수만으로 합병 수익을 얘기하기엔 지나치게 단순한 도식화이다.

- KTF와 LGT가 합병을 한다면, 그동안 비대칭 규제를 통해 누려온 실질적인 수익을 놓치게 된다.
- 요금인하 압력이 더욱 거세질 것이고, 정보통신부가 지난 수년간 LGT를 돕기 위해 주로 마련해 온 비대칭 규제 정책 역시 방향이 선회될 것이기 때문이다.

3) SKT + Hanaro ?

- SKT의 해외사업진출 노력은 더 이상 비밀일 것도 없고, 경영진이 이와 동시에 시내전화 시장에서의 대규모 합병 시도를 진행할 것인지 여부가 궁금한데, 그 위에는 HSDPA, Wibro, DMB등의 사업 Portfolio를 어떻게 진행할 지와 관련이 있다.

## IV. 통신시장에서 합병 규제

### 1. 합병규제 체계의 비교법적 검토

#### (1) 우리나라

상법상 합병은 합병의 주체들이 합병계약을 작성하고 나서, 주주총회의 결의와 채권자에 대한 통지를 거쳐 보고총회, 창립총회를 개최한 후에 합병등기를 함으로써 절차가 완료되는데, 합병등기라는 것이 특별히 존재하는 것은 아니고, 존속회사로서는 변경등기, 소멸회사에 있어서는 해산등기, 신설회사에 있어서는 설립등기가 합병의 효력이 있게 된다.<sup>15)</sup>

그러나 통신산업의 경우에는 전기통신사업법 제13조 제1항에서 기간통신사업자의 사업의 전부 또는 일부를 양수하거나 기간통신사업자인 법인을 합병하고자

---

15) 상법 제522조 이하 합병 규정

하는 자 또는 허가받은 기간통신역무의 제공에 필요한 전기통신회선설비를 매각하고자 하는 기간통신사업자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 방송통신위원회의 인가를 받아야 한다.

현행 규정은 기업결합의 유형이 합병이나 영업양수에 해당하고, 그 결합행위의 대상이 기간통신사업자인 경우에 한하여 전기통신사업법의 규제를 받도록 하고 있다. 합병인가 신청이 이루어지면 정보통신부에서 합병안에 대한 적합성 심사를 수행하며, 조사결과 합병안을 인가하기로 하는 경우에는 정보통신부정책위원회의 심의와 공정거래위원회와의 협의를 거쳐 정보통신부 장관이 합병에 대한 인가를 하는 규제 형식을 택하고 있다.<sup>16)</sup>

## (2) 미국

미국의 경우 통신사업자의 인수합병은 DOJ(Department of Justice)와 FCC(Federal Communication Commission)의 모두의 승인을 필요로 한다. DOJ의 경우 특정 시장에서 거래를 제한할 우려가 있는 인수합병에 대해 경쟁법에 따른 소송을 제기할 수 있고, FCC는 통신법에 부여된 사업권 양도에 대한 허가권을 행사하는 과정에서 인수합병에 대한 실질적인 심사권을 행사하고 있다. DOJ와 FCC의 이중심사에 대해 각 규제기관의 심사과정에 대한 비판과 더불어 동일 사안에 대한 중복심사로 인한 추가비용발생, 심사기간 장기화 등의 문제가 제기되고 있다.<sup>17)</sup>

미국은 1914년 클레이튼 법을 통해 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 인수합병을 금지하는 규정을 마련하였으며, DOJ와 FTC(Federal Telecommunication Commission)는 클레이튼법 제7조에 따라 인수합병에 대한 심사권한을 가진다. 양 기관사이의 업무분장(Clearance Process)은 법규정, 협정, 관례 등을 종합하여 이루어지는데, 사건 분장의 기준은 각 기관이 보유하는 전문성과 경험이다. 기간사업자(common carrier)에 대한 사건은 DOJ가 처리하는데, 이는 AT&T 분할 사건을 통해 DOJ의 성공적인 소송수행이 증명되었기 때문이다.<sup>18)</sup>

16) 권오승 편, 정보통신과 공정거래, 법문사(2006), 117-119면.

17) 나성현, 미국의 통신사업자 인수합병 심사제도, KISDI 이슈 리포트(2006.3.13), 3-4면.

18) 이문지 외, 통신시장에서 전문규제기관과 일반규제기관의 역할 및 관계정립, 정보통신학술연구과제 (2002.2), 159면.

예를 들어 AOL/Time Warner(2001)의 합병에서와 같이 대형 인터넷 업체와 미디어 업체간의 합병의 경우에는 두 회사 모두 'Common Carrier'는 아니었으므로 FTC가 심사권을 행사할 수 있었고, 이와 별도로 FCC는 두 회사가 보유한 사업권 (Cable TV 등) 이전에 대한 심사를 수행하였다. FCC의 인수합병 심사권은 미국 통신법 제214(a)조에 공익성심사에 근거한다.<sup>19)</sup>

### (3) EU

유럽 기업결합 규제에 있어 초기에는 EC조약 제81조와 제82조를 통한 규제가 법적 근거가 미약함에도 실행했으나, Council에서 1989.12.21 기업결합규칙 (Council Regulation Nr. 4064/89)를 제정한 이후에는 EU 집행위원회 (Commission)가 기업결합에 대한 통제권을 가지며, 이에 따라 기업은 기업인수 등의 기업결합이 있을 경우 결합 후, 1주일 내에 통지해야 한다.<sup>20)</sup>

기업결합 규제에 관한 규칙에서는 집행위원회에 신고되어야 하는 기업합병을 '공동체 차원(Community Dimension)의 합병'으로 규정하고 있는데, 공동체 차원의 합병이란 합병기업 매출액 합계가 50억 유로를 초과하는 합병을 의미한다. 또한 합병에 합병에 참가한 개별 기업 중 EU 내 매출액이 2억 유로를 초과하는 합병과 적어도 2개의 해당기업 각각의 EU 내 총매출액이 2억 유로 이상인 합병도 위원회에 신고를 요한다.

2001년 12월 EU 경쟁당국은 새로운 개정안 마련을 위해 의견수렴으로 Green Paper를 발표하여 2002년 1년간 의견청취 과정을 거쳤다. 이를 통해 2002년 12월 기업결합심사규칙 개정안이 집행위원회에서 채택되고, 동 개정안은 각료이사회 의결을 거쳐 2004년 5월부터 시행되었다. 이에 따르면 일정한 매출액수준 (turnover thresholds)을 초과하는 기업결합의 경우 개별 회원국 경쟁당국의 심사 대상에서 제외하는 방식을 취하는데, 중복심사(multiple filings)의 문제를 보다 완화하기 위해 기존 기준을 유지하면서 시장집중 문제에 대해 3개국 이상의 관할권이 존재하는 경우에는 자동적으로 위원회가 관할권을 가지도록 하고 있다.<sup>21)</sup>

통신산업의 합병 규제의 경우에는 매출액 규모와 시장집중이 3개국 이상에 관

19) 나성현, 전계논문, 7면.

20) 황준성, EU 경쟁정책의 특징과 시사점 : 법적, 제도적 분석, 숭실대학교 연구논문 (2002), 10면.

21) 황준성, 전계논문 11면.

합권이 존재하는 경우가 많아 유럽경쟁위원회가 대부분 이를 규율한다.

## 2. 통신시장에서 합병 규제

### (1) 규제 목적과 규제 기관

#### 1) 규제 목적

통신시장 합병 규제의 주체를 어떻게 볼 것인지를 논의한다. 통신시장 합병 규제기관의 논의는 현재의 통신시장에 대한 판단과 규제의 목적 및 이를 이루기 위해 적절한 수단이 무엇인가에 대한 고민이 있어야 할 것으로 보인다.

Shelanski 교수는 시장변화에 따른 규제 접근이 필요하며, 독점에서 완전경쟁으로의 진행기에 있는 과점이나 복점 시장에 있어서는 종래 규제방향과 탈규제 사이에서의 균형점을 찾을 필요가 있음을 강조한 바 있다.<sup>22)</sup>

Speta 교수도 불공정 경쟁 모델 (Unfair Competition Model)을 제시하면서, 두 가지 극단적인 모델인 전통적인 공익성 심사 규제와 반독점법만의 규제에는 한계가 있음을 지적하고 있다. ① The Death of Public Interest Utility Regulation - 공익성 심사를 통한 규제는 자연독점을 통제하고 보편적 서비스와 같은 사회 목적을 추구하는 것이지만, 이는 전통적인 통신 서비스 유형에 적합했지 오늘날의 다양한 기술 발전을 반영하지 못한다. 경쟁은 기술적 컨버전스에 의해 촉진되고, 위성 TV나 VoIP 같은 기술이 경쟁의 차원을 증가시키고 있다. 가령 전화회사의 DSL 서비스는 케이블 모뎀 서비스와 경쟁하고 있고, 결국 FCC는 이를 포괄하기 위해 '정보서비스'라는 범주를 고려하게 되었다. ② The Inadequacy of Antitrust Only - 경쟁시장의 경제규제에서는 일반적으로 전문규제기관을 필요로 하지 않는다. 통신시장에서는 현재 반독점법상 규제만으로는 시장에서 발생하는 경쟁 문제를 해결하는데 어려움이 있다. 첫째 통신시장은 강한 네트워크 효과가 있어 진입에 장벽이 존재하고, 규모의 경제로 인해 집중이 이루어지기 쉽다. 따라서 상호접속 등의 요건이 새로운 진입과 기술혁신을 위해 필요하다. 둘째 전통적

22) Howard A. Shelanski, 권경현 譯, "U.S. Telecommunications in Transition: Why the New Market Requires a New Regulatory Approach (변화기에 있는 미국 통신: 왜 새로운 시장은 새로운 규제 접근을 필요로 하는가?), Law & Technology 제2권 제2호, 서울대학교 기술과 법센터 (2006.3), 7-30면.

인 반독점 제도는 통신시장에서 요구하는 부분을 해내기에 적합하지 못하다는 것인데, 이와 관련 포즈너 판사는 다음과 같이 지적하고 있다. “대법원은 반독점법이 기존 망사업자가 새로운 진입자와 협력하지 않은 부분을 독점사업자도 그 사업 파트너의 선택권이 있다는 측면에서 설명하고 있지만, 이는 반독점법만으로는 통신시장을 충분히 설명하지 못하는 다른 반증이기도 하다.”<sup>23)</sup>

결국 현재 통신시장의 발전 단계에 대한 검토와 이에 적합한 규제기관의 역할 모델이 무엇인지에 대한 검토를 통해 규제권한 배분의 논의가 진행되어야 하고, 규제 수범자와의 관계에서는 규제의 단일성 보장이 요청된다.

## 2) 규제기관

### (가) 규제기관 권한배분에 대한 종래 논의

#### 가) 최종원 교수 견해<sup>24)</sup>

일반경쟁규제기관과 산업별 전문규제기관간 역할배분에 관한 OECD 보고서를 기준으로 분류방식을 따르고 있다. 관할권논의 대상을 5가지로 나누고, 4가지 분배방식을 검토하고 있는데, 5가지 규제란 (1) 필수적 망 시설에 대한 무차별적 공정접근 보장 권한 (망시설 공정접근), (2) 기업결합, 담합, 불공정 거래행위 등 일반경쟁법상의 각종 경제제한적 행위에 대한 규제권한 (일반 공정거래법상 경제제한 행위 규제), (3) 망의 호환성이나 안정성 유지, 망표준화, 사생활 보호, 환경 친화적 사업활동을 위한 제반기준 및 규칙설정을 포함하는 기술적 규제 (기술적 규제), (4) 진입규제, 사업영역 규제, 요금규제, 품질규제, 보편적 서비스 제도 규제 등의 경제적 규제 (경제적 규제) (5) 일반경쟁법 적용대상이 아닌 전문 규제 적용영역으로 두어야 할지를 결정하는 시장지배력의 규모와 범위 측정권한을 말한다.

이를 다음 4가지 유형으로 관할권을 배분한다.

23) James B. Speta, 권경현 譯, Defining the Regulatory Space Between Antitrust and Unfair Competition in Telecoms (통신에서 반독점과 불공정 경쟁 사이에서 규제 영역의 확정), Law & Technology 제2권 제2호, 서울대학교 기술과 법센터 (2006.3), 84-92면.

24) 최종원, 통신위원회와 공정거래위원회간 관할권 배분에 관한 연구, 155-158면, 행정논총 36(2), 1998.12.

	유형 1	유형2	유형3	유형4
일반경쟁규제기관의 권한	시장지배력측정 망시설공정접근 경제적규제  일반경쟁법상 경쟁제한행위 규제	시장지배력측정 망시설공정접근  일반경쟁법상 경쟁제한행위 규제	시장지배력측정  일반경쟁법상 경쟁제한행위 규제권한공유	시장지배력측정  일반경쟁법상 경쟁제한행위 규제
전문규제기관의 권한	기술적 규제	기술적 규제 경제적 규제	기술적규제 경제적 규제  망시설공정접근 일반경쟁법상 경쟁제한행위 규제권한 공유	기술적 규제 경제적 규제  망시설 공정접근

이 중 유형4의 경우가 최적 방안이라고 선정하였는데, 경제적 규제를 위해서는 전문적인 회계정보나 망의 기술적 정보가 필수적이므로 이에 대한 전문성이 높은 전문규제기관에게 경제적 규제가 분배되어야 한다고 본다. 한편 통신분야의 망시설 공정접근은 기본적으로 사전규제에 해당하므로 사후 규제를 주로 담당하는 공정거래위원회에 분배하는 것은 적절하지 않고 전문성이 높은 전문규제기관에게 분배하는 것이 바람직하다고 본다. 경쟁제한적 행위규제는 사후규제의 특성이 있으므로 공정거래위원회에 분배하되, 이는 배타적 권한은 아니며, 통신위원회의 우선권을 인정하는 것이 행정적 규제 통일성확보나 전문성에서 필요하다면 통신위 우선관할권이 인정될 수 있다고 본다.

나) 이원우 교수 견해<sup>25)</sup>

OECD의 권한배분 분석과 다르게 규제의 종류를 구분하고, 규제권한 배분 방안을 제시하였다. 규제의 종류를 (1) 기술규제, (2) 경제규제, (3) 구조규제 (기업결합, 담합, 부담공동행위), (4) 행태규제 (불공정거래행위금지, 망접근보장), (5) 시장지배력 측정 (일반경쟁법의 규제목적에 위한 시장지배력 측정, 사업법의 규제

25) 이원우, 통신시장규제에 있어서 전문통신규제기관과 일반경쟁규제기관과의 관계, 328-339면. 행정법연구 제14호 (2005년 상반기)

목적에 의한 SMP 측정)으로 구분하고, 규제권한 배분 모델을 다음과 같이 제시하였다.

	제1모델	제2모델
정보통신부	경찰, 경제, 사회, 환경행정법상 규제 ① 기술규제 : 망의 호환성 및 안전성 유지, 망 표준화, 그밖의 사회적 위해 방지를 위한 각종 기술 규제 ② 경제규제 : 진입규제, 사업영역 규제, 가격 규제, 품질규제, 보편적 의무 제공 보장 ③ 경쟁규제 중 행태규제의 일부 : 필수적 망시설에 대한 공정접근 보장, <u>법정된 특정 불공정거래행위금지</u> ④ 경쟁규제 중 구조규제의 일부 : 기업결합 규제 ⑤ 통신법 특유의 규제를 위한 시장지배력 (SMP) 측정	경찰, 경제, 사회, 환경행정법상 규제 ① 기술규제 : 망의 호환성 및 안전성 유지, 망 표준화, 그밖의 사회적 위해 방지를 위한 각종 기술 규제 ② 경제규제 : 진입규제, 사업영역 규제, 가격 규제, 품질규제, 보편적 의무 제공 보장 ③ 경쟁규제 중 행태규제의 일부 : 필수적 망시설에 대한 공정접근 보장, <u>불공정거래행위금지</u> ④ 경쟁규제 중 구조규제의 일부 : 기업결합 규제 ⑤ 통신법 특유의 규제를 위한 시장지배력 (SMP) 측정
공정거래위원회	경쟁법상의 규제 ① 구조규제 : 기업결합 규제, 담합 내지 부당한 공동행위의 제한, 시장지배적 지위 남용 금지 ② <u>행태규제 : 정보통신부의 규제권한으로 규정되지 않은 일반적 불공정거래행위에 대한 규제</u> ③ 일반경쟁법상 규제를 위한 시장지배력 측정	경쟁법상의 규제 ① 구조규제 : 기업결합 규제, 담합 내지 부당한 공동행위의 제한, 시장지배적 지위 남용 금지 ② 일반경쟁법상 규제를 위한 시장지배력 측정

위 두 방안의 차이는 통신분야의 불공정거래행위에 대한 규제를 정보통신부에 배분할 것인가 아니면 불공정거래행위 중에서 사전에 정한 부분만 정보통신부에 배분할 것인가의 차이가 있으나<sup>26)</sup>, 본고에서 논의하는 합병 규제와는 별도의 논의이므로 제외하기로 한다.

다) 신영수 박사 견해<sup>27)</sup>

26) 위 두 방안 중에서 장기적으로나 이론적으로 보면 제2모델이 타당하나, 현행 규정상으로는 공정거래위원회가 가지는 일반적인 불공정거래행위 규제권한은 그대로 두고, 전기통신사업법과 같은 관련 법률의 개정을 통해 당해 산업분야에 대한 불공정거래행위 규제권한을 당해 전문규제기관에게 배타적으로 부여할 수 있을 것으로 보는 견해를 제시하고 있다. - 이원우, 전제논문, 339면.  
 27) 염용섭, 통신서비스 경쟁관련 규제기관 관할 문제 고찰, 124-125면, 정보통신법포럼 (2006) - 재인용

구체적으로 두 규제기관 간의 바람직한 권한배분에 대한 의견 제시는 없으나, 사업법상 금지행위(불공정거래행위)에 대해서는 통신위원회에 우선권을 부여하며, 기업결합에 대해서는 기업결합의 경쟁제한성 판단부분을 공정거래위원회에 일임하되 기타 고려요소를 정보통신부가 종합적으로 판단하여 최종 승인여부를 결정하자는 의견을 제시하고 있다.

#### 라) 검토

규제권한의 배분은 통신산업 현실과 산업발전을 고려하여 바람직한 규제 방향으로 진행될 수 있어야 하며, 합병 규제의 기준에서는 시장에 대한 일반 경쟁법상 기준이 전문규제기관의 판단에 의견으로 수렴되어 규범 수범자에 대해서 단일한 의견으로 표시되어야 할 것으로 보인다.

##### (나) 현행법에서 합병규제 심사 기관

독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 '공정거래법') 제7조 제1항 제3호에서는 합병을 기업결합의 한 유형으로 규정하고 있으므로, 합병은 공정거래법 제12조 제1항 제3호의 공정거래위원회 신고대상에 해당된다. 특히 회사의 합병에 의한 기업결합으로서 결합당사자 중 하나 이상의 회사가 대규모회사인 경우에는 합병계약 체결일로부터 30일 이내에 공정거래위원회에 신고해야 하는 의무를 부담한다.<sup>28)</sup>

따라서 이 요건을 충족하는 기간통신사업자는 방송통신위원회에 대한 합병인가신청과 더불어 공정거래위원회에 기업결합 사전신고절차를 이행해야 하나, 실무상으로는 공정거래위원회에 별도의 기업결합 신고 없이 방송통신위원회에 합병인가신청으로 대체하고 있다. 기간통신사업의 합병인가신청을 접수받은 방송통신위원회는 특별한 사유가 없는 한 정보통신정책심의위원회 심의 및 공정거래위원회와의 협의를 거쳐 신청일로부터 3개월 이내에 인가여부를 결정하여 합병인에게 통보하여야 한다.<sup>29)</sup>

위와 같이 공정거래위원회에의 신고의무를 면제해주는 이유가 무엇인지에 대해서는 해석이 나뉜다. ① 공정거래법 제12조 제3항에서 관계중앙행정기관의 장이 다른 법률의 규정에 의하여 미리 당해 기업결합에 관하여 공정거래위원회와

28) 공정거래법 제12조 제4항 단서.

29) 권오승 편, 정보통신과 공정거래, 124-125면.

협의한 경우에는 기업결합신고의무를 적용하지 아니한다고 규정하고 있으므로, 원칙적으로 통신사업자간 합병에도 공정거래법이 적용되고 공정거래위원회 심사가 진행되지만, 방송통신위원회가 전기통신사업법에 따라 공정거래위원회와 협의를 하게 되므로 합병당사자의 절차편의를 위해 공정거래위원회에의 신고의무만 면제한다는 견해가 있다.<sup>30)</sup> ② 반면에 통신시장에서 발생하는 합병사건은 전문규제기관이 규제권한을 갖기 때문에 본래부터 공정거래법 적용이 제외되므로 공정거래위원회에 신고할 의무가 없게 된다는 견해가 있다. 이에 대한 이론적 근거로 미국법상 묵시적 적용제외(Implied Repeal), FCC를 비롯한 규제관청의 ‘제1차적 관할권(Primary Jurisdiction)’, 주정부 행위이론(State Action)을 근거로 하거나<sup>31)</sup> 독일 행정법이론인 구성요건적 효력(Tatbestandswirkung) 내지 구속력이론이 논의된다.<sup>32)</sup>

## (2) 규제 대상

### 1) 개요

현행 전기통신사업법은 기업결합의 유형이 합병이나 영업양수에 해당하고, 그 결합행위의 대상이 기간통신사업자인 경우에 한하여 규제하는 방식을 취하기 때문에 기간통신사업자가 아닌 별정통신사업자와 부가통신사업자의 합병 등 결합행위에 대해서는 전기통신사업법에 따른 합병심사를 받지 않는다. 기간통신사업자의 결합행위이더라도 합병 및 영업양수의 방식이 아닌 경우, 가령 주식취득이나 임원겸임을 통한 결합에 대해서는 독점규제법에 따른 공정거래위원회의 기업결합심사절차에 따라 합병의 승인여부를 판단하게 된다.<sup>33)</sup>

### 2) 개정법

개정법에서는 통신시장에서 등기를 통한 합병이 아닌 주식취득을 통한 간접적

30) 권오승 편, 정보통신과 공정거래, 125-134면. - 이러한 논의는 다시 공정거래위원회의 심사권에 대한 해석론으로 이어져 독자적인 심사관할권 인정론, 방송통신위원회의 인가결정 이후 절차개시론, 심사개시불가론 등으로 논의된다.

31) 이문지 외 3인, 전계논문, 125-142면.

32) 송시강, 정보화의 진화에 따른 통신법체계 연구(제3편)- 통신시장에 있어서 전문규제기관과 일반 경쟁규제기관의 관계-, 제5장 현행 통신사업자의 기업결합에 대한 규제의 문제점과 개선방안, 143-147면, 서울대학교 공익산업법센터(2006.12)

33) 권오승 편, 정보통신과 공정거래, 117면. -SK 텔레콤과 신세기이동통신간의 합병, KTF와 한솔이동통신 간 합병은 그 전단계로서 주식취득의 과정을 거쳤기 때문에 공정거래위원회의 기업결합심사와 방송통신위원회의 인가신청 및 인가절차가 순차적으로 이루어진바 있다.

지배 형식으로 기업결합을 하는 것이 현실임을 감안하여 주식취득의 경우도 동법 제13조에 따른 방송통신위원회의 인가대상으로 확대하였다.

종전	개정 현행법
<p>제13조(사업의 양수 및 법인의 합병 등)</p> <p>① 기간통신사업자의 사업의 전부 또는 일부를 양수하거나 기간통신사업자인 법인을 합병하고자 하는 자 또는 허가받은 기간통신역무의 제공에 필요한 전기통신회선설비를 매각하고자 하는 기간통신사업자는 정보통신부령이 정하는 바에 의하여 정보통신부장관의 인가를 받아야 한다.</p>	<p>제13조 (사업의 양수 및 법인의 합병)</p> <p>① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 대통령령이 정하는 바에 따라 방송통신위원회의 인가를 받아야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 기간통신사업자의 사업 전부 또는 일부를 양수하고자 하는 자</li> <li>2. 기간통신사업자인 법인을 합병하고자 하는 자</li> <li>3. 허가받은 기간통신역무의 제공에 필요한 전기통신회선설비를 매각하고자 하는 기간통신사업자</li> <li>4. <u>특수관계인과 합하여 기간통신사업자의 발행주식 총수의 100분의 15이상을 소유하고자 하는 자 또는 기간통신사업자의 최대주주가 되고자 하는 자</u></li> </ol> <p>⑨ 제1항 제4호에 해당하는 자가 제1항의 인가를 받지 않는 경우에는 방송통신위원회는 의결권 행사의 정지 또는 당해 주식의 매각을 명할 수 있다.</p>

일반시장에서의 기업결합 규제에 대해서는 이미 공정거래위원회가 기업결합심사를 통해 ‘경제제한성’ 여부를 판단하고 있는바, 공정거래위원회와 정보통신부 간 중복규제가 문제될 수 있는 점에서 전기통신사업법상 협의 규정을 통해 동일한 기업결합의 경우에는 공정거래위원회의 일반 시장에 대한 경제제한성 판단의 전문성을 충분히 반영하여 정보통신부의 인가심사가 이루어짐으로써 사업자의 부담을 경감하고 동시에 공정경쟁 환경과 이용자보호를 충실히 달성할 수 있도록 운영될 필요가 있다.<sup>34)</sup>

### (3) 규제 기준

34) 공정거래위원회와 구 정보통신부는 사전협의 채널 (공정거래위원회 시장감시본부, 정보통신부 통신전파방송본부, '06. 7월 실무협의를 통해 구축, 11월 제1회 정기회의 개최)을 통해 양 기관간 협의를 확대하고 있음

1) 우리나라

방송통신위원회가 합병 및 영업양수의 인가를 위해서는 ① 재정 및 기술적 능력과 사업운용능력의 적정성 ② 주파수 및 전기통신번호 등 정보통신자원관리의 적정성 ③ 기간통신사업의 경쟁에 미치는 영향 ④ 이용자보호 및 공익에 미치는 영향 등 네 가지 심사기준을 고려하게 된다.<sup>35)</sup> 규율방식에 비추어 보면 이들 각 기준은 누적적 요건으로 되어 있지만, 동 조항에서 방송통신위원회가 기간통신사업의 합병인가를 함에 있어 인가 심사사항을 종합적으로 고려하고 있으므로 실제로는 어느 한 요건이 다소 결여되더라도 합병이 인가될 수 있는 것으로 해석된다.<sup>36)</sup>

합병에 대한 심사기준에서 공정거래위원회<sup>37)</sup>는 경쟁제한성이라는 관점에서 주로 판단할 것이고, 정보통신부는 경쟁제한성뿐만 아니라 재정적 능력, 기술적 능력, 사업운용능력, 주파수 및 번호관리 적정성, 이용자 보호 및 공익에 미치는 영향을 포괄적으로 고려하여 판단하게 된다.<sup>38)</sup>

현재 우리 제도로는 주식취득, 임원겸임에 의한 기업결합이라면 공정거래위원회에 기업결합심사를 거치고, 정보통신부의 인가를 받는 방식이나, 합병 및 영업양수의 경우에는 정보통신부의 인가를 거치게 되는 방식이다. 주식취득, 임원겸임에 의한 기업결합에서는 공정거래위원회의 기업결합심사기준에 따른 시장획정과 경쟁제한성 판단이 이루어질 것이다.

전기통신사업법 개정안에 따르면 기간통신사업자 발행주식총수의 100분의 15 이상을 소유하고자 하는 자 또는 기간통신사업자의 최대주주가 되고자 하는 자의 경우에는 정보통신부 장관 인가사항으로 되어 있으므로, 주식취득의 경우 지분 비율에 따라 공정거래위원회 관할 사항과 정보통신부 인가사항이 나뉘게 된다. 즉 기간통신사업자의 발행주식총수의 100분의 15 미만으로 주식을 취득하거나, 최대주주가 되지 않는 경우의 주식취득과 임원겸임에 한하여 공정거래위원회의 기업결합심사기준에 따라 이루어지게 된다.

35) 전기통신사업법 제13조 제3항

36) 권오승 편, 전게서, 121면.

37) 공정거래위원회는 경쟁제한성 판단을 원칙으로 하지만, 예외적 사유 검토에서는 통신망 통합, 잉여장비 수출효과, 연구개발 공동활용, 주파수 자원활용, 정보화 촉진 등의 사유를 효율성 증대사유로 검토하여 경쟁제한성과 효율성 증대에 대한 비교 형량 판단을 하고 있음 - 공정거래위원회 의결 2000.5.16.2000기결0129.

38) 염용섭, 전게서, 114면.

## 2) 미국

미국의 경우는 DOJ의 경쟁제한성 심사가 먼저 이루어지는데,<sup>39)</sup> ① 심사기준 I- 수평적 합병지침 (Horizontal merger guidelines)은 인수합병으로 인한 경쟁제한성을 시장집중도의 변화 파악으로 심사한 후 이러한 경쟁제한성에도 불구하고 합병을 승인할 정당한 사유가 있는 지를 살펴본다. ② 심사기준 II - 비수평적 인수합병지침 (Non-Horizontal Merger Guidelines)은 수직적 인수합병의 경우에는 수직적 봉쇄효과<sup>40)</sup>를 중심으로 합병의 경쟁제한성을 판단하고, 혼합적 인수합병에 대한 심사는 합병이 잠재적 경쟁<sup>41)</sup>에 미치는 영향을 중심으로 판단한다. 비수평적 합병지침은 문제가 되는 시장의 시장 집중도가 합병 후 HHI 1,800미만일 경우 당해 인수합병이 경쟁에 미치는 영향이 크지 않을 것으로 본다.<sup>42)</sup>

FCC는 공익성 심사<sup>43)</sup>절차에서 공익기준(public interest standards)에 의거 인수합병의 경쟁제한여부 뿐만 아니라 당해 인수합병이 공공의 이익에 미치는 비용과 편익을 분석하는데, FCC의 포괄적인 공익심사 기준으로는 다음의 사항들이 있다. 당해 인수합병이 경쟁적인 시장 환경을 조성할 수 있을 것인가, 미국 전 지역에 보편적인 정보통신서비스를 제공하는데 도움이 될 것인가, 소비자들에게 양질의 서비스를 제공하는데 도움이 될 것인가, 신규 서비스 개발에 도움이 될 것인가 등이다. 그러나 FCC의 공익성 심사에 있어서도 합병이 경쟁에 미치는 영향이 중요한 비중을 차지하고 있다.<sup>44)</sup>

39) 1976년 제정된 Hart-Scott-Rodino Act는 일정 규모 이상의 인수합병에 대한 DOJ의 사전심사를 명문화하였는데, 조건은 다음과 같다. ① 인수합병의 당사자 중 하나가 미국 내에서 영업을 하거나 영향을 행사하고 있을 것, ② 인수되는 자산의 규모가 2억 달러 이상일 것, ③ 그 자산의 규모가 5천만~2억 달러에 해당할 경우, 해당기업들이 각 1억 달러, 1천만 달러 이상의 총자산 또는 영업수익을 달성하고 있을 것 - 나성현, 전계논문, 14-15면.

40) 수직적 봉쇄효과란 수직적으로 결합된 기업이 경쟁관계에 있는 기업의 구매선 또는 판매선을 봉쇄함으로써 경쟁을 실질적으로 제한할 수 있음을 의미함.

41) 잠재적 경쟁에 미치는 영향이란 인수회사가 인수되는 회사를 통하여 새로운 시장에 진입하고, 인수회사가 해당 시장의 잠재적인 진입자인 경우, 당해 인수합병은 그 시장의 경쟁을 잠재적으로 약화시킬 우려가 있다는 것으로 잠재적 경쟁은 현재의 경쟁제한적 요소들 보다는 미래의 경쟁상황에 초점을 둔 논리임.

42) 나성현, 전계논문, 13-21면.

43) FCC의 인수합병심사에서 해당기업은 합병이 공익에 부합됨을 증명하는 서류를 FCC에 제출해야 하며, 이에 대해 FCC는 여러 이해당사자들의 의견 청취 등 과정을 거쳐 당해 인수합병이 공익에 부합된다고 판단될 경우 합병을 승인한다. 합병이 공익을 현저히 감소시킬 수 있다고 판단되는 경우 FCC는 이를 보완할 수 있는 조건을 부과할 수 있으며, 효과적인 보완조치가 불가능하다고 판단될 경우 최종적으로 당해 인수합병에 대한 승인을 거부할 수 있고, 이에 대해 해당기업은 소송을 제기할 수 있다. - 나성현, 전계논문, 23-24면.

44) 인수합병 심사에 있어서 DOJ와 FCC의 차이점 - 나성현, 전계논문, 33면.

3) EU

EU에서는 통신사업자간 합병사례에 비추어 합병심사에 있어서 규제기관은 다음의 다섯 가지 사항을 고려해야 한다고 보고 있다. ① 높은 시장점유율로 인한 수평적 시장지배력과 수직적인 시장봉쇄효과가 상호 결합하는지 (Telia/Telenor) ② 시장점유율의 증가로 인해 지배적 지위가 형성, 강화되는지 (MCI/Worldcom, France Telecom/ Orange) ③ 배척효과가 발생하는지, 이때 배척효과는 소매시장에서 막강한 지위를 가진 사업자와 유무선전화망의 공급을 독점한 사업자가 수직적으로 결합하는 경우에 많이 발생하는 것으로 나타난다 (Telia/Telenor) 미디어회사와 관련된 결합에 있어서도 유사한 문제가 발생하게 되며, 상부의 콘텐츠 시장 집중이 배척의 결과를 초래하기도 한다. (Vizzai JV/ Vodafone, Vivendi, Canal+). 유통시장에서도 마찬가지이다. 이미 수직적으로 통합된 기업이 배타적 유통망을 보유한 또 다른 사업자와 결합하는 경우에는 지배적인 유통업자를 낳을 수 있다. (BT/ Esat). ④ 한 시장에서의 시장지배력이 다른 시장으로 전가되는 지렛대효과가 존재하는지. 이 점은 최근의 통신시장 통합화 현상에서 주된 반경쟁적 요인으로 지적되고 있으나 실제 경쟁제한성 판단과정에서는 충분히 고려되지 못하는 것으로 나타난다.(Enel/Wind/Infostrada) ⑤ 이전과는 완전히 다른 새로운 시장이 형성 및 개발됨으로 인해, 이 분야의 최초 사업자가 자신의 기득권을 유지하려는 목적에서 가격, 기술 표준, 상호접속 등에 관한 다양한 전략을 구사하게 되고 그 결과 사회전체적 후생과 성장을 저해하게 되는지 (Vodafone/ Manesmann)에 관해서다.<sup>45)</sup>

구분	DOJ	FCC
근거법령	경쟁법	통신법, 경쟁법
심사기준	경쟁제한성	공익
경쟁에 대한 시각	현재의 경쟁이 악화되는가?	미래의 경쟁환경 조성에 도움이 되는가?
입증책임	DOJ	합병회사
심사절차	법에 의해 규정	내부 규정
Inaction	승인으로 간주	거부로 간주
주요 허가조건	분리매각	분리매각, 진입장벽 제거, 신규서비스개발, 새로운 시장 진입

## V. 결어

통신시장에서의 합병 규제는 통신이라는 산업에 대한 이해와 시장에 대한 규제기관의 개입이 적절한 것인지에 대한 시장 판단을 전제로 한다. 합병이라는 경영판단이 통신시장에서 왜 일어나고 있는 지에 대한 이해와 전망뿐만 아니라 공공의 이익 도모와 시장의 발전을 고려할 수 있는 균형점을 규제기관은 함께 고민해야 하고, 규제권한 배분, 규제절차, 규제 기준 역시 동일 선상에서 살펴볼 필요가 있다.

---

45) Gilles Le Blanc & Howard Shelanski, "Telecommunications Mergers in the EU and US : A Competitive Institutional Analysis", *Merger Remedies in American and European Union Competition Law*, Edward Elgar, 2003, pp184-185,- 권오승편, 정보통신과 공정거래, 121면 재인용.

■ 참고문헌

- 강인규, FCC, Sprint와 Nextel의 합병 승인, 주간기술동향(2005.10.1).  
권오승, 경제법, 법문사 2004.  
권오승 편, 정보통신과 공정거래, 법문사(2006).  
김동환, 홍성도 공저, 벤처기업 M&A, 무역경영사 2003.  
나성현, 미국의 통신사업자 인수합병 심사제도, KISDI 이슈 리포트(2006.3.13).  
송시강, 정보화의 진화에 따른 통신법체계 연구(제3편)- 통신시장에 있어서 전문규제기관과 일반경쟁 규제기관의 관계-, 제5장 현행 통신사업자의 기업결합에 대한 규제의 문제점과 개선방안,143-147면, 서울대학교 공익산업법센터(2006.12)  
염용섭, 통신서비스 경쟁관련 규제기관 관할 문제 고찰, 정보통신법포럼 (2006)  
이문지 외, 통신시장에서 전문규제기관과 일반규제기관의 역할 및 관계정립, 정보통신학술연구과제 (2002.2).  
이원우, 통신시장에 대한 공법적 규제의 구조와 문제점, 행정법연구 11호 (2004년 상반기).  
이원우, 통신시장규제에 있어서 전문통신규제기관과 일반경쟁규제기관과의 관계,328-339면. 행정법 연구 제14호 (2005년 상반기)  
이종관, 국내 통신서비스 시장의 인수, 합병 특징과 시사점, 정보통신정책 제13권 제6호.  
최종원, 통신위원회원회와 공정거래위원회간 관할권 배분에 관한 연구, 행정논총 36(2), 1998.12.  
황준성, EU 경쟁정책의 특징과 시사점 : 법적, 제도적 분석, 숭실대학교 연구논문 (2002).
- Howard A. Shelanski, 권경현 譯, "U.S. Telecommunications in Transition: Why the New Market Requires a New Regulatory Approach (변화기에 있는 미국 통신 : 왜 새로운 시장은 새로운 규제 접근을 필요로 하는가?), Law & Technology 제2권 제2호, 서울대학교 기술과 법센터 (2006.3),
- James B. Speta, 권경현 譯 , Defining the Regulatory Space Between Antitrust and Unfair Competition in Telecoms (통신에서 반독점과 불공정 경쟁 사이에서 규제 영역의 확정), Law & Technology 제2권 제2호, 서울대학교 기술과 법센터 (2006.3).
- John H. Kim, South Korea Telecommunications- Korean Telecom, Merrill Lynch In-depth Report, 14 October 2005.

투고일자 2008.09.03      심사개시일자 2008.09.17      게재확정일자 2008.10.01

Hongik Law Review, Vol. 9, No. 3(2008)

**[ABSTRACT]**

## **A Study on the Merger Regulation in the Telecommunication Market**

Kwon Kyoung-hyun

The merger regulation in the telecommunication market requests comprehension of telecommunication industry and regulation. It is necessary to understand the reason why business decision of consolidation occurs in telecommunication market. And we have to consider the role of the regulator for the public interest and market development. Solving this issues, we have to discuss the distribution of regulatory power, regulatory procedure and regulatory standard. At first we review the industry sector of telecommunication and forecast market outlook. And then it is necessary to study the role of regulator.

**Key Words** : telecommunication, merger, regulation, regulator, regulatory procedure, regulatory standard



# ICJ의 管轄權에 관한 다툼에 대한 節次規則의 適用\*

박 현 석

(홍익대학교 법과대학 부교수)

## 【초 록】

---

Monetary Gold 사건에서 승소하고도 당초의 목적을 달성하지 못한 영국의 사례에서 극적으로 드러난 바와 같이, ICJ와 같은 국제법원에서는 실체법상의 이유가 아니라 절차법상의 이유가 소송의 성패를 좌우할 수 있다. ICJ의 소송절차에서 절차법상의 문제가 가장 빈번히 다투어지는 것은 본안전 항변 단계이며, 본안전 항변은 수소법원의 관할권이나 소의 수리적격이 없다는 주장이 대부분이다. 이런 본안전 항변은 종래에도 빈번히 제기되어 왔으나, 최근 10여 년 사이에 일어난 몇 가지 변화로 인해 과거에는 보기 어려웠던 절차법상의 문제가 본안전 항변 단계와 그 후속 단계에서 제기될 가능성이 생겨났다.

그러한 변화의 하나는 최근 10여 년 사이에 여러 국제법원들이 설립되었다는 점이다. 그 결과 국제법원들 상호간에 관례의 충돌뿐만 아니라 관할권의

---

\* 이 글은 2008년 8월 22일 서울 플라자호텔에서 열린 2008 International Conference on International Law에 제출한 발표문을 수정/가필한 것입니다. 이 국제학술대회를 공동주최한 대한국제법학회와 동북아역사재단, 후원한 대한민국 외교통상부, 그리고 발표내용에 대해 논평해 주신 한국외국어대학교의 이장희 교수, 서울대학교의 이근관 교수, 영국 브리스톨 대학교의 Malcolm D. Evans 교수, 세인트렐랑카셔 대학교의 Zou Keyuan 교수에게 감사의 뜻을 표합니다.

충돌 가능성도 늘어났으며, 이 경우 전소법원 소송계속을 이유로 후소법원이 소를 각하해야 한다는 *lis alibi pendens*의 항변이나 동일한 사안에 대하여 한 가지 절차를 이미 개시한 분쟁 당사국은 그와 다른 절차를 이용할 수 없다는 *electa una via non datur recursus ad alteram*의 항변이 국제법상 인정될 것인지에 관한 논란이 재연될 수 있다. 뿐만 아니라 2000년 호주, 뉴질랜드와 일본 사이의 남방참다랑어 사건은 국제법원들 사이에 이른바 ‘소극적 관할권 충돌’이 발생할 수도 있음을 시사한다. 즉 이 사건의 경우와 같이 분쟁 당사국 일방이 ICJ에 제소하면 당해 사안에 대한 관할권이 가령 국제해양법법원(ITLOS)에 있음을 내세워 ICJ가 소를 각하해야 한다고 응수하거나 이와는 반대로 일방 당사국이 ITLOS에 제소하면 당해 사안에 대한 관할권이 ICJ에 있음을 들어 ITLOS가 소를 각하해야 한다는 본안전 항변을 제기할 경우, 당해 사건에 대한 관할권이 어느 법원에 있는지는 미해결 문제의 하나이다.

국제재판에서 새로운 절차법상의 문제를 야기할 소지가 있는 최근의 또 다른 변화는 ICJ의 법원규칙 개정이다. 2000년 12월에 개정된 법원규칙 제79조 제1항에 의하면, 본안전 항변을 제기하려는 피제소국은 제소국의 첫 번째 변론서(Memorial) 제출 이후 3개월 이내에 제기해야 한다. 종래에는 피제소국의 첫 번째 변론서, 즉 답변서(Counter-Memorial) 제출 기한 이내에 제기하면 족했으나 그 기간이 90일로 단축된 것이므로 일견 적시제출주의를 강화한 것으로 보이지만, 피제소국이 위의 90일 이후에 본안전 항변을 제기할 경우 그 실기(失機)를 이유로 각하해야 할 것인지는 불분명하다.

ICJ 법원규칙 개정에도 불구하고 본안전 항변과 본안을 분리하여 심리하느냐 병합하여 심리하느냐에 따라 동일한 당사자 사이의 동일한 분쟁이 동일한 법원에 제기된 경우에도 소송의 결과가 달라질 수 있다는 문제 역시 여전히 미해결 상태로 남아 있다. 법원규칙에 따르면 원칙적으로 양자는 분리하여 심리하지만 당사자의 합의가 있거나 제기된 본안전 항변이 전적으로 선결적인 성격을 지니지는 않는다고 법원이 선언하는 경우에는 본안단계에서 심리할 수 있기 때문이다. 법원의 선언에 의한 병합의 문제는 이미 제기된 바 있으나, 당사자의 합의에 따라 본안전 항변을 본안단계에서 병합심리할 경우 소송의 결과가 달라질 수 있다는 점은 간과되어 온 것으로 보인다.

**주제어** : ICJ 소송절차, 본안전 항변, 관할권 충돌, 적시제출주의, 소송요건

## 【차 례】

I. 머리말	IV. 本案前 抗辯의 本案併合
II. ICJ의 管轄權과 訴의 受理適格	V. 맺는말
III. 本案前 抗辯의 提出時期	

## I. 머리말

1954년 이탈리아는 자신이 영국, 프랑스, 미국을 상대로 ICJ에 제소한 Monetary Gold 사건에서, 알바니아가 이 사건 소송당사자에 포함되지 않았음을 들어 이 사건에서 ICJ가 관할권을 행사할 수 있는지에 대하여 의문을 제기하였다. ICJ는 이탈리아의 문제제기를 받아들여 이 사건 소를 각하했으므로, 이탈리아는 자국의 패소를 자초한 것이다. 그러나 바로 이 소각하 판결로 말미암아 본안, 즉 이 사건 금괴에 대한 권리가 영국에게 있는지 여부는 미확정 상태로 남겨졌다. 그 결과 영국은 거의 자신의 수중에 들어왔다고 여겼던 금괴를 처분할 수 없게 되었으며, 코르푸 해협 사건 판결을 이행하지 않고 있던 알바니아의 협력 없이도 그 판결채권의 만족을 얻으려 했던 영국의 시도는 무산되었다.<sup>1)</sup>

영국이 소송에서 승소하고도 목적 달성에 실패한 것은 실체법상의 이유 때문이 아니라 소송법상의 이유 때문이었다. 이 사건 소송에서는 알바니아가 필수적 당사자(indispensable party)이며, 알바니아의 탈루로 소송요건이 갖추어지지 못했다는 것이다. 이 소송요건의 불비를 피제소국인 영국이 아니라 제소국인 이탈리아가 지적했다는 사실은 이례적이다. 스스로 소를 제기하고도 소송요건을 갖추지 못했음을 자인하는 것이기 때문이다. 영국은 이 점을 들어 이탈리아의 문제제기는 소의 취하에 해당한다(in effect withdrawn or cancelled)고 주장했으나, ICJ

1) *Monetary Gold Removed from Rome in 1943, Judgment, I.C.J. Reports 1954*, p. 19 참조. 1949년 12월 15일 ICJ는 코르푸 해협 사건에서 알바니아는 영국에 £843,947을 배상하라는 판결을 선고한 바 있다. *Corfu Channel, Assessment of Amount of Compensation, Judgment, I.C.J. Reports 1949*, p. 244 참조. 이 배상금 미지급으로 인한 영국과 알바니아 사이의 다툼은 알바니아가 \$2,000,000을 영국에 지급하고 대신 보관 중이던 금괴 1574kg을 알바니아에 이전하기로 합의함으로써 1996년 10월 29일 최종적으로 해결되었다. 상세히는 Constanze Schulte, *Compliance with Decisions of the International Court of Justice* (Oxford University Press, 2004), pp. 95-97 참조.

는 영국의 주장을 받아들이지 않았다. 제소국은 소송요건의 불비를 주장하지 못한다는 취지의 금지규정은 없다는 것이 이유였다.<sup>2)</sup>

만약 당시 ICJ가 이탈리아의 문제제기를 소의 취하로 취급했다라면 영국은 이 사건 금괴를 처분할 수 있게 되었을 것이므로, 적어도 이 사건 소송에 관한 한 절차규칙이 소송의 성패를 좌우했다고 할 수 있다. 이 사건에서 이탈리아가 제기한 문제는 우리 민사소송법상의 소송요건으로 말하자면 당사자 적격(*locus standi*)에 관한 문제이지만, 그것이 ICJ의 관할권에 관한 사항이든 소의 수리적격에 관한 사항이든 본안전 항변(*preliminary objection; exception preliminaire*)에 관한 절차규칙이 적용된다는 점은 같다. 본고에서는 본안전 단계에서 대두될 수 있는 쟁점, 특히 ICJ의 관할권에 관한 소송당사자들의 다툼에 대하여 ICJ規程을 비롯한 관련 절차규칙을 적용할 경우에 발생할 수 있는 문제들을 규명하고자 한다. 논의의 편의상 본안전 항변에서는 주로 受訴法院인 ICJ의 ‘관할권’(jurisdiction; *compétence*)과 訴의 ‘수리적격’(admissibility; *recevabilité*)이 다투어진다는 점을 고려하여 먼저 이 둘에 대하여 살펴본 다음(II), 본안전 항변의 제출시기(III)와 본안전 항변의 본안병합(IV)에 관한 절차규칙을 적용할 때 발생할 수 있는 문제를 규명하기로 한다.

## II. ICJ의 管轄權과 訴의 受理適格

### 1. 관할권과 수리적격의 의의

ICJ규정 제40조에 따르면, 분쟁 당사국들이 자신들의 분쟁을 ICJ에 회부하기로 하는 취지의 특별협정(*special agreement; compromis*)을 ICJ에 통지하거나 분쟁 당사국 일방이 ICJ에 訴狀(*written application; requête*)을 제출함으로써 소송절차가 개시된다. 전자의 경우에는 분쟁 당사국 쌍방의 합의로 소송절차가 개시되므로 본안전 항변이 제기되는 일이 거의 없으나, 후자의 경우에는 종종 피제소국이 본안전 항변을 제기한다.

본안전 항변이 소송요건의 불비를 이유로 소를 각하해야 한다는 주장이라는

2) *Monetary Gold Removed from Rome in 1943*, *supra* note 1), pp. 27~29 참조.

점은 우리 민사소송법상의 그것과 같으나, 구체적인 소송요건은 다르다. 우리 민사소송법상의 소송요건은 ①당사자에 관한 요건, ②법원에 관한 요건, ③소송물에 관한 요건, ④특수소송에 관한 요건으로 나눌 수 있을 것이다. 반면 ICJ에 따르면, 소송요건은 보통 셋으로 나뉜다.<sup>3)</sup> 즉 ①受訴法院인 ICJ의 管轄權(jurisdiction of the Court; compétence de la Cour), ②訴의 受理適格(admissibility of the application; recevabilité de la requête), ③기타 요건이 그것이다.

이 가운데 첫째 요소인 주소법원에 관할권이 있어야 한다는 요건은 우리 민사소송법상으로도 마찬가지이지만, 여기서 말하는 ICJ의 관할권은 우리 민사소송법에서 말하는 법원의 관할권과는 사뭇 다르다. ICJ의 관할권은 크게 인적 관할(jurisdiction *ratione personae*)과 물적 관할(jurisdiction *ratione materiae*)로 나눌 수 있다.

먼저 인적 관할은 ICJ가 누구에게 개방되느냐, 즉 ICJ에 소송당사자로 설 수 있는 자격에 관한 요건을 가리킨다. 이 요건은 ICJ규정 제34조와 제35조에 명시되어 있으며, 우리 민사소송법으로 말하자면 대체로 당사자능력이나 소송능력과 같은 당사자에 관한 요건에 여기에 해당한다. 이 조항들에 따르면 ICJ에는 원칙적으로 ICJ규정의 당사국들에 대해서만 인적 관할이 있으므로, 소송 당사자 가운데 하나가 국제기구이거나 쌍방이 모두 국가라 하더라도 그 중 일방이 ICJ규정의 당사국도 아니고 또 ICJ규정 제35조 제2항에 명시된 요건을 구비하지 않은 경우에는 인적 관할이 없는 것이다.<sup>4)</sup>

한편 물적 관할은 ICJ가 어떤 사항에 대하여 재판할 수 있느냐, 즉 분쟁 당사국

3) ICJ, *The International Court of Justice* (The Hague, 5th ed., 2004), pp. 60~61; 拙稿, “國際司法法院(ICJ) 判決의 既判力”, 『법조』 제611호(2007. 8), pp. 205~208 참조. 한 개의 소에 소송상의 청구가 여러 포함된 경우 그 일부 청구를 각하해야 한다는 본안전 항변도 생각할 수 있다.

4) *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004*, p. 279 이하 참조. 또 유고슬라비아가 캐나다, 프랑스, 독일, 이탈리아, 네덜란드, 포르투갈, 영국을 상대로 각각 제소한 같은 명칭의 다른 사건들도 참조. 이 사건들에서 제소국인 유고슬라비아는 ICJ에 소송당사자로 설 수 있느냐가 문제되었다. 즉 UN총회와 안전보장이사회의 관련 결의들에 의하면 유고슬라비아는 ICJ규정의 당사국이 아니며 따라서 ICJ규정 제35조 제2항을 근거로 ICJ에 소송당사자로 설 수 있느냐가 다투어진 것이다. 이 사건들에서 ICJ는 유고슬라비아가 소송당사자로 설 수 없다고 판시했다. 이 사건 판례평석으로는 예컨대, 全京一, “세르비아 몬테네그로와 NATO 會員國間 武力使用의 適法性 事件에 관한 國際司法法院의 諸決定”, 『국제법평론』 2006-1호(2006. 4), 245~325쪽 참조. 그러나 유고슬라비아가 피제소국이었던 다른 사건에서는 유고슬라비아가 ICJ에서 소송당사자로 설 수 있음을 인정한 바 있다. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia-Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996*, p. 595 참조.

들이 ICJ에 회부할 수 있는 사건에 관한 요건을 가리킨다. 이 요건은 ICJ규정 제36조와 제37조에 명시되어 있으며, 우리 민사소송법상으로는 그에 해당하는 소송요건을 찾기 어렵다. 굳이 찾는다면 소송상의 청구가 민사소송사상이어야 한다는 요건에 대응하는 것이라고 할 수 있겠으나, 양자 사이에는 현저한 차이가 있다. 예컨대 민사소송사상은 소송 당사자가 누구이냐에 관계없이 일정하겠지만, ICJ의 물적 관할은 어느 나라가 소송 당사자이냐에 따라 달라질 수 있는 것이다.

ICJ의 물적 관할은 특정 분쟁을 ICJ의 재판에 회부하기로 하는 소송 당사자 쌍방의 동의에 입각한 것이므로, 당해 사건이 그러한 동의를 범위에 속하는 경우에만 이 요건을 갖추게 된다. 분쟁당사국 쌍방의 동의가 사전합의<sup>5)</sup>나 두 당사자 각각의 일방적 사전동의<sup>6)</sup>로써 이루어진 경우에는 소송 당사자들이 응소할 의무, 즉 이른바 ICJ의 강제관할권(의무적 관할권)을 수락한 것이므로, 일방의 제소로 소송절차가 개시될 수 있다. 그러므로 가령 제소국이 원용한 조약 자체가 무효이거나 이미 종료된 경우에는 당해 사건에 관한 한 ICJ에는 물적 관할이 없을 것이다. 또 가령 제소국이 원용한 분쟁해결조항이나 ICJ의 강제관할권 수락선언이 당해 분쟁에는 적용되지 않는 경우에도 마찬가지이다.

수소법원의 관할권과 더불어 소송요건의 하나인 訴의 受理適格(admissibility of the application; recevabilité de la requête)은 제소국이 원용한 조약의 재판조항이나 ICJ의 의무적 관할권을 수락한다는 소송 당사자들의 선언과 같이 소송 당사자 쌍방이 ICJ의 관할권을 수락했음을 입증하는 문서에 명시되지 않은 소송요건이라고 할 수 있으며, 대체로 우리 민사소송법상 소송물에 관한 요건이 여기에 포함될 것이다. 예컨대 분쟁 자체가 존재하지 않는다거나, 소의 이익이 없다거나, 국내적 구제절차를 완료하지 않았다거나, ICJ에 제소된 당해 분쟁이 UN의 정치적 기관의 권한에 속하는 사항이라는 항변 등은 이 요건의 불비를 주장하는 본안 전 항변의 예이다.<sup>7)</sup>

그 밖에도 본안심리에 들어가기 전에 소를 각하해야 한다고 주장할 수 있는 다

5) ICJ규정 제36조 제1항 후반부, 즉 '현행의 제조약과 협약에 특별히 규정된 사항'을 가리키며, 조약에 포함되는 '제소합의조항'(compromissory clause)이 그 전형적인 예이다.

6) ICJ규정 제36조 제2항, 즉 이른바 '선택조항'에 따른 ICJ의 의무적 관할권(강제관할권) 수락선언을 가리킨다.

7) 소의 이익이 없다는 이유로 소각하 판결이 난 예로는 *Northern Cameroons, Judgment, I.C.J. Reports 1963* p. 15 이하 참조. 국내적 구제절차를 완료하지 않았다는 이유로 소가 각하된 예로는 *Interhandel, Judgment, I.C.J. Reports 1959*, p. 6 이하 참조.

른 이유들이 있다. 예컨대 ICJ에 회부된 분쟁이 ICJ에 訴訟繫屬이 없는 다른 측면과 관련되어 있다거나, 이른바 필수적 당사자가 탈루되었다거나, 일정한 선행절차가 완료되지 않았다는 항변 등이 그것이다.<sup>8)</sup>

결국 ICJ의 관할권도 소의 수리적격도 민사소송법에서 말하는 ‘법원의 관할권’과는 전혀 다른 소송요건이다. 민사소송법상 법원의 관할권은 여러 법원들 가운데 어느 법원에 제소해야 하는지를 가리킨다고 할 수 있는 반면, 아직 ICJ를 포함하여 국제법원들 사이에 그런 의미의 관할권 배분체계가 없다.<sup>9)</sup> 오히려 ICJ규정 제36조 제1항에 보이는 당사자 사이의 합의는 중재합의와 유사하고,<sup>10)</sup> 현행 조약의 특별 규정은 중재조항과 유사하다. 다만 ICJ규정 제36조 제2항에 따라 사전에 기탁되는 일방적 선언들이 중재합의나 중재조항의 역할을 대신하는 점은 전통적인 중재에서는 볼 수 없는 요소이며, ICJ가 당사자들과 독립된 사전에 선출된 일정 수의 정규판사로 구성된 상설 재판부를 갖추고 있는 점도 중재기관보다는 사법기관에 가까운 요소이다. 아무튼 관할권이 없다는 본안전 항변이나 수리적격이 없다는 본안전 항변에는 동일한 절차규칙이 적용될 뿐만 아니라 관할권 흠결의 경우든 수리부적격의 경우든 ICJ가 관할권을 행사할 수 없는 점은 마찬가지이므로, 우리의 관점에서 볼 때 이 둘을 소송요건으로만 취급하면 충분할 것이다.

## 2. ICJ의 관할권에 관한 새로운 쟁점

8) ‘필수적 당사자’가 탈루되었다는 이유로 소가 각하된 예로는 앞서 본 Monetary Gold 사건 외에 *East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, I.C.J. Reports 1995*, p. 90 이하 참조. 다만 필수적 당사자의 탈루는 우리 민사소송법상 고유필수적 공동소송의 공동소송인 일부 탈루와 유사하고 또 이 탈루는 당사자에 관한 요건의 흠결로 취급되는 점에 비추어, ICJ의 경우에도 인적 관할의 흠결로 취급할 수도 있을 것으로 보인다.

9) 다른 국제법원과 ICJ의 관계에 대해서는 예컨대 Georgio Gaja, “Relationship of the ICJ with Other International Courts and Tribunals”, in Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat, Karin Oellers-Frahm (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: a Commentary* (Oxford University Press, 2006), pp. 533~544 참조.

10) ICJ규정 제36조 제1항의 ‘당사자가 ICJ에 회부하는’ 사건이란 분쟁 발생 이후에 그 분쟁의 당사국들이 당해 분쟁을 ICJ에 회부하기로 합의한 사건을 말하며, ICJ규정 제40조 제1항의 ‘특별한 합의’는 이 사후합의를 가리킨다. ‘특별한 합의’라는 문언은 ICJ규정 제36조 제2항에도 나오는데, 영문 본상으로는 둘 다 special agreement이지만 불문본상 전자는 compromis, 후자는 convention spéciale이다. ICJ규정 제36조 제1항의 ‘현행 조약과 협약에 특별히 규정된 모든 사항’에 해당하는 불문본의 문언과 비교하면 convention spéciale는 바로 이 특별규정을 포함하는 현행조약을 가리키는 것이거나 compromis와 그러한 현행조약의 특별규정을 함께 지칭하는 것으로 보인다. 한편 compromis는 보통 중재합의를 가리키는 용어로 사용되어 왔다.

지금까지 ICJ에 회부된 소송사건에서 매우 다양한 본안전 항변이 제기되어 왔지만, 새로운 유형의 본안전 항변이 등장할 여지가 없는 것은 아니다. 아직 ICJ에 회부된 소송절차에서 실제로 제기되지는 않았으나, 비교적 최근에 학계에서 논의된 바에 의하면 장차 소송절차의 본안전 단계에서 다투어질 만한 새로운 쟁점들이 있다.

그 하나는 다른 국제법원과 ICJ 사이에 발생할지도 모르는 관할권 충돌에 관한 것이다. 최근 10여 년 동안 국제해양법법원을 비롯하여 여러 국제법원들이 설치됨에 따라 동일한 사안에 대하여 다른 국제법원과 ICJ의 관할권이 중첩될 가능성이 생겨났으며, 그 결과 동일한 분쟁이 둘 이상의 법원에 회부되는 사태가 발생할 수 있다. 이 경우에 발생하는 절차법상의 문제는 후소법원이 전소법원 소송계속(*lis alibi pendens*), 또는 한 법원에 제소한 당사자는 다른 법원에 제소할 수 없음(*electa una via non datur recursus ad alteram*)을 이유로 당해 소를 각하해야 하는지 여부이다.<sup>11)</sup>

아직 ICJ는 이 문제를 다룰 기회가 없었으나 일찍이 PCIJ는 상부 실레지아 사건에서 이 문제에 대해 다음과 같은 견해를 밝힌 바 있다:<sup>12)</sup>

조약이 없는 경우 일국의 판사들이 동일 사안에 관한 소송이 이전의 어느 시기에 적절한 방식으로 자국의 다른 법원에 제기된 경우에 그래야만 하는 것과 꼭 마찬가지로 이미 다른 국가의 법원에 繫屬中인 소송의 수리도 거절해야 한다는 의미에서, 판결들의 충돌 가능성을 예방하는 것이 목적인 소송계속(litispendance)의 법리

11) 문자 그대로는 각각 '다른 곳에 계류중인 소송'(litigation pending elsewhere), '한 가지 길을 선택한 자는 다른 길이 주어지지 않는다'(he who has chosen one way cannot have recourse to another)는 뜻임. 이 문제에 대한 논의로는 예컨대 Georgio Gaja, *supra* note 9); Yuval Shany, *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals* (Oxford University Press, 2003) 등을 참조. 국제법원들 사이의 관할권 충돌과 관례의 충돌 가능성에 관한 초기의 논의에 대한 개관은 Benedict Kingsbury, "Foreword: Is the Proliferation of International Courts and Tribunals a Systemic Problem?", *NYU Journal of International Law and Politics*, vol. 31 (1999), p. 679 이하 참조.

12) *Certain German Interests in Polish Upper Silesia, Jurisdiction, Judgment No. 6, 1925, P.C.I.J., Series A, No. 6*, p. 20 참조: "It is a much disputed question in the teachings of legal authorities and in the jurisprudence of the principal countries whether the doctrine of *litispendance*, the object of which is to prevent the possibility of conflicting judgments, can be invoked in international relations, in the sense that the judges of one State should, in the absence of a treaty, refuse to entertain any suit already pending before the courts of another State, exactly as they would be bound to do if an action on the same subject had at some previous time been brought in due form before another court of their own country."

가 국제관계에서도 원용될 수 있는지에 대해서는 주요 국가들의 판례상으로는나 학설상으로는나 다툼이 많은 문제이다.

PCIJ는 전소법원 소송계속(*lis alibi pendens*)을 이유로 한 중복제소 금지의 법리가 독일-폴란드 혼합중재법원과 자신의 관계에 역할을 할 수 있을지 논하면서, 상기 혼합중재법원과 PCIJ는 동일한 성격의 법원들이 아니라는 이유로 중복제소의 본질적 요소들이 존재하지 않는다고 판시했다. 다만 이 법리가 확립된 일반 국제법규인지는 여전히 불분명하다.

둘 이상의 국제법원 사이에 관할권이 중첩되는 적극적 충돌과는 반대로 관할권의 소극적 충돌이 발생할 수도 있다. 아직 ICJ에서 이 문제가 제기된 적은 없으나, 최근의 남방참다랑어 사건은 UN해양법협약상의 중재법원이나 ITLOS와 ICJ 사이에 그런 문제가 실제로 발생할 수 있음을 시사한다.<sup>13)</sup> 현재로서는 이 문제에 대한 일치된 견해를 찾아보기 어렵지만, 일찍이 PCIJ는 호르조 공장 사건에서 이 문제에 언급한 바 있다:<sup>14)</sup>

당 법원은 다른 법정의 관할권과의 관계에서 그 관할권을 정의해야 할 때, 당 법원이 재판의 거부(denial of justice)라는 위험을 수반하는 관할권의 소극적 충돌 가능성을 예방하기에 충분히 분명하다고 보는 조항에 직면하지 않는 한 자신의 관할권을 양보하도록 허용할 수는 없다.

다른 한편 셋 이상의 국가가 연루되어 있는 분쟁이 국제법원에 회부되는 경우, 필수적 당사국의 탈루 등 이미 알려진 것 외에 그 소송절차의 본안전 단계에서 발생할 수 있는 다른 절차법상의 문제도 있다. 예컨대 소송참가국도 본안전 항변을 제기할 수 있는지 여부가 그러하다. 즉 비당사자 참가국(non-party intervener)

13) *Southern Bluefin Tuna Case between Australia and Japan and between New Zealand and Japan, Award on Jurisdiction and Admissibility, Decision of 4 August 2000, UNRIIAA vol. XXIII, p. 27, para. 39* (c) 참조. 이 문제에 대한 검토로는 예컨대 拙稿, 『國際法院 相互間的 消極的 管轄權 衝突』, 『國際法學會論叢』 제51권 제3호(2006. 12), pp. 45~67 참조.

14) *Factory at Chorzów, Jurisdiction, Judgment No. 8, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 9, p. 30* 참조: “The Court, when it has to define its jurisdiction in relation to that of another tribunal, cannot allow its own competency to give way unless confronted with a clause which it considers sufficiently clear to prevent the possibility of a negative conflict of jurisdiction involving the danger of a denial of justice.”

당사자 참가국과 마찬가지로 수소법원의 관할권과 소의 수리적격에 관한 본안전 절차에 참가할 수 있는지<sup>15)</sup> 등이 그것이다.

### Ⅲ. 本案前 抗辯의 提出時期

#### 1. 적시제출주의

ICJ의 법원규칙(Rules of Court) 제79조 제1항에 따르면, 당해 사건에 대한 ICJ의 관할권이나 소의 수리적격에 관한 본안전 항변의 제출시기에는 일정한 제한이 있다. 법원규칙 제79조 제1항은 다음과 같이 규정하고 있다:

1. 법원의 관할권이나 소의 수리적격에 대한 피제소국의 항변, 또는 본안에 관한 추가적인 소송절차를 계속하기 전에 결정하도록 피제소국이 요청하는 기타의 항변은 가급적 일찍, 그리고 진술서(Memorial)를 제출한 날로부터 3개월을 넘지 않는 기간 안에 서면으로 제기되어야 한다. 피제소국 이외의 당사자에 의한 그러한 항변은 그 당사자의 첫 변론 제출 시한 이내에 제출되어야 한다. (2000. 12. 5 개정, 2001. 2. 1 발효)

물론 이 조 제2항에 따르면 제1항의 규정에 불구하고 訴狀 제출 이후 그리고 ICJ 원장이 당사자들과 협의한 이후 ICJ는 관할권과 수리적격에 관한 문제를 분리하여 결정할 수 있으나, 그렇지 않을 경우 적시제출주의를 규정한 것으로 보이는 제1항이 적용될 것이다. ICJ규정 자체에는 본안전 항변에 관한 별도의 절차를 정한 명문의 규정이 없으므로, 법원규칙 제79조 제1항의 적용문제가 발생할 수 있다. 즉 피제소국이 90일 기한 이내에 본안전 항변을 제기하지 않았으면 후속 절차에서는 본안전 항변을 제기할 수 없는지 여부가 그것이다.

---

15) Institut de Droit International, "Judicial and Arbitral Settlement of International Disputes Involving More Than Two States" (Session of Berlin, 1999), para. 12 참조. 이 문서에 따르면 소송참가는 ICJ규정 등 관련 문서에 규정된 범위 이상의 관할권적 관련성(jurisdictional link)을 요하지 않으며, 참가국도 소송당사자 전원의 동의를 얻어 소송당사자가 될 수 있다고 한다. *ibid.*, paras. 11, 18 참조.

일단 피제소국이 90일 기한 이내에 본안전 항변을 제기하지 않으면 제79조 제5항에 규정된 본안에 관한 소송절차의 정지는 발생하지 않을 것이다. 따라서 만약 ICJ가 뒤늦게 제기된 본안전 항변을 심리한다면 그러한 심리는 본안 단계에서 다루어지게 될 것이다. 실제로 *Avena* 사건에서 ICJ는 뒤늦게 제기된 본안전 항변을 본안 단계에서 심리한 바 있음에 비추어, 일견 피제소국은 90일 기한 내에 제기하지 않았더라도 답변서(Counter-Memorial)에서 본안전 항변을 제기할 수 있을 것으로 보인다.<sup>16)</sup> 만약 피제소국이 답변서에서도 본안전 항변을 제기하지 않는다면 물론 ICJ의 관할권을 묵인한 것으로 취급되겠으나,<sup>17)</sup> 현행 법원규칙 제79조 제1항은 종래 답변서 제출기한까지 제기하도록 규정되어 있던 1978년 규칙을 개정하여 90일로 단축했다는 점에 유의할 필요가 있다.

개정취지에 비추어 볼 때, 현행 법원규칙 제79조 제1항은 본안전 항변에 관한 적시제출주의를 규정하고 있는 것으로 보인다. 다만 후술하는 제79조 제10항에 나오는 바와 같이 당해 사건의 사정상 전적으로 선결적인 성격을 지닌다고 볼 수 없는 항변도 제기될 수 있다는 점과, 소송절차의 본안전 단계에서 결정해야 할 문제 중에는 항변사항뿐만 아니라 직권조사사항도 있다는 점을 아울러 고려해야 한다. 전적으로 선결적인 성격의 항변과 그렇지 않은 항변을 어떻게 구분하는지, 수소법원의 직권조사사항에 대한 직권조사는 어떻게 하는지 등에 대한 논의는 본고의 범위를 넘으나, 적어도 전적으로 선결적인 성격의 항변사항에 대해서는 현행 법원규칙 제79조 제1항의 적시제출주의가 적용될 것이다.

한편 제79조 제1항 제2문에 따르면, '피제소국 이외의 당사자'도 본안전 항변을 제기할 수 있으며 그 제출 시기는 당해 당사자의 첫 변론시한까지이다. 제소국은 물론 이 '피제소국 이외의 당사자'에 해당하겠으나, 제소국이 본안전 항변을 제기한 *Monetary Gold* 사건은 이례적인 경우일 것이다. 문제는 소송참가국이 이 '피제소국 이외의 당사자'에 해당하는지 여부이다. 우선 당사자 참가국(full party

16) *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 2004, pp. 28-29, para. 24 참조. 이를 지지하는 견해로는 Christian Tomuschat, "Article 36", in Andreas Zimmermann et al. (eds.), *supra* note 9), p. 645; Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, Volume II Jurisdiction (4th ed., Martinus Nijhoff, 2006), p. 807, fn. 8 참조. Cf. 제79조 개정으로 90일 시한을 넘기면 응소로 취급된다는 시사로는, *ibid.*, p. 828 참조.

17) *Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council*, Judgment, I.C.J. Reports 1972, p. 52, para. 13 참조. 현행 법원규칙 제38조 제5항도 참조.

intervener)은 이 ‘피제소국 이외의 당사자’에 포함되었으나, 비당사자 참가국 (non-party intervener)은 소송의 ‘당사자(party)’가 아니므로 일견 여기에 해당되지 않을 것으로 보인다. 반면 앞서 본 세계국제법학회의 견해에 따르면, 비당사자 참가국 역시 본안뿐만 아니라 수소법원의 관할권과 소의 수리적격에 관한 본안전 절차에도 참가할 수 있다.<sup>18)</sup> 여기서도 수소법원의 직권조사사항과 항변사항을 구분하여 검토할 필요가 있을 것이다. 항변사항은 원칙적으로 당사자의 주장이 없으면 법원이 고려할 필요가 없으므로 여기서 문제는 비당사자 참가국에게도 본안전 항변을 제기할 권리가 인정되는지 여부일 것이기 때문이다.

## 2. 직권조사사항과 항변사항

ICJ規程 제53조 제2항에 따르면, 당사자 일방이 법원에 출석하지 않거나 자신의 사건을 방어하지 않는 경우에도 ICJ는 제36조와 제37조에 따라 자신에게 관할권이 있는지 확인해야 한다.<sup>19)</sup> 즉 ICJ規程 제36조와 제37조에 규정된 ICJ의 관할권은 소송당사자에 의한 항변의 제기 여부와 관계없이 수소법원이 반드시 확인해야 하는 직권조사사항임을 시사한다. 반면 이른바 관할권에 대한 관할권을 명시한 ICJ규정 제36조 제6항의 문언과 응소관할을 인정하는 ICJ 자신의 판례에 비추어 일반적으로 관할권 문제는 항변사항인 것으로 보이므로,<sup>20)</sup> 이것만으로는 직권조사사항과 항변사항을 구별하기 어렵다.

수소법원의 관할권이나 소의 수리적격을 다투고자 하는 피제소국은 대부분의 경우 법정에 출석하여 본안전 항변을 제기할 것이다. 이런 관점에서만 보면 직권조사사항과 항변사항을 구분할 실익이 적겠으나, 직권조사사항이나 항변사항이냐에 따라 피제소국에 대한 상기 90일 시한의 적용여부가 달라질 수도 있다.<sup>21)</sup>

18) Institut de Droit International, *supra* note 15), para. 12 참조. ICJ의 법원규칙 제81조에 따르면 소송참가신청서는 원칙적으로 서면변론 종결 때까지는 제출하여야 하며(제1항), 이 신청서 기재 사항 가운데 하나는 소송당사국과 참가신청국 사이에 존재한다고 주장되는 관할권의 기초(any basis of jurisdiction)이다.

19) 조문상으로는 제36조와 제37조만 언급되어 있으나, 제34조와 제35조에 포함된 요건도 확인해야 할 것이다. 같은 취지, Hans von Mangoldt and Andreas Zimmermann, “Article 53”, Andreas Zimmermann *et al.*, (eds.), *supra* note 9), p. 1160 참조.

20) *Ibid.*, p. 1161 참조.

21) ICJ규정 제53조 제2항에 따른 직권조사의 정도에 대해서도 ICJ규정 제41조의 잠정조치(가처분)에 관한 명령의 요건 중 하나인 ‘일견(prima facie) 관할권이 있을 것’과 같은 정도로 족하다는 견해와, 제53조 제2항에 따른 ICJ의 결정은 ‘판결’이므로 그 이상을 요구한다는 견해가 대립하고 있다.

ICJ規程과 법원규칙, 그리고 ICJ에 판례에 비추어 보더라도 수소법원의 관할권과 소의 수리적격 문제를 직권조사사항과 당사자의 항변을 기다려 비로소 법원이 판단해야 하는 항변사항으로 구분하는 기준은 아직 불분명한 것으로 보인다. 다만 ICJ는 제소국이 원용한 관할권의 근거가 당해 사건에 적용될 수 있는지 여부와 제소국 자신이 제기하는 항변에 대해서는 확인하고 판단해야 할 것이다.<sup>22)</sup>

#### IV. 本案前 抗辯의 本案併合

##### 1. 본안전 항변의 분리와 병합

ICJ의 법원규칙(Rules of Court) 제79조 제5항에 규정된 바와 같이, 본안전 항변이 제기되면 본안에 관한 소송절차는 정지된다. 즉 ICJ의 소송절차는 본안전 단계와 본안 단계로 분리된다. 그 결과 가령 제기된 본안전 항변에 대하여 모두 이유 없다는 결정이 내려진 다음에 비로소 본안에 관한 소송절차가 재개되는 것이다. 그러나 법원규칙 제79조 제9항과 제10항에 규정된 일정한 경우에는 본안전 항변을 본안 단계에서 심리할 수도 있다. 우선 법원규칙 제79조 제9항과 제10항은 다음과 같다:

9. 법원은 본조 제1항에 따라 제기된 항변을 본안의 틀 안에서 심리하고 결정하기로 하는 당사자 사이의 합의를 실행한다.

10. 당사자를 심리한 후 법원은 판결의 형태로 결정을 내리며, 그로써 항변을 인용하거나 그것을 배척하거나, 또는 사건의 사정상 전적으로 선결적인 성격을 지니고 있지 않다고 선언한다. 법원이 항변을 배척하거나 그것이 전적으로 선결적인 성격을 지니고 있지 않다고 선언하는 경우, 법원은 추가적인 절차를 위한 시한을 정한다.

법원규칙 제79조 제2항에 따라 소송당사자들이 본안전 항변에 관한 별도의 절차

*Ibid* 참조.

22) Hans von Mangoldt and Andreas Zimmermann, *supra* note 9), p. 1161 참조.

를 진행하기로 합의할 수 있는 것과 마찬가지로, 제79조 제9항에 따라 본안전 항변을 본안 단계에서 심리하고 결정하기로 합의할 수도 있다. 실제로 ICJ는 노르웨이 공채 사건과 ELSI 사건에서 소송당사국들의 합의에 따라 본안전 항변을 본안의 틀 안에서 심리하고 결정한 바 있다.<sup>23)</sup> 이 경우에는 ICJ가 최종적으로 소각하 판결을 내리더라도 소송당사자들이 예상할 수 있는 범위를 벗어난 것은 아니다.

반면 제기된 본안전 항변이 당해 사건의 사정상 전적으로 선결적인 성격일 지니고 있지 않다고 선언하는 경우에는 사정이 다르다. 일부 본안전 항변은 기각하고 다른 일부는 당해 사건의 사정상 전적으로 선결적인 성격을 지니지 않는다고 판시했다고 가정해 보자. 일단 제소국은 청구인용이든 청구기각이든 본안판결을 기대할 가능성이 커졌다고 여길 것이다. 만약 법원이 후속 단계에서 소각하 판결을 내리게 되면, 법원은 본안전 단계에서 결정했어야 할 사항을 본안 단계로 미룸으로써 소송에 소요된 시간과 비용을 증가시켰다는 비난을 받을 수도 있다. 실제로 남서 아프리카 사건과 바르셀로나 트렉션 사건에서 이런 문제가 발생했다.<sup>24)</sup> 현행 법원규칙 제79조 제10항은 이런 경험을 반영한 것이기는 하지만, 본질적으로 같은 종류의 문제가 발생할 소지는 여전히 남아 있는 것으로 보인다.<sup>25)</sup> 뿐만 아니라 후술하는 바와 같이, 동일한 본안전 항변에 대하여 동일한 재판부가 결정하더라도 본안과 분리하여 심리하느냐 본안과 병합 심리하느냐에 따라 서로 다른 결정에 이를 수도 있다.

## 2. 분리와 병합의 법적 귀결

본안전 항변과 본안을 함께 심리하든 본안전 항변에 관한 소송절차와 본안에 관한 소송절차를 별도의 단계로 나누든 일견 소송의 결과가 달라질 일은 없을 것처럼 보이지만, 실제로는 동일한 사건이라도 어느 절차를 따르느냐에 따라 소송의 결과가 달라질 수 있다. 가령 어떤 사건이 3인의 판사로 구성된 ICJ의 소재판부(Chamber)에 회부되었고, 이 사건에 대한 그 판사 3인의 의견이 다음 <표 1>과

23) *Certain Norwegian Loans, Judgment, I.C.J. Reports 1957*, p. 9 이하; *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), Judgment, I.C.J. Reports 1989*, p. 15 이하 참조.

24) *South West Africa, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966*, p. 6 이하; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, p. 3 이하 참조.

25) Shabtai Rosenne, *supra* note 16), pp. 810, 854~55 참조.

같이 나뉘었다고 해 보자. 논의를 단순화하기 위해 소송상의 청구(claim)는 하나 뿐이라고 가정한다.

<표 1-1> 3인의 판사로 구성된 재판부(1)

선호도 \ 판사	판사 A	판사 B	판사 C
최선	<b>소각하</b> dismiss without prejudice	<b>청구인용</b> uphold the claim	<b>청구기각</b> reject the claim
차선	청구인용 uphold	청구기각 reject	소각하 dismiss
최악	청구기각 reject	소각하 dismiss	청구인용 uphold

만약 본안전 항변을 본안과 함께 심리한다면 이 재판부의 평의(評議, deliberation)가 어떤 식으로 진행될 것인지, 그리고 이 소송의 최종 결과가 어떻게 나타날 것인지는 예측하기 어렵다. 그러나 만약 본안전 항변에 관한 소송절차와 본안에 관한 소송절차를 분리한다면, 이 소송의 최종 결과를 예측할 수 있다. 우선 이 사건 재판부는 2대 1로 본안전 항변을 배척할 것이다. 판사 B와 판사 C는 이 사건 소를 각하(dismiss without prejudice)하는 데 반대할 것이기 때문이다. 그 결과 이 사건에서는 본안에 관한 소송절차가 개시될 것이며, 본안 단계에서는 2대 1로 청구인용(uphold the claim)판결을 내릴 것이다. 본안 단계에서 최종 결과를 좌우할 변수인 판사 A의 의견에 따르면, 소각하가 최선이지만 차선은 청구기각(reject the claim)이 아니라 청구인용이기 때문이다.

<표 1-2> 3인의 판사로 구성된 재판부(2)

선호도 \ 판사	판사 A	판사 B	판사 C
최선	<b>(소각하)</b>	<b>청구인용</b>	<b>청구기각</b>
차선	<b>청구인용</b>	청구기각	(소각하)
최악	청구기각	(소각하)	청구인용

물론 재판부를 구성하는 판사들의 의견이 일치하는 경우에는 소송의 결과가 달라지지 않겠으나 의견이 나뉜 경우에는 이 가상의 사례에서 보는 바와 같이 어떤 소송절차를 따르느냐에 따라 최종 결과는 달라질 수 있다. 재판부를 구성하는 판사의 수가 이보다 더 큰 경우에도 같은 방식으로 확인해 볼 수 있으나, 이 경우에는 일단 최선의 결정에 대해서는 의견이 같은 판사들 사이에서도 차선책에 대해서는 의견이 나뉠 수 있음을 추가로 고려해야 한다. 가령 ICJ의 전원재판부와 같이 15인의 판사들로 구성된 재판부에 회부된 어떤 사건에 대하여 판사들의 의견이 다음 <표 2>와 같이 나뉜 경우를 생각해 보자.

<표 2> 15인의 판사로 구성된 재판부

선호도 \ 판사	A 그룹		B 그룹		C 그룹	
최선	소각하 (6)		청구인용 (5)		청구기각 (4)	
차선	청구인용(3)	청구기각(3)	소각하(*)	청구기각(*)	소각하(*)	청구인용(*)
최악	청구기각	청구인용	청구기각	소각하	청구인용	소각하

본안전 항변을 본안과 함께 심리할 경우에는 최종 결과를 예측하기 어렵지만, 본안에 관한 소송절차를 정지하고 본안전 항변에 관한 소송절차를 먼저 진행할 경우에는 최종 결과를 예측할 수 있다. 후자라면 <표 2>의 경우 재판부는 먼저 6대 9로 본안전 항변을 배척한 다음 8대 7로 청구를 인용할 것이다.<sup>26)</sup> 간단히 말해서 법원규칙 제79조 제9항과 제10항은 단순히 소송절차의 진행에 관한 기술적인 조항이 아니라 그 적용여하에 따라 소송의 결과가 달라질 수도 있는 규정이라는 것이다.

26) 이상의 논의는 '콩도르세의 역설'로 알려진 바를 ICJ의 소송절차에 적용되는 규칙에 적용한 것이다. 콩도르세 후작(Marquis de Condorcet)과 그의 역설에 대해서는 <<http://en.wikipedia.org/wiki/Condorcet>> 참조. 발표 당일 coffee break 때, 콩도르세의 역설이 적용된 결과를 보이는 <표 1-2>의 삽입을 필자에게 제안해 준 고려대학교 박사과정의 박진아 씨에게 감사의 뜻을 표하고자 한다.

## V. 맺는말

분쟁당사국 일방의 제소로 ICJ에서 소송절차가 개시되는 경우 주로 피제소국이 소를 각하해야 한다는 본안전 항변을 제기한다. ICJ규정 제34조 내지 제37조의 의미에서 수소법원인 ICJ의 관할권과 제기된 소의 수리적격은 흔히 본안전 항변으로 제기되는 사항들이다. 앞서 본 바와 같이 본안전 항변 자체뿐만 아니라 본안전 항변의 제기, 심리, 결정에 관한 절차규칙의 적용여하에 따라 소송의 결과가 달라질 수 있다.

당해 사건에 대하여 ICJ가 그 관할권을 행사할 수 있는지 여부를 다투는 본안전 항변과 그러한 항변에 적용될 절차규칙의 적용문제 중에는 아직 실제로 제기된 적은 없으나 잠재적 소송당사국들이라면 고려해야 할 새로운 문제들도 있다. 새로운 문제들이 대두되는 원인은 주로 최근 10여 년 사이에 다양한 국제법원들이 설치되었다는 점과 ICJ의 법원규칙 개정에서 찾을 수 있다.

우선 최근 10여 년 사이에 다양한 국제법원들이 설치됨으로써 그러한 국제법원과 ICJ 사이에 관할권 충돌의 가능성이 생겼으며, 그러한 충돌 가능성을 이유로 과거에는 찾아보기 어려웠던 본안전 항변들이 제기될 수 있다. 수소법원에서 전소법원 소송계속(*lis alibi pendens*) 또는 한 법원에 제소한 당사자는 다른 법원에 제소할 수 없음(*electa una via non datur recursus ad alteram*)을 들어 소를 각하해야 한다는 본안전 항변이 그것이다. 앞서 본 바와 같이 PCIJ는 호르조 공장 사건과 상부 실레지아 사건에서 이 문제에 대해 언급한 바 있으나 아직 ICJ는 이 문제를 다룰 기회가 없었다. 또 ICJ규정 제62조의 참가신청과 제63조의 참가선언, 당사자 참가와 비당사자참가의 구별도 고려하여, 소송참가국이 본안전 항변을 제기할 수 있는지 여부도 미해결 문제의 하나이다.

ICJ의 법원규칙 제79조는 원칙적으로 본안전 항변이 제기되면 본안에 관한 소송절차는 정지되도록 규정함으로써 양자를 별도의 단계로 분리하는 방식을 채택하고 있다. 그 결과 이 절차규칙의 적용에 관하여 적어도 두 가지 문제가 발생할 수 있다. 하나는 피제소국의 본안전 항변 제출시한의 적용문제이다. 2000년 법원규칙 개정으로 종래 답변서 제출일이었던 것이 소장을 접수한 날부터 3월로 바뀐으로써 뒤늦게 제기된 본안전 항변에 대하여 응소관할의 성립을 인정할 것인지

본안 단계에서 심리할 것인가가 문제로 남았다.

다른 하나는 본안전 항변과 본안의 병합 문제이다. 법원규칙에 따르면, 원칙적으로 양자는 별도의 단계로 분리하지만 당사자의 합의가 있거나 제기된 본안전 항변이 전적으로 선결적인 성격을 지니지 않는다고 법원이 선언하는 경우에는 본안단계에서 심리할 수 있기 때문이다. 법원의 선언에 의한 본안병합의 문제점은 이미 지적되어 왔으나, 본안전 항변과 본안을 분리하느냐 병합하느냐에 따라 동일한 분쟁, 동일한 재판부라도 소송의 결과가 달라질 수 있다는 점은 간과되어 온 것으로 보인다.

■ 참고문헌

1. 단행본

- Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, Volume II Jurisdiction (4th ed., Martinus Nijhoff, 2006)
- Constanze Schulte, *Compliance with Decisions of the International Court of Justice* (Oxford University Press, 2004)
- ICJ, *The International Court of Justice* (The Hague, 5th ed., 2004)
- Yuval Shany, *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals* (Oxford University Press, 2003)

2. 논문

- 拙稿, “國際司法法院(ICJ) 判決의 既判力”, 『법조』 제611호(2007. 8)
- 拙稿, “國際法院 相互問의 消極的 管轄權 衝突”, 『國際法學會論叢』 제51권 제3호(2006. 12)
- 全京一, “세르비아 몬테네그로와 NATO 會員國間 武力使用의 適法性 事件에 관한 國際司法法院의 諸決定”, 『국제법평론』 2006-1호(2006. 4)
- Christian Tomuschat, “Article 36”, in Andreas Zimmermann et al. (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: a Commentary* (Oxford University Press, 2006)
- Hans von Mangoldt and Andreas Zimmermann, “Article 53”, Andreas Zimmermann et al., (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: a Commentary* (Oxford University Press, 2006)
- Georgio Gaja, “Relationship of the ICJ with Other International Courts and Tribunals”, in Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat, Karin Oellers-Frahm (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: a Commentary* (Oxford University Press, 2006)
- Benedict Kingsbury, “Foreword: Is the Proliferation of International Courts and Tribunals a Systemic Problem?”, *NYU Journal of International Law and Politics*, vol. 31 (1999)

3. 판례

- Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 2004
- Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004
- Southern Bluefin Tuna Case between Australia and Japan and between New Zealand and Japan*, Award on Jurisdiction and Admissibility, Decision of 4 August 2000, UNRIAA vol. XXIII
- Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia-Herzegovina v. Yugoslavia)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996
- East Timor (Portugal v. Australia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1995
- Eletronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, Judgment, I.C.J. Reports 1989

*Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council, Judgment, I.C.J. Reports 1972*  
*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1970*  
*South West Africa, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966*  
*Northern Cameroons, Judgment, I.C.J. Reports 1963*  
*Interhandel, Judgment, I.C.J. Reports 1959*  
*Certain Norwegian Loans, Judgment, I.C.J. Reports 1957*  
*Monetary Gold Removed from Rome in 1943, Judgment, I.C.J. Reports 1954*  
*Corfu Channel, Assessment of Amount of Compensation, Judgment, I.C.J. Reports 1949*  
*Factory at Chorzów, Jurisdiction, Judgment No. 8, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 9*  
*Certain German Interests in Polish Upper Silesia, Jurisdiction, Judgment No. 6, 1925, P.C.I.J., Series A, No. 6*

#### 4. 자료

Institut de Droit International, "Judicial and Arbitral Settlement of International Disputes Involving More Than Two States" (Session of Berlin, 1999)

투고일자 2008.09.01      심사개시일자 2008.09.17      게재확정일자 2008.10.01

Hongik Law Review, Vol. 9, No. 3(2008)

**[ABSTRACT]**

## **Application of Procedural Rules to Disputes as to the Jurisdiction of the ICJ**

Park, Hyun-Seok

In the *Monetary Gold* case, the ICJ dismissed the case on the ground that Albania was an indispensable party but was not a party to the case. As a consequence, the United Kingdom could not satisfy its claims out of the monetary gold, which continued to be held in the name of the Tripartite Commission, given the lack of a final decision or an agreement on whether and how the gold should be divided.

This preliminary issue was raised by Italy, the Applicant. It is unusual that an Applicant state should challenge the jurisdiction of the Court, but neither the Statute nor the Rules of Court precludes the raising of a preliminary objection by an Applicant. In view of the situations after the judgment, one may say that under certain circumstances procedural rules play a critical role in judicial settlement of international disputes. In this paper, we will attempt to clarify some issues arising from the application of procedural rules to disputes as the jurisdiction of the ICJ.

### **- Jurisdiction and Admissibility**

#### **\* Concept of Jurisdiction and Admissibility**

Jurisdiction of the ICJ could be defined by answering at least the following two

questions:

- ① To whom the Court shall be opened?
- ② What cases or matters shall the Court adjudicate?

The first question deals with the matter of jurisdiction *ratione personae*, the second the matter of jurisdiction *ratione materiae*. Articles 34 through 37 of the Statute of the ICJ address these matters.

Admissibility of the Application is another matter to be dealt with at the preliminary stage of the proceedings. The application may be contended as inadmissible on the ground that the dispute does not exist, no longer has any object, is not of a legal nature within the meaning of the Statute; that the judgment would be without any practical effect; that the applicant lacks capacity to act, etc.

\* Possible Conflict of Jurisdictions

The proliferation of international courts and tribunals could cause conflict of jurisdiction as well as conflict of jurisprudence. In view of its wide scope, the jurisdiction of the ICJ may overlap with that of other international courts or tribunals. Competing jurisdictions of international courts and tribunals revives the debate on the applicability of some doctrines of procedural law, such as *lis alibi pendens* and *electa una via non datur recursus ad alteram*.

**- Time for Raising Preliminary Objections**

According to Article 36, paragraph 6, of the Statute, in the event of dispute as to whether the Court has jurisdiction, the matter shall be settled by the decision of the Court. The procedure to be followed is laid down in Article 79 of the Rules of Court. Where a respondent wishes to raise preliminary objections, it must do so in writing not later than 3 months after the delivery of the Memorial. Here arises a question: May the respondent still raise preliminary objections *after* the delivery of the Memorial? While Article 79 of the Rules of Court seems to suggest that failure to raise preliminary objection within the time-limit be regarded as acquiescence of jurisdiction, there is no provision to that effect in the Statute.

Other party than the respondent, such as the applicant or full party intervener, shall raise preliminary objections within the time-limit for its first pleading. May

the non-party intervener raise preliminary objections? If so, when?

**- Joinder of Preliminary Objections to the Merits**

Where preliminary objections are raised, the proceedings on the merits are suspended. Although this is the general order of procedure, there are at least two variations. First, the parties by agreement ask the Court to join the preliminary objections to the merits, which the Court is bound to do. Second, when the Court declare that the objections raised do not possess exclusively preliminary character, then the proceedings on the merits resume and the Court make a decision on the matter in the merits phase.

Even in the same case between the same party before the same court, joinder of preliminary objections to the merits could result in a different judgment from the one which the court would reach by separating the preliminary stage of proceedings from the merits phase. Consider a hypothetical case submitted to a tribunal composed of three judges, whose opinions are divided as follows:

	Judge A	Judge B	Judge C
1st	dismiss without prejudice	uphold the claim	reject the claim
2nd	uphold	reject	dismiss
3rd	reject	dismiss	uphold

If the preliminary objections are joined to the merits, it is hard to foresee the final judgment; If the objections are separately decided at the preliminary stage of the proceedings, the Court will first reject the objection by 2:1(judge A dissenting) and then uphold the claim by 2:1(judge C dissenting) at the merits phase. Implying an element of litigation strategy, this analysis seems to have been overlooked.

**Key Words :** contentious proceedings before the ICJ, preliminary objections, conflict of jurisdictions, time-limits for the delivery of pleadings, requirements for adjudication on the merits

<자료 1: 소장 및 준비서면>

## 소 장

원고 학교법인 홍익학원

서울 마포구 상수동 72-1

대표자 이사장 이면영

위 원고 소송대리인 법무법인 신세기

서울 서초구 서초동 1717-6 대신빌딩 1,5층 (☎137-885)

담당변호사 : 양경석, 오병국, 이사철, 구영곤, 이태진, 정은진,  
채지혜, 유진

피고 교육인적자원부장관

서울 종로구 세종로 55 교육인적자원부

우편: 110-760, 전화: 02-6222-6060, 팩스: 02-2100-6133

법학전문대학원 설치예비인가 거부처분 취소청구의 소

### 청구취지

1. 피고의 원고에 대한 2008. 2. 4.자 법학전문대학원 설치예비인가 거부처분을 취소한다.
2. 소송비용은 피고의 부담으로 한다.  
리는 판결을 구합니다.

## 청구원인

### 1. 이 사건 소의 적법성에 대해서

#### 가. 사건의 경위

원고는 고등교육법 제4조 제2항에 따라 교육인적자원부장관의 인가를 받아 홍익대학교를 설립·경영하는 학교법인입니다(갑제1호증 법인등기부등본). 피고는 2007. 10. 30.자 교육인적자원부 공고 제2007-120호 법학전문대학원 설치인가 신청공고(갑제2호증)를 하였고, 원고는 신청서 마감 내인 2007. 11. 30. 신청공고에 따른 신청서류를 피고에게 제출함으로써 법학전문대학원 설치인가 신청을 하였습니다(갑제3호증 접수증). 피고는 2008. 2. 4. 법학전문대학원 설치인가를 신청한 전국 41개 대학 중 25개 대학을 예비인가대학으로 선정하였는바(갑제4호증 법학전문대학원 설치예비인가대학 선정), 이 선정에서 원고가 설립·경영하는 홍익대학교를 예비인가대학에 포함시키지 않았습니다.

#### 나. 대상적격에 대해서

##### (1) 거부행위의 존부에 대해서

피고는 갑제4호증(법학전문대학원 설치예비인가대학 선정) 외에 원고에게 개별적으로 거부의 의사를 표시한 적이 없습니다. 그러나 행정청이 다수의 경원자(競願者) 중에 일부만을 선정할 경우에, 선정된 자에 대해서만 의사표시를 공표하고 나머지 탈락한 자에 대하여 별다른 의사표시를 하지 않았다고 하여도, 선정된 자에 대한 적극적 의사표시는 동시에 탈락한 자에 대한 소극적 의사표시로 볼 수 있으므로, 탈락한 자에 대한 거부의 의사표시는 본인에게 직접 고지되지 않았다고 하여도 본인이 이를 알았거나 알 수 있었을 때에 그 효력이 발생한 것으로 보아야 합니다(대법원 1991. 2. 12. 선고 90누5825 판결).<sup>1)</sup>

1) 이 사건에서와 같이 동일한 검사신규임용의 기회에 임용신청을 낸 다수의 검사지원자 중 그 일부만을 선정하여 검사로 임용할 경우에, 임용권자가 임용대상으로 선정된 자에 대하여만 임용의 의사표시를 하여 이를 공표하고 임용대상에서 제외하여 임용치 않기로 한 나머지 자에 대하여는 형식상 별다른 의사표시를 하지 않았다고 하여도, 위와 같은 검사지원자 중 한정된 수의 임용대상자에 대한 임용결정은 한편으로는 그 임용대상에서 제외된 자에 대한 임용거부결정이라는 양면성을 지니는 것이므로 임용대상자에 대한 임용의 의사표시는 동시에 임용대상에서 제외된 자에 대한

따라서 피고가 2008. 2. 4. 법학전문대학원 설치인가를 신청한 전국 41개 대학 중 25개 대학을 예비인가대학으로 선정한 조치(갑제4호증 법학전문대학원 설치 예비인가대학 선정)는 원고에 대한 소극적 거부행위로 보아야 할 것입니다.

(2) 거부행위의 처분성에 대해서

국민의 적극적 신청행위에 대하여 행정청이 그 신청에 따른 행위를 하지 않겠다고 거부한 행위가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하는 것이라고 하려면, 그 신청한 행위가 공권력의 행사 또는 이에 준하는 행정작용이어야 하고, 그 거부행위가 신청인의 법률관계에 어떤 변동을 일으키는 것이어야 하며, 그 국민에게 그 행위발동을 요구할 법규상 또는 조리상의 신청권이 있어야 한다는 것이 판례의 입장입니다(대법원 1998. 7. 10. 선고 96누14036 판결).

(가) 법학전문대학원 설치예비인가가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하는지에 대해서 살펴보면, 법학전문대학원설치·운영에관한법률(이하 ‘이 사건 법률’이라고 합니다) 및 같은 법 시행령(이하 ‘이 사건 시행령’이라고 합니다)에는 설치인가만이 규정되어 있을 뿐 설치예비인가에 관한 규정이 없으나, 이러한 예비인가는 최종적인 행정처분에 앞서 법률요건 중 일부에 대해 사전에 중국적으로 판단하는 이른바 예비결정(사전결정)<sup>2)</sup>으로서, 그 권한은 최종적인 처분을 할 권한에 포함되므로 법령에 특별한 근거가 없더라도 가능하다는 것이 일반적인 학설입니다.<sup>3)</sup>

---

임용거부의 소극적 의사표시를 포함한 것으로 볼 수 있고, 이러한 임용거부의 의사표시는 본인에게 직접 고지되지 않았다고 하여도 본인이 이를 알았거나 알 수 있었을 때에 그 효력이 발생한 것으로 보아야 할 것이다. 그러므로 원심이 임용권자가 원고를 검사에 임용하지 않고 있는 것이 단순한 부작위일 뿐 거부처분이 아니라고 판단한 것은 이 사건과 같은 경우의 임용거부처분의 성질과 그 존재에 관한 법리를 오해한 것으로서 이 점에 관한 논지는 이유 있다.

2) 건축법상 사전결정제도가 대표적인데, 대법원 1996. 3. 12. 선고 95누658 판결: 건축에 관한 계획의 사전결정은 규정상 결정의 대상이 "당해 건축물을 해당 대지에 건축하는 것이 건축법 또는 다른 법률의 규정에 의하여 허용되는지의 여부"로 한정되어 있고, 사전결정제도의 목적이 일정 규모 이상의 건축물 등을 신축하고자 하는 자가 건축허가신청에 필요한 모든 준비를 갖추어 허가신청을 하였다가 건축물 입지의 부적법성을 이유로 불허가될 경우 그 불이익이 매우 클 것이므로 건축허가 신청 전에 건축계획서 등에 의하여 그 입지의 적법성 여부에 대한 사전결정을 받을 수 있게 함으로써 경제적·시간적 부담을 덜어 주려는 것이어서 그 허부 판단의 기준은 건축허가에 있어서의 그것과 가급적 일치되어야 할 것이므로 사전결정을 함에 있어서도 처분 당시의 건축법 기타 관계 법령상의 제한만이 판단의 기준이 된다. 그러므로 사전결정 신청에 대한 결정권자는 건축하고자 하는 건축물을 해당 대지에 건축하는 것이 처분 당시의 건축법, 도시계획법 등의 관계 법령에서 정하는 제한에 배치되지 아니하는 이상 당연히 건축이 허용된다는 사전결정을 하여야 하고 위 관계 법령에서 정하는 제한 사유 이외의 사유를 들어 건축을 불허가하는 결정을 할 수는 없다.

3) 박근성, 행정법강의, 제3판, 2006, 342면. 이른바 다단계행정작용(단계적 행정작용) 중 하나로 설명

(나) 거부행위가 원고의 법률관계에 미치는 영향에 대해 살펴보면, 피고는 갑제4호증(법학전문대학원 설치예비인가대학 선정)에서 “본인가시까지 이행상황부진에 따른 정원감축 또는 인가취소로 예비인가대학에서 잉여정원이 발생하는 경우, 또는 관련법률의 절차에 따라 총입학정원을 증원하는 경우에, 지역균형발전을 최우선적으로 고려하여 이번 예비인가에서 제외된 지역에 법학전문대학원을 추가로 선정하겠다.”는 입장인바, 이는 특별한 사정이 없는 한 예비인가의 내용 그대로 최종인가를 하겠다는 것이므로, 예비인가를 받지 못한 원고로서는 특별한 사정이 없는 한 최종인가를 받지 못할 것이 거의 명백합니다.

(다) 원고에게 법규상 또는 신청권이 있는지에 대해 살펴보면, 이 사건 법률 제5조 제2항은 “공립 또는 사립대학의 설립·경영자가 법학전문대학원을 두고자 하는 경우에는 교육인적자원부장관의 인가를 받아야 한다.”고 규정하고, 이 사건 시행령 제2조 제1항은 “공립 또는 사립대학의 설립·경영자는 법학전문대학원을 두고자 할 때에는 … 서류를 갖추어 교육인적자원부장관에게 법학전문대학원의 설치인가를 신청하여야 한다.”고 규정하고 있는바, 홍익대학교의 설립·경영자에 해당하는 원고가 적법한 기한 내에 적법한 신청서류를 제출한 이상 원고에게는 법규상 또는 조리상 신청권이 명백하게 인정됩니다.

따라서 피고가 2008. 2. 4. 법학전문대학원 설치인가를 신청한 전국 41개 대학 중 25개 대학을 예비인가대학으로 선정한 갑제4호증(법학전문대학원 설치예비인가대학 선정)의 결정은 원고의 신청에 대한 거부행위에 해당하고, 나아가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당합니다.

#### 다. 소결

따라서 원고는 피고의 2008. 2. 4.자 법학전문대학원 설치예비인가대학 선정(갑제4호증)의 취소를 적법하게 청구할 수 있다고 할 것입니다. 이하에서는, 피고의 2008. 2. 4.자 법학전문대학원 설치예비인가대학 선정(갑제4호증)을 편의상 ‘이 사건 거부처분’이라 하겠습니다.

## 2. 이 사건 거부처분의 위법성에 대해서

---

하는 것이 일반적입니다.

### 가. 법령의 위헌·위법성에 대해서

(1) 이 사건 법률 제7조 제1항은 위헌·무효입니다.

이 사건 법률 제7조는 제1항에서 “교육인적자원부장관은 국민에 대한 법률서비스의 원활한 제공 및 법조인의 수급상황 등 제반사정을 고려하여 법학전문대학원의 총입학정원을 정한다. 이 경우 교육인적자원부장관은 총입학정원을 미리 국회 소관 상임위원회에 보고하여야 한다.”고 규정하고 있습니다. 이 규정에 의거하여 피고는 2009학년도 총입학정원을 2,000명으로 정하였습니다(갑제2호증 공고).

그러나 교육인적자원부장관이 법학전문대학원의 총입학정원을 정하도록 규정하고 있는 이 사건 법률 제7조 제1항은 모든 국민이 가지는 직업의 자유와 대학이 가지는 자율권을 침해하므로 위헌입니다. 이 사건 거부처분은 2009년도 총입학정원 2,000명을 전제로 이루어진 것이고, 이러한 총입학정원은 이 사건 법률 제7조 제1항에 근거한 것인바, 이 사건 법률 제7조 제1항이 위헌이므로 이 사건 거부처분 또한 위법합니다. 추후 위헌법률심판제청신청서를 별도로 제출하겠으나, 우선 간단하게 말씀드리면 아래와 같습니다.

#### (가) 국민의 직업선택의 자유에 대한 침해

법학전문대학원은 법조인의 양성을 직접 목적으로 하는 교육기관입니다. 이 사건 법률에는 비록 그 취지가 명백하게 규정되어 있지 않으나, 앞으로는 기존의 사법시험이 폐지되고 법학전문대학원을 졸업한 자만이 변호사가 될 수 있습니다. 따라서 교육인적자원부장관이 법학전문대학원의 총입학정원을 정하도록 규정한 이 사건 법률 제7조 제1항은, 그러한 총입학정원 자체가 없는 경우와 비교할 때, 변호사를 포함한 법조인을 직업으로 선택하고자 하는 국민의 자유를 직접적으로 제한하는 것입니다.

이와 관련하여 헌법재판소는 “헌법 제15조가 규정하는 ‘직업선택의 자유’는 자신이 원하는 직업을 자유롭게 선택하는 좁은 의미의 ‘직업선택의 자유’와 그가 선택한 직업을 자기가 원하는 방식으로 자유롭게 수행할 수 있는 ‘직업수행의 자유’를 포함하는 ‘직업의 자유’를 뜻한다. 그 중 직업선택의 자유는 삶의 보람이요 생활의 터전인 직업을 개인의 창의와 자유로운 의사에 따라 선택케 함으로써 자유로운 인격의 발전에 이바지하게 하는 한편 자유주의적 경제·사회질서의 요소가 되는 기본적인 인권이라 아니할 수 없다. 따라서 그 제한은 반드시 법률로써 하여야 할 뿐만

아니라 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리 등 정당하고 중요한 공공의 목적을 달성하기 위하여 필요하고 적정한 수단·방법에 의하여서만 가능한 것이다.”고 실시하고 있습니다(헌법재판소 2002. 5. 30. 2000헌마81 전원재판부 결정).

이에 따라 좁은 의미의 직업선택의 자유를 제한하는 법률을 심사함에 있어서는 헌법 제37조 제2항이 규정하는 과잉금지의 원칙, 즉 엄격한 비례의 원칙이 그 심사척도가 됩니다(헌법재판소 2002. 5. 30. 2000헌마81 전원재판부 결정). 그 결과, 법률이 좁은 의미의 직업선택의 자유를 침해하는 경우에는, 입법자는 입법의 동기가 된 구체적 위험이나 공익의 존재 및 법률에 의하여 입법목적이 달성될 수 있다는 구체적 인과관계를 헌법재판소가 납득하게끔 소명·입증해야 할 책임을 진다고 할 것입니다(헌법재판소 2002. 10. 31. 99헌바76, 2000헌마505(병합) 전원재판부 결정). 반면에, 일단 선택한 직업의 행사방법을 제한하는 경우에는 입법자에게 보다 광범위한 형성권이 인정되므로, 이 경우 입법자의 예측판단이나 평가가 명백히 반박될 수 있는가 아니면 현저하게 잘못되었는가 하는 것만을 심사하는 명백성의 통제에 그치는 것이 타당하다는 것이 헌법재판소의 입장입니다(헌법재판소 2002. 10. 31. 99헌바76, 2000헌마505(병합) 전원재판부 결정).

요컨대, 법학전문대학원의 총입학정원제도는 좁은 의미의 직업선택의 자유를 제한하는 것이므로, 이에 대해서는 엄격한 비례의 원칙이 적용되어야 합니다. 따라서 입법자로서는 총입학정원제도를 도입한 동기가 되는 구체적 위험이나 공익의 존재 및 이를 통해 입법목적이 달성될 수 있다는 구체적 인과관계를 주장·입증하여야 할 것입니다. 변호사제도는 전문적인 법률지식과 윤리적 소양을 갖춘 변호사에게 법률사무를 맡김으로써 법률사무에 대한 전문성, 공정성 및 신뢰성을 확보하여 일반 국민의 기본권을 보호하고 사회정의를 실현하려는 데 있습니다(헌법재판소 2000. 4. 27. 98헌바95·96, 99헌바2, 2000헌바4(병합) 전원재판부 결정). 법학전문대학원은 그러한 자질을 갖춘 변호사를 양성하는 곳이어야 하지, 특정인에게 배타적·우월적인 직업선택권을 보장하는 곳이어서는 안 되므로(헌법재판소 2001. 9. 27. 2000헌마152 전원재판부 결정),<sup>4)</sup> 국가가 일방적으로 총입학정원을 정하는 것은 위헌이 아닐 수 없습니다.

4) 무릇 직업선택의 자유는 자신이 원하는 직업 내지 직종을 자유롭게 선택하고, 선택한 직업을 자유롭게 수행할 수 있음을 그 내용으로 하는 것이지, 특정인에게 배타적·우월적인 직업선택권이나 독점적인 직업활동의 자유까지 보장하는 것은 아니다.

## (나) 대학의 자율권에 대한 침해

이 사건 법률 제4조는 “대학의 설립·경영자는 법조인의 양성에 필요한 전문적인 법률이론 및 실무에 관한 교육 및 연구를 주된 목적으로 하는 법학전문대학원을 설치·운영할 수 있다.”고 규정하고, 제5조는 제1항에서 “법학전문대학원을 두고자 하는 대학의 설립·경영자는 제16조부터 제20조까지의 규정에 따른 교원·시설 및 교육과정 등 법학전문대학원의 설치기준을 갖추어야 한다.”고 규정하는 한편으로, 제2항에서 “공립 또는 사립대학의 설립·경영자가 법학전문대학원을 두고자 하는 경우에는 교육인적자원부장관의 인가를 받아야 한다.”고 규정하고 있으며, 제6조 제1항은 “교육인적자원부장관은 제5조 제2항에 따른 법학전문대학원의 설치인가에 대한 신청이 있는 경우에는 제2조에 따른 교육이념을 달성하기 위한 교육목표 및 교육과정의 타당성과 설치기준의 충족 여부 등을 고려하여 인가할 수 있다.”고 규정하고 있습니다.

이상의 규정들만 보면, 사립대학의 설립·경영자는 자율적으로 설치기준을 갖추어 교육인적자원부장관의 설치인가를 받아 법학전문대학원을 둘 수 있습니다. 문제는 교육부장관이 법학전문대학원의 총입학정원을 정하도록 규정하는 이 사건 법률 제7조 제1항에 있습니다. 총신청인원보다 총입학정원이 적게 되면, 설치기준을 갖추고도 설치인가를 받지 못하는 사립대학이 생기는 결과가 부득이하게 발생하기 때문입니다. 그러나 이것은 대학의 자율성, 특히 사립대학의 자율성을 본질적으로 침해하므로 위헌입니다. 사립대학이 국가의 재정지원 없이 스스로 투자해서 법령이 규정한 설치기준을 갖추어 법학전문대학원을 설치하겠다는데, 사립대학의 주관적인 의사나 능력과 무관하게 국가가 일방적으로 정하는 총입학정원을 이유로 법학전문대학원의 설치를 원천적으로 봉쇄하는 것은 과잉금지원칙위반인 것입니다.<sup>5)</sup>

참고로, 헌법재판소는 국립대학인 서울대학교와 세무대학에 대해서 대학의 자율성을 헌법상 기본권으로 인정하고 있습니다(헌법재판소 1992. 10. 1. 92헌마68, 76 전원재판부 결정, 헌법재판소 2001. 2. 22. 99헌마613 전원재판부 결정). 하물며 사립대학의 경우에는 두 말할 필요도 없을 것입니다.

5) 이번에 선정된 예비인가대학 총 25개 중 무려 10개가, 총입학정원 2,000명 중 무려 890명이 국·공립 대학이라는 점에서 상황은 더욱 심각합니다. 공무원이 아닌 변호사를 양성하는 법학전문대학원의 총입학정원을 국가가 제한하고, 그 제한된 정원을 국·공립대학에 우선적으로 배분한 것은 아마도 세계적으로 유례가 없을 줄로 생각합니다.

(2) 이 사건 시행령 제5조는 위법·무효입니다.

이 사건 시행령 제5조는 “교육인적자원부장관은 법 제5조 및 법 제6조에 따른 법학전문대학원의 설치인가 등에 있어서 지방대학의 발전과 지역발전에 필요한 우수인력을 양성하기 위하여 지역간 균형을 고려하여야 한다.”고 규정하고 있습니다. 이에 강제2호증(공고)에는 “전국을 고등법원 관할구역을 단위로 한 5대 권역으로 설정하고 각 권역 내에서 우수한 대학을 설치인가대학으로 선정한다.”는 취지와 “각 권역 내 설치인가대학 선정시 지역간 균형을 고려할 수 있으나, 심사 결과 법학전문대학원을 설치·운영하기에 부적합하다고 판단되는 경우에는 선정하지 아니한다.”는 취지가 명시되어 있고, 이에 따라 피고는 서울권역(인천광역시, 경기도, 강원도 포함) 15개 대학에 총입학정원의 57%(1,140명)를, 나머지 지방 권역 10개 대학에 43%(860명)를 배정하였고(강제4호증 법학전문대학원 설치예비인가대학 선정), 결국 이 사건 거부처분에 이르렀습니다.

그러나 이 사건 시행령 제5조는 첫째, 모법의 위임이 없거나 그 한계를 벗어나므로 위법하고, 둘째, 가사 그렇지 않더라도 그 내용이 되는 지역균형고려명령은 비례원칙, 평등원칙에 위법하므로 무효입니다. 그 이유는 아래와 같습니다.

(가) 위임의 근거가 없거나 한계를 벗어나므로 위법합니다.

이 사건 시행령 제5조는 위임의 근거가 전혀 없거나 설사 위임의 근거가 있다고 하더라도 그 위임의 취지나 범위를 벗어나 위법하다고 할 것입니다. 이 사건 시행령 제5조가 위법한 이상, 이에 따라서 이루어진 이 사건 거부처분 또한 위법하다고 할 것입니다.

이 사건 법률 제5조 제5항은 설치인가 및 폐지·변경인가의 절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다고 규정하고 있고, 이에 따라 이 사건 시행령 제2조(설치인가절차), 제3조(폐지인가절차), 제4조(변경인가절차 등)가 제정되었습니다. 한편, 이 사건 법률 제6조 제2항은 설치인가에 관하여 필요한 세부기준은 교육인적자원부장관이 정한다고 규정하고 있고, 이에 따라 피고는 2007. 10. 30. 법학전문대학원 설치인가 심사기준(강제5호증)을 제정한 사실이 있습니다.

문제가 되는 이 사건 시행령 제5조는 설치인가 심사기준에 관한 내용으로서, 국민의 권리·의무에 중요한 영향을 미치므로 법률로부터 마땅히 위임을 받아야 합니다. 그러나 이 사건 법률 제6조 제2항은 설치인가에 관하여 필요한 세부기준

을 어디까지나 교육부장관이 정하도록 규정하고 있지, 대통령령으로 정한다고 규정하고 있지 않습니다. 위임의 형식에 비추어 볼 때, 이 사건 법률 제6조는 결코 이 사건 시행령 제5조에 대한 모법이 될 수 없습니다.

이 사건 법률 제5조 제5항 또한 이 사건 시행령 제5조의 제정을 위임한 바가 없습니다. 이 사건 법률 제5조 제5항이 대통령령에 위임한 것은 어디까지나 인가 절차에 관한 사항입니다. 이와 관련하여, 이 사건 법률 제5조 제5항이 “절차 등에 관하여”라고 규정되어 있음을 빌미로, 이 사건 법률 제5조 제5항을 이 사건 시행령 제5조의 모법으로 보는 것은 도저히 무리라고 할 것입니다. 설치인가 심사기준에 대해서는 교육인적자원부장관이 정하도록 이 사건 법률 제6조 제2항이 명시적으로 규정하고 있기 때문입니다.<sup>6)</sup>

실사 이 사건 법률 제5조 제5항이 이 사건 시행령 제5조의 모법이라는 견지에 서더라도, 이 사건 시행령 제5조는 모법이 위임한 취지나 범위를 벗어나 위법하게 됩니다. 끝이어서 다시 말씀드리는데 바와 같이, 이 사건 시행령 제5조는 우수한 법조인의 양성이라는 법학전문대학원의 본질과 전혀 무관한 지역간 균형을 설립인가 심사기준의 필수적인 고려사항으로 규정하고 있기 때문입니다.<sup>7)</sup>

6) 참고로, 대법원 1993.1.19. 선고 92누6983 전원합의체 판결: 토지의 과세시가표준액에 관하여 지방세법 제111조, 같은 법 시행령 제80조 제1항 제1호는 매년 1회 조례로 정하는 날 현재 제80조의2의 규정에 의하여 결정된 토지등급가액으로 하되 등급이 없는 토지 또는 그 정황이 현저하게 달라진 토지는 새로이 설정 또는 수정된 토지등급가액으로 하도록 규정하고 있을 뿐이고, 현재 토지등급이 없는 토지에 대하여 지목, 품위 및 정황이 유사한 다른 토지의 등급을 준용하여 과세시가표준액을 정할 수 있도록 한 규정을 찾아볼 수 없으므로 구 소득세법시행규칙 제82조 제2항(1990.9.1. 재무부령 제1832호로 삭제)이 규정하는 토지등급이 없는 토지에 대한 유사토지의 등급을 적용하여 계산한 과세시가표준액은 지방세법상의 과세시가표준액이라고 할 수 없음이 명백한바, 소득세법 제60조 및 구 소득세법시행령(1989.8.1. 대통령령 제12767호로 개정되기 전의 것) 제115조 제1항 제1호는 지방세법상의 과세시가표준액을 기준으로 하여 기준시가를 결정하도록 규정하였을 뿐이고, 토지등급이 설정되어 있지 않은 토지에 대하여 유사토지의 등급을 적용하여 기준시가를 결정하는 방법은 전혀 규정하지 않았을 뿐 아니라 하위법규인 시행규칙에 위임한 바도 없으므로, 결국 구 소득세법시행규칙 제82조 제2항은 소득세법이나 그로부터 위임받은 소득세법시행령에 아무런 위임근거도 없이 과세요건에 관한 사항을 규정한 것이어서 조세법률주의의 원칙에 위반되어 무효이다.

7) 참고로, 서울행정법원 2005. 3. 17. 선고 2004구합3359 판결: 구 과학기술기본법(2004. 1. 29. 법률 제1159호로 개정되기 전의 것) 제11조는 그 문언의 내용 및 형식에 비추어 볼 때 ‘국가연구개발사업의 기획·평가 및 관리 등에 관한 원칙과 기준’의 설정에 대해서는 이를 대통령령에서 정하도록 위임하였으나 강학상 침익적 행정처분인 국가연구개발사업의 참여제한 등에 대해서도 그러한 위임을 하였다고 볼 수 없는 점, 이른바 ‘행정조달계약’의 입찰참가자격제한과 관련하여 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 제27조 제1항이 “각 중앙관서의 장은 대통령령이 정하는 바에 의하여 경쟁의 공정한 집행 또는 계약의 적정한 이행을 해질 염려가 있거나 기타 입찰에 참가시키는 것이 부적합하다고 인정되는 자에 대하여서는 일정 기간 입찰참가자격을 제한하여야 하며, 이를 다른 중앙관서의 장에게 통보하여야 한다.”고 규정하여 법률에 참가자격제한 제한조치를 할 수 있는 근거를 마련하고 있는 점 및 위임명령에 관한 판단 기준 등에 비추어 볼 때, 결국 구 국가연구개발사

(나) 지역균형고려명령은 비례원칙, 평등원칙에 위배됩니다.

이 사건 시행령 제5조가 규정하는 ‘지역간 균형의 고려’는 이 사건 법률에는 전혀 언급조차 되어 있지 않은 사항입니다. 이 사건 법률 제1조는 “이 법은 … 우수한 법조인을 양성함을 목적으로 한다.”고 규정하고 있고, 제2조는 “법학전문대학원의 교육이념은 국민의 다양한 기대와 요청에 부응하는 양질의 법률서비스를 제공하기 위하여 풍부한 교양, 인간 및 사회에 대한 깊은 이해와 자유·평등·정의를 지향하는 가치관을 바탕으로 건전한 직업윤리관과 복잡다기한 법적 분쟁을 전문적·효율적으로 해결할 수 있는 지식 및 능력을 갖춘 법조인의 양성에 있다.” 규정하고 있으며, 제6조 제1항은 “교육인적자원부장관은 … 교육이념을 달성하기 위한 교육목표 및 교육과정의 타당성과 설치기준의 충족 여부 등을 고려하여 인가할 수 있다.”고 규정하고 있습니다. 법학전문대학원의 개별입학정원에 관한 이 사건 법률 제7조 제3항에도, 법학전문대학원의 교원·시설 및 재정을 비롯한 교육여건과 총입학정원 등을 종합적으로 고려하라고 되어있을 뿐 지역간 균형은 해당사항이 없습니다.

이러한 법률규정은 법학전문대학원을 도입한 취지가 우수한 법조인을 양성하기 위해 그에 상응한 교육여건을 조성하는 데 있음을 명백히 보여주는 것입니다. 그러나 이 사건 시행령 제5조가 규정하는 지역간 균형은 이와 본질적으로 무관합니다. 우수한 법조인을 양성하는 데 서울과 지방이 다를 수 없습니다. 지역간 균형을 고려하여 서울에 설치할 법학전문대학원을 지방에 설치할 경우, 단지 서울에서 졸업한 변호사의 수가 주는 만큼 지방에서 졸업한 변호사의 수가 느는 것에 불과하고, 교육여건을 하향 평준화하는 결과를 초래할 뿐입니다.

이와 같이 법학전문대학원은 지역간 균형과 아무런 관련이 없음에도 불구하고, 이 사건 시행령 제5조는 법학전문대학원의 설치인가에 지역간 균형을 반드시 고려하도록 규정하고 있는바, 수단이 목적에 부합하지 아니하는 점에서 비례원칙위반에 해당하고, 서울과 지방을 구별하여 차별할 때에는 그만한 합당한 이유가 있어야 하는 법인데 실제 그렇지 못한 점에서 평등원칙위반에 해당합니다. 그 당연한 결과로, 이 사건 시행령 제5조에 터 잡은 이 사건 거부처분 또한 위법을 피할 수 없다고 할 것입니다.

---

업의관리등에관한규정(2004. 12. 3. 대통령령 제18594호로 개정되기 전의 것) 제20조는 모법의 위임범위와 한계를 벗어난 것으로서 무효라고 봄이 상당하다.

## 나. 재량하자에 대해서

### (1) 심사절차의 위법성에 대해서

#### (가) 신청대학의 교수가 법학교육위원회에 위원으로 참가한 점

법학교육위원회의 위원 13인 중 법학교수에 해당하는 4인, 즉 신인령(이화여대), 한인섭(서울대), 김효신(경북대), 정병석(전남대)은 이번에 설치예비인가를 받은 대학들에 재직 중이라는 점에서 문제가 있습니다. 이 사건 법률 제13조가 위원은 본인이 심의대상인 대학에 재직하고 있는 경우에 당해 심의에 관여하지 못한다고 규정하고 있긴 하나, 근본적으로 신청대학의 교수가 위원으로 참가한 것 자체가 헌법상 적법절차원리위반에 해당한다고 할 것입니다.

무엇보다도 신청대학의 교수가 설치인가 심사기준을 제정하는 데 직접 관여하였다면 심각한 문제가 아닐 수 없습니다. 이들이 기안이나 의결에 참가하여 작성된 설치인가 심사기준이 결과적으로 이들이 재직 중인 대학들에게 유리한 방향으로 정해졌다면, 이들의 주관적인 의도가 실제 무엇이었던 간에 그 설치인가 심사기준의 공정성은 훼손되지 않을 수 없는 것입니다. 예를 들어, 범조인배출실적을 설치인가 심사기준에 포함시킬 것인가, 얼마나 포함시킬 것인가 하는 점은 첨예한 문제라 할 것인데, 결과적으로 소속교수가 위원으로 참가한 신청대학들에게 유리한 방향으로 결정되었다는 것은 충분히 의심스러운 대목인 것입니다. 신청대학의 교수가 위원으로 참가하는 것 자체를 막았어야 합니다.

그 뿐만 아니라, 이번과 같이 총신청인원이 총입학정원을 크게 초과한 상황에서는, 신청대학의 위원이 다른 대학만을 평가한다고 하더라도 그것은 결국 그 위원 본인이 재직하는 대학에 영향을 미치게 되는 점에서(예를 들어, 서울대학교와 이화여자대학교의 개별입학정원을 얼마나 정하는가 하는 것은 홍익대학교의 당락 여부와 결코 무관하지 않습니다), 신청대학의 위원이 본인이 재직하는 대학에 대한 심의에 관여하는 것만을 소극적으로 금지하는 이 사건 법률 제13조만으로는 공정성을 담보하기 어렵다고 할 것입니다. 신청대학의 교수는 일절 법학교육위원회의 위원이 되어서는 안 되는 것입니다.

이점에 대한 좀 더 구체적인 주장은 법학교육위원회의 회의록 일체를 입수하여 각 위원들이 심의에 관여한 구체적 내역을 검토한 후에 개진하도록 하겠습니다. 빠른 시일 내에 문서제출명령을 신청하도록 하겠습니다.

(나) 지역간 균형을 고려할 때 법학교육위원회 위원들의 공정성을 보장하는 장치가 마련되지 않은 점

최근 언론에는, 윤승중이 청와대에서 재직할 당시 법학교육위원회 위원 1인을 익산 출신의 인사로 추천을 하고, 원광대가 법학전문대학원에 선정되는 데 유리한 심사기준이 제정되도록 영향력을 행사하였다는 사실이 보도되고 있습니다(갑제6호증 인터넷신문기사). 이중 인사추천과 관련한 부분은, 이번에 가장 중요한 기준으로 작용한 지역간 균형에 대한 고려가 처음부터 공정하지 못하였을 가능성을 암시하는 것입니다. 만일 언론보도가 사실이라면, 이 사건 심사절차는 더 이상 공정성을 담보할 수 없기에 헌법상 적법절차원리에 위배되어 마땅히 위법하다고 할 것입니다. 원고가 속한 서울권역의 경우에는 인하대학교, 아주대학교, 강원대학교를 예비인가대학으로 선정한 결과가 혹시 위원들의 출신지역 등 주관적 성향과 관련이 있는 것은 아닌지 여부가 확인되어야 할 것입니다.

(2) 심사기준의 위법성에 대해서

(가) 총입학정원을 2,000명으로 정한 것은 비례원칙위반입니다.

교육인적자원부장관이 총입학정원을 정하도록 규정하는 이 시건 법률 제7조 제1항이 위헌·무효라는 점에 대해서는 이미 말씀드린 바와 같습니다. 이와 견해를 달리하여, 설사 이 사건 법률 제7조 제1항이 합헌이라는 견지에 서더라도, 피고가 총입학정원을 불과 2,000명에 국한하고 이를 전제로 이 사건 거부처분을 한 것은 비례원칙위반으로 마땅히 위법하다고 할 것입니다.

피고는 총입학정원을 3,500 내지 4,000명으로 하여야 한다는 사단법인 한국법학교수회의의 의견을 무시하고, 1,500명을 총입학정원으로 발표하였다가 극심한 반발에 부딪히자, 지금의 2,000명으로 확대하였습니다. 그 과정에서 피고는 총입학정원이 1,500명 또는 2,000명이 되어야 하는 합리적인 이유를 전혀 제시하지 못하였습니다(갑제7호증 인터넷신문기사). 원고를 비롯하여 예비인가대학으로 선정되지 못한 대학들이나 개별입학정원이 예상보다 적은 대학들이 결과에 승복할 수 없는 이유는 상당 부분 여기서 비롯하는 것입니다. 참고로, KDI 보고서는 총입학정원이 최소 4,000명은 되어야 한다는 견해를 제시하고 있습니다(갑제8호증 인터넷신문기사).

좁은 의미의 직업선택의 자유를 제한하는 총입학정원제도가 공익에 부합하는

것이라는 점에 대해서는 국가에게 입증책임이 있으므로, 피고로서는 그 총입학정원을 터무니없이 적은 2,000명으로 정한 것이 정당함을 입증하여야 합니다. 피고가 그 정당성을 입증하지 못하는 이상, 피고가 총입학정원을 2,000명으로 정한 것은 비례원칙위반이고, 이에 더 잦은 이 사건 거부처분 또한 위법합니다.

(나) 전국을 5대권역으로 구분하고, 총입학정원을 서울권역 대 지방권역으로 나누어 57:43의 비율로 정하고, 동일한 권역 내에서 다시 지역간 균형을 고려한 것은 비례원칙위반, 평등원칙위반입니다.

지역간 균형을 필수적으로 고려하도록 규정하는 이 사건 시행령 제5조가 위법·무효라는 점에 대해서는 앞서 말씀드린 바와 같습니다. 이와 견해를 달리하여, 설사 이 사건 시행령 제5조가 적법하다고 하더라도, 전국을 5대권역으로 구분하고, 총입학정원을 서울권역(인천광역시, 경기도, 강원도 포함) 대 지방권역으로 나누어 57:43의 비율로 정하고, 동일한 권역 내에서 다시 지역간 균형을 고려한 것은 그 정도가 너무 지나쳤다고 하지 않을 수 없습니다.

이 사건 시행령 제5조는 지방대학의 발전과 지역발전에 필요한 우수인력을 양성하기 위하여 지역간 균형을 고려하여야 한다고만 규정하고 있을 뿐이므로, 어느 경우에 얼마나 고려하여야 하는지에 대해서는 피고가 적법한 재량을 행사하여 결정하여야 합니다. 지역간 균형을 제 아무리 고려하더라도 법학전문대학원의 본질은 어디까지나 우수한 법조인의 양성에 있으므로 본말이 전도되어서는 안 되는 것입니다. 그러나 피고의 소위는 그와 정반대입니다. 지역간 균형을 금과옥조로 여기다가 보니, 합당한 근거 없이 고등법원의 관할구역을 기준으로 전국을 5대권역으로 나누어 서울권역에 인천광역시, 경기도, 강원도를 포함시키고, 심사를 본격적으로 시작하기도 전에 총입학정원을 서울권역(인천광역시, 경기도, 강원도 포함)과 지방권역에 52:48의 비율( $\pm 5\%$ )로 배분한다는 기준을 서둘러 발표하였으며(최종적으로 57:43의 비율로 결정), 그것도 모자라 동일한 권역 안에서 또다시 지역간 균형을 고려하는 무리수를 범하였습니다. 지역간 균형을 이유로 서울권역에 인천광역시와 경기도 나아가 강원도까지 포함시키고, 신청대학들의 능력과 전혀 무관하게 사전에 일방적으로 정한 기준에 의거 총입학정원의 57%에 불과한 총입학정원을 서울권역에 배분하고는, 서울권역 안에서 또다시 지역간 균형을 이유로 인하대(인천광역시), 아주대(경기도), 강원대(강원도)를 우선시킨 것은 명백

한 비례원칙위반이 아닐 수 없습니다.

이와 같이 지역간 균형을 지나치게 고려한 사정은 다른 한편으로 역차별의 문제를 발생시킵니다. 무분별한 적극적 평등실현조치(affirmative action)는 평등원칙위반을 초래하는 것입니다. 적극적 평등실현조치는 그 연원인 미국법에서 인종과 성별에 초점이 맞추어져 있고, 그중에서도 주로 인종과 관련된 것이라는 점에서, 지역간 균형을 무분별하게 고려한 이 사건 거부처분은 명백히 평등원칙에 위배됩니다. 이점에 대한 좀 더 구체적인 주장은 각 대학에 대한 평가점수 및 그 산정내역에 관한 피고의 자료를 입수하여 검토한 후에 개진하겠습니다.

(다) 법조인배출실적을 심사기준으로 정한 것은 신뢰보호원칙위반, 비례원칙위반입니다.

아직 정확한 것은 아니나, 이번 결과에 법조인배출실적이 결정적으로 작용하였다는 것이 일반적인 견해입니다(갑제9호증 인터넷신문기사). 이것이 만일 사실이라면 이 사건 거부처분은 신뢰보호원칙위반과 비례원칙위반이 아닐 수 없습니다.

먼저, 신뢰보호원칙위반에 대해서 말씀드리겠습니다. 2007. 7. 27. 법률 제8544호로 제정된 이 사건 법률에, 과거지향적인 법조인배출실적이 미래지향적인 법학전문대학원의 설치인가 심사기준이 될 것이라는 암시는 전혀 나타나 있지 않습니다. 2007. 9. 28. 대통령령 제20302호로 제정된 이 사건 시행령도 마찬가지입니다. 법학전문대학원의 준비가 단 몇 개월 만에 될 수 있는 성질의 것이 아니기에, 원고를 비롯한 대부분 대학들은 학술진흥재단이 2006. 6. 피고에게 제출한 법학전문대학원 교육과정분야 설치인가 심사기준연구(갑제10호증)를 토대로 수년 동안 준비해왔는데, 여기에도 법조인배출실적은 심사기준에 포함되어 있지 않았습니다. 그러나 대부분 대학들은 법학전문대학원을 준비한 지난 수년 동안 법조인배출실적이 심사기준에 포함되리라고는 전혀 예상하지 못하였고, 우수한 교원이나 시설 등 법학전문대학원의 설치에 필요한 기준을 착실히 준비하면 기존의 대학서열과 무관하게 법학전문대학원의 설치인가를 받을 수 있으리라는 기대가 자연스럽게 형성되었습니다.

원고를 포함한 대부분 대학들이 법조인배출실적이 심사기준에 포함된 사실을 처음 알게 된 것은, 피고가 2007. 10. 30. 갑제5호증(법학전문대학원 설치인가 심사기준)을 발표하면서입니다. 이것은 특히 원고와 같이 법조인배출실적이 미미한

대학들에게는 충격적인 조치가 아닐 수 없었습니다. 법조인배출실적이 심사기준에 포함되어 설치인가 여부에 결정적으로 작용하게 될 줄 진작부터 알았다더라면, 원고는 아마도 처음부터 법학전문대학원을 준비하지 않았을 것입니다. 이러한 사정을 그 누구보다 잘 알고 있는 피고가 법학전문대학원 설치인가 신청공고를 하면서 같은 날에 법조인배출실적을 심사기준에 포함시키고 이를 결정적인 기준으로 사용하여 이 사건 거부처분을 한 것은 신뢰보호원칙위반이 아닐 수 없습니다.

다음, 비례원칙위반에 대해서 말씀드리겠습니다. 법학전문대학원은 기존에 없던 제도를 새로이 도입하는 것입니다. 종래 학부과정의 법학교육이 사법시험과 유리되어 과행을 거듭하는 문제점을 개선하는 한편으로, 다양하게 전공한 다수의 학생을 다수의 전문대학원에서 교육하는 방법을 통해 폐쇄적인 법조사회를 개방적인 구조로 변화시키고 아울러 전문성을 확보하기 위한 것입니다. 이런 마당에 과거지향적인 법조인배출실적을 심사기준에 포함시키고, 나아가 결정적인 기준으로 사용하는 것은 법학전문대학원의 목적을 저버리는 일로서 비례원칙위반입니다. 이를 그대로 방치할 경우, 승자독식(勝者獨食)의 구조가 되어, 설치인가를 받은 대학과 그렇지 않은 대학 사이에, 나아가 설치인가를 받은 대학들 사이에, 대학서열화가 더욱 공고히 될 것입니다.

좀 더 구체적으로 말씀드리면, 법조인배출실적(25점)은 최근 5년간 사법시험 평균합격자수(15점)와 최근 5년간 법학부 졸업생 대비 법학부 출신 합격자수(10점)의 항목으로 구성되는데, 먼저, 법학 전공 여부를 불문하는 사법시험 평균합격자수가 왜 심사기준이 되어야 하는지 의문일 뿐만 아니라, 법학부 출신 합격자수의 비율에 대해서는 왜 하필 최근 5년 동안의 실적이어야 하는지 이해할 수 없고, 근본적으로는 기존의 법학부를 폐지하고 법학전문대학원으로 새로이 판을 짜는 마당에 이와 같은 과거의 실적이 무슨 상관인지 납득할 수 없는 점에서, 이러한 기준에 따른 이 사건 거부처분은 비례원칙위반인 것입니다.

### (3) 기타

그밖에도 여러 가지 위법사유가 있을 수 있는바(예를 들어, 원고는 현지조사결과에 대해 상세한 의견을 제출하였으나 피고로부터 그 의견에 대해 어떠한 답도 들은 적이 없어 원고의 의견이 심사에 제대로 반영되지 않은 것으로 보입니다), 추후 증거자료가 입수되는 대로 추가로 주장하도록 하겠습니다.

### 3. 결론

그렇다면, 이 사건 거부처분은 위법하므로, 원고는 그 취소를 구하기 위하여 이 사건 소를 제기합니다.

### 입증방법

- |           |                            |
|-----------|----------------------------|
| 1. 강제1호증  | 법인등기부등본                    |
| 1. 강제2호증  | 공고                         |
| 1. 강제3호증  | 접수증                        |
| 1. 강제4호증  | 법학전문대학원 설치예비인가대학 선정        |
| 1. 강제5호증  | 법학전문대학원 설치인가 심사기준          |
| 1. 강제6호증  | 인터넷신문기사(윤승용)               |
| 1. 강제7호증  | 인터넷신문기사(참여연대)              |
| 1. 강제8호증  | 인터넷신문기사(KDI)               |
| 1. 강제9호증  | 인터넷신문기사(법조인배출실적)           |
| 1. 강제10호증 | 법학전문대학원 교육과정분야 설치인가 심사기준연구 |

### 첨부서류

- |                     |      |
|---------------------|------|
| 1. 위 입증방법           | 각 1통 |
| 1. 소송위임장 및 담당변호사지정서 | 1통   |
| 1. 비용납부서            | 1통   |

2008. 2. 12.

원고 소송대리인 법무법인 신세기

담당변호사 양 경 석

담당변호사 오 병 국

서울행정법원 귀중

## 준비서면(1)

사건 2008구합5902 법학전문대학원설치예비인가처분취소

원고 학교법인 홍익학원

피고 교육과학기술부장관

위 사건에 관하여 원고의 소송대리인은 다음과 같이 변론을 준비합니다.

### 다 음

#### 1. 본안전 항변에 대해서

##### 가. 피고 주장의 요지

피고는 지금까지 법학전문대학원의 설치인가처분이나 설치인가신청에 대한 거부처분을 한 바 없다. 2008. 2. 4.자 예비인가대상대학의 선정·통보는 2008. 9.경으로 예정된 법학전문대학원 설치인가처분의 준비단계의 행위에 불과한 것으로서, 이로써 원고의 권리나 법률상 보호되는 이익에 확정적으로 불이익이 발생한 것이 아니다. 결국 이 사건에서는 행정소송 대상인 처분 자체가 존재하지 아니하므로 원고의 청구는 각하되어야 한다.

##### 나. 그 부당함에 대해서

피고는 2008. 2. 4.자 예비인가대상대학 선정(갑제4호증)이 원고에게 확정적으로 불이익한 것이 아니므로 처분이 될 수 없다고 주장하나, 부당합니다. 예비인가를 받지 못한 원고로서는 특별한 사정이 없는 한 최종인가를 받지 못할 것이 명백하므로, 최종인가거부를 기다릴 필요 없이 갑제4호증은 처분에 해당합니다. 이

점에 대한 더 자세한 원고 주장은 이미 제출된 소장 제2 내지 5면을 참조하여 주시기 바랍니다.

## 2. 이 사건 법률 제7조 제1항의 위헌성에 대해서

### 가. 피고 답변의 요지

#### (1) 직업의 자유에 대한 침해

총입학정원의 제한으로 인하여 직업선택의 자유가 제한된다고 하더라도, 이는 우수한 법조인 양성을 통한 양질의 법률서비스 제공이라는 공공복리에 기여한다는 점에서 목적의 정당성이 인정되고, 나아가 적절한 수의 입학정원을 정한다면, 이것은 국민의 직업선택의 자유를 가장 적게 침해하는 수단이 된다. 따라서 위헌이 아니다.

#### (2) 대학의 자율권에 대한 침해

헌법에 의한 대학의 자율성 보장은, 원고의 주장과 같이 대학에 법학전문대학원의 설립이라는 특수한 방식을 통한 교육의 자유, 교수의 자유, 대학의 설립·운영의 자유를 보호하는 것이 아니다. 설사 이와 견해를 달리하더라도, 총입학정원제를 둔다고 해서 대학의 자율성을 본질적으로 침해하는 것으로 볼 수 없다. 따라서 위헌이 아니다.

### 나. 그 부당함에 대해서

원고가 소장에서 주장하고 그에 따라 피고의 답변이 이루어진 쟁점은, 직업선택의 자유에 대한 침해와 대학의 자율권에 대한 침해 여부입니다. 아래에서 소장에서 주장하지 않은 법률유보원칙 위반의 점에 대해서 새로이 말씀드리고, 이어서 직업의 자유에 대한 침해와 대학의 자율성에 대한 침해에 관한 피고의 반박에 대해서 재반박을 하도록 하겠습니다.

#### (1) 법률유보원칙의 위반

이 사건 법률 제7조 제1항은 교육과학기술부장관이 아무런 제한 없이 총입학정원을 정하도록 규정하고 있습니다. 그러나 총입학정원제에서 그 정원을 얼마로

하는가 하는 것은 '본질적인 사항'에 해당한다고 보아야 하는바, 이것은 국회가 스스로 행사하여야 하는 사항에 속하는 것임에도 불구하고, 이 사건 법률 제7조 제1항에서 교육과학기술부장관이 이를 정하게 하고 국회에 대해서는 단순히 보고만 하도록 한 것은 법률유보의 원칙, 특히 의회유보의 원칙에 위배된다고 할 것입니다. 최소한 교육과학기술부장관이 정할 수 있는 총입학정원의 하한선은 반드시 법률에 규정하였어야 합니다.

이와 관련하여, 헌법재판소는 1999. 5. 27. 98헌바70 사건에서 한국방송공사법 제36조 제1항이 의회유보원칙에 위반된다고 결정하면서, "적어도 헌법상 보장된 국민의 자유나 권리를 제한할 때에는 그 제한의 본질적인 사항에 관한 한 입법자가 법률로써 스스로 규율하여야 할 것이다. 헌법 제37조 제2항은 '국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다.'고 규정하고 있는바, 여기서 '법률로써'라고 한 것은 국민의 자유나 권리를 제한하는 행정작용의 경우 적어도 그 제한의 본질적인 사항에 관한 한 국회가 제정하는 법률에 근거를 두는 것만으로 충분한 것이 아니라 국회가 직접 결정함으로써 실질에 있어서도 법률에 의한 규율이 되도록 요구하고 있는 것으로 이해하여야 한다."고 실시하고 있습니다.

요컨대, 총입학정원제의 내용적인 위헌성 여부를 떠나, 총입학정원제에서 그 정원을 얼마로 하는가 하는 것은 국회가 스스로 행사하여야 하는 본질적 사항에 해당함에도 불구하고 그 정원의 하한선조차 규정하지 않은 이 사건 법률 제7조 제1항은 법률유보의 원칙, 특히 의회유보의 원칙에 위배되므로 위헌이라고 보아야 할 것입니다.

## (2) 직업의 자유에 대한 침해

총입학정원을 제한하는 것은 객관적 사유에 의한 직업선택의 자유의 제한에 해당하는바, 이와 같은 제한은 직업의 자유에 대한 가장 강도가 높은 제한이기 때문에, 헌법재판소는 직업행사의 자유보다 월등하게 더 중요한 공공의 이익에 대한 '명백하고 현존하는 위협'을 방지하기 위한 목적이 아니면 그 제한 자체를 인정하지 않습니다(헌법재판소 2002. 4. 25. 2001헌마614 결정). 이러한 명백하고 현존하는 위협의 입증책임은 입법자에게 있습니다. 단순히 공공의 이익을 증대시킨다는 목적이거나 특정직업의 종사자들의 사회적 지위를 유지하기 위한 의도는 직

업선택의 자유에 대한 제한근거로 결코 정당화될 수 없다고 할 것입니다.

이점에 대해, 피고는 법조인의 적절한 수급을 통하여 양질의 법률서비스를 제공할 수 있다고 주장하고 있으나, 명백히 부당합니다. (1) 우수한 법조인의 양성은 총입학정원의 제한이 아니라, 피고가 자인하다시피 법학교육여건의 확보에 달려 있습니다. 따라서 우수한 법조인을 양성할 수 있는 법학교육여건을 갖춘 대학이면 응당 법학전문대학원을 설치할 수 있어야 합니다. 피고는 2007년 현재 기존 대학의 전임교원 1인당 학생수가 34.8명으로 법학교육여건이 열악하므로 법학전문대학원의 학생수를 늘리면 안 된다고 주장하고 있으나, 그것은 단지 과거의 지표일 뿐이고 향후 설립될 법학전문대학원의 설립인가기준을 적절하게 설정하면 아무런 문제가 없습니다. (2) 피고는 신규법조인의 수가 대폭 늘어나면 실무연수를 받을 기회가 부족해서 법률서비스의 질적인 저하가 초래된다는 식의 논리를 주장하나, 전혀 합리적인 근거가 없습니다. 그렇게 따지자면, 미국 로스쿨의 졸업생 또한 수준 이하가 되어야 마땅합니다. 법학전문대학원을 졸업하는 법조인의 수준을 믿지 못하고, 그 이유로 변호사의 수를 대폭 늘리지 않을 것이라면, 왜 굳이 법학전문대학원을 도입하려는지 반문하지 않을 수 없습니다.<sup>1)</sup> (3) 특히 법률서비스의 부족을 만성적으로 경험하고 있는 우리의 경우, 국민에 대한 원활한 법률서비스 제공, 즉 법률서비스의 이용가능성(availability)은 매우 시급한 공익입니다. 그리고 법률서비스는 쉽게 이용할 수 있어야 시장경쟁을 통해 그 전문성도 제고되기 마련입니다. 이점 또한 피고가 주장하는 ‘양질의 법률서비스 제공’의 중요한 요소로서 결코 간과할 수 없는 것이므로, 이와 충돌하는 총입학정원제는 유지될 수 없습니다.

요컨대, 피고는 총입학정원제를 통해 양질의 법률서비스 제공이라는 공익을 달성할 수 있고, 이것이 직업선택의 자유에 대한 제한을 정당화할 수 있다고 주장하나, 그러한 공익은 객관적인 사유에 의한 직업선택의 자유의 제한을 정당화하는 명백하고도 현존하는 위협의 예방과는 거리가 멀고, 총입학정원제를 통해 그러한 공익이 달성될 수 있다는 수단상당성(방법적정성)에 관하여 아무런 입증도 없을 뿐만 아니라, 총입학정원제가 도리어 양질의 법률서비스 제공에 방해가 된다는

1) 법학전문대학원의 도입은 세계적인 추세에 따라 변호사 영역의 진입규제를 탈규제(deregulation)로 전환한 것으로 이해하여야 합니다. 현행 사법시험과 같이 법학교육여건과 무관하게 변호사의 수를 통제하는 제도는 과거 일본을 제외하고는 비교법적으로 유례가 없을 것입니다. 법학전문대학원을 도입하면서 총입학정원을 설정하는 것은 논리모순이 아닐 수 없습니다.

점에서, 부당하다고 할 것입니다.

(3) 대학의 자율권에 대한 침해

피고는 원고가 소장에서 인용한 헌법재판소 2001. 2. 22. 99헌마613 결정 등을 다시 인용하며, 대학의 자율권이 기본권으로 인정된다고 하여 대학의 설립까지 그 보호영역에 포함되지 않는다고 주장하고, 설사 포함되는 것이라 하더라도 대학의 자율성에 대한 본질적인 침해가 없다고 주장하나, 부당합니다.

첫째, 헌법재판소 2001. 2. 22. 99헌마613 결정이 “세무대학을 폐교한다고 해서 세무대학의 자율성이 침해되는 것은 아니다.”고 실시한 것은 어디까지나 세무대학이 국립대학이기 때문입니다. 국가가 국립대학을 설립하거나 폐교하는 것이 고도의 정책적 결단에 속하는 사항이라는 점에 대해서는 다툼의 여지가 없습니다. 그러나 사립대학의 경우는 이와 사정이 다릅니다.2) 사립대학이 국가의 재정지원 없이 스스로 투자하여 법학전문대학원을 설치하는 것은, 사립대학이 학사과정에 법학과를 개설하는 경우나 경영전문대학원을 설치하는 경우와 마찬가지로 명백히 자율성의 보호영역에 해당합니다. 미국의 경우 로스쿨을 설치한 대학들의 대부분은 사립대학입니다. 조세를 재원으로 하는 국·공립대학들이 주도가 되어3) 직업적인 법률교육을 담당한다는 것은 년센스가 아닐 수 없습니다. 오히려 사립대학이 주도적으로 법학전문대학원을 설치하고, 국·공립대학은 사회적 약자 등을 배려하는 차원에서 보충적인 역할에 그치는 것이,4) 법학전문대학원의 이념에 부합한다고 할 것입니다.

둘째, 사립대학의 주관적인 의사나 능력과 무관하게 국가가 일방적으로 정하는 총입학정원을 이유로 법학전문대학원의 설치를 원천적으로 봉쇄하는 것은, 사립대학이 가지는 자율성에 대한 본질적인 침해에 해당합니다. 사립대학이 국가의 재정지원 없이 법령이 정한 인적·물적 기준을 갖추어 법학전문대학원을 설치하려 함에도 불구하고 그 설치를 금지하는 것은, 법학전문대학의 설치인가를 이룬

---

2) 법학전문대학원설치·운영에관한법률 제5조는 사립대학과 국립대학을 구별하고 전자에 대해서 제2항을 규정하고 후자에 대해서 제4항을 규정하고 있습니다. 이와 같이 제2항과 제4항을 구별해서 규정하고 있는 것은, 사립대학이 갖는, 국립대학과는 다른 차원의 자율성을 전제하고 있기 때문입니다.

3) 예비인가대학 총 25개 중 무려 10개가, 총입학정원 2,000명 중 무려 890명이 국·공립대학이라는 점은 이미 소장에서 말씀드린 바 있습니다.

4) 서울시립대학교가 서울시의 막대한 재정적 지원에 힘입어 등록금을 대폭 낮춘 것이 좋은 예라고 할 것입니다.

바 강학상 특허로 이해하는 것에 다름 아닙니다. 특허제도는 기본권침해라는 관점에서 가장 강도가 높은 진입규제인바, 그것이 합헌적이기 위해서는 그에 합당한 중대·명백한 공익이 입증되어야 할 것입니다. 그러나 직업의 자유에 대한 침해와 관련하여 이미 말씀드린 바와 같이, 피고가 주장하는 바와 같은 공익은 결코 인정되지 않습니다. 설사 견해를 달리하여 그러한 공익이 존재한다고 치더라도, 그것은 법학전문대학원의 졸업생이 통과하여야 하는 변호사자격시험을 통해 달성하여야 할 것이지, 애당초 법학전문대학원의 설치 자체를 금지하는 것은 대학의 자율성에 대한 과잉금지원칙의 위반이 아닐 수 없습니다. 지금까지 비록 소수이긴 하나 꾸준히 법조인을 배출해온 대학들에게서 법학전문대학원 설치 및 운영의 가능성을 원천적으로 박탈하는 것은 대학의 자율성 보장의 측면에서 볼 때 심각한 문제가 아닐 수 없습니다. 총입학정원을 제한할 것이 아니라 필요한 능력을 갖춘 법학전문대학원들 간에 자유경쟁을 유도하는 것이야말로 대학의 자율성을 보장하고 피고가 법학전문대학원의 설립을 통해 기대하는 법조인 자질의 향상에 직접적인 도움이 되는 수단이 될 것입니다.

### 3. 이 사건 시행령 제5조의 위법성에 대해서

#### 가. 피고 답변의 요지

##### (1) 위임의 근거가 없는 점에 대해

이 사건 법률 제6조는 행정기관이 행정입법을 행함에 있어 고려하여야 할 요소로서, 동법 제2조가 규정하는 교육이념을 제시하고 있다. 그리고 이 사건 시행령 제5조가 규정하는 지역간 균형은 이 사건 법률 제2조가 규정하는 교육이념에 해당한다. 따라서 이 사건 시행령 제5조는 직접적으로는 이 사건 법률 제6조, 간접적으로는 이 사건 법률 제2조에 그 위임의 근거가 있다.

##### (2) 비례원칙, 평등원칙의 위반 여부

지방대학의 육성은 헌법 및 국가균형발전특별법상 국가균형발전이념의 실천방안이다. 이를 반영한 것이 이 사건 시행령 제5조인바, 지역간 균형은 법학전문대학원의 교육이념 및 교육목표의 한 내용을 이루는 것으로서, 양자간에 목적과 수단 관계에 있다. 따라서 비례원칙 위반이 아니다.

지역간 균형을 위하여 서울과 지방을 차별하는 것은 적극적인 평등실현조치라는 관점에서 평등원칙에 위배된다고 볼 수 없다. 현 사법시험 합격자의 90% 이상이 서울 소재 대학 출신이고, 이로 인해 변호사의 활동 또한 수도권에 집중되고 있는바, 지방소재 대학을 우대할 필요가 있다.

나. 그 부당함에 대해서

(1) 위임의 근거가 없는 점에 대해

피고는 이 사건 시행령 제5조가 헌법 제120조 제2항(국토의 균형 있는 개발과 이용), 헌법 제122조(국토의 이용 등에 대한 제한과 의무부과), 국토균형발전특별법의 이념에 기초하여 정당화될 수 있다고 하고, 이 사건 법률 제6조(설치기준 충족 등 고려)와 제2조(교육이념)에서 그 위임의 근거를 찾을 수 있다고 주장하고 있으나, 부당합니다.

이 사건 법률 제6조는 설치인가에 관하여 필요한 기준을 교육과학기술부장관이 정하도록 규정하고 있을 뿐이고 대통령령에 위임하고 있지 않습니다. 그리고 이 사건 법률 제2조는 법학전문대학원의 교육이념에 관한 규정으로서, 지역간 균형은 여기에 전혀 언급조차 되어 있지 않아, 이 사건 시행령 제5조와는 내용적인 관련성이 없습니다. 누가 보더라도 이 사건 법률 제6조나 제2조는 이 사건 시행령 제5조의 위임근거가 될 수 없습니다.

피고는 헌법 및 국토균형발전특별법을 운운하며 지역간 균형이 법학전문대학원의 교육이념에 해당한다고 하고, 나아가 이 사건 시행령 제5조는 그러한 교육이념을 고려할 것을 규정하는 이 사건 법률 제6조에 따른 것이라고 주장하고 있으나, 구차한 견강부회(牽強附會)에 불과하다고 할 것입니다. 개별적이고 구체적으로 수권이 이루어져야 하는 위임입법의 한계(헌법 제75조, 헌법 제95조)에 비추어 볼 때, 논리적으로 부당한 주장입니다. 헌법 제75조에서 “법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항에 관하여”라고 함은 법률 그 자체에 이미 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본적 사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률 그 자체에서 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미하고, 그렇게 하지 아니한 경우에는 위임입법의 한계를 일탈한 것이라고 아니할 수 없습니다(헌재 1995.9.28. 93헌바50; 헌재 2004.11.25. 2004헌가15 등)

## (2) 비례원칙, 평등원칙의 위반 여부

피고는 지역간 균형이 이 사건 법률 제2조가 규정하는 교육이념에 해당함을 전제로 이 사건 시행령 제5조가 비례원칙에 위배되는 것이 아니라고 주장하고 있으나, 부당합니다. 다양한 지역에 법학전문대학원을 설치한다고 해서 양질의 법률 서비스가 제공되는 것은 아닙니다. 어느 지역에 설치된 법학전문대학원을 졸업한 변호사가 다른 지역, 특히 서울·수도권에서 개업하지 않는다는 보장이 없고, 어느 지역에 설치된 법학전문대학원에 반드시 그 지역출신의 학생들만이 입학하는 것이 아니기 때문입니다. 무변촌의 문제점을 해결하거나 지방정부에 봉사하는 변호사를 확보하기 위해서는 공익변호사제도 기타 합리적인 유인책을 강구하는 것이 합당하지, 지방에 법학전문대학원을 설치한다고 해결될 일이 아닙니다.

피고가 원용하는 미국의 적극적인 평등실현조치(affirmative action)는 과거에 차별이 분명히 존재한 영역에 한하여 그 조치가 정당화된다는 것이 일반 원칙입니다. 미국판례는 과거 불법적 차별에 의해 피해를 당한 집단에 관한 것일 때, 나아가 과거 차별로 인해 피해를 입은 자라는 것이 입증된 사람들을 구제하는 경우에 한하여 적극적인 평등실현조치가 허용된다고 보고 있습니다.<sup>5)</sup> 이 사건의 경우, 법학교육, 법조인양성과 관련한 과거의 지역적 차별이라는 것은 인정되지 않습니다. 지역에 따라 사법시험 합격자의 수에 '차이'가 있더라도 그것은 '차별'에 기인한 결과가 아닙니다. 종래의 사법시험 합격자의 수나 변호사의 지역적 분포를 이유로 적극적 평등실현조치를 합리화하는 것은 건강부회라 하지 않을 수 없습니다.

아울러, 적극적 평등실현조치의 합헌성 여부에 대해서는 미국판례가 엄격한 심사기준(strict scrutiny)을 적용하고 있다는 점을 주목하여야 합니다. 즉, 적극적 평

5) Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law*, Aspen Law & Business, 2002 p. 711. 미국에서 연방대법원의 판례를 통하여 합헌적인 역차별로 인정되고 있는 적극적 평등실현조치는 실제로는 아주 제한적으로 인정되고 있는바, 다음의 두 가지 경우에만 합헌적인 조치로 인정됩니다. 첫째는 미국사회에 과거 존재하였던 차별을 해소하기 위하여 인정됩니다. 즉 현시점에서 차별을 금지하는 것만으로는 문제를 해결하는데 부족하고, 과거에 실시되었던 차별의 효과로 현재 남아있는 결과까지를 해소하지 않으면 현 시점에서 진정한 평등의 실현이 어려울 때 적극적 실현조치가 가능합니다. 이에 관한 판례로는 *Grutter v. Bollinger*, 539 U. S. 306 (2003) 등을 들 수 있습니다. 둘째는 대학구성원(교수 또는 학생)의 다양성을 확보하기 위해서 인정됩니다. 즉, 다양한 민족으로 구성된 미국사회에서 인종은 한 인간의 경험과 인식 형성에 지대한 영향을 미치는 중요한 요소 중의 하나이므로 학생사회와 교수진을 다양한 인종으로 구성한다면 학교 구성원들은 자신이 속한 인종은 물론 다른 인종에 대한 올바른 인식과 판단을 할 수 있게 되어 교육효과가 크게 증대될 수 있다는 것입니다. 이에 관한 판례로는 *U. S. v. Paradise*, 480 U. S. 149 (1987) 등이 있습니다.

등실현조치가 헌법에 위배되지 않기 위해서는, 그 조치의 목적이 중대한 공익 (compelling interest)을 달성하기 위한 것이어야 하고, 그 목적 달성을 위한 수단도 기본권침해가 최소화되도록 엄격하게 설계되어야(narrowly tailored) 합니다.<sup>6)</sup> 이 사건의 경우, 그만한 공익이 인정되지 않을 뿐만 아니라 역차별을 받는 수도권대학에 대한 배려가 전혀 없다는 점에서 그 위헌성을 피하기 어렵다고 할 것입니다.

#### 4. 심사절차의 위법성에 대해서

##### 가. 피고 답변의 요지

###### (1) 신청대학의 교수가 법학교육위원회에 위원으로 참가한 점

시간적 순서상, 법학교육위원회의 구성 및 설치인가기준에 대한 심의가 각 대학들의 신청서 작성·제출에 선행하는 점에서, 신청대학의 교수는 일절 위원이 되어서는 안 된다는 원고 주장은 논리모순일 뿐만 아니라, 신청대학이 전국 41개 대학에 이르는 점에서 현실적으로 불가능하다. 이 사건 법률 제13조를 준수하는 것만으로도 공정성은 충분히 보장된다.

###### (2) 법학교육위원회 위원들의 편향성 문제

법학교육위원회 위원의 구성은 이 사건 법률 제11조가 규정하는 절차에 따라 적법하게 이루어졌다. 윤승용 관련 언론보도는 사실이 아니다. 그리고 서울권역에서 인하대학교, 아주대학교, 강원대학교가 선정된 것은 지역안배기준에 의한 것이고, 위원들의 주관적 성향과 무관하다.

##### 나. 그 부당함에 대해서

###### (1) 신청대학의 교수가 법학교육위원회에 위원으로 참가한 점

오늘날 적법절차원리는 형사절차에 한정되지 않고 입법·행정 등 국가의 모든 공권력의 작용에 적용됩니다. 따라서 법학교육위원회의 구성과 운영에 있어서도 적법절차원칙은 당연히 적용됩니다. 법학교육위원회에서 이해관계자가 배제되어

---

6) 엄격심사기준을 적용한 판례로는 *Richmond v. J. A. Croson Company*, 488 U. S. 469 (1989), *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U. S. 200 (1995) 등이 있습니다.

야 하는 것은 가장 기본적인 적법절차원리상 요청인바, 영미법에서는 이를 자연적 정의(natural justice)로 관념합니다. 이러한 자연적 정의는 “누구나 자신의 사건에서 재판관이 되어서는 안 된다.”는 것인바, 법학교육위원 중 일부가 자신이 소속된 대학에 적용되는 심사기준을 설정하고 나아가 그 기준이 실제 적용된 것만으로도 이미 법학교육위원회는 공정성을 상실하였다고 보아야 합니다. 이러한 하자는 해당 법학교육위원이 자신이 소속된 대학에 대한 심사에 제척되었다는 점만으로는 치유될 수 없습니다.<sup>7)</sup> 이미 소장에서 말씀드린 바와 같이 기준설정 자체가 문제가 될 뿐만 아니라, 자신이 소속된 대학이 아니라 하더라도 그 심사결과 는 자신이 소속된 대학에 영향을 미치기 때문입니다.

이에 대해 피고는 두 가지 논거를 들어 반박하고 있으나 모두 부당합니다. (1) 피고는 법학교육위원회의 구성이 신청서 제출에 선행하는 점에서 원고 주장이 논리모순이라고 주장하나, 피고는 법학교육위원회를 구성할 당시에 이미 어느 대학이 신청할지 충분히 예상하고 있었습니다.<sup>8)</sup> 그럼에도 불구하고 피고는 이해관계 충돌이 충분히 예상되는 대학들의 소속교수들을 법학교육위원으로 선출하고, 나아가 이들 교수를 끝까지 법학교육위원회에서 배제하지 않았는바, 이는 자연적 정의에 명백히 반하는 처사라 할 것입니다.<sup>9)</sup> (2) 피고는 원고 주장이 현실적으로 불가능하다고 주장하나, 피고가 자인하는 바와 같이 2007년 8월 현재 법과대학 수는 100개, 법학 관련 대학원과정은 74개에 이르는 반면에,<sup>10)</sup> 그중 인가신청한 대학은 고작 41개에 불과한 점에서, 객관성이 결여된 일방적인 주장에 불과하다고 할 것입니다.

## (2) 법학교육위원회 위원들의 편향성 문제

윤승용 관련 언론보도에 대해서는 향후 수사결과를 지켜보아야 할 것입니다. 서울권역에서 인하대학교, 아주대학교, 강원대학교가 선정된 점과 관련하여서는,

7) 그뿐만 아니라, 해당 법학교육위원이 자신이 소속된 대학에 대한 심사에서 제척되었다는 피고 주장이 사실인지 여부에 대한 입증도 없습니다.

8) 피고가, 서울대학교, 이화여자대학교, 경북대학교, 전남대학교가 인가신청할 줄 몰랐다는 것은 말이 안 됩니다. 설사 예상하지 못하였다고 하더라도, 최소한 신청서 제출 이후부터는 해당 법학교육위원을 배제하였어야 마땅한 것입니다.

9) 이들 교수 개개인 이 실제 양심적으로 업무를 공정하게 수행하였는지 여부는 이와 전혀 별개의 쟁점입니다. 이들 교수가 제 아무리 공정하게 업무를 처리하였다고 하더라도, 자연적 정의에 위배되는 이상 위법성을 피할 수 없습니다.

10) 피고 답변서 12면.

피고가 평가와 관련된 자료 일체를 귀원에 제출하기를 기다려 그 검토 후에 말씀 드리도록 하겠습니다.

## 5. 심사기준의 위법성에 대해서

### 가. 피고 답변의 요지

#### (1) 총입학정원 2,000명

총입학정원은 총입학정원제의 도입취지를 고려하여 정해진 것인바, 국민에 대한 원활한 법률서비스 제공과 함께 적절한 수의 법조인을 수급함으로써 양질의 법률서비스를 제공하기 위해 2,000명으로 결정하였으므로, 비례원칙에 위배되지 않는다.

#### (2) 과도한 지역간 균형 고려

지역간 균형을 고려한 이유, 지역안배기준의 구체적 내용과 실제 적용결과를 보건대 법학교육위원회의 지역안배기준에는 비례원칙위반이 없고, 이것은 적극적인 평등실현조치로서 정당성이 인정되는 잠정적 우대조치에 해당하므로 평등원칙위배 또한 인정되지 않는다.

#### (3) 법조인배출실적기준

신뢰보호원칙이 적용되기 위해서는 행정청의 선행조치가 있어야 함에도 불구하고 2006년에 작성된 강제10호증은 여기에 해당하지 않을 뿐만 아니라, 2005년에 작성된 을제6호증에는 법조인배출실적을 심사기준에 반영하는 방안이 포함되어 있다. 그리고 법조인배출실적은 신청대학의 법학교육실적 및 능력을 판단할 수 있는 객관적인 지표에 해당하므로, 이를 심사기준에 포함시킨 것은 비례원칙위반이 아니다.

### 나. 그 부당함에 대해서

#### (1) 총입학정원 2,000명

총입학정원을 2,000명으로 정한 피고의 결정은 객관적 사유에 의한 직업선택의 자유에 대한 제한에 해당하느냐, 피고로서는 왜 2,000명이 적절한 인원인지에 대

해서 합당한 설명을 할 수 있어야 할 것입니다. 그러나 피고는 설명을 할 수 없을 것입니다. 3,500명 내지 4,000명으로 하여야 한다는 사단법인 한국법학교수회의 의견이나 시민단체의 의견을 무시하고, 애당초 1,500명으로 정하려고 하였다가 극심한 반발에 이르자 별 다른 합리적 이유 설명 없이 2,000명으로 인원을 늘렸던 것이 피고의 행태이기 때문입니다.

피고는 총입학정원제의 취지를 살린 결정이 2,000명이라는 취지의 주장을 하고 있으나, 그와 같이 막연히 공익을 내세워 우격다짐으로 주장할 것이 아니라 2,000명으로 결정한 객관적인 근거를 제시하여야 하고, 그러한 근거를 제시하지 못하는 이상, 설사 총정원제가 허용된다고 하더라도 2,000명의 총입학정원결정은 피해의 최소성이나 법익의 균형성에 저촉되는 것으로서 비례원칙에 위배되어 위헌이라는 판단을 피할 수 없을 것입니다. 참고로, KDI 보고서는 총입학정원이 최소한 4,000명이 되어야 한다는 견해를 제시한 점 이미 소장에서 말씀드린 바와 같습니다.

### (2) 과도한 지역간 균형 고려

피고는 동일한 권역 내에서 다시 지역안배기준을 적용한 것이 비례원칙이나 평등원칙에 위배되지 않는다는 취지를 주장하고 있으나, 이와 같이 지역간 균형을 거듭 고려하게 되면 지역간 균형이 가장 중요한 일차적인 기준이 될 수밖에 없는데, 이것은 우수한 법률가 양성을 목적으로 하는 법학전문대학원의 취지에서 너무 벗어나 비례원칙에 위배됩니다. 결과적으로는, 인천광역시(인하대), 경기도(아주대), 강원도(강원대)를 서울권역에 포함시킨 것 자체가 서울소재 대학들을 우롱한 처사가 아닐 수 없다 할 것입니다.

이와 같이 지역간 균형을 최우선으로 고려한 조치가 미국판례상 적극적 평등 실현조치에 의해 결코 정당화될 수 없다는 점은 앞서 말씀드린 바 있으므로 이에 갈음하도록 하겠습니다.

### (3) 법조인배출실적기준

#### (가) 신뢰보호원칙의 위반

피고는 신뢰보호원칙의 적용에 필요한 공적인 견해의 표명이 없다고 주장하고 있습니다. 갑제10호증은 연구용역수행자의 의견 또는 정책제안일 뿐이고, 법학연구위원회가 설치인가기준을 결정하는 데 자료로 사용되는 초안에 불과하므로, 행

정기관의 선행조치가 될 수 없다는 것입니다.

그러나 강제10호증은 피고가 주장하는 바와 같은 단순한 참고자료에 그치지 않습니다. 이 사건 법률(안)이 국회에서 발의된 후 의결되지 못하고 계류 중이던 수년 동안, 모든 대학들은 강제10호증에 기재된 인가심사기준에 따라 인가신청준비를 하였는바, 이러한 사정은 피고가 더 잘 알고 있습니다. 그러다가 2007. 7. 28. 이 사건 법률이 전격적으로 국회의결을 통과하게 되고, 2007. 9. 28.에는 이 사건 시행령이 제정되기에 이르렀는바, 이때까지만 하더라도 법조인배출실적기준은 전혀 고려사항이 아니었으나, 2007. 10. 30. 발표된 최종적인 기준에 갑자기 등장하였던 것입니다.

요컨대, 이 사건 법률(안)이 국회의 의결을 통과하길 기다리는 수년 동안에 인가신청을 준비하는 모든 대학들뿐만 아니라 피고조차도 강제10호증을 당연한 기준으로 받아들이고 있었는바, 이러한 사정은 강제10호증을 정당한 신뢰형성의 근거가 되는 공적인 견해의 표명으로 인정하는 데 전혀 부족함이 없다고 할 것입니다.

아울러, 피고는 강제10호증에 앞서 작성된 을제6호증에는 법조인배출실적을 심사기준에 반영하는 방안이 포함되어 있다는 점을 주장하나, 모든 대학들과 피고가 당연한 기준으로 삼은 것은 을제6호증이 아니라 나중에 작성된 강제10호증이라는 점에서 이유 없습니다. 오히려 을제6호증에서 논의되었던 법조인배출실적이 강제10호증에는 빠져있는 점에서 더 이상 문제가 되지 않을 것으로 생각한 것이 대학들의 입장입니다.

#### (나) 비례원칙의 위반

기준에 없던 법학전문대학원을 새로이 도입하면서 과거지향적인 법조인배출실적을 인가기준에 반영하는 것은, 우선 목적의 정당성 자체가 인정되지 않는 점에서 비례원칙에 위배될 뿐만 아니라, 설사 목적의 정당성이 인정된다고 하더라도 그 정도가 지나쳐서는 안 됨에도 불구하고 법조인배출실적을 결정적인 기준으로 사용한 점에서 또한 비례원칙에 위배되는바, 소장에서 이미 말씀드린 대로입니다.

이와 관련하여, 피고는 법조인배출실적은 많은 기준 중 하나에 불과하고 원고 주장과 같이 결정적인 것이 아니라는 취지를 주장하고 있으나, 굳이 긴 설명 필요 없이, 지역간 균형에 대한 고려가 없었던 서울소재 대학들의 심사결과순위가 기존의 사법시험 합격자수 순위와 정확하게 일치하는 점만 보아도, 피고 주장의 부

당함은 자명해집니다.

## 6. 추후 변론의 방향에 대해서

### 가. 위헌법률심판제청신청

지난 소장과 이번 준비서면에 걸쳐 이 사건 법률 제7조 제1항의 위헌성에 대해서 거듭 말씀을 드리고 있는바, 추후 정식으로 위헌법률심판제청신청서를 제출하도록 하겠습니다.

### 나. 문서제출명령신청

피고가 이번에 제출한 을호증은 하나같이 이미 대외적으로 알려져 있는 자료들에 불과합니다. 이 사건의 신속한 변론을 위해서는 피고가 보관하고 있는 법학교육위원회의 회의록, 신청대학별 심사평가결과표, 법학교육위원별 심사평가결과보고서 기타 관련자료 일체가 귀원에 제출되어야 할 것입니다. 정식으로 문서제출명령신청을 하기에 앞서 피고가 임의로 관련자료 일체를 제출할 수 있도록 소송지휘하여 주시기 바랍니다.

## 7. 결론

그렇다면, 이 사건 청구는 이유 있으므로 마땅히 인용되어야 할 것입니다.

2008. 4. 15.

위 원고의 소송대리인 법무법인 신세기

담당 변호사 양 경 석 인

오 병 국 인

**서울행정법원 제2행정부 귀중**

## 준비서면(2)

사건 2008구합5902 법학전문대학원설치예비인가처분취소

원고 학교법인 홍익학원

피고 교육과학기술부장관

위 사건에 관하여 원고의 소송대리인은 다음과 같이 변론을 준비합니다.

### 다 음

2008. 6. 23.자 원고의 문서제출명령신청에 대해, 피고는 2008. 7. 29.자 준비서면에서 위 신청이 기각되어야 한다는 취지를 주장하고 있는바, 이에 대해 반박하고자 합니다.

#### 1. 제13차, 제14차 회의록 및 제15차 회의록 중 오전회의 부분

피고는 제13차, 제14차 회의록 및 제15차 회의록 중 오전회의 부분이 법학교육위원회의 결정에 따라 전혀 작성된 사실이 없다고 주장하고 있습니다.

그러나 이것은 실로 믿기 어려운 일입니다.

피고는 제13차, 제14차, 제15차(오전회의)에서 그다지 중요한 사항이 다루어지지 않아 법학교육위원회가 속기를 작성하지 않기로 결정한 것처럼 주장하고 있습니다.

그러나 나머지 회의록들의 기재에 비추어 보건대, 제13차, 제14차, 제15차(오전회의)에서 가장 중요한 쟁점들에 대한 논의가 이루어졌을 것으로 추측됩니다.

제13차, 제14차, 제15차(오전회의)에 대한 회의록이 없으면, 나머지 회의록들은 껍데기에 불과합니다. 법학교육위원회의 결론이야 어차피 주지의 사실인바, 그

논의과정을 검증해 보고자 회의록을 제출해 달라는 것인데, 정작 알맹이는 회의록으로 작성되지 않았다고 하니, 그 누가 수궁할 수가 있겠습니까.

피고는 주식회사 이사회의 관행을 운운하나, 애당초 비교대상이 아니라고 사료됩니다. 이에 문서제출명령을 발하여 주시고, 만일 피고 주장이 사실이라면 그 입증자료<sup>1)</sup>를 제출하도록 조치하여 주시기 바랍니다.

## 2. 성명표시 회의록 및 평가표

피고는 위원들의 명예가 훼손되고, 이로 인하여 추후 피고가 수행하는 평가업무에 장애가 초래된다는 점을 들어, 성명표시가 불가하다는 주장을 하고 있습니다.

그러나, 성명표시를 하는 것이 위원들의 명예를 훼손한다는 주장에는 도저히 수궁할 수 없습니다.

법적으로 보호가 필요한 명예는 어디까지나 외적인 개념으로서, 사람의 가치에 대한 사회적 평가를 말하는 것입니다(이른바 외적인 명예개념). 위원들이 회의에서 한 발언이나 채점결과는 공개되더라도 명예와는 아무런 관련이 없습니다. 피고 주장대로 라면, 판결문에도 재판부의 성명이 기재되어서는 안 될 것입니다.

피고 주장에 따르면, 심지어 일부 위원은 실명이 공개되면 위원직을 사퇴하겠다고 한다고 합니다. 일반인의 심정에서 전혀 이해 못할 바는 아니나, 국가중대사를 결정하는 법학교육위원회에 일반인의 잣대를 적용할 수는 없는 노릇입니다. 도리어 회의에서 무슨 문제가 되는 발언을 하였기에, 평가결과에 얼마나 자신이 없기에 그런 태도를 보이는가 하는 실소만 나옵니다.

실명이 필요한 이유는 바로 책임 때문입니다. 책임질 일이 없다면 성명표시에 주저할 이유가 없을 테고, 잘못이 있다면 응당 그 책임을 지우기 위해서 성명표시가 필요합니다. 이에 문서제출명령을 발하여 주시기 바랍니다.

## 3. 권역별 대학선정 및 정원배분(안) 및 시뮬레이션자료

### 가. 권역별 대학선정 및 정원배분(안)

---

1) 피고가 주장한 대로 속기록을 작성하지 않기로 한 법학교육위원회의 결정이 있었음을 입증하는 증거자료를 말합니다.

피고는 권역별 대학선정 및 정원배분(안)은 권역별 입학정원의 추리를 제시하거나 구체적으로 선정대학을 특정한 자료가 아니므로, 본건 심리에 굳이 필요한 자료가 아니라고 주장합니다.

우선 지적해야 할 점은 권역별 대학선정 및 정원배분(안)이 회의록의 일부라는 사실입니다. 이것 없이는 회의록을 이해하기 어렵다는 점만으로도 문서제출명령의 필요성은 이미 충분하다고 할 것입니다. 본건 심리에 필요한지 여부는 피고가 임의로 판단할 사항이 아닙니다.

그리고 본건 심리에 필요가 없다는 피고 주장도 내용적으로 부당한 것입니다. 피고는 “권역을 어떻게 구분할 것인지, 권역별 입학정원과 대학선정을 어떠한 원칙에 따라 할 것인지 하는 점”<sup>2)</sup>은 본건 심리와 무관하다고 주장하나, 도대체 무슨 근거인지 모르겠습니다.

권역별 대학선정 및 정원배분(안)은 회의록의 일부인 점에서, 그리고 피고 주장에 의하더라도 그 내용은 본건 심리와 밀접한 관계가 있다는 점에서, 문서제출명령을 발하여 주시기 바랍니다.

나. 시뮬레이션 자료

피고는 시뮬레이션자료의 존재를 다투지는 않고, 다만 시뮬레이션을 했다고 해서 미리 짜맞추기식으로 절차를 진행하였다고 추측하는 것은 무리라고 주장하고 있습니다.

그러나 미리 짜맞추기를 했는지 여부는 일단 자료가 제출된 후 변론을 통해 재판부가 판단할 사항입니다.

피고는 인가신청서를 받기도 전이었으므로 시뮬레이션을 했다고 해서 미리 결론을 내놓는다는 것은 있을 수 없다고 주장하나, 인가신청서를 받기도 전에 시뮬레이션을 했다는 사실 자체가 충분히 의심을 살만한 사정이 되는 것입니다. 도대체 인가신청서도 받기도 전에 그러한 시뮬레이션을 왜 했는가 말입니다.

시뮬레이션자료 또한 회의록의 일부입니다. 피고는 아무런 문제가 없다는 취지를 강변하나, 그럴 것이 아니라 일단 제출부터 하고 볼 일입니다. 이에 문서제출

---

2) 피고가 제출하지 않아 아직 무슨 내용이 기재되어 있는지를 알 수 없으나, 아무튼 피고 주장에 의하면 “권역을 어떻게 구분할 것인지, 권역별 입학정원과 대학선정을 어떠한 원칙에 따라 할 것인지 하는 점”이 기재되어 있다고 합니다.

명령을 발하여 주시기 바랍니다.

다. 문서의 보관 여부에 대해서

피고는 위 문서들을 따로 보관하고 있지 않다고 주장하고 있습니다.

그러나 이 또한 믿기 어렵습니다. 회의록의 일부로서 이것 없이는 회의록을 이해하기가 어렵기 때문입니다.

만일 피고 주장이 사실이라면 그 입증자료를 제출하도록 조치하여 주시기 바랍니다.

#### 4. 정상평가항목 채점기준

피고는 정성평가항목은 위원별로 주관에 따라 채점을 한 것이므로 일반적인 기준이라는 것은 있을 수 없다고 주장하나, 갑제13호증의 3, 4(각 위원별 평가표)를 보면 쉽게 납득할 수 없는 주장입니다.

갑제13호증의 3, 4(각 위원별 평가표)를 보면, 주관적이어야 할 정성평가가 위원들 상호간에 상당히 균질적임을 알 수 있습니다. 공통적인 기준이 없고서야 어쩔 이토록 편차가 없을 수 있단 말입니까. 예를 들어, 논술시험인 사법시험 2차시험에서도 세부적인 채점기준이 미리 만들어져 채점자들에게 배부됩니다. 그러한 세부기준이 법학교육위원들에게 배부되었으리라 추측하는 것은 오히려 자연스러운 일입니다.

피고는 주관적 평가임을 강조하고 있으나, 상식적으로 세부기준이 따로 마련되어 있었으리라 추측되는 점에서, 문서제출명령을 발하여 주시기 부탁드립니다.

#### 5. 기타

이 사건 거부처분의 위법성에 대해서는 빠른 시일 내에 추가적인 준비서면을 제출하도록 하겠습니다.

위 원고의 소송대리인 법무법인 신세기

담당변호사 양 경 석

오 병 국

서울행정법원 제2 행정부 귀중

## 준 비 서 면(3)

사건 2008구합5902 법학전문대학원설치예비인가처분취소

원고 학교법인 홍익학원

피고 교육과학기술부장관

위 사건에 관하여 원고의 소송대리인은 다음과 같이 변론을 준비합니다.

### 다 음

#### 1. 원고 변론의 요지

지금까지 원고가 개진한 주장을 정리하면 크게 3가지입니다.

첫째, 이 사건 법률 제7조 제1항은 (1) 법률유보원칙에 위배되고, (2) 국민의 직업의 자유에 대한 과도한 침해이며, (3) 대학의 자율권에 대한 과도한 침해인 점에서 위헌입니다.

둘째, 이 사건 시행령 제5조는 (1) 위임의 근거가 없거나 월권인 점에 위법이고, (2) 그 내용이 되는 지역균형고려명령은 비례원칙, 평등원칙에 위배되는 점에서 위법입니다.

셋째, 이 사건 거부처분은 (1) 심사절차(신청대학의 교수가 위원으로 참가한 점, 위원들의 편향성 문제), (2) 심사기준(총입학정원이 2,000명인 점, 과도한 지역균형고려, 법조인배출실적기준), (3) 심사결과에 위법이 있습니다.

이중 첫째 주장은 이에 대해 별도로 위헌법률심판제청신청서가 제출되었으므로 다시 다루지 않겠습니다. 나머지 둘째, 셋째 주장에 대해서도 상당한 변론이 이루어졌으나, 셋째 주장 중 심사결과의 위법성에 대해서는 지금까지 구체적인 변론을 드리지 못하였습니다. 이점에 대해 피고가 증거를 제출해 주기를 기다렸

으나, 결국 아무런 진전 없는 상태에서 변론을 하기에 이르렀습니다.

## 2. 강제12호증(회의록)의 입증취지에 대해서

심사결과의 위법성에 대해 변론을 하기에 앞서 강제12호증의 1 내지 12(각 회의록)를 증거로 제출하는 취지에 대해서 말씀드리고자 합니다. 참고로, 강제12호증의 1 내지 12(각 회의록)가 작성된 경위는 2008. 8. 29. 피고가 제출한 준비서면 [별지2] 법학교육위원회 논의 경과에 요약되어 있습니다. 그 내용 중에 원고 주장을 뒷받침하는 부분을 일부 적시하면 아래와 같습니다.

### 가. 이 사건 시행령 제5조가 위임의 근거가 없다는 점

강제12호증의 3(제4차 회의록)에서 성명불상의 위원은 “법률에도 균형발전을 얘기하지 않고 로스쿨을 어떻게 하라고 규정했는데, 시행령에서는 정치적 관점이 들어가서 사실은 모법에도 없는 것을 창설한 겁니다. 그렇기 때문에 이 부분을 가지고 잘못하면 불이익을 받았다고 생각하는 대학들이 모법에도 없는 시행령 가지고 주된 제일기준으로 삼았느냐 문제 삼으면 삼을 수도 있다는 걱정이 있습니다.”라고 지적하는바, 이것은 법학교육위원회 스스로가 이 사건 시행령 제5조의 위법성에 대해 강한 의문을 가지고 있었다는 점을 여실히 보여주는 대목입니다.

이 사건 문제의 발단은 바로 여기에 있습니다. 법학교육위원회는 행정기관으로서 부득이하게 이 사건 시행령 제5조를 일단 적법한 것으로 보고 임무를 수행한 측면이 있습니다. 이와 달리 귀원은 이 사건 시행령 제5조의 위법성을 엄격히 심사하여야 할 것입니다.

### 나. 신청대학의 교수가 위원으로 참가한 심사절차가 위법하다는 점

강제12호증의 2(제3차 회의록) 제81면에는 “어느 만큼의 대학들이 신청을 하고 어떻게 될지는 지금 교육인적자원부에서 대충 알아봤다.”는 진술이 나옵니다. 이것은 다시 말해, 피고가 대학교수 4인을 법학교육위원회의 위원으로 선임할 당시에 그 소속대학들이 신청할 것임을 미리 알고 있었다는 것입니다. 이점은 절차의 불공정성을 초래합니다.

이 사건 법률 제13조는 위원은 본인이 심의대상인 대학에 재직하고 있는 경우

“당해 심의”에 관여하지 못한다고 규정하고 있습니다. 문리적으로만 해석하면 소속대학에 대한 개별적인 심사만이 제척사유인 것처럼 보일 수 있으나, 그렇게 해석서는 안 됩니다. 이 사건과 같은 경쟁심사(concours)에서 개별적인 심사를 공정하게 하는 것만큼이나 중요한 것이 전체적인 심사를 공정하게 하는 것이고, 그보다 더 중요한 것은 일반적인 심사기준을 공정하게 정하는 것이기 때문입니다.

이와 관련하여, 강제12호증의 8(제9차 회의록) 제25면에는 “국회에서 나온 얘기입니다만, 구체적으로 표현은 안했지만 사실 ○○○을 포함해서 4분에 대해서 자기 대학을 심사하는 것만 제척할 것이 아니라 더 확대를 해야 된다는 얘기가 있습니다.”는 진술이 기재되어 있습니다. 이 사건 법률 제13조는 제척사유의 최소한을 규정한 것에 불과하지, 그 전부가 되어서는 곤란한 것입니다. 그리고 추가적인 제척사유는 헌법상 적법절차원리<sup>1)</sup>에서 그 근거를 찾을 수 있습니다.

미국법은 이를 편향성(bias)의 문제로 다루고 있습니다. 적법절차원리에 따라 행정절차는 공정하여야 하고 편향되지 않아야 합니다(fair and impartial).<sup>2)</sup> 주로 2가지 유형이 문제가 되는바, (1) 경제적인 이해관계(financial interest), (2) 주관적인 성향(personal bias and prejudice)이 바로 그것입니다.<sup>3)</sup> 만일 피고가 실명회의록을 제출하였다면 대학교수 4인을 포함한 위원 전원이 특정한 지역이나 대학에 대해 주관적인 성향을 가지는지를 분석하는 것이 가능하였을 것이나, 지금으로서는 대학교수 4인의 경제적인 이해관계만을 문제 삼을 수밖에 없는 처지입니다.

아무튼 행정결정에 경제적인 이해관계를 가지는 자는 그 결정에서 배제되어야 한다는 것이 적법절차원리의 당연한 요청입니다(No man shall be a judge in his own cause). 대학교수 4인이 소속대학에 대해서 가지는 이해관계는 편향성을 인정하기에 충분히 직접적인 것입니다. 따라서 대학교수 4인이 의결권을 행사해서, 예컨대 범조인배출실적을 포함하도록 결정된 심사기준은 적법절차원리에 위반되는 불공정한 결정인 것입니다. 소속대학이 신청할 것임을 위원들 자신이 알고 있었을 뿐만 아니라 위원들을 임명한 피고도 알고 있었기 때문에, 심사기준을 결정

1) 정중섭, 헌법학원론, 제3판, 박영사, 2008, 432면. 헌법재판소는 헌법 제12조 제1항, 제3항에 규정된 적법절차원리를 형사절차에 국한하지 않고 모든 국가작용에 적용하고 있습니다. 헌법재판소 2007. 4. 26. 2006헌바10 결정 등 참조.

2) Nowak/Rotunda, Constitutional Law, 7th edition, ThomsonWest, 2000, 633면.

3) Schwartz, Administrative Law, 3th edition, Littel, Brown & Company, 1991, 339면.

할 당시에 아직 신청을 받지 않았다는 사정은 불공정성을 인정하는 데 장애가 되지 않습니다.

이점은 대학교수 4인이 단순히 위원으로 임명되기 전부터 법학전문대학원과 관련해서 활동을 한 사실이 있다거나, 어느 정도 전문성이 인정된다고 하더라도 달라지지 않습니다. 미국법에 따를 때, 그러한 사정은 바로 그 대학교수 4인이 아니고서는 전혀 다른 가능성이 없는 경우에 한하여 예외적으로만 인정될 수 있는 것입니다(rule of necessity).<sup>4)</sup>

한편, 대학교수 4인이 이와 같이 심사기준을 결정하는 데 참가한 것뿐만 아니라, 소속대학이 아닌 다른 대학들에 대한 개별적인 심사에 참가한 것 또한 적법절차원리에 위반됩니다. 경쟁대학들을 불공정하게 취급할 경제적인 이해관계가 있기 때문입니다.

다. 과도하게 지역간 균형을 고려한 심사기준이 위법하다는 점

이점에 대해서는 강제12호증의 10(제11차 회의록) 제29면에 기재된 한인섭 위원(서울대 교수)의 진술<sup>5)</sup>을 지적할 필요가 있습니다. 그 취지는, 수도권역과 비수도권역의 정원비율을 얼마로 할 것인지에 대해, 그 기준을 5:5 또는 5.5:4.5로 설정하는 것은 헌법재판소로부터 위헌판결을 받은 ‘수도이전법’(신행정수도건설특별법) 내지는 혁명에 비견된다는 것입니다. 정도에 차이가 있을지언정 그 비율이 6:4가 된다고 해서 본질이 달라지지는 않습니다.<sup>6)</sup> 지역균형고려명령을 규정하는

4) Schwartz, 앞의 책, 352면.

5) “그래서 현재라는 것은 쉽게 말하면 900 대 100명인데, 한쪽은 900명을 800 내지 850으로 줄이면서 다른 쪽은 100명에서 1100명, 1200명으로 끌어올리는 이런 것은 거의 폴포트식 혁명 속에서 나올 수 있는 수치가 아닌가 생각이 들고, 그 다음에 서울권역 대 비권역을 5.5:4.5 이렇게 하면 중간쯤 되지 않는가 그런 이야기도 나오는데 그것을 적용해 보면 서울시의 경우에는 4.5 내외가 될 것으로 생각이 되는데, 그러면 서울시는 현재와 동일하게 되고 비서울시는 현재보다 900명이 증대되는 결과가 나오게 됩니다. 그러면 이렇게 되면 거의 ‘수도이전법’ 같은 그런 식으로 아예 로스쿨법을 만드는 게 좋았지 않았을까, 그래서 수도는 그냥 가만히 놔두고 지방쪽의 사법시험합격자를 서울과 동등하게 만들기 위한 특별법을 만드는 것과 효과가 사실상 같게 됩니다. 그 다음에 서울시와 비서울시를 5:5로 놓으면 서울시가 현재보다 100명 정도 되고 비서울시는 현재보다 900명 정도 되고 그러면 그 수치는 대한민국 사람이란 다 알고 있는 수치입니다. 그래서 그 수치를 완전히 지금 교육부안이나 5.5:4.5 같은 경우도 완전히 혁명을 만들어내는 결과를 초래하기 때문에 혁명이 없는 시대에서는 동의하기 어려운 그런 점이 있다고 생각합니다.”

6) 한인섭 위원은 28면에서 다음과 같이 진술하고 있습니다. “처음에 이러 논의를 시작할 때 권역별로 나누자 할 때 그 기준을 교육부에서 통계를 먼저 가지고 와서 여건지표를 내봤는데, 저는 여러 통계를 공부했지만 교육부에서 내놓은 여건지표는 특정한 결과를 위하여 조작적 냄새가 난다는 비판을 했었고, 그에 대하여 대안으로서 다른 여건지표를 종합적으로 보면 6:6 이상의 결과가 나온다는 것을 나눠드린 자료 뒤쪽에서 한번 이야기를 했습니다.”

이 사건 시행령 제5조가 실사 적법하다고 치더라도, 이 사건 심사기준은 나가도 너무 나간 것이 아닐 수 없습니다. 한인섭 위원은 나아가 제32면에서 “이미 숫자로 다 정해진 거야라는 식으로 하는 것은 적어도 대학에 몸담고 있는 입장에서는 앞으로 법학교육을 담당해 나갈 교수와 학교에 대한 모독”이라고 일갈하고 있습니다.

이러한 한인섭 위원의 지적에 대한 김정기 위원(교육인적자원부 차관보)의 발언을 보면, 법학교육위원회가 얼마나 비이성적인 지역주의에 사로잡혀 있는지가 극명히 드러납니다. 그는 같은 회의록 제32면에서 “저는 정말 걱정이 됩니다. 학교에서 인가신청서가 들어오는 것을 보고 평점을 매겨서 고려하자는 얘기는 아주 심하게 한다면 위원 간에 특정 지역이나 특정에 대해서 무자비하게 평점을 깔 수 있습니다. 제가 걱정하는 부분이 그 부분인데, 지금 이게 들어오고 난 뒤에 평점을 하기 전에 우리가 이것을 확정해 놓지 않으면 아마 엄청난 혼란에 빠진다.”고 주장합니다. 이것은 지역균형고려가 최우선순위이었음을 명백히 보여주는 대목입니다.

지역균형고려는 애당초 법학전문대학원의 목적과 무관한 것인바, 백번 양보를 하더라도 결코 최우선적인 기준이 될 수는 없는 것입니다. 만일 그렇다면, 그것은 입법자가 법학교육위원회에게 권한을 위임한 취지를 명백히 벗어나는 점에서, 이 사건 기준은 위법을 피할 수 없습니다.

더 나아가, 법학교육위원회는 동일한 권역 내에서도 재차 지역균형을 고려하도록 심사기준을 정하는바, 경기도, 인천광역시, 강원도가 서울권역에 속하게 된 과정을 살펴보면, 이것은 처음부터 서울권역 소재대학들에게 불이익을 가하기 위해 의도된 것임을 알 수 있습니다.<sup>7)</sup> 명백한 비례원칙위반이 아닐 수 없습니다.

#### 라. 법조인배출실적이 포함된 심사기준이 위법하다는 점

7) 갑제12호증의 3(제4차 회의록) 제81면 중 “그러면 서울로 카운트가 되는 거예요. 예를 들어서, 권역의 고등법원이다 하게 되면 강원은 어디에 붙이느냐 그런 고민을 할 필요가 없잖아요. … 경기인천은 예전대 한 개 이상을 준다, 그것은 무슨 기준이나 편의주의적인 기준을 엄밀하게 적용을 하면 그렇고, 마지막에는 정치적으로 결정을 해야 된다고 했는데, 그것은 마지막입니다. 객관화된 기준을 최대치로 끌어올리고 그 다음에 정책적 정치적인 부분이 약간 가미가 되어야지, 처음에 경기 인천을 수도권으로 끌어안자는 얘기를 밖으로 할 수 없고요, 그것은 내부에서도 그런 것을 그런 인위적인 변수로 맞추는 것이 아닌가 하는 의문이 있습니다.”는 부분이나 제87면 중 “강원도 경기 인천의 경우에는 배려를 한다는 정도의 표현이 있어야겠죠. 권역별로 선발을 하되 경기인천 강원 경우에는 배려를 한다.”는 부분 참조.

법조인배출실적은 학술진흥재단이 2006. 6. 피고에게 제출한 강제10호증(법학전문대학원 교육과정분야 설치인가 심사기준연구)에는 없던 기준입니다. 법학교육위원회가 구성된 후에 뒤늦게 심사기준에 포함된 것인바, 신뢰보호원칙위반에 해당합니다.

이와 관련하여, 강제12호증의 1(제2차 회의록)에서 성명불상의 위원은 “로스쿨법이 너무 늦게 통과됨에 따라서 시간이 이렇게 됐지만, 로스쿨법 통과를 준비하고 있는 그 당시부터 말하자면 지난 1학기부터 계속 교육부에서는 전문가들에게 준비를 시키고 작업을 하고 그것을 각 대학에 피드백을 받기 위해서 돌리고 그래서 수차에 걸친 작업이 이미 됐고 고기서 척도도 나오고 여러 가지 나온 이런 상황에서 처음부터 이거 다 없었던 것을 전제로 하는 것은 현실성이 없는 것 같습니다.”라고 진술하고 있습니다.

이것은 강제10호증이 법학전문대학원을 준비하는 대학들에게 사실상 기준으로 기능한 점을 인정한 것입니다. 비록 피고가 강제10호증을 공식적인 자신의 의견으로 표명한 사실이 없다고 하나, 이 사건 법률이 갑작스럽게 국회를 통과한 후 강제10호증을 법원행정처, 법무부, 대한변호사협회, 한국법학교수회 등에 송부하여 의견수렴절차를 거친 점에 비추어 볼 때, 신뢰보호의 대상이 되는 공적인 견해 표명으로 보기에 충분하다고 사료됩니다.

특히 법조인배출실적을 심사기준에 포함시키는 것은 매우 중대한 사안인 점에서, 설사 의견수렴절차에서 의견으로 제시되었다고 하더라도 이를 최종적으로 반영하기 위해서는, 그전에 다시 의견수렴절차를 거치는 것이 마땅합니다. 그렇지 않으면, 그에 대한 반대의견을 개진할 기회가 상실되기 때문인바, 이점에서도 위법을 피할 수 없다고 할 것입니다.

한편, 강제12호증의 3(제4차 회의록) 제50면,8) 제58면에서 법조인배출실적을 포함시키는 것을 반대하는 성명불상의 위원은 그럴 경우 “속된 말로 찌고 치는 고스톱”이 되는 결과를 우려하고 있는바, 이것은 비례원칙위반의 점을 지적하는 것입니다. 그 우려는 현실로 나타나, 총점순위와 법조인배출실적은 매우 높은 상

---

8) “대학에 우수한 교원이 있고 입학전형방법이 좋았고 그래서 좋은 학생들을 모집했고 좋은 시설이 있었고 좋은 교과과정이 있었기 때문에 사시합격자 배출자가 많아진 것이다, 그것은 결과거든요. 그런 부분에 있어서 평장이 많은 배점을 두어서 평가를 했거든요. 그럼에도 불구하고 다시 그 결과인, 그러한 교육시설과 교육과정의 결과인 사시배출실적을 다시 반영을 하는 것은 이중으로 반영하는 것이 아닌가 하는 것을 생각해 볼 필요가 있다고 생각합니다.”

관관계를 보이고 있습니다. 이점에 대해서는 후술합니다.

### 3. 심사결과의 위법성에 대해서

이점에 대해서는 이번에 추가로 제출하는 갑제15호증(로스쿨심사채점결과 계량적 분석)을 중심으로 설명하겠습니다. 갑제15호증은 이미 제출된 갑제13호증의 1 내지 4를 계량적으로 분석한 결과입니다. 분석의 지표가 된 것은 서울권역 24개 대학의 (1) 총점순위, (2) 정량점수순위, (3) 정성점수순위, (4) 사법시험합격자점수의 상관관계입니다. 피고가 증거가 될만한 문서제출에 응하지 않아 부득이 심사결과에 대한 계량적인 분석을 토대로 위법성을 추론해 보았습니다.

아래 <표1>은 총점순위와 정량점수순위의 상관관계를 분석한 결과입니다. 여기서 수평축(x)은 24개 대학을 총점순위에 따라 배열한 것이고, 수직축(y)은 각 대학의 정량점수를 표시한 것입니다. 여기서 총점순위와 정량점수순위가 역전된 대학들이 여럿 있음을 알 수 있습니다. 다시 말해, 정량점수를 상대적으로 높게 받고도 총점순위는 상대적으로 낮은 대학들이 있다는 것입니다. 서울시립대학교가 대표적입니다. 그 결과, 양자의 상관계수는 100%에 현저히 미달되는 92%입니다.

<표1>



아래 <표2>는 총점순위와 정성점수순위의 상관관계를 분석한 결과입니다. 여기서 수평축(x)은 24개 대학을 총점순위에 따라 배열한 것이고, 수직축(y)은 각 대학의 정성점수를 표시한 것입니다. 여기서 총점순위와 정성점수순위가 역전된 대학들이 여럿 있음을 알 수 있습니다. 다시 말해, 정성점수는 낮지만 상대적으로 총점순위는 높은 대학들이 있다는 것입니다. 이러한 대학은 정량점수를 높게 받았으나 정성점수를 낮게 받아 전체적으로 총점순위가 불리하게 된 경우입니다. 양자의 상관계수는 95.57%로서, 총점순위와 정량점수순위의 상관계수보다 큽니다. 이것은 정량점수보다는 정성점수가 총점순위에 더 큰 영향을 미쳤다는 것을 의미합니다.

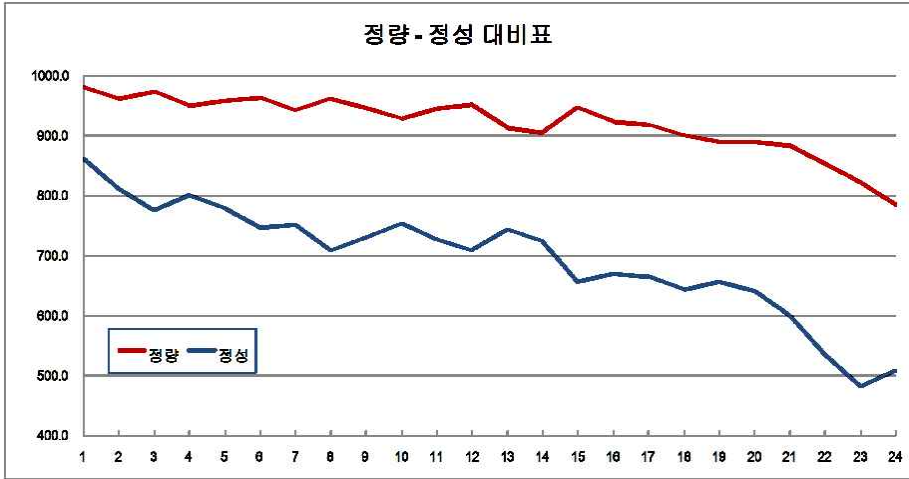
<표2>



아래 <표3>은 총점순위에 따라 각 대학이 받은 정량점수와 정성점수를 대비한 것입니다. 위 그래프가 정량점수이고, 아래 그래프가 정성점수입니다. 비교를 위해 정량점수, 정성점수 각 배점을 1000점으로 환산하였습니다. 정량점수와 정성점수의 상관계수는 81.30%에 불과합니다. 이것은 다시 말해, 정량점수순위와 정성점수순위 사이에 자주 역전현상이 일어난다는 것입니다. 특히 정량점수의 그래

프보다 정성점수의 그래프가 더 가파르다는 점에 비추어, 법학교육위원회가 정성 점수에서 차이를 벌려 총점순위를 '인위적'으로 조정하였을 가능성이 엿보입니다. 여기서 '인위적'이라고 분석한 이유는 아래 <표4>에 나타납니다.

<표3>



<표4>



위 <표4>는 총점순위에 따라 각 대학이 받은 사법시험합격자점수를 표시한 것

입니다. 우선, 총점순위와 사법시험합격자점수순위의 상관계수는 91.39%로서 이례적으로 높은 편입니다. 여기서 이례적이라고 분석한 이유는 사법시험합격자점수가 최고점수는 25점, 최저점수는 5점, 그리고 1점 단위로 평가되는 결과, 동점인 대학들이 나올 수밖에 없어서 상관계수가 낮게 나오는 것이 자연스러움에도 불구하고 비교적 높다는 것을 의미합니다. 지역균형고려가 강하게 작용한 경우를 제외하고는, 인가대학과 불인가대학의 경계는 사법시험합격자점수순위와 정확하게 일치합니다. 이것은 다시 말해, 사법시험합격자점수순위에 따라 총점순위가 정해지도록 인위적인 조정이 있었고, 이것은 정성점수를 인위적으로 조정하는 방식으로 이루어졌다는 것입니다.

결론적으로, 법학교육위원회는 처음부터 총점순위가 사법시험합격자점수순위에 상응하기를 원하였고, 이를 위해 정량점수순위가 사법시험합격자순위와 불일치하는 만큼 정성점수순위를 인위적으로 조정하였다는 것입니다. 그게 아니고서는 사법시험합격자순위에 따라 인가대학과 불인가대학이 갈라진 점을 쉽게 납득하기가 어려운 것입니다.

#### 4. 결론

그렇다면, 이 사건 청구는 이유 있으므로, 이 사건 처분은 마땅히 취소되어야 합니다. 법학전문대학원과 같은 중차대한 문제를 도저히 말도 안 되는 시한에 졸속으로 처리하고는, 상식적으로 보관하는 것이 당연한 문서들조차 제출하지 않는 피고의 후안무치한 행태는 시정되어야 마땅합니다.

## 입증방법

### 1. 강제15호증

로스쿨심사채점결과 계량적 분석

2008. 9. 23.

위 원고의 소송대리인 법무법인 신세기

담당 변호사 양 경 석  
오 병 국

서울행정법원 제2 행정부 귀중

<자료 2: 위헌법률심판제청신청서>

## 위헌법률심판제청신청

사건 2008구합5902 법학전문대학원설치예비인가거부처분취소  
원고 학교법인 홍익대학교  
피고 교육과학기술부장관

위 사건에 관하여 원고는 다음과 같이 위헌법률심판제청을 신청합니다.

### 신청취지

법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률 제7조 제1항은 헌법 제15조, 헌법 제31조 제4항, 헌법 제37조 제2항 등에 위반된다.

### 신청이유

#### 1. 대상법률

법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률

제7조 (법학전문대학원의 입학정원) ① 교육과학기술부장관은 국민에 대한 법률서비스의 원활한 제공 및 법조인의 수급상황 등 제반사정을 고려하여 법학전문대학원의 총입학정원을 정한다. 이 경우 교육과학기술부장관은 총입학정원을 미리 국회 소관 상임위원회에 보고하여야 한다.

## 2. 재판의 전제성

원고는 현재 서울행정법원 2008구합5902호로 계속 중인 법학전문대학원설치 예비인가처분취소의 소송(이하 “이 사건 소송”이라 합니다)에서, 피고의 2008. 2. 4.자 예비인가대상대학의 선정·통보(이하 “이 사건 거부처분”이라 합니다)의 위법성을 다투고 있는바, 그 이유 중 하나로서, 피고로 하여금 총입학정원을 정하도록 한 대상법률이 위헌인 점을 주장하고 있습니다.

피고는 대상법률이 규정하는 바에 따라 총입학정원을 2,000명으로 정한 다음 예비인가신청대학들에게 그 정원을 분배하였는바, 피고는 원고에게 배분할 입학정원이 더 이상 남아있지 않다는 취지에서 이 사건 거부처분을 한 것입니다. 만일 대상법률이 규정하는 총입학정원제도 자체가 위헌이라면, 원고로서도 충분히 예비인가를 받을 가능성이 있었다고 할 것입니다.

그렇다면, 대상법률의 위헌성 여부는 이 사건 소송에서 마땅히 재판의 전제가 된다고 할 것입니다.

## 3. 대상법률의 위헌성에 관하여

대상법률은 크게 3가지 점에서 헌법에 위반됩니다. (1) 대상법률은 피고로 하여금 아무런 제한 없이 총입학정원을 정하도록 규정하고 있는바, 이것은 법률유보의 원칙, 특히 의회유보의 원칙에 반하는 점에서 헌법에 위배됩니다. 나아가 대상법률이 규정하는 총입학정원제도는 (2) 객관적 사유에 의한 직업선택의 자유의 제한에 해당하는바, 과잉금지원칙위반으로서 헌법에 위배될 뿐만 아니라, (3) 직업교육으로서 법률교육을 수행하고자 하는 대학의 자율성, 특히 사립대학이 가지는 자율성에 대한 본질적인 침해에 해당하는 점에서 헌법에 위배됩니다. 아래에서는 각 위반사유에 대한 좀더 구체적인 변론을 드리겠습니다.

### 가. 법률유보원칙을 위반한 점에 대해서

대상법률은 교육과학기술부장관이 아무런 제한 없이 총입학정원을 정하도록 규정하고 있습니다. 그러나 총입학정원제에서 그 정원을 얼마로 하는가 하는 것은 “본질적인 사항”에 해당한다고 보아야 하는바, 이것은 국회가 스스로 행사하

여야 하는 사항에 속하는 것입니다. 그럼에도 불구하고 대상법률에서 교육과학기술부장관이 이를 정하게 하고 국회에 대해서는 단순히 보고만 하도록 한 것은, 법률유보의 원칙, 특히 의회유보의 원칙에 위배된다고 할 것입니다. 최소한 교육과학기술부장관이 정할 수 있는 총입학정원의 하한선은 반드시 법률에 규정하였어야 하는 것입니다.

여기서 의회유보원칙이란, 국가공동체와 그 구성원에게 기본적인고도 중요한 의미를 갖는 사항, 특히 국민의 자유와 권리를 제한하는 사항에 대하여는 국민의 대표기관인 국회에서 직접 그 본질적 사항에 대하여 법률의 형식으로 결정해야 한다는 원칙을 말합니다. 달리 표현하면, 국회가 행정에게 권한을 위임한 것이 자신의 입법책무를 사실상 무의미하게 만들거나 실질적으로 침해하는 결과를 초래해서는 안 된다는 것입니다. 따라서 대국민적인 영향력이 크거나, 국가적으로나 사회적으로 중대한 정책결정에 해당하는 사항에 대해서는, 국회로서는 실사 위임이 필요하더라도 아무런 제한 없이 위임해서는 안 되고, 반드시 수권법률에서 일정한 내용을 직접 규정한 후에 위임하는 등 상대적으로 밀도 있는 규율이 이루어져야 합니다.

이와 관련하여, 1999. 5. 27. 헌법재판소는 98헌바70 한국방송공사법제35조등 위헌소원 사건(당해사건: 서울행정법원 98구4473 텔레비전방송수신료 부과처분 취소)에서, 텔레비전방송수신료의 금액에 대하여 국회가 스스로 결정하거나 결정에 관여함이 없이 한국방송공사로 하여금 결정하도록 한 한국방송공사법 제36조 제1항이 의회유보원칙에 위반된다고 결정하였습니다. 헌법재판소는 결정이유에서 의회유보원칙에 관하여 다음과 같이 실시하고 있습니다.

헌법은 법치주의를 그 기본원리의 하나로 하고 있으며, 법치주의는 행정작용에 국회가 제정한 형식적 법률의 근거가 요청된다는 법률유보를 그 핵심적 내용의 하나로 하고 있다. 그런데 오늘날 법률유보원칙은 단순히 행정작용이 법률에 근거를 두기만 하면 충분한 것이 아니라, 국가공동체와 그 구성원에게 기본적인고도 중요한 의미를 갖는 영역, 특히 국민의 기본권실현에 관련된 영역에 있어서는 행정에 맡길 것이 아니라 국민의 대표자인 입법자 스스로 그 본질적 사항에 대하여 결정하여야 한다는 요구까지 내포하는 것으로 이해하여야 한다(이른바 의회유보원칙). 그리고 행정작용이 미치는 범위가 광범위하게 확산되고 있으며, 그 내용도 복잡·다양하게 전개되는 것이 현대

행정의 양상임을 고려할 때, 형식상 법률상의 근거를 갖출 것을 요구하는 것만으로는 국가작용과 국민생활의 기본적이고도 중요한 요소마저 행정에 의하여 결정되는 결과를 초래하게 될 것인바, 이러한 결과는 국가의사의 근본적 결정권이 국민의 대표기관인 의회에 있다고 하는 의회민주주의의 원리에 배치되는 것이라 할 것이다.

입법자가 형식적 법률로 스스로 규율하여야 하는 사항이 어떤 것인가는 일률적으로 확정할 수 없고, 구체적 사례에서 관련된 이익 내지 가치의 중요성, 규제 내지 침해의 정도와 방법 등을 고려하여 개별적으로 결정할 수 있을 뿐이나, 적어도 헌법상 보장된 국민의 자유나 권리를 제한할 때에는 그 제한의 본질적인 사항에 관한 한 입법자가 법률로써 스스로 규율하여야 할 것이다. 헌법 제37조 제2항은 "국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다"고 규정하고 있는바, 여기서 "법률로써"라고 한 것은 국민의 자유나 권리를 제한하는 행정작용의 경우 적어도 그 제한의 본질적인 사항에 관한 한 국회가 제정하는 법률에 근거를 두는 것만으로 충분한 것이 아니라 국회가 직접 결정함으로써 실질에 있어서도 법률에 의한 규율이 되도록 요구하고 있는 것으로 이해하여야 한다.

즉, 텔레비전방송수신료는 대다수 국민의 재산권 보장의 측면이나 한국방송공사에게 보장된 방송자유 측면에서 국민의 기본권실현에 관련된 영역에 속하고, 수신료금액의 결정은 납부의무자의 범위 등과 함께 수신료에 관한 본질적인 중요한 사항이므로 국회가 스스로 행하여야 하는 사항에 속하는 것인바, 그럼에도 불구하고 한국방송공사법 제36조 제1항에서 국회의 결정이나 관여를 배제한 채 한국방송공사로 하여금 수신료금액을 결정해서 문화관광부장관의 승인을 얻도록 한 것은, 법률유보원칙, 특히 의회유보원칙에 위반된다는 것입니다.

이 사건의 경우, 대상법률이 총입학정원을 정하지 않은 채 이를 교육과학기술부장관이 정하도록 위임한 것은, 권한의 위임에 관하여 헌법재판소와 학계가 통설로 채택하고 있는 의회유보원칙(본질성설)에 정면으로 반한다고 할 것입니다. 법학전문대학원 설립인가의 요건이나 절차가 엄격하게 운영되는 것도 궁극적으로는 총입학정원제도에 그 원인이 있고, 나아가 법학전문대학원을 설립하고 운영할 주관적인 의사와 객관적인 능력이 있음에도 불구하고 총입학정원의 부족을 이유로 탈락하는 신청대학이 발생하는 점에서, 총입학정원을 얼마로 하는가 하는 것은 본질적인 사항이라고 할 것입니다.

만일 국회가 대상법률에 총입학정원을 특정하기가 어려운 사정이 있다면, 적어

도 그 하한선은 반드시 대상법률에 명시한 후 그 결정권한을 피고에게 위임하였어야 합니다. 이와 달리, 아무런 제한 없이 모든 결정권한을 피고에게 위임한 것은 국회가 사실상 입법책무를 포기한 것과 다르지 않다고 할 것인바, 대상법률은 법률유보의 원칙, 특히 의회유보의 원칙에 위배되므로 위헌이라고 할 것입니다.

나. 직업선택의 자유에 대한 과잉침해인 점에 대해서

직업선택의 자유에 대하여 어느 정도까지 제한이 가능한가에 관하여 독일에서 학설과 판례를 통하여 확립되었고 우리나라의 헌법재판소도 채택하고 있는 “단계이론”에 의하면, 직업의 자유는 직업선택의 자유와 직업수행의 자유로 구분할 수 있으며, 각각의 유형에 따라서 제한의 정도와 한계가 다릅니다. 이 이론에 의하면, 제1단계에 해당하는 직업수행의 자유에 대한 제한은 직업선택의 자유에 대한 제한보다 그 기본권 침해의 정도가 경미하기 때문에 필요한 목적의 달성을 위하여 가능하다면 직업선택에 대한 제한보다는 직업수행의 자유를 제한해야 합니다. 제2단계는 직업선택의 자유를 제한하되 당사자의 주관적 사유(교육과정 이수나 일정한 자격시험 합격 등)를 토대로 제한하는 방법으로, 제3단계의 제한보다는 기본권제한의 정도가 약하다고 할 수 있습니다. 제3단계는 당사자가 통제할 수 없는 객관적 사유를 토대로 직업수행의 자유를 제한하는 방법으로, 이 제한의 방법은 직업선택의 자유에 대한 명백하고 현존하는 위험을 방지하기 위하여 불가피한 경우에만 허용됩니다. 예컨대, 화약류의 제조·판매·운송업 등은 공공에 대한 위험방지를 완벽하게 해결할 수 있는 경우에만 인정되는데, 이러한 제한이 여기에 해당합니다.

여기서 총입학정원을 제한하는 것은 객관적 사유에 의한 직업선택의 자유의 제한에 해당하되, 이와 같은 제한은 직업의 자유에 대한 가장 강도가 높은 제한이기 때문에, 헌법재판소는 직업행사의 자유보다 월등하게 더 중요한 공공의 이익에 대한 “명백하고 현존하는 위험”을 방지하기 위한 목적이 아니면 그 제한 자체를 인정하지 않습니다(헌법재판소 2002. 4. 25. 2001헌마614 결정). 이러한 명백하고 현존하는 위험의 입증책임은 입법자에게 있습니다. 단순히 공공의 이익을 증대시킨다는 목적이나 특정직업의 종사자들의 사회적 지위를 유지하기 위한 의도는 직업선택의 자유에 대한 제한근거로 결코 정당화될 수 없다고 할 것입니다.

이점에 대해, 피고는 법조인의 적절한 수급을 통하여 양질의 법률서비스를 제

공할 수 있다고 주장하고 있으나, 명백히 부당합니다. (1) 우수한 법조인의 양성은 총입학정원의 제한이 아니라, 피고가 자인하다시피 법학교육여건의 확보에 달려 있습니다. 따라서 법학교육여건을 갖춘 대학이면 응당 법학전문대학원을 설치할 수 있어야 합니다. 피고는 2007년 현재 기존 대학의 전임교원 1인당 학생수가 34.8명으로 법학교육여건이 열악하다고 주장하고 있으나, 그것은 단지 과거의 지표일 뿐이고 설립인가기준을 적정하게 설정하면 아무런 문제가 없습니다. (2) 피고는 신규법조인의 수가 대폭 늘어나면 실무연수를 받을 기회가 부족해서 법률서비스의 질적인 저하가 초래된다는 식의 논리를 주장하나, 전혀 합리적인 근거가 없습니다. 그렇게 따지자면, 미국 로스쿨의 졸업생 또한 수준 이하가 되어야 마땅합니다. 법학전문대학원을 졸업하는 법조인의 수준을 믿지 못하고, 그 이유로 변호사의 수를 대폭 늘리지 않을 것이라면, 왜 굳이 법학전문대학원을 도입하려는지 반문하지 않을 수 없습니다.<sup>1)</sup> (3) 특히 법률서비스의 부족을 만성적으로 경험하고 있는 우리의 경우, 국민에 대한 원활한 법률서비스 제공, 즉 법률서비스의 보편성(availability)은 매우 시급한 공익입니다. 그리고 법률서비스는 보편적인 것이 될수록 시장경쟁을 통해 그 전문성도 제고되기 마련입니다. 이점 또한 피고가 주장하는 “양질의 법률서비스 제공”의 중요한 요소라 할 것인바, 이와 충돌하는 총입학정원제는 유지될 수 없습니다.

요컨대, 총입학정원제에 의한 직업선택의 자유에 대한 제한은, 그렇지 않으면 명백하고도 현존하는 위협이 발생할 경우에 한해서 정당화될 수 있습니다. 양질의 법률서비스를 제공하기 위해서 총입학정원제가 필요하다는 명제는 우선 그 진위 여부를 떠나 “명백하고도 현존하는 위협”과는 너무나 거리가 멀다고 할 것입니다. 그뿐만 아니라, 총입학정원제는 피고 주장과 달리 실제로는 양질의 법률서비스 제공을 방해하는 결과를 가져올 것이 명약관화합니다. 총입학정원제를 규정하는 대상법률이 헌법에 위배될 수밖에 없는 이유가 바로 여기에 있습니다.

#### 다. 사립대학의 자율성에 대한 본질적 침해인 점에 대해서

헌법재판소는 2001. 2. 22. 99헌마613 결정 등에서 국립대학이나 공립대학의 자

1) 법학전문대학원의 도입은 세계적인 추세에 따라 변호사 영역의 진입규제를 탈규제(deregulation)로 전환한 것으로 이해하여야 합니다. 현행 사법시험과 같이 법학교육여건과 무관하게 변호사의 수를 통제하는 제도는 과거 일본을 제외하고는 비교법적으로 유례가 없을 것입니다. 법학전문대학원을 도입하면서 총입학정원을 설정하는 것은 논리모순이 아닐 수 없습니다.

울권을 기본권으로 명백히 인정하고 있습니다. 국립대학이나 공립대학이 그러할진대, 사립대학은 더 이상 말할 필요조차 없습니다.

나아가 사립대학은 국립대학이나 공립대학에 비해서 더 높은 법적인 지위를 보장받아야 합니다. 예를 들어, 헌법재판소 2001. 2. 22. 99헌마613 결정은 “세무대학을 폐교한다고 해서 세무대학의 자율성이 침해되는 것은 아니다.”고 실시하고 있으나, 이것은 어디까지나 세무대학이 국립대학이기 때문입니다. 국가가 국립대학을 설립하거나 폐교하는 것이 고도의 정책적 결단에 속하는 사항이라는 점에 대해서는 다툼의 여지가 없습니다. 그러나 사립대학의 경우는 이와 사정이 다릅니다.<sup>2)</sup> 사립대학이 국가의 재정지원 없이 스스로 투자하여 법학전문대학원을 설치하는 것은, 사립대학이 학사과정에 법학과를 개설하는 경우나 경영전문대학원을 설치하는 경우와 마찬가지로 명백히 자율성의 보호영역에 해당합니다. 미국의 경우 로스쿨을 설치한 대학들의 대부분은 사립대학입니다. 조세를 재원으로 하는 국·공립대학들이 주도가 되어<sup>3)</sup> 직업적인 법률교육을 담당한다는 것은 언젠스가 아닐 수 없습니다. 오히려 사립대학이 주도적으로 법학전문대학원을 설치하고, 국·공립대학은 사회적 약자 등을 배려하는 차원에서 보충적인 역할에 그치는 것이,<sup>4)</sup> 법학전문대학원의 이념에 부합한다고 할 것입니다.

사립대학의 주관적인 의사나 능력과 무관하게, 국가가 자신이 일방적으로 정한 총입학정원을 이유로 사립대학이 법학전문대학원을 설치하는 것을 원천적으로 봉쇄하는 것은, 사립대학이 가지는 자율성에 대한 본질적인 침해에 해당합니다. 사립대학이 국가의 재정지원 없이 법학전문대학원을 설치하겠다는 것을 적극적으로 금지하는 것은, 법학전문대학의 설치인가를 이른바 “강학상 특허”로 이해하는 것에 다름 아니라고 할 것이나, 이러한 특허는 기본권침해라는 관점에서 가장 강도가 높은 진입규제에 해당하므로 그에 합당한 중대·명백한 공익이 입증되지 않으면 위헌이 됩니다. 그러나 직업의 자유에 대한 침해와 관련하여 이미 말씀드

2) 법학전문대학원설치·운영에관한법률 제5조는 사립대학과 국립대학을 구별하고 전자에 대해서 제2항을 규정하고 후자에 대해서 제4항을 규정하고 있습니다. 이와 같이 제2항과 제4항을 구별해서 규정하고 있는 것은, 사립대학이 갖는, 국립대학과는 다른 차원의 자율성을 전제하고 있기 때문입니다.

3) 예비인가대학 총 25개 중 무려 10개가, 총입학정원 2,000명 중 무려 890명이 국·공립대학인 점을 반드시 짚고 넘어가야 할 문제입니다.

4) 서울시립대학교가 서울시의 막대한 재정적 지원에 힘입어 등록금을 대폭 낮춘 것이 좋은 예라고 할 것입니다.

린 바와 같이, 피고가 주장하는 바와 같은 공익은 결코 인정되지 않습니다.

실사 견해를 달리하여 그러한 공익이 존재한다고 치더라도, 그것은 법학전문대학원의 졸업생이 통과하여야 하는 변호사자격시험을 통해 달성하여야 할 것이지, 애당초 법학전문대학원의 설치 자체를 금지하는 것은 과잉금지원칙의 위반이 아닐 수 없습니다. 법학전문대학원제도가 시행되기 전에 비록 소수이긴 하나 법조인을 배출하던 대학들에게서 장차 그 가능성을 원천적으로 박탈하는 것은 심각한 문제가 아닐 수 없습니다. 총입학정원을 제한할 것이 아니라 필요한 능력을 갖춘 법학전문대학원들 간에 자유경쟁을 유도하는 것이야말로 법조인 자질의 향상에 직접적인 도움이 될 것입니다.

요컨대, 법학전문대학원을 설치하고 운영할 주관적인 의사와 객관적인 능력이 충분한 사립대학에 대해서 오로지 총입학정원이 부족함을 이유로 그 설치를 거부하는 것은 사립대학이 가지는 자율성에 대한 본질적인 침해에 해당하는 점에서, 그 근거가 되는 대상법률은 마땅히 헌법에 위배됩니다.

#### 4. 결론

앞서 살펴본 바와 같이, 대상법률은 헌법 제15조, 헌법 제31조 제4항, 헌법 제37조 제2항 등에 위반된다고 판단되므로, 이에 위헌법률심판을 제청해 주실 것을 신청합니다.

2008. 6. 23.

위 원고의 소송대리인 법무법인 신세기

담당 변호사 양 경 석  
오 병 국

서울행정법원 제2 행정부 귀중

## 법학연구소 규정

### 제1장 총칙

제1조(명칭)본 연구소는 홍익대학교 법학연구소(이하“연구소”라 한다)라 칭하며, 홍익대학교 부설로 한다.

제2조(위치)본 연구소는 홍익대학교 내에 둔다.

제3조(목적)본 연구소는 국내외의 법학에 관한 연구를 통하여 우리나라의 사회적, 정치적, 경제적 발전에 기여함을 목적으로 한다.

제4조(사업)본 연구소는 전조의 목적을 달성하기 위하여 다음의 사업을 한다.

1. 법 이론의 연구
2. 판례와 실무 연구
3. 다른 법학 연구기관 및 법률실무자와의 교류
4. 연구 결과물의 출판
5. 학술세미나 개최
6. 법률 상담
7. 기타 전조의 목적을 달성하는데 필요한 사업

### 제2장 임원

제5조(임원)연구소에는 다음의 임원을 둔다.

1. 소 장 1인
2. 운영위원 약간명
3. 감 사 1인
4. 상임간사 1인
5. 자문위원 약간명

제6조(임원의 임기)

- ①임원의 임기는 2년으로 하되, 중임할 수 있다.
- ②임기중에 결원이 생겼을 때에는 이를 보선하며, 보선된 임원의 임기는 전 임자의 잔여기간으로 한다.

제7조(임원의 직무)

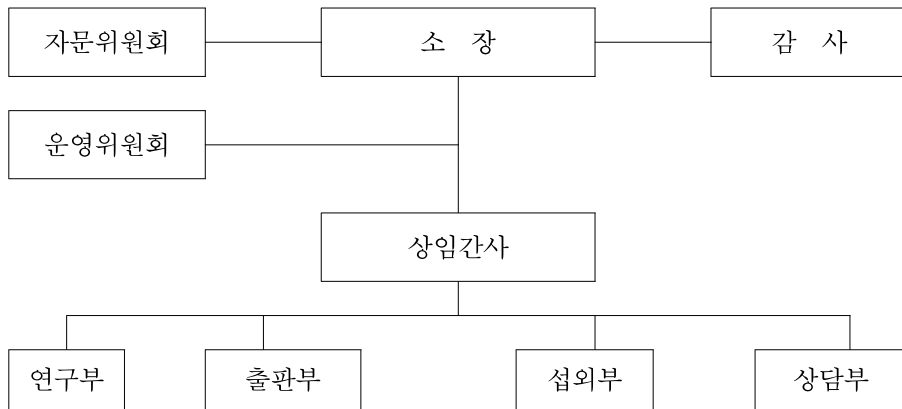
- ①소장은 연구소를 대표하고, 연구소내 업무를 총괄하며, 연구소의 운영위원이 된다.
- ②운영위원은 운영위원회를 구성하고, 연구소의 운영에 관한 중요한 사항을 심의한다.
- ③감사는 연구소의 운영 및 회계를 감사한다.
- ④상임간사는 소장의 명을 받아 연구소의 제반업무를 처리한다.
- ⑤자문위원은 연구소 운영에 관하여 소장의 자문에 응한다.

제8조(임원의 선임)

- ①소장과 감사는 홍익대학교 교수 중에서 총장의 제청으로 이사장이 임면한다.
- ②상임간사 및 운영위원은 소장의 추천에 의하여 총장이 임명 또는 위촉한다.
- ③자문위원은 교내외의 저명인사 중에서 소장의 추천에 의하여 총장이 위촉한다.

제3장 조직 및 요원

제9조(조직)연구소는 사업을 추진하기 위하여 다음과 같은 조직을 갖는다.



제10조(연구원)

- ① 연구소에 연구위원(상임연구위원, 비상임연구위원) 및 연구원과 연구생을 둘 수 있다.
- ② 연구위원은 관련 학문을 전공하는 홍익대학교 교수와 학식과 경험이 풍부한 내외 인사 중에서 총장의 승인을 얻어 소장이 위촉한다.
- ③ 연구원은 관련 분야를 전공했거나 관련 분야의 경험이 풍부한 자 중에서 운영위원회의 심의를 거쳐 소장이 위촉한다.
- ④ 연구생은 본교 대학 및 대학원 재학생 중에서 운영위원회의 심의를 거쳐 소장이 임명한다.

제11조(직제) 연구소의 직원 및 요원의 임면, 복무에 관하여는 본교 직원의 인사 및 복무규정에 따르고, 기타 직무에 관한 사항은 운영위원회의 심의를 거쳐 따로 세칙으로 정한다.

제4장 회계

제12조(경비) 연구소의 경비는 홍익대학교의 보조금과 자체수입 및 외부의 찬조금으로 한다.

제13조(기금적립) 연구소의 수입에 대하여 따로 정하는 금액을 연구소 기금으로 연구소내에 적립한다.

제14조(회계) 연구소의 회계년도는 3월에 시작하여 다음 해 2월말까지로 하며, 기말에 결산 한다.

제15조(예,결산의 승인) 연구소의 예산과 결산은 총장의 승인을 받아야 한다.

부칙

1. (시행일)이 규정은 1990년 5월 24일부터 시행한다.
2. (시행일)본 개정 규정은 2003년 12월 18일부터 시행한다.

부칙

1. (시행일) 이 개정규정은 2007년 9월 1일부터 시행한다.

## 『홍익법학』 편집위원회 운영세칙

2006. 11. 1. 제정

2008. 1. 23. 개정

제1조(목적) 이 세칙은 홍익대학교 법학연구소(이하 “연구소”라 한다) 규정 제4조 제4호에 따라 연구소가 발간하는 『홍익법학』의 편집위원회의 구성 기타 운영에 관한 사항을 정함을 목적으로 한다.<개정 2008. 1. 23.>

제2조(구성) ① 『홍익법학』의 발간을 위하여 연구소 내에 『홍익법학』 편집위원회를 둔다.

② 편집위원회는 편집위원장을 포함한 10인 이내의 편집위원으로 구성한다.<개정 2008. 1. 23.>

③ 편집위원회는 다음과 같이 구성한다.

1. 연구소장, 연구부장, 출판부장 및 연구위원 중 연구소장이 지명하는 자
2. 대학의 조교수 이상의 직에 있는 자 또는 5년 이상의 법조실무경력을 쌓은 자 중에서 연구업적과 대외적 활동 및 지역적 분포 등을 고려하여 법학연구소장이 지명하는 자

④ 편집위원회의 위원장은 편집위원 중 소장이 지명하는 자가 된다.<개정 2008. 1. 23.>

제3조(업무) ① 편집위원회의 주요 업무는 다음과 같다.<개정 2008. 1. 23.>

1. 『홍익법학』의 편집 및 출판
2. 『홍익법학』 원고의 접수 및 게재여부 심사
3. 기타 간행물의 편집 및 출판
4. 편집위원회의 업무와 관련된 세칙의 제정 및 개정
5. 기타 연구소장이 위임한 사항

② 편집위원회 업무의 효율적인 수행을 위하여 간사를 둔다.<개정 2008. 1. 23.>

③ 편집위원회의 간사는 연구소의 출판부장이 겸직함을 원칙으로 하며, 투고원고의 접수 및 문의에 관한 사항은 출판부장이 담당한다.<개정 2008. 1. 23.>

제4조(운영) ① 편집위원회는 위원장이 필요하다고 판단하거나 편집위원 과반수의 요구가 있는 경우에 위원장이 소집한다.<개정 2008. 1. 23.>

② 편집위원회는 위원 3분의 2 이상의 출석으로 개최한다.

③ 편집위원회의 결의는 출석위원의 과반수로써 한다.<개정 2008. 1. 23.>

제5조(투고원고의 심사) ① 편집위원회는 『홍익법학』에 투고된 원고를 심사하기 위하여 각 논문당 심사위원 3인 이상을 선정하여 그 심사를 의뢰한다.<개정 2008. 1. 23.>

② 편집위원회는 전항의 심사위원을 선정함에 있어 당해 분야의 전문가를 포함하여야 한다.<개정 2008. 1. 23.>

③ 편집위원회는 『홍익법학』에 투고된 원고의 심사결과에 의하여 그 게재 여부를 판단하되, '수정 없이 게재', '수정 및 보완후 게재', '수정후 재심사 필요' 또는 '게재를 유보함'으로 의결한다.<개정 2008. 1. 23.>

④ 연구논문(일반논문·번역논문)이 아닌 다른 게재물에 대해서는 편집위원회가 그 게재여부를 결정한다.<개정 2008. 1. 23.>

제6조(『홍익법학』의 발행) 『홍익법학』은 연 3회(2월 20일, 6월 20일, 10월 20일) 발간한다.<개정 2008. 1. 23.>

제7조(심사규칙, 투고규칙) ① 편집위원회는 『홍익법학』에 투고되는 원고의 작성 및 문헌인용방법, 투고절차에 관한 세칙(투고세칙)을 제정할 수 있다.<개정 2008.1.23.>

② 편집위원회는 『홍익법학』에 투고된 원고의 심사기준 및 절차에 관한 세칙(심사세칙)을 제정할 수 있다.<개정 2008.1.23.>

제8조(논문투고 안내) 매 『홍익법학』 말미에는 다음 호에 게재할 논문의 투고 및 작성요령을 안내한다.<개정 2008. 1. 23.>

부 칙

이 세칙은 2006년 11월 1일부터 시행한다.

부 칙

이 세칙은 2008년 1월 23일부터 시행한다.

## 『홍익법학』 논문작성 및 투고에 관한 세칙

2006. 11. 1. 제정

2007. 9. 1. 개정

2008. 1. 23. 개정

제1조(목적) 이 세칙은 홍익대학교 법학연구소(이하 “연구소”라 한다) 편집위원회 운영규칙 제7조 제1항에 따라 『홍익법학』에 투고하는 원고의 작성 및 문헌인용방법, 투고절차 등을 정함을 목적으로 한다.<개정 2008. 1. 23.>

제2조(원고모집의 공고) 편집위원장은 발간예정일 3개월 전(11월 20일, 3월 20일, 7월 20일)에 최소 1월의 기한을 두어 투고절차, 논문작성 및 문헌인용방법, 심사기준 및 절차에 관한 기본적인 사항을 법학연구소 홈페이지(<http://lawcenter.hongik.ac.kr/>)를 통하여 공지하여야 한다.<개정 2008. 1. 23.>

제3조(논문제출) ① 『홍익법학』에 논문을 게재하고자 하는 사람은 발간예정일 2개월전(12월 20일, 4월 20일, 8월 20일)까지 원고를 투고하되, 원고파일은 e-mail로, 투고신청서 및 심사용 출력원고 3부는 우편으로 연구소 출판부장에게 제출하여야 한다.<개정 2007. 9. 1; 2008. 1. 23.>

② 투고신청서에는 논문제목, 초록, 주제어, 필자성명, 소속과 직위, 학위, 주소, 전화번호(사무실, 자택), 팩스번호 및 e-mail 주소를 기재하여야 한다.<개정 2008. 1. 23.>

③ 심사용 출력원고에는 필자가 누구임을 알 수 있는 사항(성명, 소속, 직위, 연구비지원 등)이 기재되어서는 안 된다.<개정 2008. 1. 23.>

제4조(논문투고시의 유의사항) ① 투고원고는 법학분야에 관한 것으로 연구소의 운영취지에 적합하여야 한다.<개정 2008. 1. 23.>

② 논문의 작성에 있어서는 『홍익법학』 편집위원회 운영세칙과 이 세칙에

규정된 사항을 준수하여야 한다.<개정 2008. 1. 23.>

- ③ 『홍익법학』에 투고하는 논문은 다른 학술지 또는 간행물에 발표되지 아니한 논문이어야 한다.

제5조(논문작성방법)

- ① 『홍익법학』에 게재하는 논문의 원고는 200자 원고지 120매를 원칙으로 한다.<개정 2008. 1. 23.>
- ② 투고원고는 다음 각 호의 체제로 구성되어야 한다.<개정 2008. 1. 23.>
1. 제목(한글 및 외국어)
  2. 저자명, 소속(한글 및 외국어), 단 2인 이상이 공동으로 집필한 원고의 경우에는 연구책임자와 함께 공동연구자명도 함께 표기한다.
  3. 목차
  4. 본문(항목번호는 I. 1. (1) 1) (가) 가) (a) a)의 순서로 함)
  5. 주제어(5단어 내외의 한글 및 외국어)
  6. 참고문헌
  7. 초록(500단어 내외의 한글 및 외국어)
- ③ 투고원고는 『한글』 프로그램으로 작성하되, 다음 각 호의 형식에 따라야 한다.<개정 2008. 1. 23.>
1. 용지종류 및 여백 : A4, 위쪽 35mm, 오른쪽 및 왼쪽 30mm, 아래쪽 30mm
  2. 글자모양 및 크기 : 휴먼명조체 11포인트(단 각주는 10포인트)
  3. 줄간격 : 160%
- ④ 논문의 저자가 2인 이상인 경우에는 주저자(First Author)와 공동저자(Corresponding Author)를 구분하고 주저자·공동저자의 순서로 표시하여야 한다.
- ⑤ 투고원고의 본문은 원칙적으로 한글로 작성되어야 한다. 다만 외국인의 원고 기타 논문의 특성상 외국어로 작성되어야 하는 것은 외국어로 작성할 수 있으나 한글로 된 번역문을 첨부하여야 한다.<개정 2008. 1. 23.>
- ⑥ 본 조의 외국어란 영어, 독어, 불어, 중국어, 일어 중의 하나를 의미한다.  
<개정 2008. 1. 23.>

제6조(문헌인용의 방법) 다른 문헌의 내용을 인용하는 경우에는 다음 각 호의 방

식에 의하고, 각주에서 그 출처를 밝혀야 한다.<개정 2008. 1. 23.>

1. 인용되는 내용이 많은 경우에는 별도의 문단으로 인용하고, 본문과 구별 되도록 인용문단 위와 아래를 한 줄씩 띄우고 글자크기를 10포인트 그리고 양쪽여백을 15포인트로 설정한다.
2. 인용되는 내용이 많지 않은 경우에는 인용부호(“ ”)를 사용하여 표시한다.
3. 인용문의 내용 중 일부를 생략하는 경우에는 생략부호(…)를 사용하고, 내용을 변경하는 경우에는 변경표시([ ])를 하여야 한다.
4. 인용문의 일부를 강조하고자 할 때에는 한글, 중국어 및 일어는 밑줄을 쳐서 표시하고 영어, 독어 및 불어는 이탤릭체를 사용한다.

제7조(각주의 내용) ① 주석은 각주로 처리하며, 다음과 같이 표기한다.<개정 2008. 1. 23.>

#### 1. 국내문헌 및 일본문헌

-단행본: 저자명, 『서명』, 판수(발행처, 출판연도), 인용면.

[예: 허균, 『증권거래법』, 제2판(삼우사, 1998), 100면]

-정기간행물: 저자명, “논문명”, 『잡지명』, 권수(발행처, 간행연도), 인용면.

[예: 홍길동, “증권의 개념”, 『증권법연구』, 제1권 제1호(한국증권법학회, 2000), 1면]

-기념논문집: 저자명, “논문제목”, ○○○선생기념논문집 『기념논문집명』 (발행처, 간행연도), 인용면.

[예: 홍길동, “증권의 개념”, 허균선생회갑기념논문집 『21세기 증권법의 방향』 (삼우사, 2000), 1면]

#### 2. 구미문헌

-해당국가에서 통용되는 인용방식에 따라 표시하거나 다음의 예에 따라 표시함.

-저서: Thomas Lee Hazen & David R. Rather, Securities Regulation, 6th ed.(Thomson, 2003), p.233.

-논문: Daniel R. Fischel, "The Economics of Lender Liability", Yale Law Journal, Vol.120, No.3(1998), p.233.

#### 3. 기타

-국내판결은 선고법원, 선고일, 판결 또는 결정, 사건번호의 순으로 표시함.

[예: 대법원 1996. 8. 29 판결 94다39598]

- 국내문헌 및 일본문헌의 경우 공저자는 중점( · )으로 표기함.
- 동일논문이나 서명이 다시 나오면 “앞의 각주 3)의 책, 3면” 또는 “앞의 각주 3)의 논문, 3-5면”으로 표기함.
- 구미문헌의 경우는 해당국가에서 통용되는 논문, 판결 및 법조항의 인용 방식에 따라 표시하면 됨.
- 신문기사의 경우 신문명, 일자, 인용면을 표기함.

[예: 동일일보, 2000. 10. 3. A3면]

- 페이지 단위는 면으로 하되, 여러 면에 걸쳐 인용할 경우는 인용페이지 사이에 대시(-)를 사용함.
- 문헌이 맨 처음에 인용될 때에는 저자, 기관, 서명 등은 full name을 명기함.

- ② 인용문헌이 여러 개인 경우에는 각각의 문헌 사이에 세미콜론(; )을 표기하여 구분한다.
- ③ 문헌을 재인용하는 경우에는 원래의 문헌을 표시한 후 괄호 안에 참조한 문헌을 기재한 후 “재인용”이라고 표시한다.
- ④ 제6조 및 본조 제1항 내지 제3항에 규정된 이외의 사항에 대하여는 한국 법학교수협의회에서 결정한 「논문작성 및 문헌인용에 관한 표준(2000)」에 따른다.

제8조(논문연구윤리 준수) ① 투고원고는 홍익대학교 연구윤리진실성위원회 규정에 포함된 논문연구윤리를 준수하여야 한다.<개정 2008. 1. 23.>

② 투고원고는 논문연구윤리 확인서를 제출한 경우에 한하여 게재될 수 있다.<개정 2008. 1. 23.>

③ 편집위원회는 투고원고가 제1항에 위반한 경우 다음의 조치를 취한다.  
<개정 2008. 1. 23.>

1. 투고원고를 『홍익법학』 논문목록에서 삭제
2. 투고자에 대하여 최소 3년 이상 『홍익법학』 에 논문투고 금지
3. 위반사항을 법학연구소 홈페이지에 공고
4. 한국학술진흥재단에 위반 내용에 대한 세부적인 사항을 통보

제9조(저작권) 『홍익법학』 에 게재된 글의 저작권은 필자에게 있으나, 저작권자

는 홍익대학교 법학연구소가 이를 CD-ROM TITLE이나 광디스크 등 여러 가지 방법으로 복제하여 보관하거나 판매하는 것을 무상으로 허락한 것으로 본다.<개정 2008. 1. 23.>

부 칙

이 세칙은 2006년 11월 1일부터 시행한다.

부 칙

이 세칙은 2007년 9월 1일부터 시행한다.

부 칙

이 세칙은 2008년 1월 23일부터 시행한다.

## 『홍익법학』 게재논문의 심사에 관한 세칙

2006. 11. 1. 제정

2008. 1. 23. 개정

제1조(목적) 이 세칙은 홍익대학교 법학연구소(이하 “연구소”라 한다) 편집위원회 운영규정 제7조 제2항에 따라 『홍익법학』에 게재할 논문의 심사절차와 기준을 정함을 목적으로 한다.<개정 2008. 1. 23.>

제2조(논문심사의뢰) ① 편집위원장은 각 투고원고에 대하여 3인의 심사위원을 선정하고, 각 심사위원에게 심사원고를 송부한다. 다만 본 연구소의 의뢰를 받아 작성·제출된 논문 등에 대하여는 편집위원회의 결정으로 그 심사를 면제할 수 있다.<개정 2008. 1. 23.>

② 심사논문에는 투고자의 인적 사항이 기재되어서는 안 되며, 이미 기재되어 있는 경우에는 이를 삭제한다.<개정 2008. 1. 23.>

③ 심사위원에게는 소정의 심사료를 지급할 수 있다.<개정 2008. 1. 23.>

제3조(투고논문에 대한 심사) ① 심사위원은 투고원고를 심사하고 심사평가서를 작성하여 편집위원장에게 송부한다. 심사평가서는 인비로 하며 다음과 같은 평가결과 및 이유를 포함하여야 한다.<개정 2008. 1. 23.>

1. 수정이 필요 없을 때: ‘수정 없이 게재’
2. 간단한 수정이 필요할 때 : ‘수정 및 보완 후 게재’
3. 대폭적 수정이 필요할 때 : ‘수정 후 재심사 필요’
4. 전면적 수정·보완이 필요할 때 : ‘게재를 유보함’

② 일반논문의 경우, 심사위원은 다음과 같은 기준에 의하여 심사를 한다.  
<개정 2008. 1. 23.>

1. 논문체제와 내용의 적합성

2. 연구내용의 독창성
3. 연구방법과 결과의 명확성
4. 참고문헌 인용의 적절성
5. 연구결과의 기여도
6. 각주와 참고문헌의 형식 및 초록의 내용의 적절성

③ 번역논문의 경우, 심사위원은 다음과 같은 기준에 의하여 심사를 한다.

<개정 2008. 1. 23.>

1. 번역의 필요성
2. 번역의 정확성
3. 학문적 기여도

제4조(심사판정) ① 출판부장은 심사위원의 심사의견을 종합하여 그 결과를 이유와 함께 편집위원회에 보고한다.

② 심사위원간에 심사의견이 다를 때에는 다수의견에 따른다. 그러나 심사의 공정성을 우려할 만한 특별한 사정이 있는 경우에는 편집위원회에서 최종적으로 결정한다.

제5조(심사결과와 통보 및 이의신청) ① 편집위원장은 편집위원회의 판정결과 및 이유를 논문투고자에게 통보한다.<개정 2008. 1. 23.>

② ‘게재를 유보함’ 판정을 받은 논문투고자는 편집위원장에게 이의신청을 할 수 있으며, 편집위원장은 이의신청에 대해서 인용 또는 기각여부를 결정한다.<개정 2008. 1. 23.>

제6조(이의신청 및 재심사) ① 편집위원장이 이의신청에 대해 인용결정한 때에는 심사위원을 다시 선정하고 심사를 의뢰하여 그 결과에 따라 심사판정을 한다.<개정 2008. 1. 23.>

② ‘수정후 재심사 필요’ 판정을 받은 원고가 수정하여 투고된 경우, 편집위원회는 그 재심사를 편집위원장 또는 약간 명의 심사위원에게 위임한다. 이 때 재심사 결정은 ‘수정 없이 게재함’ 또는 ‘게재를 유보함’으로 한다.<개정 2008. 1. 23.>

제7조(최종원고의 제출, 교정 및 편집) ① ‘수정 없이 게재’ 및 ‘수정 및 보완후 게재’의 결정을 통보받은 투고자는 정해진 기간 내에 최종원고를 작성하여 출판부장에게 제출한다.<개정 2008. 1. 23.>

② 최종원고에 대한 교정 및 편집에 관한 사항은 편집위원장이 결정하며, 필요한 때에는 교정쇄를 투고자에게 송부하여 교정을 하게 할 수 있다.<개정 2008. 1. 23.>

제8조(논문게재예정증명서의 발급) 편집위원장은 『홍익법학』의 발행 이전에 최종적으로 게재가 결정된 원고에 대하여 투고자의 신청이 있는 경우에는 ‘논문게재예정증명서’를 발급한다.<개정 2008. 1. 23.>

제9조(비밀유지의무) 논문 등의 심사에 관여하는 자 또는 관여했던 자는 논문 등의 제출자 및 심사위원의 인적사항 및 심사결과 등에 관하여 비밀을 유지하여야 한다.

#### 부 칙

이 세칙은 2006년 11월 1일부터 효력을 발생한다.

#### 부 칙

이 세칙은 2008년 1월 23일부터 시행한다.

## 연구윤리진실성위원회 규정

### 제1장 총칙

제1조(목적) 본 규정은 연구윤리 및 진실성을 확립하고 연구부정행위를 사전에 예방하며, 연구부정행위시 공정하고 체계적인 진실성 검증을 위한 홍익대학교(이하“본교”라 한다) 연구윤리진실성위원회(이하“위원회”라 한다)의 설치 및 운영 등에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제2조(적용대상) 이 규정은 본교 내 연구개발 활동과 직간접적으로 관련 있는 모든 교직원 및 연구원에 대해서 적용한다.

제3조(용어의 정의) 연구부정행위(이하 “부정행위”라 한다)라 함은 연구의 제안, 연구의 수행, 연구결과의 보고 및 발표 등에서 행하여진 위조변조표절부당한 논문저자 표시 행위 등을 말하며 다음 각 호와 같다.

1. “위조”는 존재하지 않는 데이터 또는 연구결과 등을 허위로 만들어 내는 행위를 말한다.
2. “변조”는 연구 재료장비과정 등을 인위적으로 조작하거나 데이터를 임의로 변형 삭제함으로써 연구 내용 또는 결과를 왜곡하는 행위를 말한다.
3. “표절”이라 함은 타인의 논문, 특허 및 아이디어 등 지적결과물 또는 연구 내용결과 등을 정당한 승인 또는 인용 없이 도용하는 행위를 말한다.
4. “부당한 논문저자 표시”는 연구내용 또는 결과에 대하여 과학적기술적 공헌 또는 기여를 한 사람에게 정당한 이유 없이 논문저자 자격을 부여하지 않거나, 과학적기술적 공헌 또는 기여를 하지 않은 자에게 감사의 표시 또는 예우 등을 이유로 논문저자 자격을 부여하는 행위를 말한다.
5. 본인 또는 타인의 부정행위 혐의에 대한 조사를 고의로 방해하거나 제보자에게 위해를 가하는 행위
6. 기타 과학기술계에서 통상적으로 용인되는 범위를 심각하게 벗어난 행위

7. 타인에게 상기의 부정행위를 행할 것을 제안강요하거나 협박하는 행위  
“제보자”라 함은 부정행위를 인지한 사실 또는 관련 증거를 대학 또는 연구지원기관에 알린 자를 말한다.

“피조사자”라 함은 제보 또는 대학 및 연구지원기관의 인지에 의하여 부정행위의 조사 대상이 된 자 또는 조사 수행 과정에서 부정행위에 가담한 것으로 추정되어 조사의 대상이 된 자를 말하며, 조사과정에서의 참고인이나 증인은 이에 포함되지 아니한다.

“예비조사”라 함은 부정행위의 혐의에 대하여 공식적으로 조사할 필요가 있는지 여부를 결정하기 위한 절차를 말한다.

“본조사”라 함은 부정행위의 혐의에 대한 사실 여부를 확인하기 위한 절차를 말한다.

“판정”이라 함은 조사결과를 확정하고 이를 제보자와 피조사자에게 문서로써 통보하는 절차를 말한다.

## 제2장 위원회 설치 및 운영

제4조(기능) 위원회는 다음 각 호에 대해서 심의, 의결한다.

1. 연구윤리 및 진실성 관련 제도의 운영에 관한 사항
2. 예비조사와 본조사의 착수 결정 및 조사결과의 확인에 대한 사항
3. 예비조사위원 및 본 조사 위원 위촉에 관한 사항
4. 제보자 보호 및 피조사자 명예회복에 관한 사항
5. 연구 진실성 검증 결과의 처리 및 후속조치에 관한 사항
6. 기타 총장이 부의하는 사항

제5조(구성) ① 위원회는 위원장을 포함하여 10인 이내의 위원으로 구성한다.

② 위원장은 학사담당부총장으로 한다.

③ 위원은 조교수 이상의 전임교원 중에서 총장의 제청으로 이사장이 임명하며, 그 임기는 2년으로 하되 연임할 수 있다.

제6조(위원장 등의 직무) ① 위원장은 위원회를 대표하며, 위원회의를 소집하고 그 의장이 된다.

② 위원회의 원활한 업무수행을 위하여 간사를 두며 간사는 위원장이 지명

한다.

제7조(회의) ① 회의는 재적위원 과반수 출석으로 개최하고 출석위원 3분의 2이상의 찬성으로 의결한다.

② 회의는 비공개를 원칙으로 하되, 필요한 경우 위원이 아닌 자를 참석시켜 의견을 청취할 수 있다.

③ 위원회는 회의록을 작성하며, 총장에게 보고하여야 한다.

제8조(전문위원) 위원회는 필요한 경우, 각종 업무를 지원하기 위하여 전문위원을 둘 수 있다.

### 제3장 연구진실성 검증

제9조(부정행위 제보 및 접수) 제보자는 구술서면전화전자우편 등으로 제보할 수 있으며 실명으로 제보함을 원칙으로 한다. 다만, 익명으로 제보하고자 할 경우 서면으로 연구과제명 또는 논문명 및 구체적인 부정행위의 내용과 증거를 제출하여야 한다.

제보 내용이 허위인 줄 알았거나 알 수 있었음에도 불구하고 이를 신고한 제보자는 보호 대상에 포함되지 않는다.

제10조(예비조사의 기간 및 방법) 예비조사는 신고접수일로부터 15일 이내에 착수하고, 조사시작일로부터 30일 이내에 완료하여 위원회의 승인을 받도록 한다.

예비조사에서는 다음 각 호의 사항에 대한 검토를 실시한다.

1. 제보내용이 제3조제1항의 부정행위에 해당하는지 여부
2. 제보내용이 구체성과 명확성을 갖추어 본조사를 실시할 필요성이 있는지 여부
3. 제보일이 시효기산일로부터 5년을 경과하였는지 여부

예비조사 업무는 필요한 경우 관련 전문가 또는 별도의 소위원회를 구성하여 조사를 의뢰할 수 있다.

제11조(예비조사 결과의 보고) 예비조사 결과는 위원회에 승인을 받은 후 10일 이내에 연구지원기관과 제보자에게 문서로써 통보하도록 한다. 다만 제보자가 익명인 경우에는 예외로 한다.

② 예비조사 결과보고서에는 다음 각 호의 내용이 포함되어야 한다.

1. 제보의 구체적인 내용 및 제보자 신원정보
2. 조사의 대상이 된 부정행위 혐의 및 관련 연구과제
3. 본조사 실시 여부 및 판단의 근거
4. 기타 관련 증거 자료

제12조(본조사 착수 및 기간) ① 본조사는 위원회의 예비조사결과 승인 후 30일 이내에 착수되어야 하며, 이 기간 동안 본조사 수행을 위한 위원회(이하 “조사위원회”라고 한다)를 구성하여야 한다.

본조사는 판정을 포함하여 조사시작일로부터 90일 이내에 완료하도록 한다. 조사위원회가 제2항의 기간 내에 조사를 완료할 수 없다고 판단될 경우 위원회에 그 사유를 설명하고 기간연장 요청을 하여야 한다.

제13조(조사위원회의 구성) ① 조사위원회는 5인 이상의 위원으로 구성한다.

② 조사위원회에는 해당 분야의 전문적인 지식 및 경험이 풍부한 자를 3인 이상 포함하며, 공정성과 객관성 확보를 위하여 본교 교직원이 아닌 외부 인사를 1인 이상 포함할 수 있다.

③ 당해 조사 사안과 이해갈등 관계가 있는 자를 조사위원회에 포함시켜서는 아니 된다.

④ 본 조사 착수 이전에 제보자에게 조사위원 명단을 알려야 하며, 제보자가 조사위원 기피에 관한 정당한 이의를 제기할 경우 이를 수용하여야 한다.

제14조(출석 및 자료제출 요구) 조사위원회는 제보자피조사자증인 및 참고인에 대하여 진술을 위한 출석을 요구할 수 있으며, 이 경우 피조사자는 반드시 응하여야 한다.

조사위원회는 피조사자에게 자료의 제출을 요구할 수 있으며, 증거자료의 보전을 위하여 총장의 승인을 얻어 부정행위 관련자에 대한 실험실 출입제한, 해당 연구 자료의 압수보관 등을 할 수 있다.

제15조(제보자와 피조사자의 권리 보호 및 비밀엄수) ① 어떠한 경우에도 제보자의 신원을 직간접적으로 노출시켜서는 아니 되며, 제보자의 성명은 반드시 필요한 경우가 아니면 제보자 보호 차원에서 조사결과 보고서에 포함하지 아니 한다.

제보자가 부정행위 제보를 이유로 징계 등 신분상 불이익, 근무조건상의 차

별, 부당한 압력 또는 위해 등을 받은 경우 피해를 원상회복하거나 제보자가 필요로 하는 조치 등을 취하여야 한다.

부정행위 여부에 대한 검증이 완료될 때까지 피조사자의 명예나 권리가 침해되지 않도록 주의하여야 하며, 무혐의로 판명된 피조사자의 명예회복을 위해 노력하여야 한다.

제보조사심의의결 및 건의조치 등 조사와 관련된 일체의 사항은 비밀로 하며, 조사에 직간접적으로 참여한 자 및 본교 관계 교직원원은 조사와 직무수행 과정에서 취득한 모든 정보에 대하여 누설하여서는 아니 된다. 다만, 합당한 공개의 필요성이 있는 경우 위원회의 의결을 거쳐 공개할 수 있다.

제16조(이의제기 및 변론의 권리 보장) 조사위원회는 제보자와 피조사자에게 의견진술, 이의제기 및 변론의 권리와 기회를 동등하게 보장하여야 하며 관련 절차를 사전에 알려주어야 한다.

제17조(본조사결과보고서의 제출) 조사위원회는 이의제기 및 변론 내용을 토대로 본 조사결과보고서 (이하“최종보고서”라 한다)를 작성하여 위원회에 제출한다.

② 최종 보고서에는 다음 각 호의 사항이 포함되어야 한다.

1. 제보 내용
2. 조사의 대상이 된 부정행위 혐의 및 관련 연구과제
3. 해당 연구과제에서의 피조사자의 역할과 혐의의 사실 여부
4. 관련 증거 및 증인 진술내용
5. 조사결과에 대한 제보자와 피조사자의 이의제기 또는 변론 내용과 그에 대한 처리결과
6. 조사위원 명단

제18조(판정) ① 조사위원회는 위원회의 승인을 받은 후 최종 보고서의 조사내용 및 결과를 확정하고 이를 제보자와 피조사자에게 통보한다.

조사내용 및 결과에 대한 합의가 이루어지지 않을 경우 표결로 결정할 수 있으며 이 경우 재적위원 과반수이상의 출석 및 출석위원 3분의 2 이상의 찬성으로 의결한다.

## 제4장 검증 이후의 조치

제19조(연구지원기관 등에 대한 보고) 최종보고서는 판정 후 10일 이내에 해당 연구지원기관에 제출하며, 상급기관 등에서 요청이 있을 경우 조사와 관련된 자료를 제출할 수 있다.

제1항의 규정에도 불구하고 다음 각 호의 사항에 대해선 조사과정 중이라도 즉시 연구지원기관에 통보한다.

1. 법령 또는 해당 규칙을 위반한 경우
2. 공공의 복지 또는 안전에 중대한 위험이 발생하거나 발생할 우려가 명백한 경우
3. 그 밖의 연구 지원 기관 또는 공권력에 의한 조치가 필요한 경우

제20조(결과에 대한 조치) ① 부정행위 관련자에 대해 위원회는 총장에게 징계조치를 권고할 수 있다.

② 징계조치에 관한 사항은 다른 관련 규정에 의하거나 별도로 정할 수 있다.

제21조(기록의 보관 및 공개) 예비조사 및 본조사와 관련된 기록은 종료 이후 5년간 보관하여야 한다.

최종보고서는 판정이 끝난 이후에 공개할 수 있으나, 제보자조사위원증인참고인자문에 참여한 자의 명단 등 신원과 관련된 정보에 대해서는 당사자에게 불이익을 줄 가능성이 있을 경우 공개대상에서 제외할 수 있다.

### 부칙

- ① (시행일) 이 규정은 2007년 8월 1일 부터 시행한다.

**【편집위원회】**

편집위원장: 음선필(홍익대)

편집위원: 강봉석(홍익대)

양기진(홍익대)

오세혁(중앙대)

정순섭(서울대)

최문희(강원대)

명재진(충남대)

오병두(홍익대)

오승중(홍익대)

조성규(전북대)

최병각(동아대)

**홍익법학** 제9권 제3호(2008)

---

2008년 10월 10일 인쇄

2008년 10월 20일 발행

발행인: 홍익대학교 법학연구소

서울특별시 마포구 상수동 72-1

전화: (02)320-1352 FAX: (02)320-3154

편집인: 임 중 훈

인쇄처: 상현 D&P

서울특별시 은평구 역촌2동 76-25

전화: (02)393-1872~5 FAX: (02)393-1855

---

비매품

ISSN 1975-9576

© 2008 홍익대학교 법학연구소

『**홍익법학**』에 게재된 논문의 저작권은 홍익대학교 법학연구소에 있습니다.

