

2017年

第 20 輯

仁川法學論叢

Incheon Law Review

◆ 목 차 ◆

【 현대사회의 변화에 따른 최근 입법동향 (2017. 12. 8.) 】

- ◆ 음란물유통방지를 위한 정기통신 사업법의 개정방향 이 충 훈
- ◆ 도산법의 주요 개정내용과 판례의 최근 경향 조 용 주
- ◆ 청소년 정신질환 범죄에 대한 접근방법 우 동 형
- ◆ 특허권의 간접침해 김 규 현
- ◆ 최근 저작권 판례의 동향 최 승 수

- ◆ 행정소송에 있어서 패소한 경우 헌법소원의 가능 여부 남 상 택

仁川大學校 法學部

法 學 研 究 所

2017年

第 20 輯

仁 川 法 學 論 叢

Incheon Law Review

仁川大學校 法學部

法 學 研 究 所

◆ 목 차 ◆

【 현대사회의 변화에 따른 최근 입법동향 (2017. 12. 8.) 】

- ◆ 음란물유통방지를 위한 전기통신 사업법의 개정방향 이 충 훈
- ◆ 도산법의 주요 개정내용과 판례의 최근 경향 조 용 주
- ◆ 청소년 정신질환 범죄에 대한 접근방법 우 동 형
- ◆ 특허권의 간접침해 김 규 현
- ◆ 최근 저작권 판례의 동향 최 승 수

- ◆ 행정소송에 있어서 패소한 경우 헌법소원의 가능 여부 남 상 택

※ 부 록

1. 인천대학교 법학연구소 규정
2. 인천법학논총 논문게재 규정
3. 인천법학논총 게재논문 목차(창간호 ~ 제19집)

음란물유통방지를 위한 전기통신사업법의 개정방향

이 충 훈*

I. 서론

음란물은 과거 잡지와 같은 인쇄물에 의해 유통되는 것이 일반적이었다. 1980년대부터는 비디오테이프를 이용한 음란물의 유통이 이루어졌고 이후 컴퓨터의 발달로 CD나 DVD 형태의 음란물 유통이 주류를 이루었다. 2000년대부터는 외장하드 혹은 USB와 같은 저장장치를 사용한 음란물의 유통이 주류를 이루게 되었다. 그러나 지금은 개인용 컴퓨터의 소형화, 스마트폰의 보급 확대와 인터넷의 발달로 인해 음란물의 유통이 기존의 유통방식이 아닌 초고속 통신망을 사용한 방법으로 변화하게 되었다. 기존의 음란물 유통의 방법은 시간적 공간적 제약을 받지만, 현재는 초고속인터넷과 LTE통신망의 기술을 활용하여 음란물이 유통되므로 시간적 공간적 제약 없이 음란물을 이용할 수 있게 되었다.

현재 음란물의 유통방법은 미국이나 일본과 같이 성인물의 제작이 합법적인 나라의 경우 성인물 제작자의 사이트에 직접 접속하여 영상콘텐츠를 다운로드 받는 방법과 P2P서비스나 웹하드(web hard) 서비스를 이용하는 파일공유방식에 의한 방법이 있다.¹⁾

* 인천대학교 법학부 교수, 법학박사

우리나라의 경우 미국이나 일본의 성인물 사이트에 직접 접속하는 방식에 의한 유통보다는 파일공유방식에 의한 유통이 빈번하게 이루어지고 있다. P2P 서비스는 개인과 개인의 파일 공유를 중심으로 하는 서비스로 개인과 개인의 컴퓨터를 직접 연결하는 기능을 중심으로 하고 있는 반면에 웹하드 서비스는 개인의 컴퓨터가 직접 연결되는 것이 아니라 서비스사업자의 중앙 서버에 개인이 직접 파일을 업로드하고 다른 사용자가 다운로드 하는 방식에 의한 웹스토리지 방식의 서비스이다. P2P 서비스가 1세대 파일공유서비스였다면 웹하드 서비스는 발전된 형태의 파일공유서비스라고 할 것이다.²⁾

우리나라에서는 웹하드서비스에서 발생하는 저작권침해, 음란물유통 등의 법적 문제를 해결하기 위하여 2006년 「저작권법」 개정을 통해 제104조에서 특수한 유형의 온라인 서비스사업자(이하 특수한 유형의 OSP라 한다)를 규정하였고, 이어 2011년 「전기통신사업법」 제22조에서는 부가통신사업을 경영하려는 자는 과학기술정보통신부장관에게 신고하도록 의무를 부과하였다. 또한 특수한 유형의 부가통신사업을 경영하려는 자는 과학기술정보통신부장관에게 등록하도록 규정을 신설하였다. 2011년 「전기통신사업법」의 개정을 통해 특수한 유형의 부가통신사업자에 대한 등록제(이하 웹하드 등록제라 한

1) P2P방식은 peer to peer 기술로 개인과 개인 간의 컴퓨터에 저장되어 있는 콘텐츠 파일을 공유하기 위한 서비스를 말하며, 웹하드(webhard)서비스란 웹스토리지(web storage)방식의 파일공유서비스를 말한다. 웹하드는 원래 Cyber-locker라고 표현하는 것이 정확하나 일반적으로 웹하드라는 단어를 사용하고 있으므로 본 논문에서는 웹하드라는 명칭을 사용하고자 한다.

2) 김주엽, “특수한 유형의 온라인서비스 사업자에서의 디지털 콘텐츠 유통 현황 및 개선방안 연구”, 『문화·미디어·엔터테인먼트법』 제7권 2호(2013.07), 중앙대학교 문화·미디어·엔터테인먼트법 연구소, 71면 이하.

다)가 실시된 것이다.³⁾ 이 규정에 따라 웹하드 사업을 하고자 하는 자는 「전기통신사업법」 및 「전기통신사업법시행령」에서 규정한 등록요건을 충족해야 사업수행이 합법적으로 가능하게 되었다. 이 규정을 통해 그 동안 음성적·불법적으로 사업을 해온 웹하드 사업자를 양지로 끌어 낸 것이라 평가된다.

또한 「전기통신사업법」 제22조의3에서는 특수한 유형의 부가통신사업을 등록한 자 중 제2조제13호 가목에 해당하는 자는 청소년유해매체물이나 불법음란정보의 유통방지를 위하여 기술적 조치를 취하도록 규정하여, 청소년유해매체물이나 불법음란물이 웹하드나 P2P사이트를 통해 유통되지 않도록 웹하드 사업자나 P2P사이트 운영자에게 기술적 조치를 취할 의무를 규정하면서 이에 대한 벌칙조항을 마련하였다.

현재 우리나라에서는 웹하드 등록제를 통해 웹하드 사업을 합법적으로 수행할 수 있게 되었다. 그러나 이면을 살펴보면 아직도 음란물의 유통이 웹하드를 통해 이루어지고 있다는 점과⁴⁾ 실제 음란물의 노출과 관련하여 10대 청소년의 음란물을 경험하는 수단으로 웹하드나 P2P서비스를 이용하였다는 조사결과를⁵⁾ 볼 때 아직도 웹하드 사업자가 법규정을 회피하는 방

3) 물론 「전기통신사업법」상의 등록의무자는 웹하드사업자뿐만 아니라 P2P사업자 등 저작권법 제104조의 적용대상자 모두를 포함한다. 다만 이 규정의 가장 중요한 제정목적이 웹하드 사업자를 등록하도록 하기 위함이므로 웹하드 등록제라고 표현하고자 한다.

4) 2015년 방송통신위원회의 보고서에 의하면 음란물의 유통 경로를 보면 카페나 블로그(41.9%), 페이스북 등 SNS(35.1%), P2P나 웹하드(17.5%), 소라넷과 같은 유해정보사이트(16.6%), 아프리카 TV 등 인터넷 방송(15.8%)인 것으로 나타났다. 방송통신위원회, 「정보통신망법상 불법음란정보의 기술적 차단을 위한 정책방안 연구」(서울: 방송통신위원회), 2016, 3면 이하 참조.

5) 한국방송통신전파진흥원, “10대 청소년의 음란물 이용 행태 조사”, 『동향과 전망 : 방송·통신·전파』 제81호(2014), 한국방송통신전파진흥원, 88면 이하 참조.

법을 통해 음란물을 유통하고 있음을 알 수 있다.

이하에서는 웹하드를 통한 음란물의 유통을 방지하기 위한 법제도를 살펴보고 현행 법제도의 문제점을 고찰하여 개선방안을 도출해보고자 한다.

II. 웹하드 등록제의 시행

1. 웹하드 서비스 개요

웹하드서비스는 파일공유기술을 기반으로 한 서비스이다. 개인이 소장하고 있는 콘텐츠를 웹하드 사업자의 서버에 전송하고(이를 업로드라 한다) 콘텐츠가 필요한 사람은 웹하드서비스에 접속하여 업로드된 콘텐츠를 다운로드받는 방식의 서비스이다. P2P서비스가 개인과 개인의 컴퓨터가 직접적으로 연결되는 방식이라면 웹하드서비스는 개인과 웹하드사업자, 다른 개인이 존재하게 된다. 물론 P2P서비스의 경우에도 P2P사업자가 존재할 수 있으나 개인과 개인 간의 직접연결을 해 주는 역할만을 한다. 이 경우 두 사람 중 한사람의 인터넷 연결이 끊어지면 파일 다운로드가 종료되므로 사용에 불편함이 매우 많았다. 인터넷 회선 속도가 빨라짐으로써 대용량 파일의 업로드, 다운로드가 가능해지게 되자 한 사람이 웹하드사업자의 서버에 대용량의 콘텐츠(예를 들어 영화나 드라마, 뮤직비디오, 음란물 등)를 업로드 하고(이를 업로더라 한다), 다른 사람이 일정금액을 지불하여 업로드된 콘텐츠를 다운로드(이를 다운로더라 한다) 할 수 있는 방식의 서비스가 시행되게 되었다. 웹하드사업자는 다운로더가 쉽게 콘텐츠를 검색할 수 있도록 도와주는 프로그램 및 업로드나 다운로드를 빠르게 할 수 있

는 프로그램을 개발하였다. 더욱이 다운로더는 콘텐츠를 다운로드 할 때 정상적인 구매금액보다 훨씬 저렴한 금액이라도 지불해야 하고(예를 들어 정상적으로 구매하면 10,000원을 지불해야 하나 웹하드를 통하면 1,000원을 지불하면 된다), 그 구매금액은 웹하드사업자에게는 수익이 되며, 그 수익금액 중 일부를 업로더에게 웹하드사업자가 지급하므로(Reward system) 업로더 역시 수익을 거둘 수 있다는 점에서 많은 웹하드 사업자가 등장하게 되었다.

웹하드사업이 번창함에 따라 이에 따른 문제점이 발생되었다. 가장 중요한 것은 저작권을 침해하는 콘텐츠가 유통된다는 점과 음란물의 유통 통로가 된다는 점이었다.

웹하드사업자의 저작권위반 사건에 결정적으로 영향을 미친 대표적인 판결이 소위 ‘소리바다’ 사건이다. 대법원은 소리바다 사건에서 “저작권법이 보호하는 복제권의 침해를 방조하는 행위란 정범의 복제권 침해를 용이하게 해주는 직접·간접의 모든 행위로서, 정범의 복제권 침해행위 중에 이를 방조하는 경우는 물론, 복제권 침해행위에 착수하기 전에 장래의 복제권 침해행위를 예상하고 이를 용이하게 해주는 경우도 포함하며, 정범에 의하여 실행되는 복제권 침해행위에 대한 미필적 고의가 있는 것으로 충분하고 정범의 복제권 침해행위가 실행되는 일시, 장소, 객체 등을 구체적으로 인식할 필요가 없으며, 나아가 정범이 누구인지 확정적으로 인식할 필요도 없다.”고 판시하였고, “P2P 프로그램을 이용하여 음악파일을 공유하는 행위가 대부분 정당한 허락 없는 음악파일의 복제임을 예견하면서도 MP3 파일 공유를 위한 P2P 프로그램인 소리바다 프로그램을 개발하여 이를 무료로 널리 제공하였으며, 그 서버를 설치·

운영하면서 프로그램 이용자들의 접속정보를 서버에 보관하여 다른 이용자에게 제공함으로써 이용자들이 용이하게 음악 MP3 파일을 다운로드 받아 자신의 컴퓨터 공유폴더에 담아 둘 수 있게 하고, 소리바다 서비스가 저작권법에 위배된다는 경고와 서비스 중단 요청을 받고도 이를 계속한 경우, MP3 파일을 다운로드 받은 이용자의 행위는 「구저작권법」(2006. 12. 28. 법률 제8101호로 전문 개정되기 전의 것) 제2조 제14호의 복제에 해당하고, 소리바다 서비스 운영자의 행위는 「구저작권법」상 복제권 침해행위의 방조에 해당한다.”고 판시하여 P2P 사업자의 저작권위반책임을 인정하였다.⁶⁾

이 판결이후 웹하드사업자는 적극적으로 합법화 및 유료화를 모색하여 저작권자 혹은 유통사업자들과의 협상을 진행하여 2010년부터 본격적으로 방송물에 대한 유료서비스를 시작하였다.⁷⁾

그러나 2011년 개정 전의 「전기통신사업법」에서는 웹하드사업자를 부가통신사업자로 분류하고 있었고, 그 당시의 법에 따르면 부가통신사업자는 방송통신위원회의 사업신고를 하면 콘텐츠 유통사업을 수행할 수 있었다는 점, 웹하드사업이 특별히 기술적으로 어려운 사업이 아니라는 점, 불법 저작물의 유통으로 인한 수익이 매우 크다는 점 등을 악용하여 불법적 사업을 수행하였다. 특히 음란물의 유통의 경우 저작자에게 지급할 저작권료가 존재하지 않는다는 점에서 부가통신사업자가 고수익을 올릴 수 있는 방법으로 악용되어 많은 부가통신사업자가 불법적으로 사업을 수행하였다. 더욱이 웹하드사업은 신

6) 대법원 2007.12.14. 선고 2005도872 판결.

7) 김주엽, 앞의 논문, 73면 이하.

고만으로 사업수행이 가능하다는 점을 악용하여 부가통신사업이 음란물을 유통하는 주된 경로로 자리 잡았다. 더욱이 「전기통신사업법」 제22조제1항 단서에서는 “자본금 등이 대통령령으로 정하는 기준에 해당하는 소규모 부가통신사업의 경우에는 부가통신사업을 신고한 것으로 본다”고 규정하였고, 동법시행령 제30조에서는 “대통령령으로 정하는 기준에 해당하는 소규모 부가통신사업이란 인터넷을 이용하여 부가통신역무를 제공하는 자본금 1억원 이하인 부가통신사업자를 말한다.”고 규정하여 자본금이 1억원 이하인 경우 신고조차 하지 않아도 부가통신사업을 수행할 수 있다는 점을 악용하였다. 음란물을 유통하는 부가통신사업자가 경찰이나 방송통신위원회에 적발되어도 문제되는 사업체를 폐업하고 다른 사업체를 개업하는 방법을 통해 법망을 교묘하게 빠져나가는 불법을 저지르는 사례가 빈번하게 발생하게 되었다.

2. 웹하드 등록제의 시행

웹하드사업자에 의한 저작권침해 및 음란물 유통을 차단하기 위하여 정부는 2011년 「전기통신사업법」을 개정하여 웹하드사업자에 대한 신고제를 등록제로 변경하게 되었고, 2012년 5월부터 시행되고 있다.

「전기통신사업법」 제22조제2항에서는 ‘특수한 유형의 부가통신사업자’를 새롭게 규정하면서 이 유형의 사업자는 과학기술정보통신부장관에게 등록하도록 규정하고 있다. 여기에서 ‘특수한 유형의 부가통신사업자’는 사실상 「저작권법」 제104조의 ‘특수한 유형의 온라인 서비스 제공자⁸⁾’의 개념을 차용하

고 있다고 할 것이다.⁹⁾ 이에 따라 웹하드서비스 사업자나 P2P 서비스 사업자는 종전의 신고가 아니라 방송통신위원회에 사전 등록을 해야 서비스 사업을 시행할 수 있게 변화되었다.

웹하드사업자가 사업을 시작하기 위해서는 방송통신위원회에 등록을 해야 하는데 등록의 요건에 관하여는 「전기통신사업법」에서 정한 등록기준을 충족하도록 하고 있다. 즉 「전기통신사업법시행령」 제29조제9항에서는 별표 3에서 등록요건을 규정하도록 하고 있는데 이에 의하면 특수한 유형의 부가통신사업자의 등록요건은 크게 ①기술적 보호조치 실시계획, ②인력 및 물적 시설, ③재무건전성, ④사업계획서, ⑤이용자 보호계획서로 나누어 상세히 규정하고 있다.¹⁰⁾

웹하드사업자의 등록제 시행은 일단 성공적이라 평가된다. 우후죽순식으로 늘어나기만 하던 웹하드사업자가 등록제 시행 이후에 감소하는 추세로 전환되었고 서비스사업자가 감소함에 따라 불법저작물의 게시물도 감소하였으며, 저작권자들도 등록된 웹하드사업자로부터 정산금을 받을 수 있게 됨으로써 콘텐츠의 정상적인 유통이 가능하게 되었다고 평가되고 있다.

III. 웹하드를 통한 음란물 유통 방지를 위한 법제도

1. 기술적 조치의 개요

8) 저작권법에서는 “다른 사람들 상호 간에 컴퓨터를 이용하여 저작물등을 전송하도록 하는 것을 주된 목적으로 하는 온라인서비스제공자”를 특수한 유형의 온라인 서비스 제공자라 정의하고 있다.

9) 최진원, “웹하드 등록제에 대한 소고”, 『산업재산권』 제40호(2013), 한국지식재산학회, 229면.

10) 「전기통신사업법」 시행령 별표 3 참조.

가. 「저작권법」상의 기술적 조치

웹하드서비스나 P2P서비스를 통한 콘텐츠의 불법적인 유통을 방지하기 위하여 「저작권법」의 개정이 있었다. 우선 2007년 6월 20일부터 시행된 「저작권법」 전부개정을 통해 특수한 유형의 온라인서비스제공자에 대한 필터링의무가 부과되었고, 2009년에는 복제·전송자에 대한 경고 및 불법복제물의 삭제 또는 전송중단, 반복적인 불법 복제·전송자에 대한 계정 정지, 불법 복제물 유통 게시판의 서비스 정지, 불법복제물에 대한 시정권고 등을 내용으로 하는 소위 삼진아웃제가 규정되었다. 또한 한·EU FTA를 이행하기 위하여 온라인서비스제공자의 면책범위를 유형별로 세분화하고, 기술적 보호조치를 무력화하는 행위를 금지하는 내용의 「저작권법」이 2011년 7월 1일부터 시행되었으며, 한·미 FTA 이행을 위하여 복제·전송자에 대한 정보제공 청구제도 등을 내용으로 하는 「저작권법」 개정안이 2011년 12월에 개정되어 현재 시행중에 있다.¹¹⁾

2007년 시행된 「저작권법」 전부개정으로 신설된 내용이 제104조의 특수한 유형의 온라인 서비스 제공자의 기술적 조치의무이다. 즉 “다른 사람들 상호 간에 컴퓨터등을 이용하여 저작물등을 전송하도록 하는 것을 주된 목적으로 하는 온라인서비스제공자(이하 “특수한 유형의 온라인서비스제공자”라 한다)는 권리자의 요청이 있는 경우 당해 저작물등의 불법적인 전송을 차단하는 기술적인 조치 등 필요한 조치를 하여야 한다.”고 규정하고 있다. 한편 「저작권법시행령」 제46조에서는 필요한 조치란 “①저작물등의 제호등과 특징을 비교하여 저작물

11) 신재호·조용순, “저작물의 온라인 불법유통 방지를 위한 행정규제에 관한 검토”, 『창작과 권리』 제66호(2012), 세창출판사, 162면.

등을 인식할 수 있는 기술적인 조치, ② 제1호에 따라 인지한 저작물등의 불법적인 송신을 차단하기 위한 검색제한 조치 및 송신제한 조치, ③ 해당 저작물등의 불법적인 전송자를 확인할 수 있는 경우에는 그 저작물등의 전송자에게 저작권침해금지 등을 요청하는 경고문구의 발송”을 모두 말한다고 규정하고 있다.¹²⁾

이 규정에 따라 특수한 유형의 온라인서비스제공자는 권리자의 요청이 있는 경우 불법적인 전송을 차단하는 기술적 조치 등 필요한 조치를 하여야 하며, 「저작권법」 제142조제1항에서는 이러한 기술적 조치 등 필요한 조치를 하지 않은 업체에 대하여는 3천만원 이하의 과태료를 부과하도록 규정하고 있다. 특수한 유형의 온라인서비스제공자가 취해야하는 기술적 조치 등 필요한 조치는 “검색제한”조치와 “송신제한”조치를 의미하며 이는 필터링(filtering) 기술을 의미한다고 할 것이다.¹³⁾

필터링이란 원하지 않는 정보를 걸러낸다는 의미로 저작권보호 차원에서는 온라인상 저작물의 불법적인 전송을 차단하는 기술적 보호조치를 의미한다.¹⁴⁾ 필터링은 기술방식에 따라 소극적 필터링(사후조치로 저작권자의 요청에 따라 불허)와 적극적 필터링(사전조치로 저작권자가 허락한 경우에만 허용)으로 분류할 수 있는데 우리 저작권법은 소극적 필터링을 채택하고 있다.

12) 저작권법상의 기술적 보호조치에 관한 자세한 내용은 이규호, [저작권법](서울: 진원사) 제5판, 2015, 진원사, 741면 이하 참조.

13) 신재호·조용순, 앞의 논문, 172면; 심동섭, “개정 저작권법 해설”, 『계간 저작권』 제76호(2006), 한국저작권위원회, 59면.

14) 오영우·장규현·권현영·임종인, “온라인서비스제공자(OSP)의 저작권보호 책임과 필터링”, 『정보보호학회논문지』 제20권 제6호(2010), 한국정보보호학회, 103면 이하에서 재인용.

한편 필터링은 기반이 되는 기술에 따라 텍스트 혹은 키워드 기반 필터링, 해쉬(hash)기반 필터링, 특징점(feature)기반 필터링으로 구분할 수 있다. 텍스트 기반 필터링은 보호하고자 하는 콘텐츠와 관련된 주요 검색어나 단어에 해당하는 키워드를 데이터베이스(DB)화하여 검색 및 업로드를 차단하는 방법이다. 해쉬 기반 필터링은 해쉬함수¹⁵⁾의 특징을 필터링에 적용하는 기술로 보호하고자 하는 콘텐츠를 압축된 해쉬 값으로 비교할 수 있기 때문에 빠른 속도로 필터링이 가능하다는 장점이 있지만 입력 값의 미세한 변형에 대해서도 해쉬 값이 변하는 특징으로 인해 해쉬 값 데이터베이스의 관리가 어렵다는 문제가 있다. 특징점 기반 필터링은 핑거프린트(fingerprint), DNA 등으로 불리는 콘텐츠의 특징을 추출하여 데이터베이스를 구축한 후 일치하는 정보를 필터링하는 방법이다. 영상의 경우 컬러정보, 모션정보, 장면 전환 정보, ordinal 정보, 화면 내 특징점(local feature point) 정보 등을 이용한다고 한다. DNA 필터링 기술은 복사되거나 변형되더라도 그 결과 값이 쉽게 변하지 않기 때문에 인식률이 뛰어나다는 장점이 있다.

나. 「전기통신사업법」 상의 기술적 조치

2011년 불법음란물의 인터넷상의 전송을 방지하기 위해 「전기통신사업법」을 개정하였다. 구체적으로 제2조제13호의2 가목에 ‘「저작권법」 제104조에 따른 특수한 유형의 온라인서비스제공자의 부가통신역무’를 특수한 유형의 부가통신역무라고

15) 해쉬함수란 입력값에 대해 압축된 해쉬 값을 출력하는 함수로 같은 입력 값에 대하여는 일정한 값을 출력하며 입력 값이 조금이라도 변할 경우 출력 값은 전혀 다른 값을 출력하는 성질을 갖는다. 이러한 해쉬함수로는 MD4, SHA-1 등이 사용된다고 한다.

개념 정의하였고, 이에 따라 P2P서비스나 웹하드서비스를 제공하는 사업자는 기존의 부가통신사업자가 아니라 특수한 유형의 부가통신사업자로 지위가 변경되었다.

「전기통신사업법」 제22조 제2항에서 특수한 유형의 부가통신사업을 경영하려는 자는 제22조의3제1항 및 「저작권법」 제104조의 이행을 위한 기술적 조치 실시 계획(제2조제13호가목에 해당하는 자에 한정한다)을 갖추어 과학기술정보통신부장관에게 등록하여야 한다고 규정하여 기존의 P2P 서비스 사업자나 웹하드 서비스 사업자는 신고가 아닌 등록을 마쳐야 사업을 수행할 수 있도록 법을 개정하였다.

한편 2014년 10월15일 「전기통신사업법」을 개정하면서 제22조의3을 신설하여 특수한 유형의 부가통신사업자에게 기술적 조치를 할 의무를 부과하였다. 이 규정은 특수한 유형의 부가통신사업자의 사이트를 통해 청소년유해매체물과 불법음란물이 유통되는 것을 방지하기 위해 신설된 규정이다.¹⁶⁾

「전기통신사업법」 제22조의3제1항에서는 특수한 유형의 부가통신사업자는 ① 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하 정보통신망법)」 제42조, 제42조의2 및 제45조의 이행을 위한 기술적 조치와¹⁷⁾, ② 정보통신망법 제44조의7

16) 「전기통신사업법」 일부개정법률안(의안번호1907361) 검토보고서에서는 “음란물의 경우 정보통신망법에 따라 불법음란정보로 정보통신망을 통한 유통을 금지하고 형사 처벌하고 있으나 그 유통형태의 다양성으로 인해 현실적으로 음란물의 단속이 쉽지 않은 현실이고 웹하드 등 특수한 유형의 부가통신사업자로 등록된 사업자들이 운영하는 사이트에서는 자료 공유의 대가로 일정금액의 돈을 받으면서 음란물 공유를 부추기는 측면이 있어 이를 규율할 필요가 있다”고 한다. 방송통신위원회, 앞의 연구보고서(각주4), 69면 참조.

17) 정보통신망법 제42조(청소년유해매체물의 표시) 전기통신사업자의 전기통신역무를 이용하여 일반에게 공개를 목적으로 정보를 제공하는 자(이하 “정보제공자”라 한다) 중 「청소년 보호법」 제2조제2호마목에 따른 매체물로서 같은 법 제2

제1항제1호18)에 따른 불법정보의 유통 방지를 위하여 대통령령으로 정하는 기술적 조치를 취하도록 규정하고 있다. 또한 동조 제2항에서는 누구든지 정당한 권한 없이 고의 또는 과실로 제1항에 따른 기술적 조치를 제거·변경하거나 우회하는 등의 방법으로 무력화하여서는 아니된다고 규정하고 있다.

「전기통신사업법」 제27조제2항에서는 과학기술정보통신부장관은 동법 제22조의3제1항에 따른 기술적 조치를 하지 않아

조제3호에 따른 청소년유해매체물을 제공하려는 자는 대통령령으로 정하는 표시 방법에 따라 그 정보가 청소년유해매체물임을 표시하여야 한다.

제42조의2(청소년유해매체물의 광고금지) 누구든지 「청소년 보호법」 제2조제2호마목에 따른 매체물로서 같은 법 제2조제3호에 따른 청소년유해매체물을 광고하는 내용의 정보를 정보통신망을 이용하여 부호·문자·음성·음향·화상 또는 영상 등의 형태로 같은 법 제2조제1호에 따른 청소년에게 전송하거나 청소년 접근을 제한하는 조치 없이 공개적으로 전시하여서는 아니 된다.

제45조(정보통신망의 안정성 확보 등) ① 정보통신서비스 제공자는 정보통신서비스의 제공에 사용되는 정보통신망의 안정성 및 정보의 신뢰성을 확보하기 위한 보호조치를 하여야 한다.

② 과학기술정보통신부장관은 제1항에 따른 보호조치의 구체적 내용을 정한 정보보호조치에 관한 지침(이하 "정보보호지침"이라 한다)을 정하여 고시하고 정보통신서비스 제공자에게 이를 지키도록 권고할 수 있다.

③ 정보보호지침에는 다음 각 호의 사항이 포함되어야 한다. <개정 2016.3.22.>

1. 정당한 권한이 없는 자가 정보통신망에 접근·침입하는 것을 방지하거나 대응하기 위한 정보보호 시스템의 설치·운영 등 기술적·물리적 보호조치
 2. 정보의 불법 유출·위조·변조·삭제 등을 방지하기 위한 기술적 보호조치
 3. 정보통신망의 지속적인 이용이 가능한 상태를 확보하기 위한 기술적·물리적 보호조치
 4. 정보통신망의 안정 및 정보보호를 위한 인력·조직·경비의 확보 및 관련 계획수립 등 관리적 보호조치
- 18) 정보통신망법 제44조의7(불법정보의 유통금지 등) ① 누구든지 정보통신망을 통하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보를 유통하여서는 아니 된다.
1. 음란한 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 배포·판매·임대하거나 공공연하게 전시하는 내용의 정보

방송통신위원회가 요청한 경우와 동법 제92조제1항에 따른 시정명령을 정당한 사유 없이 이행하지 않은 경우, 정보통신망법 제64조제4항에 따른 시정조치의 명령을 정당한 사유 없이 이행하지 아니한 경우, 저작권법을 위반하여 3회 이상 과태료 처분을 받은 자가 다시 과태료 처분대상이 된 경우로서 한국저작권위원회의 심의를 거쳐 문화체육관광부장관이 요청한 경우에는 부가통신사업자의 사업의 전부 또는 일부의 폐지(특수한 유형의 부가통신사업자는 등록의 전부 또는 일부의 취소를 말한다)를 명하거나 1년 이내의 기간을 정하여 사업의 전부 또는 일부의 정지를 명할 수 있다고 규정하고 있다.

또한 「전기통신사업법」 제95조 3호의2에서는 등록을 하지 않고 특수한 유형의 부가통신사업을 경영한 자에 대하여 3년 이하의 징역이나 1억5천만원이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다.

2. 기술적 조치의 구체적 내용

「전기통신사업법시행령」 제30조의3에서는 불법음란정보의 유통방지를 위한 기술적 조치를 규정하고 있다. ①특수한 유형의 부가통신사업을 등록한 자 중 정보통신망법 제2조제13호가목에 해당하는 역무를 제공하는 자)가 정보의 제목, 특징 등을 비교하여 해당 정보가 정보통신망법 제44조의7제1항제1호에 따른 불법정보(이하 "불법음란정보"¹⁹⁾)라 한다)임을 인식할 수

19) 정보통신망법에 따라 방송통신심의위원회가 제정한 심의규정 제8조에서는 불법음란정보란 ①남녀의 성기, 음모 또는 항문 등 특정 성적 부위(행위)를 노골적으로 표현 또는 묘사한 내용, ②자극적이고 혐오스런 성적 표현 및 남녀 성기에 관한 은어 및 비속어를 사용하여 성행위를 구체적으로 묘사하는 내용, ③강간, 윤간, 성추행 등 성폭력행위를 노골적으로 묘사하는 내용, ④성행위와 관련된 신음

있는 조치, ②사업자가 제1호에 따라 인식한 불법음란정보의 유통을 방지하기 위하여 해당 정보를 이용자가 검색하거나 송수신하는 것을 제한하는 조치, ③사업자가 제1호의 조치에도 불구하고 불법음란정보를 인식하지 못하여 해당 정보가 유통되는 것을 발견하는 경우 해당 정보를 이용자가 검색하거나 송수신하는 것을 제한하는 조치, ④사업자가 불법음란정보 전송자에게 불법음란정보의 유통 금지 등에 관한 경고문구를 발송하는 조치이다.

「전기통신사업법」에서 규정하고 있는 기술적 조치는 저작권법에서 규율하고 있는 기술적 조치의 내용을 차용하고 있다. 즉 저작권법상의 기술적 조치는 “검색제한”조치와 “송신제한”조치를 의미하며 이는 필터링(filtering) 기술을 의미한다고 할 것이며, 이는 「전기통신사업법」에서도 같은 의미로 해석할 수 있을 것이다.

가. 등록 시의 기술적 조치계획

특수한 유형의 부가통신사업자는 등록신청을 할 때 기술적 조치 실시계획을 제출해야 하는바, 「전기통신사업법시행령」 별표3에는 특수한 유형의 부가통신사업자의 등록요건 중 기술적 조치 실시 계획과 관련하여 ①정보통신망법 제42조에 따른 청소년유해매체물의 표시방법, 같은 법 제42조의2에 따른 청소년

소리 등을 극히 자극적으로 묘사하는 내용, ⑤구강, 항문 등 신체의 일부 또는 도구를 이용한 유사성교행위를 노골적으로 묘사하는 내용, ⑥변태적인 자위행위 및 성기애무를 구체적으로 묘사하는 내용, ⑦수간(獸姦), 시간(屍姦), 혼음(混淫), 근친상간(近親相姦), 가학성·피학성 음란증, 관음증(觀淫症)등 비정상적인 행위를 구체적으로 묘사한 내용, ⑧아동 또는 청소년을 성적 유희의 대상으로 직접적이고 구체적으로 묘사한 내용으로 정의하고 있다.

년유해정보의 광고를 청소년에게 전송하거나 해당 광고에 청소년이 접근하는 것을 제한하는 기술적 조치 및 같은 법 제45조제2항에 따른 정보보호지침 중 기술적 보호조치 기준을 적용할 것, ②유통되는 콘텐츠에 대하여 정보통신망법 제48조제2항에 따른 악성프로그램을 판별할 수 있는 기술적 조치를 포함할 것 - 해당 기술을 사업자의 모든 저장·전송 관련 장비 및 서비스에 적용할 것, ③「저작권법」 제104조 및 법 제22조의3에 따른 기술적 조치를 다음의 기준에 맞게 적용할 것 ㉠ 해당 기술을 24시간 상시 적용할 것, ㉡ 해당 기술을 사업자의 모든 복제·전송 관련 장비 및 서비스에 적용할 것, ㉢「저작권법」 제112조에 한국저작권위원회의 성능 평가²⁰⁾를 통과하고 평가 유효기간 내에 있는 기술일 것(「저작권법」 제104조에 따른 기술적 조치만 해당한다), ④저작물 및 「국가정보화 기본법」 제3조제1호에 따른 정보가 정보통신망법 제2조제1항제9호에 따른 게시판에 게시되는 경우에 해당 게시물 전송자를 식별·확인할 수 있는 기술적 조치를 적용할 것, ⑤저장·전송된 저작물 및 「국가정보화 기본법」 제3조제1호에 따른 정보의 목록(전송자 식별 정보를 포함한다), 수량, 일시, 대가 등에 관한 기록(서버 로그파일 등)을 2년 이상의 기간을 정하여 유지·보관할 수 있는 기술적 조치를 적용할 것이라고 규정하고 있다.

(1)정보통신망법 제42조, 42조의2에 따른 청소년유해매체물

20) 한국저작권위원회의 특징기반 필터링 기술성능평가의 인증 기준 95% 이상의 인식률을 충족하여야 한다. 자세한 내용은 정병욱, “특수한 유형의 OSP에 대한 저작권 보호 기술 동향”, 『한국정보기술학회지』, 제11권 제2호(2013), 한국정보기술학회, 35면 이하.

및 제45조의 이행을 위한 기술적 조치

「전기통신사업법」에 따른 전기통신을 통한 부호·문언·음향 또는 영상정보를 다른 매체물 중 청소년유해매체물²¹⁾을 제공하려는 자는 대통령령으로 정하는 표시방법에 따라 그 정보가 청소년유해매체물임을 표시하여야 한다. 그 표시방법은 아래와 같다.



이러한 표시가 된 내용의 정보를 정보통신망을 이용하여 청소년에게 전송하거나 청소년 접근을 제한하는 기술적 조치를 취하여야 한다.

한편 전기통신망법 제45조에서는 정보통신서비스제공자는 정보통신망의 안정성 및 정보의 신뢰성을 확보하기 위한 보호조치를 하도록 규정하고 있으며, 과학기술정보통신부장관은 정보의 불법 유출·위조·변조·삭제 등을 방지하기 위한 기술적 보호조치를 포함한 정보보호조치를 위한 지침을 제정하도록 규정하고 있다.²²⁾

21) "청소년유해매체물"이란 ①청소년보호위원회가 청소년에게 유해한 것으로 결정하거나 확인하여 여성가족부장관이 고시한 매체물과 ②각 심의기관이 청소년에게 유해한 것으로 심의하거나 확인하여 여성가족부장관이 고시한 매체물을 의미한다.

22) 그 구체적인 내용은 미래창조과학부고시 제2013-196호 「정보보호조치에 관한 지침」 별표1 참조.

(2)정보통신망법 제48조 제2항에 따른 기술적 조치

정보통신망법 제48조 제2항에서는 “누구든지 정당한 사유 없이 정보통신시스템, 데이터 또는 프로그램 등을 훼손·멸실·변경·위조하거나 그 운용을 방해할 수 있는 프로그램(이하 “악성 프로그램”이라 한다)을 전달 또는 유포하여서는 아니 된다”고 규정하고 있다. 특수한 유형의 부가통신사업자는 악성프로그램을 판별할 수 있는 기술적 조치와 판별된 악성프로그램을 저장, 전송되지 않도록 조치를 하여야 한다.

(3)저작권법 제104조와 「전기통신사업법」 제22조의3에 따른 기술적 조치

1) 「저작권법」 상의 기술조치

「저작권법」 제104조에 따라 특수한 유형의 온라인서비스제공자는 권리자의 요청이 있는 경우 해당 저작물등의 불법적인 전송을 차단하는 기술적인 조치를 취해야한다. 이에 관하여는 이미 설명하였다.

2) 「전기통신사업법」 제22조의3에 따른 기술적 보호조치

청소년유해매체물의 표시, 청소년유해매체물의 전송, 접근금지, 불법 유통·위조·변조·삭제 등을 방지하기 위한 기술적 보호조치, 불법음란정보의 유통방지를 위하여 대통령령으로 정하는 기술적 조치를 취하여야 한다. 그 구체적인 내용은 이미 설명하였다.

3)추가적으로 부여된 기준

특수한 유형의 부가통신사업자는 「저작권법」과 「전기통신

사업법」에서 사업자에게 부과된 기술적 조치를 ①24시간 상시 적용할 것, ②사업자의 모든 복제·전송 관련 장비 및 서비스에 적용할 것, ③「저작권법」 제112조에 한국저작권위원회의 성능 평가를 통과하고 평가 유효기간 내에 있는 기술을 적용할 것을 규정하고 있다.

(4)게시판에 대한 기술적 조치

정보통신망법 제2조제1항제9조에서는 게시판이란 그 명칭과 관계없이 정보통신망을 이용하여 일반에게 공개할 목적으로 부호·문자·음성·음향·화상·동영상 등의 정보를 이용자가 게재할 수 있는 컴퓨터 프로그램이나 기술적 장치를 말한다고 규정하고 있으며, 저작물 및 정보가 게시판에 게시되는 경우 해당 게시물 전송자를 식별·확인할 수 있는 기술적 조치를 적용하여야 한다.

(5)서버 로그파일에 대한 기술적 조치

저장·전송된 저작물 및 정보의 목록, 수량, 일시, 대가등에 관한 기록(서버 로그파일 등)을 2년 이상의 기간을 정하여 유지·보관할 수 있는 기술적 조치를 적용하여야 한다.

나. 등록 후의 기술적 조치

「전기통신사업법」 제22조의3제1항에서는 “「전기통신사업법」 제22조제2항에 따라 등록한 특수유형부가통신사업자는 정보통신망법 제42조, 제42조의2, 제45조의 이행을 위한 기술적 조치와 정보통신망법 제44조의7제1항제1호에 따른 불법정보의 유통 방지를 위하여 대통령령으로 정하는 기술적 조치를

하여야 한다”고 규정하고 있다. 「전기통신사업법」 제22조의3 제2항에서는 “누구든지 정당한 권한 없이 고의 또는 과실로 기술적 조치를 제거·변경하거나 우회하는 등의 방법으로 무력화하여서는 아니 된다”고 규정하고 있고, 제3항에서는 “특수유형부가통신사업자는 기술적 조치의 운영·관리 실태를 시스템에 자동으로 기록되도록 하고, 이를 2년 동안 보관하여야 한다”고 규정하고 있고 제5항에서는 “누구든지 정당한 권한 없이 제3항의 기록을 훼손하거나 위조 또는 변조하여서는 아니 된다”고 규정하고 있다. 제4항에서는 “과학기술정보통신부장관 또는 방송통신위원회는 각각 소관 업무에 따라 소속 공무원으로 하여금 제1항에 따른 기술적 조치의 운영·관리 실태를 점검하게 하거나, 특수유형부가통신사업자에게 제3항에 따른 기록 등 필요한 자료의 제출을 명할 수 있다”고 규정하고 있다.

또한 「전기통신사업법시행령」 제30조의3에서는 불법음란정보의 유통방지를 위한 기술적 조치를 규정하고 있다.

한편 2015년 9월 방송통신위원회는 서비스제공자의 법령준수 인식 제고와 기술적 조치 적용상의 혼란을 방지하고자 「특수유형부가통신사업자의 불법음란정보 유통방지 가이드라인」을 제작·반포하였는데 그 내용은 다음과 같다.

(1) 필터링 기술 구축

서비스 제공자는 불법음란정보를 자동으로 인식하고 차단하기 위한 필터링 기술을 적용하여야 하며, 불법음란정보 DB중 방송통신심의위원회 음란동영상 등급DB(4등급, 일일 업데이트)가 반드시 포함되도록 하여야 한다. 또한 서비스제공자는 해당 필터링 기술이 24시간 상시적으로 모든 장비와 서비스에 적용되도록 하여야 한다.

(2)차단금칙어 설정

서비스 제공자는 사회통념상 성적·도의관념에 반하고 불법음란정보검색에 많이 사용되는 단어를 금칙어로 설정하여²³⁾ 검색 및 업로드를 차단하고 관리하여야 한다.

(3)모니터링 및 운영현황 기록

서비스 제공자는 상시적인 모니터링을 실시하여 불법음란정보를 이용자가 검색하거나 송·수신하는 것을 제한하는 조치를 하여야 한다. 또한 서비스 제공자는 모니터링 운영현황을 기록하고 2년간 보관하여야 하고 모니터링 운영요원 현황 및 불법음란정보 차단 내역 등이 반드시 포함되어야 한다.

방송통신위원회는 웹하드와 P2P서비스상의 불법음란정보 유통현황 파악 및 기술적 조치 이행 준수사항 점검을 위해 상시적인 모니터링을 실시하는바, 방송통신위원회의 상시 모니터링에서 요청하는 시정사항 등에 대해 이용자의 검색 및 송·수신 제한 조치를 즉시 하여야 한다.

(4)불법음란정보 전송자에 대한 경고문구 발송

서비스 제공자는 불법음란정보를 전송하는 이용자에게 경고문구를 발송하는 시스템(쪽지, 메일, SNS 등)을 구축하고 발송하여야 한다.

(5)로그 정보 보관

23) 금칙어 설정 유형은 남녀의 성기 및 성행위묘사 단어, 성폭력 행위 묘사 단어, 유사 성행위 묘사 단어, 변태적 행위 묘사 단어, 아동·청소년을 성적 단어로 묘사하는 단어, 개인유출로 차단을 요청한 단어 등이 있다.

서비스 제공자는 불법음란정보의 자동 필터링 기술의 작동여부를 확인할 수 있는 로그기록을 2년간 보유하여야 한다.

IV. 현행 법제도의 문제점 및 개선방향

1. 필터링 시스템 운영상의 문제점

가. 기술적 조치의 무력화 방법

「저작권법」과 「전기통신사업법」의 규정에 따라 특수유형부가통신사업자는 기술적 조치를 적용하는데 기술적 조치란 필터링을 의미한다고 해석하고 있다. 그 방법은 사업자가 스스로 자체적인 저작권 기술로 직접 필터링 시스템을 갖추고 필터링을 실시하는 방법과 외부의 전문업체가 구현하는 필터링 시스템을 사용하는 방법이 있다. 대부분의 특수유형부가통신사업자는 한국저작권위원회의 성능평가를 통과하고 평가유효기간 내의 기술을 사용하는 외부의 업체가 구현한 필터링 시스템을 이용하는 방법을 사용하고 있다.

문제는 외부의 기술을 사용하는 경우 특수유형부가통신사업자가 고의로 필터링을 누락하거나 회피, 우회하는 경우가 발생한 경우 이에 대한 책임을 누구에게 부과할 것인가가 문제가 된다. 실제 필터링의 누락이나 회피, 우회 등이 발생하여 이를 저작권자들이 발견하여 특수유형부가통신사업자에게 소명요청을 하게 되면 대부분의 특수유형부가통신사업자는 필터링 솔루션을 제공하는 사업자에게 책임을 떠넘기는 방법으로 책임을 회피하여야 한다. 실제로 필터링의 누락, 회피, 우회 등이 발생한 경우 과연 누구의 귀책사유로 필터링이 이루어지지 않았는지에 대한 입증이 대단히 곤란하게 되는 상황이 발생할

수밖에 없다.²⁴⁾

특수유형부가통신사업자가 관계 법령 및 의무 규정에 의하여 도입하고 있는 기술적 조치는 금칙어 기반, 해쉬 기반, 특징점 기반 필터링이다.

P2P서비스나 웹하드서비스 제공자에게 부과된 기술적 조치를 엄격하게 적용할 경우 사업자에게 돌아오는 수입이 감소할 우려가 있기 때문에 여러 가지 방법을 동원해 기술적 조치를 무력화하거나 우회하는 방법을 고안하였다. 금칙어 필터링을 무력화하거나 우회하는 방법으로 금칙어의 변형, 파일명칭의 변경, 검색어 패치를 사용하는 방법이 있고, 해쉬 기반 필터링을 무력화하거나 우회하는 방법으로 인코딩 변형으로 해쉬 값을 변형하거나 해쉬 데이터베이스의 구축을 지연하거나, 기피 필터링의 변칙 가동을 하는 방법이 있다. 또한 특징점 기반 필터링을 무력화하거나 우회하는 방법으로 DNA 추출을 차단하거나 DNA 데이터베이스의 구축을 지연, 기피하는 방법이 사용되고 있다. 특히 DNA 필터링 방식은 P2P사업자나 웹하드사업자가 인식률을 조작하거나 변경할 수 있다는 문제점이 있다. DNA 필터링 방식은 인식률을 높이게 되면 서비스 효율이 떨어지게 되므로 사업자가 완벽한 필터링을 추구하기 보다는 인식률을 낮게 설정하는 방법으로 (예를 들어 95%의 인식률로 필터링을 하는 것이 아니라 70~80%의 수준으로 필터링을 설정하는 방법) 필터링을 회피할 가능성이 매우 크다는 점이다.

P2P서비스나 웹하드서비스에서는 하나의 디지털 파일을 압

24) 김영태, “특수한 유형의 온라인서비스제공자의 책임제도의 개선 방안 -기술적 조치와 시정명령·시정권고제도를 중심으로 -”, 『법학논총』, 제40권 제1호 (2016), 단국대학교 법학연구소, 222면 이하.

축파일로 업로드하는 경우가 종종 있는데 이는 특징점 기반 필터링 기술을 회피하기 위한 목적으로 이루어지는 경우가 매우 많다. 특히 다단계 입축파일로 업로드 하거나 압축파일에 암호를 설정하는 경우에는 현실적으로 특징점 기반 필터링 기술로 해결하기 매우 어렵다고 한다.²⁵⁾

P2P서비스나 웹하드 서비스 제공자는 모든 운영시스템에 기술적 조치를 적용하여야 한다. 그럼에도 불구하고 감독기관의 감시가 소홀한 심야시간대를 이용하여 일부 이용자를 대상으로 임의로 기술적 조치를 우회할 수 있도록 필터링 시스템을 끄는 경우가 발생하고 있다.

나. 필터링 시스템의 on/off 문제

현행 법제도하에서 필터링시스템을 상시 작동해야 하는가에 관하여는 논란의 여지가 있다. 「저작권법」 제104조의2와 「전기통신사업법」 제22조의3에서는 특수유형부가통신사업자에게 기술적 조치를 할 의무를 부과하고 있다. 「저작권법」 제104조의2에서는 “누구든지 정당한 권한 없이 고의 또는 과실로 기술적 보호조치를 제거·변경하거나 우회하는 등의 방법으로 무력화하여서는 아니된다”고 규정하고 있다. 또한 「전기통신사업법」 제22조의3제2항에서는 “누구든지 정당한 권한 없이 고의 또는 과실로 기술적 조치를 제거·변경하거나 우회하는 방법으로 무력화하여서는 아니 된다”고 규정하고 있다.

특수유형부가통신사업자는 필터링 시스템을 작동하여야 할 의무를 부담하고 있음에 대하여 반대하는 의견은 없다고 생각된다. 그러나 현행 법규정을 볼 때 필터링시스템의 상시 작동

25) 정병욱, 앞의 논문, 37면.

의무가 있는지에 대하여는 검토할 필요가 있다고 볼 것이다. 특수유형부가통신사업자가 사업을 운영하면서 가장 큰 수입원이 되는 것이 불법음란물의 유통으로 얻는 수익이다. 웹하드사업이 신고제로 운영되던 과거에 웹하드를 통한 음란물의 유통이 사회문제로 대두되자 「전기통신사업법」의 개정을 통해 웹하드사업을 신고제에서 등록제로 변경하였고, 특수유형부가통신사업자에 대하여 기술적 조치를 취할 의무를 부과했다는 점은 주지의 사실이다. 등록제로 변경된 현재에도 P2P사업자나 웹하드 사업자에게 음란물의 유통을 통한 수익의 창출은 끊을 수 없는 유혹이 되어 감독기관의 감시가 소홀한 틈을 이용하여 필터링 시스템을 잠시 꺼두는 방법으로 음란물의 유통을 가능하게 만드는 행위를 하고 있다. 현행 법규상 특수유형부가통신사업자에게 필터링 시스템을 상시 작동해야 할 의무를 부과할 수 있는지의 문제가 제기된다.

(1) 필터링 시스템을 24시간 작동해야 할 의무가 부과되어 있는지 여부

이미 살펴본 바와 같이 특수유형부가통신사업자가 사업을 시작하기 위하여는 「전기통신사업법」 제22조제2항에 따라 과학기술정보통신부장관에게 등록하여야 하고, 「전기통신사업법 시행령」 제29조 9항에서는 등록에 필요한 요건을 별표3에서 규정하도록 하고 있으며, 별표3에서는 「저작권법」 제104조 및 「전기통신사업법」 제22조의3에 따른 기술적 조치를 24시간 상시 적용할 것을 규정하고 있다.²⁶⁾

26) 또한 방송통신위원회가 배포한 『불법음란정보 유통 방지 가이드라인』에서도 서비스제공자에게 필터링기술이 24시간 상시적으로 적용되도록 해야 하고 규정

그러나 이 규정은 특수유형부가통신사업자가 사업을 등록하기 위해 필요한 내용을 규정한 조문이므로, 이 규정을 특수유형부가통신사업자가 사업을 수행하는 과정에서도 반드시 준수해야 할 규정이라고 단정하기 어렵다고 생각된다.

한편 「전기통신사업법」 제22조의3제1항에서는 특수유형부가통신사업자는 청소년유해매체물이나 정보의 불법유통을 방지하기 위한 기술적 조치와 불법음란정보의 유통방지를 위한 기술적 조치를 할 의무를 부과하고 있고, 제2항에서는 이러한 기술적 조치를 제거·변경하거나 우회하는 등의 방법으로 무력화하여서는 아니된다고 규정하고 있다. 여기에서 문제가 되는 것은 기술적 조치의 제거·변경 우회하는 방법에 필터링 시스템을 일시적으로 off하는 방법이 포함될 수 있는지 여부이다.

「전기통신사업법」 제96조제6호의2에 의하면 제22조의3제2항을 위반하여 정당한 권한 없이 같은 조 제1항에 따른 기술적 조치를 제거·변경하거나 우회하는 등의 방법으로 무력화한 자에 대하여 2년 이하의 징역이나 1억원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다. 「전기통신사업법」 제22조의3제1항과 제2항의 내용은 형사처벌을 규정하고 있다는 점에서 죄형법정주의에 따라 엄격하게 해석해야 할 것이다.

「전기통신사업법시행령」 제30조의3제1항제2호에 의하면 사업자는 불법음란정보의 유통을 방지하기 위하여 해당 정보를 이용자가 검색하거나 송수신하는 것을 제한하는 기술적 조치를 할 의무가 부과되어 있다. 음란물과 관련하여 사업자가 필터링시스템을 작동시켜 음란물과 관련된 정보를 이용자가 검

하고 있다. 그러나 이는 가이드라인에 불과하여 서비스제공자에게 법적인 의무를 부과하고 있다고 할 수 없다.

색하거나 송수신하는 것을 제한하는 기술적 조치를 해야 하는 경우는 음란물의 유통을 방지하기 위해서로 제한적으로 해석해야 한다. 따라서 특수유형부가통신사업자가 필터링시스템을 일시적으로 off하는 행위가 음란물의 유통을 위한 목적이 있었다는 점을 입증하지 못하는 한 형사책임의 대상이 되는 행위라고 단정 지을 수 없다고 할 것이다.²⁷⁾

또한 필터링 시스템을 일시적으로 off하는 행위가 기술적 조치를 제거·변경하거나 우회하는 등의 방법에 해당하는지도 검토해야 할 것이다. 제거란 기술적 조치를 없애버리는 행위를 의미하므로 필터링 시스템을 일시적으로 off하는 행위를 기존의 기술적 조치를 제거하는 행위라고 단정할 수 없다고 생각된다. 변경이란 다르게 바꾸어 새롭게 만든다는 의미이므로 필터링시스템의 일시적으로 off하는 행위를 기존의 기술적 조치를 변경하는 행위라고 단정하기 어렵다고 생각한다. 우회란 돌아서 간다는 의미로 기존의 기술적 조치를 피하는 행위를 의미하는 바, 일시적으로 필터링시스템을 off하는 행위를 우회하고 단정하기 어렵다고 생각한다. 그렇다면 특수유형부가통신사업자가 필터링시스템을 일시적으로 off하는 행위를 기술적 조치를 제거·변경하거나 우회하는 방법으로 무력화하는 행위라고 단정지을 수 없으며, 이를 형사처벌의 대상으로 규정하고 있는 한 죄형법정주의의 원칙상 필터링 시스템을 일시적으로 off하는 행위가 범죄행위에 해당한다고 단정지을 수 없을 것이다.

(2) 해결방안

27) 이에 대한 자세한 내용은 방송통신위원회, 앞의 연구보고서, 70면 이하 참조.

현행법상으로는 특수유형부가통신사업자에게 기술적 조치를 취할 의무를 부과하고 있지만 이를 24시간 상시 작동해야 할 의무가 부과되어 있다고 단정하기 어렵다고 생각된다. 물론 「전기통신사업법시행령」에서 특수유형부가통신사업자가 등록을 하기 위한 등록요건으로 기술적 조치를 24시간 상시 적용할 것을 규정하고 있지만 이는 등록요건에 불과하고 이 규정을 근거로 특수유형부가통신사업자에게 필터링시스템을 24시간 작동시킬 의무가 있다고 할 수 없을 것이다.

이를 해결하기 위하여 「전기통신사업법」 제22조의3제2항에 기술적 조치의 중단(일시적 중단 포함)을 금지하는 문구를 삽입하는 것이 법적 분쟁을 예방할 수 있는 방법이라 생각된다.

이렇게 규정하면 웹하드사업자가 음란물의 유통을 위하여 필터링시스템을 일시적으로 off하는 행위는 법적으로 금지되며, 필터링 시스템을 24시간 상시 가동할 의무를 부과할 수 있게 된다.

현행	개정안
제22조의3(특수유형부가통신사업자의 기술적 조치 등) ①생략 ②누구든지 정당한 권한 없이 고의 또는 과실로 제1항에 따른 기술적 조치를 제거·변경하거나 우회하는 등의 방법으로 무력화하여서는 아니 된다.	제22조의3(특수유형부가통신사업자의 기술적 조치 등) ①생략 ②누구든지 정당한 권한 없이 고의 또는 과실로 제1항에 따른 기술적 조치를 제거·변경· <u>중단(일시적 중단 포함)</u> 하거나 우회하는 등의 방법으로 무력화하여서는 아니 된다.

2. 기술적 조치 점검에 관한 규정의 문제점

가. 기술적 조치 점검의 법적 근거

방송통신위원회는 웹하드사업자에 대한 기술적 조치 운영·관리 실태를 점검할 권한을 가지고 있다. 그 권한의 근거는 「전기통신사업법」 제22조의3제4항이다. 동조에서는 “과학기술정보통신부장관 또는 방송통신위원회는 각각 소관업무에 따라 소속 공무원으로 하여금 제1항에 따른 기술적 조치의 운영·관리 실태를 점검하게 하거나, 특수유형부가통신사업자에게 제3항에 따른 기록 등 필요한 자료의 제출을 명할 수 있다. 이 경우 점검절차와 방법은 제51조를 준용한다”고 규정하고 있다.

하지만 실질적으로 특수유형부가통신사업자가 불법음란물에 대하여 기술적 조치를 운영·관리하는지 여부를 점검하는 기관은 방송통신위원회 소속 공무원을 대신하여 한국정보통신진흥협회(KAIT)내의 이용자보호센터(이하 KAIT라 한다)가 수행하고 있다. KAIT는 방송통신위원회의 업무 위탁을 받아 특수유형부가통신사업자의 기술적 조치에 대한 실태점검 및 모니터링을 수행하고 있고, 특수유형부가통신사업자가 기술적 조치를 위반할 경우 방송통신위원회의 담당공무원에게 인계하여 법적인 조치를 취하는 방식을 취하고 있다. 문제는 KAIT에 기술적 조치 위반행위를 점검할 권한이 법적으로 존재하지 않음으로 인해(즉 법적으로 위임을 받지 않은 상태), 특수유형부가통신사업자가 기술적 조치를 이행하지 않는다는 사실을 점검할 법적 권한이 과연 존재하는가의 문제이다. 특수유형부가통신사업자가 KAIT의 점검에 이의를 보류하지 않고 점검에 응할 경우에는 분쟁의 여지가 발생하지 않지만 KAIT의 점검에 이의를 제기할 경우, KAIT는 더 이상의 점검이 불가능하게 되는 문제가 발생한다. 물론 KAIT가 방송통신위원회의 담

당 공무원에게 이러한 사실을 고지하고, 담당 공무원이 특수유형부가통신사업자에 대한 점검을 시행하게 되면 법적 분쟁은 발생하지 않게 되나, 이러한 절차를 밟는 동안에 특수유형부가통신사업자는 기술적 조치위반 사실에 대한 증거를 인멸할 가능성은 충분히 존재한다. 왜냐하면 특수유형부가통신사업자가 기술적 조치를 무력화했을 경우 처벌규정은 징역형이나 벌금형에 해당하는 범죄행위에 해당하지만, 기술적 조치를 무력화한 증거를 인멸하면 과태료를 부과하는 행정벌의 처벌만 받게 될 수 있기 때문이다.

나. 해결방안

방송통신위원회의 담당 공무원이 웹하드나 P2P서비스에 대한 기술적 조치의 위반 여부를 점검한다는 것이 사실상 불가능한 상황이어서, 이를 효과적으로 점검할 수 있는 기관이 담당 공무원을 대신하여 점검 업무를 수행하는 것은 불가피한 상황이라 생각된다. 하지만 「전기통신사업법」 제22조의3에서 기술적 조치를 무력화하는 행위를 할 경우 형사처벌의 대상이 되는 범죄행위에 해당한다는 점에 비추어 법률에 근거한 권한 없는 자에 의한 점검이 법적으로 허용될 수 있는지에 대한 검토가 필요하다고 할 것이다. 이를 해결하기 위하여는 「전기통신사업법」에서 권한의 위임규정을 마련하는 것이 타당하다고 생각된다.

현행	개정안
제22조의3(특수유형부가통신사업자의 기술적 조치 등)	제22조의3(특수유형부가통신사업자의 기술적 조치 등)

①생략 ②생략 ③생략 ④과학기술정보통신부장관 또는 방송통신위원회는 각각 소관 업무에 따라 소속 공무원으로 하여금 제1항에 따른 기술적 조치의 운영·관리 실태를 점검하게 하거나, 특수유형부가통신사업가에게 제3항에 따른 기록 등 필요한 자료의 제출을 명할 수 있다.	①생략 ②생략 ③생략 ④과학기술정보통신부장관 또는 방송통신위원회는 각각 소관 업무에 따라 소속 공무원으로 하여금 제1항에 따른 기술적 조치의 운영·관리 실태를 점검하게 하거나, 특수유형부가통신사업가에게 제3항에 따른 기록 등 필요한 자료의 제출을 명할 수 있다. <u>과학기술정보통신부장관 또는 방송통신위원회는 실태점검과 관련된 사항을 정보통신 관련 단체에 위탁할 수 있다.</u>
---	--

3. 웹하드나 P2P사이트를 통한 음란물의 유통을 방지하기 위한 실효성 있는 법제도의 부재

웹하드나 P2P서비스를 통해 음란물이 대량으로 유통되고 있는 점은 주지의 사실이다. 현행법에서는 특수유형부가통신사업자에 대하여 기술적 조치를 취할 의무를 부과하고, 이러한 기술적 조치를 취하지 않을 경우에는 벌칙조항을 마련하여 특수유형부가통신사업자에 대한 제재를 가하고 있다. 구체적인 내용을 살펴보면, 첫째 「전기통신사업법」 제22조의3제1항에서는 특수유형부가통신사업자에게 불법정보의 유통방지를 위해 대통령령이 정하는 기술적 조치를 하도록 의무화하고 이를 이

행하지 않으면 2천만원 이하의 과태료를 부과할 수 있도록 규정하고 있다(「전기통신사업법」 제104조제3항제1호). 둘째 「전기통신사업법」 제22조의3제2항에서는 누구든지 정당한 권한 없이 고의 또는 과실로 기술적 조치를 제거·변경하거나 우회하는 등의 방법으로 무력화하여서는 아니 되고, 이를 위반한 경우 2년 이하의 징역이나 1억원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있으며(「전기통신사업법」 제96조제6호의2), 셋째 「전기통신사업법」 제22조의3제3항에서는 특수유형부가통신사업자는 불법정보의 유통방지를 위해 기술적 조치의 운영·관리 실태를 자동으로 기록·관리할 의무를 부과하면서 이를 위반한 경우 2천만원 이하의 과태료를 부과할 수 있도록 규정하고 있으며(「전기통신사업법」 제104조제3항제1호), 넷째 「전기통신사업법」 제22조의3제4항에서는 과학기술정보통신부장관이나 방송통신위원회는 기술적 조치의 운영·관리 실태에 따른 기록 등 필요한 자료를 특수유형부가통신사업자에게 제출하도록 명할 수 있으며, 이를 제출하지 않거나 거짓으로 제출한 경우에는 1천만원 이하의 과태료를 부과할 수 있으며(「전기통신사업법」 제104조제5항제2호의2), 다섯째 「전기통신사업법」 제22조제2항에 따라 등록의무가 있는 특수유형부가통신사업자가 등록을 하지 않고 부가통신사업을 경영한 자에 대하여는 3년이하의 징역이나 1억5천만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다(「전기통신사업법」 제95조제3호의2).

가. 처벌규정의 불비

「전기통신사업법」 제22조의3제5항에서는 누구든지 정당한 권한 없이 기술적 조치의 운영·관리실태의 기록을 훼손하거나

위조 또는 변조하여서는 아니된다고 규정하고 있다. 즉 특수유형부가통신사업자에게 기술적 조치의 운영·관리 실태를 자동으로 기록·관리할 의무를 부과하면서 이러한 기록의무를 위반한 경우에는 과태료를 부과하고 있다. 기술적 조치의 운영·관리 실태의 기록을 훼손하거나 위조·변조하여서는 아니된다는 규정만 두고 있을 뿐 기록을 훼손하거나 위조·변조한 자에 대한 처벌규정이 존재하지 않고 있다는 문제가 제기된다.

특수유형부가통신사업자는 음란물의 유통을 통해 막대한 수익을 올리고 있었다는 점은 이미 언급하였다. 웹하드나 P2P서비스를 통한 음란물의 유통을 방지하기 위하여 특수유형부가통신사업자에게 기술적 조치를 의무화하고, 기술적 조치의 운영·관리 실태를 자동으로 기록·관리할 의무를 부과하였고 이를 위반한 경우 과태료를 부과할 수 있는 법적 근거를 마련하였다. 또한 누구든지 기술적 조치를 무력화할 경우 벌금에 처하도록 규정하고 있다. 기술적 조치의 운영·관리 실태의 기록을 훼손하거나 위조·변조하면 안된다는 규정만 두고 이에 대한 처벌규정을 마련하지 않은 것은 입법적 불비라고 판단된다.

만약 특수유형부가통신사업자가 기술적 조치의 운영·관리 실태를 자동으로 기록하도록 조치를 취하고 있지만, 만약 방송통신위원회의 기록 제출 명령이 있는 후 고의 또는 과실로 이 기록을 훼손하거나 위조·변조한 경우 이 행위를 처벌할 수 있는 근거규정의 존재하지 않는다는 문제점이 제기 된다²⁸⁾. 따라

28) 예를 들어 웹하드사업자가 음란물을 대량으로 유통한 후 방송통신위원회로부터 실태자료의 제출을 명령받은 이후 웹하드사업자회사의 직원이 고의로 실태자료를 훼손하거나 위조한 경우 그 직원에 대한 처벌규정이 존재하지 않으므로 그 직원을 처벌할 수 있는지 문제가 될 수 있고, 만약 웹하드사업자가 그 훼손이나 위조에 대해 선의·무과실을 주장하게 되면 웹하드사업자에 대한 처벌이 불가능한

서 기술적 조치의 운영·관리 실태 기록을 훼손하거나 위조·변조한 자에 대한 처벌규정이 필요하다고 할 것이다.

처벌규정은 「전기통신사업법」 제22조의3제2항과의 형평을 고려하여 과태료가 아닌 징역형 또는 벌금형으로 규정하는 것이 적절하다고 생각하며 「전기통신사업법」 제97조의 예에 의하여 1년 이하의 징역이나 5천만원 이하의 벌금에 처하는 것이 타당하다고 생각된다.

나. 특수유형부가통신사업자에 대한 과태료부과가 타당한지 여부

특수유형부가통신사업자가 ①불법정보의 유통방지를 위해 대통령령이 정하는 기술적 조치를 하도록 의무화하고 이를 이행하지 않으면 2천만원 이하의 과태료를 부과할 수 있고, ②특수유형부가통신사업자에게 불법정보의 유통방지를 위해 기술적 조치의 운영·관리 실태를 자동으로 기록·관리할 의무를 부과하면서 이를 위반한 경우 2천만원 이하의 과태료를 부과할 수 있도록 규정하고 있으며, ③특수유형부가통신사업자가 기술적 조치의 운영·관리 실태에 따른 기록 등 필요한 자료를 제출하지 않거나 거짓으로 제출한 경우에는 1천만원 이하의 과태료를 부과할 수 있도록 규정하고 있다. 한편 「전기통신사업법시행령」 별표11에서는 과태료 부과기준을 규정하고 있는데, ①과 ②에 해당할 경우 1회 위반의 경우에는 700만원, 2회 위반의 경우에는 1400만원, 3회 위반의 경우에는 2000만원의 과태료를 부과하고, ③에 해당하는 경우 1회 위반의 경우에는 350만원, 2회 위반의 경우에는 700만원, 3회 위반의 경우에는 1000만원

상황이 발생할 수 있다.

의 과태료를 부과하도록 규정하고 있다.

문제는 이러한 과태료의 부과로 웹하드사업자나 P2P사업자의 불법음란정보의 유통을 차단할 수 있는지 의문이 든다. 과태료는 벌금이나 과료와 달리 형벌의 성질을 가지지 않는 행정상의 벌과금이다. 웹하드나 P2P사이트를 통한 불법음란물의 유통을 방지하기 위하여 특수유형부가통신사업을 등록제로 변경하고, 특수유형부가통신사업자에게 음란물의 유통을 방지하기 위하여 기술적 조치를 의무화하는 것을 주요 내용으로 「전기통신사업법」을 개정했음에도 불구하고 그 처벌이 너무 미약하여 본래의 개정취지를 살릴 수 있는지 의문이 든다. 즉 특수유형부가통신사업자가 기술적 조치를 이행하지 않아, 음란물의 유통이 대규모로 이루어져 막대한 불법수입을 취득했음에도 불구하고 이에 대한 처벌이 700만원의 과태료부과로 종료된다면 음란물의 유통을 적극적으로 방지할 수 있는 규정으로서의 역할을 제대로 수행했다고 할 수 있는지 의문이 든다. 또한 특수유형부가통신사업자가 기술적 조치의 운영·관리 실태에 따른 기록 등 필요한 자료를 제출하지 않거나 거짓으로 제출한 경우에도 과태료부과에 그친다면 특수유형부가통신사업자가 음란물을 대량으로 유통하여 막대한 불법수익을 취득한 후 700만원의 과태료부과로 종료된다면 특수유형부가통신사업자가 음란물 유통에 대한 유혹을 이겨내기 어렵다고 생각된다.

따라서 특수유형부가통신사업자가 기술적 조치를 이행하지 않거나 기술적 조치의 운영·관리 실태 자료를 제출하지 않는 경우에는 징역형이나 벌금형에 처하도록 처벌 규정을 강화하는 것이 타당하다고 생각된다.

다. 등록시의 기술적 조치와 운영시의 기술적 조치가 다른 경우에 대한 규정의 신설

(1) 문제의 제기

현행 「전기통신사업법」에서는 음란물의 유통을 방지하기 위하여 특수유형부가통신사업자가 사업을 경영하기 위하여는 기존의 신고제가 아닌 등록제로 변경하였음은 이미 언급한 바와 같다. 「전기통신사업법」 제22조 제2항에서는 특수유형부가통신사업을 경영하려는 자는 제22조의3제1항 및 저작권법 제104조의 이행을 위한 기술적 조치 실시계획, 업무수행에 필요한 인력 및 물적 시설, 재무건전성, 사업계획서 등 대통령령으로 정하는 사항을 갖추어 과학기술정보통신부장관에게 등록하여야 하며 등록을 하지 않고 특수유형부가통신사업을 경영한 경우 3년이하의 징역이나 1억5천만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다.

한편 「전기통신사업법시행령」 별표3에서는 특수유형부가통신사업자의 등록요건을 아주 상세히 규정하고 있다. 그런데 「전기통신사업법시행령」상의 등록요건 중 기술적 조치 실시계획은 「전기통신사업법」상의 특수유형부가통신사업자에게 부과된 기술적 조치보다 더 구체적으로 규정하고 있다는 점이 특징이다. 예를 들어 「전기통신사업법」 제22조의3에서는 특수유형부가통신사업자의 기술적 조치 등을 규율하고 있지만 「전기통신사업법시행령」에 규정된 등록요건에서는 「전기통신사업법」 제22조의3에 따른 기술적 조치를 다음 기준에 맞게 적용해야 한다. 그 기준은 ①해당 기술을 24시간 상시 적용할 것, ②해당 기술을 사업자의 모든 복제·전송 관련 장비 및 서비스에 적용할 것, ③「저작권법」 제112조에 한국저작권위

원회의 성능 평가를 통과하고 평가 유효기간 내에 있는 기술 일 것이다. 즉 등록 시의 기술적 조치계획이 운영시의 기술적 조치보다 더 엄격하다는 점이다.

문제는 특수유형부가통신사업을 경영하려는 자가 등록 시의 기술적 조치에 맞는 기술적 조치 실시계획을 작성하여 등록한 후, 실제 사업을 경영하면서 등록 시의 기술적 조치보다 완화된 기술적 조치를 적용하는 경우에 대한 처벌규정이 존재하는가의 문제이다.

우선 「전기통신사업법」 제23조에서는 제2항에 따라 부가통신사업을 등록한 자는 그 등록 사항 중 대통령령으로 정하는 사항을 변경하려면 과학기술정보통신부장관에게 변경등록을 하여야 한다고 규정하고 있다. 또한 「전기통신사업법시행령」 제31조제1항에서 규정한 대통령령으로 정하는 사항은 다음과 같다. ①상호·명칭·주소, ②대표자, ③제공 역무의 종류, ④법 제21조제1항 및 제22조제1항 전단 또는 같은 조 제2항에 따른 별정통신사업 또는 부가통신사업의 내용 변경에 관한 사항이다. 또한 「전기통신사업법」 제97조에서는 제23조에 따른 변경등록을 하지 않은 경우 1년 이하의 징역이나 5천만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다.

특수유형부가통신사업자에 대하여 「전기통신사업법」 제23조에 따른 변경등록을 하지 않아서 제97조에 따라 처벌할 경우에 처벌내용이 징역형이나 벌금형에 해당하므로 죄형법정주의의 원칙상 구성요건을 엄격하게 적용해야 한다.

첫 번째로 검토할 문제는 「전기통신사업법」에서는 특수유형부가통신사업자에게 등록 시의 기술적 조치 계획을 등록 후 사업경영 시의 기술적 조치가 동일하게 적용해야한다는 의무

규정은 존재하지 않는다는 점이다. 따라서 특수유형부가통신사업자가 등록 시에 제출한 기술적 조치계획과 등록 후 사업경영 시의 기술적 조치가 다르게 적용되어도(예를 들어 등록신청시의 기술적 조치보다 완화된 기술적 조치를 적용하여도) 특수유형부가통신사업자를 제재할 법적 근거가 명백하게 존재하지 않는다.

두 번째로 특수유형부가통신사업자가 등록 후 사업경영 시의 기술적 조치가 등록 시의 기술적 조치계획과 다르게 된 경우 등록변경을 할 의무가 존재하는지 여부를 검토해야 할 것이다. 그런데 「전기통신사업법시행령」 제31조제1항에서는 적용할 수 있는 규정은 제7호 “법 제21조제1항 및 제22조제1항 전단 또는 같은 조 제2항에 따른 별정통신사업 또는 부가통신사업의 내용 변경에 관한 사항(법 제27조제1항 본문 및 제2항 본문에 따른 등록의 일부 취소 또는 사업의 일부 폐지 대상이 된 사업을 다시 제공하려는 경우를 포함한다)” 규정이다. 여기에서 「전기통신사업법」 제22조 2항의 ‘부가통신사업의 내용’ 변경에 관한 사항에 ‘특수유형부가통신사업자가 등록 후 사업경영 시의 기술적 조치가 등록 시의 기술적 조치계획과 다르게 된 경우’를 포함할 수 있는가의 문제이다. 「전기통신사업법」 제22조 제2항에서는 특수유형부가통신사업을 경영하려는 자는 기술적 조치 실시계획과 업무수행에 필요한 인력 및 물적 시설, 재무건전성, 그 밖의 사업계획서 등 대통령령으로 정하는 사항을 갖추어 과학기술정보통신부장관에게 등록신청을 하도록 규정하고 있으므로 ‘부가통신사업의 내용’을 넓게 해석하면 ‘특수유형부가통신사업자가 등록 후 사업경영 시의 기술적 조치가 등록 시의 기술적 조치계획과 다르게 된 경우’도 내

용변경에 해당하므로 등록변경을 해야 한다고 해석할 수도 있다.

그러나 ‘부가통신사업의 내용’을 이렇게 넓게 해석하는 것은 죄형법정주의에 반하는 해석이라고 생각한다. 「전기통신사업법」 제22조의3에서는 등록한 특수유형부가통신사업자가 준수해야 할 기술적 조치의 내용을 상세히 규율하면서 기술적 조치와 관련된 상세한 의무를 구체적으로 규율하고 있다. 만약 ‘부가통신사업의 내용’을 넓게 해석한다면 제22조의3에서 규정하고 있는 기술적 조치 모두가 ‘부가통신사업의 내용’에 해당하며, 이러한 내용 변경에 대한 등록변경이 없다면 제97조가 적용되어 징역형이나 벌금형의 형사처벌의 대상이 될 수 있다. 그렇다면 제22조의3에서 규정하고 있는 기술적 조치의무와 기술적 조치 위반에 따른 과태료부과규정이 존재할 필요가 있는지 의문이 든다. 법 제22조의3에서 규율하고 있는 기술적 조치에 관한 내용은 ‘부가통신사업의 내용’이 아니라 「전기통신사업법」에서 특수유형부가통신사업자에게 새롭게 부과하고 있는 의무의 내용이라고 해석하는 것이 입법취지에 맞는 해석이라 생각한다.

따라서 「전기통신사업법」 제23조와 「전기통신사업법시행령」 제31조제1항제7호에서 등록변경의 대상으로 규정하고 있는 ‘부가통신사업의 내용’은 좁게 해석하여야 할 것이며, 적어도 ‘특수유형부가통신사업자가 등록 후 사업경영 시의 기술적 조치가 등록 시의 기술적 조치계획과 다르게 된 경우’는 내용변경에 해당한다고 해석해서는 안될 것이다.

(2) 해결방안

특수유형부가통신사업자에게 등록신청시의 기술적 조치와 등록 후의 기술적 조치를 동일하게 유지할 의무를 부과하는 것이 기술적 조치를 효과적으로 운영할 수 있다고 생각한다. 또한 특수유형부가통신사업자가 등록신청시의 기술적 조치와 등록 후의 기술적 조치를 동일하게 유지하지 않을 경우에 이에 대한 처벌 규정을 신설하는 것이 타당하다고 생각한다.

또한 이미 언급한 바와 같이 제22조의3을 위반한 특수유형부가통신사업자에게 과태료를 부과하는 것은 타당하지 않고 징역형이나 벌금형을 부과하는 방향으로 개선되어야 할 것이다.

현행	개정안
제22조의3(특수유형부가통신사업자의 기술적 조치 등) ①제22조제2항에 따라 특수한 유형의 부가통신사업을 등록한 자 중 제2조제13호가목에 해당하는 자는 다음 각 호의 기술적 조치를 하여야 한다. 1. 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제42조, 제42조의2 및 제45조의 이행을 위한 기술적 조치 2. 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법	제22조의3(특수유형부가통신사업자의 기술적 조치 등) ①제22조제2항에 따라 특수한 유형의 부가통신사업을 등록한 자 중 제2조제13호가목에 해당하는 자는 다음 각 호의 기술적 조치를 하여야 한다. 1. 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제42조, 제42조의2 및 제45조의 이행을 위한 기술적 조치 2. 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제44조의7제1항제1호에 따른 불법정보의 유통 방지를 위하여 대통령령

1. 「제44조의7제1항제1호 에 따른 불법정보의 유통 방 지를 위하여 대통령령으로 정하는 기술적 조치	으로 정하는 기술적 조치 <u>3. 제22조제2항에 따라 등록 시 제출한 기술적 조치 실시계획과 일치하는 기술적 조치(신설)</u>
--	--

V. 결론

초고속 인터넷과 LTE 통신기술의 발달로 음란물이 웹하드나 P2P 사이트를 통해 대량으로 유통되어 사회적인 문제가 되었다. 웹하드 사업자는 이용자에게 금전을 받고 불법음란물을 다운로드 받을 수 있도록 하고 이로 인한 수익 중 일부를 불법음란물을 업로드하는 사람에게 지급하는 방식으로 유통의 장을 마련해 주는 방식으로 웹하드를 운영하였다. 웹하드 사업자는 이러한 방식을 통해 막대한 불법수익을 올릴 수 있었다.

이러한 웹하드나 P2P 사업자를 규율하기 위하여 2011년에 「전기통신사업법」을 개정하여 웹하드 등록제를 실시하였고, 2014년에 「전기통신사업법」 제22조의3을 신설하여 웹하드사업자나 P2P 사업자에게 음란물의 유통을 방지하기 위한 기술적 조치를 취할 의무를 부과하면서 이를 위반한 경우에 사안에 따라 형사처벌과 과태료를 부과할 수 있는 규정을 제정하였다.

웹하드등록제의 시행으로 음지에 있던 웹하드사업자를 양지

로 끌어 올려 웹하드 사업자가 합법적으로 사업을 경영할 수 있는 계기를 마련했다는 점에서 웹하드 등록제의 의미를 찾을 수 있다고 본다. 또한 사업자에게 음란물 유통 방지를 위한 기술적 조치를 취할 의무를 부과하여 음란물의 유통을 억제하는 효과도 거두었다는 점은 긍정적인 측면이라 생각된다.

그러나 「전기통신사업법」상의 규정 중 미비한 점이 존재하여 음란물의 유통이 아직도 웹하드나 P2P사이트를 통해 이루어지고 있다는 문제가 발생하고 있다. 첫째 특수유형부가통신사업자가 필터링 시스템을 일시적으로 off하는 경우에 대비한 규정이 존재하지 않는 점, 기술적 조치에 대한 점검권한을 방송통신위원회의 담당공무원에게만 부여하고 있다는 점, 기술적 조치를 취하지 않은 특수유형부가통신사업자에게 형벌인 징역형이나 벌금형이 아닌 행정벌인 과태료를 부과하는 규정으로는 음란물의 유통을 효과적으로 방지할 수 없다는 점, 등록 시에 제출한 기술적 조치 계획과 등록 후의 기술적 조치의 내용이 다른 경우에 이를 규제할 명문의 규정이 없다는 점 등의 문제점을 제기하고 이에 대한 해결방법을 제시하였다.²⁹⁾

웹하드나 P2P사이트를 통해 불법음란물이 유통되지 않도록 방지하기 위하여는 웹하드 사업자나 P2P사업자에게 적용되는 법규정이 모호하거나 법적 쟁점이 발생되지 않도록 입법적 해결이 필요하며 이를 위한 「전기통신사업법」의 개정이 필요

29) 이외에도 음란물의 필터링을 위해서는 음란물의 데이터베이스를 구축해야 하는데 음란물의 데이터베이스를 구축하기 위하여 정부주도로 음란물데이터베이스를 구축할 수 있는지의 문제, 음란물의 유통을 효과적으로 방지하기 위하여 특별사법경찰제도의 도입, 특수유형부가통신사업자가 음란물의 유통으로 얻은 불법적 수익을 몰수하거나 추징할 수 있는가의 문제 등에 대한 논의가 있다. 자세한 내용은 방송통신위원회, 앞의 연구보고서, 75면 이하 참조.

하다고 생각된다.

참고문헌

- 이규호, [저작권법 제5판](서울 : 진원사), 2015.
- 방송통신위원회, [정보통신망법상 불법음란정보의 기술적 차단
을 위한 정책방안 연구](과천 : 방송통신위원회), 2016.
- 김주엽, “특수한 유형의 온라인서비스 사업자에서의 디지털
콘텐츠 유통 현황 및 개선방안 연구”, 『문화·미디어·엔터테인먼트법』 제7권 2호(2013), 중앙대학교
문화·미디어·엔터테인먼트법 연구소.
- 김영태, “특수한 유형의 온라인서비스제공자의 책임제도의
개선 방안 - 기술적 조치와 시정명령·시정권고제도를
중심으로 -”, 『법학논총』, 제40권 제1호(2016), 단
국대학교 법학연구소.
- 신재호·조용순, “저작물의 온라인 불법유통 방지를 위한 행
정규제에 관한 검토”, 『창작과 권리』
제66호(2012), 세창출판사.
- 심동섭, “개정 저작권법 해설”, 『계간 저작권』 제76호
(2006), 한국저작권위원회.
- 오영우·장규현·권현영·임종인, “온라인서비스제공자(OSP)의
저작권보호 책임과 필터링”, 『정보보호학회논문
지』 제20권 제6호(2010), 한국정보보호학회.
- 정병옥, “특수한 유형의 OSP에 대한 저작권 보호 기술 동
향”, 『한국정보기술학회지』, 제11권 제2호(2013),
한국정보기술학회.

최진원, “웹하드 등록제에 대한 소고”, 『산업재산권』 제40호(2013), 한국지식재산학회.

한국방송통신전파진흥원, “10대 청소년의 음란물 이용 행태 조사”, 『동향과 전망 : 방송·통신·전파』 제81호(2014), 한국방송통신전파진흥원.

국문초록

웹하드라는 새로운 기술을 통해 음란물의 유통이라는 문제가 대두되고 있다. 웹하드를 통한 음란물의 유통을 방지하기 위하여 「전기통신사업법」의 개정을 통해 웹하드 사업(특수한 유형의 부가통신사업)을 기존의 신고제에서 등록제로 변경하였고, 웹하드 사업자에 대하여 기술적 조치를 취할 의무를 부과하였다. 「전기통신사업법」상의 기술적 조치는 필터링을 의미한다고 해석하고 있다. 그러나 법에서 웹하드 사업자에게 기술적 조치를 취할 의무를 부과하고 있으나 현행 법규정은 웹하드를 통한 음란물 유통을 방지하기에는 미흡한 부분이 존재한다고 판단된다. 우선 웹하드 사업자가 임의로 필터링 시스템을 off 하는 경우에 대한 금지규정이 존재하지 않고, 웹하드 사업자의 기술적 조치에 대한 점검 권한에 대한 명확한 근거규정이 존재하지 않으며, 웹하드 사업자의 불법행위에 대한 명확한 처벌규정이 존재하지 않는다는 등의 문제점이 발견되었다.

음란물 유통의 온상이 되고 있는 웹하드사업자를 규율하기 위하여 「전기통신사업법」의 개정방향을 제시하여 효율적인 음란물유통방지를 위한 법규정의 정비가 필요하다고 할 것이다.

주제어

웹하드, 음란물, 웹하드 등록제, 기술적 조치, 전기통신사업법.

<Abstract>

Issues of Legal System to Prevent Distribution of
Pornography through Cyber-Locker(Webhard)

Lee Choonghoon
Incheon National Univ.

Since a new technology called Cyber-Locker (a.k.a webhard in Korea) has caused the issue of distribution of pornography, to prevent distribution of pornography through cyber-locker, Korean Government changed the existing notice system into the registration system and imposed technical measures which means active filtering system on cyber-locker operators by amending Telecommunication Business Act. However, it is thought that the legal system of Telecommunication Business Act which imposes an obligation on cyber-locker operators to take technical measures does provide insufficient tools to prevent the distribution of pornography through cyber-locker.

First of all, there is no provision to prohibit cyber-locker operators from turning off the filtering system arbitrarily, there is no definite provision for the authority to inspect technical measures of the cyber-locker operators in Telecommunication Business Act and sometimes, there is no definite provision to punish the tortfeasors who do not

follow the Act

In order to regulate cyber-locker operators who distribute pornography, it is necessary to amend the provisions of the Act efficiently to prevent pornography distribution by presenting directions of Telecommunications Business Act.

Key words

Cyber-locker(webhard), Pornography, Registration of Cyber-locker, Technical Measures, Telecommunications Business Act

도산법의 주요 개정 내용과 판례의 최근 경향

조용주 변호사

(법무법인 안다 대표변호사, 인천도산법연구회장)

1. 발표에 앞서 들어가는 글

채무자 회생 및 파산에 관한 법률(이하 ‘채무자회생법’이라고 함)은 2016년과 2017년에 걸쳐 여러 번에 걸쳐서 서울회생법원을 설립하고 그 외에 채권자와 채무자의 이해관계를 개선하는 내용의 법률로 개정이 되어 시행되고 있다. 또한 그동안 다양한 도산법 관련 판결이 선고됨으로써 도산절차가 보다 공정하고 효율적으로 작동할 수 있는 기준을 만들었다. 따라서 필자는 이러한 채무자회생법의 개정 내용과 최근 판결의 흐름을 파악하는 것은 현대도산법의 흐름을 이해하는데 큰 도움이 될 것이라고 판단하여 이러한 내용을 중심으로 정리해 보았다.

2. 도산법의 주요 개정 내용(2016. 8. 30. 이후에 개정된 여러 차례의 채무자회생법을 기준으로)

가. 서울회생법원의 설립에 따른 법률 개정

도산사건은 사건의 특성상 고도의 전문성이 필요할 뿐만 아니라, 경제위기 속에서 효율적인 사건처리를 위해서는 도산전문법원의 설립이 필요하여 도산전문법원 설치를 위한 일련의 법률 개정안이 2016. 12. 8. 국회 본회의 의결을 거쳐 2016. 12. 27. 공포된 데 이어 2017. 3. 1. 시행이 되었다. 법원조직법 개정으로 법원의 종류가 대법원, 고등법원, 특허법원, 지방법원, 가정법원, 행정법원 6종류에서 회생법원이 추가된 7종류로 늘어났으며, 각급 법원의 설치와 관할구역에 관한 법률(이하 “법원설치법”) 개정으로 서울특별시를 관할하는 서울회생법원이 우선 설치되어 2017. 3. 1.부터 본격적인 업무를 개시하였다.

서울회생법원의 도입으로 인하여 채무자회생법의 용어들이 새로이 추가되었는데, 회생사건이 계속되어 있는 회생법원은 회생계속법원, 파산사건이 계속되어 있는 회생법원은 파산계속법원, 개인회생사건이 계속되어 있는 회생법원은 개인회생계속법원으로 정의되었다(채무자회생법 제60조 제1항, 제353조 제4항, 제605조 제1항).

종전 채무자회생법에 의하면 채권조사확정재판에 대한 이의의 소는 회생법원(회생사건이 계속되어 있는 지방법원)의 관할에 전속하도록 규정되어 있었으나 채무자회생법 개정으로 채권조사확정재판에 대한 이의의 소는 회생계속법원의 관할에 전속하게 되었으므로, 채권조사확정재판에 대한 이의의 소는 서울중앙지방법원 민사부가 아니라 서울회생법원이 담당하게 된다(채무자회생법 제171조 제2항, 제1항). 종전 채무자회생법에 의

하면 부인의 소, 부인의 청구, 부인의 청구를 인용하는 결정에 대한 이의의 소는 모두 회생법원의 관할에 전속하도록 규정되어 있었으나, 채무자회생법 개정으로 부인의 소, 부인의 청구, 부인의 청구를 인용하는 결정에 대한 이의의 소는 모두 회생계속법원의 관할에 전속하게 되었으므로, 부인의 청구 이외에 부인의 소와 부인의 청구를 인용하는 결정에 대한 이의의 소까지 서울중앙지방법원이 아니라 서울회생법원이 담당하게 됩니다(채무자회생법 제105조 제3항, 제1항, 제107조 제3항, 제1항).

나. 신규자금 대여 채권자에 대한 권한 강화

채무자의 원활한 신규자금 확보를 유도하기 위하여 채무자의 회생에 필요한 자금(신규자금)을 대여한 채권자의 권한을 강화하였다. 신규자금 대여 채권자에게 회생절차의 주요사항에 대한 의견제시 및 관리인에 대한 자료요청 권한을 부여하였고(채무자회생법 제22조의 2), 채무자 등으로 하여금 사용목적이 정해진 신규자금의 집행 후 그 내용을 신규자금 대여 채권자에게 보고하도록 하였으며(채무자회생법 제39조의2 제2항 제3호 다목), 신규자금을 대여하려는 자가 조사위원으로부터 채무자에 대한 관련 정보를 제공받을 수 있게 하였다(채무자회생법 제87조 제6항).

다. 채권자의 의견제시권한 등 절차참여권 확대

채무자의 주요 채권자에게 채권자협의회 구성에 관한 의견 제

시 권한을 부여하고(채무자회생법 제20조 제4항), 제3자 관리인(기존 경영자 외의 관리인) 선임시 채권자협의회에 관리인 후보자 추천권을 부여하며(채무자회생법 제74조 제7항), 법원이 조사위원을 선임하거나 신규자금 차입을 허가할 때 채권자협의회 의견을 듣도록 하는 등(채무자회생법 제87조 제1항, 제179조 제2항), 채권자의 절차 참여권을 강화하였다.

라. 상거래채권자들에 대한 보호 강화

상거래채권자들에 대한 보호를 강화함으로써 채무자의 자금 및 영업계속성을 확보하고자 하였다. 회생절차개시신청으로부터 20일 이내에 채무자와의 정상적인 영업으로 인하여 취득한 물품대금채권을 공익채권으로 정하였고(채무자회생법 제179조 제1항 제8의2호), 채무자의 거래상대방인 중소기업의 사업계속에 현저한 지장이 발생하는 경우 해당 중소기업의 회생채권을 다른 회생채권보다 우대하여 변제할 수 있는 근거를 마련하였으며(채무자회생법 제132조 제1항, 제218조 제1항 제3호), 회생계획인가결정 전의 회생채권 변제요건을 다소 완화함으로써 간접적으로 거래상대방의 보호를 강화하였다(채무자회생법 제132조 제2항).

마. 한국형 프리패키지 제도 도입

개정 채무자회생법은 프리패키지 제도는 채무자가 회생절차를 밟기 전에 인수예정자 등을 정해 인수예정자의 투자계획을 반영해 회생절차 개시신청을 하고 법원의 회생절차를 밟는 제도

다. 채무자 부채의 2분의 1 이상에 해당하는 채권자 또는 이러한 채권자의 동의를 얻은 채무자는 회생절차개시 신청 때부터 회생절차 개시 전까지 사전계획안을 제출할 수 있다.

이번에 도입된 프리패키지 제도는 도산 위기에 몰린 채무자가 법원을 통한 회생절차가 개시되기 이전에 자율적·주도적으로 투자자를 찾음으로써 회생 가능성을 도모할 수 있게 하는 제도이다. 성장 가능성은 충분하지만 당장의 유동성 부족으로 위기를 겪고 있는 기업 등에 유용한 제도로, 미국 등에서는 파산법을 통해 이미 시행되고 있다. 그 주요 내용은 채무자의 부채의 50% 이상에 해당하는 채권을 가진 채권자뿐만 아니라 ‘해당 채권자의 동의를 얻은 채무자’에게도 회생절차를 위한 사전계획안을 법원에 제출할 수 있도록 한다는 것이다(채무자회생법 제223조 제1항). 이로써 법원 밖에서의 자율적인 구조조정 작업이 자연스럽게 회생절차로 이어지게 하는 효과뿐만 아니라, 기존의 채권금융기관 공동관리절차(이른바 ‘워크아웃’) 방식의 구조조정이 채무자회생법상의 회생절차로 일원화되는 효과도 기대해볼 수 있다.

개정내용 중에는 사전계획안 제출자가 채권자목록 등을 제출한 경우 회생절차개시결정 이후 별도로 채권자목록을 제출하지 않을 수 있게 하는 등(채무자회생법 제50조 제1항 제1호, 제223조 제5항) 본 제도를 뒷받침하는 내용이 포함되어 있고, 법원으로 하여금 채무자가 구상한 사전계획안에 동의하지 않는 채권자 등의 의견을 듣고 사전계획안에 대한 인가여부를 결정하도록 정하는 등(채무자회생법 제242조의2) 사전계획안에

반대하는 소수 채권자를 보호할 수 있는 방안을 마련하여 부작용을 최소화 하고자 하였다.

바. 일정 규모 이상 법인 채무자의 회생 파산 사건에 대한 관할 집중

채권자의 수가 300인 이상으로서 일정 금액 이상의 채무를 부담하는 법인에 대한 회생·파산 사건은 그 소재지 등을 불문하고 서울회생법원에도 신청할 수 있게 함으로써 관할 집중을 통한 효율적인 사건 처리가 가능하도록 하였다.

사. 개인회생 변제기간 5년을 3년으로 단축

기존 채무자회생법 제611조 제5항은 개인회생을 위한 변제기간을 5년을 초과해서는 아니된다고 상한을 규정하고 있었는데, 대법원은 ‘개인회생사건 처리지침’을 통해 5년 내에 원금 전부를 변제할 수 있는 경우를 제외하고는 변제기간을 5년으로 하도록 실무적으로 변제기간이 5년으로 고착되어 있었다. 지난 7년간 60만여명의 채무자들이 개인회생을 신청했으나 법원이 인가한 변제계획에 따라 채무변제를 완결해 면책된 채무자는 21만명에 불과해서 신청대비 성공률이 34.85%에 불과했다. 변제기간을 5년으로 한 것은 상대적으로 길고, 변제기간 동안 최저생계비를 제외한 남은 소득을 모두 채무변제에 사용해야 하기 때문에 채무자의 생계 압박이 개인회생 실패의 주요요인이 되었다. 이법 채무자회생법의 개정으로 개인회생의 변제기간은 원칙적으로 3년을 초과하지 못하도록 하되, 특별한 사정이 있

는 경우에 한하여 5년을 초과하지 않은 기간으로 변제기간을 정할 수 있도록 했다.

아. 채무자를 위한 공탁제도 신설(안)

채무자회생법상 개인회생을 신청한 채무자는 법원의 변제계획인가결정에 따라 채권자에게 갚아야 할 돈을 법원에 맡겨야 한다. 채권자는 법원이 정하는 순위와 절차에 따라 돈을 나눠 받게 된다. 이때 채권자 중 일부가 배당된 돈을 찾아가지 않을 경우를 대비해 현행법은 법원이 채권자를 위해 공탁할 수 있도록 규정하고 있다. 개정될 채무자회생법은 개인회생 절차가 모두 끝난 뒤에도 돈이 남아 채무자에게 돌려줘야 하는데도 소재 등을 알 수 없어 돌려줄 수 없는 경우 법원이 채무자를 위해서도 공탁할 수 있도록 했다.

3. 채무자회생법 판례의 최근 경향

가. 양도담보 목적 채권의 출자전환 후에 피담보채권이 소멸한다는 판결(2014다54168 판결)

(1) 판결의 요지

대출채권의 담보를 위하여 채무자가 채권자에게 자신의 제3자에 대한 다른 채권을 담보 목적으로 양도하였는데 그 양도된 채권이 후일 제3자에 대한 회생절차에서 채권자에 의하여 회

생채권으로 신고되어 회생계획에 따라 그 전부 또는 일부가 출자전환됨으로써 그 회생채권의 변제에 갈음하기로 한 경우, 신주발행의 효력발생일 당시를 기준으로 하여 채권자가 인수한 신주의 시가를 평가하여 그 평가액에 상당하는 부분의 대출채권이 변제된 것으로 보아야 한다(대법원 2003. 1. 10. 선고 2002다12703, 12710 판결, 대법원 2003. 8. 22. 선고 2001다 64073 판결 등 참조).

(2) 사안의 개요

피고 우리은행이 원고에게 상환청구권이 있는 외상매출채권 담보대출 방식으로 이 사건 대출을 하면서 원고의 벽산건설 주식회사에 대한 이 사건 외상매출채권을 담보로 취득한 사실, 피고 우리은행이 벽산건설 주식회사에 대한 회생절차에서 위 외상매출채권을 회생채권으로 신고한 사실, 위 외상매출채권의 75%를 출자전환하고 그 신주발행 효력발생일에 채권의 변제에 갈음하기로 하는 회생계획안이 확정되어, 피고 우리은행이 신주발행의 효력발생일인 2012. 11. 12. 14,850주를 인수하였는데 당시 벽산건설 주식의 시가가 주당 1,285원인 사실을 인정한 후, 신주발행의 효력발생일 당시를 기준으로 하여 피고 우리은행이 인수한 신주의 시가 상당액에 대하여 이 사건 대출금채무가 실질적으로 만족을 얻어 소멸하였다고 주장하고, 우리 은행은 양도담보권자는 담보목적물을 환가할 수 있는 권리를 가지고 있을 뿐 일정한 상황이 되면 반드시 환가해야 할 의무를 부담하고 있는 것이 아니므로, 담보목적물인 채권이 일

부 출자전환 주식으로 변경되었다는 사정만으로 피담보채권이 변제로 소멸하였다고 볼 수 없다고 주장한 사안이다.

(3) 위 판결에 대한 해설

주채무자에 대한 회생절차에서 주채무의 출자전환에 따른 보증채무의 소멸범위에 관하여 대법원은, 신주발행의 효력발생일을 기준으로 회생채권자가 인수한 신주의 시가를 평가하여 그 평가액에 상당하는 채권액이 변제된 것으로 보아야 하고, 이 경우 회생채무자의 채무를 보증한 보증인들로서는 회생채권자에 대하여 위 변제된 금액의 공제를 주장할 수 있다고 하여, 이른바 '시가평가액 소멸설'을 취하고 있다. 대상판결이 원용하고 있는 2001다64073 판결은, '시가평가액 소멸설'의 연장선상에서, 기존채권의 지급을 위하여 교부된 약속어음의 발행인에 대하여 회사정리절차가 개시되고 약속어음채권이 정리채권으로 신고되어 정리계획에 따라 약속어음채권이 출자전환된 사안에서, 출자전환된 약속어음채권액 상당의 기존채권이 소멸된 것으로 볼 것이 아니라 신주발행 효력발생일을 기준으로 정리채권자가 인수한 신주의 시가를 평가하여 그 평가액만큼 기존채권이 변제된 것으로 보아야 한다고 하였다. 같은 취지에서 대출금채무의 담보로 양도된 채권이 회생채권으로 되어 회생절차에서 출자전환된 경우에도, 기존 채무의 변제를 위하여 약속어음이 교부된 사안의 경우와 같이, 신주발행 효력발생일 당시의 출자전환으로 취득한 신주의 시가 상당액만큼 피담보채권인 대출금채권이 변제되어 소멸된다고 본다. 나아가 대출채권자의 담보권의 목적물이 외상매출채권에서 출자전환된 주

식으로 변환된 채 양도담보권이 그대로 유지·존속하는 것이 아니라 담보권이 실행되어 신주발행 효력발생일 기준으로 시가 상당액만큼 대출채권이 변제된 것으로 보았다. 원고가 담보 목적물인 외상매출채권으로 회생절차에 참가하였다면 이는 담보권실행을 위한 환가절차에 나아갔다고 평가할 수 있고, 회생절차에서 출자전환에 따라 주식을 취득하였다면 이는 담보권 실행으로 변제를 받았다고 평가할 수 있을 것이다.

나. 구상권을 회생채권으로 신고하지 않았지만 변제자 대위에 의하여 채권자의 권리의 행사할 수 있다는 판결(2013다214970 판결)

(1) 판결의 요지

어느 연대채무자가 자기의 출재로 공동면책이 된 때에는 민법 제425조 제1항의 규정에 의하여 다른 연대채무자의 부담 부분에 대하여 구상권을 가짐과 동시에 민법 제481조, 제482조 제1항의 규정에 의한 변제자대위에 의하여 당연히 채권자를 대위하여 채권자의 채권 및 그 담보에 관한 권리를 행사할 수 있는데, 위 구상권과 변제자대위권은 그 원본, 변제기, 이자, 지연손해금의 유무 등에 있어서 그 내용이 다른 별개의 권리가(대법원 1997. 5. 30. 선고 97다1556 판결 등 참조).

그리고 채무자에 대하여 회생절차가 개시된 경우에 회생채권자가 자신의 구상권을 회생채권으로 신고하지 아니하여 채무자가 채무자회생법 제251조 본문에 따라 그 구상권에 관하여

책임을 면한다 하더라도 회생채권자가 채무자에 대하여 이행을 강제할 수 없을 뿐 구상권 자체는 그대로 존속한다고 봄이 타당하므로, 회생채권자가 민법 제481조, 제482조 제1항의 규정에 의한 변제자대위에 의하여 채권자를 대위하여 채권자의 채권 및 그 담보에 관한 권리를 행사하는 데에는 영향이 없다 할 것이다.

(2) 사안의 개요

1) 원고, 피고 보조참가인 및 주식회사 한화건설(이하 ‘한화건설’이라 한다)은 공동이행방식의 공동수급체를 구성하여 2003. 4. 1. 조달청으로부터 수요기관을 경기도 안산시로 한 안산시 종합운동장 주경기장 건립공사(이하 ‘이 사건 공사’라 한다)를 도급받고, 2006. 11. 30. 이 사건 공사를 준공하였다.

2) 원고, 피고 보조참가인 및 한화건설은 이 사건 공사도급계약의 체결 과정에서 공동수급협정을 체결하여 이 사건 공사에 관하여 발생한 하자에 대한 하자담보책임을 연대하여 부담하기로 약정하였다.

3) 원고는 2006. 12. 28., 피고 보조참가인과 한화건설은 각 2006. 12. 29. 안산시를 보증채권자로 하여 이 사건 하자보수의무를 보증하기 위하여 개별적으로 피고와 사이에 각 하자보수보증계약(위 각 하자보수보증계약 중 피고 보조참가인과 피고 사이에 체결된 하자보수보증계약을 이하 ‘이 사건 하자보수보증계약’이라 한다)을 체결하였고, 위 하자보수보증계약의 보증

약관 제1조에는 “건설공제조합은 계약자가 하자담보책임기간 내에 사용검사(준공)시의 설계도서를 기준으로 발생한 하자에 대하여 그 보수 이행청구를 받았음에도 이를 이행하지 아니함으로써 그 상대방에게 부담하는 채무를 이 보증서에 기재된 사항과 약관에 따라 지급하여 드립니다.”라고 되어 있다.

4) 안산시는 피고 보조참가인에게 원심판시 내용과 같이 이 사건 공사에 관하여 발생한 하자(이하 ‘이 사건 하자’라 한다)의 보수를 요청하였으나 피고 보조참가인은 위 하자보수의무를 이행하지 아니하던 중 2010. 7. 27. 서울중앙지방법원 2010회합 73호로 회생절차가 개시되었고, 이후에도 피고 보조참가인이 이를 이행하지 아니하였다.

5) 원고는 2011. 2.경 안산시로부터 피고 보조참가인의 부담 부분에 대한 하자보수 요청을 받았으나 위 회생절차에서 위 하자보수 의무를 이행할 경우 피고 보조참가인에 대하여 가지게 되는 장래의 구상권을 회생채권으로 신고하지 아니하였고, 위 회생절차에서는 2011. 3. 28. 위 구상권이 회생계획서에서 변제의 대상으로 규정되지 않은 채 회생계획인가결정이 내려졌으며 2012. 1. 19. 피고 보조참가인에 대한 회생절차가 종결되었다.

6) 원고는 안산시의 하자보수요청을 받고 2012. 6. 이후에서야 이 사건 하자 중 피고 보조참가인의 부담 부분에 대하여 하자보수의무를 이행하였다.

(3) 이 판결에 대한 해설

변제자대위는 구상권의 실현을 확보하기 위한 것이므로 변제자대위가 성립하려면 그 전제로 구상권이 있어야 한다. 그런데 연대채무자인 공동수급체 구성원 중 하나에 대하여 회생절차가 개시되고 그 회생절차에서 도급인이나 연대채무자가 하자보수채권 또는 하자보수의무 이행을 원인으로 한 장래의 구상권을 회생채권으로 신고하지 아니하여 실권된 경우, 연대채무자가 변제자대위에 의하여 도급인의 담보에 관한 권리를 행사할 수 있는지가 문제된 사안이다. 구 회사정리법 상 면책에 관하여 대법원은 "채무 자체는 존속하지만 회사에 대하여 이행을 강제할 수 없다는 의미로서 면책된 채무는 이른바 자연채무"라고 판시한바 있다(2004다39597 등). 이 사건에서 대법원은 위와 같은 법리에 기초하여 회생채권자의 변제자대위에 의한 권리의 행사를 긍정하고 있다. 면책의 효력과 관련하여 이른바 자연채무설이 다시 확인된 것이다. 한편 보증보험계약의 실질은 보증이므로 이 사건의 경우 채무자회생법 제250조 제2항에 따라 종래 채권자가 가지고 있던 담보에 관한 권리의 행사를 인정할 수 있을 것이다. 또한 구상권을 회생채권으로 신고하여 구상권이 회생계획에 따라 변경되더라도 이 사건과 마찬가지로 결론이 될 것이다.

다. 가처분채권자가 담보공탁 후 파산선고를 받은 경우 가처분채무자의 권리 실행방법에 대한 판결(2014다34126 판결)

(1) 판결의 요지

가처분채권자가 가처분으로 인하여 가처분채무자가 받게 될 손해를 담보하기 위하여 법원의 담보제공명령으로 일정한 금전을 공탁한 경우에, 피공탁자로서 담보권리자인 가처분채무자는 담보공탁금에 대하여 질권자와 동일한 권리가 있다(민사집행법 제19조 제3항 , 민사소송법 제123조). 한편 가처분채권자가 파산선고를 받게 되면 가처분채권자가 제공한 담보공탁금에 대한 공탁금회수청구권에 관한 권리는 파산재단에 속하므로, 가처분채무자가 공탁금회수청구권에 관하여 질권자로서 권리를 행사한다면 이는 별제권을 행사하는 것으로서 파산절차에 의하지 아니하고 담보권을 실행할 수 있다. 그런데 담보공탁금의 피담보채권인 가처분채무자의 손해배상청구권이 파산채무자인가처분채권자에 대한 파산선고 전의 원인으로 생긴 재산상의 청구권인 경우에는 채무자회생법 제423조 에서 정한 파산채권에 해당하므로, 채무자회생법 제424조에 따라 파산절차에 의하지 아니하고는 이를 행사할 수 없다. 그리고 파산채권에 해당하는 채권을 피담보채권으로 하는 별제권이라 하더라도, 별제권은 파산재단에 속하는 특정재산에 관하여 우선적이고 개별적으로 변제받을 수 있는 권리일 뿐 파산재단 전체로부터 수시로 변제받을 수 있는 권리가 아니다. 따라서 가처분채무자가 가처분채권자의 파산관재인을 상대로 파산채권에 해당하는 위 손해배상청구권에 관하여 이행소송을 제기하는 것은 파산재단에 속하는 특정재산에 대한 담보권의 실행이라고 볼 수 없으므로 이를 별제권의 행사라고 할 수 없고, 결국 이는 파산절차 외에서 파산채권을 행사하는 것이어서 허용되지 아니한다.

한편 이러한 경우에 가처분채무자로서는 가처분채권자의 파산 관재인을 상대로 담보공탁금의 피담보채권인 손해배상청구권의 존부에 관한 확인의 소를 제기하여 확인판결을 받는 등의 방법에 의하여 피담보채권이 발생하였음을 증명하는 서면을 확보한 후, 민법 제354조 에 의하여 민사집행법 제273조에서 정한 담보권 존재 증명 서류로서 위 서면을 제출하여 채권에 대한 질권 실행 방법으로 공탁금회수청구권을 압류하고 추심 명령이나 확정된 전부명령을 받아 담보공탁금 출급청구를 함으로써 담보권을 실행할 수 있고, 또한 피담보채권이 발생하였음을 증명하는 서면을 확보하여 담보공탁금에 대하여 직접 출급청구를 하는 방식으로 담보권을 실행할 수도 있다.

(2) 사안의 개요

1) 주식회사 프라임상호저축은행(이하 ‘프라임저축은행’이라 한다)은 이 사건 아파트에 관하여 채권자취소권에 기한 소유권이 전등기말소청구권을 피보전권리로 하여 서울중앙지방법원 2011카단65588호로 원고를 상대로 처분금지가처분을 신청하여, 2011.12. 5. 매매, 증여, 전세권, 저당권, 임차권의 설정 기타 일체의 처분행위를 금지하는 내용의 가처분결정을 받아, 같은 날 가처분등기가 경료되었다(이하 위 가처분을 ‘이 사건 가처분’이라 한다).

2) 원고는 2012. 1. 5. 서울중앙지방법원 2012카단10399호로 이 사건 가처분결정에 대하여 이의신청을 하였고, 2012. 2. 22. 위 법원으로부터 프라

임저축은행이 담보로 현며, 그 무렵 프라임저축은행은 원고를 피공탁자로 하여 7천만 원(이하 ‘이 사건 공탁금’이라 한다)을 공탁하였다.

3) 프라임저축은행은 2012. 9. 7. 서울중앙지방법원으로부터 파산선고를 받았고, 같은 날 피고가 파산관재인으로 선임되었다.

4) 프라임저축은행이 이 사건 가처분에 관하여 제기한 사해행위취소 청구의 본안소송 제1심에서 2012. 7. 26. 승소하였으나, 원고가 불복하여 항소한 제2심에서 2013. 1. 11. 소 취하로 소송이 종료되었고, 이 사건 가처분의 해제로 2013. 2. 14. 이 사건 가처분등기도 말소되었다.

5) 원고는, 프라임저축은행이 피보전권리의 존부에 관하여 제대로 확인하지 않은 채 이 사건 가처분을 신청하였고 그에 따라 원고가 이 사건 가처분에 따른 피해 확대를 금 7천만 원을 공탁하는 것을 조건으로 이 사건 가처분결정을 인가하는 결정을 받았으며 이를 방지하기 위하여 변호사비용을 지출하고 이 사건 가처분등기가 마쳐진 동안의 임대지연으로 인하여 관리비를 지출하며 월 차임을 얻지 못한 손해를 입었다고 주장하면서, 2013. 2. 6. 피고를 상대로 이 사건 손해배상청구소송을 제기하였다.

(3) 이 사건의 해설

법원의 담보제공명령에 따른 공탁이 있는 경우 담보권리자의 권리행사방법에 관하여, 대법원은 ① 직접 출급 청구, ② 질권 실행 방법으로 공탁금회수청구권에 대한 압류와 추심·전부명령 등, ③ 집행권원에 터잡아 일반강제집행절차에 의한 추심·전부명령을 받은 후 담보취소에 의한 공탁금회수청구를 모두 인정하고 있다(2003다19183 판결, 재판상 담보공탁금의 지급청구절차 등에 관한 예규 참조). ①②의 방법으로 권리를 행사하려면 확정판결, 공탁자의 동의서 등 피담보채권이 발생하였음을 증명하는 서면이 필요하고, ③의 경우는 일반강제집행절차에 따라 공탁금회수청구권에 대한 집행을 하는 것이므로 집행권원이 필요하다.

담보제공자인 프라임저축은행에 대하여 파산이 선고된 경우, 공탁된 금전 자체는 파산재단에 속한 재산이라고 보기 어려우므로 담보권리자는 금전 자체에 관한 별채권자라고 할 수는 없지만, 담보권리자는 채권조사절차 또는 채권확정소송 등을 거쳐 피담보채권의 발생을 증명하는 서면을 얻어 직접 출급청구를 할 수 있다. 한편 파산채무자 프라임저축은행의 공탁금회수청구권은 파산재단에 속하는 재산이므로, 원고는 공탁금회수청구권 위에 질권을 가지는 별채권자에 해당하고, 파산절차와 관계없이 담보권 실행방법에 따라 그 권리를 행사할 수 있다.

원고가 직접 출급을 청구할 수 있거나 별채권자라고 하더라도 파산관재인을 상대로 피담보채권의 직접 이행을 구하는 것은 허용되지 아니한다. 손해배상채권은 파산선고전의 원인(부당한 가처분)으로 생긴 것으로서 파산채권이기 때문에 파산절차에

의하지 아니하고는 행사할 수 없고, 별채권은 특정재산에 대하여 파산절차와 관계없이 권리를 행사하여 그로부터 우선변제를 받을 권리일 뿐이지 파산재단에 속하는 일반재산에 대하여 파산절차와 관계없이 수시로 변제를 받을 수 있는 권리가 아니기 때문이다. 결국 원고는 집행권원을 얻을 수 없기 때문에 집행권원을 요구하는 위 ③의 방법으로는 권리실행을 할 수 없다. 설령 파산선고 전에 집행권원을 얻어두었다고 하더라도 파산선고로 파산재단에 속하는 공탁금회수청구권에 대하여는 더 이상 강제집행절차에 나아갈 수 없으므로 마찬가지이다.

①②의 방법으로 권리행사를 하는 경우, 공탁자에 대한 파산선고 전에 '피담보채권이 발생하였음을 증명하는 서면'을 확보하고 있는 경우에는 파산절차와 관계없이 권리실행에 나아가면 된다. 파산선고 후라면, 위 서면은 반드시 집행권원이거나 이행판결이어야 할 필요는 없으므로, 원고는 파산채권신고를 하고 채권조사절차 또는 채권확정소송 등을 통해 확정된 파산채권자표를 피담보채권의 발생을 증명하는 서면으로 하여 권리를 행사할 수 있다. 또한 원고는 파산관재인을 상대로 피담보채권 확정을 위한 채권존재확인 소 등을 제기하여 그 확정판결을 피담보채권의 발생을 증명하는 서면으로 하여 담보권을 실행하면 된다.

라. 비금전채권이 포괄적 금지명령의 대상이 될 수 있다는 판결(2016마5082 판결)

(1) 판결의 요지

포괄적 금지명령에 의하여 보전처분 등이 금지되는 회생채권은 ‘채무자에 대하여 회생절차개시 전의 원인으로 생긴 재산상의 청구권’을 의미하는바(채무자회생법 제118조 제1호), 회생채권에 있어서는 이른바 금전화, 현재화의 원칙을 취하지 않고 있으므로 그러한 재산상의 청구권은 금전채권에 한정되지 아니하고 계약상의 급여청구권과 같은 비금전채권도 그 대상이 될 수 있다(대법원 1989. 4. 11. 선고 89다카4113 판결 참조).

(2) 사안의 개요

1) 피신청인은 2013. 12. 27.경 신청인으로부터 화성시 (주소 생략) 외 1필지 지상 연세한국병원부속동 신축공사(이하 ‘이 사건 공사’라 한다)를 도급받았고, 2015. 2. 말경 위 건물을 준공하였다.

2) 한편 신청인은 2015. 2. 9.경 제3채무자에게 위 건물 중 일부를 장례식장으로 임대하기로 하는 임대차계약을 체결하였다.

3) 신청인은 2015. 2. 25.경 피신청인과 이 사건 공사대금의 지급과 관련하여, 2015. 3. 13. 현대저축은행 지급분 2억 원, 제3채무자의 임대차보증금 중도금 지급분 5억 원을 지급하고, 2015. 3. 31. 제3채무자의 임대차보증금 잔금 지급분으로 나머지 잔금을 지급하기로 하며, 신청인은 피신청인에게 미지급 공사대금 11억 원에 대하여 2015. 2. 26.까지 채권양도통지서를 교부하기로 하였다.

4) 신청인은 2015. 5. 13. 수원지방법원 2015회합10015호로 회생절차 개시신청을 하였고, 위 법원은 2015. 5. 19. 채무자 회생 및 파산에 관한 법률(이하 ‘채무자회생법’이라 한다) 제45조 제1항을 적용하여 ‘위 사건에 관하여 회생절차 개시신청에 대한 결정이 있을 때까지, 모든 회생채권자 및 회생담보권자에 대하여 회생채권 또는 회생담보권에 기한 강제집행, 가압류, 가처분 또는 담보권실행을 위한 경매절차를 금지’하는 포괄적 금지명령(이하 ‘이 사건 포괄적 금지명령’이라 한다)을 내렸고, 위 명령은 같은 달 21. 신청인에게 송달되었다.

5) 피신청인은 2015. 5. 22. 신청인을 상대로 ‘채권양도통지 이행청구권’을 피보전권리로 하여 신청인의 제3채무자에 대한 ‘2015. 2. 9.자 연세한국병원 장례식장 임대차계약서에 따라 가지는 임대차보증금(전세보증금) 지급채권(25억 원)에서 잔금 명목으로 제3채무자가 채무자에게 지급하기로 한 10억 원 중 6억 1,000만 원에 이를 때까지의 금원’에 관한 채권의 추심 및 처분금지 가처분을 신청하였고, 수원지방법원은 2015. 6. 2. 위와 같은 취지의 이 사건 가처분결정을 하였다.

6) 신청인은 2015. 6. 30. 이 사건 가처분결정의 피보전권리는 회생채권에 해당하고 이 사건 가처분결정은 이 사건 포괄적 금지명령에 위배하여 발령된 것으로 무효라고 주장하면서 이 사건 가처분의 해제를 신청하였으나, 앞에서 본 바와 같이 수원지방법원이 그 집행을 취소하지 아니하자, 신청인은 이에 대하여 이의하였다.

(3) 이 판결에 대한 해설

이 사건에서 채권양도통지 이행청구권을 피보전권리로 하는 가처분이 포괄적 금지명령의 대상인지가 문제되었다. 채무자회생법상 회생채권을 피보전권리로 하는 보전처분이 포괄적 금지명령의 대상이 되므로 결국 채권양도통지 이행청구권이 회생채권인지가 문제된다. 회생채권이 되려면 재산상의 청구권이어야 하는데(법 제118조 제1호), 재산상 청구권이란 채무자의 재산가치의 이용에 의하여 이행될 청구권을 말하고 반드시 금전채권일 필요는 없으며 금전으로 평가될 수 있는 청구권이면 된다(비금전채권의 의결권에 관한 법 제137조). 계약상 작위청구권은 채무자의 영업활동을 내용으로 하는 것이 대부분인데, 결국 채무자의 재산가치의 이용으로 이행될 채권이므로 재산상 청구권이다. 이 사건에서 문제된 채권양도통지 이행청구권은 비록 비금전채권이기는 하지만 신청인과 피신청인 사이에 체결된 채권양도계약에 따른 대항요건의 구비를 구하는 것으로서, 대항요건 구비로 채권양도가 이루어지면 회생채무자의 재산 감소가 생기는 것이기 때문에, 위 채권은 재산상의 청구권에 해당한다. 따라서 이 사건 가처분은 포괄적 금지명령의 대상이 된다. 포괄적 금지명령을 위반하여 이루어진 보전처분이나 강제집행은 무효이고, 따라서 위 가처분의 집행은 해제되어야 한다. 이 사건에서 회생절차가 나중에 폐지되었으나 그 폐지결정에는 소급효가 없으므로 이와 같이 무효인 보전처분이나 강제집행 등은 여전히 무효이다(2014다210159).

마. 특정채권을 가진 재단채권자가 채권자대위권을 행

사할 수 있다는 판결(2013다211803 판결)

(1) 판결의 요지

구 파산법 제40조는 “재단채권은 파산절차에 의하지 아니하고 수시로 이를 변제한다.”라고 규정하고 있어 재단채권자가 파산절차에 의하지 아니하고 개별적인 권리행사를 하는 것이 금지되지 아니한다. 이에 따라 특정채권을 가진 재단채권자가 자기의 채권의 현실적인 이행을 확보하기 위하여 파산재단에 관하여 파산관재인에 속하는 권리를 대위하여 행사하는 경우, 그것이 파산관재인의 직무 수행에 부당한 간섭이 되지 않는 등 파산절차의 원만한 진행에 지장을 초래하지 아니하고, 재단채권 간의 우선순위에 따른 변제 및 동순위 재단채권 간의 평등한 변제 등과 무관하여 다른 재단채권자 등 이해관계인의 이익을 해치지 않는다면, 파산재단의 관리처분권을 파산관재인의 공정·타당한 정리에 일임한 구 파산법의 규정 취지에 반하지 아니한다. 따라서 특별한 사정이 없는 한, 이와 같은 재단채권자의 채권자대위권 행사는 법률상 허용된다고 봄이 상당하다.

(2) 사안의 개요

1) 주식회사 우방(법인등록번호: (생략), 2011. 6. 29. 원고에 흡수합병되었다. 이하 합병 전후를 불문하고 ‘원고’라고만 한다)은 주식회사 천호주택(이하 ‘천호주택’이라고 한다) 소유의 포항시 북구 (주소 생략) 포함 13필지 2,232㎡ 등 지상에 공동주택 신축사업을 시행하기로 하고, 1995. 6. 15. 천호주택과 위

토지를 76억 2,110만 원에 매수하는 내용의 매매계약을 체결하고, 1995. 6.경까지 50억 원 상당의 매매대금을 지급하였다.

2) 원고는 위 토지의 매매에 따른 세금부담 때문에, 1997. 9. 30. 천호주택과 위 매매계약을 합의해제하고 위 공동주택 신축사업의 사업주체에 천호주택을 포함하는 등의 내용으로 공동사업 기본약정을 체결하는 한편, 1997. 10. 28. 포항시장으로부터 사업주체를 ‘원고, 천호주택, 주식회사 제일건설’로, 시공자를 ‘원고’로, 사업부지를 ‘포항시 북구 (주소 생략) 외 35필지 60,726㎡’로 하여 그 지상에 ‘포항우방신천지타운’ 공동주택을 신축하기로 하는 내용의 주택건설사업계획승인을 받았다.

3) 천호주택은 1997. 11. 26. 주택사업공제조합[1999. 2. 8. 법률 제5908호로 개정된 주택건설촉진법에 의하여 대한주택보증 주식회사로 조직 변경되었다가, 2015. 1. 6. 법률 제12989호로 제정된 주택도시보증법(2015. 7. 1. 시행)에 의하여 피고로 조직이 개편되었다. 이하 조직 변경 등을 불문하고 ‘피고’라고만 한다]과 천호주택이 제공한 사업부지 중의 일부인 이 사건 각 토지에 관하여 포항우방신천지타운의 분양보증을 신탁목적으로 하는 신탁계약(이하 ‘이 사건 신탁계약’이라고 한다)을 체결하고, 1997. 12. 16. 이 사건 신탁계약을 원인으로 하여 피고 명의의 소유권이전등기를 마쳤다. 이 사건 신탁계약 제18조에 의하면, ‘신탁계약이 종료된 경우, 신탁부동산에 관하여 피고는 신탁등기의 말소 및 수익자인 천호주택에게 소유권이전등기를 행한다.’고 규정하고 있다.

4) 원고 등은 위 사업계획에 따라 포항우방신천지타운의 신축을 완료하고, 2002. 1. 30. 포항시장으로부터 위 공동주택의 임시사용승인을 받았다가 2004. 4. 12. 사용승인을 받았고, 그 무렵 분양을 완료하였다.

5) 한편 포항우방신천지타운 신축사업이 진행되는 과정에서, 천호주택은 2003. 12. 23. 대구지방법원으로부터 파산선고를 받았고, 이 사건 각 토지는 2004. 2. 13.경 분할되면서 위 사업부지에서 제외되었다.

6) 원고와 파산자 천호주택의 파산관재인은 사업부지에서 제외된 이 사건 각 토지의 소유권 이전 및 사업과정에서 발생한 비용 등에 관한 정산을 위하여, 2004. 10.경 ‘천호주택은 원고로부터 부가가치세 대납금 등을 포함하여 합계 1,108,530,390원을 지급받고 그와 동시에 원고에게 이 사건 각 토지를 포함한 13필지 토지의 소유권을 이전한다’는 내용의 약정(이하 ‘이 사건 매매약정’이라고 한다)을 체결하였고, 이후 파산자 천호주택의 파산관재인은 이 사건 각 토지 등의 소유권 이전에 관하여 파산사건이 계속 중인 관할법원의 허가를 받았다.

7) 원고는 이 사건 매매약정에서 정한 금액을 모두 지급하였고, 이 사건 매매약정에 정해진 부동산 중 이 사건 각 토지를 제외한 나머지 9필지의 토지에 관하여 원고 명의의 소유권이 전등기가 마쳐졌다.

8) 원고는 이 사건 매매약정에 따른 이 사건 각 토지에 관한

소유권이전등기청구권의 보전을 위하여 파산자 천호주택의 파산관재인을 대위하여 피고에 대하여 이 사건 신탁계약의 종료를 원인으로 하여 이 사건 각 토지에 관한 신탁등기말소 및 파산자 천호주택 앞으로의 소유권이전등기 절차의 이행을 구하는 이 사건 소송을 제기하였다.

(3) 이 판결에 대한 해설

파산채권과 달리 개별적인 권리행사가 금지되지 않는 재단채권자가 전용형 채권자대위권을 행사할 수 있는가가 쟁점이다. 구 파산법이 적용되는 사건이지만 판시는 현행 채무자회생법 하에서도 타당하다. 재단채권자의 금전채권 보전을 위한 본래형 채권자대위권행사에 관하여는, 재단채권에 기하여 파산재단에 속하는 재산에 대한 개별적 강제집행을 허용하지 않는 대법원 2006마1277 결정이나 재단채권에 기한 파산선고 전의 강제집행은 파산선고로 효력을 잃는다는 대법원 2006마260 결정의 취지, 본래형 채권자대위권의 경우 그 목적이 채무자의 책임재산 확보·보전에 있는데 피보전채권에 기한 강제집행이 허용되지 않으면 책임재산의 확보·보전은 무의미하다는 점에 비추어 보면, 재단채권자의 본래형 채권자대위권 행사는 허용되지 않는다고 볼 수 있다.

재단채권은 파산절차에 의하지 아니하고 파산재단으로부터 수시 변제받을 수 있고, 전용형 채권자대위권 행사는 특정채권의 이행을 확보하기 위한 것이므로, 파산재단의 관리처분권을 파산관재인의 공정·타당한 정리에 일임하는 파산제도의 취지에 반하지 않는다면, 재단채권자의 권리행사를 막을 이유가 없다.

사. 채권자취소소송 중 파산선고로 인한 파산관재인
의 수계로 인한 부인권행사기간은 채권자취소소송이 제기
된 때라는 판결(2015다33656 판결)

(1) 판결의 요지

채무자회생법은 파산관재인이 파산채무자에 대한 파산선고 이
후 파산채권자가 제기한 채권자취소소송을 수계할 수 있다고
규정하여, 파산채권자의 채권자취소권이라는 개별적인 권리행
사를 파산채권자 전체의 공동의 이익을 위하여 직무를 행하는
파산관재인의 부인권 행사라는 파산재단의 증식의 형태로 흡
수시킴으로써, 파산채무자의 재산을 공정하게 환가·배당하는
것을 목적으로 하는 파산절차에서의 통일적인 처리를 꾀하고
있다. 이는 부인권이 파산채무자가 파산채권자를 해함을 알고
한 행위를 부인하고 파산채무자로부터 이탈된 재산의 원상회
복을 구할 수 있는 권리라는 점에서 채권자취소권과 동일한
목적을 가지고 있기 때문이다.

위와 같이 파산채권자가 제기한 채권자취소소송의 중단 및 파
산관재인의 소송수계를 규정한 채무자회생법의 규정취지 등에
비추어 보면, 파산채권자가 파산채무자에 대한 파산선고 이전
에 적법하게 제기한 채권자취소소송을 파산관재인이 수계하면,
파산채권자가 제기한 채권자취소소송의 소송상 효과는 파산관
재인에게 그대로 승계되므로, 파산관재인이 채권자취소소송을
수계한 후 이를 승계한 한도에서 청구변경의 방법으로 부인권
행사를 한 경우, 특별한 사정이 없는 한, 그 제척기간의 준수

여부는 중단 전 채권자취소소송이 법원에 처음 계속된 때를 기준으로 판단하여야 한다.

(2) 사안의 개요

채무자 회사의 파산관재인인 원고가 파산채권자인 채권자 은행이 제기한 이 사건 채권자취소소송을 수계한 후, 파산채권자인 채권자 은행이 행사한 채권자취소권의 범위 내에서 그 대상이 된 행위를 부인하고 파산재단에 원상회복을 구하는 등으로 수계한 이 사건 채권자취소소송과 동일한 취지로 청구를 변경한 경우, 원고가 채무자 회사에 대한 파산선고가 있는 날부터 2년이 경과한 때에 위와 같이 청구변경을 한 사례.

(3) 이 판결에 대한 해설

이 사안과 관련해서는, 1설은 부인권 행사의 제척기간 준수 여부를 채권자취소소송제기시점을 기준으로 판단해야 한다는 견해, 2설은 제척기간 준수 여부는 수계신청 시점을 기준으로 판단하여야 한다는 전제 하에, 제척기간이 경과하면 부인권이 소멸되어 파산관재인이 채권자취소소송을 수계할 수 없다거나 수계하더라도 그 부인의 소는 부적법하다는 견해, 3설은 제척기간 준수여부를 청구변경 시점을 기준으로 판단하여야 한다는 견해 등이 있을 수 있다.

채무자회생법이 파산관재인의 수계기간에 명시적인 제한을 두지 않았고, 채권자의 채권자취소소송이 적법하게 제기된 이상

그 소송을 유지하여 파산관재인으로 하여금 수행하게 하는 것이 적정한 점, 파산관재인의 수계를 규정한 것은 채권자취소권과 부인권이 그 목적이 유사하고 다만 파산선고 후에는 파산관재인이 파산재단에 대한 관리처분권을 갖기 때문인 점, 채권자취소소송의 상대방은 이미 제소된 상태에 있으므로 조속한 법률관계의 확정 등 상대방을 보호하기 위한 부인권의 제척기간을 적용할 필요가 없는 점을 고려하면 판결의 취지에 부합하는 제1설이 타당하다.

자. 주채무자가 소멸시효 기간 경과전에 면책된 경우 보증인이 주채무자의 소멸시효 완성을 원용할 수 없다는 판결(2015다218785 판결)

(1) 판결의 요지

주채무인 회생채권이 그 소멸시효기간 경과 전에 채무자회생법 제251조에 의하여 실권되었다면 더 이상 주채무의 소멸시효 진행이나 중단이 문제될 여지가 없으므로, 이러한 경우 보증인은 보증채무 자체의 소멸시효 완성만을 주장할 수 있을 뿐 주채무의 소멸시효 완성을 원용할 수 없다.

채무자회생법 제251조는 회생계획인가의 결정이 있는 때에는 회생계획이나 이 법의 규정에 의하여 인정된 권리를 제외하고 채무자는 모든 회생채권과 회생담보권에 관하여 그 책임을 면한다고 규정하고 있고, 한편 채무자회생법 제250조 제2항에서는 회생계획은 회생채권자 또는 회생담보권자가 회생절차가

개시된 채무자의 보증인 그 밖에 회생절차가 개시된 채무자와 함께 채무를 부담하는 자에 대하여 가지는 권리와 채무자 외의 자가 회생채권자 또는 회생담보권자를 위하여 제공한 담보에 영향을 미치지 아니한다고 규정하고 있는바, 채무자회생법 제250조 제2항의 규정 취지에 비추어 보면 채무자회생법 제251조의 규정에 따라 채권자의 권리가 실권된 경우에도 채무자회생법 제250조 제2항의 규정이 마찬가지로 적용되어 실권된 채권자의 권리의 보증인이나 물상보증인에 대한 권리에는 영향을 미치지 않는 것으로 보아야 할 것이므로(구 회사정리법에 관한 대법원 2003. 5. 30. 선고 2003다18685 판결 등 참조),

(2) 사안의 개요

이 사건 아파트의 2년차 하자는 2006. 8. 17.부터, 3년차 하자는 2007. 8. 17.부터 각 5년의 소멸시효가 진행하는데, 원고의 주채무자 남양건설에 대한 판시 채권은 원고가 남양건설에 대한 회생절차에서 이를 회생채권으로 신고하지 아니하고 회생채권자 목록에도 기재되지 않은 채 2010. 12. 27. 회생계획이 인가됨으로써 실권되었다. 원고는 보증채무자인 건설공제조합을 상대로 하자보수에 갈음한 손해배상을 청구하였다. 하자발생 추정일로부터 5년이 지난 후에 소가 제기되었으나 원고가 선행소송에서 주채무자인 건설회사에 소송고지를 하였고, 그 소송이 종료된 때로부터 6개월 내에 소를 제기하여 손해배상 청구권의 소멸시효가 중단되었고, 그 시효중단은 보증인인 피고에게 미친다고 주장했다.

(3) 이 판결에 대한 해설

회생채권자가 채권신고를 게을리 하여 법 제251조에 의하여 채무가 면책된 경우, 이를 주채무로 하는 보증채무자가 주채무의 소멸시효완성을 주장할 수 있는지에 대한 문제이다. 원심은 주채무의 소멸시효완성을 주장할 수 있다는 전제 하에, 주채무에 대한 시효중단의 효력이 보증채무에도 미친다고 보았다. 회생채권자의 미신고로 그 채권이 법 제251조에 따라 면책된 경우 책임소멸설을 취하고 있는 판례에 따르면 면책된 채무의 이행을 소구하거나 강제할 수 없을 뿐 채무 자체는 여전히 존속하므로 소멸시효가 진행된다고 볼 여지가 있다. 그러나 이렇게 보면 채권자 입장에서는 보증채무의 시효소멸을 막기 위해 주채무가 면책된 경우에도 주채무에 대한 시효중단 조치를 취할 필요가 있게 되는데, 실권 후에는 주채무자에 대한 소멸시효 중단을 위하여 할 수 있는 법적 수단이 없다. 채권자 입장에서는 보증채무의 시효관리만 하면 되는 것이고 주채무자 입장에서도 면책된 채무에 대하여 관심을 둘 아무런 이유가 없다. 이런 점에서 보면, 보증채무자는 법 제251조에 따라 면책된 주채무의 소멸시효완성을 주장할 수 없다고 보는 관시는 옳다.

4. 결 론

이상과 같이 채무자회생법은 부단히 변하는 사회환경에 따라 계속적으로 법률변경이 이루어지고 있고, 판례 또한 계속 축적되어 도산법 이론이 날로 정예화되고 있다. 이러한 도산법의 흐름을 보면 채무자의 갱생을 촉진하는 입법은 계속 이루어질 것이라고 생각되고, 개인채무자의 파산과 도산에서 채무자를 배려하는 입법도 날로 증가할 것으로 판단된다. 서울회생법원의 개원과 함께 우리 법원에 전문법원이 새로이 등장함으로써 채무자회생법에 전문화된 법조인이 증가하고, 이로 인한 법률문화의 개선이 기대된다.

참고 자료

1. 법률신문 2015년 중요판례분석 도산법편
2. 법률신문 2016년 중요판례분석 도산법편
3. 김주학. 기업도산법
4. 통합도산법에 따른 판례정리. 법률연구회
5. 서울중앙법원 파산재판부 저 회생실무, 기업파산실무

청소년 정신질환 범죄에 대한 접근방법

- 대전지방법원 2016고합154호 및 대전가정법원
2016푸2484호 사건을 중심으로-

발표자 : 우동형 변호사 (법무법인 정운)

1. 발표의 취지

최근 인천에서 정신질환이 있는 (또는 정신질환이 있다고 주장하는) 청소년의 끔찍한 강력범죄가 발생하여 1심에서 법정 최고형을 선고받은 바 있습니다.

이에 발표자는, 위의 경우와 달리 형사법원이 조현병을 앓고 있던 15세 소년의 살인미수 범죄에 관하여 소년부송치 결정을 내리고, 가정법원이 위 소년에 대하여 감호위탁 및 장기 보호 관찰 처분결정을 내린 과정을 정리함으로써, 법원이 어떠한 기준에서 정신질환으로 인한 범죄임을 인정하였는지를 추론하고자 합니다.

그리고, 성장과정에 있는 청소년들의 정신질환 범죄에 대하여 우리 사회가 어떠한 방식으로 접근해야 할 것인지에 관하여 함께 고민해 보고 싶습니다.

2. 사건의 경위

가. 공소사실(살인미수)

피고인은 고등학교 1학년에 재학 중인 15세 소년으로서, 조현병으로 인한 망상 및 환각 증세와 함께 감정조절과 충동조절의 장애증상을 보이는 사람이다.

피고인은 2016. 4. 30. 친구와 사소한 문제로 다툰 것으로 인해 감정을 제대로 조절하지 못하고 있는 상태에서, 누군가에게 분풀이를 하기 위해 피고인의 주거지 인근을 배회하던 중, 다음 날 새벽 02:00경 대전 000 아파트 단지 내에서 위 아파트에 거주하는 피해자 B(여, 26세)가 아파트 1층 현관으로 들어가는 것을 발견하고 피해자를 뒤따라 현관으로 들어가 피해자와 같은 엘리베이터를 탄 후, 위 엘리베이터가 16층을 향하여 올라가는 도중에 자신의 가방에 있던 돌을 꺼내어 피해자의 뒤통수 부위를 힘껏 내리치고, 계속하여 혼잣말로 ‘죽어, 왜 안 쓰러져’라고 중얼거리면서 위 돌로 피해자의 머리 부위를 7회 가량 내리치던 중 마침 엘리베이터 문이 열리는 틈에 밖으로 도망하는 피해자를 피해자를 뒤따라가 돌로 피해자의 머리 부위를 수회 내리치는 등으로 피해자를 살해하려고 하였으나, 피해자가 복도에서 ‘살려 달라’며 계속 소리를 지르자 주민들에게 붙잡힐 것을 우려하여 계단을 통해 도주함으로써 피해자에게 약 4주간의 치료를 요하는 이마 부위의 열린 상처 등 상해를 가하였을 뿐, 살해의 뜻을 이루지 못하고 미수에 그쳤다.

나. 형사법원의 결정 (대전지방법원 2016고합154 결정)

주 문

이 사건을 대전가정법원 소년부에 송치한다.

이 유

이 법원이 심리한 결과 피고인은 소년법 제2조 소정의 소년으로서 보호처분에 해당할 사유가 있다고 인정되므로, 같은 법 제50조에 따라 주문과 같이 결정한다.

다. 가정법원 소년부의 처분결정 (대전가정법원 2016푸 2484 처분결정)

주 문

1. 보호소년을 보호자 부 a의 감호에 위탁한다.
2. 보호소년에게 장기 보호관찰을 받을 것을 명한다.
3. 보호소년의 보호자 부 a에게 이 결정을 고지받은 날로부터 12개월 안에 대전광역시 상담복지센터에서 9시간 동안 특별교육을 받을 것을 명한다.

이 유

심리한 결과 별지기재의 비행사실, 보호처분의 필요성 및 보호자에 대한 특별교육명령의 필요성이 인정되므로 소년법 제32조 제1항 제1호·제5호, 제32조 제2항 제2호, 제32조의2 제3항을 적용하여 주문과 같이 결정한다.

3. 관련 법리

가. 법 령

소년법

제2조(소년 및 보호자) 이 법에서 "소년"이란 19세 미만인 자를 말하며, "보호자"란 법률상 감호교육(監護敎育)을 할 의무가 있는 자 또는 현재 감호하는 자를 말한다.

제4조(보호의 대상과 송치 및 통고) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 소년은 소년부의 보호사건으로 심리한다.

1. 죄를 범한 소년

제32조(보호처분의 결정) ① 소년부 판사는 심리 결과 보호처분을 할 필요가 있다고 인정하면 결정으로써 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 처분을 하여야 한다.

1. 보호자 또는 보호자를 대신하여 소년을 보호할 수 있는 자에게 감호 위탁

2. 수강명령

3. 사회봉사명령

4. 보호관찰관의 단기(短期) 보호관찰

5. 보호관찰관의 장기(長期) 보호관찰

6. 「아동복지법」에 따른 아동복지시설이나 그 밖의 소년 보호시설에 감호 위탁
7. 병원, 요양소 또는 「보호소년 등의 처우에 관한 법률」에 따른 소년의료보호시설에 위탁
8. 1개월 이내의 소년원 송치
9. 단기 소년원 송치
10. 장기 소년원 송치

제50조(법원의 송치) 법원은 소년에 대한 피고사건을 심리한 결과 보호처분에 해당할 사유가 있다고 인정하면 결정으로써 사건을 관할 소년부에 송치하여야 한다.

나. 판례

[대법원 2007.11.29. 선고 2007도8333 판결]

형법 제10조에 규정된 심신장애의 유무 및 정도의 판단은 법률적 판단으로서 반드시 전문감정인의 의견에 기속되어야 하는 것은 아니고, 정신질환의 종류와 정도, 범행의 동기, 경위, 수단과 태양, 범행 전후의 피고인의 행동, 반성의 정도 등 여러 사정을 종합하여 법원이 독자적으로 판단할 수 있다 (대법원 1999. 8. 24. 선고 99도1194 판결, 대법원 2007. 7. 12. 선고 2007도3391 판결 등 참조).

4. 피고인 A가 소년부송치 결정을 받을 수 있었던 요인

가. 종래 정신질환을 겪고 있었다는 점에 대한 증명

피고인 A는 약 2~3년 전부터 감정충돌조절장애와 이인증
을 겪으면서 꾸준히 통원치료를 받은 기록이 있으며, 이 사
건 당시에도 환청이 들리는 등 급성 조현병 증세가 있었던 것
으로 보인다는 의사의 소견이 있었습니다.

1) 피고인 A를 2014.경부터 사건 며칠 전까지 지속적으로
진료한 정신건강의학과 의원에는 아래와 같은 진료기록이 있
었습니다.

[2014. 6. 30. (초진일)]

- 입학 전 집중력 장애와 틱장애 있어서 오세원 신경정신과에서 약물치료를 받았다.
- 모친 : 활발한 편이다. 밖으로만 돌려고 한다. 육아하는 것을 체질에 안 맞아했다. 애에게 애착이 없었다. 새벽에도 안 들어오고 노는 것을 좋아했다. 가정생활이 안 되고 그랬다.
- 상병 : 만성 운동 또는 음성 틱장애, 상세불명의 조현병, 재발성 우울장애, 현존중증도, 혼합형 강박성 사고와 행위
- 처방 : 약물치료, 개인정신치료(집중요법), 가족치료(개인치료)

[2015. 1. 21.]

- 머리가 아프다고 한다.
- 이인증?... 남들이 말하는 소리가 들리는 듯하고...
- 1주간 (음식을) 못 먹었다.

[2016. 4. 8.]

- (미술치료)상담도 이번 달이 마지막이다. 약은 계속 먹을 것이다.
- 힘든 것 없다. 공부도 열심히 한다.
- 상병 : 만성 운동 또는 음성 틱장애, 상세불명의 조현병, 양극성 정동장애, 재발성 우울장애, 혼합형 강박성 사고와 행위, 기타 운동과다장애, 기타 약물유발 이차성 파킨슨증, 긴장형두통, 상세불명의 위염

2) 사건 직후 피고인 A에 대한 정신과 전문의의 소견은 아래와 같았습니다.

○ 임상적 추정

- 급성 정신병적 장애 (more likely)
- 조현병 (진구기¹⁾)

○ 소 견

- 어려서부터 틱, 산만함이 존재하여 타 정신과에서 치료 받은 적 있음.
- 입이 빠뚝어졌다는 신체망상 혹은 강박증상과 틱 증상을 주소로 하여 첫 내원함
- 치료 당시에도 외모에 대하여 왜곡된 사고를 보임
- 틱장애, 우울장애, 강박장애 추정진단 하에 약물치료와 심리치료 병행

- 범행 직전에 미술심리치료를 중단한 상태였음
- 많이 의지하던 미술치료를 중단한 스트레스와 학교 동료와의 소소한 트러블
- 사건 당일 약을 복용하지 않음
- 사건 당시 환청 등의 급성 정신병적 증상과 심신미약 상태를 보이면서 판단력 장애가 있었던 것으로 판단됨
- 신경증과 정신증의 가장 큰 차이 중 하나가 바로 판단력 장애, 환청 등 환각 증상
- 일시적 정신증이라고 하더라도 일시적인 심신미약 상태에 이를 수 있음
- 피고인이 정상지능인 점, 성폭행이나 금품 등 다른 범죄의도를 가지고 있지 않았던 점, 범죄공간이 CCTV가 설치된 아파트 엘리베이터 안이었다는 점 등으로 미루어, 판단력 장애가 있었다고 볼 수 있음
- 환청이 들렸다는 피고인의 진술이 사실이 아니라면 피고인이 치료감호소에서 정신감정을 받을 당시에 환각 증상에 대하여 거짓 증상 행동을 보였어야 했지만, 그렇게 하지 않은 점으로 미루어, 범행 당시 환청이 들렸다는 진술은 사실일 가능성이 높음
- 현재는 자해 및 타해의 위험이 있어서 입원치료가 필요할 것으로 판단됨

3) 다만, 법원이 선임한 정신감정인의 감정의견은 위 소견과 조금 달랐습니다.

7. 감정결과

- 사건 당시 : 적응 장애 (F43.2)
- 현재 : 특이한 정신장애는 내려지지 않음.

1) 전구증상 : 병의 주된 증상이 일어나기 직전에 나타나는 증상

8. 감정사항에 대한 답변

가. 형사책임능력에 대한 정신의학적 의견

정서적 압박 상황이 극에 달하면서 현실검증력이 취약해져서 부정적 정서를 유발시키는 자극을 경험하였으나 사물변별능력과 의사결정능력이 손상되었다고 볼 근거가 부족함.

나. 향후 치료에 대한 권고

보호자의 지속적인 관심과 보호가 요구됨. 향후 보다 원만한 정신생활의 유지 및 정신장애의 예방을 위하여 외래 통원치료를 통한 지지 또는 통찰적 정신치료요법이 향후 도움이 될 것으로 사료됨.

4) 요컨대, 법원이 선임한 정신감정인은 피고인 A의 범죄가 정신질환으로 인한 것이 아니라고 하였음에도 불구하고, 피고인 A가 주장하는 정신질환과 동일한 증상으로 인하여 장기간 치료를 받아왔다는 병력이 있었기 때문에, 형사법원은 피고인 A가 심신장애 상태에서 범죄를 저지른 것이라고 판단한 것으로 보입니다.

나. 피해자의 피해의 정도

피해자 B는 약 4주간의 치료를 요하는 이마 부위의 열린 상처 등 상해를 입었습니다. 만약 피해자 B의 피해가 더 심각했더라면 법원도 피고인 A에 대하여 소년부송치 결정을 내릴 수 없었을 것입니다.

한편, 피고인 A의 부 a는 사건 발생 직후 피해자측에 2,500만 원을 지급하고 합의서를 받아 법원에 제출하였습니다.

다. 치료가능성

정신질환으로 인한 범죄를 논함에 있어서 피고인의 인권 보호(특히, 정신질환 청소년의 경우, 피고인의 치료 및 사회복귀는 피고인의 인권 보호와 관련하여 매우 중요한 고려요소가 되지 않을 수 없습니다)과 사회안전의 보호라는 두 법익이 상호 충돌하는 측면이 있음은 부인할 수 없습니다.

이하에서는, 이 사건에서 쟁점이 되었고 그 증상이 심각하고 치료가 매우 어려운 조현병을 중심으로 위 두 법익 사이의 균형점을 모색해 보고자 합니다.

1) 조현병(Schizophrenia) 개관

조현병은 10대 후반에서 20대의 나이에 시작하여 만성적 경과를 갖는 정신적으로 혼란된 상태를 유발하는 뇌질환입니다.

조현병의 발병은 서서히 진행하여 주된 증상은 환청, 망상, 이상 행동, 횡설수설 등의 증상과 감정이 메마르고 말수가 적어지며 흥미나 의욕이 없고 대인관계가 없어지는 등 증상이 나타나는 경우가 있습니다.

조현병의 원인은 명확히 알려져 있지 않지만 생물학적 소인과 환경의 상호작용에 의해 발병되는 것으로 생각됩니다.

과거에는 심리적 질환으로 보는 견해가 컸으나 현재에는 그 외에 뇌의 생화학적 이상과 연관되어 있을 것으로 보는 견해가 지배적입니다.

조현병의 치료는 크게 약물치료와 정신치료로 나눌 수 있습니다.

주의할 것은, 조현병은 발병 후 몇 년 동안에 뇌의 회백질 감소가 서서히 진행되기 때문에, 재발할수록 치료가 어려워진다는 측면에서 초기 1~2년 사이의 적극적인 치료가 필수적이라는 점입니다.

가) 약물치료

급성기에는 약물 치료가 가장 중요하며 증상의 상당 부분을 호전시킬 수 있습니다. 약물치료는 스트레스에 민감한 조현병 환자가 스트레스의 영향을 덜 받도록 보호하는 작용을 해주며 재발을 방지하는 데 중요한 역할을 하게 됩니다.

나) 정신치료

조현병은 약물치료뿐만 아니라 다각적 치료로 접근해야 합니다. 치료방법은 다음과 같습니다.

① 개인정신치료

개인정신치료는 환자의 전반적인 문제를 정신과전문의와

상담하며, 현재 부딪히고 있는 여러 가지 문제들을 해결하는 과정을 말합니다. 정신과의사는 환자의 경험, 생각, 느낌을 이해하고 공감적인 관계를 바탕으로 환자의 왜곡된 생각을 교정하는 데 도움을 주게 됩니다.

② 가족치료

가족치료는 조현병 환자의 가족들이 겪고 있는 고통과 어려움에 대해 상담하는 것입니다. 가족 구성원들에게 조현병에 대한 이해를 높여, 환자에게 지지적이고 협조적인 환경을 만들 수 있게 해서 재발률을 줄일 수도 있습니다. 그리고 위기 상황에 처해 있을 때 적절한 대처방안을 찾아서 위험한 상황을 슬기롭게 해결할 수 있게 합니다.

③ 집단정신치료

집단정신치료는 대개 적은 수의 환자들(보통 6-12명)과 한 두 명의 치료자가 참여하여 이루어지는데 치료의 초점은 다른 사람과의 대인관계 경험을 통해서 또는 자신의 말이나 행동에 대한 다른 사람들의 반응을 통해서 이전까지 왜곡되고 비적응적이던 대인관계 및 행동을 고치게 하는 데 있습니다.

④ 지역사회정신사회재활 프로그램

정신분열병 환자의 궁극적인 치료 목적은 정상적인 생활을 할 수 있게 하는 것, 즉 한 인간으로서의 기능 회복에 있습니다. 따라서 조현병 환자를 위해서는 정신과 외래나 입원기관뿐

아니라 다양한 사회보전 복지시설이 필요합니다. 이런 정신사회재활 프로그램으로는 돌보아 줄 가족이 없는 환자에게 가족 대신 주거 및 관리를 대행하는 주거시설, 정신사회재활훈련을 전문적으로 시키는 정신과 낮병원²⁾, 환자의 능력 수준에 맞게 일할 기회를 주는 보호고용제도, 그리고 직업이 없는 환자를 위해 직업훈련을 시키는 직업훈련프로그램 등을 들 수 있습니다.

⑤ 입원치료

입원은 정확한 진단, 일관성 있는 약물치료, 환자의 자해 및 타인에 대한 난폭 행동으로부터의 보호, 기본 생활적 욕구에 대한 제공을 위해 필요합니다. 최근 경향은 무의미한 장기 입원을 피하는 것입니다. 그리고 가능한 한 지역사회로 빨리 복귀하는 것입니다.

2) 피고인 A의 경우

가) 약물치료

피고인 A는 수년 간 꾸준히 약물을 복용하여 왔는데 증상

2) 낮병원(정신건강주간치료실)은 입원치료와 외래치료의 장점을 결합하여 통합적이고 체계적으로 정신과적 치료를 제공하는 곳입니다. 낮병원은 조현병, 우울증, 조울증, 강박증, 공황장애, 불면증, 통증, 조기정신증 등 다양한 정신질환으로부터의 기능회복을 위해 개인별 목적에 맞게 필요한 시간만큼만 병원에 머무르면서 프로그램을 진행합니다. 치료진은 교수, 전공의, 정신전문간호사, 임상심리사, 정신보건사회복지사, 자원봉사자로 구성되어 있습니다(서울대학교 신경정신의학센터, www.snuh.org 참조).

이 많이 완화된 것을 믿고 사건 발생 약 5일 전부터 위 약물을 복용하지 않다가 범죄를 저지르게 되었습니다.

그러나, 최근에는 위와 같이 약물 중단으로 인한 부작용이 발생하는 것을 방지하기 위하여 장기지속형 주사제(LAI, Long-Acting Injection)가 개발되어 시판 중인데, 위 주사제는 1달에 한 번 또는 1년에 4번 주입하는 것으로도 약효가 지속된다는 점에서 획기적인 치료법이라고 할 수 있습니다.

피고인 A 및 피고인의 부 a도 위와 같은 주사제 처방을 받을 것을 재판부에 약속한 바 있습니다.

나) 피고인의 성행 및 지능

피고인 A는 이 사건 이전에 정신증이 더 심했을 시기에도 어떠한 폭력적인 성향을 보인 적 없던 온순한 소년이었습니다. 또한 여러 번의 지능 검사에서도 평균 수준의 지적 능력치를 보이는 등 자신의 정신증적 행동의 의미를 이해하고 반성할 수 있을만한 능력을 충분히 갖추고 있었습니다.

다) 피고인 A의 부 a의 헌신적인 노력

피고인 A의 부 a는 홀로 피고인 A를 키우고 있었는데, 거의 매일 피고인 A를 면회하였고 변호사 사무실도 수시로 들러 피고인 A를 위하여 자신이 할 수 있는 일이 무엇인지 꾸준히

자문을 구하였습니다.

라) 피고인 A의 학교생활 및 교우관계

피고인 A는 처음 학교에 입학했을 때와 달리 사건 발생 며칠 전까지는 학교 생활과 공부에도 적극적이 되었을 뿐 아니라 기숙사 룸메이트 동생들과의 관계도 매우 좋았습니다. 피고인 A는 구치소에 있을 때에도 학교 친구들과 유쾌한 농담이 섞인 편지를 수십 통 주고 받았고, 친구들도 피고인 A를 평소와 다름 없는 친구로 대해 주었습니다. 피고인 A가 다니던 학교의 교장선생님도 재판 과정에서 피고인 A를 위하여 적극적으로 증언을 해주셨습니다.

3) 소 결

피고인 A와 같이 조현병 전구증상에 있는 소년의 경우 초기 1~2년 사이의 적극적인 치료가 요구되고, 약물치료와 정신치료를 병행한다면 완쾌가 가능하다는 것이 의학계의 소견입니다.

따라서, 피고인 A를 무조건 사회로부터 격리시키는 것보다는 조속히 약물치료와 정신치료를 병행하여 치료할 수 있는 환경을 조성함으로써 오히려 사회안전보호의 측면도 함께 강화시킬 수 있을 것이라고 사료됩니다.

5. 소년부의 처분결정의 종류 및 내용

소년법 제32조 제1항 각호 보호처분의 종류 및 기간은 아래 [표1]과 같습니다.

[표1] 보호처분의 종류와 기간³⁾

종 류	내 용	기 간 (연장)	적용연령
1 호	보호자 또는 보호자를 대신하여 소년을 보호할 수 있는 자에게 감호위탁(보호자 및 위탁보호위원 처분도 가능)	6월(+6월)	10세 이상
2 호	수강명령	100시간 이내	12세 이상
3 호	사회봉사명령	200시간 이내	14세 이상
4 호	단기 보호관찰	1년	10세 이상
5 호	장기 보호관찰	2년(+1년)	10세 이상
6 호	아동복지법 상의 아동복지시설이나 그 밖의 소년보호시설에 감호위탁	6월(+6월)	10세 이상
7 호	병원, 요양소 또는 보호소년 등의 처우에 관한 법률에 따른 소년의료보호시설에 위탁	6월(+6월)	10세 이상
8 호	1개월 이내의 소년원 송치	1월 이내	10세 이상

3) 「법원실무제요, 소년」, 법원행정처, 2014. p.262 참조.

9 호	단기 소년원 송치	6월 이내	10세 이상
10 호	장기 소년원 송치	2년 이내	12세 이상

위 각 호의 보호처분은 아래 [표2]와 같이 병합 또는 부가하여 처분할 수 있습니다.

[표2] 보호처분의 병합과 부가처분 등4)

처 분	1호	2호	3호	4호	5호	6호	7호	8호	9호	10 호	외출 제한	대안교 육(상담 교육)	보호 자 특별 교육
1호		●	●	●	●								○
2호	●		●	●	●								○
3호	●	●		●	●								○
4호	●	●	●			●					○	○	○
5호	●	●	●			●		●			○	○	○
6호				●	●								○
7호													○
8호					●								○
9호													○
10 호													○

6. 참 고 : (성인을 포함한) 정신질환자의 치료에 관한

4) 「법원실무제요, 소년」, 법원행정처, 2014. p.263 참조.

접근방법

가. 헌법재판소의 헌법불합치 결정

헌법재판소는 2016. 9. 29. 구 정신보건법 제24조 제1항에 대하여 헌법불합치 결정(2014헌가9)을 하였습니다(헌법재판소 결정의 구체적인 내용은 참고자료 1 참조).

나. 법령의 개정

그리고 국회는 2017. 5. 30. 구 정신보건법을 폐지하고 정신질환자의 처우개선을 주된 목적으로 하는 「정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률」을 제정하여 현재 실행 중에 있습니다(신규 법령의 내용은 참고자료 2 참조).

다. 새로운 접근방법의 모색

다만, 위와 같은 접근 방법은 모두 정신질환자를 사회로부터 격리시키는 것을 원칙으로 한다는 점에서는 크게 차이가 없는바, 과연 정신질환자를 격리시키는 것만이 올바른 선택인지에 관하여는 생각해 볼 여지가 있습니다.

이에 대하여 최근 정상화(normalization)란 개념이 주목받고 있는바, 정상화란 장애인들로 하여금 가능한 한 정상에 가까운 생활양식을 누릴 수 있도록 하자는 것을 의미합니다. 한편 정

상화의 한 단계 내지 일유형으로서 탈시설화(deinstitutionalization)의 개념도 등장하는데, 장애인등을 시설에 수용하는 것에서 벗어나 지역 사회에 거주하게 하는 형태로, 대규모 수용시설에서 탈피하게 하는 것을 의미합니다. 수용시설은 장애인들에게 보다 전문적이고 질적으로 우수한 서비스를 제공하여 지역 사회로 복귀하는 것이 기본적인 취지였으나, 수용시설의 대부분이 지역 사회인과 접촉이 거의 없는 외곽지역에 위치하여 사회적으로 폐쇄적이어서 물리적·사회적인 환경이 장애인들의 재화에 부적절하다는 평가를 받아온 것이 현실입니다. 정상화의 원리가 강조되면서 탈시설화의 운동이 강조되고 있는 가운데, 탈시설화의 요점은 수용시설에서의 많은 규제, 지역사회와 격리된 상황들이 지역사회 내의 통합된 생활로, 자립적 생활을 영위 할 수 있다는 것입니다.

참고로, 대표적인 탈시설화의 유형으로는 다음과 같은 제도들이 있습니다.

(1) 주간보호사업(day care center, day service center)

장애인이 낮 시간 동안 주간보호소에 통원 또는 방문하여 이용하는 서비스를 말합니다.

(2) 단기보호사업(Short Stay Care)

단기보호(Short Stay Care)는 2일 이상 계속적으로 가정에서 보호를 받을 수 없는 장애인에게 가정이외의 장소에 2일 이상 입주(입소)시켜 건강보호와 사회보호를 제공하는 것을 말합니다.

(3) CBR 사업(Community Based Rehabilitation 사업)

CBR 사업은 지역사회중심 재활사업이라고 하는데, 재활을 필요로 하는 장애인의 수에 비해서 재활 서비스를 받는 자가 세계인구의 2-3%밖에 되지 않음에 따라, 1976년에 세계보건기구(WTO)에 의해 추진되고 1986년 제23차 동경 세계사회복지대회를 통해 CBR이 등장하였습니다. CBR은 궁극적으로 지역사회환경 개선 사업이며 지역사회가 사업전반에 걸쳐 주 대상이 됩니다.

CBR은 ‘지역사회에 있는 장애인들의 모든 재활업무를 전문가에 의해 훈련된 인력과 지역 사회를 기초로 하여 채택되어진 모든 방법을 동원, 지역의 인적·물적 자원을 최대한 활용하여, 장애인의 재활과정을 지속적으로 돕는 사업이며, 장애인의 지역사회 수준에서 지역의 자원, 즉 복지욕구를 지닌 장애인 자신과 그 가족 및 전 지역사회를 가동, 활용하기 위해 채택되어진 모든 방법 등을 통해 최대한의 재활성취를 이루고 지역사회와 통합 활동을 하는 것’입니다.

7. 결 론

정신질환으로 인한 범죄가 심심치 않게 뉴스의 헤드라인을 장식하지만, 정신질환이 없는 일반인들의 범죄율과 비교할 때 과연 정신질환자들이 사회적으로 위험한 존재인지 의구심이 들지 않을 수 없습니다.

설령 실제로 범죄를 저지른 정신질환자의 경우라고 하더라도 위 사람을 평생 격리시킬 것이 아닌 이상, 정신질환으로 인

한 범죄에 대한 처벌은 범죄자의 치료 및 온전한 사회복귀에 초점이 맞춰져야 한다고 생각합니다. 그리고 아직 성년이 되지 않은 청소년의 경우에는 그 치료의 필요성이 훨씬 더 크지 않을 수 없습니다.

“나는 세상에서 가장 비참한 사람입니다. 내 우울함은 불행한 운명 탓이지 내가 무슨 잘못을 했기 때문은 아닙니다. 나는 탈출구로 죽음을 택할 지도 모릅니다.” - 에이브러햄 링컨 -

링컨은 평생을 중증의 우울증에 시달리면서도 미국의 16대 대통령의 임무를 훌륭히 수행해냈습니다.

“우울증은 산책하다가 마주치는 검은 개와 같다.” - 윈스턴 처칠 -

처칠은 그를 평생동안 괴롭힌 우울증을 검은 개에 비유했습니다.

그리고 아래 액자는 미국 정신질환연맹(NAMI)이 심각한 정신질환을 극복하고 큰 업적을 남긴 이들을 기려 그들의 이름을 새겨 놓은 것입니다.



우리 모두는 알게 모르게 크고 작은 정신질환을 겪고 있고, 정신질환으로 고통 받고 있는 우리의 소년들도 사실은 링컨, 처칠, 버지니아 울프, 찰스 디킨즈 등의 소년 시절과 다를 바 없는 시절을 보내고 있습니다.

<참고자료>

1. 헌법재판소 2016. 9. 29. 2014헌가9 결정
2. 신구 법령 비교

특허권의 간접침해

김 규 현

I. 서 론

특허법 제127조에는 “특허가 물건의 발명인 경우에는 그 물건의 생산에만 사용하는 물건을 생산·양도·대여 또는 수입하거나 그 물건의 양도 또는 대여의 청약을 하는 행위”를(제1호), “특허가 방법의 발명인 경우에는 그 방법의 실시에만 사용하는 물건을 생산·양도·대여 또는 수입하거나 그 물건의 양도 또는 대여의 청약을 하는 행위”를(제2호) 업으로서 하는 경우에는 특허권 또는 전용실시권을 침해한 것으로 본다고 규정하고 있다. 이는 특허발명의 모든 구성요소를 실시하지 않아 직접침해에 해당하지 않지만 침해의 개연성이 상당히 높은 일정한 행위를 특허권 침해로 간주함으로써, 특허권자 보호에 충실을 기하기 위한 것이다.

그러나 위 규정에 의한 간접침해를 넓게 인정한다면, 특허청구범위에 의하여 그 보호범위가 정해지는 특허발명의 보호범위를 사실상 확대하는 결과를 얻게 되므로, 특허권자의 특허권 남용을 조장할 수 있고, 경쟁자와 같은 이해당사자의 측면에서는 불측의 손해를 입게 되거나 아니라 부당하게 경쟁이 제한될 수 있기 때문에 그 적용범위를 확정하는 것이 중요하다. 특히 최근에는 특허발명이 다양화되면서 양방향 통신을 기반으로 하는 시스템 특허(예컨대, 카드 리더기와 판독기를 포함하

는 결제 시스템 등)가 많아지고 있는데, 시스템 특허의 일부 구성요소가 구비되지 않은 채, 범용제품을 대상으로 사용할 수 있는 실시 제품을 간접침해 규정을 규율할 수 있는지에 대해서는 간접침해의 성립요건과 관련하여 구체적인 검토가 필요하다.

II. 간접침해 제도 일반

1. 간접침해의 의의 및 본질

특허권의 간접침해는 넓은 의미에서 특허권 침해행위를 스스로 행하지 않으면서 이에 방조하거나 가담하는 모든 행위를 말하고, 좁은 의미로는 특허법상 침해로 간주되는 행위를 지칭한다. 특허권의 침해는 구성요소완비의 원칙에 따라 청구범위에 기재된 구성요소 전부를 실시한 경우에만 성립된다고 보아왔는데, 현대사회는 기술이 발달함에 따라 특허권 침해에 해당하지 않고도 침해로 이어질 가능성이 큰 행위를 하거나 특허발명의 일부 구성요소만을 생산하여 특허권 침해를 유도하는 행위를 함으로써 실제로는 특허권자에게 특허권 침해와 같은 결과가 발생하는 일이 많아지게 되었으므로, 이를 방지하기 위해 특허권 침해의 예비적, 방조적 행위 또는 침해를 유도하는 행위를 간접침해 행위로 규정하고 있는 것이다.

간접침해 제도의 취지에 대하여는, 제3자의 실시행위가 특허권의 직접침해는 아니지만 이를 방치할 경우에 실제로 침해로 이어질 것이 분명한 침해행위의 전 단계에 해당하는 경우에도 특허권의 효력을 확장하여 특허권의 침해로 간주하는 것으로, 특허권의 직접침해에 해당하지 않는 행위를 침해로 보아서 특

허권자의 금지청구의 대상에 포함시켰다는 점에서 특허권 효력의 확장이라고 보는 견해도 있으나, 어디까지나 특허권이 부당하게 확장되지 아니하는 범위에서 그 실효성을 확보하고자 하는 것이라는 의견이 다수의 견해이다.¹⁾

이러한 간접침해에 대해서는 그 동안 입법론 및 해석론의 다양한 논의들이 전개되어 왔는데, 미국의 Wallace 사건이시초가되어 각국의 상황에 따라 입법을 통해 도입이 되었다는 것으로 정리할 수 있다. 다만, 각 국가별로 간접침해 규정이 상이하여 특허권의 효력 범위에 있어서 차이가 있으므로, 각국의 입법례를 간단히 살펴볼 필요가 있다.²⁾

2. 간접침해에 관한 비교법적 고찰

가. 미국

미국 특허법은 특허침해의 유형에 대하여 제271조 규정에서 5가지 유형으로 구분하고 있다. 제271조 (a)항은 직접침해를, (b)항은 제3자의 직접침해를 적극적으로 유도하는 유도침해를, (c)항은 특허침해에 사용되는 것을 알고 특허발명의 중요부분을 구성하고 직접침해에 사용을 위해 특별히 제조 또는 개조된 물건의 판매 등을 하는 기여침해를, (f) 및 (g)항은 외국에서의 행위 및 물품의 수입에 침해를 규정함으로써 다양한 예비적 침해 행위를 제재하고 있다. 이 중 유도침해(inducement infringement)와 기여침해(contributory infringement)에 관한 규정을 넓은 의미의 간접침해(indirect infringement)로 보고

1) 문선영, “특허법상 간접침해 법리에 관한 연구”, 성균관대학교 박사학위논문, 2016, 제26면.

2) Wallace v Holmes. 29 F. Cas. 74(1871 C. C. Conn.).

있다.³⁾

미국은 다양한 사례에서 특허권의 직접침해에 대한 전단계의 일정한 행위를 초기 공동불법행위책임으로 규율하여 오던 것을 판례를 통해 간접침해 법리를 구성하고 이를 입법적으로 해결하였다. 구체적으로 미국 특허법 제271조 (b)항은 “특허권 침해를 적극적으로 유인하는 자는 그 침해자로서 책임을 진다.”⁴⁾고 규정하고, 제271조 (c)항은 “특허받은 발명의 중요한 부분을 구성하는 특허받은 기계, 제조물, 조합물 혹은 조성물의 부품을 판매하거나 특허받은 방법의 실시 사용되는 재료나 장치를 판매하는 자가 그러한 것들이 특허 특허권 침해에 사용될 수 있도록 제조되거나 혹은 적합한 것임을 알고 있으며 위 부품 등이 실질적으로 특허권 침해를 구성하지 않는 다용도의 기초상품이 아닌 경우에 위 판매자는 기여침해자로서의 책임을 진다.”⁵⁾고 규정하고 있다.

미국 특허법 제217조 (c)항은 침해를 의도하지는 않더라도 침해자가 자신의 행위가 침해를 야기한다는 사실을 인정한 경우에 기여침해를 구성하는 것으로 볼 수 있고, (b)항은 법률규

3) 조영선, "특허법(제4판)", 박영사, 2013, 제432면에서는 “35U.S.C. (b), (c), (f), (g)를 통틀어 직접침해(direct infringement) 규정인 같은 조 (a)와 대비하여 ‘간접침해(indirect infringement)’로 부르는 수가 있으나 이는 우리 특허법의 간접침해보다 넓은 개념이어서 혼동을 일으킬 수 있으므로 주의를 요한다”고 한다.

4) Whoever actively induces infringement of a patent shall be liable as a infringer.

5) Whoever offers to sell or sells within the United States or imports into the United States a component of a patented machine, manufacture, combination, or composition, or a material or apparatus for use in practicing a patented process, constituting a material part of the invention, knowing the same to be especially made or especially adapted for use in an infringement of such patent, and not a staple article or commodity of commerce suitable for substantial non-infringement use, shall be liable as a contributory infringe.

정 자체에서 유도침해가 성립하기 위한 침해 혐의자의 인지 또는 의도의 정도가 명확하게 나와 있지 않으나, 판례는 유도침해에 대하여도 해석상 행위자에 대한 침해의 인식이 필요하다고 보고 있다.

이와 같이 미국 특허법은 우리 특허법이 특허발명의 실시를 물건의 발명에는 물건의 생산에만, 방법의 발명에는 방법의 사용에만 한정하고 있는 것과는 달리 특허발명의 실시 태양을 특별히 한정하고 있지 않으며, 특허권 침해에 사용될 수 있도록 제조되거나 알고 있는 경우에 특허권 침해를 구성하는 주관적 요건을 두고 있다는 점에 차이가 있다.

나. 일본

일본 특허법은 간접침해에 대한 규정을 두지 않고 민법상 공동불법행위의 문제로 다루어 오다가, 1959년 특허법에서 간접침해 규정을 신설하였다. 최초의 간접침해 규정은 ‘특허가 물건의 발명인 경우 업으로서 그 물건의 생산에만 사용하는 물건을 생산, 양도, 대여 또는 양도나 대여의 청약을 하는 행위’(제1호), ‘특허가 방법의 발명인 경우 업으로서 그 발명의 실시에만 사용하는 물건을 생산, 양도, 대여, 수입 또는 양도나 대여의 청약을 하는 행위’(제2호)로 규정하였다.

즉, 일본 특허법은 간접침해 규정을 도입하는 입법 과정에서 ‘침해할 목적으로 또는 주로 침해에 사용되는 것을 알면서’라고 하는 행위자의 주관적 요건을 채용하는 것이 검토되었으나 결국 배제되었고, ‘생산 또는 실시에만’ 사용하는 것으로 명시하여 전용성을 요건으로 하였다.⁶⁾ 우리나라 특허법은 일본의 이러한 특허법상 간접침해 규정을 그대로 수용하여 현재에 이

6) 문선영, 앞의 논문, 제29면.

르고 있다고 한다.⁷⁾

그런데 일본에서는 간접침해의 적용대상이 너무 제한적이어서 특허권 보호에 흠결이 생긴다는 지적을 받아왔고, 이에 2002년 개정법에서 간접침해의 성립을 위한 객관적 요건을 완화하여 간접침해가 인정되는 대상물을 전용품에 한정하지 않고 ‘그 발명에 의한 과제에 해결에 불가결한 것’을 요구하는 규정을 간접침해의 유형으로 추가하였다. 또한, 2006년 개정법에서는 특허발명에 의해 생산된 물건이나 특허방법에 의해 생산된 물건의 소지행위를 간접침해 유형에 포함시켰다. 따라서 현재 일본 특허법은 간접침해 규정에 주관적 요건을 정하고⁸⁾, ‘-에만’ 사용되는 전용성 요건을 삭제하여 현재의 우리 특허법과는 다르게 구성되어 있다.

3. 특허법 제127조의 규정형식

우리나라 특허법은 제127조에서 장차 직접침해에 이를 가능성이 높은 직접침해행위의 전단계의 행위 중 일정한 경우의 예비적, 방조적 행위를 특허권 침해로 간주하고 특허권 침해로 인한 법적 효력을 인정하고 있으며, 위 규정은 1973년 개정 특허법에서 명문으로 도입된 이래 특허권 실시행위 규정에 따른 조문변화와 자구 정비에 따른 개정 이외에는 도입시 규정 그대로 현재에 이르고 있다.

현행 특허법 제127조에서는 다음과 같이 규정하고 있다.

7) 강명수, “특허법상 간접침해에 관한 연구”, 한양대학교 박사학위 논문, 2014, 제37면.

8) 강명수, “특허법상 간접침해에 관한 연구”, 한양대학교 박사학위 논문, 2014, 제37면.

제127조(침해로 보는 행위) 다음 각 호의 구분에 따른 행위를 업으로서 하는 경우에는 특허권 또는 전용실시권을 침해한 것으로 본다.

1. 특허가 물건의 발명인 경우: 그 물건의 생산에만 사용하는 물건을 생산·양도·대여 또는 수입하거나 그 물건의 양도 또는 대여의 청약을 하는 행위
2. 특허가 방법의 발명인 경우: 그 방법의 실시에만 사용하는 물건을 생산·양도·대여 또는 수입하거나 그 물건의 양도 또는 대여의 청약을 하는 행위

즉, 우리나라 특허법 제127조는 일본의 1959년 특허법 규정과 동일한 조문형식을 취하여 전용물적 간접침해에 한정하여 제한적 범위 내에서 간접침해를 인정하고 있을 뿐이어서 세계 주요 각국의 입법례에 비하면 특허법상 간접침해의 인정범위가 다소 협소하고 침해자도 간접침해 대상물의 다른 용도를 입증하게 되면 법적 책임을 쉽게 회피할 우려가 있다는 비판을 받고 있다⁹⁾. 특히 미국 특허법과 비교해 볼 때, 직접침해의 존재 등과는 전혀 무관하게 특정한 행위 유형에 해당하면 그 자체로 침해로 간주한다는 점, 주관적 요건을 완전히 배제하고 있다는 점, 전용물적 간접침해만을 규정하고 있는 점, 특허발명의 구성부분에 대한 일체의 언급이 없다는 점 등에서 상당한 차이가 있다.

III. 간접침해의 성립요건

1. 서설

특허법 제127조 제1호 및 제2호에서는 특허가 물건의 발명인 경우와 방법의 발명인 경우에 대해 각각 간접침해 요건을

9) 문선영, 앞의 논문, 제43면.

규정하고 있다. 이러한 우리 특허법상 간접침해에 해당하기 위해서는 특허발명의 실시가 있을 것, 간접침해 대상물이 특허발명의 실시에 사용되고 나아가 그 실시에만 사용될 것(공용성 및 전용성이 있을 것), 간접침해 대상물을 업으로서 생산·양도·대여 또는 수입하거나 그 물건의 양도 또는 대여의 청약을 할 것 등의 요건을 충족하여야 하고, 고의 등의 주관적 요건은 필요로 하지 않는다.

특허발명을 업으로서 실시하는 요건은 직접침해와 동일하므로, 이하에서는 간접침해의 특유한 요건인 공용성 및 전용성에 관하여 제1호에 규정되어 있는 물건의 발명을 중심으로 살펴보기로 한다.

2. 공용성 - 특허물건의 ‘생산’에 사용

물건을 ‘생산하는 데 사용하는 물건’이라고 하면 보통은 물건을 생산하는 수단으로서의 기계장치 등을 떠올리기가 쉽다. 그러나 특허법상 간접침해의 구성요건인 ‘생산’은 그보다 넓은 개념으로서, 오히려 특정한 부품(물건)이 결합됨으로써 특허물품이 전체로서 ‘완성’되는 경우를 지칭하는 경우가 대부분이다¹⁰⁾. 후술하는 판례에서도 특허법 제127조에서의 ‘생산’이란 발명의 구성요소 일부를 결여한 물건을 사용하여 발명의 모든 구성요소를 가진 물건을 새로 만들어내는 모든 행위를 의미하므로, 공업적 생산에 한하지 않고 가공, 조립 등의 행위도 포함된다고 한다.

한편, 물건의 발명에 있어 간접침해가 인정되는 것은 특허물건의 생산에 사용하는 물건으로, 특허 물건의 생산 외의 다른

10) 조영선, 특허법(제4판), 박영사, 2013, 제433면

실시태양, 즉 물건의 사용, 양도, 대여, 수입, 양도 및 대여의 청약 등의 행위에 대하여는 간접침해가 성립되지 않는다. 이와 같이 간접침해대상물을 특허물건의 생산에 사용하는 물건에 한정하고 있다는 점에서 동 조항은 간접침해의 적용대상이 부당히 확대되는 것을 방지하기 위한 규정이라고 할 수 있다¹¹⁾.

3. 전용성 - 특허물건의 생산'에만' 사용

우리나라 특허법은 특별히 간접침해 대상물이 특허발명의 생산 또는 실시에만 사용되는 물건일 것을 요하고 있는데, 이와 같이 간접침해 대상물이 생산 또는 실시'에만' 사용된다는 것은 간접침해 대상물에 특허발명의 실시 이외에 다른 용도가 없다는 것을 의미한다. 간접침해의 대상물을 이와 같이 특허발명의 실시에만 사용되는 물에 한정하는 것은, 특허권자의 보호가 부당히 확대되지 않도록 함으로써 특허권자의 보호에 실효성을 기하는 한편, 특허권 남용 문제가 일어나지 않도록 한다는 점에 그 의의가 있다.

그런데 물건이란 사회통념에 따른 일반적 용도도 있을 수 있으나 사용자의 의사나 객관적 상황에 따라 무한한 용도를 갖는다고 할 수도 있기 때문에, 대상물의 용도를 폭넓게 인정하는 경우 당해 특허발명의 실시 이외의 용도를 쉽게 인정할 수 있게 되고, 이 때에는 간접침해에 포섭되는 경우가 매우 적어지게 되어 특허권자의 보호에 충실하지 못하게 되므로 입법의 목적을 거둘 수 없게 된다. 한편, 부품의 용도를 지나치게 좁게 인정하게 되면 간접침해의 인정범위가 과도하게 크게 되어 거래의 안정을 위협하게 된다¹²⁾. 따라서 간접침해 대상물의

11) 문선영, 앞의 논문, 제44면.

용도를 적정한 범위로 제한하는 기준을 설정할 필요가 있다.

가. 용도의 범위에 관한 기준

간접침해 대상물의 용도의 기준에 대한 학설로는 크게 3가지를 들 수 있다. 제1설(엄격설)은 특허물건의 생산 이외에 실용적인 사용은 물론 실험적으로도 사용되지 않는 물건을 말한다는 견해이다. 즉, 다른 용도로의 단순한 사용가능성만 있어도, 다른 용도의 존재를 널리 인정하여 전용성 요건을 충족하지 아니한 것으로 보아 간접침해를 인정할 수 없다고 한다. 그러나 이 견해는 간접침해 규정의 존재의의를 몰각시키는 결과가 되어 현재는 아무도 지지하지 않는다.

제2설(경제적·상업적·실용적 사용가능성설)은 특허발명에 관계된 물건의 생산에 사용되는 이외의 용도는 단순한 추상적, 시험적인 사용가능성으로는 부족하고, 사회통념상 경제적, 상업적 내지 실용적인 사용가능성이 있는 용도가 있어야 다른 용도가 있다고 보는 견해이다. 이 견해에 따르면 특허권에 대한 실질적 보호가 가능한 수준으로 간접침해의 적용범위를 확대하였다고 할 수 있고 따라서 위 제1설보다는 간접침해의 인정범위가 넓다.

제3설(경제적·상업적·실용적 사용사실설)은 경제적, 상업적 내지 실용적 사용가능성만으로는 부족하고 실제로 경제적, 상업적 내지 실용적인 사용사실이 있어야 다른 용도가 있다고 보는 견해이다. 즉, 다른 용도를 현실로 사용되는 경우로 좁힘으로써 반대로 전용품 범위를 확장하고 있다. 따라서 간접침해 인정 가능성이 가장 넓다 할 것이다.

12) 정상조·박성수, 특허법 주해(Ⅱ), 박영사, 2010, 제109면

판례는 “특허 물건의 생산에만 사용하는 물건에 해당하기 위해서는 사회통념상 통용되고 승인될 수 있는 경제적, 상업적 내지 실용적인 다른 용도가 없어야 하고, 이와 달리 단순히 특허 물건 이외의 물건에 사용될 이론적, 실험적 또는 일시적인 사용가능성이 있는 정도에 불과한 경우에는 간접침해의 성립을 부정할 만한 다른 용도가 아니다.”라고 판시함으로써 제3절과 같은 입장을 취하는 것으로 평가된다¹³⁾.

나. 전용성의 입증책임 및 판단기준시

간접침해에 관한 규정은 특허발명 부품 등의 공급행위를 특허침해로 보는 것으로서 금지청구권 등의 권리발생요건에 관한 것이므로, 위 규정의 적용을 구하는 특허권자에게 그 입증책임이 있고, 판례 역시 같은 입장이다¹⁴⁾. 다만, 전용성의 요건과 관련하여서는 침해대상물이 그 자체로 범용성이 있는 물건임이 명백하지 않는 한, 특허제품의 부품이라는 점이 입증되면 침해자가 그 물건에 다른 용도가 있음에 관하여 합리성이 있는 주장을 하는 경우에 한하여 그 입증책임이 현실화된다고 한다¹⁵⁾.

한편, 다른 용도가 존재하는지 여부에 대한 판단시점은, 손해배상청구에서는 간접침해 행위시를, 금지청구에서는 사실심 구두변론 종결시를 각각 기준으로 판단한다. 손해배상청구는 특허발명의 실시 당시에 다른 용도가 발견되지 않은 경우 실시행위와 동시에 간접침해가 성립되었다 할 것이므로, 이후에

13) 대법원 2001. 1. 30. 선고 98후2580 판결; 대법원 2002. 11. 8. 선고 2000다27602 판결; 대법원 2009. 9. 10. 선고 2007후3356 판결.

14) 대법원 2002. 11. 8. 선고 2000다27602 판결

15) 대법원 2002. 11. 8. 선고 2000다27602 판결

다른 용도가 발견되었다 하더라도 이미 성립된 간접침해에 대한 손해를 청구하는 것이지만, 금지청구는 사실심 변론종결시까지 침해가 계속되거나 침해의 우려가 있어 향후의 실시행위를 금지한다는 점에서 사실심 변론 종결시를 기준으로 판단하는 것이다.

4. 우리나라 판례의 태도

우리나라 판례에서 간접침해가 다루어진 대표적인 사례는 토너 카트리지 사건과 반도체 연마패드 사건이다.

가. 대법원 1996. 11. 27.자 96마365 결정 - 토너 카트리지 사건

이 사건은 프린터의 소모부품인 토너 카트리지를 재생 충전하여 판매한 사안에 관한 것으로, 대법원은 “특허발명의 대상이거나 그와 관련된 물건을 사용함에 따라 마모되거나 소진되어 자주 교체해 주어야 하는 소모부품일지라도 특허발명의 본질적인 구성요소에 해당하고, 다른 용도로는 사용되지 아니하며, 일반적으로 널리 쉽게 구할 수 없는 물품으로서, 당해발명에 관한 물건의 구입 시에 이미 그러한 교체가 예정되어 있었고, 특허권자측에 의하여 그러한 부품을 따로 제조 판매하고 있다면, 그러한 물건은 특허권의 간접침해에서 말하는 특허물건의 생산에만 사용하는 물건에 해당한다고 할 것이다.”라고 판시하여 소모부품이라도 위 요건을 만족하는 경우에는 간접침해가 성립된다고 판단하였다.

그런데, 동 판결의 원심은 “특허권의 간접침해는 특허의 대상인 물건의 ‘생산에만’ 사용하는 물건을 업으로서 생산, 양도,

대여 또는 수입하거나 그 물건의 양도 또는 대여를 청약하는 경우에 성립하는바, 여기에서 말하는 ‘생산’이란 특허발명을 유형화하여 발명의 결과인 물(物)을 만들어 내는 모든 행위를 의미하고 공업적 생산물의 생산 이외에도 주요한 조립, 핵심적인 부품을 기계 본체에 장착하는 것, 기타 주요한 수리도 포함한다고 할 것이나, 범용품이나 일상적인 소모품을 만들어 내는 행위는 ‘생산’이라고 할 수는 없다”고 하면서, “토너 카트리지 는 특허 레이저 프린터를 유형화하여 이를 만들어 내는 것, 즉 ‘생산’에 필요한 부품이라고 할 수는 없고, 다만 그 ‘사용’에 필요한 소모품에 불과하다고 할 것이며, 피신청인들이 생산하는 토너 카트리지 가 특허 레이저 프린터 외에 다른 레이저 프린터에는 사용할 수가 없다고 하더라도 이를 달리 해석할 수는 없다”고 판시하였는바¹⁶⁾, 이 사건의 경우 특허발명 실시품보다 소모품의 경제적 효과가 크다는 점을 감안하더라도 위 대법원 판결은 특허권자의 보호에 지나치게 치중한 점이 있다는 비판이 있다¹⁷⁾.

나. 대법원 2009. 9. 10. 선고 2007후3356 판결 - 반도체 연마패드 사건

이 사건은 화학적 기계적 평탄화(chemical mechanical planarization, 통상 ‘CMP’로 약칭됨) 공정용 연마패드에 관한 특허권자인 피고를 상대로 원고가 생산, 판매하는 CMP 공정용 연마패드가 위 특허권의 권리범위에 속하지 않는다는 소극적 권리범위 확인심판을 제기하여 원고의 제품에 대한 피고의

16) 서울고등법원 1996. 2. 22.자 95라135 결정.

17) 서울고등법원 1996. 2. 22.자 95라135 결정.

특허권에 대한 직접 침해 및 간접침해가 문제된 사안이다.

이에 대해 대법원은 “여기서 말하는 ‘생산’이란 발명의 구성요소 일부를 결여한 물건을 사용하여 발명의 모든 구성요소를 가진 물건을 새로 만들어내는 모든 행위를 의미하므로, 공업적 생산에 한하지 않고 가공, 조립 등의 행위도 포함된다고 할 것이다. 나아가 특허 물건의 생산‘에만’사용하는 물건에 해당되기 위하여는 사회통념상 통용되고 승인될 수 있는 경제적, 상업적 내지 실용적인 다른 용도가 없어야 할 것이고, 이와 달리 단순히 특허 물건 이외의 물건에 사용될 이론적, 실험적 또는 일시적인 사용가능성이 있는 정도에 불과한 경우에는 간접침해의 성립을 부정할 만한 다른 용도가 있다고 할 수 없다”고 하면서, 확인대상발명 제품은 이 사건 특허발명 물건의 생산 이외의 다른 경제적, 상업적 용도가 있다는 원고의 주장을 배척하고 “그러므로 확인대상발명의 물건은 이 사건 특허 물건의 생산에만 사용되는 것이어서 원고가 업으로서 확인대상발명의 물건을 생산·판매한 행위는 이 사건 권리범위확인심판의 심결시를 기준으로 하여 이 사건 특허권에 대한 간접침해에 해당된다고 할 것이다”고 판시하였다.

특히 해당 판결은 “이 사건 특허와 확인대상발명은 ‘균질한 중합체 패드’ 및 ‘대형유동채널’을 포함하는 점에서 일치하지만 확인대상발명에는 이 사건 특허와 달리 ‘소형유동채널’이 형성되지 않는 차이가 있으나, 확인대상발명 물건의 사용에 의해 CMP 공정을 수행하는 때에는 브레이크 인(break-in) 및 컨디셔닝(conditioning) 공정이 필수적으로 부가되고, 이러한 공정을 수행하는 경우에 확인대상발명의 연마패드에는 이 사건 특허의 소형유동채널과 동일한 구조와 기능을 하는 원심 판시

줄무늬 홈이 반드시 형성되므로 확인대상발명의 물건은 이 사건 특허물건의 ‘생산’에 사용되는 것”이라고 판시하고 있다.

이러한 판결에 대해 확인대상발명의 물건을 사용하는 과정에서 특허발명의 구성요소를 구비하게 되는 경우까지 생산으로 파악하고 있어 생산의 의미를 특허발명을 유형화하여 발명의 결과인 물건을 만들어 내는 모든 행위를 의미하는 것으로 확대해석하고 있는 바, 생산의 범위를 지나치게 넓게 해석하고 있다는 비판이 있다¹⁸⁾.

IV. 범용성 제품에 대한 검토

1. 범용품 해석에 관한 문제점

우리나라 특허법상 간접침해 규정은 앞에서 살펴본 미국이나 일본의 간접침해 규정들과는 다른 내용으로 입법되었기 때문에 그 인정범위가 협소한 편이다. 즉, 우리 특허법상 간접침해 규정은 간접침해가 성립되기 위하여 ‘~에만 사용되는 물건’일 것을 요구함으로써 전용물적 간접침해에 한해 간접침해를 인정하고 있다. 따라서, ‘~에만 사용되는 물건’이 아닌 널리 여러 가지 용도로 사용되는 의미의 범용성을 가지는 물건은 문리상 해석에 의해 간접침해로 규율할 수 없다.

그런데 실무상으로는 어떤 제품을 범용성을 가지는 범용 제품으로 볼 수 있는지가 문제된다. 반도체 연마패드 사건의 판시 사항을 살펴보더라도 ‘사회통념상 통용되고 승인될 수 있는 경제적, 상업적 내지 실용적인 다른 용도’를 가지는 범용품의 범위가 어디까지인지 정확히 알기 어렵다. 예컨대, 블루투스

18) 문선영, 앞의 논문, 제46면.

(Bluetooth) 통신을 이용하는 카드 리더기와 판독기를 포함하는 결제 시스템이라는 특허발명에서, MST(Magnetic Secure Transmission) 방식의 통신이나 NFC(Near Field Communication) 방식의 통신을 지원하는 판독기는 범용품으로 볼 수 있는지 여부이다.

2. 특허청구범위를 고려한 해석

특허법 제97조에서는 “특허발명의 보호범위는 특허청구범위에 기재된 사항에 의하여 정하여진다”고 규정하여 특허발명의 보호범위는 청구범위에 의해 결정된다는 점을 명시하고 있다. 그런데 청구범위 해석에 의해 결정되는 직접침해와 달리 간접침해의 성립여부는 법 규정 자체의 해석에 의해 결정된다고 볼 수 있다. 우리 특허법상 간접침해는 간접침해자의 인식에 관한 주관적 요건을 규정함이 없이, 단순히 특허제품의 생산에만 사용되는 물건을 생산하는 것을 간접침해로 규정하고 있기 때문에, 법 규정에 없는 요건을 추가하여 해석할 필요가 없다는 것이다.

그러나 명문으로 규정되어 있는 ‘생산’의 개념에 관한 공용성 요건과 ‘~에만’이라는 전용성 요건을 충실하게 해석하기 위해, 전용품과 범용품의 구분하는 기준으로는 특허청구범위를 고려할 필요가 있다고 생각한다. 앞서 언급한 대법원 판례들이 특허권자를 지나치게 보호하고 있다거나 생산의 개념을 너무 넓게 해석하였다는 비판에도 불구하고 간접침해를 인정한 것은 특허청구범위를 포함한 특허발명이 이루고자 하는 과제를 고려한 것으로 보인다.

토너 카트리지 사건에서 토너 카트리지는 원래 특허제품에

사용되었던 것을 재생한 것이므로 다른 용도가 있는지 여부는 크게 쟁점이 되지 않았지만, 침해 대상물의 형태가 특허발명의 본질적 구성요소로 사용될 수 있도록 되어 있고 그러한 형태가 다른 용도로는 사용되지 아니한다고 하여¹⁹⁾, 침해 대상물에 대하여 특허발명의 본질적인 구성인지의 여부를 중요한 판단 기준으로 삼고 있다. 위 사건에서 토너 카트리지의 레이저 프린터와 결합되는 결합부에 특별한 홈 구조를 채용하여 특허발명의 레이저 프린터에만 장착될 뿐 다른 프린터에 장착되지 않는데, 법원은 이와 같은 사실에 중점을 두어 판단한 것이다.

이에 대하여, 토너 카트리지와 레이저 프린터의 결합부의 홈 구조는 특허발명과 무관하므로, 해당 토너 카트리지의 특허발명의 레이저 프린터에만 사용된다고 판단하는 것은 잘못이라는 견해²⁰⁾가 있으나, 위 견해에 동의하기 어렵다. 레이저 프린터의 제조자는 자사 제품의 토너 카트리지만을 사용하도록 하기 위한 목적으로 홈 구조를 채택한 것일 수도 있으나, 홈 구조를 특허발명의 구성요소로 채택함으로써 토너 카트리지의 레이저 프린터에 더 단단하게 결합되는 효과를 얻을 수 있으며, 레이저 프린터 특허발명은 결과적으로 그 보호범위가 더

19) 해당 판결은 “본건 특허발명에서는 위 감광드럼유닛, 토너박스(토너 카트리지), 현상유닛을 별도로 구성하여 각각의 물품이 수명을 다한 경우에 그 부분만을 교환하여 사용함으로써 레이저 프린터를 경제적으로 효율적으로 사용할 수 있도록 하면서도 사용자가 그 교환이나 취급을 용이하게 하도록 구성한 것이고, 피신청인이 제조·판매하는 이 사건 토너 카트리지는 본건 발명에만 사용되는 물건으로서 다른 용도로는 사용되지 아니하는 사실을 알 수 있는바, 따라서 본건 특허발명의 목적에 비추어 보면 위 토너 카트리지는 그 모양과 형태가 현상유닛과 감광드럼유닛과의 결합 방법 등에 있어서 중요한 요소가 되므로 본건 특허발명의 본질적인 구성요소라 할 것”이라고 설시하였다.

20) 정차호, “간접침해 판단: 직접침해 ‘에만’ 사용 여부”, 특허판례연구(개정판), 박영사, 2012, 제644면.

좁게 되었다.

한편, 특허제품인 카메라에 장착하는 것이 가능한 교환렌즈를 제조하여 판매하는 행위가 간접침해인지 여부를 판단함에 있어서 일본 법원은 해당 교환렌즈가 특허 제품뿐만 아니라 비특허 제품인 다른 방식의 카메라에도 장착하는 것이 가능하고 해당 교환렌즈는 가능한 많은 종류의 카메라 본체에 장착하여 사용가능한 것을 하나의 장점으로 하여 판매되고 있으며, 그러한 장착이 사회통념상 경제적, 상업적 내지는 실용적임으로 간접침해가 아니라고 판시한 판례가 있다²¹⁾.

현재 캐논, 니콘, 올림푸스 등의 카메라 제조사들은 자신들이 제조, 판매하는 렌즈만 장착될 수 있도록 고유의 장착홈을 가진 카메라를 제조하여 판매하고 있다. 그런데 위 판례와 같이 카메라 제조사가 아닌 다른 렌즈 전문회사가 각각의 카메라에 장착 가능한 렌즈를 제작하여 판매하는 것을 간접침해로 보지 않는 것은, 카메라 또는 렌즈와 같은 기술들은 이미 오래 전에 공지된 기술이어서 특허발명의 보호범위에 속하지 않기 때문이라고 생각된다.

이와 같은 점을 종합하면, 간접침해 대상물이 전용성을 가지는지 또는 범용성을 가지는지 여부는 특허발명의 특허청구범위를 고려하여 판단하는 것이 필요하다고 판단된다. 앞서 예시로 든 시스템 특허의 경우에는 각각의 구성요소가 부품의 개념이 아닌 그 자체로 물건성을 가지고 있는 경우가 많으므로, 더욱 특허발명의 특허청구범위를 고려할 필요가 있다고 보인다.

특허권자가 $A=a+b+c$ 인 발명 A에 대해서만 특허를 받은 경

21) 동경지재 1981. 2. 25. 판결(정차호, 앞의 책, 제641면에서 인용).

우(특히, A가 시스템인 경우), 그 구성요소 각각은 특허요건을 충족하지 못하여서 구성부분에 대한 특허는 따로 받지 않은 경우가 대부분인데, 만약 일부 구성요소의 제조, 판매 행위를 간접침해로 본다는 것은 애초에 특허권이 부여될 수 없는 구성요소에 대해 사실상 특허를 부여한 것과 같은 결과를 초래하기 때문이다.

앞서 예시로 든 블루투스 통신을 이용하는 카드 리더기와 판독기를 포함하는 결제 시스템이라는 특허발명에서, 카드 리더기와 판독기 간 블루투스 통신을 하는 것이 특허발명의 주요한 기술 구성이라면 다양한 방식의 통신을 지원하는 판독기를 생산하는 행위는 간접침해로 보기 어려울 것이다. 반면, 특허청구범위에 카드 판독기에 주요한 기술 구성이 담겨 있고 부수적으로 리더기와 블루투스 통신으로 연결된다는 점이 기재되어 있다면, 다양한 방식의 통신을 지원하는 판독기를 생산하는 행위를 간접침해에 해당할 여지가 있을 것이다.

V. 결 론

현행 특허법상 간접침해 규정은 특허권의 보호범위를 확장함으로써 특허권자에게 특허 받지 않은 부품 등에까지 독점적 실시권을 부여하기 위한 것이 아니라, 특허침해가 현실적으로 발생하더라도 그 발견이나 입증이 어렵다는 특수성을 고려하여 특허침해 이전에 침해의 개연성이 높을 뿐만 아니라 특허권의 효력이 실질적으로 감소하는 결과를 낳아 특허권자에게 불이익을 줄 일정한 유형의 예비 내지 방조행위로부터 특허권자를 보호함으로써 특허권자 구제의 실효성을 제고하기 위한

것이다. 그러므로 간접침해 제도는 특허권이 부당하게 확장되지 아니하는 범위에서 그 실효성을 확보하는 양자의 균형이 실무상 중요하다²²⁾.

우리나라의 특허법상 간접침해 규정은 물건의 생산에만 사용하는 물건, 또는 방법의 실시에만 사용하는 물건이라는 객관적 요건만으로 전용물적 간접침해에 한정하여 침해를 인정하고 있으므로 외국의 다른 입법례에 비하여 인정범위가 협소하다. 따라서 위와 같은 균형을 잡기 위해서는 간접침해 규정 중 전용성 요건을 해석함에 있어 특허청구범위를 고려할 필요가 있다고 판단된다.

아울러, 최근 기술의 발달에 따른 침해 태양의 다변화에 대비하여 특허법 제127조의 생산 개념을 확대하는 방향으로 향후 입법적으로 미국과 일본의 입법례를 참고하여 개정할 필요가 있다고 본다.

(끝)

문선영, “특허법상 간접침해 법리에 관한 연구”, 성균관대학교 박사학위논문, 2016, 제26면.

Wallce v Holmes. 29 F. Cas. 74(1871 C. C. Conn.).

조영선, “특허법(제4판)”, 박영사, 2013, 제432면에서는 “35U.S.C. (b), (c), (f), (g)를 통틀어 직접침해(direct infringement) 규정인 같은 조 (a)와 대비하여 ‘간접침해(indirect infringement)’로 부르는 수가 있으나 이는 우리 특허법의 간접침해보다 넓은 개념이어서 혼동을 일으킬 수 있으므로 주의를 요한다”고 한다.

Whoever actively induces infringement of a patent shall be liable as a infringer.

22) 동일한 취지로 최승재, “반제품 수출의 간접침해 여부”, 특허판례연구(3판), 박영사, 2017, 제532면

Whoever offers to sell or sells within the United States or imports into the United States a component of a patented machine, manufacture, combination, or composition, or a material or apparatus for use in practicing a patented process, constituting a material part of the invention, knowing the same to be especially made or especially adapted for use in an infringement of such patent, and not a staple article or commodity of commerce suitable for substantial non-infringement use, shall be liable as a contributory infringe.

문선영, 앞의 논문, 제29면.

강명수, “특허법상 간접침해에 관한 연구”, 한양대학교 박사학위 논문, 2014, 제37면.

그 발명이 특허발명인 것 및 그 물건이 그 발명의 실시에 사용된다는 것을 알면서, 업으로서 그 생산, 양도 등이나 수입 또는 양도 등의 청약을 하는 행위

문선영, 앞의 논문, 제43면.

조영선, 특허법(제4판), 박영사, 2013, 제433면

문선영, 앞의 논문, 제44면.

정상조·박성수, 특허법 주해(Ⅱ), 박영사, 2010, 제109면

대법원 2001. 1. 30. 선고 98후2580 판결; 대법원 2002. 11. 8. 선고 2000다 27602 판결; 대법원 2009. 9. 10. 선고 2007후3356 판결.

대법원 2002. 11. 8. 선고 2000다27602 판결

한동수, “간접침해의 성립요건”, 대법원판례해설 82호, 2009, 제669면.

서울고등법원 1996. 2. 22.자 95라135 결정.

강명수, 앞의 논문, 제131면.

문선영, 앞의 논문, 제46면.

해당 판결은 “본건 특허발명에서는 위 감광드럼유니트, 토너박스(토너 카트리지), 현상유니트를 별도로 구성하여 각각의 물품이 수명을 다한 경우에 그 부분만을 교환하여 사용함으로써 레이저 프린터를 경제적으로 효율적으로 사용할 수 있도록 하면서도 사용자가 그 교환이나 취급을 용이하게 하도록 구성한 것이고, 피신청인이 제조·판매하는 이 사건 토너 카트리지는 본건 발명에만 사용되는 물건으로서 다른 용도로는 사용되지 아니하는 사실을 알 수 있는바, 따라서 본건 특허발명의 목적에 비추어 보면 위 토너 카트리지는

그 모양과 형태가 현상유니트와 감광드럼유니트와의 결합 방법 등에 있어서 중요한 요소가 되므로 본건 특허발명의 본질적인 구성요소라 할 것”이라고 실시하였다.

정차호, “간접침해 판단: 직접침해 ‘에만’ 사용 여부”, 특허판례연구(개정판), 박영사, 2012, 제644면.

동경지재 1981. 2. 25. 판결(정차호, 앞의 책, 제641면에서 인용).

동일한 취지로 최승재, “반제품 수출의 간접침해 여부”, 특허판례연구(3판), 박영사, 2017, 제532면

최근 저작권 판례의 동향

-리얼리티 방송프로그램의 저작권 침해 판단 기준-

최 승 수

리얼리티 방송프로그램의 저작권 침해 판단기준-대법원
2017. 11. 9. 선고 2014다49180 손해배상 판결을 중심으로

1. 사실관계 및 쟁점

[사실관계]

- 원고 영상물: SBS “짝” (결혼적령기에 있는 일반인 남녀가 ‘애정촌’이라는 공간에 모여 일정 기간 함께 생활하면서 자기 소개, 게임, 데이트 등을 통해 자신의 짝을 찾아가는 과정을 녹화한 리얼리티 방송 프로그램)

결혼 적령기에 도달한 일반 남녀가 애정촌이라는 공간에 모여 짝을 찾는 과정을 그린 리얼리티방송을 녹화한 것으로 전문배우가 아닌 일반 남녀로 이루어진 출연자가 짝을 찾는 행위만 하는 애정촌에서 생활비의 집행, 의상의 착용, 식사的方式, 개인정보 제공의 제한, 퇴소 등을 정한 ‘12강령’을 준수하면서 일주일 동안 자신의 짝을 찾는 일에 몰두하는 내용으로 시청자는 이러한 출연자의 생활을 관찰자의 시점에서 바라보게 됨.

- 피고 1 (CJE&M) 영상물 : SNL 성인코미디패러디물(짹)
SNL 코리아의 콩트 중 하나로서 일반 남녀가 아닌 전문 연기자가 재소자나 환자의 역할을 연기하면서 애정촌에 모여 짹을 찾는 상황에서 발생하는 여러 가지 사건을 보여주는 내용
'짹 재소자특집 1부', '짹 재소자특집 2부', '짹 재소자 리턴즈', '짹 메디컬 특집'이라는 제목의 영상물을 6분 정도씩 4차례에 걸쳐 방송

- 피고 2 (넷마블) 영상물 : “짹궁” 게임을 즐기는 남녀가 ‘애정촌 던전(Dungeon)’이라는 장소에 모여 함께 게임을 할 이성의 짹을 찾는다는 내용으로 게임물을 홍보할 목적으로 제작한 것

온라인 게임의 웹사이트인 넷마블 사이트를 통하여 전송되고 있는 이벤트성 영상물로서 새롭게 국내에 출시되는 온라인 게임인 'RIFT'의 홍보를 위해 제작됨. 이는 게임을 즐기는 사람이 함께 '애정촌 던전(Dungeon)'에 모여 함께 게임을 할 상대방인 짹을 찾는 과정에서 온라인 게임 속의 퀘스트(게임에서 이용자들이 해결할 과제) 시스템을 도입하여 출연자에게 과제를 던져주고 그에 따라 행동하도록 지시하여 짹을 찾으려는 출연자의 순수한 마음에 따른 선택이 아닌 과제 수행에 따른 선택을 하도록 함으로써 출연자의 진심을 상대방이 알 수 없게 만들고, 마지막에 이르러 과제에 따른 선택이었음을 밝히는 내용

'RIFT'라는 게임의 국내 진출을 위해 제작된 웹사이트에서 '짹궁 게이머 특집'이라는 제목으로 예고편(1분), 1부 만남편(20분), 2부 느낌편(15분), 3부 최종선택편(10분)을 전송

- 저작권침해 등 주장하면서 손해배상을 구한 사건

저작재산권(복제권, 2차적 저작물작성권 등)과 저작인격권을 침해하였거나 주지된 원고의 영업표지 등과 유사한 표장을 사용하여 출처의 혼동을 가져오거나 원고 영업표지의 식별력과 명성을 손상하는 부정경쟁행위를 하였거나 원고가 상당한 노력과 투자로 구축한 영상물의 명성과 고객흡입력에 무단 편승하는 불법행위를 저질렀다고 주장하면서 선택적으로 불법행위에 기초한 손해배상을 구함

[쟁점]

가. 원고 영상물에 관한 저작권재산권(복제권과 2차적 저작물작성권) 및 저작인격권 침해 여부(원고 영상물과 피고 영상물 1, 2의 실질적 유사성 여부)

나. 부정경쟁행위의 성립 여부 (1) 원고가 제작한 영상물의 제목인 '짹'이 식별력 있는 원고의 상품 또는 영업표지에 해당하는 지 여부 (2) 원고의 저명한 상품 등 표지의 식별력이나 명성을 손상하는 행위에 해당하는지

다. 일반 불법행위책임의 성립 여부

- 본고에서는 리얼리티 방송 포맷도 저작물로 인정되는가, 리얼리티 방송포맷의 실질적 유사성 판단기준만 논함

2. 법원 판단

가. 저작물성 인정여부

[고등법원의 판단]

[1, 2심에서는 저작물성을 부정(서울고등법원 2013나54972 판

결) : "SBS가 저작권법 보호 대상이라 주장하는 장면들은 대부분 저작권법의 보호대상으로 볼 수 없는 아이디어에 불과하거나, 이미 다른 영상저작물에서 사용하고 있어 창작성을 인정하기 어렵다"]

- 피고 영상물 1, 2는 원고 영상물을 기초로 하여 구상, 기획되었으나, 원고가 독창적인 장면으로서 저작권법의 보호 대상이라 주장하는 원고 영상물의 내용은 저작권법의 보호대상이라 할 수 없는 아이디어의 영역에 포함되는 것에 불과하거나, 이미 다른 영상물에서 사용되고 있었던 장면으로서 창작성을 인정하기 어려우므로 실질적인 유사성이 있는지를 판단함에 있어서 고려할 수 없는 부분이다. 이러한 요소들을 사용한 영상이 원고 영상물 자체의 특징적인 요소가 될 수 있다고 하더라도 그 자체로 창작성이 있다고 단정할 수는 없다.

(가) 저작물의 제목을 표현하는 방식 - 순수 서예작품처럼 그 자체로 독립하여 감상의 대상으로 삼기 위해서 창작된 것이라 볼 수 없으며, 글자 자체가 독립된 미술저작물에 해당한다 할 수 없다. 그리고 '짹' 간판은 '짹'이라는 글자를 제외하면 그 자체로 특별한 창작성을 인정할 요소를 가진다고 보기 어렵다.

(나) 등장인물을 표현하는 방식 - 출연자에게 다른 사람을 '1호', '2호' 등으로 부르도록 한 것과 특정 색으로 구분한 유니폼을 입도록 하는 것은 저작권의 보호 대상이 되지 않는 아이디어에 불과하다.

(다) 출연자 집단별 저작물 제목 표현 - '애정촌'이란 사랑하는 마음을 뜻하는 '애정'과 마을을 뜻하는 '촌'을 결합한 단어로 짧은 단어의 조합에 불과하여 창작적 표현이라 할 수 없다.

(라) 상황과 공간을 표현하는 방식(애정촌과 12강령) - 족자에

강령의 내용을 적어서 걸어놓는다는 것은 단순한 아이디어에 지나지 않고, 영상물에서 흔히 사용되는 방식에 불과하여 달리 창작적 표현에 해당하지 않는다.

(마) 출연자의 등장 방식 - 아이디어에 해당하며, 특정 장소에 출연자가 트렁크에 짐을 가지고 도착하는 등장 방식 자체는 다른 리얼리티방송에서도 흔히 사용되는 것으로 거기에 어떠한 창작적 표현이 있다고 보기 어렵다.

(바) 자기소개표의 표현 방식과 프로필 정리 장면 - 표현할 수 있는 다른 방식이 없을 뿐만 아니라 흔히 사용되는 것에 불과하여 창작성이 있는 표현이라 할 수 없다. 그리고 프로필 장면의 구성은 일반적으로 영상물에서 출연자들의 소개에 사용되던 종래의 통상적 방식과 특별히 다를 것이 없어 창작성을 인정할 수 없다.

(사) 등장인물의 마음을 표현하는 방식(도시락 선택) - 설정 자체는 아이디어에 지나지 않아 창작적 표현이라 할 수 없다.

(아) 제작진과 속마음 인터뷰 - 짝짓기 프로그램에서 널리 사용되는 것으로 거기에 원고가 새로운 창작성을 부여한 것으로 보기 어렵다.

(자) 가족과 전화 통화 - 아이디어의 영역에 속하고, 일반 예능 프로그램에서 출연자와 상대방의 통화 장면에서 흔히 사용되는 방식에 불과하여 원고만의 창작적 표현이라 할 수 없다.

(차) 데이트권리를 얻기 위한 게임 - 데이트를 하는 방식, 게임 방식은 단순한 아이디어에 지나지 않고, 게임의 규칙이나 게임의 시작을 알리는 내용에 불과하여 창작성이 있는 표현이라 할 수 없다.

(카) 프로그램 종료 마지막 장면 - 독창성 있는 표현에 해당하는

다고 볼 수 없다.

(타) 내레이션을 통한 사건 전개 - 평서체와 문어체를 사용한 것, 일반다큐멘터리의 내레이션에 비하여 목소리의 톤을 높게 하고 속도를 빠르게 하는 등의 특징은 내레이션을 위한 아이디어에 불과하며, 성우의 음색 자체가 원고의 창작적 표현에 해당한다 할 수 없다.

[대법원의 판단]

- 구체적인 대본이 없이 대략적인 구성안만을 기초로 출연자 등에 의하여 표출되는 상황을 담아 제작되는 이른바 리얼리티 방송프로그램도 이러한 창작성이 있다면 저작물로서 보호를 받을 수 있다.
- 리얼리티방송프로그램은 무대, 배경, 소품, 음악, 진행방법, 게임규칙 등 다양한 요소들 구성되고 이러한 요소들이 일정한 제작의도나 방침에 따라 선택되고 배열됨으로써 다른 프로그램과 확연히 구별되는 특징이나 개성이 나타날 수 있다.
- 따라서 리얼리티 방송프로그램의 창작성 여부를 판단할 때에는 그 프로그램을 구성하는 개별 요소들 각각의 창작성 외에도 이러한 개별 요소들이 일정한 제작의도나 방침에 따라 선택되고 배열됨에 따라 구체적으로 어우러져 그 프로그램 자체가 다른 프로그램과 구별되는 창작적 개성을 가지고 있어 저작물로서 보호를 받을 정도에 이르렀는지도 고려함이 타당하다.
- “원고 영상물은 결혼적령기에 있는 일반인 남녀가 ‘애정촌’이라는 공간에 모여 일정 기간 함께 생활하면서 자기소개, 게

임, 데이트 등을 통해 자신의 짝을 찾아가는 과정을 녹화한 리얼리티 방송 프로그램이다. 기존에도 결혼적령기에 있는 남녀들이 출연하여 게임, 대화 등을 통해 최종적으로 자신의 마음에 드는 상대방을 선택하여 짝을 이루는 형식의 방송 프로그램은 존재하였다. 하지만 원고 영상물은 프로그램을 진행하는 사회자가 없이 출연한 남녀들이 한 장소에 모여 합숙 생활을 하면서 제작진이 정한 규칙에 따라 행동하도록 하고 그 과정에서 일어나는 상호작용을 대상으로 삼아 객관적으로 관찰할 수 있도록 한다는 점에서 기존에 존재하던 프로그램과는 구별되는 특징이 있다. (중략)

● 원심이 들고 있는 원고영상물을이루는개별적인요소들은아이디어의영역에속하거나다른프로그램에서도이미사용되는등의사정으로인해그자체로만보면창작성을인정하기에부족한점이있다. 그러나 원고 측의 축적된 방송 제작 경험과 지식을 바탕으로 위와 같은 프로그램의성격에비추어필요하다고판단된요소들만을선택하여나름대로의편집방침에따라배열한원고영상물은이를이루는개별요소들의창작성인정여부와는별개로구성요소의선택이나배열이충분히구체적으로어우러져위에서본기존의방송프로그램과는구별되는창작적개성을가지고있다고할수있다.”

나. 실질적 유사성

[고등법원의 판단]

● 원고 영상물의 내레이션 중 ‘우리는 모두 애정의 시대를 살고 있다. 당신은 드리고 당신의 작은 애정촌의 그 누구와 닮아있는가’라는 문구는 ‘사회의 축소판인 애정촌이라는 장소,

상황을 설정하고 그 안에서 결혼적령기인 일반 남녀가 실제 짝을 찾아가는 과정을 통해서 한국인의 짝에 대한 희생과 배려, 그리고 사랑을 돌아보게 한다는 원고의 기획 의도가 함축적으로 표현된 문구로서 창작성이 인정되는 표현에 해당한다고 볼 여지가 있다.

- 그러나 피고 영상물 1에서 위와 유사한 문구가 사용되었다고 하더라도 이는 '한국인의 짝에 대한 희생과 배려, 그리고 사랑'을 묘사하기 위한 것이 아님이 분명하고 원고 영상물과 피고 영상물 1에서 문구를 통하여 표현한 형식이 동일하거나 유사하다고 단정하기 어렵다.

- 또 리얼리티 짝짓기방송이라는 원고 영상물의 특성에 비추어 원고 영상물의 창작성은 위와 같이 출연자 사이에 일어나는 구체적 사건 진행에 있다고 보는 것이 타당하고, 코미디물로서 실제 발생하기 어려운 상황을 주로 표현하고 있는 피고 영상물 1과 출연자인 게이머들이 마치 게임처럼 수행할 과제를 부여받고 이를 완수하는 과정에서 일어나는 사건을 주로 표현하고 있는 피고 영상물 2는 구체적인 사건의 진행에 있어서 원고 영상물과 상당한 차이가 있다.

- 결과적으로 원고 영상물과 피고 영상물 1, 2에 일부 유사해 보이는 장면과 내레이션이 있다고 하더라도 피고 영상물 1, 2에서 그 부분이 차지하는 질적·양적 비중이 미미하여 원고 영상물의 저작권법 보호대상이 되는 창작적 특성이 피고 영상물 1, 2에 나타난다고 보기 어렵고, 피고 영상물 1, 2는 출연자 사이의 구체적 사건을 원고 영상물과 다르게 표현함으로써 그 표현형식에 상당한 차이가 있으므로 원고 영상물과 피고 영상물 1, 2가 실질적으로 유사하다거나 종속관계에 있다고 보기

어렵다.

[대법원의 판단]

가. ‘ 짹’과 SNL 패러디물과의 실질적 유사성

- 프로그램의 성격, 등장인물, 구체적인 사건의 진행과 내용 및 그 구성 등에서 표현상의 상당한 차이가있으므로, 이들 사이에 실질적 유사성이 인정된다고 보기 어렵다.
- 일반인 남녀가 출연하여 구체적인 대본 없이 출연자 사이의 상호작용에 따라 사건이 진행되는 리얼리티 방송 프로그램이 아니라, 전문연기자가출연하여구체적인대본에따라채소자나환자등을연기하는성인대상코미디물이라는점에서프로그램의성격이원고영상물과는다르다.
- 성인 대상 코미디물이라는 프로그램의 성격에 따라 현실에서 좀처럼 발생하기 어려운 과장된 상황과 사건들이 극 전개의 중심을 이루어 구성됨으로써 전체적으로 가볍고 유머러스한 분위기가 느껴지도록 표현된 것을 특징으로 하고 있다.

나. ‘ 짹’과 게임물 홍보영상과의 실질적 유사성

- 비록 피고 영상물 2는 피고가 게임물을 홍보할 목적으로 제작한 것으로서 실제로는진지하게짹을찾는일반인남녀들간의 상호작용을보여주기위한프로그램은아니라고하더라도, 시청자들의 입장에서는 피고 영상물 2 자체로부터 이와 같은 원고 영상물과 피고 영상물 2 사이의 차이점에 따른 표현상의 차이를 느끼기는 어려워 보인다.
- 또한, 피고 영상물 2에는 온라인 게임 속의 퀘스트(Quest) 시스템을 도입하여 출연자가 자신의 속마음과는 달리 주어진

임무에 따라 행동하도록 하는 등 원고 영상물에 나타나 있지 아니한 요소가 일부 추가되어 있기는 하나, 피고 영상물 2 내에서 이러한 요소가 차지하는 질적 또는 양적 비중이 미미하다.

- 위와 같은 사정들을 종합하여 보면, 원고 영상물과 피고 영상물 2 사이에는 구성요소의 선택과 배열에 관한 원고 영상물의 창작적 특성이 피고 영상물 2에 담겨 있어서 실질적 유사성이 인정된다고 볼 여지가 있다.

3. 검토

가. 리얼리티방송 포맷의 저작물성

- 방송프로그램 포맷에 대하여 사실상 정면으로 저작물성을 인정한 최초의 판결
- 방송포맷이 저작권법상의 표현 범위에 속하는지, 아이디어 영역에 속하여 보호를 받을 수 없는지에 대해 확실히 하기 어려움
- 하지만 최근 중국에서 한국 드라마나 예능프로그램의 포맷을 베끼는 사태가 벌어지고 있음
- 미국의 경우 CBS의 <Survivor>라는 프로그램과 ABC의 <I'm a Celebrity, Get Me Out of Here>라는 프로그램 사이의 분쟁에서 각 구성요소 등을 비교분석한 결과 저작권침해를 부정한 판결이 있음(CBS v. ABC, 2003 U.S. Dist. LEXIS 20258.)

토크쇼 포맷과 관련하여, 오프닝 노래, 사회자, 관객 참여, 일정한 게스트 패널, 대화의 주제, 광고를 위한 일시 휴지 그리고 사회자의 클로징 멘트와 같은 포맷 요소에 대하여는 토크

쇼에서 반복적으로 이용되고 있고 저작권법적 보호를 받을 수 없는 일반적인 아이디어와 컨셉에 불과하다는 이유로 원고 청구를 기각한 사례(Pelt v. CBS Inc.).

게임 쇼 포맷과 관련하여, 양 작품 모두 3명의 선수들이 나오고, 반대편을 제거하기 위하여 여러 단계의 게임 라운드가 벌어지며, 사회자가 반대편에 질문을 던지고 상투적인 도구를 이용하는 것 등은 서로 실질적으로 유사하지 않다고 한 사례(Sheehan v. MTV Networks).

퀴즈 쇼 포맷과 관련하여, 도전자들의 질문 던지기, 마지막 대박(jackpot) 질문, 결론 및 관객 참여 등으로 이루어진 영화에 기반하여 만들어진 퀴즈 쇼 포맷 자체는 보호받을 수 있는 것이 아니라고 판단한 사례(Richards v. Columbia Broad Sys. Inc.)도 있음

- 하지만 최근 영국 고등법원은 TV 프로그램의 포맷이 하나로 합쳐지는 경우 유사한 유형의 다른 프로그램의 포맷과 구별되어 명백하게 식별되어지는 특징들이 해당 포맷에 있고 이러한 현저한 특징들이 일관성 있는 틀 안에서 서로 연결되어 해당 프로그램이 인식 가능한 형태로 반복적으로 복제될 수 있다면 극적 저작물로 보호될 수 있다고 판시함(Banner Universal Motion Pictures Ltd v Endemol Shine Group Ltd & Anor [2017])¹⁾

1) “it is at least arguable, as a matter of concept, that the format of a television game show or quiz show can be the subject of copyright protection as a dramatic work. This is so, even though it is inherent in the concept of a genuine game or quiz that the playing and outcome of the game, and the questions posed and answers given in the quiz, are not known or prescribed in advance; and hence that the show will contain elements of spontaneity and events that change from episode to episode.”

- 본 판결의 경우 원심은 전통적인 아이디어 표현이분법의 원리에 따라서 저작물성을 부인하였음에 반하여 대법원의 프로그램의 구성요소의 선택이나 배열에 창작적 개성이 있다는 점을 들어 저작물성을 인정한 점이 특징

개별요소들의 창작성은 사실상 인정하지 않으면서도 그러한 창작성 없는 표현이나 아이디어를 선택과 배열에 있어서 창작성이 있다는 이유로 저작물성을 인정하였다면 일종의 편집저작물의 법리를 차용한 것으로 보임. 엄밀히 말해 본건 원고 영상물은 편집저작물은 아니고, 다만 특수한 형태의 극적 저작물이라고 보아야 하고, 그 극적 저작물의 구성요소 자체는 저작물성을 가지고 있지 않은 것으로 보아야 할 것이다. 사실 일반적인 극적 저작물의 경우에도 구체적인 스토리라인, 등장인물의 성격과 갈등구조, 구도 등 포괄적 비문언적 요소도 아이디어와 유사하지만 극적 저작물의 구성요소로 보고 있는바, 리얼리티 프로그램포맷도 그런 측면에서 비록 각본은 없다고 하더라도 극적 저작물로서의 저작물성을 가지고 있다고 볼 수 있다.

나아가, 개별 안무동작 자체는 별다른 독창성이 없다고 하더라도 이를 선택하고 배열하는데 창작성이 있다면 대중가요의 안무도 안무저작물로 인정받을 수 있다는 점(샤이보이 사건 서울고등법원 2012. 10.24. 선고 2011나104668 판결)을 수긍한다

“copyright protection will not subsist unless, as a minimum, (i) there are a number of clearly identified features which, taken together, distinguish the show in question from other so far similar type; and (ii) that those distinguishing features are connected with each other in a coherent frame work which can be repeatedly applied so as to enable the show to be produced in a recognisable form.”

면 원고 영상물과 같은 리얼리티방송프로그램도 저작물성을 인정할 수 있다고 할 것

나. 방송포맷침해의 실질적 유사성 판단기준

- 리얼리티 프로그램의 경우 미리 정해진 극본이 따로 없고, 등장인물들에게 개략적인 가이드라인만 제공되지만 세세한 각본은 별도로 제공되지 않기 때문에, 저작권 침해판단을 기존 드라마와 달리해야 하는 것은 아닌지 하는 의문이 들 수 있다. 결국 고등법원 판결에서 예시하는 여러가지 비창작적 요소들의 결합과 관련된 소재의 선택, 진행방법, 배열 등에 대하여 어느 정도의 저작권법인 보호를 부여할 것인지와 관련이 있음
- 대법원도 원고 영상물의 구성요소를 이루는 소재 자체는 아이디어이거나 창작성이 없다고 하고 다만, 소재의 선택과 배열에 있어서 창작성이 있다고 보았음. 그렇다면 원고와 피고 영상물을 비교할 때에 있어서 위 소재의 선택과 배열에 있어서의 창작적 요소만을 가지고 비교를 해야 함
- 대법원은 피고 1영상물과의 실질적 유사성 판단에 있어서 프로그램의 성격, 등장인물, 구체적인 사건의 진행과 내용 및 그 구성 등을 판단요소를 제시하면서 원고영상물과 피고 1영상물과는 차이가 있다고 판단한 반면, 피고 2영상물과는 차이가 없다는 취지의 판단을 하였음. 그러나 대법원이 제시한 위 판단요소를 대입할 때 과연 피고 2영상물의 겨우에도 차이가 없다고 할 수 있는지 의문이 듦
- 기본적으로 원고 영상물은 각본 없이 비전문연기자들이 자유롭게 내용을 전개해 가는 방송프로그램인 반면, 피고들 영상물은 모두 전문연기자들에 의해 각본에 의해서 연기를 하고

있되 다만 원고 영상물에 들어 있는 포맷을 차용하고 있을 뿐
이어서, 별 차이가 없는 것임

- 나아가 양 저작물의 장르나 성격도 고려되어야 할 것인데,
원고 영상물과 피고들 영상물은 장르나 성격에 있어서도 상당
한 차이를 가지고 있음
- 특히 공정이용의 관점에서 볼 때 과연 피고 영상물들이 원
고 영상물의 시장을 대체하였다고 볼 수 있는지도 고려되어야
함
- 이러한 점들을 고려할 때 대법원의 실질적 유사성 판단은
다소 받아들이기 어려움.

“it is at least arguable, as a matter of concept, that the format of a television game show or quiz show can be the subject of copyright protection as a dramatic work. This is so, even though it is inherent in the concept of a genuine game or quiz that the playing and outcome of the game, and the questions posed and answers given in the quiz, are not known or prescribed in advance; and hence that the show will contain elements of spontaneity and events that change from episode to episode.”

“copyright protection will not subsist unless, as a minimum, (i) there are a number of clearly identified features which, taken together, distinguish the showin question from other so fasimilar type; and (ii) that those distinguishing features are connected with each other inacoherent frame work which can be repeatedly applied soastoenable the show to be reproduce dinrecognisable form.”

행정소송에 있어서 패소한 경우 헌법소원의 가능 여부

남 상 택 / 장안대학교

Nam, Sang-Taek

《 목 차 》

I. 머리말	1
II. 행정처분성이 인정되는 행정작용에 있어서의 헌법소원	2
1. 헌법재판(헌법소송)의 의의 및 헌법소원심판의 종류와 그 성격	2
2. 행정처분성이 인정되는 행정작용에 있어서의 권리구제형 헌법소원	5
3. 조례의 헌법소원 대상성 여부	8
III. 행정처분성이 인정되지 않는 행정작용에 있어서의 헌법소송	10
1. 행정입법에 대한 헌법소원	10
2. 행정계획에 있어 헌법소원	19
3. 공법상 계약 및 합동행위에 있어 헌법소원	19
4. 공법상 확약에 있어 헌법소원	20
5. 행정상 사실행위에 있어 헌법소원	20
6. 사법행정의 행정작용에 대한 헌법소원	23
7. 기타의 행정작용에 있어 헌법소원	23
8. 소 결	28
IV. 맺음말	29

요 약

법은 인간의 생활관계를 강제적으로 규율하는 규범으로서 일정한 이념의 실현을 그 규율의 기본방향 내지 지도 원리로 한다. 기본적으로 국가의 공권력 행사에 대한 통제를 그 목적으로 하는 법원의 행정소송기능과 헌법재판소의 헌법재판기능은 부분적으로 중첩되고 경합되면서 때로는 갈등을 야기하기도 하는데, 이는 헌법 제107조, 헌법 제111조 및 헌법재판소법 제68조 제1항과 관련하여 논란의 여지가 되고 있다.

헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판은 주관적 권리구제의 헌법소원으로서 개별적인 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 청구할 수 있음에 대하여, 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판은 구체적 규범통제의 헌법소원으로서 법 제41조 제1항의 규정에 의한 법률의 위헌여부심판의 제청신청이 법원에 의하여 기각된 때에 그 신청을 한 당사자가 헌법재판소에 제청신청이 기각된 법률의 위헌 여부를 가리기 위한 헌법소원심판을 청구하는 것으로서, 헌법재판소법 제68조 제1항과 동조 제2항에 규정된 헌법소원은 그 심판청구의 요건과 그 대상이 각각 다르다. 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원제도는 다른 나라에서 그 유례를 찾기 힘든 독특한 헌법재판절차이다. 법 제68조 제2항은 국민의 위헌제청 신청이 기각된 경우 국민이 직접 법률에 대한 헌법소원을 제기할 수 있는 가능성을 제공하고 있다.

재판에 적용되는 법률이 위헌인 경우에 법원이 스스로 위헌제청을 하지 않는다면, 재판의 당사자로서는 원칙적으로 모든 심급을 경유한 후에 위헌적인 법률을 적용한 재판에 대하여 헌법소원을 제기할 수밖에 없다. 그러나 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 원칙적으로 제외하고 있는 우리 헌법재판제도에서는 재판의 당사자가 법원을 경유한 후에 재판소원의 형태로 규범의 위헌성을 물을 수 있는 길이 막혀 있기 때문에, 우리 법은 제68조 제2항을 두어 이러한 경우에도 법률에 대하여 직접 헌법소원을 제기할 수 있는 길을 열어 놓았다. 따라서 법 제68조 제2항의 헌법소원제도는 재판소원을 배제하는 우리 헌법소원제도의 결함을 일부 보완하는 기능을 한다.

요컨대 헌법재판소법 제68조 제1항에서는 헌법소원의 대상에서 법원의 재판을 제외하고 있으며, 헌법재판소는 원칙적으로 행정재판을 비롯한 민·형사재판에 대한 헌법소원을 인정하지 않는다. 원칙적으로 헌법재판소는 법원의 재판을 헌법소원 대상에 제외한 제68조 제1항을 헌법에 위반되지 않는다고 보고 있어, 헌법소원이 원칙적으로 갖는 개인의 주관적 권리를 보호하는 기본권보장기능과 관련하여 직접적으로 국민의 기본권과 관련되는 영역(검사의 불기소처분, 행정입법에 의한 직접적인 기본권침해, 행정청의 부작위, 권력적 사실행위 등과 같은 행정작용)은 배제되고 일반적이고 추상적인 입법작용 등만이 헌법소원의 대상으로 남는 결과를 낳게 된다.

I. 머리말

법은 인간의 생활관계를 강제적으로 규율하는 규범으로서 일정한 이념의 실현을 그 규율의 기본방향 내지 지도원리로 한다. 따라서 법은 어떠한 개별 법영역이든지간에 그 규율의 대상인 생활관계, 규율의 척도인 규범, 규율의 원리인 이념 그리고 규율의 강제력 실현을 위한 재판절차라는 네 가지 기본적인 구성요소로 이루어진다.²⁾ 대부분의 법영역들은 첫 번째 구성요소인 규율대상인 생활관계를 기준으로 나뉘어지고, 국가권력의 전부를 규율하는 헌법과 그 국가권력 중 일부인 행정권을 규율하는 행정법처럼 행정권을 규율하는 범위 내에서 중복되는 경우, 규율의 척도인 규범 내지는 규율의 원리인 이념 등을 동원하여 나누게 된다. 이처럼 기본적으로 국가의 공권력 행사에 대한 통제를 그 목적으로 하는 법원의 행정소송기능과 헌법재판소의 헌법재판기능은 부분적으로 중첩되고 경합되면서 때로는 갈등을 야기하기도 하는데,³⁾ 이는 헌법 제107조,⁴⁾ 헌법 제111조⁵⁾ 및 헌법재판소법 제68조 제1항과 관련하여 논

2) 박정훈, "헌법과 행정법 - 행정소송과 헌법소송의 관계 -", 서울대학교 법학 제 39집(서울 : 서울대학교 법학연구소, 1999), 84면.

3) 정호경, "행정소송과 헌법재판의 관계에 관한 고찰 - 항고소송, 헌법소원, 권한쟁의심판을 중심으로 -", 행정법연구 제22집(서울 : 행정법이론실무학회, 2008), 55면.

4) 헌법 제107조 ① 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다. ② 명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다. ③ 재판의 전심절차로서 행정심판을 할 수 있다. 행정심판의 절차는 법률로 정하되, 사법절차가 준용되어야 한다.

5) 헌법 제111조 ① 헌법재판소는 다음 사항을 관장한다.

1. 법원의 제청에 의한 법률의 위헌여부 심판
2. 탄핵의 심판

란의 여지가 되고 있다.

헌법재판소법 제68조 제1항에서는 "공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 다만, 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없다."고 규정하고 있어 헌법소원의 대상에서 법원의 재판을 제외하고 있으며, 헌법재판소는 원칙적으로 행정재판을 비롯한 민·형사재판에 대한 헌법소원을 인정하지 않는다.⁶⁾ 동법 제68조 제1항이 규정하는 "재판의 범위"에는 사건을 종국적으로 해결하기 위한 종국판결 외에 본안전 소송판결 및 중간판결이 모두 포함되는 것이고, 기타 소송절차의 파생적·부수적인 사항에 대한 공권적 판단도 포함되는 것으로 봄이 일반적이며,⁷⁾ 원칙적으로 헌법재판소는 법원의 재판을 헌법소원 대상에 제외한 제68조 제1항을 헌법에 위반되지 않는다고 보고 있어,⁸⁾ 헌법소원이 원칙적으로 갖는 개인의 주관적 권리를 보호하는 기본권보장기능과 관련하여 직접적으로 국민의 기본권과 관련되는 영역(검사의 불기소처분, 행정입법에 의한 직접적인 기본권침해, 행정청의 부작위, 권력적 사실행위 등과 같은 행정작용)은 배제되고 일반

3. 정당의 해산 심판

4. 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판

5. 법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판

6) 헌법재판소 2001. 12. 11. 선고, 2001헌마800 결정; 헌법재판소 2001. 7. 19. 선고, 2001헌마102 결정; 헌법재판소 2001. 6. 28. 선고, 98헌마485 결정; 헌법재판소 2001. 6. 12. 선고, 2001헌마374 결정; 헌법재판소 2001. 1. 10. 선고, 2000헌마781 결정; 헌법재판소 2000. 12. 19. 선고, 2000헌마745 등.

7) 헌법재판소 1992. 12. 24. 선고, 90헌마158 전원합의회 결정.

8) 헌법재판소 1997. 12. 24. 96헌마172-173 결정 등 참조.

적이고 추상적인 입법작용 등만이 헌법소원의 대상으로 남는 결과를 낳게 된다.⁹⁾

이하에서는 이와 관련하여 행정소송의 확정판결에 대하여 헌법소원이 가능한지 여부를 원처분에 대한 헌법소원이 가능한지 여부, 헌법소원의 보충성과 관련하여 공행정작용에 있어 행정소송이 대상적격, 원고적격 및 권리보호필요성 등을 이유로 허용되지 않는 경우 헌법소원이 가능한지 여부, 법규명령 또는 조례가 직접·구체적으로 개인의 기본권을 침해하는 경우 그에 대한 헌법소원이 가능한지 여부 등과 함께 살펴보도록 하겠다.

II. 행정처분성이 인정되는 행정작용에 있어서의 헌법소원

1. 헌법재판(헌법소송)의 의의 및 헌법소원심판의 종류와 그 성격

1) 헌법재판(헌법소송)의 개념 및 기능

일반적으로 헌법재판이라 함은 헌법분쟁 또는 헌법침해의 문제를 헌법규범을 기준으로 유권적으로 결정함으로써 헌법질서를 유지·수호하는 국가작용을 일컫는다.¹⁰⁾ 오늘날 자유민주

9) 김운용, 「위헌심사론」(서울: 삼지원, 1988), 381면; 김민호·김일한, "헌법재판의 발전으로 인한 행정소송상 문제점에 관한 서설적 고찰", 성균관법학 제14집(서울: 성균관대학교 비교법연구소, 2002), 81~82면 재인용.

10) 헌법재판소 편, 「제1개정증보판 헌법재판실무제요」(서울: 헌법재판소, 2008), 1면 이하 참조.

국가에서 헌법재판제도는 국민의 기본권을 국가권력의 남용으로부터 보호하고, 정치권력을 헌법의 틀 안에서 작용하게 함으로써 헌법을 실현하는 헌법보호의 중요한 수단이다. 그리하여 오늘날 헌법재판제도는 대의제, 권력분립제, 선거제, 공무원제, 지방자치제 등과 같이 통치구조의 불가결한 구성 부분으로 인식되고 있다. 특히 헌법재판제도는 국가권력의 기본권기속과 국가권력 행사의 절차적 정당성을 확보하기 위한 기능적 권력통제의 한 장치로 이해되면서 권력분립의 차원에서도 중요한 의미를 갖게 되었다. 따라서 이러한 헌법재판작용은 헌법보호기능, 권력통제기능, 기본권보호기능, 정치적 평화보장기능 등을 갖는다. 이러한 헌법재판제도는 현행 헌법 제111조에 규정된 바와 같이 법원의 제청에 의한 법률의 위헌여부 심판, 탄핵의 심판, 정당의 해산 심판, 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판, 법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판을 헌법재판소에서 관장하며, 헌법재판소에서 관장하는 헌법 제111조 제1항 제5호에 규정된 법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판이 행정소송과 결합되어 갈등을 야기하게 된다.

2) 헌법소원심판의 종류와 그 성격

현행법상 헌법소원제도는 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 제기하는 권리구제형 헌법소원(헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원)과 재판의 당사자가 법원에 위헌법률심판 제청신청을 하였으나 기각된 경우에 제기하는 규범통제형(위헌심사형) 헌법소원(헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원)으로 나누어 규율되고 있다.

헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판은 주관적 권리구제의 헌법소원으로서 개별적인 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 청구할 수 있음에 대하여, 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판은 구체적 규범통제의 헌법소원으로서 법 제41조 제1항의 규정에 의한 법률의 위헌여부심판의 제청신청이 법원에 의하여 기각된 때에 그 신청을 한 당사자가 헌법재판소에 제청신청이 기각된 법률의 위헌 여부를 가리기 위한 헌법소원심판을 청구하는 것으로서, 헌법재판소법 제68조 제1항과 동조 제2항에 규정된 헌법소원은 그 심판청구의 요건과 그 대상이 각각 다르다.¹¹⁾

헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원제도는 다른 나라에서 그 유례를 찾기 힘든 독특한 헌법재판절차이다. 법 제68조 제2항은 국민의 위헌제청 신청이 기각된 경우 국민이 직접 법률에 대한 헌법소원을 제기할 수 있는 가능성을 제공하고 있다. 재판에 적용되는 법률이 위헌인 경우에 법원이 스스로 위헌제청을 하지 않는다면, 재판의 당사자로서는 원칙적으로 모든 심급을 경유한 후에 위헌적인 법률을 적용한 재판에 대하여 헌법소원을 제기할 수밖에 없다. 그러나 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 원칙적으로 제외하고 있는 우리 헌법재판제도에서는 재판의 당사자가 법원을 경유한 후에 재판소원의 형태로 규범의 위헌성을 물을 수 있는 길이 막혀 있기 때문에, 우리 법은 제68조 제2항을 두어 이러한 경우에도 법률에 대하여 직접 헌법소원을 제기할 수 있는 길을 열어 놓았다. 따라서 법 제68조 제2항의 헌법소원제도는 재판소원을 배제하는

11) 헌법재판소 1994. 4. 28. 선고, 89헌마221 결정.

우리 헌법소원제도의 결함을 일부 보완하는 기능을 한다.¹²⁾

그러나 앞서 설명한 바와 같이 현행 헌법재판소법 제68조 제1항은 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외시킨 것이 헌법재판소법 제68조 제1항 단서에서 규정하고 있는 보충성의 원칙과 관련하여 법원의 재판 뿐 아니라 법원의 재판의 대상이 되는 공권력의 행사나 불행사까지도 헌법소원의 대상에서 배제하는 결과를 초래하는 문제를 안고 있다.¹³⁾ 정작 국민의 기본권침해의 위험성과 그로 인한 권리구제의 필요성이 가장 크다 할 수 있는 행정처분 등은 헌법소원의 대상에서 제외되는 결과가 초래되는 것이다.

이하에서는 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판의 본질은 위헌법률심사라는 점에 대하여 학설과 판례가 대체로 일치하므로 헌법재판소법 제68조 제1항의 권리구제형 헌법소원을 중심으로 헌법소원 인정여부에 관하여 살펴보도록 하겠다.

헌법재판소는 "만약 법 제68조 제2항에 의한 헌법소원사건에서 선고된 헌법재판소의 결정에 대하여 재심에 의한 불복방법이 허용된다면, 종전에 헌법재판소의 위헌결정으로 효력이 상실된 법률 또는 법률조항이 재심절차에 의하여 그 결정이 취소되고 새로이 합헌결정이 선고되어 그 효력이 되살아날 수 있다거나 종래의 합헌결정이 후일 재심절차에 의하여 취소되고 새로이 위헌결정이 선고될 수 있는바, 이러한 결과는 그 문제된 법률 또는 법률조항과 관련되는 모든 국민의 법률관계에 이루어 말할 수 없는 커다란 혼란을 초래하거나 그 법적 생활

12) 헌법재판소 편, 앞의 책, 175~176면.

13) 표정우, "행정소송 및 헌법소송의 상충관계 - 행정작용에 대한 헌법적 구제방안 중심으로 -", 자치연구 제12집(부산 : 한국지방자치연구소, 2002), 101면.

에 대한 불안을 가져오게 할 수도 있다. 결국 위헌법률심판을 구하는 헌법소원에 대한 헌법재판소의 결정에 대하여는 재심을 허용하지 아니함으로써 얻을 수 있는 법적 안정성의 이익이 재심을 허용함으로써 얻을 수 있는 구체적 타당성의 이익보다 훨씬 높을 것으로 쉽사리 예상할 수 있고, 따라서 헌법재판소의 이러한 결정에는 재심에 의한 불복방법이 그 성질상 허용될 수 없다고 보는 것이 상당하다.”라고 하였다(헌법재판소 1992. 6. 29. 선고, 90헌아1 결정).

2. 행정처분성이 인정되는 행정작용에 있어서의 권리구제형 헌법소원

1) 권리구제형 헌법소원의 의의와 대상

(1) 권리구제형 헌법소원의 의의

권리구제형 헌법소원(본래 의미의 헌법소원)이란 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 헌법재판소에 그 공권력의 위헌심사를 청구하여 자신의 기본권을 보호받는 제도를 말하는데, 이러한 헌법소원은 원칙적으로 개인의 주관적 권리를 보호하는 기본권보장기능을 갖지만,¹⁴⁾ 그 외에 보충적으로 객관적인 헌법질서를 보호하는 기능 또한 갖고 있다.¹⁵⁾

(2) 권리구제형 헌법소원의 대상

14) 헌법재판소 1997. 12. 24. 선고, 96헌마172-173(병합) 결정.

15) 헌법재판소 1992. 1. 28. 선고, 91헌마111 결정.

① 원 칙

헌법재판소법 제68조 제1항이 규정하고 있는 헌법소원심판의 대상으로서 "공권력"이란 입법·행정·사법 등 모든 공권력을 말한다.¹⁶⁾

② 예외 : '법원의 재판'

헌법재판소법 제68조 제1항은 "공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다."고 규정하여 '법원의 재판'을 헌법소원의 대상에서 제외하였다. 따라서 현행법상 법원의 재판인 판결·결정·명령 자체를 대상으로 하여 헌법소원을 제기하면 부적법한 것이 된다(헌법재판소법 제72조 제3항 제1호¹⁷⁾).

③ 문제점

우선 헌법소원이란 제도의 존립이유가 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받는 자가 헌법재판소에 그 공권력의 위헌여부를 청구하여 기본권을 보호받는 데에 있다면, 헌법소원의 대상에서 '법원의 재판'을 배제하는 것은 '최후의 권리구제수단'이라는 헌법소원제도의 기능적 측면에서 처음부터 허용될 수 없는 것이다.¹⁸⁾

16) 헌법재판소 1990. 10. 15. 선고, 89헌마178 결정.

17) 제72조(사전심사) ③ 지정재판부는 다음 각호의 1에 해당되는 경우에는 지정재판부 재판관 전원의 일치된 의견에 의한 결정으로 헌법소원의 심판청구를 각하한다.

1. 다른 법률에 의한 구제절차가 있는 경우 그 절차를 모두 거치지 않거나 또는 법원의 재판에 대하여 헌법소원의 심판이 청구된 경우

18) 동지의 견해로는 홍성방, "헌법재판소법 제68조 제1항 본문은 위헌이다", 판례월보 335호(서울 : 판례월보사, 1998. 8), 15면; 김문현, "법원의 재판을 헌법소원대상에서 제외한 헌법재판소법 제68조 제1항의 위헌성", 인터넷법률신문

다음으로 앞서 언급한 바와 같이 헌법재판소법 제68조 제2항에 규정된 헌법소원(위헌심사형 헌법소원)은 국민의 기본권 침해를 구제하기 위한 수단이라기보다는 위헌법률심판제도를 보완하는 제도로 이렇게 위헌심사형 헌법소원이 헌법재판소법에 규정된 이유는 바로 헌법재판소법상 '법원의 재판'이 헌법소원심판의 대상에서 제외되어 있기 때문이다.¹⁹⁾ 따라서 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원제도는 '법원의 재판'이 헌법소원의 대상에 포함된다면 존재할 필요가 없는 규정으로 현실적으로는 '법원의 재판'을 배제하는 현행 헌법소원제도의 결함을 일부 보완할 뿐, 근본적인 해결책을 제공하지는 못한다.²⁰⁾

또한 행정작용에 대한 헌법소원에 있어서는 보충성요건 및 재판소원금지규정 때문에 감사의 불기소처분, 행정입법에 의한 직접적 기본권침해, 행정입법부작위, 권력적 사실행위 등 행정소송에 의하여 권리구제를 받을 수 없거나 행정소송을 거친다 하더라도 구제받을 수 있는 기대가능성이 없어 보충성원칙의 예외가 인정되는 경우로 제한된다.²¹⁾ 즉, 직접적으로 국민의 기본권과 관련되는 영역인 행정작용은 배제되고 일반적이고 추상적인 입법작용 등만이 헌법소원의 대상으로 남게 되는 것이다.²²⁾

1998. 2. 16,
<http://lawtimes.co.kr/LawPnnn/Pnnpp/PnnppContent.aspx?serial=105&m=pnnpp> 참조.

19) 헌법재판소 편, 앞의 책, 175~176면.

20) 김민호·김일환, 앞의 논문, 81면.

21) 헌법재판소 편, 앞의 책, 196면.

22) 김운용, 앞의 책, 381면 참조.

이와 관련하여 헌법재판소는 "법 제68조 제1항의 헌법소원은 행정처분에 대하여도 청구할 수 있는 것이나 그것이 법원의 재판을 거쳐 확정된 행정처분인 경우에는 당해 행정처분을 심판의 대상으로 삼았던 법원의 재판이 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용하여 국민의 기본권을 침해한 결과 헌법소원심판에 의하여 그 재판 자체가 취소되는 경우에 한하여 당해 행정처분에 대한 심판청구가 가능한 것이고, 이와 달리 법원의 재판이 취소될 수 없는 경우에는 당해 행정처분에 대한 헌법소원심판청구도 허용되지 아니한다(헌법재판소 1997. 12. 24. 선고, 96헌마172등 결정; 헌법재판소 1998. 5. 28. 선고, 91헌마98등 결정). 이와 같은 법리는 법원의 재판이 소를 각하하는 판결이거나(헌법재판소 1998. 8. 27. 선고, 97헌마150 선고), 검사의 불기소처분에 대하여 법원의 재정신청절차를 거친 경우(헌법재판소 1998. 8. 27. 선고, 97헌마79 결정)에도 동일하다고 하였다.

2) 권리구제형 헌법소원의 대상으로서 행정작용

앞서 설명한 바와 같이 행정작용에 대한 헌법소원에서는 보충성요건 및 재판소원금지규정 때문에 검사의 불기소처분, 행정입법에 의한 직접적 기본권침해, 행정(입법)부작위, 권력적 사실행위 등 행정소송에 의하여 권리구제를 받을 수 없거나 행정소송을 거친다 하더라도 구제받을 수 있는 기대가능성이 없어 보충성 원칙의 예외가 인정되는 경우로 제한된다.

따라서 행정소송의 대상이 되는 행정처분의 경우에는 법 제68조 제1항의 단서에 의하여 헌법소원을 제기하기에 앞서 행정소송절차를 거치도록 되어 있고, 이러한 경우 행정소송절차

에서 선고되어 확정된 판결과 헌법재판소가 헌법소원심판절차에서 선고하게 될 인용결정의 기속력과의 관계, 법원의 재판을 원칙적으로 헌법소원심판의 대상에서 제외한 법 제68조 제1항의 입법취지 등에 비추어 그에 대한 헌법소원심판청구의 적법성의 문제되나, 법원의 판결에 대한 헌법소원이 예외적으로 허용되는 경우에는 그 판결의 대상이 된 행정처분에 대한 헌법소원심판청구도 허용된다.²³⁾

그렇다면, 행정처분으로 기본권을 침해당하였다고 주장하여 행정소송을 제기하였다가 그 행정처분이 적법하다는 이유로 패소판결이 확정되어 법원의 소송절차에 의해서는 더 이상 그 적법성을 다툴 수 없게 된 행정처분인 '원행정처분'²⁴⁾에 대하여, 기본권을 침해당했다는 이유로 다시 헌법재판소에 헌법소송을 청구할 수 있는가가 문제된다. 결국 이 문제는 법원의 재판에 대하여 헌법소원을 금지하고 있는 헌법재판소법 제68조 제1항을 어떻게 해석하느냐에 따라 결론을 달리하게 된다. 원행정처분도 헌법소원의 대상이 된다고 하는 견해는 재판에 대하여 헌법소원을 금지하는 취지는 사법작용에 대한 심사를 금지하는 것이지 재판의 대상이 되었던 행정작용으로서 행정처분에 대한 심사도 금지하는 것이 아니므로 원행정처분에 대한 헌법소원은 허용된다고 주장한다.²⁵⁾ 이에 반하여 부정설은 만약 원행정처분이 헌법소원의 대상으로 되면 원행정처분의 적법성을 확정된 법원의 재판을 헌법소원의 대상으로 삼는 것과 마찬가지로 이를 허용할 수 없다는 견해이다.²⁶⁾

23) 헌법재판소 1997. 12. 24. 선고, 96헌마172 결정.

24) 이에 관한 자세한 내용은 법원도서관 편, 「헌법재판제도의 이해」(서울 : 법원도서관, 2002), 175면 참조.

25) 성낙인, 「헌법학」(서울 : 법문사, 2007), 1051면.

3) 소 결

일반적으로 행정소송(항고소송)의 대상은 행정청의 '처분의 위법성'이다. 법원은 당해 처분이 합헌적 법률을 위반하였는지를 심사하는 것이다. 따라서 준거 법률의 합헌성에 의심이 가는 때에는 헌법재판소에 위헌성 여부를 묻는 것이다. 결국 항고소송을 심리하는 법원은 처분의 위법성 여부를 판단한 것이지, 위헌성 여부를 판단한 것은 아니며, 항고소송은 기본권(주관적 공권)이 침해당한 자에게만 원고적격을 인정하는 것이 아니라, 법률상 보호되는 이익이 침해당한 자에게도 원고적격을 인정하고 있는 것이다.

이에 반하여 권리구제형 헌법소원은 명백하게 기본권의 침해여부를 그 심리의 대상으로 한다. 그렇다면 법률상 보호되는 이익의 침해성 및 위법성 여부를 심리하는 행정재판과 기본권 침해성 및 위헌성 여부를 판단하는 헌법소원은 얼마든지 양립이 가능한 구제제도인 것이다. 따라서 헌법재판소 제68조 제1항의 규정의 해석론에 의존하지 않더라도 원행정처분의 헌법소원 대상성은 인정할 수 있는지에 관하여 앞으로 좀 더 깊은 연구가 필요할 것이다.

이에 대하여 헌법재판소는 원행정처분에 대하여 법원에 행정소송을 제기하여 패소판결을 받고 그 판결이 확정된 경우에는 당사자는 그 판결의 기판력에 의한 기속을 받게 되므로, 그 법원의 재판이 예외적인 경우에 해당하여 그 역시 동시에 취소되는 것을 전제로 하지 아니하는 한, 원행정처분의 취소 등을 구하는 헌법소원심판청구는 허용되지 않는다고 하였다.²⁷⁾

26) 법원도서관 편, 앞의 책, 176면.

3. 조례의 헌법소원 대상성 여부

1) 조례에 대한 판결 및 문제점

헌법재판소는 조례는 지방자치단체가 그 자치입법권에 근거하여 자주적으로 지방의회의 의결을 거쳐 제정한 법규이기 때문에 조례 자체로 인하여 직접 그리고 현재 자기의 기본권을 침해받은 자는 그 권리구제의 수단으로서 조례에 대한 헌법소원을 제기할 수 있다고 결정하였다.²⁷⁾

이에 대하여 대법원은 조례가 집행행위의 개입 없이 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리의무나 법적 이익에 영향을 미치는 등의 법률상 효과를 발생하는 경우 그 조례는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 판시한 바 있다.²⁸⁾

위의 판결에 의할 경우 보충성의 원칙과 관련하여 이른바 조례 및 명령이 국민의 기본권을 직접 침해한 경우에 헌법소원을 청구할 수 있는가라는 문제에 있어, 만약 조례 및 명령이 행정소송의 대상이 된다면 보충성원칙상 헌법소원을 청구하기 전에 행정소송절차를 거쳐야할 것이며, 행정소송에서 판결이 확정되면 재판의 헌법소원금지 원칙에 의하여 헌법소원의 청구가 불가능하게 된다.

2) 조례 및 명령에 대한 헌법소원

27) 헌법재판소 1998. 5. 28. 선고, 91헌마98 결정.

28) 헌법재판소 1995. 4. 20. 선고, 92헌마264 결정.

29) 대법원 1996. 9. 20. 선고, 95누8003 결정.

(1) 조례의 법적 성격

조례의 법적 성격에 관하여는 자주입법론(법률유사설)³⁰⁾과 위임입법설(명령유사설)이 대립하고 있으며,³¹⁾ 판례는 "주민의 권리를 제한하거나 의무의 부과에 관한 사항이거나 벌칙에 관한 사항이 아닌 한 법률의 위임이 없더라도 조례를 제정할 수 있다."³²⁾라고 하여 자주입법설의 입장에 서 있으며, 우리나라의 통설이다.³³⁾

그러나 이에 관해서 우리나라는 지방자치를 '행정적 분권'이 아닌 '정치적 분권'으로 이해하고 지방자치단체에게 법률과 유사한 자주입법권한을 인정할 수 있는 명확한 헌법적 근거를 찾기가 어렵고, 헌법 제117조 제1항은 '법령의 범위 안에서...'라고 규정하여 국가의 법률과 명령이 지방자치단체의 규정보다 우월적 효력을 지니고 있다는 것을 선언하고 있을 뿐 자치법규의 '법규창조력'에 대하여는 명백히 밝히고 있지 않고 있으며, 조례를 헌법 제107조 제1항에 따라 헌법재판소의 위헌심사 대상으로 취급하지 아니하고, 제107조 제2항에 따라 대법원의 심사의 대상으로 보고 있는 점 등을 고려해 볼 때 조례를 자주입법으로 단정하기에는 논거가 부족한 것으로 보인다는 견해도 있다.³⁴⁾

30) 김철용, 「행정법Ⅱ」(서울 : 박영사, 2007), 80면; 박윤흔, 「행정법강의(하)」(서울 : 박영사, 2002), 130~131면.

31) 김춘환, "법률과 조례의 관계", 토지공법연구 제24집(서울 : 한국토지공법학회, 2004), 256면.

32) 대법원 1992. 6. 23. 선고, 92추17 판결; 정준현, "조례에 의한 토지재산권규제의 가능성", 토지공법연구 제20집(서울 : 한국토지공법학회, 2003), 523면.

33) 김용철, 앞의 책, 80면.

34) 이광윤·김민호, 「최신행정법론」(서울 : 법문사, 2002), 518면; 김민호·김일환, 앞의 논문, 85면.

(2) 명령의 처분성

우선 명령(법규명령)은 입법작용이므로 행정소송의 대상이 아니라는 것이 우리나라의 통설적 견해이다. 이에 보충성의 원칙상 명령에 의하여 기본권이 침해당한 경우에는 헌법소원의 청구를 허용해야 할 것인가와 관련하여 대법원은 두말분교폐지조례판결³⁵⁾에서 "조례가 집행행위의 개입 없이도 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리의무나 법적 이익에 영향을 미치는 등의 법률상 효과를 발생하는 경우 그 조례는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하고, ..."라고 하여 명령의 처분성을 인정한 바 있다.

이는 명령이 행정객체에 대하여 '직접적이고 개별적'인 침해를 발생시키는 이른바 '처분적 명령'을 인정한 것인데, 과연 처분적 명령이라는 개념이 존재하는가 또는 명령은 입법작용인가라는 문제에 관하여 행정입법도 법률과 마찬가지로 법령집행 작용 내지 규범작용의 일종으로서 원칙적으로 일반성과 추상성 및 계속성을 띠지만, 예외적으로 구체적·개별적으로 특정 사안만을 직접적·최종적·일회적으로 규율할 경우에는 행정처분에 해당하고 결국 행정소송의 대상이 된다는 점을 명백히 한 것이다. 이러한 경우의 행정입법을 처분적 법률의 개념을 유추하여 처분적 명령 또는 처분적 조례라고 명명할 수 있을 것이다. 이러한 처분적 명령 등의 경우에도 처분적 법률의 경우에서처럼 평등원칙 위반 등의 헌법적 문제를 야기할 수 있다.³⁶⁾

35) 대법원 1996. 9. 20. 선고, 95누8003 판결.

36) 박균성, "행정입법에 대한 사법적 통제", 고시계 제478호(서울 : 국가고시연구회, 1996), 82면; 정연주, "법규명령에 대한 헌법소원", 헌법판례연구 I(서울 : 박영사, 2002), 73면; 정연우, "처분적 법률의 헌법적 문제", 미국헌법연구 제18집

(3) 소 결

이상에서 살펴본 바와 같이 보충성의 원칙상 법원이 조례 및 명령의 처분성을 인정하는 한 이에 대한 헌법소원은 허용될 수 없으며, 이는 법원의 처분성판단에 따라 헌법소원의 대상여부가 결정되는 불합리한 구조를 야기하게 된다. 우리나라에서는 이러한 처분적 명령을 인정할 수 있는 명확한 법적 근거는 없다. 이에 이런 불합리한 구조를 근본적으로 해결하기 위해서는 행정소송법과 행정심판법 그리고 행정절차법 상의 '처분'의 규정을 개정하여 조례 및 명령도 처분의 개념에 포함시켜 모든 조례 및 명령의 처분성을 인정하든지, 아니면 처분성을 부정하여 헌법소원의 청구대상이 될 수 있도록 하는 것이 국민의 기본권보장 측면에서 필요할 것이다.

Ⅲ. 행정처분성이 인정되지 않는 행정작용에 있어서의 헌법소송

행정소송의 대상이 되지 않는 행정작용 중에는 권력적 사실 행위, 검사의 불기소 처분, 법규명령, 행정계획, 행정부작위 등이 국민의 기본권을 침해하는 경우에는 헌법소원을 제기할 수 있다고 보는 것이 일반적인 판례와 학설의 주류이다.³⁷⁾ 이러한 비권력적 행정작용은 그것이 가지는 여러 가지 효용과 이점에

제2호(서울 : 미국헌법학회, 2007), 177면.

37) 김학성, "헌법소원의 쟁송대상", 헌법재판자료 제3집 「헌법재판의 이론과 실제」(서울 : 헌법재판소, 1990), 347면; 신봉기, "서독 연방헌법재판소법상 헌법소원의 대상", 위의 「헌법재판의 이론과 실제」, 557면; 김현철, "헌법소원의 대상에 관한 소고", 헌법논총 제1집(서울 : 헌법재판소, 1990), 431면.

도 불구하고 법치주의의 원리가 약화되거나 희석되는 예가 적지 않고 이러한 행정작용으로 인하여 국민의 기본권 내지 권리가 침해되는 경우 행정쟁송이나 국가배상 등 종래의 권리구제 절차로는 그 보호가 충분하지 못하다는 단점을 내포하고 있다.³⁸⁾ 이에 이하에는 행정쟁송으로 구제될 수 없는 비권력적 행정작용에 대한 법적 통제의 하나로서 헌법소원에 의한 기본권 구제 가능성 여부에 관하여 살펴보도록 하겠다.

1. 행정입법에 대한 헌법소원

헌법 제117조 제2항은 "명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다."고 규정하고 있다. 이 규정에 의하면 행정입법의 심사는 일반적인 재판절차에 의하여 구체적 규범통제의 방법에 의하도록 명시되어 있으므로 당사자는 구체적 사건의 심판을 위한 선결문제로서 행정입법의 위법성을 주장하여 법원에 대하여 당해 사건에 대한 적용 여부의 판단을 구할 수 있을 뿐이며, 행정입법 자체의 합법성 심사를 목적으로 하는 독립한 신청을 법원에 제기할 수 없다. 따라서 행정입법 자체가 직접 기본권을 침해하는 경우에는 행정입법 자체는 행정소송의 대상이 되지 않으므로 헌법소원에 의존할 수밖에 없게 된다.

1) 법규명령(대통령령·총리령·부령 등)에 있어 헌법소원

38) 표정우, 앞의 논문, 62면.

법규명령이란 행정기관이 제정하는 일반적·추상적 규율로서 행정법상의 법적 주체(행정법상의 권리, 의무의 주체)들에 대하여 구속력을 갖고,³⁹⁾ 법령상의 수권에 근거하여 행정권이 정립하는 규범으로서 대통령령·총리령·부령 이외에 헌법 제6조 제1항⁴⁰⁾·제73조⁴¹⁾·제89조 제3호⁴²⁾에 의한 국제법, 헌법 제114조 제6항의 중앙선거관리위원회규칙 등이 있다.⁴³⁾ 우리나라 헌법은 법규명령에 대하여 일반법원에 의한 심사와 헌법 제107조 제2항의 구체적 규범통제만을 규정하고 있다.

이러한 법규명령이나 사실행위를 항고소송의 대상으로 함으로써 발생하는 법적인 문제로서는 우선 헌법소원과의 관계를 들 수 있다. 이 문제는 그동안 대법원이 처분성을 좁게 인정하고 있는 상황에서 헌법재판소가 설치되면서 헌법재판소는 보충성의 예외로서 행정소송에서 처분성이 부인되는 행정작용에 대하여 헌법소원을 인정하여 왔다. 즉, 행정작용에 대한 실질적 심사가 행정소송에 의하여 이루어져야 함에도 불구하고, 행정작용에 대해서도 그 기본권침해성의 문제는 헌법재판소가 판단하였으며, 이러한 점에서 법규명령을 항고소송의 대상으로 하는 것을 헌법규정의 해석과 관련하여 검토해볼 필요성이 있는 것이다.

39) 김해룡, "행정법규범체계연구 I : 법규명령과 행정규칙", 공법연구 제35집 제3호 (서울 : 한국공법학회, 2007), 213면.

40) 제6조 ① 헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.

41) 제73조 대통령은 조약을 체결·비준하고, 외교사절을 신임·접수 또는 파견하며, 선전포고와 강화를 한다.

42) 제89조 다음 사항은 국무회의의 심의를 거쳐야 한다.

3. 헌법개정안·국민투표안·조약안·법률안 및 대통령령안

43) 홍정선, 「행정법원론(상)」(서울 : 박영사, 2017), 233면.

(1) 헌법 제107조 제2항의 해석문제

법규명령에 대한 항고소송은 우선 헌법 제107조 제2항의 해석과 관련된 문제이다. 동 조항은 “명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다.”라고 규정하고 있는데, 이를 일반적으로 명령·규칙에 관한 구체적 규범통제규정이라고 이해한다. 문제는 헌법상 법규명령에 대해서는 구체적 규범통제방식만이 허용되는가 아니면 이에 대한 직접적 통제도 가능한가 하는 것이다.

이를 살펴보면 위 헌법조항은 ‘재판의 전제가 된 경우’, 즉 선결문제에 한정하여 대법원의 최종적인 심사권한을 규정한 것이라 이해되고, 이를 대법원의 법규명령에 대한 직접적인 통제를 금지한다거나 이를 특히 헌법재판소의 권한으로 인정하는 취지는 아니라고 판단된다. 이에 따라 법규명령에 대한 직접적 형태의 규범통제는 헌법 제107조 제2항에 반하지 아니하는 한, 입법권자의 형성에 맡겨져 있다고 볼 수 있다.⁴⁴⁾

(2) 법규명령통제의 관할문제

헌법 107조 제2항과 관련하여 재판의 전제가 되지 않는 법규명령의 경우에는 직접적 통제가 가능하고, 이는 법규명령에 대한 위헌·위법 여부의 심사권이 대법원에 귀속되지 않아도 된다는 해석이 가능하게 된다. 이와 관련하여 법규명령에 대한 직접적 규범통제에 대한 관할권이 대법원에 있는가 아니면 헌법재판소에 있는가 하는 것이 문제된다.

44) 박정훈, 위의 논문, 74면; 김해룡, "행정소송법 개정에 있어서의 법적 쟁점", 고시계 제49권 제8호 통권 570호(서울: 고시계사, 2004), 42면.

이와 관련하여 ‘재판의 전제’에 대한 해석문제를 바탕으로 법규명령에 대한 규범통제권한은 최종적으로 대법원에 있다고 보는 견해가 있다. 이 견해는 먼저 ‘처분의 위헌·위법성이 재판의 전제가 되는 경우’에 대한 해석문제를 논거로 들고 있다. 일설에 의하면 처분의 위헌·위법 여부가 재판의 전제가 되는 경우는 일반적으로 민사소송과 형사소송에서의 문제이며, 처분에 대한 항고소송에서는 ‘처분의 위법 여부’가 재판의 전제가 아니라, ‘재판 그 자체’의 대상이 되는 것이므로, 이는 헌법 제107조 제2항과는 관련이 없는 것이므로, 이에 대해서 대법원은 최종적인 심사권을 가지는 것이 아니라고 한다. 따라서 원고가 항고소송에서 패소하더라도 원처분에 대한 헌법소원이 허용된다는 것이다.⁴⁵⁾ 이에 대하여 처분에 대한 항고소송에 있어서 처분의 위헌·위법 여부는 본안으로서 재판의 대상이 되는 것은 사실이지만, 동시에 원고가 취소판결을 얻기 위한 재판의 전제가 된다고 할 수 있으므로, 이러한 의미에서는 헌법 제107조 제2항에서의 재판의 전제가 되는 경우에 해당된다고 볼 수 있다는 견해도 있다.⁴⁶⁾

법규명령에 대한 규범통제권한이 대법원에 있다고 보는 견해는 이와 같은 재판의 전제에 대한 해석을 그대로 명령·규칙의 경우에도 적용시키고 있다. 즉 법규명령이 원고의 법적 지위를 직접 침해하여 원고적격을 충족함으로써 항고소송의 대상이 되면, 이는 곧 구체적 사건성이 인정되는 것이므로, 그 위헌·위법성은 그 자체로서 ‘재판의 전제’가 되고 있다고 보

45) 정종섭, "현행 명령·규칙심사제도에 대한 비판적 검토", 고시계 통권 430호(서울 : 고시계사, 1992. 12), 71면.

46) 홍준형, 「행정구제법 제4판」(서울 : 한울아카데미, 2001), 452면.

는 것이다. 따라서 위 헌법조항은 행정입법에 대한 항고소송까지 포함하는 것으로서, 이에 대한 대법원의 최종적인 심리권한을 인정하는 것이라고 보는 것이다.⁴⁷⁾

‘처분의 위헌·위법성이 재판의 전제가 되는 경우’에 대한 해석문제는 헌법 제107조 제2항이 행정재판의 헌법적 근거가 될 수 있는가 하는 문제와 관련되어 있다. 헌법 제107조 제2항에서 말하는 법규명령에 있어서의 ‘구체적 사건성’은 법규명령이 단지 구체적으로 개인의 주관적 법적 지위를 침해한다는 것만으로는 부족하고, 법규명령에 근거한 처분에 대한 항고소송에서 법규명령의 위헌·위법 여부가 처분의 위법성을 판단하는 전제가 된 경우를 의미한다고 보면, ‘재판의 전제’가 의미하는 바는 단지 ‘법규명령의 위법성’을 의미하는 것이 아니라, 법규명령의 위법여부가 본안판단의 전제가 되어야 함을 의미하는 것이다. 이렇게 볼 때 헌법 제107조 제2항은 명령·규칙에 대한 대법원의 전속적인 재판관할권을 규정한 것이라고 볼 수 없다.⁴⁸⁾

결국 구체적인 처분과 관련하여 법규명령의 위법 여부가 재판의 선결문제인 경우(헌법 제107조 제2항에 해당되는 경우) 이에 대해서는 대법원이 최종적으로 판단하는 것이고, 이에 대해서는 더 이상 헌법소원심판을 청구할 수 없게 된다. 그러나 구체적인 처분을 매개하지 않더라도 법규명령이 직접 국민의 권리를 침해하는 경우(동 조항과 관련 없는 경우), 이러한 명령의 처분성이 인정되는 한, 항고소송의 대상이 될 수 있고,

47) 박정훈, "행정소송법개정의 주요쟁점", 공법연구 제31집 제3호(서울: 한국공법학회, 2003), 75면.

48) 표정우, 앞의 논문, 72면.

원고가 패소한 경우, 다시 기본권침해가 문제된다면 헌법소원도 가능하다고 생각된다.⁴⁹⁾

(3) 헌법 제111조 제1항 제5호의 해석문제

헌법 제111조 제1항 제5호는 “법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판”을 헌법재판소 관장사항으로 규정하면서, 헌법소원심판의 구체적 대상이나 절차, 결정의 효력 등은 법률에 위임하고 있다. 이에 따라 헌법재판소법 제68조 내지 제75조에서 헌법소원심판에 관한 규정을 두고 있으며, 동법 제68조 제1항에서 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은” 경우의 구제수단으로 헌법소원 심판을 규정하면서, 첫째, 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거쳐야 한다는 것(보충성의 원칙)과, 둘째, 법원의 재판에 대해서는 심판청구를 할 수 없다(재판소원금지의 원칙)는 두 가지의 예외를 인정하고 있다.⁵⁰⁾

위 조항의 위임과 관련하여 헌법소원심판제도의 내용을 법률에 위임한다는 의미인지, 아니면 이는 헌법소원심판제도의 관할과 본질적인 내용은 정하고 있는 것이고 단지 그 절차만을 법률에 위임한다는 의미인가 하는 문제에 대해서 학설이 대립하고 있다.⁵¹⁾

이에 관하여 일설은 위 헌법조항은 헌법소원심판의 대상 등 그 구체적인 내용을 법률에 유보하고 있는 것이라고 보고, 나

49) 김남철, "법규명령에 대한 항고소송의 문제점 - 행정소송법개정안을 중심으로 -", 공법학연구 제6권 제1호(부산 : 한국비교공법학회, 2005), 232면.

50) 함인선, "헌법소원과 항고소송 - 심판대상을 중심으로 하여 -", 공법연구 제35집 제4호(서울 : 한국공법학회, 2007), 51면.

51) 정종섭, 앞의 책, 517면.

아가 위 헌법조항은 입법자가 헌법소원 자체의 허용 여부를 정할 수 있는 것으로 해석될 수 있다고 보아, 이에 따라 행정소송법에서 모든 행정작용을 항고소송의 대상으로 확대함으로써 행정작용에 전체에 대하여 헌법소원이 불가능하게 되더라도, 헌법재판소법 제68조 제2항이 정하고 있는 위헌소원이 헌법소원의 중요한 대상으로 남기 때문에, 헌법소원제도 자체가 폐기되는 것은 아니라고 하고 있다.⁵²⁾

그러나 위 헌법조항의 ‘법률이 정하는’이라는 문언을 헌법소원에 관한 모든 사항을 법률에 유보한 것이라고 본다면, 행정소송법이 항고소송의 대상을 확대하게 됨으로써 헌법소원으로서 헌법재판소법 제68조 제2항의 위헌소원만이 남게 되어 동법 제68조 제1항의 헌법소원은 의미 없는 규정이 될 우려가 있을 것이다. 이는 헌법규정에 의하여 헌법재판소법은 헌법소원에 관한 자세한 내용을 규정하고 있고, 행정소송법에서 모든 행정작용을 항고소송의 대상으로 하더라도, 공권력을 행사하는 행정작용으로 인한 기본권 침해 여부에 대해서는 최종적인 권리구제수단으로서 헌법소원을 가능하게 하는 것이 국민의 권리구제 측면에서 더 효율적이라 판단된다.

(4) 소 결

이상의 내용을 종합하여 보면, 먼저 헌법 제107조 제2항은 구체적 규범통제를 규정한 것이고, 다만 구체적 사건성이 전제될 수 없는 상황이라면 행정소송법을 개정하여 이를 항고소송의 대상으로 하는 것이 타당하다고 판단된다.⁵³⁾

52) 허영, 「한국헌법론」(서울 : 박영사, 2014), 820면.

53) 김남철, 앞의 논문, 236면.

그리고 법규명령에 있어 구체적 처분과 관련하여 법규명령의 위헌·위법 여부가 재판의 선결문제인 경우 대법원이 최종적으로 판단하고, 구체적인 사건성이 없는 법규명령은 이러한 명령의 처분성이 인정되는 한, 항고소송의 대상이 될 수 있으며, 그 후 다시 기본권침해를 문제를 주장하여 헌법소원도 청구할 수 있다고 판단된다.

헌법 제111조 제1항 제5호의 해석과 관련해서는 행정소송법에서 모든 행정작용을 항고소송의 대상으로 규정하더라도 헌법 제107조 제2항에 해당되는 것이 아니면서 기본권침해를 주장한다면 최종적으로는 헌법소원의 대상이 될 수 있다고 판단된다.

결국 행정작용에 대한 국민의 권리구제라는 측면에서 볼 때, 예컨대 법규명령에 대한 재판관할권을 법원 또는 헌법재판소의 어느 한 쪽에만 인정하는 것은 이에 대한 판단의 중복과 재판결과와의 충돌을 방지할 수 있다는 점에서는 효과적일 것이다. 그러나 권리구제에 보다 충실하다는 점에서 보면, 특히 행정소송은 공권침해 여부, 헌법소원은 기본권침해 여부에 집중하게 됨으로써, 결국 행정소송과 헌법소원이 국민의 권리구제를 위한 동반자적인 경쟁관계를 유지하는 것이 오히려 더욱 바람직할 수도 있을 것이다. 물론 법규명령에 대하여 보다 효과적으로 권리를 구제할 수 있는 방안을 모색하는 것은 절대적으로 필요한 일이고, 반드시 실현되어야 할 일이라고 판단되지만, 이를 쟁송법상의 행정행위의 개념을 창설하는 것으로 문제를 해결하는 것은 기존의 법이론 체계의 혼동을 가져다주는 것이 아닌가 하는 우려도 있다.⁵⁴⁾

54) 김남철, 위의 논문, 236~237면 참조.

따라서 법규명령에 대한 권리구제를 용이하게 하기 위해서는 행정소송법에 법규명령에 대한 별도의 규범통제소송을 두는 방향이 바람직하다고 판단된다. 이 방안은 행정실체법과 행정소송법 이론상의 행정작용 구분체계의 차이를 초래하지 않고 행정법제전반에 걸친 혼동을 피할 수 있을 것이다.⁵⁵⁾ 그러나 또 다른 한편으로는 현재 헌법재판소의 업무량에 부하가 그리 크지 않고 법규명령에 대한 규범통제에서는 헌법 및 기본권에 관련된 심사가 중요한 비중을 차지하고 있는 점에 비추어 현행 제도를 변경할 필요성은 그리 절실히 보이지 않는다는 지적⁵⁶⁾도 있음을 참고할 필요도 있을 것이다.⁵⁷⁾

2) 행정규칙에 있어 헌법소원

전통적 의미에서의 행정규칙이란 행정조직 내부 또는 특별한 공법상의 법률관계 내부에서 그 조직과 활동을 규율하는 일반·추상적인 명령으로서 법규적 성질을 갖지 않는 것을 말한다.⁵⁸⁾ 이 중에서 국민과의 관계에서 일반적 구속력을 갖는 행정규칙도 분명히 있을 것이다. 여기서의 행정규칙은 행정입법 유형의 하나로서 내부적 효력만을 갖는 행정규칙에 한정하므로 원칙적으로 국회·대법원·헌법재판소의 규칙은 제외한다. 행정규칙에 대한 법원의 통제로서 행정규칙이 직접적으로 국민의 권리·의무에 변동을 가져오는 성질의 것일 때에는, 이

55) 김해룡, 앞의 논문, 40면.

56) 정하중, "행정소송법의 개정방향", 공법연구 제31집 제3호(서울: 한국공법학회, 2003. 3), 33면.

57) 김남철, 앞의 논문, 237면.

58) 박균성, 「행정법론(상)」(서울: 박영사, 2007), 178면.

를 처분으로 보아 이에 대해서는 취소소송 또는 무효 등 확인소송에 의한 통제방식이 적용될 수도 있다. 그러나 우리 대법원은 일관되게 행정규칙에 대하여 국민에 대한 법적 효력을 부인하고 있다.

이와 관련하여 대법원은 "개인택시면허 우선순위에 관한 교통부장관의 시달은 단순히 개인택시면허 처분을 위하여 그 면허순위에 관한 내부적 심사기준을 시달한 예규나 통첩에 불과하여 현실적으로 특정인의 권리를 침해하는 것이 아니므로 이를 행정소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없다(대법원 1985. 11. 25. 선고, 85누394 판결)."고 하였다.

헌법재판소법 제68조 제1항의 공권력 행사에 행정규칙은 해당하지 않기 때문에 행정규칙에 대한 헌법소원은 원칙적으로 불허된다. 헌법재판소의 기본입장도 이와 같다.

재기수사의 명령이 있는 사건에 관하여 지방검찰청 검사가 다시 불기소처분을 하고자 하는 경우에 미리 그 명령청의 장의 승인을 얻도록 한 검찰사건사무규칙의 규정은 검찰청 내부의 사무처리지침에 불과한 것일 뿐 법규적 효력을 가진 것이 아니므로 헌법소원의 대상이 아니다(헌재 1991. 7. 8. 91헌마 42, 판례집 3, 380, 383).

그러나 헌법재판소는 "행정규칙이 법령의 규정에 의하여 행정관청에 법령의 구체적 내용을 보충할 권한을 부여한 경우나, 재량권행사의 준칙인 규칙이 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 성립되면 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 행정기관은 그 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 당하게 되는 경우에는 대외적인 구속력을

가지게 되는바, 이러한 경우에는 헌법소원의 대상이 될 수도 있을 것이다.⁵⁹⁾”라고 하였고, 다만 이에 대하여는, 행정규칙이 반복적용되어 자기구속을 받는다고 하더라도 대외적 구속력이 있는 규범으로서 일반국민의 권리관계를 직접 변동시키거나 그 법적 지위에 영향을 주게 되는 것은 아니라고 한 반대의견이 있다.⁶⁰⁾

또한 “법령의 직접적인 위임에 따라 수임행정기관이 그 법령을 시행하는 데 필요한 구체적 사항을 정한 것이면, 그 제정형식은 비록 법규명령이 아닌 고시·훈령·예규 등과 같은 행정규칙이더라도 그것이 상위법령의 위임한계를 벗어나지 아니하는 한, 상위법령과 결합하여 대외적인 구속력을 갖는 법규명령으로서 기능하게 된다고 보아야 할 것인바, 청구인이 법령과 예규의 관계규정으로 말미암아 직접 기본권침해를 받았다면, 이에 대하여 바로 헌법소원심판을 청구할 수 있다.”⁶¹⁾고 하였고, 따라서 “‘식품접객업소 영업행위제한기준’은 그 제정형식이 비록 보건복지부장관의 고시라는 행정규칙이지만, 식품위생법 제30조의 위임에 따라 식품접객업소의 영업행위에 대하여 제한대상 및 제한시간을 정한 것으로서 상위법령과 결합하여 대외적인 구속력을 갖는 법규명령의 성격을 가지므로 헌법소원의 대상이 될 수 있고,⁶²⁾ 또 보건복지부장관의 고시로서 종전의 의료보험법 등의 규정에 의하여 정한 요양급여비용의 산정기준을 개정하는 내용의 의료보험진료수가 및 약제비 산정기

59) 헌법재판소 1990. 9. 3. 선고, 90헌마13 결정; 헌법재판소 2005. 5. 26. 선고, 2004헌마49 결정; 헌법재판소 2007. 8. 30. 선고, 2004헌마670 결정.

60) 헌법재판소 2007. 8. 30. 선고, 2004헌마670 결정.

61) 헌법재판소 1992. 6. 26. 선고, 91헌마25 결정.

62) 헌법재판소 2000. 7. 20. 선고, 99헌마455 결정.

준 중 개정기준은 그로 인하여 청구인이 본인일부부담금이 인상되는 불이익을 직접 입고 있으며, 헌법소원심판을 청구하는 외에 달리 효과적인 구제방법이 없다는 등의 이유로 헌법소원의 대상이 된다.⁶³⁾”고 하였다.

한 마디로 행정규칙이 외부적인 효력을 갖는 경우에는 헌법소원이 인정될 것이지만, 외부적 효력을 갖지 않는 경우에는 헌법소원이 인정될 수 없다.

3) 자치입법에 있어 헌법소원

조례와 규칙 및 교육규칙 같은 자치입법은 일반적으로 행정입법론에서 다루지지는 않으나, 이를 넓은 의미의 행정입법으로 본다면 행정입법 작용의 한 유형으로서 다룰 수 있을 것이다.⁶⁴⁾

주민은 특정 조례에 근거하여 발해진 처분을 행정소송상 취소나 무효 등을 주장함으로서 간접적으로 조례의 효과를 항고소송상으로 다룰 수 있다. 한편 조례 자체가 직접 주민의 법률상 이익을 침해한다면, 그러한 조례는 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당하여 무효등확인소송의 대상이 될 것이다. 또한 행정소송법 제3조 4호 및 동법 제46조가 규정한 바에 의해서, 경우에 따라서는 기관소송에 의한 통제도 가능할 것이다. 원칙적으로 판례는 조례를 항고소송의 대상으로 인정하지 않으나 지극히 예외적으로 이를 인정한 대법원 판례가 있다.

조례가 집행행위의 개입 없이 그 자체로서 직접 국민의 구

63) 헌법재판소 2000. 12. 14. 선고, 2000헌마659 결정.

64) 표정우, 앞의 논문, 68면.

체적인 권리의무나 법적 이익에 영향을 미치는 등의 법률상 효과를 발생하는 경우 그 조례는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 하였다(대법원 1996. 9. 20. 선고, 95누 8003 판결).

한편 헌법재판소는 자치입법에 대한 대표적인 헌법소원 사건에서 "조례는 지방자치단체가 그 자치입법권에 근거하여 자주적으로 지방의회의 의결을 거쳐 제정한 법규이기 때문에 조례 자체로 인하여 직접 그리고 현재 자기의 기본권을 침해받은 자는 그 권리구제의 수단으로서 조례에 대한 헌법소원을 제기할 수 있다(헌법재판소 1995. 4. 20. 선고, 92헌마264등 결정)."고 하였다.

이상을 보면, 자치입법에 의한 구체적인 처분이 있는 경우에는 항고소송으로, 어떤 처분 없이 조해 자체가 직접 기본권을 침해하는 경우에는 헌법소원을 통하여 구제받으면 될 것이다.

4) 입법부 · 사법부의 제정규칙에 있어 헌법소원

입법부, 사법부의 제정규칙 자체에 관한 헌법소원은 헌법에서 규정하고 있는 대법원의 명령규칙에 대한 최종심사권과 관할의 중복 여부를 고려하여야 할 것이다.

먼저 사법부에서 제정한 규칙의 헌법소원 대상성에 있어 헌법재판소는 법무사법시행규칙에 대한 심판사례에서 "헌법 제 107조 제2항이 규정한 명령·규칙에 대한 대법원의 최종심사권이란 구체적인 소송사건에서 명령·규칙의 위헌여부가 재판의 전제가 되었을 경우에는 법률의 경우와는 달리 헌법재판소에 제청할 것 없이 대법원이 최종적으로 심사할 수 있다는 의

미이며, 명령·규칙 그 자체에 의하여 직접 기본권이 침해되었음을 이유로 하여 헌법소원심판을 청구하는 것은 위 헌법규정과는 아무런 상관이 없는 문제다.”⁶⁵⁾라고 설명하였다. 따라서 입법부·사법부에서 제정한 규칙이 별도의 집행행위를 기다리지 않고 직접 기본권을 침해하는 것일 때에는 당연히 헌법소원심판의 대상이 될 수 있다. 한편 대법원 규칙에도 헌법소원이 가능하지만 대법원 규칙제정의 부작위에도 인정된다고 한다.⁶⁶⁾

5) 행정입법부작위에 있어 헌법소원

행정부의 행정입법을 부작위하는 경우, 그 부작위가 기본권을 침해하는 것이라면 헌법재판소는 그러한 행정입법의 부작위가 위법함을 심판할 수 있다. 입법부작위에 대한 행정소송이 항고소송의 대상이 되느냐에 관하여 대법원은 행정소송은 구체적인 사건에 대한 법률상 분쟁을 법에 의하여 해결함으로써 법적 안정을 기하자는 것이므로 부작위위법확인소송의 대상이 될 수 있는 것은 구체적인 권리의무에 관한 분쟁이어야 하고, 추상적인 법령에 관하여 제정의 여부 등은 그 자체로서 국민의 구체적인 권리의무에 직접적 변동을 초래하는 것이 아니어서 행정소송의 대상이 될 수 없다고 판시하였다.⁶⁷⁾

이와 관련하여 헌법재판소는 행정권력의 부작위에 대한 헌법소원사건에서, “삼권분립의 원칙, 법치행정의 원칙을 당연한 전제로 하고 있는 우리 헌법하에서 행정권의 행정입법 등 법

65) 헌법재판소 1990. 10. 15. 선고, 89헌마178 결정.

66) 김문현, “헌법소원심판의 대상”, 고시계 통권452호(서울 : 한국고시학회, 1994), 187면.

67) 대법원 1992. 5. 8. 선고, 91누11261 판결.

집행의무는 헌법적 의무라고 보아야 한다.”고 전제하고, “행정 명령의 제정 또는 개정의 지체가 위법으로 되어 그에 대한 법적 통제가 가능하기 위하여는, 첫째 행정청에게 시행명령을 제정(개정)할 법적 의무가 있어야 하고, 둘째 상당한 기간이 지났음에도 불구하고, 셋째 명령제정(개정)권이 행사되지 않아야 하는바, 이 사건과 같이 치과전문의제도의 실시를 법률 및 대통령령이 규정하고 있고 그 실시를 위하여 시행규칙의 개정 등이 행해져야 함에도 불구하고, 행정권이 법률의 시행에 필요한 행정입법을 하지 아니하는 경우에는 행정권에 의하여 입법권이 침해되는 결과가 되기 때문에, 보건복지부장관에게는 헌법에서 유래하는 행정입법의 작위의무가 있다.”⁶⁸⁾고 하여 행정입법부작위도 헌법소원의 대상이 될 수 있는 가능성을 열어 놓았다.

한편, 행정입법부작위에 있어서도 그것이 부진정행정입법부작위에 해당하는 경우에는 “불완전한 행정입법에 대하여 적극적으로 헌법소원을 제기하여야 한다. 따라서 건축사법시행령 제4조 제1항이 새로이 건축사 면허를 취득하고자 하는 사람들만을 대상으로 하는 것이고 건축사면허를 취소당한 사람들에 대하여는 적용이 없는 것으로서, 건축사법시행령에는 건축사면허를 취소당한 사람들에 관하여는 전혀 규정을 두고 있지 아니하다는 것은 입법자가 어떤 사항에 관하여 입법은 하였으나 불완전, 불충분하게 규율한 경우에 불과하여 부진정입법부작위에 해당하므로, 행정입법 부작위를 이유로 한 헌법소원심판청구는 부적법하다.”⁶⁹⁾고 하였고, “사법시험법과 동법시행령이

68) 헌법재판소 1998. 7. 16. 선고, 96헌마246 결정.

69) 헌법재판소 1998. 11. 26. 선고, 97헌마310 결정.

‘성적의 세부산출방법 그밖에 합격결정에 필요한 사항’에 대하여 법무부령에 의한 규율을 예정하고 있지만, 사법시험법과 동법시행령이 사법시험의 성적을 산출하여 합격자를 결정하는데 지장이 없을 정도로 충분한 규정을 두고 있기 때문에, 법무부령의 제정이 사법시험법의 집행에 필수불가결한 것이라고 보기 어려우므로, 법무부장관이 사법시험의 ‘성적의 세부산출방법’에 관한 법무부령을 제정하여야 할 헌법적 작위의무가 있다고 보기 어렵다.”⁷⁰⁾고 하였다.

2. 행정계획에 있어 헌법소원

행정계획이란 행정주체 또는 그 기관이 일정한 행정활동을 행함에 있어서 일정한 목표를 설정하고 그 목표를 달성하기 위하여 필요한 수단을 선정하고 그러한 수단들을 조정하고 종합화한 것을 말한다.⁷¹⁾

헌법재판소는 “국립대학인 서울대학교의 ‘94학년도 대학입학고사주요요강’은 사실상의 준비행위 내지 사전안내로서 행정쟁송의 대상이 될 수 있는 행정처분이나 공권력의 행사는 될 수 없지만 그 내용이 국민의 기본권에 직접 영향을 끼치는 내용이고 앞으로 법령의 뒷받침에 의하여 그대로 실시될 것이 틀림없을 것으로 예상되어 그로 인하여 직접적으로 기본권 침해 받게 되는 사람에게는 사실상의 규범작용으로 인한 위험성이 이미 현실적으로 발생하였다고 보아야 할 것이므로 이는 헌법소원의 대상이 되는 헌법재판소법 제68조 제1항 소정의

70) 헌법재판소 2005. 12. 22. 선고, 2004헌마66 결정.

71) 박균성, 앞의 책, 206면.

공권력의 행사에 해당된다고 할 것이며, 이 경우 헌법소원 외에 달리 구제방법이 없다.”⁷²⁾고 하였고, 대법원은 행정계획 같은 경우 “도시계획법 제12조 소정의 도시계획결정이 고시되면 도시계획구역안의 토지나 건물 소유자의 토지형질변경, 건축물의 신축, 개축 또는 증축 등 권리행사가 일정한 제한을 받게 되는바 이런 점에서 볼 때 고시된 도시계획결정은 특정 개인의 권리 내지 법률상의 이익을 개별적이고 구체적으로 규제하는 효과를 가져오게 하는 행정청의 처분이라 할 것이고, 이는 행정소송의 대상이 되는 것이라 할 것이다(당원 1978.12.26. 선고 78누281 판결 참조).”⁷³⁾라고 하여 예외적으로 처분성이 인정될 때 행정소송의 대상이 된다고 본 대법원 판례가 있다.

그러나 처분성이 부정될 때에는 헌법소원 외에 달리 구제방법이 없기에 위 서울대학교 입시요강의 소원대상성 긍정은 타당하지 않은 결정이라고 볼 수 있을 것이다. 이상을 정리하면, 위 서울대학교 입시계획안이나, 유사사건으로서 건교부장관의 개선방안 등의 행정계획은 각각 대외적 구속력 유무에 따라 전자는 본안판단이 되었고, 후자는 부적법 각하되었다. 이에 의하면 행정계획안은 행정소송의 대상이 될 수 있을지 여부를 확정할 수 없기 때문에 결국 대외적 구속력이 있는 경우에만 헌법소원으로서 다룰 수 있게 된다.

3. 공법상 계약 및 합동행위에 있어 헌법소원

공법상 계약은 학문상의 관념으로서 공법적 효과의 발생을

72) 헌법재판소 1992. 10. 01. 선고, 92헌마68 결정.

73) 대법원 1982. 3. 9. 선고, 80누105 판결.

목적으로 하여 복수당사자 사이에서 반대방향의 의사표시의 합치로써 성립되는 공법행위로 공법효과 발생을 목적으로 하는 같은 방향의 의사표시가 있다면, 그것은 공법상 합동행위가 될 것이다.⁷⁴⁾ 그러나 공법상 계약에서 당사자는 대등적으로 자유롭게 의사형성을 하기보다는 법규에 근거하여 행정청측이 보다 많은 형성의 자유를 가진다.⁷⁵⁾ 그리하여 민법상의 계약 해제 같은 것은 할 수 없으며, 계약의 일방 당사자인 행정주체는 공익상의 사유가 있는 경우에는 일방적으로 계약을 해제 또는 변경할 수 있고, 그 상대방에는 손실보상청구권이 인정될 소지가 있다. 이를 다투기 위해서는 공법상의 당사자소송으로 다룰 수 있다. 판례에 의하더라도 지방전문직공무원 채용계약 해지의 의사표시에 대하여는 대등한 당사자 간의 소송형식인 공법상 당사자소송으로 그 의사표시의 무효확인을 청구할 수 있다. 따라서 공법상 계약은 공법상 당사자소송의 대상이 되므로 헌법적인 구제가능성은 희박하다고 볼 수 있다. 그리고 공법상 합동행위(예컨대 지방자치단체조합의 성립행위)에 관한 쟁송사례는 나와 있지 않으나, 이 역시 공법상 계약의 경우와 같이 당사자 소송, 혹은 민사소송으로 구제될 가능성이 있을 것이다.

4. 공법상 확인 · 확약에 있어 헌법소원

행정법상 확인 · 확약이라 함은 일정한 행정작용을 하거나 하지 않을 것을 내용으로 하는 행정청의 구속력 있는 약속을

74) 박군성, 앞의 책, 370~372면 참조.

75) 대법원 1993. 9. 14. 선고, 92누4611 판결.

말한다. 이 경우 결정적 요소는 행정청의 자기구속적 의사이다.⁷⁶⁾ 이에 대하여는 처분성이 인정되는 행정행위라는 견해⁷⁷⁾와 별개의 행정작용이라는 견해⁷⁸⁾가 대립되어 있다. 전자에 의하면 행정소송의 대상이 될 뿐이고, 헌법소원의 대상용 될 수 없을 것이며, 후자에 의하면 행정소송의 가능성이 배척되는 경우에 한하여, 헌법소원으로 구제될 여지가 남아 있으나 아직 구체적인 소원 사례는 나와 있지 않다. 한편 확약의 효력은 행정청이 상대방에게 확약의 내용인 행위를 하여야 할 법적의무를 지는데 있으므로, 이를 이행하지 않을 경우 의무이행심판 내지 부작위위법확인소송으로서 그 이행을 청구할 수 있으며, 확약의 불이행으로 인한 손해 발생 시에는 손해배상청구소송을 제기할 수도 있다.

5. 행정상 사실행위에 있어 헌법소원

행정법상 사실행위란 일정한 법률효과의 발생을 목적으로 하는 것이 아니라, 직접적으로는 사실상의 결과만을 가져오는 행정주체의 행위형식의 전체를 말한다. 사실행위는 사실작용이기 때문에 취소와 같은 법적 효과의 문제는 생기지 않는다. 위법한 사실행위의 피해자는 소송상 결과제거청구권이 발생하고 이를 당사자소송 형식으로 주장할 수 있다. 또한 위법한 사실

76) 홍정선, 앞의 책, 520면 참조.

77) 석종현, 앞의 책, 226면; 홍정선, 앞의 책, 522면; 류지태, 「행정법신론」(서울 : 신영사, 2007), 117면.

78) 김남진·김연태, 「행정법 I」(서울 : 법문사, 2016), 291면; 김철용, 「행정법 I」(서울 : 박영사, 2005), 208면; 대법원 1995. 1. 20. 선고, 94누6529 판결; 대법원 1996. 8. 20. 선고, 95누10877 등 판결 참조.

행위로 손해를 입은 경우, 손해배상을 민사소송(국가배상법, 행정소송법에 따른 손해배상도 판례는 민사소송으로 다룬다.)으로 다룰 수 있을 것이고, 적법한 사실행위에 대하여는 손실보상을 청구할 수 있을 것이다.⁷⁹⁾ 하지만 대법원 판례의 태도는 사실행위에 대하여 처분성을 거의 인정하지 않고 있는 것이 현실이며, 이를 헌법적인 방안으로 구제하는 것이 보다 효율적이라고 판단된다.

1) 권력적 사실행위

일반적으로 권력적 사실행위는 행정쟁송의 대상으로 보지만,⁸⁰⁾ 사실행위는 비교적 단기간에 집행이 종료되는 경우가 보통이므로, 그러한 경우 권리보호이익(소익)이 부정되어 소는 각하되게 된다는 문제점이 있다. 이 때 헌법적인 구제방안으로 이를 보완할 수 있을지가 문제된다.

헌법재판소는 재무부장관이 제일은행장에 대하여 했던 국제그룹의 해체준비착수지시와 언론발표 지시에 대해서, 이와 같은 유형의 행위는 형식적으로는 사법인인 주거래 은행의 행위였다는 점에서 행정행위는 될 수 없더라도 그 실질이 공권력의 힘으로 재벌기업의 해체라는 사태변동을 일으키는 경우인 정에서 일종의 권력적 사실행위로서 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당한다고 보았다.⁸¹⁾ 따라서 당사자에게 그에 의한 권리구제절차를 밟을 것을 기대하기는 곤란하므로 이

79) 홍정선, 앞의 책, 546면.

80) 홍정선, 위의 책, 545면.

81) 헌법재판소, 1993. 7. 29. 선고, 89헌마31 결정.

와 같은 범주의 권력적 사실행위의 경우에는 보충성의 원칙의 예외로서 소원의 제기가 가능하다.

2) 업무지침

업무지침은 내부적 지침에 불과하므로, 헌법소원의 대상이 되지 않으나 헌법재판소 판례가 누적되면서 소원이 가능한 경우도 생기게 되었다.

헌법재판소는 건설부장관의 개발제한구역의 지정·고시는 공권력의 행사로서 헌법소원의 대상이 됨은 물론이라고 하였으나,⁸²⁾ 문제되는 경우로서 교육위원회의 인사관리원칙은 중등학교 교원 등에 대한 임용권을 적정하게 행사하기 위하여 그 기준을 일반적·추상적 형태로 제정한 조직 내부의 사무지침에 불과하므로, 그 변경으로 말미암아 청구인(교원)의 기본권이나 법적 이익이 침해당한 것이 아니라며 본안판단을 거부하였다.⁸³⁾

즉, 처분성이 부정되어 행정쟁송의 대상이 되지 않는 내부지침에 대한 구제방안은 헌법소원 밖에 없으나, 이 또한 개별적 사안에 따라 인정되고 있다.

3) 비권력적 사실행위(행정지도 포함)

(1) 구제방안에 대한 학설 및 대법원 판례의 태도

행정지도의 경우, 이에의 순응 여부는 상대방의 임의적인 의

82) 헌법재판소, 1991. 6. 3. 선고, 89헌마46 결정.

83) 헌법재판소, 1990. 9. 3. 선고, 90헌마13 결정.

사에 달려있기 때문에 공권력의 행사라고 보기 어려우며, 다만 일원설의 입장에 따를 때, 행정지도에 따르지 않은 것을 이유로 하여 어떤 다른 처분, 예컨대 허가나 특허의 취소, 신청의 각하, 보조금의 불교부결정 등이 행하여진 경우 또는 행정지도를 전제로 하여 일정한 처분이 행하여진 경우에는, 그 행정행위에 대해 행정소송을 제기함으로서 간접적으로 행정지도를 다룰 수 있다고 한다.⁸⁴⁾

대법원 판례의 태도를 살펴보면, 행정지도를 비롯한 비권력적 행위에 관한 것이 상당수 있으나 행정지도에 직접 처분성을 인정한 대법원 판례는 없다. 다만 공장설립신고에 대해 공장설립신고서의 수리 자체를 거부하는 것 즉, 행정지도에 의한 거부를 거부처분⁸⁵⁾으로 본 사례가 있고, 그와 유사한 사례⁸⁶⁾가 몇 있을 뿐이다.

즉, 행정지도 같은 비권력적 사실행위에 직접 처분성을 인정한 대법원 판례는 없으며, 모두 처분성을 의제하여 판단한 몇몇의 판례가 있을 뿐이다.

(2) 헌법재판소의 태도

헌법재판소는 어린이현장의 제청, 선포행위에 대한 헌법소원의 적법여부에 대해서 헌법재판소는 어린이현장의 제청, 선포행위는 헌법재판소법 제68조 제1항 소정의 공권력의 행사로 볼 수 없어 헌법소원심판청구의 대상이 되지 않는다고 보았

84) 홍정선, 앞의 책, 554면.

85) 대법원 1992. 6. 26. 선고, 92누1674 판결; 대법원 1994. 6. 28. 선고, 93누15922 판결.

86) 대법원 1994. 10. 11. 선고, 93누22326 판결; 1994. 3. 25. 선고, 93누17591 판결.

다.⁸⁷⁾

한편, 대한선주 제3자 인수관련 재무부장관의 외환은행에 대한 통보에 관한 헌법소원사건에서 재판부는 일반적으로 어떤 행정상 사실행위가 권력적 사실행위에 해당하는지 여부는 당해 행정주체와 상대방과의 관계, 그 사실행위에 대한 상대방의 의사·관여정도·태도, 그 사실행위의 목적·경위, 법령에 의한 명령·강제수단의 발동 가부 등 그 행위가 행하여 질 당시의 구체적 사정을 종합적으로 고려하여 개별적으로 판단해야 한다는 기준을 제시하면서, 이 사건은 비권력적 사실행위에 해당하며, 공권력의 행사에는 해당하지 아니한다며 부적법 각하하였다.⁸⁸⁾ 또한 앞서 언급했던 국제그룹사건에서는 정부의 개업 행위를 권력적 사실행위로 보았다.

즉, 헌법재판소는 하나의 사실행위를 두고 권력적이나 비권력적이나를 구분한 후, 비권력적 사실행위로 판단되면 일제 헌법소원의 대상성을 인정하지 않는다.

4) 청원에 대한 회신

원칙적으로 대법원의 입장에 따라 행정쟁송 대상성이 부인되는 청원에 대한 회신 및 이와 유사한 사안에 대한 헌법소원에 있어 헌법재판소는 헌법소원의 대상이 되지 않는다고 보고 부적법 각하하였다.⁸⁹⁾

87) 헌법재판소, 1989. 9. 2. 선고, 89헌마170 결정.

88) 헌법재판소, 1993. 7. 29. 선고, 89헌마31 결정.

89) 이에 관련된 헌법재판소 결정례에는 법원행정처장의 민원인에 대한 질의·회신(89헌마1), 한국방송공사의 보상금지급결정통지(89헌마281), 청원처리회신(93헌마213), 환매권행사를 부인하는 취지의 회신문서(92헌마283), 교원징계재심위원

즉, 청원은 그 심사절차, 재정형식, 통지형식, 또는 관정내용에 관하여 법적 기속이 없다는 점에서 준법률행위적 행정행위인 용지와 구별되며, 청원의 회신에 대한 다툼은 행정법은 물론 헌법적으로도 일체 불가능하다.

6. 사법행정의 행정작용에 대한 헌법소원

원칙적으로 대법원 판례는 사법형식의 행정작용을 항고소송의 대상이 되는 행정처분으로 인정하지 않는다.⁹⁰⁾ 헌법재판소 또한 국가기관의 사법상 행위에 대한 헌법소원에 대해서 대체로 소극적인 태도를 보이고 있다. 이는 법리적으로도 당연한 귀결이며, 사법형식의 행정작용은 사법상의 구제방법에 의하여야 한다.

이와 관련하여 헌법재판소는 한국토지공사가 생활대책 일환으로 행한 상업용토지 공급공고에 대한 헌법소원에서 한국토지개발공사는 업무내용에 따라서는 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 주체가 될 수 있으나, 이 사건 생활대책의 일환으로 이루어진 상업용지공급공고는 사법상의 권리이전에 대한 반대급부의 조건 내지 내용에 관련된 사항에 불과하여 결국 헌법소원의 대상이 되는 공권력 행사로 볼 수 없다고 하였다.⁹¹⁾

국가기관의 사법상 행위에 대한 관련 사례를 정리한다면, 대체로 국가의 사법상 행위에 대해서는 행정소송으로 다룰 수 없으며, 행정소송의 대상이 되지 않는다고 해서 공권력의 행사

회의 고충처리결정회신(96헌마51), 공보처장관의 통보(95헌마124), 국가보훈처장의 민원회신(97헌가10) 결정 등이 있다.

90) 대법원 1982. 12. 28. 선고, 82누441 판결.

91) 헌법재판소 1996. 10. 4. 선고, 95헌마34 결정.

혹은 불행사가 아니기 때문에 헌법적인 구제방법도 없게 된다. 다만 민사소송이나 국가배상법으로 다룰 여지는 남을 것이다.

7. 기타의 행정작용에 있어 헌법소원

헌법재판소는 행정기관의 내부적 행위·지시나 사경제주체로서의 행위, 단순한 의견의 제시나 표명 등에 대하여는 공권력성을 인정하지 아니하는 경향이 있는데 반하여, 행정작용이 행정소송의 대상이 되지 아니하더라도 국민의 기본권에 중대한 영향을 미치는 사실행위나 행정규칙, 입시요강 등 준비행위 등에 대하여는 공권력성을 인정하고 있다. 이하에서는 국가기관 내부행위, 그밖에 기타 문제되는 경우인 행정부작위나 사법행정, 통치행위 등의 헌법적 구제 가능여부를 살펴보도록 하겠다.

1) 행정부작위에 있어 헌법소원

(1) 헌법에서 유래하는 작위의무가 있는 경우

헌법재판소는 먼저 군수관리의 임야조사서, 토지조사부에 대한 청구인의 열람·복사 신청에 불응한 이천군수가 행한 부작위의 기본권침해 여부에 대해서 헌법에서 유래된 청구인의 알 권리를 침해한 것으로 결론내리며 위헌임을 확인하였으나,⁹²⁾ 『공공기관의 정보공개에 관한 법률』이 제정된 현재에는 정보공개 신청에 대한 부작위가 행정소송법상의 부작위에 해당되므로 헌법소원의 대상은 될 수 없을 것이다. 그렇지만 헌법

92) 헌법재판소, 1989. 9. 4. 선고, 88헌마22 결정.

에서 유래된 작위의무가 있으나, 입법이 불비된 상태에서는 언제나 행정소송의 대상은 안 되더라도 헌법소원의 대상이 될 수 있다.

(2) 단순부작위(작위의무 없는 공권력의 불행사)

법률에 작위의무 없는 공권력의 불행사에 대하여 헌법재판소는 모두 부적법 각하하였다. 구체적으로 국회의 탄핵소추의결의 부작위(93헌마186), 작위의무 없는 입법부작위(93헌마276), 외국의 침구사 자격을 얻은 사람을 위한 침구사자격입법부작위(90헌마19), 국방부장관의 국가유공자 등록에 있어서의 부작위(97헌가10), 중앙선거관리위원회의 전국구의원승계미결정(92헌마153), 외국의 대사관저에 대한 강제집행불능에 대한 손실보상입법부작위(96헌마44), 외교통상부장관과 법원행정처장의 공권력불행사(헌재결 98. 5. 25. 97헌마282), 부산광역시장이 청구인 소유의 임야에 관하여 고시된 도시계획결정을 취소하지 않는 공권력의 불행사(99헌마198), 우리나라 정부가 중재에 회부하지 아니한 행정권력의 부작위에 대한 헌법소원(98헌마206) 등에서 헌법재판소의 기본 입장이 드러나고 있다.⁹³⁾

2) 통치행위에 있어 헌법소원

통치행위란 종래 입법도 사법도 행정도 아닌 헌법상 보조활동이자 제4의 국가작용으로서 고도의 정치성을 갖기 때문에 사법심사의 대상에서 제외되는 행위를 뜻하는 것으로 새겨 왔다.⁹⁴⁾ 이러한 통치행위를 비상계엄선포의 합헌여부에 대한 판

93) 헌법재판소, 앞의 『헌법재판실무재요』, 208~211면 참조.

94) 홍정선, 앞의 책, 10면.

결과 관련하여, 대법원은 사법심사의 대상이 되지 아니한 것으로 선고하고 있다.

통치행위를 포함하여 모든 국가작용은 국민의 기본권적 가치를 실현하기 위한 수단이라는 한계를 반드시 지켜야 하는 것이고, 이와 관련하여 헌법재판소는 "헌법재판소는 헌법의 수호와 국민의 기본권 보장을 사명으로 하는 국가기관이므로 비록 고도의 정치적 결단에 의하여 행해지는 국가작용이라고 할지라도 그것이 국민의 기본권 침해와 직접 관련되는 경우에는 당연히 헌법재판소의 심판대상이 될 수 있는데, 대통령 긴급재정경제명령은 국가긴급권의 일종으로서 고도의 정치적 결단에 의하여 발동되는 행위이고 그 결단을 존중하여야 할 필요성이 있는 행위라는 의미에서 이른바 통치행위에 속한다고 할 수 있다."⁹⁵⁾고 하였고, 다만, "대통령과 국회의 외국에의 국군의 파병결정은 고도의 정치적 결단이 요구되는 사안이므로 가급적 존중되어야 하고 헌법재판소가 사법적 기준만으로 이를 심판하는 것은 자제하여야 한다고 하였다."⁹⁶⁾고 하였다.

살펴본 바와 같이 통치행위는 행정쟁송의 대상이 되지는 않으나 헌법소원의 대상은 된다. 즉, 통치행위(대통령 긴급재정경제명령)의 헌법재판 대상성에 관한 결정에서, 모든 국가작용은 국민의 기본권적 가치를 실현하기 위한 수단이라는 한계를 반드시 지켜야 하는 것이고, 헌법재판소는 헌법의 수호와 국민의 기본권 보장을 서명으로 하는 국가기관이므로 비록 통치행위라 할지라도 그것이 국민의 기본권 침해와 직접 관련되는 경우에는 당연히 헌법재판소의 심판대상이 된다고 본 것이다. 또

95) 헌법재판소 1996. 2. 29. 선고, 93헌마186 결정.

96) 헌법재판소 2004. 4. 29. 선고, 2003헌마814 결정.

한 대통령의 긴급재정경제명령의 개별규정은 법률효를 가지므로 위헌법률심판의 대상이 될 수 있을 것이다.

3) 사법행정작용에 대한 헌법소원

비록 법원의 재판에 대하여는 명문의 규정에 의하여 헌법소원의 대상이 될 수 없다 하더라도 법원의 행정에 관한 행위는 이로 인하여 국민의 기본권이 침해되었다고 인정된다면 행정작용의 일부로서 헌법소원의 대상이 된다. 재판 이외의 법원의 사법행정작용, 예컨대 법원공무원이나 집달관 등에 의한 접수 처분 등거나 호적 경매 등에 관한 처분에 대해서는 소정의 불복절차를 거친 뒤에 헌법소원을 제기 할 수 있다. 다만 이때는 구제절차가 법원의 재판으로 귀결되는 경우, 이러한 처분에 대한 헌법소원이 허용되지 않는다. 즉, 재판의 대상이 되지 않는 처분에 대해서만 헌법소원이 허용되며, 대법원 규칙제정 및 그 부작위에 대해서도 헌법소원이 가능할 것이다.

4) 헌법재판 자체에 관련한 헌법소원

(1) 헌법재판소의 결정

헌법재판소의 결정에 관한 재심의 허용 여부에 대하여 헌법재판소의 다수의견은 "헌법재판은 그 심판의 종류에 따라 그 절차의 내용과 결정의 효과가 한결 같지 아니하기 때문에 재심의 허용 여부 내지 허용 정도는 심판절차의 종류에 따라 개별적으로 판단되어야 한다고 하면서 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원 중 행정작용에 속하는 공권력작용을 대상으로 하는 권리구제형 헌법소원에 있어서는, 사안의 성질상 헌

법재판소의 결정에 대한 재심은 재판후의 구성이 위법한 경우 등 절차상 중대하고도 명백한 위법이 있어서 재심을 허용하지 아니하면 현저히 정의에 반하는 경우에 한하여 제한적으로 허용될 수 있을 뿐이라고 하였다.⁹⁷⁾

또한 재심을 허용하지 아니함으로써 얻을 수 있는 법적 안정성의 이익이 재심을 허용함으로써 얻을 수 있는 구체적 타당성의 이익보다 훨씬 높을 것으로 쉽사리 예상할 수 있으므로, 헌법재판소의 이러한 결정에 대하여는 재심에 의한 불복방법이 성질상 허용될 수 없다고 보는 것이 상당하다며 공익과 사익의 법익형량 측면에서 본 판결도 있다.⁹⁸⁾

(2) 헌법재판소의 판단유탈

헌법재판소의 판단유탈에 관하여도 재판관 4인 의견은 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원 중 행정작용에 속하는 공권력작용을 대상으로 하는 권리구제형 헌법소원에 있어서 판단유탈이 헌법재판소 결정에 대한 재심사유가 되는지 여부는 재판부의 구성이 위법한 경우 등 절차상 중대하고도 명백한 위법이 있는 경우 이외에는 위와 같은 이유로 판단유탈은 재심사유가 되지 아니한다고 하여 다수인 5인의견을 누르고 견해변경에 필요한 정족수 6인에 1인이 모자란 사례가 있다.⁹⁹⁾

그러나 그 후 헌법재판소는 다음과 같은 이유로 위 판례를 변경하여 “판단유탈”도 재심사유로 인정하였다.

97) 헌법재판소 1995. 1. 20. 선고, 93헌아1 결정 참조.

98) 헌법재판소 1992. 9. 26. 선고, 90헌아1 결정 참조.

99) 헌법재판소 1995. 1. 20. 93헌아1 결정 참조.

i) 권리구제형 헌법소원의 절차에서 직권주의가 적용된다고 하여 당사자가 주장한 사항에 대하여 판단하지 않아도 된다는 것은 아닐 뿐만 아니라 당사자의 주장에 대한 판단유탈이 원천적으로 방지되는 것도 아니므로, 직권주의가 헌법소원절차에서 “판단유탈”을 재심사유에서 배제할 만한 합당한 이유가 되지 못하고, ii) 민소 제422조(현행 민소 제451조) 제1항 제9호 소정의 “판단유탈”의 재심사유는 모든 판단유탈을 그 사유로 함에 있지 아니하고 판결에 영향을 미칠 중요한 사항에 대한 판단유탈만을 그 사유로 하고 있고, iii) 법 제71조 제1항 제4호에서 법 제68조 제1항에 의한 헌법소원의 심판청구서에 반드시 청구이유를 기재하도록 한 취지는 청구인의 청구이유에 대하여 유탈함이 없이 판단할 것을 요구함에 있으며, iv) 공권력의 작용을 대상으로 하는 권리구제형 헌법소원의 경우에는 법령에 대한 헌법소원과는 달리 사실의 판단이나 그에 대한 법령의 적용을 바탕으로 하여 헌법해석을 하게되는 것이고, 사전구제절차를 거친다 하여 헌법재판 시의 판단유탈을 예방할 수 있는 것도 아니므로, 헌법의 해석을 주된 임무로 하고 있는 헌법재판의 특성이나 사전구제절차를 거친 뒤에야 비로소 헌법소원을 제기할 수 있다고 하는 사정도 “판단유탈”을 재심사유에서 배제할 합당한 이유가 되지 못하는 점을 고려할 때, 공권력의 작용에 대한 권리구제형 헌법소원절차에 있어서 ‘헌법재판소의 결정에 영향을 미칠 중대한 사항에 관하여 판단을 유탈한 때’를 재심사유로 허용하는 것이 헌법재판의 성질에 반한다고 볼 수 없다.¹⁰⁰⁾

(3) 헌법조문 자체에 대한 헌법소원

헌법조문에 관한 헌법소원은 원칙적으로 불가능하다. 헌법조

100) 헌법재판소 2001. 9. 27. 선고, 2001헌아3 결정.

문 자체에 대한 헌법소원에서 헌법재판소는 헌법 제111조 제1항 제1호, 제5호 및 헌법재판소법 제41조 제1항, 제68조 제2항은 위헌심사의 대상이 되는 규범을 법률로 명시하고 있으며, 여기서 '법률'이라고 함은 국회의 의결을 거쳐 제정된 이른바 형식적 의미의 법률을 의미하므로 헌법의 개별규정 자체는 헌법소원에 의한 위헌심사의 대상이 아니라고 하였다.¹⁰¹⁾ 따라서 헌법의 규정은 헌법재판소법 제68조 제1항 소정의 공권력 행사의 결과가 아니므로 헌법소원의 대상으로 삼을 수 없다.

5) 국가기관 내부행위에 대한 헌법소원

(1) 국가기관 내부행위에 대한 헌법소원

앞서 살펴본 바에 의하면 현재까지 국가기관 내부행위는 현재 수사 중인 사건이나 검찰의 내사종결행위, 경제기획원 장관의 업무편성지침 통보행위, 대통령의 법률안 제출행위, 그리고 국가기관 내부지시 등으로 유형화시킬 수 있다. 헌법재판소는 이들의 헌법소원 대상성을 일률적으로 부정, 본안판단 없이 각하하고 있다. 한 마디로 이들의 행정소송 대상성 역시 불투명하므로 행정소송상의 처분성마저 부정되는 경우에는 구제받을 방안이 없게 된다.

(2) 현재 수사중인 사건이나 내사종결처리

헌법재판소는 사건수사 중에 제기된 검사의 공소권행사에 관한 헌법소원의 적법여부에 대하여 헌법재판소는 수사 중인 사건이라면 특단의 사정이 없는 한 구체적인 공권력의 행사

101) 헌법재판소 1996. 6. 13. 선고, 94헌바20 결정.

또는 불행사가 있다고 볼 수 없다고 하였다.¹⁰²⁾ 또한 수사기관의 진정사건에 대한 내사종결처리에 대해서는 그 처리결과에 대하여 불만이 있으면 진정인은 따로 고소나 고발을 할 수 있는 것으로서 진정인의 권리행사에 아무런 영향을 미치는 것이 아니므로 내사종결처분이 헌법소원심판의 대상이 되는 공권력의 행사가 아니라고 하였다.¹⁰³⁾

(3) 정부투자기관에 대한 예산편성지침 통보행위

헌법재판소는 "경제기획원장관이 정부투자기관에 통보한 1993년도 정부투자기관예산편성공통지침은 각 정부투자기관의 출자자인 정부가 정부투자기업의 경영 합리화와 정부출자의 효율적인 관리를 도모하기 위하여 예산편성에 관한 일반적 기준을 제시하여 출자자로서의 의견을 개진하는 것에 지나지 아니한다고 할 것이고, 이러한 예산편성공통지침의 통보행위는 성질상 정부의 그 투자기관에 대한 내부적 감독작용에 해당할 뿐이고 국민에 대하여 구체적으로 어떠한 권리를 설정하거나 의무를 명하는 법률적 규제작용으로서의 공권력작용에 해당한다고 볼 수 없으며 나아가 위 예산편성지침에 임금에 관한 부분이 포함되어 있다 하더라도 이는 사용자측이라고 할 수 있는 정부가 그 투자기관에 대하여 내부적 지표로서 임금에 관한 예산편성의 공통지침을 시달하여 임금협상에 관한 유도적 기준을 제시한 것이지 단체교섭에 직접 개입하거나 이를 강제하는 것이 아니므로 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사라 볼 수 없다."¹⁰⁴⁾고 하였고, 이와 유사한 결정으로, "기획예산처

102) 헌법재판소 1989. 9. 11. 선고, 89헌마169 참조.

103) 헌법재판소 1998. 2. 27. 선고, 94헌마77 참조.

장관의 정부투자기관에 대한 예산편성지침 통보행위 및 예산배정유보방침 통보행위가 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당하지 않는다.”¹⁰⁵⁾고 한 사례가 있다.

(4) 대통령의 법률안 제출행위

대통령의 법률안 제출행위는 국가기관간의 내부적 행위에 불과하고 국민에 대하여 직접적인 법률효과를 발생시키는 행위가 아니라는 것이 헌법재판소 다수의 입장이다.¹⁰⁶⁾

(5) 국가기관 내부지시

농림수산부장관의 집유질서유지대책지시에 관한 헌법소원¹⁰⁷⁾에서, 이 사건 집유질서 확립을 위한 대책지시는 농림수산부장관 각 시·도지사에게 대하여 행한 행정기관 내부의 행위로서, 개개의 국민에 대하여는 직접 효력을 가지는 것이 아니고 이 사건 대책지시에 따라 각 시·도지사가 구체적 처분을 하였을 때에 비로소 국민의 권리의무에 어떠한 영향을 미치게 되는 것이므로, 이 사건 대책지시만으로는 “공권력행사”로 볼 수 없다고 하였다.

또 다른 사례에서 헌법재판소는, 법원행정처장이 각급 법원장에게 내린 예산집행에 관한 지시는 헌법소원의 대상인 공권력 행사에 해당하지 않으나, 법관 및 법원공무원 수당규칙과 법원행정처장의 법원공무원 자가운전차량 유지비 지급지침 중 각 수당 및 차량유지비의 지급기준을 정한 부분(법관 및 법원

104) 헌법재판소 1993. 11. 25. 선고, 92헌마293 결정.

105) 헌법재판소 2002. 1. 31. 선고, 2001헌마228 결정.

106) 헌법재판소 1994. 8. 31. 선고, 92헌마174 결정.

107) 헌법재판소 1994. 4. 28. 선고, 91헌마55 결정.

공무원 수당규칙 및 법원공무원 자가운전차량유지비지급지침의 법조경력 계산 기준규정) 자체에 대한 헌법소원심판청구에 대하여는, 기본권을 직접 침해하는 사법행정규칙에 대한 헌법소원으로서의 대상성을 인정하였다.¹⁰⁸⁾

8. 소 결

이상에서 살펴본 바와 같이 기타의 행정적 구제방안이 없는 행정작용, 예컨대 행정부작위나 사법행정, 통치행위, 국가기관 내부행위, 사법행정작용 등 비유형적인 경우에 대하여는 앞으로 행정작용에 대한 헌법소원 대상성의 범위가 보다 확대될 필요가 있다. 이를 위해선 헌법재판소의 적극적인 자세가 필요하며, 헌법소원 이전에 대법원은 행정처분의 개념 범위를 확대하여 국민의 기본권 보장에 충실하여야 하는 의무가 있을 것이라 판단된다.

IV. 맺음말

헌법재판, 특히 헌법소원심판은 최후수단으로서의 권리구제 절차로서 우리 사회의 법치주의의 성숙과 완성에 많은 기여를 하였다. 헌법소원은 항고소송에 비해 대상·청구인적격·권리보호필요성을 상대적으로 폭넓게 인정하여, 그 동안 법적 문제임에도 불구하고 항고소송의 대상에 배제되어 왔던 많은 문제

108) 헌법재판소, 앞의 「헌법재판실무재요」, 211~212면 참조.

들에 대한 법적 판단을 가능케 한 것 또한 사실이다. 즉, 헌법소원심판은 국가권력 중 행정권력의 통제와 관련해서 많은 부분 항고소송과 중첩관계이자 보완관계에 있으면서, 행정소송과 더불어 주요한 행정구제수단이자 통제수단으로 기능하고 있는 것이다.

그러나 보충성의 원칙과 재판소원금지의 원칙을 규정하고 있는 현행 우리나라의 법제 하에서 행정작용의 구제에 있어 행정소송과 헌법소송의 이원적 구조가 공존하고 있는 것이 현실이고, 이로 인하여 국민의 권익구제(기본권 보장) 측면에서 제기능을 하고 있는 지에 관한 타당성에 있어서는 국가기관간의 역할·기능 등과도 관련하여 보다 광범위한 논의가 요청되고 있다.

즉, 헌법재판소법 제68조 제1항에 따라 다른 법률의 구제절차를 모두 거친 후에야 헌법소원을 제기할 수 있고, 이러한 보충성의 원칙에 따라 행정처분에 있어서도 이와 같이 행정소송을 거친 후에야 제기할 수 있게 되는데, 이렇게 행정소송을 거친 후에는 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외하고 있는 재판헌법소원의 금지를 원칙으로 하는 현행 법제 하에서는 결국 헌법소원제기가 불가능하게 되는 것이다. 물론 헌법재판소는 헌법소원심판 청구인이 그의 불이익으로 돌릴 수 없는 정당한 이유 있는 착오로 전심절차를 밟지 않는 경우, 전심절차고 권리가 구제될 가능성이 거의 없거나 권리구제절차가 허용되는지 여부가 객관적으로 불확실하거나 우회적 절차를 요구하는 것밖에 되지 않아 전심절차 이행의 기대가능성이 없을 때에는 보충성의 예외로 바로 헌법소원을 제기할 수 있다(헌법재판소 1997. 11. 27. 선고, 94헌마60 결정)는 보충성의 예외

를 인정하여 권익구제를 위한 노력을 하고 있으며, 직접 기본권을 침해하는 '행정입법'에 대한 헌법소원이 일부 인정되고 있으나, 이로서 국민의 권익구제가 충실히 보장된다고 보기는 어려울 것이다.

이러한 공백의 해소방안으로 간단히 생각해 볼 수 있는 방안이 대법원의 현안으로 행정행위의 처분성의 범위를 보다 넓게 파악하여 행정권에 의한 권리침해를 효과적으로 구제할 수 있도록 하고, 헌법재판소의 헌법불합치 결정에 대하여 법원이 스스로 그 자신을 기속되는 노력이 있어야 할 것으로 판단된다. 또한 헌법재판소에서는 헌법소원의 대상성을 폭넓게 인정하는 자세를 유지하면서 변형결정을 최소화하고, 위헌, 합헌의 주문으로 결정하여 헌법재판소 결정의 기속력을 최대화하려는 노력이 필요할 것이다. 그러나 무엇보다도 행정권에 의한 기본권 침해에 대한 구제방안에 관한 연구가 앞으로도 계속되어야 할 것이다.

참 고 문 헌

- 김남진·김연태, 「행정법 I」, 서울 : 법문사, 2016.
- 김운용, 「위헌심사론」, 서울 : 삼지원, 1988.
- 김철용, 「행정법 I」, 서울 : 박영사, 2006.
- , 「행정법 II」, 서울 : 박영사, 2006.
- 박균성, 「행정법론(상)」, 서울 : 박영사, 2007.
- 박윤희, 「행정법강의(하)」, 서울 : 박영사, 2002.
- 법원도서관 편, 「헌법재판제도의 이해」, 서울 : 법원도서관, 2002.
- 성낙인, 「헌법학」, 서울 : 법문사, 2007, 1051면.
- 이광윤·김민호, 「최신행정법론」, 서울 : 법문사, 2002.
- 허영, 「한국헌법론」, 서울 : 박영사, 2014.
- 헌법재판소 편, 「제1개정증보판 헌법재판실무제요」, 서울 : 헌법재판소, 2008.
- 홍정선, 「행정법원론(상)」, 서울 : 박영사, 2017.
- 홍준형, 「행정구제법 제4판」, 서울 : 한울아카데미, 2001.
- 김남철, "법규명령에 대한 항고소송의 문제점 - 행정소송법개정안을 중심으로 -", 공법학연구 제6권 제1호, 부산 : 한국비교공법학회, 2005.
- 김문현, "헌법소원심판의 대상", 고시계 통권452호, 서울 : 한국고시학회, 1994.
- , "법원의 재판을 헌법소원대상에서 제외한 헌법재판소법 제68조 제1항의 위헌성", 인터넷법률신문 1998. 2. 16.
- 김민호·김일한, "헌법재판의 발전으로 인한 행정소송상 문제

- 점에 관한 서설적 고찰”, 성균관법학 제14집, 서울 : 성균관대학교 비교법연구소, 2002.
- 김춘환, “법률과 조례의 관계”, 토지공법연구 제24집, 서울 : 한국토지공법학회, 2004.
- 김학성, “헌법소원의 쟁송대상”, 헌법재판자료 제3집 「헌법재판의 이론과 실제」, 서울 : 헌법재판소, 1990.
- 김현철, “헌법소원의 대상에 관한 소고”, 헌법논총 제1집, 서울 : 헌법재판소, 1990.
- 김해룡, “행정법규범체계연구 I : 법규명령과 행정규칙”, 공법연구 제35집 제3호, 서울 : 한국공법학회, 2007.
- 김해룡, “행정소송법 개정에 있어서의 법적 쟁점”, 고시계 제49권 제8호 통권 570호, 서울 : 고시계사, 2004.
- 박균성, “행정입법에 대한 사법적 통제”, 고시계 제478호, 서울 : 국가고시연구회, 1996.
- 박정훈, “헌법과 행정법 - 행정소송과 헌법소송의 관계 -”, 서울대학교 법학 제39집, 서울 : 서울대학교 법학연구소, 1999.
- , “행정소송법개정의 주요쟁점”, 공법연구 제31집 제3호, 서울 : 한국공법학회, 2003.
- 신봉기, “서독 연방헌법재판소법상 헌법소원의 대상”, 「헌법재판의 이론과 실제」, 서울 : 헌법재판소, 1990.
- 정연주, “법규명령에 대한 헌법소원”, 헌법판례연구 I, 서울 : 박영사, 2002.
- 정연우, “처분적 법률의 헌법적 문제”, 미국헌법연구 제18집 제2호, 서울 : 미국헌법학회, 2007.
- 정종섭, “현행 명령·규칙심사제도에 대한 비판적 검토”, 고시

- 계 통권 430호, 서울 : 고시계사, 1992. 12.
- 정준현, "조례에 의한 토지재산권규제의 가능성", 토지공법연구 제20집, 서울 : 한국토지공법학회, 2003.
- 정하중, "행정소송법의 개정방향", 공법연구 제31집 제3호, 서울 : 한국공법학회, 2003. 3.
- 정호경, "행정소송과 헌법재판의 관계에 관한 고찰 - 항고소송, 헌법소원, 권한쟁의심판을 중심으로 -", 행정법연구 제22집, 서울 : 행정법이론실무학회, 2008.
- 표정우, "행정소송 및 헌법소송의 상충관계 - 행정작용에 대한 헌법적 구제방안 중심으로 -", 자치연구 제12집, 부산 : 한국지방자치연구소, 2002.
- 함인선, "헌법소원과 항고소송 - 심판대상을 중심으로 하여 -", 공법연구 제35집 제4호, 서울 : 한국공법학회, 2007.
- 홍성방, "헌법재판소법 제68조 제1항 본문은 위헌이다", 판례월보 335호, 서울 : 판례월보사, 1998. 8.

부 록

1. 법학연구소 규정
2. 법학논총 논문게재 규정
3. 인천법학논총 게재논문 목차(창간호 ~ 제19집)

법학연구소 규정

제정 1999. 12. 1.

제1장 총 칙

제1조(목적)

이 규정은 법의 이론과 실제에 관한 이론과 실재를 통하여 우리나라의 법학과 법문화 발전에 기여하며, 동북아 및 국제화·지방화시대의 법제도를 연구하기 위하여 설치한 인천대학교 부설 법학연구소(이하 "연구소"라 한다)의 조직과 운영에 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제2조(명칭)

본 연구소는 인천대학교 법학연구소라 부른다.

제3조(소재)

연구소는 인천대학교 법과대학 안에 둔다.

제2장 사 업

제4조(사업)

본 연구소는 제1조의 목적을 위하여 다음 각 호의 사업을 한다.

1. 법학일반이론의 연구
2. 법제 및 법령의 연구
3. 법조실무상의 문제점연구

4. 동북아교류 및 국제관계법제의 연구
5. 지방자치의 관계법제 연구

본 연구소는 제1항의 사업에 필요한 다음 각호의 사업을 할 수 있다.

1. 연구발표회, 세미나 및 강연회의 개최
2. 학술논문집, 정기간행물 및 도서의 발간
3. 정부기관 및 지방자치단체 기타 외부기관의 위촉에 의한 자문·연구사업의 수행
4. 국내외 타 연구기관의 제휴 및 공동연구의 수행
5. 연구결과에 관한 학술발표 및 기타 강연회개최
6. 법학 전반에 관한 정보수집·체계화 및 응용방안에 관한 연구
7. 기타 연구소 설치목적에 부합하는 사업

제3장 조직과 운영

제5조(구성)

본 연구소는 상임 및 비상임연구위원과 연구원으로 구성한다.

상임연구위원은 본 대학교 전임교원 중 법학박사학위를 소지한 전임교원으로 한다.

비상임연구위원은 법학박사소지자 또는 변호사자격이 있는 법조인이며, 운영위원회의 동의를 거쳐 임명한 자로 한다.

연구원은 석사학위를 받은 자 또는 석사과정 이상의 자를 운영위원회의 동의를 거쳐 연구소장이 임명한다.

본 연구소의 연구사업을 수행하기 필요한 때에는 본 대학교 학부학생 중에서 연구보조원을 둘 수 있다.

제6조(조직)

본 연구소의 임원으로는 연구소장 1인으로, 연구소장은 조교수 이상의 운영위원회의 제청을 거쳐 총장이 임명하며, 임기는 2년으로 한다.

연구부장은 상임연구위원 및 비상임연구위원 중에서 연구소장이 위촉하며, 운영위원회의 동의를 얻어야 한다. 그 임기는 연구사업의 만료일까지로 한다.

감사는 상임연구위원 중에서 운영위원회가 선임하며, 임기는 2년으로 한다.

간사는 연구원 중에서 연구소장이 임명하며, 운영위원회의 동의를 얻어야 한다.

제7조(임원의 직무)

연구소장은 본 연구소를 대표하며, 연구소의 업무를 통할한다.

연구부장은 부여된 연구사업에 대한 계획수립, 실행 및 보고에 관한 제반업무를 수행한다.

감사는 본 연구소의 업무에 대한 회계감사를 하며, 감사결과를 운영위원회의 정기회의에 보고해야 한다.

제7조(운영위원회)

본 연구소의 사업 및 운영에 관한 사항을 심의·의결하기 위하여 운영위원회를 둔다.

운영위원회는 소장과 연구위원 및 간사로 한다. 위원장은 연구소장이 겸임하며, 위원은 연구위원으로 하며, 간사는 연구원 중에서 위원장이 임명한다.

위원회는 다음 각 호의 사항을 심의·의결한다.

1. 연구소의 사업 및 운영계획의 수립
2. 연구부의 설치 및 연구비의 배정·관리

3. 차기연구소장,비상임연구위원,연구부장,연구원의 임명제청
4. 예산안의 승인 및 결산보고의 승인
5. 본 연구소 규정의 개정
6. 기타 운영회의에서 본 연구소의 운영에 필요하다고 판단되는 사항

운영위원회의 정기회의는 매년 3월에 소집하며, 임시회의는 위원장이 필요하다고 인정한 때 또는 위원3분의 1이상의 요구가 있는 때에 소집한다.

운영회의의 결정사항은 3분의 2이상 찬성이 있어야 한다.

운영위원회의 회의는 반드시 회의록을 작성·보관을 해야하며 그 업무는 간사가 담당한다.

제4장 재 정

제8조(경비)

본 연구소의 운영에 필요한 연구비 또는 기타의 경비는 교비 지원금, 용역사업비, 보조금, 기부금 기타의 수익으로 한다.

제9조(예산 및 사업계획)

소장은 연구소의 예산서와 사업계획서를 작성하여 운영위원회의 심의를 거쳐 총장의 승인을 받아야 한다.

제10조(결산)

본 연구소의 회계년도는 본 대학교의 회계연도와 같이 한다.

소장은 연구소의 결산서와 사업보고서를 작성하여 운영위원회의 심의를 거쳐 총장에게 보고하여야 한다.

제5장 보 칙

제11조(운영세칙)

본 연구소의 운영에 관하여 필요한 사항은 반드시 운영위원회의 의결을 거쳐 결정하며, 총장의 승인을 얻어야 한다.

제12조(개정)

이 규정은 운영위원회에서의 재적위원 과반수의 출석과 출석위원 3분의 2이상 찬성을 하여야 하고 총장의 승인을 얻어야 한다.

부 칙

이 규정은 1999년 12월 1일부터 시행한다.

법학논총 논문게재 규정

제1조 (목적)

본 규정은 인천대학교 부설 법학연구소의 정기발간 학술논문집인 "仁川法學論叢"에 게재할 원고의 작성방법, 제출, 심사 및 편집에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제2조 (게재논문 제출자격)

인천대학교 법학연구소의 연구원으로서 인정된 자에 한한다. 그러나 편집위원회의 승인을 받은 경우에는 비연구원도 원고를 제출할 수 있다.

제3조 (논문작성방법)

- ① 투고원고의 작성에 있어서는 편집위원회 규정 및 이 지침에 규정된 사항을 준수하여야 한다.
- ② 투고원고는 다음과 같이 구성되어야 한다.
 1. 제목(한글 및 외국어)
 2. 저자명(한글 및 외국어)
 3. 목차
 4. 본문(항목번호는 I, 1, (1), 가, ①, A의 순서로 함)
 5. 주제어(5단어 내외의 한글 및 외국어)
 6. 초록(500단어 내외의 외국어)
- ③ 투고원고의 내용은 원칙적으로 국문으로 작성되어야 한다. 다만 외국인의 원고 기타 논문의 특성상 외국어로 작성되어야 하는 것은 외국어로 작성할 수 있으나 국문으로 된 번역문을 첨부하여야 한다.
- ④ 제2항 각 호의 외국어는 영어, 독어 또는 불어 중의 하나로 작성한다.

- ⑤ 저자가 2인 이상인 경우에는 책임저자와 공동저자의 구분을 명시하여야 한다.

제4조 (논문작성시 유의사항)

투고원고를 작성함에 있어서는 다음의 사항에 유의하여야 한다.

1. 국내외의 문헌을 인용함에 있어서는 최신의 문헌까지 인용하되 가급적 교과서 범주를 넘어서 학술논문 수준의 문헌을 인용하고, 교과서의 경우에는 출판연도와 함께 판수를 정확하게 기재한다.
2. 외국법에 관한 논문이 아닌 한 국내의 학술논문을 인용하여 국내학설의 현황을 파악할 수 있도록 하고, 외국문헌은 필요한 한도 내에서 인용한다.
3. 다수설 및 소수설을 제시할 경우 문헌 몇 편으로 근거를 삼지 않고, 될수록 많은 문헌을 인용하여 다수설 및 소수설의 평가가 정확히 되도록 유의한다.
4. 기존의 학설을 비판하거나 새로운 학설을 주장하는 경우 그 근거되는 논의상황이 국내의 상황인지 또는 외국의 상황인지를 명확하게 구별하고, 자신의 주장이 해석론인지 형사정책적 제안인지도 분명히 제시한다.
5. 원고는 원칙적으로 한글로 작성하며 한자와 외국어는 혼동이 생길 수 있는 경우에만 괄호 안에 넣어서 표기한다.
6. 외국의 논문이 번역에 가깝게 게재논문의 기초가 되어서는 안 된다.

제5조 (문헌인용의 방법)

다른 문헌의 내용을 인용하는 경우에는 다음 각 호의 방식에 의하고, 각주에서 그 출처를 밝혀야 한다.

1. 인용되는 내용이 많은 경우에는 별도의 문단으로 인용하고, 본문과 구별되도록 인용문단 위와 아래를 한 줄씩 띄우고 글자

- 크기를 10포인트 그리고 양쪽여백을 4ch(칸)으로 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 국문은 밑줄을 쳐서 표시하고 영문은 이탤릭체를 사용한다.

제6조 (각주의 내용)

- ① 각주에서는 원칙적으로 한글을 사용하여야 하고, 인용되는 문헌이 외국문헌인 경우에도 저자명, 논문제목, 서명 또는 잡지명, 발행지, 출판사 등과 같은 고유명사를 제외한 나머지는 한글로 표기한다. 특히 See, Cf, Ibid, Supra, Hereinafter, et al, etc, Vgl, Dazu, Siehe, a.a.O. f(ff), usw 등과 같이 외국어로 된 지시어는 사용하지 않는다.
- 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 제1항 내지 제3항 및 제7조 내지 제11조에 규정된 이외의 사항에 대하여는 한국법학교수협의회에서 결정한 「논문작성 및 문헌인용에 관한 표준(2000)」에 따른다.

제7조(인용문헌의 표시)

- ① 인용되는 문헌이 단행본인 경우에는 저자, 서명 판수, 발행지: 출판사, 출판연도, 면수의 순서로 기재한다. 다만 발행지와 출판사는 생략할 수 있다.
- ② 인용되는 문헌이 논문인 경우에는 저자, 논문제목, 서명(잡지인 경우에는 잡지명, 권수 호수), 발행지:출판사, 출판연월, 면수의

순서로 기재한다. 다만 발행지와 출판사는 생략할 수 있고, 월간지의 경우에는 권수와 호수 및 출판년도 대신에 "○○○○년 ○○월호"로 기재할 수 있다. 그리고 논문제목은 동양문헌인 때에는 인용부호(" ")안에 기재하고, 서양문헌인 때에는 별도의 표시 없이 이탤릭체로 표기한다.

- ③ 서명 및 잡지명은 그 명칭의 전부를 기재하여야 한다. 다만 외국문헌의 경우 처음에는 그 전부를 표기하고 이후부터는 약어로 기재할 수 있다.
- ④ 저자가 두 명인 경우에는 저자명 사이에 가운데 점(·)을 표시하고, 세 명 이상인 경우에는 대표 저자만을 표기한 후 "외"라고 기재한다.
- ⑤ 인용문헌이 편집물인 경우에는 저자명 뒤에 "편"이라고 기재한다.
- ⑥ 인용문헌이 번역물인 경우에는 저자명 뒤에 사선(/)을 긋고, 번역자의 이름을 기입한 뒤 "역"이라고 기재한다.
- ⑦ 기념논문집, 공청회자료집 등은 서명 다음에 콜론(:)을 표시하고 그 내용을 표시한다.

제8조 (판례의 표시)

- ① 판례는 선고법원, 선고연월일, 사건번호 및 출처의 순서로 기재하되, 출처는 괄호 안에 표기한다.
- ② 판례의 출처는 다음과 같이 약어를 사용하여 표시한다.
 1. 법원공보(또는 판례공보) 1987년 125면 이하 공 1987, 125
 2. 대법원판례집 제11권 2집 형사편 29면 이하 집11(2), 형 29
 3. 고등법원판례집 1970년 형사·특별편 20면 이하 고집 1970, 형특 20
 4. 하급심판결집 1984년 제2권 229면 하집 1984(2), 229
 5. 판례카드 3675번 카 3675
 6. 헌법재판소판례집 제5권 2집 14면 이하 헌집5(2), 14
 7. 헌법재판소공보 제3호 255면 헌공3, 255

8. 판례총람 형법 338조 5번 총람 형338, 5

- ③ 외국판례는 당해 국가에서 일반적으로 사용되는 표기방법에 따른다.

제9조 (법령의 표시)

- ① 법령은 공식명칭을 사용하여야 하며, 띄어쓰기를 하지 않고 모두 붙여 쓴다.
- ② 법령의 이름이 긴 경우에는 "[이하 ○○○이라고 한다]"고 표시한 후 일반적으로 사용되는 약칭을 사용할 수 있다.
- ③ 법령의 조항은 "제 조 제 항 제 호"의 방식으로 기재하며, 필요한 경우에는 본문, 단서, 전문 또는 후문을 특정하여야 한다.
- ④ 법령이 개정 또는 폐지된 때에는 그 연월일 및 법령 호수를 기재하여야 한다.
- ⑤ 외국의 법령은 당해 국가에서 일반적으로 사용되는 표기방법에 따른다.

제10조 (기타 자료의 표시)

- ① 신문에 실린 자료는 작성자와 기사명이 있는 경우 저자명, "제목", 신문명, 연월일자, 면을 표시하고, 작성자와 기사명이 없는 경우에는 신문명, 연월일, 면을 표시한다.
- ② 인터넷 자료는 저자명, "자료명", URL, 검색일자를 표시한다.

제11조 (동일한 문헌의 인용표시)

- ① 앞의 각주에서 제시된 문헌을 다시 인용할 경우에는 저자명, 주 ○)의 글(또는 책), 면의 순서로 표기한다.
- ② 바로 앞의 각주에서 인용된 문헌을 다시 인용하는 경우에는 앞의 글(또는 앞의 책), 면의 순서로 표기한다.
- ③ 하나의 각주에서 동일한 문헌을 다시 인용할 경우는 같은 글(또는 같은 책), 면의 순서로 표기한다.

제12조 (표 및 그림의 표시)

표와 그림은 <표 1>, <그림 1>의 방식으로 일련번호와 제목을 표시하고, 표와 그림의 왼쪽 아랫부분에 그 출처를 명시하여야 한다.

제13조 (논문제출기일)

원고를 제출하고자 하는 자는 10월 30일까지 원고를 제출하여야 한다.

제14조 (게재원고의 심사)

- ① 제출된 원고는 인천대학교 법학연구소 편집위원에서 위촉된 외부 심사위원의 심사를 받아야한다.
- ② 인천대학교 법학연구소에서 개최하는 학술대회에서 발표된 논문은 심사를 면한다.
- ③ 인천대학교 대학원에 재학 중인 자는 지도교수의 심사로 외부 심사를 갈음한다.

제15조 (원고심사절차)

- ① 편집위원회는 원고 1편당 2인의 외부심사위원을 위촉하여 심사를 한다. 특별한 사정이 있는 경우에는 외부심사위원 이외에 교내의 저명학자에게 심사를 위촉할 수 있다.
- ② 심사위원은 다음 각호의 심사기준에 따라 제출된 원고를 심사하고, 그 결과를 법학연구 게재예정논문 심사평가서를 작성하여 편집 위원회에 제출한다.
 1. 논문주제의 명석성
 2. 구성체제의 적합성
 3. 내용의 충실도
 4. 참고문헌의 활용도
 5. 연구의 기대효과 및 활용방안

6. 기타 운영위원회에서 정한 사항
- ③ 편집위원회는 심사결과에 따라서 논문의 수정 및 보완을 요구하거나 게재를 유보할 수 있다.

제16조 (원고의 저작권)

법학연구에 게재된 원고의 저작권은 저자에게 있으나, 저자는 인천대학교가 CD-ROM을 제작, 배포, 판매 하거나 또는 전자매체에 의한 정보전송제공을 무상으로 허락한 것으로 본다.

부 칙

1. (규정제정)

본 규정은 편집위원에서 재적의원 과반수이상의 발의와 재적위원 3분의 2 이상의 찬성으로 제정된다.

2. (발효)

이 규정은 2003년 3월 1일부터 시행한다.

인천법학논총 게재논문

◇ 창간호(1998)

목 차

법과대학 독립기념 학술세미나 주제발표논문(1998. 6. 3)

- 企業의 構造調整과 株式會社機關의 改編方案 이범찬
- 情報保安에 관한 刑法的對應 (Hacking 犯罪를 중심으로) .. 류인모

- 1. 國際慣習法에 관한 研究 노영돈
- 2. 幫助犯의 意義와 成立要件 - 대법원 1995. 9. 29선고, 95도456판결 백원기
- 3. 會社任員賠償責任保險의 最近動向 김영선
- 4. 유럽화폐통합 및 자본시장통합에 관한 법제도 서설 이준섭
- 5. 제4차 家族法改正의 方向과 課題(1) - 민법(가족법)개정안의 국회 제출과 관련하여 - 이희배
- 6. 社會的 親子關係와 法律上的 親子關係 최진섭
- 7. 윤락행위등방지법 제26조 3항 신동일
- 8. 株式會社의 法的問題에 관한 研究
- 독점규제및공정거래에관한법률과 상법상의 문제를 중심으로 - 윤현석
- 9. 國際商事仲裁에 있어서 公的規則 장복희
- 10. 國際法上 人空衛星發射國의 責任 최철영
- 11. 집단민원을 고려한 행정행위의 부관의 허용성 및 효력 김영삼, 박경귀
- 12. 원자력규제에 있어서 지방자치단체의 역할 이동과, 정사언

◇ 법학논총 제2권(1999)

목 차

(1999년 제2 회 법학 학술세미나 “가족법 개정의 방향과 과제”
발표논문)

1. 혼인개정법의 방향과 과제 한봉희
2. 친자법의 개정방향과 과제 최진섭
3. 상속법 개정의 방향과 과제 이승우
4. 소위 ‘재외동포법’에 관한 과제 노영돈
5. 세계화 시대의 법학 류인모
6. 이사의 충실의무 김영선
7. 독일의 M&A규제 : 공개매수제도의 최근논의를 중심으로.. 이준섭
8. 추상적 부양당사자의 범위에 관한 고찰 이희배
9. 독일기본법상 연방의회에 관한 고찰 김도협
10. 법과 문학 신동일
11. 신국제경제질서에 관한 국제법원칙의 발전 장복희
12. 국제여행과 여권의 국제적 기능 최철영

◇ 법학논총 제3권(2000)

목 차

1. 가족법과 35년 - 미숙 교수의 퇴임 강연	이희배
2. 회사임원배상책임보험의 면책사유에 관한 서론적 고찰	김영선
3. 벌금형의 시효중단 - 대결 1992. 12. 28, 92모 39	백원기
4. 소위 간도협약의 법적 효력	노영돈
5. NOVA형 재심사유로서의 증거의 신규성과 명백성	류인모
6. 인지무효 확인심판이 확정되어도 인지청구의 소를 제기할 수 있는 경우 (판례평석: 대상판결, 대판 1999. 10. 8, 98므 1698)	최진섭
7. 증권거래법의 쟁점에 대한 입법론적 고찰	이준섭
8. 개괄조항에 근거한 경찰권의 근거와 한계	김영삼 · 경제웅
9. 행정법학의 종합과학화를 위한 소고	김기진
10. 금융지주회사의 인사정책과 노동법상의 문제점 고찰	박승두
11. 유전 공학의 한계로서의 법	신동일
12. 기 시 고	유성국
13. 회사법상 주식교환 · 주식이전제도의 도입에 관한 연구	윤현식
14. 독점 규제법상 전략적 제휴의 제문제	이봉의
15. 법률행위의 해석	이충훈
16. 수질환경권의 침해에 대한 공법적 구제	정사언
17. EU법원의 역내 자유교역제한 판례연구	최철영
18. 독도의 국제법적 지위	권문상 · 최정욱
19. 의사의 설명의무와 관련된 판례의 검토	안귀옥

◇ 법학논총 제4권(2001)

목 차

1. 소청심사제도에 관한 고찰
- 판례와 결정예(인천광역시)를 중심으로 - 김영삼
2. 상속인의 책임 제한의 법리 최진섭
3. 감사인의 피감사회사에 대한 책임과 제한 이준섭
4. 지식정보사회의 역기능방지를 위한 제도적 방안
- 사이버범죄의 예방과 처벌을 중심으로 - 류인모
5. 생활권보상의 법적 성질과 보상내용에 관한 소고 경재웅
6. P&I 보험 개설 김중운
7. 미국법상 대리모가 출산한 자의 부모 김혜숙
8. 고속도로 설치·관리상 하자의 의미와 유형에 관한 연구 .. 박 신
9. 우리나라의 부부재산제의 문제점과 개선방안 박종용
10. 소극적 구성요건이론 신동일
11. 수질환경권의 침해에 대한 행정개입청구권 정사언
12. 경제질서의 헌법적 의미와 헌법재판소 판례의 분석 조소영
13. 남과북의 교류협력관련 법령연구
- 남의 남북교류협력법과 북의 외국인투자 관련법을 중심으로 - 최철영
14. 상속회복청구제도의 개선과 특별한정승인제도의 신설
- 제4차 가족법 일반개정과 관련하여 이희배
15. 행정시스템의 변화와 21세기 행정법학의 과제 서원우
16. 의료계약법 제정을 제의함 안귀옥

◇ 법학논총 제5권(2002)

목 차

1. 소청심사제도에 관한 고찰(Ⅱ)	김영삼
2. 재심제도에 관한 비판적 고찰	백원기
3. 우리 국적법상 ‘최초의 대한민국 국민의 범위’ 규정의 결여문제와 『국적에 관한 임시조례』의 효력	노영돈
4. 계약체결상의 과실책임	이충훈
5. 스웨덴의 지역혁신체제에 관한 연구	박상철
6. 경찰권행사에 대한 국가배상책임	경재웅
7. 일본 개호보험법의 제정배경과 입법경위에 관한 고찰	박승두
8. 고령사회에서의 배우자상속권의 강화	박종용
9. 규범과 법률 Ⅱ	신동일
10. 환경권의 법적 성질과 재량통제	정사언

◇ 법학논총 제6권(2003)

◆ 목 차 ◆

【법학연구소 학술세미나 주제발표 논문(2003. 6. 2.)】

- ◆ 참여정부와 검찰개혁의 과제 김일수
- ◆ 한국 사법부의 근본적 문제점 분석과 그 해소방안의 모색 신 평

- 1. 소청심사제도에 관한 고찰(Ⅲ) 김영삼
- 2. 불이익변경금지 원칙에 관하여 백원기
- 3. 재외동포법에 대한 법무부 개정방안에 관한 연구 노영돈
- 4. 소멸시효 완성의 효과에 관한 소고 이충훈
- 5. 금융업무와 형사제재 정순섭
- 6. 노친부양과 관련한 효행장려법의 입법논의 이희배
- 7. 수질보전을 위한 토지이용규제의 문제점과 개선방안 정사언

◇ 법학논총 제7권(2004)

◆ 목 차 ◆

【법학연구소 학술세미나 주제발표 논문(2004. 11. 11.)】

◆ 검찰수사와 국민참여	김일수
◆ 법원재판과 국민참여	신 평
1. 자유심증주의에 관하여	백원기
2. 해적행위 단속을 위한 국제법과 국내형사법의 검토	노영돈
3. 인간배아연구에 대한 형법적 논의	류인모
4. 양자제도의 개선방안	최진섭
5. 신탁재산과 채무의 귀속주체에 관한 서론	정순섭
6. 호주제의 헌법불합치결정과 가족부제의 제안	이희배
7. Legal Aspects on Biotechnology and its Control	신동일

◇ 법학논총 제8권(2005)

◆ 목 차 ◆

【법학연구소 학술세미나 주제발표 논문(2005. 11. 17.)】

- ◆ 법학전문대학원의 나아갈 방향 김창록
- ◆ 로스쿨 제도, 과연 도입할 만한가? 이상수

- 1. 비 상 상 고 백원기
- 2. 국제법에서 본 독도영유권문제 노영돈
- 3. 생명공학이 제기하는 형법적 문제
(인간복제문제와 관련하여 배아의 지위를 중심으로) 류인모
- 4. 국제가족법학회 제12차 세계회의 참가기 이희배

◇ 법학논총 제9권(2006)

◆ 목 차 ◆

【 법학연구소 학술세미나 주제발표논문(2006. 11. 30) 】

◆ 아동의 공범상 지위	김 수 진
1. 판례를 통해본 혼외자의 보호	최 진 섭
2. 외국판결의 승인이 거부되는 이유	김 석 호
3. 족형고	류 성 국
4. 기업변동과 노동조합의 지위	김 경 태

◇ 법학논총 제10권(2007)

◆ 목 차 ◆

【법학연구소 학술세미나 주제발표 논문(2007. 11. 8.)】

- ◆ 중국 독점금지법의 제정과 시사점 김 호
- ◆ 독도영유권을 둘러싼 이승만 라인의 합법성 문제 고찰
..... 호사카 유지
1. 새 가족관계 등록부제도 개관 이 희 배
2. 관할권의 역외확장 근거 김 석 호
3. 성별에 따른 상이한 창업지원자금신청기간설정과 국가의 평등보장의무
..... 김 수 진
4. 청원경찰제도의 문제점과 그 개선방안 김영삼 · 강의환
5. 사실혼배우자의 보호 박 중 용
6. 의약품의 제조 · 투약과 제조물책임 정 용 진

◇ 법학논총 제11권(2008)

◆ 목 차 ◆

【 법학연구소 학술세미나 주제발표논문(2008. 6. 5.) 】

- ◆ 중국헌법상 경제제도의 변화와 그 특징 이 성 연
- ◆ 해양유류오염사고를 통해서 본 해양환경법의 발달과
태안 해양오염사고의 시사점 정 영 석
- ◆ 事業讓渡와 就業規則의 存續 김 경 태

- 1. 2000년대 개정가족법 개관 이 희 배
- 2. 다문화사회의 사회통합을 위한 우리나라 재외동포 정책 및 법제의
검토 노 영 돈
- 3. 國際法上 開發權의 形成 및 實現 김 석 호
- 4. 신의성실의 원칙 박 중 용

◇ 법학논총 제12권(2009)

◆ 목 차 ◆

【 법학연구소 국제학술대회 주제발표논문(2009. 12. 4.) 】

- ◆ 중국행정소송이론의 새로운 동향 이 철 범
- ◆ 한국과 일본의 위헌심사패턴의 선택과 계시 하 운 봉
- ◆ 한국 민사소송법 체제하에서 국제적 중복소송의 처리방안 홍 지 욱
- ◆ 법학전공의 민족특색과 특색과목의 설계 김 하 록
- ◆ 한·중 무역현황과 분쟁해결책 및 방지하여야 할 경제범죄
..... 주 후 홍
- ◆ 현대 위험사회와 형법 류 인 모
- 이혼조정과 이혼상담의 비교 이 희 배

◇ 법학논총 제13권(2010)

◆ 목 차 ◆

【 법학연구소 국제학술대회 주제발표논문(2009. 12. 4.) 】

- ◆ 토지공법제도에 관한 비교법적 고찰 김영삼 · 이성연
- ◆ 중국의 중재제도 김 호
- ◆ 가족법학 발전사 이 희 배

【 법학연구소 학술세미나 주제발표논문(2010. 11. 25.) 】

- ◆ 中國 外商投資企業의 審査批准節次 조 용 주
- ◆ 中國 群體訴訟에 관한 考察 장 송 청

【 인천지역 법학교수·검찰 실무연구회 주제발표논문(2010. 12. 02.) 】

- ◆ 저작권 침해죄의 성립요건인 ‘고의’에 관한 연구 이 수 미
- ◆ 프랑스의 미리 유죄를 인정한 경우의 재판절차 및 활용방안
..... 박 성 민

◇ 법학논총 제14권(2011)

◆ 목 차 ◆

【 법학연구소 학술대회 주제발표논문(2012. 10. 27.) 】

- ◆ 중한 범죄고의론의 비교연구 김 창 준
- ◆ 중국 국선번호인제도의 개선방향 윤 무 국
- ◆ 일본의 과거사책임의 성격 노 영 돈

- ◆ “제사를 주재하는 자”의 결정과 제사용 재산의 승계
..... 이 희 배
- ◆ 소말리아 해적단속을 위한 국제법 및 국내법의 검토
..... 노영돈·최영춘
- ◆ 스포츠 범죄에 대한 연구 류인모·이의주
- ◆ 한중 투자보장협정을 통한 ISD제도에 관한 소고
..... 김 호·김진형
- ◆ 규제일몰제의 도입 및 효율성 제고에 관한 고찰
..... 남 상 택

◇ 법학논총 제15권(2012)

◆ 목 차 ◆

【 법학연구소 학술대회 주제발표논문(2012. 05. 23.) 】

- ◆ 주주사이의 분쟁해결 방안 등 봉
- ◆ 한국과 중국의 회사법상 주주의결권제도에 대한 비교연구
..... 이 암
- ◆ 2011년 회사법 주요 개정내용과 향후 운용방안 문 상 일
- ◆ 외상투자기업의 법적 위기현황 및 법적위기의 예방
..... 장 정
- ◆ 한국 주식회사의 감사제도와 중국에 대한 시사점 주 신

- ◆ 공무원연금제도 운영과 관련 판례의 고찰 이희배·김혜숙
- ◆ 행정소송법상 집행정지에 관한 논의 정사언·남상택

◇ 법학논총 제16권(2013)

◆ 목 차 ◆

【 법학연구소 학술대회 주제발표논문(2013. 11. 22.) 】

- ◆ 지식재산권 침해에 대한 구제 수단으로서 금지청구권의 요건 진 도 왕
- ◆ 음악저작권 협회와 KBS의 사용료 소송 허 중 혁
- ◆ 2013년 상표법 판례 해설 최 승 재

【 법학연구소 학술대회 주제발표논문(2013. 12. 13) 】

- ◆ 대한민국 헌법재판제도 및 정치 분야 주요헌법 판례 소고 김 영 진
- ◆ 헌법의 변천과 그 시사점 우 문 군
- ◆ 자회사 채권자의 대한 모회사 이사의 민사책임에 관한 연구 김 현 무
- ◆ 일부일처혼의 정착과정과 그 전망(3) 이희배·김혜숙
- ◆ 논의 정사언·남상택

◇ 법학논총 제17권(2014)

◆ 목 차 ◆

【 법학연구소 국제학술대회 주제발표논문(2014. 06. 05.) 】

- ◆ 중국 P2P 인터넷 대출의 현황과 위험규제 양 충 효
- ◆ 한중 양국의 계약과실책임 비교 연구 이 충 훈
- ◆ 상해 자유무역구 사법보장제도의 건설 진 강

- ◆ 환경권의 법정성격에 관한 논의 남 상 택
- ◆ 한국 상행위법을 통한 중국의 상사책임 독립요구에 관한 검토
..... 김 진 형

◇ 법학논총 제18권(2015)

◆ 목 차 ◆

【 한국과 중국의 법문화 발전의 동향(2015. 10. 26.) 】

- ◆ 평생책임추궁제도 ZHANG DAHAI
- ◆ 중국 입증기한제도의 연역과 완화 邓继好
- ◆ 중국 법관정원제도의 개혁 YAOYUAN
- ◆ 중국 불법행위법상의 안전보장의무 이 충 훈
- ◆ 항고소송의 대상에 관한 소고 남 상 택
- ◆ 사정변경의 원칙에 관한 소고 서 정 민
- ◆ 화재 및 재난·재해현장에서 필요한 소방행정법상
강제처분에 대한 고찰 이 갑 재

◇ 법학논총 제19권(2016)

◆ 목 차 ◆

【 한국과 중국의 소송제도 최신 쟁점 (2016. 12. 8.) 】

- ◆ 民事法律上推定类型划分新论 英 洙 明
- ◆ 민사법률상 추정 유형구분 소고 Liu Yingming
- ◆ 中国行政诉讼法的修改启示与展望 杨 向 东
- ◆ 중국 행정소송법 개정의 시사점과 전망 양 향 동
- ◆ 세관에 의한 지식재산권침해물품의 수입규제제도 이 충 훈
- ◆ 对知识产权侵权货物的海关限制进口制度 李 忠 勋
- ◆ 조미 수호 통상조약의 재음미 노 영 돈
- ◆ 대형마트 영업규제에 관한 공법적 고찰 남 상 택

【편집위원】

위원장 : 김 호 교수

위 원 : 백 원 기 교수	위 원 : 노 영 돈 교수
위 원 : 류 인 모 교수	위 원 : 김 석 호 교수
위 원 : 이 충 훈 교수	위 원 : 김 수 진 교수
위 원 : 문 상 일 교수	위 원 : 진 도 왕 교수
위 원 : 김 영 진 교수	위 원 : 김 정 연 교수

인천법학논총

제20집

2017년 12월 31일 인쇄

2017년 12월 31일 발행

발 행 및 편 집 인 : 김 호

발 행 처 : 인천대학교 법학부 · 법학연구소

현 주 소 : 인천광역시 연수구 송도동 12-1

032) 835-8320 · 8920

인 쇄 소 : 엑스프린트

전 화 : 032)832-4009

ISSN 2234-7402

<비매품>

December, 2017

Incheon Law Review

Vol. 20

【 한국과 중국의 소송제도 최신 쟁점 (2017. 12. 8.) 】

- ◆ Issues of Legal System to Prevent Distribution of
Pornography through Cyber-Locker Lee, Choong-Hoon
- ◆ Main Contents of Insolvency law and Precedent Case's
recent tendency Jo, Yong-Joo
- ◆ Approach Method of Adolescents Psychopathy crime
..... Woo, Dong-Hyung
- ◆ Indirect Infringement of Patent Right Kim, Kyu-Hyun
- ◆ Tendency of Recent Copyright Precedent case
..... Choi, Seung-Soo
- ◆ Availability of constitutional petition in case of loss in
administrative litigation Nam, Sang-Tack

Published by
DIVISION OF LAW - LAW RESEARCH INSTITUTE
UNIVERSITY OF INCHEON