

일러두기

1. 이 책은 2013년 상반기의 대법원판례 중 특히 중요하다고 생각되는 것에 대하여, 당해 사건을 조사·연구한 대법원 재판연구관이 재판의 요지 등을 적시하고 그에 대한 개인적 의견을 덧붙인 해설논문을 모아 편찬한 것입니다.
2. 약어 사용례와 판결, 문헌 인용례는 원칙적으로 다음과 같이 통일하였습니다.

<약어 사용례>

- 법원공보 1988년 4월 15일 제822호 623. → 공1988, 623.
- 법원공보 1993년 7월 15일 제948호 1697. → 공1993하, 1697.
 - ☞ 법원공보가 상, 하로 분리된 1993년부터는 판례공보 상, 하로 구분하여 표시한다.
- 판례공보 1996년 2월 1일 제3호 461. → 공1996상, 461.
- 대법원판례집 제43권 2집 민사편 230. → 집43-2, 230.
 - ☞ 다만 대법원판례집 제31권 6집까지는 편별로 면수가 독립되어 있으므로 ‘집31-6, 민149’와 같이 편별 표시를 한다.
- 대법원판결요지집 민사·상사편 I-2집 680-2. 65번 판결 → 요민 I-2, 680-2(65).
 - ☞ 형사·군사편은 ‘요형’, 특별편은 ‘요특’으로 표시한다.
- 판례해설 1995 하반기(통권 제24호) 151. → 판례해설(24), 151
- 각급법원(제1, 2심) 판결공보 2005년 2월 10일 제18호 215면 → 각공 18, 215
- 고등법원판례집 1970년 형사·특별편 20. → 고집1970, 형특20.
- 하급심판결집 1984년 제2권 229. → 하집1984-2, 229.
- 사법논집 제25집 311. → 사법논집(25), 311.
- 사법연구자료 제21집 153. → 사법연구(21), 153.
- 재판자료 제61집 364. → 재판자료(61), 364.
- 헌법재판소판례집 제3권 569. → 헌집3, 569.
- 헌법재판소공보 제3호 255. → 헌공3, 255.

<판결, 문헌 인용례>

- 대법원 1996. 4. 26. 선고 96다1078 판결(공1996상, 1708)
- 대법원 1992. 5. 26. 선고 92다84 판결(공1992, 2007), 대법원 1993. 10. 26. 선고 93다6409 판결(공1993하, 3173), 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다68910 판결(공2010상, 980)
 - ☞ 여러 개의 판결은 반점(.)으로 연결한다.
- 대법원 1996. 11. 16. 자 95마252 결정(공1997상, 718)
- 대법원 1995. 11. 16. 선고 94다56852, 56853 전원합의체 판결(집43-2, 316)
 - ☞ 사건 번호는 병합, 반소, 참가 사건 구분 없이 '94다56852, 56853'과 같이 나열한다.
- 서울지법 남부지원 1995. 1. 18. 선고 94가합10574 판결(하집 1995-1, 67)
 - ☞ 하급심 법원 이름은 '서울고법', '제주지법'과 같이 약칭한다.
- 헌재 1994. 7. 29. 선고 92헌바49, 52 전원재판부 결정(헌공7, 505)
- 金基正, “集合建物の 執行을 둘러싼 몇 가지 法律問題에 대한 考察”, 사법논집(27), 5.
- 양승규, “無免許運轉免責保險約款의 效力과 그 適用限界”, 상사법의 기본문제, 삼영사(1993), 687.
- 윤진수, “토지 임차인의 매수청구권 행사와 법원의 석명의무”, 인권과 정의 236호(1996. 4.), 133 ~ 139.
- 李時潤, 民事訴訟法(新訂補版), 박영사(1995), 232.
- Walter E. May “International Equipment Leasing; The UNIDROIT Draft Convention”, 105 Harv. L. Rev. 80 (1991).
 - ☞ 105는 권수(volume number)를, 80은 면수(page number)를 각 표시한다.
- 植田勝博, “ユ-ザ-からみた リ-ス契約の 問題點”, 金融法務事情 1101號(1985. 10.), 24面.
- 南部二三雄, 리-스의 實務, 東京: 東洋經濟新報社(1973), 178面.
 - ☞ 외국 문헌은 그 나라의 인용례에 따르는 것을 원칙으로 하되, 책이름에 이탤릭체나 밑줄 등을 사용하지 아니하고 논문 제목에 “” 표시를 한다.

목 차

※ 제목 끝 괄호 속의 조문은 참조조문임

【조 세】

3. 담보로 제공된 재산에 관한 평가특례규정의 적용범위
 [구 상속세 및 증여세법(2010. 1. 1. 법률 제9916호로 개정되기 전의 것) 제60조 제1항, 제2항, 제3항, 제4항, 제61조 제1항 제1호, 제66조 제1호, 구 상속세 및 증여세법 시행령(2010. 2. 18. 대통령령 제22042호로 개정되기 전의 것) 제49조 제1항, 제4항, 제63조 제1항, 제2항] 李 茂 尙 11

4. 상속세 및 증여세법 시행령 제73조 제1항이 규정한 ‘물납을 청구할 수 있는 납부세액의 한도’를 초과하여 물납이 허용되는 경우
 [구 상속세 및 증여세법(2007. 12. 31. 법률 제8828호로 개정되기 전의 것) 제73조 제1항, 상속세 및 증여세법 시행령 제73조 제1항, 제2항] 鄭 錫 鍾 33

5. 축산업 폐업보상금이 소득세 비과세대상인 농가부업소득에 해당하는지 여부
 [1. 구 소득세법(2009. 12. 31. 법률 제9897호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제24조 제1항, 제39조 제1항, 국세기본법 제45조의2 제2항 / 2. 구 소득세법 제12조 제3호[현행 제12조 제2호 (다)목 참조], 제19조 제1항 제1호, 구 소득세법 시행령 제9조 제1항 제1호, 제2호, 제5항(현행 제9조

- 제6항 참조), 구 소득세법 시행규칙 제6조 제2호, 구 공익
 사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(2011. 8.
 4. 법률 제11017호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제77조
 제1항, 제4항, 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에
 관한 법률 시행규칙 제46조 제1항] 李 政 玟 73
6. 법인에 대한 주식매도가 주식양도에 해당하는지 주식소각에
 해당하는지 여부의 판단 기준
 [구 소득세법(2009. 12. 31. 법률 제9897호로 개정되기 전의
 것) 제17조 제2항 제1호, 구 상법(2011. 4. 14. 법률 제10600
 호로 개정되기 전의 것) 제341조 제1호, 제342조] 嚴 相 燮 90
7. 비영리사업자가 부동산을 2년 이상 공익사업의 용도에 직
 접 사용한 후 다른 용도로 사용한 경우 비과세된 취득
 세·등록세를 부과할 수 있는지 여부
 [구 지방세법(2010. 3. 31. 법률 제10221호로 개정되기 전의
 것) 제105조 제1항, 제107조 제1호, 제124조, 제127조 제1항,
 구 지방세법 시행령(2010. 9. 20. 대통령령 제22395호로 전
 부 개정되기 전의 것) 제78조의2 제1항, 제93조의2] ... 李 茂 尙 ... 109
8. 새마을금고가 업무상 건물을 신축할 목적으로 기존 건물과
 토지를 취득한 경우에 취득세와 등록세의 감면사유와 추
 징사유의 판단
 [구 지방세법(2010. 1. 1. 법률 제9924호로 개정되기 전의
 것) 제272조 제3항, 구 새마을금고법(2011. 3. 8. 법률 제
 10437호로 개정되기 전의 것) 제28조 제1항] 鄭 錫 鍾 ... 125
9. 간주 상속재산인 보험금을 받은 상속포기자가 피상속인의
 납세의무를 승계하는지 여부

- [1. 국세기본법 제24조 제1항, 상증세법 제3조 제1항, 민법 제1042조 / 2. 국세기본법 제24조 제1항, 상증세법 제8조 제1항] 李 政 玟 ... 161
10. 주택의 부속토지만을 소유한 경우 주택분 종합부동산세 납세의무의 성립 여부와 세액의 산정방법
[구 종합부동산세법(2008. 12. 26. 법률 제9273호로 개정되기 전의 것) 제2조 제3호, 제5호, 제9호, 제7조 제1항, 제8조 제1항, 구 지방세법(2009. 6. 9. 법률 제9774호로 개정되기 전의 것) 제180조 제3호, 제183조 제1항, 제187조 제1항 제2호, 제189조 제3항, 구 주택법(2009. 1. 30. 법률 제9366호로 개정되기 전의 것) 제2조 제1호] 河 泰 興 ... 181
11. 증여계약의 취소가 취득세, 등록세의 납세의무에 미치는 영향
[구 지방세법(2010. 3. 31. 법률 제10221호로 전부 개정되기 전의 것) 제107조 제1호, 제127조 제1항 제1호] 河 泰 興 ... 208

【지적소유권】

1. 변론종결 후 제출된 참고자료에 의하여 주지관용기술을 인정할 수 있는지 여부
[1. 구 실용신안법(2006. 3. 3. 법률 제7872호로 전부 개정되기 전의 것) 제5조 제1항(현행 제4조 제1항 참조), 제2항(현행 제4조 제2항 참조) / 2. 구 실용신안법(2006. 3. 3. 법률 제7872호로 전부 개정되기 전의 것) 제5조 제1항(현행 제4조 제1항 참조), 제2항(현행 제4조 제2항 참조) / 3. 행정소송법 제8조 제2항, 민사소송법 제142조] 朴 泰 一 ... 241

2. 위탁 개발된 프로그램저작권의 귀속에 직무저작프로그램
규정을 적용할 수 있는지 여부
[구 컴퓨터프로그램 보호법(2009. 4. 22. 법률 제9625호 저
작권법 부칙 제2조로 폐지되기 전의 것) 제5조, 제31조
제1항, 제32조 제5항] 朴 泰 一... 297
3. 정정청구의 인정 및 수치한정발명의 진보성 긍정 사례
[구 특허법(2009. 1. 30. 법률 제9381호로 개정되기 전의 것)
제133조의2, 제136조 제3항, 제29조 제1항, 제2항] 柳 英 善... 335
4. 선사용상표의 등록배제효와 사용에 의한 식별력
[상표법 제7조 제1항 제11호] 金 炳 植... 360
5. 수요자 기만상표에서 선사용상표의 권리자
[상표법 제7조 제1항 제11호] 金 炳 植... 383
6. 상표법 제7조 제1항 제12호의 적용요건
[상표법 제7조 제1항 제12호] 朴 泰 一... 426
7. 인터넷주소자원에 관한 법률 제12조가 정한 ‘부정한 목적’의
판단 기준
[인터넷주소자원에 관한 법률 제12조 제1항, 제2항] ...柳 英 善... 476
8. 수치한정발명의 신규성 판단 기준
[특허법 제29조 제1항, 제2항] 柳 英 善... 514

【형 사】

1. 정당한 권한 행사가 업무방해죄의 위력에 해당하는지 여부

- [형법 제314조 제1항] 禹 仁 成 ... 547
2. 형법상 배임죄에 있어서 재산상 손해의 산정
 [1. 형법 제355조 제2항, 제356조/2. 형법 제355조 제2항, 제356조] 禹 仁 成 ... 580
3. 제1심에서 합의부 관할사건에 관하여 단독판사 관할사건으로 죄명, 적용법조를 변경하는 공소장변경허가신청서가 제출된 경우 법원이 취하여야 할 조치
 [형법 제347조 제1항, 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 제1항 제2호, 형사소송법 제8조 제2항, 제298조, 제394조, 법원조직법 제32조 제1항 제3호] 姜 文 景 ... 631
4. 피고인이 구치소나 교도소 등에 수감 중인 경우 공시송달의 요건
 [1. 형사소송법 제63조 제1항, 소송촉진 등에 관한 특례법 제23조 / 2. 형사소송법 제63조 제1항, 소송촉진 등에 관한 특례법 제23조] 李 南 均 ... 650
5. 피의자신문의 절차적 위법과 그 신문조서의 증거능력
 [1. 대한민국 헌법 제12조 제2항, 형사소송법 제244조의3 제1항, 제2항, 제312조 제3항 / 2. 대한민국 헌법 제12조 제1항, 제4항, 형사소송법 제243조의2 제1항, 제308조의2, 제312조 제3항] 金 昇 柱 ... 666
6. 정보저장매체에 입력·기억된 문자정보 또는 그 출력물에 대한 전문법칙의 적용 여부와 그 범위
 [형사소송법 제310조의2, 제313조 제1항] 金 一 淵 ... 693

7. 피고인이 증거서류의 진정성립을 묻는 검사의 질문에 대하여 진술을 거부한 경우가 형사소송법 제314조의 ‘그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’에 해당하는지 여부
[형사소송법 제310조의2, 제313조 제1항, 제314조, 제310조의2]
..... 閔 鐵 基 ... 712
8. 미확정 유죄판결에 대한 재심 가부
[형사소송법 제420조, 제382조, 제328조 제1항 제2호] ... 禹 仁 成 ... 743
9. 유죄의 확정판결에 의하여 실효된 약식명령에 대하여 재심개시결정이 확정된 경우 재심법원이 취하여야 할 조치
[형사소송법 제420조] 吳 泳 俊 ... 771
10. 공무원 의제규정의 죄형법정주의 위배 여부
[대한민국 헌법 제12조 제1항, 형법 제1조 제1항, 제129조, 공공기관의 운영에 관한 법률 제4조, 제5조 제1항, 제2항, 제3항 제1호 (가)목, 제53조, 공공기관의 운영에 관한 법률 시행령 제7조] 金 剛 大 ... 786
11. 이른바 ‘매입형 분양대행계약’과 매매계약의 구별기준 및 미등기건물의 전매의위행위가 공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률 위반죄에 있어서 편면적 대항범에 해당하는지 여부
[부동산등기 특별조치법 제8조 제1호, 제2조 제3항, 공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률 제9조, 제33조 제7호, 제48조 제1호, 제3호] 李 宰 旭 ... 816
12. 당내경선에서의 당선을 위한 행위가 공직선거법상 ‘선거

운동'에 해당하는지 여부

[1. 공직선거법 제2조, 제57조의2 제1항, 제57조의3 제1항, 제58조 제1항/2. 구 공직선거법(2012. 10. 2. 법률 제11485호로 개정되기 전의 것) 제89조 제1항, 공직선거법 제87조 제2항, 제255조 제2항 제3호] 金 昇 柱 ... 835

13. 기업 내 저작물의 복제와 저작권자의 제한

[1. 구 저작권법(2009. 3. 25. 법률 제9529호로 개정되기 전의 것) 제28조, 제136조 제1항(현행 제136조 제1항 제1호 참조), 저작권법 제35조의3/2. 구 저작권법(2009. 3. 25. 법률 제9529호로 개정되기 전의 것) 제28조/3. 구 저작권법(2009. 3. 25. 법률 제9529호로 개정되기 전의 것) 제30조] 金 炳 植 ... 876

14. 사용자의 표현의 자유와 부당노동행위 여부 : 파업결정이 난 상황에서 사용자가 순회설명회를 개최한 행위가 지배·개입의 부당노동행위로 볼 수 있는지(부정)

[형법 제314조 제1항, 노동조합 및 노동관계조정법 제81조 제4호] 朴 鎭 煥 ... 945

15. 직접 진찰한 환자가 아닌 자의 인적사항을 처방전에 기재하여 교부한 행위가 의료법 제17조 제1항 위반행위인지 여부

[의료법 제17조 제1항, 제18조 제1항] 朴 永 浩 ... 1018

16. 퍼포먼스(Performance) 형태의 플래시 몹(Flash Mob)과 미신고 옥외집회

[1. 집회 및 시위에 관한 법률(2007. 5. 11. 법률 제8424호로 전부 개정된 것. 이하 '집시법'이라 함) 제2조 제1호, 제6조 제1항, 제15조, 제22조 제2항/2. 집시법 제2조 제1호, 제6조

제1항, 제15조, 제22조 제2항] 禹 仁 成...1045

17. 긴급조치 제9가 해제됨으로써 면소판결을 받은 자가 ‘형사보상 및 명예회복에 관한 법률’에 따라 형사보상을 받을 수 있는지 여부

[1. 형사소송법 제325조, 제326조 제4호/2. 유신헌법 제53조(현행 삭제), 긴급조치 제9호(1979. 12. 8. 대통령공고 제67호로 해제) 제1항 (라)호, 제2항, 형사보상 및 명예회복에 관한 법률 제3조 제1항, 제11조, 제26조 제1항 제1호, 형사소송법 제325조, 제326조 제4호] 朴 鎭 煥...1100

판례색인 1141

【조 세】

3. 담보로 제공된 재산에 관한 평가특례규정의 적용 범위

(2013. 6. 13. 선고 2013두1850 판결 : 공2013하, 1264)

李 茂 尙

【判決要旨】

당해 재산에 관하여 증여일 당일에 근저당권이 설정되었다면 다른 특별한 사정이 없는 한 담보로 제공된 재산에 관한 평가의 특례를 규정한 구 상속세 및 증여세법(2010. 1. 1. 법률 제9916호로 개정되기 전의 것) 제66조 제1호에서 정하는 ‘저당권 또는 질권이 설정된 재산’에 해당한다.

【參照條文】

구 상속세 및 증여세법(2010. 1. 1. 법률 제9916호로 개정되기 전의 것) 제60조 제1항, 제2항, 제3항, 제4항, 제61조 제1항 제1호, 제66조 제1호, 구 상속세 및 증여세법 시행령(2010. 2. 18. 대통령령 제22042호로 개정되기 전의 것) 제49조 제1항, 제4항, 제63조 제1항, 제2항

【事案의 概要】

1. 관련 법령

- 구 상속세 및 증여세법(2010. 1. 1. 법률 제9916호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘상증세법’이라 한다)
- 제60조 (평가의 원칙 등)
- ① 이 법에 의하여 상속세 또는 증여세가 부과되는 재산의 가액은 상속

개시일 또는 증여일(이하 ‘평가기준일’이라 한다) 현재의 시가에 의한다. 이 경우 제63조 제1항 제1호 (가)목 및 (나)목에 규정된 평가방법에 의하여 평가한 가액(제63조 제2항의 규정에 해당하는 경우를 제외한다)은 이를 시가로 본다.

② 제1항의 규정에 의한 시가는 불특정다수인 사이에 자유로이 거래가 이루어지는 경우에 통상 성립된다고 인정되는 가액으로 하고 수용·공매 가격 및 감정가격 등 대통령령이 정하는 바에 의하여 시가로 인정되는 것을 포함한다.

③ 제1항의 규정을 적용함에 있어서 시가를 산정하기 어려운 경우에는 당해 재산의 종류·규모·거래상황 등을 감안하여 제61조 내지 제65조에 규정된 방법에 의하여 평가한 가액에 의한다.

④ 제1항의 규정을 적용함에 있어서 제13조의 규정에 의하여 상속재산의 가액에 가산하는 증여재산의 가액은 증여일 현재의 시가에 의한다.

제61조 (부동산 등의 평가)

① 부동산에 대한 평가는 다음 각 호의 1에서 정하는 방법에 의한다.

1. 토지

『부동산 가격공시 및 감정평가에 관한 법률』에 의한 개별공시지가 (이하 ‘개별공시지가’라 한다). 다만 개별공시지가가 없는 토지의 가액은 납세지 관할세무서장이 인근 유사토지의 개별공시지가를 참작하여 대통령령이 정하는 방법에 의하여 평가한 금액으로 하고, 지가가 급등하는 지역으로서 대통령령이 정하는 지역의 토지에 대하여는 배율방법에 의하여 평가한 가액으로 한다.

제66조 (저당권 등이 설정된 재산의 평가의 특례)

다음 각 호의 1에 해당하는 재산은 제60조의 규정에 불구하고 당해 재산이 담보하는 채권액 등을 기준으로 대통령령이 정하는 바에 의하여 평가한 가액과 제60조의 규정에 의하여 평가한 가액 중 큰 금액을 그 재산의 가액으로 한다.

1. 저당권 또는 질권이 설정된 재산

□ 구 상속세 및 증여세법 시행령(2010. 2. 18. 대통령령 제22042호로 개정되기 전의 것. 이하 ‘상증세법 시행령’이라 한다)

제23조 (증여재산의 취득시기)

① 법 제31조 제1항의 규정을 적용함에 있어서 법 제33조 내지 법 제45조의2의 규정이 적용되는 경우를 제외하고는 증여재산의 취득시기는 다음 각 호의 1에 의한다.

1. 권리의 이전이나 그 행사에 등기·등록을 요하는 재산에 대하여는 등기·등록일. 다만 「민법」 제187조의 규정에 의한 등기를 요하지 아니하는 부동산의 취득에 대하여는 실제로 부동산의 소유권을 취득한 날로 한다.

제49조 (평가의 원칙 등)

① 법 제60조 제2항에서 “수용·공매가격 및 감정가격 등 대통령령이 정하는 바에 의하여 시가로 인정되는 것”이라 함은 평가기준일 전후 6월 (증여재산의 경우에는 3월로 한다. 이하 이 항에서 ‘평가기간’이라 한다) 이내의 기간 중 매매·감정·수용·경매(「민사집행법」에 의한 경매를 말한다. 이하 이 항에서 같다) 또는 공매(이하 이 항에서 ‘매매 등’이라 한다)가 있는 경우에 다음 각 호의 1의 규정에 의하여 확인되는 가액을 말한다. 다만 (이하 생략)

1. 당해 재산에 대한 매매사실이 있는 경우에는 그 거래가액. 다만 그 거래가액이 제26조 제4항에 규정된 특수관계에 있는 자와의 거래 등 그 가액이 객관적으로 부당하다고 인정되는 경우를 제외한다.

④ 제1항 각 호의 가액에 2 이상의 재산가액이 포함됨으로써 각각의 재산가액이 구분되지 아니하는 경우에는 각각의 재산을 법 제61조 내지 제65조의 규정에 의하여 평가한 가액에 비례하여 안분계산하되 각각의 재산에 대하여 감정가액(동일감정기관이 동일한 시기에 감정한 각각의 감정가액을 말한다)이 있는 경우에는 감정가액에 비례하여 안분계산한다. 다만 토지와 그 토지에 정착된 건물 기타 구축물의 가액이 구분되지 아니하는 경우에는 「부가가치세법 시행령」 제48조의2 제4항 단서의 규정에 따라 안분계산한다.

제63조 (저당권 등이 설정된 재산의 평가)

① 법 제66조에서 “대통령령이 정하는 바에 의하여 평가한 가액”이라 함은 다음 각 호의 1에 해당하는 금액을 말한다.

1. 저당권(공동저당권 및 근저당권을 제외한다)이 설정된 재산의 가액은 당해 재산이 담보하는 채권액
2. 공동저당권이 설정된 재산의 가액은 당해 재산이 담보하는 채권액

을 공동저당된 재산의 평가기준일 현재의 가액으로 안분하여 계산한 가액

3. 근저당권이 설정된 재산의 가액은 평가기준일 현재 **당해 재산이 담보하는 채권액**

② 제1항 각 호의 규정에 의하여 법 제66조 제1호의 재산을 평가함에 있어서 당해 재산에 설정된 근저당의 채권최고액이 담보하는 채권액보다 적은 경우에는 채권최고액으로 하고, 당해 재산에 설정된 물적담보 외에 기획재정부령이 정하는 신용보증기관의 보증이 있는 경우에는 담보하는 채권액에서 당해 신용보증기관이 보증한 금액을 차감한 가액으로 하며, 동일한 재산이 다수의 채권(전세금채권과 임차보증금채권을 포함한다)의 담보로 되어 있는 경우에는 그 재산이 담보하는 채권액의 합계액으로 한다.

2. 사실관계 및 처분의 경위

가. 원고와 관련자들의 증여계약 및 소유권이전등기

1) 원고, 甲, 乙, 丙은 2007. 1. 19. 수원지방법원 2007가합○○호로 A, B, C를 상대로 소유권이전등기의 말소를 구하는 소송을 제기하였고, 위 소송에서 2008. 2. 15. 조정이 성립되었다(이하 ‘이 사건 조정’이라 한다).

2) 이 사건 조정에 따라 원고, 그리고 조정참가인인 D는 B와 ㉠ 2008. 2. 15. 용인시 수지구 ○○동 ○○ 임야 225㎡(이하 ‘이 사건 제2 부동산’이라 한다)을 1,000,000,000원에 매수하는 매매계약을 체결하고, ㉡ 2008. 3. 15. 같은 동 △△ 임야 1,180㎡(이하 ‘이 사건 제1 부동산’이라 하고, 위 각 부동산을 합하여 ‘이 사건 각 부동산’이라 한다) 중 각 1/2 지분을 각 증여받는 증여계약을 체결하였다.

3) 원고는 2008. 3. 25. D와 이 사건 각 부동산 중 각 1/2 지분에 관하여 매매대금을 1,225,700,000원으로 정하여 매도하는 매매계약을 체결하는 한편, 2008. 4. 2. 용인시 수지구청장에게 이 사건 제1 부동산 중 1/2 지분을 725,700,000원(이하 ‘이 사건 제1 신고가액’이라 한다)에, 이 사건 제2 부

동산 중 1/2 지분을 500,000,000원(이하 ‘이 사건 제2 신고가액’이라 하고, 이 사건 제1, 2 각 신고가액을 합하여 ‘이 사건 각 신고가액’이라 한다)¹⁾에 각 양도한 것으로 신고하였다.

4) 위 2008. 3. 15.자 증여계약 및 2008. 3. 25.자 매매계약에 따라, 2008. 4. 3. 이 사건 제1 부동산 중 각 1/2 지분에 관하여 각 2008. 3. 15. 증여를 원인으로 한 원고 및 D 명의의 소유권이전등기가 각 경료된 다음, 원고 앞으로 경료된 이 사건 제1 부동산 중 1/2 지분에 관하여 2008. 3. 25. 매매를 원인으로 한 D 명의의 소유권이전등기가 경료되었다.

5) 또한 위 2008. 2. 15.자 매매계약 및 2008. 3. 25.자 매매계약에 따라, 2008. 4. 3. 이 사건 제2 부동산 중 각 1/2 지분에 관하여 각 2008. 2. 15. 매매를 원인으로 한 원고 및 D 명의의 소유권이전등기가 각 경료된 다음, 원고 앞으로 경료된 이 사건 제2 부동산 중 1/2 지분에 관하여 2008. 3. 25. 매매를 원인으로 한 D 명의의 소유권이전등기가 경료되었다.

나. 이 사건 근저당권설정

D는 2008. 4. 3. 주식회사 ○○저축은행(이하 ‘저축은행’이라 한다)으로부터 3,500,000,000원(이하 ‘이 사건 대출금액’이라 한다)을 대출받으면서 이 사건 각 부동산에 관하여 채권최고액 4,550,000,000원의 근저당권설정등기(이하 ‘이 사건 근저당권설정등기’라 한다)를 경료하여 주었다.

다. 이 사건 처분 및 전심 절차

1) 원고는 2008. 7. 1. 피고에게 이 사건 제1 부동산 중 1/2 지분(이하 ‘이 사건 증여재산’이라 한다)의 증여에 따른 증여세를 신고함에 있어서, 이 사건 대출금액을 이 사건 각 신고가액으로 안분하여 계산한 금액[=3,500,000,000원 × {725,700,000원 / (725,700,000원 + 500,000,000원)}]의 1/2

1) 이 사건 제2 부동산의 가격을 500,000,000원으로 산정[=B와의 매매대금 1,000,000,000원 × 1/2(원고지분)]하고, 이 사건 제1 부동산의 가격을 725,700,000원으로 산정하였다(=이 사건 각 부동산 매매가격 1,225,700,000원 - 위 제2 부동산 가격 500,000,000원).

인 1,036,122,215원을 증여가액으로 계산한 다음, 증여세 227,203,990원을 신고·납부하였다.

2) 그러나 피고는 이 사건 각 신고가액의 구분 근거가 불분명하다고 판단하고, 이 사건 대출금액을 이 사건 각 부동산의 각 개별공시지가²⁾로 안분하여 계산한 금액[=3,500,000,000원 × {1,451,400,000원/(1,451,400,000원 + 276,750,000원)}]의 1/2인 1,469,750,890원³⁾을 증여가액으로 계산한 다음, 2010. 12. 1. 원고에게 위 증여재산의 증여에 따른 증여세 219,419,820원을 증액징정·고지하였다(이하 ‘이 사건 처분’이라 한다).⁴⁾

3) 원고는 이에 불복하여 2011. 2. 15. 조세심판원에 심판청구를 하였으나, 조세심판원은 2011. 10. 31. 원고의 위 청구를 기각하였다.

- 2) 2007. 1. 1. 기준 개별공시지가는 이 사건 제1 부동산의 경우 1,451,400,000원(=1,230,000원 × 1,180㎡), 이 사건 제2 부동산의 경우 276,750,000원(=1,230,000원 × 225㎡)이다.
3) 상증세법 제60조 규정을 적용(청구인 지분을 개별공시지가에 의하여 안분계산)하면 1,029,413,520원인데, 상증세법 제66조에 따라 그중 큰 금액인 위 1,469,750,890원으로 계산하였다.
4) 계산식 정리

★ 쟁점 증여재산인 ①부동산 1/2 지분(B → 원고)의 재산가액

[원고의 신고 산식]

원고 ⇔ D ①+②매매대금 ①부동산 중

①+② 전체 가액 중 ①부동산 부분 원고의 지분

$$\text{①+②대출금 } 35\text{억} \times \frac{7.257\text{억}}{7.257\text{억} + 5\text{억}} \times \frac{1}{2} \text{ 지분} = 10.3\text{억}$$

[피고의 처분 산식]

①+②개별공시지가 ①부동산 중

①+② 전체 가액 중 ①부동산 부분 원고의 지분

$$\text{①+②대출금 } 35\text{억} \times \frac{14.514\text{억}}{14.514\text{억} + 2.7675\text{억}} \times \frac{1}{2} \text{ 지분} = 14.6\text{억}$$

↑

↑

피고의 처분은 ①부동산에 관한 안분방법만 달리하였음에도 원고는 자신의 신고와 달리 ①+②부동산 전체가액에 관하여 상증세법 제66조의 규정을 적용할 수 없다고 주장

주요 쟁점

※ 사실관계 도표정리 ㉠ 음영부분의 증여재산가액이 이 사건의 쟁점임

구 분	제1차거래(조정조항 이행) (B → 원고, D) 2008. 4. 3. 소유권이전등기	제2차거래(매매) (원고 → D) 2008. 4. 3. 소유권이전등기	근저당권 2008. 4. 3. 설정등기 (제47712호)
제1 부동산	2008. 3. 15. 증여 원고 1/2 지분 취득 (제47705호)	2008. 3. 25. 매매 (725,700,000원) D 1/2지분 취득(제47710호)	2008. 4. 2.대출 (3,500,000,000원) 근저당권자 저축은행, 채권최고액 4,550,000,000원
	2008. 3. 15. 증여 D 1/2지분 취득		
제2 부동산	2008. 2. 15. 매매 원고 1/2지분 취득 (제47707호)	2008. 3. 25. 매매 (500,000,000원) D 1/2지분 취득 (제47710호)	
	2008. 2. 15. 매매 D 1/2지분 취득		

3. 제1심 및 원심의 판단 ㉠ 제1심과 원심의 결론이 상이함

가. 원고의 주장

1) 상증세법 제66조 규정을 적용한 재산 평가가 위법하다는 주장

가) 이 사건 증여재산이 ‘근저당권이 설정된 재산’인지 여부

(1) [제1주장] 이 사건 증여재산에 관한 원고 명의의 소유권이전등기는 민법 제187조에서 정한 판결에 해당하는 2008. 2. 15. 성립된 이 사건 조정에 의하여 경료된 것이므로, 원고가 이 사건 증여재산을 취득한 시기는 2008. 2. 15.로 보아야 한다. 따라서 이 사건 근저당권설정등기가 경료된 시기는 2008. 4. 3.이므로, 이 사건 증여재산은 상증세법 제66조에서 정한 근저당권이 설정된 재산이 아니다.

(2) [제2주장] 상증세법 제66조 소정의 저당권 또는 근저당권이 설정된 재산이라 함은 증여재산 그 자체에 저당권 또는 근저당권이 설정되어

있는 경우를 의미하는데, 원고가 B로부터 이 사건 증여재산을 증여받을 당시 위 증여재산에는 아무런 근저당권이 설정되어 있지 않았고, 위 증여재산이 원고로부터 D에게 이전된 이후 D가 비로소 위 증여재산에 관하여 이 사건 근저당권설정등기를 경료하였으므로, 위 증여재산을 상증세법 제66조에서 정한 근저당권이 설정된 재산으로 볼 수 없다.

(3) 그럼에도 불구하고 피고는 이 사건 증여재산을 근저당권이 설정된 재산으로 보아 이 사건 대출금액을 기준으로 이 사건 증여재산의 가액을 평가하여 이 사건 처분을 하였으므로, 이는 위법한 처분이다.

나) 피담보채권액을 적용할 수 있는지 여부[제3주장]

상증세법 제66조 및 상증세법 시행령 제63조의 각 규정은 증여재산의 가액 평가에 관하여 시가주의 원칙을 정한 상증세법 제60조의 규정을 보충하여 시가에 보다 근접한 가액을 산정하려는 취지의 규정으로, 재산의 실제 가액보다 큰 금액을 피담보채권 최고액으로 하여 근저당권이 설정된 경우에는 위 규정이 적용될 수 없는데, 이 사건 근저당권설정등기의 피담보채권액은 이 사건 각 부동산의 지목이 변경될 것을 전제로 실제 가액보다 큰 금액으로 정해진 것인 이상, 위 규정은 이 사건 증여재산의 가액 평가에 적용될 수 없다.

2) 이 사건 각 신고가액을 기준으로 공동저당된 재산의 가액을 안분하여 증여 재산의 가액을 평가해야 한다는 주장[제4주장]

가) 이 사건 증여재산이 상증세법 제66조의 적용대상이 된다고 하더라도, 원고와 D의 합의에 의하여 결정된 매매가액인 이 사건 각 신고가액은 특수관계가 없는 자들의 협의를 통해 결정된 시가에 해당하므로, 이를 기준으로 이 사건 각 부동산의 가액을 안분계산하여야 한다.

나) 이와 달리 개별공시지가를 기준으로 이 사건 각 부동산의 가액을 안분계산하여 위 증여재산의 증여가액을 산정하는 방법으로 위 증여재산의 증여에 따른 증여세액을 결정한 피고의 이 사건 처분은 위법하다.

나. 제1심의 판단 ㉠ 원고패소

1) 상증세법 제66조의 규정을 적용한 재산 평가가 위법하다는 주장에 관하여

가) 원고의 [제1주장] 부분

이 사건 조정은 소유권이전등기절차의 이행을 명하는 내용의 조정인 사실은 앞서 본 바와 같은바, 이에 의하면 원고 명의의 소유권이전등기가 경료된 날이 이 사건 증여재산의 취득일이 되므로, 원고의 위 주장은 이유 없다.

나) 원고의 [제2주장] 부분 ㉠ 원심과 결론이 상이한 부분

관계 법령의 문언 내용과 변론 전체의 취지에 알 수 있는 사정들⁵⁾에 비추어 보면, 증여재산이 상증세법 제66조 제1호 소정의 근저당권이 설정된 재산인지 여부는 증여일을 기준으로 판단하여야 하고, ‘증여일’에 근저당권이 설정된 이상 달리 볼 것은 아니므로, 원고의 위 주장 또한 이유 없다.

다) 원고의 [제3주장] 부분

이 사건 각 부동산 중 각 1/2 지분의 시가 합계액이 1,225,700,000원이라는 원고의 주장은 아래 항에서 보는 바와 같이 이유 없고, 달리 이 사건 각 부동산이 담보하는 채권액이 그 실제 가액보다 크다는 점을 인정할 만한 아무런 증거가 없으므로, 원고의 이 부분 주장 또한 이유 없다.

-
- 5) (1) 증여재산의 가액을 증여일 현재의 현황에 의하여 평가하도록 정한 상증세법 제60조 제1항의 규정은 상증세법 제66조의 규정에 의한 예외적인 평가방법에 따라 평가하는 경우에도 마찬가지로 적용되는데, 상증세법 제60조 제1항이 증여재산의 평가의 시점이 되는 평가기준일을 ‘증여일’로 정하고 있는 이상, 증여일에 근저당권이 설정된 재산은 상증세법 제66조의 적용대상에 포함된다.
- (2) 상증세법 제66조 및 상증세법 시행령 제63조 제1항은 증여재산의 가액평가에 관하여 시가주의 원칙을 정한 상증세법 제60조 제1항의 규정을 보충하여 시가에 보다 근접한 가액을 산정하려는 취지에서 규정된 것인바, 증여일 당일에 설정된 근저당권에 의해 담보되는 채권액이야말로 증여 시점의 당해 재산의 시가를 가장 정확하게 반영하는 금액이라고 할 것이다.
- (3) 상증세법 시행령 제63조 제1항 제3호 또한 ‘근저당권이 설정된 재산의 가액은 평가기준일 현재 당해 재산이 담보하는 채권액’을 그 재산의 가액으로 한다고 규정하고 있는바, 위 규정에서 말하는 ‘평가기준일’을 ‘증여가 이루어지기 전의 시점’으로 제한적으로 해석할 근거가 없고, 문언 그대로 평가기준일인 ‘증여일’로 해석함이 상당하다.

2) 신고가액을 기준으로 공동저당된 재산의 가액에 안분하여 증여재산의 가액을 평가해야 한다는 주장에 관하여 ㉠ 원고의 [제4주장] 부분

기록에 의하여 알 수 있는 사정들⁶⁾에 의하면, 원고 주장의 이 사건 각 신고가액을 불특정 다수인 사이에 자유롭게 거래가 이루어지는 경우에 통상적으로 성립되었다고 인정되는 가액으로 볼 수 없으므로, 원고의 위 주장 또한 이유 없다.

3) 소결론

그렇다면 이 사건 처분은 적법하므로, 원고의 이 사건 청구는 이유 없다.

다. 원심의 판단 ㉡ 원고승소

1) 상증세법 제66조의 규정을 적용한 재산 평가가 위법하다는 주장 부분

가) 원고의 [제1주장] 부분: 생략⁷⁾

나) 원고의 [제2주장] 부분 ㉢ 제1심의 결론과 상이한 부분

다음과 같은 사정들⁸⁾을 종합하여 보면, 증여재산 평가의 특례 적용에 있

- 6) (1) D는 2008. 4. 3. 이 사건 각 부동산을 담보로 제공하여 저축은행으로부터 3,500,000,000원을 대출받았는데, 원고가 시가라고 주장하는 이 사건 각 신고가액 합계액 1,225,700,000원은 위 각 부동산 중 각 1/2 지분에 대한 평가액의 70% 정도에 불과한 점, D는 그 다음 해인 2009. 9. 12. 아산도시개발 주식회사에 이 사건 각 부동산을 6,600,000,000원에 매도하였는데, 이 사건 각 신고가액 합계액은 위 매매 당시 위 각 부동산 중 각 1/2 지분에 대한 매매가액의 37%에 불과한 점 등을 고려하면, 이 사건 각 신고가액 합계액 1,225,700,000원을 이 사건 각 부동산 중 각 1/2 지분의 시가 합계액으로 볼 수 없다.
- (2) 이 사건 제1 부동산의 2007. 1. 1. 기준 개별공시지가 1,451,400,000원은 이 사건 제2 부동산의 2007. 1. 1. 기준 개별공시지가 276,750,000원의 약 5배 정도의 금액임에도, 이 사건 제1 신고가액이 이 사건 제2 신고가액의 1.5배에도 미치지 못하는 금액인 점 등을 고려하면, 가사 1,225,700,000원을 이 사건 각 부동산 중 각 1/2 지분의 시가 합계액으로 볼 수 있다고 하더라도, 이 사건 제1 신고가액을 이 사건 증여재산의 시가로, 이 사건 제2 신고가액을 이 사건 제2 부동산 중 1/2 지분의 시가로 보기는 어렵다.
- 7) 제1심의 판단내용과 동일하다.
- 8) (1) 상증세법 제60조는 증여재산의 가액은 증여일 현재의 시가에 따르는 것이 원칙임을 규정하고 있고, 같은 법 제66조는 그에 대한 예외로 저당권 등이 설정된 재산의 평가에 관한 특례를 규정하고 있는바, 조세법률주의 원칙상 예외적 재산 평가 방법을 규정하고 있는 같은 법 제66조는 합리적 이유 없이 확장해석하거나 유추해석하지 않고 문언대로 해석함이 상당하다.
- (2) 상증세법 제66조 제1호는 ‘저당권 또는 질권이 설정된 재산’, 같은 법 시행령 제63조 제1항 제3호는 ‘근저당권이 설정된 재산’으로 각 규정하여 증여재산 평가의 특례 적용에 있

어 증여재산에 ‘이미’ 근저당권이 설정되어 있는 경우를 전제로 하고 있다고 해석되므로, 피고가 상증세법 제66조의 규정을 적용하여 이 사건 대출금액을 기준으로 이 사건 증여재산의 가액을 평가한 것은 위법하다.

2) 소결 ㉠ 원고의 [제3주장] 및 [제4주장]에 대한 판단생략

피고가 상증세법 제66조를 적용하여 이 사건 대출금액을 기준으로 이 사건 증여재산의 가액을 평가한 것은 위법하고, 달리 상증세법 제60조에서 규정하는 이 사건 증여재산의 증여일 현재의 시가를 인정할 만한 자료도 없다. 따라서 원고의 주장은 나머지 점에 관하여 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

어 증여재산에 이미 근저당권이 설정되어 있는 경우를 전제로 하고 있다.

- (3) 상증세법 시행령 제63조 제1항 제3호는 ‘근저당권이 설정된 재산의 가액은 평가기준일 현재 당해 재산이 담보하는 채권액’으로 한다는 취지로 규정하고 있다. 여기에서 “평가기준일 현재”라는 기준은 증여재산에 근저당권이 평가기준일(증여일) 현재까지 설정되면 족하다는 의미에서 근저당권설정이 가능한 종기를 규정하는 것이라고 할 수는 없고, 증여 당시 이미 증여재산에 근저당권이 설정되어 있는 경우 근저당권설정일부터 평가기준일까지 피담보채권액이 변동하는 근저당권의 특성상 평가기준일 현재의 피담보채권액을 증여재산의 가액으로 확정한다는 의미에 불과하다. 따라서 위 규정은 ‘증여재산의 가액은 증여일 현재의 시가에 의한다’는 상증세법 제60조 제1항의 원칙을 근저당권이 설정된 재산에 구현한 것이라고 할 수 있다.
- (4) 이 사건의 경우와 증여일 다음날 등 증여일에 근접하여 증여재산에 근저당권을 설정한 경우를 비교하여 보면, 두 가지 경우에 증여재산의 가액 평가를 달리하여야 할 근거가 없다. 그런데 후자의 경우 ‘평가기준일(증여일) 현재’의 피담보채권액은 논리적으로 존재할 수 없는 것이고, 전자의 경우에도 증여등기 이후에 설정된 근저당권의 피담보채권액은 엄밀하게 말하여 ‘당해 상속재산’이 담보하는 채권액이라고 보기 어렵다.
- (5) 이 사건과 같이 증여자(B) 및 수증자(원고)와 무관한 제3자(매수인 D)가 자신이 매수한 이 사건 증여재산에 관하여 근저당권을 설정하고 받은 이 사건 대출금액은 원고가 받은 증여와는 아무런 관련이 없는 것일 뿐만 아니라, 이 사건 대출금액은 대출신청인, 대출실행 금융기관, 대출목적, 대출신청인의 사업계획이나 재산관계에 따라 얼마든지 변동될 수 있고, 경우에 따라서는 이 사건 증여재산의 실제 가액을 초과하는 액수의 대출이 이루어질 가능성도 있으므로, 증여자 및 수증자와 아무런 관련이 없는 이 사건 대출금액을 이 사건 증여재산의 가액으로 인정하는 것은 적절하지도 않다.
- (6) 따라서 이 사건과 같이 증여로 인한 소유권이전등기와 근저당권설정등기가 같은 날 이루어졌으나, 수증자 및 근저당권설정자가 서로 다를 뿐만 아니라 증여로 인한 소유권이전등기의 접수번호가 앞서서 그 소유권이전등기 경료 당시에 당해 재산에 근저당권이 설정되어 있지 않은 경우에는 원칙대로 상증세법 제60조에 따라 증여재산의 가액은 증여일 현재의 시가에 의하여야 한다.

[상고이유의 요지] ㉠ 원고의 [제2주장] 부분: 상증세법 제66조 제1호 소정의 ‘근저당권이 설정된 재산’의 해석에 관한 법리오해

아래와 같은 사정들에 비추어 보면, 증여재산이 상증세법 제66조 제1호 소정의 근저당권이 설정된 재산인지 여부는 증여일을 기준으로 판단하여야 하고, 증여일에 근저당권이 설정된 이상 상증세법 제66조 제1호, 상증세법 시행령 제6조 제1항 제3호의 규정을 적용할 수 있다.

- ① 증여재산의 가액을 증여일 현재의 현황에 의하여 평가하도록 정한 상증세법 제60조 제1항의 규정은 상증세법 제66조의 규정에 의한 예외적인 평가방법에 따라 평가하는 경우에도 마찬가지로 적용되는데, 상증세법 제60조 제1항이 증여재산의 평가의 시점이 되는 평가기준일을 ‘증여일’로 정하고 있는 이상, 증여일에 근저당권이 설정된 재산은 상증세법 제66조의 적용대상에 포함된다.
- ② 상증세법 제66조 및 상증세법 시행령 제63조 제1항은 증여재산의 가액평가에 관하여 시가주의 원칙을 정한 상증세법 제60조 제1항의 규정을 보충하여 시가에 보다 근접한 가액을 산정하려는 취지에서 규정된 것인바, 증여일 당일에 설정된 근저당권에 의해 담보되는 채권 액이야말로 증여시점의 당해 재산의 시가를 가장 정확하게 반영하는 금액이라고 할 것이다.
- ③ 상증세법 시행령 제63조 제1항 제3호는 원심판결과 같이 근저당권의 특성상 평가기준일 현재의 피담보채권액을 증여재산의 가액으로 확정한다는 의미도 내포하고 있다고 볼 수는 있으나, 위 규정에서 말하는 ‘평가기준일’을 ‘증여가 이루어지기 전의 시점’으로 제한적으로 해석할 근거가 없다.

【解 說】

1. 이 사건의 쟁점

가. 이 사건 증여재산에 관하여 원고가 B로부터 2008. 3. 15.자 증여를

원인으로 하여 2008. 4. 3. 소유권이전등기를 하고, 같은 날 B에게 2008. 3. 25.자 매매를 원인으로 하여 소유권이전등기를 하여 주었으며, 같은 날 D는 이 사건 제1 부동산에 관하여 저축은행으로부터 35억 원을 대출받으면서 근저당권설정등기를 하였다.

나. 이에 대하여 피고는 ㉠ 이 사건 증여재산은 상증세법 제66조 제1호 및 상증세법 시행령 제63조 제1항 제3호(이하 ‘담보제공재산의 평가특례규정’이라 한다) 소정의 ‘근저당권이 설정된 재산’에 해당하므로 피담보채권액인 35억 원을 시가로 하되, ㉡ 이 사건 각 부동산의 개별시가를 알 수 없으므로 보충적 평가방법에 따른 개별공시지가 비율로 안분 계산하여야 한다고 주장한다.

다. 이에 반하여 원고는 ㉠ 담보제공재산의 평가특례규정은 이미 근저당권이 설정된 재산에 관하여 적용되는 규정이므로 같은 날 근저당권이 설정된 경우에는 적용될 수 없다고 주장하고, ㉡ 설사 적용된다면 이 사건 각 부동산에 관하여 원고와 D와의 매매사례가격에 의한 이 사건 각 신고가액 비율로 안분계산하여야 한다고 주장한다.⁹⁾

라. 따라서 이 사건 쟁점은 ㉠ 이 사건 각 부동산에 관하여 담보제공재산 평가특례규정에 적용되는지 여부와 ㉡ 적용된다면 이 사건 대출금을 어떠한 방식으로 안분하여야 하는지 여부이다(☞ 원심은 ㉠부분만을 검토한 후 나머지 부분에 관한 검토를 생략하면서 이 사건 처분이 위법하다고 판단하였음).

9) 다만 원고는 피고의 주장과 같이 담보제공재산의 평가특례규정에 해당한다는 이유로 피담보채권액 35억 원을 시가로 보아 증여세 신고를 하였다(이 사건 각 부동산의 매매사례에 따른 가격의 비율로 안분하여 계산).

2. 담보제공재산의 평가특례규정 일반론

가. 규정 내용¹⁰⁾

□ 담보제공재산의 평가특례규정(상속세법 제66조 제1호+상증세법 시행령 제63조 ① 제3호)

증여재산가액=MAX[④ 당해 재산이 담보하는 채권액, ⑤ 제60조에 의하여 평가한 가액]

↑

MIN[⑦ 피담보채권액, ⑧ 채권최고액] ▷ 상속세법 시행령 제63조 ②

나. 입법 취지 등

1) 구 상속세법¹¹⁾에 관한 판례는 상속재산의 평가에 관한 상속세법 시행령 제5조의2¹²⁾(현행 시행령 제63조와 유사함) 규정은 상속세법 제9조

10) 관련 규정은 아래와 같이 내용이 개정되었다.

- ① 1990. 12. 31. 대통령령(상속세법 시행령) 제13196호로 개정되기 이전: 근저당권이 설정된 재산의 가액은 당해 재산이 담보하는 채권의 최고액(제5조의2 제3호)
- ② 1990. 12. 31. 대통령령(상속세법 시행령) 제13196호 개정: 근저당권이 설정된 재산으로서 당해 근저당권을 설정하기 위하여 지가공시 및 토지 등의 평가에 관한 법률에 의한 감정평가업자가 감정한 가액(2인 이상의 감정가액이 있을 때에는 최고의 가액)이 있는 경우에는 그 가액(제5조의2 제3호→ 1996. 12. 31. 대통령령 제15193호로 전부 개정 되면서 제63조 제1항 제3호로 조문이 변경되었다)
- ③ 1998. 12. 31. 대통령령(상속세 및 증여세법 시행령) 제15971호 개정: 근저당권이 설정된 재산의 가액은 평가기준일 현재 당해 재산이 담보하는 채권액(이 사건에 적용된다)▷ 종전에는 평가가액이 피담보채권액보다 적을 경우 채무공제가 재산가액을 초과하는 문제가 있어서 법 제60조의 시가와 대비하여 가액을 근저당권설정 당시의 감정가액으로 하고 있었으나, 감정일부터 평가기준일까지의 감가상각이 감안되지 않아 과대평가되는 문제점이 있다고 하여 개정된 것이다[상속세 및 증여세법, 사법연수원(2011), 221 주 366].

11) 1996. 12. 30. 법률 제5193호로 전문 개정되면서 상속세 및 증여세법이 되었다.

12) 제5조의2 (담보제공된 재산가액의 평가)

법 제9조 제4항에서 “대통령령이 정하는 바에 따라 평가한 가액”이라 함은 다음의 금액을 말한다.

- 3. 근저당권이 설정된 재산으로서 당해 근저당권을 설정하기 위하여 지가공시 및 토지 등의 평가에 관한 법률에 의한 감정평가업자가 감정한 가액(2인 이상의 감정가액이 있을 때에는 최고의 가액)이 있는 경우에는 그 가액

제4항¹³⁾(현행 규정 제66조)의 규정에 터 잡아 상속재산의 평가액에 관한 동법 제9조 제1항(현행 규정 제60조)의 시가주의 원칙에 접근하려는 취지하에 규정된 것으로 보고 있었다(대법원 1987. 4. 14. 선고 86누478 판결¹⁴⁾). 이러한 해석은 현행 법령에서도 이러한 취지는 동일한 것으로 보아야 한다.¹⁵⁾

2) 불특정 다수인이 자유롭게 거래하는 시장을 가정하면, 거래당사자들이 설정한 근저당권은 당해 재산의 시가에 근접하게 설정되었을 가능성이 매우 높으므로 굳이 상속세법 제60조의 평가방법을 사용하지 않더라도, 이를 시가로 볼 수 있다는 취지로 이해된다.

3) 다만 근저당권의 피담보채권액보다 채권최고액이 낮은 경우(대출금 중 일부만 담보) 또는 피담보채권액보다 채권최고액이 높은 경우(대출금 이상으로 과다 설정)가 있을 수 있으므로, 이러한 경우에는 양자 중 적은 금액이 당해 재산의 시가를 보다 적절하게 반영하는 것으로 보게 된다(상속세법 시행령 제63조 제2항).

3. 상고이유에 대한 구체적인 검토(증여일에 근저당권이 설정되었으면 담보제공재산의 평가특례규정을 적용할 수 있는지 여부)

가. 문제점(견해대립의 가능성)

‘증여 당시’에 ‘증여재산 자체’에 근저당권이 설정되어 있는 경우는 담보

13) 제9조 (상속재산의 가액평가)

① 상속재산의 가액, 상속재산의 가액에 가산할 증여의 가액 및 상속재산의 가액중에서 공제할 공과 또는 채무는 상속개시 당시의 현황에 의한다. 다만 실종선고로 인한 상속의 경우에는 실종선고일 당시의 현황에 의한다.

④ 다음 각 호의 1에 해당하는 상속재산은 제1항의 규정에 불구하고 대통령이 정하는 바에 따라 평가한 가액과 제1항 또는 제2항의 규정에 의한 가액중 큰 금액을 그 재산의 가액으로 한다.

1. 저당권 또는 질권이 설정된 재산

14) “…… 위 시행령의 제 규정들은 상속세법 제9조 제4항의 규정에 터 잡아 상속재산의 평가액에 관한 동법 제9조 제1항의 시가주의 원칙에 접근하려는 취지하에 규정된 것이라 할 것이고, ……”

15) 박훈·채현석, 상속·증여세 실무해설, 삼일인포마인, 1202.

제공재산의 평가특례규정을 적용할 수 있다는 데에 아무런 의문이 없으나, 반드시 증여 이전에 근저당권이 설정되어 있어야 하는지 아니면 증여 이후라도 평가기준일인 ‘증여일’에 근저당권이 설정되어 있으면 담보제공재산의 평가특례규정을 적용할 수 있는지에 관하여는 아래와 같이 견해가 대립할 수 있다.

나. 견해의 대립

1) 제1설(긍정설) ㉠ 피고의 주장 및 제1심의 판단

가) [문언: ‘증여일’] 상증세법 시행령 제63조 제1항 제3호는 ‘근저당권이 설정된 재산의 가액은 평가기준일 현재 당해 재산이 담보하는 채권액’이라고 규정하고 있을 뿐이므로 근저당권은 평가기준일인 ‘증여일’에 설정되어 있으면 충분하고, 문언상 증여 이전에 근저당권이 설정되어야 한다는 제한을 두고 있지 않다. 따라서 증여일에 근저당권이 설정된 재산은 상증세법 제66조의 적용대상에 포함된다.

나) [규정 취지] 담보제공재산의 평가특례규정은 증여재산의 가액평가에 관하여 시가주의 원칙을 정한 상증세법 제60조 제1항의 규정을 보충하여 시가에 보다 근접한 가액을 산정하려는 취지에서 규정된 것으로, 증여일 당일에 설정된 근저당권에 의해 담보되는 채권액이야말로 증여시점의 당해 재산의 시가를 가장 정확하게 반영하는 금액이다.

2) 제2설(부정설) ㉡ 원고의 주장 및 원심의 판단

가) [문언: ‘설정된’ 재산] 상증세법 제66조 제1호는 ‘저당권 또는 질권이 설정된 재산’, 같은 법 시행령 제63조 제1항 제3호는 ‘근저당권이 설정된 재산’으로 각 규정함으로써, 담보제공재산의 평가특례규정은 증여재산에 이미 근저당권이 설정되어 있는 경우를 전제로 하고 있다. 따라서 평가기준일인 증여일에 근저당권이 설정되었더라도 증여 이후에 설정되었다면 그 문언상 담보제공재산의 평가특례규정을 적용할 수 없다.

나) [조작가능성] 증여 이전에 이미 근저당권이 설정된 경우라면 근저당권의 채권최고액이나 피담보채권액을 조작할 염려가 없지만, 증여 이

후에 설정된 근저당권에도 담보제공재산의 평가특례규정을 적용할 수 있다면 사후에 조작가능성이 있을 수 있으므로, 시가를 반영하고자 하는 취지에 어긋난다.

다. 판례와 과세실무

1) 이 사건과 동일한 사안에 대한 하급심판결 ㉠ 부정설

광주지법 2010. 4. 1. 선고 2009구합3958 판결: 구 상증세법 제60조 제1호는 ‘저당권 또는 질권이 설정된 재산’, 같은 법 시행령 제63조 제1항 제3호는 ‘근저당권이 설정된 재산’으로 각 규정하여 특례 적용에 있어 증여재산에 이미 근저당권이 설정되어 있는 경우를 전제로 하는 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건의 경우와 같이 증여로 인한 소유권이전등기와 근저당권설정등기가 같은 날 이루어졌으나, 소유권이전등기의 접수번호가 앞서서 그 소유권이전등기 경료 당시에는 당해 재산에 근저당권이 설정되어 있지 않은 경우에는 원칙대로 구 상증세법 제60조에 따라 증여재산의 가액을 현재의 시가로 봄이 상당하다.¹⁶⁾

2) 참조할 만한 대법원판례¹⁷⁾

가) [참고 판례의 요지] ㉡ 증여로 인한 소유권이전등기와 같은 날 이지만 그 증여등기의 접수번호보다 앞서 근저당권이 말소된 경우, 혹은 ㉢ 증여일 전날 근저당권이 말소된 경우에 과연 증여당시 저당권이 설정된 재산에 포함되는지가 문제된 사안에서, 판례는 ‘그와 같은 경우에도 위 규정의 입법 취지에 비추어 저당권이 설정된 재산에 포함된다’고 해석하였다.

나) 대법원 1990. 3. 27. 선고 89누7481 판결(증여세 사건)

① 사실관계: 원고들이 1986. 12. 30. 제1, 2 부동산에 관하여 대구지방법원 북대구등기소 접수 제84008호로서 원고들 명의의 소유권이전등기를 경료하기 전에 같은 날 같은 등기소 접수 제83993 내지 84005호로서 위 각 부동산 위에 경료되어 있던 근저당권설정등기가 모두 말소되었다.

16) 이 사건은 위 판결에 피고가 불복하여 항소하였으나, 2010. 5. 18. 소취하로 종결되었다.

17) 긍정설에 가까운 것으로 사료된다.

② 원고들의 주장: 위 각 부동산에 설정된 근저당권이 모두 소멸된 상태에서 증여에 의해 이를 취득한 것이므로 상속세법 제9조 제4항(현행 규정 제66조) 같은 법 시행령 제5조의2 제3호(현행 규정 제63조 제1항 제3호)가 여기에 적용될 여지가 전혀 없다.

③ 대법원의 판시: 증여로 인한 소유권이전등기에 앞서 같은 부동산 위에 있던 근저당권설정등기를 말소한 상태에서 이를 취득한 것이라고 하여도 이 사건에서와 같이 수증자 명의의 소유권이전등기(증여)가 이루어지기 직전까지 그 부동산에 근저당권이 유효하게 존재한 경우라면, 그 부동산은 상속세법 제9조 제4항, 같은 법 시행령 제5조의2 제3호가 규정하는 ‘근저당권이 설정된 재산’에 포함되는 것으로 봄이 위 규정의 취지에 부합한다.

다) 대법원 1991. 11. 26. 선고 91누5891 판결(상속세 사건)

① 사실관계: 원고의 아버지인 甲은 원고에게 서울 동대문구 ○○동 ○○대 661㎡와 이 사건 토지인 같은 동 ○○대 1567㎡ 중 2분의 1 지분을 증여하고, 전자에 대하여는 1988. 3. 23.에, 이 사건 토지에 대하여는 1988. 3. 27.에 각 이전등기를 경료하였다. 그런데 이 사건 토지와 그 지상건물에 대하여는 5건의 공동근저당권등기가 경료되었다가 그 전날인 1988. 8. 26. 말소되었다.

② 원고의 주장: 이 사건 토지에 관한 근저당권은 이 사건 증여등기 전날 피담보채무가 변제되어 위 증여등기 당시에는 이미 말소되었으므로 이 사건 토지는 ‘저당권 또는 질권이 설정된 재산’이라고 볼 수 없다.

③ 대법원의 판단: 증여재산에 근저당권설정등기가 존속해 오다가 위 재산에 관하여 증여를 원인으로 한 소유권이전등기가 경료되기 바로 전일에 피담보채무의 변제를 원인으로 말소된 경우에 있어서는, 특별한 사정이 없는 한 그 피담보채무 최고액은 증여 당시의 실제 재산가액을 반영하는 최소한의 기준이 될 수 있으므로, 구 상속세법 제9조 제4항 및 같은 법 시행령 제5조의2 제3항 소정의 근저당권이 설정된 재산에 포함시켜도 무방하다.

3) 과세실무 ㉠ 긍정설

부동산을 증여함에 있어서 동일자로 당해 부동산에 근저당권을 설정한 경우에는 당해 증여재산 평가 시 상속세 및 증여세법 제66조가 적용된다 (재산-277, 2010. 5. 4.; 재산-714, 2010. 9. 30. 등).

라. 보고연구관의 의견

1) [긍정설에 대한 비판] 입법 취지(시가주의 관철)에 부합하는 해석이기는 하나, 다음과 같은 비판이 가능하다.

① 상증세법 제66조가 ‘근저당권이 설정된 재산’이라고 규정하고 있고, 이는 증여 이전에 ‘이미 근저당권이 설정되어 있는 재산’으로 풀이하는 것이 자연스럽다.

② 만약 증여 이후에 ‘설정될’ 근저당까지 포함되는 것으로 해석할 경우, 그 문언에 반할 우려가 있을 뿐만 아니라, 어느 시점까지 설정될 근저당을 포함하여야 하는지 범위확정의 문제가 발생할 수 있다.

2) [부정설에 대한 비판] 문언에 부합하는 해석이기는 하나, 다음과 같은 비판이 가능하다.

① ‘이미 근저당권이 설정된 재산’이라고 해석하면 앞서 본 91누5891 판결(그 전날 피담보채무 변제로 인한 근저당권말소)의 경우 근저당권이 이미 말소되어 증여일에는 설정되어 있지 아니한 재산임에도 이 규정에 해당한다고 판시한 것과 일치하지 아니하여, 위 판례를 폐기하여야 하는 문제가 발생한다.

② 만약 ‘이미 근저당권이 설정된 재산’으로 해석한다면, 증여일로부터 소급하여 어느 시점까지 근저당권이 설정되어 있어야 하는지 그 범위확정의 문제가 발생할 수 있다.

3) [소결론] 아래와 같은 사정에 비추어 보면, 적어도 ‘증여일’ 당일에 근저당권이 설정된 경우에는 긍정설이 타당하다고 본다.

① [시가주의에 부합] 시가주의 원칙에 접근하려는 입법 취지에 비추어 보면 증여일 당일에 설정된 근저당권에 의해 담보되는 채권액이야말로 증

여 시점의 당해 재산의 시가를 가장 정확하게 반영하는 금액이라고 할 것이다(강제집행의 배당과 같이 선후를 명확히 가려야 하는 경우와 같이 반드시 증여와 근저당설정의 선후를 가릴 필요가 없다).

② [문언에 부합] 상증세법 제66조 본문에 ‘대통령령이 정하는 바에 의하여 평가한 가액’이라고 규정하여 대통령령에 위임하고 있고, 그에 따른 상증세법 시행령 제63조 제1항 제3호는 ‘근저당권이 설정된 재산의 가액은 평가기준일 현재 당해 재산이 담보하는 채권액’이라고 규정하고 있다. 평가기준일인 증여일 이후에 설정된 근저당권의 경우에는 평가기준일 현재 담보하는 채권액을 파악하기 어렵지만, 평가기준일에 근저당권이 설정되어 있다면 평가기준일 현재 담보하는 채권액을 파악할 수 있으므로 위 문언에 어긋나는 것으로 볼 수 없다. 따라서 증여일 이후에 설정된 근저당권의 경우까지 담보제공재산 평가특례규정을 적용할 수 있는지 여부는 추가 검토가 필요하겠지만, 이 사건과 같이 증여일 당일에 근저당권이 설정된 경우는 위 특례규정을 적용할 수 있다고 해석하여도 크게 무리가 없다.

③ [현실적인 거래실태에 부합] 부동산 거래실태를 보면, 매도인 또는 증여자(부당행위계산부인에 의해 증여한 것으로 보는 자를 포함)는 매매 또는 증여 당일 소유권이전등기를 넘긴 이후에 매수인 또는 수증자가 근저당권을 설정할 수도 있고(☐ 증여 이후 근저당권설정), 매도인 또는 증여자가 소유권이전등기를 넘기기 전에 매수인 또는 수증자가 근저당권을 설정하는 것에 물상보증인으로서 동의할 수도 있다(☐ 증여 전 근저당권설정). 어떤 경우이거나 두 가지가 같은 날 행하여졌다면 그 법률적 구성만 다를 뿐, 경제적 실질은 전혀 차이가 없다. 제3자의 권리보호가 문제되지 않고, 순전히 증여재산의 가액만을 평가하는 데에 있어서 후자의 경우 상증세법 제66조를 적용할 수 없다고 해석하는 것은 거래의 실정을 무시하는 것이거나 위 규정의 취지를 몰각시키는 것이다.

④ [판례의 태도에 부합] 비록 앞서 본 판례들은 모두 구 상속세법하에서의 판례들이나 그 입법 취지 등은 동일하므로 위 판례의 취지를 고려하여야 한다. 그런데 부정설이 주장하는 바와 같이 ‘이미 근저당권이 설정되

어 있는 재산'으로 본다면, 증여일 전날 또는 같은 증여일이나 증여 바로 직전에 근저당권이 말소된 경우 담보제공재산 평가특례규정은 적용할 수 없어야 보아야 한다. 그러나 판례는 증여에 바로 임박하여 근저당권이 설정되어 있다면 증여 당시 이미 말소되어 있더라도 그것은 시가를 반영하는 것으로 풀이하고 있다. 따라서 증여일 이후에 설정된 경우는 몰라도 증여일 당일에 근저당권이 설정된 경우를 포함되는 것으로 해석하는 것이 위 판례의 태도에 부합한다.

⑤ [조작가능성은 다른 이론으로 배척가능] 판례¹⁸⁾는 보충적 평가방법을 적용하여야 하는 경우라도 객관성과 합리성이 없는 방법으로 비상장주식의 시가를 산정한 것은 위법하다는 취지로 판시하여, 보충적 평가방법도 객관성과 합리성이 전제되지 않으면 사용할 수 없음을 분명히 하고 있다. 증여 이후에 근저당권이 통모에 의하여 설정되고 그 피담보채권액이나 채권최고액이 비정상적이라는 사정이 있다면, 위와 같은 판례이론으로 부정할 수 있고, 증여 이후에 설정된 근저당권이라고 하여 그 자체로서 조작가능성을 내포하고 있다고 단정할 수는 없다.¹⁹⁾

4. 결론 ☞ 파기환송

피고가 담보제공재산의 평가특례규정을 적용하여 이 사건 대출금액을 기준으로 이 사건 증여재산의 가액을 평가한 것은 위법하다고 본 원심은 담보제공재산의 평가특례규정에 관한 법리를 오해한 위법이 있으므로, 파기환송함이 타당하다.²⁰⁾

18) 대법원 1986. 9. 23. 선고 85누590 판결: “비상장주식의 시가평가에 관한 상속세법 시행령 제5조 제5항 제1호 (나)목 규정방법은 최근 3년간 평균순이익이 심한 기복을 보이지 않는 경우에는 타당하다고 할 것이나, 1주당 1979년에 1,602원 06전, 1980년에 1,177원 06전의 순이익을 내다가 1981년에는 26원 72전의 손실을 났다면 1981년에는 주식시기도 급락하는 것이 통례이므로 주식평가액이 급락한 연도의 주식시가마저 포함하여 3년간의 손익을 평균하여 산정한다는 것은 객관성과 합리성을 상실한 평가방법이다.”

19) 이 사건의 경우 근저당권자는 금융기관인 저축은행이고 그것도 D와 사이에 이루어진 것이어서, 원고의 통모나 조작이 개입될 여지가 없어 보인다.

20) 파기환송 후의 원심은, 담보제공재산의 평가특례규정을 적용할 수 있음을 전제로 담보제공

【對象判決의 意義】

이 판결은 당해 재산에 관하여 증여일 당일에 근저당권이 설정된 경우, 다른 특별한 사정이 없는 한 담보로 제공된 재산에 관한 평가의 특례를 규정한 상속세 및 증여세법 제66조 제1호에서 정하는 ‘저당권 또는 질권이 설정된 재산’에 해당한다고 해석하였다는 점에 의의가 있다. 다만 증여일 이외의 경우, 즉 그 다음날 근저당권이 설정된 경우 등에 관하여 위 규정 소정의 ‘저당권 또는 질권이 설정된 재산’에 해당하는지 여부에 관한 문제는 향후 검토되어야 할 대상이다.

재산의 평가특례규정을 배제하는 사정이 있는지 여부(제3주장 부분), 개별공시시가를 기준으로 안분계산한 것이 적법한지 여부(제4주장 부분) 등을 심리·판단하여야 한다.

4. 상속세 및 증여세법 시행령 제73조 제1항이 규정한 ‘물납을 청구할 수 있는 납부세액의 한도’를 초과 하여 물납이 허용되는 경우

(2013. 4. 11. 선고 2010두19942 판결 : 공2013상, 868)

鄭 錫 鍾

【判決要旨】

1. 구 상속세 및 증여세법(2007. 12. 31. 법률 제8828호로 개정되기 전의 것) 제73조 제1항 본문(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)은 물납의 요건으로 상속받은 재산 중 부동산과 유가증권의 가액이 상속재산가액의 2분의 1을 초과할 것 등을 규정하면서 물납이 허용되는 재산을 부동산과 유가증권으로 한정하고 있으나, 물납이 허용되는 납부세액의 한도는 구체적으로 규정하고 있지 않다. 그런데 물납제도는 조세의 현금납부원칙(국세징수법 시행령 제18조 참조)에 대한 예외로서 인정되는 것이고, 이 사건 법률조항이 물납이 허용되는 재산의 범위를 부동산과 유가증권으로 한정하고 있는 점에 비추어 보면, 이 사건 법률조항의 취지가 상속세 납부세액 전부에 대하여 물납을 허용하려는 데 있다고 보기 어렵다. 그뿐 아니라 이 사건 법률조항은 그 문언에 의하더라도 물납신청의 방법과 허가의 절차뿐만 아니라 물납의 허가에 관한 사항도 상속세 및 증여세법 시행령(이하 ‘시행령’이라 한다)에서 정하도록 위임한 것으로 보이므로, 시행령 제73조 제1항이 물납이 허용되는 납부세액의 한도, 즉 납세의무자가 물납을 청구할 수 있는 납부세액의 한도를 규정한 것은 이 사건 법률조항의 위임에 근거한 것이라고 할 것이다. 그리고 위와 같이 이 사건 법률조항이 상속재산 중 부동산과 유가증권의 가액이 차지하는 비율을 물납요건의 하

나로 규정하면서 물납이 허용되는 재산을 부동산과 유가증권으로 한정하고 있는 점에 비추어 보면, 시행령 제73조 제1항이 물납을 청구할 수 있는 납부세액의 한도를 '당해 상속재산인 부동산 및 유가증권의 가액에 대한 상속세 납부세액'으로 규정한 것이 이 사건 법률조항의 취지에 반한다고 볼 수도 없다. 따라서 시행령 제73조 제1항이 모법의 위임이 없거나 그 위임범위를 벗어나 무효라고 할 수 없다.

2. 상속세 및 증여세법 시행령(이하 '시행령'이라 한다) 제73조 제2항의 취지는 물납이 허용되는 상속재산은 있으나 이를 같은 조 제1항에서 규정한 물납을 청구할 수 있는 납부세액에 맞추어 분할할 수 없어 그 납부세액조차도 물납할 수 없게 되는 것을 방지하려는 데에 있으므로, 위 규정에서 말하는 '상속재산인 부동산 및 유가증권 중 제1항의 납부세액을 납부하는 데 적합한 가액의 물건이 없을 때'란 물납할 재산의 수납가액이 시행령 제73조 제1항에서 규정한 물납을 청구할 수 있는 납부세액의 한도인 '당해 상속재산인 부동산 및 유가증권에 대한 상속세액'을 초과하는 경우를 의미한다고 보아야 한다. 여기에서 물납제도는 조세의 현금납부원칙에 대한 예외로 특별히 인정된 것이라는 점과 구 상속세 및 증여세법(2007. 12. 31. 법률 제8828호로 개정되기 전의 것)이 물납제도와는 별도로 연부연납제도를 마련하고 있는 점(제71조 참조) 등을 아울러 고려하면, 세무서장은 특별한 사정이 없는 한 시행령 제73조 제2항에서 규정하고 있는 위와 같은 요건이 갖추어진 경우에만 시행령 제73조 제1항에서 규정한 한도를 초과하여 물납을 허가할 수 있다.

3. 상속세 및 증여세법 시행령 제73조 제2항의 취지 및 문언 내용과 함께, 물납제도는 조세의 현금납부원칙에 대한 예외로 인정된 것이므로 조세를 금전으로 납부하는 사람과 물납하려는 사람 사이의 조세부담의 형평성 및 조세징수의 충실성을 고려하여 물납의 허용범위를 정하는 것이 바람직한 점 등에 비추어 보면, 1주 단위로 물납을 할 수 있는 비상장주식은 당해 상속재산인 부동산 및 유가증권의 가액에 대한 납부세액에 상당하는 수량을 물납하는 방법으로 그 납부세액을 납부할 수 있으므로 특별한 사정

이 없는 한 시행령 제73조 제2항에서 규정한 ‘상속재산인 부동산 및 유가증권 중 제1항의 납부세액을 납부하는 데 적합한 가액의 물건이 없을 때’에 해당한다고 볼 수 없고, 상속재산인 비상장주식 중 일부에 대하여만 물납을 허가할 경우 나머지 부분의 경제적 가치가 잔존 비율만큼 유지되지 않을 수 있다고 하여 달리 볼 것은 아니다.

【參照條文】

구 상속세 및 증여세법(2007. 12. 31. 법률 제8828호로 개정되기 전의 것) 제73조 제1항, 상속세 및 증여세법 시행령 제73조 제1항, 제2항

【事案의 概要】¹⁾

1. 관련 법령

□ 구 상속세 및 증여세법(2007. 12. 31. 법률 제8828호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘법’이라고 한다)

제73조 (물납)

① 납세지 관할세무서장은 상속 또는 증여받은 재산 중 부동산과 유가증권의 가액이 당해 재산가액의 2분의 1을 초과하고 상속세납부세액 또는 증여세납부세액이 1천만 원을 초과하는 경우에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 납세의무자의 신청을 받아 당해 부동산과 유가증권에 한하여 물납을 허가할 수 있다. 다만 물납신청한 재산의 관리·처분이 부적당하다고 인정되는 경우에는 물납허가를 하지 아니할 수 있다.

② 물납 가능 유가증권의 범위, 관리·처분이 부적당하다고 인정되는 경우 기타 물납절차에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

1) 이하 사건의 개요, 제1심과 원심의 판단, 피고의 상고이유는 모두 관례해설에 필요한 범위로 한정하여 기재하였다.

□ 상속세 및 증여세시행령(이하 ‘시행령’이라고 한다)

제73조 (물납청구의 범위)

- ① 법 제73조의 규정에 의하여 물납을 청구할 수 있는 납부세액은 당해 상속재산 또는 증여재산인 부동산 및 유가증권(법 제44조 내지 제45조의 2에서 규정된 증여추정 또는 증여의제에 의하여 증여의 대상이 되는 당해 부동산 및 유가증권을 포함한다. 이하 이 조·제74조 및 제75조에서 같다)의 가액에 대한 상속세납부세액 또는 증여세납부세액을 초과할 수 없다.
- ② 상속재산 또는 증여재산인 부동산 및 유가증권 중 제1항의 납부세액을 납부하는데 적합한 가액의 물건이 없을 때에는 세무서장은 제1항의 규정에 불구하고 당해 납부세액을 초과하는 납부세액에 대하여도 물납을 허가할 수 있다.
- ③ 제1항의 규정을 적용함에 있어서 상속개시일 또는 증여(증여추정 또는 증여의제되는 행위를 포함한다)일 이후 물납신청 이전까지의 기간 중에 당해 상속재산 또는 증여재산이 정당한 사유없이 관리·처분이 부적당한 재산으로 변경되는 경우에는 당해 관리·처분이 부적당한 재산가액에 상당하는 상속세 또는 증여세 납부세액은 물납을 청구할 수 있는 납부세액에서 제외한다.

□ 구 상속세 및 증여세시행령(2008. 2. 22. 대통령령 제20621호로 개정되기 전의 것)

제74조 (물납에 충당할 수 있는 재산의 범위 등)

- ① 법 제73조의 규정에 의하여 물납에 충당할 수 있는 부동산 및 유가증권은 다음의 것으로 한다.
 1. 국내에 소재하는 부동산
 2. 국채·공채·주권 및 내국법인이 발행한 채권 또는 증권과 기타 재정경제부령이 정하는 유가증권. 다만 한국증권거래소에 상장된 것과 제53조에 해당하는 주권을 제외하되, 그 외의 다른 상속 또는 증여재산이 없는 경우와 최초로 한국증권거래소에 상장되거나 한국증권업협회에 등록을 함으로써 물납허가통지서 발송일 전일 현재 「증권거래법」에 따라 처분이 제한된 경우에는 그러하지 아니하다.

2. 부과처분의 경위

가. 원고는 망 甲(2006. 10. 4. 사망. 이하 ‘망인’이라 한다)의 아들로써 상속인인데, 원고를 비롯한 상속인들은 2007. 2. 9. 상속재산가액 208억 25,953,903원, 상속세과세가액 275억 5,222,006원,²⁾ 납부세액 72억 95,870,034원으로 하여 상속세를 신고하였다.³⁾

나. 한편 원고는 2007. 8. 17. 현금납부한 7,866원을 제외한 나머지 상속세에 관하여 물납재산을 전남 담양군 창평면 오강리 토지 및 상속재산인 A 주식회사가 발행한 비상장주식(이하 ‘이 사건 주식’) 270,302주(1주당 평가액 26,778원, 합계 7,238,146,956원)⁴⁾로 하여 물납(변경)신청을 하였다.⁵⁾

다. 피고는 2007. 10. 1. 법 제73조 및 시행령 제73조에 따른 물납청구

2) 법 제13조, 제14조에 따라 상속재산가액에서 비과세재산가액 5,251,204원, 채무 등 합계 10억 5,658,180원을 공제하고, 증여재산가액 76억 90,177,487원을 가산하여 계산한 금액이다.

3) 피고는 2007. 7.경 상속세 조사 결과, 원고를 비롯한 망인의 상속인들이 납부할 총 세액에서 위 자진신고세액 72억 95,870,034원을 기납부세액으로 차감한 나머지 8억 12,004,920원을 추가납부세액으로 계산하여 원고를 비롯한 망인의 상속인들에게 결정 고지하였다. 일부 상속재산이 과소신고되거나 사전증여재산 및 상속개시 전 처분재산 중 일부가 신고누락되어 실제 상속재산가액은 213억 40,575,648원이고, 그중 부동산과 유가증권의 가액은 124억 72,300,555원 (=부동산 47억 6,680,555원+유가증권 77억 65,620,000원)임을 밝혀낸 것이다.

[상속재산 및 사전증여재산](추가로 조사된 재산을 포함)

구 분		결정금액	비 고
상속 재산	부동산(토지, 건물)	4,706,680,555원	물납신청
	회원권 등	45,933,000원	
	예 금	1,266,783,196원	결권설정
	유가증권	7,765,620,000원	물납신청(A 주식회사 주식)
	대여금	7,555,558,897원	A 주식회사 및 B 회사 지원금
	소 계	21,340,575,648원	
사전증여 재산		8,079,044,144원	채권 포기금액

4) 이 사건 비상장주식에 관하여는 원고가 단독상속하였다.

5) 당초 원고는 2007. 2. 9. 상속세 자진신고와 동시에 피고에게 자진신고한 상속세의 일부인 7,866원을 현금으로 납부하고, 나머지 상속세를 이 사건 주식 287,601주(1주당 평가액 25,368원, 합계 7,295,862,168원)로 물납을 신청하였는데, 피고가 2007. 7. 30. 물납신청한 비상장주식보다 우선순위에 있는 부동산이 있다는 이유로 시행령 제74조 제2항에 따라 물납재산변경명령을 함에 따라, 위와 같은 내용으로 물납(변경)신청을 하게 된 것이다.

범위(부동산 및 유가증권의 가액에 대한 상속세납부세액)는 3,892,354,407원에 불과하다는 등의 사유로, 원고가 물납신청한 이 사건 주식 270,302주 중 144,505주(1주당 평가액 26,778원, 합계 3,869,554,890원) 및 위 오강리 토지(22,815,840원)에 대하여는 수납가액을 3,892,370,730원으로 산정하여 물납을 허가하였고, 나머지 이 사건 주식 125,797주(=270,302주-144,505주)에 대하여는 물납을 불허하였다.

라. 원고는 이에 불복하여 2007. 10. 15. 심판청구를 하였고, 조세심판원의 결정에 따라 이 사건 주식 367주에 대하여 추가로 물납이 허가되었다⁶⁾(이하 피고의 이 사건 주식 125,797주에 대한 물납불허가처분 중 위와 같이 추가로 허가되고 남은 125,430주에 대한 부분을 ‘이 사건 물납불허가처분’이라 한다).⁷⁾

【原審의 判斷】

1. 원고의 주장

첫째, 피고가 이 사건 물납불허가처분을 한 근거인 시행령 제73조 제1항은 모법인 법 제73조의 위임범위를 넘어서 무효이다.

둘째, 위 규정이 유효하다고 하더라도 이 사건의 경우와 같이 이 사건 주식 외에는 실질적으로 재산적 가치가 있는 상속재산이 없어 환가하여 상속세를 납부할 다른 상속재산이 없는 경우에는 시행령 제73조 제2항의 규

6) 조세심판원은 2009. 9. 21. 이와 같이 원고의 심판청구를 일부 인용하였다. 결정이유는 상속개시 후인 2007. 4. 20. 물납순위가 비상장주식에 우선하는 토지 중 일부(상속재산가액 14,898,500원)가 처분되었는데, 피고의 당초 처분은 위 처분재산가액 14,898,500원을 납부세액에서 직접 공제하였음에 반하여, 조세심판원 결정은 처분재산가액에 상당하는 납부세액을 공제하도록 함으로써 물납허가의 범위가 일부 증가하여 그 차액만큼 물납허가 주식수가 증가하였다. 즉 $[14,898,500원 - \{부과세액 7,295,870,034원 \times (14,898,500원/21,335,324,576원)\}] \div 26,778원 = 367주$ 이다.

7) 원심판결 이유에 따라 사실관계를 정리하였다.

정에 따라 같은 시행령 제73조 제1항의 납부세액의 제약 없이 물납이 허가되어야 할 것이다.

2. 원심의 판단

가. 상속세의 물납제도와 물납의 허가요건

관계 법령에 의하면 세무서장은 ① 납세자의 적법한 신청이 있음을 전제로, ② 상속재산 중 부동산과 유가증권의 가액이 상속재산가액의 2분의 1을 초과하고, ③ 상속세납부세액이 1,000만 원을 초과하며, ④ 당해 부동산과 유가증권에 한하여, ⑤ 관리·처분성 적당한 재산에 대하여 물납을 허가할 수 있도록 되어있고, 물납을 청구할 수 있는 상속세액은 당해 상속재산인 부동산 및 유가증권의 가액에 대한 상속세액을 초과할 수 없지만, 그 초과 부분에 대하여도 상속재산인 부동산 및 유가증권 중 위 납부세액을 납부하는 데 적합한 가액의 물건이 없다고 인정할 경우에는 물납을 허가할 수 있도록 되어 있다.

나. 시행령 제73조 제1항이 무효인지 여부

법 제73조 제1항은 상속받은 재산 중 부동산과 유가증권의 가액이 당해 재산가액의 1/2을 초과하고 상속세 납부세액이 1천만 원을 초과하는 경우 “대통령령이 정하는 바에 의하여 납세의무자의 신청을 받아 당해 부동산과 유가증권에 한하여” 물납을 허가할 수 있고, 동법 제73조 제2항은 “물납가능 유가증권의 범위, 관리·처분이 부적당하다고 인정되는 경우 기타 물납 절차에 관하여 필요한 사항”을 대통령령으로 정한다고 규정하고 있을 뿐 물납을 청구할 수 있는 납부세액의 범위(물납청구의 범위)를 제한하는 것에 대하여는 명시적으로 시행령에 위임하고 있지는 않음에도, 시행령 제73조 제1항이 “물납을 청구할 수 있는 납부세액”을 “당해 상속재산인 부동산 또는 유가증권의 가액에 대한 상속세 납부세액”으로 제한한 것은 환가성이 떨어지는 재산을 취득함에 따라 거액의 조세를 부담하게 되는 납세자가 금

전납부를 강요받아 부당하게 재산권을 침해받지 않도록 하기 위한 물납제도의 취지에 비추어 모법인 법 제73조 제1항의 규정 취지에 반할 뿐 아니라 그 위임범위를 벗어나 무효라고 볼 여지가 있다.

다. 관계 법령의 취지 및 상속재산의 현황

1) 시행령 제73조 제1항의 규정 취지

시행령 제73조 제1항이 법 제73조 제1항의 “당해 부동산과 유가증권에 한하여”라는 규정을 근거로 한 것으로 유효하다고 보더라도, 시행령 제73조 제1항은, ① ‘법률상 물납이 가능한 상속재산’인 부동산 및 유가증권의 가액에 대한 상속세 납부세액은 ‘물납’하고, ② ‘법률상 물납이 가능한 재산 이외의 상속재산’에 대한 납부세액은 해당 재산을 ‘환가’하여 현금으로 납부할 것을 기본취지로 하는 규정으로서, ‘법률상 물납이 가능한 재산 이외의 상속재산’을 환가하여 물납되지 않는 상속세 납부세액을 납부하는 것이 가능할 것을 당연한 전제로 하는 규정이라고 보아야 한다.

따라서 ① 법률상 물납이 가능한 부동산 및 유가증권 이외에는 실질적인 재산가치가 없어 환가하여 상속세 납부세액을 납부할 다른 상속재산이 없는 이 사건의 경우에도 부동산 및 유가증권에 대한 납부세액에 한정하여 물납을 허용하는 것은 위 조문의 기본적인 취지에 위배되고, ② 이 사건 주식과 같이 ‘법률상 물납이 가능한 재산’의 경우에도 물납 이외에는 실질적으로 환가하여 납부세액을 납부할 방법을 찾기 어려운 경우에는 더욱 물납을 제한하는 것이 허용될 수 없다.

2) 시행령 제73조 제2항의 규정 취지

시행령 제73조 제2항은 ‘물납 가능 재산의 현황’이 제1항의 납부세액을 납부하기에 부적절한 경우에는, 제1항의 한도에 제약을 받지 않고 물납을 허용함으로써 상속세 납부에 있어 물납 가능 재산의 무리한 환가에 따른 납세자의 어려움을 덜어주기 위한 취지의 규정으로서, ‘법률상 물납이 가능한 재산 이외의 재산’으로 상속세의 완납이 현저히 곤란하고, 물납 가능 재산으로도 물납 이외에 실질적으로 환가하여 상속세를 완납할 방법을 찾기

곤란한 이 사건의 경우 납세자가 위 조항의 취지에 따라 제1항의 납부세액의 제한을 받지 않고 물납을 할 수 있도록 허용되어야 할 것이다.

나아가 피고의 주장과 같이 시행령 제73조 제2항이 물납가능 재산이 있음에도 분할 제한 등의 사유로 물납신청 허용범위 내의 세액조차도 물납할 수 없는 경우를 방지하기 위하여 규정된 것이라고 보더라도, “분할 제한”에는 단순히 물리적 분할 제한 뿐 아니라 경제적 분할 제한까지 포함되고 해석되어야 할 것이므로, 물납 대상 재산이 물리적으로 분할할 수 있는지 여부뿐 아니라, 이를 분할할 경우 분할된 부분의 경제적 가치가 분할된 비율만큼 그대로 유지되는지 여부 등도 고려하여 시행령 제73조 제2항의 적용 여부를 판단하여야 할 것이다.

이 사건 주식과 같이 부동산임대업을 주된 사업으로 실질적인 자산이 임대용 건물에 한정되는 법인의 비상장 주식의 경우에는 주식 전부가 일체로 거래되는 것이 일반적이고, 그중 일부만을 따로 분리하여 거래하는 것은 지분의 가치를 적정하게 반영하지 못하게 되며, 이미 피고가 A 주식회사의 주식 중 160,675주(40.16%)에 대하여만 물납을 허가하여 상속인들의 보유주식이 129,325주(32.33%)의 소수지분으로 축소된 상황에서는 더욱더 이 사건 주식의 환가가 곤란하게 되었을 것으로 보이고, 이 사건 주식의 물납이 허가되는 경우 피고는 A 주식회사의 주식 중 약 67.5%를 확보하게 되어 주식의 매각 또는 법인 소유 부동산의 처분이 쉽게 이루어질 수 있을 것이므로, 시행령 제73조 제2항에 따라 제1항의 납부세액의 제한을 받지 않고 이 사건 주식의 물납이 허가되어야 할 것으로 보인다.

3) 이 사건 상속재산 등의 실제현황 등⁸⁾

이 사건 주식을 물납하는 이외에 원고를 포함한 상속인들이 물납이 허가되지 않은 잔여 상속세를 납부하기 위하여 환가할 만한 상속재산 및 상속

8) 원심이 인정한 사실은 다음과 같다. (가) 이 사건 상속재산은 ① 4,521,359,011원 상당의 부동산, ② 45,933,000원 상당의 회원권, 환급금, ③ 1,266,783,196원 상당의 예금, ④ 7,765,620,000원 상당의 이 사건 주식, ⑤ 7,555,558,897원 상당의 A 주식회사 및 B 회사에 대한 대여금, ⑥ 8,079,044,144원 상당의 사전증여재산으로서 채권포기금액으로 구성되어 있다. (나) 그중 법률상 물납가능한 재산인 부동산 중 피고가 물납을 허가한 위 5필지의 토지 외의 나머지

인들의 고유재산이 없다고 보이고,⁹⁾ 나아가 피고가 이 사건 주식의 물납을 허가하여 A 주식회사의 대주주가 된 후 특별결의를 통하여 A 주식회사가 보유하고 있는 유일한 자산인 “A빌딩”을 매각하여 그 대금을 상속세에 충당하는 것이 가장 확실한 상속세의 징수방법이 될 것이라고 판단된다(더구

부동산은 공원부지 17필지, 그린벨트 4필지, 공유지분토지 8필지, 도로, 묘지 등 131필지와 망인이 사망하기 전에 전세권이나 근저당권이 설정된 24필지 등으로 모두 실질적인 재산가치가 없고, 관리·처분이 부적당한 토지들이다. (다) 예금에 대해서는 대부분인 11억 7,000만 원이 상속개시 전부터 금융기관에 채무의 담보로 질권이 설정되어 있어 사실상 회수가 불가능하다. (라) A 주식회사는 부동산임대업 등을 주요 영업으로 하고 있으나, 1989년 이후 약 20년 가까이 지속적으로 영업손실 및 당기순손실을 기록하면서 자본이 완전히 잠식되어 (2002년도에 보유건물인 빌딩을 처분하여 유일하게 당기순이익을 기록하였을 뿐이다) 1998년 이후 망인으로부터 53억 원 이상의 개인자금을 지원받아 명맥만을 유지하여 온 회사로, 2003년 이후 보유한 자산은 A빌딩밖에 없다(피고도 A 주식회사의 비상장 주식의 가액을 평가하면서 2007. 8. 31.을 기준으로 자기자본은 9,120,553,798원으로, 영업권은 -4,328,848,639원으로 평가하였다). (마) 망인의 A 주식회사에 대한 대여금 5,305,558,897원은 A 주식회사가 지속적으로 영업손실을 내자 회사를 유지하기 위하여 지원한 자금으로 망인은 2004. 6.경 A 주식회사의 지분 25%를 보유한 자에게 A 주식회사의 회생을 위하여 A 주식회사에 위 대여금을 증여한다는 의사를 명시적으로 밝힌 바 있고, 상속인들도 이 사건 변론과정에서 위 대여금 채권의 포기 의사를 수차례 밝힌 바 있다(조세심판원의 결정이유에 따르면, 피고 역시 A 주식회사가 수년 전부터 결손법인으로 사실상 위 대여금의 회수가 불가능한 것으로 조사하였다). (바) 원고가 78.48%의 지분을 보유하고 있는 B 회사는 2000. 10.경 자본금 4억 원으로 설립된 회사인데, 수년간 결손이 누적되어 망인이 지속적으로 22억 5,000만 원을 지원함으로써 유지되어 왔고, 상속개시 전인 2005. 10. 18.경 원고의 보유주식 전부를 담보로 80억 원을 차입하여 사업을 확장하였음에도, 2008년도와 2009년도에는 법인세마저 납부할 수 없어 납기연장조치를 받아 분할납부를 할 정도로 영업에 곤란을 겪고 있다. (사) 한편 상속인들은 상속개시 후에 B 회사로부터 위 대여금 중 9억 5,000만 원을 회수하여 망인이 체납한 종합소득세, 양도소득세, 증여세의 납부와 상속재산의 상속등기를 위한 취득, 등록세, A 주식회사의 파산방지를 위한 추가 지원금 등으로 사용하였고, 위에서 본 바와 같이 B 회사의 영업손실이 계속되어 회수가 사실상 어려워지자 나머지 대여금 13억 원의 채권을 포기하였다. (아) 한편 망인은 A 주식회사로부터 사업을 이관받은 C 회사에 대하여 지분의 99.5%를 보유하고 있었고, C 회사 역시 경영여건이 악화되어 기업존속을 위한 손실보전자금으로 개인자금을 계속 지원하였는데, 위 지원자금이 C 회사의 장부상 주주, 임원 차입금으로 계상되었다가 2002. 1. 1. 그때까지의 지원금 50억 원을 채권 포기하였고, 이후 추가로 지원한 개인자금 25억여 원도 2003. 10. 11. C 회사를 D 회사에 매각하면서 채권 포기하여 위 사전증여재산으로 상속재산에 포함되었다. (자) 원고나 상속인인 배우자의 고유재산 중 부동산은 이미 근저당권 또는 전세권이 설정되어 있거나, 별다른 재산적 가치가 없는 재산이고, 원고가 소유한 B 회사 주식은 앞서 본 바와 같이 이미 채무의 담보로 제공되어 추가적인 차입이 어려운 상황이며, 피고는 위 고유재산들에 대해서도 압류조치를 하였다(원고와 망인의 배우자를 제외한 나머지 상속인들에게는 별다른 고유재산이 없다).

- 9) 원심은 조세심판원의 결정이유에 따르면, 피고도 위와 같은 상속재산의 현황을 조사한 후 상속세를 납부할 만한 재산은 물납을 허가한 위 부동산과 이 사건 주식을 포함한 A 주식회사의 비상장주식 밖에 없음을 인정한 것으로 보인다고 판단하였다.

나, 원고를 포함한 상속인들은 A 주식회사에 대한 대여금 채권을 포기할 의사를 수차례 밝히기도 하였다).

라. 결론

따라서 이 사건 물납불허가처분은 앞서 본 물납제도의 취지 및 관계 법령의 입법 취지를 오인하여 물납의 요건을 갖춘 이 사건 주식의 물납을 불허함으로써 재량권을 일탈·남용한 위법이 있다.¹⁰⁾

【被告의 上告理由】

1. 상고이유 제1점 - 법 제73조 제1항의 위임범위에 대한 법리오해

원심은 시행령 제73조 제1항이 법 제73조의 위임범위를 벗어나 무효라고 볼 여지가 있다고 판단하였는데, 법의 위임범위는 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합하여 판단하여야 하는 바, 납세자로서는 시행령의 규정을 충분히 예상할 수 있었다.

2. 상고이유 제2점 - 시행령 제73조 제1항의 해석과 관련된 조세법률주의상 엄격해석의 원칙에 대한 법리오해

시행령 제73조 제2항은 “상속재산 또는 증여재산인 부동산 및 유가증권

10) 원심은, 원고는 피고의 주장과 같이 물납허가의 범위가 제한되어야 한다고 하더라도, 시행령 제73조 제1항이 규정한 ‘납부세액’은 물납대상 재산인 부동산과 유가증권의 가액에 따라 증가되는 세액으로 해석되어야 하고, 그렇게 해석할 경우 물납한도금액은 5,738,941,801원이 되어 피고가 주장하는 물납한도금액 3,893,370,730원을 크게 초과하게 되어 피고가 물납한도금액의 산정에도 오류를 범하였다는 취지의 주장도 하고 있으나, 피고가 상속세액에 전체 상속재산의 가액에 대한 부동산과 유가증권의 가액비율을 곱하여 물납한도금액을 산정한 방식에 오류가 있다고 보기 어려워 위 주장 부분은 받아들이지 않으나, 이 사건 물납불허가처분 전부가 위법하다고 판단한 이상, 원고의 위 주장이 배척되더라도 이 사건의 결론에는 영향이 없다고 판단하였다.

중 제1항의 납부세액을 납부하는데 적합한 가액의 물건이 없을 때에는 세무서장은 제1항의 규정에 불구하고 납부세액을 초과하는 납부세액에 대하여 물납을 허가할 수 있다.”고 규정하여 제2항이 인정하는 범위를 제외하고는 물납을 청구할 수 있는 납부세액의 범위를 임의로 확장할 수 없다.

3. 상고이유 제3점 - 시행령 제73조 제2항의 해석과 관련된 조세법률주의상 엄격해석의 원칙에 대한 법리오해

시행령 제73조 제2항은 물납을 청구할 수 있는 납부세액을 납부하는데 적합한 가액의 물건이 있느냐의 여부를 가지고 시행령 제73조 제1항의 납부세액을 초과하는 납부세액에 대하여도 물납을 허가할 수 있느냐를 결정하도록 규정하고 있을 뿐이지, 물납을 청구할 수 있는 납부세액을 넘어 전체 상속세의 완납이 가능한지, 상속세를 완납할 방법이 있는지, 분할 후 납은 상속재산의 환가가 용이한지 등에 대해서는 전혀 규정하고 있지 아니하다.

이 사건에 있어서는 시행령 제73조 제1항의 납부세액을 납부하는데 적합한 가액의 물건이 있어 이미 그 범위에서 물납이 허가되었음.

【解 說】

1. 쟁점의 정리

가. 관련 규정 및 소송의 경과

법 제73조 제1항은 상속재산 중 부동산과 유가증권의 가액이 당해 재산 가액의 2분의 1을 초과하고 상속세 납부세액이 1천만 원을 초과하는 경우에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 납세의무자의 신청을 받아 당해 부동산과 유가증권에 한하여 물납을 허가할 수 있되, 물납신청한 재산의 관리·처분이 부적당하다고 인정되는 경우에는 물납허가를 하지 아니할 수

있다고 규정하고 있고, 시행령 제73조는 물납을 청구할 수 있는 납부세액은 당해 상속재산인 부동산 및 유가증권의 가액에 대한 상속세납부세액을 초과할 수 없되(제1항), 상속재산인 부동산 및 유가증권 중 제1항의 납부세액을 납부하는데 적합한 가액의 물건이 없을 때에는 제1항의 규정에 불구하고 당해 납부세액을 초과하는 납부세액에 대하여도 물납을 허가할 수 있다고 규정하고 있으며(제2항), 상속개시일 이후 물납신청 이전까지의 기간 중에 당해 상속재산이 정당한 사유 없이 관리·처분이 부적당한 재산으로 변경되는 경우에는 당해 관리·처분이 부적당한 재산가액에 상당하는 상속세 납부세액은 물납을 청구할 수 있는 납부세액에서 제외한다고 규정하고 있다(제3항).

나. 쟁점의 정리

이 사건 쟁점은 이 사건 비상장주식으로 상속재산 중 부동산 및 유가증권의 가액에 대한 납부세액을 초과하는 상속세 납부세액에 대하여 물납을 할 수 있는지 여부인데, 위 쟁점과 관련하여서는 다음의 소쟁점들이 문제된다.

소쟁점 1: 물납청구금액의 범위를 부동산 및 유가증권의 가액에 대한 납부세액으로 제한하고 있는 시행령 제73조 제1항이 모법의 위임범위를 벗어나거나, 규정 취지에 위배되어 무효인지 여부(상고이유 제1점)

소쟁점 2: (시행령 제73조 제1항을 유효라고 볼 경우) 당해 부동산과 유가증권의 가액에 대한 납부세액을 초과하여 물납을 허용하는 예외요건인 시행령 제73조 제2항의 ‘상속재산인 부동산 및 유가증권 중 위 납부세액을 납부하는 데 적합한 가액의 물건이 없다고 인정할 경우’ 이외에, ‘법률상 물납가능 재산 외의 재산으로 상속세 완납이 곤란하고, 물납 가능 재산으로도 물납 이외에 환가하여 상속세를 완납할 방법을 찾기 곤란한 경우’에도 당해 부동산과 유가증권의 가액에 대한 납부세액을 초과하여 물납이 허용되는지 여부(상고이유 제2점)

소쟁점 3: (소쟁점 2에 관하여 부정설을 취할 경우) 물납대상재산이 ‘경

제적 측면에서 분할이 제한되는 경우'도 초과물납이 허용되는지 여부(=물납 대상인 부동산이나 유가증권 중 일부에 대하여만 물납을 허가할 경우 잔존 부분의 가치가 잔존 비율만큼 유지되는지 여부도 고려하여야 하는지 여부)(상고이유 제3점)

소쟁점 1 (시행령 §73① 유효 여부)	소쟁점 2 (시행령 §73②외 초과물납사유 인정 여부)	소쟁점 3 (경제적 분할 포함 여부)	결 론
유효설	부정설	부정설	상고이유 제1, 2, 3점 인용
		긍정설	추가 논의 필요
	긍정설		상고이유 제1, 2, 3점 기각 (사실인정 문제)
무효설			상고이유 제1, 2, 3점 기각

다. 검토의 방향

이 사건 쟁점에 관하여 다음과 같이 이 사건 비상장주식으로 상속재산 중 부동산 및 유가증권의 가액에 대한 납부세액을 초과하는 상속세 납부세액에 대하여 물납을 할 수 없다는 결론을 도출하였다.

소쟁점 1에 관하여는, 법 제73조 제1항의 규정 취지와 형식 등에 비추어 시행령 제73조 제1항이 위임범위를 벗어나지 않았다는 소결론을 도출하였다.

소쟁점 2에 관하여는, 시행령 제73조 제1항, 제2항의 규정 취지 등에 비추어, 명문의 규정 없이 시행령 제73조 제2항에서 정한 사유 이외에 소쟁점 2 기재와 같은 사유가 있다는 이유로 초과물납을 허용할 수 없다는 소결론을 도출하였다

소쟁점 3에 관하여는, 물납제도의 취지와 시행령 제73조 제2항의 문언상 물납 대상재산을 분할할 경우 분할된 부분의 경제적 가치가 분할된 비율만큼 그대로 유지되지 않아 경제적 측면에서 분할이 제한되는 경우까지 시행령 제73조 제2항이 적용될 수도 없을 뿐만 아니라 비상장주식의 경우 경제

적 분할이 논의될 여지가 없다는 소결론을 도출하였다.

2. 상속세 및 증여세법상 물납제도 일반

가. 물납제도의 의의와 취지

물납제도는 금전납부 원칙에 대한 예외로서 금전납부에 갈음하여 금전 이외의 재산으로 조세를 납부하는 것을 말하는데, 세금은 원칙적으로 현금으로 납부하여야 하나,¹¹⁾ 조세채무를 이행할 수 있는 충분한 유동성을 확보하지 못한 납세자의 어려움을 덜어 줌과 동시에 국가의 입장에서는 금전과 동등의 가치를 보유한 다른 재산으로 조세를 납부하도록 하여 조세의 징수권을 확보하기 위하는 데 제도적 취지가 있다.¹²⁾

즉, 세액이 다액이고 부동산 등 처분에 상당한 기간이 필요한 경우가 많은 상속세나 증여세에 있어서 현금납부의 원칙을 예외 없이 고수하게 되면 납세자로서는 커다란 어려움에 봉착하게 되므로 이를 방지하기 위한 제도로써 법률에서 규정된 경우에만 인정되는 예외적인 조세채무의 이행방법이다.¹³⁾

그런데 물납의 양면적 특성으로 인하여 납세의무자는 자신이 보유하고 있는 재산의 구성과 매각가능성을 고려하여 관리가 어렵고 매각될 가능성이 낮은 재산은 물납하고자 하고, 과세당국은 해당 재산을 매각하여 재정 수입에 충당하기 위하여 매각과 관리가 용이한 재산을 수납받고자 하게 된다.

나. 물납의 요건(법 제73조 제1항)

1) 납세의무자로부터 적법한 물납신청이 있을 것

물납은 납세의무자로부터 신청이 있는 경우에 한하고, 직권에 의한 물납

11) 국세징수법시행령 제18조 제1항은 ‘납세자가 납세고지서 또는 독촉장을 받은 경우에는 현금 또는 「증권에 의한 세입납부에 관한 법률」에 따른 증권으로 납부하여야 한다’고 규정하고 있다.

12) 김태완, “조세법상 물납제도에 관한 연구”, 서울시립대 세무학박사 학위논문(2007), 10~11.

13) 황하주, “물납제도와 그 문제점”, 한국조세연구 8권(93. 12.) 250.

허가는 허용되지 않는다. 즉, 물납으로 할 것인가 또는 금전납부로 할 것인가는 전적으로 납세의무자의 선택에 달려있다.

2) 상속받은 재산 중 부동산과 유가증권의 가액이 당해 재산가액의 2분의 1을 초과하고 그 세액이 1,000만 원(이 사건에 적용될 법에 의함)을 초과할 것

이는 금전납부가 곤란한 경우에 관한 객관적 기준을 정한 것으로 이러한 기준을 충족하지 못하는 때에는 물납을 허가할 수 없다.

3) 관리·처분에 적당한 재산일 것

물납신청을 받은 재산이 관리·처분상 부적당하다고 인정되는 경우에도 관리·처분이 가능한 다른 물납대상 재산이 있는 때에는 세무서장은 허가를 거부할 수 없고 그 변경만을 명할 수 있다(시행령 제71조¹⁴⁾). 관리·처분상 부적당한 재산만이 있을 경우에는 물납이 허용되지 않는다.

다. 물납허가의 법적 성격

판례는 물납과 그 성질이 유사한 연부연납에 관하여 연부연납의 허가요건이 충족되는 경우 연부연납을 허가하여야 하는 기속을 받는다고 판시하여 명시적으로 기속행위임을 밝힌 바 있다.¹⁵⁾ 반면 물납허가에 대하여 “비

14) 시행령 제71조 (관리·처분이 부적당한 재산의 물납) ① 세무서장은 법 제73조 제1항의 규정에 의하여 물납신청을 받은 재산이 다음 각 호의 1에 해당하는 사유로 관리·처분상 부적당하다고 인정하는 경우에는 그 재산에 대한 물납허가를 하지 아니하거나 관리·처분이 가능한 다른 물납대상 재산으로의 변경을 명할 수 있다.

1. 지상권·지역권·전세권·저당권 등 재산권이 설정된 경우
2. 물납신청한 토지와 그 지상건물의 소유자가 다른 경우
3. 토지의 일부에 묘지가 있는 경우
4. 제1호 내지 제3호와 유사한 사유로서 관리·처분이 부적당하다고 재정경제부령이 정하는 경우

15) 대법원 1992. 4. 10. 선고 91누9374 판결은 “조세법률주의 원칙상 납세의무의 성립과 범위, 징수절차 등은 법률로 규정되어야 할 뿐만 아니라, 세법의 해석, 적용에 있어서도 행정편의적인 유추해석이나 확장해석은 허용될 수 없고, 과세의 형평과 당해 조항의 합목적성에 비추어 납세자의 재산권이 부당하게 침해되지 아니하도록 하여야 하는 점, 상속세나 증여세의 연부연납제도는 국세징수절차상 일시납부의 원칙에 대한 예외로서 납세의무자에게 분할납부 및 기한유예의 권익을 법으로 보장한 것인 점, 허가요건이 구체적으로 명확하게 규정되어 있어 그 요건의 존부판단에 과세관청의 재량이 개입할 여지가 없고, 납세의무자가 일시에 납부하는 것이 곤란한 사유가 있는 경우를 그 요건으로 규정하고 있지도 아니한 점 등을

상장주식이라는 이유로만으로 관리·처분상 부적당한 것이라고 판단하여 물납신청을 불허한 것은 합리성을 결여한 것으로서 재량권의 범위를 일탈하여 위법하다고 본 원심의 판단은 옳다.”고 판단하여 마치 물납허가가 재량행위에 해당하는 듯이 판시한 바도 있다.¹⁶⁾

한편 헌법재판소는 물납할 권리라는 것은 납세자가 조세채무 실현절차상 경제적 득실이 다를 수도 있는 복수의 채무이행방법을 가짐으로써 얻는 단순한 이익에 불과할 뿐 헌법상 재산권 보장의 대상도 아니라고 판단한 바 있다.¹⁷⁾

결국 물납의 허가에 있어서 물납재산의 범위에 관하여는 관리처분이 부적당한지 여부의 판정에 있어서 과세관청의 판단 여지가 있으나, 나머지 물납요건, 물납의 한도 등에 관하여는 법에 명확한 규정을 두고 있으므로 그 요건을 갖추었음에도 과세관청이 자의로 물납을 불허하는 것은 물납제도의 취지에 반하여 허용될 수 없고 이는 재량행위가 아니라 기속행위라고 할 것이다. 또한 물납할 권리는 단순히 반사적 이익은 아니고 법률상 이익에 해당하지만 물납이 금전납부에 대한 예외로서 인정되는 임의적 조세채무 이행방법인 점에 비추어 물납할 권리라는 헌법상 재산권이 인정되지는 않는다고 할 것이다.¹⁸⁾

라. 연부연납과 물납

상속세와 증여세의 경우 세액이 거액인 경우가 많고, 취득재산도 부동산 등 환가에 상당한 기간이 필요한 재산인 경우가 많다. 따라서 이에 대한

고려할 때, 세무서장은 연부연납의 허가요건 즉, ① 세액이 400만 원을 초과하고, ② 납세담보의 제공이 있고, ③ 법정기한까지 신청서를 제출한 경우에는 그 당시 이미 상속세법 제28조 제3항 소정 연부연납허가의 취소요건사실이 존재하지 아니하는 한, 연부연납을 허가하여야 하는 기속을 받는다고 할 것이고, 다만 연부연납의 기간에 관하여는 법정기한의 범위 내에서 납세자의 신청에 따라 그 형편과 연부연납제도의 취지를 감안하여 결정할 수 있다.”고 판시하였다.

16) 대법원 1995. 7. 28. 선고 94누15820 판결, 대법원 2004. 2. 27. 선고 2003두2564 판결.

17) 헌법재판소 2007. 5. 31. 선고 2006헌바49 결정 참조.

18) 최진수, “납부세액이 1천만 원을 초과하는 경우에만 물납을 허가할 수 있도록 한 법률조항이 헌법에 위반되는지 여부”, 공법학연구 10권 2호, 385.

조치로서 현행법은 물납과 함께, 납부세액을 나누어 낼 수 있는 연부연납을 인정하고 있다. 연부연납의 경우 각 회분의 분할납부세액에 대하여 가산금이 부가되게 된다.

연부연납의 허가요건은, ① 세액이 1,000만 원¹⁹⁾을 초과하고, ② 납세담보의 제공이 있고, ③ 법정기한까지 신청서를 제출한 경우로 매우 광범위하게 인정되고 있고, 납세의무자가 일시에 납부하는 것이 곤란한 사유가 있는 경우를 그 요건으로 규정하고 있지는 않다.²⁰⁾

연부연납은 징수의 편의만을 내세워 일시납부의 원칙을 고수하게 되면 납세의무자에게 과중한 부담을 주게 되고, 경우에 따라서는 짧은 납기 내에 상속 또는 수증받은 재산 자체의 처분을 강요하는 결과가 되어 납세의무자의 생활기초마저 위태롭게 할 우려가 있으므로, 국세수입을 해하지 아니하는 한도에서 납세의무자에게 분할 납부 및 기한유예의 편의를 제공하려는 데에 그 취지가 있다고 할 것이고, 따라서 위 제도는 납세의무자의 납세자력의 유무와는 직접적인 관계가 없다.²¹⁾

우리법상 조세납부의 완화규정인 연부연납과 물납은 유기적으로 연결되어 있지 않고, 연부연납은 금전납부임에도 물납과 선택적으로 적용되고, 연부연납에 의한 분할납부세액에 대하여도 물납이 허용된다.

3. 시행령 제73조 제1항이 모법의 위임범위를 벗어나 무효인지 여부 (소쟁점 1)

가. 문제의 소재

법 제73조 제1항 본문은 상속재산 중 부동산과 유가증권의 가액이 당해

19) 이 사건에 적용될 법령의 내용이고, 현행법상으로는 2,000만 원이다. 즉, 연부연납과 물납의 허용요건이 되는 금액은 동일하다.

20) 법 제71조 제1항, 시행령 제67조 내지 69조. 이 사건 당시 시행되던 법 제71조 제2항은 연부연납 기간은 가업상속재산의 경우에는 5년(상속재산 중 가업상속재산이 100분의 50 이상인 경우에는 15년), 그 외의 경우는 연부연납 허가일로부터 3년으로 규정되어 있었다(법 제71조 제2항).

21) 대법원 1992. 4. 10. 선고 91누9374 판결.

재산가액의 2분의 1을 초과하고 상속세납부세액이 1천만 원을 초과하는 경우에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 납세의무자의 신청을 받아 당해 부동산과 유가증권에 한하여 물납을 허가할 수 있다고 규정하고 있고, 같은 조 제2항은 물납 가능 유가증권의 범위, 관리·처분이 부적당하다고 인정되는 경우 기타 물납절차에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다고 규정하고 있는데, 시행령 제73조 제1항은 법 제73조의 규정에 의하여 물납을 청구할 수 있는 납부세액은 당해 상속재산인 부동산 및 유가증권의 가액에 대한 상속세납부세액을 초과할 수 없다고 규정하고 있다.

따라서 법 제73조가 ‘물납을 청구할 수 있는 납부세액의 범위’에 관하여 대통령령에 위임한 바 없음에도 불구하고, 시행령 제73조 제1항이 그 범위를 당해 부동산과 유가증권의 가액에 대한 상속세납부세액으로 제한하였는지 즉, 위 시행령 규정은 모법의 위임이 없어 무효인지 여부가 문제될 수 있다. 시행령 제73조 제1항의 무효 여부를 살펴보기에 앞서 시행령 제73조 제1항에 따른 물납 허용범위를 먼저 간략히 살펴보기로 한다.

나. 시행령 제73조 제1항에 따른 물납 허용 범위

시행령 제73조 제1항 “물납을 청구할 수 있는 납부세액은 당해 상속재산인 부동산 및 유가증권의 가액에 대한 상속세납부세액을 초과할 수 없다.”에 따른 물납허용한도는 다음과 같다[異說 없음].

$$\text{물납허용한도} = \text{전체 상속세 납부세액} \times \frac{\text{부동산 및 유가증권의 가액 합계}}{\text{전체 상속재산 합계}}$$

즉, 현행 물납제도는 상속재산을 I 그룹(부동산과 유가증권)과 II 그룹(기타 재산)으로 나누어 I 그룹의 비중이 50%를 초과할 경우에는, I 그룹에 속한 재산으로 I 그룹에 대한 상속세를 물납할 수 있도록 허용하는 제도라고 할 수 있다. 개개 부동산이나 유가증권별로 당해 재산에 대한 상속세를 당해 재산으로 물납할 수 있다는 의미가 아니고(세율이 100%가 아닌 이상 당연함), 부동산군(群)이나 유가증권군(群)별로 물납 허용범위가 정해진다는

의미도 아니다.

기본적인 사례로 상속세율 40%일 때, 부동산 20, 유가증권 40, 기타 재산 40으로 구성된 상속재산 100이 있으면 전체 상속세액은 40이고 물납허용한도는 $24(= \text{전체 상속세액 } 40 \times \frac{\text{부동산 및 유가증권 가액 합계 } 60}{\text{전체 상속재산 } 100})$ 가 된다. 어느 재산으로 물납할 것인가에 관하여는 시행령 제74조 제2항에 정해진 순서(부동산이 유가증권보다 선 순위이다)에 따라야 하므로 이 경우 물납은 부동산 20, 유가증권 4(동 순위인 유가증권 내에서 무엇으로 물납할 것인가는 납세자가 선택한다)로 이루어지게 될 것이다.

다. 시행령 제73조 제1항의 무효 여부에 관한 견해의 대립

1) 시행령 유효설: ‘물납을 청구할 수 있는 납부세액의 범위’도 시행령에 위임되어 있다는 견해이다. 논거는 다음과 같다.

① 법 제73조 제1항은 “대통령령이 정하는 바에 의하여 ……물납을 허가할 수 있다.”고 규정하여 시행령에 물납의 범위 등에 관하여 비교적 포괄적으로 위임을 하였다.

② 법 제73조 제1항은 “당해 부동산과 유가증권에 한하여”라는 제한문구를 명시적으로 포함하고 있으므로 물납허가가 무제한적이 아니라 물납대상 부동산과 유가증권에 해당하는 납부세액에 대하여만 허용됨을 예측할 수 있다.²²⁾

③ 물납은 현금납부에 대한 예외적·보충적 제도로 복수의 채무이행방법을 가짐으로써 얻는 단순한 이익에 불과하고, 현금으로 납부하는 납세자와의 형평을 고려하고 조세징수의 충실을 기할 입법정책적 필요가 크므로 시행령에서 물납청구의 범위에 관하여 제한하더라도 모법 규정 취지에 반한다고 볼 수 없다.

④ 법 제73조 제2항이 시행령에 위임하고 있는 “기타 물납절차에 관하여 필요한 사항”은 같은 조항에서 예시된 “물납 가능 유가증권의 범위, 관

22) 원심판결 역시 “당해 부동산과 유가증권에 한하여”라는 문구로 인하여 물납을 청구할 수 있는 납부세액의 범위가 시행령에 위임되어 있다고 해석할 여지가 있다고 보고 있다.

리·처분이 부적당하다고 인정되는 경우”에 비추어 단순한 물납절차만이 아니라 물납요건을 포함하는 의미로 볼 수도 있다.

⑤ 법 제73조 제1항 및 같은 시행령 제73조 제1항은 상속세법 제정 시점부터 현재까지 60여 년간 큰 변동 없이 동일한 취지로 규정되어 왔으므로 법적 안정성의 측면에서 그 효력을 존중할 필요가 있다.

2) 시행령 무효설: ‘물납을 청구할 수 있는 납부세액의 범위’는 시행령에 위임되어 있지 않다는 견해이다. 논거는 다음과 같다.

① 법 제73조 제1항은 대통령령에 납세자의 신청 등 물납절차를 위임하고 있을 뿐, 물납허가 한도액에 관하여 명시적으로 시행령에 위임하고 있지 않다.

② 법 제73조 제1항이 규정하는 물납허가 한도액의 제한은 환가성이 떨어지는 재산을 취득하였음에도 금전납부를 강요받는 재산권 침해를 방지하기 위한 물납제도의 취지에 반한다.

라. 판례

1) 위임입법의 한계를 일탈했는지 여부에 관한 판단 기준

① 대법원 2008. 11. 27. 선고 2006두19570 판결²³⁾

어느 시행령의 규정이 모법의 위임범위를 벗어난 것인지 여부를 판단함에 있어서 중요한 기준 중 하나는 예측가능성²⁴⁾인바, 이는 당해 시행령의 내용이 이미 모법에서 구체적으로 위임되어 있는 사항을 규정한 것으로서 누구라도 모법 자체로부터 그 위임된 내용의 대강을 예측할 수 있는 범위 내에 속한 것이어야 함을 의미하고, 이러한 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니고 법률의 입법 취지 등을 고려하여 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합하여 판단하여야 한다.

23) 대법원 2007. 10. 26. 선고 2007두9884 판결, 대법원 2010. 11. 25. 선고 2009두14613 판결 등도 같은 취지이다.

24) 시행령이 유효하기 위해서는 모법으로부터 예측가능한 범위 내에 포함되어 있어야 된다는 의미로 보인다.

② 대법원 2009. 6. 11. 선고 2008두13637 판결²⁵⁾

법률의 시행령이나 시행규칙은 그 법률에 의한 위임이 없으면 개인의 권리·의무에 관한 내용을 변경·보충하거나 법률에 규정되지 아니한 새로운 내용을 정할 수는 없지만, 법률의 시행령이나 시행규칙의 내용이 모법의 입법 취지 및 관련 조항 전체를 유기적·체계적으로 살펴본다 모법의 해석상 가능한 것을 명시한 것에 지나지 아니하거나 모법 조항의 취지에 근거하여 이를 구체화하기 위한 것인 때에는 모법의 규율 범위를 벗어난 것으로 볼 수 없으므로, 모법에 이에 관하여 직접 위임하는 규정을 두지 않았다고 하더라도 이를 무효라고 볼 수는 없다.

2) 구체적 사례

① 대법원 2012. 5. 10. 선고 2010두1682 판결

[사 안]

구 부가가치세법 제12조 제4항은 “사업자는 제1항의 규정에 의하여 부가가치세가 면제되는 재화 또는 용역의 공급으로서 제11조의 규정에 의하여 영세율 적용의 대상이 되는 것과 제1항 제11호, 제13호 및 제16호의 재화 또는 용역의 공급에 대하여는 대통령령이 정하는 바에 의하여 부가가치세의 면제를 받지 아니할 수 있다.”고 규정하고 있었다.

그런데 구 부가치세시행령 제47조 제1항은 “법 제12조 제1항의 규정에 의하여 부가가치세가 면제되는 재화 또는 용역의 공급이 법 제11조의 규정에 의하여 영세율 적용의 대상이 되는 경우와 제37조 제1호에 규정하는 학술연구단체 또는 기술연구단체가 이를 공급하는 경우에 법 제12조 제4항의 규정에 의하여 부가가치세의 면제를 받지 아니하고자 하는 사업자는 다음 각 호의 사항을 기재한 면세포기신고서에 의하여 관할세무서장에게 신고하고, 법 제5조의 규정에 의하여 지체 없이 등록하여야 한다.”고 규정하여 법 제12조 제4항의 면세포기를 할 수 있도록 허용한 영세율, 법 제12조 제1항 제11호, 제13호 및 제16호 중 영세율과 제16호에 관하여만 면세포기 절차를 규정하였다.

25) 대법원 2010. 8. 19. 선고 2010두1750 판결도 같은 취지이다.

따라서, 법 제12조 제4항은 영세율, 법 제12조 제1항 제11호, 제13호 및 제16호 모두를 면세포기 대상으로 하면서 다만 그 구체적인 면세범위와 절차만을 시행령에 위임하였는데도 시행령이 면세포기의 대상까지 제한한 것은 위임의 범위를 벗어났다는 주장이 있었다.

[판 단]

법이 면세대상 중 일부에 한정하여 이를 면세포기 대상으로 규정한 것은 면세사업자의 일방적인 면세포기로 인하여 소비자의 세부담이 증가되는 것을 방지하기 위한 것으로 해석되고, 나아가 법에서 제한적으로 규정한 면세포기 대상 재화 또는 용역 중 구체적으로 포기가 허용되는 재화 또는 용역의 범위 자체도 경제상황 및 시대상황에 맞추어 수시로 변경될 필요가 있음을 감안하여 그 범위와 신고절차 등에 관하여 대통령령에 위임함으로써 탄력적인 운영이 가능하도록 한 것이라고 해석되며, 이는 조세법률주의의 원칙이나 포괄위임 입법금지의 원칙에 반하지 아니한다.

따라서 시행령 제47조 제1항이 법 제12조 제1항 제11호에서 규정한 위임대용역에 관하여 신고 및 등록절차를 정하지 아니한 것은 위임대용역에 대한 면세포기를 허용하지 아니하는 취지로서 법 제12조 제4항의 위임의 범위를 벗어나지 아니하여 유효하다.

② 대법원 2011. 10. 13. 선고 2009두22072 판결

[사 안]

구 관세법 제241조 제1항은 ‘물품을 수입하고자 하는 때에는 당해 물품의 품명·규격·수량 및 가격 등을 세관장에게 신고하여야 한다’고 규정하고, 제243조 제2항은 ‘제241조 제1항의 규정에 의한 수입의 신고는 당해 물품을 적재한 선박 또는 항공기가 입항한 후에 한하여 이를 할 수 있다’고 규정하며, 제244조 제1항은 ‘수입하고자 하는 물품의 신속한 통관이 필요한 때에는 제243조 제2항의 규정에 불구하고 대통령령이 정하는 바에 의하여 당해 물품을 적재한 선박 또는 항공기가 입항하기 전에 수입신고를 할 수 있다’고 규정하고 있었다.

구 관세법 시행령 제249조 제1항은 ‘법 제244조 제1항의 규정에 의한 수

입신고는 당해 물품을 적재한 선박 또는 항공기가 그 물품을 적재한 항구 또는 공항에서 출항하여 우리나라에 입항하기 5일 전(항공기의 경우 1일 전)부터 할 수 있다'고 규정하고, 제3항은 '제1항의 규정에도 불구하고 다음 각 호의 1에 해당하는 물품은 당해 물품을 적재한 선박 등이 우리나라에 도착된 후에 수입신고하여야 한다'고 규정하면서, 제1호에서 '법령의 개정에 따라 새로운 수입요건의 구비가 요구되거나 당해 물품이 우리나라에 도착하는 날부터 높은 세율이 적용되도록 입법예고된 물품'을 규정하고 있었다("이 사건 시행령 규정").

[판 단]

이 사건 시행령 규정이 세법 개정에 따라 높은 세율의 적용이 예고되어 있는 물품에 대하여 입항 전 수입신고를 제한하더라도 이를 두고 법 제244조 제1항의 위임범위를 벗어나 무효라고 할 수 없다.

법 제244조 제1항의 문언상 입항 전 수입신고의 절차와 방법만을 시행령에서 정하도록 위임한 것이 아니므로 시행령이 입항 전 수입신고의 대상에 관하여도 필요한 경우 일정한 제한을 하는 것을 충분히 예상할 수 있다.

입항 전 수입신고는 신속한 통관의 편의를 위하여 법 제243조 제2항에 의한 입항 후 수입신고의 원칙에 대한 예외로서 인정된 것인 만큼 그로 인하여 법령의 개정이 예고되어 있는 상황에서 그 개정 법령의 적용을 회피하는 결과까지 초래되는 것은 바람직하지 않으므로 이와 같은 경우에 시행령에서 입항 전 수입신고를 제한하더라도 모법의 취지에 반한다고 할 수 없다.

마. 검토

1) 모법의 위임

가) 모법의 위임이 없는지 여부

물납은 조세의 현금납부원칙에 대한 예외로 인정되는 점, 물납이 허용되는 재산을 부동산과 유가증권으로 한정하고 있는 점 등에 비추어 법 제73조 제1항이 상속세 납부세액 전부에 대하여 물납을 허용하는 취지로 보기

는 어렵다.

오히려 법 제73조 제1항은 물납이 허용되는 납부세액의 범위도 대통령령에 위임하였다고 봄이 상당하다. 즉 ① 문언상 물납신청 방법이나 허가 절차만을 시행령에서 정하도록 위임하였다고 보기는 어렵고(법 제73조 제2항은 별도로 ‘물납절차에 필요한 사항’을 대통령령에 위임하고 있다)²⁶⁾ 물납 허가에 관한 사항을 비교적 포괄적으로 시행령에 위임을 하고 있고, ② 법 제73조 제1항에서 정한 물납요건이 충족되는 경우 당연한 귀결로서 물납이 허용되는 납부세액의 범위 역시 정해져야 하므로 시행령이 물납허가 한도액에 관하여도 일정한 제한을 하는 것을 충분히 예상할 수 있다.

한편 법 제73조 제1항이 포괄위임 금지나 과세요건명확주의 등 조세법률주의에 위배된다고 볼 수도 없다.²⁷⁾ 즉 ① 위 조항은 물납요건, 물납 대상 재산 등에 비추어 물납이 허용되는 납부세액의 범위를 정하도록 하는 위임 내용을 포함하고 있음을 쉽게 알 수 있고, ② 물납은 납세자의 기본적 재산권이라기보다 납세자의 편의를 위하여 마련된 제도로서 물납청구의 범위도 납부세액 전액이 아니라 제한될 수 있음은 당연한 점과 위와 같은 위임 취지를 종합하면 물납청구의 범위에 관하여 대통령령에서 정해질 내용의 대강도 부동산과 유가증권에 대한 납부세액을 기준으로 정해질 것임을 충분히 예측할 수 있으며, ③ 물납제도는 납세자에게 권리를 부여하는 규정일 뿐 의무를 부과하거나 부담을 강요하는 제도가 아니고 납세의무자가 물납제도를 이용하지 못함으로 인한 불이익은 원칙적인 방법인 금전납부를 하게 된다는 것에 불과하다.

결국 시행령 제73조 제1항이 모법의 위임이 없다고 보기는 어렵다.

2) 법 제73조 제1항의 규정 취지에 반하는지 여부

가) 법 제73조 제1항의 규정 취지(=현행법상 물납제도의 취지)²⁸⁾

① 납세의무자의 편의를 위한 측면

26) 2011. 12. 31. 개정된 시행령은 제73조 제2항에서 “물납절차 및 물납신청절차에 필요한 사항”을 대통령령에 위임하여 위임범위를 더욱 명확히 하고 있다.

27) 대법원 2000. 6. 23.자 98아49 결정.

28) 헌법재판소 2007. 5. 31. 선고 2006헌바49 결정.

현금납부의 원칙을 유지할 경우 조세납부를 위한 자금을 마련하기 위해 상속재산 등의 무리한 현금화를 강요받는 등의 납세자의 어려움을 구제하기 위한 것이다.

② 조세징수의 확보를 위한 측면

세금의 납부는 현금납부가 원칙이고 물납은 그 예외인 만큼 현금으로 납부하는 납세의무자와의 형평을 고려하고 조세징수의 충실을 기할 필요가 있다.

나) 시행령 제73조 제1항이 법 제73조의 규정 취지에 위배되어 무효인지 여부

‘납세자의 편의를 위한 측면’을 강조할 경우에는 현행 규정에 대하여 다음과 같은 비판이 가능할 것이다. 즉 ① 부동산 및 유가증권 이외 다른 재산의 환가가 용이하지 않은 경우에는 다른 재산에 관한 납부세액에 관하여도 부동산과 유가증권으로 물납을 허용하여야 하고, ② 납세자의 금전납부의 곤란함에 대한 고려 없이 물납한도액을 제한하는 것은 물납제도의 기본 취지에 어긋난다.

그러나 다음의 점에 비추어 물납을 일정한 경우로 제한할 합리적 필요가 있다.²⁹⁾ 즉 ① 물납은 현금납부에 비하여 그 수납절차가 복잡하고, 국가로서는 물납재산을 관리·처분하여야 하는 등 징수비용이 많이 들어가고, ② 특히 비상장주식은 대부분 가족중심으로 운영되는 소규모기업 주식이어서 경영자 등의 사망으로 주가가 하락하는 경우가 많고 또 환금성이 낮을 뿐 아니라 그 처분가액이 당초 상속·증여가액보다 낮아지는 경우가 많아 조세징수의 충실을 해치고 국가의 재정부담을 초래하게 되고, ③ “당해 부동산과 유가증권에 한하여”란 문구에 비추어 물납이 허용되는 세액의 범위 역시 물납대상 부동산과 유가증권에 해당하는 납부세액에 한정된다는 점이 시행령에 규정되리라고 예상할 수 있다.

결국 다음의 점에 비추어 시행령 제73조 제1항이 모법의 규정 취지에 반하여 무효라고 볼 수는 없음. 즉 ① 법 제73조 제1항은 납세의무자의 금

29) 헌법재판소 2007. 5. 31. 선고 2006헌바49 결정.

전재산 보유액 등에 관계없이 과세대상 구성비율과 조세부담액³⁰⁾을 물납허가요건의 판단 기준으로 하고 있고, 시행령 제73조 제1항 역시 물납허가 한도액에 대하여도 동일하게 과세대상을 기준으로 부동산과 유가증권에 대한 상속세액으로 정하고 있고, ② 물납제도는 세금의 현금납부원칙의 예외로서 도입된 제도이며, ③ 물납 대상 재산에 대한 세액을 초과하여 물납을 허용할 경우 물납 대상 재산을 보유하지 아니한 납부자들과의 형평³¹⁾에 문제가 발생할 수 있고, ④ 시행령 제73조 제2항은 일정한 범위 내에서 예외를 인정하여 부동산과 유가증권에 대한 상속세액을 초과하는 물납을 허용하고 있으며, ⑤ 참고로 현행법이 과세대상 구성 여부에 의해서만 한도액을 규정하고 납세의무자의 금전재산 보유액에 대하여 고려하지 않고 있는데 대하여 비판하는 견해가 있는바, 위 견해가 제시하는 대안은 과세대상 구성 여부에 관계없이 금전재산 보유액에 따라 물납한도액을 정하자는 것이 아니라, 물납한도액이 과세대상액에 대한 물납대상재산의 비율과 납세의무자의 금전납부 곤란액 중 적은 금액이 되어야 한다는 것이다.³²⁾

다) 소결

구 시행령 제73조 제1항이 구 법 제73조 제1항의 위임이 없거나 위임범위나 규정 취지를 벗어나 무효라고 볼 수는 없다.

마. 상고이유 제1점에 관한 검토

시행령 제73조 제1항이 모법의 위임이 없거나 위임범위를 벗어나 무효라고 할 수 없다. 이와 달리 판단한 원심판단은 위임입법의 한계에 관한 법리오해의 위법이 있다.

30) 총상속재산 중 부동산과 유가증권 합계액이 2분의 1 이상, 조세부담액 1천만 원 초과를 의미한다.

31) 물납제도가 없는 세목에 대한 납세자, 물납 대상 유가증권이 아닌 유가증권만 상속받은 납세자, 상속재산 중 부동산과 유가증권의 가액이 전체 상속재산가액의 2분의 1 이하인 납세자 등 현금으로만 납부해야 하는 납세자들과의 형평성을 고려해야 한다.

32) 김태완(주 12), 67.

4. 시행령 제73조 제2항에 의한 경우 외에도 초과물납이 허용될 수 있는지 여부(소쟁점 2)

가. 문제의 소재

시행령 제73조는 원칙적으로 물납을 청구할 수 있는 상속세액은 당해 상속재산인 부동산 및 유가증권의 가액에 대한 상속세액을 초과할 수 없지만(제1항), 상속재산인 부동산 및 유가증권 중 위 납부세액을 납부하는데 적합한 가액의 물건이 없다고 인정할 경우에는 그 초과 부분에 대하여도 물납을 허가할 수 있다고(제2항) 규정하고 있다.

그런데 시행령 제73조 제2항에서 정한 요건 외에, 다른 초과물납요건이 인정될 수 있는지, 예컨대 ‘법률상 물납가능 재산 외의 재산으로 상속세 완납이 곤란하고, 물납 가능 재산으로도 물납 이외에 환가하여 상속세를 완납할 방법을 찾기 곤란한 경우’에도 당해 부동산과 유가증권의 가액에 대한 납부세액을 초과하여 물납이 허용되는지 여부에 관한 견해 대립을 상정할 수 있다.³³⁾

위와 같은 견해 대립에 관하여 살펴보기에 앞서, 다른 초과물납사유를 인정하는 긍정설의 경우에도 시행령 제73조 제2항의 기본적인 해석은 부정설과 특별한 차이가 없다고 판단되므로 시행령 제73조 제2항의 의미에 관하여 먼저 간략히 살펴보기로 한다.

나. 시행령 제73조 제2항에 의한 초과물납요건

시행령 제73조 제2항이 규정하는 “상속재산인 부동산 및 유가증권 중 제1항의 납부세액을 납부하는 데 적합한 가액의 물건이 없을 때”는 “물납 대상 재산의 수납가액이 물납이 허용되는 납부세액을 초과할 경우”를 의미한다. 즉 시행령 제73조 제1항에 의한 물납허가 한도액보다 물납할 부동산 및 유가증권의 가액이 크고 관련 법령에 따라 분할이 제한되는 등의 사유

33) 실제로 이 부분에 관하여 논의하는 문헌을 찾을 수는 없다. 원심(원고)의 견해를 긍정설로 상정하고 논의한다.

로 제1항의 납부세액에 맞게 분할할 수 없는 경우 제1항에 의하여 물납신청이 허용되는 범위의 납부세액조차도 물납할 수 없게 되는 것을 방지하기 위한 취지로 해석된다.³⁴⁾

과세실무에서 실제 문제된 사례³⁵⁾를 변형하여 예시하면 다음과 같다.

상속세 및 상속재산 현황: 전체 상속세 1억 원, 상속재산 10억 원(=오피스텔 1억 원+아파트 7.5억 원+금융자산 1.5억 원)

시행령 제73조 제1항에 의하여 물납을 청구할 수 있는 범위:

$$1\text{억 원} \times \frac{\text{부동산 및 유가증권가액 합계 } 8.5\text{억 원}}{\text{상속재산 } 10\text{억 원}} = 0.85\text{억 원}$$

그런데 물납가능 재산 중 0.85억 원을 물납하기에 적합한 가액의 물건(즉, 0.85억 원 짜리 부동산이나 유가증권)이 없고, 1억 원의 오피스텔이 있을 뿐이다. 만약 위 오피스텔에 대하여 물납을 불허한다면 정당하게 물납이 허용되는 0.85억 원까지도 물납하지 못하는 결과가 된다. 따라서 0.85억 원을 초과하는 금액에 관하여도 시행령 제73조 제2항에 따라 물납을 허용하여 1억 원의 오피스텔로 전체 상속세를 물납할 수 있게 되고 기타 재산에 대한 상속세 0.15억 원도 현금 납부가 필요 없게 된다.

다. 견해의 대립

1) 긍정설

시행령 제73조 제1항과 제2항의 규정 취지로부터 시행령 제73조 제2항에 규정된 초과물납사유 외의 또다른 초과물납사유를 도출하는 견해이다. 위 견해에서는 시행령 제73조 제1항은 물납이 허용되는 부동산 및 유가증권에 대한 상속세는 물납하고, 물납이 허용되지 않는 부동산 및 유가증권 외의 재산에 대한 상속세는 부동산 및 유가증권 외의 재산을 환가하여 현금으로 납부할 것을 기본 취지로 하므로 부동산과 유가증권 외의 상속재산을 환가하여 당해 재산에 대한 물납되지 않는 상속세액을 납부하는 것이

34) 황하주(주 13), 255; 박훈·채현석, “상속·증여세 실무 해설”(2010), 521. 역시 물납세액에 상응하도록 상속재산을 분할하여야 하는 문제를 해소하기 위한 조치로 보고 있다.

35) 서면 4탐-3677(2007. 12. 26.).

가능할 것을 당연한 전제로 하는 규정이고, 시행령 제73조 제2항은 ‘물납 가능 재산의 현황’이 제1항의 납부세액을 납부하기에 부적절한 경우에는, 제1항의 한도에 제약을 받지 않고 물납을 허용함으로써 상속세 납부에 있어 물납 가능 재산의 무리한 환가에 따른 납세자의 어려움을 덜어주기 위한 취지의 규정이라고 본다.

구체적인 요건과 관련해서는 견해가 나뉠 수 있으나, 이 사건의 원심(원고)이 제시한 사유는 “‘법률상 물납이 가능한 재산 이외의 재산’으로 상속세의 완납이 현저히 곤란하고, 물납 가능 재산으로도 물납 이외에 실질적으로 환가하여 상속세를 완납할 방법을 찾기 곤란한 경우”이다. 전체 상속세액의 완납이 곤란한지 여부를 판단함에 있어 납세의무자의 고유재산인 금전적 자산을 고려할지에 관하여는 견해 대립을 상정할 수 있으나,³⁶⁾ 일응 원심은 고유재산까지 고려하여 상속세 완납 가능 여부를 판단하고 있다.

이 견해는 물납제도는 금전납부에 곤란을 가지는 납세의무자의 편의를 위한 제도이므로 상속재산의 현황상 금전납부에 어려움을 가지는 경우에는 시행령 제73조 제2항 등 문언에 구애됨이 없이 제1항에서 정한 납부세액을 초과하는 물납을 널리 허용하는 견해로 이해된다. 이 견해는 금전납부에 곤란을 가지는 납세의무자 중 관리·처분가능한 부동산이나 유가증권을 보유한 자를 널리 보호할 수 있는 장점이 있는 반면, 문언상 근거 없이 법원이 새로운 초과물납 예외사유를 창설하는 해석으로서 다른 납세의무자들과 사이에 조세 형평에 문제가 발생할 수 있는 단점이 있다.

2) 부정설

시행령 제73조 제2항에서 규정한 초과물납 사유 외에는 원칙적으로 초과물납을 허용하지 않는 견해이다. 부정설이 긍정설과 달리 또다른 초과물납사유를 인정하지 않는 논거는 ㉠ 법문상 근거가 없고, ㉡ 시행령 제73조

36) 고려할 필요가 없다는 견해의 논거는 ① 납세의무자의 고유재산인 금전적 자산의 증가는 상속세 및 증여세 이외의 조세의 대상이 되므로 해당 물납 관련 조세의 세원과 납세의무자의 다른 금전적인 자산은 별개이고, ② 금전납부의 곤란판정범위가 납세의무자 고유재산으로 확장될 경우에는 납세의무자의 사회적 지위, 직업 또는 생활상태 등의 유지에 곤란을 가져올 수 있다는 것이다.

제1항, 제2항의 규정 취지를 긍정설과 달리 이해하기 때문이다. 이 견해에 서는 법 제73조 제1항이 금전으로 납부하기 곤란한지 여부를 판정함에 있어서, 납세의무자의 금전재산 보유액 등에 관계없이 객관적 기준인 과세대상 구성비율과 조세부담액³⁷⁾을 물납허가요건의 판단 기준으로 하고 있는 것과 마찬가지로 시행령 제73조 제1항 역시 물납허가 한도액에 대하여도 과세대상을 기준으로 정하고 있고, 시행령 제73조 제2항의 규정 취지 역시 앞서 본 바와 같이 시행령 제73조 제1항에 의한 물납허가 한도액보다 물납할 부동산 및 유가증권의 가액이 크고 관련 법령에 따라 분할이 제한되는 등의 사유로 제1항의 납부세액에 맞게 분할할 수 없는 경우 제1항에 의하여 물납신청이 허용되는 범위의 납부세액조차도 물납할 수 없게 되는 것을 방지하기 위한 것이라고 보고 있다.

이 견해에서는 법 제73조 제1항, 시행령 제73조 제1항이 물납허가요건 및 한도액을 객관적 판단 기준인 과세대상의 구성, 조세부담액, 일정한 과세대상에 대한 납부세액으로 정하고 있는 것과 마찬가지로 시행령 제73조 제2항 역시 물납허가 한도액의 예외사유를 납세의무자의 금전재산 보유액 등과 관계없이 객관적인 기준에 따라 정하고 있다고 보고 있다.

이 견해는 시행령 제73조 제1항, 제2항의 문언에 충실한 해석으로서 시행령 제73조 제2항은 같은 조 제1항에서 인정한 물납을 청구할 수 있는 납부세액을 넘어 전체 상속세의 완납이 가능한지, 상속세를 완납할 방법이 있는지, 분할 후 남은 상속재산의 환가가 용이한지에 대하여는 전혀 규정하고 있지 않다는 점, 물납의 예외적 성격에 비추어 문언에 근거 없이 확대해석하기는 곤란한 점, 예외를 인정하더라도 혜택은 일부 부동산 및 유가증권 소유자로 제한되고 모든 문제가 해결되지도 않으므로 물납으로 인한 형평성 문제가 더욱 제기될 수 있는 점 등을 논거로 하고 있다.

이 견해에 의하면 조세납부로 인하여 유동성 장애가 발생하는 납세의무자들이 있을 수 있는 단점이 있다.

37) 총상속재산 중 부동산과 유가증권 합계액이 2분의 1 이상, 조세부담액 1천만 원 초과를 의미한다.

라. 판례와 과세실무

이에 관하여 판단한 명시적 판례, 과세실무는 없음.

과세실무는 부정설에 따르고 있는 것으로 보이고³⁸⁾ 시행령 제73조 제2항에서 정한 사유 외에 초과물납이 인정된 사례는 없는 것으로 보인다.

판례 중에는 물납신청 재산이 관리·처분상 부적당하다는 이유로 한 물납불허가처분에 대하여 당해 재산이 관리·처분상 부적당하지 않다는 점과 함께, 부가적으로 ‘물납신청이 받아들여지지 않을 경우 달리 이 사건 상속세의 재원을 마련하기가 쉽지 않으리라 보이고, 피고로서도 이를 확보할 다른 수단이 엿보이지 않은 점’ 등을 이유로 재량권남용으로 판단한 원심 판결을 수긍한 예가 있다.³⁹⁾ 앞서 본 바와 같이 물납허가 자체는 기속행위에 해당하되, 관리·처분이 부적당한지 여부에 관하여는 과세관청의 판단여지가 작용할 수 있고, 위 판시는 이러한 점을 반영한 것으로 이해된다. 판례가 물납 자체의 허가 여부나, 초과물납사유를 판단함에 있어 상속세 재원 마련 등을 고려하고 있다고 볼 수는 없다.

마. 검토

1) 긍정설과 부정설의 구체적 차이

다음의 사례를 통하여 긍정설과 부정설의 차이를 보이고, 현행법상 현금납부가 곤란한 상황이 발생하는 사유에 대하여 살펴보기로 한다.

상속 재산	부동산, 유가증권		부동산, 유가증권 외의 재산	
	관리·처분 가능 (=물납가능)	관리·처분 곤란 (=물납불능)**	환가 곤란	환가 용이
상속재산(100)	40(A)***	20(B)	40(C)	0 ⁴⁰⁾
상속세(40)*	16(a)	8(b)	16(c)	0

* 상속세율은 설명의 편의상 40%의 단일세율을 가정함.

38) 물납을 청구하는 부동산이 관련 법령에 따라 면적을 분할할 수 없는 경우로서 당해 상속세액을 납부하는데 적합한 부동산 및 유가증권이 없는 경우에는 당해 상속세액을 초과하는 세액에 대하여도 물납을 허가할 수 있다[재삼 46014-309(1999. 3. 26.)].

39) 대법원 2004. 2. 27. 선고 2003두2564 판결.

40) 부동산, 유가증권 이외의 재산 중 환가 가능한 재산이 있고, 그것으로 부동산, 유가증권 이외의 재산에 대한 상속세 납부가 가능한 경우에는 긍정설, 부정설 사이에 차이가 없다.

- ** 부동산, 유가증권 중 관리·처분 곤란 재산은 원래 법 제73조 제1항 단서에서 물납 불능 재산으로 규정하고 있는 개념이지만, 특성상 환가곤란한 경우가 대부분이므로 일응 환가가 곤란한 재산으로 전제함.
- *** 관리·처분이 가능한 부동산, 유가증권은 분할이 가능함을 전제로 하고(즉, 시행령 제73조 제2항의 초과물납이 인정되는 경우는 없다고 가정함), 역시 환가는 곤란한 것으로 전제함(물납 대상 재산이 전부 환가가능할 경우에는 물납 가능 재산이 환가가 어려울 것을 전제로 하는 긍정설이 적용될 여지가 없음).

순 번	상속재산의 구성	상속세	긍정설		부정설	
			물납 가능	납부 곤란*	물납 가능	납부 곤란*
1**	A, B, C(100)	40	a, b, c(40)	0	a, b(24)	c(16)
2	A, B(60)	24	a, b(24)	0	a, b(24)	0
3	A, C(80)	32	a, c(32)	0	a(16)	c(16)
4	B, C(60)	24	0	b, c(24)	0	b, c(24)
5	A(40)	16	a(16)	0	a(16)	0
6	B(20)	8	0	b(8)	0	b(8)
7	C(40)	16	0	c(16)	0	c(16)

- * “납부곤란”이란 각 설에 따른 경우 물납도 불가능하고, 부동산 및 유가증권 이외의 재산으로 납부도 곤란하여 현실적으로 납부가 곤란한 상속세액을 지칭함.
- ** 순번 1에 대한 설명은 다음과 같음(순번 2 내지 7도 마찬가지임). 상속재산이 A, B, C로 구성될 경우(합계 100), 전체 상속세는 40(=a+b+c), 부동산 및 유가증권 60(=A+B)에 대한 상속세는 24(=a+b), 기타 재산 40(C)에 대한 상속세는 16(c)임. 긍정설에 따른 경우 시행령 제73조 제1항에 따른 물납가능액인 24(=a+b) 외에도 기타 재산 40(C)는 환가가 곤란하여 C에 대한 상속세 16(c)을 납부할 수 없으므로 역시 물납이 허용되게 되므로 상속세 40(=a+b+c) 전체에 대하여 물납이 가능하게 되고 납부가 곤란한 상속세액은 존재하지 않음. 그러나 부정설에 의한 경우 시행령 제73조 제1항에 따른 물납가능액인 24(=a+b)만 물납이 허용되고 기타 재산 40(C)에 관하여는 환가곤란 여부에 관계없이 물납이 허용되지 않아 현금으로 납부하여야 하므로 C에 대한 상속세 16(c)에 대하여는 납부가 곤란하게 됨.

긍정설은 결국 부동산, 유가증권 외의 재산 중 환가곤란한 재산(C)이 있고, 부동산, 유가증권 이외의 재산 중 환가 가능한 재산으로 이에 대한 상속세(c)를 납부할 수 없는데 부동산, 유가증권 중 관리·처분한 재산의 가액이 이에 충당할 수 있는 경우(순번 1, 3)를 해결하기 위한 방안이라고 할

수 있다(순번 1, 3은 부정설은 납부곤란한 상속세가 있는 반면, 긍정설은 없음).

그러나 위 사례에서 보면 현행법상 관리·처분이 곤란하여 물납이 불가능한 재산(부동산 또는 유가증권 여부 불문. B 또는 C)만으로 구성되어 있는 경우에는 긍정설, 부정설에 관계없이 상속세 납부가 곤란하게 되고(순번 4, 6, 7),⁴¹⁾ 물납가능 재산(A)이 포함된 경우도 A가 전체 상속세액(a+b+c)에 미달할 경우는 마찬가지이다. 즉, 현행법상 납부 곤란한 경우가 발생하는 근본적인 원인은 물납청구액이 제한되기 때문이라기보다는 관리·처분이나 환가가 곤란한 재산에 대하여도 상속세가 부과되고 법 제73조 제1항이 물납가능 재산을 관리·처분이 가능한 부동산, 유가증권으로 한정하기 때문이라고 할 수 있다.

긍정설은 납세자의 권익 보호를 위하여 물납의 허용범위를 시행령 제73조 제2항의 문언에 구애되지 않고 확대함으로써 현금납부가 곤란한 경우 중 일부를 해결하고자 하는 방안이라고 할 수 있는 반면, 부정설은 시행령 제73조 제2항의 문언, 물납제도의 취지, 현금납부자들과의 형평성 등에 비추어 위와 같은 상황을 물납청구 범위의 확대로 해결할 수는 없다고 보는 입장이라고 할 수 있다.

2) 시행령 제73조 제1항의 규정 취지

앞서 본 바와 같이 긍정설과 같이 해석하는 경우에도 금전 납부가 곤란한 경우가 발생하고, 시행령 제73조 제2항이 긍정설과 같이 ‘법률상 물납이 가능한 재산 이외의 상속재산’에 대한 납부세액은 해당 재산을 ‘환가’하여 현금으로 납부할 수 있음을 전제로 하고 있다고 볼 수는 없다. 즉, 현행법상으로 관리·처분이 곤란한 재산이 포함된 경우에는 물납가능한 재산 외의 재산을 환가하여 현금으로 납부할 것이 예정되어 있다고 보기 어렵고 조세징수의 확보라는 측면에서 볼 때 위와 같이 관리·처분이 곤란한 재산을 제외한 것이 부당하다고 볼 수도 없다. 현행법은 물납가능재산을 부동

41) 긍정설(원고, 원심)도 관리·처분이 곤란한 재산(B, C)에 대하여 물납을 허용하자는 입장은 아닌 것으로 보인다.

산과 유가증권에 한정하고 있고 부동산이나 유가증권보다 환가성이 오히려 떨어지는 동산, 선박, 무체재산권 등은 제외하고 있으므로 부동산이나 유가증권은 오히려 상대적으로 객관적 가치평가가 가능하고 관리·처분이 용이하다는 측면에서 물납 대상 재산으로 인정되었다고 볼 여지도 있다.

현행법은 연부연납을 포괄적으로 허용하고 물납과 연부연납을 병존적, 선택적으로 규정하고 있고, 연부연납을 제한적으로 허용하거나 연부연납과 물납을 순차적으로 채택하고 있지 않다. 즉 현행법은 물납요건을 형식적으로 규정함으로 인한 단점을 연납으로 보완하는 측면도 있다.

현행법상 ‘피상속인의 제3자에 대한 증여재산이 상속세과세가액에 가산되는 경우’나 ‘용도가 명백하지 아니한 상속개시일 전 처분재산이 상속세과세가액에 가산되는 경우’ 등과 같이 상속인들이 실질적으로 이익을 보지 않은 사안의 경우에도 상속세가 부과되는 경우가 있다.

3) 시행령 제73조 제2항의 규정 취지(초과물납 허용한도)

공정설은 시행령 제73조 제2항의 문언에 반하는 견해로서 시행령 제73조 제2항은 ‘상속재산인 부동산 및 유가증권 중 제1항의 납부세액을 납부하는 데 적합한 가액의 물건이 없다고 인정할 경우’ 외에는 초과물납 사유를 인정하지 않고 있고, 시행령 제73조 제1항, 제2항의 규정 취지 등에 비추어 위 규정이 예시적 규정이라고 보기도 어렵다.

먼저 시행령 제73조 제2항의 문언에 반하여 초과물납 사유를 인정해야 할 당위성도 떨어진다. 물납제도는 조세의 금전납부 원칙에 대한 예외적인 규정으로서 문리해석, 엄격해석에 의하여 제한적으로 해석되어야 할 필요가 있고 우리나라와 일본을 제외하면 선진 각국에서 널리 인정되고 있지는 않다. 물납할 권리란 헌법상 재산권이라고 볼 수는 없고 법률이 복수의 이행방법을 규정함에 따라 가지는 단순한 이익으로서 그 구체적 내용은 법률 및 그 위임을 받은 시행령 규정에 의하여 정해지게 된다.

다음으로 물납제도는 납세의무자의 편의를 위하여 인정된 제도로써 그 경제적 득실관계에 따라서는 현금 납부를 하는 납세의무자와의 형평에 반할 수 있다. ① 물납청구 가능 금액 범위를 확대하게 되면, 물납대상 재산,

물납 비대상 재산을 모두 가진 사람과 물납 비대상 재산만 가진 사람 사이에 형평에 문제가 발생한다. 예컨대 부동산(80), 선박(80), 담보로 제공된 예금(40)으로 상속세액 80⁴²⁾인 사람은 부동산으로 모두 물납이 가능한 반면, 선박(80), 담보로 제공된 예금(40)으로 상속세액 48인 사람은 상속세액 전액의 현금납부에 어려움이 생기는 불평등이 생기게 된다. ② 물납대상재산이 비상장주식인 경우에는 비상장주식의 평가의 어려움 등으로 인한 문제(즉, 정보의 비대칭으로 인하여 비상장주식의 실제 가치에 가장 잘 알고 있는 납세의무자로서는 비상장주식의 실제 가치가 상증법상 평가방법에 따른 가액보다 클 경우는 물납을 하지 않고, 적은 경우에는 물납을 선택할 것이다)가 발생하게 된다.

끝으로 긍정설과 같이 보게 되면 결국 물납요건(물납을 허용되는 납부세액)에 관하여 과세관청의 재량이 인정되는 결과가 되므로 물납요건이 명확히 규정되어 있음을 이유로 물납허가를 기속행위로 이해한 종래 입장(다만 판례가 물납허가의 성질을 명시적으로 판시한 바는 없음)과도 맞지 않게 된다.

4) 소결

시행령 제73조 제2항은 ‘부동산 및 유가증권에 대한 상속세액에 적합한 가액의 물건이 없는 경우’만을 초과물납사유로 인정하고 있으므로 별도로 긍정설과 같은 초과물납사유를 인정하는 것은 명문의 규정에 반한다. 시행령 제73조 제1항, 제2항의 규정 취지 역시 부정설에 따라 해석함이 상당하다고 할 것이다. 시행령 제73조 제2항 규정 사유 외의 별도의 초과물납사유를 인정하지 않는 부정설이 타당하다.

바. 상고이유 제2점에 관한 검토

물납청구의 한도액에 관한 예외를 인정한 시행령 제73조 제2항의 ‘상속재산인 부동산 및 유가증권 중 위 납부세액을 납부하는데 적합한 가액의 물건이 없다고 인정할 경우’는 당해 재산의 수납가액이 그 납부할 세액을

42) 앞의 예에서 본 것처럼 비례세율 40%를 가정하였다.

초과할 경우를 의미한다고 해석해야 한다. 이러한 해석은 법 제73조 제1항, 시행령 제73조 제1항이 납세의무자의 금전재산 보유액, 부동산과 유가증권 이외의 재산의 환가가능성 등에 관계없이 객관적 기준인 과세대상 구성비율을 물납허가요건의 판단 기준으로 정하고 물납허가 한도액 역시 과세대상을 기준으로 정하고 있는 규정 취지에 부합한다. 이와 달리 판단한 원심 판결에는 초과물납이 허용되는 범위에 관한 법리를 오해한 위법이 있다.

상고이유 제2점은 이유 있다.

5. 시행령 제73조 제2항의 적용범위에 경제적 분할 제한이 포함되는지 여부(소쟁점 3)

가. 문제의 소재

시행령 제73조 제2항에서 규정하는 초과물납사유 이외에는 초과물납을 허용하지 않는 경우에도 시행령 제73조 제2항의 적용범위에 관하여 견해가 나뉠 수 있다. 즉, 시행령 제73조 제2항의 규정 취지를 물납허가 한도액보다 물납할 부동산 및 유가증권의 가액이 크고 관련 법령에 따라 “분할이 제한”되는 등의 사유로 제1항의 납부세액에 맞게 분할할 수 없는 경우 제1항에 의하여 물납신청이 허용되는 범위의 납부세액조차도 물납할 수 없게 되는 것을 방지하기 위한 취지로 볼 경우에, 분할에 의하여 가치가 하락할 경우, 즉, 경제적 측면에서 분할이 제한되는 경우에도 적용되는지(긍정설), 분할이 법률적 제한 등으로 불가능한 경우로 한정되는지(부정설)에 관하여 견해가 나뉠 수 있다.

나. 견해의 대립

1) 긍정설(경제적 분할 제한 포함설)

물납대상재산을 분할할 경우 분할되고 남은 부분의 가치가 분할된 비율 이상으로 하락할 경우에는 물납재산 전체에 대하여 물납을 허용하여야 한다는 견해이다. 이 견해에서는 법률적, 물리적으로 분할이 제한되는 경우뿐

만 아니라, 분할될 경우에 경제적 가치가 분할비율대로 유지되지 않는 경우에도 물납 대상 전체에 대하여 물납을 허용하지 않을 경우 사실상 물납할 권리가 제한된다. 공유물분할의 경우와 마찬가지로 물리적 분할 제한과 경제적 분할 제한을 달리 볼 이유가 없음을 논거로 한다.⁴³⁾

2) 부정설(경제적 분할제한 불포함설)

초과물납이 허용되는 예외는 물납을 청구한 재산을 물납청구 한도액에 맞추어 분할하는 것이 법률적 제한 등으로 근원적으로 불가능한 경우로 한정된다고 보는 견해이다. 이 견해의 논거는 다음과 같다.

① 시행령 제73조 제2항은 “물납을 청구할 수 있는 납부세액을 납부하는 데 적합한 가액의 물건이 있느냐의 여부”를 가지고 시행령 제73조 제1항의 납부세액을 초과하는 납부세액에 대하여도 물납을 허가할 수 있느냐를 결정하도록 규정하고 있을 뿐, 분할 후 남은 상속재산의 가치가 잔존 가치의 가치가 하락하거나 환가가 용이한지에 대하여는 전혀 규정하고 있지 않다.

② 시행령 제73조 제2항의 규정 취지는 물납재산가액이 납부세액을 초과함으로 인하여 물납신청이 본래 허용되는 범위의 납부세액조차도 물납할 수 없게 되는 상황을 방지하기 위한 것이다.

③ 물납은 예외적 규정으로 제한적으로 인정되어야 하고, 물납 여부는 납세의무자의 선택에 맡겨져 있다.

다. 검토

1) 해석의 기본원칙

조세법률주의의 원칙상 과세요건이거나 비과세요건 또는 조세감면요건

43) 민법 제269조 제2항은 공유물분할에 관하여, 현물로 분할할 수 없거나 분할로 인하여 현저히 그 가액이 감소될 염려가 있는 때에는 현물분할 대신 대금분할을 할 수 있도록 규정하고 있는바, 판례는 ‘현물로 분할할 수 없다’는 요건은 이를 물리적으로 엄격하게 해석할 것은 아니고, 공유물의 성질, 위치나 면적, 이용상황, 분할 후의 사용가치 등에 비추어 보아 현물분할을 하는 것이 곤란하거나 부적당한 경우를 포함한다 할 것이고, ‘현물로 분할을 하게 되면 현저히 그 가액이 감소될 염려가 있는 경우’라는 것은 공유자의 한 사람이라도 현물분할에 의하여 단독으로 소유하게 될 부분의 가액이 분할 전의 공유지분 가액보다 현저하게 감소될 염려가 있는 경우도 포함한다고 보고 있다(대법원 2009. 9. 10. 선고 2009다40219, 40226 판결 등).

을 막론하고 조세법규의 해석은 특별한 사정이 없는 한 법문대로 해석할 것이고 합리적 이유 없이 확장해석하거나 유추해석하는 것은 허용되지 않는다.⁴⁴⁾ 조세법률주의는 조세요건에 관하여서뿐 아니라 납부·징수 등의 절차에 관하여도 동일하게 적용되므로,⁴⁵⁾ 조세납부에 관한 물납 규정 역시 특별한 사정이 없는 한 법문대로 엄격하게 해석하여야 한다.

2) 과세실무 - 법률적, 물리적 분할 제한의 경우 적용

과세실무는 부정설(경제적 분할 제한 불포함설)을 따르고 있다고 생각된다. 과세실무는 물납대상재산인 토지의 가액이 세액을 초과하는 때에는 원칙적으로 필지를 분할하여 물납을 신청할 수 있다고 보고 있다.⁴⁶⁾

3) 시행령 제73조 제2항의 적용을 인정하는 경우는 물납을 청구한 부동산이 관련 법령에 따라 면적을 분할할 수 없는 경우로서 그 가액이 물납을 청구할 수 있는 상속세 납부세액을 초과하는 경우에 한하여(즉 법률적, 물리적으로 분할이 제한되는 경우에) 당해 납부세액을 초과하는 납부세액에 대하여도 물납을 허가할 수 있다.⁴⁷⁾

4) 소결

시행령 제73조 제2항의 문언의 엄격 해석, 초과물납을 인정하는 규정 취지, 현금납부가 원칙으로 물납 여부에 관하여 당사자가 선택할 수 있는 점 등에 비추어 부정설이 타당하다. 논거는 다음과 같다.

① 시행령 제73조 제1항에 의한 물납청구의 범위를 기준으로 할 경우, 시행령 제73조 제2항에서 정한 초과물납이 허용되는 경우는 결국 초과분만큼을 국가가 납세의무자의 일방의사에 의하여 매수하는 결과가 되므로 문언에 따라 제한적으로 해석되어야 한다.

② 공유물분할은 당초에 분할이 될 것을 예정하고 그 범위를 정할 뿐만 아니라 문언 자체로도 분할에 의하여 현저히 가액이 감소될 경우를 대금분할 사유로 규정하고 있으므로 초과물납 사유와는 전혀 경우를 달리한다.

44) 대법원 2004. 5. 27. 선고 2002두6781 판결.

45) 임승순, 조세법(2012) 27.

46) 재삼 46330-1728(1996. 7. 22.).

47) 서면 4탐-3677(2007. 12. 26.).

초과물납 사유는 기본적으로 물납이 허용되는 금액에 맞추어 물납이 이루어져야 함이 당연하고 예외적으로 가액이 초과하는 경우에 초과물납이 허용될 뿐인데, 다만 그 취지를 설명하는 과정에서 ‘분할 제한’ 등으로 인하여 가액이 초과하는 경우가 발생한다고 설명될 뿐이다.

라. 상고이유 제3점에 관한 검토

비상장주식은 각 주식 단위로 양도가 가능하므로 물납청구 한도액에 맞추어 일정 수의 주식에 대하여만 물납을 허가한 이 사건 불허가처분은 정당하고, 경영권을 행사할 수 있는 비율의 비상장주식 중 일부만 물납함으로써 잔존 주식의 가치가 잔존 비율만큼 유지되지 못한다는 이유로 달리 볼 것은 아니다. 이와 달리 판단한 원심판결은 물납청구의 한도액에 관한 예외규정의 적용범위에 관한 법리를 오해한 위법이 있다.

상고이유 제3점은 이유 있다.

【對象判決의 意義】

대상판결은 상속세 및 증여세법 시행령 제73조 제1항이 물납이 허용되는 납부세액의 한도를 ‘당해 상속재산인 부동산 및 유가증권의 가액에 대한 상속세 납부세액’으로 규정한 것이 모법의 위임이 없거나 그 위임범위를 벗어나 무효라고 볼 수 없다고 판단하고, 나아가 위 시행령 제73조 제2항이 위 한도를 초과하여 물납을 허용할 수 있도록 규정한 사유로 규정한 ‘상속재산인 부동산 및 유가증권 중 제1항의 납부세액을 납부하는 데 적합한 가액의 물건이 없을 때’의 의미를 명백히 밝힘과 아울러 물납제도의 취지 등에 비추어 특별한 사정이 없는 한 위 시행령 제73조 제2항에서 규정된 경우 외에는 제1항에서 규정된 한도를 초과하는 물납이 허용되지 않음을 최초로 밝힌 판결이라는 점에 의의가 있다.

5. 축산업 폐업보상금이 소득세 비과세대상인 농가 부업소득에 해당하는지 여부

(2013. 5. 24. 선고 2012두29172 판결 : 공2013하, 1145)

李 政 玟

【判決要旨】

1. 양돈업을 영위하던 甲이 자신의 사업장 토지가 공익사업으로 양돈업을 할 수 없게 되자 공익사업 시행자인 乙 개발공사로부터 2008년 폐업보상금을 지급받았는데 과세관청이 2008년 종합소득세 확정신고 당시 위 보상금을 누락하였다는 이유로 종합소득세 부과처분을 한 사안에서, 위 보상금 수입의 귀속시기는 그 수입금액이 확정되어 지급받은 날이 속하는 2008년도라고 판단하면서 보상금 수입의 귀속시기를 폐업시점인 2009년 또는 축산영업금지의무 종료일인 2010년으로 보아야 한다는 甲의 주장을 배척한 원심판결을 정당하다고 한 사례.

2. 구 소득세법 시행령(2009. 2. 4. 대통령령 제21301호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제9조 제1항이 비과세소득인 농가부업소득을 일정한 규모의 축산에서 발생하는 소득 및 그 외의 소득으로서 소득금액의 합계액 중 일정액 이하로 한정하면서 별도로 ‘부업’의 정의에 관한 규정을 두지 않은 점, 구 소득세법 시행규칙(2012. 2. 28. 기획재정부령 제265호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제6조 제2호가 농가부업소득의 계산에 관하여 농가부업규모를 초과하는 사육두수에서 발생한 소득과 기타의 부업에서 발생한 소득을 합산한 소득금액에 대하여도 일정액까지는 비과세소득으로 규정하고 있는 점 등에 비추어 보면, 농민이 영위하는 축산에서 발생한 소득은 그것이 전업이든 부업이든 묻지 않고 구 소득세법 시행령 제9조 제1항 각 호가 정한 범위 내에서는 비과세소득으로 취급하여야 할 것이다. 그

리고 사업자가 사업을 영위하다가 그 사업장이 수용됨으로 인하여 사업시행자로부터 지급받는 휴·폐업보상금은 당해 사업과 관련하여 감소되는 소득이나 발생하는 손실 등을 보상하기 위하여 지급되는 손실보상금으로서 그 사업의 태양에 따른 사업소득으로 봄이 상당하므로, 농민이 축산업을 영위하다가 그 사업장이 수용됨으로 인하여 지급받는 휴·폐업보상금은 축산에서 발생한 사업소득으로서 구 소득세법 시행령 제9조 제1항 각 호가 정한 범위 내에서는 농가부업소득인 비과세소득이 된다.

【參照條文】

1. 구 소득세법(2009. 12. 31. 법률 제9897호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제24조 제1항, 제39조 제1항, 국세기본법 제45조의2 제2항 / 2. 구 소득세법 제12조 제3호[현행 제12조 제2호 (다)목 참조], 제19조 제1항 제1호, 구 소득세법 시행령 제9조 제1항 제1호, 제2호, 제5항(현행 제9조 제6항 참조), 구 소득세법 시행규칙 제6조 제2호, 구 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(2011. 8. 4. 법률 제11017호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제77조 제1항, 제4항, 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 시행규칙 제46조 제1항

【事案의 概要】

1. 처분의 경위

가. 원고는 전북 완주군 ○○면 ○○리에서 양돈업을 영위하고 있었다(이하 위 토지 지상에 설치된 원고의 농장을 ‘이 사건 사업장’이라고 한다). 2007년경 위 토지 일대가 전북개발공사에서 시행하는 ‘전주-완산 혁신도시개발 사업지구’에 편입됨으로써 원고는 이 사건 사업장에서 더 이상 양돈업을 영위할 수 없게 되었다.

나. 원고는 위 공익사업의 시행자인 전북개발공사로부터 폐업보상금으로 2008. 8. 5. 92,500,000원, 2008. 9. 10. 226,786,660원 등 합계 319,286,660원 (이하 ‘이 사건 보상금’이라고 한다)을 지급받았다.

다. 원고는 2009. 5. 20. 이 사건 보상금을 신고하지 아니한 채 수입금액을 299,153,055원, 소득금액을 11,602,939원으로 기재하여 2008년 귀속 종합소득세 확정신고를 하였다.

라. 피고는 원고가 2008년도 종합소득세 확정신고 당시 이 사건 보상금을 누락하였다는 이유로 2011. 9. 2. 원고에게 2008년 귀속 종합소득세 133,532,460원(가산세 포함)을 결정·고지하였다(이하 ‘이 사건 처분’이라고 한다).

2. 제1심 및 원심판결의 요지

가. 원고의 주장

1) 이 사건 보상금의 수입시기(귀속시기)

이 사건 보상금의 수입시기는 원고가 보상금을 수령한 2008년도가 아니라 이 사건 사업장의 폐업시점인 2009. 2. 10. 또는 원고의 축산영업 금지 의무 종료일인 2010. 9. 10.이다.

2) 농가부업소득 공제

이 사건 보상금은 축산업과 관련된 농가부업소득에 해당하므로 비과세 대상인 부분을 제외하여 소득세를 산정하여야 한다.

3) 추계사유 존재

원고가 제출한 2008년도 종합소득세 신고서상 필요경비의 내역은 구체적 입증이 불가능하므로, 피고는 이 사건 경정결정 이전에 필요경비의 적정성을 검토하여야 했음에도 이를 무시하였다. 결국 원고의 2008년도 귀속 종합소득세 신고는 허위 기장에 해당되므로, 피고는 이 사건 보상금 관련 소득세를 결정함에 있어 원고가 신고한 2008년도 귀속 종합소득세 신고의

적정성을 검토하여 추계결정했어야 함에도 이를 간과한 잘못이 있다.¹⁾

나. 인정사실

1) 원고는 2008. 9. 10. 전북개발공사와 사이에 다음과 같은 내용의 영업권 보상합의약정을 체결하고, 같은 날 전북개발공사에게 “원고가 폐업보상을 받고 2년 이내에 완주군, 전주시, 김제시, 익산시, 정읍시, 진안군, 임실군 지역에서 축산영업을 하는 경우 폐업보상금액을 공사로 환불 조치하겠다.”는 내용의 이행각서를 교부하였다.

- 다 음 -

제1조 (합의의 성립) “甲(원고)”은 대상지장물을 제4조에 정한 시기까지 완전히 철거하거나 또는 즉시 가능한 철거상태로 양도하기로 하고 “乙(전북개발공사)”은 이에 대한 보상금을 지급하기로 한다.

제2조 (보상금) 대상지장물의 보상금(이하 영업보상의 경우 영업보상금 포함)은 상기합의금액과 같은바, 이를 모두 금회에 지급하기로 한다.

제4조 (철거, 이전) ① “乙”은 대상지장물을 2008년 12월 31일까지 완전히 철거하거나 이전하기로 한다.

2) 원고는 이 사건 사업장에서 키우던 육성돈이 전부 처분되지 아니하여 2009. 2.경까지 위 사업장에서 가축을 사육하였고, 2009. 2. 10. 폐업신고를 하였다.

다. 제1심 및 원심의 판단

1) 이 사건 보상금의 귀속시기

원고가 2008년도에 이 사건 보상금을 수령하였음은 당사자 사이에 다툼이 없고, 소득세법 제39조 제1항에서는 “각 연도의 총수입금액과 필요경비의 귀속연도는 총수입금액과 필요경비가 확정된 날이 속하는 연도”라고 규정하고 있으므로, 이 사건 보상금의 수입시기는 그 수입금액이 확정되어

1) 항소심에서 추가된 주장이다.

지급된 2008년도로 인정된다.

2) 농가부업소득 공제 여부

조세법률주의의 원칙상 과세요건이거나 비과세요건 또는 조세감면요건을 막론하고 조세법규의 해석은 특별한 사정이 없는 한 법문대로 해석할 것이고 합리적 이유 없이 확장해석하거나 유추해석하는 것은 허용되지 아니한다(대법원 2003. 1. 24. 선고 2002두9537 판결 참조). 이 사건 보상금은 사업자가 사업을 영위하다가 그 사업장이 수용됨으로 인하여 지급받은 금액이므로, 구 소득세법 시행령 제9조 제1항의 ‘부업으로 경영하는 축산에서 발생한 소득’ 또는 ‘그 밖에 이와 유사한 활동에서 발생한 소득’인 농가부업소득에 해당하지 아니한다.

3) 추계사유 존재 여부²⁾

종합소득세의 과세표준과 세액은 실지조사의 방법에 따라 밝혀진 실제 액수에 의하여 결정하는 것이 원칙이므로, 납세자가 비치·기장한 장부나 증빙서류 중 일부 허위로 기재된 부분이 포함되어 있다고 하더라도 그 부분을 제외한 나머지 부분이 모두 사실에 부합하는 자료임이 분명하여 이를 근거로 과세표준을 계산할 수 있다면 그 과세표준과 세액은 실지조사의 방법에 따라 결정하여야지 추계조사방법에 따라서는 아니 되고, 실지조사에 의한 부과처분이 결과적으로 추계과세에 의한 부과처분보다 불리하다거나 납세자 스스로 추계의 방법에 따른 조사결정을 원하고 있다는 사유만으로는 추계조사의 요건이 갖추어진 것으로 볼 수 없다(대법원 1996. 1. 26. 선고 95누6809 판결, 대법원 1997. 9. 26. 선고 96누8192 판결 등 참조). 또한 과세관청에 의하여 인정되지 아니한 필요경비가 존재한다면 이는 납세의무자가 주장·입증하여야 하고, 그 필요경비를 공제하기 위하여 소득을 추계조사방법에 따라 결정할 수는 없다(대법원 1997. 11. 28. 선고 96누14418 판결, 대법원 2003. 3. 11. 선고 2001두4399 판결 등 참조).

피고는 원고가 2008년도 귀속 종합소득세를 신고함에 있어 폐업 보상금을 누락하였다는 이유로 원고가 이 사건 공익사업의 시행자인 전북개발공

2) 항소심에서 추가로 판단한 내용이다.

사로부터 수령한 폐업보상금을 2008년도 귀속소득에 포함하여 이 사건 중합소득세 부과처분을 하였는바, 이는 객관성이 있는 적법한 실지조사방법에 따른 것이므로 정당하다.

3. 원고 상고이유의 요지

가. 상고이유 제1점(권리의무확정주의에 관한 법리오해)

이 사건 보상금은 보상금 수령 이후 2년 이내에 축산영업을 하는 경우 그 금액을 환불하도록 되어 있으므로, 위 보상금은 추후 축산영업 재개 여부에 따라 2년간은 확정적 소득이 아닌 가수금에 불과하다. 축산영업 금지 의무 종료일인 2010. 9. 10. 또는 폐업시점인 2009. 2. 10.을 소득의 귀속시기로 보아야 한다.

나. 상고이유 제2점(농가부업소득 공제 여부에 관한 법리오해)

이 사건 보상금은 육성돈 및 자돈의 조기처분을 전제로 받은 보상금으로서 축산영업과 밀접한 관련이 있으므로, 소득세법시행령 제9조 제1항 제1호 및 제2호의 농가부업소득에 해당한다. 따라서 이 사건 폐업보상금 중에서 비과세 혜택을 적용받는 부분(양돈업의 두수공제 500두³⁾ 및 농가부업소득 1,200만 원⁴⁾을 제외하여 소득세를 계산하여야 한다.

다. 상고이유 제3점(추계과세에 관한 법리오해)

소득세법 제80조 제3항 및 소득세법 시행령 제143조 제3항⁵⁾의 과세표준을 계산함에 있어서 필요한 장부와 증빙서류가 없거나 중요한 부분이 미비 또는 허위인 경우에 해당하므로 추계조사방법에 의하여 산정하였어야 한다.

3) 구 소득세법 시행령 제9조 제1항 별표 1.

4) 구 소득세법 시행령 제9조 제1항 제2호.

5) 소득세법 시행령 제143조 (추계결정 및 경정) ③ 법 제80조 제3항 단서의 규정에 의하여 소득금액의 추계결정 또는 경정을 하는 경우에는 다음 각 호의 방법에 의한다. (단서 및 각 호 생략)

라. 상고이유 제4점(고지의무 위반에 관한 심리미진 및 법리오해)⁶⁾

공익사업으로 인한 수용보상이 있는 지역의 경우에는 원고와 같이 세금 납부 지식이 부족하여 적기에 납세를 하지 못하게 되는 경우가 많이 생길 수 있다. 따라서 피고로서는 세금납부와 관련하여 소득세 귀속시기에 관한 설명 및 고지를 하여야 할 의무가 있음에도 이를 이행하지 않았으므로, 이 사건 부과처분은 위법하다. 원심의 판단에는 위 고지의무에 관한 심리를 충분히 하지 아니하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

【解 說】

1. 상고이유 제1점(이 사건 보상금의 귀속시기)에 관하여

가. 총수입금액의 수입시기(귀속연도의 결정)⁷⁾

소득세법 제39조 제1항이 규정하는 권리의무확정주의는 소득의 원인이 되는 권리의 확정시기와 소득의 실현시기 사이에 시간적 간격이 있을 때 소득이 실현된 때가 아닌 권리가 발생된 때를 기준으로 하여 그때 소득이 있는 것으로 보고 당해 연도의 소득을 산정하는 방식으로서 실질적으로는 불확실한 소득에 대하여 장래 그것이 실현될 것을 전제로 하여 미리 과세하는 것을 허용하는 것으로서,⁸⁾ 그 취지는 납세자의 과세소득을 확실적으로 파악하여 과세의 공평을 기함과 동시에 납세자의 자의에 의하여 과세연도의 소득이 좌우되는 것을 방지하는 데 있다.⁹⁾

권리확정주의는 광의의 발생주의에 기초를 둔 실현주의를 법적인 관점에서 파악한 것이라고 말할 수 있다. 권리확정주의에 의할 때 수입할 권리의 확정시기는 원칙적으로 법률상 권리의 행사가 가능한 때가 그 기준이

6) 상고심에 이르러 비로소 주장하는 것이므로 부적법한 상고이유에 해당한다.

7) 조윤희, “소득세법상 소득의 귀속시기(2009. 4. 23. 선고 2007두337 판결)”, 판례해설(80), 256 이하.

8) 대법원 1984. 3. 13. 선고 83누720 판결.

9) (주 8)의 판결 및 대법원 1991. 11. 22. 선고 91누1691 판결 등.

된다. 판례¹⁰⁾는 소득의 지급자와 수급자 사이에 채권의 존부 또는 그 범위에 관하여 다툼이 있어 소송으로 나아간 경우에 그와 같은 분쟁이 사안의 성질상 명백히 부당하다고 할 수 없는 경우라면 수익이 확정되었다고 할 수 없고, 판결이 확정된 때에 그 권리가 확정된다고 보아야 한다고 판시하고 있다.

판례는 권리의무확정주의에서 ‘확정’의 개념은 소득의 귀속시기에 관한 예외 없는 일반원칙으로 단정하여서는 아니 되고, 구체적인 사안에 관하여 소득에 대한 관리·지배와 발생소득의 객관화 정도, 납세자금의 확보시기 등까지도 함께 고려하여 그 소득의 실현가능성이 상당히 높은 정도로 성숙·확정되었는지 여부를 기준으로 귀속시기를 판단하여야 한다고 판시하고 있다.¹¹⁾ 따라서 구체적인 사건에 있어서 어느 시점에 권리의무가 확정되었다고 볼 것인지는 개개의 구체적인 권리의 성질과 내용 및 법률상·사실상의 여러 사항을 종합적으로 고려하여 결정하여야 한다.¹²⁾

나. 판례의 태도 및 분석

판례는 변호사 수임료의 경우 수임 사건이 승소로 확정 종결되었을 경우에 소득이 확정된다고 하였고,¹³⁾ 가집행선고에 따라 가지급물을 받았더라도 수익이 확정되었다고 할 수 없다고 보았다.¹⁴⁾ 한편 판례는 가집행선고부 승소판결에 따라 강제집행을 하여 배당금을 받은 경우 배당금을 받은 2004년도의 소득으로 귀속되고 판결이 확정된 2005년에 귀속되는 것은 아니라고 보았다.¹⁵⁾

10) 대법원 1988. 9. 27. 선고 87누407 판결, 대법원 1997. 6. 13. 선고 96누19154 판결, 대법원 1997. 4. 8. 선고 96누2200 판결(원고와 소외 회사 사이에 분양대행수수료 잔금채권의 존부 및 범위에 관하여 다툼이 있어 소송으로 나아가 판결로써 1992년에 그 채권의 범위가 확정되었으며, 분쟁의 경위 및 성질에 비추어 명백히 부당한 분쟁으로 보이지 않으므로, 원고가 분양대행사무를 종료한 1990. 5. 31.에 확정된 것으로 볼 수 없다고 한 사례).

11) 대법원 1998. 6. 9. 선고 97누19144 판결.

12) 대법원 2000. 2. 25. 선고 98두9387 판결 등.

13) 대법원 1980. 4. 22. 선고 79누296 판결, 대법원 1997. 6. 13. 선고 96누19154 판결, 대법원 2002. 7. 9. 선고 2001두809 판결 등.

14) 대법원 1988. 9. 27. 선고 87누407 판결 등.

15) 대법원 2011. 6. 24. 선고 2008두20871 판결.

아직 권리확정이 되어 있지 않으면 돈을 미리 받았다고 하더라도 이는 회계학상 가수금에 해당하여 채무에 불과하고 소득이 실현된 것으로 볼 수 없다. 판례는 변호사 수임료와 가집행선고의 경우 돈을 미리 받았더라도 소득이 확정된 것으로 볼 수 없다고 본 것이 다수이고, 원고도 이 판례들을 상고이유에서 지적하고 있다. 그러나 위와 같은 종전의 판례들과 대비하여, 위 대법원 2008두20871 판결은 판결이 확정되지 않았더라도 돈을 받은 것이 있으면 권리확정이 있다고 보았다. 그 의미는 종전의 판례들이 권리의 성숙·확정을 엄격하게 보았으나, 미국의 권리주장 원칙¹⁶⁾이나 일본의 관리지배기준¹⁷⁾ 등에 비추어 볼 때, 후발적 경정청구의 도입 이후로는 현금의 수입이 있으면 일단 권리확정이 있는 것으로 보고, 이후 사정의 변경이 있으면 후발적 경정청구 등을 통해 이를 시정하는 것이 타당하다는 것으로 이해된다. 즉, 종전의 판례들은 아직 국세기본법상 후발적 경정청구제도가 도입되기 이전의 것들로서 대법원 2008두20871 판결에 의하여 판례의 경향은 확정의 의미를 다소 완화해 나가는 실정으로 보인다.¹⁸⁾

다. 이 사건의 검토

1) 원고는 2008. 9. 10.경 전북개발공사와 원고의 청구 즉시 이 사건 보상금을 지급 받고, 원고가 2008. 12. 31.까지 지장물을 철거 또는 이전하

16) 미국에서는 법적 권리가 확정되어야 소득이 생긴다는 권리확정주의 원칙에 중대한 예외가 인정되고 있는데, 그것은 바로 권리주장의 원칙이다. 1932년의 *North American Oil Consolidated v. Burnet* 판결 이래 확립된 이 원칙에 따르면 일정한 금원을 받을 권리가 있다고 주장하면서 실제로 그 금원을 받은 때에는 아직 권리가 확정되지 않았더라도 과세시기에 이르게 된다.

17) 일본의 판례도 권리확정주의라는 법적 기준에 대한 중대한 예외로써 관리지배기준을 적용하는 경우가 있다. 즉, 권리의 확정이란 법적 기준으로 모든 경우를 규율하는 것은 타당하지 않고 경우에 따라서는 이득이 납세자의 지배하에 들어간 경우에도 소득의 발생을 긍정한다는 의미에서 ‘관리지배기준’을 적용하는 것이 타당하다는 것이다. 日本 最高裁判所 昭和 53 (서기 1978년). 2. 24. 宣告 昭和 50年(行ツ) 第123号 判決(소득세경정결정처분등취소청구 상고사건).

18) 김석환, “권리확정주의에 의한 이자소득의 귀속시기(대법원 2011. 6. 24. 선고 2008두20871 판결)”, 판례해설(88), 44.

지 아니하는 경우 원고를 대신하여 전북개발공사가 이를 철거할 수 있도록 합의하였으므로, 위 합의 당시 원고가 그 보상금을 수령할 수 있고, 그 수령함에 있어 아무런 장애가 없는 상태였으며, 실제로도 2008. 9. 10.까지 모두 수령하였으므로 2008 사업연도에 위 보상금이 수익금액으로 확정되었다고 보아야 할 것이다.¹⁹⁾

2) 원고가 전북개발공사에게 보상금 수령 후 2년 이내에 일정 지역에서 축산영업을 하는 경우 폐업보상금액을 환불하겠다는 내용의 이행각서를 교부하였다고 하더라도 이는 보상금 합의에 부수한 영업금지의무의 이행을 확보하기 위한 위약금 약정에 불과하다. 따라서 보상금 수령 후 축산영업을 하지 않고 2년이 경과한 시점에 소득이 확정되는 것이라고 볼 수 없다. 원고는 2008년도에 이 사건 보상금을 수령하여 지배·관리하는 데에 아무런 법적 장애가 없으므로 그 권리가 실현되었다고 할 수 있다.

3) 만약 원고의 주장대로 보상금을 수령한 2008년도에 권리확정이 되지 않는다면 고의로 폐업일을 늦추는 경우 자의에 의하여 수입의 귀속시기를 조절할 수 있다는 것이 되어, 권리확정주의를 취하는 소득세법의 태도와 조화되지 아니한다. 만일 원고가 2년 내에 인근지역에서 양돈업을 행할 경우 폐업보상금을 반환하기로 하는 약정에 따라 이 사건 보상금을 반환하게 되었다면 이는 약정해제와 다름이 아니므로²⁰⁾ 그때 후발적 경정청구로 2008년도 소득을 차감받을 수 있을 것이다.

19) 공익사업의 시행으로 인한 휴업보상금에 관한 유사사례가 있다. 대법원 2012. 9. 27.자 2012두13818 판결은 2004. 7. 30. 보상협의(철거·이전 기한 2004. 10. 31.)⇒2004. 8. 12. 보상금 중 유보액 20% 제외한 금액 수령⇒2006. 6. 5. 철거·이전하고 유보액 20%를 수령한 사안에서 협의일인 2004. 7. 30. 내지 적어도 철거·이전 기한인 2004. 10. 31.에는 수익금액으로 확정되었다고 본 원심을 수긍하여 심리불속행기각하였다.

20) 국세기본법 시행령 제25조의2 (후발적 사유): 법 제45조의2 제2항 제5호에서 “대통령령이 정하는 사유가 당해 국세의 법정신고기한 후에 발생한 때”라 함은 다음 각 호의 1에 해당하는 때를 말한다. 2. 최초의 신고·결정 또는 경정에 있어서 과세표준 및 세액의 계산근거가 된 거래 또는 행위 등의 효력에 관계되는 계약이 해제권의 행사에 의하여 해제되거나 당해 계약의 성립 후 발생한 부득이한 사유로 인하여 해제되거나 취소된 때

2. 상고이유 제2점(농가부업소득 공제)에 관하여²¹⁾

가. 원고의 양돈업이 ‘농·어민이 부업으로 영위하는 축산업’에 해당하는지 여부

1) 양돈업(분류기호: 0122)은 한국표준산업분류상 ‘A. 농업, 임업 및 어업’ 중 축산업(분류기호: 012)에 속한다. 따라서 원고와 같은 양돈업자는 곧 농민에 해당한다. 원고의 상고이유 내용 및 양돈업 소득 이외의 다른 소득이 있다는 자료가 기록상 확인되지 않는 점 등에 비추어 볼 때, 원고는 양돈업을 전업 또는 주업으로 하는 것으로 보인다.

2) 구 소득세법 시행령 제9조 제1항이 일정한 규모의 축산에서 발생하는 소득 및 그 외의 소득으로서 소득금액의 합계액이 일정액 이하라고 비과세대상 소득의 범위를 한정하고 있는 것은 위 규모 및 소득액 정도라면 농가부업이라고 볼 수 있다는 취지로 보이고, 별도로 ‘부업’의 정의에 관한 규정을 두고 있지 않으므로, 위 시행령상 요건 외에 별도로 ‘부업성’이 요구되는 것은 아니라고 할 것이다. 과세실무²²⁾도 ‘농·어민이 축산업을 전업으로 하는 경우에도 소득세가 비과세되는 소득세법 시행령 제9조 제1항 제1호 및 제2호를 적용할 수 있는 것이며, 이 경우 농가부업규모를 초과하는 사육두수에서 발생한 축산소득과 기타의 부업에서 발생한 소득을 합산한 소득금액이 연 1,200만 원을 초과하는 경우에는 소득세가 과세된다’고 하여 이를 긍정하고 있다.²³⁾

3) 따라서 원고가 영위하던 양돈업은 ‘농·어민이 부업으로 영위하는 축산업’으로서 여기서 발생한 소득에 관하여는 구 소득세법 시행령 제9조 제1항 제1호 및 제2호에서 정하는 범위에서 비과세 혜택을 적용받을 수 있을 것이다.

21) 당사자의 주장 내용이나 국세청장의 심사결정 내용 등에 의하면, 원고는 2008년 귀속 종합소득세 신고 시 농가부업소득공제를 적용받지 아니한 것으로 보인다.

22) 소득 46011-85, 1999. 9. 28.; 제도 46011-11908, 2001. 7. 6.; 서면1탐-334, 2004. 3. 8.

23) 피고도 이 부분을 다투지 않고 있어 과세실무와 같은 입장을 취하고 있는 것으로 추측된다.

나. 이 사건 보상금의 성격

1) 대법원 2008. 1. 31. 선고 2006두9535 판결²⁴⁾

“사업자가 사업을 영위하다가 그 사업장이 수용 또는 양도됨으로써 그와 관련하여 사업시행자로부터 지급받는 보상금은, 그 내용이 양도소득세 과세대상이 되는 자산 등에 대한 대가보상금인 경우는 양도소득으로, 그 이외의 자산의 손실에 대한 보상이나 영업보상, 휴·폐업보상, 이전보상 등 당해 사업과 관련하여 감소되는 소득이나 발생하는 손실 등을 보상하기 위하여 지급되는 손실보상금인 경우는 그 사업의 태양에 따른 사업소득으로 보아 그 총수입금액에 산입함이 상당하다.”

위 판결에 대한 대법원판례해설²⁵⁾은, 소득세법 관련 규정과 판례²⁶⁾의 취지 및 과세실무²⁷⁾ 등을 종합해 보면, 사업자가 사업을 영위하다가 그 사업장이 수용 또는 양도됨으로 인하여 그와 관련하여 사업시행자로부터 지급

24) 원고가 주택을 타인에게 임대하는 부동산업을 영위하던 중, 이 사건 주택의 양도 무렵 그 양도대가와는 별도로 위 임대사업을 폐지함에 따른 영업손실보상 명목으로 보상금을 수령한 경우, 원고의 사업운영내용, 기간, 규모 및 이 사건 보상금의 지급경위와 그 지급시기 등에 비추어 이 사건 주택의 양도 등으로 인한 소득이 아니라 임대사업과 관련하여 발생한 손실에 대한 보상금으로 지급된 것이므로, 양도소득이나 부동산임대소득으로 볼 수는 없고 총수입금액에 산입되는 사업소득에 해당한다고 판단한 원심을 수긍한 사례이다.

25) 조일영, “부동산임대업자가 그 사업장인 건물이 수용 또는 양도됨으로 인하여 사업시행자로부터 임대사업 폐지에 따른 영업손실보상 명목으로 지급받은 보상금이 소득세법상 사업소득인지, 아니면 양도소득 또는 부동산임대소득인지 여부(2008. 1. 31. 선고 2006두9535 판결)”, 판례해설(76), 247.

26) 대법원 1998. 3. 13. 선고 97누1853 판결(사업자가 유형의 고정자산과 공유수면을 사용할 권리에 대한 보상을 받은 경우 그것은 양도소득의 과세대상이 됨은 몰라도, 당해 사업과 관련하여 무상으로 받은 자산의 가액으로서 사업소득을 산정하기 위한 총수입금액에 산입될 금액이라 할 수는 없다); 대법원 2000. 6. 9. 선고 98두4313 판결(사업자가 수용재결에 의하여 그 공장에 설치한 기계이전보상금을 수령한 경우, 이는 사업자가 구 공장의 기계를 신 공장으로 이전하여 그의 사업을 계속하기 위하여 사업자에게 지급된 것으로서 업무와 관련 있는 수입금액이므로, 사업자의 총수입금액에 포함시키지 않을 수 없다).

27) 국심 2000부1908, 2000. 12. 15.[사업용 자산인 토지·건물의 수용 또는 양도 시, 당해 수용보상가액과 함께 받은 영업손실보상금(영업권 자체에 대한 보상금은 아님)은 사업소득에 해당함]; 심사중부 96-540, 1996. 7. 12.(당해 사업을 계속하지 못하고 폐업함으로써 인하여 영업권으로 받은 보상액은 영업을 하지 못하게 됨으로써 실제로 손실이 발생하는 폐업 당시 과세연도의 총수입금액으로 산입하여야 함); 국심 2007서1422, 2007. 9. 13.(수용 등으로 인하여 사업과 관련하여 감소되는 소득이나 발생하는 손실을 보상하기 위하여 교부되는 영업손실보상금·휴업보상금·이전보상금 등은 그 사업과 관련하여 받은 수입금액으로 보아야 할 것이므로 사업소득의 총수입금액에 산입함).

받는 영업손실보상금은 그 명목만으로 어떠한 소득에 해당된다고 단정할 것이 아니라 그 보상내역을 살펴 판단하여야 하고, ㉔ 양도소득세 과세대상이 되는 자산 등(사업용 고정자산 등)에 대한 대가보상금은 양도소득으로, ㉕ 그 이외의 자산의 손실에 대한 보상이나 영업보상, 휴·폐업보상, 이전보상 등 당해 사업과 관련하여 감소되는 소득이나 손실 등을 보상하기 위하여 지급되는 손실보상금은 그 사업의 태양에 따른 사업소득으로 보아 그 수입금액에 산입함이 타당하다고 기술하고 있다.

2) 이 사건 보상의 경위와 보상금의 내역

전북개발공사는 건설교통부 고시로 사업인정고시된 전주·완주 혁신도시 건설사업에 따른 사업시행자로서 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(이하 ‘공익사업법’)에 의하여 이 사건 사업장을 수용하였다. 지장물²⁸⁾(영업)보상합의서에 의하면, 전북개발공사는 이 사건 사업장을 이전할 것을 전제로 이전보상을 하기로 하고 2008. 8. 5. 원고에게 9,250만 원을 지급하였다. 그 후 민원발생으로 이 사건 사업장의 이전이 현실적으로 어렵게 되자 원고는 2008. 9. 10. 폐업보상비 319,268,660원²⁹⁾ 중 휴업보상으로 기 수령한 금액 9,250만 원을 제외한 226,786,660원을 수령하였다.

3) 보상금의 성격

원고는 2006. 6. 14. 이 사건 사업장에서 양돈업을 개업하여 2009. 2. 10.

28)

번호	물건 종류	구조·규격	수량	단가	보상금액
6	돼지	돼지 모돈 213두	1식	일괄	92,500,000원
6-1	돼지	돼지 종돈 7두	1식		
6-2	돼지	돼지 자돈 518두	1식		
6-3	돼지	돼지 육성돈 700두	1식		
604	개	개 10마리	1식		
					92,500,000원

29) 위 보상액은 아래 3개 감정평가기관의 평균액이다.

	물건내역	보상액 합계	영업손실액	가축매각손실액
㈜삼창감정평가법인	축산폐업	319,300,000	306,600,000	12,700,000
㈜고려감정평가법인	축산폐업	319,260,000	306,600,000	12,660,000
㈜중앙감정평가법인	축산폐업	319,300,000	306,600,000	12,700,000
평 균		319,286,667	306,600,000	

폐업하였다. 이 사건 보상금의 내역은 돼지 및 개에 대한 2년간 영업이익에다가 매각손실액을 더한 것이다.

대법원 2006두9535 판결에 나타난 요소인 사업운영내용, 기간, 규모 및 보상금의 산정내역, 지급경위와 그 지급시기 등에 비추어 보면, 이 사건 보상금은 축산업과 관련하여 감소되는 소득이나 발생하는 손실 등을 보상하기 위하여 지급되는 손실보상금이므로 그 사업의 태양에 따른 축산업으로 인한 사업소득으로 봄이 상당하다.

다. 이 사건 보상금이 농가부업소득으로서 비과세대상인지 여부

1) 관련 규정 내용

구 소득세법 제12조 제3호는 사업소득 중 ‘대통령령이 정하는 농가부업소득’을 비과세소득의 하나로 규정하고 있고, 이에 따라 구 소득세법 시행령 제9조 제1항은 ‘대통령령이 정하는 농가부업소득’이라 함은 농·어민이 부업으로 영위하는 축산·양어·고공품제조·민박·음식물판매·특산물제조·전통차제조 및 그 밖에 이와 유사한 활동에서 발생한 소득 중 ① [별표 1]의 농가부업규모의 축산에서 발생하는 소득(제1호), ② 제1호 외의 소득으로서 소득금액의 합계액이 연 1,200만 원 이하의 소득(제2호)을 말한다고 규정하고 있다.

2) 가능한 견해의 대립

가) 부정설(피고, 제1심 및 원심)

이 사건 보상금은 사업자가 사업을 영위하다가 그 사업장이 수용됨으로 인하여 지급받은 금원이므로, 이를 ‘부업으로 경영하는 축산에서 발생한 소득’ 또는 ‘그 밖에 이와 유사한 활동에서 발생한 소득’인 농가부업소득에 해당한다고 보기 어렵다는 견해이다. 조세법률주의의 원칙상 과세요건이거나 비과세요건 또는 조세감면요건을 막론하고 조세법규의 해석은 특별한 사정이 없는 한 법문대로 해석할 것이고 합리적 이유 없이 확장해석하거나 유추해석하는 것은 허용되지 아니함을 근거로 한다.

나) 긍정설(원고)

이 사건 보상금은 축산업과 관련하여 받은 소득이므로 축산업으로 인한 사업소득에 해당한다는 견해이다. 원고의 사업장이 공익사업을 위하여 수용되지 않고 축산영업을 계속하였다면 그 소득에 대하여 일정 범위에서 비과세 혜택을 받을 수 있었을 것인데, 그 폐업손실에 대하여 보상하는 내용의 이 사건 보상금에 대하여는 비과세 혜택을 배제하는 것은 과세형평에 맞지 않음을 근거로 한다.

3) 검토

긍정설이 타당하다고 생각된다.

가) 우리 소득세법은 소득원천설의 입장을 취하고 있다. 그에 따라 소득세법 제19조 제1항은 사업소득의 종류를 열거하고 그 제1호에서 ‘농업에서 발생하는 소득’을 들고 있다. 부정설은 사업소득에 해당하는 것으로 보면서도 그것이 어떠한 소득인지를 분명히 밝히지 않고 있으나, 앞서 본 대법원 2006두9535 판결의 취지 등에 비추어 보면 이 사건 보상금은 사업소득으로서 축산업으로 인한 소득에 해당함을 부정하기는 어려울 것이다. 원심이 인용한 제1심판결은 이 사건 보상금은 ‘그 사업장이 수용됨으로 인하여 지급받은 금원’이라고 보았으나, 이 사건 보상금은 양도소득으로 볼 수 있는 그 사업장 자체에 대한 수용대가가 아니다. 부정설은 축산업으로 인한 소득은 축산물을 팔아서 번 돈만을 축산업으로 인한 소득으로 보겠다는 것이나, 축산업으로 인한 소득은 축산업을 영위하면서 그 사업으로부터 얻게 되는 소득이면 충분한 것이고, 폐업으로 인한 보상의 경우에도 마찬가지로 보아야 할 것이다.

나) 또한 축산업으로 인한 사업소득은 전업·부업을 가리지 않고 일정한 규모 이하를 비과세대상으로 삼고 있음은 앞서 본 바와 같다. 비록 법문은 ‘부업’이라고 표현하고 있지만, 구 소득세법 시행규칙 제6조 제1호, 제2호의 규정을 보더라도 일정한 사육두수 이하는 비과세대상으로 삼거나 일정한 금액 이하의 특별한 제한 없이 비과세대상으로 삼을 뿐이고, 법문은 ‘축산으로 발생하는 소득’이라고 규정할 뿐 축산물을 매매함으로써 받

생하는 소득이라고 규정하고 있지도 아니하다. 따라서 이 사건 보상금은 구 소득세법 시행령 제9조 제1항 제1호의 ‘농가부업규모의 축산에서 발생하는 소득’에 해당하고, 다만 그 소득금액의 계산은 구 소득세법 시행령 제3항의 위임에 의한 구 소득세법 시행규칙 제6조의 제한을 받을 뿐이라고 보아야 한다.

4) 비과세대상의 범위

가) 구 소득세법 시행규칙 제9조 제2호는 농가부업규모를 초과하는 사육두수에서 발생한 소득의 경우 그 모두를 과세대상으로 삼지 않고, 농가부업규모의 사육두수에서 발생한 소득은 비과세대상으로 삼되, 그 초과 부분은 구 소득세법 시행령 제9조 제1항 제2호에 의하여 다시 1,200만 원을 공제하도록 규정하고 있다.

나) 이 사건 보상금은 돼지 및 개에 대한 폐업보상이다. 돼지의 경우에는 500마리를 농가부업소득 규모로 보고, 개의 경우에는 비과세대상이 아니지만 소득세법 시행령 제9조 제1항 제2호의 소득에 해당하여 1,200만 원까지는 비과세대상에 포함될 수 있다. 따라서 이 사건 보상금 중 돼지 500마리에 대한 부분은 비과세대상으로, 이를 초과하는 부분은 1,200만 원을 공제하여 사업소득금액을 계산하여야 할 것이다.³⁰⁾

5) 원심판결의 당부

원심은 구 소득세법 시행령 제9조 제1항 제1호 및 제2호에서 정하는 범위에 관하여 심리하지 아니한 채 이 사건 보상금은 농가부업소득에 해당하지 아니하여 구 소득세법 시행령 제9조 제1항을 적용할 여지가 없다는 이유로 이 사건 처분이 적법하다고 판단함으로써 구 소득세법 제12조 제3호, 구 소득세법 시행령 제9조 제1항에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다.³¹⁾

30) 원고는 2008년에 월평균 847마리(원고의 정보공개청구에 대하여 전라북도 완주군에서 송부한 원고의 2008년 사육두수 현황 자료에 의함)의 돼지를 사육한 것을 전제로 500마리까지 비과세를 적용한 253,363,141원을 수입금액으로 한 후 필요경비를 공제한 소득금액 135,559,257원에서 1,200만 원의 비과세소득을 공제하여 과세대상금액을 123,559,257원으로 산정한 계산명세서를 제출하고 있다.

31) 긍정설에 의하면, 원심은 이 사건 보상금을 포함한 2008년 과세연도의 총수입금액 중에서

【對象判決의 意義】

대상판결은 폐업보상금의 소득세법상 수입의 귀속시기에 관하여 참고할 만한 선례를 제공하고, 축산업 폐업보상금이 소득세법상 비과세대상인 농가부업소득에 해당할 수 있음을 최초로 판시하였다는 데 그 의의가 있다.

구 소득세법 시행령 제9조 제1항 제1호 및 제2호에서 정하는 범위 내의 농가부업소득을 비과세소득으로서 공제하였어야 한다. 부정설에 의하더라도, 원심이 총수입금액 618,439,715원 중 이 사건 보상금 319,286,660원을 제외한 당초 신고한 수입금액 299,153,055원에 대하여도 농가부업소득 공제를 적용하지 아니한 것은 의문이 있다.

6. 법인에 대한 주식매도가 주식양도에 해당하는지 주식소각에 해당하는지 여부의 판단 기준

(2013. 5. 24. 선고 2013두1843 판결 : 미간행)

嚴 相 燮

【判決要旨】

1. 주식의 매도가 자산거래인 주식의 양도에 해당하는가 또는 자본거래인 주식의 소각 내지 자본의 환급에 해당하는가는 법률행위 해석의 문제로서 그 거래의 내용과 당사자의 의사를 기초로 하여 판단하여야 할 것이지만, 실질과세의 원칙상 단순히 당해 계약서의 내용이나 형식에만 의존할 것이 아니라, 당사자의 의사와 계약체결의 경위, 대금의 결정방법, 거래의 경과 등 거래의 전체과정을 실질적으로 파악하여 판단하여야 한다.

2. 원고 등이 소외인에게 소외 회사를 포괄적으로 양도하는 과정에서 소외 회사가 원고 등으로부터 자기주식을 취득한 경우 이를 주식소각 목적으로 취득한 것으로 보고 그 양도차익이 의제배당에 해당함을 전제로 하여 종합소득세를 부과한 사안에서, 원고가 소외 회사에게 주식소각 목적으로 주식을 양도한 것이 아니라고 본 원심판결을 수긍한 사례

【參照條文】

구 소득세법(2009. 12. 31. 법률 제9897호로 개정되기 전의 것) 제17조 제2항 제1호, 구 상법(2011. 4. 14. 법률 제10600호로 개정되기 전의 것) 제341조 제1호, 제342조

【事案의 概要】

1. 관련 법령

□ 구 소득세법(2009. 12. 31. 법률 제9897호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘소득세법’이라 한다)

제17조 (배당소득)

① 배당소득은 당해연도에 발생한 다음 각 호의 소득으로 한다.

3. 의제배당

② 제1항 제3호의 규정에 의한 의제배당이라 함은 다음 각 호의 금액을 말하며 이를 당해 주주·사원 기타 출자자에게 배당한 것으로 본다.

1. 주식의 소각이나 자본의 감소로 인하여 주주가 취득하는 금전 기타 재산의 가액 또는 퇴사·탈퇴나 출자의 감소로 인하여 사원이나 출자자가 취득하는 금전 기타 재산의 가액이 주주·사원이나 출자자가 당해 주식 또는 출자를 취득하기 위하여 소요된 금액을 초과하는 금액

□ 구 소득세법 시행령(2010. 2. 18. 대통령령 제22034호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘소득세법 시행령’이라 한다)

제46조 (배당소득의 수입시기)

배당소득에 대한 총수입금액의 수입할 시기는 다음 각 호에 규정하는 날로 한다.

4. 법 제17조 제2항 제1호·제2호 및 제5호의 의제배당

주식의 소각, 자본의 감소 또는 자본에의 전입을 결정한 날(이사회 의 결의에 의하는 경우에는 「상법」 제461조 제3항의 규정에 의하여 정한 날을 말한다)이나 퇴사 또는 탈퇴한 날

□ 구 상법(2011. 4. 14. 법률 제10600호로 개정되기 전의 것)

제341조 (자기주식의 취득)

회사는 다음의 경우 외에는 자기의 계산으로 자기의 주식을 취득하지 못한다.

1. 주식을 소각하기 위한 때

2. 회사의 합병 또는 다른 회사의 영업전부의 양수로 인한 때
3. 회사의 권리를 실행함에 있어 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 때
4. 단주의 처리를 위하여 필요한 때
5. 주주가 주식매수청구권을 행사한 때.

제342조 (자기주식의 처분)

회사는 제341조 제1호의 경우에는 지체 없이 주식실효의 절차를 밟아야 하며 동조 제2호 내지 제5호와 제341조의3 단서의 경우에는 상당한 시기에 주식 또는 질권의 처분을 하여야 한다.

2. 부과처분의 경위

가. 원고, A(원고의 처), B(이하 ‘원고 등 양도인’이라 한다)는 소외 주식회사 甲(이하 ‘甲’이라고 한다)의 주주들로, 2005. 11. 19. 乙, 甲(이하 ‘乙 등 양수인’이라 한다)과 사이에 甲 발행주식 전부를 대금 11,945,536,718원에 양도하는 내용의 주식양수도계약을 체결하고, 2005. 12. 19. 주식양도통지와 주주명부 명의개서를 마친 후, 2006. 2. 28. 양도소득세를 신고납부하였다.

나. 주식양도 전후의 주주구성은 아래와 같다.

양도 전		양도 후	
주 주	주식 수(주)	주 주	주식 수(주)
원 고	716,180	乙	400,000
A	100,000		
B	20	甲	416,200
합 계	816,200	합 계	816,200

다. 甲은 2007. 11. 19. 임시주주총회에서 자본감소를 결의하고, 2007. 12. 17. 위와 같이 취득한 자기주식 416,200주를 소각하였다.

라. 피고는 甲이 감자목적(소각목적)으로 자기주식을 취득하였던 것으로 판단하고, 이와 관련한 원고의 주식 양도차익이 소득세법 제17조 제2항의 의제배당에 해당하는 것으로 보아, 2011. 2. 10. 원고에 대하여 2005년 귀속 종합소득세 501,192,610원(원고가 납부한 양도소득세 중 위 416,200주 부분에 상당한 401,031,630원은 기납부세액으로 공제되었다)을 경정·고지하였다(이하 ‘이 사건 처분’이라 한다).

【原審의 判斷】

1. 주식소각 목적 취득인지 여부

가. 인정사실

1) 원고 등 양도인과 乙 등 양수인은 2005. 11. 19. 원고 등 양도인이 그들 소유의 甲 발행주식 합계 816,200주(=원고 716,180주+A 100,000주+B 20주)를 대금 11,945,536,718원에 乙 등 양수인에게 양도하기로 하는 내용의 주식양수도계약을 체결하였는데(이하 ‘이 사건 주식양수도계약’이라 한다), 원고는 양도인 본인 및 A, B의 대리인으로서 이 사건 주식양수도계약을 체결하였다.

2) 이 사건 주식양수도계약에 의하면, 위 주식양수도 대금 11,945,536,718원은 甲의 대차대조표상 자산 합계 19,812,652,180원에서 부채 합계 7,867,115,462원을 차감한 금액으로 정해진 것이고, 乙 등 양수인이 甲의 자산과 부채를 포괄적·면책적으로 인수하는 대가로 원고 등 양도인에게 이 사건 주식양수도 대금 중 계약금 2억 원을 계약 당일에, 잔금 11,745,536,718원을 2005. 12. 19.에 각 지급하기로 하였다.

3) 원고 등 양도인은 이 사건 주식양수도계약을 체결하기에 앞서 2005. 11. 17. 임시주주총회를 개최하여 “영업양도의 건”에 관하여 찬성결의를 하였는데, 그 내용은 이 사건 주식양수도계약과 같이 ‘甲의 자산과 부채를 차감한 잔액을 주식으로 평가하여 영업을 양도하는 것에 대하여 동의

한다’는 것이었다.

4) 乙 등 양수인은 2005. 12. 19. 이 사건 주식양수도계약에 따라 양수한 주식에 관하여 명의개서를 마쳤고, 원고 등 양도인은 이 사건 주식양수도계약에 따른 양도대금을 모두 수령한 후 2006. 1. 10. 증권거래세 과세표준을 신고하면서, 원고가 그 소유의 甲 발행주식 716,180주 중 416,200주를 대금 6,091,316,326원에 甲에게, 나머지 299,980주를 대금 4,390,372,581원에 乙에게, A가 그 소유의 甲 발행주식 100,000주를 대금 1,463,555,100원에 乙에게, B가 그 소유의 甲 발행주식 20주를 대금 292,711원에 乙에게 각 양도한 것으로 신고하였고, 이와 별도로 2006. 2. 28. 위 양도에 따른 양도소득세를 신고·납부하였다.

5) 甲은 2007. 11. 19. 임시주주총회를 개최하여 “자본감소에 관한 건”에 대하여 승인결의를 하였는데, 그 내용은 ‘甲의 사업형편상 발행주식 총수 816,200주 중 甲 소유의 416,200주를 감소하여 무상소각한다’는 것이었고, 이에 따라 甲은 2007. 12. 22. 이 사건 주식양수도계약에 의하여 원고로부터 취득한 자기주식 416,200주(이하 ‘이 사건 계쟁주식’이라 한다)를 소각하였다. 이에 따라 甲의 발행주식은 40만 주(=816,200주-416,200주)로 감소하였으며, 그 자본금은 40억 8,100만 원(=816,200주×5,000원)에서 20억 8,100만 원(=416,200주×5,000원)이 감소하여 20억 원(=40만 주×5,000원)이 되었다.

6) 丙회계법인이 2008. 9. 19. 작성한 甲의 재무제표에 대한 감사보고서에는 ‘甲이 소각을 목적으로 보유 중이던 자기주식 416,200주(이 사건 계쟁주식을 가리킨다)를 2007. 11. 19. 임시주주총회에서 자본감소를 결의하여 2007. 12. 22. 자본변경등기를 하였다’는 취지가 기재되어 있다.

7) 乙은 이 사건 주식양수도계약 직후인 2005. 11. 28. 甲의 대표이사로 취임하였다가, 2009. 9. 11. 甲에 대하여 인천지방법원 2009회합OO호로 회생절차개시결정이 내려지면서 관리인으로 선임되었고, 2010. 6. 21. 甲에 대한 회생계획인가결정이 내려진 후, 2010. 6. 22. 다시 甲의 대표이사로 취임하였으며, 甲은 회생계획인가결정이 내려진 2010. 6. 21. 乙의 소유로 남

아 있던 甲 발행주식 40만 주 중 32만 주를 추가로 소각하였고, 이에 따라 甲의 발행주식은 8만 주로 감소하였으며, 그 자본금은 20억 원에서 16억 원(=32만 주 × 5,000원)이 감소하여 4억 원(=8만 주 × 5,000원)이 되었다.

8) 乙은 2012. 11. 1. ‘이 사건 주식양수도계약 당시에는 감자(減資)의 사가 있었던 것이 아니었고, 甲을 인수한 후 회사 운영 중에 어려움이 있어 2007. 12. 22. 1차로 20억 8,100만 원, 2010. 6. 21. 2차로 16억 원을 감자하여 이 사건 주식양수도계약 당시 40억 8,000만 원이었던 자본금이 두 번의 감자 후 4억 원이 되었다’는 내용의 진술서를 작성하여 제출하였다.

나. 판단

아래의 사정을 종합하여 보면, 원고가 甲에게 소각을 목적으로 이 사건 계쟁주식 416,200원을 양도하였다거나, 甲이 원고로부터 소각을 목적으로 취득한 위 주식을 그 취득 목적에 따라 소각한 것이라고 보기는 어렵다. 따라서 원고의 주식 양도차익이 의제배당에 해당함을 전제로 한 이 사건 처분은 위법하다.

1) 원고 등 양도인은 그들이 소유하고 있던 甲의 발행주식 전부를 乙 등 양수인에게 일괄하여 양도하였고, 그 대금 역시 원고 등 양도인에게 일괄하여 지급되었으며, 이는 실질적으로 포괄적 영업양도를 하기 위한 방법이었던 것으로 보인다.

2) 따라서 이 사건 주식양수도계약에 의하여 양도된 주식 중 유독 원고가 증권거래세 과세표준 신고 당시 甲에게 양도하였다고 신고한 이 사건 계쟁주식 416,200주만이 소각을 위하여 양도된 것이라고 보기는 어렵다.

3) 이 사건 계쟁주식은 이 사건 주식양수도계약 체결 후 2년이 경과한 후에 소각되었고, 당시 주식 소각을 위한 주주총회에서는 甲의 “사업형편상” 위 주식을 소각한다는 결의를 하였을 뿐이다.

4) 甲에 대한 감사보고서에는 ‘甲이 소각을 목적으로 위 주식을 보유 중이었다’고 기재되어 있으나, 위 감사보고서는 위 주식의 소각 후에 사후적으로 작성된 것에 불과하고, 甲이 사전에 소각을 목적으로 위 주식을 보

유 중이었다고 인정할 만한 아무런 객관적인 자료가 없다(이 사건 주식양수도계약서나 위 주식의 양도 및 소각을 위한 각 주주총회의사록 등에는 甲이 위 주식을 소각을 목적으로 취득하였다는 취지의 기재가 전혀 없다).

5) 乙 역시 위 주식을 소각 목적으로 취득한 것이 아니고 사후에 회사 운영 중에 어려움이 있어 이를 소각한 것이라고 진술하고 있다.

6) 甲은 2009년에 회생절차개시결정을 받았고, 2010년에 회생계획인가결정을 받았으며, 그 과정에서 추가로 乙 소유의 주식을 소각하였는데, 이에 비추어 보면 乙의 위 진술은 신빙성이 있다고 보인다.

7) 원고 등 양도인과 乙은 아무런 특수관계가 없다.

2. 배당소득의 수입할 시기

가. 법 규정

소득세법 제17조 제1항 제3호는 의제배당을 배당소득의 하나로 규정하고 있고, 같은 조 제2항 제1호는 주식의 소각이나 자본의 감소로 인하여 주주가 취득하는 금전 기타 재산의 가액이 주주가 당해 주식을 취득하기 위하여 소요된 금액을 초과하는 금액을 의제배당이라고 규정하고 있으며, 소득세법 시행령 제46조 제4호는 배당소득에 대한 총수입금액의 수입할 시기는 주식의 소각, 자본의 감소를 결정한 날로 한다고 규정하고 있다.

나. 판단

1) 원고가 2005. 11. 19. 체결된 이 사건 주식양수도계약에 의하여 취득한 양도대금을 “2007. 11. 19.자 주식의 소각으로 인하여” 소급적으로 원고가 취득한 금전이라고 볼 수도 없으므로, 이는 의제배당소득에 해당한다고 할 수도 없다.

2) 피고가 이에 대하여 2005년 귀속 종합소득세를 부과한 것은 구 소득세법 시행령 제46조 제4호를 위반하여 수입시기(귀속연도)를 잘못 파악한 것이라고 할 것이다.

【被告의 上告理由】

甲이 이 사건 계쟁주식을 실제 소각한 점, 甲의 감사보고서에 이 사건 계쟁주식을 소각을 목적으로 소유하고 있었다고 기재되어 있는 점, 甲이 소각을 목적으로 소유하고 있던 주식수는 416,000주로서 이 사건 계쟁주식수와 일치하는 점 등에 비추어 보면 甲이 이 사건 계쟁주식을 소각하기 위하여 취득하였다고 봄이 상당하므로, 원고가 지급받은 양도대금에서 원고가 이 사건 계쟁주식을 취득하기 위하여 지급한 취득가액을 공제한 금액을 의제배당금액으로 보아야 한다.

그럼에도 원고 등 양도인이 乙 등 양수인에게 일괄하여 주식을 양도하였으므로 이 사건 계쟁주식만을 소각하기 위하여 양도하였다고 볼 수 없다는 점 등을 들어 甲이 소각목적으로 이 사건 계쟁주식을 취득한 것이 아니라고 판단한 원심에는 상법상 자기주식 취득에 관한 법리를 오해한 위법이 있다.

【解 說】

1. 이 사건의 쟁점

가. 관련 법령

소득세법 제17조 제1항, 제2항은, 주식의 소각이나 자본의 감소로 인하여 주주가 취득하는 금전 기타 재산의 가액이 주주가 당해 주식을 취득하기 위하여 소요된 금액을 초과하는 금액을 의제배당이라고 하고, 이를 당해 주주에게 배당한 것으로 보아 당해연도에 발생한 배당소득의 하나로 취급하고 있다.

나. 자산거래인 주식양도와 자본거래인 주식소각과의 구별의 필요성

1) 유상소각의 경우에는 발행회사가 주주로부터 자기주식을 매수하여

소각하게 되므로 이때 발생하는 자기주식의 양도를 단순한 주식의 양도로 볼 것인가 또는 주식의 유상소각의 한 과정으로 파악할 것인가의 문제가 있는바, 개념상으로는 주주권의 귀속변동에 불과한 자산거래로서의 주식의 양도와 소각을 위한 주식의 취득과의 구별이 명백한 것처럼 보이나 반드시 그런 것은 아니다.

2) 주주가 이 사건과 같이 개인인 경우 소득세법 제94조 제1항 제3호에 따라 비상장주식의 양도에 해당할 때에만 그 양도로 인한 소득에 대하여 양도소득세(10%의 양도소득세)가 부과되고, 대주주가 아닌 일반의 개인 주주가 보유하고 있던 상장주식을 양도하는 경우에는 그 양도차익에 대하여 소득세가 과세되지 아니함이 원칙인 반면, 의제배당에 해당할 경우에는 주식의 상장 여부에 관계없이 배당소득세(14%의 배당소득세)를 부과하게 되므로 주식의 양도로 인정되는가 또는 의제배당사유인 주식의 유상소각으로 인정되는가에 따라 주주의 이해관계에 큰 영향을 주게 된다. 이 점에서 양자의 구별은 중요한 의미를 가지게 된다.

다. 이 사건의 쟁점

따라서 이 사건의 쟁점은 甲이 원고로부터 자기주식을 취득한 행위를 자산거래인 주식양도로 볼 것인지 아니면 자본거래인 주식소각으로 볼 것인지라 하겠다.

2. 의제배당 일반론

가. 의의 및 취지

1) 의제배당이란 형식적으로는 이익배당이 아니지만 실질적으로 이익배당과 같은 효과가 있는 경우에 세법상 이를 배당으로 의제하는 것을 말한다.

2) 의제배당은 법인의 잉여금이 배당 이외의 다른 형태로 출자자에게 이전된다고 보는 입장에서 과세하는 것으로서 그 형태로는 주식소각 등에

의한 투자금의 회수나 잉여금의 자본전입 등을 들 수 있다. 이는 결국 실현된 이득만을 과세대상으로 할 경우 담세력에 따른 공평한 조세부담의 원칙에 적합하지 않은 결과가 초래될 수 있다는 점을 감안한 것이다.

나. 주식의 소각 또는 자본의 감소로 인한 의제배당 계산 산식

1) 주식의 소각이나 자본의 감소로 인하여 주주가 취득하는 금전 기타 재산의 가액 또는 퇴사·탈퇴나 출자의 감소로 인하여 사원이나 출자자가 취득하는 금전 기타 재산의 가액이 주주·사원이나 출자자가 당해 주식 또는 출자를 취득하기 위하여 소요된 금액을 초과하는 금액은 배당한 것으로 보는데 이때 의제배당금액의 계산을 산식으로 표시하면 다음과 같다.

$\text{의제배당 금액} = \text{취득한 재산가액} - \text{주식(출자)의 취득가액}$

2) 피고는 원고가 甲으로부터 주식양도대금으로 받은 6,091,326,326원에서 이 사건 계쟁주식 취득가액 2,081,000,000원을 차감한 4,010,316,326원을 의제배당소득으로 보았다.

3. 자산거래인 주식의 양도와 자본거래인 주식소각과의 구별 기준

가. 판례의 태도

판례에 의하면 주식의 매도가 자산거래인 주식의 양도에 해당하는가 또는 자본거래인 주식의 소각 내지 자본의 환급에 해당하는가는 법률행위 해석의 문제로서 그 거래의 내용과 당사자의 의사를 기초로 하여 판단하여야 할 것이지만, 실질과세의 원칙상 단순히 당해 계약서의 내용이나 형식에만 의존할 것이 아니라, 당사자의 의사와 계약체결의 경위, 대금의 결정방법, 거래의 경과 등 거래의 전체과정을 실질적으로 파악하여 판단하여야 한다고 하고 있다.¹⁾

1) 대법원 1992. 11. 24. 선고 92누3786 판결, 대법원 2002. 12. 26. 선고 2001두6227 판결.

나. 판결례

1) 주식소각을 위한 취득으로 인정한 예

가) 대법원 2012. 10. 11.자 2012두14507 판결

① 원고 주식회사 X는 2004. 3. 18. 이사회를 개최하여 주식회사 Y로부터 자기주식을 취득하여 소각하기로 결의하였고, ② 원고 회사와 주식회사 Y는 2004. 3. 23. 자기주식 매매대금을 35억 원으로 하여 매매계약 체결하였으며, ③ 2009. 11. 27. 자본감소를 위한 임시주주총회를 개최하여 주식을 소각하여 자본을 감소하기로 하는 특별결의(매매계약 체결 후 5년 8개월 만에 감자를 위한 주주총회 결의를 함)를 하고 자본감소 및 채권자 이익신청 공고를 거쳐 2010. 1. 27. 자본감소에 대한 변경등기를 마쳤고, ④ 2004 사업연도 감사보고서 주석에는 이 사건 주식은 ‘향후 처분 또는 소각예정입니다’라고 기재되어 있으며, 그 후 2009 사업연도 감사보고서까지 계속하여 주석에 위와 동일하게 기재되어 있었다.

나) 대법원 2010. 11. 11.자 2010두13739 판결

① Z 주식회사는 2003. 1. 27. 자기주식 취득 및 자본감소를 안건으로 한 임시주주총회를 개최하여 원고의 주식을 매수하여 소각하기로 결의하고, ② 2003. 2. 12. 자본감소에 이의가 있는 채권자는 이의할 것을 공고하였으며, ③ 2003. 2. 18. 원고와 Z 주식회사 사이에 원고 소유주식 35,887주를 6억 원에 매매하기로 계약서를 작성하고(매매계약 체결 전 자본감소에 대한 공고가 먼저 이루어 짐), 원고는 같은 날 매매대금을 지급받았으며, ④ 2003. 3. 22. 자본감소 변경등기가 이루어졌다.²⁾

다) 대법원 2010. 10. 28. 선고 2008두19628 판결

① 원고 주식회사 W는 2002. 10. 8. 망 丁과 사이에 丁 소유주식 44,450주에 대한 매매계약 체결하고 같은 날 주식에 대한 명의개서를 마쳤으나 계약금도 지급하지 않았고, ② 2002. 11. 14. 이사회에서 자본감소 결의를, 2002. 11. 15. 임시주주총회에서 자본감소를 위한 특별결의를 각 마쳤으며

2) 2005. 8. 12. 원고 소유 주식 47,849주에 대한 매매계약을 또 체결하였는데 동일한 절차로 진행됨.

(매매계약 후 1개월 후 주주총회), ③ 주식매매계약을 체결하기 이전 제3자에게 주식을 매도하려 하였지만 실패하였다(장차 제3자에게 매각전망이 더욱 사라진 상태이므로 종국적으로 임의소각 방법으로 처리할 수밖에 없었다는 점을 알고 취득하였다고 판단함).

라) 대법원 2002. 12. 26. 선고 2001두6227 판결

① 원고 T 주식회사는 1995. 12. 18. 임시주주총회를 개최하여 戊로부터 주식을 취득하여 소각함으로써 원고 회사의 자본을 감소시키기로 결의하였고, ② 감자결의를 함에 있어 주식의 가액을 평가하기 위한 절차를 거치지 아니한 채 매매대금이 주당 100만 원으로 결정되었으며, ③ 1995. 12. 22. 戊로부터 주식을 매수하고 곧바로 자본을 감소시키고 매매대금과 액면금액과의 차이를 감자차손으로 회계처리하였다.

2) 주식소각을 위한 취득을 부정한 예 - 대법원 2012. 3. 29.자 2011두32119 판결

① 원고 주식회사 S는 2006년경부터 2007년경 사이에 코스닥에 상장하려 하였으나 그 상장계획이 무산되자 R 주식회사(이하 ‘R’이라 한다) 등이 원고 회사의 대표이사인 P에게 투자금의 반환을 요구하여 투자금을 반환하기 위하여 주식매매계약이 체결되었고, ② 원고 회사는 2008. 8. 29. R 등으로부터 자기주식을 취득하기 위하여 이사회를 개최하였는데, 이사회 회의록에는 ‘재매각 또는 주식소각 목적으로 이 사건 주식을 취득함’이라고 기재되었으며, ③ 원고 회사는 2008. 9. 9. R 등과 자기주식 매매계약을 체결하였고, ④ 원고 회사는 과세관청으로부터 이 사건 주식의 취득에 관한 소명자료 제출을 요구받은 후인 2010. 4. 20. 자본감소를 위한 임시주주총회를 개최(매매계약 체결 후 1년 7개월 만에 감자를 위한 주주총회 결의를 함)하여 주식소각 결의를 한 후 2010. 6. 4. 자본감소 변경등기를 마쳤다.

다. 주식양도와 주식소각을 구별하기 위한 고려요소들

1) 회사가 주주로부터 자기주식을 취득하게 된 경위

일반적으로 주주가 그 보유주식을 제3자가 아닌 발행회사에 양도하는

때에는 발행회사의 주식 취득 목적을 알고 거래함이 보통이고, 상법 제341조3)에 의하면 회사가 자기주식을 취득할 수 있는 경우로는 주식을 소각하기 위한 때 등 일정한 사유로 한정되고 있는 점과 의제배당에 관한 규정 등을 고려하여 보면, 발행회사가 자기주식을 유상으로 취득하여 주식소각에 의한 자본감소절차를 밟는 경우에는 특별한 사정이 없는 한, 주주의 입장에서 그 양도는 주식소각의 일환으로서 양도하는 것으로 알고 있을 것으로 추정할 수 있으므로, 그로 인한 소득을 의제배당소득으로 봄이 상당하다는 견해가 있다.

회사가 주식을 소각하기 위하여 자기주식을 취득하는 것을 알았는지 여부는 계약체결 경위 등을 고려하여 개별적, 구체적으로 판단하여야 할 것이다.

2) 계약서의 내용

주식매매계약서에 자기주식의 향후 처리에 대한 내용이 포함되어 있는 경우 이를 통하여 자기주식 취득 목적을 유추할 수 있다.

3) 주주총회 및 이사회 의사록을 통하여 알 수 있는 결의 내용 및 감사보고서 등 회계자료에 기재된 내용

자본감소는 주주총회 특별결의를 거치도록 규정하고 있는바(상법 제438조) 이사회 결의만 거친 경우 소각을 목적으로 자기주식을 취득하였다고 보기 어렵다는 견해가 있다.

한편 주주총회 및 이사회 의사록에 자기주식을 취득하는 목적 또는 자기주식의 향후 처리에 대한 결의 내용이 있는 경우, 감사보고서 등 회계자료에 자기주식을 취득하여 보유하게 된 경위 및 목적 등이 기재되어 있는 경우 그 기재된 내용을 통하여 회사의 자기주식 취득목적에 짐작할 수 있을

3) **제341조 (자기주식의 취득)** 회사는 다음의 경우 외에는 자기의 계산으로 자기의 주식을 취득하지 못한다.

1. 주식을 소각하기 위한 때
2. 회사의 합병 또는 다른 회사의 영업전부의 양수로 인한 때
3. 회사의 권리를 실행함에 있어 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 때
4. 단주의 처리를 위하여 필요한 때
5. 주주가 주식매수청구권을 행사한 때

것이다.

4) 자본감소를 위한 주주총회 결의와 자기주식 취득의 시간적 간격

자기주식을 먼저 취득한 후 자본감소를 위한 주주총회 결의를 하는 경우 그 간격이 너무 크다면 주식소각을 위한 취득으로 보기 어려울 것이다. 앞서 본 대법원 2011두32119 사건의 경우 자기주식 취득과 자본감소를 위한 주주총회결의까지의 기간이 장기라는 점이 주식소각 목적의 취득으로 보지 않는 중요한 요소로 작용한 것으로 보인다.

5) 실제로 주식소각이 이루어졌는지 여부

실제 지분에 대한 소각절차가 마치지 않았다고 하더라도 실질적으로 출자지분이 감소된 것과 같으면 주식소각이 이루어진 것으로 보아 배당을 의제한 사안도 있다.⁴⁾ 그러나 실제 주식소각이 이루어졌는지 여부는 그 취득 목적을 구분하는 데 중요한 요소로 작용할 수 있다.

6) 회사가 취득한 자기주식이 처분 가능한지 그리고 처분을 위하여 어떠한 노력을 하였는지 여부

회사가 취득한 자기주식이 처분이 불가능하다고 인정되거나 회사가 이를 처분하려는 노력을 하지 않았다면 주식소각을 위한 취득으로 볼 여지가 있다. 앞서 본 대법원 2008두19629 사건은 취득한 자기주식을 제3자에게 매각할 전망이 사라졌다면 이는 임의소각 방법으로 처리할 수밖에 없다는 점을 알고 취득한 것으로 보아야 한다고 판단하였다.

라. 이 사건에 있어서의 적용

1) 주식양도로 이 사건 계쟁주식을 취득하였다고 보이는 사정들

가) 원고 등 양도인은 甲의 발행주식 전부를 乙 등 양수인에게 일괄하여 양도하였고, 그 대금 역시 원고 등 양도인에게 일괄적으로 지급되었으므로, 원고 등 양도인은 乙 등 양수인에게 포괄적으로 영업양도를 하기 위한 방법으로 甲 발행주식 전부를 양도하였을 뿐 이 사건 계쟁주식만을 따로 떼어 소각하려는 의사를 가지고 있었다고 보이지 않는다.

4) 대법원 2010. 11. 25.자 2010두16011 심리불속행 판결.

나) 이 사건 주식양도양수계약서상에 이 사건 주식의 양도에 관한 내용만 기재되어 있을 뿐 주식의 소각과 관련된 내용은 들어있지 않다.

다) 이 사건 주식양수도를 위하여 개최된 2005. 11. 17. 임시주주총회 의사록에 의하면 당시 “영업양도의 건”과 관련하여 ‘甲의 자산과 부채를 차감한 잔액을 주식으로 평가하여 영업을 양도하는 것에 대하여 동의한다’는 내용만 있을 뿐 주식소각에 대한 결의는 이루어지지 않았다.

라) 이 사건 계쟁주식은 이 사건 주식 양수도계약 체결 후 2년이 경과한 후에 소각되었다.

마) 2007 사업연도 감사보고서는 이 사건 계쟁주식에 대한 거래(2005년) 이후의 사정에 불과하므로 회계자료 등을 통하여 이 사건 계쟁주식을 취득할 당시 그 취득목적은 알 수 없다.

바) 甲은 2007. 11. 19. 임시주주총회를 개최하여 “자본감소에 관한 건”에 대하여 승인결의를 하였는데, 그 내용은 ‘甲의 사업형편상 이 사건 계쟁주식을 소각한다’는 것으로서 여기에는 이 사건 계쟁주식을 소각하기 위하여 취득하였다는 내용이 들어있지 않다.

사) 이 사건 계쟁주식을 소각한 이후에도 2010. 6. 21. 추가로 16억 원을 감자하여 자본금이 4억 원으로 되었다.

아) 원고와 乙은 아무런 특수관계가 없다.

2) 주식소각 목적으로 이 사건 계쟁주식을 취득하였다고 보이는 사정들

가) 이 사건 주식의 양수인인 乙은 이 사건 주식양수도계약을 통하여 甲의 주식 100%를 취득하는 것이 목적이고, 乙은 甲이 취득한 자기주식을 소각하여도 이와 같은 목적을 달성할 수 있다.

나) 주주가 그 보유주식을 제3자가 아닌 발행회사에 양도하는 때에는 발행회사의 주식 취득 목적을 알고 거래함이 보통이므로 甲이 이 사건 계쟁주식을 소각한 이상 원고도 이와 같은 甲의 자기주식 취득목적은 알고 있었다고 볼 수 있다.

다) 2007 사업연도 감사보고서상에 ‘甲이 소각을 목적으로 보유 중이던 자기주식 416,200주를 2007. 11. 19. 임시주주총회에서 자본감소를 결

의하고 2007. 12. 22. 자본변경등기를 하였다'는 취지가 기재되어 있었다.

라) 甲은 이 사건 계쟁주식을 실제로 소각하였다.

마) 甲이 이 사건 계쟁주식을 처분하기 위하여 노력하였음을 인정할 자료가 없고, 甲은 乙의 1인 회사로서 이 사건 계쟁주식을 처분하기도 어려워 보인다.

마. 소결

1) 甲이 이 사건 계쟁주식을 실제로 소각하였고, 그동안 처분을 위한 노력을 하지 않은 점 등에 비추어 보면 이 사건 계쟁주식을 소각하기 위하여 취득하였다고 볼 여지가 있다.

2) 그러나 원고 등 양도인은 乙 등 양수인에게 甲을 포괄적으로 양도하기 위한 목적으로 甲 발행주식 전부를 양도하였으므로 이 사건 계쟁주식만을 다른 목적으로 양도하였다고 볼 수 없는 점, 甲은 이 사건 계쟁주식을 취득한 후 2년 동안 주식소각을 위한 절차를 밟지 않은 점, 甲이 사전에 소각을 목적으로 이 사건 계쟁주식을 보유 중이었다고 인정할 만한 아무런 객관적인 자료를 찾을 수 없는 점, 甲은 이 사건 계쟁주식 소각을 위한 임시주주총회에서 사업형편상 이 사건 계쟁주식을 소각한다는 내용의 자본감소 승인결의를 한 점 등 거래의 과정을 전체적으로 살펴볼 때, 이 사건 계쟁주식의 거래는 주식소각방법에 의한 자본감소절차의 일환으로 이루어진 것이 아니므로 그로 인하여 원고가 얻은 이득은 의제배당소득을 구성하지 않는다고 봄이 상당하다.

3) 따라서 이 사건 계쟁주식의 거래가 주식소각방법에 의한 자본감소절차의 일환으로 이루어진 것임을 전제로 한 이 사건 처분은 위법하다.

4. 여론①: 자산거래인 주식양도의 효과

가. 주식양도약정의 효력

판례⁵⁾는 상법 제341조, 제341조의2, 제342조의2 또는 증권거래법 등이

5) 대법원 2003. 5. 16. 선고 2001다44109 판결, 대법원 2006. 10. 12. 선고 2005다75729 판결 등.

명시적으로 자기주식의 취득을 허용하고 있는 경우 등 외에는 회사가 자기주식을 취득하거나 취득하기로 하는 약정을 무효로 보고 있다. 따라서 **甲**이 이 사건 계쟁주식을 소각하기 위하여 취득하였다고 보지 않는 한 이 사건 계쟁주식의 취득은 자기주식 취득 금지 규정에 위반되어 이 사건 계쟁주식취득은 무효로 된다.

나. 주식양도 약정이 무효인 경우 양도소득세를 부과할 수 있는지 여부

1) 과세가능설

이 사건 계쟁주식에 대한 매매약정이 무효이므로 원칙적으로 양도소득세를 과세할 수 없지만 원고와 **甲**은 서로 매매계약이 무효라는 이유로 이 사건 계쟁주식과 매매대금을 서로 반환할 의사가 없다. 따라서 대법원 2011. 7. 21. 선고 2010두23644 전원합의체 판결⁶⁾의 취지에 따라 이 사건에 서도 실질과세의 원칙을 적용하여 양도소득세를 과세할 수 있다.

2) 과세불가능설

대법원 2010두23644 전원합의체 판결은 토지거래허가구역 내 토지를 매도하여 유동적 무효의 법리가 적용되는 경우 양도소득세를 부과할 수 있는지에 관한 판례로서 그 적용범위를 무한정 넓힐 수는 없다.

3) 소결

원고와 **甲**이 이 사건 계쟁주식과 매매대금을 서로 반환할 의사가 없는 점 등에 비추어 보면, 대법원 2010두23644 전원합의체 판결의 법리를 적용

6) **[판시]** 구 소득세법 제88조 제1항 본문은 자산이 유상으로 이전된 원인인 매매 등 계약이 법률상 유효할 것까지 요구하고 있지 않다. 한편 매매 등 계약이 처음부터 국토계획법에서 정한 토지거래허가를 배제하거나 잠탈할 목적으로 이루어진 경우와 같이, 위법 내지 탈법적인 것이어서 무효임에도 당사자 사이에서는 매매 등 계약이 유효한 것으로 취급되어 매도인 등이 매매 등 계약의 이행으로 매매대금 등을 수수하여 그대로 보유하고 있는 경우에는 종국적으로 경제적 이익이 매도인 등에게 귀속되고, 그럼에도 매매 등 계약이 법률상 무효라는 이유로 매도인 등이 그로 말미암아 얻은 양도차익에 대하여 양도소득세를 과세할 수 없다고 보는 것은 매도인 등으로 하여금 과세 없는 양도차익을 향유하게 하는 결과로 되어 조세정의와 형평에 심히 어긋난다.

[평가] 매매계약이 법률상 무효여서 부동산의 소유권이 이전되지 아니한 것으로 보아야 한다고 하더라도 당사자 사이에는 그 매매계약을 원하여 계약의 이행이 모두 끝났고 이를 원상회복시킬 의사도 없다면 그 양도소득이 실질적으로 매도인에게 귀속된 것으로 본다는 취지임.

하여 원고에게 양도소득세를 과세할 수 있다고 봄이 상당하다.

5. 여론②: 의제배당의 수입시기

가. 이 사건 처분의 위법성

1) 소득세법 시행령 제46조 제4호는 배당소득에 대한 총수입금액의 수입할 시기는 주식의 소각, 자본의 감소를 결정한 날이라고 규정하고 있다.

2) 甲은 2007. 11. 19. 임시주주총회를 통하여 이 사건 계쟁주식에 대한 자본감소결의를 하였으므로 의제배당소득의 귀속시기는 2007. 11. 19.이라고 봄이 상당함에도 피고는 2005년 의제배당소득이 발생하였다고 보아 이 사건 처분을 하였는바, 설령 甲이 주식소각을 목적으로 이 사건 계쟁주식을 취득하였다 하더라도 이 점에서 이 사건 처분은 위법하다.

나. 의제배당 수입시기 규정의 문제점

1) 회사가 주식소각을 하는 방법에는 강제소각의 방법 외에도 주식을 매입하여 임의소각을 하는 방법이 있다. 강제소각의 경우이거나 임의소각이라 하더라도 구 상법(2011. 4. 14. 법률 제10600호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제342조에 의하여 주식을 매입하는 즉시 소각을 한다면, 양도대금을 지급한 시기와 의제배당 소득의 귀속시기가 달라지지 않을 것이나 구 상법 제342조는 ‘지체 없이 주식실효의 절차를 밟아야 한다’고만 규정할 뿐, 그 기한을 두고 있지 아니하여 주주가 임의소각을 위해 주식을 양도하고 양도대금을 지급받았음에도 아직 감자결의를 하지 않은 경우 배당소득의 귀속시기는 도래하지 않았다고 보는 괴리가 발생하게 된다.

2) 이는 소득세법 시행령 제46조 제4호가 강제소각만을 염두에 두어 의제배당 소득의 귀속시기를 규정함에 기인한 것으로 보이고, 회사가 주식을 매입하는 임의소각 절차를 취하였으나 감자결의가 늦어지는 경우를 예상하지 못한 입법상의 과오로 이해된다.

【對象判決의 意義】

주식의 매도가 자산거래인 주식의 양도에 해당하는가 또는 자본거래인 주식의 소각 내지 자본의 환급에 해당하는가는 법률행위 해석의 문제로서 그 거래의 내용과 당사자의 의사를 기초로 하여 판단하여야 할 것이지만, 실질과세의 원칙상 단순히 당해 계약서의 내용이나 형식에만 의존할 것이 아니라, 당사자의 의사와 계약체결의 경위, 대금의 결정방법, 거래의 경과 등 거래의 전체과정을 실질적으로 파악하여 판단하여야 한다는 것이 확립된 판례이다. 이 판결은 기존의 사례와 달리 양도인이 양수인에게 회사를 일괄하여 양도하는 과정에서 주주인 양도인이 주식양수도계약에 따라 회사에 양도한 자기주식 부분이 자산거래인 주식양도에 해당하는지 아니면 자본거래인 주식소각 내지 자본환급에 해당하는지 여부에 대한 판단 기준을 제시하였다는 데에 그 의의가 있다.

7. 비영리사업자가 부동산을 2년 이상 공익사업의
용도에 직접 사용한 후 다른 용도로 사용한 경우
비과세된 취득세·등록세를 부과할 수 있는지
여부

(2013. 3. 28. 선고 2012두26678 판결 : 공2013상, 776)

李 茂 尙

【判決要旨】

구 지방세법(2010. 3. 31. 법률 제10221호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제107조 제1호 및 제127조 제1항 제1호에 규정된 비영리사업자가 해당 부동산을 2년 이상 공익사업의 용도에 직접 사용하였다면 그 후에 임대 등 다른 용도로 사용하더라도 지방세법 제107조 단서 및 제127조 제1항 단서에 규정된 부과사유에 해당하지 아니하여 비과세된 취득세·등록세를 부과할 수 없다.

【參照條文】

구 지방세법(2010. 3. 31. 법률 제10221호로 개정되기 전의 것) 제105조 제1항, 제107조 제1호, 제124조, 제127조 제1항, 구 지방세법 시행령(2010. 9. 20. 대통령령 제22395호로 전부 개정되기 전의 것) 제78조의2 제1항, 제93조의2

【事案의 概要】

1. 관련 법령

□ 구 지방세법(2010. 3. 31. 법률 제10221호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 ‘지방세법’이라 한다)

제1조의2 (해석의 기준 등)

① 이 법을 해석·적용할 때에는 과세의 형평과 해당 조항의 합목적성에 비추어 납세자의 재산권이 부당하게 침해되지 아니하도록 하여야 한다.

제105조 (납세의무자 등)

① 취득세는 부동산·차량·기계장비·입목·항공기·선박·광업권·어업권·골프회원권·승마회원권·콘도미니엄회원권 또는 종합체육시설이용회원권의 취득에 대하여 당해 취득물건 소재지의 도(골프회원권·승마회원권·콘도미니엄회원권 및 종합체육시설이용회원권은 골프장·승마장·콘도미니엄 및 종합체육시설 소재지의 도를 말한다)에서 그 취득자에게 부과한다.

제107조 (용도구분에 의한 비과세)

다음 각 호의 1에 해당하는 것(제112조 제2항의 규정에 의한 과세대상을 제외한다)에 대하여는 취득세를 부과하지 아니한다. 다만 대통령령이 정하는 수익사업에 사용하는 경우와 취득일부터 1년(제1호의 경우에는 3년) 이내에 정당한 사유 없이 그 용도에 직접 사용하지 아니하는 경우 또는 그 사용일부터 2년 이상 그 용도에 직접 사용하지 아니하고 매각하거나 다른 용도로 사용하는 경우 그 해당 부분에 대하여 취득세를 부과한다.

1. 제사·종교·자선·학술·기예 기타 공익사업을 목적으로 하는 대통령령으로 정하는 비영리사업자가 그 사업에 사용하기 위한 부동산의 취득

제124조 (납세의무자)

등록세는 재산권 기타 권리의 취득·이전·변경 또는 소멸에 관한 사항을 공부에 등기 또는 등록(등재를 포함한다. 이하 같다)하는 경우에 그 등기 또는 등록을 받는 자에게 부과한다.

제127조 (용도구분에 의한 비과세)

① 다음 각 호의 1에 해당하는 것(제112조 제2항의 규정에 의한 과세대

상을 제외한다)에 대하여는 등록세를 부과하지 아니한다. 다만 대통령령이 정하는 수익사업에 사용하는 경우와 등기·등록일부터 1년(제1호의 경우에는 3년) 이내에 정당한 사유 없이 그 용도에 직접 사용하지 아니하는 경우 또는 그 사용일부터 2년 이상 그 용도에 직접 사용하지 아니하고 매각하거나 다른 용도로 사용하는 경우 그 해당 부분에 대하여 등록세를 부과한다.

1. 제사·종교·자선·학술·기예 기타 공익사업을 목적으로 하는 대통령령으로 정하는 비영리사업자가 그 사업에 사용하기 위한 부동산에 대한 등기

제260조의2 (납세의무자) 지방교육의 질적 향상에 필요한 지방교육재정의 확충에 소요되는 재원을 확보하기 위하여 이 법의 규정에 의한 등록세(제196조의2의 규정에 의한 자동차의 등록에 대한 등록세를 제외한다), 레저세, 주민세균등할, 재산세, 비영업용 승용자동차(비영업용 기타 승용자동차를 포함한다)에 대한 자동차세[국가, 지방자치단체 및 「초·중등교육법」에 따라 학교를 경영하는 학교법인(목적사업에 직접 사용하는 자동차에 한정한다)을 제외한다] 및 담배소비세의 납세의무자는 지방교육세를 납부할 의무를 진다.

제260조의3 (과세표준과 세율)

- ① 지방교육세는 다음 각 호의 1의 과세표준에 해당 세율을 곱하여 계산한 금액을 그 세액으로 한다.

구분	과세표준	표준세율
1	이 법의 규정에 의하여 납부하여야 할 등록세액	100분의 20

□ 구 지방세법 시행령(2010. 9. 20. 대통령령 제22395호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 ‘지방세법 시행령’이라 한다)

제78조의2 (수익사업의 범위)

- ① 법 제107조 본문 단서에서 “대통령령이 정하는 수익사업”이라 함은 「법인세법」 제3조 제3항의 규정에 의한 수익사업을 말한다.

제79조 (비영리사업자의 범위)

- ① 법 제107조 제1호에서 “대통령령으로 정하는 비영리사업자”라 함은 다음 각 호의 자를 말한다.

1. 종교 및 제사를 목적으로 하는 단체

제93조의2 (수익사업의 범위)

법 제127조 제1항 단서에서 “대통령령이 정하는 수익사업”이라 함은 제78조의2의 규정에 의한 사업을 말한다.

제94조 (비영리사업자의 범위 등)

① 법 제127조 제1항 제1호 본문에서 “대통령령으로 정하는 비영리사업자”라 함은 제79조의 규정에 의한 비영리사업자를 말한다.

□ 법인세법(2010. 12. 30. 법률 제10423호로 개정되기 전의 것, 이하 같음)

제3조 (과세소득의 범위)

③ 비영리내국법인의 각 사업연도의 소득은 다음 각 호의 사업 또는 수입(이하 ‘수익사업’이라 한다)에서 생기는 소득으로 한다.

1. 제조업, 건설업, 도매업·소매업, 소비자용품수리업, 부동산·임대 및 사업서비스업 등 수익이 발생하는 사업으로서 대통령령으로 정하는 것

2. 처분의 경위

가. 원고는 2007. 2. 14. ○○와 서울 은평구 ○○동 ○○ 대 60,720㎡ 지상 3층 제지하층 제1호 899.06㎡(이하 ‘이 사건 부동산’이라 한다)를 869,751,600 원에 매수한 다음, 2007. 5. 16. 소유권이전등기를 경료하였다.

나. 원고는 2007. 5. 16. 피고에게 종교사업에 사용하기 위해 이 사건 부동산을 취득하였다는 이유로, 지방세법 제107조 제1호, 제127조 제1항 제1호 등의 각 규정에 따른 비과세신청을 하여 취득세, 등록세 등¹⁾의 비과세를 받았다.

다. 원고는 2010. 4. 25. 주식회사 甲(이하 ‘甲’이라 한다)에게 이 사건 부동산을 임대(이하 ‘이 사건 임대차계약’이라 한다)한 후, 2010. 5. 14. 이를

1) 취득세, 농어촌특별세, 등록세, 지방교육세.

인도하였다.

라. 피고는 2010. 7. 12. 원고에게, 이 사건 부동산이 수익사업에 제공된다는 이유로, 취득세 17,127,500원, 등록세 17,127,500원 등을 각 부과하였다(이하 ‘이 사건 각 처분’이라 한다).

3. 제1심 및 원심의 판단

가. 원고의 주장

지방세법 제107조 단서 및 제127조 제1항 단서에 의하면 해당 부동산을 2년 이상 공익사업의 목적에 사용하면 비과세된 취득·등록세를 추징할 수 없는데, 원고는 이 사건 부동산의 취득일인 2007. 5. 16.부터 2년 이상 교회 용도로 사용하다가 2010. 5. 14.부터 수익사업에 사용하였을 뿐이므로 부과요건을 충족하지 아니한다.

나. 판단 ㉠ 원심은 제1심판결 이유를 인용

1) 지방세법 제107조 단서, 제127조 제1항 단서의 문언 내용과 입법 취지에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들에 비추어 볼 때, 취득·등기한 부동산을 취득일·등기일로부터 1년(또는 3년) 이내에 그 용도로 사용하거나 그 사용일부터 2년 이상 용도에 직접 사용한 다음 매각하거나 다른 용도로 사용하였다고 하더라도, 그 부동산이 수익사업에 제공된 경우에는 취득세, 등록세 등을 부과함이 상당하다.

① 지방세법 제107조 단서, 제127조 제1항 단서의 각 규정은 취득세와 등록세에 대한 비과세 예외사유를 개별적으로 하나하나 열거하고 있다.

② 지방세법 제107조, 제127조 제1항의 각 규정이 비영리사업 등에 제공되는 부동산의 취득·등기에 관하여 각 취득세와 등록세를 비과세하는 데에 그 입법 취지가 있는 이상 수익사업에 제공된 부동산은 취득세, 등록세의 비과세 대상에서 제외함이 상당하다.

2) 이 사건의 경우, 원고가 2010. 4. 25. 甲과 이 사건 부동산에 관한 임대차계약을 체결함으로써 甲이 2010. 5. 14.부터 위 부동산을 사용하고 있음은 앞서 본 바와 같고, 위와 같이 원고가 甲에 이 사건 부동산을 임대 한 것은 대통령이 정하는 수익사업 중의 하나인 부동산임대에 해당하므로, 지방세법 제107조 단서, 제127조 제1항 단서의 각 규정에 따라 원고에게 취득세, 등록세 등을 부과한 피고의 이 사건 각 처분은 적법하다.

【上告理由의 要旨】

1. 지방세법 제107조 단서 및 제127조 제1항 단서가 규정한 ‘수익사업에 사용하는 경우’란 취득 후 그 목적사업에 전혀 사용함이 없이 수익사업에 사용하는 경우를 의미한다고 해석하여야 한다.

2. 따라서 원고가 비록 이 사건 부동산을 수익사업에 사용하였다고 하더라도 이 사건 부동산을 2007. 5. 16.부터 2010. 5. 14.까지 종교사업에 2년 이상 직접 사용하여 비과세의 요건을 충분히 갖춘 이상, 지방세 제107조 단서 제1호 및 제127조 제1항 제1호에서 정한 취득세, 등록세 등의 비과세요건을 충족하였다고 보아야 한다.

【解 說】

1. 비영리사업자에 대한 용도구분에 의한 비과세

가. 비영리사업자

1) 지방세법 시행령 제79조 제1항 제1호는 ‘대통령령이 정하는 비영리사업자’의 하나로 ‘종교 및 제사를 목적으로 하는 단체’를 들고 있다.

2) 원고는 사단법인 대한기독교교단연합회에 속한 교회로서 정관과 소속 교인이 존재하는 것으로 보이며, 이 사건 부동산에 관한 등기 당시 부

동산등기용 등록번호 ‘11194-01709’를 부여받아 등기하였으므로 ‘종교 및 제사를 목적으로 하는 단체’로서 비영리사업자에 해당하는 것으로 보인다.
 ☞ 당사자 사이에 다툼이 없다.

나. 비과세대상

1) 제사·종교·자선·학술·기예 기타 공익사업에 사용하기 위한 부동산을 비과세 대상으로 규정하고 있다.

2) 판례²⁾는 비영리사업자가 당해 부동산을 ‘그 사업에 사용’한다고 함은 “현실적으로 당해 부동산의 사용·용도가 비영리사업 자체에 직접 사용되는 것을 뜻하고, ‘그 사업에 사용’의 범위는 당해 비영리사업자의 사업목적과 취득목적에 고려하여 그 실제의 사용관계를 기준으로 객관적으로 판단”되어야 한다고 판시하고 있다.

다. 비과세 배제사유 ☞ 이 사건의 핵심 쟁점임

1) 지방세법 제107조 단서 및 제127조 제1항 단서는 ㉠ 대통령령이 정하는 수익사업에 사용하는 경우와, ㉡ 취득일부터 1년(제1호의 경우에는 3년) 이내에 정당한 사유 없이 그 용도에 직접 사용하지 아니하는 경우, 또는 ㉢ 그 사용일부터 2년 이상 그 용도에 직접 사용하지 아니하고 매각하거나 다른 용도로 사용하는 경우 그 해당 부분에 대하여 취득세·등록세를 부과한다고 규정하고 있다.³⁾

2) 수익사업의 의미

① 수익사업에 대한 비과세배제의 취지는 비영리법인이 영리법인과 동

2) 대법원 2002. 10. 11. 선고 2001두878 판결.

3) 위 조항들의 단서가 ‘부과한다’고 규정하고 있는데, 이에 대하여 비과세된 취·등록세를 추정하는 성질을 가진 규정으로 해석하는 견해[김의효, “지방세실무”, 한국지방세연구회(2009), 1193.; 전동훈, “지방세실무해설”, (주)영화조세통람(2012), 2161]와 추정이라는 표현이 부적절하며 사후관리에 따른 부과처분 규정이라고 표현하여야 한다고 보는 견해가 있다. 판례 중에는 지방세법 제107조 단서와 관련하여 추정이라는 표현을 사용한 것도 있으나(대법원 2003. 6. 13. 선고 2003두1462 판결 등 참조), 대다수의 판례는 부과라는 표현을 그대로 사용하고 있다.☞ 이 논문에서는 법문에 충실하게 ‘부과사유’라는 표현을 사용하기로 한다.

일한 사업을 영위하는 경우 영리법인에 대하여만 세금을 부과한다면 조세 부담의 형평성을 잃게 될 뿐만 아니라 비영리법인이라는 이유만으로 사업 내용과 관계없이 과세하지 않는다면 영리법인이 비영리법인의 형태를 차용하여 조세를 회피하는 것을 방지하기 어렵게 된다. 따라서 조세부담의 형평성 및 비영리법인과 영리법인 간의 경쟁의 공정성을 제고함과 아울러 조세의 회피를 방지하려는 데 비영리법인의 수익사업에 대한 과세의 취지가 있다.

② 이 사건의 경우, 임대계약 체결 사실 이외에 이 사건 부동산의 운영 실태 등을 알 수 있는 자료는 없으나, 피고는 이 사건 부동산이 수익사업에 사용된다는 전제에서 이 사건 처분을 하였고, 이에 대하여 원고가 다투지 아니하여 원심도 甲에 이 사건 부동산을 임대한 것은 대통령령이 정하는 수익사업 중의 하나인 부동산임대업에 해당한다고 판단하였다.

2. 상고이유에 대한 검토

가. 이 사건의 쟁점

1) 지방세법 제107조 단서 및 제127조 단서의 규정(부과사유를 3가지)

- 수익사업에 사용하는 경우 ⇒ ㉠ 사유
- 1년(혹은 3년) 이내에 그 용도로 직접 사용하지 아니하는 경우 ⇒ ㉡ 사유
- 2년 이상 직접 사용하지 아니하고 매각하거나 다른 용도로 사용하는 경우 ⇒ ㉢ 사유

2) ㉠사유의 경우 수익사업에 사용하기만 하면 언제나 취·등록세 부과가 가능할 것처럼 보이기도 하고[☐ 피고, 원심], ㉢사유의 경우 2년 이상만 사용하면 취·등록세 비과세가 유지될 것처럼 보이기도 한다[☐ 원고].

3) 여기서 ㉠사유를 독립된 부과사유로 보아 수익사업에 사용하기만 하면 부과사유가 있다고 볼 것인지, 아니면 ㉠, ㉡, ㉢사유 상호 간의 관계를 유기적·체계적으로 보아 2년 이상만 공익사업 용도로 사용하면 부과사

유에 해당하지 않는 것으로 볼 것인지가 이 사건의 쟁점이다.

나. 가능한 견해의 대립

1) 긍정설: 수익사업에 사용하기만 하면 그 사용기간을 묻지 않고 부과사유에 해당한다.

가) [엄격해석의 원칙] 조세법률주의의 원칙상 지방세법 제107조 등의 용도구분에 의한 비과세는 특례규정으로서 엄격하게 해석할 필요가 있는데, 지방세법 제107조 단서 등은 부과사유 하나하나를 열거하고 있으므로 문언 그대로 ㉠사유는 독립된 부과사유로 보아야 한다.

나) [㉠사유와 ㉡사유의 관계] ㉡사유에 규정된 ‘다른 용도로 사용하는 경우’란 수익사업 이외의 다른 용도(예컨대, 종교단체가 종교용으로 취득한 부동산을 무료 어린이집으로 사용하거나 불우이웃돕기센터 등으로 사용하는 경우)로 사용하는 경우를 의미한다고 보면 ㉠사유와 ㉡사유에는 충돌이 없다.

다) [비과세의 취지와 과세상 형평] 지방세법 제107조 등이 취·등록세를 비과세하는 취지는 그 부동산이 고유사업에 사용되기 때문이므로, 해당 부동산이 고유사업에 사용되지 않는다면 비과세되었던 세금을 부담하는 것이 마땅하다. 나아가 비영리사업자는 고유사업에 사용한 기간 동안은 취·등록세를 부담하지 않고 수익사업에 사용한 시점에 비로소 취·등록세를 부담하게 되어 과세이연의 혜택을 누리게 되므로, 위와 같은 해석이 사용기간을 도외시한 것으로 볼 수도 없다.

2) 부정설: 2년간 고유사업에 사용하면 부과사유가 되지 않는다.

가) [합목적적 해석 등] 조세법률주의가 지향하는 법적 안정성 및 예측가능성을 해치지 않는 범위 내에서 입법 취지 및 목적 등을 고려한 합목적적 해석을 하는 것은 불가피하다.⁴⁾ 특히 지방세법은 국세에 관한 세법보다 그 규정의 완결성이 떨어지는 경우가 많아 합목적적 해석이 더욱 필요한 영역인데, 지방세법 제107조 단서의 각 사유를 종합해 보면, 최소 2년

4) 대법원 2008. 2. 15. 선고 2007두4438 판결 등 참조.

간 고유사업에 사용하면 부과사유로 삼지 않겠다는 것임을 쉽게 알 수 있다. 한편 엄격해석에 의하더라도 지방세법 제107조 단서는 ‘[(a)사유와 b)사유) 또는 c)사유]’라고 규정하고 있으므로, 각각의 부과사유를 반드시 개별적인 것이라고 해석할 이유는 없다.

나) [다른 감면 조문과의 균형] 다른 사후관리 규정, 특히 위 규정과 유사한 사회교육시설 등에 감면(제272조),⁵⁾ 사회단체 등에 대한 감면(제288조)⁶⁾ 등에 비추어 과세를 면하기 위한 사용기간은 동일하게 규정되어 있으나, 수익사업에 사용하는 경우를 별도의 추정사유로 규정하고 있지 아니하다(b)사유와 c)사유만 규정). 따라서 다른 감면 조문과의 균형상 a)사유를 독립적으로 이해할 것은 아니다.

다) [a)사유와 c)사유의 관계] 지방세법 제107조 단서가 규정한 부과사유들은 비과세의 취지를 잠탈하는 것을 방지하기 위한 사후관리 규정으로서 유기적·체계적으로 해석하여야지, 각각의 사유가 독립적인 의미를 갖는 것으로 볼 수는 없다. 즉, a)사유는 c)사유 중 ‘다른 용도로 사용하는 경우’의 대표적인 예를 규정한 것으로 보아야 하고, 이와 달리 수익사업에 사용하는 경우(a) 사유)에 지방세법 제107조 단서에 해당하여 무조건 추정

5) 지방세법 제272조 (사회교육시설 등에 대한 감면) ⑤ 「영유아보육법」에 의한 영유아보육시설 및 「유아교육법」에 의한 유치원을 설치·운영하기 위하여 취득하는 부동산에 대하여는 취득세와 등록세를 면제하고, 과세기준일 현재 영유아보육시설 및 유치원에 직접 사용하는 부동산에 대하여는 재산세·도시계획세·공동시설세 및 주민세 재산분을 면제한다. 다만 부동산 취득일부터 1년 이내에 정당한 사유 없이 당해 용도에 직접 사용하지 아니하는 경우 또는 그 사용일부터 2년 이상 당해 용도에 직접 사용하지 아니하고 매각하거나 다른 용도로 사용하는 경우(영유아보육법 제45조 및 유아교육법 제32조의 규정에 의하여 당해 영유아보육시설 및 유치원이 폐쇄되는 경우를 포함한다) 그 해당 부분에 대하여는 면제된 취득세와 등록세를 추징한다.

6) 지방세법 제288조 (사회단체 등에 대한 감면) ② 정부로부터 허가 또는 인가를 받거나 「민법」 외의 법률에 의하여 설립 또는 그 적용을 받는 학술연구단체·장학단체·기술진흥단체·문화예술단체·체육진흥단체·청소년단체가 그 고유업무에 직접 사용하기 위하여 취득하는 부동산에 대하여는 취득세와 등록세를 면제하고, 과세기준일 현재 그 고유업무에 직접 사용하는 부동산에 대하여는 재산세·도시계획세 및 공동시설세를 면제(기술진흥단체와 체육진흥단체가 사용하는 부동산에 대하여는 공동시설세를 과세한다)한다. 다만 그 취득일부터 1년 내에 정당한 사유없이 그 고유업무에 직접 사용하지 아니하는 경우 또는 그 사용일부터 2년 이상 고유업무에 직접 사용하지 아니하고 매각하거나 다른 용도로 사용하는 경우 그 해당 부분에 대하여는 면제된 취득세와 등록세를 추징한다.

할 수 있다고 한다면, 같은 조 단서에서 2년 이상 그 용도에 직접 사용하지 아니하고 매각하거나 다른 용도로 사용하는 경우(㉔ 사유)에만 추정하도록 규정하고 있는 것과 서로 충돌된다.

라) [비과세의 취지와 비과세상 형평] 취·등록세는 1회적 조세로서 실무상의 필요에 의하여 사후관리 규정을 두었다고 하더라도 그것은 일정한 기간에 걸쳐야 하는 것이지 비과세된 부동산을 보유하는 전 기간에 걸쳐 사후관리 대상이 된다고 볼 수는 없다. 특히 ㉔사유의 경우에는 2년간만 고유사업에 사용하다가 매각하여도 취·등록세를 부과받지 않게 되는 데, 매각보다 그 정도가 약한 임대를 하였다고 취·등록세를 부과하는 것은 비과세에 있어서 형평에 맞지 않는다.

다. 과세실무 등

1) 입법 경위

가) 1961. 12. 8. 법률 제827호로 제정된 지방세법

제107조 (용도구분에 의한 비과세) 다음 각 호의 1에 해당하는 것에 대하여는 취득세를 부과하지 아니한다.

나) 1962. 12. 29. 법률 제1243호로 개정된 지방세법 ㉔ ㉕사유 신설

제107조 (용도구분에 의한 비과세) 다음 각 호의 1에 해당하는 것에 대하여는 취득세를 부과하지 아니한다. 단 취득일로부터 6개월간 내에 정당한 사유 없이 그 용(用)에 공(供)하지 아니한 경우에는 예외로 한다.

다) 1991. 12. 14. 법률 제4415호로 개정된 지방세법: 사후관리 규정에 수익사업에 사용되는 경우를 신설함. 그 취지는 수익사업이 비영리사업의 범위에 포함할 수 있는지에 대한 다툼을 제거하려고 개정한 것이다.⁷⁾
㉔ ㉕사유 신설

7) 1981. 12. 31. 법률 제3488호로 개정되면서 '1년'으로 연장되었다.

8) 김의효(주 3), 1201 참조.

제107조 (용도구분에 의한 비과세) 다음 각 호의 1에 해당하는 것에 대하여는 취득세를 부과하지 아니한다. 다만 대통령령이 정하는 수익사업에 사용하는 경우와 취득일부터 1년 이내에 정당한 사유 없이 취득물건의 전부 또는 일부를 그 사업에 직접 사용하지 아니한 경우에는 그 부분에 대하여는 취득세를 부과한다.

라) 2000. 12. 29. 법률 제6312호로 개정된 지방세법(2001. 1. 1.부터 적용): 이전의 규정에 의하면 일단 사용이 개시된 후에는 매각 등 당해 비영리사업에 사용하지 않아도 추정할 수 없던 운영상의 불합리를 보완하기 위하여 현행과 같은 규정이 신설되었다. ☞ ㉔사유 신설

제107조 (용도구분에 의한 비과세) 다음 각 호의 1에 해당하는 것에 대하여는 취득세를 부과하지 아니한다. 다만 대통령령이 정하는 수익사업에 사용하는 경우와 취득일부터 1년(제1호의 경우에는 3년) 이내에 정당한 사유 없이 2년 이상 그 용도에 직접 사용하지 아니하고 매각하거나 다른 용도로 사용하는 경우에 그 해당 부분에 대하여 취득세를 부과한다.

2) 과세실무 ☞ 부정설

[세정13407-934, 2002. 10. 4.] 지방세법 제107조 단서의 추정규정은 2000. 12. 29. 개정되어 2001. 1. 1.부터 시행된 규정으로서, 개정되기 전까지는 수익사업에 사용하는 경우와 취득일로부터 3년 이내에 정당한 사유 없이 취득물건의 전부 또는 일부를 그 사업에 사용하지 아니하는 경우에 그 해당 부분에 대하여는 취득세를 부과토록 되어 있었으나, 취득일로부터 3년 이내에 그 사업에 일시적으로 사용하는 경우에도 비과세된 취득세 등을 추정할 수 없도록 규정되어 있어 비영리사업자 등이 조세회피 목적으로 일시 사용하고 매각하는 경우 등의 부작용이 발생하여, 2000. 12. 29. 지방세법을 개정하여 비영리법인 등이 취득한 부동산을 조세회피 목적으로 일시 사용하는 경우에는 추정할 수 있도록 2년 이상 당해 용도에 직접 사용하여야만 추정되지 않도록 단서 규정을 개정하였다. 따라서 사용일로부터 2년 이상

그 용도에 직접 사용하여야만 기 감면받은 세액이 추정되지 아니하는 것이나, 2년 미만을 직접 사용한 경우는 추정대상이 되고, 사용일로부터 2년 이상 그 용도에 직접 사용 후 임대를 한다든가, 타인에게 사용케 하는 등의 다른 용도에 사용하는 경우에는 추정되지 아니하나, 사용일로부터 2년 미만을 사용하고 다른 법인에게 증여하면 추정대상이 된다.

라. 보고연구관의 의견

이 문제는 문언에 따른 엄격해석을 할 것인지 아니면 타당성에 따른 합목적적 해석을 할 것인지의 문제로서, 아래와 같은 사정들에 비추어 보면 ‘수익사업에 사용하는 경우(④사유)’를 마치 별도의 규정으로 둔 것처럼 보더라도 반드시 이를 별개의 독립된 부과사유로 이해할 것은 아니라고 보는 부정설이 타당하다.⁹⁾

1) 지방세법의 경우 강한 합목적적 해석의 필요성

가) 합목적적 해석은 법문의 해석 가능한 한계를 판정함에 있어서 입법 취지 등에 따른 목적론적 해석을 한다는 뜻일 뿐, 입법 취지만을 고려하여 법문의 해석 가능한 의미의 범위를 넘어서 확장해석이나 유추해석을 할 수 있다는 뜻은 아니다.

나) 지방세법 제1조의2 제1항은 “이 법을 해석·적용할 때에는 과세의 형평과 해당 조항의 합목적성에 비추어 납세자의 재산권이 부당하게 침해되지 아니하도록 하여야 한다.”라고 규정하고 있는데, 지방세법의 경우 국세기본법과 달리 특별히 이와 같은 규정을 둔 이유는 정확히 파악되지 아니하나, 국세와 달리 법 규정의 완결성이 떨어지는 점을 고려할 때 합목적적 해석의 필요성이 더욱 클 뿐만 아니라 지방자치단체마다 해석의 차이가 발생하는 것을 극복할 필요가 있다는 점에서 찾을 수 있을 것으로 사료된다.

2) 각 부과사유들 사이의 관계

가) 긍정설과 부정설의 가장 큰 논거는 2년 이상 직접 사용하지 아

9) 김의효(주 3), 1200, 1202 참조.

니하고 매각하거나 다른 용도로 사용하는 경우(㉔ 사유) 중 ‘다른 용도로 사용하는 경우’에 ‘수익사업에 사용하는 경우’를 포섭할 수 있는지 여부이다. 그러나 아래와 같이 ㉓, ㉔, ㉔사유는 모두 유기적·체계적으로 해석할 수 있으므로, ㉓사유를 그 사용기간과 무관하게 별개의 독립적인 부과사유로 이해할 것은 아니다.

나) [㉔사유] 법문의 표현은 ‘취득일부터 3년 이내에 정당한 사유 없이 그 용도에 직접 사용하지 아니하는 경우’라고 되어 있다. 여기서 3년은 해당 부동산을 공익사업의 용도로 직접 사용하기 시작할 유예기간을 부여하는 규정으로서 판례는 정당한 사유가 없는 경우라도 유예기간까지는 면제된 취·등록세를 추정할 수 없고,¹⁰⁾ 정당한 사유가 있다면 유예기간 이후에도 정당한 사유가 소멸되고 그때부터 유예기간이 경과할 때까지는 추정할 수 없는 규정으로 보고 있다.¹¹⁾ 따라서 유예기간 내에는 정당한 사유의 유무에 불구하고 비과세 또는 면제된 취·등록세를 과세하거나 추징할 수 없다고 보아야 한다.

다) [㉓사유] ㉓사유는 부동산의 취득 후 곧바로 또는 유예기간 내에 수익사업에 사용하는 경우에 과세하는 규정으로 이해하여야 한다. 과세예규에 나타난 사례들이나 판례에 나타난 사례들(고유업무인지 수익사업인지 다투어지는 사안)은 모두 유예기간 내에 수익사업에 사용된 사례들이다.

라) [㉔사유] 따라서 일단 사용이 개시된 이후에 의무적인 사용기간 내에 수익사업에 사용된다면 그것은 ‘사용일부터 2년 이상 그 용도에 직접 사용하지 아니하고 다른 용도로 사용하는 경우’에 해당한다고 이해할 것이다.

3) 취·등록세의 특성과 비과세의 취지

가) 재산세와 같이 매년 납세의무가 성립되는 조세는 오랜 기간 고유사업에 사용하다가 수익사업을 한 경우에 과세를 긍정하더라도 수익사업

10) 대법원 2009. 3. 12. 선고 2006두11781 판결(이 판결에는 아래 91누13281 판결과 일부 배치되는 부분이 있을 수 있어 논란이 있으나, 유예기간 동안은 정당한 사유의 유무에 불구하고 과세할 수 없다는 데에는 이론이 없다).

11) 대법원 1992. 6. 23. 선고 91누13281 판결.

에 사용한 때부터 과세가 이루어지므로 부당함이 발생하지 아니한다.

나) 그러나 당해 부동산을 취득함으로써 1회 납세의무가 성립하는 취·등록세에 있어서, 2년 이상 부동산을 고유사업에 직접 사용하였더라도, 그 후 계속하여 부동산의 비영리적 사용을 강요한다는 것은 납세의무자에게 너무 가혹하다. 예를들어 부동산을 취득한 후 20~30년이 경과한 다음 몇 개월 동안 수익사업에 사용하였다는 이유로 비과세된 취득세를 추징하는 것은 부당하다.

4) 반론의 가능성 및 이에 대한 재반박

가) 위 규정은 비영리사업자에 대한 특례규정인 점, 위 규정의 문언에 의하면 수익사업에 사용되는 경우(㉠사유)를 추정사유로 명시하여 열거하고 있는 점, 2년 이상 직접 사용하지 아니하고 매각하거나 다른 용도로 사용하는 경우(㉡사유)를 신설하기 전에는 사용기간과 무관하게 ‘수익사업에 사용하는 경우’를 이유로 과세할 수 있었다고 보는 입장에서는 2000. 12. 29. 지방세법의 개정으로 ㉡사유를 신설하였다고 하여 ㉠사유의 의미를 반감시키는 해석을 하는 것은 부당하다는 비판이 가능할 수 있다.

나) 그러나 ‘다른 용도로 사용하는 경우’에 ‘수익사업에 사용하는 경우’를 제외할 아무런 이유가 없을 뿐만 아니라, 2년 이상 직접 사용하지 아니하고 매각하거나 다른 용도로 사용하는 경우(㉡사유)를 2000. 12. 29. 지방세법에 도입하면서도 사용이 개시된 경우 ‘2년이라는 기간’으로 제한하여 입법한 취지에 비추어 보면, 사용이 개시된 경우에는 그때부터 2년 이상 사용하지 않은 경우에는 추정하고, 2년 이상 사용한 경우에는 추정하지 않겠다는 것이 입법자의 의도로 해석되므로, 2년 이상 그 용도에 직접 사용한 후 임대하는 경우와 같이 수익사업에 사용하는 경우에는 추정사유로 해석할 수는 없다.

다) 나아가 앞서 본 종래의 과세실무는 부정설과 같이 해석하였다고 볼 수 있고, 그러한 해석에 타당성과 합리성도 존재하는 이상 대법원이 굳이 과세실무를 뒤집어 납세자에게 불리한 해석을 할 필요가 없다.

3. 결론 ☞ 파기환송

가. 비과세 부동산을 취득한 후 2년 이상 그 용도에 직접 사용한 후 수익사업에 사용하는 경우에는 지방세법 제107조 단서 및 제127조 제1항 단서 소정의 수익사업에 사용하는 경우에 해당한다고 보아 추정할 수는 없다. 그럼에도 원심은 대통령령이 정하는 수익사업에 사용하는 경우 그 용도에 따른 사용기간을 묻지 않고 곧바로 부과사유에 해당한다고 보아 이 사건 처분이 적법하다고 판단하였으므로, 지방세법 제107조 단서 및 제127조 제1항 단서가 규정하는 부과사유에 관한 법리를 오해한 위법이 있다.

나. 한편 원심은 ‘수익사업에 사용되는 경우’를 독립된 부과사유로 보아 원고가 이 사건 부동산을 취득한 후 2년 이상 종교용도로 직접 사용하였는지에 관한 사실인정을 하거나 판단을 하지 아니하였다. 따라서 환송 후 원심으로서도 원고가 이 사건 부동산을 취득하고 그에 관한 등기를 한 이후 2년 이상 종교용도로 직접 사용하였는지 등을 심리한 다음 그에 따라 비과세된 취득세·등록세의 부과사유에 해당하는지를 판단하여야 한다.

【對象判決의 意義】

관련 규정들의 합목적적 해석을 통하여 지방세법 제107조 제1호 및 제127조 제1항 제1호에 규정된 비영리사업자가 해당 부동산을 2년 이상 공익사업의 용도에 직접 사용하였다면 그 후에 임대 등 다른 용도로 사용하더라도 지방세법 제107조 단서 및 제127조 제1항 단서에 규정된 부과사유에 해당하지 아니하여 비과세된 취득세·등록세를 부과할 수 없다고 명백히 판단함으로써 해석상 다툼의 여지가 있는 조항에 관하여 납세의무자의 권리를 보호하였다는 점에서 의의가 있다.

8. 새마을금고가 업무상 건물을 신축할 목적으로 기존 건물과 토지를 취득한 경우에 취득세와 등 록세의 감면사유와 추정사유의 판단

(2013. 6. 13. 선고 2011두18441 판결 : 공2013하, 1253)

鄭 錫 鍾

【判決要旨】

1. 구 지방세법(2010. 1. 1. 법률 제9924호로 개정되기 전의 것. 이하 같다) 제272조 제3항 본문의 문언 내용과 취지, 그리고 같은 항 단서가 '취득한 부동산을 그 사용일부터 2년 이상 그 업무에 직접 사용하지 아니하고 다른 용도로 사용하는 경우에는 그 해당 부분에 대하여 면제된 세액을 추징'하도록 별도로 규정하고 있는 점 등에 비추어 보면, 구 지방세법 제272조 제3항 본문이 규정하는 취득세와 등록세의 면제 대상에 해당하는지는 원칙적으로 부동산의 취득 당시를 기준으로 그 현황과 용도, 취득 목적 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

2. 새마을금고가 업무에 직접 사용하기 위한 건물을 신축할 목적으로 기존건물과 토지를 취득한 후 기존건물을 철거하고 그 토지 위에 건물을 신축하는 경우에 기존건물과 토지의 취득일부터 1년 이내에 건물을 신축하지 못하였더라도 거기에 정당한 사유가 있다면 기존건물과 토지에 대하여 구 지방세법(2010. 1. 1. 법률 제9924호로 개정되기 전의 것. 이하 같다) 제272조 제3항 단서가 규정하는 추정사유가 발생하였다고 볼 수 없지만, 일단 건물이 신축되고 나면 특별한 사정이 없는 한 그때는 바로 신축건물을 업무에 직접 사용하여야 할 것이므로 신축건물의 전부 또는 일부를 그 취득일부터 1년 이내에 정당한 사유 없이 업무에 직접 사용하지

아니한 경우에는 기존건물과 토지 중 신축건물의 연면적에서 업무에 직접 사용되지 아니하는 건물 부분이 차지하는 비율에 해당하는 부분도 구 지방세법 제272조 제3항 단서가 규정하는 취득세와 등록세의 추징대상이 된다고 봄이 타당하다.

【參照條文】

구 지방세법(2010. 1. 1. 법률 제9924호로 개정되기 전의 것) 제272조 제3항, 구 새마을금고법(2011. 3. 8. 법률 제10437호로 개정되기 전의 것) 제28조 제1항

【事案의 概要】¹⁾

1. 관련 법령

□ 구 지방세법(2010. 1. 1. 법률 제9924호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘법’이라 한다)

제272조 (사회교육시설 등에 대한 감면)

③ 「신용협동조합법」에 의하여 설립된 신용협동조합(중앙회를 제외한다)이 동법 제39조 제1항 제1호·제2호 및 제4호의 규정에 의한 업무와 「새마을금고법」에 의하여 설립된 새마을금고(연합회를 제외한다)가 같은 법 제28조 제1항 제1호 내지 제4호의 규정에 의한 업무에 직접 사용하기 위하여 취득하는 부동산에 대하여는 취득세와 등록세를 면제하고, 과세기 준일 현재 그 업무에 직접 사용하는 부동산에 대하여는 재산세를 면제하며, 사업소세의 100분의 50을 경감한다. 다만 그 취득일부터 1년 내에 정당한 사유 없이 그 업무에 직접 사용하지 아니하는 경우 또는 그 사용일부터 2년 이상 그 업무에 직접 사용하지 아니하고 매각하거나 다른 용도

1) 이하 사건의 개요, 제1심과 원심의 판단, 원고와 피고의 각 상고이유는 모두 관례해설에 필요한 범위로 한정하여 기재하였다.

로 사용하는 경우 그 해당 부분에 대하여는 면제된 취득세와 등록세를 추정한다.

□ 구 새마을금고법(2011. 3. 8. 법률 제10437호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 새마을금고법’)

제28조 (사업의 종류 등)

① 금고는 제1조의 목적을 달성하기 위하여 다음 각 호의 사업의 전부 또는 일부를 행한다.

1. 신용사업

- 가. 회원으로부터 예탁금과 적금 수납
- 나. 회원을 대상으로 한 자금의 대출
- 다. 내국환(內國換)과 「외국환거래법」에 따른 환전 업무
- 라. 국가, 공공단체 및 금융기관의 업무 대리
- 마. 회원을 위한 보호예수(保護預受)

2. 문화 복지 후생사업

- 3. 회원에 대한 교육사업
- 4. 지역사회 개발사업

2. 부과처분의 경위

가. 토지 및 기존건물의 취득과 취·등록세 면제

원고(새마을금고)는 2006. 6. 20. 기존 건물을 철거하고 건물을 신축하여 A지점을 개설할 목적으로 의왕시 삼동 192-7 대 446㎡(이하 ‘이 사건 토지’라 한다) 및 그 지상 건물(이하 ‘이 사건 기존건물’이라 한다)을 대금 1,618,900,000원에 매수하고, 2006. 6. 21. 이 사건 토지 및 기존건물에 대한 소유권이전등기를 경료하였다.

원고는 위와 같이 이 사건 토지 및 기존건물을 취득할 당시 새마을금고의 업무에 직접 사용하기 위하여 취득하는 부동산에 해당한다는 이유로 법 제272조 제3항 본문에 따라 취득세와 등록세의 감면을 신청하였고, 다만 면제된 취득세액과 등록세액에 대하여 농어촌특별세를 신고납부하였다.

나. 신축건물의 취득과 취·등록세 면제 등

원고는 2007. 2. 26. 이 사건 토지 지상에 A지점으로 사용할 건물(이하 ‘이 사건 신축건물’이라 한다)의 건축허가를 받고, 2007. 10. 13. 이 사건 기존건물을 철거한 후, 이 사건 토지 및 기존건물의 소유권을 취득한 날로부터 1년이 경과한 2007. 11. 15. 이 사건 신축건물의 건축공사에 착공하여 2008. 6. 4. 이 사건 신축건물의 사용승인을 받았고, 2008. 7. 4. 이 사건 신축건물에 대한 소유권보존등기를 경료하였으며, 2008. 7. 5. 이 사건 신축건물에 A지점을 설치하고, 2008. 7. 25. 분사무소 설치 등기를 마쳤다.

원고는 2008. 7. 3. 이 사건 신축건물에 대한 소유권보존등기를 신청하면서, 이 사건 신축건물 중 금융업소 부분(이하 ‘금융업소 부분’이라 한다)에 대해서 새마을금고 업무에 직접 사용하기 위하여 취득하는 부동산에 해당한다는 이유로 취득세와 등록세의 면제를 신청하면서 면제된 취득세와 등록세에 대하여 농어촌특별세를 신고·납부하였고, 소매점 부분(이하 ‘소매점 부분’이라 한다)에 대해서는 법 제272조 제3항에 따른 면제 대상이 아니라고 보고 해당 취득세와 등록세 등을 신고·납부하였다.²⁾

다. 피고의 취득세 및 등록세 등 부과처분

피고는 원고가 이 사건 토지 및 이 사건 기존건물을 취득한 날부터 1년이 경과한 2007. 10. 16. 착공한 것을 정당한 사유 없이 1년 이내에 새마을금고 업무에 직접 사용하지 않은 것으로 보고, 법 제272조 제3항 단서에 따라 2010. 2. 3. 아래와 같이 산정한 이 사건 토지 및 이 사건 기존건물에 대한 취득세, 등록세 등을 부과하는 처분(이하 ‘이 사건 제1처분’이라 한다³⁾)을

2) 이 사건 신축건물의 총 공사비 1,048,979,673원을 금융업소 부분과 소매점 부분의 연면적 비율(금융업소 부분 42.54%, 소매점 부분 57.46%)로 안분하였다.

3) 실제로는 피고는 이 사건 토지와 기존건물에 대하여 법 제138조 제1항 제3호에서 정한 등록세 중과세 사유가 있다고 보아 등록세, 지방교육세를 중과하는 처분을 하여 원심판결은 이를 ‘이 사건 제1처분’과 합하여 ‘이 사건 제1, 2처분’이라 지칭하였고, 이 사건 신축건물에 대하여도 마찬가지로 등록세, 지방교육세를 중과하는 처분을 하여 역시 ‘이 사건 제2처분’과 합하여 ‘이 사건 제3, 4처분’이라고 지칭하였다. 이 글에서는 논의의 편의상 중과 부분을 제외하고 이 사건 토지와 기존건물에 관한 부과처분을 ‘이 사건 제1처분’, 이 사건 신축건물에 관한 부과처분을 ‘이 사건 제2처분’이라 지칭하기로 한다.

하였다.⁴⁾

또한 피고는 2010. 2. 8. 이 사건 신축건물에 관한 소유권보존등기에 대하여 등록세 및 취득세 등을 신고하면서 그 과세표준에 ‘365자동화코너’ 시설(이하 ‘이 사건 시설’이라 한다) 공사비 25,300,000원을 누락하고, 간판류 5,060,000원을 과다산입하여 총 20,240,000원의 과세표준이 누락되었다면, 위와 같이 누락된 과세표준을 아래와 같이 금융업소 부분과 소매점 부분에 안분하여 취득세 319,870원, 농어촌특별세 91,140원(=43,910원+17,570원+29,660원), 등록세 127,940원, 지방교육세 23,730원을 부과하는 처분(이하 ‘이 사건 제2처분’이라 한다)을 하였다.

【原審의 判斷】

1. 원고의 주장

가. 원고가 이 사건 토지 및 기존건물을 그 취득일부터 1년 이내에 새마을금고의 업무에 직접 사용하지 못한 데에는 정당한 사유가 있으므로, 이와 다른 전제에 선 이 사건 제1처분은 위법하다.

나. 이 사건 시설은 금융업소의 부속시설일 뿐, 소매점 부분과는 전혀 상관이 없으므로, 이를 소매점 부분의 과세표준에 안분하여 산입할 수는 없다. 이를 금융업소 부분과 소매점 부분의 각 과세표준에 안분하여 산입한 이 사건 신축건물에 관한 이 사건 제2처분은 위법하다.

2. 판단

가. 이 사건 제1처분에 관한 판단(정당한 사유 유무) ⇨ 원고 청구 인용

1) 법 제272조 제3항에 규정된 ‘정당한 사유’란 법령에 의한 금지·제

4) 과세표준액에는 종전의 매매대금 1,618,900,000원에 누락된 감정평가 및 중개수수료 12,162,950원을 추가하였다.

한 등 그 법인이 마음대로 할 수 없는 외부적인 사유는 물론 고유업무에 사용하기 위한 정상적인 노력을 다하였음에도 시간적인 여유가 없어 유예기간을 넘긴 내부적인 사유도 포함하고, 그러한 정당한 사유의 유무를 판단함에 있어서는 중과세하는 입법 취지를 충분히 고려하면서 해당 법인이 영리법인인지 아니면 비영리법인인지 여부, 토지의 취득목적에 비추어 고유목적에 사용하는 데 걸리는 준비기간의 장단, 고유목적에 사용할 수 없는 법령·사실상의 장애사유 및 장애정도, 해당 법인이 토지를 고유업무에 사용하기 위한 진지한 노력을 다하였는지의 여부, 행정관청의 귀책사유가 가미되었는지 여부 등을 아울러 참작하여 구체적인 사안에 따라 개별적으로 판단하여야 한다(대법원 2009. 1. 15. 선고 2006두14926 판결 등 참조).

다음 사정에 의하면, 원고가 이 사건 토지 및 기존건물을 취득한 날부터 1년 이내에 그 업무에 직접 사용하지 못한 데에는 정당한 사유가 있다. 이와 다른 전제에 선 이 사건 제1처분은 위법하다.

① 원고는 이 사건 토지와 기존건물을 취득한 무렵인 2006. 6. 26. 및 같은 해 7. 26. 2차례에 걸쳐 종전의 상가임차인인 甲, 乙에게는 임대차기간 만료일(甲은 2006. 12. 15., 乙은 2006. 9. 15.)에 해당 기존건물 부분을 인도할 것을, 丙에게는 건물을 신축하려고 할 경우 조건 없이 해당 기존건물 부분을 인도한다는 종전 소유자와의 특약에 따라 2006. 11. 15.까지 위 기존건물 부분을 인도하여 달라고 통고한 사실

② 그런데 위 임차인들은 종전 소유자와의 사이에 5년의 임대차기간 보장, 시설투자비용 보상 등의 구두약정을 하였다면서 해당 기존건물 부분의 인도를 거부하기 시작한 사실

③ 원고는 2006. 8. 30. 위 임차인들을 상대로 점유이전금지가처분 집행을 한 후 해당 기존건물 부분을 인도받기 위하여 노력하였으나, 2006. 12. 15. 甲으로부터(7,000,000원의 이사비용을 주었다) 해당 기존건물 부분을 인도받았을 뿐, 나머지 임차인들과는 합의가 이루어지지 못한 사실

④ 이에 원고는 2006. 12. 21. 나머지 임차인들을 상대로 인도소송을 제기하여 2007. 5. 1. 승소판결(수원지방법원 2006가단118490 판결)을 선고받

왔고, 이후 위 임차인들과도 이사비용으로 각 5,000,000원씩을 지급하고 향소를 포기받기로 합의하여 2007. 6. 10.에 이르러서야 해당 기존건물 부분을 모두 인도받게 된 사실

⑤ 한편 원고는 2007. 7. 6. 지반조사 회사로부터 지하 1.2m에 지하수면이 존재한다는 지반조사 실시 결과를 통보받은 사실

⑥ 이후 원고는 2007. 8월경 착공을 시도하였으나 장마로 인한 물고임으로 토사가 무너질 우려가 있다는 판단에 따라 착공을 가늘로 미루게 되었고, 2007. 10월경에는 위 물고임이 장마로 인한 것이 아닌 것임을 확인하고 설계공법을 바꾸고, 2007. 10. 16.에 이르러서야 비로소 이 사건 신축건물의 신축공사에 착공한 사실

2) 피고의 원심 추가 주장에 대한 판단

피고는 원심에서, 비록 원고가 이 사건 신축건물의 착공이 늦어진 데 대하여 정당한 사유가 있다고 판단하였더라도, 소매점 부분이 감면 목적 용도에 해당하지 않는 이상 이 사건 토지와 기존건물 중 금융업소 부분에 해당하는 비율만큼만 취소되어야 한다고 주장하였다.

이에 대하여 원심은, 제1처분과 관련하여 면제 여부가 문제 되는 세금은, 원고가 건물을 신축하여 부곡지점을 개설할 목적으로 취득한 이 사건 토지 및 기존건물에 대한 취득세, 등록세 등이고, 그 이후에 원고가 신축한 건물에 대하여는 따로 취득세, 등록세 등이 부과되는 것이므로 원고가 이 사건 토지 및 기존건물을 취득할 당시에 부과되는 취득세, 등록세 등을 감면함에 있어서 향후 그 토지 위에 신축된 건물의 용도나 면제 여부까지 고려할 이유나 필요는 없다고 봄이 상당하고, 따라서 피고의 위 주장도 받아들이지 아니한다고 판단하였다.

나. 제2처분에 관한 판단 ㉠ 원고 청구 배척

이 사건 시설(365 자동화시설)은 그 구조와 설치된 위치 및 그 위치에 해당하는 건물의 용도, 건물의 형태, 목적, 용도에 대한 관계를 종합하여 볼 때, 이 사건 신축건물 중 금융업소 부분의 부속시설에 해당한다고 봄이

상당하다. 그렇지만 위 시설은 건물과 일체를 이루고 있어서 이를 쉽게 분리하거나 철거할 수 없는데다가, 위 시설이 현재에는 금융업소 용도로 사용되고 있기는 하나 이는 원고가 위 시설 내에 현금지급기 등을 설치하여 야간이나 휴일에도 이용할 수 있는 무인점포로 활용하고 있는 사정에 기인한 것이고, 향후 내부시설의 교체나 용도 변경 등에 따라 이 사건 신축건물 전체에 공하는 부속시설로도 얼마든지 사용될 수도 있는 이상 이 사건 시설의 위치나 현재 용도에만 기초하여 위 시설에 관한 설치비용을 이 사건 신축건물의 신축비용에서 제외할 수는 없다. 따라서 이 사건 시설을 설치하는 데 들어간 비용을 이 사건 신축건물의 과세표준에 포함시킨 피고의 조치는 정당하다.

【上告理由의 要旨】

1. 원고의 상고이유 - 이 사건 제2처분에 관한 주장(취·등록세 면제대상 부동산 여부의 판단 기준시점에 관한 법리오해)

지방세법상 취·등록세 면제대상에 해당하는지 여부는 취득 당시를 기준으로 결정하는 것이고, 취득 후에 그 용도를 변경할 가능성이 있는지 여부까지 고려하여야 하는 것은 아니다. 따라서 원심이 이 사건 시설을 나중에 용도 변경하여 건물 전체에 공하는 부속시설로 사용할 수도 있으므로 그 설치비를 건물 전체에 관한 설치비로 보아야 한다고 한 것은 잘못된 것이다.

2. 피고의 상고이유 - 이 사건 제1처분에 관한 주장

가. 상고이유 제1점 - 취·등록세 추정배제사유인 ‘정당한 사유’에 관한 법리 오해

기존건물을 명도받고 바로 철거하고 착공신고서를 제출하였더라면 감면

유예기간 내에 충분히 착공이라도 할 수 있는 상황임에도 불구하고 하지 않고 있다가 감면유예기간이 경과된 후 우기철에 실시한 지반조사 결과로 착공을 미루었다가 2007. 10. 20. 지반조사를 대신한 결과 지하수위의 위치가 동일함으로 지하수면이 장마로 인한 것이 아님을 알고 설계공법을 바꾸어 감면유예기간 만료일로부터 약 5개월이 지난 2007. 11. 15.에 비로소 착공을 하였다는 것은 원고의 판단 착오에서 비롯된 내부적인 사유에 불과하다.

또한 원고가 이 사건 토지 및 기존건물을 취득할 당시에 이미 임대 부분이 존치하고 있었으므로 조금만 주의를 기울였다면 임대기간이 종료하더라도 명도요구에 불응하여 명도소송으로 발전할 수도 있고, 임대차보호규정에 따라 재계약 등의 요구를 수용할 수밖에 없다는 장애사유를 인지할 수 있었다고 할 것이다. 따라서 명도소송은 정당한 사유가 되지 못하고, 실제 그러한 장애사유 해소를 위하여 노력하여 이를 해소하였는데도 불구하고 예측하지 못한 전혀 다른 사유로 그 업무에 사용하지 못하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 정당한 사유가 있다고 할 수 없다.

나. 상고이유 제2점 - 취·등록세 추징대상에 관한 법리 오해

법 제272조 제3항 단서 소정의 추징요건으로서 그 업무에 직접 사용 여부는 토지의 경우 그 자체로 독립적으로 사용용도를 정하고 있을 경우에는 그 사용용도에 따라 직접 사용여부를 판단하지만 토지에 지상 건축물이 있을 때에는 토지는 건축물에 부속되므로 건축물의 직접 사용 여부에 따라 토지도 그 부분만큼 그것에 부속되는 것이므로, 이 사건 토지가 감면목적에 사용되었는지 여부는 기존건물이 철거되고 그 지상에 건물이 완공되면서 확정된 그 건물의 용도에 따라 그 부속토지가 고유목적 사업에 직접 사용하고 있는지를 판단하여야 한다. 따라서 이 사건 토지 중 소매점 부분의 부속토지는 신축건물 완공 시점에 추징 사유가 발생한 것으로 보아야 한다.⁵⁾

5) 피고 상고이유 제2점의 취지는 마치 ‘이 사건 토지’ 중 소매점 부분 비율을 다투는 취지일 뿐, ‘이 사건 기존건물’에 관하여는 다투지 않는 듯이 보이기도 하고 원심판결도 그런 취지

【解 說】

1. 쟁점의 정리 및 검토의 방향

가. 쟁점의 정리

첫째 쟁점은, 원고가 이 사건 토지 및 기존건물을 취득한 날로부터 1년 이내에 그 업무에 직접 사용하지 못한 데에 정당한 사유가 있는지 여부(피고 상고이유 제1점)

둘째 쟁점은, 새마을금고가 업무용 건물을 신축하기 위하여 기존건물과 토지를 취득한 경우에 신축건물 중 일부를 업무에 직접 사용하지 아니하였다면 그 부분에 해당하는 기존건물과 토지 지분도 업무에 직접 사용하지 아니한 것으로 보아 추정사유에 해당하는지 여부(피고 상고이유 제2점)

셋째 쟁점은, 이 사건 신축건물 중 금융업소 부분에 설치된 365자동화코너 시설의 공사비를 안분하여 소매점 부분의 취득세, 등록세 과세표준에 포함시킬 수 있는지 여부(원고 상고이유)

나. 검토의 방향

1) 원고 상고이유 관련

셋째 쟁점에 관하여, 금융업소 부분에 설치된 365자동화코너 시설(이 사건 시설)은 금융업소의 일부분으로서 이 사건 시설의 공사비는 금융업소 부분을 취득하기 위하여 소요된 비용으로서 금융업소 부분과 소매점 부분 사이에 안분할 것이 아니므로 위 비용을 안분하여 소매점 부분의 취득세, 등록세 과세표준에 포함시킨 것은 위법하다는 결론에 도달하였다(상고이유 인용).

2) 피고 상고이유 관련

첫째 쟁점에 관하여는, 기록에 나타난 제반 사정에 비추어 취득한 날로

로 되어 있다. 그러나 상고이유서의 전체적 취지 등을 종합하면 피고 상고이유 제2점은 ‘이 사건 기존건물과 토지’의 소매점 부분 비율 상당에 관하여 모두 다투는 취지로 선택함이 상당하다.

부터 1년 이내에 신축건물의 신축공사에 착공하지 못한 데에 정당한 사유가 있다는 결론에 도달하였다(상고이유 제1점 배척).

둘째 쟁점에 관하여, 지점 건물을 신축하기 위하여 토지를 취득한 경우에 나중에 신축한 건물 중 일부를 고유 업무에 직접 사용하지 아니한 경우에는 그 부분에 해당하는 토지 지분도 고유 업무에 직접 사용하지 아니한 것으로 보아야 할 것이라는 소결론에 도달한 다음, 이 사건 토지 중 신축 건물 연면적 대비 소매점 부분 면적의 비율 상당은 정당한 사유 없이 업무에 직접 사용되지 않았다고 보아야 하므로 추정사유가 존재한다는 결론에 도달하였다(상고이유 제2점 인용).

3) 요약

		최초신고납부	이 사건 처분	원심 (=제1심)	대상판결	
기 존 건 물 & 토 지	금융 업소	취·등록세 면제 농특세 납부	취·등록세, 지방교육세 추징	면제	면제 (피고 상고1점 배척)	제1처분 파기
	소 매 점			면제	추징 (피고 상고 1점 배척, 2점 인용)	
신 축 건 물	금융 업소	취·등록세 면제 농특세 납부	농특세 증액경정	처분 정당	처분 정당 ⁶⁾	제2처분 파기 (금융업소 농특세 제외)
	소 매 점	취·등록세 납부 농특세, 지방교 육세 납부	취·등록세, 농특세, 지방교육세 증액경정	처분 정당	365 공사비 취·등록세 과표 산입 위법 (원고 상고 인용)	

6) 원고는 금융업소 부분에 부과된 농어촌특별세 부분을 포함하여 이 사건 제2처분 전체에 대한 취소를 구하고 있다. 그러나 원고는 365 자동화코너 시설 설치비용이 금융업소의 과세표준에 포함되어야 한다고 주장하고 있으므로 사실상 금융업소의 농특세 부과처분 부분에 대하여는 적법한 상고이유를 주장하지 않고 있다. 365 시설 공사비를 전액 금융업소에 과세표준에 산입한다면 농특세 역시 그에 따라 증가되어야 하므로 이 사건 처분 중 금융업소 부분의 취득세, 등록세 감면과 관련한 농특세 부분은 그중 일부만 금융업소에 산입함을 전제로 그 범위 내에서 이루어져 결과적으로 정당하다(원심판결 중 파기되지 않는 부분이다).

2. 금융업소 부분에 설치된 365자동화코너 시설(이하 ‘이 사건 시설’)의 설치비용이 소매점 부분의 취득세, 등록세 과세표준에 안분될 수 있는지 여부(원고의 상고이유)

가. 문제의 소재

이 사건 신축건물 중 금융업소 부분은 원고(새마을금고)가 업무에 직접 사용하기 위하여 취득한 부분으로 취득세, 등록세가 면제됨에 비하여, 이 사건 신축건물 중 소매점 부분은 원고가 업무에 직접 사용하기 위하여 취득한 부분으로 볼 수 없어 취득세, 등록세 면제대상이 아니다.

이 사건 제2처분은 이 사건 시설의 공사비 25,300,000원이 이 사건 신축건물의 취득세, 등록세의 과세표준인 사실상의 취득가액에서 누락되었다고 보고 이를 금융업소 부분과 소매점 부분의 면적비율에 따라 안분하여 금융업소 부분과 소매점 부분의 각 과세표준에 산입한 후, 금융업소 부분에 대하여는 (취득세와 등록세가 면제되므로)농어촌특별세를, 소매업소 부분에 대하여는 취득세, 농어촌특별세와 등록세, 지방교육세를 부과하는 증액경정 처분이다.

이 사건 시설은 금융업소 부분에 설치되어 있는바, 이 사건 시설의 공사비를 안분하여 소매점 부분에 관한 취득세, 등록세 과세표준에 포함시킨 것이 적법한지가 쟁점이다(다만 원고는 금융업소에 관한 농어촌특별세 부과처분에 관하여는 그 취소를 구하면서도 아무런 청구원인을 주장하지 아니하고 있다).

나. 취득세와 등록세의 과세표준

법 제111조 제1항, 제2항에 의하면 취득세의 과세표준은 원칙적으로 취득 당시의 가액으로 하고, 취득 당시의 가액은 취득자의 신고한 가액에 의하되, 다만 신고가 없거나 그 신고가액이 시가표준액에 미달할 때에는 시가표준액에 의하여 과세표준을 결정하게 된다.

다만 같은 조 제5항은 취득사실이 객관적으로 확인되는 취득에 관하여

는 취득자의 신고가액 또는 시가표준액에도 불구하고 사실상의 취득금액을 과세표준으로 하도록 하고 있고, 그중 하나로 ‘판결문·법인장부 중 대통령령이 정하는 것에 의하여 취득가격이 입증되는 취득’을 규정되어 있다(제3호).

따라서 법인의 경우에는 장부에 기재되어 있는 공사비가 과세표준에 포함되는 것이 원칙인데,⁷⁾ 사실상의 취득금액은 당해 취득물건을 취득하기 위하여 지급하는 일체의 비용(부대비용 포함)을 말한다.⁸⁾

한편 법 제130조 제1항, 제2항 역시 부동산에 관한 등록세 과세표준은 원칙적으로 등기·등록자가 신고한 가액에 의하여 등기·등록 당시의 가액을 과세표준으로 하되, 신고가 없거나 신고가액이 시가표준액에 미달하는 경우에는 시가표준액을 과세표준으로 하고,⁹⁾ 다만 법 제111조 제5항이 규정하는 경우에는 사실상의 취득가액을 등록세 과세표준으로 하고 있다(법 제130조 제3항).

7) 시행령 제82조의2 (취득가격의 입증 등)

① 법 제111조 제5항 제3호에서 “판결문·법인장부중 대통령령이 정하는 것”이라 함은 다음 각 호에 정하는 것을 말한다.

2. 법인장부: 법인이 작성한 원장·보조장·출납전표·결산서

8) 시행령 제82조의3 (취득가격의 범위)

① 취득세의 과세표준이 되는 취득가격은 과세대상물건의 취득의 시기를 기준으로 그 이전에 당해 물건을 취득하기 위하여 거래상대방 또는 제3자에게 지급하였거나 지급하여야 할 일체의 비용[소개수수료, 설계비, 연체료, 할부이자 및 건설자금에 충당한 금액의 이자 등 취득에 소요된 직접·간접비용(부가가치세를 제외한다)]을 포함하되, 법인이 아닌 자가 취득하는 경우에는 연체료 및 할부이자를 제외한다]을 말한다. 다만 매매계약서상의 약정 금액을 일시금 등의 조건으로 할인한 경우에는 그 할인된 금액으로 한다.

9) 법 제130조 [課稅標準]

① 부동산·선박·항공기·자동차 및 건설기계에 관한 등록세의 과세표준은 등기·등록 당시의 가액으로 한다.

② 제1항의 규정에 의한 과세표준은 조례가 정하는 바에 의하여 등기·등록자의 신고에 의한다. 다만 신고가 없거나 신고가액이 제111조 제2항 각 호의 규정에 의한 시가표준액에 미달하는 경우에는 시가표준액을 과세표준으로 한다.

③ 제111조 제5항의 규정에 해당하는 경우에는 제2항의 규정에 불구하고 동조 동항의 규정에 의한 사실상의 취득가액을 과세표준으로 한다. 다만 등기·등록당시에 자산재평가 또는 감가상각 등의 사유로 그 가액이 달라진 경우에는 변경된 가액을 과세표준으로 한다.

다. 하나의 과세객체 중 일부만 취득세, 등록세 면제대상인 경우의 과세표준 산정방법

과세객체 중 일부는 면제사유에 해당하고, 일부는 면제사유에 해당하지 아니할 경우에는 구분하여 면제사유에 해당하지 아니하는 부분에 대하여만 과세하여야 함은 당연하다. 과세실무도 재산세 비과세대상인 재산의 일부가 그 목적에 직접 사용되지 아니하는 경우 그 일부 재산에 대하여 재산세를 부과하고 있다.¹⁰⁾ 이때 과세표준 산정방법이 문제될 수 있다.

원칙적으로 과세대상과 면제대상은 각각 과세표준을 구분하여 계산하는 것이 타당할 것이다. 다만 건물신축의 경우 과세 부분과 면제 부분의 각 건축비용이 구분되어 있지 않아 분리 산출하는 것이 불가능한 경우 등과 같이 과세 부분만의 사실상의 취득가액 등을 구분하기 어려운 경우에는 전체 과세객체에 대한 과세표준, 즉, 사실상의 취득가액 등을 합리적 기준에 따라 과세대상에 대한 과세표준과 면제대상에 대한 과세표준으로 구분할 수 있을 것이다.

과세실무상 취득세 과세표준이 되는 전체 사실상의 취득가격에서 면제대상 면적비율에 따라 과세분과 면제분 과세표준을 안분하고 있는바¹¹⁾ 과세대상 부분과 면제대상 부분 사이에 특별한 건축비용상의 차이가 인정되지 않는다면 그 합리성이 수긍될 수 있을 것이다.

라. 면제대상 여부의 판단 시점과 고려사유

취득세 납부의무의 성립 시점은 취득 당시인 점과 함께, 법 제272조 제3항 본문의 문언 내용과 취지, 그리고 같은 항 단서가 ‘취득한 부동산을 그 사용일로부터 2년 이내에 그 업무에 직접 사용하지 아니하거나 다른 용도로 사용하는 경우 등에는 해당 부분에 대하여 면제된 세액을 추정’하도록 규정하고 있는 점 등에 비추어 보면, 법 제272조 제3항 본문이 규정하는 취득세와 등록세의 면제 대상에 해당하는지는 원칙적으로 부동산의 취득

10) 지방행정연수원(2012), 지방세실무 299.

11) 대법원에 파견된 행정안전부 조사관에게 확인한 내용이다.

당시를 기준으로 그 현황과 용도, 취득 목적 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

반면 감면 규정에 별도의 추정규정이 없는 경우에는 감면 대상인지 여부의 판단 시점은 취득 당시이겠지만, 실제 취득 후의 사정은 취득세 납세의무 성립에 영향을 미치지 못할 뿐만 아니라 추정사유도 되지 않으므로 취득 목적 등은 법 제272조 제3항에 비하여 감면사유 판단에 영향을 미칠 여지가 적을 것이다.

마. 이 사건의 경우

1) 사실관계

이 사건 시설은 그 용도가 금융업무이고, 설치된 위치도 1층 금융업소 내부이며 그 위치에 해당하는 건물의 용도도 금융업소이다. 이 사건 시설은 신축건물 1층 금융업소 내부에 설치된 무인자동화 금융점포로서 금융업소의 일부분 또는 부속시설이다. 그 구조는 주영업장의 한쪽 구석 약 6평의 면적에 벽을 쳐 만든 별실로서 다시 5칸으로 구획되어 ATM기 3대, CD기 1대, 공과금수납기 1대가 설치되어 있다. 주영업장과 이 사건 시설 사이의 벽에는 셔터가 설치되어 있어 영업시간 중에는 셔터문을 열어 주영업장과 위 시설을 일체로서 금융업소로 사용하고 영업시간 후에는 주영업장으로 통하는 셔터문을 닫아버리고 야간과 휴일에 현금입출금 등을 할 수 있도록 된 무인점포로 사용된다.

2) 이 사건 시설의 공사비가 신축건물의 사실상의 취득가액에 포함되는지 여부

원·피고는 이 사건 시설의 공사비가 신축건물의 사실상의 취득가액에 포함된다는 점에 관하여는 다투지 않고 있다.¹²⁾

새마을금고 세무회계방법서에 의하면 “CD, ATM 등을 비치하기 위한 무인자동점포(24/365코너)의 설치비는 설치장소를 불문하고 비품집기로 처리,

12) 만약 포함되지 않는다면 금융업소 부분에 대한 농어촌특별세 증액경정처분과, 소매점 부분에 대한 취득세, 등록세 등 증액경정처분이 모두 부적법하게 된다.

24/365 코너 내에 비치하는 CD, ATM은 별도의 비품집기로 회계처리”하도록 규정되어 있다. 위 방법서에 의한다면 무인자동점포의 설치비용을 이 사건 신축건물의 사실상의 취득가액에 포함시킬 수는 없을 것이고, 원고 역시 당초 신고 당시 이 사건 시설의 설치비를 사실상의 취득가액에서 제외했었다.

그러나 위 회계방법서는 단순히 내부적인 업무지침에 불과한바, 앞서 본 사실관계에 의하면 이 사건 시설은 신축건물의 일부 또는 부속시설로 보일 뿐, 비품집기로 보기는 어렵다고 보이므로 이 사건 시설 공사비를 신축건물의 사실상의 취득가액에 포함시킨 자체는 정당하다. 원고의 상고이유 역시 ‘이 사건 시설 설치비용 중 소매점 부분 안분금액을 과세표준에 포함한 피고의 제2처분이 정당하다는 원심판결은 위법하다’고 하여 소매점 부분만을 다룰 뿐 설치비용을 과세표준에 산입한 자체는 다투지 않고 있다.

3) 과세표준 산입 방법에 관한 견해의 대립

① 이 사건 시설 설치비용은 금융업소의 취득가액(신축비용)의 일부로서 금융업소의 과세표준에 포함될 뿐이라는 견해(원고)

365자동화코너 시설은 금융업소 부분 내부에 있고, 소매점 부분과는 위치나 효용면에서 전혀 무관하므로 그 공사비 27,830,000원은 면제대상인 금융업소 부분의 취득에 들어간 비용으로 봄이 상당하다.

② 이 사건 시설은 이 사건 신축건물 전체의 일부로서 그 설치비용은 금융업소 부분(면제대상)의 과세표준과 소매점 부분(과세대상)의 과세표준에 안분되어야 한다는 견해(원심)

이 사건 시설은 그 구조와 설치된 위치 및 그 위치에 해당하는 건물의 용도, 건물의 형태, 목적, 용도에 대한 관계를 종합하여 볼 때, 이 사건 신축건물 중 금융업소 부분의 부속시설에 해당한다고 봄이 상당하나, 위 시설은 건물과 일체를 이루고 있어서 이를 쉽게 분리하거나 철거할 수 없는 데다가, 위 시설이 현재에는 금융업소 용도로 사용되고 있기는 하나 이는 원고가 위 시설 내에 현금지급기 등을 설치하여 야간이나 휴일에도 이용할 수 있는 무인점포로 활용하고 있는 사정에 기인한 것이고, 향후 내부시설

의 교체나 용도 변경 등에 따라 이 사건 건물 전체에 공하는 부속시설로도 얼마든지 사용될 수도 있는 이상 이 사건 시설의 위치나 현재 용도에만 기초하여 위 시설에 관한 설치비용을 이 사건 건물의 신축비용에서 제외할 수는 없다. 따라서 이 사건 시설을 설치하는 데 들어간 비용을 이 사건 신축건물의 과세표준에 포함시킨 피고의 조치는 정당하다.

이 사건 시설은 신축건물과 일체가 되어 건축물로서의 효용가치를 증대시켰다. 취득물건의 취득가격이 특정위치나 용도별로 구분하여 정해지는 것이 아니라 취득가격을 과세면적과 면제면적 비율별로 안분하여 과세함은 정당하다.

4) 검토

지방세법상 취·등록세 면제대상에 해당하는지 여부는 취득 당시를 기준으로 결정하여야 하고, 하나의 과세객체 중 일부만이 면제대상이 되는 경우에 면제대상인 범위 역시 취득 당시를 기준으로 정해져야 할 것이다. 따라서 원심이 이 사건 시설을 나중에 용도 변경하여 건물 전체에 공하는 부속시설로 사용할 수도 있으므로 그 설치비를 건물 전체에 관한 설치비로 보아야 한다고 한 것은 잘못이다.

이 사건 시설은 그 현황과 용도, 취득 목적 등을 종합적으로 고려할 때 이 사건 신축건물 중 금융업소 부분의 일부분으로서 원고가 새마을금고의 업무에 직접 사용하기 위하여 취득한 것으로 봄이 타당하므로, 법 제272조 제3항 본문이 규정하는 취득세와 등록세의 면제 대상에 해당한다. 따라서 그 설치비용은 취득세와 등록세의 과세대상인 이 사건 소매점 부분의 사실상 취득가액에 포함될 수 없고, 그 전부가 취득세와 등록세의 면제 대상인 금융업소 부분의 사실상 취득가액에 포함되어야 한다.

따라서 이 사건 시설의 설치비용을 금융업소 부분과 소매점 부분에 안분함으로 인하여 소매점 부분에 관하여 부과된 취득세와 등록세 등 부과처분 부분은 위법하다.

한편 금융업소 부분과 소매점 부분에 관련하여 부과된 농어촌특별세는 각 구 농어촌특별세법(2010. 12. 30. 법률 제10422호로 개정되기 전의 것) 제5

조 제1항 제1호(과세표준은 감면세액이고, 세율은 20%), 제5조 제1항 제6호(과세표준은 납부할 취득세액, 세율은 10%)인데, 농어촌특별세법은 제5조 제1항의 각 호별로 과세단위를 달리하므로(제1호와 제3호에 관한 대법원 2002. 10. 25. 선고 2000두3078 판결) 금융업소 부분 관련 농어촌특별세 부분과 소매점 부분 관련 농어촌특별세 부분의 과기 여부를 나누어 판단하여야 한다.

금융업소 부분에 관하여 부과된 농특세 부분은 금융업소 부분의 취득과 관련하여 감면된 취득세액 또는 등록세액을 과세표준으로 하여 거기에 20%의 세율을 곱하여 산정한 농어촌특별세를 부과한 것이므로, 이 사건 시설의 설치비용 전부를 금융업소 부분의 사실상 취득가액에 포함하여 정당한 세액을 산정하더라도 그 세액은 피고가 당초 부과한 세액(합계 61,480 원)을 초과한다. 따라서 원심의 위와 같은 잘못은 금융업소 관련 부과처분 부분의 판결 결과에는 영향을 미치지 아니하였다.

바. 원고의 상고이유에 대한 검토

원심판결은 이 사건 시설의 설치비용을 금융업소 부분과 소매점 부분에 안분하여 산입한 이 사건 처분을 정당하다고 보았다. 따라서 소매점 부분에 관한 원고의 상고이유는 이유 있다(금융업소와 관련된 농어촌특별세 부분은 원고가 적법한 상고이유 자체를 주장하지 않고 있다).

이 사건 제2처분에 관한 원심판결 중 금융업소에 관한 농어촌특별세 부과처분을 제외한 나머지 부분에 법 제272조 제3항 본문이 규정하는 취득세와 등록세의 면제 대상을 판단하는 기준 시점 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

3. 기존건물과 토지를 취득일로부터 1년 이내에 업무에 직접 사용하지 아니한 데에 정당한 사유가 있는지 여부(피고의 상고이유 제1점)

가. 문제의 소재

법 제272조 제3항은 새마을금고의 업무에 직접 사용하기 위하여 취득하

는 부동산에 대하여는 취득세와 등록세를 면제하되, 그 취득일부터 1년 내에 정당한 사유 없이 그 업무에 직접 사용하지 아니하는 경우 또는 그 사용일부터 2년 이상 그 업무에 직접 사용하지 아니하고 매각하거나 다른 용도로 사용하는 경우 그 해당 부분에 대하여는 면제된 취득세와 등록세를 추징한다고 규정하고 있다.

원고는 이 사건 기존건물 및 이 사건 토지를 취득한 2006. 6. 20.(대금완납일)부터 1년이 경과한 2007. 10. 16.까지 위 건물 및 토지를 업무에 사용하지 않다가, 그 무렵 비로소 이 사건 신축건물의 건축공사에 착공하였고, 2008. 6. 4. 위 신축건물에 관하여 준공검사를 받았다. 따라서 위 건물 및 토지에 관한 취득세, 등록세의 추징 여부는 원고가 위와 같이 1년 내에 업무에 직접 사용하지 아니한 데에 정당한 사유가 있는지 여부에 따라 결정된다.

나. 정당한 사유의 존부의 판단 기준

추징배제사유로서의 ‘정당한 사유’의 존부 판단 기준에 관한 기본 판례는 다음과 같다.

“‘정당한 사유’란 법령에 의한 금지·제한 등 그 본문에 규정된 비영리법인이 마음대로 할 수 없는 외부적인 사유는 물론 그 업무에 사용하기 위한 정상적인 노력을 다하였으나 시간적인 여유가 없어 유예기간을 넘긴 내부사유도 포함하고, 정당한 사유의 유무를 판단함에 있어서는 비영리법인에 의하여 수행되는 사업의 공익성을 감안하여 취득세를 부과하지 아니하는 입법 취지를 충분히 고려하면서 부동산의 취득목적에 비추어 그 업무에 직접 사용하는 데에 걸리는 준비기간의 장단, 업무에 사용할 수 없는 법령상·사실상의 장애사유 및 장애 정도, 비영리법인이 부동산을 업무에 사용하기 위하여 진지한 노력을 다하였는지 여부 등을 아울러 참작하여 구체적인 사안에 따라 개별적으로 판단할 것이다.”¹³⁾

“공익성이 있는 사업을 수행하는 비영리 재단법인이라고 할지라도 토지

13) 대법원 2012. 12. 13. 선고 2011두1948 판결 등.

를 취득할 당시 1년 이내에 그 사업 내지 고유업무에 직접 사용할 수 없는 법령상의 장애사유가 있음을 알았거나, 설사 몰랐다고 하더라도 조금만 주의를 기울였더라도 그러한 장애사유의 존재를 쉽게 알 수 있었던 상황하에서 토지를 취득하였고, 취득 후 1년 이내에 당해 토지를 그 사업 내지 고유업무에 직접 사용하지 못한 것이 동일한 사유 때문이라면, 취득 전에 존재한 법령상의 장애사유가 충분히 해소될 가능성이 있었고 실제 그 해소를 위하여 노력하여 이를 해소하였는데도 예측하지 못한 전혀 다른 사유로 그 사업에 사용하지 못하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 그 법령상의 장애사유는 지방세법상 취득세 중과를 면할 수 있는 당해 토지를 그 업무에 직접 사용하지 못한 정당한 사유가 될 수 없다.”¹⁴⁾

판례는 직접 사용에 필요한 준비기간의 장단, 법령상·사실상의 장애사유 및 장애정도, 진지한 노력 여부 등을 종합하여 개별사안에서 구체적으로 판단하고 있으며, 이러한 요소들은 상호보완적인 것으로 이해된다. 구체적인 판례를 보면 준비기간의 장단, 장애사유 및 장애정도보다 장애사유가 내부적·외부적인지, 장애사유의 인식 여부, 진지한 노력 여부, 완공 여부 등을 상세히 언급하고 있는 것을 보면, 이들을 주된 고려요소로 삼고 있는 것으로 보인다.

다. 건축공사 중인 것이 업무에 직접 사용한 것에 해당하는지 여부

새마을금고가 토지를 취득하여 그 업무에 직접 사용할 건축물을 “건축 중”이라는 사유가 그 토지를 업무에 직접 사용한 것이라고 볼 수 있는지 여부가 문제된다.

이와 관련한 지방세법 시행령은 여러 차례 개정되었는바, 이 사건에 적용되는 시행령 제230조는 “법 제5장 중 토지에 대한 ‘재산세’의 감면규정을 적용함에 있어 직접사용의 범위에는 당해 법인의 고유업무에 사용할 건축물을 건축 중인 경우를 포함한다.”고 규정하고 있었다.

위 규정이 구 지방세법 제5장 중 토지에 대한 재산세가 아닌 취득세, 등

14) 대법원 1998. 7. 10. 선고 98두7626 판결, 대법원 2002. 9. 4. 선고 2001두229 판결 참조.

록세의 감면규정을 적용함에 있어서도 건물의 착공행위는 토지를 건축물 등의 용도로 직접 사용하는 행위로 볼 수 있다는 의미인지 여부에 관하여 판례는 부정적으로 보고 있다.

즉, 판례는 “개정 전 지방세법 제290조 제1항에서 원고를 비롯한 공공법인이 그 고유업무에 직접 사용하기 위하여 부동산을 취득하는 경우 그 취득 부동산에 대한 취득세와 등록세를 면제하면서도 그 단서에서 감면된 취득세와 등록세의 추징규정을 둔 취지, 건축물의 건축공사는 원칙적으로 토지를 건축물 등의 용도로 직접 사용하는 행위라기보다는 이를 위한 준비행위에 불과한 점(대법원 1994. 3. 25. 선고 92누19279 판결, 대법원 1999. 11. 26. 선고 98두6012 판결 등 참조), 위 개정 전·후의 구 지방세법 시행령 제230조의 문언의 내용과 그 개정 경과 등에 비추어 볼 때, 지방세법 제5장 중 취득세와 등록세의 감면규정과 관련하여 개정 전 시행령 제230조¹⁵⁾와 같은 규정이 없는 개정 후 시행령 아래에서는, 토지를 취득하여 고유업무에 직접 사용하기 위한 건축 등의 공사를 하였다고 하더라도 그것만으로는 그 토지를 고유업무에 직접 사용한 것이라고 볼 수 없고(대법원 2008. 5. 29. 선고 2008두3319 판결 참조), 다만 그 고유업무에 직접 사용하지 못한 데 정당한 사유가 있는 것으로 보아야 한다.”고 하고 있다.¹⁶⁾

따라서 “산업용 건축물 등을 신축할 목적으로 취득한 토지의 취득세, 등록세의 감면규정을 적용함에 있어서는 특별한 사정이 없는 한 그 신축한 건축물에 대하여 사용승인을 받은 시점에 그 토지를 산업용 건축물 등의 용도로 직접 사용하는 것으로 봄이 상당하다.”¹⁷⁾고 할 것이다.

라. 추징사유 판정 기준 시점

취득일로부터 1년 이내에 업무에 직접 사용하지 못한 데에 정당한 사유

15) “법 제5장의 규정에서 ‘고유업무’라 함은 제84조의4 제2항에서 규정한 고유업무를 말한다. 이 경우 고유업무에 직접 사용할 건축물을 건축 중인 때에는 당해 건축물의 부속토지는 이를 고유업무에 직접 사용하는 것으로 본다.”

16) 대법원 2009. 3. 12. 선고 2006두11781 판결.

17) 대법원 2008. 5. 29. 선고 2008두3319 판결.

가 있어 일단 추정배제사유가 인정된 경우에 그 이후 계속 업무에 직접 사용하지 않음을 이유로 추정할 수 있는지, 있다면 추정을 위한 과세기준일은 언제인지에 관하여 기존 판례의 입장이 명확하지 아니하다. 다만 아래의 ❶, ❷ 판례는 이 사건과 구체적인 적용법령을 달리할 뿐만 아니라 관련 조문 등을 달리하므로 판례 저축의 문제는 발생하지 아니한다고 생각된다.

❶ 어떤 토지에 대하여 등기 당시부터 관계 법령의 규정에 의한 사용의 제한 또는 금지가 있었던 경우에는 그 제한 또는 금지가 계속되는 한에 있어서는 사업에 직접 사용하지 못함에 정당한 사유가 있다고 할 것이며, 그러한 경우에는 관계 법령에 의한 사용의 제한 또는 금지가 해제된 날로부터 1년 이내에 정당한 사유 없이 그 사업에 직접 사용하지 아니하고 위 기간을 경과할 때 비로소 과세할 수 있다는 판례가 있다¹⁸⁾(☞ 즉, 장애사유가 소멸한 날로부터 1년 이내에 사업에 직접 사용하지 않은 경우에 과세사유가 발생한다). 다만 이 사안은 등록세 비과세 후 다시 과세를 하는 사안으로 취득세 감면 후 추정이 문제되는 이 사건과는 차이가 있다.

반면 ❷ 법인이 부동산을 취득한 날로부터 1년 이내에 고유업무에 직접 사용하지 아니한 데 정당한 사유가 있는 경우라고 하더라도, 추정을 위한 과세기준일은 부동산 취득일로부터 1년이 경과한 날이 되고, 정당한 사유가 소멸된 날로부터 1년이 경과한 날이 되는 것은 아니라는 판례도 있다¹⁹⁾(☞ 즉, 취득일로부터 1년이 경과한 날에 정당한 사유가 있어 추정하지 못하면 장애사유가 소멸한 후에 직접 사용하지 않아도 기간에 관계없이 추정할 수 없다).

다음과 같은 이유로 장애사유가 소멸한 날, 즉 정당한 사유가 소멸한 날로부터 1년 이내에 사업에 직접 사용하지 않은 경우에 추정사유가 발생한다고 봄이 타당하다고 생각된다.

❶ 판례는 당시의 구 지방세법 시행규칙(1986. 12. 31. 내무부령 제452호

18) 대법원 1992. 6. 23. 선고 91누13281 판결.

19) 대법원 2009. 3. 12. 선고 2006두11781 판결.

로 개정되기 전의 것) 제75조의2 제4호²⁰⁾가 그 금지 또는 제한이 해제된 날로부터 1년을 기준으로 정하고 있음을 전제로 한 판결이고 법령이 단순히 취득일만을 기준으로 정하고 있는 사안에는 적용될 수 없다는 견해도 있다. 그러나 ❶ 판례 사안 자체는 등록세 등이 비과세되었다가 정당한 사유 없이 사업에 직접 사용되지 않았다는 사유로 한 과세처분에 관한 것으로서 비업무용 부동산에 관한 재산세 증가에 관한 위 시행규칙 제75조의2 제4호가 바로 적용되는 경우는 아니므로 ❶ 판례의 적용범위가 반드시 위 시행규칙 조항과 같은 규정이 있는 경우에 제한된다고 보기는 어렵다고 생각된다.

반면 ❷ 판례는 원고가 취득일로부터 1년 이내에 고유업무에 직접 사용하지 못한 데에 정당한 사유가 있는 경우에는 확정적으로 면제된 취득세와 등록세를 추정할 수 없고, 나중에 원고가 고유업무 외의 용도로 사용하더라도 취득세 등을 추정할 수 없다고 판시하고 있다.

그런데 이 사건에 적용되는 법 제272조 제3항²¹⁾은 ❷ 판례에 적용된 구 지방세법(1997. 8. 30. 법률 제5406호로 개정되기 전의 것) 제290조 제1항²²⁾

20) 구 지방세법 시행규칙(1986. 12. 31. 내무부령 제452호로 개정되기 전의 것) 제75조의2 (법인의 비업무용 토지에서 제외할 토지)

영 제142조 제1항 제1호의(7)의 “마”에서 “기타 내무부령으로 정하는 토지”라 함은 다음 각 호의 1에 해당하는 것으로 한다.

4. 관계 법령의 규정에 의하여 사용이 금지 또는 제한된 토지와 그 금지 또는 제한이 해제된 날로부터 1년(영 제142조 제1항 제1호 제(7)목의 “가”의 규정에 의한 공장용부지는 2년)이 경과되지 아니한 토지

21) “『신용협동조합법』에 의하여 설립된 신용협동조합(중앙회를 제외한다)이 동법 제39조 제1항 제1호·제2호 및 제4호의 규정에 의한 업무와 『새마을금고법』에 의하여 설립된 새마을금고(연합회를 제외한다)가 같은 법 제28조 제1항 제1호 내지 제4호의 규정에 의한 업무에 직접 사용하기 위하여 취득하는 부동산에 대하여는 취득세와 등록세를 면제하고, 과세기준일 현재 그 업무에 직접 사용하는 부동산에 대하여는 재산세를 면제하며, 사업소세의 100분의 50을 경감한다. 다만 그 취득일부터 1년 내에 정당한 사유 없이 그 업무에 직접 사용하지 아니하는 경우 또는 그 사용일부터 2년 이상 그 업무에 직접 사용하지 아니하고 매각하거나 다른 용도로 사용하는 경우 그 해당 부분에 대하여는 면제된 취득세와 등록세를 추정한다.”

22) “다음 각 호의 법인이 그 고유업무에 직접 사용하기 위하여 취득하는 부동산(제112조 제2항의 규정에 의한 과세대상을 제외한다. 이하 이 조에서 같다)에 대하여는 취득세와 등록세를 면제하고, 과세기준일 현재 그 고유업무에 직접 사용하는 부동산에 대하여는 재산세·종합토지세·도시계획세 및 공동시설세를 면제한다. 다만 취득일부터 1년 이내에 정당한 사유 없이 그 고유업무에 직접 사용하지 아니하는 경우에는 면제된 취득세와 등록세를 추정한다.”

과 그 적용대상법인을 달리할 뿐만 아니라 추정사유를 달리 정하고 있다. 즉 이 사건에 적용되는 법 제272조 제3항은 ② 판례에 적용된 조항보다 추정사유로 ‘사용일부터 2년 이상 그 업무에 직접 사용하지 아니하고 매각하거나 다른 용도로 사용하는 경우’를 추가하고 있어 사후관리를 통하여 추정배제를 엄격히 제한하고 있는 입장이라고 볼 수 있다. ② 판례에 적용된 위 조항과 이 사건에 적용되는 조항의 위와 같은 차이 등을 고려하면 ② 판례의 입장을 이 사건에 그대로 적용하기는 어려울 것으로 보인다.

따라서 기존건물과 토지의 취득일로부터 1년 이내에 건물을 신축하지 못하였더라도 거기에 정당한 사유가 있다면 추정을 할 수 없지만, 일단 건물이 신축되고 나면 특별한 사정이 없는 한 그때에는 바로 신축건물을 업무에 직접 사용하여야 할 것이므로 신축건물의 전부 또는 일부를 신축건물의 취득일, 즉 추정배제사유로서의 정당한 사유가 소멸한 날로부터 1년 이내에 정당한 사유 없이 업무에 직접 사용하지 아니한 경우에는 기존건물과 토지 중 신축건물의 연면적에서 업무에 직접 사용되지 아니하는 건물 부분이 차지하는 비율에 해당하는 부분은 취득세와 등록세의 추정대상이 된다고 봄이 타당하다.

마. 이 사건의 경우

1) 정당한 사유 판단 여부의 쟁점

이 사건에서 취득 후 1년 이내에 업무에 직접 사용하지 못한 사유로는 ① 기존 임차인들로부터 이 사건 기존건물을 제대로 명도받지 못함으로 인하여 명도소송 등을 제기하여야 했던 사정, ② 물고임과 설계공법 변경 등으로 인한 착공이 지연되었던 사정 등을 들 수 있다.

따라서 부동산의 취득목적에 비추어 그 목적사업에 직접 사용하는 데 걸리는 준비기간의 장단, 원고가 취득 당시 위 장애사유들을 인식할 수 있었는지 여부, 진지한 노력을 다하였는지 여부 등을 종합하여 정당한 사유 여부를 판단하여야 한다.

2) 전해의 대립

① 정당한 사유가 있었다고 보는 전해(원고, 원심)

기존건물 상가임차인들의 임대차기간 만료일이 2006. 9. 15. 또는 2006. 12. 15.이고, 또다른 임차인의 경우는 건물을 신축하려고 할 경우 조건 없이 해당 건물 부분을 인도하기로 하는 특약이 있었으므로, 상가임대차보호법 제10조 제1항 제7호²³⁾에 의하여 계약갱신을 거절할 수 있는 점, 임차인 甲에게는 이사비용 700만 원을 지급하고 2006. 12. 16. 인도받은 점을 고려하면, 원고가 취득 당시 기존건물을 인도받기 위하여 명도소송까지 예상하지는 못했던 것으로 봄이 상당하다.

원고는 소송 등을 통하여 2007. 6. 10.에 이르러서야 해당 기존건물 부분을 모두 인도받은 다음, 2007. 7. 6. 지반조사 회사로부터 지하 1.2m에 지하수면이 존재한다는 지반조사 실시 결과를 통보받고, 2007. 8월경 착공을 시도하였으나 장마로 인한 물고임으로 토사가 무너질 우려가 있다는 판단에 따라 착공을 가일로 미루게 되었으며, 2007. 10월경에는 위 물고임이 장마로 인한 것이 아닌 것임을 확인하고 설계공법을 바꾸고, 2007. 10. 16.에 이 사건 신축건물의 신축공사를 착공하였다. 이러한 착공 과정은 사회통념상 합리적인 범위 내에서 이루어진 것으로 보인다.

유사사례에서 대법원은 정당한 사유가 있었다고 보았다.

[대법원 1994. 8. 23. 선고 94누5649 판결] 원심은 원고 법인(신용협동조합)이 대지 및 그 지상건물을 취득한지 1년이 지나도록 위 건물 중 상당 부분(이 사건 건물 부분)을 종전의 임차인들이 계속 점유사용하고 있었으므로, 이 사건 건물 부분과 그 부속토지에 한하여는 취득 후 1년 이내에 고유목적사업에 직접 사용하지 아니한 것은 사실이나, 원고가 이 사건 부동산을

23) 상가건물임대차보호법 제10조 (계약갱신 요구 등)

① 임대인은 임차인이 임대차기간이 만료되기 6개월 전부터 1개월 전까지 사이에 계약갱신을 요구할 경우 정당한 사유 없이 거절하지 못한다. 다만 다음 각 호의 어느 하나의 경우에는 그러하지 아니하다.

7. 임대인이 목적 건물의 전부 또는 대부분을 철거하거나 재건축하기 위하여 목적 건물의 점유를 회복할 필요가 있는 경우

취득한 목적이 비업무용으로 보유하기 위한 것이 아니라 자체 회관으로 사용하기 위한 것이었고, 원고가 그 취득 후 1년이 지나서야 명도소송을 제기하여 결국 취득 후 1년 2개월이 지나 이 사건 건물 부분을 임의로 명도 받게 된 것은 중전 임차인들의 실행행사를 통한 완강한 명도거부와 원고가 지역사회에 기반을 둔 비영리법인이라는 특수한 입장으로 인하여 법적 강제력을 쉽게 사용할 수 없는 사정으로 인한 것이었던 점에 비추어 보면, 원고가 취득한 후 1년 이내에 이 사건 건물 부분 및 그 부속토지를 고유업무에 직접 사용하지 못한 데에는 정당한 사유가 있다고 볼 것이라고 판단하였다. 이에 대하여 대법원은 신용협동조합법에 의하여 설립된 비영리법인인 원고 법인의 성격, 이 사건 부동산의 취득목적, 원고가 이 사건 건물 부분을 고유업무에 사용하지 못한 이유 및 고유업무에 사용하기 위해 기울인 원고의 노력정도 등을 관계 법령에 비추어 검토해 보면, 원고가 이 사건 건물 부분을 취득한 후 1년 이내에 그 고유업무에 사용하지 못한 데에는 정당한 사유가 있다는 원심의 판단에 수긍이 가고, 지역사회에 기반을 둔 비영리법인이라는 원고 법인의 성격에 비추어 소론이 지적하듯이 원고가 명도기한이 지난 임차인들에 대해 처음부터 명도소송을 제기하는 등의 법적 강제수단을 취하지 않고 임대료를 계속 수령하면서 명도기한을 유예해 주는 등 협상을 하다가 취득 후 1년이나 지나 명도소송을 제기하였다 하여 원고가 이 사건 건물을 고유업무에 사용하기 위한 진지한 노력을 다하지 아니하였다고 볼 수는 없다고 판단하였다.

[대법원 1992. 8. 18. 선고 91누11124 판결] 대법원은 새마을금고가 토지를 매수한 것이 비업무용으로 보유하기 위한 것이 아니라 사옥을 짓기 위한 것이었고 토지를 매수할 당시 위 토지가 200㎡ 미만이고 준공업지역으로 지정되어 있어서 건축허가가 불가능하여 건축이 법령상 제한된 사실을 알지 못하였을 뿐만 아니라 나중에 건축허가를 신청하는 과정에서 그와 같은 사실을 알고서는 건축제한면적에 맞추기 위하여 인접토지를 매수하려고 상당한 노력을 하였고 그 후에 법령의 개정으로 건축제한이 해제되어 사옥을 신축한 점 등에 비추어 위 토지를 취득한 이후 1년 이내에 그 고유업무에

직접 사용하지 못한 데에 정당한 사유가 있다고 판단하였다.

따라서 원고가 이 사건 토지 및 기존건물을 취득한 날로부터 1년 이내에 신축건물의 신축공사에 착공하지 못한 데에는 정당한 사유가 있다고 봄이 타당하다.

② 정당한 사유가 있었다고 보기 어렵다는 견해(피고)

원고는 이 사건 토지 및 기존건물 취득 당시 이미 임대부분이 존치하고 있었으므로 조금만 주의를 기울였다면 임대기간이 종료하더라도 명도요구에 불응하여 명도소송으로 발전할 수도 있고, 임대차보호규정에 따라 재계약 등의 요구를 수용할 수밖에 없다는 장애사유를 인지할 수 있었다고 할 것이다. 따라서 명도소송은 정당한 사유가 되지 못한다. 참조 판례 및 과세실무는 다음과 같다.

[대법원 1998. 7. 10. 선고 98두7626 판결] 대법원은 토지를 취득할 당시 1년 이내에 그 사업 내지 고유업무에 직접 사용할 수 없는 법령상의 장애사유가 있음을 알았거나, 설사 몰랐다고 하더라도 조금만 주의를 기울였다라도 그러한 장애사유의 존재를 쉽게 알 수 있었던 상황하에서 토지를 취득하였고, 취득 후 1년 이내에 당해 토지를 그 사업 내지 고유업무에 직접 사용하지 못한 것이 동일한 사유 때문이라면, 취득 전에 존재한 법령상의 장애사유가 충분히 해소될 가능성이 있었고 실제 그 해소를 위하여 노력하여 이를 해소하였는데도 예측하지 못한 전혀 다른 사유로 그 사업에 사용하지 못하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 그 법령상의 장애사유는 지방세법상 취득세 중과를 면할 수 있는 당해 토지를 그 업무에 직접 사용하지 못한 정당한 사유가 될 수 없다고 판단하였다.

[지방세운영-353, 2009. 1. 23.] 과세실무는 비영리사업자가 부동산을 취득할 당시에 이미 임대(수익사업)부분이 존치하고 있었으므로 조금만 주의를 기울였다라면, 임대(수익사업)기간이 종료하더라도 ① 명도명령에 불응하여 명도소송으로 발전할 수도 있고, ② 임대차보호규정에 따라 재계약 등의 요구를 수용할 수밖에 없다는 장애사유를 인지할 수 있었다고 할 것이며, 실제 그 장애사유 해소를 위하여 노력하여 이를 해소하였는데도 예측하지

못한 전혀 다른 사유로 그 사업에 사용하지 못하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 취득 당시 그 장애사유는 당해 토지를 그 업무에 직접 사용하지 못한 데 대한 “정당한 사유”가 될 수 없다고 판단하였다.

원고가 (2007. 6. 10.) 기존건물을 명도받고 바로 철거하고 착공신고서를 제출하였더라면 면제유예기간(2007. 6. 20.) 내에 충분히 착공이라도 할 수 있는 상황임에도 불구하고 하지 않고 있다가 면제유예기간이 경과된 후 우기철에 실시한 지반조사 결과로 착공을 미루었다가 2007. 10. 20. 지반조사를 대신한 결과 지하수위의 위치가 동일함으로 지하수면이 장마로 인한 것이 아님을 알고 설계공법을 바꾸어 면제유예기간 만료일로부터 약 5개월이 지난 2007. 11. 15.에 비로소 착공을 하였다는 것은 원고의 판단 착오에서 비롯된 내부적인 사유에 불과하다. 따라서 명도소송은 정당한 사유가 되지 못한다.

3) 검토

가) 진행상황의 정리

순 번	일 자	진 행 현 황	순 번	일 자	진 행 현 황
1	2006. 6. 20.	이 사건 토지와 건물 취득일(잔금지급일)	8	2007. 5. 1.	건물명도소송 승소
2	2006. 6. 29.	임차인 3인에게 1차 임대차계약 해지 및 명도통고	9	2007. 5. 22.	임차인 乙, 丙과 합의
3	2006. 11. 30.	임차인 甲과 합의	10	2007. 6. 10.	명도완료(임차인 乙, 丙 임차부분)
4	2006. 12. 13.	건축허가신청	11	2007. 7.	지하 1.2m에 지하수 면 발견
5	2006. 12. 21.	건물명도 소송 접수	12	2007. 8. 8.	2007. 8. 착공했으나 장마에 가을로 공사 연기
6	2006. 12. 28.	건축설계 계약체결	13	2007. 10. 16.	기존건물철거 및 신 축공사 착공

순 번	일 자	진 행 현 황	순 번	일 자	진 행 현 황
7	2007. 2. 26.	건축허가받음	14	2007. 10. 29.	지하수로 인하여 5,000만 원 추가지급하고 CIP공법으로 변경
8	2007. 5. 1.	건물명도소송 승소 판결받음	15	2008. 6. 4.	건축물 사용승인
9	2007. 5. 22.	임차인 乙, 丙과 합의	16	2008. 7. 4.	신축건물 소유권보존등기 및 지점 설치

나) 외부적(및 내부적) 장애사유 ⇐ 임차인들의 거부로 인한 명도지연, 물고임 등으로 인한 설계공법의 변경

임차인들의 거부로 인한 명도지연은 법률적 장애사유는 아니나 원고 영역 밖에서 일어난 사유로서 외부적 장애사유에 해당한다.

설계공법의 변경 등으로 인한 착공 지연은 물고임의 원인이 장마인지 여부에 관하여 착오가 있었으나 위 착오는 장마철이 지난 이후에 물고임이 그대로인 것을 보고 확인되었으므로 위와 같은 착오에 원고에게 책임이 있다고 할 수 있는지는 명확하지 않은데, 원인 불문하고 물고임으로 인하여 설계공법의 변경이 필요하였고 이로 인한 지연은 외부적 장애사유에 해당한다고 볼 것이다.

다) 장애사유의 인식 또는 인식가능성

원고가 취득 당시 위와 같은 장애사유들을 알았다고 볼 사정은 없다.

원고가 알 수 있었는지에 관하여 보건대, 임차인들은 특약 또는 계약기간 만료 등에 의하여 명도의무가 있었고, 상가임대차보호법 관련 규정에 의하여 계약갱신요구권도 배제되는 등의 사정 등을 종합하면, 원고가 임차인들의 명도거부를 인식할 수 있었다고 보기는 어렵고, 임차인들은 명도소송 과정에서 전소유자가 임대기간 5년이나 권리금 보장 등을 구두로 약정하였다거나, 기존건물 철거 후 신축공사를 하면 재임대해 주기로 약정하였다는 등의 주장을 하며 명도를 거부하였으나 모두 배척되었다.

또한 지하수면의 존재, 물고임의 발생원인 등은 지반조사결과 등을 통하여 비로소 알게 된 점에 비추어 보면 원고가 취득 당시 위와 같은 사정들을 알 수 있었다고 보기는 어렵다.

라) 진지한 노력의 유무와 필요한 준비기간의 장단

외부적 장애사유가 존재하였고 원고로서는 그 인식가능성이 없었다고 할지라도 그 장애사유가 충분히 해소될 가능성이 있었다면 원고로서는 그 해소를 위한 진지한 노력을 하여야만 정당한 사유가 인정된다고 할 것이다.

원고로서는 임차인들의 명도거부 해소를 위한 소송진행, 합의 등을 진행하였고, 물고임에 대한 해결을 위하여 설계공법 변경 등을 시도하여 실제로 위 장애들을 극복하고 이 사건 토지 등을 업무용으로 사용하게 되었다.

또한 소송진행, 합의 등에 소요된 시간이나 인도받은 기존건물의 철거, 지하수면의 존재 발견, 물고임의 원인 파악 등에 소요된 시간은 정상적인 준비기간이라고 판단되고 특별히 원고의 사정으로 인하여 지연되었다는 점은 보이지 않는다.

마) 소결

따라서 원고가 이 사건 토지 기존건물 및 이 사건 토지를 그 업무에 직접 사용하지 못한 데에 대한 정당한 사유가 있다고 보는 견해가 타당하다. 다만 정당한 사유가 있었다고 볼 구체적 범위에 관하여는 피고의 상고이유 제2점에서 논의하기로 한다.

4) 피고의 상고이유 제1점에 대한 검토

피고의 상고이유 제1점은 이유 없다. 원심판결에 취득세 등 추정배제사유로서의 정당한 사유에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

4. 건물신축을 위하여 기존건물과 토지를 취득한 후 기존건물을 철거하고 건물을 신축한 경우에 기존건물과 토지에 관하여 추정배제사유로서의 정당한 사유가 있었다고 볼 수 있는 범위(피고의 상고이유 제2점)

가. 문제의 소재

앞서 본 바와 같이 이 사건 신축건물 중 소매점 부분은 업무에 직접 사

용되는 부분에 해당하지 않는다. 따라서 이 사건과 같이 기존건물과 토지를 취득한 후 기존건물을 철거하고 건물을 신축한 경우에, 신축건물 중 일부만 업무에 직접 사용하고, 신축한 건물 중 일부 부분은 업무에 직접 사용하지 아니한 경우에는 설령 추정배제사유인 정당한 사유가 있다고 할지라도 그 범위는 신축건물 중 업무에 직접 사용되지 않는 부분의 비율에 해당하는 기존건물과 토지 지분에 한정되는 것으로 볼 수 있는지가 문제 된다.

나. 신축건물 중 일부만 업무에 직접 사용되는 경우 기존건물과 토지에 관하여 정당한 사유가 있다고 볼 수 있는지 여부

1) 견해의 대립 상징

가) 기존건물과 토지 전체에 관하여 정당한 사유가 있다는 견해

취득한 토지 지상에 업무에 필요한 건물을 신축한 경우에는 토지는 일체로서 건물 부지로 이용되므로 설령 건물의 일부분만이 직접 업무에 사용되었다 하더라도 토지 전체를 업무에 직접 사용한다고 보아야 하고 토지를 지분비율로 나누어 그중 일부만이 업무에 사용된다고 할 수는 없다. 특히 건물의 주된 용도가 업무에 사용하는 것일 때에는 그 토지 전체를 업무에 직접 사용한다고 보아야 한다. 따라서 토지를 취득일로부터 1년 이내에 업무에 사용하지 못한 데 정당한 사유가 있는 경우 그 범위는 토지 전체에 미친다고 보아야 한다.

또한 기존건물 역시 이를 철거하고 업무에 필요한 건물을 신축하기 위하여 취득한 것이므로 설령 기존건물이 실제로 업무에 직접 사용되지는 않았다고 할지라도 이를 철거하고 신축한 건물의 일부가 업무에 직접 사용된 이상 기존건물 전체에 관하여 추정배제사유인 정당한 사유가 있다고 보아야 한다.

나) 기존건물과 토지 중 신축건물의 고유업무 사용 부분 비율에 해당하는 부분만 정당한 사유가 있다는 견해

토지 그 자체로 독립적으로 사용용도를 정하고 있을 경우에는 그 사용용도에 따라 직접 사용 여부를 판단하지만, 토지에 지상 건축물이 있을 경우

에는 토지는 건축물에 부속되므로 건축물의 직접 사용 여부에 따라 토지도 그 부분만큼만 직접 사용되었다고 보아야 한다. 그 지상 건물 중 일부만 업무에 직접 사용되고 있음에도 그 토지 전체가 업무에 사용되고 있다고 할 수는 없다.

토지와 그 지상건물을 함께 취득하고 그 지상건물을 그대로 사용하면서 그 일부는 업무에 직접 사용되고, 일부는 그러하지 않은 경우 해당 토지에 대한 취득세와 등록세의 감면은 지상건물의 업무 사용 부분의 비율에 근거하여 결정되는 것과 비교할 때 건물 철거 후 신축의 경우에만 달리 볼 수 있다고 할 수 없다.

기존건물 역시 이를 철거하고 신축한 건물 중 일부만이 업무에 직접 사용된 경우는 기존건물이 실제로 업무에 직접 사용되지는 않았다고 할지라도 이를 철거하고 신축한 건물 중 업무에 직접 사용된 부분만큼의 비율은 정당한 사유가 있어 취득세 등 면제사유에 해당한다고 보아야 하나, 신축 건물 중 업무에 직접 사용되지 않는 부분 비율에 대하여는 그렇지 않다.

위와 같이 기존건물과 토지의 직접 사용 또는 추정배제사유인 정당한 사유 유무는 그 신축건물을 직접 업무에 사용하였는지 여부에 따라 판단함이 조세형평에도 부합한다.

2) 판례

지방세법 제5장 중 취득세와 등록세의 감면규정과 관련하여 개정 전 시행령 제230조와 같은 규정이 없는 개정 후 시행령 아래에서는, 토지를 취득하여 고유업무에 직접 사용하기 위한 건축 등의 공사를 하였다고 하더라도 그것만으로는 그 토지를 고유업무에 직접 사용한 것이라고 볼 수 없고 (대법원 2008. 5. 29. 선고 2008두3319 판결 참조), 다만 그 고유업무에 직접 사용하지 못한 데 정당한 사유가 있는 것으로 보아야 하되, 그 정당한 사유가 있는 범위는 특별한 사정이 없는 한 건축 중인 건물의 연면적 중 고유업무에 직접 사용되는 건물 부분이 차지하는 비율에 해당하는 토지 부분으로 제한된다고 할 것이다.²⁴⁾

24) 대법원 2009. 3. 12. 선고 2006두11781 판결.

기존건물과 토지를 취득한 후 기존건물을 철거하고 건물을 신축한 경우에 기존건물에 관하여 정당한 사유가 있는 범위에 관한 명시적 판례는 없는 것으로 보인다.

3) 과세실무

실무상 건축물 중 일부만 면제대상 사업에 사용하는 경우, 그 부속토지에 대하여도 총 건축물 연면적 중 면제대상 사용면적 비율에 따라 안분하여 면제를 하고 있다.²⁵⁾ 이는 취득세, 등록세뿐만 아니라 재산세도 마찬가지이다.

한편 현행 과세실무상 비과세·감면 대상 건축물을 건축하기 위하여 지상에 건축물이 있는 토지를 취득한 후 유예기간 내에 지상 건축물을 철거하고 비과세·감면대상 건축물을 신축하는 경우 철거되는 건축물에 대하여도 고유업무에 직접 사용 또는 추징을 배제할 수 있는 정당한 사유가 있다고 보아 비과세·감면대상으로 보고 있다.²⁶⁾

나아가 기존건물과 토지를 매수한 후 기존건물을 철거하고 신축한 건물의 일부만이 감면 대상 사업에 사용되는 경우 기존건물의 감면이나 추징 여부에 관하여 명시적인 유권해석 사례는 확인하지 못하였으나 각 지방자치단체에서는 멸실된 건축물의 경우에도 토지와 같이 신축한 건축물의 감면비율에 따라 안분하여 추징하고 있는 것으로 보인다.

4) 검토

① 토지에 관하여는 신축건물 중 업무용 부분의 면적 비율에 상응하는 지분만 정당한 사유가 있다고 봄이 타당

정당한 사유가 있는 범위는 특별한 사정이 없는 한 건축 중인 건물의 연면적 중 고유업무에 직접 사용되는 건물 부분이 차지하는 비율에 해당하는 토지 부분으로 제한된다고 할 것이다.²⁷⁾

참고로 법 제112조 제2항 제4호, 시행령 제84조의3 제4항은 취득세 중과

25) 조심2009지114(2009. 11. 5.) 등.

26) 지방세심사 2002-165(2002. 5. 27.).

27) 대법원 2009. 3. 12. 선고 2006두11781 판결.

세 대상이 되는 고급오락장이 건축물의 일부에 시설된 경우에는 당해 건축물에 부속된 토지 중 그 건축물의 연면적에 대한 고급오락장용 건축물의 연면적의 비율에 해당하는 토지를 고급오락장의 부속토지로 본다고 규정하고 있는 바, 위 규정의 취지 역시 같다고 생각된다.

② 기존건물 역시 신축건물 중 업무용 부분의 면적 비율에 상응하는 지분만 정당한 사유가 있다고 봄이 타당

건물을 신축할 목적으로 토지와 함께 기존건물을 취득한 후 기존건물을 철거하고 신축건물을 건축한 경우, 기존건물은 실제로 사용된 바는 없다. 따라서 설령 신축건물이 업무에 직접 사용하여 감면 대상에 해당한다고 할 지라도 기존건물도 감면대상이나 추정 제외 대상에 해당하는지에 관하여는 의문이 제기될 수도 있다(기존 건물 중 신축 건물 중 업무에 사용되지 않는 부분 비율 상당은 업무에 사용되었다고 볼 수 없느냐가 문제 되는 이 사건 쟁점의 전제가 되는 문제이다). 그러나 신축건물이 업무에 직접 사용되거나 추정을 배제하는 정당한 사유가 있다면 철거되는 기존건물에 대하여도 감면, 추정배제를 적용함이 타당하다고 생각된다. 그 논거로는 ① 기존건물의 취득은 오로지 철거 후 건물을 신축하기 위한 목적이고, ② 지방세법상 토지와 건물을 별개로 과세하고 있으나 실질적으로는 토지를 취득하기 위한 비용의 성격을 가지고 있다는 측면에서 토지와 동일한 기준에 의하여 비과세 또는 추정 범위를 판단하는 것이 합리적이라고 사료되기 때문이다.

따라서 정당한 사유가 있는 범위는 특별한 사정이 없는 한 신축건물의 연면적 중 고유업무에 직접 사용되는 건물 부분이 차지하는 비율에 해당하는 토지 부분으로 보아야 한다.

다. 이 사건의 경우

이 사건 제1처분은 이 사건 기존건물과 토지가 취득 후 1년 이내에 업무상 용도로 사용되지 않았음을 이유로 하는 추정처분에 해당한다. 앞서 본 바와 같이 이 사건 기존건물과 토지가 취득 후 1년 이내에 업무상 용도로

사용되지 않았다는 것에 대하여는 정당한 사유가 있다고 판단되었으나, 신축건물 준공 후 1년이 경과한 이후에도 업무상 목적으로 사용되지 않는다면 이 사건 기존건물과 토지 중 업무상으로 사용되지 않는 부분에 관하여 추정사유가 있다고 할 것이다. 앞서 본 바와 같이 장해사유, 즉 정당한 사유가 소멸한 후 1년이 경과한 후에도 그 사업에 직접 사용하지 아니한 때에 비로소 과세할 수 있다고 풀이함이 상당하다.²⁸⁾ 따라서 취득한 토지가 업무에 직접 사용되었는지 여부, 즉 추정사유를 판단함에 있어서는 신축건물의 용도를 고려함은 당연하다.²⁹⁾

신축건물의 소매점 부분이 사용승인일인 2008. 6. 4.부터 1년이 경과한 후까지 업무에 직접 사용되지 않았다. 앞서 본 법리에 따라 이 사건 기존건물과 토지 중 신축건물 연면적 대비 소매점 부분 면적의 비율 상당은 정당한 사유 없이 1년 이내에 업무에 직접 사용되지 않았다고 보아야 하므로 추정사유가 존재한다고 보아야 한다.

라. 피고의 상고이유 제2점에 대한 판단

피고의 상고이유 제2점은 이유 있다.

원심판결은 이 사건 기존건물과 토지 전체에 관하여 취득일로부터 1년 이내에 업무에 사용하지 못한 데 정당한 사유가 있다고 보아 이 사건 제1처분을 위법하다고 보았으므로 취득세·등록세 면제 법리를 오해한 위법이 있다.

【對象判決의 意義】

대상판결은 구 지방세법상 새마을금고에 관한 취득세와 등록세 면제사유의 준부를 판단할 기준 시점과 그 판단방법을 명확히 제시하고 아울러,

28) 대법원 1992. 6. 23. 선고 91누13281 판결.

29) 이에 대하여 원심은 이 사건 토지 및 기존건물의 취득 당시에 부과되는 취득세·등록세를 면제함에 있어 향후 신축건물의 용도나 면제 여부는 고려될 이유나 필요가 없다는 취지로 피고의 주장을 배척하였다. ⇒ 취지가 명확하지 않으나, 면제사유와 추정사유를 혼동한 것이 아닌가 생각된다.

업무에 직접 사용하기 위하여 건물을 신축할 목적으로 기존건물과 토지를 취득한 후 기존건물을 철거하고 그 토지 위에 건물을 신축하였으나 신축건물의 전부 또는 일부를 취득일부터 1년 이내에 정당한 사유 없이 업무에 직접 사용하지 아니한 경우, 구 지방세법 제272조 제3항 단서가 정한 취득세와 등록세 추징사유의 판단 기준 시점과 추징대상의 범위를 명백히 밝힌 판결로서 의의가 있다.

9. 간주 상속재산인 보험금을 받은 상속포기자가 피상속인의 납세의무를 승계하는지 여부

(2013. 5. 23. 선고 2013두1041 판결 : 공2013하, 1140)

李 政 玟

【判決要旨】

1. 적법하게 상속을 포기한 자는 국세기본법 제24조 제1항이 피상속인의 국세 등 납세의무를 승계하는 자로 규정하고 있는 ‘상속인’에 포함되지 않는다.

2. 상속세 및 증여세법(이하 ‘상증세법’이라 한다) 제8조가 규정하는 보험금은 국세기본법 제24조 제1항이 말하는 ‘상속으로 받은 재산’에 포함되지 않는다.

【參照條文】

1. 국세기본법 제24조 제1항, 상증세법 제3조 제1항, 민법 제1042조 /
2. 국세기본법 제24조 제1항, 상증세법 제8조 제1항

【事案의 概要】

1. 처분의 경위

가. 甲(이하 ‘망인’이라고 한다)은 2008. 8. 22. 인천 계양구 서운동 소재 토지를 양도하고, 그 양도소득세를 내지 아니한 채 2010. 6. 12. 사망하였다.

나. 원고(망인의 처)는 2010. 6. 22. 보험수익자로서 망인의 사망보험금 3억 원을 수령하고, 2010. 8. 31. 위 보험금 중 망인이 부담한 보험료(망인의 사망 시점까지 납부된 75회의 보험료 중 56회는 망인이 보험계약자로서, 나머지 19회는 원고가 보험계약자로서 각 보험료를 냈음)에 상당하는 2억 1,900만 원(이하 ‘이 사건 보험금’이라고 한다)에 대한 상속세를 신고하였다.

다. 원고는 상속세 신고에 앞서 자녀인 乙, 丙과 함께 2010. 7. 7. 관할 법원에 상속 포기신고를 하여 2010. 7. 15.자 심판으로 신고가 수리되었다.

라. 피고는 이 사건 보험금이 상속세법 제8조에 따른 상속재산이고, 국세기본법 제24조 제1항에 의하여 그 한도에서 망인의 양도소득세 납세의무가 乙, 丙에게 승계되는 것으로 보아 이들을 연대납세의무자로 하여, 2010. 12. 9. 원고에게 2008년 귀속 양도소득세 2억 1,900만 원을 부과하는 이 사건 처분을 하였다.

2. 제1심 및 원심의 판단

가. 원고의 주장

이 사건 보험금은 민법상 원고의 고유재산이므로 상속세 산정에 한하여 상속재산으로 간주될 뿐 국세기본법 제24조 소정의 ‘상속으로 인하여 얻은 재산’이 아니고, 원고가 망인의 상속을 포기하여 양도소득세 납세의무도 승계되지 아니한다.

나. 제1심의 판단

이 사건 보험금은 국세기본법 제24조 제1항 소정의 ‘상속으로 받은 재산’에 해당한다.

1) 상속세법 제8조는 보험금을 상속재산으로 간주하는 규정을 두고 있을 뿐 이를 상속세에 한정하여 이와 같이 간주한다는 취지의 규정을 두고 있지 않고, 상속세법상 위 간주규정을 상속세 산정에 한정할 근거를 찾기

도 어렵다.

2) 오히려 위 조항은 피상속인이 실질적으로 보험료를 지불하고 그의 사망을 원인으로 일시에 무상으로 수취하는 보험금은 유족의 생활보장을 목적으로 피상속인의 소득능력을 보충하는 금융자산으로서의 성격도 지니고 있는 등 그 경제적 실질에 있어서는 민법상의 상속재산과 다를 바 없다는 점에 착안하여, 법률상의 형식과 경제적 실질이 서로 부합하지 않는 경우에 그 경제적 실질을 추구하여 그에 과세함으로써 과세형평과 실질과세의 원칙을 실현함과 아울러 인위적인 상속세 회피를 방지하기 위한 규정이다(헌법재판소 2009. 11. 26. 선고 2007헌바137 결정 등 참조).

3) 위와 같은 보험금의 경제적 실질에 비추어 국세기본법 제24조 제1항의 상속재산 범위를 상속세법 제8조와 달리 볼 이유가 없다.

4) 한편 국세기본법 제24조 제1항은 피상속인이 납부할 국세 등의 납부의무를 상속인에 한정하지 아니하고 수유자나 상속재산관리인에게까지 인정하고 있는바, 이들은 상속 포기 여부와 무관하게 상속재산의 범위 내에서 국세 등의 납세의무를 부담한다.

다. 원심의 판단

이 사건 보험금은 국세기본법 제24조 제1항이 정한 ‘상속으로 받은 재산’에 해당하지 아니한다.

1) 조세법률주의의 원칙상 조세법규의 해석은 특별한 사정이 없는 한 법문대로 해석할 것이고 합리적 이유 없이 확장해석하거나 유추해석하는 것은 허용되지 아니한다. 국세기본법에는 상속을 포기한 사람을 상속인의 범위에 포함하도록 한 의제규정이나, 피상속인의 사망으로 받게 되는 보험금과 같은 상속인의 고유재산을 ‘상속으로 받은 재산’으로 의제하여 피상속인이 체납한 세액의 납세의무를 승계하도록 하는 명시적 규정을 두고 있지 않다.

2) 피상속인의 사망으로 상속인이 지급받는 보험금은 피상속인의 재산에 일단 귀속된 다음에 상속 또는 유증 등에 의하여 상속인에게 승계 취득

되는 상속재산이 아니라, 상속인이 보험계약의 효력에 따라 취득하는 상속인의 고유재산에 해당한다(대법원 2004. 7. 9. 선고 2003다29463 판결, 대법원 2007. 11. 30. 선고 2005두5529 판결 등 참조). 상속세법 제8조 제1항 등에서 이를 상속재산으로 의제하여 상속세를 과세하는 것은 인위적인 상속세 회피를 방지하고 과세형평 및 실질과세의 원칙을 실현하기 위한 필요에 따른 것에 그 입법적 정당성을 인정할 수 있다고 하더라도, 그와 같은 사정만으로 상속을 포기한 상속인이 그 피상속인의 사망으로 지급받는 보험금 그 자체에 관한 상속세 부과 이외에 추가로 그 보험금을 한도로 원래 피상속인에게 납부 책임이 있는 체납 국세 등까지도 납부할 책임이 있다는 해석이 논리 필연적으로 도출되는 것은 아니다. 달리 그와 같이 해석하지 않으면 부당한 조세회피행위를 규제하지 못하게 되거나 과세의 형평이 저해되어 조세정의를 실현하지 못한다고 볼 만한 특별한 사정도 발견할 수 없다.

3) 피고는 상속세법 제8조의 규정이 헌법상 재산권보장의 원칙에 반하거나 실질적 조세법률주의에 위배된다고 볼 수 없다는 위 대법원 2007. 11. 30. 선고 2005두5529 판결을 근거로, 이 사건 보험금은 원고가 망인의 사망에 따른 상속으로 얻은 재산으로 볼 수 있다고 주장하나, 위 대법원판결은 상속세법 제8조가 보험금의 경우에 상속재산으로 의제하여 상속세를 부과하도록 규정한 것은 실질과세의 원칙 및 과세형평에 비추어 정당하다는 취지를 밝힌 것일 뿐이고, 피상속인이 그 사망 이전에 체결한 종신보험계약에서 보험수익자로 지정한 상속인이 피상속인의 사망 후에 상속까지 포기하고 위 보험계약의 효력에 따라 지급받는 보험금을 국세기본법 제24조 제1항이 규정한 ‘상속으로 받은 재산’이라고까지 해석한 것은 아니다.

라. 피고 상고이유의 요지

원심의 판단에는 국세기본법 제24조 제1항 및 국세기본법 시행령 제11조 제1항 소정의 ‘상속으로 받은 재산’에서 의제상속재산과 추정상속재산을 배제되는 것으로 해석한 법리오해의 위법이 있다.

【解 說】

1. 이 사건의 쟁점

제1심과 원심은 국세기본법 제24조 제1항의 ‘상속으로 받은 재산’의 해석 문제¹⁾로 접근하고 있으나,²⁾ 이 사건에서 원고는 ① 상속을 포기한 사람이 국세기본법 제24조 제1항의 ‘상속인’에 해당하지 아니한다는 주장³⁾과 ② 피상속인의 사망으로 상속인이 받는 보험금은 상증세법 제8조 제1항에 의하여 상속재산으로 보는 경우라고 하더라도 국세기본법 제24조 제1항의 ‘상속으로 받은 재산’에는 포함되지 아니한다는 주장⁴⁾을 선택적으로 하고 있고, 위 두 가지 쟁점은 논리적으로 양립 가능하므로 아래에서 차례로 살펴본 후 상고이유에 관하여 검토하고자 한다.

2. 상속포기와 피상속인의 조세채무 승계 여부⁵⁾

가. 상증세법 제3조 제1항의 연혁과 취지(상속포기자 자신의 상속세 납세의무)

1) 상속포기의 사법상 효력

‘상속포기’라 함은 상속의 효력, 즉 상속재산에 속한 권리·의무의 승계를 부인하고 처음부터 상속인이 아니었던 것과 같은 효력을 생기게 하려는 단독의 의사표시라고 일반적으로 설명된다. 판례⁶⁾와 통설에 의하면, 상속을 포기하면 일단 상속인에게 귀속되었던 상속재산은 상속개시된 때에 소급하여 포기한 상속인에게 귀속하지 않았던 것으로 되고, 따라서 상속포기자는 처음부터 상속인이 아니었던 것과 같은 지위에 놓이게 되어 차순위

1) 대상의 문제.

2) 대상의 문제로 접근하면서도 그 논거에서 주체의 문제를 언급하고 있다.

3) 주체의 문제.

4) 대상의 문제.

5) 주체의 문제.

6) 대법원 1995. 4. 7. 선고 94다11835 판결, 대법원 1995. 9. 26. 선고 95다27769 판결 등.

상속인이 상속개시된 때부터 상속인이었던 것으로 된다.

따라서 상속을 포기한 자는 일단 성립한 상속세 납세의무를 상속포기에 의하여 면하는 것이 아니라, 상속포기에 의하여 상속개시 당시부터 상속인의 지위에 서는 것을 거부함으로써(상속포기는 상속인의 이익보호를 위한 것으로 상속인의 자유에 속하므로 상속을 강제할 수는 없을 것이다), 그에 게는 상속세 납세의무 자체가 성립하지 아니하는 것으로 보게 된다.

2) 1998. 12. 28. 상속세법 개정 전 판례의 태도

□ 상속세 및 증여세법(1998. 12. 28. 법률 제5582호로 개정되기 전의 것)

제3조 (상속세 납부의무) ① 상속인 또는 유증을 받는 자(사망으로 인하여 효력이 발생하는 증여에 의하여 재산을 취득하는 자를 포함하며, 이하 ‘수유자’라 한다)는 이 법에 의하여 부과된 상속세에 대하여 상속재산 중 각자가 받았거나 받을 재산의 점유비율에 따라 상속세를 납부할 의무가 있다. 다만 수유자가 영리법인인 경우에는 당해 영리법인이 납부할 상속세를 면제한다.

1998. 12. 28. 개정 전 구 상속세법은 상속세 납세의무자로 상속인, 수유자, 사인증여의 수증자를 들고 있었다. 당시의 판례⁷⁾는, 1순위 상속인이었던 자가 상속을 모두 포기한 경우⁸⁾에는 그 소급효에 의하여 상속개시 당시부터 상속인이 아니었던 것과 같은 지위에 놓이게 되므로, 납세의무자인 ‘상속인’에 해당하지 않게 되고, 이에 따라 그 자가 수유자 등에 해당하지

7) 대법원 1998. 6. 23. 선고 97누5022 판결(1순위 공동상속인이 상속을 모두 포기한 사안임).

8) 다만 구 상속세법 아래에서 1순위 공동상속인이 여럿인 경우 그중 사전증여를 받은 일부만이 상속을 포기하면 상속포기자들은 상속세 납세의무를 부담하지 아니하나, 잔존 상속인들은 상속포기자가 부담하여야 할 상속세까지 부담하여야 하는 문제가 있었다. 헌법재판소 2008. 10. 30. 선고 2003헌바10 결정이 “구 상속세법 제18조 제1항 소정의 상속인의 범위에 ‘상속개시 전에 피상속인으로부터 상속재산가액에 가산되는 재산을 증여받고 상속을 포기한 자’가 포함되지 않는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반된다.”는 한정위헌결정을 하자, 대법원 2009. 2. 12. 선고 2004두10289 판결은 위헌적 상황이 발생하는 제1순위 공동상속인들 사이에 한해서는 상속을 포기하지 않은 상속인이 부담하는 상속세를 산출함에 있어 상속세 분담 비율의 산정기준이 되는 구 상속세법 제18조 소정의 상속재산의 범위에 관하여 상속포기자의 사전증여재산이 상속세 과세가액에 포함됨으로 인하여 누진되는 세액에 한하여는 상속을 포기하지 아니한 상속인의 상속세액에서 사실상 차감되도록 하는 헌법합치적 해결방안을 택하였다.

아니하는 한 상속세 납세의무를 부담하지 않는다고 판시하였다.

3) 1998. 12. 28. 상증세법의 개정

□ 상속세 및 증여세법(1998. 12. 28. 법률 제5582호로 개정된 것)

제3조 (상속세 납부의무) ① 상속인(민법 제1000조·제1001조·제1003조 및 제1004조의 규정에 의한 상속인을 말하며, 동법 제1019조 제1항의 규정에 의하여 상속을 포기한 자를 포함한다. 이하 같다) 또는 유증을 받는 자(사망으로 인하여 효력이 발생하는 증여에 의하여 재산을 취득하는 자를 포함하며, 이하 ‘수유자’라 한다)는 이 법에 의하여 부과된 상속세에 대하여 상속재산 중 각자가 받았거나 받을 재산의 비율에 따라 상속세를 납부할 의무가 있다. 다만 수유자가 영리법인인 경우에는 당해 영리법인 이 납부할 상속세를 면제한다.

그러자 1998. 12. 28. 개정된 상증세법 제3조 제1항은 상속을 포기한 자도 그 상속재산 중 받은 재산의 비율에 따라 상속세 납세의무를 부담한다는 취지의 명문 규정을 신설하였다. 이는 사전증여를 받은 상속인이 상속포기를 함으로써 상속세 납세의무를 면탈하는 것을 방지하기 위하여 상속을 포기한 상속인에게도 그가 상속받은 재산의 비율에 따라 상속세를 부담시키고자 하는 데 그 취지가 있다고 한다.⁹⁾

상속세에 관한 입법태도는 유산세 방식¹⁰⁾과 유산취득세 방식¹¹⁾이 있다. 우리 상증세법은 유산세 방식을 취하고 있고, 상증세법 제13조는 상속세과세가액에 상속개시일 전 10년 이내에 상속인에게 증여한 재산가액 등을 가산하여 상속세액을 계산한 다음, 이를 각각의 상속인의 상속비율에 따라 상속세 납세의무를 부과하며, 상증세법 제28조에 의하여 이미 납부한 증여세액을 상속세 산출세액에서 공제한다.¹²⁾ 즉, 사전증여에 대하여 재차 상속

9) 국세청, 1999 개정세법해설, 175. 민법상 상속포기의 소급효를 무시한 입법이라는 비판은 이태로·안경봉, 조세법강의(신정7판), 박영사(2011), 691.

10) 유산세는 사망자의 재산 총액을 기준으로 하여 재산 총액에 담세력을 인정하고 과세하는 방식임.

11) 유산취득세는 각 상속인이 분할취득한 상속가액을 기준으로 과세하는 방식임.

12) 대법원 1993. 9. 28. 선고 93누8092 판결은 여기서 말하는 ‘상속인’이라 함은 상속이 개시될 당시에 상속인의 지위에 있었던 자를 가리키는 것으로서, 상속이 개시된 후에 상속을 포기

세를 부과하기 위한 것이 아니라 사전증여로 상속세의 누진세율을 회피하는 것을 차단하고자 함이다. 따라서 상속세법 제3조 제1항은 사전증여를 받고 상속을 포기한 자에 대하여도 사전증여분에 대한 상속세 납세의무를 부담시킬 수 있는 근거 규정이 된다.

나. 국세기본법 제24조 제1항의 해석론(피상속인의 납세의무 승계)

1) 국세기본법 제24조 제1항의 규정 내용 및 취지

가) 상속인은 피상속인의 납세의무를 상속재산의 한도로 승계한다(국세기본법 제24조 제1항). 예컨대, 피상속인의 양도소득세 등 조세채무가 100억 원이고 상속재산이 30억 원인 경우, 상속인은 피상속인의 양도소득세 등 조세채무 중 30억 원의 납세의무를 승계하며, 그것은 상속인 자신의 납세의무이므로 상속인의 고유재산에 대하여도 집행이 가능하다. 상속인은 본래의 납세의무 외에 제2차 납세의무, 물적 납세의무도 승계하고, 승계된 납세의무에 부수되는 신고의무, 지급조서제출의무, 세금계산서제출의무 등 세법상의 각종 협력의무도 승계한다.

국세기본법 제24조 제1항에 의한 피상속인의 조세채무 승계는 마치 한정승인과 유사하지만, 한정승인과는 전혀 다른 의미를 갖는 규정이다. 판례¹³⁾는 “국세기본법 제24조 제1항의 취지는 상속인이 피상속인의 국세 등 납세의무를 상속재산의 한도에서 승계한다는 뜻이고 상속인은 피상속인의 국세 등 납세의무 전액을 승계하나 다만 과세관청이 상속재산을 한도로 하여 상속인으로부터 징수할 수 있음에 그친다는 뜻은 아니다.”라고 판시하여 한정승인과 다름을 분명히 하고 있다. 즉, 한정승인의 경우에는 피상속인의 채무를 그대로 승계하나, 상속인이 상속으로 인하여 취득할 재산의 한도에서 변제할 책임을 질 뿐 상속인 자신의 고유재산으로는 변제할 필요가 없으므로, 국세기본법 제24조 제1항에 따른 납세의무의 승계와 차이가 있다. 따라서 상속인의 한정승인은 조세채무의 승계에 아무런 영향을 미치

한 자도 사전증여재산을 가산하는 규정 소정의 상속인에 해당한다고 판시하였다.

13) 대법원 1991. 4. 23. 선고 90누7395 판결.

지 못한다.¹⁴⁾

나) 재산상속은 포괄승계의 성질을 가지므로 채무는 사법상 상속재산의 일부를 구성하는 소득재산으로서의 채무도 일반적으로 상속되고, 그것이 사법상의 채무이든 공법상의 채무이든 상속재산이 된다(일신전속적 채무 제외).¹⁵⁾ 그러나 국세기본법 제24조 제1항은 상속인으로 하여금 피상속인의 조세채무를 상속으로 인하여 얻은 재산을 한도에서만 부담하도록 하여 납세의무의 승계를 제한하는 취지를 가진다.¹⁶⁾

2) 일본의 경우

일본은 우리 국세기본법 제24조 제1항과 유사한 내용의 상속에 의한 국세의 납부의무의 승계규정을 두면서도(국세통칙법 제5조 제1항¹⁷⁾), 우리 상속세법 제3조 제1항과 같이 상속을 포기한 사람에게도 상속세 납세의무를 부담시키는 취지의 규정은 두고 있지 않다.

이에 대하여는 상속포기의 소급효에 의하여 상속개시 당시부터 상속인이 아닌 것으로 간주되므로 피상속인의 납세의무를 승계하는 ‘상속인’에 해당하지 아니한다고 해석한다.¹⁸⁾

다만 비정상적인 이익을 부여하는 보험계약의 경우에 국세징수법 제39조의 무상양수인의 제2차 납세의무 규정(우리나라에는 없는 규정임)을 적용시킬 수 있는지 여부가 문제된 사례는 있다.¹⁹⁾

14) 소순무, 조세소송, (주)영화조세통합(2012), 274.

15) 구육서, 사법과 세법, (주)유로(2010), 679.

16) 대법원 2011. 3. 24. 선고 2008두10904 판결.

17) 일본 국세통칙법 제5조(상속에 의한 국세의 납부의무의 승계) ① 상속(포괄유증을 포함한다. 이하 같다)이 있는 경우에는 상속인(포괄수유자를 포함한다. 이하 같다) 또는 민법(1896년 법률 제89호) 제951조(상속재산법인의 성립)의 법인은 그 피상속인(포괄유증자를 포함한다. 이하 같다)에게 부과되어야 할 또는 그 피상속인이 납부하거나 징수되어야 할 국세[그 체납처분비를 포함한다. 제2장(국세의 납부의무의 확정), 제3장 제1절(국세의 납부), 제6장(부대세) 및 제7장 제1절(국세의 경정, 결정 등의 기간제한) 을 제외한다. 이하 같다]를 납부할 의무를 승계한다. 이 경우에 상속인이 한정승인을 한 때에는 그 상속인은 상속에 의하여 얻은 재산의 한도에 대하여만 그 국세를 납부할 책임을 진다.

18) 荻野豊, 実務国税通則法(2005), 294.

19) 国税不服審判所 2010. 3. 9.자 재결, 문헌번호 66014146(TKC 稅務研究所)은 피상속인이 체납 국세 외에도 다액의 채무를 부담하고 있는 상황에서 연간 약 400만 엔의 보험료를 납부하면서 15년 가까이 생명보험계약을 유지하고, 상속인이 약 4억 엔의 생명보험금을 수령한 후 상

3) 1998. 12. 28. 상증세법 개정 전의 논의

1998. 12. 28. 개정 전 구 상증세법하에서 대법원 2006. 6. 29. 선고 2004두3335 판결²⁰⁾은 상속을 포기한 상속인은 상속포기의 소급효에 의하여 상속개시 당시부터 상속인이 아니었던 것과 같은 지위에 놓이게 되므로 피상속인의 조세채무를 승계하여 납부할 의무가 없다고 판시하였다.

이 판례에 대하여 상속포기자가 상속세 납세의무를 부담하는 상속인에 해당되지 않는 이상 피상속인의 조세채무 납부의무도 당연히 승계되지 않는다는 취지로 해석하는 견해²¹⁾가 있다.

4) 1998. 12. 28. 상증세법 개정 후의 논의(견해의 대립 있음)

가) 긍정설(피고 및 제1심)

1998. 12. 28. 개정된 상증세법이 상속포기자도 자신이 받았거나 받을 상속재산의 비율에 따라 상속세 납세의무를 부담한다고 규정하고 있으므로, 상속포기자는 국세기본법 제24조 제1항이 정하는 바에 따라 자신이 상속으로 받은 재산의 한도 내에서 피상속인의 조세채무도 승계한다고 보아야 한다는 견해이다.²²⁾

국세기본법 제24조 제1항은 피상속인이 납부할 국세 등의 납부의무를 상속인에 한정하지 아니하고 수유자나 상속재산관리인에게까지 인정하고 있으므로, 이들은 상속포기 여부와 무관하게 상속재산의 범위 내에서 국세 등의 납부의무를 부담한다는 점과, 상속포기자는 자신이 사전증여 받은 재산의 범위 내에서 피상속인의 조세채무를 승계할 수 있다는 점도 논거로 들 수 있다.

속포기한 사안에서, 보험계약자의 직업 및 지위, 자력, 유족 수 및 연령, 국세의 납부·징수와 보험료의 지급과의 관계 등을 종합적으로 고려할 때 보험금수령인에게 비정상적인 이익을 부여하려는 것이어서 채납국세의 법정납기한의 1년 전 이후에 지급된 보험료 지급 부분은 무상양도 등에 해당하여 상속인이 제2차 납세의무를 부담한다고 보았다. 위 재결에 대하여 조세법률주의에 비추어 무리한 해석이라고 비판하는 견해로는 彦坂哲児, “無償譲受人等の第二次納税義務”, 税務弘報(2012. 6.), 71이 있다.

20) 피상속인이 1998. 4. 3. 사망한 사안이다.

21) 조세법총론 I, 사법연수원(2012), 140.

22) 이태로·한만수(주 9), 117.

나) 부정설(원고 및 원심)

국세기본법 제24조 제1항은 상증세법 제3조 제1항과 달리 상속포기자를 상속인의 범위에 포함시키는 의제규정을 두지 않고 있으므로 엄격해석의 원칙에 따라, 상속포기자는 피상속인의 조세채무의 승계인으로 볼 수 없다는 견해이다.²³⁾

1998. 12. 28. 상증세법 개정의 취지는 사전증여를 받은 상속인이 상속포기를 함으로써 상속세 납세의무를 면탈하는 것을 방지하기 위하여 상속을 포기한 상속인에게도 그가 상속받은 재산의 비율에 따라 상속세를 부담시키고자 하는 데 있는 것일 뿐, 상속을 포기한 상속인에게 피상속인 본인의 국세 등의 납세의무까지 승계시키려는 취지로 볼 수 없다는 점과, 상속포기자의 경우 ‘상속으로 인해 얻은 재산’이 전혀 없기 때문에 피상속인의 조세채무를 납부할 의무도 승계하지 않는다는 점도 논거로 들 수 있다.

다) 검토

(1) 국세기본법 제24조 제1항은 피상속인의 납세의무 승계의 주체를 ‘상속인(수유자를 포함한다. 이하 같다) 또는 상속재산관리인’이라고 규정함으로써 상증세법 제3조 제1항과 문언이 전혀 다르다. 조세법규 엄격해석의 원칙상 상증세법 제3조 제1항을 유추적용하여 상속포기자도 피상속인의 조세채무 승계자에 포함된다고 할 수 없다.²⁴⁾

만약 국세기본법 제24조 제1항이 상속포기자를 상속인의 범위에 포함시키지 않고 있는 것이 조세정책 등의 면에서 바람직하지 못하다고 생각된다면 국세기본법을 개정하여 과세요건을 명확히 하여야 할 것이고, 경제적 실질 및 과세의 필요성만을 근거로 세법 조문을 확장 해석하는 것은 조세법률주의가 지향하는 법적 안정성 및 예측가능성을 해치는 것이다. 상증세법 제3조 제1항의 취지는 사전증여를 받은 상속포기자에게 상속세의 납세의무를 지우기 위한 규정이고, 피상속인의 다른 조세채무까지 승계시키기

23) 조세법총론 I(주 21), 140.; 조민석, “상속으로 인한 납세의무의 승계”, 재판자료(125): 행정재판실무연구 IV, 법원도서관(2013), 299~323.

24) 조세법총론 I(주 21), 140.

위한 조문이 아니라고 할 것이다.

(2) 세법상 명문의 정의규정이 없는 한, 사법(私法)으로부터 차용된 개념은 조세법률관계의 확실성 및 안정성의 요청, 납세자의 신뢰보호 등을 고려하여 원칙적으로 사법상의 의미와 동일하게 해석할 것이 요구된다. 그런데 상속인이 상속을 포기하면 그 소급효(민법 제1042조)에 의하여 상속개시 당시부터 상속인이 아니었던 것과 같은 지위에 놓이게 되므로, 법에 명문의 규정이 없는 이상, 상속포기자는 국세기본법 제24조 제1항의 ‘상속인’에 포함되지 않는다고 봄이 타당하다. 상속포기자는 상속포기로 인하여 상속과는 전혀 무관한 제3자의 지위에 놓이게 되고, 국세기본법 제24조 제1항의 제목도 ‘상속으로 인한’ 납세의무의 승계라고 되어 있으므로, 상속포기자는 국세기본법 제24조 제1항의 적용을 받는 자로 볼 수 없다.

(3) 국세기본법 제24조 제1항은 상속인이 승계하는 납세의무의 범위를 ‘상속으로 받은 재산’의 한도로 규정하고 있다. 이는 상속재산을 의미한다. 그런데 상속세법 제7조 제1항은 상속재산을 ‘피상속인에게 귀속되는 재산’으로 규정하고 있다. 상속세법 제24조 제1항 소정의 ‘상속으로 받은 재산’의 가액 계산에 관한 국세기본법 시행령 제11조는 피상속인이 생전에 증여한 재산을 ‘상속으로 받은 재산’에 포함시키는 규정을 두고 있지 않으므로 상속포기자의 경우 상속으로 받은 재산이 없어 피상속인의 납세의무를 승계하지 않는다고 보아야 한다.²⁵⁾

(4) 민사상 상속포기는 상속으로 얻을 적극재산을 포기하는 대신 상속으로 부담하여야 할 채무도 면하게 하는 제도이다. 상속으로 인해 어떠한 이익을 받지 않는다면 당연히 상속으로 인한 부담도 받지 않는 것이 타당할 것이다. 그런데 이러한 해석은 사전증여의 경우 부당한 것으로 여겨질 소지가 있다.

예컨대, 피상속인 甲이 100억 원짜리 부동산을 보유하다가 양도하여 받은 현금 100억 원을 상속인 乙에게 사전증여를 한 후 사망하였고, 피상속인은 사망 당시 양도소득세 채무 30억 원을 부담하고 있었다고 가정하자.

25) 조민석(주 23), 299~323.

상속인 乙이 상속포기를 하면 상속인 乙은 현금 100억 원에 대한 증여세 또는 사전증여재산을 가산하는 규정을 적용한 상속세만 부담하고, 피상속인의 양도소득세 채무 30억 원은 승계되지 아니한다. 만약 상속인 乙이 상속포기를 하지 않았다면, 상속인 乙은 100억 원의 사전증여에 대한 증여세 또는 사전증여재산을 가산하는 규정을 적용한 상속세를 부담하고 나아가 피상속인의 양도소득세 채무 30억 원도 부담하여야 한다.

그러나 이 문제는 반드시 피상속인의 조세채무 뿐만 아니라 피상속인이 일반채권자에 대한 채무를 부담하고 있는 경우에도 마찬가지이다. 비록 상증세법이 사전증여를 하더라도 상속세의 부담을 동일하게 하려는 규정을 두고 있더라도 상증세법이나 국세기본법 제24조 제1항이 피상속인의 조세채무에 관하여 사전증여재산에 대한 추급효과까지 부여하는 규정은 아니므로, 반드시 위와 같은 사례를 부당한 것으로 볼 것은 아니다.

(5) 대법원 2004두3335 판결의 사안은 망인이 공장을 처분하여 양도소득세 채무를 부담한 상태에서 1998. 4. 3. 사망하자 그 양도대금을 상속하였을 것으로 보이는 상속인들(원고)이 1998. 6. 15. 상속포기를 한 사안이다. 대법원 2004두3335 판결은 상속포기의 소급효에 근거하여 위 상속인들(원고)이 국세기본법 제24조 제1항에 의한 납세의무 승계를 하지 않는다고 본 것이므로, 1998. 12. 28. 상증세법 개정과는 아무런 관련이 없다. 따라서 위 판결의 취지는 상증세법의 개정 이후에도 그대로 적용된다고 보아야 한다.

3. '상속으로 받은 재산'에 보험금도 포함되는지 여부²⁶⁾

가. 간주 상속재산으로서의 보험금(상증세법 제8조)

1) 상증세법상 상속재산의 범위

상속재산의 범위에 관하여 민법 제1005조는 “상속인은 상속이 된 때로부터 피상속인의 재산에 관한 포괄적 권리의무를 승계한다.”고 규정하여 적

26) 대상의 문제.

극재산과 소극재산을 모두 포함시키고 있다.

그러나 상속세법 제7조는 “제1조의 규정에 의한 상속재산에는 피상속인에게 귀속되는 재산으로서 금전으로 환가할 수 있는 경제적 가치가 있는 모든 물건과 재산적 가치가 있는 법률상 또는 사실상의 모든 권리를 포함한다.”라고 규정하고, 제13조 제1항 및 제14조는 상속재산의 가액에서 소극재산인 채무 등을 공제하여 상속세과세가액을 산출하고 있다. 따라서 상속세법은 민법상의 상속재산 중 적극재산만을 상속재산으로 보고 있다고 할 것이다.

2) 간주(의제) 상속재산

상중세법상의 상속재산에는 민법상 상속재산으로 볼 수 없음에도 과세형평의 입장에서 상속재산으로 의제되는 경우가 있고 이를 강학상 ‘간주 상속재산’ 또는 ‘의제 상속재산’이라고 한다. 상속세법은 상속재산으로 보는 보험금(제8조), 상속재산으로 보는 신탁재산(제9조), 상속재산으로 보는 퇴직금 등(제10조)을 규정하고 있다.

3) 상속재산으로 보는 보험금(상중세법 제8조)

가) 사법상 취급

보험계약자가 피보험자의 상속인을 보험수익자로 하여 맺은 생명보험계약에 있어서 피보험자의 상속인은 피보험자의 사망이라는 보험사고가 발생한 때에는 보험수익자의 지위에서 보험자에 대하여 보험금 지급을 청구할 수 있고, 이 권리는 보험계약의 효력으로 당연히 생기는 것으로서 상속재산이 아니고, 상속인의 고유재산에 해당한다.²⁷⁾ 그러나 보험계약자와 피보험자 및 보험수익자가 동일인인 경우, 즉 피상속인이 자신을 피보험자 겸 수익자로 지정한 경우에는 보험금청구권은 상속재산이 된다.²⁸⁾

나) 세법상 취급

그러나 상속세법 제8조는 피상속인이 보험계약자로서 보험료를 납입하

27) 대법원 2001. 12. 24. 선고 2001다65755 판결, 대법원 2001. 12. 28. 선고 2000다31502 판결, 대법원 2004. 7. 9. 선고 2003다29463 판결, 대법원 2012. 3. 29. 선고 2010다93950 판결 등.

28) 대법원 2000. 10. 6. 선고 2000다38848 판결, 대법원 2002. 2. 8. 선고 2000다64502 판결.

거나(제1항), 보험계약자가 피상속인이 아니더라도 피상속인이 실질적으로 보험료를 지불한 경우(제2항)에는 상속인이 보험수익자로서 받는 보험금을 상속재산으로 보도록 규정하고 있다. 판례²⁹⁾는 상증세법 제8조는 상속세 과세대상이 되는 본래 의미의 상속재산 즉, 상속 또는 유증이나 사인증여에 의하여 취득한 재산은 아니라고 하더라도 실질적으로는 상속이나 유증 등에 의하여 재산을 취득한 것과 동일하게 볼 수 있는 보험금의 경우에 상속세를 부과하기 위한 것으로서 실질과세의 원칙 및 과세형평을 관철하기 위한 규정에 해당하여 헌법상 재산권보장의 원칙에 반한다거나 실질적 조세법률주의에 위배된다고 볼 수 없다고 한다.

나. 가능한 견해의 대립

상증세법상 상속재산으로 의제되는 보험금이 국세기본법 제24조 제1항의 ‘상속으로 받은 재산’에 포함되는 것인지³⁰⁾는 다음과 같이 견해가 대립할 수 있다.

1) 긍정설(피고 및 제1심)

상증세법 제8조가 규정한 간주 상속재산인 보험금은 국세기본법 제24조 제1항의 적용에 있어서도 ‘상속으로 받은 재산’에 해당한다는 견해이다.

가) 상증세법 제8조는 보험금을 상속재산으로 간주하는 규정을 두고 있을 뿐 이를 상속세에 한정하여 이와 같이 간주한다는 취지의 규정을 두고 있지 않고, 상증세법상 위 간주규정을 상속세에 한정할 근거를 찾기도 어렵고, 국세기본법과 각종 세법(상증세법 포함)은 서로 혼연일체로서 세법 체계를 구성하고 있으므로, ‘상속재산’의 개념을 달리 볼 것이 아니다.

나) 피상속인이 실질적으로 보험료를 지불하고 그의 사망을 원인으로 일시에 무상으로 수취하는 보험금은 유족의 생활보장을 목적으로 피상속인의 소득능력을 보충하는 금융자산으로서의 성격도 지니고 있는 등 그

29) 대법원 2007. 11. 30. 선고 2005두5529 판결, 헌법재판소 2009. 11. 26. 선고 2007헌바137 결정.

30) 이 사건 사안과 같이 상속포기한 경우뿐만 아니라 상속포기가 없는 경우에도 문제될 수 있는 쟁점이다. 여기서는 후자를 주로 염두에 두고 논의하기로 한다.

경제적 실질에 있어서는 민법상의 상속재산과 다를 바 없으므로, 국세기본법 제24조 제1항의 상속재산 범위를 상속세법 제8조와 달리 볼 이유가 없다. 예컨대, 피상속인이 100억 원짜리 부동산을 현금화하여(양도소득세 30억 원 발생) 사망 직전에 상속재산으로 100억 원을 남긴 경우나 사망 직전에 100억 원을 보험료로 불입하고 수익자로 상속인을 지정한 경우나 그 담세력에는 아무런 차이가 없으므로, 그 모든 경우에 상속인으로서의 피상속인의 양도소득세 채무 30억 원을 부담해야 타당하다.

다) 국세기본법 제24조 제1항은 상속으로 인한 이익이 있다면 그로 인한 채무도 부담하도록 하겠다는 취지의 입법이다. 피상속인이 보험료를 불입하여 상속인이 이익을 얻었다면 그로 인한 피상속인의 채무를 부담하는 것이 조세형평에 부합한다고 볼 수 있다.

2) 부정설(원고 및 원심)

상증세법 제8조가 규정한 간주 상속재산인 보험금은 국세기본법 제24조 제1항의 적용에 있어서는 ‘상속으로 받은 재산’으로 볼 수 없다는 견해이다.

가) 국세기본법은 피상속인의 납세의무 승계와 관련하여 보험금을 ‘상속으로 받은 재산’으로 의제하는 규정을 별도로 두고 있지 않다. 상증세법 제8조는 피상속인의 사망으로 받게 되는 보험금을 상속재산으로 간주하는 규정을 두고 있으나 이는 상속세를 부과하기 위한 것일 뿐이다. 판례³¹⁾도 상증세법 제8조가 보험금에 대하여 상속세를 부과하기 위한 규정으로 보고 있을 뿐, 사법상의 취급과 달리 모든 경우에 상속재산으로 취급하겠다는 것이 아님을 분명히 밝히고 있다.

나) 피상속인의 사망으로 상속인이 지급받는 보험금은 피상속인의 재산에 일단 귀속된 다음에 상속 또는 유증 등에 의하여 상속인에게 승계 취득되는 상속재산이 아니라, 상속인이 보험계약의 효력에 따라 취득하는 상속인의 고유재산에 해당한다. 즉, 피상속인이 상속인을 수익자로 하여 가입한 보험의 보험금은 본래 상속재산이 아니라 사전증여 재산의 성격을 가

31) 대법원 2007. 11. 30. 선고 2005두5529 판결.

질 뿐이다. 상증세법 제34조³²⁾ 제1항은 피상속인의 생전 보험계약에 대하여 원칙적으로 증여세를 부과하도록 규정하고, 제2항은 상증세법 제8조의 규정에 의하여 보험금을 상속재산으로 보는 경우에는 이를 적용하지 않도록 규정하고 있다.

다) 국세기본법 제24조 제1항은 단순승인이든 한정승인이든 묻지 않고 피상속인이 부담하던 공법상의 조세채무를 일정한 범위로 제한하여 상속인에게 승계시키는 규정일 뿐이지, 사전증여 재산이나 이미 처분한 재산에까지 추급효를 부여하는 규정이 아니다. 예컨대, 피상속인이 100억 원의 재산을 보유하고 30억 원의 채무를 부담하던 중 상속인 A가 이를 상속한 경우와 피상속인이 100억 원의 재산을 상속인 B에게 사전증여하고 30억 원의 채무를 부담하던 중 사망한 경우를 가정해보자. 상속인 A가 단순승인, 한정승인, 상속포기 중 어떤 선택을 하더라도 피상속인의 채권자는 변제를 받을 수 있다. 그러나 상속인 B가 단순승인 이외에 한정승인이나 상속포기를 하면 피상속인의 채권자는 변제를 받을 수 없다. 국세기본법 제24조 제1항은 이미 사전증여로 인하여 피상속인의 채권자가 파악할 수 있는 책임재산의 범주에서 벗어난 경우에 그 사전증여 재산으로부터 피상속인에 대한 조세채권을 집행할 수 있도록 하는 규정이 아니다. 따라서 긍정설이 들고 있는 사례를 들어 조세형평에 반한다고 평가할 것은 아니다.

다. 검토

부정설이 국세기본법 제24조 제1항의 문언과 취지 및 엄격해석의 원칙에 부합한다고 생각된다.

32) **상증세법 제34조 (보험금의 증여)** ① 생명보험 또는 손해보험에 있어서 보험금수취인과 보험료 불입자가 다른 경우에는 보험사고가 발생한 경우에 보험금상당액을 보험금수취인의 증여재산가액으로 하며, 보험계약기간 안에 보험금수취인이 타인으로부터 재산을 증여받아 보험료를 불입한 경우에는 그 보험료불입액에 대한 보험금상당액에서 당해 보험료불입액을 차감한 가액을 보험금수취인의 증여재산가액으로 한다. ② 제1항의 규정은 제8조의 규정에 의하여 보험금을 상속재산으로 보는 경우에는 이를 적용하지 아니한다. ③ 제1항을 적용함에 있어서 불입한 보험료 중 일부를 보험금수취인이 불입하였을 경우에는 보험금에서 불입한 보험료 총합액 중 보험금수취인이 아닌 자가 불입한 보험료액의 점유비율에 상당하는 금액만을 증여재산가액으로 한다.

1) 간주 상속재산인 보험금은 사법상으로는 상속인의 고유재산이고, 세법상으로도 본래 사전증여 재산에 해당할 뿐이다. 국세기본법 제24조 제1항은 상속인의 고유재산을 한도로 하거나 사전증여 재산을 한도로 피상속인의 납세의무를 승계시키는 조항이 아니라, ‘상속으로 받은 재산’인 상속재산을 한도로 피상속인의 납세의무 승계를 제한하는 규정으로 해석된다. 나아가 국세기본법 제24조 제1항은 사전증여 재산이나 상속인의 고유재산에 대하여 피상속인의 납세의무를 추급하여 부과·징수하도록 하는 규정이 아니므로, 국세기본법 제24조 제1항을 간주 상속재산을 받는 경우까지 적용할 것은 아니다. 피상속인에 대한 일반채권자도 이 사건 보험금에 대해 강제집행할 수 없는데, 상속인의 납세의무를 제한하는 규정인 국세기본법 제24조 제1항을 들어 피상속인의 일반적인 조세채무에 대한 책임재산이 된다고 볼 수 없다. 국세기본법 제24조 제1항은 ‘상속으로 받은 재산’이라는 용어를 사용하고 있을 뿐, 간주 상속재산의 포함 여부에 관하여는 별도의 규정을 두고 있지 않으므로, 조세법규 엄격해석의 원칙에 비추어 통상의 세법상 상속재산, 즉 적극재산의 한도로만 피상속인의 납세의무를 승계한다고 볼 것이다.

2) 앞서 본 대법원 2005두5529 판결은 상증세법 제8조 제1항이 보험금을 간주 상속재산으로 규정한 것이 상속세를 부과하기 위함이라고 보고 있다. 상증세법 제34조가 보험금의 경우 증여재산으로 규정하고 있어 증여세를 부과할 수 있다는 점에 비추어 보면, 상증세법 제8조 제1항은 상속세 누진세를 적용을 위하여 간주 상속재산으로 보고 있는 것으로 이해할 수 있을 것이다. 앞서 본 대법원 2004두3335 판결은 사전증여 재산을 받은 상속포기자가 피상속인의 양도소득세 채무를 승계하지 않는다고 주장하여 승소판결을 받은 사안으로서 비록 위 판결은 상속포기자가 국세기본법 제24조 제1항의 ‘상속인’에 해당하지 않는다고 본 것이기는 하나, 그 결론에 비추어 보면 사전증여 재산은 ‘상속으로 받은 재산’에 해당하지 않는다는 점도 반영한 것으로 보인다. 따라서 부정설 쪽이 위 판결들의 취지에 부합한다고 생각된다.

4. 이 사건의 검토³³⁾

상속포기자가 국세기본법 제24조 제1항에 의하여 납세의무를 승계하지 않는다는 견해를 취하면(주체의 문제에 관한 부정설), 국세기본법 제24조 제1항을 적용할 수 없으므로, 나머지 쟁점에 관하여는 더 나아가 살펴볼 필요가 없다.

설령 달리 보더라도, 상증세법 제8조 제1항의 간주 상속재산인 보험금은 국세기본법 제24조 제1항이 규정한 ‘상속으로 받은 재산’에 포함되지 않는다는 견해를 취하면(대상의 문제에 관한 부정설), 국세기본법 제24조 제1항을 적용할 수 없다.

어느 모로 보더라도 이 사건의 경우(주체 및 대상의 문제)에는 국세기본법 제24조 제1항을 적용할 수 없다고 보아야 한다. 즉, 간주 상속재산인 보험금을 받은 상속포기자인 원고는 피상속인의 납세의무인 양도소득세 채무를 승계하지 아니한다.³⁴⁾

같은 취지의 원심판단은 정당하고, 피고의 상고이유는 이유 없다.

【對象判決의 意義】

대상판결은 1998. 12. 28. 상증세법 개정 이후의 사안에 관하여 상속포기

33) 간주 상속재산인 보험금을 받은 상속포기자가 피상속인의 납세의무를 승계하는지 여부(주체 및 대상의 문제).

34) 참고로, 원고가 이 사건 처분의 위법을 이유로 조세심판원에 제기한 심판청구에 관하여 조세심판원은 2011. 6. 21.자로 이 사건 보험금은 국세기본법 제24조 제1항이 규정한 ‘상속으로 받은 재산’에 해당한다는 이유로, 원고의 위 심판청구를 기각하였으나, 그 후 조세심판원은 2011. 11. 15.자로 조세심판관 합동회의를 통하여 이 사건과 같이 상속을 포기한 상속인이 피상속인의 사망으로 취득하는 보험금에 관하여, 국세기본법상으로는 상속포기자를 상속인의 범위에 포함하도록 한 의제규정이 없고, 상속포기자가 고유의 권리로서 받을 수 있는 이 사건 보험금과 같은 재산을 ‘상속으로 받은 재산’으로 의제하여 피상속인이 체납한 세액의 납세의무를 승계하도록 한 규정이 없으므로 국세기본법 제24조 제1항이 정한 ‘상속으로 받은 재산’으로 볼 수 없다는 이유로 과세관청의 처분을 취소하는 결정(조심 2010중 1750)을 하였다.

자가 국세기본법 제24조 제1항에 의하여 납세의무를 승계하는 ‘상속인’에 포함되는지 여부 및 상증세법상 간주 상속재산인 보험금이 국세기본법 제24조 제1항의 ‘상속으로 받은 재산’에 포함되는지 여부에 관하여 최초로 판시한 점에 의의가 있다.

10. 주택의 부속토지만을 소유한 경우 주택분 종합 부동산세 납세의무의 성립 여부와 세액의 산정 방법

(2013. 2. 28. 선고 2011두27896 판결 : 공2013상, 591)

河 泰 興

【判決要旨】

1. 구 종합부동산세법(2008. 12. 26. 법률 제9273호로 개정되기 전의 것) 제7조 제1항, 제2조 제3호, 제5호, 구 지방세법(2009. 6. 9. 법률 제9774호로 개정되기 전의 것) 제180조 제3호, 제183조 제1항 단서, 구 주택법(2009. 1. 30. 법률 제9366호로 개정되기 전의 것) 제2조 제1호의 문언 내용에 아울러 2005. 1. 5. 재산세 개편 및 종합부동산세 도입 이전에는 주택의 건물과 부속토지를 구분하여 각각 재산세와 종합토지세의 과세대상으로 삼았던 점, 주택의 부속토지만을 보유한 소유자도 주택분 재산세의 납세의무가 있는 점 등을 종합하여 보면, 주택의 건물과 부속토지 소유자가 다를 경우에는 주택의 건물 소유자가 주택분 종합부동산세 납세의무자가 아니라고 하더라도 주택의 부속토지만을 소유한 자는 과세기준금액의 초과 여부에 따라 주택분 종합부동산세 납세의무자가 될 수 있다.

2. 주택분 종합부동산세의 납세의무는 국내에 있는 재산세 과세대상인 주택의 공시가격을 합산한 금액이 과세기준금액을 초과할 때에 성립하므로, 주택의 부속토지만을 여럿 소유한 경우에는 국내에 있는 주택 각각의 공시가격을 건물과 부속토지의 시가표준액 비율로 안분하여 계산한 부속토지 가액을 합산한 금액이 과세기준금액을 초과하면 주택분 종합부동산세 납세의무가 성립하는 것이고, 주택 각각의 공시가격이 과세기준금액을 초과하는 경우에만 주택분 종합부동산세 납세의무가 성립한다고 볼 것은 아니다.

【參照條文】

구 종합부동산세법(2008. 12. 26. 법률 제9273호로 개정되기 전의 것) 제2조 제3호, 제5호, 제9호, 제7조 제1항, 제8조 제1항, 구 지방세법(2009. 6. 9. 법률 제9774호로 개정되기 전의 것) 제180조 제3호, 제183조 제1항, 제187조 제1항 제2호, 제189조 제3항, 구 주택법(2009. 1. 30. 법률 제9366호로 개정되기 전의 것) 제2조 제1호

【事案의 概要】

1. 관련 법령

□ 구 종합부동산세법(2008. 12. 26. 법률 제9273호로 개정되기 전의 것)

제1장 총칙

제2조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

3. “주택”이라 함은 지방세법 제180조 제3호의 규정에 의한 주택을 말한다. <단서 생략>
5. “주택분 재산세”라 함은 지방세법 제181조 및 제183조의 규정에 의하여 주택에 대하여 부과하는 재산세를 말한다.
9. “공시가격”이라 함은 「부동산 가격공시 및 감정평가에 관한 법률」에 따라 가격이 공시되는 주택 및 토지에 대하여 동법에 따라 공시된 가액을 말한다. 다만 동법에 따라 가격이 공시되지 아니한 경우에는 「지방세법」 제11조 제2항 제1호 단서 및 제2호의 규정에 의한 가액으로 한다.

제2장 주택에 대한 과세

제7조 (납세의무자)

- ① 과세기준일 현재 주택분 재산세의 납세의무자로서 국내에 있는 재산세 과세대상인 주택의 공시가격을 합산한 금액이 6억 원(개인의 경우 세대별로 합산한 금액을 말하며, 이하 ‘주택분 과세기준금액’이라 한다)을 초과하는 자는 종합부동산세를 납부할 의무가 있다. <이하 생략>

제8조 (과세표준)

- ① 주택에 대한 종합부동산세의 과세표준은 납세의무자별로 주택의 공시

가격을 합산한 금액에서 6억 원을 공제한 금액으로 한다. 다만 그 금액이 영보다 작은 경우에는 영으로 본다.

□ 구 지방세법(2009. 6. 9. 법률 제9774호로 개정되기 전의 것)

제180조 (정의) 재산세에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. 토지: 『지적법』에 의하여 지적공부의 등록대상이 되는 토지와 그 밖에 사용되고 있는 사실상의 토지
2. 건축물: 제104조 제4호의 규정에 의한 건축물
3. 주택: 『주택법』 제2조 제1호의 규정에 의한 주택. 이 경우 토지와 건축물의 범위에는 주택을 제외한다.

제181조 (과세대상) 재산세는 토지, 건축물, 주택, 선박 및 항공기(이하 이 절에서 “재산”이라 한다)를 과세대상으로 한다.

제182조 (과세대상의 구분)

- ② 주거와 주거 외의 용도에 겸용되는 과세대상의 구분방법, 주택 부속 토지의 범위산정 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제183조 (납세의무자)

- ① 재산세 과세기준일 현재 재산을 사실상 소유하고 있는 자는 재산세를 납부할 의무가 있다. 다만 공유재산인 경우에는 그 지분에 해당하는 부분(지분의 표시가 없는 경우에는 지분이 균등한 것으로 본다)에 대하여 그 지분권자를 납세의무자로 보며, 주택의 건물과 부속토지의 소유자가 다를 경우에는 당해 주택에 대한 산출세액을 제111조 제2항의 규정에 의한 건축물과 그 부속토지의 시가표준액 비율로 안분계산한 부분에 대하여 그 소유자를 납세의무자로 본다.

제187조 (과세표준) ① 토지·건축물·주택에 대한 재산세의 과세표준은 제111조 제2항에 따른 시가표준액에 부동산 시장의 동향과 지방재정 여건 등을 고려하여 다음 각 호의 어느 하나에서 정한 범위에서 대통령령으로 정하는 공정시장가액비율¹⁾을 곱하여 산정한 가액으로 한다.

2. 주택: 시가표준액의 100분의 40부터 100분의 80까지

제189조 (세율적용)

- ② 주택에 대한 재산세는 주택별로 제188조 제1항 제3호의 세율을 적용한다. <단서 생략>
- ③ 주택을 2인 이상이 공동으로 소유하거나 토지와 건물의 소유자가 다

1) 구 지방세법 부칙(제9422호, 2009. 2. 6.) 제2조에 의하여 2008년도 주택분 재산세에 관하여는 공정시장가액비율 대신 50%의 적용비율이 적용됨.

를 경우 당해 주택에 대한 세율을 적용함에 있어서는 당해 주택의 토지와 건물의 가액을 합산한 과세표준액에 제188조 제1항 제3호의 세율을 적용한다.

□ 구 지방세법 시행령(2009. 12. 24. 대통령령 제21881호로 개정되기 전의 것)
제133조 (과세대상의 구분과 한계)

③ 주택의 부속토지의 경계가 명백하지 아니한 때에는 그 주택의 바닥면적의 10배에 해당하는 토지를 주택의 부속토지로 한다.

□ 구 주택법(2009. 1. 30. 법률 제9366호로 개정되기 전의 것)

제2조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “주택”이라 함은 세대의 세대원이 장기간 독립된 주거생활을 영위할 수 있는 구조로 된 건축물의 전부 또는 일부 및 그 부속토지를 말하며, 이를 단독주택과 공동주택으로 구분한다.

2. 처분의 경위

원고는 전통사찰보존법에 의하여 1988. 5. 28. 강원도지사에게 등록한 대한불교조계종 산하의 전통사찰로서,²⁾ 강원 양양군 소재 52필지 합계 37,965.62㎡(이하 ‘이 사건 토지’라 함)의 소유자이다. 이 사건 토지 위에는 지역주민들이 무단으로 건축한 주택의 건물(단독주택 또는 다가구주택³⁾)

2) 전통사찰은 전통사찰보존법에 의하여 전통사찰의 재산에 관한 관리·처분권이 구성원의 총의가 아닌 주지에 일임되어 있고, 주지의 대표권은 법령에 특별한 규정이 없는 한 무제한적이며, 반면 사찰재산의 처분에 문화체육관광부장관의 허가가 필요한 점 등에 비추어, 전통사찰은 법인격 없는 재단에 해당함. 국세기본법 제13조 제1항 제1호에 의하면 전통사찰은 법령에 의하여 주무관청에 등록된 법인격 없는 재단으로서 국세에 관하여 ‘법인’으로 취급됨. 지방세법에 명문의 규정은 없지만 지방세 실무는 법인격 없는 단체에 관하여 원칙적으로 ‘개인’과 같이 취급하고 있음. 전동훈, “법인격 없는 단체와 지방세 관계에 대한 소고”, 조세연구 3집, 한국조세연구포럼(2003), 506~508. 참조.

3) 주택법 제2조 제1호는 주택을 단독주택과 공동주택으로 구분하고, 주택법 제2조 제2호, 주택법 시행령 제2조 제1항은 공동주택의 종류와 범위를 건축법 시행령 [별표 1] 제2호 (가)목 내지 (다)목이 규정하는 바에 의하도록 규정함. 건축법 시행령 [별표 1] 제2호는 공동주택을 (가) 아파트, (나) 연립주택, (다) 다세대주택으로 규정하고 있음. 한편 건축법 시행령 [별표 1] 제1호는 단독주택을 (가) 단독주택, (나) 다중주택, (다) 다가구주택, (라) 공관으로 구분하고 있음. 한편 구 지방세법 시행령 제140조(주택의 구분)는 “건축법 시행령 [별표 1]의 규정에 의한 다가구주택은 1세대가 독립하여 구분 사용할 수 있도록 구획된 부분을 1구의 주택으로

194채가 위치하여 집단부락을 이루고 있다.

피고는 2008. 11. 24. 이 사건 토지가 주택의 부속토지로서 그 공시가격을 합산한 금액이 6억 원을 초과한다는 이유로 원고에게 2008년도 주택분 종합부동산세 83,732,490원 및 농어촌특별세 16,746,490원의 부과처분을 하였다. 각 주택(건물+부속토지)의 공시가격은 6억 원을 넘는 것이 없으나, 피고는 각 주택(건물+부속토지)의 공시가격을 건물과 부속토지의 시가표준액 비율로 안분한 금액의 합산액 5,899,268,607원을 이 사건 토지의 과세표준으로 하였다. 피고는 2009. 1. 15. 일부 토지의 공시가격이 정정됨에 따라 종합부동산세를 73,983,960원으로, 농어촌특별세를 14,796,790원으로 감액 경정하였다(감액되고 남은 부분을 ‘이 사건 부과처분’이라 함).

【原審의 判斷】

원고는 이 사건 토지를 소유하고 있을 뿐이고, 정작 그 지상의 각 건물은 모두 타인이 소유하고 있음에도 불구하고 주택분 종합부동산세를 건물주가 아닌 토지 소유자에게 부담시키는 것은 과세요건이 결여된 위법한 처분이라고 주장하였다. 또한 원고는, 여러 개의 주택을 소유하고 있을 때에는 각각의 주택(건물+부속토지)의 공시가격이 6억 원을 초과하는 경우에만 주택분 종합부동산세를 부과할 수 있는 것임에도, 이 사건 토지 지상의 각 건물과 해당 부속토지의 공시가격의 합산액은 모두 각각 6억 원을 넘지 않으므로, 원고는 주택분 종합부동산세 납세의무가 없다고 주장하였다.

원심은, 종합부동산세법 제7조 제1항은 주택분 종합부동산세에 관하여 ‘국내에 있는 재산세 과세대상인 주택의 공시가격을 합산한 금액이 6억 원을 초과할 것’을 규정하고, 한편 종합부동산세법 제2조 제5호, 구 지방세법 제183조는 주택의 건물과 부속토지의 소유자가 다를 경우의 주택분 재산세에 관하여 ‘당해 주택에 대한 산출세액을 건축물과 그 부속토지의 시가표

본다. 이 경우 그 부속토지는 건물 면적의 비율에 따라 각각 안분한 면적을 1구의 부속토지로 본다.”고 규정함. 이에 이 사건 토지의 필지는 53필지이지만, 과세물건은 194건이 되었음.

준액 비율로 안분 계산한 부분에 대하여 그 소유자를 납세의무자로 보고 과세할 것'으로 규정하고 있으므로, 당해 소유자가 소유하는 국내의 재산세 과세대상에 해당하는 모든 주택의 공시가격(건축물과 그 부속토지의 소유자가 다른 경우에는 시가표준액 비율로 안분 계산한 가액)을 합산한 금액이 6억 원을 초과하면, 비록 납세의무자가 건축물을 소유하지 않고 부속토지만을 소유한다 하더라도, 주택분 종합부동산세의 납세의무자가 된다는 이유로, 원고의 주장을 배척하고 이 사건 처분은 적법하다고 판단하였다.

【原告의 上告理由】

첫째, 주택의 건물을 보유하지 않고 그 부속토지만 소유한 경우에는 주택분 종합부동산세 납세의무가 없다고 보아야 한다. 피고의 과세논리대로라면 주택을 이루는 건물의 소유자는 주택분 종합부동산세의 납세의무자가 되지 않고, 원고는 그 부속토지만을 소유하고 있음에도 주택분 종합부동산세의 납세의무자가 된다. 이러한 해석은 종합부동산세의 과세목적인 '주택 보유에 대한 조세부담의 형평성 제고 및 주택 가격안정' 취지에도 반한다. 피고의 과세논리는 일반건축물의 부속토지에 대하여 부과되는 별도합산과세대상 토지분 종합부동산세에 관하여는 타당할지 몰라도, 주택분 종합부동산세에는 적용될 수 없다.

둘째, 주택의 부속토지만을 여럿 소유한 경우 주택을 이루는 건물과 그 부속토지의 공시가격 합산액이 각 주택별로 6억 원을 초과하여야만 주택의 부속토지만을 소유한 자에 대하여 주택분 종합부동산세의 납세의무가 성립한다고 보아야 한다. 구 지방세법 제183조 제1항은 일단 과세기준금액 6억 원을 초과하여 주택분 종합부동산세의 납세의무가 성립한 이후에 건물의 소유자와 부속토지의 소유자에게 세액을 안분하는 규정으로 보아야 한다. 지역주민들이 무단으로 건축한 건물과 그 부속토지의 각각은 과세기준금액 6억 원을 초과하지 않으므로, 이 사건 토지를 종합부동산세 과세대상으로 본 이 사건 처분은 위법하다.

【解 說】

1. 쟁점 및 검토방향

제1쟁점은, 주택의 부속토지만 소유한 경우 부속토지의 소유자에게 주택분 종합부동산세 납세의무가 성립하는지 여부이다. 즉, 주택의 건물과 부속토지의 소유자가 다를 경우 부속토지의 소유자가 주택분 종합부동산세의 납세의무자인지가 문제 된다.

제1쟁점에 관하여는, 주택의 건물과 부속토지를 하나의 과세대상으로 규정하게 된 보유세제의 개편 경위, 종합부동산세법과 지방세법의 태도, 관련 선례인 대법원 2010두23910 판결 및 대법원 2010두16608 판결 등을 검토한 후, 주택의 건물과 부속토지의 소유자가 다를 경우 주택의 부속토지 소유자는 주택분 종합부동산세의 납세의무자가 될 수 있다고 봄이 타당하다는 결론을 도출한다.

제2쟁점은, 여러 주택(건물+부속토지)의 공시가격이 각각 주택분 종합부동산세의 과세기준금액을 초과하여야만 부속토지만을 소유한 자에 대하여 주택분 종합부동산세 납세의무가 성립하는지 여부이다. 즉, 주택의 부속토지만 여럿 소유한 경우 각 주택(건물+부속토지)별로 주택분 종합부동산세의 과세기준금액 초과 여부를 판단하고 그 세액을 부속토지에 안분할 것인지, 아니면 각 부속토지에 대한 공시가격을 전국 인별 합산하여 주택분 종합부동산세의 과세기준금액 초과 여부를 판단하고 그 세액을 산출할 것인지의 문제이다. 이는 주택의 부속토지만 소유한 경우 주택분 종합부동산세액의 산정방법과 관련된다.

제2쟁점에 관하여는, 주택의 건물과 부속토지의 소유자가 다를 경우 주택(건물+부속토지)의 공시가격을 과세표준으로 하여 먼저 세액을 산출하도록 한 지방세법 제183조 제1항 단서, 제189조 제3항과 달리 종합부동산세법은 이에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않으므로, 주택분 종합부동산세에 관하여 주택(건물+부속토지)을 하나의 과세대상으로 보아 그 공시

가격에 대한 주택분 종합부동산세를 부속토지의 소유자에게 안분하는 방법 [㉔방법]과, 주택(건물+부속토지)의 공시가격을 건물과 부속토지의 시가표준액 비율로 안분하여 부속토지에 대한 금액만을 과세표준으로 하여 종합부동산세액을 산출하는 방법[㉕방법]으로 견해가 대립될 여지가 있음을 밝힌다. 검토결과, 주택의 부속토지는 사실상 별도의 과세대상이고, 종합부동산세법 제7조 제1항 등이 재산세 과세대상인 주택의 공시가격을 합산한 다음 이를 기초로 세액을 산출하도록 규정하고 있으며, 누진세율의 구조상 과세표준만을 합산하는 것이 납세자에게 유리한 측면이 있으므로 ㉕방법이 보다 합리적이라는 점에서, 주택의 부속토지만을 여럿 소유한 경우에는 건물과 부속토지의 시가표준액 비율로 안분한 금액을 전국 인별 합산한 다음 이를 기초로 과세기준금액 초과 여부를 판단하고, 그 합산액을 토대로 하여 주택분 종합부동산세액을 산출하는 방법이 타당하다는 결론을 도출한다.

2. 주택의 부속토지에 대한 보유세제의 변천⁴⁾

[주택의 건물과 부속토지의 소유자가 동일한 경우]

	종합토지세제	종합부동산세제	
		재산세	[과세기준금액 초과분] 종합부동산세
주택의 건물	재산세(개별)	주택분 재산세(개별) [건물+부속토지]	주택분 종합부동산세 (전국 합산)
주택의 부속토지	종합토지세 (전국 합산)		

가. 종합토지세의 도입

1) 건축물과 토지에 대한 각각의 보유세제[주택의 건물: 재산세, 주택의 부속토지: 종합토지세]

1990. 1. 1.부터 시행된 구 지방세법(1989. 6. 16. 법률 제4128호로 개정된

4) 상세한 내용은, 拙稿, “구 종합부동산세법 시행령 제7조 제2항이 정한 세부담상한액의 기준 금액”, 판례해설(2012), 376~382 참조.

것, 이하 2005. 1. 5. 법률 제7332호로 개정되기 전의 구 지방세법을 통칭하여 ‘중전 지방세법’이라 함)은 기존의 토지분 재산세와 토지과다보유세를 통·폐합하여 전국 모든 토지를 소유자별로 합산하여 누진세율을 적용하는 종합토지세를 신설함으로써 재산세에서는 토지에 대한 과세 부분이 제외되었다. 즉, 부동산 보유세제는 재산세와 종합토지세로 구분하여 건축물에 관하여는 재산세를,⁵⁾ 토지에 관하여는 종합토지세를 부과하였다.⁶⁾

종합토지세의 과세표준은 종합합산과세표준·별도합산과세표준 및 분리과세표준으로 구분되었다(제234조의15).⁷⁾ 종합합산과세대상 및 별도합산과세대상 종합토지세는 토지소유자가 전국에 보유한 토지를 인별로 합산하여 계산한 다음 관내(시·군)별로 세액을 안분하여 과세하였다.

한편 재산세의 과세표준은 재산가액으로 하고, 재산가액은 제111조 제2항 제2호8)의 규정에 의한 시가표준액으로 하였다(제187조).⁹⁾ 종합토지세의

5) 중전 지방세법 제181조 (과세대상 등) 재산세는 시·군·구 내에 소재하는 건축물·선박 및 항공기에 대하여 부과한다. <단서 생략>

6) 중전 지방세법 제234조의8 (과세대상) 종합토지세의 과세대상은 모든 토지로 한다.

7) 중전 지방세법 제234조의15 (과세표준) ① 종합토지세의 과세표준은 종합합산과세표준·별도합산과세표준 및 분리과세표준으로 한다. ② 종합합산과세표준은 과세기준일 현재 납세의무자가 소유하고 있는 전국의 모든 토지 중 대통령령으로 정하는 건축물의 부속토지를 제외한 토지의 가액을 합한 금액으로 한다. <단서 생략> ③ 별도합산과세표준은 과세기준일 현재 납세의무자가 소유하고 있는 전국의 모든 건축물의 부속토지 중 대통령령으로 정하는 건축물의 부속토지의 가액을 합산한 금액으로 한다. <단서 생략> ④ 분리과세표준은 제2항 제3호 내지 제6호의 가액으로 한다. ⑤ 제2항 내지 제4항의 규정에 의한 토지의 가액은 지가공시 및 토지 등의 평가에 관한 법률에 의한 개별공시지가에 대통령령이 정하는 바에 의하여 그 지방자치단체의 장이 결정고시한 과세표준액 적용비율을 곱하여 산정한 가액으로 한다.

8) 중전 지방세법 제111조 (과세표준) ② 제1항의 규정에 의한 취득당시의 가액은 취득자가 신고한 가액에 의한다. 다만 신고 또는 신고가액의 표시가 없거나 그 신고가액이 다음 각 호에 정하는 시가표준액에 미달하는 때에는 그 시가표준액에 의한다.

1. 토지에 대한 시가표준액은 지가공시 및 토지 등의 평가에 관한 법률에 의한 개별공시지가(개별공시지가가 없는 토지의 경우에는 시장·군수가 동법 제10조의 규정에 의하여 건설교통부장관이 제공한 토지가격비준표를 사용하여 산정한 지가를 말한다)에 대통령령이 정하는 바에 의하여 그 지방자치단체의 장이 결정고시한 과세표준액 적용비율을 곱하여 산정한 가액
2. 토지 외의 과세대상에 대한 시가표준액은 당해 지방자치단체의 장이 거래가격, 수입가격, 건축·건조·제조가격 등을 참작하여 정한 기준가격에 종류·구조·용도·경과연수 등 대통령령이 정하는 과세대상별 특성을 감안하여 결정한 매년 1. 1. 현재의 가액 <단서 생략>

9) 중전 지방세법 제187조 (과세표준) ① 재산세의 과세표준은 재산가액으로 한다. ② 제1항의 규정에 의한 가액은 제111조 제2항 제2호의 규정에 의한 시가표준액으로 한다.

과세표준은 구 지가공시 및 토지 등의 평가에 관한 법률에 의한 개별공시지가(개별공시지가가 없는 토지의 경우에는 시장·군수가 동법 제10조의 규정에 의하여 건설교통부장관이 제공한 토지가격비준표를 사용하여 산정한 지가를 말함)에 시장·군수가 결정·고시한 지방세 과세표준액 적용비율을 곱하여 m^2 당 가액을 계산한 후 토지면적을 곱하여 과세표준액을 산정하였다(제234조의15 제5항).

[건축물에 대한 과세표준] ≡ 원가방식의 과세표준 산정

① m^2 당 산출가액 = 기준금액 $\times$ 구조지수 $\times$ 용도지수 $\times$ 위치지수 $\times$ 경과연수별
간가율

② 시가표준액 = m^2 당 산출가액 $\times$ 면적(m^2) $\times$ 가감산특례

[토지에 대한 과세표준]

시가표준액 = m^2 당 개별공시지가 $\times$ 과세표준액 적용비율 $\times$ 면적(m^2)

2) 주택(건물+부속토지)에 대한 과세

종합토지세제하에서 주택의 건물은 재산세의 과세대상이 되고, 주택의 부속토지는 이와 별도로 종합토지세의 과세대상이 되었다. 그리고 주택의 건물은 개별 건물의 시가표준액을 과세표준으로 하여 과세되었으나, 주택의 부속토지는 종합합산과세대상으로서¹⁰⁾ 인별로 전국 합산한 금액을 과세표준으로 하여 과세되었다.

나. 재산세와 종합부동산세의 도입[주택(건물+부속토지): 주택분 재산세, 주택(건물+부속토지)의 과다보유: 주택분 종합부동산세]

1) 부동산가격 공시제도의 도입과 보유세 강화(이원화된 보유세제)

10) 대법원 2008. 2. 29. 선고 2007두14237 판결(구 지방세법 제234조의15 제1항 내지 제3항, 구 지방세법 시행령 제194조의14 제1항 제2호에 의하면, 종합토지세 중 별도합산과세표준은 과세기준일 현재 납세의무자가 소유하고 있는 전국의 모든 건축물의 부속토지 중 주거용 건축물 등의 부속토지를 제외한 건축물 부속토지의 가액을 합산한 금액으로 하되, 주거용 건축물 등의 부속토지는 별도합산과세대상에서 제외하여 종합합산과세대상으로 규정하고 있는 바, 주거용 건축물의 부속토지에 관하여 별도합산과세대상보다 최소세율은 낮으나 누진세율이 높은 종합합산과세대상으로 규정한 취지는 주거용 건축물의 과다보유를 억제하되 소규모 보유는 허용하여도 무방하다는 데 있다).

구 지방세법(2005. 1. 5. 법률 제7332호로 개정되고 시행된 것) 및 구 종합부동산세법(2005. 1. 5. 법률 제7328호로 제정되고 시행된 것)은 주택·토지의 보유세제를 강화하였다. ‘지가공시 및 토지 등의 평가에 관한 법률’이 ‘부동산가격공시 및 감정평가에 관한 법률’로 확대·개정되어 주택에 대해 토지와 건물을 통합하여 평가하는 제도가 마련되었다. 이를 바탕으로 주택의 부속토지는 주택의 건물과 함께 주택분 재산세의 과세대상이 되었고,¹¹⁾ 토지분 재산세는 종합합산과세대상·별도합산과세대상 및 분리과세대상으로 구분하여 과세하는 태도를 유지하였다. 종합부동산세의 과세대상은 일정한 과세기준금액을 초과¹²⁾하는 주택(건물+부속토지), 종합합산과세대상 및 별도합산과세대상 토지이며, 골프장·고급오락장·별장·일반 건축물 및 분리과세대상 토지는 종합부동산세의 과세대상에서 제외되었다.

과세방법은 1차적으로 시·군이 당해 시·군 관할구역 안에 소재하는 주택·토지에 대하여 낮은 세율로 재산세를 과세하고, 2차적으로 국가가 전국의 주택·토지를 인별로 합산하여¹³⁾ 과세기준금액 초과분은 높은 세율로 국세인 종합부동산세를 과세하는 방식을 취하였다. 종합토지세 폐지에 따른 지방재원의 감소를 막기 위하여 국세로 신설되는 종합부동산세의 징수 세액은 지방자치단체에 전액 교부하도록 하였다.

주택분 재산세의 경우 부동산가격공시 및 감정평가에 관한 법률에 의하

11) 구 지방세법(2005. 1. 5. 법률 제7332호로 개정되고 시행된 것) 제180조(정의) 3. 주택: 주택법 제2조 제1호의 규정에 의한 주택. 이 경우 토지와 건축물의 범위에는 주택을 제외한다. 주택법 제2조(정의) 1. “주택”이라 함은 세대의 세대원이 장기간 독립된 주거생활을 영위할 수 있는 구조로 된 건축물의 전부 또는 일부 및 그 부속토지를 말하며, 이를 단독주택과 공동주택으로 구분한다.

12) 구 종합부동산세법(2008. 12. 26. 법률 제9273호로 개정되기 전의 것) 제7조, 제8조, 제12조에 의하면, 과세기준금액은 주택의 경우 6억 원 초과, 종합합산과세대상의 경우 3억 원 초과, 별도합산과세대상의 경우 40억 원 초과 부분임.

13) 헌법재판소 2008. 11. 13. 선고 2006헌바112 등 결정이 세대별 합산으로 규정한 주택분 및 종합합산과세대상 토지분 종합부동산세 과세방식을 위헌으로 선언함에 따라, 2008. 12. 26. 법률 제9273호로 개정된 종합부동산세법은 이를 모두 인별 합산으로 개정하였음. 2008. 12. 26. 개정된 종합부동산세법은 그 시행일(2008. 12. 26.) 이후 최초로 성립한 납세의무로부터 적용되나(부칙 제2조), 정부는 위헌결정을 존중하여 당해사건이나 병행사건이 아니라도 그 이전 과세분에 대하여 인별 합산을 적용하여 세액을 환급하였음. 이 사건은 2008. 12. 26. 개정된 종합부동산세법이 적용되지만, 원고는 세대별 합산이 문제되지 아니함.

여 가격이 공시되는 주택은 동법에 의하여 공시된 시가표준액¹⁴⁾(건물과 부속토지를 통합·평가하여 공시한 개별주택가격, 공동주택가격)에 대통령령이 정하는 적용비율(공정시장가액비율)¹⁵⁾을 곱한 가액을 과세표준으로 하고, 토지분 재산세의 경우도 동법에 의하여 공시된 시가표준액(개별공시지가)에 대통령령이 정하는 적용비율(공정시장가액비율)을 곱한 가액을 과세표준으로 하였다(구 지방세법 제187조 제1항). 주택분 또는 토지분 종합부동산세는 전국에 보유한 주택이나 토지의 공시가격을 인별로 합산하여 과세기준금액을 넘는 금액에 연도별 적용비율(공정시장가액비율)¹⁶⁾을 곱한 금액을 과세표준으로 하였다(종합부동산세법 제7조~제14조). 종합부동산세법에서 말하는 공시가격이란 부동산 가격공시 및 감정평가에 관한 법률에 따라 가격이 공시되는 주택 및 토지에 대하여 동법에 따라 공시된 가액을 말한다(종합부동산세법 제2조 제9호¹⁷⁾).

14) 단독주택은 시장·군수 등이 개별주택의 가격을 결정·공시하고, 공동주택은 건설교통부장관이 그 가격을 결정·공시함(다만 아파트와 165㎡ 이상의 연립주택은 국세청장이 결정·공시할 수 있음).

15) 구 지방세법 제187조 (과세표준) ① 토지·건축물·주택에 대한 과세표준은 제111조 제2항에 따른 시가표준액에 대통령령이 정하는 적용비율을 곱하여 산정한 가액으로 한다.
구 지방세법 시행령(2005. 1. 5. 대통령령 제18669호로 개정된 것) 제138조 (과세표준액 적용비율) 법 제187조 제1항의 규정에 의한 대통령령이 정하는 적용비율은 100분의 50으로 한다.
구 지방세법(2005. 12. 31. 법률 제7843호로 개정된 것) 제187조 제1항은 적용비율 제도를 폐지하고 시가표준액 전액을 과세표준으로 보도록 규정하였으나, 구 지방세법 부칙(제7843호, 2005. 12. 31.) 제5조는 과세표준이 점진적으로 증가하도록 하는 적용비율에 관한 규정을 존치하였음(주택은 2006년 및 2007년 50%로 하고 2008년부터 매년 5%씩 인상하여 2017년에 100%). 그러나 2009. 2. 6. 법률 제9422호로 개정된 구 지방세법 제187조는 위 부칙 제5조를 삭제하고, 현재와 같은 공정시장가액비율 제도를 도입하였음. 다만 그 부칙(제9422호, 2009. 2. 6.) 제2조에서 위 개정에 불구하고 2008년도 주택분 재산세에 관하여는 50%의 적용비율을 적용하도록 하였음.

16) 2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정된 종합부동산세법은 적용비율 제도를 도입하였으나, 2008. 12. 26. 법률 제9273호로 개정된 종합부동산세법은 적용비율 제도를 폐지하고 공정시장가액비율 제도를 도입함. 다만 그 부칙(제9273호, 2008. 12. 26.) 제3조는 2008년도 주택분·토지분 종합부동산세에 관하여 80%의 적용비율을 적용하도록 하였음.

17) 종합부동산세법 제2조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음 각 호와 같다.
9. “공시가격”이라 함은 「부동산 가격공시 및 감정평가에 관한 법률」에 따라 가격이 공시되는 주택 및 토지에 대하여 동법에 따라 공시된 가액을 말한다. 다만 동법에 따라 가격이 공시되지 아니한 경우에는 「지방세법」 제111조 제2항 제1호 단서 및 제2호의 규정에 의한 가액으로 한다.

[주택의 건물에 대한 재산세 과세표준] ≡ 시가방식의 과세표준 산정
 주택분 재산세의 과세표준 = 시가표준액(개별주택가격, 공동주택가격) × 적용
 비율

[토지에 대한 재산세 과세표준]
 토지분 재산세의 과세표준 = 시가표준액 {㎡당 개별공시지가 × 면적(㎡)} ×
 적용비율

[주택분 종합부동산세 과세표준]
 {인별 Σ (전국 주택분 공시가격) - 6억 원} × 연도별 적용비율

[토지분 종합부동산세 과세표준]
 {인별 Σ (전국 종합합산토지분 공시가격) - 3억 원} × 연도별 적용비율
 {인별 Σ (전국 별도합산토지분 공시가격) - 40억 원} × 연도별 적용비율

2) 주택(건물+부속토지)에 대한 과세

종합부동산세제하에서 주택(건물+부속토지)은 주택분 재산세의 과세대상이 되고, 전국에 보유한 주택의 공시가격을 합산한 금액이 과세기준금액 6억 원을 초과하는 분은 주택분 종합부동산세의 과세대상이 된다. 종합합산과세대상 또는 별도합산과세대상 토지 역시 전국에 보유한 종합합산과세대상 또는 별도합산과세대상 토지의 공시가격을 합산한 금액이 과세기준금액을 초과하는 분은 토지분 종합부동산세의 과세대상이 될 것이나, 주택의 부속토지는 주택분 종합부동산세의 과세대상일 뿐이므로 토지분 종합부동산세와는 무관하다.

3. 주택의 부속토지만 소유한 경우 주택분 종합부동산세 납세의무의 성부

가. 검토: 주택분 종합부동산세 납세의무가 성립한다고 보아야 함

1) 부속토지에 대한 과세의 실질은 토지에 대한 보유세임

언뜻 보면 주택의 건물을 소유하고 있지도 않은데 무슨 주택분 재산세 또는 주택분 종합부동산세의 납세의무자가 될 수 있는가 하는 의문이 제기될 수 있다. 그러나 ‘주택’의 부속토지에 대한 주택분 재산세 또는 종합부

동산세는 과거 종합토지세의 변형물로서 그 실질은 주택의 부속‘토지’에 대한 보유세이고, 그 이름만 ‘주택’분 재산세 또는 종합부동산세로 변경된 것으로 보아야 한다. 과거 종합토지세제하에서 주택의 부속토지는 주택의 건물(재산세 대상)과 별도로 종합합산과세분 종합토지세의 과세대상이었다가, 2005. 1. 5. 보유세제 개편 이후로 주택의 건물과 부속토지를 원칙적으로 하나의 과세대상으로 규정함에 따라 주택의 건물과 함께 주택분 재산세나 종합부동산세의 과세대상이 되었기 때문이다. 원고는 주택의 부속‘토지’만 소유하고 있음에도 ‘주택분’ 종합부동산세의 납세의무자가 되는 것에 대한 의문을 제기하고 있으나, 주택의 부속토지에 대한 과세의 실질과 그 명칭에 괴리가 있는 것에 대한 오해로 보인다.

2) 부속토지는 예외적인 경우 사실상 별도의 과세대상으로 취급됨

구 지방세법은 주택(건물+부속토지)을 원칙적으로 하나의 과세대상으로 삼고 있지만, 구 지방세법 제183조 제1항 단서, 제189조 제3항은 주택의 건물과 부속토지의 소유자가 다를 경우에 그 각각의 소유자를 주택분 재산세의 납세의무자로 규정함으로써 이 경우 예외적으로 주택의 건물과 부속토지를 사실상 별도의 과세대상으로 취급하고 있는 것으로 볼 수 있다. 다만 구 지방세법은 주택(건물+부속토지)을 통합·평가하여 공시한 개별주택가격 또는 공동주택가격을 과세표준으로 삼은 다음 이를 기초로 재산세액을 산출하도록 규정하고 있으므로 주택의 부속토지가 완전한 의미에서 별도의 과세대상이라고 말할 수는 없을 것이나, 세액을 안분하는 이유는 사실상 별도의 과세대상이기 때문이라고 말할 수 있을 것이다.

3) 종합부동산세는 재산세의 과세대상을 기반으로 함

종합부동산세법 제7조 제1항은 종합부동산세의 납세의무자를 ‘주택분 재산세의 납세의무자로서 국내에 있는 재산세 과세대상인 주택의 공시가격을 합산한 금액이 6억 원을 초과하는 자’로 규정하고 있을 뿐, 종합부동산세법에는 구 지방세법 제183조 제1항 단서 등과 같이 직접적으로 주택의 건물과 부속토지의 소유자가 다를 경우의 납세의무자에 관한 규정이 없다. 그러나 종합부동산세는 재산세에 기반을 두고 있고 재산세와 과세대상을 같

이 하되 과세기준금액 초과분에 대하여 중과하는 조세이므로, 종합부동산세법 제7조 제1항은 주택의 건물과 부속토지의 소유자가 달라서 주택의 부속토지가 사실상 별도로 주택분 재산세 과세대상이 될 경우 부속토지의 소유자가 주택분 종합부동산세의 납세의무자가 될 수 있다는 것도 규정하고 있는 것으로 보아야 한다.

만약 주택의 건물과 부속토지의 소유자가 다를 경우에 부속토지의 소유자가 주택분 종합부동산세의 납세의무자가 아니라고 본다면, 다음과 같은 불합리가 발생할 수 있다. 예컨대, 주택(14억 원)의 건물(7억 원)과 부속토지(7억 원)를 부부가 1/2씩 지분으로 공유한 경우에는 부부 모두가 주택분 종합부동산세의 납세의무자에 해당하지만, 남편이 주택의 건물, 처가 주택의 부속토지를 소유한다면 남편만 주택분 종합부동산세의 납세의무자에 해당하고 처는 부속토지만 소유하고 있다는 이유로 주택분 종합부동산세의 납세의무자에 해당하지 않게 되는 불합리가 발생한다.

나. 과세예규의 태도

감심 2008-155, 2008. 5. 15.¹⁸⁾ 및 종부 77, 2009. 4. 10.¹⁹⁾과 같은 과세예규도 주택의 부속토지만 소유한 경우 부속토지의 소유자도 주택분 종합부동산세의 납세의무자로 보고 있다.

다. 관련 판례

1) 대법원 2012. 6. 28. 선고 2010두23910 판결

[사안] 원고 甲은 2008년도 귀속 종합부동산세 과세기준일 현재 서울 강

18) 청구인은 아파트 3채 외에도 주택의 부속토지 3건을 보유하고 있는데, 아파트 3채에 관하여만 종합부동산세 납세의무가 있고 주택의 부속토지 3건은 나대지로 보아야 한다고 주장함. 위 결정은 주택의 부속토지 3건이 구 지방세법 제183조 제1항의 규정에 따라 주택분 재산세 과세대상에 해당됨이 명백하고, 이에 따라 청구인은 종합부동산세법 제2조와 제7조에 의한 주택분 종합부동산세 납세의무자로서 청구인이 소유하고 있는 3채의 아파트에 3건의 부속토지의 공시가격을 모두 합산하여 종합부동산세를 납부하여야 한다고 봄.

19) 학교법인의 수익사업용 토지에 사용승낙을 받은 임차인들이 주택을 건축하여 소유하고 있고 학교법인인 주택의 부속토지만을 소유하고 있는 사안임. 주택 중 부속토지만을 소유하고 있더라도 과세기준금액을 초과하면 주택분 재산세 납세의무가 있다고 회신함.

남구 P아파트 1채를, 그 배우자인 乙은 서울 동작구 대 289.9㎡ 중 289.9분의 34.79 지분(위 지분을 ‘본건 토지’라 함)을 각 소유하고 있고, 본건 토지 위에는 원고 甲의 처남 丙 소유의 근린생활시설 및 주택이 위치하였다. 원고 甲은 구 종합부동산세법(2008. 12. 26. 법률 제9273호로 개정된 것, 이하 ‘개정 종합부동산세법’이라 함) 제8조 제1항²⁰⁾ 소정의 1세대 1주택자에 해당하므로 개정 종합부동산세법 제9조 제6항(고령자 세액공제), 제7항(장기보유자 세액공제)이 적용되어야 한다고 주장하였다.²¹⁾ 위 사건의 쟁점은 ‘종합부동산세법상 1세대 1주택자의 범위’이고, 제1심 및 원심은 주택의 부속토지는 그 건물과 토지의 소유자가 다르더라도 별개의 주택으로 보아야 한다는 이유로 甲의 청구를 기각하였다.

[대법원의 판시] 주택분 재산세의 과세대상인 주택의 건물과 부속토지의 소유자가 다를 경우에는 건물 소유자와 부속토지 소유자는 각기 주택분 재산세를 안분하여 납세할 의무를 부담하므로 결국 부속토지 소유자도 주택분 재산세의 과세대상인 ‘주택’을 소유하고 있는 것으로 보아야 하고, 이는 1세대 1주택자에 해당하는지 여부를 가리는 데에서도 마찬가지라고 할 것이다. 따라서 해당 주택의 소유자가 속한 세대의 다른 세대원이 다른 주택의 부속토지를 소유하고 있는 경우 그 부속토지는 주택분 재산세의 과세대상인 ‘주택’에 포함된다고 보아야 하고, 결국 그 주택의 소유자는 개정 종합부동산세법상 세액공제의 대상인 1세대 1주택자에 해당하지 않는다고 할 것이다.²²⁾

20) 개정 종합부동산세법 제8조 (과세표준) ① 주택에 대한 종합부동산세의 과세표준은 납세의 무자별로 주택의 공시가격을 합산한 금액[과세기준일 현재 세대원 중 1인이 해당 주택을 단독으로 소유한 경우로서 대통령령으로 정하는 1세대 1주택자(이하 ‘1세대 1주택자’라 한다)의 경우에는 그 합산한 금액에서 3억 원을 공제한 금액]에서 6억 원을 공제한 금액에 부동산 시장의 동향과 재정 여건 등을 고려하여 100분의 60부터 100분의 100까지의 범위에서 대통령령으로 정하는 공정시장가액비율을 곱한 금액으로 한다. 다만 그 금액이 영보다 작은 경우에는 영으로 본다.

21) 헌법재판소 2008. 11. 13. 선고 2006헌바112 등 결정이 주거 목적으로 1주택을 일정 기간 이상 보유한 자 또는 별도 재산이나 수입이 없어 조세지불능력이 낮거나 거의 없는 자 등에 대하여 별도로 세제상의 우대조치를 강구하도록 하는 취지의 판시를 하자, 이후 개정된 종합부동산세법(2008. 12. 26. 법률 제9273호로 개정된 것)은 1세대 1주택자에 대한 고령자, 장기보유자 세액공제제도를 두는 개선입법을 하였음.

22) 2009. 5. 27. 법률 제9710호로 개정된 종합부동산세법 제8조 제4항은 “제1항을 적용할 때 1주

[검토] 종합부동산세법 제2조 제3호는 주택의 의미를 구 지방세법 제180조 제3호의 규정에 의하도록 규정함으로써 종합부동산세법상 주택의 의미는 구 지방세법과 같고, 종합부동산세법 제7조는 주택분 종합부동산세의 납세의무자를 주택분 재산세의 납세의무자로서 국내에 있는 주택의 공시가격을 합산한 금액이 6억 원을 초과하는 자로 규정하고 있으므로, 주택의 부속토지만을 보유한 소유자도 과세기준금액 이상이면 주택분 종합부동산세의 납세의무자가 된다고 보아야 할 것이다.²³⁾ 위 판결은 개정 종합부동산세법에 규정된 1세대 1주택자에 대한 세액공제제도에 관하여 판시한 것이지만, 위와 같은 법리를 전제로 하고 있다고 이해된다.

2) 대법원 2010. 12. 23. 선고 2010두16608 판결

[사안] 원고 A는 서울 용산구 대 309.4㎡ 중 1/3지분 소유자이다. B는 위 토지 상의 2층 건물을 단독소유하고 있다. 위 건물의 공부상 용도는 근린생활시설인데, B가 불법으로 주택 용도로 변경하여 사용하였다. 원고 A가 B의 불법 용도변경에 관여하거나 이를 승낙하지는 않았다. 과세관청은 부속토지 소유자를 주택분 종합부동산세의 납세의무자로 보아 과세하였고, 제1심 및 원심은 종합부동산세법 제7조 제1항, 구 지방세법 제183조 제1항, 제189조 제3항을 근거로 주택의 부속토지만 소유한 자도 주택분 종합부동산세의 납세의무자로 판단하였다. 다만 제1심 및 원심은 원고 A가 B의 불법 용도변경 사실을 알지 못하고 귀책사유도 없으므로 주택분 종합부동산세 납세의무를 부담케 할 수 없다고 판단하였다.

[대법원의 판시] 위 각 규정과 종합부동산세법의 입법 취지 및 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유에서

택(주택의 부속토지만을 소유한 경우를 제외한다)과 다른 주택의 부속토지(주택의 건물과 부속토지의 소유자가 다른 경우의 그 부속토지를 말한다)를 함께 소유하고 있는 경우에는 1세대 1주택자로 본다.”는 규정을 신설하였음. 그러나 위 신설 규정은 주택의 부속토지만을 소유한 경우도 원칙적으로 주택을 소유한 경우에 해당한다는 전제 아래 1세대의 세대원들이 1주택과 함께 다른 주택의 부속토지만을 1개 소유하고 있는 경우에는 예외적으로 그 다른 주택의 부속토지를 주택으로 보지 않음으로써 그 1주택의 소유자를 1세대 1주택자의 범위에 포함하여 세액공제 혜택을 부여한다는 취지로서 부칙 제2항에서 명시된 대로 2009년도 납세의무 성립분부터 적용되는 창설적 규정임.

23) 조운희, “종합부동산세법상의 1세대 1주택자의 범위”, 판례해설(92), 195~200 참조.

주장하는 바와 같은 종합부동산세법 제7조 제1항의 종합부동산세 납세의무자에 관한 법리오해, 조세평등주의 위반 등의 잘못이 없다.

[검토] 피고는 일단 종합부동산세 납세의무자에 해당하면 이를 면할 예외를 인정할 수 없다는 것을 상고이유로 주장하였다. 따라서 상고심 쟁점은 귀책사유가 없는 경우 종합부동산세의 납세의무를 면할 수 있는지 여부였으므로 위 판시가 주택의 부속토지만 소유한 자도 주택분 종합부동산세의 납세의무자가 될 수 있다는 점을 직접적으로 판단한 것으로 볼 수는 없다. 그러나 그 사실관계와 판단에 비추어 보면, 건축물과 그 부속토지의 시가표준액 비율로 안분계산한 당해 주택의 부속토지 부분에 대하여도 종합부동산세의 납세의무를 전제로 하고 있어, 같은 법리를 취한 것으로 볼 여지가 있다.

4. 주택의 건물과 부속토지의 소유자가 다를 경우 주택분 종합부동산세액의 산정방법

가. 문제의 소재

1) 종합부동산세는 과세대상의 전국 인별 합산이 핵심임

주택분 재산세는 하나의 주택(건물+부속토지)을 과세대상으로 하여 세액을 산출할 뿐, 여러 주택을 소유하더라도 전국 인별 합산을 하지 않는다. 이에 반하여 종합부동산세는 부동산 과다보유를 중과하기 위하여 재산세 과세대상인 주택의 공시가격을 전국 인별 합산하고 이를 과세표준으로 하여 세액을 산출하는 방식을 취하고 있다. 따라서 여러 주택(건물+부속토지)의 공시가격 각각이 과세기준금액을 초과하는 경우에만 종합부동산세의 과세대상이 된다고 볼 수는 없다.

만약 원고가 주장하는 견해를 취한다면, 공시가격 5억 원인 주택(건물+부속토지)을 10채 소유하여도 각각의 주택(건물+부속토지)이 주택분 종합부동산세의 과세기준금액 6억 원을 초과하지 않는다는 이유로 납세의무를 면하게 되고, 이러한 결과는 종합부동산세법 제7조 제1항의 문언이나 종합

부동산세의 입법 취지에 부합하지 않는다. 주택의 부속토지만을 여럿 소유한 경우에도 그 공시가격을 전국 인별 합산하여 주택분 종합부동산세의 과세 여부를 판정하는 것이 타당하다.

2) 주택분 종합부동산세액의 산정방법에 관한 별도의 규정이 없음

주택분 재산세는 주택(건물+부속토지)별로²⁴⁾ 3단계 초과누진세율을 적용하여²⁵⁾ 재산세액을 산출한다. 그런데 주택분 종합부동산세는 자신이 보유한 주택(건물+부속토지)의 공시가격을 전국 합산하여 과세 여부를 결정하고, 과세대상의 공시가격을 모두 합산한 다음에 비로소 종합부동산세액을 산출한다.

구 지방세법 제183조 제1항 단서, 제189조 제3항은 주택의 건물과 부속토지의 소유자가 다를 경우 주택의 건물과 부속토지의 가액을 합산한 과세표준에 대하여 산출된 세액을 주택의 건물과 부속토지의 시가표준액 비율로 안분하도록 규정하고 있다. 그러나 종합부동산세법에는 주택의 건물과 부속토지의 소유자가 다를 경우 주택분 종합부동산세액의 안분에 관하여 아무런 규정이 없다.

이에 대하여는 주택(건물+부속토지)을 하나의 과세대상으로 보아 세액을 산출한 다음 시가표준액의 비율로 안분하거나, 주택(건물+부속토지)의 공시가격을 건물과 부속토지의 시가표준액 비율로 안분한 과세표준에 세율을 적용하여 부속토지에 대한 종합부동산세액만을 산출하는 방법이 있을 수 있다. 이 문제는 하나의 주택에 관하여 건물과 부속토지의 소유자가 다른 경우는 물론 여러 주택에 관하여 건물과 부속토지의 소유자가 다른 경

24) 구 지방세법 제189조 (세율적용) ② 주택에 대한 재산세는 주택별로 제188조 제1항 제3호의 세율을 적용한다. 이 경우 주택별로 구분하는 기준 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

구 지방세법 시행령 제140조 (주택의 구분) 건축법 시행령 [별표 1]의 규정에 의한 다가구주택은 1세대가 독립하여 구분 사용할 수 있도록 구획된 부분을 1구의 주택으로 본다. 이 경우 그 부속토지는 건물 면적의 비율에 따라 각각 안분한 면적을 1구의 부속토지로 본다.

25) 구 지방세법 제188조 (세율) ① 재산세의 표준세율은 다음 각 호에 정하는 바에 의한다.

3. 주택: 가. 제11조 제2항 제1호의 규정에 의한 별장: 과세표준액의 1,000분의 40

나. (가)목 외의 주택(4천만 원 이하: 1.5/1,000, 4천만 원 초과 1억 원 이하: 3/1,000, 1억 원 초과: 5/1,000)

우에도 문제 된다.

나. 각각의 보유세제하에서 주택의 부속토지만 소유한 경우 문제되는 국면

[주택의 건물과 부속토지가 소유자가 다를 경우]

		종합 토지세제	종합부동산세제	
			재산세	[과세기준금액 초과분] 종합부동산세
소유자 동일	주택의 건물	재산세(개별)	주택분 재산세(개별) [건물+부속토지]	주택분 종합부동산세 (전국합산)
	주택의 부속토지	종합토지세 (전국 합산)		
소유자가 다를 경우		규정 불요	[건물+부속토지] × 세율 = <u>세액</u> 을 안분(개별)	Σ 건물 공시가격 × 세율 Σ 부속토지 공시가격 × 세율 (전국합산)?

1) 종합토지세제하에서는 문제없음

종합토지세제하에서는 주택의 건물에 대한 재산세와, 주택의 부속토지에 대한 종합토지세가 각각 구분되어 과세되었으므로, 주택의 건물과 그 부속토지의 소유자가 다를 경우에 납세의무자를 누구로 할 것인지, 세액 부담을 어떻게 할 것인지에 관한 규정을 둘 필요가 전혀 없고, 실제로 그러한 규정도 없었다.

예컨대, 주택의 건물(시가표준액 2억 원)의 소유자가 A, 주택의 부속토지(시가표준액 7억 원)의 소유자가 B라면, A는 2억 원을 과세표준으로 한 주택분 재산세의 납세의무를 부담하고, B는 7억 원을 과세표준으로 한 종합합산과세분 종합토지세를 부담하게 된다.

2) 종합부동산세제하에서 주택분 재산세는 별도의 규정 있음

구 지방세법 제183조 제1항 단서는 주택의 부속토지만을 보유한 소유자도 주택분 재산세의 납세의무가 있는 것으로 규정하고 있다. 그리고 구 지

방세법 제183조 제1항 단서와 제189조 제3항에 의하면, 과세대상인 주택(건물+부속토지)에 관하여 산출된 세액을 시가표준액의 비율로 안분하는 방법으로 부속토지 소유자에 대한 주택분 재산세액을 산정할 수 있다. 그리고 주택분 재산세는 주택별로 산출할 뿐, 그 과세표준을 전국 합산하여 산출하는 것이 아니므로 부속토지만 여럿 소유한 경우에도 각각의 주택(건물+부속토지)에 관하여 산출된 세액을 단순 합산하면 될 것이다.

위의 사례에서 건물과 부속토지에 대하여 공시된 개별주택가격 또는 공동주택가격 9억 원이라고 한다면, 구 지방세법 제183조 제1항 단서에 의하여 과세표준 9억 원(적용비율은 무시함)에 대한 세액을 산출한 다음, 이를 건물과 토지의 시가표준액 비율로 안분하여야 한다. 이때 과세표준을 소유자별로 안분하여 세액을 산출하는 것이 아님을 유의하여야 할 것이다.²⁶⁾

2005. 1. 5. 보유세제 개편 이후로는 주택은 건물과 부속토지를 통합·평가하여 공시하게 되므로, 산출된 세액을 건물과 토지의 시가표준액 비율로 안분하는 것은 불가능한 것이 아닌지에 관한 의문이 있을 수 있다. 안분방법에는 비율법(개별공시지가와 건물분 시가표준액으로 안분)과 공제법(주택가격-개별공시지가=건물분 과세표준)이 있을 수 있으나, 비율법에 따르는 것이 타당할 것으로 보이고,²⁷⁾ 이 경우 건물분 시가표준액은 비주거용 건축물 시가표준액 계산방식에 의하여 산정할 수밖에 없을 것이다.²⁸⁾

3) 종합부동산세제하에서 주택분 종합부동산세는 별도의 규정 없음

주택(건물+부속토지)의 부속토지만을 소유한 경우, 부속토지 소유자에 대한 주택분 종합부동산세는 주택(건물+부속토지)에 대한 공시가격은 통합·평가되어 공시된다는 전제 아래, ㉠ 부속토지에 대한 조세만을 부담하여야 한다, ㉡ 재산세 과세대상인 주택의 공시가격을 전국 인별 합산한 이후에 세율을 적용하여야 한다는 두 가지 명제를 충족시켜야 한다. 종합부

26) 행자부, 행심 제2005-28호(2005. 2. 3.).

27) 전동훈, “지방세 실무해설”, (주)영화조세통합(2011), 1829.(재개발사업 등 건물이 노후된 경우에는 그 재산세 부담분이 토지소유자에게 많이 배분되고, 신축건물인 경우에는 건물소유자에게 많이 배분되는 것이 타당함을 이유로 함).

28) 김태호, “지방세의 이론과 실무”, 세경사(2011), 816.

동산세법은 구 지방세법과 달리 주택의 건물과 부속토지 소유자가 다를 경우에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않다. 건물과 부속토지의 시가표준액 비율로 안분하는 시기가 과세표준 산정단계에서 이루어지다가, 세액 산정단계에서 이루어지는데 따라 두 가지 방법이 존재할 수 있다. 안분의 시기 문제이므로 하나의 부속토지를 소유한 경우와 여러 부속토지를 소유한 경우는 본질적으로 다르지 않다.

하나의 부속토지를 소유한 경우, 즉 주택(건물+부속토지)이 하나이고 그 소유자가 다른 경우라면, ㉠ 주택(건물+부속토지)을 하나의 과세대상으로 보아 그 공시가격에 대한 종합부동산세액을 산출한 다음, 건물과 부속토지의 시가표준액 비율로 안분하는 방법, ㉡ 주택(건물+부속토지)의 공시가격을 건물과 부속토지의 시가표준액 비율로 안분한 다음 부속토지만의 가액을 과세표준으로 삼아 종합부동산세액을 산출하는 방법이 있을 수 있다.

여러 부속토지를 소유한 경우에는, ㉠ 주택(건물+부속토지)을 하나의 과세대상으로 보아 그 공시가격을 전국 인별 합산한 다음 산출된 주택분 종합부동산세액을 건물과 부속토지의 시가표준액 비율로 안분하는 방법, ㉡ 주택(건물+부속토지)의 공시가격을 건물과 부속토지의 시가표준액 비율로 안분한 부속토지만의 과세표준을 전국 인별 합산한 다음 부속토지에 대한 주택분 종합부동산세액을 산출하는 방법을 생각할 수 있다.

다. 해결 가능한 방안에 대한 검토

1) ㉠방법

[주장] 주택(건물+부속토지)에 대해 산출된 종합부동산세액을 부속토지에 안분하는 방법이 옳다는 견해가 있을 수 있다.

[논거] 종합부동산세법 제7조 제1항, 제8조 제1항은 재산세 과세대상인 주택의 공시가격을 합산한 금액을 과세표준으로 삼도록 규정하고 있고, 재산세 과세대상인 주택은 건물+부속토지이다. 종합부동산세가 기반을 두고 있는 구 지방세법도 하나의 주택(건물+부속토지)을 과세대상으로 삼아 주택분 재산세액을 산출한 다음 이를 부속토지의 소유자에게 안분하고 있다.

따라서 주택(건물+부속토지)을 하나의 과세대상으로 보아 그 공시가격을 전국 인별 합산한 다음 산출된 종합부동산세액을 건물과 부속토지의 시가표준액 비율로 안분하여야 한다.

[적용례] 공시된 개별주택가격 또는 공동주택가격 9억 원을 시가표준액으로 안분한 결과 건물분 시가표준액이 2억 원, 부속토지분 시가표준액이 7억 원이라면, 주택(건물+부속토지) 9억 원에 대하여 산출된 주택분 종합부동산세액을 부속토지의 소유자에게 안분하게 된다.

[단점] 주택분 재산세는 부속토지의 소유자가 안분 부담하지 않은 세액을 건물의 소유자가 부담하게 되지만, 위의 사례에서 건물의 소유자는 아예 종합부동산세 납세의무자가 아니라는 점에서 주택분 재산세와 동일하게 보기 어렵다. 종합부동산세가 취하는 누진세율의 구조상 과세표준이 과다하게 되어 납세자에게 불리하다.

2) ⑥방법

[주장] 안분된 부속토지의 가격만을 토대로 종합부동산세액을 산출하는 방법이 옳다고 보는 견해이다.

[논거] 주택의 건물과 부속토지의 소유자가 다를 경우 실질적인 과세대상은 부속토지만 해당한다고 보아야 하고, 과세표준은 세율을 적용하기 위한 대상일 뿐이므로 건물 부분의 가격은 세율 적용 이전에 과세표준에서 제외하여야 한다. 따라서 주택(건물+부속토지)의 공시가격 중 부속토지에 관하여 안분된 가격만을 기초로 전국 인별 합산한 다음 종합부동산세액을 산출하여야 한다.

[적용례] 공시된 개별주택가격 또는 공동주택가격 9억 원을 시가표준액으로 안분한 결과 건물분 시가표준액이 2억 원, 부속토지분 시가표준액이 7억 원이라면, 부속토지 7억 원에 대하여만 주택분 종합부동산세액이 산출된다.

[단점] 종합부동산세법이 주택(건물+부속토지)의 ‘공시가격’을 합산하도록 규정하고 있음에도 부속토지에 관하여 시가표준액의 비율로 안분되어 ‘의제된 가격’을 토대로 종합부동산세액을 산출하게 된다. 종합부동산세는

재산세를 기반으로 하고 있음에도 주택의 건물과 소유자가 다를 경우 재산세와 다른 방식을 취하게 된다.

3) 과세실무

종합부동산세법 시행규칙 [별지 제4호의2 서식]은 그 이면의 작성방법에서 주택의 건물과 부속토지의 소유지분율이 다른 경우에는 토지시가표준액 및 건물시가표준액을 계산하여 기재하도록 하고, 이 경우에 적용할 공시가격은 그 비율로 안분하도록 함으로써 결국 주택의 건물과 부속토지의 소유자가 다른 경우에는 시가표준액의 비율로 안분한 금액만을 각자에 대한 주택분 종합부동산세의 과세표준으로 삼도록 규정하였다.

4) 검토: ⑥방법이 보다 타당함

가) 실질적 과세대상과 종합부동산세의 취지

보유세제의 개편 경위에서 보다시피 주택의 부속토지는 실질적으로 별개의 과세대상처럼 취급될 수 있다. 위의 사례에서 공시된 개별주택가격 또는 공동주택가격 9억 원을 시가표준액으로 안분한 결과 건물분 시가표준액이 2억 원, 토지분 시가표준액이 7억 원이라면, 건물 소유자 A는 주택분 종합부동산세 과세기준금액 6억 원에 미달하므로 종합부동산세 납세의무자가 되지 않는다고 보아야 한다. 종합부동산세 납세의무가 없는 자의 과세물건을 부속토지 소유자의 과세대상으로 삼아 세액을 산출하고 이후 다시 세액 단계에서 이를 안분하는 것은 불필요하다. 종합부동산세의 입법 취지도 개인의 부동산 과다보유를 중과하기 위한 것이므로 자신이 보유한 과세대상만을 과세표준으로 삼아야 할 것이다.²⁹⁾

나) 주택분 재산세와 차이

예컨대 위의 사례에서 주택분 재산세는 건물과 부속토지의 소유자가 다르더라도 9억 원에 대한 재산세액을 모두 징수하게 되므로 주택(건물+부속토지)의 소유관계에 따라 지방자치단체가 징수하는 세액에는 차이가 없

29) 주택분 재산세가 실질적 과세대상이 아닌 부분까지 포함하여 세액을 산출한 후 안분하는 것에는 의문이 있으나, 주택분 재산세에 관하여는 구 지방세법 제183조 제1항 및 제189조 제3항이 입법적 결단을 한 것으로 이해할 수밖에 없을 것임.

으나, 주택분 종합부동산세는 건물과 부속토지의 소유자가 다를 경우 종합부동산세 과세대상이 아닌 부분이 생겨 국가가 징수하는 세액에 차이가 발생할 수 있다(위의 사례에서 국가는 7억 원을 기초로 한 종합부동산세액을 징수함).³⁰⁾ 따라서 주택분 재산세와 달리 주택분 종합부동산세는 실제로 과세대상이 되는 부분만을 과세표준으로 삼으면 충분하다고 볼 수 있다.

다) 납세자에게 유리

㉠방법과 ㉡방법의 가장 큰 차이는 세율의 적용에서 나타난다. 주택분 종합부동산세의 세율은 2008년도의 경우 4단계 초과누진세율이다.³¹⁾ ㉠방법이 납세자에게 유리함은 더 말할 나위가 없다. 종합부동산세법이 구 지방세법과 달리 주택의 건물과 부속토지 소유자가 다를 경우에 관하여 규정을 두고 있지 아니한 불이익을 납세자에게 돌릴 이유가 없다.

라) 소결론

따라서 ㉡방법이 보다 타당하다고 할 것이다.³²⁾

5. 상고이유에 대한 검토

가. 제1쟁점에 관하여

주택의 건물과 부속토지의 소유자가 다를 경우 주택의 건물 소유자가 주택분 종합부동산세의 납세의무자가 아니라고 하더라도, 주택의 부속토지만을 소유한 자는 주택분 종합부동산세의 납세의무자가 된다고 보아야 한다.

이 사건 토지에 무단 건축한 주택과 그 부속토지의 각각에 관한 개별주

30) 건물과 부속토지가 공유지분으로 되어 있을 경우에도 마찬가지로 상황이 발생함. 개별주택가격 또는 공동주택가격 9억 원인 주택을 부부가 1/2씩 지분 소유하더라도 부부 중 일방이 단독으로 소유할 경우와 비교할 때 부부가 부담할 총 주택분 재산세액은 동일함. 만약 부부 중 일방이 단독으로 소유하면 과세기준금액을 초과하여 주택분 종합부동산세 납세의무가 발생하지만, 부부가 1/2씩 지분 소유하면 부부가 부담할 주택분 종합부동산세액은 없음.

31) 과세표준의 1%(3억 원 이하), 1.5%(3억 원 초과 14억 원 이하), 2%(14억 원 초과 94억 원 이하), 3%(94억 원 초과).

32) 종합부동산세법 제7조 제1항은 국내에 있는 재산세 과세대상인 주택의 '공시가격'을 합산하도록 규정하고 있지만, 건물과 부속토지의 소유자가 다른 경우에는 부득이 전국 합산하여야 할 공시가격을 '그 시가표준액의 비율로 안분 계산한 금액'으로 볼 수밖에 없을 것임.

택가격 또는 공동주택가격이 6억 원이 되지 않더라도, 원고가 전국에 보유한 주택분 재산세 과세대상인 주택의 부속토지의 가액을 합산한 금액 5,899,268,607원이 6억 원을 초과하므로 원고는 종합부동산세 납세의무자에 해당한다.

나. 제2쟁점에 관하여

주택의 부속토지만을 여럿 소유한 경우 여러 주택(건물+부속토지)의 공시가격 각각이 과세기준금액을 초과하여야만 종합부동산세의 과세대상이 된다고 할 수 없다. 주택의 부속토지만을 여럿 소유한 경우에도 그 공시가격을 전국 인별 합산한 금액이 6억 원을 초과하면 주택분 종합부동산세의 납세의무가 있다고 보아야 한다.

종합부동산세법에는 주택의 건물과 부속토지의 소유자가 다를 경우 부속토지에 대한 주택분 종합부동산세액을 산출하는 방법을 규정하고 있지 않지만, 주택(건물+부속토지)의 공시가격을 건물과 부속토지의 시가표준액의 비율로 안분하여 합산한 가격을 토대로 과세기준금액 초과 여부를 판단함과 아울러 부속토지에 대한 주택분 종합부동산세액을 산출하는 것이 타당하다(㉞방법).

이 사건에서도 피고는 ㉞방법에 따라 주택(건물+부속토지)의 공시가격을 건물과 부속토지의 시가표준액 비율로 안분한 금액을 전국 인별 합산한 다음, 그 합산액 5,899,268,607원에 세율을 적용하여 부속토지에 대한 주택분 종합부동산세액을 산출하였다.

다. 상고이유의 당부

원심은, 당해 소유자가 소유하는 국내의 재산세 과세대상에 해당하는 모든 주택의 공시가격(건축물과 그 부속토지의 소유자가 다른 경우에는 시가표준액 비율로 안분 계산한 가액)을 합산한 금액이 6억 원을 초과하면, 비록 납세의무자가 건축물을 소유하지 않고 부속토지만을 소유한다 하더라도, 주택분 종합부동산세의 납세의무자가 된다고 판단하였고, 이러한 원심

판단은 위와 같은 법리에 따른 것으로서 정당하며, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 법리오해 등의 위법이 없다.

【對象判決의 意義】

이 판결은 주택의 건물과 부속토지 소유자가 다를 경우 주택의 건물 소유자가 종합부동산세 납세의무자가 아니라도 주택의 부속토지만을 소유한 자가 주택분 종합부동산세 납세의무자가 될 수 있다는 점과, 주택의 부속토지만을 여럿 소유한 경우 주택분 종합부동산세의 납세의무가 성립하기 위한 요건 및 그 세액의 산정방법에 관하여 처음으로 명확히 판시함으로써, 종합부동산세법의 취지와 부동산 보유세제의 흐름을 존중하면서도 납세의무자의 이익을 도모하는 해석론을 전개하였다는 데에 그 의의가 있다.

11. 증여계약의 취소가 취득세, 등록세의 납세의무에 미치는 영향

(2013. 6. 28. 선고 2013두2778 판결 : 공2013하, 1393)

河 泰 興

【判決要旨】

1. 부동산에 관한 증여계약이 성립하면 그 자체로 취득세의 과세대상이 되는 사실상의 취득행위가 존재하게 되어 그에 대한 조세채권이 당연히 성립하고, 증여계약으로 인하여 수증자가 일단 부동산을 적법하게 취득한 다음에는 그 후 합의에 의하여 계약을 해제하고 그 부동산을 반환하는 경우에도 이미 성립한 조세채권의 행사에 영향을 줄 수 없다. 그런데 증여계약이 무효이거나 취소된 경우에는 처음부터 취득세의 과세대상이 되는 사실상의 취득행위가 있다고 할 수 없으나, 조세소송에서 과세처분의 위법 여부를 판단하는 기준시기는 그 처분 당시라 할 것이어서 착오를 이유로 증여계약의 취소가 이루어졌다고 하더라도 그 착오의 내용이나 증여 의사표시를 취소하는 목적 등에 비추어 볼 때 사실상 과세처분이 이루어진 이후의 사정에 근거한 것으로서 그 실질에 있어서는 과세처분 후 증여계약을 합의해제하는 것에 불과한 경우에는 그 취소로 인한 취득세 과세처분의 효력에 대하여도 합의해제에 관한 위 법리가 그대로 적용된다.

2. 공익사업을 목적으로 하는 비영리사업자가 그 고유업무에 직접 사용하기 위하여 부동산에 관한 등기를 하였다가 그 부동산에 관한 계약의 합의해제 등으로 구 지방세법(2010. 3. 31. 법률 제10221호로 전부 개정되기 전의 것) 제127조 제1항 단서 소정의 유예기간 내에 당해 부동산에 관한 등기까지 말소하였다면 당해 부동산을 고유업무에 직접 사용하여야 할 세법상의 의무가 소멸하므로 그 고유업무에 직접 사용하지 못한 데 정

당한 사유가 있어 등록세를 부과할 수 없다고 할 것이나, 계약의 합의해제 등이 이루어졌다고 하더라도 당해 부동산에 관한 등기를 그 유예기간 경과 후에 비로소 말소하였다면 이는 당해 부동산을 고유업무에 직접 사용하지 못한 데 대한 정당한 사유가 될 수 없다.

【參照條文】

구 지방세법(2010. 3. 31. 법률 제10221호로 전부 개정되기 전의 것)
제107조 제1호, 제127조 제1항 제1호

【事案의 概要】

1. 관련 법령

□ 구 지방세법(2010. 3. 31. 법률 제10221호로 전부 개정되기 전의 것)

제107조 (용도구분에 의한 비과세) 다음 각 호의 1에 해당하는 것(제112조 제2항의 규정에 의한 과세대상을 제외한다)에 대하여는 취득세를 부과하지 아니한다. 다만 대통령령이 정하는 수익사업에 사용하는 경우와 취득일부터 1년(제1호의 경우에는 3년) 이내에 정당한 사유 없이 그 용도에 직접 사용하지 아니하는 경우 또는 그 사용일부터 2년 이상 그 용도에 직접 사용하지 아니하고 매각하거나 다른 용도로 사용하는 경우 그 해당 부분에 대하여 취득세를 부과한다.

1. 제사·종교·자선·학술·기예 기타 공익사업을 목적으로 하는 대통령령으로 정하는 비영리사업자가 그 사업에 사용하기 위한 부동산의 취득

제111조 (과세표준) ⑦ 제1항 내지 제5항의 규정에 의한 취득세의 과세표준이 되는 가액, 가격 또는 연부금액의 범위 및 그 적용과 취득시기에 관하여는 대통령령으로 정한다.

제127조 (용도구분에 의한 비과세)

- ① 다음 각 호의 1에 해당하는 것(제112조 제2항의 규정에 의한 과세대상을 제외한다)에 대하여는 등록세를 부과하지 아니한다. 다만 대통령령이 정하는 수익사업에 사용하는 경우와 등기·등록일부터 1년(제1호의 경우에는 3년) 이내에 정당한 사유 없이 그 용도에 직접 사용하지 아니

하는 경우 또는 그 사용일부터 2년 이상 그 용도에 직접 사용하지 아니하고 매각하거나 다른 용도로 사용하는 경우 그 해당 부분에 대하여 등록세를 부과한다.

1. 제사·종교·자선·학술·기예 기타 공익사업을 목적으로 하는 대통령령으로 정하는 비영리사업자가 그 사업에 사용하기 위한 부동산에 대한 등기

□ 구 지방세법 시행령(2010. 9. 20. 대통령령 제22395호로 전부 개정되기 전의 것)

제73조 (취득의 시기 등) ② 무상승계취득의 경우에는 그 계약일(상속으로 인한 취득의 경우에는 상속개시일)에 취득한 것으로 본다. 다만 권리의 이전이나 그 행사에 등기·등록을 요하는 재산의 경우에는 등기·등록을 하지 아니하고 30일 이내에 계약이 해제된 사실이 화해조서·인낙조서·공정증서 등에 의하여 입증되는 경우에는 취득한 것으로 보지 아니한다.

2. 처분의 경위

원고는 2006. 3. 15. 대한불교 ○○종 소속 사찰로 등록된 종교단체이다. 원고는 2007. 4. 5. 사찰의 대표자(주지)인 A로부터 그 소유의 서울 서초구 임야 7,094㎡(이하 ‘이 사건 토지’라 한다)를 증여받아(이하 ‘이 사건 증여’라 한다) 2007. 4. 18. 이 사건 토지에 관하여 원고 명의의 소유권이전등기를 마쳤다. 원고는 2007. 4. 13. 종교활동에 사용할 용도로 이 사건 토지를 취득하였다면서 지방세법 제107조 및 제127조에 따른 취득세 및 등록세 등의 용도구분 비과세 신청을 하여 그 납부를 면제받았다.

그런데 피고는 2011. 2. 10. 이 사건 토지 중 불상 및 종교용구 등이 놓여 있는 컨테이너 1동(18㎡, 이하 ‘이 사건 컨테이너’라 한다) 및 지방세법 제182조 제1항¹⁾ 및 지방세법 시행령 제131조의2 제1항 제4호²⁾에 따른 부

1) 구 지방세법 제182조 (과세대상의 구분) ① 토지에 대한 재산세 과세대상은 종합합산과세대상, 별도합산과세대상 및 분리과세대상으로 구분한다.

2. 별도합산과세대상: 과세기준일 현재 납세의무자가 소유하고 있는 대통령령이 정하는 건축물의 부속토지 및 별도합산과세 하여야 할 상당한 이유가 있는 것으로서 대통령령이 정하는 토지. 다만 제1항 제1호 (가)목 및 (나)목의 규정에 의한 토지는 이를 별도합산과세대상으로 보지 아니한다.

2) 구 지방세법 시행령 제131조의2 (별도합산과세대상토지의 범위) ① 법 제182조 제1항 제2호

속토지(126㎡)를 제외한 나머지 부분인 6,968㎡(이하 ‘이 사건 쟁점 토지’라 한다)는 원고가 취득일로부터 3년 이내에 정당한 사유 없이 종교용도에 직접 사용하지 않았다는 이유로, 원고에게 이 사건 쟁점 토지에 관하여 취득세와 등록세 등을 부과하는 이 사건 처분을 하였다.

A는 이 사건 처분 이후인 2011. 5. 3. 원고를 상대로 ‘A가 사찰을 신축하기 위하여 원고에게 이 사건 토지를 증여한 것인데, 이 사건 토지에는 사찰의 신축이 불가능함을 나중에 알게 되었고, 이는 중요한 부분에 관한 동기의 착오로서 상대방에게 표시되었으므로 이 사건 증여를 취소함과 동시에 이 사건 토지에 관한 원고 명의 소유권이전등기의 말소등기절차의 이행을 청구한다’면서 서울중앙지방법원에 소유권이전등기말소 청구의 소를 제기하였다. A는 2011. 10. 13. 승소 판결을 받았고 위 판결은 그 무렵 확정되었다. 2012. 9. 5. 위 확정판결을 원인으로 하여 이 사건 토지에 관하여 마쳐진 원고 명의의 소유권이전등기가 말소되었으며, 그에 따라 이 사건 토지의 등기부상 소유자 명의가 A로 회복되었다.

【原審의 判斷】

1. 원고의 주장

원고는, A가 이 사건 토지에 사찰 신축이 불가능한 사실을 알게 된 후 중요한 부분에 착오가 있음을 이유로 2008. 5. 13. 원고에 대하여 이 사건 증여계약을 취소함으로써 원고 명의의 소유권이전등기는 원인 없는 무효의 등기로서 이미 말소되었으므로, 원고가 취득하지도 않은 이 사건 토지 중 쟁점 토지에 대하여 이루어진 이 사건 처분은 위법하다고 주장하였다.

나아가 원고는, 건축사무소 등으로부터 이 사건 토지에 사찰의 건축이

본문에서 “대통령령이 정하는 건축물의 부속토지”라 함은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 건축물의 부속토지를 말한다.

4. 녹지지역: 7배

가능하다는 답변을 듣고 사찰건축을 위한 설계를 의뢰하여 적지 않은 비용을 지출하였는데, 그 후 이 사건 토지가 도시자연공원 등에 해당한다는 이유로 피고로부터 건축허가 불가통지를 받았으므로, 원고가 이 사건 토지 중 쟁점 토지를 그 취득일로부터 3년 내에 종교용도에 직접 사용하지 아니한 데에는 정당한 사유가 있다고 주장하였다.

2. 원심의 판단

가. 취득세 부분에 대하여: 원고승소

지방세법 제105조 제1항의 ‘부동산의 취득’이란 부동산의 취득자가 실질적으로 완전한 내용의 소유권을 취득하는가의 여부에 관계없이 소유권이전의 형식에 의한 부동산 취득의 모든 경우를 포함한다(대법원 1988. 4. 25. 선고 88누919 판결 등 참조). 그러나 실제적인 법률관계에 있어서 그 소유권을 취득한 것이라고 볼 수 없는 원인무효의 등기인 경우, 계약이 무효이거나 취소된 경우 등에는 취득세의 과세대상인 취득이 있다고 볼 수 없다(대법원 1964. 11. 24. 선고 64누84 판결,³⁾ 대법원 1998. 12. 8. 선고 98두14228 판결⁴⁾ 참조).

그런데 이 사건 증여계약은 그 내용의 중요 부분에 관한 착오를 이유로 한 A의 2008. 5. 13.자 취소의 의사표시에 의하여 적법하게 취소되었고, 민법 제141조 제1항은 취소한 법률행위는 처음부터 무효인 것으로 본다고 규정하고 있어 취소한 법률행위로 인하여 일단 발생한 효과도 소급해서 처음부터 무효이었던 것과 마찬가지로 소멸하게 되며, 이 사건 증여를 원인으로 한 원고 명의의 소유권이전등기는 원인무효의 등기로서 위 소유권이전

3) 1963. 8. 10. 원고 명의로 무효인 소유권이전등기가 경료되고, 1963. 10. 7. 취득세 부과처분이 있었으며, 실제적인 법률관계에 부합되지 않는 원인무효의 소유권이전등기 명의자는 취득세 납세의무가 없다고 판시한 사안임.

4) 1997. 1. 20. 원고들 명의로 소유권이전등기가 경료되고, 1997. 4. 15. 취득세 부과처분이 있었으며, 농지취득자격증명을 발급받지 못하였다고 하여 증여계약이 당연무효가 되는 것은 아니고, 증여계약이 무효이거나 취소되지 아니한 이상 1997. 2. 21.경 합의해제는 취득세 납세의무에 영향을 미치지 못한다고 판시한 사안임.

등기가 실제로 말소되었으므로, 원고가 이 사건 토지에 관하여 취득세의 과세대상이 되는 취득을 하였다고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 처분 중 취득세 부분은 위법하다.

나. 등록세 부분에 대하여: 원고패소

등기 또는 등록명의자와 실질적인 권리귀속 주체가 다르거나 일단 공부에 등재되었던 등기 또는 등록이 뒤에 원인무효로 말소되었다 하더라도 위와 같은 사유는 그 등기 또는 등록에 따른 등록세 부과처분의 효력에 아무런 영향이 없다(대법원 2002. 6. 28. 선고 2000두7896 판결 등 참조). 따라서 A가 원고에 대한 이 사건 증여를 취소하고 소유권이전등기말소청구 소송에서 승소한 후 원고 명의의 소유권이전등기를 말소하였다 하더라도 위와 같은 사유는 원고 명의의 소유권이전등기에 따른 등록세 부과처분의 효력에 아무런 영향이 없다.

나아가 원심은 등록세를 면할 정당한 사유에 관하여 다음과 같이 판단하였다. 제반 사정⁵⁾ 등을 종합하면, 원고가 이 사건 토지에 사찰을 건축하기 위하여 건축물 설계를 의뢰하고 일부 비용을 지급하였다는 사정만으로는 이 사건 토지 취득일로부터 3년 이내에 종교용도에 직접 사용하지 아니한 정당한 사유가 있다고 인정하기 부족하다. 오히려 위와 같이 건축허가가 불가능하다는 법령상의 장애는 원고가 이 사건 토지를 종교용도로 직접 사용하지 못한 데 대한 정당한 사유가 될 수 없다. 따라서 이 사건 처분 중 등록세 부분은 적법하다.

5) ① 이 사건 토지는 이 사건 증여 이전부터 도시자연공원 및 공익용 산지로서 건축허가가 불가능한 부지였고 이러한 사실은 관계관청에 문의하였을 경우 쉽게 알 수 있었음. ② 이 사건 토지는 수목으로 채워져 있으며 탄약창으로 활용되었던 이 사건 컨테이너 이외의 건축물은 주변에 존재하지 아니하였으므로, 사찰의 건축허가 가능성에 관하여 의문을 품을 수 있는 정황이었음에도 원고는 전혀 이에 관한 주의를 기울이지 아니하였음. ③ 이 사건 토지 상의 건축허가에 관한 법령상의 장애사유가 해소될 가능성은 희박한 것으로 보임. ④ 이 사건 컨테이너의 외형 및 위치, 내부시설로 판단하여 볼 때 이 사건 토지는 불교 신앙을 위하여 승려가 수행하며 신도를 교화하는 장소로는 부적합해 보임.

【原告와 被告의 上告理由】

1. 원고의 상고이유: 등록세 부분

원고는 다음과 같이 등록세를 면할 정당한 사유에 관한 법리오해를 상고이유로 주장하였다. 즉, 이 사건 토지는 개발제한구역이 아니고 자연녹지지역으로서 건축법 제45조 제1항 및 같은 법 시행령 제65조의 규정에 의하여 건축허가가 가능한 토지인 점, 원고는 건축설계사무실로부터 건축허가가 가능하다는 말을 듣고 건축허가를 의뢰하였던 점, 원고가 2008. 5. 13. 증여계약을 취소당하여 이 사건 토지의 소유권을 상실하게 되었고, 이 사건 토지의 소유권이 없는 한, 더 이상 고유목적에 사용할 수 없었던 점 등을 종합하면, 원고가 건축이 불가능하다는 사정을 알 수 없었거나 예측할 수도 없었으므로, 이 사건 토지를 그 사업에 직접 사용하지 못한 데에는 정당한 사유가 있다.

2. 피고의 상고이유: 취득세 부분

피고는 다음과 같이 계약취소와 취득세 납세의무에 관한 법리오해를 상고이유로 주장하였다. 이 사건 증여계약이 취소되어 이를 원인으로 한 소유권이전등기가 말소되었다 하더라도 지방세법에 의한 취득세 납세의무에 영향을 미치는 원인무효의 사유로 볼 수 없다. A와 원고 사이에는 당사자 사이에 이해대립이 있다 볼 수 없으므로 증여계약취소에 관한 민사소송의 내용은 진정한 사실관계에 부합된다고 보기 어렵다. 이 사건 증여계약의 취소는 민법 제109조 제2항에 의하여 선의의 제3자에게 대항할 수 없다. 따라서 원고는 이 사건 토지를 사실상 유효하게 처분할 수 있는 지위에 있게 되어 취득세의 과세대상인 취득이 있었다고 보아야 한다.

【解 說】

1. 이 사건의 쟁점

이 사건의 쟁점은, ① 이 사건 토지에 관한 취득세의 과세대상이 존재하는지 여부와 ② 원고가 이 사건 토지를 3년 이내에 종교사업의 용도에 직접 사용하지 못한 데 정당한 사유가 있다고 볼 것인지 여부이다.

2. 피고의 상고이유(취득세 부분)에 대한 검토

가. 취득세의 성격과 취득의 개념

취득세는 등록세·인지세·증권거래세 등과 같이 유통세에 속한다. 즉, 판례는 ‘취득세는 재화의 취득행위라는 사실 자체를 포착하여 거기에 담세능력을 인정하여 부과하는 유통세의 일종’이라고 하거나,⁶⁾ ‘부동산취득세는 취득행위를 과세객체로 하여 부과하는 행위세’라고 판시하여⁷⁾ 경제적인 측면으로는 유통세로, 법률적인 측면으로는 행위세로 분류하고 있다.

취득세의 과세대상은 일정한 물건의 “취득”이다. 사법상 취득의 개념은 민법 제186조, 제187조에 의한 소유권의 취득을 의미할 것이다. 그런데 세법은 사법상 개념을 차용하면서도 차용개념에 세법상의 과세요건을 혼입하여 규정하기도 한다. 이 경우에는 사법상 개념과는 다른 독자적인 의미를 부여할 수 있다.

지방세법 제105조 제2항은 등기·등록을 하지 아니한 경우라도 “사실상으로 취득한 때”에는 취득한 것으로 본다고 규정하고, 지방세법 시행령 제73조는 사실상의 잔금지급일(제1항 제1호), 계약상의 잔금지급일(제1항 제2호), 취득일 전에 등기·등록을 한 경우에는 등기·등록일(제3항)을 취득시기로 규정하고 있다.⁸⁾ 위 규정을 종합하면, 지방세법상 취득의 개념에는

6) 대법원 1999. 9. 3. 선고 98다12171 판결 등.

7) 대법원 1996. 2. 9. 선고 95누12750 판결 등.

8) 양도소득세의 양도시기도 원칙적으로 대금청산일 및 등기·등록일임(소득세법 시행령 제162조 제1항).

소유권의 이전이라는 법률상의 취득⁹⁾뿐만 아니라 사실상의 취득도 포함되고, 판례¹⁰⁾에 의하면 “사실상의 취득”이라 함은 소유권취득의 형식적 요건(등기·등록)을 갖추지 못하였으나 매매대금이 지급되는 등 소유권취득의 실질적 요건을 갖춘 것을 뜻한다.

지방세법 시행령 제73조 제1항 제2호는 지방세법 제111조 제5항 제1호 내지 제4호¹¹⁾ 외의 일반적인 취득에 관하여 ‘사실상의 잔금지급일’ 대신 ‘계약상의 잔금지급일’을 취득의 시기로 규정하고 있으나, 학설¹²⁾은 계약상 잔금지급일이 지났다고 하여 사실상의 취득이 있었다고 보기 어렵다는 이유로 일반적인 취득의 경우에도 취득의 시기는 사실상의 잔금지급일로 보아야 하며, 위 규정은 과세관청의 입증의 편의를 위한 것일 뿐이라고 보는 것이 다수이고, 판례¹³⁾도 위 규정이 명백한 사실상의 취득시기를 배제하는 것은 아니라고 보았다.

나. 계약의 해제와 취득세 납세의무

1) 계약해제가 취득세 이외의 다른 조세의 납세의무에 미치는 영향

가) 양도소득세 및 부가가치세

판례는 양도소득세의 경우에는 양도계약의 이행이 완료되기 전에 계약이 법정해제되거나 합의해제된 경우¹⁴⁾는 물론 이행이 완료된 후에 계약이

9) 법률상의 취득에 관하여는 소유권취득설과 실질적 가치 취득설이 대립하고, 실질적 가치 취득설에 의하면 소유권의 사용·수익 가치를 파악하지 않는 양도담보 목적의 소유권 취득이 취득의 개념에서 제외될 것이나, 판례는 “취득세는 유통세의 일종으로서 취득자가 물건을 사용·수익·처분함으로써 얻을 수 있는 이익을 포착하여 부과하는 것이 아니므로 ‘취득’이란 취득자가 실질적으로 완전한 내용의 소유권을 취득하는가의 여부에 관계없이 소유권이전의 형식에 의한 취득의 모든 경우를 포함한다.”(대법원 1995. 1. 24. 선고 94누10627 판결 등)고 함으로써 소유권취득설의 입장을 취하고 있음.

10) 대법원 1993. 9. 28. 선고 92누16843 판결, 대법원 2001. 2. 9. 선고 99두5955 판결 등 참조.

11) 국가 등으로부터 취득(1호), 수입에 의한 취득(2호), 판결문·법인장부 등 취득가격이 입증되는 취득(3호), 공매에 의한 취득(4호).

12) 김찬돈, “취득세에 있어서 취득과 취득시기”, 사법논집(35), 104.; 김해마중, “취득세에서의 취득시기”, 특별법연구 10권, 사법발전재단(2012), 276.

13) 대법원 1994. 5. 24. 선고 93누23527 판결.

14) 대법원 1983. 4. 26. 선고 83누91 판결, 대법원 1986. 7. 8. 선고 85누709 판결 등.

합의해제된 경우¹⁵⁾에도 매매계약의 효력이 상실되어 자산의 양도가 있다고 볼 수 없다는 이유로 양도소득세를 부과할 수 없다고 본다. 부가가치세의 경우에는 부과처분 이전에 합의해제되고 공급대가까지 반환되었다면 공급계약의 효력이 소급적으로 소멸하여 재화의 공급은 처음부터 없었던 것으로 보아 부가가치세를 부과할 수 없다고 본다.¹⁶⁾ 즉, 계약해제의 소급효를 인정하고 있다.

나) 증여세

판례는 증여계약의 합의해제는 부과처분 전후를 불문하고 부과처분에 영향을 주지 않는다고 하다가¹⁷⁾ 1990년대에 들어서면서 부과처분을 기준으로 하여 그 전에 증여계약이 해제되면 증여세를 부과할 수 없는 입장을 취하였다.¹⁸⁾ 그러나 당사자의 통모에 의하여 조세채권을 무력화시킬 소지가 있기 때문에 1993. 12. 31. 개정된 상속세 및 증여세법 제31조 제4항은 증여한 날이 속하는 달의 말일부터 3월 이내에 합의해제하고 증여재산을 반환한 경우에만 처음부터 증여가 없었던 것으로 보는 규정을 마련하였다. 즉, 법률로 계약해제의 소급효를 제한하고 있다.

다) 등록세

판례¹⁹⁾는 등록세는 재산권 기타 권리의 취득·이전·변경 또는 소멸에 관한 사항을 공부에 등기 또는 등록하는 경우에 등기 또는 등록이란 단순한 사실의 존재를 과세물건으로 하여 그 등기 또는 등록을 받는 자에게 부과하는 세금으로서, 그 등기 또는 등록의 유·무효나 실질적인 권리귀속 여부와는 관계가 없는 것이므로 등기 또는 등록명의자와 실질적인 권리귀속 주체가 다르거나 일단 공부에 등재되었던 등기 또는 등록이 뒤에 원인무효로 말소되었다 하더라도 위와 같은 사유는 그 등기 또는 등록에 따른 등록세 부과처분의 효력에 아무런 영향이 없다고 판시하였다. 즉, 계약

15) 대법원 1987. 2. 24. 선고 86누427 판결 등.

16) 대법원 1998. 3. 10. 선고 96누13941 판결 등.

17) 대법원 1987. 11. 10. 선고 87누607 판결 등.

18) 대법원 1991. 3. 22. 선고 90누8220 판결 등.

19) 대법원 2002. 6. 28. 선고 2000두7896 판결 등.

해제는 납세의무에 아무런 영향이 없다.

2) 계약해제가 취득세 납세의무에 미치는 영향

가) 판례의 태도

판례²⁰⁾는 “부동산의 취득이란, 부동산의 취득자가 실질적으로 완전한 내용의 소유권을 취득하는가의 여부에 관계없이 소유권이전의 형식에 의한 부동산 취득의 모든 경우를 포함하는 것이고 취득세는 부동산의 취득행위를 과세객체로 하여 부과하는 행위세이므로 그에 대한 조세채권은 그 취득행위라는 과세요건사실이 존재함으로써 당연히 발생하고 일단 그 취득자가 적법하게 취득한 이상 그 이후에 매매계약이 해제조건의 성취 또는 유보된 해제권행사 등에 의하여 소급적으로 실효되었다 하더라도 이로써 이미 성립한 조세채권의 행사에는 아무런 영향을 줄 수 없다.”고 판시하였다.²¹⁾

2000. 12. 29. 개정된 지방세법 시행령 제73조 제1항 제2호 단서는 취득 후 30일²²⁾ 이내에 해제권의 행사에 의해 계약이 해제한 사실이 객관적인 서류에 의하여 입증되는 경우에는 취득세의 부담을 피할 수 있도록 입법화하였다. 대법원 2006. 2. 9. 선고 2005두4212 판결은 그 취지가 “계약상 잔금지급일에 실제로 잔금이 지급되지 않은 상태에서 계약이 해제되어 사실상 취득하였다고 보기 어려운 경우까지 계약상 잔금지급일에 취득한 것으로 보아 취득세를 과세하게 되는 불합리한 점을 보완하기 위한 것”에 있고, 이미 사실상의 취득이 이루어진 경우에는 30일 내에 해제되더라도 위 규정의 적용이 없다고 한다.²³⁾ 위 규정에 대하여는 잔금이 지급되지 않았다면 사실상 취득이 없어 취득세 과세대상이 아니므로 위 단서 규정은 적용되는 경우가 거의 없는 무의미한 규정이라는 비판이 있다.²⁴⁾

20) 대법원 1988. 10. 11. 선고 87누377 판결, 대법원 1995. 9. 15. 선고 95누7970 판결, 대법원 1996. 2. 9. 선고 95누12750 판결, 대법원 1998. 12. 8. 선고 98두14228 판결, 대법원 2001. 4. 10. 선고 99두6651 판결 등 참조.

21) 이는 확립된 법리로써, 대법원 2013. 3. 14.자 2012두26388 판결, 대법원 2013. 3. 14.자 2012두27015 판결도 최근에 이와 같은 법리를 계속하여 수긍하고 있음.

22) 현행 지방세법 시행령 제20조 제2항 제2호 단서는 이를 60일로 늘렸음.

23) 조일영, “잔금지급 전에 이전등기를 선이행 받았다가 등기 후 30일 이내에 계약이 해제되어 등기가 말소된 경우”, 판례해설(61), 706~707 참조.

24) 구육서, 사법과 세법, (주)유로(2010), 931~934.

나) 계약해제와 취득세 납세의무에 관한 판례의 태도에 대한 비판론
 다만 이에 대하여는 해제의 경우도 취소와 마찬가지로 소급효의 적용을 부인할 이유가 없고, 유통세도 결국 부동산이라는 배후의 담세력에 착안하여 과세하는 것으로서 양도소득세와 달리 볼 이유가 없다는 점을 들어 판례의 입장을 비판하는 견해²⁵⁾가 있다. 이 견해는 계약이 소급적으로 효력을 상실하였음에도 소유권이전등기가 경료된 사실이 있다는 이유로 취득세를 부담하거나 감면된 취득세 추정 및 가산세까지 부담하는 것은 부당하므로, 채무불이행 등으로 해제권을 행사한 경우까지 취득으로 보는 현행 시행령 규정은 개정될 필요가 있다고 주장하기도 한다.²⁶⁾

다. 계약취소가 취득세 납세의무에 미치는 영향

1) 판례의 태도

계약이 취소된 경우 취득세의 과세대상인 취득이 있는지에 관한 법리를 직접적으로 실시한 판례는 없다. 다만 다음의 판례는 실제적인 법률관계에 있어서 그 소유권을 취득한 것이라고 볼 수 없는 원인무효의 등기인 경우, 계약이 무효이거나 취소된 경우 등에는 취득세의 과세대상인 취득이 있다고 볼 수 없다는 전제에 서 있는 것으로 볼 수 있다.

① 대법원 1964. 11. 24. 선고 64누84 판결(등기무효에 관한 사례)

원고가 부동산의 소유자가 아닌 소외인으로부터 부동산을 매수하여 대금을 편취당하고 소외인으로부터 위조서류를 교부받아 소유권이전등기를 경료한 경우 실제적인 법률관계에 있어서 그 소유권을 취득한 것이라고는 볼 수 없다는 이유로 원고는 지방세법 제105조 제1항에 의한 취득세의 납세의무자가 될 수 없다고 보았다.

② 대법원 1998. 12. 8. 선고 98두14228 판결(합의해제에 관한 사례)

부동산에 관한 증여계약이 성립하면 동 계약이 무효이거나 취소되지 아

25) 김건일, “계약의 해제가 조세채권에 미치는 영향”, 특별법연구 5권, 특별소송실무연구회(1997), 316~317; 김해마중, “취득세에서의 취득시기”, 특별법연구 10권, 사법발전재단(2012), 264~265.

26) 김해마중, “취득세에서의 취득시기”, 특별법연구 10권, 사법발전재단(2012), 280~281.

니한 이상 그 자체로 취득세의 과세객체가 되는 사실상의 취득행위가 존재하게 되어 그에 대한 조세채권이 당연히 발생하고, 증여계약으로 인하여 수증자가 일단 부동산을 적법하게 취득한 다음에는 그 후 합의에 의하여 계약을 해제하고 그 부동산을 반환하는 경우에도 이미 성립한 조세채권의 행사에 영향을 줄 수 없다는 이유로, 유효한 증여계약을 체결하였다가 거주요건을 갖추지 못하여 농지취득자격증명을 받을 수 없게 되자 증여계약을 합의해제한 사안에서 적법한 취득이 있었다고 보았다.

2) 교과서 등의 논의

교과서 등의 논의를 보면, 계약이 무효이거나 취소된 경우, 등기가 실제적 권리관계에 부합하지 않는 무효의 등기인 경우 등에는 취득세의 과세대상인 취득이 있다고 볼 수 없다는 것,²⁷⁾ 계약이 무효이거나 취소되는 경우 취득 자체가 없으므로 등기·등록이 있었다고 하여 취득으로 볼 수 없음은 당연하다는 것,²⁸⁾ 계약이 취소되어 일단 발생한 수익이 소급하여 발생하지 않았던 것으로 되면 과세하여서는 안 되고 시정되어야 하는 것은 무효의 경우와 마찬가지로는 것²⁹⁾ 등이 있다.

3) 일본의 논의

일본의 유력한 견해³⁰⁾는, 부동산취득세의 과세물건은 부동산 소유권의 취득이라고 하는 법률효과이고 그 원인되는 법률행위가 어떤 이유로(예를 들면, 요소의 착오. 일본 민법 제95조³¹⁾) 무효인 경우에는 부동산 소유권은 이전하지 않기 때문에 부동산취득세의 과세요건은 충족되지 않으며, 그 납세의무는 발생하지 않는다고 보고, 부동산의 취득의 원인되는 행위가 어떤

27) 임승준, 조세법(2013), 1030.

28) 김해마중, “취득세에서의 취득시기”, 특별법연구 10권, 사법발전재단(2012), 279.

29) 구옥서, 사법과 세법, ㈜유로(2010), 893.

30)金子宏, 租税法 第18版, 弘文堂(2013), 689. 이하; 이에 대하여, 계약이 의사표시의 하자, 사해 행위 등에 의해 취소되는 경우에는 취소에 의해 소유권취득의 효과가 소급적으로 소멸하게 되지만, 세법의 관점으로부터는 비록 일시적이라도 소유권을 취득하였다고 하는 사실은 없어지지 않고, 취소될 때까지는 불확정적으로 유효하였던 이상 취득세 과세대상이 된다는 반대 견해가 있음. 山中昭榮, 地方税 各論(I), 現代地方自治全書 第19卷(1977), 391.

31) 일본 민법 제95조(착오) 의사표시는, 법률행위의 요소의 착오가 있었던 경우에는 무효로 한다. 다만 표의자에게 중대한 과실이 있었던 경우는 표의자는 스스로 그 무효를 주장할 수 없다.

이유로(예를 들면, 의사표시가 사기·강박에 의한 것일 때. 일본 민법 제96조 제1항³²⁾) 취소되는 경우에도 그 행위는 소급적으로 효력을 상실하므로, 부동산취득세를 과세할 수 없다고 보고 있다.

일본 최고재판소 2002. 12. 17. 판결³³⁾은 토지의 취득의 원인으로 된 행위가 사해행위로서 취소된 사안에서 특별토지보유세³⁴⁾의 과세대상인 취득을 인정하면서, “① 지방세법 제585조 제1항³⁵⁾에서 말하는 토지의 취득이란, 소유권의 이전의 형식에 의하여 토지를 취득하는 일체의 경우를 포함하고, 취득의 원인으로 된 법률행위가 취소, 해제 등에 의해 소멸하였는지 여부에 관계없이, 그 경과적 사실에 근거하여 포착한 토지소유권 취득의 사실을 말하는 것이라고 해석함이 상당하다. ② 사해행위취소의 효과는 상대적이고, 취소소송의 당사자 사이에 있어서만 당해 매매계약을 무효로 하는 데 그치는 것이며, 매도인과 매수인 사이에서는 당해 매매계약은 유효하게 존재하는 이상, 취소에 의하여 당해 토지의 소유권이 매수인에게 이전하여 매수인이 당해 토지를 취득하여 소유하였다는 경과적 사실 그 자체가 없어지는 것은 아니다.”라고 판시하였다. 위 판결의 ②판시 및 결론에 대하여는 수긍하면서도 ①판시에 대하여는 비판적인 견해가 많다.³⁶⁾

4) 가능한 견해의 대립

가) 과세설

취득의 원인으로 된 법률행위가 의사표시의 하자로 인해 취소되더라도

32) 일본 민법 제96조 제1항(사기 또는 강박) 사기 또는 강박에 의한 의사표시는 취소할 수 있다.

33) 日本 最高裁判所 平成 14年(西紀 2002年) 12月 17日 宣告 平成 13年(行ツ) 第205号 判決.

34) 특별토지보유세는 토지의 투기적 취득을 억제하기 위해 토지의 취득 및 소유에 대해 부과하는 조세로서 특별토지보유세(취득분)는 부동산취득세와 동일한 성질의 조세임.金子宏, 租税法 第18版, 弘文堂(2013), 687.

35) 일본 지방세법 제585조 ① 특별토지보유세란, 토지 또는 그 취득에 대해서 당해 토지 소재의 시·읍·면에 있어서 당해 토지의 소유자 또는 취득자에게 부과한다.

36) 太田幸夫, 平成15年度 主要民事判例 解説[判例タイムズ臨時増刊 1154], 252. 등; 山田二郎, 判例 地方自治 239号, 116.은 담세력이 없는 단순한 경과적 사실을 과세요건으로 할 수 없고, 그러한 과세는 국민의 재산권을 보장하는 헌법원리에도 위반한다고 함. 今村隆, JURIST 1262号, 173.에 의하면, 의사표시에 하자가 있는 경우의 취소에 관해서는 취득세의 과세대상을 경과적 사실로 보는 견해에서도 과세를 부정하고 있고, 과세실무도 1979년 이후에는 비과세설을 취하고 있다고 하면서 ① 판시의 선례적 가치는 높지 않다고 함.

취소의 효력은 법적 효과를 소멸시키는 것뿐이고 취득의 원인으로 된 법률행위의 존재까지 없었던 것이 되는 것은 아니므로 취득세의 과세대상이 존재한다고 보는 견해가 있을 수 있다. 취득세의 유통세, 행위세로서의 성질 및 취득세의 과세대상을 토지 소유권 취득이라는 경과적 사실로 보아야 한다는 점을 근거로 한다.

나) 비과세설

취득의 원인으로 된 법률행위가 의사표시의 하자로 인해 취소되면 취소의 소급효에 의하여 무효의 경우와 마찬가지로 처음부터 소유권 취득도 없었던 것이 되므로 취득세의 과세대상으로서의 취득이 없다고 보는 견해가 있을 수 있다. 유통세, 행위세라도 소유권이전의 형식에 의해 부동산을 취득하였다고 하는 단순한 경과적 사실에 담세력을 인정할 수는 없으며, 취득세의 과세대상은 부동산 소유권의 취득이라고 하는 법률효과로 보아야 한다는 점을 근거로 한다.

5) 검토

가) 원칙적으로는 비과세설이 타당함

이 문제는 취득세의 과세요건인 취득을 법적 효과의 면에서 포착하여 실질적이어야 한다고 해석할 것인가, 경과적 사실의 면에서 포착하여 형식적으로 소유권취득의 사실이 있으면 족하다고 해석할 것인가의 문제라고 할 수 있다.

원칙적으로 비과세설이 타당하다고 생각된다. 담세력을 현출시키지 않는 단순한 경과적 사실을 과세대상으로 구성하는 것은 과세권의 한계를 넘는 것이므로 소유권 취득이 사법적으로 유효한 것이어야 한다는 점을 고려하지 않을 수 없기 때문이다. 따라서 부동산의 취득의 원인되는 행위가 의사표시의 하자로 인하여 취소되는 경우 그 법률행위는 소급적으로 효력을 상실하고 그 소유권이전등기는 원인무효의 등기인 경우에 해당하므로, 취득세의 과세대상이 되는 취득을 한 것으로 볼 수 없다고 할 것이다.

나) 취소의 형식을 빌었으나, 실제로는 합의해제인 경우는 다른 문제임
그러나 계약해제의 경우 소급적으로 소유권을 상실함에도 취득을 인정

하는 판례의 취지에 비추어 보면, 소급효가 인정된다고 하여 취소권을 행사하는 모든 경우를 취득세 과세대상에서 제외하는 것은 곤란하다고 생각된다. 즉, 계약의 해제에 관한 판례의 태도는, 해제의 소급효에 의하여 소급적으로 소유권을 상실하게 되더라도 이는 유효하게 취득세 납세의무가 성립한 이후의 사정에 근거한 것이기 때문에 취득세 과세요건에 영향을 미치지 않는다고 보아야 한다는 뜻으로 이해할 수 있기 때문이다.

증여세에 관한 판례³⁷⁾는 취소의 실질이 과세처분 후 합의해제인 경우 취소를 이유로 증여세 부과처분의 효력을 다룰 수 없다고 보았다. 즉, “조세소송에 있어서 과세처분의 위법 여부를 판단하는 기준시기는 그 처분 당시라 할 것이어서 증여에 의한 재산취득이 있는 경우 과세관청에서 증여세 과세처분을 하기 전에 그 증여계약이 적법하게 해제되고 그 해제에 의한 말소등기가 된 때에는 그 계약의 이행으로 생긴 물권변동의 효과는 소급적으로 소멸하고 증여는 처음부터 없었던 것으로 보아야 할 것이므로 이를 과세원인으로 하는 증여세 과세처분은 할 수 없다 할 것이지만, 증여세 과세처분이 있는 후에 증여계약을 해제하였음을 원인으로 한 소유권이전등기 말소청구소송이 제기되어 그 승소판결이 확정되었다거나 그로 인하여 등기가 말소되었다는 사유만으로는 증여세과세처분의 적법성을 다룰 수 없고, 증여자가 재산을 증여하여 수증자 명의로 소유권이전등기까지 적법하게 마친 다음, 그에 대한 증여세 과세처분이 있게 되자 그 증여가 증여세 과세 대상이 됨을 알지 못하였다 하여 착오를 이유로 이를 취소하고, 증여세 납세의무자인 수증자 역시 그 취소를 전제로 증여세 과세처분의 적법성을 다룬다면, 이는 그 착오의 내용이나 증여 의사표시를 취소하는 목적에 비추어 그 실질에 있어서는 과세처분 후 증여계약을 합의해제하는 경우로 볼 것이므로, 그 취소로 인한 증여세 과세처분의 효력에 대하여도 증여계약의 합의해제에 관한 위 법리가 적용된다.”고 판시하였다.

증여세에 관한 다른 판례³⁸⁾는 과세처분 이후 무효를 이유로 증여세 부

37) 대법원 1992. 2. 25. 선고 91누12776 판결(증여해제), 대법원 1998. 4. 28. 선고 96누15442 판결(취소), 대법원 2005. 7. 29. 선고 2003두13465 판결(취소) 등.

38) 대법원 1987. 12. 22. 선고 87누684 판결(무효), 대법원 1991. 6. 11. 선고 91누834 판결(무효),

과처분의 효력을 다룰 수 없다고 보았다. 즉, “부(父)가 자(子)를 상대로 소유권이전등기가 원인무효인 등기라는 이유로 그 말소등기절차의 이행을 구하는 소송을 제기하여 승소판결을 받아 그 판결이 그대로 확정되었다고 하더라도, 자 명의로 증여를 원인으로 하여 부동산의 소유권이전등기가 적법하게 마쳐진 이상, 자 명의로 그 등기를 한 때에 자의 증여세 납부의무와 국가의 그에 대한 조세채권이 적법하게 성립하였다고 할 것이므로, 위와 같은 판결이 확정되었다는 사유만으로는, 과세관청이 위 소제기 후 판결선고 전에 자에 대하여 증여세와 방위세를 부과한 과세처분에 아무런 영향을 미칠 수 없다.”고 판시하였다.

일반 행정처분의 위법성 판단 기준 시가 원칙적으로 판결 시가 아니라 처분 시라고 함은 대법원의 확립된 견해³⁹⁾이고, 조세소송의 경우에도 마찬가지이다. 다만 판례가 위법 여부의 판단 시점이 처분 당시라고 하는 것과 그 처분을 뒷받침하는 자료의 제출 시기가 변론종결 시라는 것은 구별하여야 할 것이다. 즉, 처분 시라는 의미는 처분 당시에 존재하였던 자료와 행정관청에 제출되었던 자료만으로 위법 여부를 판단하여야 한다는 것이 아니라 처분 당시에 존재하던 사정과 사실상태를 기준으로 판단하여야 한다는 것으로 보아야 한다.⁴⁰⁾

과세요건 성립시기 이후 행하게 되는 부과처분은 이미 추상적으로 성립된 조세채무를 구체적으로 확인하는 행위에 불과하며, 과세요건 성립 후의 관계 법률행위의 취소·변경 등 사정의 변화는 당해 처분의 당부를 판단함에 있어 영향을 미치지 못하고, 대상처분의 과세요건이 어느 범위에서 적법·유효하게 성립한 것으로 볼 것이냐의 문제만이 남게 된다는 견해⁴¹⁾가 있다. 그러나 국세기본법 제45조의2 제2항은 후발적 경정청구 제도를 규정하고 있고, 위 규정은 부과처분이 확정되었으나 후에 해제권 행사에 의하여 해제가 되는 등 후발적인 하자가 발생하였을 때 그 구제의 필요성이 있

대법원 1992. 5. 12. 선고 91누12158 판결(무효).

39) 대법원 1992. 2. 25. 선고 91누12776 판결 등.

40) 대법원 2004. 5. 14. 선고 2003두12615 판결 등.

41) 소순무, 조세소송, 『영영화조세통람』(2012), 390.

다고 보아 납세의무 확정 후에도 일정기간 납세의무를 소멸시킬 수 있도록 한 것이며, 판례⁴²⁾는 부과처분 이후의 사정을 들어 부과처분이 위법하다고 보므로, 부과처분이 처분 당시에 적법하다고 하여 이후의 취소·변경 등의 사정변화가 당해 처분의 당부를 판단함에 있어 영향을 미치지 못한다고 일반적인 결론을 내릴 것은 아니라고 본다. 따라서 위법성 판단 기준 시 이후의 사정이 납세의무에 영향을 미치지 못한다는 것은 조세소송에서 일반화된 법리라기보다는, 증여 등과 같이 담합의 가능성이 높은 경우에 세법상 해제의 효과가 제한된다는 취지로 이해하는 것이 옳을 것이다.

다) 취소의 형식을 빌었어도 실제로는 합의해제인 경우에는 과세설이 타당함

앞서 본 바와 같이 양도소득세와 부가가치세에 관하여는 해제가 부과처분 후에 이루어져도 소급효가 긍정되어 납세의무에 영향을 주게 된다. 그러나 증여세는 가까운 인적 관계에서 담합의 가능성이 높기 때문에 해제의 소급효를 세법상 제한하고 있다. 여기에 부과처분 후에 무효나 취소를 원인으로 원상회복이 되었더라도 부과처분에 대한 영향을 제한하는 앞서 본 판례상의 법리가 더해지고 있다.

판례는 취득세에 관하여 증여세보다 더욱 엄격히 합의해제가 부과처분의 전후, 신고납부 여부 등을 묻지 않고 이미 성립한 조세채권에 아무런 영향을 미치지 못한다고 보고 있다는 점은 앞서 본 바와 같다. 취득세는 거래로 인하여 발생한 이득을 전제로 한 것이 아니라 취득행위 자체에 대하여 부과되는 행위세라는 점에 근거를 둔 것이므로, 양도소득세나 부가가치세와 차이가 있다. 증여세 부과처분 이후의 해제·무효 및 취소가 그 납세의무에 미치는 영향이 제한된다고 본다면, 취득세는 더욱 더 납세의무에

42) 대법원 2002. 9. 27. 선고 2001두5989 판결(원고 甲은 건물을 임대용으로 사용하다가 1997. 6. 20. 乙에게 건물을 매도하고 1997. 7. 3. 乙에게 소유권이전등기를 마쳐줌. 과세관청은 원고 甲이 부가가치세 신고를 하지 아니하자, 원고 甲이 건물을 공급한 것으로 보고 1998. 8. 12. 부가가치세 부과처분을 함. 원고 甲은 乙의 대금채무 불이행을 이유로 소유권이전등기 말소 등기청구를 하던 중 2000. 1. 24. 소장부분의 송달로 매매계약을 해제함. 아울러 원고 甲은 매매계약 해제를 이유로 부가가치세 부과처분 취소소송을 제기함.

미치는 영향을 제한할 필요성이 크다. 더욱이 취득이 증여로 인하여 이루어진 경우라면 취득세의 행위세적 성격 및 증여에 관한 담합 가능성에 비추어 증여세 부과처분 이후의 해제·무효 및 취소에 관한 판례상의 법리는 충분히 취득세에 적용할 수 있다고 생각된다.

따라서 증여에 의하여 취득하였으나 사후에 증여계약이 취소된 경우에도 계약해제에 관한 판례의 사안과 실질적으로 같게 볼 수 있는 경우라면 취득세 과세대상인 취득을 인정할 수 있다고 보아야 한다. 나아가 실제로는 취소를 주장할 의사도 없었으면서 과세처분 이후에 과세처분을 모면하려는 의도로 취소를 주장하는 경우에는 세법의 영역에서는 그러한 효과를 제한할 필요가 있다.

계약취소임에도 어떠한 경우가 실질적인 합의해제에 해당하는 예외적인 경우인지는 개별적인 사안의 포섭을 통해 유형화해 나갈 수밖에 없다고 생각된다. 취소의 원인인 의사표시 하자의 내용, 취소권 행사의 목적 및 경위, 취소의 상대방과의 관계, 취소권의 행사가 객관적으로 인식할 수 있는 상태로 된 시기 등 제반 사정에 비추어 볼 때, 취소권 행사의 형식만을 취할 뿐 그 실질에 있어서는 합의해제 또는 해제권의 행사에 불과하여 취득세 과세대상으로서의 취득의 실체를 부정할 수 없는 경우에는 그 취득의 원인되는 법률행위가 취소되더라도 취득세 과세요건에 영향을 미치지 않는다고 볼 수 있을 것이다.

요컨대, 증여계약이 무효이거나 취소된 경우에는 처음부터 취득세의 과세대상이 되는 사실상의 취득행위가 있다고 할 수 없으나, 착오를 이유로 증여계약의 취소가 이루어졌다고 하더라도 그 착오의 내용이나 증여 의사표시를 취소하는 목적 등에 비추어 볼 때 사실상 과세처분이 이루어진 이후의 사정에 근거한 것으로서 그 실질에 있어서는 과세처분 후 증여계약을 합의해제하는 것에 불과한 경우에는 그 취소로 인한 취득세 과세처분의 효력에 대하여도 합의해제에 관한 위 법리가 그대로 적용된다고 보아야 할 것이다.

라. 이 사건의 검토

1) 사실관계

가) 건축이 불가능한 이유

원고가 이 사건 토지를 취득할 당시 시행 중인 관련 법령에 의하면, 이 사건 토지를 종교사업의 용도에 사용할 수 없는 법령상의 장애사유가 존재한다. 이 사건 토지는 지목과 현황이 모두 임야이므로 이를 사찰 부지로 사용하려면 토지의 형질변경 등 개발행위를 위한 관련 법령상의 인허가가 필요하다. 이 사건 토지는 토지이용계획상 도시자연공원 및 공익용 산지여서 구 도시공원 및 녹지 등에 관한 법률 제24조⁴³⁾ 등에 따른 도시공원의 점용허가가 불가능하고, 구 산지관리법 제12조⁴⁴⁾ 등에 따라 산지전용대상이 아니므로 사찰 등의 건축허가가 불가능하다.

나) A와 원고의 관계

원고는 2006. 3. 15. 대한불교 ○○종 소속 사찰로 등록되었고, 2007. 4. 9. 비법인 재단으로 부동산등기용등록번호를 부여받았다. A는 등록 당시부터 현재까지 원고의 대표자이자 주지로 근무하고 있다.

43) 구 도시공원 및 녹지 등에 관한 법률(2009. 12. 29. 법률 제9860호로 개정되기 전의 것) 제24조 (도시공원의 점용허가) ① 도시공원 안에서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 당해 도시공원을 관리하는 특별시장·광역시장·시장 또는 군수의 점용허가를 받아야 한다. 다만 산림의 간벌(間伐) 등 대통령령이 정하는 경미한 행위의 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 공원시설 외의 시설·건축물 또는 공작물을 설치하는 행위

2. 토지의 형질변경

② 특별시장·광역시장·시장 또는 군수는 제1항의 규정에 의한 허가신청이 있을 때에는 다음 각 호의 요건을 모두 갖춘 경우에 한하여 그 허가를 할 수 있으며, 토지소유자가 허가신청을 한 경우에는 다른 사람에 우선하여 허가하여야 한다.

1. 공원조성계획에 저촉되지 아니할 것(공원조성계획이 수립된 경우에 한한다)

2. 점용사유가 불가피할 것

3. 당해 점용으로 인하여 공중의 이용에 지장을 주지 아니한다고 인정될 것

44) 구 산지관리법(2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정되기 전의 것) 제12조 (보전산지 안에서의 행위제한) ② 공익용 산지(산지전용제한지역을 제외한다)안에서는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하기 위하여 전용하는 경우를 제외하고는 산지전용을 할 수 없다.

7. 그 밖에 산채·야생화·관상수의 재배, 농로의 설치 등 공익용산지의 목적 달성에 지장을 주지 아니하는 범위 안에서 대통령령이 정하는 행위

다) 관련 민사판결의 내용

A는 이 사건 처분일 이후인 2011. 5. 3. 원고를 상대로 착오로 인한 증여계약의 취소를 이유로 소유권이전등기말소청구의 소를 제기하여 2011. 10. 13. 승소 판결을 받고 그 무렵 위 판결이 확정되었다. 위 민사판결은 이 사건 증여계약 체결 당시 A가 원고에게 이 사건 증여는 사찰 신축을 위한 것임을 표시한 사실, 실제로 이 사건 토지에 사찰 신축이 불가능하여 이를 사유로 A가 2008. 5. 13. 원고에게 이 사건 증여계약을 취소한다는 의사표시의 통지를 한 사실, 그 통지가 그 무렵 원고에 도달한 사실을 각 인정한 후, A가 이 사건 토지에 사찰 신축이 가능하다고 믿은 것은 동기의 착오이지만, 그 동기를 표시하여 이 사건 증여계약의 내용으로 되었다고 볼 것이고, 일반인이라도 이 사건 토지에 사찰 신축이 불가능하다는 것을 알았다면 이 사건 토지를 증여하지 아니하였으리라는 사정이 엿보이므로, 결국 이 사건 증여계약을 체결함에 있어 그 내용의 중요 부분에 관한 착오가 있었다고 봄이 상당하다는 이유로 이 사건 증여계약이 A의 2008. 5. 13.자 취소의 의사표시에 의하여 적법하게 취소되었다고 판단하였다.

그러나 2008. 5. 13. 계약취소의 의사표시가 있었다는 점이나 원고나 A가 위 민사소송을 제기하기 이전에 착오에 의한 증여계약의 취소를 주장하였다는 사정은 엿보이지 않는다.

라) 원고가 취소를 주장하게 된 경위

원고가 제출한 2010. 12. 16.자 과세전직부심사청구서, 2011. 5. 3.자 지방세심사청구서에는 증여계약 취소에 관하여 언급된 바 없다.

2) 검토

토지의 건축가능성에 관한 착오는 법률행위 중요 부분의 착오로 될 수 있고,⁴⁵⁾ 증여자인 A와 원고의 대표자가 동일인이라는 점에서 그러한 착오가 표시된 것으로 볼 수 있다. 그러나 증여자인 원고가 건축가능성을 매우 중요하게 여겼으면, 관련 법령을 찾아보거나 관계 행정관청에 건축가능성을 문의하는 등 조금만 주의를 기울였으면 건축이 어려울 수 있다는 점을

45) 민법주해(II), 총칙 (2); 송덕수, “민법 제109조 착오 부분”, 박영사(1996), 473.

쉽게 알 수 있었을 것이므로, A에게 중대한 과실이 없다고 본 것에는 의문이 있을 수 있다.

한편 원심이 관련 민사판결에 근거하여 이 사건 증여계약이 그 내용의 중요 부분에 관한 착오를 이유로 한 A의 2008. 5. 13.자 취소의 의사표시에 의하여 적법하게 취소되었다고 인정한 부분은 의문이 있다. 실질적으로 이 해관계의 대립이 없는 당사자 사이의 민사판결이라는 점에서 2008. 5. 13. 실제로 취소의 의사표시가 있었다는 점은 선뜻 수긍하기 어렵다. 판례⁴⁶⁾는 민사 사건에서 당사자 사이에 투명하게 다투어지지 아니하였고 이를 입증할 만한 객관적인 자료가 제출되지 아니한 경우 등에는 민사 사건의 판결에서 인정된 사실만으로 과세 제외사실(세금계산서가 허위가 아니라는 점)이 확정되었다고 볼 수 없어, 그러한 판결은 후발적 경정청구사유에 해당하지 않는다고 보기도 하였다.

확정된 민사판결의 내용을 뒤집기는 곤란하지만, 앞서 본 사실관계에 의하면, 이 사건의 경우 증여계약 취소는 사실상 납세의무가 성립되고 과세처분이 이루어진 이후의 사정에 근거한 것으로서 취소권 행사의 형식만을 취할 뿐 그 실질에 있어서는 증여계약을 합의해제하는 것에 불과하므로, 그 취득의 원인되는 증여계약이 취소되어 원고 명의의 소유권이전등기가 원인무효의 등기가 되었더라도 이는 취득세 과세요건에 영향을 미치지 않는다고 보아야 한다.

그럼에도 이와 달리 이 사건 증여계약은 그 내용의 중요 부분에 관한 착오를 이유로 적법하게 취소되었고 취소의 소급효에 의하여 위 증여계약을 원인으로 한 원고 명의의 소유권이전등기는 원인무효가 되었다는 이유로 취득세 부과처분이 위법하다고 한 원심의 판단에는 지방세법 제107조 제1호의 취득세의 과세대상인 취득에 관한 법리를 오해하여 판결결과에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다. 피고의 상고이유는 이유 있다.

46) 대법원 2011. 7. 28. 선고 2009두22379 판결.

3. 원고의 상고이유(등록세 부분)에 대한 검토

가. 등록세 과세대상이 존재하는지 여부

확립된 판례⁴⁷⁾는, 등록세는 재산권 기타 권리의 취득·이전·변경 또는 소멸에 관한 사항을 공부에 등기 또는 등록하는 경우에 등기 또는 등록이란 단순한 사실의 존재를 과세물건으로 하여 그 등기 또는 등록을 받는 자에게 부과하는 세금으로서, 그 등기 또는 등록의 유·무효나 실질적인 권리귀속 여부와는 관계가 없는 것이므로 등기 또는 등록명의자와 실질적인 권리귀속 주체가 다르거나 일단 공부에 등재되었던 등기 또는 등록이 뒤에 원인무효로 말소되었다 하더라도 위와 같은 사유는 그 등기 또는 등록에 따른 등록세 부과처분의 효력에 아무런 영향이 없다고 보았다.

따라서 위와 같은 판례의 태도에 의하면, 이 사건 증여계약이 착오로 취소되었다고 하더라도 등록세의 과세대상인 등기 또는 등록은 있다고 보아야 한다. 특히 등록세는 실질적인 권리귀속 여부와는 관계가 없는 것이므로 계약취소의 의사표시에 의하여 원인무효의 등기가 되었다는 사정만으로는 등기가 말소되지 아니한 이상 고유목적에 사용할 의무가 소멸하였다고 볼 수 없다.

다만 등록세의 과세대상인 등기가 있다고 하더라도 고유목적에 사용하지 못한 데에 대한 정당한 사유가 존재하는지 여부는 별도로 따져 보아야 한다.

나. ‘정당한 사유’가 존재하는지 여부

1) 원고의 주장에 대한 이해

원고가 명시적으로 ‘계약취소와 정당한 사유’에 관한 주장을 하지는 아니하여 원심도 이에 관한 판단을 직접적으로 하지는 않은 것으로 보인다. 그러나 원고는 등록세 부분에 관하여 이 사건 토지를 그 고유업무에 사용

47) 대법원 1983. 2. 22. 선고 82누509 판결, 대법원 1986. 2. 25. 선고 85누858 판결, 대법원 1996. 7. 26. 선고 95누14855 판결, 대법원 2002. 6. 28. 선고 2000두7896 판결, 대법원 2003. 6. 10. 선고 2001두2720 판결 등.

하지 못한 데에 정당한 사유가 있다는 주장을 하였고, 이러한 원고의 주장은 ① 법률상 장애를 알 수 없었기 때문에 정당한 사유가 존재한다는 것과, ② 계약취소로 이 사건 토지를 반환하고 그 등기가 말소됨으로써 정당한 사유가 존재한다는 것으로 이해할 수 있다. 따라서 이 두 가지 점을 모두 검토할 필요가 있다.

2) ‘공법상 제한’과 정당한 사유

판례⁴⁸⁾는 구 지방세법 제127조의 ‘정당한 사유’의 유무를 판단함에 있어서 그 사업자에 의하여 수행되는 업무의 공익성을 감안함은 물론 등록세를 부과하는 입법 취지, 토지의 취득목적에 비추어 그 목적사업에 사용할 수 없는 법령상·사실상의 장애사유 및 장애정도, 당해 사업자가 토지를 목적사업에 사용하기 위한 진지한 노력을 다하였는지 여부, 행정관청의 귀책사유가 가미되었는지 여부 등을 아울러 참작하여 구체적인 사안에 따라 개별적으로 판단하여야 하고, 이를 판단함에 있어 그 사업자가 토지를 취득할 당시 그 고유업무에 직접 사용할 수 없는 법령상의 장애사유가 있음을 알았거나, 설사 몰랐다고 하더라도 조금만 주의를 기울였더라도 그러한 장애사유의 존재를 쉽게 알 수 있었던 상황에서 토지를 취득한 것이고, 취득 후 3년 이내에 당해 토지를 그 고유업무에 직접 사용하지 못한 것이 동일한 사유 때문이라면, 취득 전에 존재한 법령상의 장애사유가 충분히 해소될 가능성이 있었고 실제 그 해소를 위하여 노력하여 이를 해소하였는데도 예측하지 못한 전혀 다른 사유로 그 사업에 사용하지 못하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 그 법령상의 장애사유는 당해 토지를 그 업무에 직접 사용하지 못한 것에 정당한 사유가 될 수 없다고 보았다.

이 사건의 경우 원고가 이 사건 토지를 취득한 목적은 사찰을 신축하려는 것이었고 이 사건 토지의 취득 이전부터 도시자연공원 및 공익용 산지로서 건축허가가 불가능하다는 점은 공부의 열람이나 관계관청에 문의를 통하여 쉽게 알 수 있었을 것으로 보인다. 따라서 원고가 구체적인 법령상

48) 대법원 1992. 7. 14. 선고 91누12219 판결, 대법원 1995. 6. 30. 선고 94누6901 판결, 대법원 2002. 9. 4. 선고 2001두229 판결, 대법원 2012. 12. 13. 선고 2011두1948 판결 등 참조.

의 장애사유를 몰랐다고 하더라도 조금만 주의를 기울였더라면 위와 같은 방법으로 법령상의 장애사유가 존재함을 쉽게 알 수 있었던 상황하에서 이 사건 토지를 취득한 것으로 보아야 하고, 그 취득일부터 3년 내에 이 사건 토지를 종교용도에 직접 사용하지 못한 것도 동일한 사유 때문이므로, 위와 같은 법령상의 장애사유는 특별한 사정이 없는 한 원고가 이 사건 토지를 종교용도에 직접 사용하지 못한 것에 대한 정당한 사유가 될 수 없다. 이에 관한 원심의 판단은 정당하다.

3) ‘계약취소’와 정당한 사유

가) 계약이 합의해제되어 부동산이 반환된 경우에 관한 판례(취득세)
부동산에 관한 대금을 모두 완납하였으나 이전등기는 하지 않은 상태에서 “그 고유업무에 직접 사용하기 위한 유예기간 내에 매매계약을 합의해제하고 취득한 부동산을 반환하고 해당 분양대금을 돌려받았다면, 그 고유업무에 직접 사용할 지방세법상의 의무는 소멸하였으므로 이는 고유목적에 사용하지 못함에 정당한 사유가 있는 경우에 해당한다.”고 판시하였다.

① 대법원 1990. 6. 26. 선고 90누2963 판결[취득세부과처분취소]

공장증설을 위해 C기계공업공단으로부터 공장용지를 분양받아 입주계약을 맺고 그 대금을 모두 납부(1986. 12. 19.)하였으나 이전등기는 하지 아니한 채 자금사정으로 공사착수기간까지 공장건설에 착수하지 못하게 되어 위 공단과의 사이에 위 입주계약을 합의해제(1987. 2. 19.)하고 그 무렵 위 토지를 위 공단에 반환함과 함께 그 분양대금을 돌려받은 사안에 관하여, 대법원은 이로써 위 토지를 그 고유업무에 직접 사용할 지방세법상의 의무를 소멸하였다 할 것이고 이는 고유목적에 사용하지 못함에 정당한 사유가 있는 경우에 해당한다고 판시하였다.

② 대법원 1988. 10. 11. 선고 87누377 판결[취득세부과처분취소]

공장을 이전하기 위하여 구 지방세법 제110조의3 제3항 제15호에 따라 B공업공단으로부터 토지를 매수(1981. 9. 4.)하고 잔금까지 지급(1983. 3. 6.)하였으나 당초 입주안내서에서 밝힌 공장건축자금의 용자가 이루어지지 아니한다는 이유로 취득일로부터 2년이 지나기 전에 소유권이전등기도 마치

지 아니한 상태에서 계약을 합의해제(1983. 5. 4.)하고 위 공단에 이를 다시 반환하였다면, 고유업무에 직접 사용할 세법상의 의무는 소멸되고 그 결과 이는 위 법조 소정의 2년 내에 고유목적에 사용하지 못함에 정당한 사유가 있는 경우에 해당한다고 판시하였다.

③ 대법원 1991. 1. 11. 선고 90누6668 판결[취득세부과처분취소]

D기계공업공단으로부터 공장용지를 분양(1985. 9. 30.)받아 그 대금을 모두 완납(1986. 9. 29.)하였으나 그 소유권이전등기도 경료하지 아니한 상태에서 위 공단과 사이에 그중 일부용지를 반환하기로 하여 그 부분을 분양에서 제외하는 변경계약을 체결하고 위 공단에 반환(1987. 5. 15.)함과 동시에 그 해당 분양대금을 돌려받았다면 위 토지 부분을 그 고유업무에 직접 사용할 지방세법상의 의무는 소멸하였다 할 것이고, 이는 고유목적에 사용하지 못함에 정당한 사유가 있는 경우에 해당한다고 판시하였다.

나) 유보된 해제권의 행사에 의하여 부동산이 반환된 경우에 관한 판례(취·등록세)

판례⁴⁹⁾는, 창업 중소기업이 공장 부지로 사용하기 위하여 부동산 매매계약을 체결하면서 외국 거래처로부터 공장매입 승인을 얻지 못할 경우에 매매계약을 해제하기로 약정하는 한편 잔금지급을 위한 용자를 받기 위하여 소유권이전등기(2001. 2. 9.)를 선이행 받았으나, 그 후 외국 거래처로부터 매입 부동산이 공장 부지로 부적합하다는 이유로 매입승인을 얻지 못하게 되자, 당초 유보된 해제권에 기하여 잔금지급이 이루어지지 않은 상태에서 매매계약을 해제(2001. 3. 8.)하고 소유권이전등기를 말소(2001. 3. 10.)한 사안에서, 위 매매계약의 해제 경위 등에 비추어, 부동산을 매수한 창업 중소기업이 그 부동산을 당해 사업에 직접 사용하지 못한 데에 정당한 사유가 있다고 판시하였다.

다) 판례 분석

① 판례의 취지

판례는 취·등록세 비과세 및 추정규정이 있는 경우 계약해제로 인하여

49) 대법원 2006. 2. 9. 선고 2005두4212 판결[취득세등부과처분취소].

‘취득’ 자체가 부정되는 것은 아니지만, 계약해제에 부득이한 사정이 있고 계약해제 즉시 목적물이 반환되는 등의 사유가 있으면 ‘정당한 사유’가 있는 것으로 인정하여 취·등록세의 부과나 추징을 부정하고 있다.

위 판결들의 취지는 부동산을 취득 후 중도에 제3자에게 매각한 경우와는 달리 대금완납으로 취득세 과세요건으로서의 취득은 이루어졌으나 당초 계약이 합의해제되어 반환됨으로써 더 이상 이를 고유목적에 사용할 의무가 없는 이상, 그 반환된 부분에 대하여 면제된 취득세를 부과하거나 추징할 것은 아니라는 것으로 해석된다.⁵⁰⁾

② 판례에서 추출되는 요건

첫째, 일단 취득은 있어야 한다. 고유업무에 사용하지 못한 데에 대한 정당한 사유는 취득 이후에 문제되므로 대금지급이나 등기와 같은 취득이 전제된다.

둘째, 부득이한 사정으로 인한 합의해제는 유예기간 내에 이루어져야 한다. 합의해제는 취득세에 관한 취득에 영향을 미치지 못하지만 정당한 사유에는 영향을 미칠 수 있다. 고유업무에 직접 사용하기 위한 유예기간이 지나면 과세 또는 추징의 요건을 충족하게 되므로 더 이상 합의해제를 이유로 정당한 사유를 긍정할 수는 없다고 보아야 한다.

셋째, 부동산의 반환과 대금의 반환이 있어야 한다. 이미 이루어진 취득을 원상회복시킴으로써 유예기간 내에 고유업무에 직접 사용하기 위한 세법상의 의무를 소멸시키기 위한 요건으로 보아야 한다. 대금의 완납 시에 취득이 이루어지고 부동산의 반환 자체는 취득을 제거하기 위한 요건은 아니다. 그러나 위 판례의 취지가 계약해제에 따라 부동산을 반환함에 의하여 이를 고유목적에 사용할 의무가 소멸하였다는 데에 있는 점 등을 감안하면, 고유목적에 사용하여야 하는 기한 이내에 해제의 의사표시 및 목적물의 반환(점유 및 등기)이 요구된다고 보아야 한다. 목적물의 반환이 없는 경우에도 정당한 사유를 인정하게 되면 계약취소의 의사표시만 해놓고 계

50) 조일영, “잔금지급 전에 이전등기를 선이행 받았다가 등기 후 30일 이내에 계약이 해제되어 등기가 말소된 경우”, 판례해설(61), 714.

속 고유목적에 사용하지 않거나 나아가 제3자에게 매각한 경우에도 취득세 감면의 혜택을 유지하게 되는 부당한 결과에 이를 수 있기 때문이다. 한편 대법원 90누2963 판결은 부동산의 반환과 대금의 반환이 이루어진 사안이고, 대법원 87누377 판결은 부동산을 반환하였으나 대금의 반환은 불명인 사안이며, 대법원 90누6668 판결은 부동산을 반환하기로 하고 대금을 반환 받은 사안이다. 대금 완납 시를 사실상의 취득시기로 보는 것은 대금을 지급할 경우 사실상 소유권자의 지위에 서게 되는 점에 있다는 것을 고려하면, 대금반환이 없더라도 부동산을 반환하면 더 이상 그 부동산에 관하여 사실상 소유권자의 지위에서 벗어나겠다는 합의가 있는 것으로 보아 취득이 제거된다고 볼 수 있을 것이다.

넷째, 등기·등록의 말소가 있어야 한다. 취득세에 관하여는 대금 완납 이외에도 등기·등록이 먼저 갖추어지면 취득이 있는 것으로 보고, 등록세에 관하여는 등기·등록이 과세요건이 된다. 대법원 87누377, 90누2963, 90누6668 판결은 등기를 하지 아니하였고 취득세만 문제된 사안인 데에 반하여 취·등록세 모두가 문제된 사안인 대법원 2005두4212 판결은 등기·등록의 말소가 이루어져야 취·등록세에 관하여 정당한 사유가 인정되는 것으로 보았다.

③ 판례에서 추출되는 효과

위 판례들은 위와 같은 요건이 충족될 경우 고유업무에 직접 사용할 지방세법상의 의무가 소멸하여 그 고유목적에 사용하지 못함에 정당한 사유가 있는 것으로 본다. 위와 같은 요건의 충족으로 취득이 제거되었거나 등기·등록이 제거되어 원상회복되었다면, 대상 부동산을 더 이상 고유업무에 사용할 수 없을 것이므로, 지방세법상의 의무가 소멸하여 정당한 사유가 있는 것으로 보아야 한다는 판례의 태도는 수긍할 수 있다.

라) 이 사건의 검토

계약취소는 그 실질에 있어서는 증여계약의 합의해제에 해당하여 취·등록세와 합의해제에 관한 종전 판례상의 법리가 적용되므로, 이 사건의 경우 계약취소는 취·등록세의 과세대상인 취득과 등기에 어떤 영향을 주

지 못한다.

다음으로 유예기간 내에 계약취소가 이루어졌는지에 관하여 본다. 지방세법 제107조 제1호, 제127조 제1항 제1호는 종교용도의 경우 취·등록 후 3년 이내에 고유업무에 직접 사용하지 않으면 비과세하였던 취·등록세를 부과하도록 규정하고 있다. 그런데 원고는 2007. 4. 5. 증여계약을 통해 이 사건 토지를 취득하고, 2007. 4. 18. 증여를 원인으로 한 등기를 마쳤다. 원고는 A가 2008. 5. 13. 증여계약을 취소하였다고 주장하나, 원고와 그 주지인 A 사이에 투명하게 다투어지지 않은 소송에서 인정된 사실인 만큼 이를 그대로 인정하기는 곤란하다. 따라서 증여계약의 취소(합의해제의 실질)는 빨라야 A가 원고를 상대로 소를 제기한 2011. 5. 3. 이루어졌다고 보아야 할 것이나, 이는 유예기간 3년이 경과한 후에 이루어진 것이므로 정당한 사유가 인정되기 위한 요건을 충족시키지 못한다.

설령 유예기간 내에 계약취소가 있었다고 보더라도 원고 명의의 등기가 말소된 것도 2012. 9. 5.이고 등기의 제거도 유예기간 3년이 경과한 후에 이루어졌으므로, 등록세에 관하여 정당한 사유를 인정하기 곤란하다. 원고는 이 사건 부동산에 관하여 그 소송이 종료되어 말소등기를 할 때까지 고유목적에 사용하여야 하는 기한인 3년을 모두 경과시켰다.

비록 원심은 계약취소와 정당한 사유에 관한 부분을 직접적으로 판단하지 않았으나, 정당한 사유에 관한 원고의 주장을 모두 배척한 결론은 정당하고, 결국 이에 관한 원고의 상고이유는 이유 없다.

【對象判決의 意義】

계약의 합의해제가 취득세와 등록세의 납세의무에 영향을 미치지 못한다고 본 판례는 다수 존재하였으나, 계약취소가 이미 성립한 취득세와 등록세의 납세의무에 어떠한 영향을 미치는지를 명시적으로 판단한 것은 이 판결이 처음이다. 나아가 이 판결은 증여계약의 취소가 실질적으로는 과세처분 후에 증여계약을 합의해제하는 것에 불과하다면 이미 성립한 취득세

의 납세의무에 영향을 미칠 수 없다는 점과, 용도구분에 따른 비과세의 경우 계약취소로 인한 정당한 사유를 인정받기 위한 요건에 관하여도 처음으로 판시하였다. 이 판결은 증여계약의 취소라는 후발적 사유가 취·등록세의 납세의무에 관하여 어떠한 영향을 미치는지를 명시적으로 판시한 최초의 선례라는 점에 그 의의가 있다.

【지적소유권】

1. 변론종결 후 제출된 참고자료에 의하여 주지관용 기술을 인정할 수 있는지 여부

(2013. 4. 11. 선고 2012후436 판결 : 공2013상, 885)

朴 泰 一

【判決要旨】

1. 실용신안등록을 받을 수 있는 고안은 완성된 것이어야 하는데, 고안의 ‘완성’이란 그 고안이 속하는 분야에서 통상의 지식을 가진 자가 반복 실시하여 목적하는 기술적 효과를 얻을 수 있을 정도까지 구체적, 객관적으로 구성되어 있는 것을 말한다. 또한 여기서 고안이 완성되었는지의 판단은 실용신안출원의 명세서에 기재된 고안의 목적, 구성 및 작용 효과 등을 전체적으로 고려하여 출원 당시의 기술수준에 입각하여 하여야 한다.

2. 어느 주지관용의 기술이 소송상 공지 또는 현저한 사실이라고 볼 수 있을 만큼 일반적으로 알려져 있지 아니한 경우에 그 주지관용의 기술은 심결취소소송에 있어서는 증명을 필요로 하고, 이때 법원은 자유로운 심증에 의하여 증거 등 기록에 나타난 자료를 통하여 주지관용의 기술을 인정할 수 있으나, 변론종결 후 제출된 참고자료까지 여기의 ‘증거 등 기록에 나타난 자료’에 포함된다고 볼 수는 없다.

3. 당사자가 변론종결 후 주장·증명을 제출하기 위하여 변론재개신청을 한 경우 당사자의 변론재개신청을 받아들일지는 원칙적으로 법원의 재량에 속한다. 그러나 변론재개신청을 한 당사자가 변론종결 전에 그에게 책임을 지우기 어려운 사정으로 주장·증명을 제출할 기회를 제대로 얻지 못하였고, 그 주장·증명의 대상이 판결의 결과를 좌우할 수 있는 관건적 요증사실에 해당하는 경우 등과 같이, 당사자에게 변론을 재개하여 그 주장·증명을 제출할 기회를 주지 않은 채 패소의 판결을 하는 것이 민사소

송법이 추구하는 절차적 정의에 반하는 경우에는 법원은 변론을 재개하고 심리를 속행할 의무가 있다. 또한 당사자가 변론종결 후 추가로 주장·증명을 제출한다는 취지를 기재한 서면과 자료를 제출하고 있다면 이를 위 주장·증명을 제출할 수 있도록 변론을 재개하여 달라는 취지의 신청으로 선해할 수도 있으므로, 당사자가 참고서면과 참고자료만을 제출하였을 뿐 별도로 변론재개신청서를 제출한 바는 없다는 사정만으로 이와 달리 볼 것은 아니다.

【參照條文】

1. 구 실용신안법(2006. 3. 3. 법률 제7872호로 전부 개정되기 전의 것) 제5조 제1항(현행 제4조 제1항 참조), 제2항(현행 제4조 제2항 참조) / 2. 구 실용신안법(2006. 3. 3. 법률 제7872호로 전부 개정되기 전의 것) 제5조 제1항(현행 제4조 제1항 참조), 제2항(현행 제4조 제2항 참조) / 3. 행정소송법 제8조 제2항, 민사소송법 제142조

【事案의 概要】

1. 사건의 경과

가. 원고, 2010. 9. 15. 무효심판청구
실용신안 등록청구범위 제1 내지 18항[全項]은 진보성이 부정되므로 무효가 되어야 한다고 주장

나. 특허심판원(2010당2332), 2011. 7. 29. 일부인용·일부기각 심결

- 1) 일부인용 부분: 1, 2, 11, 12항 진보성 無
- 2) 일부기각 부분: 3~10, 13~18항 진보성 有

다. 원고, 2011. 9. 2. 심결취소의 소제기

이 사건 심결이 진보성 인정한 부분(3~10, 13~18항)에 대해서만 제소¹⁾

라. 특허법원(2011허8518), 2011. 12. 8. 일부인용 · 일부기각 판결

1) 일부인용 부분: 3~6, 13항 진보성 無

2) 일부기각 부분: 7~10, 14~18항 산업상 이용가능성 有 · 진보성 有

마. 원고, 2012. 1. 12. 상고

원고 패소 부분[=원심이 진보성 인정한 부분(7~10, 14~18항)]에 대해서 상고

바. 피고, 2012. 1. 20. 상고

상고장 ‘상고취지’에 단순히 “원심판결을 파기하고, 이 사건을 특허법원으로 환송한다.”라고 기재하였으나, 상고이유서에서는 3~6, 13항의 진보성을 인정하여야 한다는 취지의 주장만을 개진하고 있으므로, 피고 패소 부분[=원심이 진보성 부정한 부분(3~6, 13항)]에 대해서만 상고한 것으로 봄이 타당

사. 원고, 2012. 2. 24. 상고이유서 제출

1) 7~10, 14~18항의 산업상 이용가능성 및 진보성이 각 부정된다고 주장

2) 원고가 변론종결 직후 제출한 비교대상고안 8 내지 14에 관하여 필요한 심리를 전혀 하지 않은 채 결론을 내려 잘못이라고 주장

아. 피고, 2012. 2. 24. 상고이유서 제출

3~6, 13항의 진보성이 인정된다고 주장

2. 배경기술²⁾

가. 버팀보(strut), 띠장, 흠막이 벽 및 보강재(bracing)의 관계

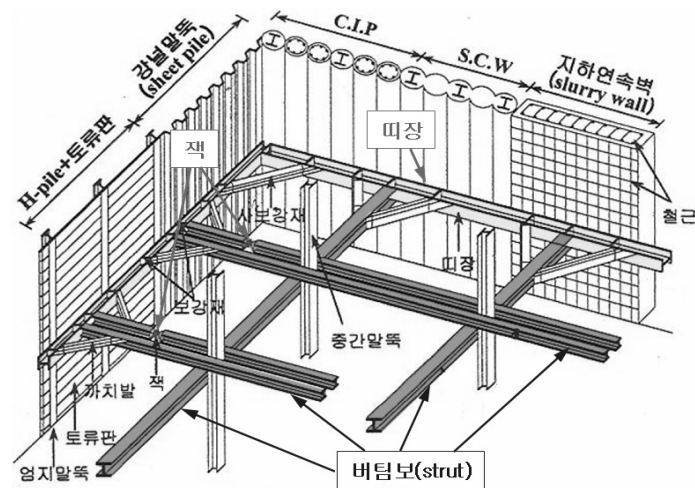
버팀보(Strut)란 흠막이 벽을 지지하는 지보공 중의 하나로써 벽체에 작

1) 이 사건 심결이 진보성 부정한 부분(1, 2, 11, 12항)에 대해서는 피고가 심결취소의 소제기를 하지 않아 그대로 확정되었음.

2) 이하의 내용은 특허조사관 최기혁의 조사결과를 정리한 것이다.

용하는 하중을 반대편 벽체로 전달하여 흙막이 벽을 지지하는 구조물이다. 다양한 흙막이 벽체를 사용하더라도 버팀보를 지보공으로 사용할 경우에는 다음 그림과 같이 벽체에 띠장을 설치하고 띠장에 버팀보를 설치하여 반대편 벽체와 동일한 방법으로 연결을 하는 구조를 갖게 된다.

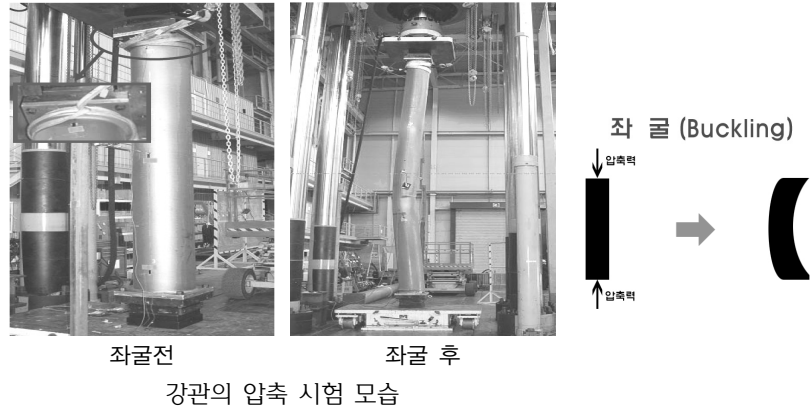
대개 버팀보의 중간에는 보강재(bracing)³⁾를 설치하며 이는 버팀보의 좌굴길이를 조절하는 기능을 가지고 있다.



나. 버팀보의 좌굴(buckling, 座屈)

좌굴이란 가늘고 긴 부재의 축방향으로 압축 하중이 가해질 때, 재료의 탄성 한도 이하의 하중에서도 부재가 구부러지는 현상이다. 변형이 진행되면서 부재(部材)는 결국 파괴된다. 긴 기둥이나 봉재(棒材)의 단면에 편심으로 하중이 작용할 때 발생되기 쉽다.

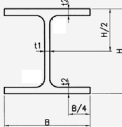
3) 구조물을 보강하기 위해 수직재 또는 수평재로 비스듬히 붙여지는 재료.



다. H-형강 버팀보와 원형 강관 버팀보의 단면 특성

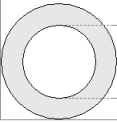
아래의 <표>는 국내에서 유통되는 H-형강과 원형 강관의 단면성능을 비교한 것이다. 이 <표>에서, 300x300 H-형강과 외경-두께 $\phi 406.4$ -7인 원형강관의 단면성능을 대비하면, 원형강관은 단면적이 더 작으면서($87.83 < 119.8$) 회전반경(r)이 더 크기 때문에($14.12 > 7.51$), 더 큰 임계좌굴하중(σ_c)을 갖게 되며, 이는 더 큰 압축력에 견딜 수 있다는 것이다.

H-형강



공칭 지수 mm	표준단면치수 mm					단위 중량 Kg/m	단면적 cm ²	단면2차 모멘트 cm ⁴		단면2차 반경 cm		단면계수 cm ³	
	HxB	t ₁	t ₂	r	W	A	I _x	I _y	i _x	i _y	Z _x	Z _y	
	300x300	300x300	10	15	18	94.0	119.8	20,400	6,750	13.1	7.51	1,360	450
300	300x305	15	15	18	106	134.8	21,500	7,100	12.6	7.26	1,440	466	

원형강관



외경(φ) mm	두께 mm	단위중량 Kg/m	단면적 cm ²	단면2차 모멘트 cm ⁴	단면계수 cm ³	회전반경 cm
	t	W	A	I _x =I _y	Z _x =Z _y	r
406.4	7	68.9	87.83	17,519	862	14.12
	12	117.0	148.70	28,900	1,430	14.00

H형강은 단면 특성상 강축과 약축을 갖는데, 버팀보와 같이 압축부재로

사용할 경우에 약축방향으로 좌굴에 대해 불리하다. 따라서 보통 브레이싱과 같은 보강재를 병행해서 설치하는데, 브레이싱재는 지반굴착 및 구조물 시공작업에 대한 장애물로 작용하고, 작업량을 증가시켜 공사비를 높이는 원인이 된다.

고강도 강관 버팀보는 강축, 약축의 구분이 없어 좌굴 및 비틀림에 유리한 구조단면을 갖고 있고 수평, 수직 브레이싱이 필요없어 공사비, 공사기간, 시공성(버팀보 설치/해체, 지반굴착, 본 구조물 시공) 등이 H형강 보다 상대적으로 유리하다.

3. 피고의 이 사건 등록고안

가. 명칭: 강관 버팀보 연결구조

나. 출원일/ 등록일/ 등록번호: 2005. 12. 29./2006. 4. 10. /제414056호

다. 기술분야

이 사건 등록고안의 기술분야는 버팀보 연결구조에 관한 것이다. 구체적으로 강관 버팀보를 띠장이나 연결책에 연결하는 구조에 관한 것이다.

라. 종래기술의 문제점 및 해결하고자 하는 과제

1) 종래기술의 문제점

종래에는 H-형강 버팀보에 기초판을 용접하므로, ① 현장으로 운반하는 경우 기초판의 찌그러짐이 발생하고, ② 현장의 용접으로 품질이 저하되거나 ③ 고소 작업 시 작업자의 안전확보가 어렵고, ④ 재활용 시 길이 조정이 불편하며, ⑤약축(Y-Y) 방향으로 좌굴이 발생하였다.

2) 기술적 과제

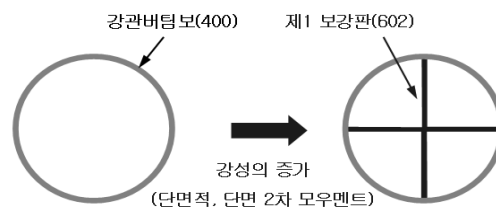
강관 버팀보를 간편하고 견고하게 연결시킬 수 있는 구조를 제공한다.

3) 과제 해결 원리

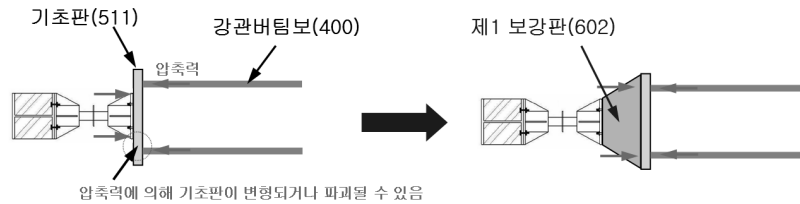
가) 종래 H-형강 버팀보 대신 원형의 강관 버팀보를 사용하여 재료

및 시공의 경제성, 시공의 편의성 및 버팀보 구조의 안전성과 견고성을 향상시킨다.

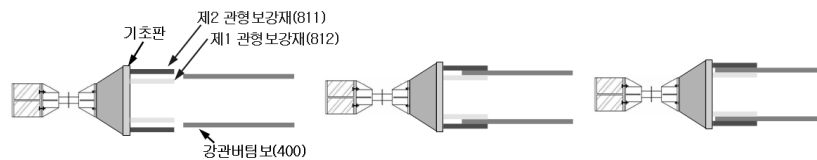
나) 강관 버팀보 내부에 보강판을 내삽하여 버팀보의 강성을 증가시킨다.



다) 기초판 양측면에 보강판을 접합하여 축력에 의한 기초판의 파괴를 방지한다.



라) 강관 버팀보에 내삽 또는 외삽되는 이종의 관형 보강재를 어느 하나 또는 그 둘 모두 기초판에 접합시켜, 기초판과 연결되도록 한다(시공의 용이성).



마. 실용신안등록청구범위 및 주요 도면: 생략

4. **비교대상고안들**: 생략(실용신안등록청구범위 및 주요 도면과 비교대상 고안들의 내용은 이하 설명을 필요로 하는 해당 항목에서 기술함)

【**原審判決의 要旨**】

1. 이 사건 제7 내지 10항 및 제14 내지 18항 고안의 산업상 이용가능성 여부(=적극)

가. 원고의 주장

이 사건 제7 내지 10항, 제14 내지 18항 고안은 청구범위에 “제1기초판(511, 513)의 일측에 접합되고 상기 강관 버팀보(400)의 양측에 각각 내삽되어 강관 버팀보(400) 양측 단부와 접촉 부위가 접합되는 제1보강판(612, 614)”이라고 기재되어 있다.

원고는, 이 사건 제7 내지 10항, 제14 내지 18항 고안이 강관 버팀보(400)에 내삽되어 접합되는 제1관형 보강재(812, 814) 때문에 제1보강판(612, 614)은 강관 버팀보(400)와 접촉 부위가 접합될 수 없는 것이므로, 그 실시가 불가능하여 산업상 이용가능성이 없는 고안이라고 주장한다.

나. 원심의 판단

이 사건 제7항 고안은 청구범위⁴⁾와 상세한 설명⁵⁾에 기재된 내용에 의하

4) 이 사건 제7항 고안은 청구범위에 “제1기초판(511, 513)의 일측에 접합되고 상기 강관 버팀보(400)의 양측에 각각 내삽되어 강관 버팀보(400) 양측 단부와 접촉 부위가 접합되는 제1보강판(612, 614)과; 상기 제1기초판(511, 513)의 일측에 접합되고 상기 강관 버팀보(400)의 양측에 내삽과 외삽되어 강관 버팀보(400) 양측 단부와 접촉 부위가 접합되는 제1관형 보강재(812, 814)와 제2관형 보강재(811, 813)”가 기재되어 있다.

5) 이 사건 고안의 상세한 설명에는 “+자 제1보강판(612)은 강관 버팀보(400)에 내삽되고 상기 이중의 제1관형 및 제2관형 보강재(812, 811) 사이에 강관 버팀보(400)의 일측이 삽입되어 상기 강관 버팀보(400)의 일측 단부와 제1보강판(612) 및 관형 보강재(811, 812)의 접촉 부위가 용접 등으로 접합(갑 제1호증의 9쪽 <36> 참조)”된다고 기재되어 있다.

면, 제1보강판(612, 614)은 제1기초판(511, 513)의 일측에 접합되며 동시에 강관 버팀보(400) 역시 제1기초판(511, 513)에 접합되는 것이므로, 제1보강판(612, 614)은 제1기초판(511, 513)을 매개로 강관 버팀보(400)에 접합된다고 볼 수 있고, 또한 제1보강판(612, 614), 제1관형 보강재(812, 814) 및 강관 버팀보(400)가 연속되어 접합된다고 볼 수도 있는 것이어서 그 실시가 불가능하다고 보기 어려우므로 산업상 이용가능성이 부정되지 아니한다.

이 사건 제14항 고안도 역시 위와 동일한 이유로 산업상 이용가능성이 있다.

이들의 종속항인 이 사건 제8 내지 10항 고안과 이 사건 제15 내지 18항 고안도 역시 산업상 이용가능성이 인정된다.

2. 이 사건 제3 내지 10항 및 제13 내지 18항 고안의 진보성 여부

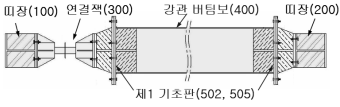
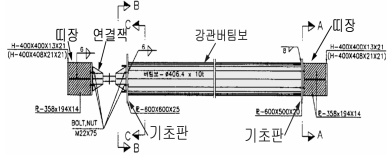
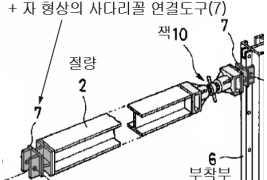
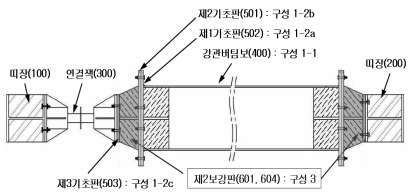
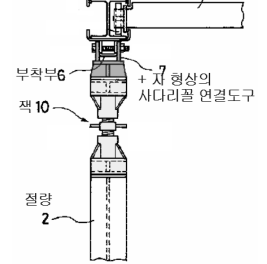
가. 이 사건 제3항 고안의 진보성 여부(=소극)

1) 기술분야 및 목적의 대비

이 사건 제3항 고안과 비교대상고안 1 내지 4는 모두 버팀보 연결구조에 관련된 것으로서 기술분야가 동일하다.

이 사건 제3항 고안은 방향별 강성의 차이가 없고 압축강성이 우수한 강관 버팀보의 연결이 원활하여, 흠막이 공사가 간편하고 편리한 강관 버팀보 연결구조를 제공하는 데 그 목적이 있는데(갑 제1호증의 7쪽 <18> 참조), 비교대상고안 1은 브레이싱 없는 버팀보 공법을 제공하기 위해 종래의 H빔 대신 강관을 사용하는 것으로서, 그에 따른 강관과 띠장 및 강관과 잭의 연결구조를 제공하고 있으므로, 이 사건 제3항 고안은 그 점에서 비교대상고안 1에 비해서 목적의 특이성이 인정되지 않는다.

2) 구성 및 작용효과의 대비
가) 대비

구성	이 사건 제3항 고안	비교대상고안	비고
1-1	띠장(100)과 연결잭(300) 사이나 2개의 양 띠장(100, 200) 사이에 설치되는 강관 버팀보(400)와	비교대상고안 1의 강관 버팀보가 연결잭과 띠장 사이에 설치된 구성(갑 제5호증의 도면 2 참조)	동일
1-2a	상기 강관 버팀보(400)의 양측 단부에 각각 접합되는 제1기초판(502, 505) 	비교대상고안 1의 '강관 버팀보의 양측 단부에 각각 접합된 기초판'(갑 제5호증의 도면 2 참조) 	동일
1-2b	상기 제1기초판(502, 505)에 각각 체결되는 제2기초판(501, 504)	비교대상고안 3에서 절량(2)과 부착부(6) 또는 잭(10)과 부착부(6) 사이의 +자 형상의 사다리꼴 연결도구(7, 갑 제8호증의 도면 3, 6 참조) 	
1-2c	상기 띠장(200)이나 연결잭(300)에 각각 체결되는 제3기초판(503, 506)		
1-2e	상기 제2기초판(501, 504)과 제3기초판(503, 506)에 접합되는 제2보강판(601, 603)		
3	청구항 1 또는 청구항 2에 있어서, 상기 제1보강판(602, 604)에 대향되는 상기 제2보강판(601, 603)은 사다리꼴의 +자 형상인 것 		용이 도출

구성	이 사건 제3항 고안	비교대상고안	비고
1-2d	상기 제1기초판(502, 505)의 일측에 접합되고 상기 강관 버팀보(400)의 양측에 각각 내삽되어 강관 버팀보(400) 양측 단부와의 접촉 부위가 접합되는 제1보강판(602, 604) 제1보강판(602) : 구성 1-2d	비교대상고안 1의 +자 형상의 보강판(과, 날개 모양의 보강판)	용이 도출

나) 주요 판단

구성 1-2d는 우측의 제1보강판도 버팀보에 내삽된 것임에 비해, 비교대상고안 1의 우측 보강판은 버팀보의 외부에 접합된 점에서 차이가 있으나, 통상의 기술자라면 비교대상고안 1에서 우측의 보강판도 좌측과 동일하게 버팀보에 내삽되게 하는 것을 용이하게 도출할 수 있고, 그 효과에도 차이가 없다.

구성 1-2b,c,e와 구성 3은 인접 부재들과 체결(볼트·너트)된 것임에 비

- 6) 강관 버팀보의 좌측 단부에 접합된 기초판의 일측에 접합되고 상기 강관 버팀보에 내삽되어 강관 버팀보 단부와의 접촉 부위가 접합되는 +자 형상의 보강판(갑 제5호증의 도면 2의 'JACK 연결' 도면과 '단면 C-C' 도면 참조).
- 7) 강관 버팀보의 우측 단부에 접합된 기초판의 일측에 접합되고 상기 강관 버팀보에 외삽되어 강관 버팀보 단부와의 접촉 부위가 접합되는 날개 모양의 보강판(갑 제5호증의 도면 2의 'JACK 연결' 도면과 '단면 A-A' 도면 참조).

해, 비교대상고안 3의 대응구성은 일측은 인접 부재와 용접된 것으로 인정되고, 타측은 볼트·너트로 체결되어 그 체결 방향이 상이한 점에서 차이가 있으나, 부재 상호 간을 볼트·너트로 체결하는 것은 주지관용의 기술로서 비교대상고안 1에도 동일하게 개시되어 있으며, 또한 볼트·너트의 체결 방향은 인접 부재 상호 간의 형상에 따라 용이하게 변경할 수 있는 것이므로, 결국 구성 1-2b,c,e와 구성 3은 비교대상고안 3의 대응구성과 주지관용의 기술을 참조하여 용이하게 도출할 수 있는 것이고, 양 대응구성은 크기가 상이한 인접 부재를 서로 결합한다는 점에서 효과상의 아무런 차이가 없다.

공사규모의 크기, 버팀보의 형상, 띠장의 유무, 용접으로 결합할 것인지 등은 공사현장 상황이나 부재의 구조 등을 고려하여 용이하게 선택하여 실시할 수 있는 것으로서, 비교대상고안 1에서 버팀보와 띠장 또는 버팀보와 잭을 연결함에 있어서 단면의 크기가 상이한 양 부재를 연결하기 위해 기술분야가 동일한 비교대상고안 3의 연결도구(7)를 채택하여 결합함에 아무런 장애요인이 없으므로, 결국 통상의 기술자라면 비교대상고안 3의 연결도구(7)를 비교대상고안 1에 결합하여 구성 1-2b,c,e와 구성 3을 용이하게 도출해 낼 수 있을 것으로 판단된다.

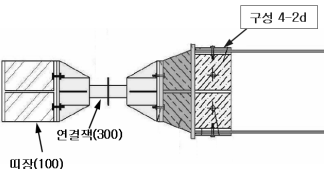
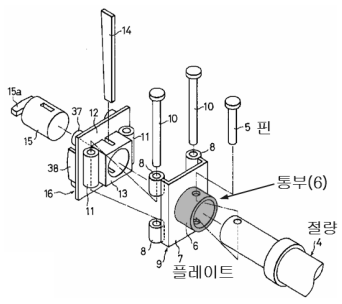
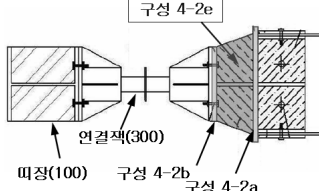
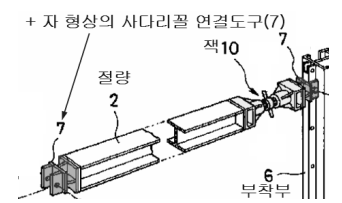
3) 소결론

이 사건 제3항 고안은 각 구성이 비교대상고안 1, 3의 대응구성과 동일하거나 그로부터 용이하게 도출할 수 있고 작용효과에도 차이가 없어서 진보성이 부정된다.

나. 이 사건 제4항 고안의 진보성 여부(=소극)

1) 구성 및 효과 대비

구성	이 사건 제4항 고안	비교대상고안	비고
4-1	띠장(100)과 연결잭(300) 사이나 2개의 양 띠장(100, 200) 사이에 설치되는 강관 버팀보(400),	※ 구성 1-1과 동일 ☞ 비교대상고안 1의 대응구성	동일

구성	이 사건 제4항 고안	비교대상고안	비고
4-2a	상기 강관 버팀보(400)의 양측 단부에 각각 접합되는 제1기초판(511, 513),	※ 구성 1-2a와 동일 ☞ 비교대상고안 1의 대응구성	동일
4-2c	상기 제1기초판(511, 513)의 일측에 접합되고 상기 강관 버팀보(400)의 양측에 각각 내삽되어 강관 버팀보(400) 양측 단부와의 접촉 부위가 접합되는 제1보강판(612, 614)	※ 구성 1-2d와 동일 ☞ 비교대상고안 1의 대응구성	용이 도출
4-2d	상기 제1기초판(511, 513)의 일측에 접합되고 상기 강관 버팀보(400)의 양측에 각각 외삽되어 강관 버팀보 양측 단부와의 접촉 부위가 접합되고 강관 버팀보에 체결부재(712, 714)에 의하여 수직으로 체결되는 제2관형 보강재(811, 813) 	비교대상고안 4의 구형 플레이트(7)에 접합되고 절량(4)에 외삽되어 핀(5)에 의해 수직으로 체결되는 통부(6) 	동일
4-2b	상기 띠장(200)이나 연결재(300)에 각각 체결되는 제2기초판(512, 514)	비교대상고안 3에서 절량(2)과 부착부(6) 사이에서 양 기초판에 접합된 +자 형상의 사다리꼴 연결도구(7, 도면 3 참조)	용이 도출
4-2e	상기 제1기초판(511, 513)과 제2기초판(512, 514)에 접합되는 제2보강판(611, 613) 	+자 형상의 사다리꼴 연결도구(7) 	용이 도출

2) 주요 판단

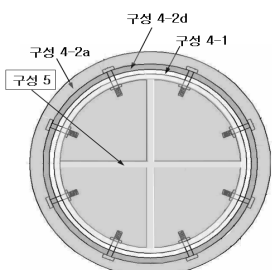
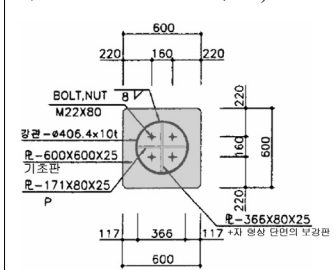
비교대상고안 4가 소규모 공사에 사용되고, 사다리꼴 +자형 보강재가 없으며, 절량(4)이 가이드 레일(1)에 직접 연결되긴 하나, 공사규모의 크기, 인접 구성을 사다리꼴 +자형 보강재로 할 것인지, 가이드 레일에 직접 연결할 것인지 등은 공사현장 상황이나 부재의 구조 등을 고려하여 용이하게 선택하여 실시할 수 있는 것으로서, 비교대상고안 1에서 기초판과 강관 버팀보를 결합함에 있어 그 결합을 견고히 하기 위해 비교대상고안 4의 통부(6)를 채택하여 결합함에 아무런 장애요인도 없으므로, 통상의 기술자라면 비교대상고안 4의 통부(6)를 비교대상고안 1에 결합하여 구성 4-2d를 용이하게 도출해 낼 수 있다.

구성 4-2b와 비교대상고안 3의 대응구성은 인접 부재와 볼트·너트의 체결 방향에서 차이가 있으나, 볼트·너트의 체결 방향은 인접 부재의 형상에 따라 용이하게 변경하여 실시할 수 있는 것이다.

3) 소결론

이 사건 제4항 고안은 각 구성이 비교대상고안 1, 3 및 4의 대응구성과 동일하거나 그로부터 극히 용이하게 도출할 수 있는 것이고, 작용효과에도 차이가 없으므로 진보성이 부정된다.

다. 이 사건 제5항 고안의 진보성 여부(=소극)

구성	이 사건 제5항 고안	비교대상고안	비고
5	청구항 4에 있어서, 상기 제1보강판(612, 614)은 +자 형상인 것을 특징으로 하는 강관 버팀보 연결 구조 	비교대상고안 1의 강관 버팀보 좌측 내부에 삽입된 +자 형상의 보강판(갑 제5호증의 도면 2의 '단면 C-C'도면 참조) 	동일

이 사건 제5항 고안은 비교대상고안 1, 3 및 4로부터 통상의 기술자가 용이하게 고안할 수 있는 것으로 그 진보성이 부정된다.

라. 이 사건 제6항 고안의 진보성 여부(=소극)

구성	이 사건 제6항 고안	비교대상고안	비고
6	청구항 4 또는 청구항 5에 있어서, 상기 제1보강판(612, 614)에 대향되는 상기 제2보강판(611, 613)은 사다리꼴의 +자 형상인 것을 특징으로 하는 강관 버팀보 연결 구조	비교대상고안 3의 절량(2)과 부착부(6) 사이 또는 잭(10)과 부착부(6) 사이의 +자 형상의 사다리꼴 연결도구(7)	동일

이 사건 제6항 고안은 비교대상고안 1, 3 및 4로부터 통상의 기술자가 용이하게 고안할 수 있는 것으로 그 진보성이 부정된다.

마. 이 사건 제7항 고안의 진보성 여부(=적극)

1) 구성 및 효과 대비

구성	이 사건 제7항 고안	비교대상고안	비고
7-1	띠장(100)과 연결책(300) 사이나 2개의 양 띠장(100, 200) 사이에 설치되는 강관 버팀보(400)	※ 구성 1-1과 동일 ☞ 비교대상고안 1의 대응구성	동일
7-2a	상기 강관 버팀보(400)의 양측 단부에 각각 접합되는 제1기초판(511, 513)	※ 구성 1-2a와 동일 ☞ 비교대상고안 1의 대응구성	동일

구성	이 사건 제7항 고안	비교대상고안	비고
7-2b	상기 띠장(200)이나 연결재(300)에 각각 체결되는 제2기초판(512, 514)	비교대상고안 3에서 절량(2)과 부착부(6) 사이에서 양 기초판에 접합된 +자 형상의 사다리꼴 연결 도구(7, 갑 제8호증의 도면 3 참조)	용이 도출
7-2e	상기 제1기초판(511, 513)과 제2기초판(512, 514)에 접합되는 제2보강판(611, 613)		
7-2c	상기 제1기초판(511, 513)의 일측에 접합되고 상기 강관 버팀보(400)의 양측에 각각 내삽되어 강관 버팀보(400) 양측 단부와 접촉 부위가 접합되는 제1보강판(612, 614)	비교대상고안 1의 ‘강관 버팀보의 좌측 단부에 접합된 기초판의 일측에 접합되고 상기 강관 버팀보에 내삽되어 강관 버팀보 단부와 접촉 부위가 접합되는 +자 형상의 보강판’(갑 제5호증의 도면 2의 ‘JACK 연결’ 도면과 ‘단면 C-C’ 도면 참조)과, 비교대상고안 4의 ‘구형 플레이트(7)에 접합되고 절량(4)에 외삽되어 판(5)에 의해 수직으로 체결되는 통부(6)(갑 제9호증의 도면 3 참조)’	도출 곤란
7-2d	상기 제1기초판(511, 513)의 일측에 접합되고 상기 강관 버팀보(400)의 양측에 내삽과 외삽되어 강관 버팀보(400) 양측 단부와 접촉 부위가 접합되는 제1관형 보강재(812, 814)와 제2관형 보강재(811, 813)		

2) 주요 판단

비교대상고안 1에는 기초판의 일측에 접합되고 강관 버팀보에 내삽된 +자 형상의 보강판만이 개시되어 있고, 비교대상고안 4에는 구형 플레이트(7)에 접합되고 질량(4)에 외삽된 통부(6)만이 개시되어 있을 뿐, 구성 7-2c 및 구성 7-2d의 제1기초판(511, 513)에 접합되고 강관 버팀보에 내삽된 제1보강판(612, 614)과 제1관형 보강재(812, 814) 및 강관 버팀보에 외삽된 제2관형 보강재(811, 813)가 일체로 형성된 구성은 개시되어 있지 아니하며, 비교대상고안들 어디에도 시사되거나 암시되어 있지 아니하므로 용이하게 도출해 낼 수 있는 것으로 보이지 아니한다.

구성 7-2c 및 구성 7-2d는 제1기초판(511, 513)의 일측에 접합되면서 강관 버팀보(400)에 내삽된 제1보강판(612, 614)과 제1관형 보강재(812, 814) 및 외삽된 제2관형 보강재(811, 813)가 일체로 강관 버팀보(400)와 접합되어 외삽 관형 보강재와 내삽 관형 보강재 및 내삽 관형 보강재를 지지하는 내삽 보강판이 상호 작용하여 강관 버팀보를 견고하게 지지하는 것으로 보임에 반해서, 비교대상고안 1, 48)는 설령 두 고안을 결합한다 하더라도 구성 7-2c 및 구성 7-2d의 지지 능력에 크게 미치지 못할 것으로 판단된다.

3) 소결론

이 사건 7항 고안은 일부 구성이 비교대상고안 1, 3의 대응구성과 동일하거나 그로부터 용이하게 도출할 수 있는 것이나, 구성 7-2c 및 구성 7-2d는 비교대상고안들로부터 용이하게 도출할 수 없고 또한 작용효과상의 현저한 차이가 있으므로 그 진보성이 인정된다.

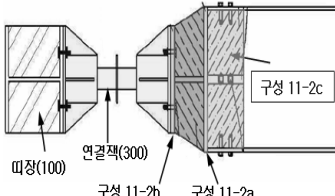
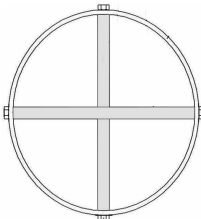
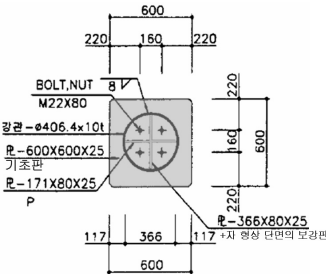
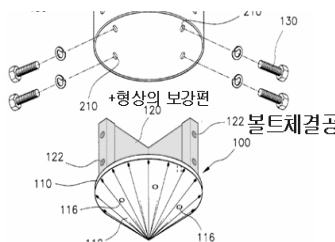
바. 이 사건 제8 내지 10항 고안의 진보성 여부(=적극)

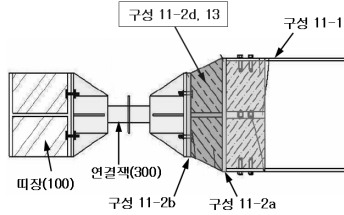
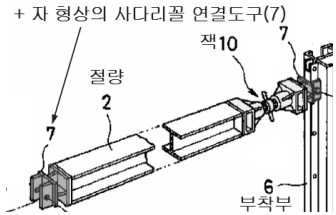
이 사건 8항 내지 10항 고안은 모두 이 사건 7항 고안의 구성을 한정하여 구체화한 종속항이므로, 이 사건 7항 고안이 진보성이 있는 이상 당연히 진보성이 있다.

8) 원심판결문 17쪽에 ‘비교대상고안 1, 3’이라고 기재되어 있으나 ‘비교대상고안 1, 4’의 오토크로 보인다.

사. 이 사건 제13항 고안의 진보성 여부(=소극)

1) 구성 및 효과 대비

구성	이 사건 제13항 고안	비교대상고안	비고
11-1	띠장(100)과 연결잭(300) 사이나 2개의 양 띠장(100, 200) 사이에 설치되는 강관 버팀보(400)	※ 구성 1-1과 동일 ☞ 비교대상고안 1의 대응구성	동일
11-2a	상기 강관 버팀보(400)의 양측 단부에 각각 접합되는 제1기초판(521, 523)	※ 구성 1-2a와 동일 ☞ 비교대상고안 1의 대응구성	동일
11-2c	상기 제1기초판(521, 523)의 일측에 접합되고 <u>나사산이 천공된 소정의 두께</u>를 가지며 상기 강관 버팀보(400)의 양측에 내삽되어 강관 버팀보(400) 양측 단부와의 접촉 부위가 접합되고 강관 버팀보(400)에 수직으로 체결되는 제1보강판(622, 624)  	비교대상고안 1의 ‘강관 버팀보의 좌측 단부에 접합된 기초판의 일측에 접합되고 상기 강관 버팀보에 내삽되어 강관 버팀보 단부와의 접촉 부위가 수직으로 접합되는 +자 형상의 보강판’ 	용이 도출
		비교대상고안 5의 볼트 체결공 	

구성	이 사건 제13항 고안	비교대상고안	비고
11-2b	상기 띠장(200)이나 연결잭(300)에 각각 체결되는 제2기초판(522, 524)	비교대상고안 3에서 절량(2)과 부착부(6) 사이에서 양 기초판에 접합된 +자 형상의 사다리꼴 연결 도구(7, 갑 제8호증의 도면 3 참조)	용이 도출
11-2d	상기 제1기초판(521, 523)과 제2기초판(522, 524)에 접합되는 제2보강판(621, 623)	+자 형상의 사다리꼴 연결 도구(7)	
13	청구항 11항 또는 청구항 12항에 있어서, 상기 제1보강판(622, 624)에 대향되는 상기 제2보강판(621, 623)은 사다리꼴의 +자 형상인 것 		

2) 주요 판단

구성 11-2c의 제1보강판은 나사산이 천공된 것임에 비해, 비교대상고안 1의 보강판은 나사공이 없다는 점에서 차이가 있으나, 부재를 나사로 상호 결합하기 위해 나사공을 형성하는 것은 주지관용의 기술이고, 또한 비교대상고안 5에도 동일한 연결구조와 볼트 체결공(122)이 개시되어 있으므로, 구성 11-2c는 비교대상고안 1의 대응구성에 주지관용의 기술을 참조하여 용이하게 도출해낼 수 있는 것이다.

구성 11-2b와 비교대상고안 3의 대응구성은 인접 부재와 볼트·너트의 체결 방향에서 차이가 있으나, 볼트·너트의 체결 방향은 인접 부재의 형상에 따라 용이하게 변경하여 실시할 수 있는 것이므로, 결국 구성 11-2b 및 구성 11-2d는 비교대상고안 3의 대응구성으로부터 용이하게 도출할 수

있는 것이다.

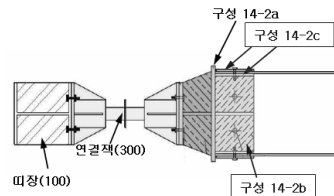
3) 소결론

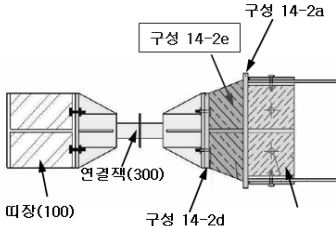
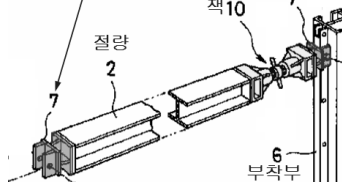
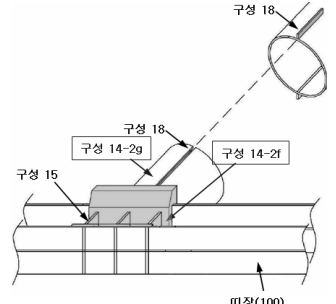
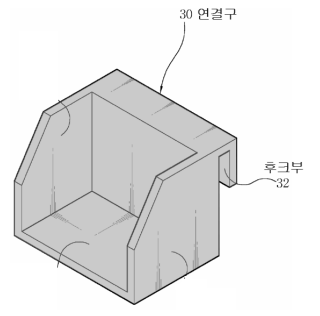
이 사건 13항 고안은 각 구성이 비교대상고안 1, 3 및 5의 대응구성과 동일하거나 그로부터 용이하게 도출할 수 있는 구성이고, 작용효과상의 차이도 없으므로, 진보성이 부정된다.

아. 이 사건 제14항 고안의 진보성 여부(=적극)

1) 구성 및 효과 대비

구성	이 사건 제14항 고안	비교대상고안	비고
14-1	띠장(200)과 연결잭(300) 사이에 설치되는 강관 버팀보(400)	※ 구성 1-1과 동일 ☞ 비교대상고안 1의 대응구성	동일
14-2a	상기 강관 버팀보(400)의 일측 단부에 접합되는 제1기초판(531)	※ 구성 1-2a와 동일 ☞ 비교대상고안 1의 대응구성	동일
14-2b	상기 제1기초판(531)에 접합되고 상기 강관 버팀보(400)의 일측에 내삽되어 상기 강관 버팀보(400) 일측 단부와 접촉 부위가 접합되는 제1보강판(632)	※ 구성 14-2b는 구성 7-2c와 동일 ※ 구성 14-2c는 구성 7-2d와 동일 ☞ 비교대상고안 1, 4의 대응구성으로부터 도출 곤란	도출 곤란
14-2c	상기 제1기초판(531)에 접합되고 상기 강관 버팀보(400)의 일측에 내삽과 외삽되어 상기 강관 버팀보(400) 일측 단부와 접촉 부위가 접합되고 상기 강관 버팀보(400)의 일측에 수직으로 체결되는 제1관형 보강재(832)와 제2관형 보강재(831)		



구성	이 사건 제14항 고안	비교대상고안	비고
14-2d	상기 연결잭(300)에 체결되는 제2기초판(532)	※ 구성 14-2d는 구성 11-2b와 동일 ※ 구성 14-2e는 구성 11-2d와 동일	용이 도출
14-2e	상기 제1기초판(531)과 제2기초판(532)에 접합되는 제2보강판(631) 	+ 자 형상의 사다리꼴 연결도구(7) 	
14-2f	상기 강관 버팀보(400)의 타측 단부에 접합되고 측방으로 돌출되어 하향 절곡된 리브(533a)가 형성되며 상기 리브(533a)가 띠장(200)에 착탈 가능하게 끼워지는 제3기초판(533)	비교대상고안 6의 ‘후크부(32)가 형성되어 띠장(15)에 착탈 가능하게 끼워지는 연결구(30)(갑 제12호증의 도면 2, 4 참조)’ 및 비교대상고안 4의 ‘구형 플레이트(7)에 접합되고 절량(4)에 외삽되어 핀(5)에 의해 수직으로 체결되는 통부(6)(갑 제9호증의 도면 3 참조)’	도출 곤란
14-2g	상기 제3기초판(533)에 접합되어 상기 강관 버팀보(400)의 타측에 내삽과 외삽되어 강관 버팀보(400) 타측 단부와 접촉 부위가 접합되는 제3관형 보강재(834)와 제4관형 보강재(833) 		

자. 이 사건 제15 내지 18항 고안의 진보성 여부(=적극)

이 사건 제15항 내지 18항 고안은 각 이 사건 제14항 고안에 구성을 추가로 부가하거나 구체적으로 한정된 종속항이므로, 이 사건 제14항 고안이 진보성이 인정되는 이상 당연히 진보성이 인정된다.

3. 결론

가. 일부인용(심결취소) 부분: 제3~6, 13항 진보성 無

원심이 이 사건 제3~6, 13항 고안에 대하여 심결과 달리 진보성 부정 판단을 한 주요 근거가 된 비교대상고안 3, 4는 심판 단계에서는 제출되지 아니하였고, 소송 단계에서 새로이 제출되었다.

나. 일부기각(심결유지) 부분: 제7~10, 14~18항 산업상 이용가능성 有 · 진보성 有

산업상 이용가능성 부분은 미완성 고안 주장에 관한 판단으로서 심판 단계에서는 없었다가 소송 단계에서 새로이 제기된 무효사유 주장에 관한 판단 부분이다.

원심이 이 사건 제7~10, 14~18항 고안에 대하여 진보성을 인정한 주요 이유는 ‘강관 버팀보에 대하여 보강판 및 하나의 관형 보강재가 내삽되고, 다른 하나의 관형 보강재가 외삽되어 일체로 형성된 구성’이 비교대상고안들에 개시되어 있지 아니하다는 점이다.⁹⁾

다만 ‘강관 버팀보에 보강판이 내삽되는 구성’에 대해서는 이 사건 제3항 고안의 구성 1-2d에 관한 판단 부분에서 비교대상고안 1의 대응구성으로부터 용이하게 도출되는 것이라고 판단하였고,¹⁰⁾ 또 ‘강관 버팀보에 하

9) 원심은, 구성 7-2c 및 구성 7-2d의 제1기초판(511, 513, 구성 14-2b에서는 531)에 접합되고 강관 버팀보에 내삽된 제1보강판(612, 614, 구성 14-2b에서는 632)과 제1관형 보강재(812, 814, 구성 14-2c에서는 832) 및 강관 버팀보에 외삽된 제2관형 보강재(811, 813, 구성 14-2c에서는 831)가 일체로 형성된 구성은 비교대상고안들에 개시되어 있지 아니하다고 판단하고 있다 (원심판결문 16-18, 22~23쪽 참조).

10) 원심은, 구성 1-2d는 ‘상기 제1기초판(502, 505)의 일측에 접합되고 상기 강관 버팀보(400)의

나의 관형 보강재가 외삽되는 구성'에 대해서도 이 사건 제4항 고안의 구성 4-2d에 관한 판단 부분에서 비교대상고안 4의 대응구성과 동일한 것이라고 판단하였으므로,¹¹⁾ 결국 위 '강관 버팀보에 대하여 보강판 및 하나의 관형 보강재가 내삽되고, 다른 하나의 관형 보강재가 외삽되어 일체로 형성된 구성' 가운데에서도 원심이 이 사건 제7~10, 14~18항 고안의 진보성을 인정한 핵심적인 이유는 '강관 버팀보에 대하여 하나의 관형 보강재가 내삽되고, 다른 하나의 관형 보강재가 외삽되어 일체로 형성된 구성'이라고 할 것이다.

【上告理由의 要旨】

1. 원고의 상고이유

가. 제1점: 미완성 고안 판단의 법리오해 등

이 사건 제7 내지 10항, 제14 내지 18항 고안의 제1보강판 구성은 그 청

양측에 각각 내삽되어 강관 버팀보(400) 양측 단부와의 접촉 부위가 접합되는 제1보강판(602, 604)'으로서, 비교대상고안 1의 '강관 버팀보의 좌측 단부에 접합된 기초판의 일측에 접합되고 상기 강관 버팀보에 내삽되어 강관 버팀보 단부와의 접촉 부위가 접합되는 +자 형상의 보강판'(갑 제5호증의 도면 2의 'JACK 연결' 도면과 '단면 C-C' 도면 참조)과 '강관 버팀보의 우측 단부에 접합된 기초판의 일측에 접합되고 상기 강관 버팀보에 외삽되어 강관 버팀보 단부와의 접촉 부위가 접합되는 날개 모양의 보강판'(갑 제5호증의 도면 2의 'JACK 연결' 도면과 '단면 A-A' 도면 참조)에 대응하고, 양 대응구성은 좌측 기초판에 접합되고 강관 버팀보에 내삽되어 강관 버팀보 단부와의 접촉 부위가 접합되는 보강판인 점에서 동일하며, 다만 구성 1-2d는 우측의 제1보강판도 버팀보에 내삽된 것임에 비해, 비교대상고안 1의 우측 보강판은 버팀보의 외부에 접합된 점에서 차이가 있으나, 통상의 기술자라면 비교대상고안 1에서 우측의 보강판도 좌측과 동일하게 버팀보에 내삽되게 하는 것을 용이하게 도출할 수 있고, 그 효과에도 차이가 없다고 판단하고 있다(원심판결문 8~9쪽 참조). 그런데 이 사건 제7항 고안의 구성 7-2c는 위 구성 1-2d와 동일한 내용의 구성이다.

- 11) 원심은, 구성 4-2d는 '상기 제1기초판(511, 513)의 일측에 접합되고 상기 강관 버팀보(400)의 양측에 각각 외삽되어 강관버팀보 양측 단부와의 접촉 부위가 접합되고 강관버팀보에 체결부재(712, 714)에 의하여 수직으로 체결되는 제2관형 보강재(811, 813)'로서, 비교대상고안 4의 구형 플레이트(7)에 접합되고 절량(4)에 외삽되어 핀(5)에 의해 수직으로 체결되는 통부(6)에 대응되며, 양 대응구성은 기초판(구형 플레이트)의 일측에 접합되고 상기 강관 버팀보(절량)에 외삽되어 강관버팀보 양측 단부와의 접촉 부위가 접합되고 강관버팀보에 체결부재(핀)에 의하여 수직으로 체결되는 관형 보강재(통부)인 점에서 구성이 동일하고, 작용효과의 차이도 발견할 수 없다고 판단하고 있다(원심판결문 12~13쪽 참조).

구범위에 기재된 바와 같이, 일측은 제1기초판에 접합되고 타측은 강관 버팀보의 양측에 각각 내삽되어 강관 버팀보 양측 단부와 접촉 부위가 접합되는 구성으로서, 그 문언상 제1보강판이 강관 버팀보의 단부와 직접 접촉하여 접합되는 것이고, 다른 구성요소를 통하여 간접적으로 연결되는 것이 아님이 명백하다. 또한 명세서의 고안의 상세한 설명에서도 청구범위의 위 문언을 단순히 반복하고 있을 뿐 특별히 더 설명되어 있지도 않다.

그런데도 원심은, ‘제1보강판이 제1기초판을 매개로 강관 버팀보에 접합된다고 볼 수 있거나, 제1보강판, 제1관형 보강재 및 강관 버팀보가 연속하여 접합된다고 볼 수 있다’고 볼 수 있다는 이유를 들어 그 실시가 불가능하지 않다고 판단함으로써, 마치 제1보강판과 강관 버팀보가 또다른 구성요소를 통하여 간접적으로 접합되는 것도 이 사건 제7 내지 10항, 제14 내지 18항 고안의 권리범위에 포함되는 것처럼 해석하고 있다.

이러한 원심판결에는 고안의 문언에 의해 한정된 구성을 면밀히 검토하지 못한 채 그 해석을 그르쳐 미완성 고안 해당 여부 판단에 관한 법리오해 등의 위법이 있다.

나. 제2점: 진보성 판단의 법리오해 등

이 사건 제7 및 14항 고안에서 ‘강관 버팀보에 제1관형 보강재가 내삽되고 강관 버팀보에 제2관형 보강재가 외삽되어 일체로 형성된 구성(구성 7-2d, 구성 14-2c)’은 비교대상고안 4의 ‘통부가 버팀부 본체에 외삽된 구성’ 및 갑 제10호증¹²⁾에 개시된 ‘단면구조로 볼 때 강관을 기준으로 고정링이 내삽된 구성’을 단순히 결합하여 통상의 기술자가 극히 용이하게 고안할 수 있는 것임에도, 원심은 ‘내삽’과 ‘외삽’이 일체화된 구성이 반드시 하나의 선행기술에 모두 나타나 있어야 한다는 잘못된 전제하에, 비교대상고안 4와 갑 제10호증의 결합을 통한 이 사건 제7 및 14항 고안의 위 구성에 대한 도출 가능성을 심리하지 아니하였다.

12) 1975. 4. 11. 공개된 일본 공개실용신안공보 실개소50-33508호로서, 원심에서 원고가 주지관용기술 입증을 위하여 제출한 증거이다.

원심은 종속항인 제8 내지 10항 고안과 제15 내지 18항 고안에 대해서, ‘강관 버팀보에 제1관형 보강재가 내삽되고 강관 버팀보에 제2관형 보강재가 외삽되어 일체로 형성된 구성(구성 7-2d, 구성 14-2c)’을 포함하고 있다는 이유로 진보성을 인정하였는데, 구성 7-2d 및 구성 14-2c를 제외한 다른 구성들도 비교대상고안들과 동일하거나 이로부터 용이하게 도출할 수 있는 것이어서 진보성이 부정되어야 한다.

다. 제3점: 주지관용기술 증명 방법 및 변론종결 후 재개 필요성에 관한 법리오해 등

이 사건 제7 내지 10항 및 제14 내지 18항 고안의 구성 중 ‘강관 버팀보에 대하여 제1관형 보강재가 내삽되고 제2관형 보강재가 외삽되어 일체로 형성된 구성’은 변론종결 직후 참고자료로 제출한 비교대상고안 8 내지 14에 의하여 주지관용기술임이 확인되거나 적어도 공지기술임이 분명하다.

심결취소소송에서 법원은 자유로운 심증에 의하여 ‘증거 등 기록에 나타난 자료’를 통하여 주지관용기술을 인정할 수 있으므로, 원심은 비교대상고안 8 내지 14의 내용을 살펴 위 구성을 주지관용기술로 보고 이를 전제로 변론재개 없이 진보성 판단을 하였어야 한다.

가사 만에 하나 비교대상고안 8 내지 14에 의하여 위 구성을 주지관용기술로 인정할 수 없다고 하더라도, 원심은 마땅히 변론을 재개하여 비교대상고안 8 내지 14에 대한 증거조사를 통하여 이를 선행기술(새로운 비교대상고안)로 채택하여 심리 및 판단을 하였어야 한다.

2. 피고의 상고이유

☞ 이 사건 제3 내지 6 및 13항 고안의 진보성을 부정한 원심판단이 부당하다는 취지로 구체적으로는 아래와 같이 주장한다.

가. 목적 및 효과 대비에 관하여

이 사건 등록고안의 목적은 ‘압축강성이 약축 및 강축의 구별이 없어 압

축재로서 효율적인 강관 버팀보를 띠장이나 연결잭에 원활히 연결하여 시공의 간편성을 향상시키고 그 연결부의 강성을 향상시키기 위한 것, 즉 띠장이나 연결잭에 접합이 어려운 강관 버팀보를 손쉽게 견고하게 연결하기 위한 연결부재'에 관한 것이다. 이에 대하여 비교대상고안들 어디에도 원형 강관 버팀보를 띠장 또는 연결잭에 연결하기 위한 연결부재에 관한 기재도 없고 암시조차도 없으며 시사된 바도 없다.

이 사건 등록고안은 '지하철과 같은 대단위 굴착공사에서 시공의 경제성, 편의성 및 접합부 강성의 증가'라는 효과를 가지고 있으나, 이러한 효과는 비교대상고안들로부터 기대할 수 없는 것이다.

나. 이 사건 등록고안의 상업적 성공에 관하여

이 사건 등록고안은 2005년에 국내외에서 최초로 개발하여 등록된 고안이다. 당시 국내의 버팀목 기술분야에서는 H-형 버팀보만을 이용한 시공만이 실시되고 있었으므로, 강관 버팀보를 이용한 이 사건 등록고안은 혁신적인 공법 내지 구조로 인정받았다.

이에 2006. 6. 14.자 서울특별시지하철건설본부의 지하철기술회보에 이 사건 등록고안을 바탕으로 하는 강관 버팀보 시공 공법이 상세하게 소개되었고, 이 사건 등록고안을 기초로 한 제품이 2009년, 2010년, 2011년 3회 연속하여 건설협회 산하 건설경제신문이 선정한 '건설경제 Best 상품'으로 선정되었으며, 2011년에는 국토해양부 장관 표창, 지식경제부 장관 표창, 국회 국토해양위원회 위원장 표창을 수여받기도 했다.

다. 구성 대비에 관하여

이 사건 제3항 고안의 제2기초판(501, 504), 제4 내지 6항 고안의 제1기초판(511, 513) 및 제11 내지 13항 고안의 제1기초판(521, 523)은 20mm 두께만으로 300여 t의 축력을 견딜 수 있도록, 여기에 제1보강판, 제2보강판 및 관형 보강재가 접합되어 보강된다. 이러한 구조는 비교대상고안 1, 3 및 4에서 찾아볼 수 없는 것이다.

이 사건 제6 및 13항 고안의 ‘제1기초판’은 제1보강판 및 제2보강판과 완전 접합되어 있어 300여 t의 축력을 견딜 수 있으나, 비교대상고안들의 기초판은 분리가능하게 접합되어 있어서 300여 t의 축력을 받기 전에 파괴된다.

비교대상고안 3¹³⁾은 철탑 콘크리트 기초를 만들기 위한 폭·넓이·깊이 3m 이내의 소규모 가설 흙막이용에 불과하고, 비교대상고안 4도 폭·넓이·깊이가 3m 이내인 소규모 관로(상·하수도관, 가스관, 송유관) 공사 등에 사용되는 제품인 데 반해, 이 사건 등록고안은 지하철 내지 지하철도의 폭 40m, 길이 1.8km, 깊이 20~35m로 굴착해내야 하는 현장에 적용되는 것이므로, 그 규모와 조건에 차이가 있다. 따라서 이 사건 등록고안의 사다리꼴 +형 보강재의 형상을 비교대상고안 3과 대비하고, 비교대상고안 4의 통부(6)를 이 사건 등록고안의 제2관형 보강재와 대비하여 진보성을 부정할 수는 없는 것이다.

【解 說】

1. 원고의 상고이유에 관하여(=제3점 이유 있어 파기환송)

가. 제1점에 관하여

1) 고안(발명)의 완성 여부의 판단 기준¹⁴⁾

특허를 받을 수 있는 발명은 완성된 것이어야 하는데, 완성된 발명이란 그 발명이 속하는 분야에서 통상의 지식을 가진 자가 반복 실시하여 목적하는 기술적 효과를 얻을 수 있을 정도까지 구체적, 객관적으로 구성되어 있는 발명으로서, 그 판단은 특허출원의 명세서에 기재된 발명의 목적, 구성 및 작용효과 등을 전체적으로 고려하여 출원 당시의 기술수준에 입각하

13) 피고의 상고이유서 15쪽에 ‘비교대상고안 2’라고 기재되어 있으나 ‘비교대상고안 3’의 오키로 보인다.

14) 미완성 고안 여부의 판단 기준은 미완성 발명 여부의 판단 기준과 동일하게 보아야 하고, 전자를 후자와 구별하여 별도로 논의하고 있지도 않다.

여 판단하여야 하고(대법원 1994. 12. 27. 선고 93후1810 판결 참조), 특허 출원의 명세서에 발명의 내용이 그 정도까지 기재되어 있지 아니하다면 그 발명은 완성되었다고 볼 수 없다(대법원 2004. 10. 28. 선고 2002후2488 판결 참조).

발명으로 성립되지 않은 경우 특허법상 적용되는 법 조항은 실무상 특허법 제29조 제1항 본문에서의 산업상 이용가능성에 관한 것이다. 불성립발명과 산업상 이용될 수 없는 발명은 구별되는 개념으로 볼 수 있지만 발명의 성립성 위반이 제한열거적인 특허법상의 거절이유에 기재되어 있지 않기 때문에 실무상 우회적으로 산업상 이용가능성이 흠결된 것을 이유로 거절하고 있다.¹⁵⁾

미완성 발명을 어떻게 취급할 것인가에 관하여, 일본 最高裁判所 昭和49年(行ツ) 第107号 사건에 관한 1977(=昭和 52)년 10월 13일 제1소법정 판결은, 원심결이 발명 미완성을 이유로 특허거절한 것에 대해 법적으로 그 실체를 파악하기 어려운 거절이유를 안출한 것이라는 이유로 원심결을 취소한 원심(동경고등재판소)판결을 파기하면서, 아래와 같이 판시하여 미완성 발명을 산업상 이용가능성 없는 것의 범주에 포함시키고 있고, 우리 특허청, 특허심판원, 특허법원 실무도 같은 입장이라고 할 수 있다.

특허법상 ‘발명’은 기술적 사상, 즉 기술에 관한 사상이 아니면 아니 된다고 규정하고 있는데, 특허제도의 취지에 비추어 보면, 그 기술 내용은 당해 기술 분야에서의 통상의 지식을 가지는 사람이 반복 실시하고 목적이라고 하는 기술 효과를 거둘 수 있는 정도에까지 구체적·객관적인 것으로 구성되어 있지 않으면 아니 된다고 봄이 상당하고, 기술 내용이 위의 정도로 구성되어 있지 않은 것은 발명으로서 미완성인 것으로서, 특허법상의 ‘발명’이라고는 할 수 없다고 보아야 한다[일본 最高裁判所 昭和 39年(行ツ) 第92号, 1969년(=昭和 44)년 1월 28일 제3소법정 판결]. 특허법은 출원발명이 ‘산업상 이용가능한

15) 정태호, “특허법상 미완성발명과 기재불비의 적용관계에 관한 검토”, 창작과 권리(제62호), 세창출판사(2011), 2 참조.

발명'임을 특허요건의 하나로 하고 있고, 여기서 '발명'의 의미는 위에서 본 바와 같이 이해해야 하는 것이기 때문에, 출원발명이 발명으로서 미완성인 것인 경우 '산업상 이용가능한 발명'이 아님을 이유로 하여 특허거절을 하는 것은 특허법이 당연히 예정하고 있고, 또한 요청하는 바라고 보아야 한다.

한편 실용신안법상 고안이 미완성인 경우에 관하여도, 일본 東京高等裁判所 平成2年(行ケ)第54号 사건에 관한 1991(=平成 11)년 4월 11일 판결은, 위 미완성 발명의 경우와 마찬가지로 판시하고 있고, '고안'의 미완성과 '발명'의 미완성을 달리 취급할 필요성은 없으므로 타당한 입장이라고 생각된다.

고안에 대해 실용신안권이 인정되기 위해서는, 당업자(통상의 기술자)가 명세서 및 도면의 기재에 기초하여 이것을 반복 실시하고 소기의 기술적 과제를 달성 할 수 있는 정도까지 구체적·객관적인 것으로 구성되어 있는 것을 필요로 하고, 명세서 및 도면에 기재된 기술 내용이 이런 정도로 구성되어 있지 않은 것은 고안으로서 미완성인 것이어서, 실용신안법상 고안이라고 할 수 없다. 따라서 이러한 실용신안 등록출원은 실용신안법상 '산업상 이용가능한 고안'에 해당하지 않는 것을 이유로 거절된다고 하여야 한다.

2) 이 사건에의 적용

☞ 위 판단 기준에 따라 이 사건 제7 내지 10항, 제14 내지 18항 고안이 그 고안이 속하는 기술분야에서 통상의 지식을 가진 자가 반복 실시하여 목적하는 기술적 효과를 얻을 수 있을 정도까지 구체적, 객관적으로 구성되어 있는지를, 특히 원고가 주장하는 제1보강판 구성과 관련하여 살펴본다. 제1보강판 구성은 이 사건 제7 내지 10항, 제14 내지 18항 고안에서 공통되므로, 이 사건 제7항 고안에 관한 검토가 위 각 고안에 동일하게 적용된다.¹⁶⁾

16) 원고의 주장 및 원심의 판단도 마찬가지로 이 사건 제7항 고안에 관하여 주장 및 판단하면서 이를 이 사건 제7 내지 10항, 제14 내지 18항 고안에 동일하게 적용하고 있다.

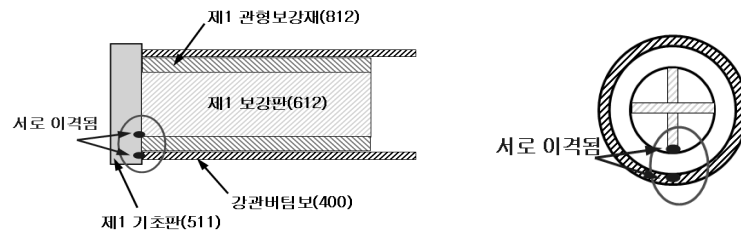
가) 이 사건 제7항 고안의 청구범위의 기재

구성 7-2a	강관 버팀보(400)의 양측 단부에 각각 접합되는 제1기초판(511, 513)
구성 7-2c	제1기초판(511, 513)의 일측에 접합되고 상기 강관 버팀보(400)의 양측에 각각 내삽되어 강관 버팀보(400) 양측 단부와 접촉 부위가 접합되는 제1보강판(612, 614)
구성 7-2d	제1기초판(511, 513)의 일측에 접합되고 상기 강관 버팀보(400)의 양측에 내삽과 외삽되어 강관 버팀보(400) 양측 단부와 접촉 부위가 접합되는 제1관형 보강재(812, 814)와 제2관형 보강재(811, 813)

나) 상세한 설명의 기재

+자 제1보강판(612)은 강관 버팀보(400)에 내삽되고 상기 이종의 제1관형 및 제2관형 보강재(812, 811) 사이에 강관 버팀보(400)의 일측이 삽입되어 상기 강관 버팀보(400)의 일측 단부와 제1보강판(612) 및 관형 보강재(811, 812)의 접촉 부위가 용접 등으로 접합

다) 구체적인 검토



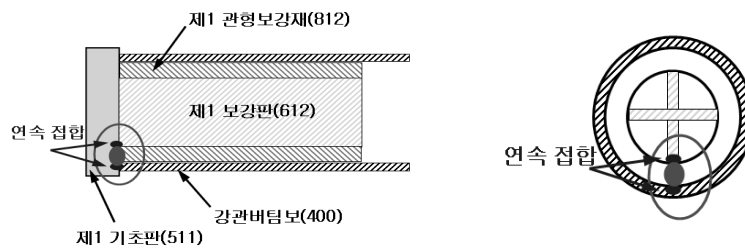
이 사건 제7항 고안의 구성 7-2c에 관한 개념도

쟁점은 청구범위에 기재된 “강관 버팀보(400) 양측 단부와 접촉 부위가 접합되는 제1보강판(612, 614)”에서 ‘접촉 부위’에 대한 해석이다.

제1보강판(612, 614)과 강관 버팀보(400)의 단부는 제1관형 보강재에 의해 이격되어 있으므로(위 개념도 참조), 구성 7-2c만을 해석하면, 일응 양 구성 간에 직접적인 접촉을 암시하는 ‘접촉 부위’라는 표현은 명확하지 않

은 것으로 볼 수도 있다.

그러나 구성 7-2d에는 “강관 버팀보(400) 양측 단부와 접촉 부위가 접합되는 제1관형 보강재(812, 814)”라는 내용이 있으므로(아래 도면 참조), 결국 강관 버팀보(400)의 단부와 제1보강판(612) 및 제1관형 보강재(812)는 연속적으로 접합된 것이거나, 적어도 제1기초판(511)과의 접합을 통해 서로 연결된 것임을 알 수 있다. 또한 상세한 설명도 같은 취지로 기재되어 있으므로, 청구의 범위와 상세한 설명을 포함한 명세서 전체적인 기재에 비추어 보면, 통상의 기술자가 충분히 이와 같이 이해할 수 있으리라고 보인다.



이 사건 제7항 고안의 구성 7-2c와 구성 7-2d를 합친 형태

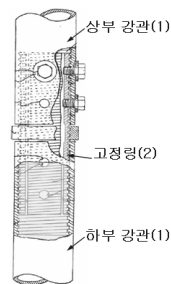
결국 미완성 고안이라는 원고의 위 주장은, 이 사건 제7 내지 10항, 제14 내지 18항 고안의 제1보강판은 강관 버팀보의 단부와 직접 접촉하여 접합되는 것이고, 다른 구성요소를 통하여 간접적으로 연결되는 것이 아님이 명백하다는 점을 전제로 하고 있으나, 청구범위의 다른 구성요소와의 유기적 연결관계 및 상세한 설명의 기재를 전체적으로 고려하면, 원고의 주장과 같이 한정적인 구성(제1보강판이 강관 버팀보의 단부와 직접 접촉하여 접합)이 아니라 강관 버팀보(400)의 단부와 제1보강판(612) 및 제1관형 보강재(812)가 연속적으로 접합된 것이거나, 적어도 제1기초판(511)과의 접합을 통해 서로 연결된 것임을 쉽게 알 수 있어(원심판단도 같은 취지이다), 위 주장은 그 전제 자체가 잘못된 것이다.

따라서 원고의 상고이유 제1점에 관한 주장은 받아들일 수 없다.

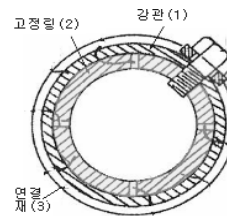
나. 제2점에 관하여

1) 갑 제10호증에 나타나 있는 기술 내용

갑 제10호증은 1975. 4. 11. 공개된 일본 공개실용신안공보 실개소 50-33508호로서, 원심에서 원고가 주지관용기술 입증을 위하여 제출한 증거이다. 갑 제10호증에는 아래 도면과 같은 구성이 나타나 있다.



제1도: 일부 절결 정면도



제2도: 횡단면 평면도

2) 원심에서의 관련 주장 및 판단의 요지

원심에서 원고는 당초 갑 제10호증에는 ‘고정링(2)을 강관(1)에 내삽시키고 원통형상의 연결재(3)를 강관(1)에 외삽시키는 구성’이 나타나 있고 위 구성은 주지관용기술이라고 주장하였다. 나아가 이 사건 제7, 14항 고안의 ‘강관 버팀보에 대하여 하나의 관형 보강재가 내삽되고, 다른 하나의 관형 보강재가 외삽되어 일체로 형성된 구성’은 비교대상고안 4의 ‘통부가 버팀부 본체에 외삽된 구성’에 갑 제10호증에 나타나 있는 주지관용기술을 조합하면 통상의 기술자가 극히 용이하게 도출할 수 있는 것이라고 주장하였다(원고의 2011. 10. 17.자 준비서면 15, 43, 44, 53, 54, 56쪽 참조). 그런데 위 주장은 갑 제10호증 자체에 ‘내·외삽되는 관형 부재’가 모두 개시되어 있고 이것이 주지관용기술이므로 이로부터 이 사건 제7, 14항 고안의 위 구성이 극히 용이하게 도출된다는 것인지, 아니면 갑 제10호증에 나타나 있는 ‘내삽되는 관형 부재’를 비교대상고안 4에 나타나 있는 ‘외삽되는 관형 부재(통부)’와 결합하여 이 사건 제7, 14항 고안의 위 구성이 극히 용이

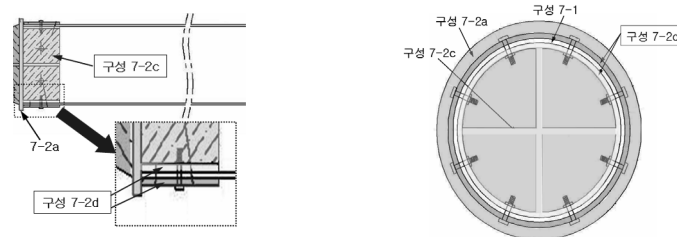
하게 도출된다는 것인지 다소 불분명하였다.

한편 원고는 2011. 12. 13.자 참고서면 2쪽에서는, 이 사건 제7항 고안의 ‘강관 버팀보에 대하여 하나의 관형 보강재가 내삽되고, 다른 하나의 관형 보강재가 외삽되어 일체로 형성된 구성’은 비교대상고안 4의 ‘통부가 버팀부 본체에 외삽된 구성’ 및 갑 제10호증에 개시된 ‘단면구조로 볼 때 강관을 기준으로 고정링이 내삽된 구성’을 단순히 결합하여 ‘통상의 기술자가 극히 용이하게 고안할 수 있는 것’이라는 취지로 주장을 보다 명확하게 정리하였는데, 위 참고서면은 변론종결 후 제출된 것이어서 변론절차에서 진술되지 아니하였다.

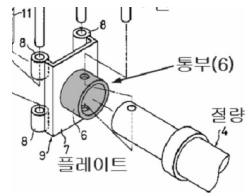
이에 대하여 원심은, 2011. 12. 28. 판결을 선고하면서 갑 제10호증에 양 강관(1)에 내삽된 고정링(2)은 있으나 연결재(3)는 외삽된 관이 아니고 단순히 양 강관(1) 사이에 있는 부재에 불과하며, 또한 강관(1)을 연결하는 내삽된 고정링(2)도 두개의 양 강관(1)을 연결하는 것으로 제1기초판(511, 513)의 일측에 접합되어 강관 버팀보에 내삽된 제1관형 보강재(812, 814)와는 그 연결 구조와 기능이 상이하다는 이유로 원고의 위 주장을 배척하였다. 또한 원심은 비교대상고안 4는 ‘외삽되는 관형 부재(통부)’만을 개시하고 있어 진보성 부정의 근거가 되기에 부족하다는 취지로 판단하였다.

☞ 이러한 원심의 판단은 갑 제10호증이든 비교대상고안 4이든 ‘내·외삽되는 관형 부재’를 하나의 선행기술에서 모두 개시하고 있지는 않으므로 진보성 부정의 근거가 되기에 부족하다는 취지를 담고 있는 것이라고 보인다.

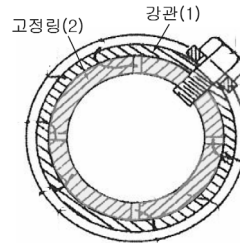
3) 상고이유 주장에 관한 검토



이 사건 제7항 고안의 7-2d



비교대상고안 4



갑 제10호증

원고가 이 부분 관련하여 상고이유로 주장하고 있는 내용은 위 2011. 12. 13.자 참고서면 2쪽에서 기재한 내용과 같은 취지이다. 원심에서 판단된 바에 따라 갑 제10호증에 ‘강관(1)에 외삽되는 구성’은 나타나 있지 않다는 점은 인정하고 있다. 상고이유 주장을 도표로 표현하면 아래와 같다.

구성 7-2d의 강관 버팀보(400)의 양측에 내삽된 제1관형 보강재(812, 814)	갑 제10호증에서 강관(1)에 내삽된 고정링(2)
구성 7-2d의 강관 버팀보(400)의 양측에 외삽된 제2관형 보강재(811, 813)	비교대상고안 4에서 절량(4)에 외삽된 통부(6)
구성 7-2d	단순결합

살피건대, 이 사건 등록고안의 명세서에는 아래와 같이, 이종(異種)의 관형 보강재를 내삽과 외삽으로 동시에 결합시키는 구성에 의해 강관 버팀보(400)가 외부로부터 압축력을 받게 되어 체결부재(712, 714)로 강관 버팀보(400)와 두 관형 보강재를 체결하지 않아도 되는 효과가 있다는 취지로 기재되어 있다.

상기 이종의 제1관형 보강재(812, 814)와 제2관형 보강재(811, 813) 사이에 강관 버팀보(400)가 끼워지는 경우에, 상기 강관 버팀보(400)는 외부에서 압축력을 받고 있으므로 상기 체결부재(712, 714)로 강관 버팀보(400)와 제1관형 보강재(812, 814)와 제2관형 보강재(811, 813)를 체결하지 않아도 된다. 상기 강관 버팀보(400)에 외삽되거나 내삽되는 하나의 관형 보강재 즉, 제1

관형 보강재(812, 814) 또는 제2관형 보강재(811, 813) 중 어느 하나만 있는 경우에는 체결부재(712, 714)로 강관 버팀보(400)와 제1관형 보강재(812, 814) 또는 제2관형 보강재(811, 813) 중에서 어느 하나를 체결해야 된다.¹⁷⁾

이러한 명세서 기재에 의하면, 제1관형 보강재(812, 814)와 제2관형 보강재(811, 813)는 그 명칭 자체로부터 강관 버팀보(400)를 ‘보강’하는 부재이기도 하지만, 강관 버팀보(400)에 각각 내삽 및 외삽됨으로써 강관 버팀보(400)를 고정시키는 기능도 수행하는 구성임을 알 수 있다.

이에 비하여, 갑 제10호증의 도면에 나타나 있는 고정링(2)은 상·하부 강관(1)을 연결하는 부재이면서 상·하부 강관(1) 내면과의 나선 이동을 통해 강관의 길이를 조정하는 기능을 수행하는 구성임을 알 수 있다.¹⁸⁾ 참고로 위 고정링(2)이라는 명칭은 원고가 임의로 부여한 것이고 갑 제10호증의 원문상으로는 ‘계수재(繼手材)’ 즉 ‘연결부재’로 되어 있다.

이렇듯 이 사건 제7항 고안의 제1관형 보강재와 갑 제10호증의 고정링(2)은 단지 강관 내부에 삽입된다는 점에서만 공통될 뿐 기본적인 기능이 현저히 다른 구성요소라 할 것이다.

따라서 위 고정링(2)이 강관(1)에 내삽되어 있는 형태로부터 제1관형 보강재(812, 814)가 강관 버팀보(400)에 내삽되는 구조를 극히 용이하게 도출할 수 있다고 보기는 어렵다고 생각된다.

결국 원고의 상고이유 제2점에 관한 주장도 받아들일 수 없다.

다. 제3점에 관하여

1) 문제의 소재

위에서 본 바와 같이 원심이 이 사건 제7 내지 10항, 제14 내지 18항 고안에 대하여 진보성을 인정한 핵심적인 이유는 ‘강관 버팀보에 대하여 하나의 관형 보강재가 내삽되고, 다른 하나의 관형 보강재가 외삽되어 일체

17) 갑 제3호증의 10쪽 <42> <43> 참조.

18) 또한 위 고정링(2) 역시 상·하부 강관(1) 내부에 삽입됨으로써 상·하부 강관(1)을 보강하는 역할도 수행할 것이라고 보아기는 한다.

로 형성된 구성'이 비교대상고안들에 개시되어 있지 아니하다는 점이다.

원고는 원심변론종결 전까지는 위 구성이 갑 제10호증에 기재된 기술에 의하여 개시된 것이라는 취지의 주장만을 하다가, 변론종결 후 새로이 참고자료로 비교대상고안 8 내지 14를 제출하면서 그 참고서면에서 위 구성이 비교대상고안 8 내지 14에 의하여 주지관용기술임이 확인되거나 적어도 공지기술임이 분명하다는 취지의 주장을 추가로 제출하였다. 다만 변론재개신청을 명시적으로 하지는 않았다.

그런데 원심은 위 변론종결 후 제출된 참고자료의 내용을 심리하기 위하여 변론을 재개하는 조치 없이 변론종결 전까지 제출된 주장, 증거만을 토대로 판결에 이르렀다.

이에 이러한 원심의 조치에 변론종결 후 재개 필요성에 관한 법리오해 등의 잘못이 있는 것인지가 문제된다.

한편 원고의 이 부분 상고이유 주장에는 '변론종결 후 제출된 참고자료'를 통하여도 주지관용기술을 인정하여야 한다는 취지를 포함하고 있으므로, 이 점에 관하여도 살펴볼 필요가 있다.

2) 변론의 재개 필요성에 관하여

가) 판단 기준

(1) 관련 대법원판결의 내용

(가) 대법원 2010. 10. 28. 선고 2010다20532 판결은 아래와 같이 판단 기준을 밝히고 있다.

당사자가 변론종결 후 주장·증명을 제출하기 위하여 변론재개신청을 한 경우 당사자의 변론재개신청을 받아들일지 여부는 원칙적으로 법원의 재량에 속한다(대법원 1987. 12. 8. 선고 86다카1230 판결, 대법원 2009. 7. 23. 선고 2008다14619 판결 등 참조). 그러나 변론재개신청을 한 당사자가 변론종결 전에 그에게 책임을 지우기 어려운 사정으로 주장·증명을 제출할 기회를 제대로 갖지 못하였고, 그 주장·증명의 대상이 판결의 결과를 좌우할 수 있는 관건적 요증사실에 해당하는 경우 등과 같이, 당사자에게 변론을 재개하여 그 주장·증

명을 제출할 기회를 주지 않은 채 패소의 판결을 하는 것이 민사소송법이 추구하는 절차적 정의에 반하는 경우에는 법원은 변론을 재개하고 심리를 속행할 의무가 있다. 또한 법원이 사실상 또는 법률상 사항에 관한 석명의무나 지적의무 등을 위반한 채 변론을 종결하였는데 당사자가 그에 관한 주장·증명을 제출하기 위하여 변론재개신청을 한 경우 등과 같이 사건의 적정하고 공정한 해결에 영향을 미칠 수 있는 소송절차상의 위법이 드러난 경우에는, 사건을 적정하고 공정하게 심리·판단할 책무가 있는 법원으로서는 그와 같은 소송절차상의 위법을 치유하고 그 책무를 다하기 위하여 변론을 재개하고 심리를 속행할 의무가 있다.

(나) 또한 대법원 2011. 6. 10. 선고 2011다5592 판결은 아래와 같이 설시하여, 명시적으로 변론재개신청을 하지는 않고 자료만 제출한 경우에도 대법원 2010. 10. 28. 선고 2010다20532 판결의 판단 기준에 따라 법원의 변론재개의무가 인정될 수 있음을 인정하고 있다.

…… 변론을 종결하였더라도, 그 후에 피고가 2010. 12. 2.자로 “증거자료 제출”이라는 서면을 제출하면서, 피고를 위탁처리업체로 기재한 원고 명의의 건설폐기물처리계획서 및 그에 대한 이천시장 명의의 신고필증, 원고의 공사현장에서 배출되는 건설폐기물을 피고가 반입한 내역이 기재되어 있는 반입·반출증(피고는 “원고의 현장직원들로부터 확인받았다.”는 취지로 위 반입·반출증을 제출하고 있다) 등을 추가로 제출하고 있다면, 이는 위 문서들을 증거로 제출할 수 있도록 변론을 재개하여 달라는 취지의 신청으로 설행해 볼 수 있으므로, 원심으로서 변론을 재개하여 피고로 하여금 추가 증거자료들을 제출하고 원고의 위 주장에 대한 의견을 진술할 기회를 부여한 다음, 피고 주장의 당부에 대하여 판단하였어야 한다.

그럼에도 불구하고 원심은 이에 이르지 않은 채 위 판시와 같은 이유만을 들어 피고의 주장을 배척하고 말았으니, 원심판결에는 석명권 행사를 게을리 하고 변론재개의무를 위반하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

(다) 나아가 행정소송에 관한 대법원 2013. 3. 14. 선고 2011두 7991 판결에서도 대법원 2010. 10. 28. 선고 2010다20532 판결을 인용하여 같은 취지로 실시하고 있다. 대법원 2013. 3. 14. 선고 2011두 7991 판결 역시 당사자가 명시적으로 변론재개신청을 한 것은 아니었으나 대법원 2010. 10. 28. 선고 2010다20532 판결의 판단 기준에 따라 법원의 변론재개의무가 인정될 수 있음을 인정한 사례이기도 한다.

(다) 한편 행정소송의 일종인 특허심결취소소송에 관한 대법원 2008. 4. 10. 선고 2006후572 판결은 “당사자가 변론종결 후 그 항변 및 입증을 위하여 변론재개신청을 한 경우에 특별한 사정이 없는 한 당사자의 변론재개신청을 받아들일느냐의 여부는 법원의 재량에 속한 사항이므로 변론종결 후에 한 변론재개신청을 법원이 받아들이지 아니하였다 하여 이를 심리미진의 위법사유에 해당한다고 할 수 없다.”고만 판시하고 있으나, 대법원 2010. 10. 28. 선고 2010다20532 판결은 위 ‘특별한 사정’을 구체적으로 실시하고 있는 것이라고 할 수 있으므로, 특허심결취소소송에 관한 대법원 2008. 4. 10. 선고 2006후572 판결 역시 대법원 2010. 10. 28. 선고 2010다20532 판결과 같은 취지라고 볼 수 있다.

(2) 특허법원 실무의 경향

특허법원 실무상 진보성 부정의 근거로서 변론종결 전까지 제출되지 아니한 새로운 선행기술(문헌 포함)들이 변론종결 후에 참고자료로 제출되는 경우가 종종 있다. 이러한 경우에는 재판부 및 담당 기술심리관이 당해 참고자료의 내용을 검토하여 변론종결 전까지 제출된 자료와 별반 다르지 않는 것이거나 진보성 판단을 좌우할 만한 의미가 없는 경우(즉, 판단대상인 특허발명이나 등록고안과의 관련성이 희박한 경우)라면 변론재개 없이 판결을 선고하지만, 만일 위 참고자료가 변론종결 전까지 제출된 자료에 비하여 차별성 있는 새로운 의미 있는 선행기술 자료라고 판단되면, 변론을 재개하여 이에 대해 제출인에게는 명확하게 주장 취지를 밝히도록 하고, 상대방에게 반박의 기회를 준 다음 다시 변론을 종결하여 판단을 하는 것이 원칙적인 실무의 태도이다.

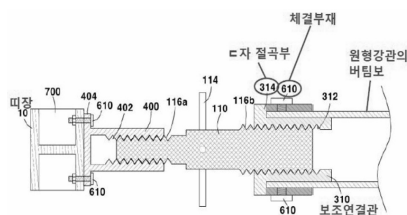
이러한 특허법원 실무의 태도는 대법원 2010. 10. 28. 선고 2010다20532 판결이 지적하는 변론을 재개하여야 할 ‘특별한 사정’ 가운데 ‘변론재개신청을 한 당사자가 변론종결 전에 그에게 책임을 지우기 어려운 사정으로 주장·증명을 제출할 기회를 제대로 갖지 못하였는지 여부’보다는 ‘주장·증명의 대상이 판결의 결과를 좌우할 수 있는 관건적 요증사실에 해당하는 경우’인지 여부를 더욱 중요한 요소로 고려하는 입장이라고 할 수 있다. 특허무효심판의 심결에 대한 취소소송에서 변론종결 전까지 제출된 자료에 의하여 당해 특허발명(등록고안)의 진보성이 부정되지 않는다고 판결을 하여 그대로 확정되더라도, 이후 당해 특허무효심판청구인은 물론 이해관계 있는 제3자는 더 유력한 선행기술을 찾아내어 다시 특허무효심판을 청구할 수 있는 점, 가급적 분쟁의 일회적 해결을 추구함으로써 절차경제를 도모한다는 점 등의 견지에서 이러한 특허법원의 실무를 이해할 수 있을 것이다(이는 심판 단계에서 제출되지 아니한 새로운 주장, 증거도 심결취소소송 단계에서 원칙적으로 자유롭게 제출할 수 있도록 하는 무제한설의 입장을 취하고 있는 것과도 일맥상통하는 태도라고 할 것이다).

(3) 결론적으로 특허무효심판의 심결에 대한 취소소송에서 변론재개 여부를 판단함에 있어 관건적 요증사실 해당 여부를 보다 중요하게 여기는 특허법원 실무의 태도는 수긍할 수 있는 측면이 크지만, 기본적으로 ‘변론재개의 의무가 있는가의 판단 기준’은 대법원 2010. 10. 28. 선고 2010다20532 판결의 법리를 그대로 따라야 한다고 생각된다. 위 법리는 이 문제에 관한 대법원판결들의 입장을 정리하여 완결된 법리로 정립된 것이기도 하고, 민사소송에서뿐만 아니라 행정소송에서도 동일하게 적용되고 있으므로(대법원 2013. 3. 14. 선고 2011두7991 판결 참조), 행정소송의 일종인 심결취소소송에서도 그대로 따라야 할 것이기 때문이다. 또한 대법원 2011. 6. 10. 선고 2011다5592 판결, 대법원 2013. 3. 14. 선고 2011두7991 판결에서 보는 바와 같이 이러한 판단에 ‘명시적으로 변론재개신청을 하였는지 여부’는 중요한 사항이 아니라고 할 것이다. 다만 위 법리를 실제로 적용함에 있어 위에서 본 심결취소소송의 특성을 감안할 필요는 있다고 할

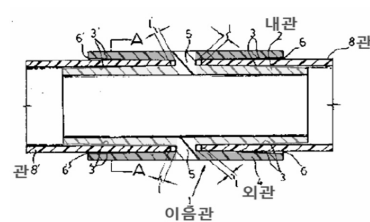
것이다. 즉, 당해 사항이 관건적 요증사실에 해당하는 경우에는 ‘변론재개 신청을 한 당사자가 변론종결 전에 그에게 책임을 지우기 어려운 사정으로 주장·증명을 제출할 기회를 제대로 갖지 못하였는지 여부’ 등 ‘절차적 정의’의 측면은 최소한의 사유로 충족되지만 하면 변론재개의 의무가 있다고 볼 필요성이 크다고 생각된다. 항변의 뒤늦은 제출이 주로 문제되는 민사 소송에서와는 달리, 특히 ‘진보성 판단’이 쟁점으로 되는 심결취소소송에서는 변론종결 후 제출한 사항이 관건적 요증사실에 해당하는지 여부가 보다 중요하게 다루어질 필요성이 있다고 할 것이다.

나) 이 사건에의 적용

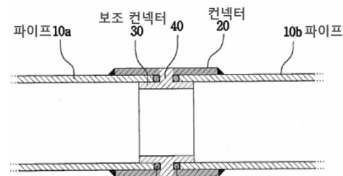
2011. 12. 6. 변론종결 후 원고가 2011. 12. 13.자 참고서면 첨부 참고자료 1 내지 7로 비교대상고안 8 내지 14를 제출하였는데, 그 내용을 살펴보면 아래 각 도면에서 보는 바와 같이 ‘관형의 외삽 부재와 내삽 부재를 동시에 사용하여 관의 단부를 끼워 고정시키는 구성’이 이미 개시되어 있음을 확인할 수 있다(위 참고서면에서도 같은 취지로 주장을 기재하고 있다). 이와 같이 비교대상고안 8 내지 14에 나타난 ‘관형의 외삽 부재와 내삽 부재를 동시에 사용하여 관의 단부를 끼워 고정시키는 구성’을 원심판시 비교대상고안 1에 적용하면 ‘강관 버팀보에 대하여 보강관 및 하나의 관형 보강재가 내삽되고, 다른 하나의 관형 보강재가 외삽되어 일체로 형성된 구성’이 극히 용이하게 도출될 수 있다고 보인다.



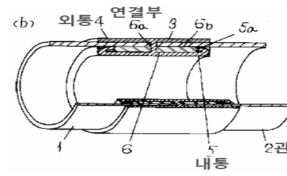
비교대상고안 8의 도 8
공개특허 제2005-75314호
(2005. 7. 20. 공개)



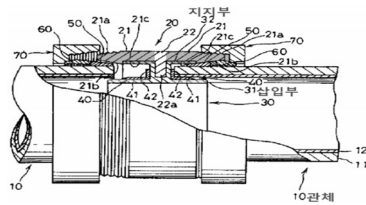
비교대상고안 9의 도 2
공개실용 제88-8167호
(1988. 6. 29. 공개)



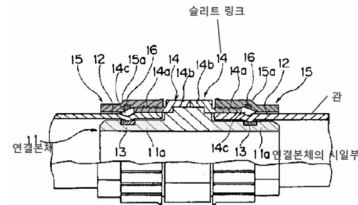
비교대상고안 10의 도 1
공개특허 제2002-93384호
(2002. 12. 16. 공개)



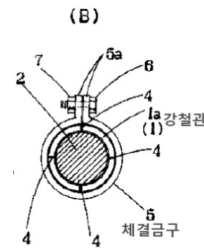
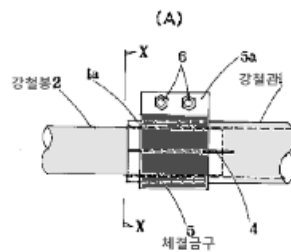
비교대상고안 11의 도 1
일본 특개평8-14450호
(1996. 1. 16. 공개)



비교대상고안 12의 도 1
일본 특개평3-288092호
(1991. 12. 18. 공개)



비교대상고안 13의 도 1
일본 특개평3-186686호
(1991. 8. 14. 공개)



비교대상고안 14의 도 1 일본 특개평7-207771호(1995. 8. 8. 공개)

그런데 원심이 이 사건 제7 내지 10항, 제14 내지 18항 고안에 대하여 진보성을 인정한 핵심적인 이유는 ‘강관 버팀보에 대하여 하나의 관형 보강재가 내삽되고, 다른 하나의 관형 보강재가 외삽되어 일체로 형성된 구성이 비교대상고안들에 개시되어 있지 아니하다는 점’에 있으므로, 원고가

위 비교대상고안 8 내지 14에 의하여 입증하고자 한 사항은 판결의 결과를 좌우할 수 있는 관건적 요증사실에 해당한다고 할 것이다.

또한 절차적 정의의 측면에서는 아래와 같은 사정을 근거로 삼을 수 있다. 원고는 1975. 4. 11. 공개된 일본국 공개실용신안공보 실개소50-33508호에 ‘고정링(2)을 강관(1)에 내삽시키고 원통형상의 연결재(3)를 강관(1)에 외삽시키는 구성이 나타나 있으므로, 이 사건 제7항 고안의 ‘강관 버팀보에 대하여 하나의 관형 보강재가 내삽되고, 다른 하나의 관형 보강재가 외삽되어 일체로 형성된 구성’은 주지관용기술이라는 취지로 2011. 10. 17.자 준비서면을 통하여 주장하였고, 위 준비서면은 제2차 변론기일(2011. 12. 6. 제1차 변론기일, 제1차 변론준비기일에 이어 같은 날 진행된 변론기일이 다¹⁹⁾)에 진술되었으며, 위 공개실용신안공보도 갑 제10호증으로 위 준비서면에 첨부되어 있다가 제2차 변론기일에 증거로 제출되었다. 그런데 원심은 원고가 위와 같이 하나의 공개실용신안공보에 나타나 있는 것에 불과한 구성을 근거로 주지관용기술을 주장하는 데 대하여 그 취지를 보다 명확하게 하도록 석명하거나 추가로 증거를 제출할 수 있는 기회를 부여하지도 아니한 채 곧바로 변론을 종결하였다. 이후 원고는 2011. 12. 13. 참고서면을 제출하면서 이 사건 등록고안의 출원 전 이미 ‘관형의 외삽 부재와 내삽 부재를 동시에 사용하여 관의 단부를 끼워 고정시키는 구성’이 다수의 선행기술에 나타나 있으므로, 이 사건 제7항 고안의 ‘강관 버팀보에 대하여 하나의 관형 보강재가 내삽되고, 다른 하나의 관형 보강재가 외삽되어 일체로 형성된 구성’은 주지관용기술이거나 최소한 공지된 기술이라는 취지로 기존의 주지관용기술 주장을 보충하는 주장을 새로이 하였고, 그 근거자료로 참고자료 1 내지 7을 첨부하면서 그에 나타난 기술내용을 순번에 따라 비교대상고안 8 내지 14로 제시하였다. 그리고 비교대상고안 8 내지 14에는 실제로 원고의 주장과 같이 ‘관형의 외삽 부재와 내삽 부재를 동시에 사용하여 관의 단부를 끼워 고정시키는 구성’이 나타나 있고, 그 가운데 특히 비교대상고안 8은 ‘버팀보의 연결구조’에 관한 것으로서 이 사건 등

19) 결국 한 번의 변론기회만 부여하고 변론종결한 것과 크게 다르다고 할 수 없다.

록고안과 그 구체적인 기술분야까지 동일하다.

사정이 이와 같고 원심이 인정한 바와 같이 이 사건 제7항 고안의 구성 가운데 ‘제1기초판(511, 513)에 접합되고 강관 버팀보에 내삽된 제1보강판(612, 614)과 제1관형 보강재(812, 814) 및 강관 버팀보에 외삽된 제2관형 보강재(811, 813)가 일체로 형성된 구성’이 이 사건 등록고안의 출원 전에 이미 공지된 것인지 여부가 위 고안의 진보성 여부를 판단하는 데 주요한 요소로서 작용하는 이상, 원심으로서도 변론종결 전까지 제출되어 조사된 증거 만에 의하여 곧바로 판결을 할 것이 아니라 다음과 같은 조치를 하였어야 한다. 즉, 변론을 재개하여 원고로 하여금 2011. 12. 13.자 참고서면을 진술하도록 하고 그 첨부 참고자료 1 내지 7을 증거로 제출하도록 하며 이에 대하여 피고에게 다룰 수 있는 기회를 부여한 다음, 비교대상고안 8 내지 14에 나타나 있는 ‘관형의 외삽 부재와 내삽 부재를 동시에 사용하여 관의 단부를 끼워 고정시키는 구성’을 주지관용기술 또는 새로운 비교대상고안으로 인정할 것인지 여부, 통상의 기술자라면 위 구성을 비교대상고안 1에 나타나 있는 ‘강관 버팀보에 대하여 보강판이 내삽되는 구성’과 결합함으로써 ‘강관 버팀보에 대하여 보강판 및 하나의 관형 보강재가 내삽되고, 다른 하나의 관형 보강재가 외삽되어 일체로 형성된 구성’을 극히 용이하게 도출할 수 있다고 볼 것인지 여부를 판단하고, 이를 토대로 하여 이 사건 제7 내지 10항, 제14 내지 18항 고안의 진보성이 부정되는지 여부를 판단하였어야 한다.

또한 원고의 2011. 12. 13.자 참고서면은 기존의 주지관용기술 주장을 보충하는 새로운 주장을 진술하고 위 참고서면에 첨부된 참고자료 1 내지 7을 증거로 제출할 수 있도록 변론을 재개하여 달라는 취지의 신청으로 선택할 수 있으므로, 비록 원고가 명시적으로 변론재개신청을 한 것은 아니라고 하더라도 이와 달리 볼 것이 아니다.

그런데도 원심은 위와 같은 조치 없이 곧바로 이 사건 제7 내지 10항, 제14 내지 18항 고안이 원심판시 비교대상고안들에 의하여 그 진보성이 부정되지 아니한다고 판단하였으니, 이러한 원심의 판단에는 변론의 재개 필

요성에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 이를 지적하는 원고의 이 부분 상고이유 주장은 이유 있다.

이 부분 상고이유 주장이 이유 있어 원고 상고 부분은 파기환송되어야 한다.

3) 주지관용기술의 증명 방법에 관하여

가) 주지관용기술의 개념

특허청 심사지침서상 ‘주지기술’은 그 기술에 관해 상당히 다수의 문헌이 존재하거나, 또는 업계에 알려져 있거나, 혹은 예시할 필요도 없을 정도로 잘 알려진 기술과 같이 그 기술분야에서 일반적으로 알려진 기술을 말하며, ‘주지관용기술’은 주지기술 중 자주 사용되고 있는 기술을 말한다.²⁰⁾ 따라서 우연히 어떤 하나의 특허공보에 기재되어 있는 것에 불과한 경우에는 원칙적으로 그것을 주지관용기술로 볼 수 없을 것이다.²¹⁾ 또한 주지기술보다는 관용기술이 더 좁은 의미이며 관용기술은 당연히 주지성을 가지고 있다고 하겠지만, 실무상 양자가 엄격히 구분되어 사용되고 있다고 보기는 어렵다.²²⁾

주지관용기술이라는 용어 대신 ‘기술상식’이라는 용어도 간혹 사용되는데, 이는 선행기술 중에서 출원 당시 통상의 기술자에게 일반적 내지 평균적으로 알려져 있었던 사항을 의미하지만, 때로는 통상의 기술자뿐만 아니

20) 특허청, 『심사지침서』, 2415.

대체로 국내외 교과서나 실무서적들에서 주지관용기술을 정의하고 있는 내용도 이와 대동소이하다[예를 들면, 사법연수원, 『특허법』(2010), 64; 특허법원 지적재산소송실무연구회, 『지적재산소송실무』(전면개정판), 박영사(2010), 169; 吉藤幸朔 著, 熊谷健一 補訂, 『特許法概説』(第13版), 有斐閣(1998), 200頁; 竹田和彦, 『特許の知識(第7版) - 理論と實際』,ダイヤモンド社(2004), 177頁].

또한 특허법원판결 가운데 주지관용기술의 의의와 판단방법을 실시한 대표적인 판결로는, 특허법원 2007. 12. 21. 선고 2007허3752 판결(확정)이 있는데, 위 판결에서는 “주지기술은 당해 기술분야에서 일반적으로 알려져 있는 기술이고 관용기술은 주지기술이면서 널리 사용되고 있는 기술을 의미하는데, 어느 기술이 주지관용의 기술에 해당하는지의 여부는 당해 기술의 내용, 공지문헌의 성격과 활용 정도, 공지되거나 공연실시된 횟수 등을 고려하여 객관적으로 판단하여야 할 것이다.”라고 실시하고 있다.

21) 윤선희, 『특허법』(4판), 법문사(2010), 204.

22) 사법연수원, 『특허법』(2010), 64.

라 일반적인 평균인에게 알려져 있는 상식적인 기술사항이나 경험칙상 명백한 사항을 의미하는 경우도 있다.²³⁾

나) 주지관용기술의 증명의 중요성

주지관용기술에 관하여 특허법상 명문의 규정도 없고, 그 의미를 구체적으로 밝히고 있는 대법원판결도 없지만, 실제로 진보성 여부 판단에서 주지관용기술이 주요한 판단자료로 사용되고 있다.²⁴⁾ 진보성의 판단은 선행기술과의 대비에 의하여 행하여지는 것이므로 그 배경에는 많은 주지기술이 존재하고 있고, 어떤 의미에서는 주지기술의 총체가 평균적 기술수준을 형성하는 것이라 할 수도 있다.²⁵⁾ 따라서 “진보성 판단에 관한 우리 특허 실무에서의 정확성 및 객관성 제고”를 도모하기 위해서는, 어떠한 기술 내용이 당해 기술분야에서 특정 시점(출원발명 혹은 특허발명의 출원일 내지 우선일)에 이미 주지관용의 정도에 이르렀다는 점에 대한 판단이 가능한 객관적인 증거조사 결과에 의하여 이루어져야 할 필요가 있다.²⁶⁾²⁷⁾

23) 사법연수원, 『특허법』(2010), 64.

24) 물론 진보성 판단 외에도 발명의 실질적 동일성 여부 판단에서도 주지관용기술이 중요한 쟁점으로 되고 있다. 양 발명의 차이가 주지관용기술의 부가, 삭제, 전환 등에 불과한 것으로 새로운 효과를 발생시키지 않는 경우에 해당되어 실질적 동일성의 범주 내에 드는 것인지에 관한 판단 기준에 대하여는, 이명규, 『특허법 제36조 제1항에 있어서 “동일한 발명”의 의미』, 『특허소송연구』(3집), 특허법원(2005), 60 이하 참조.

25) 정상조·박성수 공편(조영선 집필 부분), 『특허법주해』(1), 박영사(2010), 357 참조.

26) 이와 관련하여 주로 미국의 특허제도와 실무를 정리하여 소개하고 있는, 임호, 『특허법』, 법문사(2003), 311에는 다음과 같이 설명되어 있다.

진보성을 판단하는 과정도 일반적 재판기능과 같이 3가지 절차를 가지고 있다. 첫째, 법이 무엇인가를 선언하는 것, 둘째, 사실을 확정하는 것, 그리고 셋째, 확정된 사실에 법률을 적용하는 것이다. 따라서 진보성의 판단은 다음과 같은 구성요소로 나뉘어져야 한다. 1) 특허권자가 특허가 출원될 당시에 이미 알 수 있었던 공개된 선행기술의 범위와 내용으로서, 이는 증인의 증언과 서류 또는 물적 증거에 의해서 결정되어야 한다. 2) 특허권자가 선행기술을 바탕으로 하여 이에 개량행위를 함으로써 얻어진 결과로서, 바로 이 개량된 부분이 문제가 되는 특허대상이 되고 이 개량된 새로운 구성요소가 무엇인지를 결정하는 것은 전문가의 증언에 기초한 사실인정의 문제이다. 3) 진보성을 판단하는 것으로서 위 2)의 구성요소, 즉 특허가 출원된 특허대상과 1)의 구성요소, 즉 선행기술 사이의 차이점이 통상의 지식인에게 용이한지를 판단하여야 한다.

27) 전문가증인(Expert witness)은 자신이 체험한 사실관계에 대한 진술만을 행하는 사실증인(fact witness)과는 달리, 마치 우리 소송법상의 감정증인과도 같이 자신이 가지고 있는 전문지식을 근거로 사실에 대한 판단이나 평가를 아울러 진술함으로써 법관이나 배심원으로 하여금 증거의 내용을 이해하거나 사실인정을 하는 데 도움을 주는 증인을 말한다. 사안에 따라 다르지만, 미국 특허소송에서는 소송대리인 이외에 별도로 기술내용에 대한 이해와 설명을 돕는

즉, 주지관용기술을 주장하는 측에서 이를 입증하기 위한 명확한 서증을 제출하고, 이에 대해 상대방의 의견 진술 및 반대 증거 제출 기회를 보장함으로써 보다 정확하고 객관적인 진보성 판단이 가능해질 것이다. 여기에 서증 이외의 증거방법인 증인신문, 사실조회, 감정(촉탁) 등도 다양하게 활용된다면, 앞으로 특허법원 심결취소소송의 재판실무가 보다 발전할 수 있으리라고 본다.

다) 주지관용기술의 증명 방법

특허청 심사지침서에는 심사관이 심사 시 주지관용기술이란 이유로 거절 이유를 통지하는 경우 가능한 한 증거자료를 첨부하도록 정하고 있기는 하지만,²⁸⁾ 특허청의 심사 및 특허심판원의 심판절차에서 주지관용기술을 별도의 증거 없이 인정하는 경향이 있다.²⁹⁾ 이에 따라 주지관용기술에 대해서는 다른 공지의 증거와 달리 거절이유를 따로 통지하지 않고 심결문에서도 증거 없이 주지관용기술을 인정하고 있는 것이 다수의 실무례이다.³⁰⁾³¹⁾ 이

전문가, 청구항의 해석에 따른 권리범위의 확정과 당업자(통상의 기술자)의 기술수준을 자문하는 전문가, 침해물품이 특허의 문언침해 혹은 균등침해를 구성하는지를 자문하는 전문가, 특허 자체의 신규성, 진보성을 검토하는 전문가, 진보성 판단의 간접사실이 되는 상업적 성공을 포함한 2차적 고려사항에 관한 부분을 맡는 전문가, 기술 실시료 등을 산정하는 전문가, 침해소송의 경우 권리가 침해된 손해와 침해자가 얻은 이익 등을 산정하는 전문가, 특허 청구 및 취득까지의 과정, 출원경과 등을 다루는 전문가 등이 소송에 동원되고 있다. 전문가 증인은 분쟁의 대상이 되는 사안에 대한 자신의 의견서(report)를 먼저 제출하여야 하고, 이는 상대방에게 서로 교환되어 반박의 기회가 부여되며 이를 토대로 전문가 증인에 대한 증언능력이 행하여지게 된다. 나아가 전문가 증인은 변론기일에 이르러 법정에서 증언을 하여야 하는 경우도 있다[이상의 내용은, 조영선, “미국의 특허소송절차에 대한 고찰 - 법관의 기술이해를 중심으로”, 『특허소송연구』(3집), 특허법원(2005), 299 이하 참조].

28) 특허청, 『심사지침서』, 2415.

29) 주지관용기술과 마찬가지로 실무상 많이 사용되면서도 그 실체를 정확하게 파악하기 어려운 것 중 하나로 이른바 “설계변경사항”을 들 수 있다. 특허청의 심사 및 특허심판원의 심판 실무에서, 구성상 차이를 통상의 기술자(당업자)의 설계변경사항 내지 선택사항이라고 결론을 내면서도 그에 대한 구체적인 근거는 나타나 있지 않은 경우를 드물지 않게 발견할 수 있다. 윤태식, “진보성 등 판단에 있어서 설계변경사항의 한계”, 한국특허법학회 편 『특허판례연구』, 박영사(2009), 178 이하에서는, 이러한 종래의 실무경향을 경계하면서, 설계변경사항 여부를 기능과 작용효과 면에서 평가함으로써 더욱 객관적인 기준을 세워 판단할 필요가 있다고 밝히고 있다.

30) 한동수, “심결취소소송에서 주지관용기술의 증명 방법 및 발명의 진보성 판단 시 ‘2차적 고려사항’(대법원 2008. 5. 29. 선고 2006후3052 판결)”, 판례해설(76), 396.

31) 한편 이러한 실무와는 별도로, 특허청은 1995. 12. 당시 심사관 정연용의 집필로 『주지·관용 기술집 - 기본전자회로분야』이라는 서적을 제작하여 대한변리사회를 통해 발간한바 있다.

러한 심사·심판 실무의 이유에 대해서는, 주지관용기술이 심사관 및 출원인, 심판관 및 심판당사자 사이에 현저한 사실에 해당한다고 볼 수 있다는 점에서 그 근거를 찾을 수 있다고 설명되고 있다.³²⁾

그러나 특허법원의 심결취소소송 심리절차는 원칙적으로 민사소송절차에 따르게 되므로,³³⁾ 어떠한 기술 내용이 주지관용기술에 해당한다는 점이 증명을 필요로 하지 않을 정도로 일반화된 것이 아닌 이상, 원칙적으로 증거조사절차를 거쳐 인정하여야 할 것이다.³⁴⁾ 즉, 통상의 기술자뿐만 아니라

위 서적은 기본전사회로에 관한 발명에 대하여 적용되는 주지관용기술을 국제특허분류(IPC: International Patent Classification)별로 정리하여 설명하고 있다.

32) (주 30), 396.

나아가 위 글에서는 다음과 같이, 증명이 필요 없는 현저한 사실의 의미에 관하여 밝히고 있다. “법원에서 당사자가 자백한 사실과 현저한 사실은 증명을 필요로 하지 아니한다(민사소송법 제288조). 현저한 사실에는 일반인에게 널리 알려진 ‘공지의 사실’과 법원이 명확하게 알고 있는 ‘법원에 현저한 사실’이 있는데, 공지의 사실은 통상의 지식과 경험을 가진 일반인이 진실이라고 믿어 의심하지 않는 사실을 말하고, ‘법원에 현저한 사실’이라 함은 법관이 직무상 경험으로 알고 있는 사실로서 그 사실의 존재에 관하여 명확한 기억을 하고 있거나 또는 기록 등을 조사하여 곧바로 그 내용을 알 수 있는 사실을 말한다(대법원 1996. 7. 18. 선고 94 다20051 전원합의체 판결).”

33) 특허법원이 담당하는 심결취소소송은 특허심판원이 행한 심결 등의 행정처분의 당부를 법원이 판단하는 소송으로서 그 법적 성질을 행정소송이라고 봄이 일반적이는데, 행정소송법은 제8조 제1항에서 “행정소송에 대하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법이 정하는 바에 의한다.”라고 규정하고 있고, 특허법은 특허사건이 갖는 특수성을 고려한다는 측면에서 법원의 관할, 출소기간, 피고직격, 특허심판원장에 대한 통지, 심결의 취소 등에 대하여 제186조 내지 제189조 제1항에 특별규정을 두고 있을 뿐 심결취소소송의 구체적인 심리절차에 관하여는 직접적으로 규정하고 있지 않으며, 한편 행정소송법 역시 행정소송절차의 전부에 대하여 완결적으로 규정하지 아니하고 “행정소송에 관하여 이 법에 특별한 규정이 없는 사항에 대하여는 법원조직법과 민사소송법의 규정을 준용한다.”(행정소송법 제8조 제2항)라고 규정하고 있으므로, 결국, 심결취소소송의 심리절차는 원칙적으로 민사소송절차에 따르게 된다.

34) 이 점은 우리와 법제가 유사한 일본에서도 마찬가지로 적용되는 일반원칙이라고 볼 수 있는데, 참고로 일본의 대표적인 특허법 주해서로 알려진 中山信弘 編著(荻垣恒輝 집필 부분), 『注解特許法』(第三版, 上巻), 青林書院(2003), 240-242頁에는 아래와 같이 기술되어 있다.

진보성 유무의 판단은 당업자(통상의 기술자)의 수준에서 행하여진다. …… 전문기술관청인 특허청에 배치된 심사관 및 심판관은 기술수준에 관한 지식을 보유하여 기술상식이 풍부한 자들이고, 이러한 심사관이나 심판관합의체에 의하여 진보성의 유무가 판단되어진다. 심사절차 및 심판절차의 심리에 있어서는, 명세서나 공지문헌에 기재되어 있는 기술용어나 문장의 의미는 당업자의 기술상식에 입각하여 해석되고, 기술수준은 이를 일일이 증명하지 않은 채로 이용되고 있다. …… 심사절차·심판절차의 심리에 있어서 ‘기술상식’이 이용된다는 점은 이미 기술한 바와 같지만, 심리의 정확성을 기하기 위하여는, 오히려 당연한 것이라고 할 수 있다. …… 이와 관련하여, 사건이 특허청에서 재판소(법원)로 오게 되면, 재판소에서의 심

일반적인 평균인에게 알려져 있는 상식적인 기술사항에 대하여는 증거에 의하지 아니하고 그 존재를 인정하는 것이 허용되겠지만, 그 외에 통상의 기술자가 아니면 알 수 없는 사항은 이를 전문적인 자연과학상의 경험칙과 같이 보아야 할 것이고, 따라서 그 인정은 증거에 의하여 이루어져야 하는 것이다.³⁵⁾³⁶⁾³⁷⁾ 다만 증거방법에 있어서는 변론 전체의 취지와 같이 소송에서 현출된 모든 자료나 상황을 종합하여 인정하는 것도 가능하다고 보아야 할 것이다.³⁸⁾

대법원도 일찍이 대법원 2006. 8. 24. 선고 2004후905 판결을 통해 “행정소송의 일종인 심결취소소송에서도 원칙적으로 변론주의가 적용되어 주요

리는 변론주의를 기조로 하여 이루어지는 것이기 때문에, ‘기술수준’이나 ‘기술상식’도 증명의 대상으로 된다. 기술수준이나 기술상식에 관하여 다툼이 있을 경우에는 반드시 입증하여야만 한다.

35) 사법연수원, 『특허법』(2010), 64.

36) 법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과를 참작하여 자유로운 심증으로 사회정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따라 사실주장이 진실한지 아닌지를 판단한다(민사소송법 제202조).

위 규정에서 보는 바와 같이, 법관의 ‘자유심증주의’를 제약하는 요소로 작용하는 ‘경험칙(경험 법칙)’의 의미 및 그 증명의 필요성 등에 관하여, 민사소송법학계의 일반적인 설명을 빌면 아래와 같다[아래의 내용은, 강현중, “변론주의와 자유심증주의 - 그 상극과 조화”, 『민사소송(III)』; 한국민사소송법학회지 vol.3, 한국사법행정학회(2000), 200 이하 참조].

‘경험칙’이라 함은 개별적 경험으로부터 귀납적으로 얻은 사물의 성상, 혹은 인과관계에 관한 지식이나 추상적 법규를 구체적 사실에 적용함에 있어서 법률판단의 대전제와 소전제의 결합을 매개하는 법개념 내지 의사표시의 작용을 말한다. 경험칙에는 상식에 속하는 것에서부터 고도의 전문적 특수지식에 이르기까지 다양하다. 경험칙에는 필연적이고 절대확실의 것(자연과학 법칙), 고도의 개연성이 있는 것, 단순한 개연성이 있는 것 등 그 내재하는 개연성에 강약이 있는 것을 유의할 필요가 있다. 경험칙의 개연성은 그 정의로부터 명백한 바와 같이 객관적으로 정해지며, 과학지식의 보급 등에 의해서 일반적 경험칙과 특수전문적 경험칙의 경계는 이동된다. 경험칙의 증명은 엄격한 증명에 의할 것인가 아니면 자유로운 증명으로 족할 것인가. 객관적인 일반적 지식으로서 존재하는 경험칙은 엄격한 증명에 의하여야 할 것이 아니고 재판의 공평, 신뢰를 담보로 하는 정도의 자유로운 증명으로 족하나, 상식이나 법규의 내용으로서 법관이 알 것이 요구되는 것 이외의 특수전문적 경험칙은 엄격한 증명에 의하여야 할 것이다.

37) 엄격한 증명은 법률에서 정한 증거방법에 대하여 법률이 정한 절차에 의하여 행하는 증명을 말하고, 자유로운 증명은 증거방법과 절차에 관하여 법률의 규정으로부터 해방되는 증명을 말한다. 소송물인 권리관계의 기초사실은 엄격한 증명을 요함에 대하여, 자유로운 증명은 간이·신속을 요하는 결정절차나 직권조사사항에 제한적으로 허용된다. 따라서 관습법의 인정, 소송목적의 값의 산정은 자유로운 증명으로 가능하다[법원행정처, 『법원실무제요 민사소송 III』(2005), 4 참조].

38) 사법연수원, 『특허법』(2010), 64.

사실에 대해서는 당사자의 불리한 진술인 자백이 성립하는바, 특허발명의 진보성 판단에 제공되는 선행발명이 어떤 구성요소를 가지고 있는지는 주요사실로서 당사자의 자백의 대상이 된다.”라고 판시함으로써, 특허발명의 진보성을 부정하는 선행공지기술의 구성요소를 인정함에 있어서 변론주의의 도입을 명백하게 하였다.³⁹⁾

나아가, 주지관용기술의 인정에 관하여, 대법원 2008. 5. 29. 선고 2006후3052 판결에서 “어느 주지관용의 기술이 소송상 공지 또는 현저한 사실이라고 볼 수 있을 만큼 일반적으로 알려져 있지 아니한 경우에 그 주지관용의 기술은 심결취소소송에 있어서는 증명을 필요로 하나, 법원은 자유로운 심증에 의하여 증거 등 기록에 나타난 자료를 통하여 주지관용의 기술을 인정할 수 있다.”라고 판시하여, 심결취소소송에서는 주지관용의 기술이 증명을 필요로 하는 사항이라는 점을 분명히 하였고, 법원은 자유로운 심증에 의하여 증거 등 기록에 나타난 자료를 통하여 주지관용의 기술을 인정할 수 있다는 점을 명시적으로 판시함으로써, 주지관용의 기술에 관한 법원의 증거조사 및 사실인정에 대하여 심리의 근거 내지 지침을 제시한 바 있다.⁴⁰⁾

라) 변론종결 후 제출된 참고자료도 근거가 될 수 있는지

대법원 2008. 5. 29. 선고 2006후3052 판결이 ‘증거 등 기록에 나타난 자료를 통하여 주지관용의 기술을 인정할 수 있다’라고 판시하고 있으므로, 정식으로 증거조사가 이루어진 증거 이외의 ‘자료’도 주지관용기술 인정의 근거가 될 수 있음은 분명하다.⁴¹⁾ 여기서 ‘기록에 나타난 자료’의 의미에

39) 이 판결은 특허법 제29조 제2항에 의한 진보성 판단에 있어서 특허발명의 진보성 판단에 제공되는 선행발명이 어떤 구성요소를 가지고 있는지는 주요사실로서 당사자의 자백의 대상이 되고, 따라서 자백의 구속법칙이 적용된다는 점을 최초로 판시한 판결로서 의미가 있다[박성수, “특허발명의 진보성 판단과 재판상 자백(대법원 2006. 8. 24. 선고 2004후905 판결)”, 판례해설(65), 410].

40) (주 30), 399~400.

41) 다만 이는 엄격한 변론주의가 적용되는 완전한 민사소송인 특허(실용신안)침해소송에는 적용될 수 없을 것이다. 침해소송에서는 소송상 공지 또는 현저한 사실이라고 볼 수 있을 만큼 일반적으로 알려져 있지 아니한 경우에는 반드시 ‘증거’에 의하여 주지관용기술을 인정하여야 할 것이다.

관하여 위 판결의 보고연구관(한동수 부장판사)은 다음과 같이 평석하고 있다.

기록에 나타난 자료는 증거로 제출되지 않은 자료를 포함하는 증거보다 넓은 개념이다. 행정소송법 제26조는 “법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있고, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있다.”라고 규정하고 있고, 여기서 ‘당사자가 주장하지 아니한 사실’은 기록상 자료에 나타난 사실을 의미한다고 보고 있는바(대법원 1982. 7. 27. 선고 81누394 판결, 대법원 2001. 1. 19. 선고 99두9674 판결 등 다수), 심결취소소송은 행정소송의 일종이므로(대법원 2006. 8. 24. 선고 2004후905 판결), 기록에 나타난 자료에 의하여 주장책임과 증명책임을 다한 것으로 볼 수 있다. 한편 주지관용기술의 입증의 정도를 완화한다고 해서, 대법원판례는 문서의 진정성립과 자백의 철회요건으로서의 착오 이외에는 변론의 전체 취지에 대하여 증거원인으로서의 독립성을 부정하므로(대법원 1974. 7. 23. 선고 74다119 판결, 1983. 9. 13. 선고 83다카971 판결, 1991. 12. 24. 선고 91다카21145, 21152 판결 등), 변론 전체의 취지만으로 이를 인정하는 것은 곤란하다.⁴²⁾

또한 특허법원 실무상 정식으로 증거조사된 것 이외에 자주 사용되는 자료로는, 참고자료로 제출된 관련 기술 문헌이나 관련 기술 분야의 선행 판결들에 기재된 기술 내용(이들은 참고자료 형식으로 제출된 것이나, 상대방에게 송달하여 이의할 수 있는 기회가 부여되어야 한다. 만일 상대방이 이의하거나 반대 취지의 자료를 제출할 때에는 정식 서증조사절차를 거친 후 비로소 판단의 근거로 삼아야 할 것이다), 쌍방 준비서면 및 구술변론 중에 포함되어 있는 기술 지식 관련 사항(자백이나 다툼 없는 사실로 취급할 만한 중요한 사항이 아닌 경우이다) 등을 들 수 있다.

그런데 여기의 기록에 나타난 자료에 변론종결 후 제출된 참고자료도 포함된다고 보는 것은 문제가 있다. 먼저 ‘변론종결’ 후 제출된 참고자료까지

42) (주 30), 397~398.

근거로 삼아 주지관용기술을 인정한다면 이는 서면심리에 의하여 판단하는 특허심판원 절차와 별반 다를 것이 없어지고, ‘소송’절차로서의 본질에 반한다는 문제가 있다. 심결취소소송은 원칙적으로 민사소송절차에 따라 구술변론과 증거조사를 통해 심결의 위법 여부를 심리, 판단하는 절차이지, 서면심리에 의해 판단하는 절차가 아니다. 또한 아무리 정식으로 증거조사된 것 이외의 자료를 판단의 근거로 삼는다고 하더라도 이는 어디까지나 상대방에게 송달 등의 방법으로 현출되어 다룰 수 있는 기회가 부여됨을 전제로 하는 것이지, 이러한 기회 부여도 없이 함부로 주지관용기술 판단의 근거로 삼을 수는 없다고 할 것이다. 위에서 본 특허법원 실무상 참고자료 형식으로 제출된 것도 원칙적으로 모두 상대방에게 송달하여 이의할 수 있는 기회를 부여하고, 만일 상대방이 이의하거나 반대 취지의 자료를 제출할 때에는 정식 서증조사절차를 거친 후 비로소 판단의 근거로 삼고 있는 것도 이러한 문제의식 때문이다. 그런데 변론종결 후에 제출된 참고자료는 판결선고일까지 남은 기간의 여유가 별로 없을 경우 상대방에게 송달이 이루어지지 않거나, 송달이 이루어지더라도 상대방이 충분히 검토하여 이의할 기간의 여유가 없는 상태로 될 공산이 크다.

한편으로는 변론종결 후의 자료가 기간의 여유를 두고 제출되고 상대방에게 송달된다고 하더라도, 쌍방의 공방이 이루어지는 절차인 변론이 이미 ‘종결’된 후라는 사정 때문에 상대방으로서는 변론이 재개되지 않는 한 그 자료가 재판부의 판단 근거로 되지 않을 것이라는 기대 내지 신뢰를 가질 수 있다는 문제도 있다.⁴³⁾ 대법원 2008. 5. 29. 선고 2006후3052 판결의 사안을 살펴봐도 변론종결 후의 자료가 판단의 근거로 된 것은 아니었다.

43) 이 사건에서 코트넷 사건검색을 통해 원심에서의 경과를 보면, 2011. 12. 13.자 원고의 참고서면이 같은 날 피고에게 송달되어 같은 달 14일 도달되었음은 확인된다. 피고는 위와 같이 참고서면을 송달받고서도 원심판결 선고일인 같은 달 28일까지 아무런 서면도 제출하지 않았다. 피고는 원심에서도 소송대리인 없이 대표이사가 직접 소송을 수행하였는데, 피고측이 어떠한 의사로 위 참고서면에 대하여 아무런 반박서면이나 자료를 제출하지 않은 것인지 내심을 알 수는 없으나, 변론이 종결된 후 제출된 원고의 참고자료는 변론이 다시 열리지 않는 이상 재판부의 판단에 영향을 미치지 않을 것이라고 믿지 않았으리라 단정할 수는 없다고 생각된다.

따라서 대법원 2008. 5. 29. 선고 2006후3052 판결의 ‘증거 등 기록에 나타난 자료’에 변론종결 후 제출된 참고자료까지 포함된다고 볼 수는 없다고 할 것이다. 그런데 위 판결의 문구에만 집착하여 위 자료에 변론종결 후 제출된 참고자료도 포함될 수 있다고 오해할 여지가 있고, 실제로 이 사건 원고 소송대리인이 이러한 입장에서 상고이유 주장을 개진하고 있으므로, 이 점이 대법원 2008. 5. 29. 선고 2006후3052 판결의 법리에 대한 보충법리로 새로이 설시될 필요가 있다고 생각된다. 대법원이 이 사건에서 이 점을 명확하게 밝힘으로써 특허법원 실무에도 보다 명확한 지침을 제공할 수 있으리라고 기대된다.

마) 이 사건의 검토

위에서 본 바와 같이 원고가 변론종결 이후인 2011. 12. 13. 이 사건 제7항 고안의 ‘강관 버팀보에 대하여 하나의 관형 보강재가 내삽되고, 다른 하나의 관형 보강재가 외삽되어 일체로 형성된 구성’이 주지관용기술에 해당한다는 취지를 담아 참고서면과 첨부 참고자료 1 내지 7을 제출한 사정이 있기는 하나, 원심이 변론을 재개하지 아니한 채 위 참고자료의 내용을 근거로 곧바로 주지관용기술을 인정할 수는 없다고 할 것이다. 따라서 원심이 변론종결 후 제출된 참고자료를 통하여 주지관용기술을 인정하는 판단을 하지 않은 조처에 주지관용기술의 증명 방법에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다. 원고의 이 부분 상고이유 주장은 이유 없다.

2. 피고의 상고이유에 관하여(=상고기각)

가. 목적 및 효과 대비에 관하여

피고는 이 사건 등록고안만이 원형 강관 버팀보를 띠장 또는 연결책에 연결하는 구조에 관한 것이고, 비교대상고안들 어디에도 원형 강관 버팀보를 띠장 또는 연결책에 연결하기 위한 연결부재에 관한 기재도 없고 암시조차도 없으며 시사된 바도 없다고 주장한다. 그러나 비교대상고안 1과 4는 이 사건 등록고안과 마찬가지로 원형 강관을 버팀보로 사용하는 지지용

버팀보의 연결구조에 관한 것이므로, 피고의 위 주장은 그 전제부터 잘못된 것이다. 갑 제5호증(비교대상고안 1의 명세서)의 기재에 의하면, 이 사건 등록고안의 출원일(2005. 12. 29.) 이전인 2003. 12. 31.에 지하철 시공구간과 같이 대규모 굴착공사에 적용할 수 있는 강관 버팀보 공법이 국내에 공지되었음을 알 수 있고, 갑 제9호증(비교대상고안 4의 명세서)에 의하면 1996년경 일본에서 이미 강관 버팀보가 개발되었음을 알 수 있다.

또한 피고는 이 사건 등록고안은 ‘지하철과 같은 대단위 굴착공사에서 시공의 경제성, 편의성 및 접합부 강성의 증가’라는 효과를 가지고 있으나, 이러한 효과는 비교대상고안들로부터 기대할 수 없는 것이라고 주장한다. 그러나 특히 비교대상고안 1은 대규모 굴착공사에서 종래 H-형강 버팀보를 강관 버팀보로 변경하고 그에 따른 강관과 띠장 및 강관과 책의 연결구조를 제공함으로써 시공성, 경제성, 구조적 안정성을 향상시킨 것이므로, 피고의 위 주장 역시 잘못된 것이다.

결국, 피고는 ‘강관버팀보’가 종래의 H-형강 버팀보에 비해 가지는 우수한 장점을 들어 이 사건 등록고안의 고유한 기술적 특징인양 주장하지만, 이 사건 등록고안이 원형 강관을 흠막이 버팀보로 개발한 최초의 원천기술이 아닌 이상, 강관버팀보를 적용시킴에 따른 효과를 이 사건 등록고안의 고유한 것으로 볼 수는 없다. 따라서 피고의 위 주장을 받아들일 수 없다.

나. 이 사건 등록고안의 상업적 성공에 관하여

피고는 이 사건 등록고안이 상업적 성공을 거두었다는 점도 그 진보성이 인정되어야 하는 근거라는 취지로 주장하나, 고안품이 상업적으로 성공하였다는 점은 진보성을 인정하는 하나의 자료로 참고할 수는 있지만, 상업적 성공 자체만으로 진보성이 인정된다고 할 수는 없고, 등록고안의 진보성에 대한 판단은 우선적으로 명세서에 기재된 내용 즉, 고안의 목적, 구성 및 효과를 토대로 선행 공지기술에 기하여 당해 기술분야에서 통상의 지식을 가진 자가 이를 극히 용이하게 고안할 수 있는지 여부에 따라 판단되어야 하는 것이므로, 상업적 성공이 있다는 이유만으로 고안의 진보성을 인

정할 수는 없는 것이다(대법원 2005. 11. 10. 선고 2004후3546 판결 등 참조).

이러한 판례에 따르면 상업적 성공은 진보성 판단에 고려할 수 있는 부차적 요소로서, 선행기술로부터 예측되는 효과 이상의 보다 나은 새로운 작용효과가 있는지를 판단할 때 추가적으로 고려할 수 있는 사항에 불과하다고 할 것이고, 이 사건 등록고안과 비교 대상 고안들의 대비판단 결과를 좌우할 수 있는 사유라고 볼 수는 없다. 따라서 피고의 위 주장도 받아들일 수 없다.

다. 구성 대비에 관하여

피고는 이 사건 제3항 고안의 제2기초판(501, 504), 제4 내지 6항 고안의 제1기초판(511, 513) 및 제11 내지 13항 고안의 제1기초판(521, 523)은 20mm 두께만으로 300여 t의 축력을 견딜 수 있도록 한 것이고, 특히 이 사건 제6항 및 제13항 고안의 ‘제1기초판’은 제1보강판 및 제2보강판과 완전 접합되어 있어 300여 t의 축력을 견딜 수 있다고 주장한다.

그러나 이 사건 등록고안의 명세서 어디에도 이 사건 등록고안이 300여 t의 축력을 견디도록 고안되었다는 내용이 없고, 청구범위에 기초판을 제1보강판 및 제2보강판과 접합한다고만 기재하고 있을 뿐, 달리 그 방식을 한정하고 있지도 않다. 뿐만 아니라, 이 사건 등록고안의 명세서 어디에도 이 사건 등록고안이 지하철이나 지하차도와 같이 대규모 굴착현장에 적합하도록 독특하게 고안되었다는 내용도 없다.

따라서 이 사건 제3 내지 6항, 제13항 고안의 구성을 비교대상고안 1, 3, 4 및 5에 나타나 있는 구성과 대비하여 진보성을 부정한 원심판단이 잘못이라고 하는 피고의 위 주장 역시 받아들일 수 없다.

라. 소결론

이 사건 제3 내지 6항, 제13항 고안이 비교 대상 고안들에 의하여 진보성이 부정된다고 한 원심의 판단에 피고의 상고이유 주장과 같은 잘못이 없다. 따라서 이 부분 상고는 기각되어야 한다.

【對象判決의 意義】

대상판결은 엄격히 증거에 한하지 않고 기록에 나타난 자료를 통하여 주지관용기술을 인정할 수 있는 특허심결취소소송에서도 변론종결 후 제출된 참고자료에 의하여 주지관용기술을 인정할 수는 없다는 점을 분명하게 하고, 진보성 판단이 문제되는 특허심결취소소송에서 변론종결 후 유력한 선행기술 내지 주지관용기술의 증거가 제출된 경우 특허법원이 변론을 재개하여야 하는지 여부에 관한 판단 기준을 제시한 판결로서 의의가 있다.

2. 위탁 개발된 프로그램저작권의 귀속에 직무저작 프로그램 규정을 적용할 수 있는지 여부

(2013. 5. 9. 선고 2011다69725 판결 : 미간행)

朴 泰 一

【判決要旨】

구 컴퓨터프로그램 보호법(2009. 4. 22. 법률 제9625호로 폐지되기 전의 것, 이하 같다) 제5조는 “국가·법인·단체 그 밖의 사용자(이하 ‘법인 등’이라고 한다)의 기획하에 법인 등의 업무에 종사하는 자가 업무상 창작한 프로그램은 계약이나 근무규칙 등에 달리 정함이 없는 한 그 법인 등을 당해 프로그램의 저작자로 한다.”고 정하고 있는데, 이는 프로그램저작물 창작자를 저작자로 하는 구 컴퓨터프로그램 보호법 제2조 제2호의 예외를 정한 것이다. 따라서 구 컴퓨터프로그램 보호법 제5조는 주문자가 전적으로 프로그램에 대한 기획을 하고 자금을 투자하면서 개발업자의 인력만을 빌려 그에게 개발을 위탁하고 이를 위탁받은 개발업자는 당해 프로그램을 오로지 주문자만을 위해서 개발·납품하는 것과 같은 예외적인 경우가 아닌 한 프로그램 제작에 관한 도급계약에는 적용되지 아니한다.

【參照條文】

구 컴퓨터프로그램 보호법(2009. 4. 22. 법률 제9625호 저작권법 부칙 제2조로 폐지되기 전의 것) 제5조, 제31조 제1항, 제32조 제5항

【事案의 概要】

1. 기초가 되는 사실관계

가. 원고의 이 사건 프로그램 개발과 피고 Y1의 이 사건 프로그램 판매행위
원고는 피고 Y2의 요청에 따라 2004년 초순경부터 독서실관리 프로그램, 전등제어기, 전등제어기 인터페이스, 키패드로 구성된 독서실 전등제어시스템(이하 ‘이 사건 시스템’이라 한다) 개발 작업에 착수하여, 2004년 5월 말경 그 개발을 마쳤는데, 원고는 위와 같이 개발한 전등제어기[독서실 좌석의 전등 내부에 설치되는 인쇄회로기판으로서 연산처리장치와 롬 코드(ROM CODE)가 내장된 컴퓨터칩(마이크로 컨트롤러) 등을 구성요소로 함]에 설치되는 롬 코드인 컴퓨터프로그램(프로그램의 명칭: 전등제어기 롬 코드, 탑재되는 컴퓨터칩명: 생략, 기능: 좌석의 고유 아이디 설정 및 전등의 전원 점멸, 실행파일: 생략, 이하 ‘이 사건 프로그램’이라 한다)도 함께 창작하였다.

원고는 2007. 4. 17. 구 컴퓨터프로그램 보호법(2009. 4. 22. 법률 제9625로 저작권법에 흡수·폐지, 이하 같다) 제23조에 따라 컴퓨터프로그램보호위원회에 이 사건 프로그램을 등록번호 2007-01-219-002001호로 등록하였다.

피고 Y1은 2007년 5월경부터 ‘a’이라는 상호로 전자부품 제조업을 영위하는 A에게 전등제어기의 제작을 위탁하여 그로부터 이를 납품받아 판매하고 있는데, 그 전등제어기에 설치되어 있는 롬 코드는 이 사건 프로그램과 동일한 프로그램이다.

나. Y2의 채무불이행

Y2는 원고에게 이 사건 시스템의 개발에 대한 대가로 개발에 필요한 기간 동안 매월 2,000,000원을 지급하기로 약정하였음에도 총 12,000,000원(= 2,000,000원 × 6월)에서 5,270,000원만을 지급하였을 뿐 나머지 6,730,000원은 지급하지 아니하였다.

2. 사건의 경과

가. 원고, 2008. 5. 26. 제소

피고 Y1을 상대로 이 사건 프로그램의 저작권을 근거로 한 침해금지 및 손해배상을, Y2를 상대로 이 사건 시스템개발 대가 미지급금을 각 청구

나. 서울서부지법(2008가합6564), 2010. 8. 19. 일부 인용 판결

1) 피고 Y1에 대한 청구 기각: 이 사건 프로그램의 저작권자는 원고가 아니라 Y2이고, 피고 Y1은 Y2와 이 사건 프로그램에 대한 지적재산권을 공유하기로 약정하였다는 이유

2) Y2에 대한 청구 일부 인용: 개발 대가 관련 약정 중 일부만 인정

다. 원고, 2010. 9. 6. 항소: 피고 Y1과 Y2에 대한 부분 전부 항소

라. 서울고법(2010나89533), 2011. 6. 22. 일부 인용 판결

1) 피고 Y1에 대한 제1심판결 일부 취소: 이 사건 프로그램의 저작권자는 원고라고 보되, 저작권침해로 인한 손해배상의 범위 일부 인용(☞ 상고심 심리 대상)

2) Y2에 대한 제1심판결 유지(☞ 상고심 심리와 무관)

마. 피고 Y1, 2011. 7. 13. 상고

바. 피고 Y1, 2011. 9. 16. 상고이유서 제출

사. 원고, 2011. 7. 14. 상고: 피고 Y1에 대한 부분 상고

3. 관련 가처분사건 및 형사사건의 경과

가. 가처분사건

1) 채권자(이 사건 원고), 2007. 5. 22. 채무자(이 사건 피고 Y1)를 상대로 하여 프로그램저작권등침해금지가처분 신청

채권자는 이 사건 프로그램 등의 저작권자인데, 채무자는 채권자로부터 공급받은 전등제어기에서 권한 없이 이 사건 프로그램을 무단으로 추출하여 채무자가 판매하는 전등제어기 제품에 적용하고 있으므로 침해정지 등을 구한다는 취지

2) 서울서부지법(2007카합911), 2007. 11. 22. 기각 결정: 이 사건 제1심 판결과 같은 취지

3) 채권자, 2007. 12. 5. 항고

4) 서울고법(2008라56), 2008. 11. 24. 항고기각 결정: 이 사건 제1심판결과 같은 취지

5) 재항고 없이 확정¹⁾

나. 형사사건

이 사건 원고(고소인)가 이 사건 피고 Y1(피고소인)을 컴퓨터프로그램 보호법위반 등의 혐의로 고소한 데 대하여, 서울서부지방법검찰청(2007형제 31398)에서 2007. 9. 18. 혐의없음(증거불충분) 결정이 내려졌다.

범죄사실 및 불기소이유가 충분하게 기재되어 있지는 않으나, 이 사건 프로그램 무단 복제·판매행위에 대하여 고소한 것으로 보이고, 이에 대하여 경찰조사 결과 피고소인이 Y2로부터 정식으로 물품을 공급받아 판매한 것이라는 점을 주된 이유로 하여 피고소인에게 고소인의 프로그램 침해 범죄 혐의점 발견할 수 없다고 되어 있다(검사의 불기소결정 이유는 위와 같은 사법경찰관 작성 의견서를 원용하고 있다).

4. 관련 사건들 사이의 결정 순서

불기소 결정	→	가처분 기각	→	항고 기각	→	제1심 판결	→	원심 판결

1) 채권자는 위 항고심결정이 사실오인과 법리오해에 의한 것으로 부당하다고 여겼다고 하나, 다만 프로그램 저작권 침해를 입증하기 위하여 ‘프로그램 감정’이 필요하다고 보고 이러한 감정이 허용되지 않는 한 불복의 실익이 없다고 판단하여 재항고하지는 않았다고 설명하고 있다.

제1심판결은 관련 사건의 결론에 영향을 받은 것으로 추측되고, 원심은 이러한 경과를 모두 본 후에도 이와 다른 결론을 내린 것으로 보인다.

5. 관련조문

☞ 구 컴퓨터프로그램 보호법(2009. 4. 22. 법률 제9625호 저작권법 부칙 제2조로 폐지되기 전의 것)²⁾

제2조 (정의)

이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “컴퓨터프로그램저작물”이라 함은 특정한 결과를 얻기 위하여 컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치(이하 ‘컴퓨터’라 한다)안에서 직접 또는 간접으로 사용되는 일련의 지시·명령으로 표현된 창작물을 말한다.
2. “프로그램저작자”라 함은 컴퓨터프로그램저작물(이하 ‘프로그램’이라 한다)을 창작한 자를 말한다.

제5조 (업무상 창작한 프로그램의 저작자)

국가·법인·단체 그 밖의 사용자(이하 이 조에서 ‘법인 등’이라 한다)의 기획하에 법인 등의 업무에 종사하는 자가 업무상 창작한 프로그램은 계약이나 근무규칙 등에 달리 정함이 없는 한 그 법인 등을 당해 프로그램의 저작자로 한다.

제23조 (프로그램의 등록)

① 프로그램저작자는 문화체육관광부장관에게 다음 각 호의 사항을 등록할 수 있다.

1. 프로그램의 명칭
2. 프로그램저작자의 국적·실명 및 주소(주소가 없는 경우에는居所 한다)
3. 프로그램의 창작연월일

2) 컴퓨터프로그램 보호법은 2009. 4. 22. 법률 제9625호로 개정된 저작권법에 통합되면서 폐지되었다. 위 개정 저작권법 부칙 제5조 제2항에서는 ‘이 법 시행 전에 행한 프로그램의 이용은 종전의 컴퓨터프로그램 보호법에 따른다’고 규정하고 있으므로, 이 사건에 관하여는 구 컴퓨터프로그램 보호법이 적용된다.

4. 프로그램의 개요

5. 프로그램의 공표연월일(프로그램저작자가 외국인인 경우에는 프로그램이 대한민국에서 발행된 연월일)

6. 그 밖에 프로그램저작권의 보호 및 공정한 이용과 관련하여 대통령령으로 정하는 사항

② 프로그램저작자가 사망한 경우에는 프로그램저작자의 특별한 의사 표시가 없는 한 그의 유언으로 지정한 자 또는 상속인이 제1항의 규정에 의한 등록을 할 수 있다.

제31조 (침해의 정지 등 청구)

① 프로그램저작권자 또는 프로그램배타적발행권자 등은 그의 권리를 침해하는 자 또는 침해할 우려가 있는 자에 대하여 침해의 정지 또는 예방을 청구할 수 있다.

② 프로그램저작권자 또는 프로그램배타적발행권자 등이 제1항의 규정에 의한 청구를 하는 경우에는 침해행위에 의하여 만들어진 물건의 폐기와 침해행위에 제공된 도구 등의 폐기나 기타 침해를 예방하는데 필요한 조치를 할 것을 함께 청구할 수 있다.

제32조 (손해배상청구)

① 프로그램저작권자 또는 프로그램배타적발행권자 등은 고의 또는 과실로 그의 권리를 침해한 자에 대하여 손해배상을 청구할 수 있다.

② 다른 사람의 등록된 프로그램저작권 또는 프로그램배타적발행권 등을 침해한 자는 그 침해행위에 있어서 과실이 있는 것으로 추정한다.

③ 프로그램저작권 또는 프로그램배타적발행권 등을 침해한 자가 침해행위에 의하여 얻은 이익액은 프로그램저작권자가 입은 손해액으로 추정한다.

④ 프로그램저작권자 또는 프로그램배타적발행권자 등은 제3항의 규정에 의한 손해액 또는 그 권리의 행사로 통상 얻을 수 있는 금액에 상당하는 액을 손해액으로 하여 그 배상을 청구할 수 있다.

⑤ 법원은 손해가 발생한 사실은 인정되나 제3항 및 제4항의 규정에 의한 손해액을 산정하기 어려운 때에는 변론의 취지 및 증거조사의 결과를 참작하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다.

6. 배경기술³⁾

가. ROM(Read Only Memory)

컴퓨터에서 판독 전용의 기억장치를 말하는 것으로, 롬은 전원이 끊어져도 정보가 없어지지 않는 불휘발성 기억장치이다. ROM은 다시 데이터를 써넣는 횟수와 방법에 의해 여러 가지로 나눌 수 있다. 칩을 만들 때 공장에서 내부에 각종 자료를 미리 기록해서 생산하는 것을 마스크롬(Mask ROM)이라고 하고, 내부에 데이터를 써넣을 수 있도록 만든 칩을 PROM(Programmable ROM)이라고 하는데, PROM은 다시 데이터를 써넣을 수 있는 횟수에 따라 오직 한번만 지우고 써넣을 수 있는 것을 OTPROM(One Time PROM), 여러 번 지우고 쓸 수 있는 것을 EPROM(Erasable PROM)이라고 한다.

나. 전등제어기 롬 코드(이 사건 관련)

1) 롬 코드

마이크로컨트롤러 기반 제어기에서 실제 제어 동작은 시스템 제어에 대한 명령을 받아 제어기에 탑재된 프로그램 코드에 의해서 수행된다. 마이크로컨트롤러의 롬에 수록된 바이너리 OP 코드⁴⁾들은 일반적인 데스크톱 컴퓨터의 저장소에 저장되어 있으면서 사용자의 명령에 따라 실행되는 프로그램 코드와 같다.

전등제어기의 마이크로컨트롤러⁵⁾에 전원이 공급되면 마이크로컨트롤러를 초기화하고, 마이크로컨트롤러를 동작하게 하는 프로그램을 메모리에

3) 이하의 내용은 특허조사관 전일용의 기술조사 결과를 정리한 것이다.

4) OP 코드는 operation code의 약어로서 보통 기계어에서 연산을 가리키는 코드를 말한다. 한 명령어에는 연산자 코드부와 피연산자부로 이루어져 있다. 아래의 예에서는 'ADD'는 연산자 코드이고, 'A, B'는 피연산자부에 해당하는 것이다. 이러한 명령어를 아래와 같이 표현하면 기계어로 표현한 것이고, 이를 실행파일로 바꾸면 이 사건 롬 코드와 같이 숫자로 표현된다.

예) ADD A, B: A 레지스터의 값과 B 레지스터의 값을 더하여, A 레지스터에 저장하라는 명령이다.

5) 전등제어기는 ATMEL사에 제작한 ATtiny26L이라는 마이크로컨트롤러를 사용하고 있다. ATtiny26L은 2K Bytes의 플래시 메모리를 내장한 8 비트 마이크로컨트롤러로서, 이 사건 전등제어기와 같은 소형 제어기에 많이 사용된다.

상주시켜야 하는데, 이러한 프로그램 등을 ROM에 저장하여 놓은 것을 롬 코드라고 한다.

2) 원고의 전동제어기 롬 코드

원고의 전동제어기 롬 코드는 아래와 같고, 롬에 저장되는 데이터이다. 아래 숫자는 모두 16진수로 표현되어 있고, 메모리 주소는 데이터를 저장하는 메모리 주소를 가리키는 것이다. 첫 행을 기준으로 설명하면, ‘000000’은 ROM의 첫 번째 주소인 ‘000000’을 가리키는 것으로, 주소 ‘000000’에 ‘17’⁶⁾을 저장하는 것을 의미하고, 주소 ‘00010’(ROM의 17번째 주소를 의미한다)에 ‘FF’⁷⁾를 저장하는 것을 의미한다.

메모리 주소	메모리 주소에 저장되는 프로그램
000000)	17 C0 48 C2 FF FF FF FF - FF FF FF FF FF FF FF FF
000010)	FF FF FF FF FF FF FF FF - 00 00 00 3F 06 5B 4F 66
000020)	6D 7D 07 7F 6F F7 38 42 - 00 00 00 00 00 00 FF 00 FF
000030)	CF ED D0 E0 CD BF DE BF - C0 51 D0 40 0A EA 08 83
000040)	00 24 E7 E7 F0 E0 10 E0 - E8 38 F1 07 11 F0 01 92
000050)	FB CF 00 83 E8 E1 F0 E0 - A0 E6 B0 E0 10 E0 EF 32
000060)	F1 07 21 F0 C8 95 31 96 - 0D 92 F9 CF AD D1 FF CF
000070)	26 D3 60 2F 2E 97 44 27 - 78 D0 40 2F 40 5D 82 E3
000080)	88 83 2C 2F 3D 2F 26 5F - 3F 4F 00 91 60 00 10 91
000090)	51 00 20 D1 8D 85 80 5D - 89 83 8C 85 80 5D 8A 83
0000A0)	8B 85 80 5D 8B 83 8A 85 - 80 5D 8C 83 6D 83 4E 83
0000B0)	8B E3 8F 83 22 24 28 86 - 0C 2F 1D 2F 3C D2 2E 96
0000C0)	E3 D2 08 95 01 E0 80 E8 - 8B BB CF 9B 01 C0 00 27
0000D0)	70 90 75 00 20 16 B1 F0 - 80 91 77 00 90 91 78 00
0000E0)	91 96 90 93 78 00 80 93 - 77 00 88 EE 93 E0 20 90
0000F0)	77 00 30 90 78 00 82 15 - 93 05 54 F4 00 93 75 00
000100)	91 E0 07 C0 22 24 33 24 - 30 92 78 00 20 92 77 00
000110)	90 27 08 95 00 23 31 F0 - 80 91 6D 00 87 7F 80 93
000120)	6D 00 05 C0 80 91 6D 00 - 88 60 80 93 6D 00 20 90
000130)	70 90 75 00 20 16 B1 F0 - 80 91 77 00 90 91 78 00

이러한 프로그램은 원시 소스 프로그램으로부터 컴파일러(또는 어셈블러)와 링커에 의해 각 마이크로컨트롤러에서 실행 가능한 바이너리 프로그램 코드로 번역된 것이고, 역 컴파일(역어셈블러)에 의해 100% 완벽하지

6) 16진수인 ‘17’을 이진수로 변환하면 ‘00010111’ 이다.

7) 16진수인 ‘FF’를 이진수로 변환하면 ‘11111111’ 이다.

않지만, 원시 소스가 복원 가능하다.

원고의 전등제어기 롬 코드와 피고의 전등제어기 롬 코드는 한국저작권위원회에서 100% 동일하다고 감정하였다.⁸⁾

다. SMPS(Switching Mode Power Supply)

컴퓨터 시스템에 전원을 공급하는 전원장치의 한 방식으로 스위칭 회로를 이용한 전원공급장치를 말하는데, 기존에 사용하던 리니어방식의 전원공급장치에 비해 효율이 높고 내구성이 강하며 소형, 경량화에 유리하다. SMPS는 통상 통신용 및 산업용 및 PA, OA기기, 가전기기용 등 민수용으로 분류된다.⁹⁾

SMPS 전원 방식은 Y1A Line 주파수(50~60Hz)를 DA로 변환하기 위해, 높은 주파수로 변경(수십~수백 kHz)하는 방법을 사용하여, 전원 이용률을 극대화함으로써 고효율과 전원의 안정도가 기존의 방식에 비해 높은 장점을 갖는다.

이 사건에서 SMPS는 전등제어기 인터페이스¹⁰⁾에 탑재되어 전원을 공급하는 전원 장치를 말하는 것으로 보인다.

라. 원고의 시스템 전체 구성도

1) 원고의 시스템

원고의 시스템은 회원에게 독서실 입출을 위한 비밀번호를 부여하고, 회원이 재입하는 경우에만 좌석에 전원을 공급함으로써, 회원 이외의 사람이 무단으로 독서실을 이용하는 것을 방지하는 시스템으로, 그 전체적인 구성

8) 한국저작권위원회 감정서 발췌: 감정결과 감정 대상물의 유효 어드레스 영역과 이 영역의 코드를 역어셈블한 어셈블리 프로그램의 총 라인 수는 서로 달랐으나 직접적인 프로그램의 동작과 상관이 없는 NOP 코드와 공백라인을 제거하고 유효 프로그램 라인을 추출하였을 때 두 프로그램 모두 930줄로 동일하며 유효라인의 비교 결과 모두 동일한 라인으로 판명되었다. 따라서 이 유사도 측정 결과를 토대로 판단해볼 때 원고와 피고의 원시 프로그램 코드는 완전히 일치하는 것으로 판단된다.

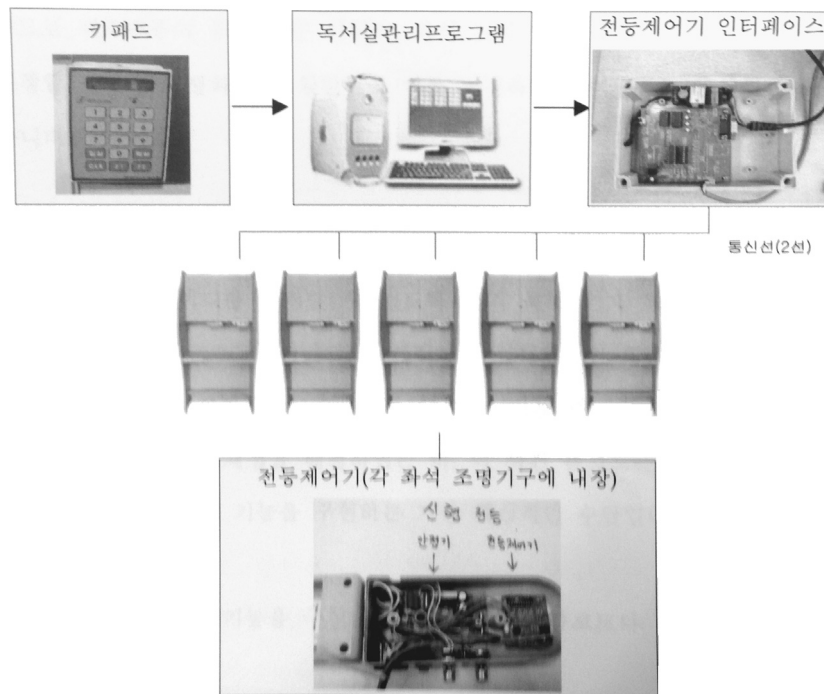
9) 네이버 지식 백과 참조.

10) 사무실 컴퓨터와 좌석 조명기구에 내장된 전등제어기의 중간에 설치하는 신호분배 장치로 전등제어기와는 2선의 통신선이 연결되어 있는 것이다.

은 아래 그림과 같이 키패드, 전등제어기, 전등제어기 인터페이스, 독서실 관리 프로그램으로 이루어진다.

이중 이 사건 롬 코드 프로그램은 전등제어기의 마이크로 컨트롤러에 저장되어 실행되는 프로그램에 관한 것이다.

[이 사건 시스템의 전체구성도]



2) 원고의 전등제어기 관련 기술

독서실 좌석의 전등스탠드 내부에 설치되는 인쇄회로기판으로, 연산처리 장치와 롬 코드가 내장된 마이크로컨트롤러를 구성으로 하는 것이다. 이러한 전등제어기는 키패드를 통해 입력된 회원의 재실여부에 대한 정보에 따라 자동으로 입실 시에는 입실회원 좌석의 전등에 전원을 공급하여 전등을

사용할 수 있게 하고, 퇴실 시에는 퇴실회원 좌석의 전등에 전원을 차단하여, 무단 이용을 방지하는 전등 전원 통제 기능을 한다.

이와 같이 컴퓨터를 이용하여 특정 좌석의 전등 전원을 원격으로 제어하기 위해서는 설치된 전등제어기에 독서실 좌석 중 어느 좌석인지에 대한 정보(이하 ‘고유 아이디’라 한다)를 가지고 있어야 한다.

종래의 전등제어기는 회로기판에 덤스위치¹¹⁾를 이용하여 고유 아이디를 설정하는 방식이어서, 좌석 위치 변경으로 고유 아이디를 변경할 필요가 생기면, 일반인이 이를 변경하기 어려운 문제가 있었는데, 원고는 이 사건 롬 코드 프로그램을 제작하여 실행파일 형태로 전등제어기에 탑재하여, 덤 스위치를 이용하지 않고 소프트웨어적으로 전등제어기의 고유 아이디를 설정할 수 있도록 하였다.

【第1審 및 原審判決의 要旨】

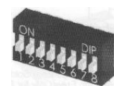
☞ 상고심 심리 대상인 피고 Y1에 대한 청구 부분만 살펴본다.

1. 제1심판결의 요지(=청구 기각)

가. 인정사실¹²⁾

피고 Y1 → Y2: 프로그램 개발 의뢰 및 개발된 프로그램 권리 공유 약정
 Y2 → 원고: 프로그램 개발 의뢰 및 대가 지급(일부 미지급)
 원고 → Y2: 프로그램 개발 납품

11) 덤스위치(DIP switch)는 회로기판에 꽂아 하드웨어의 기능을 변경할 때 사용하는 것으로 컴퓨터나 주변장치의 초기값(고유 아이디 또는 작동규격 등)을 가변적으로 설정할 수 있기 위한 환경설정용 스위치를 말한다.



12) 제1심판결문에서 인정되어 있는 사실관계이다. 원심은 이 부분 사실인정은 하고 있지 아니하다. 한편 원고는 원심 소송 중 피고 Y1과 Y2 사이의 이 사건 개발계약은 허위라는 취지로 다투었다. 기본적으로 원심공동피고 Y2가 계속 소재불명으로 공시송달에 의하여 진행되었기 때문에 분명하게 확인하기는 어려운 사실관계라고 볼 수 있다.

원고는 소프트웨어 및 컴퓨터부품의 제조·판매업을 목적으로 하는 주식회사 B에서 개발팀장으로 근무하면서 학원출입단말기 등 전자제품과 학원관리프로그램 등을 개발하는 업무를 담당하다가 1999년경 퇴사하였고, 이후에는 지문인식기 등 전자제품을 개발·제작하는 업무에 종사하고 있던 사람이다. 피고 Y1은 전등을 포함한 독서실 관련 제품을 생산하는 업체인 'C'를 운영하는 사람이고, Y2 역시 독서실 관련 제품을 생산하는 업체인 'D'를 운영하던 사람이다.

피고 Y1은 Y2에게 기존의 독서실 전원제어시스템은 덩스위치를 이용하여 각 좌석에 관한 정보를 설정하게 되어 있어 사용이 불편하므로 이러한 점을 개선한 새로운 독서실 전원제어시스템을 개발하여 줄 것을 요청하였고, Y2가 이에 응하여 피고 Y1과 Y2는 2004년 초경 Y2가 독서실 전원제어시스템을 개발하고 그 대가로 피고 Y1로부터 16,000,000원을 지급받기로 하는 다음과 같은 내용의 계약(이하 '이 사건 개발계약'이라 한다)을 체결하였다.

- 가) 본 계약은 피고들의 독서실 전원제어시스템 개발에 있어 필요한 제반사항을 규정하는 데 목적이 있으며, 피고 Y1이 Y2의 기술력을 통하여 개발하는 정보의 명칭은 '전원제어시스템 개발'이라 칭하기로 한다.
- 나) 피고 Y1이 Y2를 통하여 개발하는 서비스의 내용은 마이컴 컨트롤, 지문인식 모듈 및 아이디 입력기, 관리프로그램 및 유지보수 관리 서비스이며, 서비스의 구체적 내용의 변경 및 추가는 상호 협의하여 결정한다.
- 다) 개발비용은 16,000,000원으로 하고, 피고 Y1은 Y2에게 모든 개발이 완료될 시 잔금 전액을 지급한다.
- 라) Y2는 본 계약과 관련된 특허권, 지적소유권 및 기타 제반권리가 피고들에게 있음을 보장하고, 본 계약에 의하여 취득한 사항들이 제3자에 의하여 불법복제되거나 누출되지 않도록 하며, 피고들의 저작권이 침해되지 않도록 협조한다.

Y2는 이 사건 개발계약에 따른 독서실 전원제어시스템을 개발하기 위하여 2004년 초경 전부터 알고 지내던 원고에게 기존의 독서실 전원제어시스템의 문제점을 해결할 수 있는 새로운 독서실 전원제어시스템을 개발하여 줄 것을 요청하였다. 이에 따라 원고는 독서실 전원제어시스템을 개발하는데 필요한 기간 동안 Y2로부터 월 2,000,000원을 지급받기로 하고 2004년 초경부터 인천시 소재 'D' 빌딩 'D' 사무실에서, ① 컴퓨터에서 동작되는 소프트웨어로서, 독서실 관리업무를 처리해 주며 전등제어, 회원의 출입, 출결관리 등을 수행하는 기능을 가진 독서실관리프로그램, ② 개개의 좌석에 설치되는 하드웨어로, 마스터단말기 또는 컴퓨터와 통신을 이용하여 전등제어를 수행하는 기능을 갖고 있으며 전등제어기의 고유 아이디를 프로그램적으로 설정하는 내용의 이 사건 프로그램이 내장되어 있는 전등제어기(이하 '이 사건 전등제어기'라고 한다), ③ 중앙컴퓨터와 각 좌석에 설치된 전등제어기의 중간에 위치한 신호분배장치인 전등제어기 인터페이스, ④ 독서실 입구에 설치하는 비밀번호 입력장치인 키패드(이하 위 ① 내지 ④의 제품을 통틀어 '이 사건 시스템'¹³⁾이라 한다)의 개발에 착수하였다.

원고는 2004. 5. 31.경 'E'라는 상호로 전자부품 제조업을 영위하는 소외 F로 하여금 이 사건 프로그램이 장착된 전등제어기 82개를 시제품으로 생산하게 한 다음 이를 Y2에게 납품하였고, 그 무렵 이 사건 시스템의 개발을 완료하여 이 사건 시스템을 생산할 수 있도록 그와 관련한 기술자료를 위 F에게, 독서실 관리프로그램 파일을 Y2에게 각각 인도하였다.

Y2는 2004년 7월경 F에게 이 사건 전등제어기 5,000대의 생산을 의뢰하였고, F로부터 납품받은 전등제어기 5,000대를 피고 Y1에게 대금 20,000,000원에 납품하였다.

나. 판단

원고와 Y2 사이의 관계는 이 사건 프로그램을 포함한 이 사건 시스템

13) 제1심판결문상으로는 '이 사건 전원제어시스템'으로 명명되어 있으나, 원심판결문의 표현에 따라 '이 사건 시스템'이라고 부른다.

개발에 관한 도급계약에 의한 것이라 할 것이므로 원칙적으로는 법인 등 사용자를 당해 프로그램의 저작자로 규정하고 있는 구 컴퓨터프로그램 보호법 제5조의 규정이 적용되지 아니한다 할 것이나, 다음의 사정 즉, ① 이 사건 프로그램을 포함한 이 사건 시스템의 개발은 피고 Y1이 기존의 독서실 전원제어시스템의 좌석정보 설정방식에 불편을 느끼고 이에 따라 Y2에게 좌석정보의 설정방식이 개선된 새로운 독서실 전원제어시스템의 개발을 위탁함에 따라 이루어진 것인 점, ② Y2는 원고에게 이 사건 시스템의 개발에 필요한 기간 동안 매월 2,000,000원을 주겠다고 약정하였고, 이에 따라 2004. 1. 17.부터 같은 해 6. 7.경에 이르기까지 수회에 걸쳐 원고 또는 원고의 동생인 G의 계좌로 돈을 입금한 점, ③ 뿐만 아니라 Y2는 원고에게 ‘D’의 개발부장의 직함을 부여한 동시에 원고로 하여금 ‘D’의 사무실에서 이 사건 시스템을 개발할 수 있도록 한 점, ④ 원고 스스로도 Y2와 계약 당시 이 사건 시스템을 개발하기 위하여 필요한 일체의 비용은 Y2가 부담하기로 하였다는 것을 인정하고 있는 점 등을 더하여 보면, 이 사건 프로그램은 Y2가 피고 Y1로부터 개발을 의뢰받은 이 사건 시스템의 제작에 필수적인 프로그램으로서 Y2의 전적인 기획과 투자에 의한 이 사건 시스템 개발업무의 일환으로 원고에게 위탁되어 그 인력을 빌어 창작된 것이라고 봄이 상당하므로, 구 컴퓨터프로그램 보호법 제5조를 준용하여 주문자인 Y2가 직접 그 저작권자가 되는 것으로 보아야 할 것이다.

한편 피고 Y1과 Y2가 이 사건 개발계약 당시 위 계약에 따라 개발된 이 사건 시스템과 관련된 지적재산권을 포함한 제반권리를 공유하기로 약정한 사실은 앞서 본 바와 같은바, 그렇다면 피고 Y1은 이 사건 프로그램의 저작권자인 Y2와 사이에 위와 같은 약정을 체결함으로써 이 사건 프로그램을 이용할 수 있는 권리를 가지게 되었다고 할 것이므로, 원고가 이 사건 프로그램의 프로그램 저작권자이고, 피고 Y1이 이 사건 프로그램을 무단으로 복제하는 등으로 이용하였음을 전제로 한 원고의 피고 Y1에 대한 청구는 이유 없다.

2. 원심판결의 요지(= 일부 인용)

가. 원고가 이 사건 프로그램의 저작권자인지 여부

기초사실에서 본 바와 같이 원고가 이 사건 프로그램을 창작하였음이 인정되는 이상, 특별한 사정이 없는 한 이 사건 프로그램의 저작권은 그 창작자인 원고에게 귀속된다.

이에 대하여 피고 Y1은, 이 사건 프로그램은 Y2의 기획하에 그의 피용자인 원고가 창작한 것이므로 구 컴퓨터프로그램 보호법 제5조에 따라 그 저작권은 원고의 사용자인 Y2에게 귀속되었거나, 적어도 원고가 Y2에게 그 저작권의 처분권한을 위임하였다고 주장한다.

이 사건 프로그램이 Y2의 기획하에 그의 피용자인 원고가 창작하였는지에 관하여 보건대, 이에 부합하는 듯한 Y2의 각 진술서는 Y2의 주장에 불과하여 이를 그대로 믿기 어렵고, ① Y2가 원고에게 2003년 말부터 2004년 경까지 2003. 11. 13. 30만 원, 2003. 12. 1. 7만 원, 2003. 12. 5. 45만 원, 2004. 1. 17. 50만 원, 2004. 2. 2. 49만 원, 2004. 2. 13. 44만 원, 2004. 3. 8. 42만 원, 2004. 3. 24. 25만 원, 2004. 4. 14. 110만 원, 2004. 5. 11. 50만 원, 2004. 5. 14. 15만 원, 2004. 5. 20. 85만 원, 2004. 5. 29. 40만 원, 2004. 6. 7. 2만 원, 2004. 9. 17. 100만 원, 2004. 12. 28. 55만 원 등을 원고 또는 그의 동생인 G의 은행계좌로 송금한 사실은 인정되나, 위와 같이 송금한 각 금원의 액수나 송금시기가 불규칙한 점에 비추어 위와 같이 송금한 금원을 Y2가 원고에게 지급한 급여라고 보기는 어렵고, 오히려 앞서 든 증거 및 갑 제40호증의 1, 2의 각 기재를 종합하면 Y2의 위와 같은 송금방식은 원고가 Y2의 직원이 아니었던 2003년도나 2005년도에 Y2가 원고에게 컴퓨터 프로그램 개발비 등을 송금하던 방식과 유사한 것으로 보이므로, Y2가 원고에게 지급한 위와 같은 금원은 이 사건 시스템의 개발비 중 일부로 보이는 점, ② 원고가 이 사건 시스템의 개발에 필요한 통신 칩을 구입하거나 시제품 제작비용, 키패드 위탁제작비용 등을 지급하였음이 인정되는 점(이에 대하여 피고 Y1은 원고가 Y2로부터 송금 받은 금원으로 위와 같은 개

발비용을 지급하였으므로, 위와 같은 개발비용은 Y2가 부담한 것이라고 주장하나, Y2가 위와 같이 원고에게 금원을 송금하고 원고가 그중 일부를 위와 같이 개발비용으로 사용하였다는 사정만으로는 Y2가 원고의 사용자로서 위와 같은 개발비용을 직접 부담한 것이라고 보기 어렵다), ③ 원고가 이 사건 시스템 개발작업 중인 2004년도에도 2004년 1월경부터 2004년 말까지 H라는 상호로 자동제어기 등의 제조업을 영위하는 I로부터 모직물 제작기계를 제어하는 캐드(AY1D) 및 캠(AY1M) 프로그램 개발작업을 위탁받아 이를 수행하고, 2004년 4월경부터 2004년 5월경까지 주식회사 J의 정저항 배터리 방전시험기 프로그램 개발작업을 수행하고, 2004년 4월경 K의 L 빌딩 제어시스템 개발작업에 관여하고, 2004년 6월경부터 2004년 9월경까지 M의 LPI 개발작업을 수행하고, 2004년 7월경부터 N, O 등과 MP3 플레이어 개발작업을 추진하고, 2004년 8월경 P의 신용카드 단말기 프로그램 개발작업에 관여하고, 2004년 9월경 Q의 지문인식기 개발작업을 수행하는 등 이 사건 시스템 개발작업을 하는 중에 다른 업체의 컴퓨터프로그램 등 개발작업에도 관여한 사실이 인정되는 점, ④ 위탁계약에 기하여 작성된 컴퓨터프로그램이라도 계약상 저작권을 위탁자에게 양도하기로 한 것이거나 피용자가 직무상 작성한 컴퓨터프로그램인 경우에 창작자인 수탁자나 피용자는 그 컴퓨터프로그램의 소스코드를 위탁자나 사용자에게 인도하는 것이 관례인데, Y2나 피고 Y1이 원고로부터 이 사건 프로그램의 소스코드를 넘겨받았음을 인정할 아무런 증거가 없는 점(오히려 갑 제52호증의 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면 Y2는 원고로부터 이 사건 프로그램의 소스코드를 넘겨받지 못한 것으로 보인다) 등에 비추어 보면, 원고가 Y2가 운영하던 D 사무실에서 이 사건 시스템 개발작업을 하면서 D의 개발부장이라는 직함을 사용하였다거나 Y2가 이 사건 시스템 개발에 드는 비용을 부담하기로 하였다거나 이 사건 프로그램을 포함하여 이 사건 시스템의 개발이 Y2의 요청에 따라 이루어졌다는 사정만으로는 원고가 Y2의 기획하에 그의 피용자로서 또는 그의 실질적 지휘·감독에 따라 이 사건 프로그램을 창작하였다거나 원고가 Y2에게 이 사건 프로그램 저작권에 대한 처분권을

위임하였다고 보기 어렵고, 피고 Y1의 주장과 같이 이 사건 프로그램이 Y2와 피고 Y1 사이에 체결된 전원제어시스템 개발계약에 따라 개발된 것이라고 하더라도 그 계약은 Y2와 피고 Y1 사이에 체결된 것이어서 그 효력이 제3자인 원고에게까지 미칠 수는 없으므로 그러한 계약이 존재한다고 하여 달리 보기는 어려우며, 달리 피고 Y1의 위와 같은 주장을 인정할 증거가 없으므로, 피고 Y1의 위와 같은 주장은 이유 없다(위와 같은 제반사정에 비추어 보면 원고와 Y2 사이에 이 사건 프로그램을 포함하여 이 사건 시스템 개발에 관한 계약은 결국 개발위탁계약으로 볼 수밖에 없는데, 그 계약상 이 사건 프로그램 등에 관한 저작권을 누구에게 귀속시키기로 하였는지에 대한 피고의 입증이 없으므로, 앞서 본 바와 같이 구 컴퓨터프로그램 보호법상의 원칙으로 돌아가 이 사건 프로그램의 저작권은 그 창작자인 원고에게 귀속된다고 봄이 타당하다).

나. 피고 Y1이 원고의 이 사건 프로그램 저작권을 침해하였는지 여부

기초사실에서 본 바와 같이 피고 Y1이 2007년 5월경부터 A에게 이 사건 프로그램과 동일한 롬 코드가 설치된 전동제어기의 제작을 위탁하여 그로부터 이를 공급받아 판매하여 왔고, 앞서 본 바와 같이 이 사건 프로그램의 저작권이 원고에게 있는 이상, 피고 Y1의 위와 같은 행위는 이 사건 프로그램에 관한 원고의 저작권을 침해한 것이다. 따라서 피고 Y1은 청구취지 기재와 같은 원고의 금지청구에 응할 의무가 있다.¹⁴⁾

14) 더하여 원심은 “다만 컴퓨터프로그램에 대한 사전적 의미의 ‘개작’은 그 범위와 정도에 따라 저작권의 침해가 되는 컴퓨터프로그램 보호법상의 개작과 저작권의 침해가 되지 아니하는 개작, 즉 새로운 창작에 해당하는 개작으로 구별될 수 있고, 저작권 침해행위로서 금지의 대상이 되는 행위는 일반적으로 구 컴퓨터프로그램 보호법상의 개작만이 해당되는데, 원고의 금지청구 중 ‘개작’에 의한 침해의 금지를 구하는 부분은 이를 구분하지 아니한 채 단순히 이 사건 프로그램의 ‘개작’이라고만 표시하고 있어 문언상 새로운 창작에 해당하는 개작까지 포함하고 있으므로, 개작에 대한 금지청구 중 새로운 창작에 해당하는 개작에 대해서까지 금지를 구하는 부분은 이유 없을 뿐만 아니라 판결의 집행과정에서 저작권의 침해가 되는 개작과 새로운 창작에 해당하는 개작을 구별할 수 있을 만큼 구체적으로 특정되어 있지도 아니하므로, 원고의 이 부분 청구는 받아들이지 아니한다. 또한, 기초사실에서 본 바와 같이 원고가 이 사건 프로그램을 2007. 4. 17. 등록하였고, 피고 Y1이 그 이후인 2007년 5월경부터 위와 같이 이 사건 프로그램의 저작권을 침해하고 있으므로, 구 컴퓨터프로그램 보호

다. 손해배상액의 산정

1) 원고의 주장

이 사건 시스템은 독서실 관리프로그램 1개, 전등제어기 인터페이스 1개, 전등제어기 100대, 키패드 1개가 1세트를 이루고 있고, 전등제어기 인터페이스에는 1개의 전원공급장치(SMPS)가 장착되는데, 피고로부터 이 사건 시스템의 제작을 위탁받아 피고에게 이를 공급하고 있는 A가 2007. 5. 2.경부터 2009. 11. 23.까지 주식회사 R로부터 전원공급장치(SMPS) 380개를 구입하였으므로, 피고 Y1이 A로부터 공급받은 이 사건 시스템은 380세트 정도로 추정되고, 따라서 피고 Y1은 위 기간에 이 이 사건 프로그램을 38,000점(=이 사건 시스템 380세트×세트당 전등제어기 100개) 정도 무단 복제한 것으로 추정된다.

그런데 이 사건 프로그램은 그 특성상 프로그램만 별도로 판매되는 것이 아니라 전등제어기의 칩에 설치되어 전등제어기와 불가분의 일체로 판매되고 있으므로, 피고 Y1이 이 사건 프로그램의 저작권을 침해하여 얻은 이익은 곧 피고 Y1이 이 사건 프로그램이 설치된 전등제어기를 판매하여 얻은 이익이 되는데, 피고 Y1은 A로부터 이 사건 프로그램이 설치된 전등제어기를 개당 4,500원 정도에 공급받아 개당 18,000원에 판매하고 있으므로, 피고 Y1이 이 사건 프로그램의 저작권을 침해하여 얻은 이익은 5억 1,300만 원[=피고 Y1의 전등제어기 개당 판매이익 13,500원(=전등제어기 판매단가 18,000원-전등제어기 구매단가 4,500원)×피고가 A로부터 공급받은 전등제어기 38,000개]인바, 구 컴퓨터프로그램 보호법 제32조 제3항에 의하면 이와 같이 피고 Y1이 이 사건 프로그램의 저작권을 침해하여 얻은 이익액은 이 사건 프로그램의 저작권자인 원고가 입은 손해액으로 추정된다.

또한 피고 Y1의 이 사건 프로그램 저작권 침해로 인하여 원고가 입은

법 제32조 제2항에 따라 피고 Y1은 위와 같은 저작권 침해행위를 함에 있어서 과실이 있는 것으로 추정되고, 피고 Y1과 Y2 사이의 전원제어시스템 개발계약만으로는 이러한 추정을 뒤집기에 부족하며, 달리 그 추정을 번복할만한 증거자료가 없으므로, 피고 Y1은 원고에게 이 사건 프로그램의 저작권 침해로 인하여 원고가 입은 손해를 배상할 책임이 있다.”라고 판단하고 있다.

손해를 원고가 전등제어기를 판매하지 못함에 따라 일실한 판매이익으로 보더라도, 원고가 전등제어기를 4,500원에 판매하고 있고 그 제작비용은 개당 2,000원이므로, 원고의 일실 판매이익은 9,500만 원[=원고의 전등제어기 개당 판매이익 2,500원(=전등제어기 판매단가 4,500원-전등제어기 제작단가 2,000원)× 피고가 A로부터 공급받은 전등제어기 38,000개]이 된다.

따라서 피고는 이 사건 프로그램 저작권의 침해로 인한 손해배상으로서 원고에게 적어도 청구취지 기재와 같이 1억 원과 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

2) 판단

A가 2007. 5. 2.경부터 2009. 11. 23.까지 주식회사 R로부터 전원공급장치(SMPS) 380개를 구입하였음은 인정되나, A가 위와 같이 구입한 전원공급장치를 모두 피고 Y1에게 공급하였거나 위와 같이 구입한 전원공급장치 개수만큼 전등제어기 인터페이스를 제작하여 피고 Y1에게 공급하였음을 인정할 증거도 없거니와 원고의 주장과 같이 전등제어기 인터페이스 1개에 전등제어기를 100개까지 연결할 수 있다고 하더라도, 실제로 설치되는 전등제어기의 개수는 이 사건 시스템이 설치되는 각 독서실의 열람좌석 수에 따라 결정되는 것이지 독서실에 설치되는 전등제어기 인터페이스의 개수에 비례하여 결정되는 것은 아니므로, 설령 원고의 주장과 같이 A가 피고 Y1에게 위와 같이 구입한 전원공급장치 개수만큼의 전등제어기 인터페이스를 공급하였다고 하더라도 이러한 사정만으로 피고 Y1이 A로부터 이 사건 프로그램이 설치된 전등제어기를 38,000개 정도 공급받았다고 보기는 어려우므로, 손해액 산정에 관한 원고의 주장은 더 나아가 살펴 볼 필요 없이 이유 없고, 달리 구 컴퓨터프로그램 보호법 제32조 제3항이나 같은 조 제4항에 따라 원고가 입은 손해액을 산정할 자료도 없다.

따라서 피고 Y1이 이 사건 프로그램의 저작권을 침해하여 원고가 입은 손해액은 구 컴퓨터프로그램 보호법 제32조 제5항에 따라 변론 전체의 취지 및 증거조사결과를 참작하여 당원이 산정할 수밖에 없는데, 앞서 본 바와 같은 피고 Y1의 저작권 침해기간 및 이 사건 프로그램의 유통 방식, 피

고 Y1의 이 사건 프로그램이 설치된 전등제어기의 구입단가(개당 4,000원 내지 4,500원)와 판매단가(개당 18,000원), A의 피고 Y1에 대한 2007년부터 2009년까지의 매출세금계산서상 매출액(합계 3,857만 원), 원고가 주장하는 이 사건 프로그램에 관한 라이선스료, 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 이 사건 프로그램을 작성하기 위한 비용 및 그 작성의 난이도 등 이 사건 변론에 나타난 제반사정을 고려하면 피고 Y1이 이 사건 프로그램의 저작권을 침해하여 원고가 입은 손해액은 2,000만 원으로 봄이 타당하다.¹⁵⁾

라. 결론(주문)¹⁶⁾

피고 Y1은 이 사건 프로그램을 복제, 전송하거나, 사용, 양도 또는 대여하거나, 양도 또는 대여를 위한 광고, 전시를 하여서는 아니 된다.

피고 Y1은 원고에게 2,000만 원과 이에 대하여 2008. 6. 20.부터 2011. 6. 22.까지 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 각 비율에 의한 금원을 지급하라.

【上告理由의 要旨】

☞ 시간상으로도 피고가 먼저 상고하였고, 논리상으로도 이 사건 프로그램의 저작권 귀속을 문제 삼는 피고의 상고이유에 관한 검토가 선행된 다음 손해배상의 수액을 문제 삼는 원고의 상고이유에 관한 검토에 나아가는 것이 타당하므로, 피고의 상고이유를 먼저 살펴본다.

15) 이에 원심은 “따라서 피고 Y1은 원고에게 이 사건 프로그램의 저작권 침해로 인한 손해배상금 2,000만 원과 이에 대하여 원고가 구하는 바에 따라 이 사건 소장 송달 다음날인 2008. 6. 20.부터 위 피고가 그 이행의무의 존부 및 범위에 관하여 항쟁함이 상당한 당시 판결선고일인 2011. 6. 22.까지 민법 소정의 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지 『소송촉진 등에 관한 특례법』 소정의 연 20%의 각 비율에 의한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.”고 판단하고 있다.

16) 피고 Y1에 대한 청구취지는 “피고 Y1은 이 사건 프로그램을 복제, 전송, 개작하거나, 사용, 양도 또는 대여하거나, 양도 또는 대여를 위한 광고, 전시를 하여서는 아니 된다. 피고 Y1은 원고에게 1억 원과 이에 대하여 이 사건 소장 송달 다음날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율에 의한 금원을 지급하라.”이다.

1. 피고의 상고이유: 채증법칙 위반 또는 이유모순 - 프로그램 저작권 귀속 판단에 관한 법리오해도 주장하는 취지

원고는 제1심 및 원심에서 스스로도 Y2와 계약 당시 이 사건 시스템을 개발하기 위하여 필요한 일체의 비용은 Y2가 부담하기로 하였다는 것을 인정하였는데,¹⁷⁾ 원심은 원고가 자인한 내용과 정반대로 원고가 이 사건 시스템의 개발에 필요한 통신 칩을 구입하거나 시제품 제작비용, 키패드 위탁제작비용 등을 지급하였음이 인정된다고 하는 한편,¹⁸⁾ Y2가 이 사건 시스템 개발에 드는 비용을 부담하기로 하였다고 그 반대되는 사실까지 인정하고 있어,¹⁹⁾ 채증법칙 위반 내지 이유모순의 잘못이 있다.

원심은 Y2가 원고에게 2003년 말부터 2004년경까지 원고 또는 그의 동생인 G의 은행계좌로 송금한 사실은 인정되나, 송금한 각 금원의 액수나 송금시기가 불규칙한 점에 비추어 송금한 금원을 Y2가 원고에게 지급한 급여라고 보기는 어렵고, 이 사건 시스템의 개발비 중 일부로 보인다고 판단하는 한편,²⁰⁾ Y2가 원고에게 이 사건 시스템의 개발에 대한 대가로 개발에 필요한 기간 동안 매월 200만 원을 지급하기로 약정하였음에도 이를 이행하지 않았다고 인정하고 있어,²¹⁾ 이유모순의 잘못이 있다. 위와 같이 송금한 금원이 급여인지 개발비인지의 여부를 떠나서, Y2가 원고에게 매월 200만 원을 지급하기로 한 이상 실제 송금액이나 그 시기가 불규칙하다는 사정은 Y2의 채무불이행이 될 수 있을지언정 이를 근거로 급여가 아니라고 볼 수는 없는 것이다.

한편 원고가 Y2로부터 받은 돈의 성격이 급여인지 개발비인지 여부는 업무상 창작한 프로그램인지 여부를 판단하는 데 요소가 되지 않는다고 할 것이다. 원심이 이를 개발비 중 일부로 인정하면서 원고가 Y2의 실질적 지

17) 제1심판결문 7쪽, 소장 3~4쪽(기록 18~19쪽).

18) 원심판결문 5쪽.

19) 원심판결문 6쪽.

20) 원심판결문 4~5쪽.

21) 원심판결이 인용하고 있는 제1심판결이유 제3항 부분(원심판결문 11~12쪽, 제1심판결문 8쪽).

회·감독에 따라 이 사건 프로그램을 창작하였다고 인정하지 않은 데에는 이유모순의 잘못이 있다.

원심은 Y2나 피고 Y1이 원고로부터 이 사건 프로그램의 소스코드를 넘겨받았음을 인정할 아무런 증거가 없다는 점을 근거로 이 사건 프로그램에 대한 저작권이 원고에게 있음을 인정하고 있으나, 한편 Y2가 원고에게 이 사건 시스템의 개발에 대한 대가 지급 약정을 이행하지 않았다고 인정하고 있는 것에 비추어 보면, 원고는 Y2가 원고에게 약정 금원을 지급하지 않은 데 대하여 양심을 품고 Y2에게 이 사건 프로그램의 소스코드를 넘겨주지 않았음을 인정할 수 있을지언정, 이를 근거로 이 사건 프로그램에 대한 저작권이 원고에게 있다고 인정하는 것은 채증법칙 위반의 잘못이 있다.

다음과 같은 사정들 즉, i) 피고 Y1이 Y2에게 이 사건 프로그램이 포함된 이 사건 시스템의 개발을 위탁한 점, ii) 피고 Y1과 Y2는 이 사건 개발계약에 따라 개발된 프로그램 등에 관한 지적재산권에 대하여 공유하기로 약정한 점, iii) Y2가 원고를 섭외하여 매월 일정액의 개발비와 시스템 판매수익 중 상당 비율의 분배금을 보장하여 주겠다고 약정하였고, 원고에게 D(Y2의 업체) 개발부장 직함을 부여한 가운데 사무실을 이용할 수 있도록 하는 한편, 수회에 걸쳐 개발비를 분할하여 지급하기도 하면서, 원고로 하여금 피고가 기획한 이 사건 프로그램이 포함된 이 사건 시스템을 연구·개발하게 하는 등 원고에 대하여 실질적으로 지휘·감독을 하여 온 점, iv) 피고 Y1은 Y2로부터 이 사건 프로그램이 포함된 이 사건 시스템을 제공받았고, 이 사건 개발계약에 따라 Y2에게 이에 관한 대금을 모두 지급한 점 등에 비추어 보면, 원고는 D(Y2)의 이 사건 개발위탁업무에 종사하던 시스템개발 실무자로서 이 사건 프로그램이 포함된 이 사건 시스템을 D를 위하여 업무상 창작하였다고 할 것이고, 피고 Y1은 D의 대표자인 Y2와 사이에 이 사건 개발계약을 체결함에 따라 이 사건 프로그램이 포함된 이 사건 시스템에 대한 저작권 등의 지적재산권을 공유하게 되었다고 할 것이다.

2. 원고의 상고이유: 심리미진을 주장하는 취지

피고는 2005년부터 이 사건 시스템을 판매하여 원고의 저작권을 침해하였음에도, 원심은 2008년 4월부터 2009. 12. 31.까지의 단 15개월 동안의 매출세금계산서와 매출액만을 기초로 손해액을 산정하였다.

한편 a가 D로부터 구입한 전원공급장치 380개는 이 사건 시스템의 제작 용도로만 사용될 수 있는 것이고, 독서실의 경우 좌석수가 보통 100개 정도이므로 전원공급장치 1개당 100개의 전등제어기를 세트로 판매한 것이 사실임에도 원심은 이를 잘못 판단하였다.

결국 원심판결은 경험칙에 현저히 반하고 손해배상액 산정에 관한 최소한의 노력도 기울이지 않은 채 만연히 구 컴퓨터프로그램 보호법 제32조 제5항에 따라 변론 전체의 취지 및 증거조사결과를 참작하여 손해배상액을 산정하여 위법하다.

【解 說】

1. 피고의 상고이유에 관한 검토

가. 원고가 이 사건 프로그램의 저작권자인지 여부

1) 문제의 소재

이 사건 프로그램은 원고가 Y2의 주문에 따라 개발한 것인데, 이 경우 프로그램저작권이, 법인의 종업원이 업무상 창작한 경우에 준하여, 주문자인 Y2에게 귀속된다고 볼 것인지가 문제된다. 또한 원고에게 저작권이 귀속된다고 보더라도 원고가 프로그램 개발 후 저작권에 대한 처분권을 Y2에게 위임하였다고 볼 수 있는지도 살펴볼 필요가 있다.²²⁾

22) 피고 Y1은 제1심과 원심에서 이 사건 프로그램의 저작권이 Y2에게 귀속되거나, 적어도 원고가 Y2에게 저작권의 처분권한을 위임하였다고 주장해왔고, 상고이유에서는 후자에 관한 주장은 명시적으로 하고 있지는 않으나 주장 취지에 포함되어 있는 것으로 보인다.

2) 관련조문

□ 구 컴퓨터프로그램 보호법²³⁾

- ▶ 제2조 제2호: “프로그램저작자”라 함은 컴퓨터프로그램저작물(이하 ‘프로그램’이라 한다)을 창작한 자를 말한다.
- ▶ 제5조: 국가·법인·단체 그 밖의 사용자(이하 이 조에서 ‘법인 등’이라 한다)의 기획하에 법인 등의 업무에 종사하는 자가 업무상 창작한 프로그램은 계약이나 근무규칙 등에 달리 정함이 없는 한 그 법인 등을 당해 프로그램의 저작자로 한다.

□ 구 저작권법(2006. 12. 28. 법률 제8101호로 전부 개정되고, 2009. 4. 22. 법률 제9625호로 개정되기 전의 것)

- ▶ 제2조 제2호: “저작자”는 저작물을 창작한 자를 말한다.
- ▶ 제2조 제31호: “업무상 저작물”은 법인·단체 그 밖의 사용자(이하 ‘법인 등’이라 한다)의 기획하에 법인 등의 업무에 종사하는 자가 업무상 작성하는 저작물을 말한다.
- ▶ 제9조: 법인 등의 명의로 공표되는 업무상 저작물의 저작자는 계약 또는 근무규칙 등에 다른 정함이 없는 때에는 그 법인 등이 된다.

3) 입법 취지

구 컴퓨터프로그램 보호법 제5조는 저작권법 제9조의 업무상 저작물의 저작자 규정과 같이, 법인 등의 업무에 종사하는 자가 직무상 작성하는 프로그램 저작물에 대하여, 법인 등이 이를 업무상 취급할 때 지장이 없도록 편의를 도모하면서, 프로그램 저작물 거래의 원활화를 도모하기 위하여, 프로그램 저작물에 대하여 발생하는 프로그램 저작권의 귀속주체를 단순화한 것이다. 프로그램저작자는 자연인이라고 하는 전제 아래, 법인 등을 저작자로 의제하고, 법인 등에 원시적으로 이들의 권리를 귀속시키도록 한 규정이다.²⁴⁾

23) 위에서 정리하였으나, 핵심적인 부분만 아래에 다시 기재한다.

24) 김규성, 컴퓨터프로그램 보호법, 세창출판사(2007), 35 참조.

참고로 저작권법 제9조의 취지는 오늘날 저작물 창작의 실체에 있어서 법인 등 단체의 내부에서 여러 사람의 협동작업에 의하여 이루어지는 경우가 많고, 이러한 경우에 복수인이 관여하는 정도나 모습이 다양하여 구체적으로 창작자를 자연인 중에서 찾는 것이 실상에 반하는 사례가 있으므로 법인 등의 단체에 저작자의 지위를 부여하고자 하는 것이고, 이로써 해당 저작물에 대한 권리관계를 명확히 하여 제3자의 신뢰를 보호하고자 하는 것이다.²⁵⁾

위 규정에 보는 바와 같이, 구 컴퓨터프로그램 보호법에는 “법인 등의 명의로 공표되는”의 요건이 규정되어 있지 않은 반면에,²⁶⁾ 저작권법에는 위 공표 요건이 부가되어 있다. 이러한 양 법 사이의 차이를 고려하여 2009. 4. 22. 법률 제9625호로 개정된 저작권법은 구 컴퓨터프로그램 보호법을 흡수·통합하면서 제9조의 내용을 “법인 등의 명의로 공표되는 업무상 저작물의 저작자는 계약 또는 근무규칙 등에 다른 정함이 없는 때에는 그 법인 등이 된다. 다만 컴퓨터프로그램저작물(이하 ‘프로그램’이라 한다)

25) 정상조 편(박성호 집필 부분), 저작권법 주해, 박영사(2007), 282 참조.

26) 본래 위 조문은 저작권법과 동일하게 법인 명의로 공표할 것을 요건으로 하고 있었으나, 1994. 1. 5. 법률 제4712호로 개정되면서 그 부분의 요건이 삭제되었고, 2000. 11. 28. 법률 제6233호로 전부 개정되면서 이를 그대로 답습하였다. 이는 컴퓨터프로그램의 속성을 고려하여 저작권법의 경우에 비하여 법인 등의 명의로 공표될 것을 요구하지 아니한다는 취지로 보인다. 구체적으로 살펴보면, 미공표 프로그램, 즉 개발진행 중에 있는 프로그램도 법인 등에 저작권이 귀속되도록 하기 위한 것이라고 한다. 개발 진행 중에 법인의 종업원이 미공표 프로그램의 소스를 빼내어 자기가 먼저 개발 완료하고 제품을 만들고 이를 공표함으로써 오히려 법인 등에 대하여 저작권침해 주장을 하는 것을 막기 위한 것이다. 또한 기업의 입장에서는 여러 가지 목적으로 개발된 컴퓨터프로그램을 공표하지 아니하고 영업비밀로 해 놓는 경우도 있을 것인데, 이와 같이 프로그램의 공표가 전혀 예정되어 있지 않은 경우 당해 프로그램의 저작권이 종업원에게 원시적으로 귀속된다고 하게 되면 기업의 입장에서는 향후 컴퓨터프로그램 저작권과 관련된 분쟁을 방지하기 위하여 모든 프로그램을 공개하여야 하는 문제가 발생할 수 있다. 물론 사용자는 종업원으로부터 프로그램의 승계를 받는 것도 가능할 것이지만, 그 경우에도 인격권은 종업원에게 남아 있게 되고, 여러 가지 문제를 발생케 할 우려가 있다. 따라서 이러한 경우에도 그 프로그램의 저작권이 기업에 원시적으로 귀속하도록 하기 위하여서는 위와 같은 공표요건을 삭제할 필요성이 있을 것이다. 이러한 법 개정에 따라 기업 등의 종업원이 작성한 프로그램의 저작권은 거의 법인 등에 원시적으로 귀속하는 것으로 되고, 기업으로서는 프로그램을 경제재로서 자기의 생각대로 이용, 처분을 할 수 있게 되었다[오승중, “컴퓨터프로그램의 창작과 저작권의 귀속”, 성균관법학 13권 1호, 성균관대학교 비교법연구소(2001), 287, 288 참조].

의 경우 공표될 것을 요하지 아니한다.”고 규정하고 있다.

이러한 업무상 저작물(업무상 창작한 프로그램) 규정은 실제 창작자인 자연인이 저작자가 된다는 대원칙에 대한 중대한 예외이므로 가급적 업무상 저작물의 성립은 좁게 인정되어야 한다는 것이 일반적인 실무와 학설의 입장이다.²⁷⁾

4) 직무저작프로그램의 요건

직무저작프로그램 즉, 구 컴퓨터프로그램 보호법 제5조 소정의 업무상 창작한 프로그램에 해당하려면 “법인 등 사용자가 프로그램의 작성에 관하여 기획할 것”, “법인 등의 업무에 종사하는 자가 작성할 것 - 사용관계의 존재”, “업무상 창작한 프로그램일 것”, “계약 또는 근무규칙 등에 다른 정함이 없을 것” 등의 요건이 필요하다.²⁸⁾

5) 위탁 개발된 프로그램저작권의 귀속에 직무저작프로그램 규정을 적용할 수 있는지 여부

가) 문제점

프로그램에 대한 저작권은 원칙적으로 창작자 원칙을 채택하고 있는 우리 법제하에서는 일단 창작자라고 볼 수 있는 개발자에게 원시적으로 귀속하게 된다. 이에 대한 예외로서 프로그램이 종업원에 의하여 창작된 경우, 구 컴퓨터프로그램 보호법 제5조²⁹⁾에서 규정된 일정한 요건하에서 창작자가 아닌 사용자가 프로그램저작권을 취득할 수 있는 길을 열어 놓고 있다. 위탁개발의 경우에는 개발자와 사용자(주문자) 사이의 계약관계는 구체적인 약정의 내용에 따라 판단하여야 할 것이나, 통상의 경우는 민법상의 도급계약에 해당한다고 할 것이다. 그런데 위 직무저작의 규정이 위탁개발의 경우에도 적용되는지 여부는 위 요건 중에서 주로 “법인 등의 업무에 종사하는 자가 작성할 것 - 사용관계의 존재”라는 요건의 해석과 관련하여 문제가 된다.

27) 오승중, 저작권법 제2판(전면개정판), 박영사(2012), 886 참조.

28) 이러한 요건의 상세한 내용은 김동진, “업무상 창작한 컴퓨터프로그램의 저작자” 저스티스 34권 6호, 한국법학원(2001), 114 이하 참조.

29) 이 사건에 적용되는 규정이고, 현행법으로는 저작권법 제9조에 따르게 된다.

나) 학설의 입장³⁰⁾

(1) 긍정설

본조의 적용에는 사용자와 종업원이라는 관계가 필요하다. 이것은 통상의 경우에는 대체로 고용과 일치할 것이나, 특수한 경우에는 별도의 고려가 필요하다. 사용자가 저작자로 될 필요성은 필히 형식적인 고용관계로부터 생기는 것이 아니고, 당해 저작물의 창작을 위하여 마치 고용관계에서 생기는 것과 같은 지휘·명령관계에 있다면 충분하다. 따라서 형식적으로 도급계약이나 실체관계에 의하여 저작권법의 사용자와 종업원의 관계를 인정할 수 있다는 것을 전제로 직무저작이 성립할 수 있다는 견해이다[中山信弘, 소프트웨어의法的保護(新版), 有斐閣, (1988), 60; 이상경, 知的財産權訴訟法, 育法社, (1998), 665~666 등].

(2) 부정설

일반적으로 독립한 컴퓨터프로그램개발업자에게 컴퓨터프로그램개발을 주문하여 그 개발업자가 프로그램을 개발한 다음 주문자에게 납품하는 경우 이는 법인 등의 업무에 종사하는 자가 업무상 창작한 컴퓨터프로그램이라고 볼 수 없으므로 그 컴퓨터프로그램의 저작자를 개발업자로 보는 견해이다[송영식·이상정·황종환, 지적소유권법(하), 육법사, (1999), 456~457; 오승중·이해완, 저작권법, 박영사, (1999), 626].

(3) 준용설

주문자가 전적으로 프로그램에 대한 기획을 하여 개발업자에게 개발을 위탁하고 개발업자는 당해 프로그램을 오직 주문자만을 위하여 개발·납품한 경우에는 법인의 종업원이 업무상 창작한 프로그램에 준하는 것으로 보아 구 컴퓨터프로그램 보호법 제7조를³¹⁾ 준용하여 주문자가 직접 저작자가

30) 이하의 내용은 황찬현, “위탁 개발된 컴퓨터프로그램저작권의 귀속에 관한 고찰”, 이십일세기 한국민사법학의 과제와 전망: 심당 송상현교수화갑기념논문집, 박영사(2002), 905 이하에서 인용하였고, 각 학설의 출처도 이 글에서 인용하여 괄호 내에 부기하였다.

31) 2000. 1. 28. 법률 제6233호로 전부 개정되기 전의 법에서는 제7조에서 “업무상 창작한 프로그램의 저작자”라는 제목 아래 “국가·법인·단체 그 밖의 사용자(이하 이 조에서 ‘법인 등’이라 한다)의 기획하에 법인 등의 업무에 종사하는 자가 업무상 창작한 프로그램은 계약이나 근무규칙 등에 달리 정함이 없는 한 그 법인 등을 당해 프로그램의 저작자로 한다.”고 규정하고 있었다.

되며, 따라서 저작권뿐만 아니라 저작인격권도 취득한다는 견해이다[임준호, “컴퓨터프로그램의 법적 보호,” 지적재산권에 관한 제문제(하), 재판자료(57)(1992), 488~489].

다) 판례의 태도

대법원 2000. 11. 10 선고 98다60590 판결은, ‘전압기록계를 제조하여 한전에 공급하는 업체인 주문자가 기존에 전압기록계에 필요한 컴퓨터프로그램 중 관리프로그램 및 분석프로그램의 개발을 각각 추진하여 그 개발이 완료되었으나 위 관리프로그램과 분석프로그램이 상호 작용하는 데 오류가 발견되자, 1991. 10.경 개발자에게 기존의 위 프로그램을 제공하면서 위 관리프로그램을 분석프로그램에 연결하여 사용할 수 있도록 그 내용 중 일부의 수정·보완만을 의뢰하였고, 이에 대하여 개발자도 불과 10여 일 만에 수정·보완을 완료하여 주문자에게 수정된 관리프로그램을 제공’한 사안에서, “업무상 창작한 프로그램의 저작자에 관한 구 컴퓨터프로그램 보호법(1994. 1. 5. 법률 제4712호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘법’이라고만 한다) 제7조의 규정은 프로그램 제작에 관한 도급계약에는 적용되지 않는 것이 원칙이나, 주문자가 전적으로 프로그램에 대한 기획을 하고 자금을 투자하면서 개발업자의 인력만을 빌어 그에게 개발을 위탁하고 이를 위탁받은 개발업자는 당해 프로그램을 오로지 주문자만을 위해서 개발·납품하여 결국 주문자의 명의로 공표하는 것과 같은 예외적인 경우에는 법인 등의 업무에 종사하는 자가 업무상 창작한 프로그램에 준하는 것으로 보아 법 제7조를 준용하여 주문자를 프로그램저작자로 볼 수 있다고 할 것이다.”고 판시하면서, 원심이 위 수정된 관리프로그램은 주문자의 기획과 투자에 의한 프로그램 개발업자의 일환으로 그 당시 주문자(주식회사)의 상무이사이었던 피고에 의하여 개발자에게 위탁되어 그 인력을 빌어 창작된 것이므로 그 프로그램저작자는 개발자가 아니라 주문자라고 판단한 것에 프로그램저작자에 관한 법리를 오해한 위법이 없다고 하였다.

한편 컴퓨터프로그램에 대한 사례는 아니나, 저작권법상 단체명의 저작물³²⁾

32) 2006. 12. 28. 법률 제8101호로 전부 개정되기 전의 구 저작권법 제9조는 ‘단체명의 저작물’

에 관한 사건에서 대법원 1992. 12. 24. 선고 92다31309 판결은 “저작권법은 저작물을 창작한 자를 저작자로 하고(제2조 제2호), 저작권은 저작한 때로부터 발생하며 어떠한 절차나 형식의 이행이 필요하지 아니하고(제10조 제2항), 저작인격권은 이를 양도할 수 없는 일신전속적인 권리(제14조 제1항) 규정하고 있고, 위 규정들은 당사자 사이의 약정에 의하여 변경할 수 없는 강행규정이라 할 것인바, 상업성이 강하고 주문자의 의도에 따라 상황에 맞도록 변형되어야 할 필요성이 큰 저작물의 경우 재산적 가치가 중요시되는 반면 인격적 가치는 비교적 가볍게 평가될 수 있지만, 이러한 저작물도 제작자의 인격이 표현된 것이고, 제작자가 저작물에 대하여 상당한 애착을 가질 것임은 다른 순수미술작품의 경우와 다르지 않을 것이며, 위 법 규정의 취지 또한 실제로 저작물을 창작한 자에게만 저작인격권을 인정하자는 것이라고 볼 수 있으므로 상업성이 강한 응용미술작품의 경우에도 당사자 사이의 계약에 의하여 실제로 제작하지 아니한 자를 저작자로 할 수는 없다고 할 것이다. 단체명의 저작물의 저작권에 관한 저작권법 제9조를 해석함에 있어서도 위 규정이 예외규정인 만큼 이를 제한적으로 해석하여야 하고 확대 내지 유추해석하여 저작물의 제작에 관한 도급계약에까지 적용할 수는 없다.”고 판시한 바도 있다.

라) 검토

위 학설 중 긍정설과 부정설 모두 고용관계에 대하여 직무저작의 규정을 적용하는 것에는 다툼이 없고, 위탁개발의 경우에 있어서도 개발업자가 독자적인 입장에서 개발을 하는 경우와 같이 그 법적 성격이 순수한 도급에 해당하는 경우에는 직무저작의 규정을 적용할 수 없다는 점에서도 일치하고 있다. 다만 그 계약형태가 고용관계가 아닌 각종의 노무공급계약, 특히 위탁개발의 경우 그 개발자에 대하여 실질적으로 지휘·감독이 이루어지는 경우 개발자가 위 직무저작에 관한 규정에서의 ‘업무에 종사하는 자’에 해당하는지 여부에 대하여 다툼이 있는 것이다. 기본적으로는 법인 등의 중

로서 규정하고 있었는데, 위 전부 개정으로, ‘단체명의 저작물’이 ‘업무상 저작물’로 명칭 변경되었다.

업원 등이 작성한 저작물이 당해 법인 등에 귀속한다는 컴퓨터프로그램 보호법의 규정은 민법에서와 같이 종업원과 법인 사이의 고용관계 내지는 노동관계의 존재를 상정한 규정이고, 사용자의 임금지불의무에 대응한 반대급부로서 종업원의 육체적·정신적 노무제공의무가 존재하고, 그 노무의 질적·양적 내용에 관한 위험부담은 전적으로 사용자가 부담하는 반면, 종업원이 제공하는 노무의 결과는 당해 노동계약의 범위 내에서 모두 사용자에게 귀속하는 관계를 요건으로 하는 것이고, 이 관계야말로 종업원이 생산한 유체물과 동량으로, 무체재산권인 저작물에 관하여서도 사용자에게 귀속시킬 수 있는 근거가 되는 것이다. 따라서 이런 입장에서 보면 위 직무저작에 관한 규정이 예외규정인 만큼 이를 제한적으로 해석하여야 하고, 이를 확장해석한다면 저작자의 개념이 희석된다고 할 것이어서 위탁개발의 경우에는 위 직무저작에 관한 규정을 적용할 수 없을 것이다. 그러나 일반 저작물에 비하여 컴퓨터프로그램은 재산적 요소가 매우 강하고 인격적 요소는 희박할 뿐만 아니라 대부분의 컴퓨터프로그램은 한번 완성된 후에도 부단한 버전업이 필수적이라는 특성에 비추어 보면, 발주자(주문자)로서는 당해 컴퓨터프로그램의 개발을 위하여 다액의 자본을 투하하고 전체적인 기획을 한 후 개발된 컴퓨터프로그램의 자유로운 유지·보수·개선을 위하여 그 컴퓨터프로그램에 대한 모든 권리를 원시적으로 취득하여야 할 필요성은 심대하다.³³⁾ 다른 한편 주문자가 전적으로 컴퓨터프로그램에 대한 기획을 하여 개발업자에게 개발을 위탁하고, 개발업자는 당해 프로그램을 오직 주문자만을 위하여 개발·납품한 경우를 직무저작에 관한 규정을 준용한다는 준용설에 대하여 살펴보면, 위 견해에 의하면 실질적 의미에 있어서의 도급에 있어서도 그 적용을 인정하는 것이어서 발주자 측의 이익에

33) 그렇지 않을 경우 저작권격권의 내용인 동일성유지권으로 인해 컴퓨터프로그램의 저작권을 원시적으로 취득하지 못한 주문자로서는 이후 당해 프로그램을 버전업할 때마다 당초 개발자의 허락을 얻어야 하는 불편이 예상되기 때문이다. 물론 저작권을 원시적으로 취득하지 못한 주문자라 하더라도 개발계약에서 당해 프로그램의 저작재산권을 양수하고, 향후의 버전업을 위한 개변에 대해 미리 허락한다는 취지의 약정을 함으로써 이러한 불편을 해소할 수는 있다.

너무 치우쳐 있고, 또한 주문자가 기획하고 개발자가 주문자만을 위하여 개발·납품하였다는 사정만으로는 개발자를 실질적으로 지휘·감독하였다고 할 수 없으므로, 이를 ‘업무에 종사하는’ 것에 준하는 것으로 보기 어렵다고 할 것이다.³⁴⁾

대법원은 일반저작물에 대하여는 도급의 경우 업무상 저작물의 저작권 귀속에 관한 규정을 확대 적용할 수 없다고 하면서(대법원 1992. 12. 24. 선고 92다31309 판결), 컴퓨터프로그램에 대하여는 주문자가 전적으로 프로그램에 대한 기획을 하고 자금을 투자하면서 개발업자의 인력만을 빌어 그에게 개발을 위탁하고 이를 위탁받은 개발업자는 당해 프로그램을 오로지 주문자만을 위해서 개발·납품하여 결국 주문자의 명의로 공표하는³⁵⁾ 것과 같은 예외적인 경우에는 법인 등의 업무에 종사하는 자가 업무상 창작한 프로그램에 준하는 것으로 보아 법 제7조를 준용하여 주문자를 프로그램저작자로 볼 수 있다고 판시한 바 있는데(대법원 2000. 11. 10. 선고 98다60590 판결), 대법원 2000. 11. 10. 선고 98다60590 판결의 사안이 주문자가 개발자에게 기존의 프로그램을 제공하고 그 내용 중 일부의 수정·보완만을 의뢰한 것이고, 이에 대하여 개발자도 불과 10여 일 만에 수정·보완을 완료한 것이라는 점을 고려하면, 위 판결은 개발된 프로그램의 저작권을 원시적으로 주문자에게 귀속시키는 것이 타당하다고 평가되는 극히 예외적인 경우를 전제로 한 것이라고 생각된다.

한편 최근 대법원 2010. 1. 14. 선고 2007다61168 판결은 “구 컴퓨터프로그램 보호법(2009. 4. 22. 법률 제9625호 저작권법 부칙 제2조로 폐지) 제5조에서 말하는 ‘법인 등의 기획’이라 함은 법인 등이 일정한 의도에 기초하여 컴퓨터프로그램저작물의 작성을 구상하고, 그 구체적인 제작을 업무

34) 이상의 각 학설에 대한 평가의 내용은 (주 30) 906~908 참조.

35) ‘공표’에 관한 위 설시는, 위 판결의 사안이 1994. 1. 5. 법률 제4712호로 개정되기 전의 구 컴퓨터프로그램 보호법이 적용되어 ‘공표’를 요건으로 하고 있었기 때문에 들어간 것인데, ‘공표’ 요건은 위 개정으로 삭제되었다. 다만 법률상 요건인지 여부와 관계없이 주문자의 명의로 공표되었다는 점은 당해 프로그램의 저작자를 주문자로 보는 데 상당한 정도로 영향을 미칠 수 있는 요소라고 할 것이다.

에 종사하는 자에게 명하는 것을 말하는 것으로, 명시적은 물론 묵시적으로도 이루어질 수 있는 것이기는 하지만, 묵시적인 기획이 있었다고 하기 위하여는 위 법 규정이 실제로 프로그램을 창작한 자를 프로그램저작자로 하는 같은 법 제2조 제2호의 예외규정인 만큼 법인 등의 의사가 명시적으로 현출된 경우와 동일시할 수 있을 정도로 그 의사를 추단할 만한 사정이 있는 경우에 한정된다고 봄이 상당하다.”고 판시하여, 비록 이 사건과 같은 위탁개발에 관한 사안은 아니지만 구 컴퓨터프로그램 보호법 제5조의 ‘법인 등의 기획’의 의미를 엄격하게 해석함으로써, 직무저작프로그램의 범위를 제한하여야 한다는 태도를 밝힌 바도 있다.

결국, 주문자가 개발자에게 프로그램의 개발을 위탁하여 프로그램이 개발된 때에는 원칙적으로는 개발자가 프로그램의 저작자로 되는 것이고, 다만 개발계약의 형식과 무관하게 주문자와 개발자 사이의 법적 관계의 실질이 고용관계와 다름없다고 볼 정도로 주문자의 구체적인 기획 및 지휘·감독이 있다고 볼 만한 예외적인 경우에만 주문자가 프로그램의 저작자로 된다고 봄이 타당하다.

6) 이 사건의 검토

원고가 이 사건 프로그램을 창작한 점에 대하여는 의문의 여지가 없고, 나아가 개발 의뢰자인 Y2와 개발자인 원고 사이에 개발 대가 지급약정에 실질이 고용관계와 다름없다고 볼 정도로 주문자(개발 의뢰자)의 구체적인 기획 및 지휘·감독이 있다고 볼 만한 사정은 입증된 바 없다. 이와 관련하여 제1심이 인정한 사정은 ① 이 사건 프로그램의 개발이 Y2의 의뢰에 따른 것인 점, ② Y2가 원고에게 개발 대가의 일부를 지급하였다는 점, ③ Y2가 원고에게 Y2 운영의 ‘D’의 개발부장의 직함을 부여한 동시에 원고로 하여금 ‘D’의 사무실에서 이 사건 시스템을 개발할 수 있도록 하였다는 점, ④ 원고 스스로도 Y2와 계약 당시 이 사건 시스템을 개발하기 위하여 필요한 일체의 비용은 Y2가 부담하기로 하였다는 것을 인정하고 있는 점이다. 그런데 위 ①, ②, ④는 모두 프로그램 개발 의뢰 및 그에 필요한 비용과 대가 지급 약정을 하였다는 것에 불과하여 실질적 고용관계를

인정할 만한 주요한 요인이 된다고 볼 수 없고, 위 ③은 일응 실질적 고용관계의 존재를 인정하는 데 도움이 되는 요소이기는 하나, 원심이 인정한 아래와 같은 사정에 비추어 보면, 위 ③의 사정만으로 실질적 고용관계를 인정할 수는 없다고 할 것이다. 즉, i) 이 사건 시스템의 개발에 필요한 통신 칩을 구입하거나 시제품 제작비용, 키패드 위탁제작비용 등을 지급하는 실제 행위는 ‘원고’가 직접 하였고, ii) 원고가 이 사건 시스템 개발작업을 하는 중에 다른 업체의 컴퓨터프로그램 등 개발작업에도 관여하였으며, iii) Y2나 피고 Y1이 원고로부터 이 사건 프로그램의 소스코드를 넘겨받았음을 인정할 아무런 증거가 없다. 또한 원고가 프로그램 개발 후 그 저작권에 대한 처분권을 주문자인 Y2에게 위임하였다고 볼 만한 사정도 없다.

이 사건의 경우를 주문자에게 프로그램저작권 귀속을 인정한 위 대법원 2000. 11. 10 선고 98다60590 판결의 사안과 비교하여 보더라도 서로 사안이 다름을 알 수 있다. 즉, 대법원 2000. 11. 10 선고 98다60590 판결의 사안은 주문자가 개발자에게 기존의 프로그램을 제공하고 그 내용 중 일부의 수정·보완(기존의 관리프로그램과 분석프로그램의 상호 작용상에 나타난 오류의 수정·보완)만을 의뢰한 것이고, 이에 대하여 개발자도 불과 10여 일 만에 수정·보완을 완료한 경우이어서, 개발자가 기술개발 과정에 발휘할 재량의 여지나 정도가 미약한 수준이었다고 보인다. 그 반면에, 이 사건에서는 Y2가 사전에 이 사건 프로그램 개발과 관련한 기술을 가지고 있었다거나 그 개발 과정에 구체적인 지시를 하였다고 볼 만한 증거가 없고, 기술개발 기간도 6개월에 이르러 개발자인 원고가 상당한 기간 그의 재량을 발휘하여 프로그램을 개발하였다고 보인다.

다만 위에서 본 바와 같이, 이 사건 전에 관련 형사사건에서 불기소처분이 내려지고, 가처분신청이 기각된 바 있으며, 이 사건 제1심판결은 이러한 관련 사건의 결론과 부합하고 있기는 하나, 이와는 다른 원심의 결론이 타당하다고 생각된다. 그 이유는 아래와 같다. 이 사건에서 전 소송과정을 통틀어 Y2는 소재불명으로 아무런 진술이나 증거제출을 하지 아니하였다. 이로 인하여 이 사건 프로그램 개발에 관한 원고와 Y2 사이의 구체적인 약

정 내용, 피고 Y1과 Y2 사이의 구체적인 약정 내용을 명확하게 파악하는데 어려움이 있다고 보인다. 관련 형사사건에서나 가처분사건에서도 Y2는 사건 당사자가 아니었고, 이 사건 원고와 피고 Y1만이 당사자였다. 그런데 프로그램저작권의 귀속에 관한 대원칙은 개발자가 저작권자가 된다는 것이고, 대법원 2000. 11. 10 선고 98다60590 판결은 주문자에게 저작권 귀속을 인정함이 타당한 극히 예외적인 사안에서 위탁개발에 구 컴퓨터프로그램 보호법 제5조의 준용을 인정한 것이어서, 위 판결을 근거로 함부로 위 규정의 준용을 넓게 인정할 수는 없다고 할 것이다. 따라서 법원으로서 주문자(개발 의뢰자)에게 저작권이 귀속된다고 볼 만한 사정에 관한 명확한 증거가 없는 이상은 원칙으로 돌아가 프로그램 개발자에게 저작권이 귀속된다고 보는 것이 타당하다. 이것이 명확한 대원칙이기 때문이다. 이 사건 원심도 이러한 취지에서 원고가 Y2의 기획하에 그의 피용자로서 또는 그의 실질적 지휘·감독에 따라 이 사건 프로그램을 창작하였다거나 원고가 Y2에게 이 사건 프로그램 저작권에 대한 처분권을 위임하였다고 보기는 어렵다고 판단한 것으로 보인다.

결국 Y2는 원고에게 이 사건 프로그램의 개발을 의뢰한 지위(단순한 주문자의 지위)에 있을 뿐, 원고에게 이와 관련된 기존 프로그램이나 관련 기술을 제공하였든지, 원고의 프로그램 개발 과정에 그 작업시간이나 작업장소를 엄격하게 지정하였거나, 도구와 재료, 작업보조자를 조달하여 주었다든지 하는 등의 구체적인 지휘·감독을 한 사정은 입증되지 못하였으므로, 원고를 그의 고용인과 마찬가지로 구체적으로 지휘·감독하는 실질적인 사용자의 지위에 있다고 보기는 어렵다. 따라서 이 사건 프로그램에 대한 저작권은 그 개발자인 원고에게 귀속된다고 볼 것이지, 범인의 종업원이 업무상 창작한 경우에 준하여 주문자인 Y2에게 귀속된다고 볼 수는 없다. 나아가 원고가 그 저작권을 Y2에게 양도하였거나 저작권에 대한 처분권을 위임하였다고 볼 수도 없다.

나. 기타 상고이유 주장에 관한 검토

먼저 피고 Y1은, 원심이 i) 원고가 이 사건 시스템의 개발에 필요한 통신 칩을 구입하거나 시제품 제작비용, 키패드 위탁제작비용 등을 지급하였음이 인정된다고 한 것³⁶⁾과 ii) Y2가 이 사건 시스템 개발에 드는 비용을 부담하기로 하였다고 인정한 것³⁷⁾이 반대되는 사실을 인정한 것이라고 주장하나, 위 ii)는 프로그램 개발 의뢰자인 Y2가 ‘비용’을 부담하기로 약정하였다는 취지이고, 위 i)은 실제 개발 과정에 필요한 부품을 구입하는 행위, 시제품 제작 등의 필요한 비용을 지급하는 행위를 개발자인 원고가 알아서 하였다는 취지의 사실인정이어서 서로 모순되는 것이 아니라고 보인다. 만일 이 사건 프로그램 개발 과정에 필요한 부품의 구입 등의 구체적인 행위를 Y2나 그의 고용인이 한 다음 이를 원고에게 제공하고, 원고는 이와 같이 제공받은 부품 등으로 ‘오로지’ 프로그램 개발 행위만 하였다고 인정할 수 있다면, Y2가 개발 과정에 원고를 실질적으로 지휘·감독하였다고 인정하는 데 도움이 되는 요소가 될 수 있을 것인데, 원심의 판단 취지는 이러한 사실관계가 인정되지 아니하고, 오히려 원고가 스스로 필요한 행위를 알아서 하였다는 취지로 보인다.

또한 피고 Y1은, 원고가 Y2로부터 송금 받은 돈의 성격을 급여로 보아야 하고, 나아가 위 돈이 급여인지 개발비인지 여부는 업무상 창작한 프로그램인지 여부를 판단하는 데 요소가 되지 아니하며, 원심이 이를 개발비 중 일부로 인정하면서도 원고가 Y2의 실질적 지휘·감독에 따라 이 사건 프로그램을 창작하였다고 인정하지 않은 데에는 이유모순의 잘못이 있다고 주장한다. 그러나 이러한 주장은 어떤 성격의 돈이든 개발 의뢰자로부터 개발자가 지급받기만 하면, 그로부터 곧바로 실질적 지휘·감독관계가 있는 것으로 보아야 한다는 취지여서 받아들일 수 없다. 원심의 판단 취지는 원고가 개발 의뢰자인 Y2로부터 부정기적으로 돈을 송금받기는 하였으나 이는 프로그램 개발 의뢰에 따라 당연히 지급받아야 하는 약정 개발 대금

36) 원심판결문 5쪽.

37) 원심판결문 6쪽.

의 일부일 뿐 이를 근거로 원고를 Y2의 고용인으로 인정할 수는 없다는 것이어서 타당하다고 생각된다.

나아가 피고 Y1은, 원고가 Y2로부터 약정 금원을 모두 지급받지 못하였으므로 Y2에게 소스코드를 넘겨주지 않았다고 보아야지, 소스코드를 넘겨주지 않았다는 사유로 저작권이 개발자인 원고에게 귀속된다고 볼 수는 없다고 주장한다. 그러나 프로그램 위탁개발관계에서 개발자가 프로그램 개발 후 그 소스코드를 개발 의뢰자에게 넘겨주었다면, 이는 개발자가 당해 프로그램에 대한 저작권을 개발 의뢰자에게 넘겨주기로 하는 약정이 있었다고 볼 만한 매우 중요한 요소가 된다고 할 것인데, 이 사건에서는 이러한 사정 또한 발견되지 아니하므로, 이 점에서 보더라도 프로그램에 대한 저작권은 원고에게 귀속된다고 보는 것이 타당하다고 생각된다. 원심의 판단 취지는 위에서 본 이 사건 프로그램 개발 과정의 사정에 비추어 보면 Y2와 원고 사이에 실질적 지휘·감독관계가 없어 이 사건 프로그램의 저작권이 개발자인 원고에게 귀속한다고 보아야 할 뿐만 아니라, 소스코드를 넘겨주었다는 사정도 없으니 그 저작(재산)권을 양도하였다거나 그 처분권을 위임하였다고 볼 수도 없다는 것이어서 타당하다고 생각된다.

결국 피고의 상고이유의 주장은 모두 이유 없다.

2. 원고의 상고이유에 관한 검토

이 사건 손해배상액 산정에 관하여 원고는 위에서 정리한 바와 같은 주장을 하였고, 이에 대해 원심은 손해액을 산정할 자료가 없음을 이유로 구 컴퓨터프로그램 보호법 제32조 제5항에 따라 변론 전체의 취지 및 증거조사결과를 참작하여 2,000만 원으로 산정하였다.

이 사건에서 손해액을 산정할 만한 자료가 제대로 제출되지 아니하여 손해액을 산정하기 어렵다는 점은 이미 원고 스스로도 인정한 사정이고, 이에 원고는 변론의 취지 및 증거조사의 결과를 참작하여 법원이 상당한 손해액을 인정하여 주기를 바란다는 취지로 주장해왔다. 이후 문서제출명령

등을 통한 추가 증거조사가 이루어졌으나, 이러한 증거조사가 모두 마무리된 이후 제출된 원고의 2009. 7. 19.자 준비서면에서도 원고는 증거조사 결과가 손해액 산정에 원용할 만한 것이 되지 못한다고 하면서, 기존의 구체적인 손해액 산정 주장을 변경하거나 보충하지 못한 채 법원이 제반사정을 고려하여 청구금액(1억 원)을 상당한 손해액으로 인정해달라는 취지로만 진술하였다. 위와 같은 원고의 손해액 산정 관련 주장을 개진한 대리인은 제1심의 대리인으로서 원심의 대리인과 다른 대리인이기는 하나, 원심에서 새로 선임된 원고 대리인 역시 새로이 손해액 산정에 관한 주장을 보충하거나 증거를 제출한 바는 없었다.

이렇듯 손해액을 정확하게 산출할 증거가 없는 상황 아래서 원심은 구 컴퓨터프로그램 보호법 제32조 제5항(법원은 손해가 발생한 사실은 인정되나 제3항³⁸⁾ 및 제4항³⁹⁾의 규정에 의한 손해액을 산정하기 어려운 때에는 변론의 취지 및 증거조사의 결과를 참작하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다)에 근거하여, 손해액을 2,000만 원으로 봄이 타당하다고 판단한 것이다.

원고의 상고이유의 주장은 명확한 증거는 없으나 정황상 피고 Y1이 더 오랜 기간 더 많은 저작권 침해 행위를 하여 더 많은 이익을 얻었을 것으로 짐작되므로, 원심으로서는 더 많은 손해액을 인정하였어야 한다는 취지에 불과하다.

구 컴퓨터프로그램 보호법 제32조 제3항, 제4항은 손해액 산정의 어려움을 극복하기 위하여 침해자에게 발생한 이익액이나 그 권리의 행사로 통상 얻을 수 있는 금액을 손해액으로 청구할 수 있도록 규정한 것이고, 이러한 규정에도 불구하고 손해액을 산정하기 어려운 경우에는 법원이 상당한 손해액을 인정할 수 있도록 같은 조 제5항을 둔 것이다.⁴⁰⁾ 이 사건의 경우

38) 프로그램저작권 또는 프로그램배타적발행권 등을 침해한 자가 침해행위에 의하여 얻은 이익액은 프로그램저작권자가 입은 손해액으로 추정한다.

39) 프로그램저작권자 또는 프로그램배타적발행권자 등은 제3항의 규정에 의한 손해액 또는 그 권리의 행사로 통상 얻을 수 있는 금액에 상당하는 액을 손해액으로 하여 그 배상을 청구할 수 있다.

40) (주 24), 221 참조.

손해액 산정을 위한 증거자료(피고 Y1이 이 사건 프로그램을 무단으로 사용한 결과 발생한 매출의 총액 등)가 제대로 제출되지 아니하여, 침해자에게 발생한 이익액이나 그 권리의 행사로 통상 얻을 수 있는 금액을 확정할 수가 없다. 이에 저작권 침해를 인정하면서 손해배상을 명하기 위해 원심이 변론의 취지 등을 제반사정을 참작하여 손해액을 산정할 수밖에 없었다고 할 것이다. 이러한 원심의 손해액 산정에 관하여 명확한 근거자료도 없이 위법하다고 할 수는 없는 노릇이라고 생각된다. 더구나 원심은 원고의 주장과 같이 A가 2007. 5. 2.경부터 2009. 11. 23.까지 주식회사 R로부터 전원공급장치(SMPS) 380개를 구입하였음을 인정하면서, 나아가 A가 위와 같이 구입한 전원공급장치를 모두 피고 Y1에게 공급하였거나 위와 같이 구입한 전원공급장치 개수만큼 전등제어기 인터페이스를 제작하여 피고 Y1에게 공급하였음을 인정할 증거가 없다는 사유를 들어(실제로 기록상 이 점을 알 수 있는 증거는 없다) 손해액 산정에 관한 원고의 주장을 그대로 받아들이지 못했다고 한 것인바, 이러한 원심의 판단을 비난하는 것은 사실 인정의 문제를 다투는 것에 불과하여 적법한 상고이유로 보기도 어렵다.

결국 원고의 상고이유의 주장도 이유 없다.

【對象判決의 意義】

대상판결은 위탁 개발된 프로그램저작권의 귀속에 직무저작프로그램 규정을 적용할 수 있는지 여부에 관한 종전 대법원 2000. 11. 10 선고 98다 60590 판결의 법리가 창작자 귀속 원칙에 대한 예외적인 상황에서만 적용될 수 있는 것이라는 취지를 분명하게 실시하여, 프로그램 위탁개발의 경우에 폭넓게 직무저작프로그램 규정을 적용할 수는 없다는 점을 명확하게 선언한 판결로서 의의가 있다.

3. 정정청구의 인정 및 수치한정발명의 진보성 긍정 사례

(2013. 2. 28. 선고 2011후3193 판결 : 미간행)

柳 英 善

【判決要旨】

1. 구 특허법(2009. 1. 30. 법률 제9381호로 개정되기 전의 것) 제 133조의2, 제136조 제3항의 규정 취지는 무효심판의 피청구인이 된 특허권자에게 별도의 정정심판을 청구하지 않더라도 그 무효심판절차 내에서 정정청구를 할 수 있게 해주되, 특허청구범위를 실질적으로 확장하거나 변경하는 것은 허용하지 아니하고, 제3자의 권리를 침해할 우려가 없는 범위 내에서의 특허청구범위의 감축이나, 오기를 정정하고 기재상의 불비를 해소하여 바르게 하는 오류의 정정은 허용하는 데 있다고 할 것이다. 이러한 규정 취지에 비추어 보면, 이와 같은 오류의 정정에는 특허청구범위에 관한 기재 자체가 명료하지 아니한 경우 그 의미를 명확하게 하든가 기재상의 불비를 해소하는 것 및 발명의 상세한 설명과 청구의 범위가 일치하지 아니하거나 모순이 있는 경우 이를 통일하여 모순이 없는 것으로 하는 것도 포함된다고 해석된다. 한편 여기서 특허청구범위를 실질적으로 확장하거나 변경하는 경우에 해당하는지 여부는 특허청구범위 자체의 형식적인 기재뿐 아니라 발명의 상세한 설명을 포함하여 명세서 전체의 내용과 관련하여 그 정정 전후의 특허청구범위 전체를 실질적으로 대비하여 판단하여야 한다. 그리고 특허청구범위의 정정이 청구범위의 감축에 해당되고, 그 목적이나 효과에 어떠한 변경이 있다고 할 수 없으며, 발명의 상세한 설명 및 도면에 기재되어 있는 내용을 그대로 반영한 것이어서 제3자에게 예기치 못한 손해를 끼칠 염려가 없는 경우에는, 특허청구범위의 실질적인 변

경에 해당되지 아니한다고 할 것이다.

2. 특허등록된 발명이 그 출원 전에 공지된 발명이 가지는 구성요소의 범위를 수치로써 한정하여 표현한 경우 그 특허발명의 과제 및 효과가 공지된 발명의 연장선상에 있고 수치한정의 유무에서만 차이가 있는 경우에는 그 한정된 수치범위 내외에서 현저한 효과의 차이가 생기지 않는다면 그 특허발명은 그 기술분야에서 통상의 지식을 가진 자가 통상적이고 반복적인 실험을 통하여 적절히 선택할 수 있는 정도의 단순한 수치한정에 불과하여 진보성이 부정된다. 다만 그 특허발명에 진보성을 인정할 수 있는 다른 구성요소가 부가되어 있어서 그 특허발명에서의 수치한정이 보충적인 사항에 불과하거나, 수치한정을 제외한 양 발명의 구성이 동일하더라도 그 수치한정이 공지된 발명과는 상이한 과제를 달성하기 위한 기술수단으로서의 의의를 가지고 그 효과도 이질적인 경우라면, 수치한정의 임계적 의의가 없다고 하여 특허발명의 진보성이 부정되지 아니한다.

3. 정정 후 제1항 발명에서 PVA 필름의 TD 방향의 두께 변동을 '0.28 $\mu\text{m}/\text{mm}$ 이하'라는 수치로써 한정하여 표현한 구성은, PVA 필름에서 TD 방향으로 1mm 범위에서 발생하는 국소적인 두께 변동을 방지함으로써 대면적에서도 균일한 광학성능을 가지도록 하기 위하여 선택된 기술수단에 해당하는데, 비교대상발명 1의 'PVA계 필름의 두께 변동은 3% 이하이고 필름 두께는 20~100 μm 인 구성'은 PVA 필름의 TD 방향으로 수cm~수십cm의 범위에서 발생하는 커다란 기복의 두께 변동을 방지하기 위한 것일 뿐이고, 비교대상발명 3의 '폴리카보네이트(polycarbonate) 수지를 원료로 사용한 필름에서 5mm당 두께 변동이 0.3 μm 이하인 구성'은 '폴리카보네이트' 필름의 두께 변동에 대한 것일 뿐이므로, 정정 후 제1항 발명의 위 수치한정은 비교대상발명 1, 3에서와는 다른 과제를 달성하기 위한 기술수단으로서의 의의를 가지고, 나아가 그 효과도 PVA 필름의 국소적인 두께 변동을 방지함으로써 균일한 광학성능을 가지게 된다는 것으로서 비교대상발명 1, 3과는 구별되는 이질적인 것이므로, 그 수치한정에 임계적 의의가 있는지 여부 등에 대하여 나아가 살펴볼 필요 없이 그 진보성 및

신규성이 부정되지 아니한다고 판시한 사례.

【參照條文】

구 특허법(2009. 1. 30. 법률 제9381호로 개정되기 전의 것) 제133조의2, 제136조 제3항, 제29조 제1항, 제2항

【事案의 概要】

1. 이 사건 특허발명

가. 배경기술 용어

1) 폴리비닐알코올(polyvinyl alcohol, 줄여서 ‘PVA’): 비닐기[-CH₂=CH-]에 알코올기(하이드록시기)[-OH]가 결합한 형태의 구조[-CH₂=CH(OH)-]가 반복되는 고분자화합물이다. 무색 가루로서 물에는 녹지만 일반 유기용매에는 녹지 않고, 필름 형성 및 접착 성능 등이 뛰어나다.

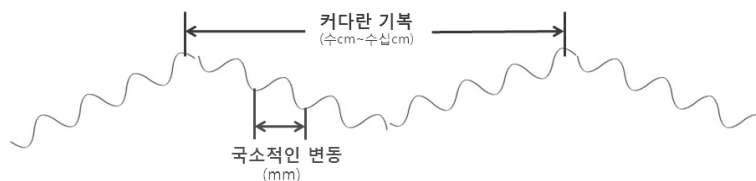
2) 편광(偏光)필름(polaroid film): 입사광의 수직 또는 수평 편파(偏波)를 구분하여 통과시키거나 차단시킬 수 있는 성질의 필름이다. 노트북 컴퓨터와 모니터 등의 LCD, 카메라 특수효과용 필터, 입체영화 안경 등에 사용되는 광학 필름이다. LCD 모듈의 백라이트에서 나오는 빛 중에서 편광축과 동일한 방향으로 진동하는 빛만 투과시키고 그 외는 흡수 또는 반사하여 특정 방향의 편광을 만드는 역할을 한다. 편광필름은 PVA 필름을 한쪽 방향으로 늘린(연신한) 후 염색함으로써 제조하는데, 늘리는 방향을 MD 방향(종방향)이라고 하고, 그에 수직인 방향을 TD 방향(횡방향)이라고 한다. 그런데 PVA 필름을 한쪽 방향으로 늘릴 경우 TD 방향으로 필름의 두께 변동이 생겨 광학성능의 균일성이 저하되므로 그 두께 변동이 생기지 않도록 하는 기술을 필요로 한다.

나. 이 사건 특허발명의 내용

1) 명칭: 폴리비닐알코올계 필름 및 편광필름

2) 출원일(우선권주장일)/등록일/등록번호: 2001. 5. 11.(2000. 5. 12.)/
2008. 3. 25./ 제818135호

3) 발명의 요지: PVA 편광필름의 TD 방향(횡방향) 두께 변동에는 ① ‘수_{cm}~수십_{cm}’의 범위에서 두께에 요철이 있는 커다란 기복의 두께 변동과, ② ‘1mm’의 범위에서 두께에 요철이 있는 국소적인 두께 변동(줄무늬 발생)이 있는데, 커다란 기복의 두께 변동 해소를 목적으로 한 기술들은 기존에 있었으나, 국소적인 줄무늬 생성을 방지하고자 하는 기술은 기존에 없었다.¹⁾ 이에, 이 사건 특허발명은 TD 방향의 두께 변동을 1mm당 0.28 μ m 이하로 하여(위 국소적인 줄무늬 생성을 방지하여) 대화면(대면적)에서도 균일한 광학성능을 갖는 PVA 편광필름을 제공하고자 하는 발명이다.



[‘커다란 기복’의 두께 변동 및 ‘국소적인’ 두께 변동]

4) 특허청구범위

이 사건 등록무효 심판절차에서 특허권자인 피고의 정정청구가 있었다. 특허청구범위를 정정 전과 후로 나누어 기재하면 아래와 같다.

가) 정정 전 특허청구범위(이하 ‘정정 전 제0항 발명’과 같은 방식으로 부른다)

[청구항 1] 폴리비닐알코올계 중합체를 주원료로 하고, 여기에, 폴리비닐알코올계 중합체 100중량부에 대하여, 다가 알코올을 3~25중량부 및 비이

1) 이러한 줄무늬는 종래에는 그다지 문제 되지 않았으나, 최근 LCD 화면의 대형화, 화면 발광도의 향상에 따라 위 줄무늬에 의한 색 편차 또는 광학적인 결함의 문제가 표면화된다.

온성 계면 활성제를 함유하는 계면 활성제를 0.01~2중량부 첨가한 제막원료를 드럼 위에서 주조함으로써 수득된, 필름의 TD 방향의 두께 변동이 $0.28\mu\text{m}/\text{mm}$ 이하이고, 필름 두께가 $40\sim 120\mu\text{m}$ 이고, 또한 필름 폭이 $3\sim 6\text{m}$ 인 것을 특징으로 하는 폴리비닐알코올계 필름.

[청구항 2, 3] (삭제)

[청구항 4] 제1항에 있어서, 편광필름용인 폴리비닐알코올계 필름.

[청구항 5] 제4항에 따른 편광필름용 폴리비닐알코올계 필름에서 제조된 편광필름.

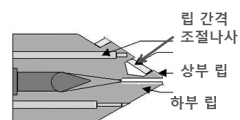
[청구항 6] 제1항에 있어서, 상기 제막원료에는, 추가로 음이온성 계면활성제가 첨가되어 있는 폴리비닐알코올계 필름.

나) 정정 후 특허청구범위(이하 ‘정정 후 제0항 발명’과 같은 방식으로 부른다)

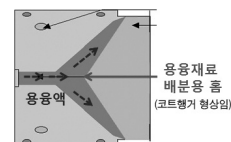
[청구항 1] 폴리비닐알코올계 중합체를 주원료로 하고, 여기에, 폴리비닐알코올계 중합체 100중량부에 대하여, 다가 알코올을 3~25중량부 및 비이온성 계면 활성제를 함유하는 계면 활성제를 0.01~2중량부 첨가한, 휘발분을 50~90중량%의 제막원료를 플렉시블 립 방식의 코트 행거(coat hanger) 타입의 T 다이²⁾로부터 드럼의 표면에 토출시켜 드럼 제막하는 것에 의해 얻어진, 필름의 TD 방향의 두께 변동이 $0.28\mu\text{m}/\text{mm}$ 이하이고, 필름 두께가 $40\sim 120\mu\text{m}$ 이고, 또한 필름 폭이 $3\sim 6\text{m}$ 인 것을 특징으로 하는 폴리비닐알코올계 필름.

[청구항 2, 3] (삭제)

- 2) • 플렉시블 립(flexible lip) 방식: 조절 나사 등에 의해 다이(die, 금속의 가공에 사용하는 틀)의 립(lip) 간격을 조절할 수 있는 방식이다(아래 왼쪽 도면 참조).
• 코트 행거(coat hanger) 다이: 플라스틱 용융재료를 균등하게 유출하기 위해 용융재료 배분용 홈(코트행거 형상임)을 홈을 옷걸이(코트 행거) 형상으로 한 T자형 다이의 일종이다(아래 오른쪽 도면 참조).



플렉시블 립 방식의 다이



코트행거 다이의 내부 모습

[청구항 4, 5, 6] 기재 내용은 정정 전과 동일하다. 다만 모두 청구항 1을 인용하고 있으므로, 청구항 1의 위와 같은 정정에 따라 함께 정정된 셈이 된다.

2. 비교대상발명

가. 비교대상발명 1

1994. 5. 20.자 일본 공개특허공보에 공개번호 특개평6-138319호로 실린 “폴리비닐알코올(PVA)계 필름 및 광학용 필름”이라는 명칭의 발명이다. 그 명세서에는 “광학적 균질성이 우수한 PVA 필름, PVA계 편광막 및 PVA계 위상차막을 제공하는 것을 목적으로 한다. PVA계 중합체의 가소제로는 글리세린 등의 다가 알코올계 가소제 및 이러한 혼합물을 들 수 있다. 가소제는 PVA계 중합체 100중량부에 대하여 2~20중량부 정도 첨가한다. PVA계 필름의 두께 변동(Rt)은 3% 이하이고, 필름 두께는 20~100 μ m이다. 두께 변동(Rt)은 {(두께의 최대치-두께의 최소치)/평균 두께(t)×100}으로 산출되며, 위 평균 두께, 최대치 및 최소치는 필름의 폭 방향으로 동일 간격으로 선택된 5개의 지점과, 길이 방향으로 1m 간격으로 선택된 5개의 지점의 필름 두께를 측정하여 구한다.”는 기재가 있다.

나. 비교대상발명 2

1994. 5. 17.자 일본 공개특허공보에 공개번호 특개평6-136151호로 실린 “필름 및 편광막”이라는 명칭의 발명이다. 그 명세서에는 “본 발명은 고편광성과 고내구성을 가지고 특히 고풍선 투과율에서 고편광성을 가지는 편광막을 제공하는 것이다. PVA 필름에는 글리세린 등의 다가 알코올계 가소제, 비이온, 음이온, 양이온계의 계면활성제가 적절히 첨가 사용된다. 첨가제는 PVA계 수지 100중량부에 대하여 2~20중량부 정도 첨가하고, 필름의 두께에는 특별히 제한은 없으나 10~150 μ m가 바람직하고, 필름의 길이 및 폭에는 특별히 제한은 없는데, 폭의 하한으로서는 50cm 이상인, 폭의

상한으로서는 3m 이하가 바람직하다.”는 기재가 있다.

다. 비교대상발명 3

1999. 11. 16.자 일본 공개특허공보에 공개번호 특개평11-314233호로 실린 “압출 다이(die)”라는 명칭의 발명이다. 그 명세서에는 “토출되는 수지 재료 용액이 불균일하게 되는 것을 억제하여 표면 평탄성, 두께의 균일성이 우수한 캐스트(cast) 필름을 제조할 수 있는 용액 제막용 다이를 제공하는 데 있다. 본 발명으로 제조할 수 있는 수지 재료의 예로는 폴리카보네이트, 폴리아크릴레이트, 폴리비닐알코올(PVA) 등을 들 수 있다. 폴리카보네이트 필름의 두께를 5mm 단위로 측정하여 두께 변동을 0.3μm 이하로 한다.”는 기재가 있다.

라. 비교대상발명 4

1986년에 발행된 “Polymer Extrusion”이라는 책자에 실린 ‘다이(die)’에 관한 기술이다. 위 책자에는 “코트 행거(coat hanger) 다이는 시트(sheet) 압출에 통상적으로 사용되는 다이 형상이다. 시트 다이(die)에서 흐름 채널 형상을 변화시키는 통상적인 기술은 플렉스 립(flex lip) 조절이다.”는 기재가 있다.

3. 사건의 경과

가. 원고는 2008. 6. 12. 이 사건 특허발명은 신규성 및 진보성이 부정된다는 등의 이유로 등록무효심판 청구.

나. 피고(특허권자)는 무효심판이 계속 중이던 2009. 2. 16. 정정 전 특허청구범위를 정정 후 특허청구범위로 정정하는 내용 등으로 정정청구(이하 ‘이 사건 정정청구’)를 함.

다. 특허심판원 2010. 10. 29.자 2008당1711 심결: 이 사건 정정청구를 받

아들인 다음, 정정 후 특허발명의 신규성 및 진보성이 부정되지 않는다는 이유 등으로, 심판청구 기각.

라. 특허법원 2011. 10. 6. 선고 2010허9354 판결: 이 사건 정정청구는 적법하고 정정 후 특허발명의 신규성 및 진보성이 부정되지 않으므로, 이와 결론이 같은 심결은 적법하다는 이유로 원고청구 기각 판결.

4. 원심판단의 요지

가. 이 사건 정정청구가 적법한지 여부(=적법)

1) 이 사건 정정청구는, 정정 전 제1항 발명의 특허청구범위에서, “휘발 분율 50~90중량%의(이하 ‘정정사항 ①’) 제막원료를 플렉시블 립 방식의 코트 행거(coat hanger) 타입의 T 다이로부터 드럼의 표면에 토출시켜 드럼 제막하는 것에 의해 얻어진(이하 ‘정정사항 ②’)”으로, 이 사건 특허발명의 상세한 설명 중 식별번호 <42>, <53> 및 <표 1> 식별번호 <54>의 ‘실시에 3’을 ‘참고예’(이하 ‘정정사항 ③’)로 각 정정하고, 식별번호 <52>의 “비교예 4”라는 기재와 식별번호 <53>의 “실시에 4와 동일한 (중략) 광학적인 줄무늬얼룩이 전체 면에 확인되어 불량하였다.”라는 기재 및 <표 1>에서 비교예 4에 해당하는 행을 각 삭제한 것(이하 ‘정정사항 ④’)이다.

2) 정정사항 ①: 명세서의 “PVA 필름 제조 시에 사용되는 PVA를 함유하는 필름원료의 휘발성 구성인자는 50~90중량%가 바람직하고, 55~80중량%가 더욱 바람직하다. 휘발성 구성인자가 50중량%보다도 작으면, 점도가 높아지기 때문에 필름의 TD 방향의 두께 균일성이 저해됨과 동시에 압력이 상승되어 제막이 곤란해지는 경우가 있다. 한편 휘발성 구성인자가 90중량% 보다도 크면, 점도가 지나치게 낮아져 필름의 TD 방향의 두께 균일성이 저해되는 경우가 있다.”는 기재의 범위 내에서 제막 원료를 구체적으로 한정한 것으로서 특허청구범위의 감축에 해당한다. 그리고 위 한정은 정정 전 이 사건 제1항 발명이 해결하고자 하는 과제인 ‘필름의 TD 방향

의 두께 균일성 유지'를 위한 것으로 새로운 목적 또는 효과가 추가되는 것이 아니어서 특허청구범위의 실질적 확장 또는 변경이라고 할 수 없다.

3) 정정사항 ②: 명세서의 “PVA 필름 제조용 다이로는, 예를 들어 쇼크바 방식 또는 플렉시블 립(flexible lip) 방식 등을 사용할 수 있다. 이들 중에서도, 일체 성형되어 체류부가 없는 플렉시블 립 방식의 다이를 사용하면 특히 필름의 TD 방향의 국소적인 두께의 변동(불규칙성)이 작은 PVA 필름을 얻을 수 있기 때문에 바람직하다.”는 기재의 범위 내에서 제막 장치를 구체적으로 한정한 것으로서 특허청구범위의 감축에 해당한다. 그리고 위 한정은 정정사항 ①과 마찬가지로 PVA 필름의 두께 균일성을 얻기 위한 것으로 새로운 효과가 발생하는 것이 아니어서 특허청구범위의 실질적 확장 또는 변경이라고 할 수 없다.

4) 정정사항 ③: 당초 ‘실시에 3’에 기재된 두께 변동($0.3\mu\text{m}/\text{mm}$)이 정정 후 이 사건 제1항 발명의 범위(출원과정에서 두께 변동이 당초의 $0.5\mu\text{m}/\text{mm}$ 이하에서 $0.28\mu\text{m}/\text{mm}$ 이하로 보정됨)를 벗어나자 ‘참고예’로 정정한 것으로서 잘못된 기재의 정정 또는 분명하지 않은 기재를 명확하게 한 것일 뿐이다.

5) 정정사항 ④: 비교예 4의 필름 두께는 $182\mu\text{m}$ 로서 다른 실시예 및 비교예의 필름 두께($72\sim 76\mu\text{m}$)에 비하여 2배 이상 두꺼움에도 비슷한 연신(늘림) 비율로 연신한 후의 편광필름 두께가 유사(비교예 4: $28\mu\text{m}$, 실시예 1~4, 비교예 1~3: $26\sim 33\mu\text{m}$)한 점에 비추어 보면, 비교예 4는 필름 두께 등을 잘못 기재한 것으로 보이고, 이를 바로잡고자 비교예 4를 삭제한 것은 잘못된 기재의 정정에 해당한다.

나. 정정 후 특허발명의 진보성 여부(=진보성 有)

1) 정정 후 제1항 발명

가) 기술분야 및 목적 대비

정정 후 제1항 발명과 비교대상발명 1, 2는 모두 PVA 필름에 관한 것으로 기술분야가 동일하다. 비교대상발명 4는 이 기술분야의 통상의 기술자에게 관용적으로 사용되는 기술이다. 비교대상발명 3은 필름 제막용 다이

에 관한 것으로 기술분야가 상이하다.

정정 후 제1항 발명은 대화면 액정디스플레이에 사용되는 편광필름 용도에 적합하고 대면적에서도 균일한 광학성능을 갖는 PVA 필름을 제공하고자 하는 것이다. 그런데 비교대상발명 1은 폭방향의 양 단부의 복굴절률이 중앙부의 복굴절률보다 높아 광학적인 변동이 발생하는 점을 해결하기 위하여 광학적 균질성이 우수한 PVA 필름 및 편광막을 제공하는 것이고, 비교대상발명 2는 고광선 투과율에서 고편광성을 가지는 편광막을 제공하는 것이며, 비교대상발명 3은 표면평탄성, 두께의 균일성이 우수한 캐스트 필름이 제조 가능한 용액 제막용 다이를 제공하는 것이므로, 정정 후 제1항 발명과 구체적인 목적이 상이하다. 비교대상발명 4는 ‘다이’에 관하여 설명한 서적의 일부로서 특별히 대비할 목적이 없다.

나) 구성 대비

정정 후 제1항 발명		비교대상발명들
구 성 1	PVA계 중합체 100중량부에 대하여, 다가 알코올 3~25 중량부 및 비이온성 계면 활성제를 함유하는 계면 활성제를 0.01~2중량부 첨가한, 휘발 분율 50~90중량%의 제막원료	[비교 2] 제막원료는 PVA 40중량부, 글리세린 5 중량부, 물 55중량부 또는 PVA 27중량부, 글리세린 3중량부, 물 70중량부로 됨. PVA 필름에는 글리세린 등의 각종 다가 알코올계 가소제, 비이온, 음이온, 양이온계의 계면활성제가 적절히 첨가 사용되며, PVA계 수지 100중량부에 대하여 2~20중량부 정도 첨가함.
[원심판단] 용이도출 (다툼 ×) - 구성 1과 비교 2의 제막원료는 다가 알코올과 비이온성 계면활성제를 첨가하는 것이어서 특별한 차이가 없다. 다만 첨가량이 예시되어 있지 않으나 함량을 조절하는 것은 특별한 어려움이 없다. - 구성 1에서 휘발 분율을 구성하는 휘발성 인자는 물이므로, 휘발 분율 50~90 중량%는 비교 2의 물 55중량부 또는 70중량부와 차이가 없다.		
구 성 2	플렉시블 립(flexible lip) 방식의 코트 행거(coat hanger) 타입의 T 다이로부터 드럼의 표면에 토출시켜 드럼 제막하여 얻어짐	[비교 4] 코트 행거(coat hanger) 다이는 시트 압출에 통상적으로 사용되는 다이 형상임. 시트 다이에서 흐름 채널 형상을 변화시키는 통상적인 기술은 플렉스 립(flex lip) 조절임

정정 후 제1항 발명	비교대상발명들
[원심판단] 용이도출 (다툼 ×) • 비교 4에 의하면, 코트 행거 다이는 필름의 균일한 분포를 얻기 위해 통상적으로 사용되는 것이고, 플렉시블 립 방식으로 수지 용액을 균일하게 토출하도록 하는 것은 관용적인 기술이다.	
구성 3-1) 필름의 TD 방향의 두께 변동이 $0.28\mu\text{m}/\text{mm}$ 이하 구성 3-2) 필름 두께가 $40\sim 120\mu\text{m}$ 구성 3-3) 필름 폭이 $3\sim 6\text{m}$	[비교 1] PVA계 필름의 두께 변동은 3% 이하이고, 필름 두께는 $20\sim 100\mu\text{m}$ [비교 2] 필름 두께 $10\sim 150\mu\text{m}$, 필름 폭 $0.5\sim 3\text{m}$ [비교 3] 방향족 폴리카보네이트, PVA 등의 수지를 균일하게 토출하도록 조절함. 폴리카보네이트 필름의 두께를 5mm 단위로 측정한 결과 그 두께 변동이 $0.3\mu\text{m}$ 이하임
[원심판단] 구성 3-1은 용이하게 도출될 수 없음 (다툼 ○) • 구성 3-2, 3-3은 비교 2와 차이가 없다. • 구성 3-1(TD 방향의 두께 변동이 $0.28\mu\text{m}/\text{mm}$ 이하)은 발명자가 새롭게 창출한 파라미터, ³⁾ 즉 국소적인 두께 변동을 수치로써 한정하는 구성이다. ▶ 그런데 비교 1에서 두께 변동이 3% 이하라는 것[필름 두께가 $20\sim 100\mu\text{m}$ 이므로 두께 변동은 결국 $3\mu\text{m}$ 이하($100\mu\text{m} \times 0.03$)인 셈이 됨]은 필름의 TD 또는 MD 방향 전체에 걸친 것으로서, 필름의 TD 방향으로 수cm~수십cm의 범위에서 발생하는 커다란 기복(1m 간격으로 선택된 5개 지점의 두께를 측정한다는 기재에 의하면 20cm 정도 범위에서의 기복이 됨)을 확인하기 위한 것일 뿐이므로, 구성 3-1과 두께 변동의 개념이 다르다. ▶ 그리고 비교 3에는 5mm 단위로 측정하여 두께 변동이 $0.3\mu\text{m}$ 이하인 필름이 기재되어 있으나, “본원 발명은 일반적으로 폴리카보네이트를 수지 재료로 하는 경우에 유효한 것으로 나타났다. 이 이유는 분명하지 않지만 폴리카보네이트 자체의 표면장력에 미치게 하는 영향, 점탄성에 미치게 하는 영향, 부착성 등이 복잡하게 꼬여 있는 것으로 생각된다.”라고 기재되어 있어 실질적으로 폴리카보네이트를 수지 재료로 사용하는 경우에만 유효하고 그 이유	

- 3) • **수치한정발명**: 발명의 구성요소 중 예컨대 온도나 배합비율과 같이 일정한 범위를 가지는 구성요소에 관하여 수치로써 한정한 발명을 말한다.
- **파라미터발명**: 일반적인 수치한정발명에 비해서 새롭게 창출한 물리적, 화학적 또는 생물학적 특성값 또는 새롭게 도출한 복수의 변수 사이의 상관관계를 이용하여 발명의 구성요소를 특정한 발명을 말한다. 파라미터발명은 수치한정발명의 특수한 유형으로서 수치한정발명과 해석원리가 비슷한 면이 많다[최성준, “성질 또는 특성 등에 의하여 물건을 특정하는 발명”, Law & technology 3권 1호(2007. 1.), 110, 112].

정정 후 제1항 발명	비교대상발명들
가 폴리카보네이트의 물성에 기인하고 있는 것으로 보이는 점, 실제 실시예에도 폴리카보네이트 필름 이외에 PVA 필름이나 다른 수지 재료로 된 필름의 제조에 관한 것은 찾아볼 수 없는 점, PVA와 폴리카보네이트는 그 물성에서 상당한 차이가 있는 점 등을 고려할 때, 비교 3의 폴리카보네이트 필름의 두께 균일성이 PVA 필름의 제조 시에도 구현될 수 있다고 보기 어렵다(설사 그렇지 않더라도 비교 3의 두께 변동은 5mm 단위이므로 구성 3-1의 1mm 단위는 비교 3과 각별한 차이가 있다). ▶ 따라서 구성 3-1은 비교 1 내지 3과 수치한정에만 차이가 있다고 볼 수 없어 수치한정의 임계적 의의를 필요로 하지 않고, 구성 1의 제막원료, 구성 2의 제막 방법, 구성 3의 최종 필름의 두께 및 폭이 유기적으로 결합한 전체로 볼 때 구성의 곤란성이 있다.	

다) 작용효과 대비

정정 후 제1항 발명은 국소적인 광학적 줄무늬가 발생하지 않아 균일한 광학성능을 갖는 PVA 필름을 제조할 수 있는 효과를 가진다. 반면, 비교대상발명 1, 2에는 국소적인 줄무늬 발생이 억제되었다는 효과는 찾아볼 수 없고, 비교대상발명 3은 폴리카보네이트에 관한 것만 기재되어 있다.

라) 소결

정정 후 제1항 발명은 비교대상발명들에 비하여 목적의 특이성, 구성의 곤란성 및 효과의 현저성이 있으므로, 그 진보성이 부정되지 않는다.

2) 정정 후 제4항 내지 제6항 발명

정정 후 제4항 내지 제6항 발명은 정정 후 제1항 발명의 기술적 구성을 그대로 포함하고 있으므로, 이들 발명의 진보성 역시 부정되지 않는다.

5. 상고이유의 요지

가. 제1점: 이 사건 정정청구의 적법성에 관한 법리오해 등

1) 정정사항 ①, ②에 관하여: 이 사건 특허발명은 정정사항 ①에 의하여 ‘압력 상승으로 제막이 곤란해지는 경우 방지’라는, 정정사항 ②에 의하

여 ‘필름의 TD 방향의 두께 균일성 및 그에 따른 국소적인 줄무늬 형상의 결점 해소’라는 새로운 목적 및 효과를 가지게 되는 것이므로, 특허청구범위의 실질적 변경 내지 확장에 해당하여 허용될 수 없다.

2) 정정사항 ③에 관하여: ‘실시에 3’의 두께 변동 범위는 이 사건 특허발명의 출원 당시 그 청구범위 내에 속하는 것으로 의도되었으므로 ‘오기’가 아니고, 그 의미도 명료하므로, 정정사항 ③은 오기의 정정 또는 분명하지 않은 기재를 명확히 한 정정이라고 할 수 없어 허용될 수 없다.

3) 정정사항 ④에 관하여: 비교예 4의 경우 PVA 필름의 두께, 연신(늘림) 배율, 연신(늘림) 후 편광필름의 두께 중 무엇이 잘못된 것인지 불분명하고, 그 올바른 기재가 무엇인지도 불분명하므로, 이를 삭제한 정정사항 ④는 명백히 잘못된 것을 올바른 기재로 정정한 것에 해당하지 않아 허용될 수 없다. 또한 비교예 4는 PVA 필름의 평균 두께가 $150\mu\text{m}$ 를 초과하는 경우($182\mu\text{m}$ 로 실험함) 연신(늘림) 불규칙성이 발생함을 보이기 위한 것이므로, 이를 삭제하면 위 연신 불규칙성 발생 여부가 오히려 불명확해진다는 점에서도 위 정정은 허용될 수 없다.

나. 제2점: 신규성 및 진보성 판단에 관한 법리오해, 이유모순, 판단누락, 심리미진

원심이 적절히 판단한 바와 같이 구성 1, 2는 비교대상발명들로부터 용이하게 도출할 수 있는 이상, 구성 1, 2에 따라 얻어지는 물건에 관한 구성 3 역시 용이하게 도출될 수 있는데, 이와 달리 구성 3은 용이하게 도출될 수 없다고 한 원심에는 이유모순의 위법이 있다.

비교대상발명 1에는 “PVA계 필름의 평균 두께가 $20\sim 100\mu\text{m}$ 범위이고, 두께 변동이 바람직하게는 2% 이하이며, 폭은 3m 이하가 바람직하다.”고 기재되어 있어 정정 후 제1항 발명의 두께와 폭이 개시되어 있다. 그리고 비교대상발명 1에서 평균 두께 $40\mu\text{m}$, 두께변동 0.7%라면 그 두께변동이 $0.28\mu\text{m}$ 이하이고 그 측정 간격에 제한을 두고 있지 않으며, 정정 후 제1항 발명에서 1mm 간격의 두께 변동 측정은 하나의 두께 변동 측정 방법일 뿐

으로 용이하게 채용할 수 있으므로, 정정 후 제1항 발명의 구성 3-1에서의 두께 변동($0.28\mu\text{m}/\text{mm}$ 이하) 역시 개시되어 있다.

비교대상발명 3에는 5mm 당 두께 변동이 $0.3\mu\text{m}$ 를 초과하지 않도록 하여 국소적인 줄무늬가 없고 두께 균일성이 우수한 필름을 생산하는 기술내용이 개시되어 있고, 한편 적용 가능한 필름 재료 중 하나로 PVA를 들고 있으므로, 이로부터 구성 3-1을 용이하게 도출할 수 있다.

이 사건 특허발명은 필름의 두께 변동, 두께 및 폭을 수치로서 한정된 수치한정발명이므로 위 수치(파라미터) 범위 내외에서 임계적 의의가 있어 야만 진보성이 긍정되는데, 그 임계적 의의가 인정되지 않으므로 진보성이 부정된다. 그럼에도 임계적 의의를 판단하지 않고 진보성을 긍정한 원심에는 수치한정발명의 진보성 판단에 관한 법리오해, 판단누락, 심리미진의 위법이 있다.

정정 후 제4 내지 6항 발명에 추가된 구성들은 비교대상발명 1, 2에 개시되어 있으므로 이들 발명 역시 진보성이 부정된다.

【解 說】

1. 정정청구에 대하여

가. 특허무효심판 절차에서의 특허의 정정 일반론

1) 정정제도의 취지

특허 후에 특허청구범위가 너무 광범위하여 본래 유효한 특허 부분을 가지고 있으면서 전체가 무효라고 주장되거나, 명세서나 도면의 기재에 오기가 있거나, 또는 기재가 분명치 않아서 오해를 일으켜 특허의 유효 여부 또는 특허발명의 기술적 범위의 해석 등에 관하여 분쟁이 생기는 경우가 있다. 이 경우 특허권자가 아무런 조치를 취할 수 없도록 한다면 특허권자에게 가혹하고⁴⁾ 발명 보호에 미흡하며 제3자도 불명확한 권리의 존재로

4) 무효심판 청구에 대항할 수 있는 수단을 특허권자에게도 부여함이 형평에 부합할 수 있다.

인하여 불이익을 받는 등 공익에 반하는 결과에 이른다. 이에 특허법은 정정심판 제도를 마련하여 제3자에게 불측의 손해를 주지 않는 범위에서 특허권자에게 정정할 기회를 줌으로써 발명의 보호를 꾀하고 있다.⁵⁾

정정청구는 독립하여 할 수도 있고, 특허무효 심판절차 안에서도 할 수 있는데, 후자의 정정제도는 2001. 2. 3. 법률 제6411호로 개정된 특허법에서 도입되었다. 피청구인인 특허권자가 무효심판절차 계속 중 지정된 기간 내에 특허발명의 명세서 또는 도면의 정정을 청구할 수 있도록 하는 한편 무효심판절차가 특허심판원에 계속되고 있는 때에는 독립의 정정심판(제136조)을 청구할 수 없도록 함으로써, 특허무효 심판절차에서 분쟁을 일거에 해결하고 무효심판 심리를 신속하게 진행하고자 한 것이다.

2) 특허무효 심판절차에서 정정의 요건

가) 적극적 요건

(1) 구 특허법 제133조의2 제1항은 제47조 제3항 각 호, 즉 ① 특허청구범위를 감축하는 경우 ② 잘못된 기재를 정정하는 경우 ③ 분명하지 아니한 기재를 명확하게 하는 경우 중 어느 하나에 해당하는 경우에 한하여 정정청구를 할 수 있다고 규정하고 있다.

①의 특허청구범위를 감축하는 경우에는, i) 태일적 구성요소의 삭제(“A 또는 B”에서 A나 B 중 어느 하나의 삭제), ii) 상위개념으로부터 하위개념으로의 변경, iii) 구성요소의 직렬적 부가(“A+B”에서 “A+B+C”로 되는 경우), iv) 수치한정에 의한 범위의 감축, v) 여러 개의 청구항 중 일부 청구항의 삭제, vi) 특허청구범위 기재 자체를 변경함이 없이 발명의 상세한 설명 또는 도면의 기재를 감축하여 특허청구범위를 실질적으로 감축하는 것 등이 있을 수 있다. ②의 잘못된 기재의 정정이라 함은 명세서 또는 도면 중의 기재내용이 명세서 전체의 기재에 비추어 보아 명백히 잘못된 것을 본래의 올바른 기재로 정정하는 것을 의미한다. ③의 분명하지 아니한 기재를 명확하게 하는 경우는 명세서에 있는 기재 내용의 표현이 부정확하거나 그 뜻이 애매한 것을 바르게 함으로써 당해 발명의 내용을 한

5) 吉藤幸朔 著(유미특허법률사무소 역), 특허법개설(13판), 대광서림, 685~686.

층 더 명확히 하는 정정을 말한다.⁶⁾

(2) 이와 관련한 대법원판례들을 검토해 보면 아래와 같다.

① 대법원 2010. 4. 29. 선고 2008후1081 판결: 구 특허법 제133조의2, 제136조 제3항의 (중략) 규정 취지에 비추어 보면, 이와 같은 오류의 정정에는 특허청구범위에 관한 기재 자체가 명료하지 아니한 경우 그 의미를 명확하게 하든가 기재상의 불비를 해소하는 것 및 발명의 상세한 설명과 청구의 범위가 일치하지 아니하거나 모순이 있는 경우 이를 통일하여 모순이 없는 것으로 하는 것도 포함된다고 해석된다.

② 대법원 2006. 7. 28. 선고 2004후3096 판결: 실용신안법 (중략) 규정들의 취지는 무효심판의 피청구인이 된 실용신안권자에게 별도의 정정심판을 청구하지 않더라도 그 무효심판절차 내에서 정정청구를 할 수 있게 해주되, 실용신안권의 효력이 미치는 범위를 확장하거나 변경하는 것은 허용할 수 없고 제3자의 권리를 침해할 우려가 없는 범위 내에서의 실용신안등록 청구범위의 감축이나, 오기를 정정하고 기재상의 불비를 해소하여 바르게 하는 오류의 정정은 허용하는 것이라고 보아야 할 것이고, 이와 같은 오류의 정정에는 실용신안등록청구범위에 관한 기재 자체가 명료하지 아니한 경우 그 의미를 명확하게 하든가 기재상의 불비를 해소하는 것과 고안의 상세한 설명과 청구의 범위가 일치하지 아니하거나 모순이 있는 경우 이를 통일하여 모순이 없는 것으로 하는 것도 포함되는 것이라고 해석하여야 한다.

③ 대법원 2005. 9. 30. 선고 2004후2451 판결: 구 특허법 제136조 제1항 제2호의 ‘오기의 정정’이라 함은 ‘명세서 또는 도면 중의 기재 내용이 명세서 전체의 기재에 비추어 보아 명백히 잘못 기재된 것을 본래의 올바른 기재로 정정’하는 것을 의미한다.

(3) 특허청 심사지침서 및 심판편람에는 아래와 같이 기재되어 있다.

잘못된 기재를 정정하는 경우란 정정 전의 기재내용과 정정 후의 기재내

6) 특허법원 지적재산소송실무연구회, 지적재산소송실무(전부 개정판), 박영사, 309~310.

용이 동일함을 객관적으로 인정할 수 있는 경우로서, 청구범위의 기재가 오기인 것이 명세서의 기재내용으로 보아 자명한 것으로 인정되거나, 주지의 사항 또는 경험칙으로 보아 명확한 경우에 그 오기를 정확한 내용으로 고치는 것을 말한다.

분명하지 않은 기재란 문리상 그 자체 의미가 분명하지 않은 기재로서, 청구항의 기재 그 자체의 문언상 의미가 불명료한 것, 청구항 자체의 기재 내용이 다른 기재와의 관계에 있어서 불합리한 것 또는 청구항 자체의 기재는 명료하지만 청구항에 기재된 발명이 기술적으로 정확하게 특정되지 않고 불명료한 것 등을 말한다. 실체적으로는 달라지지 않으면서 청구항을 전반적으로 다시 기재하는 보정은 다른 사정이 없는 한 분명하지 아니한 기재를 명확하게 하는 경우로 본다. 분명하지 아니한 기재를 명확하게 하는 대표적인 유형으로는, i) 그 자체 내용이 명확하지 아니한 기재를 바르게 하는 경우, ii) 그 자체 기재내용이 다른 기재와의 관계에 있어서 부합되지 않아 생기는 불일치를 바르게 하는 경우, iii) 발명의 목적, 구성 또는 효과가 지속적으로 불명료하게 기재된 것을 바르게 하여 그 기재내용을 명확하게 하는 경우 등이 있다.

나) 소극적 요건

구 특허법 제133조의2 제4항은 제136조 제2항, 제3항을 준용하고 있는데, 제136조 제2항은 “명세서 또는 도면의 정정은 특허발명의 명세서 또는 도면에 기재된 사항의 범위 이내에서 이를 할 수 있다. (후단 생략)”고 규정하고, 제3항은 “명세서 또는 도면의 정정은 특허청구범위를 실질적으로 확장하거나 변경할 수 없다.”고 규정하고 있다.

특허청구범위의 실질적 확장 또는 변경의 의미에 관하여 대법원 2011. 12. 13. 선고 2011후2060 판결 등은 “특허청구범위를 실질적으로 확장하거나 변경하는 경우에 해당하는지 여부를 판단할 때에는 특허청구범위 자체의 형식적인 기재만을 가지고 대비할 것이 아니라 발명의 상세한 설명을 포함한 명세서 및 도면의 전체내용을 실질적으로 대비하여 판단하는 것이 합리적이다. 그리고 특허청구범위의 정정이 청구범위의 감축에 해당되고,

그 목적이나 효과에 어떤 변경이 있다고 할 수 없으며, 발명의 상세한 설명 및 도면에 기재되어 있는 내용을 그대로 반영한 것이어서 제3자에게 불측의 손해를 줄 염려가 없는 경우에는 특허청구범위의 실질적인 변경에 해당되지 아니한다고 할 것이다.”고 판시해 오고 있다.⁷⁾

나. 대상판결의 검토

1) 정정사항 ①, ②에 관하여

이 사건 특허발명의 명세서에는 “PVA 필름 제조 시에 사용되는 PVA를 함유하는 필름원료의 휘발성 구성인자는 50~90중량%가 바람직하고, 55~80중량%가 더욱 바람직하다. 휘발성 구성인자가 50중량%보다도 작으면, 점도가 높아지기 때문에 필름의 TD 방향의 두께 균일성이 저해됨과 동시에 압력이 상승되어 제막이 곤란해지는 경우가 있다. 한편 휘발성 구성인자가 90중량% 보다도 크면, 점도가 지나치게 낮아져 필름의 TD 방향의 두께 균일성이 저해되는 경우가 있다.”고 기재되어 있으므로, 휘발 분율을 ‘50~90중량%’로 한정된 정정사항 ①은 명세서에 기재된 사항의 범위 내에서 제막 원료를 구체적으로 한정한 것이다. 그리고 위 명세서에는 “PVA 필름 제조용 다이로는, (중략) 일체 성형되어 체류부가 없는 플렉시블 립 방식의 다이를 사용하면 특히 필름의 TD 방향의 국소적인 두께의 변동(불규칙성)이 작은 PVA 필름을 얻을 수 있기 때문에 바람직하다.”고 기재되어 있으므로, 다이(die)의 종류를 ‘플렉시블 립 방식의 코트 행거 타입의 T 다이’로 한정된 정정사항 ② 역시 명세서에 기재된 사항의 범위 내에서 다이의 종류를 구체적으로 한정한 것이다. 따라서 이들 정정은 모두 구성요소의 직렬적 부가(“A+B”에서 “A+B+C”로 되는 경우)로서 특허청구범위의 감축에 해당한다.

이에 대해 원고는 상고이유에서 정정사항 ①, ②가 특허청구범위의 실질적인 변경에 해당하여 그러한 정정이 허용되어서는 안 된다고 주장하고 있는데, 아래와 같은 이유로 받아들일 수 없다. 즉 정정 전 제1항 발명의 청

7) 대법원 2010. 4. 29. 선고 2008후1081 판결 등도 같은 취지로 판시하였다.

구범위는 “제막원료를 드럼 제막함으로써 얻어진, ‘TD 방향의 두께 변동이 $0.28\mu\text{m}/\text{mm}$ 이하이고, 필름 두께가 $40\sim 120\mu\text{m}$ 이며, 필름 폭은 $3\sim 6\text{m}$ 인 필름”으로서, 필름의 TD 방향의 두께 균일성 및 그에 따른 국소적인 줄무늬 형상의 결점 해소를 목적 및 효과로 하고 있다. 그런데 정정사항 ①, ②에서 한정된 사항들은 정정 이전의 위와 같은 목적 및 효과, 즉 필름의 TD 방향의 두께 균일성 및 그에 따른 국소적인 줄무늬 형상의 결점 해소를 달성하기 위한 구체적인 기술적 수단에 해당하는 것들이므로, 정정사항 ①, ②에 의하여 그 목적이나 효과에 어떤 변경이 있다고 할 수 없고, 앞서와 같이 발명의 상세한 설명에 기재되어 있는 내용을 그대로 반영한 것이어서 제3자에게 불측의 손해를 줄 염려가 없으므로, 특허청구범위의 실질적인 변경에 해당되지 아니한다.

원고는 정정 전 제1항 발명에서는 휘발 분율이 한정되어 있지 않아 제막이 곤란한 휘발 분율의 범위(50중량% 이하)도 포함하고, 정정사항 ①에 의해 비로소 제막이 가능하게 된 이상 새로운 효과가 발생한 것이라고 주장한다. 그러나 앞서 검토한 바와 같이, 정정 전 제1항 발명의 명세서에는 필름의 두께 균일성을 유지하면서 제막이 가능한 휘발 분율의 범위가 기재되어 있고, 이러한 범위를 벗어나는 경우 정정 전 제1항 발명이 청구하고 있는 필름은 아예 형성되지도 아니할 것이므로, 명세서 전체의 기재에 비추어 볼 때 정정 전 제1항 발명에서도 위 범위를 벗어나는 휘발 분율은 배제되어 있다고 보아야 한다. 따라서 정정사항 ①에 의해 새로운 효과가 발생하였다고 할 수 없으므로, 위 주장은 받아들일 수 없다.

2) 정정사항 ③에 관하여

실시예 3은 두께 변동이 $0.3\mu\text{m}/\text{mm}$ 인 경우의 실시예인데, 이 사건 특허발명의 출원과정에서 특허청구범위를 두께 변동이 $0.28\mu\text{m}/\text{mm}$ 이하인 것으로 보정하였기 때문에, 실시예 3이 특허청구범위를 벗어났으므로 이제는 더 이상 이를 이 사건 특허발명의 ‘실시예’라고 할 수 없게 되었다.

따라서 정정사항 ③에서는 ‘실시예 3’을 ‘참고예’로 정정하여 특허청구범위와 일치시킨 것이므로, 이는 앞서 대법원판결들이 실시한 ‘오류 정정’의

일 유형인, ‘발명의 상세한 설명과 청구의 범위가 일치하지 아니하거나 모순이 있는 것을 통일하여 모순이 없도록 하는 것’에 해당한다.

3) 정정사항 ④에 관하여

원심이 적절히 판단한 바와 같이, 비교예 4의 필름 두께는 $182\mu\text{m}$ 로서 다른 실시예 및 비교예의 필름 두께($72\sim 76\mu\text{m}$)와 비교해 볼 때 2배 이상 두꺼운데, 유사한 연신(늘림) 배율로 연신한 후의 필름 두께는 서로 유사한 것으로 기재되어 있으므로(비교예 4: $28\mu\text{m}$, 나머지: $26\sim 33\mu\text{m}$), 비교예 4에 기재된 연신(늘림) 전후의 필름 두께 또는 연신 배율의 기재에 오류가 있음이 명백하다. 정정사항 ④는 이와 같이 오류가 있음이 명백한 기재를 삭제함으로써 기재불비를 해소하였으므로, 잘못된 기재를 정정한 경우에 해당한다.

한편 비교예 4는 필름 두께가 $182\mu\text{m}$, 필름 폭이 1.8m인 실험예로서, 이 사건 특허발명의 수치 범위(필름 두께: $40\sim 120\mu\text{m}$, 폭: $3\sim 6\text{m}$)를 벗어날 때의 문제점을 보여주기 위한 것이다. 그런데 이 사건 특허발명의 명세서에는 비교예 4 이외에도 이미 “ $150\mu\text{m}$ 초과 시 연신불규칙성이 나타나고, 폭이 2m 이하인 경우 네크 인(neck in, 폭 방향의 수축)의 영향을 받는 문제가 발생한다.”는 기재가 있으므로, 비교예 4를 삭제하더라도 이 사건 특허발명에는 아무런 영향도 미치지 않는다.

2. 수치한정발명의 진보성 여부에 관하여

가. 수치한정발명의 진보성 판단방법

발명의 구성요소 중 예컨대 온도나 배합비율과 같이 일정한 범위를 가지는 구성요소에 관하여 수치를 한정한 발명을 수치한정발명이라고 한다. 수치한정발명의 진보성 판단 기준에 관하여 대법원 2010. 8. 19. 선고 2008후4998 판결은 “특허등록된 발명이 그 출원 전에 공지된 발명이 가지는 구성요소의 범위를 수치로써 한정하여 표현한 경우에 있어, 그 특허발명의 과제 및 효과가 공지된 발명의 연장선상에 있고 수치한정의 유무에서만 차

이가 있는 경우에는 그 한정된 수치범위 내에서 현저한 효과의 차이가 생기지 않는다면 그 특허발명은 그 기술분야에서 통상의 지식을 가진 자가 통상적이고 반복적인 실험을 통하여 적절히 선택할 수 있는 정도의 단순한 수치한정에 불과하여 진보성이 부정된다. 다만 그 특허발명에 진보성을 인정할 수 있는 다른 구성요소가 부가되어 있어서 그 특허발명에서의 수치한정이 보충적인 사항에 불과하거나, 수치한정을 제외한 양 발명의 구성이 동일하더라도 그 수치한정이 공지된 발명과는 상이한 과제를 달성하기 위한 기술수단으로서의 의의를 가지고 그 효과도 이질적인 경우라면, 수치한정의 임계적 의의가 없다고 하여 특허발명의 진보성이 부정되지 아니한다.”고 판시하였다.

한편 구성요소의 범위를 수치로써 한정하여 표현한 수치한정발명 중에는, 수치로 구성 성분량을 한정하였을 뿐인 경우가 많지만, 이와 달리 물성·특성을 나타내는 특정 수치의 파라미터를 통하여 물(物)을 특정하는 기재를 구성요소로 포함하는 발명이 있는데, 이러한 발명을 파라미터 발명이라고 한다.⁸⁾ 파라미터 발명에서는 발명자가 새로 창작하거나 당해 발명의 기술분야에서 일반적이지 않은 파라미터를 사용하는 경우가 많고, 그리하여 일반적인 분석수단을 통하여 발명의 실체적인 내용을 용이하게 확인하기 어려워 사실상 공지물(公知物)을 포함하고 있음에도 불구하고 자칫 신규성과 진보성이 인정될 가능성이 크므로, 파라미터의 실체를 파악하여 특허성을 판단하는 것이 요청된다.

대법원은 파라미터 발명의 이러한 점을 고려하여 그 특허요건에 대하여 아래와 같이 판시해 오고 있다. 즉, 대법원 2004. 4. 28. 선고 2001후2207 판결은 “성질 또는 특성 등에 의하여 물건을 특정하려고 하는 기재를 포함하는 출원발명의 신규성 및 진보성을 판단함에 있어서 그 출원발명의 특허

8) 예를 들어, “초흡수체 30 내지 75 중량%, 펄프 25 내지 70 중량% 및 결합제 성분 0 초과 10 중량% 이하를 포함하는 다기능성 흡수 재료”라고 되어 있는 청구항은 일반적인 수치한정발명이고, “하이드로겔-형성 중합체가 팽윤 상태에서 겔-연속 유체 전달 대역을 제공하고, $50 \times 10^{-7} \text{cm}^2/\text{s}$ 이상의 염수 유동 전도성(SFC) 값을 갖는 흡수 부재”라고 되어 있는 청구항은 특수한 수치한정발명, 즉 파라미터발명에 해당한다.

청구범위에 기재된 성질 또는 특성이 발명의 내용을 한정하는 사항인 이상, 이를 발명의 구성에서 제외하고 간행물에 실린 발명과 대비할 수 없으며, 다만 간행물에 실린 발명에 그것과 기술적인 표현만 달리할 뿐 실질적으로는 동일·유사한 사항이 있는 경우 등과 같은 사정이 있을 때에 그러한 출원발명의 신규성 및 진보성을 부정할 수 있을 뿐이다.”고 판시하였고, 대법원 2002. 6. 28. 선고 2001후2658 판결은 “성질 또는 특성 등에 의해 물(物)을 특정하려고 하는 기재를 포함하는 특허발명과, 이와 다른 성질 또는 특성 등에 의해 물을 특정하고 있는 인용발명을 대비할 때, 특허발명의 특허청구범위에 기재된 성질 또는 특성이 다른 정의 또는 시험·측정방법에 의한 것으로 환산이 가능하여 환산해 본 결과 인용발명의 대응되는 것과 동일·유사하거나 또는 특허발명의 명세서의 상세한 설명에 기재된 실시형태와 인용발명의 구체적 실시형태가 동일·유사한 경우에는, 달리 특별한 사정이 없는 한, 양 발명은 발명에 대한 기술적인 표현만 달리할 뿐 실질적으로는 동일·유사한 것으로 보아야 할 것이므로, 이러한 특허발명은 신규성 및 진보성을 인정하기 어렵다.”고 판시하였다.

나. 대상판결의 검토

구성 3-1(필름의 TD 방향의 두께 변동이 $0.28\mu\text{m}/\text{mm}$ 이하)은 성질 또는 특성 등에 의해 물(物)을 특정하고 있으므로 ‘파라미터’를 구성요소로 포함하고 있는 발명이라고 할 수 있다. 다만 그 파라미터인 ‘두께 변동 단위’가 비교대상발명들(특히 비교대상발명 1, 3)에 그대로 나타나 있으므로, 특별히 파라미터 발명으로서의 특성에 주의할 필요는 없다. 즉 일반적인 수치 한정발명에서와 마찬가지로 대법원판결이 설시한 판단 기준에 따라 진보성을 판단해도 무방하다.

우선, 이 사건에서 쟁점이 되는 구성 3-1의 기술적 의미에 대해서 검토해 보면, “PVA 필름 제조 시 발생하는 두께 불규칙성 문제를 해결하기 위한 것으로, 두께 불규칙성 문제에 해당하는 수 cm ~수십 cm 에서 발생하는 커다란 기복 문제와 1mm 범위 내에서 발생하는 국소적인 요철 줄무늬 문제

중에서, 특히 국소적인 요철 줄무늬의 결점을 해소하는 것을 그 기술적 과제로 하고 있다.”는 이 사건 특허발명의 명세서 기재를 참작할 때, 구성 3-1은 1mm 범위 내에서 발생하는 국소적인 두께 변동(국소적인 줄무늬 생성)을 방지함으로써 균일한 광학성능의 PVA 편광필름을 구현하는 구성이다.

구성 3-1과 대비해 볼 수 있는 구성은 비교대상발명 1, 3에만 나타나 있다. 그런데 아래에서 검토하는 바와 같이 구성 3-1에서의 수치한정은 비교대상발명 1, 3에서와는 상이한 과제를 달성하기 위한 기술수단으로서의 의의를 가지고 그 효과도 이질적이므로, 그 수치한정에 임계적 의의가 있는지 여부와는 무관하게 정정 후 제1항 발명의 진보성은 부정되지 아니하고, 신규성 또한 부정되지 아니한다.

먼저 비교대상발명 1과 대비해 보면, 여기에는 “PVA계 필름의 두께 변동은 3% 이하이고, 필름 두께는 20~100 μm ”라고 기재되어 있다. 그런데 이는 폭 방향으로 동일 간격의 다섯 개 지점(폭이 2.4m인 경우 40cm 간격으로 측정한 셈이 됨)을, 길이 방향으로 1m 간격의 다섯 개 지점을 각 선택해서 두께 변동을 측정한 것이므로, 결국 수cm~수십cm에서 발생하는 커다란 기복을 해결하기 위한 것이라고 할 수 있다. 따라서 국소적인 두께 변동을 방지하기 위한 구성 3-1은 비교대상발명 1과는 다른 기술과제를 달성하기 위한 기술수단으로서의 의의를 가지고 그 효과도 이질적인 것이므로, 통상의 기술자가 비교대상발명 1로부터 구성 3-1을 용이하게 도출할 수 없다.

다음으로 비교대상발명 3과 대비해 보면, 여기에는 다이(die)의 형상 또는 특성을 조절함으로써 수지를 균일하게 토출할 수 있다는 내용과 함께 “방향족 폴리카보네이트 수지를 원료로 사용해서 5mm당 두께 변동이 0.3 μm 이하인 필름을 제조한 실시예”가 기재되어 있고, 적용 가능한 고분자 수지로서 “폴리카보네이트와 함께 PVA 등”을 들고 있다. 그러나 비교대상발명 3은, i) 수지 필름 제조를 위한 다이(die)에 관한 것으로, PVA 필름도 위 다이(die)로 제조될 수 있다는 취지의 기재만 있을 뿐 그 두께 변동에 관한 기재는 없고, ii) 단지 여러 종류의 수지에 적용될 수 있는 다이(die)의

형상 및 특징만을 한정한 것일 뿐, PVA 필름의 두께 변동을 억제하여 균 일한 광학성능을 나타내겠다는 기술사상은 전혀 개시 또는 암시되어 있지 않으며, iii) 그 명세서에는 폴리카보네이트의 물성에 기인하여 위와 같은 두께 변동이 나타난다고 기재되어 있어서(그 두께 변동 수치도 5mm당 0.3 μm 이하로서 구성 3-1과 차이가 있음), 폴리카보네이트와 물성이 다른 PVA 의 두께 변동이 위와 같다고 보기는 어렵다. 따라서 비교대상발명 3에는 폴리카보네이트 필름의 두께 변동만 나타나 있을 뿐 PVA 필름의 두께 변동에 관한 기술내용은 전혀 개시 또는 암시되어 있지 아니하므로, 구성 3-1 은 비교대상발명 3과는 다른 기술과제를 달성하기 위한 기술수단으로서의 의의를 가지고 그 효과도 이질적인 것이다. 결국, 통상의 기술자가 비교대 상발명 3으로부터 구성 3-1을 용이하게 도출할 수 없다.

원고는, 구성 3은 구성 1, 2의 결과물이기 때문에 구성 1, 2를 용이하게 도출할 수 있는 이상 구성 3도 용이하게 도출할 수 있다고 주장한다. 그러나 구성 1, 2는 PVA 필름의 제조에 필요한 제막 원료의 성분 및 함량과 제막 방식(드럼 제막)을 한정한 구성인데, 특정한 물성을 갖는 필름을 제조 하기 위해서는 이러한 제막 원료나 제막 방식 이외에도 여러 다양한 기술 적 수단이 필요하므로, 구성 1, 2에 의해 구성 3-1의 물성을 갖는 필름이 당연히 도출된다고 볼 수 없다. 즉 구성 1, 2는 필름의 제조에 당연히 필요 한 구성(따라서 용이하게 도출할 수 있음)이고, 구성 3-1은 그와 같은 필름 중 두께 변동이 0.28 $\mu\text{m}/\text{mm}$ 이하인(즉 국소적인 두께 변동을 방지한) 것만으로 한정된 구성이므로, 구성 1, 2에 의해 종속적으로 도출되는 것이 아니라 그 자체로 독립적인 기술적 의의를 가지는 구성이다. 따라서 구성 1, 2에 의해 구성 3-1이 당연히 도출됨을 전제로 한 원고의 위 주장은 받아들일 수 없다.

한편 정정 후 제4항 내지 제6항 발명은 정정 후 제1항 발명의 기술적 구 성을 그대로 포함하고 있는 종속항 발명들이므로, 정정 후 제1항 발명의 신규성 및 진보성이 부정되지 아니한 이상 이들 발명의 신규성 및 진보성 역시 당연히 부정되지 않는다.

【對象判決의 意義】

대상판결은 무효심판절차 내에서의 정정청구 제도의 취지 및 그러한 정정의 적법 요건에 관한 법리를 재확인하는 한편, 대법원 2010. 8. 19. 선고 2008후4998 판결에 이어 수치한정발명의 진보성을 긍정한 두 번째 대법원판결이라는 점에서 의의를 가진다. 특히, 수치한정발명의 진보성을 긍정한 예는 실무상 극히 드물었는데, 대상판결은 ‘수치한정이 공지된 발명과는 상이한 과제를 달성하기 위한 기술수단으로서의 의의를 가지고 그 효과도 이질적이다’는 이유를 들어 수치한정발명의 진보성을 긍정한 것으로서 귀중한 선례적 가치를 가진다. 추후 이 판결을 계기로 수치한정발명의 진보성에 관한 논의가 더욱 활발하게 전개되기를 기대해 본다.

4. 선사용상표의 등록배제효와 사용에 의한 식별력

(2013. 3. 28. 선고 2011후835 판결 : 공2013상, 797)

金 炳 植

【判決要旨】

등록무효 심판청구의 대상이 된 등록상표가 상표법 제7조 제1항 제11호 후단의 '수요자를 기만할 염려가 있는 상표'에 해당하는지를 판단하는 기준 시는 등록결정 시이므로, 선사용상표가 거래사회에서 오랜 기간 사용된 결과 등록상표의 등록결정 시에 선사용상표의 구성 중 애초에는 식별력이 없었거나 미약하였던 부분이 수요자 간에 누구의 업무에 관련된 상품을 표시하는 것인가 현저하게 인식되어 있는 경우에는 선사용상표가 사용된 상품에 관하여 그 부분을 식별력 있는 요부로 보아 등록상표와 선사용상표 간의 상표 유사 여부를 살피고 등록상표가 수요자를 기만할 염려가 있는 상표에 해당하는지 여부를 판단할 수 있다. 그리고 이러한 법리는 상표법 제2조 제3항에 의하여 서비스표의 경우에도 마찬가지로 적용된다.

【參照條文】

상표법 제7조 제1항 제11호

【事案의 概要】

1. 피고의 이 사건 등록상표

가. 출원일/등록결정일/상표 등록번호: 2008. 1. 25./2009. 9. 1./제802230호

나. 표장: coffee bean cantabile

다. 지정상품: 상품류 구분 제30류 ‘과자(커피빈 성분이 함유된 제품), 빵(커피빈 성분이 함유된 제품), 커피, 가공된 커피, 무카페인 커피, 인스턴트 커피, 인조커피, 천연커피원두’ 등

2. 선사용상표들

가. 선사용상표 1

1) 출원일/등록일/상표 등록번호: 1998. 3. 18./1999. 1. 19./제438428호

2) 표장: 

3) 지정상품: 상품류 구분 제30류의 ‘커피, 홍차’

나. 선사용상표 2

1) 출원일/등록일/상표 등록번호: 2000. 11. 30./2002. 10. 7./제531772호

2) 표장:  **The Coffee Bean**

3) 지정상품: 상품류 구분 제30류의 ‘커피’

3. 선사용서비스표들

가. 선사용서비스표 1

1) 출원일/등록일/서비스표 등록번호: 2000. 11. 30./2002. 9. 25./제0079646호

2) 표장: 

3) 지정서비스업: 서비스업류 구분 제42류의 ‘커피전문점경영업, 커피전문점체인업’

나. 선사용서비스표 2

1) 출원일/등록일/서비스표 등록번호: 2000. 11. 30./2002. 9. 25./제0079645호

2) 표장:  **The Coffee Bean**

3) 지정서비스업: 서비스업류 구분 제42류의 ‘커피전문점경영업, 커피전문점체인업’

4. 원고의 무효심판청구와 특허심판원의 심결

가. 원고 2009. 11. 12. 등록무효심판 청구(이 사건 등록상표가 상표법 제7조 제1항 제4, 9~12호에 해당한다는 이유) ⇒ 특허심판원 2010. 8. 13. 2009당2708호 심결로 심판청구 기각함.

나. 그 주된 이유는, 지정상품인 커피와 관련하여 식별력이 없는 ‘coffee bean’을 제외하고 대비하면 이 사건 등록상표는 ‘칸타빌레’로 호칭되므로 도형 부분이 요부인 선사용상표들과 유사하지 않아 상표법 제7조 제1항 제4, 9~12호에 해당하지 않는다는 것이다.

5. 원고의 심결취소의 소 제기와 원심판결

원심판결인 특허법원 2011. 4. 13. 2010허7549호 판결은 다음과 같은 이유로 원고의 심결취소의 소를 기각하였다.

가. 상표의 대비

1) 외관 대비

각 상표들은 상표를 구성하는 문자 및 도형의 유무, 형태 등에서 현저한 차이가 있으므로, 외관이 유사하지 않다.

2) 호칭 대비

이 사건 등록상표는 ‘커피빈 칸타빌레’로, 선사용상표 1은 ‘더 커피 빈

앤드 티 리프'로, 선사용상표 2는 '더 커피 빈'으로 호칭되는데, 'coffee bean'이 중심적 식별력을 갖는 요부가 아니므로, 호칭이 유사하지 않다.

선사용상표 1은 지정상품이 '커피, 홍차', 선사용상표 2는 지정상품이 '커피'로서 선사용상표들의 포장에서 'Coffee Bean'은 각 해당 지정상품의 원재료를 나타내는 성질표시 표장에 불과하여 그 자체가 식별력 있는 요부가 된다고 보기는 어려우므로, 선사용상표들이 'Coffee Bean'만으로 분리 호칭될 것임을 전제로 이 사건 등록상표와 호칭이 유사하다는 주장은 이유 없다.

비록 선사용상표들이 국내에서 상표 등록된 이후에 널리 사용됨으로써 일반 수요자나 거래자가 'Coffee Bean'이라고 하면 곧 원고의 선사용상표들을 가리키는 것으로 인식하게 되었다 하더라도, 위 'Coffee Bean' 부분은 선사용상표들이 등록결정될 당시인 1998년 및 2000년경에 식별력이 있던 부분이 아니어서 선사용상표들과 이 사건 등록상표의 유사 여부를 판단하는 중심적 식별력을 갖는 요부가 될 수 없으므로, 선사용상표들이 'Coffee Bean'만으로 분리 호칭될 것임을 전제로 이 사건 등록상표와 호칭이 유사하다는 주장은 이유 없다.

선사용상표들을 사용하는 매장이 국내에서는 2001. 5. 10. 청담점을 1호 점으로 하여 시작된 사실은 원고 스스로도 인정하고 있어서, 적어도 선사용상표들은 그 출원당시인 1998년도와 2000년도에는 국내에서 널리 사용되거나 알려져 있지 아니하였던 것으로 추정되므로, 선사용상표들에서 기술적 표장인 'Coffee Bean' 부분이 선사용상표들의 등록 당시에 식별력을 취득하여 등록된 것은 아니다.

3) 관념의 대비

선사용상표 1은 커피 원두와 찻잎, 선사용상표 2는 커피 원두, 이 사건 등록상표는 커피 원두와 칸타빌레라고 하는 관념이 형성될 것이나, 커피 원두 그 자체는 지정상품의 원재료 표시에 불과하여 식별력이 없으므로, 관념도 유사하지 않다.

나. 소결

선사용상표들과 이 사건 등록상표는 외관과 호칭이 다르고 관념도 일치하지 아니하여 서로 비유사한 상표에 해당하므로, 이 사건 등록상표는 상표법 제7조 제1항 제11호에 해당하지 않는다.

6. 상고이유의 요지

원고의 상고이유는 원심판결에 상표법 제7조 제1항 제11호에 대한 법리 오해가 있다는 것이다. 그 주된 내용은 다음과 같다.

선사용상표들 중 ‘*Coffee Bean*,’ 부분은 그 등록 당시인 1998년, 2000년경 자타상품을 구별하는 식별력이 없었으므로 이 사건 등록상표가 출원된 2008년경에도 이를 식별력 있는 요부로 볼 수 없다고 하는 것은, 상표법 제7조 제1항 제7, 8호를 적용할 때에나 할 수 있는 판단이다.

상표법 제7조 제1항 제11호를 적용함에 있어서는 ‘이 사건 등록상표의 등록결정 시’를 기준으로 하여 선사용상표들의 주지저명성을 고려하여야 하므로, 선사용상표들의 등록 당시인 1998년이나 2000년경 식별력의 유무는 고려할 사항이 아니다.

한편 원고는 원심에서 선사용상표들 뿐만 아니라 선사용서비스표들(표장은 선사용상표들과 같고, 그 지정서비스업이 ‘커피전문점경영업’ 등인 것)도 선행표장으로 제시하였다. 그런데 이 사건 등록상표의 등록결정 시점인 2009. 9. 1. 당시 원고가 사용한 선사용상표들 및 선사용서비스표들은 일반 수요자들에게 주지·저명하여 ‘Coffee Bean’으로 약칭되고 있었다. 그렇다면 이 사건 등록상표는 상표법 제7조 제1항 제11호 소정의 ‘수요자를 기만할 염려가 있는 상표’에 해당하므로 그 등록이 무효라고 할 것이다.

그럼에도 원심은 상표법 제7조 제1항 제11호의 ‘수요자 기만상표’에 대한 법리를 오해하여 이 사건 등록상표의 상표등록이 유효하다고 판단하였다.

【解 說】

1. 상표법 제7조 제1항 제11호 후단의 수요자 기만상표에 관한 일반론

가. 수요자 기만상표의 의미

수요자를 기만할 염려라 함은 그 상표를 부착한 제품이 수요자로 하여금 특별히 유명한 산지에서 생산된 것이라거나 특별히 권위 있는 기관에서 보증하는 상품으로 오인을 유발할 염려가 있는 경우를 말한다거나(송영식)¹⁾ 그 지정상품과의 관계에서 수요자를 기만할 가능성이 있는지 여부에 한정하여 적용하여야 한다(최덕규)고 하면서, 출처혼동의 우려가 있는 경우에는 제7조 제1항 제7, 9, 10호에 해당하고 본 호에는 해당하지 않는다는 견해도 있다.

그러나 대법원 2007. 6. 28. 선고 2006후3113 판결[선사용상표는 BCBG(사용상품: 여성의류)이고, 등록서비스표는 **BCBG MAX AZRIA**(지정 서비스업은 의류판매업, 당시 국내와 국외에서 널리 알려진 상표임)인 사안임] 등 최근의 대법원판례들도 “상표법 제7조 제1항 제11호 규정의 취지는 기존의 상표를 보호하기 위한 것이 아니라 이미 특정인의 상표라고 인식된 상표를 사용하는 상품의 출처 등에 관한 일반수요자의 오인·혼동

1) 송영식 외 6인 공저, 송영식 지적소유권법 하, 육법사(2008), 172~176면은 “수요자 기만의 의미는 분명치 아니하나 상표법상 공익적 부등록사유로 규정하여 출원 시가 아닌 등록 시를 기준으로 판단하고 무효심판의 제척기간이 없다. 원래 모든 도용상표는 수요자 기만적인 요소가 있다. 그러나 본 호는 이러한 일반적인 출처의 오인·혼동 즉, 사칭통용행위(passing off)를 규제하려는 규정이 아니고(이에 관하여는 이미 제7, 9, 10호 등의 규정이 마련되어 있다), 공익적 이유에서 부등록사유로 특별히 규정한 만큼 그 독자적인 의의를 공익에서 찾아야 할 것이다.”라고 하면서, “중래의 판례는 ① 선행상표가 어느 정도 주지저명성을 취득한 상표인 경우, ② 그와 동일·유사한 출원상표를 지정상품에 사용하는 경우 그 상표소유자와 어떠한 관계가 있는 것으로 오인하여, ③ 수요자로 하여금 상품출처의 오인·혼동을 초래케 할 염려가 있는 경우 수요자 기만상표에 해당한다고 본다. 즉, 판례는 수요자 기만은 품질오인과 별개의 요건이며, 양 상표가 이른바 관계(association)의 우려가 있어 출처를 오인·혼동케 하는 경우를 의미한다고 하고 있다(따라서 상표법 제7조 제1항 제9, 10호는 사실상 사문화되었다는 지적이 있었다). 그러나 미국·독일·영국 등에서는 우리 대법원판례와 같은 해석을 취하는 입법·판례·학설은 전혀 없다. 일본에서는 부등록사유로 수요자 기만상표를 따로 규정하고 있지 아니하고 있다.”고 하고 있다.

을 방지하여 이에 대한 신뢰를 보호하고자 하는 데 있고, 기존의 상표나 그 사용상품이 국내의 일반거래에서 수요자나 거래자에게 어느 정도로 알려져 있는지에 관한 사항은 일반수요자를 표준으로 하여 거래의 실정에 따라 인정하여야 하는 객관적인 상태를 말하는 것이며, 위 규정을 적용한 결과 기존의 상표가 사실상 보호받는 것처럼 보인다고 할지라도 그것은 일반 수요자의 이익을 보호함에 따른 간접적, 반사적 효과에 지나지 아니한다.”라고 판시하여 ‘출처혼동의 우려’가 있는 경우에도 제7조 제1항 제11호에 해당한다고 판시하여 오고 있다.

나아가 대법원 1997. 3. 14. 선고 96후412 판결에서 제7조 제1항 제11호의 적용범위를 넓혀서 법리를 “이미 특정인의 상표라고 인식된 상표를 사용하는 상품의 출처 등에 관한 일반수요자의 오인·혼동을 방지하여 이에 대한 신뢰를 보호하고자 하는 위 규정의 목적에 비추어 보면, 인용상표가 저명성을 획득할 정도로 일반 수요자 사이에 널리 알려지지 못하고 수요자나 거래자에게 특정인의 상표로 인식될 수 있을 정도로만 알려져 있는 경우라도, 만일 어떤 상표가 인용상표와 동일 또는 유사하고, 인용상표의 구체적인 사용실태나 양 상표가 사용되는 상품 사이의 경제적인 견련의 정도 기타 일반적인 거래의 실정 등에 비추어 그 상표가 인용상표의 사용상품과 동일 또는 유사한 지정상품에 사용된 경우에 못지않을 정도로 인용상표권자에 의하여 사용되는 것이라고 오인될 만한 특별한 사정이 있다고 보여지는 경우라면 비록 그것이 인용상표의 사용상품과 동일 또는 유사한 지정상품에 사용된 경우가 아니라고 할지라도 일반 수요자로 하여금 출처의 오인·혼동을 일으켜 수요자를 기만할 염려가 있다고 보아야 할 것이다.”라고 판시하였다.

이러한 판시는 대법원 2010. 1. 28. 선고 2009후3268 판결(선사용상표 “A | S | K”, “ask”, “ASK JEANS”는 등록상표 “A S K”의 등록결정일 무렵 국내의 수요자나 거래자에게 최소한 특정인의 상표로 인식될 수 있을 정도로 알려져 있었다고 봄이 상당하고, 등록상표와 선사용상표들의 표장은 그 외관·호칭 및 관념이 동일 또는 유사하여 전체적으로 유사한 상표이며,

등록상표의 지정상품 중 ‘선글라스, 스포츠용 고글’은 선사용상표들의 사용상품인 ‘의류’와 상품류 구분이 다르기는 하나 등록상표가 위 지정상품들에 사용된다면 의류와 유사한 상품에 사용된 경우에 못지않을 정도로 그것이 선사용상표권자에 의하여 사용되는 것이라고 오인될 소지가 있으므로, 등록상표는 선사용상표들과 출처의 오인·혼동을 불러 일으켜 수요자를 기만할 염려가 있다고 보아야 한다고 한 사례) 등에서 계속 사용하고 있다.

나. 판단 기준 시

본 호에 해당하는 상표인지 여부의 판단 기준 시는 상표법에 명시적인 규정은 없지만 대법원판례는 그 상표에 대한 등록결정 시로 보고 있다(대법원 2003. 4. 8. 선고 2001후1884, 1891 판결, 대법원 2006. 7. 28. 선고 2004후1304 판결 등).

대법원 2006. 7. 28. 선고 2004후1304 판결은 “등록무효 심판청구의 대상이 된 등록상표가 상표법 제7조 제1항 제11호에서 규정하고 있는 수요자를 기만할 염려가 있는 상표에 해당하려면, 그 등록상표나 지정상품과 대비되는 다른 상표·서비스표나 그 사용상품·서비스업이 반드시 저명하여야 하는 것은 아니지만 적어도 국내의 일반거래에 있어서 수요자나 거래자에게 그 상표·서비스표 또는 상품·서비스업이라고 하면 곧 특정인의 상표·서비스표나 상품·서비스업이라고 인식될 수 있을 정도로 알려져 있어야 하고, 그 판단은 등록상표의 등록결정 시를 기준으로 판단하여야 한다.”라고 판단하였다.

다. 적용요건

1) 선사용상표가 적어도 특정인의 상표로 인식될 수 있을 정도로 알려져 있을 것(대상상표의 등록결정 시 기준)

선사용상표가 등록상표인지 미등록상표인지 여부는 상관하지 않는다. 여기서 말하는 특정인의 상표나 상품이라고 인식된다고 하는 것은 기존의 상표에 관한 권리자의 명칭이 구체적으로 알려져야 하는 것은 아니며, 누구

인지 알 수 없다고 하더라도 동일하고 일관된 출처로 인식될 수 있으면 충분하다(대법원 2007. 6. 28. 선고 2006후3113 판결).

그리고 기존의 상표나 그 사용상품이 국내의 일반거래에서 수요자 등에 게 어느 정도로 알려져 있는지에 관한 사항은 일반수요자를 표준으로 하여 거래의 실정에 따라 인정하여야 하는 객관적인 상태를 말하는 것이다(대법원 2007. 6. 28. 선고 2006후3113 판결).

통상 상표는 (I) 어느 영업자가 상표를 최초로 선정, 사용하기 시작한 무명의 존재인 단계, (II) 당해 상표품이 어느 정도 유통되고 상표주가 상당한 정도 광고선전비를 투자하여 이른바 가치 있는 점유상태를 형성한 단계, (III) 당해 상표품의 관계거래권 안에 있는 구성원의 상당 부분(ein beachtlicher Teil der Kreise)에게 당해 상표가 특정 출처의 상품 표지인 것으로 인식되게 된 단계, (IV) 당해 상표품에 관한 수요자 및 거래자 중의 압도적 다수 부분에게 당해 상표의 존재가 인식되는 정도에 이른 단계, (V) 당해 상표에 관하여 일정의 양질감이 표창되고 당해 상표품에 대한 관계거래자 이외에 일반 공중의 대부분에까지 널리 알려지게 됨으로써 저명성을 획득한 단계의 발전 단계를 가진다고 설명된다.²⁾ 우리 판례가 실시하고 있는 문구에 따라, 제11호의 요건으로서 특정인의 상표라고 인식될 정도는 (III)단계 정도로 해석함이 현재 실무이다. 따라서 (IV)단계(주지성 취득단계)보다는 그 인식 정도가 낮은 단계로 해석할 수 있다.

2) 상표와 사용상품의 동일·유사 또는 상표의 동일·유사와 사용상품의 경제적 건련관계 등 특별한 사정의 존재

가) 선사용상표가 특정인의 상표로 인식될 수 있을 정도로 알려진 경우 ㉠ 선사용상표와 동일·유사한 상표가 그 사용상품과 동일·유사한 상품에 사용되고 있거나 ㉡ 어떤 상표가 선사용상표와 동일·유사하고, 선사용상표의 구체적인 사용실태나 양 상표가 사용되는 상품 사이의 경제적인 건련의 정도 기타 일반적인 거래실정 등에 비추어, 이에 못지아니할 정도로 선사용상표의 권리자에 의하여 사용되고 있다고 오인될 만한 특별한

2) 송영식 외 6인(주 1), 155~158 참조.

사정이 있으면, 일반수요자로 하여금 출처의 오인·혼동을 일으켜 수요자를 기만할 염려가 있다고 보아야 한다(대법원 2004. 3. 11. 선고 2001후3187 판결, 대법원 2010. 1. 28. 선고 2009후3268 판결 등).

나) 선사용상표와 대상상표의 상표의 동일·유사

(1) 전체관찰의 원칙과 그 보충으로서의 요부관찰

상표는 문자·도형 등이 전체로서 일체를 이루는 식별표지이므로 상표의 유사 여부를 판단함에 있어서도 원칙으로 대상은 전체적으로 관찰하여야 하고 구성요소의 각 부분만을 따로 떼어서 비교하여서는 아니 된다.

전체관찰과 요부관찰은 보충적인 관계에 있다. 우선 전체적으로 관찰하고 그중 부기적인 부분, 식별기능에 영향이 없는 부분을 제외하고 요부의 이동에 따라 유사 여부를 판단함이 적당한 경우가 많다. 예컨대, 상품의 품질, 성능을 표시하거나 관용적으로 쓰이는 부분은 요부가 될 수 없으므로, 이를 제외하고 나머지 부분을 요부관찰할 필요가 있다.³⁾

(2) 결합상표의 유사 여부에 관한 판례의 태도

(가) 일반원칙: 대법원 2007. 3. 29. 선고 2006후3502 판결은 “문자와 문자 또는 문자와 도형 등이 결합된 상표는 상표를 구성하는 전체에 의해 생기는 외관, 호칭, 관념 등에 의해 상표의 유사 여부를 판단하는 것이 원칙이고, 경우에 따라서는 상표의 구성 중 ‘독립하여 자타 상품의 식별기능을 하는 부분(요부)’에 의해 생기는 외관, 호칭, 관념 등을 종합하여 상표의 유사 여부를 판단할 수 있다.”라고 판시하였다.

(나) 요부관찰의 방법

① 대법원 2006. 11. 9. 선고 2005후1134 판결은 “서비스표의 구성 중 식별력이 없거나 미약한 부분은 그 부분만으로 요부가 된다고 할 수 없으므로 일반 수요자나 거래자들이 식별력이 없거나 미약한 부분만으로 간략하게 호칭하거나 관념하지 않는다고 봄이 상당하고, 이는 그 부분이 다른 문자 등과 결합하여 있는 경우라도 마찬가지인데, 그 부분에 식별력이 없거나 미약한지 여부는 그 부분이 지니고 있는 관념, 지정서비스업과의 관계

3) 송영식 외 6인(주 1), 251 참조.

및 거래사회의 실정 등을 감안하여 객관적으로 결정하여야 한다.”라고 판시하였다.

② 대법원 2001. 4. 27. 선고 2000후2453 판결은 다음과 같이 판시하였다. 즉, 출원상표 “AceLink”는 그 구성 부분인 ‘Ace’와 ‘Link’가 모두 독자적으로는 자타상품을 구별할 수 있는 식별력이 약하므로 다른 상표와 동일 유사를 판단함에 있어서 독자적으로 각각 요부가 될 수 없고, 또 “AceLink”는 5음절의 비교적 발음하기 쉬운 단어로 구성되어 있어, 간략한 호칭이나 관념에 의하여 상표를 기억하려는 일반수요자나 거래자의 경향을 감안하더라도, 이들이 출원상표를 각각 식별력이 약한 ‘Ace’와 ‘Link’의 두 부분으로 분리하여 ‘Ace’ 또는 ‘Link’만으로 호칭하고 관념할 것으로 보기는 어려우므로, 출원상표 “AceLink”와 인용상표 “ACE+에이스” 및 “Link”들을 비교함에 있어서 원칙으로 돌아가 전체로서 관찰하여 그 외관, 호칭 및 관념을 비교·검토하여 판단하면, 출원상표는 인용상표들과 외관, 호칭 및 관념이 다르므로 결국 양 상표는 동일 유사하지 아니하다.

(3) 타 상표에 대한 등록무효 여부의 판단에 있어서 ‘사용에 의한 식별력을 취득한 상표’와의 상표 유사 여부 판단

(가) 등록전 식별력취득상표⁴⁾

‘등록전 식별력취득상표’의 경우에는, 사용에 의한 식별력을 취득한 부분을 요부로 보아, 양 상표의 유사여부를 판단한다.

대법원 2008. 5. 15. 선고 2005후2977 판결은 “상표의 구성 중 식별력이 없거나 미약한 부분과 동일한 표장이 거래사회에서 오랜 기간 사용된 결과 상표의 등록 또는 지정상품 추가등록 전부터 수요자 간에 누구의 업무에 관련된 상품을 표시하는 것인가 현저하게 인식되어 있는 경우에는 그 부분은 사용된 상품에 관하여 식별력 있는 요부로 보아 상표의 유사 여부를 판단할 수 있다.”라고 판단하였다.

이 사건은 1968. 10. 25. “[ⓐ]ALPHA”_{알 파}를, 1974. 7. 19. 이 사건 등록상표인

4) 사용에 의한 식별력을 취득하여 등록된 상표를 말한다.

“”를, 1983. 4. 9. “알파그래픽”, 1983. 7. 23. “알파썸 ALPHASACSAC”을, 1991. 11. 9. “ALPHA LIQUIN 알파리퀸”, 1994. 3. 9. “알파그래픽”을, 1994. 9. 29. “@ ALPHA-ROYAL 알파-로얄”을, 1995. 7. 18. “ALPHA HI-GRAPHIC 알파 하이-그래픽” 등을 각 상표등록하고, 이를 그림물감 등에 사용하여 온 원고가,  **알 파**  을 확인대상표장으로 하여 제기한 권리범위확인사건이다.

이 사건에서 대법원은 원고가 사용한 상표들은 모두 “@”, “알파”, “ALPHA” 등을 중요 부분으로 하였으므로, 이를 통하여 지정상품으로 그림물감 등을 추가등록한 1996. 9. 4.경에는 이 사건 등록상표의 구성 중 “@”, “알파”, “ALPHA”가 원고가 생산, 판매하는 상품임을 표시하는 표지로서 국내 수요자들에게 현저하게 인식되었다고 보아, 이 사건 등록상표의 유사 여부를 대비함에 있어 “@”, “알파”, “ALPHA”는 요부가 될 수 있다고 판단하였다.

이 사건은 개별적인 구성들(“@”, “알파”, “ALPHA”)이 먼저 식별력을 취득하고 다른 식별력 있는 도형 부분()과 결합하여 추가등록된 것이어서, 상표 전체( **The Coffee Bean**)가 오랜 기간 사용되어 그 중 식별력이 없던 일부(**Coffee Bean**)가 식별력을 취득하여 상표의 유사 판단에서 요부가 될 수 있는지가 문제되는 우리 사건의 경우와 사안이 동일하지는 않다. 하지만 1996. 9. 4.을 기점으로 보면, 전체 상표()의 구성 중 애초 식별력이 미약하였던 “@”, “알파”, “ALPHA”가 상표의 유사 판단에서 요부가 될 수 있다고 판시한 것이어서, 우리 사건의 상표의 유사 판단에서는 참조할 수 있고, 또한  **알 파**, , 알파그래픽, 알파썸 ALPHASACSAC, ALPHA LIQUIN 알파리퀸, @ ALPHA-ROYAL 알파-로얄, ALPHA HI-GRAPHIC 알파 하이-그래픽 등으로 여러 상표들을 사용함으로써 그중의 일부인 “@”, “알파”, “ALPHA”이 식별력을 취득하였음을 전제로

하고 있는 점에서, 우리 사건에서 상표 전체( **The Coffee Bean**)가 오랜 기간 사용되어 그중 식별력이 없던 일부(**Coffee Bean**)가 식별력을 취득하는지 여부에도 참조가 될 수 있는 판결이다.

(나) 등록 후 식별력취득상표⁵⁾

사용에 의한 식별력을 취득한 부분을 요부로 볼 수 있는지 보기에 앞서 ‘등록 후 식별력취득상표’의 효력범위를 먼저 살펴본다.

① ‘등록 후 식별력취득상표’에 기한 권리범위확인 사건 내지는 상표권 침해금지 사건(‘등록 후 식별력취득상표’의 상표법상의 사용금지권의 유무)

‘등록 후 식별력취득상표’의 경우, ‘등록 후 식별력취득상표’의 보호범위 판단에 있어서는 ‘등록 후 식별력을 취득한 부분’을 요부로 볼 수 없다는 것이 최근 대법원판례이다.

즉, 대법원 2007. 12. 13. 선고 2005후728 판결은, 상표권자가 2000. 8.경부터 A6라는 브랜드를 만들어 사용하다가 2002. 6. 7. 등록상표 “”을 상표등록하고 ‘A6’, ‘A6 JEANS’, ‘A6 JN’ 등으로 도형 부분을 제외한 ‘A6’를 크게 형상화하여 사용하여 온 사안에서, “상표법 제41조 제1항에서는 ‘상표권은 설정등록에 의하여 발생한다’라고 규정하여 일정한 요건과 절차를 거쳐서 특허청에 등록된 상표만을 보호하고 있고, 상표법 제52조 제1항에서는 ‘등록상표의 보호범위는 상표등록출원서에 기재된 상표에 의하여 정하여진다’라고 규정하여 등록상표의 보호범위를 정할 때 상표가 실제 사용되고 있는 태양은 고려하지 않고 있으므로, 등록상표의 구성 중 일부만이 등록결정 당시 식별력이 없었다면 그 부분은 상표법이 정한 일정한 요건과 절차를 거쳐 등록된 것이 아니어서 그 부분만을 분리하여 보호할 수 없고, 그 등록상표의 등록결정 이후 그 부분만을 분리하여 사용한 실태를 고려할 수 있는 것도 아니어서, 식별력이 없던 부분은 등록상표의 등록결정 이후 사용에 의한 식별력을 취득하였더라도 등록상표에서 중심적 식별

5) 등록결정 시에는 사용에 의한 식별력을 취득하지 못하였으나, 상표등록 후 사용에 의한 식별력을 취득한 상표를 말한다.

력을 가지는 부분이 될 수 없다.”고 실시한 후, 색채상표인 등록상표의 구성 중 “A6” 부분은 알파벳 ‘A’와 숫자 ‘6’을 단순 결합한 간단하고 흔히 있는 표장에 지나지 않아 중심적 식별력을 갖지 못하므로 동일한 구성을 갖는 확인대상표장 “”과 유사하지 않다고 판시하였다.⁶⁾

② ‘등록 후 식별력취득상표’에 기한 부정경쟁행위금지 사건(‘등록 후 식별력취득상표’의 부정경쟁방지법상 사용금지권의 유무)

부정경쟁행위에 있어서는 상품표지의 주지성만이 요구되고, 상품표지가 등록상표인지 여부는 불문한다. 따라서 ‘등록 후 식별력취득상표’도 부정경쟁방지가 보호하는 ‘주지표지’에 해당한다.

대법원 2006. 5. 25. 선고 2005다57660 판결[“”를 상표로 등록하고 이 사건 표지 ‘A6’(2000. 8.경부터 2003.까지 사용하여 왔고 이 표장에 대하여도 2005. 3.경 상표등록을 받았음)를 사용하는 원고가, 2002년경 “”나 ^{A6}CITY SPIRIT를 사용하는 피고를 상대로 제기한 부정경쟁행위금지가처분 사건]은 “비록 간단하고 흔히 있는 표장만으로 구성된 상표라 하더라도 그것이 오랫동안 사용됨으로써 거래자나 일반수요자들이 어떤 특정인의 영업을 표시하는 것으로 널리 알려져 인식하게 된 경우에는 부정경쟁방지 및

6) 반면에 대법원 1996. 5. 13.자 96마217 결정은 재능교육(1988. 12. 19. 등록), 재능교육(1993. 8. 30. 등록), 재능교육(1993. 8. 30. 등록) 등 도형과 “재능교육”이라는 문자가 결합된 상표들을 그 지정상품을 ‘학습지, 잡지’ 등으로 하여 등록하고, 이들 상표나 이들 상표에 포함된 ‘재능교육’ 등 ‘재능’이라는 말을 포함하는 고딕문자 그 자체를 주로 사용하여 “재능국어, 재능수학, 재능한자”라는 제호의 학습지 등을 발행하여 온 신청인(주식회사 재능교육)이, 1994. 12.경부터 “꿈을 키우는 재능교육”이라는 제호로 아동의 교육에 관한 월간지를 발행하는 피신청인(주식회사 한국유아교육원)을 상대로 제기한 상표권침해금지사건에서, “만일 어느 기술적 표장이 상표법 제6조 제2항에 의하여 등록이 되었다면 이러한 등록상표는 같은 항에 의하여 특별현저성을 갖추게 된 것이어서 상표권자는 그 등록상표를 배타적으로 사용할 수 있는 권리를 가지게 되었다고 볼 것이며, 이러한 등록상표에 관한 한 그 상표권은 앞서 본 상표법 제51조 제2호 소정의 상표에도 그 효력을 미칠 수 있다고 보아야 할 것이므로, 그 상표권자는 위 제51조 제2호의 규정에 불구하고 타인이 그 등록상표와 동일 또는 유사한 상표를 그 지정상품과 동일 또는 유사한 상품에 상표로서 사용하는 것을 금지시킬 수 있는 것이라고 할 것이고, 이는 기술적 상표가 등록이 된 이후에 사용에 의하여 상표법 제6조 제2항에서 규정한 특별현저성을 취득한 경우에도 마찬가지라고 봄이 상당하다.”고 판시하였다.

영업비밀보호에 관한 법률이 보호하는 영업표지에 해당한다고 할 것이다.”라고 판시하였다.

또한 대법원 2008. 9. 11.자 2007마1569 결정(부정경쟁행위금지가처분사건임)은 다음과 같이 판시하였다.

신청인 회사는 “K2”와 동일성이 인정되는 상표들을 장기간에 걸쳐 사용하였을 뿐만 아니라 2002년경부터 ‘K2’ 상표를 계속적·중점적으로 사용함으로써 제1 상표(K-2 )의 출원일인 2004. 4. 30.경 무렵 이미 등산화, 안전화 및 등산용품 등에 관하여 대다수의 수요자에게 ‘K2’ 상표가 신청인회사의 상품표지로 인식되기에 이르렀다고 할 것이어서 그 식별력과 주지성의 취득을 인정할 수 있다. 그런데 ‘K2’ 상표와 대비되는 제1, 2 상표()의 각 ‘K-2’ 부분은 다른 구성 부분과 쉽게 분리하여 인식할 수 있고, ‘K2’ 상표가 식별력을 취득한 거래실정상 자연스럽게 자타 상품 식별력을 가지는 요부가 되었다고 할 것이므로, ‘K2’ 상표와 외관, 호칭, 관념이 극히 유사한 ‘K-2’ 부분을 포함한 제1, 2 상표를 등산화, 등산의류 등의 등산용품에 사용할 경우에는 일반 수요자들로 하여금 그 상품의 출처에 관하여 혼동을 일으키게 할 염려가 있다. 따라서 ‘K2’ 상표와 유사한 제1, 2 상표를 등록출원하는 행위는 자기의 상품을 다른 업자의 상품과 식별시킬 목적으로 한 것이 아니라 일반 수요자로 하여금 타인의 상품과 혼동을 일으키게 하여 부정한 이익을 얻을 것을 목적으로 형식상 상표권을 취득하는 것이라고 할 것이다.

③ 다른 상표에 대한 등록무효사건에서 ‘등록 후 식별력취득상표’ 중 ‘식별력취득부분’이 상표유사 판단에서 요부가 될 수 있는지 여부(‘등록 후 식별력취득상표’의 등록배제효 유무)

㉔ 선행상표가 등록상표일 것을 요하는 상표법 제7조 제1항 제7호 판단의 경우

이에 관하여는 “후출원상표의 출원 시를 기준으로 하여 유사 여부를 판단하여 그 등록을 거절하여야 하는 상표법 제7조 제1항 제7호의 취지에 비

추어 본다면, 식별력 있는 부분으로 볼 수도 있지만, 다른 한편 식별력을 인정받지 못하는 상표가 제7호 판단에서 다시 식별력을 인정받은 것은 일관성이 없다는 비판이 있을 수 있다.”는 견해가 있다.

㉞ 선행상표가 등록상표일 필요가 없는 상표법 제7조 제1항 제9, 10, 11호 판단의 경우

그러나 선사용상표가 등록상표일 필요가 없는 상표법 제7조 제1항 제9, 10, 11호의 적용요건으로서 상표유사를 판단함에 있어서는 ‘등록 후 식별력 취득상표’를 ‘미등록 식별력취득상표’와 동일하게 취급하면 되므로(특히, 그 목적이 선사용상표를 보호하기 위한 것이 아니라 이미 특정인의 상표로 널리 인식되어 있는 상표의 출처 등에 관한 일반 수요자나 거래자의 신뢰를 보호하기 위한 것인 상표법 제7조 제1항 제11호에 있어서는 더욱 그러하다), 상표법 제7조 제1항 제9, 10, 11호에서 상표의 유사 여부를 판단함에 있어서 ‘미등록 식별력취득상표’ 중 ‘식별력취득 부분’이 요부가 되는 것과 마찬가지로 ‘등록 후 식별력취득상표’ 중 ‘식별력취득부분’도 그 요부가 될 수 있다.

‘미등록 식별력취득상표’와 관련하여, 대법원 2008. 9. 25. 선고 2006후 2288 판결은 표장을 으로 하고, 지정상품을 등산화, 안전화, 낚시용화, 재킷, 등산바지, 조끼, 양말, 모자, 혁대, 청바지로 하는 등록상표가 상표법 제7조 제1항 제11호에 해당하는지 여부의 적용요건으로서 선사용상표 **K2** (사용상품: 등산화, 등산복)와의 유사 여부를 판단함에 있어서, 선사용상표가 사용에 의한 식별력을 취득할 경우에는 상표의 유사 판단에서 요부가 될 수 있음을 전제로 하여, 선사용상표가 위 등록상표의 등록결정일인 2004. 10. 16. 무렵에 ‘등산화, 안전화 및 기타 등산용품’에 관하여 사용에 의한 식별력을 취득하였다고 판단하였고, 그 파기환송심인 특허법원 2008. 12. 11. 선고 2008허11798 판결은 양 상표는 그 표장이 유사하고, 그 사용상품은 동일·유사하거나, 그에 못지않을 정도로 경제적으로 밀접한

7) 한규현, “사용에 의한 식별력 취득과 상표의 유사 여부 판단방법, 대법원 2008. 5. 15. 선고 2005후2977 판결의 평석”, 경기법조 15호, 수원지방법변호사회(2008), 320.

견련관계가 있는 상품에 해당한다는 이유로, 는 상표법 제7조 제1항 제11호에 해당하여 무효라고 판단하였다.

④ 정리

이와 같이 ‘등록 후 식별력취득상표’가 가지는 효력 중 ① 상표법상의 ‘금지적 효력’(상표권자가 ‘등록 후 식별력취득상표’와 유사한 상표를 사용하는 타인에 대하여 권리범위확인심판이나 상표권침해금지의 소를 제기한 경우)에 관하여는, 대법원 2007. 12. 13. 선고 2005후728 판결은 상표권자는 당초 상표등록 시에는 ‘식별력취득부분’에 대하여 권리를 가지고 있지 않았으므로 그 범위를 넘어 ‘상표권’을 가지지 못한다고 보았음에 비하여, ② 부정경쟁방지법상의 ‘금지적 효력’(주지표지권자가 ‘등록 후 식별력취득상표’와 유사한 표지를 사용하는 타인에 대하여 부정경쟁행위금지의 소를 제기한 경우)에 관하여는, 부정경쟁방지법은 등록된 상표권의 효력을 보호하는 법이 아니라 부정경쟁행위를 금지하여 공정한 경쟁을 유도하기 위한 법이므로 부정경쟁행위가 있었을 당시 식별력을 취득하여 주지표지가 된 ‘등록 후 식별력취득상표’라면 타인의 유사표지 사용을 부정경쟁행위로 저지할 수 있다고 보는 것이 대법원판례이며, ③ 상표법상 등록배제효(‘등록 후 식별력취득상표’와 동일·유사한 타인의 상표의 등록을 막기 위하여 타인의 상표에 대한 등록무효심판을 청구한 경우)에 관하여는, ‘등록 후 식별력취득상표’는 ‘등록상표’로서의 성질과 ‘미등록 식별력취득상표’로서의 두 가지 성질을 가지는데 상표법상 ‘등록상표’의 등록배제효가 문제되는 상표법 제7조 제1항 제7호에 있어서는 ‘등록배제효를 인정할 수 없다는 견해’가 현재 제시되어 있고, 상표법상 ‘미등록 식별력취득상표’의 등록배제효가 문제되는 상표법 제7조 제1항 제9, 10, 11호에 있어서는 ‘등록배제효를 인정하여야 한다’는 것이 대법원판례로 보인다.

따라서 상표법 제7조 제1항 제11호에 있어서는, 사용에 의한 식별력을 취득한 부분을 요부로 보아, 양 상표의 유사 여부를 판단하여야 한다.

3) 사용상품과 지정상품 간의 동일·유사 또는 경제적 건련관계

원칙적으로 선사용상표의 사용상품이 대상상표의 지정상품과 유사하여야 한다. 예외적으로 대법원 2010. 1. 28. 선고 2009후3268 판결 등에 따라, 선사용상표의 구체적인 사용실태나 양 상표가 사용되는 상품 사이의 경제적인 건련의 정도 기타 일반적인 거래의 실정 등에 비추어 그 상표가 선사용상표의 사용상품과 동일 또는 유사한 지정상품에 사용된 경우에 못지않을 정도로 선사용상표권자에 의하여 사용되는 것이라고 오인될 만한 특별한 사정이 있다고 보이는 경우이어도 된다.

상품과 서비스업 간의 유사 내지 경제적 건련관계에 관한 판례들로는 다음과 같은 판례들이 있다.

① 대법원 1999. 2. 23. 선고 98후1587 판결: 상표는 상품 그 자체를, 서비스표는 서비스의 출처를 식별시키기 위한 표장으로서 각자 수행하는 기능이 다르므로 상품과 서비스업 사이의 동종·유사성을 지나치게 광범위하게 판단하여서는 아니 된다 할 것이고, 따라서 상품과 서비스 사이의 동종·유사성은 서비스와 상품 간의 밀접한 관계 유무, 상품의 제조·판매와 서비스의 제공이 동일 사업자에 의하여 이루어지는 것이 일반적인가, 그리고 일반인이 그와 같이 생각하는 것이 당연하다고 인정되는가, 상품과 서비스의 용도가 일치하는가, 상품의 판매장소와 서비스의 제공장소가 일치하는가, 수요자의 범위가 일치하는가, 유사한 표장을 사용할 경우 출처의 혼동을 초래할 우려가 있는가 하는 점 등을 따져 보아 거래사회의 통념에 따라 이를 판단하여야 한다.

② 대법원 2006. 7. 28. 선고 2004후1304 판결: 등록상표 “LG TRAUM”의 지정상품인 건축자재의 제조·판매와 선등록서비스표 “트라우하우스”
TRAUM HAUS의 지정서비스업인 건축업의 제공이 일반적으로 동일한 사업자에 의하여 이루어진다고 볼 수 없고, 등록상표 지정상품의 판매장소와 선등록서비스표 지정서비스업의 제공장소, 수요자 등 거래실정이 서로 다르므로, 등록상표의 지정상품과 선등록서비스표의 지정서비스업은 서로 동종·유사하다고 볼 수 없다.

③ 대법원 2006. 5. 12. 선고 2004후820 판결: 원심이 그 채용증거를 종합하여, 지정상품을 ‘휴대용 화장품케이스(내용물이 채워지지 않은 것), 가죽제 열쇠케이스, 비금속제 지갑, 서류가방, 여행가방, 핸드백, 양산, 우산, 지팡이, 가죽끈’으로 하고 “NANTA”로 구성된 원고의 이 사건 등록상표(등록번호 제512236호)의 등록결정 당시에 “^{NANTA}난타”로 구성된 피고의 인용서비스표는 ‘연극공연업’에 관하여 특정인의 표장으로 널리 알려지게 되었고, 그 표장도 이 사건 등록상표의 표장과 유사하며, 인용서비스표의 표장이 새겨진 캐릭터 상품이 피고에 의해 판매되고 있고, 아울러 연극이나 영화 또는 텔레비전의 드라마가 일반 대중에게 좋은 의미로 널리 알려질 경우에는 그 제호나 등장인물의 이름 또는 캐릭터가 상표사용권 계약 등을 통해 이 사건 등록상표의 지정상품과 같은 다양한 상품에 부착되어 판매되는 상거래의 실정 등을 감안하여 볼 때, 이 사건 등록상표가 그 지정상품에 사용될 경우 이 사건 등록상표를 부착한 상품이 인용서비스표의 서비스표권자나 그와 특수한 관계에 있는 자에 의하여 생산 또는 판매되는 것으로 수요자로 하여금 상품의 출처에 관하여 오인·혼동케 하거나 수요자를 기만할 염려가 있다는 취지로 판단하였음은 정당한 것으로 수긍이 간다.

④ 특허법원 2006. 9. 28. 선고 2006허1087 판결[거절결정사건, 2004. 10. 13. 개관한 삼성미술관의 서비스표로 사용된 선사용서비스표(표장은 ‘Leeum’이고, 지정서비스업은 ‘미술관경영업’ 등임, 2004. 6. 7. 서비스표 등록됨)와 출원상표(표장은 ‘LEEUM’이고, 지정상품은 ‘액자, 쿠션’ 등임)간에 상표법 제7조 제1항 제11호가 문제된 사건임]: 미술관이나 박물관에서는 미술품과 소장품을 관람객들에게 전시하는 사업 이외에 경비조달과 고객서비스를 위해 기념품 등의 문화상품을 판매하는 사업도 하고 있는 것이 일반적인 운영형태인 점, 국립중앙박물관과 같은 규모가 큰 박물관에서는 자기의 명칭을 기념품 등에 새겨서 사용하고 있는 점, 피고 보조참가인도 “Leeum” 미술관 내의 판매장에서 “Leeum”이라고 새겨진 액자, 머그잔, 열쇠고리, 소형 거울 등을 판매하고 있는 점, 그리고 일반적으로 미술

관이나 박물관에 전시되어 있는 미술품, 소장품의 대부분이 조각이나 액자 형태로 되어 있어서 이 사건 출원상표의 지정상품 중 액자 등과 그 상품의 속성이 유사한 점 등을 고려할 때, 액자 등과 미술관 경영업 등 간에는 경제적인 건련의 정도가 매우 밀접하므로, 이 사건 출원상표가 액자 등에 사용된다면 그것이 선사용서비스표권자에 의하여 사용되는 것이라고 오인될 소지가 충분히 있다고 보여지는 특별한 사정이 있는 경우에 해당한다.

2. 이 사건의 검토

가. 선사용서비스표들이 적어도 특정인의 상표로 인식된 정도로 알려져 있었는지 여부

1) 기록상 인정되는 사실관계

가) 수요자들에게 스타벅스는 별다방으로, 커피빈은 콩다방으로 애칭될 정도로, 널리 알려져 있다.

① 커피전문점 프랜차이즈업체인 커피빈코리아는 2007년 총 111개의 매장에서 679억 원의 매출을 올렸고, 2008년 총 148개 매장에서 917억 원의 매출을 올렸으며, 2009년 총 188개 매장에서 1,112억 원의 매출을 올렸다.

② “세종로 중앙청사에 외국계 커피전문점인 ‘커피빈’이 들어온다.”는 내용의 기사가 2008. 5. 1. 머니투데이에, “외식 부분 중 대학생들이 가장 선호하는 커피전문점 브랜드로는 스타벅스와 커피빈을 선택한 대학생이 대부분이었다. 조사결과 스타벅스가 응답률 65.8%로 1위를 차지했으며, 뒤를 이어 커피빈도 40.7%로 선호도가 높았다. 다음으로 엔젤리너스(17.9%) 3위……에 선정됐다.”는 기사가 2008. 4. 28.에, “스타벅스에 이어 매장수 150개로 국내 2위의 커피체인점인 커피빈도 한국에서는 불황을 모릅니다.”라는 기사가 2008. 11. 16. YTN뉴스에, “일반 서비스 부분 - 커피빈 등 첫 1위”라는 기사가 2007. 10. 24. 중앙일보에, “브랜드 인지도 - 커피/아이스크림 스타벅스 62.3%, 커피빈 24.0%”라는 기사가 2008. 9. 5. 이데일리에, “국내 시장에 깊숙이 자리 잡으며 대중화에 성공한 커피전문점 분야에서는 커피빈코리아가

3년 연속 1위를 차지했다.”는 기사가 2009. 10. 20. 한국경제에 각 실렸다.

③ 커피빈코리아는 2005년 및 2007~2010년 한국서비스품질지수(KS SQI) 1위를 수상하였고, 2007~2010년 4년 연속 한국산업 고객만족지수(KCSI) 1위를 수상하였다.

④ 인터넷포털사이트 네이버에서 ‘커피빈’으로 키워드검색을 하면, 2010년경의 것이기는 하지만, ‘지식iN’에는 “커피빈 할인되는 카드 모두 알려주세요.”, “저는 커피빈을 무지하게 좋아하는데요. 가격이 너무 비싸기도 하고”라는 글 등을 다수 검색할 수 있다.

⑤ 매장 간판으로는  이나  을 사용한다.

나) 표장이 선사용상표들과 같고 그 지정서비스업이 ‘커피전문점경영업’ 등인 선사용서비스표들이 2002. 9. 25. 등록되었다.

다) Forbes Global이 2003. 5. 13. 게재한 기사에는, ‘커피빈’이 전 세계 커피체인업체 순위 9위라고 되어 있다.

2) 검토

위 사실관계에 의하면, 선사용서비스표들은 2009. 9. 1.경 주지서비스표 내지는 특정인의 서비스표로 인식될 정도로 알려져 있었다고 보인다. 수요자들에게 스타벅스는 별다방으로, 커피빈은 콩다방으로 애칭될 정도로, 널리 알려져 있었고, 2008년 당시 커피빈은 브랜드 인지도가 24%정도에 이르고, 그 매출이 1,000억 원 정도로 우리나라에서 커피체인점 순위 2위 업체였다(1위 업체는 스타벅스이다)는 점 등 때문이다.

나. 표장과 사용상품의 동일·유사 또는 표장의 동일·유사와 사용상품의 경제적 건련관계 등 특별한 사정의 존재 여부

1) 표장의 동일·유사 여부

위 사실관계에 의하면, 이 사건 등록상표의 등록결정일인 2009. 9. 1.경 선사용서비스표들은 **Coffee Bean** 부분에 의하여 ‘커피빈’으로 불리고 있었다. 신문기사 등에서 모두 ‘커피빈’으로 호칭하고 있었고 ‘콩다방’이라

고 애칭되기도 하였다.

피상고인이 주장하는 ①, ②와 같은 사정들은 1998년 및 2000년의 사정 이거나 다른 등록상표들에 관한 것인 점 등에 비추어, 이 사건 등록상표가 등록결정된 2009. 9. 1.경 무렵에 선사용서비스표들이 수요자들에게 ‘커피 빈’이라고 불리고 있었음을 인정하는데 장애가 되지는 않는다.

① 당초 원고는 1998년과 2000년에 그 지정상품을 ‘커피’ 또는 ‘커피전문점경영업’ 등으로 하여, 도형 없이 문자만으로 구성된 “THE COFFEE BEAN & TEA LEAF”와 “*The Coffee Bean*”의 상표와 서비스표를 출원하였다가, 그 지정상품인 ‘커피, 홍차’ 등과 관련하여 상표법 제6조 제1항 제3호에 해당한다는 이유로, 거절결정을 받은 바 있다.

② “GLORIA JEAN'S COFFEE BEAN”,  등 ‘Coffee Bean’이 포함된 상표가 등록되기도 하였다.

2) 사용상품과 지정상품 간의 동일·유사 또는 경제적 견련관계 여부
이 사건 등록상표의 지정상품 중 ‘커피, 가공된 커피, 무카페인 커피, 인스턴트커피, 인조커피, 천연커피원두’는 선사용상표들의 사용상품인 ‘커피’와 동일 또는 유사하고, 선사용서비스표들의 ‘커피전문점경영업’ 등과 유사하거나 경제적 견련관계가 있다(실제로 커피전문점에서 ‘커피’나 ‘천연커피원두’를 판매하기도 한다).

다. 소결

이 사건 등록상표의 등록결정 시인 2009. 9. 1. 선사용서비스표들 중 **Coffee Bean**, 부분은 사용에 의한 식별력을 취득하였을 가능성이 높다. 선사용서비스표들을 **Coffee Bean**으로 요부관찰하여 이 사건 등록상표와 대비하면, 양 표장의 호칭이나 관념이 동일하여 양 표장을 동일·유사한 상품에 사용하는 경우 그 수요자나 거래자로 하여금 출처의 오인·혼동을 일으킬 염려가 있으므로, 양 표장은 유사하다. 그리고 선사용서비스표들의 사용서비스업인 ‘커피전문점경영업’ 등과 이 사건 등록상표의 ‘커피’ 등

은 서로 동일 또는 유사하거나 경제적 관련관계가 있다. 따라서 이 사건 등록상표는 상표법 제7조 제1항 제11호에 해당한다.

결국 ‘이 사건 등록상표의 등록결정 시인 2009. 9. 1.을 기준으로 하여 선사용서비스표들과의 관계에서 이 사건 등록상표가 상표법 제7조 제1항 제11호의 ‘수요자를 기만할 염려가 있는 상표’인지를 살펴보았어야 함에도, 원심은 선사용상표들만을 살펴보고 선사용상표들을 살펴봄에 있어서도 선사용상표들의 구성 중 각 ‘Coffee Bean’ 부분이 이 사건 등록상표의 등록결정 시가 아니라 선사용상표들의 등록결정 시인 1998년 및 2000년경 무렵에 식별력이 있던 부분이 아니어서 상표의 유사 판단에 있어 요부로 될 수 없다는 이유로 이 사건 등록상표가 위 규정의 ‘수요자를 기만할 염려가 있는 상표’에 해당하지 않는다고 판단하고 말았다.

그러므로 원심판결에는 필요한 심리를 다하지 아니하였거나 상표법 제7조 제1항 제11호의 ‘수요자를 기만할 염려가 있는 상표’에 대한 범리를 오해함으로써 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있고, 이 점을 지적하는 상고이유는 이유 있다.

【對象判決의 意義】

대상판결은 상표법 제7조 제1항 제11호와 관련하여 선사용상표가 ‘등록 후 식별력취득상표’인 경우 선사용상표의 등록배제효의 범위를 어떻게 보아야 하는지를 처음으로 실시하였다. 사용에 의한 식별력을 취득한 상표는 상표법에 의한 사용금지효, 부정경쟁행위방지법에 의한 사용금지효, 상표법에서의 등록배제효의 각 국면에서 대법원판례가 조금씩 다른 입장을 취하고 있는데, 대상판결은 그중 상표법 제7조 제1항 제11호와 관련하여 등록배제효의 범위를 명확하게 실시하였다는 점에서 그 의미가 크다.

5. 수요자 기만상표에서 선사용상표의 권리자

(2013. 3. 14. 선고 2011후1159 판결 : 공2013상, 674)

金 炳 植

【判決要旨】

상표등록을 받을 수 없는 상표를 규정하고 있는 상표법 제7조 제1항 제11호 후단의 취지는 이미 특정인의 상표로 인식된 선사용상표를 사용하는 상품의 출처 등에 관한 일반 수요자의 오인·혼동을 방지하여 이에 대한 신뢰를 보호하려는 것이므로, 어떤 출원상표가 위 규정의 ‘수요자를 기만할 염려가 있는 상표’에 해당한다고 하기 위하여는 출원상표와 대비되는 선사용상표의 권리자는 출원인 이외의 타인이어야 한다. 여기서 선사용상표의 권리자가 누구인지는 선사용상표의 선택과 사용을 둘러싼 관련 당사자 사이의 구체적인 내부관계 등을 종합적으로 살펴 판단하여야 하고, 선사용상표의 사용자 외에 사용허락계약 등을 통하여 선사용상표 사용자의 상표사용을 통제하거나 선사용상표를 사용하는 상품의 성질이나 품질을 관리하여 온 자가 따로 있는 경우에는 그를 선사용상표의 권리자로 보아야 하며 선사용상표 사용자를 권리자로 볼 것은 아니다.

【參照條文】

상표법 제7조 제1항 제11호

【事案의 概要】

1. 원고(‘구두’ 제조업자)의 이 사건 출원상표

가. 출원일/출원번호: 2009. 7. 10./40-2006-0063024호

나. 구성: SODA

다. 지정상품: 상품류 구분 제14류의 ‘패종시계, 시계줄, 전자시계, 탁상시계, 팔목시계, 회중시계’ 등(이 사건 출원상표의 지정상품은 그 이외에도 여러 가지이나, 이 사건 쟁점에 관계되는 정도에서만 기재함)

2. 선사용상표

가. 구성: SODA

나. 사용상품: 시계

다. 사용자: 주식회사 乙(1997. 6. 설립된 회사로서 ‘시계’ 제조업자임, 이하 ‘乙’이라 함)

3. 구두제조업자인 원고의 발전과 원고와 시계제조업자인 乙(내지는 그 대표이사인 丙) 사이의 상표권 분쟁

가. 원고의 발전 경위

1976년 밀라노제화로 설립 / 1989년 (주)에스엠 제혁 설립 ⇒ 1992년 (주)에스엠 토탈 콜렉션으로 상호변경 / 1997년 (주)소다로 상호변경 / 2005년 패션 그룹 DFD 출범(BOGNER, SODA, MANAS, BRONX, KISSA, DAKS 등) / 2006년 Fashion Group DFD 온라인 쇼핑몰 오픈 / 2007년 (주)엠플러스 설립(아웃렛 사업부) / 2010년 디자인센터 설립

나. 원고의 ‘SODA’ 상표의 사용 및 ‘SODA’ 상표의 관리노력

① 원고는 1980년대부터 ‘SODA’ 상표를 사용하기 시작하였고, 1993년 ‘단화, 가죽신’ 등을 지정상품으로 하여 영문자 ‘SODA’를 디자인한 SODA 상표를 등록하고, 구두 이외의 타 패션제품들에까지 사업을 확대하고 제3자가 SODA 상표의 명성에 편승하는 것을 저지하기 위하여 2000년경 토털패션상품들과 관련 서비스업에 상표와 서비스표들을 등록하였다.

② 원고는 2000년, 2001년에 각 표장을 **SODA·POP**으로 하는 세 개의 등록상표(지정상품이 상품류 구분 제21류의 ‘인쇄용지’ 등, 제22류의 ‘인쇄잉크’ 등, 제44류의 ‘다이아몬드’ 등임)와 1개의 서비스표(지정서비스업은 서비스업류 구분 제112류의 ‘수퍼체인업’ 등임)(4개 모두 일본인 회사 소유임)에 대하여 등록취소심판을 청구하여 상표/서비스표등록을 취소시켰다.

③ 원고는 2001년 표장을 **DE MISODA**(지정상품: ‘반바지, 플로셔널’ 등)으로 하는 상표(丁 소유)에 대하여 **SOODA**상표 등과 유사하게 부정사용하였음을 이유로 등록취소심판을 청구하여, 상표등록을 취소시켰다(심결은 **SOODA**상표가 일정한 영업상의 신용을 축적하였다고 보았다).

다. 이 사건 출원상표 외 원고가 소유하고 있는 ‘SODA’ 관련 등록상표/등록서비스표들

순번	등록번호 (근거자료)	등록일	구성	지정상품(상품 및 서비스업류 구분은 신분류에 따른 것임)	현재 상태
1	제146252호 (갑 3)	1987. 10. 14.	SODA 소 다	제24류 ‘직물제 손수건’, 제25류 ‘원피스, 잠바’ 등	등록
2	제142616호 (갑 4)	<u>1987. 6. 27.</u>	"	<u>제25류 ‘핸드백, 지갑’ 등</u>	소멸 (존속기간 만료) 2007년
3	제266701호 (갑 5)	<u>1993. 6. 22.</u>	SOODA	<u>제25류 ‘단화, 가죽신’ 등</u>	등록
4	제413797호 (갑 6)	1998. 7. 31.	"	제9류 ‘방호용 장갑’, 제10류 ‘의료용 장갑’, 제14류 ‘금속제 벨트장식, 커피 스단추’ 등, 제17류 ‘절연용 장갑’, 제21류 ‘가사용 장갑’, 제25류 ‘모자’ 등, 제26류 ‘비귀금속제 벨트장식’	등록

순 번	등록번호 (근거자료)	등록일	구성	지정상품(상품 및 서비스업류 구분은 신분류에 따른 것임)	현재 상태
5	제499228호 (갑 11)	2001. 8. 10.	"	제24류 ‘머리핀, 구두끈’ 등	"
6	제503117호 (갑 10)	2001. 10. 8.	"	제24류 ‘행주, 보자기’ 등	"
7	제529328호 (갑 9)	2002. 9. 4.	"	제16류 ‘화장제거용 종이티슈, 화장지, 메모지, 볼펜’ 등	"
8	<u>제537510호</u> (갑 8)	<u>2002. 12. 17.</u>		<u>제14류 ‘키홀더, 팔목시계, 넥타이 핀’ 등</u>	<u>소멸(무효 심결확정)¹⁾</u> <u>2008. 7. 28.</u>
9	제560272호 (갑 7)	2003. 9. 23.	"	제9류 ‘선글라스’ 등	등록
10	제75830호 (갑 12)	2002. 5. 15.	"	제35류 ‘문구류판매대행업’ 등 제42류 ‘간이식당업’ 등	"
11	<u>제10519호</u> (갑 13)	2004. 8. 30.		<u>제14류 ‘팔목시계, 패종시계, 시계 줄’ 등</u> 제18류 ‘핸드백, 지갑’ 등 제25류 ‘단화’ 등 제35류 ‘신발판매대행업, 의류 판매대행업’ 등	<u>제14류 ‘팔목시계’ 등에 관하여 일부 소멸(불사 용취소심 결확정)²⁾</u> <u>2008. 11. 6.</u>
12	제549462호 (갑 14)	2003. 5. 29.		제18류 ‘핸드백, 우산’ 등 제25류 ‘반바지, 신사복’ 등	등록

1) 아래 마. 3) 가)와 같음.

2) 아래 마.

라. 乙(또는 그 대표이사 丙)의 ‘SODA’ 관련 상표출원과 거절 등

순번	출원일	출원번호/ 등록번호 (등록일)	구성	지정상품(상품 및 서비스업류 구분은 신분류에 따른 것임)	상태
1	<u>1997.</u> <u>4. 12.</u> (을 9)	40-1997-16634	SODA UNITED	제14류 ‘팔뚝시계’ 등	<u>거절</u> (<u>1998. 6. 3.</u>)
2	<u>1998.</u> <u>9. 7.</u> (갑 20, 21) (을 11)	<u>제455801호</u> (<u>1999. 10. 1.</u>)	SODA DEUX	제14류 ‘팔목시계’ 등	<u>소멸</u> (<u>부정사용</u> <u>취소심결</u> ³⁾ <u>확정</u>) <u>2001. 1. 18.</u>
3	<u>2001.</u> <u>9. 4.</u> (갑 23)	40-2001-39151	SODA	제14류 ‘팔목시계’ 등	<u>거절</u> (<u>2003. 10. 18.</u>)

① 乙은 위 상표들을 등록하기 위하여 1998년 그 지정상품을 ‘팔뚝시계’ 등으로 하고 표장을 **SODA·POP**로 하는 선행상표에 대하여 등록취소심판을 청구하여 그 등록을 취소시켰다.

② 乙은 2000. 1.부터 2001. 1.까지 ‘SODA DEUX’나 ‘MISS SODA’를 사용하여 상품을 제조하고, 이를 주식회사 해밀톤 무역을 통해 판매하여 왔다.

마. ‘SODA’ 관련 원고와 乙 사이의 라이선스 계약 및 분쟁의 발생 등

1) 乙 소유의 ‘455801호 상표’(SODA DEUX, 라.항 순번 2)에 대한 부정사용 취소심판 사건

① 원고는 2000. 7. 18. 위 455801호 상표에 대하여 구 상표법 제45조 제1항 제2호(현행 상표법 제73조 제1항 제2호)의 부정사용을 이유로 상표등록 취소심판을 청구하였다.

3) 아래 마. 1)항 참조.

② 특허심판원은 2000. 10. 28. 2000당1159호로 “乙이 ‘SODA DEUX’ 상표를 등록하고도 남녀 손목시계에 ‘SODA’ 상표를 사용하였고, 한편 원고가 20년간 신발과 의류 등에 ‘SODA’로 구성된 위 다.항 순번 1~3 등록상표를 사용하여 1999년 제화업계의 최고의 브랜드, 고객서비스 우수브랜드로 소개되어 있을 뿐만 아니라 최근에는 신발 및 의류 이외에도 가방, 액세서리, 넥타이핀, 안경, 립스틱 등에도 위 상표를 등록 출원하는 등 토탈 패션 제품에 이르기까지 동 상표를 널리 사용할 의사가 있다고 인정되는 점에 비추어 원고의 위 등록상표들은 일반 수요자들에게 영업상 신용을 축적하였는바, 乙이 그 등록상표와 달리 ‘SODA’ 상표를 사용한 것은 원고의 영업상 신용을 침해하고 수요자로 하여금 상품출처의 혼동이나 품질의 오인을 일으키게 할 우려가 있다.”는 이유로, 위 455801호 상표의 등록을 취소 ⇒ 乙이 불복하지 아니하여 이 심결은 2001. 1. 18. 그대로 확정되었다.

2) 원고와 乙 사이의 상표권 사용계약

① 원고는 2003. 6. 30. 계약일자를 2002. 12. 31.로 소급하여, 다음과 같은 내용으로 ‘537510호 상표’(ㄱㅇㄷㄹ, 다.항 순번 8)에 대한 상표권사용계약을 체결하였다(甲은 ‘원고’를, 乙은 ‘주식회사 乙’을 지칭한다).

제3조 (품질관리 및 판매) 1. 乙은 상표의 명성에 부합되는 우수한 품질의 ‘제품’을 제조하기 위하여 최선의 노력을 다하여야 한다. 2. 乙은 상표를 사용하여 제조 판매하는 모든 상품을 품질기준에 따라서 제조하여야 하며, 또한 본 계약에 근거하여 제조되는 제품에 대해서만 상표를 사용하여야 한다. 3. 乙은 甲 또는 甲의 정당한 대리인이 제품의 검사, 제조 공정에 있어서의 품질 준수 여부 및 제품의 관리방법을 확인할 목적으로 乙의 공장을 언제든지 방문할 수 있도록 허가하여야 한다. 5. 乙은 제품의 광고, 선전, 판촉 및 마케팅을 상표의 명성을 손상시키지 않는 방법으로 행하여야 한다.

제4조 (가격) 2. 제품의 할인판매 시 그 가격을 원고와 합의하여야 한다.

제6조 (상표의 사용) 1. 乙이 상표를 사용함에 있어서 상표를 제품에 부착하기 위한 라벨 및 스탬프 등은 甲이 승인한바 대로 사용하여야 한다. 2. 乙은 乙이 사용하는 일체의 상표가 甲의 소유임을 인지하며, 필요한 경우에는 상표의 등록 표시인 ‘R’을 명시하여야 한다.

제7조 (대가) 1. 乙은 甲에게 다음과 같이 대가를 지불한다. 1) 1차년도(2003. 1. 1.~2004. 12. 31.) 대가 없이 사용한다. 2) 2차년도(2005. 1. 1.~2007. 12. 31.) 매년 일천만 원을 해당연도 전 12. 31.까지 각 지불한다. 3) 3차년도부터 해당연도 전 협의하여 정한다.

제8조 (실적통보) 乙은 매월 1개월간의 제품의 생산명세, 판매실적(제품의 종류, 수량, 단가, 금액, 매장별 판매액)을 소정의 양식을 작성하여 10일까지 甲에게 제출하여야 한다.

② 乙이 위 계약상의 실시료를 지불하지 않는 등 계약을 제대로 이행하지 않자, 원고는 2005. 3. 2.과 2005. 4. 21. 계약해지를 통보하고, 아래 상표 사용금지 등 청구의 소를 제기하였다.

3) 원고와 乙 사이의 상표권 분쟁

가) 537510호 상표(ㄱ○D△)에 대한 상표사용금지 등 청구의 소 (서울중앙지방법원 2006가합529 사건 - 서울고등법원 2006나65257 사건 - 대법원 2007다75716 사건)

① 원고 2006. 1. 3. 乙을 상대로, 위 상표권사용계약이 해지되었음을 이유로, 위 상표의 사용금지 등 청구의 소를 제기 → 서울중앙지방법원은 2006. 6. 14. 2006가합529호로 원고 일부승소판결(乙에게 위 상표의 사용금지를 명하고, 손해배상으로 7,000만 원 지급을 명함)

② 乙 항소 → 서울고등법원은 2007. 10. 10. 2006나65257호로 乙 패소 부분 일부 취소(537510호 상표가 상표법 제7조 제1항 제8호4)에 해당하여 무효가 될 것이 명백하고, ‘SODA’ 상표가 주지저명하다고 보기 어려워 부정 경쟁방지법상의 금지청구가 인정되지 않는다는 등의 이유로 상표사용 금지 청구는 기각하고(아래 나.항의 특허심판원이 2007. 7. 24. 2006당2789호로

4) 상표법 제7조 (상표등록을 받을 수 없는 상표) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 상표는 제6조에도 불구하고 상표등록을 받을 수 없다.

8. 상표권이 소멸한 날(상표등록을 무효로 한다는 심결이 있는 경우에는 심결확정일을 말한다)부터 1년을 경과하지 아니한 타인의 등록상표와 동일 또는 유사한 상표로서 그 지정상품과 동일 또는 유사한 상품에 사용하는 상표

537510호 상표의 무효심판청구를 인용한 것에 기초함), 손해배상액은 2,000만 원으로 감액함

③ 원고가 상고하였으나, 대법원은 2009. 3. 26. 2007다75716호로 상고기각(원심이 537510호 상표가 시계와 관련하여 주지저명성을 획득하지 못하였다고 판단하여 원고의 부정경쟁방지법에 근거한 상표사용금지청구를 배척한 것은 정당하다는 등의 이유)

나) 537510호 상표(ㄱ○D△)에 대한 상표등록 무효심판(특허심판원 2006당2789 사건 - 특허법원 2007허7464 사건 - 대법원 2008후1371 사건)

① 丙, 2003. 1. 10. 위 상표에 대한 등록무효심판을 청구하였다가 2003. 6. 12. 심판청구를 취하함(갑 제26, 29호증)

② 乙, 2006. 10. 31. 원고를 상대로, 위 455801호 상표(SODA DEUX)가 소멸한 날로부터 1년이 경과하기 전에 출원된 것이어서 상표법 제7조 제1항 제8호에 해당한다는 이유로, 상표등록 무효심판을 청구 → 특허심판원은 2007. 7. 24. 2006당2789호로 심판청구 인용

③ 원고 심결취소의 소 제기 → 특허법원은 2008. 4. 11. 2007허7464호로 심결유지(청구기각)[乙이 상표등록 무효심판을 청구할 수 있는 이해관계인에 해당하고, 위 455801호 상표(SODA DEUX)의 등록취소심결이 2001. 1. 18. 확정되었는데 537510호 상표는 2001. 7. 6. 출원되었으므로 상표법 제7조 제1항 제8호에 해당한다는 이유]

④ 원고 상고 제기 → 대법원 2008. 7. 24. 2008후1371로 상고기각(乙이 상표등록 무효심판을 청구할 수 있는 이해관계인에 해당한다는 이유)

다) ‘10519호 상표’(, 다.항 순번 11) 중 ‘팔목시계, 패종시계, 시계줄, 탁상시계’에 관한 상표등록 취소심판(갑 제24호증, 을 제57호증)

① 乙, 2007. 9. 12. ‘팔목시계’ 등 일부 지정상품에 관하여 10519호 상표에 대한 불사용 취소심판을 청구함

② 특허심판원 2008. 9. 30. 2007당2550호 심결로 원고가 위 10519호 상표를 시계관련 지정상품에 사용하지 않았다는 이유로, 그 지정상품 중 ‘팔

목시계, 패종시계, 시계줄, 탁상시계’에 관하여 상표등록을 취소함

라) 乙의 SODA에 관한 상표등록(kipris에서의 상표검색결과)

① 乙은 2007. 9. 27. 각 그 지정상품을 ‘패종시계, 자명종, 전자시계, 탁상시계, 팔목시계, 회중시계’ 등으로 하여 **SODA DEUX**와 를 출원하였다가 2008. 10. 28. 각 거절되었음

② 乙은 2008. 6. 11. 그 지정상품을 상품류 구분 제14류의 시계 등으로 하여 **SODASU** 상표를 출원, 2009. 6. 5. 상표등록하였음

③ 乙은 2010. 8. 4. 그 지정상품을 상품류 구분 제14류의 ‘시계’ 등으로 하여 **SODA**상표를 출원, 2011. 9. 26. 상표등록하였음

4. 원고의 이 사건 출원상표의 출원과 거절결정

원고, 2006. 12. 12. ‘시계류’ 등을 지정상품으로 하여 이 사건 출원상표 출원 ⇒ 시계제조업자인 乙, 2007. 9. 27. 이의신청 ⇒ 특허청 심사관, 2008. 3. 20. 거절결정 및 이의결정(선사용상표가 ‘시계류’에서 국내 일반수요자들에게 특정인의 상품을 표시하는 것이라고 어느 정도 알려져 있는 상표이므로, 선사용상표와 그 표장이 동일한 이 사건 출원상표는 수요자를 기만할 염려가 있어서 상표법 제7조 제1항 제11호에 해당하고, 선사용상표에 화체된 명성과 신용에 부당편승하려는 등 부정한 목적을 가지고 출원된 상표이어서 상표법 제7조 제1항 제12호에 해당한다는 이유)

5. 원고의 심판청구와 특허심판원의 거절심결(2008원3748)

원고, 거절결정에 대한 심판청구 ⇒ 특허심판원, 2010. 7. 22. 심판청구 기각(2008원3748호, 선사용상표가 국내의 일반 수요자 및 거래자들에게 특정인의 상품을 표시하는 것으로 현저하게 인식되어 있는 상표이므로, 이 사건 출원상표는 수요자를 기만할 염려가 있어서 상표법 제7조 제1항 제11호에 해당한다는 이유)

6. 원고의 심결취소의 소 제기와 특허법원의 청구기각판결(특허법원 2011.
5. 11. 선고 2010허6157 판결), 원심판결의 요지는 다음과 같다.

가. 선사용상표는 특정인(乙)의 상표로 인식될 수 있을 정도로 알려졌다.

1) 선사용상표의 알려진 정도에 대한 판단

다음과 같은 사정에 비추어 보면, 선사용상표는 이 사건 출원상표에 대한 상표등록 허가 여부 심결 당시 적어도 국내 수요자나 거래자에게 그 표장이나 상품이라고 하면 곧 특정인의 표장이나 상표라고 인식될 수 있을 정도로 알려져 있었다.

① 乙은 1997. 7.경부터 ‘SODA DEUX’, ‘MISS SODA’ 등 ‘SODA’가 포함된 상표가 부착된 시계를 생산하여 전국 롯데백화점 등에서 판매하였고, 늦어도 2000년 초경부터 위 ‘SODA DEUX’, ‘MISS SODA’ 상표 외에 선사용상표 내지 선사용상표와 동일성 범위 내의 상표(이하 ‘SODA’라 한다)가 부착된 시계를 생산·판매하였다.

② 乙은 12개 주요 인터넷 쇼핑몰에 입점하였으며, 2004. 6. 乙 쇼핑몰을 구축하였다.

③ 乙이 생산한 ‘SODA’ 시계는 2002년과 2003년에 산업자원부장관으로부터 우수산업디자인상품(굿디자인상)으로 선정되었다.

④ 乙의 ‘SODA’ 시계는 2004. 11.경 롯데마트, 이마트, 홈플러스, 까르푸, 세이브존, 뉴코아 아울렛 등 대형 할인매장과 수원 그랜드 백화점, 코엑스몰 등에서 판매되었다.

⑤ 乙은 2005. 3.경 지하철 4호선에 SODA 상표를 부착한 시계 광고를 하였고, 1999. 1월과 1999. 5월 ‘Timepieces’ 잡지, 2004. 10월, 2004. 11월 스포츠 서울 신문, 2004. 6월과 7월 굿데이 신문, 2004. 11. 굿모닝서울에 각 광고하였고 그중 일부는 전면광고를 하였으며, TV 프로그램인 ‘웃찾사’ 등에 각 乙의 ‘SODA’ 시계 제품을 협찬 광고하였다.

⑥ 월간 시계 WATCH AND JEWELRY 잡지, 스포츠서울 및 굿데이 신문 등에 2001년부터 乙의 ‘SODA’ 시계에 관한 소개 기사가 수차례에 걸쳐

실렸고, ‘MonBi’라는 잡지 2007. 1월호에는 인터파크에서 2006. 12. 13. 기준으로 선호순위 조사 결과 SODA 시계가 국내 패션시계 1위로 선정되었다는 기사가 게재되었다.

2) 원고 주장의 배척

가) 원고와 상표사용계약을 체결한 후 乙이 선사용상표를 사용한 것은 원고의 상표사용으로 보아야 한다는 주장에 대하여⁵⁾

타인이 상표권자의 허락하에 상표를 사용하였다 하더라도 그 타인의 상표 사용을 상표법 제7조 제1항 제11호에 있어서의 선사용상표의 사용이 아니라고 할 수 없고, 선사용상표가 특정인의 상표로서 알려져 있는 이상 비록 특정인이 상표권자가 아니라고 하더라도 일반 수요자를 보호하기 위한 규정인 상표법 제7조 제1항 제11호를 적용함에 지장이 없으며, 타인이 상표권자의 허락하에 상표를 사용하여 수요자들에게 특정인의 상표로서 알려진 경우 그 상표는 사용자의 상표로 인식될 정도로 알려지는 것이지 상표권자의 상표로 인식될 정도로 알려지는 것이 아니므로(대법원 2001. 12. 14. 선고 99후871 판결 참조), 위 기간 동안의 乙의 상표사용에 의하여 선사용상표는 乙의 상품이나 상표로 인식될 정도로 알려졌다고 보아야 할 것이지 원고의 상품이나 상표라고 인식될 정도로 알려졌다고 볼 수는 없다.

나) 원고와의 상표사용계약 체결 이전의 乙의 SODA 상표 사용은 대부분 ‘부정사용’에 해당하므로 제7조 제1항 제11호에 있어서의 선사용상표의 사용이 아니라는 주장에 대하여

상표법 제7조 제1항 제11호 규정의 취지는 기존의 상표를 보호하기 위한 것이 아니라 이미 특정인의 상표라고 인식된 상표를 사용하는 상품의 출처 등에 관한 일반수요자의 오인·혼동을 방지하여 이에 대한 신뢰를 보호하고자 하는 데 있고, 기존의 상표나 그 사용상품이 국내의 일반거래에서 수요자 등에게 어느 정도로 알려져 있는지에 관한 사항은 일반수요자를 표준으로 하여 거래의 실정에 따라 인정하여야 하는 객관적인 상태를 말하는 것이며, 위 규정을 적용한 결과 기존의 상표가 사실상 보호받는 것처럼

5) 이 부분이 상고인이 위법하다고 주장하는 부분이다.

보인다고 할지라도 그것은 일반수요자의 이익을 보호함에 따른 간접적, 반사적 효과에 지나지 아니하므로, 기존의 상표의 사용자가 그 상표와 동일 또는 유사한 제3의 상표가 이미 등록되어 있는 사실을 알면서 기존의 상표를 사용하였다고 하더라도 그 사정을 들어 위 규정의 적용을 배제할 수는 없다(대법원 2004. 3. 11. 선고 2001후3187 판결 참조).

나. 포장 및 상품의 유사여부

양 상표는 표장이  (이 사건 출원상표),  (선사용상표)로 서로 동일 내지 유사하고, 그 지정상품도 시계류로서 동일·유사하다.

다. 상표법 제7조 제1항 제11호 해당 여부

선사용상표는 이 사건 출원상표에 대한 상표등록 허가 여부 심결 당시 적어도 국내 수요자나 거래자에게 그 표장이나 상품이라고 하면 곧 특징인 (‘乙’을 말한다)의 표장이나 상표라고 인식될 수 있을 정도로는 알려져 있었고, 이 사건 출원상표는 그러한 선사용상표와 표장이 유사하고 지정상품 중 ‘시계류 및 시계부속품’은 선사용상표의 사용물품과 동일·유사하여, 이 사건 출원상표가 위 지정상품들에 사용되는 경우 일반 수요자나 거래자로 하여금 그것이 선사용상표 사용자인 주식회사 乙에 의하여 사용된 것으로 오인·혼동을 일으키게 하므로, 상표법 제7조 제1항 제11호의 수요자를 기만할 염려가 있는 상표에 해당한다.

7. 상고이유의 요지

원심은 상표법 제7조 제1항 제11호의 선사용상표에 대한 법리를 오해한 위법이 있다. 즉, 원고와 상표사용계약을 체결한 후 乙이 2002. 12. 30.부터 2009. 3. 26.까지 선사용상표를 사용한 것은 乙이 아니라 원고의 상표사용으로 인식되므로, 이 사건 출원상표는 수요자를 기만할 염려가 없다.

원고는 1976년경부터 SODA 상표를 사용하여 왔고, SODA 상표를 부착

한 원고의 신발제품은 그 품질의 우수성으로 수요자에게 널리 호평을 받았다. 2000년 당시 원고의 $\Sigma O D \Delta$ 상표는 주지상표에 이르렀다. 시계는 토털패션제품의 하나이므로, 원고의 신발제품과 밀접한 경제적 관련관계가 있다. 상표사용계약에 의거한 상표사용에 있어서, 그 사용된 상표는 수요자와 거래자에게 사용자가 아니라 상표권자의 상표로서 인식된다. 따라서 乙의 선사용상표의 사용은 원고의 상표 사용으로 인식된다.

【解 說】

1. 상고이유 해결을 위해 검토할 논점

상고이유 주장의 핵심은 “원고의 $\Sigma O D \Delta$ (지정상품: 구두) 상표가 주지·저명상표가 된 상태에서 원고로부터 $\Sigma O D \Delta$ (지정상품: 시계)의 통상사용권을 부여받은 乙이 $\Sigma O D \Delta$ 상표를 사용하면 수요자들에게 원고의 상표로 인식되므로, 우연한 사정으로 $\Sigma O D \Delta$ (지정상품: 시계)가 등록무효되어 원고가 다시 $\Sigma O D \Delta$ (지정상품: 시계)를 출원하더라도 이를 상표법 제7조 제1항 제11호 후단의 ‘수요자기만상표’로 거절하여서는 안 된다는 것”이다.

상표법 제7조 제1항 제11호 후단의 ‘수요자기만상표’의 요건은 ① 출원상표와 대비되는 타인의 선사용상표가 출원상표의 등록을 배제할 수 있을 만큼 일반 수요자들에게 알려져 있어야 하고, ② 출원상표와 타인의 선사용상표를 대비하여 출처혼동을 일으킬 염려가 있어야 한다(상표유사&상품유사 또는 상표유사&상품 간의 경제적 관련관계 등)는 것이다.

① 요건 중 ‘선사용상표가 출원상표의 등록을 배제할 만큼 알려져 있다는 점’과 ② 요건을 충족한다는 점에 대하여는 당사자 사이에 다툼이 없고, ①의 요건 중 ‘선사용상표가 타인의 것인지’ 여부에 대하여 다툼이 있다.

원고는 위 상고이유의 핵심과 같은 이유로 선사용상표가 자신의 상표로 인식되었다고 주장함에 대하여, 원심은 선사용상표가 乙에 의하여 사용되

었으므로 乙의 것으로 인식되었다고 보았다. 이러한 차이는 상표법 제7조 제1항 제11호가 적용되기 위한 요건으로서 ‘선사용상표’의 적격에 대한 이해의 차이에서 비롯된 것이다. 특히 제7조 제1항 제11호에서 보호하고자 하는 수요자의 신뢰가 구체적으로 무엇이고 그 수요자 신뢰를 보호하기 위해서 선사용상표를 어떻게 이해하여야 하는지의 차이에서 비롯된 것이다.

2. 상표법 제7조 제1항 제11호 후단의 ‘수요자기만상표’와 대비되는 ‘선사용상표’

가. 상표법 제7조 제1항 제11호 후단의 ‘수요자기만상표’

1) 상표법 제7조 제1항 제11호 후단의 ‘수요자기만상표’의 취지

거래계에는 상표등록을 하지 않고 오랜 기간 상표를 사용함으로써 그 상표가 수요자의 상당수에게 알려지고 더 나아가 그 상품의 우수성이 알려져 수요자 이외에 일반 공중에게 널리 알려진 상태에 이르는 상표도 있을 수 있다. 그런데 이렇게 신용이 축적된 주지상표와 동일·유사한 상표에 대한 상표등록을 허용하여 주지상표와 등록상표를 공존시키게 되면, 수요자에게 출처의 혼동을 초래하여 상표법의 목적에도 반하는 결과가 되고, 등록상표의 사용금지권(상표권자는 타인의 고의·과실 유무를 불문하고 타인의 침해행위에 대하여 민사상 금지청구권 등을 가진다)을 인정하여 주지상표의 사용까지 금지하게 되면 주지상표권자는 주지상표에 화체된 재산적 가치를 잃게 되어 부당하다.

이러한 결과를 방지하고자 상표법은 사용주의제도를 도입하여 미등록주지상표에 대하여도 등록상표와 마찬가지로 등록배제효(미등록주지상표의 사용상품과 동일·유사한 상품에 대하여 미등록주지상표와 동일·유사한 상표의 등록을 배제시킬 수 있는 효력)를 인정하는 규정을 두고 있는데, 주지상표와 유사한 상표(상표법 제7조 제1항 제9호), 저명상표와 혼동 염려 있는 상표(상표법 제7조 제1항 제10호), 수요자기만상표(상표법 제7조 제1항 제11호 - 출처혼동의 염려가 있는 상표는 수요자기만상표에 해당하지

않는다는 반대 학설⁶⁾에 따르면 제11호는 미등록주지상표를 보호하기 위한 규정이 아니다), 부정목적 상표(상표법 제7조 제1항 제11호)가 이에 해당한다.

한편 상표법은 제9, 10호에 대하여는 상표등록출원 시를 기준으로 한다는 취지로 규정하고(상표법 제7조 제2항), 제9호의 주지상표에 대하여는 제척기간을 5년으로 규정(상표법 제76조)하고 있음에 비하여, 제11호에 대하여는 그 판단의 기준 시점이나 제척기간의 규정을 두고 있지 아니하다. 이에 따라 제11호는 공익을 보호하기 위한 규정으로 보는 것이 통설이다. 대법원도 “상표법 제7조 제1항 제11호 후단의 취지는 기존의 상표를 보호하기 위한 것이 아니라 이미 특정인의 상표라고 인식된 상표를 사용하는 상품의 출처 등에 관한 일반수요자의 오인·혼동을 방지하여 이에 대한 신뢰를 보호하고자 하는 데 있다.”고 판시하여(대법원 2004. 3. 11. 선고 2001후 3187 판결 등 참조), 제11호를 공익을 보호하기 위한 규정으로 보고 있다.

상표기능의 중점이 출처표시의 면보다 품질표시의 면으로 이행되어 가는 사정하⁷⁾에서는 동일상표로서 표시되는 상품의 품질내용에 변화가 없는 한은 그 상표로 표시되는 상품의 생산자와 판매자가 구체적으로 누구냐는 것, 즉 이른바 상품의 출처에 관해서는 일반수요자들이 이를 불문에 붙이는 것이 통례라는 점에 비추어 보면, 제11호가 보호하고자 하는 수요자의 신뢰는 최종적으로 ‘그 상표품의 품질’에 대한 신뢰라고 할 것이다.

한편, 위 대법원판시만을 놓고 보면 제11호는 미등록주지상표를 보호하기 위한 것이 아니므로 미등록주지상표의 등록배제효와는 아무런 관련이 없는 규정이 아닌가 하는 의문이 들기도 한다. 그러나 다음과 같은 대법원

6) 상표법 제7조 제1항 제11호의 ‘수요자를 기만할 염려’라 함은 그 상표를 부착한 제품이 수요자로 하여금 특별히 유명한 산지에서 생산된 것이라거나 특별히 권위 있는 기관에서 보증하는 상품으로 오인을 유발할 염려가 있는 경우를 말한다는 견해(송영식)이다.

7) 오늘날의 상표는 제조업자에 한하지 않고 판매업자, 수입업자 등에 의하여도 사용되어, 같은 생산자의 상품이 다른 판매업자에 의하여 상이한 마크로서 거래되고 있는 것도 볼 수 있게 되었으므로, 오늘날에 있어서 상표의 출처표시의 기능은 소비자에게는 동일한 상표의 상품은 모두 동일한 Source에서 나와서 동일한 판로(channel)를 거쳐 소비자의 손에 들어간 것을 나타내는 데 지나지 않는다고 할 수 있다[網野 誠 저, 강동수, 강일우 공역, 상표(신판), 대광서림(1990), 47].

판시에 비추어 보면, 출처혼동을 방지하면 수요자의 이익이 보호되는 동시에 상표권자의 이익도 당연히 보호되는 것이므로, 제11호의 수요자기만상표도 미등록주지상표의 등록배제효와 관련되는 규정이라고 할 것이다. 즉, 대법원 1996. 7. 30. 선고 95후1821 판결은 “상표는 특정한 영업주체의 상품을 표창하는 것으로서 그 출처의 동일성을 식별하게 함으로써 그 상품의 품위 및 성질을 보증하는 작용을 하며, 상표법은 이와 같은 상표의 출처 식별 및 품질보증의 기능을 보호함으로써 당해 상표의 사용에 의하여 축조된 상표권자의 기업신뢰이익을 보호하고 유통질서를 유지하며 수요자로 하여금 상품의 출처의 동일성을 식별하게 하여 수요자가 요구하는 일정한 품질의 상품 구입을 가능하게 함으로써 수요자의 이익을 보호하려고 한다.”고 판시하였다.

2) 수요자기만상표의 적용요건

출원상표를 수요자기만상표로 보기 위해서는 ① 이와 대비되는 선사용상표가 적어도 특정인의 상표로 인식될 수 있을 정도로 알려져 있을 것(출원상표의 등록결정 시 기준)과 ② 상표와 사용상품의 동일·유사 또는 상표의 동일·유사와 사용상품의 경제적 건련관계 등 특별한 사정이 존재하여 출처혼동의 염려가 있어야 함의 두 요건을 충족하여야 한다.

나. 출원상표 또는 등록상표와 대비되는 ‘선사용상표’의 적격

1) ‘선사용상표’는 등록 여부를 불문하나, 적어도 ‘특정인의 상표라고 인식된 상표’로는 알려져 있어야 한다.

등록상표가 상표법 제7조 제1항 제11호에서 규정하고 있는 ‘수요자를 기만할 염려가 있는 상표’에 해당하려면, …… 국내 수요자나 거래자에게 그 상표나 상품이라고 하면 곧 특정인의 상표나 상품이라고 인식될 수 있을 정도로 알려져 있으면 되며(대법원 2010. 1. 28. 선고 2009후3268 판결 등 참조), 여기서 말하는 특정인의 상표나 상품이라고 인식된다고 하는 것은 선사용상표에 관한 권리자의 명칭이 구체적으로 알려져야 하는 것은 아니며, 누구인지 알 수 없다고 하더라도 동일하고 일관된 출처로 인식될 수

있으면 족하다(대법원 2007. 6. 28. 선고 2006후3113 판결 등 참조).

최근같이 상표기능의 중점이 출처표시의 면보다 품질표시의 면으로 이행되어 가는 사정하에서는 동일상표로서 표시되는 상품의 품질내용에 변화가 없는 한은 그 상표로 표시되는 상품의 생산자와 판매자가 구체적으로 누구냐는 것, 즉 이른바 상품의 출처에 관해서는 일반수요자들이 이를 불문에 붙이는 것이 통례라는 점에 비추어 보면, 타당한 판시이기는 하다.

그런데 주지상표에 관하여 대법원은 다음과 같이 판시하고 있어, 위 판시만으로는 ‘특정인의 상표로 인식된 정도’가 어느 정도로 알려진 것을 말하는지 반드시 명확하지는 않다. 즉, 대법원 1991. 11. 22. 선고 91후301 판결은 “구 상표법 제9조 제1항 제9호에서 말하는 주지상표라 함은 반드시 수요자 또는 거래자가 그 상표사용인이 누구인가를 구체적으로 인식할 필요는 없다 하더라도 적어도 그 상표가 특정인의 상품에 사용되는 것임을 수요자 또는 거래자 간에 널리 인식되어 있음을 필요로 한다.”고 설시하고 있다.

실무상으로는 ‘특정인의 상표로 인식된 정도’를 다음과 같이 보고 있다. 보통, 상표는 5단계의 발전단계⁸⁾(① 어느 영업자가 상표를 최초로 선정, 사용하는 경우에는 무명의 존재로부터 시작되는 것이 보통이지만, ② 당해 상표품이 어느 정도 유통되고 상표주가 상당한 정도 광고선전비를 투자한 경우에는 이른바 가치 있는 점유상태를 형성하게 되고, ③ 다음으로 당해 상표품의 관계거래권 안에 있는 구성원의 상당 부분에게 당해 상표가 특정 출처의 상품표지인 것으로 인식되게 되고,⁹⁾ ④ 한걸음 더 나아가 당해 상표품에 관한 수요자 및 거래자 등 거래관계자 중의 압도적 다수부분에게 당해 상표의 존재가 인식되는 정도에까지 이르며, ⑤ 경우에 따라서는 당해 상표에 관하여 일정한 양질감이 표창되고 당해 상표품에 대한 관계거래자 이외에 일반 공중의 대부분에까지 널리 알려지게 됨으로써 저명성을 확

8) 송영식 외 6인, 송영식 지적소유권법(하), 육법사(2008), 155~156.

9) 송영식 외 6인(주 8), 161은 이 단계에 이른 상표는 부정경쟁방지법에 의한 우회를 통하여 개별적으로 보호함이 타당하다고 한다.

특하게 된다)를 거친다고 하는데, ‘특정인의 상표라고 인식된 상표’는 위 ③의 단계 정도에 해당한다고 보는 것이 실무이다.

2) 선사용상표가 ‘알려진 정도’의 판단

가) ‘알려진 정도’의 인식의 주체

상표법 제7조 제1항 제11호 후단의 취지는 기존의 상표를 보호하기 위한 것이 아니라 이미 특정인의 상표라고 인식된 상표를 사용하는 상품의 출처 등에 관한 일반수요자의 오인·혼동을 방지하여 이에 대한 신뢰를 보호하고자 하는 데 있고, 기존의 상표나 그 사용상품이 국내의 일반거래에서 수요자 등에게 어느 정도로 알려져 있는지에 관한 사항은 일반수요자를 표준으로 하여 거래의 실정에 따라 인정하여야 하는 객관적인 상태를 말하는 것이다(대법원 2004. 3. 11. 선고 2001후3187 판결 등 참조).

널리 알려졌는지 여부를 인정하는 주체로 되는 자는 대상이 되는 상품의 거래권에 속하는 사람이 되어야 한다. 상품의 거래권에 속하는 사람으로는 그 거래자나 일반수요자가 있을 수 있는 데, 판례는 이를 특별히 구분하지 않고, ‘거래자 또는 일반수요자’라고 하기도 하고, ‘일반수요자’라고 하기도 하였다.

나) 선사용상표가 알려진 정도의 판단 방법 내지 판단 자료

(1) 선사용상표나 그 사용상품이 국내의 일반거래에서 수요자 등에게 어느 정도로 알려져 있는지에 관한 사항은 일반수요자를 표준으로 하여 거래의 실정에 따라 인정하여야 하는 객관적인 상태를 말하는 것이다.

(2) 특정인의 상표나 상품이라고 인식될 수 있을 정도로 알려져 있는지의 여부는 타인의 상표의 사용기간·방법·태양 및 이용범위 등과 거래실정 또는 사회통념상 객관적으로 널리 알려졌느냐의 여부 등을 기준으로 판단하여야 한다(대법원 2006. 7. 13. 선고 2005후70 판결 참조).¹⁰⁾

① 주지의 정도가 어느 정도이어야 하는지(상표법 제7조 제1항 제11호에

10) 상표법 제7조 제1항 제9호의 주지상표에 해당하는지 여부의 판단방법에 대한 대법원 1996. 9. 24. 선고 95후2046 판결 등이나 부정경쟁방지법상의 주지표지에 해당하는지 여부의 판단 방법에 대한 대법원 2011. 12. 22. 선고 2011다9822 판결 등도 이와 마찬가지로 실시하고 있다.

서 선사용상표가 알려진 정도가 상표법 제7조 제1항 제9호에서 주지상표로 알려진 것보다는 낮은 단계로 보는 것이 실무이다), 그 주지성이 미치는 지역적인 범위를 어디까지로 하여야 하는지(부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률상의 주지표지는 지역적 주지로도 족하다는 것이 판례이다) 등 그 입법 취지에 따라 달리 보아야 하는 몇몇 점을 제외하면, 선사용상표가 알려진 정도의 판단방법은 상표법 제7조 제1항 제9호의 주지상표인지 여부의 판단 방법¹¹⁾이나 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제2조 제1호 (가)목의 주지표지인지 여부의 판단방법¹²⁾과 크게 다르지 아니하다.

② 상표의 독창성, 유사 상표가 존재하는지 여부, 상표의 사용형태, 사용기간의 장단, 거래 실정, 상품의 종류와 품질, 유통량, 영업의 규모, 점포의 수와 범위, 매상고의 증감, 광고 선전의 상황, 수요자의 인식, 언론 및 여론의 반응 등 여러 사정이 간접사실로 등장한다.¹³⁾ 먼저 당해 상표의 강약에 의한 표지력의 크기가 클수록 주지성을 취득하기 쉬운 것이다.

제3자에 의해 동일한 표지가 다수 사용되고 있는 경우에는 주지성을 획득하기 어려울 것이다. 다만 대법원 2007. 6. 28. 선고 2006후3113 판결¹⁴⁾(이하 ‘BCBG 사건’)[이 사건은 선사용상표 BCBG가 국내 회사인 원고의 상표로서, 이에 기하여 외국회사인 피고의 등록서비스표(BCBG MAX AZRIA)의 무효심판을 청구한 사건임]은 제3의 상표와 경합적으로 사용되더라도 선사용상표가 주지성을 취득할 수 있다고 판시하였다.

대법원 2006후3113 사건에서, 피고는 상고이유의 하나로서, “이 사건에서

11) 그 상세에 관하여는 송영식 외 6인, 송영식 지적소유권법(하), 육법사(2008), 159 이하, 문삼섭; 제2판 상표법, 세창출판사(2004), 425 이하 참조.

12) 그 상세에 관하여는 최성곤, “부정경쟁방지법에 있어서의 주지성-일본판례를 중심으로 하여”, 인권과 정의 191호, 대한변호사협회(1992. 2.); 고규정, “판례에 나타난 부정경쟁행위에 있어서의 주지성의 의미와 판단 기준-대법원 1997. 4. 24.자 96마675 결정”, 판례연구 11집, 부산판례연구회 참조.

13) 사법연수원, 부정경쟁방지법, 사법연수원(2011), 20.

14) 기존의 상표가 제3의 상표와 경합적으로 사용되었다거나 그 제3의 상표가 국내에서 알려진 정도 등과 같은 사정은 기존의 상표의 알려진 정도를 판단함에 있어 고려해야 할 객관적인 거래실정의 한 측면이라 할 것이나, 그와 같은 사정이 존재한다는 것만으로 반드시 기존의 상표가 특정인의 상표로 알려질 수 없다고 단정할 수는 없다.

(i) 원고의 BCBG 상표는 그 사용정도가 그다지 크지 않은 점, (ii) ‘BCBG’ 상표 및 서비스표는 피고의 상품 및 영업출처를 나타내는 표장으로서 해외의 소비자들에게 막대한 매출과 광고를 하여 왔다는 점, 또한 해외의 유명 잡지나 일간지는 국내에도 배포되는바, 국내의 소비자들이 피고 상표 및 서비스표에 대한 광고를 접하여 왔으며, 해외에서 활발히 판매되는 피고의 상품을 국내의 소비자들도 접하여 왔다는 점, (iii) 피고는 국내에서도 ‘BCBG’상표 및 ‘BCBG MAX AZRIA’서비스표를 널리 사용·광고하여 왔으며, 피고의 사용 및 해외에서의 사정에 의하여, 오히려 위 상표 및 서비스표를 피고의 것으로 인식하고 있는 소비자가 대부분이라는 점을 고려하여야 할 것이고, 이러한 사정을 복합적으로 고려할 경우 원고의 ‘BCBG’상표는 상표법 제7조 제1항 제11호 후단의 적용에 있어서의 ‘거래계에서 특정인의 상표로 인식되어 있는 상표’에 해당하지 아니한다.”고 주장하였다.

이에 대하여 이 사건을 검토한 연구관¹⁵⁾은, “만일 피고의 선등록상표가 그 지정상품에 거래계에서 선사용상표와 경합적으로 사용된다거나, 피고가 선사용상표의 사용에 관하여 적극적으로 권리행사를 한 사정 등이 있었다면, 그러한 사정은 일반 수요자 사이에서 선사용상표가 알려진 정도를 판단함에 있어서 고려하여야 할 거래실정의 한 측면으로서 의미가 있을 뿐이다. 그런데 선사용상표가 일반 수요자 사이에 특정인의 상표라고 인식될 수 있을 정도로 알려져 있었던 것으로 인정되는 이상(1991년부터 사용을 시작하여 1996년 57억 원, 2004년 120억 원 등 1996년부터 2004년까지 합계 961억 원의 매출을 올렸음), 피고의 BCBG 등 상표가 국내와 외국에서 널리 알려져 있는지 여부는 위 규정의 상표에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서 장애사유가 되지 못할 뿐만 아니라, 피고가 제출한 모든 증거들에 의하더라도 이 사건 등록서비스표가 국내에서 그 지정서비스업에 관하여 널리 알려져 있었다고 인정하기에도 부족하므로(의류제품이 1996년 3,500만

15) 이회기, “어떤 상표가 상표법 제7조 제1항 제11호 후단 소정의 ‘수요자 기만상표’에 해당하는지 여부를 판단함에 있어 그 대비대상이 되는 ‘특정인의 상표’에 해당하기 위한 요건”, 판례해설(69) 참조.

원어치 정도가 수입되었고, 향수제품이 2002년 3,500만 원어치 정도가 수입 되었을 뿐임), 피고의 위 주장을 받아들일 수 없다.”고 하였다.

나아가 피고의 “등록서비스표를 무효로 하는 경우 서비스/상품의 출처에 관하여 일반수요자의 오인·혼동이 더욱 가중될 것”이라는 주장에 대하여, 연구관은 “이론적으로 보아도, 이미 국내에서 주지성을 획득한 상표가 존재하는데 그와 동일·유사한 상표가 다시 주지성을 획득하는 것이 가능한 것인지도 매우 의문이 든다. 또한 동일·유사한 상표 두 개가 함께 주지성을 획득하는 것이 가능한 것인지도 의문이다. 설령 이러한 상황이 가능하더라도 동일·유사한 선사용상표가 주지성을 획득한 상태에 있다면, 이 경우에도 출원(등록)서비스표는 상표법 제7조 제1항 제11호에 의하여 그 출원이 거절되거나 등록이 무효로 되어야 할 것이다.”라고 한다.

상표의 사용 형태, 사용기간의 장단, 유통량, 영업의 규모, 점포의 수와 범위, 매상고의 증감 등과 관련하여서는, 외국상표가 국내에서 실제로 사용되어 주지성을 획득하여야 하는가에 관하여는 문제가 있으나 국내에 있어서의 사용이 법률상 요건이 아니고 국제통상을 보호하여야 한다는 점에서 국내에서 수요자 사이에 널리 인식되어 있으면 충분하고 실제로 사용될 필요는 없다(송영식, 문삼섭). 특허청 상표심사기준 제23조(주지상표) 해석참고자료 5.나.항도 “사용방법 또는 사용형태는 반드시 직접 상품에 사용되지 않더라도 신문, 잡지, 라디오, TV, 인터넷, 박람회 등을 통하여 광고한 결과 수요자에게 널리 인식되어 있으면 족하다고 본다.”고 기재하고 있다.

상품의 품질과 관련하여서는, 상표는 품질표시기능을 가지므로 다른 경쟁상품 등과의 품질의 차이도 주지도의 획득에 영향을 미친다. 품질이 좋을수록 주지성 취득이 용이하다. 광고선전의 상황과 관련하여서는, 광고선전의 종류·방법·빈도 및 비용 등이 고려된다. 특히 오늘날에는 신문·잡지·라디오·텔레비전 등 광고매체의 비상한 발달로 이들에 의한 대대적인 선전으로 단기간 안에 주지성을 획득할 수 있으므로 광고의 방법·수량 등이 특히 중요하다. 언론 및 여론의 반응 즉, 상표나 상품 내지 영업에 관한 제3자의 평가 등도 주지성 취득에 영향을 미친다.

(3) 사용권자의 사용에 의해서도 주지성을 취득할 수 있다.

① 선사용상표의 사용 실적을 고려할 때, 동일하고 일관된 출처로 인식된다면, 선사용상표의 사용이 상표권자에 의한 것이든, 사용권자에 의한 것이든 상관이 없고, 통상사용권자에 의한 것인 경우 사용권 설정등록이 되지 않았다 하더라도 선사용상표의 인식도를 인정하기 위한 자료로서 고려함에 아무런 지장이 없다.

미등록주지상표인 경우에도 부정경쟁방지법상의 금지청구권과 손해배상 청구권 등에 의한 보호(출처혼동이 있을 수 있는 범위 그리고 자신의 영업상 이익이 침해될 수 있는 범위 내에서 보호된다. 미등록주지상표의 주지도가 높을수록 그 사용상품 간의 유사도는 좀 떨어져도 된다)를 받고 있으므로, 미등록주지상표권자도 상표법상의 통상사용권과 같은 권리를 제3자에게 부여할 수 있다[라이선시(licensee)도 부정경쟁행위의 금지청구권자가 될 수 있는지 여부가 논의되고 있는 점¹⁶⁾에 비추어 보면, 실제 거래계에서도 이용되고 있음을 알 수 있다].

② 참고로 우리 상표법이 아래와 같이 사후규제방식으로 ‘품질의 동일성을 보장’하고 있는데, 상표권자는 사용권자의 상품의 질을 관리통제하지 않으면 그 상표등록이 취소되므로 사용권자의 상품의 질을 관리통제할 것이어서 보통 그 출처는 동일하고 일관되게 인식될 것이다.

우리 상표법의 ‘품질의 동일성 보장 방법’은 다음과 같다.¹⁷⁾ 1986. 12. 31. 법률 제3892호로 개정되기 전의 상표법은 통상사용권 설정 시 품질의 동일성 보장에 대하여 사전규제방식을 취하고 있었다. 즉, 상표권자와 그 등록상표를 사용할 자는 공동으로 등록상표의 통상사용권설정의 등록신청을 하여야 하며, 이때 특허청장은 이러한 신청이 지정상품의 품질의 동일성을 보장하는 것이라고 인정될 때에는 통상사용권설정의 등록을 하여야 한다고 규정하고 있었다. 그리고 지정상품의 품질의 동일성이 인정되는 범위에 관하여 상표법 시행령은 ㉠ 외국인 투자, 기술도입 또는 기술용역 등

16) 사법연수원(주 14), 59.

17) 송영식 외 6인(주 8), 211~213 참조.

에 있어 상표사용을 포함한 상품 또는 기술용역 등에 관하여 주무부장관의 인가를 받은 투자기업체와 그 투자에 의하여 설립된 기업체 상호 간 또는 기술도입계약 당사자 간, 인가기간이 만료된 경우에 있어 당해 외국인 투자·기술도입 또는 기술용역 등에 의한 상품 또는 기술용역 등을 계속하여 생산 또는 영위하는 때에 당해 상품 또는 기술용역 등을 관장하는 주무부장관이 필요하다고 인정하는 경우, ㉠ 상품 또는 영업에 관하여 자본을 출자한 기업체와 그 출자의 납입을 받은 기업체 상호 간(단, 개인 상호 간의 자본출자는 제외), ㉡ 중소기업계열화 촉진법에 의한 모기업체와 수급기업체 상호 간, ㉢ 수출촉진을 위하여 주무부장관이 필요하다고 인정하는 기업체 상호 간, ㉣ 주무부장관이 상표사용을 포함하여 제조허가를 한 상품으로서 주요부분의 원료공급을 받는 자와 그 원료공급을 하는 자 상호 간에는 품질의 동일성이 인정되는 범위로 본다고 규정하고 있었다.

1986. 12. 31. 법률 개정으로 사전규제방식에서 사후규제방식으로 변경되었다. 즉, 지정상품의 품질의 동일성 보장규정이 삭제되었고, 상표등록의 취소사유에 ‘사용권자가 지정상품에 관하여 그 등록상표를 사용함으로써 상품의 품질을 오인하게 하거나 상품의 출처를 혼동시켰을 경우’(상표법 제73조 제1항 제8호)를 추가하였다. 그리하여 현행 상표법은 기업의 합리적 정신을 신뢰하고 상표권의 재산성을 중시하는 국제적 경향에 따라 상표권의 자유양도 및 자유로운 사용허락을 인정하고 있다. 현행 상표법 제73조 제1항 제8호는 사용자가 ‘상품의 품질의 오인 또는 타인의 업무에 관련된 상품과의 혼동을 생기게 한 경우’에 등록상표를 취소할 수 있도록 규정하고 있는데, 여기서 ‘타인’에는 상표권자, 혹은 다른 사용권자도 포함된다고 보는 것이 다수설이다. 다수설은 다시 상표권자와 사용권자 간에 처음부터 추상적 혼동이 인정되지만 이들 간에서도 ‘구체적 혼동을 발생시킬 염려’가 인정되기에 이르면 등록상표를 지정상품에 사용하는 경우에도 본 조가 적용된다는 문언해석설,¹⁸⁾ 상표권자, 사용권자 상호 간에 있어서는 사용허

18) 小野昌延 판, 주해 상표법 신판(하), 청림서원(2005), 1172. 따라서 취소를 회피하기 위하여 사용허락하는 상품, 역무, 사용지역 등을 엄선하여 될 수 있는 한 구체적 혼동이 생길 염려

락된 등록상표에 관한 한, 출처의 혼동이 일어난다는 것이 당초부터 예정되어 있었으므로(상표사용의 허락이란 어느 의미에서는 이러한 출처표시능력의 희생위에서 가능함), 등록상표를 지정상품에 사용한 결과, 출처의 혼동이 발생하더라도 본 조를 적용하지 않는다고 보는 제한적용설¹⁹⁾로 나누어 있다.

일본도 우리와 마찬가지로 상표사용허락제도에 제한을 두고 있지 않은데, 그 이유는 ① 품질의 동일성 유지를 위한 공익적 측면에서 품질의 오인을 발생시키는 경우에는 일반 공중이 상표권의 취소를 청구할 수 있도록 하면 사용권자와 상표권자와의 품질의 동일성 유지가 가능하게 되고, ② 일반적으로 상표권자는 자기의 신용유지를 위하여 사용자가 판매하는 상품의 품질관리에 충분한 주의를 한다고 보며, ③ 품질의 동일성 유지에 관하여 사전에 예방적 심사를 하는 것은 업무상 곤란할 뿐만 아니라 사용허락 범위를 미국처럼 관계회사에 한정한다 하더라도 품질의 오인을 방지하는데 실효성이 적으며 또한 사용허락의 제한은 실질적으로 사용허락을 필요로 하는 경우에 본 제도의 효용성을 떨어뜨리기 때문이라고 한다.

③ 대법원판례도 같은 취지이다.

㉔ 대법원 2001. 12. 14. 선고 99후802 판결(이하 ‘J VIM 사건’)[상표권자인 ‘주식회사 성도’가 모회사인 ‘주식회사 성도섬유’가 사용한 선사용상표 **J. VIM** (지정상품: ‘신사복’ 등)에 기하여, 등록상표 **J VIM** (지정상품: ‘샌들화’ 등)의 무효심판을 청구한 사건임]은 “원심판결 이유에 의하면, …… 어떤 상표가 상표법 제7조 제1항 제11호 소정의 상표에 해당되는지 여부를 판단함에 있어서 그 상표와 대비되는 인용상표는 반드시 그 상표권자가 사용하여야 하는 것은 아니고 타인이 상표권자로부터 승낙을 받아 사용권 설정등록이 없이 사용하더라도 무방하며, 원고의 모기업인 주식회사

가 없도록 주의하여야 한다고 한다.

19) 網野 誠 저, 강동수·강일우 공역, 상표(신판), 대광서림(1990), 734, 송영식 외 6인, 송영식 지적소유권법(하), 육법사(2008), 370 참조, 송영식은 “우리 법은 사용권자는 ‘그 상품에 자기의 성명 또는 명칭을 표시하여야 한다’고 하여 자기명칭표시의무를 두고 있으므로, 본 항은 이러한 의무의 위반을 간접적으로 규제하는 규정으로 본다.”고 함.

성도섬유가 원고의 허락하에 인용상표를 사용하였다 하더라도 위 주식회사 성도섬유의 상표 사용을 상표법 제7조 제1항 제11호에 있어서의 인용상표의 사용이 아니라고 할 수는 없다고 …… 판단하였다. 위에서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 주식회사 성도섬유가 원고의 허락하에 이 사건 등록상표의 등록사정일보다 약 7년 전부터 인용상표를 계속하여 사용함에 의하여(통상사용권의 설정등록을 하여야만 인용상표의 사용이 되는 것은 아니므로, 통상사용권의 설정등록 없이 사용한 기간의 사용실적도 사용자료로 인정할 수 있다) 인용상표는 주식회사 성도섬유의 상품이나 상표로 인식될 정도로 알려져 있다고 보아야 할 것이므로, 원심이 인용상표가 주식회사 성도섬유가 아닌 원고의 상품이나 상표라고 인식될 정도로 알려져 있다고 인정한 것은 잘못이나, 인용상표가 특정인의 상표로서 알려져 있는 이상 비록 특정인이 상표권자인 원고가 아니라고 하더라도 일반 수요자를 보호하기 위한 규정인 상표법 제7조 제1항 제11호를 적용함에 지장이 없다.”고 판단하였다.

이 사건의 보고연구관은 “선사용상표의 사용실적을 고려할 때, 동일하고 일관된 출처로 인식된다면 그 선사용상표의 사용이 상표권자에 의한 것이든, 사용권자에 의한 것이든 상관이 없고, 통상사용권자에 의한 것인 경우 사용권 설정등록이 되지 않았다 하더라도 선사용상표의 인식도를 인정하기 위한 자료로서 고려함에 아무런 지장이 없다.”고 보고하였다.

㉔ 또한 대법원 1998. 2. 27. 선고 97후1559 판결[이 사건은 원심이 미국을 비롯한 13개국 이상 국가에서 의류, 가방, 신발류 등에 등록된 사실이 있고 해외여행이 자유롭고 국가 간의 무역거래가 일상화된 요즈음의 실정에 비추어 볼 때 선사용상표  (지정상품은 ‘신사복, 바지, 스커트’ 등, 위에서부터 순서대로 읽어보면 ‘마리떼 저버 프랑소와’임),  (지정상품은 ‘단화, 장화, 편상화’ 등, 위에서부터 순서대로 읽어보면 ‘마리떼 프랑소와 저버’임)는 국내 일반수요자나 의류, 가방, 신발류 등을 취급하는 관련 거래자들에게는 어느 정도 알려져 있으므로 이 사건 출원상표



(지정상품은 ‘서류가방, 핸드백, 학생용가방’ 등, 검은색 박스 안을 위에서부터 순서대로 읽어보면 ‘마리페 프랑소와 저버’임)는 상표법 제7조 제1항 제11호에 해당한다고 판단한 사안에 대한 것임]도 “인용상표는 13개 국가에서 신발, 의류, 가방류에서 등록된바 있으며 우리나라에서도 위와 같이 등록이 되었고 1990년부터 통상사용권 설정등록을 하여 국내영업을 하고 있었으므로 이 사건 출원상표에 대한 출원 당시로서도 인용상표는 적어도 그것이 사용된 의류, 신발류에 관하여는 국내의 일반거래에 있어서 수요자나 거래자에게 특정인의 상표라고 인식될 수 있을 정도로는 알려져 있었다고 봄이 상당하다.”고 판시하였다. 이 대법원판례는 선사용상표권자가 사용한 것인지, 통상사용권자가 사용한 것인지를 묻지 않고, 모두 선사용상표의 사용실적으로 고려될 수 있음을 밝히고 있다는 점에서 의의가 있다.

(4) 제3자의 사용에 의해서도 주지성을 취득할 수 있다.

① 제3자가 선사용상표권자의 대리인이나 국내대리점 총판인 경우, 그들이 선사용상표권자와 대립하는 이해관계를 가진다고 하더라도, 그들의 사용에 의해서 선사용상표가 주지성을 취득할 수 있다.

② 대법원판례도 같은 취지이다(아래 판례의 사안들은 모두 선사용상표 사용자가 상표를 사용하였으므로 선사용상표권자가 아닌 선사용상표 사용자의 상표로 알려져 있었다고 주장하였다).

㉔ 대법원 2003. 2. 11. 선고 2001후2306 판결(이하 ‘SANDOZ 사건’)

[이 사건은 저명한 스위스 시계회사의 상표인 인용상표()에 기하여 원고 등록상표(SANDOZ)의 무효심판을 청구한 사건이다.]은 “인용상표가 세계 60여 개국에 등록된 상표로서 우리나라에서도 피고가 존속기간 갱신 등록을 하지 아니하여 권리가 소멸한 1986. 3. 14.경까지 등록되어 있었던 점, 1985년경부터 1996년경까지 10년 이상 여러 TV, 라디오, 신문, 잡지에

인용상표가 부착된 시계광고가 계속되어 온 점, 그 광고 문구에 산도스시계가 스위스에서 생산되는 제품임을 직접 표시하거나 스위스에서 생산되는 제품과 제휴관계에 있음을 직감할 수 있는 문구가 계속 사용되어 온 점, 특히 인용상표 중 도형 부분은 피고가 전 세계적으로 자신의 시계에 사용하는 독창적인 표장인데, 원고가 한 광고들에 이와 동일 또는 유사한 표장이 산도스시계 주식회사 또는 산도스시계(주)라는 상호의 앞부분에 결합되어 사용된 것이 대부분인 점 등을 종합하면, 원고의 산도스시계에 대한 광고와 판매행위를 통하여 일반 수요자나 거래자들은 산도스시계와 그 사용상표가 원고의 산도스시계사가 직접 제조·판매하는 시계나 원고의 상표로 인식하기보다는 스위스제 시계 및 그 상표로 널리 인식하였다고 봄이 상당하다.”고 판시하였다.

이 사건의 경위는 다음과 같다. 1984. 6. 28. 피고, 인용상표(1966. 3. 14. 등록, 상표등록번호 제1191호) 양수 / 1984. 10. 원고, “산도스시계 주식회사” 설립 / 1985. 5. 18. 산도스시계 주식회사, 소외 추포핑(피고의 대리인)과 국내 독점대리인계약 체결 → 1985. 6. 7.부터 1990. 1. 17.까지 시계 무브먼트를 수입, 시계를 제조 판매 / 1986. 3. 14. 인용상표, 존속기간만료로 소멸(피고 갱신절차를 취하지 아니함) / 1993. 2. 6. 원고, 등록상표 출원 → 1998. 7. 23. 등록결정 → 1998. 9. 3. 등록

이 사건의 보고연구관은 “피고로부터 시계 무브먼트를 수입한 기간(1985년부터 1990년경까지) 동안에 원고가 국내에서 행한 광고는 피고의 인용상표를 위해 광고한 것이고, 그 이후의 원고가 행한 광고도, 그 광고내용에 인용상표가 피고의 상표가 아니라 원고의 상표라고 분명하게 명시하여 종래의 상품출처표시와 단절을 시키지 않는 한 일반수요자들은 종래와 동일한 출처에서 나온 것으로 인식할 수밖에 없다 할 것인데, 위 독점대리인계약이 존속하고 있는 동안과 종료된 이후에 있어서의 광고의 형태나 내용에 별다른 변동이 없었다는 점(전체적으로 볼 때 인용상표가 부착된 산도스시계가 스위스에서 생산된 제품이거나 어떤 기술적인 제휴관계에 있음을 직감할 수 있는 문구가 표시되어 있다), 산도스시계 주식회사나 산도스시계

(주)라는 상호가 광고의 하단부에 기재되어 있기는 하였지만, 그 옆에 부가된 도형이나 ‘산도스’라는 외국어 및 스위스와 관련성을 직접 나타내거나 암시하는 광고 문구를 표시함으로써 일반 수요자들로 하여금 산도스시계사를 ‘산도스’라는 외국회사의 국내 자회사(子會社)나 현지법인 정도 또는 라이선스관계 등 특수한 관계에 있는 자로 오인하기 쉽도록 한 점 등에 비추어 독점대리인 계약이 종료된 이후에 원고 측이 행한 광고 역시 스위스회사(피고)의 시계제품에 대한 광고로 봄이 상당하다.”고 보고하였다.

㉔ 대법원 2003. 4. 8. 선고 2001후1884, 1891 판결(이하 ‘HIBLOW 사건’)[이 사건은 저명한 외국 회사의 상표인 인용상표(HIBLOW)에 기하여 원고 등록상표들(HIBLOW,  하이브로)의 무효심판을 청구한 사건임]은, “HIBLOW”라는 상표가 부착된 ‘에어펌프’의 국내 판매 및 광고행위는 “도형+하이브로” 및 “HIBLOW”와 같이 구성된 상표들의 등록자가 위 상표권자의 대리인의 자격으로 한 것이므로 국내 거래계에서는 “HIBLOW”라는 상표가 그 상표가 부착된 에어펌프를 생산·공급한 상표권자들의 것으로 인식되었다고 보았다.

이 사건에서 원고는 상고이유로서, “인용상표의 상표권자는 국내에서 직접 카탈로그의 선전과 배포를 한바 없고, 원고가 자신이 사용하는 상표와 더불어 등록상표만을 선전·광고하였으며, 피고로부터 ‘에어펌프’라는 단일 상품을 수입해 원고의 상표를 별도로 위 상품에 부착하고 포장용 박스에 대해서도 원고의 영업장 주소 등을 인쇄하여 국내 수요자들에게 공급하였으며, 상품공급과정에 있어서도 ‘에어펌프’와 더불어 원고가 주문제작한 ‘기포발생기와 산기관’이라는 제품을 함께 공급하였으므로, 원심이 원고가 피고들을 대신하여 선사용상표를 피고들의 상표로 인식되도록 사용한 것이라고 판단한 것은 위법하다.”고 주장하였다.

이 사건의 보고연구관은 “피고들이 직접 제품을 판매한 것은 아니지만, 원고가 피고들의 한국총판자격으로 피고들로부터 제품을 공급받아 판매하였고, 그 광고에 선사용상표를 사용함에 있어서도 선사용상표가 부착된 제품이 일본으로부터 수입한 제품이고, 그 제조원이 피고들이며, 원고가 운영

하는 한일하이브로상사가 피고들의 한국총판임을 표시한 점에 비추어 선사용상표는 피고들의 제품을 식별하는 표지로 사용된 것이라고 봄이 상당하다.”고 보고하였다.

③ 선사용상표권자와 특별한 관계가 없는 제3자에 의한 사용에 의하여서도 주지성을 취득할 수 있다.

부정경쟁행위 관련 판례이기는 하나, 다음과 같이 일본 최고재판소 판례에 비추어 보면, 이를 긍정할 수 있다.

최고재판소 제1소법정 1993. 12. 16. 판결[아멕스(アメックス) 사건]²⁰⁾은 “부정경쟁방지법 제1조 제1항 제2호가 말하는 ‘널리 인식된 타인의 영업임을 나타내는 표시’라 함은, 영업주체가 이를 사용 내지 선전한 결과 당해 영업주체의 영업인 점을 나타내는 표시로서 널리 인식된 정도에 이른 표시뿐만 아니라, 제3자에 의해 특정의 영업주체의 영업인 점을 나타내는 표시로서 이용되어 그 표시로서 널리 인식된 정도에 이른 것도 포함한다고 해석함이 상당하다.”고 판시하였다.

이 사건에서 원고는 1850년에 창립된 미국법인으로서, 신용카드 서비스 및 여행자수표의 발행 등 여행관련 서비스를 포함한 종합금융서비스 사업을 세계적으로 전개하는 ‘아메리칸 익스프레스’ 기업 그룹의 일원이고, 일본에서도 지점을 개설하여 많은 여행자수표를 판매하고 신용카드를 발행하고 있다. 원고의 정식명칭은 ‘아메리칸 익스프레스 인터내셔널 인코퍼레이티드’이지만, 1976년경부터 신문이나 잡지 등에 ‘아멕스’라는 단어가 원고의 약칭으로서 널리 사용되게 되었고, 원고는 ‘아멕스’로 된 표시(이하 ‘X 표시’)를 광고에 사용하게 되었다.

피고는 ‘주식회사 아멕스 인터내셔널’(이하 ‘Y 상호’)을 상호로 하여 1980년 설립된 회사로서, 주로 광고대리업이나 부동산업을 영위하고 있음. 피고는 설립된 이래 Y 상호 또는 ‘아멕스’라는 단어(이하 ‘Y 표시’)를 자신의 영업표시로 사용하고 있다.

원고는, Y 상호와 Y 표시가 자신의 주지의 영업표시인 X 표시와 유사하

20) 中山信弘 등 편, 별책 주리스트 상표·의장·부정경쟁판례백선, No. 188(2007. 11.), 238.

다는 이유로, 부정경쟁방지법 제1조 제1항 제2호(현행 제2조 제1항 제1호)에 기하여, Y 표시의 사용금지 및 Y 상호의 말소등기를 구하였다. 이에 대하여 피고는, “부정경쟁방지법 제1조 제1항 제2호는 영업표시의 금지를 구하는 자가 직접 만들어 사용한 결과 주지에 이른 표시의 보호를 목적으로 하는 규정인바, 본건에 있어서는, X 표시는 제3자가 작성한 것이고, 또한 피고가 Y 상호 및 Y 표시의 사용을 개시한 1980년 당시, 원고 자신은 아직 X 표시를 사용하지 않고, 제3자의 사용에 의해 X 표시가 주지성을 획득한 것이므로, X 표시는 동호의 보호를 받을 수 없다.”고 주장하였다. 최고재판소는 위와 같이 판시하여 피고의 주장을 배척하였다.

부정경쟁방지법 제2조 제1항 제1호는 조문상 주지성의 획득태양을 특별히 제한하고 있지 않고, 또한 주지성의 획득태양이 어떤 것인가에 상관없이 현재 그 표시가 특정의 영업주체를 지시하는 것으로서 주지성을 획득하고 있는 한 타인이 그 표시와 유사한 표시를 사용하는 것은 수요자에게 혼동을 일으킬 염려가 있으므로 혼동의 방지를 목적으로 하는 동호의 취지에서 보더라도 주지표시로서 보호를 인정하여야 한다. 이 점에 관하여는 학설상으로 이론이 없다.

3) 선사용상표는 타인의 상표이어야 한다.

가) 선사용상표의 권리자²¹⁾가 그 상표를 출원하는 경우에는 정당한 권리의 행사일 뿐만 아니라 수요자를 기만할 염려도 없으므로, 선사용상표가 타인의 상표가 아닌 경우에는 제11호가 적용될 여지가 없음은 당연하다.

대법원 1999. 12. 24. 선고 97후3623 판결도 “상표법 제7조 제1항 제11호 후단 규정의 취지는 이미 특정인의 상표로 인식된 상표를 사용하는 상품의 출처 등에 관한 일반 수요자의 오인·혼동을 방지하여 이에 대한 신뢰를 보호하고자 하는 것이므로 위 법 규정에서의 ‘수요자를 기만할 염려가 있는 상표’에 해당한다고 하기 위하여는 그 상표와 대비되는 상표나 상호 등

21) 그 용어로는 주지상표의 보유자, 주지상표의 주체, 주지표시의 소유자, 주지상표주, 주지상표권자, 선사용상표의 권리자, 기존의 상표의 권리자 등 여러 용어가 사용되고 있다. 이하에서는 대법원판례가 사용한 ‘선사용상표의 권리자’를 사용하였다(대법원 2010. 1. 28. 선고 2009후3268 판결 참조).

의 표장이 타인의 것이어야 하고, 그 표장이나 그 사용상품이 반드시 주지·저명하여야 하는 것은 아니지만 적어도 국내의 일반거래에 있어서 수요자나 거래자에게 그 표장이나 그 표장이 사용된 상품이라고 하려면 특정인의 표장이나 상품이라고 인식될 수 있는 정도로 알려져 있는 등의 사정이 있어, 대비되는 양 표장을 동시에 사용할 경우에 거래관념상 일반 수요자들이 상품의 출처의 오인·혼동을 일으킬 염려가 있어야 한다.”고 판시하였다.

또한 대법원 2006. 7. 13. 선고 2005후70 판결도 “등록무효 심판청구의 대상이 된 등록상표가 상표법 제7조 제1항 제11호에서 규정하고 있는 ‘수요자를 기만할 염려가 있는 상표’에 해당하기 위해서는 그 등록상표나 지정상품과 대비되는 타인의 상표나 그 사용상품이 등록상표의 등록결정 당시에 적어도 국내의 일반거래에 있어서 수요자에게 그 상표나 상품이라고 하면 곧 특정인의 상표나 상품이라고 인식될 수 있을 정도로 알려져 있어야 한다.”고 하여 이를 명시하고 있다.

나) 선사용상표의 권리자가 누구인지에 관하여 다툼이 있는 경우 그 권리자의 확정방법

(1) 문제의 제기

우리 사건에서 보듯이, 어떤 상표출원에 대하여 특정인의 상표라고 인식될 정도로 알려진 선사용상표가 존재함을 들어 제11호로 상표등록을 거절하였는데, 상표출원자가 자신이 선사용상표의 권리자라고 주장하면서 제11호를 적용함은 부당하다고 다투는 경우가 있다(SANDOZ 사건이나 HIBLOW 사건에서도 마찬가지이다).

(2) 참고할 사항들

이런 경우에 어떻게 선사용상표의 권리자를 확정하여야 하는지에 관하여는, 특별히 논하고 있는 글은 찾을 수 없었다.

가능한 견해를 도출하기에 앞서, 대법원판례는 어떻게 보고 있는지, 제11호 수요자기만상표가 미등록주지상표를 소극적으로 보호하는 규정임에 착안하여, 미등록주지상표를 적극적으로 보호하는 우리나라 부정경쟁방지법

상의 금지청구권에 있어서는 청구권자를 어떻게 보는지, 일본 부정경쟁방지법상 금지청구권자의 범위, 사용주의 국가에서는 어떻게 처리하고 있는지를 차례로 살펴본다.

(가) 대법원판례는 어떻게 보고 있는지

앞서 J VIM 사건에서 대법원 2001. 12. 14. 선고 99후802 판결은 핵심쟁점으로 판단한 것은 아니라 부가적으로 언급한 것이기는 하나, “원심이 실제 사용자인 ‘주식회사 성도섬유’가 아니라 ‘주식회사 성도’(의류의 제조 판매업을 하지 않음)의 상품이나 상표로 인식될 수 있을 정도로 알려져 있었다고 판단한 것은 잘못”이라고 판단하였다. 그 판시만을 보면, 실제 광고 실태 등을 본 수요자들이 어떻게 인식할 것인가를 추정하여 선사용상표의 권리자를 결정하여야 하는 것처럼 보인다.

그러나 위 판시는 일반 수요자들이 구체적으로 상표사용자까지 인식하였다면 그것은 ‘주식회사 성도섬유’라는 것이지, 선사용상표의 권리자에 대하여까지 판시한 것은 아니라고 할 것이다. 이 사건의 보고연구관도 “주식회사 성도섬유의 상품이나 상표로 인식되었다고 하더라도 주식회사 성도섬유와 기업관계에 있고 인용상표의 상표등록을 소유하고 있는 주식회사 성도가 이 사건 무효심판의 이해관계인에게 해당하는 것에 지장이 없다.”고 보고하고 있어, 선사용상표의 권리자에 대하여는 달리 보고 있는 것으로 이해할 수 있다.

그리고 이 사건은 선사용상표의 권리자가 누구인가가 문제되는 사안도 아니었다. 원심은 이 부분 판단을 원용하여 ㄱODA상표가 乙의 상표로 알려졌다고 판단하였다.

반면 앞서 본 SANDOZ 사건 및 HIBLOW 사건의 대법원판례는, 실제 광고자가 우리나라 회사이지만 그가 한 광고내용이 외국회사의 SANDOZ나 HIBLOW를 광고한 것이었다는 점을 근거로 그 광고실적을 외국회사의 SANDOZ나 HIBLOW가 알려진 정도를 결정하는 데 고려요소로 보고, 그 광고에 의하여 국내회사의 상표가 알려진 것은 아니라 외국회사의 상표가 알려졌다고 보았다.

(나) 우리나라 부정경쟁방지법상 금지청구권의 청구권자²²⁾

부정경쟁행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있는 자에는 그러한 표지의 소유자(주지표지를 창작하고, 선택한 자) 뿐만 아니라 독점적 실시권자, 그룹명칭의 경우 계열사 중의 한 회사, 프랜차이즈에 있어서 그 본부와 가맹점 등 그 표지의 사용에 관하여 고유하고 정당한 이익을 가지고 있는 자도 포함된다.

대법원 1997. 2. 5. 자 96마364 결정도 “부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가) 목 및 (나)목 소정의 국내에 널리 인식된 상품표지 또는 영업표지에 관한 부정경쟁행위로 인하여 자신의 영업상의 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있어 같은 법 제4조 제1항에 의하여 그 행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있는 자에는 그러한 표지의 소유자뿐만 아니라 그 사용권자 등 그 표지의 사용에 관하여 고유하고 정당한 이익을 가지고 있는 자도 포함된다고 할 것이다.”라고 판시하고 있다.

영업과 주지표지를 함께 양수받은 자도 금지청구권을 승계한다. 반면 표지의 모용자가 당해 표지를 계속 사용한 결과 모용자 자신의 상품, 서비스를 나타내는 것으로 그 주지성을 취득한다 하더라도 모용자는 표지의 사용에 관한 정당한 이익을 가진다고 볼 수 없어 금지청구권을 행사할 수 없다.²³⁾

통상사용권자가 금지청구권을 행사할 수 있는지에 관하여는 견해가 나뉜다. 주지표시의 라이선시 licensee)는 그 표시가 라이선서 licensor)의 상품, 서비스를 나타내는 것으로 주지인 이상 자기의 상품, 서비스를 나타내는 것으로는 주지성을 취득하지 못하였다 하더라도 금지청구권을 행사할 수 있다는 견해²⁴⁾와 사용권자 중 통상사용권자는 그의 사용이 계약에 의해 용인된다는 것뿐이므로 금지청구권이 없다고 보는 견해²⁵⁾로 나뉜다.

22) 사법연수원(주 14), 72~75.

23) 이는 부정경쟁방지법상으로는 악의로 주지성을 취득한 경우에는 보호하지 않는다는 설에 근거한 것으로 보인다. 반면 제11호의 수요자기만상표에서는 악의의 주지성 취득을 문제 삼지 않으므로, 모용자가 상표를 출원할 수 있다고 보아야 한다.

24) 사법연수원(주 14), 74.

25) 송영식 외 6인(주 8), 437, (주 8) 483은 이 설이 통설, 판례라고 한다.

주지표지의 영업주체가 사업을 휴업하고 있는 동안 후출영업자가 전영업자의 주지표지와 동일, 유사한 영업표지를 사용하여 독자적으로 그 주지성을 취득한 경우에는 휴업기간, 휴업동기(불가항력유무), 후출영업자가 동일, 유사표지를 채택한 경위, 동기 등을 종합적으로 고찰하여 누구를 보호함이 상당한가를 판단하여야 할 것이나, 보통은 후출영업자가 주지성을 취득하여 업계에 확고한 지위를 점한 이상 현존의 이익을 보호하는 측면, 소비자를 보호하는 측면에서 후출영업자를 보호함이 상당하다.²⁶⁾

(다) 일본 부정경쟁방지법상 금지청구권자의 범위²⁷⁾

금지청구권자의 범위에 대하여 ‘영업상 이익이 침해되거나 또는 침해될 우려가 있는 자’라고만 하고 있고 구체적이고 일의적으로 정하고 있지 않다.

이에 대하여, ① 주지표시의 사용에 있어서 고유하고 정당한 이익이 있는 것만으로는 족하지 않고 표시가 금지청구권자 자신의 상품 또는 영업을 표시한 것으로 주지일 필요가 있다는 판례(동경지판 1976. 4. 28. 가면라이더 사건: 원고와 마찬가지로 위 텔레비전 영화에 등장하는 주인공인 ‘가면라이더’ 및 ‘가면라이더-v3’에 대해 상품화를 허락받아 그 자세를 형상화한 인형을 제조·판매하고 있는 업자가 원고 이외에도 수명에 이르고, 또한 인형 이외에도 상품화의 허락을 얻어 상품화된 상품이 다종류이므로, 원고의 가면라이더 및 원고의 가면라이더-v3의 형태가 특히 원고의 상품인 점을 나타내는 표시로서 널리 인식되었다고 말할 수 없다’고 판시한 사건이다), ② 금지청구권자의 상품을 표시하는 것으로 주지일 것까지 필요로 하지 않는다는 판례[동경고판 1973. 10. 9. 花ころも 사건: ‘花ころも’이라는 상표에 의해 표시된 피항소인(채무자)의 good will을 정당하게 승계하여 그 상표를 사용하고 있으므로 금지청구권이 있다고 한 사례이다.]로 나뉘어 있는데, 요즈음은 주지표시의 소유자, 사용권자는 물론 표시의 사용에 고유하고 정당한 이익을 가지는 자도 포함된다고 보아 비교적 넓게 해석하여 오고 있다.

26) 윤병각, “부정경쟁행위의 유형과 구제방법”, 재판자료(57), 580~581 참조.

27) 소야장연 편저, 신주해 부정경쟁방지법 신판(하), 청림서원(2007), 842~847.

다만 “제3조 제1항의 금지청구권 및 제4조의 손해배상청구권을 가지는 주체는 ‘영업상 이익’을 가지는 자인바, 제2조 제1항 제3호의 형태모방의 금지·손해배상을 청구할 수 있는 자는 형태모방의 대상으로 된 상품을 스스로 개발·상품화하여 시장에 내놓은 자에 한한다.”고 하여, 미국 메이커로부터 일본 내에 독점적 판매권을 부여받아 수입함과 함께 메이커의 허락 하에 한국의 제조업자에게 제조시켜 일본 국내에 판매하여 온 원고의 청구를 기각한 판례도 있다(동경지판 1999. 1. 28. 수퍼랩형 캐디백 사건).

하지만 맥도날드 항소사건 판결(동경고판 1978. 10. 25. 판결)은 미국 맥도날드 코퍼레이션으로부터 실시허락계약에 의해 배타적 실시권을 허락받은 일본 맥도날드 주식회사의 금지청구를 인정하였다.

복수의 영업자 간에 경제상, 계약상, 경영상 등 어떤 관계가 있고, 그와 같은 관계가 공통의 표시를 사용하는 것에 표시되어 있는 것과 같은 경우에는, 적극적으로 보호하고자 한다. 복수의 영업자가 공통의 표시에 나타난 신용을 공통으로 향유하고 있는 경우에도 같다. 프랜차이즈의 보급에 따라 프랜차이저(본부)가 금지청구자가 되는 것을 인정한 재판례가 많다. 또한 라이선시, 프랜차이지의 금지청구권을 인정한 재판례도 많다. 또한 프랜차이지가 상표권을 침해한 사안에 있어서, 그를 지도감독하고 있는 프랜차이저를 피고로 하여, 프랜차이저가 침해행위를 하지 않을 것을 구하는 것도 인정하였다.

타이포스(タイポス) 서체 사건(동경지판 1980. 3. 10. 사건)은, 히라가나와 가타가나로 창작된 서체는 제1조 제1항 제1호의 ‘상품’이 해당하지 않는다고 하여 청구를 기각하였지만, 그와 함께 이들 서체의 창작자로부터 동 서체에 대하여 독점적 사용허락계약을 체결한 ‘원고 등은 이른바 상품주체’가 아니라고 하면서도, ‘위 법조에 따라 보호되는 것은 신용의 보유자인 상품의 주체에 한한다’, ‘상품주체라 함은 상품의 제조, 가공 혹은 판매 등의 이른바 상품취급업무에 종사하는 것이면 족하고, 그 범위는 제법 넓은 것으로 생각되고, 또한 동일한 상품에 대해 동시에 복수의 자가 상품주체로 될 수 있는 것도 논할 필요가 없다’고 상술하였다.

(라) 사용주의를 채택하고 있는 미국의 경우

등록주의를 채택하고 있는 우리나라와는 달리 사용주의를 채택하고 있는 미국에서는 상표의 소유자(the owner of a trademark used in commerce)만이 출원인 적격을 가지는데, 여기서 상표의 소유자라 함은 “그 상표를 사용하고 있는 자 또는 그 상표 사용을 통제(control)하고 있는 자”를 말한다.²⁸⁾

상표를 사용한 본인이 아니더라도, 전액출자회사(모회사, 자회사 등), 라이선스, 프랜차이즈 등을 통하여 상표·상품의 질을 통제하고 있는 경우에는 상표의 소유자에 해당한다.²⁹⁾

미국 특허상표청의 상표심사매뉴얼에는 “관계회사(related company)에 의한 사용의 핵심은 그 사용된 상표와 관련된 상품과 서비스의 내용과 질(nature and quality)에 대한 통제(control)이다. 어떤 상표가 관계회사에 의해 사용되고 있으면, 그 상표의 사용은 상품과 서비스의 내용과 질을 통제하는 당사자의 이익에 도움이 된다. 이 당사자만이 상표의 소유자이고 상표의 등록출원을 할 수 있는 자이다.”라고 기재되어 있고,³⁰⁾ 라이선스와 프랜차이즈

28) 미국상표법 제1055조는 다음과 같이 규정하고 있다(2013. 1. 27. 미국 상표특허청의 홈페이지 <http://www.uspto.gov/trademarks/law/tmlaw.pdf>에서 검색함, 이하 같음).

Trademark Act of 1946(15 U.S.R) 1055(Use by related companies) Where a registered mark or a mark sought to be registered is or may be used legitimately by related companies, such use shall inure to the benefit of the registrant or applicant for registration, and such use shall not affect the validity of such mark or of its registration, provided such mark is not used in such manner as to deceive the public. If first use of a mark by a person is controlled by the registrant or applicant for registration of the mark with respect to the nature and quality of the goods or services, such first use shall inure **to the benefit of the registrant or applicant**, as the case may be.

그리고 미국 상표법 1127조는 다음과 같이 규정하고 있다.

Trademark Act of 1946(15 U.S.R) 1127. In the construction of this chapter, unless the contrary is plainly apparent from the context — The term “related company” means any person whose use of a mark is controlled by the owner of the mark with respect to the nature and quality of the goods or services on or in connection with which the mark is used.

29) 中嶋知子, 아메리카 상표법 가이드북, 중앙경제사(2011), 67.

30) 미국 특허상표청의 상표심사매뉴얼(Trademark Manual of Examining Procedure) 1201.03(Use by Related Companies) The essence of related-company use is the control exercised over the nature and quality of the goods or services on or in connection with which the mark is used. When a mark is used by a related company, use of the mark inures to the benefit of the party who controls the nature and quality of the goods or services. This party is the owner of the mark and, therefore, the only party who may apply to register the mark.(<http://tmep.uspto.gov/RDMS/detail/manual/TMEP/Oct2012/d1e2.xml#/manual/TMEP/Oct>에서 검색함. 이하 같음)

(License and Franchise Situations)와 관련하여 “미국 특허상표청은 계약이나 합의에 따라 통제되는 라이선시(사용권자)의 사용을 통해 상표를 소유하고 있다고 주장하는 당사자의 출원을 인정한다. 통제되는 라이선스계약은 구두나 서면으로 체결되어도 상관없다. …… 상표나 서비스표에 대한 소유권은 라이선시만이 상표를 사용하였더라도 그 통제된 라이선시의 사용을 통하여 획득되고 유지될 수 있다.”고 기재되어 있다.³¹⁾

한편 상표소유자가 제3자에게 라이선스를 주어 그 상표를 사용하게 하면서, 사용권자가 판매하는 상품이나 서비스의 질을 통제하지 않는 경우에는, 본래 상표가 가지고 있었던 것으로서 특정한 성질과 질의 상품·서비스업이라는 것을 표시하는 식별표지(identifier)로서의 중요성을 잃게 할 수 있고, 이는 상표법 제1127조에 의하여 상표의 포기(abandonment)로 해석될 수 있다.³²⁾

31) 미국 특허상표청의 상표심사매뉴얼(Trademark Manual of Examining Procedure) 1201. 03(f) (License and Franchise Situations) The USPTO accepts applications by parties who claim to be owners of marks through use by controlled licensees, pursuant to a contract or agreement. A controlled licensing agreement may be recognized whether oral or in writing. If the application indicates that use of the mark is pursuant to a license or franchise agreement, and the record contains nothing that contradicts the assertion of ownership by the applicant (i. e., the licensor or franchisor), the examining attorney will not inquire about the relationship between the applicant and the related company (i. e., the licensee or franchisee). Ownership rights in a trademark or service mark may be acquired and maintained through the use of the mark by a controlled licensee even when the only use of the mark has been made, and is being made, by the licensee.

32) Trademark Act of 1946(15 U.S.R) 1115(REGISTRATION ON PRINCIPAL REGISTER AS EVIDENCE OF EXCLUSIVE RIGHT TO USE MARK; DEFENSES) (b) Incontestability; defenses. To the extent that the right to use the registered mark has become incontestable under section 15 [15 U.S.C.A. §1065], the registration shall be conclusive evidence of the validity of the registered mark and of the registration of the mark, of the registrant's ownership of the mark, and of the registrant's exclusive right to use the registered mark in commerce … Such conclusive evidence of the right to use the registered mark shall be subject to proof of infringement as defined in section 32 [15 U.S.C.A. §1114], and shall be subject to the following defenses or defects: …

(2) That the mark has been abandoned by the registrant. …

그리고 미국 상표법 1127조는 다음과 같이 규정하고 있음

Trademark Act of 1946(15 U.S.R) 1127. In the construction of this chapter, unless the contrary is plainly apparent from the context— A mark shall be deemed to be “abandoned” when either of the following occurs: (2) When any course of conduct of the owner, including acts of omission as well as commission, causes the mark to become the generic name for the goods or services on or in connection with which it is used or otherwise to lose its significance as a mark.

결국 미국 상표법상으로는 사용허락자가 승인하는 품질의 상품에 상표를 사용하고 사용자가 사용허락자의 통제(control)하에 있는 경우에 있어서는 공중을 기망할 우려가 있는 사용이 아닌 한 사용허락은 유효하다. 단 사용허락자가 사용자의 계약에 반하는 사용을 묵인한 경우에 있어서는 사용허락자가 그 권리를 포기한 것이라고 인정되는 경우가 있다.³³⁾

(3) 가능한 견해

이상을 종합하면, 선사용상표의 권리자에 관하여 다툼이 있는 경우 그 주체의 확정방법으로 다음 두 가지 방법을 생각해 볼 수 있다.

(가) 제1설: 수요자의 인식만에 의하여 선사용상표의 권리자를 결정하는 방법(J VIM 사건의 대법원판례가 선사용상표의 권리자의 결정방법까지 실시하였다고 보는 입장)

근거로는, 제11호 후단의 수요자기만상표가 ‘상품 출처 등에 관한 일반 수요자의 오인·혼동을 방지하여 그에 관한 신뢰’를 보호하기 위한 것인 점을 들 수 있다.

(나) 제2설: 수요자의 인식과는 관계없이 선사용상표 사용과 관련된 실질적인 법률관계를 탐구하여 선사용상표의 권리자를 결정하는 방법(사용주의 국가의 처리방법과 같다)

근거로는, ① 제11호의 수요자기만상표를 부등록사유로 한 것은 미등록주지상표의 등록배제효를 인정하여 둔 규정이므로 미등록주지상표의 주체에게는 제11호를 적용할 수 없다고 보아야 하는데 상표권의 통상사용권 설정에서 보듯이 그 주체와 사용자가 분리되는 경우가 있어 수요자의 인식만으로는 정확한 선사용상표의 권리자를 알 수 없는 경우가 있다는 점, ② 특정인의 상표나 상품이라고 인식된다고 하는 것은 기존의 상표에 관한 권리자의 명칭이 구체적으로 알려져야 하는 것은 아닌데 그와 같은 경우에는 선사용상표의 권리자를 확정할 수 없게 되는 점, ③ 제11호의 입법 취지가 정확하개는 ‘선사용상표품의 품질에 대한 일반수요자의 신뢰를 보호’하는 것인데 외부적으로 나타난 상표사용자가 다르더라도 내부적으로 상표를 관

33) 송영식 외 6인(주 8), 210 참조.

리하는 자가 있는 경우에는 상표관리자가 상표를 취득하도록 하는 것이 그 입법 취지에 맞는 점 등을 들 수 있다.

(다) 검토: 그 근거에 비추어 제2설이 타당하다.

3. 이 사건의 경우

가. 원심판결 이유 및 원심이 채택한 증거들에 의하여 인정되는 사실관계

1) 원고의 **SODA** 또는 **SOODA**(등록번호: 제266701호 또는 제413797호)의 사용

원고는 2000년을 기준으로 위 상표들을 여성 및 남성용 신발과 의류에 20여 년간 사용하였다. **SOODA** 상표는 원고가 창작하여 구두제품에 사용하여 온 상표로서, 1999년 제화업계의 최고의 브랜드, 고객서비스 우수브랜드로 선정되기도 하였다. 원고는 구두에 사용하여 오던 **SOODA** 상표를 그 지정상품으로 ‘패종시계, 팔목시계’ 등으로 하여 2001. 7. 6. 출원, 2002. 12. 17. 등록하였다(상표등록번호 제537510호).

2) 주식회사 乙의 선사용상표(**SOODA**)의 사용



乙은 1999. 5.과 1999. 6.경에는 등의 상표를 사용하였고, 늦어도 2001년 2월호(‘537510호 상표’가 등록되기 전이다)에는 선사용상표를 2001년 2월호 ‘시계’ 잡지의 광고에 사용하였으며,

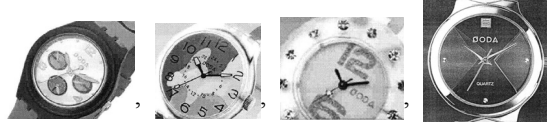


늦어도 2002년경에는 선사용상표를 시계에 사용()하였다. 그런 이유로 乙의 위 455801호 상표(**SODA DEUX**)는 부정사용을 이유로 상표등록이 취소되었다.

한편 乙은 2003. 4. 원고와 537510호 상표(**SOODA**, 2002. 12. 17. 상표

등록)에 대하여 그 계약기간을 2002. 12. 31.부터 하여 상표사용계약을 체결하였다. 위 상표사용계약에서 乙은 선사용상표를 사용하여 제조·판매하는 모든 상품을 품질기준에 따라 제조하고, 원고의 제품의 검사, 제조 공정에 있어서의 품질준수 여부 등의 확인을 위한 공장방문을 허가하며, 선사용상표를 사용하는 대가로 제1차년도(2003. 1. 1.부터 2004. 12. 31.까지)에는 무상으로 사용하되 제2차년도(2005. 1. 1.부터 2007. 12. 31.까지)부터는 원고에게 매년 일천만 원을 해당연도 전 12. 31.까지 각 지불한다는 등으로 약정하였다.

乙은 2003년경에는



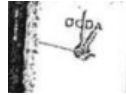
와

같이 선사용상표(SODA)를 많이 사용하였다. 乙이 생산한 ‘SODA’ 시계는 2002년과 2003년에 산업자원부장관으로부터 우수산업디자인상품(굿디자인상)으로 선정되었다. 乙의 ‘SODA’ 시계는 2004. 11.경 롯데마트, 이마트, 홈플러스, 까르푸, 세이브존, 뉴코아 아울렛 등 대형 할인매장과 수원 그랜드 백화점, 코엑스몰 등에서 판매되었다.

乙은 2005. 3.경 지하철 4호선에 SODA 상표를 부착한 시계 광고를 하였고, 1999. 1월과 1999. 5월 ‘Timepieces’ 잡지, 2004. 10월, 2004. 11월 스포츠서울 신문, 2004. 6월과 7월 굿데이 신문, 2004. 11. 굿모닝서울에 각 광고 하였고 그중 일부는 전면광고를 하였으며, TV 프로그램인 ‘웃찾사’ 등에 각 乙의 ‘SODA’ 시계 제품을 협찬 광고하였다. 월간 시계 WATCH AND JEWELRY 잡지, 스포츠서울 및 굿데이 신문 등에 2001년부터 乙의 ‘SODA’ 시계에 관한 소개 기사가 수차례에 걸쳐 실렸고, ‘MonBi’라는 잡지 2007. 1월호에는 인터파크에서 2006. 12. 13. 기준으로 선호순위 조사 결과 SODA 시계가 국내 패션시계 1위로 선정되었다는 기사가 게재되었다.

한편 원고는 乙이 위 상표계약상 사용료지급채무를 이행하지 아니한다는 등의 이유로 2005. 4.경 위 상표사용계약의 해지를 통고하고 그 무렵 선사용상표의 사용금지를 구하는 소를 제기하였음에도, 乙은 해지의 효력을

다투면서 2007. 1.경에도



와 같이 선사용상표를 계속 사용하였다.

나. 인터넷 포털사이트 네이버의 지식iN에서 검색결과: 인터넷검색을 하여 본 결과, 다음과 같은 내용을 검색할 수 있거나 알 수 있었다.

① 2003. 7. 8.자 지식iN 답변: 시계는 국내의 시계 제조업체에서 ‘소다’ 회사로부터 라이선스를 계약해서 자신들이 만든 시계에 이름만 붙인 겁니다. 국내에 유통되는 국산 시계들은 로만손을 제외하고는 거의 이런 방식이죠. 때문에 옷이나 신발처럼 소다만을 파는 시계 매장은 없고요, 시계 전문 매장이나 주얼리 매장에 가면 여러 브랜드의 시계들이 있는데 그중에서도 소다가 있을 겁니다.

② 2003. 9. 1.자 지식iN 답변: 외국의 시계회사들과 달리 우리나라의 시계 회사들은 대부분이 자신들의 회사명과 브랜드명이 일치하지 않습니다. 예외로 로만손 시계는 브랜드와 회사명이 동일합니다. 다른 회사들은 외국이나 국내의 유명 브랜드의 사용권을 계약해서 한 회사에서 많은 브랜드의 시계를 생산합니다. 이것도 과거의 예물시계들이 많을 때는 그렇지 않았으나 최근에 패션시계들이 많이 생기면서 더욱 심화됐고요. 예를 들면 송혜교가 모델로 있는 ‘포체(FOCE)’라는 시계를 생산하는 회사는 포체말고도 나이키 등의 여러 브랜드의 시계를 생산, 판매합니다. 보티첼리는 소다시계라는 브랜드로 유명한 乙(회사명)에서 만든 시계입니다.

③ 2003. 2. 16. 지식iN 질문: SODA브랜드에서 구두 말고 이렇게 시계도 나오나봐요? SODA 시계매장이 따로 있나요? (못 본 것 같아서요.) 답변: 소다에서 시계 브랜드도 나오고 있습니다. ... 그리고 교환을 하시려면 산 곳에서 바꿔야 하겠죠?

④ 2003. 6. 22. 지식iN 답변: 만일 님의 시계를 구입한 매장이 노티카 매장이 아니라면 그 시계는 노티카에서 만든 시계가 아니고 라이선스를 갖고 있는 시계제조 회사에서 만든 겁니다. 예를 들어 패션 시계로 엄청 유명한 소다라는 시계가 있습니다. 소다는 원래 구두 브랜드였고요, 소다 시

계를 만드는 회사는 소다 상표권을 갖고 있는 회사로부터 라이선스를 구입해서 생산 판매하는 거죠. 일반적인 패션회사들이 온갖 액세서리들을 만들어서 자사의 매장에서 판매하고 있고, 이런 경우 그 회사에서 만든다고 할 수 있으나, 유독 시계만큼은 그렇지 않더군요. 보통 시계는 시계를 제조/판매하는 한 업체에서 조금 유명하다는 브랜드의 라이선스를 계약해서 판매하고 있습니다. 시계는 스와치 등의 일부를 제외하고는 한가지의 브랜드만 판매하는 매장이 없지 않습니까? 시계회사에 다니는 사람을 한분 알고 있는데 그분의 회사에서도 나이키를 비롯해 포체, 벤츠 등 약 10여개 이상의 시계를 생산하고 시계 판매점에 납품해서 판다고 하더군요.

⑤ 2003년~2006년 사이 중고생들이 사는 패션시계의 브랜드로 SODA, adidas, Nike, DKNY, K-SWISS 등이 있었고, 그 외에도 Daks, POLO 등 의류 브랜드들이 시계에도 사용되고 있었다(이들 브랜드들은 모두 신발이나 의류에서 유명한 브랜드이다).

다. 소결

위와 같은 인터넷 검색결과에 비추어 보면, 통상의 일반수요자들은 시계를 사용상품으로 하는 선사용상표 ㄱ○D△는 시계업자인 乙이 구두업자인 원고로부터 라이선스받은 상표로 인식하고 있었다고 할 것이므로, 만약 일반 수요자에게 선사용상표의 구체적인 권리자까지 알려져 있었다고 본다면, 그 권리자는 乙이 아니라 원고라고 봄이 타당하다.

선사용상표 ㄱ○D△(사용상품: 시계)는 당초 원고가 구두 제품에 사용하던 것을 ‘팔목시계’ 등을 지정상품으로 하여 2002. 12. 17. 상표등록한 상표이고, 乙은 늦어도 2002. 12. 31.부터는 원고로부터 선사용상표에 대한 통상사용권을 설정받아 이를 사용하였으며, 원고가 상표사용계약을 해지하고 선사용상표의 사용금지를 구하였음에도 乙은 해지의 효력을 다투면서 이 사건 심결시까지 계속하여 선사용상표를 사용하여 왔으므로, 乙이 선사용상표를 사용한 것은 통상사용권자로서 사용한 것으로 보아야 할 것이다. 따라서 비록 선사용상표에 대한 상표등록이 절차상의 이유로 무효가 되었

다고 하더라도 선사용상표는 원고의 상표이지 乙의 상표라고 할 수는 없다.

이와 달리 선사용상표가 乙의 상표라고 본 원심판결에는 상표법 제7조 제1항 제11호의 선사용상표에 관한 법리를 오해한 위법이 있고, 이 점을 지적하는 상고이유는 이유 있다.

【對象判決의 意義】

대상판결은 수요자기만상표와 대비대상이 되는 선사용상표의 권리자를 어떻게 정하여야 하는지를 최초로 설시한 판결이다. 그간 특정인의 상표로 인식될 정도로 그 수요자들에게 알려진 상표가 선사용상표의 적격이 있는데 여기서 그 특정인이 누구인지는 알려지지 않아도 된다고 하면서도, 선사용상표의 권리자가 누구인지를 판단함에 있어서는 정작 수요자들에게 특정인이 누구로 알려졌는지를 기준으로 판단하는 모순된 경우가 때로 있었다. 대상판결은 이러한 경우에 어떻게 판단하여야 하는지를 제시하였다는 점에서 그 의의가 크다.

6. 상표법 제7조 제1항 제12호의 적용요건

(2013. 5. 9. 선고 2011후3896 판결 : 공2013상, 1054)

朴 泰 一

【判決要旨】

1. 상표법 제7조 제1항 제12호는 국내 또는 외국의 수요자 사이에 특정인의 상품을 표시하는 것이라고 인식되어 있는 상표(이하 ‘모방대상상표’라고 한다)가 국내에 등록되어 있지 않음을 기화로 제3자가 이를 모방한 상표를 등록하여 사용함으로써, 모방대상상표에 체화된 영업상 신용 등에 편승하여 부당한 이익을 얻으려 하거나, 모방대상상표의 가치에 손상을 주거나 모방대상상표 권리자의 국내 영업을 방해하는 등의 방법으로 모방대상상표의 권리자에게 손해를 끼치려는 목적으로 사용하는 상표는 등록을 허용하지 않는다는 취지이다. 따라서 등록상표가 이 규정에 해당하려면 모방대상상표가 국내 또는 외국의 수요자에게 특정인의 상표로 인식되어 있어야 하고, 등록상표의 출원인이 모방대상상표와 동일 또는 유사한 상표를 부정한 목적을 가지고 사용하여야 하는데, (1) 모방대상상표가 국내 또는 외국의 수요자 사이에 특정인의 상표로 인식되어 있는지는 그 상표의 사용 기간, 방법, 태양 및 이용범위 등과 거래실정 또는 사회통념상 객관적으로 상당한 정도로 알려졌는지 등을 기준으로 판단하여야 하고, (2) 부정한 목적이 있는지를 판단할 때는 모방대상상표의 인지도 또는 창작의 정도, 등록상표와 모방대상상표의 동일·유사 정도, 등록상표의 출원인과 모방대상상표의 권리자 사이에 상표를 둘러싼 교섭의 유무, 교섭의 내용, 기타 양 당사자의 관계, 등록상표의 출원인이 등록상표를 이용한 사업을 구체적으로 준비하였는지 여부, 등록상표와 모방대상상표의 지정상품 간의 동일·유사 내지 경제적 견련성의 유무, 거래실정 등을 종합적으로 고려하여야

하며, (3) 위와 같은 판단은 등록상표의 출원 시를 기준으로 하여야 한다.

2. 등록상표의 출원인이 그 출원 시를 기준으로 국내 또는 외국의 수요자 사이에 특정인의 상표로 인식되어 있는 모방대상상표와 동일 또는 유사한 상표를 부정한 목적을 가지고 사용하면 상표법 제7조 제1항 제12호에 해당하는 것이므로, 등록상표의 출원일 당시에 모방대상상표가 실제 상표로 사용되고 있지 아니하거나 모방대상상표의 권리자가 이를 상표로 계속 사용하려고 하는 의사가 명백하지 아니하다고 하여 곧바로 위 규정의 적용이 배제되는 것은 아니다. 즉 등록상표의 출원일 당시에 모방대상상표가 실제 상표로 사용되고 있지 아니하거나 모방대상상표의 권리자가 이를 상표로 계속 사용하려고 하는 의사가 명백하지 아니한 경우에도, 모방대상상표가 과거의 사용실적 등으로 인하여 여전히 국내 또는 외국의 수요자 사이에 특정인의 상표로 인식되어 있고, 등록상표의 출원인이 모방대상상표에 체화된 영업상 신용 등에 편승하여 부당한 이익을 얻으려 하거나, 모방대상상표의 가치에 손상을 주거나 모방대상상표의 권리자가 이후 다시 위 상표를 사용하려고 하는 것을 방해하는 등의 방법으로 모방대상상표의 권리자에게 손해를 끼치려는 목적을 가지고 모방대상상표와 동일·유사한 상표를 사용하는 경우에는 위 규정에 해당한다고 할 수 있고, 모방대상상표가 상표로 사용되고 있는지 여부, 모방대상상표의 권리자가 이를 상표로 계속 사용하려고 하는 의사가 있는지 여부는 모방대상상표가 특정인의 상표로 인식되어 있는지 여부와 등록상표 출원인의 부정한 목적 여부 등 위 규정에서 정한 요건의 충족 여부를 판단하기 위한 고려요소 중 하나가 되는 것에 불과하다.

【參照條文】

상표법 제7조 제1항 제12호

【事案의 概要】

1. 이 사건과 관련 사건의 경과 요약

사건번호	등록상표	선사용상표들	심결	원심
2011후3896	SUNFURNITURE 썬퍼니처 (제756469호)	 (제61269호)	2010당673 불해당	2011허6635 불해당
2011후3902	 (제801840호)	 (제66873호)	2010당674 불해당	2011허6727 불해당
2011후3919	 (제813531호)	 (제129320호)	2010당675 불해당	2011허6734 불해당

‘SUN FURNITURE’ 부분을 공통적으로 가지고 있는 피고의 등록상표 3건 각각에 대하여 원고가 역시 ‘SUN FURNITURE’ 부분을 공통적으로 가지고 있는 선사용상표들을 근거로 하여 상표법 제7조 제1항 제12호에 해당하므로 무효로 되어야 한다고 주장하면서 상표등록무효심판 3건을 제기하였다(지정상품이 모두 ‘가구류’로서 동일·유사하다는 점은 다투지 아니한다).

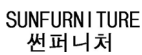
▶ 상표법 제7조 (상표등록을 받을 수 없는 상표)

① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 상표는 …… 상표등록을 받을 수 없다.

12. 국내 또는 외국의 수요자 간에 특정인의 상품을 표시하는 것이라고 인식되어 있는 상표(지리적 표시를 제외한다)와 동일 또는 유사한 상표로서 부당한 이익을 얻으려 하거나 그 특정인에게 손해를 가하려고 하는 등 부정한 목적을 가지고 사용하는 상표

2. 이 사건 등록상표

가. 출원일 / 등록일 / 등록번호: 2007. 10. 5. / 2008. 8. 8. / 제756469호

나. 표장:  SUNFURNITURE
쉰퍼니처

다. 지정상품: 선반, 옷장 등 가구류

라. 상표권자: 피고

3. 선사용상표들

가. 선사용상표 1(갑 제3호증)

1) 출원일 / 등록일 / 등록번호 / 소멸일(기간만료): 1978. 6. 16. / 1979. 5. 8. / 제61269호 / 1989. 5. 9.

2) 표장:  sun furniture
쉰퍼니처

3) 지정상품: 전화받침대, 책상, 책장, 옷걸이, 책꽂이, 신장, 경대, 식탁, 탁자, 장의자, 의자, 침대, 찬장, 차장, 농, 의장

4) 상표권자: A 주식회사

나. 선사용상표 2(갑 제4호증)

1) 출원일 / 등록일 / 등록번호 / 소멸일(기간만료): 1979. 4. 21. / 1980. 1. 22. / 제66873호 / 1990. 1. 23.

2) 표장:  sun furniture
쉰퍼니처

3) 지정상품: 전화받침대, 책상, 책장, 옷걸이, 책꽂이, 신장, 경대, 식탁, 탁자, 장의자, 의자, 침대, 찬장, 차장, 농, 의장

4) 상표권자: A 주식회사

다. 선사용상표 3(갑 제5호증)

1) 출원일 / 등록일 / 등록번호 / 갱신등록일 / 소멸일(기간만료): 1985. 7. 23. /

1986. 8. 26. / 제129320호 / 1997. 3. 24. / 2006. 8. 27.

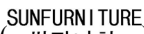
2) 표장:  **선퍼니처**
SUN FURNITURE

3) 지정상품: 장농, 화장대, 서랍장, 장식장, 책장, 의자, 식탁, 탁자, 침대, 소파, 사이드보드, 오디오박스, 문갑, 찬장, 전화대, 티비대, 코너셀프, 신발장

4) 상표권자: A 주식회사

4. 이 사건의 경과

가. 원고,¹⁾ 2010. 3. 19. 피고를 상대로 등록무효심판청구

이 사건 등록상표(, )는 국내에서 특정인의 상표로 인식되어 있는 선사용상표들(, , , )을 모방 출원하여 부정한 목적을 가지고 사용하는 상표이므로, 상표법 제7조 제1항 제12호의 규정에 해당하여 그 등록이 무효가 되어야 한다고 주장

나. 특허심판원(2010당673), 2011. 6. 1. 심판청구기각심결

이 사건 등록상표의 출원일 당시 선사용상표들이 특정인의 상품을 표시하는 것으로 알려져 있었다고 볼 수 없어, 이 사건 등록상표가 상표법 제7조 제1항 제12호에 해당하지 않는다는 이유

다. 원고, 2011. 7. 1. 심결취소의 소제기

라. 특허법원(2011허6635), 2011. 11. 25. 청구기각판결

상표법 제7조 제1항 제12호는 특정인이 등록상표의 출원일 당시 당해 상표를 사용하고 있거나 적어도 상표로 계속 사용하려고 하는 경우에만 적용될 수 있다는 이유

1) 선사용상표들의 상표권자였던 A 주식회사를 분할하여 2003. 12. 12. 설립된 회사.

마. 원고, 2011. 12. 7. 상고

5. 이 사건 등록상표에 대한 별건 등록무효 사건의 경과

☞ A 주식회사가 피고를 상대로 이 사건 등록상표에 대하여 A 주식회사의 ‘선우드’ 선등록상표들을 근거로 한 별건 등록무효심판(‘선우드’와 ‘선퍼니처’의 유사 여부가 쟁점)을 청구하였다가 기각된 사건

가. 피고의 등록상표: 이 사건 등록상표

나. A 주식회사의 선등록상표들²⁾

1) 선등록상표 1

가) 출원일 / 등록일 / 갱신등록일 / 등록번호: 1991. 2. 22. / 1992. 5. 14. / 2002. 12. 12. / 제237935호

나) 표장: 

다) 지정상품: 장롱, 침대, 찬장, 의자 등

2) 선등록상표 2

가) 출원일 / 등록일 / 갱신등록일 / 등록번호: 1991. 2. 22. / 1992. 5. 14. / 2002. 12. 12. / 제237936호

나) 표장: 

다) 지정상품: 장롱, 침대, 찬장, 의자 등

3) 선등록상표 3

가) 출원일 / 등록일 / 갱신등록일 / 등록번호: 1991. 2. 26. / 1992. 5. 14. / 2002. 12. 12. / 제237934호

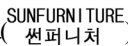
나) 표장: 

다) 지정상품: 장롱, 침대, 찬장, 의자 등

2) 당초 A 주식회사가 출원하여 상표권등록을 받았다가 2012. 11. 22. 원고에게 이전등록되었다.

다. 사건의 경과

1) A 주식회사, 2008. 11. 12. 피고를 상대로 등록무효심판청구

이 사건 등록상표()는 A 주식회사의 선등록상표들(, , )과 요부의 외관, 칭호, 관념이 동일·유사하고, 지정상품 또한 유사하며, 이 사건 등록상표는 건 외 상표인 상표등록 제129320호(이 사건 선사용상표 3을 말함)가 갱신등록이 되지 않은 것을 알고 부당한 이득을 얻으려고 출원하여 등록된 것이므로 상표법 제7조 제1항 제7호3) 및 제12호에 해당하여 그 등록이 무효가 되어야 한다고 주장

2) 특허심판원(2008당3428), 2009. 8. 3. 심판청구기각심결

이 사건 등록상표와 선등록상표들이 유사하지 아니하여 상표법 제7조 제1항 제7호에 해당하지 않고, 건 외 상표인 상표등록 제129320호(이 사건 선사용상표 3)가 국내의 수요자 간에 특정인의 상품을 표시하는 것이라고 인식되어 있는 상표인지 여부를 확인할 수 있는 구체적인 자료나 피고의 부정한 목적이 있었다고 입증할 수 있는 자료가 제출되지 않아 이 사건 등록상표가 상표법 제7조 제1항 제12호에 해당한다고 볼 수 없다는 이유

3) A 주식회사, 2009. 9. 3. 심결취소의 소제기

소송에서는 이 사건 등록상표의 무효사유로 상표법 제7조 제1항 제7호만을 주장

4) 특허법원(2009허6441), 2010. 1. 15. 청구기각판결

이 사건 등록상표와 선등록상표들의 표장들이 그 관념에 있어서 일부 유사한 측면은 있으나 그 외관과 호칭이 달라 일반 소비자나 거래자가 이들을 오인·혼동할 염려가 있다고 할 수 없으므로 그 표장이 유사하다고 할 수 없다는 이유

5) A 주식회사, 2010. 2. 9. 상고

3) 상표법 제7조 (상표등록을 받을 수 없는 상표)

① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 상표는 …… 상표등록을 받을 수 없다.

7. 선출원에 의한 타인의 등록상표(지리적 표시 등록단체표장을 제외한다)와 동일 또는 유사한 상표로서 그 지정상품과 동일 또는 유사한 상품에 사용하는 상표.

6) A 주식회사, 2010. 2. 23. 상고취하

☞ 결국 현 상태에서 보면, A 주식회사의 ‘선퍼니처’ 상표, A 주식회사로부터 분할된 원고의 ‘선우드’ 상표 어느 것으로도 피고의 이 사건 등록상표(선퍼니처)를 등록무효로 하지 못하게 되어, 피고의 ‘선퍼니처’ 상표와 원고의 ‘선우드’ 상표가 공존하고 있는 형국이 되었다.

【審決 및 原審判決의 要旨】

1. 이 사건 심결의 요지

선사용상표들은 1991년경에는 가구제품에 대해서는 어느 정도 알려진 표장에 해당한다고 할 수 있으나 1991년경부터 이 사건 등록상표의 출원일인 2007. 10. 5.까지 약 17년 동안 선사용상표들을 상품에 부착하여 사용한 사실이 없고, 상품을 판매한 실적, 광고된 비용 등 주지, 저명성을 입증할 만한 객관적인 자료가 없는 점 등을 감안할 때, 이 사건 등록상표의 출원일 현재 선사용상표들이 그 사용상품인 가구류와 관련하여 국내의 수요자들에게 특정인의 상품을 표시하는 것으로 알려져 있었다고 보기에 부족하다.

따라서 부정한 목적의 사용 여부 등에 대하여 더 나아가 살펴볼 필요도 없이, 이 사건 등록상표는 상표법 제7조 제1항 제12호에 해당하지 아니한다.

2. 원심판결의 요지

가. 등록상표의 출원 당시 선사용상표들이 사용되어야 하는지 여부(원심이 새롭게 법리를 설시한 부분)

등록상표가 상표법 제7조 제1항 제12호에 해당하기 위해서는 선사용상표들이 등록상표의 출원일 당시 국내 또는 외국의 수요자 간에 특정인의 상품을 표시하는 것이라고 인식되어 있는 ‘상표’여야 한다.

그런데 상표법은 상표를 보호함으로써 ‘상표사용자’의 업무상의 신

용유지를 도모하는 것 등을 그 목적으로 하고 있고(상표법 제1조), 상표는 자기의 업무에 관련된 상품을 타인의 상품과 식별되도록 하기 위하여 ‘사용’하는 표장을 말하므로(상표법 제2조 제1항 제1호), 상표권자에 의하여 사용되고 있지 아니한 표장은 상표법상의 ‘상표’에 해당된다고 보기 어렵다.

또한 상표법 제7조 제1항 제12호는 정당한 상표권자가 아닌 제3자가 부정한 방법으로 상표등록을 받아 정당한 상표권자의 상표사용을 배척하거나 그 상표에 화제된 영업상의 신용이나 고객흡인력 등의 무형의 가치에 손상을 입히는 것을 방지하기 위한 것으로서, 전사용상표들이 ‘사용’되고 있음을 전제로 하여 정당한 상표사용자의 권익을 보호하기 위한 규정이다

만약 수요자 간에 특정인의 상표로 인식되어 있거나 하면 상표로 사용되지 않더라도 상표법 제7조 제1항 제12호가 적용될 수 있다고 하면, 이는 정당한 상표사용자의 권익을 보호하기 위한 위 조항의 취지에 어긋난다.

나아가 상표법 제7조 제1항 제8호4)에 따르면, 상표권이 소멸한 날부터 1년을 경과하면 누구라도 그 등록상표와 동일 또는 유사한 상표를 등록할 수 있는데, 만약 상표법 제7조 제1항 제12호를 적용함에 있어 특정인의 상표가 사용되지 않아도 된다면, 특정인의 상표가 등록되었다가 소멸하여 1년이 경과했음에도 불구하고 여전히 특정인의 상표로 사용되는 것으로 오인되고 있다는 이유만으로도 상표법 제7조 제1항 제12호의 적용을 받아 다른 사람이 동일 또는 유사한 상표를 등록할 수 없게 될 위험이 있다. 이는 상표를 사용하지 않는 자의 독점적 지위를 연장시켜 상표법 제7조 제1항 제8호의 적용범위를 부당

4) 상표법 제7조 (상표등록을 받을 수 없는 상표)

- ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 상표는 …… 상표등록을 받을 수 없다.
 8. 상표권이 소멸한 날(상표등록을 무효로 한다는 심결이 있는 경우에는 심결확정일을 말한다)부터 1년을 경과하지 아니한 타인의 등록상표(지리적 표시 등록단체표장을 제외한다)와 동일 또는 유사한 상표로서 그 지정상품과 동일 또는 유사한 상품에 사용하는 상표
- ④ 제1항 제8호 및 제8호의2는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 적용하지 아니한다.
 2. 등록상표가 제1항 제6호·제9호·제9호의2·제10호·제11호·제12호 및 제12호의2, 제8조 또는 제73조 제1항 제7호의 규정에 위반한 것을 사유로 무효 또는 취소의 심결이 확정된 후 그 정당한 출원인이 상표등록출원한 경우

하게 축소시키는 결과를 가져온다.

한편 상표법 제7조 제4항에 따르면, 등록상표가 상표법 제7조 제1항 제12호에 위반한 것을 사유로 무효의 심결이 확정된 경우에 그 정당한 상표권자는 상표법 제7조 제1항 제8호의 적용을 받지 않아 그 무효심결의 확정일부터 1년을 기다릴 필요없이 곧바로 상표등록을 출원할 수 있다. 그런데 만약 상표법 제7조 제1항 제12호를 적용함에 있어 특정인의 상표가 사용되지 않아도 된다면 그 특정인은 진정한 상표사용자가 아님에도 불구하고 상표법 제7조 제1항 제8호의 기간제한을 받지 않고 상표법 제7조 제4항에 따라 곧바로 상표등록을 할 수 있게 되는바, 이는 정당한 출원인이라 할 수 없는 자의 독점출원지위를 보장하는 것으로서 상표법 제7조 제4항의 취지에 어긋난다.

결국, 위에서 살펴본 상표법의 목적과 상표의 정의, 상표법 제7조 제1항 제12호와 관련 규정들의 취지 등을 종합하여 볼 때, 상표법 제7조 제1항 제12호는 특정인이 등록상표의 출원일 당시 당해 상표를 사용하고 있거나 적어도 상표로 계속 사용하려고 하는 경우에만 적용된다고 할 것이다.

나. 이 사건에의 적용

A 주식회사가 1991년 3월경부터 이 사건 등록상표의 출원일인 2007. 10. 5.까지 16년 이상 선사용상표들을 상표로 사용하고 있지 않은 점, A 주식회사가 적극적으로 상표를 변경하고 그 사실을 대외적으로 알린 점, 선사용상표들의 등록갱신을 포기한 점 등에 비추어 볼 때, A 주식회사 및 2003. 12. 12. A 주식회사에서 분할 설립된 원고는 이 사건 등록상표 출원 당시 선사용상표들을 더 이상 상표로서 사용하려는 의사가 없었다고 판단된다.

원고는 이에 대하여, 선사용상표들이 1991년 이후 이 사건 등록상표의 출원 당시까지 광고에 표시되는 등의 방법으로 상표로 사용되었다고 주장한다.

A 주식회사와 원고가 1991년 3월 이후 2005년 1월경까지 “바로 이 선퍼니처가 sunWooD 선우드가구로 새롭게 탄생했습니다.”, “선퍼니처의 명성 그대로 선우드가구 sunWooD”, “선퍼니처의 차세대 가구 선우드” 등의 문

구를 사용하여 광고를 한 사실이 인정된다.⁵⁾ 그러나 이는 선사용상표들에 화체된 영업상의 신용이나 고객흡인력을 새로운 상표에 그대로 유지하고자 새로운 상표를 수식하는 용어로서 선사용상표의 호칭을 그대로 광고문구에 사용한 것일 뿐, 위와 같은 광고문구를 두고 선사용상표들을 상표로서 사용한 것이라고 볼 수 없다. 더욱이 위 광고는 모두 이 사건 등록상표의 출원일인 2007. 10. 5. 이전의 것들이다.

또한 ‘선우드가구’의 대리점들 중 일부가 이 사건 등록상표의 출원일 전 후에 걸쳐 인터넷상에 ‘선우드대리점’, ‘선우드가구울진대리점’, ‘선우드가구동두천대리점’, ‘선우드가구신당대리점’, ‘선우드천안대리점’ 등과 같이 선우드가구의 대리점임을 표시하면서도 주소란 말미에 여전히 ‘선퍼니처’라는 문구를 병기하는 등의 방법으로 대리점을 홍보하거나 “선퍼니처의 차세대가구 선우드는 21세기 밀레니엄 시대를 대비하는 기업입니다.”라는 문구를 사용하여 홍보하고 있는 사실이 인정된다.⁶⁾ 그러나 위 대리점들의 명칭이 ‘선우드대리점’, ‘선우드가구울진대리점’, ‘선우드가구동두천대리점’, ‘선우드가구신당대리점’, ‘선우드천안대리점’ 등인 점에 비추어 보더라도 위 대리점들에 의해 사용되는 상표는 ‘선우드’ 또는 ‘선우드가구’이며, ‘선퍼니처’는 위 광고와 마찬가지로 선사용상표들에 화체된 영업상의 신용이나 고객흡인력을 그대로 유지하고자 표기된 것에 불과하다고 판단된다.

나아가 ‘선퍼니처’ 등의 상표가 표시되거나 ‘선퍼니처 가구’로 알려진 중고가구들이 1991년경 이후는 물론 이 사건 등록상표의 출원일(2007. 10. 5.) 이후에도 여전히 중고시장에서 거래되고 있는 사실이 인정된다.⁷⁾ 그러나 위 중고가구들은 거래시점이 아닌 과거에 상표가 표시된 상품들이므로 그 상표가 사용된 시점이 언제인지 알 수 없다.

결국, 선사용상표들이 1991년경 이후 이 사건 등록상표의 출원일 당시까지 계속하여 사용되고 있었다고 인정할 수 없어, 선사용상표들은 이 사건

5) 갑 제86~98, 99-40~55, 100-52~69, 181호증.

6) 갑 제175~179호증.

7) 갑 제182~203, 217~221호증.

등록상표의 출원일 당시 특정인이 상표로서 사용하거나 사용하려고 하지 않은 것이어서, 이 사건 등록상표는 상표법 제7조 제1항 제12호에 해당하지 아니한다.

【上告理由의 要旨】

1. 상고이유 제1점: 상표법 제7조 제1항 제12호에 관한 법리오해와 심리미진 등

상표법 제7조 제1항 제12호가 적용되기 위한 요건은, ① 국내 또는 외국의 수요자 간에 특정인의 상품을 표시하는 것이라고 인식되어 있는 상표이어야 하고, ② 부당한 이익을 얻으려 하거나 그 특정인에게 손해를 가하려고 하는 등 부정한 목적을 가지고 사용하는 상표이어야 하며, 해당 요건의 판단 시점은 상표의 출원 당시이다. 그럼에도 불구하고, 원심은 상표법 제7조 제1항 제12호의 규정에 없는 ‘등록상표의 출원일 당시에 특정인의 선사용상표가 사용되고 있는 경우에 한하여 적용한다’라는 요건을 임의로 부가한 후 원고의 선사용상표는 이 사건 등록상표의 출원일 당시에 사용하거나 사용하려고 하지 아니한 상표이어서 상표법 제7조 제1항 제12호에 해당하지 않는 것으로 판단하여 법리오해의 위법이 있다.

뿐만 아니라, 설령 특정인의 상표가 등록상표의 출원일 당시에 사용되고 있어야만 상표법 제7조 제1항 제12호가 적용된다고 가정하더라도, 선사용상표들은 이 사건 등록상표의 출원일 당시에 사용되고 있었다고 보아야 한다. ‘선퍼니처의 명성 그대로 선우드 가구’ 또는 ‘선퍼니처의 차세대 가구 선우드’라고 가구상품의 광고에서 신, 구 상표를 함께 표시한 것은 ‘선퍼니처’ 상표가 갖는 고유기능 즉, 수요자들에게 원고의 상표로 널리 인식된 ‘선퍼니처’ 상표의 ‘가구’ 상품에 ‘선우드’ 상표가 사용된다는 취지로, ‘가구’ 상품의 출처표시 및 품질표시를 위하여 사용한 것이고, 수요자들은 ‘선우드’ 상표의 ‘가구’ 상품이 ‘선퍼니처’ 상표권자의 상품이라고 인식할 수

있으므로 ‘선퍼니처’ 상표의 사용에 해당하는 것이다.

원심은 ‘선사용상표들(선퍼니처)에 화체된 영업상의 신용이나 고객흡인력을 새로운 상표(선우드)에 그대로 유지하고자 사용한 광고문구’라고 설치하면서도 이러한 광고가 ‘선퍼니처’ 상표의 사용이 아니라고 하였는데, 이는 자기모순이다. ‘가구’ 상품에 ‘선퍼니처’ 상표를 사용하여 광고를 한 이상 ‘선퍼니처’ 상표를 사용한 것으로 보아야 한다.

원고는 2003. 12. 12. 선사용상표들의 상표권자인 A 주식회사에서 가구사업부가 분리되어 별개의 법인으로 설립된 회사이다. 선사용상표 3은 원고가 설립된 후 상표권이 이전되지 아니하여 야기된 상표관리상의 착오로 인하여 2차 존속기간갱신등록을 하지 못해서 2006. 8. 27. 기간만료로 상표권이 소멸된 것이다. 2006. 8. 26.까지도 선사용상표 3의 상표권이 유지되어 왔으므로, A 주식회사의 ‘선퍼니처’ 상표가 1991년도에 ‘선우드’ 상표로 변경된 이후 A 주식회사와 원고가 ‘선퍼니처’ 상표를 포기하였다고 보아서는 안 된다. A 주식회사와 원고는 1973년도부터 1991년 2월경까지 ‘가구’ 상품에 ‘선퍼니처, SUN FURNITURE’ 상표를 사용하였고, 1991년 3월부터 새로운 상표 ‘선우드, SUNWOOD’로 변경한 후에도 1973년부터 1991년까지 18년 동안 사용하여 ‘선퍼니처, SUN FURNITURE’ 상표에 화체된 영업상의 신용이나 고객흡인력을 새로운 상표에 그대로 유지하기 위하여, ‘선퍼니처’ 상표를 2005년 1월경까지 가구상품의 광고에 사용해왔다.

2. 상고이유 제2점: 판단누락

피고는 소의 남편 A에게 상표등록의 명의만을 빌려준 것이므로 상표사용의 의사를 갖고 상표등록을 받은 것으로 볼 수 없을 뿐만 아니라, 이 사건 등록상표는 피고의 업무에 관련된 상품을 타인의 상품과 식별되도록 하기 위하여 사용하는 표장이 아니어서, 상표법 제2조(정의) 제1항 제1호에 합치되지 아니하므로, 상표법 제23조(상표등록거절이유) 제1항 제4호에 의한 상표등록 거절이유에 해당하고, 동법 제71조(상표등록의 무효심판) 제1

항 제1호에 규정된 상표등록무효에 해당한다.

원고가 A 주식회사로부터 분사한 후 상표관리의 착오로 선사용상표 3의 상표갱신등록을 하지 못하여 2006. 8. 27. 상표권이 소멸된 사실을 기화로, 인천의 가구업체에 오랫동안 근무하여온 A가 자기의 신분을 숨기기 위해 처인 피고의 명의로 이 사건 등록상표를 출원하여 등록받고, 상표권자로서 상표사용료를 받고 타인에게 상표사용권을 허락하는 라이선스 업을 하고 있는 것이다. 따라서 피고는 A에게 상표등록의 명의만을 빌려준 것이므로, 상표사용의 의사를 갖고 상표등록을 받은 것으로 볼 수 없을 뿐만 아니라, 자기의 업무에 관련된 상품을 타인의 상품과 식별되도록 하기 위하여 사용하는 표장이 아니다.

그럼에도 불구하고, 원심은 이 사건 등록상표가 상표법 제23조(상표등록 거절이유) 제1항 제4호에 해당하는지 여부에 대하여 아무런 판단도 하지 아니하고, 상표법 제7조 제1항 제12호에 대하여서만 판결 이유를 설시하여 판단유탈의 위법이 있다.

【解 說】

1. 상고이유 제1점에 관한 검토⁸⁾

가. 원심이 설시한 부가적 요건의 타당성 여부

☞ 원심은 상표법 제7조 제1항 제12호의 적용요건으로 ‘등록상표의 출원일 당시 특정인이 그의 선사용상표를 사용하고 있거나 적어도 상표로 계속 사용하려고 하는 경우일 것’이라는 부가적 요건이 필요하다고 하여 법문

8) 상표법 제7조 제1항 제12호 해석론 검토에 참조가 되는 “미등록 주지·저명상표 보호 일반론” 및 “상표법 제7조 제1항 제12호 일반론”에 관하여 박영규 전문직 재판연구관(교수)이 조사·검토를 수행하였는데(그 내용은 이 판례해설에 포함시키지 않음), 조사·검토의 취지를 요약하면, 미등록 주지·저명상표 보호에 관한 국제조약 및 외국의 입법례 어디에도 이 사건 원심과 같이 상표법 제7조 제1항 제12호의 적용요건으로 ‘등록상표의 출원일 당시 특정인이 그의 선사용상표를 사용하고 있거나 적어도 상표로 계속 사용하려고 하는 경우일 것’이라는 부가적 요건이 필요하다는 내용은 나타나 있지 아니하여, 원심의 법리 해석을 뒷받침할 만한 근거는 찾을 수 없다는 것이다.

에 명시적으로 규정되어 있지 않은 부가적 요건을 실시하고 있다. 과연 이러한 부가적 요건이 타당한 것인지를 살펴본다.

1) 참조가 될 만한 선례

가) 총설

이 사건 검토에 참조될 만한 선례로서 아래와 같은 사례들을 살펴볼 수 있다. 이들은 비록 이 사건과 같은 상표법 제7조 제1항 제12호 적용이 문제되는 사건은 아니고, 후등록상표의 등록무효 여부 판단 기준 시점 당시 선등록상표가 ‘사용’되고 있었는가가 쟁점으로 된 것도 아니지만, 선등록상표가 과거에 활발하게 사용되던 등록상표였다가 그 등록이 존속기간 만료로 말소된 이후에 타인이 이와 동일·유사한 상표를 출원하여 등록받은 데 대해 상표등록무효로 한 사례이므로, 이 사건 검토에 참조가 되는 측면이 있다.

나) 특허법원 2009. 12. 11. 선고 2009허4681 판결

주식회사 한독은 1982년경 ‘돌핀’과 ‘DOLPHIN’을 브랜드로 선정하여 1984년경부터 선사용상표들(, **DOLPHIN**, 돌핀)을 전자시계, 팔목시계에 사용하였고, 1993. 9. 20. ‘’에 대하여는 상표등록을 받았는데, 존속기간갱신등록을 하지 않아 2003. 9. 21. 그 상표권이 존속기간만료로 소멸하였다.⁹⁾ 한편 주식회사 한독은 다른 회사에 합병되었고, 합병회사는 그 시계사업부를 X에게 매각하였다. 그런데 Y가 2006. 7. 12. 시계류를 지정상품으로 하여 “”을 상표등록출원하여 2007. 6. 25. 상표등록결정을 받고 2007. 8. 17. 제721243호로 상표등록 받았다.

이에 X가 2008. 6. 13. Y를 상대로, 위 등록상표는 선사용상표들과의 관계에서 상표법 제7조 제1항 제9호 내지 제11호,¹⁰⁾ 구 상표법(2007. 1. 3. 법

9) 인수합병 및 경영권 분쟁 등으로 존속기간갱신등록 절차를 놓친 것으로 보인다.

10) 상표법 제7조 (상표등록을 받을 수 없는 상표)

① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 상표는 제6조에도 불구하고 상표등록을 받을 수 없다.

9. 타인의 상품을 표시하는 것이라고 수요자 간에 현저하게 인식되어 있는 상표(지리적

를 제8190호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제7조 제1항 제12호¹¹⁾에 해당한다는 이유로 등록무효심판을 청구하였다.¹²⁾

특허심판원은 2009. 5. 22. 선사용상표들은 위 등록상표의 출원 또는 등록결정 당시 주지, 저명하였다고 할 수 없을 뿐만 아니라 국내의 일반 거래에 있어서 그 사용상품의 수요자나 거래자에게 그 상표라고 하면 특정인의 상표라고 인식될 수 있을 정도로 알려져 있었다고 인정하기에 부족하므로, 나머지 요건에 관하여 더 살펴볼 필요없이, 위 등록상표는 상표법 제7조 제1항 제9호 내지 제11호, 구 상표법 제7조 제1항 제12호에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하였다.

특허법원은 2009. 12. 11. 비록 2003. 12. 31. 이전의 선사용상표 제품의 정확한 매출규모를 알 수 없지만, 1991년부터 1995년까지의 주식회사 한독의 총매출규모, 2004. 1. 1. 이후 위 등록상표의 등록결정일까지의 선사용상

표시를 제외한다)와 동일 또는 유사한 상표로서 그 타인의 상품과 동일 또는 유사한 상품에 사용하는 상표

10. 수요자 간에 현저하게 인식되어 있는 타인의 상품이나 영업과 혼동을 일으키게 할 염려가 있는 상표

11. 상품의 품질을 오인하게 하거나 수요자를 기만할 염려가 있는 상표

11) 2007. 1. 3. 법률 제8190호로 개정(시행일 2007. 7. 1.)되기 전의 상표법 제7조 제1항 제12호는 “국내 또는 외국의 수요자 간에 특정인의 상품을 표시하는 것이라고 현저하게 인식되어 있는 상표(지리적 표시를 제외한다)와 동일 또는 유사한 상표로서 부당한 이익을 얻으려 하거나 그 특정인에게 손해를 가하려고 하는 등 부정한 목적을 가지고 사용하는 상표”라고 규정하고 있었다. 그러다 위 개정으로 ‘현저하게’ 부분이 삭제되었다.

12) 참고로 상표는 다음과 같은 5단계의 발전 단계를 거친다고 설명되고 있다. ① 어느 영업자가 상표를 최초로 선정, 사용하는 경우에는 무명의 존재로부터 시작되는 것이 보통이지만, ② 당해 상품이 어느 정도 유통되고 상표 소유주가 상당한 정도 광고 선전비를 투자한 경우에는 이른바 가치 있는 점유상태를 형성하게 되고, ③ 다음으로 당해 상품의 관계거래권 안에 있는 구성원의 상당 부분에 당해 상표가 특정 출처의 상품표지인 것으로 인식되게 되고, ④ 한 걸음 더 나아가 당해 상품에 관한 수요자 및 거래자 등 거래관계자 중의 압도적 다수에 당해 상표의 존재가 인식되는 정도에까지 이르며, ⑤ 경우에 따라서는 당해 상표에 관하여 일정한 良質感이 표창되고 당해 상품에 대한 관계거래자 이외에 일반 공중의 대부분에까지 널리 알려지게 됨으로써 저명성을 획득하게 된다[이상의 설명은 송영식 지적소유권법(하), 2판, 육법사(2013), 155 참조].

우리 상표법과 관련하여 위 ④의 단계는 제9호의 주지상표, 위 ⑤의 단계는 상표법 제10호의 저명상표로 이해되고 있고, 제11호는 위 ③의 단계에 대해서도 적용이 가능한 것으로 해석되고 있다. 한편 2007. 1. 3. 법률 제8190호로 개정되기 전 제12호는 위 ④의 단계를 의미하는 것이었으나, 위 2007. 1. 3. 개정에 의해 위 조문 중 ‘현저하게’라는 문구가 삭제되어 개정 후에는 제11호와 같이 위 ③의 단계를 의미하는 것으로 이해되고 있다.

표 제품의 매출규모, 선사용상표 제품의 광고 종류와 규모, 인터넷 포털 사이트의 지식검색이나 블로그 및 월간지 또는 일간지 등에 선사용상표 제품 등이 소개된 내용 등에 비추어 보면, 선사용상표는 위 등록상표의 등록결정일 당시 일반 소비자나 거래자에게 특정인의 상표나 상품을 표시하는 것으로 잘 알려져 있었다고 판단하면서, 위 등록상표와 선사용상표들의 포장과 상품이 동일·유사하여, 위 등록상표는 상표법 제7조 제1항 제11호 후단의 수요자기만상표에 해당하므로 그 등록이 무효로 되어야 한다는 취지로 판결하였다.

위 판결에 대해 대법원 2010후180호로 상고되었으나 심리불속행으로 확정되었다.

다) 특허법원 2010. 2. 3. 선고 2009허3848 판결

X는 강남태양열 주식회사가 보유하고 있던 “강남출라”라는 상표가 2006. 8. 10. 존속기간 만료로 소멸되자, 그 무렵부터 “강남태양열심야전기보일러”(등록상표) 등 선사용상표들(강남심야전기온수기, 강남전기보일러, 강남태양열)와 유사한 상표들을 출원하여 상표등록 받았다(지정상품도 온수기, 보일러 등으로 선사용상표들의 사용상품과 동일·유사하다). 한편 Y는 강남태양열 주식회사로부터 온수기, 보일러에 관한 영업을 양수하였다(관련 지적재산권 일체 포함).

Y가 2008. 9. 10. X를 상대로, 위 등록상표는 선사용상표들과의 관계에서 상표법 제7조 제1항 제11호 등에 해당한다는 이유로 등록무효심판을 청구하였다.

특허심판원은 2009. 4. 27. Y의 주장을 받아들여 위 등록상표가 상표법 제7조 제1항 제11호 후단의 수요자기만상표에 해당한다고 판단하였고, 특허법원도 2010. 2. 3. 같은 취지로 판결하였다.

위 판결에 대해 대법원 2010후845호로 상고되었으나 심리불속행으로 확정되었다.

라) 특허법원 2009. 4. 17. 선고 2008허12159 판결

X가 보유하고 있던 “**QUEENBABY**”라는 상표(선등록상표, 1993. 7. 12.

출원하여 1995. 1. 16. 상표등록)가 2006. 1. 10. 존속기간만료로 소멸되었는데, Y가 2006. 11. 23. “**QUEENBABY**”(등록상표)를 상표로 출원하게 하여 등록받았다(양 상표의 지정상품도 신발류 등으로 동일·유사하다). 또한 X는 늦어도 2005년경부터는 “*Queen baby*”since 1977라는 상표(선사용상표)를 사용하여 신발류를 제조, 판매하여 온 바도 있다. 그런데 Y의 남편은 2004년경 X에 신발창을 임가공하여 납품하던 사람인데, 위 등록상표가 등록된 후 상표권자인 처로부터 전용사용권을 설정받고, 2008. 4. 25.경 X의 거래처들에 위 등록상표의 상표권을 침해하지 말라는 내용의 경고장을 보냈으며, 그로 인하여 X는 선사용상표를 사용한 제품들을 매장에서 철수하게 되었다.

X가 2008. 5. 13. Y를 상대로, 위 등록상표는 선등록상표 등과의 관계에서 구 상표법 제7조 제1항 제12호 등에 해당한다는 이유로 등록무효심판을 청구하였다.

특허심판원은 2008. 9. 24. 선등록상표가 특정인의 상표로 현저하게 알려져 있다고 볼 증거가 없다는 취지로 원고의 심판청구를 기각하였다.

X는 심결취소소송 단계에서 위 등록상표가 선등록상표, 선사용상표와의 관계에서 상표법 제7조 제1항 제11호 후단에 해당한다는 주장을 추가하였다. 특허법원은 2009. 4. 17. X의 주장을 받아들여 위 등록상표가 상표법 제7조 제1항 제11호 후단의 수요자기만상표에 해당한다고 판결하였다. 그 판결 이유를 살펴보면, 상표권자로 등록된 Y의 남편도 선등록상표 등을 사용한 상품들에 대한 소비자들의 신뢰를 이용하고자 선등록상표가 존속기간의 만료로 소멸 등록된 지 채 얼마 지나지 않아 Y로 하여금 선등록상표 또는 선사용상표와 동일·유사한 위 등록상표를 등록하게 한 것으로 보인다고 판단되어 있어, 이러한 사정이 위와 같은 결론을 내리는 데에 참작되었음을 알 수 있다.

위 판결에 대해 대법원 2009후1545호로 상고되었으나 심리불속행으로 확정되었다.

마) 시사점

이상 살펴본 사례들은 모두 상표법 제7조 제1항 제11호 후단의 수요자

기만상표에 해당한다고 판단된 것이다. 선사용상표가 수요자 사이에 특정인의 상품을 표시하는 것이라고 인식되어 있다고 인정될 경우, 상표법 제7조 제1항 제11호 후단의 수요자기만상표를 근거로 삼는 편이 같은 항 제12호에 의하는 것보다 후등록상표를 등록무효로 하기에 더 용이한 측면이 있을 수 있다. 수요자기만상표에서는 ‘수요자’에게 ‘기만’이 일어나는 결과가 야기되는가를 판단하는 것이어서, 오인·혼동이 일어나는가에 주목하여 등록무효 여부를 결정할 수 있으므로, 이론적으로는 선사용상표의 정당한 권리자의 권리를 보호하여야 하는 상황인가를 문제삼을 필요는 없다. 반면 제12호의 모방상표는 모방상표 출원인에게 부정한 목적이 있는가를 따져야 하고, 이러한 부정한 목적이 과연 단순히 수요자에게 오인·혼동이 일어나는 상황을 의도하였다는 점만으로도 충분히 인정될 수 있는 것인가 고심되는 측면이 있기 때문이다.

이에 경우에 따라서는 상표법 제7조 제1항 제12호를 적용하는 것보다, 제11호 후단을 적용하는 편이 등록무효 판단을 하기에 더 용이한 사안이 있을 수 있다. 그러나 위 제11호 후단과 제12호는 모두 ‘선사용상표가 수요자 사이에 특정인의 상품을 표시하는 것이라고 인식되어 있다고 인정될 경우’를 요건으로 한다는 점에서 공통되는데, 동일한 등록상표에 대하여 제11호 후단에 의할 때는 무효로 판단하면서, 제12호에 의할 때는 그렇게 하지 못한다고 보는 결론은 쉽게 납득하기 어렵다고 생각되므로, 가능한 한 같은 결론을 모색할 필요가 있다고 본다.

2) 원심이 실시한 부가적 요건에 관한 이론적 검토

원심은 상표법 제7조 제1항 제12호의 적용요건으로 ‘등록상표의 출원일 당시 특정인이 그의 선사용상표를 사용하고 있거나 적어도 상표로 계속 사용하려고 하는 경우일 것’이라는 부가적 요건이 필요하다고 보았다. 그런데 위 부가적 요건은 상표법 제7조 제1항 제12호의 법문에 규정되어 있지 않은 것이다. 상표법 제7조 제1항 제12호는 “국내 또는 외국의 수요자 간에 특정인의 상품을 표시하는 것이라고 인식되어 있는 상표(이하 ‘모방대상상표’라고 한다)와 동일 또는 유사한 상표로서 부당한 이익을 얻으려 하거나

그 특정인에게 손해를 가하려고 하는 등 부정한 목적을 가지고 사용하는 상표(이하 ‘모방상표’라고 한다)”는 상표등록을 받을 수 없다고 규정하고 있다.

이 규정은 국내 또는 외국의 수요자 사이에 특정인의 상품을 표시하는 것이라고 인식되어 있는 상표가 국내에 등록되어 있지 않음을 기화로 제3자가 이를 모방한 상표를 등록하여 사용함으로써, 모방대상상표에 체화된 영업상 신용 등에 편승하여 부당한 이익을 얻으려 하거나, 모방대상상표의 가치에 손상을 주거나 모방대상상표권자의 국내 영업을 방해하는 등의 방법으로 모방대상상표권자에게 손해를 끼치려는 목적으로 사용하는 상표는 등록을 허용하지 않는다는 취지이다. 따라서 등록상표가 이 규정에 해당하려면 모방대상상표가 국내 또는 외국의 수요자 사이에 특정인의 상표로 인식되어 있어야 하고, 등록상표의 출원인이 모방대상상표와 동일 또는 유사한 상표를 부정한 목적을 가지고 사용하여야 하는데, ① 모방대상상표가 국내 또는 외국의 수요자 사이에 특정인의 상표로 인식되어 있는지는 그 상표의 사용기간, 방법, 태양 및 이용범위 등과 거래실정 또는 사회통념상 객관적으로 상당한 정도로 알려졌는지 등을 기준으로 판단하여야 하고, ② 부정한 목적이 있는지를 판단할 때는 모방대상상표의 인지도 또는 창작의 정도, 등록상표와 모방대상상표의 동일·유사 정도, 등록상표의 출원인과 모방대상상표의 권리자 사이에 상표를 둘러싼 교섭의 유무, 교섭의 내용, 기타 양 당사자의 관계, 등록상표의 출원인이 등록상표를 이용한 사업을 구체적으로 준비하였는지 여부, 등록상표와 모방대상상표의 지정상품 간의 동일·유사 내지 경제적 관련성의 유무, 거래실정 등을 종합적으로 고려하여야 하며, ③ 위와 같은 판단은 등록상표의 출원 시를 기준으로 하여야 한다. 이상의 내용은 상표법 제7조 제1항 제12호 해당 요건에 관한 우리 대법원의 확립된 법리이다.¹³⁾ 이렇듯 우리 대법원은 이미 위 제12호의 적용요건을 확립된 판례로 정립하고 있으므로, 위 제12호 해당 여부의 판단

13) 이러한 취지를 실시한 가장 최근의 판결로는 대법원 2012. 6. 28. 선고 2012후672 판결을 들 수 있다.

은 위 판단 기준상의 요건 해당 여부를 검토함으로써 이루어져야 한다.

또한 법문을 떠나서 살펴보더라도 원심이 실시한 부가적 요건을 채택하는 것은 문제가 있다. 즉 모방대상상표가 모방상표의 출원 시에 사용되고 있지도 않고 상표등록 이후 존속기간만료로 소멸되었다고 하더라도 과거의 사용실적으로 인하여 모방상표의 출원 시에 여전히 국내 또는 외국의 수요자 사이에 특정인의 상표로 인식되어 있고, 모방대상상표가 등록되어 있지 않음을 기화로 제3자가 모방대상상표에 체화된 영업상 신용 등에 편승하여 부당한 이익을 얻으려 하거나, 모방대상상표의 가치에 손상을 주거나 모방대상상표의 정당한 권리자가 이후 다시 위 상표를 사용하려고 하는 것을 방해하는 등의 방법으로 모방대상상표권자에게 손해를 끼치려는 목적¹⁴⁾으로 모방대상상표와 동일 또는 유사한 상표(모방상표)를 등록하여 사용하는 경우도 상정할 수 있는데, 상표법 제7조 제1항 제12호의 규정 문언이나 취지에 비추어 이러한 경우를 적용 대상에서 제외할 이유는 없다고 할 것이다. 따라서 상표법 제7조 제1항 제12호가 등록상표의 출원 당시 특정인이 모방대상상표를 사용하고 있거나 적어도 상표로 계속 사용하려고 하는 경우에만 적용된다고 볼 것은 아니다.

한편 이와 같이 해석함으로써, 만일 모방대상상표가 선등록상표였다가 소멸된 후 1년이 경과하였더라도 후등록상표의 출원 시에 국내 또는 외국

14) 모방대상상표권자에게 손해를 끼치려는 목적에 관하여 기존 대법원판례에서 주로 실시된 내용은 ‘모방대상상표권자의 국내 영업을 방해하는 등의 방법으로 모방대상상표권자에게 손해를 끼치려는 목적’이라는 문구이다. 이는 ‘모방대상상표가 외국에만 등록되어 있고, 국내에는 등록되어 있지 아니한 사안’을 전제로 한 것이고, 실제로 그간 상표법 제7조 제1항 제12호의 적용이 문제된 대부분의 사례가 이러한 경우였다. 이러한 사태를 해결하기 위하여 외국의 모방대상상표권자는 국내의 모방상표권자에게 대가를 지급하고 상표권을 이전받거나, 아니면 심판·소송을 통하여 모방상표를 등록무효로 만들어야 하는 것이다. 그런데 모방대상상표에 관하여 ‘과거’에는 국내에 상표등록(선등록상표)이 되어 있었다가 존속기간만료 등으로 그 등록이 말소(상표권 소멸)되었고, 이를 기화로 제3자가 모방대상상표와 동일·유사한 상표를 출원하여 등록(후등록상표)받은 경우에도 마찬가지로 상황이 일어날 수 있다. 즉 소멸된 선등록 모방대상상표의 과거의 상표권자가 이후 다시 모방대상상표를 사용하려고 하는 데에 후등록 모방상표의 존재가 방해가 되는 것이다. 이때에도 모방대상상표의 과거의 정당한 권리자가 다시 모방대상상표를 사용하려면 후등록 모방상표권자에게 대가를 지급하고 상표권을 이전받거나, 아니면 심판·소송을 통하여 모방상표를 등록무효로 만들어야 하는 것이다.

의 수요자 사이에 특정인의 상표로 인식되어 있는 경우에는 ‘상표권이 소멸한 날부터 1년이 경과하면 그 등록상표와 동일 또는 유사한 상표라 하더라도 등록받을 수 있도록 한’ 상표법 제7조 제1항 제8호의 규정에도 불구하고 후등록상표가 같은 항 제12호에 의하여 등록받을 수 없게 되는 결과가 발생하게 되기는 한다. 그러나 위 제8호와 제12호는 각각 별개의 상표 등록요건을 정하고 있는 것이므로, 이들 규정 가운데 어느 하나의 적용요건에는 해당하지 않으나 다른 규정의 적용요건에는 해당하는 상황이 얼마든지 발생할 수 있고, 이러한 결과 자체가 부당하다고 볼 수는 없는 것이다. 더구나 상표법 제7조 제1항 제8호는 선출원의 등록상표가 실효된 뒤에도 1년간 정도는 수요자 사이에 그 상표에 관한 기억과 신용이 남아 상품 출처에 관한 혼동을 일으킬 우려가 있다는 것과 아울러 그 선출원 등록권리자에게 권리 회복의 기회를 주려는데 그 취지가 있으나,¹⁵⁾ 소멸한 상표가 유명한 것이었다면 소멸 후 1년 만에 수요자의 기억에서 사라지지 않을 것이고, 반대로 별로 알려지지 않은 것이었다면 소멸 후 1년이나 기다릴 필요없이 후속 상표권의 취득을 인정해도 아무런 문제가 없을 것이라는 측면에서 작위적인 규정이라는 비판이 가능하다. 참고로 우리 상표법 제7조 제1항 제8호와 같은 취지의 규정인 일본 상표법 제4조 제1항 제13호는 2011년 법 개정으로 삭제되었는데, 위와 같은 제도 폐지의 취지에 관하여 일본 특허청은 “제품 라이프사이클의 단축 경향으로 상표에 관한 조기 권리취득을 인정할 필요성이 커짐에 따라, 상표권소멸 후 1년간이나 등록을 인정하지 않음으로써 초래되는 조기 권리화 지연의 폐해를 막을 필요가 있고, 위 조항으로 달성하고자 했던 오인·혼동방지의 목적은 다른 조항의 운영을 통해 달성할 수 있다.”고 설명하고 있다.¹⁶⁾ 이를 우리 상표법 규정에 비추어 보면, 선사용상표가 상표법 제7조 제1항 제9호의 주지상표, 제10호의 저명상표, 제11, 12호의 특정인의 상품을 표시하는 것으로 인식되는 상표 가운데 어디에 해당하느냐에 따라 이들 선사용상표와의 오인·혼동이

15) 조문별 상표법해설, 특허청(2004), 66 참조.

16) http://www.jpo.go.jp/cgi/link.cgi?url=/shiryou/hourei/kakokai/tokkyo_kaisei23_63.htm(2013. 4. 4. 방문)

일어나면 위 각 규정에 따라 이를 해결할 문제이지, 이 문제를 상표법 제7조 제1항 제8호에 의하여 해결할 수는 없다는 취지로 보인다.¹⁷⁾ 우리나라에서도 일본과 같은 취지에서 우리 상표법 제7조 제1항 제8호를 삭제하여야 한다는 주장이 이미 제기되어 있다. 이 주장 역시 “선출원 등록권리자의 권리회복과 관련하여, 소멸된 등록상표가 사용된 적이 없다면 상표법이 권리회복의 기회를 부여할 필요성이 없고, 소멸된 상표권의 권리자가 당해 상표를 일정 수준 이상으로 사용한 경우에는 선사용권(상표법 제57조의3)에 의한 보호가 가능하며, 나아가 일반 수요자 간에 출처혼동의 염려가 있는 경우에는 상표법 제7조 제1항 제9호 내지 제12호에 의하여 등록을 거절시키는 것이 가능하다.”고 제안 이유를 밝히고 있다.¹⁸⁾ 이러한 상표법 제7조 제1항 제8호에 대한 비판론(무용론)에 비추어 보더라도, 위 규정을 이유로 같은 항 제12호의 해석에 영향을 받을 필요는 없다고 할 것이다. 뿐만 아니라 상표법 제7조 제1항 제12호는 원래 모방대상상표의 등록 여부와 관계없이 적용되는 것이어서, 모방대상상표가 미등록상표인 경우에는 애초에 위에서 본 상표법 제7조 제1항 제8호의 적용은 상정할 수도 없으므로, 모방대상상표가 등록된 상표인 경우에만 발생하는 결과를 이유로 규정의 문언에도 없는 적용요건을 부가하는 것은 위 제12호의 본질과도 맞지 아니하다고 할 것이다.

그런데도 원심은 상표법 제7조 제1항 제12호가 등록상표의 출원 당시 특징인이 모방대상상표를 사용하고 있거나 적어도 상표로 계속 사용하려고 하는 경우에만 적용된다고 보는 전제에서, 원심판시 선사용상표들은 이 사

17) 상표법 제7조 제1항 제8호는 선등록상표의 인지도와는 무관하게 단순히 선등록상표가 소멸된 경우 후등록상표와의 관계만을 염두에 두고 규정된 것이어서, 제12호의 해석론에 영향을 미칠 만한 사유가 되지 못하는 것이다. 만일 제8호만을 강조할 경우에는, 선사용상표가 제9호의 주지상표, 제10호의 저명상표, 제11, 12호의 특징인의 상품을 표시하는 것으로 인식되는 상표 어느 것에 해당하더라도, 이들 선사용상표가 등록상표이고 그 등록이 어떤 사정으로든 말소되고 그로부터 1년이 경과하기만 하면 제9호, 제10호, 제11호, 제12호에도 불구하고 그와 동일·유사한 후등록상표의 등록을 허용하여야 한다는 취지가 되는데, 이는 도저히 받아들일 수 없는 결과이다.

18) 사단법인 한국상표·디자인협회, “상표법령 체계 전면 개편 및 개정방안에 관한 연구”, 특허청 용역보고서(2012), 302 이하 참조.

건 등록상표의 출원일 당시 특정인이 상표로서 사용하거나 사용하려고 하지 않은 것이어서, 이 사건 등록상표는 나머지 점에 대하여 살필 것 없이 상표법 제7조 제1항 제12호에 해당하지 아니한다고 단정하였으니, 이러한 원심의 판단에는 상표법 제7조 제1항 제12호에 관한 법리를 오해한 위법이 있고, 이 점을 지적하는 원고의 상고이유 주장은 이유 있다.

3) 상표법 제7조 제1항 제12호의 판단에서 모방대상상표의 사용 사실의 올바른 평가 방법

위에서 본 바와 같이 선사용상표의 사용사실이 그 자체로 상표법 제7조 제1항 제12호의 판단에서 독립적인 요건이 된다고 할 수는 없다. 다만 그 적용요건을 판단하는 데 영향을 미치는 요소로서는 작용한다고 할 것이다.

먼저 모방상표의 출원 시에 모방대상상표가 사용되고 있지 않은 경우에는 모방대상상표가 수요자 사이에 특정인의 상표로 인식되어 있다고 인정하는 것이 보다 어렵다고 할 수 있다. 즉 모방상표의 출원 시를 기준으로 볼 때 모방대상상표가 사용되지 아니한 기간이 길면 길수록 모방대상상표가 수요자 사이에 특정인의 상표로 인식되어 있는 것이라고 인정하는 데 어려움이 따를 것이다. 그러나 경우에 따라서는 과거에 매우 활발하게 사용된 실적이 있음으로 인하여 모방대상상표가 모방상표의 출원 시에 수요자 사이에 특정인의 상표로 인식되어 있다고 인정될 수 있는 때도 있을 것이다.

또한 이러한 판단 결과가 상표법 제7조 제1항 제12호의 두 번째 요건인 ‘부정한 목적’의 인정에도 마찬가지로 영향을 미치게 될 것이다. 부정한 목적은 수요자 사이에 특정인의 상품을 표시하는 것이라고 인식되어 있는 모방대상상표의 존재를 전제로 하여, 위 상표가 국내에 등록되어 있지 않음을 기회로 부당한 이익을 얻으려 하거나, 모방대상상표권자에게 손해를 끼치려는 목적으로 상표를 사용하는 것을 말하는 개념이다. 따라서 ‘부정한 목적의 존재’ 여부 판단은 ‘모방대상상표가 수요자 사이에 특정인의 상표로 인식되어 있는지’ 여부 판단과 밀접한 관련이 있다.

이렇듯 과거에 매우 활발하게 사용된 실적이 있음으로 인하여 모방대상

상표가 후등록상표의 출원 시에 수요자 사이에 특정인의 상표로 인식되어 있다고 인정되고, 이로 인하여 부정한 목적도 인정되는 경우에는, 등록상표의 출원 당시 특정인이 모방대상상표를 사용하고 있거나 적어도 상표로 계속 사용하려고 하는 경우가 아니라는 사정이 있다고 하여 곧바로 상표법 제7조 제1항 제12호의 적용을 배제하는 것은 타당하지 않다고 할 것이다. 모방대상상표의 정당한 권리자가 과거에 모방대상상표를 매우 활발하게 사용하였으나 어떠한 연유(예를 들면 경영악화로 인한 폐업)로 그 사용을 중지하고, 앞으로 사용할 것인지도 불투명한 상황이었으나, 이후 그가 재기하여 다시 과거의 모방대상상표를 사용하려고 하는 상황은 얼마든지 상정할 수 있는데, 이러한 모방대상상표의 정당한 권리자를 보호할 필요성은 전혀 없다고 단정할 수가 없기 때문이다.¹⁹⁾

모방대상상표가 등록된 상표(선등록상표)였는데 그 상표권자가 사용을 중지하였고 그 상표권도 존속기간만료로 소멸하였으며, 과거의 사용실적만으로는 후등록상표의 출원 시에 모방대상상표가 수요자 사이에 특정인의 상표로 인식되어 있는 것이라고 인정하기에 부족한 상황이라면, 후등록상표가 모방대상상표의 소멸로부터 1년 후 출원된 것인 이상(따라서 상표법 제7조 제1항 제8호에 의한 등록거절이유 불해당) 후등록상표의 등록을 무효로 할 수 없을 것이나, 그렇지 않고 제12호의 요건에 해당하는 사정이 있다면 후등록상표를 무효로 하여 모방대상상표의 과거 상표권자의 이익을 보호하여야 마땅하다고 할 것이다. 원심은 상표법 제7조 제1항 제12호에서 모방대상상표는 등록된 상표일 것을 요하지 않는다는 점, 후등록상표의 출원 시 기준으로 과거에 모방대상상표를 정당하게 사용한 자 역시 보호받을 이익이 있는 자라는 점을 간과하여, 상표법 제7조 제1항 제12호가 등록상표의 출원 당시 특정인이 모방대상상표를 사용하고 있거나 적어도 상표

19) 모방대상상표의 정당한 권리자가 '개인' 사업자인 경우에는 일시적인 폐업 후에 재기하여 다시 사업을 하는 경우를 어렵지 않게 떠올릴 수 있고, '법인' 사업자인 경우에도 사실상 휴업 상태에 있다가 새로운 투자를 받아 회사가 되살아나거나, 인수·합병 등으로 새로운 사업자에게 영업양도·양수가 일어나 모방대상상표가 다시 사용되는 경우를 얼마든지 상정할 수 있다.

로 계속 사용하려고 하는 경우에만 적용된다고 잘못 판단한 것으로 생각된다.²⁰⁾

4) 원심과 같은 법리 해석을 채택할 경우 예상되는 현실적인 문제점

만일 원심과 같이 상표법 제7조 제1항 제12호가 등록상표의 출원 당시 특정인이 모방대상상표를 사용하고 있거나 적어도 상표로 계속 사용하려고 하는 경우에만 적용된다고 해석한다면, 과연 모방상표의 출원 시 직전까지 모방대상상표가 사용되었으나 그 권리자가 파산하는 등으로 사용을 중지하고 향후 사용 재개 여부도 불투명한 상황에 놓인 경우에도, 출원 시에 사용요건(원심이 실시한 부가적 요건)이 결여되었다는 이유만으로 상표법 제7조 제1항 제12호의 적용을 배제하여야 하는가라는 심각한 의문이 발생하는 측면도 있다. 불합리한 결과를 피하기 위해 출원 시 직전까지 사용하였으면 일단 위 제12호의 적용을 배제할 수는 없다고 본다면, 과연 언제까지 사용하면 되고 언제부터는 안 되는 것인가를 결정해야 하는 문제도 있다.

나. 이 사건의 처리 방향

위에서 본 바와 같이 원심은 잘못된 법리를 전제로 하여 상표법 제7조 제1항 제12호의 적용요건에 관한 판단에 아예 나아가지 않은 채 이 사건 등록상표가 위 규정에 해당하지 아니한다고 결론을 내렸다. 그러나 원심으로서 위와 같이 곧바로 결론을 내릴 것이 아니라, 선사용상표들(‘선퍼니처’ 상표)이 부착된 가구에 대한 과거의 생산·판매 실적과 광고·선전의 정도, 이후 ‘선우드’ 상표의 광고에 ‘선퍼니처’ 상표까지 함께 표시되어 ‘선우드’가 ‘선퍼니처’의 명성을 그대로 이어받았다는 취지로 광고된 내용과 그 실적, 중고시장에서 ‘선퍼니처’ 상표를 부착한 가구제품의 인지도와 거

20) 미등록 주지·저명상표의 보호에 관한 파리조약 제6조의2의 “동맹국은 국내법에 따라 직권으로 또는 관계국의 요청으로 이 협약의 혜택을 받고 있는 사람의 상품으로서 동일 또는 유사한 상품에 사용되고 있음이 이미 그 나라에서 잘 알려진 것으로 등록 또는 사용국의 권한 있는 당국에 의하여 인정이 되는 상표……”라는 문언을 강조한다면, 판단 기준 시점에 모방대상상표가 사용되고 있어야 한다는 원심과 같은 해석을 할 여지도 없지는 않다. 그러나 파리조약 제6조의2의 위 문언의 의미를 위와 같이 해석하고 있는 국내외의 견해, 각국의 입법례 및 재판례는 찾아보기 어려웠다.

래 물량 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 과연 이 사건 등록상표의 출원 당시 선사용상표들이 수요자 사이에 특정인의 상품을 표시하는 것이라고 인식되어 있는 상표에 해당하는지 여부를 판단하였어야 하고,²¹⁾ 나아가 만일 이 점이 인정된다면 이 사건 등록상표를 출원하여 등록받은 피고에게 부정한 목적이 있다고 볼 것인지 여부를 판단하여 이 사건 결론을 내렸어야 한다. 따라서 특허법원에서 상표법 제7조 제1항 제12호의 적용요건에 관한 심리, 판단을 하도록 하기 위해, 원심판결을 범리오해만을 이유로 파기하여, 이 사건을 특허법원에 환송함이 타당하다.

다. 기타 관련 상고이유 주장에 관한 검토

원고는 ‘선퍼니처의 명성 그대로 선우드 가구’ 또는 ‘선퍼니처의 차세대 가구 선우드’라고 가구상품의 광고에서 신, 구 상표를 함께 표시한 것은 ‘선퍼니처’ 상표가 갖는 고유기능 즉, 수요자들에게 원고의 상표로 널리 인식된 ‘선퍼니처’ 상표의 ‘가구’ 상품에 ‘선우드’ 상표가 사용된다는 취지로, ‘가구’ 상품의 출처표시 및 품질표시를 위하여 사용한 것이고, 수요자들은 ‘선우드’ 상표의 ‘가구’ 상품이 ‘선퍼니처’ 상표권자의 상품이라고 인식할 수 있으므로 ‘선퍼니처’ 상표의 사용에 해당하는 것이라고 주장한다.

그러나 상표법상 상표의 사용의 한 형태로 인정되는 ‘상품에 관한 광고에 상표를 표시하여 이를 전시 또는 반포하는 행위’[상표법 제2조 제1항 제6호 (다)목]에는 형식적으로 광고에 상표를 표시하는 행위가 모두 포함되는 것이 아니다. 오직 당해 표시된 상표가 광고의 대상인 상품의 출처를 표시하는 것으로 인정되는 경우만이 위 규정에서 정한 상표의 사용으로 되는 것이다. 이에 비교광고를 하면서 타인의 등록상표를 표시하는 때에는 위 상표를 자기의 상품의 출처를 표시하는 것으로 사용한 경우라고 할 수 없기 때문에, 비록 형식적으로는 상표법 제2조 제1항 (다)목의 광고에 의한

21) 여기서 단순히 1991년경 이후 선사용상표들을 부착한 가구제품이 생산, 판매된 바 없다는 사실만으로 이 사건 등록상표의 출원 당시 선사용상표들이 수요자 사이에 특정인의 상품을 표시하는 것이라고 인식되어 있는 상표에 해당하지 아니한다고 단정하여서도 아니된다고 할 것이다.

상표의 사용에 해당할 여지가 있음에도 불구하고, 이를 상표의 사용으로 보지 않는다.²²⁾ 또한 어떠한 문구의 사용이 외형적으로 상표를 표시한 것이라 하더라도 이를 상품 출처표시로 사용한 것이 아니고 상품의 내용을 설명한 것이거나 원재료 표시, 용도 표시 등 사실정보 전달성격이 강한 경우를 설명적, 기술적 사용(descriptive use)이라고 부르는데, 이 사건의 경우 ‘선퍼니처의 명성 그대로 선우드 가구’ 또는 ‘선퍼니처의 차세대 가구 선우드’라고 가구상품의 광고에서 신, 구 상표를 함께 표시한 것은, ‘선우드’ 가구제품을 생산하는 업체가 과거에 ‘선퍼니처’ 가구제품을 생산하던 업체였다는 역사적 사실을 설명하는 의미로 ‘선우드’ 가구제품의 광고에 ‘선퍼니처’라는 문구도 표시한 것으로 볼 수도 있다. 즉 위 광고에서 출처표시는 어디까지나 ‘선우드’ 상표이지 ‘선퍼니처’ 상표가 아니라고 할 것이다. 따라서 이 부분 상고이유 주장은 이유 없다.²³⁾ 다만 이와 같은 신, 구 상표 병용 표시 광고에 대해 신 상표의 사용일 뿐만 아니라 구 상표의 사용으로도 인정할 것인가의 문제에 관하여 국내외에서 명시적인 논의가 이루어지고 있지는 않고 있으며, 참조할 만한 국내외의 재판례도 발견하기 어려웠다. 이 사건에서 이 문제에 관한 대법원의 판단을 명시적으로 내릴 필요성은 없고, 환송 후 심리 과정에 구체적인 광고 태양에 관한 증거가 추가로 제출되는 등으로 추가 심리가 이루어진다면, 그 결과까지 포함하여 다시 이 문제의 결론을 검토해야 할 여지도 있다고 생각되므로, 이 사건에서 굳이 이 부분에 관한 실시까지 하지는 않는 편이 적절하다고 생각된다.²⁴⁾

22) 김종효, “상표법상 ‘상표의 사용’에 관한 연구”, 고려대학교 특수법무 대학원 석사학위논문(1998), 25 참조.

23) 만일 위와 같은 광고에 의하여 ‘선우드’ 상표뿐만 아니라 ‘선퍼니처’ 상표도 사용한 것이라고 인정한다면, 이는 실제로 ‘선퍼니처’ 상표를 부착한 제품 생산, 판매를 하고 있지 않음에도 불구하고, 위와 같은 광고만으로도 ‘선퍼니처’ 상표의 ‘불사용 취소’를 면할 수 있다는 결론이 되어 부당하다고 할 것이다(이 사건에서는 실제로 ‘선퍼니처’ 상표들이 모두 존속기간 만료로 소멸되었으나, 만일 이들 상표가 존속하고 있는 상태에서 최근 3년간 ‘선퍼니처’ 상표를 부착한 제품의 생산, 판매가 없었음을 이유로 하여 이해관계인이 불사용 취소 심판을 청구한 사례를 가정한다면, 위와 같은 문제인식을 충분히 해 볼 수 있다).

24) 즉, 이 부분 필자의 해설은 어디까지나 필자의 개인적인 잠정적 견해일 뿐이고 대법관결의 입장과는 관계 없는 부분이다.

한편 위와 같이 ‘선우드’ 광고에 ‘선퍼니처’를 표시한 것을 두고 ‘선퍼니처’ 상표의 사용으로 보지는 않더라도 이것이 이 사건 등록상표의 출원 시에 선사용상표들의 인지도를 판단하는 데에는 참작할 사항이 될 수는 있다고 할 것이고, 이 점이 1991년경 이후로 ‘선퍼니처’ 상표를 부착한 가구 신제품이 생산되지 않았음에도 불구하고 ‘선퍼니처’ 상표가 2007년경 가구 분야의 수요자 사이에 인지도 있는 상표로 유지될 수 있다고 볼 것인지를 판단하는 데 매우 중요한 요소가 되리라고 생각된다. 원심은, A 주식회사 및 그로부터 분할 설립된 원고는 2007년경 당시 선사용상표들을 더 이상 상표로서 사용하려는 의사가 없었다고 판단하고 있으나, A 주식회사와 원고가 위와 같이 신, 구 상표를 함께 표시하여 가구제품 광고를 하였고, 이 광고에서 신 상표인 ‘선우드’가 구 상표인 ‘선퍼니처’의 명성을 그대로 이어받았다는 취지로 밝힌 점에 비추어 보면, 이러한 원심의 판단은 그대로 수긍하기 어렵다고 생각된다. 위 광고는 ‘선우드’ 상표가 ‘선퍼니처’ 상표와는 관계없는 것이라는 취지가 아니라 오히려 ‘선퍼니처’ 상표가 가지고 있던 상표의 힘, 대표적으로 품질보증의 힘을 그대로 승계하고 있고 이를 유지해 나갈 것임을 적극적으로 밝히고 있기 때문이다.

일반적으로 상표는 본원적 기능으로서 자타상품 식별기능, 출처표시기능 및 품질보증기능을 가지며, 파생적 기능으로서 광고선전기능, 보호적기능 및 경쟁적기능 등을 갖는다고 설명되는데, 이 가운데 품질보증기능이란, 상표가 제품 품질의 하자와 관련하여 그 책임의 소재를 분명히 하며, 동일한 상표가 부착된 상품 간의 품질이 균일함을 보장하는 기능을 가지는 것을 의미한다. 이러한 품질보증기능으로 인하여 상표권자로서는 좋은 평판을 유지하고 노력하게 되고, 소비자로서도 같은 상표가 부착된 모든 상품은 같은 품질을 가질 것으로 기대하게 되는 효과가 발생하고, 이로부터 상표는 제품의 품질 유지 및 개선기능을 수행하게 되는 것이다. 한편 상표가 이러한 기능을 제대로 실현시키기 위하여는 우수 제품의 공급자의 상표를 도용하여 무임승차(free ride)하는 행위를 엄격히 금지하여야 한다. 성공기업의 상표와 명성에 아무나 무임승차할 수 있다면 누구도 자신의 제품과 서

비스의 수준 유지에 성의를 기울이려 하지 않을 것이기 때문이다. 이러한 상표의 품질보증기능은 구매자의 상품정보수집비용을 절감케 하는 기능을 함께 한다. 소비자는 상표를 통하여 일정한 수준의 품질을 기대할 수 있게 되며, 상표는 또한 상품의 품질이나 가격 기타 속성 등 상품에 관한 정보를 소비자에게 제공한다. 일정한 상품의 과거 사용경험에 바탕을 둔 명성은 그 상품의 장래에 있어서의 성과에 대한 정보수집비용과 시간을 절약시켜 준다. 즉 과거에 그 상품을 소비한 경험이 있는 소비자는 다른 종류의 상품에 대한 정보를 모두 조사할 필요가 없게 되며, 상표를 상품선택의 판단자료로 이용할 수 있다. 한편 상품의 품질이 지속적으로 일정하게 유지되지 않는다면 그 상품에 사용되는 상표는 소비자가 가지는 상품에 대한 과거 소비경험과 미래의 소비를 연결시키는 기능을 발휘하지 못한다. 그렇다면 소비자로서는 상표가 사용된 상품에 대하여 상표 없는 상표보다 더 많이 지불하지 않으려고 할 것이고, 상표권자로서는 상표에 대한 투자로부터 충분한 보상을 받지 못하게 된다. 따라서 상표의 사용을 통하여 상표권자는 상품의 품질을 유지하기 위한 동기를 갖게 된다.²⁵⁾

따라서 ‘선우드’ 상표권자인 A 주식회사 및 이를 승계한 원고가 ‘선우드’ 상표품을 광고하면서 ‘선퍼니처’ 상표도 함께 표시하고 ‘선퍼니처’의 명성을 그대로 이어받았다고 광고하는 것은, 새로운 상표인 ‘선우드’ 상표가 부착된 가구제품을 대하는 수요자로 하여금 ‘선퍼니처’ 상표가 쌓아온 품질보증의 힘을 연상하도록 하여 ‘선퍼니처’ 상표에 축적된 신뢰를 그대로 유지하도록 하고자 하는 행위라고 볼 수 있다. 이는 분명히 ‘선퍼니처’ 상표가 가지고 있는 상표로서의 본래적 기능을 광고에 활용하는 행위라고 평가할 수 있기는 하다. 위와 같은 광고행위를 ‘선퍼니처’ 상표의 사용으로까지 보아야 한다는 주장은 바로 이러한 측면에 주목한 것이라고 할 수 있다. 물론 위에서 검토한 바와 같이 이러한 측면에도 불구하고 위 광고는 기본적으로 ‘선우드’ 상표품을 광고하는 것이고, 당해 가구제품의 출처 표

25) 이상의 설명은 윤선희, “새로운 상표제도(2)”, 발명특허(Vol. 278), 한국발명진흥회(1999), 39, 40~41 참조.

시로서 ‘선우드’ 상표를 사용하는 것이기 때문에 ‘선퍼니처’ 상표의 사용행위로까지 보기는 어렵다고 할 것이나, 위 광고에 ‘선퍼니처’ 상표를 활용하려는 의사는 분명히 포함되어 있다고 보아야 한다. 즉 ‘선우드’ 상표권자(A 주식회사나 원고)는 ‘선퍼니처’ 상표를 포기 내지 방기할 의사가 전혀 없었고, 이러한 의사를 표명한 것도 아니라고 봄이 타당하다.²⁶⁾

라. 보충적 검토

1) 이 사건에서 선사용상표들에 대한 존속기간만료 후 갱신등록이 이루어지지 않은 사정을 들어 A 주식회사와 원고가 선사용상표들에 대한 일체의 권리를 포기하였다고 볼 것인지

‘등록’상표권은 포기할 수 있는 권리이나, 상표의 사용으로 인하여 당해 상표에 화체된 신용 등으로 인한 ‘상당한 인지도 있는 선사용상표’로서의 지위는 그 상표권 갱신등록을 소홀히 하였다는 사정만으로 포기되었다고 보기 어렵고, 성질상 포기될 수 있는 것도 아니라고 생각된다. ‘상당한 인지도 있는 선사용상표’로서의 지위는 애초에 ‘등록’에 의하여 획득되는 것이 아니고 상표 ‘사용’에 의하여 일반 수요자나 거래자에게 심어진 당해 상표에 대한 신용의 축적으로 발생하는 것이기 때문이다.

이 점과 관련하여 외국 상표의 경우 국내에 과거에 등록해 두었다가 존속기간만료 후 갱신등록을 하지 않아, 국내 미등록 상태로 되었는데, 그럼에도 불구하고 외국에서의 높은 인지도를 이유로 하여 이와 동일·유사한 국내 등록상표의 사용에 ‘부정한 목적’을 인정한 최근의 대법원판결이 있기도 하다(대법원 2012. 3. 29. 선고 2011후3544 판결). 위 판결의 사안을 보면, 선사용상표에 관한 외국의 상표권자의 국내 상표권이 1993. 6. 14.자 등록기간 만료를 이유로 1996. 11. 25. 소멸등록되었고 판단대상이 되는 등록상표의 출원(2006. 7. 24.) 당시까지 외국의 상표권자가 국내에서 선사용

26) ‘선우드’ 상표를 통해 ‘선퍼니처’ 상표가 가지고 있는 명성을 그대로 유지시켜 나갈 것이라는 의사를 가지고 있다는 점을 분명하게 보여주고 있다고 할 것이니, 비록 ‘선우드’ 상표권자가 ‘선퍼니처’ 상표를 부착한 제품을 생산하지 않는다고 하더라도 ‘선퍼니처’ 상표를 포기할 의사는 없다고 보아야 한다.

상표를 사용하여 사업을 영위한 사실이 없었으나, 이러한 사정은 ‘부정한 목적’의 판단에 아무런 영향도 미치지 아니하였다. 이렇듯 속지주의 원칙의 제약을 넘어서서 외국의 상표권자에게는 국내에서 등록상표를 제대로 관리하지 아니한 잘못이 있음에도 불구하고 이와 동일·유사한 상표의 등록에 대해 상표법 제7조 제1항 제12호를 적용하는 데 주저하지 아니하는 반면에, 국내의 상표권자가 존속기간갱신등록을 하지 아니한 데 대하여는 권리를 포기한 것이라고 간주하여 위 규정을 적용하지 아니하여야 한다고 본다면, 이는 상표법 제7조 제1항 제12호의 운용에 관하여 국내외 선사용상표를 부당하게 차별하는 태도라고 생각된다.

따라서 이 사건에서 선사용상표들에 대한 존속기간만료 후 갱신등록이 이루어지지 않은 사정이 있다고 하여 A 주식회사와 원고가 선사용상표들에 대한 일체의 권리를 포기하였다고 볼 수도 없다고 할 것이다.²⁷⁾²⁸⁾

27) 필자는 기본적으로 “선사용상표 사용의사의 부정=상표법 제7조 제1항 제12호의 부정한 목적 결여”라는 등식이 성립하지 아니한다고 보지만, 나아가 이 사건 원심판결 이유에 나타난 사실관계에 비추어 볼 때 A 주식회사와 원고가 선사용상표들에 대한 사용의사가 없었다거나 선사용상표들에 대한 권리를 포기하였다고 단정하여서도 아니된다고 보는 것이다. 더구나 이 사건에서 중소기업인 원고가 이 사건 등록상표의 존재로 인해 심각한 손해를 입고 있다고 주장하면서 별건 등록무효 사건에 이어 이 사건과 관련 사건들까지 여러 건의 등록무효 사건을 비용과 시간을 들여 수행하고 있는데, 법원이 A 주식회사와 원고는 선사용상표들에 대한 권리를 포기하였으므로 이와 동일·유사한 이 사건 등록상표의 존재는 원고에게 아무런 손해도 발생하는 것이 아니라는 이유를 들어 이 사건 등록상표의 사용에 부정한 목적이 없다고 판단하는 것은 당사자로서는 도저히 납득하기 어려운 처사가 되리라고 생각된다. 정말로 이 사건 등록상표의 존재가 원고에게 별다른 손해가 되지 아니한다면 원고로서는 신문이나 카탈로그 등에 ‘현재의 선퍼니치 가구는 과거 A 주식회사의 선퍼니치 가구와는 아무런 관계없는 제품이니 오해 없으시기를 바란다’는 취지로 홍보하는 정도의 노력만 기울이면 그만이라고 할 것이다. 그런데 대기업도 아닌 원고가 이 사건 등록상표를 무효로 만들기 위해 이토록 노력하고 있다는 것 자체가 이미 이 사건 등록상표의 존재로 인해 원고에게 심각한 손해가 있다는 점을 보여주고 있는 하나의 징표가 될 수 있다고 생각된다.

28) 원고가 선사용상표들을 부착한 가구 신제품을 오래도록 생산하지 아니하였고 다른 사정들을 참작해 보더라도 2007년에 이르러서는 선사용상표들이 이제 더 이상 수요자 사이에 특정인의 상품을 표시하는 것으로 인식되지 아니하게 되었다고 판단할 수 있어야 비로소 이 사건 등록상표의 출원에 관하여 상표법 제7조 제1항 제12호 소정의 부정한 목적도 결여된다고 볼 수 있는 것이지, 위 인지도 요건은 구비되었다고 보더라도 이 사건 등록상표의 사용에 부정한 목적은 인정할 수 없다고 쉽게 결론내릴 수는 없다고 생각된다. 과거에 상당한 정도로 알려진 상표였으나 상표권자가 그 상표를 바꾸어 더 이상 과거의 상표를 부착한 신제품이 출시되고 있지 아니한 상표로 ‘럭키’, ‘금성’을 떠올려볼 수 있다. 여기서 치약 등 생활용품에 대하여 ‘럭키’ 상표, TV 등 가전제품에 대하여 ‘금성’ 상표들이 모두 존속기간만료로 상표권

2) 이 사건 등록상표가 상표법 제7조 제1항 제11호 후단에 의하여 무효로 될 수는 있으나 같은 항 제12호에 의하여 무효로 될 수는 없다고 볼 것인지

나아가 이 사건 등록상표의 출원 시에 선사용상표들이 특정인의 상품을 표시하는 것이라고 인식되어 있다면, 이 사건 등록상표를 상표법 제7조 제1항 제11호 후단에 의하여 무효로 하는 것은 가능하다고 보더라도, 같은 항 제12호에 의하여 무효로 할 수는 없다고 보아야 하는지에 관하여 살펴본다. 이는 상표법 제7조 제1항 제11호 후단의 수요자기만상표의 등록을 허용하지 아니하는 취지는 ‘순수하게 공익적 차원’의 것인 반면에, 같은 항 제12호의 부정한 목적 모방상표의 등록을 허용하지 아니하는 취지는 ‘순수하게 사익적 차원’의 것이라고 이분법적으로 바라보는 견지에서 제기될 수 있는 주장이다. 또한 제12호는 주로 외국의 인지도 있는 상표에 대한 권리자가 국내에 그 상표를 등록받아두지 아니한 경우 이를 모방한 국내 출원상표를 규제하기 위한 규정이라고 바라보는 시각에서도 제기될 수 있는 주장이다.

살피건대, 먼저 상표에 대한 권리의 보호는 언제나 당해 상표에 화체되어 있는 수요자의 신뢰를 보호하는 측면과 공존하는 것이지 이것이 명백하게 구분될 수는 없다. 따라서 위 두 규정 모두 사익보호의 측면(특정인의 상품을 표시하는 것으로 인식되어 있는 선사용상표의 권리자를 보호하는

이 소멸하였고, 과거의 상표권자가 이들 상표에 대하여 더 이상 상표로 사용할 의사가 없다고 가정해본다(더구나 ‘럭키’, ‘금성’에 대한 과거의 상표권자는 이 사건 원고와는 달리 현재의 ‘엘지’ 등이 과거의 ‘럭키’나 ‘금성’, ‘럭키금성’의 명성을 그대로 이어받은 것이라는 취지의 광고 등을 최근까지 적극적으로 해오고 있지도 아니하였다). 그런데 어느 날 ‘럭키’, ‘금성’에 대한 과거의 상표권자와 관계없는 제3자가 치약을 지정상품으로 하여 ‘럭키’ 상표를, TV를 지정상품으로 하여 ‘금성’ 상표를 등록받아 사용하고 있어, ‘럭키’, ‘금성’에 대한 과거의 상표권자가 상표법 제7조 제1항 제12호에 의한 등록무효심판을 청구하면, 과연 이 경우 위 규정의 적용요건 충족 여부 판단 없이 심판청구를 기각해도 좋다고 볼 것인가? 필자로서는 심히 의문이다. 이 문제는 후등록상표의 출원 당시에 여전히 ‘럭키’, ‘금성’이 해당 지정상품의 수요자 사이에 특정인의 상품을 표시하는 것으로 인식되고 있는가를 판단하여야 비로소 결론내릴 수 있는 문제라고 본다. 위 제12호의 부정한 목적 여부는 확립된 대법원판례에서 밝히고 있는 제반 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하고, 이 가운데 선사용상표의 인지도는 매우 중요한 요소이기 때문이다.

측면)과 공익보호의 측면(특정인의 상품을 표시하는 것으로 인식되어 있는 선사용상표에 대한 수요자의 신뢰를 보호하는 측면)을 모두 가지고 있는 것이되, 다만 두 측면 가운데 어느 측면을 상대적으로 더 강조하느냐의 차이가 있을 뿐이라고 본다. 선사용상표가 특정인의 상품을 표시하는 것으로 인식되어 있다고 인정하면서 이와 동일·유사하여 오인혼동을 일으키는 등록상표를 수요자기만상표에는 해당한다고 보되, 부정한 목적 모방상표에는 해당하지 아니한다고 결론내리는 것은 타당성이 없다고 생각된다. 양 규정이 모두 이른바 상표 브로커에 의한 상표등록을 규제한다는 동일한 취지와 기능을 가지고 있다는 점에 비추어 보더라도 그러하다. 참고로 지적재산권법 분야의 대표적인 학자인 윤선희 교수의 저서 ‘상표법’(법문사, 2007), 246쪽 이하에서는 ‘국기·국장 등과 동일 또는 유사한 상표’, ‘국가 등과의 관계를 허위로 표시하거나 모욕하는 상표’, ‘공익단체의 표장과 동일 또는 유사한 상표’, ‘공서양속에 반하는 상표’, ‘박람회 상패·상장 또는 포장과 동일 또는 유사한 표장’의 등록을 허용하지 아니하는 규정만을 공익적인 관점에서 등록을 받을 수 없도록 한 것으로 분류하고, 수요자기만상표는 부정한 목적 모방상표와 함께 사익적인 관점에서 등록을 받을 수 없는 상표로 분류하고 있는바, 시사하는 바가 크다고 생각된다.

또한 상표법 제7조 제1항 제12호가 굳이 ‘오인혼동’을 요건으로 하지 아니하고 ‘부정한 목적’을 요건으로 하고 있는 것은 엄격하게 ‘오인혼동’ 여부를 문제삼을 필요 없이 보다 용이하게 상표 브로커에 의한 상표등록을 규제할 수 있도록 하기 위함이지, ‘오인혼동’이 일어나는 경우는 ‘부정한 목적’에서 제외하겠다는 입법 취지로 이해할 수는 없다. 이렇게 이해하는 태도는 특허법원과 대법원의 그간 상표법 제7조 제1항 제12호 운용실무와도 맞지 아니하는 것이라고 생각된다. 참고로 위에서 소개한 참조 선례들이 모두 상표법 제7조 제1항 제12호가 아니라 같은 항 제11호 후단으로 등록무효판단을 하고 있는 것은, 위 사건들의 등록상표가 모두 2007. 1. 3. 법률 제8190호로 개정되기 전의 구 상표법이 적용되는 것이어서 제12호를 적용하려면 제11호보다 높은 수준의 주지도 요건을 갖추어야 한다는 제약이

있었기 때문이라고 보인다. 위 개정 전 제12호의 선사용상표는 “국내 또는 외국의 수요자 간에 특정인의 상품을 표시하는 것이라고 현저하게 인식되어 있는 상표”라고 규정되어 있어서 위 ‘현저하게’라는 수식이 없는 제11호의 선사용상표에 비하여 높은 수준의 주지도 요건을 갖추어야 한다고 해석되어왔다. 이 점에도 제11호가 보다 널리 활용되어온 이유가 있는 것이다.

더구나 제12호가 외국의 상표권자(국내 상표권 미등록 또는 등록 후 소멸) 보호를 위한 사안에 주로 적용되어온 것은 사실이나, 선사용상표의 권리자가 내국인인 경우를 그 적용대상에서 제외한다고 볼 아무런 이유도 없고, 실무상 그렇게 운용되고 있지도 아니하다. 요건에만 해당하면 당해 선사용상표의 권리자가 등록권리자이든, 미등록권리자이든, 외국인이든, 내국인이든 관계없이 적용되는 것이다.

따라서 이 사건 등록상표가 상표법 제7조 제1항 제11호 후단에 의하여 무효로 될 수는 있으나 같은 항 제12호에 의하여 무효로 될 수는 없다고 보는 해석은 타당하지 않다고 생각된다.

3) 선사용상표들이 존속기간만료로 소멸되지 아니하였다고 가정할 경우 피고가 상표법 제73조 제1항 제3호에 의하여 불사용취소심판을 청구할 수 있고, 취소심결이 확정되면 우선출원권을 가질 것이며, 이에 기하여 이 사건 등록상표를 우선 출원할 수도 있었을 것이라는 사정을 고려하면, 이 사건 등록상표에 관하여 상표법 제7조 제1항 제12호를 들어 상표등록을 무효로 하는 것이 부당하다고 볼 수 있는지

상표법은 등록상표를 3년 이상 정당하게 사용하지 아니하면 이해관계인이 취소심판을 청구할 수 있도록 규정(상표법 제73조 제1항 제3호)하고 있는데, 불사용에 의한 등록취소심판이 청구되고 그 청구일 이후에 ① 상표권의 존속기간갱신등록신청의 추가갱신기간(상표권의 존속기간이 끝난 후 6개월 이내)이 경과한 경우, ② 상표권자가 상표권 또는 지정상품의 일부를 포기한 경우, ③ 상표등록 취소의 심결이 확정된 경우에는, 그 해당하게 된 날(③의 경우 상표등록 취소의 심결에 대하여 소가 제기된 후 소취하나 상

고취하로 그 상표등록 취소의 심결이 확정된 때에는 그 취하일)부터 6개월 간은 취소심판청구인만이 상표등록출원을 하여 소멸된 등록상표와 동일 또는 유사한 상표를 그 지정상품과 동일 또는 유사한 상품에 대하여 상표등록을 받을 수 있다(상표법 제8조 제5항). 이를 상표등록취소심판청구인의 ‘우선출원권’이라고 부른다. 또한 상표권의 존속기간 추가갱신기간에 제3자가 상표등록출원을 하였으나 상표권이 존속기간만료로 소멸되는 경우와 취소심결의 확정일로부터 소취하일 또는 상고취하일까지의 기간 중에 출원한 경우는 상표법 제8조 제5항의 사유에 해당하지 않으므로, 이러한 허점을 취소심판청구인 이외의 제3자가 악용하여 상표등록출원을 하는 것을 차단하기 위한 취지에서, 불사용에 의한 등록취소심판이 청구되고 그 청구일 이후에 ① 상표권의 존속기간만료로 취소심판이 청구된 등록상표가 소멸되는 경우에 있어서, 상표권의 존속기간갱신등록신청의 추가갱신기간 중 그 소멸된 등록상표와 동일하거나 유사한 상표를 그 지정상품과 동일하거나 유사한 상품에 대하여 상표등록출원한 경우, ② 상표등록취소의 심결에 대하여 소가 제기된 후 소취하나 상고취하로 그 상표등록취소의 심결이 확정되어 취소심판이 청구된 등록상표가 소멸되는 경우에 있어서 그 취소심결의 확정일로부터 소취하일 또는 상고취하일까지의 기간 중 그 소멸된 등록상표와 동일하거나 유사한 상표를 그 지정상품과 동일하거나 유사한 상품에 대하여 상표등록출원한 경우에는 취소심판청구인만이 상표등록을 받을 수 있도록 정하고 있다(상표법 제8조 제6항).²⁹⁾³⁰⁾

29) 특허청, 상표법 조문별 개정 연혁 해설집(2010), 57 참조.

30) 상표법 제8조 (선출원)

⑤ 제73조 제1항 제3호의 규정에 해당한다는 것을 이유로 상표등록의 취소심판이 청구되고 그 청구일 이후에 다음 각 호의 어느 하나에 해당하게 된 때에는 그 해당하게 된 날(제3호의 경우 상표등록 취소의 심결에 대하여 소가 제기된 후 소취하나 상고취하로 그 상표등록 취소의 심결이 확정된 때에는 그 취하일을 말한다)부터 6개월간은 취소심판청구인만이 상표등록출원을 하여 소멸된 등록상표와 동일 또는 유사한 상표를 그 지정상품과 동일 또는 유사한 상품에 대하여 상표등록을 받을 수 있다.

1. 제43조 제2항 단서의 기간이 경과한 경우
2. 상표권자가 상표권 또는 지정상품의 일부를 포기한 경우
3. 상표등록 취소의 심결이 확정된 경우

⑥ 제73조 제1항 제3호에 해당한다는 것을 이유로 상표등록의 취소심판이 청구되고 그 청

그런데 위와 같이 상표등록취소심판청구인의 ‘우선출원권’을 정하고 있는 상표법 제8조 제5항의 규정은 같은 조 제1항의 선출원주의 원칙의 예외를 인정한 것에 불과할 뿐 위 규정이 정하는 출원인의 상표등록권을 적극적으로 보장하는 규정이라고 볼 수는 없고, 그에 따라 상표법 제8조 제5항에 해당하는 자의 출원이라고 하더라도 등록거절사유가 있는 경우에는 그 등록이 거절될 수 있다(대법원 2005. 5. 26. 선고 2004후3447 판결, 대법원 2007. 8. 23. 선고 2007후1879 판결 참조). 위 두 대법원판결은 모두 선등록상표와의 동일·유사를 이유로 상표법 제7조 제1항 제7호를 적용하여 상표등록을 거절하거나 그 등록을 무효로 하여야 한다고 판단한 사례인데, 이와 같이 상표법 제7조 제1항 제7호는 적용하면서 같은 항 제12호는 적용하지 아니할 아무런 근거도 없으므로, 위 판결들의 취지는 위 제12호의 적용이 문제되는 사안에서도 마찬가지로 적용된다고 보아야 한다. 위 두 대법원판결의 판시에도 적용대상이 되는 상표등록요건에 어떠한 제한이 있다는 취지는 전혀 나타나 있지 아니하다.

따라서 선사용상표들이 존속기간만료로 소멸되지 아니하였다고 가정할 경우 피고가 상표법 제73조 제1항 제3호에 의하여 불사용취소심판을 청구할 수 있고, 취소심결이 확정되면 우선출원권을 가질 것이며, 이에 기하여 이 사건 등록상표를 우선 출원할 수도 있었을 것이라는 사정은 이 사건의 결론에 아무런 영향을 미칠 수 없는 것이라고 본다.

구일 이후에 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 상표등록출원이 있는 경우에는 취소심판 청구인만이 상표등록을 받을 수 있다.

1. 상표권의 존속기간만료로 취소심판이 청구된 등록상표가 소멸되는 경우에 있어서 제 43조 제2항 단서의 기간 중 그 소멸된 등록상표와 동일하거나 유사한 상표를 그 지정 상품과 동일하거나 유사한 상품에 대하여 상표등록출원한 경우
2. 상표등록취소의 심결에 대하여 소가 제기된 후 소취하나 상고취하로 그 상표등록 취소의 심결이 확정되어 취소심판이 청구된 등록상표가 소멸되는 경우에 있어서 그 취소심결의 확정일부터 소취하일 또는 상고취하일까지의 기간 중 그 소멸된 등록상표와 동일하거나 유사한 상표를 그 지정상품과 동일하거나 유사한 상품에 대하여 상표등록출원한 경우

마. 도출되는 법리

- ☞ 대상판결은 아래와 같은 새로운 법리를 실시하였는바, 그 취지는 위에서 살펴본 검토 결과를 종합하여 볼 때 타당하다고 생각된다.

등록상표의 출원인이 그 출원 시를 기준으로 국내 또는 외국의 수요자 사이에 특정인의 상표로 인식되어 있는 모방대상상표와 동일 또는 유사한 상표를 부정한 목적을 가지고 사용하면 상표법 제7조 제1항 제12호에 해당하는 것이므로, 등록상표의 출원일 당시에 모방대상상표가 실제 상표로 사용되고 있지 아니하거나 모방대상상표의 권리자가 이를 상표로 계속 사용하려고 하는 의사가 명백하지 아니하다고 하여 곧바로 위 규정의 적용이 배제되는 것은 아니다. 즉 등록상표의 출원일 당시에 모방대상상표가 실제 상표로 사용되고 있지 아니하거나 모방대상상표의 권리자가 이를 상표로 계속 사용하려고 하는 의사가 명백하지 아니한 경우에도, 모방대상상표가 과거의 사용실적 등으로 인하여 여전히 국내 또는 외국의 수요자 사이에 특정인의 상표로 인식되어 있고, 등록상표의 출원인이 모방대상상표에 체화된 영업상 신용 등에 편승하여 부당한 이익을 얻으려 하거나, 모방대상상표의 가치에 손상을 주거나 모방대상상표의 권리자가 이후 다시 위 상표를 사용하려고 하는 것을 방해하는 등의 방법으로 모방대상상표의 권리자에게 손해를 끼치려는 목적을 가지고 모방대상상표와 동일·유사한 상표를 사용하는 경우에는 위 규정에 해당한다고 할 수 있고, 모방대상상표가 상표로 사용되고 있는지 여부, 모방대상상표의 권리자가 이를 상표로 계속 사용하려고 하는 의사가 있는지 여부는 모방대상상표가 특정인의 상표로 인식되어 있는지 여부와 등록상표 출원인의 부정한 목적 여부 등 위 규정에서 정한 요건의 충족 여부를 판단하기 위한 고려요소 중 하나가 되는 것에 불과하다.

2. 상고이유 제2점에 관한 검토

가. 문제점

원심에서 원고는 2011. 11. 3.자 준비서면 4~5쪽에서 명시적으로 상표법 제23조 제1항 제4호의 등록무효사유를 주장하였고, 위 준비서면은 제2차 변론기일에 진술되었다. 그런데 상고이유 주장과 마찬가지로 원심판결문

어디에도 위 주장에 관한 판단은 나타나 있지 않다.

나. 참조 선례

상표사용의사 없는 상표등록을 등록무효사유로 볼 것인가에 관하여 그 간 특허법원에서 판단된 사례들이 있었으나, 대법원의 판단이 내려진 바는 없었다.

특허법원 재판례로서 아래와 같이 다섯 사례 정도를 대표적으로 살펴볼 수 있는데, 모두 ‘법리’로서는 상표 사용의사 결여를 상표등록을 받을 수 없는 사유로 보는 전제에서 판결하고 있으나, 실제로 상표사용의사 결여로 인정한 것은 특허법원 2003. 12. 12. 선고 2003허4221 판결한 건에 불과하다.

1) 특허법원 2003. 12. 12. 선고 2003허4221 판결

- 등록서비스표 “나홀로”의 지정서비스업 중 ‘변호사업, 변리사업, 법무사업, 공인노무사업, 행정사업’은 일정한 자격을 갖춘 자만이 제공할 수 있는 서비스업이고, 상표법은 사용주의가 아닌 등록주의를 채택하여 상표권은 등록에 의하여 발생하고 실제로 이를 사용한 사실이 있는지 여부는 상표권 발생의 요건이 아니어서, 국내에서 상표/서비스표를 ‘사용하는 자’는 물론이고 ‘사용하고자 하는 자’도 자기의 상표/서비스표를 등록받을 수 있지만, 상표/서비스표 등록을 받고자 하는 자는 적어도 ‘사용하고자 하는’ 의사는 있어야만 할 것이고, 사용하고자 하는 의사가 없이 등록된 상표/서비스표는 상표법 제2조에서 말하는 표장, 즉 상표/서비스표에 해당하지 아니하여 이를 등록받을 수 없다고 할 것인데,
- 상표/서비스표에 대한 사용의사 유무는 상표/서비스표 출원인의 주관적, 내면적인 의지에 의하여만 결정할 것이 아니라 외형적으로 드러나는 사정에 의하여 객관적으로 결정하여야 하므로,
- 변리사의 자격 외에 다른 자격을 갖추지 못한 등록서비스표권자는 위 지정서비스업 중 ‘변호사업, 공인노무사업, 행정사업, 법무사업’에 관하여 객관적인 사용의사가 없어 상표법 제23조 제1항 제4호의 무효사유에 해당한다.

☞ 그런데 위 판결의 상고심인 대법원 2005. 10. 28. 선고 2004후271 판결은 “이 사건 등록서비스표는 2000. 6. 19. 출원된 것으로서, 2001. 2. 3. 법률 제6414호로 개정된 상표법(이하 ‘개정 상표법’이라고 함)의 부칙 제4항에 의하여 그 등록무효심판에 관하여는 위 개정 전의 상표법(이하 ‘구 상표법’이라고 한다)이 적용되어야 하고, 구 상표법은 개정 상표법 제23조 제1항 제4호의 ‘제2조 제1항 제1호 내지 제4호의 규정에 의한 표장의 정의에 합치하지 아니하는 경우’를 등록무효사유로 삼고 있지 아니하였으므로, 원심이 이 사건 등록서비스표의 지정서비스업 중 ‘변호사업, 공인노무사업, 행정사업, 법무사업’에 개정 상표법을 적용하여 개정 상표법 제23조 제1항 제4호가 정한 등록무효사유가 있다고 판단한 것은 잘못”이라고 판단하였다.

2) 특허법원 2006. 6. 16. 선고 2006허2332 판결

- 상표법 제71조 제1항 제1호는 상표법 제23조 제1항 제4호의 ‘제2조 제1항 제1호 내지 제4호의 규정에 의한 표장의 정의에 합치하지 아니하는 경우’를 등록무효사유로 삼고 있고, 상표법 제2조 제1항 제1호는 ‘상표라 함은 상품을 생산·가공·증명 또는 판매하는 것을 업으로 영위하는 자가 자기의 업무에 관련된 상품을 타인의 상품과 식별되도록 하기 위하여 사용하는 표장’이라고 규정하고 있다. 따라서 오로지 제3자에게 상표권을 양도하거나 전용사용권이나 통상사용권을 설정하는 방식으로만 사용할 목적으로 상표등록출원을 하여 등록받은 경우 등과 같이 자기의 업무에 관련된 상품을 타인의 상품과 식별되도록 하기 위하여 사용하는 표장이라고 할 수 없는 경우에는 상표법 제23조 제1항 제4호의 상표법 제2조 제1항 제1호의 규정에 의한 표장의 정의에 합치하지 아니하는 경우에 해당하여 상표법 제71조 제1항 제1호에 의하여 그 등록이 무효로 되어야 할 것이다.
- 나아가 자기의 업무에 관련된 상품을 타인의 상품과 식별되도록 하기 위하여 사용하는 표장이라고 할 수 없는 경우에 해당하는지 여부는, 상표법 제41조가 ‘상표권은 설정등록에 의하여 발생한다’고 규정하여 등록주의 원칙을 천명하고 있는 점, 상표법 제9조는 상표등록출원서에 상표사용의사에 관하여 이를 기재하거나 입증하는 서면을 첨부하도록 요구하고 있지 않은 점, 상표법 제30조는 ‘심사관은

상표등록출원에 대하여 거절이유를 발견할 수 없을 때에는 상표등록결정을 하여야 한다'고 규정하고 있는 점, 상표법 제73조 제1항은 '국내에서 상표를 사용하는 자 또는 사용하고자 하는 자는 자기의 상표를 등록받을 수 있다'고 하는 상표법 제3조 본문에 위반된 경우를 등록무효사유로 규정하고 있지 아니한 점, 상표법 제73조 제1항 제3호는 '상표권자·전용사용권자 또는 통상사용권자 중 어느 누구도 정당한 이유 없이 등록상표를 그 지정상품에 대하여 취소심판청구일 전 계속하여 3년 이상 국내에서 사용하고 있지 아니한 경우'를 등록취소사유로 규정하고 상표법 제73조 제6항에서 이해관계인이 그 상표등록의 취소심판을 청구할 수 있도록 하여서 상표등록 후 상표의 사용을 간접적으로 강제하고 있을 뿐 위 등록상표의 불사용으로 인한 등록취소심판청구 이외에는 상표등록 이후의 상표 불사용에 대하여 상표등록을 무효로 하거나 등록을 취소하는 별도의 규정을 두고 있지 아니한 점 등의 상표법의 여러 규정들에 비추어 볼 때 그 기준은 객관적이고 충분한 증거에 의하여 엄격하게 적용되어야 할 것이다.

- 이 사건 등록상표는 피고 회사가 2001. 12. 4. 상법 제520조의2 제1항의 규정에 의하여 해산된 후인 2003. 5. 22. 상표등록출원이 되었고 2004. 12. 4. 청산종결 등기가 경료된 후인 2005. 6. 17. 상표등록이 되었는바, 이와 같이 피고 회사가 해산된 후 청산과정에서 상표등록출원이 있었고 청산종결등기가 경료된 후에 상표등록이 되었다는 사실만으로는 이 사건 등록상표를 피고가 자기의 업무에 관련된 상품을 타인의 상품과 식별되도록 하기 위하여 사용하는 표장이 아니라고 단정할 수 없다.

☞ 위 판결에 대하여는, 상표법 제3조는 상표를 사용하고자 하는 자가 상표등록을 받을 수 있도록 규정하고 있는데, 상표법 제23조 제1항 제4호 및 제71조 제1항 제1호에는 상표법 제3조를 포함하고 있지 않다는 점 등에 비추어 볼 때, 사용의사의 존재를 엄격하게 요구하는 것은 '상표브로커'를 견제하려는 의도에 이끌려 법문을 지나치게 확장한 해석이라는 비판이 제기될 수 있다는 문제의식 아래, 오로지 제3자에게 상표권을 양도하거나 전용사용권이나 통상사용권을 설정하는 방식으로만 사용할 목적으로 상표등록출원을 하여 등록받은 경우 등과 같이 자기의 업무에 관련된 상품을 타인의 상품과 식별되도록 하기 위하여 사용하는 표장이

라고 할 수 없는 경우만이 위 규정에 해당한다고 한 취지라고 평가되고 있다.³¹⁾

☞ 한편 위 판결의 상고심인 대법원 2006. 11. 10. 선고 2006후2004 판결은 이 부분에 관하여는 판시를 하지 않았다.

3) 특허법원 2010. 3. 19. 선고 2009허8478 판결

- 상표법 제71조 제1항 제1호는 상표법 제23조 제1항 제4호의 ‘제2조 제1항 제1호 내지 제4호의 규정에 의한 표장의 정의에 합치하지 아니하는 경우’를 등록무효사유로 삼고 있고, 상표법 제2조 제1항 제2호는 ‘서비스표라 함은 서비스업을 영위하는 자가 자기의 서비스업을 타인의 서비스업과 식별되도록 하기 위하여 사용하는 표장’이라고 규정하고 있다. 따라서 오로지 제3자에게 서비스표권을 양도하려는 목적으로 서비스표등록출원을 하여 등록받은 경우 등과 같이, 등록서비스표가 서비스업을 영위하는 자의 서비스업을 타인의 서비스업과 식별되도록 하기 위하여 사용하는 표장이라고 할 수 없는 경우에는 상표법 제2조 제1항 제2호의 규정에 의한 표장의 정의에 합치하지 아니하는 경우에 해당하여 상표법 제71조 제1항 제1호, 제23조 제1항 제4호에 따라 그 등록이 무효로 되어야 할 것이다.
- 한편 상표법 제2조 제3항은 서비스표에 관하여 상표법 중 상표에 관한 규정을 적용하도록 정하고 있는데, 상표법 제3조 본문은 “국내에서 상표를 사용하는 자 또는 사용하고자 하는 자는 자기의 상표를 등록받을 수 있다.”라고 규정하여 상표를 사용하고자 하는 자 역시 상표를 등록받을 수 있도록 정하고 있으므로, 비록 ‘현재 자기의 서비스업을 타인의 서비스업과 식별되도록 하기 위하여 사용하는 표장’은 아니라고 하더라도 ‘장차 자기의 서비스업을 타인의 서비스업과 식별되도록 하기 위하여 사용하고자 하는 표장’에 해당하면 상표법 제23조 제1항 제4호, 제2조 제1항 제2호, 제71조 제1항 제1호 소정의 등록무효사유는 없는 것이라고 보아야 한다.
- 나아가 상표법 제41조 제1항은 “상표권은 설정등록에 의하여 발생

31) 한동수, “상표에 관한 심결취소소송의 개요”, 대전지방법변호사회지(4호), 대전지방법변호사회(2007), 274.

한다.”라고 규정하여 등록주의 원칙을 천명하고 있는 점, 상표법 제9조는 상표등록출원서에 상표사용의사에 관하여 이를 기재하거나 입증하는 서면을 첨부하도록 요구하고 있지 않은 점, 상표법 제30조는 “심사관은 상표등록출원에 대하여 거절이유를 발견할 수 없을 때에는 상표등록결정을 하여야 한다.”라고 규정하고 있는 점, 상표법 제73조 제1항 제3호가 ‘상표권자·전용사용권자 또는 통상사용권자 중 어느 누구도 정당한 이유 없이 등록상표를 그 지정상품에 대하여 취소심판청구일 전 계속하여 3년 이상 국내에서 사용하고 있지 아니한 경우’를 등록취소사유로 규정하고 상표법 제73조 제6항에서 이 해관계인이 그 상표등록의 취소심판을 청구할 수 있도록 하여서 상표등록 후 상표의 사용을 간접적으로 강제하고 있는 외에는 상표법이 상표등록 이후의 상표 불사용에 대하여 상표등록을 무효로 하는 별도의 규정을 두고 있지 아니한 점 등에 비추어 보면, ‘현재 자기의 서비스업을 타인의 서비스업과 식별되도록 하기 위하여 사용하는 표장이 아니라는 점’ 및 ‘장차 자기의 서비스업을 타인의 서비스업과 식별되도록 하기 위하여 사용하고자 하는 표장이 아니라는 점’은 함부로 추정되어서는 아니 되고, 객관적이고 충분한 증거에 의하여 명확하게 인정되어야 할 것이다.³²⁾

- 법령 소정의 설비를 갖추고 기존에 사용되고 있는 다른 채널명과 동일하거나 동일한 채널로 오인될 수 있는 채널명이 아닌 다른 채널명을 사용하되 하면,³³⁾ 얼마든지 방송채널사용사업의 등록을 받

32) 특허법원 2010. 3. 19. 선고 2009허8478 판결은 상표사용의사 결여에 관한 특허법원 2003. 12. 12. 선고 2003허4221 판결, 특허법원 2006. 6. 16. 선고 2006허2332 판결의 판시와 상표법 제반 규정 및 상표제도의 취지 등을 참조하여 상표사용의사 결여를 상표등록무효사유로 보는 상표법 근거 규정, 판단 방법 등을 종합적으로 정리하는 법리의 설시를 시도한 특허법원 판결이다.

33) 방송법상 ‘방송사업’에는 지상파방송사업(방송을 목적으로 하는 지상의 무선국을 관리·운영하며 이를 이용하여 방송을 행하는 사업), 종합유선방송사업[종합유선방송국(다채널방송을 행하기 위한 유선방송국설비와 그 종사자의 총체)을 관리·운영하며 전송·선로설비를 이용하여 방송을 행하는 사업], 위성방송사업(인공위성의 무선설비를 소유 또는 임차하여 무선국을 관리·운영하며 이를 이용하여 방송을 행하는 사업), 방송채널사용사업(지상파방송사업자·종합유선방송사업자 또는 위성방송사업자와 특정채널의 전부 또는 일부 시간에 대한 전용사용계약을 체결하여 그 채널을 사용하는 사업)이 있고(제2조 제2호 참조), 이 사건 등록 서비스표의 등록결정일 당시 시행되던 구 방송법(2008. 2. 29. 법률 제8867호로 제정된 「방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률」에 의하여 개정되기 전의 것) 제9조 제5항 본문은 “방송채널사용사업을 하고자 하는 자는 방송위원회에 등록하여야 한다.”라고 규정하고 있으

아 방송채널사용사업을 할 수 있다고 보이므로, 관계 법령에 의하여 방송채널사용사업을 하는 데에 일정한 요건이 필요하고, 현재까지 피고가 이러한 요건을 갖추어 방송채널사용사업 등록신청을 한 바 없다는 사유만으로는, 이 사건 등록서비스표가 그 지정서비스업 중 각종 방송업과 관련하여, 피고가 장차 자기의 서비스를 타인의 서비스업과 식별되도록 하기 위하여 사용하고자 하는 표장이 아닌 경우에 해당한다고 보기 어렵다.

☞ 위 판결에 대해 2010후1145호로 상고되었으나 상고이유서 부제출로 확정되었다.

4) 특허법원 2010. 10. 7. 선고 2010허4397 판결

- 상표법 제71조 제1항 제1호는 상표법 제23조 제1항 제4호의 ‘제2조 제1항 제1호 내지 제4호의 규정에 의한 표장의 정의에 합치하지 아니하는 경우’를 등록무효사유로 규정하고 있고, 상표법 제2조 제1항 제2호는 ‘서비스표라 함은 서비스를 영위하는 자가 자기의 서비스를 타인의 서비스업과 식별되도록 하기 위하여 사용하는 표장’이라고 규정하고 있다. 따라서 오로지 제3자에게 서비스표권을 양도하려는 목적으로 서비스표를 출원하여 등록받은 경우 등과 같이, 등록 서비스표가 서비스를 영위하는 자의 서비스를 타인의 서비스업과 식별되도록 하기 위하여 사용하는 표장이라고 할 수 없는 경우에는 상표법 제2조 제1항 제2호의 규정에 의한 표장의 정의에 합치하지 아니하는 경우에 해당하여 상표법 제71조 제1항 제1호, 제23조 제1항 제4호에 따라 그 등록이 무효로 되어야 할 것이다.
- 한편 상표법 제2조 제3항은 서비스표에 관하여 상표법 중 상표에 관한 규정을 적용하도록 규정하고 있는데, 상표법 제3조 본문은 “국

며, 구 방송법 시행령(2008. 2. 22. 대통령령 제20649호로 개정되기 전의 것) 제7조의2 제1항은 “법 제9조 제5항 본문의 규정에 의하여 방송채널사용사업의 등록을 하고자 하는 자는 ① 자본금이 5억 원 이상일 것, ② 주조정실(방송프로그램의 편성 및 송출 등을 종합조정하는 장소), 부조정실(개별 방송프로그램의 제작을 조정하는 장소), 종합편집실(음성·영상·음향 등을 편집하여 개별 방송프로그램을 완성하는 장소) 및 송출시설을 구비할 것, ③ 당해 방송채널사용사업을 영위할 수 있는 사무실을 보유할 것, ④ 방송사업자가 사용하고 있는 다른 채널명과 동일한 채널명 또는 시청자가 동일한 채널로 오인할 수 있는 채널명을 사용하지 아니할 것의 요건을 갖추어야 한다.”라고 규정하고 있다.

내에서 상표를 사용하는 자 또는 사용하고자 하는 자는 자기의 상표를 등록받을 수 있다.”라고 규정하여 서비스표를 사용하고자 하는 자 역시 서비스표를 등록받을 수 있도록 규정하고 있으므로, 비록 ‘현재 자기의 서비스업을 타인의 서비스업과 식별되도록 하기 위하여 사용하는 표장’은 아니라고 하더라도 ‘장차 자기의 서비스업을 타인의 서비스업과 식별되도록 하기 위하여 사용하고자 하는 표장’에 해당하면 상표법 제71조 제1항 제1호, 제23조 제1항 제4호, 제2조 제1항 제2호에 규정된 등록무효사유는 없는 것이라고 보아야 할 것이다.

- 나아가 상표법 제41조 제1항은 “상표권은 설정등록에 의하여 발생한다.”라고 규정하여 등록주의를 원칙으로 하고 있는 점, 상표법 제9조는 상표등록출원서에 상표의 사용의사에 관하여 이를 기재하거나 입증하는 서면을 첨부하도록 요구하고 있지 않은 점, 상표법 제30조는 “심사관은 상표등록출원에 대하여 거절이유를 발견할 수 없을 때에는 상표등록결정을 하여야 한다.”라고 규정하고 있는 점, 상표법 제73조 제1항 제3호가 ‘상표권자·전용사용권자 또는 통상사용권자 중 어느 누구도 정당한 이유 없이 등록상표를 그 지정상품에 대하여 취소심판청구일 전 계속하여 3년 이상 국내에서 사용하고 있지 아니한 경우’를 등록취소사유로 규정하고 상표법 제73조 제6항에서 이해관계인이 그 상표등록의 취소심판을 청구할 수 있도록 함으로써 상표등록 후 상표의 사용을 간접적으로 강제하고 있는 외에는 상표법이 상표등록 이후의 상표 불사용에 대하여 상표등록을 무효로 하는 별도의 규정을 두고 있지 아니한 점 등에 비추어 보면, ‘현재 자기의 서비스업을 타인의 서비스업과 식별되도록 하기 위하여 사용하는 표장이 아니라는 점’이나 ‘장차 자기의 서비스업을 타인의 서비스업과 식별되도록 하기 위하여 사용하고자 하는 표장이 아니라는 점’은 함부로 추정되어서는 아니 되고, 객관적이고 충분한 증거에 의하여 명확하게 인정되어야 할 것이다.
- 피고가 이 사건 등록서비스표의 지정서비스업 중 ‘상품배달업, 택배업’을 경영하고자 하는 경우 일정한 자격이나 일정규모 이상의 자본금 및 시설 등이 필요하여 개인인 피고가 위 서비스업들을 경영할 수 없음을 인정할 만한 증거도 없다. 설령 위 서비스업들이 화물자

동차운수사업법 제2조 제3호에 규정된 ‘타인의 수요에 응하여 화물 자동차를 사용하여 화물을 유상으로 운송하는 사업’에 해당한다고 하더라도 같은 법 제3조, 같은 법 시행규칙 제13조, [별표 1]의 허가 기준에 의하면, 개별화물자동차운송사업은 ‘최저자본금, 사무실 및 영업소가 없이 최대적재량 1t 초과 5t 미만의 화물자동차 1대와 당해 화물자동차의 길이와 너비를 곱한 면적의 차고면적’을 갖추기만 하면, 개인인 피고도 얼마든지 위 ‘상품배달업, 택배업’을 영위할 수 있을 것으로 보인다. 따라서 피고가 이 사건 등록서비스표를 그 지정서비스업 중 ‘상품배달업, 택배업’에 사용하고자 하는 의사도 없이 이 사건 등록서비스표를 출원하여 등록받았다고 단정할 수 없으므로, 이 사건 등록서비스표는 위 ‘상품배달업, 택배업’과 관련하여 상표법 제23조 제1항 제4호에 해당한다고 할 수 없다.

☞ 위 판결에 대해 2010후3172호로 상고되었으나 상고취하로 확정되었다.

5) 특허법원 2010. 10. 7. 선고 2010허4946 판결

- 원고가 이 사건 등록서비스표 중 ‘관광운송업, 운송예약업, 운송업’³⁴⁾

34) 관광진흥법 제2조 제1호는 ‘관광객을 위하여 운송을 제공하는 업’을 관광사업의 하나로 정의하고 있고, 여객자동차운수사업법 제2조 제3호는 ‘다른 사람의 수요에 응하여 자동차를 사용하여 유상으로 여객을 운송하는 사업’을 ‘여객자동차운송사업’이라고 정의하고 있으며, 화물자동차운수사업법 제2조 제3호는 ‘타인의 수요에 응하여 화물자동차를 사용하여 화물을 유상으로 운송하는 사업’을 화물자동차운송사업이라고 정의하고 있다. 여기에서 여객자동차운송사업이나 화물자동차운송사업을 경영하려는 자는 국토해양부령으로 정하는 바에 따라 국토해양부 장관의 면허(등록) 또는 허가를 받아야 하는데(여객자동차운수사업법 제4조 제1항, 화물자동차운수사업법 제3조 제1항), 여객자동차운송사업 중 전세버스운송사업의 경우에는 ‘중형 이상의 승합자동차(승차정원 16인승 이상의 것에 한한다)를 특별시 및 광역시에서는 20대 이상, 시 및 군에서는 10대 이상’을 보유하고 보유차고로 ‘대형은 36㎡~40㎡, 중형은 23㎡~26㎡’의 면적을 보유하여야 등록받을 수 있고[구 여객자동차운수사업법 시행규칙 (2008. 11. 6. 국토해양부령 제66호로 개정되기 전의 것) 제6조의 2, 제21조, 별표 1, 2 참조], 화물자동차운송사업 중 개별화물자동차운송사업의 경우에는 ‘최저자본금, 사무실 및 영업소가 없이 최대적재량 1t 초과 5t 미만의 화물자동차 1대와 당해 화물자동차의 길이와 너비를 곱한 면적의 차고면적’을 보유하면 허가를 받을 수 있다(화물자동차운수사업법 시행규칙 제13조, 별표 1 참조).

위와 같은 규정에 비추어 보면, 원고가 승차정원 16인승 이상의 전세버스 10대 이상을 보유하거나 1t을 초과하는 화물자동차 1대를 보유하는 등 위 각 법령에 규정된 설비 등을 갖추고 국토해양부장관으로부터 전세버스운송사업의 등록이나 개별화물자동차운송사업의 허가를 받기만 하면, 얼마든지 ‘관광운송업, 운송예약업, 운송업’을 영위할 수 있을 것으로 보인다.

선박운송업,³⁵⁾ 공항서비스업, 하역업, 항공수화물취급업,³⁶⁾ 항공운송업³⁷⁾에 관한 해당 법령에 규정된 일정한 기준을 갖추고 관할관청으로부터 면허(허가)를 받거나 관할관청에 등록하기만 하면 얼마든지 위 주문 기재 지정서비스업을 영위할 수 있을 것으로 보이고, 원고가 현재까지 해당 법령에 규정된 기준에 맞는 설비 등을 갖추어 주문 기재 지정서비스업에 관한 면허(허가)나 등록을 받은 바 없다는

- 35) 해운법 제2조 제3호는 ‘해상이나 해상과 접하여 있는 내륙수로에서 선박으로 물건을 운송하거나 이에 수반되는 업무를 처리하는 사업’을 ‘해상화물운송사업’이라고 정의하고 있고, 해상화물운송사업 중 ‘국내항과 국내항 사이에서 운항하는 해상화물운송사업’인 ‘내항 화물운송사업’을 경영하려는 자는 국토해양부령으로 정하는 바에 따라 국토해양부장관에게 등록하여야 하는데, 그 등록기준은 ‘100t 미만의 선박만으로 선박안전법 시행령 제2조 제2호의 평수구역 또는 해당 지방해양수산청 관할구역 안의 육지와 섬, 섬과 섬 사이 등을 운항하는 경우에는 선박이 1척 이상 있을 것, 그 외의 경우에는 총톤수 100t 이상 선박의 총톤수의 합계가 500t 이상일 것’이다(해운법 제27조 제1항, 해운법 시행규칙 제19조, 별표 3 참조). 위와 같은 규정에 비추어 보면, 원고가 100t 미만의 선박 1척 등 위 각 법령에 규정된 설비 등을 갖추고 국토해양부장관에게 등록하기만 하면, 얼마든지 ‘선박운송업’을 영위할 수 있을 것으로 보인다.
- 36) 구 항공법(2009. 6. 9. 법률 제9780호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제2조 제5호는 ‘공항시설을 갖춘 공공용 비행장으로서 국토해양부장관이 그 명칭·위치 및 구역을 지정·고시한 것’을 ‘공항’이라고 정의하고 있고, ‘서비스’는 사전적으로 ‘물질적 재화 이외의 생산이나 소비에 관련한 모든 경제활동’을 의미하므로, 여기의 ‘공항서비스업’은 넓게는 공항과 관련하여 제공되는 모든 서비스를 업으로 하는 것이고, 좁게는 항공기와 관련된 항공기 유도, 견인, 항공기의 내외부의 세척 등의 서비스를 업으로 하는 것이라고 할 것이다. 또한 ‘하역업’은 사전적으로 ‘화물수송의 과정에서 화물을 싣고 내리는 일, 옮기는 일, 창고에 쌓고 꺼내는 일, 기타 화물의 이동에 관한 일체의 현장처리작업’을 의미한다. 그리고 ‘항공수화물취급업’은 ‘항공으로 운송되는 수화물을 수집하여 항공기로 운송될 수 있도록 하는 업’을 의미한다. 위와 같은 각 개념에 비추어 보면, 원고는 ‘공항서비스업, 하역업, 항공수화물취급업’을 경영하고자 하는 경우 위 각 지정서비스업에 필요한 일정규모 이상의 자본금 및 시설 등을 갖추기만 하면, 얼마든지 위 각 지정서비스업을 영위할 수 있을 것으로 보인다.
- 37) 구 항공법 제2조 제26호는 ‘타인의 수요에 응하여 항공기를 사용하여 유상으로 여객 또는 화물을 운송하는 사업’을 ‘항공운송사업’이라고 정의하고 있고, ‘항공운송사업 중 한 지점과 다른 지점 사이에 노선을 정하고 정기적으로 항공기를 운항하는 정기항공운송사업 외의 항공사업’(구 항공법 제2조 제28호 참조)인 ‘부정기항공운송사업’을 경영하고자 하는 자는 국토해양부령으로 정하는 바에 따라 국토해양부장관에게 등록하여야 하는데(구 항공법 제132조 참조), 그 등록기준은 ‘회전익항공기를 이용하는 경우 개인의 자산평가액이 30억 원 이상, 쌍발 이상의 항공기로서 계기비행능력과 해상비행시 자동위치확인능력을 보유한 항공기 1대, 조종사와 정비사 각 1명, 일정규모의 예약 및 매표시설, 대합실 등 이용객 편의시설, 격납고시설 등을 갖추고 소정의 보험에 가입할 것’이다(구 항공법 제132조, 제3항, 항공법 시행규칙 제299조, 별표 33 참조). 위와 같은 규정에 비추어 보면, 원고가 자산평가액 30억 원 이상의 자산을 보유하고 항공기 1대를 포함한 위 각 법령에 규정된 인원과 정비 및 운항관리시설 등을 갖추고 국토해양부장관에게 등록하기만 하면, 얼마든지 ‘항공운송업’을 영위할 수 있을 것으로 보인다.

사유만으로는 원고가 이 사건 등록서비스표를 그 지정서비스업 중 주문 기재 지정서비스업에 사용하고자 하는 의사가 없이 출원하여 등록받았다고 단정할 수 없다.

☞ 위 2010허4397 사건과 같은 재판부에서 같은 날 선고된 판결로서 법리는 동일하게 실시하고 있다. 위 판결에 대해 2010후3165호로 상고되었으나 상고취하로 확정되었다.

다. 상표법 규정의 변화

한편 2011. 12. 2. 법률 제11113호로 개정된 상표법[한미FTA 발효일(= 2012. 3. 15.)부터 시행]은 ‘상표등록거절이유’에 관한 제23조 제1항 1호에 ‘제3조’를 거절이유로 포함하고 있다(위 개정 전에는 ‘제3조 단서’만 거절이유였다). 또한 ‘상표등록 무효사유’에 관한 제71조 제1항 제1호에도 마찬가지로 ‘제3조 단서’가 ‘제3조’로 개정되었다. 따라서 위 개정 상표법 이후에는 상표법 제3조(상표등록을 받을 수 있는 자) “국내에서 상표를 사용하는 자 또는 사용하고자 하는 자는 자기의 상표를 등록받을 수 있다. 다만 특허청직원 및 특허심판원직원은 상속 또는 유증의 경우를 제외하고는 재직 중 상표를 등록받을 수 없다.”라는 규정의 제3조 본문에 의하여 상표사용의사 없는 경우는 상표등록거절이유 및 무효사유가 된 것이다.³⁸⁾ 다만 위 개정법 부칙 제7조(일반적 경과조치) “이 법 시행 당시 종전의 규정에 따라 출원된 상표등록출원에 대하여는 종전의 규정에 따른다.”라는 규정에 의하여, 종전 출원 상표에 대하여는 위 개정 규정의 적용이 없다.

위 규정의 개정 취지에 관하여 국회의안정보에는 명시적인 언급이 없어, 필자가 특허청에서 상표 법제 관련 업무를 담당하는 상표심사정책과에 직접 문의하여 확인한 결과, 특허청에서는 위와 같은 상표법 개정 전에도 상

38) 참고로 일본에서는 종래부터 같은 취지로 규정되어 있었다. 즉 일본 상표법 제46조 제1항 제1호 및 제15조 제1호에서는 상표등록무효사유 내지 상표등록거절사유로 제3조(상표등록의 요건)에 해당하는 경우를 들고 있고, 그 제3조(상표등록의 요건) 제1항에서는 “자기의 업무에 관계된 상품 또는 역무에 사용하는 상표에 관하여는 다음에서 들고 있는 상표를 제외하고 상표등록을 받을 수 있다.”라고 규정하고 있다. 이에 일본에서는 ‘자기의 업무에 사용할 의사가 없는 상표’에 관하여 이 제3조 제1항 본문에 해당한다고 보아 거절 내지 무효로 하고 있다.

표 제도 본질상 당연히 상표등록을 받으려면 상표사용의사가 있어야 한다고 보아왔으나, 다만 상표법상 거절이유, 무효사유로 명확하게 규정되어 있지 않다는 논의가 있어왔으므로, 2011년 상표법 개정 시 이를 명확하게 반영하기 위하여 위와 같이 개정한 것이라는 취지를 들 수 있었다. 또한 특허청이 2012. 4. 1.부터 시행하고 있는 ‘사용의사 확인제도’(심사관이 상표등록출원인의 상표사용의사에 대한 합리적인 의심이 드는 경우에 출원인의 사용의사를 물어, 출원인으로 하여금 상표의 사용사실 또는 사용 준비 중인 사실을 증명하는 자료를 제출하여 사용의사를 입증하도록 하는 제도)는 위 상표법 개정에 근거하고 있는 것이라는 점도 확인하였다.

라. 소결론

결국 이 사건 등록상표와 같이 2011년 개정 상표법 시행 전에 출원된 상표에 관하여 사용의사 없는 경우를 상표등록무효사유로 볼 것인지 여부는 불명확한 상태이다. 종전 상표법 규정의 문언에 충실하게 해석한다면 이는 상표등록무효사유로 보지 않는 해석도 가능하나, 합목적적인 해석론을 시도한다면 현행 상표법 규정과 마찬가지로 볼 여지도 없지는 않다고 생각된다.

그런데 이 사건에서는 어차피 제1점에 관한 상고이유 주장이 이유 있어 원심이 파기되어야 하므로, 제2점에 관한 상고이유 주장을 판단할 필요성은 없다. 이에 이 사건 상고심으로서 제1점에 관한 판단을 하는 것만으로 충분하고, 상표사용의사 결여가 상표등록무효사유인가에 관하여는 추후 이 점이 정면으로 문제되어 그 판단에 의하여 결론이 좌우되는 사건에서 보다 면밀히 검토가 이루어지는 편이 바람직하다고 생각된다.

【對象判決의 意義】

대소판결은 상표법 제7조 제1항 제12호의 적용요건으로 ‘등록상표의 출원일 당시 특정인이 그의 선사용상표를 사용하고 있거나 적어도 상표로 계

속 사용하려고 하는 경우일 것'이라는 부가적 요건이 필요한지에 관하여, 이는 독립적인 요건이 아니고 모방대상상표가 특정인의 상표로 인식되어 있는지 여부와 등록상표 출원인의 부정한 목적 여부 등 위 규정에서 정한 요건의 충족 여부를 판단하기 위한 고려요소 중 하나가 되는 것에 불과하다는 점을 명확하게 설시한 판결로서 의의가 있다.

7. 인터넷주소자원에 관한 법률 제12조가 정한 ‘부정한 목적’의 판단 기준

(2013. 4. 26. 선고 2011다64836 판결 : 공2013상, 937)

柳 英 善

【判決要旨】

1. ‘인터넷주소자원에 관한 법률’ 제12조 제1항, 제2항은 정당한 권원이 있는 이의 도메인이름 등록을 방해하거나 정당한 권원이 있는 이로부터 부당한 이익을 얻는 등 부정한 목적으로 도메인이름을 등록·보유 또는 사용하는 이가 있으면 정당한 권원이 있는 이가 법원에 그 도메인이름의 등록말소 또는 등록이전을 청구할 수 있다고 정하고 있다. 위 규정의 취지는, 도메인이름은 선착순으로 자유롭게 등록할 수 있는 것이 원칙이나 그 중복 등록이 불가능함을 악용하여 부정한 목적으로 도메인이름을 선점하는 이른바 사이버스쿼팅(cybersquatting) 행위를 규제함으로써 정당한 권원이 있는 이의 도메인이름 등록 및 사용을 보장하고 도메인이름에 관한 인터넷 사용자들의 혼동 등을 방지하려는 데에 있다. 한편 위 규정에서 정하는 ‘부정한 목적’이 있는지 여부는 정당한 권원이 있는 이의 성명·상호·상표·서비스표 그 밖의 표지(이하 ‘대상표지’라고 한다)의 인식도 또는 창작성의 정도, 도메인이름과 대상표지의 동일·유사성의 정도, 도메인이름을 등록·보유 또는 사용하는 이가 대상표지를 알고 있었는지 여부 및 도메인이름을 판매·대여하여 경제적 이익을 얻고자 한 전력의 유무, 도메인이름에 의한 웹사이트의 개설 및 그 웹사이트의 실질적인 운영 여부, 그 웹사이트상의 상품 또는 서비스업 등과 대상표지가 사용된 상품 또는 서비스업 등과의 동일·유사성 내지는 경제적 건련관계 유무, 대상표지에 화체되어 있는 신용과 고객흡인력으로 인하여 인터넷 사용자들이 그 웹사이트

로 유인되는지 여부, 그 밖에 도메인이름의 등록·보유 또는 사용을 둘러싼 제반 사정을 종합적으로 고려하여 판단되어야 한다. 다만 도메인이름의 등록·보유 또는 사용에 정당한 권리나 이익을 가지고 있는 이에게는 특별한 사정이 없는 한 이와 같은 부정한 목적이 없는 것으로 보아야 할 것이다.

2. 甲이 乙 주식회사의 ‘**K2**’ 상표를 포함하는 도메인이름(k2.co.kr)을 등록·보유한 사안에서, 乙 회사는 등산용품에 관하여 ‘**K2**’와 동일성이 있는 상표들을 사용하고 있고, 甲은 도메인이름 등록 당시 乙 회사가 이러한 상표들을 사용하고 있는 사실을 알고 있었으며, 乙 회사의 ‘**K2**’ 상표는 등산용품 등에 관하여 주지성을 취득한 점, 위 도메인이름에 의하여 개설된 웹사이트가 제대로 운영되지 아니한 점 등을 고려하여, 甲이 위 도메인이름을 등록하고 보유하는 데에는 자신에게 별다른 이익이 없는 반면 정당한 권원이 있는 乙 회사의 도메인이름 등록을 방해하는 등 인터넷주소자원에 관한 법률 제12조에서 정한 ‘부정한 목적’이 있다고 본 원심판단을 수긍한 사례.

【參照條文】

인터넷주소자원에 관한 법률 제12조 제1항, 제2항

【事案의 概要】

1. 원심이 확정한 사실관계

가. 원고는 ‘덕태산한봉원’ 이름으로 2000. 1. 28. 도메인이름 등록대행자인 주식회사 아이네임즈를 통하여 한국인터넷진흥원에 ‘k2.co.kr’이라는 도메인이름(이하 ‘이 사건 도메인이름’이라고 한다)을 등록한¹⁾ 이래로 지금까지

1) 국가 최상위 도메인(ccTLD: country-code Top Level Domain, 예를 들어 .kr, .jp 등)의 경우에는 대개 각 나라별로 등록원부관리기관(registry)을 두고 있는데, 우리나라는(.kr) 현재 한국인터

지 이를 보유하고 있다.

나. 피고는 아래 각 상표(이하 ‘이 사건 각 상표’라고 한다)의 상표권자이다. 피고(내지는 피고의 전신인 甲 경영의 A 상사)는 1972년경부터 지금까지 약 38년 동안 이 사건 각 상표와 동일성 범위 내에 있는 상표들을 ‘등산화’ 등의 상품과 그에 대한 광고에 사용하여 왔으며, 2001년경부터 위 상표들을 중점적으로 광고하고, 2002년경부터는 이 사건 2상표를 본격적으로 사용하기 시작하였다.

상 표	K2 (이 사건 1상표)	K2 (이 사건 2상표)
출원일	2004. 8. 28.	2007. 5. 8.
등록일	2008. 6. 2.	2009. 1. 6.
등록번호	제748685호	제774845호
지정상품	상품류 구분 제25류의 ‘등산화, 안전화’	상품류 구분 제25류의 ‘등산용 자켓’

다. 1997~2000년의 피고 매출액 합계는 400억 원 상당, 광고비 합계는 15억 원 상당이었다. 그 이후 매출액은 2001년 약 257억 원, 2002년 약 330억 원, 2003년 534억 원 등 지속적으로 가파르게 증가하였고, 광고비도 2001년 약 9억 3천만 원, 2002년 약 6억 3천만 원, 2003년 약 11억 2천만 원 등을 지출하였으며, 그 결과 2003년 4월경 피고의 제품은 국내 등산화 시장의 약 40%, 국내 안전화 시장의 약 80%의 점유율을 차지하게 되었고, 그 무렵 각종 언론매체 등에서 ‘K2’ 등산제품의 품질에 대한 호의적인 보도가 잇따랐다.

라. 피고는 2009. 12. 14. 원고를 상대로 인터넷주소분쟁조정위원회에 이 사건 도메인이름에 대하여 분쟁조정을 신청하였고, 인터넷주소분쟁조정위

넷진흥원[KISA: Korea Internet & Security Agency, 담당부서는 한국인터넷정보센터(KRNIC: Korea Network Information Center)]이 등록기관(registry)으로 되어 있다. 다만 그 등록업무를 직접 하지는 않고, 현재 기준으로 (주)아이네임즈, (주)가비아, (주)후이즈 등 30개의 등록대행기관(registrar)에 위임하고 있다[출처: KISA 운영의 KRNIC 홈페이지(<http://krnic.or.kr>)].

원회는 2010. 2. 18. 이 사건 도메인이름의 등록을 피고에게 이전하라는 내용의 결정을 하였다.

마. 한편 원고는 이 사건 도메인이름 등록 이후 웹사이트를 개설하여 ‘산을 좋아하는 사람이 만든 홈페이지’로 사용하다가, 2002년경에는 원고의 지인으로 하여금 컴퓨터 및 컴퓨터 주변기기 판매 사이트로 사용하게 하고, 다시 2005년경부터 2007년경까지는 오이재배기술 등에 관한 정보공유 사이트로 사용하였으며, 2008년경부터 피고가 위 분쟁조정신청을 한 2009. 12. 14.까지는 아예 웹사이트를 폐쇄하여 사용하지 않았다.

2. 사건의 경과

가. 서울중앙지방법원(제1심) 2010. 9. 17. 선고 2010가합43684 판결: 원고 청구 기각.

[청구취지] 도메인이름 ‘k2.co.kr’에 관하여 피고의 원고에 대한 이전등록 청구권이 존재하지 아니함을 확인한다.

[청구원인] 원고가 이 사건 도메인이름을 등록·보유하고 있는 것은, 원고와 원고가 거주하는 지역주민들이 생산한 농산물을 홍보하고 판매할 목적을 위한 것으로서, ‘부정한 목적’이 없으므로, 피고에게는 이 사건 도메인이름에 관하여 인터넷주소자원에 관한 법률(이하 ‘인주법’이라고 한다) 제12조에 따른 이전등록청구권이 존재하지 않는다.

나. 원고 2010. 10. 19. 항소.

다. 서울고등법원(원심) 2011. 6. 30. 선고 2010나106353 판결: 항소기각.

1) 원고 주장 내용은 제1심과 동일함.

2) 원심은 제1심판결 이유를 거의 그대로 인용하여 항소기각 판결을 함.

라. 원고 2011. 7. 21. 상고.

3. 원심판단의 요지

가. 피고가 이 사건 각 상표와 동일성이 있는 상표들을 장기간 사용하였을 뿐만 아니라 2002년경부터 이 사건 2상표를 계속적·중점적으로 사용하여 2004년 무렵 이미 등산화, 안전화 및 등산용품 등에 관하여 “K2” 상표가 식별력과 주지성을 취득하였음이 인정되고, 피고는 “K2”를 고딕체로 형상화한 이 사건 각 상표에 관한 상표권자이므로, 특별한 사정이 없는 한 피고는 이 사건 각 상표와 동일성 범위 내에 있는 이 사건 도메인이름에 관하여 ‘정당한 권원이 있는 자’에 해당한다.

나. 아래의 점들을 종합적으로 고려하면, 원고가 이 사건 도메인이름을 계속 보유할 별다른 이익은 없는 반면, 원고가 이를 계속 보유하는 것이 결국은 정당한 권원이 있는 피고의 도메인이름 등록을 방해하는 셈이 되어 ‘부정한 목적’이 있는 것으로 볼 수 있다.

1) 앞서 확인한 사실관계(이 사건 각 상표의 연혁 및 주지도 등).

2) 원고는 피고가 이 사건 각 상표를 사용하는 사실을 몰랐고, 우연히 “k2”라는 조합을 얻게 되었다고 주장하나, 원고가 처음 이 사건 도메인이름으로 개설한 홈페이지가 “산을 좋아하는 사람이 만든 홈페이지”로서 등산 내지 등산용품에도 관심이 있었을 것으로 보이는 이상, 피고가 약 30년 가까이 이 사건 각 상표와 동일성 범위 내에 있는 상표들을 사용해 오고 있다는 사실을 알고 있었을 것으로 보이고, ‘K2’ 산은 세계 제2의 고봉으로, 산을 좋아하는 원고가 산 이름 ‘K2’ 내지 피고의 이 사건 각 상표를 전혀 염두에 두지 않고 우연히 “k2”라는 조합을 얻었다는 것은 선뜻 믿기 어렵다.

3) 원고가 2002년경에는 원고의 지인으로 하여금 컴퓨터 및 컴퓨터 주변기기 판매 사이트로 사용하게 하였다가 2005년경부터 2007년경까지는 직접 오이재배기술 등에 관한 정보공유 사이트로 사용하였으나, 그 2년여 동안 사이트에 등록된 글은 32개에 불과하고 그 대부분은 2005. 4. 7.과 2005. 4. 8. 이틀에 걸쳐 등록된 것으로서 그 이후로는 위 사이트에 등록된 글이

전혀 없어 거의 사용하지 않았던 것으로 보이고, 2008년경부터 피고가 위분쟁조정신청을 한 2009. 12. 14.까지는 아예 웹사이트를 폐쇄하여 전혀 사용하지 않았다.

다. 따라서 피고는 인주법 제12조에 따라 원고에게 이 사건 도메인이름의 등록을 이전하여 줄 것을 청구할 수 있다.

라. 원고는, 이 사건 도메인이름 등록 시 피고 상표의 신용과 명성에 편승하여 경제적 이익을 취득할 목적이 없었다는 취지로 주장한다. 그러나 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하 ‘부정경쟁방지법’이라고 한다) 제2조에 의하면 도메인이름과 관련하여 정당한 권원이 있는 자의 도메인이름의 등록 및 사용을 방해할 목적이 있는 경우에도 부정경쟁행위에 해당한다[제1호의 (아)목 (2)]. 따라서 설령 원고에게 그 주장하는 바와 같이 경제적 이익을 취득할 목적이 없다고 하더라도 부정경쟁행위의 성립에는 지장이 없다.²⁾

4. 상고이유의 요지

가. 원고가 이 사건 각 상표를 알고 있었다는 사실인정에서의 오류

K2 상표는 피고 회사가 본격적으로 성장한 2002년경부터 알려지기 시작하였고 상표등록이 된 2008년경 이전에는 상표로서의 독자적인 식별력을 가졌다고 보기는 어렵다. 그리고 원고는 이 사건 도메인이름의 등록 당시 계속 시골에서 거주하여 피고 회사의 K2 상표를 전혀 알지 못하였고, 단지 문자 조합을 하다 K2 산 이름에서 영감을 얻은 것뿐이다.

그럼에도 원심은, 원고가 산에 관한 정보를 공유하기 위하여 홈페이지를

2) 제1심판결을 그대로 인용한 원심이 자체적으로 실시한 부분인데, 인주법 제12조 제1항도 “도메인이름 등의 등록을 방해하거나 …… 등 부정한 목적”이라고 규정하고 있고, 이 사건에서 문제되는 것은 인주법 제12조이고 원심도 인주법 제12조에 의한 도메인이름의 등록이전 청구권이 있다고 하였으므로, 위 실시는 다소 부적절해 보인다.

개설할 정도라면 등산용품에 많은 관심을 가졌을 것이고 피고 회사의 K2 상표를 알고 있었을 것이라고 하여, 채증법칙, 논리칙과 경험칙 위반의 위법이 있다.

나. ‘부정한 목적’에 관한 법리오해, 채증법칙, 논리칙, 경험칙 위반, 심리미진
이 사건 도메인이름을 초기의 등록목적과 무관한 다른 용도에 사용하였거나 사용실적이 저조하다는 점은 ‘부정한 목적’ 판단의 근거가 될 수 없다. 현재 활용실태만이 아니라 향후 얻게 될 경제적 이익의 측면을 고려하면 원고가 이 사건 도메인이름을 계속 보유할 별다른 이익이 없다고 할 수도 없다.

‘부정한 목적’은 결국 원고가 피고의 “K2” 상표의 신용과 명성에 편승하여 경제적 이익을 취득할 목적을 의미하는데, 원고는 이 사건 도메인이름을 피고가 취급하는 등산용품과 전혀 관련이 없는 용도로 사용하였으므로 ‘부정한 목적’은 없다.

‘부정한 목적’을 인정한 원심에는 채증법칙, 논리칙과 경험칙 위반의 위법이 있다. 또한 원심은, 원고가 피고의 도메인이름 등록 및 사용을 방해하였다는 사실인정을 하거나 그에 관한 심리를 한 바 없이, 이와 같이 방해할 목적이 있는 경우도 부정경쟁행위에 해당한다고 판단한 심리미진의 위법이 있다.

【解 說】

1. 인주법 제12조 일반론

가. 도메인이름의 기본 개념 및 등록구조³⁾

인터넷상에 연결된 모든 회사나 조직 등의 컴퓨터 서버(server)는 그 특

3) 조정욱, “인터넷 도메인 분쟁 연구 - 상표와 도메인이름의 균형과 조화”, 박영사(2004), 7~15, 64~65 참조.

정을 위해 가상공간상의 고유한 식별자가 필요한데, 이를 IP 주소(Internet Protocol Address)라고 한다. IP 주소는 오직 1개만이 존재하여야 각 컴퓨터 사이에 정보가 오류 없이 송수신된다.

IP 주소는 예를 들어 “147.46.10.17”과 같이 숫자의 조합으로 구성되고 구분자인 점(dot)으로 구분되는데, 간편하게 확인하거나 기억하기가 쉽지 않다. 이러한 숫자로만 구성된 IP 주소를 이해하고 기억하기 쉽도록, 예를 들어 위의 IP 주소 “147.46.10.17”을 변환시켜 “www.scourt.go.kr”과 같이 문자와 숫자, 한정된 기호로 변환시킨 것이 ‘도메인이름(Domain Name)’이다. 이처럼 도메인이름은 IP 주소가 변형된 것이기 때문에 ‘유일성’을 특징으로 하고 임의적으로 변경하거나 생성하지 못함이 원칙이다.

도메인이름은 루트(root) 도메인(위 예시에서 ‘scourt’)을 기준으로, 오른쪽으로 갈수록 상위 도메인이고, 가장 오른쪽 도메인을 최상위 도메인(TLD: Top-Level Domain)이라고 한다. 최상위 도메인은 그 성격에 따라 일반 최상위 도메인(gTLD: generic Top Level Domain, 예를 들어 .com, .net, .org 등임)과 국가 최상위 도메인(ccTLD: country-code Top Level Domain, 예를 들어 .kr, .jp 등)으로 나눈다. 국가 최상위 도메인의 경우에는 그 왼쪽에 차상위 도메인[SLD: Second-Level Domain, 예를 들어 .go(정부), .ac(대학), .co(기업) 등]을 필요로 한다.

도메인이름은 등록원부관리기관(registry) 또는 그 업무를 대행하는 등록대행기관(registrar)에 의해 등록된다. gTLD의 경우 전 세계 도메인이름을 총괄하는 인터넷주소관리기구[Internet Corporation for Assigned Names and Numbers, 이하 줄여서 ‘ICANN’이라고 한다]의 지정을 받아 각각의 도메인 형태별로 registry가 정해져 있고,⁴⁾ 역시 ICANN의 인증을 받은 registrar가 등록업무를 대행하고 있다.⁵⁾ ccTLD의 경우 대개 국가별로 registry가 있고,

4) i) .COM: 미국의 VeriSign, Inc., ii) .NET: 미국의 VeriSign, Inc., iii) .ORG: 미국의 PIR(Public Interest Registry), iv) .BIZ: 미국의 NeuLevel, Inc., v) .INFO: 아일랜드의 Afilias Limited 등이다 (출처: 한국인터넷진흥원 홈페이지).

5) 우리나라에서도 2000년 한강시스템즈와 에스닉, 넷피아, 7DC, DEXT 등이 ICANN으로부터 registrar 자격을 획득하였다(출처: 네이버 용어사전).

그 registry의 인증을 받은 registrar가 등록업무를 대행하고 있다.

도메인이름 자체는 공적 자원이라고 할 것이므로 개인이 전유할 수 없고, 다만 도메인이름의 등록·사용에 대하여는 사적 자치에 맡기고 있다. 따라서 귀속 및 양도의 대상은 도메인이름 자체가 아니라 ‘도메인이름의 등록·사용에 관한 권리’이고, 이러한 권리의 성격에 대하여 우리나라 판례와 지배적인 학설은 등록자의 등록기관에 대한 일종의 채권에 해당한다고 보고 있다.⁶⁷⁾

나. 사이버스쿼팅(cybersquatting) 방지를 위한 입법

1) 외국의 입법

가) 사이버스쿼팅 제재의 필요성

사이버스쿼팅이란 유명한 기업·단체·기관·조직 등의 이름과 같은 도메인이름을 투기나 판매 목적으로 선점하는 행위를 말한다. 유명 기업의 이름과 같은 도메인이름이 생길 것을 예상하고 미리 이를 등록해 놓으면, 해당 기업은 아무리 그 도메인이름을 사용하고자 해도 등록자가 그 등록을 취소하거나 사용허락을 하기 전에는 이를 사용할 수 없으므로, 기업이 그 도메인이름을 꼭 사용하고자 할 경우에는 등록자가 바라는 요구 사항을 들어주는 수밖에 없다.⁸⁾

사이버스쿼팅은 이와 같은 도메인이름의 유일성을 이용한 것으로 도메인이름에 대한 중요성이 증대되면서 나타난 현상인데, 타인의 이름을 선점하여 부당하게 이득을 얻을 뿐만 아니라 도메인이름을 통하여 기업의 웹사

6) 최성준, “국제적인 도메인이름 분쟁의 해결”, 국제사법연구 8호(2003. 8.), 13; 조정옥(주 3), 58 등. 서울고등법원 2002. 9. 25. 선고 2002나4896 판결 등 우리나라 하급심판례와, 東京地裁 평성 13년(2001). 11. 29. 선고 판결(일명 sonybank.co.jp 사건) 등 일본의 하급심판례도 같은 입장이다.

7) 도메인이름이 등록되면 등록자는 등록기관에 대하여 일정한 수수료를 지급하고 도메인이름을 그 기간 동안 사용할 수 있는 채권을 가지게 되고, 등록기관은 그 도메인이름을 등록하여 관리하는 대신 등록자에 대하여 일정한 수수료의 지급을 구할 수 있으며, 수수료를 납부하지 않는 경우 대개 그 도메인이름의 등록을 말소한다.

8) 한 예로 미국에서는 1994년 70달러에 등록한 “wallstreet.com”이라는 도메인이름이 1999년 100만 달러에 팔리기도 했다(출처: 네이버 백과사전).

이트를 찾아가고자 하는 수요자들에게 혼란을 야기한다는 점에서 그 목적이나 행위의 정당성이 없다.

그러나 기존의 상표법 또는 부정경쟁방지법 체계로는 적절히 대응할 수 없었고, 이에 1999년 말부터 아래와 같은 대응책이 나타났다.

나) 인터넷주소관리기구(ICANN) 및 통일 도메인이름 분쟁해결정책(UDRP)

ICANN⁹⁾은 인터넷 도메인이름의 등록과 사용에 관한 분쟁의 신속하고 저렴한 해결을 위하여 1999. 10. 24.경 ‘통일 도메인이름 분쟁해결정책’(Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy, 이하 줄여서 ‘UDRP’라고 함) 등을 마련하여 [별지 1]과 같은 내용의 의무적 행정절차(Mandatory Administrative Proceeding)를 시행하고 있다. gTLD를 등록하려는 자는 UDRP에 의한 분쟁의 해결에 동의하도록 되어 있고, 위 규정들은 ICANN의 인터넷 웹사이트에 공개되어 있다.

UDRP는 우리나라에도 영향을 미쳤다. 즉, UDRP 체제 이전까지 우리나라는 분쟁해결을 당사자의 합의나 법원의 판결, 중재 등에 맡겼으나, 2002. 1. 4.부터 도메인이름분쟁조정위원회를 발족하여 도메인이름 분쟁에 관하여 UDRP와 유사한 취지의 특수한 절차를 도입하기에 이르렀다.¹⁰⁾ 뒤에서 검토하듯이, 2004. 1. 29. 인주법 제정으로 현재 이러한 분쟁해결절차는 ‘인터넷주소분쟁조정위원회’에서 맡고 있다.

UDRP는 도메인이름 분쟁해결을 위한 기본 준칙으로서 부당한 이익을 얻기 위한 도메인이름의 남용적 등록 및 사용을 금지하는 데 많은 기여를 하였고, WIPO는 2001. 6. 20. ccTLD에도 그 기본적 구조를 유지할 것을 권

9) 인터넷은 1969년 미국 국방성 산하의 ARPANET으로부터 발전해 오다가, 1990년경 ARPANET이 사라지고 비군사부문의 인터넷 인프라가 되면서 그 관리책임이 미국 국립과학재단에 맡겨졌고, 인터넷주소 관리정책은 미국 상무성이 주관하였다. 그러나 인터넷이 글로벌 네트워크화되어 전 세계 국가가 참여할 필요성이 있자, 미국 정부는 1998년 인터넷 도메인이름과 IP주소 운영을 이관하기 위한 민간·비영리·국제적 대표기구로 ICANN을 조직하였다. 이처럼 미국 상무성이 ICANN을 감독하고 있으므로, ICANN도 미국 정부나 미국의 지적재산권자들의 요구로부터 완전히 자유로울 수 없는 구조적 한계를 가지고 있다. [조정욱(주 3), 10~13]

10) 조정욱(주 3), 15.

고하였으며, 그리하여 우리나라의 입법에도 많은 영향을 주었다. 따라서 [별지 1]에서 보는 바와 같은 '부정한 목적' 관련 UDRP의 규정 내용은 인주법의 해석에도 참고할 필요가 있다.

다) 미국의 Anticybersquatting Consumer Protection Act(줄여서 'ACPA') 제정

한편 미국에서는 1999년 말에 ACPA를 제정하여, 불공정한 이익을 노리고 기존의 상표나 상호를 이용해 도메인이름 등록을 한 경우 피해자 측이 해당 도메인이름에 대한 사용금지 등의 조치를 취할 수 있도록 하였다.

그 주요 내용은 [별지 2]에서 보는 바와 같은데, '부정한 목적(bad faith intent)'의 판단과 관련한 상세한 규정을 두고 있다. 이러한 규정들은 인주법의 해석에도 참고할 수 있을 것이다.

2) 우리나라의 입법

가) 개관

UDRP나 미국의 ACPA보다는 다소 늦지만, 우리나라도 사이버스쿼팅 방지를 위한 입법을 하게 되었는데, 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (아)목의 신설 및 인주법의 제정(그 핵심 규정이 이 사건에서 문제되는 제12조이다)이 그것이다.

이와 같은 이중 입법은, 그 입법 당시 소관 관청인 특허청(부정경쟁방지법)과 정보통신부(인주법)의 이해관계에 따른 것이다. 이에 대해서는, i) '부정한 목적의 도메인이름의 등록 또는 사용'을 규율하는 동일한 입법목적이 라면 굳이 다른 법률로 따로 중복하여 규정할 필요가 없는 점, ii) 미국이나 일본도 하나의 입법을 한 점, iii) 동일한 사안에 대하여 구제수단에 차이가 있는 양법을 중복 적용함은 타당하지 않다는 점 등을 들어, 하나의 법률로 통일되어야 한다는 비판이 많다.¹¹⁾

나) 부정경쟁방지법[2004. 1. 20. 법률 제7095호로 일부 개정된 것(시행일 2004. 7. 21.)] 제2조 제1호 (아)목의 신설

11) 최성준, "도메인이름 사용과 법적 문제", 인터넷과 법률 III, 법문사(2010), 422; 정진용, "도메인 이름의 무단점유 관련 새로운 입법에 대한 소고", 인터넷법률 통권 24호(2004. 7.), 99~100 등.

부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가)목(상품주체 혼동행위), (나)목(영업주체 혼동행위) 또는 (다)목(저명상표 희석행위)에 의해서는 사이버스쿼팅을 제대로 규제할 수 없었다. 즉, (가)목 및 (나)목의 경우, 혼동 개념을 확장하더라도 도메인이름을 이용한 웹사이트에서 전혀 다른 상품이나 서비스를 제공한다면 ‘혼동가능성’ 등이 없어 이를 규제할 수 없었고, (다)목의 경우도 타인의 표지가 주지성을 넘어 저명성¹²⁾까지는 없거나, 웹사이트의 개설이 없는 등의 경우에는 이를 규제할 수 없었다.

이런 문제점을 해소하기 위하여 2004. 1. 20. 부정경쟁행위의 유형 중 하나로 제2조 제1호 (아)목을 신설하였는데, 위 개정법률안 검토보고서에는 그 신설 취지에 대하여 다음과 같이 설명하고 있다.¹³⁾

“다수는, 종전에 오프라인에서만 거래되던 상품이나 용역이 현재는 상당 부분 온라인에서도 거래되고 있음을 감안할 때, 유명상표 등 표지에 관한 권리를 온라인에서도 인정함이, 일반 소비자가 상품이나 상인에 대해 갖고 있던 신용이나 신뢰에 입각하여 안심하고 소비행위를 할 수 있도록 보호한다는 이유 등에서, 온라인에서도 유명상표 등 표지에 관한 권리를 우선하여 보호할 것을 주장하고 있다. 사이버스쿼팅은 정당한 표지에 관한 권리를 갖고 있는 자에 대한 상거래상의 신뢰를 저하시키고 소비자의 혼동을 야기함으로써 거래질서를 저해할 뿐 아니라, 일반인의 인터넷 검색에서의 사회적 총비용을 증가시키는 등의 폐해가 있고, 따라서 외국에서도 사이버스쿼팅 행위를 규제함이 일반적이다(일본 2001. 6. 부정법, 미국 1999. 11. 반사이버스쿼팅소비자보호법). 이에 상표 등 표지에 관한 권리를 침해하는 사이버스쿼팅을 부정경쟁행위로 규정함이 적절하고, 다만 법률안의 ‘부정한 이익을 얻거나 타인에게 손해를 가할 목적’이라는 요건은 지나치게 추상적이므로, 일반적인 사이버스쿼팅과 타이포스쿼팅(typosquatting)¹⁴⁾ 등 새로운

12) 대법원 2004. 5. 14. 선고 2002다13782 판결(첨부생략)은 위 (다)목의 ‘국내에 널리 인식된’이라는 용어는 ‘주지의 정도를 넘어 저명 정도에 이른 것’을 의미한다고 판시하였다.

13) 산업자원위원회, 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 중 개정법률안 검토보고서(2003. 11.), 5~6.

14) 타자 실수로 인해 다른 사이트로 연결되는 것을 이용하는 사이버스쿼팅의 한 유형을 말한다.

유형에 맞추어 보다 구체화할 필요가 있다.”

이러한 검토 결과를 반영하여 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (아)목은 최종적으로 아래와 같이 규정되었다.

제2조 (정의)

이 법에서 사용되는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “부정경쟁행위”라 함은 다음 각 목의 1에 해당하는 행위를 말한다.
 - 아. 정당한 권원이 없는 자가 다음 어느 하나의 목적으로 국내에 널리 인식된 타인의 성명·상호·상표 그 밖의 표지(標識)와 동일하거나 유사한 도메인이름을 등록·보유·이전 또는 사용하는 행위
 - (1) 상표 등 표지에 대하여 정당한 권원이 있는 자 또는 제3자에게 판매하거나 대여할 목적
 - (2) 정당한 권원이 있는 자의 도메인이름의 등록 및 사용을 방해할 목적
 - (3) 그 밖의 상업적 이익을 얻을 목적

한편 부정경쟁방지법 제4조 제2항은 “부정경쟁행위를 조성한 물건의 폐기, 부정경쟁행위에 제공된 설비의 제거, 부정경쟁행위의 대상이 된 도메인 이름의 등록말소 그 밖에 부정경쟁행위의 금지 또는 예방을 위하여 필요한 조치를 함께 청구할 수 있다.”고 규정하였는데, 여기에 이전등록 청구는 포함되지 아니한다고 해석하는 것이 우리나라 판례와 학설의 주류적 태도이다.¹⁵⁾

다) 인주법의 제정

인터넷주소자원의 안정적인 관리체계를 정립하기 위하여 인터넷주소의 관리기관을 지정하는 등 인터넷주소의 등록 및 관리에 관한 체계를 정하는

15) 대법원 2008. 9. 25. 선고 2006다51577 판결은 “상표법 제65조 제2항의 ‘침해의 예방에 필요한 조치’에 상표권을 침해하는 도메인이름의 사용금지 또는 말소등록 등의 범위를 넘어서 도메인이름의 이전등록까지 포함된다고 볼 수 없다.”고 판시하여, 이러한 입장인 것으로 보인다. 이에 따라 도메인이름의 등록이전을 명한 UDRP 판정이나 인터넷주소분쟁조정위원회의 조정결정의 집행을 보류하기 위하여 제기한 등록이전청구권 부존재 확인의 소에서 실체에 관한 판단 없이 무조건 그 청구를 인용해야 하는 심각한 문제가 발생하였다.

한편, 부정한 목적의 도메인이름 선점(先占)등록을 금지하여 정당한 권원이 있는 자의 인터넷주소의 사용을 보장하고, 인터넷주소의 등록·사용에 따른 분쟁을 효율적으로 해결하기 위하여 인터넷주소분쟁조정제도를 마련하고자, 2004. 1. 29. 법률 제7142호로 인주법이 제정되었다(시행일 2004. 7. 30.).¹⁶⁾

사이버스쿼팅을 규제하기 위한 핵심 규정은 이 사건에서 문제되는 제12조인데, 법률안 검토보고서에는 그 취지에 대하여 아래와 같이 설명하고 있다.¹⁷⁾

“최근 빈발하는 사이버스쿼팅으로 인하여 정당한 권원이 있는 자의 등록이 방해되어 경제적 손실뿐만 아니라 정신적인 피해까지 야기되고 있고, 이를 해소하기 위한 불필요한 사회적 비용도 증가하고 있는 실정이며, 이용자의 입장에서 도메인이름에 대한 혼선을 초래하는 측면이 적지 않다는 점에서 사이버스쿼팅에 대한 규제는 원칙적으로 필요한 것으로 판단된다. 다만 현재 산업자원위원회에서 심사 중인 부정경쟁방지법 개정안¹⁸⁾에서 국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호, 상표 등에 관한 도메인이름선점행위에 대한 규제방식과는 달리, 이 법률안에서와 같은 일반적인 사이버스쿼팅 금지규정을 두는 방식은 자유로운 도메인 등록과 이전을 위축시킬 소지가 있어 필요 최소한도의 규제 장치를 마련하는 방안이 타당하다는 관점에서, 이 법률안에서 사이버스쿼팅 행위자에게 1천만 원 이하의 과태료를 부과하는 규정은 삭제함이 타당하다. 한편 법률안에서 도메인이름의 전매행위를 부정한 목적의 도메인이름선점행위에 포함시키고 있는 점은 사실상 시장원리에 따라 거래될 수 있는 도메인이름의 이전행위전체를 금지하게 되는 오류가 있어 이를 부당한 이득을 얻을 목적으로 하는 경우로 한정하도록 하고, 법원에 대한 등록말소청구권자가 ‘이해관계인’으로 규정되어 청구권자가 지나치게 넓게 확장될 소지가 있으므로 ‘정당한 권원이 있는 자’

16) 국회과학기술정보통신위원회, 인터넷주소자원에 관한 법률안 검토보고서(2003. 11.), 1.

17) (주 16), 인터넷주소자원에 관한 법률안 검토보고서, 16~19.

18) 앞서 검토한 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (아)목의 신설을 말하는 것이다.

로 수정할 필요가 있다.”

제정 인주법은 등록말소만을 청구할 수 있도록 규정되어 있었으나, 인주법이 2009. 6. 9. 법률 제9782호로 개정되면서(시행일은 2009. 9. 10., 현행 인주법임) 등록말소뿐만 아니라 등록이전도 청구할 수 있도록 규정되었다. 또한 위 개정으로 분쟁조정위원회의 조정 판단 기준(제18조의2)이 마련되었고, 제4조에서 “이 법은 (중략) 대한민국에서 등록·보유 또는 사용되는 도메인이름 등 인터넷주소자원에 대하여 적용된다.”고 규정하여¹⁹⁾ ccTLD(즉, .kr 도메인이름)뿐만 아니라 대한민국에서 등록·보유 또는 사용되는 gTLD에까지 적용범위가 확대되었다.²⁰⁾

<현행 인주법의 내용>

제4조 (적용범위)

이 법은 대한민국에서 할당되는 인터넷 프로토콜 주소와 대한민국에서 등록·보유 또는 사용되는 도메인이름 등의 인터넷주소자원에 대하여 적용한다.

제12조 (부정한 목적의 도메인이름 등의 등록 등의 금지)²¹⁾

① 누구든지 정당한 권원이 있는 자의 도메인이름 등의 등록을 방해하거나 정당한 권원이 있는 자로부터 부당한 이득을 얻는 등 부정한 목적으로 도메인이름 등을 등록·보유 또는 사용하여서는 아니 된다.

② 정당한 권원이 있는 자는 제1항을 위반하여 도메인이름 등을 등록·보유 또는 사용한 자가 있으면 법원에 그 도메인이름 등의 등록말소 또는 등록이전을 청구할 수 있다.

19) 개정 이전에는, ‘대한민국의 국가코드에 따르는 도메인이름’ 등의 인터넷주소자원에 대하여 적용된다고 규정하고 있었다.

20) 대한민국에서 등록·보유 또는 사용되는 gTLD 이외의 gTLD에 대하여는 인주법이 적용되지 않지만 그러한 gTLD에 대한 분쟁이 우리나라에서 발생할 여지는 거의 없다.

21) 구 인주법(2009. 6. 9. 법률 제9782호로 개정되기 전의 것) 제12조 (부정한 목적의 도메인이름 등의 등록금지)

① 누구든지 정당한 권원이 있는 자의 도메인이름 등의 등록을 방해하거나 정당한 권원이 있는 자로부터 부당한 이득을 얻을 목적으로 도메인이름 등을 등록하여서는 아니 된다.

② 정당한 권원이 있는 자는 제1항의 규정을 위반하여 도메인이름 등을 등록한 자에 대하여 법원에 그 도메인이름 등의 등록말소를 청구할 수 있다.

제18조의2 (판단 기준)

① 피신청인이 등록한 인터넷주소의 사용이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 조정부는 피신청인의 인터넷주소를 신청인에게 이전하도록 하거나 말소하는 조정결정을 할 수 있다.

1. 피신청인의 인터넷주소의 사용이 국내에 등록된 신청인의 상표, 서비스표 등 「상표법」에서 보호되는 표장(이하 ‘표장’이라 한다)에 대한 권리를 침해하는 경우
2. 피신청인의 인터넷주소의 사용이 국내에 널리 인식된 신청인의 상품이나 영업과 혼동을 일으키게 하는 경우
3. 피신청인의 인터넷주소의 사용이 국내에서 저명한 신청인의 성명, 명칭, 표장 또는 상호 등에 대한 식별력이나 명성을 손상하는 경우

② 피신청인의 인터넷주소의 등록·보유 또는 사용이 정당한 권원이 있는 자의 인터넷주소의 등록 또는 사용을 방해하거나 성명, 명칭, 표장 또는 상호 등에 대하여 정당한 권한이 있는 자에게 판매·대여하려는 등 부당한 이득을 얻으려는 목적으로 행하여진 경우에도 조정부는 제1항과 같은 결정을 할 수 있다.

③ 제1항 및 제2항에도 불구하고 피신청인의 인터넷주소가 피신청인이 정당한 권원을 가지고 있는 성명, 명칭, 표장 또는 상호와 동일하거나 그 밖에 피신청인이 인터넷주소의 등록이나 사용에 정당한 권리나 이익을 가지고 있는 경우에는 조정부는 신청을 기각할 수 있다.

라) 시적 적용범위

부정경쟁방지법 제2조 제1호 (아)목과 인주법 제12조 및 개정된 제12조는 위 법률 또는 개정법률 부칙에서 아무런 경과규정을 두고 있지 아니하므로 그 각 시행일 이전에 등록된 도메인이름 또는 그 각 시행일 이전에 제소된 사건에 대하여도 적용된다고 보아야 할 것이다.²²⁾²³⁾

22) 최성준(주 11), 406~407; 정진용(주 11), 97.

23) 서울고법 2008. 6. 25. 선고 2008나21077 판결(대법원 2008. 11. 27.자 2008다62489 심리불속행 기각 판결로 확정됨)은 “2000. 4. 2. 등록한 후 2001. 5. 13. 원고에게 이전한 바 있는 도메인이름에 대해 그 후인 2004. 7. 시행된 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (아)목을 적용하는 것은 위법하다고 주장하나, 2004. 1. 20. 제7095호로 개정된 법에서는 제2조 제1호 (아)목을 신설하

그리고 위 규정들은 새로운 소송물인 권리관계의 발생원인을 창설한 것이고, 따라서 새로운 청구원인인 권리관계의 발생원인에 해당하는 사실 역시 창설된 것이므로, 위 규정들이 시행되기 이전에 도메인이름의 무단점유자를 상대로 도메인이름 등록말소청구를 하였다가 패소판결을 받고 그 판결이 확정되었다하더라도, 위 규정들의 적용을 주장하며 ‘보유’뿐만 아니라 ‘등록’을 새로운 청구원인으로 하여 소송을 제기하는 것은 기판력에 저촉되는 것은 아니라고 보아야 할 것이다.²⁴⁾

마) 종합

결국, 우리나라는 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (아)목 및 인주법 제12조에 따라 사이버스쿼팅을 효과적으로 규제할 수 있게 되었다. 다만 이들 법률은 도메인이름 등록인의 ‘(부정한) 목적’에 관한 요건이 충족될 것을 요하고 있다.

전체적으로 볼 때, 인주법 제12조는 정당한 권원이 있는 자의 도메인이름 등의 등록을 방해하거나 정당한 권원이 있는 자로부터 부당한 이익을 얻을 목적만을 요건으로 하고 있을 뿐이어서, 부정한 목적의 범위는 위 (아)목보다 약간 좁지만, 정당한 권원이 있는 자의 성명·상호·상표 그 밖의 표지가 반드시 국내에 널리 인식되어 있어야 함을 요구하지는 아니하여 위 (아)목보다 넓으므로, 성명·상호·상표 그 밖의 표지에 관한 권리자가 도메인이름 등록인을 상대로 도메인이름 등록말소를 청구할 수 있는 범위를 상호 보완하면서 대폭 넓혔다고 할 수 있다.²⁵⁾

UDRP 제4조 a항 (i) 내지 (iii)호, 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (아)목, 인주법 제12조 및 제18조의2를 비교하여 보면 다음과 같다.²⁶⁾

면서도 부칙에 공포 후 6월이 경과한 날부터 시행한다는 시행일 규정 이외에 달리 경과규정을 두지 아니하고 있고, 원고가 이 사건 도메인이름을 등록한 이후 현재까지 계속 보유하고 있어 이로 인해 피고 등이 주장하는 권리 침해 역시 현재까지 발생하고 있다고 보아야 하는 이상 위 조항은 이 사건 도메인이름에 대하여 적용할 수 있다.”고 판시하였다.

24) 최성준(주 11), 407; 정진용(주 11), 97~98.

25) 최성준(주 11), 405~406.

26) 최성준(주 11), 421을 참조하여 필자가 새롭게 정리하였다.

	UDRP	부정경쟁방지법	인주법(개정된 것)	
			제12조	제18조의2
보호 대상	신청인이 권리를 가진 상표 또는 서비스표	국내에 널리 인식된 타인의 성명·상호·상표 그 밖의 표지	정당한 권원이 있는 자	정당한 권원이 있는 자
적용대상 도메인	gTLD	ccTLD 및 gTLD	ccTLD 및 gTLD	
부정한 목적	- 부정한 목적(bad faith)을 요건으로 규정. - 특히 부정한 목적의 증거가 되는 경우 4가지를 예시적으로 열거.	1. 정당한 권원이 있는 자 또는 제3자에게 판매하거나 대여할 목적 2. 정당한 권원이 있는 자의 등록 및 사용을 방해할 목적 3. 그 밖의 상업적 이익을 얻을 목적	정당한 권원이 있는 자의 등록을 방해하거나 부당한 이득을 얻는 등 부정한 목적	정당한 권원이 있는 자의 등록 또는 사용을 방해하거나 정당한 권원이 있는 자에게 판매·대여하려는 등 부당한 이득을 얻을 목적
등록인의 권리 또는 정당한 이익	- 소극적 요건으로 규정. - 특히 권리 또는 정당한 이익이 있다는 증거가 되는 경우 3가지를 예시적으로 열거.	등록인에게 정당한 권원이 없어야 한다고 규정	별도의 규정 없음	도메인 이름이 등록인이 정당한 권원을 가지고 있는 성명·명칭·표장 또는 상호와 동일하거나 그 밖에 등록인이 도메인 이름의 등록이나 사용에 정당한 권리나 이익을 가지고 있는 경우 신청을 기각할 수 있다고 규정
행위 유형	등록 및 사용	등록·보유·이전 또는 사용	등록·보유·사용	등록·보유·사용
구제 수단	등록 말소, 이전	등록 말소	등록 말소, 이전	등록 말소, 이전

위와 같이, 인주법 제12조는 UDRP 등과는 달리 ‘등록인이 도메인이름에 대하여 권리나 정당한 이익이 없을 것’이라는 요건을 규정하고 있지 않은데, 이에 대해서는, 위 규정을 두고 있는 UDRP의 경우에도 그 적용이 상표권자에게 지나치게 유리하다는 비판이 있는 마당에 위 규정도 두지 않은 것은 입법의 미비라고 생각되고, 현재로서는 도메인이름 등록인이 도메인이름에 대하여 권리나 정당한 이익이 있다고 판단되는 경우에는 도메인이름 등록인에게 ‘부정한 목적’이 없다고 해석할 수밖에 없다고 주장하는 견해가 있다.²⁷⁾

다. 인주법 제12조 제1항의 판단 기준

1) 하급심판례

개정 인주법이 도메인이름 등록의 이전까지 청구할 수 있도록 규정한 영향인지, 최근에는 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (아)목보다 인주법 제12조 제1항이 쟁점으로 된 사건들이 많이 보인다. 구체적으로 아래와 같은 판례들이 있다.

가) 성립 부정례

㉠ 서울중앙지방법원 2009. 11. 13. 선고 2008가합126340 판결(확정됨): ‘정당한 권원’ 요건 및 ‘부정한 목적’ 요건 모두 부정함.

㉡ 사실관계: 원고는 “caselogic.co.kr” 등의 도메인이름 등록자이고, 피고는 “**CASE LOGIC**” 상표 등에 관한 상표권자이다. 원고는 2002년 무렵부터 미국의 KEI로부터 케이스로직의 제품을 수입, 판매하였는데, 그 당시 국내 인지도가 희박하였다. 원고는 그 무렵부터 광고 등을 통해 인지도를 올리고, 홈쇼핑업체 또는 위 도메인이름 등에 의한 쇼핑몰에서 ‘케이스로직’ 제품을 판매하였고, 2004. 10. 18. ‘CASELOGIC(케이스로직)’이라는 상호로 매장을 확장하였다. 피고는 2007. 3.경 위와 같은 사실을 알게 되었고, ‘케이스로직’을 인수한 후인 2007. 5. 17. 제3자에게 케이스로직 제품에 관한 국내에서의 독점적인 배포권을 부여하였다.

27) 정진웅(주 11), 95~96.

㉔ 판단: ccTLD에 관하여 정당한 권원을 가진 자라 함은 해당 국가에서 정당한 권원을 가진 자로 제한된다. 그리고 i) 피고 내지 케이스로직은 국내에서 원고 이외의 수입원을 가지지 못하였고 제품 공급을 위한 노력이 거의 전무하여 국내에서 쌓은 영업상 신용은 인정되기 어려운 점, ii) 대한민국에서 인지도가 낮았던 케이스로직 제품의 인지도가 원고의 판매 및 홍보에 의해 상당한 정도에 이른 점, iii) 원고가 3년여 전에 이미 ‘케이스로직’이라는 상호를 사용하였고, 쇼핑몰도 운영하기 시작한 점, iv) 피고는 원고에게 케이스로직 제품의 홍보를 위한 자료 등을 공급하고 원고의 제품 판매를 인식하고 있었던 점 등을 고려하면, 피고가 상표권자라는 것만으로는 피고만이 국내에서 정당한 이익을 가진 자라 단정할 수 없고, 나아가 원고의 부정한 목적이 부정된다.²⁸⁾

② 서울중앙지방법원 2012. 9. 21. 선고 2011가합98322 판결(확정됨): 정당한 권원’ 요건을 부정함.

㉔ 사실관계: 원고는 ‘citycard.com’의 등록자이고, 피고(citigroup Inc.)는 미합중국 뉴욕시에 본사를 두고 금융업 등을 영위하면서, 1981년경 미합중국 특허청에 서비스표 ‘CITI’를, 1998. 12. 15. 국내에 서비스표 ‘CITICARD’ 등을 등록한 회사이다.

㉔ 판단: 인주법 제12조의 ‘정당한 권원이 있는 자’란 상표법, 부정경쟁방지법 등 관련 법령의 규정과 취지에 비추어 타인이 비용을 지출하고 등록한 도메인이름을 대가 없이 이전시켜야 할 만큼 자신의 권리와 도메인 이름 사이에 직접적 관련성과 정당성이 있는 자를 말한다. ‘citycard’는 도시를 의미하는 ‘city’와 ‘일정한 크기로 자른 종이나 플라스틱’을 의미하는 ‘card’가 결합된 것으로, 세계 여러 도시에서 ‘도시형 멤버십 카드(도시의 대중교통이나 관광지, 문화시설 등을 저렴한 가격으로 이용할 수 있는 카드)’의 의미로도 사용되고 있다는 점 등을 고려할 때 식별력이 없어 서비스표 등록을 받을 수 없다. 그런데 원고의 도메인이름과 피고의 등록 서비스표가 유사하다는 이유만으로 피고에게 도메인이름 이전이 인정된다면,

28) 이와 달리, 인터넷주소분쟁조정위원회에서는 도메인이름 등록말소 결정을 함.

피고가 ‘citycard’로 서비스표 등록을 받은 것과 같아, 공익상 특정인에게 독점시킬 수 없는 표장의 등록을 금지한 상표법 제6조 제1항 제7호의 규정 취지가 몰각된다. 따라서 피고는 원고의 도메인이름에 관하여 정당한 권원이 없다.²⁹⁾

나) 성립 긍정례

① 서울중앙지방법원 2010. 4. 21. 선고 2009가합132 판결(확정됨): 소위 ‘타이포스쿼팅(typosquatting)’ 사안임.

㉠ 사실관계: 원고는 2005. 11. 28. “celluarsouth.com” 도메인이름을 등록하여, 그 웹사이트에서 검색카테고리를 갖추고 이를 검색하면 휴대전화 서비스 등을 제공하는 다른 웹사이트로 연결되도록 하였다. 피고는 1988년 설립되어 600만 명 이상에게 무선통신 서비스 등을 제공하는 미국 법인으로서 1989. 7.경 ‘Cellular South’를 미국 특허청에 등록하고, “www.cellularsouth.com” 웹사이트를 개설하여 휴대전화 서비스 등을 제공하고 있었다.

㉡ 판단: i) celluarsouth는 피고의 영업표지 중 철자 ‘l’만 생략된 형태로 서로 유사하여 피고 고객을 비롯한 다수의 인터넷 이용자들이 피고의 웹사이트에 접속하려다가 철자를 잘못 입력하여 원고의 웹사이트에 접속할 개연성이 높은 점, ii) 원고의 웹사이트에 접속하였을 때 피고가 제공하는 사업과 동일 내지 유사한 서비스를 제공하는 다른 개별 웹사이트가 검색되는 점을 종합하여 보면, 원고는 피고 영업표지에 대한 정당한 권원 없이 이에 편승하여 광고비 수입 등 부당한 이득을 얻으려는 부정한 목적이 있음을 추인할 수 있다.

② 서울중앙지방법원 2010. 4. 8. 선고 2009가합15059 판결(확정됨)

㉠ 사실관계: 원고는 2005. 6. 23. ‘onstyle.co.kr’을, 2007. 3. 6. ‘onstyle.kr’을 등록하였고, 그 도메인이름으로 인터넷쇼핑몰을 개설하여 의류상품을 판매하였다. 피고는 2004. 2. 2.경부터 패션 및 라이프스타일 전문 케이블방송채널인 ‘온스타일(OnStyle)’을 개국하여 운영하면서, “Onsyle” 등에 관한 상표권 및 서비스표권을 가지고 있다.

29) 이와 달리, 인터넷주소분쟁조정위원회에서는 도메인이름 등록이전 결정을 함.

㉔ 판단: i) 피고는 원고의 도메인이름 등록 이전부터 상표 등을 출원 하였고, 2004년 초에는 그 명칭의 케이블방송을 개국하여 전국에 방송한 점, ii) 피고는 이 사건 케이블방송의 홍보를 위하여 상당한 광고 및 판촉 비용을 계속 지출하고 있는 점, iii) 피고 상표 등의 지정상품 등과 원고 도메인이름의 웹사이트에서 판매하는 물품이 서로 유사한 점 등을 종합하여 보면, 부정한 목적이 인정된다.

③ 서울중앙지방법원 2011. 11. 22. 선고 2011가합55899 판결(확정됨)

㉔ 사실관계: 원고는 ‘verision.com’이라는 도메인이름을 2008. 11. 8. 매수하여 그 웹사이트 주소로 사용하고 있고, 피고는 verizon communication 사의 계열사로서 그 상표 및 서비스표를 관리하는 회사이다.

㉔ 판단: 원고는 ‘verision’이 포함된 ‘베리시온, verision’을 대한민국 특허청에 서비스표 출원하여 2011. 4. 26. 등록받았고, ‘www.verision-inc.com’란 도메인이름을 보유한 회사가 원·피고 외에 또 있기는 하나, i) 피고의 표장 ‘verizon’은 이동통신업, 일반전화서비스 제공업 등에 관하여 국내외에서 상당한 인지도를 가지고 있던 점, ii) 피고는 대한민국 특허청에도 ‘verizon’이라는 표장으로 다수의 서비스표를 등록받은 점, iii) 이전에도 피고의 표장과 유사한 도메인이름을 제3자가 부당하게 등록한 사례가 다수 있었던 점, iv) 원고의 도메인이름에 의해 연결되는 인터넷 웹페이지에는 피고의 경쟁회사인 AT&T, Sprint, T-mobile사에 의해 제공하는 서비스로 링크되는데 위 서비스는 피고가 제공하는 서비스와 동일·유사한 점, v) 원고의 도메인이름을 미화 10,000달러에 매도하겠다는 취지의 광고가 도메인이름 거래 웹페이지(sedo.com)에 올라와 있는 점, vi) 위 도메인이름은 피고의 표장과 유사하다고 보이는 점 등을 고려할 때, 원고의 부정한 목적이 인정된다.

④ 서울중앙지방법원 2012. 7. 24. 선고 2011가합118653 판결(확정됨): 소위 ‘타이포스쿼팅(typosquatting)’ 사안임.

㉔ 사실관계: 원고는 ‘homedepo.com’ 도메인이름의 등록자로서, 이를 입력하면 ‘가정용 건축자재’ 등과 관련된 상업 정보를 제공하는 ‘www.

home2depot.com'이라는 웹사이트로 연결되고, 위 웹사이트의 항목을 클릭하면 피고의 경쟁업체인 "True Value(트루 벨류)" 회사의 웹사이트로 연결되었다. 피고는 1978년 설립되어 '가정용 건축자재' 등의 유통업을 하는 법인으로(2009년 661억 달러, 2010년 680억 달러, 2011년 704억 달러의 순매출을 기록), 1992. 4. 8. 국내에 '주택개량공사용 주거용품 소매알선업' 등에 관하여 'THE HOME DEPOT'라는 서비스표를 등록한 것을 비롯하여 전 세계 수십여 개국에 상표 또는 서비스표를 출원·등록하였다.

㉞ 판단: 위와 같은 원·피고의 영업 태양 및 웹사이트 운영 형태에 비추어 살펴보면, 피고의 고객을 비롯한 다수의 인터넷 이용자들이 피고의 웹사이트에 접속하려다가 철자를 잘못 입력하여 원고의 웹사이트에 접속할 개연성이 높고, 원고는 인터넷 이용자들이 실수를 하는 경우 피고의 서비스업과 유사한 서비스를 제공하는 원고 경쟁업체의 웹사이트로 연결시킴으로써 광고비 수입 등 부당한 이득을 얻으려는 부정한 목적이 있다.

⑥ 서울고등법원 2012. 2. 23. 선고 2011나80953 판결(확정됨)

㉞ 사실관계: 원고는 1972년경 설립된 후 전 세계적으로 '자연친화적 아동용 가구' 등에 'flexa' 등의 표장을 붙여 판매해 오는 회사로서, 국내에서도 2003. 1.경부터 잡지와 주요 일간지에 소개된 바 있고, 'flexa', '플렉사' 등의 상표를 등록받았으며, 'www.flexa.dk'란 도메인이름을 보유하고 있다. 피고는 '아동용 가구 판매업' 등을 운영하였던 자로서 "www.flexa-korea.com" 도메인 이름의 등록자이다.

㉞ 판단: 피고의 도메인이름은 국내에 널리 인식된 원고의 상표(flexa)에 국내 대리점 등의 관계로 오인할 수 있는 부분(-korea)을 부가한 형태에 불과하여, 이에 대해서는 원고가 그 등록에 정당한 권원이 있다고 보아야 함에도, 피고가 이를 먼저 등록함으로써 원고의 도메인이름 등록 또는 사용을 방해하고 있다. 나아가 피고가 원고 측으로부터 상표권 침해 등을 이유로 영업금지 등의 가처분신청을 받아 매장을 장인인 한○○에게 양도한 점, 피고 스스로 원고의 상품뿐만 아니라 캐나다와 핀란드 등 다른 나라 회사들의 가구 제품도 다수 판매하고 있다고 주장하는 점 등을 고려하면,

피고의 도메인이름 등록·사용에 정당한 권리나 이익이 있다고 볼 수도 없다. 따라서 피고에게는 원고의 도메인이름 등록을 방해하는 등의 부정한 목적이 있다.

㉓ 대구지방법원 2012. 9. 25. 선고 2012가합4002, 8240 판결(확정됨)

㉔ 사실관계: 원고는 2007. 11. 26. ‘iptime.com’ 도메인이름을 등록하여, 2011. 12.경 이전부터 그 웹사이트를 개설하여 ‘무선라우터, 무선인터넷’ 등에 관한 검색정보를 안내하고 있었다. 피고는 2002년경부터 ‘ipTIME’이란 상표로 ‘무선인터넷 중계기, 유·무선 공유기, 라우터’ 등을 제조·판매해 오면서, 국내와 일본, 미국, 인도네시아 등에 그 상표등록을 하는 한편, 2006년 국내 시장점유율 1위를 달성하였다.

㉕ 판단: i) 도메인이름 ‘iptime.com’과 피고의 등록 상표 ‘ipTIME’은 모두 의미상 전혀 관련이 없는 ‘IP’와 ‘time’을 조합한 새로운 합성어를 사용하고 있고, 이들은 서로 상당히 유사한 점, ii) 피고의 국내외 판매량, 시장점유율, 피고의 상표권 보유현황 등에 비추어 보면, 피고가 위 도메인이름에 대하여 정당한 권한을 가지고 있음이 인정되고, 원고의 도메인이름 사용 태양 등에 비추어 부정한 목적이 인정된다.

㉖ 서울중앙지방법원 2012. 12. 11. 선고 2012가합7965 판결(확정됨)

㉗ 사실관계: 원고는 2010. 3. 8. ‘버즈비.kr’, ‘버즈비몰.kr’, ‘burtsbeesmall.co.kr’ 도메인이름을 등록한 자이고, 피고는 1991년경 미국에서 설립되어 ‘크림, 로션 등의 화장품’을 제조·판매하면서 “BURT'S BEES”를 대표적인 상표로 사용하고 있었다.

㉘ 판단: i) 위 도메인이름과 피고의 상표는 서로 유사한 점, ii) 피고는 1991년경 설립된 이후 2006년경 30,000개 이상의 소매점에서 미화 2억 5천만 달러 이상의 매출을 기록한 점, iii) 2007. 6. 15. 국내에서 ‘너리싱 크림, 배니싱 크림’ 등을 지정상품으로 하여 “BURT'S BEES”라는 상표를 등록받는 등 전 세계 20여 개국에 이를 출원·등록한 점, iv) 피고의 국내 공식대리점의 매출액 및 광고비용은 2009년도 1,137,199,472원 및 43,101,240원, 2010년도 3,497,968,520원 및 316,546,047원인 점, v) 피고 상표의 2009

년경부터 2011년경까지 국내 잡지의 광고 횟수는 848회, 국내 신문기사 등에 언급된 횟수가 수백 회에 이르는 점 등에 의하면, 피고는 위 도메인 이름의 등록에 정당한 권원이 있다. 그리고 이에 더하여 i) 원고는 피고의 화장품들을 비롯한 국외의 여러 유명 화장품들을 온라인 쇼핑몰을 통하여 판매하는 자로서, 위 도메인 이름을 통하여 개설한 웹사이트의 메인화면에서 “Burtsbees”라는 표장을 표시한 채 영업활동을 하고 있는 점, ii) 원고는 “burtsbeesmall.com”이라는 도메인 이름도 등록하여 보유하고 있는 점, iii) 일반인들이 이들 도메인 이름을 입력하면 모두 원고 운영의 하나의 웹사이트로 연결되도록 하는 형태로 사용하고 있는 점 등에 비추어 보면, 원고는 피고의 도메인 이름 등록을 방해하거나 피고의 상표에 관한 국내외 인지도에 편승하여 광고비 상당의 부당한 이득을 얻는 등과 같은 부정한 목적이 있음이 인정된다.

⑨ 서울중앙지방법원 2012. 9. 26. 선고 2012가합10121 판결(확정됨)

㉔ 사실관계: 원고는 1997. 4. 21. “amway.co.kr” 도메인 이름을 등록하여 보유하고 있는 자이고, 피고 1은 “AMWAY” 표장의 국내외 상표등록을 보유하고 있는 자이며, 피고 2는 1991. 5.경부터 국내에서 1,000여 종의 제품 판매 및 마케팅 업무를 하면서, 2011. 10. 19. 피고 1로부터 “AMWAY” 표장과 관련된 도메인 이름의 등록 및 유지관리업무의 대행 권한을 위임받은 자이다.

㉕ 판단: 피고들이 인터넷주소법 제12조에 따라 도메인 이름의 이전 청구권을 가지고 있는지는, i) 그에 대한 상표법, 부정경쟁방지법 등에 따른 배타적 권리를 가지고 있는지 여부, ii) 원고의 도메인 이름의 등록, 보유, 사용이 피고들의 위와 같은 권리를 침해하는지 여부, iii) 원고가 위 도메인 이름의 사용에 정당한 권리나 이익을 가지고 있는지 여부 등을 종합적으로 검토하여 판단하여야 한다. 그런데 i) 피고 1은 “AMWAY”라는 표장의 국내 상표권자인 점, ii) 피고 2는 피고 1로부터 위와 같이 권한을 위임받은 점, iii) “AMWAY” 표장은 국내에서 널리 알려진 표장으로서, 부정경쟁방지법상의 보호를 받는 점 등을 종합하면, 피고들은 위 도메인 이름에 관하여

정당한 권원이 있음. 나아가 i) 원고는 도메인이름 등록 이후 그 웹사이트를 개설하고 있지 않고, 향후 그러한 계획 등이 있다고 보기 어려우며, 달리 원고에게 정당한 권리나 이익이 있음을 인정할 자료가 없는 점, ii) 원고의 도메인이름 등록 이전에 “AMWAY” 표장은 국내에서 상표등록이 되었고, 국내에 널리 알려진 점, iii) “AMWAY” 표장은 Amway Coporation이 1959년 창립 당시 “American Way”의 약칭으로 창작한 조어로서 누구나 생각해 낼 수 있는 일반적인 단어가 아닌 점, iv) 원고가 도메인이름 판매를 통해 이익을 얻으려고 한 사실이 있는 점 등을 종합하면, 부정한 목적이 인정된다.

2) 학설

가) ‘정당한 권원’ 요건 관련

학설 중에는, 개정 전 인주법 제12조와 관련하여 ‘정당한 권원’에 대한 특별한 언급이 없어, 등기상호, 미등록 미주지 상표, 저작권, 성명권, 퍼블리시티권 등을 근거로 이를 인정할 수 있는지 명확하지 않으나, i) 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가), (나), (다), (아)목이 국내에 널리 인식된 상표 등 표지에 적용되는 것과 균형을 맞출 필요가 있다는 점, ii) 다수의 UDRP 결정 예에 의할 때, 문제된 상표가 도메인이름 등록인의 국가에 상표등록된 바 없고 널리 알려진 바도 없는 경우에는 부정한 목적을 인정하지 않는 점에 비추어, 표지가 국내에서 등록되었거나 널리 인식된 것이 아니라면 ‘정당한 권원’이나 ‘부정한 목적’이 있다고 볼 수 없다고 함이 타당하다고 주장하는 견해가 있다.³⁰⁾

그러나 i) 인주법 제12조에 그와 같은 한정이 없고, ii) 특히 개정된 현행 인주법은 우리나라에서 등록된 gTLD에도 적용되고, 이러한 도메인이름과 관련하여서는 외국에서만 주지, 저명하거나 등록이 되어 있고 우리나라에서는 그렇지 않은 상표 등의 소유자도 ‘정당한 권원’을 가질 수 있으므로, 위 주장과 같이 획일적으로 정할 것은 아니다.³¹⁾

30) 정진웅(주 11), 94.

31) 개정 전 인주법 제12조의 해석과 관련하여서도, 위 견해와 같이 획일적으로 정할 것은 아니

한편 ‘정당한 권원’의 범위의 해석과 관련하여 다툼이 발생할 여지가 많으므로 그 범위를 명문으로 규정하여 해석상 혼란이 발생하지 않도록 할 필요가 있고, 등록이전청구와 등록말소청구를 할 수 있는 정당한 권원을 달리 규정하는 방법도 검토할 필요가 있다고 주장하는 견해가 있다.³²⁾

나) ‘부정한 목적’ 요건 관련

‘부정한 목적’의 판단 기준과 관련하여 아래와 같이 설명하는 견해가 있는데,³³⁾ 경청할 만하다. 이 견해가 들고 있는 예들은, 인주법 제18조의2 제3항 또는 UDRP 제4조 c항에 규정된 것과 실질적으로 같은 내용이라고 할 수 있을 것이다.

“도메인이름 등록의 이전이나 말소를 신청 또는 청구한 자(이하 ‘신청인’)의 표장이 저명한 경우 비록 등록인이 신청인에게 매각 제의를 한 적이 없어도 자신의 사용 목적이라기보다는 판매 등 다른 부정한 동기를 의심할 수 있는 요소가 된다. 설사 신청인의 표장이 국내에서 주지, 저명하다고 인정하기 부족하더라도, 여러 사정에 의하여 등록인이 신청인의 표장의 존재 나아가 외국에서의 그 명성을 알고 있었음이 명백하고, 도메인이름이 신청인의 표장과 동일·유사한 것이며, 도메인이름을 등록한 이래 오랜 기간이 경과하도록 그 도메인이름으로 웹사이트를 개설하지 않거나 개설하였더라도 그 내용이 형식적인 것에 불과하고, 등록인이 도메인이름에 대한 정당한 권리나 이익을 전혀 가지고 있지 않다면, 특별한 사정이 없는 한 등록인에게 정당한 권원이 있는 자의 도메인이름의 등록 및 사용을 방해할 목적 내지 그 밖의 상업적 이익을 얻을 목적이 있다고 추정할 수 있다. 여기에 더하여 등록인이 신청인에게 양도의 대가로 등록비용을 훨씬 초과하는 금원을 요구한 경우에는 정당한 권원이 있는 자에게 판매·대여하려는 등 부당한 이익을 얻으려는 목적이 있다고 추정할 수 있다. 신청인의 표장이 조어(造語)인 경우에는 등록인이 그 도메인이름을 우연히 선택한 결과

라고 비판하는 견해가 있었다[최성준, “도메인이름의 법적 문제점”, 인터넷과 법률 II, 법문사(2005), 589].

32) 최성준(주 11), 435.

33) 최성준(주 11), 408~409.

라고 볼 수 없으므로 더욱 쉽게 위와 같은 추정을 할 수 있다. 또한 등록인이 다수의 유명상표를 도메인이름으로 등록해 두고 있다든가 나아가 이미 일부 도메인이름에 대하여는 분쟁조정위원회로부터 이전 또는 말소 결정을 받은 적이 있는 경우에는 역시 더욱 쉽게 위와 같은 추정을 할 수 있다. 등록인이 도메인이름에 대한 정당한 권리나 이익을 가지고 있다고 인정할 수 있는 경우로는, i) 등록인이 신청인의 표장에 대하여 상표권, 서비스표권, 상호권을 가지고 있는 경우, ii) 도메인이름이 등록인이 이해관계를 가질 수 있는 성명 등과 관련되거나 등록인의 사업이나 비전과 매치시킬 만한 합리적인 연결점이 도출될 수 있는 경우, iii) 등록인이 도메인이름으로 웹사이트를 개설하여 성실하게 상품을 판매하거나 서비스를 제공하거나 또는 비상업적으로 사용하고 있는 경우 등을 예상하여 볼 수 있다.”

3) 대상판결이 실시한 법리의 배경 분석

인주법 제12조는 사이버스쿼팅을 방지한다는 점에서 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (아)목, UDRP 및 ACPA와 그 입법목적이 같으므로, 이들 입법 내용을 참조하여 법리를 실시할 필요가 있다. 또한 같은 법률인 인주법 제18조의2에 규정된 분쟁조정 판단 기준도 참조할 필요가 있다. 특히, ‘부정한 목적’의 판단 기준과 관련해서는 UDRP와 ACPA에 규정되어 있는 ‘부정한 목적’ 판단요소들 및 우리나라 하급심판례들이 실시하고 있는 요소들도 참조할 필요가 있다.

한편 ‘부정한 목적’이란 용어는, 등록주의 법제를 취하고 있는 우리나라 상표법 체제를 악용하여 타인의 상표를 모방한 상표를 선등록하여 이익을 취하는 소위 ‘상표 브로커’ 등의 행위를 막기 위하여 입법된³⁴⁾ 상표법 제7조 제1항 제12호에도 규정되어 있다. 이에 대해서는 대법원이 오래 전부터 아래와 같은 확고한 판단 기준을 실시해 오고 있으므로,³⁵⁾ 인주법 제12조

34) 이 점에서 사이버스쿼팅을 방지하고자 하는 인주법 제12조와 공통된 면이 있다.

35) 즉, 대법원 2011. 7. 14. 선고 2010후2322 판결 등은 “상표법 제7조 제1항 제12호에 해당하기 위하여는 상표 출원인이 국내 또는 외국의 수요자 간에 특정인의 상품을 표시하는 것이라고 인식되어 있는 상표와 동일 또는 유사한 상표를 부정한 목적을 가지고 사용하여야 한다. 위 규정의 취지는 국내 또는 외국의 수요자 간에 특정인의 상품을 표시하는 것이라고 인식되어

의 ‘부정한 목적’ 판단 기준에 관한 법리 설시에서도 일부 참고할 필요가 있다.

그리고 ‘등록자가 도메인이름에 대하여 정당한 권리나 이익을 가지고 있는 경우’는, i) 인주법 제18조의2 제3항이 이러한 경우 신청을 기각할 수 있다고 규정하고 있는 점, ii) 이러한 경우를 등록말소 또는 등록이전 신청의 ‘소극적 요건’으로 규정하고 있는 UDRP[제4조 a(ii)항] 및 ‘부정한 목적’이 없는 것으로 규정하고 있는 ACPA[15 U.S.C. §1125(d) (1)(B)(ii)], iii) 인주법 제12조 제1항이 이러한 경우를 명시적으로 규정하지 않은 것은 입법의 미비라고 하면서 ‘부정한 목적’ 요건과 관련하여 해결할 것을 주장하는 견해가 있는 점 등을 고려할 때, 이러한 경우는 등록말소나 등록이전을 청구할 수 없다고 하고, 그 논리 구성은 인주법 제12조 제1항의 규정상 ‘부정한 목적’이 없는 것이라고 함이 타당하다.

이상의 점들을 종합하여 대상판결은 그 판시와 같은 법리를 설시한 것이다. 다만 ‘정당한 권원’ 요건은 대상판결에서 쟁점이 되지 아니하였으므로, 그에 관한 법리를 설시하지는 아니하였다.³⁶⁾ 그리고 대상판결은 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (아)목의 규정의 열거를 참조하되 상표와 함께 가장 중요한 표지 중 하나인 ‘서비스표’를 추가하여 ‘성명·상호·상표·서비스

있는 상표가 국내에서 등록되어 있지 않음을 기회로 제3자가 이를 모방한 상표를 등록하여 사용함으로써 특정인의 상품을 표시하는 것이라고 인식되어 있는 상표 권리자의 국내에서의 영업을 방해하는 등의 방법으로 위 상표 권리자에게 손해를 가하거나 이러한 모방상표를 이용하여 부당한 이익을 얻을 목적으로 사용하는 상표는 그 등록을 허용하지 않는다는 데에 있다. 한편 위 규정에 정한 부정한 목적이 있는지 여부는 특정인의 상표의 인식도 또는 창작성의 정도, 특정인의 상표와 출원인의 상표의 동일·유사성의 정도, 출원인과 특정인 사이의 상표를 둘러싼 교섭의 유무와 그 내용, 기타 양 당사자의 관계, 출원인이 등록상표를 이용한 사업을 구체적으로 준비하였는지 여부, 상품의 동일·유사성 내지는 경제적 견련관계 유무, 거래 실정 등을 종합적으로 고려하여 등록상표의 출원 당시를 기준으로 판단하여야 한다.”고 설시해 오고 있다.

- 36) 앞서 서울중앙지법 2012. 9. 21. 선고 2011가합98322 판결이 설시한 법리, 즉 “인주법 제12조의 ‘정당한 권원이 있는 자’란 상표법, 부정경쟁방지법 등 관련 법령의 규정과 취지에 비추어 타인이 비용을 지출하고 등록한 도메인이름을 대가 없이 이전시켜야 할 만큼 자신의 권리와 도메인이름 사이에 직접적 관련성과 정당성이 있는 자를 말한다.”는 법리의 경우, gTLD와 관련해 정당한 이익을 인정할 필요가 있는 ‘외국에서만 유명한 상표권자’를 포섭하지 못하는 문제점이 있을 것으로 생각된다.

표 그 밖의 표지'를 '대상표지'로 포섭하였다.

2. 대상판결 사안에의 적용

대상판결은 위 법리를 적용하여, 원심이 아래와 같은 사정들을 고려하여, 원고의 이 사건 도메인이름 등록·보유에 대한 부정한 목적을 인정한 것은 타당하다고 판시하였다.

가. 피고가 1972년경부터 '등산용품'에 관하여 '**K2**'와 동일성이 있는 상표들을 사용해 오고 있었고, 원고도 위 등록 당시 피고의 위 상표 사용 사실을 알고 있었던 것으로 보인다. 원고는 시골에서만 살고 있어 K2 상표를 몰랐다면 원심의 채증법칙 위반 등을 상고이유로 주장하나, 이는 사실심의 전권인 사실인정을 다투는 것일 뿐만 아니라, 원심이 실시한 제반 사정을 고려할 때 원고가 K2 상표를 몰랐다고 하는 것은 억지 주장에 불과해 보인다.

나. 2004년 무렵에 피고의 '**K2**' 상표는 주지성을 취득하였음이 인정된다. 원고는 이 점도 다투나, 이러한 주지성 취득은 이미 대법원 2008. 9. 11.자 2007마1569 결정에서 이미 판단된 내용이었다.

다. 원심이 실시한 바와 같이 이 사건 도메인이름에 의하여 개설된 웹사이트가 제대로 운영되지 아니하였다. 그마저도 2008년경부터 피고가 인터넷주소분쟁조정위원회에 이 사건 도메인이름에 관한 분쟁의 조정을 신청한 2009. 12. 14.까지는 아예 폐쇄되어 있었다(원고도 다투지 아니하였다). 이는 이 사건 도메인이름에 대해 원고는 별다른 이익이 없는 반면, 부정한 목적이 있다는 점을 추단케 한다.

라. 한편 이 사건 도메인이름 아래 개설된 웹사이트를 피고가 취급하는 '등산용품'과 관련 있는 용도로 사용하는 것은 부정한 목적을 추단케 하는 또 다른 사정이 되겠지만, 등산용품과 아무런 관련이 없는 용도로 사용하

였다는 사정만으로 부정한 목적을 부정할 수는 없다. ‘도메인등록을 방해만 하는 것’도 부정한 목적에 해당한다고 인주법 제12조 제1항이 규정하고 있고, 특히 이 사건과 같이 웹사이트를 실질적으로 운영하지 아니한 것은 앞서와 같이 부정한 목적을 추단케 하는 사정이기 때문이다.

【對象判決의 意義】

대상판결은 인주법 제12조의 규정 취지 및 거기에서 정한 ‘부정한 목적’의 판단 기준을 정립한 최초의 대법원판결이라는 점에서 의의를 가진다. 사이버스쿼팅(cybersquatting)과 관련한 분쟁에서 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (아)목보다는 인주법 제12조가 쟁점이 되는 경우가 더 많아진 최근의 상황을 고려할 때, 매우 시의적절한 판결로 평가된다.

【별지 1】

UDRP의 주요 내용

제3조 (등록취소, 이전 및 변경)

등록기관은 해당 사건에 대하여 적법한 관할권이 있는 법원 또는 중재기관으로부터 명령이 있는 경우(b항) 또는 ICANN이 채택한 해결정책에 따라 진행되고 등록자가 당사자가 된 의무적 행정절차에서 도메인이름의 등록취소, 이전 또는 변경 결정이 있는 경우(c항) 등에는 도메인이름의 등록을 취소, 이전 또는 변경한다.

제4조 의무적 행정절차(Mandatory Administrative Proceeding)

a항(적용대상 분쟁) 신청인이 분쟁해결기관에 대하여 다음 세 가지 사실을 주장하는 경우에 도메인이름의 등록자는 의무적 행정절차에 따라야만 하고, 의무적 행정절차에서 신청인은 다음 세 가지 사실이 존재한다는 것을 입증하여야만 한다.

- (i) your domain name is identical or confusingly similar to a trademark or service mark in which the complainant has rights. (도메인이름이 신청인이 권리를 가진 상표 또는 서비스표와 동일하거나 혼동을 일으킬 정도로 유사하다)
- (ii) you have no rights or legitimate interests in respect of the domain name. (당해 도메인이름에 관한 권리나 정당한 이익이 없다).
- (iii) your domain name has been registered and is being used in bad faith. (당해 도메인이름이 등록되어 부정한 목적으로 사용되고 있다)

b항(부정한 목적에 의한 등록 및 사용의 증거) 위 제4조 a항 (iii)호 적용시, 다음 각 호의 사정들은, 특히 그러나 이에 제한을 받지 아니하고, 도메인이름의 등록 및 사용이 부정한 목적에 의한 것이라는 증거가 된다.

- (i) circumstances indicating that you have registered or you have acquired the domain name primarily for the purpose of selling, renting, or

otherwise transferring the domain name registration to the complainant who is the owner of the trademark or service mark or to a competitor of that complainant, for valuable consideration in excess of your documented out-of-pocket costs directly related to the domain name. (도메인이름을 등록 또는 취득한 주된 목적이, 상표권자나 서비스표권자인 신청인 또는 위 신청인의 경쟁자에게, 당해 도메인이름과 직접 관련된 비용으로 서류에 의해 입증된 비용을 초과하는 대가를 받기 위하여 당해 도메인이름을 판매, 대여, 기타 이전하는 것인 경우)

- (ii) you have registered the domain name in order to prevent the owner of the trademark or service mark from reflecting the mark in a corresponding domain name, provided that you have engaged in a pattern of such conduct. (상표나 서비스표의 소유자가 그의 상표나 서비스표를 그에 상응하는 도메인이름으로 사용할 수 없도록 방해하기 위하여 그 도메인이름을 등록한 경우로서, 등록자가 그러한 방해행위를 반복해 온 경우)
- (iii) you have registered the domain name primarily for the purpose of disrupting the business of a competitor. (경업자의 사업을 방해할 것을 주된 목적으로 당해 도메인이름을 등록한 경우)
- (iv) by using the domain name, you have intentionally attempted to attract, for commercial gain, Internet users to your web site or other on-line location, by creating a likelihood of confusion with the complainant's mark as to the source, sponsorship, affiliation, or endorsement of your web site or location or of a product or service on your web site or location. (도메인이름을 사용하여, 상업적 이익을 위하여, 등록자의 웹사이트 또는 다른 주소나 거기에서 제공되는 상품 또는 서비스의 출처, 후원, 제휴 또는 보증에 관하여 신청인의 표장과의 혼동가능성을 초래하면서, 의도적으로 인터넷 사용자들을 등록자의 웹사이트 또는 다른 주소로 유인하려고 시도해 온 경우)

c항(등록자가 도메인이름에 대한 권리나 합법적인 이해관계가 있다는 증거) 다음 각 호의 1에 해당하는 사정이 있는 때에는, 특히 그러나 이에 제한을 받지 아니하고, 도메인 등록인이 그 도메인이름에 관한 제4조 (a)(ii) 규정의 권리나 정당한 이익이 있는 것을 입증한 것으로 본다.

- (i) before any notice to you of the dispute, your use of, or demonstrable preparations to use, the domain name or a name corresponding to the domain name in connection with a bona fide offering of goods or services. (분쟁에 관한 통지를 받기 이전에, 도메인이름이나 이에 상응한 명칭의 사용 또는 그 사용을 위한 준비를, 선의로 상품 또는 서비스를 제공하기 위하여 한 것인 경우).
- (ii) you (as an individual, business, or other organization) have been commonly known by the domain name, even if you have acquired no trademark or service mark rights. (도메인이름 등록자가, 상표나 서비스표에 관한 권리를 취득하지는 않았더라도, 그 도메인이름에 의해 일반적으로 인식되어 왔던 경우).
- (iii) you are making a legitimate noncommercial or fair use of the domain name, without intent for commercial gain to misleadingly divert consumers or to tarnish the trademark or service mark at issue. (도메인이름의 사용이, 상업적 이익을 위하여 소비자를 오인시키거나 문제된 상표 또는 서비스표를 손상하기 위한 의도 없이, 정당한 비상업적 또는 공정한 사용인 경우).

【별지 2】

ACPA의 주요 내용

15 U.S.C. §1125(d) Cyberpiracy prevention³⁷⁾

(1)(A) A person shall be liable in a civil action by the owner of a mark, including a personal name which is protected as a mark under this section, if, without regard to the goods or services of the parties, that person

- (i) has a bad faith intent to profit from that mark, including a personal name which is protected as a mark under this section; and
- (ii) registers, traffics in, or uses a domain name that--
 - (I) in the case of a mark that is distinctive at the time of registration of the domain name, is identical or confusingly similar to that mark;
 - (II) in the case of a famous mark that is famous at the time of registration of the domain name, is identical or confusingly similar to or dilutive of that mark;

[번역]

(1)(A) 상표권자가 제기한 민사소송에서, 당사자들에 제공하는 상품이나 서비스와 무관하게, 다음에 해당하는 자는 책임³⁸⁾을 진다.

- (i) 그 상표로부터 이익을 얻으려는 부정한 목적(bad faith)으로,
- (ii) 다음에 해당하는 도메인이름을 등록, 거래, 사용한 경우
 - (I) 도메인이름의 등록 당시 식별력을 가진 상표인 경우, 그 상표

37) ACPA가 15 U.S.C.에 편제되면서 규정된 조항이다.

38) 15 U.S.C. §1116은 “The several courts vested with jurisdiction of civil actions arising under this chapter shall have power to grant injunctions, according to the principles of equity and upon such terms as the court may deem reasonable, to prevent the violation of any right of the registrant of a mark registered in the Patent and Trademark Office or to prevent a violation under subsection (a), (c), or (d) of section 1125 of this title. ……”이라고 하면서 15 U.S.C. §1125(d)의 위반을 막기 위하여 형평법상 합리적이라고 보이는 경우 법원이 금지명령(injunctions)을 발할 수 있다고 규정하고 있으므로, 15 U.S.C. §1125(d)에서의 “be liable(책임)”의 의미는 손해배상(damages)만이 아니라 금지청구(injunctions)까지 포함하는 것이다.

와 같거나 혼동을 일으킬 정도로 유사한 것

(II) 도메인이름의 등록 당시 저명한 상표³⁹⁾인 경우, 그 상표와 같거나 혼동을 일으킬 정도로 유사하거나 그 상표를 희석화하는 것

(1)(B) (i) In determining whether a person has a bad faith intent described under subparagraph (A), a court may consider factors such as, but not limited to [위 (A)항에 기재된 ‘부정한 목적’이 있는 자인지 판단함에 있어서 법원은 아래와 같은 요소들을 고려할 수 있다(그러나 아래의 요소들로 한정되지 않음)].

(I) the trademark or other intellectual property rights of the person, if any, in the domain name. (도메인이름에 대해 가지고 있는 등록인의 상표권 또는 지적재산권)

(II) the extent to which the domain name consists of the legal name of the person or a name that is otherwise commonly used to identify that person. (도메인이름이 등록인의 이름 또는 그를 지칭하기 위해 통상 사용되는 이름으로 구성되어 있는 정도)

(III) the person's prior use, if any, of the domain name in connection with the bona fide offering of any goods or services. (어떤 상품이나 서비스를 선의로 제공하는 것과 관련한 그 도메인이름의 등록인에 의한 선사용)

(IV) the person's bona fide noncommercial or fair use of the mark in a site accessible under the domain name. (도메인이름으로 접속되는 사이트에서 선의에 의한 비상업적 또는 공정한 그 표장의 사용)

(V) the person's intent to divert consumers from the mark owner's online

39) 미국 연방상표법에서는 ‘famous(유명한) 상표’의 개념만 있을 뿐 우리 상표법 이론에서와 같은 ‘주지상표’와 ‘저명상표’에 관한 구분을 하지 않는다. 다만 희석화를 인정한 미국 판례들을 살펴보면 우리나라 기준에 의할 때 ‘저명상표’에 이른 경우 희석화를 인정하고 있고, 우리나라 학설, 판례에 의하면 희석화는 저명상표의 경우에만 일어난다고 보고 있으므로, 이하에서는 희석화와 관련해서는 ‘famous’를 ‘저명한’으로 해석한다.

location to a site accessible under the domain name that could harm the goodwill represented by the mark, either for commercial gain or with the intent to tarnish or disparage the mark, by creating a likelihood of confusion as to the source, sponsorship, affiliation, or endorsement of the site. (소비자들을 표장의 권리자의 온라인 사이트로부터, 상업적 이익 또는 표장을 훼손하거나 비난하려는 의도를 가지고, 사이트의 출처, 후원, 제휴 또는 보증관계에 대한 혼동가능성을 일으킴으로써 그 표장에 화체된 신용을 손상할 수 있는 그 도메인이름으로 접속되는 사이트로 유인하려는 의도)

- (VI) the person's offer to transfer, sell, or otherwise assign the domain name to the mark owner or any third party for financial gain without having used, or having an intent to use, the domain name in the bona fide offering of any goods or services, or the person's prior conduct indicating a pattern of such conduct. (상품이나 서비스를 선의로 제공하는 데에 도메인이름을 사용하지 않았거나 사용할 의사 없이, 경제적 이익을 위하여 표장의 소유자 또는 제3자에게 도메인이름을 이전, 판매 또는 양도하려는 등록자의 제의, 또는 그러한 행동 패턴을 나타내는 등록인의 선행 행위)
- (VII) the person's provision of material and misleading false contact information when applying for the registration of the domain name, the person's intentional failure to maintain accurate contact information, or the person's prior conduct indicating a pattern of such conduct. (도메인이름 등록을 신청할 때의 중요한 거짓 연락 정보의 제공, 정확한 연락 정보의 고의적인 비유지, 또는 그러한 행동 패턴을 나타내는 등록인의 선행 행위)
- (VIII) the person's registration or acquisition of multiple domain names which the person knows are identical or confusingly similar to marks of others that are distinctive at the time of registration of such

domain names, or dilutive of famous marks of others that are famous at the time of registration of such domain names, without regard to the goods or services of the parties. (당사자의 상품 또는 서비스와 관계없이, 도메인이름이 그 등록 당시 식별력이 있는 타인의 표장과 동일하거나 혼동을 일으킬 정도로 유사하거나, 또는 그 등록 당시 저명한 타인의 표장을 희석화하는 것을 알면서 이를 등록 또는 취득한 것)

(IX) the extent to which the mark incorporated in the person's domain name registration is or is not distinctive and famous within the meaning of subsection (c). (등록된 도메인이름에 포함된 표장의 식별력 또는 알려진 정도)

(ii) Bad faith intent described under subparagraph (A) shall not be found in any case in which the court determines that the person believed and had reasonable grounds to believe that the use of the domain name was a fair use or otherwise lawful. (도메인이름 사용이 공정하거나 합법적이라고 믿었고 그렇게 믿을 만한 합리적인 이유가 있었다고 법원이 인정하는 경우에는 위 (A)항에 기재된 부정한 목적이 있다고 판단할 수 없다.)

8. 수치한정발명의 신규성 판단 기준

(2013. 5. 24. 선고 2011후2015 판결 : 공2013하, 1149)

柳 英 善

【判決要旨】

1. 구성요소의 범위를 수치로써 한정하여 표현한 발명이 그 출원 전에 공지된 발명과 사이에 수치한정의 유무 또는 범위에서만 차이가 있는 경우에는, 그 한정된 수치범위가 공지된 발명에 구체적으로 개시되어 있거나, 그렇지 않더라도 그러한 수치한정이 그 발명이 속하는 기술분야에서 통상의 지식을 가진 자(이하 ‘통상의 기술자’라고 한다)가 적절히 선택할 수 있는 주지·관용의 수단에 불과하고 이에 따른 새로운 효과도 발생하지 않는다면 그 신규성이 부정된다. 그리고 한정된 수치범위가 공지된 발명에 구체적으로 개시되어 있다는 것에는, 그 수치범위 내의 수치가 공지된 발명을 기재한 선행문헌의 실시 예 등에 나타나 있는 경우 등과 같이 문언적인 기재가 존재하는 경우 외에도 통상의 기술자가 선행문헌의 기재 내용과 출원 시의 기술상식에 기초하여 선행문헌으로부터 직접적으로 그 수치범위를 인식할 수 있는 경우도 포함된다. 한편 수치한정이 공지된 발명과 서로 다른 과제를 달성하기 위한 기술수단으로서의 의의를 가지고 그 효과도 실질적인 경우나 공지된 발명과 비교하여 한정된 수치범위 내외에서 현저한 효과의 차이가 생기는 경우 등에는, 그 수치범위가 공지된 발명에 구체적으로 개시되어 있다고 할 수 없음은 물론, 그 수치한정이 통상의 기술자가 적절히 선택할 수 있는 주지·관용의 수단에 불과하다고 볼 수도 없다.

2. 명칭을 “스퍼터링 타깃 및 투명도전막”으로 하는 출원발명의 특허출원에 대하여 특허청 심사관이 출원발명은 비교대상발명에 의하여 신규성이 부정된다는 등의 이유로 거절결정을 한 사안에서, 출원발명의 특허청구범

위 제1항은 +4가 이상의 원자가를 갖는 제3원소 산화물의 함유량을 '0.01 내지 0.2원자%'의 수치범위로 한정하여 표현한 발명으로 그 함유량을 '20원자% 이하'로 한정하고 있는 비교대상발명과 이러한 제3원소 산화물 함유량의 수치범위에서만 차이가 있는데, 출원발명의 위와 같은 수치한정은 비교대상발명에서의 수치한정과는 다른 과제를 달성하기 위한 기술수단으로서의 의의를 가지고, 그로 인한 효과도 스퍼터링 타겟의 부피저항률을 낮게 하면서도 투명도전막의 에칭 가공성 역시 우수하도록 한다는 것으로서 비교대상발명과는 구별되는 이질적인 것이어서, 그 수치범위가 비교대상발명에 구체적으로 개시되어 있다고 할 수 없을 뿐만 아니라 위 수치한정이 그 발명이 속하는 기술분야에서 통상의 지식을 가진 자가 적절히 선택할 수 있는 주지·관용의 수단에 불과하다고 볼 수도 없으므로, 출원발명이 비교대상발명에 의하여 신규성이 부정되지 않음에도 이와 달리 비교대상발명과 기술구성이 실질적으로 동일하여 신규성이 부정된다고 본 원심판결에 수치한정발명의 신규성 판단에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 한 사례.

【參照條文】

특허법 제29조 제1항, 제2항

【事案의 概要】

1. 이 사건 출원발명

가. 배경기술

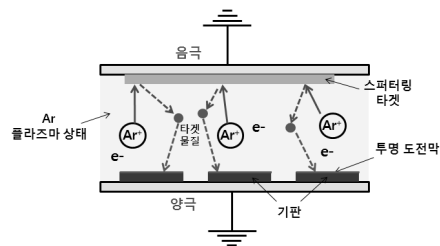
1) 투명도전막: 투명전극¹⁾에서 유리 등 광투과율이 높은 절연물질의

1) 투명전극: 광투과율이 높은 절연물질의 표면에 형성된 광투과율이 높은 박막 전극. LCD, PDP 등 발광 표시 부품 등에서 빛을 투과하는 전극이 필요한 경우에 사용한다.

표면에 형성된 박막이다. 재료로는 ITO(Indium-Tin Oxide, 인듐 주석 산화물), IZO(Indium Zinc Oxide, 산화아연 · 산화인듐) 등 투명 전도성 산화물이 사용된다.

2) 박막 공정 기술: 기판에 박막을 형성(증착)하는 기술로서, 크게 화학기상증착(CVD)²⁾과 물리기상증착(PVD)³⁾으로 나뉘어진다.

3) 스퍼터링(sputtering): PVD에 속하는 박막 공정 기술의 일종이다. 고 에너지의 입자(Ar^+)를 목표 물질(스퍼터링 타겟)에 충돌시켜 원하는 물질이 떨어져 나오도록 한 다음, 이 물질이 기판에



쌓이도록 하여 박막을 형성하는 기술이다. 불활성의 아르곤(Ar) 기체에 고 전압을 가하면 전자(e^-), 이온(Ar^+), Ar 기체가 섞여 있는 플라즈마 상태로 되는데, 이 상태에서 고 에너지의 입자인 Ar^+ 가 타겟에 충돌하여 스퍼터링 증착이 진행된다.

4) 스퍼터링 타겟(sputtering target): 스퍼터링 기술에서 고 에너지 입자가 충돌하는 목표 물질(타겟)로서, 형성하고자 하는 박막(투명도전막)과 동일한 물질(ITO, IZO 등 투명 전도성 산화물)로 이루어져 있다. 이 사건 출원발명은 이러한 ‘스퍼터링 타겟’에 관한 것으로서, 그 재료로 IZO를 사용하고 있다.

나. 이 사건 출원발명의 내용

1) 명칭: 스퍼터링 타겟(이하 맞춤법에 맞게 ‘타겟’으로 고쳐 씀) 및 투명도전막

2) 국제출원일(우선권주장일)/출원번호: 2002. 5. 24.(2001. 7. 17.)/제

2) 화학기상증착(CVD, chemical vapor deposition): 원하는 물질을 화학반응에 의해 기판 위에 증착시켜 박막을 형성하는 방법이다.

3) 물리기상증착(PVD, physical vapor deposition): 어떤 물질에 에너지를 가하여 원하는 물질을 물리적으로 분리한 뒤 그 분리한 물질이 기판에 쌓이게 하여 박막을 형성하는 방법이다.

10-2004-7000529호

3) 발명의 요지: i) 종래 ITO 스퍼터링 타깃을 사용하여 제막된 투명도전막은 광선 투과율이 높고 도전성이 우수하지만, 그 에칭 시 강산이 필요하여 액정 표시장치의 배선재료까지 에칭되는 경우가 발생하는 문제점이 있었다. ii) 이에, IZO계 스퍼터링 타깃을 사용하면 에칭 시 약산을 사용할 수 있는 장점이 있으나, 부피저항률⁴⁾이 높고 타깃이 깨지거나 이상 방전이 발생하는 문제가 있었다. iii) 이에, IZO계 재료에 +3가 이상의 원자가⁵⁾를 갖는 금속 산화물을 첨가한 스퍼터링 타깃을 사용하면(이 사건의 비교대상 발명임) 부피저항률이 감소되나 제막된 투명도전막의 에칭 가공성이 떨어지는 문제점이 있었다. 이 사건 출원발명은 이러한 문제점들을 해결하기 위한 것으로서, 타깃 자체의 부피저항률이 낮고 안정적으로 스퍼터링을 실시할 수 있으며, 이러한 스퍼터링 타깃에 의해 제막된 투명도전막의 에칭 가공성도 우수하도록 한 발명이다.

4) 특허청구범위

청구항 1 내지 청구항 8로 되어 있는데,쟁점 청구항인 청구항 1(이하 ‘이 사건 제1항 발명’이라고 함)만 기재한다.

가) 2009. 1. 30. 보정된 것(이하 ‘이 사건 제1항 보정발명’이라고 한다)

【청구항 1】 산화인듐과 산화아연으로 이루어지는 $\text{In}_2\text{O}_3(\text{ZnO})_m$ [단, m 은 2 내지 7의 정수이다]로 표시되는 육방정⁶⁾ 층상 화합물을 함유하고(이하 ‘구성 1’), 또한 +4가 이상의 원자수를 갖는 제3원소의 산화물을 0.01 내지 0.2원자%⁷⁾ 함유하는(이하 ‘구성 2’) 스퍼터링 타깃.

4) 부피저항률(체적 저항률, volume resistivity): 표준상태의 도체가 갖는 전기 저항을 말한다. 부피저항률이 높으면 열전도도나 전기전도도가 낮게 된다.

5) 원자가: 원자의 가장 바깥 껍질에 있는 전자의 수로서, 분자 내에서 한 원자가 다른 원자와 결합하는 수, 또는 결합선의 수를 말한다. 예를 들어, 물(H_2O)의 구조식은 $\text{H}-\text{O}-\text{H}$ 로, 수소 원자는 한 개의 결합선을 가지므로 원자수는 1이고, 산소 원자는 두 개의 결합선을 가지므로 원자수는 2가 된다.

6) 육방정계(hexagonal system, 六方晶系): 결정성 고체가 가질 수 있는 결정구조 중 하나로써, 정육각형을 밑면으로 하는 프리즘과 같은 모양을 갖는 결정구조이다. 육방정계 결정구조를 가지는 것으로는 석영, 흑연 등이 있다.



7) 원자%(at%, atomic percent): 어떤 물질이 갖는 전체 원자 수에 대한 특정 원자 수의 비율을 의미한다. 예를 들어, 물(H_2O)에 있어서, 수소(H)는 66.7at%(2/3)이고, 산소는 33.3at%(1/3)이다.

나) 2009. 1. 30. 보정되기 전의 것(이하 ‘이 사건 제1항 출원발명’이라고 한다)

【청구항 1】 산화 인듐과 산화아연으로 이루어지는 $\text{In}_2\text{O}_3(\text{ZnO})_m$ [단, m 은 2 내지 7의 정수이다.] 로 표시되는 육방정 층상 화합물을 함유하고, 또한 +4가 이상의 원자가를 갖는 제3원소의 산화물을 0.01 내지 1원자% 함유하는 스퍼터링 타깃.

2. 비교대상발명

1997. 3. 18.자 일본 공개특허공보에 공개번호 특개평9-71860호로 실린 ‘타깃 및 그 제조방법’이라는 명칭의 발명이다. 그 명세서에 기재된 주요 내용은 아래와 같다.

“본 발명의 타깃 T1은, 「일반식 $\text{In}_2\text{O}_3(\text{ZnO})_m$ ($m=2\sim7$)로 표시되는 육방정계 층상 화합물을 포함하고, In과 Zn의 원자비 $[\text{In}/(\text{In}+\text{Zn})]$ 가 0.2~0.9인 산화물의 소결체로 이루어진다」는 요건 (i)과, 「체적 저항률이 $10^{-2}\Omega\text{cm}$ 이하이다」는 요건 (ii)를 필수요건으로 한다. 타깃 T2는, 상기 타깃 T1에 있어서 산화물의 소결체가 상기 육방정계 층상 화합물을 포함하는 것과 동시에, 3가 이상의 원자가를 갖는 제3원소(예를 들면, Al, Zr, Ga, Ge, Sn, Ti, Si)의 산화물을 전체 양이온 원소에 대해서 20at% 이하의 비율로 함유하고 있는 점에서만, 타깃 T1과 다르다. 이와 같이 비율을 20at% 이하로 한정하는 이유는 20at%를 초과하면 이 타깃으로부터 얻어지는 투명도전막에서 이온의 산란이 일어나 도전성이 매우 저하되기 때문이다. 제3원소의 비율은 0.1~15at%가 바람직하고, 0.5~10at%가 특히 바람직하다.”

3. 사건의 경과

가. 특허청 심사관은 2008. 11. 28. 이 사건 출원발명의 청구항 1 내지 5, 7, 8은 비교대상발명에 의하여 신규성이 부정되고, 청구항 6은 진보성이 부정된다는 이유로 거절결정을 하였다.

나. 원고는 2008. 12. 31. 위 거절결정에 불복하는 이 사건 심판청구.

다. 원고는 2009. 1. 30. 위 심판청구 절차에서 이 사건 제1항 출원발명의 청구범위를 이 사건 제1항 보정발명과 같이 보정하는 보정서를 제출하였다(이하, 그 보정을 ‘이 사건 보정’이라고 한다). 이 사건 보정에 따라 진행된 심사전치절차⁸⁾에서, 특허청 심사관은 2009. 3. 2. 위 보정을 받아들인 후,⁹⁾ 이 사건 제1항 보정발명은 비교대상발명에 의하여 신규성이 부정된다는 이유 등으로 원래의 거절결정을 유지하였다.

라. 특허심판원은 2010. 5. 14. 이 사건 제1항 보정발명 및 이와 실질적으로 동일한 이 사건 제1항 출원발명은 비교대상발명에 의하여 신규성이 부정되므로 그 거절결정이 정당하다는 이유로 원고의 심판청구를 기각하였다(2008원14153).

마. 특허법원은 2011. 7. 8. 이 사건 제1항 보정발명 및 그보다 청구범위가 넓은 이 사건 제1항 출원발명은 비교대상발명에 의하여 신규성이 부정되고, 특허청구범위가 여러 개의 청구항으로 되어 있는 경우 어느 하나의 항이라도 거절이유가 있으면 그 특허출원은 전부 거절되어야 하는 이상,¹⁰⁾

8) 구 특허법(2009. 1. 30. 법률 제9381호로 개정되기 전의 것, 이하 같음) 제173조 제1항은 “특허심판원장은 특허거절결정을 받은 자가 이에 대한 불복심판을 청구하고 그 청구일부터 30일 이내에 그 청구에 관한 특허출원서에 첨부된 명세서 또는 도면을 보정한 때에는 심판을 하기 전에 이를 특허청장에게 통지하여야 한다.”고 규정하고 있었고, 제2항은 “특허청장은 제1항의 규정에 의한 통지를 받은 경우에는 그 청구에 관한 특허출원을 심사관에게 다시 심사하게 하여야 한다.”고 규정하고 있었다. 이와 같이 구 특허법은, 거절결정 불복심판을 청구한 출원인이 명세서 등의 보정을 하면, 심사관이 특허출원을 다시 심사하는 절차를 먼저 거치도록 하였는데, 이를 ‘심사전치절차’라고 한다. 현행 특허법에서는 이러한 절차가 폐지되었는데, 이 사건 출원발명은 구 특허법이 시행되던 2002. 5. 24.에 출원되었으므로 구 특허법이 적용되어 이와 같은 심사전치절차를 거친 것이다.

9) 구 특허법 제47조 제1항 제3호는 “특허거절결정에 대한 심판을 청구하는 경우에는 그 심판의 청구일부터 30일 이내에 보정을 할 수 있다.”고 규정하고 있었고, 제47조 제4항 제2호는 위 보정이 “보정 후 특허청구범위에 기재된 사항이 특허출원을 한 때 특허를 받을 수 있을 것이라는 요건을 충족하여야 한다.”고 규정하고 있었으며, 제51조 제1항은 이러한 요건(독립특허요건)을 충족하지 못한 보정에 대하여는 결정으로 그 보정을 각하하도록 규정하고 있었다. 따라서 특허청 심사관이 이러한 독립특허요건을 판단하지 아니하고 이 사건 보정을 받아들인 것은 잘못이다. 이 사건 제1항 보정발명의 신규성을 부정한 이상 독립특허요건의 미비를 이유로 이 사건 보정을 각하했어야 한다.

10) 대법원 2009. 12. 10. 선고 2007후3820 판결 등은 “특허청구범위가 여러 개의 청구항으로 되

거절결정이 정당하다고 한 심결은 적법하다는 이유로 원고청구를 기각하였다(2010허5093).¹¹⁾

4. 원심판단의 요지¹²⁾

가. 구성 및 효과 대비

이 사건 제1항 보정발명		비교대상발명
구성 1	산화인듐과 산화아연으로 이루어지는 $\text{In}_2\text{O}_3(\text{ZnO})_m$ (단, m은 2 내지 7의 정수이다)로 표시되는 육방정 층상 화합물을 함유	일반식 $\text{In}_2\text{O}_3(\text{ZnO})_m$ ($m=2\sim7$)으로 표시되는 육방정 층상 화합물을 포함하는 타깃
[원심판단] 동일 (다툼 ×)		
구성 2	+4가 이상의 원자수를 갖는 제3원소의 산화물을 0.01 내지 0.2원자% 함유	전체 양이온 원소에 대해서 20at% 이하의 +3가 이상의 원자수를 갖는 제3원소(예로, Zr, Ge, Sn, Ti, Si) 산화물을 포함
[원심판단] 동일(다툼 ○)		
○ 구성 대비		
▶ 비교대상발명에는 +3가 이상의 원자수를 갖는 제3원소의 예로서 +4가 원소들인 ‘Zr, Ge, Sn, Ti, Si’이 기재되어 있으므로, +4가 이상의 원자수를 갖는 제3원소 산화물을 함유하는 점에서 동일하다. 그리고 구성 2에서 제3원소 산화물의 수치범위인 0.01 내지 0.2원자%는 비교대상발명에서 제3원소 산화물의 수치범위인 20at% 이하에 포함되므로, 제3원소의 산화물 함유 비율에서도 동일하다.		

어 있는 경우, 그 하나의 항이라도 거절이유가 있는 때에는 그 출원이 전부 거절되어야 한다.”고 판시해 오고 있다.

11) 특허청 심사관이 2009. 3. 2. 이 사건 보정을 받아들인 이상, 그 거절결정 처분의 대상은 이 사건 제1항 출원발명이 아니라 이 사건 제1항 보정발명이므로, 특허심판원과 원심이 그 거절결정의 적법 여부를 가리면서 이 사건 제1항 출원발명의 신규성 유무까지 판단한 것은 불필요한 것이었다.

12) 대법판결의 쟁점인 이 사건 제1항 보정발명의 신규성 여부에 대한 판단을 중심으로 기재한다.

- ▶ 산화 아연·산화 인듐계의 재료로 이루어지는 스퍼터링 타깃이 에칭 효과 면에서 기존의 재료(ITO)에 비해 더 나은 효과를 갖고 있다는 점, IZO계 화합물에 3가 이상의 원자기를 갖는 금속 산화물을 첨가하는 경우 부피저항률은 감소시킬 수는 있지만, 투명도전막의 에칭 특성이 충분하지 않다는 점 등은 이 사건 출원발명의 출원 전에 통상의 기술자가 충분히 알 수 있었던 사항이다. 따라서 통상의 기술자라면 비교대상발명에서 IZO계 화합물에 3가 이상의 제3원소 산화물을 첨가함에 있어, 반복적인 실험을 통해 제3원소 산화물의 함량비를 적절하게 선택함으로써 구성 2에서와 같이 부피저항률 및 에칭 성능이 우수한 수치범위를 용이하게 선택할 수 있으므로, 그 구성의 곤란성이 없다.

○ 효과 대비

- ▶ 부피저항률을 낮추어 제막 시에 이상 방전이나 타깃의 균열을 방지한다는 점에서 효과가 같다.
- ▶ 다만 이 사건 제1항 보정발명의 효과 중 ‘에칭 가공성이 우수하다’는 효과는 비교대상발명에 명시적으로 기재되어 있지는 않다. 그러나 이 사건 제1항 보정발명과 비교대상발명은 화합물의 성분이 동일하고, 그 조성범위, 조직상태가 동일범주 내에 있으며, 스퍼터링 타깃으로 용도가 동일한 경우 그 작용 효과에 있어 별다른 차이가 없으므로 비교대상발명에도 이 사건 제1항 보정발명의 효과가 그대로 내재되어 있다고 할 것이다. 그리고 IZO계 재료가 에칭 효과 면에서 더 나은 효과를 갖고 있다는 점, 3가 이상의 원자기를 갖는 금속 산화물을 첨가하는 경우 투명도전막의 에칭 특성이 충분하지 않다는 점 등은 통상의 기술자가 충분히 알 수 있었으므로, 통상의 기술자라면 3가 이상의 제3원소 산화물을 첨가하는 경우 이 사건 제1항 보정발명에서와 같이 낮은 부피저항률이나 높은 에칭 성능을 갖는 수치범위가 존재한다는 점을 용이하게 유추할 수 있다. 따라서 이 사건 제1항 보정발명의 위 효과가 비교대상발명에 비해 특별한 효과라거나 이질적인 효과라고 보기 어렵다.
- ▶ 이 사건 제1항 보정발명의 명세서에는 수치범위 상한인 0.2원자%라는 수치범위 내외에서 현저한 효과가 생긴다는 점에 관하여는 구체적으로 기재되어 있지 않고, 실시 예에도 그 수치범위의 하한 및 상한이 임계치임이 전혀 기재되어 있지 않다. 그리고 수치한정한 범위가 양적으로 현저한 효과가 있다는 점을 통상의 기술자가 인식할 수 있을 정도로 명세서에 기재되어 있지 않은 이상 추후 실험자료(갑 제9, 10호증)에 의하여 확인되는 수치한정의 기술적 의의를 가지고서 당해 수치한정 발명의 신규성 유무를 판단할 수는 없다. 결국, 이 사건 제1항 보정발명에서 수치한정의 임계적(臨界的) 의의가 없다.

나. 결론

이 사건 제1항 보정발명은 비교대상발명이 가지는 구성요소의 범위를 수치로서 한정된 것에 불과하고, 그 수치한정에 구성의 곤란성 및 이질적인 효과나 임계적 의의가 인정되지 않으므로, 비교대상발명과 기술적 구성이 실질적으로 동일하여 신규성이 부정된다. 같은 이유에서 거절결정이 정당하다고 판단한 심결은 적법하다.

5. 상고이유의 요지

가. 제1점: 수치한정발명의 구성의 곤란성 및 사후적 고찰 금지에 관한 법리오해, 심리미진, 판단누락

IZO계 화합물에 제3원소 산화물을 첨가하는 경우 타깃의 부피저항률을 감소시킬 수 있으나, 그 투명도전막의 에칭 특성이 충분하지 않다는 문제점은 이 사건 출원발명에서 비로소 인식되어 해결된 것이다. 그럼에도 아무런 객관적 증거 없이 이를 이 사건 출원발명의 출원 이전의 통상의 기술자의 인식이라고 한 원심에는 수치한정발명의 구성의 곤란성 및 사후적 고찰 금지에 관한 대법원판례 위반 및 심리미진의 위법이 있다.

또한 제3원소 산화물 함유량의 범위가 ‘0.01 내지 0.2원자%’인 이 사건 제1항 보정발명과는 달리, 오히려 비교대상발명의 명세서에는 제3원소 산화물이 “0.5원자% 미만에서 작용효과가 발휘되지 않는다.”는 명시적인 기재가 있음에도, 원심은 이에 대한 판단을 누락하고 그 기재가 ‘티탄’에 한정된다고 잘못 해석한 위법이 있다.

나. 제2점: 수치한정발명의 신규성 판단에 관한 법리오해, 판단누락, 심리미진, 채증법칙 위반

이 사건 출원발명은 제3원소 산화물의 함유량(수치)에 의해 타깃의 부피저항률 및 투명도전막의 에칭 특성을 모두 만족시킨 것이다. 따라서 위 수치한정은, 에칭 속도가 충분하지 아니하고 에칭 속도 증가를 위한 기술사

상이 전혀 개시되어 있지 아니한 비교대상발명과는 상이한 과제를 달성하기 위한 기술수단으로서의 의의를 가지는 것으로서, 목적의 특이성과 효과의 현저성을 가진다. 이처럼 수치한정이 이질적이거나 양적으로 현저한 작용효과를 나타내는 경우 그 특허성이 인정되어야 함에도, 원심은 수치한정 발명의 신규성 판단에 관한 법리를 오해하고, 위와 같은 점에 대한 판단누락, 심리미진, 채증법칙 위반에 의해, 그 신규성을 부정한 잘못이 있다.

다. 제3점: 임계적(臨界的) 의의에 관한 심리미진, 채증법칙 위반, 판단누락
이 사건 출원발명의 명세서에는 ‘제3원소 산화물 함유량의 범위’에 대한 수치한정의 기술적 의의(작용효과)가 명확히 기재되어 있으므로, 거기에 임계적 의의가 있는지 여부가 추후 제출된 자료를 통하여 인정되어야 한다. 그럼에도 원심은 수치한정의 기술적 의의가 기재되어 있지 않다는 잘못된 전제 아래, 위 수치한정의 임계적 의의를 입증하는 증거(갑 제9, 10호증)를 임의로 배척하여 이에 대해 살펴보지도 아니한 심리미진, 채증법칙 위반, 판단누락의 위법이 있다.

【解 說】

1. 수치한정발명의 신규성 판단 기준의 검토

가. 수치한정발명의 개념

1) 의의

발명의 구성요소 중 예컨대 온도나 배합비율과 같이 일정한 범위를 가지는 구성요소에 관하여 수치로써 한정된 발명을 수치한정발명이라고 한다. 이 사건 제1항 발명은 제3원소 산화물의 함유 비율을 수치(0.01 내지 0.2원자% 또는 0.01 내지 1원자%)로 한정하고 있으므로 수치한정발명에 해당한다.

한편 새로 창작된 파라미터(parameter) 또는 당해 발명이 속하는 기술분

야에서 일반적이지 않은 물성·특성을 나타내기 위하여 사용되는 파라미터에 의하여 한정된 발명을 파라미터발명이라고 하는데, 이 역시 넓은 의미로 보아 수치한정발명에 포함된다. 다만 온도, 배합비율, 압력 등 관용적으로 사용되는 변수로 구성 성분의 범위를 한정할 뿐인 좁은 의미의 수치한정발명에 비해서, 새롭게 창출한 물리적, 화학적 또는 생물학적 특성 값(파라미터)을 통하여 특정 물질 자체의 구조 등을 한정하고 있다는 점에서 서로 구분된다.¹³⁾

2) 분류

가) 수치한정 범위의 ‘기술적 의의’ 유무에 따른 분류

수치한정발명은 그 기준에 따라 다양하게 분류될 수 있겠으나,¹⁴⁾ 수치범위의 ‘기술적 의의’에 따라 수치한정 범위를 必須範圍(essential range)와 好適範圍(preferred range)로 구분하는 분류¹⁵⁾가 주목해 볼 만하다. 이 견해는, 수치한정이 ① 특허청구범위에 기재된 필수범위[혹은 출원 시에는 특허청구의 범위에 기재되어 있지 않더라도 심사과정에서 특허청구범위로 될 (claim up) 가능성이 높은 것]인 경우를 필수범위로 보고, ② 특허청구범위로 특정될 예정이 아니라 단순한 호적의 범위 내지는 단순한 실시의 형태를 제시한 경우를 호적범위로 본다.

나아가, ①의 경우(필수범위인 경우)를 다시, i) 공지발명에 대하여 수치

13) 예를 들어, “초흡수체 30 내지 75 중량%, 펄프 25 내지 70 중량% 및 결합제 성분 0 초과 10 중량% 이하를 포함하는 다기능성 흡수 재료”라고 되어 있는 청구항은 수치한정발명이고, “하이드로겔-형성 중합체가 팽윤 상태에서 겔-연속 유체 전달 대역을 제공하고, $50 \times 10^{-7} \text{cm}^2/\text{s}$ 이상의 염수 유동 전도성(SFC) 값을 갖는 흡수 부재”라고 되어 있는 청구항은 파라미터 발명이다.

14) 예를 들어, 猿渡章雄, “數値限定發明についての判例および考察(1)”, *パテント* 51권 3호(1998), 43은 수치한정의 대상에 따라 ① 온도, 압력, 조성, 형상, 치수 등, 통상 어떤 기술적 대상을 수치적으로 특정하기 위해 관용적으로 사용되고 있는 변수의 하나 이상을 독립적으로 규정한 요건을 포함한 발명, ② 출원인이 자기의 발명을 표현하기 위해 창출한 기술적 변수(파라미터)를 규정한 요건을 포함한 발명, ③ 복수의 변수를 相關的으로(필요하다면 식을 사용하여) 규정한 요건을 포함한 발명 등으로 구분하고 있다. ①은 통상의 수치한정발명, ②, ③은 파라미터발명을 의미하는 것이다.

15) 細田芳徳, “數値限定發明における數値範圍選定理由の記載について”, *パテント* 48권 5호(1995), 11~12.

한정의 임계적(臨界的) 의의만에 의해 특허성 주장의 근거를 갖도록 된 수치한정발명(즉, 수치한정 범위 내외에서 양적으로 현저한 작용효과의 차이를 가지는 경우), ii) 임계점의 의의는 확연하지 않더라도 수치범위의 선정에 공지발명과 구별되는 또 다른 기술적 의의를 가진 수치한정발명(이질적인 효과를 가지는 경우), iii) 수치한정 이외에 신규한 구성요소를 포함한 발명으로 나누고 있다.

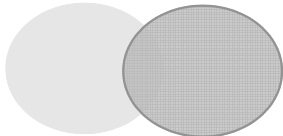
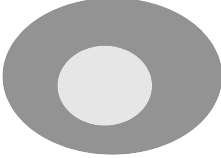
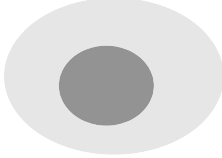
나) 공지된 발명(비교대상발명)과의 수치범위 차이에 따른 분류

수치한정발명에서 신규성은 ‘그 수치한정 자체’로 신규성이 인정될 수 있는지 여부가 문제 된다. 다시 말하면, 수치한정발명이 그 출원 전에 공지된 발명(비교대상발명)과 사이에서 수치한정 이외에 다른 구성요소에서는 차이가 없는 경우, 즉 수치한정의 유무 및 그 범위에서만 차이가 있는 경우가 논의의 대상이다.

이러한 경우는 ① 비교대상발명에는 아무런 수치한정이 없는 경우(A 유형), ② 수치한정발명의 수치 범위와 비교대상발명의 수치 범위가 전혀 겹치지 아니하는 경우(B 유형), ③ 수치한정발명의 수치 범위와 비교대상발명의 수치 범위가 일부 겹치는 경우(C 유형), ④ 수치한정발명의 수치 범위가 비교대상발명의 수치 범위에 포함되는 경우(D 유형), ⑤ 수치한정발명의 수치 범위가 비교대상발명의 수치 범위를 포함하는 경우(E 유형)로 나누어 볼 수 있다. 이 사건 제1항 발명의 경우, 제3원소 산화물의 함량이 0.01 내지 0.2원자%(또는 0.01 내지 1원자%)이고, 비교대상발명은 그 함량이 20원자% 이하이므로, 위 각 유형 중 D 유형에 해당한다.

[각 유형별 도시]

A 유형	B 유형
	

C 유형	D 유형	E 유형
		

※ 옅은 음영의 원은 수치한정발명의 수치범위, 진한 음영의 원은 비교대상발명의 수치범위이다.

※ 뒤에서 검토하겠지만, E 유형처럼 小→大의 관계에 있는 수치한정발명은 당연히 그 신규성이 부정되나, 그 역의 관계(大→小)인 D 유형은 선택발명의 일종으로서 그 신규성이 당연히 부정되지는 않는다.

나. 수치한정발명의 신규성 판단 기준

1) 수치한정발명의 신규성 판단 기준에 관한 법리 설시의 필요성

대사판결 이전의 상황을 보면, 대법원은 수치한정발명의 ‘진보성’에 관하여는 확고한 판단 기준을 정립해 놓고 있었다. 즉, 대법원은 “특허등록된 발명이 그 출원 전에 공지된 발명이 가지는 구성요소의 범위를 수치로써 한정하여 표현한 경우에 있어, 그 특허발명의 과제 및 효과가 공지된 발명의 연장선상에 있고 수치한정의 유무에서만 차이가 있는 경우에는 그 한정된 수치범위 내외에서 현저한 효과의 차이가 생기지 않는다면 그 특허발명은 그 기술분야에서 통상의 지식을 가진 자가 통상적이고 반복적인 실험을 통하여 적절히 선택할 수 있는 정도의 단순한 수치한정에 불과하여 진보성이 부정된다. 다만 그 특허발명에 진보성을 인정할 수 있는 다른 구성요소가 부가되어 있어서 그 특허발명에서의 수치한정이 보충적인 사항에 불과하거나, 수치한정을 제외한 양 발명의 구성이 동일하더라도 그 수치한정이 공지된 발명과는 상이한 과제를 달성하기 위한 기술수단으로서의 의의를 가지고 그 효과도 이질적인 경우라면, 수치한정의 임계적 의의가 없다고 하여 특허발명의 진보성이 부정되지 아니한다.”고 실시하였다.¹⁶⁾

16) 대법원 2010. 8. 19. 선고 2008후4998 판결 등 다수의 판례가 있다.

그러나 대법원은 수치한정발명의 ‘신규성’에 관하여는 그 판단 기준을 명확하게 실시한 바가 없었다. 다만 뒤에서 검토하듯이 그 구성의 곤란성이나 임계적 의의를 살펴 신규성을 판단한 사례가 있을 뿐인데, 이러한 판단 기준은 수치한정발명의 진보성 판단 기준과 별다른 차이가 없어서 부적절한 면이 있을 뿐만 아니라 그로 인한 실무상 혼란도 초래되고 있었던 것으로 보인다.

따라서 수치한정발명의 신규성이 문제 되는 대상판결의 사안에서 그에 관한 명확한 판단 기준을 제시한 것은 매우 시의적절한 것이었다고 생각된다.

2) 수치한정발명의 신규성 판단 기준 실시에서 고려할 점

가) 발명의 ‘실질적 동일성’ 판단 기준과의 조화

대법원 2011. 4. 28. 선고 2010후2179 판결은 ‘확대된 선출원’¹⁷⁾에서 “확대된 선출원에 관한 구 특허법(2006. 3. 3. 법률 제7871호로 개정되기 전의 것) 제29조 제3항에서 규정하는 발명의 동일성은 발명의 진보성과는 구별되는 것으로서 양 발명의 기술적 구성이 동일한가 여부에 의하되 발명의 효과도 참작하여 판단할 것인데, 기술적 구성에 차이가 있더라도 그 차이가 과제해결을 위한 구체적 수단에서 주지·관용기술의 부가·삭제·변경 등에 지나지 아니하여 새로운 효과가 발생하지 않는 정도의 미세한 차이에 불과하다면 양 발명은 서로 실질적으로 동일하다고 할 것이나, 양 발명의 기술적 구성의 차이가 위와 같은 정도를 벗어난다면 설사 그 차이가 그 발명이 속하는 기술분야에서 통상의 지식을 가진 자가 용이하게 도출할 수 있는 범위 내라고 하더라도 양 발명을 동일하다고 할 수 없다.”고 발명의 ‘실질적 동일성’ 판단 기준을 실시한 바 있다.

17) 특허법 제36조 제1항은 “동일한 발명에 대하여 다른 날에 2 이상의 특허출원이 있는 때에는 먼저 특허출원한 자만이 그 발명에 대하여 특허를 받을 수 있다.”고 규정하고 있다. 이는 중복특허(double patent)를 방지하기 위하여 먼저 특허출원한 자에게 특허를 부여하는 선출원주의를 취하고 있음을 명시한 것이다. 그런데 위와 같이 선출원된 발명의 특허청구범위가 아니라 상세한 설명이나 도면에 나타나 있는 발명(기술내용)과 관련하여서도 후출원의 특허등록을 거절하고자 하는 것이 특허법 제29조 제3항 본문이 규정하고 있는 확대된 선출원 제도이다.

그런데 발명의 ‘실질적 동일성’ 개념은 신규성에서도 마찬가지로 적용된다고 봄이 통설 및 확립된 실무 예이므로,¹⁸⁾ 수치한정발명의 신규성 판단 기준을 제시함에 있어서도 위 판단 기준과 조화를 이루어야 한다.

나) 선택발명에서 신규성 판단 기준에 관한 법리와의 관계

선택발명이란, 선행 또는 공지의 발명에 구성요소가 상위개념으로 기재되어 있고, 위 상위개념에 포함되는 하위개념만을 구성요소 중의 전부 또는 일부로 하는 발명을 말한다. 예를 들면 선행발명이 상위개념인 산(酸)인 경우 하위개념인 염산(HCl)을 선택발명으로 특허청구하는 경우이다. 선택발명은 본질적으로는 선행발명에 대한 중복발명에 해당하여 특허를 받을 수 없는 것이나, 기초발명의 활용과 개선을 촉진하여 산업의 발달과 공익의 증진을 도모하기 위하여 상위개념인 선행발명이 특별히 인식하지 못한 우수한 효과를 가진 하위개념으로 이루어진 발명에 관하여 예외적으로 특허를 부여하는 것이다.

이와 같은 선택발명의 개념에 의할 때, 앞서 검토한 수치한정발명의 유형 중 A, D 유형 및 C 유형(비교대상발명과 겹치는 부분)은 비교대상발명과의 관계에서 선택발명의 일종으로 볼 수 있다. 이러한 유형들에서는 공지의 발명에 ‘수치’를 한정함으로써 그 하위개념만을 발명의 범위로 하고 있기 때문이다. 뒤에서 검토하듯이, 수치한정발명에 관하여 유럽에서는 선택발명의 범주에 포함시켜 특허성을 판단하고 있고, 미국도 선택발명의 판단 기준을 준용하고 있음은 이러한 점에 기인하는 것이라고 할 수 있다.

따라서 수치한정발명의 신규성 판단 기준을 제시함에 있어서도 선택발명의 신규성 판단 기준에 대법원판례들과 조화를 이루어야 한다. 이들 대법원판례를 보면, 대법원 2003. 4. 25. 선고 2001후2740 판결은 “선행 또는 공지의 발명에 구성요건이 상위개념으로 기재되어 있고 위 상위개념에 포함되는 하위개념만을 구성요건 중의 전부 또는 일부로 하는 이른바 선택발명은, 첫째, 선행발명이 선택발명을 구성하는 하위개념을 구체적으로 개시하지 않고 있으면서, 둘째, 선택발명에 포함되는 하위개념들 모두가 선행발

18) 즉, 그 출원 전에 공지된 발명과 ‘실질적으로 동일’한 발명의 경우 신규성이 부정된다.

명이 갖는 효과와 질적으로 다른 효과를 갖고 있거나, 질적인 차이가 없더라도 양적으로 현저한 차이가 있는 경우에 한하여¹⁹⁾ 특허를 받을 수 있고, (후략)”라고 실시하였고, 대법원 2009. 10. 15. 선고 2008후736, 743 판결은 “선택발명의 신규성을 부정하기 위해서는 선행발명이 선택발명을 구성하는 하위개념을 구체적으로 개시하고 있어야 하고, 이에선 선행발명을 기재한 선행문헌에 선택발명에 대한 문언적인 기재가 존재하는 경우 외에도 그 발명이 속하는 기술분야에서 통상의 지식을 가진 자가 선행문헌의 기재 내용과 출원 시의 기술 상식에 기초하여 선행문헌으로부터 직접적으로 선택발명의 존재를 인식할 수 있는 경우도 포함된다.”고 실시하였다.

3) 수치한정발명의 신규성 판단에 관한 특허청의 심사기준

가) 우리나라 특허청의 심사기준

(1) 우리나라 특허청의 특허·실용신안 심사지침서에는 수치한정발명의 신규성 판단 기준에 관하여 아래와 같이 규정되어 있다.²⁰⁾

① 비교대상발명에 수치한정이 없고 청구항에 기재된 발명이 새롭게 수치한정을 포함한 경우에는 원칙적으로 신규성이 인정되나, 출원 시의 기술 상식을 참작할 때 수치한정 사항이 통상의 기술자가 임의적으로 선택 가능한 수준에 불과하거나 비교대상발명 중에 암시되었다고 볼 수 있는 경우에는 신규성이 부정될 수 있다. (⇒A 유형임)

② 청구항에 기재된 발명의 수치범위가 비교대상발명이 기재하고 있는 수치범위에 포함되는 경우에는, 그 사실만으로 곧바로 신규성이 부정되는 것이 아니라 수치한정의 임계적 의의에 의해 신규성이 인정될 수 있다. (⇒D 유형임)

③ 청구항에 기재된 발명의 수치범위가 비교대상발명의 수치범위를 포함하고 있는 경우에는 곧바로 신규성을 부정할 수 있다. (⇒E 유형임)

④ 청구항에 기재된 발명과 비교대상발명의 수치범위가 서로 다른 경우에는 통상 신규성이 인정된다. (⇒B 유형임)

19) 첫째 요건은 신규성 요건, 둘째 요건은 진보성 요건에 관한 실시이다.

20) 특허청, 특허·실용신안 심사지침서(2011), 3214.

(2) 한편 우리나라 특허청의 특허·실용신안 심사지침서에 발명의 동일성 판단 기준과 관련한 규정을 정리해 보면 아래와 같다.²¹⁾

① 청구항에 기재된 발명과 비교대상발명이 전면적으로 일치하는 경우는 물론 실질적으로 동일한 경우에도 동일한 발명인데, 이는 신규성 판단의 경우도 마찬가지이다.

② 발명이 실질적으로 동일한 경우란 비교대상발명과 청구범위에 기재된 발명이 ‘단순한 구성의 변경’ 등 발명의 사상에는 실질적으로 아무런 영향을 미치지 아니하고 단지 비본질적 사항(부수사항)에 차이가 있는 데 불과한 경우이다.

③ ‘단순한 구성의 변경’에는 ‘단순한 수치의 한정 또는 변경’ 등이 포함된다. 그 목적 및 효과로 보아 통상의 기술자에 의하여 보통 채용된다고 인정되는 정도의 수치의 한정 또는 변경에 해당하고, 그 변경에 의하여 발명의 목적 및 효과에 각별한 차이가 생기지 않는 경우, 이와 같은 구성의 변경을 ‘단순한 수치의 한정 또는 변경’이라고 한다.

나) 미국 특허청의 심사기준

(1) 미국 특허청의 심사기준 중 수치한정발명의 신규성과 관련되는 부분은 2131.03 ‘Anticipation of Ranges(범위의 예견)’인데, 아래와 같이 규정되어 있다.²²⁾ 여기서 ‘예견(anticipation)’은 신규성이 없다는 의미이다.

① 선행기술에서의 구체적인 예(specific example)가 청구항에 기재된 범위 내에 있으면 그 범위는 예견된다. 범위의 기재 등에 의해, 청구항이 여러 가지 화합물을 포함하는 경우, 그중 어느 하나라도 선행기술에 존재한다면 그 청구항은 예견된다. 예를 들어, Titanium Metals Corp. v. Banner 판결(Fed. Cir. 1985)에서, 0.6~0.9%의 Ni와 0.2~0.4%의 Mo으로 된 Ti 합금에 관한 청구항은, 그래프에 0.75%의 Ni와 0.25%의 Mo을 함유하는 Ti 합금에 관한 실제 데이터 점(actual data point)이 나타나 있는 선행기술로부터 예견된다고 판시되었다.

21) 특허청, 특허·실용신안 심사지침서(2011), 3213, 3406~3409.

22) 미국 특허청의 심사기준(2013. 2. 18. 다운로드), 2131.03 ‘Anticipation of Ranges’ 부분.

② 청구항의 범위와 겹치거나 접촉하는(overlapping or touching) 범위를 시사하는 선행기술은, 만일 그 선행기술의 범위가 청구항의 범위를 ‘충분한 구체성(sufficient specificity)’을 가지고 개시하고 있으면 그 청구항의 범위는 예견된다.²³⁾ 선행기술에 청구항 범위와 겹치거나 접촉하는 범위를 개시하고 있으나, 그 청구항 범위 안에 있는 구체적인 예(specific examples)들이 개시되지 않은 경우에는, 각 사안별로 판단하여야 한다. 청구항의 발명은 선행문헌에 ‘충분한 구체성(sufficient specificity)’을 가지고 개시되어 있는 경우 예견되는 것이다. 만일 청구항이 좁은 범위로 되어 있고, 선행문헌이 넓은 범위를 시사하는 것이라면, 그 사안의 다른 사실들을 토대로 하여, 그 청구항의 좁은 범위가 예견될 만큼 ‘충분한 구체성’을 가지고 개시되지 않았다고 봄이 합리적이다. 예를 들어, *Atofina v. Great Lakes Chem. Corp* 판결(Fed. Cir. 2006)에서는, 선행문헌의 100~500℃의 온도 범위는 청구항의 범위인 330~450℃를 예견할 정도로 충분한 구체성을 가진 것이 아니라고 판시하였다. 나아가, 선행문헌의 바람직한 범위(150~350℃)와 청구항 범위 사이에 약간의 겹치는 부분이 있더라도, 청구항 범위가 예견되는 것으로 볼 수 없다고 판시하였다. ‘충분한 구체성(sufficient specificity)’의 문제는 속(a generic, 상위개념)으로부터 종(a species, 하위개념)을 ‘명확하게 예상(clearly envisaging)’하는 문제와 비슷하다.

③ 청구항의 범위와 매우 가깝지만 겹치거나 접촉하지 않는 값이나 범위를 시사하는 선행기술에 의하여 그 청구항의 범위는 예견되지 않는다. 예를 들어, *Titanium Metals Corp. v. Banner* 판결(Fed. Cir. 1985)에서, 0.8%의 Ni과 0.3%의 Mo으로 된 Ti 합금에 관한 청구항은, 그래프에 0.75%의 Ni과 0.25%의 Mo을 함유하는 Ti 합금에 관한 실제 데이터 점(actual data point)이 나타나 있는 선행기술로부터 자명하기는 하지만(즉, 진보성은 없지만) 예견되지는 않는다고 판시되었다.

(2) 결국, 미국 특허청의 심사기준에 의하면, 선행기술에 실시 예

23) 이 기준은 우리 대법원이 실시한 선택발명의 신규성 판단 기준과 일맥상통하는 것이라고 할 수 있다.

등 ‘구체적인 예(specific example)’가 나타나 있거나, ‘충분한 구체성(sufficient specificity)’을 가지고 수치한정발명의 수치 범위를 개시하고 있으면, 그 신규성이 부정된다는 것으로, 우리나라 대법원이 판시한 선택발명의 신규성 부정 요건과 유사하다고 할 수 있다.

다) 유럽 특허청의 심사기준²⁴⁾

유럽 특허청의 심사기준에 의하면, 선택발명은 보다 넓은 구성 또는 범위 내에 있지만 명백하게 개시되지 않은 개별 구성요소, 하위 구성 또는 하위 범위의 선택을 취급한다고 하면서, 수치한정발명을 선택발명의 하나로 보고 있다. 그리고 선택의 신규성은 선택된 요소들이 선행기술에 개별적으로(구체적으로) 개시되어 있는지에 의해 결정된다고 하고 있다. 수치한정발명의 신규성과 관련한 규정을 보면 아래와 같다.

① 선행기술의 더 넓은 수치범위로부터 선택된 하부범위는 아래의 세 가지 조건을 충족하면 신규성이 인정된다. i) 선택된 하부범위가 알려진 범위에 비해 좁은 범위이다. ii) 선택된 하부범위가 선행기술에 개시된 구체적인 예(specific examples)들과 알려진 범위의 임계치(end-points)로부터 충분히 멀리 벗어나 있다. iii) 선택된 하부범위가 선행기술의 임의적인 샘플(arbitrary specimen), 즉 선행기술의 단순한 구현(embodiment)이 아니고, 다른 발명[목적이 분명한 선택(purposive selection), 새로운 기술적 시사]이다.

선택된 하부범위에서 나타나는 기술적 효과가, 알려진 범위 모두에서 나타나지 않는다면 위 iii) 기준이 충족된다. ‘좁은(narrow)’, ‘충분히 멀리 벗어나 있는(sufficiently far removed)’의 의미는 사건별로 결정되어야 한다.

② 물리적인 파라미터의 중복 또는 수치 범위와 관련하여, 알려진 범위에서 명백히 언급된 임계치(end-points), 중간 값 또는 선행기술에서 중복되는 범위에 대한 구체적인 예에 의해 신규성은 부정된다. 선행기술로부터 알려진 신규성을 파괴하는 값은, 기술적 사실의 면에서 그리고 통상의 기술자에게 기대되는 그 분야에서의 일반적인 지식에 비추어, 통상의 기술자가 중복범위에 있는 선행문헌의 기술적 시사의 적용을 진정 생각해 볼 것

24) 유럽 특허청의 심사기준(2013. 2. 18. 다운로드), Part G Chapter VI(Novelty), 8. Selection invention.

인지 여부도 고려되어야 한다. …… ①의 기준은 중복되는 수치범위의 신규성 평가에서도 유사하게 적용된다.

라) 일본 특허청의 심사기준

일본 특허청의 심사기준은 수치한정발명의 진보성만 다루고 있을 뿐 신규성에 대해서는 별도로 다루고 있지 않다.

4) 수치한정발명의 신규성에 관한 판례

가) 우리나라

대법원 2000. 11. 10. 선고 2000후1283 판결은 ‘하수처리용 집축물’에 관한 수치한정발명(‘루우프 파일을 형성하는 합성섬유가 전체 브레이드를 구성하는 합성섬유의 40 내지 90중량%’라고 한정함)의 신규성에 관하여 “특허발명은 비교대상발명의 일부 구성요소의 수치를 한정한 것에 불과한 것으로 그 수치한정에 구성의 곤란성이 인정되지 아니하고 수치한정으로 인한 특별한 효과나 임계적 의의가 인정되지 않으므로 특허발명은 비교대상발명과 기술적 구성이 실질적으로 동일하여 공지된 기술에 해당하고, 따라서 무효심결의 확정 여부에 관계없이 그 권리범위를 인정할 수 없다.”고 판시하였다. 그런데 위 판결은, 그 판시의 전체적인 내용으로 볼 때, 진보성 판단에 사용되는 개념인 ‘구성의 곤란성’과 ‘효과의 현저성’이 없음을 이유로 하여 수치한정발명의 ‘신규성’을 부정하고 있는 점에서 문제가 있다고 할 것이다. 위 판결로 인하여 유독 수치한정발명과 관련하여서만 신규성과 진보성의 판단 기준이 사실상 동일하여 실무상 혼란이 초래된 것으로 보이고, 뒤에서 검토하듯이 원심도 위 판결이 실시한 기준에 따라 신규성을 판단하여 결국 잘못된 결론에 이른 것이다.

한편 특허법원 2002. 5. 24. 선고 2001허3477 판결(상고 부제기로 확정)은 “발명의 동일성을 판단함에 있어서는 양 발명의 기술적 구성이 동일한가 여부에 의하여 판단하되 발명의 효과도 참작하여야 할 것인바, 기술적 구성에 차이가 있더라도 그 차이가 과제해결을 위한 구체적 수단에 있어서 주지관용기술의 부가·삭제·변경, 단순한 재료의 변경, 단순한 형상의 변경, 단순한 수치의 한정 등 통상의 기술자가 보통으로 채용하는 정도의 변

경에 지나지 아니하고 새로운 효과의 발생이 없는 정도의 미세한 차이에 불과하다면 양 발명은 동일하다.”고 판시한 바 있다.

나) 일본²⁵⁾

① 東京高裁 1990(平成 2). 9. 25.자 판결(⇒D 유형 사안임): ‘약 0.1중량%보다 많은 질소는 함유하지 않는’ 것을 특정한 바륨알콕키시트 성분을 함유하는 조성물 발명의 신규성에 대하여, 위 질소함유량은 인용례에서 ‘0.5중량%까지’라고 하는 질소함유량과 중복됨이 명확하다고 한 다음, “본원발명과 인용례 기재의 발명과 같이, 그 촉매조성물의 용도나 구성성분의 조성 및 물비에서 차이가 없고, 그 일 구성성분인 바륨화합물의 질소함유량에 있어서도 중복되는 부분이 있는데, 위 질소함유량 0.1중량%를 경계로 그 이하의 것과 초과하는 것이 별개의 발명이 된다고 하기 위해서는, 적어도 이 수치를 경계로 양자의 작용효과가 질적 또는 양적으로 본질적으로 다르다는 것이 명세서상 명료하게 나타나 있을 것을 요한다.”고 판시하였다.

② 東京高裁 1993(平成 5). 12. 14.자 판결(⇒D 유형 사안임): 세제조성물 발명에 대하여, “발명의 요지에 수치한정을 수반하는 발명에서, 그 수치범위가 선행발명의 수치범위에 포함되는 경우라도, 그 수치한정에 각별한 기술적 의의가 인정되는 경우, 즉 수치한정에 임계적 의의가 존재하는 것에 의하여 당해 발명이 선행발명에 비해서 각별히 우수한 작용효과를 나타낼 때에는, 그 발명은 선행발명과 대비하여 신규성을 가진다.”고 판시하였다.

③ 東京高裁 1972(昭和 47). 9. 29.자 판결(⇒E 유형 사안임): 수치한정발명의 수치범위가 선행기술에 기재된 수치범위를 포함하는 사안에서 신규성을 부정하였다.

5) 일본에서의 논의

수치한정발명의 신규성과 관련한 일본에서의 논의로는 아래와 같은 것들이 있다.

가) 수치한정발명의 수치범위가 공지기술과 일부 중복되고(포함되는

25) 竹田 稔 監수, 特許審査・審判の法理と課題, 社団法人 発明協会(2002), 318~319.

경우도 마찬가지) 다른 발명특정사항이 전부 일치하는 경우에, 발명의 구성이 일치한다는 이유로 곧바로 신규성을 부정하지 않고 선택발명 성립의 여지를 인정하여, 당해 중복 부분에 있어서 수치한정의 기술적 의의를 검토하는 것이 최근의 특허청 및 법원의 경향이다. 한편 수치한정발명에 공지 문헌의 실시 예가 하나라도 포함된 경우에는 수치한정의 기술적 의의를 검토하지 않고 신규성이 없다고 판단되는 것이 예전부터 정착된 생각이다.²⁶⁾

나) 선행기술에서의 수치가 무한정이거나 범위가 넓고, 문제의 청구항의 수치범위와 중복되어 있는 경우는, 신규성에 의문이 있으나 그것만으로 반드시 신규성이 부정되는 것은 아니다. 중복 부분이 선행기술에서는 추상적으로 인정되고 있을 뿐인 경우에는 일종의 선택발명의 여지가 있다. 선행기술에 구체적으로 수치한정범위에 해당하는 실시가 있는 경우에는, 수치한정과 관계없이 신규성이 부정된다. 구체적으로는 수치한정범위에 해당하는 바가 없더라도 별반 개선이 없는 등의 경우에는 진보성이 부정될 것이다. 나아가, 완전히 당연한 관계밖에 인정되지 않는다면, 설사 구체적으로 해당하는 바가 나타나 있지 않더라도 선택한 것이 없는 것으로서 신규성이 부정된다고도 생각된다.²⁷⁾

다) 공지예에 명시의 기재는 없더라도 암시되어 있다는 판단은 있을 수 있다. (최근 知財高裁 판결을 언급하면서) 개시되지 않은 수치한정을 ‘기술상식’에 지나지 않는 것으로 하여, 이것이 기재되어 있는 것과 마찬가지로 확대하여 해석하는 인정수법도 있을 수 있었는지도 모른다.²⁸⁾

다. 대상판결의 실시 법리 분석

대상판결이 새롭게 실시한 수치한정발명의 신규성 판단 기준을 분석해보면, 위에서 검토한 바와 같은 점들이 반영되어 있음을 알 수 있다.

우선, 앞서 검토한 바와 같이, 수치한정발명은 선택발명의 일종으로 볼

26) 竹田 稔 감수(주 25), 307~308면.

27) 松本直樹, “數値限定發明をめぐる進歩性の認定”, 特許判例百選(4판), 有斐閣(2012), 40.

28) 宮前尙祐, “數値限定發明の新規性・非容易性を認めた知財高裁判決を読む”, パテント 62권 6호(2009), 17.

수 있으므로, 대법원 2009. 10. 15. 선고 2008후736, 743 판결이 실시한 ‘선택발명의 신규성 판단 기준’을 수치한정발명에도 그대로 적용하였다. 그리하여 한정된 수치범위가 공지된 발명에 구체적으로 개시되어 있으면²⁹⁾ 신규성이 부정된다고 실시하였다.

다음으로, ‘발명의 실질적 동일성’에 관한 대법원 2011. 4. 28. 선고 2010후2179 판결 및 우리나라, 미국, 유럽 특허청의 심사기준, 일본에서의 논의 등을 종합하여, 수치한정이 통상의 기술자가 적절히 선택할 수 있는 주지·관용의 수단에 불과하고 이에 따른 새로운 효과도 발생하지 않는 경우에도 그 신규성이 부정된다고 실시하였다.³⁰⁾³¹⁾

그리고 대상판결은 ‘선택발명의 신규성 판단 기준’에 관하여 대법원판결이 실시한 ‘구체적 개시’의 의미를 수치한정발명에도 그대로 적용하여 “한정된 수치범위가 공지된 발명에 구체적으로 개시되어 있다는 것에는, 그 수치범위 내의 수치가 공지된 발명을 기재한 선행문헌의 실시 예 등에 나타나 있는 경우 등과 같이 문언적인 기재가 존재하는 경우 외에도 통상의 기술자가 선행문헌의 기재 내용과 출원 시의 기술상식에 기초하여 선행문헌으로부터 직접적으로 그 수치범위를 인식할 수 있는 경우도 포함된다.”고 실시하였다.

대상판결은 위와 같이 ‘수치한정발명의 신규성 판단 기준’을 일반적으로 정립하는 한편, 대상판결 사안과 관련한 구체적인 법리로서, “수치한정이 공지된 발명과는 상이한 과제를 달성하기 위한 기술수단으로서의 의의를

29) 즉, 구성 자체가 개시된 경우이다.

30) 이 부분은 구성 자체가 개시되지 않는 구성에 차이가 있더라도 ‘실질적 동일성’의 관점에서 신규성을 부정하는 것이다.

31) 이러한 관념은 대법원 2011. 10. 13. 선고 2010후2582 판결이 “구성요소의 범위를 수치로써 한정하여 표현한 발명에 있어서, 그러한 수치한정이 단순히 발명의 적당한 실시 범위나 형태 등을 제시하기 위한 것으로서 그 자체에 별다른 기술적 특징이 없어 통상의 기술자가 적절히 선택하여 실시할 수 있는 정도의 단순한 수치한정에 불과하다면, 그러한 수치한정에 대한 이유나 효과의 기재가 없어도 통상의 기술자로서는 과도한 실험이나 특수한 지식의 부가 없이 그 의미를 정확하게 이해하고 이를 재현할 수 있을 것이므로, 이런 경우에는 명세서에 수치한정의 이유나 효과가 기재되어 있지 않더라도 구 특허법 제42조 제3항에 위배된다고 할 수 없다.”고 판시함으로써, 호적범위의 수치한정에 대하여 특별한 구성요소로서의 지위를 인정하지 않은 것과 일맥상통하는 점이 있다.

가지고 그 효과도 이질적인 경우나 공지된 발명과 비교하여 한정된 수치범위 내외에서 현저한 효과의 차이가 생기는 경우 등에는, 그 수치범위가 공지된 발명에 구체적으로 개시되어 있다고 할 수 없음은 물론 그 수치한정이 통상의 기술자가 적절히 선택할 수 있는 주지·관용의 수단에 불과하다고 볼 수도 없다.”고 부가 실시하였다. 이와 같이 이질적이거나 현저한 작용효과의 차이가 있는 경우에는 진보성이 긍정됨이 대법원판례이고, 이런 경우에는 신규성도 당연히 긍정되어야 하므로, ‘구체적 개시’나 ‘실질적 동일성의 전제’로서 주지·관용의 수단’ 어느 쪽에도 해당하지 아니함을 실시한 것이다. 한편 신규성이 긍정되는 경우는 진보성까지 긍정되는 위와 같은 경우 이외에 진보성은 부정되는 또 다른 경우도 있을 수 있기 때문에 경우 ‘등에는’이라고 표현한 것이다.

라. 대상판결 실시 법리의 수치한정발명 유형별 적용결과

대상판결이 실시한 법리에 따르면, 앞서 분류한 각 유형별 신규성 판단은 아래와 같이 이루어지면 된다.

1) A, B 유형에서는 수치한정발명의 수치가 비교대상발명에 구체적으로 개시되어 있는 경우는 상정할 수 없으므로, 구체적 개시에 의해 그 신규성이 부정될 수는 없다. 다만 그 수치한정이 주지·관용의 수단에 해당하고 작용효과의 차이도 없다면 신규성이 부정된다.

2) 반면, E 유형의 경우는 수치한정발명의 수치가 필연적으로 비교대상발명에 구체적으로 개시되어 있을 수밖에 없으므로, 항상 그 신규성이 부정된다.

3) 한편 C, D 유형에서는 과연 비교대상발명에 기재되어 있는 수치범위가 수치한정발명의 수치를 (그중 일부라도)³²⁾ 구체적으로 개시하고 있는지 따져 그 신규성을 판단해야 한다. 이 유형들에서도 A, B 유형과 마찬가지로, 수치 범위가 구체적으로 개시되어 있지 않아도 그 수치한정이 주

32) 발명 중 일부라도 신규성 또는 진보성이 없다면 그 청구항 전체에 대하여 특허를 받을 수 없음이 특허법의 기본원칙이다.

지·관용의 수단에 해당하고 작용효과의 차이도 없다면 신규성이 부정된다.³³⁾

[비교대상발명의 구체적 개시 부분(● 부분)에 따른 수치한정발명 유형별 신규성 여부]

구분	C 유형	D 유형	E 유형
신규성 부정			
신규성 긍정			상정 불가 (비교대상발명에 구체적 개시 부분이 없다면, 그것은 E 유형이 아니라 A 유형에 불과함)

2. 대상판결 사안의 검토

가. 상고이유 제1, 2점과 관련하여

1) 이 사건 제1항 보정발명의 신규성 여부

가) 이 사건 제1항 보정발명은 비교대상발명과 비교할 때, 제3원소 산화물의 함유량(수치범위)에서만 차이가 있다. 즉 그 수치범위가 비교대상 발명은 ‘20원자% 이하(0.1~15at%가 바람직하고, 0.5~10at%가 특히 바람직 함)’임에 비하여, 이 사건 제1항 보정발명은 ‘0.01 내지 0.2원자%’인 점에서 차이가 있으므로, 앞서의 분류에 의하면 D 유형의 수치한정발명에 해당한다.

33) 다만 이런 경우는 실제로 있어서는 드물 것으로 보인다. 왜냐하면, 그 수치한정이 주지·관용의 수단에 불과하다면 그 수치는 (일부라도) 비교대상발명에 구체적으로 개시되어 있다고 보아야 할 경우가 많을 것이기 때문이다.

나) 따라서 앞서 검토한 법리에 비추어 볼 때, ① 비교대상발명에 기재되어 있는 수치 범위가 이 사건 제1항 보정발명에 한정된 범위 내의 수치를 구체적으로 개시하고 있거나, 그렇지 않더라도 ② 이 사건 제1항 보정발명의 수치한정이 통상의 기술자가 적절히 선택할 수 있는 주지·관용의 수단에 불과하고 이에 따른 새로운 효과도 발생하지 않는다면, 그 신규성이 부정된다.

다) 그런데 아래와 같은 점에 비추어 볼 때, 이 사건 제1항 보정발명은 위 ①, ② 중 어느 경우에도 해당하지 않으므로, 비교대상발명에 의하여 그 신규성이 부정되지 않는다.

비교대상발명의 명세서에는 “제3원소의 비율을 20원자% 이하로 한정하는 이유는, 20원자%를 초과하면 이 타깃으로부터 얻어지는 투명도전막에 있어서 이온의 산란이 일어나 도전성이 매우 저하되기 때문이다.”고 기재되어 있으므로, 여기에서 제3원소 함유량에 대한 수치한정의 기술적 의의는 ‘도전성 저하의 방지’에 있다. 이에 비하여, 이 사건 제1항 보정발명의 명세서에는 “제3원소의 산화물의 비율은 0.01 내지 1원자%이다. 이 제3원소 산화물의 함유 비율을 이러한 범위 내로 함으로써 스퍼터링 타깃의 부피저항률을 충분히 낮게 하고, 즉 타깃을 사용하여 제막할 때의 이상 방전이나 타깃의 균열이 발생하지 않는 $7\text{m}\Omega \cdot \text{cm}$ 이하, ……로 할 수 있다. 또한 이 타깃을 사용하여 제막된 투명도전막은 옥살산 등의 약산에 의해서 용이하게 에칭 가공을 실시할 수 있게 되는 것이다. 여기서, …… 제3원소의 산화물의 비율이 0.01원자% 미만이면 스퍼터링 타깃의 부피저항률을 충분히 낮은 값으로 억제할 수 없고, 또한 이 제3원소 산화물의 비율을 1원자%를 초과할 때까지 증대시키면 그 스퍼터링 타깃을 사용하여 제막된 투명도전막은 옥살산 등의 약산에 의한 에칭 가공을 실시하기 어려워지는 경우가 있다. …… 제3원소의 산화물의 함유 비율은 0.02 내지 0.2원자%인 것이 보다 바람직하고, 0.03 내지 0.1원자%인 것이 더욱 바람직하다.”고 기재되어 있으므로, 여기에서 제3원소 함유량에 대한 수치한정의 기술적 의의는 i) 스퍼터링 타깃의 부피저항률을 충분히 낮게 하여 제막할 때의 이상 방전이

나 타깃의 균열을 방지하면서도(이는 비교대상발명과 같음), ii) 이 타깃을 사용하여 제막된 투명도전막의 에칭 가공성이 우수하도록 한다(이는 비교대상발명과 다름)는 데에 있다. 따라서 이 사건 제1항 보정발명에서 제3원소 산화물 함유량의 수치한정은 비교대상발명과 상이한 과제를 달성하기 위한 기술적 수단으로서 의의를 가지고, 그로 인한 효과도 이질적인 것이다.

나아가, 이 사건 제1항 보정발명의 명세서에는 “일본 특허공개 제1997-71860 호 공보(비교대상발명임)에서는 IZO 계의 재료에 추가로 +3가 이상의 원자가를 갖는 금속 산화물을 첨가한 재료로 이루어지는 스퍼터링 타깃이 제안되었다. 그런데 …… 타깃의 부피저항률을 감소화할 수는 있지만, 이 타깃을 사용하여 제막된 투명도전막의 에칭 특성이 충분하지 않다는 단점이 있다. 본 발명은 타깃 자체의 부피저항률이 낮고 …… , 에칭 가공성이 우수한 투명도전막을 제공하는 것을 목적으로 한다. 본 발명자들은 상기 과제의 해결을 위해 예의 검토를 거듭한 결과, …… +4가 이상의 원자가를 갖는 제3원소 산화물을 특정량 함유하는 스퍼터링 타깃에 의하면 상기의 목적을 달성할 수 있다는 것을 발견하고, 이러한 발견에 따라 본 발명을 완성하는데 이르렀다.”고 기재되어 있으므로, 이 사건 제1항 보정발명에서, 타깃의 부피저항률에는 문제가 없으나 투명도전막의 에칭 특성이 충분하지 못한 비교대상발명의 문제점을 비로소 인식하고 제3원소 산화물의 함유량을 특정 값으로 조절함으로써(즉, 수치한정함으로써) 위 문제점을 해결해 낸 것이라고 할 수 있다.

2) 원심의 오류

원심은 우선, 앞서 검토한 범리의 관점에서가 아니라, ‘구성의 곤란성’ 및 ‘효과의 현저성’이라는 진보성 판단 기준의 관점에서 이 사건 제1항 보정발명의 신규성 여부를 판단한 잘못이 있다. 이러한 잘못은 대법원 2000. 11. 10. 선고 2000후1283 판결의 문제점에서 기인하는 것이다.

그리하여 원심은, 진보성 판단 기준의 관점에서, 통상의 기술자라면 이 사건 제1항 보정발명에서와 같이 낮은 부피저항률이나 에칭 성능이 우수한

수치범위가 존재한다는 점을 용이하게 유추할 수 있다고 판단하였다. 그러나 앞서 검토한 바와 같이 비교대상발명은 단지 제막된 투명도전막의 도전성 저하 방지를 위해 제3원소 함유량의 수치범위를 한정하였을 뿐 예칭 특성에 관해서는 전혀 인식하고 있지 아니하므로, 즉 이 사건 제1항 보정발명에서의 수치한정은 비교대상발명과 상이한 과제를 달성하기 위한 기술적 수단으로서 의의를 가지고 그로 인한 효과도 이질적인 것이므로, 비교대상발명으로부터 예칭 성능이 우수한 이 사건 제1항 보정발명의 수치범위를 용이하게 도출할 수 있다고 볼 수 없다.³⁴⁾

나아가, 원심은 ‘이 사건 제1항 보정발명과 비교대상발명은 화합물의 성분이 동일하고, 그 조성범위, 조직상태가 동일 범주 내에 있으며, 스퍼터링 타깃으로 용도가 동일한 경우 그 작용효과에 있어 별다른 차이가 없으므로 비교대상발명에도 이 사건 제1항 보정발명의 효과가 내재되어 있다’고 판단하였다. 그러나 비교대상발명의 경우 ‘예칭 특성’에 관해서는 아무런 기재가 없고 제3원소의 함유량에 따라서 예칭 특성이 달라질 수 있다는 점에 대한 인식 또는 암시가 전혀 없으며, 이에 따라 오히려 예칭 특성이 좋지 않은 문제점을 가지고 있는 발명이므로, 비교대상발명에 이 사건 제1항 보정발명의 효과가 내재되어 있다는 원심의 위와 같은 판단은 명백히 잘못된 것이다. 원심의 위와 같은 무리한 판단은(심결도 마찬가지다), D 유형 등의 수치한정발명은 선택발명의 일종으로서 그 수치범위가 선행발명의 수치범위에 포함되더라도 그 한정된 수치의 구체적 개시 여부를 나아가 따져 봐야 한다는 원리를 이해하지 못한 나머지, 이러한 유형 역시 E 유형과 같이 그 신규성을 부정해야 한다는 방향으로 사고하였기 때문으로 짐작된다. 즉 원심은 구성 2에서 수치범위인 0.01 내지 0.2원자%는 비교대상발명에서 수치범위인 20at% 이하에 포함되므로 그 함유 비율에서 동일하다고 판시하여, D 유형 등의 선택발명으로서의 성격을 이해하지 못한 것이라고 할 수

34) 대법원 2010. 8. 19. 선고 2008후4998 판결(첨부생략) 등은 “수치한정이 공지된 발명과는 상이한 과제를 달성하기 위한 기술수단으로서의 의의를 가지고 그 효과도 이질적인 경우라면, 수치한정의 임계적 의의를 살필 필요 없이 진보성이 부정되지 않는다.”고 설시해 오고 있다.

있다.

나. 상고이유 제3점과 관련하여

1) 수치한정발명의 효과를 입증하는 추후 자료 제출의 허용 여부

수치한정발명에 관한 대법원판례는 없으나, 선택발명과 관련하여 대법원 2003. 4. 25. 선고 2001후2740판결 등은 “(전략) 이 때 선택발명의 상세한 설명에는 선행발명에 비하여 위와 같은 효과가 있음을 명확히 기재하면 충분하고, 그 효과의 현저함을 구체적으로 확인할 수 있는 비교실험자료까지 기재하여야 하는 것은 아니며, 만일 그 효과가 의심스러울 때에는 출원일 이후에 출원인이 구체적인 비교실험자료를 제출하는 등의 방법에 의하여 그 효과를 구체적으로 주장 입증하면 된다.”라고 하여, 추후 자료에 의하여 효과를 증명할 수 있도록 하고 있다. 따라서 반대설도 있기는 하나,³⁵⁾ 앞서 검토한 바와 같이 선택발명의 일종이라고 할 수 있는 수치한정발명의 경우도, 그 수치한정으로 인한 효과가 명세서에 기재되어 있는 한, 추후 자료에 의하여 그러한 효과의 입증을 허용함이 타당하다.

우리나라 특허청 심사지침서에도 “① 수치한정의 기술적 의미가 상세한 설명에 기재되어 있어야 하고, ② 상한치 및 하한치가 임계치라는 것이 상세한 설명 중의 실시 예 또는 보조 자료 등으로부터 입증되어야 한다. 임계치라는 것이 입증되기 위해서는 통상적으로 수치범위 내외를 모두 포함하는 실험결과가 제시되어 임계치임이 객관적으로 확인 가능해야 한다.”라고 기재되어 있어³⁶⁾ 이를 뒷받침하고 있다. 일본에서도, 수치한정발명의 발명 완성시기와 관련하여 임계적 의의의 입증을 출원 후에 할 수 있는가 하는 문제에 대해서, 그것에 관계되는 작용효과가 출원 당초의 명세서에 기재되어 있는 한, 출원 후에 입증할 수 있다는 판례가 있고, 다수설이기도 하다.³⁷⁾ 즉 앞서 검토한 東京高裁 1993(平成 5). 12. 14.자 판결에서는 “수

35) 특허법원 지적재산소송실무연구회, 지적재산소송실무, 박영사(2010), 183(한동수 부장판사 집필 부분).

36) 특허청, 특허·실용신안 심사지침서(2011), 3214.

37) 竹田 稔 감수(주 25), 254~255, 312.

치한정의 임계적 의의에 대해서는, 그것이 명세서에 구체적으로 기재되어 있지 않더라도, 어떤 작용효과를 나타내는지가 명세서에 기재되어 있는 한, 당업자는 명세서의 기재로부터 당해 발명이 나타내는 작용효과를 알 수 있으므로, 한정된 수치범위 내의 것이 그 범위 외의 것과 비교하여 격별하게 현저한 작용효과를 나타내는 것을 출원인이 다른 보조자료에 의해 증명하는 것이 허용된다.”고 판시하고, 원고가 제출한 실험보고서 등에 기초하여 수치한정에 임계적 의의가 있다는 주장을 검토하였다.

2) 대상판결 사안의 검토

원심은, 이 사건 제1항 보정발명에서 수치한정한 범위에서 양적으로 현저한 효과가 있다는 점을 통상의 기술자가 인식할 수 있을 정도로 명세서에 기재되어 있지 않은 이상, 추후 실험자료(갑 제9, 10호증)에 의하여 그 수치한정의 기술적 의의를 인정할 수 없다는 취지로 설시하였다. 원심이 이와 같이, 명세서에 작용효과에 관한 기재가 있으면 추후 자료에 의하여 그 효과를 증명할 수 있다는 취지로 설시한 점에서는 타당하다.

그러나 이 사건 제1항 보정발명의 명세서에는 앞서도 보았듯이 “제3원소의 산화물의 비율이 0.01원자% 미만이면 스퍼터링 타겟의 부피저항률을 충분히 낮은 값으로 억제할 수 없고, 또한 이 제3원소 산화물의 비율을 1원자%를 초과할 때까지 증대시키면 그 스퍼터링 타겟을 사용하여 제작된 투명도전막은 옥살산 등의 약산에 의한 에칭 가공을 실시하기 어려워지는 경우가 있다. …… 제3원소의 산화물의 함유 비율은 0.02 내지 0.2원자%인 것이 보다 바람직하고, 0.03 내지 0.1원자%인 것이 더욱 바람직하다.”고 하여, 이 사건 제1항 보정발명의 수치범위인 “0.01 내지 0.2원자%”의 범위에서 부피저항률이 낮으면서도 에칭 가공성이 우수한 작용효과가 있음이 명확하게 기재되어 있다. 따라서 원심은, 효과의 기재가 충분하지 아니함을 이유로 추후 실험자료(갑 제9, 10호증)에 의한 증명을 허용하지 아니한 점에서 잘못이 있다고 할 수 있다.

다만 대상판결에서는 이 사건 제1항 보정발명에서의 수치한정은 명세서 기재만으로도 비교대상발명과 상이한 과제를 달성하기 위한 기술적 수단으

로서 의의를 가지고 그로 인한 효과도 실질적이어서 그 신규성이 부정되지 아니한다고 판단하기에 충분하였으므로, 위 점과 관련한 판단에는 나아가지 아니하였다.

【對象判決의 意義】

대상판결은 선택발명과 실질적 동일성의 관점에서 수치한정발명의 신규성 판단 기준을 정립한 최초의 대법원판결이라는 점에서 큰 의의를 가진다. 대상판결에 의해 수치한정발명의 신규성 판단 기준에서도 다른 대법원 판결들과 논리적 정합성을 이루게 되었고, 진보성 판단 기준과 사이에 혼란을 야기하였던 기존 대법원판결의 문제점을 바로잡았다. 추후 이 판결을 계기로 수치한정발명의 신규성 판단에 관한 실무가 정착될 것으로 기대된다.

【형 사】

1. 정당한 권한 행사가 업무방해죄의 위력에 해당 하는지 여부

(2013. 2. 28. 선고 2011도16718 판결 : 공2013상, 611)

禹 仁 成

【判決要旨】

업무방해죄의 수단인 위력은 사람의 자유의사를 제압·혼란하게 할 만한 일체의 억압적 방법을 말하고, 이는 제3자를 통하여 간접적으로 행사하는 것도 포함될 수 있다. 그러나 어떤 행위의 결과 상대방의 업무에 지장이 초래되었다 하더라도 행위자가 가지는 정당한 권한을 행사한 것으로 볼 수 있는 경우에는, 행위의 내용이나 수단 등이 사회통념상 허용될 수 없는 등 특별한 사정이 없는 한 업무방해죄를 구성하는 위력을 행사한 것이라고 할 수 없다. 따라서 제3자로 하여금 상대방에게 어떤 조치를 취하게 하는 등으로 상대방의 업무에 곤란을 야기하거나 그러한 위험이 초래되게 하였다 하더라도, 행위자가 제3자의 의사결정에 관여할 수 있는 권한을 가지고 있거나 그에 대하여 업무상 지시를 할 수 있는 지위에 있는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 업무방해죄를 구성하지 아니한다.

【參照條文】

형법 제314조 제1항

【事案의 概要】¹⁾

1. 사실관계

피고인은 2002. 7. 1.부터 2010. 6. 30.까지 ○○개인택시운송사업조합(이하 ‘조합’이라 약칭)의 이사장 직책을 맡았던 사람으로, 위 조합의 전 이사장이자 ○○개인택시신문(이하 ‘택시신문’이라 약칭)의 발행·편집인인 피해자가 2009. 4. 29.자 위 신문에 “대법원이 TIP 사업 중단책임과 진실을 확인”이라는 제목으로 “피해자가 위 조합의 이사장 시절 추진하기 시작하였던 TIP(Taxi Information Project. 택시정보화사업)의 중단책임이 현 이사장인 피고인에게 있다.”라는 취지의 기사를 게재하자, 위 신문에 광고를 게재하고 있는 위 조합 새마을금고 및 ○○자동차매매상사(이하 ‘매매상사’라 약칭) 등에 연락하여 위 신문에 광고를 게재하지 못하게 하기로 마음먹었다.

그리하여 피고인은 2009. 5. 8.경 위 조합 사무실에서, 위 새마을금고 이사장에게 ‘택시신문 광고 게재 금지 권고 통보’라는 제목으로 ‘새마을금고나 조합의 조합원이 택시신문에 광고를 게재하지 못하도록 하는 긴급동의안이 제안되어 만장일치로 결의되었으며, 이후 새마을금고 또는 조합의 조합원이 위 신문에 광고를 게재할 경우 지위 고하를 막론하고 조합 징계위에 회부할 것을 만장일치로 의결한다’라는 내용이 담긴 위 조합 이사장 명의의 공문을 보냈다.

피고인은 위와 같은 무렵 같은 장소에서, 매매상사 대표자에게 전화를 걸어 “당신이 택시신문에 광고를 게재하기 때문에 개인택시신문이 계속 발간되고 있다, 광고를 하지 마라, 광고를 게재할 경우 불이익을 주겠다.”라는 취지로 말을 하였다.

2. 제1심의 판단 (명예훼손 부분을 포함하여 전부 유죄)

피고인을 벌금 500만 원에 처하였다.

1) 이 사건은 업무방해 외에 명예훼손 부분도 문제 되었으나, 본고에서는 업무방해에 한정하여 서술함.

3. 제2심의 판단(제1심 판결을 파기하여, 일부 업무방해를 무죄로 판단하고 나머지는 유죄로 판단)

새마을금고를 통한 업무방해, 명예훼손은 유죄로, 매매상사를 통한 업무방해는 무죄로 판단하였다. 무죄로 본 이유는 증거가 없거나, 매매상사 대표자로 하여금 광고중단에 이르도록 할 정도의 위력이 아니었다고 보았다.

파기 자판하여 피고인을 벌금 300만 원에 처하였다.

4. 상고이유

가. 검사(무죄 부분)

피고인의 매매상사 대표자에 대한 광고중단 요구는 위력에 해당하고, 이로 인하여 매매상사가 택시신문에 광고를 중단할 위험을 초래하였으므로, 추상적 위험범인 업무방해죄는 성립한다.

그럼에도 이를 무죄로 판단한 원심은 법리오해 내지 채증법칙 위배의 잘못이 있다.

나. 피고인(유죄 부분)

업무방해 관련하여, 새마을금고의 내부 의사결정에 따른 광고중단으로 위력이나 위계로 볼 수 없으며, 위력은 직접 그 보호대상자에게 행사되어야 하고 이로 인하여 업무방해의 결과가 초래되어야 하는데, 이 사건에서는 보호대상자인 피해자가 아니라 제3자인 새마을금고에 광고중단을 요청하였을 뿐이고, 이로 인하여 택시신문의 업무가 방해된 것인지 분명하지 않고, 또한 새마을금고와 택시신문 사이에는 광고 게재 여부에 대한 계약이 확정된 상태도 아니었기 때문에 업무방해죄가 성립할 수 없다.

(명예훼손 관련한 상고이유 주장은 생략함)

5. 해설방향

업무방해죄와 관련하여, 권리행사와 업무방해죄의 성립 여부를 살펴본다.

피해자의 업무를 방해하기 위하여 피해자의 거래 상대방인 제3자에게 위력을 행사한 경우, 이를 피해자에 대한 업무방해죄로 인정할 것인가의 문제이다.

【解 說】

1. 관련 법리

가. 업무방해죄 관련 판례

1) 판례 일반 (권리행사와 업무방해)

가) 업무의 '타인'성에 관한 판례

▶ 법원 2007. 12. 27. 선고 2005도6404 판결

업무방해죄에 있어서의 행위의 객체는 타인의 업무이고, 여기서 타인이라 함은 범인 이외의 자연인과 법인 및 법인격 없는 단체를 가리키는바(대법원 1999. 1. 15. 선고 98도663 판결 참조), 구 지방공기업법(2002. 3. 25. 법률 제6665호로 개정되기 전의 것) 제63조, 이 사건 공사의 정관 제13조에 의하면, 공사의 직원은 사장이 임명하는 것으로 규정되어 있고 또 계약직원 운영관리 내규 제7조 제1항에는 사장이 계약직원에게 대한 일체의 채용권한을 갖는다고 규정되어 있어 이 사건 공사의 신규직원의 채용권한이 사장인 피고인에게 귀속되어 있다고 하더라도, 피고인이 위 규정에 따라 신규직원의 채용권한을 행사하는 것은 피고인이 법인인 이 사건 공사의 기관으로서의 지위에서 공사의 업무를 집행하는 것에 불과하므로, 신규직원 채용업무가 이 사건 공사의 업무가 아니라고 볼 수는 없다.

▶ 대법원 1999. 1. 15. 선고 98도663 판결

[1] 업무방해죄에 있어서의 행위의 객체는 타인의 업무이고, 여기서 타인이라 함은 범인 이외의 자연인과 법인 및 법인격 없는 단체를 가리키므로, 법적 성질이 영조물에 불과한 대학교 자체는 업무방해죄에 있어서의 업무의 주체가 될 수 없다.

[2] 대학 편입학업무의 주체는 대학교가 아닌 총장이고, 성적평가업무의 주체는 대학교가 아닌 담당교수라고 본 사례

▶ 헌법재판소 2007. 2. 22. 선고 2006헌마801 결정

형법 제314조의 업무방해죄는 ‘제313조(신용훼손)의 방법(허위의 사실을 유포하거나 기타 위계) 또는 위력으로써 사람의 업무를 방해한 자’를 처벌하고 있는데, 대법원판결은 “업무방해죄에 있어서의 행위의 객체는 타인의 업무이므로 법적 성질이 영조물에 불과한 대학교 자체는 업무방해죄에 있어서 업무의 주체가 될 수 없고, 이 사건 대학교 학칙 등 규정에 따르면 이 사건 대학교 성적평가업무는 대학 자체가 아니라 담당교수의 업무에 속한다.”고 판시하였다. 그러므로 피청구인 검사가 성적평가업무의 주체를 대학교로 보아 ‘대학교’의 업무를 방해한 것으로 혐의사실을 인정한 것은 법리를 오해한 것이고, 이 사건 대학교의 성적평가업무 관련 규정을 검토하지 아니한 수사미진의 잘못도 있다. 따라서 피청구인의 기소유예처분은 청구인의 평등권과 행복추구권을 침해한 것이다.

▶ 岡山地方裁判所 1967(昭和42). 3. 20. 判決

[요지]

1. 대표이사의 이른바 개인회사의 재산을, 그 대표이사가 가공의 채권에 기해 가압류한 행위는, 업무방해죄를 구성하지 않는다.
2. 상법 제486조 제1항의 특별배임죄가 성립하기 위하여는, ‘자기 또는 제3자를 유리하게 하거나 회사에 손해를 가하는 것을 의도하여’ 그 행위로 나아갈 것을 요하는 것으로 회사에 유리한 상태에서 채권자 등에 대해 대응하기 위해서, 허위 채권에 의해 재고상품의 가압류를 한 것은, 그 요건에 해당하지 않는다.²⁾

[판시내용]

주식회사는 그것을 구성하는 자연인과는 별개의 사회적 조직체로서 법제상 그 존재가 인정되어 있고, 그 자체가 하나의 보호받아야 할 법익주체라 하더라도, 그와 같은 사고방식을 취하여 본질을 규율하는 것은 도저히 타당한 것이라고 생각되지 않는다. 즉 피고인의 개인상

2) 1. 代表取締役のいわゆる個人會社の財産を、右代表取締役が架空の債權に基づいて仮差押をする行為は、業務妨害罪を構成しない。
2. 商法486條1項の特別背任罪が成立するためには、『自己若ハ第三者ヲ利シ又ハ會社ヲ害センコトヲ図リテ』その行為に出たことを要するもので會社に有利な状態で債權者等に對應せんため、虚偽の債權による在庫商品の仮差押の擧に出たものは、右の要件に當らない。

점이라고밖에 인정될 수 없는 주식회사 대환백화에 관하여, 피고인 자신과는 별개의, 업무방해죄에서 이른바 ‘사람(人)’이라는 지위를 인정하고, 그 업무가 방해되었다고 하는 것은, 전혀 관념적인 것에 불과하고, **실질적으로 본건을 고찰하면 피고인이 그 의사에 기하여 자기의 업무를 정지한 것이라고 인정되는 것이다.**

[평가] 위 일본판례의 태도에 대하여 국내 문헌에서는 “1인 회사에서도 회사와 주주의 법인격은 별개이므로 횡령죄가 성립한다는 확립된 대법원판례(대법원 1983. 12. 13. 선고 83도2330 전원합의체 판결,³⁾ 대법

- 3) 83도2330 전원합의체 판결(2. 배임의 죄는 타인의 사무를 처리하는 사람이 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 하여 본인에게 손해를 가함으로써 성립하여 그 행위의 주체는 타인을 위하여 사무를 처리하는 자이며 그의 임무위반 행위로써 그 타인인 본인에게 재산상의 손해를 발생케 하였을 때 이 죄가 성립되는 것인 즉, 주식회사의 주식이 사실상 1인 주주에 귀속하는 소위 1인 회사에 있어서도 행위의 주체와 그 본인은 분명히 별개의 인격이며 그 본인인 주식회사에 재산상 손해가 발생하였을 때 배임의 죄는 기수가 되는 것이므로 궁극적으로 그 손해가 주주의 손해가 된다고 하더라도(또 주식회사의 손해가 항상 주주의 손해와 일치한다고 할 수도 없다) 이미 성립한 죄에는 아무 소장이 없다고 할 것이며 한편 우리 형법은 배임죄에 있어 자기 또는 제3자의 이익을 도모하고 또 본인에게 손해를 가하려는 목적을 그 구성요건으로 규정하고 있지 않으므로 배임죄의 범의는 자기의 행위가 그 임무에 위배한다는 인식으로 족하고 본인에게 손해를 가하려는 의사는 이를 필요로 하지 않는다고 풀이할 것이다. 이와 그 견해를 달리하는 당원의 1974. 4. 23. 선고 73도2611 판결; 1976. 5. 11. 선고 75도823 판결 등의 판례는 이를 폐기하는 바이다. 이용식, “횡령·배임죄와 이사의 자기거래”, 상사판례연구 4권(2000), 241 “형법은 1인 주주의 회사에 있어서도 ‘행위의 주체와 그 본인은 분명히 별개의 인격이므로 그 법인인 주식회사 소유의 금원을 임의로 소비할 때 횡령죄는 성립’함을 분명히 하고 있다. 이는 동죄의 보호법익이 회사에 대해 신뢰한 채권자들의 이익을 포함하는 것이기 때문으로 해석된다.”; 김일수, “일인회사의 주주 겸 대표이사의 업무상배임”, 변호사-법률실무연구- XVII, 서울지방변호사회(1987), 315 “약탈기업주의 무책임으로 일시에 많은 회사 채권자적 피해자가 발생한다든가, 기업이 도산됨으로 일시에 많은 실직자가 속출함으로써 커다란 사회문제가 되어 왔던 우리의 현실을 감안한다면, 이 변경된 판례의 입장에 수긍할 수 있는 점이 없지는 않을 것이다.” ⇔ 1인 회사라고 하더라도 이해관계인으로 주주 외에 **회사 채권자, 근로자**도 있으므로, 회사의 손해가 오로지 주주의 손해에 국한된다고 볼 수는 없고 이러한 점을 고려하면 처벌의 필요성이 있다 ⇒ [비판] 위 판례에 반대하는 견해로는 송옥렬, “이사의 민사책임과 형사책임의 판단 기준”, 상사판례연구 6권(2006), 91. 위 판례는 “1인 주주 회사에 있어서도 행위의 주체와 회사는 분명히 별개의 인격”이라는 맹목적인 도그마틱의 결과일 뿐이라고 비판하고 있다. 동지: 윤영신, “차입매수(LBO) 시 피인수회사의 자산을 담보로 제공하는 행위와 업무상배임죄”, 상사판례연구 7권(2007), 385 ⇒ [반박] 배임죄의 위험범으로서의 성질 및 미수범 규정의 존재를 고려할 경우, 원칙적으로는 별개의 법인격이라는 점을 손해발생 위험의 기준으로 삼아야 할 것이다. 다만 회사거래의 복잡화, 경영판단 등의 사정을 고려하여 불법영득의사의 유무를 판단함으로써 유·무죄를 가린다면 거래에서의 심각한 장애가 초래될 것은 아니라고 생각된다. 이철송, “자본거래와 임원의 형사책임”, 인권과 정의(2006. 7.), 115 ‘주식회사제도는 유한책임제도를 취하고 있고, 이는 기업실패를 社會費用化하는 제도이므로

원 1989. 5. 23. 선고 89도570 판결⁴⁾에 비추어 볼 때 타당하지 않다.” 고 하는 견해⁵⁾가 있을 뿐 다른 평석은 찾아보기 어렵다. 일본 주석서⁶⁾에서는 위 판례에 대하여 “본죄(보고연구관 註: 일본 형법 제233조의 위계에 의한 업무방해죄)에서 말하는 ‘사람(人)’으로는, 자연인이건, 법인이건 문제 되지 않고(通說, 판례), 법인 이외의 자를 말한다(岡山地判 昭和42. 3. 20. - 법인의 업무를 방해한 경우에도, 그것이 실질적으로 피고인이 경영하는 개인기업으로 볼 수 있는 때에는, 타인의 업무를 방해한 것에 해당하지 않는다)”라고 기재되어 있다. 즉 일본 주석서에서는 위 판례에 비판적인 입장은 아닌 것으로 보인다. 일본의 경우 1인 회사의 주주는 배임이나 횡령으로 처벌이 되지 않는지에 관하여 판례를 검색해 보았으나, 마땅히 찾아볼 수 없었다.⁷⁾

나) 타인의 ‘업무’에 관한 판례

▶ 대법원 2004. 10. 28. 선고 2004도1256 판결

형법상 업무방해죄의 보호대상이 되는 ‘업무’라 함은 직업 기타 사회생활상의 지위에 기하여 계속적으로 종사하는 사무 또는 사업을 말하는 것인데, 주주로서 주주총회에서 의결권 등을 행사하는 것은 주식의 보유자로서 그 자격에서 권리를 행사하는 것에 불과할 뿐 그것이 ‘직업 기타 사회생활상의 지위에 기하여 계속적으로 종사하는 사무 또는 사업’에 해당한다고 할 수 없다.

다) 권리행사로 사회통념(사회상규 내지 소위 ‘사회적 상당성’)에 부합하는 행위와 업무방해

업무방해죄도 개인적 범익에 관한 죄인 이상, 업무를 수행하는 자의 의

資本去來가 社會費用을 증가시킬 위험을 안고 있을 때에는 형사적 제재가 가해져야 한다’

4) 89도570 판결(주식회사의 주식이 사실상 1인 주주에 귀속하는 1인 회사에 있어서도 회사와 주주는 분명히 별개의 인격이어서 1인 회사의 재산이 곧바로 그 1인 주주의 소유라고 볼 수 없으므로 사실상 1인 주주라고 하더라도 회사의 금원을 임의로 처분한 소위는 횡령죄를 구성한다)

5) 주석 형법 [각칙 (5)], (2006), 48(이충상 변호사 집필 부분).

6) 大コメンタル刑法 12권(2003), 78.

7) 다만 주식회사의 1인 주주인 이사가, 임무위배행위에 의해 회사에 손해를 발생시킨 경우에, 이사의 회사에 대한 선관주의의무 또는 충실의무위반에 의해 책임이 발생하지 않는다고는 할 수 없다고 한 東京地裁 2008. 7. 18. 判決은 찾아볼 수 있었다.

사의 자유를 침해하여야 한다. 다만 의사를 제압할 정도의 위력이 행사된 것이라도 그것이 행위자의 업무권한 내로서 그 방법이 사회통념상 허용되는 범위 내이거나, 행위자와 그 상대방 사이에 상명하복 관계가 있는 등 상대방이 행위자의 지시에 업무적으로 따라야 하는 경우가 있다.

이러한 경우 이를 어떻게 보아야 하는지에 관해 견해가 나뉠 수 있다.

① 견해(구성요건해당성 조각설): 조직 간 내지 조직 내(직장 내)의 의사결정 구조에서 업무적으로 일방이 타방의 지시·명령에 따라야 하는 관계에 있다면, 그 지시·명령에 의하여 일방이 의사결정에 제약을 받게 된다 하더라도, 그것이 사회통념상 용인될 수 있는 정도를 벗어났다는 특별한 사정이 없는 이상, 이는 업무의 수행과정에서 발생하는 자유의 제약일 뿐, 이를 두고 위력에 의한 업무방해라고 평가할 수는 없을 것이다. 가령 조직 내의 결재권자가 그 부하직원에게 업무 지시를 하는 것이 그 부하직원의 의사를 제압한다고 하여 그 지시를 ‘위력’으로 평가할 수는 없을 것이다.⁸⁾ 이는 조직 사이의 의사결정 관계에서도 마찬가지인 것이다.⁹⁾

② 견해(위법성 조각설): 형법 제20조에서 정당행위의 하나로 ‘업무로 인한 행위’를 규정하고 있으므로 이러한 경우는 구성요건에는 해당하나 ‘업무로 인한 행위’이므로 위법성이 조각된다고 보아야 한다는 견해가 있을 수 있다. **대법원판례**의 주류적 입장으로 이해된다.¹⁰⁾

8) 극단적으로는, 그 결재권자가 ‘지시사항을 제대로 이행하지 못하면 해고될 줄 알라’라고 말하였다 하더라도 그것만을 이유로 위력이라고 할 수도 없을 것임.

9) 가령 형식적으로는 아무런 직책이 없으나 실질적으로는 대기업의 총수인 자가 계열사에 대하여 일부 업체와 거래하지 말 것을 지시하였다고 하여 그것을 업무방해죄의 위력으로 평가하는 것은 타당하지 않을 것임.

10) **대법원 1985. 6. 11. 선고 84도1958 판결**(형법상 처벌하지 아니하는 소위 사회상규에 반하지 아니하는 행위라 함은 행위가 법규정의 문언상 일응 범죄구성요건에 해당한다고 보이는 경우에도 그것이 극히 정상적인 생활형태의 하나로서 역사적으로 생성된 사회생활질서의 범위 안에 있는 것이라고 생각되는 경우에 한하여 그 위법성이 조각되어 처벌할 수 없게 되는 것으로서, 어떤 법규정이 처벌대상으로 하는 행위가 사회발전에 따라 전혀 위법하지 않다고 인식되고 그 처벌이 무가치할 뿐 아니라 사회정의에 위반된다고 생각될 정도에 이를 경우나, 국가법질서가 추구하는 사회의 목적 가치에 비추어 이를 실현하기 위하여서 사회적 상당성이 있는 수단으로 행하여졌다는 평가가 가능한 경우에 한하여 이를 사회상규에 위배되지 아니한다고 할 것이다); **대법원 2003. 6. 27. 선고 2003도1912 판결**(후보자 등이 한 기부행위가 비록 공직선거법선거부정방지법 제112조 제2항 등에 규정된 의례적이거나 직무상 행위에 해당하지는 아

③ **검토:** 오래 전부터 소위 ‘사회적 상당성’ 이론¹¹⁾이 소개되어 왔다. 즉 그 사회에서 인정된 지배적인 ‘행위모델’에 합치된 행위라면 애당초 구성요건에서 배제되는 것이지, 구성요건해당성을 전제로 위법성이 조각되는 것으로 볼 것이 아니라는 것이다.¹²⁾ 즉 외형상 구성요건해당성을 충족한다고 하여 전부 구성요건에 해당하는 행위로 전제하는 것은 타당하다고 보기 어렵다. 그러나 판례의 태도는 소위 ‘사회적 상당성’ 있는 행위를 ‘사회상규’에 반하지 않는 행위로 해석하여 왔다(주 10, 11 참조). 따라서 소위 ‘사회적 상당성’ 있는 행위를 구성요건해당성 없는 행위라고 볼 경우에는 판례의 태도(위법성 조각설)와 배치되게 된다. 그러나 위 **회사 부하직원 사례**(주 8)에서 보듯, 소위 ‘사회적 상당성’ 있는 행위를 전부 구성요건에 포섭시킨 다음 위법성 유무를 판단하는 것은 어딘가 명쾌하지 아니한 구석, 즉 구성요건의 포섭범위를 너무 확장시키는 면이 있다.

따라서 소위 ‘사회적 상당성’ 이론과 판례의 태도를 조화롭게 구성할 필요성이 있다. 그 방법으로, 구성요건해당성과 위법성 충족의 요건을 함께 실시하는 방법을 생각해 볼 수 있다.¹³⁾ 가령 권리행사 관련 공갈죄에 관한 판례 실시

니하더라도, 그것이 극히 정상적인 생활형태의 하나로서 역사적으로 생성된 사회질서의 범위 안에 있는 것이라고 볼 수 있는 경우에는 일종의 의례적 직무상의 행위로서 사회상규에 위배되지 아니하여 위법성이 조각된다; 천진호, “사회적 상당성 이론에 대한 재고”, 법학논고 13집(경북대 법학연구소, 1997), 145~146.

11) Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11판(1969), 55 이하[양화식, 형법 제20조의 “사회상규에 위배되지 아니하는 행위”에 관한 고찰, 고시연구(2004. 9.), 86 (주 20)에서 재인용] “완전히 정상적이고 역사적으로 생성되어온 사회적 생활질서의 테두리 내에 있는 행위”; 이호중, “노동쟁의와 형법”, 비교형사법연구 8권 2호(2006. 12.), 656 “**社會的 相當性 理論은 ‘역사적으로 형성된 사회윤리적 공동생활의 질서 내에 속하는 행위’는 사회적으로 상당하며 그러한 행위는 비록 구성요건의 文에 합치하는 경우에도 실질적으로는 구성요건에 해당하는 불법으로 평가할 수 없다는 것이다.**” 위 대법원 84도1958 판결의 굵은 글씨 부분은 사회적 상당성 이론에서 언급하는 사회적 상당성 있는 행위로 구성요건조각사유에 해당하는 것임.

12) 김영환, “법과 도덕의 관계”, “한국형사법학의 이론과 실천”(정암 정성진 박사 고회기념논문집, 2010), 13.

13) 이와 관련하여 **소극적 구성요건표지이론**(消極的 構成要件標識理論)을 생각해 볼 수 있다. 즉 3단계 범죄체계론이 아니라 2단계 범죄체계론(소극적 구성요건표지이론)에 의하여, 구성요건해당성과 위법성을 구성요건표지로 묶는 것이다. 벨링의 3단계 범죄론체계에 의하면, 정당성 여부, 즉 정당행위 해당 여부는 위법성과 관련된 것으로 파악하여야 한다. 소극적 구성요건표지이론에 의하면, 구성요건해당성과 위법성을 총체적 불법구성요건으로 보아, 3단계 구조론에서 말하는 구성요건해당성은 적극적 구성요건요소로 보고, 위법성조각사유는 소극적 구

가 그 예이다. 대법원 1990. 8. 14. 선고 90도114 판결은 “❶ 공갈죄의 수단으로서의 협박은 사람으로 하여금 의사결정의 자유를 제한하거나 의사실행의 자유를 방해할 정도로 겁을 먹게 할 만한 해악을 고지하는 것을 말하고, 여기서 고지된 해악의 실현은 반드시 그 자체가 위법한 것임을 요하지 않으며, 또한 그 해악고지의 수단방법은 명시적이거나 직접적이 아니더라도 묵시적으로 피공갈자 이외의 제3자를 통해서 간접적으로 할 수도 있는 것이나, ❷ 그것이 정당한 권리자에 의하여 권리실행의 수단으로서 사용된 경우 행위의 주관적인 측면과 객관적인 측면을 종합적으로 판단하여 그 방법이 사회통념상 허용되는 정도를 넘지 않는 한 공갈죄의 성립을 인정할 수는 없는 것이다.”라고 판시하였는바,¹⁴⁾ 여기서 ❶ 부분은 구성요건의 해석이고 뒤의 사회통념 관련 ❷ 부분은 위법성 판단의 징표라고 보인다. 이러한 설시례는 **권리행사 관련 업무방해죄**에서도 응용할 수 있을 것으로 사료된다.

2) 제3자에 대하여 위력이 행사된 경우에 관한 판례

▶ 대법원 2009. 1. 30. 선고 2008도7124 판결【업무방해】

업무방해죄의 ‘위력’이란 사람의 자유의사를 제압·혼란케 할 만한 일체의 세력으로, 유형적이든 무형적이든 묻지 아니하므로, 폭력·협박은 물론, 사회적·경제적·정치적 지위와 권세에 의한 압박 등도 이에 포함되고(대법원 2005. 3. 25. 선고 2003도5004 판결 등 참조), 현실적으로 피해자의 자유의사가 제압될 것을 요하는 것은 아니지만, 범인의 위세, 사람 수, 주위의 상황 등에 비추어 **피해자의 자유의사**를 제압하기 족한 세력을 의미하는 것으로서(대법원 1999. 5. 28. 선고 99도495 판결 등 참조), 위력에 해당하는지는 **범행의 일시·장소, 범행의**

성요건요소로 파악하는 것이다. 이 이론은 위법성 조각사유인 전제사실에 관한 착오를 사실의 착오와 함께 취급할 수 있는 해법을 제시하였다는 점에서 의의가 크다. 다만 자기의 물건을 부수는 행위(구성요건해당성이 없는 행위)와 다른 사람의 법익 보호를 위하여 그 사람의 물건을 부수는 행위(구성요건에 해당하지만 긴급피난으로 위법성이 조각되는 행위)를 동일하게 평가할 수 있는가라는 점에서, 현재 소극적 구성요건표지이론을 주장하고 있는 국내 학자는 극소수(심재우, 문채규)이다.

14) 同旨: 대법원 1991. 11. 26. 선고 91도2344 판결, 대법원 1993. 9. 14. 선고 93도915 판결 등.

동기, 목적, 인원수, 세력의 태양, 업무의 종류, 피해자의 지위 등 제반 사정을 고려하여 객관적으로 판단하여야 한다.

☞ 피해자인 학교장의 非違와 관련하여 피고인이, 집단적으로 수업거부하는 학생들의 교육청 항의방문을 도운 사안. 학생들이나 학부모들이 상급기관인 ○○교육청 앞에서 시위를 벌이는 것이 직접적으로 학교장의 업무를 방해한 것이라고 보기는 어렵다고 판단함.

▶ 대법원 2007. 6. 14. 선고 2007도2178 판결

(『○○고등학교 신축공사에서 피고인 신창주가 철근콘크리트 업체를 추천했으나 현장소장이 이를 거부하자, 피고인 신○○는 현장 감리인 피고인 이○○에게 “현장소장이 내 취향도 모르고 점심에 빠다귀 해장국을 사더라, 하도급 문제도 그렇다, 그렇게 모자란 놈하고 무슨 일을 하나 현장소장을 교체해.”라고 지시하고, 피고인 이○○는 시공사 대표에게 “현장직원을 모두 잘라라, 그렇지 않으면 공사진행이 어렵다, 윗 사람의 뜻이다.”라고 말하여, 위 대표로 하여금 같은 달 30. 현장소장을 강제 퇴직시키게 함으로써, 위력으로써 시공사의 인사 업무를 방해』하였다는 공소사실¹⁵⁾에 대하여) 피고인 신○○가 공사감독자로서의 사회적 지위와 권세에 의한 압박을 통하여 자신이 추천하는 하도급업체, 납품업체 또는 감리원을 선정하게 하거나 현장소장을 교체하도록 한 것은 위력에 의한 업무방해에 해당한다고 할 것이다.

[평가] 피고인이 감리인에게 위력을 행사하여, 감리인으로 하여금 시공사의 현장소장을 교체하도록 한 사안이다. 즉 피고인(행위자)의 제3자(감리인)에 대한 위력 행사가 제3자 배후의 피해자에 대한 위력으로 볼 수 있다고 본 사안이다. 제3자와 그 배후의 피해자는 관리·감독(감리인-시공사) 관계에 있기 때문에, 피고인(행위자)이 제3자(감리인)의 의사를 제압하여 그를 지배하였다고 평가하기에 족해 보인다. 즉 이는 **피고인의 행위로 인하여 피해자의 상대방인 제3자의 의사결정 상태에 변경이 생겼음**을 의미한다. 다만 위 판결 사안은 피고인의 현장소장 교체 요구가 사회통념을 벗어났다고 평가할 수 있다는 점, 이 사건에서 제3자와 피해자는 대등한 계약체결 당사자라는 점에서 양 사안에 차이점이 있다.

15) 인천지법 2006. 8. 3. 선고 2006고합115, 179, 265 판결 41 참조.

3) 제3자에게 위계가 사용된 경우에 관한 판례

▶ 대법원 2002. 3. 29. 선고 2000도3231 판결

피해자가 대표이사인 회사의 소방사업부장이 소속 직원들에게 허위의 사실을 유포하는 등의 방법을 사용하여 직원들로부터 사표를 제출 받은 경우, 직원들이 집단적으로 사표를 제출함으로써 일시적으로나마 소방사업부의 업무에서 이탈하거나 **업무를 중단할 위험**이 생겼고 그로 인하여 피해자의 소방사업부 업무의 **경영을 저해할 위험성**이 발생하였다고 볼 것이므로, 업무방해죄가 성립된다고 한 사례

[평가] 피고인(행위자)이 피해자(회사)의 근로자들(소방사업부 소속 직원들)에 대하여 위계의 방법을 사용하여 업무방해를 한 사안이다. 업무방해의 위험이 있다고 볼 것인가 여부에 대하여 견해대립이 있을 수 있으나 위 판례는 긍정설의 입장을 취한 것으로 보인다. 다만 근로자들은 피고인(행위자)의 위계에 의하여 기망되었음(착오를 일으켰음)이 전제되어 있다. 이는 **피고인의 행위로 인하여 피해자의 상대방인 제3자의 의사결정 상태에 변경이 생겼음을 의미한다**. 일시적으로 업무를 중단함으로써 경영을 저해할 위험성이 발생한다. 근로자들은 피해자와 동일시할 수 지위에 있다고 보여진다. 즉 근로자들에 대한 위계를 피해자에 대한 위계로 평가 가능하다고 보인다(다만 아래 2009도5732 판결의 맥락에서 볼 경우 다소 의문의 여지가 없지는 아니하다. 경영의 ‘현저한 곤란’이 생겼다고 보여지지는 않기 때문이다. 제3자와 피해자를 동일시할 수 있는가 여부에 따라 기수의 위험 발생 정도에 차등을 두어야 할 필연적 이유가 있는지 의문이 제기될 수 있어, 이 부분은 나중에 다시 문제 될 여지가 있을 것으로 생각된다. 추후 자세한 검토를 요한다고 사료된다).

▶ 대법원 1992. 3. 31. 선고 92도58 판결

여러 곳에 공장을 둔 회사의 노동조합 중앙집행위원회에서 회사 사정상 이전에 예정되었던 공장별 체육대회를 취소하되, 당일을 유급 휴일로 할 것인 지의 여부는 단체협약에 관한 사항으로서 노사협의를 거쳐 최종 결정하기로 하였는데, 그 후 당일을 유급 휴일로 할 것인 지에 관하여 노사협의를 없앴고, 오히려 위 회사와 위 회사 노동조합에서는 위 당일에 정상 근무를 하도록 통보하였음에도 불구하고, 위

회사 인천공장 근로자로서 위 회사 노동조합인 천지부 지부장, 부 지부장, 사무장, 또는 대의원들이 공동하여 체육대회 전날 위 회사 인천공장장에서 위 회사 노동조합 인천 지부 대의원회를 개최하여 일방적으로 체육대회 날을 휴무로 결정한 후, 같은 취지의 유인물을 참석 대의원들에게 배포하여 위 회사 인천공장 소속 근로자들로 하여금 당일을 유급 휴일로 오인하여 출근하지 않도록 함으로써 위 회사 인천공장의 정상가동을 **불능케 하였다면**, 이는 위계에 의한 업무방해죄를 구성한다고 보아야 할 것이다.

[평가] 위 2000도3231 판결과 마찬가지로 피고인의 행위로 인하여 근로자들이 기망되었음이 인정된다. 이는 **피고인의 행위로 인하여 피해자의 상대방인 제3자의 의사결정 상태에 변경이 생겼음을 의미한다**. 그로 인하여 “불능”의 결과가 발생하였다.

4) 물적 상태의 형성에 관한 판례

▶ 대법원 2009. 9. 10. 선고 2009도5732 판결

업무방해죄의 위력은 반드시 업무에 종사 중인 사람에게 직접 가해지는 세력만을 의미하는 것은 아니고, **사람의 자유의사를 제압하기에 족한 일정한 물적 상태를 만들어 사람으로 하여금 자유로운 행동을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 행위도** 이에 포함될 수 있다.

[평가] 업무방해죄에서의 위력은 피해자, 제3자에게 가해져도 상관 없다. 일정한 물적 상태를 만드는 경우도 포함된다. **다만 그 결과 사람의 자유로운 행동이 불가능, 혹은 현저히 곤란하게 되어야 한다**. 이는 추상적 위험범이라기보다는 구체적 위험범의 설시에 가깝다고 보여진다.

▶ 대법원 2008. 6. 12. 선고 2008도2983 판결

원심은, 이 사건 진입로가 피고인의 소유라고 하더라도 그 곳에 차량통행 방지봉을 설치하여 피해자의 차량이 **통행하는 것을 차단한 행위**는 업무방해죄에 해당한다고 판단하였는바, 원심의 위와 같은 판단은 앞서 본 법리 및 기록에 비추어 정당하고 (이하 생략)

▶ 대법원 2006. 4. 28. 선고 2004도6738 판결

피고인들이 불특정 다수인의 통행로로 이용되어 오던 이 사건 도로

의 토지 일부의 소유자라 하더라도 그 도로의 중간에 차량을 주차하거나 조립식 건축자재인 샌드위치 패널을 놓아둠으로써 다른 차량의 **통행을 못하게 한 행위**는 업무방해죄에 해당한다고 한 원심을 수긍한 사례

▶ 대법원 2007. 4. 27. 선고 2006도9028 판결

업무방해죄의 성립에 있어서는 업무방해의 결과가 실제로 발생함을 요하는 것은 아니고 업무방해의 결과를 초래할 위험이 발생하면 충분하다 할 것이나, 결과발생의 염려가 없는 경우에는 본 죄가 성립하지 않는다고 할 것이다(대법원 2005. 10. 27. 선고 2005도5432 판결 참조).

그런데 기록에 의하면, 이 사건 도로 부분은 양주시 ○○면 △△리(상세 지번 3 생략) 일대에서 조경포지농장을 운영하는 피해자가 위 농장 출입을 위하여 사용해 온 현황도로의 일부인데, 피고인이 위와 같이 이 사건 도로 부분의 통행을 막기 오래 전부터, 위 현황도로 중 이 사건 도로 부분의 북쪽 바로 위 지점에서 위 △△리(상세 지번 1, 4, 5 생략)의 토지를 차례로 지나 이 사건 도로 부분의 남쪽으로 얼마 떨어지지 않은 지점을 연결하는 비포장도로가 이 사건 도로 부분의 **대체도로로 개설**되어 있었고, 위 대체도로로도 조경수 운반차량 등의 통행이 가능하였던 사실, 위 대체도로 부지 중 일부는(명칭 생략) 종중의 소유인데 그 대표자 공소의 1은 이 사건 도로 부분을 피고인과 함께 폐쇄하면서도 위 대체도로의 통행까지 막는 조치는 취하지 않은 사실을 알 수 있다.

사정이 이러하다면, 피해자로서는 이 사건 도로 부분의 폐쇄에도 불구하고 위 **대체도로를 이용하여 종전과 같이 조경수 운반차량 등을 운행할 수 있었다**고 보여(실제 이 사건 도로 부분 폐쇄 이후로도 위 대체도로를 이용한 위 농장의 차량 출입은 가능하였던 것으로 보인다. 수사기록 57면, 공판기록 123면, 126면), **피해자의 조경수 운반업무 등이 방해되는 결과발생의 염려가 없었다고 볼 여지가 충분**하고, 한편 피고인에게 그 조경수 운반업무 등을 방해한다는 고의가 있었다고 보기도 어렵다.

[평가] 업무방해죄는 위험범이므로 업무방해의 결과발생이 필요하지는 아니하다. 다만 업무방해의 위험이 없다면 업무방해죄는 성립될 수 없다. 위 사례는 물적 상태의 형성에 관한 사례이다. 위 2009도5732

판결의 맥락에서라면, 이 사건 피고인의 행위로는 업무를 불가능 또는 현저히 곤란하게 한 경우는 아니기 때문에 업무방해의 위험발생이 없었다고 평가할 수 있을 것이다. 위 2004도6738 판결의 경우에는 통행이 불가능하였음에 반하여, 이 사건 사안은 통행이 불가능하지 않다는 점에서 차이가 있고, 따라서 결론도 달라졌다.

▶ 대법원 2002. 4. 26. 선고 2001도6903 판결

피고인이 이 사건 도로의 일부가 자신의 소유라 하더라도 적법한 절차에 의하여 문제를 해결하려고 하지 아니하고 그 도로의 중간에 바위를 놓아두거나 이를 파헤침으로써 차량의 통행을 못하게 한 이상, 피고인의 이러한 행위는 일반교통방해 및 문광희, 이정기에 대한 업무방해에 해당한다고 판단한 원심을 수긍한 사례.

[평가] 차량의 통행이 불가능하였음. 위 2009도5732 판결과 같은 맥락.

▶ 대법원 1983. 11. 8. 선고 83도1798 판결

피해자가 시장번영회를 상대로 잦은 진정을 하고 협조를 하지 않는다는 이유로, 시장번영회총회결의에 의하여 피해자 소유점포에 대하여 정당한 권한 없이 단전조치를 한 것이라면 이 경우에는 그 결의에 참가한 회원의 위력에 의한 업무방해죄가 성립한다.

[평가] 단전조치에 의하여 영업활동에 현저한 곤란이 야기되었을 것이다.

▶ 最高裁 1957(昭和 32). 2. 21. 판결

원판결이, 형법 제234조에서 말하는 ‘위력을 사용하여’라는 것은, 일정한 행위가 필연적 결과로서, 사람의 의사를 제압하기 위한 세력을 이용하면 족하고, 반드시, 그것이 직접 현실로 업무에 종사하고 있는 타인에 대하여 이루어지는 것을 요하지 않는다는 취지의 법률 견해에 따라서, ‘송탄(送炭)을 저지하기 위해, 실력으로써 화차의 개폐 밸브를 개방하고, 동 화차에 적재된 석탄을 그 장소에 낙하하게 하여 회사의 송탄업무를 불가능하게 한 행위는, 동조 소정의 구성요건을 충족하는 것이라고 한’ 제1심판결의 판단을 상당하다고 한 것은, 당 재판소에 있어서도 이를 정당한 것으로 시인할 수 있다.¹⁶⁾

16)そして、原判決が、刑法二三四條にいう「威カヲ用ヒ」とは、一定の行爲の必然的結果として、人の意思を制壓するような勢力を用いれば足り、必ずしも、それが直接現に業務に従事

5) 기타

가) 법인의 범죄능력 (소극) → 대표기관인 자연인이 범죄주체가 됨

▶ 대법원 1994. 2. 8. 선고 93도1483 판결

법인은 기관인 자연인을 통하여 행위를 하게 되는 것이기 때문에, 자연인이 법인의 기관으로서 범죄행위를 한 경우에도 행위자인 자연인이 범죄행위에 대한 형사책임을 지는 것이고, 다만 법률이 목적을 달성하기 위하여 특별히 규정하고 있는 경우에만 행위자를 벌하는 외에 법률효과가 귀속되는 법인에 대하여도 벌금형을 과할 수 있을 뿐이다.

☞ 외국환관리법위반행위의 주체를 법인이 아닌 그 대표이사로 인정한 사례.

▶ 대법원 1997. 1. 24. 선고 96도524 판결

법인격 없는 사단과 같은 단체는 법인과 마찬가지로 사법상의 권리 의무의 주체가 될 수 있음은 별론으로 하더라도 법률에 명문의 규정이 없는 한 그 범죄능력은 없고 그 단체의 업무는 단체를 대표하는 자연인인 대표기관의 의사결정에 따른 대표행위에 의하여 실현될 수 밖에 없는데, 구 건축법(1995. 1. 5. 법률 제4919호로 개정되기 전의 것) 제26조 제1항의 규정에 의하여 건축물의 유지·관리의무를 지는 ‘소유자 또는 관리자’가 법인격 없는 사단인 경우에는 자연인인 대표기관이 그 업무를 수행하는 것이므로, 같은 법 제79조 제4호에서 같은 법 제26조 제1항의 규정에 위반한 자라 함은 법인격 없는 사단의 대표기관인 자연인을 의미한다.

☞ 범죄능력(범죄행위능력)은 자연인에게 있음이 원칙임. 법인, 법인격 없는 사단, 조합 등의 경우에는 그 기관을 통해 범행을 하므로, 그 기관이 범행의 주체가 됨. 이 사건은 조합에 관한 것이지만, 그 행위책임은 그 이사장(대표기관)인 피고인이 부담하여야 할 것임.

している他人に對してなされることを要しない旨の法律見解の下に、「送炭を阻止するため、實力を以て貨車の開閉弁を開放して、同貨車に積載せる石炭をその場に落下せしめて會社の送炭業務を不能ならしめた行爲は、同條所定の構成要件を充足するものとした」第一審判決の判斷を相当としたことは、当裁判所においてもこれを正当として是認することができる。

나) 독점규제 및 공정거래에 관한 법률

▶ 대법원 2010. 8. 26. 선고 2010다28185 판결

[4] 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령 제36조 제1항 [별표 1] 제6호 (라)목이 규정하는 불이익제공행위에서 ‘거래상 지위를 부당하게 이용하여 상대방에게 불이익을 준 행위’인지 여부는 당해 행위의 의도와 목적, 효과와 영향 등과 같은 구체적 태양과 상품의 특성, 거래의 상황, **해당 사업자의 시장에서의 우월적 지위**의 정도 및 상대방이 받게 되는 불이익의 내용과 정도 등에 비추어 볼 때 정상적인 거래관행을 벗어난 것으로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는지 여부를 판단하여 결정하여야 한다.

[5] 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제23조 제1항 제1호 및 같은 법 시행령 제36조 제1항 [별표 1] 제1호 (나)목에서 불공정거래행위의 한 유형으로 규정하고 있는 ‘기타의 거래거절’이란 개별 사업자가 그 거래 상대방에 대하여 하는 이른바 개별적 거래거절을 가리키는 것이나, 이러한 개별적 거래거절행위는 그 거래 상대방이 종래 계속적 거래관계에 있는 경우에도 자유시장경제체제하에서 **일반적으로 인정되는 거래처 선택의 자유**라는 원칙에서 볼 때, 또 다른 거래거절의 유형인 ‘공동의 거래거절’과는 달리 거래거절이라는 행위 자체로 바로 불공정거래행위에 해당하는 것은 아니고, 그 거래거절이 특정사업자의 거래기회를 배제하여 그 사업활동을 곤란하게 할 우려가 있거나 오로지 특정사업자의 사업활동을 곤란하게 할 의도를 가진 유력 사업자에 의하여 그 지위 남용행위로서 행하여지거나 또는 독점규제 및 공정거래에 관한 법률이 금지하고 있는 거래강제 등의 목적 달성을 위하여 그 실효성을 확보하기 위한 수단으로 부당하게 행하여진 경우라야 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 거래거절행위로서 같은 법이 금지하는 불공정거래행위에 해당한다고 할 수 있으며, 이러한 거래거절행위의 부당성 유무를 판단할 때에는 당사자의 거래상 지위 내지 법률관계, 상대방의 선택 가능성·사업규모 등의 시장상황, 그 행위의 목적·효과, 관련 법규의 특성 및 내용 등 여러 사정을 고려하여 그 행위가 공정하고 자유로운 경쟁을 저해할 우려가 있는지 여부에 따라야 한다.

[이 사건과의 비교] 이 사건에서 조합이나 새마을금고가 택시신문에 대하여 우월적 지위에 있다고 볼 수 있는지도 의문이고, 설사 우월적 지위에 있다고 하더라도 새마을금고가 택시신문과 광고 게재 계약을 계속적으로 한 것이 아니라 단발적으로 하여 왔다는 점에서 독점규제 및 공정거래에 관한 법률에 위배되는 행위라고 보여지지는 않는다.

다) 합법적 대체행위

▶ 대법원 1990. 12. 11. 선고 90도694 판결

(종합적인 간기능검사를 철저히 하여 피해자가 간손상 상태에 있는지의 여부를 확인한 후에 마취 및 수술을 시행하였어야 할 터인데 피고인들은 시진, 문진 등의 검사결과와 정확성이 떨어지는 소변에 의한 간검사 결과만을 믿고 피해자의 간상태를 정확히 파악하지 아니한 채 할로테인으로 전신마취를 실시한 다음 이 사건 개복수술을 감행한 결과 수술 후 22일만에 환자가 급성전격성간염으로 인하여 사망한 경우에는 피고인들에게 업무상과실이 있다고 본 사안에서) 이 경우 혈청에 의한 간기능검사를 시행하지 않거나 이를 확인하지 않은 피고인들의 과실과 피해자의 사망 간에 인과관계가 있다고 하려면 피고인들이 이 수술 전에 피해자에 대한 간기능검사를 하였더라면 피해자가 사망하지 않았을 것이 입증되어야 할 것인데도(수술 전에 피해자에 대하여 혈청에 의한 간기능검사를 하였더라면 피해자의 간기능에 이상이 있었다는 검사결과가 나왔으리라는 점이 증명되어야 할 것이다) 원심은 피해자가 수술당시에 이미 간손상이 있었다는 사실을 증거 없이 인정함으로써 채증법칙위반 및 인과관계에 관한 법리오해의 위법을 저지른 것이라고 판시.

[평가] 이 판결에 관하여는 인과관계와 관련하여 합법적 대체행위이론¹⁷⁾이 논의된다. 즉 의무합치적인 행위(합법적 대체행위)가 있었을

17) 신동운, “의료과오와 위험증대의 이론”, 新판례백선 형법총론, 경세원(2011), 220 이하; 김성돈, “합법적 대체행위이론과 입증의 정도”, 형사재판의 연구: 지송 이재상교수 화갑기념논문집 I, 박영사(2004), 264 이하 참조. 위 판례의 해석에 관하여 무죄추정설(in dubio pro reo)의 원칙상, 검사의 결과발생 개연성에 대한 입증이 없다면 피고인에게 유리하게 사실관계를 인정하자는 입장), 위험증대설(피고인에 의하여 결과발생 가능성 없음에 대한 입증이 없다면, 피고인의 행위로 위험이 증대되었으므로 인과관계를 인정할 수 있다는 입장), 절충설(상당한

경우 결과발생이 분명히 예측될 수 없다면 이에 대하여 인과관계를 인정할 수 있겠는가이다. 합법적 대체행위는 과실범에 있어 의무합치적 대체행위의 경우 위험증가를 야기하지 않으면(즉 그 행위로 일반적으로 발생할 수 있는 위험범위 내이면) 객관적 귀속이 부정된다는 이론에서 출발하였다. 과실범에서 행위자가 주의의무에 합치되는 행위(의무합치적 대체행위)를 했더라면 결과가 발생하지 않았을 것임이 확실한 경우는 희소하며, 많은 적든 결과발생의 가능성이 남게 될 때 in dubio pro reo의 원칙을 적용하면 행위결과를 행위자에게 귀속시키는 것은 부정되어야 하기 때문이다. 즉 **위험증가의 원리**에 따라, 설사 **의무위반행위로 위험창출행위가 있었다**라도 그러한 **결과발생의 위험이 허용된 위험과 동등하면 불가벌**이 된다는 것이다. Roxin이 주장한 것으로 차후 **고의범을 포함하여 일반적인 객관적 귀속의 원리로 발전**되었다.¹⁸⁾

[이 사건에의 적용 여부] 이 사건은 새마을금고와 관련하여서는 위력 자체의 인정여부가 불분명하다는 점에서(후술), 매매상사 관련하여서는 인과관계 단절에서(후술), 업무방해 결과에 대하여 합법적 대체행위 여부를 검토할 필요성이 적다. 다만 새마을금고와 관련하여, 위력 및 인과관계 인정된다는 전제에 설 경우 검토의 필요성이 있을 수 있다.

6) 업무방해죄, 어떻게 해석할 것인가?

형법의 임무는 법익보호에 있다. 법익보호원칙의 형성과 발전의 역사는 한편으로는 형법의 합리화와 근대화의 역사를 대변한다. 근대형법에서 법익보호원칙은 타인의 주관적 권리와 그 안에서 그가 누리는 자율성을 침해하지 않는 한 국가형벌로부터 자유롭다는, 개인에게 최소한의 한계를 설정해 주는 소극적 자유를 의미하였다. 그런데 이러한 근대형법의 법익보호의 원칙은 이제 탈근대화의 길로 가고 있다. 즉 현대형법에 들어와서 법익보

정도로 위험을 증대시켰는지 판별하고, 주의의무를 다하였더라도 위험이 증대되었는지 불분명하다면 in dubio pro reo의 원칙상 피고인에게 유리하게 판별하자는 입장이다. 실질적으로 무죄추정설과 같음)이 주장된다.

18) 이용식, “객관적 귀속이론의 규범론적 의미와 구체적 내용”, 현대형법이론 I (2008), 56~57. 이를 과실 유무의 관점에서 접근하는 견해[신양균, “과실범에 있어서 의무위반과 결과의 관련”, 형사판례연구 1호(1993), 62 이하]도 있다.

호원칙은 입법에 있어 처벌금지에서 처벌요구로, 범죄화에 대한 일단의 소극적 기준에서 적극적 기준으로 변모하고 있다. 그 주요한 흐름은 법익개념의 완화이다. 즉 사회적 유해성보다 완화된 의미에서 사회적 위험성이 법익 판단의 주요한 기준이 되었다. 개인에 대한 법익침해위협에 대해 잠재적으로 인정되는 개연성 정도 내지는 추상적 위험을 창출하는 행위 정도로도 법익으로서의 자격을 갖추게 되었다.¹⁹⁾

그러나 업무방해죄는 태생적으로, 근대사회 형법에서도 법익침해의 기준을 완화하는 형태의 범죄였다. 역사적으로 업무방해죄, 특히 위력에 의한 업무방해죄가 입법된 이유는 쟁의행위에 대한 규제를 위해서였다. 현재는 쟁의행위뿐만 아니라 사회 일반의 행위를 규율하는 포괄적 법규정(耳懸鈴鼻懸鈴)으로 자리매김하였다. 이는 근대 유럽과 일본에서의 고도성장시대에 노동자들의 파업 등 단체행동이 국익을 해한다는 관념에 기초한 것으로, 개인적 법익을 규율하기보다는 국가적 내지 사회적 법익을 보호함에 가까웠다. 그리하여 현재 ‘위력’이라는 포괄적 개념을 사용하여 업무방해를 규율하는 국가는 일본과 우리나라 정도이고, 그 외의 국가에서는 폐지되거나 사문화되었다.²⁰⁾ 즉 일본과 우리나라 외에는 “위력에 의한 업무방해죄”를 두어서 ‘위력’과 ‘방해’라는 광범한 개념을 도입함으로써 형사처벌에 편리

19) 이용식, “위험사회에서의 법익보호와 적극적 일반예방”, 형사정책 13권 1호(2001), 36~37.

20) 의안접수번호 1900892호 박영선 의원 등 13인 제안 형법 일부개정법률안 의안원문 1~2.

http://likms.assembly.go.kr/bill/jsp/BillDetail.jsp?bill_id=PRC_A1M2T0Q7T2F6B1Y7T4N3N2M4W8B4Y2
참조; 같은 사이트 내 ‘검토보고서(국회 법제사법위원회 수석전문위원 이한규 작성)’ 11(주 17) ① 프랑스에서 쟁의행위의 정당성 문제는 주로 민사책임 부과와 관련하여 논의되고 있고, 기타 쟁의행위 이외의 행위를 통해 사람의 업무를 방해하는 죄를 별도로 규율하지 않고 있음. 다만 프랑스 형법 제312-1조는 ‘폭행, 폭행의 협박 또는 강제에 의하여 서명을 하게 하거나, 의사표시를 하게 하거나, 권리를 포기시키거나 또는 비밀을 알아내거나 금전, 유가증권 또는 기타 재물을 교부받는 행위’를 강요죄로 처벌하고 있음. ② 독일에서는 쟁의행위 중 참가자가 행한 상해나 모욕, 손괴죄 등의 개별행위에 대해서만 형사처벌을 하고 있고, 쟁의행위 자체에 대해서는 형사처벌을 하지 않고 있음. 독일 역시 우리나라나 일본과 같은 업무방해죄의 구성요건이 별도로 존재하지 않으며, 다만 기업의 업무와 관련해서는 ‘기업의 경제형태·경영조직·제품에 관하여 허위임을 명백히 알면 허구의 사실을 주장·유포하여 기업영업을 해하는 행위’의 한도내에서만 업무방해행위를 처벌하고 있음. 일본, 프랑스, 영국, 독일의 업무방해죄 관련 연혁에 관하여는 주승희, “현행 형법상 ‘위력’에 의한 업무방해죄의 문제점 및 개선방안”, 안암법학(2011), 178~181 참조.

한 무기를 탄생시켜²¹⁾ 업무방해행위를 포괄적으로 처벌하는 법규정을 둔 국가는 찾아보기 어렵다.²²⁾ 일본의 경우에는 그 성립범위를 제한하려는 추세로 보여지는데, 업무방해죄를 추상적 위험범이 아니라 구체적 위험범 내지 침해범으로 해석하려 하기 때문이다.²³⁾ 물적 상태 형성을 통한 위력의 업무방해죄에 있어서 ‘자유로운 활동의 불가능 혹은 현저한 곤란’이라는 요건도, 위 일본 최고재판소 1957년 판례에서 연혁하는 것으로 보여진다. 또한 단순 파업 등의 정의행위와 관련된 업무방해에 관하여는 업무방해죄에 의한 형사처벌이 문제 되지 않는다는 것이 학설, 판례의 입장이라고 한다(대법원 2011. 3. 17. 선고 2007도482 판결 반대의견 참조).

사건으로는, 법익보호원칙의 개념 변화는, 다른 법이론과 마찬가지로, 일정한 사이클과 리듬을 갖는다고 생각된다. 가령 공모공동정범이론이나 과실범의 공동정범이론이, 과거 수많은 비판에 직면하였으나, 현재 재조명되는 것으로 보인다.²⁴⁾ 특히 위험사회²⁵⁾의 대두는 법해석에 강한 영향을 주게 되었다고 한다. 즉 사회환경의 변화는 법해석에도 변화를 가져오게 한다. 따라서 업무방해죄가 포괄적이기는 하나, 일률적으로 엄격하게, 혹은

21) 이근우, “업무방해죄”, 형사재판의 제문제 2권(1999. 2.), 77.

22) 김태명, “업무방해죄의 법적 성질과 결과발생의 요부”, 형사판례연구 18호(2010), 117; 박길성, “지방공기업에 의해 설립된 공사의 신규직원 채용 업무의 주체, 그 사장이 시험업무 담당자들의 양해 하에 부정한 행위를 한 경우 위계에 의한 업무방해죄의 성립 여부”, 판례해설(74), 435~436.

23) 일본의 판례는 방해결과를 발생시킬 우려(위험. おそれ)가 있는 행위를 하면 족하다고 본다(昭和 11. 5. 7., 이는 추상적 위험범에 가까운 견해임). 이에 반하여 학설은, 업무를 방해할 위험이 있는 상태를 생기게 하는 것을 요한다고 하여 구체적 위험범으로 보는 견해(団藤, 福田, 大塚)보다, 미수범 규정이 없음에도 현실적으로 업무방해의 결과가 생길 것을 요하는 침해범으로 해석하는 견해가 다수설이다(平野, 中山, 大谷, 曾根, 中森, 西田, 林, 山口, 山中). 보호법익이 ‘業務活動의 圓滑한 遂行’으로 보기 때문이다. 山中敬一, 刑法各論 I, 成文堂(2004), 216.

24) 성수대교 사건(대법원 1997. 11. 28. 선고 97도1740 판결)이나 삼풍백화점 붕괴 사건(대법원 1996. 8. 23. 선고 96도1231 판결)의 경우, 과실범의 공동정범을 인정하지 않고서는 그 책임을 물을 수 없는바, 현대 분업사회에 있어서 과실범의 공동정범은 필요불가결한 개념이 되고 있다.

25) ‘위험사회(Risikogesellschaft)’라는 개념은 독일의 사회학자 Beck이 사용한 용어로, 현대산업사회의 발달 배후에 도사리고 있는 문제점, 즉 주로 환경과 관련하여 원자력, 화학, 생태학 및 유전공학적 발전이 내포한 인간생존의 파괴가능성이 존재하는 사회로서 현대사회를 의미한다. Beck, Risikogesellschaft - Auf dem Weg in eine andere Moderne, 1986[이용식(주 19), 41에서 재인용].

느슨하게 해석할 것은 아니다. 사회상황, 특히 사회통념(convention)에 따라, 일반인들이 납득할 만한 해석을 해야 할 수밖에 없다고 생각된다. 미수범 규정 불비도 고려해야 한다. 물론 사회통념이란 개념 자체가 갖는 추상성은 여전히 문제이다.

여하간 현재 업무방해죄의 포섭범위가 너무나도 확대되어 있다는 문제점은 지적될 수 있다.²⁶⁾ 또한 업무방해죄는 위험사회의 대두와도 큰 관련성이 없다. 업무방해죄가 아니더라도 개인의 활동의 자유는 체포·감금죄, 강요죄 등에 의하여 보호될 수 있다. 업무방해죄는 개인의 신체의 자유를 보호하는 위 규정들보다도 오히려 더욱 강력하게 활동의 자유를 규제하여 남용의 가능성이 크다. 따라서 개별·구체적 사안에 따라 다르겠지만, 사안의 포섭 필요성이 적다면 가능한 **엄격하게 제한해석될 필요성 있다**²⁷⁾고 사료된다.

나. 제3자에 대한 위계, 위력 행사의 경우 업무방해죄 성립에 관한 정리 (위의 논의를 기초로)

1) 제3자를 피해자와 동일시할 수 있는 경우

제3자에 대하여 위계, 위력 행사한 것은 곧 피해자에게 행한 것과 같다. 따라서 업무를 저해할 정도의 상태를 야기하면 족하다는 것이 판례의 입장

26) 위 의안접수번호 1900892호 검토보고서 8~9; 주승희(주 20), 192.

27) 추상적 위험범을 추상적 공공 위험범과 추상적 개인 위험범으로 구별하는 견해와, 추상적 침해적 위험범과 추상적 누적적 위험범으로 구분하는 견해가 있다(류부곤, “추상적 위험범에 관한 연구”, 서울대학교 석사학위논문(2003), 89~93). 후자는 추상적 위험성범과 구체적 위험성범으로 구분하는 견해와 유사하다고 한다[Hirsch, “Strafrecht als Mittel zum Bekämpfung neuer Kriminalitätsformen”, 고려대학교 학술강연자료집(1994), 다만 Hirsch는 구체적 위험성범만 처벌하고 추상적 위험성범은 비범죄화하자는 입장이라 한다. 그 구별기준은 내포된 위험의 정도가 추상적 적성에 그치는가 구체적 위험성을 내포하고 있는가를 들고 있다고 한다 [박기석, “환경범죄의 효율적 대처방안에 관한 연구”, 한양대 박사학위논문(1996), 38]. 업무방해죄를 추상적 침해적 위험범으로 분류하는 류부곤 교수는, 추상적 침해적 위험범은 그 구성요건의 해석을 엄격하게 해야 한다고 함. 즉 구성요건해당성 단계에서 구성요건에 내재된 위험이 존재하지 않는다는 반증이 허용되어야 한다는 것이다(류부곤, 위 논문, 94). 이는 실질적으로는 행위 자체만에 의하여 기수가 된다는 것이 아니라, 평가의 대상이 될 수 있는 위험이라는 결과의 발생을 전제하는 것이라 할 것이다. 즉 실질적으로 구체적 위험범으로 보는 것이다.

으로 보인다.²⁸⁾

다만 제3자에 대한 위계, 위력 행사의 경우 피해자에게 어느 정도의 업무방해 위험이 발생하면 족한지에 관하여는 견해대립이 가능하다. 위 **2000도3231 판결**은 ‘저해할 정도’였음에 반해, **92도58 판결**은 ‘불가능한 정도’였다. 다수의 판례 태도는 전자에 가깝다고 보여진다(추상적 위험범). 다만 위 92도58 판결 사안에서 위계의 상대방은 피해자 회사 소속 근로자들로서 피해자와 실질적으로 동일시할 수 있는 지위였다는 점에 주목할 필요가 있다. 즉 판례 중에는 제3자와 피해자를 동일시할 수 있음에도 업무방해의 요건을 엄격하게 제한하였다고 평가할 수 있는 경우가 있었다.

2) 제3자를 피해자와 동일시할 수 없는 경우

제3자에 대한 위계나 위력 행사로써 곧 피해자에게 행한 것으로 볼 수는 없다. 제3자에게 위계나 위력을 행사하여 제3자의 의사결정 상태에 변화를 가져와야 할 것으로 생각된다. 피해자의 입장에서 제3자는 외계의 물적 상태의 하나로 보아야 할 것이기 때문이다. 따라서 이 경우에는 **업무방해를 위한 물적 상태의 형성과 같은 정도의 평가가 가능하여야 할 것으로** 사료된다. 즉 물적 상태의 형성에 있어 업무방해죄의 성립요건인, ‘**업무수행의 불가능 또는 현저한 곤란**’이라는 요건(**2009도5732 판결**)이 충족되어야 할 것으로 사료된다.²⁹⁾

결국 제3자를 피해자와 동일시할 수 없을 경우, 제3자에게 위력이 행사되었는데 이를 이유로 피해자에 대한 업무방해죄를 긍정하기 위하여는, “**제3자에 대한 위력 행사** → (그 영향력에 의해) → **제3자의 의사결정 상태의 변화** → 그것(그러한 변화)이 **피해자에 대하여 위력으로 평가될 수 있을 것** → (그로 인하여) → **피해자의 자유로운 활동에 불가능 또는 현저한 곤란의 야기**”의 요건이 충족되어야 할 것으로 보인다.

‘이 중 피해자에 대하여 위력으로 평가될 수 있을 것’이라는 요건은 위 **2008도7124 판결**과 관련된다. 위 판결에서 “위력에 해당하는지는 **범행의 일시** ·

28) 위 대법원 2000도3231 판결, 대법원 92도58 판결 등.

29) 위 대법원 2007도2178 판결, 대법원 2009도5732 판결 등.

장소, 범행의 동기, 목적, 인원수, 세력의 태양, 업무의 종류, 피해자의 지위 등 제반 사정을 고려하여 객관적으로 판단하여야 한다.”라고 하여, 위력의 개념이 여러가지 고려요소에 따라 객관적으로 달리 판단될 수도 있음을 시사하고 있다. 특히 ‘피해자의 지위’라는 것에 주목할 필요가 있을 듯하다. 가령, 건장한 1인 시위자가, ‘경호업무 회사의 출입구에서 피켓팅을 하는 것’과 ‘4~5명의 영아들을 보육하는 어린이집 앞에서 피켓팅을 하는 것’은 그 평가에서 동일한 결론을 가져올 수 없을 것이다. 전자의 상황에서는 그 정도 행위만으로 ‘위력’이라 볼 수 없을 것이지만, 후자의 상황에서는 그 정도 행위만으로도 ‘위력’이라 볼 수도 있을 것이기 때문이다.³⁰⁾

그리고 제3자에 대하여 행사된 위력의 영향력으로 제3자의 의사결정 상태가 변화된다고 하더라도, 그러한 의사결정 상태의 변화가 피해자에 대하여 반드시 위력으로 평가되는 것은 아닐 수도 있는 것이다. 가령 하루 1,000명의 손님이 오는 가게 인근에서 그 가게로 가는 것이 분명해 보이는 사람을 협박하여 그 가게에 가지 못하게 할 경우, 직접 협박을 당한 사람에 대하여 그 ‘협박’은 업무방해죄의 위력으로 평가될 수 있는 행위이지만,³¹⁾ 그로 인해 그 사람이 그 가게에 가지 않게 되었다고 하더라도 그러한 의사결정 상태의 변화가 그 가게 주인에 대하여는 ‘위력’으로 평가되지 않을 수 있는 것이다. 즉 제3자에 대한 ‘위력’ 여부 평가와 피해자에 대한 ‘위력’ 여부 평가는 별개로 이루어져야 할 것으로 생각된다.

‘피해자의 자유로운 영업활동에 불가능 또는 현저한 곤란의 야기’라는 조건이 필요한 것인지에 관하여 견해의 대립이 있을 수 있다. 즉 ㉠‘영업활동을 저해할 정도’로도 족하다고 보는 견해와, 전술하였듯 ㉡물적 상태의 형성으로서의 위력 행사의 경우(위 2009도5732 판결)와 마찬가지로 보아 이러한 요건이 필요하다고 보는 견해 있을 수 있다. 피해자와 동일시할 수 없는

30) 특히 경호업 회사와 어린이집이 각자 출연하여 각각 연결하여 건물을 짓고, 건축업자에게 그에 따른 기성금 일부만을 동일하게 지급하여, 시위자가 위 건물이 연결한 사이에서 1인 시위를 하는 경우를 가정해 본다.

31) 물론 업무성의 탈락으로 업무방해죄가 성립되지 않을 수 있으나, 오로지 ‘위력’에 해당하는지 여부만을 검토할 경우.

제3자에 대한 위력 행사로 피해자에게 업무방해죄가 성립된다고 인정하는 것은 엄격하게 볼 필요가 있다. 왜냐하면 ❶ 그렇게 보지 않으면 제3자에 대한 위력 행사에 의하여 업무방해죄가 성립되는 범위가 무한정 확대될 가능성이 있기 때문이다. 그리고 ❷ 제3자에 대한 위력 행사에 의하여 바로 제3자에 대해 업무방해죄가 성립할 수 있으므로, 굳이 그 외에 제3자의 배후에 있는 피해자에 대하여도 업무방해죄를 성립시킬 필요성은 크지 않기 때문이다. 따라서 원칙적으로 제3자가 행위자에 의하여 의사가 제압된 상태가 되어야, 또한 그로 인하여 피해자가 자유로운 업무활동에 ‘불가능 또는 현저한 곤란’이 야기되어야 피해자에 대한 업무방해가 가능할 수 있는 것 아닌가 생각된다. 물론 제3자가 행위자에게 의사지배되는 상황이라면, 그 자체로 피해자에게 그러한 위험이 생길 가능성이 크다. 다만 의사지배되는 상황이더라도, 가령 가게에 가려는 잠재적인 손님에 대해 그와 같은 행위를 하는 것과, 이미 가게에 예약을 하여 가게에서 준비를 마친 상태에 있는 손님에 대해 그와 같은 행위를 하는 것은 분명히 차이가 있다. 전자와 같은 경우에는 행위자의 제3자에 대한 위력행사만으로 피해자의 영업활동에 장애가 초래되었다고 단정하기는 어려울 것이지만, 후자의 경우에는 제3자에 대한 위력행사 및 의사제압(그리하여 가게에 가지 못함)만으로 피해자의 영업활동에 장애가 초래되었다고 평가할 수 있기 때문이다. 두 경우를 공통적으로 묶기 위하여는 추상적 위험범으로 파악되는 업무방해죄에 있어서, **피해자와 동일시할 수 없는 제3자에 대한 위계, 위력 행사의 경우에는 구체적 위험범이나 침해범에 가깝게 해석하여야 합리적인 결론이 도출될 수 있을 것으로** 생각된다. 따라서 가게의 잠재 고객 1명에게 위와 같은 행위를 하는 것은 추상적 위험에 그치지만, 거기에서 더 나아가 잠재 고객 다수에 대하여 그와 같은 행위를 하는 경우(가령 가게의 주변 30m 정도에 숨어서 그 가게로 가려는 사람들 대부분을 못 가게 막는 경우)에는 ‘자유로운 업무활동에 불가능 또는 현저한 곤란’을 야기한 경우에야 비로소 업무방해죄가 성립할 수 있다고 보아야 타당하다고 생각된다(물론 ‘불가능 또는 현저한 곤란’이라는 개념의 해석을 신축성 있게 하여야 할 것이다). 이는 가게

에 예약을 하여 가게에서 자리 마련을 하고 준비를 마친 상태에 있음을 알면서도 그 예약 손님 1명을 가게에 못 가게 할 경우 가게에 대하여 업무방해죄가 성립될 수 있다(왜냐하면 그로 인하여 그 손님이 예약한 부분에 관하여는 자유로운 영업활동에 불가능 또는 현저한 곤란이 야기되었다고 볼 수 있기 때문)는 것과 논리적으로 동일 기준에 포섭될 수 있다고 생각된다. 따라서 ‘불가능 또는 현저한 곤란’의 요건이 필요하다고 생각된다.

다만 ‘피해자에 대하여 위력으로 평가될 수 있을 것’이라는 요건과 ‘피해자의 자유로운 활동에 불가능 또는 현저한 곤란의 야기’라는 요건이 상충하는 경우는 별로 없을 것으로 생각된다. 후자의 요건이 충족되어야 위력으로 평가될 것이기 때문이다. 즉 2008도7124 판결 기준에 의하여 전자의 요건이 충족될 경우 2009도5732 판결 기준에 의한 후자의 요건도 충족되고, 전자의 요건이 충족되지 않는다면 후자의 요건도 충족되지 않는 경우가 대부분일 것이기 때문이다. 물론 반드시 일치하는 것은 아닐 수 있다고 생각된다.³²⁾

2. 이 사건의 검토

가. 사실관계

기록에 의하여 알 수 있는 사실은 다음과 같다.

피고인이 이사장으로 근무하는 조합은 개인택시운송사업에 관한 정부시책에 협력하고 택시운송사업의 합리화와 공익성 제고 및 봉사정신을 최고도로 발휘케 하며 조합원 상호 간에 친목도모 및 사업상 연락과 사업의 발전 등 공동의 이익증진을 도모함을 목적으로 설립되었고,³³⁾ 이러한 목적을 달성하기 위한 사업 중 하나로 새마을금고를 설립한 사실, 새마을금고의 사무소 소재지

32) 일치하지 않는 경우는 마땅히 생각해 내기가 쉽지 아니하다.

33) 조합의 정관 (2009. 3. 17.)

제1조 (목적) 본 조합은 개인택시운송사업에 관한 정부시책에 협력하고 택시운송사업의 합리화와 공익성 제고 및 봉사정신을 최고도로 발휘케 하며 조합원 상호 간에 친목도모 및 사업상 연락과 사업의 발전 등 공동의 이익증진을 도모함을 목적으로 한다.

와 업무구역이 조합 내에 있으며,³⁴⁾ 새마을금고의 임원은 조합의 조합원 자격을 갖추어야 하고, 새마을금고 회원의 구성은 조합원 및 조합 산하기관 직원 및 고용원과 그 가족들이라는 사실,³⁵⁾ 매주 월요일 09:30경 조합 이사장실에서 조합 이사장의 주재하에 조합의 전무, 실장, 부장을 포함하여 새마을금고 상근이사, 상근감사가 참석하여 부서장 회의를 실시하는데, 이는 일주일간의 조합 및 새마을금고의 전반적인 업무에 대한 브리핑 시간으로 활용되는 사실, 택시신문은 2009. 4. 29.경 조합 이사장인 피고인의 실정(失政)을 알리는 기사를 내보내었고,³⁶⁾ 이러한 기사 내용이 조합 집행부를 비방하여 조합을 음해하려 한다는 판단에 따라 2009. 5. 8.경 조합 이사회를 열어 택시신문으로 하여금 ‘○○개인택시신문’이라는 명칭을 사용하지 못하도록 하는 가처분 신청 및 민·형사 제소 등에 관하여 논의하던 중 이사 배병호의 긴급 발의에 의해 조합에 대하여 유해행위를 하는 택시신문에 새마을금고 또는 조합원이 광고를 게재하지 못하도록 하는 방침의 안건을 만장일치로 통과시키고 이를 새마을금고에 공문 형식으로 통보하면서,³⁷⁾ 그 방침에 따르지 않는 새마을금고 소속 조합원은 징계위원회에 회부될 수 있음을 알린 사실, 그 후 단발적으로 택시신문에 광고를 게재해 오던 새마을금고는 광고를 중단하게 된 사실, 피고인과 피해자 모두 새마을금고가 조합에 소속되어 있거나 조합의 산하기관이라는 취지로 진술하고 있는 사실.

제4조 (운영 및 사업) ① 조합은 제1조의 목적을 달성하기 위하여 다음의 사업을 행한다.

사. 조합원의 사업과 생계에 필요한 부품, 주택조합, 새마을금고(신용협동조합), 차량공동구매 및 차량판매사업, 정비공장 (이하 생략)

34) 새마을금고 정관(2007. 3. 26.)

제4조 (사무소의 소재지) ① 본 금고의 주된 사무소는 ○○ 개인택시운송사업조합 내에 둔다. ② 본 금고의 분사무소는 ○○개인택시운송사업조합 소속 사업소 내에 둔다.

제5조 (업무구역) 본 금고의 업무구역은 ○○에 있는 ○○개인택시운송사업조합의 경내로 한다.

35) 새마을금고 정관

제8조 (회원) 금고의 회원은 ○○개인택시운송사업조합원, 조합산하 직원 및 고용원인 자와 그의 배우자 및 직계 혈족인 자 중에서 회원으로 가입한 자로 한다.

36) 2009. 4. 29.자 택시신문

37) 「제목 ‘○○개인택시신문’ 광고 게재 금지 권고 통보」 “1) 이사회 일시: 2009. 5. 8.(금) 10:00, 2) 내용: ‘○○개인택시신문’ 명칭 사용 금지 가처분 신청 및 민·형사 제소의 건을 토의 중 새마을금고나 조합의 조합원이 ‘○○개인택시신문’에 광고를 게재하지 못하도록 하는 긴급 동의 안이 제안되어 만장일치로 결의되었으며 이후 새마을금고 또는 조합의 조합원이 ‘○○개인택시신문’에 광고를 게재할 경우 지위고하를 막론하고 조합 징계위에 회부할 것을 만장일치로 의결함. 끝.”

이러한 사실관계에서 미루어 ‘새마을금고’가 사실상 ‘조합’에 소속되어 있다³⁸⁾고 볼 여지가 충분하다. 즉 새마을금고가 피고인이 이사장으로 있는 조합의 의사결정에 그대로 따를 수밖에 없는 구조(마치 대기업의 계열사와 같은 구조)일 수 있다. 더구나 “이 사건 조합 이사장이 새마을금고 조합원과 임직원들의 노고를 치하하였다.”라는 취지의 관련 인터넷 기사 내용을 보면, 조합과 새마을금고를 상하관계에 있는 기관(산하기관³⁹⁾)으로 볼 여지가 크다.

나. 행위의 주체

이 사건 업무방해죄의 주체는 조합의 대표기관으로서 이사장인 피고인이다(위 93도1483 판결, 96도524 판결 등). 이사회 결의에 참여한 임원들도 공동주체가 될 수 있을 것이다.

다. 행위의 목적, 동기 관련한 보호정도

피고인의 행위를 소비자불매운동의 하나로 볼 수도 있을 것이다. 그러나 그 목적이 정치·사회적인 공공성을 갖는 것이 아니라, 조합과 택시신문 사이의 분쟁에서 유발된, 사적 동기에 기인한 것이라는 점, 상대방이 불매운동의 직접 상대방이기는 하나 소규모 업체라는 점에서, 소비자불매운동이나 표현의 자유 측면에서 크게 보호될 수 있는 성질의 것은 아니다.

38) 피해자 진술 ““○○개인택시조합 새마을금고’가 ‘○○개인택시조합’에 소속되어 있어, 새마을금고 이사장 및 임원은 조합장의 지시를 받지 않으면 징계대상으로 회부되기 때문에 그 지시를 따를 수밖에 없는 상황이고, 피고인은 조합장으로 이러한 공문을 발송할 권한은 없습니다.”; 피해자 증언 “문: ○○시 개인택시 새마을금고는 광의로 ○○개인택시조합에 소속된 기관이지요” “답: 예”; “문: 그렇다면 ○○개인택시조합의 방침이 새마을금고의 방침인데, 개인택시조합이 이사회 결의로 증인 신문에 광고를 하지 않기로 했다면 그것은 조합 자체의 판단인데 그것을 증인이 업무 방해 운운하며 시비를 거는 것은 잘못된 것이 아닌가요” “답: 아닙니다.”

39) 피고인 진술 “○○광역시개인택시운송사업조합의 조합원만이 그 새마을금고의 임원이 될 수 있고 또한 조합원만이 금고의 정회원이 될 수 있습니다. 별도로 설립된 법인이긴 하지만 사실상 운송사업조합의 산하기관으로 보면 될 것입니다.”

라. 조합과 새마을금고 사이의 지시·감독 등 업무관계에 관한 심리미진 측면 상대방에게 업무적인 지시, 권고를 할 수 있는 행위자가 상대방에게 업무범위 내의 지시 등을 하면서 그 지시 등을 관철하기 위하여 다소 과도한 표현을 사용하였다 하더라도 이는 행위자가 자신의 업무상 권한을 행사한 것으로 보아야 하는 것이고, 그러한 과도한 표현만으로 이러한 행위가 업무상 권한행사를 병자하였다거나 사회통념상 용인되는 범위를 넘는 행위라고 단정할 수는 없는 것이다(위 90도114 판결, 94도2422 판결 등 참조).

조합의 방침을 관철하기 위하여 그 방침에 위반한 조합원을 징계위원회에 회부한다는 공문의 표현이, 설령 다소 과도하다 하더라도, 조합 집행부 및 조합에 대한 비판적 보도에 대응하려는 의도에서 택시신문에 광고 게재를 중단하도록 하는 조합 이사회의 결정(결의) 자체가 부당하다고 단정할 수는 없고, 여기에 조합의 정관, 새마을금고의 설립 경위, 새마을금고 임원 및 회원의 구성, 조합과 새마을금고 사이에 주기적으로 이루어지는 업무브리핑 등을 고려하면 조합과 새마을금고는 상호 간 업무적으로 밀접하게 연관되어 있다고 볼 사정이 많으므로, 원심으로서의 조합이 새마을금고에 대하여 광고게재를 중단하도록 요구하는 것이 조합의 업무상 권한범위에 속하는 것인지를 심리한 후, 그 권한범위에 속하는 것이라면 그와 같은 요구의 주관적인 측면과 객관적인 측면을 종합적으로 고려하여 그것이 사회통념상 허용되는 정도를 넘는 것인지를 판단하였어야 한다.

즉 지시·감독 등의 관계에서 조합의 의사결정대로 새마을금고가 따라야 한다면, 조합의 의사결정이 곧 새마을금고의 의사결정으로 동일시될 수 있으므로, 조합의 광고중단 요구는 스스로 광고 게재를 하지 않는다는 의사결정으로 평가할 수 있고, 따라서 그러한 조합의 의사결정을 타할 수는 없을 것이다.⁴⁰⁾

40) 피고인이 이사장으로 있는 조합의 지시에 새마을금고가 따라야 한다면 조합과 새마을금고를 동일시할 수 있다면, 새마을금고를 통한 이 사건 광고중단은 조합의 행위로 평가할 수 있으므로, 계약자유의 원칙상 광고중단은 당연히 가능한 것 아닌가 생각됨(위 2010다28185 판결 참조). 가령 대기업의 총수가 계열사에 대하여 일부 업체와 거래하지 말 것을 지시하였다고 하여 그것이 업무방해가 될 수는 없을 것이기 때문이다. 위 岡山地方裁判所 1967(昭和42).

이에 덧붙여 새마을금고에 광고중단을 요구하는 결정은 조합의 임원의 발의에 의해 조합 이사회 결의를 통하여 이루어진 것으로 조합의 업무로서 행하여진 것이라는 점⁴¹⁾에서 그러한 조합 내부의 의사결정 자체는 업무방해죄의 위력으로 평가하기 어렵다고 보여지고, 이러한 점에서 **피고인은 그러한 의사결정을 새마을금고에 통보하는 것이 업무방해죄의 위력이라고 인식하지 못하였을 수 있다.**

그러나 한편, 새마을금고와 조합은 분리된 조합으로 조합이 새마을금고에 어떠한 사항의 지시나 감독을 할 수 없는 동등한 입장, 즉 조합의 의사결정에 새마을금고가 반드시 따라야 하는 구조가 아니라는 논거⁴²⁾도 있다. 이와 같이 본다면(가령 유관기관 정도인 경우) 아래와 같은 검토가 필요하다(다음 마.항에서 새마을금고에 대하여 가정적으로 검토함).

마. 새마을금고 및 매매상사를 통한 업무방해죄 성립여부(새마을금고에 대하여는, 위 라.와 달리 조합과 새마을금고 사이에 지시·감독 등의 업무관계가 없다는 전제에서 가정적으로 검토함)

피해자와 동일시할 수 없는 제3자에 대한 위력 행사로 피해자에게 업무방해죄가 성립될 수 있을 것인지에 관하여, 위 관련법리에서 검토한 기준에 의하면, 위 요건이 충족되어야 할 것이다.

즉 “제3자에 대한 위력 행사 → (그 영향력에 의해) → 제3자의 의사결정 상태의 변화 → 그것(그러한 변화)이 피해자에 대하여 위력으로 평가될 수 있을 것 → (그로 인하여) → 피해자의 자유로운 활동에 불가능 또는 현저한 곤란의

3. 20. 判決도 참조될 수 있을 것임.

<http://ohmytaxi.cafe24.com/index.php?No=458&Start=300&code=paper&content=&mode=&rdate=&sel=&type=checkview> 참조.

41) 2009. 5. 8.자 이사회 회의록.

42) 피고인 진술 “새마을금고와 저의 개인택시운송조합은 분리된 조합으로 저의 조합에서 새마을금고에 어떠한 사항의 지시나 감독할 수 없는 **동등한 입장**이고, 새마을금고 임원 중 우리 조합원이 몇 명 있는데 그 조합원에 대하여 조합 차원에서 어떠한 잘못이 있다면 조합의 징계를 회부한다는 내용을 통지한 것입니다. 위 공문 자체가 저의 개인 생각으로 공문 생산한 것이 아니고, 이사회 회의를 통하여 내용을 총무부 직원이 만들어 결재를 올리면 제가 결재하여 발송되고 있습니다.”

야기”가 인정되어야 한다.

이 사건에서 피해자는 위력이 직접 행사된 제3자와 동일시할 수 없는 사람이다.

첫 번째 요건으로 제3자에 대하여 위력이 행사된 것으로 볼 수 있는가에 관하여 보면, 매매상사는 그렇게 평가하기 어렵다. 피고인은 이 사건 공소 사실 일시경 매매상사에 전화를 걸어 신문 광고에 게재된 사진에 콜택시 발대식 사진은 포함시키지 말아달라고 하면서 택시신문에 광고를 게재하지 말라는 취지의 이야기를 하였다는 것인데, 이것만으로 위력으로 평가할 수 있을 것인지 의문이기 때문이다. 이에 반하여 새마을금고에 대한 공문 내용은 광고게재 시 인사상 불이익을 주겠다는 취지라서 위력으로 볼 수 있는 여지가 있다.

다음으로 그로 인하여 제3자의 의사결정 상태에 변화가 생겼는가(의사가 제압되었는가)에 관하여 보면, 매매상사는 그렇게 평가될 수 없다. 피고인의 요청에 대하여 “장사하는 사람은 전봇대에 붙여도 광고효과만 있으면 광고를 해야 되는데, (개인택시신문과 같이) 광고하기 좋은 자리에 광고를 안 할 이유가 뭐가 있겠습니까.”라고 맞받아쳤고, 그 이후 2009. 8. 19. 1차례 더 광고를 게재하였으므로,⁴³⁾ 이 요건이 충족되지 않는다. 반면 새마을금고의 경우 피고인과 특수한 관계에 있어 의사결정 상태에 변화가 생겼다고 평가하기에 충분하다.

세 번째 요건으로 그에 따라 제3자가 의사결정을 하였는가, 즉 광고중단을 하였는가의 문제가 있다. 매매상사는 그와 같이 보기 어렵다(위 맞받아쳤다는 진술 및 1차례 더 광고행위). 이에 반하여 새마을금고는 광고를 중단하였다.

마지막으로 위와 같은 행위를 피해자에 대해 위력으로 평가할 수 있는가 및 피해자의 ‘자유로운 영업활동에 불가능 또는 현저한 곤란’이 야기된 것으로 볼 수 있는가가 문제 된다. 양자를 함께 검토한다. 매매상사가 택시신

43) 매매상사 대표자는 택시신문 발행 1회부터 피해자가 발행한 13회까지 한번도 빠짐없이 광고를 실었다고 한다.

문의 광고수입 중 차지하는 비중, 새마을금고가 택시신문의 광고수입 중 차지하는 비중이 문제 된다. 다만 이미 계약이 되어 있는 상태이고 그로 인해 다른 광고주를 모을 수 없는 상황이었다면, 광고중단 자체로 이미 ‘현저한 곤란’의 요건을 충족된 것으로 볼 여지도 있다. 물론 아예 광고계약이 체결되어 있지 아니한 상황이었다면, 그러한 광고중단 정책에 의해 택시신문의 자유로운 활동에 불가능 또는 현저한 곤란을 야기하였다고 볼 수는 없을 것으로 생각된다. 이 사건에서는 피해자에게 그러한 상황(불가능 또는 현저한 곤란)이 야기되었는지 분명하지 아니하다. 단발성 계약이라고 하므로, 새마을금고의 광고 불계재를 이유로 하여 택시신문의 자유로운 업무활동에 불가능 또는 현저한 곤란이 초래된 것인지는 구체적으로 살펴보아야 할 것이다. 새마을금고는 택시신문에 피해자가 발행인이 되기 이전인 2007. 11. 21. 165,000원, 2008. 2. 11., 2008. 3. 14., 2008. 5. 8. 각 33만 원, 피해자가 발행인으로 된 이후인 2009. 5. 22. 88만 원을 지급하였는바, 택시신문의 발행·배포에 소요되는 경비는 110~200만 원 가량이라고 하고, 이 중 새마을금고가 부담하였던 금액이 상당액이기 때문에 새마을금고의 광고주 이탈은 택시신문에게는 자유로운 업무활동에 현저한 곤란을 초래할 수 있는 행위라고 평가할 수 있다. 나아가 합법적 대체행위(즉 과도한 표현이 없이 단지 권고 정도의 공문만 보낸 경우)로도 동일 결과(광고중단)를 상정할 수 있다면 무죄이나, 합법적 대체행위를 상정하더라도 동일한 결과를 가져왔을 것으로 보이지 않는다면 유죄일 것이다.

바. 소결

새마을금고에 대한 광고중단 요구는 내부의 의사결정을 통한 것으로 이를 통해 광고중단이 이루어졌다고 하더라도, 그것이 업무상 권한행사 범위 내의 것이라면 허용되어야 할 것이다. 이에 관하여 심리가 제대로 이루어지지 않았다고 보여진다.

매매상사에 대한 압박으로 매매상사 대표자의 의사결정 상태에 변화를 가져오지 못하였다. 즉 택시신문에 아무런 영향력도 미치지 못하였다고 보

여저 업무방해죄가 성립되지 않는다고 사료된다.

결국 원심에서 유죄로 인정된 새마을금고를 통한 업무방해 부분은 심리 미진으로 파기되어야 하고, 매매상사를 통한 업무방해 부분은 원심을 수긍할 수 있다.

【對象判決의 意義】

대상판결은 정당한 권한 행사가 위압적 요소를 내포하고 있다고 하더라도, 이는 원칙적으로 업무방해죄에 있어서 위력이 될 수 없음을 밝힌 판결이라는 점에 의의가 있다.

2. 형법상 배임죄에 있어서 재산상 손해의 산정

(2013. 4. 26. 선고 2011도6798 판결 : 공2013상, 993)

禹 仁 成

【判決要旨】

1. 업무상배임죄에서 재산상 손해의 유무에 관한 판단은 법률적 판단에 의하지 아니하고 경제적 관점에서 실질적으로 판단하여야 하는데, 여기에는 재산의 처분 등 직접적인 재산의 감소, 보증이나 담보제공 등 채무 부담으로 인한 재산의 감소와 같은 적극적 손해를 야기한 경우는 물론, 객관적으로 보아 취득할 것이 충분히 기대되는데도 임무위배행위로 말미암아 이익을 얻지 못한 경우, 즉 소극적 손해를 야기한 경우도 포함된다. 이러한 소극적 손해는 재산증가를 객관적·개연적으로 기대할 수 있음에도 임무위배행위로 이러한 재산증가가 이루어지지 않은 경우를 의미하므로 임무위배행위가 없었다면 실현되었을 재산 상태와 임무위배행위로 말미암아 현실적으로 실현된 재산 상태를 비교하여 그 유무 및 범위를 산정하여야 한다.

2. 피고인이, 甲이 운영하는 乙 주식회사의 부사장으로 대외 영업활동을 하여 그 활동 및 계약을 乙 회사에 귀속시키기로 甲과 약정하고도 乙 회사에 알리지 않고 피고인 자신이 乙 회사 대표인 것처럼 가장하거나 피고인이 별도로 설립한 丙 주식회사 명의로 금형제작·납품계약을 체결함으로써 乙 회사에 손해를 가하였다고 하여 업무상배임으로 기소된 사안에서, 乙 회사의 재산상 손해는 피고인의 임무위배행위로 乙 회사의 금형제작·납품계약 체결기회가 박탈됨으로써 발생하므로, 원칙적으로 계약을 체결한 때를 기준으로 금형제작·납품계약 대금에 기초하여 산정하여야 하며, 계약 대금 중에서 사후적으로 발생하는 미수금이나 계약 해지로 받지 못하게 되는 나머지 계약대금 등은 특별한 사정이 없는 한 계약 대금에서 공제할 것

이 아닌데도, 이와 달리 금형제작·납품계약 대금 중 미수금 및 계약 해지로 받지 못하게 된 부분은 피고인의 배임행위로 인한 재산상 손해로 인정할 수 없다고 본 원심판결에 업무상배임죄의 재산상 손해에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다고 한 사례.

【參照條文】

1. 형법 제355조 제2항, 제356조 / 2. 형법 제355조 제2항, 제356조

【事案의 概要】

1. 사실관계

피고인은 ‘丙’이라는 상호로 금형제작업체를 운영하다가 재정난에 빠졌던 차에, 2007. 12. 초순경 금형·사출업체인 피해자 ‘乙 회사’(이하 ‘피해자 회사’라 함)를 운영하는 피해자 회사 대표자 甲이 공장을 확장이전하면서 수주물량을 늘이고자 고심하고 있는 사실을 알고, 甲에게 ‘피해자 회사의 공장입지가 좋으니, 내가 피해자 회사의 간판으로 영업을 하면 2년 내에 200억 원 상당의 매출을 올려줄 수 있다’고 제의하여, 이에 응한 甲과 ‘피고인이 피해자 회사의 부사장으로 일하며 영업을 전담하고 그 대가로 피해자 회사로부터 영업수익금의 50%를 지급받는다’는 내용으로 합의하였다.

그리고 피고인은 2008. 1. 2.경 위 피해자 회사의 공장에서, 甲과 ‘피해자 회사와 丙 간에 다음과 같이 기본 합의한다. 1. 대외적인 영업활동 및 계약은 피해자 회사에 귀속한다. 2. 대외활동을 위한 직책은 부사장으로 하고…… 3. 총 계약 중 금형계약에 해당하는 50%는 丙에서 제작하고, 정산방식은 모업체의 지급기준에 의해 정산한다. 4. 부품(사출포함)에 대한 수수료를 개별협의를 원칙으로 하되, 일반적인 기준은 3%…… 5. 임대료는 6개월은 무상으로 추진하되……’는 등의 내용으로 합의서도 작성하였다.

이에 따라 피고인은 2008. 6.경 주식회사 ○○시스템으로부터 3,460만 원 상당의 2008. 9.경 주식회사 ○○○과 8,000만 원 상당의 각 금형제작납품건을 피해자 회사 명의로 수주하여 피해자 회사로 하여금 주문제품을 제작·납품하게 하였고, 피해자 회사로부터 그 2건의 계약으로부터 발생한 순이익의 50%를 지급받기도 하였다.

그런데 피고인은 2008. 6.경 丙을 폐업하고 처남 명의로 丙과 동종업종을 목적으로 하는 ‘주식회사 丁’(이하 ‘丁’이라고 함)이라는 상호의 사업체를 설립한 다음, 이를 기화로 위와 같은 의무에 위반하여, 그동안 축적한 거래처정보를 이용해 甲 몰래 ‘丁’ 명의로 금형·사출 납품건을 수주하고 외주하청을 통해 주문제품을 제작·납품하여 자신이 납품대금을 수령하는 방법으로 피해자 회사를 배제하고 영업이익을 독점하기로 마음먹었다.

그리하여 피고인은 2008. 11. 17.경 ‘주식회사 ○’로부터 금형제작을 의뢰받자, ‘丁’ 명의로 주문받아 외주제작 후 ‘주식회사 ○’에 납품하는 등 아래와 같은 계약을 체결하였다.

순 번	범죄일시	거래업체	피해자	범행방법	계약금 (만 원)
1	2008. 11. 17.경	주식회사 ○	피해자 회사	피해자 몰래 피고인 혹은 피고인이 설립한 ‘丁’ 명 의로 수주하여 납품, 납품 대금 상당의 이익을 취함	1,160
2	2009. 2.경	마○	〃	〃	1,150
3	2009. 3. 28.경	주식회사 마○○	〃	〃	9,000
4.	2009. 4. 13.경	마○		〃	1,600
5	2009. 7. 초순경	주식회사 주○		〃	3,800
이득금액 합계 1억 6,360만 원					

2. 제1심의 판단(전부 유죄)

피고인에게 징역 8월, 집행유예 2년, 80시간 사회봉사명령을 선고하였다.

3. 원심의 판단(파기자판, 일부 이유무죄)

양형은 제1심과 동일하게 선고하였으나, 다만 피고인이 가로챈 계약대금 중 미수금 부분과 해지로 인해 받지 못하게 된 부분은 피고인의 재산상 이익(피해자 회사의 재산상 손해)이 아니라는 취지에서 무죄로 판단하고, 다만 포괄일죄의 관계로 보아 이유 무죄를 선고하였다.

4. 상고이유(검사)

위험범의 취지상 위 무죄 부분도 유죄로 판단되었어야 한다.

5. 해설방향

가. 이 사건과 같은 형태의 행위가 배임행위인지 여부가 문제 된다.

나. 이 사건 배임행위에 있어 배임죄의 기수시기가 문제 된다. 실익은 손해의 산정 기준 시를 정하기 위함으로, 이에 따라 미수금, 해지로 인해 받지 못하게 된 금원도 재산상 손해 산정 시 고려하여야 하는지가 결정되기 때문이다.

다. 재산상 손해의 산정 시, 통상적으로 소요되는 비용을 공제하여야 하는가가 문제 된다. 계약체결 시 계약대금 전체설, 계약체결 시 예상되는 기대이익설 대립이 가능하다.

라. 재산상 손해 산정 시, 미수금 발생을 고려하여야 하는가가 문제 된다.

마. 재산상 손해 산정 시, 계약이 해지되어 받지 못한 금액을 고려하여야 하는가가 문제 된다.

바. 위 기대이익 중에서 피고인에게 귀속될 이익 부분은 공제해야 하는가가 문제 된다.

사. 이 사건 배임행위가 포괄 1죄인지 여부가 문제 된다.

아. 포괄 1죄로 볼 경우, 포괄 1죄의 일부 상소와 이심 및 심판의 범위가 문제 된다.

【解 說】

1. 이 사건과 같은 형태의 행위가 배임행위인지 여부

가. 관련 판례

□ 대법원 2011. 4. 28. 선고 2009도14268 판결

피고인과 甲은 2인 이상이 상호출자하여 공동사업을 경영할 것을 내용으로 하는 민법 제703조가 정한 조합계약을 체결한 것이고, 피고인은 부동산의 소유권이전등기 등 업무에 관하여 동업체인 조합에 대하여 선량한 관리자의 주의로 사무를 처리해야 할 의무가 있으므로 (민법 제707조, 제681조), ‘조합의 사무를 처리하는 자’의 지위에 있다고 할 것(이하 생략)

☞ 이 사건 피고인도 ‘회사의 사무를 처리하는 자’의 지위에 있음.

□ 대법원 1988. 4. 25. 선고 87도2339 판결

피고인은 위 배운경을 위하여 성실히 근무하고 사업비밀을 유지하며, **경업을 하여서는 아니될 업무상의 임무가 있다** 할 것이고, 따라서 피고인이 그의 **독자적인 계산 아래 별도의 업체를 만들어** 위 배운경의 업체와 **비슷한 상호를 사용하여** 같은 거래업체에다 **동일한 물건을 납품한 판시 소위**는 위 배운경과의 신임관계를 저버리는 행위로서 업무상 배임죄가 성립된다 할 것이므로 같은 취지의 원심판단은 정당하고 (이하 생략)

☞ 경업금지의무 위반 행위는 배임행위를 구성할 수 있음.

□ 대법원 2012. 5. 10. 선고 2010도3532 판결【업무상배임·명예훼손】

甲 주식회사와 가맹점 관리대행계약 등을 체결하고 그 대리점으로 서 가맹점 관리업무 등을 수행하는 乙 주식회사 대표이사인 피고인이, 임무에 위배하여 甲 회사의 가맹점을 다른 경쟁업체 가맹점으로 임의로 전환하여 甲 회사에 재산상 손해를 가하였다고 하여 업무상배임으로 기소된 사안에서, 피고인은 甲 회사의 가맹점 관리업무를 대행하는 ‘타인의 사무를 처리하는 자’의 지위에 있는데도, 이와 달리 보아 무죄를 선고한 원심판결에 법리오해의 위법이 있다고 한 사례.

☞ 피고인은 2005. 1.경부터 같은 해 6.경까지 피해자 회사를 위하여 관리 하던 신용카드단말기 가맹업소 139개를 경쟁업체의 가입업체로 전환시켜 업무상배임행위를 함. 제1심은 이러한 업무상배임행위를 포괄일죄로 보았고¹⁾ 그대로 확정됨.

□ 대법원 2001. 5. 8. 선고 99다38699 판결【건물명도등】

제3자에 의한 채권침해가 불법행위를 구성할 수는 있으나 제3자의 채권침해가 반드시 언제나 불법행위가 되는 것은 아니고 채권침해의 태양에 따라 그 성립 여부를 구체적으로 검토하여 정하여야 하는바, 독립한 경제주체 간의 경쟁적 계약관계에 있어서는 단순히 제3자가 채무자와 채권자 간의 계약내용을 알면서 채무자와 채권자 간에 체결된 계약에 위반되는 내용의 계약을 체결한 것만으로는 제3자의 고의·과실 및 위법성을 인정하기에 부족하고, ❶ 제3자가 채무자와 적극 공모하였다거나 또는 ❷ 제3자가 기망·협박 등 사회상규에 반하는 수단을 사용하거나 ❸ **채권자를 해할 의사로 채무자와 계약을 체결하였다는 등의 특별한 사정**이 있는 경우에 한하여 제3자의 고의·과실 및 위법성을 인정하여야 한다.

☞ 정유업체 甲(원고)이 한국도로공사와의 계약에 따라 고속도로 상의 특정 주유소에 자사의 상표를 표시하고 자사의 석유제품을 공급할 권리를 취득하였다 하더라도 이는 채권적 권리에 불과하여 대세적인 효력이 없으므로 한국도로공사와 위 주유소에 관한 운영계약을 체결한 제3자(피고)가 위 주유소에 정유업체 乙의 상호와 상표를 표시하고 그 석유제품을 공급받음으로써 甲의 권리를 사실상 침해하였다는 사정만으

1) 의정부지법 2008. 10. 10. 선고 2007고단1706, 2007고정1879 판결 4쪽 형의 선택에서 다른 죄에는 ‘각’을 붙였음에 반해 업무상배임죄에는 ‘각’을 붙이지 아니함.

로 甲이 제3자인 주유소 운영권자에게 乙과 관련된 시설의 철거나 상호·상표 등의 말소 및 乙 석유제품의 판매금지 등을 구할 수는 없다고 한 사례.²⁾ 이 사건 사안은 채권침해의 유형 중 ㉓에 근접한다고 보여짐. 형법과 사법의 위법성 개념에 관하여 위법일원론과 위법상대성론의 대립이 있으나,³⁾ 위법성 판단은 전체 법률질서에 비추어 내리는 판단이므로 형법과 사법에서 같다고 보아야 할 것임.⁴⁾ 따라서 **채권침해 행위가 구체적인 임무의 위배행위(아래 대법원 2005도7974 판결)로서 고의, 위법성이 인정된다면 배임행위를 구성할 수 있을 것임.**

□ 대법원 2007. 6. 14. 선고 2005도7974 판결

피고인에게 경북광유의 대표이사로서 경업금지의무가 있음은 원심이 판시한 바와 같으나 그 **경업금지의무 위반사실 자체가 곧바로 배임죄를 구성하는 임무위반행위**가 되는 것은 아니며, 다른 구체적인 임무의 **위배행위**가 있어서 경북광유에게 **재산상 손해를 가하여야만** 배임죄가 성립한다고 볼 것이다. 즉 피고인의 유니테크 설립행위와 이 사건 경운대학교 납품계약 미획득에 따른 손해 사이에는 직접적인 인과관계가 있다고 볼 수 없다(→ 유니테크 설립행위 자체를 임무위배행위라고 보지 않고, 그 후의 경운대학교 입찰에 참가하도록 하여야 할 임무에 위배한 것을 기소대상으로 하고 있음).

⇒ 경북광유로 하여금 경운대학교 입찰에 참가하도록 하는 것이 피고인의 임무라고 볼 수 없다는 취지에서, 피고인의 **경북광유에 대한 임무위배행위가 있다고 볼 수 없으므로** 그로 인해 경북광유에 재산상 손해가 발생하였다고 한들 이는 인과관계 있는 손해도 아니라는 취지임.

2) 채권침해의 유형 중 부정경쟁형으로 파악되고 있음. 윤근수, “제3자에 의한 채권침해”, 판례연구 20집(부산판례연구회, 2009), 446. 종래 채권침해의 유형으로 ① 채권의 귀속을 침해하는 경우, ② 급부를 침해한 경우(이 경우를 다시 급부의 침해로 채권이 소멸한 경우와 그렇지 않은 경우로 다시 나눈다), ③ 채무자의 책임재산이나 담보가치를 감소시킨 경우로 나누고 있었으나, 근래에는 ① 부동산·동산 이중거래형, ② 조건부계약위반 유치형(부정경쟁형: 채권자가 채무자와 어떠한 조건이나 특약을 붙여 거래계약을 맺은 경우 제3자가 그와 같은 사정을 잘 알면서 채무자를 유인하여 채무자로 하여금 그와 같은 조건이나 특약을 어기게 하는 형태를 말하고 재판매가격유지, 독점판매 등의 조건이 붙은 경우 채무자가 이를 어기도록 하는 경우 등이 대표적), ③ 부당스카우트형, ④ 노동쟁의형, ⑤ 간접손해형(기업손해형) 등으로 나눈다고 한다. 위 논문, 440 이하.

3) 오선주, “가별적 위법성론에 관한 연구”, 법학논집 2집(청주대 1987), 55~56; 이재상, 형법총론, 박영사(2012), 209(Welzel은 위법일원론의 입장, Stratenwerth는 위법상대성론의 입장으로 보여짐).

4) 이재상(주 3), 209; 김성돈, 형법총론, SKKU(2009), 236.

□ 대법원 2006. 12. 7. 선고 2005다21029 판결

일반적으로 채권에 대하여는 배타적 효력이 부인되고 채권자 상호 간 및 채권자와 제3자 사이에 자유경쟁이 허용되는 것이어서 제3자에 의하여 채권이 침해되었다는 사실만으로 바로 불법행위로 되지는 않는 것이지만, 거래에 있어서의 자유경쟁의 원칙은 법질서가 허용하는 범위 내에서의 공정하고 건전한 경쟁을 전제로 하는 것이므로, 제3자가 채권자를 해한다는 사정을 알면서도 법규에 위반하거나 선량한 풍속 또는 사회질서에 위반하는 등 위법한 행위를 함으로써 채권자의 이익을 침해하였다면 이로써 불법행위가 성립한다고 하지 않을 수 없고, 여기에서 채권침해의 **위법성**은 침해되는 채권의 내용, 침해행위의 태양, 침해자의 고의 내지 해의의 유무 등을 참작하여 구체적·개별적으로 판단하되, 거래자유 보장의 필요성, 경제·사회정책적 요인을 포함한 공공의 이익, 당사자 사이의 이익균형 등을 종합적으로 고려하여야 한다(대법원 2003. 3. 14. 선고 2000다32437 판결 참조).

☞ 이 사건의 경우 침해자의 고의 내지 해의가 명백하므로 민사상 불법행위가 성립됨에는 별다른 이견이 없을 것임. 위 민사판결에서 채권침해의 허용여부(위법성) 판단 기준은 형법에서도 참작될 수 있을 것임.

□ 대법원 2010. 8. 19. 선고 2009도13682 판결

피해자 회사의 대표이사가 위 공사 진행 도중에 피해자 회사와 하도급 회사와의 공사계약관계를 종료시키고 **제3의 회사로 하여금 잔여 공사에 관하여 새로이 공사계약을 체결하게 하였다면, 이는 피해자 회사와의 신임관계를 저버리는 행위로서 임무에 위배되는 행위**라고 할 것이다.

☞ 계약자의 지위를 가로채는 형태의 임무위배행위임. 이 사건과 유사한 형태로 볼 수 있음.

나. 이 사건에의 적용

1) 견해대립의 상정

① 배임행위 부정설

피고인이 피해자 회사로부터 거래 상대방을 가로채어 계약을 체결한 행위는 자유경쟁 체재하에서 허용된다고 보아야 하므로 피고인의 행위는 배임행위가 성립될 수 없다는 견해

② 배임행위 긍정설(원심=제1심)

피고인이 피해자 회사의 대표이사와 사이에 체결한 합의 내용⁵⁾에 의하면, 피고인은 피해자 회사를 위하여 계약을 수주하여 그 영업이익이 피해자 회사에 귀속되도록 할 의무를 부담하므로 배임행위가 성립한다는 견해

2) 검토

배임죄의 보호법익은 재산권이고,⁶⁾ 행위의 객체는 재산상 이익이다.⁷⁾ 재산권에는 물권뿐만 아니라 채권도 있으며, 노동력, 기대권, 정보 등도 재산상 이익이 될 수 있다.⁸⁾ 피고인과 피해자 회사 대표자 사이의 합의서 내용에 의하면, 피고인은 피해자 회사를 위하여 피해자 회사 명의로 금형제작·납품계약을 체결시켜야 할 의무가 있는데, 이를 위반하여 자신이 설립한 회사로 하여금 계약을 체결하도록 하였다.

이 사건과 같이, 피고인이 피해자 회사의 계약체결 상대방을 가로채어 자신이 계약체결을 하는 행위는 채권침해와 유사하다. 피해자 회사가 이미 도급계약을 체결한 상태에서, 피고인이 피해자 회사의 지위를 승계하여, 피해자 회사가 거래 상대방에 대하여 갖는 채권을 취득하는 것과 실질적으로 동일하다고 평가할 수 있기 때문이다.⁹⁾ 위 2005다21029 판결의 “채권의 내

5) ‘2008. 1. 2.자 합의서’ 중 1항 “대외적인 영업활동 및 계약은 피해자 회사에 귀속한다.”, 2항 “대외활동을 위한 피해자 회사 직책은 부사장으로 하고 대외이미지 위상정립과 손해를 입히지 않도록 한다.”, 3항 “총 계약중 금형계약에 해당되는 50%는 병(註: 피고인)에서 제작하고 정산방식은 모업체의 지급기준에 의해 정산한다.”, 5항 “운영형태는 소사장의 형태로 하고 상호 이익과 신의를 목적으로 한다.”, 6항 “임대료는 6개월은 무상으로 추진하되 이익실현 등으로 경영안정을 기해 상관례에 준한 정산 방식을 채택한다.”; 위 1항을 위해 6항의 기재내용과 같이 피해자 회사의 공장 2층을 무상으로 피고인에게 임대해 줌.

6) 이재상, 형법각론, 박영사(2010), 415.

7) 대법원 2005. 10. 28. 선고 2005도4915 판결 “배임죄는 재산상 이익을 객체로 하는 범죄이므로 (이하 생략)”; 대법원 2012. 9. 27. 선고 2011도282 판결 【특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)(인정된죄명:사기)】 (경제적 이익을 기대할 수 있는 자금운용의 권한 내지 지위의 획득도 그 자체로 경제적 가치가 있는 것으로 평가할 수 있다면 사기죄의 객체인 재산상의 이익에 포함된다) ⇨ ‘재산상의 이익’은 사기죄와 배임죄의 공통된 보호법익임. 따라서 배임죄에 있어서도 ① 채권 또는 ② 채권을 취득할 수 있는 계약 체결 기회나 지위의 취득도 재산상 이익에 해당할 수 있음.

8) 이재상(주 6), 298.

9) 물론 피해자 회사가 거래 상대방과 계약을 체결한 바가 없었다는 점에서, 엄밀히는 채권 침해는 아님. 채권을 취득할 기대권을 침해한 것으로 보아야 하는 것임. 제3자의 채권침해 유

용, 침해행위의 태양, 침해자의 고의 내지 해의의 유무 등을 참작하여 구체적·개별적으로 판단하되, 거래자유 보장의 필요성, 경제·사회정책적 요인을 포함한 공공의 이익, 당사자 사이의 이익균형 등을 종합적으로 고려”한다는 기준이 이 사건에서도 참작될 수 있을 것이다. 피고인은 피해자 회사와 체결하도록 할 의무가 있는 채권계약을 고의적으로 가로채어 자신이 설립한 회사 명의로 체결하였으므로, 피고인의 행위는 임무위배행위로서 허용될 수 없는(위법한) 행위라고 평가할 수 있을 것이다. 이에 의하여 피해자 회사는 그 계약에서 취할 수 있는 재산상 이익을 상실하게 되는 손해가 발생하게 된다.¹⁰⁾

따라서 피고인의 행위는 배임행위로서 위법하다고 평가할 수 있다.

2. 배임죄의 기수시기(손해 발생 여부 판단 시기)

가. 관련 판례

1) 계약체결에 의한 채권침해와 배임행위 성립에 관한 판례

□ 대법원 1983. 12. 13. 선고 83도2349 판결

[판시사항] 대표이사가 외국회사와의 대리점계약을 종료케 하고 새로이 대표이사로 재직하게 된 타회사와 대리점계약을 체결하게 한 행위와 업무상 배임 (적극)

[판결요지] (甲)회사의 대표이사가 외국회사와의 대리점계약 관계를 계속 유지발전하여야 할 업무상 임무가 있음에도 불구하고 (甲)회사는 관공서를 상대로 하는 사업을 하기는 적당하지 않으며 자기는 대표이

형으로 ① 채권의 귀속 자체를 침해한 경우, ② 채권의 목적인 급부를 침해한 경우, ③ 책임 재산을 감소시키는 경우로 나누는 것이 종래 통설임[구남수, “제3자의 채권침해로 인한 불법행위의 성립과 손해배상의 범위”, 부산지법 판례연구 7집(1996), 180 이하; 이재진, “제3자에 의한 채권침해”, 조선대 법학논총 1집(1994), 367 이하]. 이 사건의 경우에는 ① 채권의 귀속 자체를 침해한 경우에 가깝다고 사료됨.

- 10) 통상적으로 배임행위로 인한 재산상 이익과 손해 등의 관계는 아래와 같을 것임. 즉 『피해자의 재산상 이익 $\geq$ 피해자의 재산상 손해 $\geq$ 행위자의 재산상 이익』은 『(행위의 객체가 갖는 재산상 이익) $\geq$ (행위로 피해자에게 발생하는 손해 범위) $\geq$ (행위로 행위자에게 발생하는 이익 범위)]임.

사직을 곧 사임할 것이라고 말하며 외국회사로 하여금 대리점 계약의 해지를 통고케 하고 그 해지통고서를 접수하고서도 은닉하여 (甲)회사가 해명을 하는 등의 기회를 잃게 하여 대리점 계약이 종료되게 하고 새로이 대표이사로 재직하게 된 (乙)회사와 대리점계약을 체결하게 함으로써 (乙)회사에게 이득을 취득케 하고 (甲)회사에 손해를 입힌 경우에는 업무상 배임에 해당한다.

□ 대법원 2010. 8. 19. 선고 2009도13682 판결

위 1. 가.항 판시사항 참조

2) 배임죄의 기수시기(재산상 손해 판단의 기준 시)에 관한 판례

□ 대법원 1990. 4. 24. 선고 89도2281 판결【특정경제범죄가중처벌등에관한 법률위반】

피고인이 180,000,000원의 1번 근저당권설정등기가 되어 있는 토지와 건물 중 건물에 대하여만 피해자와 전세계약을 체결하면서 전세금 130,000,000원의 전세권설정등기를 하여 주기로 하고서도 그 등기를 하지 아니한 채 위 토지와 건물에 대하여 제3자에게 270,000,000원의 2번 근저당권설정등기를 경료함으로써 건물의 전세권자인 피해자에게 위 전세금상당의 손해를 입혔다는 내용의 공소범죄사실을 심리함에 있어서, 피해자에게 손해를 입혔는지의 여부는 피고인이 2번 근저당권설정등기를 한 당시의 건물의 담보가치가 얼마나 되는가 하는 점을 밝혀 그 손해의 발생 여부를 판단하여야 할 것인데도 불구하고, 원심이 그로부터 9개월이 지난 후의 위 토지와 건물의 시가합계 액만을 심리한 다음 위 2번 근저당권설정등기에 의하여 피고인의 피해자에 대한 전세금반환채무의 담보능력을 상실하였다고 볼 수 없다고 판단한 것은 배임죄에 있어서의 손해에 관한 법리오해와 심리미진의 위법이 있다고 할 것이다.

☞ 2번 근저당권설정등기를 한 행위 당시가 배임행위의 기수시기라고 보고 그 시점을 손해 발생의 판단 기준 시로 봄.

□ 대법원 2006. 6. 15. 선고 2004도5102 판결【배임】

전세권설정 의무를 부담하는 자가 제3자에게 근저당권을 설정하여 준 경우 그 행위가 배임죄에 해당하는지 여부를 판단하기 위해서는

당시 그 부동산의 시가 및 선순위담보권의 피담보채권액을 계산하여 그 행위로 인하여 당해 부동산의 담보가치가 상실되었는지를 따져 보아야 할 것인바(대법원 1990. 4. 24. 선고 89도2281 판결 등 참조), [이하 생략]

☞ 등기 경료 시에 배임행위는 기수에 이르고 그 시점을 기준으로 손해를 평가하여야 함.

□ 대법원 1993. 9. 28. 선고 93도2206 판결【배임, 사기】

배임죄에 있어서 손해란 현실적인 손해가 발생한 경우뿐만 아니라 재산상의 위험이 발생한 경우도 포함되므로 피해자와 주택에 대한 전세권설정계약을 맺고 전세금의 중도금까지 지급받고도 임의로 타에 근저당권설정등기를 경료해 줌으로써 전세금반환채무에 대한 담보능력 상실의 위험이 발생되었다고 보여진다면 위 등기 경료행위는 배임죄를 구성한다.

☞ 등기 경료 시에 배임행위는 기수에 이르고 그 시점을 기준으로 재산상 손해(내지 위험)를 평가해야 함.

□ 대법원 2010. 12. 23. 선고 2008도8851 판결

배임죄에서 본인에게 손해를 가한 때라 함은 재산적 실해를 가한 경우뿐만 아니라 실해발생의 위험을 초래한 경우도 포함하는 것이므로 피해자의 재산을 무단으로 반출하여 실해발생의 위험을 초래하는 때에는 배임죄의 기수로 되고(대법원 1983. 3. 8. 선고 82도2873 판결, 대법원 2003. 10. 30. 선고 2003도4382 판결 등 참조), 그와 같은 무단 반출 당시의 손해가 배임죄의 손해액이 된다.

위 법리와 기록에 비추어 보면, 피고인은 공소외 1 주식회사의 이익에 반하여 공소외 4 주식회사를 위한 금원차용의 담보에 사용할 의도로 공소외 3 종합금융 주식회사에 보관중인 공소외 1 주식회사의 전환사채 100억 원을 두 차례에 걸쳐 회수할 당시에 이미 업무상배임죄의 기수에 이르며, 이로 인한 손해액은 위 전환사채의 권면액인 100억 원 상당이 된다.

☞ 실해발생의 위험을 초래하는 때에 배임죄는 기수에 이르고, 그 때가 손해발생을 평가하는 기준시점임.

□ 대법원 2011. 11. 24. 선고 2010도11394 판결【특정경제범죄가중처벌등에 관한법률위반(배임)】

[1] (앞 부분 생략) 회사의 대표이사가 회사 명의로 체결한 계약이 관련 법령이나 정관에 위배되어 법률상 효력이 없는 경우에는 그로 인하여 회사가 계약 상대방에게 민법상 불법행위책임을 부담하게 되는 등 특별한 사정이 없는 한 계약의 체결행위만으로 회사에 현실적인 손해가 발생하거나 재산상 실해 발생의 위험이 초래되었다고 할 수 없어서, 그것만으로 배임죄 구성요건이 모두 충족되어 범행이 기수에 이르렀거나 범행이 종료되었다고 볼 수 없다.

[2] 甲 주식회사 대표이사인 피고인이 주주총회 의사록을 허위로 작성하고 이를 근거로 피고인을 비롯한 임직원들과 주식매수선택권 부여계약을 체결함으로써 甲 회사에 재산상 손해를 가하였다고 하며 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)으로 기소된 사안에서, 상법과 정관에 위배되어 법률상 무효인 계약을 체결한 것만으로는 업무상배임죄 구성요건이 완성되거나 범행이 종료되었다고 볼 수 없고, 임직원들이 이후 계약에 기초하여 甲 회사에 주식매수선택권을 행사하고, 피고인이 이에 호응하여 **주식의 실질가치에 미달하는 금액만을 받고 신주를 발행해 줌으로써 비로소 甲 회사에 현실적 손해가 발생하거나 그러한 실해 발생의 위험이 초래되었다고 볼 수 있으므로, 피고인에 대한 업무상배임죄는 피고인이 의도한 배임행위가 모두 실행된 때로서 최종적으로 주식매수선택권이 행사되고 그에 따라 신주가 발행된 시점에 종료되었다고 보아야 하는데도, 이와 달리 계약을 체결한 시점에 범행이 종료되었음을 전제로 공소시효가 완성되었다고 보아 면소를 선고한 원심판결에는 법리오해의 위법이 있다고 한 사례.**

☞ 임무위배행위가 법률상 무효일 경우에는 원칙적으로 회사에 손해발생의 위험이 있다고 보기 어려워 배임행위가 있다고 보기 어렵고, 그 후 손해발생의 위험이 발생하는 시점(주식매수청구권이 행사되어 신주가 발행된 시점)이 배임행위가 기수 혹은 종료에 이른 때로 본 사례. 이 사건에서는 피고인이 계약 체결 기회를 가로채어 스스로(혹은 제3자 명의로) 계약을 체결하는 행위 자체가 법률상 무효라고 볼 수 없고 그 시점에 피해자 회사에 재산상 손해 발생의 위험 내지 실해가 생겼다고 보아야 할 것이므로, 그 가로챌 계약 체결 시점에 배임행위는 기수에 이르렀다고 보아야 할 것임.

나. 이 사건에의 적용

1) 이 사건 배임행위의 기수 시점에 관한 견해대립

① 계약체결시점(행위자가 계약을 가로채어 자신이 계약을 체결한 때)

행위자가 피해자 회사와 제3자 사이에 계약이 체결되도록 하여야 할 임무를 위배하여, 행위자와 제3자 사이에 계약을 체결하여 그 계약으로부터 이익을 취득할 수 있는 지위를 얻게 된 때에, 피해자 회사는 그러한 이익을 취득할 수 있는 기회를 박탈당하게 되어 배임행위는 기수에 이른다는 견해로, ❶ 배임죄의 위험범으로서의 속성상, 실해 발생이 있어야 기수에 이르는 것이 아니라는 점, ❷ 더욱이 계약체결기회를 가로채는 행위는, 계약체결기회를 피해자가 다시 회복할 수 있는 가능성이 없는 이상, 그 행위의 완성만으로 실해가 발생한 것으로 평가될 수 있다는 점을 논거로 한다.

② 이행시점(행위자와 제3자 사이에 체결된 계약의 이행이 완료한 때)

행위자와 제3자 사이에 계약이 체결된 것만으로는 행위자에게 현실적인 이익이 생겼다고 볼 수 없고, 마찬가지로 피해자 회사에도 현실적인 손해가 발생하였다고 볼 수 없다. 그러한 손해의 현실화는 제3자가 행위자에게 금원을 지급할 때라고 볼 것이라는 견해로, 계약이 해지되어 다시 피해자와 계약체결될 가능성이 있으므로, 피해자가 계약체결할 수 있는 기회가 박탈되었다고 평가할 수 있는 시점에 기수에 이른다고 보아야 하고, 따라서 행위자와 제3자 사이에 체결된 계약이 이행되어야 배임행위는 기수에 이르렀다고 보아야 한다는 점을 논거로 한다.

③ 검토

배임죄는 위험범이다. 즉 현실적인 재산상 손해액이 확정될 필요까지는 없고 단지 재산상 권리의 실행을 불가능하게 할 염려 있는 상태 또는 손해발생의 위험이 있는 경우에 바로 성립한다.¹¹⁾

따라서 행위자와 제3자 사이에 체결된 계약이 이행되어 행위자가 현실

11) 대법원 2000. 4. 11. 선고 99도334 판결.

적인 이익을 취득하여 피해자에게 현실적인 손해가 발생할 때가 아니라, 피해자 회사가 제3자와의 계약체결이 배제되는 상태가 된 경우, 즉 행위자와 제3자 사이에 계약이 체결되어 피해자 회사의 제3자에 대한 채권행사가 불가능하게 될 위험이 발생한 경우에 손해발생의 위험이 발생된 것으로 보아야 한다.

따라서 행위자와 제3자 사이의 계약체결시점이 타당하다. 위 **83도2349 판결(대리점계약을 체결하게 함으로써 (乙)회사에게 이득을 취득케 하고 (甲)회사에 손해를 입힌 경우)**, **2009도13682 판결(새로이 공사계약을 체결하게 하였다면, 이는 피해자 회사와의 신임관계를 저버리는 행위로서 임무에 위배되는 행위)**도 이러한 전제에 서 있다고 보여진다.

2) 이 사건에의 적용

이 사건에서 행위자 자신이 설립한 회사와 제3자 사이의 계약 체결 시에 배임행위는 기수에 이르게 된다고 보아야 할 것이다. 이 사건과 같이 계약을 가로채는 형태의 배임행위에 있어서 본인의 민사상 권리구제방법으로 행위자에 대하여 손해배상 등을 청구할 수 있을 뿐 거래 상대방에 대하여 권리주장(자신과 다시 계약을 체결하라는 등)을 할 수는 없다는 점에서, 피고인이 계약 체결 기회를 가로채어 자신이 설립한 회사 명의로 계약을 체결할 때에 이미 본인 입장에서는 손해발생의 위험이 아니라 **현실적인 손해(실해)가 발생한 것으로 볼 수도 있다.**

논의의 실익은 다음과 같다. 배임행위의 기수 시점에 피해자 회사의 재산상 손해를 산정하여야 한다는 점에 실익이 있다. 위 **89도2281 판결**, **93도2206 판결**, **2004도5102 판결** 등도 배임행위 기수 시점에 손해 발생 여부를 판단하여야 한다는 입장으로 보여진다. 이와 같은 입장에 따를 경우에는 계약을 가로채어 행위자가 계약을 체결한 이후, 실제로 거래 상대방이 계약을 모두 이행하였는지(미수금이 발생하였는지) 여부, 또한 그 계약이 해지되었는지 여부는 재산상 손해액 산정에 있어 문제 되지 않는다고 보게 될 것이다. 왜냐하면 배임죄는 위험범으로 예상되는 기대이익을 기수 시점에 산정하면 족하고(설사 나중에 예상되는 기대이익보다 재산상 손해가 적

게 발생하였다고 하더라도 차감할 필요가 없음), 우연한 사정에 의해 행위자가 기대이익 이상의 실수익이 생겼다고 하더라도 행위자가 이러한 우연한 사정까지 배임행위의 기수 시점에 예견할 수 있었다고 볼 수는 없기 때문이다.¹²⁾ 따라서 기수 이후 사후적으로 발생한 미수금, 해지로 인한 부분을 재산상 손해 산정에 고려한 원심은 위법하다고 할 것이다(아래에서 다시 살펴본다).

3. 재산상 손해의 산정 시 통상적인 소요 경비를 공제하여야 하는지 여부

가. 관련 판례

1) 원칙 ⇒ 재산상 손해는 실질적으로 판단해야 한다

□ 대법원 2009. 5. 29. 선고 2007도4949 전원합의체 판결

업무상배임죄는 …… (중략) …… ‘재산상의 손해를 가한 때’라 함은 총체적으로 보아 본인의 재산 상태에 손해를 가하는 경우를 말하고, 현실적인 손해를 가한 경우뿐 아니라 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우를 포함한다. 이러한 재산상 손해의 유무에 관한 판단은 법률적 판단에 의하지 아니하고 **경제적 관점에서 실질적으로 판단**되어야 하는바, 여기에는 재산의 처분 등 직접적인 재산의 감소, 보증이나 담보제공 등 채무 부담으로 인한 재산의 감소와 같은 적극적 손해를 야기한 경우는 물론, 객관적으로 보아 취득할 것이 충분히 기대되는데도 임무위배행위로 말미암아 이익을 얻지 못한 경우, 즉 소극적 손해를 야기한 경우도 포함된다(대법원 1972. 5. 23. 선고 71도2334 판결, 대법원 2003. 10. 10. 선고 2003도3516 판결.¹³⁾ 대법원 2008. 5. 15. 선고 2005도7911 판결 등 참조). 이러한 소극적 손해는 재산증가를 객관적·개연적으로 기대할 수 있음에도 임무위배행위로 이러한 재산증가

12) 배임의 주관적 구성요건요소로서 고의 내지 불법영득의사가 있다고 보기 어렵다.

13) **2003도3516 판결** “업무상배임죄에 있어서 본인에게 손해를 가하다 함은 총체적으로 보아 본인의 재산상태에 손해를 가하는 경우를 말하고(대법원 1972. 5. 23. 선고 71도2334 판결 등 참조), 위와 같은 손해에는 장차 취득할 것이 기대되는 이익을 얻지 못하는 경우도 포함된다.”

가 이루어지지 않은 경우를 의미하는 것이므로 임무위배행위가 없었다면 실현되었을 재산 상태와 임무위배행위로 말미암아 현실적으로 실현된 재산 상태를 비교하여 그 유무 및 범위를 산정하여야 할 것이다.

① 채권성립에 필요한 통상적인 소요 경비 등을 공제한 사례

□ 대법원 2010. 8. 19. 선고 2009도13682 판결【업무상 배임 등】

회사의 대표이사는 회사에 대하여 법령과 정관의 규정에 따라 성실하게 회사에 최선의 이익이 되도록 직무를 수행하여야 할 선관주의의무 내지 충실의무를 부담하는바, 피해자 회사가 하수급받은 공사를 정상적으로 진행하고 있었고 별다른 사정변경이 없었음에도 피해자 회사의 대표이사가 위 공사 진행 도중에 피해자 회사와 하도급 회사와의 공사계약관계를 종료시키고 제3의 회사로 하여금 잔여공사에 관하여 새로이 공사계약을 체결하게 하였다면, 이는 피해자 회사와의 신임관계를 저버리는 행위로서 임무에 위배되는 행위라고 할 것이다. 이 경우에 새로이 체결된 공사계약금액 전체를 피해자 회사에게 발생한 재산상 손해액이라고 할 수는 없고, 통상적인 소요 경비 등을 공제한 나머지 금액만이 피해자 회사가 입게 된 손해에 해당한다고 할 것이고, 그러한 비용 등을 산정할 수 없는 특별한 사정이 있다면 피해자 회사에게는 가액을 산정할 수 없는 손해가 발생하였다고 봄이 상당하다.

☞ 임무위배행위 없었다면 본인이 공사대금 채권을 취득하기 위하여 필요비(원자재비, 인건비 등)를 지출하였어야 할 것임. 즉 본인의 채권 성립에 필요비가 소요된다면 그 부분은 공제하여야 한다는 취지로 볼 수 있음. 한편 업무상배임행위로 회사 명의로 대출을 받는 경우, 대출수수료 등과 같이 대출과 관련하여 발생하는 필요비는 원래 대출금과 별도로 지급되어야 할 것인데 편의상 대출금에서 이를 공제하는 것일 뿐이므로, 이는 업무상 배임행위로 인한 재산상 손해액에 포함되어야 할 것임.¹⁴⁾

14) 대법원 2007. 1. 12. 선고 2006도6464 판결【특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)·업무상배임】

② 침해된 실질가치를 재산상 손해로 본 사례

□ 대법원 2002. 2. 26. 선고 2001도6522 판결

금전채무의 변제에 갈음하여 부동산의 소유권을 이전하여 주기로 약정한 채무자가 제3자에게 그 부동산의 소유권을 이전하여 준 경우 채권자가 입은 손해는 그 금전채권 상당액이고, 그 부동산의 소유권을 제3자에게 이전할 당시 그 부동산의 시가 상당액이 금전채권의 수액에 못 미칠 경우에는 그 시가 상당액이라 할 것이며, 이 경우 부동산에 관하여 다른 채권자를 위한 근저당권이 설정되어 있을 경우에는 그 시가 상당액에서 근저당권의 피담보채무액을 공제한 나머지 상당액이 채권자가 입은 손해액이라 할 것이다.

☞ 본인의 물권 취득에 대한 기대권 침해 사례. 취득이 기대되는 물권의 실질가치(물건의 시가-근저당권의 피담보채무액)가 재산상 손해라는 것임.

□ 대법원 2007. 3. 15. 선고 2004도5742 판결【특정경제범죄가중처벌등에 관한법률위반(배임)·업무상배임·상법위반】

⇒ 회사의 대표이사가 부당히 고가로 다른 회사 주식을 매수한 경우 회사에 가한 손해를 그 주식의 통상 매매대금과 적정 가액 사이의 차액 상당이라고 한 사례¹⁵⁾

□ 대법원 2011. 4. 28. 선고 2009도14268 판결

피고인이 甲과 공동으로 토지를 매수하여 그 지상에 창고사업을 하는 내용의 동업약정을 하고 동업재산이 될 토지에 관한 매매계약을 체결한 다음 매도인에게 계약금을 지급하였는데, 이후 소유권이전등기 업무를 처리하면서 甲 몰래 매도인과 사이에 위 매매계약을 해제하고 甲을 배제하는 내용의 새로운 매매계약을 체결한 다음 제3자 명의로 소유권이전등기를 마친 사안에서, 피해자인 조합으로서는 **장차 취득할 것이 기대되었던 토지의 가치에 상응하는 재산이 감소되었지만 다른 한편으로는 토지의 잔금지급의무를 면하게 되었으므로 토지의 매**

15) 같은 취지로 **대법원 1999. 4. 27. 선고 99도883 판결【업무상배임·배임수재】**(타인을 위하여 도급계약을 체결할 임무가 있는 자가 부당하게 높은 가격으로 도급계약을 체결하여 배임행위를 한 경우 도급계약상 도급금액에서 정당한 도급금액을 공제한 금액이 재산상 손해라고 한 사례)

수대금 상당액이 위 배임행위로 인하여 조합이 입게 된 재산상 손해액에 해당한다고 할 수는 없는데도, 피고인이 얻은 이득액 및 피해자가 입은 손해액을 토지의 매수대금 상당액으로 인정하여 피고인을 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)죄로 의율한 원심판단에 배임죄의 재산상 손해액에 관한 범리오해의 위법이 있다고 한 사례.

☞ 피고인이 2,000만 원, 甲이 8,000만 원을 부담하여 8억 7,000만 원의 토지를 매수하기로 하면서 그 소유권이전등기를 피고인이 하기로 하였으나, 피고인이 그 임무에 위반하여 제3자에게 위 토지의 소유권이전등기를 경료하여 준 사안에서, 원심은 8억 7,000만 원 전액을 재산상 손해로 계산하였으나, 피해자는 8,000만 원 및 토지의 가치에서 8억 7,000만 원을 공제한 금액 상당의 손해를 입었다는 이유에서 원심판결을 파기한 사례.¹⁶⁾

2) 통상적인 소요 경비에 관한 판단을 하지 아니한 사례

□ 대법원 2011. 11. 10. 선고 2009도8247 판결【업무상배임 등】

“피고인들이 피해자 연구소에서 근무하는 기간 동안 위 연구소와 동일한 사업을 영위하기 위하여 별도의 재단법인과 그 수익사업 명목의 의원을 개설하고 피해자 연구소의 거래처인 병의원들을 상대로 자신이 개설한 의원으로 임상검사 의뢰를 하도록 요청한 다음, 이에 응한 거래처로부터 2007. 8. 1. 이후 임상검사를 의뢰받고 검사비를 수령한 사실을 인정하고, 이러한 피고인들의 행위가 근로자로서 경영행위 등으로 사용자에게 해가 되는 행위를 하여서는 아니 된다는 업무상 임무에 위배하여 피해자에게 위 검사비 상당의 손해를 가한 것으로서 업무상배임죄를 구성하며, 피고인들이 실제 임상검사를 의뢰받거나 검사비를 수령한 것이 피해자 연구소에서 퇴직한 이후라고 하더라도 달라지지 않고, 나아가 피고인들의 행위가 사회상규에 반하지 않는다고 볼 수도 없다.”고 본 원심을 수긍한 사례.

☞ 위 판결은 재산상 손해를 검사비 상당의 손해로 파악함. 제1심판결에 의하면 ‘피해자 연구소가 스스로 인정하는 매출액 대비 순수익률은 약

16) 김경수, “민법상 조합계약을 체결한 후 배임행위를 한 경우 그 피해자 및 재산상 손해의 산정방법”, 판례해설(88), 644~645.

2%’이므로¹⁷⁾ 위 검사비 상당의 2%가 실질적 손해라고 볼 여지가 있음. 즉 재산상 손해 계산 시 검사에 소요되는 비용을 공제하지 아니함
 → 이 판결에서 재산상 손해를 산정함에 있어 필요 경비를 공제하지 않은 것은 위 2009도13682 판결과 모순된다고 볼 여지 있으나 위 2009도13682 판결에서 필요 경비 공제 주장은 상고이유였음에 반하여, 위 2009도8247 판결에서 문제 되었던 것은 퇴직 이후에도 배임행위가 가능한지, 업무방해가 성립되는지 여부였고, 재산상 손해의 산정은 쟁점(상고이유)이 아니었으므로 배치된다고 볼 수는 없다. 판결 결과에 영향을 미친 것인지 여부와 관련하여서는 ❶ 위 사건 제1심판결 7쪽을 보면 실질적 손해는 매출액 대비 순수익률 2% 가량이라고 하여 이를 양형에 고려하고 있기 때문에, 필요 경비를 공제하지 아니한 위법이 있더라도 판결 결과(선고 형량)에 영향을 미쳤다고 보기 어렵다는 견해와 ❷ 순수익률 상당액만이 유죄로 인정되고 나머지가 일부 이유 무죄로 될 경우, 양형의 조건을 참작함에 있어 차이가 생길 수 있고 따라서 선고 형량을 정함에 차이가 있을 수 있으므로¹⁸⁾ 판결 결과에 영향을 미쳤다고 보아야 한다는 견해가 대립 가능하다.

나. 이 사건에의 적용

1) 이 사건과 같은 형태의 배임행위 시 재산상 손해액 산정에 관한 견해대립

① 도급계약 전체 금액설

피해자 회사가 취득할 수 있었던 금액은, 피해자 회사가 제3자와 체결할 수 있었던 도급계약에 있어 전체 계약대금이다.

② 도급계약 금액에서 예상 필요 경비(하도급계약 금액 등) 차감설

기계제작 도급계약이 체결되면, 그 기계를 자체적으로 제작하는 것이 아니라, 그 기계를 제작할 수 있는 업체에 기계제작을 하도급(하청)하여 그 업체로 하여금 기계를 제작하도록 한 다음 그 업체에 하도급대금을 지급한다. 즉 기계제작 도급계약금에서 하도급계약금을 차감한 금액이 재산상 손해이다.

17) 전주지법 2009. 1. 21. 선고 2008고단20 판결 (7쪽).

18) 대법원 2005. 10. 27. 선고 2005도5432 판결(상상적 경합 관계에 있는 수죄 중 그 일부만 유죄로 인정된 경우와 그 전부가 유죄로 인정된 경우와는 양형의 조건을 참작함에 있어 차이가 생기고 따라서 선고 형량을 정함에 있어서 차이가 있을 수 있어 결국 판결 결과에 영향을 미치게 되는 것이므로).

설사 기계제작 도급계약이 체결된 후 자체적으로 제작한다 하더라도, 그 원자재 비용 등은 필요적으로 소요되는 것이므로 차감하여야 할 것이다.

③ 각 견해의 논거 및 비판

전체 금액설	차감설 (실질적 기대이익설)
도급계약 금액 전체가 피해자 회사에 입금되어야 하므로, 그 미입금 금액 전체가 손해임.	→ 행위책임 원칙 ¹⁹⁾ 상 기대이익 계산해야 함. 필요 경비 부분까지 책임지울 수 없음. 행위자의 기대이익은 피해자 회사의 기대이익에서 도출됨(주 11).
↓	↓
실질적인 기대이익을 계산해 내기 어려움.	→ 실질적인 기대이익은 검사가 입증하거나 법원이 계산해야 함. 가령 감정 등.
↓	↓
형사재판과 민사재판에서의 재산상 손해가 같아질 수는 없음. 형사재판에서 민사재판과 같은 엄밀함을 요구할 수는 없음.	→ 형사재판과 민사재판에서의 손해액 산정이 같아질 수도 있으나, 실제로는 다른 경우도 많음. 실질적인 기대이익 산정이, 형사 및 민사재판에서 재산상 손해액 산정의 엄밀한 일치를 의미하는 것은 아님.
↓	↓
손해액 산정이 달라질 수 있다는 것은, 엄밀하게 보자면, 행위책임 원칙이 달성되지 않았음을 의미함. 즉 민사법과 같은 잣대로 형사재판을 할 수는 없음.	→ 행위책임 원칙이 최대한 달성될 수 있도록 노력하여야지, 일부 달성되지 않는 경우가 있다 하여 전부를 포기할 수는 없는 노릇임. 재산상 손해 산정 어렵다 하여 형사처벌이 포기되는 것 아님. ²⁰⁾

19) 행위책임 원칙이란 ‘행위자의 불법과 책임이 온전히 평가되어야 한다’는 원칙을 말함. 한상훈, “상상적 경합의 명시기능과 이중평가금지의 상충 여부”, 비교형사법연구 9권 1호(2007. 7.), 108. 즉 ‘불법과 책임에 상응한 형벌이 부과되어야 한다’는 것임.

20) 대법원 2001. 11. 13. 선고 2001도3531 판결(이러한 재산상 손해는 그 액수를 구체적으로 산정할 수 없는 것이라 할 것이다).

2) 검토

배임행위에 의해 침해되는 재산권의 종류(물권인가 채권인가), 채권일 경우 반대급부의 이행의무가 존재하는지, 쌍무계약에 기한 채권이라면 반대급부의 이행이 어느 정도 되었는지, 재산상 이익 취득에 대한 기대인지, 재산권의 성립 내지 행사를 위하여 비용이 필요적으로 소요되는지 등에 따라 재산상 손해액은 달라질 것이다.

행위자가 본인의 재산권 중 물권을 침해하는 행위를 한 경우(본인 소유 물건을 담보로 제공하는 행위 등)에는 물권의 목적인 재산의 가치를 평가하여야 할 것이다. 물권에 아무런 부담이 없다면 물권의 대상인 물건의 시가 상당액이 될 것이지만, 물권에 부담이 있다면 이를 공제한 금액이 재산상 손해액일 것이다(위 **2001도6522 판결**). 이는 영업비밀이나 지적재산권에 있어서도 마찬가지라고 볼 것이다(**98도4704 판결**²¹⁾).

본인의 재산권 침해 행위에 반대급부가 결부되어 있다면 반대급부의 성질(그것이 본인에게 필요한 것인가, 필요하지 않은 것인가)에 따라서 이를 재산상 손해에서 공제하여야 할 경우가 있을 수 있다.²²⁾

행위자가 본인의 금전채권(대여금 채권)을 제3자에게 양도하거나 담보로 제공하는 방식으로 임무위배행위를 하였다면 금전채권 가액 전체가 재산상 손해가 될 수 있을 것이다.

쌍무계약에 있어 상대방에 대한 채무이행의 정도에 따라 채권의 가치가 달라지는 경우에는 임무위배행위가 언제 있었는가에 따라서 재산상 손해는

21) **대법원 1999. 3. 12. 선고 98도4704 판결** 【특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임, 인정된 죄명: 업무상배임)·절도·부정경쟁방지법위반】(영업비밀을 취득함으로써 얻는 이익은 그 영업비밀이 가지는 재산가치 상당이고, 그 재산가치는 그 영업비밀을 가지고 경쟁사 등 다른 업체에서 제품을 만들 경우, 그 영업비밀로 인하여 기술개발에 소요되는 비용이 감소되는 경우의 그 감소분 상당과 나아가 그 영업비밀을 이용하여 제품생산에까지 발전시킬 경우 제품판매이익 중 그 영업비밀이 제공되지 않았을 경우의 차액 상당으로서 그러한 가치를 감안하여 시장경제원리에 의하여 형성될 시장교환가액이다)

22) 김경수(주 16), 639~642; **2004도7053 판결**, **2009도6347 판결**, **2001도3531 판결**, **2008도12112 판결**, **2005도4338 판결** 등에서는 재산상 손해에 상응하는 재산상 이익을 공제하여야 한다고 보았으나(그 재산상 이익이 본인 입장에서 불필요한 것으로 볼 수 없는 경우들이었음), **73도1881 판결**, **78도958 판결**, **2004도5685 판결**에서는 반대급부로 본인이 얻는 이익이 있더라도 재산상 손해에서 공제할 것은 아니라고 봄(그 반대급부가 본인 입장에서 불필요한 경우들이었음).

달라질 수 있을 것이다. 가령 제3자로부터 본인이 기계제작을 도급받은 경우, 그 도급계약 직후 행위자가 본인의 수급인으로서의 지위를 가로채는 임무위배행위를 하였을 경우에는 수급인으로서의 일이 완성되었을 때 도급계약에 기한 금전채권을 취득하게 되므로 일의 완성에 소요되는 경비를 공제한 나머지 금액 상당의 손해가 본인에게 발생하게 될 것이다. 그러나 본인이 기계제작을 1/2 가량 완성한 단계에서 행위자가 수급인 지위를 가로채었다면 계약 초기 단계에서 가로챈 경우와 달리 평가되어야 할 것이고,²³⁾ 나아가 본인이 기계제작을 완료하여 더 이상 반대급부를 이행할 것이 없는 상태에서 수급인 지위를 가로채었다면 공제될 경비가 없을 수 있다.²⁴⁾

계약 체결로 인한 기대이익이 ‘0’ 또는 ‘음의 수’인 경우도 있을 수 있다. 가령 관급공사의 수급인 자격 취득을 목적으로, 매출 실적을 올리기 위해 출혈(손해)을 감수하고 도급계약을 체결하는 경우를 예정할 수 있다. 이러한 경우 그 계약을 가로채었을 때 침해되는 재산상 이익은, 차후 매출 실적을 올림으로써 관급공사를 얻을 수 있는 기대(가능성)라고 할 것이지 계약대금 전체라고 볼 것은 아니다(물론 이와 같은 경우 배임행위를 감행하는 경우는 드물 것이나, 행위자도 동일한 이익이 기대되는 자라면 배임행위를 감행할 것이고 이 경우 침해되는 재산상 이익은 위와 같은 기대이익이라 할 것이다).

나아가 본인의 기술로는 기대이익이 ‘음의 수’이나 행위자 기술로는 기대이익이 ‘양의 수’이고, 본인이 그와 같은 경우 계약을 체결하지 않을 것이 충분히 예상되어 행위자가 계약을 가로챘다면, 본인이 입는 재산상 손해는 없는 것으로 평가함이 타당하다.²⁵⁾

23) 물론 경비 등의 채무도 함께 인수하는가, 경비 등의 채무는 중간정산되었는가에 따라 달라질 것이고, 보수지급채권 자체가 중간정산 되었는가 여부에 따라서도 달라질 것임.

24) 가령 본인이 거래 상대방과 1억 원의 공사계약을 체결하는 경우를 상정해 봄. 공사계약 체결만으로 1억 원의 공사대금채권을 취득(혹은 행사가능)하는 것은 아님. 공사가 완성되어야 비로소 1억 원의 공사대금채권을 취득(혹은 행사가능)하게 됨. 즉 공사가 개시되기 이전의 상태에서는 공사대금채권을 취득(혹은 행사가능)할 수 있는 지위를 취득하는 것임. 이러한 지위에 기한 재산상 이익은 공사완성으로 인해 취할 수 있는 기대이익임.

25) 물론 계약체결 금액을 재산상 손해로 볼 경우 배임죄가 성립하나 본인의 추정적 승낙이 있어 위법성이 조각된다고 이론구성할 수도 있을 것임. 기대이익을 손해로 본다면, 불법영득의

따라서 도급계약을 체결할 수 있도록 해야 하는 임무를 위배하여 본인의 도급계약 체결 가능성을 배제시키는 배임행위를 하였다면, 그 도급계약이 모두 이행되어 상대방에게 금전의 지급을 청구할 수 있을 때까지 소요되는 경비를 공제하는 것이 타당하다고 보여진다. 즉 계약을 가로채는 형태의 배임행위가 있을 경우 계약체결 당시(기수 시점) 수급인이 얻을 수 있는 기대이익이 재산상 손해로 평가되어야 할 것으로 사료된다. 그와 같은 기대이익이 피해자 회사의 재산상 이익으로서 침해의 대상이 되는 재산상 손해인 것이다(위 2009도13682 판결). 즉 원칙적으로 ‘도급계약 체결 금액 - (예상) 필요 경비’가 피해자 회사의 기대이익으로서 재산상 손해이다.

따라서 이러한 필요 경비를 고려하지 아니한 원심의 판단은 잘못되었다고 볼 것이다. 다만 그렇다고 하더라도 피고인이 상고하지 아니한 사건에서, 이 부분을 직권으로 심판할 수 있는지 여부와 관련하여(형소법 제384조), 이 부분의 잘못이 판결에 영향을 미쳤는지는 심판의 대상 및 직권심판사유 등에 관련되어 있으므로, 이에 관하여 아래에서 다시 살펴본다(형소법 제383조 제1호).

4. 재산상 손해 산정 시, 미수금을 ‘도급계약 금액’에서 공제하여야 하는가?

가. 관련 판례

□ 대법원 1989. 4. 11. 선고 88도1247 판결

배임죄는 현실적인 재산상 손해액이 확정될 필요없이 재산상 권리의 실행을 불가능하게 할 염려있는 상태 또는 손해발생의 위험이 있으면 성립되는 위태범이므로 은행원이 그 임무에 위배하여 부정대출 행위에 관여한 때에는 그 대출금 전액에 대하여 배임죄가 성립하며, 그것을 제3자가 취득한 경우에는 그 전액이 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 소정의 제3자로 하여금 취득하게 한 재산상 이익의 가액이 되고, 그 대출금 중의 일부가 상환되었는지 여부는 무관하다.

사가 없다고 평가될 수도 있을 것임.

□ 대법원 1996. 7. 12. 선고 95도1043 판결

부당대출행위에 의한 업무상배임죄가 성립하는 경우에는, 담보물의 가치를 초과하여 대출한 금액이나 실제로 회수가 불가능하게 된 금액만을 손해액으로 볼 수 있는 것이 아니고, 재산상 권리의 실행이 불가능하게 될 염려가 있거나 손해발생의 위험이 있는 대출금 전액을 손해액으로 보아야 하며, 그것을 제3자가 취득한 경우에는 그 전액을 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 소정의 제3자로 하여금 취득하게 한 재산상 이익의 가액에 해당한다.

☞ 임무위배하여 부정대출행위가 이루어진 때 배임행위는 기수에 이름(본인의 금전 소유권 침해). 그 이후의 대출금 일부 상환, 담보권 실행에 의한 채권회수는 배임행위 기수 이후의 우연한 사정으로 볼 것임. 대출금인 금전 전액을 손해액으로 보고 담보물의 가치나 회수가능한 금액을 공제할 것은 아니라는 것임.²⁶⁾

나. 견해대립의 상정

1) 미수금을 고려할 필요 없다는 견해

계약을 가로채는 형태의 배임행위가 기수에 이르렀다면, 그 이후 미수금 발생 여부는 고려할 것이 아님. 즉 배임행위가 기수에 이른 이후 사후적으로 미수금이 발생되었다고 하더라도 이는 재산상 손해액 산정 시 ‘도급계약 금액’에서 차감할 것이 아니다.

2) 미수금을 고려하여야 한다는 견해

행위책임의 원칙상 행위자가 실질적으로 취하지 아니한 이익까지 계산할 수는 없다는 견해. 따라서 미수금 부분이 있다면 이는 ‘도급계약 금액’에서 차감되어야 한다.

3) 검토

이 사건과 같이 계약을 가로채는 등 채권침해 형태로 배임행위를 하는 경우, 채권침해가 완성되면 배임행위는 기수에 이르는 것이다. 즉 계약체결

26) 대법원 2000. 4. 11. 선고 99도334 판결(담보물의 가치를 초과하여 외상 거래한 금액이나 실제로 회수가 불가능하게 된 외상거래 금액만이 아니라 재산상 권리의 실행이 불가능하게 될 염려가 있거나 손해 발생의 위험이 있는 외상 거래대금 전액을 그 손해액으로 보아야 하고).

을 할 수 있는 지위를 가로채는 형태의 임무위배행위의 경우에는, 행위자가 본인의 계약자 지위를 가로채어 자신이 계약체결을 할 경우에 배임행위는 기수에 이르게 되는 것이다. 따라서 그 이후 행위자의 상대방이 실제로 계약을 이행하였는지 여부는 고려할 것이 아니다. 상대방의 계약이행 여부를 고려하여야 한다는 견해에 따르면, 행위자가 배임행위 이후 거래 상대방의 채무를 면제해 줄 경우에는 재산상 손해가 없는 것으로 볼 수도 있다는 결론인데, 이는 수긍할 수 없다. 배임죄의 위법범으로서의 성질상, 예견되는 손해가 실행의 발생으로 연결될 필요가 없는 것이다.

미수금을 고려할 필요가 없다는 견해가, 이 사건과 같은 형태의 배임행위의 기수시점(위 2.항 참조) 및 그 시점에서의 기대이익 계산(위 3.항 참조)과 정합적인 설명이다.

다. 이 사건에의 적용

미수금 발생은 배임행위가 기수에 이른 이후에 문제 된 것이다. 위 2.항 및 3.항에서 검토한 것처럼, 계약을 가로채는 행위에 의하여 배임행위가 기수에 이른다면, 그 기수 당시에 재산상 이익이나 손해를 평가하는 것으로 족할 것이고, 미수금 발생 여부는 우연한 사정일 뿐이다. 행위자가 이러한 우연한 사정을 배임행위의 기수 시점에 예견할 수 있었다고 볼 수 없다(전술). 따라서 미수금 부분을 재산상 손해 산정 시 ‘도급계약 금액’에서 공제한 원심의 판단은 잘못되었다고 볼 것이다.

5. 재산상 손해 산정 시, 해지되어 받지 못한 금액을 ‘도급계약 금액’에서 공제하여야 하는가?

가. 견해의 대립

❶ 해지 여부는 고려 대상이 아니라는 견해와 ❷ 해지 여부도 고려하여야 한다는 견해로 나뉠 수 있다.

나. 검토

앞서 살펴본 것처럼, 계약을 가로채는 형태의 배임행위가 가로챈 계약을 체결할 당시 기수에 이른다고 본다면, 그 이후 계약이 해지되었다고 하더라도 이는 우연한 사정에 불과한 것이므로 고려될 것은 아니라고 보여진다. 왜냐하면 행위자가 이러한 우연한 사정을 배임행위의 기수 시점에 예견할 수 있었다고 볼 수 없기 때문이다(전술). 따라서 해지로 인한 실수익이 기대이익보다 높다고 하더라도,²⁷⁾ 실수익을 손해의 기초로 할 것은 아니다.

이는 부실대출 이후 실제로 대출금이 절반 가량 회수되었다고 하더라도, 기수 시점인 부실대출 당시의 대출금을 기준으로 재산상 손해액을 산정하는 것일 뿐, 그 이후 회수된 대출금을 차감할 것은 아닌 것과 같은 이치이다(위 88도1247 판결, 95도1043 판결).

따라서 해지된 부분을 재산상 손해 계산 시 ‘도급계약 금액’에서 배제한 원심의 판단은 잘못되었다고 볼 것이다.

6. 행위자가 취득하기로 한 50% 비율의 이익은 재산상 손해 계산에서 고려되어야 하는가?

가. 관련 판례

□ 대법원 1983. 12. 13. 선고 83도2330 전원합의체 판결

가. 배임죄의 주체는 타인을 위하여 사무를 처리하는 자이며, 그의 임무위반 행위로써 그 타인인 본인에게 재산상의 손해를 발생케 하였을 때 이 죄가 성립되는 것인 즉, 소위 1인 회사에 있어서도 행위의 주체와 그 본인은 분명히 별개의 인격이며, 그 본인인 주식

27) 가령 1억 원의 채권계약에서 기대이익율이 10%인데, 계약금으로 2,000만 원을 받은 상태에서 상대방이 계약을 해지하여 기대이익보다 더 많은 이익이 남게 된 경우를 상정할 수 있음. 계약 해지로 행위자가 얻게 되는 실수익 2,000만 원 중 1,000만 원은 기대이익과 중복될 수 있으나, 나머지 1,000만 원은 기대이익을 넘는 것인바, 이는 불법행위에 기한 손해배상금이 아니라 부당이득금의 성질을 갖게 됨. 즉 통상 배임행위라는 불법행위로 산출될 수 있는 성질의 것이 아님.

회사에 재산상 손해가 발생하였을 때 배임죄는 기수가 되는 것이므로 궁극적으로 그 손해가 주주의 손해가 된다 하더라도 이미 성립한 죄에는 아무 소장이 없다.

나. 우리 형법은 배임죄에 있어 자기 또는 제3자의 이익을 도모하고 또 본인에게 손해를 가하려는 목적을 그 구성요건으로 규정하고 있지 않으므로 배임죄의 범의는 자기의 행위가 그 임무에 위배한다는 인식으로 족하고, 본인에게 손해를 가하려는 의사는 이를 필요로 하지 않는다.

[同旨] 대법원 2006. 6. 16. 선고 2004도7585 판결

□ 대법원 2000. 5. 26. 선고 99도2781 판결

주식회사와 주주는 별개의 인격으로서 동일인이라고 볼 수 없으므로, 회사의 임원이 그 임무에 위배되는 행위로 재산상 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 회사에 손해를 가한 때에는 이로써 배임죄가 성립하고, 그 임무위배행위에 대하여 사실상 대주주의 양해를 얻었다고 하여 본인인 회사에 손해가 없다거나 또는 배임의 범의가 없다고도 볼 수 없다.

☞ 이 사건에서도 피고인과 공사대금이 귀속되어야 하는 피해자 회사는 별개의 법인격임.

□ 대법원 1993. 1. 26. 선고 91다36093 판결【대여금 등】

원심판결 이유에 의하면 원심은, 피고 회사의 대표이사였던 피고 사공국이 피고 회사의 금원을 횡령하여 회사재산을 감소시켰다면 **회사에 대하여 손해배상책임을 부담**할 것이고 따라서 피고 회사가 피고 사공국에 대하여 손해배상을 구할 수 있을 것이나 **위 손해는 어디까지나 법률상 피고 회사가 입은 손해**이므로 주주인 원고가 그 손해가 경제적으로 자기에게 귀속된다는 사유만으로 직접 피고 회사와 피고 사공국에 대하여 자기 주식인수액 상당을 손해라고 하여 배상을 구할 수가 없다고 판단하였는바, 원심판결은 위와 같은 법리에 따른 것으로서 정당하고, (이하 생략)

☞ 회사의 대표이사가 횡령행위로 회사에 손해를 가하더라도 법률상 손해를 입게 되는 주체는 주주가 아니라 회사임.

□ 대법원 2011. 6. 10. 선고 2010도17684 판결

동업자 사이에 손익분배 정산이 되지 아니하였다면 동업자 한 사람이 임의로 동업자들의 합유에 속하는 동업재산을 처분할 권한이 없는 것이므로, 동업자 한 사람이 동업재산을 보관 중 임의로 횡령하였다면 **지분비율에 관계없이 횡령한 금액 전부에 대하여 횡령죄의 죄책을 부담한다.**

(피고인과 甲 주식회사가 동업약정을 맺고 사업을 진행하다가 乙 주식회사에 사업권을 양도하는 양도양수계약을 체결한 다음 이익금을 같은 비율로 분배하기로 약정했는데도, 피고인이 乙 회사에게서 송금받은 일부 계약금을 보관 중 甲 회사 대표이사인 丙 승낙 없이 그 대부분을 임의로 소비한 사안에서, 피고인은 지분비율에 관계없이 임의로 소비한 금액 전부에 대하여 횡령죄의 죄책을 부담한다고 본 원심판단을 수긍한 사례)

[同旨] 대법원 2007. 2. 22. 선고 2006도8105 판결【횡령등】 등

☞ 위 **2010도17684 판결**은 횡령에 관한 것이나, 행위의 객체가 재물이 아니라 채권 등 재산상 이익일 경우인 배임의 경우에도 같은 논리가 적용될 수 있다고 할 것임. 이 사건에서 이익(채권 내지 그 이행물인 금전)의 귀속은 먼저 회사(피해자 회사)로 이루어진 다음 피고인에게 정산·분배되는 것이므로, 손익분배 정산이 되지 아니하였다면, 일단 회사에 전체 이익이 귀속된다고 보아야 할 것임.

나. 견해대립의 상정

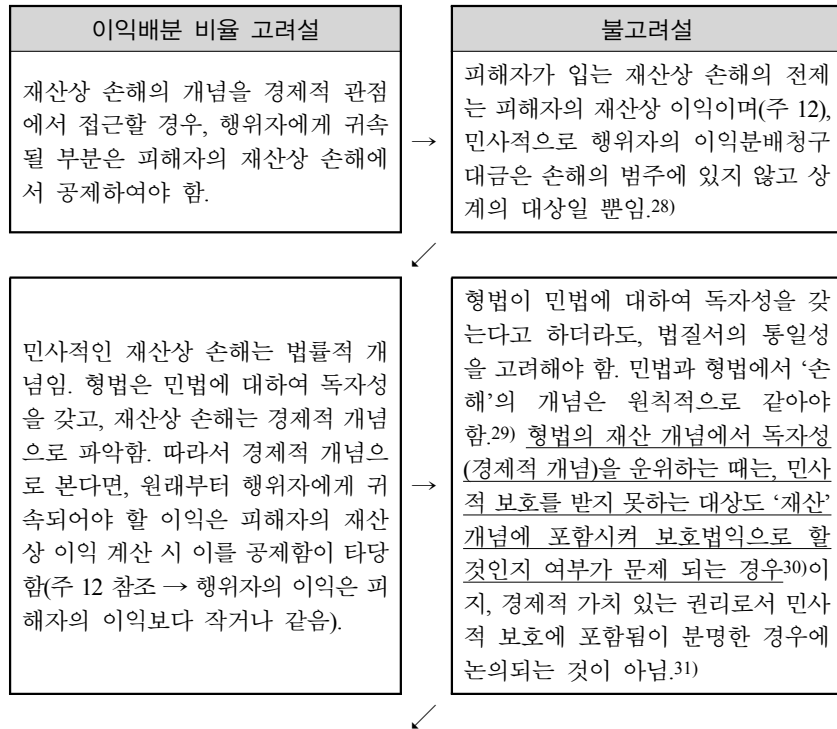
1) 이익배분 비율 고려설

행위자에게 이익의 50% 가량이 귀속되도록 되어 있고, 이는 회사에게 귀속될 부분이 아니므로, 그 비율 상당은 재산상 손해(이익) 계산에서 고려하여야 하며, 이 부분에 대한 불법영득의사가 있다고 보기도 어렵다는 견해.

2) 이익배분 비율 불고려설

행위자와 피해자의 법인격은 분리되어 있고, 도급계약의 이행이 완료되어 재산상 이익이 발생하더라도 이는 회사로 귀속되는 것이고, 그 후 행위자는 피해자에 대하여 자신의 이익분배청구권을 취득하는 것 뿐이라는 견해.

3) 각 견해의 논거 및 비판



28) 가령 피해자 회사가 행위자를 상대로 민사상 손해배상청구를 할 경우에 손해의 범위 계산 시 이익분배비율을 고려하지는 않게 됨. 이 부분은 상계의 대상일 뿐임.

29) (고려설에 의할 경우) 위 각주 손해배상청구에서 손해의 범위에 들지 않던 영역이, 형사법에서는 손해의 범위 계산에 포함되게 됨. 이는 법질서의 통일성을 해함. “동일한 이유가 존재하는 곳에 동일한 법이 있다; 동일한 사실에 대하여는 판결도 또한 동일하다(Ubi eadem ratio ibi idem jus; et de similibus idem est iudicium).” 송희진, “형법상 위법성판단과 민사불법과의 관계”, 강원법학 15권(강원대, 2002), 104.

30) **대법원 1987. 2. 10. 선고 86도2472 판결**(재산상의 이익은 반드시 사법상 유효한 재산상의 이득만을 의미하는 것이 아니라 외견상 재산상의 이득을 얻을 것이라고 인정할 수 있는 사실관계만 있으면 된다); 변종필, “해석근거로서의 ‘법질서의 통일성’과 ‘형법의 독자성’”, 비교형사법연구 13권 2호(2011. 12.), 4~5 참조; ‘경제적 재산개념의 가장 중요한 결론은 불법한 이익일지라도 재산상의 이익이 될 수 있으며, 따라서 형법에 의하여 보호되지 않는 경제적 이익은 원칙적으로 있을 수 없다고 하는 데 있다’ 이재상(주 6), 298.

31) **대법원 2001. 10. 23. 선고 2001도2991 판결**(사기죄의 객체가 되는 재산상의 이익이 반드시 사법상 보호되는 경제적 이익만을 의미하지 아니하고) ⇒ 사법상 보호되는 경제적 이익은 재산상 이익에 포함된다는 의미.

행위책임 원칙상, 행위자가 실제로 얻을 수 있는 부분은 이를 공제하여야 함. 가령 6억 원의 수익 중 3억 원이 처음부터 행위자 몫으로 귀속되기로 하였다면, 법적용에 큰 차이를 가져올 수 있음. 또한 행위자에게 유리하게 해석하여야 함. 미정산 시 횡령 성립에 관한 판례(위 **대법원 2010도17684 판결** 등)를 배임에 적용할 수는 없음.

→

정산을 위해서는 우선 회사에 귀속되어야 함.³²⁾ 횡령, 배임은 특별관계이므로, 위 **2010도17684 판결** 논리가 배임에도 적용가능함.³³⁾ 덧붙여 1인 회사의 횡령, 배임의 법리를 유지한다면,³⁴⁾ 정산 없는 영득은 불법이며,³⁵⁾ 이의 처벌은 행위책임 원칙에 반하지 않는 것임. 행위자에게 유리한 법해석을 하여야 한다는 원칙은 근거 없음.³⁶⁾ 권리행사방해죄의 존재도 고려해야 함.³⁷⁾

↙

- 32) “2008. 6. 경 주식회사 티벳시스템과 34,600,000원 건을 수주하였고, 2008. 9. 경 주식회사 레이존과 80,000,000원 건을 수주하는 등 모두 2건을 수주하여 **순이익의 50%를 제가 받았습니**다.”(피고인 진술), 129 “제가 피해자 회사에 소개해 준 금형제작 건에 대해서는 고소인과 이득균을 1/2씩 나누기로 하여 받은 것입니다. 레이존 같은 경우는 아직 정산이 끝나지 않았습니
- 다.”(피고인 진술); ‘2008. 1. 2. 자 합의서’ 중 3항 “총 계약 중 금형계약에 해당되는 50%는 병(註: 피고인)에서 제작하고 **정산방식은 모업체의 지급기준에 의해 정산한다.**”; ‘2009. 7. 28. 자 사실확인서’ “2009. 7. 29. 피해자 회사와 ‘정’ 간 합의서 내용대로 **정산 완료할 것을 확인**합니다.”(계약 가로챈 것 발각된 후 피고인이 작성함)
- 33) 이득액이 문제 되는 특정가법위반(횡령) 사건에서도 정산을 거치지 아니한 경우에는 자신의 지분이 있다고 하더라도 전액을 횡령액으로 보았음. **대법원 2009. 10. 15. 선고 2009도7423 판결**[동업자 사이에 손익분배의 정산이 되지 아니하였다면 동업자의 한 사람이 임의로 동업자들의 합유에 속하는 동업재산을 처분할 권한이 없는 것이므로, 동업자의 한 사람이 동업재산을 보관 중 임의로 횡령하였다면 지분비율에 관계없이 임의로 횡령한 금액 전부에 대하여 횡령죄의 죄책을 부담한다(대법원 2000. 11. 10. 선고 2000도3013 판결 등 참조)]. 다만 2000도3013 판결은 형법상 단순횡령에 관한 사안이고, 2009도7423 판결은 특정가법위반(횡령)에 관한 사안이라서, 2000도3013 판결의 논리를 그대로 차용하는 것이 타당할 것인지에 관하여는 의문의 여지가 없지 아니함. 즉 2000도3013 판결 취지와 달리 2009도7423 판결에서는 지분비율을 고려하였어야 한다는 반론도 가능할 수 있음.
- 34) 1인 회사에서의 횡령, 배임의 성립이 타당한 것인지에 관하여 논의가 적지 아니함. 위 **83도 2330 전원합의체 판결** 법리에 대하여 우호적인 입장으로 이용식, “횡령·배임죄와 이사의 자기 거래”, 상사판례연구 4권(2000), 241; 김일수, “일인회사의 주주 겸 대표이사의 업무상배임”, 변호사-법률실무연구- XVII, 서울지방변호사회(1987), 315 등 ⇔ 비판적인 입장으로 송옥렬, “이사의 민사책임과 형사책임의 판단 기준”, 상사판례연구 6권(2006), 91; 윤영신, “차입매수(LBO)시 파인수회사의 자산을 담보로 제공하는 행위와 업무상배임죄”, 상사판례연구 7권(2007), 385 등.
- 35) 위 **2010도17684 판결**, 가령 피해자 회사가 해산절차를 밟게 되었고, 1인 주주이자 대표이사가 피해자 회사의 재산을 대부분 취득하도록 예정되어 있다 하더라도, 청산의 종료에 의하여 피해자 회사 재산이 1인 주주 자신에게 귀속되기 전까지는, 피해자 회사에 귀속되어야 할 금액을 1인 주주가 임의로 영득할 수는 없을 것임.
- 36) 영미법에서 ‘rule of lenity’로 논의되고 있으나, 극히 예외적인 경우에 한정된 논의로 일반적으로 통용되는 논의가 아님. 이에 관하여 The new rule of lenity, 119 Harv. L. Rev. 2420 (2006) 참조 [rule of lenity가 현재 무력해졌다(impotent)고는 하지만 완전히 사멸한(defunct) 것은 아니라는 취지임].
- 37) 형법 제323조(권리행사방해)는 “타인의 점유 또는 권리의 목적이 된 자기의 물건 또는 전자

정산은 행위자와 피해자 사이에 분배되어야 할 금원이 있을 경우에 문제 되는 것이고, 이 사건과 같이 금원의 분배단계가 아니라 아예 그 이전에 계약을 가로채었을 경우에는 정산이 문제 될 수 없음. 그리고 권리행사방해죄는 영득죄가 아니라서,³⁸⁾ 배임죄와는 차원이 다른 논의임. 권리행사방해죄와 달리 배임죄는 불법영득의사가 필요하며, 행위자 자신의 몫에 대하여는 불법영득의사를 인정할 수 없음.

정상적인 계약 체결 후 금원의 분배 단계에서 배임행위를 한 자보다, 그 이전에 이미 배임행위를 한 자를 더 보호할 이유 없음. 권리행사방해죄의 처벌에는, 자신에게 권리가 속한다고 하더라도 법적인 절차에 따르는 이유도 있음. 적법한 권원에 따른 점유는 권리행사방해죄로 보호됨.³⁹⁾ 전체 형사법질서의 관점에서, 마찬가지로, 회사에 귀속되어야 할 금원은 회사로 귀속되어야 하고, 정산은 사후 문제임.⁴⁰⁾ 절차에 위반한 영득행위 자체에서 영득의사의 불법성을 찾을 수도 있음.⁴¹⁾⁴²⁾

기록 등 특수매체기록을 취거, 은닉 또는 손괴하여 타인의 권리행사를 방해한 자는 5년 이하의 징역 또는 700만 원 이하의 벌금에 처한다.”라고 규정하고 있음.

38) 이재상(주 6), 477.

39) **대법원 1977. 9. 13. 선고 77도1672 판결**(일단 적법한 원유에 기하여 물건을 점유한 이상 그 후에 그 점유물을 소유자에게 명도하여야 할 사정이 발생하였다 할지라도 점유자가 임의로 명도를 하지 아니하고 계속 점유하고 있다면 그 점유자는 권리행사방해죄에 있어서의 타인의 물건을 점유하고 있는 자이다).

40) 피해자 회사를 기준으로 보면, 기대이익 중 50%는 행위자에게, 나머지 50%는 회사 대표이사에게 귀속시키게 될 것이기 때문에, 결국 피해자 회사에게 돌아갈 몫은 없다는 점에서 피해자 회사는 아무런 손해도 입지 않은 셈이 될 수 있음.

41) **대법원 2006. 4. 27. 선고 2003도135 판결**(회사의 대표이사 혹은 그에 준하여 회사 자금의 보관이나 운용에 관한 사실상의 사무를 처리하여 온 자가 회사를 위한 지출 이외의 용도로 거액의 회사 자금을 가지급금 등의 명목으로 인출, 사용함에 있어서 이자나 변제기의 약정이 없음은 물론 이사회 결의 등 적법한 절차도 거치지 아니하는 것은 통상 용인될 수 있는 범위를 벗어나 대표이사 등의 지위를 이용하여 회사 자금을 사적인 용도로 임의로 대여, 처분하는 것과 다름없어 횡령죄를 구성한다고 볼 수 있다); **대법원 2002. 11. 26. 선고 2002도5130 판결**(예산을 집행할 직책에 있는 자가 자기 자신의 이익을 위한 것이 아니고 경비부족을 메우기 위하여 예산을 전용한 경우라면, 그 예산의 항목유용 자체가 위법한 목적이 있거나 예산의 용도가 엄격하게 제한되어 있는 경우는 별론으로 하고 그것이 본래 책정되거나 영달되어 있어야 할 필요경비이기 때문에 일정한 절차를 거치면 그 지출이 허용될 수 있었던 때에는 그 간격을 메우기 위한 유용이 있었다는 것만으로 바로 그 유용자에게 불법영득의 의사가 있었다고 단정할 수는 없다).

42) **대법원 2011. 12. 22. 선고 2008도11847 판결**(정봉주 사건) [공직선거법 제250조 제2항 소정의 허위사실공표죄에서는 행위자의 고의의 내용으로서 공표된 사실이 허위라는 점의 인식이 필요한데, 이러한 주관적 인식의 유무는 (중략) 제반 사정을 모두 종합하여 규범적으로 이를 판단할 수밖에 없고] ⇒ 주관적 구성요건요소로서 인식도 규범적인 평가의 대상임. 불법영득의사와 같은 초과주관적 구성요건요소도 마찬가지로 보아야 할 것임.

절차 준수 여부는 불법영득의사와 큰 관련성 없음.⁴³⁾ 행위자가 회사에 갖는 채권에 대해 충당하였다고 본다면 불법영득의사 인정할 수 없음.⁴⁴⁾ 또한 피해자 회사의 입장에서 보면 물건제작에 들어가는 원재료비나, 영업이사에게 지출되어야 하는 이익분배금이나, 모두 비용으로서의 성질을 갖게 될 것임. 따라서 피해자 회사 입장에서 비용으로서의 성질을 갖는 것은 모두 공제하여야 하므로, 영업이사에게 지출되어야 하는 이익분배금도 공제함이 타당함.

→

행위자가 회사에 갖는 채권을 충당한 경우와는 달리 보아야 함. 행위자는 계약대금 전체를 회사에 입금시킬 임무가 있었다고 보아야 함.⁴⁵⁾ 피해자 회사의 입장에서 보았을 경우, 영업이사에게 지출되는 이익분배금, 원재료비 외에 도급계약 수주 성공으로 대표이사에게 지급되는 인센티브, 세금 등이 모두 비용으로서의 성질을 갖는다고 보면, 피해자 회사에게는 아무런 손해도 발생하지 않을 수도 있게 됨.⁴⁶⁾ 결국 고려설은 아무런 기준 제시 못함. 따라서 손해의 산정은 일정한 기준을 갖추어야 하고, 그 우선적 기준은 민사법상 손해 개념이어야 함.⁴⁷⁾

43) 日本 大審院 1925. 6. 19. 判決 (회사의 이사가 감사의 승인을 얻지 않고, 자기의 이익을 도모할 목적으로 회사로부터 금전을 차출한 경우에는, 사후에 감사의 승인이 있어도, 배임죄를 구성한다) 및 이용식(주 34), 242 (주 34) 참조; “이사의 자기거래에 관하여 형법과 상법이 규율 목적, 보호범의 등이 상이한바, 당해 거래행위를 둘러싼 전반적인 정황을 종합적으로 고찰하지 않으면 안 된다. 그렇다면 본 사건(註: 대법원 1999. 2. 23. 선고 98도2296 판결)의 경우, 이행한 채무의 변제기한의 도래 여부, 확인, 항변권의 존재 여부, 회사의 다른 채무들과의 이차율의 비교, 회사의 여타 부채 등 재정상태, 파산가능성 여부, 회사가 이사에 대해 부담한 채무의 원인, 그것이 회사를 위한 목적인 여부 등의 구체적 상황을 고려하여 **이사**와 **회사의 이익상반 가능성**을 묻고, 금원의 보관이 이사의 추상적 권한에 속하는지 여부, 채무의 이행에 관한 업무규정 또는 업무상 적법한 것으로 인정된 관행의 존재 여부, 부합 여부 등 **절차위반성**을 고려하는 등 **종합적으로** 보아 신의칙상 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 하였는지를 조사하여 **임무위배 또는 불법영득을 판단**”하여야 할 것임[이용식(주 34), 244] ⇨ 절차위반 여부는 불법영득의사 유무 판단을 좌우하는 것은 아니지만, 그 판단의 **중요한 고려 요소 중 하나**라 할 것임.

44) 대법원 1999. 2. 23. 선고 98도2296 판결, 대법원 2002. 7. 26. 선고 2001도5459 판결(회사에 대하여 개인적인 채권을 가지고 있는 대표이사가 회사를 위하여 보관하고 있는 회사 소유의 금전으로 자신의 채권의 변제에 충당하는 행위는 회사와 이사의 이해가 충돌하는 자기거래행위에 해당하지 않는다고 할 것이므로, 대표이사가 이사회 승인 등의 절차 없이 그와 같이 자신의 회사에 대한 채권을 변제하였더라도, 이는 대표이사의 권한 내에서 한 회사채무의 이행행위로서 유효하며, 따라서 그에게는 불법영득의 의사가 인정되지 아니하여 횡령죄의 죄책을 물을 수 없다).

45) 행위자는 계약을 가로챌 당시 피해자 회사에 대하여 채권을 갖고 있었다고 보기 어려움. 정산절차가 완료되어야 자동채권(영업이익분배청구권)이 성립한다고 볼 것임; 대법원 1995. 3. 14. 선고 95도59 판결(일단 불법영득의 의사로써 업무상 보관 중인 타인의 금전을 횡령하여 범죄가 성립한 이상 횡령의 범행을 한 자가 물건의 소유자에 대하여 별도의 금전채권을 가지고 있음을 주장하고 이를 자동채권으로 하여 그 대등액에서 횡령액에 관하여 상계의 의사 표시를 한다고 하더라도 이미 성립한 업무상횡령죄에 무슨 영향이 있는 것은 아니다).

46) 수익을 내부 구성원과 모두 분배하기로 이사회 결의 및 주주총회 결의를 거쳤을 경우를 가정함.

47) 앞에서 살펴본 ‘재산상 손해’에 관한 판례 중 대부분은 민사법적 기준에 부합한다고 보여짐.

다. 검토

1인 회사의 대표이사이자 주주인 행위자가 회사 재산을 취득하더라도, 법인격이 분리되어 있으므로, 회사에 손해가 발생하지 않았다고 볼 수는 없다는 것이 대법원판례의 입장이다. 이는 실질적으로 그 회사 재산 중 채권자 등에게 귀속되는 것을 제외한 나머지가 1인 주주에게 귀속된다고 하더라도 귀속되는 부분에 대해 재산상 손해 산정 시 차감하지 않는다는 것이고, 이에 대하여 불법영득의사도 인정된다는 것이다.

회사의 채권자, 근로자 기타 이해관계인을 고려할 경우, 회사에 이익이 발생하였다고 하여 그 이익의 50%가 반드시 피고인에게 귀속된다고 단정할 수도 없는 것이다. 이 사건에서는 피해자 회사와 피고인 사이에 정산절차를 거친 바도 없다. 그렇다면, 회사에 발생한 이익의 50%가 피고인에게 귀속됨을 전제로 하여 50%는 공제되어야 한다는 것은 타당하다고 볼 수 없는 것이다.⁴⁸⁾

따라서 행위자가 취득하여야 할 이익 배분 비율을 재산상 손해 계산에서 고려할 것이 아니다.

7. 이 사건 배임행위가 포괄일죄인지 여부

가. 관련 판례

□ 대법원 2004. 7. 9. 선고 2004도810 판결【특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)·증권투자신탁업법위반】

수개의 업무상 배임행위가 있더라도 피해법익이 단일하고 범죄의 태양이 동일할 뿐만 아니라, 그 수개의 배임행위가 단일한 범의에 기한 일련의 행위라고 볼 수 있는 경우에는 그 수개의 배임행위는 포괄하여 일죄를 구성한다.

□ 대법원 2012. 5. 10. 선고 2010도3532 판결【업무상배임·명예훼손】

위 1. 가.항 참조

☞ 피고인은 2005. 1.경부터 같은 해 6.경까지 피해자 회사를 위하여 관리

48) 이는 재산상 손해액 계산 시 필요 비용을 공제하여야 하는 것과 차이가 나는 부분임.

하던 신용카드단말기 가맹업소 139개를 경쟁업체의 가맹업체로 전환시켜 업무상배임행위를 하였고 이를 포괄일죄로 본 사례

□ 대법원 2011. 11. 10. 선고 2009도8247 판결

위 3. 가.항 참조

- ☞ 경업금지의무를 위반하여 다수의 거래처들(41개 병원)로 하여금 피고인 측에게 검사 의뢰를 하도록 유도하여 검사비를 받은 행위를 포괄일죄로 평가한 원심을 수긍함.⁴⁹⁾

□ 그 외 경업금지의무 위반 형태의 배임행위를 포괄일죄로 본 하급심 사례

- 서울동부지방법원 2005. 12. 16. 선고 2005고단1107 판결(항소기각 확정)
 - ☞ 피해 회사의 영업소 소장으로서 거래처를 관리하고 거래처 납품가격 결정을 적절하게 하여야 할 임무를 위배하여, 피고인의 개인사업체를 만들어 피해 회사의 일반 거래처 중 하나인 양 물품을 염가로 공급받은 후 여기에 일정 비율의 마진을 붙여 피해 회사의 일반 거래처에 전매하는 방법으로 2002. 1.경부터 2003. 5.경까지 109회에 걸쳐 132,025,495 원 상당(전매차익)의 재산상 손해를 가한 사안.
- 서울고등법원 2010. 9. 8. 선고 2010노3008 판결(파기자판 확정)
 - ☞ 자신이 근무하는 피해 회사와 동일 목적의 회사를 설립한 후 피해 회사의 기존 거래처였던 회사들과 컨설팅 계약을 체결하여 2007. 5. 7.경부터 2008. 8.경까지 그 거래처들로부터 컨설팅비 명목으로 834,286,797 원 상당을 교부받아 그 금원 상당의 손해를 가한 사안.

□ 대법원 2010. 11. 11. 선고 2007도8645 판결【음반·비디오물및게임물에 관한법률위반】

동일 죄명에 해당하는 수개의 행위를 단일하고 계속된 범의하에 일정기간 계속하여 행하고 그 피해법익도 동일한 경우에는 이들 각 행위를 통틀어 포괄일죄로 처단하여야 할 것이나, 범의의 단일성과 계속성이 인정되지 아니하거나 범행방법이 동일하지 않은 경우에는 각 범행은 실체적 경합범에 해당한다.

- ☞ 피고인이 운영한 게임장이 단속되어 관련 증거물이 압수된 후 영업을 재개할 때마다 범의의 갱신이 있고 별개의 범죄가 성립한다고 본 사례.

49) 전주지법 2009. 7. 24. 선고 2009노146 판결 (10쪽); 적용법조에서 ‘포괄하여 형법 제356조, 제355조 제2항, 제30조(업무상배임의 점)’라고 기재하고 있음.

나. 이 사건에서 가능한 견해대립의 상정

1) 실체적 경합범설(=제1심)

이 사건 행위는 거래처를 달리하는 별개의 행위이고 범의의 단일성 심리가 제대로 되어 있지 않기 때문에, 포괄일죄의 일반적 성립요건, 즉 “피해 범의가 단일하고 범죄의 태양이 동일할 뿐만 아니라, 그 수개의 배임행위가 단일한 범의에 기한 일련의 행위”를 충족하였다고 단정할 수 없다.

피고인은 지속적으로 계약을 가로채었는지, 아니면 중간중간 피해자 회사를 위하여 계약을 체결하려고도 하였는지, 혹은 피해자 회사를 위하여 계약을 체결하려던 행위가 배임행위 사이에 존재하더라도 그러한 행위는 단지 외양상으로 피고인이 피해자 회사를 위하여 일하는 것처럼 보이도록 하기 위함인지 여부 등을 살펴, 범의의 단일, 계속성이 인정되지 않는다면 (범의의 갱신이 인정된다면) 수죄로 보아야 할 것이다. 그러나 원심은 이를 면밀히 심리하였다고 보여지지 아니한다.

위 **2009도8247 판결**에서 피고인의 행위는 2007. 6.경 피해 연구소와 동종의 업체를 설립하여 2007. 8.경까지 162개 업체로부터 감사의뢰를 받은 것으로⁵⁰⁾ 매우 단기간에 이루어진 것이라서, 이 사건과 같이 8~9개월 가량에 걸쳐 5개의 행위만이 이루어진 사안과는 다르다고 볼 것이다.

독일 판례의 입장⁵¹⁾은 연속범의 주관적 요건으로서 고의의 인정에 대하여 in dubio pro reo의 원칙을 적용하지 않는 입장이었다.⁵²⁾ 즉 불확실한 경우에는 연속범 성립을 부정하여 그 성립을 제한시킨 것이다.

2) 포괄일죄설(=원심)

이 사건 행위는 거래처를 달리하지만, 그것만으로 범의의 단일성이 부정된다고 보기 어렵다. 위 **2009도8247 판결**도 이 사건과 거의 같은 유형의 사례였고, 그 판결에서도 포괄일죄가 인정되었다.

위 **2009도8247 판결** 사안도 행위자가 신입관계를 위배하여 피해자의 거

50) 전주지법 2009. 1. 21. 선고 2008고단20 판결 2~3.

51) 1994. 5. 3. 선고된 판결(BGHSt. 40, 138)에 의하여 연속범은 사실상 폐기되었다고 평가됨.

52) 임웅·소재용, “연속범(連續犯)에 관한 논의의 본질과 실상”, 成均館法學 17권 3호(2005. 12.), 336.

래처를 가로채는 형태의 행위를 하였는바, 위 판결 사안의 행위와 이 사건 범죄행위는 그 본질이 동일하다고 평가할 수밖에 없다. 또한 위 **2010도3532 판결**에서도 5개월 동안 139개의 가맹업소를 경쟁업체에 넘긴 행위를 포괄일죄로 보았다.

판례는 “동종의 범행을 일정한 기간동안 반복하여 범하였다면 그 범의가 단일하고 계속된 것이라고 볼 수 있을 것이요”라고 하여(**대법원 1978. 12. 13. 선고 78도2545 판결**), 행위의 속성으로부터 범의의 단일, 계속성은 추단될 수 있음을 밝히고 있다. 이 사건 범행도 2008. 11.경부터 2009. 7.경까지 반복적으로 이루어진 것으로 볼 수 있다.

위 **2009도8247 판결**에서의 사안은 단순 검사작업이기 때문에 수개의 검사행위가 단시간 내에 함께 이루어질 수 있고, 위 **2010도3532 판결**에서도 가맹업체 전환에 큰 비용이나 시간이 소요되는 것으로 보이지 아니하나, 이 사건과 같이 금형제작·납품행위는 수개의 행위가 단시간 내에 함께 이루어질 수 있는 성질의 것이 아니라, 한번에 1개의 금형제작·납품을 하는 것이 통상적이며 그 제작·납품에도 상당한 시일이 소요된다는 점에서,⁵³⁾ 9개월 가량의 기간 동안 5개의 계약체결 행위가 이루어졌다고 하여 각 범의가 독립·단절된 것으로 평가할 수는 없는 것이다.

연속범이 사실상 폐기되기 전 독일 다수설의 입장은 연속범의 주관적 요건으로서 고의의 인정에 대하여 in dubio pro reo의 원칙을 적용하는 입장이었다.⁵⁴⁾ 여기에는 기본적으로 연속범의 인정이 피고인에게 유리하다는 전제가 깔려 있는 것이다.

53) 도표에서 보듯 **통상적으로 계약이행에 1~2달 가량 소요**되는 것으로 보임.

범죄일람표	업 체	계약일	납기일	이행기간
1번	주식회사 ○	2008. 11. 17.	2008. 12. 17.	1달
2번	마○	2009. 02.	2009. 03. 28.	1~2달
3번	주식회사 마○○	2009. 03. 28.	2009. 04. 20.	20여일
4번	마○	2009. 04. 13.	2009. 06. 02	1~2달
5번	주식회사 주○	2009. 07. 01.	계약일로부터 최소 30일	1달 이상

54) 임웅·소재용(주 52), 336.

3) 검토

원심의 판단이 종래 대법원의 포괄일죄에 관한 판단 기준에서 크게 어긋나다고 보여지지 아니한다. 이 사건은 단일하게 계속된 범의하에 일정기간 계속하여 동일 피해법익을 침해하였다고 볼 수 있어서 포괄일죄의 요건을 갖추었다고 볼 수 있다. 특히 최초 2차례(2008. 6.경 및 9.경)의 계약체결만이 피해자 회사를 위한 것일 뿐, 그 이후로는 모두 가로채어 배임행위를 하였다. 즉 기회가 생기면 언제든지 배임행위를 하려는 의사가 있었다고 보여진다. 따라서 다수의 거래 상대방과의 계약 체결 기회를 가로챈 행위를 포괄일죄로 본 원심을 수긍할 수 있다고 보여진다(위 2009도8247 판결, 2010도3532 판결).

8. 포괄일죄에 있어 일부 상소와 상소심의 심판 대상

가. 관련 판례

□ 대법원 1985. 11. 12. 선고 85도1998 판결

나아가 직권으로 살피건대, 원심판결과 기록에 의하면 원심은 피고인 2에 대하여 포괄적 1죄의 관계에 있는 이 사건 공소사실의 일부에 대하여서만 유죄로 인정하고 그 나머지 공소사실에 대하여서는 범죄사실의 증거가 없다하여 무죄로 판단하였고, 이에 대하여 검사는 위 무죄 부분에 대하여 불복상고를 하고 피고인 2는 상고를 하지 아니하였으나 공소불가분의 원칙상 경합범의 경우와는 달리 포괄적 1죄의 일부분에 대하여 상고할 수는 없는 법리이므로 검사만이 원심판결 중 무죄 부분만을 불복상고하였고 피고인 2는 상고를 하지 아니하였다 하더라도 같은 피고인에 대하여 원심에서 유죄로 인정된 부분도 상고심에 이심되어 심판의 대상이 된다고 볼 것인바(대법원 1980. 12. 9. 선고 80도384 판결 및 대법원 1982. 3. 23. 선고 80도2847 판결 참조), 앞서 살펴본 바와 같이 공소외 윤태호, 권혁서와 관계된 대지대금과 등기비용 중 1,290,342원의 횡령사실에 대하여 원심이 유죄로 인정한 것은 위법이고 그 위법은 판결결과에 영향을 미치는 것이라 할 것이니 피고인 1에 대한 위 유죄 부분은 전부 파기되어야 하고 피고인 1

에 대한 위 파기이유는 공동피고인인 2에 대하여도 공통되므로 **형사소송법 제392조⁵⁵⁾**의 규정에 따라 피고인 2에 대한 유죄 부분도 파기되어야 할 것이다.

☞ 피고인 2에 대하여 포괄적 1죄의 관계에 있는 공소사실의 일부에 대하여서만 유죄로 인정하고 그 나머지 공소사실에 대하여서는 범죄사실의 증거가 없다 하여 무죄로 판단하였는데, 검사는 위 무죄 부분에 대하여 불복상고를 하고 피고인 2는 상고를 하지 아니하였으나 공소불가분의 원칙에 따라 원심에서 유죄로 인정된 부분도 상고심에 이심되어 심판의 대상이 된 사안에서, 피고인 1이 상고하여 다툰 유죄 부분인 1,290,342원의 횡령사실에 대하여 원심이 유죄로 인정한 것은 위법이라 판단하고 그 위법은 판결 결과에 영향을 미치는 것이며, 이 부분은 피고인 2에 대한 유죄 부분에도 공통된 것으로 이심된 부분이라서 형사소송법 제392조의 규정에 따라 함께 파기되어야 할 것이라고 본 사례.

□ 대법원 1989. 4. 11. 선고 86도1629 판결

포괄적 일죄의 관계에 있는 공소사실 중 일부 유죄, 나머지 무죄의 판결에 대하여 검사만이 무죄 부분에 대한 상고를 하고 피고인은 상고하지 아니하더라도 상소불가분의 원칙상 검사의 상고는 그 판결의 유죄 부분과 무죄 부분 전부에 미치는 것이므로 유죄 부분도 상고심에 이전되어 그 심판대상이 된다.

☞ (위 85도1998 판결과 같은 취지) 피고인 1, 2는 공동하여 업무상횡령(포괄일죄)을 범하였다고 기소된 사안에서, 횡령액의 산정이 잘못되었음을 이유로 파기된 사안임. 피고인 1, 2가 원심에서 유죄판결을 선고 받았는데, 피고인 1은 유죄 부분 횡령액의 산정에 불복하여 상고하였고 검사는 피고인 2의 일부 무죄 부분에 불복하여 상고하였음(피고인 2는 자신의 일부 유죄 부분에 대하여는 상고하지 아니하였음). 피고인 1의 유죄 부분 횡령액 산정에 관하여 원심판단이 잘못되었음을 이유로 파기되면서, 이와 공동정범 관계에 있는 피고인 2의 일부 유죄 부분의 횡령액 산정 부분에 관하여도 형사소송법 제392조의 규정에 따라 직권으로 파기되었음(이 부분은 피고인 2가 다투지 아니하는 부분이었음).

55) 형사소송법 제392조 (공동피고인을 위한 파기) 피고인의 이익을 위하여 원심판결을 파기하는 경우에 파기의 이유가 상고한 공동피고인에 공통되는 때에는 그 공동피고인에 대하여도 원심판결을 파기하여야 한다. ⇒ 文言상으로는 ‘상고한 공동피고인’이라고 되어 있으므로, ‘**상고를 제기하지 않은 공동피고인**’에 대하여는 적용할 수 없을 것으로 보이나, 판례는 後者の 경우에도 적용됨을 긍정하고 있음(공동피고인 사이의 ‘실질적 형평성’을 중시한 것으로 보임).

나. 85도1998 판결, 86도1629 판결의 해석에 관하여 가능한 견해

1) 포괄일죄라 하더라도, 원칙적으로 상소하지 않은 부분은 심판 대상에서 벗어난다는 견해

실체적 경합범에 관한 판례⁵⁶⁾와 마찬가지로 포괄일죄 중 유죄 부분에 대하여 검사 및 피고인 모두 상고하지 않았다면, 원칙적으로 이 부분은 유죄 판단이 사실상 확정되어 심판의 대상에서 벗어난 것으로 보아야 한다는 견해⁵⁷⁾이다.

검사와 피고인 모두 공방의 대상이 아닌 부분에 대하여 법원이 직권으로 심리하는 것은 타당하지 않다. 위 판결들은 공동피고인들에 대한 무죄판단이 공통된 경우라서 공동피고인들 사이의 판단이 모순·저촉되지 않도록 하기 위한 예외적인 경우에 관한 것이다. 즉 위 판결은 공범관계에 있는 수인 중 상고한 공동피고인이 대하여 파기사유가 있고, 그것이 상고되지는 아니하였으나 검사의 상고로 이심되어 심판대상이 된 나머지 공동피고인에 대하여 공통된 파기사유인 경우 직권으로 심판하여야 한다는 것으로서, 이는 공동피고인이 있는 경우에 그 판단의 통일을 위하여 함께 파기한 사례일 뿐이다.

56) 대법원 1992. 1. 21. 선고 91도1402 전원합의체 판결(형법 제37조 전단의 경합범으로 같은 법 제38조 제1항 제2호에 해당하는 경우 하나의 형으로 처벌하여야 함은 물론이지만 위 규정은 이를 동시에 심판하는 경우에 관한 규정인 것이고 경합범으로 동시에 기소된 사건에 대하여 일부 유죄, 일부 무죄의 선고를 하거나 일부의 죄에 대하여 징역형을, 다른 죄에 대하여 벌금형을 선고하는 등 판결주문이 수개일 때에는 그 1개의 주문에 포함된 부분을 다른 부분과 분리하여 일부상소를 할 수 있는 것이고 당사자 쌍방이 상소하지 아니한 부분은 분리 확정된다고 볼 것인바, 경합범 중 일부에 대하여 무죄, 일부에 대하여 유죄를 선고한 항소심 판결에 대하여 검사만이 무죄 부분에 대하여 상고를 한 경우 피고인과 검사가 상고하지 아니한 유죄판결 부분은 상고기간이 지남으로써 확정되어 상고심에 계속된 사건은 무죄판결 부분에 대한 공소뿐이라 할 것이므로 상고심에서 이를 파기할 때에는 무죄 부분만을 파기할 수밖에 없다).

57) 세부적으로는 ❶ 아예 이심도 되지 않는다는 견해, ❷ 이심은 되지만 심판의 대상이 되지 않는다는 견해로 나눌 수 있음. 그러나 상소불가분의 원칙상 ❶견해는 타당하다고 보기 어려울 것임. 일죄의 일부에 대하여도 상소가 허용된다고 보는 입장[차용석, “일부상소”, 고시연구(1989. 7.), 16, 19]에서 이러한 논리가 가능할 것이나 이는 기본적으로 형사소송의 구조를 당사자주의로 관철할 경우에 가능한 입장으로 보임. 이면결, “경합범에 있어서의 일부상소의 허용범위”, 형사판례연구 1권, 박영사(1993), 409에서는 이러한 논리에 대하여 ‘지나치게’ 당사자주의를 강조한다고 표현하고 있음.

만약 위 판결들이 단독피고인에 관한 사건이었을 경우, 피고인이 상고하지도 아니한 부분을 법원이 직권으로 파기하였을 것으로 단정하기 어렵다. 위 판결들 모두 형사소송법 제392조에 따라 파기한다고 판시하고 있다.

피고인은 불복하지 않고 검사만이 상고한 상황에서 불복하지 않은 유죄 부분이 파기되어 항소심에서 다시 심리할 경우,⁵⁸⁾ 완전 무죄 판결이 내려지지 않는다면, 환송 전 원심보다 무거운 형이 선고되더라도(가령 제1심, 제2심 판결에 대하여 검사가 상소한 경우) 이는 불이익변경의 원칙에 반하지 아니하는바, 이러한 결과가 피고인이 의도한 것이라고 할 수는 없을 것이다.

형사소송에 당사자주의적 요소와 직권주의적 요소를 겸유하고 있더라도 그 정도는 상대적이라 할 것이어서, 당사자가 다투지도 아니하는 부분에 대하여 직권으로 심리하여 파기한다는 것은 타당하다고 볼 수 없다.

2) 포괄일죄의 경우 상소하지 않은 부분도 상소불가분의 원칙상 이심되어 심판의 대상이 된다는 견해

포괄일죄는 실체적 경합범과는 달리 전체 공소사실이 하나로 취급되는 것이므로, 상소불가분의 원칙상 유·무죄를 가릴 필요 없이 일부가 상소되면 전부 이심되어 심판의 대상이 된다는 견해이다.

가능한 모든 경우에 위 판결의 법리가 적용되어야 한다는 입장이다. 반드시 공동피고인의 존재를 전제로 위 판결의 법리가 적용될 것은 아니다.⁵⁹⁾

검사만이 상고하고 피고인이 불복하지 않은 상황에서, 전부 무죄로 파기되지 않고 일부 무죄(일부 유죄)로 파기되었을 경우 환송 후 원심에서 환송 전 원심보다 더 무거운 형을 선고하는 것이 법논리상 불가능하지 않더

58) 가령 100만 원 횡령으로 기소된 사건에서, 항소심에서 50만 원 유죄, 50만 원 무죄판결이 선고되었는데, 검사만 상고한 상황에서 유죄 부분이 20만 원만 유죄로 인정되어 30만 원이 무죄 취지로 파기될 경우, 환송 후 원심은 20만 원 유죄 부분에 대하여 환송 전 원심보다 중한 형을 선고하는 것이 불가능한 것은 아님.

59) 양동철, “일부상소와 상소심의 심판범위”, 경희법학 45권 3호(2010), 214 및 심희기, “포괄일죄의 일부상소와 편면적 공방대상론”, 고시연구 30권 3호(2003), 150은 위 판례의 입장을 지지하지만, 구체적으로 위 판례의 사안이 공동피고인이 있던 사안이라는 점에는 주목하지 않는 듯함.

라도 현실적으로 상정할 수는 없는 경우일 것이다.⁶⁰⁾

형사소송은 민사소송과 달리 직권주의 요소가 강하게 포함되어 있으므로, 피고인의 방어권 보호와 실체진실 발견이라는 측면에서 불복하지 않았지만 이심된 부분은 직권으로 심리할 수 있다고 보아야 한다. 학설도 포괄 일죄에 관하여 피고인만이 상고한 경우라도 실체진실 발견의 요청상 그 심판대상에 무죄 부분도 포함되어야 한다고 주장하는 견해⁶¹⁾는 있으나, 쌍방 불복이 없지만 상고심에 이심된 부분에 대하여 직권판단을 할 수 없다는 견해⁶²⁾는 극히 소수이다.

3) 검사, 피고인 쌍방이 이에 관한 주장을 상고이유로 삼지 않고 있고, 또한 원심이 그 실질을 참작하여 양형에 반영하였다면 판결 결과에 영향이

60) 가령 100만 원 횡령으로 기소된 사건에서, 항소심에서 50만 원 유죄, 50만 원 무죄판결이 선고되었는데, 검사만 상고한 상황에서 유죄 부분이 20만 원만 유죄로 인정되어 30만 원이 무죄 취지로 파기될 경우, 환송 후 원심은 20만 원 유죄 부분에 대하여 환송 전 원심보다 중한 형을 선고하는 것이 불가능한 것은 아니지만, 실제로 이와 같이 선고하지는 못할 것임. 파기 환송 판결의 기속력과 관련하여 **대법원 2009. 4. 9. 선고 2008도10572 판결**은 “법원조직법 제8조는 ‘상급법원의 재판에 있어서의 판단은 당해 사건에 관하여 하급심을 기속한다’고 규정하고, 민사소송법 제436조 제2항 후문도 상고법원이 파기의 이유로 삼은 사실상 및 법률상의 판단은 하급심을 기속한다는 취지를 규정하고 있으며, 형사소송법에서는 이에 상응하는 명문의 규정은 없지만, 법률심을 원칙으로 하는 상고심은 형사소송법 제383조 또는 제384조에 의하여 사실인정에 관한 원심판결의 당부에 관하여 제한적으로 개입할 수 있는 것이므로 조리상 상고심판결의 파기이유가 된 사실상의 판단도 기속력을 가지는 것이며, 따라서 상고심으로부터 사건을 환송받은 법원은 그 사건을 재판함에 있어서 상고법원이 파기이유로 한 사실상 및 법률상의 판단에 대하여 환송 후의 심리과정에서 새로운 증거가 제시되어 기속적 판단의 기초가 된 증거관계에 변동이 생기지 않는 한 이에 기속된다.”라고 함. 다만 여기의 사실상 판단의 기속력에 양형요소에 관한 판단도 포함되어 있는지는 불분명함. “법원에 의한 형사재판은 사실인정, 법령의 적용과 형의 양정 절차로 나누어진다고 할 수 있는데, 파기 환송판결에 의하여 환송된 경우 파기된 환송전 원심판결은 더 이상 효력을 갖지 못하게 되고 원심판결이 없는 것이 되어 환송 후 원심은 다시 사실인정, 법률상 판단과 형을 정하는 재판을 하여야 하나, 사실인정 및 법률상 판단에 있어서는 환송판결의 기속력이라는 제한을, 형을 정하는 재판에 있어서는 불이익변경금지라는 제한을 받을 뿐”이라고 설명되거나, 기속력은 “파기의 직접의 이유인 원심판결에 대한 소극적, 부정적 판단에만 생기는 것이고 이러한 판단을 뒷받침하기 위한 적극적, 긍정적 사유에 관한 판단에는 생기지 않는다.”고 설명된 [이영모, “형사파기판결의 기속력”, 법조(1975. 4.), 32]. 여기에 양형부당을 상고이유로 주장할 수 있는 사유가 제한되어 있다는 점에서(형소법 제383조 제4호), 양형요소에 관하여 기속력이 생기는 경우는 드물 것으로 보임.

61) 노명선·이완규, 형사소송법, SKKU(2009), 722.

62) 차용석(주 57), 16, 19은 이러한 입장에 가까움.

없는 것이므로 파기사유가 되지 않는다는 견해

직권심판사유⁶³⁾는 판결 결과에 영향을 미쳤을 경우에 문제 되는 것이다. 따라서 판결 결과에 영향을 미치지 않았다고 볼 수 있는 경우에는 직권심판사유가 될 수 없다.

이 사건의 경우 제1심은 수주한 계약대금에서 총비용을 공제한 나머지를 실질 피해액으로 파악하여 집행유예를 선고하였다(제1심판결 464). 원심의 경우에도 마찬가지로 보인다(원심판결 765).

만약 원심이 총비용을 고려하지 아니하고 계약대금만을 기준으로 양형을 정하였더라면 이는 판결 결과에 영향을 미쳤다고 보아야 할 것이지만, 그렇지 아니하고 총비용을 고려하여 양형을 정한 것이라면 이는 판결 결과에 영향을 미쳤다고 볼 수 없다.

형소법 제383조의 법령위반이 ‘판결에 영향을 미친 때’라 함은 법령위반과 판결결과 사이에 인과관계가 있다고 인정되는 때를 말하는데,⁶⁶⁾ 여기서의 인과관계란, ❶ 법령위반이 없었더라면 원판결과 다른 판결이 행하여질 개연성이 있다는 것을 의미한다는 견해(개연성설)와 ❷ 법령위반이 판결결과에 영향을 미쳤을 가능성만으로 충분하다는 견해(가능성설)가 대립하고 있다.⁶⁷⁾ 그런데 이 사건의 경우에는 개연성설에 의한 경우에는 판결 결과

63) 형소법 제384조, 제383조 제1~3호.

64) “피고인이 영업수익금의 50%를 받기로 하였으므로, 피고인이 벌지 범죄일람표 기재와 같이 수주한 금액에서 총비용을 공제하여 이를 2등분한 실질 피해액은 크지 않은 것으로 보이는 점 등의 정상 참작”

65) “양형의 이유

피고인이 제작비용을 공제하고 취득한 실질 이득액이 그다지 크지 않은 점은 피고인에게 유리한 정상이다.”

66) 대법원 1985. 7. 23. 선고 85도1003 판결은 “법령위반과 판결내용인 범죄의 사실인정 및 형의 양정과의 사이에 인과관계가 있다고 인정되는 때”라고 표현하고 있음.

67) 일본에서도 항소이유로서의 법령위반은 “판결에 영향을 미친 것이 명백한 것”을 요건으로 하고 있고(일본 형소법 제379조, 제380조), 그 의미에 관하여 개개의 사안에서 구체적인 사정을 고려하여 인과관계를 확정하여야 한다는 구체적 인과관계설, 일반적인 인과관계만으로 충분하다는 추상적 인과관계설, 소송절차의 법령위반의 경우에는 추상적 인과관계설을 택하고 법령적용의 잘못에 관하여는 구체적 인과관계설을 택하는 절충설이 대립하는바, 구체적 인과관계설은 우리나라의 개연성설과, 추상적 인과관계설은 우리나라의 가능성설과 비슷한 견해라고 할 수 있음. 日本 最高裁 1955. 6. 22. 판결에서 “형소법 제379조의 경우 소송절차의 법령위반이 판결에 영향을 미쳤을 가능성이 있는 것만으로는 항소이유로 할 수 없고, 그 법

에 영향을 미치지 않았음이 분명하다고 보여지고, 가능성설에 의하더라도 판결결과에 영향을 미쳤을 수 있다고 판단되지 아니한다.

그런데 위 85도1998, 86도1629 판결 사안은 횡령액 자체가 일부 무죄가 선고되어야 하는 사안임에도 원심은 그 부분을 고려하지 않고 양형을 정하였기 때문에 그러한 법령위반은 판결결과에 영향을 미쳤음이 분명한 경우였다.⁶⁸⁾ 즉 양형에 반영되어 판결이 선고된 이 사건 사안과는 사건 내용을 달리한다고 볼 수 있다.

그렇다면 위 85도1998, 86도1629 판결의 법리가 이 사건 사안에 그대로 적용될 필요가 없다고 볼 수 있다. 따라서 원심이 재산상 손해의 산정 시 총비용 공제 여부에 관한 판단을 누락하였다고 하여, 이것이 판결결과에 영향을 미친 것이라고 볼 수 없다. 즉 직권심판의 대상이 아닌 것이다. 이러한 관점에서 위 2009도8247 판결이 이해될 수 있는 것이다. 특정가법위반 재산범죄와 달리 일반 형법 재산범죄에 있어서의 재산상 이익의 구체적 가액은 양형사유에 불과하다는 대법원 2010. 12. 9. 선고 2010도12928 판결⁶⁹⁾을 참고할 필요가 있다.

령위반이 없었더라면 실제 이루어진 판결과 다른 판결이 이루어졌을 것이라는 개연성이 있는 경우가 아니면 같은 조의 법령위반이 판결에 영향을 미친 것이 명백한 것이라고 할 수 없다 (從つて刑訴三七九條の場合は、訴訟手續の法令違反が判決に影響を及ぼすべき可能性があるというだけでは、控訴理由とすることはできないのであつて、その法令違反がなかつたならば現になされている判決とは異なる判決がなされたであろうという蓋然性がある場合でなければ、同條の法令違反が判決に影響を及ぼすことが明らかであるということとはできないのである)”고 하여 구체적 인과관계설(개연성설)의 입장을 취하였음을 명백히 함. 주석 형소송법(IV), 2009, 256~257 (주 34) 참조.

68) 85도1998 판결은 “등기비용 중 1,290,342원의 횡령사실에 대하여 원심이 유죄로 인정한 것은 위법이고 그 위법은 판결결과에 영향을 미치는 것이라 할 것”이라고 판시하였고, 86도1629 판결도 마찬가지로 원심의 횡령액 산정이 잘못된 경우였음. 이는 위 개연성설에 의하는 가능성설에 의하는 마찬가지로 결론으로 보여짐.

69) 2010도12928 판결(특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(사기)죄가 아닌 형법상 이득사기죄의 경우, 피고인이 편취한 재산상 이익의 구체적인 가액은 양형사유에 불과하여 범죄성립에 영향을 미치지 못한다는 이유로, 편취액 산정에 관한 피고인의 상고이유 주장을 배척한 사례) ⇨ 피고인이 피해자 측을 기망하여 근저당권설정에 필요한 피해자 명의의 인감증명서 등을 교부받은 후 피해자 소유의 상가 건물에 채권최고액 9,000만 원으로 된 근저당권설정등기를 경료해 주고 공소의 3으로부터 6,000만 원을 차용하여 그중 2,000만 원을 피해자에게 상가 건물의 계약금으로 지급하였으므로, 위 채권최고액 9,000만 원에서 위 2,000만 원을 공제한 가액을 재산상 이익으로 보아야 한다는 취지로 상고이유를 주장한 사안에서, 위 법리에 비추어 보면, 사기로 인한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반죄가 아닌 형법 제347조의 이득사기죄가

4) 검토

일부상소가 허용되는 경우에는 상소의 대상이 된 부분만이 상소심에 이심되어 소송계속되고 상소심은 그 부분에 한하여 심판할 수 있으며 상소의 대상이 되지 아니한 부분은 분리·확정되므로⁷⁰⁾ 상소되지 않은 부분은 상소심에 이심되지도 않고 심판대상이 되지 않는다. 그러나 **일죄의 일부에 대하여는 일부 상소가 허용되지 않는다는** 것이 다수설⁷¹⁾ 및 판례⁷²⁾의 입장이다. 공소불가분의 원칙과 상소불가분의 원칙에 따라 일죄(단순일죄, 포괄일죄, 과형상 일죄)의 경우 그 일부에 대한 공소 및 상소 제기의 효력은 일죄 전부에 대하여 미치게 되므로, 포괄일죄의 경우 일부가 상소되면 전부가 이심되어 심판의 대상이 된다고 보아야 한다(통설, 판례).⁷³⁾ 따라서 무죄 부분에 대하여 검사만 상소한 경우 나머지 유죄 부분도 이심되어 심판의 대상이 된다고 할 것이다.

판례는 ① **단순일죄**로 기소된 공소사실의 일부에 대해서만 유죄로 인정한 제1심판결에 대하여 피고인만 항소한 사건에서 **항소심이 전체에 대하여 유죄로 인정할 수 있고**,⁷⁴⁾ ② **포괄일죄**의 일부에 대하여 이유에서 무죄판단

문제 되는 범죄사실의 경우, 피고인이 근거당권을 설정하게 함으로 인하여 취득한 재산상 이익의 구체적인 가액은 양형에 관한 사항에 불과하여 범죄의 성립에 영향을 미치지 못한다 할 것이므로, 피고인의 위 주장은 적법한 상고이유가 될 수 없다고 봄.

70) 대법원은 종래 경합범관계에 있는 수개의 죄에 대하여 일부유죄, 일부무죄의 판결을 선고한 원심판결 중 무죄 부분에 대한 검사의 항소를 받아들여 원심판결을 파기할 경우 상소심의 파기범위에 관하여 일부파기설을 택한 것(대법원 1973. 5. 22. 선고 73도884 판결; 대법원 1974. 10. 8. 선고 74도1301 판결; 대법원 1975. 11. 25. 선고 73도1181 판결; 대법원 1979. 7. 10. 선고 79도840 판결; 대법원 1980. 8. 26. 선고 80도814 판결; 대법원 1983. 7. 26. 선고 82도314 판결; 대법원 1984. 11. 27. 선고 84도862 판결; 대법원 1990. 7. 24. 선고 90도1033 판결; 대법원 1991. 5. 28. 선고 91도371 판결 등)과 전부 파기설을 택한 것(대법원 1976. 10. 26. 선고 76도2644 판결; 대법원 1982. 4. 27. 선고 81도1981 판결; 대법원 1989. 9. 12. 선고 87도506 판결; 대법원 1992. 5. 28. 선고 90도2010 판결 등)으로 갈렸으나, **대법원 1992. 1. 21. 선고 91도1402 전원합의체 판결**로, 일부파기설 또는 분리·확정설을 취한 이후 일관하여 같은 견해를 유지하여 오고 있음.

71) 신동운, 신형사소송법, 법문사(2011), 1352; 김정만, “포괄일죄의 일부에 대한 상소와 심판법위”, 형사재판의 제문제 4권, 박영사(2003. 12), 457. 다만 불이익변경 금지의 원칙상 더 중한 형을 선고하지 못함.

72) (주 71~74번) 기재 판결들 참조.

73) 양동철(주 59), 201.

74) 대법원 2001. 2. 9. 선고 2000도5000 판결(판시 내용에 “**상고이유에서 인용하고 있는 대법원**

을 한 항소심판결에 대하여 검사만 상고한 경우에 상고심은 유죄 부분에 대해서도 심판할 수 있고,⁷⁵⁾ ③ **상상적 경합범**의 공소사실 일부에 대하여 유죄로 인정하고 나머지에 대하여 무죄판단을 한 항소심판결에 대하여 무죄 부분에 대하여 검사만 상고하여도 유죄 부분에 대해서도 상고심의 판단 대상이 된다⁷⁶⁾고 보고 있다. 다만 ② **포괄일죄**의 일부에 대하여 유죄를 선고한 항소심판결에 대하여 피고인만 상고한 경우에 상고심은 그 외의 부분(무죄, 공소기각 등)에 대해서 심판할 수 없다고 보고 있다.⁷⁷⁾

민사소송과 다른 형사소송의 특성, 즉 형사소송은 당사자주의라는 특성과 직권주의의 특성⁷⁸⁾을 함께 가지고 있다는 점,⁷⁹⁾ 또한 검사와 피고인의 힘의 불균형을 고려할 때 열등한 지위에 있는 피고인의 방어권 보장을 위하여 **상소불가분의 원칙이 적용되더라도 심판 대상은 일부 제한될 필요성이 있다**는 점이 고려되어야 할 것이다.

이와 관련하여 이른바 공방대상론⁸⁰⁾이 논의되고 있다. 이른바 공방대상론이란, 상소불가분의 원칙으로 인하여 검사가 상소하지 않은 무죄 부분까지 상소심에 이심되었다고 하더라도 상소심은 원심이 무죄로 판단한 부분에 대하여 직권으로 나아가 유죄로 판단할 수 없다는 이론으로, **상소심의 직권심판 권한을 피고인의 이익을 위하여 일부 제한하지는 이론이다**. 즉 피고인이 유죄 부분에 대하여만 상고하였을 경우 무죄 부분은 공방대상에서 제외시킨다는 것으로, 무죄 부분만 상소된 경우와는 관련이 없는 이론이다.

1991. 3. 12. 선고 90도2820 판결은 포괄일죄에 관한 것으로서 이 사건과는 사안을 달리한다.”라고 하여 단순일죄와 포괄일죄의 취급을 달리하고 있음), 대법원 1982. 3. 23. 선고 80도2847 판결, 대법원 1990. 1. 25. 선고 89도478 판결, 대법원 1991. 6. 25. 선고 91도884 판결 등. 다만 **불이익변경 금지의 제한**을 받게 됨.

75) 위 85도1998 판결, 86도1629 판결.

76) 대법원 1980. 12. 9. 선고 80도384 전원합의체 판결, 대법원 2005. 1. 27. 선고 2004도7488 판결, 대법원 2007. 6. 1. 선고 2005도7523 판결.

77) 대법원 2004. 10. 28. 선고 2004도5014 판결.

78) 형사소송법 제295조 후단의 직권증거조사, 형사소송법 제161조의2 제2항, 제3항의 법원의 증인신문, 형사소송법 제318조의 증거동의를 대한 제한, 형사소송법 제298조 제1항의 직권 공소장변경요구 규정, 형사소송법 제384조 직권심판 규정 등.

79) 신동운(주 71), 11~19.

80) 편면적 공방대상론이라고도 함. 심희기(주 59), 150 이하.

대법원은 이러한 입장을 취하고 있다고 평가되고⁸¹⁾ 이는 일본 최고재판소의 입장이기도 하다.⁸²⁾ 이러한 편면적 공방대상론에 대하여는 실체진실 발견의 측면에서 부당하다는 견해⁸³⁾도 있다.

따라서 원칙적으로 상소불가분의 원칙이 적용되는 포괄일죄의 경우에는 일부 상소가 있더라도 전부 이심되어 심판의 대상이 된다고 보아야 할 것이다(형소법 제342조 제2항⁸⁴⁾). 다만 피고인의 방어권 보장을 위하여 위와 같은 공방대상론이 도입된 것이다.⁸⁵⁾ 이는 제한된 경우에만 상소불가분의 원칙이 적용되는 실체적 경합범⁸⁶⁾과의 차이라고 할 것이다. 위 91도1402

81) 양동철(주 59), 217; 대법원 1991. 3. 12. 선고 90도2820 판결(포괄일죄에 관한 사례), 대법원 2008. 12. 11. 선고 2008도8922 판결(상상적 경합범에 관한 사례).

82) 일본 최고재판소는 1971. 3. 24.자 전원합의체 결정으로 종래의 견해를 바꾸어 견련범 내지 포괄일죄를 구성하는 공소사실 중 일부유죄, 일부무죄로 되었을 경우 피고인만이 항소를 한 사안에서 ‘무죄 부분에 대하여는 심리판단 할 수 없다’고 판시하였음. “견련범 내지 포괄일죄를 구성하는 공소사실 중 일부유죄, 일부무죄로 되었을 경우 피고인만이 항소를 하였다 하더라도 그 무죄 부분을 포함한 공소사실 전부가 항소심에 移審繫屬된다. (중략) 그러나 항소심이 제1심판결에 관하여 직권조사를 함에 있어, 어떠한 한도에서 그 직권을 행사할 수 있는가에 관하여는, 오히려 신중한 검토를 요한다. 현행법은, 이른바 당사자주의가 기본원칙이고 직권주의는 보충적, 후견적인 것으로 되어 있다. 따라서 심판의 대상 설정도 원칙적으로 당사자의 손에 맡겨져 있어, 피고인에 대하여 불의타를 방지하고, 당사자의 공정한 소송활동을 기대한 제1심의 소송구조에서, 형소법은 오히려 항소심의 성격을 원칙적으로 사후심으로 하고 있다. (중략) 무죄 부분에 대하여는 피고인이 불복할 이익이 없고 검사의 항소도 없는 이상 당사자 사이의 공방의 대상에서 벗어났다고 볼 수 있다. 이와 같은 부분에 대하여 이론상으로 항소심에 이심계속하고 있다고 하더라도 항소심이 직권으로 조사하여 유죄의 판결을 내리는 것은 (중략) 피고인에게 불의의 해를 입히는 것으로서 항소심의 사후심적 성격에 비추어 직권발동을 허용할 범위를 벗어나 위법하다고 하지 않을 수 없다.”라고 하였음. 이 판결은 공방대상론을 택한 판결로 평가됨. 김필곤, “일부상소와 상소심의 심판범위”, 판례연구 3집(대구지법판례연구회, 1992), 62 (주 7); 심희기(주 59), 150 (주 2); 양동철(주 59), 216.

83) 김필곤(주 82), 63~64은 “上訴不可分の原則에 정면으로 반하게 되며 實體的 眞實發見을 目的으로 하는 刑事訴訟을 當事者處分權主義를 인정하는 民事訴訟과 동일시하여 刑事裁判의 機能을 부당하게 경시하게 되어 부당하다. 또한 抗訴審에 있어서 審判의 對象은 제1차적으로는 抗訴理由라 해도 중국적으로는 原審判決의 當부이기 때문에 항소하지 아니한 부분도 심리하는 것이 抗訴審의 責務인 것이다.”라고 하면서 위 90도2820 판결이 취한 공방대상론의 태도를 비판하고 있음. 노명선·이완규(주 61), 722도 마찬가지로 대법원판례 태도가 일관성이 없다고 하면서 비판적인 입장을 취함.

84) 형사소송법 제342조 (일부상소) ② 일부에 대한 상소는 그 일부와 불가분의 관계에 있는 부분에 대하여도 효력이 미친다.

85) 양동철(주 59), 219은 ‘일부상소의 법리를 훼손하지 않으면서 피고인에게 유리하게 공격·방어의 범위를 제한’하는 대법원의 태도를 합리적이라고 평가함.

86) 대법원 2008. 11. 20. 선고 2008도5596 전원합의체 판결(형사소송법 제342조는 제1항에서 일부 상소를 원칙적으로 허용하면서, 제2항에서 이른바 상소불가분의 원칙을 선언하고 있다. 따라

전원합의체 판결 사안은 상소불가분의 원칙이 적용되지 않는 경우이다.⁸⁷⁾

법률전문가인 검사와 달리 피고인에 대하여는 법원이 **후견적 역할**을 할 필요가 있다.⁸⁸⁾ 따라서 위 판결들의 취지는 부당하다고 보여지지는 아니한다.

불이익변경 금지의 원칙과 관련하여 피고인에게 불이익한 상황의 발생이 법이론상 가능할 것이나, 실제로 그러한 상황이 있을 것으로 보여지지 아니한다. 위 대법원판결들 사안도 직권 파기된 피고인에게 판결 전부에 대하여 무죄가 아니라 일부에 대하여 무죄 취지로 파기하는 경우이다.

또한 굳이 판결 결과에 영향이 없다면 파기할 실익이 없을 것이나, 양형 조건의 변경이 판결 결과에 영향을 미치지 않는다고 볼 수는 없을 것이다.

위 대법원판결들이 **단독피고인 사건의 경우에도 적용될 수 있는가** 문제 된다. 위 85도1998 판결, 86도1629 판결은 공동피고인 사건에서, 형사소송법 제392조가 적용되어 파기된 사례들이다. 따라서 단독피고인 사건에도 위 대법원판결들이 적용될 수 있는 것인지 문제 된다. 상고심은 형사소송법 제384조에 따라 직권심판 가능하나,⁸⁹⁾ 항소이유서를 제출하지 아니한 경우와

서 불가분의 관계에 있는 재판의 일부만을 불복대상으로 삼은 경우 그 상소의 효력은 상소 불가분의 원칙상 피고사건 전부에 미쳐 그 전부가 상소심에 이심되고, 이러한 경우로는 일부 상소가 피고사건의 주위적 주문과 불가분적 관계에 있는 주문에 대한 것, 일죄의 일부에 대한 것, 경합범에 대하여 1개의 형이 선고된 경우 경합범의 일부 죄에 대한 것 등에 해당하는 경우를 들 수 있다).

87) 부녀매매죄와 윤락행위방지법위반죄의 실제적 경합범으로 기소되어, 항소심에서 부녀매매죄는 유죄, 윤락행위방지법위반죄는 무죄 선고된 사안임. 위 **91도1402 전원합의체 판결**의 다수의견은 “수개의 공소사실이 형법 제37조 전단의 경합범으로 동법 제38조 제1항 제2호에 해당하는 경우 하나의 형으로 처벌하여야 함은 물론이지만 위 규정은 위 형법 제37조 전단의 경합범을 동시에 심판하게 되는 경우에 관한 규정인 것이고 경합범으로 동시에 기소된 사건이라 하더라도 일부유죄, 일부무죄의 선고를 하거나 일부의 죄에 대하여 징역형을 다른 죄에 대하여 벌금형을 선고하는 등 판결주문이 수개일 때에는 그 1개의 주문에 포함된 부분을 다른 부분과 분리하여 일부상소를 할 수 있는 것이고”라고 판시함.

88) 심회기(주 59), 159~160.

89) 형사소송법 제384조 (심판범위) 상고법원은 상고이유서에 포함된 사유에 관하여 심판하여야 한다. 그러나, 전조 제1호 내지 제3호의 경우에는 상고이유서에 포함되지 아니한 때에도 직권으로 심판할 수 있다.

형사소송법 제383조 (상고이유) 다음 사유가 있을 경우에는 원심판결에 대한 상고이유로 할 수 있다. 1. 판결에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 있을 때, 2. 판결후 형의 폐지나 변경 또는 사면이 있는 때, 3. 재심청구의 사유가 있는 때

달리 형사소송법 제380조⁹⁰⁾는 상고이유서를 제출하지 아니한 경우 직권심판사유가 있더라도 결정으로 상고를 기각하도록 규정하고 있고, 제384조는 ‘심판할 수 있다’고 규정하고 있으므로, 상고심의 직권심판의무는 인정되지 않는다고 할 것이다.⁹¹⁾ 검사는 피고인의 이익을 위하여도 상소할 수 있으므로,⁹²⁾ 피고인의 이익을 위하여 검사가 상고한 경우라면 유죄 부분에 대한 직권 판단은 가능하다고 할 것이다. 문제는 검사의 상소가 피고인의 이익을 위한 것이 아닐 경우이다. 이 경우 상소 대상으로 삼지 않은 유죄 부분의 위법이 판결 결과에 영향을 미치지 아니하였다면 직권심판의 대상이 아니라 할 것이다.⁹³⁾ 즉 판결 결과에 영향이 있는 경우에만 직권으로 파기하여야 할 것이다. 이렇게 볼 경우 위 **2009도13682 판결**과 **2009도8247 판결**의 결론이 서로 배치된다고 볼 것은 아니다. 또한 검사의 상고가 이유있다고 하더라도, 그 부분이 파기되어 환송되었을 때 상고심에서 판단하지 아니한 나머지 부분에 대하여 피고인이 다룰 가능성이 남아 있다면(포괄일죄에 관하여 상고심이 검사의 상고 부분인 원심 무죄 부분에 대하여만 판단하고 원심 유죄 부분에 대하여는 나아가 판단하지 아니하면서 전부 파기환송하는 경우 등), 상고심에서 피고인을 위한 파기사유가 존재함에도 이를 파기하지 아니할 이유가 없다고 사료된다. 나아가 이 부분이 직권파기되지 아니한 채 환송되었다가 원심에서 이 부분을 판단한 것을 두고, 검사가 환송판결의 기속력을 문제삼아 다시 상고한다면 더 복잡한 법리문제가 생길 수 있다. 물론 피고인이 스스로의 판단에 따라서 상고를 하지 아니한 이상 이를 반드시 파기할 것인지 의문일 수 있으나,⁹⁴⁾ 양형조건에 영향을 미치

90) 형사소송법 제380조 (상고기각 결정) 상고인이나 변호인이 전조 제1항의 기간 내에 상고이유서를 제출하지 아니한 때에는 결정으로 상고를 기각하여야 한다. 단 상고장에 이유의 기재가 있는 때에는 예외로 한다.

91) 주석 형사소송법(IV), (2009), 271. 즉 재량이라는 의미로 파악됨. 주석서에서는 “상고법원이 직권심판사유에 해당하는 제1심판결 또는 원심판결의 흠을 간파하고 상고를 기각하였더라도 비상상고에 의하여 제1심판결 또는 원심판결의 흠을 바로잡을 수 있는 길이 있으므로 상고법원의 직권심판의무를 인정할 실익도 거의 없다.”고 기재하고 있음.

92) **대법원 1975. 7. 8. 선고 74도3195 판결**(피고인의 이익을 위하여 이 점을 지적한 검사의 상고는 이유있어 원판결은 파기를 면치 못한다).

93) 형사소송법 제383조 제1호 (판결에 영향을 미친) 반대해석.

94) 가령 검사의 상고가 이유 없고, 파기사유가 될 만한 부분이 양형에 모두 반영되었다면 파기

는 파기사유라면 직권파기하는 것이 타당하다고 사료된다. 따라서 위 **85도 1998 판결**, **86도1629 판결**은 공동피고인 사건의 경우에 관한 것이지만, 단독피고인 사건의 경우에도 적용될 수 있다고 사료된다.

다. 이 사건에의 적용

포괄일죄의 관계에 있는 공소사실 중 일부 무죄, 일부 유죄 판결이 선고되고, 검사가 판결 전부에 대하여 상고하고 이 중 일부 무죄 부분에 대하여만 상고이유서를 제출하였다고 하더라도, 원심판결 전부가 상고심에 이심되고 상고의 대상으로 삼지 않은 유죄 부분도 심판의 대상이 된다고 볼 것이다. 양형조건에 영향을 준 직권파기사유가 있다면 파기하는 것이 타당하다고 할 것이다.

이 사건에서 통상적인 소요 경비를 고려하면, 실질적인 이익은 10%~20%에 불과한 것으로 보인다. 이는 미수금 등이 가산된 재산상 손해액(1억 6천만 원 가량)과 비교하여 보면 상당한 차이가 있다고 보여진다. 물론 제1심 및 원심판결에서 도급계약대금에서 총비용을 공제한 금액을 기초로 하여 양형을 정한 것으로 보인다. **2010도12928 판결**에 따라 이 사건과 같이 형법상의 업무상배임죄의 경우에도 재산상 이익의 구체적인 가액은 양형사유에 불과하여 범죄 성립에 영향을 미치지 못한다는 결론이 가능하다. 이와 같이 본다면 판결 결과에 영향이 없으므로 직권으로 파기할 사유는 아니라고 볼 것이다.

가사 이 사건을 실체적 경합범으로 파악하더라도, 검사는 상고장에 ‘원심판결 전부’를 불복범위로 기재하였으므로,⁹⁵⁾ 유죄 부분과 무죄 부분 모두에 대하여 이심의 효력이 생겨 그 전부가 상고심의 심판대상이 된다고 볼 것이다.⁹⁶⁾ 무죄 부분에 대하여만 상고이유서가 제출되었더라도 유죄 부분에 대하여 직권심판이 가능하다고 보아야 할 것이다.⁹⁷⁾ 다만 실체적 경

할 수 없을 것임. 위 **2009도8247 판결**도 이러한 취지로 읽을 수 있음.

95) 2011. 5. 19.자 검사의 상고장 ‘⑥ 상고의 범위’에 ‘전부’라고 기재하고 있음.

96) 주석 형사소송법(IV), (2009), 285.

97) 주석 형사소송법(IV), (2009), 241에서는 “상고이유의 기재가 없는 부분에 대하여는 본조(380

합범으로 볼 경우에는 주문에서 무죄판단을 하여야 하므로 판결 결과에 영향이 없다고 보기는 어려울 것이다.⁹⁸⁾

【對象判決의 意義】

대상판결은 형법상 업무상배임죄에 관한 구체적 사례에서 손해의 계산 방법을 구체적으로 판단한 판결이라는 점에 의의가 있다.

조)를 적용하고 결정으로 상고를 기각하여야 하고, 소송조건의 존부를 제외한 나머지 직권조사사유에 관하여는 이를 살펴볼 필요가 없을 것이다.”라고 기재하고 있으나, 타당한 것인지는 의문임.

98) 다만 포괄일죄로 볼 것인지 실체적 경합범으로 볼 것인지 여부에 따라 파기 여부가 달라진다는 것은 재고될 여지가 있음.

3. 제1심에서 합의부 관할사건에 관하여 단독판사 관할사건으로 죄명, 적용법조를 변경하는 공소장 변경허가신청서가 제출된 경우 법원이 취하여야 할 조치

(2013. 4. 25. 선고 2013도1658 판결 : 공2013상, 991)

姜 文 景

【判決要旨】

제1심에서 합의부 관할사건에 관하여 단독판사 관할사건으로 죄명, 적용법조를 변경하는 공소장변경허가신청서가 제출되자, 합의부가 공소장변경을 허가하는 결정을 하지 않은 채 착오배당을 이유로 사건을 단독판사에게 재배당한 사안에서, 형사소송법은 제8조 제2항에서 단독판사의 관할사건이 공소장변경에 의하여 합의부 관할사건으로 변경된 경우 합의부로 이송하도록 규정하고 있을 뿐 그 반대의 경우에 관하여는 규정하고 있지 아니하며, ‘법관 등의 사무분담 및 사건배당에 관한 예규’에서도 이러한 경우를 재배당사유로 규정하고 있지 아니하므로, 사건을 배당받은 합의부는 공소장변경허가결정을 하였는지에 관계없이 사건의 실체에 들어가 심판하여야 하고 사건을 단독판사에게 재배당할 수 없는데도, 사건을 재배당받은 제1심 및 원심이 사건에 관한 실체 심리를 거쳐 심판한 조치는 관할권이 없는데도 이를 간과하고 실체판결을 한 것으로서 소송절차에 관한 법령을 위반한 잘못이 있고, 이러한 잘못은 판결에 영향을 미쳤다는 이유로, 원심 판결 및 제1심판결을 모두 파기하고 사건을 관할권이 있는 법원 제1심 합의부에 이송한 사례.

【參照條文】

형법 제347조 제1항, 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 제1항 제2호, 형사소송법 제8조 제2항, 제298조, 제394조, 법원조직법 제32조 제1항 제3호

【事案의 概要】

1. 공소사실의 요지¹⁾

피고인 甲, 乙, 丙은 ① 생활정보지 대출광고를 보고 전화를 한 사람들과 공모하여 부동산임대차계약서, 전세계약금 영수증을 허위로 작성하고, 갑종근로소득에 대한 소득세원천징수 증명서를 허위로 작성하여 이를 건강보험관리공단에 제출하여 건강보험증을 부정하게 발급받은 다음, 위 임대차계약서, 건강보험증 등을 피해자 은행에 제출하여 피해자 은행으로부터 전세자금 대출을 받아 이를 편취하고, ② 생활정보지 대출광고를 보고 전화를 한 사람들과 일정한 직장 소득이 있는 것처럼 꾸며 대출을 받기로 공모하여, ‘재직증명서’, ‘갑종근로소득에 대한 소득세원천징수 증명서’를 허위로 작성하고, 이를 건강보험관리공단에 제출하여 건강보험자격득실확인서를 부정 발급받도록 한 다음, 위 서류를 피해자 은행에 제출하여 ‘행복드림론 대출’을 받아 이를 편취하고, ③ 그 과정에서 사실증명에 관한 사문서인 ‘근로(고용)확인서’, ‘일용근로소득지급명세서(원천징수영수증)’, ‘유동성거래내역조회’ 등을 위조, 행사하고, ④ 대부중개업자는 중개의 대가를 대부를 받은 거래 상대방으로부터 받아서는 아니 되는데도 위와 같이 대부를 중개하고 그 거래 상대방으로부터 수수료를 받았다는 내용의 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(사기)죄, 사기죄, 사문서위조죄, 위조사문서행

1) 공소사실의 구체적인 내용은 검토 대상과 직접적인 관련이 없으므로 최대한 간략하게 정리하였다.

사죄, 대부업 등의 등록 및 금융이용자 보호에 관한 법률 위반죄로 공소제기되었다.

2. 소송의 경과

당초 피고인 甲, 乙에 대한 사기죄, 사문서위조죄, 위조사문서행사죄, 대부업 등의 등록 및 금융이용자 보호에 관한 법률 위반죄 피고사건(이하 ‘母사건’이라고 한다)이 공소제기되어 제1심 단독판사에게 배당되었는데, 동일 피고인 또는 공범으로서 관련 사건이라는 이유로 피고인 甲, 乙, 丙에 대한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(사기)죄[이하 편의상 ‘특경법위반(사기)죄’라고 한다] 등 피고사건들(이하 통틀어 ‘子사건’이라고 한다)이 추가로 공소제기되어 위 단독판사에게 배당되자, 단독판사는 공판기일에서 母사건에 子사건을 병합하는 결정²⁾을 한 후 합의부에 이송하는 결정을 하였다.

이 사건이 합의부에 배당된 후 검사가 위 특경법위반(사기)죄를 사기죄로 변경하고 적용법조에서 특경법을 삭제하는 내용의 공소장변경허가신청서를 제출하자, 합의부는 공판기일을 열지 않고 공판기일 또는 기일 외에서 공소장변경허가결정을 하지 않은 상태에서 ‘사물관할에 관한 착오배당’을 사유로 이 사건을 단독판사에게 재배당하게 하였고, 이에 따라 이 사건이 종전 단독판사에게 다시 재배당되었다.

단독판사는 공판기일에서 공판절차를 갱신하였고, 검사는 법원의 공소장변경허가결정 없이 “공소장 및 공소장변경허가신청서에 의하여 공소사실, 죄명, 적용법조를 낭독”하였으며, 피고인들과 변호인들이 “공소사실을 모두 인정한다.”고 진술하자, 단독판사는 심리를 마치고 변론을 종결한 후, 공소사실을 모두 유죄로 인정하여 피고인 甲에 대하여 징역 8년, 피고인 乙에

2) 형사소송법 제300조 (변론의 분리와 병합)

법원은 필요하다고 인정한 때에는 직권 또는 검사, 피고인이나 변호인의 신청에 의하여 결정으로 변론을 분리하거나 병합할 수 있다.

대하여 징역 4년, 피고인 丙에 대하여 징역 2년 6월을 각 선고하였다.

피고인들은 제1심판결에 불복하여 항소하였으나 원심은 피고인들의 항소를 모두 기각하였다.

3. 상고이유의 요지

이 사건이 합의부로 이송된 이상 제1심 관할권은 단독판사가 아니라 합의부에 있고, 특정법위반(사기)죄 사건에 관한 공소장변경 권한도 합의부에 있으므로, 합의부에서 먼저 공소장변경 후에 단독판사로 재판부 변경 여부를 결정해야 하는데도 이러한 조치를 취하지 않은 채 단독판사에게 재배당한 것은 법원조직법 제32조 제1항 제3호에 위반된다. 이로써 피고인들은 고등법원에서 재판받을 권리를 침해당하였다.³⁾

【解 說】

1. 제1심 사건처리 과정의 단계별 문제점과 쟁점의 정리

가. 수사건 접수단계에서의 문제점

법원의 형사사건 접수담당 공무원은 검사가 관련 사건이라는 이유로 공

3) 이외에도 피고인들은 이 사건 범행은 사기죄의 양형기준이 시행되기 전의 범행이므로 양형기준을 소급하여 적용할 수 없다거나 사실오인, 양형부당의 상고이유를 주장하였으나, 이 글의 검토 대상에 해당되지 않으므로 기재하지 아니한다. 양형기준의 소급적용과 관련하여 대법원 2009. 12. 10. 선고 2009도11448 판결은 “법원조직법 제81조의2 이하의 규정에 의하여 마련된 대법원 양형위원회의 양형기준은 법관이 합리적인 양형을 정하는 데 참고할 수 있는 구체적이고 객관적인 기준으로서 마련된 것이다(같은 법 제81조의6 제1항 참조). 위 양형기준은 법적 구속력을 가지지 아니하고(같은 법 제81조의7 제1항 단서), 단지 위와 같은 취지로 마련되어 그 내용의 타당성에 의하여 일반적인 설득력을 가지는 것으로 예정되어 있으므로 법관의 양형에 있어서 그 존중이 요구되는 것일 뿐이다. 그렇다면 법관이 형을 양정함에 있어서 참고할 수 있는 자료에 달리 제한이 있는 것도 아닌 터에 원심이 위 양형기준이 발효하기 전에 법원에 공소가 제기된 이 사건 범죄에 관하여 형을 양정함에 있어서 위 양형기준을 참고자료로 삼았다고 하여, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같이 피고인에게 불리한 법률을 소급하여 적용한 위법이 있다고 할 수 없다.”고 판시하였다.

소제기와 동시에 변론병합신청서를 제출하였다고 하더라도 죄명이 특경법 위반(사기)죄이므로 합의부 사건(예를 들면 2012고합○○○)으로 접수하였어야 한다. 자사건에 특경법이 적용된 이유는 담당검사가 피해자별로 편취 금액을 계산한 것이 아니라 전체 편취금액을 합산하여 특경법이 적용되는 것으로 오인하였기 때문으로 보이고, 합의부 이송 후에야 이를 발견하여 공소장변경허가신청을 한 것으로 추측된다.

사물관할은 공소제기 당시 공소장을 기준으로 결정되므로, 검사가 착오로 특경법을 적용하여 공소제기하였다고 하더라도 합의부로 배당하였어야 하고, 합의부로서는 검사가 공소장을 변경하지 않는 한 일부 무죄로 판단하면 될 것이다.

나. 단독판사가 변론병합결정을 한 단계에서의 문제점

단독판사는 자사건에 사물관할이 없으므로 위 변론병합결정은 권한 없는 주체에 의한 결정으로서 위법한 것으로 보이고, 결국 나머지 사건들의 사물관할에도 영향을 미치게 되었다. 단독판사가 자사건이 합의부 관할사건이라는 점을 알았다면 ‘법관 등의 사무분담 및 사건배당에 관한 예규’(재판예규 제1430호, 이하 ‘배당예규’라고 한다) 제26조 제1항, 제14조 제8호에 따라 합의부로 재배당하였어야 하고,⁴⁾ 합의부는 자사건을 재배당받은 후 단독판사가 심리 중인 모사건 등을 관련 사건으로서 함께 심리할 필요가 있다고 판단하였다면 병합심리결정⁵⁾을 하였어야 한다.

4) 법관 등의 사무분담 및 사건배당에 관한 예규

제14조 (배당확정의 효력)

사건배당이 확정되어 사건배당부에 등록된 이후에는, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 제외하고는 이를 변경할 수 없다.

8. 착오에 의하여 합의사건이 단독사건으로 또는 단독사건이 합의사건으로 접수·배당된 때

제26조 (재배당)

- ① 사건배당 주관자는 제14조 각 호의 사유에 해당한다고 인정하는 때에는 특별한 사유가 없는 한 이 절의 절차에 준하여 재배당을 실시한다.

5) 형사소송법 제10조 (사물관할의 병합심리)

사물관할을 달리하는 수개의 관련 사건이 각각 법원 합의부와 단독판사에 계속된 때에는 합의부는 결정으로 단독판사에 속한 사건을 병합하여 심리할 수 있다.

다. 단독판사가 합의부로 이송결정한 단계에서의 문제점

형사소송법 제8조 제2항⁶⁾에서 정한 이송결정은 단독판사 관할사건이 공소장변경에 의하여 합의부 관할사건으로 변경된 경우에만 할 수 있는 것이므로 위 이송결정은 위법하다. 위 조항은 형사소송법이 1995. 12. 29. 법률 제5054호로 개정될 때 신설되었는데, 위 조항이 신설되기 전에는 법원은 관할위반의 판결을 선고하여야 하였고, 검사는 합의부 관할사건으로 재기소하여야 하였으며, 구속사건의 경우 관할위반의 판결이 확정되면 구속영장이 효력을 상실하게 되므로 다시 구속영장을 발부하여야 하였다.^{7) 8)} 따라서 이러한 번거로운 절차를 해소하고,⁹⁾ 소송경제를 도모하기 위하여¹⁰⁾ 위 조항을 신설하게 된 것이다. 위 조항의 신설 취지에 비추어 보면 공소장변경에 의한 이송결정은 예외적인 경우에 해당하므로 이 사건에 유추적용하기 어려울 것으로 보인다.

다만 구사건을 합의부로 이송결정한 것은 위 사건이 당초부터 합의부 관할사건이라는 점에서 절차상 방식의 위배에 불과한 것으로 볼 여지도 있을 것이나, 나머지 사건들은 위법한 이송결정에 의하여 사물관할이 변경되었다는 문제점이 여전히 남게 된다(그 전제는 앞서 본 위법한 변론병합결정에 의한 것이라 할 것이다). 이와 관련하여 합의부가 재정합의결정 없이 단독판사 관할사건을 재판할 수 있는지에 관하여 명시적으로 판시한 대법원

6) 형사소송법 제8조 (사건의 직권이송)

② 단독판사의 관할사건이 공소장변경에 의하여 합의부 관할사건으로 변경된 경우에 법원은 결정으로 관할권이 있는 법원에 이송한다.

7) 최성창, “관할위반 선고사건의 처리”, 형사판례연구[1](1993. 7.), 323~337.

8) 대법원 1987. 12. 22. 선고 87도2196 판결은 “형사소송법 제319조에 의하면 피고사건이 법원의 관할에 속하지 아니한 때에는 판결로써 관할위반의 선고를 하도록 규정되어 있으므로 지방법원 단독판사는 공소장의 변경에 의하여 합의부에 사물관할권이 있는 사건이 심판대상이 됨으로써 사물관할이 없게 되면 관할위반의 판결을 선고하여야 한다.”라고 판시하였는데, 위 판결은 단독판사 관할사건인 폭처법위반(상해)죄로 기소되었다가 피해자가 사망하자 합의부 관할사건인 ‘폭행치사’로 변경하는 내용의 공소장변경허가신청서가 접수되었고, 제1심 단독판사가 그날 공소장변경허가결정을 하고 곧바로 ‘관할위반 판결’을 선고하였으며 이에 대하여 비약적 상고를 하였으나 대법원이 기각한 사안에 관한 것이다.

9) 제177회 국회 법제사법위원회 회의록 5호, 15.

10) 신동운, 형사소송법(4판), 법문사(2007), 462.

판례는 없는 것으로 보인다.¹¹⁾

한편 서울고등법원 실무례는 다수의 판결이 관할위반을 이유로 단독판사로 하여금 다시 심판하게 하기 위하여 파기이송하고 있는데,¹²⁾ 위 사건들은 모두 검사나 피고인이 불복하지 않아 그 결론의 당부에 관하여 대법원의 검토를 받을 기회가 없었다.

라. 합의부가 단독판사에게 재배당한 단계에서의 문제점

이 사건의 경우는 배당예규에서 정한 재배당 사유에 해당하지 아니한다. 특히 사물관할은 공소제기 시 공소장 기재를 기준으로 하는데 이 사건은 착오에 의하여 단독사건이 합의부로 배당된 것이 아니다.

합의부 관할사건이 접수, 배당된 후에 단독판사 관할사건으로 공소사실을 변경하는 내용의 공소장변경허가신청서가 접수된 경우 공소장변경허가결정을 하여야만 사건이 단독판사 관할사건으로 변경되는지, 그 경우 합의부가 아니라 단독판사가 공소장변경허가결정을 하여도 무방한지에 관하여

11) 이와 관련하여 대법원 1994. 2. 8. 선고 93도3335 판결은 “소론은 요컨대 피고인은 지방법원 합의부가 제1심으로 심판할 사건에 해당하는 죄를 범하지 아니하였는데도, 그와 같은 사건에 해당하는 죄를 범한 공동피고인들과 함께 공소가 제기되는 바람에 지방법원 합의부와 고등법원에서 심판을 받았으므로, 지방법원 본원합의부에서 항소심의 심판을 다시 받게 하여 달라는 것이다. 그러나 법원조직법 제32조 제1항 제1호에 의하면 지방법원 합의부는 합의부에서 심판할 것으로 합의부가 결정한 사건을 제1심으로 심판할 수 있도록 규정되어 있는바, 기록에 의하면 지방법원 합의부가 위 피고인이 범한 각 죄를 합의부에서 심판할 것으로 결정하였음을 인정할 수 있으므로, 논지도 받아들일 수 없는 것이다.”라고 판시하였다. 대법원 종합법률정보에 의하면 위 판결의 판시사항이 “지방법원 단독판사의 사물관할에 속하는 사건을 합의부에서 심판할 수 있는지 여부”라고 기재되어 있는데, 위 사안의 소송진행 경과를 위 판결이나 하급심 판결만으로는 정확하게 알 수 없지만, 판결 이유에 의하면 합의부 관할 사건에 해당하는 공동피고인들과 함께 공소제기되어 관련 사건으로서 재판을 받았거나, 명시적으로 재정합의결정이 있었던 사안으로 보이므로, 이 사건에 직접 원용할 수 없을 것으로 보인다.

12) 사안의 내용은 특가법상 상습장물취득, 특가법상 위험운전치상, 음주운전, 음주측정거부, 보건범죄단속법위반 등의 단독판사 관할사건을 합의부가 심판한 경우이다. 서울고등법원 2000노3346 판결(선고일자 생략한다. 이하 같다), 2010노3634 판결, 2011노2318 판결, 2013노102 판결 등 다수, 특히 서울고등법원 2012노4128 판결은 “검사는 원심 제2회 공판기일에서, 피고인의 음주운전 범행 부분에 대한 적용법조를 변경하였으나, 이는 기소 당시 검사의 착오로 행위시법을 적용하지 않은 잘못을 바로잡은 것에 불과하다. 따라서 기소 당시에는 지방법원 합의부의 적법한 사물관할에 속하였다가 공소장 변경으로 인하여 비로소 단독판사의 사물관할에 속하게 된 경우와 동일하게 취급할 수는 없다.”라고 판시하였다.

명시한 판례나 학설은 없는 것으로 보인다.

설령 공소장이 적법하게 변경되었다고 하더라도 형사소송법 제8조 제2항의 반대해석에 따라 합의부 관할사건을 단독판사에게 이송하는 결정을 할 수 있는지, 이송결정으로 하지 않고 재배당한 경우 단순한 절차상 방식의 위배에 불과한 것으로 볼 수 있는지에 관한 판례나 학설도 없는 것으로 보인다.

마. 단독판사의 재배당 후 공판절차 진행단계에서의 문제점

단독판사의 공판절차 갱신이 적법한지도 의문이다. 단독판사가 합의부로 이송결정을 하였으나 합의부가 공판기일을 열거나 변론에 관여하지 않은 상태에서 다시 재배당하였을 뿐이고, 종전과 동일한 단독판사에게 사건이 재배당되었는데도 ‘판사의 경질’이 있다고 볼 수 있는지가 문제 되기 때문이다.

공소장변경허가결정을 단독판사가 하여도 무방하다고 전제하더라도, 단독판사는 먼저 검사에게 당초 공소장에 의한 공소사실 등을 낭독하게 한 후, 법원이 공소장변경을 허가하고, 다시 검사에게 변경된 공소사실 등을 낭독하게 하여야 하는데,¹³⁾ 단지 종전 공소장과 공소장변경허가신청서에 의하여 공소사실 등을 낭독하게 하여 심리한 후 변론을 종결하였으므로 위법한 절차 진행이라 할 것이다. 다만 소송진행경과에 비추어 보면, 실제로 심리한 대상은 변경된 공소사실인 것으로 보인다.

바. 쟁점의 정리

앞서 본 여러 문제점 중 이 사건이 합의부로 이송되기까지의 과정에서 나타난 문제점은 단순한 절차상의 방식 위배로 볼 수 있거나 선행 문제점

13) 형사소송규칙

제142조 (공소장의 변경)

④ 공소장의 변경이 허가된 때에는 검사는 공판기일에 제1항의 공소장변경허가신청서에 의하여 변경된 공소사실·죄명 및 적용법조를 낭독하여야 한다. 다만 재판장은 필요하다고 인정하는 때에는 공소장변경의 요지를 진술하게 할 수 있다.

을 보정한 것으로서 하자의 치유 또는 책문권의 상실로 해결할 수 있고, 결론적으로 판결에 영향을 미치지 않았다고 볼 수 있다. 왜냐하면, 子사건은 당초부터 합의부 관할사건이었으므로, 위 사건은 합의부로 배당되었어야 하고, 합의부는 관련 사건으로서 母사건에 대하여도 병합심리결정을 할 수 있었으므로, 결론적으로는 이 사건 전체를 합의부 관할사건으로 볼 수 있기 때문이다.

단독판사로 재배당된 후 공판절차 갱신에 관한 문제점도 마찬가지로 보인다. 판사가 경질된 경우 공판절차를 갱신하도록 한 이유는, 피고사건에 대한 판단은 구술주의와 직접심리주의에 입각하여 심증을 직접적으로 형성한 법관이 행하여야 하기 때문인데,¹⁴⁾ 이 사건의 경우 합의부가 변론에 관여하지 않았고, 재배당 전후의 단독판사가 동일하므로 위 공판절차 갱신은 무해하다고 할 것이기 때문이다.

한편 제1심과 항소심에서 공소장변경에 의한 사물관할 변경이 문제 되는 경우는, 제1심에서 ❶ 단독판사 관할사건이 합의부 관할사건으로, ❷ 합의부 관할사건이 단독판사 관할사건으로 변경되는 경우, 항소심에서 ❸ 단독판사 관할사건이 합의부 관할사건으로, ❹ 합의부 관할사건이 단독판사 관할사건으로 변경되는 경우 등 4가지가 있을 수 있다.

그중 ❶의 경우(제1심, 단독 ➡ 합의부)에는 형사소송법 제8조 제2항에 따라 이송하여야 하고, ❸의 경우(항소심, 단독 ➡ 합의부)에는 고등법원으로 이송하여야 하며,¹⁵⁾ ❹의 경우(항소심, 합의부 ➡ 단독)에는 관할의 변

14) 신동운(주 10), 720.

15) 대법원 1997. 12. 12. 선고 97도2463 판결은 “(특경법 제32조 제1항 제2호, 법원조직법 제32조 제1항 제3호, 제28조, 형사소송법 제8조 제2항을 종합하여 보면 - 필자 주) 항소심에서 공소장변경에 의하여 단독판사의 관할사건이 합의부 관할사건으로 된 경우에도 법원은 사건을 관할권이 있는 법원에 이송하여야 하고, 항소심에서 변경된 위 합의부 관할사건에 대한 관할권이 있는 법원은 고등법원이라고 봄이 상당하다.”라고 판시하였다. 한편 대법원 1992. 5. 12. 선고 92다2066 판결은 “지방법원 본원 합의부가 지방법원 단독판사의 판결에 대한 항소사건을 제2심(항소심)으로 심판하는 도중에 지방법원 합의부의 관할에 속하는 소송이 새로 추가되거나 그러한 소송으로 청구가 변경되었다고 하더라도, 심급관할은 제1심법원의 존재에 의하여 결정되는 전속관할이어서 이미 정하여진 항소심의 관할에는 영향이 없는 것이므로, 추가되거나 변경된 청구에 대하여도 그대로 심판할 수 있다.”라고 하여 형사사건과 달리 민사사건에서는 종전 관할에 영향이 없다고 판단하였다. 대법원 2011. 7. 14.자 2011그65 결정도 같은 취지이다.

동이 없는데,¹⁶⁾ 나머지 ②의 경우(제1심, 합의부 → 단독)에 관하여는 명문의 규정이나 판례가 없고 이 사건의 경우가 여기에 해당한다.

대법원은 ③의 경우(항소심, 단독 → 합의부)에 관하여 ①의 경우(제1심, 단독 → 합의부)에 관한 규정인 형사소송법 제8조 제2항을 유추적용하여 고등법원으로 이송하여야 한다고 판시하였고, 반대로 ④의 경우(항소심, 합의부 → 단독)에는 종전 관할에 영향을 미치지 않는다고 판시하였으므로, 이 사건과 같은 ②의 경우(제1심, 합의부 → 단독)에도 종전 관할에 영향을 미치지 않는다고 볼 수 있고, 이 사건을 합의부가 그대로 심판하였다면 관할 위반이 아니라고 할 것이다. 다만 합의부가 심판하는 것이 관할 위반이 아니라는 점과 그 사건을 단독판사에게 이송 또는 재배당하는 것이 위법한 조치인가라는 점은 별개로 볼 수 있으므로, 합의부가 공소장변경허가결정 없이 이 사건을 단독판사에게 이송 또는 재배당하는 것이 위법한지, 그 경우 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 볼 것인지는 추가로 검토가 필요하다고 본다.

따라서 이 사건의 쟁점은 합의부가 이 사건을 단독판사에게 재배당하게 한 조치의 위법 여부라고 할 것이다. 이하에서 살펴본다.

2. 이 사건 재배당 조치의 위법성 및 파기 여부

가. 파기이송설

이 사건 재배당 조치가 위법하므로 원심판결을 파기하여 이송하여야 한

16) 대법원 2008. 2. 15. 선고 2007도11063 판결은 “특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의4 제1항에 해당하는 사건은 제1심의 단독판사의 관할에 속하나, 같은 조 제6항에 해당하는 사건은 제1심의 합의부의 관할에 속하는 것이다. 기록에 의하면, 이 사건 공소제기 당시 검사는 이 사건 공소사실에 대하여 위 법률 제5조의4 제6항, 제1항, 형법 제329조를 적용하였고 이에 기하여 제1심법원의 합의부에서 이 사건을 심리하고 그 판결을 선고하였는데, 그 후 원심에 이르러 검사가 이 사건 공소사실에 대한 적용법조 중 위 법률 제5조의4 제6항을 삭제하는 내용의 공소장변경허가신청을 하여 원심법원이 이를 허가함으로써, 원심에서는 이 사건 공소사실에 대한 적용법조가 제1심과 달라지게 된 것임을 알 수 있다. 그렇다면 제1심 당시에는 이 사건은 합의부의 관할에 속하는 것이었고, 그 후 항소심에서 공소장변경에 의하여 그 적용법조가 위와 같이 달라진 사정은 제1심의 관할에 아무런 영향을 미치지 아니하므로, 이 사건에 관할위반의 위법이 있다는 취지의 상고이유는 받아들일 수 없다.”라고 함으로써 형사소송법 제8조 제2항을 반대해석하여 유추적용하지 않았다.

다는 견해이다. 그 논거는 다음과 같다.

① 형사소송에서의 사물관할은 공소제기 당시를 기준으로 정해야 하고, 공소제기 당시 합의부 관할사건이었다면 이후 단독판사 관할사건으로 공소장변경허가신청서가 제출되었더라도 단독판사에게 재배당하여서는 아니 된다. 합의부가 공판을 진행하여 공소장변경을 허가한 이후에도 단독판사에게 이송 또는 재배당하여서는 아니 된다.

② 민사소송에서 이른바 관할의 항정이 인정되는 취지(민사소송법 제33조) 및 일정한 한도 이상의 범정형이 규정된 범죄는 3인의 판사가 합의하는 합의부에서 재판함이 타당하다는 형사사건에서의 특이성 등을 고려하여 단독판사로의 이송 또는 재배당은 허용되지 아니한다.

③ 민사소송법은 단독판사의 심리 도중 청구확장이 있으면 합의부로 이송하여야 함을 규정하고 있으나 반대의 경우에는 합의부가 단독판사에게 이송하지 않는데, 이러한 논리가 형사재판이라고 하여 달라질 이유가 없다.

④ 형사소송법 제8조 제2항의 입법 취지에 비추어 보면 일단 합의부에 관할권이 발생한 이상 그 후에 단독판사 관할 범죄로의 공소장변경이 있다고 하여도 그와 같은 이송을 허용하지 않는다는 뜻으로 해석하여야 한다.

⑤ 1인의 법관 대신 3인의 법관에 의하여 신중한 판단을 받게 하는 것이 헌법상 재판청구권의 보장 또는 적법절차 원리에 부합한다.

⑥ 검사가 대법원판례의 취지와 달리, 피해자가 서로 다르고 피해자별 합산액이 5억 원을 초과하지 않는 때에도 전체 편취액의 합계가 5억 원 이상인 경우에는 특경법위반(사기)죄에 해당한다는 소신을 가지고 기소한 경우, 이를 명백한 오기라거나 잘못 청구한 것이라고 하여 단독판사에게 배당할 수는 없다.

⑦ 합의부에서 심판할 사건을 공소장변경이 있다는 이유로 단독판사가 심판하게 되면 관할위반의 위법이 있고, 이 경우 3인 재판부에서 심판하였더라면 그 결과가 어떻게 되었을지 모르는 것이므로 그 자체로 판결 결과에 영향을 미친 것이라 볼 수 있다.

나. 상고기각설

이 사건 재배당 조치를 위법하다고 볼 수 없다는 견해이다. 그 논거는 다음과 같다.

① 형사소송법에는 “이송받은 법원은 이송결정에 따라야 하고 다시 이송하지 못한다.”라는 민사소송법 제38조와 같은 규정이 없고, 오히려 형사소송법 제9조는 “사물관할을 달리하는 수개의 사건이 관련된 때에는 법원합의부는 병합관할한다. 단, 결정으로 법원단독판사에게 이송할 수 있다.”라고 규정하여 합의부가 사건을 분리하여 단독판사에게 이송할 수 있도록 하는데, 위의 경우에도 단독판사의 사물관할은 소멸하지 아니한다.¹⁷⁾

② 법원조직법 제32조 제1항 제1호에 의하면, 합의부에서 심판할 것으로 합의부가 결정한 사건을 지방법원 합의부가 제1심으로 심판할 수 있도록 규정하고 있고, 합의부에서 이러한 재정합의결정을 하지 않는다면 이 사건은 더 이상 합의부 관할사건이 아니라 할 것이므로, 오히려 사건을 단독판사에게 재배당하는 것이 올바른 관할을 찾아가는 것이라고 볼 수 있다.

③ 토지관할의 결정도 검사의 공소제기 시를 표준으로 하나, 기소 시에는 관할의 요건을 결하였더라도 뒤에 이를 구비하게 되면 그 흠이 치유된다는 데 이론(異論)이 없고, 사물관할은 기소 시부터 재판 종결에 이르기까지 심리의 전 과정을 통하여 존재하여야 하는 것이 원칙이지만, 소송경제의 측면을 고려한 형사소송법 제8조 제2항 신설 취지를 고려할 때 이 사건에서 관할의 일반 원칙이 수정될 필요성이 있다는 점도 수긍할 수 있다.

④ 검사의 공소장에 법원이 기속됨이 원칙이지만, 법원의 심리 개시 전 검사의 신청이 유동적일 수 있으므로, 이러한 경우에도 반드시 검사의 최초 공소장 기재에 기속되어 관할이 확정된다고 보기는 어렵고, 민사소송법상 관할의 항정과 같은 규정이 형사소송법에는 존재하지 아니한다.

⑤ 공소제기 당시를 기준으로 하면 원칙적으로 합의부 관할에 속하지만, ‘심리 개시 전’에 곧바로 공소장을 변경함으로써 사물관할의 조정이 이루

17) 주석 형사소송법 I, 편집대표 백형구, 박일환, 김희욱, 한국사법행정학회(2009), 63(백형구 집필 부분).

어지는 등의 예외적인 사유가 있고, 그에 따라 최종적으로 확정된 사물관할이 단독판사 관할이라면, 이를 재배당하여 단독판사로 하여금 심판하도록 한 조치가 적절하다고는 할 수 없을지라도 적어도 ‘소송절차상 관할위반의 위법’이 있다고 보기는 어렵다.

⑥ 형사소송법 제9조 단서가 일단 합의부로 병합된 사건이라도 단독판사 관할에 속하는 사건을 분리하여 이송할 수 있도록 규정하고 있는 점에 비추어 볼 때, 적어도 소송절차상 관할위반의 위법이 있다고 볼 것은 아니라는 등의 유연한 해석론을 펼칠 필요가 있다.

⑦ 대법원 1985. 7. 23. 선고 85도1003 판결은 “판결내용 자체가 아니고, 피고인의 신병확보를 위한 구속 등 조치와 공판기일의 통지, 재판의 공개 등 소송절차가 법령에 위반되었음에 지나지 아니하는 경우에는, 그로 인하여 피고인의 방어권, 변호권이 본질적으로 침해되고, 판결의 정당성마저 인정하기 어렵다고 보여지는 정도에 이르지 아니하는 한, 그것 자체만으로 판결에 영향이 있어 상고이유가 되는 경우는 없다.”고 판시하였다.

⑧ 단독심이 원칙임을 규정하고 있는 우리 법 제도에 비추어 보면, 원래 단독판사가 심판해야 할 사건을 최종적으로 단독판사가 심판한 것을 두고 헌법 위반이라거나 판결 결과에 영향을 미친 것이라고 할 수 없다.

다. 검토

이 사건 재배당 조치의 위법 여부는 기본적으로 법 정책적 판단의 문제라는 점에서 두 견해가 모두 가능하다고 할 것이나, 다음과 같은 이유에서 파기이송설이 타당한 것으로 보인다.

1) 이 사건이 합의부 관할사건에서 단독판사 관할사건으로 변경되었다고 볼 수 없다.

① 관할제도의 입법 취지(관할확일의 원칙), 공소장변경제도의 존재의의와 피고인의 방어권 보장, 소송절차의 동적 안정성 등에 비추어 보면, 적어도 공소장변경으로 사물관할이 달라지는 경우의 공소장변경허가결정은 원칙적으로는 외형상 명확하게 인식할 수 있는 형태로 이루어져야 할 것으로

보인다.

공소장변경제도의 존재의의에 관하여, 당사자주의적 관점에서는 형사절차의 발전적·동적 성질 때문에 공소장에 기재한 공소사실과 적용법조의 변경이 필요하게 된 경우에 검사로 하여금 공소장변경을 신청할 수 있도록 함으로써 형사절차가 추구하는 실체적 진실발견과 적정한 국가형벌권의 실현을 도모하기 위한 장치이자 형사절차에 있어서 심판대상의 조정을 위한 장치라는 의미를 가지게 된다고 하고, 직권주의적 관점에서는 피고인의 방어권 보장을 위한 절차법적 담보장치로 보게 된다고 한다.¹⁸⁾¹⁹⁾ 즉 당사자주의적 관점에서는 검사가 법원에 심판을 구하는 대상을 명확하게 제시한다는 측면이 있고, 직권주의적 관점에서는 피고인에게 예측하지 못한 사실 인정이나 법적 공격을 받는 일이 없게 한다는 측면이 있으므로, 두 관점 중 어느 입장을 택하더라도 공소장변경은 외형상 명확하게 인식할 수 있는 형태로 이루어져야 그 기능을 다하는 것으로 볼 수 있을 것이다.

이러한 이유로 공소장변경은 원칙적으로 서면에 의하여야 하고(형사소송규칙 제142조 제1항),²⁰⁾ 공소장의 변경이 허가된 때에는 검사는 공판기일에 공소장변경허가신청서에 의하여 변경된 공소사실, 죄명, 적용법조를 낭독하여야 하는 등 엄격하고 명확한 절차를 요구하고 있으며, 법원은 일단 공소장변경을 허가하였더라도 공소사실의 동일성이 인정되지 않는 등의 사유로 공소장변경허가결정에 위법 사유가 있는 때에는 스스로 이를 취소할 수도 있다.²¹⁾

앞서 본 대법원 1987. 12. 22. 선고 87도2196 판결의 제1심 단독판사도

18) 신동운(주 10), 728~730.

19) 형사소송규칙 제142조 제2항은 공소장변경허가신청서에는 피고인의 수에 상응한 부분을 첨부하도록 하고, 제3항은 위 부분을 피고인 또는 변호인에게 즉시 송달하게 하고 있고, 형사소송법 제298조 제3항은 공소사실 또는 적용법조의 추가, 철회 또는 변경이 있을 때에는 그 사유를 신속히 피고인 또는 변호인에게 고지하도록 하고 있다. 이 사건의 경우 대법원 사건조회에 의하면 재배당 전 합의부가 공소장변경허가신청서를 피고인 및 변호인에게 송달하였음을 알 수 있고, 실제로 심리한 대상도 변경된 공소사실인 것으로 보인다.

20) 법원은 피고인에게 이익이 되거나 피고인이 동의하는 경우에는 구술에 의한 공소장변경을 허가할 수 있다(형사소송규칙 제142조 제5항).

21) 대법원 1989. 1. 24. 선고 87도1978 판결.

폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(상해)죄를 폭행치사죄로 변경하는 공소장변경허가신청서가 접수되자 먼저 공소장변경허가결정을 한 후 곧바로 ‘관할위반판결’을 하였다.

② 공소장변경허가신청만으로는 합의부 관할사건이 단독판사 관할사건으로 변경될 수 없다고 보아야 한다.

사물관할은 공소제기 시 공소장 기재를 기준으로 결정되고, 그 후 공소장변경허가신청서가 접수되었다고 하더라도 실무상 그 신청서를 진술하지 않거나 철회하는 경우도 있으므로, 어떠한 형태로든 법원의 결정이 없이 단지 공소장변경허가신청서의 접수만으로 종전 사건이 합의부 관할사건에서 단독판사 관할사건으로 변경된다고 볼 수는 없다.

상고기각설은 합의부가 실체 심리에 들어가기 전이라면 실질적으로 공소제기 당시부터 단독판사 관할이었던 경우에 준하여 볼 수 있다는 것으로 보이나, 공소장변경제도는 법원의 입장에서 심판대상이 무엇인가를 결정하는 것뿐만 아니라, 검사와 피고인의 입장에서도 무엇을 공격방어의 대상으로 할 것인지 결정하는 것이고, 법원이 실체 심리에 들어가기 전이라도 피고인은 방어권 행사를 위한 준비를 하고 있으므로 공소사실의 변경은 명확하게 하여야 한다.

③ 이 사건의 경우 묵시적으로라도 공소장변경허가결정이 있었다고 볼 만한 합의부의 결정 또는 의사표시가 전혀 없었다.

상고기각설은 묵시적으로라도 합의부 또는 단독판사의 공소장변경허가결정이 있었던 것으로 전제하여야 가능한 견해이다. 그러나 합의부는 배당예규에 따라 재배당을 요구할 뿐이고, 사건배당 주관자²²⁾가 재배당을 실시하며, 이 사건 기록상으로도 합의부의 어떠한 결정이 편철되어 있지 않고 단지 법원사무관 작성의 ‘소송기록과 증거물 송부서’가 있을 뿐이다. 즉 합의부의 재배당 요구는 종국적인 결정이 아니고, 사건배당 주관자의 재배당 실시가 합의부의 결정을 대체할 수 없다.

④ 공소장변경의 허가 주체는 신청 당시 관할 법원이어야 할 것이고, 설

22) 배당예규 제9조 제1항에 의하면 각급 법원장 및 지원장이다.

령 재배당받은 법원이 할 수 있다고 하더라도 이 사건의 경우 단독판사는 공소장변경을 허가하는 결정이나 이에 준하는 아무런 결정을 하지 않았다.

2) 적법한 공소장변경허가결정이 있었다고 전제하더라도 합의부가 단독판사에게 이송 또는 재배당할 수 없다고 보아야 한다.

① 현행법상 형사사건에 관하여 ‘재정단독결정’을 허용하는 규정은 존재하지 아니한다.

법원조직법은 원칙적으로 단독판사에게 사물관할이 있음을 전제로 하면서 제32조 제1항에서 합의부의 사물관할을 별도로 정하고 있고, 같은 항 제1호는 “합의부에서 심판할 것으로 합의부가 결정한 사건”을 정하고 있으므로, 재정합의결정은 민사, 형사, 행정사건 등 사건의 종류를 불문하고 위 조항에 의하여 인정될 수 있다.

법원조직법 제32조 제1항 제2호는 “민사사건에 관하여는 대법원규칙으로 정하는 사건”을 합의부 관할사건으로 정하고 있는데, 『민사 및 가사소송의 사물관할에 관한 규칙』은 민사사건에 관하여 제2조 단서 제4호에서 “단독판사가 심판할 것으로 합의부가 결정한 사건”을 예외로 정하고 있고, 다류 가사소송사건에 관하여는 제3조 제1호 단서에서, 마류 가사비송사건에 관하여는 제3조 제2호 단서에서 같은 규정을 두고 있는데, 위 조항이 민사 및 가사사건에서 재정단독결정이 인정되는 근거이다.

법원조직법 제7조 제3항 단서는 “다만 행정법원에 있어서 단독판사가 심판할 것으로 행정법원 합의부가 결정한 사건의 심판권은 단독판사가 이를 행한다.”라고 정하고 있는데, 위 조항이 행정사건에서 재정단독결정이 인정되는 근거이다.

위 각 규정에 따라 배당예규 제12조는 제1항에서 ‘재정합의 대상사건’에 관하여 규정할 때에는 ‘민사소송사건, 형사소송사건, 가사소송사건과 가사비송사건’을 망라하고 있으나, 제2항에서 ‘재정단독 대상사건’에 관하여 규정할 때에는 ‘민사소송사건, 행정소송사건, 다류 가사소송사건, 마류 가사비송사건’만을 열거할 뿐 ‘형사소송사건’을 포함하고 있지 않다.

② 상고기각설에서는 형사소송법 제9조 단서의 경우를 논거로 언급하고

있으나,²³⁾ 위 규정은 처음부터 단독판사에게 사물관할권이 있는 경우이므로 이 사건의 경우에 적용될 수 없다.

형사소송법 제9조에 해당하는 예를 들면, 합의부 관할사건인 A사건과 단독판사 관할사건인 B사건이 관련 사건이고 동시에 공소제기된 경우에 형사소송법 제9조 본문에 의하여 A, B사건 모두 합의부에 사물관할이 있는데, 그 경우 B사건에 관한 단독판사의 사물관할이 소멸하지 아니하므로, B사건을 분리하여 단독판사에게 이송할 수 있다는 취지이다.²⁴⁾ 이 사건의 경우 자사건이 A사건에 해당하고, 모사건이 B사건에 해당하므로, 위 조항은 자사건을 단독판사에게 이송 또는 재배당할 수 있는 근거가 되지 못한다.

③ 형사소송법 제8조 제2항의 신설 과정에 비추어 보더라도, 형사사건에서의 사물관할은 엄격하게 해석, 인정하여야 할 것으로 보인다. 앞서 검토한 바와 같이 형사소송법 제8조 제2항이 신설되기 전에는, 제1심에서 단독판사 심리 도중 합의부 관할사건으로의 공소장변경이 허가된 경우 법원은 관할위반의 판결을 하여야 하였고, 검사는 합의부에 재기소하여야 하였으며, 위 판결이 확정되면 구속영장이 효력을 상실하게 되므로, 다시 구속영장을 발부하여야 하였다. 이러한 소송경제상 문제점에도 불구하고 대법원이 관할위반의 판결을 선고하여야 한다고 판시한 이유는 형사사건에서의 사물관할은 엄격하게 해석, 인정하여야 하기 때문으로 볼 수 있고, 대법원은 이를 ‘관할제도의 입법 취지(관할확일의 원칙)’라고 판시하고 있다.

④ 앞서 본 대법원 2008. 2. 15. 선고 2007도11063 판결은 항소심에서 공소장변경에 의하여 합의부 관할사건이 단독판사 관할사건으로 변경되더라도 종전 사물관할에 영향이 없다고 판시하였고, 형사소송법 제8조 제2항을 반대해석하여 유추적용하지 않았다.

⑤ 공소장변경에 의하여 실질적으로는 단독판사 관할사건으로 변경되었다고 하더라도 이미 3인의 법관에 의하여 신중하게 재판을 받고 있었다면

23) 형사소송법 제9조 (사물관할의 병합)

사물관할을 달리하는 수개의 사건이 관련된 때에는 법원합의부는 병합관할한다. 단 결정으로 관할권 있는 법원단독판사에게 이송할 수 있다.

24) 주석 형사소송법(I)(주 17), 63~64(백형구 집필 부분).

이를 굳이 단독판사에게 이송할 수 있도록 제도를 정비하여야 할 필요성이 적다고 할 수 있다.

⑥ 특히 이 사건의 경우 피고인들이 적법한 공소장변경허가결정 없이 사건이 단독판사에게 재배당된 과정의 위법성을 명확하게 지적하고 있으므로, 묵시적으로 공소장변경허가결정이 있었다고 볼 수 있다거나 실질적으로는 단독판사가 심판할 수 있는 사건이었으므로 위법하지 않다고 판단하기 어려운 것으로 보인다.

3) 소송절차에 관한 법령 위반으로 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

관할제도의 입법 취지(관할확일의 원칙)와 그 위반의 중대성에 비추어 보면, 앞서 검토한 제1심과 원심의 잘못은 소송절차에 관한 법령 위반으로 판결에 영향을 미친 위법이 있는 것으로 보아야 할 것이다.

이와 관련하여 상고기각설은 대법원 1985. 7. 23. 선고 85도1003 판결을 언급하면서 판결에 영향을 미친 위법이 없다는 취지로 주장하고 있고, 대법원 2007. 6. 1. 선고 2006도3983 판결,²⁵⁾ 대법원 2009. 6. 11. 선고 2009도1830 판결²⁶⁾도 공소장변경과 관련하여 같은 취지로 판시하였다.

25) 대법원 2007. 6. 1. 선고 2006도3983 판결은 “기록에 의하면, 원심이 2006. 5. 4. 제2회 공판기일에 검사의 공소장변경허가신청서에 기한 공소장변경을 허가하였으면서도 재정 중인 피고인 및 변호인에게 그 부분을 교부 또는 송달한 흔적을 찾아볼 수 없으나, 당초에 협박죄로 공소제기된 이 사건에서 피고인이 수사단계부터 피해자에 대한 협박의 해악 고지를 부인하면서 다투어 온 이상 협박미수의 예비적 공소사실에는 피고인이 방어하여야 할 새로운 내용이 들어있다고 보기 어려운 점, 검사는 항소이유서에도 협박미수로의 공소장변경을 언급하였고, 원심 제1회 공판기일 당시 공소장변경을 위한 속행을 요청하기도 하였으므로 제2회 공판기일에 협박미수로의 공소장변경이 있으리라는 점은 예측할 수 있었던 점, 변론종결이 이루어진 원심 제2회 공판기일에는 공소장변경만 이루어진 후 피고인 최후진술 및 변호인의 변론이 진행되었을 뿐 별도의 증거조사 등이 이루어지지 않은 점 등 또한 기록상 분명하므로, 원심의 공소장변경절차에 앞에서 본 바와 같은 흠이 있다고 하더라도 그로 인하여 피고인의 방어권, 변호인의 변호권이 본질적으로 침해되어 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 볼 수는 없다.”고 판시하였다.

26) 대법원 2009. 6. 11. 선고 2009도1830 판결은 “검사가 제출한 공소장변경허가신청서는 즉시 그 부분을 피고인에게 송달하여야 하므로(형사소송규칙 제142조 제3항) 이를 송달하지 아니한 채 공판절차를 진행한 원심의 조치에는 절차상의 법령위반이 있다 할 것이나, 그러한 경우에도 그로 인하여 피고인의 방어권, 변호인의 변호권이 본질적으로 침해되었다고 볼 정도에 이르지 아니하는 한, 그것 자체만으로는 판결에 영향을 미친 위법이라고 할 수 없을 것이다.”라고 판시하였다.

그러나 공소장변경절차에 관한 규정을 위반함으로써 단순히 공소사실, 죄명, 적용법조를 달리 인정하는 정도가 아니라, 관할제도를 위반하게 된 것이라면 그러한 잘못은 판결에 영향을 미친 것으로 보아야 한다.²⁷⁾

【對象判決의 意義】

대상판결은 제1심에서 합의부 관할사건에 관하여 단독판사 관할사건으로 죄명, 적용법조를 변경하는 내용의 공소장변경허가신청서가 제출된 경우에 법원이 취하여야 할 조치에 관하여 최초로 판시한 판결이라는 점에서 의의가 있다.

27) 심급관할 위반 사안에 관하여 대법원 1997. 4. 8. 선고 96도2789 판결은 “기록에 의하면, 이 사건 피고 사건은 모두 법원조직법 제32조 제1항에 의하여 지방법원 단독판사의 사물관할에 속하는 사건으로서, 광주지방법원 순천지원의 단독판사가 제1심으로서 이를 심판하였는데, 그 제1심판결에 대한 항소사건을 원심인 광주고등법원이 실체에 들어가 이를 심판하였음이 명백하다. (중략) 사정이 이와 같다면, 위 제1심판결에 대한 항소사건의 관할법원은 광주고등법원이 아니라 광주지방법원 본원 합의부라고 할 것이다. 그러므로 원심인 광주고등법원이 위 제1심판결에 대한 항소사건을 그 실체에 들어가 심판한 조치는 관할권이 없음에도 이를 간과하고 실체판결을 한 것으로서, 소송절차의 법령을 위반한 잘못을 저지른 것이라 아니할 수 없고, 관할제도의 입법 취지(관할확일의 원칙)와 그 위법의 중대성 등에 비추어 이는 판결에 영향을 미쳤음이 명백하므로, 직권으로 원심판결 중 이미 확정된 건축법위반죄에 대한 부분을 제외한 나머지 부분을 파기하며, 형사소송법 제394조를 적용하여 이 부분 사건을 관할권이 있는 광주지방법원 본원 합의부에 이송하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.”라고 판시하였다.

사물관할 위반 사안에 관하여 대법원 1999. 11. 26. 선고 99도4398 판결은 “기록에 의하면 피고인에 대한 이 사건 공소사실은 피고인이 폭력행위등처벌에관한법률위반죄 및 감금지상죄를 범하였다는 것이고, 위 공소사실에 대하여 춘천지방법원 원주지원 단독판사가 제1심으로 심판하고, 그 제1심 사건에 대한 항소심사건을 원심인 춘천지방법원 본원 합의부가 실체에 들어가 심판하였음은 명백하다. 그런데 (중략) 이 사건의 경우 춘천지방법원 원주지원 합의부가 제1심의 심판권을 가지고, 그 항소 사건은 서울고등법원에서 심판권을 가진다 할 것이다. 그러므로 원심 및 제1심이 이 사건에 대하여 그 실체에 들어가 심판한 조치는 관할권이 없음에도 이를 간과하고 실체판결을 한 것으로서, 소송절차의 법령을 위반한 잘못을 저지른 것이라 할 것이고, 관할제도의 입법 취지(관할확일의 원칙)와 그 위법의 중대성 등에 비추어 이는 판결에 영향을 미쳤음이 명백하므로(대법원 1997. 4. 8. 선고 96도2789 판결 참조), 직권으로 원심판결 및 제1심판결을 파기하고, 사건을 관할권이 있는 춘천지방법원 원주지원 합의부에 이송하기로 관여 법관들의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.”라고 판시하였다.

4. 피고인이 구치소나 교도소 등에 수감 중인 경우 공시송달의 요건

(2013. 6. 27. 선고 2013도2714 판결 : 공2013하, 1426)

李 南 均

【判決要旨】

1. 피고인이 구치소나 교도소 등에 수감 중인 경우는 형사소송법 제63조 제1항에 규정된 ‘피고인의 주거, 사무소, 현재지를 알 수 없는 때’나 ‘소송촉진 등에 관한 특례법’ 제23조에 규정된 ‘피고인의 소재를 확인할 수 없는 경우’에 해당한다고 할 수 없으므로, 법원이 수감 중인 피고인에 대하여 공소장 부분과 피고인소환장 등을 종전 주소지 등으로 송달한 경우는 물론 공시송달의 방법으로 송달하였더라도 이는 위법하다고 보아야 한다. 따라서 법원은 주거, 사무소, 현재지 등 소재가 확인되지 않는 피고인에 대하여 공시송달을 할 때에는 검사에게 주소보정을 요구하거나 기타 필요한 조치를 취하여 피고인의 수감 여부를 확인할 필요가 있다.

2. 제1심법원이 별건으로 수감 중인 피고인에게 공시송달의 방법으로 소송서류를 송달한 다음 피고인의 출석 없이 재판을 진행하여 유죄를 선고하였는데, 그 후 피고인이 상소권회복결정을 받아 원심 공판기일에 출석한 사안에서, 제1심의 피고인에 대한 송달은 위법하고, 위법한 공시송달에 기초하여 진행된 제1심 소송절차는 모두 위법하므로, 원심이 제1심의 공시송달이 적법함을 전제로 공소장 부분의 송달부터 증거조사 등 절차진행을 새로이 하지 아니한 채 제1심이 채택하여 조사한 증거만으로 피고인에게 유죄판결을 선고한 것은 위법하다고 한 사례.

【參照條文】

1. 형사소송법 제63조 제1항, 소송촉진 등에 관한 특례법 제23조 /
2. 형사소송법 제63조 제1항, 소송촉진 등에 관한 특례법 제23조

【事案의 概要】

1. 사실관계

가. 이 사건 공소사실의 요지

피고인은 2011. 10. 28. 서울중앙지방법원에서 강도죄로 징역 2년을 선고 받아 2011. 12. 30. 그 판결이 확정되었다.

피고인은 2011. 6. 6. 06:09경 무면허로 혈중알코올농도 0.148%의 음주상태에서 오산시 원동에 있는 공영주차장 앞 도로에서부터 같은 동에 있는 오산농협 운암점 앞 도로에 이르기까지 약 30m 구간에서 60허1557호 SM5 승용차를 운전하였다.

나. 이 사건의 진행경과

- * 2011. 7. 25.: 검사는 이 사건 공소를 제기하면서 공소장에 피고인의 휴대전화번호로 “010-9107-0546”을, 주거로 “서울 마포구 아현동 701-9”¹⁾를 기재하였음.²⁾
- * 2011. 8. 12.: 공소장 부분 등이 폐문부재로 송달불능 되었음(8. 16.과 8. 17.도 동일).
- * 2011. 8. 19.: 피고인의 휴대전화도 통화불능이었음.
- * 2011. 8. 23.: 제1심 재판장은 제1회 공판기일을 연기하고 검사에게 주소보정을 요구하였음.

1) 등록기준지: 서울 마포구 공덕동 369-2.

2) 한편 수사기록 중 교통사고발생보고서에는 피고인의 연락처(휴대전화번호) 바로 아래에 ‘010-4874-8699(서승우) 친구 삼환@ 거주’라고 기재되어 있고, 피의자주거조사서에도 같은 내용이 기재되어 있었다.

- * 2011. 8. 24.: 검사가 피고인의 주소를 보정하였으나 그 내용은 공소장 기재 주거 및 등록기준지와 동일하였음.
- * 2011. 8. 29.: 피고인이 별건으로 구속되었음.
- * 2011. 9. 1.: 피고인의 동거인(동생)이 피고인의 주거지에서 이 사건의 피고인소환장을 수령하였고, 피고인에 대하여 별건의 공소가 제기되었음(서울중앙지법 2011고합1187호).
- * 2011. 9. 20.: 제1심 재판장은 제2회 공판기일도 연기하고 마포경찰서장에게 피고인에 대한 소재탐지를 촉탁하였음.
- * 2011. 9. 22.: 피고인소환장이 폐문부재로 송달불능 되었음(9. 23.과 9. 26.도 동일).
- * 2011. 9. 30.: 다음과 같은 내용의 소재탐지촉탁결과보고가 접수되었음. 즉, “피고인은 3층 우측 거주. 아래층 거주자의 언동에 의하면 쌍둥이 형제와 남동생 등 3명이 함께 거주하고 있는데, 집에 있는 시간이 거의 없어 만나기 힘들고, 연락처나 직장 등을 알 수 없다.”
- * 2011. 10. 7.: 피고인 휴대전화는 착신정지로 통화불능이었음.
- * 2011. 10. 11.: 제1심 재판장은 제3회 공판기일을 연기하고 피고인 구인용 구속영장을 발부하였음.
- * 2011. 10. 14.: 피고인소환장이 폐문부재로 송달불능되었음(10. 17.과 10. 18.도 동일).
- * 2011. 10. 28.: 피고인의 휴대전화는 착신정지로 통화불능이었는데, 별건 제1심³⁾에서 피고인에 대하여 징역 2년이 선고되었음.
- * 2011. 11. 1.: 제1심 재판장은 제4회 공판기일을 연기하였음.
- * 2011. 11. 3.: 제1심 재판장은 유효기간 2012. 5. 2.까지로 하여 피고인 구금용 구속영장을 발부하였음.
- * 2011. 11. 15.: 피고인 구인용 구속영장이 집행불능으로 반환되었음.
- * 2011. 12. 22.: 별건의 항소심⁴⁾에서 항소기각 판결 선고되어 2011. 12.

3) 서울중앙지법 2011고합1187.

4) 서울고법 2011. 12. 22. 선고 2011노3141 판결.

30. 확정되었음.

- * 2012. 5. 4.: 피고인 구금용 구속영장이 반환되었음.
- * 2012. 5. 11.: 제1심 재판장은 피고인에 대한 공시송달을 결정하였고 그에 따라 공소장부분 등이 게시되었음(2012. 5. 26. 송달 효력 발생).
- * 2012. 5. 31.: 제1심 재판장은 제5회 공판기일을 연기하였음.
- * 2012. 6. 12.: 제1심 재판장은 제6회 공판기일을 소송촉진 등에 관한 특례법 제23조에 의한 궐석재판으로 진행하고 변론을 종결하였음.
- * 2012. 6. 28.: 제1심법원은 피고인에 대하여 벌금 500만 원을 선고하였음.
- * 2012. 10. 26.: 피고인은 항소장 및 상소권회복청구서를 제출하였음.
- * 2012. 11. 6.: 상소권회복청구 인용결정
- * 2012. 11. 21.: 피고인에게 소송기록접수통지서가 송달되었음.
- * 2012. 12. 5.: 피고인이 항소이유서(① 양형부당, ② 제1심 재판절차의 위법)를 제출하였음.
- * 2012. 12. 13.: 변호인의견서(양형부당)가 제출됨.
- * 2013. 1. 9.: 원심 재판장은 제1회 공판기일에 항소이유를 양형부당으로 정리함.
- * 2013. 1. 23.: 원심 재판장은 제2회 공판기일에 변론을 종결함.
- * 2013. 2. 6.: 원심법원은 별건의 전과로 인한 형법 제37조 후단 경합범을 이유로 제1심판결을 직권 파기하고 피고인에 대하여 벌금 500만 원을 선고하였는데, 별건 전과 관련 범죄사실 및 증거의 요지 외에는 제1심판결의 범죄사실 및 증거의 요지 기재를 그대로 인용하였음.

2. 피고인의 상고이유⁵⁾

가. 제1점: 사실오인

보험설계사로도 일하고 있는 피고인은 고객이 나이트클럽 종업원인 관

5) 필자가 편의상 상고이유를 제1점, 제2점 등으로 구분하였다.

계로 새벽 4시경 고객을 만나 상담을 하면서 소주 3잔을 마셨으나 공소장 기재와 같이 30m 이상 운전을 한 사실은 전혀 없고, 음주측정결과 혈중알코올농도가 0.148%인 점도 믿을 수 없다.

나. 제2점: 음주측정 과정에서 적법절차 위반

경찰관이 피고인을 상대로 혈중알코올농도를 측정하는 과정에서 미란다 원칙⁶⁾을 고지하지 않았다.

다. 제3점: 위법한 쥔석재판(제1심 재판절차의 위법)

피고인은 제1심 재판 진행 당시 별건으로 구속되어 이 사건 재판진행 사실을 알지 못하였으나 제1심법원은 재판을 진행하여 피고인에게 벌금형을 선고하였다.

이러한 제1심판결에 대한 피고인의 상소권회복청구가 받아들여졌으므로 원심으로서 피고인이 제1심 재판을 받을 기회를 박탈당하였음을 이유로 제1심판결을 파기하였어야 하나 다른 이유로 제1심판결을 파기한 후 제1심과 동일한 벌금형을 선고하였는바, 이는 위법하다.

라. 제4점: 양형부당

피고인이 음주·무면허 운전으로 사람을 다치게 한 것도 아닌 점에 비추어 보면 수형 중인 피고인에게 선고된 500만 원의 벌금형은 피고인이 납부하기 불가능할 정도로 너무 무거워서 부당하다.

【解 說】

1. 서

논리적으로 볼 때 만일 제1심의 쥔석재판(공시송달에 의한 진행)이 위법

6) 피의사실의 요지, 체포·구속의 이유, 변호인선임권을 고지하고 변명의 기회를 주는 것을 말한다.

할 경우 그 위법 사유가 상고심에 이르기까지 시정된 바 없으므로 나머지 상고이유에 관하여 더 나아가 살펴볼 필요도 없이 원심판결을 파기해야 할 것이다. 따라서 상고이유 제3점부터 검토하기로 한다.

2. 상고이유 제3점에 관한 검토

가. 관련 규정

1) 소송촉진 등에 관한 특례법(이하 ‘소촉법’이라 한다)

제23조 (제1심 공판의 특례)

제1심 공판절차에서 피고인에 대한 송달불능보고서가 접수된 때부터 6개월이 지나도록 피고인의 소재를 확인할 수 없는 경우에는 대법원규칙으로 정하는 바에 따라 피고인의 진술 없이 재판할 수 있다. 다만 사형, 무기 또는 장기 10년이 넘는 징역이나 금고에 해당하는 사건의 경우에는 그러하지 아니하다.

2) 소송촉진 등에 관한 특례규칙

제18조 (주소의 보고와 보정)

- ① 재판장은 피고인에 대한 인정신문을 마친 뒤 피고인에 대하여 그 주소의 변동이 있을 때에는 이를 법원에 보고할 것을 명하고, 피고인의 소재가 확인되지 않는 때에는 그 진술 없이 재판할 경우가 있음을 경고하여야 한다.
- ② 피고인에 대한 송달이 불능인 경우에 재판장은 그 소재를 확인하기 위하여 소재조사촉탁, 구인장의 발부 기타 필요한 조치를 취하여야 한다.
- ③ 공소장에 기재된 피고인의 주소가 특정되어 있지 아니하거나 그 기재된 주소에 공소제기 당시 피고인이 거주하지 아니한 사실이 인정된 때에는 재판장은 검사에게 상당한 기간을 정하여 그 주소를 보정할 것을 요구하여야 한다.

제19조 (불출석피고인에 대한 재판)

- ① 피고인에 대한 송달불능보고서가 접수된 때로부터 6월이 경과하도록

제18조 제2항 및 제3항의 규정에 의한 조치에도 불구하고 피고인의 소재가 확인되지 아니한 때에는 그 후 피고인에 대한 송달은 공시송달의 방법에 의한다.

② 피고인이 제1항의 규정에 의한 공판기일의 소환을 2회 이상 받고도 출석하지 아니한 때에는 법 제23조의 규정에 의하여 피고인의 진술 없이 재판할 수 있다.

3) 형사소송법

제63조 (공시송달의 원인)

① 피고인의 주거, 사무소와 현재지를 알 수 없는 때에는 공시송달을 할 수 있다.

제365조 (피고인의 출정)

① 피고인이 공판기일에 출정하지 아니한 때에는 다시 기일을 정하여야 한다.

② 피고인이 정당한 사유 없이 다시 정한 기일에 출정하지 아니한 때에는 피고인의 진술 없이 판결을 할 수 있다.

4) 형사소송규칙

제43조 (공시송달을 명하는 재판)

법원은 공시송달의 사유가 있다고 인정한 때에는 직권으로 결정에 의하여 공시송달을 명한다.

나. 소추법에 의한 불출석재판 진행의 요건

1) 적법한 공시송달

법원이 피고인의 소재(주거, 사무소, 현재지 등) 확인을 위한 조치를 취하였음에도 그 소재가 확인되지 아니하여야 한다.

판례는 형사소송절차에서의 피고인에 대한 공시송달의 요건과 관련하여, 공소장에 기재된 주민등록상 주소지로 우송한 소환장 등이 송달불능 되고,

그 주소지를 관할하는 경찰서장에 대한 소재탐지촉탁 결과 거주하지 않는다는 보고를 받은 정도만으로는 공시송달의 요건인 피고인의 주거, 사무소와 현재지를 알 수 없는 때에 해당한다고 단정하기 어렵다고 하면서, 법원 으로서는 공시송달 결정을 하기에 앞서 기록에 나타난 피고인의 주소지(실제 주소지 포함) 또는 근무 장소 등으로 송달해 보거나 기록에 나타나는 전화번호로 연락해 보거나 주민등록상 주소지뿐만 아니라 실제 주소지라고 기재된 곳을 관할하는 경찰서에도 소재탐지를 촉탁하는 등 피고인이 송달 받을 수 있는 장소를 찾아보는 시도를 해 보아야 하고, 이와 같은 조치를 취하지 아니한 채 피고인의 주거, 사무소와 현재지를 알 수 없다고 단정하여 공시송달의 방법에 의한 송달을 하는 것은 위법하다고 한다. 즉, 기록상 어떤 형태로든 피고인이나 가족의 주소지, 근무지 또는 전화번호 등이 기재되어 있다면, 그 주소에 대한 우편송달 또는 전화연락 등을 통하여 피고인의 송달장소를 확인하지 아니한 채 실시한 공시송달은 위법하다는 것이 관례의 태도이다.⁷⁾

피고인이 구속 중인 경우 민사소송 관련 서류의 송달에 관하여 대법원 1982. 12. 28. 선고 82다카349 전원합의체 판결은 “민사소송법 제169조⁸⁾는 형법 제18조⁹⁾ 제62조¹⁰⁾에 규정된 재감자에 대한 서신수발의 제한과 대응하는 규정으로서 양자는 교도소 등 구금장의 질서유지를 위하여 재감자

7) 대법원 2012. 5. 9. 선고 2011도815 판결 등.

8) 제169조 (피구속자에 대한 송달) 교도소 또는 구치소에 구속된 자에 대한 송달은 그 소장에 게 한다.

[참고] 현행 민사소송법 제182조(구속된 사람 등에게 할 송달) 교도소·구치소 또는 국가경찰관서의 유치장에 체포·구속 또는 유치(留置)된 사람에게 할 송달은 교도소·구치소 또는 국가경찰관서의 장에게 한다.

9) 제18조 (접견과 서신의 수발)

① 수형자는 소장의 허가를 받아 타인과 접견하거나 서신을 수발할 수 있다.

② 친족 이외의 자와의 접견과 서신수발은 필요한 용무가 있을 때에 한한다.

③ 수형자의 접견과 서신수발은 교도관의 참여 또는 검열을 요한다.

④ 접견참여, 서신의 검열 및 접견과 서신의 제한에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

10) 제62조 (미결수용자에 대한 본법의 준용)

미결수용자에 대하여 본법 또는 본법의 규정에 의하여 발하는 명령에 특별한 규정이 없는 때에는 수형자에 관한 규정을 준용한다.

를 감시하여야 할 공익상의 필요와 한편으로는 재감자에 대하여 수감되기 전의 주소, 거소 등에 송달을 하면 송달서류가 재감자에 전달됨에는 도리어 시일을 요하게 된다는 고려에서 나온 것으로 해석되므로 교도소 등의 소장은 재감자에 대한 송달에 있어서는 일종의 법정대리인이라고 할 것이므로 재감자에 대한 송달을 교도소 등의 소장에게 하지 아니하고 수감되기 전의 종전 주·거소에다 하였다면 무효라고 하지 않을 수 없고, 수소법원이 송달을 실시함에 있어 당사자 또는 소송관계인의 수감사실을 모르고 종전의 주·거소에 하였다고 하여도 동일하고 송달의 효력은 발생하지 않는다.”고 판시하였고, 이러한 법리는 형사소송절차에도 그대로 적용된다. 그러므로 재감자에 대한 약식명령의 송달을 교도소 등의 소장에게 하지 아니하고 수감되기 전의 종전 주·거소에다 하였다면 부적법하여 무효이고, 수소법원이 송달을 실시함에 있어 당사자 또는 소송관계인의 수감사실을 모르고 종전의 주·거소에 하였다고 하여도 마찬가지로 송달의 효력은 발생하지 않고, 송달 자체가 부적법한 이상 당사자가 약식명령이 고지된 사실을 다른 방법으로 알았다고 하더라도 송달의 효력은 여전히 발생하지 않는다(대법원 1995. 6. 14.자 95도14 결정 참조).

2) 공시송달결정은 송달불능보고서 접수일로부터 6월이 경과한 후일 것.

이 요건은 소촉법에 의한 불출석재판에 특유한 것인데, 위 기간은 피고인의 재판청구권 및 공격·방어권 보호를 위하여 설정된 최소한의 기간으로서, 그 기산점이 되는 ‘송달불능보고서가 접수된 때’는 엄격하게 해석하여야 한다.¹¹⁾

3) 공시송달에 의하여 적법한 소환이 이루어진 공판기일에 2회 이상 불출석

공판기일에는 피고인을 소환하여야 하고 피고인의 소환은 소환장을 발부하여 송달하는 방식으로 하므로,¹²⁾ 피고인에 대하여 불출석한 공판기일

11) 대법원 2003. 11. 14. 선고 2003도4983 판결.

12) 형사소송법 제267조 (공판기일의 지정)

② 공판기일에는 피고인, 대표자 또는 대리인을 소환하여야 한다.

형사소송법 제73조 (영장의 발부)

에 관한 소환장이 송달되어야 한다. 형사소송법이 송달의 방법으로 공시송달을 인정한 이상 공시송달에 의한 공판기일 소환도 당연히 유효하다.¹³⁾ 다만 공판기일 이전에 소환장 공시송달의 효력이 발생하여야 한다.¹⁴⁾

4) 피고인이 공시송달로 소환된 공판기일에 2회 이상 불출석할 것

공시송달의 방법으로 소환한 피고인이 불출석하는 경우 다시 공판기일을 지정하고 공시송달의 방법으로 피고인을 재소환한 후 그 기일에도 피고인이 불출석하여야 비로소 피고인의 불출석 상태에서 재판절차를 진행할 수 있다.

다. 이 사건의 검토

1) 재감 중인 피고인에 대한 이 사건 공시송달이 위법한지 여부

앞서 본 대법원 1982. 12. 28. 선고 82다카349 전원합의체 판결과 대법원 1995. 6. 14.자 95모14 결정에 비추어 보면 재감자에 대한 송달은 교도소 등의 소장에게 하여야 하고, 종전의 주소나 거소에 한 송달은 부적법하여 무효이다.

기록에 의하면, 피고인은 제1심법원이 제2회 공판기일 피고인소환장을 송달할 당시부터 소재탐지촉탁을 거쳐 2012. 5. 11. 공시송달결정을 할 때까지 서울구치소와 소망교도소에 수감 중이었던 사실을 알 수 있으므로, 제1심법원이 피고인의 수감 여부를 확인하지 아니한 채 서울구치소나 소망교도소가 아니라 피고인의 주소지로만 소환장 등을 송달한 것은 부적법하

피고인을 소환함에는 소환장을, 구인 또는 구금함에는 구속영장을 발부하여야 한다.

형사소송법 제76조 (소환장의 송달)

① 소환장은 송달하여야 한다.

13) 형사소송법 제64조 (공시송달의 방식)

① 공시송달은 대법원규칙의 정하는 바에 의하여 법원이 명한 때에 한하여 할 수 있다.

② 공시송달은 법원사무관 등이 송달할 서류를 보관하고 그 사유를 법원게시장에 공시하여야 한다.

③ 법원은 전항의 사유를 관보나 신문지상에 공고할 것을 명할 수 있다.

④ 최초의 공시송달은 제2항의 공시를 한 날로부터 2주일을 경과하면 그 효력이 생긴다. 단, 제2회 이후의 공시송달은 5일을 경과하면 그 효력이 생긴다.

14) 대법원 2003. 11. 14. 선고 2003도4983 판결.

고, 그러한 부적법한 공소장 부분의 송달에 따른 송달불능보고서가 접수된 시점을 기산점으로 하여 소촉법에 규정된 6월의 기산점을 산정할 수는 없다(대법원 2003. 11. 14. 선고 2003도4983 판결 참조).

제1심이 위법한 공시송달 결정에 터 잡아 공소장 부분과 공판기일소환장을 송달하고 피고인이 2회 이상 출석하지 아니하였다고 보아 피고인의 출석 없이 심리·판단한 이상, 이는 피고인에게 출석의 기회를 주지 아니한 것이 되어 그 소송절차는 위법하다.

결국 법원이 수감 중인 피고인에 대하여 공소장 부분과 피고인소환장 등을 공시송달의 방법으로 송달하였다면 이는 위법하다고 보아야¹⁵⁾ 하고, 법원은 주거, 사무소, 현재지 등 소재가 확인되지 않는 피고인에 대하여 공시송달을 할 때에는 검사에게 주소보정을 요구하거나 기타 필요한 조치를 취하여¹⁶⁾ 피고인의 수감 여부를 확인할 필요가 있다고 할 것이다.¹⁷⁾

2) 피고인에 대한 이 사건 공시송달의 효력 유무

확립된 판례에 의하면, 교도소 수감자에 대하여 종전 주소지로 약식명령의 보충송달이 이루어진 경우 그 송달 자체가 무효인바(대법원 2005. 11. 22.자 2005모524 결정 등 참조), 피고인이 교도소 등에 수감되어 있는 사이에 피고인의 주거, 사무소, 현재지를 알지 못한다는 이유로 요건 미비의 공시송달이 이루어진 경우, 그 공시송달이 무효라고 볼 수 있는지 여부가 문제로 된다.

피고인이 재감 중이었던 사안은 아니지만 요건 미비의 공시송달과 정식

15) 현실적으로 볼 때, 수감 중임이 밝혀진 피고인에게 공소장 부분, 소환장 등이 송달불능 될 가능성은 없다고 할 것이다.

16) 소송촉진 등에 관한 특례규칙 제18조 (주소의 보고와 보정)

② 피고인에 대한 송달이 불능인 경우에 재판장은 그 소재를 확인하기 위하여 소재조사촉탁, 구인장의 발부 기타 필요한 조치를 취하여야 한다.

③ 공소장에 기재된 피고인의 주소가 특정되어 있지 아니하거나 그 기재된 주소에 공소제기 당시 피고인이 거주하지 아니한 사실이 인정된 때에는 재판장은 검사에게 상당한 기간을 정하여 그 주소를 보정할 것을 요구하여야 한다.

17) 수감자에 대한 공시송달도 적법하다고 보는 견해는 교도소 등이 아닌 종전 주소나 거소 등에 대한 송달불능보고서가 적법하다는 점을 전제로 하고 있다고 보이는바, 이는 수궁하기 어렵다.

재판청구권회복청구에 관하여 다음과 같은 참고 판례가 있다. 즉, 대법원 1986. 2. 27.자 85모6 결정에 의하면, 공시송달의 요건에 흠결이 있는 경우에도 법원이 명하여 그 절차가 취하여진 이상 송달로서는 유효하다 할 것이므로 약식명령을 공시송달한 경우 공시송달을 한 날로부터 2주일을 경과하면 송달의 효력이 생기고 그때부터 정식재판 청구기간을 기산하여야 할 것이며 그러한 기간계산방법에 따라 정식재판청구기간이 도과한 경우에는 형사소송법 제458조, 제345조, 제346조에 의하여 정식재판청구권회복청구와 동시에 정식재판청구를 함은 별론으로 하고 따로 정식재판청구만을 할 수는 없다고 한다. 이와 같은 판례의 태도에 비추어 보면, 요건 미비의 공시송달이라고 하여 무효라고 볼 것은 아니라고 사료된다. 공시송달결정도 법원의 재판인 이상 판결의 무효사유(예: 사망자를 당사자로 한 판결, 소 취하 후의 판결 등)나 그에 준하는 사유가 존재하지 않는 이상 공시송달 요건이 일부 구비 되지 못하였다고 하여 이를 무효로 볼 것은 아니므로 위와 같은 판례의 태도는 타당하다고 사료된다.

3) 법원이 피고인의 수감 여부를 확인하기 위하여 가능한 노력을 기울인 경우

이 사건의 해결과 직접 관련된 사항은 아니나, 만일 법원이 피고인의 수감 여부를 확인하기 위하여 가능한 노력을 기울인 경우에도 수감자에 대한 공시송달이 위법하다고 볼 것인지 여부에 관하여 살펴보기로 한다.

순전히 논리적으로만 보자면 법원이 가능한 노력을 모두 기울였음¹⁸⁾에도 불구하고 피고인의 수감 여부를 알지 못하여 수감된 피고인에 대하여 공시송달 결정을 한 경우, 그 공시송달결정이 위법하다고 보기는 어렵다고 할 것이다.

그러나 재감자에 대한 공시송달이 위법하다고 보는 실질적인 이유가 피고인의 방어권과 심급의 이익 보장 등 절차보장과 나아가 재판받을 권리의 보장인 점(후술함)을 고려해 볼 때 논리적으로는 다소 매끄럽지 못하더라도 이 경우에도 공시송달이 위법하다고 봄이 상당하다고 생각된다(필자의

18) 예컨대, 검찰에 주소보정을 요구하면서 피고인의 수감 여부 확인을 요청한 경우.

사건임). 그러나 현실적으로는 법원이 피고인의 수감 여부를 확인하였음에도 불구하고 수감자에 대하여 공시송달을 하게 될 가능성은 거의 없다고 보인다.¹⁹⁾

4) 재감자에 대한 공시송달이 위법하다고 보는 실천적 이유 내지 실익 판례는 권석재판이 적법하게 진행된 경우는 재판받을 권리를 침해하였다고 볼 수 없어 상소심의 파기대상이 아니라는 입장이다(대법원 2008. 10. 9. 선고 2008도6802 판결, 대법원 2009. 9. 24. 선고 2009도5839 판결, 대법원 2010. 5. 27. 선고 2010도3776 판결 등 참조).

재감 중인 피고인에 대하여 제1심에서 공시송달에 의한 권석재판이 진행되어 판결이 선고되고, 이에 대하여 검사만 양형부당을 이유로 항소하여 항소심판결까지 선고되어 형식적으로 확정된 경우(항소심도 권석재판으로 진행되었을 것이다), 피고인은 상소권회복청구를 통하여 상고를 제기하게 된다.²⁰⁾

그런데 위와 같이 피고인에게 상고권이 회복된다고 하더라도 상고심은 법률심이므로 상고이유가 제한되고 원심의 사실인정을 다투거나 양형부당을 주장할 수 없게 되어 피고인에게 대단히 불리하다. 더욱이 피고인은 원심까지의 증거조사 등에 관하여 전혀 절차 보장을 받지도 못하였다. 만일 항소심에서 권석재판으로 진행되지 않았다면 공소장 부분의 송달과 증거조사 등 소송행위를 하였을 것이므로 별로 문제 될 것이 없을 것이나, 이 사건과 같이 제1심의 공시송달에 의한 권석재판이 적법하다고 보게 되면 공소장 부분 송달과 증거조사 등 소송행위를 새로이 하지 않게 되어 문제가 발생한다.

한편 제1심판결에 대하여 검사만이 양형부당을 이유로 항소하였을 뿐 피고인은 항소하지 아니한 경우에는, 피고인으로서의 항소심판결에 대하여 사실오인, 채증법칙 위반, 심리미진 또는 법령위반 등의 사유를 들어 상고

19) 예외적으로 수감 여부 확인 후에 피고인이 별건으로 구속된 경우 수감자에 대한 공시송달 가능성이 있으나 그 역시 위법하다고 봄이 일관된 처리라 할 것이다.

20) 이 경우 상소권회복청구를 통하여 항소할 수 있는지 여부에 관하여는 부정적인 의견이 다수로 보인다.

이유로 삼을 수 없다(대법원 1991. 12. 24. 선고 91도1796 판결, 대법원 1996. 10. 11. 선고 96도1212 판결, 대법원 2009. 5. 28. 선고 2009도579 판결 등 참조). 다만 대법원 2003. 11. 14. 선고 2003도4983 판결은 위법한 공시송달결정으로 인하여 피고인의 출석 없이 이루어진 판결에 대하여 검사만이 양형부당으로 항소하였으나 항소가 기각된 후에 상고권회복결정이 확정되어 피고인이 상고에 이르게 된 경우, 그 상고가 적법하다고 판시하였으나,²¹⁾ 여전히 상고이유는 위에서 본 바와 같이 제한될 것으로 사료된다.

그러나 재감자에 대한 공시송달이 위법하다고 보게 되면, 항소심까지 공시송달에 의한 궤석재판으로 진행된 경우 상고권회복절차를 통하여 피고인의 상고권이 회복되어 다음과 같이 절차가 진행될 것이다. 즉, 대법원은 재감자에 대한 제1심법원의 공시송달이 위법하고 원심이 이러한 잘못을 시정하지 않았다는 이유로 원심판결을 파기환송하게 되며, 환송받은 원심은 제1심의 심리절차(공소장부분 송달, 피고인에게 공판기일 출석, 이익 되는 사실의 진술, 유리한 증거 제출 등의 기회를 부여)에 의하여 소송행위를 새로이 한 후 그 심리결과에 기하여 다시 판결을 하게 된다. 그리하여 피고인에게 방어권(증거조사에 참여)과 심급의 이익(사실심 재판을 받을 기회 부여)을 보장하게 된다.

나아가 만일 피고인이 교도소 등에 수감되어 있는 사실이 법원에 알려지게 되면 공소장 부분과 공판기일소환장 등이 적법하게 피고인에게 송달될

21) 위법한 공시송달결정으로 인하여 피고인의 출석 없이 이루어진 판결에 대하여 검사만이 양형부당으로 항소하였으나 항소가 기각된 후에 상고권회복결정이 확정되어 피고인이 상고에 이르게 된 경우, 외관상으로만 볼 때, 제1심판결에 대하여 피고인은 항소하지 않고 검사만 항소하여 그 항소가 기각된 것이므로 항소심판결은 피고인에게 불이익한 판결이 아니어서 피고인은 그 판결에 대하여 상고할 수 없다고 보는 법리에 따르면 피고인의 상고는 부적법하다고 보이기도 하나 위와 같은 법리는 제1심이 통상적인 절차에 따라 진행되어 피고인이 공격·방어권을 제대로 행사할 수 있었던 경우에만 적용될 수 있고, 제1심 및 원심의 소송절차에서 피고인이 부당하게 배제되어 공격·방어권을 전혀 행사할 수 없었던 경우에는 적용될 수 없다고 보아야 할 것이고, 만약 그렇게 해석하지 않고 위 법리에 따라 피고인의 상고가 부적법하다고 해석한다면, 제1심이나 원심에서 피고인의 공격·방어권이 부당하게 침해된 사실을 인정하면서도, 그 위법을 시정하지 않고 오히려 피고인이 공격·방어권을 행사할 기회조차 영원히 박탈하는 결과에 이르고, 이는 재판을 받을 권리를 기본권으로 규정하는 한편 적법절차를 보장하고 있는 헌법의 정신에 반한다.

것이므로(즉, 그만큼 공시송달에 의한 결석재판은 사라지게 될 것이다) 피고인에 대한 방어권 보장은 보다 두터워지게 될 것이다. 결국 이러한 조치는 피고인의 헌법상 기본권인 재판받을 권리를 충실히 보장하게 되는 결과를 가져온다.

한편 소촉법에 의한 결석재판에 대한 구체절차로는 소촉법 제23조의2에 규정된 재심절차가 있는바, 이는 상소권회복청구와 경합적으로 인정된다. 판례도 개정 소촉법의 재심규정 신설 이후 이루어진 제1심 결석판결에 대하여 항소권회복청구를 인정하였다.²²⁾

5) 소결

위와 같은 제반 사정을 종합하여 볼 때, 원심이 주거, 사무소, 현재지 등 소재가 확인되지 않는 피고인에 대하여 피고인의 수감 여부를 확인하는 절차를 거치지 않은 채 공시송달을 결정한 것은 위법하다고 봄이 상당하다.

3. 나머지 상고이유에 관한 검토

가. 제1점에 관하여

일응 기록상 피고인이 공소사실 기재와 같이 무면허로 음주운전을 한 사실을 인정할 수 있다고 보이나, 제1심의 공시송달이 위법하다면 공소사실을 뒷받침할 수 있는 적법한 증거가 없는 결과로 될 것이다.

나. 제2점에 관하여

음주측정과정에서 미란다원칙을 고지하여야 할 법적 근거는 없으므로, 이 부분 상고이유의 주장은 이유 없다.

헌법재판소도 “도로교통법 제41조 제2항에 규정된 음주측정은 성질상 강제될 수 있는 것이 아니며 궁극적으로 당사자의 자발적 협조가 필수적인 것이므로 이를 두고 법관의 영장을 필요로 하는 강제처분이라 할 수 없다. 따라서 이 사건 법률조항이 주취운전의 혐의자에게 영장 없는 음주측정에

22) 대법원 2006. 2. 8.자 2005도507 결정 등.

응할 의무를 지우고 이에 불응한 사람을 처벌한다고 하더라도 대한민국 헌법 제12조 제3항에 규정된 영장주의에 위배되지 아니한다.”고 판단하였다(헌법재판소 1997. 3. 27. 선고 96헌가11 전원재판부 결정).

다. 제4점에 관하여

피고인에게 벌금형이 선고된 이상 양형부당은 적법한 상고이유가 아니다.

【對象判決의 意義】

이 판결은, 피고인이 구치소나 교도소 등에 수감 중인 경우는 형사소송법 제63조 제1항에 규정된 ‘피고인의 주거, 사무소, 현재지를 알 수 없는 때’나 ‘소송촉진 등에 관한 특례법’ 제23조에 규정된 ‘피고인의 소재를 확인할 수 없는 경우’에 해당한다고 할 수 없다는 점, 그러므로 법원이 수감 중인 피고인에 대하여 공소장 부분과 피고인소환장 등을 종전 주소지 등으로 송달한 경우는 물론 공시송달의 방법으로 송달하였더라도 이는 위법하다고 보아야 하는 점, 따라서 법원은 주거, 사무소, 현재지 등 소재가 확인되지 않는 피고인에 대하여 공시송달을 할 때에는 검사에게 주소보정을 요구하거나 기타 필요한 조치를 취하여 피고인의 수감 여부를 확인할 필요가 있다는 점을 밝힘으로써 수감 중인 피고인에 대한 공시송달에 관하여 하급심의 실무운영에 지침을 제시하였다는 점에 의의가 있다.

5. 피의자신문의 절차적 위법과 그 신문조서의 증거 능력

(2013. 3. 28. 선고 2010도3359 판결 : 공2013상, 801)

金 昇 柱

【判決要旨】

1. 대한민국 헌법 제12조 제2항, 형사소송법 제244조의3 제1항, 제2항, 제312조 제3항에 비추어 보면, 비록 사법경찰관이 피의자에게 진술거부권을 행사할 수 있음을 알려 주고 그 행사 여부를 질문하였다 하더라도, 형사소송법 제244조의3 제2항에 규정한 방식에 위반하여 진술거부권 행사 여부에 대한 피의자의 답변이 자필로 기재되어 있지 아니하거나 그 답변 부분에 피의자의 기명날인 또는 서명이 되어 있지 아니한 사법경찰관 작성의 피의자신문조서는 특별한 사정이 없는 한 형사소송법 제312조 제3항에서 정한 ‘적법한 절차와 방식’에 따라 작성된 조서라 할 수 없으므로 그 증거능력을 인정할 수 없다.

2. 대한민국 헌법 제12조 제1항, 제4항 본문, 형사소송법 제243조의2 제1항 및 그 입법 목적 등에 비추어 보면, 피의자가 변호인의 참여를 원한다는 의사를 명백하게 표시하였음에도 수사기관이 정당한 사유 없이 변호인을 참여하게 하지 아니한 채 피의자를 신문하여 작성한 피의자신문조서는 형사소송법 제312조에 정한 ‘적법한 절차와 방식’에 위반된 증거일 뿐만 아니라, 형사소송법 제308조의2에서 정한 ‘적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거’에 해당하므로 이를 증거로 할 수 없다.

【參照條文】

1. 대한민국 헌법 제12조 제2항, 형사소송법 제244조의3 제1항, 제2항, 제312조 제3항 / 2. 대한민국 헌법 제12조 제1항, 제4항, 형사소송법 제243조의2 제1항, 제308조의2, 제312조 제3항

* 주된 참조조문: 형사소송법 제243조의2, 제244조의3

【事案의 概要】

1. 공소사실의 요지: 공항버스 운전사들의 업무상 횡령

피고인들은 고소인인 주식회사 ○○관광리무진 소속 운전기사들로서 버스 운행 및 탑승객에 대한 운송요금 수납업무 등을 담당하고 있는 사람들이다.

피고인들은 공항매표소에서 승차권을 구입하여 탑승한 승객들 중 한 명으로부터 승차권 1장을 빼돌려 소지하고 있다가, 그 이후 버스를 운행 중 미처 승차권을 구입하지 않고 승차한 탑승객으로부터 해당 목적지까지의 운임을 현금으로 지급받은 뒤 이를 대체하기 위하여, 위와 같이 빼돌려 소지하고 있던 승차권 1장을 마치 당일 매표소에서 구입한 승차권을 제출받은 것처럼 다른 탑승객의 승차권에 포함시켜 호치키스로 날짜가 잘 보이지 않게 철한 뒤, 승차권 묶음 뒷장에 자필로 운행일시와 차량번호 및 피고인의 성명 등을 기재하여 다음날 고소인 회사에 제출하고, 승객으로부터 징수한 운임 현금 25,000원은 개인적으로 소비하여 이를 횡령하는 등 범죄일람표 기재 금액을 횡령하였다.

2. 제1심(원심)의 판단: 무죄(=검사의 항소기각)

가. 피고인 송○○에 대한 각 경찰 피의자신문조서(각 대질 부분 제외) 등:

증거능력 부인

형사소송법(이하 ‘법’이라고만 한다) 제244조의3 제2항에 규정된 진술거부권 고지사실 확인방식에 위배되어 법 제312조 제3항 소정의 적법한 절차와 방식에 따르지 아니한 채 위법하게 수집된 증거로서 증거능력이 부인되고, 위법하게 수집된 증거는 법 제318조 제1항에 의한 증거동의를 대상이 될 수 없으므로 위 법조항에 의한 증거동의를 있다고 하더라도 그 증거능력이 인정되지 않는다.

나. 피고인 심○○에 대한 제2회 경찰 피의자신문조서(대질 부분 제외): 증거능력 부인

피고인 심○○이 당시 변호인의 조력을 받겠다는 의사를 표시한 사실을 인정할 수 있는바, 위 피의자신문조서가 형사소송법이 정하는 적법한 절차와 방식에 의하여 작성된 사실에 대하여는 검사가 입증하여야 할 것인데, 위 피고인이 자신의 변호인이 동석한 가운데 위 변호인의 조력을 받으면서 위 조서를 작성한 사실을 인정할 만한 아무런 증거가 없으므로 위 피의자신문조서는 법 제243조의2, 제244조의3에 규정되어 있는 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 것으로서 위법한 증거로서 그 증거능력이 없다. 위법하게 수집된 증거는 법 제318조 제1항에 의한 증거동의를 대상이 될 수 없으므로 위 피고인이 원심 법정에서 위 조서에 관하여 위 규정에 의한 증거동의를 하였다고 하여 위 조서의 증거능력이 인정된다고 볼 수 없다.

다. 기타 증거: 증명력 부족

증거능력이 있는 다른 증거들만으로는 위 공소사실이 입증되었다고 보기에 부족하므로 법 제325조 후단에 의하여 범죄의 증명이 없는 때에 해당한다.

3. 검사의 주요 상고이유

가. 진술거부권 관련 경찰 피의자신문조서의 증거능력에 관한 법리오해
 피고인들에게 진술거부권이 고지된 사실이 명백히 기재되어 있는 이상, 진술거부권이 고지된 경우에는 조서의 형식적 하자에도 불구하고 그 증거능력이 있다.

나. 변호인신문참여권 관련 경찰 피의자신문조서의 증거능력에 관한 법리오해

피고인 심○○은 법정에서 위 피의자신문조서에 대하여 법 제318조 제1항에 의한 증거동의를 하였으므로, 이 또한 증거로 쓸 수 있는 증거에 해당한다.

다. 증명력과 관련한 자유심증주의의 한계 일탈

이 사건 증거들 중 운행일보의 기재나 승차권 묶음 및 그 편철 방법, 일부 피고인이 작성한 횡령 범행을 자인하는 취지의 합의서 등의 기재에 의하면 공소사실과 같은 범행을 충분히 인정할 수 있다.

4. 대법원의 판단: 파기환송(원심판결 파기)

【解 說】

1. 절차법적 사실관계 및 해설 방향

가. 절차법적 사실관계

1) 진술거부권 행사 여부에 관한 답변 기재 부분

피고인 송○○에 대한 제1, 2회 각 경찰 피의자신문조서 등(각 대질 부분 제외. 이하 일괄하여 ‘제1조서’라 한다)에는, 피의자가 진술거부권을 고

지받았는지 여부에 대한 물음에 ‘예’, 진술거부권을 행사할 것인지 여부에 대한 물음에 ‘아니오, 진술할 것입니다’라고 각 기재되어 있다. 그러나 그 답변은 모두 피의자들의 자필에 의한 것이 아니며, 답변 부분에 피의자의 서명·기명날인이 되어 있지 않다.

2) 변호인신문참여권에 관한 답변 기재 부분

피고인 심○○에 대한 제2회 경찰 피의자신문조서(대질 부분 제외. 이하 ‘제2조서’라 한다)로서, ‘피의자는 변호인의 조력을 받을 권리를 행사할 것인가요’라는 물음에 ‘예’라고 피의자의 자필로 기재되어 있다. 그럼에도 불구하고 조서에는 그 물음 다음에 ‘사법경찰관은 피의사실에 관하여 다음과 같이 피의자를 신문하다’라고 되어 있고, 이후 변호인 참여 없이 피의자를 계속 신문한 것으로 기재되어 있다.¹⁾

3) 증거조사 내역

제1심의 제1회 공판기일에 검사가 위 각 조서들을 증거로 신청하였고, 증거목록에 의하면, 제1, 2조서들 모두 피고인(변호인)의 증거의견란이 “○”으로 기재되어 있다. 이에 따라 같은 기일에 재판장이 위 조서들 모두를 증거로 채택한다고 결정하고, 증거조사한 것으로 기재되어 있다.

나. 해설 방향

2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정된 형사소송법은 ① 수사기관의 피의자신문에 관하여 법 제243조의2에서 변호인의 피의자신문 참여에 관한 규정을, ② 법 제244조의3에서 진술거부권과 변호인의 조력을 받을 권리 등의 행사 방식에 관한 규정을 각 신설 또는 수정하였다. 대상판결의 핵심적 쟁점은, 수사기관이 그와 같이 형사소송법이 규정하고 있는 피의자신문 방식에 관한 규정을 준수하지 않은 절차적 위법이 있을 때 그 신문조서의 증거능력을 어떻게 볼 것인가 하는 것이다. 이 문제의 논의를 위해서는, 우선 수사기관이 피의자신문에 관하여 준수하여야 할 형사소송법 규정의 내용과

1) 위 피고인에 대한 제1회 경찰 피의자신문조서에는 동일한 물음에 “장○○ 변호사를 선임하였기는 한데, 오늘은 저 혼자서 진술하겠습니다.”라고 기재되어 있다.

그 입법 취지가 무엇인지, 과연 대상판결 사안에서 수사기관이 해당 규정을 위반한 절차적 위법을 범한 것인지 여부를 살펴볼 필요가 있다.

나아가 2007년 개정 형사소송법은 위법수사를 증거법적으로 억지하기 위한 2가지의 규정, 즉 (i) 위법수집증거의 배제를 선언하는 법 제308조의2와 (ii) 조서에 대한 증거능력 인정 요건으로 ‘적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것’을 추가하는 법 제312조를 신설·수정한바 있다. 따라서 위 각 조서가 어떠한 규정에 의하여 증거법적 통제대상이 되는 것인지도 문제 된다고 할 것이며, 그 조서에 대한 증거동의의 문제도 아울러 살펴볼 필요가 있다.

대상판결은 검사의 자유심증주의 일탈에 관한 상고이유, 즉 원심의 증명력 판단을 문제삼는 상고이유가 일정 부분 이유 있다고 판단하여 원심판결을 파기환송하는 결론에 이르렀다. 그러나 이는 앞서 본 제1, 2조서의 증거능력이 모두 부정된다 하더라도 나머지 증거들만으로 공소사실을 인정할 수 있는가 하는 ‘증명력’의 문제로서, 본고에서는 증명력 문제에 대한 더 이상의 논의는 생략하고 제1, 2조서의 증거능력 문제만을 검토하기로 한다.

2. 관련 법규정과 대상판결 사안의 절차적 위법 여부

가. 제1조서 부분: 진술거부권 행사에 관한 답변 기재방식 위반

□ 형사소송법 제244조의3 (진술거부권 등의 고지)

① 검사 또는 사법경찰관은 피의자를 신문하기 전에 다음 각 호의 사항을 알려주어야 한다.

1. 일체의 진술을 하지 아니하거나 개개의 질문에 대하여 진술을 하지 아니할 수 있다는 것(이하 생략)

② 검사 또는 사법경찰관은 제1항에 따라 알려 준 때에는 피의자가 진술을 거부할 권리와 변호인의 조력을 받을 권리를 행사할 것인지의 여부를 질문하고, 이에 대한 피의자의 답변을 조서에 기재하여야 한다. 이 경우 피의자의 답변은 피의자로 하여금 자필로 기재하게 하거나 검사 또는 사법경찰관이 피의자의 답변을 기재한 부분에 기명날인 또는 서명하게 하여야 한다.

1) 위 규정의 근거·의미

대한민국 헌법 제12조 제2항은 “모든 국민은 …… 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다.”고 하여 진술거부권에 관한 헌법적 근거 규정을 두고 있다. 위 조항은 이른바 “자기부죄거부의 권리에 터잡은 것”²⁾으로서 “형사피의자나 피고인의 인권을 형사소송의 목적인 실체적 진실발견이나 구체적 사회정의의 실현이라는 국가이익보다 우선적으로 보호함으로써, 인간의 존엄성과 가치를 보장하고, 나아가 비인간적인 자백의 강요와 고문을 근절하려는 데”³⁾ 그 목적이 있다고 설명되고 있다.

이러한 헌법상의 진술거부권을 구체화하는 조항으로서 구법 제200조는 “검사 또는 사법경찰관은 수사에 필요한 때에는 피의자의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있다.”(제1항), “전항의 진술을 들을 때에는 미리 피의자에 대하여 진술을 거부할 수 있음을 알려야 한다.”(제2항)고 규정하고 있었다. 그러나 개정 당시 수사기관에서 진술거부권의 고지가 형식적으로 이행되고 있다는 지적이 있었기 때문에 이를 시정할 필요성이 있었고, 변호인의 신문참여 제도가 도입됨에 따라 진술거부권 고지의 방식을 더욱 내실화하기 위하여 구법 제200조 제2항의 규정을 삭제하고, 법 제244조의3을 신설하면서 위와 같이 진술거부권 고지 및 그 기재 방식을 상세하게 규정하였다.⁴⁾

2) 본 사안에서의 절차상 위법

제1조서에서는 “피의자에게 진술거부권을 행사할 것인가”라는 질문에 대하여 피의자가 “행사하지 않겠다.”는 취지로 답변한 것으로 기재되어 있으나, 그와 같은 답변이 피의자의 자필에 의한 것이 아니고, 답변 기재 부분에 기명날인 또는 서명이 되어 있지도 않다. 따라서 제1조서의 해당 부분은 일응 법 제244조의3 제2항 후문에 위반된 절차상 위법이 있다고 할 것이다.

다만 그 조서상으로 피의자에게 진술거부권이 고지되고 이에 대하여 피

2) 대법원 1992. 6. 23. 선고 92도682 판결, 대법원 2009. 8. 20. 선고 2008도8213 판결 등.

3) 대법원 2004. 12. 24. 선고 2004도5494 판결(헌법재판소 2011. 11. 29. 선고 2001헌바41 결정도 유사한 취지이다).

4) 주석 형사소송법(II), (2009), 한국사법행정학회, 483. (정구환 집필 부분)

의자가 이를 포기하였다는 취지로 기재되어 있고, 피의자가 조서의 내용을 확인하고 이의 없다는 취지로 조서 말미에 서명날인하였으며, 해당 조서의 내용도 대체로 혐의를 부인하는 내용인 점 등을 종합하면, 진술거부권의 고지 자체는 이루어졌다고 보인다. 따라서 대상판결 사안에서 문제 되는 것은 ‘진술거부권 불고지 상태에서 작성된 조서의 증거능력’이 아니라, ‘진술거부권의 행사 여부에 대한 피의자의 답변 기재 방식을 규정한 법 제244조의3 제2항에 위반된 조서의 증거능력’이라 할 것이다.

나. 제2조서 부분: 변호인신문참여권에 관한 규정 위반

□ 형사소송법 제243조의2 (변호인의 참여 등)

① 검사 또는 사법경찰관은 피의자 또는 그 변호인·법정대리인·배우자·직계친족·형제자매의 신청에 따라 변호인을 피의자와 접견하게 하거나 정당한 사유가 없는 한 피의자에 대한 신문에 참여하게 하여야 한다.

1) 위 규정의 입법 연혁과 그 취지

대한민국 헌법 제12조 제1항에 의하면 누구든지 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니하고, 같은 조 제4항 본문에 의하면 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다. 2007년 형사소송법 개정 이전에는 위와 같은 헌법상 권리의 구체적 실현방법으로서 ① 변호인선임권, ② 국선 변호인의 조력을 받을 권리(법 제33조 제1항), ③ 변호인과의 접견교통권(법 제35조) 등이 인정되고 있었으나, 피의자신문 당시 변호인이 참여할 수 있는지 여부에 대하여 명백한 규정이 없어 논란이 있어 왔다. 이에 대하여 형사소송법 개정 이전에도 대법원 2003. 11. 11.자 2003도402 결정⁵⁾은 해석

5) 이른바 ‘송두율 교수 사건’이다.

“신체를 구속당한 사람의 변호인과의 접견교통권이 대한민국 헌법과 법률에 의하여 보장되고 있을 뿐 아니라 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다고 선언한 대한민국 헌법규정에 비추어, 구금된 피의자는 형사소송법의 위 규정을 유추적용하여 피의자신문을 받음에 있어 변호인의 참여를 요구할 수 있고 그러한 경우

론으로써 구금피의자에 대한 변호인신문참여권을 인정하였고, 헌법재판소 2004. 9. 23. 선고 2000헌마138 결정⁶⁾에서는 불구속 피의자에 대한 피의자 신문참여권을 인정한바 있다.

위와 같은 대법원·헌법재판소판례 등을 고려하고 적법절차를 준수하기 위하여, 변호인의 피의자 접견권을 보장하고 수사기관의 피의자신문에도 원칙적으로 참여하여 의견을 진술할 수 있도록 허용하는 취지로 작성된 형사소송법 개정안이 국회에 제출·통과되었다.⁷⁾ 이에 따라 신설된 법 제243조의2는 ① 구금된 피의자뿐만 아니라 불구속 피의자도 변호인참여를 신청할 수 있게 하였고, ② “정당한 사유”라는 추상적인 요건하에 수사기관이 변호인의 참여를 제한할 수 있게 하였으며, ③ 실효성 보장을 위하여 수사기관이 의무적으로 변호인의 조력을 받을 권리를 고지하고 그 답변을 조서에 기재할 것을 규정하였다(법 제244조의3 제1항 제4호, 제2항).

이러한 입법 취지를 감안하여 보면, 위 규정은 형사사법절차에서 변호인에게 보장되는 권리인 동시에 수사 단계의 피의자에게 헌법적으로 보장된 권리의 구체적 실현으로 이해하여야 할 것이다. 즉 위 규정은 피의자신문에 있어 수사기관과 피의자 사이의 당사자 대등을 확보함으로써 헌법상 적법절차의 원칙과 변호인의 조력을 받을 권리를 실질적으로 보장하기 위한 것이므로 그 절차는 엄격히 준수되어야 할 것이다.

2) 변호인신문참여 신청의 방식: 구두신청도 허용되는가?

제2조서에 의하면 피고인 심○○은 별도의 변호인선임서나 참여신청서를 수사기관에 제출하지 않은 채 피의자신문 당시 구두로 변호인의 참여를 원한다는 의사를 표시한 것으로 보인다. 개정 법률이 그 신청방법을 구체적으로 규정하고 있지 않고 있으므로, 그와 같은 구두신청이 법 제243조의

수사기관은 이를 거절할 수 없는 것으로 해석하여야 하고, 이렇게 해석하는 것은 인신구속과 처벌에 관하여 적법절차주의를 선언한 대한민국 헌법의 정신에도 부합한다.”

6) 불구속 피의자에게도 대한민국 헌법상 적법절차 원칙이나 법치국가 원리에서 변호인의 조력을 받을 권리가 인정된다는 전제하에, “불구속 피의자가 피의자신문 시 변호인의 조연과 상담을 원한다면(…… 중략 ……) 수사기관은 피의자의 위 요구를 거절할 수 없다.”고 판시하여 불구속 피의자에 대한 변호인신문참여권을 인정하였다.

7) 주석 형사소송법[III] (주 4) 469.

2 제1항에서 규정한 피의자의 ‘신청’에 해당하는지 여부가 문제 될 수 있다.

이와 관련하여 2012. 1. 1.부터 시행된 대통령령인 검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정⁸⁾ 제21조 제2항은 “사법경찰관은 제1항의 신청을 받았을 때에는 신청인으로 하여금 변호인 참여 전에 변호인 선임에 관한 서면을 제출하도록 하여야 한다.”고 규정한다. 이에 따르면 구두로 변호인의 참여를 원하는 의사를 표시한 것만으로는 부족하고, 피의자가 변호인선임서를 수사기관에 제출하여야만 유효한 ‘신청’이라고 해석할 여지가 있다.⁹⁾

그러나 다음과 같은 점들을 종합하여 보면, 본 사안과 같이 피의자가 변호인의 참여를 원하는 의사를 구두로 표시한 것도 법 제243조의2 제1항의 ‘신청’에 해당한다고 할 것이다.

가) 위 규정 문언에 의하더라도 변호사 선임에 관한 서면을 제출받아야 할 의무의 주체는 신청인(피의자)이 아니라 ‘사법경찰관’으로 명시되어 있다. 따라서 피의자신문 당시 피의자가 구두로 변호인의 참여를 원하는 의사를 표시하였다면, 법 제243조의2 제1항 소정의 ‘정당한 사유’가 없는 한 사법경찰관이 피의자로 하여금 변호인 선임서를 제출하도록 조치하여야 할 것이고, 그와 같은 조치 없이 변호인 없는 상태에서 피의자신문을 행하였다면 이는 위법한 수사에 해당한다고 새겨야 한다. 그와 같은 취지와 달리 위 규정을 들어 변호인선임서를 제출하여야만 유효한 ‘신청’이라고 볼 수는 없다.

나) 개정법이 피의자 등의 변호인신문참여 신청방법으로 일정한 방식을 요구하지 않고 있으며, 피의자의 변호인조력권을 최대한 보장하겠다는 것이 그 취지인 점에 비추어 보면 변호인신문참여 신청방법에는 특별한

8) 2011. 12. 30. 제정 대통령령 제2346호.

9) 한편 변호인참여 의사표시를 소송행위에 준하여 보는 시각에서, 변호인참여권을 상시적 권리로 보장하더라도 소송행위의 형식적 확실성을 도모하고 참여권행사와 관련한 다툼 및 준항고(법 제417조)의 원활한 운영을 위하여 신청서를 작성할 필요가 있다는 견해도 가능하다고 보인다. 조기영, “변호인의 피의자신문참여권”, 형사법연구 19권 4호(통권 33호), (2007), 한국형사법학회, 312~313.

제한이 없다고 보아야 한다.¹⁰⁾

다) 개정법 제243조의2 제5항이 수사기관으로 하여금 “변호인의 신문참여 및 그 제한에 관한 사항을 피의자신문조서에 기재”하도록 하고, 법 제244조의3 제2항이 ‘변호인의 조력을 받을 권리를 행사할 것인지의 여부에 대한 답변을 조서에 기재하여야 한다’는 취지로 규정하는 이상, 구두에 의한 신청이 있더라도 그 사실을 피의자신문조서에 기재하는 것이 의무화되어 있으므로 소송행위의 확실성에 대한 담보는 충분하다.¹¹⁾

3) 변호인참여의 의사표시가 있음에도 수사기관이 피의자를 계속 신문하는 것이 허용되는가?

제2조서 기재내용에 의하면, 피고인 심○○은 피의자신문 전에 ‘변호인의 조력을 받을 권리를 행사할 것인가’라는 물음에 ‘예’라고 답변한 것으로 자필로 기재되어 있다. 그럼에도 불구하고, 그 조서 기재에 의할 때 사법경찰관은 변호인 선임에 관한 특별한 언급 없이 곧바로 피고인 심○○에 대하여 피의자신문을 하였다. 피고인 심○○이 피의자신문 이전에 유효하게 변호인참여‘신청’을 한 것으로 본다면, 사법경찰관은 ‘정당한 사유’가 없는 한 변호인을 피의자신문에 참여하게 하여야 한다. 그럼에도 불구하고 사법경찰관이 변호인이 참여하지 않은 상태에서 피의자신문을 행할 수 있는지 여부가 문제 될 수 있다.

비교법적으로 볼 때, 피의자가 변호인신문참여권을 행사한 경우 수사기관이 계속 신문할 수 있는지 여부에 관한 각국의 규율은 조금씩 다르기는 하지만, 대체로 피의자에게 변호인신문참여권이 인정되는 법제하에서는 원칙적으로 수사기관이 그 신문을 중단하여야 한다고 본다. 다만 (i) 피의자가 일단 변호인참여신청을 하였으나 그 후 자발적으로 변호인신문참여권을 포기한 경우, (ii) 사회안전을 위하여 긴급·중대한 공공의 이익이 인정되는

10) 조기영(주 9), 313.

11) 만일 피의자가 구두로 변호인신문참여를 신청하였음에도 불구하고, 수사기관이 그 답변의 취지를 조서에 기재하지 않았다거나 그 답변 부분에 기명날인 또는 서명(또는 피의자의 자필 기재)하지 않았다면, 법 제244조의3 제2항에 위반되는 방식의 수사로서 별도의 절차적 위법사유를 구성할 수 있을 것이다.

경우, (iii) 변호인신문참여 허용 시 공범의 도주 우려나 증거인멸의 우려가 있는 경우 등에 있어서는 예외적으로 변호인참여를 배제한 채 계속 신문하였더라도 그 피의자신문의 적법성에 영향이 없다(=내지 그 증거능력을 인정할 수 있다)고 정리할 수 있다.

각국의 입법례를 살펴보면, 대상판결 사안과 같이 피의자가 변호인의 신문참여를 원하는 의사를 명백히 표시하였음에도 별다른 사유 없이 이를 무시한 채 사법경찰관이 계속 신문하는 것은 허용되지 않는다고 보아야 할 것이다.

4) 소결론: 변호인신문참여권에 관한 절차 위반

앞서 본 법리에 비추어 볼 때, 피고인 심○○이 변호인의 참여를 원하는 의사를 명백하게 표시함으로써 법 제243조의2 제1항에 정한 변호인신문참여‘신청’을 하였음에도 불구하고, 사법경찰관이 변호인의 참여를 제한하여야 할 정당한 사유 없이 변호인의 참여에 관한 조치를 취하지 않은 채 계속하여 피의자신문을 행한 것은 위법하다고 할 것이다.¹²⁾

3. 제1조서의 증거능력: 진술거부권 행사 여부에 대한 답변의 기재방식 위반

가. 논의의 전제

앞서 본 바와 같이, 비록 피의자신문당시 진술거부권이 피의자에게 고지되었다 하더라도, 법 제244조의3 제2항에 위반하여 진술거부권 행사 여부에 대한 피의자의 답변이 자필로 기재되어 있지 않거나 피의자가 기명날인·서명하지 않은 경우 그와 같은 사법경찰관 작성의 피의자신문조서의 증거능력을 인정할 수 있는지 여부가 문제 된다.

이는 일응 개정법 제312조 제3항에서 사법경찰관 작성 피의자신문조서의 증거능력을 인정하기 위한 요건 중 하나로 규정한 ‘적법한 절차와 방

12) 다만 법 제243조의2 제1항이 규정하는 변호인참여의 제한 사유, 즉 “정당한 사유”가 있는지 여부는 구체적인 사안에 따라 좀더 많은 논의와 판례가 축적되어야 할 것이다.

식'을 충족하였는가 여부의 문제로 논의할 수 있을 것이다. '적법한 절차와 방식'은 하나의 불가분리적인 표현으로, '조서 작성의 절차와 방식의 적법성'을 의미한다고 한다.¹³⁾

구 형소법 (2007. 6. 1. 개정 이전)	현행 형사소송법 (2007. 6. 1. 개정된 것)
제312조 (검사 또는 사법경찰관의 조서) ② 검사 이외의 수사기관 작성의 피의자 신문조서는 공판준비 또는 공판기일에 그 피의자였던 피고인이나 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다.	제312조 (검사 또는 사법경찰관의 조서 등) ③ 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자 신문조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 공판준비 또는 공판기일에 그 피의자였던 피고인 또는 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다.

나. 증거능력 인정 여부에 관한 견해의 대립

제1조서와 같은 절차적 위법이 있는 경우 그 조서가 '적법한 절차와 방식'에 따르지 않은 것으로서 증거능력이 부인될 것인지 여부에 관하여 다음과 같은 견해의 대립을 상정할 수 있을 것이다.

1) 증거능력 긍정설

수사기관이 피의자에게 진술거부권 자체를 고지하지 않은 것이 아니라, 단지 진술거부권의 고지 방식 내지 그에 대한 피의자의 답변 기재방식에 관한 사소한 절차위반에 불과하고 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 않으므로, 피의자신문조서의 증거능력 자체를 부인할 것은 아니라는 견해로서, 검사의 이 부분 상고이유가 이와 유사하다고 할 수 있다.

이 견해는 (i) 진술거부권 행사 여부에 대한 답변을 피의자의 자필로 기재하게 하는 것은 어디까지나 진술거부권 고지라는 실질을 담보하기 위한 것이므로, 진술거부권이 고지된 것이 명백한 경우에도 사소한 형식적 하자가 있다는 이유로 피의자신문조서의 증거능력을 배제하는 것은 부당하고,

13) 신동운, 간추린 신형사소송법(5판), 2013, 법문사, 374.

(ii) 피고인들이 진술거부권 기재 부분을 포함한 조서를 열람하고 조서 말미에 서명날인하였을 뿐 아니라 진술거부권이 기재되어 있는 부분에 대하여 오기나 증감 변경할 것이 없다는 것을 확인하였으며, (iii) 피의자들에게 진술거부권 행사 여부를 물어 그에 대한 답변이 기재되어 있고, 피의자들이 그 내용을 확인하였다고 보아야 하므로, 단지 답변 부분의 기재방식에 관한 규정을 위반하였다는 사유만으로 증거능력을 배제할 수 없다는 사정 등을 그 논거로 들 수 있을 것이다.¹⁴⁾

나아가 이 견해는, ‘적법한 절차와 방식’은 형식적 진정성립을 뜻하는 것으로, 신문과정의 적법성에 관한 요건이 아니라고 본다.¹⁵⁾ 즉 ‘적법한 절차와 방식’의 의미는 구법 제312조 제1항¹⁶⁾에서 규정한 ‘그 성립의 진정함이 인정된 때’, 즉 종전의 형식적 진정성립 개념을 대체한데 불과하므로, 위 요건은 종래의 ‘형식적 진정성립’에 관한 내용으로 해석하여야 하며, 신문과정의 적법성 여부는 법 제308조의2(위법수집증거배제)에 의하여 판단하여야 한다는 것이다. 적법한 절차와 방식에 따르지 않고 작성된 피의자신문조서는 위법수집증거 배제법칙에 의해서도 증거능력을 배제할 수 있으므로, 법 제312조에서 적법한 절차와 방식을 요건으로 규정한 것이 형식적

14) 대법원 1988. 5. 10. 선고 87도2716 판결도 “형사소송법 제244조의 규정에 비추어 수사기관이 피의자신문조서를 작성함에 있어서는 그것을 열람하게 하거나 읽어 들려야 하는 것이나 그 절차가 비록 행해지지 않았다고 하더라도 그것만으로 그 피의자신문조서가 증거능력이 없게 된다고는 할 수 없고 같은 법 제312조 소정의 요건을 갖추게 되면 그것을 증거로 할 수 있다.”고 하여, 법 제244조 제2항 전문(조서는 피의자에게 열람하게 하거나 읽어 들려주어야 하며……)에 위반된 피의자신문조서도 진정성립 등의 요건을 갖추게 되면 증거로 할 수 있다는 입장을 취하고 있다고 볼 수 있다. 그와 같은 절차상 위법에 비하여 본 사안과 같은 진술거부권 고지방식에 관한 절차상 위법은 오히려 가벼운 것으로 보아야 한다는 견해도 가능하다.

15) 이하 안승진, “형사소송에 있어 조서의 증거능력에 관하여(신문조서를 중심으로)”, 법학교수·검찰실무연구회 발표자료집(I), (2009), 대검찰청, 350을 참조하였다. 이완규, “변호인의 피의자신문참여권의 법적 성질”, 형사법의 신동향 5호, (2006), 111도 같은 입장을 취하고 있는 것으로 보인다.

16) □ 구 형사소송법(2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정되기 전의 것)

제312조 (검사 또는 사법경찰관의 조서)

① 검사가 피의자나 피의자 아닌 자의 진술을 기재한 조서와 검사 또는 사법경찰관이 검증의 결과를 기재한 조서는 공판준비 또는 공판기일에서의 원진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에는 증거로 할 수 있다.

진정성립을 증거능력의 요건으로 한 것 이외에 다른 실질적 의미를 갖는지는 의문이라는 견해도 같은 맥락이라 할 것이다.¹⁷⁾

2) 증거능력 부정설

진술거부권 행사 여부에 관한 답변 기재방식 규정을 위반하여 작성된 사법경찰관 작성의 피의자신문조서는 위법한 수사절차 및 방식에 따라 작성된 조서로서 그 위법의 정도가 경미하다고 볼 수 없으므로, 법 제312조 제3항에 정해진 ‘적법한 절차와 방식에 따라 작성될 것’이라는 요건을 갖추지 못하여 증거능력을 인정할 수 없다는 견해이다.

이 견해는, (i) 비록 진술거부권 고지가 실제로 이루어졌다 하더라도, 개정법 제244조의3 제2항에서 진술거부권 행사에 대한 답변을 피의자의 자필 내지 기명날인(서명)으로 작성하도록 의무화한 것은 피의자에 대한 진술거부권의 보장을 한층 강화하는데 있는 것이므로, 이를 담보하기 위한 가장 실효적인 방법은 해당 조서의 증거능력을 부인하는 것이라는 점, (ii) 비록 진술거부권 자체는 고지되었더라도 그 고지방식에 관한 법률 규정을 정면으로 위반하였다면, 그와 같이 위법한 방식에 의하여 작성된 조서의 증거능력을 배제함으로써 피의자신문의 적법성에 대하여 엄격히 통제할 필요가 있는 점 등을 그 논거로 들 수 있을 것이다.

이 견해에서는 개정 형사소송법이 도입한 ‘적법한 절차와 방식’의 개념이 기존의 형식적 진정성립(단순한 서명날인의 진정성)보다 더 넓은 개념으로서, 조서 작성의 절차와 방식뿐만 아니라 신문과정의 적법성, 즉 수사기관의 피의자에 대한 진술거부권의 고지 등 개정법이 정한 신문절차를 준수하고 이에 따라 조서가 작성되어야 하는 것으로 본다.¹⁸⁾ 개정법 제312조

17) 배종대 외 3인, 신형사소송법(3판), 홍문사, 624.; 정웅석, “영상·녹음녹화에 대한 법적 고찰”, 형사법의 신통향 7호(2007. 4.), 대검찰청, 197 등이 이러한 견해로 보인다.

18) 양동철, “형사소송법 제312조의 적법한 절차와 방식”, 한국 형사법학의 이론과 실천(정암 정성진 박사 고회기념논문집), (2010), 한국사법행정학회, 816의 정리에 의하면, ① 법원실무제요 형사[III], (2008), 법원행정처, 105, ② 신동운, 신형사소송법(4판), (2012), 법문사, 995, ③ 주석 형사소송법(III)(주 4), 416(임동규 집필 부분), ④ 그 밖에도 백승민, “개정 형사소송법상 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력”, 법조 613호(2007. 10.), 법조협회, 206; 차용석·최영성, 형사소송법(3판) 563~564, 569 등이 이와 같은 입장을 취하거나, 이에 가깝다고 보인다.

에서는 조서의 증거능력과 관련하여 ‘적법한 절차와 방식’을 요구하는 것으로 개정하였는데, 이는 종전의 형식적 진정성립(내지 서명날인의 진정성) 만으로는 족하지 않으며, 그 조서가 형사소송법상 조서의 작성방식에 관한 규정들을 준수한 경우에 한하여 그 증거능력을 인정하겠다는 취지라고 보아야 한다는 것이다.

3) 비교형량설

수사기관이 피의자신문에 관한 형사소송법 규정에 위반하였다 하더라도, 그 절차 위반의 정도가 경미하거나 사소한 하자에 불과하다면 피고인이 증거동의했는지 여부를 불문하고 실제적 진실발견이나 형사사법의 정의와 비교형량하여 증거능력을 인정할 수 있다는 견해이다. 이 견해에 의하면, 대 상관결 사안에서 제1조서 작성 당시 실제로 진술거부권이 고지된 이상 그 답변의 기재 방식에 절차적 위법이 있다 하더라도 증거능력 인정에 영향을 줄 정도의 실질적 침해라고 볼 수는 없게 된다. 즉 증거능력 긍정설과 달리 제1조서가 ‘적법한 절차와 방식’을 일응 위반한 것이라 할 수는 있지만, 비교형량의 관점을 도입하여 보호하고자 하는 권리(=본 사안의 진술거부권)에 실질적인 해를 끼치지 않았다면 그 조서의 증거능력까지 부인할 것은 아니라고 보는 것이다(미국법상 이른바 ‘Harmless Error’의 법리를 차용한 것이라 할 수 있다).¹⁹⁾

이 견해에 의하면, ‘적법한 절차와 방식’ 위반 여부에 대한 판단에도 위법수집증거 배제법칙에 관한 대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결의 법리와 유사하게 “해당 형사소송법 조항이 보호하고자 하는 권리 또는 법익의 성질, 그 조항 위반으로 인하여 피의자 등의 권리 또는 법익이 침해되는 정도, 구체적인 위반 경위, 수사기관의 인식과 의도 등을

19) 미국 연방형사소송규칙 제52조 (a)가 “실질적인 권리에 영향을 주지 아니하는 잘못이나 결점, 불규칙성 또는 변칙 등은 무시되어야 한다.”(Harmless Error. Any error, defect, irregularity, or variance that does not affect substantial rights must be disregarded)고 규정하는 데서 착안한 것이다. 위 규정 내지 이론은 공판중심주의에 의하는 미국 법체계상, 수사기관의 조서에 대한 것이 아니라 검사의 서명이 없는 공소장 등의 공판관계서류를 주요 대상으로 한 것이기는 하나, 그 정신 내지 취지는 본 사안의 경우에도 적용할 수 있을 것으로 보인다.

전체적·종합적으로 살펴볼 때 수사기관의 절차 위반행위가 해당 조항이 보호하고자 하는 권리 또는 법익에 실질적인 영향을 주지 않을 정도로 경미한 것으로 평가되는 예외적인 경우라면 법원은 당해 조서를 유죄 인정의 증거로 삼을 수 있다.”는 입론이 가능할 수 있다.

다. 검토: 증거능력 부정설이 타당

1) 해당 규정의 입법 취지

앞서 본 바와 같이 개정법 제244조의3은 진술거부권 고지 내지 그 행사의 방식을 더욱 내실화하고 그 실효성을 담보하기 위하여 도입된 규정으로 이해된다. 그렇다면 위 규정을 위반하여 작성된 피의자신문조서에 대하여 그 절차의 위법이 경미하다고 보아 증거능력을 인정하는 것은, 위 규정이 진술거부권 행사 여부에 관한 조서의 기재방식을 엄격하게 정형화하여 수사기관에 강제하려는 입법의 취지를 사실상 형해화하는 것이라고 볼 수 있다.²⁰⁾

2) ‘적법한 절차와 방식’에 의한 통제의 필요성

‘적법한 절차와 방식’이 형식적 진정성립보다 더 넓은 개념이라는 입장에서, 진술거부권 불고지의 경우는 별론으로 하더라도 진술거부권 행사 여부에 관한 기재방식의 잘못은 대부분 단순한 착오에 기한 것일 가능성이 많고, 사소한 하자에 불과하므로 이를 굳이 ‘적법한 절차와 방식’ 위배로 논할 필요성이 없다는 견해도 생각해 볼 수 있다.

그러나 개정법은 법 제244조의3 이외에도 변호인의 참여(법 제243조의2), 피의자진술의 영상녹화(법 제244조의2), 수사과정의 기록(법 제244조의4) 등 피의자신문 시에 수사기관이 준수하여야 할 의무 규정을 한층 강화하고 그 절차를 구체적으로 규정하고 있다. 수사기관이 이를 위반하여 조서를 작성한 경우 그 위반이 사소한 흠에 불과하다는 이유로 그 증거능력을 인정하게 되면, 사실상 위 규정들의 규범력을 확보할 수 없는 결과가 된다.²¹⁾ 수

20) 이러한 견지에서 신동운(주 18), 995는 “형소법 제312조의 개정 이전에 선고된 대법원 87도 2716 판결 등의 입장은 개정 형소법하에서는 더 이상 유지될 수 없다.”고 한다.

21) 특히 진술거부권의 고지(제244조의3), 이익사실 진술기회의 부여(제242조), 변호인참여권의 보장(제243조의2), 수사과정의 기록(제244조의4), 피의자신문조서의 작성(제244조 제1항), 피

사기관의 일정한 처분에 대해서는 법 제417조에 의하여 준항고함으로써 그 처분의 취소나 변경을 구할 수 있으나, 대상판결 사안과 같은 경우에는 이에 해당한다고 보기 어렵고, 달리 그와 같은 위법을 시정할 수 있는 구제 수단도 없다고 보인다.

3) ‘적법한 절차와 방식’에 관한 입법자의 의도

개정법 제312조에 조서의 성립요건으로 ‘적법한 절차와 방식’이 추가된 입법적 경위가 반드시 명확하지는 않다. 다만 구법 제312조가 피고인이 조서의 진정성립만 부인하면 그 서류의 진정성립을 배척하는 태도를 취함으로써 수사기관의 증명활동을 어렵게 만든다는 등의 비판에 대하여, 개정법이 그 비판을 수용하여 조서의 진정성립을 피고인 본인의 진술 외에 ‘객관적인 방법’에 의해서도 인정할 수 있는 길을 열어 피고인이 수사기관에서 한 진술에 대하여 보다 합리적으로 증거능력을 인정하되, 그 전제조건으로 수사의 투명성·적법성을 담보할 수 있는 제도적 장치를 둔 것으로 이해할 수 있다(제312조, 제244조~제244조의4). 나아가 구법상 피의자신문조서의 경우 서명·날인·간인이 피고인의 것이면 형식적 성립의 진정이 인정됨으로써, 조서의 진실성 담보를 위해 여러 절차와 방식을 규정했음에도 그것이 증거능력 인정요건에 반영되지 않은 결과 규범력을 잃게 되었다는 반성적 고려에서 형식적 성립의 진정을 ‘적법한 절차와 방식’을 준수하는 내용으로 변경하였다는 것이다.²²⁾

결국 이 부분의 입법 목적은 형사소송법에서 규정한 수사의 절차 및 그에 따른 조서의 작성방식을 준수하지 않은 경우에 ‘적법한 절차와 방식’에 따라 그 증거능력을 배제함으로써 수사과정에서 발생할 수 있는 피의자 등의 인권 침해를 예방하고 나아가 대한민국 헌법이 규정한 적법절차를 보장하려는데 있다고 할 것이다. ‘적법한 절차와 방식’을 종래의 형식적 진정성립과 동일하다고 새기는 증거능력 긍정설은 그와 같은 개정 취지를 외면하

의자신문조서의 열람·낭독(제244조 제2항)은 ‘적법한 절차와 방식’의 핵심적 사항이라 할 수 있다. 신동윤(주 18), 995.

22) 이상 (2006. 3.) 이용구 前 부장판사 작성 “형사증거법해설(증거능력)”, 4~5, 24~25.

는 해석일 뿐만 아니라, 그와 같은 형식적 진정성립이 종래 검사 작성의 피의자신문조서(구법 제312조 제1항)나 진술조서·진술서(구법 제313조 제1항) 등에서만 규정되었던 것에 비하여 ‘적법한 절차와 방식’은 사실상 수사기관의 조서 전반에 걸쳐 규정된 점²³⁾을 간과하였다는 비판이 가능하다.

4) 대법원 2012. 5. 24. 선고 2011도7757 판결

위 판결은 “형사소송법 제312조 제4항은 검사 또는 사법경찰관이 피고인이 아닌 자의 진술을 기재한 조서의 증거능력이 인정되려면 ‘적법한 절차와 방식’에 따라 작성된 것’이어야 한다고 규정하고 있다. 여기서 적법한 절차와 방식이라 함은 피의자 또는 제3자에 대한 조서 작성 과정에서 지켜야 할 진술거부권의 고지 등 형사소송법이 정한 제반절차를 준수하고 조서의 작성방식에도 어긋남이 없어야 한다는 것을 의미한다.”고 판시하고 있다.

5) 비교형량설에 대한 검토

비교형량설에 의하면 ‘적법한 절차와 방식’ 위반이 문제 되는 개별적·구체적 사안에 따라 법원이 융통성 있게 그 증거능력 유무를 판단할 수 있고, 일부 간인의 누락(법 제244조 제3항 참조)과 같이 사소하거나 경미한 하자의 경우까지 일률적으로 증거능력을 부인함으로써 생길 수 있는 실무적 감각과의 괴리를 차단할 수 있는 장점이 있다고 보인다.

그러나 ① 위법수집증거 배제법칙과 달리 ‘적법한 절차와 방식’은 그 조문 체계상 전문법칙에 대한 예외로서 증거능력을 부여하기 위한 요건으로 규정되어 있으므로, 가급적 그로 인한 증거능력 유무 판단 기준은 획일적이고 명확하게 할 필요가 있고,²⁴⁾ ② 위 견해에 의할 경우 증거능력에 영향을 주지 않는 ‘사소한 하자’와 증거능력을 박탈하여야 할 ‘중대한 하자’

23) 개정법에서는 검사 작성의 피의자신문조서(제312조 제1항), 검사 이외 수사기관 작성의 피의자신문조서(제312조 제3항), 검사·사법경찰관 작성의 진술조서(제312조 제4항), 검사·사법경찰관 작성의 검증조서(제312조 제6항)에 관하여 ‘적법한 절차와 방식’을 증거능력 부여의 요건으로 규정함으로써, 사실상 수사기관의 조서 전반에 대하여 그 절차·방식의 적법성을 요구하고 있다.

24) 위 견해에 의하면 결국 위법수집증거 배제법칙의 예외 판단과 유사하게 비교형량이론에 의하여야 한다는 결과가 되고, 이 경우 조서의 증거능력 판단 기준이 불명확하게 되어 결국 공판심리의 운영이나 피고인의 방어권 보장에 차질이 생기게 될 수 있다.

사이의 경계가 불명확하며, 향후 실무 운영에 따라 대부분 ‘사소한 하자’로 취급됨으로써 결국 ‘적법한 절차와 방식’을 새로이 규정한 개정법의 취지가 유명무실하게 될 우려가 있다는 등의 비판이 가능할 것이다.

6) 소결론: 제1조서의 증거능력 부인

제1조서 작성 당시 비록 진술거부권이 고지되었다 하더라도 그 행사 여부의 답변 기재방식에 관한 형사소송법 규정을 위반한 이상, 제1조서는 법 제312조 제3항에 정한 ‘적법한 절차와 방식’의 요건을 충족하지 못한 조서로서 특별한 사정이 없는 한²⁵⁾ 그 증거능력을 부인하여야 할 것이다.

라. 기타 문제점에 대한 검토: 위법수집증거 배제법칙과의 관계 및 증거동의 문제

1) 위법수집증거 배제법칙과의 관계: ‘적법한 절차와 방식’ vs. ‘적법한 절차’

개정법 제308조의2는 ‘위법수집증거의 배제’라는 표제하에, 종전 우리나라 형사소송절차에서 적용 여부가 치열하게 다투어져 왔던 이른바 위법수집증거 배제법칙을 명문화하였다. 그런데 위 조항이 “적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다.”고 규정함으로써, 문언상으로 법 제312조에 따른 증거능력의 인정요건인 ‘적법한 절차와 방식’과 유사해 보인다. 따라서 제1조서와 같은 수사기관의 절차적 위법의 경우에도 그 조서가 법 제312조뿐 아니라 법 제308조의2에서 정한 ‘적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거’에도 해당하는 것이 아닌가 하는 의문이 제기될 수 있다. 앞서 본 증거능력 긍정설의 일부 논거에서도 이 점을 언급하고 있으며, 대법판결의 각 하급심판결도 제1조서가 ‘적법한 절차와 방식’에 위반될 뿐 아니라 위법수집증거에도 해당되어 증거능력이 부인된다는

25) 증거능력 부정설의 입장에서, 예컨대 당해 조서에 제1조서와 같은 절차적 위법이 있으나 그 직후 이루어진 차회 피의자신문 과정에서 피의자가 前回에 실질적으로 진술거부권을 고지받고도 이를 행사하지 아니한 점을 명시적으로 인정하고 그와 같은 절차적 위법을 문제삼지 아니하겠다는 의사를 분명히 표시하였으며 공판정에서도 명시적으로 ‘적법한 절차와 방식’ 위반에 대하여 이의하지 아니할 뜻을 표시한 경우, ‘적법절차의 실질적 내용을 침해하지 않은 것’으로 평가되어 증거능력이 인정된다는 견해도 가능할 수 있다.

취지로 실시하고 있다.

그와 같은 ‘적법한 절차와 방식’이 법 제308조의2가 정하는 ‘적법한 절차’와 구별된다는 점에 대해서는 별다른 이견이 없는 것으로 보인다.²⁶⁾ 나아가 법 제312조에서 정하는 ‘적법한 절차와 방식’은 전문법칙 예외 인정의 요건이므로 법 제318조의 증거동의를 있으면 이를 문제삼을 수 없는 반면, ‘적법한 절차’의 영역인 위법수집증거 배제법칙이 적용되면 진술의 임의성이 인정되는 경우라도 증거능력이 부인되는 정도의 강력한 법적 효과가 발생하므로, 수사기관의 조서에 대해 증거동의를 인정할 수 없는 차이점이 있다는 견해도 제기되고 있다.²⁷⁾

이와 같이 兩者가 별개의 개념이라 보더라도, 대상판결 사안과 같이 조서 작성 방식의 위반이 문제 되는 사안에서는 일반적으로 법 제312조가 정하는 ‘적법한 절차와 방식’과 법 제308조의2가 정하는 ‘적법한 절차’가 중복 적용되는 것인지, 아니면 前者만이 적용되는 것인지 문제 될 수 있다. 이에 대해서는 (i) 이 사건 제1심, 원심의 입장과 같이 제1조서가 ‘적법한 절차와 방식’을 위반하여 법 제312조가 정하는 증거능력 부여 요건을 충족하지 못하여 증거능력이 부인될 뿐 아니라, 법 제308조의2가 정하는 위법수집증거 배제라는 측면에서도 그 증거능력을 인정할 수 없다는 견해(=이른바 ‘원칙설’), (ii) 제1조서는 ‘적법한 절차와 방식’에 위반된 것으로서 그 증거능력이 부정된다고 보는 것으로 충분하고 그 위법이 대한민국 헌법상 명시된 기본권을 직접적으로 침해한 것이 아니므로, ‘적법한 절차’ 위반의 문제, 즉 위법수집증거 배제법칙의 적용대상으로 규율할 필요는 없다는 견해(=이른바 ‘이원설’로서, 그 위법이 헌법상 명시된 기본권을 직접적으로 침해하는 경우, 예컨대 피의자신문 당시 진술거부권 자체를 아예 고지하지 않았거나, 제2조서와 같이 변호인신문참여권 자체를 정면으로 침해한 경우에는 이와 달리 위법수집증거 배제법칙도 중복적용된다는 견해), (iii) 나아가 위 비교형량설과 같은 입장에서 수사기관이 형사소송법상 피의자신문에

26) 양동철(주 18), 803.

27) 신동윤(주 18), 1140~1141.

관한 규정을 위반하였다고 하여 곧바로 ‘적법한 절차와 방식’ 위반이라거나 ‘위법수집증거(≒ 위헌수집증거)’로 단정하여 증거능력을 부정할 것은 아니고, 그 절차적 위법의 정도나 구체적 위반 경위 등의 제반 사정을 비교·형량하여 그 증거능력 유무를 결정하여야 한다는 견해(=이른바 ‘비교·형량설’)의 대립을 상정할 수 있다.

일반적·이론적인 관점에서는 (i)과 같은 원칙설이 일응 타당하다고 볼 수 있을 것이나, 과연 조서 작성 방식의 절차적 위법이 문제 되는 모든 경우에 그와 같은 ‘원칙’을 관철할 것인지는 좀더 깊은 연구와 판례의 축적이 필요할 것이다. 대상판결 사안의 상고이유에서는 제1조서의 절차적 위법이 진술거부권 고지에 관한 형식적 하자에 불과하여 그 조서의 증거능력을 인정할 수 있다는 주장만 있을 뿐, 구체적으로 ‘적법한 절차와 방식’ 내지 위법수집증거의 문제를 거론하고 있지 않다. 따라서 ‘적법한 절차와 방식’에 따르지 아니한 조서라는 이유만으로도 제1조서의 증거능력은 배제된다고 할 수 있고, 원심이 그와 동일한 결론에 이른 이상 별도로 제1조서가 위법수집증거인지 여부에 대하여는 정면으로 판시하지 않은 것으로 이해할 수 있다.

2) 제1, 2조서에 대한 증거동의의 문제

한편 이 사건 증거목록상 제1, 2조서에 대한 증거의견란은 모두 “○”으로 표시되어 있다. 따라서 피고인(변호인)이 제1조서를 증거로 함에 동의한 것이고, 이에 따라 제1조서가 ‘적법한 절차와 방식’을 따르지 않았더라도 그 증거동의에 의하여 증거능력이 부여되는 것 아닌가 하는 의문이 있을 수 있다.

그러나 이 사건에 적용되는 구 “형사공판조서 중 증거조사 부분의 목록화에 관한 예규”²⁸⁾에 의하면, 사법경찰관 작성의 피의자신문조서는 성립·임의성·내용을 모두 인정하는 경우에 “○”으로 표시하도록 규정하고 있다.²⁹⁾ 그렇다면 제1조서의 경우에도 “○”의 의미는 “성립·임의성·내용

28) 재형 2003-2, 2006. 3. 29. 재판예규 제1075호로 개정된 것.

29) “성립 인정, 임의성 인정, 내용 부인”이라면 “OOX”, “성립 인정, 임의성 부인, 내용 부인”이

인정”이라고 보아야 하고, 법 제318조 제1항에서 말하는 증거동의라고 보기 어려우며, 법리적으로 피의자신문조서에 대한 증거동의가 가능한지 여부도 쉽게 단정할 수 없다.³⁰⁾ 더구나 위와 같은 구 예규는 개정법 제312조 소정의 ‘적법한 절차와 방식’에 관한 의견 표시를 예정하고 있지 않으며, 2007년 형사소송법 개정에도 불구하고 단지 “성립 인정”의 경우만 예정하고 있다.³¹⁾

피고인이나 변호인이 제1, 2조서에 대하여 증거동의하였는지 여부는 결국 소송법적 사실인정에 관한 문제라고 할 수 있다. 위와 같이 “○”의 표시만으로 증거동의가 있었다고 단정할 수 없는데다가, 대상판결과 비슷한 시기에 선고된 대법원 2013. 3. 14. 선고 2011도8325 판결이 “검사 작성 피의자신문조서에 ‘성립인정’의 의미로 ‘O’ 표시가 되어 있다고 해도 그것만으로 피고인이 피의자신문조서를 증거로 함에 동의한 것이라고 단정할 수는 없는 것”이라 판시한 점 등을 고려하여 보면, 대상판결 사안에서도 제1, 2조서에 대한 증거동의가 있었다고 단정하기 어렵다.

대상판결의 상고이유 중 제1조서 부분에서는 증거동의로 절차적 위법이 치유된다는 주장을 하고 있지 않으므로, 대상판결 또한 이 점에 대해서는 명시적으로 판시하지 않았지만,³²⁾ 제2조서에 대한 상고이유는 ‘증거동의에 의하여 증거능력이 부여된다’고 명시적으로 주장하고 있어, 대상판결은 “피

라면 “OXX”라는 식의 기재례가 규정되어 있다.

30) 피의자신문조서에 대하여 법 제318조 제1항에 의한 증거동의를 인정할 수 있는지 여부에 대하여 대법원 1983. 3. 8. 선고 82도2873 판결, 대법원 1990. 10. 26. 선고 90도1229 판결 등이 일부 언급하고 있기는 하나, 이를 정면으로 판시하고 있는 대법원판례는 찾아보기 어렵다. 법원실무제요 형사(II) (주 18), 137은 피의자신문조서가 동의의 대상이 아니라는 입장이기는 하지만, 이 쟁점은 증거동의의 본질에 관한 학설이나 실무상의 취급 등과 관련하여 복잡한 문제를 안고 있다.

31) 그 개선을 위하여 2012. 12. 28. 재판예규 제1419호로 개정된 현행 예규(2013. 3. 1.부터 시행) 제3조는 “적법성 인정”이라는 부분도 별도로 “O, X”와 같은 기호로 표시하도록 그 표시방법을 변경하고, 기존의 “성립 인정”을 “실질성립 인정”으로 바꾸었다.

32) 만약 견해를 달리하여, 제1조서에 대하여 증거동의가 있었고 피의자신문조서에 대한 증거동의가 허용된다고 본다면, 법 제312조 제1항 소정의 ‘적법한 절차와 방식’ 위반의 하자는 치유된다고 볼 수 있을 것이다. 그러나 이 경우 다시 제1조서가 법 제308조의2 소정의 위법수집증거에도 해당할 여지가 있는 이상, 위법수집증거에 대한 증거동의가 가능한가 여부도 문제 될 수 있는데, 그 가능 여부에 대하여도 견해의 대립이 있다.

고인 심○○이 제2조서에 대하여 증거로 함에 동의하였다고 단정하기에 부족하다.”고 판시한 것으로 이해된다.

4. 제2조서의 증거능력: 변호인신문참여권 침해 문제

가. 논의의 전제

앞서 본 바와 같이 피의자가 변호인 참여신청을 하였음에도 수사기관이 정당한 사유 없이 변호인을 참여하도록 하지 않은 채 제2조서를 작성한 이상, 일응 그 피의자신문에는 법 제243조의2 제1항에 위반된 절차적 위법이 있다고 할 것이다.

그 증거능력 문제를 논할 때에는, 제1조서와 유사하게 법 제312조 제3항이 정하는 ‘적법한 절차와 방식’에 따른 것인지 문제 될 뿐 아니라, 법 제308조의2가 정하는 위법수집증거로서 증거능력이 부인되는 것인지 여부도 정면으로 문제 된다고 할 것이다. 이는 제1조서의 경우와 달리 대한민국 헌법 제12조 제1항의 적법절차 원칙이나 같은 조 제4항 본문에서 도출되는 헌법적 권리인 변호인신문참여권에 대한 직접적 침해 여부가 문제 되는 경우이므로, 앞서 본 ‘원칙설’뿐 아니라 ‘이원설’ 내지 ‘비교형량설’ 중 어느 입장에 의하더라도 ‘적법한 절차’에 따르지 아니한 증거, 즉 위법수집증거의 적용영역이라 할 수 있기 때문이다.

나. 증거능력에 관한 견해의 대립

1) 증거능력 부정설

제2조서는 수사기관이 피의자의 변호인신문참여권을 정면으로 침해하여 작성한 조서로서 ‘적법한 절차와 방식’에 위반된 증거일 뿐만 아니라, ‘적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거’에 해당하므로 그 증거능력이 인정되지 않는다는 견해이다. 개정법이 명문화한 변호인신문참여권에 관한 제243조의2 규정은 변호인조력권의 핵심적 사항이므로, 이에 대한 침해는 증거능력 배제에 의하여 억지함으로써 위 권리의 실효성을 담보하여야 한

다는 입장이라 할 수 있다.

2) 증거능력 긍정설

제2조서에 의하면 피고인 심○○이 당시 이 사건 공소사실과 같은 혐의를 부인하였고 적극적으로 자신에게 유리한 사실을 진술하였다는 사정에 기초하여, 피의자가 자신에게 이익되는 사실을 진술(법 제242조 참조)한 경우에는 변호인참여권이 침해되었다고 보기 어려우므로 그 증거능력을 인정하여야 한다는 견해이다. 법 제242조는 “검사 또는 사법경찰관은 피의자에 대하여…… 그 이익되는 사실을 진술할 기회를 주어야 한다.”고 규정하고, 규정 취지에 비추어 볼 때 피의자가 진술거부권과 변호인신문참여권을 고지받은 후 자발적으로 진술하면서 적극적으로 이익되는 사실을 진술한 경우 법원이 그 피의자신문조서의 증거능력을 부정할 이유가 없다는 것이다.³³⁾

다. 검토: 증거능력 부정설이 타당

우선 피의자가 변호인신문참여를 원하는 의사를 표시하였음에도 불구하고 수사기관이 이에 대한 아무런 조치 없이 변호인 없는 상태로 피의자신문을 행한 것은 헌법적으로 보장되는 기본적 인권에 대한 직접적 침해라는 점을 중시하여야 할 것이다. 위법수집증거 배제법칙의 견지에서 볼 때에도, 절차적 위법이 있는 위법수집증거는 증거로 쓸 수 없음이 원칙이며, 그 절차 위반의 정도가 중대한 위법, 즉 ‘적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 정도’에 해당한다고 할 수 있다.³⁴⁾

33) 미국, 영국 등 각국의 입법례 등을 고려하더라도 ① 피의자가 진술거부권과 변호인의 조력을 받을 권리를 고지받은 후 진술을 거부하다가 스스로 진술을 재개하거나, ② 피의자가 다시 새로이 진술거부권과 변호인의 조력을 받을 권리를 고지받은 후에도 신문을 계속하는데 동의한다고 명시적으로 의사를 표시한 경우에는 수사기관이 피의자를 계속하여 신문하더라도 그 피의자신문조서에 증거능력을 부여할 수 있다는 입론이 가능하다.

34) 2007도3061 전원합의체 판결에서 말하는 위법수집증거배제의 예외사유, 즉 ‘절차 조항의 취지와 그 위반의 내용 및 정도, 구체적인 위반 경위와 회피가능성, 절차 조항이 보호하고자 하는 권리 또는 법익의 성질과 침해 정도 및 피고인과의 관련성, 절차 위반행위와 증거수집 사이의 인과관계 등 관련성의 정도, 수사기관의 인식과 의도 등을 전체적·종합적으로 살펴볼 때, 수사기관의 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 않는 경우’에 해당한다고 볼 여지도 희박하다고 할 수 있다.

증거능력 긍정설이 근거로 삼는 법 제242조는 변호인신문참여권과는 별도로 규정된 수사기관의 의무의 성질을 가진다. 그 후단의 규정은 수사기관으로 하여금 피의자에게 이익되는 사실을 진술할 기회를 주어야 할 의무를 부과한 것으로서, 이는 피의자를 보호하기 위해 피의자가 불이익한 사실의 진술을 강요받지 않도록 보장하는 한편, 이익되는 사실도 적극적으로 진술하는 기회를 부여하는 것으로 설명된다.³⁵⁾ 즉 진술거부권의 보장뿐만 아니라 수사의 공정성을 보장하기 위한 규정으로서, 변호인이 피의자신문에 참여하지 않았다 하더라도 수사기관이 당연히 준수해야 할 규정으로 이해할 수 있다. 결국, 피의자가 자유롭게 자신에게 이익되는 사실을 진술할 기회를 보장하였다 하여 곧바로 변호인신문참여권 침해가 치유되는 것은 아니라고 보아야 할 것이다.

한편 제2조서의 내용과 같이 피의자가 자신의 범행을 부인하는 진술을 하였다고 하여 곧바로 수사기관이 ‘피의자에게 이익되는 사실’을 진술할 기회를 부여하였다고 단정하기도 어렵다. 피의자의 부인 진술이 조서에 기재되었다고 하여도 변호인신문참여로 인하여 기대되는 효과, 즉 수사기관이 피의자신문 당시 금지되는 강요·기망·회유·협박을 하지 않는 등의 인권보장절차를 준수하였다고 단정하기도 곤란하다.

나아가 변호인신문 참여신청에 대하여 수사기관이 이를 제한하는 취지의 처분을 한 경우에는 개정법 제417조에 의하여 준항고를 함으로써 그 처분의 취소·변경을 구할 수 있으나, 준항고가 받아들여진다고 하더라도 이미 당해 절차에서는 변호인참여 없이 피의자신문이 실시되어 피의자신문조서가 작성되었을 것이다. 만약 공판단계에서 그 피의자신문조서의 증거능력을 부인하지 않고 증거로 제출받는다면 준항고에 의하여 수사기관의 처분이 취소된다 하더라도 별다른 실효성이 없게 된다. 또한 대상판결의 사안과 같이 변호인신문 참여신청이 있었음에도 수사기관이 아무런 조치 없이 피의자신문한 경우에는 수사기관의 ‘처분’이 있는지 여부도 명확하지 않아 준항고의 대상이 되는지 여부 자체가 논란이 될 수 있어, 준항고에 의한

35) 주석 형사소송법(II)(주 4), 463. (정구환 집필 부분)

구제절차에만 의존하기에는 명백한 한계가 있다고 여겨진다.

라. 소결론: 제2조서의 증거능력 부인

결국 제2조서는 ‘적법한 절차와 방식’에 위반된 조서일 뿐만 아니라, ‘적법한 절차’에 따르지 아니하고 수집한 증거에 해당하여 이를 증거로 할 수 없다는 결론에 이른다. 앞서 본 바와 같이 피고인 심○○이 당해 조서에 대하여 증거로 함에 동의하였다고 단정할 수도 없는 이상 상고이유 주장과 같이 그 증거동의를 전제로 증거능력이 있다고 보기도 어렵다.

나아가 위법수집증거에 대한 증거동의를 가능한지 여부에 대하여 학계에서 견해의 대립이 있기는 하지만, 현재까지의 대법원판례에서는 그와 같은 증거동의를 의하여 증거능력이 부여될 수 있다는 판시를 찾아볼 수 없으며, 더구나 변호인신문참여권을 정면으로 침해한 경우로서 그 절차적 위법이 중대하다고 보이는 제2조서에 대하여 증거동의를 의한 치유를 인정하기는 곤란하다고 할 것이다.

【對象判決의 意義】

2007년 개정 형사소송법은 진술거부권, 변호인신문참여권과 같은 피의자의 인권 보호를 중시하여 법 제244조 이하에서 수사기관이 피의자신문 시 준수하여야 할 의무규정들을 대폭적으로 신설·강화하였다. 대상판결은 그 중 진술거부권 행사 여부의 답변 기재 방식이나 변호인신문참여 절차에 관한 규정을 위반한 상태에서 작성된 피의자신문조서에 대하여 법 제312조 소정의 ‘적법한 절차와 방식’ 요건의 심사, 나아가 법 제308조의2 소정의 위법수집증거 배제를 통하여 그 증거능력을 엄격하게 제한하고자 한 것으로, 피의자신문 과정에서의 적법절차 준수나 피의자의 인권 보장과 관련하여 중요한 가치를 지닌 판결로 평가할 수 있을 것이다.

6. 정보저장매체에 입력·기억된 문자정보 또는 그 출력물에 대한 전문법칙의 적용 여부와 그 범위

(2013. 2. 15. 선고 2010도3504 판결 : 공2013상, 528)

金 一 淵

【判決要旨】

피고인 또는 피고인 아닌 사람이 컴퓨터용디스크 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체에 입력하여 기억된 문자정보 또는 그 출력물을 증거로 사용하는 경우, 이는 실질에 있어서 피고인 또는 피고인 아닌 사람이 작성한 진술서나 그 진술을 기재한 서류와 크게 다를 바 없고, 압수 후의 보관 및 출력과정에 조작의 가능성이 있으며, 기본적으로 반대신문의 기회가 보장되지 않는 점 등에 비추어 그 내용의 진실성에 관하여는 전문법칙이 적용되고, 따라서 원칙적으로 형사소송법 제313조 제1항에 의하여 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 성립의 진정함이 증명된 때에 한하여 이를 증거로 사용할 수 있다. 다만 정보저장매체에 기억된 문자정보의 내용의 진실성이 아닌 그와 같은 내용의 문자정보의 존재 자체가 직접 증거로 되는 경우에는 전문법칙이 적용되지 아니한다.

【參照條文】

형사소송법 제310조의2, 제313조 제1항

【事案의 概要】

1. 공소사실의 요지: 국가보안법위반

전국교직원노동조합(이하 ‘전교조’라고 한다) 부산지부 통일위원회 소속 교사인 피고인들(3명)은 전교조 부산지부 교사들을 대상으로 통일학교를 개최하면서, ① 2005. 10. 초순경 반국가단체인 북한의 활동을 선전하거나 이에 동조할 목적으로 북한의 역사인식과 통치노선을 그대로 수용하거나 정당화 또는 미화하는 내용의 표현물인 ‘통일학교 자료집’ 약 40부를 제작하여 수강 교사들에게 배포하고(이적표현물 제작·배포), ② 2005. 10. 18. 부터 같은 해 11. 1.까지 3회에 걸쳐 통일학교 수강 교사들에게 위와 같은 통일학교 자료집 내용을 강의하는 방법으로 북한 공산집단의 활동을 선전하거나 이에 동조하였다(반국가단체 활동 선전·동조).

2. 원심의 판단: 유죄

3. 피고인들의 상고이유¹⁾

원심이 유죄인정의 증거로 삼은 문서 중 23건의 수사보고²⁾는 컴퓨터 디

-
- 1) 본고의 주제와 관련된 상고이유에 한하여 본문에 기재하였다.
 피고인들은 그 밖에 피고인들의 이적 목적에 관한 원심의 채증법칙 위반 또는 사실오인의 상고이유를 주장하였으나, 대상판결은 이를 배척하였다.
 한편 검사는 원심이 일부 압수물(서적 등)에 대하여 몰수형의 선고를 하지 아니한 것은 위법하다는 이유로 상고하였으나, 대상판결은 검사의 상고이유 역시 배척하였다.
- 2) 원심판결이 인용한 제1심판결 증거의 요지 부분에 기재된 수사보고 중 23건으로서, 그 명칭은 ① 수사보고(9월 2일 통일위원회 회의결과), ② 수사보고(전국회의 부산지부 조직원 명단), ③ 수사보고[전국회의 부산지부(준) 11차 운영위 회의결과], ④ 수사보고[전국회의 부산지부(준) 12차 운영위 회의결과], ⑤ 수사보고(전국회의 부산지부 1기 3차 운영위 회의자료), ⑥ 수사보고(전국회의 부산지부 1기 8차 운영위 회의자료), ⑦ 수사보고(전국회의 부산지부 1기 10차 회의자료), ⑧ 수사보고[전국회의 사업평가 및 과제(전교조)-2007 전망], ⑨ 수사보고(전국회의 부산지부 2006년 회원수련회 및 감정서), ⑩ 수사보고(전국회의 부산지부 2기 2차 운영위 자료집), ⑪ 수사보고(정책토론회 자료집), ⑫ 수사보고(전국회의 부산지부 정책토론회 자료집 분석), ⑬ 수사보고(기초교양자료집 제작·배포), ⑭ 수사보고(기초교양자료집 및 감정서), ⑮ 수사보고(전국회의 부산지부 창립총회), ⑯ 수사보고(창립총회 참가 관련 1차

스켓에 들어있는 문건으로서 전문법칙이 적용되므로, 형사소송법 제313조에 따라 작성자 또는 원진술자의 진술에 의하여 성립의 진정이 증명되어야 증거능력이 있는데, 이러한 요건을 갖추지 못하였으므로 증거능력이 없다. 원심판결에는 증거능력 없는 증거에 의하여 공소사실을 유죄로 인정한 위법이 있다.

【解 說】

1. 前論: 검토 대상 증거의 특징

가. 수사보고서의 유형과 증거능력

1) 수사보고서의 유형

수사 실무에서 사법경찰관리 등이 수사보고 또는 수사보고서라는 제목으로 작성하는 문서의 유형은 대체로 다음과 같이 분류할 수 있다.

첫째, 수사 담당자가 수사에 관한 경위, 과정, 내용, 결과 등의 사항을 수사기관 내부적으로 보고하기 위하여 작성하는 서류로서 원래 의미의 수사보고서라고 할 수 있다.

둘째, 수사기관이 참고인 등의 진술을 청취하였으나 진술조서를 작성하지 아니하고 그에 대신하여 그 내용을 수사보고서라는 이름으로 기재하는 경우이다. 이러한 유형의 수사보고서가 작성되는 것은 주로 수사기관이 진술자를 직접 대면하지 않고 전화로 진술을 청취함에 따라 진술자의 서명날인 등을 받을 수 없는 때이다.

셋째, 수사기관이 수사과정에서 수집한 자료를 기록에 현출시키기 위하여 그 자료의 의미, 성격, 혐의사실과의 관련성 등을 요약·설명하고, 그

집행위자료), ⑰ 수사보고(전국회의 부산지부 교육위원회 1차 회의), ⑱ 수사보고(전국회의 부산지부 교육위원회 2차 회의), ⑲ 수사보고(전국회의 부산지부 2006년 정기 총회자료집), ⑳ 수사보고(CD: 현대조선역사, 조선노동당 4,5차 대회, 주체사상총서 등), ㉑ 수사보고(CD: 공소의1 - 북(조선)의 선군정치와 한(조선)반도의 정세 등], ㉒ 수사보고(전국회의 부산지부 재정현황 등), ㉓ 수사보고(피고인2 주거지에서 전국회의 관련 문건 입수) 등이다.

자료를 첨부하는 형태의 수사보고서이다.

2) 수사보고서의 증거능력

첫째 유형의 수사보고서는 그 서류를 작성한 수사 담당자의 법정진술에 대신하여 그 진술을 기재한 서류로서, 전문법칙의 적용을 받는 증거서류에 해당한다. 따라서 형사소송법 제311조 내지 제316조에 해당하는 경우에만 그 증거능력이 인정될 수 있다.³⁾

둘째 유형의 수사보고서는 해당 진술자의 법정진술에 대신하여 그 진술을 기재한 서류로서, 역시 전문법칙의 적용을 받는 증거서류로서 형사소송법 제313조 제1항⁴⁾의 ‘피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 서류’에 해당한다. 그런데 수사기관이 진술자와 전화로 통화하고 그 진술 내용을 수사보고서로 작성한 경우 진술자의 자필, 서명 또는 날인이라는 요건을 갖춘 경우가 거의 없을 것이므로, 피고인이 동의하지 아니하는 한 현실적으로 둘째 유형의 수사보고서에 대하여 증거능력이 인정되는 경우란 생각하기 어렵다.⁵⁾

- 3) 대법원 2001. 5. 29. 선고 2000도2933 판결은 “수사보고서에 검증의 결과에 해당하는 기재가 있는 경우, 그 기재 부분은 검찰사건사무규칙 제17조에 의하여 검사가 범죄의 현장 기타 장소에서 실황조사를 한 후 작성하는 실황조서 또는 사법경찰관리집무규칙 제49조 제1항, 제2항에 의하여 사법경찰관이 수사상 필요하다고 인정하여 범죄현장 또는 기타 장소에 임하여 실황을 조사할 때 작성하는 실황조사서에 해당하지 아니하며, 단지 수사의 경위 및 결과를 내부적으로 보고하기 위하여 작성된 서류에 불과하므로 그 안에 검증의 결과에 해당하는 기재가 있다고 하여 이를 형사소송법 제312조 제1항의 ‘검사 또는 사법경찰관이 검증의 결과를 기재한 조서’라고 할 수 없을 뿐만 아니라 이를 같은 법 제313조 제1항의 ‘피고인 또는 피고인이 아닌 자가 작성한 진술서나 그 진술을 기재한 서류’라고 할 수도 없고, 같은 법 제311조, 제315조, 제316조의 적용대상이 되지 아니함이 분명하므로 그 기재 부분은 증거로 할 수 없다.”고 판시하였다.
- 4) 형사소송법 제313조 (진술서 등) ① 전 2조의 규정 이외에 피고인 또는 피고인이 아닌 자가 작성한 진술서나 그 진술을 기재한 서류로서 그 작성자 또는 진술자의 자필이거나 그 서명 또는 날인이 있는 것은 공판준비나 공판기일에서의 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에는 증거로 할 수 있다. 단 피고인의 진술을 기재한 서류는 공판준비 또는 공판기일에서의 그 작성자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명되고 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때에 한하여 피고인의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 불구하고 증거로 할 수 있다.
- 5) 대법원 1999. 2. 26. 선고 98도2742 판결은 “검찰주사보가 작성한 A, B와의 전화통화내용을 기재한 수사보고서는 다음과 같은 이유로 그 증거능력을 인정할 수 없다고 할 것이다. 기록에 의하면, 검찰주사보가 작성한 위 각 수사보고서는 수사기관인 검찰주사보가 중국에 거주하고 있는 A, B에 대한 고소보충 기타 참고사항에 관하여 조사함에 있어서 그들에게 국제전

셋째 유형의 수사보고서의 경우 원칙적으로 증거로서 의미가 있는 것은 첨부된 자료이고, 수사보고서에 기재된 내용 자체는 수사기관이 첨부 자료를 통하여 얻은 인식·판단·추론이거나 첨부 자료의 단순한 요약에 불과하여 첨부 자료와 독립하여 공소사실에 대한 증명력을 인정하기 어렵다.⁶⁾ 증거능력 측면에서도 이러한 유형의 경우 그 첨부 자료가 전문법칙에 의하여 증거능력이 인정되지 않는다면 수사보고서 자체의 증거능력 역시 원칙적으로 인정될 수 없다고 본다.

나. 이 사건의 검토 대상 증거

이 사건에서 문제가 된 각 수사보고는 수사기관이 거기에 첨부된 자료를

화를 걸어 그 대화내용을 문답형식으로 기재한 후 A나 B의 서명 또는 기명날인이 없이 위 검찰주사보만 기명날인을 한 것이다. 따라서 이와 같은 검찰주사보 작성의 각 수사보고서는 전문증거로서 형사소송법 제310조의2에 의하여 형사소송법 제311조 내지 제316조에 규정된 것 이외에는 이를 증거로 삼을 수 없는 것인데, 위 각 수사보고서는 형사소송법 제311조, 제312조, 제315조, 제316조의 적용대상이 되지 아니함이 분명하므로, 결국 형사소송법 제313조의 진술을 기재한 서류에 해당하여야만 형사소송법 제314조의 적용 여부가 문제될 것인바, 형사소송법 제313조가 적용되기 위하여는 그 진술을 기재한 서류에 그 진술자의 서명 또는 날인이 있어야 할 것이다. 이 사건의 경우, 위 각 수사보고서에는 검찰주사보의 기명날인만 되어 있을 뿐 원진술자인 A나 B의 서명 또는 기명날인이 없음은 앞서 본 바와 같으므로, 위 각 수사보고서는 형사소송법 제313조에 정한 진술을 기재한 서류가 아니어서 형사소송법 제314조에 의한 증거능력의 유무를 따질 필요가 없다고 할 것이고, 이는 검찰주사보가 법정에서 그 수사보고서의 내용이 전화통화내용을 사실대로 기재하였다는 취지의 진술을 하더라도 마찬가지라고 할 것이다.”고 판시하였다.

- 6) 대법원 2011. 7. 14. 선고 2011도3809 판결은, 군검찰관이 공판기일에 제출한 증거 중 뇌물공여자 甲이 작성한 고발장에 대하여 피고인의 변호인이 증거 부동의 의견을 밝히고, 같은 고발장을 첨부문서로 포함하고 있는 검찰주사보 작성의 수사보고에 대하여는 증거에 동의하여 증거조사가 행하여졌는데, 원심법원이 수사보고에 대한 증거동의의 효력이 첨부된 고발장에도 당연히 미친다고 보아 이를 유죄의 증거로 삼은 사안에서, 수사기관이 수사과정에서 수집한 자료를 기록에 현출시키는 방법으로 자료의 의미, 성격, 혐의사실과의 관련성 등을 수사보고의 형태로 요약·설명하고 해당 자료를 수사보고에 첨부하는 경우, 수사보고에 기재된 내용은 수사기관이 첨부한 자료를 통하여 얻은 인식·판단·추론이거나 자료의 단순한 요약에 불과하여 원자료로부터 독립하여 공소사실에 대한 증명력을 가질 수 없고, 피고인이나 변호인도 수사보고의 증명력을 위와 같은 취지로 이해하여 공소사실을 부인하면서도 수사보고의 증거능력을 다투지 않은 것으로 보이는 등의 제반 사정에 비추어, 위 고발장은 군사법원법에 따른 적법한 증거신청·증거결정·증거조사 절차를 거쳤다고 볼 수 없거나 공소사실을 뒷받침하는 증명력을 가진 증거가 아니므로 이를 유죄의 증거로 삼을 수 없다고 판시하였다.

입수하게 된 경위, 그 자료의 내용, 혐의사실과의 관련성 등을 기재한 것으로서 셋째 유형의 수사보고서에 해당한다. 그리고 각 수사보고에 첨부된 자료는 컴퓨터용디스크 등 정보저장매체⁷⁾에 기억된 문자정보를 출력한 서류이다.

검사는 문제가 된 각 수사보고와 그 첨부 서류를 대부분 별도의 독립한 증거로 신청하였고, 제1심은 그 신청대로 증거목록에 수사보고와 그 첨부 서류를 별도의 증거로 기재하고 증거결정·증거조사 등의 절차도 증거별로 따로 실시하였다.⁸⁾

그런데 원심판결이 인용한 제1심판결 증거의 요지에는 위 수사보고의 명칭만이 기재되어 있고, 그 첨부 서류는 따로 표시되어 있지 않다. 이에 대해서 원심과 제1심이 그 첨부 서류는 제외하고 수사보고 자체만 유죄 인정의 증거로 삼은 것으로 보아야 한다는 의견이 제시될 수 있겠으나, 이 사건 수사보고의 성격과 내용, 판결 전체의 취지 등에 비추어 볼 때 제1심과 원심은 그 첨부 서류도 유죄 인정의 증거로 삼았다고 봄이 타당할 것이다.⁹⁾ 대법판결도 이러한 전체에서 판단한 것으로 보인다.

2. 정보저장매체에 입력·기억된 문자정보 또는 그 출력물¹⁰⁾의 증거능력 일반론

정보저장매체에 입력·기억된 문자정보 또는 그 출력물의 증거능력이 인

7) 형사소송법 제106조 제3항, 형사소송규칙 제134조의7 제1항, 민사소송규칙 제120조 제1항 등은 컴퓨터 관련 각종 저장장치를 일컫는 의미로 ‘정보저장매체’라는 용어를 사용하고 있음.

8) 대법원 2011. 7. 14. 선고 2011도3809 판결(주 6)은 셋째 유형의 수사보고서의 경우 검사는 증거목록에 수사보고와 그 첨부 자료를 별도의 표목을 붙여 독립한 증거로 신청하여야 한다는 취지로 설시하였다.

9) 피고인들의 상고이유도 그러한 전체에 있다. 사실심 재판부로서는 수사보고와 그 첨부 자료를 구별하여 첨부 자료를 유죄 인정의 증거로 삼은 경우 증거의 요지 부분에 첨부 자료 자체의 명칭을 명확히 기재하는 것이 바람직하다고 생각된다.

10) 근래 학계와 실무에서는 디지털 형태로 저장되거나 전송되는 디지털정보가 증거로 되는 경우 ‘디지털증거’라는 용어를 널리 사용하고 있는데, 정보저장매체에 입력·기억된 문자정보 또는 그 출력물은 ‘디지털증거’의 대표적인 예라고 할 수 있다.

정되기 위해서는 일반적으로 다음과 같은 요건이 필요하다고 설명한다.¹¹⁾

첫째, 증거수집절차의 적법성을 갖추어야 한다. “적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다.”고 천명한 형사소송법 제308조의2 규정에 비추어 볼 때 이는 당연한 요청이라 할 것이다. 문자정보 또는 그 출력물이 임의제출된 것이 아니라면 엄격한 영장주의원칙이 적용되어야 하며, 영장이 발부된 경우에도 압수·수색의 장소, 시적 한계, 대상, 범위, 집행방법 등과 관련하여 적법한 절차가 준수되어야 한다.¹²⁾

둘째, 저장매체 원본과 증거로 제출된 문자정보 또는 그 출력물의 동일성 또는 무결성이 증명되어야 한다. 대법원 2007. 12. 13. 선고 2007도7257 판결은 “압수물인 디지털 저장매체로부터 출력된 문건이 증거로 사용되기 위해서는 디지털 저장매체 원본에 저장된 내용과 출력된 문건의 동일성이 인정되어야 할 것인데, 그 동일성을 인정하기 위해서는 디지털 저장매체 원본이 압수된 이후 문건 출력에 이르기까지 변경되지 않았음이 담보되어야 하고 특히 디지털 저장매체 원본에 변화가 일어나는 것을 방지하기 위

11) 이숙연, “디지털증거 및 그 증거능력과 증거조사방안”, 사법논집(53), 283~284 등.

12) 대법원 2011. 5. 26.자 2009모1190 결정은 전자정보에 대한 압수·수색영장의 집행과 관련하여, 저장매체 원본으로부터 혐의사실 관련 부분만을 문서출력 또는 파일복사 하는 방식으로 집행하는 것이 원칙이고(사본압수 원칙), 저장매체 자체를 수사기관 사무실 등 외부로 반출하는 것은 부득이한 사정이 있고 영장에 그러한 내용이 기재되어 있는 등 예외적인 경우에만 허용되며(원본압수의 예외적 허용), 외부반출이 허용되는 경우에도 문서출력, 파일복사 등의 대상은 혐의사실과 관련된 부분에 한정되며, 그 밖에 압수·수색 전체 과정을 통하여 당사자 또는 변호인의 계속적인 참여권 보장, 당사자가 배제된 상태에서의 저장매체 열람·복사 금지, 복사대상 전자정보의 목록 작성·교부 등과 같은 전자정보의 왜곡·훼손과 오·남용 및 임의적인 복제·복사 등을 막기 위한 적절한 조치를 하여야만 한다고 판시하였다. 위 대법원결정의 취지를 반영하여 2011. 7. 18. 법률 제10864호로 개정된 형사소송법은, 제106조 제1항에서 “법원은 필요한 때에는 피고사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 증거물 또는 물수할 것으로 사료하는 물건을 압수할 수 있다. 단 법률에 다른 규정이 있는 때에는 예외로 한다.”, 형사소송법 제106조 제3항에서 “법원은 압수의 목적물이 컴퓨터 용디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체(이하 이 항에서 ‘정보저장매체 등’이라 한다)인 경우에는 기억된 정보의 범위를 정하여 출력하거나 복제하여 제출받아야 한다. 다만 범위를 정하여 출력 또는 복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란하다고 인정되는 때에는 정보저장매체 등을 압수할 수 있다.”, 형사소송법 제106조 제4항에서 “법원은 제3항에 따라 정보를 제공받은 경우 『개인정보 보호법』 제2조 제3호에 따른 정보주체에게 해당 사실을 지체 없이 알려야 한다.”고 규정하였다. 위 규정은 형사소송법 제319조에 의하여 검사 또는 사법경찰관의 압수 등에도 준용된다.

해 디지털 저장매체 원본을 대신하여 디지털 저장매체에 저장된 자료를 하드카피·이미징한 매체로부터 문건이 출력된 경우에는 디지털 저장매체 원본과 하드카피·이미징한 매체 사이에 자료의 동일성도 인정되어야 한다. 나아가 법원 감정을 통해 디지털 저장매체 원본 혹은 하드카피·이미징한 매체에 저장된 내용과 출력된 문건의 동일성을 확인하는 과정에서 이용된 컴퓨터의 기계적 정확성, 프로그램의 신뢰성, 입력·처리·출력의 각 단계에서 조작자의 전문적인 기술능력과 정확성이 담보되어야 한다.”고 판시하여 이 점을 분명히 하였다.¹³⁾

셋째, 문자정보 또는 출력물이 전문법칙의 적용을 받는 경우 전문증거에 관한 증거능력이 인정되어야 한다. 본고의 주된 검토 대상은 이 부분으로서, 항을 바꾸어 살피기로 한다.

13) 위 판결은 이른바 ‘일심회 사건’에 관한 것으로서, 국가정보원에서 피고인들 혹은 가족, 직원 이 입회한 상태에서 디지털 저장매체를 압수한 다음 입회자의 서명을 받아 봉인하였고, 국가정보원에서 디지털 저장매체에 저장된 자료를 조사할 때 피고인들 입회하에 피고인들의 서명무인을 받아 봉인 상태 확인, 봉인 해제, 재봉인 등을 하였으며, 이러한 전 과정을 모두 녹화한 사실, 각 디지털 저장매체가 봉인된 상태에서 검찰청에 송치된 후 피고인들이 입회한 상태에서 봉인을 풀고 세계적으로 인정받는 프로그램을 이용하여 이미징 작업을 하였는데, 디지털 저장매체 원본의 해쉬(Hash) 값과 이미징 작업을 통해 생성된 파일의 해쉬 값이 동일한 사실, 제1심법원은 피고인들 및 검사, 변호인이 모두 참여한 가운데 감증을 실시하여 이미징 작업을 통해 생성된 파일의 내용과 출력된 문건에 기재된 내용이 동일함을 확인한 사실 등을 근거로 해당 출력 문건은 압수된 디지털 저장매체 원본에 저장되었던 내용과 동일한 것으로 인정할 수 있어 증거로 사용할 수 있다고 판단하였다.

한편 본 대상판결 후 선고된 대법원 2013. 7. 26. 선고 2013도2511 판결(이른바 ‘왕재산 사건’)은 “이 경우 출력 문건과 정보저장매체에 저장된 자료가 동일하고 정보저장매체 원본이 문건 출력 시까지 변경되지 않았다는 점은, 피압수·수색 당사자가 정보저장매체 원본과 ‘하드카피’ 또는 ‘이미징’한 매체의 해쉬(Hash) 값이 동일하다는 취지로 서명한 확인서면을 교부받아 법원에 제출하는 방법에 의하여 증명하는 것이 원칙이나, 그와 같은 방법에 의한 증명이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에는, 정보저장매체 원본에 대한 압수, 봉인, 봉인해제, ‘하드카피’ 또는 ‘이미징’ 등 일련의 절차에 참여한 수사관이나 전문가 등의 증언에 의해 정보저장매체 원본과 ‘하드카피’ 또는 ‘이미징’한 매체 사이의 해쉬 값이 동일하거나 정보저장매체 원본이 최초 압수 시부터 밀봉되어 증거 제출 시까지 전혀 변경되지 않았다는 등의 사정을 증명하는 방법 또는 법원이 그 원본에 저장된 자료와 증거로 제출된 출력 문건을 대조하는 방법 등으로도 그와 같은 무결성·동일성을 인정할 수 있다고 할 것이며, 반드시 압수·수색 과정을 촬영한 영상녹화물 재생 등의 방법으로만 증명하여야 한다고 볼 것은 아니다.”고 판시하였다.

3. 정보저장매체에 입력·기억된 문자정보 또는 그 출력물과 전문법칙

가. 전문법칙의 적용범위

전문법칙의 총칙 조항이라고 할 수 있는 형사소송법 제310조의2는 “제311조 내지 제316조에 규정한 것 이외에는 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 대신하여 진술을 기재한 서류나 공판준비 또는 공판기일 외에서의 타인의 진술을 내용으로 하는 진술은 이를 증거로 할 수 없다.”고 규정하고 있다. 따라서 전문법칙이 적용되는 전문증거는 ‘공판준비 또는 공판기일 진술에 대신하여 진술을 기재한 서류, 그리고 공판준비 또는 공판기일 외에서의 타인의 진술을 내용으로 하는 진술’이라고 할 수 있다.

우선 전문법칙은 진술을 기재한 서류(전문서류)나 사람의 진술(전문진술), 즉 진술증거에 적용된다. 따라서 증거물 등과 같은 비진술증거에는 전문법칙이 적용되지 아니한다.

다음으로 진술증거 중에서도 원진술의 내용인 사실이 요증사실이 되는 경우에 한하여 전문법칙이 적용된다. 형사소송법 제310조의2 문언만으로는 명확하지 않은 면이 있지만, 전문법칙의 주된 취지가 전문증거의 경우 원진술자의 공판정 출석과 선서, 반대신문 등과 같은 원진술의 진실성을 담보할 장치가 부족하다는 점에 있으므로, 애초에 해당 증거가 원진술의 진실성과 무관한 사실, 예컨대 원진술의 존재 자체를 입증하기 위한 것이라면 전문법칙이 적용될 이유가 없다고 할 것이다. 다시 말하면 전문법칙은 원진술의 진실성을 전제로 원진술의 내용이 된 사실관계의 존재가 증명대상이 되는 경우에 적용된다.

판례는 “어떤 증거가 전문증거인지 여부는 요증사실과의 관계에서 정하여지는데, 원진술의 내용인 사실이 요증사실인 경우에는 전문증거이나, 원진술의 존재 자체가 요증사실인 경우에는 본래증거이지 전문증거가 아니다.”고 판시하여 이 점을 명확히 하였다.¹⁴⁾

14) ① 대법원 2008. 9. 25. 선고 2008도5347 판결, ② 대법원 2008. 11. 13. 선고 2008도8007 판결, ③ 대법원 2012. 7. 26. 선고 2012도2937 판결 등. 따라서 명예훼손 사건에서 ‘피고인의 명예

나. 서류의 증거 사용 유형과 전문법칙의 적용

서류를 증거로 사용하는 유형으로는 크게 증거서류, 증거물, 증거물인 서면의 형태가 있다.¹⁵⁾

첫째, 증거서류는 서류의 기재 내용을 증거로 사용하는 것을 말하고, 법원의 공판조서, 수사기관 작성의 각종 조서, 검증조서, 감정서, 진술서 등을 예로 들 수 있다. 증거서류의 경우 그 증거조사 방식은 원칙적으로 낭독, 예외적으로 내용 고지 또는 제시·열람에 의한다(형사소송법 제292조).

둘째, 증거물은 서류의 존재 또는 상태만을 증거로 사용하는 것으로서, 절도죄의 절취 대상이 된 서류, 재물손괴죄의 손괴 대상이 된 서류 등을 예로 들 수 있다. 증거물의 경우 그 증거조사 방식은 제시에 의한다(형사소송법 제292조의2).

셋째, 증거물인 서면은 서류의 기재 내용과 존재·상태를 모두 증거로 하는 경우로서, 위조죄에서의 위조문서, 무고죄에서의 허위 고소장, 협박·공갈죄에서의 협박 편지, 명예훼손죄에서의 명예훼손 수단이 된 인쇄물 등

훼손 발언을 들었다'는 증인의 법정진술(① 판결, 알선수재 사건에서 '피고인으로부터 건 축허가 담당공무원에게 사베비를 주어야 한다는 말을 들었다'는 증인의 법정진술 및 수사기관 진술(② 판결), 사기 및 변호사법위반 사건에서 "피고인이 88체육관 부지를 공시지가로 매입하게 해 주고 KBS와의 시설이주 협의도 2개월 내로 완료하겠다고 말하였다."는 증인의 법정진술(③ 판결) 등은 전문법칙이 적용되는 전문증거가 아니다.

같은 취지에서 대법원 2008. 11. 13. 선고 2006도2556 판결은 전문법칙의 취지에 대하여 '사실을 직접 경험한 사람의 진술이 법정에 직접 제출되어야 하고 이에 갈음하는 대체물인 진술 또는 서류가 제출되어서는 안 된다'는 의미라고 판시한 후, "정보통신망을 통하여 공포심이나 불안감을 유발하는 글을 반복적으로 상대방에게 도달하게 하는 행위를 하였다"는 공소사실에 대하여 휴대전화기에 저장된 문자정보가 그 증거가 되는 경우와 같이, 그 문자정보가 범행의 직접적인 수단이 될 뿐 경험자의 진술에 갈음하는 대체물에 해당하지 않는 경우에는 형사소송법 제310조의2에서 정한 전문법칙이 적용될 여지가 없다."고 판단하였다.

- 15) 증거서류와 증거물인 서면의 구별에 관하여, ① 공소제기 전후를 불문하고 당해 형사절차에서 작성된 서류는 증거서류이고 그 밖의 서류는 증거물인 서면이라는 절차기준설, ② 당해 형사절차에서 법원 또는 법관의 면전에서 작성된 서류는 증거서류이고 그 밖의 서류는 증거물인 서면이라는 작성자기준설, ③ 서류 자체의 성질과 입증취지 또는 요증사실과의 관계에 따라 양자를 구별하여, 서류의 기재 내용이 증거로 되는 것은 증거서류이고 그 밖의 서류의 존재 상태까지 증거로 되는 것은 증거물인 서면이라는 내용기준설, ④ 증거서류와 증거물인 서면을 구별할 필요가 없다는 구별불요설 등이 있다.

그중 내용기준설이 통설이자[신동운, 신형사소송법(3판), 법문사(2011), 824 등 참고], 실무의 태도[법원실무제요 형사(Ⅱ), 법원행정처(2008), 83]이다. 본고도 내용기준설에 따라 논의를 진행하기로 한다.

을 예로 들 수 있다. 증거물인 서면의 증거조사는 증거물로서의 제시 및 증거서류로서의 낭독 등이 모두 필요하다.¹⁶⁾

증거서류와 증거물인 서면은 서류의 기재 내용이 증거가 된다는 점에서 공통되지만, 구체적 의미는 다음과 같은 차이가 있다. 즉 증거서류는 서류의 기재 내용이 진실함을 전제로 그 내용이 의미하는 특정 사실을 증명하고자 하는 것이고, 증거물인 서면은 서류의 기재 내용의 진실성 여부를 문제 삼지 않고 어떠한 내용이 그 서류에 기재되어 있다는 사실 자체, 그러한 내용이 기재된 서류의 존재 자체 또는 그 서류에 기재된 글자체, 필적 등을 증명하고자 하는 것이다.¹⁷⁾

따라서 서류가 증거서류로 제출된 경우에는 전문법칙의 적용을 받을 수 있으나, 증거물(비진술증거) 또는 증거물인 서면(서류의 기재 내용의 진실성이 요증사실이 아님)으로 제출된 경우에는 원칙적으로 전문법칙이 적용될 여지가 없다고 본다.

이처럼 서류의 증거 사용 유형에 따라 증거조사의 방법은 물론 증거능력 인정에 있어서도 상당한 차이가 생길 수 있으므로, 사실심 재판부는 서류가 증거로 제출될 경우 그 입증취지 또는 요증사실과의 관계를 명확히 할 필요가 있다.

다. 정보저장매체에 입력·기억된 문자정보를 증거로 사용하는 방법¹⁸⁾

정보저장매체에 파일 등의 형태로 저장된 문자정보를 증거로 사용하는 방법으로 크게 두 가지를 생각할 수 있다.

첫째, 정보저장매체에 저장된 문자정보 자체를 증거로 신청함에 따라 이를 증거로 사용하는 경우이다. 이 경우 파일 형태로 저장된 문자정보 자체를 ‘서류’로 볼 수 있느냐는 의문이 제기될 수 있겠으나, 그 실질을 고려할 때 ‘서류’에 준하는 것으로 봄이 타당하다. 따라서 그 증거조사는 제출된

16) 법원실무제요(주 15), 84.

17) 신동운(주 15), 824.

18) 법원실무제요(주 15), 134~135, 187 등 참고.

정보저장매체에서 해당 문자정보를 화면 또는 서류 등의 형태로 출력하여 이를 증거서류(문자정보의 내용을 증거로 하는 경우) 또는 증거물인 서면(문자정보의 내용 외에 그 존재·상태 자체도 증거로 하는 경우)에 준하는 방법으로 진행하면 될 것이다. 형사소송규칙 제134조의7 제1항에서는 정보저장매체에 기억된 문자정보를 증거자료로 하는 경우에는 읽을 수 있도록 출력하여 인증한 등본을 낼 수 있도록 규정하였는데, 이 경우에도 증거자료가 되는 것은 출력문서가 아니라 문자정보라는 점에서 엄밀하게 말하면 아래와 같이 출력물만을 증거로 내는 것과는 구별된다고 하겠다.¹⁹⁾

둘째, 정보저장매체에 저장된 문자정보 자체가 아니라 그 출력 서류만을 증거로 신청함에 따라 이를 증거로 사용하는 경우이다. 이때의 출력 서류는 그 자체로서 증거서류 또는 증거물인 서면에 해당하므로, 증거조사 방법도 해당하는 경우에 따르며 될 것이다. 실무에서는 증거의 보관, 신청, 조사 등의 편의상 문자정보의 출력물을 증거로 신청하고 이를 증거로 사용하는 경우가 대부분인 것으로 보인다.

라. 문자정보 또는 그 출력물에 대한 전문법칙의 적용 여부와 그 범위

1) 형사소송법 제310조의2는 전문법칙의 적용 범위를 ‘서류’ 또는 ‘진술’이라고 규정하고 있는데, 여기에 착안하여 정보저장매체에 파일 형태로 저장된 문자정보 자체는 ‘서류’가 아니므로 전문법칙이 적용되지 않는다는 해석론도 생각할 수 있다. 그러나 문자정보의 실질과 앞서 본 전문법칙의 취지를 고려할 때 전문법칙의 적용에 있어 파일 형태로 저장된 문자정보 역시 종이 서류와 마찬가지로 봄이 타당하다.

대법관결에서 인용한 대법원 1999. 9. 3. 선고 99도2317 판결(이른바 ‘영남위원회 사건’)은 “컴퓨터 디스켓에 들어 있는 문건이 증거로 사용되는 경우 위 컴퓨터 디스켓은 그 기재의 매체가 다를 뿐 실질에 있어서는 피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 서류와 크게 다를 바 없고, 압수 후

19) 따라서 이 방법으로 증거조사를 한 경우에는 증거목록 중 ‘증거서류 등 목록’ 부분이 아니라 ‘증인 등 목록’ 부분에 증거조사 관련 사항을 기재한다고 본다. 법원실무제요(주 15), 187.

의 보관 및 출력과정에 조작의 가능성이 있으며, 기본적으로 반대신문의 기회가 보장되지 않는 점 등에 비추어 그 기재내용의 진실성에 관하여는 전문법칙이 적용된다.”고 판시함으로써 이 점을 명확히 하였다.²⁰⁾

2) 유의할 것은 전문법칙은 서류가 증거서류로 사용되는 경우에 적용되고, 증거물 또는 증거물인 서면으로 사용되는 경우에는 적용되지 않는다는 전문법칙의 적용 범위에 관한 일반론은 문자정보 또는 그 출력물에 있어서도 동일하다는 점이다.

위 대법원 99도2317 판결 역시 위와 같은 법리에 덧붙여 “다만 이적표현물을 컴퓨터 디스켓에 저장, 보관하는 방법으로 이적표현물을 소지하는 경우에는 컴퓨터 디스켓에 담긴 문건의 내용의 진실성이 아닌 그러한 내용의 문건의 존재 그 자체가 직접 증거로 되는 경우이므로 적법한 검증 절차를 거친 이상 이적표현물 소지의 점에 관하여는 컴퓨터 디스켓의 증거능력이 인정된다고 할 것이다.”고 판시함으로써 이 점을 밝혔다고 할 수 있는데, 대법판결은 이 점을 더욱 명확하게 하였다.

마. 문자정보 또는 그 출력물이 전문증거에 해당할 경우 증거능력 인정의 요건

전문증거는 피고인 등이 증거로 할 수 있음에 동의하지 아니한 이상 형사소송법 제311조 내지 제316조에서 규정한 것에 해당하지 않으면 증거로 할 수 없다. 정보저장매체에 입력·기억된 문자정보 또는 그 출력물의 경우 주로 문제 되는 조항은 형사소송법 제313조 제1항, 제314조, 제315조이다.

1) 형사소송법 제313조 제1항에 의한 증거능력 인정

형사공판절차에서 증거서류 또는 이에 준하는 증거자료로서 문자정보 또는 그 출력물이 제출되는 경우 그 실질은 대부분 형사소송법 제313조 제1항에서 규정한 ‘피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 서류’에 해당한다.²¹⁾ 따라서 공판준비 또는 공판기일에서 작성자 등의 진술에 의하여

20) 앞에서 본 대법원 2007. 12. 13. 선고 2007도7257 판결(이른바 ‘일심회 사건’)도 같은 법리를 판시하였다.

21) ‘민사소송 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률’에 의한 이른바 전자소송은 형사소송의

그 성립의 진정함이 증명된 때에 이를 증거로 할 수 있고, 피고인의 진술을 기재한 문자정보 또는 그 출력물의 경우에는 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여져야 한다.

그런데 형사소송법 제313조 제1항은 피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 서류가 ‘그 작성자 또는 진술자의 자필이거나 그 서명 또는 날인이 있는 것’임을 요구하고 있다. 그렇다면 정보저장매체에 저장된 문자정보 또는 그 출력물의 경우에도 작성자 또는 진술자의 서명 등에 준하는 전자서명 등이 있어야만 형사소송법 제313조 제1항에 의하여 증거능력이 인정될 수 있는 것인가? 견해의 대립이 가능하겠으나, 사건으로는 문자정보 또는 그 출력물에 대해서는 작성자 또는 진술자의 자필·서명 또는 날인이라는 요건이 반드시 요구되는 것은 아니라고 본다.²²⁾ 현실적 상황과 여건에 비추어 볼 때 전자서명 등이 있는 문자정보 또는 출력물에 대해서만 증거능력을 인정한다면 실제 작성되는 문자정보 대부분에 대하여 증거사용의 기회를 봉쇄하는 결과가 될 것이어서 동의하기 어렵다. 전문증거 제한의 취지는 작성자 또는 진술자의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 의한 진정성립의 증명이라는 요건에 의해서도 충분히 달성할 수 있을 것이다. 앞에서 본 대법원 99도2317 판결, 대법원 2007도7257 판결에서도 작성자 또는 진술자의 자필·서명 또는 날인에 관해서는 특별히 언급하고 있지 않으며, 녹음테이프의 증거능력에 관한 대법원 2005. 12. 23. 선고 2005도2945 판결 등은 녹음테이프는 그 성질상 작성자나 진술자의 서명 또는 날인이 없다는 점을 전제로 형사소송법 제313조 제1항에 의한 증거능력의 인정 요건을 실시한 점 등도 참고할 만하다.

경우 인정되지 아니하고(위 법률 제3조), 한편 ‘약식절차에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률’에 따라 음주 또는 무면허운전 사건의 경우 피의자신문조서 등이 전자문서로 작성·저장되기는 하나(위 법률 제3조, 제5조) 정식재판청구 등에 의하여 공판절차에 따라 심판하는 경우에는 검사는 이를 종이문서로 출력하여 법원에 제출하도록 되어 있다(위 법률 제10조). 이처럼 형사공판절차에서 법원 또는 수사기관의 조서나 그 촉탁에 의한 감정서 등이 전자문서나 문서파일의 형태로서 증거가 되는 경우는 사실상 없다고 할 것이므로, 문자정보 또는 그 출력물에 대하여 형사소송법 제311조, 제312조 또는 제313조 제2항이 적용될 여지 또한 사실상 없다고 하겠다. 이숙연(주 11), 322 참고.

22) 같은 취지로 이숙연(주 11), 325~326.

한편 형사소송법 제313조 제1항에서 전문서류에 관한 진정성립의 증명을 ‘공판준비 또는 공판기일에서 작성자 등의 진술’에 의하도록 규정한 것과 관련하여, 문자정보 또는 그 출력물의 경우에는 반드시 작성자 등의 법정진술이 아니더라도 작성 당시 입회인 등의 진술, 문자정보에 남은 작성 관련 흔적(전자서명, 아이디, 비밀번호 또는 IP 주소), 초안 문서의 존재 등과 같은 사정을 종합하여 그 진정성립을 증명하는 것도 허용되어야 한다는 주장이 제기된다. 어떤 사람의 전용 컴퓨터에서 발견된 것으로서 여러 정황상 본인이 작성한 것임이 분명해 보이는 문자정보에 대해서까지 법정에서 진정성립을 인정하지 아니하면 증거로 사용할 수 없다는 결론은 부당하다는 것이다. 그러나 이러한 문제점은 종이 서류의 경우도 마찬가지로서, 형사소송법 제313조 제1항의 문언상 어떤 사람의 자필·서명 또는 날인이 있는 서류라고 하더라도 그 사람이 법정에서 진정성립을 부정하는 진술을 한다면 그 종이 서류를 증거로 할 수 없다. 따라서 입법론으로는 몰라도 현행 형사소송법 제313조 제1항의 해석론으로는 문자정보의 경우에도 종이 서류와 마찬가지로 그 진정성립의 증명은 작성자 또는 진술자의 법정진술만이 유일한 방법이라고 할 것이다. 앞에서 본 대법원 2007도7257 판결은 ‘디지털 저장매체로부터 출력된 문건의 경우 정황자료만으로 그 진정성립을 인정할 수 있다’는 검사의 주장을 받아들이지 아니하였다.

2) 형사소송법 제314조에 의한 증거능력 인정 여부

형사소송법 제314조는 “제312조 또는 제313조의 경우에 공판준비 또는 공판기일에 진술을 요하는 자가 사망·질병·외국거주·소재불명, 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에는 그 조서 및 그 밖의 서류를 증거로 할 수 있다. 다만 그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한한다.”라고 규정하고 있다.²³⁾

23) 현행 형사소송법 제314조가 증거능력 인정의 예외사유로서 ‘사망·질병·외국거주·소재불명, 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’라고 규정하고 있음에 비하여, 1995. 12. 29. 법률 제5054호로 개정되기 전의 구 형사소송법 제314조는 ‘사망, 질병 기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’, 2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정되기 전의 구 형사소송법 제314조는 ‘사망, 질병, 외국거주 기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’라고 규정하였다.

정보저장매체에 저장된 문자정보 또는 그 출력물을 피고인이 직접 작성하였음에도 그 진정성립을 인정하지 아니한다거나 피고인이 작성자를 알고 있음에도 이를 밝히지 않는다는 등의 이유로 형사소송법 제314조에 의한 증거능력의 인정을 허용할 것인가? 직접심리주의와 공판중심주의의 원칙에 비추어 형사소송법 제314조의 ‘그 밖에 이에 준하는 사유’는 엄격하게 해석되어야 하므로, 이를 부정함이 옳다고 본다.²⁴⁾

3) 형사소송법 제315조에 의한 증거능력 인정

형사소송법 제314조는 ‘가족관계기록사항에 관한 증명서, 공정증서등본 기타 공무원 또는 외국공무원의 직무상 증명할 수 있는 사항에 관하여 작성한 문서’, ‘상업장부, 항해일지 기타 업무상 필요로 작성한 통상문서’, ‘기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서’ 등을 당연히 증거능력 있는 문서로 규정하고 있다.

문자정보가 위와 같은 내용으로 작성된 경우 역시 형사소송법 제315조에 의하여 그 증거능력이 인정될 수 있다고 할 것이다. 대법원 2007. 7. 26. 선고 2007도3219 판결은 성매매업소에서 영업에 참고하기 위하여 성매매 상대 남성의 아이디, 전화번호, 성매매방법 등을 메모지에 적어두었다가 메모리카드에 입력·저장한 문자정보는 실질적으로 형사소송법 제315조 제2호의 영업상 필요로 작성된 통상문서로서 당연히 증거능력이 인정된다고 판시하였다.

4. 이 사건의 검토

가. 증거능력에 관하여

피고인이 증거능력을 다투고 있는 23건의 수사보고는 수사기관이 첨부

24) 대법원 2012. 5. 17. 선고 2009도6788 전원합의체 판결은 증인이 형사소송법의 규정에 따라 정당하게 증언거부권을 행사하여 증언을 거부한 경우 형사소송법 제314조의 ‘그 밖에 이에 준하여 진술할 수 없는 때’에 해당하지 않는다고 에 판단하였다. 본건 대법판결 이후 선고된 대법원 2013. 6. 13. 선고 2012도16001 판결 역시 같은 취지에서 피고인이 증거서류의 진정성립을 묻는 검사의 질문에 대하여 진술거부권을 행사하여 진술을 거부한 경우 위 사유에 해당하지 않는다고 하였다.

된 자료를 입수하게 된 경위, 그 자료의 내용, 혐의사실과의 관련성 등을 기재한 것이고, 각 첨부 서류는 수사기관이 압수영장의 집행 등에 의하여 수집한 정보저장매체에 저장된 문자정보를 출력한 것이다.

그런데 원심판결이 인용한 제1심판결 증거의 요지에는 증거의 명칭만 기재되어 있을 뿐 구체적 증거방법이 표시되어 있지 않아, 제1심과 원심이 각 첨부 서류를 전문법칙이 적용되는 증거서류로 사용한 것인지 아니면 전문법칙이 적용되지 않는 증거물인 서면으로 사용한 것인지가 판결서상으로는 명확하지 않다.²⁵⁾

일단 기록상 나타난 증거신청의 취지 등에 비추어 볼 때 그중 4건의 수사보고²⁶⁾의 경우, 각 첨부 서류는 그 내용의 진실성을 요증사실로 하는 것이 아니라, 첨부 서류가 이적표현물에 해당한다는 점 또는 수사기관이 피고인 2의 주거지에서 입수한 해당 첨부 서류가 전국회의 부산지부 사무실 등에서 발견된 기존 증거와 동일하다는 점을 증명하기 위한 것임을 어렵지 않게 파악할 수 있다. 다시 말하면 위 수사보고의 첨부 서류는 증거서류가 아니라 증거물인 서면으로서 전문법칙이 적용되는 증거라고 할 수 없고, 수집절차의 적법성, 동일성·무결성 등과 관련하여 달리 그 증거능력을 배척할 사유는 없다. 그리고 첨부 자료의 입수경위와 내용 등을 요약·설명한 수사보고 자체는 그 작성자인 경찰관이 공판기일에 증인으로 출석하여 그 성립의 진정에 관하여 진술하였으므로, 형사소송법 제313조 제1항에 의하여 그 증거능력을 인정할 수 있다고 할 것이다.

한편 나머지 19건의 수사보고에 첨부된 서류의 경우 일응 그 내용이 진실함을 전제로 피고인들의 행위가 민주노동자 전국회의 부산지부라는 노동운동단체와 관련되어 있다는 점을 입증하기 위한 증거, 즉 증거서류로서

25) 전문증거 여부가 쟁점이 될 수 있는 서류에 대해서는 판결서의 증거의 요지 부분에 증거서류로 삼은 것인지(‘진술기재’ 또는 ‘기재’로 표시) 아니면 증거물인 서면으로 삼은 것인지(‘기재 및 그 현존’으로 표시)를 밝혀 둘 필요가 있다고 생각된다.

26) ⑭ 수사보고(기초교양자료집 및 감정서), ⑮ 수사보고(CD: 현대조선역사, 조선노동당 4.5차 대회, 주체사상총서 등), ⑯ 수사보고[CD: 공소외1 - 북(조선)의 선군정치와 한(조선)반도의 정세 등], ⑰ 수사보고(피고인2 주거지에서 전국회의의 관련 문건 입수)

증거신청, 증거채택 및 증거조사가 이루어진 것으로 보인다. 만일 원심이 이처럼 나머지 첨부서류를 증거물인 서면이 아니라 증거서류로서 채택하였고, 그 내용이 진실임을 믿고 이를 증거로 삼아 피고인들의 행위와 위 단체와의 관련성에 관한 간접사실²⁷⁾을 인정한 것이라면, 이는 적법하다고 볼 수 없다. 위 첨부 서류는 그 작성자가 밝혀지지도 아니하였고, 작성자 또는 진술자의 법정진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명되지도 아니하는 등 형사소송법 제313조 제1항의 요건을 갖추지 못하였으므로 전문법칙에 의하여 증거능력을 인정할 수 없고, 이처럼 증거능력이 없는 증거의 내용을 요약·설명한데 불과한 수사보고 역시 유죄의 증거로 삼을 수 없기 때문이다. 다만 대상판결은 원심의 취지를 정확하게 단정할 수 없다는 점을 고려하여 이에 관하여 가정적인 설시를 한 것으로 보인다.

나. 원심판결의 파기 여부

다만 대상판결은 원심판결이 19건의 수사보고와 관련하여 증거능력에 관한 판단을 잘못하였다고 하더라도, 공소사실을 모두 유죄로 인정한 결론이 잘못된 것은 아니라고 판단하여 피고인들의 상고를 기각하였다. 즉 대상판결은 증거능력이 문제 될 수 있는 나머지 19건의 증거 또는 피고인들의 행위와 위 단체와의 관련성에 관하여 원심이 인정한 사정 등을 제외하더라도, 나머지 적법하게 채택된 증거를 종합하면 피고인들이 제작·반포한 ‘통일학교 자료집’이 국가보안법 제7조 제5항의 이적표현물에 해당하고, 피고인들이 수강교사들에게 그러한 이적표현물의 내용을 강의한 행위가 같은 조 제1항의 반국가단체 활동 선전 또는 동조에 해당한다는 점이 인정된다고 판단한 것이다.

27) 원심은 피고인들의 고의 또는 목적의 입증을 위한 전제로서 “피고인들이 각 전국회의 부산 지부 회원으로 활동하였고, 통일학교의 기획 단계에서부터 그 진행과정에 이르기까지 그 내용을 여러 차례 위 단체에서 논의·보고하였으며, 그렇다면 피고인들이 노동운동단체인 위 단체와의 연계 속에서 통일학교를 개척한 것으로 보이고 피고인들의 의도가 순수하게 학문적인 것으로 인정되기 어렵다.”는 취지의 간접사실을 인정하였다.

다. 결론

대상판결이 판시한 정보저장매체에 입력·기억된 문자정보 또는 그 출력물에 대한 전문법칙의 적용 여부와 범위에 관한 법리, 그리고 이를 기초로 한 각 증거의 구체적 증거능력과 원심판결의 파기 여부에 관한 판단은 모두 타당하다.

【對象判決의 意義】

대상판결은 정보저장매체에 입력·기억된 문자정보 또는 그 출력물에 대한 전문법칙의 적용 여부와 범위에 관한 법리를 명확하게 밝혔다는 점에 의의가 있다. 형사소송절차에서 문자정보 또는 그 출력물이 증거로서 차지하는 비중과 중요성이 계속 증가하고 있음을 고려할 때, 대상판결이 실시한 법리와 구체적 판단 과정은 재판 실무에도 많은 참고가 될 것으로 본다.

7. 피고인이 증거서류의 진정성립을 묻는 검사의 질문에 대하여 진술을 거부한 경우가 형사소송법 제314조의 ‘그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’에 해당하는지 여부

(2013. 6. 13. 선고 2012도16001 판결 : 공2013하, 1276)

閔 鐵 基

【判決要旨】

1. 압수물인 디지털 저장매체로부터 출력한 문건을 증거로 사용하기 위해서는 디지털 저장매체 원본에 저장된 내용과 출력한 문건의 동일성이 인정되어야 하고, 이를 위해서는 디지털 저장매체 원본이 압수 시부터 문건 출력 시까지 변경되지 않았음이 담보되어야 한다. 그리고 압수된 디지털 저장매체로부터 출력한 문건을 진술증거로 사용하는 경우, 그 기재 내용의 진실성에 관하여는 전문법칙이 적용되므로 형사소송법 제313조 제1항에 따라 공판준비나 공판기일에서의 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에 한하여 이를 증거로 사용할 수 있다.

2. 형사소송법 제314조는 “제312조 또는 제313조의 경우에 공판준비 또는 공판기일에 진술을 요하는 자가 사망·질병·외국거주·소재불명, 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에는 그 조서 및 그 밖의 서류를 증거로 할 수 있다. 다만 그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한한다.”라고 정함으로써, 원 진술자 등의 진술에 의하여 진정성립이 증명되지 아니하는 전문증거에 대하여 예외적으로 증거능력이 인정될 수 있는 사유로 ‘사망·질병·외국거주·소재불명, 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’를

들고 있다. 위 증거능력에 대한 예외사유로 1995. 12. 29. 법률 제 5054호로 개정되기 전의 구 형사소송법 제314조가 ‘사망, 질병 기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’, 2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정되기 전의 구 형사소송법 제314조가 ‘사망, 질병, 외국거주 기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’라고 각 규정한 것에 비하여 현행 형사소송법은 그 예외사유의 범위를 더욱 엄격하게 제한하고 있는데, 이는 직접심리주의와 공판중심주의의 요소를 강화하려는 취지가 반영된 것이다. 한편 대한민국 헌법은 모든 국민은 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다고 선언하고(제12조 제2항), 형사소송법은 피고인은 진술하지 아니하거나 개개의 질문에 대하여 진술을 거부할 수 있다고 규정하여(제283조의2 제1항), 진술거부권을 피고인의 권리로서 보장하고 있다. 위와 같은 현행 형사소송법 제314조의 문언과 개정 취지, 진술거부권 관련 규정의 내용 등에 비추어 보면, 피고인이 증거서류의 진정성립을 묻는 검사의 질문에 대하여 진술거부권을 행사하여 진술을 거부한 경우는 형사소송법 제314조의 ‘그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’에 해당하지 아니한다.

【參照條文】

형사소송법 제310조의2, 제313조 제1항, 제314조, 제310조의2

【事案의 概要】

1. 공소사실(판례해설에 필요한 한도로 축약함)

제19대 총선 A 지역구에 출마하여 당선된 공소외 甲 선거캠프에 소속된 피고인 1, 2, 3, 4는 공모하여 선거사무원으로 신고되지 아니한 채 선거운동을 한 97명에게 선거운동의 대가로 1일당 7만 원으로 산정한 일당을 지

급하기로 하고 이들로 하여금 이에 따라 선거운동을 하게 함으로써 합계 3,666만 원의 금품제공 의사표시 또는 약속을 하고, 선거사무원으로 신고되지 아니한 채 선거운동을 한 30명에게 선거운동의 대가로 합계 748만 5천 원의 금품을 제공하였다.

2. 제1심 및 원심의 판단

검사가 공소사실을 입증할 핵심증거로 제출한 디지털 저장매체로부터 출력한 문서¹⁾의 증거능력이 인정되지 않는다고 판단한 후, 피고인 1, 3, 4에 대하여는 관련자들의 진술 등 다른 증거가 있는 부분에 대하여만 일부 유죄를 인정하고, 나머지 부분에 대하여는 증거부족을 이유로 일부 무죄를 선고하였으며, 선거사무장인 피고인 2에 대하여는 나머지 피고인들과 공모하였음을 인정하기 부족하다는 이유로 전부 무죄를 선고하였다.

3. 검사의 상고이유

검사가 제출한 디지털 저장매체로부터 출력한 문서는 이 사건 공소사실을 입증할 핵심증거로서 형사소송법 제313조, 제314조, 제315조 등에 의하여 증거능력이 인정되어야 함에도 원심 및 제1심에서 위 증거들의 증거능력을 부정한 것은 디지털 저장매체로부터 출력한 문서의 증거능력에 관한 법리를 오해한 것이다.

4. 해설방향

디지털 저장매체로부터 출력한 문서의 증거능력이 인정되기 위한 요건을 형사소송법 제313조, 제314조, 제315조와 관련하여 순서대로 살펴보기로 한다.

1) 선거사무원으로 등록되지 아니한 선거운동원에게 지급할 금원을 정리한 엑셀파일 등이다.

【解 說】

1. 형사소송법 제313조²⁾에 의한 증거능력 인정 여부³⁾

가. 판례의 검토

1) 대법원 1999. 9. 3. 선고 99도2317 판결(영남위원회 사건)

컴퓨터 디스켓에 들어 있는 문건이 증거로 사용되는 경우 위 컴퓨터 디스켓은 그 기재의 매체가 다를 뿐 실질에 있어서는 피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 서류와 크게 다를 바 없고, 압수 후의 보관 및 출력과정에 조작의 가능성이 있으며, 기본적으로 반대신문의 기회가 보장되지 않는 점 등에 비추어 그 기재 내용의 진실성에 관하여는 전문법칙이 적용된다고 할 것이고, 따라서 형사소송법 제313조 제1항에 의하여 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에 한하여 이를 증거로 사용할 수 있다 할 것이다.

그런데 위 컴퓨터 디스켓에 수록된 문건들(컴퓨터 디스켓에 대하여 실시한 검증 결과는 단지 디스켓에 수록된 문건의 내용이 출력물에 기재된 것과 같다는 것에 불과하여 증거자료가 되는 것은 여전히 컴퓨터 디스켓에 보관된 문건의 내용이다)에 대하여는 그 작성자 또는 진술자에 의하여 성립의 진정함이 증명된 바 없음에도 불구하고 위 컴퓨터 디스켓에 수록된 문건들의 증거능력을 인정하여 이를 유죄의 증거로 쓴 것은 위법하다.

- 2) 형사소송법 제313조 (진술서 등) ① 전 2조의 규정 이외에 피고인 또는 피고인이 아닌 자가 작성한 진술서나 그 진술을 기재한 서류로서 그 작성자 또는 진술자의 자필이거나 그 서명 또는 날인이 있는 것은 공판준비나 공판기일에서의 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에는 증거로 할 수 있다. 단 피고인의 진술을 기재한 서류는 공판준비 또는 공판기일에서의 그 작성자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명되고 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때에 한하여 피고인의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 불구하고 증거로 할 수 있다.
- 3) 이는 물론 문자정보의 내용이 진실함을 전제로 그 내용인 사실의 존재를 요증사실로 하는 경우를 전제한 것이다. 문자정보 내용의 진실성과 관계없이 문자정보의 존재 자체 등을 요증사실로 하는 경우에는 전문법칙이 적용되지 아니한다. 위 99도2317 판결도 “다만 이적표현물을 컴퓨터 디스켓에 저장, 보관하는 방법으로 이적표현물을 소지하는 경우에는 컴퓨터 디스켓에 담긴 문서의 내용의 진실성이 아닌 그러한 내용의 문건의 존재 그 자체가 직접 증거로 되는 경우이므로 적법한 검증 절차를 거친 이상 이적표현물 소지의 점에 관하여는 컴퓨터 디스켓의 증거능력이 인정된다고 할 것이다.”라고 판시하여 이를 명백히 하였다.

2) 대법원 2001. 3. 23. 선고 2000도486 판결(영남위원회 재상고 사건)

컴퓨터 디스켓에 담긴 문건이 증거로 사용되는 경우 그 기재 내용의 진실성에 관하여는 전문법칙이 적용된다 할 것이고, 따라서 피고인 또는 피고인 아닌 자가 작성하거나 또는 그 진술을 기재한 문건의 경우 원칙적으로 형사소송법 제313조 제1항 본문에 의하여 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에 이를 증거로 사용할 수 있다고 할 것이다.…… (생략)…… 논지는 이 사건 컴퓨터 디스켓에 담긴 문건의 경우 형사소송법 제313조 제1항 단서 또는 제314조, 제315조에 의하여 증거능력이 있다는 것이나, 위 문건들은 그 작성자조차가 명료하지 않은 것들로서 위 각 형사소송법의 규정에 따라 증거능력이 부여될 수 있는 것이 아니다.

3) 대법원 2007. 12. 13. 선고 2007도7257 판결(일심회 사건)

압수물인 디지털 저장매체로부터 출력된 문건이 증거로 사용되기 위해서는 디지털 저장매체 원본에 저장된 내용과 출력된 문건의 동일성이 인정되어야 할 것인데, 그 동일성을 인정하기 위해서는 디지털 저장매체 원본이 압수된 이후 문건 출력에 이르기까지 변경되지 않았음이 담보되어야 하고 특히 디지털 저장매체 원본에 변화가 일어나는 것을 방지하기 위해 디지털 저장매체 원본을 대신하여 디지털 저장매체에 저장된 자료를 ‘하드카피’·‘이미징’한 매체로부터 문건이 출력된 경우에는 디지털 저장매체 원본과 ‘하드카피’·‘이미징’한 매체 사이에 자료의 동일성도 인정되어야 한다. 나아가 법원 감정을 통해 디지털 저장매체 원본 혹은 ‘하드카피’·‘이미징’한 매체에 저장된 내용과 출력된 문건의 동일성을 확인하는 과정에서 이용된 컴퓨터의 기계적 정확성, 프로그램의 신뢰성, 입력·처리·출력의 각 단계에서 조작자의 전문적인 기술능력과 정확성이 담보되어야 한다.

압수된 디지털 저장매체로부터 출력된 문건이 진술증거로 사용되는 경우에는 그 기재 내용의 진실성에 관하여 전문법칙이 적용되므로, 형사소송법 제313조 제1항에 의하여 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에 한하여 이를 증거로 사용할 수 있다(대법원 1999. 9. 3. 선고 99도2317 판결 참조).…… (생략)…… 원심은 나아가, 검사가 디지털 저장매체에서 출력하여 증거로 제출한 문건 중에서 판시 53개의 문건은 그 작

성자가 제1심에서 그 성립의 진정함을 인정하였으므로 이를 증거로 할 수 있으나, 그 밖의 문건은 그 작성자에 의하여 성립의 진정함이 증명되지 않았거나 작성자가 불분명하다는 이유로 그 문건의 내용을 증거로 사용할 수 없다고 판단하였는바, 위 법리와 기록에 비추어 보면 원심의 이러한 판단은 정당하고, 그 판단에 피고인들과 검사가 상고이유로 주장하는 증거법칙 위배나 판단유탈 등의 위법이 없다. 그리고 이 사건 디지털 저장매체로부터 출력된 문건의 경우 논지와 같은 정황자료만으로 진정 성립을 인정할 수 있다거나 형사소송법 제314조, 제315조에 의하여 증거능력이 부여되어야 한다는 검사의 상고이유 주장은, 위에서 본 법리에 배치되거나 형사소송법 제314조, 제315조의 요건을 오해한 주장으로 받아들일 수 없다.⁴⁾

나. 형사소송법 제313조에 의한 증거능력 인정의 요건 및 관련 문제

1) 요건

형사소송법 제313조 제1항에 의하여 증거능력이 인정되기 위해서는 ① **진정성립이 증명**(=공판준비 또는 공판기일에서 문자정보의 작성자 또는 진술자의 진술에 의할 것)되어야 하고 ② **특신상태**(피고인의 진술을 기재한 문자정보의 경우, 제313조 제1항 단서)가 인정되어야 할 것이다.

2) 디지털 저장매체에 기억된 문자정보에도 작성자·진술자의 자필·서명·날인의 요건이 필요한지 여부

이에 대하여는 전자문서 등의 경우에도 전자서명 기타 작성자를 특정할 수 있는 정보(아이디, 비밀번호, IP 정보 등)가 함께 저장되어 있어야 증거능력을 인정할 수 있다는 견해(**긍정설**)와 작성자 또는 진술자의 자필·서명·날인 요건은 종이문서의 형식적 진정성립 인정에만 적용되는 요건이고, 전자문서 등의 경우에는 반드시 위 요건을 갖추어야 하는 것은 아니라는 견해(**부정설**)가 대립하고 있으나, 일상적으로 작성·저장되는 전자문서 중 전자서명 등을 갖춘 문서에 대해서만 진정성립을 인정한다면 실제 사건

4) 위 판례에 의하면 디지털 저장매체로부터 출력한 문서를 증거로 사용하기 위해서는 출력한 문서와 원본 저장매체와의 동일성이 인정되어야 하고, 출력한 문서 내용의 진실성이 문제되는 경우에는 전문법칙이 적용되어야 한다는 취지로 이해할 수 있다.

에서 제출되는 전자문서 등의 대부분은 증거능력이 인정되기 어려워 무용지물이 된다는 점, 작성자나 진술자의 진술에 의하여 진정성립이 증명된다면 그 증거능력을 부정할 이유가 없다는 점, 99도2317 판결(영남위원회 사건), 2007도7257 판결(일심회 사건) 및 녹음테이프(대법원 2005. 12. 23. 선고 2005도2945 판결), 비디오테이프(대법원 2004. 9. 13. 선고 2004도3161 판결) 등의 증거능력과 관련하여 판례가 원진술자의 자필·서명·날인을 그 요건으로 설치하지 아니한 점 등에 비추어 부정설이 타당하다.⁵⁾

3) 작성자/진술자의 공판준비/공판기일에서의 진술 이외의 방법에 의한 진정성립의 인정이 가능한지 여부

민사소송의 경우 다양한 방법(작성자가 아닌 제3자의 증언, 나아가 변론 전체의 취지 등)으로 문서의 진정성립을 인정할 수 있지만, 형사소송법 제313조는 진정성립의 증명 방법을 오직 ‘작성자·진술자의 공판준비나 공판기일에서의 진술’로 한정하고 있는 점에 비추어 볼 때 작성자 또는 진술자의 진술에 의하지 아니한 진정성립의 증명을 인정하지 아니하는 것이 확고한 판례라고 할 수 있다.⁶⁾

다. 이 사건에서 증거능력이 문제 되는 각 증거들의 작성 및 제출경위

1) 공소외 1 USB 문건

가) 공소외 1 주거지에 대한 압수수색 과정에서 USB가 발견되었는데 압수수색 당시 이미 선거와 관련된 파일은 모두 삭제된 상태였으나 압수수색에 참여한 디지털 전문 수사관이 분석도구를 통하여 USB에서 삭제된 데이터를 현장에서 복원하였다.

나) 수사관이 복원 파일에 대하여 이미징 작업을 한 후 해당 파일을 추출하여 CD에 저장하고 공소외 1에게 CD에 저장된 파일들이 원본에 저장된 파일들과 일치되는 것을 확인시킨 후 CD 표면에 자필로 확인 서명

5) 이숙연, “디지털증거 및 그 증거능력과 증거조사방안”, 사법논집(53), 324.

6) 다만 입법론적으로는 기타의 방법에 의한 진정성립을 인정할 수 있도록 하는 것이 타당할 것이다.

을 받았다.

다) 수사관은 USB에 저장되어 있는 파일과 CD에 저장한 파일과의 동일성을 증명하기 위해 개개 파일의 해쉬값을 생성하고, 파일명, 수정시간, 생성시간, 접근시간 등이 기재된 상세정보목록을 작성하여 공소외 1의 노트북에 복사하여 주는 방법으로 수집된 전자정보의 목록을 교부하였다.

라) 피고인 1은 수사기관에서 ‘공소외 1 USB 문건’은 자신이 2012. 4. 10. 오후에 선거사무실에서 자신이 수기로 작성한 출결부를 근거로 엑셀 작업을 하여 만든 것이라고 진술하였으나 제1심 공판기일에서는 ‘공소외 1 USB 문건’의 진정성립을 묻는 검사의 질문에 대하여 진술거부권을 행사하였다.

2) 피고인 3 컴퓨터 발견 문건

가) 피고인 3 주거지에 대한 압수수색 과정에서 피고인 3의 컴퓨터에 저장되어 있는 선거관련 파일들이 발견되었는데, 디지털 전문 수사관에 피고인 3 컴퓨터에 있는 선거관련 파일들에 대한 이미징 작업을 한 후 CD에 저장하고 피고인 3의 처로부터 CD에 저장된 파일들의 해쉬값이 컴퓨터에 있는 원본파일의 해쉬값과 일치한다는 취지의 확인서를 징구하였다.

나) 피고인 2는 수사기관에서 ‘피고인 3 컴퓨터에서 발견된 파일은 자신이 작성한 파일이 맞다’는 취지로 진술하였으나, 제1심 공판기일에서는 진정성립을 묻는 검사의 질문에 대하여 진술거부권을 행사하였다.

3) 피고인 2 이메일 첨부서류

가) 피고인 2가 송·수신한 이메일에 대한 압수수색 과정에서 피고인 2가 자신에게 보낸 이메일 및 그 이메일에 첨부된 엑셀파일이 발견되었는데, 피고인 2는 수사기관에서 ‘첨부파일은 피고인 1로부터 받은 것인데, 피고인 1의 컴퓨터에 있던 파일을 자신이 피고인 1의 컴퓨터에서 열어 받는 사람을 자신으로 하여 보낸 것이다’라는 취지로 진술하였다

나) 피고인 1은 수사기관에서 ‘첨부파일은 자신이 작성한 서류가 맞다’는 취지로 진술하였으나 제1심 공판기일에서는 진정성립을 묻는 검사의 질문에 대하여 진술거부권을 행사하였다.

4) 공소의 2 제출 서류

가) 피고인 1이 수사기관에 체포된 날 공소의 2는 피고인 1이 운영하는 식당과 주거지 등에서 노트북과 관련서류, 개인수첩을 찾아 피고인 1의 동생인 공소의 3에게 교부하였고, 이와 별도로 공소의 2는 피고인 3이 사용하던 다마스 차량의 햇빛 가리개 뒤쪽 홈에서 선거 관련 제보서류를 찾아 보관하게 되었다.

나) 그 후 공소의 2는 피고인 1의 옷에서 USB를 발견하였는데, 그 USB를 열어 확인한 결과 자신이 차량에서 찾은 제보서류들과 동일한 파일이 USB에 있음을 확인하였다.

다) 공소의 2는 이 사건 제1심 진행 중이었던 2012. 7.경 선관위 및 검찰에 미등록 선거운동원에 대하여도 대가가 지급되었다는 취지로 제보하면서 제보서류를 임의제출하였다.

라) 공소의 2는 수사기관 및 제1심 공판기일에서 ‘피고인 1이 직접 제보서류를 만들었다는 말을 피고인 1로부터 직접 들었다’는 취지로 진술하였다.

마) 피고인 1은 제1심 공판기일에서 위 서류들의 진정성립을 묻는 검사의 질문에 대하여 진술거부권을 행사하였다.

라. 검사의 상고이유 요지

공소의 1 USB 문건, 피고인 3 컴퓨터 발견 문건, 피고인 2 이메일 첨부서류, 공소의 2 제출 서류는 작성자의 공판기일에서의 진술 외의 객관적인 방법에 의한 진정성립을 인정할 수 있으므로⁷⁾ 이 사건 각 증거들은 증거

7) 검사주장의 요지는 디지털 저장매체에 특정인의 전자서명이 되어 있는 경우, 특정인이 전속적으로 사용하는 저장매체에 저장되어 있고, 메타데이터나 로그기록에 비추어 특정인에 파일이 작성되었음이 입증되는 경우, 특정인이 수사기관에서 해당 파일의 작성자임을 인정할 경우 등에는 형사소송법 제312조 제2항, 제4항에서 규정하는 바와 같이 객관적인 방법에 의하여 진정성립을 인정할 수 있어야 한다는 취지이다. 그렇지 않을 경우 문서의 작성자가 공판기일에서 진정성립을 부정하거나 이에 관한 진술을 거부하였다는 이유만으로 증거가치가 높은 디지털 저장매체에 저장된 파일의 증거능력이 부정되게 되어 실제적 진실이 왜곡될 우려가 크다는 것이다.

능력이 있다.

마. 이 사건에서의 구체적 검토

1) 출력한 문서와 원본 저장매체와의 동일성 문제

앞에서 본 2007도7257 판결에서 언급하고 있는 것은 ㉠ 디지털 저장매체 원본에 저장된 내용과 ㉡ 디지털 저장매체 원본을 대신하여 디지털 저장매체에 저장된 자료를 ‘하드카피’·‘이미징’한 매체 및 ㉢ 그로부터 출력한 문서의 동일성이다.

‘공소의 1 USB 문건’, ‘피고인 3 컴퓨터에서 발견된 문건’의 경우 앞에서 본 압수 및 제출경위에 비추어 볼 때 디지털 저장매체 원본에 저장된 내용과 그것을 ‘하드카피’·‘이미징’한 매체 및 그로부터 출력한 문서의 동일성은 입증되었다고 볼 수 있다.

다만 위 2007도7257 판결의 사안은 파일의 작성자가 압수된 디지털 저장매체에 직접 문서를 작성한 경우, 즉 파일의 원본이 압수된 경우이므로 위 세 가지 매체의 동일성만 입증하면 출력문서의 내용을 증거로 사용할 수 있을 것이나 이 사건에서 ‘공소의 1 USB 문건’과, ‘피고인 3 컴퓨터에서 발견된 문건’은 원본이 아니라 원본을 복제한 사본이다. 따라서 이 경우에는 파일원본과 압수된 파일의 동일성도 추가로 입증⁸⁾되어야 하는데 ‘공소의 1 USB 문건’과, ‘피고인 3 컴퓨터에서 발견된 문건’은 현재 원본이 존재하는지 여부도 밝혀지지 않았을 뿐만 아니라 원본의 작성된 때로부터 압수될 때까지 어떤 과정을 거쳐 복사된 것인지, 압수된 복제본과 원본과 동일성이 있는지 등이 명백하게 밝혀졌다고 볼 수는 없고 관련자들의 추측에 가까운 진술만이 있는 상태인 점에서 동일성을 인정하는데 다소 문제가 있다.

‘피고인 2 이메일 첨부서류’의 경우 피고인 2가 피고인 1의 컴퓨터에 있던 파일을 열어 받는 사람을 자신으로 하여 보낸 것이므로 피고인 1 컴퓨터에 있던 파일은 원본인 것으로 보이고, 이메일에 첨부된 파일 자체가 압

8) 파일의 복제과정에서 파일의 내용이 변경될 가능성이 있기 때문이다.

수된 상태이므로 동일성에 별다른 문제는 없다고 할 수 있다.

‘공소의 2 제출 서류’의 경우 현재 원본파일과 제출 서류의 동일성에 관하여 공소의 2의 진술 외에는 객관적인 증거가 없는 것이라고 볼 수 있으나 피고인 측에서 진정성립에 관하여 진술을 거부하고 있을 뿐 그 동일성 자체를 다투지는 않았다.

2) 전문법칙이 적용되는지 여부

이 사건에서 검사가 ‘공소의 1 USB 문건’, ‘피고인 3 컴퓨터에서 발견된 문건’, 피고인 2 이메일 첨부서류’, ‘공소의 2 제출 서류’ 등의 증거로 입증하고자 하는 것은 피고인들이 공모하여 위 각 증거서류에 기재된 바와 같이 등록되지 않은 선거운동원들에게 금품을 제공했는지 여부, 즉 위 각 증거서류에 기재된 내용의 진실성⁹⁾이라고 할 것이므로 위 각 증거서류들에 대하여는 전문법칙이 적용된다고 할 것이다.

3) 증거능력 인정 여부

이 사건에서 증거능력이 문제 되는 디지털 저장매체로부터 출력한 문서에 대하여 작성자/진술자의 자필·서명·날인은 앞서 본 바와 같이 별도로 필요하지 않다고 할 것이다.

그러나 피고인 1이 ‘공소의 1 USB 문건’, ‘피고인 2 이메일 첨부서류’, ‘공소의 2 제출 서류’에 대하여, 피고인 2가 ‘피고인 3 컴퓨터에서 발견된 문건’에 대하여 진정성립을 묻는 검사의 질문에 대하여 진술거부권을 행사하였으므로 위 각 서류들은 공판기일에서 작성자에 의하여 진정성립이 인정되지 않았으므로 증거로 사용할 수 없다.

4) 검사의 주장에 대한 판단

작성자의 공판기일에서의 진술 외의 객관적인 방법에 의한 진정성립을 인정할 수 있다는 주장은 형사소송법 제313조의 문언에 반하는 것으로 독자적인 견해에 불과하고, 이러한 주장은 앞에서 본 바와 같이 2007도7257 판결 등에서 이미 명시적으로 배척된바 있는 만큼 받아들일 수 없다.

9) 다시 말하면 위 각 증거서류의 ‘기재내용이 사실인지 아니면 허위인지 여부’.

2. 형사소송법 제314조¹⁰⁾에 의한 증거능력 인정 여부

가. 문제의 소재

피고인 1과 피고인 2는 위 각 증거들의 진정성립을 묻는 검사의 질문에 대하여 진술거부권을 행사하였는바 이러한 경우가 형사소송법 제314조의 ‘진술을 요하는 자가 사망·질병·외국거주·소재불명 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’에 해당하는지 여부가 문제 된다.

우선 피고인이 진정성립에 관하여 진술거부권을 행사한 경우가 형사소송법 제314조에서 말하는 ‘그 밖에 이에 준하는 사유’에 해당하는지 여부에 관한 기존의 판례는 없고 이에 관하여 논의하고 있는 문헌도 없는 것으로 보인다.

따라서 이와 가장 유사하다고 할 수 있는 증인이 증언거부권을 행사한 경우에 형사소송법 제314조에서 말하는 ‘그 밖에 이에 준하는 사유’에 해당하는지에 관한 판례의 흐름을 살펴보고 이러한 해석론을 피고인이 진술거부권을 행사한 경우로 확대할 수 있는지 검토하기로 한다.

나. 증인의 증언거부권 행사와 형사소송법 제314조의 적용 여부

1) 대법원 1992. 8. 14. 선고 92도1211 판결

형사소송법 제314조는 공판준비 또는 공판기일에 진술을 요할 자가 사망, 질병 기타 사유로 인하여 진술을 할 수 없는 때에는 그 조서 또는 서류를 증거로 할 수 있다고 규정하고 있는바, 여기서 기타 사유로 진술할 수 없는 때에는 법정에 출석한 증인이 증언거부권을 행사하여 증언을 거절한 때도 포함

10) **형사소송법 제314조 (증거능력에 대한 예외)** 형사소송법 제312조 또는 제313조의 경우에 공판준비 또는 공판기일에 진술을 요하는 자가 **사망·질병·외국거주·소재불명 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때**에는 그 조서 및 그 밖의 서류를 증거로 할 수 있다. 다만 그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여졌음이 증명된 때에 한한다.
참고로 2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정되기 전의 형사소송법 제314조 본문은 “형사소송법 제312조 또는 제313조의 경우에 공판준비 또는 공판기일에 진술을 요할 자가 **사망, 질병, 외국거주 기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 때**에는 그 조서 기타 서류를 증거로 할 수 있다.”고 규정하고 있었다.

된다고 할 것이므로, 원심이 같은 취지에서 소론이 주장하는 검사작성의 공소외 A에 대한 각 피의자신문조서 사본의 진술기재는 원진술자인 공소외 A가 제1심법정에 출석하여 **‘정당한 사유도 없이’**¹¹⁾ 그 선서 및 증언을 거부하였으나, 그의 검찰에서의 진술은 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 이루어졌다 하여 위 각 피의자신문조서를 증거로 채택한 제1심판결을 유지한 것은 정당하다.

2) 대법원 1992. 8. 18. 선고 92도1244 판결

형사소송법 제314조는 공판준비 또는 공판기일에 진술을 요할 자가 사망, 질병 기타 사유로 인하여 진술을 할 수 없는 때에는 그 조서 또는 서류를 증거로 할 수 있다고 규정하고 있고, 여기서 “기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 때”에는 법정에 출석한 증인이 증언거부권을 행사하여 증언을 거절한 때에도 포함된다고 할 것이므로, 원심이 같은 취지에서 검사작성의 각 피의자신문조서 등본이 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 이루어졌다 하여 이를 증거로 채택한 제1심판결을 유지한 것은 정당할뿐더러 …… (생략)¹²⁾

3) 대법원 2012. 5. 17. 선고 2009도6788 전원합의체 판결¹³⁾

형사소송법 제314조는 “제312조 또는 제313조의 경우에 공판준비 또는 공판기일에 진술을 요하는 자가 사망·질병·외국거주·소재불명, 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에는 그 조서 및 그 밖의 서류를

11) 형사소송법 제148조 (근친자의 형사책임과 증언거부)는 “누구든지 …… (생략) 형사소추를 당하거나 유죄판결을 받을 사실이 발로될 염려가 있는 때에는 증언을 거부할 수 있다.”고 규정하고 있는바, 사안의 내용에 비추어 공소외 A가 증언을 거부한 것이 왜 ‘정당한 이유가 없는’ 것 인지는 다소 의문이 있다. 이러한 점은 박용철, “변호사가 의뢰인에게 작성해 준 의견서가 압수된 경우 그 의견서의 증거능력”, 형사법연구 24권 2호(2012. 여름) 357의 각주 56)에서도 지적하고 있다.

12) 92도1211 판결과 거의 같은 취지이나, 92도1211 판결에서는 증인의 증언거부가 정당한 사유가 없다는 취지의 판시가 있는 반면 92도1244 판결에서는 이에 관한 언급이 없다는 점에서 차이가 있다.

13) 변호사가 의뢰인의 요청에 의하여 작성한 법률의견서를 수사기관이 압수하였는데, 그 법률의견서의 진정성립에 관하여 변호사가 형사소송법 제149조를 이유로 증언거부권을 행사한 경우 형사소송법 제314조의 ‘그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’에 해당 하는지 여부가 쟁점인 사안이었다.

증거로 할 수 있다. 다만 그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한한다.”라고 정함으로써, 원진술자 등의 진술에 의하여 진정성립이 증명되지 아니하는 전문증거에 대하여 예외적으로 증거능력이 인정될 수 있는 사유로 ‘사망·질병·외국거주·소재불명, 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’를 들고 있다. 위 증거능력에 대한 예외사유로 1995. 12. 29. 법률 제5054호로 개정되기 전의 구 형사소송법 제314조가 ‘사망·질병 기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’, 2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정되기 전의 구 형사소송법 제314조가 ‘사망·질병·외국거주 기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’라고 각 규정한 것에 비하여 현행 형사소송법은 그 예외사유의 범위를 더욱 엄격하게 제한하고 있는데, 이는 직접심리주의와 공판중심주의의 요소를 강화하려는 취지가 반영된 것이다. 한편 형사소송법은 누구든지 자기 또는 친족 등이 형사소추 또는 공소제기를 당하거나 유죄판결을 받은 사실이 발로될 염려가 있는 증언을 거부할 수 있도록 하고(제148조), 또한 변호사, 변리사, 공증인, 공인회계사, 세무사, 대서업자, 의사, 한의사, 치과의사, 약사, 약종상, 조산사, 간호사, 종교의 직에 있는 자 또는 이러한 직에 있던 사람은 그 업무상 위탁을 받은 관계로 알게 된 사실로서 타인의 비밀에 관한 것은 증언을 거부할 수 있도록 규정하여(제149조 본문), 증인에게 일정한 사유가 있는 경우 증언을 거부할 수 있는 권리를 보장하고 있다. 위와 같은 현행 형사소송법 제314조의 문언과 개정 취지, 증언거부권 관련 규정의 내용 등에 비추어 보면, 법정에 출석한 증인이 형사소송법 제148조, 제149조 등에서 정한 바에 따라 정당하게 증언거부권을 행사하여 증언을 거부한 경우는 형사소송법 제314조의 ‘그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’에 해당하지 아니한다.¹⁴⁾

14) 2009도6788 판결에서는 종전의 92도1211 및 92도1244 판결을 폐기하지는 않았다. 종전의 판결을 정당한 사유없이 증언을 거부한 경우에 관한 것이라고 이해할 수도 있으나, 위 종전판례의 사안이 ‘정당한 사유도 없이 그 선서 및 증언을 거부한 경우’에 해당하는지에 대하여는 의문이 있으므로 92도1211, 92도1244 판결은 2009도6788 판결에 의하여 ‘사실상’ 폐기된 것으로 해석하는 것도 가능하다. 이러한 해석론에 의할 경우 2009도6788 판결에서 종전의 판결을 명시적으로 폐기하지 않은 이유는 형사소송법 제314조의 개정 전과 개정 후의 문언의 차이를 ‘그 밖에 이에 준하는 사유’를 축소하여 해석하는 주된 논거로 삼았기 때문이라고 이해할 수 있을 것이다.

다. 피고인의 진술거부권 행사와 제314조의 적용 여부

1) 긍정설(이 부분 검사의 주장이유 주장임)의 논거

가) 피고인이 증거능력이 문제 된 증거들의 진정성립을 묻는 검사의 질문에 대하여 진술거부권을 행사하는 것은 형사소송법 제314조의 ‘진술을 요하는 자가 사망·질병·외국거주·소재불명 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’에 해당하므로 다른 요건이 충족될 경우 증거능력이 인정된다.

나) 진술자가 사망·질병·외국거주·소재불명 등인 때와 법정에 출석한 자가 증언거부권이나 진술거부권을 행사한 때는 모두 증거신청자인 검사의 책임 없는 사유로 해당증거의 진정성립을 증명할 수 없게 된 경우로서 실체적 진실발견을 위하여 전문법칙의 예외를 인정할 필요성의 정도에서 차이가 없으므로 형사소송법 제314조에 의한 예외는 서류의 작성자 또는 원진술자가 공판기일에 출석할 수 없는 경우는 물론이고 법정에 출석 하더라도 그로부터 해당 서류의 진정성립에 관한 진술을 들을 수 없는 경우도 널리 포함한다고 해석하여야 한다.¹⁵⁾

다) 부정설에 의할 경우 형사소송법 제313조에 해당하는 서류에 대하여 작성자인 제3자가 증언거부권을 행사하거나 작성자인 피고인이 진술거부권을 행사하는 경우 증거능력을 인정받을 수 있는 방법이 원천적으로 봉쇄되게 되어 실체적 진실이 왜곡될 수 있다. 더욱이 증언거부권은 특별한 요건하에서만 인정되므로 증언거부권의 보장이라는 또 다른 법익을 보호하기 위하여 실체적 진실발견의 요구를 일부 양보하는 것은 어쩔 수 없는 결과라는 점을 수용한다고 하더라도 피고인의 진술거부권은 피고인에게 ‘항상’ 인정되는 권리라는 것을 감안할 때 이러한 경우까지 언제나 ‘그 밖에 이에 준하는 사유’에 해당하지 않는다고 보면 피고인이 작성한 문서에 대하여는 피고인이 그 진정성립을 인정하는 경우를 제외하고는 어떠한 방법으로도 증거능력을 인정받을 수 없게 되어 부당하다.

15) 이는 2009도6788 판결의 소수의견과 같은 취지라고 이해할 수 있다.

라) 가사 정당하게 증언거부권을 행사한 경우에는 형사소송법 제 314조의 ‘그 밖에 이에 준하는 사유’에 해당하지 않는다는 2009도6788 판결의 취지를 받아들인다고 하더라도 증언거부권과 진술거부권은 달리 보아야 한다. 즉 형사소송법 제314조에서 말하는 ‘그 밖에 이에 준하는 사유’를 제한적으로 해석하여야 하는 이유는 위 조항에 의한 예외사유를 넓게 인정할 경우 반대신문 없이도 수사기관이 작성한 서류의 증거능력이 인정되게 되어 직접심리주의와 공판중심주의에 반하기 때문인데, 증인이 증언거부권을 행사하는 경우에는 피고인의 책임 있는 사유에 의한 것이 아니므로 피고인에게 반대신문의 기회가 보장되지 않았음을 근거로 증거능력을 부정하는 것이 가능하다고 볼 수 있으나, 피고인이 자신의 판단으로 진술거부권을 행사하여 그 결과로서 피고인에게 반대신문의 기회가 보장되지 않는 것은 결국 피고인이 반대신문권을 포기한 것이므로 증거능력을 부정하는 것은 부당하다.

마) 공범인 공동피고인 A, B에 대한 공판과정에서 변론을 분리한 후 B를 증인으로 신문할 경우, 피고인 A에 대한 공소사실을 입증할 문서에 대한 진정성립을 묻는 질문에 대하여 B는 가사 그 문서의 진정성립을 인정하는 진술을 하였을 경우 자신도 유죄판결을 받을 염려가 있다고 하더라도 이는 ‘문서의 진정성립’에 관한 것일 뿐 유죄판결을 받을 ‘사실’이 발각될 염려가 있는 경우에 해당하지 아니하여 증언거부권이 인정되지 아니하므로 증언거부권에 관한 2009도6788 판결취지를 이 사건에 확대적용할 것은 아니다.

바) 진술거부권 행사를 이유로 한 불이익금지는 진술거부권을 행사한 사실을 유죄의 정황증거로 삼아서는 안된다는 등의 불이익한 추정을 금지하는 것일 뿐 모든 불이익을 금지하는 것은 아니다.

2) 부정설(원심의 견해임)의 논거

가) 증거능력이 문제 된 증거들의 진정성립을 묻는 검사의 질문에 대하여 피고인이 진술거부권을 행사하는 것은 형사소송법 제314조의 ‘진술을 요하는 자가 사망·질병·외국거주·소재불명 그 밖에 이에 준하는 사

유로 인하여 진술할 수 없는 때'에 해당하지 아니하므로 증거능력이 부정된다.

나) 원진술자에 의하여 진정성립이 인정되지 않더라도 증거능력이 인정되는 경우에 관하여 구 형사소송법은 '사망·질병·외국거주 기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 때'로 규정하고 있다가 현행 형사소송법에서 '사망·질병·외국거주·소재불명, 그 밖에 이에 준하는 사유'라고 개정되었는바, 이는 직접심리주의와 공판중심주의의 요소를 강화하려는 입법자의 의사가 반영된 것인 만큼 예외사유는 범위를 더욱 엄격하게 제한하여 해석하여야 한다.¹⁶⁾

다) 2009도6788 판결의 핵심은 결국 법정에 출석한 증인이 형사소송법 제148조, 제149조에 등에서 정한 바에 따라 '정당하게' 증언거부권을 행사하여 증언을 거부한 경우는 형사소송법 제314조의 '그 밖에 이에 준하는 사유'에 해당하지 아니한다는 것인데, 피고인의 진술거부권은 대한민국 헌법 제12조 제2항¹⁷⁾ 및 형사소송법 제283조의2¹⁸⁾에 의하여 보장되는 피고인의 권리로서 진술거부권의 행사는 '항상' 정당한 만큼 피고인이 진술거부권을 행사한 경우를 형사소송법 제314조의 '그 밖에 이에 준하는 사유'에 해당하는 것으로 해석하는 것은 진술거부권의 행사를 이유로 피고인에게 불이익을 주는 것으로서 허용되지 아니한다.

라) 증인이 정당하게 증언거부권을 행사한 경우와 피고인이 진술거부권을 행사한 경우를 모두 '그 밖에 이에 준하는 사유'에 해당한다고 해석하는 것은 가능할 수 있으나, 증인이 정당하게 증언거부권을 행사한 경우는 '그 밖에 이에 준하는 사유'에 해당하지 않지만 피고인이 진술거부권을 행사하는 경우는 '그 밖에 이에 준하는 사유'에 해당하는 것으로 해석

16) 위 2009도6788 판결의 다수의견과 같은 취지이다.

17) **대한민국 헌법 제12조 (신체의 자유, 자백의 증거능력)** ② 모든 국민은 고문을 받지 아니하며, 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다.

18) **형사소송법 제283조의2 (피고인의 진술거부권)** ① 피고인은 진술하지 아니하거나 개개의 질문에 대하여 진술을 거부할 수 있다. ② 재판장은 피고인에게 제1항과 같이 진술을 거부할 수 있음을 고지하여야 한다.

하는 것은 증언거부권에 비하여 피고인의 진술거부권이 더 본질적이고 전면적으로 인정되는 권리라는 점에서 부당하다.

마) 형사소송법 제148조에 기한 증언거부와 피고인의 진술거부권과 경계가 명백하지 않은 경우도 있다. 즉 실무상 공범인 공동피고인이 병합 기소된 경우 공범인 공동피고인이 작성한 진술서 등의 진정성립은 피고인 신문 절차에서 이루어지기도 하고 변론을 분리하여 증인으로 신문하는 절차에서 이루어지기도 하는데, 긍정설에 의하면 피고인신문 절차에서 피고인이 증거서류의 진정성립에 관하여 진술거부권을 행사하는 경우에는 ‘그 밖에 이에 준하는 사유’에 해당하고, 증인신문 절차에서 증인으로 피고인과 공범인 증인이 유죄판결을 받을 염려가 있다는 이유로 증언거부권을 행사하는 경우에는 ‘그 밖에 이에 준하는 사유’에 해당하지 않는다고 해석할 수밖에 없는바, 이는 형평에도 반할 뿐만 아니라 진정성립을 어떤 절차에 따라 진행하는가에 따라 증거능력에 대한 판단이 달라지게 되어 받아들이기 어렵다.¹⁹⁾

바) 긍정설에서는 공범인 공동피고인 A, B에 대한 공판과정에서 변론을 분리한 후 B를 증인으로 신문할 경우, 피고인 A에 대한 공소사실을 입증할 문서에 대한 진정성립을 묻는 질문에 대하여 가사 그 문서의 진정성립을 인정하는 진술을 하였을 경우 자신도 유죄판결을 받을 염려가 있다고 하더라도 이는 ‘문서의 진정성립’에 관한 것일 뿐 유죄판결을 받을 ‘사실’이 발로될 염려가 있는 경우에 해당하지 아니하므로 B에게 증언거부권이 인정되지 아니한다고 주장하고 있으나, 형사소송법 제148조에 의하여 거부할 수 있는 증언은 형사책임의 존부와 경중에 관하여 불이익을 초래할 수 있는 모든 사실에 미치고, 반드시 유죄판결의 가능성을 발생시킬 것을 요하는 것이 아니라 그 가능성을 높이는 경우이면 족하므로,²⁰⁾ 문서의 진정성립을 인정할 경우 A뿐만 아니라 B도 유죄판결을 받을 가능성이 높아

19) 공범인 피고인들이 시기를 달리하여 별개의 사건으로 기소되고 법원에서도 병합되지 아니하고 별개로 진행된 경우와 공범인 피고인들이 함께 기소되어 공동피고인으로 재판받는 경우에도 마찬가지로 문제가 발생할 것이다.

20) 이재상, 신형사소송법, 법문사, (2007), 454.

지면 가사 그것이 문서의 진정성립에 관한 것이라고 하더라도 B에게는 증언거부권이 인정된다.

사) 피고인이 진술거부권을 행사하는 것은 여러 가지 사유에 기인한 것일 수 있는데 이를 일률적으로 피고인이 스스로 반대신문권을 포기한 것이라고 단정할 수는 없을 뿐만 아니라, 피고인이 진술거부권을 행사하는 것을 반대신문권의 포기라고 보아 형사소송법 제314조의 ‘그 밖에 이에 준하는 사유’에 해당한다고 해석하는 것은 실질적으로 피고인의 진술거부권 행사를 피고인에게 불이익하게 사용하는 것이어서 허용될 수 없다.

아) 마찬가지로 피고인이 만약 진술거부권을 행사하지 않고 진정성립을 인정했던 수사기관에서의 진술을 반복하여 서류의 진정성립을 부인하였을 경우, 가사 그 진술이 허위라고 하더라도 현행 형사소송법의 해석상 증거능력은 부정될 수밖에 없을 것인데,²¹⁾ 피고인이 적극적으로 진정성립을 부인하는 진술을 하지 않고 소극적으로 진술거부권을 행사하는 경우에는 형사소송법 제314조의 ‘그 밖에 이에 준하는 사유’라고 보아 증거능력이 인정될 수 있다면 이는 진술거부권의 행사를 피고인에게 불이익하게 사용하는 경우에 해당할 것이다.

자) 증인이 정당하게 증언거부권을 행사하는 경우와 마찬가지로 피고인이 진술거부권을 행사하는 경우도 진술거부권 보장의 취지에 비추어 실제적 진실발견의 요구는 어느 정도 양보하여야 하는 것으로 해석하여야 한다. 물론 이 경우 긍정설에서 주장하는 바와 같이 형사소송법 제313조가 적용되는 문서 또는 파일의 작성자가 피고인인 경우 피고인이 진술거부권을 행사하면 증거능력이 부정되게 되는 결과가 발생하나, 증언거부권의 경우에도 동일한 문제가 발생하는 만큼 진술거부권의 경우에 한하여 실제적 진실이 왜곡된다고 주장하는 것은 타당하지 않다.

21) 이는 형사소송법 그 밖의 객관적인 방법에 의한 진정성립이 인정되지 않기 때문이다. 현행 형사소송법상 영상녹화물이나 그 밖의 객관적인 방법으로 진정성립을 인정할 수 있는 것은 검사작성 피의자신문조서(형사소송법 제312조 제2항)와 검사 또는 경찰작성 참고인 진술조서(형사소송법 제312조 제4항)에 한정된다.

3) 소결

현행 형사소송법의 규정 및 관련 판례의 해석상 부정설이 타당하다. 부정설에 의하면 피고인이 작성자인 서류에 대하여 피고인이 진술을 거부한 경우 현실적으로 증거능력을 인정할 방법이 봉쇄되는 것은 사실이나, 이러한 문제점은 형사소송법 제312조 제2항, 제4항과 같이 ‘영상녹화물 그 밖의 객관적인 방법에 의하여’ 진정성립을 인정하는 취지의 법개정을 통하여 해결하여야 할 것이지 현행 형사소송법상 제314조의 해석론으로 거론할 것은 아니다. 특히 정당한 증언거부권을 행사한 경우 형사소송법 제314조의 ‘그 밖에 이에 준하는 사유’에 해당하지 않는다는 2009도6788 판결의 취지에 비추어 볼 때 피고인이 진술거부권을 행사한 경우도 역시 ‘그 밖에 이에 준하는 사유’에 해당하지 않는다고 보는 것이 일관된 해석론이라고 할 것이다.

3. 형사소송법 제315조²²⁾에 의한 증거능력 인정 여부

가. 일반론 및 판례의 검토

1) 업무상 필요로 작성한 통상문서(제2호)

가) 일반론

제2호의 서류에 대하여 증거능력을 인정하는 취지는 일상업무의 과정에서 작성된 문서는 업무상의 신용도를 유지하기 위하여 정확한 기재를 할 것이라고 보통 기대할 수 있고, 그 기재가 기계적으로 이루어지기 때문에 허위기재의 염려가 적을 뿐만 아니라 작성자를 일일이 소환하는 것이 부적당하기 때문이다.²³⁾

22) 형사소송법 제315조 (당연히 증거능력이 있는 서류) 다음에 계기한 서류는 증거로 할 수 있다.

1. 가족관계기록사항에 관한 증명서, 공정증서등본 기타 공무원 또는 외국공무원의 직무상 증명할 수 있는 사항에 관하여 작성한 문서
2. 상업장부, 항해일지 기타 업무상 필요로 작성한 통상문서
3. 기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서

23) 주석 형사소송법(III) 4판, 한국사법행정학회(2009), 435.

여기서의 ‘통상문서’라 함은 반드시 합법적일 필요는 없지만 어느 정도 영속성을 가진 업무의 수행과정에서 그 업무수행의 기초로서 계속성을 가지고 작성된 서면을 의미한다. 즉 업무수행의 기초가 되는 서면이므로 이것에 허구의 기재를 한다면 업무의 정상적인 수행 자체에 지장이 생길 우려가 있고, 또한 계속성을 가지는 서면이므로 그 일부의 기재에 잘못이 생기면 그 후 정당한 기재를 하는 것이 곤란해지는 의미에서 통상적으로 업무가 운영되는 한 진실한 기재를 기대할 수 있는 서면을 의미한다고 할 수 있다.²⁴⁾

따라서 업무과정에서 일상적·계속적·기계적·반복적·무의식적으로 작성되는 것으로서, 금전출납부, 전표, 통계표, 전산자료, 의사가 작성한 진료기록부, 이증장부,²⁵⁾ 통신서비스업체로부터 제출된 통신사실확인자료 등이 이에 해당한다.²⁶⁾²⁷⁾

나) 판례

(1) 대법원 2007. 7. 26. 선고 2007도3219 판결

(생략)…… 메모리카드에 기재된 내용은 공소외 2가 고용한 성매매 여성들이 성매매를 업으로 하면서 영업에 참고하기 위하여 성매매를 전후하여 상대 남성의 아이디어와 전화번호 및 성매매방법 등을 메모지에 적어두었다가 직접 또는 공소외 2가 고용한 또 다른 여직원이 입력하여 작성된 것임을 알 수 있는바, 이는 실질적으로 형사소송법 제315조 제2호 소정의 영업상 필요로 작성된 통상문서로서 그 자체가 당연히 증거능력 있는 문서에 해당한다.…… (생략)

24) 전지환, “피고인이 작성한 가계부의 보강증거능력”, 창원지법, 재판실무2집(2005), 8.

25) 외부에 보이기 위해 작성한 표면상의 장부는 통상문서가 아니지만 이증장부는 통상문서에 포함된다고 한다. 이재상, (주 20), 571.

26) 다만 신동운 교수는 “진술서면의 증거능력요건을 규정한 형사소송법 제313조 제1항과의 관계에서 볼 때 문서가 통상문서로서 증거능력이 인정되려면 그 문서가 업무상 통상적으로 작성·비치됨을 요한다.”라고 한다. 신동운, (주 13), 1050.

27) 이숙연, “디지털증거와 그 증거능력 판단” 형사실무연구회 발표문(2012), 38은 공직선거법 위반사건에서 압수된 디지털형태의 당원명부 파일이 형사소송법 제315조 제2호에 해당하는지에 관하여 피압수자가 소속된 기관이나 단체의 업무, 이 중 피압수자의 구체적 업무, 해당 파일의 형식과 내용, 작성 및 수정시기, 작성목적, 그 무렵 업무상 작성된 다른 파일이나 문서와의 대조 등을 통하여 통상문서인지 여부를 판단할 수 있다고 주장하고 있다.

(2) 대법원 1996. 10. 17. 선고 94도2865 전원합의체 판결

상업장부나 항해일지, 진료일지 또는 이와 유사한 금전출납부 등과 같이 범죄사실의 인정 여부와는 관계없이 자기에게 맡겨진 사무를 처리한 사무내역을 그때그때 계속적·기계적으로 기재한 문서 등의 경우는 사무처리 내역을 증명하기 위하여 존재하는 문서로서 그 존재 자체 및 기재가 그러한 내용의 사무가 처리되었음의 여부를 판단할 수 있는 별개의 독립된 증거자료라고 할 것이고, 설사 그 문서가 우연히 피고인이 작성하였고, 그 문서의 내용 중 피고인의 범죄사실의 존재를 추론해 낼 수 있는, 즉 공소사실에 일부 부합되는 사실의 기재가 있다고 하더라도 이를 일컬어 피고인이 범죄사실을 자백하는 문서라고 볼 수는 없다 할 것이다. 기록에 의하면 피고인에 대한 이 사건 나머지 공소사실에 관한 증거로서는 피고인의 검찰에서의 자백 외에도 피고인이 작성한 수첩(증 제8호)의 현존 및 기재가 있음을 알 수 있는바, 위 수첩(증 제8호)은 피고인이 이 사건 나머지 공소사실에 관하여 그 범죄혐의를 받기 전에 이와는 관계없이 1989년경부터 공소외 A로부터 동인이 추진하고 있던 어로확보를 위한 준설공사에 필요한 각종 인·허가 등의 업무를 위임받아 이를 추진하는 과정에서 그 업무수행에 필요한 자금을 지출하면서 스스로 그 지출한 자금내역을 자료로 남겨두기 위하여 이 사건 뇌물자금과 기타 자금을 구별하지 아니하고, 그 지출 일시, 금액, 상대방 등 내역을 그때그때 계속적·기계적으로 기입한 것으로 보이고, 그 기재 내용은 피고인이 자신의 범죄사실을 시인하는 자백이라고 볼 수 없으므로, ‘증거능력이 있는 한’²⁸⁾ 피고인의 금전출납을 증명할 수 있는 별개의 증거라고 할 것인즉 피고인의 검찰에서의 자백에 대한 보강증거가 될 수 있다고 보아야 할 것이다

2) 기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서(제3호)

제1호, 제2호의 서류에 준할 정도로 신용성의 정황적 보장이 강력한 문서로서, 공공기록, 역서(曆書), 정기간행물의 시장가격표, 스포츠기록, 공무소 작성의 각종 통계와 연감 등이 해당함. 판례는 다른 피고인에 대한 형

28) 형사소송법 제315조 제2호에 해당할 경우 당연히 증거능력이 인정되는데 여기서 ‘증거능력이 있는 한’이라는 표현을 쓴 것이 어떤 의미인지는 명백하지 않다. 이 사안은 형사소송법 제315조 제2호에 대한 판시도 포함하고 있으나 주된 쟁점은 위 수첩이 독립된 보강증거가 될 수 있는지였다.

사사건의 공판조서 중 일부인 증인신문조서(대법원 2004도4428 판결), 당해 사건의 체포·구속적부심사절차에서 작성된 조서(대법원 2003도5693 판결) 등이 이에 해당한다고 본다.

나. 외국 사례의 검토

1) 일본판례의 검토

가) 일본 판례상 ‘통상문서’로 본 사례²⁹⁾

판매미수금관계를 비망하기 위하여 그때그때 작성한 미수금장부³⁰⁾(最高裁判所 1957. 11. 2. 결정), 은행이 자기앞수표를 발행하면서 동액을 그 은행의 당해 회사의 구좌의 차변계정에 기장한 후 업무의 일환으로서 기계적으로 은행이 이러한 조치를 취하였다는 것을 그 회사에 통지한 ‘차방기입통지’라는 제목의 서면 6통(東京地裁 1981. 1. 22. 결정), 외국환송금업무를 행하는 회사가 그 업무의 통상과정에서 사업시행에 기초하여 고객으로부터 외국송금 의뢰를 받을 때마다 계속적·기계적으로 작성한 ‘외국송금수령증’이라는 제목의 서면 3통(東京地裁 1981. 1. 22. 결정), 어선단의 약정에 기하여 선단 소속의 각 어선의 승무원으로부터 정시에 발하여진 조업위치 등에 대한 무선통신을 선단 소속의 어느 어선의 통신담당자가 그때그때 기계적으로 기재한 무선수신기록(最高裁判所 1986. 3. 3. 결정), 고물대장(東京高裁 1953. 1. 31. 판결) 등이 이에 해당한다고 보았다.

나) 일본 판례상 ‘특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서’로 본 사례³¹⁾

대부업법위반죄의 피고인이 범죄혐의를 받기 이전에 그와 관계없이 대

29) 일본사례에 관한 설명은 전지환, (주 24), 3 이하를 참조하였다. 위 논문은 서기석, “피고인이 작성한 수첩의 보강증거능력”, 형사실무연구회편, 형사재판의 제문제(1권), 369 이하 및 최성준, “자백과 보강증거”, 같은 책 387 이하를 참고하여 작성된 것이다.

30) 쟁점은 미곡소매판매업자인 피고인이 범죄혐의를 받기 전에 그것과 관계없이 자신의 판매미수금관계를 기억하기 위하여 암거래쌀인지 배급쌀인지 불문하고 그때그때 기재한 미수금장부의 기재내용이 형사소송법 제323조 제2호(우리나라의 형사소송법 제315조 제2호) 소정의 서면으로서 증거능력이 있고 자백의 보강증거가 되는지 여부였다.

31) 일본의 경우 우리나라와는 달리 제2호의 문서와 제3호의 문서를 특별히 구분하지 않고 있다.

금관계의 기억을 위하여 그 내역을 그때그때 기재한 수첩(仙台高裁 1952. 4. 5. 판결), 달러표시 군표 및 그 자금으로서의 일본금 엔의 수수를 그때그때 스스로 기억하기 위하여 기재하여 놓은 수첩(東京高裁 1952. 10. 20. 판결), 백화점보안직원이 소위 들치기를 발견하고 장물을 회수할 때마다 범행의 일시, 피해품목, 수량, 가액, 취급자, 수취자, 피의자가 주소성명 등에 관하여 날짜에 따라 계속적으로 꼼꼼히 기재한 수첩(福岡高裁 1959. 4. 9. 판결), 경마투표 유사의 신청을 할 때 본건 사건을 의식하지 아니하고 기억을 위하여 달력의 표면에 레이스번호, 연승번호, 신청구좌수 등을 기재한 메모(東京高裁 1979. 8. 23. 판결), 발신인 또는 수취인의 증언, 봉투 및 내용의 외관, 기재내용 등에 비추어 신용할 수 있는 상황하에서 작성된 것으로 인정되는 편지(最高裁判所 1954. 12. 2. 판결), 은행의 영업점장이 업무상 자료로 할 목적으로 그날의 업무의 요점을 당일 종업 후 또는 늦어도 다음날 아침에 주관을 섞지 아니하고 조항별로 기재하여 놓은 일지(東京地裁 1978. 6. 29. 판결), 사건 발각 후 그와 관련하여 작성한 것이 아니라 그 이전에 사건과 관계없이 그때그때 상세히 판매 상대방, 수량 등을 기입한 금전출납부(大阪高裁 1952. 5. 20. 판결), 그 작성 및 내용의 정확성에 관하여 신빙력이 인정되는 수표장 금전출납부(東京高裁 1961. 6. 21. 판결), 진실을 기재한 것으로 인정되는 이른바 비밀장부(東京高裁 1962. 4. 26. 판결), 회사의 부외자금(비자금)의 출납을 일시에 따라 기계적으로 기입한 ‘적요’라는 제목의 서면(東京地裁 1981. 1. 22. 판결), 국민건강보험피보험자진료록(仙台高裁 1950. 11. 18. 판결) 등이 이에 해당한다고 보았다.

다) 일본 판례상 제2호 또는 제3호에 해당하지 않는다고 본 사례

(1) 수장(수첩) 등 메모류: 피고인 이외의 자가 단지 그 기억을 위하여 기재한 수첩(最高裁判所 1956. 3. 27. 판결), 거래에 관한 사항을 단지 기억을 위하여 단속적으로 기재하여 놓은 수첩(東京高裁 1961. 6. 21. 판결), 직장상사가 후일 공갈사건으로 문제 삼을 의도로 국회의원에게 수표를 갖다 준 후 그날의 상황을 기억하고 돌아와 기록하여 두라는 지시를 하여 그 명에 따라 부하직원이 국회의원에게 수표를 갖다 주고 돌아온 즉시 그날

의 상황을 기재하여 놓은 메모³²⁾(東京高裁 1972. 6. 29. 판결)

(2) 일기, 편지류: 은행지점장이 개인적인 기억을 위하여 자기의 책상 서랍에 넣어 두고 은행의 업무상 일어났던 일 뿐만 아니라 사생활에 관한 사항, 주관적 소감, 의견 등도 기재한 일기(東京地裁 1978. 6. 29. 판결), 살인 등 피고사건의 심리 중 피고인이 변호인에게 발신한 편지(浦和地裁 1983. 5. 25. 결정)

(3) 금전출납부, 수표장 등: 변호사 사무실에서 고객에게 제공한 역무의 대가 및 제경비의 지급을 청구한 ‘차방기입통지표’라는 제목의 서면 3통³³⁾(東京地裁 1981. 1. 22. 결정)

(4) 영수증, 수령증 등: 사인이 회사의 자문역으로서 업무에 관한 증빙서류로서 작성교부한 영수증 형식의 서면³⁴⁾(東京地裁 1981. 1. 22. 결정)

2) 미국 연방증거규칙 803(6)의 업무상 필요에 의해 작성된 문건³⁵⁾

미국 연방증거규칙상 업무상 필요에 의해 작성된 문서에 대하여는 전문법칙의 예외로 증거능력이 인정된다. 이러한 예외는 연방법상의 ‘가게비치장부(Shop Book Rule)’에서 유래되었다고 하며, ㉠ 대상문서가 정기적으로 이루어지는 업무활동으로부터 나와야 하고, ㉡ 당해 문서를 만드는 것이 일상적인 업무관행이며, ㉢ 당해 문서에 기록된 정보는 경험으로 취득한 사람으로부터 취득되어야 하고, ㉣ 문서의 기록은 정보가 취득된 당시 또는 바로 직후에 이루어진 경우 증거능력이 인정된다고 한다.

미국에서 위 조항에 의해 증거능력이 인정되는 문서로는 업무상으로 작

32) 당일에 있는 일을 곧바로 기록한 것이라는 점에서 그 내용의 정확성을 담보하기에 족한 상황에서 작성된 것으로 볼 수 있다고 하더라도 위와 같은 의도를 가진 직장상사의 명을 받들어 작성된 것이라는 점에 있어서는 그 내용의 신빙성에 관하여 반대신문에 의한 음미를 필요로 하지 아니한다고 할 수는 없다는 점을 이유로 들고 있다.

33) 순서에 따라 계속적으로 기재된 것이 아니라 청구 상대방에 대하여 개별적으로 그때그때 작성된 것이 명백한 이상 그 서면의 성질상 상업장부에 비견될 만큼의 기재의 정확성을 기대할 수 없고 작성자도 불분명하다는 점을 이유로 들고 있다.

34) 본인의 업무에 관련하여 발행된 경우라 하더라도 업무의 통상과정에서 자기의 업무시행의 기초로서 순서에 따라 계속적으로 작성된 것이 아니고 그 교부를 받은 상대방에게 개별적으로 그때그때 작성된 것이라는 점을 이유로 들고 있다.

35) 이 부분에 관한 설명은 설민수, “전자적 문서에 대한 증거조사, 증거능력과 전문법칙: 미국법을 통해 본 비교법적 접근”, 인권과 정의 376호(2007) 144 이하를 참조하였다.

성되는 회계장부나 매출대장과 같은 고객이나 기타 회사 업무활동의 기록들(Lotus 프로그램에 의한 회계전산표), 특급우편 운송대장, 의료보험 청구서, 보험계약통지서, 고객과의 대화메모, 은행의 거래내역서 등을 들 수 있다.

다. 검사의 이 부분 상고이유 요지

‘공소외 1 USB 문건’, ‘공소외 2 제출 서류’는 피고인 1이 선거캠프의 조직국장으로서 선거사무원을 모집하고 관리하면서 작성한 문건으로 그 주된 내용이 선거사무원의 인적사항, 추천자, 역할분담, 선거관리위원회에 신고된 일자, 신고되지 아니하였으나 실제로 일한 일자, 신고된 일자에 해당하는 일당, 신고되지 아니하였으나 실제로 일한 일자에 해당하는 일당 등을 기재한 서류로서 ‘기타 업무상 필요로 작성한 통상문서’에 해당하므로 형사소송법 제315조 제2호의 서류에 해당하여 증거능력이 인정된다.

라. 검토

1) 문제의 소재

‘공소외 1 USB 문건’과 ‘공소외 2 제출 서류’는 피고인 1 등의 선거사무원 관리 및 일당 지급 업무와 관련하여 작성된 것이므로 이를 형사소송법 제315조 제2호 소정의 ‘기타 업무상 필요로 작성한 통상문서’에 해당하는 것으로 볼 수 있는지에 관하여 견해가 대립될 수 있다.

2) 업무상 필요로 작성한 통상문서에 해당한다는 견해

가) ‘공소외 1 USB 문건’은 피고인 1의 수사기관에서의 진술에 의하여, ‘공소외 2 제출 서류’는 공소외 2의 수사기관 및 법정에서의 진술에 의하여 모두 피고인 1이 작성한 것으로 인정된다. ‘공소외 1 USB 문건’의 경우 이미 복제되어 공소외 1이 소지하고 있던 상태에서 압수된 것이라는 점에서 문제가 있으나, 피고인 1은 수사기관에서 이미 복제된 상태의 파일에 대하여 진정성립³⁶⁾을 인정한 것이므로 동일성은 입증되었다고 볼 수 있

36) 압수수색 이후의 동일성은 사실상 전형적인 방법에 의하여 입증된 것으로 봄이 상당하므로

다. ‘공소외 2 제출 서류’의 경우에도 피고인 1이 이를 작성하였다고 자백한 바는 없으나, 피고인 1이 선거캠프에서 선거운동원들을 모집, 관리하고 미등록 선거운동원들에게 현금을 지급하는 역할을 하였던 점 및 공소외 2의 진술내용이 매우 구체적이고 일관된 점 등에 비추어 이를 피고인 1이 작성하였다고 인정할 수 있다.³⁷⁾

나) ‘공소외 1 USB 문건’의 경우 그 파일 자체는 1회적으로 작성된 것이지만 피고인 1이 선거운동기간 동안 선거운동원들을 관리하는 업무를 수행하는 과정에서 일상적·계속적·반복적으로 작성한 출결부를 하나의 문서로 정리하는 과정에서 작성된 파일인 만큼 위 파일은 출결부의 변형물에 불과하고 따라서 매일매일 작성된 출결부가 통상문서에 해당하면 그것을 정리한 파일도 통상문서에 해당한다고 보아야 한다. 가사 단순한 출결부의 변형물이 아니라고 하더라도 출석여부에 대한 기재 이외의 부분도 일련의 선거관리업무 과정에서 작성된 문서로서 전체적으로 보아 업무상 작성된 통상문서로 볼 수 있다.

다) ‘공소외 1 USB 문건’의 근거가 된 출결부의 경우 그것은 선거운동원의 관리업무를 하는 피고인들에게 있어 선거운동원의 출결부를 만드는 것은 정기적인 업무활동의 일환이고, 이를 작성하는 것이 당연히 기대될 뿐만 아니라 선거운동원의 출석 여부를 매일매일 직접 확인한 후 추후 일당지급 시에 참고하기 위하여 그때그때 기재한 것이므로 업무상 필요로 작성한 통상문서에 해당한다고 볼 수 있다.

별다른 문제가 없다.

37) 즉 동일성의 인정여부는 법관의 자유심증의 영역이다. 대법원 2012. 9. 13. 선고 2012도7461 판결 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률(2012. 2. 10. 법률 제11304호로 개정되기 전의 것) 위반(공갈) 피고사건에서, 피해자 토지구획정리사업조합의 대표자 甲이 디지털 녹음기로 피고인과의 대화를 녹음한 후 저장된 녹음파일 원본을 컴퓨터에 복사하고 디지털 녹음기의 파일 원본을 삭제한 뒤 다음 대화를 다시 녹음하는 과정을 반복하여 작성한 녹음파일 사본과 해당 녹취록의 증거능력이 문제 된 사안으로, 제반 사정에 비추어 녹음파일 사본은 타인과의 대화를 녹음한 것이 아니므로 타인의 대화비밀 침해금지를 규정한 통신비밀보호법 제14조의 적용 대상이 아니고, 복사 과정에서 편집되는 등의 인위적 개작 없이 원본 내용 그대로 복사된 것으로 대화자들이 진술한 대로 녹음된 것이 인정되며, 녹음 경위, 대화 장소, 내용 및 대화자 사이의 관계 등에 비추어 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여진 것으로 인정된다는 이유로, 녹음파일 사본과 녹취록의 증거능력을 인정한 사례이다.

라) ‘공소의 1 USB 문건’은 이 사건 수사가 개시되기 이전에 범죄 혐의와는 관계없이 선거사무원들의 출석여부 및 지급할 일당 등을 정리하기 위해 만들어진 서류인 만큼 허위기재의 염려가 적고 따라서 고도의 신용성과 진실성이 담보된다.³⁸⁾

마) 대부분의 문서가 전자문서의 형태로 작성되는 현대사회에서 범죄사실을 입증할 핵심증거가 압수되어 증거로 제출되는 경우에 그 작성자가 사실상 밝혀졌음에도 불구하고 그 작성자가 공판기일에서 진정성립을 인정하지 아니하였다는 이유만으로 핵심증거의 증거능력이 부정된다면 실제적 진실이 심하게 왜곡될 수 있는바, 핵심증거가 업무상 작성된 것으로 인정되는 경우에는 형사소송법 315조의 적용범위를 확장할 필요가 있다.³⁹⁾ 이 사건에서도 ‘공소의 1 USB 문건’, ‘공소의 2 제출 서류’는 공소사실을 입증할 핵심증거에 해당하는바, 작성자로 인정되는 피고인 1이 진정성립을 인정하지 아니하였다는 이유로 증거능력이 부정된다면 실질적으로 부당한 결론에 이를 수 있으므로 형사소송법 제315조 제2호를 좀 더 유연하게 해석하여 증거능력을 인정하는 것이 구체적 타당성의 측면에서 바람직하다.

3) 업무상 필요로 작성한 통상문서에 해당하지 않는다는 견해

가) ‘공소의 1 USB 문건’의 경우 압수될 당시 이미 복제된 상태였으므로 파일원본이 복제되는 과정에서 동일성이 훼손되었을 가능성을 배제할 수 없을 뿐만 아니라 현재 원본파일도 없는 상태이고 그 복제가 언제 어떠한 경로로 이루어진 것인지도 밝혀지지 않았다.⁴⁰⁾ ‘공소의 2 제출 서류’의 경우도 ‘자신이 제출한 서류는 확인해 본 결과 피고인 1이 소지하고 있던 USB에 있던 것과 동일한 것이었으며 피고인 1이 직접 위 서류를 만들었다고 말하는 것을 들었다’는 취지의 진술만이 있으며 역시 현재 원본파일도 없는 상태이고, 원본파일이 어떤 경로를 통하여 피고인 1의 USB에 복제되고 출력되었는지도 밝혀지지 않았다. 따라서 위 두 가지 서류 모두

38) 즉, 위 문서에 허위의 기재를 한다면 선거사무원에게 일당을 지급하는 업무수행에 지장이 생길 것이다.

39) 설민수(주 35), 160도 같은 취지이다.

40) 물론 현재 ‘공소의 1 USB 문건’의 근거가 된 출력부도 없는 상태이다.

동일성이 입증되었다고 볼 수 없다.

나) ‘공소외 1 USB 문건’은 단순히 출결부의 변형물이라고 볼 수는 없다. 출결부는 매일매일 선거운동원의 출석여부를 기재한 것으로서 업무상 통상문서에 해당할 여지가 있으나, ‘공소외 1 USB 문건’은 단순히 선거운동원들의 출석여부만을 표시한 것이 아니라 선거운동원들이 특정일에 선관위에 등록되어 있었는지에 대한 정보까지 취합하여 등록되지 않은 기간에 대하여 지급할 일당을 정리한 것이므로 ‘공소외 1 USB 문건’을 출결부의 단순한 변형물이라고 볼 수는 없다. 따라서 ‘공소외 1 USB 문건’은 출결부와는 별개의 문서로 보아야 하고, ‘공소외 1 USB 문건’ 자체는 1회적으로 작성된 것이 명백하므로 업무상 작성된 통상문서로 볼 수 없다.

다) ‘공소외 2 제출 서류’의 경우 작성자가 피고인 1임을 객관적으로 입증할 수도 없을 뿐만 아니라 일상적·계속적·기계적·반복적·무의식적으로 작성되었다고는 볼 수 없는 문서이다.

라) ‘공소외 1 USB 문건’의 경우 수사가 개시되기 이전에 작성된 것이기는 하지만 그 기재내용은 등록되지 아니한 선거운동원들에게 지급할 현금의 액수를 기재한 것으로서 이미 불법성을 인식한 상태에서 만들어진 문서라는 점에서 허위기재의 가능성이 있으므로 객관성이 보장된다고 볼 수 없다.

마) 형사소송법 제315조에 의한 증거능력의 인정은 전문법칙의 예외이므로 직접심리주의와 공판중심주의의 요청에 비추어 예외의 인정에 신중하여야 하며 실제로 판례가 ‘업무상 필요로 작성한 통상문서’에 해당한다고 하여 증거능력을 인정한 사례도 앞에서 본 바와 같이 성매매 영업과 관련하여 상대 남성의 아이디와 전화번호, 성매매방법 등을 기재한 메모리 카드(2007도3219)와 업무수행에 필요한 자금을 지출하면서 자금내역을 자료로 남겨두기 위해 계속적·기계적으로 작성한 수첩(94도2865) 정도에 한정된다.

4) 절충적인 견해

‘공소외 1 USB 문건’ 중 매일매일 작성된 출결부를 그대로 옮겨 적은

부분⁴¹⁾은 선거운동원 관리업무를 수행하는 과정에서 일상적·계속적·기계적·반복적으로 작성된 것이므로 ‘원본 출결부와의 동일성이 인정되는 한’ 업무상 작성된 통상문서에 해당하나, 이를 제외한 나머지 부분⁴²⁾ 및 ‘공소외 2 제출 서류’의 경우에는 업무상 작성된 통상문서로 볼 수 없다.

다만 이 견해를 취하여 ‘조아라 USB 문건’ 중 출석여부를 기재한 부분에 대하여는 증거능력이 인정될 여지가 있다고 판단하는 경우에도 이를 근거로 원심을 파기하여야 한다는 견해(원심파기설)와 판결결과에 영향이 없으므로 상고를 기각하여야 한다는 견해(상고기각설)로 나뉠 수 있다.

5) 소결

‘공소외 2 제출 서류’의 경우 그것이 일상적·계속적·기계적·반복적으로 작성된 문서라고 볼 수 없고 작성자·작성시기 및 작성경위 등이 명백하게 밝혀지지 않은 만큼 제2호의 통상문서라고 보기는 어려울 것이다.

‘공소외 1 USB 문건’ 중 선거운동원들이 실제로 선거운동을 하였는지 여부를 표시한 부분(즉 매일매일 작성된 출결부를 그대로 옮겨 기재한 부분)의 경우 일상적·계속적·기계적으로 작성된 문서로서 ‘원본 출결부와의 동일성이 인정되는 한’ 통상문서에 해당할 여지가 있으나, 그 외의 부분은 일상적·계속적·기계적·반복적으로 작성된 문서라고 볼 수 없다. 다만 ‘공소외 1 USB 서류’ 중 선거운동원들의 출석여부를 기재한 부분에 대하여 증거능력이 인정된다고 하더라도 원심(=제1심)은 선거운동원들이 등록되지 않은 날에도 선거운동을 하였음을 인정할 증거가 없다는 이유로 무죄를 선고한 것이 아니라 등록되지 않은 날에도 선거운동을 한 사실은 인정되지만 그것이 자원봉사로서 한 것이라는 관련자들의 진술이 허위임을 단정할 수 없다는 이유로 무죄를 선고한 만큼 선거운동원들의 출석여부 기재 부분에 대하여 증거능력이 인정된다고 하여도 결과적으로 다른 결론에

41) 절충설은 ‘조아라 USB 문건’은 A부분(선거운동원들의 출석여부를 기재한 기재 부분)+B부분(선거운동원들의 등록여부를 기재한 부분)+C부분(미등록 기간에 대한 일당을 계산한 부분)으로 나눌 수 있는데, 그중 A부분에 대하여만 통상문서로 볼 수 있다는 취지이다.

42) 즉 위의 B부분과 C부분(다만 공소사실의 입증에 핵심적인 부분은 C 부분임).

이를 가능성이 거의 없기 때문에⁴³⁾ 이러한 증거가 추가된다고 하더라도 결과적으로 다른 결론에 이를 것으로 보기는 어렵다고 봄이 상당하다.

따라서 절충설 중 상고기각설이 타당하다.

【對象判決의 意義】

대상판결은 디지털 저장매체로부터 출력한 문서의 증거능력에 관하여 피고인이 진술거부권을 행사한 경우는 형사소송법 제314조의 ‘그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’에 해당하지 아니함을 밝힌 최초의 판결이라는 점에 의의가 있다.

43) 즉 기록상 선거운동원들이 특정일에 실제 선거운동을 하였는지 여부는 당해 선거운동원들도 다투지 않고 있다. 이들은 한결같이 등록되지 않은 기간에도 선거운동을 한 것은 사실이지만 돈을 받거나 받기로 한 적은 없고 단지 자원봉사로서 선거운동을 하였을 뿐이라고 진술하고 있다.

8. 미확정 유죄판결에 대한 재심 가부

(2013. 6. 27. 선고 2011도7931 판결 : 공2013하, 1418)

禹 仁 成

【判決要旨】

형사소송법 제420조 본문에 의하면 재심은 유죄의 확정판결에 대하여 그 선고를 받은 자의 이익을 위하여 청구할 수 있다. 항소심의 유죄판결에 대하여 상고가 제기되어 상고심 재판이 계속되던 중 피고인이 사망하여 형사소송법 제382조, 제328조 제1항 제2호에 따라 공소기각결정이 확정되었다면 항소심의 유죄판결은 이로써 당연히 그 효력을 상실하게 되므로, 이러한 경우에는 형사소송법상 재심절차의 전제가 되는 ‘유죄의 확정판결’이 존재하는 경우에 해당한다고 할 수 없다.

그런데 피고인 등이 이와 같이 공소기각결정으로 효력을 상실한 항소심의 유죄판결을 대상으로 하여 재심을 청구한 경우, 법원이 일단 이를 대상으로 재심개시결정을 한 후 이에 대하여 검사나 피고인 등이 모두 불복하지 아니함으로써 그 재심개시결정이 확정된 때에는, 그 재심개시결정에 의하여 재심이 개시된 대상은 항소심의 유죄판결로 확정되고, 그 재심개시결정에 따라 재심절차를 진행하는 법원이 재심이 개시된 대상을 변경할 수는 없다. 그러나 이 경우 그 재심개시결정은 재심을 개시할 수 없는 항소심의 유죄판결을 대상으로 한 것이므로, 그 재심개시결정에 따라 재심절차를 진행하는 법원으로서 심판의 대상이 없어 아무런 재판을 할 수 없는 것이다.

【參照條文】

형사소송법 제420조, 제382조, 제328조 제1항 제2호

【事案의 概要】

1. 사실관계

피고인들은 국가보안법위반 혐의로 제1심에서 각 무기징역형을 선고받았고, 항소하여 피고인 1은 징역 및 자격정지 각 10년, 피고인 2는 징역 및 자격정지 각 7년을 선고받았다(서울고등법원 1982. 5. 10. 선고 82노325 판결). 피고인들은 1982. 5. 10. 상고하였으나, 피고인 2는 건강상의 이유로 1982. 6. 18. 구속집행정지되었다가 1982. 7. 4. 사망하여 1982. 7. 27. 공소기각결정되었고, 피고인 1은 1982. 7. 27. 상고기각판결 선고되었다.

피고인 1 및 피고인 2의 상속인은 국가보안법위반 혐의로 수사를 받을 당시 고문 등 가혹행위에 의하여 허위자백을 하였음을 이유로, 서울고등법원 82노325 판결에 대하여 재심청구하였다.

피고인 1에 대하여는 대법원의 상고기각판결에 의하여 서울고등법원 82노325 판결이 확정되었으므로 재심대상 적격에 문제가 없으나, 피고인 2는 상고심 계속 중 사망하였기 때문에 서울고등법원 82노325 판결이 재심대상이 될 수 있는 것인지 문제 된다.

2. 원심의 판단(서울고등법원 2011. 6. 3. 선고 2010재노46 판결)

가. 피고인 2에 대한 재심에 관하여

형사소송절차에서의 재심제도는 일반적으로 확정판결에 의한 법적 안정성과 오류의 시정을 통한 실체적 진실 또는 정의가 충돌하는 경우에 법적 안정성을 위태롭게 하지 않는 범위 내에서 실체적 진실 내지 정의를 추구

하는 제도로 이해할 수 있지만, 다른 한편으로는 이익재심만을 허용하고 있는 현행 형사소송법상의 재심제도는 대한민국 헌법상의 적법절차 조항에 근거한 제도로서 무고할 수 있는 시민의 법적 구제를 통한 인권보장에 그 제도적 목적이 있는 것으로 파악할 수 있다.

재심의 제도적 목적에 대한 이러한 이해를 전제로 할 때, 형사소송법 제 420조에서 재심의 대상을 유죄의 확정판결로 규정하고 있는 것도 어디까지나 그에 대하여 통상적인 불복절차를 통하여는 더 이상 다룰 수 없다는 점에 근거한 것이지, 그 형식적 확정력 자체가 통상적인 불복절차의 가능성 유무와 무관하게, 무고할 수 있는 시민의 법적 구제라는 측면에서 재심의 허용성을 적극적으로 규정하는 특별한 법적 의미를 가지는 것으로 파악하였기 때문은 아닌 것으로 볼 수 있다.

이러한 관점에서 보면, 제1심, 제2심을 통하여 유죄판결이 선고된 상태에서 피고인의 사망과 같은 소송 외적인 사유에 의하여 공소기각결정으로 종국된 사건의 경우도, 위와 같은 유죄판결의 판결로서의 효력이 유죄의 확정판결과 달리 절차법적으로 인정되지 않는 것이기는 하지만, 통상적인 절차를 통하여는 더 이상 유·무죄의 실체관계에 불복할 수 없게 된 경우여서 유죄의 확정판결이 있었던 경우와 마찬가지로 예외적 구제의 필요성은 부정할 수 없고, 따라서 무고할 수 있는 시민의 법적 구제수단인 형사소송법 제420조에 따른 재심이 이 경우에도 허용된다고 풀이하는 것이 앞서 본 재심의 제도적 목적에 부합한다고 할 것이다. 형사보상법 제25조 제1항에서, 형사소송법 규정에 의하여 공소기각의 재판을 받은 자는 공소기각의 재판을 할 만한 사유가 없었더라면 무죄의 재판을 받을 만한 현저한 사유가 있었을 때에는 국가에 대하여 구급에 대한 보상을 청구할 수 있다고 규정하고 있지만, 소송을 통한 실체관계 심리가 이루어지는 일 없이 비송적 절차에 의하여 진행되는 형사보상절차의 제도적 특성이나 위 규정 자체가 정하고 있는 요건에 비추어 볼 때 이를 통한 구제는 제한적일 수밖에 없다는 점에서, 위와 같은 경우에 재심이 허용되어서는 아니 된다는 근거가 될 수는 없다.

결국, 이 사건에서도 피고인 2에 대한 재심대상판결(註: 서울고등법원 82노325 판결)은 형사소송법 제420조에 따라 재심의 대상이 된다고 할 것이다.

나. 실체판단에 관하여

이 사건 공소사실에 대한 증거 대부분은 증거능력 없다.

일부는 불법체포·불법감금과 가혹행위에 의하여 얻어진 것이어서, 그에 기한 증거는 위법수집증거이며(형소법 제308조의2), 그러한 상태가 경찰, 검찰 수사단계까지 이어졌으므로, 수사기관에서 작성된 관련 증거는 증거능력 없다.

일부에 대하여는 원진술자가 공판기일에서 진정성립을 인정한바 없다.

증거능력 있는 증거도 증명력이 부족하다. 따라서 무죄를 선고한다.

3. 상고이유(검사)

가. 피고인 2에 대하여는 ‘유죄의 확정판결’이 없었다.

피고인 2에 대하여는 재심이 아닌 형사보상절차에 의하여 구제되어야 한다. 재심으로 실체판결을 할 수 없다.

나. 원심이 증거능력 부정하거나, 증명력 낮게 평가한 것은 채증법칙 위반이다.

4. 해설방향

‘유죄의 확정판결’ 이외의 재판에 대하여 재심이 가능한지 여부를 중점적으로 살펴본다. 또한 재심이 불가함에도 재심개시결정이 확정되었을 경우, 재심심판절차에서 어떠한 판단을 내려야 하는 것인지에 관하여도 살펴본다.

【解 說】

1. 유죄의 확정판결이 아닌 재판이 재심 대상이 되는지 여부

가. 문제의 소재

○ 형소법 제420조 (재심이유)

재심은 다음 각 호의 1에 해당하는 이유가 있는 경우에 **유죄의 확정판결**에 대하여 그 선고를 받은 자의 이익을 위하여 청구할 수 있다.

○ 그렇다면 유죄의 확정판결이 아닌 재판에 대하여도 재심청구가 가능한가?

나. 견해대립의 상정

1) 불허설

○ **법문에 명시적으로 반한다. 이를 허용하는 것은 새로운 입법을 하는 것이다.**

최근 국회에서 ‘5·18민주화운동 등에 관한 특별법’ 일부개정법률안이 발의되었다(의안번호 1904553). 고(故) 박관현씨의 재심청구와 관련된 것이다.¹⁾ 그 내용은 다음과 같다.

제안이유 및 주요내용

5·18민주화운동의 주역이었던 고(故) 박관현 열사는 지난 82년 내란중요 임무종사 및 계엄법 위반사건으로 제1심에서 징역 5년을 선고받고 항소하였으나 갑작스럽게 사망함에 따라 당시 사건은 공소기각 결정이 내려지고 제1심판결의 효력이 상실되었음.

그러나 특별법의 취지는 재심 청구인이 사면을 받았거나 형이 실효(失効)된 경우라 하더라도 종국적(終局的) 실체판결(實體判決)을 통해 5·18민주화운동 관련자들의 명예를 실질적으로 회복하는데 있음.

따라서 5·18민주화운동과 관련된 행위 또는 헌정질서 파괴범죄행위를 저

1) 2013. 4. 17.자 연합뉴스 기사 “김동철 의원, 5·18 명예회복 관련 ‘박관현 법’ 발의”
<http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=100&oid=001&aid=0006209656> 참조.

지하거나 반대한 행위로 하급심에서 유죄판결을 받고 항소심 또는 상고심에서 피고인이 사망하여 공소기각된 경우에도 특별재심을 청구할 수 있도록 하고자 함(5·18민주화운동 등에 관한 특별법 제4조 제1항).

5·18민주화운동 등에 관한 특별법 일부개정법률안

5·18민주화운동 등에 관한 특별법 일부를 다음과 같이 개정한다.

제4조 제1항 중 “확정판결”을 “확정판결(하급심에서 유죄판결을 받고 항소심 또는 상고심에서 피고인이 사망하여 공소기각된 경우를 포함한다. 이 경우 유족이 재심을 청구할 수 있다)”로 한다.

위와 같은 개정법률안에 비추어, ‘확정판결’에는 공소기각으로 종결된 재판²⁾이 포함되지 아니함을 알 수 있다. 제1심(내지 제2심)법원에서 유죄의 판결이 선고되었다가 상소심에서 공소기각의 결정을 하고, 그 공소기각 결정이 확정된 경우에 제1심(내지 제2심)판결은 당연히 그 효력을 상실하는 바, 형사소송법상 재심청구의 대상이 되는 판결은 유죄의 확정판결과 항소 또는 상고의 기각판결³⁾에 한하는 것이다(광주지방법원 2013. 2. 21.자 2011 재고합50 결정).

- 2) 판례는 부적법한 상소와 적법한 상소를 모두 기각할 경우 함께 ‘판결’로 상소를 기각함. **대법원 1998. 3. 27. 선고 98도253 판결**(피고인의 부적법한 상고와 검사의 적법한 상고를 기각 ⇒ “피고인의 상고는 결정으로 기각할 것이나, 검사의 상고를 판결로 기각하는 마당에 함께 판결로 기각하기로 하여”); **대법원 1991. 5. 28. 선고 91도371 판결**(피고인 A는 부적법한 상고, 피고인 B는 이유 있는 상고, 피고인 C는 적법하나 이유 없는 상고 ⇒ 피고인 A, C의 상고를 모두 판결로 기각함).
- 3) 항소 또는 상고의 기각판결에 대하여는 형소법 제421조 제1항에서 “항소 또는 상고의 기각 판결에 대하여는 전조 제1호, 제2호, 제7호의 사유있는 경우에 한하여 그 선고를 받은 자의 이익을 위하여 재심을 청구할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 즉 ‘1. 원판결의 증거된 서류 또는 증거물이 확정판결에 의하여 위조 또는 변조인 것이 증명된 때’, ‘2. 원판결의 증거된 증인, 감정, 통역 또는 번역이 확정판결에 의하여 허위인 것이 증명된 때’, ‘7. 원판결, 전심판결 또는 그 판결의 기초 된 조사에 관여한 법관, 공소의 제기 또는 그 공소의 기초된 수사에 관여한 검사나 사법경찰관이 그 직무에 관한 죄를 범한 것이 확정판결에 의하여 증명된 때. 단 원판결의 선고 전에 법관, 검사 또는 사법경찰관에 대하여 공소의 제기가 있는 경우에는 원판결의 법원이 그 사유를 알지 못한 때에 한한다’에 대상이 될 수 있다(제420조 제1호, 제2호, 제7호).

○ 공소기각결정 등 유죄의 확정판결 이외의 재판에 대한 재심 허용은 대한민국의 헌법상 무죄추정의 원칙에 반할 수 있다.

대한민국 헌법 제27조 제4항은 “형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다.”, 형소법 제275조의2는 “피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다.”라고 규정하고 있다.

이는 국가의 형벌작용의 필연적인 기속원리인바, 유죄의 확정판결이 있기도 전에 유죄로 취급되어 부당한 처우를 받는 상황이 허용되는 경우에는 ‘인간의 존엄성’은 찾을 길이 없게 되기 때문이다.⁴⁾

즉 유죄판결이 확정되지 아니하였다면 무죄로 추정되는 것이다. 여기서의 유죄판결은 실형의 판결은 물론, 형의 면제, 선고유예, 집행유예 판결도 포함되지만, 실체적인 문제에 대한 판단이 없는 형식재판이나 상소에 의하여 확정력이 차단된 하급심 유죄판결은 포함되지 아니한다. 형식재판으로는 면소판결, 공소기각판결, 공소기각결정 등이 포함된다.

따라서 제1심에서 받은 유죄판결에 항소하여 다투던 도중 사망함으로써 공소기각결정이 이루어져 유죄판결의 효력이 상실되었음에도, 재심을 통하여 무죄판결을 받아 명예를 회복하고자 하는 것은 사실상의 이익에 불과한 것이다.

○ 형사보상청구 등에 의하여 간접적으로 무죄 판단을 받아 명예회복할 수 있는 구제수단이 있다.

형사보상 및 명예회복에 관한 법률(2011. 5. 23. 법률 제10698호로 전부 개정된 것. 이하 ‘형사보상법’)은 형사소송 절차에서 무죄재판 등을 받은 자에 대한 형사보상 및 명예회복을 위한 방법과 절차 등을 규정함으로써 무죄재판 등을 받은 자에 대한 정당한 보상과 실질적 명예회복에 이바지함

4) 허영, 한국헌법론, 박영사(2012), 374~375; 헌법재판소 1990. 11. 19. 선고 90헌가48 결정(공소의 제기가 있는 피고인이라도 유죄의 확정판결이 있기까지는 원칙적으로 죄가 없는 자에 준하여 취급하여야 하고, 불이익을 입혀서는 안된다고 할 것으로 가사 그 불이익을 입힌다 하여도 필요한 최소한도에 그치도록 비례의 원칙이 존중되어야 하는 것이 대한민국 헌법 제27조 제4항의 무죄추정의 원칙이며, 여기의 불이익에는 형사절차상의 처분뿐만 아니라 그 밖의 기본권제한과 같은 처분도 포함된다고 할 것이다).

을 목적으로 하고 있다(제1조).

형사보상법 제2조는 “형사소송법에 따른 일반 절차 또는 재심(再審)이나 비상상고(非常上告) 절차에서 무죄재판을 받아 확정된 사건의 피고인이 미결구금(未決拘禁)을 당하였을 때에는 이 법에 따라 국가에 대하여 그 구금에 대한 보상을 청구할 수 있다.”(제1항), “상소권회복에 의한 상소, 재심 또는 비상상고의 절차에서 무죄재판을 받아 확정된 사건의 피고인이 원판결(原判決)에 의하여 구금되거나 형 집행을 받았을 때에는 구금 또는 형의 집행에 대한 보상을 청구할 수 있다.”(제2항)라고 규정하고 있다.

형사보상법 제26조 제1항은 “다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에도 국가에 대하여 구금에 대한 보상을 청구할 수 있다.”라고 규정하면서, 제1호에서 “형사소송법에 따라 면소(免訴) 또는 공소기각(公訴棄却)의 재판을 받아 확정된 피고인이 면소 또는 공소기각의 재판을 할 만한 사유가 없었더라면 무죄재판을 받을 만한 현저한 사유가 있었을 경우”를 규정하고 있다.

형사보상법 제26조 제2항은 “제1항에 따른 보상에 대하여는 무죄재판을 받아 확정된 사건의 피고인에 대한 보상에 관한 규정을 준용한다. 보상결정의 공시에 대하여도 또한 같다.”라고 규정하고 있고, 형사보상법 제25조 제1항은 “법원은 **보상결정이 확정되었을 때에는 2주일 내에 보상결정의 요지를 관보에 게재하여 공시**하여야 한다. 이 경우 보상결정을 받은 자의 신청이 있을 때에는 그 결정의 요지를 신청인이 선택하는 두 종류 이상의 일간신문에 각각 한 번씩 공시하여야 하며 그 공시는 신청일부터 30일 이내에 하여야 한다.”라고 규정하고 있다.

명예회복과 관련하여서도 형사보상법 제30조는 “무죄재판을 받아 확정된 사건(이하 ‘무죄재판사건’이라 한다)의 피고인은 무죄재판이 확정된 때부터 3년 이내에 확정된 무죄재판사건의 재판서(이하 ‘무죄재판서’라 한다)를 법무부 인터넷 홈페이지에 게재하도록 해당 사건을 기소한 검사가 소속된 지방검찰청(지방검찰청 지청을 포함한다)에 청구할 수 있다.”라고 규정하고 있고, 형사보상법 제34조 제1항은 “형사보상법 제26조 제1항 각 호의 경우

에 해당하는 자는 확정된 사건의 재판서를 게재하도록 청구할 수 있다.”라고 규정하고 있다.⁵⁾

따라서 피고인이 공소기각결정되기 이전에 미결구금되었다면, 형사보상법상의 요건이 충족될 경우 형사보상을 청구할 수 있을 뿐만 아니라, 그러한 형사보상결정의 요지를 일간지에 공시하거나 법무부 인터넷 홈페이지에 게재하도록 청구할 수 있다.

즉 형사보상절차에 의하여도 간접적으로 명예회복이 이루어질 수 있다.

○ 유죄의 확정판결 이외의 재판도 재심대상이 되는 것으로 입법개정이 된다면, 그 후 청구 가능하다.

현재 ‘박관현 법’이 추진 중이어서 ‘박관현 법’이 제정된다면, 형소법에 같은 규정이 없더라도 이 사건에 대하여도 ‘박관현 법’이 유추적용될 수 있을지는 분명하지 아니하나,⁶⁾ 형소법 자체의 법개정이 이루어지면 이 사건이 기각되더라도 피고인 2의 유족이 재심을 다시 청구하는데 지장이 없을 것이다.

2) 허용설

○ 이익재심으로서 허용되어야 한다.

재심청구는 피고인의 이익을 위해서 청구할 수 있고, 피고인의 불이익을 위해서는 청구할 수 없다. 입법주의 중 프랑스주의를 채택하고 있다.

피고인의 이익을 관철하려면, 유죄의 확정판결 이외의 재판(가령 공소기각결정 등)에 대하여도 허용되어야 한다. 형사소송법 제420조에서 재심의

5) 형사보상법 부칙 제5조(명예회복제도에 관한 적용례)는 “제30조부터 제35조까지의 개정규정은 이 법 시행 후 최초로 확정된 무죄, 면소, 공소기각 및 청구기각의 재판부터 적용한다.”라고 규정하고 있으므로, 피고인 2도 적용받을 수 있다고 보여진다.

6) 견해대립이 있을 것이지만, 형사소송법은 절차법이므로 형법과는 달리 피고인에게 유리한 유추해석은 가능할 수 있다는 입론도 가능할 것이다. 대법원 2003. 11. 11.자 2003도402 결정(피의자에 대한 변호인의 접견교통권 인정)은 형사소송법상 명문의 근거가 없는 상태에서 헌법적 해석과 형사소송법의 접견교통권 조항의 “유추해석”을 통하여 이를 인정하였다는 점에서 사법적극주의에 기반 법해석론으로서 이와 같이 입법적 흠결을 해석에 의하여 보충하는 해석론도 일반적으로 받아들여지는 것이다[오영준, “변호인의 피의자신문참여권에 관한 검사의 법령 해석의 오류와 국가배상책임의 성부 자유와 책임 그리고 동행”: 안대희 대법관 재임기념, 사법발전재단(2012), 586].

대상을 유죄의 확정판결로 규정하고 있는 것도 어디까지나 그에 대하여 통상적인 불복절차를 통하여는 더 이상 다룰 수 없다는 점에 근거하는 것이다.

○ 무죄판결을 선고받지 못한다면, 이 사건 피고인은 사실상 유죄로 추정된다.

피고인이 제1심에서 유죄판결을 선고받아 항소 후 다시 유죄판결을 받아 상고하였으나, 상고심 계속 중 사망하여 상고심에서 공소기각결정을 하였을 경우, 일반인들에게 피고인은 유죄인 것으로 각인되지 무죄로 각인되지는 아니한다.⁷⁾

○ 형사보상청구는 ‘미결구금’이 전제되어야 한다. 전혀 구금되지 아니하였던 자에 대하여는 의미없는 제도이다.

모든 피고인이 구속되는 것은 아니다. 불구속 재판이 원칙이므로 전혀 구금상태에 있지 아니하던 피고인이 사망에 이르러 실체판단 없이 재판이 종국되는 경우도 있을 수 있다.

이처럼 미결구금 없이 재판을 받던 도중 사망에 이르게 되었다면, 형사보상법이 적용될 수 없고, 이러한 피고인은 여전히 명예회복의 사각지대에 남겨지게 된다.

○ 구금되었던 자도 형사보상제도에 의한 권리구제 가능성이 명백하지 아니할 수 있다.

구금되었던 피고인이라고 하더라도 형사보상 청구기간, 청구권자, 명예회복 가능성 여부에 관하여 명백하지 않은 점이 존재한다.

○ 무죄추정의 원칙은 재심에 의한 구제 없이는 공허한 표구에 불과하다.

7) 홍성기(아주대 교수/철학박사), 2013. 5. 16.자 Daily NK ‘무죄추정 원칙과 인권감수성은 선별적인가’ (필자는 지금 한국 사회를 분노와 수치의 소용돌이로 몰아넣고 있는 ‘윤○○ 사건’에 대하여 아는 바가 별로 없다. 따라서 훨씬 더 정확하고 많은 정보를 갖고 있는 ‘청와대 관계자’나 언론인들, 그리고 무엇보다도 당사자들이 볼 때 필자는 분명 이런 글을 쓸 능력도 자격도 없다고 보일 것이다. 그럼에도 불구하고 이 글을 지금의 시점에 쓰지 않는다면 필자는 앞으로 어떤 글도 공개적으로 쓸 수 없을 것이라는 공포감에서 키보드를 잡지 않을 수 없다. 그것은 이른바 ‘무죄 추정의 원칙’의 의미에 대한 것이다. 피의자가 최종적으로 유죄 판결을 받기 전에는 일단 무죄라는 가정에서 출발해야 한다는 것을 모르는 사람은 없다. 그럼에도 불구하고 이 원칙을 적용해야 하는 상황이 얼마나 착잡할 수 있는가를 우리 사회는 모르고 있는 것 같다.) <http://www.dailynk.com/korean/read.php?catId=nk04120&num=99907> 참조.

법현실에서 무죄추정의 원칙이 얼마만큼 의미가 있는 것인지는 회의적이다. 현실적으로는 구금되면서부터(더 나아가서는 수사선상에 오르면서부터) 무죄추정의 원칙은 깨어진다.

다. 관련 판례

□ 대법원 1986. 10. 29. 자 86모38 결정【재심청구기각결정에대한재항고】

형사소송법상 재심청구는 유죄의 확정판결에 대하여서만 할 수 있고 결정에 대하여는 재심청구가 허용되지 않는 것이다. **재정신청기각결정**에 대하여 재심청구를 하였음이 명백한 이 사건에 있어 원심이 같은 취지에서 이 사건 재심청구가 부적법하다고 판단한 조치는 지극히 정당하고 여기에 무슨 법령위반의 허물이 있을 수 없다.

□ 대법원 1991. 10. 29. 자 91재도2 결정【정식재판청구권회복청구기각결정에 대한재심】

재항고기각결정은 유죄의 확정판결이 아님은 물론 이로 인하여 유죄의 판결이 확정되는 것도 아니어서 재심청구의 대상이 되지 아니한다.

□ 대법원 2004. 2. 13. 자 2003모464 결정【재심청구기각에대한재항고】

[1] 형사소송법 제420조, 제421조가 유죄의 확정판결 또는 유죄판결에 대한 항소 또는 상고의 기각판결에 대하여만 재심을 청구할 수 있도록 규정하고 있는 이상, **항소심에서 파기되어버린 제1심판결에 대해서는 재심을 청구할 수 없는 것이므로**, 위 제1심판결을 대상으로 하는 재심청구는 법률상의 방식에 위반하는 것으로 보지 않을 수 없다.

[2] 원심이 항소심에서 파기된 제1심판결을 대상으로 하는 재심청구가 법률상의 방식에 위반한 경우에 해당함에도 형사소송법 제433조에 따라 재심청구를 기각하지 아니하고 재심청구의 사유가 없다는 이유를 들어 같은 법 제434조 제1항에 따라 재심청구기각결정을 하였더라도 모두 재심청구를 기각한다는 결정을 하는 점에서 주문의 내용에 차이가 없다는 등의 이유로 위와 같은 원심결정의 위법이 재판에 영향을 끼치지 아니하였다고 한 사례.

□ 대법원 1997. 8. 22. 선고 97도1211 판결【미성년자의제강제추행치상】

피고인을 위한 상소는 피고인에게 불이익한 재판을 시정하여 이익된 재판을 청구함을 그 본질로 하는 것이므로 피고인은 재판이 자기에게 불이익하지 아니하면 이에 대한 상소권이 없다고 할 것인바, 공소기각의 판결이 있으면 피고인은 유죄판결의 위험으로부터 벗어나는 것이므로 그 판결은 피고인에게 불이익한 재판이라고 할 수 없고(대법원 1987. 6. 9. 선고 87도941 판결, 1988. 11. 8. 선고 85도1675 판결 각 참조), 따라서 피고인의 상고는 부적법하여 받아들일 수 없다.

라. 소결

○ 법문의 한계를 벗어나기는 어렵다고 사료된다.

법문상 ‘유죄의 확정판결’을 대상으로 하고 있음이 분명하다. 재판의 형식은 판결과 결정으로 나뉘고, 판결은 다시 유죄판결과 무죄판결로 나뉘며, 유죄판결도 확정판결과 미확정판결로 나뉜다.

재판의 효력이 발생하기 위하여는 재판의 확정이 전제되어야 하는데, 피고인 2에 대하여는 재심대상판결이 확정되지 아니하였고, 특히 공소기각결정으로 그 판결의 효력조차 상실되었으므로, 결국 피고인 2에 대하여는 유죄의 ‘확정판결’이 존재하지 않게 된다.

따라서 피고인 2에 대한 재심개시결정은 위법하다.

○ 따라서 피고인 2에 대하여 서울고등법원 82노325 판결은 재심의 대상이 될 수 없다.

그러나 재심개시결정이 확정되어 형식적 확정력이 발생한 이상 재심개시결정을 취소할 수는 없다.⁸⁾

2. 재심심판절차에서의 심리

가. 문제의 소재

○ 이 사건에서 문제는, 재심의 대상이 될 수 없는 재판(확정되지 아니한 유

8) 즉시항고(형소법 제437조, 제435조)에 의하지 않는 이상 취소될 수 없다.

죄판결 또는 공소기각결정으로 효력을 상실한 유죄판결)에 대하여 재심개시결정을 하였다는 것이다.

형사재심은 재심사유의 존부에 관한 재심개시결정 절차와 그 이후 재심심판절차로 2단계화되어 있다. 확정된 재심개시결정에 대하여는 그 효력을 다룰 수 없다(대법원 2004. 9. 24. 선고 2004도2154 판결⁹⁾).

○ 이 경우 재심심판절차에서 무엇을 어떻게 심리하여야 하는 것인지 문제 된다.

재심개시결정에서의 재심대상이 될 수 없는 재판에 대하여 재심개시결정을 하였을 경우, 재심심판의 대상이 있다고 볼 것인지 문제 된다. 또한 재심심판절차에서 재심개시결정에서의 판단과 달리 심판할 수 있는지 여부도 문제 된다. 즉 피고인의 사망에 따라 공소기각결정으로 사건이 종국되었음에도 재심개시결정을 하였다면, 재심심판절차에서 소송조건 흠결(당사자의 사망)을 심리할 수 있는 것인지, 아니면 이를 제외하고 심리하여야 하는 것인지 문제 된다.

이에 관하여는 크게 3가지 입론이 가능할 수 있다. ❶ 재심개시결정에 하자가 있는 이상 재심심판의 대상은 無라고 보아야 한다는 견해, (無가 아니라는 전제에서) ❷ 재심개시결정에 의하여 그 심급에 따라 처음부터 다시 심판을 하여야 한다는 견해, ❸ 재심개시결정의 취지를 존중하여, 무죄판결이 가능하다면 무죄를 선고하는 것도 가능하다는 견해로 나뉠 수 있다.

나. 견해대립의 상정

1) 재심심판의 대상은 ‘無’라고 보아야 한다는 견해

가) 논거

○ 원래 재심대상이 될 수 없는 재판에 대하여 재심개시결정이 이루어져

9) 2004도2154 판결(재심개시결정에 대하여는 형사소송법 제437조에 규정되어 있는 즉시항고에 의하여 불복할 수 있고, 이러한 불복이 없이 확정된 재심개시결정의 효력에 대하여는 더 이상 다룰 수 없으므로, 설령 재심개시결정이 부당하더라도 이미 확정되었다면 법원은 더 이상 재심사유의 존부에 대하여 살펴볼 필요 없이 형사소송법 제436조의 경우가 아닌 한 그 심급에 따라 다시 심판을 하여야 한다).

재심개시결정 자체에 하자가 있는 이상, 재심심판은 원래부터 불가능하였던 것이기 때문에, **재심대상판결은 존재하지 않는 것, 즉 ‘無’로 보아야 한다.**

즉 재심대상은 ‘유죄의 확정판결’이어야 하는데, 상고가 제기된 제2심의 유죄판결이나 상고심의 공소기각결정으로 효력이 상실된 유죄판결은 역사적 사실에 불과한 것일 뿐, 이에 해당하지 아니하므로, 결국 재심대상이 ‘無’인 것과 같다. 제2심에서 유죄판결이 선고되었다고 하더라도 상고심에서의 재판 중 사망에 의하여 공소기각결정이 내려졌다면, 제2심의 유죄판결은 실효되고 없는 것이어서, 결국 실체판단은 존재하지 않으므로 사실관계에 관하여는 심리가 없었던 것으로 된다.¹⁰⁾

○ 따라서 이는 **정식재판청구된 약식명령에 대하여, 정식재판절차에 의하여 확정된 판결이 있음에도 약식명령을 재심대상판결로 한 경우와 마찬가지로 보아야 한다.**

대법원 2013. 4. 11. 선고 2011도10626 판결은 “형사소송법 제420조 본문은 재심은 유죄의 확정판결에 대하여 그 선고를 받은 자의 이익을 위하여 청구할 수 있도록 하고, 같은 법 제456조는 약식명령은 정식재판의 청구에 의한 판결이 있는 때에는 그 효력을 잃도록 규정하고 있다. 위 각 규정에 의하면, 약식명령에 대하여 정식재판청구가 이루어지고 그 후 진행된 정식재판 절차에서 유죄판결이 선고되어 확정된 경우, 재심사유가 존재한다고 주장하는 피고인 등은 효력을 잃은 약식명령이 아니라 유죄의 확정판결을 대상으로 재심을 청구하여야 한다. 그런데도 피고인 등이 약식명령에 대하여 재심의 청구를 한 경우, (중략) 법원이 심리한 결과 재심청구의 대상이 약식명령이라고 판단하여 그 약식명령을 대상으로 재심개시결정을 한 후 이에 대하여 검사나 피고인 등이 모두 불복하지 아니함으로써 그 결정이 확정된 때에는, 그 재심개시결정에 의하여 재심이 개시된 대상은 약식명령으로 확정되고, 그 재심개시결정에 따라 재심절차를 진행하는 법원이 재심이 개시된 대상을 유죄의 확정판결로 변경할 수는 없다. 이 경우 그 재심개시결정은 이미 효력을 상실하여 재심을 개시할 수 없는 약식명령을 대상으로 한 것이므로, 그 재심개시결정에 따라 재심절차를 진행하는 법원으로서 심판의 대상이 없어 아무런 재판을 할 수 없다 (대법원 1997. 7. 22. 선고 96도2153 판결 등 참조).”라고 하였다.

10) 제2심의 유죄판결이 확정되지 않으므로, 재판의 확정을 전제로 발생하는 형식적 확정력과 내용적 확정력이 발생할 여지가 없음. 신동운, 신형사소송법, 법문사(2011), 1287.

형소법 제456조는 “약식명령은 정식재판의 청구에 의한 판결이 있는 때에는 그 효력을 잃는다.”고 규정하고 있고, 여기서 ‘정식재판의 청구에 의한 판결’의 의미는 판결이 확정된 때로 보아야 한다.¹¹⁾

마찬가지로 재심개시결정의 대상이 될 수 없는 원심판결을 대상으로 하였다면 법원으로서 심판의 대상이 없는 것이므로 아무런 재심심판을 할 수 없다고 보아야 한다. 결국 재심대상이 없음에도 무죄판결을 선고한 원심판결을 파기하는 것으로 족하고, 더 나아가 판단을 할 필요가 없다.

심판 가능하다고 볼 경우 피고인에게 불이익한 결론에 이를 수도 있다.

즉 실종선고에 의하여 사망간주되어 공소기각결정되었으나 그 후 피고인의 생존사실이 확인되어 실종선고가 취소되고 피고인이 재심청구를 하여 공소기각결정에 대한 재심개시결정이 확정된 경우, 만약 심판이 가능하다고 보면 재판부가 유죄의 심증에 이를 경우 이번에는 유죄판결을 해야 한다는 결론에 이를 것인데, 이는 형사소송법이 예정한 이익재심 취지에 반하는 것이다.

나) 비판

○ 정식재판이 청구되어 판결이 선고될 경우 그 효력을 상실하는 약식명령과 달리, 공소기각결정은 통상적으로 원심판결을 파기하지 아니하는 종국재판이다.¹²⁾ 즉 상고심 계속 중 피고인이 사망하여 공소기각결정을 하더라도 원심판결(제2심 유죄판결)은 파기되지 아니하고 존재한다고 볼 수 있다.

즉 약식명령은 규범적으로 ‘無’라고 평가할 수 있음에 반하여, 파기되지 아니한 원심판결을 규범적으로 ‘無’라고 단정하기는 곤란하다.

따라서 2011도10626 판결의 논리를 그대로 차용하기는 어렵다(재반론 가능).¹³⁾

11) 신동운(주 10), 1519(반대견해로 ‘판결이 선고된 때’라고 보는 견해도 있다).

12) 피고인이 상고 제기 후 사망한 경우, 형사소송법 제382조 법문상 그 판단의 법적 성질은 결정이며, 원심파기의 주문이 필요 없다. 그와 같은 판시례로 대법원 2004. 10. 28. 선고 2004도4437 판결, 대법원 2005. 7. 8. 선고 2004도6686 판결 등이 있다.

13) [재반론] 물론 약식명령에 대한 정식재판의 경우에도 약식명령을 파기한다는 주문을 따로 내지 않는다는 점에서 제2심 유죄판결에 대한 상고심 공소기각결정에서 제2심 유죄판결을 파기한다는 주문을 따로 내지 않는다는 것과 동일한 구조라는 재반론이 가능하다. 이 사건에서도 공소기각결정의

○ 피고인에게 불이익한 결론은 형소법 제439조(불이익변경 금지)에 의해 제
어 가능하다.

2) 심급에 따라 심판하면 된다는 견해

가) 논거

○ 형소법 제438조(재심의 심판) 제1항은 “재심개시의 결정이 확정된 사건
에 대하여는 제436조의 경우 외에는 법원은 그 심급에 따라 다시 심판을 하
여야 한다.”라고 규정하고 있다.

여기서 ‘심급에 따라’라는 의미는, 제1심의 확정판결에 대한 재심의 경우
에는 제1심의 공판절차에 따라, 항소심에서 파기자판된 확정판결에 대하여
는 항소심절차에 따라, 그리고 항소기각 또는 상고기각의 확정판결에 대해
서는 항소심 또는 상고심의 절차에 따라서 각각 심판하는 것을 의미한
다.¹⁴⁾

‘다시 심판한다’라는 의미는 원판결의 당부를 심리하는 것이 아니라 원
판결과는 별도로 피고사건을 처음부터 새로이 심판하는 것을 의미하는바,
재심심판절차에 적용할 실체법령은 행위시법주의, 절차법규는 재판시법주
의에 의한다.¹⁵⁾

재심심판절차에서 다시 심리한 결과 원판결과 동일한 결론에 이르는 상
황도 배제할 수는 없다.¹⁶⁾ 따라서 재심심판절차에서 다시 심리한 결과 원
판결 당시 존재하던 소송조건 흠결이 그대로 존재하고 있다면, 그 흠결을
이유로 형식재판으로 나아가야 할 것이다.

○ 재심개시결정에서 심리하는 대상은 재심사유의 유무가 주된 것이지

주문은 ‘공소를 기각한다’일 뿐 원심판결 파기 여부는 결정문에 전혀 나타나지 아니한다.

14) 신동운(주 10), 1488.

15) 신동운(주 10), 1488~1489.

16) 대법원 1965. 3. 2. 선고 64도690 판결[확정판결로 선고된 무기징역의 형이 특별감형으로 20년
의 유기징역으로 감경된 경우에는 선고된 형 그 자체가 변경되는 것이 아니라 감경된 형기
에 따라 형이 집행될 뿐이므로 그 후 재심소송절차에서 다시 무기징역형을 선고하였다 하더
라도 이미 확정판결에 대하여 이루어진 특별감형의 효과와 이미 집행한 형집행의 효과에는
아무 영향을 미칠 수 없고 새로이 선고된 무기징역형에 대하여도 위의 효과가 여전히 미치
는 것으로 해석함이 정당하므로 원판결에 구 헌법(1962. 12. 26. 개정헌법) 제11조 제1항에
위배된 위법이 있다 할 수 없다] ㉠ 재심 전, 후 모두 무기징역형이 선고되었다.

소송조건의 존부까지 심리의 대상이 된다고 볼 것은 아니고, **재심개시결정의 내용이 재심심판절차에 기속력을 갖는 것도 아니다.**

소송조건은 전체로서의 소송의 허용조건으로 정의되고 있는바, 소송의 허용조건과 관련된 사정이 우선적으로 판단되어야 한다는 것은 당연한 것으로, 소송의 허용성(Zulässigkeit)이 소송의 이유유무(Begründetheit)보다 선행한다는 것은 논리적인 추론이다.¹⁷⁾ 일본 통설도 소송조건을 실체심판조건으로 이해한다.¹⁸⁾ 재심은 2단계 구조로 되어 있으므로, 재심개시결정의 전제가 된 판단에 관하여 재심심판절차에서 구속될 이유가 없다. 따라서 일단 재심심판을 하되, 소송조건이 흠결되어 있다면 이를 이유로 형식재판을 하면 충분할 것이다. 즉 피고인이 사망하였다면 형소법 제328조 제1항 제2호에 따라 공소기각결정을 하면 족한 것이다.¹⁹⁾

나) 비판

○ **재심대상으로 삼은 원판결이 선고될 때까지는 소송조건은 구비되어 있었기 때문에, 재심대상판결에 소송조건이 흠결되어 있었다고 단정하기 어렵다.**

피고인 2의 사망은 원판결 선고 후 상고심 계속 중에 발생한 것일뿐, 피고인 2는 원판결 선고 시까지는 살아 있었기 때문에, 재심대상인 원판결과 관련하여서는 소송조건 흠결이 없었다고 보아야 한다. 따라서 실체판결이 가능하다고 할 수 있다.

17) 조기영, “소송조건에 관한 연구”: 소송조건의 개념과 기능, 서울대 박사학위논문(2006), 132.

18) 조기영(주 17), 48; 大コメンタル刑事訴訟法 第二版, 第8卷, 青林書院(2011), 259~260. 일본 유력설(松尾浩也, 鈴木茂嗣, 田宮裕)은 무죄판결설을 취하고 있다. 일본 형소법 제340조(공소 취소에 의한 공소기각과 재기소의 요건) 위반 시, 미성년자임이 밝혀진 때, 고소기간 도과된 때 등에 무죄판결이 우선할 수 있다고 본다.

19) 형소법 제424조 제4호 “유죄의 선고를 받은 자가 사망하거나 심신장애가 있는 경우에는 그 배우자, 직계친족 또는 형제자매”에서 ‘유죄의 선고’는 ‘유죄의 확정판결의 선고’를 의미한다고 보아야 함(주석 형사소송법 IV, 2009, 449~450). 즉 유죄판결이 확정된 이후 사망하거나 심신장애가 있는 경우를 의미함. 반대해석상 유죄판결이 확정되기 이전에 사망하였다면 재심개시요건이 불비될 뿐만 아니라, 설사 재심개시결정이 확정되었다고 하더라도 소송조건이 불비되어 있는 것으로 보아야 함; 제438조 제2항 제2호에서 “유죄의 선고를 받은 자가 재심의 판결 전에 사망하거나 회복할 수 없는 심신장애자로 된 때” 형소법 제306조 제1항(공판절차의 정지), 제328조 제1항 제2호(공소기각결정)를 적용하지 않는다고 규정한 것은, 유죄의 확정판결 시까지 피고인이 생존하여 있어야 함이 당연히 전제되어 있음.

○ 이익재심이 원칙이고, 피고인은 실체판단을 받기 위하여 재심청구를 한 것이므로, **재심개시결정에서 인정한 것보다 피고인에게 불리하게 판단할 수는 없다는** 비판이 가능하다.

물론 이에 대하여, 무죄추정의 원칙과 관련하여 소송조건에 관한 판단으로 형식재판을 하는 것이 왜 피고인에게 불리한 것이냐, 즉 “위와 같은 비판은 ‘무죄추정의 원칙’이 명목뿐이라는 전제에서만 가능한 것 아니냐”라는 재반론이 가능하다.

○ 민사소송에 있어 언제나 형식재판이 우선하는 것은 아니고 분쟁의 종국적·일회적 해결을 위하여는 **소송요건이 구비된 것인지 불분명하더라도 실체판결을 할 수 있다는 견해**²⁰⁾도 있는바, 형사소송에 있어서도 이를 경청할 필요가 있다.

가령 권리보호의 이익과 같은 부진정 소송요건의 경우 그 흠결이 명백하지 아니한 상황에서 청구에 이유 없음이 명백할 경우 청구기각이 가능한 것처럼, 당사자의 생존이라는 소송조건 흠결이 명백하더라도 공소사실 자체가 인정될 수 없음이 명백하다면 무죄의 실체판결도 가능할 것이다.

3) 심급에 따라 심판하면 되지만, 무죄판결이 명백하다면 무죄판결도 가능하다는 견해

가) 논거

○ 제1, 2심 유죄판결 선고 후 상고심 계속 중 사망하였다면, 피고인은 **실질적으로 유죄로 낙인될 개연성 높다**.

상고심 계속 중 사망하여 공소기각결정이 되었다고 하더라도, 제1, 2심에서 모두 유죄판결을 선고받았다면, 설사 제2심의 유죄판결이 상고에 의하여 확정력이 차단되었다고 하더라도, 실질적으로 최종적인 판결은 제2심의 유죄판결로 보아야 한다. 피고인이 제2심 유죄판결을 선고받고 상고하지 않아 확정된 후 사망한 것과 규범적·실질적으로 아무런 차이점이 없기

20) 오정후, “권리보호이익의 소송상 취급에 관한 연구”, 서울대 석사학위논문(1996), 52 도표 참조. 가령 권리보호이익을 부진정 소송요건으로 취급하면, 그 흠결 시 실체판결을 하든 형식재판을 하든 큰 문제가 되지 않게 됨.

때문이다.

○ 형식재판이 언제나 실체판결보다 우선한다고 볼 수는 없다.²¹⁾

“대법원은 무죄판결을 할 수 있음에도 불구하고 공소기각의 판결을 해야 하는 이유를 밝히고 있지는 않지만, 통설과 마찬가지로 소송조건은 소송의 허용조건 또는 실체심리의 조건이라는 점에 근거를 두고 공소기각 판결을 무죄판결에 우선시키고 있는 것으로 보인다. 하지만 대법원의 이러한 입장은 소송조건 개념론에는 충실할 수는 있어도, 피고인의 무죄판결을 받을 이익의 보호 및 국가의 사법보장의무 이행이라는 측면에서 비판의 여지가 없지 않다.”²²⁾ 실체판결이 가능한 상태로 소송이 성숙되어 있음에도 굳이 재판을 피할 필요가 없는 것이다. 이는 소송경제에 오히려 역행하는 것이다. 독일의 판례와 통설도 소송조건을 소송의 허용조건으로 이해하고 있으며 소송조건 함결에 대한 판단이 실체판단보다 논리적으로 앞서는 것으로 보고 있지만, 무죄판결의 재사회화적 효과,²³⁾ 국가의 사법조장의무의 우선성²⁴⁾ 등을 이유로 예외적으로 무죄판결을 형식재판에 우선시키고 있다.²⁵⁾²⁶⁾

21) 박길성, “형사재판에서 형식재판우선의 원칙은 언제나 타당한가?”, 대법원 2002. 7. 12. 선고 2001도6777 판결을 중심으로, 저스티스 126호(2011. 10.), 206 이하; 심희기, “강간·강제추행죄의 고소와 시스템 중시 사고” -대상판결: 대법원 2002. 7. 12. 선고 2001도6777 판결-, 고시연구 30권 1호, 251 이하 참조.

22) 조기영(주 17), 132~133.

23) RGSt 70, 193; BGHSt 13, 268(273); BGHSt 20, 333(335). [조기영(주 17), 133 (주 552)에서 재인용]

24) Löwe-Rosenberg, StPO, Einl. Kap. 11 Rn.54. [조기영(주 17), 133 (주 553)에서 재인용]

25) “이미 피고인이 무죄로 밝혀졌거나 중한 비친고죄의 공소사실은 입증되지 못하고 이와 관련된 경한 친고죄에 대해서는 고소가 없어 종국적으로 기소될 수 없는 경우에는 무죄판결을 선고하여야 한다. 법원이 이러한 원칙에 위반하여 무죄판결을 선고하지 않고 공판절차를 폐지한 경우에는 피고인은 불복할 수 있다. 이 경우에도 고소가 추완될 수 있는 상황이라면, 반드시 공판절차를 폐지하여 기소가 헛되지 않도록 해야 한다.”라는 것이 독일 통설의 입장이라 함. 박길성(주 21), 221~222 참조.

26) 형식재판에 대한 무죄판결 우위의 원칙(Grundsatz des Vorrangs des Freispruchs vor der Einstellung) ☞ RGSt 66, 51; 70, 193; BGHSt 7, 256; BGHSt 46, 131, 136(공소제기가 부적법한 경우에는 무죄판결 우위의 원칙이 적용되지 않는다). Meyer-Goßner, StPO 48. Auflage 2005, §260 Rn 44; KK-Engelhardt, StPO, 4.Aufl. 1999, §260 Rn 50; SK-StPO-Frisch, 2003 vor §296 Rn 150; Roxin, Strafverfahrensrecht, S.388; Beulke, Strafprozeßrecht, S.158. [조기영(주 17), 133 (주 550)에서 재인용] 이 원칙에 따라, 예를 들어, 법원이 심리 중에 공소시효가 완성되었다는 것을 확정하였더라도, 이미 피고인이 무죄라는 확신에 이르게 된 때에는 공소시효를 이유로 형식판결을 하지 않고 무죄판결을 해야 함.

일본에서도 형식재판 우선설이 일반적인 견해이지만,²⁷⁾ 유력설은 무죄판결 우선설을 취하고 있다.²⁸⁾ 우리 대법원도 면소판결에 대한 상소 및 재심의 가능성을 긍정하였다(대법원 2010. 12. 16. 선고 2010도5986 전원합의체 판결²⁹⁾).

따라서 제2심의 유죄판결이 실질적인 종국판결이라면 그 이후 사망의 결과가 발생하여 소송조건 흠결이 발생하였다고 하더라도, 이를 이유로 형식재판을 할 것이 아니라 무죄의 실체판결로 나아갈 수 있다고 보아야 한다.

○ 결과적 가중법에 있어서는 예외적으로 형식재판에 대한 무죄판결 우위의 원칙이 관철된 사례(대법원 2003. 10. 24. 선고 2003도4638 판결)도 있었다.

대법원은 위 2003도4638 판결에서 특정범죄가중처벌등에관한법률상의 업무상과실치상 후 도주사건에 관하여 가중요건인 도주의 점뿐만 아니라

27) 그 근거로는 ① 공소기각사유는 성질상 실체재판을 배척하고, ② 공소기각사유의 존부는 실제로 무죄사유보다 먼저 밝혀지며, ③ 공판의 재판은 공소제기라는 소송행위에 대한 가치판단이므로 이론상 적법·부적법의 판단이 이유 유무의 판단에 우선한다는 근거가 제시된다고 함. 박길성(주 21), 219.

28) 위 ① 근거에 대하여 개개의 공소기각사유의 성질에 따라야 하므로 일괄하여 논할 수는 없다는 비판, ② 근거에 대하여도 예외적인 상황이 있다는 비판, ③ 근거에 대하여도 이론적 바탕이 독일의 소송행위론을 기초로 하나 독일에서는 무죄판단 우선설이 통설이라는 비판을 하는 견해가 있음. 松尾浩也, 刑事訴訟法(下) I, 弘文堂(1972), 162 [박길성(주 21), 219 (주 47)에서 재인용]; 이에 대하여 강간치상죄에 있어 ‘강간’부분과 ‘치상’부분이 모두 인정되지 아니할 경우 무죄판결을 선고해야 한다는 입장으로는, 柴田孝夫 집필 부분, 註釋刑事訴訟法, 立花書房(1998), 469[박길성(주 21), 219 (주 49)에서 재인용].

29) 2010도5986 전원합의체 판결[폐지 또는 실효된 형벌 관련 법령이 당초부터 위헌·무효인 경우 그 법령을 적용하여 공소가 제기된 피고사건에 대하여 법원이 취하여야 할 조치(=무죄의 선고) 및 이 경우 면소를 선고한 판결에 대하여 상소가 가능한지 여부(적극)] ➡ “재심이 개시된 사건에서 범죄사실에 대하여 적용하여야 할 법령은 재심판결 당시의 법령이므로, 법원은 재심대상판결 당시의 법령이 변경된 경우에는 그 범죄사실에 대하여 재심판결 당시의 법령을 적용하여야 하고, 폐지된 경우에는 형사소송법 제326조 제4호를 적용하여 그 범죄사실에 대하여 면소를 선고하는 것이 원칙이다. 그러나 법원은, 형벌에 관한 법령이 헌법재판소의 위헌결정으로 인하여 소급하여 그 효력을 상실하였거나 법원에서 위헌·무효로 선언된 경우, 당해 법령을 적용하여 공소가 제기된 피고사건에 대하여 같은 법 제325조에 따라 무죄를 선고하여야 한다. 나아가 형벌에 관한 법령이 재심판결 당시 폐지되었다 하더라도 그 ‘폐지’가 당초부터 대한민국 헌법에 위배되어 효력이 없는 법령에 대한 것이었다면 같은 법 제325조 전단이 규정하는 ‘범죄로 되지 아니한 때’의 무죄사유에 해당하는 것이지, 같은 법 제326조 제4호의 면소사유에 해당한다고 할 수 없다. 따라서 면소판결에 대하여 무죄판결인 실체판결이 선고되어야 한다고 주장하면서 상고할 수 없는 것이 원칙이지만, 위와 같은 경우에는 이와 달리 면소를 할 수 없고 피고인에게 무죄의 선고를 하여야 하므로 면소를 선고한 판결에 대하여 상고가 가능하다.”]

기본범죄인 업무상과실치상의 점도 유죄로 인정되지 아니하는 경우에는 비록 그 부분에 관하여 소송조건이 흠결되어 있다 하더라도 그 부분에 관하여 공소기각 판결을 선고할 것이 아니라 특정범죄가중처벌등에관한법률위반죄 전부에 대하여 무죄를 선고하여야 한다는 취지로 판시하였다.

○ 재심개시결정 단계에서 피고인의 사망이라는 소극적 소송조건을 묵과한 이상, **재심심판절차 단계에서도 피고인의 사망이라는 소극적 소송조건을 그 심리대상에서 제외하여야 한다.**

재심개시결정을 한 법원에서 공소기각결정을 재심의 대상으로 삼았다면, 이는 재심심판절차에서도 공소기각결정과 관련된 소극적 소송조건은 묵과하라는 취지로 보아야 한다. 재정신청서의 하자에도 불구하고 공소제기결정을 하였을 경우 본안에서 그 잘못을 다룰 수 없는 것과 같은 구조로 볼 수도 있는 것이다(**대법원 2010. 11. 11. 선고 2009도224 판결**³⁰⁾).

○ 그 외 2. 나. 2) 허용설의 논거 원용함.

나) 비판

□ 대법원은 ‘실체판결보다 형식재판이 우선함’을 명백히 하고 있다.

가령 **대법원 2002. 7. 12. 선고 2001도6777 판결**은 “강간치상죄는 강간죄의 결과적 가중범으로서 강간치상의 공소사실 중에는 강간죄의 공소사실도 포함되어 있는 것이어서 강간치상죄로 공소가 제기된 사건에 있어서 그 치상의 점에 관하여 증거가 없더라도 법원으로서 공소장 변경절차 없이 강간의 점에 대하여 심리·판단할 수 있다고 할 것인데, 다만 이 경우에 있어서 공소제기 전에 그 소추요건인 고

30) **2009도224 판결**(법원이 재정신청서에 재정신청을 이유 있게 하는 사유가 기재되어 있지 않음에도 이를 간과한 채 형사소송법 제262조 제2항 제2호 소정의 공소제기결정을 한 관계로 그에 따른 공소가 제기되어 본안사건의 절차가 개시된 후에는, 다른 특별한 사정이 없는 한 이제 그 본안사건에서 위와 같은 잘못을 다룰 수 없다. 그렇지 아니하고 위와 같은 잘못을 본안사건에서 다룰 수 있다고 한다면 이는 재정신청에 대한 결정에 대하여 그것이 기각결정이든 인용결정이든 불복할 수 없도록 한 형사소송법 제262조 제4항의 규정 취지에 위배하여 형사소송절차의 안정성을 해칠 우려가 있기 때문이다. 또한 위와 같은 잘못은 본안사건에서 공소사실 자체에 대하여 무죄, 면소, 공소기각 등을 할 사유에 해당하는지를 살펴 무죄 등의 판결을 함으로써 그 잘못을 바로잡을 수 있다. 뿐만 아니라 본안사건에서 심리한 결과 범죄사실이 유죄로 인정되는 때에는 이를 처벌하는 것이 오히려 형사소송의 이념인 실체적 정의를 구현하는데 보다 충실하다는 점도 고려하여야 한다).

소의 취소가 있었다면, 형사소송법 제327조 제2호에 의하여 공소기각의 판결을 선고하여야 할 것이지 범죄의 증명이 없다고 하여 무죄의 선고를 할 수는 없다고 할 것이다(대법원 1988. 3. 8. 선고 87도2673 판결,³¹⁾ 1999. 4. 15. 선고 96도1922 전원합의체 판결³²⁾ 참조).”라고 하고 있고, 이러한 판례의 태도는 현재까지 유지되어 오고 있다.³³⁾ 형식 재판 우선설을 포기하지 않는 이상, 소송조건 불비가 명확한 사건에서 실체판단으로 나아갈 수는 없는 것이다.

○ 대법원의 역할은 하급심의 법리오해를 바로잡는 것이다.

하급심에서 정의감을 앞세워 법리에 반하는 판단을 하였더라도, 그리고 그와 반대되는 결론이 여론의 질타를 받을 수 있더라도, 법리오해를 바로 잡아 법적 안정성을 견지하는 것이 대법원의 역할이며 존재이유이다.³⁴⁾ 이 익재심이라는 이유만으로 정의관념을 앞세워 피고인의 청구에 응하는 것은, 구체적인 사안에서는 타당성이 있을지 모르나, 다른 사건과 관련하여 생각한다면 형사재판이 확정된 피고인의 법적 지위, 나아가 사법제도 자체의 안정성을 저해할 수 있다.³⁵⁾ 입법론으로서 ‘실체판단설’은 경청할 만

31) 87도2673 판결(강간치상죄는 공소제기가 된 사건에 있어서 그 치상의 점에 관하여 증명이 없더라도 강간의 점에 관하여 증명이 있으면 법원으로서의 강간의 점에 대하여 유죄인정을 할 수 있다 할 것이므로 이 경우에 있어 제1심판결 선고 전에 그 소추요건인 고소의 취소가 있었다면 형사소송법 제327조 제5호에 의하여 공소기각의 판결을 선고하여야 할 것이지 범죄의 증명이 없는 것으로 보아 무죄의 선고를 할 수는 없다).

32) 96도1922 전원합의체 판결((다수의견) 공소제기된 강제추행치상죄가 입증되지 않고 강제추행죄만 입증되는 경우에 법원은 공소장변경절차를 거치지 아니하고 강제추행의 공소사실에 관하여 심리·판단할 수 있고, 그때 그 강제추행죄에 대한 고소를 취소한 사실이 인정되면 공소기각의 판결을 선고하여야 할 것이지 강제추행치상죄의 증명이 없다 하여 무죄의 선고를 할 것은 아니다).

33) 교통사고처리특례법위반에 관한 대법원 2007. 9. 6. 선고 2007도5181 판결(신호위반에 의한 교통사고처리특례법위반으로 공소가 제기된 사안에서, 신호위반사실이 없음이 밝혀지는 한편 종합보험에 가입되어 있어 공소기각의 사유가 존재하는 경우 법원은 공소기각판결을 선고하여야 한다고 한 사례), 대법원 1994. 10. 14. 선고 94도1818 판결(중앙선침범이 인정되지 않은 경우), 대법원 2004. 11. 26. 선고 2004도4693 판결(신호위반이 인정되지 않은 경우) 등, 강간치상죄에서 치상이 인정되지 않았을 경우의 조치에 관한 대법원 1988. 3. 8. 선고 87도2673 판결 등.

34) 헌법재판소 2002. 10. 31. 선고 99헌바40, 50 결정에서 “국민의 여론이나 법의식이 헌법의 인간상 및 근본원리들에 배치되는 한, 사법부는 대한민국 헌법을 수호하여야 하고 기본권을 보호하여야 한다.”라고 한 취지를 되뇌어야 한다.

35) 이용식, “형사재심제도의 한계와 구조에 관한 재조명”, 형사법연구 19권 3호(2007. 9. 31.),

하다.³⁶⁾

독일에서 ‘형식재판에 대한 무죄판결 우위의 원칙’이 인정되는 이유도 입법사적 이유에서 비롯되었다. 1939년 독일 형사소송법 초안이 이 원칙을 확인한 이래 이와 같은 해석이 통설의 지위를 차지하고 있는 것이다.³⁷⁾ 그러나 우리의 입법상황은 그와 같지 않다.

○ 2003도4638 판결은 예외적인 판결로 보아야 할 것이라서, **일반 원칙으로 원용하기에는 적절하지 않다.**

이론의 당부를 떠나, 사법연수원에서도 결과적가중법에 있어 무죄가 인정되지만 소송조건 불비인 경우 형식재판 우선을 원칙으로 교육한다고 한다.³⁸⁾

○ 상소에 있어서도 형식재판에 대하여 실체판결(무죄)을 받기 위한 피고인의 상소는 상소의 이익이 없다고 본다(위 대법원 1984. 11. 27. 선고 84도2106 판결,³⁹⁾ 85도1675 판결, 87도941 판결, 97도1211 판결⁴⁰⁾ 등).

다수설의 입장도 마찬가지라고 할 수 있다. 실체판결을 하려면 전체로서의 소송이 생성·유지되어야 하는데, 소송조건이 결여되어 있다면 처음부

757 “이(주: 재심)를 통해 억울한 피고인이 구제될 수 있고, 인권보장적인 측면에서 재심제도가 의의를 갖는 것도 사실이지만, 이는 어디까지나 형사법상의 실체적 진실 및 형사법적 정의를 실현하기 위해 **예외적으로 판결의 확정력 및 법적 안정성을 깨는 형사사법의 결단**에서 비롯되는 반사적인 결과”

36) 백형구, “형사소송법강의”, 박영사(2001), 192 “피고사건에 관하여 소송조건이 결여된 단계에서 이미 무죄임이 판명되고 또 피고인이 적극적으로 무죄판결을 요구하는 경우에는 예외적으로 무죄판결을 허용하는 것이 **입법론으로 타당하다.**”

37) StPO-Entwurf 1939 §85는 「**판결이 가능한 시점에 피고인의 책임이 없다는 사실관계가 밝혀진 경우에는 소송장요소가 있더라도 법원은 무죄판결을 하여야 한다. 그 시점에 형법상 책임 또는 책임 없음의 문제가 아직 밝혀지지 않아 추가적인 해명이 필요한 경우에만 형식재판을 할 수 있다.**」라고 규정했었다. Löwe-Rosenberg, StPO, Einl. Kap. 11 Rn.54, Anm.10. [조기영(주 17), 133에서 재인용]

38) 배기열, “일죄의 일부가 무죄이고, 그 나머지 부분이 면소나 공소기각 사유에 해당하는 경우의 판결 주문 표시방법”, 사법연수원 논문집 2집(2004), 258 참조[배기열 부장판사는 결과적가중법에 있어서 가중된 부분이 무죄로 인정되는 외에 기본범죄가 유죄인가, 무죄인가 여부에 따라 유죄로 인정될 경우에는 공소기각, 무죄로 인정될 경우에는 무죄로 판단하는 것이 타당하다는 견해를 밝힘. 同旨: 박상기, “강간죄와 강간 고소의 취소”, 법률신문 3105호(2002. 9. 9.자)].

39) 면소판결에 대하여는 실체판결청구권이 없다는 이유로 무죄를 구하는 상소 불허.

40) 공소기각판결에 대하여는 상소의 이익이 없다는 이유로 무죄를 구하는 상소 불허.

터 상소법원은 실체재판에 나아갈 수 없다는 것이 그 이유이다.⁴¹⁾ 상소뿐만 아니라 재심에 있어서도 마찬가지로의 논리 구성이 가능한 것이다.

○ **2010도5986 전원합의체 판결**은 면소사유가 없음에도 면소판결을 한 사안이었다.

위 전원합의체 판결은 법령이 무효이지 폐지된 것이 아니어서 면소사유가 없음에도 법원이 면소판결을 선고한 것이고, 이에 대하여 **예외적으로 상고 및 재심이 허용될 수 있음을 밝힌 것**이다.

○ **2009도224 판결**은 재정신청에 관한 것으로 이 사건 재심과는 다르다.

재정신청에 대한 법원의 결정에 대하여는 원칙적으로 불복이 허용되지 않음⁴²⁾과 달리 재심개시결정에 대하여는 불복이 허용된다.

다. 검토

○ **가. 견해가 타당하다고** 사료된다.

약식명령에 대하여 정식재판을 청구하면 약식명령의 효력이 소멸하는 것처럼(위 **2011도10626 판결**), 원심판결에 대하여 상소하면 상소기각을 조건으로 원심판결의 효력(형식적 확정력 및 내용적 확정력)은 발생하지 않는다고 보아야 한다. 재판의 본래적 효력(형식적 확정력, 내용적 확정력)은 재판이 확정되면 발생하게 되는바, 불복이 허용되는 재판의 확정 ① 불복기간의 도과, ② 불복신청의 포기과 취하, ③ 상고기각의 재판⁴³⁾에 의하

41) 신동운(주 10), 563~564, 1346~1347(백형구, 손동권, 이은모, 이재상, 임동규, 진계호, 차용석·최용성 등) (반대설: 전적으로 허용되거나, 면소판결을 제외한 나머지는 허용된다는 견해. 배종대·이상돈·정승환, 송광섭, 신양균, 신현준 등).

42) 형소법 제262조 (심리와 결정)

① 법원은 재정신청서를 송부받은 때에는 송부받은 날부터 10일 이내에 피의자에게 그 사실을 통지하여야 한다.

② 법원은 재정신청서를 송부받은 날부터 3개월 이내에 항고의 절차에 준하여 다음 각 호의 구분에 따라 결정한다. 이 경우 필요한 때에는 증거를 조사할 수 있다.

1. 신청이 법률상의 방식에 위배되거나 이유 없는 때에는 신청을 기각한다.

2. 신청이 이유 있는 때에는 사건에 대한 공소제기를 결정한다.

③ 재정신청사건의 심리는 특별한 사정이 없는 한 공개하지 아니한다.

④ 제2항의 결정에 대하여는 불복할 수 없다. 제2항 제1호의 결정이 확정된 사건에 대하여는 다른 중요한 증거를 발견한 경우를 제외하고는 소추할 수 없다.

43) 내용적 확정력 발생에 관한 **대법원 2011. 10. 13. 선고 2011도8478 판결**[상고심에서 상고이유

여 이루어진다.⁴⁴⁾ 그런데 원심판결에 대한 상고에 대하여 상고기각이 이루어질 수 없다면, 위의 어떤 경우에도 해당하지 아니하여 재판확정의 조건이 충족될 수 없게 되므로, 결국 **재판확정을 전제하는 재판의 효력은 영구적으로 소멸된다고** 보아야 한다. 따라서 이 사건에서도 원판결인 서울고등법원판결은 상고의 제기에 의하여 그 효력이 정지되고, 상고기각이라는 조건이 성취되지 아니한 채 종국되었으므로 결국 영구히 그 효력이 소멸되었으므로, 재심대상이 소멸되어 ‘無’라고 보아야 한다. 따라서 피고인 2와 관련하여 원심은 ‘無’인 재판을 대상으로 재심판결을 한 것이므로 피고인 2에 대한 원심판결을 파기하는 것으로 족하며, 경우에 따라 재심청구가 취하될 수 있을 것이다.⁴⁵⁾⁴⁶⁾ 재심개시결정은 원판결의 확정력에 영향을 미치지 못하고 재심심판절차의 재판이 확정된 때 원판결은 소멸된다고 보아야 한다.⁴⁷⁾

○ 구속되었던 피고인의 경우에는 전술한 것처럼 **형사보상제도에 의하여 정당한 보상 및 명예회복이 가능할 수 있다.**

물론 구속되지 아니하였던 피고인의 경우에는 마땅한 절차가 마련되어 있음은 부인할 수 없지만, 그러한 자에 대한 구제는 입법으로 해결되어야 할 것이다. 이 사건 피고인은 구속되어 있었으므로 형사보상제도에 의하여 구제 가능할 것이다. 형사보상 청구기간⁴⁸⁾의 문제가 있을 수 있으나 기간

주장이 이유 없다고 판단되어 배척된 부분에 대하여 확정력이 발생하는 시기(=상고심판결 선고 시) 및 상고이유 주장이 사실심인 원심의 전권에 속하는 사실인정 등과 관련하여 부적법하다는 등의 이유로 배척된 경우에도 동일하게 확정력이 발생하는지 여부(적극)] 참조.

44) 신동운(주 10), 1285~1287.

45) 형소법 제429조(재심청구의 취하) ① 재심의 청구는 취하할 수 있다. ② 재심의 청구를 취하한 자는 동일한 이유로써 다시 재심을 청구하지 못한다.

46) 이 경우 재심개시결정이 확정된 상태로 남아 있게 되는데, 재심개시결정이 확정되었다고 하더라도 당해 심급의 종국재판 시까지는 재심의 청구를 취하할 수 있다.

47) 신동운(주 10), 1487. 1995년 형소법 제435조 제2항이 재심개시결정 시 형집행정지를 필요적 정지에서 임의적 정지로 변경한 것을 주된 근거로 한다. 일본에서도 이러한 견해(平行說)가 통설 및 실무운용이라 한다. 新屋達之, 横浜事件再審判決の問題點(1) -再審公判のあり方との關係を中心に-, 大宮ローレビュー 4号(2008. 2.), 52.

(<http://www.omiyalaw.ac.jp/library/lawreview/No.4/No.4-shinya.pdf> 참조)

48) 형사보상법 제8조(보상청구의 기간)는 “보상청구는 무죄재판이 확정된 사실을 안 날부터 3년, 무죄재판이 확정된 때부터 5년 이내에 하여야 한다.”라고 규정되어 있고, 제26조(면소 등

내로 보여진다.

○ **참고: 다른 견해에 따를 경우의 결론**

- ▶ ‘나. 견해’ ⇒ 소송조건이 흠결되었으므로 공소기각결정을 하여야 한다는 결론.
- ▶ ‘다. 견해’ ⇒ 상고기각.

【對象判決의 意義】

대상판결은 유죄의 확정판결이 아닌 재판이 재심대상이 될 수 있는지 여부와 이러한 재판에 대한 재심개시결정이 있었을 경우 법원의 조치를 밝힌 판결이라는 점에 의의가 있다.

의 경우) 제1항은 “다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에도 국가에 대하여 구금에 대한 보상을 청구할 수 있다.”라고 규정하면서 제1호에서 “『형사소송법』에 따라 면소(免訴) 또는 공소기각(公訴棄却)의 재판을 받아 확정된 피고인이 면소 또는 공소기각의 재판을 할 만한 사유가 없었더라면 무죄재판을 받을 만한 현저한 사유가 있었을 경우”를 규정하고 있으므로, **피고인 1에 대한 이 사건 판결이 확정될 경우, 그때로부터 기간이 기산될 것이다.** 보상청구권자는 피고인이 사망한 경우 그 상속인도 가능하다(제3조, 제26조 제2항). 다만 **청구기간 도과 여부에 관하여는 견해 대립이 가능하다.** 제3조 제2항과의 관계상 청구기간 도과되었다는 견해도 가능하다. 청구기간 도과 및 명예회복 관련한 견해대립은 [별지]에서 검토한다.

【별지】

형사보상법상 청구기간 도과 여부 및 명예회복 관련

1. 청구기간 도과 여부

가. 도과되었다는 견해

○ 형사보상법 제8조가 “보상청구는 무죄재판이 확정된 사실을 안 날부터 3년, 무죄재판이 확정된 때부터 5년 이내에 하여야 한다.”고 규정하고 있고, 제3조 제2항은 “사망한 자에 대하여 재심 또는 비상상고의 절차에서 무죄재판이 있었을 때에는 보상의 청구에 관하여는 사망한 때에 무죄재판이 있었던 것으로 본다.”고 규정하고 있는 점에 비추어, 이는 보상청구권의 일신전속성을 강조하고 국가재정 등을 고려하여 본인이 아닌 상속인의 청구기간을 제한한 취지로 볼 수 있으므로, 피고인 2의 상속인들의 형사보상청구는 피고인 2의 사망 후 5년이 경과되었으므로 이미 청구기간 도과되었다고 볼 여지가 크다.

나. 도과되지 않았다는 견해

○ 법원실무제요 형사 [II], 2008, 639에서 형사보상법 제3조 제2항과 관련하여 ‘그 사망당시의 상속인이 청구권자가 된다’라고 설명하고 있는 점,⁴⁹⁾ 제8조가 ‘확정된 때’라고 규정하고 있음에 비하여 제3조 제2항은 ‘있었던’으로 규정하여 문언이 다르다는 점, 규정의 위치 및 순서, 보상청구권이 일신전속적이라고 볼 근거가 없고 재심에 의한 무죄판결과 같이 극히 예외적인 상황에 대한 보상에 대하여 국가재정을 이유로 제한한다는 것은 불합리하다는 점, 지연손해금과의 관계상 실제로 무죄재판이 확정된 때가 아니라 사망한 때로부터 계산하는 것이 더 합리적일 수 있다는 점⁵⁰⁾ 등을 고려할 때, 형

49) 즉 제3조 제2항의 규정 취지는 상속인인 청구권자의 확정시기를 정한 것으로 보아야 한다.

50) 다만 형사보상금에 대하여는 실무상 지연손해금을 산정하지 않는 것으로 보여 이 논거는失當할 수 있다.

사보상법 제8조의 청구기간은 실제로 재판이 확정된 때(형사보상법 제26조 제1항 제1호의 경우 ‘현저한 사유가 있었을 때’)로부터 기산되어야 한다.

2. 명예회복 관련

가. 형사보상결정문은 제34조 제1항의 ‘확정된 사건의 재판서’에 포함되지 않는다는 견해

○ 명예회복의 방법에 관하여 형사보상법 제34조 제1항은 “제26조 제1항 각 호의 경우에 해당하는 자는 확정된 사건의 재판서를 게재하도록 청구할 수 있다.”라고만 규정하고 있고, 여기서 게재대상인 ‘확정된 사건의 재판서’는 문언상 ‘확정된 공소기각(결정) 재판서’를 가리키는 것으로 읽힐 뿐 ‘확정된 형사보상결정 재판서’라고 보기는 무리일 수 있다.

○ 형사보상법이 정하고 있는 명예회복 조치는 해당 사건의 기소 검사가 속한 검찰청에 청구하는 것이어서 검찰이 이러한 조치를 취할지는 의문이므로, 이런 조치에 그칠 경우 사망한 피고인과 상속인에게 과연 합당한 명예회복 조치가 될 수 있을지 조심스럽다.

나. 형사보상결정문은 제34조 제1항의 ‘확정된 사건의 재판서’에 포함된다는 견해

○ 형사보상법 제30조에서 ‘무죄재판서’라고 한 것과 달리 형사보상법 제34조 제1항에서는 ‘확정된 사건의 재판서’라고 하고 있다는 점, ‘확정된 공소기각(결정) 재판서’를 게재하는 것은 무의미하다는 점에서 이의 게재를 전제한 것이라면 규정 자체의 존재의의가 없다는 점 등에서 ‘확정된 형사보상결정 재판서’라고 적극적으로 해석하는 것이 타당해 보인다.

○ 형사보상법 제32조 제1항은 “~게재하여야 한다.”라고 규정하여 의무를 부여하고 있다고 보이고 검사의 객관의무를 신뢰한다면, 이를 거부하는 경우를 상정하기 어려울 것으로 생각된다.

9. 유죄의 확정판결에 의하여 실효된 약식명령에 대하여 재심개시결정이 확정된 경우 재심법원이 취하여야 할 조치

(2013. 4. 11. 선고 2011도10626 판결 : 공2013상, 901)

吳 泳 俊

【判決要旨】

형사소송법 제420조 본문은 재심은 유죄의 확정판결에 대하여 그 선고를 받은 자의 이익을 위하여 청구할 수 있도록 하고, 같은 법 제456조는 약식명령은 정식재판의 청구에 의한 판결이 있는 때에는 그 효력을 잃도록 규정하고 있다. 위 각 규정에 의하면, 약식명령에 대하여 정식재판 청구가 이루어지고 그 후 진행된 정식재판 절차에서 유죄판결이 선고되어 확정된 경우, 재심사유가 존재한다고 주장하는 피고인 등은 효력을 잃은 약식명령이 아니라 유죄의 확정판결을 대상으로 재심을 청구하여야 한다. 그런데도 피고인 등이 약식명령에 대하여 재심의 청구를 한 경우, 법원으로서 재심의 청구에 기재된 재심을 개시할 대상의 표시 이외에도 재심청구의 이유에 기재된 주장 내용을 살펴보고 재심을 청구한 피고인 등의 의사를 참작하여 재심청구의 대상을 무엇으로 보아야 하는지 심리·판단할 필요가 있다. 그러나 법원이 심리한 결과 재심청구의 대상이 약식명령이라고 판단하여 그 약식명령을 대상으로 재심개시결정을 한 후 이에 대하여 검사나 피고인 등이 모두 불복하지 아니함으로써 그 결정이 확정된 때에는, 그 재심개시결정에 의하여 재심이 개시된 대상은 약식명령으로 확정되고, 그 재심개시결정에 따라 재심절차를 진행하는 법원이 재심이 개시된 대상을 유죄의 확정판결로 변경할 수는 없다. 이 경우 그 재심개시결정은 이미 효력을

상실하여 재심을 개시할 수 없는 약식명령을 대상으로 한 것이므로, 그 재심개시결정에 따라 재심절차를 진행하는 법원으로서 심판의 대상이 없어 아무런 재판을 할 수 없다.

【參照條文】

형사소송법 제420조

【事案의 概要】

1. 사실관계

가. 피고인에 대한 약식명령 발령

피고인은 2008. 10. 14. 춘천지방법원 강릉지원 2008고약6771호 도로법 위반 사건에서 피고인의 사용인이 피고인의 업무에 관하여 도로관리청의 적재량 측정요구에 불응하였다는 범죄사실에 대하여 구 도로법(2006. 12. 28. 법률 제8124호로 개정되기 전의 것) 제86조, 제83조 제1항 제4호가 적용되어 벌금 150만 원의 약식명령을 받았다.

나. 피고인의 정식재판 청구와 유죄판결 확정

피고인은 2009. 1. 13. 정식재판을 청구하여 2009. 4. 22. 위 법원 2009고정8호 도로법 위반 사건에서 구 도로법 제86조, 제83조 제1항 제4호, 제54조 제4항이 적용되어 벌금 150만 원의 유죄판결을 선고받았고, 위 판결은 2009. 4. 30. 확정되었다.

다. 피고인의 재심청구 및 재심개시결정 확정

피고인은 2010. 7. 23. 다음과 같은 청구취지를 기재하여 위 법원 2010재고약81호로 재심청구를 하였다.

1. 재심대상약식명령 중 재심청구인 부분에 대하여 재심을 개시한다.
2. 재심대상약식명령 중 재심청구인 부분은 재심판결이 확정될 때까지 그 집행을 정지한다.
3. 이 사건을 공판절차에 회부한다.

위 법원은 2010. 9. 2. 구 도로법 제86조, 제83조 제1항 제2호에 대하여 헌법재판소 2009. 7. 30. 선고 2008헌가17 결정에서 위헌이 선고되었음을 이유로 재심개시결정을 하였다. 그 주문은 다음과 같다.

재심대상약식명령 춘천지방법원 강릉지원 2008. 12. 11.자 2008고6771 약식명령

주 문

재심대상약식명령에 대하여 재심을 개시한다.
 재심대상약식명령은 재심판결이 확정될 때까지 그 집행을 정지한다.
 이 사건을 공판절차에 회부한다.

2. 제1심 및 원심의 판단

가. 제1심판결의 요지

형사소송법 제456조는 약식명령은 정식재판의 청구에 의한 판결이 있는 때에는 그 효력을 잃는다고 규정하고 있다.

이 사건의 경우와 같이 약식명령에 대해 정식재판 청구가 있는 후 그에 따른 정식재판 절차에서 판결이 선고되어 확정된 때에는 그 약식명령은 효력을 상실하게 되어 더 이상 재심청구의 대상이 되지 아니하므로, 그러한 약식명령이 여전히 유효하게 존재함을 전제로 하는 재심청구는 부적법하고, 설사 재심법원이 재심대상약식명령이 존재하는 것으로 잘못 알고 재심개시결정을 하였다고 하더라도 심판의 대상이 없다.

다만 실효된 약식명령에 대해 재심개시결정과 아울러 공판회부의 결정이 내려져, 이미 정식재판 절차에서 판결이 선고되어 확정된 내용에 대하여 형식적으로 다시 소송계속이 있는 상태가 되었다.

따라서 형사소송법 제326조 제1호 확정판결이 있는 때에 해당하므로 면소를 선고한다.

나. 원심판결의 요지

이 사건 정식재판 청구에 의한 판결로 이 사건 약식명령이 효력을 상실한 이상 이 사건 재심청구의 대상은 존재하지 않는다. 따라서 이 사건 약식명령이 여전히 유효하게 존재함을 전제로 하는 이 사건 재심청구는 부적법함을 면치 못한다.

나아가 이 사건과 같이 재심법원이 재심대상약식명령이 존재하는 것으로 잘못 알고 재심개시결정을 하였다고 하더라도 제1심으로서의 심판의 대상이 없으므로 아무런 재판을 할 수 없다.

정식재판 청구에 의한 판결로써 이미 실효된 약식명령에 대한 재심개시결정이 확정되더라도 종전의 판결의 효력에는 영향을 미치지 못할 뿐만 아니라 피고인에 대하여 새롭게 공소제기가 있거나 소송계속이 있다고 볼 수도 없다. 이와 달리 심판의 대상이 있는 것으로 보고 면소판결을 한 원심의 판단에는 위 법리를 위반한 위법이 있다.

또한 이 사건은 당심이나 제1심으로서도 더 이상 재심개시결정에 의한 판결을 할 수 없는 경우에 해당하고 이미 확정된 재심개시결정을 취소할 수도 없으므로, 당심이 이 사건을 더 심리·판단하거나 제1심법원으로 환송하여 심리·판단하게 할 수도 없다.

결국, 제1심판결을 파기하는 이외에는 이 판결 주문으로 선고할 것은 없으나, 이 판결이 확정됨으로써 위 재심개시결정에 따른 사건은 종결된다고 할 것이다.

3. 상고이유

이 사건 약식명령은 피고인의 정식재판 청구로 효력이 상실되어 재심개시결정의 대상이 되지 않을 뿐만 아니라, 이 사건 약식명령에서 적용되었던 법률 또한 헌법재판소 2008헌가17 결정에서 위헌결정이 내려진 바가 없

어 재심개시결정 자체가 위법하다.

그러나 위법한 재심개시결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있을 뿐 재심개시결정이 확정된 이상 개시결정이 부당한 경우에도 그 효력을 다룰 수 없으므로 법원은 재심사유의 존부에 대하여 살펴볼 필요 없이 그 심급에 따라 심판하여야 한다.

다만 피고인이 재심청구의 대상으로 삼은 약식명령은 정식재판 확정으로 재심청구의 대상이 될 수 없으므로 피고인의 재심청구는 위 약식명령이 아니라 이 사건 정식재판 판결을 재심청구의 대상으로 하고 있는 취지로 보아야 한다.

그렇다면 위 정식재판 판결에 대하여 재심개시결정이 된 것으로 보아야 하고, 원심은 이 사건에 적용된 조항에 대하여 헌법재판소의 위헌결정이 없다는 이유로 유죄를 선고하였어야 한다.

또한 재심의 심판은 사건 자체를 대상으로 하는 것이지 원판결의 당부를 심사하는 것이 아니므로 재심개시결정이 된 이상 기소된 범죄사실의 유무죄를 판단하여야 하고, 제1심판결 파기로 인한 소송 계속을 해결하기 위해 자판 또는 환송판결을 하여야 한다. 그런데도 제1심판결을 파기만 하고 자판하지 아니한 원심판결은 위법하다.

【解 說】

1. 형사소송법 관련 조항

가. 약식명령 관련 조항

▶ 제456조 (약식명령의 실효)

약식명령은 정식재판의 청구에 의한 판결이 있는 때에는 그 효력을 잃는다.

▶ 제457조 (약식명령의 효력)

약식명령은 정식재판의 청구기간이 경과하거나 그 청구의 취하 또는 청구기각의 결정이 확정된 때에는 확정판결과 동일한 효력이 있다.

나. 재심 관련 조항

▶ 제420조 (재심이유)

재심은 다음 각 호의 1에 해당하는 이유가 있는 경우에 유죄의 확정판결에 대하여 그 선고를 받은 자의 이익을 위하여 청구할 수 있다.

▶ 제435조 (재심개시의 결정)

- ① 재심의 청구가 이유 있다고 인정한 때에는 재심개시의 결정을 하여야 한다.
- ② 재심개시의 결정을 할 때에는 결정으로 형의 집행을 정지할 수 있다.

▶ 제437조 (즉시항고)

제433조, 제434조 제1항, 제435조 제1항과 전조 제1항의 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다.

▶ 제438조 (재심의 심판)

- ① 재심개시의 결정이 확정된 사건에 대하여는 제436조의 경우 외에는 법원은 그 심급에 따라 다시 심판을 하여야 한다.

2. 이 사건 재심개시결정의 문제점

이 사건 재심개시결정은 약식명령이 정식재판 청구에 의한 유죄판결로 실효되었음에도 약식명령에 대하여 재심개시결정을 한 잘못이 있다. 또한 검사가 피고인을 도로법 위반죄로 기소하면서 적용한 적용법조는 구 도로법 제86조, 제83조 제1항 제4호로서 헌법재판소 2009. 7. 30. 선고 2008헌가17 결정에서 위헌결정을 내린 구 도로법 제83조 제1항 제2호가 아니다. 이러한 점에서 이 사건 재심개시결정 당시 실체법적으로 재심사유가 존재하지 아니한데도 재심개시결정을 한 잘못도 있다.

다만 헌법재판소 2012. 2. 23. 선고 2012헌가2 결정으로 구 도로법¹⁾ 제86조 중 “법인의 대리인·사용인 기타의 종업원이 그 법인의 업무에 관하여 제83조 제1항 제4호의 규정에 의한 위반행위를 한 때에는 그 법인에 대하여도 해당 조의 벌금형을 과한다.”는 부분에 대하여 위헌이 선고되었으므

1) 2005. 12. 30. 법률 제7832호로 개정되고, 2006. 12. 28. 법률 제8124호로 개정되기 전의 것.

로, 이제는 이 사건 유죄 확정판결에 대하여 재심사유가 존재하는 결과가 되었다.

이 사건 적용법조	헌법재판소 위헌결정 주문
구 도로법(2006. 12. 28. 법률 제8124호로 개정되기 전의 것) 제86조, 제83조 제1항 제4호	“구 도로법(2005. 12. 30. 법률 제7832호로 개정되고, 2008. 3. 21 법률 제8976호로 전부 개정되기 전의 것) 제86조 중 “법인의 대리인·사용인 기타의 종업원이 그 법인의 업무에 관하여 제83조 제1항 제2호의 규정에 의한 위반행위를 한 때에는 그 법인에 대하여도 해당 조의 벌금형을 과한다.”는 부분은 헌법에 위반된다.
제86조 (양벌규정) 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인·사용인 기타의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제81조 내지 제85조의 규정에 의한 위반행위를 한 때에는 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 각 해당 조의 벌금형을 과한다. 제83조 (벌칙) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 200만원 이하의 벌금에 처한다. 4. 정당한 사유 없이 제54조 제4항의 규정에 의한 관리청의 요구에 응하지 아니한 자	제86조 (양벌규정) 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인·사용인 기타의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제81조 내지 제85조의 규정에 의한 위반행위를 한 때에는 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 각 해당 조의 벌금형을 과한다. 제83조 (벌칙) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 200만원 이하의 벌금에 처한다. 2. 제54조 제1항의 규정에 의한 운행제한을 위반한 자

3. 이 사건 재심 개시의 대상: 실효된 약식명령

가. 형사소송법상 재심개시의 대상: 확정된 유죄판결

형사소송법 제420조는 “재심은 다음 각 호의 1에 해당하는 이유가 있는

경우에 유죄의 확정판결에 대하여 그 선고를 받은 자의 이익을 위하여 청구할 수 있다.”고 규정하고 있다. 즉 재심청구의 대상은 구체적인 사건이 아니라 그 사건에서 내린 유죄의 확정판결이고, 그 유죄의 확정판결에 대하여 ‘재심개시결정’이 있어야 비로소 재심절차를 진행할 수 있게 되는 것이다.

학설²⁾도 “형이 선고되거나 형의 면제가 선고되어 확정된 판결만이 재심청구의 대상이 된다.”고 하고 있고, 대법원 2010. 10. 29.자 2008재도11 전원합의체 결정(조봉암 사건)의 주문도 “재심대상판결 중 피고인 조봉암에 대한 유죄 부분에 관하여 재심을 개시한다.”이다.

요컨대, 재심개시결정에서 재심을 개시한 유죄 확정판결 부분에 대하여만 재심절차가 진행되는 것이므로, 유죄 확정판결에 대하여 재심개시결정이 없다면 재심절차를 진행할 수 없다.³⁾

나. 이 사건 재심개시의 대상: 약식명령

형사사건의 재심절차는 재심사유의 존부를 심판하는 재심개시결정의 단계와 재심개시결정 확정 후 본안에 관하여 심판하는 단계로 이원화하고 있지만, 민사사건의 재심절차는 ‘중간판결’⁴⁾을 하는 경우를 제외하고는 원칙적으로 그와 같은 구조를 취하지 않고 있다. 따라서 민사 재심사건에서는 당사자가 재심대상판결을 잘못 지정하여 재심의 소를 제기하였다 하더라도

2) 주석 형사소송법(IV), 416.

3) 대상판결 선고 후에 선고된 대법원 2013. 6. 27. 선고 2011도7931 판결도 “형사소송법 제420조 본문에 의하면 재심은 유죄의 확정판결에 대하여 그 선고를 받은 자의 이익을 위하여 청구할 수 있다. 항소심의 유죄판결에 대하여 상고가 제기되어 상고심재판이 계속되던 중 피고인이 사망하여 형사소송법 제382조, 제328조 제1항 제2호에 따라 공소기각결정이 확정되었다면 항소심의 유죄판결은 이로써 당연히 그 효력을 상실하게 되므로, 이러한 경우에는 형사소송법상 재심절차의 전제가 되는 ‘유죄의 확정판결’이 존재하는 경우에 해당한다고 할 수 없다.”고 판시하였다.

4) 민사소송법 제454조 (재심사유에 관한 중간판결)

① 법원은 재심의 소가 적법한지 여부와 재심사유가 있는지 여부에 관한 심리 및 재판을 본안에 관한 심리 및 재판과 분리하여 먼저 시행할 수 있다.

② 제1항의 경우에 법원은 재심사유가 있다고 인정한 때에는 그 취지의 중간판결을 한 뒤 본안에 관하여 심리·재판한다.

재심의 이유에서 주장하고 있는 재심사유에 비추어 올바른 재심대상판결이 무엇인지를 분명하게 알 수 있는 경우 등에는 그 재심절차 내에서 소송행위의 취지를 해석하여 재심의 대상이 무엇인지를 가리라는 것이 판례의 입장이다.⁵⁾

이 사건도 법원이 당초 재심개시결정 여부를 심리·판단할 당시 약식명령이 아닌 유죄 확정판결을 대상으로 재심청구를 한 것으로 선행하여 이를 대상으로 재심개시결정을 할 기회는 있었다.

다만 이 사건 재심기록(2010재고약81)에 의하면, 피고인의 변호인은 정식 재판 청구를 하여 유죄의 확정판결이 있었다는 사실을 언급한 바 없고, 단지 약식명령이 있었다고 주장하면서 그 약식명령 사본만을 자료로 제출하

5) 대법원 1984. 2. 28. 선고 83다카1981 전원합의체 판결: “항소심에서 본안판결을 한 사건에 관하여 제기된 재심의 소가 과연 제1심판결을 대상으로 한 것인가 또는 항소심판결을 대상으로 한 것인가의 여부는 재심소장에 기재된 재심을 할 판결의 표시만 가지고 판단할 것이 아니라 재심의 이유에 기재된 주장 내용을 살펴보고 재심을 제기한 당사자의 의사를 참작하여 판단하여야 할 것인바, 재심소장에 재심을 할 판결로 제1심판결을 표시하고 있다고 하더라도 재심의 이유에서 주장하고 있는 재심사유가 항소심판결에 관한 것이라고 인정되는 경우(항소심판결과 제1심판결에 공통되는 재심사유인 경우도 같다)에는 그 재심의 소는 항소심판결을 대상으로 한 것으로서 재심을 할 판결의 표시는 잘못 기재된 것으로 보는 것이 타당하므로, 재심소장을 접수한 제1심법원은 그 재심의 소를 부적법하다 하여 각하할 것이 아니라 재심 관할법원인 항소심법원에 이송하여야 할 것이다.

일반적으로 소송행위의 해석은 실제법상의 법률행위와는 달리 철저한 표시주의와 외관주의에 따르도록 되어 있고 표시된 내용과 저촉되거나 모순되는 해석을 할 수 없는 것이지만, 표시된 어구에 지나치게 구애되어 획일적이고 형식적인 해석에만 집착한다면 도리어 당사자의 권리구제를 위한 소송제도의 목적과 소송경제에 반하는 부당한 결과를 초래할 수 있으므로 그 소송행위에 관한 당사자의 주장 전체를 고찰하고 그 소송행위를 하는 당사자의 의사를 참작하여 객관적이고 합리적으로 소송행위를 해석할 필요가 있는 것이다.

위와 같이 재심원고가 제1심법원에 제출한 재심소장에서 재심을 할 판결로 제1심판결을 표시하고 있다고 하여도 그 재심의 이유에서 주장하고 있는 재심사유가 항소심판결에 관한 것이면 그 주장 자체나 소송자료에 의하여 분명한 경우(항소심판결과 제1심판결에 공통되는 재심사유인 경우도 같다)에는, 재심원고가 주장하는 재심사유가 항소심판결에 관련된 사유라는 점과 재심원고가 항소심판결에 관한 재심사유가 있는데도 구태여 제1심판결을 대상으로 각하될 것이 분명한 재심의 소를 제기할 리 없는 점 등에 비추어 본다면, 재심원고의 의사는 항소심판결을 재심대상으로 한 것으로서 다만 재심소장에 재심을 할 판결의 표시를 잘못 기재하여 제1심법원에 제출하였다고 보는 것이 객관적이고, 합리적인 해석이라고 할 것이다. 또 이와 같이 해석하여 재심의 소를 각하하지 아니하고 재심 관할법원인 항소심법원에 이송하여 유지시켜 주는 것이 재심 제기기간 도과로 당사자가 입게 될 회복할 수 없는 손해를 방지할 뿐 아니라 소송경제적으로도 타당한 조치라고 생각된다.”

고 그 약식명령에 대한 재심개시를 청구하였다. 그리고 법원이 형사소송법 제432조⁶⁾에 의하여 재심청구에 대한 검사의 의견을 요청할 때 검사는 ‘적의처리’ 의견만을 개진하였다. 이러한 점에 비추어 보면, 재심개시결정 여부를 심판하는 법원이 당시 피고인이 유죄의 확정판결을 대상으로 재심청구를 한 것으로 판단하기는 어려운 사정이 있었다고 보인다. 나아가 ‘약식명령’을 대상으로 한 재심개시결정에 대하여 검사나 피고인 모두 즉시항고를 하여 다툴 기회가 있었으나, 이에 대하여 검사 및 피고인 모두 불복하지 않아 위 결정은 확정되었다.

위와 같이 재심청구를 심판하는 법원이 재심청구에 관하여 심리한 결과 재심개시의 대상이 약식명령이라고 판단하고 그에 대하여 재심개시결정을 내린 후 검사 및 피고인이 모두 불복하지 아니하여 그 결정이 확정된 후에는, 그 재심개시의 대상을 그 결정의 주문과 다르게 ‘유죄의 확정판결’이라고 보는 것은 불가능하다. 그와 같이 보기 위해서는 재심개시결정에 오기 등이 있음이 분명하여 ‘경정사유’가 존재하는 것, 즉 그 주문 기재는 ‘유죄의 확정판결’을 잘못 기재한 것에 불과하여 재심개시의 대상은 ‘약식명령’이라고 볼 수 있다고 하여야 할 것이다. 그러나 이는 재심청구를 심리한 법원의 판단 결과이고 ‘오기’가 아님이 명백하다. 그리고 그 결정이 확정됨에 따라 ‘형식적 확정력’⁷⁾이 발생한 이상, 재심절차를 진행하는 법원도 그에 기속되어 달리 판단할 수 없다.

그런데도 재심개시결정의 주문과 다르게 ‘유죄의 확정판결’에 대하여 재심개시가 이루어졌다고 보는 것은, 재심개시결정 법원의 ‘소송행위의 해석’(판단작용)이 잘못이라는 이유로 재심개시결정 확정 후 재심절차를 진행

6) 형사소송법 제432조 (재심에 대한 결정과 당사자의 의견) 재심의 청구에 대하여 결정을 함에는 청구한 자와 상대방의 의견을 들어야 한다. 단 유죄의 선고를 받은 자의 법정대리인이 청구한 경우에는 유죄의 선고를 받은 자의 의견을 들어야 한다.

7) 형식적 확정력은 소송절차가 확정적으로 종결되는 소송의 절차면에서의 효력이다. 따라서 형식적 확정력은 종국재판이건 중급 전의 재판이건, 실체적 재판이건 형식적 재판이건 불문하고 모든 재판에 대하여 발생한다. 형식적 확정력의 불가쟁적 효력은 소송관계인의 입장에서 볼 때 재판에 대한 불복이 불가능함을 의미한다. 이에 대하여 재판을 한 법원 자신의 입장에서는 재판의 내용을 철회하거나 변경할 수 없음을 의미한다. 따라서 형식적 확정력이 발생한 재심청구에 대한 재판은 즉시항고에 의하지 않고는 취소할 수 없다.

하는 법원이 그 결정을 뒤집는 조치이므로 허용될 수 없다. 그리고 재심개시결정이 확정된 후 재심개시의 대상을 그 주문과 다르게 해석하게 되면, 소송관계를 불안정하게 하고, 재심개시결정 당시 내린 집행정지의 효력이 뒤늦게 유죄의 확정판결에 미치는 결과가 발생하는 등 공연히 법률관계를 복잡하게 만들 우려가 있다.

결국, 이 사건 유죄 확정판결에 대하여는 재심개시결정이 없었으므로, 이 사건 유죄 확정판결에 대하여 재심개시결정이 있었을 때 비로소 가능한 재심절차를 진행하는 것은 허용되지 아니한다.

다. 소결

원심이 이 사건 재심개시결정의 대상이 그 주문 기재대로 실효된 약식명령이라고 본 것은 정당하고, 이와 다른 상고이유의 주장은 이유 없다.

4. 부당한 재심개시결정과 재심절차를 진행하는 법원이 취하여야 할 조치

가. 대법원판례

1) 재심대상판결은 존재하나 재심사유가 없는 경우

판례(대법원 2004도2154 판결)⁸⁾는 재심대상판결인 유죄의 확정판결은 존재하나 재심사유가 존재하지 아니하는 경우에는, 일단 재심개시결정이 확

8) 대법원 2004. 9. 24. 선고 2004도2154 판결: “재심개시결정에 대하여는 형사소송법 제437조에 규정되어 있는 즉시항고에 의하여 불복할 수 있고, 이러한 불복이 없이 확정된 재심개시결정의 효력에 대하여는 더 이상 다툴 수 없으므로(대법원 2002. 7. 12. 선고 2000도4597 판결 참조), 설령 재심개시결정이 부당하더라도 이미 확정되었다면 법원은 더 이상 재심사유의 존부에 대하여 살펴볼 필요 없이 형사소송법 제436조의 경우가 아닌 한 그 심급에 따라 다시 심판을 하여야 한다. 그러므로 원심으로서 이 사건 재심개시결정이 확정된 이상 재심공판 기일을 열어 항소심 공판절차에 따라 새로이 본안심리를 하여야 하고, 이 사건에서 위 재심대상사건의 기록이 보존기간의 만료로 이미 폐기되었다 하더라도 가능한 노력을 다하여 그 기록을 복구하여야 하며(피고인들이 제출한 상고이유서의 첨부서류 등에 의하면, 그 기록의 사본의 상당 부분이 남아 있는 것으로 보인다), 부득이 기록의 완전한 복구가 불가능한 경우에는 판결서 등 수집한 간존자료에 의하여 알 수 있는 원판결의 증거들과 재심공판절차에서 새롭게 제출된 증거들의 증거가치를 종합적으로 평가하여 원판결의 원심인 제1심판결의 당부를 새로이 판단하여야 할 것이다.”

정된 이상 법원은 더 이상 재심사유의 존부에 대하여 살펴볼 필요 없이 그 심급에 따라 심판하여야 한다는 입장이다. 이는 앞서 본 재심개시결정의 ‘형식적 확정력’에 따른 당연한 결론이다.

2) 재심대상판결 자체가 존재하지 아니한 경우

판례(대법원 96도2153 판결)⁹⁾는 재심대상판결 자체가 존재하지 아니한 경우에는 심판의 대상이 없으므로 아무런 재판을 할 수 없다는 입장이다. 재심대상판결이 존재하지 아니하는 경우에는 단순히 재심사유가 존재하지 않는 경우와 달리 재심을 진행할 전제 자체가 충족되어 있지 아니하므로 이러한 경우 재심개시결정이 확정되었다 하더라도 재심절차를 진행할 수 없음은 당연하다. 이는 마치 제1심판결이나 항소심판결이 선고되지 아니하였는데도 제1심판결이나 항소심판결에 대하여 상소가 제기된 경우의 처리와 다르지 않다.

나. 이 사건의 검토

이 사건은 이미 실효되어 아무런 효력이 없는 약식명령에 대하여 재심개시결정이 내려진 것이고, 확정된 유죄판결에 대하여는 재심개시결정이 내려진 바 없으므로, 재심을 진행할 심판의 대상이 없다. 대법원 96도2153 판결의 판시 법리에 따르면, 이 경우 법원은 아무런 재판을 할 수 없다.

다만 대법원 96도2153 판결의 판시 법리는 다음과 같은 점에서 재검토할 여지가 있어 보인다. 대법원 96도2153 판결은 유죄 확정판결 시 적용된 적용법조에 대하여 헌법재판소에서 위헌결정을 함에 따라 피고인이 재심청

9) 대법원 1997. 7. 22. 선고 96도2153 판결: “형사소송법 제420조는 ‘유죄의 확정판결’에 대하여 일정한 사유가 있는 경우에 재심을 청구할 수 있다고 규정하고 있는바, 이 사건의 경우와 같이 특별사면에 의하여 유죄의 판결의 선고가 그 효력을 상실하게 되었다면, 이미 재심청구의 대상이 존재하지 아니하여 그러한 판결이 여전히 유효하게 존재함을 전제로 하는 재심청구는 부적법함을 면치 못한다 할 것이고, 설사 재심법원이 재심대상판결이 존재하는 것으로 잘못 알고 재심개시결정을 하였다고 하더라도 심판의 대상이 없으므로 아무런 재판을 할 수 없는 것이라 할 것이다. 원심이 이러한 법리를 간과하여 심판의 대상이 있는 것으로 보고 면소의 판결을 한 것은 위법한 것이라 할 것이다. 다만 원심의 면소의 판결에 대하여 무죄의 판결을 구하는 취지에서 피고인들만이 상고한 이 사건에서 원심판결을 파기할 것은 아니라고 할 것이므로 피고인들의 상고를 기각하기로 한다.”

구를 한 사안인데, 그 위헌결정 전에 피고인이 ‘형의 선고의 효력을 상실하게 하는 특별사면’¹⁰⁾을 받은 것이 문제 된 사건이다. 이러한 경우에는 일단 유죄의 확정판결을 대상으로 재심개시결정이 이루어지고 그 결정이 확정된 이상, 재심절차를 진행하는 법원은 재심사유의 존부에 관하여 다시 판단하지 말고 그 심급에 따라 재심을 진행하여 ‘사면’이 있었음을 이유로 (형사소송법 제326조 제2호) ‘면소판결’을 하면 된다고 볼 여지가 있다. 그 면소판결이 유죄의 확정판결에 우선하므로 종전 유죄 확정판결은 재심에 의하여 효력을 상실한다. 이러한 점에서 대법원 96도2153 판결의 사안은 오히려 앞서 본 대법원 2004도2154 판결의 판시 법리가 적용되는 사안이라고 보는 것도 가능해 보인다. 학설¹¹⁾도 사면이 있는 후 재심사유가 있으면 그 전에 내려진 유죄의 확정판결에 대하여 재심을 청구할 수 있다고 보는 견해가 유력하다.

그러나 이 사건은 이와 달리 종전 유죄의 확정판결에 대하여 재심이 개시된 바 없어 아예 재심을 진행할 수 없는 사안이다. 그런데도 이 사건 재심절차에서 ‘면소판결’을 하면, 종전에 확정된 유죄판결과의 관계에서 이 사건에서 내려진 ‘면소판결’을 어떻게 이해하고 처리하여야 하는지 곤란한 문제가 발생한다. 제1심은 이를 확정판결 후 ‘이중기소’가 된 것에 준하는 것으로 보아 ‘면소사유’가 있다고 판단하였으나, 검사가 유죄 확정판결 후 피고인을 다시 기소한 적이 없으므로 형사소송법 제326조 제1호 소정의 ‘면소사유’가 존재한다고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 재심절차에서 설령 어떠한 심판을 하는 것이 가능하다는 입장을 취하더라도 ‘면소판결’ 주문은 타당하다고 보기 어렵다.

한편 확정된 재심개시결정을 취소함으로써 소송관계를 정리하는 방안도

10) 사면법 제5조 제1항은 사면의 효과에 관하여 규정하면서 제2호에서 “특별사면: 형의 집행이 면제된다. 단 특별한 사정이 있을 때에는 이후 형의 선고의 효력을 상실하게 할 수 있다.”고 규정하고 있다. 위 규정에 의하면, 특별사면은 ‘단순히 형의 집행을 면제하는 특별사면’과 ‘형의 선고의 효력을 상실하게 하는 특별사면’의 두 가지로 나누어진다.

11) 손동권, “형사재심과 관련된 최근 판례의 연구”, 고시연구 25권 7호(292호); 신동운, “특별사면과 재심청구의 대상”, 형사판례의 연구 II, 지송 이재상교수 회갑기념논문집.

생각해 볼 수 있으나, 대법원 96도2153 판결은 이러한 입장을 명시적으로 배척하고, 심판의 대상이 없어 아무런 재판을 할 수 없다고 판시한 바 있다.

또한 형사소송법상 재심절차에서 그러한 주문을 선고할 수 있다고 볼 근거가 없다. 그뿐만 아니라, 이미 확정된 재심개시결정에 따라 재심절차를 진행하는 법원이 그 결정의 효력을 인정하기 어렵다는 이유로 그 결정을 취소할 수 있다고 보는 것은, ‘형식적 확정력’의 법리와 형사소송법이 재심에 관하여 취한 2단계 구조와 맞지 않으므로 채용하기 곤란하다. 따라서 이 사건 원심처럼 판결 이유에서 심판 대상이 존재하지 아니하여 소송이 종료되었다고 선언하는 것이 타당하다.

다. 소결

이 사건은 유죄의 확정판결에 대하여 재심개시결정이 이루어지지 아니한 이상 아무런 심판을 할 수 없다고 보아야 한다. 같은 취지에서 원심이 ‘면소판결’을 한 제1심에 대하여 ‘과기’ 주문만 선고한 것은 정당하다.

라. 여론: 법원이 취할 수 있는 조치

이 사건과 같이 실효된 약식명령에 대하여 재심개시결정이 이루어져 확정되거나 혹은 미확정 항소심판결 등에 대하여 재심개시결정이 이루어져 확정된 경우, 그에 따라 재심절차를 진행하는 법원이 취할 수 있는 조치가 무엇인가 문제된다.

형사소송법 제429조 제1항은 “재심의 청구는 취하할 수 있다.”고 규정하고, 제2항은 “재심의 청구를 취하한 자는 동일한 이유로써 다시 재심을 청구하지 못한다.”고 규정하고 있다.

학설¹²⁾은 재심개시결정이 확정되더라도 당해 심급의 종국재판 시까지는 재심의 청구를 취하할 수 있다고 본다. 그렇다면 위와 같이 ‘유죄의 확정판결’이 아닌 재판에 대하여 재심개시결정이 이루어진 경우, 아무런 심판을 진행할 수 없는 법원으로서의 피고인에게 재심청구를 취하한 후 유죄의 확

12) 주석 형사소송법(IV), 458.

정판결에 대하여 다시 재심청구를 할 것을 권유하고, 종국적으로 재심청구를 취하시켜 사건을 마무리 짓는 것이 바람직해 보인다. 이 경우 재심청구의 대상이 ‘실효된 약식명령’과 ‘유죄 확정판결’로 서로 다르므로, 형사소송법 제429조 제2항의 재도의 재심청구 금지 규정에 위반되지 않을 것이다.

【對象判決의 意義】

대상판결은, 재심의 청구를 하기 위하여서는 형사소송법 제420조 본문에 따라 유죄의 확정판결이 있어야 하고, 형식적 확정력의 법리에 의하여 재심대상판결은 확정된 재심개시결정에서 대상으로 삼은 재판으로 확정되고, 재심절차를 진행하는 법원이 그 대상을 임의로 변경할 수는 없다는 점을 분명히 하였다. 그리고 재심개시결정이 유죄의 확정판결이 아닌 판결을 재심 대상으로 삼은 경우에는 그 재심개시결정에 따라 재심절차를 진행하는 법원으로서 심판의 대상이 없어 아무런 재판을 할 수 없다고 판시함으로써 종전 대법원 96도2153 판결의 입장을 재확인하였다.

대상판결 선고 후에 선고된 대법원 2013. 6. 27. 선고 2011도7931 판결도 이러한 입장을 취하여 항소심에서 유죄판결을 받은 피고인이 상고심 계속 중 사망하여 공소기각결정이 확정된 경우 위 유죄판결은 효력을 상실하였고 따라서 피고인에 대하여는 더 이상 재심절차로 진행할 심판의 대상이 없어 아무런 재판을 할 수 없다고 보아, 피고인에 대하여 무죄판결을 선고한 원심판결을 파기하였다.

대상판결의 선고로 재심의 대상과 관련한 명확한 기준이 정립됨으로써 실무의 혼선은 사라질 것으로 보인다. 여기서 대상판결의 의의를 찾을 수 있다.

10. 공무원 의제규정의 죄형법정주의 위배 여부

(2013. 6. 13. 선고 2013도1685 판결 : 공2013하, 1281)

金 剛 大

【判決要旨】

공공기관의 운영에 관한 법률(이하 ‘법’이라고 한다) 제4조, 제5조 제1항, 제2항, 제3항 제1호 (가)목, 제53조, 공공기관의 운영에 관한 법률 시행령(이하 ‘시행령’이라고 한다) 제7조의 취지와 내용에 더하여 법의 입법 목적과 경제상황이나 정책상 목적에 따라 공공기관의 사업 내용이나 범위 등이 계속적으로 변동할 수밖에 없는 현실, 국회가 공공기관의 재정상태와 직원 수의 변동, 수입액 등을 예측하기 어렵고 그러한 변화에 대응하여 그때마다 법률을 개정하는 것도 용이하지 아니한 점 등을 감안할 때 공무원 의제규정의 적용을 받는 공기업 등의 정의규정을 법률이 아닌 시행령이나 고시 등 그 하위규범에서 정하는 것에 부득이한 측면이 있고, 법 및 시행령상 ‘시장형 공기업’의 경우 자산규모가 2조 원 이상으로 직원 정원이 50인 이상인 공공기관으로서 총수입액 중 자체수입액이 85% 이상인 기업을 의미하는 것으로 명시적으로 규정되어 있어서 법령에서 비교적 구체적으로 요건과 범위를 정하여 공공기관 유형의 지정 권한을 기획재정부장관에게 위임하고 있는 것으로 볼 수 있으며, 특히 종래 ‘기타공공기관’으로 지정되어 있다가 기획재정부장관 고시에 의하여 ‘시장형 공기업’으로 지정된 기관의 임직원은 고시를 통하여 그 기관이 ‘시장형 공기업’으로 지정되었는지 여부를 확인할 수 있고, 시장형 공기업의 임직원이라는 의미가 불명확하다고 볼 수도 없는 점 등에 비추어 보면, 법 제53조가 공기업의 임직원으로서 공무원이 아닌 사람은 형법 제129조의 적용에 있어서는 이를 공무원으로 본다고 규정하고 있을 뿐 구체적인 공기업의 지정에 관하여는 그 하위규범인 기획재정부장관의 고시에 의하도록 규정하였다 하더라도 죄

형법정주의에 위배되거나 위임입법의 한계를 일탈한 것으로 볼 수 없다.

【參照條文】

대한민국 헌법 제12조 제1항, 형법 제1조 제1항, 제129조, 공공기관의 운영에 관한 법률 제4조, 제5조 제1항, 제2항, 제3항 제1호 (가)목, 제53조, 공공기관의 운영에 관한 법률 시행령 제7조

【事案의 概要】

1. 공소사실의 요지

피고인은 2006. 8. 8.부터 2008. 10. 31.까지 A 주식회사 산하 B 원자력본부 제2발전소 기술실 정비관리부장으로 근무하다가 2008. 8. 31. 정비관리부 소속 기계과가 기계부로 조직이 개편된 후 2008. 11. 1. 기계부장으로 보직 이동되었고, 2009. 1. 30. 기계부가 기계팀으로 명칭이 변경된 후로는 기계팀장으로 근무하면서, 위 부서에서 발주하는 각종 입찰과 구매, 납품된 물품의 성능검사, 유지보수 등 업무를 총괄해 왔는데, A 주식회사는 2011. 1. 31. 기획재정부 고시 제2011호에 의하여 시장형 공기업으로 지정되었다.

가. 배임수재의 점

피고인은 2007. 1.경부터 2010. 7.경까지 B 원자력본부 제2발전소 기술실 기계팀에서 발주한 각종 입찰 및 납품계약의 체결과 관련하여 그 계약체결에 대한 감사의 표시와 향후 계약체결에 있어서 각종 편의를 봐 달라는 취지로 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 13개 업체로부터 합계 약 3억 원을 취득하였다.

나. 뇌물수수의 점

피고인은 (A 주식회사가 시장형 공기업으로 지정된 이후인) 2011. 4.경부

터 2011. 8.경까지 위와 같은 명목으로 C 업체 대표 甲으로부터 합계 5,500만 원, D 업체 대표 乙로부터 1,500만 원, E 업체 대표 丙으로부터 650만 원, F 업체 대표 丁으로부터 5,000만 원을 각 받아 공무원으로 의제되는 시장형 공기업 임직원의 직무에 관하여 뇌물을 수수하였다.

2. 제1심 및 원심판단의 요지

가. 제1심의 판단 요지(유죄)

별개로 진행된 두 개의 재판에서 제1심들은 피고인의 자백 등을 근거로 이 사건 공소사실을 모두 유죄로 인정하고 피고인에 대하여 각 징역 6년(벌금 및 추징 병과)과 징역 3년 6월(벌금 및 추징 병과)을 선고하였다.

나. 원심의 판단 요지(유죄)

두 개의 제1심판결이 원심에서 병합되고 형법 제37조 후단의 경합범 관계에 있는 확정판결이 있음을 이유로 제1심판결들을 모두 파기하고, 피고인이 업자들로부터 받은 돈은 모두 빌린 것이라는 피고인의 항소이유 주장을 배척한 다음 제1심과 마찬가지로 이 사건 공소사실을 모두 유죄로 인정하여 피고인에 대하여 징역 8년(벌금 및 추징 병과)을 선고하였다.

3. 상고이유의 요지

가. 상고이유 제1점: 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(뇌물)의 점에 관한 사실오인

피고인이 2011. 4.경 C 업체 대표 甲으로부터 받은 5,500만 원은 甲으로부터 차용한 돈이고, 가사 피고인이 위 돈을 무이자, 무기한으로 차용한 것이 뇌물에 해당한다고 하더라도 그 뇌물액은 차용금의 금융이익 상당만 인정되어야 한다.

나. 상고이유 제2점: 공무원 의제규정 및 감면조항에 관한 법리오해

공공기관의 운영에 관한 법률(이하 ‘공공기관운영법’이라고만 한다) 제53조에 의하면 ‘공기업과 준정부기관’의 임직원만이 뇌물죄에 있어서 공무원으로 의제되고 ‘기타공공기관’의 임직원은 이에 해당하지 않으나, A 주식회사는 설립 이래 오랫동안 ‘기타공공기관’으로 지정되어 오다가 2011. 1. 31. 느닷없이 ‘시장형 공기업’으로 변경 지정되었는데, 피고인을 비롯한 A 주식회사 임직원들에게 이러한 사항이 제대로 주지되지도 않은 이상 피고인에 대하여 위 일자 이후에는 위 법률조항에 따라 공무원으로 의제된다고 보아 그 금품 수수행위에 관하여 뇌물수수죄로 처벌하는 것은 명확성의 원칙과 유추해석금지의 원칙 등을 내용으로 하는 죄형법정주의의 원칙에 반한다.

부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률 제66조 제1항에서 ‘감면할 수 있다’고 규정된 것은 법원에게 감면 권한이 있음을 규정한 것일 뿐인바, 피고인의 추가 제보로 인하여 11건에 이르는 A 주식회사 임직원들에 대한 납품 관련 금품범행이 수사·기소된 이상 원심은 위 법률규정에 따라 마땅히 피고인에 대한 형을 감면했어야 한다.

4. 대법원의 판단: 상고기각

【解 說】

1. 머리말

이 사건은 소위 원자력발전소의 납품 비리 사건이라 하여 원자력발전소를 관리하는 회사의 기술담당부서 관리직원인 피고인이 여러 곳의 납품업체 등으로부터 수년간 거액의 금품을 수수하여 큰 파장을 일으켰던 사안이다. 이로 인하여 원자력발전소의 안전에 대한 국민들의 불신감이 증대되었고 실제로 납품업체가 납품한 불량 부품 때문에 원자력발전소의 가동이 중

단되는 등 이 사건과 관련하여 우리 사회는 사회경제적으로 큰 비용을 치러야만 했다.

이 사건 제1심 및 원심에서 피고인은 일부 수수금액이 큰 부분을 제외하고는 대체로 공소사실을 인정하면서 양형의 축소나 감경에만 변소를 집중하였다. 그러나 피고인 소속의 회사가 공공기관운영법에 근거한 기획재정부장관의 고시에 의하여 소위 시장형 공기업으로 지정된 이후의 금품수수 행위에 대하여 피고인이 공무원으로 의제되는 결과를 가져오게 되어 배임수재죄가 아닌 뇌물죄가 성립하게 되고, 여기에 피고인이 받은 뇌물액수가 3천만 원 이상이 되는 부분은 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률이 적용되어 법정형이 대폭 높아지는 바람에 피고인은 제1심에서 징역 합계 9년 6월, 원심에서 징역 8년이라는 중형을 선고받게 되었다. 그러자 피고인은 상고심에 이르러 변소의 방향을 바꾸었는데, 그 주된 내용은 위와 같은 공공기관운영법령의 규정 및 그 위임에 따른 기획재정부장관의 고시에 대하여 죄형법정주의 원칙의 위배를 다투면서, 급기야는 위 법률상의 공무원 의제 조항에 대하여 위헌법률심판제청 신청까지 하기에 이르렀다.

특히 이 사건에서는 피고인이 상고이유로 주장하는 이 사건 공무원 의제 규정의 죄형법정주의의 파생원칙으로서 명확성의 원칙과 유추해석금지의 원칙에의 위배 여부뿐만 아니라, 나아가 상고이유로 명시적으로 주장된 것은 아니나 위 처벌규정을 구성하는 구성요건의 일부가 기획재정부장관의 고시라는 하위 훈령에 규정되어 있었다는 점에서 법률주의의 한 내용으로서 위임입법의 제한 내지 한계의 문제가 보다 중요한 쟁점으로 대두된 것으로 보인다.

이하에서는 관계 법령의 규정에 따라 대법원이 위와 같은 쟁점들에 대하여 어떠한 판단을 내렸고, 그 판단의 이론적 근거와 관련 법리 및 선례는 무엇이었는지 등을 검토해 보기로 한다. 한편 이 글에서는 논의의 집중을 위해서 앞서 본 상고이유 중 제1점과 제2점 중 형의 감면에 관한 주장은 언급하지 아니하고, 제2점 중 죄형법정주의와 관련한 주장에 한정하여 검토를 진행하기로 한다.

2. 관계 법령의 규정

□ 공공기관운영법

제53조 (별칙 적용에서의 공무원 의제)

공기업·준정부기관의 임직원, 운영위원회의 위원과 임원추천위원회의 위원으로서 공무원이 아닌 사람은 「형법」 제129조(수뢰, 사전수뢰) 내지 제132조(알선수뢰)의 적용에 있어서는 이를 공무원으로 본다.

제4조 (공공기관)

① 기획재정부장관은 국가·지방자치단체가 아닌 법인·단체 또는 기관(이하 ‘기관’이라 한다)으로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 기관을 공공기관으로 지정할 수 있다.

1. 다른 법률에 따라 직접 설립되고 정부가 출연한 기관
2. 정부지원액(법령에 따라 직접 정부의 업무를 위탁받거나 독점적 사업권을 부여받은 기관의 경우에는 그 위탁업무나 독점적 사업으로 인한 수입액을 포함한다. 이하 같다)이 총수입액의 2분의 1을 초과하는 기관
3. 정부가 100분의 50 이상의 지분을 가지고 있거나 100분의 30 이상의 지분을 가지고 임원 임명권한 행사 등을 통하여 당해 기관의 정책 결정에 사실상 지배력을 확보하고 있는 기관
4. 정부와 제1호 내지 제3호의 어느 하나에 해당하는 기관이 합하여 100분의 50 이상의 지분을 가지고 있거나 100분의 30 이상의 지분을 가지고 임원 임명권한 행사 등을 통하여 당해 기관의 정책 결정에 사실상 지배력을 확보하고 있는 기관
5. 제1호 내지 제4호의 어느 하나에 해당하는 기관이 단독으로 또는 두개 이상의 기관이 합하여 100분의 50 이상의 지분을 가지고 있거나 100분의 30 이상의 지분을 가지고 임원 임명권한 행사 등을 통하여 당해 기관의 정책 결정에 사실상 지배력을 확보하고 있는 기관
6. 제1호 내지 제4호의 어느 하나에 해당하는 기관이 설립하고, 정부 또는 설립 기관이 출연한 기관

제5조 (공공기관의 구분)

① 기획재정부장관은 공공기관을 공기업·준정부기관과 기타공공기관으로 구분하여 지정하되, 공기업과 준정부기관은 직원 정원이 50인 이상인

공공기관 중에서 지정한다.

② 기획재정부장관은 제1항의 규정에 따라 공기업과 준정부기관을 지정하는 경우 공기업은 자체수입액이 총수입액의 2분의 1 이상인 기관 중에서 지정하고, 준정부기관은 공기업이 아닌 공공기관 중에서 지정한다.

③ 기획재정부장관은 제1항 및 제2항의 규정에 따른 공기업과 준정부기관을 다음 각 호의 구분에 따라 세분하여 지정한다.

1. 공기업

가. 시장형 공기업: 자산규모가 2조 원 이상이고, 총수입액 중 자체 수입액이 대통령령이 정하는 기준 이상인 공기업

나. 준시장형 공기업: 시장형 공기업이 아닌 공기업

2. 준정부기관

가. 기금관리형 준정부기관: 「국가재정법」에 따라 기금을 관리하거나 기금의 관리를 위탁받은 준정부기관

나. 위탁집행형 준정부기관: 기금관리형 준정부기관이 아닌 준정부기관

④ 기획재정부장관은 공공기관 중 제2항의 규정에 따른 공기업과 준정부기관을 제외한 기관을 기타공공기관으로 지정한다.

⑤ (생략)

제6조 (공공기관 등의 지정 절차)

① 기획재정부장관은 매 회계연도 개시 후 1개월 이내에 공공기관을 새로 지정하거나, 지정을 해제하거나, 구분을 변경하여 지정한다. 다만 회계연도 중이라도 다음 각 호의 구분에 따라 공공기관을 새로 지정하거나, 지정을 해제하거나, 구분을 변경하여 지정할 수 있다.

1. 제4조 제1항 각 호의 요건에 해당하는 기관이 신설된 경우: 신규 지정

2. 공공기관으로 지정된 기관이 민영화, 기관의 통합·폐지·분할 또는 관련 법령의 개정·폐지 등에 따라 이 법의 적용을 받을 필요가 없게 되거나 그 지정을 변경할 필요가 발생한 경우: 지정 해제 또는 구분 변경 지정

② 기획재정부장관은 제1항의 규정에 따라 공기업·준정부기관과 기타 공공기관을 새로 지정하거나 지정해제 또는 변경 지정하는 때에는 관계 법령에 따라 그 공기업·준정부기관과 기타공공기관의 업무를 관장하는

행정기관의 장과 협의한 후, 제8조의 규정에 따른 공공기관운영위원회의 심의·의결을 거쳐야 한다.

③ 기획재정부장관은 제1항 및 제2항의 규정에 따라 공기업·준정부기관과 기타공공기관을 새로 지정하거나 지정해제 또는 변경 지정할 경우 이를 고시하여야 한다. 이 경우 필요하다고 인정하는 때에는 기존의 공기업·준정부기관과 기타공공기관을 함께 고시할 수 있다.

④ 공기업·준정부기관과 기타공공기관의 지정(변경지정을 포함한다)·지정해제와 고시 절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

□ 공공기관운영법 시행령

제7조 (시장형 공기업의 지정기준)

법 제5조 제3항 제1호 (가)목에서 “대통령령이 정하는 기준”이란 100분의 85를 말한다.

제8조 (공공기관 등의 지정 절차)

① 주무기관의 장은 법 제4조에 따라 공공기관 지정의 대상이 되는 기관을 매 회계연도 개시 1개월 전까지 기획재정부장관에게 통보하여야 한다.

② 주무기관의 장은 공공기관의 법인격 또는 기관명 등에 변동이 생기거나, 법 제6조 제1항 각 호 외의 부분 단서에 따른 공공기관의 신규 또는 구분변경 지정 사유나 지정해제 사유가 발생하였을 때에는 그 내용을 지체 없이 기획재정부장관에게 알려야 한다.

□ 2007년 기타공공기관 지정(기획예산처고시 제2007-31호, 2011. 4. 11. 시행)

다음 기관을 **기타공공기관**으로 지정한다(일부만 발췌).

한국남동발전, 한국남부발전, 한국동서발전, 한국생산성본부, 한국서부발전, **한국수력원자력**, 한국전기전자시험연구원, 한국전력기술, 한국전자거래진흥원, 한국전자파연구원, 한국중부발전, 한국표준협회, 한일산업기술협력재단, 한전KDN, 한전KPS, 한전원자력연료 등

□ 2011년 공공기관 신규지정, 지정해제 및 변경지정(기획재정부고시 제2011-1호, 2011. 1. 31. 시행)

4. 다음 기관을 **기타공공기관에서 시장형 공기업으로 변경 지정**한다.

한국수력원자력, 한국남동발전, 한국남부발전, 한국동서발전, 한국서부발전, 한국중부발전

3. 명확성의 원칙과 유추적용금지의 원칙 위배 여부

가. 죄형법정주의의 원칙의 일반적 내용

죄형법정주의란 일정한 행위를 범죄로 하고 이에 대하여 일정한 형벌을 부과하기 위하여는 반드시 행위 시 이전에 명확히 제정·공포된 성문의 법률을 필요로 한다는 원칙을 말하는바, 그 파생원칙으로서 법률주의, 소급효 금지의 원칙, 유추금지의 원칙, 명확성의 원칙, 적정성의 원칙 등이 있다.

여기서 법률주의란 범죄와 형벌은 ‘법률’로 정해지지 않으면 안 된다는 원칙으로서 관습법적용의 금지와 위임입법의 제한을 그 내용으로 하고 있고, 소급효금지의 원칙이란 행위 시에 적법하였던 행위를 행위 후의 입법에 의하여 범죄로 하거나 행위 당시의 처벌규정을 사후에 가중적으로 변경하여 소급적용하는 것을 금지하는 것을 말하며, 유추금지의 원칙은 형법법규에 처벌의 대상으로서 명시되지 않은 사항에 대하여 그 사항과 가장 유사한 사항을 규정한 형법법규를 적용해서는 안 된다는 원칙을 말한다. 그리고 명확성의 원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건을 명확하게 규정하는 것을 의미하고(대법원 2003. 11. 14. 선고 2003도3600 판결, 대법원 2006. 5. 11. 선고 2006도920 판결 등 참조), 적정성의 원칙은 범죄와 형벌을 규정하는 법률의 내용이 헌법의 가치 체계와 일치하여야 한다는 원칙을 말한다.

특히 명확성의 원칙에 위배되는지 여부는, 위 대법원판례들에 의할 때 그 법규범이 수범자에게 법규의 의미내용을 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 예측 가능성을 주고 있는지 여부 및 그 법규범이 법을 해석·집행하는 기관에게 충분한 의미내용을 규율하여 자의적인 법 해석이나 법 집행이 배제되는지 여부에 따라 이를 판단할 수 있고, 법규범의 의미내용은 그 문언뿐만 아니라 입법 목적이나 입법 취지, 입법 연혁, 그리고 법규범의 체계적 구조 등을 종합적으로 고려하는 해석방법에 의하여 구체화하게 되므로, 결국 법규범이 명확성 원칙에 위반되는지 여부는 위와 같은 해석방법에 의

하여 그 의미내용을 합리적으로 파악할 수 있는 해석기준을 얻을 수 있는지 여부에 달려 있다.

나. 상고이유에 대한 구체적인 검토

이 사건에서 피고인은, 기획재정부장관이 2011. 1. 31. 느닷없이 자신이 소속한 A 주식회사를 ‘시장형 공기업’으로 변경 지정하였는데, 이러한 사항을 전혀 알지 못한 피고인에 대하여 공무원 의제규정에 따라 뇌물수수죄로 처벌하는 것은 명확성의 원칙과 유추해석금지의 원칙 등을 내용으로 하는 죄형법정주의의 원칙에 반한다고 주장하고 있다.

피고인의 위와 같은 주장은 이 사건 공무원 의제규정이 객관적으로 어떻게 명확성의 원칙이나 유추해석금지의 원칙에 위배되는지를 구체적으로 주장하는 것이라기보다는 피고인 자신의 처벌규정에 대한 인식 여부를 다투는 취지로 보인다.

먼저 이 사건 공무원 의제규정이 객관적으로 명확성의 원칙이나 유추해석금지의 원칙에 위배되는지 여부를 살펴보면, 아래와 같은 이유로 부정적인 결론에 도달한다.

첫째, 앞서 본 바와 같이 공공기관운영법 및 그 시행령에서는 ‘시장형 공기업’에 대하여 자산규모가 2조 원 이상이고 직원 정원이 50인 이상인 공공기관으로서 총수입액 중 자체수입액이 85% 이상인 공기업을 의미한다고 그 정의를 명확하게 규정하고 있다. 즉 법령 자체에서 수범자에게 법규의 의미내용을 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 예측 가능성을 주고 있고, 법의 해석 및 집행기관에게 충분한 의미내용을 규율하여 자의적인 법 해석이나 법 집행이 배제되게끔 충분한 구체성을 확보하고 있다.

둘째, 앞서 본 바와 같이 유추해석금지의 원칙은 형벌법규에 처벌의 대상으로서 명시되지 않은 사항에 대하여 그 사항과 가장 유사한 사항을 규정한 형법법규를 적용해서는 안 된다는 원칙을 말하는데, 이 사건의 경우 피고인을 뇌물죄에 있어서 공무원으로 의제한다는 규정을 공공기관운영법과 그 시행령 및 이에 근거한 훈령에서 직접적으로 명시하고 있어서 그 규

정 자체의 위헌성이나 위법성을 논하는 것은 별론으로 하고 그 자체로 명시되지 않은 사항을 피고인에게 적용한 것이 아니므로 유추해석의 문제는 처음부터 문제 되지 않는다고 보인다.

다음으로, 피고인이 주관적으로 이 사건 공무원 의제규정을 인식하지 못하였다거나 인식할 가능성이 없었는지에 관하여 보더라도, 아래와 같은 이유로 역시 피고인의 이 부분 상고이유 주장을 받아들이기 어려울 것으로 생각된다.

첫째, 피고인의 상고이유 주장에 의하더라도 A 주식회사는 2007. 4.경부터 이미 ‘기타공공기관’으로 지정되어 있었고, 위 회사는 직원 정원, 자산 규모, 총수입액 등에 의할 때 설립 당시부터 사실상 ‘시장형 공기업’의 지정요건을 갖추고 있었다는 것인데, 이에 따르면 피고인을 비롯한 A 주식회사의 임직원들로서는 자신의 회사가 기획재정부장관에 의하여 언제든지 ‘시장형 공기업’으로 변경 지정될 수도 있었다는 점을 알고 있었을 것으로 보인다.

둘째, A 주식회사의 공식홈페이지 중 회사소개란를 검색해 보면, 위 회사가 2011. 1. ‘시장형 공기업’으로 전환되었다는 점이 주요 내용으로 기재되어 있는바, 이러한 홈페이지의 기재 등에 비추어 보면 G 공사의 자회사인 A 주식회사가 ‘시장형 공기업’으로 변경 지정될 당시 대내외적으로 상당한 정도의 소개나 홍보가 있었을 것으로 추측된다.

셋째, 가사 A 주식회사 측에서 공식적으로 임직원들에게 ‘기타공공기관’에서 ‘시장형 공기업’으로의 변경지정 사실을 알리지 않았다고 하더라도, 피고인은 위 회사 입사 이래 중간에 1년 6개월 정도를 제외하고 계속해서 현재의 원자력발전소에서 근무하면서 2008년경부터 제2발전소 기계팀장으로서 사실상 발전소 내 2인자 급의 지위를 장기간 유지하고 있었는데, 이러한 피고인의 경력이나 직급 등에 비추어 보면 피고인으로서의 위와 같은 A 주식회사 지위의 변동사실을 충분히 인식하거나 예상할 수 있었다고 보는 것이 타당하다. 특히 피고인이 ‘기타공공기관’으로 지정되기 이전부터 ‘시장형 공기업’으로 변경 지정된 이후로도 수년간 지속적으로 관련 업체

로부터 수억 원의 금품을 받아왔던 사정에 비추어 보면, 피고인에게 있어서 위와 같은 회사 지위의 변경 사실이 금품 수수를 중단할 만한 계기가 되었을 것으로 보이지도 아니한다.

넷째, 피고인 자신은 기획재정부장관의 고시에 의하여 (의제)공무원이 된 줄 모르고 돈을 받았다는 취지의 이 부분 상고이유 주장은, 일종의 진정신 분범에 있어서 공무원이라는 신분에 대한 착오가 있었던 때로서 기본적인 구성요건의 착오에 관한 주장이라고 볼 수도 있는데, 이는 고의와 관련한 사실오인의 주장에 해당하고 원심에서 항소이유로 주장한 바도 없으므로 부적법한 상고이유로 볼 여지도 있다.

결국, 피고인에 대하여 공공기관운영법상의 공무원 의제규정을 적용하는 것이 명확성의 원칙과 유추해석금지의 원칙 등을 내용으로 하는 죄형법정주의의 원칙에 위배되는 것이라고 볼 수 없고, 이에 대한 피고인의 인식이 없었다고 볼 수도 없으므로 상고심 입장에서 피고인의 이 부분 상고이유는 받아들일 수 없었을 것이다.

다. 유사 선례의 존재

이 사안과 유사하게, 준정부기관의 임직원인 피고인에 대하여 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(뇌물)으로 기소한 사안에서 공공기관운영법 제53조가 명확성의 원칙을 내용으로 하는 죄형법정주의나 평등의 원칙에 위반되어 위헌이라는 상고이유 주장에 대하여 이를 배척한 아래와 같은 최근 대법원판례(대법원 2012. 9. 13. 선고 2012도5587 판결)가 존재하는데, 이는 이 사건의 결론에도 영향을 미쳤을 것으로 보인다.

“공공기관의 운영에 관한 법률은 공공기관의 운영에 관한 기본적인 사항과 자율경영 및 책임경영체제의 확립에 관하여 필요한 사항을 정하여 경영을 합리화하고 운영의 투명성을 제고함으로써 공공기관의 대국민 서비스 증진에 기여함을 목적으로 하고, 정부로부터 직·간접적으로 출연 또는 지원받는 일정한 기관을 공공기관인 공기업, 준정부기관 등으로 구분하여 지정할 수 있는데, 공공기관을 새로 지정하거나 지정해제 또는 변경 지정할

경우에는 이를 고시하여야 한다고 규정하고 있으므로, 준정부기관은 대국민 서비스를 위하여 정부로부터 직·간접적으로 출연 또는 지원을 받는 기관으로서 그 임직원에게는 공무원에 버금가는 정도의 청렴성과 업무의 불가매수성이 요구되고, 이들이 직무와 관련하여 금품수수 등의 비리를 저질렀을 경우에는 이를 공무원으로 보아 엄중하게 처벌함으로써 준정부기관의 정상적인 운영과 대국민 서비스를 증진시킬 필요가 있고, 준정부기관으로 지정된 기관의 임직원은 고시를 통하여 그 기관이 준정부기관으로 지정되었는지 여부를 확인할 수 있는 점, 그리고 준정부기관의 임직원의 의미가 불명확하다고 볼 수는 없고, 준정부기관의 임직원을 동일하게 규정하였다고 하여 준정부기관의 임직원을 동일하게 처벌하여야 하는 것은 아닌 점 등에 비추어 보면, 준정부기관의 임직원을 형법 제129조 등의 적용에 있어서 공무원으로 본다고 규정한 공공기관의 운영에 관한 법률 제53조가 죄형법정주의나 명확성의 원칙, 평등의 원칙에 위반되는 것이라고 할 수 없다.”

4. 위임입법의 한계

가. 문제의 제기

이 사건에서 피고인이 상고이유로 명시적으로 주장한 것은 아니지만, 이 사건 공무원 의제규정과 관련하여 공공기관운영법상 범죄(뇌물죄) 주체의 신분에 관한 사항을 기획재정부장관에게 위임한 것이 포괄위임입법에 해당하여 포괄위임입법금지를 내용으로 하는 죄형법정주의의 원칙에 위배되는 것이 아닌지 하는 의문이 들 수 있다.

즉, 앞서 본 공공기관운영법에 의하면 기획재정부장관이 공기업과 준정부기관을 지정하도록 되어 있고, 위와 같은 기획재정부장관의 지정에 의해 그 공기업 등의 임직원은 모두 뇌물죄의 주체가 되는 것이므로, 이는 결과적으로 범죄 주체의 신분에 관한 사항을 기획재정부장관에게 위임한 것이어서 죄형법정주의 원칙의 파생원칙인 포괄위임금지입법에 해당하는 것이 아닌가 하는 주장이 이론상 가능하다.

나. 관련 법리

위임입법의 범위와 한계와 관련하여 이 사건에 참조할 만한 다수의 대법원판례와 헌법재판소 결정이 있는데, 이를 살펴보면 다음과 같다.

1) 대법원판례

가) 대법원 2000. 10. 27. 선고 2000도1007 판결은, “사회현상의 복잡다기화와 국회의 전문적·기술적 능력의 한계 및 시간적 적응능력의 한계로 인하여 형사처벌에 관련된 모든 법규를 예외 없이 형식적 의미의 법률에 의하여 규정한다는 것은 사실상 불가능할 뿐만 아니라 실제에 적합하지도 아니하기 때문에, 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한하여 수권법률(위임법률)이 구성요건의 점에서는 처벌 대상인 행위가 어떠한 것인지 이를 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고, 형벌의 점에서는 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명확히 규정하는 것을 전제로 위임입법이 허용된다.”고 판시하였다.

위 판결 이유에 의하면, 구 식품위생법(1999. 5. 24. 법률 제5892호로 개정되기 전의 것) 제7조 제1항 소정의 식품 또는 식품첨가물은 지극히 다양할 뿐만 아니라 그 제조·가공·사용·조리 및 보존의 방법에 관한 기준과 그 성분에 관한 규격은 기술적, 전문적인 것이어서 입법기술상 이를 보건복지부장관(위 법률 개정 후부터는 식품의약품안전청장)으로 하여금 고시하도록 한 것은 부득이하다 할 것이고, 또 위 조항에서 규정한 식품 또는 식품첨가물의 제조·가공·사용·조리 및 보존의 방법에 관한 기준과 그 성분에 관한 규격이란 개념은 비교적 구체성을 가져 그 내용에 관한 대강을 예측할 수 있다고 할 것이며, 한편 같은 법에 의한 보건복지부장관의 고시인 구 식품공전(1997. 8. 13. 보건복지부장관 고시 제1997-55호) 제3. 식품일반에 대한 공통기준 및 규격, 3. 원료 등의 구비요건, 1) 식품원료 (7)은 “다음에 해당하는 동·식물성 기타 원재료는 식품의 제조·가공·조리 용으로 사용하여서는 아니된다. ① 일반인들의 전래적인 식생활이나 통념상 식용으로 하지 아니하는 것, ③ 식품원료로서 안전성 및 건전성이 입증되지 아니한 것”이라고 규정하고 있는바, 위 ‘일반인들의 전래적인 식생활

이나 통념상 식용으로 하지 아니하는 것’, ‘식품원료로서 안전성 및 건전성이 입증되지 아니한 것’의 개념이 다소 불명확하다고 보여지나, 일반인들이 식용으로 하는 것과 식용으로 하지 아니하는 것은 너무 다양하여 일일이 나열할 수 없고, 또 안전성 및 건전성이 입증되지 아니한 식품원료를 미리 예측하여 규정하는 것이 사실상 불가능한 점에 비추어 보면, 위 규정이 추상적이고 규범적인 개념을 사용한 것은 불가피하다 할 것이고, 또한 위 규정의 개념은 구 식품위생법의 입법 목적과 건전한 상식 및 통상적인 법감정을 통하여 판단할 수 있음은 물론 구체적인 사건에서는 법관의 합리적인 해석에 의하여 판단할 수 있다고 할 것이어서 어떤 행위가 이에 해당하는지 의심을 가질 정도로 명확성을 결한 것이라고는 할 수 없다고 보았다.

나) 대법원 2002. 11. 26. 선고 2002도2998 판결도 위와 같은 취지에서 “사회현상의 복잡다기화와 국회의 전문적·기술적 능력의 한계 및 시간적 적응능력의 한계로 인하여 형사처벌에 관련된 모든 법규를 예외 없이 형식적 의미의 법률에 의하여 규정한다는 것은 사실상 불가능할 뿐만 아니라 실제에 적합하지도 아니하기 때문에, 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한하여 수권법률(위임법률)이 구성요건의 점에서는 처벌 대상인 행위가 어떠한 것인지 이를 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고, 형벌의 점에서는 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명확히 규정하는 것을 전제로 위임입법이 허용되며, 이러한 위임입법은 죄형법정주의에 반하지 않는다.”고 판시하였다.

위 판결 이유에 의하면, 식품위생법 제11조 제2항이 과대광고 등의 범위 및 기타 필요한 사항을 보건복지부령에 위임하고 있는 것은 과대광고 등으로 인한 형사처벌에 관련된 법규의 내용을 빠짐없이 형식적 의미의 법률에 의하여 규정한다는 것은 사실상 불가능하다는 고려에서 비롯된 것이고, 또한 같은 법 시행규칙 제6조 제1항은 처벌 대상인 행위가 어떠한 것인지 예측할 수 있도록 구체적으로 규정되어 있다고 할 것이므로 식품위생법 제11조 및 같은 법 시행규칙 제6조 제1항의 규정이 위임입법의 한계나 죄형법정주의에 위반된 것이라고 볼 수는 없다고 보았다.

다) 대법원 2005. 1. 13. 선고 2004도7360 판결은, “공직선거법에는 제90조의 ‘간판’에 대한 정의규정이 없으나, 간판의 사전적 의미가 상점·영업소 따위에서 상호·상품명·업종 따위를 써서 밖에 내건 표지(표식)인 점, 옥외광고물 등 관리법 시행령 제3조에서 ‘문자·도형 등을 목재·아크릴·금속재 등의 판에 표시하거나 입체형으로 제작하여 건물의 벽면 또는 기둥에 부착하거나 벽면 등에 직접 도료(색상이 표시된 천·종이·비닐·테이프 등을 포함한다)로 표시하는 광고물’을 간판의 일종으로 규정하고 있는 점 등에 비추어 보면, 원심이 피고인이 선거준비사무소 유리창에 선탱지를 이용하여 가로 20m, 세로 1m 및 가로 8m, 세로 1m 규격의 ‘(피고인 이름 생략) 선거사무소’라는 문구를 붙인 사실을 인정하고 위와 같은 문구는 선거사무소를 알리기 위한 표지로서 공직선거법 제90조 소정의 ‘간판’에 해당한다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 공직선거법 제90조 소정의 간판에 관한 법리오해의 위법이 없다. 또한 공직선거법 제90조 전문은 선거일 전 180일부터 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 법정의 방법 이외의 방법으로 시설물설치 등을 하는 것을 금지한 규정으로서, 이는 선거의 부당한 과열경쟁으로 인한 사회경제적 손실을 막고 후보자 간의 실질적인 기회균등을 보장함과 동시에 탈법적인 선거운동으로 인하여 선거의 공정과 평온이 침해되는 것을 방지하고자 일정 범위의 선거운동방법에 대하여는 그 주체, 시간, 태양을 불문하고 일률적으로 이를 금지하는 것인바, 위와 같은 목적 달성을 위하여 달리 효과적인 수단을 상정할 수가 없고, 제한되는 자유의 범위도 예상되는 다양한 선거운동의 방법 중에서 특히 중대한 피해를 초래할 우려가 크다고 인정되는 특정의 선거운동방법과 내용에 국한되는 것이며, 선거일 전 180일부터는 이미 사실상 선거운동의 준비작업이 시작되었다고 볼 수 있으므로, 이러한 제한은 피해방지에 필요한 최소한의 정도를 넘지 아니하여 표현의 자유 등을 침해한다고 할 수 없고, 설치가 허용되는 간판의 규격과 같은 세부적이고 기술적인 사항을 중앙선거관리위원회 규칙에서 정하도록 위임하였다 하여 이를 죄형법정주의와 포괄위임금지의 원칙에 어긋난다고 볼 수도 없다.”고 판시하였다.

라) 대법원 2006. 1. 13. 선고 2005도7474 판결은, “구 주식회사의 외부감사에 관한 법률(2003. 12. 11. 법률 제6991호로 개정되기 전의 것) 제20조 제1항 제8호가 규정하고 있는 구성요건 중 하나인 ‘회계처리기준’은 입법자의 상세한 규율이 불가능하거나 상황의 변화에 탄력적으로 대응할 필요성이 강하게 요구되는 극히 전문적인 영역에 속한다고 보이므로, 같은 법 제13조가 금융감독위원회에게 위 회계처리기준의 구체적 내용의 정립을 위임한 것을 가리켜 헌법 제75조 및 제95조 등에 위배된 것이라고 할 수는 없고, 한편 위와 같은 입법의 위임이 헌법상 죄형법정주의의 원칙에 위배되는지 여부는 당해 법률의 적용 대상자로 하여금 행정입법에 의하여 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있도록 하였는지 여부에 달려 있고, 이때 그 예측 가능성의 유무는 직접적인 위임 규정의 형식과 내용 외에도 당해 법률의 전반적인 체계와 취지·목적, 연혁 등도 아울러 고려하여야 하는 것 인바, 위 법률의 입법 연혁이나 제1조와 제13조 제2항, 제5항 등의 규정을 종합하여 보면, 입법자가 금융감독위원회에게 그 구체적 정립을 위임한 회계처리기준의 내용의 대강은, ‘재무제표 등 재무상의 자료를 처리함에 있어서 적용되어야 할, 일반적으로 공정·타당하다고 승인된 회계원칙’이라고 예측할 수 있다고 보이고, 여기에 위 법률조항의 적용 대상자가 회계처리 기준의 내용을 잘 알고 있거나 잘 알 수 있는 지위에 있고 또한 이를 알고 있어야 할 책임이 있는 사람들이라는 점까지 아울러 고려한다면, 위 법률조항이 입법위임의 한계를 벗어나는 등 죄형법정주의의 원칙에 위배된 것이라고는 볼 수 없고, 적정한 기업회계처리를 통하여 이해관계인의 보호와 기업의 건전한 발전을 도모하려는 위 법률조항의 입법 목적이나 그 법정형의 범위 등에 비추어 볼 때 위 법률조항이 죄질과 그에 따른 행위자의 책임 사이에 비례관계가 준수되지 않아 실질적 법치국가이념에 어긋난다거나 형벌 체계상의 균형을 상실하였다고 보이지도 않는다.”고 판시하였다.

마) 대법원 2006. 6. 15. 선고 2004도756 판결도 앞서 본 판시 내용과 같이, “사회현상의 복잡다기화와 국회의 전문적·기술적 능력의 한계 및 시간적 적응능력의 한계로 인하여 형사처벌에 관련된 모든 법규를 예외

없이 형식적 의미의 법률에 의하여 규정한다는 것은 사실상 불가능할 뿐만 아니라, 실제에 적합하지도 아니하기 때문에 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한하여 수권법률(위임법률)이 구성요건의 점에서는 처벌대상자의 범위 등을 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고, 형벌의 점에서는 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명확히 규정하는 것을 전제로 하여 위임입법은 허용되고, 예금자보호법 이외에도 형법 제129조 내지 제132조의 적용에 있어서 공무원으로 보는 규정을 개별 법률에 규정하면서 그 직원의 범위를 대통령령에 위임하는 사례는 지방공기업법이나 정부투자기관관리기본법 등 여러 법률에서 찾아볼 수 있으므로, 원심이 피고인 2가 H 공사 직원인 공소외 1에게 뇌물을 공여하였다는 이 사건 공소사실에 대하여 뇌물죄를 적용하여 처벌한 것은 정당하고, 거기에 법률 위반 등의 위법이 없다.”고 판시하였다.

바) 대법원 2009. 4. 23. 선고 2008도11017 판결은, “게임산업진흥에 관한 법률(이하 이항에서는 ‘법’이라고 한다) 제32조 제1항 제7호가 환전, 환전 알선, 재매입 영업행위를 금지하는 게임머니 및 이와 유사한 것을 대통령령이 정하도록 위임하고 있는 것은 사회현상의 복잡다기화와 국회의 전문적·기술적 능력의 한계 및 시간적 적응능력의 한계로 인하여 형사처벌에 관련된 모든 법규를 예외 없이 형식적 의미의 법률에 의하여 규정한다는 것은 사실상 불가능할 뿐만 아니라 실제에 적합하지도 아니하기 때문에, 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있다는 고려에서 비롯되었고, 법 제32조 제1항 제7호는 처벌대상인 행위의 객체인 게임물의 이용을 통하여 획득한 유·무형의 결과물에 관하여 ‘점수, 경품, 게임 내에서 사용되는 가상의 화폐로서 대통령령이 정하는 게임머니 및 대통령령이 정하는 이와 유사한 것’을 말한다’고 규정하고 있어, 그 문언 자체에 의하더라도 누구나 게임물의 이용을 통하여 획득한 유·무형의 결과물이 무엇인지 이해할 수 있고, 대통령령에 위임될 사항이 어떠한 것인지도 예측할 수 있다고 보이며, 법 시행령 제18조의3 각 호에 규정된 ‘게임머니 및 이에 유사한 것’은 법 제32조 제1항 제7호에

규정된 ‘게임물의 이용을 통하여 획득한 유·무형의 결과물’에 해당한다고 보이므로, 법 제32조 제1항 제7호, 법 시행령 제18조의3은 형벌법규의 포괄 위임입법금지 원칙이나 죄형법정주의에 위배되지는 않는다.”고 판시하였다.

사) 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009도8537 판결은, “금융시장이 복잡 다양하면서도 부단히 변동되고 있음에 비추어 새마을금고의 여유자금 운용에 관한 규정도 그에 대응하여야 하나 국회가 금융시장의 변화를 모두 예측하기 어렵고 그러한 변화에 대응하여 그때마다 법률을 개정하는 것도 용이하지 아니하므로, 여유자금의 운용방법에 관한 규정을 미리 법률로써 자세히 정하지 아니하고 시행령에 위임하는 것은 불가피한 면이 있는 것이고, 구 새마을금고법(2007. 5. 25. 법률 제8485호로 전부 개정되기 전의 것) 제26조 제3항에서 정하는 ‘여유자금의 운용’의 개념은 사전적으로도 비교적 구체적 의미를 갖는 것이어서 처벌 대상 행위에 대한 예측 가능성이 충분히 기대되며, 위 조항을 위반한 경우의 처벌조항인 같은 법 제66조에서는 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명확히 규정하고 있는 점 등을 고려하면, 위 법 제26조 제3항이 새마을금고 여유자금의 운용에 관하여 구체적 방법을 정하지 아니한 채 시행령에 위임하였다거나, 위 시행령 제24조 제3호가 여유자금의 운용방법으로 국채, 지방채의 매입과 더불어 ‘연합회장이 정하는 유가증권의 매입’이라고 규정하였다 하더라도 죄형법정주의에 위반되거나 위임입법의 한계를 일탈한 것으로는 볼 수 없다.”고 판시하였다.

2) 헌법재판소 결정례

가) 헌법재판소 1996. 2. 29. 선고 94헌마213 결정은, “형벌법규에 대하여도 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한하여 수권법률(위임법률)이 구성요건의 점에서 처벌 대상인 행위가 어떠한 것일 거라고 이를 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고, 형벌의 점에서 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명확히 규정하는 것을 조건으로 위임입법이 허용되며 이러한 위임입법은 죄형법정주의에 반하지 않는다.”고 앞서 본 대법원판례의 법리와 동일하게 판시하면서 ❶ 긴급한 필요 또는 부득이한 사정, ❷ 구성요건에서의 예측

가능성, ③ 형벌의 명확성을 조건으로 위임입법이 허용된다고 보았다.

나) 헌법재판소 1999. 2. 25. 선고 97헌바63 결정은, “수산업법(1990. 8. 1. 법률 제4252호로 전부 개정된 것) 제52조 제1항 제3호¹⁾(이하 이하에 서만 ‘이 사건 법률’이라 한다)는 위임의 목적이 ‘어업단속·위생관리·유통질서 기타 어업조정’에 있음을 분명히 나타내고 있으며, 위임의 내용과 범위를 ‘조업구역, 어업의 시기와 포획·채취할 수 있는 수산동식물의 종류에 관한 제한 또는 금지’라고 구체적으로 확정하고 있으며, 이 사건 법률의 피적용자는 조업구역, 어업시기, 포획·채취할 수 있는 수산동식물에 관한 제한을 대체적으로 예측할 수 있는 어업인들이고, 한편 끊임없이 변화하는 해양생태계를 규율대상으로 하는 수산업법은 다른 법률에 비하여 보다 탄력성을 요구하며, 또한 고도로 전문적이고 기술적이어서 수산자원보호, 어업조정이라는 입법 목적을 효율적으로 달성하기 위하여 탄력성 있는 행정입법을 활용할 필요가 크다. 위 수산업법 조항은 위임사항의 내용과 범위를 나름대로 구체적으로 특정한 것이라 볼 것이고, 이로부터 대통령령에 규정될 사항이 어떤 것일지 대체적으로 예측할 수도 있다 할 것이므로 헌법 제75조에 규정된 포괄위임입법금지 원칙에 위배되지 아니한다.”고 판시하였다.

다) 헌법재판소 2010. 9. 30. 선고 2009헌바2 결정은, “이 사건 법률 조항(註: 수산업법 제53조 제2, 3항)²⁾이 하위법령인 대통령령에 위임하고 있는 것은 일정한 제한이나 금지에 위반한 행위의 가벌성 및 처벌의 정도에 대한 판단인데, 이는 사회공동체의 가치관 또는 법감정을 고려하여 입

1) 제52조 (어업조정에 관한 명령)

① 어업단속·위생관리·유통질서 기타 어업조정을 위하여 다음 각 호에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정할 수 있다.

3. 조업구역, 어업의 시기와 포획·채취할 수 있는 수산동식물의 종류에 관한 제한 또는 금지

2) 수산업법(2009. 4. 22. 법률 제9626호로 전부 개정되기 전의 것) 제53조 (어업조정에 관한 명령)

① 어업단속·위생관리·유통질서, 그 밖에 어업조정을 위하여 다음 각 호에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정할 수 있다.

② 제1항에 따른 대통령령에는 필요한 벌칙을 둘 수 있다.

③ 제2항의 벌칙에는 500만 원 이하의 벌금·구류(구류) 또는 과료(과료)의 규정을 둘 수 있다.

법자가 정책적으로 결정하여야 할 문제로서, 사회적 상황에 따라 수시로 급변하는 것이라고 할 수 없으며 미리 법률로써 자세히 정하기 어려운 정도로 전문적이고 기술적인 사항이라고 볼 수도 없다. 한편 수산업법이 제정된 이래 형벌로 처벌할 필요가 있는 일정한 위반 행위들에 대해서는 “벌칙”의 장에서 직접 규정해 오고 있었고, 최근 개정된 수산업법과 새로이 제정된 수산자원관리법도 어업조정이나 수산자원의 보호에 관한 내용 중 일부를 대통령령 등 하위법령에 위임하면서도 그 위반 행위에 대한 처벌은 하위법령에 위임하지 않고 직접 규정한 점을 보더라도 이 사건 법률조항이 처벌조항을 하위법령에 위임하였어야 할 필요성을 인정하기 어렵다. 또한 이 사건 법률조항은 ‘대통령령으로 필요한 벌칙을 둘 수 있다’고만 할 뿐, 어떠한 사항들의 위반 행위에 대해 벌칙을 둘 수 있는지에 대해서는 아무런 기준도 제시하지 않고 있으며, 대통령령에 규정할 벌칙으로 “500만 원 이하의 벌금·구류 또는 과료”를 규정하고 있지만, 대통령령에 의해 처벌될 수 있는 행위유형들도 죄질과 불법의 정도가 다양할 수 있고 그에 따라 처벌의 정도 또한 달라질 수 있는데, 다양한 유형의 구성요건적 행위들에 대해 각각 어느 정도의 처벌이 가해질 것인지에 대해서는 아무런 기준을 제시하지 않고 있어, 어떠한 사항들을 위반하면 처벌받게 될 것인지, 어느 정도로 처벌될 것인지를 예측할 수 없다. 따라서 이 사건 법률조항은 헌법 제11조 제1항의 죄형법정주의 원칙에 위배된다.”고 판시하였다. 이에 대하여는 재판관 이공현, 재판관 조대현, 재판관 이동흡의 반대의견이 있었다.

결국 위 결정은, ① 긴급한 필요 또는 부득이한 사정, ② 구성요건에서의 예측 가능성, ③ 형벌의 명확성을 조건으로 위임입법이 가능한바, 구 수산업법 제53조 제2, 3항 관련하여 ① 처벌조항 위임의 필요성이 결여되어 있고, ② 어떤 행위가 어느 정도로 처벌되는지에 대한 예측 가능성이 없다는 이유로 위임입법의 한계를 벗어나 죄형법정주의 원칙에 위배된다고 본 것이다.

3) 대법원판결 등의 분석

위와 같은 대법원판결과 헌법재판소 결정례의 취지를 종합해 보면, 입법

의 위임이 헌법상 죄형법정주의의 원칙에 위배되는지 여부는 당해 법률의 적용 대상으로 하여금 행정입법에 의하여 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있도록 하였는지 여부에 달려 있고, 이때 그 예측 가능성의 유무는 직접적인 위임 규정의 형식과 내용 외에도 당해 법률의 전반적인 체계와 취지·목적·연혁 등도 아울러 고려하여야 한다는 것으로 정리할 수 있다.

다. 이 사건의 경우

1) 전제되는 사실관계

A 주식회사는 정부의 공기업 민영화방안에 따라 2001. 4. 2. 설립된 G 공사의 자회사인데, 2007. 4. 11. 기획예산처 고시 제2007-31호로 ‘기타공공기관’으로 지정되었다가 2011. 1. 31. 기획재정부 고시 제2011-1호로 ‘기타공공기관’에서 ‘시장형 공기업’으로 변경 지정되었다.

이 사건에서 피고인은 A 주식회사가 ‘기타공공기관’으로 지정되기 전인 2007. 1.경부터 위 회사가 ‘시장형 공기업’으로 변경 지정된 이후인 2011. 7.경까지 지속적으로 관련 업체로부터 합계 약 4억 2,400만 원의 금품을 수수하였다고 하여, 검사는 위 기획재정부 고시 제2011-1호의 시행 이후로는 A 주식회사의 직원인 피고인이 공무원으로 의제된다고 보아 그 이전의 금품수수행위에 대하여는 배임수재죄로, 그 이후의 금품수수행위에 대하여는 뇌물죄로 각 구분하여 기소하였다.

2) 구체적 검토

위와 같은 법리에 따라 이 사건에 관하여 보면, 아래와 같은 이유로 이 사건 공무원 의제규정(공공기관운영법 제53조)은 포괄위임입법금지의 원칙에 위배되지 않는 것으로 생각된다.

먼저, 형벌의 명확성 요건과 관련하여서는 형벌의 종류, 상한, 폭이 공공기관운영법 제53조에 의하여 인용되고 있는 형법 및 특가법에 뇌물죄의 처벌수위에 대하여 명확히 규정되어 있으므로 별다른 문제는 없다.

다음으로, 구성요건의 예측 가능성 요건과 관련하여서도 다음과 같은 이유로 그 요건을 충족하고 있는 것으로 평가함이 상당하다. 즉 앞에서 살펴

본 공공기관운영법 및 그 시행령에 의하면 ‘공공기관’ 및 그중 하나인 ‘시장형 공기업’의 정의에 대하여 비교적 명확한 정의 규정을 두고 있어서[특히 시장형 공기업의 경우 자산규모가 2조 원 이상으로 직원 정원이 50인 이상인 공공기관으로서 총수입액 중 자체수입액이 85% 이상인 기업을 의미한다. 앞서 본 공공기관운영법 제5조 제1항, 제2항, 제3항 제1호 (가)목, 공공기관운영법 시행령 제7조 참조] 기획재정부장관의 지정 권한은 위와 같은 구체적인 요건하에서만 행사되는 것이다. 이와 같이 공공기관운영법의 경우 공무원 의제규정의 적용 전제가 되는 시장형 공기업 등의 정의를 법률 자체에서 비교적 구체적으로 규정해 둬으로써 어느 정도 공공기관 유형 요건을 정한 후 그 지정 권한만을 기획재정부장관에게 위임하고 있는 것으로 볼 수 있다.

나아가 공공기관운영법 및 그 시행령에서는, 기획재정부장관이 공공기관 등을 지정하는 절차에 관하여도 구체적인 규정과 방식을 정하고 있어서(공공기관운영법 제6조, 동 시행령 제8조 참조), 기획재정부장관이 시장형 공기업 등의 지정 권한을 행사함에 있어서 입법부나 사법부 혹은 다른 행정기관에 의한 절차적 통제도 가능하게 규정되어 있다. 그리하여 특정 공공기관 임직원이라면 위와 같은 공공기관관리법의 관계 조항에 따라 자신이 속한 공공기관의 자산 규모와 직원 숫자, 사업 내용, 매출규모와 총이익액 및 자체수입액 등의 제반 요소를 고려하여 기획재정부장관이 관계기관의 협의를 거쳐 자신이 속한 공공기관을 공기업이나 준정부기관 혹은 기타공공기관 중 어느 하나로 지정할 것인지 충분히 예측할 수 있다. 앞서 본 바와 같이 피고인의 경우에도 앞서 본 A 주식회사의 설립 동기와 자산 규모, 기획재정부장관에 의한 기타공공기관의 지정 시기 및 피고인의 위 회사 내에서의 직위, 직급 등에 비추어 볼 때 자신이 속한 A 주식회사의 임직원에 대해서 공공기관운영법상의 공무원 의제규정이 적용될 가능성이 있음을 충분히 알 수 있었다고 보는 것이 타당하다.

끝으로, 형벌법규의 위임입법 조건으로서 부득이한 사정 요건과 관련하여서도, 앞서 본 공공기관관리법의 제반 규정과 공공기관관리법의 입법 목

적 및 경제상황이나 정책상 목적에 따라 공공기관의 사업 내용과 범위 등이 계속적으로 변동하고 있는 현실 등을 감안하여 보면, 공무원 의제규정의 적용을 받는 공기업 등의 정의를 법률이 아닌 시행령이나 고시 등 그 하위규범에서 정함에 부득이한 측면이 있으므로 위 요건도 충족하는 것으로 볼 수 있다.

3) 다른 법률에서의 공무원 의제규정과 비교

한편 우리 법률상 비공무원을 공무원에 준하여 수재행위를 처벌하는 규정의 유형을 정리해 보면 아래의 <표>와 같은데, 이 사건에서 문제 되는 공공기관관리법상의 공무원 의제규정을 다른 법령의 유사규정과 비교해 보더라도 그 위임의 방식이나 정도에 있어서 그다지 특별한 문제점을 가지고 있는 것으로 보이지 아니한다.

[형법 제129조 내지 132조의 적용에서 임직원을 공무원으로 보는 유형]

형 태	위임 여부	해당 법률
임직원 모두 공무원으로 의제하는 경우	법률에서 직접 규정	구 도시재개발법(2002. 12. 30. 법률 제6852호로 폐지) 제61조, ³⁾ 도시 및 주거환경정비법 제84조, ⁴⁾ 한국자원재생공사법 제15조, ⁵⁾ 구 농지법(2009. 5. 27. 법률 제9721호로 개정되기 전의 것) 제48조, ⁶⁾ 환경분쟁조정법 제14조 ⁷⁾
	시행령에서 규정	특가법 제4조 ⁸⁾ 소정의 정부관리기업체의 각 설립근거 법률

- 3) 형법 제129조 내지 제132조의 적용에 있어서 이 법의 조합의 임·직원은 이를 공무원으로 본다.
- 4) 형법 제129조 내지 제132조의 적용에 있어서 추진위원회의 위원장·조합의 임원 및 정비사업전문관리업자의 대표자(법인인 경우에는 임원을 말한다)·직원 및 위탁관리자는 이를 공무원으로 본다.
- 5) 공사의 임원 및 직원은 형법 제129조 내지 제132조의 적용에 있어서는 이를 공무원으로 본다.
- 6) 제45조 제2항에 따른 농지관리위원회 위원 중에서 공무원이 아닌 위원은 「형법」이나 그 밖의 법률에 따른 벌칙을 적용할 때 공무원으로 본다.
- 7) 위원회의 위원 중 공무원이 아닌 위원과 관계전문가는 「형법」 제127조, 제129조부터 제132조까지의 규정을 적용할 때에는 공무원으로 본다.
- 8) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 기관 또는 단체로서 대통령령으로 정하는 기관 또는 단체의 간부직원은 「형법」 제129조부터 제132조까지의 규정을 적용할 때에는 공무원으로 본다.

형 태	위임 여부	해당 법률
임원만 공무원으로 의제하는 경우	시행령에서 규정	특가법 시행령 제3조 제2호 ⁹⁾
임원과 과장(대리 급) 이상 직원을 공 무원으로 의제하는 경우	시행령에서 규정	특가법 시행령 제3조 제1호, ¹⁰⁾ 구 정부투자기 관관리기본법(2007. 1. 19. 법률 제8258호로 폐 지) 제18조, ¹¹⁾ 정부출연연구기관 등의 설립· 운영 및 육성에 관한 법률 제33조, ¹²⁾ 지방공기 업법 제83조 ¹³⁾

1. 국가 또는 지방자치단체가 직접 또는 간접으로 자본금의 2분의 1 이상을 출자하였거나 출연금·보조금 등 그 재정지원의 규모가 그 기관 또는 단체 기본재산의 2분의 1 이상인 기관 또는 단체
2. 국민경제 및 산업에 중대한 영향을 미치고 있고 업무의 공공성이 현저하여 국가 또는 지방자치단체가 법령에서 정하는 바에 따라 지도·감독하거나 주주권의 행사 등을 통하여 중요 사업의 결정 및 임원의 임면 등 운영 전반에 관하여 실질적인 지배력을 행사하고 있는 기관 또는 단체
 - ② 제1항의 간부직원의 범위는 제1항의 기관 또는 단체의 설립목적, 자산, 직원의 규모 및 해당 직원의 구체적인 업무 등을 고려하여 대통령령으로 정한다.
- 9) 법 제4조 제2항에 따른 기관 또는 단체의 간부직원의 범위는 다음 각 호와 같다. 다만 다른 법령에 따라 공무원 또는 공무원에 준하는 신분을 가지는 경우에는 그 법령의 적용을 배제하지 아니한다.
 2. 한국방송공사, 지역농업협동조합, 지역축산업협동조합, 품목별·업종별협동조합 및 품목조합연합회(「농업협동조합법」에 따라 설립된 것을 말한다), 지구별수산업협동조합, 업종별수산업협동조합, 수산물가공수산업협동조합, 지역산업조합 및 품목별·업종별산업조합의 임원
- 10) 본문은 위 각주 23) 참조.
 1. 제2조 제1호부터 제40호까지, 제45호 및 제46호의 기관 또는 단체와 농업협동조합중앙회, 수산업협동조합중앙회 및 산림조합중앙회의 임원과 과장대리급(과장대리급제가 없는 기관 또는 단체는 과장급) 이상의 직원
- 11) 투자기관의 임원 및 대통령령이 정하는 직원은 형법 제129조 내지 제132조의 적용에 있어서는 이를 공무원으로 본다.
 - ◆ 구 정부투자기관 관리기본법 시행령(2007. 3. 27. 대통령령 제19978호로 폐지) 제14조 (별칙 적용에 있어서 공무원으로 의제되는 직원의 범위): 법 제18조에서 “대통령령이 정하는 직원”이라 함은 투자기관의 과장 대리급 이상의 직원을 말한다.
- 12) 연구기관 및 연구회의 임원 및 대통령령이 정하는 직원은 「형법」 제129조 내지 제132조의 적용에 있어서는 이를 공무원으로 본다.
 - ◆ 정부출연연구기관 등의 설립·운영 및 육성에 관한 법률 시행령 제21조 (별칙적용에 있어서 공무원으로 의제되는 직원의 범위): 법 제33조에서 “대통령령이 정하는 직원”이라 함은 연구기관 및 연구회의 연구원 및 과장급 이상의 직원을 말한다.
- 13) 공사와 공단의 임원 및 대통령령으로 정하는 직원은 「형법」 제129조부터 제132조까지의 규정을 적용할 때에는 공무원으로 본다.

[형법상 뇌물죄 유사 처벌례를 직접 규정하는 유형] - 법률에서 직접 규정

형 태	해당 법률
임직원 모두 대상으로 한 경우	특경법 제5조 ¹⁴⁾
직책별로 나누어 나열한 경우	건설기술관리법 제45조, ¹⁵⁾ 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제645조 ¹⁶⁾

◆ 지방공기업법 시행령 제80조 (벌칙적용에 있어서 공무원으로 의제되는 직원의 범위): 법 제83조에서 “대통령령이 정하는 직원”이라 함은 공사와 공단의 정관상 과장 또는 팀장 이상의 직원을 말한다.

- 14) ① 금융회사 등의 임직원이 그 직무에 관하여 금품이나 그 밖의 이익을 수수, 요구 또는 약속하였을 때에는 5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지에 처한다.
 ② 금융회사 등의 임직원이 그 직무에 관하여 부정한 청탁을 받고 제3자에게 금품이나 그 밖의 이익을 공여하게 하거나 공여하게 할 것을 요구 또는 약속하였을 때에는 제1항과 같은 형에 처한다.
 ③ 금융회사 등의 임직원이 그 지위를 이용하여 소속 금융회사 등 또는 다른 금융회사 등의 임직원의 직무에 속하는 사항의 알선에 관하여 금품이나 그 밖의 이익을 수수, 요구 또는 약속하였을 때에는 제1항과 같은 형에 처한다.
 ④ 제1항부터 제3항까지의 경우에 수수, 요구 또는 약속한 금품이나 그 밖의 이익의 가액(이하 이 조에서 ‘수수액’이라 한다)이 3천만 원 이상일 때에는 다음 각 호의 구분에 따라 가중 처벌한다.
1. 수수액이 1억 원 이상일 때: 무기 또는 10년 이상의 징역
 2. 수수액이 5천만 원 이상 1억 원 미만일 때: 7년 이상의 유기징역
 3. 수수액이 3천만 원 이상 5천만 원 미만일 때: 5년 이상의 유기징역
- ⑤ 제1항부터 제4항까지의 경우에 수수액의 2배 이상 5배 이하의 벌금을 병과한다.
- 15) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 「형법」 제129조부터 제132조까지의 규정을 적용할 때에는 공무원으로 본다.
1. 제5조 제1항에 따른 중앙위원회, 지방위원회 또는 특별위원회의 위원 중 공무원이 아닌 위원
 2. 제5조의2에 따른 설계자문위원회의 위원 중 공무원이 아닌 위원
 3. 제27조 및 제27조의2에 따라 그 업무를 하는 감리원
- 16) ① 관리위원·조사위원·회생위원·보전관리인·관리인(제637조의 규정에 의한 국제도산관리인을 포함한다), 고문이나 관리인 또는 보전관리인·회생위원의 대리인이 그 직무에 관하여 뇌물을 수수·요구 또는 약속한 경우 그 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다. 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자가 관계인집회의 결의에 관하여 뇌물을 수수·요구 또는 약속한 때에 그 자도 또한 같다.
1. 회생채권자·회생담보권자·주주·지분권자
 2. 제1호에 규정된 자의 대리위원 또는 대리인
 3. 제1호에 규정된 자의 임원 또는 직원
- ② 관리인(제637조의 규정에 의한 국제도산관리인을 포함한다)·보전관리인 또는 조사위원·회생위원이 법인인 경우에는 관리인·보전관리인 또는 조사위원·회생위원의 직무에 종사하는 그 임원 또는 직원이 그 직무에 관하여 뇌물을 수수·요구 또는 약속한 경우 그 임원 또는 직원은 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다. 관리인·보전관리인·

라. 소결론

결국, 이 사건 공무원 의제규정인 공공기관운영법 제53조는 앞서 본 대법원판례 등에서 요구하는 형벌법규의 위임입법의 3가지 요건(①부득이한 사정, ②구성요건의 예측 가능성, ③형벌의 명확성)을 모두 갖추고 있는 것으로 평가되므로 위 조항은 포괄위임입법금지의 원칙에 위배되지 아니한다고 봄이 상당하다.

5. 상고이유에 대한 대법원의 판단

대법원은 피고인의 이 부분 상고이유에 대하여 아래와 같이 판단하였다.

대법원은 먼저, “사회현상의 복잡다기화와 국회의 전문적·기술적 능력의 한계 및 시간경과에 대한 적응능력의 한계로 인하여 형사처벌에 관련된 모든 법규를 예외 없이 형식적 의미의 법률에 의하여 규정한다는 것은 사실상 불가능할 뿐만 아니라 실제에 적합하지도 아니하기 때문에, 입법자의 상세한 규율이 불가능하거나 상황의 변화에 탄력적으로 대응할 필요성이 강하게 요구되는 경우에는 위임법률이 구성요건의 점에서는 처벌 대상인 행위가 어떠한 것인지 이를 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고, 형벌의 점에서는 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명확히 규정하는 것을 전제로 위임입법이 허용된다(대법원 2006. 1. 13. 선고 2005도7474 판결, 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009도8537 판결 등 참조).”고 판시하여 종전의 위임입법의 한계에 관한 법리를 재확인하였다.

이어서 대법원은, “공공기관의 운영에 관한 법률(이하 ‘법’이라고 한다) 제53조는 공기업·준정부기관의 임직원으로서 공무원이 아닌 사람은 형법 제129조(수뢰, 사전수뢰) 내지 제132조(알선수뢰)의 적용에 있어서는 이를

회생위원 또는 조사위원이 법인인 경우 그 임원 또는 직원이 관리인·보전관리인·회생위원 또는 조사위원의 직무에 관하여 관리인·보전관리인·회생위원 또는 조사위원에게 뇌물을 수수하게 하거나 그 공여를 요구 또는 약속한 때에도 같다.

③ 제1항 및 제2항의 경우 법인 또는 그 정을 아는 제3자가 수수한 뇌물은 몰수한다. 이 경우 몰수가 불가능한 때에는 그 가액을 추정한다.

공무원으로 본다고 규정하고 있는데, 법 제4조는 기획재정부장관은 국가·지방자치단체가 아닌 법인·단체 또는 기관으로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 기관을 공공기관으로 지정할 수 있다고 규정하고 있고, 제5조 제1항은 기획재정부장관은 공공기관을 공기업·준정부기관과 기타공공기관으로 구분하여 지정하되, 공기업과 준정부기관은 직원 정원이 50인 이상인 공공기관 중에서 지정한다고 규정하고 있으며, 같은 조 제2항은 기획재정부장관은 제1항의 규정에 따라 공기업과 준정부기관을 지정하는 경우 공기업은 자체수입액이 총수입액의 2분의 1 이상인 기관 중에서 지정하고, 준정부기관은 공기업이 아닌 공공기관 중에서 지정한다고 규정하고 있다. 나아가 같은 조 제3항은 기획재정부장관은 제1항 및 제2항의 규정에 따른 공기업과 준정부기관을 다음 각 호의 구분에 따라 세분하여 지정한다고 규정하고 있는데, 그중 제1호의 (가)목에 의하면 시장형 공기업은 자산규모가 2조 원 이상이고 총수입액 중 자체수입액이 대통령령이 정하는 기준 이상인 공기업으로 규정하고 있고, 이에 따라 법 시행령 제7조는 법 제5조 제3항 제1호 (가)목에서 “대통령령이 정하는 기준”이란 100분의 85를 말한다고 규정하고 있다. 한편 기획재정부장관이 고시한 ‘2011년도 공공기관 신규지정, 지정해제 및 변경지정’(기획재정부 고시 2011-1호, 2011. 1. 31. 시행) 제4항에 의하면 한국수력원자력 주식회사를 기타공공기관에서 시장형 공기업으로 변경 지정한다고 되어 있다.

위와 같은 관계 법령의 취지와 내용에 더하여 공공기관의 운영에 관한 기본적인 사항과 자율경영 및 책임경영체제의 확립에 관하여 필요한 사항을 정하여 경영을 합리화하고 운영의 투명성을 제고함으로써 공공기관의 대국민 서비스 증진에 기여함을 목적으로 하는 법의 입법 목적과 경제상황이나 정책상 목적에 따라 공공기관의 사업 내용이나 범위 등이 계속적으로 변동할 수밖에 없는 현실, 국회가 공공기관의 재정상태와 직원 수의 변동, 수입액 등을 예측하기 어렵고 그러한 변화에 대응하여 그때마다 법률을 개정하는 것도 용이하지 아니한 점 등을 감안할 때 공무원 의제규정의 적용을 받는 공기업 등의 정의규정을 법률이 아닌 시행령이나 고시 등 그 하위

규범에서 정하는 것에 부득이한 측면이 있는 것이고, 법 및 그 시행령상 ‘시장형 공기업’의 경우 자산규모가 2조 원 이상으로 직원 정원이 50인 이상인 공공기관으로서 총수입액 중 자체수입액이 85% 이상인 기업을 의미하는 것으로 명시적으로 규정되어 있어서 법령에서 비교적 구체적으로 요건과 범위를 정하여 공공기관 유형의 지정 권한을 기획재정부장관에게 위임하고 있는 것으로 볼 수 있으며, 특히 종래 ‘기타공공기관’으로 지정되어 있다가 기획재정부장관 고시에 의하여 ‘시장형 공기업’으로 지정된 기관의 임직원은 고시를 통하여 그 기관이 ‘시장형 공기업’으로 지정되었는지 여부를 확인할 수 있고, 시장형 공기업의 임직원이라는 의미가 불명확하다고 볼 수도 없는 점 등에 비추어 보면, 법 제53조가 공기업의 임직원으로서 공무원이 아닌 사람은 형법 제129조의 적용에 있어서는 이를 공무원으로 본다고 규정하고 있을 뿐 구체적인 공기업의 지정에 관하여는 그 하위규범인 기획재정부장관의 고시에 의하도록 규정하였다 하더라도 죄형법정주의에 위반되거나 위임입법의 한계를 일탈한 것으로 볼 수 없다.”고 판시하였다.”

한편 이 사건에서 피고인은 공무원 의제규정인 공공기관운영법 제53조가 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙과 제11조 제1항의 평등의 원칙을 위반한 위헌법률이라고 주장하면서 대법원에 별도의 위헌법률심판제청신청(2013초기113)을 하였으나, 대법원은 공공기관운영법의 입법 취지와 공기업의 사업 내지 업무의 공공적 성격, 공기업 임직원들에 대한 청렴의무의 부과와 직무의 불가매수성 확보의 필요성, 다른 유사 법령의 체재 및 내용 등에 비추어 볼 때 위 의제규정의 입법 목적의 정당성과 적절성 및 비례성이 인정되므로 헌법 제11조 제1항과 제37조 제2항 등에 위반된다고 볼 수 없다는 이유로 이를 기각하였다.

6. 이 사건의 결론

대법원은, 위와 같은 상고이유 주장을 포함한 피고인의 상고이유를 모두 배척하고 피고인의 상고를 기각함으로써 피고인에 대하여 징역 8년을 선고

한 원심이 그대로 확정되었다.

【對象判決의 意義】

대상판결은, 비록 피고인이 상고이유로 명시적으로 주장하지는 아니하였으나 형벌법규의 위임입법의 한계와 관련한 기존 법리를 재확인하면서 공공기관의 운영에 관한 법률상의 공무원 의제규정이 죄형법정주의에 위반되거나 위임입법의 한계를 일탈한 것으로 볼 수 없다는 점을 명확히 함으로써 향후 다른 법령의 유사한 처벌규정에 관한 논란을 종식시켰다는 점에서 이 판결의 의미를 찾을 수 있다.

11. 이른바 ‘매입형 분양대행계약’과 매매계약의 구별기준 및 미등기건물의 전매의뢰행위가 공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률 위반죄에 있어서 편면적 대항범에 해당하는지 여부

(2013. 6. 27. 선고 2013도3246 판결 : 공2013하, 1428)

李 宰 旭

【判決要旨】

이른바 ‘매입형 분양대행계약’이 단순히 분양대행계약을 체결하면서 수수료를 일반적인 경우와 다르게 정한 것에 불과한 것인지, 아니면 건축물을 일괄적으로 매수하여 다시 개별적으로 매각하는 미등기 전매에 해당하는 것인지는 당사자 사이에 체결된 계약의 경위와 내용, 대금 지급의 시기와 방법 및 대금이 수분양자로부터 직접 건축주에게 지급되는지 여부, 미분양시의 처리 방안, 매수인의 특정 여부 등 계약 전후의 제반사정을 종합하여 판단하여야 한다.

비록 거래당사자가 개설통록을 하지 아니한 중개업자에게 중개를 의뢰하거나 미등기 부동산의 전매에 대하여 중개를 의뢰하였다고 하더라도, 공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률의 위 처벌 규정들이 중개 행위를 처벌 대상으로 삼고 있을 뿐이므로 그 중개 의뢰 행위 자체는 위 처벌 규정들의 처벌 대상이 될 수 없으며, 또한 위와 같이 중개 행위가 중개 의뢰 행위에 대응하여 서로 구분되어 존재하여야 하는 이상, 중개의뢰인의 중개 의뢰 행위를 중개업자의 중개 행위와 동일시하여 중개 행위에 관한 공동정범 행위로 처벌할 수도 없다.

【參照條文】

부동산등기 특별조치법 제8조 제1호, 제2조 제3항, 공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률 제9조, 제33조 제7호, 제48조 제1호, 제3호

【事案의 概要】

1. 공소사실

가. 피고인은 신축빌라 또는 분양이 잘 되지 않는 빌라 등을 통째로 싸게 매수(속칭 통매수)하는 계약을 체결한 후, 건축주에게 우선 계약금만 주고, 위 건물을 세대별로 제3매수인에게 매매대금을 높여 다시 매도한 다음 제3매수인들이 위 건물을 담보로 대출받는 용자금으로 건축주에 대한 중도금과 잔금을 지급하는 방식으로 미등기 전매를 하여 조세부과를 면하고 전매차익을 챙기기로 하였다.

나. 부동산등기 특별조치법 위반¹⁾

피고인은 건축주로부터 빌라를 통째로 매수한 후 세대별로 제3매수인에

1) 부동산등기특별조치법

제2조 (소유권이전등기 등 신청의무)

① 부동산의 소유권이전을 내용으로 하는 계약을 체결한 자는 다음 각 호의 1에 정하여진 날부터 60일 이내에 소유권이전등기를 신청하여야 한다.

③ 제1항의 경우에 부동산의 소유권을 이전받을 것을 내용으로 하는 계약을 체결한 자가 제1항 각 호에 정하여진 날 전에 그 부동산에 대하여 다시 제3자와 소유권이전을 내용으로 하는 계약을 체결한 때에는 먼저 체결된 계약의 반대급부의 이행이 완료되거나 계약의 효력이 발생한 날부터 60일 이내에 먼저 체결된 계약에 따라 소유권이전등기를 신청하여야 한다.

제8조 (벌칙)

다음 각 호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역이나 1억 원 이하의 벌금에 처한다.

1. 조세부과를 면하려 하거나 다른 시점 간의 가격변동에 따른 이득을 얻으려 하거나 소유권 등 권리변동을 규제하는 법령의 제한을 회피할 목적으로 제2조 제2항 또는 제3항의 규정에 위반한 때

게 곧바로 소유권이전등기를 마쳐주기로 하는 계약을 체결한 후, 제3매수인에게 위 빌라의 각 세대를 매도하였다.

피고인은 제3매수인으로부터 각 세대의 매매대금을 수령한 후 건축주에게 위 빌라에 대한 매매대금으로 곧바로 지급하여 매매계약의 반대급부의 이행이 완료되었음에도 60일 이내에 위와 같이 체결한 계약의 소유권이전등기신청을 하지 아니한 채 건축주로부터 제3매수인 명의로 소유권이전등기를 마쳤다.

다. 공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률 위반²⁾

피고인은 공인중개사자격증을 취득하거나 부동산 중개사무소 개설등록을 한 사실이 없는 A에게 피고인이 취급하는 미등기 전매 건물에 대하여 제3매수인을 알선해 주면 중개수수료 명목으로 세대당 300만 원을 지급하기로 하는 조건으로 중개 의뢰를 하고 A로부터 이를 승낙받았다.

그에 따라 A는 미등기 전매 건물을 매수할 사람을 피고인에게 알선해주었고, 피고인은 그 중개수수료 명목으로 A에게 금전을 지급하였다.

이를 비롯하여 피고인은 A와 공모하여, 부동산 중개사무소 개설 등록 없이 중개업을 영위하였다.

2) 공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률

제9조 (중개사무소의 개설등록)

① 중개업을 영위하려는 자는 국토교통부령이 정하는 바에 따라 중개사무소(법인의 경우에는 주된 중개사무소를 말한다)를 두려는 지역을 관할하는 시장(구가 설치되지 아니한 시의 시장과 특별자치도 행정시의 시장을 말한다. 이하 같다)·군수 또는 구청장(이하 ‘등록관청’이라 한다)에게 중개사무소의 개설등록을 하여야 한다.

제48조 (벌칙)

다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제9조의 규정에 의한 중개사무소의 개설등록을 하지 아니하고 중개업을 한 자
3. 제33조 제5호 내지 제7호의 규정을 위반한 자

2. 제1심판결과 원심판결

순 번	범죄 사실 및 판단 내용
부동산등기 특별조치법 위반	(제1심) 조세부과를 면하려 하거나 다른 시점 간의 가격변동에 따른 이득을 얻을 목적으로 각각 미등기 전매를 하고 먼저 체결된 계약의 소유권이전등기신청을 하지 않음(전부 유죄)
	(원심) (일부 무죄) ⇨ 무죄 부분: 피고인이 부동산매매계약을 체결했다고 볼 증거가 없음(분양대행계약에 불과하다는 취지)
공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률 위반	(제1심) 부동산 중개사무소 개설 등록 없이 중개업을 영위함
	(원심) 일부 무죄 ⇨ 매수 후 미등기전매로 볼 수 없음 ※ 중개행위를 의뢰한 피고인과 중개인들을 공동정범으로 의 율함

【解 說】

1. 이른바 ‘매입형 분양대행계약’과 매매계약의 구별기준

가. 문제의 소재

이 사건의 범행 구조는 다음과 같다.

분양가능한 미분양 빌라를 물색 ⇨ 건축주로부터 빌라 전체를 매수 ⇨ 수분양자 모집·계약체결 ⇨ 실제 분양가보다 매매대금을 높인 매매계약서³⁾ 작성하여 금융기관에서 대출 ⇨ 대출금 등을 건축주에 입금

피고인은 건축주로부터 미분양 빌라를 매수한 후 이전등기하지 않은 상태에서 제3자에게 전매하므로, 부동산등기 특별조치법 위반 여부가 문제되

3) 이른바 ‘업(up) 계약서’.

는데, 피고인은 이러한 처벌을 면하기 위해 이를 **분양대행계약**에 불과하다고 주장한다.

나. 대법원 2007. 1. 25. 선고 2004도45 판결

부동산에 관하여 1차 매매계약을 체결한 자가 반대급부의 이행을 완료하기 전에 다시 제3자와 2차 매매계약을 체결한 경우, 조세부과 등을 면할 목적으로 1차 매매계약의 반대급부 이행을 완료하고서도 1차 매매계약에 따른 소유권이전등기를 신청하지 아니한 채 60일이 경과하면 그때 부동산 등기 특별조치법 제8조 제1호⁴⁾ 제2조 제3항⁵⁾ 위반죄가 성립한다.

다. 이른바 ‘매입형 분양대행계약’에 관하여

1) 피고인의 주장

매입형 분양대행계약의 의미를 일반적으로 정의할 수는 없지만, 이 사건에 있어서는 ‘피고인이 이 사건 각 빌라를 매입하여 직접 이전등기 받는 것이 아니라 수분양자(제3자)에게 다시 분양을 하되 그 재분양이 약정된 기한 내에 완료되지 못할 경우 빌라 건축주들에 매매 계약상 잔대금을 납입하고 잔여 물량을 떠안는 구조’라고 주장한다.

4) 제8조 (벌칙)

다음 각 호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역이나 1억 원 이하의 벌금에 처한다.

1. 조세부과를 면하려 하거나 다른 시점 간의 가격변동에 따른 이득을 얻으려 하거나 소유권 등 권리변동을 규제하는 법령의 제한을 회피할 목적으로 제2조 제2항 또는 제3항의 규정에 위반한 때

논의의 편의를 위해 공소사실 중 무등록 중개업 영위의 점만을 주로 기재함

5) 제2조 (소유권이전등기 등 신청의무)

① 부동산의 소유권이전을 내용으로 하는 계약을 체결한 자는 다음 각 호의 1에 정하여진 날부터 **60일 이내에 소유권이전등기를 신청하여야 한다.** 다만 그 계약이 취소·해제되거나 무효인 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 계약의 당사자가 서로 대가적인 채무를 부담하는 경우에는 반대급부의 이행이 완료된 날
2. 계약당사자의 일방만이 채무를 부담하는 경우에는 그 계약의 효력이 발생한 날
- ③ 제1항의 경우에 부동산의 소유권을 이전받을 것을 내용으로 하는 계약을 체결한 자가 제1항 각 호에 정하여진 날 전에 그 부동산에 대하여 다시 제3자와 소유권이전을 내용으로 하는 계약을 체결한 때에는 먼저 체결된 계약의 반대급부의 이행이 완료되거나 계약의 효력이 발생한 날부터 60일 이내에 먼저 체결된 계약에 따라 소유권이전등기를 신청하여야 한다.

2) 종전 판례의 태도

가) 대법원 2011. 8. 18. 선고 2011도6897 판결은 다음과 같은 기준을 내세워 피고인과 빌라 건축주 사이의 계약은 ‘분양대행계약’에 해당한다고 보아 피고인의 행위를 미등기전매로 볼 수 없다는 이유로 무죄판결을 선고한 원심을 수긍하였다.

- ① 피고인과 건축주는 이 사건 각 빌라를 피고인이 분양하되, 분양대금 중 12억 원을 건축주에게 우선 지급하고, 나머지 분양대금을 피고인과 건축주가 1/2씩 나누어 가지기로 약정함
- ② 피고인이 부동산중개인에게 분양을 의뢰하였고, 분양에 따른 중개수수료를 부담함
- ③ 분양대금이 모두 건축주 계좌로 직접 입금되었고, 피고인이 미분양된 이 사건 빌라를 건축주에게 반환한 점
- ④ 피고인과 건축주 사이의 매매계약서에 피고인이 분양대행업자라는 취지를 기재하였고, 피고인은 이를 중개한 중개인에게 약정 매매대금 18억 원의 0.16%에 불과한 280만 원만을 수수료로 지급함
- ⑤ 이 사건 빌라를 최종 매수한 매수인은 이를 건축주로부터 직접 분양받은 것으로 알고 있었음

위 사건의 경우, 아래의 사정을 고려하여 ‘분양대행계약’이라고 판단한 것으로 보인다.

① 피고인과 건축주가 이 사건 약정을 체결하면서, 미분양세대가 발생할 경우 처리방향에 대하여 명확히 정하지 아니하였고, ② ‘분양대행계약서’가 아닌 ‘매매계약서’를 작성한 사실은 인정되나, 그 매매계약서 자체에도 특약 제2조에 “상기 부동산 매수자는 분양대행업자”라고 명시하였으며, ③ 분양대행계약을 체결하면서 매매계약서를 작성하는 경우도 적지 아니하고, ④ 분양대행보증금을 총 약정금액의 10%로 정하거나, 분양대금의 상·하한을 정하지 아니하는 것 모두 분양대행계약 체결에 있어 이례적인 것이 아니다.

나) 부산지방법원 2009. 7. 23. 선고 2009노973-1(분리) 판결

A회사가 B건설과 체결한 계약의 실질이 분양대행계약인지 여부가 쟁점이 된 사안에서, 다음의 근거를 들어 이를 단순 분양대행계약이 아니라 일괄매매계약이라고 판단하였다.

- ① 계약서의 문서 명칭이 ‘일괄매각 계약서’인 점
 - ② 계약내용: 미분양 원룸 93세대를 최초 분양금의 65%에 해당하는 금액에 일괄 매수하기로 하되, 우선 그 계약이행금으로 일부 금액을 지불하고 잔금은 그 이후 일정시점까지 지불하기로 한 점
 - ③ 계약서 조항에 의하면 A회사가 제3자에게 물건을 분양할 경우 분양금액은 매수인이 결정을 하고, B건설의 명함을 사용할 수 없으며, 제3자의 계약체결로 인해 발생하는 모든 문제에 대하여 민·형사상 전적인 책임을 지는 것으로 규정된 점
 - ④ B건설과 제3자 사이의 분양계약서 작성은 특약에 따라 제3자 명의로 바로 등기를 이전하기 위해 작성한 것일 뿐인 점
- 일부 제3매수인과 A회사 사이에 매도인을 A회사로 한 별도의 매매계약서가 작성되기도 한 점

다) 창원지방법원 2008. 10. 30. 선고 2008노882 판결⁶⁾

피고인이 아파트 등을 매수한 것인지 단순히 분양대행계약을 체결한 것인지 여부가 문제된 사안에서, 다음의 근거를 들어 이를 단순 분양대행계약이 아니라 매매계약이라고 보아 조세부담을 회피하였다고 판단하였다.

- ① 피고인이 각 부동산에 대한 대출이자를 부담하고 분양되지 않은 부분은 대금을 정산하여 지급한 후 이를 취득하기로 한 것은 위 각 부동산의 분양을 대행하고 이에 따른 수수료를 얻는 내용의 계약이 아니라 위 각 부동산을 매수하기로 하는 내용의 계약인 점
- ② 피고인 명의로 소유권이전등기를 마치지 않은 채 바로 제3자에게 소유권이전등기를 마쳐 줌으로써 양도소득이 발생하지는 않았다고 하더라도 피고인 명의로 소유권이전등기를 하였을 경우 부담해야 할 취득세, 등록세

6) 2008. 11. 7. 확정되었다.

등을 회피한 점

라. 적용가능한 기준의 정립

1) 피고인과 건축주 사이의 매매계약체결 여부 및 그 내용

피고인이 빌라 건축주들과 체결한 계약의 형식, 내용 및 그 체결 경위에 따라 매매계약인지 분양대행계약인지를 판단할 수 있어 보인다. 즉, 단순히 매도인, 매수인이 아니라 ‘분양대행자’ 등의 기재가 있는지 여부 및 일반적인 매매계약과 같이 계약금, 중도금, 잔금의 지급기일 등이 구별되어 있는지 여부⁷⁾를 검토해야 할 것이다.

2) 수분양자(제3자)와의 실제 계약주체 및 분양대금의 수령과 분배

가) 수분양자들과의 계약협의를 시 피고인이 직접 매도인으로서 제3자와 계약을 추진했는지, 아니면 건축주를 매도인으로 했는지 여부도 기준이 될 수 있다(서류상은 건축주로부터 수분양자로 직접 소유권이전등기가 이루어지게 되나 수분양자들이 누구를 실제 매도인으로 알았는지 여부⁸⁾가 문제될 수 있다).⁹⁾

나) 수분양자(제3자)와 체결한 분양계약에 따른 분양대금이 제3자로부터 직접 건축주에게 지급되었는지 여부도 문제되는데, 이런 경우라면 분양대행계약으로 볼 여지가 커 보인다.¹⁰⁾

다) 수분양자들로부터 받은 분양대금에 대한 건축주와 피고인 사이의 분배비율도 고려할 필요가 있다. 건축주가 분양대금 결정에 대한 영향력을 행사하거나 증가된 분양대금 중 일정비율을 취득하는 경우 분양대행으로 볼 여지가 클 것이나, 계약에서 정해진 금액만을 지급받는 경우라면 매매계약으로 볼 여지가 많아 보인다.

7) 이런 구분이 있는 경우 분양대행계약이라기 보다는 매매계약으로 볼 여지가 커 보인다.

8) 중간생략등기임을 알았는지 여부

9) 이 사건에 있어서 피고인이 운영하는 회사를 매도인으로 하여 수분양자와 분양계약이 체결되기도 하였다.

10) 한편 이 사건에서 피고인 스스로도 일반적으로 분양대행업자가 계약금을 입금받고 자기 명의로 계약서를 작성해 주는 경우는 없다고 진술하였다.

3) 미분양 세대가 발생할 경우의 처리방법

계약내용에 따른 분양이 이루어지지 못한 경우, 미분양 세대를 전적으로 피고인이 인수해야 하는 경우라면 매매계약으로 볼 여지가 클 것이다. 이에 반하여 미분양 세대를 건축주에게 반환할 수 있다면 이는 분양대행계약으로 보아야 할 것이다.

4) 피고인의 계약 전후의 태도(빌라 소유자로서의 행위 여부) 및 기타 계약 전후의 제반 사정

피고인이 빌라 건축주들과 계약을 체결한 이후 단순한 분양대행자로서의 일반적인 행동 이외에 실제 소유권자가 일반적으로 보이는 행동을 하는 경우라면 이를 매매계약으로 볼 여지가 클 수 있다.

마. 피고인이 체결한 계약의 성격에 대한 검토

1) 피고인과 건축주 사이의 매매계약체결 여부 및 그 내용

피고인은 빌라 건축주들과 대부분 매매계약을 체결하였는데, 그에 따르면 매매대금은 주로 계약금과 잔금으로만 구분되어 있을 뿐 중도금이 없다.

또한 일부 계약서에는 특약사항으로 “매도인은 잔금 전¹¹⁾ 분양 및 매매를 할 수 있도록 위임”한다는 조항이 있는데, 이는 피고인이 매수인의 지위에 있으면서 매매대금을 지급하기 이전에 수분양자를 물색하여 향후 미등기 전매를 하기 위한 근거조항으로 보인다.

특약사항에 전속분양대행계약임을 규정한 경우도 있다. 그러나 이러한 문구만으로 분양대행계약으로 단정할 수는 없고, 오히려 미등기 전매의 실질을 은폐하기 위하여 외형상 “분양대행계약”이라고 명시한 것으로 보인다.¹²⁾

매매계약에 따라 지급한 계약금은 계약 목적을 달성하지 못하는 경우 몰취된다. 이에 대하여 피고인은 이를 이행보증금의 성격의 금액이라고 주장

11) ‘잔금 지급 이전’의 의미로 보임.

12) 실제로 일부 건축주들은 피고인으로부터 검찰 조사 시 ‘매매가 아니라 분양대행’이라고 허위진술해 달라는 부탁까지 받았다고 한다.

하나, 분양이 제대로 이루어지지 않는 미분양빌라에 대한 분양대행계약을 하면서 거액의 이행보증금까지 지급한다는 것은 선뜻 납득하기 어렵다.

2) 수분양자(제3자)와의 실제 계약주체 및 분양대금의 수령과 분배

피고인은 수분양자들로부터 지급받은 분양대금(주로 거래가액을 허위로 증가시킨 후 대출실행을 통하여 마련함)을 자기 명의 또는 법무사 명의(피고인이 거래하는 특정 법무사 등)로 건축주들 계좌로 지급하였다.

수분양자들에 대한 분양대금은 피고인이 임의로 정한 것으로 보이고, 건축주들은 당초 계약상 정해진 금액만을 지급받았을 뿐 분양대금의 증감에 따른 아무런 이익배분도 이루어지지 않았다.

3) 미분양 세대가 발생할 경우의 처리방법

계약내용을 이행하지 못하여 미분양 세대가 발생하는 경우, 이는 건축주에게 반환되는 것이 아니라 피고인이 인수해야 한다.

4) 피고인의 계약 전후의 태도(빌라 소유자로서의 행위 여부)

일부 빌라의 경우, 세입자들과 임대차계약을 체결할 때 피고인의 계좌를 기재하여 작성하였는데, 계약의 실질이 분양대행에 불과하다면 피고인이 분양대상 빌라를 제3자에게 임대하는 역할까지 한다는 것은 일반 거래관념에 반한다.

5) 계약 전후의 기타 제반 사정

피고인 스스로도 부동산을 매입 후 다시 매도할 경우 양도소득세, 등록세, 취득세까지 지급해야 하므로 분양대행수수료에 대한 세금만 납부하는 경우보다 납세액이 많아진다는 점은 인정하고 있다. 여기에 피고인이 일부 빌라에 관한 부동산매매계약서의 특약사항 제5항에 “세금정산부분 00원”을 기재한 것은 매수인인 피고인이 전매할 경우 세금이 높으므로 세율이 낮은 건축주의 세율로 적용하기 위한 것이라고 언급했다는 X의 증언을 더하여 보면, 피고인이 건축주들로부터 빌라를 매수하여 제3자에게 다시 매도한 것은 조세부담을 회피하기 위한 목적하에서 행한 것으로 보인다.

2. 미등록 중개업 영위 및 투기조장행위로 인한 공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률(이하 ‘공인중개사법’이라 한다)의 공동정범 인정 여부(편면적 대항범 여부)

가. 대항범의 의미와 유형

대항범은 ‘2인 이상의 관여자가 동일한 목표를 추구하되 서로 다른 방향에서 서로 다른 행위를 행함으로써 하나의 범죄실현에 관여하는 경우’ 또는 ‘2인 이상의 대항적 협력에 의하여 성립하는 범죄’라고 정의된다.

1) 대항범의 유형

가) 관여자를 동일하게 처벌하는 경우: 도박죄, 간통죄, 아동학사죄, 부녀매매죄

나) 관여자를 다르게 처벌하는 경우: 뇌물공여죄에서 수뢰자와 증뢰자, 배임수증죄에서 배임수채자와 배임증채자

다) 일방만 처벌하는 경우(☞ 이른바 편면적 대항범): 음화판매죄, 공무상비밀누설죄, 축락승낙살인죄

2) 편면적 대항범의 경우 처벌규정이 없으므로 형법총칙상 공범규정의 적용을 통한 처벌이 가능한지 여부가 문제된다.

나. 편면적 대항범의 경우 공범규정 등의 적용에 관한 학설 및 판례 개관

범행주체	가공의 상대방	긍정설	부정설	판례
불가벌적 대항자	가벌적 대항자	△ 탈정형적 가담행위의 처벌인정설 ¹³⁾ (소수설)	X(다수설)	X ¹⁴⁾¹⁵⁾

13) 관여행위가 ‘구성요건의 실현에 필요한 최저한의 정도’를 초과한 경우 공범규정 적용된다[원형식, 불가벌적 필요적 공범, 형사법연구, 한국형사사법학회(2005. 12.) 84].

14) 매도, 매수와 같이 2인 이상의 서로 대항된 행위의 존재를 필요로 하는 관계에 있어서는 공범이나 방조범에 관한 형법총칙 규정의 적용이 있을 수 없고, 따라서 매도인에게 따로 처벌규정이 없는 이상 매도인의 매도행위는 그와 대항적 행위의 존재를 필요로 하는 상대방의 매수범행에 대하여 공범이나 방조범관계가 성립되지 아니한다(대법원 2001. 12. 28. 선고 2001도5158 판결).

15) 증권거래법 제188조의2 제1항의 금지행위 중의 하나인 내부자로부터 미공개 내부정보를 수

범행주체	가공의 상대방	긍정설	부정설	판례
제3자	가벌적 대항자	O ¹⁶⁾ (다수설)	X ¹⁷⁾ (소수설)	
	불가벌적 대항자		X ¹⁸⁾	

1) 통설(불가벌설)의 근거¹⁹⁾

편면적 대항범의 경우 관여자에 대한 처벌도 각칙에 별도로 규정되어 있으므로 임의적 공범을 전제로 하는 형법총칙의 공범규정은 필요적 공범의 내부관여자에 대하여는 적용될 여지가 없다.

편면적 대항범에서 정범으로 처벌할 수 없는 자는 공범으로도 처벌할 수 없다. 법정형이 동일한 대항범의 경우는 교사·방조의 적용 여지가 없는 반면, 법정형이 상이하거나, 일방이 처벌되지 않는 경우에 교사·방조의 규정이 적용된다면, 이는 균형에 맞지 않는다.

2) 소수설²⁰⁾의 근거

가) 최소관여의 원칙: 대항범이 성립하기 위하여 통상 예상되는 정도를 넘어서 행위는 입법자가 입법 당시 예상하고 있던 불가벌의 범위를 초과한 것이므로, 그 행위에 대해서 공범에 관한 총칙상의 일반규정을 적용할 것인가의 여부는 개별 구성요건의 해석을 통하여 해결하도록 입법자가 학설과 판례에 일임한 것이다.

령한 제1차 정보수령자가 다른 사람에게 유가증권의 매매 기타 거래와 관련하여 당해 정보를 이용하게 하는 행위 ➡ 그 입법 취지에 비추어 제2차 정보수령자가 제1차 정보수령자로부터 제1차 정보수령 후에 미공개 내부정보를 전달받아 이용한 행위가 일반적인 형법 총칙상의 공모, 교사, 방조에 해당된다고 하더라도 제2차 정보수령자를 제1차 정보수령자의 공범으로서 처벌할 수는 없다(대법원 2002. 1. 25. 선고 2000도90 판결).

16) 필요적 공범을 형법 제33조와 관련하여 신분범으로 파악하는 견해.

17) 필요적 공범의 외부에 위치한 제3자는 정범적격이 흠결되어서 공동정범이 인정될 수 없으며, 필요적 공범이라는 성질은 신분관계에 해당한다고도 볼 수 없기 때문에 형법 제33조의 적용을 통한 공동정범의 성립범위를 확장할 수도 없음[이진국, 대항범의 구조에 관한 일고, 비교형사법연구 4권 1호(2002. 7.) 한국비교형사법학회 95].

18) 일방만 처벌되는 대항범의 구성요건에서 처벌되지 아니하는 대항자에게 제3자가 범행을 방조하거나 교사한 경우에는 공범종속성으로 인하여 제3자는 불가벌로 될 것임(조국, “대항범 중 불가벌적 대항자에 대한 공범규정 적용”, 형사판례연구, 박영사 116).

19) 조국 교수는 (주 18)에서 이를 ‘입법자 의사설’이라고 함.

20) 독일과 일본의 통설과 판례의 입장이라고 함.

나) 처벌규정이 없는 대항자가 보호법익의 주체인 경우: 대항자가 필요적 공범이 성립하기 위하여 최소한 요구되는 행위를 초과하여 적극적으로 상대 대항자를 교사하였더라도 공범은 성립하지 않는다.

다) 실질적: 불가벌의 이유를 입법자의 의사라는 형식적 기준이 아니라 불법 내지 책임의 결여라는 실질적 기준에서 구하는 견해로, 불가벌적 대항범을 처벌하지 않는 실질적인 근거를 피해자로서의 지위에서 구하는 견해와 관여자에게 책임이 없다는 견해 등이 있다.

3) 판례의 태도 (소극설)

가) 대법원 2009. 6. 23. 선고 2009도544 판결

형법 제127조는 공무원 또는 공무원이었던 자가 법령에 의한 직무상 비밀을 누설하는 행위만을 처벌하고 있을 뿐, 직무상 비밀을 누설받은 상대방을 처벌하는 규정이 없는 점에 비추어 볼 때, 직무상 비밀을 누설받은 자에 대하여는 공범에 관한 형법총칙 규정이 적용될 수 없다.

피고인에 대하여 공무상비밀누설죄의 공동정범으로 처벌할 수 없다고 본 원심을 수긍한 사안이다. 이와 유사한 쟁점이 문제된 판례로는 대법원 2009도3642 판결이 있다.²¹⁾

나) 대법원 1988. 4. 25. 선고 87도2451 판결

피고인이 상피고인과 공모하여 미리 세관장의 승인을 얻지 아니하고 네덜란드대사관 소속 직원 A로부터 이 사건 승용차를 매수하여 이를 양수하였다는 혐의로, 양도에 관여한 피고인을 관세법상 용도 외 사용죄의 공동정범으로 기소하였다.

대법원은, 피고인이 상피고인과 공모하여 이 사건 승용차를 양수하였다고 볼 증거가 없고, 이 사건 양도·양수와 같이 2인 이상의 서로 대항된 행위의 존재를 필요로 하는 관계에 있어서는 공범에 관한 형법총칙 규정의 적용이 있을 수 없고 따라서 상대방의 범행에 대하여 공범관계도 성립되지

21) 피고인이 상피고인에게 부탁을 하여 체포영장 발부자 명단을 누설받은 행위가 공무상비밀누설교사죄에 해당한다고 판단한 원심에 대하여, 공무상비밀누설죄에 있어 공범의 성립에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 판시하였다.

아니한다고 판시하였다.²²⁾

4) 소결론

앞서 든 대법원 2009도544 판결의 경우와 같이, 통설과 판례의 태도에 의할 경우 직무상 비밀을 누설한 공무원은 처벌할 수 있으나 적극적으로 비밀을 누설하도록 한 상대방을 처벌할 수 없는 처벌의 흠결이 발생한다. 이러한 불합리는 원래 대항범이 상정하는 정형적 관여행위를 넘어서서 적극적으로 가담행위를 한 경우에 더욱 크게 드러난다.

따라서 불가벌적 대항자가 원래 대항범이 상정하는 정형적 관여행위를 넘어서는 가담행위를 한 경우 처벌의 흠결이 생기고, 그 처벌의 흠결이 ‘법감정에 배치되는 결과’가 야기된다. 이에 비추어 보면, 입법 당시 예정한 불가벌적 행위의 범위를 넘어서는 경우 처벌해야 한다는 소수설의 견해는 상당한 설득력이 있어 보인다.

더구나 이 사건의 경우, 피고인은 미분양 빌라를 이른바 ‘통매수’하여 미등기 전매의 방법으로 비용을 줄이고 수익을 취득할 목적으로, 적극적·조직적으로 미등록 중개업 등에 관여한 것으로 보인다. 이에 대한 적절한 처벌이 이루어지지 않을 경우 처벌에 흠결이 생기고 이로 인하여 이러한 조직적 범행이 만연할 우려도 배제하기 어려워 보인다.

그러나 한편 소수설의 견해는 입법자의 의사를 임의로 추단하는 문제가 있고, 이러한 문제에 대하여 입법적인 해결을 모색하지 않고 해석론으로 그 처벌범위를 확장하는 것은 형법의 보장적 기능에 반하는 것으로 판단된다. 또한 피고인이 수익창출의 방법으로 미등기 전매의 방법을 이용하는 이상 이를 분양대행행위가 아니라 매매계약이라고 사실인정을 함으로써 부동산등기 특별조치법에 따라 처벌할 수 있으므로, 실질적으로 처벌의 흠결이 있다고는 볼 수 없어 보인다.

따라서 통설과 판례의 태도에 따라 편면적 대항범의 문제를 해결하는 것이 적절해 보인다.

22) 피고인이 양도인인 A를 대리하는 입장에서 상피고인에게 이 사건 승용차를 매수하도록 권유하여 이를 매수토록 한 것에 지나지 아니하는 피고인에 대하여는 상피고인의 양수행위에 수반된 위의 용도 외 사용죄에 관한 공범으로서의 죄책을 지울 수는 없다고 판단하였다.

다. 편면적 대항범의 인정 기준 및 인정례

1) 학설의 태도

‘양도, 판매, 교부’ 등과 같은 구성요건 요소가 명시적으로 기술되어 대항자 쌍방의 협력행위를 요구하거나 적어도 구성요건의 해석으로부터 쌍방의 협력행위를 전제로 하는 범죄구성요건은 명문으로 쌍방의 처벌을 규정하고 있지 아니하는 한 불가벌적 대항범에 해당한다.²³⁾

한편 어떤 범죄가 대항범에 해당하는가는 구성요건에 따라서 판단할 문제가 아니라 구성요건에 규정된 행위유형에 따라서 판단하여야 한다는 견해²⁴⁾도 있는데, 이는 아래에서 언급하는 대법원 2005도4915 판결을 염두에 둔 것으로 생각된다.

2) 판례

매도·매수,²⁵⁾ 뇌물의 증·수뢰,²⁶⁾ 비밀의 누설 및 비밀을 제공받는 행위²⁷⁾와 같이 구성요건 요소를 일응의 기준으로 하는 것으로 보인다.

대법원 2005. 10. 28. 선고 2005도4915 판결²⁸⁾에서는 다음과 같이 구체적 행위유형을 기준으로 판시하였다.

23) 불가벌적 대항범의 문제영역에 포섭되는 범죄구성요건과 불가벌적 대항범이라고 볼 수 없는 범죄구성요건을 구별하기 위하여 처분권한(Verfügungsbefugnis)이라는 기준을 적용할 필요가 있고, 범행객체에게 완전한 처분권한이 주어져 있는 범죄구성요건에서 범행객체가 행위자에게 협력한 행위는 피해자 승낙이 문제될 뿐이고 필요적 공범의 문제는 발생하지 않는다고 보아야 한다고 한다[이진국, 대항범의 구조에 관한 일고, 비교형사법연구 4권 1호 한국비교형사법학회(2002. 7.) 93].

24) 원형식, 배임적 거래행위의 상대방의 형사책임, 형사법연구 21권 1호(통권 38호) 한국형사법학회 519 ➡ 이에 의하면 배임죄는 통상 대항자의 행위가 없어도 성립할 수 있으므로 편면적 대항범이 아니지만, 배임죄가 성립하기 위하여 반드시 대항자의 행위가 있을 것을 요하는 경우가 있는데, 이러한 유형의 배임죄는 편면적 대항범으로 취급하여야 한다고 한다.

25) 대법원 2001. 12. 28. 선고 2001도5158 판결 ➡ 매도, 매수와 같이 2인 이상의 서로 대항된 행위의 존재를 필요로 하는 관계에 있어서는 공범이나 방조범에 관한 형법총칙 규정의 적용이 있을 수 없고, 따라서 매도인에게 따로 처벌규정이 없는 이상 매도인의 매도행위는 그와 대항적 행위의 존재를 필요로 하는 상대방의 매수범행에 대하여 공범이나 방조범관계가 성립되지 아니한다.

26) 대법원 2012. 3. 29. 선고 2009도11249 판결.

27) 대법원 2009. 6. 23. 선고 2009도544 판결.

28) 대법원 2011. 10. 27. 선고 2010도7624 판결에서도 같은 취지로 판시함.

거래상대방의 대향적 행위의 존재를 필요로 하는 유형의 배임죄에 있어서 거래상대방으로서는 기본적으로 배임행위의 실행행위자와는 별개의 이해관계를 가지고 반대편에서 독자적으로 거래에 임한다는 점을 감안할 때, 거래상대방이 배임행위를 교사하거나 그 배임행위의 전 과정에 관여하는 등으로 배임행위에 적극 가담함으로써 그 실행행위자와의 계약이 반사회적 법률행위에 해당하여 무효로 되는 경우 배임죄의 교사범 또는 공동정범이 될 수 있음은 별론으로 하고, 관여의 정도가 거기에까지 이르지 아니하여 범질서 전체적인 관점에서 살펴볼 때 사회적 상당성을 갖춘 경우에 있어서는 비록 정범의 행위가 배임행위에 해당한다는 점을 알고 거래에 임하였다는 사정이 있어 외견상 방조행위로 평가될 수 있는 행위가 있었다 할지라도 범죄를 구성할 정도의 위법성은 없다고 봄이 상당하다.

이러한 태도는 비록 배임죄는 강학상 대항범에 해당하지는 않으나, 그 배임행위가 매도행위로 행하여지는 경우에는 그 매도행위에 대응하는 매수행위가 필연적으로 따르게 되어 대항범과 유사한 대향적 관계가 존재하므로, 매수인이 매도인의 배임행위를 교사하거나 배임행위의 전 과정에 관여하는 등으로 배임행위에 적극 가담함으로써 배임죄의 공동정범이 성립함은 별론으로 하고, 매수인에게 공범이나 방조범에 관한 형법총칙의 규정이 적용된다고 볼 수는 없다는 고려가 반영된 것으로 보인다.

이에 따르면 결국 구성요건만으로는 대항범으로 파악되지 않는 범죄행위라고 하더라도, 그 범죄행위의 일정 영역이 대항범적인 성질을 갖는 경우에는 편면적 대항범의 논리가 적용될 수 있다는 태도로 볼 수 있을 것이다.

라. 공인중개사법에 정한 미등록 중개행위가 편면적 대항범인지 여부

1) 편면적 대항범 여부

부동산중개업에 관하여 편면적 대항범 여부가 쟁점이 된 대법원의 선행판례는 없으나, 하급심²⁹⁾에서는 이를 대항범으로 인정한 사례가 있다.

29) 수원지법 2010. 11. 2. 선고 2010노2593 판결.

가) 아래의 사정을 종합하면, 이 사건에서 문제된 부동산중개업법 위반죄는 편면적 대항법에 해당하는 것으로 판단된다.

① 공인중개사법에서는 중개사무소의 개설등록을 하지 아니하고 중개업을 한 자에 대한 처벌규정만을 두고 있을 뿐 중개의뢰인에 대한 처벌규정이 없다. 이는 중개업을 실제로 한 자만을 처벌하고 그 의뢰행위에 대해서는 범죄로 보지 않겠다는 입법자의 결단일 수 있다.

② 중개업의 경우 중개의뢰라는 대항적 행위가 반드시 필요하다. 즉, 공인중개사법상 ‘중개업’은 타인의 의뢰에 의하여 일정한 보수를 받고 중개를 업으로 행하는 것을 말하므로, 중개를 의뢰하고 보수를 제공하는 대항적 행위가 당연히 예정되어 있다.

③ 한편 대법원 2012. 9. 13. 선고 2012도5525 판결에서는 “신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률은 제50조 제2항 제7호³⁰⁾ 제40조 제4호³¹⁾에서 신용정보회사 등이 아니면서 특정인의 소재 및 연락처를 알아내거나 금융거래 등 상거래관계 외의 사생활 등을 조사하는 행위를 업으로 하는 자를 처벌하는 규정을 두고 있지만, 여기에 반드시 영리의 목적이 요구되는 것은 아니라 할 것이므로, 사생활 조사 등을 업으로 하는 행위에 그러한 행위를 의뢰하는 대항된 행위의 존재가 반드시 필요하다거나 의뢰인의 관여

피고인이 공인중개사무소 개설등록을 하지 않은 A에게 피고인 소유 상가의 중개를 의뢰하여 A와 공모하여 공인중개사법 위반죄를 범하였다는 범죄사실로 기소되었다. ➡ 중개의뢰인과 그로부터 중개의뢰를 받아 중개업을 영위하는 자와 같이 2인 이상의 서로 대항된 행위의 존재를 필요로 하는 관계에 있어서는 공범이나 방조범에 관한 형법총칙 규정의 적용이 있을 수 없으므로, 중개의뢰인에게 따로 처벌규정이 없는 이상 중개의뢰인의 의뢰행위는 그와 대항적 행위의 존재를 필요로 하는 상대방의 중개업 영위 범행에 대하여 공범이나 방조범관계가 성립하지 아니한다고 판단하였다(위 판결은 2010. 11. 10. 그대로 확정되었다).

30) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다.

7. 제40조 각 호를 위반한 자

31) 제40조 (신용정보회사 등의 금지사항)

신용정보회사 등은 다음 각 호의 행위를 하여서는 아니 되며, 신용정보회사 등이 아니면 제4호 본문의 행위를 업으로 하거나 제5호의 행위를 하여서는 아니 된다.

4. 특정인의 소재 및 연락처(이하 ‘소재 등’이라 한다)를 알아내거나 금융거래 등 상거래관계 외의 사생활 등을 조사하는 일. 다만 채권추심업을 허가받은 신용정보회사가 그 업무를 하기 위하여 특정인의 소재 등을 알아내는 경우 또는 다른 법령에 따라 특정인의 소재 등을 알아내는 것이 허용되는 경우에는 그러하지 아니하다.

행위가 당연히 예상된다고 볼 수 없고, 따라서 사생활 조사 등을 업으로 하는 행위와 그 의뢰행위는 대항범의 관계에 있다고 할 수 없다.”고 판시하였다.

한편 위 판례는 인터넷 사이트를 개설하여 일반인을 상대로 특정인의 사생활 정보를 공개하는 서비스를 제공하고, 위 인터넷 사이트에 광고를 유치하는 등의 방법으로 수익을 얻는 사업을 계획한 후 사생활 조사 등을 업으로 하는 것처럼 개별적인 의뢰행위 없이 사생활 조사 등이 업으로 행하여질 경우도 충분히 가정할 수 있으므로, 영리의 목적으로 사생활 조사 등을 업으로 하는 경우라도 그러한 행위를 의뢰하는 대항적 행위의 존재가 반드시 필요하다고 볼 수 없다는 고려를 하고 있다. 또한 사생활 조사의 대항적 행위는 이를 의뢰하는 행위가 아니라 사생활 조사를 받는 행위가 그에 해당한다.

그러나 대법원 2012도5525 판결의 사생활 등의 조사는 이 사건 부동산 중개행위와는 그 구조가 다르고, 공인중개사법 제2조 제3호에서 중개업의 정의에 “다른 사람의 의뢰에 의하여 일정한 보수를 받고”라고 명시하고 있어 ‘영리 목적’의 경우라면 통상 의뢰행위가 수반될 것이므로, 위 판례의 취지가 이 사건에 그대로 적용될 수는 없다.

마. 피고인의 미등록 중개업에 대한 검토

다음 사정에 비추어, 부동산 매매의 중개를 의뢰한 피고인에 대하여 A와 공모하여 부동산중개업법 위반죄를 범했다고 보아 처벌할 수 없다고 판단된다.

1) 편면적 대항범에 관한 통설과 판례의 태도에 따라 중개업을 의뢰한 피고인에 대한 처벌규정이 없으므로, 형법의 공범규정을 적용하여 처벌할 수 없다.

2) 부동산중개업법의 입법 목적이 ‘투명하고 공정한 부동산 거래질서를 확립하여 국민의 재산권을 보호하려는 것’이고, 여기에는 무등록 중개업자로 인한 중개의뢰인의 피해를 막는 것도 포함되는 것으로 보인다. 따라

서 소수설에 의하더라도, 중개의뢰인인 피고인을 보호대상으로 볼 여지도 배제하기 어려워 보인다.

【對象判決의 意義】

대상판결은 이른바 ‘매입형 분양대행계약’과 매매계약의 구별기준을 제시하였다. 또한 미등기 건물의 전매를 의뢰한 피고인과 그에 따라 중개행위를 한 중개인을 공동정범으로 의율한 원심에 대하여, 부동산중개업법의 미등록 중개행위 경우 중개행위를 한 중개인에 대한 처벌규정만 있을 뿐 이와 대향적 관계에 있는 중개를 의뢰한 의뢰인에 대한 처벌규정이 없는 사정을 반영하여, 다수설과 판례의 태도를 반영하여 이런 경우까지 공동정범으로 처벌할 수는 없다고 밝힌 점에 의의가 있다.

12. 당내경선에서의 당선을 위한 행위가 공직선거법상 ‘선거운동’에 해당하는지 여부

(2013. 5. 9. 선고 2012도12172 판결 : 공2013상, 1061)

金 昇 柱

【判決要旨】

1. 공직선거법(이하 ‘법’이라 한다) 제58조 제1항 본문과 제2조 및 제57조의2 제1항과 제57조의3 제1항 본문의 내용, 체제, 입법 취지 등을 종합하면, ‘선거운동’은 공직선거에서의 당선 또는 낙선을 위한 행위를 말하고, 공직선거에 출마할 정당 추천 후보자를 선출하기 위한 당내경선에서의 당선 또는 낙선을 위한 행위는 ‘선거운동’에 해당하지 아니하며, 다만 당내경선에서의 당선 또는 낙선을 위한 행위라는 구실로 실질적으로는 공직선거에서의 당선 또는 낙선을 위한 행위를 하는 것으로 평가할 수 있는 예외적인 경우에 한하여 그 범위 내에서 선거운동으로 볼 수 있다. 나아가 법 제57조의3 제1항은 “정당이 당원과 당원이 아닌 자에게 투표권을 부여하여 실시하는 당내경선에서는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 방법 외의 방법으로 경선운동을 할 수 없다.”고 규정함으로써 제한적으로나마 당내경선 과정에서 당원뿐만 아니라 경선선거인단으로 등록될 가능성이 있는 당원 아닌 일반 유권자를 상대로 한 경선운동을 허용하고 있는 점을 고려하면, 당내경선에서의 당선 또는 낙선을 위한 행위에 부수적으로 공직선거에서의 당선 또는 낙선을 도모하고자 하는 의사가 포함되어 있다는 사정만으로 그와 같은 행위가 ‘선거운동’에 해당하는 것으로 설불리 단정하여서는 아니 된다.

2. 구 공직선거법(2012. 10. 2. 법률 제11485호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구법’이라 한다) 제89조 제1항(유사기관의 설치금지)의 규정은

후보자 간 선거운동기구의 형평성을 유지하고 각종 형태의 선거운동기구가 난립함으로 말미암은 과열경쟁 및 낭비를 방지하기 위한 것으로서, 조문의 체계나 입법 취지와 함께 당내경선 과정에서 특정 후보자가 선출되게 하기 위하여 공직선거법 제57조의3 제1항에 위배하여 유사기관을 이용하는 방법으로 이루어진 당내경선운동 행위는 공직선거법 제255조 제2항 제3호에 의하여 처벌할 수 있는 점, 구법 제89조 제1항과 입법 취지가 유사한 공직선거법 제87조 제2항이 '선거운동'을 위한 사조직 기타 단체의 설립 등을 금지하고 있는 점 등을 고려하여 보면, 어떠한 기관·단체·시설이 특정 후보자의 '선거운동'을 목적으로 설치된 것이 아니고 그 후보자가 당내경선에서 후보자로 선출되게 하기 위한 목적으로 설치된 것이라면 구법 제89조 제1항에 위배되는 것은 아니다.

【參照條文】

1. 공직선거법 제2조, 제57조의2 제1항, 제57조의3 제1항, 제58조 제1항 / 2. 구 공직선거법(2012. 10. 2. 법률 제11485호로 개정되기 전의 것) 제89조 제1항, 공직선거법 제87조 제2항, 제255조 제2항 제3호

【事案의 概要】

1. 주요 공소사실 요지: 유사기관 설치·이용, 사조직 설립, 선거운동할 수 없는 자의 선거운동, 선거운동 기획 참여, 사전선거운동, 선거운동 관련 금품수령·제공 내지 그 지시죄(이하 일괄하여 '선거운동관련죄'라고 줄여 씀)¹⁾

민주통합당(이하 '민주당'이라 함)은 2012. 4. 11. 실시된 제19대 국회의

1) 위 죄목들 이외에도 공직선거법상 여러 가지 죄목들에 대한 공소가 제기되었으나, 본고의 쟁점이 되는 죄목들 부분에 한정하였다.

원 선거의 광주 동구 선거구 국회의원 후보자를 이른바 ‘모바일투표’에 의한 국민경선방식으로 선출하기로 정하였고, 이는 2012. 2. 29.까지 모바일투표 선거인단으로 신청한 선거구민 등(당원이 아닌 자 포함)을 선거인단으로 하여 같은 해 3. 10.~3. 11. 사이에 그 선거인단의 투표에 의하여 민주당 후보자를 선출하는 방식이었다.

이에 따라 ① 당시 위 선거구의 현역 국회의원이었던 박○○ 선거캠프 관계자들인 피고인 이○○(피고인 박○○의 보좌관), 김○○(선거사무실 정책실장), 김△△(주민자치위원)이 2012. 1. 20.경 ‘광주 동구청장인 피고인 유○○ 측에서 조직을 동원하고, 박○○ 측에서 돈을 지원하여 총선에서 승리해 보자’는 취지로 모의한 뒤 피고인 박○○·유○○의 승낙을 얻어, 공직선거법에서 금지하는 유사기관 내지 사조직인 “계림1동 비상대책위원회”, “지원2동 경선대책위원회”(이하 일괄하여 ‘이 사건 각 대책위’라 함) 등의 단체를 설립 내지 이용하고, ② 위 피고인들의 지시에 따라 이 사건 각 대책위의 주도자인 조○○, 배○○을 중심으로 대책위원들로 하여금 선거구민을 상대로 호별 방문 또는 피고인 박○○의 업적이 담긴 코팅지 제시 등을 통하여 모바일 투표 신청을 권유하면서 피고인 박○○에 대한 지지를 호소하였다는 것이 본고의 쟁점과 관계된 주요 공소사실의 요지이다.

검사는 ① 부분 공소사실과 관련하여, 피고인들 모두에 대하여 공직선거법(이하 ‘법’이라 한다)의 유사기관 설치·이용, 사조직 설립금지 위반죄로 공소제기하였고, 피고인 박○○·유○○·김△△의 경우 선거운동할 수 없는 자의 선거운동, 피고인 박○○·유○○의 경우 공무원의 지위를 이용한 선거운동 기획참여, 피고인 박○○의 경우 위와 같은 사조직 설립으로 인한 사전선거운동죄로 기소하였다. ② 부분 공소사실과 관련하여서는 피고인 박○○의 선거운동 기획참여죄로 기소하였다.²⁾

한편 위 단체들의 활동자금 지원을 위하여, 피고인 유○○의 승낙하에

2) ② 부분은 주로 경선운동방법위반죄, 경선운동할 수 없는 자의 경선운동 등 당내경선운동과 관련된 죄목들이 문제된 부분으로서, 피고인 박○○, 유○○을 제외한 나머지 피고인들에 대해서는 대부분 유죄로 인정되었다. 이는 본고의 쟁점과 관계 없는 부분이므로, 더 이상의 논의는 생략한다.

피고인 이○○ ⇨ 피고인 박△△ ⇨ 피고인 김△△에게 합계 5,900만 원이 순차로 전달되었고, 피고인 김△△이 위 돈을 이 사건 각 대책위의 동책들에게 교부하였다는 부분이 선거운동관련 금품제공 내지 그 지시·수령죄 및 제3자 기부행위금지 위반죄로 각 공소가 제기되었다.

2. 소송의 경과

가. 제1심: 유죄

제1심은 선거운동관련죄 부분의 공소사실에 관하여, 이 사건 각 대책위의 설립 및 활동 내용이 ‘선거운동’의 목적의사로 이루어졌다고 판단하여 모두 유죄로 인정·처벌하였다.

나. 원심: 무죄

반면 원심은 법이 ‘선거운동’과 ‘당내경선’에서의 행위를 준별하고 있고, 당내경선에서의 지지호소행위 등은 원칙적으로 법상 당내경선과 관련하여 금지·처벌하는 규정(이하 ‘경선운동관련죄’로 줄여 씀)에 의하여야 한다는 전제에서, 본 사안과 같은 당내경선에서의 당선 또는 낙선을 위한 행위는 법 제58조 제1항에서 정하는 ‘선거운동’에 해당하지 않는다고 보아, ‘선거운동’을 전제로 하는 선거운동관련죄로 처벌할 수 없다고 결론짓고 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단하였다.

3. 검사의 상고이유: ‘선거운동’ 및 유사기관 설립금지 위반죄에 관한 법리오해

가. 이 사건 경선인단의 모집행위는 단순한 경선운동이 아니라 공직선거법상 ‘선거운동’에 해당하는 것이므로, 선거운동관련죄 부분의 공소사실을 모두 무죄로 판단한 원심판결에 법리오해의 위법이 있다.

나. 유사기관 설치금지에 관한 구 공직선거법(2012. 10. 2. 법률 제11485

호로 개정되기 전의 것. 이하 ‘구법’이라 한다) 제89조 제1항은 ‘선거운동’을 전제로 하는 규정이 아니므로, 경선인단 모집행위가 ‘선거운동’이 아니라 하더라도 이 부분 공소사실은 유죄로 인정된다.

4. 대법원의 판단: 피고인 박○○에 대한 부분만 파기환송(직권), 나머지 각 상고기각

【解 說】

1. 해설 방향

이 사건에서 가장 핵심적 쟁점이 되었던 부분은 국회의원 선거의 정당 후보자 선출을 위하여 실시될 예정이었던 이른바 ‘국민경선’ 즉 당원뿐 아니라 해당 선거구의 비당원인 국민도 일정한 요건하에 국회의원 후보자를 선출하는 방식의 경선 과정에서 특정 후보자 측이 그 당선을 위하여 활동한 행위가 법상 ‘선거운동’을 전제로 하는 선거운동관련죄로 처벌될 수 있는가 여부이다. 따라서 우선 위 쟁점에 대하여 상세히 살펴본 후, 법 규정만으로는 ‘선거운동’을 전제로 하지 않는다고 볼 수도 있는 구법 제89조 제1항에 의한 유사기관 설치금지 위반죄로 처벌할 수 있는지 여부도 아울러 검토하기로 한다.

2. 공직선거법상 ‘선거운동’과 ‘경선운동’에 관한 법적 규율 및 판례의 입장

가. ‘선거운동’과 ‘경선운동’의 구별 기준에 관한 법 규정

1) ‘선거운동’에 관한 규정

법 제58조 제1항은 “이 법에서 선거운동이라 함은 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위를 말한다.”고 규정하고 있다. “다만 다음 각 호의 1에 해당하는 행위는 선거운동으로 보지 아니한다.”고 하면서 “선

거에 관한 단순한 의견개진 및 의사표시(제1호), 입후보와 선거운동을 위한 준비행위(제2호), 정당의 후보자 추천에 관한 단순한 지지·반대의 의견개진 및 의사표시(제3호), 통상적인 정당활동(제4호), 특정 정당 또는 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용 없이 투표참여를 권유하는 행위(제5호)” 등을 ‘선거운동’의 범위에서 제외하고 있다. 이때 입후보준비행위나 선거운동준비행위가 선거운동이 되지 않는 것은, 그것이 단순히 후보자 및 그 지지자 내부에서 이루어지는 내부적인 준비행위에 그치는 경우에 한정되고, 이러한 한도를 초과하여 특정 후보자가 당선되거나 당선되게 하기 위하여 선거인에게 작용할 것도 목적으로 하는 것이라고 인정되는 때에는 선거운동의 준비행위가 아니라 선거운동이라고 설명된다.³⁾

같은 조 제2항에서는 “누구든지 자유롭게 선거운동을 할 수 있다. 그러나 이 법 또는 다른 법률의 규정에 의하여 금지 또는 제한되는 경우에는 그러하지 아니하다.”고 규정하여, 선거운동이 원칙적으로 허용됨을 선언하면서도 공직선거법 기타 법령의 금지 규정에 저촉되는 경우 처벌 대상이 된다고 명시적으로 규정한다.

2) ‘경선운동’에 관한 규정

법 제6장의2는 ‘정당의 후보자 추천을 위한 당내경선’이라는 표제하에 당내경선의 실시, 당내경선운동 등의 절차·방법 등에 대하여 규정하고 있다.

법 제57조의2(당내경선의 실시) 제1항은 “정당은 공직선거후보자를 추천하기 위하여 경선을 실시할 수 있다.”고 하고, 같은 조 제2항 본문은 “정당이 당내경선……을 실시하는 경우 경선후보자로서 당해 정당의 후보자로 선출되지 아니한 자는 당해 선거의 같은 선거구에서는 후보자로 등록될 수 없다.”고 하여 원칙적으로 당내경선에서 패배한 후보자는 당해 선거구의 공직선거에 출마할 수 없다고 규정한다.

그 경선운동방법에 대하여 법 제57조의3(당내경선운동) 제1항은 “정당이 당원과 당원이 아닌 자에게 투표권을 부여하여 실시하는 당내경선에서는

3) 황정근, 선거부정방지법(2판), 법영사(2005), 144.

다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 방법 외의 방법으로 경선운동을 할 수 없다.”고 하면서, 경선운동이 허용되는 방법으로서 “1. 제60조의3 제1항 제1호·제2호에 따른 방법, 2. 정당이 경선후보자가 작성한 1종의 홍보물을 1회에 한하여 발송하는 방법, 3. 정당이 합동연설회 또는 합동토론회를 옥내에서 개최하는 방법” 등을 열거하고 있다.

제1호에서 말하는 법 제60조의3 제1항은 “예비후보자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 방법으로 선거운동을 할 수 있다.”고 하면서 “1. 제61조 제1항 및 제6항 단서의 규정에 의하여 선거사무소를 설치하거나 그 선거사무소에 간판·현판 또는 현수막을 설치·게시하는 행위, 2. 자신의 성명·사진·전화번호·학력·경력, 그 밖에 홍보에 필요한 사항을 게재한 길이 9cm 너비 5cm 이내의 명함을 직접 주거나 지지를 호소하는 행위”의 방법을 규정하고 있다.⁴⁾

나. 당내경선에 관한 규정들의 변천 과정

1) 정당법에서의 법적 규율

1961. 12. 31. 법률 제1246호로 최초로 제정된 정당법은 제31조에서 “정당의 공직선거후보자 추천은 민주적이어야 하며 그 절차에 관하여는 당헌으로 이를 정하여야 한다.”는 규정 이외에 특별한 규정을 두고 있지 않았다.⁵⁾

2000. 2. 16. 법률 제6269호로 개정된 정당법 제31조는 제3항에서 “정당의 당원으로서 당헌에서 정한 바에 따라 당비를 납부하거나 무급으로 각급 당부에서 자원봉사를 한 자에 한하여 당해 정당의 공직선거후보자 또는 당

4) 같은 조 제2항은 “다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 예비후보자의 선거운동을 위하여 제1항 제2호에 따른 예비후보자의 명함을 직접 주거나 예비후보자에 대한 지지를 호소할 수 있다.”고 하면서 “예비후보자의 배우자와 직계존비속(제1호), 예비후보자와 함께 다니는 선거사무장·선거사무원 및 제62조 제4항에 따른 활동보조인(제2호), 예비후보자 또는 그의 배우자가 그와 함께 다니는 사람 중에서 지정한 각 1명(제3호)”을 열거한다.

5) 1993. 12. 27. 법률 제4609호로 개정된 정당법 제31조는 “① 정당의 공직선거후보자의 추천은 민주적이어야 한다. ② 정당의 공직선거후보자 추천에는 후보자를 추천할 공직선거의 선거구를 관할하는 해당 당부 대의기관의 의사가 반영되도록 하여야 하며, 그 구체적 절차는 당헌으로 정한다.”고 좀더 구체적으로 규정하였으나, 역시 당내경선에 관한 규정은 두지 않았다.

직자의 선거권이 있다.”고 하여 당원(당비납부자나 자원봉사자)에 의한 당내경선을 엄두에 둔 것으로 보이는 조항을 신설하였다.⁶⁾

나아가 2002. 3. 7. 법률 제6661호로 개정된 정당법은 제31조의2에서 후보자나 당원 등에 대하여 재산상의 이익을 제공할 수 없다는 것을 주요 내용으로 하는 당원 등 매수금지 규정⁷⁾을 신설하고, 제45조의2에서 제31조의 2 규정에 위반한 자는 3년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다는 취지의 벌칙 규정을 두었다.

2004. 3. 12.에 이르러 법률 제7190호로 개정된 정당법 제31조 제2항은 “정당은 공직선거후보자를 추천하기 위하여 선거를 실시할 수 있으며, 그 구체적 절차는 당헌으로 정한다.”고 하여 비로소 당내경선에 관한 명시적 규정이 입법되었으며, 이에 따라 제31조의2~제31조의6에서 당내경선에 관한 절차 등의 규정을 신설하였다. 제31조의3 제1항에서는 현행 공직선거법 제57조의3 제1항과 유사한 취지로 “정당이 당원과 당원이 아닌 자에게 투표권을 부여하여 실시하는 당내경선에서는 다음 각 호의 방법 외의 방법으로 경선운동을 할 수 있다.”고 규정하였는데, 위 개정 정당법은 당내경선 등의 매수 및 이해유도죄(제45조의4), 당내경선 등의 허위사실공표죄(제45조의6) 등 현행 공직선거법과 유사한 경선운동관련죄 조항들을 신설하면서

6) 당시의 정당법 중 개정법률안 제안이유서에 의하면 이는 “黨費納付者나 自願奉仕者에 한하여 公職選舉候補者와 黨職者의 選舉權을 부여하여 政黨의 건전한 발전을 촉진하는 등 政治先進化를 이루고자”하는 것이라고 설명되고 있다.

7) □ 구 정당법(2002. 3. 7. 법률 제6661호) 제31조의2 (당원 등 매수금지)

① 누구든지 정당의 공직선거후보자 및 대표자(이하 이 조에서 ‘후보자 등’이라 한다)의 추천 및 선출에 있어 후보자 등으로 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 할 목적으로 선거권을 가진 당원 또는 그 배우자나 직계 존·비속에게 명목 여하를 불문하고 금품 그 밖의 재산상의 이익 또는 공사의 직을 제공하거나 그 제공의 의사를 표시하거나 그 제공을 약속하는 행위를 할 수 없다. 다만 중앙선거관리위원회규칙이 정하는 바에 따라 의례적으로 제공할 수 있는 물품 및 음식물은 그러하지 아니하다.

② 누구든지 후보자 등이 되지 아니하게 하거나 후보자 등이 된 것을 사퇴하게 할 목적으로 후보자 등(이하 이 항에서 후보자 등이 되고자 하는 자를 포함한다)에게 제1항의 규정에 의한 이익제공행위 등을 하여서는 아니되며, 후보자 등은 그 이익이나 직의 제공을 받거나 제공의 의사표시를 승낙하여서는 아니된다.

③ 누구든지 제1항 및 제2항에 규정된 행위에 관하여 지시·권유 또는 요구를 하여서는 아니된다.

도, 위 제31조의3 제1항의 위반행위에 대하여는 별도로 벌칙 규정을 두지 않았다.

2) 공직선거법으로의 편입

2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 공직선거법은 제6장의2에서 ‘정당의 후보자 추천을 위한 당내경선’이라는 장을 따로이 신설하고 법 제57조의2~제57조의6에서 당내경선에 관한 세부적 규정을 두었다. 위 개정법은 정당법 제31조 제2항 및 제31조의2~31조의6 규정과 대부분 동일한 내용을 담아 공직선거법으로 이동시켰다.⁸⁾ 다만 현행 법률과 같이 법 제255조 제2항 제3호에서 “제57조의3 제1항의 규정을 위반하여 경선운동을 한 자”를 처벌하는 벌칙 규정을 신설한 바 있다.

나아가 2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 공직선거법은 제57조의6에서 ‘공무원 등의 당내경선운동 금지’ 조항을 신설하고, 제255조 제1항 제1호에서 ‘제57조의6 제1항을 위반하여 당내경선에서 경선운동을 한 사람’을 처벌하는 벌칙 규정을 두기에 이르렀다.

다. 대법원판례의 입장

1) 선거운동 해당성을 부정한 판례

본 사안의 쟁점에 관하여 정면으로 판시한 판례는 대법원 2003. 7. 8. 선고 2003도305 판결이 그 최초라 할 수 있을 것이다. 이 판결은 『‘선거운동’은 공직선거에서의 당선 또는 낙선을 위한 행위를 말하고, 공직선거에 출마할 정당 추천 후보자를 선출하기 위한 당내경선에서의 당선 또는 낙선을 위한 행위는 ‘선거운동’에 해당하지 아니하며, 다만 당내경선에서의 당선 또는 낙선을 위한 행위라는 구실로 실질적으로는 공직선거에서의 당선 또는 낙선을 위한 행위를 하는 것으로 평가할 수 있는 예외적인 경우에 한하여 그 범위 내에서 선거운동으로 볼 수 있다.』고 판시하였다.

이 판결은 2002. 6. 13. 광주시장 선거에 앞서 2002. 5. 4. 당내후보경선

8) 이에 따라 정당법에서는 공직선거후보자 경선을 제외한 당대표 등 경선만을 규율하게 되었다. 대검찰청, 公職選舉法 罰則解説(제6개정판), (2012), 128.

이 실시되었는데, 민주당 내 후보경선에 출마한 후보자 2인(A, B) 중 A가 2002. 4. 30. 후보경선에서 사퇴하면서 B에 대한 지지를 선언하였고, A의 선거운동원들이었던 피고인들이 A의 측근 등으로부터 ‘A를 위한 선거운동 활동비’(사퇴 이전)⁹⁾ 내지 ‘B 지지’(사퇴 이후) 명목의 금품을 수령하였다는 사안을 다루고 있다. 당시 민주당의 당내경선 방식은, 광주시내 거주자로서 광주시장 선거에 투표권이 있는 자(당원이 아닌 자 포함)를 상대로 ‘시민선거인단’에 참여할 것을 신청하도록 하여, 그 신청인들로부터 입당원서를 받은 뒤 2002. 4. 15. 시민선거인단 확정으로 구성된 시민선거인단(=당원)이 당내경선에서 투표권을 행사함으로써 민주당의 광주시장 후보자를 선출하는 방식이었던 것으로 보인다. 피고인들은 광주시내 거주자로서 투표권이 있는 자(당원이 아닌 일반시민)를 상대로 A 후보자의 지지를 부탁하면서 시민선거인단 참여신청서¹⁰⁾를 받았고, 시민선거인단 확정 및 후보사퇴 이후에는 선거인단을 상대로 B 후보자의 지지를 부탁하는 일을 하였다.

이 판례는 처음으로 위와 같은 범리를 제시한 다음, “① 일부 피고인들은 친·인척이나 지인들을 상대로 A를 위하여 민주당 광주시장 후보경선 시민선거인단 참여신청서를 받았고, ② 일부 피고인들은 시민선거인단으로 확정된 사람들에게 A 후보자에 대한 지지를 부탁하였으며, ③ 일부 피고인들은 A가 경선 후보에서 사퇴한 이후 B 후보자에 대한 지지를 부탁하기도 하였음을 알 수 있는바, 이러한 피고인들의 행위는 일응 민주당 내의 당내경선에서 광주시장 후보로 선출되도록 하기 위한 행위로 보이고 A가 당내경선운동 과정에서 중도 사퇴까지 한 점에 비추어 보면 피고인들의 행위가 당내경선운동을 한다는 구실로 실질적으로는 광주시장 선거에서의 당선을 위한 운동을 그때부터 하려는 것이었다고 평가하기는 어렵다.”고 판시하여

9) 선거인매수죄는 구법 제230조 제1항 제5호(제1호부터 제4호까지에 규정된 이익이나 직의 제공을 받거나 그 제공의 의사표시를 승낙한 자)로서, 현행법상 제6호, 제4호(제135조 제3항의 규정에 위반하여 …… 선거운동과 관련하여 금품을 제공 …… 한 자)에 해당한다.

10) 당내 후보경선에서 일반시민들로 하여금 시민선거인단을 구성하여 대의원(당원)으로서 후보 선출에 참여할 수 있도록 하는 것으로 보인다.

선거인매수죄(구법 제230조 제1항 제5호, 제4호, 제135조 제3항) 부분을 유죄로 인정한 원심을 파기환송한 바 있다.

위 판례는 우선 시민선거인단으로 확정된 사람들(=당원)을 상대로 특정 후보자에 대한 지지를 부탁하였다는 점을 ‘선거운동’이 아닌 당내경선운동으로 본 중요한 사정 중 하나로 삼고 있다. 시민선거인단 확정 이전에 입당 전의 일반 선거구민을 상대로 지지를 호소한 행위에 관하여는 “일부 피고인들은 친·인척이나 지인들을 상대로 A를 위하여 민주당 광주시장 후보경선 시민선거인단 참여신청서를 받았고 ……”라고 하여 “A가 중도사퇴한 후 일부 피고인들이 B에 대한 지지를 부탁”하였다는 점과 함께 피고인들의 지지 호소 행위가 ‘선거운동’이 아닌 당내경선운동의 목적이었다는 점에 대한 논거로 들고 있는 것이다.

결국 선거인단 확정 이전 일반 선거구민에 대한 지지 호소 행위는 원칙적으로 ‘선거운동’이 아닌 경선운동이라고 본 것이라고 추측할 수 있으나, 단정적인 판단은 유보하였고 다른 점과 아울러 종합적으로 ‘선거운동’의 목적인지 여부를 판단하여야 한다는 취지로 판시한 것으로 볼 수 있다.

2) 선거운동 해당성을 긍정한 판례

이에 반하여 당내경선 과정에서의 활동이 ‘선거운동’에 해당한다고 판시한 대표적 판례로는 대법원 2005. 10. 14. 선고 2005도301 판결을 들 수 있다. 이 판결은 “공직선거법 제58조 제1항 소정의 선거운동은 특정후보자의 당선 내지 득표나 낙선을 위하여 필요하고도 유리한 모든 행위로서 당선 또는 낙선을 도모한다는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적·계획적인 행위를 말하는 것으로, 단순히 장래의 선거운동을 위한 내부적·절차적인 준비행위에 해당하는 선거운동의 준비행위나 통상적인 정당활동과는 구별되나, 구체적으로 어떠한 행위가 선거운동에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 단순히 그 행위의 명목뿐만 아니라 그 행위의 태양, 즉 그 행위가 행하여지는 시기·장소·방법 등을 종합적으로 관찰하여 그것이 특정후보자의 당선 또는 낙선을 도모하는 목적의지를 수반하는 행위인지 여부를 판단하여야 한다.”는 법리를 판시하였는데, 이는 대법원 1999. 4. 9.

선고 98도1432 판결 등 법 제58조 제1항 소정의 ‘선거운동 해당 여부’에 대한 일반적인 법리의 판시라 할 수 있다.

이 판결은 피고인 甲이 2004. 4. 15. 실시된 제17대 총선에서 경기 광주시 선거구에 입후보할 목적으로 민주당의 당내경선(2004. 3. 1.경 예정)에 출마하였는데, 공동피고인 乙과 공모하여 2004. 2. 23.경 광주시 유권자 1,140명의 휴대전화에 “새천년민주당 경선후보가 확정되었습니다. 많은 지지 부탁드립니다. 좋은 하루 되십시오. 甲”이라는 내용의 문자메시지를 발송하였다는 사안에 대하여 판단하고 있다. 당내경선 방법은 대의원들이나 당원들로 구성된 선거인단의 투표에 의한 것이 아니라, 중앙당의 의뢰에 따라 여론조사기관이 선거구민 중 민주당원인 사람과 그렇지 않은 사람을 50%씩의 비율로 무작위 추출하여 선거인단을 구성한 다음 이들을 상대로 전화여론조사를 하는 방법이었다. 이 사건의 원심은 문자메시지의 발송 대상이 민주당의 당원이라면 피고인들의 행위는 당내경선에서의 당선을 위한 행위에 해당하여 법 제93조 제1항에 의하여 금지되는 탈법방법에 의한 문서 등 게시 등 행위에 포함되지 않는다¹¹⁾고 판단하였다.

이 판결은 위와 같은 법리를 전제한 뒤, “① 이와 같이 특정된 선거인단이 존재하지 않는 후보자 선출 방식의 특성상 피고인들이 민주당의 당원들을 대상으로 하여 당내경선을 위한 선거운동을 할 필요성이 있었다고 하기 어려운 점, ② 피고인들은 선거인단으로 특정되지도 아니한 민주당의 당원들 및 일반 유권자들을 대상으로 하여 피고인 甲에 대한 적극적인 지지를 호소하는 내용이 담긴 문자메시지를 발송한 것인 점 등을 종합하여 보면, 피고인들의 위 문자메시지 발송 행위에는 제17대 국회의원 선거에서 피고인 甲의 당선을 도모하려는 목적의지가 수반되어 있음이 명백하여 이는 피고인 甲을 당선되게 하기 위한 선거운동에 해당한다고 보아야 할 것이지, 이를 가리켜 ‘입후보와 선거운동을 위한 준비행위’ 또는 ‘통상적인 정당활동’에 해당한다고는 할 수 없다.”라고 판시하면서, 당원들에 대한 문자메시

11) 이에 따라 민주당 당원이 아닌 19명 부분은 유죄, 당원인 나머지 1,121명 부분은 무죄라고 판단하였다.

지 발송도 ‘선거운동’에 해당한다고 보고 원심을 파기환송하였다.¹²⁾

이 판결은 당내경선 선거인단 확정 전후의 행위를 모두 대상으로 하였던 2003도305 판결의 사안과 달리, 당내경선의 선거인단 확정 이전에 문자메시지 발송을 통하여 경선후보자에 대한 지지를 호소한 행위만을 대상으로 하고 있다.¹³⁾ 당내경선을 위한 선거운동이라는 이유로 선거인단으로 확정되지도 않은 민주당의 당원 전체, 나아가 향후 민주당의 당내경선을 위한 선거인단으로 선정될 가능성이 있는 일반시민들을 상대로 한 선거운동은 허용할 수 없는 것으로서, 만약 이를 허용한다면 정당 출신 입후보자에 대해서만 사전선거운동을 허용하는 결과로 될 것이므로 부당하다는 점을 고려한 것으로 볼 수 있다. 결국 위 판결은, 선거인단 확정 이전에 경선후보자에 대한 지지를 호소하는 행위는 2003도305 판결에서 말하는 ‘경선운동을 구실로 실질적인 선거운동’을 한 경우에 해당되는 것이라고 판시한 것으로 평가할 수 있을 것이다.

3) 관련 대법원판례: 대법원 1996. 6. 14. 선고 96도405 판결

이는 당내경선에서의 ‘제3자 기부행위’를 선거운동으로 인정한 사례로 볼 수 있다. 경남도의원 후보로 출마하려던 甲이 1995. 6. 16. 실시 예정인 민주자유당 경남도의원 후보자 경선대회에 출마하자, 피고인이 甲을 민자당 후보로 당선시킴과 동시에 도의원 후보로 출마시 지지를 부탁할 목적으로, ① 민자당 대의원인 乙 외 3인이 먹은 주대 4만 원을 지불하고, ② 대의원 己의 집 앞에서 乙에게 “남의 돈 가지고 있으면 골치 아프다. 니 선거권 있제. 甲 한표 찍어주라”고 말하면서 현금 32만 원을 교부하였다는 사안에 대한 것이다.

이 판결에서는 구법 제115조가 금지하는 기부행위에 해당하는지, 즉 위

12) 대법원 2004. 10. 28. 선고 2004도5497 판결도 같은 취지로서, 전화를 통한 여론조사 방식으로 치러진 당내경선에서의 선거운동과 관련하여 문자메시지를 발송한 것이 ‘선거운동’에 해당한다고 처음으로 인정한 대법원판결이라고 설명된다.

13) 이 사건 행위일인 2004. 2. 23. 당시는 아직 2004. 3. 12.자로 개정된 구 정당법 제31조 제2항(당내경선규정)이나 31조의3 제1항(비당원을 포함한 당내경선운동 방법에 의한 규정)은 규정이 시행되기 이전이었다.

사안의 행위가 ‘당해 선거에 관하여’ 기부한 것인지 여부가 문제되었는데, 위 판결은 “제115조 전문은 ‘제113조(후보자 등의 기부행위제한) 또는 제114조(정당 및 후보자의 가족 등의 기부행위제한)에 규정되지 아니한 자라도 누구든지 기부행위 제한기간 중에 당해 선거에 관하여 후보자…… 또는 그 소속정당……을 위하여 기부행위를 하거나 하게 할 수 없다’라고 규정하고 있는바, 여기서 ‘당해 선거에 관하여’라 함은 ‘당해 선거’를 위한 선거운동이 되지 아니하더라도 ‘당해 선거’를 동기로 하거나 빌미로 하는 등 당해 선거와 관련이 있으면 족하다.”고 하면서, “……공직선거에 출마할 정당추천 후보자를 선출하기 위한 당내경선도 당해 공직선거를 연유로 한 것이어서 궁극적으로는 ‘당해 공직선거’와 관련한 것이라고 할 것이므로, 공직선거에 출마할 정당추천 후보자를 선출하기 위한 당내경선에 즈음하여 제3자가 당내에서 후보선출권이 있고 동시에 당해 선거구 안에 있거나 그 선거구민과 연고가 있는 자에 대하여 그 후보자를 지지하도록 하기 위하여 금품을 수수하는 행위도 ‘당해 공직선거와 관련하여’ 행하는 것으로서 법 제115조가 금지하는 기부행위에 해당한다고 할 것이다.”는 이유로 위 사안을 유죄로 인정한 원심이 정당하다고 보았다.

위 판결은 그 근거로서 “① 법 제1조가 ‘이 법은 헌법과 지방자치법에 의한 선거가 국민의 자유로운 의사와 민주적 절차에 의하여 공정히 행하여 지도록 하고 선거와 관련한 부정을 방지함으로써 민주정치의 발전에 기여함을 목적으로 한다’고 규정하고, ② 제7조가 정당·후보자 등의 공정경쟁 의무를 규정하고 있으며, ③ 제47조 제1항이 정당은 공직선거의 후보자를 추천할 수 있음을 규정하면서 제2항이 ‘정당이 제1항의 규정에 의하여 후보자를 추천함에 있어서는 정당법 제31조(공직선거후보자의 추천)¹⁴⁾의 규정에 따라 민주적인 절차에 의하여야 한다’라고 규정하여, 정당 내에서의 민주적 절차에 의한 후보자 공천을 공직선거가 국민의 자유로운 의사와 민

14) 2005. 8. 4. 정당의 후보자추천을 위한 당내경선에 관한 규정이 공직선거법 제6장의2로 신설되면서, 위와 같은 정당법의 규정은 폐지되었다(현행 공직선거법 제47조 제2항과 동일한 내용이다).

주적 절차에 의하여 공정히 행하여지도록 하는 제도의 일환으로 보고 있는 점”을 들고 있다.¹⁵⁾

법 제115조의 제3자 기부행위 금지에 관한 규정이 ‘(당해) 선거에 관하여’라는 구성요건을 두고 있는 데에서 쟁점화된 사안으로서, ‘선거운동’ 해당 여부가 직접적으로 문제된 것은 아니나 그 결론에 이르는 논거들은 본 사안이 ‘선거운동’에 해당하는지 여부에도 간접적으로 참고할 수 있을 것이다.¹⁶⁾

4) 판례 등의 정리

대법원 2003도305 판결에서는, 원칙적으로 당내경선에서의 당선 또는 낙선을 위한 행위는 선거운동에 해당하지 않으나 예외적으로 경선운동을 구실로 실질적으로 선거운동의 목적을 위한 행위를 한 경우 이를 선거운동으로 볼 수 있다는 법리를 처음으로 판시한 바 있다. 그러나 2005도301 판결에 이르러 선거인단 확정 이전에 후보자에 대한 지지를 호소하는 행위는 위 법리에서 설정한 예외, 즉 ‘당내경선에서의 당선 또는 낙선을 위한 행위’라는 구실로 실질적으로는 공직선거에서의 당선 또는 낙선을 위한 행위’에

15) 강용현, “후보자 선출을 위한 당내경선 과정에 있어서의 제3자에 의한 금품제공과 기부행위 금지위반(위 판례에 대한 평석)”, 형사재판의 제문제 3권(2000. 11.), 형사실무연구회, 171~173에 의하면, 위 판결의 결론에 부합하는 논거로서 i) 정당의 입후보선출을 위한 당내경선에서의 지지를 얻기 위한 활동은 입후보준비행위로서 사전선거운동에 해당하지 않아 자유롭게 할 수 있지만, 입후보준비행위나 정당의 통상적인 활동이 보장된다고 하여 탈법적·불법적 행위까지 보호되는 것은 아닌 점, ii) 후보자선출을 위한 당내경선 과정이 금품수수에 의하여 불공정하게 이루어지면, 이러한 경선을 통하여 선출된 정당성 없는 후보자 간의 공직선거절차가 공정하더라도, 전체적으로 국민의 대표자를 민주적 절차에서 공정하게 선출하여야 한다는 공직선거법의 기준에서 보면 이미 공정성을 결한 것이 되는 점 등을 들고 있다.

16) 이외에도 당내경선 과정에서의 지지 호소 행위가 ‘선거운동’에 해당한다고 본 대법원판례로는 대법원 2004. 10. 15. 선고 2004도5174 판결(사전선거운동죄와 기부행위죄 인정), 대법원 2007. 3. 29. 선고 2006도8518 판결(사전선거운동·유사기관의 설치금지·탈법방법에 의한 문서게시죄 등 인정), 대법원 2010. 6. 24. 선고 2010도3935 판결(선거운동 관련 금품제공죄 인정) 등이 있다.

이와 반대로 대법원 2005. 1. 13. 선고 2004도7549 판결(탈법방법 문서게시죄 내지 후보자비방죄 부정), 대법원 2007. 4. 26. 선고 2007도1078 판결(탈법방법에 의한 문서게시죄 부정), 대법원 2012. 4. 13. 선고 2011도17437 판결(선거인매수죄 부정) 등은 당내경선에서의 경쟁 후보를 선출되지 못하게 할 목적의 행위가 원칙적으로 ‘선거운동’이 아닌 경선운동의 목적에 한정된다고 보아 선거운동관련죄 해당성을 부정한 바 있다.

해당한다고 판시한 것으로 볼 수 있으며, 그 후의 대법원판례들도 대체로 당내경선에서의 후보자에 대한 지지 호소 행위가 ‘선거운동’에 해당한다고 보고 있는 듯 하다.

중앙선거관리위원회도 당내경선을 위한 선거인단 모집에 있어 ‘정당 또는 후보자가 되고자 하는 자를 지지·추천하는 등 선거운동 또는 선거에 영향을 미치는 행위에 이르는 때에는 법 제93조 또는 제254조 등에 위반된다’는 취지¹⁷⁾로서, 반드시 명확하지는 않으나 선관위 또한 위 판례들과 같이 당내경선을 위한 행위라는 점보다는 법이 규정하는 ‘선거운동’ 해당 여부에 따라 그 위법성 여부를 판단하고 있는 것으로 보인다.

이에 반하여 ‘선거운동’ 해당성을 부정한 판례들은 일관되게 2003도305 판결의 법리만을 판시하면서, ‘실질적으로 공직선거에서의 당선(낙선)을 위한 행위라고 볼 증거가 없다’는 취지로 판시하고 있다. 대체로 ① 홈페이지 게시를 통한 선거운동을 하면서 당내 홈페이지에만 게시한 경우, ② 당내 경선에서의 경쟁자를 당선되지 못하게 할 목적인 경우에 선거운동의 목적을 부정하였다.

한편 제3자 기부행위(법 제115조 본문)의 경우에는 96도405 판결 이래 일관되게 당내경선 과정에서 기부행위도 공직선거에서 연유하는 것이니 만큼 ‘선거에 관하여’ 행하여진 것으로 보아야 한다는 이유로 유죄로 인정하는 것이 대법원의 입장이라고 할 수 있다.¹⁸⁾ 그러나 본 사안에서 문제되는 선거운동관련죄들은 일용 ‘선거운동’의 개념을 그 표지로 삼고 있으므로, ‘선거에 관하여’라는 구성요건표지만 충족되는 것으로 족한 제3자 기부행위의 경우와 곧바로 동일시할 수는 없을 것이다.

17) 중앙선거관리위원회 2007. 3. 12.자 회답서.

18) 이에 따라 이 사건 각 대책위에 대한 금품제공 등이 ‘선거운동’에 관련된 것이 아니라는 이유로 선거운동관련 금품제공 내지 그 지시죄 부분에 대하여 무죄를 선고한 대상판결 사건의 원심도, 그와 사상적 경합관계에 있는 제3자 기부행위금지위반죄 부분은 유죄로 인정한 바 있다.

3. 이 사건 경선인단 모집활동이 ‘선거운동’에 해당하는지 여부

가. 인정되는 이 부분 사실관계

1) 민주당은 공직선거 후보자 추천을 위한 방법으로 기존의 당원들만으로 공천자를 정하는 경선을 넘어 당원이 아닌 자도 경선에 참여할 수 있는 일명 ‘국민경선제도’를 시행하던 중, 제19대 국회의원 후보자 추천을 위한 국민경선에 현장투표와 함께 최초로 모바일투표를 도입하였다. 당시 피고인 박○○은 제18대 광주 동구에서 출마하여 전국 최고 득표율을 기록하며 당선된 현역 국회의원이었다.

2) 피고인 김○○, 이○○, 김△△ 등은 2012. 1. 20.경 국민경선에서 박○○ 후보를 지지하는 모바일투표 경선인단을 많이 모집하기 위한 방법으로 광주 동구 관내 13개 동마다 경선대책위원회를 조직하여 각 동 책임자들로 하여금 모바일투표 경선인단 등록을 독려하기로 계획하였다. 당시 여론조사에서 박○○이 민주당 광주 동구 예비후보로 등록하였던 양○○(제16대 광주 동구 국회의원)보다 지지율이 낮게 나온 적도 있었다.

3) 피고인 김○○은 위 계획을 실행하기 위해 2012. 1. 25. 피고인 김△△에게 ‘○○동 경선대책위원회’라는 파일을 작성하여 송부하였고, 피고인 김△△은 위 명단을 근거로 각 동의 책임자를 선정한 다음, 계림1동의 조○○, 지원2동의 배○○ 등에게 위 계획을 전달하였다.

4) 위 계획에 근거하여, 조○○은 ‘계림1동 비대위’를, 배○○은 ‘지원2동 대책위’를 각 조직한 다음 그 구성원들을 독려하는 방법으로 박○○ 후보를 지지하기 위한 모바일투표 경선인단을 모집하였다.

5) 피고인 김△△은 2012. 1. 31. 및 2012. 2. 17. 2회에 걸쳐 피고인 박△△(내지 피고인 이○○)를 통하여 모바일투표 경선인단 모집책들의 활동비 명목으로 함께 5,900만 원을 교부받아 일부 금원을 모집책들에게 나누어 주었고, 피고인 김○○은 2012. 1. 31. 및 2012. 2. 21. 2회에 걸쳐 동구청장 유○○이 조직·운영하던 ‘동구사랑여성회’ 모임에 참석하여 박○○ 후보 지지를 위한 모바일투표 경선인단 모집을 부탁하였다.

6) 조○○은 계림1동 비대위 위원들에게 자신들이 각자 속한 사조직(계모임, 동창회, 향우회) 모임 약속을 잡은 후 이러한 일정을 피고인 박○○ 측에 알려주어 피고인 박○○이나 그 배우자 등이 위 모임에 참석하도록 하였다.

7) 계림1동 비대위 위원들은 각 2012. 2. 11.~2012. 2. 16.경 계림1동에서, 모바일투표 대상자 선정을 위한 수첩과 박주선의 업적이 담긴 코팅지를 소지한 후 각 유권자의 집을 호별 방문하면서, 위 코팅지를 제시하면서 박○○ 후보를 위한 모바일경선 선거인단 신청을 독려하고, 일반 유권자들이 ‘양이나, 박이나?’라고 물으면 ‘박이다’라고 대답하였으며, 수첩에 경선 선거인단 참가 신청인의 성명과 주소, 연락처 등을 기재한 다음 조○○에게 전달하였다. 배○○도 지원2동 대책위 회원 및 동구사랑여성회¹⁹⁾ 회원들에게 박○○을 위하여 경선인단을 모집하여 달라고 독려하였다.

8) 광주 동구는 ‘민주통합당 공천이 곧 당선이다’라는 말이 있을 정도로 국회의원 선거에 있어서 민주통합당 지지 세력이 두터운 지역일 뿐만 아니라, 민주통합당 경선후보자로 등록한 다음 당내경선에서 국회의원선거 후보자로 선출되지 못할 경우 그 선거구에서 국회의원선거 후보자의 등록이 제한되는 등으로 당내경선이 중요한 의미가 있었다.

나. ‘선거운동’ 해당 여부에 대한 견해 대립의 상정

1) 선거운동설: ‘선거운동’에 해당한다는 견해(=대상판결 제1심의 입장)

① 판례의 입장

앞서 본 2005도301 판결 등의 대법원판례는, 확정된 선거인단에 대한 지지호소가 아니라면 그 선거구민들 중 당원에 대하여 문자메시지를 발송한 행위도 ‘당내경선운동이라는 구실로 실질적으로 공직선거에서의 당선을 위한 행위’라는 취지로 판시한 것으로 이해할 수 있다. 그 이후의 대법원판례도, 당내경선에서의 경쟁자를 낙선하게 할 목적인 경우를 제외하고는 당내

19) 2010. 10.경 현직 광주 동구청장이었던 피고인 유○○의 지시에 의해 설립된 단체로서 동구 관내 13개동에 동대표를 두고 각 동마다 여성회원들을 모집하여 결성된 조직적 단체이다.

경선에서의 위법행위가 ‘선거운동’에 해당한다는 전제에서 선거운동관련죄로 처벌하여 왔다. 제3자 기부행위의 ‘당해 선거에 관하여’에 관한 판례이기는 하나, 96도405 판결도 당내경선도 ‘당해 선거’와 관련된 것이라는 이유로 당내경선 과정에서의 기부행위를 유죄로 인정하였다.

96도405 판결이 판시하는 이유와 같이, 공직선거법이 “정당 내에서의 민주적 절차에 의한 후보자 공천” 절차를 “공직선거가 국민의 자유로운 의사와 민주적 절차에 의하여 공정히 행하여지도록 하는 제도의 일환”으로 보고 있으며, 당내경선 과정에서의 사조직 설립·유사기관 설치·금품제공 및 수수 등의 행위 또한 그와 같은 법의 취지에 정면으로 반하는 불법적·탈법적 행위라는 점에서 제3자 기부행위와 다를 바가 없으므로, 이를 ‘선거운동’으로 인정하여 선거운동관련죄로 처벌하여야 한다.

② 공직선거법의 관련 규정과 그 입법 취지: 민주적 당내경선의 보장

법 제1조(목적)는 “대한민국헌법과 지방자치법에 의한 선거가 국민의 자유로운 의사와 민주적인 절차에 의하여 공정히 행하여지도록 하고, 선거와 관련한 부정을 방지함으로써 민주정치의 발전에 기여함을 목적으로 한다.”고 규정하고, 선거에서의 정당 후보자 추천에 관한 법 제47조 제2항은 “정당이 제1항의 규정에 따라 후보자를 추천하는 때에는 민주적인 절차에 따라야 한다.”고 규정함으로써, 정당의 선거후보자 추천 절차에서도 법 제1조의 이념에 따라 그 절차의 민주적 정당성이 담보되어야 함을 선언하고 있다.²⁰⁾

본래 정당법은 당내경선에 대하여 별다른 규정을 두지 않다가, 정당정치의 발전에 따라 공직선거후보자의 공천과정에서 당내경선에 의하여야 할 필요성 등이 강력히 대두되면서 점진적으로 당내경선에 관한 규정을 신설하여 왔으며, 2005. 8. 4.자 공직선거법 개정에서 이르러 그 규정을 공직선거법으로 이동하면서 보다 자세한 당내경선에 관한 규정 및 벌칙 규정 등을 두었다. 이는 당내경선이 단지 정치적 의사를 같이 하는 국민들의 모임인

20) 법 제47조의2에서도 정당의 후보자 추천과 관련된 금품수수 행위(내지 이를 지시·권유·요구·알선하는 행위)를 엄격히 금지하고 있다.

정당 내부적 절차에 불과한 것이 아니라, 공직선거법이 직접적으로 적용되는 국회의원선거 등의 공직선거에 준하여 그 후보자 선출절차가 민주적이고 공정하여야 한다는 인식에서 비롯된 것으로 보인다. 헌법 제8조 제2항도 “정당은 그 목적·조직과 활동이 민주적이어야 하며, 국민의 정치적 의사형성에 참여하는데 필요한 조직을 가져야 한다.”고 명시하고 있다.²¹⁾

그렇다면 당내경선과 관련된 행위라 하더라도, 종국적으로는 공직선거에서의 당선을 목적으로 하는 것임이 분명하고, 대상판결 사안과 같은 행위는 선거인단 확정 이전에 사조직 등을 대규모로 동원하여 조직적으로 특정 후보자에 대한 지지를 호소하고 그 활동을 위하여 금품이 수수된 것으로서 실질적으로 공직선거에서의 당선을 위한 행위로 평가할 수 있다. 이 사건 각 대책위의 결성·활동 등의 행위는 ‘국민경선제도’라는 민주당 내부의 경선에 관한 것이기는 하나, 그와 같은 경선을 통하여 공직선거인 국회의원선거의 후보자가 선출된다는 점에서 종국적으로 피고인 박○○을 국회의원으로 당선하게 할 목적에서 이루어진 것으로 평가하여야 한다. 피고인들의 행위는, 이 사건 각 대책위나 동구사랑여성회 등의 사조직 내지 유사기관을 결성·이용한 것으로서 민주당 내 경선절차에서의 민주적 정당성과 공정성을 심각하게 해치는 행위라고 보아야 하므로, 사조직설립 등의 선거운동관련죄로 의율하여야 할 필요성이 있다.

③ 위법한 경선운동: 사전선거운동으로 변질

이른바 국민경선제가 활성화되면서 당원이 아닌 일반 유권자들도 당내 경선에 참여할 수 있는 범위가 대폭 확대되었고, 이에 따라 과거 당원들에 의한 내부 행사의 성격을 띠고 있던 당내경선에서의 후보자 선출절차의 경우에도 범상 선거운동에 준하여 이를 규율할 필요성이 커졌다고 볼 수 있

21) 법 제57조의4 제1항은 “…… 정당은 당내경선사무 중 경선운동, 투표 및 개표에 관한 사무의 관리를 당해 선거의 관할선거구 선거관리위원회에 위탁할 수 있다.”고 규정하고, “…… 제1항에 따라 당내경선의 투표 및 개표에 관한 사무를 수탁 관리하는 경우에는 그 비용은 국가가 부담한다”(제2항)고 하여 당내경선을 선관위에 위탁하는 것을 권장하고 있다. 이는 私的 결사인 정당내 경선이더라도 가급적 선거운동 감독기관인 선관위에 위탁하게 함으로써 민주적이고 공정한 후보자 선출을 도모하는 규정으로 이해할 수 있다.

다. 법이 ‘당원과 당원이 아닌 자에게 투표권을 부여’하는 당내경선을 예정함으로써 비당원에게도 당내경선의 문호를 개방하는 방향으로 규정하고 있으나, 여기에는 당내경선이 실시되는 특정 정당 소속 후보자에게만 선거운동기간 이전에 선거구민을 상대로 자신을 홍보할 기회가 주어진다는 기회 불평등 문제가 항상 도사리고 있으므로,²²⁾ 그와 같은 문제를 시정하기 위하여 법 제57조의3 제1항이 원칙적으로 당내경선운동을 금지하고 예외적으로 각 호에서 규정하는 방법에 한하여 이를 허용한 것으로 보아야 한다.

결국 위 조항 각 호에서 규정하는 방법 이외의 방법으로 경선운동한 경우 이미 사전선거운동으로 변질된 것으로 평가할 수 있다(대법원 2007. 3. 15. 선고 2006도8869 판결 참조). 그와 같은 해석론에 의해서만 국민경선제 시행에 의하여 필연적으로 야기되는 무소속 후보자 등과의 선거운동 기회 불균등 문제를 어느 정도 시정할 수 있다.

④ 이 사건 경선승리=당선

제1심과 원심 모두 위 모바일경선에서 박○○이 승리하여 민주당 국회의원 후보자로 선출될 경우, 광주 동구라는 지역적 특색을 감안할 때 국회의원으로 당선될 개연성이 있다고 보았다. 그렇다면 대상판결 사안의 경우에는 ‘당내경선=본선’의 등식이 성립할 수 있고, 이에 따라 당내경선에서의 승리를 목적으로 한 이 사건 행위에 공직선거인 국회의원 선거 당선의 목적이 없었다고 볼 수 없다.

⑤ 경선운동관련죄 규정으로 처벌할 수 있더라도 선거운동관련죄가 함께 성립할 수 있음: 양죄는 상상적 경합 관계

현행법상 대상판결 사안과 같은 행위를 경선운동관련죄로 처벌할 수 있

22) 김승환, “참여민주주의 공법적 지평, 희망은 있는가?”, 공법연구 35집 1호(2006), 315에서는 “정당이 당내경선을 통하여 공직선거의 후보자를 선출할 때 당원이 아닌 일반국민에게도 투표권을 부여하는 경우 충돌 가능성이 있는 것은 선거운동기간 위반죄이다. 이 죄는 정당이 당내경선에서 일반국민에게 투표권을 부여하는 경우 이는 민주적인 절차를 거쳐 후보자를 선출한다는 명분에도 불구하고 실질적으로는 해당 정당과 후보자에 대한 지지도를 높이기 위한 행위이고, 그것은 선거운동기간을 명시하고 그 기간 외의 선거운동을 원칙적으로 금지하는 공직선거법과는 충돌을 일으키기 때문이다.”라고 하여 그와 같은 문제상황을 지적하고 있다.

다 하더라도, 대상판결 사안과 같은 유사기관 내지 사조직을 이용한 선거 운동 내지 금품수수 행위의 중대성 내지 가벌성을 고려하면 이를 선거운동 관련죄로도 처벌할 수 있고, 1개의 행위로 평가할 수 있는 경우 선거운동 관련죄와 경선운동관련죄는 서로 상상적 경합관계에 있다.²³⁾ 경선운동관련죄는 본래 정당법에 규정되어 있던 당내경선에 관한 규정이 공직선거법으로 이동한 것으로서, 선거운동관련죄가 선거와 관련된 부정을 방지함에 목적이 있는 반면 경선운동관련죄는 정당내 공직선거후보자의 민주적 정당성 내지 공정성을 보장하기 위한 목적에서 입법된 것이므로 그 입법 목적 및 보호법익이 상이하다고 볼 수 있기 때문이다.

뿐만 아니라 당내경선과 관련된 일정한 행위들은 경선운동관련죄 규정만으로는 처벌이 곤란한 경우도 존재한다. 예컨대 당내경선 관련 매수 및 이해유도죄의 경우 금품수령행위의 주체는 당내경선의 선거인명부에 등재된 경선선거인 또는 그와 동일시할 수 있는 자에 한정되는 결과(법 제230조 제7항 제3호, 제57조의5 제1항), 그와 같은 지위에 있지 않은 피고인 김△△이 피고인 이○○·박△△로부터 이 사건 각 대책위 활동자금을 수령한 행위는 위 규정에 의하여 처벌할 수 없다는 입장이 가능할 것으로 보인다. 결국 경선운동관련죄로만 의율할 경우 이와 같은 처벌의 공백이 발생할 가능성도 배제할 수 없다.

2) 경선운동설: ‘선거운동’에 해당하지 않는다는 견해(=대상판결 항소심의 입장)

① ‘선거운동’과 ‘당내경선운동’의 준별

법 제2조는 “이 법은 대통령선거·국회의원선거·지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 선거에 적용한다.”고 규정하고 있고, 법 제57조의2는 정당

23) 대법원 2003. 4. 8. 선고 2002도6033 판결은 후보자 등의 기부행위금지에 관한 구 공직선거법 및 부정방지법 제113조와 당원 등 매수금지에 관한 구 정당법 제31조의2 제1항 본문 사이의 관계에 대하여 “정당법의 규정이 공직선거법의 규정에 대하여 특별법의 관계에 있다고 볼 수 없고, 이들은 각기 독립된 별개의 구성요건으로서 1개의 행위가 각 구성요건을 충족하는 경우에는 상상적 경합의 관계에 있다고 보아야 한다.”고 판시함으로써 양 죄 모두 성립함을 긍정한 바 있다.

에서 공직선거후보자를 추천하기 위하여 이루어지는 경선을 ‘당내경선’이라고 별도로 규정하고 있으므로, ‘선거운동’은 공직선거에서의 당선 또는 낙선을 위한 행위를 말하는 것으로 볼 수 있다. 앞서 본 2003도305 판결 및 대법원 2012. 4. 13. 선고 2011도17437 판결이 판시한 법리이기도 하다. 이에 따라 공직선거에 출마할 정당 추천 후보자를 선출하기 위한 당내경선에서의 당선 또는 낙선을 위한 행위는 원칙적으로 ‘선거운동’에 해당하지 않는다는 것이 2003도305 판결의 의미라 볼 수 있고, ‘당내경선에서의 당선 또는 낙선을 위한 행위’라는 구실로 실질적으로 공직선거에서의 당선 또는 낙선을 위한 행위’로 평가할 수 있는 경우는 어디까지나 ‘예외’라고 할 것이다.

선거운동관련죄가 그 구성요건으로 ‘선거운동’을 전제로 하고 ‘선거운동’은 어디까지나 ‘공직선거’에서의 당선 또는 낙선을 위한 행위에 한정되며, 법이 선거운동과 당내경선운동을 별도로 규정하고 있는 이상, 이 사건 유사기관 내지 사조직 설치·이용이나 금품제공행위의 죄질이 불량하다거나 처벌 가치가 있더라도, 쉽사리 이를 ‘선거운동’으로 단정함으로써 처벌 대상으로 삼아서는 아니 된다.

위와 같은 법체계와 죄형법정주의 원칙에 비추어 볼 때, 공직선거 과정이 아닌 당내경선 과정에서 이루어진 행위는 원칙적으로 당내경선에서의 위법행위를 금지·처벌하는 법 규정, 즉 경선운동관련죄 규정을 적용하여 처벌하여야 하며 ‘선거운동’을 전제로 하는 선거운동관련죄 규정을 적용하여 처벌할 수 없다. 본 사안과 같은 행위가 이른바 ‘자연범’이 아니라 ‘법정범’에 해당한다는 점을 보더라도 그와 같은 제한적 해석이 타당하다.²⁴⁾

24) 예컨대 ‘유사조직이나 사조직’ 설립은 헌법 제21조에 규정된 집회·결사의 자유에 의하여 원칙적으로 허용되는 것이나, 그와 같은 사조직 등을 동원하여 선거운동하는 과정에서 발생하는 공직선거에서의 폐해를 방지하기 위하여 법률로써 이를 금지·처벌함으로써 비로소 형사처벌의 대상이 된 것이다. 그렇다면 ‘선거운동’이나 ‘공직선거’와 개념상 구별되는 ‘당내경선운동’이나 ‘정당의 후보자 추천을 위한 당내경선’에 관한 명시적 처벌규정이 없는 이상 이를 처벌할 수 없다는 결론이 된다.

② 경선운동관련죄로 별도로 처벌할 수 있거나, 입법적 불비임

법 제57조의3 제1항은 ‘당내경선에서는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 방법 외의 방법으로 경선운동을 할 수 없다’고 하여 법이 허용하는 방법 이외의 방법으로 경선운동하는 것을 원칙적으로 금지하는 구조를 취하고 있다. 법 제58조 제2항이 ‘누구든지 자유롭게 선거운동할 수 있다. 그러나 이 법 또는 다른 법률의 규정에 의하여 금지 또는 제한되는 경우는 그러하지 아니하다’고 규정하여 원칙적으로 선거운동의 자유를 보장되 예외적으로 이를 규제²⁵⁾하는 것과 반대되는 구조라 할 수 있다.²⁶⁾

따라서 법 제57조의3 제1항에서 예정하고 있는 방법이 아닌 유사기관 설치·이용, 사조직 설립의 방법에 의한 경선활동은 금지된다고 할 수 있다. 그렇다면 이는 법 제57조의3 제1항이 정하는 경선운동방법을 위반한 행위로서 별도로 처벌될 수 있고, 반드시 선거운동관련죄로써 처벌하여야 할 것이 아니다. 마찬가지로 이 사건 각 대책위 활동과 관련된 금품제공 및 그 지시행위는 법 제230조 제7항 제2호(금품제공), 제3호(금품수수), 같은 조 제8항(금품제공지시)에 의하여, 경선운동할 수 없는 자의 경선운동행위는 법 제255조 제1항 제1호, 제57조의6 제1·2항에 의하여 각 처벌할 수 있을 것이다.

당내경선 관련 매수 및 이해유도죄의 경우와 같이 경선운동관련죄로 처벌할 수 없는 경우도 발생할 수 있으나, 이는 법이 선거운동과 당내경선운동을 준별하여 별도로 규정하고 있는 데서 비롯된 것으로 일종의 입법적 결단, 적어도 입법적 불비로 보아야 한다. 그와 같은 행위에 처벌가치가 있다면 별도의 입법에 의하여야 할 것이고, 죄형법정주의 원칙에 의하여 현행법 규정상으로는 이를 처벌할 수 없다고 보아야 할 것이다. 처벌의 공백을 방지하고자 대상판결 사안의 행위를 ‘선거운동’으로 파악하는 입장에

25) 헌법재판소 2002. 4. 25. 선고 2001헌바26 결정에서도 “우리나라 공선법은 선거운동의 기본 원칙 중 하나로서 법에서 특별히 금지하고 있지 않는 한, 어떠한 방법의 선거운동도 가능하도록 하는 개별적 제한규정주의를 채택하고 있다.”고 판시한 바 있다.

26) 同旨: 강승준, “공직선거법 제230조 제6항 제2호에서 말하는 ‘경선운동관계자’의 범위”(대법원 2007. 6. 1. 선고 2006도8134 판결에 대한 평석), 판례해설(70), 376.

의한다면, 공직선거법이 당내경선관련죄 유형을 선거운동관련죄와 별도로 규정하고 그 법정형도 이에 대응하는 선거운동관련죄에 비하여 낮게 규정하고 있는 취지를 무색하게 할 우려도 있다.

2005도301 판결 당시에는 당내경선운동위반(2004. 3. 12.자로 신설된 구 정당법 제31조의3 제1항 내지 현행법 제57조의3 제1항), 경선운동할 수 없는 자의 경선운동(2010. 1. 25.자로 신설된 현행법 제57조의6 제1항)과 같이 당내경선운동과 관련된 행위를 별도로 처벌할 수 있는 규정이 없었으므로, 해당 행위가 ‘선거운동’에 해당한다고 보아야만 이에 대한 규제 및 처벌이 가능하였다.²⁷⁾ 따라서 위 판결 이후에 신설된 당내경선관련죄를 적용할 수 있는 대상판결 사안의 경우를 2005도301 판결 당시의 상황과 동일시하기도 어렵다.

③ 정당의 자율성과 그 활동 보장의 필요성

정당은 ‘국민의 이익을 위하여 책임 있는 정치적 주장이나 정책을 추진하고 공직선거의 후보자를 추천 또는 지지함으로써 국민의 정치적 의사형성에 참여함을 목적으로 하는 국민의 자발적 조직’(정당법 제2조)으로 정의되는데, 대의민주주의를 근간으로 하는 현대 정치에서 필수불가결한 존재임이 인식되어 제2차 세계대전 이후 정당의 설립·활동의 자유와 복수정당제 보장(헌법 제8조 제1항: 정당의 설립은 자유이며, 복수정당제는 보장된다)이 헌법체도로 정착되었다.²⁸⁾

정당은 사회영역에 속하는 자율적인 사적 정치결사이기 때문에 국가기관도 아니고 국가영역에 속하는 것도 아니며, 기본적으로 국가는 정당의 운영·활동에 대하여 통제할 수 없고, 정당의 내부운영과 의사결정에 있어 민주주의 원리를 강제로 적용할 수 없다. 정당은 의사결정의 방식을 채택함에 있어 민주주의원리의 수용여부를 포함하여 자율적으로 선택하고 결정

27) 위 판결 당시에도 2002. 3. 7.자로 신설된 구 정당법 제31조의2(당원 등 매수금지) 규정은 존재하였으나, 위 규정에서 ‘경선운동관계자’를 금품수령의 상대방으로 규정하지 않아 위 사안을 당내경선관련 금품제공 내지 지시죄로 처벌할 수 없었고, 96도405 판결 당시에는 그와 같은 규정조차도 존재하지 않았다.

28) 정종섭, 헌법학원론(6판), 박영사(2011), 147.

하여야 한다.

다만 헌법 제8조 제2항이 정당의 조직과 활동이 민주적이어야 할 것을 명시하고 있으므로(정당의 후보자 추천이 민주적 절차에 따라야 한다는 법 제47조 제2항의 규정도 같은 취지라 할 수 있다), 이 범위 내에서 정당은 그 조직과 활동에서 민주주의 원리를 원용하여야 하고, 국회의원선거에서 후보자를 결정하는 것 등이 합리적이고 민주적일 것이 요구되며, 이를 당내 민주주의(innerparteiliche Demokratie)라고 한다. 그렇다고 하여 당내 민주주의를 실현함에 있어 다양한 방법이 있는 경우 국가는 어느 하나의 방법을 강제할 수는 없으며, 당내 민주주의가 요구된다고 하여 당내 민주화를 실현하는 내부질서를 위반하는 행위에 대하여 국가가 법적으로 통제할 수 없다. ‘정당의 자유’가 우선하기 때문이다.²⁹⁾

대상판결의 사실관계를 보더라도, 이 사건 각 대책위의 결성·활동은 민주당에서 실시 예정이던 ‘모바일투표’에 의한 당내경선 절차에서 그 모바일경선인단을 모집하는 동시에 경선절차에서 피고인 박○○을 지지하는 선거인을 최대한 확보함으로써 국회의원 후보자로 선출되게 하는 것이 적어도 ‘주된 목적 내지 1차적 목적’이었다고 할 수 있다. 그렇다면 그와 같은 목적을 달성하기 위하여 법이 엄격히 금지하는 유사기관 내지 사조직을 동원한 것이라 하더라도, 이는 당내경선에서의 후보자 선출이라는 정당 내부의 문제로서, 그 행위에 의하여 당내경선절차의 민주적 정당성이나 공정성을 흠결한 것으로 평가되더라도 이는 당내 민주화를 실현하는 내부질서 위반 행위에 불과하고 국가가 이를 형사처벌로써 강제할 수는 없다는 시각도 충분히 가능하다.

④ 이 사건 경선과 국회의원선거는 별개의 절차

피고인 박○○이 당내경선을 통과할 경우 그 지역적 특색 등으로 말미암아 국회의원으로 당선될 가능성이 높았던 것은 사실이나, 그와 같은 사정만으로 이 사건 각 대책위의 활동이 실질적으로 공직선거(국회의원선거)에서의 당선을 도모한 것으로 평가할 수는 없다. 2012. 1.~2. 당시 당내경선

29) 정종섭(주 28), 160~161.

경쟁자인 양○○이 박○○을 오차 범위 내에서 앞서기도 하는 상황이었으므로, 오히려 박○○ 캠프 입장에서는 본선인 국회의원선거보다 당내 경쟁자인 양○○을 제치고 당내경선에서 승리하는 것이 1차적 목표였다고 볼 수 있다. 법 제57조의2 제2항에 따라 만약 박○○이 당내경선에서 패배하는 경우 본선출마가 불가능하였으므로, 박○○ 캠프의 활동은 오히려 본선보다 예선 격인 당내경선에 집중되어 있었다고 평가하는 것도 얼마든지 가능하다.

다. 검토: 경선운동설에 의함

비록 선거운동설에도 나름대로의 충분한 설득력이 있으나, 다음과 같은 점들을 종합적으로 고려하여 보면 이 사건 경선인단 모집행위와 같이 당내 경선에서 후보자의 후보자 선출을 위한 행위는 그 요건이 충족되는 경우에만 하여 경선운동관련죄로 처벌하는 것이 원칙이고, 예외적으로 공직선거에서의 당선 또는 낙선을 위한 행위로 평가할 수 있는 경우에만 ‘선거운동’으로 평가할 수 있다는 경선운동설이 보다 타당하다고 볼 수 있다.

1) 정당 활동의 자유 및 자율성의 보장

정당은 국민의 정치적 의사를 집약하여 국가의 정책결정에 직접적인 영향을 끼치고 국민과 국가기관 간의 연결 통로로서의 역할을 하는 의회제 민주주의의 동맥과 같은 존재이다.³⁰⁾ 정당은 대의민주주의를 근간으로 하

30) 福井地方裁判所 1968(昭和 43). 11. 12. 昭和 41年(わ)第291号 判決의 판시내용 중 일부로써, 이는 현의회(우리나라의 도의회) 부의장 선거에 앞서 그 의회 의원 중 자민당 의원들의 투표에 의하여 부의장 후보자를 선정하는 절차에서 부의장이 되고자 한 피고인이 위 의원들에게 금전을 주며 지지를 부탁한 행위에 대하여, 이는 의원의 직무행위와 밀접한 관련성을 인정할 수 없다고 하여 뇌물중수죄죄 성립에 필요한 직무관련성을 부정한 사안이다. 위 판결은 피고인의 청탁이 당내 투표절차에서 자신이 부의장 후보자로 선출될 수 있도록 하는 것인지 현의회 부의장 선거에서 자신을 지지하여 줄 것을 그 내용으로 하는 것이 아니라라는 취지로 실시하면서, 자민당 의원들의 당내 투표행위의 직무관련성을 부정하는 근거로 “정당은 국민의 정치적 의사를 집약하여 국가의 정책결정에 직접적인 영향을 끼치고, 나아가 국민과 국가기관 간의 연결 통로로서의 역할을 하며, 의회제 민주주의의 동맥적 존재이다. 정당의 이러한 기능을 충분히 보장하지 않고서는 의회제 민주정치 건전한 발전·존속은 불가능하다. 일본법상 특수분야를 제외하면 정당에 관하여 법이 규율하고 있지 않고 그 활동의 대부분이 자유롭게 방임하는 것도 위와 같은 이유에 의한 것이다. 위와 같은 요청은

는 현대 정치에서 필수불가결한 존재임이 인식되었고, 이에 따라 헌법 제8조 제1항은 “정당의 설립은 자유이며, 복수정당제는 보장된다.”고 하고, 같은 조 제3항 전문은 ‘정당은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다’는 취지로 각 규정하여 정당의 자유로운 설립 및 활동의 자율성이 보장되어야 함을 선언하고 있다. 위 규정과 같이 정당이 공직선거의 후보자를 추천하는 것은 대의민주주의에서 정당의 역할을 충실하게 수행하기 위한 핵심적 부분이라 할 것이다.

정당법은 종래 공직선거에서의 정당 후보자 추천 절차에 대하여 별다른 규정을 두고 있지 않다가, 2004. 3. 12. 법률 제7190호 개정에 이르러 구 정당법 제31조 제2항이 “정당이 당원과 당원이 아닌 자에게 투표권을 부여하여 실시하는 당내경선에서는 다음 각 호의 방법 외의 방법으로 경선운동을 할 수 없다.”라고 규정함으로써 처음으로 당원이 아닌 사람도 당내경선에 참여할 수 있는 길을 열어 놓았다. 이는 종래 당내에서 막강한 권력을 가진 소수의 정치인에 의하여 공직선거 후보자 추천을 좌우하던 폐해를 줄이고, 당원뿐만 아니라 일반 국민도 당내경선에 참여할 수 있게 하는 이른바 국민경선제에 의하여 정당의 공직선거 후보자를 선출하게 함으로써 국민의 선거에 대한 참여 기회를 확대하는 것이 대의민주주의의 핵심이라는 점에서 당원 아닌 일반 국민에게도 당내경선의 문호를 개방한 것으로 이해될 수 있다. 이 규정은 2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 공직선거법 제6장의2(정당의 후보자 추천을 위한 당내경선) 제57조의3 제1항으로 편입되었고, 위 규정을 비롯하여 구 정당법에서 규율하던 당내경선 절차에 관한 규정들이 공직선거법으로 이동·신설되었다. 이에 따라 정비된 공직선거법 제2조는 “이 법은 대통령선거·국회의원선거·지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 선거(이하 ‘공직선거’라 한다)에 적용한다.”고 규정하면서, 법 제57조의2는 정당에서 공직선거후보자를 추천하기 위하여 이루어지는 경선을

입법뿐만 아니라 법 해석에서도 충분히 존중되어야 하며, 목전의 이해에만 치중한 나머지 정당의 기능을 저해하는 결과를 초래하지 않도록 신중하게 배려되어야 한다.”고 실시하고 있다.

‘당내경선’이라고 별도로 규정하고 있다. 이러한 규정들에 비추어 보면, 공직선거법은 대의민주주의의 핵심인 국민의 선거기회 참여를 보다 확대하는 한편 소수 권력자가 아닌 국민의 의사를 정당의 공직선거 후보자 추천 절차에 직접적으로 반영한다는 의도하에, 널리 당원이 아닌 사람도 당내경선에 참여할 수 있는 이른바 ‘국민경선’에 관한 절차를 본래적 의미의 공직선거에 관한 절차와 별도로 마련한 것으로 보아야 할 것이다.

2) 당내경선운동의 민주성·공정성 보장

한편 위 규정들과 함께 헌법 제8조 제2항 전문은 ‘정당은 그 목적·조직과 활동이 민주적이어야 한다’는 취지로 정하고, 헌법 제116조 제1항 또한 ‘선거운동은 균등한 기회가 보장되어야 한다’는 취지이며, 법 제47조 제2항도 정당이 당내경선 절차에 따라 후보자를 추천하는 때에는 민주적인 절차에 따라야 한다는 취지로 규정하고 있는데, 이는 당내경선을 통한 공직선거 후보자 선출 절차에서도 공직선거 절차에서와 같이 그 선출에 있어서의 민주적 정당성 내지 공정성이 담보되어야 한다는 뜻으로 새겨야 할 것이다. 이에 따라 당내경선 과정에서 민주적 정당성 내지 공정성을 해치는 행위를 규제하기 위하여 법 제57조의3 제1항은 각 호에서 정하는 방법 이외의 방법에 의한 경선운동을 금지하고 있으며, 이를 비롯하여 법은 당내경선에서의 일정 행위에 대한 금지·처벌 조항을 두고 있다.

3) 당내경선운동≠선거운동

그러나 법이 제58조 제2항에서 “누구든지 자유롭게 선거운동을 할 수 있다. 그러나 이 법 또는 다른 법률의 규정에 의하여 금지 또는 제한되는 경우는 그러하지 아니하다.”라고 하여 원칙적으로 선거운동의 자유를 명시하면서 법률의 규정이 있는 경우에 한하여 예외적으로 처벌하는 구조를 취하고 있는 반면, 경선운동의 경우에는 법 제57조의3 제1항 각 호에서 열거한 방법 이외의 방법에 의한 경선운동을 원칙적으로 금지하고 있고, 당내경선에서의 일정 행위에 대한 금지·처벌 조항을 공직선거에서의 선거운동에 대한 금지·처벌과 별도로 규정하고 있으며, 그 법정형도 이에 대응하는 선거운동 관련 처벌조항에 비하여 낮게 규정하고 있는 점 등을 고려할 때,

당내경선 과정에서의 일정 행위가 곧바로 법 제58조 제1항 소정의 ‘선거운동’과 그 실질에 있어 동일한 것으로 평가할 수는 없다고 할 것이다.

4) 선거운동관련죄의 적용은 ‘경선운동을 구실로 실질적으로 선거운동’한 행위로 한정

선거와 관계없이 순수하게 당대표 내지 당 간부를 선출하는 당내경선은 별론으로 하고, 대상판결 사안과 같이 공직선거의 후보자 추천을 위한 당내경선에서 후보자로 선출되기 위한 경선운동의 경우, 대부분 경선운동의 목적과 함께 종국적으로 공직선거에서 당선되고자 하는 목적의사를 가지고 있다고 보아야 한다. 그렇다면 어떠한 경우가 ‘실질적으로 선거운동’의 목적의사하에 이루어진 것인가가 문제되는데, 2003도305 판결의 법리는 어느 정도 이에 대한 해답을 제시한 것으로 볼 수 있다. ‘당내경선에서의 당선을 위한 행위라는 구실’로 ‘실질적으로는 선거운동한 것으로 평가할 수 있는 예외적인 경우’에 한하여 선거운동관련죄를 적용할 수 있다는 것이다. 예컨대 당원만을 대상으로 하는 당내경선에서 비당원에게까지 특정 후보자에 대한 지지를 호소한 행위는 ‘경선운동을 구실로 실질적인 선거운동’을 한 것으로 평가할 수 있을 것이다. 2005도301 판결은 ‘선거인단 확정 이전의 후보자 지지호소 행위=경선운동을 구실로 한 실질적인 선거운동’이라는 취지로 보이나, 앞서 보았듯이 이는 당내경선관련죄를 적용하여 처벌할 수 없는 현실적 필요성 때문이었다고 이해할 수도 있고, 당내경선에서의 다양한 경선운동 형태나 구체적 상황 등을 고려할 때 선거인단 확정 이전의 후보자에 대한 지지 호소 행위를 곧바로 실질적인 선거운동이라고 단정하기도 어렵다.

2005도301 판결이 당내경선관련 지지호소행위를 선거운동으로 본 중요한 근거 중의 하나는 무소속 후보자와의 형평이라 할 수 있다. 그러나 공직선거법이 정면으로 당내경선에 관한 규정을 도입한 이상 이는 정당민주주의 내지 국민의 선거참여 기회 확대에 따른 부득이한 결과라 할 수 있고, 법 제60조의3 이하에서 예비후보자 제도를 도입하여 정당에 소속된 기성 정치인들과의 불균형이 어느 정도 시정되었다고 할 수 있으므로, 현행

법체계하에서 그와 같은 논거가 그대로 타당성을 갖기는 어렵다고 생각된다.

5) 원칙적으로 경선운동관련죄로 규율함이 타당

2003도305 판결 등의 판시와 같이 공직선거법상 선거운동은 법 제2조가 규정한 ‘공직선거’에서의 당선 또는 낙선을 위한 행위로 보아야 하고, 당내 경선에서의 당선 또는 낙선을 위한 행위는 원칙적으로 선거운동에 해당한다고 볼 수 없다.³¹⁾ 따라서 대상판결 사안의 사조직 설립행위 등이 사회통념상 용인될 수 없는 행위로서 처벌가치가 높은 행위라 하더라도, 원칙적으로는 법이 당내경선을 예정한 벌칙 및 금지규정, 즉 당내경선관련죄 규정에 의하여서만 처벌될 수 있고, ‘선거운동’을 전제로 한 선거운동관련죄를 곧바로 적용하여 이를 처벌할 수 없다고 할 것이다. 이 같은 해석론이, 1)항과 같은 정당의 자율성 및 그 활동의 자유 보장이라는 이념과, 2)항과 같이 정당의 후보자 추천 절차가 민주적이어야 한다는 전제 아래 당내경선 절차에서의 민주적 정당성 내지 공정성을 요구하는 공직선거법의 정신을 조화롭게 해석할 수 있는 방안이라고 할 수 있다.

2002도6033 판결의 법리를 확장하여 당내경선관련죄와 선거운동관련죄를 모두 인정하는 방안도 가능할 수 있다. 그러나 구법 제113조 소정의 후보자 등의 기부행위제한 위반죄의 경우 “당해 선거에 관한 여부를 불문하고”라고 규정되어 있었으므로 1개의 당내경선 과정에서의 기부행위가 공직선거법 제113조와 구 정당법 제31조의2 제1항에 모두 해당한다는 해석이 자연스러울 수 있으나, ‘선거운동’과 ‘경선운동’을 준별하고 있는 현행 공직선거법 체제에서는 그와 같은 해석이 반드시 자연스럽다고 할 수 없다.

31) 대법원 2008. 9. 25. 선고 2008도6232 판결이 ‘선거운동’의 기준에 대하여 판시하면서 이러한 기준은 법 제57조의3 제1항 소정의 경선운동 여부의 판단에도 마찬가지로 적용된다고 판시한 것은, 선거운동에 해당되는지 여부가 모호한 경우 행위의 명목뿐 아니라 그 행위의 태양, 그 행위가 행하여지는 시기·장소·방법 등을 종합적으로 관찰하여야 한다는 방법론이 경선운동 여부의 판단에도 그대로 적용된다는 취지일 뿐, 그와 같은 판단 기준에 의하여 경선운동으로 인정된다고 하여 곧바로 선거운동에 해당한다고 본 것은 아니라고 할 것이다.

6) 대상판결 사안에 대한 구체적 검토

① 이 사건 각 대책위는 대부분 ‘○○ 경선대책위’라는 명칭을 사용하였고, 이 사건 각 대책위와 유사한 다른 동의 모임도 모두 ‘경선대책위원회’라는 명칭을 사용하였던 점, ② 이 사건 각 대책위의 주된 활동은 일반 선거구민으로 하여금 모바일경선인단에 신청하라는 것이었던 것으로 보이는 점, ③ 이 사건 각 대책위 위원들은 조○○ 등의 지시에 따라 해당 선거구민의 이름과 주소, 전화번호, 주민등록번호를 기재하는 표를 나누어 주고 이들을 모바일경선인단으로 모집하였던 점,³²⁾ ④ 2012. 1. 하순경 피고인 김○○의 문건 작성이나 그 전달, 금품 전달 등에 의하여 이 사건 각 대책위를 결성하던 시기에는 여론조사에서 박○○이 양○○에 뒤진다는 보도가 나오고 있었고, 이에 따라 피고인 김○○ 등으로서의 당내경선에서 양○○을 물리치고 박○○이 국회의원 후보자로 선출되게 하는 것이 1차적 목적이었을 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 각 대책위의 활동이 ‘경선운동을 구실로’ 실질적인 선거운동을 한 것이라고 하기는 어렵다고 할 것이다.

이와 반대되는 사정들, 즉 이 사건 대책위 위원들이 일반 선거구민에게 박○○의 업적이 담긴 홍보물을 제시하였다거나, 선거구민이 위원들에게 누구를 찍을지 물으면 ‘박이다’라고 답변하였다는 것은 ‘선거운동’에 해당한다고 볼 사정이 될 수도 있다. 그러나 그와 같은 사정만으로 이 사건 각 대책위 활동이 ‘경선운동을 구실로’ 실질적인 선거운동을 한 것으로 평가하기에는 부족할 뿐만 아니라, 관점에 따라서는 국회의원선거에서 박○○을 지지하여 달라는 것보다 당내경선에서 모바일투표를 통하여 박○○에게 투표하여 달라는 목적의사였다는 해석도 얼마든지 가능하다고 보인다.

이 사건 각 대책위는 당원이 아닌 일반 선거구민을 상대로 박○○에 대한 지지를 호소하였으므로, 실질적으로 ‘선거운동’에 해당한다는 입장도 가

32) 이는 해당 주민을 모바일경선인단으로 등록하기 위하여 위와 같은 인적 사항이 필요한 데서 비롯된 것으로, 박○○의 국회의원선거 당선을 위한 ‘선거운동’을 직접적 목적으로 하였다면 굳이 선거구민의 자세한 인적사항을 요구할 필요가 없었을 것이다.

능할 수 있다. 그러나 2004. 3. 12. 개정된 구 정당법 제31조의3 제1항이 “당원과 당원이 아닌 자에게 투표권을 부여”하는 당내경선을 예정한 이래 현행 법 제57조의3 제1항도 동일한 취지로 비당원에 대한 투표권을 부여하는 당내경선을 명시하고 있는 이상, 선거인단 확정 이후에도 당원이 아닌 선거인의 경선투표가 가능하다고 보아야 하므로, 위 조항이 허용하고 있는 방법에 의하는 이상 당원 아닌 사람에 대한 지지 호소 행위도 허용된다고 할 것이다.³³⁾

라. 소결론: 무죄 선고 정당

따라서 일응 대상판결 사안과 같은 경선인단 모집행위는 범상 ‘선거운동’에 해당하지 않는다는 경선운동설이 보다 타당하고, 이와 같은 입장에서 선거운동관련죄에 대하여 무죄를 선고한 원심의 조치는 정당하다는 결론에 이른다.

마. 공소장변경 없이 경선운동관련죄로 처벌할 수 있는지 여부: 소극

1) 문제의 소재

한편 공소사실과 같은 이 사건 각 대책위의 설치·이용이나 경선인단 모집활동, 그에 관련된 금품수수 행위를 선거운동관련죄로 처벌할 수 없다면, 공소장변경 없이 법원이 직권으로 이를 경선운동관련죄로 인정하여 그 한도 내에서 유죄로 인정할 수 있는지 여부도 또 하나의 쟁점이 된다. 즉 유사기관 설치·이용 및 사조직 설립금지 위반죄는 당내경선운동 방법 위반죄(법 제255조 제2항 제3호, 제57조의3 제1항)로, 선거운동할 수 없는 자의 선거운동죄는 경선운동할 수 없는 자의 경선운동죄(법 제255조 제1항 제1호, 제60조 제1항)로, 선거운동 관련 금품제공 내지 그 지시죄는 경선운동 관련 금품제공 내지 그 지시죄(법 제230조 제7항 제2호, 제8항, 제57조의5 제1항)로 각 인정하여 처벌할 수 있는지 여부이다.

33) 다만 비당원을 상대로 한 지지 호소가 법 제57조의3 제1항 각 호에 정한 방법 이외의 방법에 의하여 이루어진 경우 위 규정 위반행위로서 처벌될 여지가 있을 뿐이다.

2) 공소장변경요구와 법원의 직권심판의무

공소장변경의 필요성을 결정하는 기준에 관하여 대법원판례는 “피고인의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래할 염려가 없는 경우에는 공소사실과 기본적 사실이 동일한 범위 내에서 법원이 공소장변경절차를 거치지 아니하고 다르게 인정하였다 할지라도 불고불리의 원칙에 위반되지 않는다.”는 것이 기본 입장이라 할 수 있다(대법원 2010. 5. 13 선고 2010도2095 판결 등). 나아가 피고인의 방어권 행사에 있어 실질적인 불이익을 초래할 염려가 존재하는지 여부는 공소사실의 기본적 동일성이라는 요소 이외에도, 법정형의 경중 및 그러한 경중의 차이에 따라 피고인이 자신의 방어에 들 일 노력·시간·비용에 관한 판단을 달리할 가능성이 뚜렷한지 여부 등의 여러 요소를 종합하여 판단하여야 한다(대법원 2011. 2. 10. 선고 2010도14391 판결 등). 그와 같이 공소장변경 없이 유죄로 인정할 수 있는 경우에 법원이 직권으로 그 범죄사실을 인정할 의무가 있는지 여부에 대하여는 대법원 2006. 3. 30.자 2005모564 결정과 같이 소극적인 판례가 주류적인 것으로 보인다.³⁴⁾

나아가 공소장변경 없이는 범죄사실을 인정할 수 없는 경우, 법원이 검사에게 인정되는 범죄사실에 따른 공소장변경을 요구할 의무가 있는지 여부에 대하여 형사소송법 제298조 제2항은 “법원은 심리의 경과에 비추어 상당하다고 인정할 때에는 공소사실 또는 적용법조의 추가 또는 변경을 요구하여야 한다.”고 규정한다. 이에 대하여 학계에서의 견해 대립이 있는 것으로 보이나, 공소장과 다른 범죄사실 내지 법조를 적용함으로써 유죄로 인정하기 위하여 공소장변경이 필요한 경우 법원이 의무적으로 공소장변경을 요구하여야 하는지 여부에 대하여 정면으로 판시한 대법원판례는 찾아

34) 다만 예외적으로 대법원 2009. 5. 14. 선고 2007도616 판결 등과 같이 “실제로 인정되는 범죄사실의 사안이 중대하여 공소장이 변경되지 않았다는 이유로 이를 처벌하지 않는다면 적정절차에 의한 신속한 실체적 진실의 발견이라는 형사소송의 목적에 비추어 현저히 정의와 형평에 반하는 것으로 인정되는 경우라면 법원으로서의 직권으로 그 범죄사실을 인정하여야 한다.”는 입장을 취한 것도 있다. 그 기준에 대하여 대체로, 인정되는 죄가 공소제기된 죄보다 경하기는 하지만, 상당한 정도로 처벌하여야 할 가치가 있어야 ‘실제로 인정되는 범죄사실의 사안이 중대하다’고 설명된다.

보기 어렵다. 다만 대법원 2006. 3. 30.자 2005도564 결정이나 대법원 1991. 5. 28. 선고 91도676 판결 등에 비추어 보면, 방어권 행사에 지장이 우려되는 등으로 공소장변경이 필요한 경우에는 법원이 그 공소장변경을 요구하지 않았다(이에 따라 변경되지 않은 공소사실을 기준으로 무죄 판결하였다)고 하여 위법하다고 볼 수 없다는 입장인 것으로 여겨진다.

3) 경선운동관련죄로 인정하기 위하여 공소장 변경이 필요한지 여부: 적극 대상판결 사안과 같은 행위를 경선운동관련죄로 인정하기 위해서는 공소장변경 없이 이를 인정할 수 있다는 견해도 일응 가능해 보인다. 즉 ㉠ 공소사실 적용법조(=선거운동관련죄)보다 직권으로 인정되는 범죄사실(=경선운동관련죄)의 적용법조의 법정형이 낮은 점, ㉡ 이 부분 공소장 중 순수한 범죄사실에 대하여 기재한 부분은 그대로 적용할 수 있으며, 단지 그 結句 부분만 바꾸는 것에 불과한 점(예컨대 ‘선거운동할 수 없는 자임에도 위와 같이 선거운동하였다’를 ‘경선운동할 수 없는 자임에도 위와 같이 경선운동하였다’로 바꾸는 것으로 족하다) 등에 비추어 보면, 이는 축소사실을 인정하는 경우이거나 법률적 평가만을 달리하는 경우에 해당한다고도 볼 수 있을 것이다.

그러나 ① 예컨대 유사기관 설치 내지 사조직 설립의 경우 이에 대응하는 법 제57조의3 제1항의 구성요건이 포괄적으로 “다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 방법 외의 방법으로 경선운동을 할 수 없다.”는 것으로서 그 위법의 핵심적 태양이 구체적으로 특정되지 않으므로 피고인의 방어권 행사에 지장을 초래할 염려가 있는 점,³⁵⁾ ② 경선운동할 수 없는 자의 경선

35) 한편 대상판결의 원심에서는 공소사실과 같은 행위가 ‘선거운동’에 해당하는지 여부를 놓고 첨예한 공방이 벌어졌다. 이와 관련하여 원심 공판기록에 의하면, 기소된 행위는 ‘선거운동’에 해당한다는 취지로만 기재하고 경선운동관련죄 적용 여부에 대하여는 언급하지 않은 검사의 의견서가 제출되어 있다. 이는 원심 제1회 공판기일에서 재판장이 검사에게 ‘경선을 대비해서 모바일 투표자를 모집한 것이 경선운동이면서도 선거운동의 성격도 가지는지 여부에 대해 입장을 밝히라’고 요구한 데 따른 것으로 보인다.

그렇다면 검사는 원심 단계에서 예비적으로라도 이 부분 공소사실에 대하여 경선운동관련죄로 그 적용법조를 변경할 수 있었고, 원심이 간접적으로나마 그와 같은 기회를 부여하였다고 볼 수 있다. 따라서 피고인들로서는 경선운동관련죄에 관하여는 적극적으로 검토할 필요가 없다고 생각하고 이에 대하여 충분한 방어를 하지 않았다고 볼 여지도 충분하다(대법원

운동죄의 경우 공소사실 적용법조인 법 제60조 제1항을 원용하면서도, 단서에서 “소속 당원만을 대상으로 하는 당내경선에서 당원이 될 수 있는 사람이 경선운동을 하는 경우에는 그러하지 아니하다.”고 규정하여 오히려 법 제60조 제1항보다 경선운동할 수 있는 자의 범위가 넓다(=이에 따라 ‘축소사실의 인정’으로 단정할 수 없다)고 해석할 수 있는 점, ③ 앞서 보았듯이 경선관련 금품수령행위의 경우 선거운동관련 금품수령행위로 처벌할 수 없다면 경선운동관련죄의 규정에 의하여도 처벌하기 곤란한 점, ④ ‘선거운동’ 해당성을 부정한 대법원 2003도305(선거인매수죄), 2007도1078(탈법방법에 의한 문서게시죄), 2011도17437 판결(선거인매수죄) 사안의 경우 이에 대응하는 경선운동관련죄 조문이 있음에도 불구하고 그대로 무죄 취지로 판시한 점 등에 비추어 보면, 경선운동관련죄로 인정하기 위해서는 공소장변경이 필요하다는 입장이 보다 타당하다고 할 수 있다.

4) 공소장변경을 요구할 의무가 있는지 여부: 소극

앞서 본 논의들에 비추어 볼 때, 검사가 공소사실 기재와 같은 행위의 적용법조를 선거운동관련죄에서 경선운동관련죄로 공소장변경하는 것은 일응 가능하다고 볼 수 있다. 그러나 대법원판례가 검사에 대하여 법원이 공소장변경요구를 할 의무를 긍정한 예가 없는데다가, 법원의 공소장변경요구는 원칙적으로 ‘의무’가 아닌 권한 내지 재량에 속한다는 해석론이 지배적인 이상, 대상판결 사안을 경선운동관련죄로 의율할 필요성이 어느 정도 존재한다 하더라도 원심이 그와 같은 공소장변경 ‘권한’이 있음은 별론으로 하고 그와 같은 변경을 요구할 ‘의무’까지 있다고 보기는 어렵다고 할 것이다.

5) 소결론: 경선운동관련죄를 인정하지 않은 원심판단에 위법이 없음

결국 이 부분의 선거운동관련죄에 대하여 경선운동관련죄를 공소장변경

2012. 6. 28. 선고 2012도3032 판결 참조). 결국 원심이 경선운동설을 취하여 무죄를 선고하였는데, 이에 대하여 상고심이 공소장변경 없이도 직권으로 경선운동관련죄로 처벌하였어야 한다는 취지로 파기하게 되면, 피고인들 입장에서는 자신들의 주장이 받아들여졌음에도 불구하고 예상치 못하게 유죄판결을 받게 되는 방어권의 침해를 결과할 수 있는 점도 고려할 필요가 있다.

없이 인정하거나 검사에게 그와 같은 공소장변경을 요구하여 변경된 공소 사실을 유죄로 인정하지 않은 채 곧바로 원심이 선거운동관련죄에 대하여 무죄를 선고하였더라도, 그와 같은 원심의 판단에 위법이 있다고 할 수 없다.

4. 유사기관 설치금지 및 이에 대한 처벌 규정이 공직선거법상 ‘선거운동’을 전제로 하는 것인지 여부

가. 관련 규정

구법 제89조 제1항은 “누구든지 제61조(선거운동기구의 설치) 제1항·제2항의 규정에 의한 선거사무소 또는 선거연락소 외에는 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다)를 위하여 선거추진위원회·후원회·연구소·상담소 또는 휴게소 기타 명칭의 여하를 불문하고 이와 유사한 기관·단체·조직 또는 시설을 새로이 설립 또는 설치하거나 기존의 기관·단체·조직 또는 시설을 이용할 수 없다. 다만 정당의 중앙당 및 시·도당의 사무소에 설치되는 각 1개의 선거대책기구 및 정치자금법에 의한 후원회는 그러하지 아니하다.”³⁶⁾라고 규정하고, 법 제255조 제1항 제13호는 “제89조(유사기관의 설치금지) 제1항 본문의 규정에 위반하여 유사기관을 설립·설치하거나 기존의 기관·단체·조직 또는 시설을 이용한 자”를 처벌하고 있다. 구법 규정의 문언상 다른 선거운동관련죄와 달리 ‘선거운동’이라는 표현이 명시되어 있지 않으므로, 대상판결 사안과 같은 이 사건 각 대책위 등의 설치·이용행위가 ‘선거운동’에 관한 것이 아니라 하더라도 위 조문에 해당하여 처벌될 수 있는지가 문제된다.

나. 관련 판례의 입장

대법원 2005. 1. 27. 선고 2004도7511 판결은 “구법 제89조 제1항은 후보

36) 2012. 10. 2. 법률 제11485호로 개정된 현행 법 제89조 제1항은 “후보자 또는 후보자가 되려는 사람”으로 그 표현을 일부 수정하였을 뿐 실질적인 내용은 동일하다.

자 간 선거운동기구의 형평성을 유지하고, 각종 형태의 선거운동기구가 난립함으로 말미암은 과열경쟁 및 낭비를 방지하기 위한 규정으로서, 어떠한 기관·단체·시설이 본조에서 금하는 유사기관에 해당하는지는 선거운동 목적의 유무에 의하여 결정되므로, 특정 후보자의 선거운동을 목적으로 설치된 것이 아니라면 본조의 금지에 위반되는 것은 아니며 만일 후보자가 되고자 하는 자가 선거운동의 목적이 아닌 순수한 선거 준비행위의 차원에서 선거인에게 영향을 미치지 않는 내부적 행위로서 기관·단체 또는 시설을 설립하거나 설치하였다면 이는 본조 소정의 유사기관의 설치금지 위반에 해당하지 않는다.”고 판시하였고, 이와 같은 판시는 대법원 2010. 5. 13. 선고 2010도2095 판결 등 다수의 판례에서 일관되고 있다.

다만 이 사건 각 대책위의 설립 등이 “순수한 선거 준비행위의 차원에서 선거인에게 영향을 미치지 않는 내부적 행위로서 기관·단체 또는 시설을 설립하거나 설치”한 것으로 보기는 어려울 것이다. 따라서 대상판결 사안과 같은 당내경선운동 사안에 직접적으로 적용되는 판례라고 보기는 곤란한 것으로 여겨진다.

다. 검토: ‘선거운동’을 전제로 하는 규정이라고 봄이 타당

결국 이 문제는 법률의 해석론에 의하여 결정할 수밖에 없다고 할 것인데, 다음과 같은 사정들에 비추어 보면, 구법 제89조 제1항의 금지조항 또한 다른 선거운동관련죄와 마찬가지로 ‘선거운동’을 전제로 하는 것으로서, 그와 같은 선거운동에 관련되지 않은 조직을 설립·이용한 행위는 본조에 의하여 처벌할 수 없다고 봄이 타당하다.

1) 유사기관 설치·이용금지 조항은 대부분의 다른 선거운동관련죄에 관한 규제 조항과 같이 ‘선거운동’ 개념을 전제로 하는 법 제7장에 규정되어 있다. 구법 제89조 제1항만 유독 다른 금지규정과 달리 ‘선거운동’을 전제로 하지 않는다고 보기는 어려울 것이다.

2) 이 같은 행위는 일반적으로 경선운동방법 위반죄(=법 제57조의3 제1항 위반죄)에 의하여 별도로 처벌할 수 있다고 보여진다. 법 제57조의3

제1항은 “당내경선에서는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 방법 외의 방법으로 경선운동을 할 수 없다.”고 규정하고, 대상판결 사안과 같은 유사기관 설치·이용행위는 이 조문이 허용하는 당내경선운동의 방법이라 할 수 없다. 따라서 법 제57조의3 제1항이 예정한 방법이 아닌 유사기관 설치·이용에 의한 당내경선운동은 금지된다고 할 수 있으므로, 이와 같은 행위는 법 제255조 제2항 제3호, 제57조의3 제1항에 정한 경선운동방법 위반죄에 의하여 별도로 처벌할 수 있고, 반드시 선거운동관련죄로써 처벌하여야 할 것은 아니라고 할 수 있다.

3) 법 제87조 제2항³⁷⁾이 정하는 사조직 설립금지 규정의 입법 취지는 ‘선거에서 후보자를 위하여 사조직을 설립하여 선거에 영향을 미치는 등으로 탈법적인 선거운동을 하는 경우에 발생하는 선거의 과열과 선거비용의 증가를 방지하고 후보자 간의 공정한 경쟁을 도모’하기 위한 것으로,³⁸⁾ 위 2004도7511 판결이 판시한 유사기관 설치금지 규정의 입법 취지와 별다른 차이가 없다. 그런데 법 제87조 제2항은 ‘선거운동’의 개념을 명시적 구성요건으로 설정하고 있고, ‘사조직’은 결국 선거운동을 목적으로 설립된 사조직을 말한다고 해석되므로,³⁹⁾ 유사기관 설치·이용금지의 조항 또한 ‘선거운동’을 전제한다고 해석하여야 할 것이다.

4) 비록 초점이 다르기는 하나 위 2004도7511 판결이 ‘선거운동’을 목적으로 하는 단체여야 한다는 취지로 판시하고 있는데다가, ‘유사기관’은 본래 헌법 제21조의 집회·결사의 자유에 의하여 자유로이 설치·설립할 수 있는 것이나 선거운동의 과열 및 후보자 사이의 기회평등에 대한 침해와 같이 선거에 미치는 부정적 영향을 고려하여 공직선거법이 금지·처벌하는 규정을 둠으로써 비로소 처벌 대상이 되는 ‘법정범’임을 고려하면,

37) 공직선거법 제87조 (단체의 선거운동금지) 제2항은 “누구든지 선거에 있어서 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다)의 선거운동을 위하여 연구소·동우회·향우회·산악회·조기축구회, 정당의 외곽단체 등 그 명칭이나 표방하는 목적 여하를 불문하고 사조직 기타 단체를 설립하거나 설치할 수 없다.”고 규정한다.

38) 황정근(주 3), 421.

39) 황정근(주 3), 422.

‘선거운동’을 전제로 하는 단체라야만 위 규정에 의하여 처벌할 수 있다는 엄격한 해석이 필요하다고 보여진다.

5. 파기환송의 경위

한편 대상판결은 여태까지의 논의와 같이 선거운동관련죄 부분의 공소 사실을 무죄로 인정한 원심판단이 정당하다고 판단하였고, 그 밖의 사실인정 문제 등에 대해서도 원심판단의 정당성을 모두 수긍한 바 있다. 그런데 대상판결은 피고인 박○○에 대한 원심판결 부분에 한정하여 이를 파기환송하는 결론에 이르렀다.

이는 검사가 제1항 기재 공소사실과 같이 이 사건 각 대책위가 피고인 박○○의 당선을 위하여 활동한 행위를 법 제254조 제2항에 정해진 ‘사전 선거운동’으로도 의율하여 공소를 제기하였는데, 제1심과 원심이 이 부분 공소에 대한 판단을 누락한 데에 따른 것이다. 즉 원심은 이 부분 사전선거운동의 점에 대하여는 아무런 판단을 하지 않았고 유사기관 설치·이용이나 사조직 설립 등의 점에 대하여만 무죄로 판단하였다. 이와 같은 경우 사전선거운동 부분의 공소사실도 상고심에 이심되어 그 심판의 대상이 된다고 보아야 하며(대법원 2005. 10. 7. 선고 2004도8672 판결 등 참조), 그와 같은 재판의 누락은 공소제기된 심판대상에 대하여 판단을 하지 않은 중대한 절차적 위법에 해당하므로, 원심에서 판단을 누락한 부분을 포함하여 피고인 박○○ 부분의 원심판결을 전부 파기하고 이를 원심법원으로 환송하여 환송후 원심으로 하여금 새로이 판단하게 한 것으로 이해할 수 있다.⁴⁰⁾

40) 이와 관련해서는 하급심이 공소사실 일부에 대한 재판을 누락한 경우 그 누락 부분의 이심 여부, 이 경우 상고심이 취하여야 할 조치 및 파기 범위 등에 대하여 복잡한 이론적 문제가 있으나, 이는 본고의 주제와 관련되지 않은 부분이기 때문에 더 이상의 논의는 생략하기로 한다.

【對象判決의 意義】

대상판결은 이 사건 경선인단 모집행위의 가벌성 내지 그 법률의 해석론을 결정함에 있어 일응 대법원 2003도305 판결의 법리를 전제한 후 “당내 경선에서의 당선 또는 낙선을 위한 행위에 부수적으로 공직선거에서의 당선 또는 낙선을 도모하고자 하는 의사가 포함되어 있다는 사정만으로 그와 같은 행위가 ‘선거운동’에 해당하는 것으로 선불리 단정하여서는 아니 된다.”고 판시함으로써 당내경선, 특히 당원이 아닌 사람도 참여할 수 있는 이른바 국민경선 과정에서 특정 후보자의 당선 내지 낙선을 위한 행위가 ‘선거운동’에 해당하는지 여부에 대한 판단 기준을 보다 구체적으로 제시하였다는데 그 의미가 있다. 당내경선 과정에서 특정 후보자에 대한 지지를 호소한 행위에 대하여, 그 행위에 당내경선에서의 당선뿐만 아니라 공직선거 자체에서의 당선을 위한다는 목적이 있다는 사정만으로 법 제58조 제1항이 정하는 ‘선거운동’이라는 잣대를 곧바로 들이댈 것은 아니고, 당내 경선에 의하여 표상되는 정당활동의 자유 및 그 자율성 등을 고려하여 원칙적으로 경선운동관련죄로써 이를 의율하여야 하며, 예외적으로 경선운동을 구실로 실질적으로 공직선거에서의 당선 또는 낙선을 위한 행위라고 평가될 정도에 이르러야 ‘선거운동’에 해당하여 선거운동관련죄로 처벌할 수 있다는 점을 명확히 하였다는 데 그 실질적 의의를 찾을 수 있을 것이다.

13. 기업 내 저작물의 복제와 저작재산권의 제한

(2013. 2. 15. 선고 2011도5835 판결 : 공2013상, 533)

金 炳 植

【判決要旨】

1. 저작물의 공정이용은 저작권자의 이익과 공공의 이익이라고 하는 대립되는 이해의 조정 위에서 성립하므로 공정이용의 법리가 적용되기 위해서는 그 요건이 명확하게 규정되어 있을 것이 필요한데, 구 저작권법(2009. 3. 25. 법률 제9529호로 개정되기 전의 것. 이하 같다)은 이에 관하여 명시적 규정을 두지 않으면서(‘저작물의 공정한 이용’에 관한 규정은 2011. 12. 2. 법률 제11110호로 개정된 저작권법 제35조의3으로 비로소 신설되었다) 제23조 이하에서 저작재산권의 제한사유를 개별적으로 나열하고 있을 뿐이므로, 구 저작권법하에서는 널리 공정이용의 법리가 인정되는 것으로 보기는 어렵다.

2. 구 저작권법(2009. 3. 25. 법률 제9529호로 개정되기 전의 것) 제28조는 “공표된 저작물은 보도·비평·교육·연구 등을 위하여는 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 이를 인용할 수 있다.”고 규정하고 있다. 이 규정에 해당하기 위하여는 인용의 목적이 보도·비평·교육·연구에 한정된다고 볼 것은 아니지만, 인용의 ‘정당한 범위’는 인용저작물의 표현 형식상 피인용저작물이 보족, 부연, 예증, 참고자료 등으로 이용되어 인용저작물에 대하여 부종적 성질을 가지는 관계(즉, 인용저작물이 주이고, 피인용저작물이 종인 관계)에 있다고 인정되어야 하고, 나아가 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 인용한 것인지는 인용의 목적, 저작물의 성질, 인용된 내용과 분량, 피인용저작물을 수록한 방법과 형태, 독자의 일반적 관념, 원저작물에 대한 수요를 대체하는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

3. 구 저작권법(2009. 3. 25. 법률 제9529호로 개정되기 전의 것) 제30조 전문은 “공표된 저작물을 영리를 목적으로 하지 아니하고 개인적으로 이용하거나 가정 및 이에 준하는 한정된 범위 안에서 이용하는 경우에는 그 이용자는 이를 복제할 수 있다.”고 규정하고 있다. 그런데 기업 내부에서 업무상 이용하기 위하여 저작물을 복제하는 행위는 이를 ‘개인적으로 이용’하는 것이라거나 ‘가정 및 이에 준하는 한정된 범위 안에서 이용’하는 것이라고 볼 수 없으므로, 위 조항이 규정하는 ‘사적 이용을 위한 복제’에 해당하지 않는다.

【參照條文】

1. 구 저작권법(2009. 3. 25. 법률 제9529호로 개정되기 전의 것) 제28조, 제136조 제1항(현행 제136조 제1항 제1호 참조), 저작권법 제35조의3 / 2. 구 저작권법(2009. 3. 25. 법률 제9529호로 개정되기 전의 것) 제28조 / 3. 구 저작권법(2009. 3. 25. 법률 제9529호로 개정되기 전의 것) 제30조

【事案의 概要】

1. 사건의 발단

가. 공소사실¹⁾

피고인은 주식회사 Y 지사의 대표이사인데, 2008. 8.경 식품의약품안전청에서 위 Y 지사가 본사인 호주 A 회사와 한국 내 독점 계약을 맺은 ‘리프리놀’ 상품의 개별인정형 제품의 판매허가 신청을 하면서 저작권자인 甲 등의 사용

1) 유죄로 인정된 공소사실만 기재하였다. 한편 이 사건 공소사실 중 피고인이 중앙일보 등 일간신문 등에 “국내 7개 대학병원에서 관절이 불편한 사람 54명을 대상으로 2개월간 실시한 인체시험에서 관절의 기능이 유의적으로 개선됨이 확인되었습니다.”라는 취지로 광고를 게재한 부분 등에 관하여는 원심에서 무죄를 선고하였고, 검사가 이에 대하여 상고를 제기하지 아니하여, 무죄로 확정되었다.

허락 없이 “슬관절 및 퇴행성 관절염에서 뉴질랜드산 ‘초록입홍합 추출 오일물(LYPRINOL)’의 유효성 및 안정성에 대한 고찰”이라는 다기관 임상연구 논문(이하 ‘이 사건 논문’이라고 함)을 임의로 복제하여 첨부하는 방법으로 위 甲 등의 저작권산을 침해하였다.

나. 이 사건에 이르게 된 경위

1) 주식회사 X社[대표이사: 乙(저작권자인 甲의 누나이다)](이하 ‘X社’라고 한다)는 2001년경부터 홍콩에 소재한 B2)(이하 ‘Y 본사’라고 한다)로부터 ‘초록입홍합 추출 오일물(LYPRINOL)’을 수입하여 판매하였다.

2) X社は 2001년경 식약청에 개별인정형 제품의 판매허가 신청을 위해, 甲 외 7인의 국내 대학병원³⁾ 교수들에게 의뢰하여 초록입홍합 추출 오일에 대한 임상시험을 실시하였다. 甲 외 7인은 2002년 이 사건 논문을 발표하였다. X社は 2004년 이 논문을 식약청에 제출하고 ‘초록입홍합 추출 오일’에 대하여 개별인정형 기능성 원료⁴⁾⁵⁾⁶⁾로 인정받고, 2005년 이를 사용

2) Y 본사는 뉴질랜드에서 생산되는 초록입홍합에서 관절염증 완화에 효능이 있는 오일을 제품화한 초록입홍합 추출 오일 복합물인 ‘리프린놀’의 제조판매회사이다.

3) 구체적으로는, 서울대병원, 중앙대 용산병원, 영남대병원, 전남대병원, 충남대병원, 경상대병원, 고신대병원, 연세중앙내과이다.

4) “건강기능식품에 관한 법률”(이하 ‘법’이라고 함)의 시행을 위해 제정된 식품의약품안전청 고시 ‘건강기능식품 기능성 원료 및 기준·규격 인정에 관한 규정’ 중 관계되는 규정은 다음과 같다.

제2조 (정의) ① 이 규정에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “기능성 원료”란 건강기능식품의 제조에 사용되는 기능성을 가진 물질로서 다음 각 목의 어느 하나에 해당되는 것을 말한다.

가. 동물, 식물, 미생물 기원의 원재료를 그대로 가공한 것. 나. (가)목의 추출물, 정제물다. (나)목 중 정제물의 합성물 라. (가)목부터 (다)목까지의 복합물

제5조 (인정신청) 법 제5조 제1항 또는 법 제6조 제1항에 따른 영업자 중 기능성 원료 또는 건강기능식품을 인정받고자 하는 신청자는 [별지 제1호 서식] 또는 [별지 제2호 서식]의 인정 신청서(전자문서로 된 신청서를 포함한다)에 다음 각 호의 자료(전자문서를 포함한다)를 첨부하여 식품의약품안전청장에게 제출하여야 한다.

1. 제12조 제1항 또는 제17조에서 정하는 제출자료 1부

2.~5. 생략

제12조 (제출자료의 범위) ① 기능성 원료로 인정받기 위한 제출자료는 다음 각 호와 같다.

1. 제출자료 전체의 총괄 요약본

2.~6. 생략

7. 안전성에 관한 자료 8. 기능성 내용에 관한 자료

하여 만든 제품에 대하여 건강기능식품 인정을 받았다.

3) X社は 2004년부터 2008. 5.경까지 Y 본사로부터 ‘초록입홍합 추출 오일’을 수입하여[Y 본사는 뉴트리질사(EXSOL Extract solutions Limited)로부터 오일원료를 수입하였다], ‘초록입홍합 추출 오일복합물’을 제조·판매하였다.

4) X社は 2008. 5. Y 본사와의 사이에 리프리놀의 공급가격 관련 다툼(Y 본사가 1년에 20억 원의 수익을 보장하여 달라고 요구하였다)이 발생하여 대리점계약 해지하고, 뉴질랜드에 소재한 ‘아로마’사⁷⁾로부터 초록입홍합 추출 오일을 수입하여 이를 이용한 제품을 제조·판매하였다.

5) 주식회사 Y 지사(대표이사: 피고인)(이하 ‘Y 지사’라고 한다)는 2008. 5. Y 본사와 대리점계약을 체결하고, 2008. 8.경 ‘리프리놀-초록입홍합 추출 오일’에 대하여 개별인정형 기능성 원료⁸⁾로 인정받기 위하여,⁹⁾ 최

9. 섭취량, 섭취 시 주의사항 및 그 설정에 관한 자료

10. 의약품과 같거나 유사하지 않음을 확인하는 자료

제14조 (제출자료 내용 및 요건) 제12조의 제출자료에 포함되어야 할 내용과 요건은 다음 각 호와 같다.

7. 안전성에 관한 자료

다. 안전성 자료의 요건은 다음과 같다.

(4) 영양평가자료, 생물학적 유용성 자료, 인체적용시험 자료 등은 국내의 학술지에 게재된 것(게재증명서 포함), 국내의 정부 보고서 또는 국제기구 보고서, 관련 데이터베이스 검색결과 등 이어야 한다. 다만 인체적용시험자료는 제9호 (다)목에 따른 보고서도 사용할 수 있다.

5) ‘건강기능식품공전’에 고시된 기능성 원료는 기준·규격에만 적합하다면 누구든지 사용할 수 있는 반면, 개별인정된 기능성 원료는 ‘인정받은 자에 한하여’ 사용할 수 있다. 개별인정형 기능성 원료의 경우 영업자의 노력이 상당히 필요한 것으로 안전성과 기능성에 대한 자료를 영업자가 확보하고 이를 식약청에서 검토하여 인정하기 때문이다. 식품의약품안전청 홈페이지에 게시된 2008년 3월 발표 ‘건강기능식품 질의응답집’ 13면 Q10, 33면 Q28 참조.

6) 이미 인정된 원료와 신청하고자 하는 원료가 동일한 경우에도 타사 자료를 개별인정 자료로 활용할 수는 없다. 식약청은 제출된 자료의 보안을 유지하여 기왕의 영업자에게 불이익을 주지 않고 있다. (주 5)의 ‘건강기능식품 질의응답집’ 43면 Q35 참조.

7) 아로마 사도 Y 본사와 마찬가지로 뉴트리질사(EXSOL Extract solutions Limited)로부터 오일 원료를 수입 판매하는 회사이다.

8) 이 사건 공소사실에는 ‘개별인정형 제품의 판매허가 신청을 하면서’라고 기재되어 있어, 건강기능식품의 인정신청인지 기능성 원료의 인정신청인지 명확하지 않으나, 2004년 건강기능식품에 관한 법률의 제정 당시에는 개별인정 건강기능식품의 인정은 원료의 인정과 품목의 인정의 두 단계로 되어 있었는데, 2007년 7월 절차를 간소화하여 기능성 원료 인정 이후 바로 품목제조신고를 할 수 있게 된 점[(주 5)의 ‘건강기능식품 질의응답집’ 49면 Q39 참조]에 비추어 보면, 위 신청은 ‘기능성 원료’에 대한 인정신청으로 보인다.

9) 개별인정형 기능성 원료로 인정받지 않아도 제품을 판매할 수는 있으나, 그 경우에는 초록

신의학 Vol. 45. No. 5(2002)에 게재되어 있던 이 사건 논문을 복제하여, 식약청에 제출하였다.

6) 경쟁업자가 된 X社와 Y 지사는 서로에 대하여 식약청이나 공정거래위원회에 고발하는 등으로 다툼이 발생하였다. Y 지사는 X社가 저질의 오일을 쓰고 있다거나 광고내용이 부당광고라고 고소하고, X社は Y 지사가 자신을 무고하고 업무방해하였다고 맞고소하였다.

7) 이 사건 논문의 저자들은 甲에게 이 사건 논문의 저작권과 관련한 법적 조치를 취할 권한을 위임하고, 甲은 자신의 누나이자 X社の 대표이사인 乙에게 위 권한을 다시 위임하였고, 乙이 피고인을 고소하였다.

2. 제1심판결 및 원심판결의 요지

가. 제1심판결 - 유죄

피고인이 기존에 대리점계약관계에 있던 X社로부터 저작재산권을 양도받거나 포괄적 사용권을 받은 Y 본사를 통해 이 사건 논문에 관한 사용허락을 받았다는 취지로 주장하나, 검사가 제출한 증거들에 의하면, 이 사건 논문은 X社の 의뢰로 작성된 것으로서 X社조차 저작권 사용에 있어 저자들로부터 개별적 동의를 받았을 뿐, 포괄적으로 이를 양도받지는 않은 사실을 인정할 수 있으므로, 피고인과 변호인의 위 주장은 이유 없다.

나. 원심판결 - 유죄(항소 기각)

제1심에서 적법하게 채택하여 조사한 각 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들 즉, ① Y 본사와 X社は 대리점계약을 체결하면서 X社가 시작하여 발표되는 판촉물 및 임상연구에 대한 지적재산권은 X社가 보유한다는 취지의 약정을 한 점, ② 이 사건 논문이 X社の 의뢰에 따라 X社の 비용부담하에 작성되었던 점, ③ 이 사건 논문의 공동 저자들이 이 사

입홍합 추출 오일에 대하여 관절에 대한 기능성과 관련하여 제품판매 시에 표시를 할 수 없고, 관절에 대한 기능성과 관련한 어떠한 광고도 할 수 없어, 사실상 제품을 판매할 수 없다.

건 논문의 해외 출판을 위하여 번역 및 편집을 Y 본사에서 지정한 제3자에게 위임하였다고 하더라도 Y 본사에게 이 사건 논문의 사용을 포괄적으로 허락하였다고 볼 수는 없는 점, ④ 피고인과 X社는 초록입홍합 추출 오일물을 원료로 한 상품을 판매하는 경쟁관계로, 피고인 또는 Y 본사가 X社에 대하여 2008년경부터 2010년경까지 식약청, 구로구청 등에 X社가 Y 본사의 자료를 무단으로 사용하고 저질 오일을 수입하였으며, 허위·과대 광고를 하였다는 등의 내용으로 신고하였고, 공정거래위원회에 허위·과대 광고를 하였다고 고발하였으며, 서울남부지방법원에 부정경쟁행위금지가처분 신청을 하는 등 피고인 및 X社 상호 간 상품의 판매에 대한 분쟁이 계속되었던 점, ⑤ 피고인이 상품에 관하여 식약청으로부터 개별인정형 제품승인을 받을 경우 상품의 판매에 있어 상당한 이익이 예상되는바, 피고인이 이 사건 논문을 그대로 복제하여 식약청에 제출한 것은 영리 목적으로 이를 이용한 것이라고 충분히 인정되고 이를 저작권법 제30조에서 규정하는 개인적으로 이용하거나 가정 및 이에 준하는 한정된 범위 안에서 이용한 것이라고 보기 어려운 점, ⑥ 위와 같이 피고인과 X社가 같은 원료를 사용한 제품을 판매하는 경쟁자로서 상호 간 법적·사실적 분쟁이 계속되고 있는 상황에서 이 사건 논문의 저자들이 이 사건 논문의 제출행위를 알았으면 반대하지 않았을 것이라거나 저작권자의 침해된 권리가 없었다고 단정하기는 어려운 점 등을 종합하여 보면, 이 사건 논문의 저작권자들이 피고인 또는 Y 본사에게 이 사건 논문에 대한 저작권을 양도하였다거나, 포괄적 사용권을 수여하였다고 볼 수 없고, 피고인의 위와 같은 행위가 사적 이용을 위한 복제라거나 위 행위로 인하여 저작권자들의 저작권이 침해되지 않았다고 볼 수도 없다.

3. 상고이유의 요지

가. 상고이유 제1점: 채증법칙 위반 및 저작재산권 양도에 관한 법리오해 다음과 같은 사정에 비추어 보면, 이 사건 논문의 저자들은 Y 본사에 이

사건 논문에 대한 저작권권을 양도하였거나 이 사건 논문의 사용을 포괄적으로 허가한 것이다.

1) 이 사건 논문 저자들은 X社를 통하여 Y 본사가 무상으로 제공하는 시료를 가지고 임상시험을 한 후 이 사건 논문을 X社에 납품하였다.

2) 이 사건 논문 저자들은 임상시험으로 얻은 리프리놀의 효능과 관련된 발견을 X社를 통하여 Y 본사에 보고하였는데, 대리점계약서 상 “보고된 과학적 발견은 Y 본사가 리프리놀의 판매에 사용할 수 있다.”고 명기되어 있다.

3) 이 사건 논문 저자들은 Y 본사에 이 사건 논문의 번역, 출판을 허가하기도 하였다.

4) 이 사건 논문은 작성 당시 한국 대리점이던 X社에 의해 판매촉진용 홍보자료로 사용되었을 뿐이고, 저작권권을 양도한 이 사건 논문의 저자들은 X社이나 Y 본사에 논문의 저작권자로서 권리를 요구한 적이 없다.

5) Y 본사는 Y 지사에 이 사건 논문의 사용을 허가하였고, 피고인은 Y 본사로부터 허가받은 한도 내에서 이 사건 논문을 이용하였을 뿐이다.

나. 상고이유 제2점: ‘공정이용의 법리’와 ‘사적 이용을 위한 복제’에 관한 법리 오해

1) 피고인의 행위는 ‘공정이용’(미국 저작권법상 인정되는 것과 같은 것, 이하 같음)에 해당한다. 우리 저작권법은 저작권의 제한조항을 제23조 이하에서 열거하고 있는데, 그중 제28조의 ‘공정인용’ 조항은 ‘공정이용’의 일반 조항으로 기능할 수 있다는 학설도 있다. ‘공정이용’인지 여부를 결정하기 위한 고려요소로서 ‘상업적인가 비상업적인가의 구별’은 그 중요성이 낮고, 사실적 저작물인 경우에는 공정이용이 비교적 넓게 인정되며, 이용자의 저작물 이용으로 인하여 저작물 시장이나 저작물의 가치가 손상되면 공정이용이 인정될 여지가 적다.

2) 피고인의 행위는 저작권법 제30조(사적 이용을 위한 복제)에 해당

한다. 피고인이 이 사건 논문을 복제하더라도 이 사건 논문의 잠재적인 시장이나 가치에 미치는 영향은 없고 이 사건 논문 저자들이 저작물이 판매되는 시장에서 논문을 팔아서 누릴 수 있는 경제적 이익을 박탈할 가능성이 없다. 피고인은 영리의 목적 없이 식약청 담당 공무원이라는 한정된 범위의 사람들이 제품의 허가 여부를 판단하는 자료로 이용하도록 할 목적으로 이 사건 논문을 복제한 것이다.

【解 說】

1. 법률규정

- 구 저작권법(2011. 12. 2 법률 제11110호로 개정되기 전의 것, 이하 같음) 제136조 (벌칙)
- ① 저작재산권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 재산적 권리(제93조의 규정에 따른 권리를 제외한다)를 복제·공연·공중송신·전시·배포·대여·2차적 저작물 작성의 방법으로 침해한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있다.
- 2011. 12. 2. 법률 제11110호로 개정된 저작권법
부칙 제7조 (벌칙 적용에 관한 경과조치)
이 법 시행 전의 행위에 대한 벌칙의 적용에 있어서는 종전의 규정에 따른다.

2. 상고이유 제1점(이용허락을 받았는지)에 대한 검토

가. 저작재산권의 양도 및 이용허락에 관한 일반론¹⁰⁾

1) 구 저작권법의 규정은 다음과 같다.

- 제45조 (저작재산권의 양도)
- ① 저작재산권은 전부 또는 일부를 양도할 수 있다.

10) 정상조 편, 저작권법 주해, 박영사(2007), 박법석 집필 부분 619~652 참조.

② 저작재산권의 전부를 양도하는 경우에 특약이 없는 때에는 제22조에 따른 2차적 저작물을 작성하여 이용할 권리는 포함되지 아니한 것으로 추정한다. 다만 프로그램의 경우 특약이 없는 한 2차적 저작물작성권도 함께 양도된 것으로 추정한다.

제46조 (저작물의 이용허락)

- ① 저작재산권자는 다른 사람에게 그 저작물의 이용을 허락할 수 있다.
- ② 제1항의 규정에 따라 허락을 받은 자는 허락받은 이용 방법 및 조건의 범위 안에서 그 저작물을 이용할 수 있다.
- ③ 제1항의 규정에 따른 허락에 의하여 저작물을 이용할 수 있는 권리는 저작재산권자의 동의 없이 제3자에게 이를 양도할 수 없다.

제54조 (권리변동 등의 등록·효력)

다음 각 호의 사항은 이를 등록할 수 있으며, 등록하지 아니하면 제3자에게 대항할 수 없다.

1. 저작재산권의 양도(상속 그 밖의 일반승계의 경우를 제외한다) 또는 처분제한

2) 저작권의 양도

저작권의 양도는 당사자의 의사표시만으로 그 효력이 발생한다. 등록은 대항요건이다. 보통 원인행위인 매매, 증여 등에 저작권 양도의 의사표시가 함께 포함되어 효력이 발생하고, 특별한 방식을 필요로 하지 않는 불요식 계약이며, 저작권의 양도 시에 통상 저작물이 화체된 원고, 필름 등의 이전이 수반되는 경우도 있지만 낙성계약이므로 원고, 필름 등의 이전이 반드시 필요한 것은 아니다.¹¹⁾

저작재산권은 권리의 다발이라고 할 수 있고 저작재산권에 포함된 각 권리들은 독립적인 경제적 가치가 있기 때문에 저작권법은 저작재산권의 일부 양도를 인정하고 있다.

11) 미국은 저작권의 양도는 반드시 서면으로 하도록 하고 있고, 독일은 저작재산권의 양도를 인정하지 않으며, 프랑스는 저작재산권의 양도는 원칙적으로 서면계약에 의하여 할 수 있고, 완전히 저작권 전체를 양도하는 형태의 계약은 금지되고 개개의 권리를 일일이 열거하여야 하는 등의 제한이 있다.

3) 저작권의 이용허락

저작권의 이용허락으로 취득하는 ‘이용권’은 준물권으로서의 성질이 아니라, 저작재산권자에 대한 관계에서 자신의 저작물이용행위를 정당화할 수 있는 채권으로서의 성질을 가진다. 허락에 의하여 저작물을 이용할 수 있는 권리는 저작재산권자의 동의 없이 제3자에게 이를 양도할 수 없다(저작권법 제46조 제3항).

저작물의 이용허락이라 함은 저작물의 이용을 구하는 자에게 저작물의 이용을 인정하는 저작재산권자의 의사표시이다. 저작물의 이용이란 저작권법의 규정에 따라 저작재산권자가 가지는 것으로 인정되는 태양으로 저작물을 사용하는 것을 말한다. 이용허락은 저작재산권자와 저작물을 이용하고자 하는 자 사이에 체결되는 출판계약, 방송계약 등과 같은 저작물이용계약에 의하여 주로 이루어진다.

4) ‘이용허락’과 ‘양도’의 구별

저작권계약의 내용이 지나치게 포괄적이거나, 불분명하거나, 모순되어, 저작권계약의 해석의 필요성이 있는 경우에, 법률행위로 달성하려는 목적과 진정한 의사, 거래의 관행 등을 종합적으로 고려한 일반 계약의 해석원리에만 입각하여 해석하여야 할 것이나, 이럴 경우 저작자보호라는 저작권법의 목적을 충분히 달성하지 못하는 경우가 있다. 여기서 저작권계약 해석에 있어 저작자보호 및 저작재산권의 특수성을 고려한 보충적인 저작권계약의 해석 필요성이 대두된다.

대법원 1996. 7. 30. 선고 95다29130 판결은 미국에서의 저작권계약 해석 기준을 받아들여 “저작권에 관한 계약을 해석함에 있어 과연 그것이 저작권 양도계약인지 이용허락계약인지는 명백하지 아니한 경우, 저작권 양도 또는 이용허락되었음이 외부적으로 표현되지 아니한 경우에는 저작자에게 권리가 유보된 것으로 유리하게 추정함이 상당하며, 계약내용이 불분명한 경우 구체적인 의미를 해석함에 있어 거래관행이나 당사자의 지식, 행동 등을 종합하여 해석함이 상당하다.”라고 판시하였다.

같은 맥락에서 대법원 2004. 8. 16. 선고 2002다47792 판결은 출판자가

문학상을 제정하여 수상작으로 뽑힌 저작자들에게 상금을 지급하고 그들의 목시적 허락을 받아 문학저작물을 서적으로 출판한 사안에서, 상금이 저작권의 양도라고 볼 수 있을 정도로 고액이라고 보기 어려운 점 등에 비추어 저작권의 양도로 볼 수 없다는 원심판결을 수긍하였고, 대법원 2012. 1. 27. 선고 2010다50250 판결도 전산시스템의 공급계약을 체결함에 있어 그 공급계약서에는 프로그램저작권의 전부 또는 일부의 양도에 관한 내용이 포함되어 있지 않고, “저작권 보증”이라는 제목하에 “乙(원고 회사)이 공급하는 S/W는 무단복사 또는 타인에게 전도하여서는 안 되며 이를 묵인하여서도 안 된다. 공급된 S/W 내용이나 사용방법의 공개로 인하여 乙에게 피해가 없도록 하며 상기 내용은 1987년 7월 이후 시행된 저작권법에 준한다.”라는 규정을 두고 있는 사안에서, 계약체결의 양태, 계약서의 내용 및 계약체결 후의 정황 등에 비추어 특별한 사정이 없는 한 프로그램 저작권의 전부 또는 일부를 양도하였다고 볼 수 없다고 판단하였다.

나. 이 사건에서의 검토

1) 기록상 인정되는 사실관계

① Y 본사로부터 받은 샘플을 이용하여 X社가 100% 비용을 지출하여 임상연구를 한 것이므로 이 사건 논문 저자들은 X社의 이 사건 논문 사용을 묵인하였다. 대학들이 임상계약을 하면, 임상계약이 종료하는 3개월 안에 논문을 써서 임상계약을 발주한 회사에 결과를 보고하게 되어 있으므로 그에 따라 저자들은 임상연구의 결과인 이 사건 논문을 X社에 보고하였다. 그로써 이 사건 논문 저자들은 X社에 대하여 이 사건 논문에 대하여 이용을 허락하였고, X社는 이 사건 논문을 식약청에 인허가받는 데 사용할 수 있게 되었다.

② 스폰서를 받아 임상연구를 하고 그 결과를 논문으로 작성하였다고 하더라도 그 논문의 저작권이 스폰서회사에 넘어가는 것은 아니고, 그 회사에서 인허가과정을 빼고 광고에 이용하기 위해서는 법적으로 사전에 연구진의 허가를 받도록 되어 있다. 학회지에 논문을 제출하더라도 학문적인

목적으로 쓸 때는 허락을 받을 필요가 없지만, 광고처럼 상업적인 목적으로 사용할 때는 저자와 저자가 속해 있는 기관에 공문서 등으로 허락을 받도록 되어 있다.

③ Y 본사도 이 사건 논문 저자들의 승인을 받고, 논문을 있는 그대로 번역하여 프랑스 학술지에 게재한 것이다. 조지 할펀(George Harper) 박사는 Allergy and Immunology의 자문역 겸 패널이고 홍콩 천연물신약개발센터의 교수였기 때문에 甲은 이 사건 논문의 번역본의 형식을 잡지에 맞게 고쳐달라고 의뢰한 바 있을 뿐이고, 번역은 甲이 직접 하였다. 丙 교수의 동의서에도 ‘이 사건 논문의 번역본을 formatting 함에 있어 조지 할펀을 믿는다’는 취지로 기재되어 있을 뿐이다.

④ ‘X社와 Y 본사 사이의 대리점계약 제11조 제1의 (C)항’의 단서에는 “X社가 시작하여 발표하는 임상연구에 관한 저작권은 판매권자가 보유한다.”라는 취지로 기재되어 있다.

(c) In consideration on this licence, all information and Know-How regarding improvements to the manufacture, use, application or administration of the Product, as packaged for sale and distribution by the Distributor, as well as other new clinical or pharmacological activities of the Product, and all other results of any activities undertaken by the Distributor with the consent of Pharmalink pursuant to this clause:

(i) must be immediately notified to Pharmalink as soon as they are known, and (ii) must not be used by the Distributor or any of its associates or any other entity without Pharmalink's prior written consent,

and the Distributor presently assigns to Pharmalink (and will take all steps reasonably requested by Pharmalink to confirm such assignment) all rights (including without limitation copyright and rights to have information kept confidential) in respect of such information, Know-How, activities and results, apart from copyright to Promotional Material and clinical studies originated and published by the Distributor in accordance with this Agreement.

(c) 이 라이선스와 관련하여, 판매 및 배급을 위하여 포장함에 있어 제품(리프 리놀)의 제조, 사용, 응용 또는 투약의 개선과 관련된 모든 정보와 노하우

뿐만 아니라 판매권자가 제품(리프리놀)과 관련하여 행한 임상 및 약물학적 활동, 기타 이 절의 규정에 따라 Pharmalink사의 허락하에 행하여지는 모든 활동의 결과는 (i) 알려지는 대로 즉시 Pharmalink사에 통보되어야 하고, (ii) Pharmalink사의 명문의 허가 없이 판매권자나 그 관계사 혹은 타인이 이를 사용하여서는 아니 된다. 그리고 판매권자는 빠른 시일 내에 제품의 정보, 노하우, 활동과 결과에 관련된 모든 권리(저작권 및 정보를 비밀로 유지할 수 있는 권한까지 포함하여)를 Pharmalink사에 양도하여야 한다(Pharmalink사가 요구하는 정도의 필요한 조치를 취하여야 한다). 다만 본 약정에 따라 판매권자가 기획하고 출판한 홍보물 및 임상연구에 대한 저작권은 판매권자가 보유한다.

2) Y 본사가 저작권을 양수하였거나 이용허락을 받았는지 여부(=소극)

Y 본사가 저작권을 양수하였다거나 이용허락을 받았음을 인정할 만한 직접적인 증거는 없다. 앞서 본 사실관계에 비추어 보면, 상고인이 주장하는 저작권의 양수 또는 이용허락의 근거들은 다음과 같은 이유로 모두 받아들일 수 없다.

① “이 사건 논문의 저자들은 X社를 통하여 Y 본사가 무상으로 제공하는 시료를 가지고 임상시험을 한 후 이 사건 논문을 X社에 납품하였다.”는 주장은 이유가 없다. 이 사건 임상연구의 기획자는 X社이고 Y 본사는 직접적 관련이 없으며, X社도 대법원 1996. 7. 30. 선고 95다29130 판결의 법리에 따라 이 사건 논문의 저작권을 그 저자들로부터 양도받았다고 보기도 어렵고, 이용허락을 받았을 뿐이라고 보아야 하기 때문이다.

② “대리점 계약상 ‘보고된 과학적 발견은 Y 본사가 리프리놀의 판매에 사용할 수 있다’고 명기되어 있다.”는 주장도 받아들일 수 없다. ‘X社와 Y 본사 사이의 대리점계약 제11조 제1의 (C)항’ 단서에는 “X社가 시작하여 발표하는 임상연구에 관한 저작권은 판매권자가 보유한다.”는 취지로 기재되어 있으므로, X社가 이 사건 논문의 저자들로부터 저작권을 양도받았다고 하더라도 X社를 통하여 Y 본사에 저작권이 전전 양도될 수는 없기 때문이다.

③ “이 사건 논문 저자들은 Y 본사에 번역, 출판을 허가하였다.”는 주장도 이유 없다. 이 사건 논문의 저자 중 1인인 丙 교수의 동의서의 내용에 비추어 보면, 논문 저자들이 Y 본사에 이 사건 논문에 대한 이용허락을 하였다거나 저작권을 양도하였다고는 볼 수는 없기 때문이다.

④ “이 사건 논문의 저자들은 X社이나 Y 본사에 논문의 저작권자로서 권리를 요구한 적이 없다.”는 주장도 받아들일 수 없다. 설사 그렇다고 하여 Y 본사에게 저작권이 양도되었다고 볼 수는 없기 때문이다.

결국, 이 사건 논문의 저작권은 甲 등 논문 저자들에게 있다고 보아야 하므로, 이 부분 상고이유의 주장은 받아들일 수 없다.

3. 상고이유 제2-2점(사적 이용을 위한 복제로 저작권 침해 아님)에 대한 검토

가. 사적 이용을 위한 일반론¹²⁾

1) 구 저작권법 규정

제30조 (사적 이용을 위한 복제)

공표된 저작물을 영리를 목적으로 하지 아니하고 개인적으로 이용하거나 가정 및 이에 준하는 한정된 범위 안에서 이용하는 경우에는 그 이용자는 이를 복제할 수 있다. 다만 공중의 사용에 제공하기 위하여 설치된 복사기에 의한 복제는 그러하지 아니하다.

2) 의의

이 규정은 타인의 저작물을 개인적으로 또는 가정이나 이에 준하는 소수의 한정된 범위 안에서 이용하는 것은 저작재산권자의 경제적 이익을 크게 손상할 우려가 없고, 또 그것을 일일이 규제하여 저작재산권자의 이용허락을 얻게 한다는 것도 현실적이지 못하다는 고려에서 두게 된 규정이다. 본

12) 이해완, 저작권법, 2판, 박영사(2012), 461~470; 오중종, 저작권법, 2판, 박영사(2012), 629~649 참조.

조는 타인의 저작물을 복제하여 그 저작물의 용도대로 이용하는 것(복제이용)을 허용하는 규정이며, 이는 저작권자의 복제권에 대한 중대한 제한을 인정한 것이다. 이용자가 영리를 목적으로 복제하지 않는 한 달리 이용의 목적을 묻지 아니하므로 반드시 복제물을 생산적인 목적에 이용하여야 하는 것은 아니다.

저작권자의 이익을 광범위하게 해할 우려가 크므로 특히 본조의 제한사유가 지나치게 확대 적용되지 않도록 엄격하게 해석하여야 한다.

디지털·네트워크 환경의 발달에 따라 아날로그 환경을 전제로 하여 제정된 사적복제 규정은 그 근거에서부터 기본적인 변화가 나타났으므로 본조에 대하여는 개정의 필요성이 있다는 논의가 많다. 2005. 2. 제출되었던 개정안은 ‘저작권을 침해하여 만들어진 복제물 또는 정당한 권리 없이 배포·방송·전송된 복제물을 그 사실을 알면서 복제하는 경우’는 사적 이용을 위한 복제로 허용되는 범위에서 제외한다는 것이었으나, 법안이 통과되지 못하여 입법되지는 않았다. 그리고 뒤에서 보는 바와 같이 복제보상금 제도가 개정논의 때마다 등장하고 있으나, 아직 입법되지 못하였다.

3) 적용요건

① ‘공표된 저작물’: 공표된 저작물이기만 하면, 어문, 음악, 미술, 기타 어떤 종류의 저작물이라도 그 대상이 될 수 있다.

② ‘영리를 목적으로 하지 아니하고’

‘영리의 목적’이라 함은 복제물을 타인에게 판매하거나 타인으로부터 복제의뢰를 받아 유상으로 복제를 대행하는 등 복제행위를 통하여 직접 이익을 취할 목적을 말한다. 예를 들어, 개인사업자 또는 영리법인인 회사 등이 타인에게 판매할 의사 없이 내부에서 이용하기 위하여 저작물을 복제하는 행위는 영리의 목적을 가진 것으로 보지 않는다. 다만 뒤에서 보는 바와 같이 ‘개인, 가정 또는 이에 준하는 한정된 범위’ 안에서 이용되는 것이라고 할 수 없어 결국 이 규정에 의한 자유이용의 범위에는 포함되지 않는 것으로 보는 견해가 많다.¹³⁾

13) 이해완(주 12), 462 참조.

변호사나 의사 등 자유직업인이 지식을 넓히기 위하여 사적 이용의 목적으로 복제하는 경우, 그것이 영리적 직업에 기여하게 되더라도, 영리를 목적으로 한다고 볼 수 없다.

③ ‘개인적으로 이용하는 경우’

‘개인적으로 이용’한다는 것은 복제를 한 자 자신이 이용하는 것을 의미한다.¹⁴⁾ 일반적으로 복제하는 자가 소속된 조직의 업무에 관련된 경우에는 사적인 영역에서의 복제에 해당하지 않는다. 변호사나 의사 등 자유직업인이 업무상 하는 복제도 본조에 해당할 수 있는지에 관하여는 긍정설과 부정설(오승중, 이해완)로 나뉘어 있다.

④ ‘가정 및 이에 준하는 한정된 범위 안에서 이용하는 경우’

극히 한정된 소수의 그룹(동아리)으로서 그 구성원 사이에 강한 개인적 결합관계가 존재하는 경우를 말한다. 전형적으로는 동호회나 서클 중에서 10인 정도 이내의 사람들이 하나의 취미 내지 활동을 목적으로 하여 모여 있는 한정된 극소수의 그룹을 가리키는 것으로 보고 있다. 기업의 내부적인 복제행위에 대하여는 긍정설(半田正夫, 그것이 기업의 영리목적에 직결되지 아니하고 또한 적은 부수로만 복제하면 일반 개인의 자료수집을 위한 복제와 다르지 않으므로 본조가 적용될 수 있다)과 부정설(통설이다. 기업 내부의 복제행위는 개인의 경우보다 대규모·조직적으로 행하여지는 것이 일반적이고, 특히 기업은 개인의 경우와는 달리 저작물 이용의 대가를 지출한다 하더라도 이를 생산비용에 산입하여 종국적으로 이용대가를 지불하여야 하는 개인의 경우와는 같이 볼 수 없으므로 본조가 적용되지 않는다)로 나뉘어 있다. 일본 동경지방법판소 1977. 7. 22. 판결¹⁵⁾도 부정설의 입장이다.

14) 이해완(주 12), 463 참조.

15) 동경지방법판소 1977. 7. 22. 판결은 “구 저작권법 제30조 전문은 ‘공표된 저작물을 영리를 목적으로 하지 아니하고 개인적으로 이용하거나 가정 및 이에 준하는 한정된 범위 안에서 이용하는 경우에는 그 이용자는 이를 복제할 수 있다’고 규정하고 있는바, 기업이나 기타 단체에서 내부적으로 업무상 이용하기 위해 저작물을 복제하는 행위는 그 목적이 개인적인 이용이라고 할 수 없고 가정 및 이에 준하는 한정된 범위 안에서 이용하는 것이라고도 볼 수 없으므로, 위 조항 소정의 사적 이용을 위한 복제에 해당하지 않는다.”고 판시하였다.

인터넷 언론에서 스크랩하여 자신의 블로그에 글을 게시하는 것에 대하여 사적 이용을 위한 복제에의 해당 가능성이 논의되지만, 불특정 다수의 사람이 이용할 수 있는 형태로 게시한다는 점에서 가정 또는 그에 준하는 한정된 범위내의 이용이라고 할 수 없으므로, 사적 이용을 위한 복제에 해당하지 않는다.¹⁶⁾

⑤ 복제의 주체¹⁷⁾

법문에서 ‘그 이용자는 이를 복제할 수 있다’고 규정하고 있으므로 복제의 주체는 사적 이용자 본인이어야 한다. 복제행위의 주체가 본인인 이상 복사행위를 하는 자는 본인이 수족으로 사용하는 사람이거나 업무상 본인을 보조하는 지위에 있는 타인이라도 무방하다.

이용자가 복제업자에게 복제를 의뢰하는 경우를 본조에 의한 사적 이용으로 볼 것인지 문제 된다. 반대견해도 전혀 없는 것은 아니지만(하용득: 이용자의 지배하에 있는 복제기기를 이용하여 복제하는 경우에 한하여 본조에 해당된다는 것을 전제로 하여 ‘복제업자에게 복제를 위탁하는 것을 모두 부적법하다고 해석하는 것은 결과적으로 복제수단의 필사 및 이에 준하는 극히 단순한 것에 한정되게 되고 따라서 법 제30조의 취지가 부정되는 결과가 초래되게’ 되므로 이용자가 사적 이용을 위하여 스스로 복제하는 대신 복제를 의뢰하는 것은 적법한 것으로 보아야 한다), 복제업자에게 의뢰를 하여 수행하는 경우 그 복제의 주체는 영리적인 목적으로 복제업에 종사하는 복제업자라고 보아야 하므로 본조의 요건을 갖춘 것으로 볼 수 없다(이형하, 이해완).¹⁸⁾

⑥ 복제의 방법¹⁹⁾

복제의 방법에 있어서 1957년 제정된 구 저작권법은 기계적·화학적 방법에 의하지 아니하는 복제만 허용하였지만, 현행법상으로는 특별한 제한

16) 이해완(주 12), 465 참조.

17) 이해완(주 12), 466 참조.

18) 따라서 그 경우 복제의뢰자는 복제권 침해의 죄책을 지지 아니한다. 만약 복제업자가 한국복사전송권협회로부터 이용허락을 받아 한국복사전송권협회가 관리하는 저작물을 복제하여 준 경우라면, 그 복사업소도 복제권 침해의 죄책을 지지 아니한다.

19) 이해완(주 12), 467 참조.

이 없어서 복사기를 쓰거나 녹음·녹화기기를 사용하거나 웹사이트 등에서 제공되는 복제기능을 이용하거나 아무런 상관이 없다. 제30조 단서에 의하여 ‘공중의 사용에 제공하기 위하여 설치된 복사기기에 의한 복제’가 아니어야 한다. 업자들이 고객으로 하여금 사용하게 할 목적으로 영업소에 설치하여 둔 복사기기는 물론이고, 관공서나 주민을 위한 시설 등의 공공시설에서 주민들이 사용할 수 있도록 설치한 복사기기에 의한 복제가 아니어야 한다.

⑦ 복제의 양적 범위

그 양적 범위와 관련하여, 라디오에서 수신되는 음악저작물을 오디오기기를 사용하여 녹음한 다음 이를 비치·수집하는 행위가 본조의 사적 이용으로서 허용되는가에 관하여, 긍정설(이형하, 이해완)과 부정설(加戶守行, 허의성, 內田晋)의 대립이 있다.

4) 복제보상금제도

2006년 법 개정의 과정을 포함해서 저작권법의 개정논의 때마다 등장하는 단골 이슈 중의 하나가 복제보상금제도(부과금제도, levy system)의 신설 여부이다. 1993년 문화체육부가 이를 도입하려 하였으나 제조업체의 원가상승을 불러오는 등 경제적 이해관계가 맞물려 입법되지 못하였다.

복제보상금제이란 복사기·녹음기·녹화기를 구입한 사람은 그것으로 책·음악·영화 등 타인의 저작물을 복제하므로 복제물의 사용자는 저작권자에게 직접 지급하는 것이 아니라 복제기기와 복제기재(녹음·녹화테이프)의 가격의 1, 2%를 추가하여 부담하여, 이를 수취한 복제기기·기재의 제조자가 그것을 저작권단체에게 지급하면 이 단체는 회원인 저작권자에게 분배해 주는 제도이다.

1955년 독일 대법원판례에서 인정되기 시작하여 1995년 현재 18개국에서 실시하고 있다고 한다. 이 제도는 도입되지 않았으나, 공중용 복사기를 이용한 경우를 예외로 보는 단서 규정이 신설되고, 복사권 등에 관한 집중관리단체인 사단법인 한국복사전송권협회가 설립됨에 따라 현재 동 협회가 복사점과 일괄계약을 맺음으로써 개별적으로 복사를 할 때에는 별도로 허

락을 받지 않아도 되도록 하고 있다.

나. 이 사건에서의 검토

이 사건 논문의 복제행위는 ‘기업 내부’에서 업무목적을 위해 복제한 것이므로, 사적 이용을 위한 복제의 요건 중 ‘가정 또는 이에 준하는 한정된 범위 안에서의 이용일 것’이라는 요건을 충족하지 못한다. 따라서 피고인의 행위는 구 저작권법 제30조의 ‘사적 이용을 위한 복제’에도 해당하지 않는다.

3. 상고이유 제2-1점(공정이용에 해당하여 저작권침해 아님)에 대한 검토

가. 구 저작권법하에서의 공정이용법리가 인정되는지 여부

1) 저작권 제한 규정의 방식

저작권법은 먼저 저작자 및 저작인접권자의 이익을 보호하지만 그 보호는 무제한의 것이 아니고, 일정한 범위 내에서 저작자의 권리를 제한함으로써 공중의 저작물에 대한 공정한 이용을 도모하고 있다(저작권법 제1조 참조).

각국의 저작권법이 저작물의 공정한 이용을 도모하기 위하여 저작권 제한을 규정하는 방식은 크게 두 가지로 분류된다. 하나는 독일, 일본, 우리나라 등 대륙법계 국가에서 보이는 개별규정에 의한 규율방식이고, 다른 하나는 미국, 영국 등 영미법계 국가들에서 보이는 일반규정에 의한 규율방식이다. 그중에서 미국은 일반규정에 의한 규율방식을 채택하여 fair use라는 이름으로 공정이용법리를 발달시켜 왔다.

2) 미국 저작권법상 공정이용법리

가) 법률 규정

제107조 (배타적 권리에 대한 제한: 공정이용)

제106조(exclusive rights in copyrighted works) 및 제106A조(rights of certain authors to attribution and integrity)의 규정에도 불구하고 비평, 논평, 시사보도, 교수(학습용으로 다수 복제하는 경우를 포함), 학문 또는 연구 등과 같

은 목적을 위하여 저작권으로 보호되는 저작물을 복제물이나 음반으로 제작하거나 기타 제106조 및 제106A조에서 규정한 방법으로 사용하는 경우를 포함하여 공정이용하는 행위는 저작권 침해가 되지 아니한다. 구체적인 경우에 저작물의 이용이 공정이용에 해당하느냐 여부를 판단함에 있어서는 다음과 같은 사항을 참작하여야 한다.

- ① 그러한 이용이 상업적 성질의 것인지 또는 비영리적 교육목적을 위한 것인지 등 그 이용의 목적 및 성격
- ② 저작권으로 보호되는 저작물의 성격
- ③ 이용된 부분이 저작권으로 보호되는 저작물 전체에서 차지하는 양과 상당성
- ④ 그 이용이 저작권으로 보호되는 저작물의 잠재적 시장이나 가치에 미치는 영향

위의 모든 사항을 참작하여 내려지는 결정인 경우에 저작물이 미발행되었다는 사실 자체는 공정이용의 결정을 방해하지 아니한다.

나) 개요

미국법상 fair use(이하 ‘공정이용’이라 함)란 원래 저작권의 비침해행위가 되는 것은 아니라 저작권침해가 됨에도 불구하고, 공익적 고려에 의하여 저작물이용이 허용되는 경우를 말한다. 저작권자 이외에 제3자가 갖는 특권으로 저작권자의 허락 없이도 합리적인 한도에서 저작물을 이용할 수 있는 저작권자의 권리에 대한 제한이라고 판례에서 설명되어 왔다.²⁰⁾

공정이용법리는 1841년 Folsom v Marsh 사건²¹⁾에서 Story 판사에 의하여 처음으로 언급된 이래 150년 이상 보통법상 형평의 원리로 발전되어 온 법리로서, 1976년 미국 저작권법 제107조에 규정되었다. 미국 저작권법 제107조는 기존 판례를 통하여 공정이용으로 인정되어 왔던 이용목적에 열거하고, 개별 사안에서 공정이용을 인정하기 위한 기준을 정해 놓은 것으로, 판

20) 박익환, “공정이용조항의 도입논의”, 디지털재산법연구 6권 2호, 세창출판사(2007), 153.

21) Folsom이 발간한 12권짜리 The letters of George Washington이라는 전집에서 약 350페이지를 인용하여 Marsh가 2권짜리 Washington의 전기를 출판한 사건이다. 저작권침해라고 판단하였다.

례법상 형성되어 온 공정이용의 법리를 재확인한 규정이다.

나머지 상세한 설명은 뒷부분으로 미룬다.

3) 일본에서의 공정이용법리에 관한 논의

가) 개요

우리 저작권법은 일본 저작권법을 기초로 하여 제정되었고 최근의 우리나라와 일본의 저작권법 개정 전에는 그 조문 내용도 비슷하였으므로, 같은 대륙법계 국가인 일본에서의 공정이용의 법리에 대한 논의는 우리 구 저작권법의 해석에 참고가 된다.

현재 일본 저작권법은 제30조 내지 제49조에서 저작권 제한규정을 두고 있고(특히 2009년 구체적인 제한규정을 많이 추가하였음), 아직 공정이용의 법리를 도입하지 않았다.

나) 일본의 판례

① Wall Street Journal 판결(미국의 경제신문 Wall Street Journal의 기사를 일본의 A 법인이 번역하여 그 기사를 분류하고 배열한 문서를 작성한 후 이를 일본 국내에서 예약자들에게 유료로 배포한 사안)

동경지방법판소 1993. 8. 30. 판결은 “(일본 법제상) 일반적으로 공정이용의 법리가 인정될 수 있을 것인지 여부는 별론으로 하고, 이 사건에서 A 법인은 WSJ을 허락 없이 이용하여 번역 문서를 작성하고, 이를 다수의 회원들을 상대로 하여 1개월에 3만 엔 정도의 회비, 또는 100자당 1,000엔의 요금을 수령하는 등 상업적으로 배포하고 있는바, 이는 신문의 개성을 형성하는 데 있어서 매우 중요한 요소인 편집저작권을 침해하는 행위로서 이러한 행위가 공정이용으로서 허용된다는 것은 받아들이기 어렵다.”라고 하여 A 법인의 주장을 배척하였다.

이에 대하여 A가 항소하였으나 동경고등재판소 1994. 10. 27. 판결은 “저작권법 제1조는 저작권법의 목적과 관련하여, ‘문화적 소산의 공정한 이용에 유의하면서 저작권자 등의 권리의 보호를 도모하고, 나아가 문화의 발전에 기여하는 것으로 목적으로 한다’고 규정하고 있고, 같은 법 제30조 이하에서는 이러한 입법 취지에 기초하여 저작재산권의 제한에 관한 규정을

두고 있는바, 이러한 규정으로부터 곧바로 일본에서도 일반적으로 공정이용의 법리가 인정된다고 보기는 어렵다. 저작물에 대한 공정이용은 저작권자의 이익과 공공의 필요성이라고 하는 대립되는 이해의 조정 위에서 성립하는 것이므로, 공정이용의 법리가 적용되기 위해서는 그 요건이 명확하게 규정되어 있을 것이 필요하다. 따라서 명시적 규정이 존재하지 않는 일본 법제 아래에서는 일반적으로 공정이용의 법리를 인정할 수 없다.”라고 판시하여 항소를 기각하였다.

② ‘Last Message in 최종호’ 사건(피고가 1986년부터 1993년까지 사이에 휴간·폐간된 잡지 286종을 수집하여 그 잡지들의 편집부 또는 편집장이 독자들에게 휴·폐간의 사정이나 앞으로의 당부 등을 기술한 휴·폐간사와 최종호의 표지를 연대별로 묶어 1권의 책으로 편철·발행한 사안임)

동경지방법판소 1995. 12. 18. 판결은 WSJ 사건에서의 동경고등재판소 판결과 마찬가지로 일본에 있어서는 저작재산권을 제한하는 일반 법리로서 공정이용의 이론을 적용할 필요는 없다고 판시하였다.

다) 일본의 학설²²⁾

① 적용긍정설: 법적 안정성과 구체적 사안에 대한 유연한 대응 가능성 가운데 어느 것을 보다 중시할 것인지는 입법정책의 상위에 속하는 것이기는 하나, 저작권법상 제한규정에 명확하게 규정되어 있지 않은 경우에 있어서도, 제한규정의 입법 취지나 각 권리의 규정 취지를 감안하여 허용되는 것으로 할 수 있다. 또한 민법의 일반원칙인 권리남용의 법리 및 재산권의 내재적 제약론 등을 적용할 수도 있다(作花文雄).

② 적용부정설: 저작권법이 저작재산권에 관하여 상세한 제한규정을 두는 한편, 저작권을 일반적으로 제한하는 조항을 두지 않고 있는 이상 이는 결국 개별 제한규정의 운용에 의해서만 저작권을 제한하고 있는 취지라고 보아야 할 것이므로, 해석론으로서 일반 원리인 공정이용의 항변을 인정하는 것은 곤란하다. 저작권의 경제재로서의 가치가 높아지게 되면 투하자본

22) 이규호, “공정이용법리 도입의 필요성과 과제에 대한 연구”, 정보법학 13권 3호, 한국정보법학회(2009), 123~124.

의 회수를 위하여 법적 안정성이 중요해지므로, 사회의 변화에 따른 법 개정만 적절하게 이루어진다면 한정열거는 반드시 비효율적이라고 할 수 없다. 다만 한정적 열거는 분명히 한계가 있으므로 기존 개념의 유연한 해석이나 권리남용의 법리를 활용할 필요가 있다(中山信弘).

공정이용법리는 판례에 의하여 그 내용이 구체화됨으로써 미국 저작권법 체계상 나름대로의 위치를 가지게 된 것이며 따라서 그 내용이 공허하다고 할 것은 아니지만, 판례의 축적으로 공정이용법리가 귀납적으로 발전하고 그 법리가 다시 판례에 의하여 단련되는 법의 형성과정은 주로 판례법 국가에서 이루어지는 것이지, 성문법 체계를 취하고 있는 국가에서는 쉽게 받아들이기 어려운 것이다(阿部浩二).²³⁾

한편 田村善之, 三山裕三 등은 부정설을 취하면서 민법의 일반원리인 권리남용의 이론을 이용하여 저작권을 제한하는 것은 가능하다고 한다.²⁴⁾

4) 우리나라에서의 논의(구 저작권법하)

가) 적용 여부에 관한 학설

① 적용부정설(다수설)

열거적 제한규정을 두고 있고 일반조항에 관한 명문의 규정이 없음에도 불구하고 판례법 국가인 미국 저작권법에서 발달한 공정이용의 법리를 그대로 적용하는 것은 성문법 체계를 흔들고 법적 안정성을 심히 훼손할 우려가 있다(오승중).

저작권법이 설정한 공·사익 간의 경계선이라고 할 수 있는 저작재산권 제한규정은 저작권자의 권리내용을 공익성 등 특별한 관점에서 특별적으로 제한하는 것이라고 볼 수 있으므로, 이를 해석함에 있어서는 자유이용으로 이용되는 조건을 엄격하게 해석하여야 하며, 저작물의 이용행위에 대한 권리행사의 제한은 법문에 구체적으로 열거되어 있는 것에 한정하여 해석하여야 한다(유대중).

23) 오승중(주 12), 707.

24) 오승중(주 12), 707.

② 적용공정설²⁵⁾

사회가 발전함에 따라 성문법에 규정된 규정만으로 법 제정 당시 예상할 수 없었던 사회현실을 규율할 수 없는 상황이 발생하는 경우 법 해석을 통해 그 흠결을 보완해야 하므로 저작권 제한규정의 엄격성과 한정성에 구속되어서는 안 된다. 우리 저작권법 제1조(저작권자의 권리와 이에 인접하는 권리를 보호하고, 저작물의 공정한 이용을 도모함으로써 문화의 향상발전에 이바지함을 목적으로 한다), 저작권법 제28조 등을 종합하면 우리 저작권법도 공정이용에 관한 일반조항을 두고 있다고 볼 수 있다(강신하).

나) 도입 여부에 관한 학설²⁶⁾

① 찬성론

공정이용의 법리는 저작권제한에 관한 일반적 원리로서 매우 융통성 있게 적용될 수 있으므로, 저작권법이 새롭게 개발된 기술이나 환경에서 용이하게 적용될 수 있도록 하며, 저작물의 이용에 관한 거래비용을 상당히 감소시키며, 저작물이용에 관한 혼란을 해결하고 성문법의 흠결을 보완할 수 있는 융통성을 법원에게 제공할 수 있다는 장점을 지적하여 공정이용조항의 도입을 찬성한다(이대희). 한미 FTA의 타결로 일시적 저장도 복제행위에 포함되게 되었으므로 공정이용법리를 도입하지 않으면 너무 저작자에게 치중하여 저작권산업의 동력을 상실할 염려가 있고, 새로운 신기술이 새로운 유형의 저작물을 등장시키고 있는 상황에서 포괄적인 공정이용법리를 제한적으로 적용할 수 있는 여지를 두는 것이 법의 유연한 적용을 가져올 수 있다(이규호).²⁷⁾

25) 강신하, “미국저작권법상 공정사용의 법리: 패러디에 관한 논의를 중심으로”, 인권과 정의 제387호(2008. 11.), 대한변호사협회, 67.

26) 박익환(주 20), 164 이하.

27) 이규호, “공정이용법리 도입의 필요성과 과제에 대한 연구”, 정보법학 13권 3호(2009), 104~105[한미 FTA 협정문 제18.4조 제1항에 따르면, “각 당사국은, 저작자·실연자 및 음반제작자가 어떠한 방식이나 형태로, 영구적 또는 일시적으로(전자적 형태의 일시적 저장을 포함한다), 그의 저작물·실연 및 음반의 모든 복제를 허락하거나 금지할 권리를 가하도록 규정한다.”라고 규정하고 있다. 그리고 그 각주 11)에 의하면 “각 당사국은 이 항에서 기술된 권리에 대한 제한 또는 예외를 그 저작물, 실연 또는 음반의 통상적인 이용과 충돌하지 아니하고, 그 권리자의 정당한 이익을 불합리하게 침해하지 아니하는 특정한 경우로 한정한다. 보

② 반대론

판례로 발전된 공정이용의 법리를 일반조항으로 규정하고 있는 미국 저작권법과 달리 우리나라는 저작권재산권의 제한규정을 열거방식으로 규정하고 있어 그 법제가 다르고, 배타적 권리로서 물권에 유사한 저작권재산권이 해석에 의해 새로운 이유로 권리가 제한될 수 있다면 저작권자의 지위가 악화되고 법적 안정성을 해한다는 점에서 공정이용 조항의 도입을 반대한다(남형두). 판례에 의해 확립된 법 원칙이 존재하지 않는 상황에서 이러한 일반원칙의 선부른 도입은 오히려 무규범의 상황을 초래할 수 있으며, 특정한 제한규정이 필요한 경우 추상적인 일반원칙에 의존하기보다는 오히려 신속하게 규범을 개정하여 대처하는 것이 현명하다(임원선). 베른협약 제9조 제2항의 ‘3단계 기준’은 저작권의 제한을 ‘특정한 경우’로 제한되어야 한다고 규정하고 있는데 공정이용의 법리는 법에서 규정된 개별적인 경우 이외에도 보충적으로 저작권의 제한이 허용될 수 있다는 것이어서 국제규범에서 인정하는 저작권 제한의 일반원칙에 부합하지 않는다(박익환).

③ 절충론

일반조항의 범위와 한계를 법원의 판결이 있기 전까지는 알 수 없어 법적 안정성이 떨어져 오히려 혼란이 야기될 수 있고 현행 법체계상 저작권을 제한하는 포괄적 공정이용조항을 도입하는 것은 저작권자 등의 강한 반대에 봉착할 우려가 있을 뿐만 아니라 일반조항에 친하지 않은 우리나라 법문화환경을 고려하여 제한적인 공정이용규정의 도입이 적합하다(김병일).

다 명확히 하기 위하여, 각 당사국은 공정이용을 위하여 이 항에서 기술된 권리에 대한 제한과 예외를 채택하거나 유지할 수 있다. 다만 그러한 제한 또는 예외는 이전 문장에서 규정된 대로 한정된다.”라고 하여 베른협약 제9조의 3단계 테스트를 준수하는 범위 내에서 ‘공정이용’을 위하여 복제권에 대한 제한과 예외를 채택 또는 유지할 수 있다는 점을 밝히고 있다. 이 협정문에 따르면 일시적 저장을 복제행위로 보도록 이행입법을 하여야 한다. 그렇게 되면 불가피하게 공정이용제도를 도입하여야 한다고 본다. 물론 공정이용을 도입할 의무가 이 협정문상 존재하는 것은 아니나, 일시적 저장을 복제행위로 보게 되는 이상, 공정이용을 도입하지 않으면 저작권산업이 너무 저작자에게 치중하여 저작권산업의 성장 동력을 상실하게 할 염려가 있으므로 한미 FTA가 한국과 미국 양국에 의하여 비준되는 경우에 포괄적인 형태의 공정이용을 도입하는 것이 타당하다고 생각한다.

다) 대법원판례

구 저작권법하에서 공정이용의 법리가 인정된다고 선언한 대법원판례는 없다. 다만 아래에서 보는 바와 같이 구 저작권법 제28조를 미국 저작권법의 공정이용의 법리와 유사하게 해석하였다. 그러나 미국 저작권법의 공정이용법리와 동일하다고 본 것은 아니다.

5) 구 저작권법 제28조의 ‘공표된 저작물의 인용’과의 ‘공정이용법리’와의 관계²⁸⁾

가) 법률 규정

제28조 (공표된 저작물의 인용)

공표된 저작물은 보도·비평·교육·연구 등을 위하여는 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 이를 인용할 수 있다.

나) 구 저작권법 제28조의 적용요건(조문 문구에 충실하게 따른 것)²⁹⁾

① 공표된 저작물일 것

② 보도·비평·교육·연구 등을 위한 인용일 것

여행안내서에 일부를 베낀 목적은 홈페이지 게재 자료를 작성하는 시간과 노력을 절약하기 위한 것으로 봄이 상당하여 보도·비평 등과 상관없다 할 것이고…… 저작권법상 허용되는 인용이라고 볼 수 없다(서울중앙지방법원 2003. 5. 30. 선고 2001가합64030 판결). 인용이 반드시 비영리적인 목적을 위한 것이어야 하는 것은 아니다. 다만 인용의 목적이 영리성을 추구하는 것인 때에는 자유이용이 허용되는 범위를 좁게 해석함이 상당하다.

③ 정당한 범위 내일 것

정당한 범위 내인가 아닌가는 사회통념에 따라 판단하되, 인용되는 분량, 내용상의 주종의 구분, 저작물의 형태, 이용목적 등에 따라 개별적·구체적으로 판단한다. 인용저작물에 피인용저작물이 분명하게 구별되어 인식될 수 있어야 하되, 양 저작물 사이에서는 전자가 주이고, 후자가 이에 종속된

28) 이해완(주 12), 518~519 참조.

29) 오증중(주 12), 584~606 참조.

다고 하는 주종관계가 있어야 한다. 인용되는 저작물의 성질상 미술작품이나 사진 혹은 시조와 같은 짧은 문예작품인 경우에는 양적으로 전부인용도 가능하다고 보아야 할 것이나, 그 경우에는 질적인 주종관계도 검토하여 보아야 한다.

서울지방법원 1994. 7. 29.자 94카합6025 결정(일명 ‘소설마당’ 사건)은 “이 사건 저작물이 대학입시 준비를 하는 학생들을 위하여 소설 감상능력을 키워주기 위한 목적상 우리나라의 대표적인 소설들을 선정하여 수록하면서 각 작품마다 그 작가를 소개하고, 작품의 주제, 줄거리, 단락, 플롯, 시점, 등장인물과 같은 묘사방법, 배경, 문학사적 의의 등을 간략하게 기술한 작품해설을 싣고 있는 있으나, 그 작품에 대한 해설은 작품을 감상하기 위해 필요한 최소한의 분량에 그치고 있으면서, 실제로 각 작품 자체를 읽을 수 있도록 단편인 경우에는 그 전문을, 중·장편의 경우에도 상당한 분량을 인용하고 있어서 전체적으로 인용 부분이 주가 되고 있는 사실을 인정할 수 있는바, …… 인용저작물과 피인용저작물이 부종적 관계에 있거나 정당한 관행에 합치된 인용이라고 보기 어렵다.”고 판단하였다.³⁰⁾

질적 주종관계는 양적 주종관계보다 오히려 중요하다. 피인용문이 본문보다 높은 존재가치를 가지는 경우에는 정당한 범위 내의 인용이라 할 수 없다. 질적 주종관계를 판단하기 위한 중요한 기준의 하나로서 작용하는 것이 인용저작물이 피인용저작물의 시장 수요를 대체할 성격의 것이냐이다.

대법원 1990. 10. 23. 선고 90다카8845 판결은, 사진작가인 원고가 일본 시사주간지 ‘플래쉬’(FLASH)에 자신이 제작한 누드사진 11점을 게재하도록 허락해 주었는데, 피고가 자신이 발행하는 월간 잡지에 “한국 여대생, 연예인 누드사진이 포르노로 둔갑” ……이라는 제목으로 위 사진 중 8점을 칼라로 된 양질의 사진으로 게재하고 그 크기나 배치를 전체 3면의 기사 중 비평기사보다는 사진이 절대적 비중을 차지하는 화보형식으로 구성한 것은 정당한 범위 안에서 이용되었다고 볼 수 없다고 판단하였다.

30) ‘소설마당’이라는 책자는 편집물에 해당하고, 편집물의 소재로서 타인의 저작물을 수록하는 행위에 대하여는 아예 공표된 저작물의 인용 규정이 적용될 수 없다는 견해가 있다(오승중).

서울중앙지방법원 2011. 9. 14.자 2011카합683 결정은 “이 사건 동영상 강의에서는 이 사건 각 교과서 및 문제집의 내용을 상당부분 그대로 발췌하여 낭독하거나, 판서, 투사하는 방식으로 인용하고 있고, 이 사건 각 교과서 및 문제집의 거의 전 부분을 강의 대상으로 삼고 있으며, 중등 국어·생활국어의 교과목 특성상 교과서 및 문제집의 지문 등 내용 자체가 강의에 있어서 중요한 의의와 역할을 가지는 점 등을 종합하여 보면, …… 피인용 부분인 이 사건 각 교과서 및 문제집의 지문, 문제 등이 해당 강사의 강의를 위한 단순한 보족, 부연, 예증, 참고자료로서 부종적 성질을 가지는 관계에 그친다고 평가하기는 어렵고 …… 피신청인의 이 사건 각 동영상 제작행위가 저작권법 제28조 정당한 범위 내에서의 공정한 관행에 합치되는 인용이라고 단정하기는 어렵다.”고 판시하였다.

④ 공정한 관행에 합치할 것

인용의 목적이 인용 및 인용되는 저작물의 성질에 비추어 공정한 관행에 합치하여야 한다. 예컨대, 자기의 논문 중에 타인의 논문 일부를 인용하여 자신의 주장을 보강하는 논거로 하는 것 등을 공정한 관행에 합치된다고 할 것이나, 광고 포스터에 이용하기 위하여 타인의 그림을 인용하는 것은 인용의 목적에 비추어 공정한 관행에 합치된다고 보기 어렵다.

인용하는 방법이 공정한 관행에 합치하여야 한다. 요약인용의 필요가 있을 경우에는 실질적인 동일성이 인정될 수 있는 범위 내에서 요약을 하거나 피인용저작물의 취지에 충실하게 인용을 하여야 하고, 개작(원저작물을 기초로 한 2차적 저작물이 될 정도의 것)에 의한 인용은 허용되지 않는다. 인용이 선의에 의한 것이어야 한다.

다) 판례에 의한 제28조의 운영

그런데 개정 저작권법에 의하여 제35조의3으로 공정이용의 법리가 도입되기 전에는 제28조의 규정이 실질적으로는 상당한 범위에 걸쳐 공정이용에 관한 일반조항의 역할을 수행해 온 면이 있다.

대법원 2006. 2. 9. 선고 2005도7793 판결³¹⁾이 포털사이트의 이미지 검색

31) 대법원 2006. 2. 9. 선고 2005도7793 판결은 원래의 큰 이미지를 작은 건본용 이미지(썸네일)

을 위한 썸네일 이미지 작성 및 그것의 서버에의 저장 등 행위에 대하여 구 저작권법 제28조에 의한 정당한 ‘인용’으로 본 것은 ‘인용’이라는 법문에 비추어 어색한 면이 없지 않지만, 일반조항이 따로 없는 상태에서 공정 이용의 폭을 넓히기 위해 부득이한 해석이었던 것으로 이해할 수 있다.

구 저작권법 제28조의 저작권재산권 제한 사유에 해당하기 위해서는 “정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게” 인용하여야 하는데,³²⁾ 대법원은 그 의미를 다음과 같이 해석하여 왔다. 즉 대법원은 과거 “정당한 범위 안에서”의 인용과 관련하여 주종관계를 요건으로 하는 입장을 표명한 바 있다. 즉 대법원 1990. 10. 23. 선고 90다카8845 판결에서 “보도·비평 등을 위한 인용의 요건 중 하나인 ‘정당한 범위’에 들기 위해서는 그 표현 형식상 피인용저작물이 보족, 부연예증, 참고자료 등으로 이용되어 인용저작물에 대하여 부종적 성격을 가지는 관계[즉, 인용저작물이 주(主)이고, 피인용저작물이 종(從)인 관계]에 있다고 인정되어야 할 것이다.”라고 판시한 바 있다.

그 뒤 선고된 판결들 중에는 대법원 1998. 7. 10. 선고 97다34839 판결³³⁾과 같이 인용의 ‘정당한 범위’를 함께 실시한 판결도 있지만, 주로는 대법원 1997. 11. 25. 선고 97도2227 판결(피고인 1이 대학입시용 문제집을 제작함에 있어서 연세대, 고려대, 서강대, 성균관대 등의 본고사 문제 전부를 인용한 사안으로 유죄판결 확정됨), 대법원 2004. 5. 13. 선고 2004도1075 판결(사진작가 이용화의 사진작품 중 69점에 대하여 새로 만든 견본용 이

로 줄여 이미지 검색 서비스에 이용하는 것도 인용으로서 허용된다는 취지로 판시하였다.

32) 이해완(주 12), 417~422 참조.

33) 대법원 1998. 7. 10. 선고 97다34839 판결은 “저작권법 제25조는 공표된 저작물은 보도·비평·교육·연구 등을 위하여는 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 이를 인용할 수 있다고 규정하고 있는바, 위 규정에 해당하기 위하여는 그 인용의 목적이 보도·비평·교육·연구에 한정된다고 볼 것은 아니지만, 인용의 ‘정당한 범위’는 인용저작물의 표현 형식상 피인용저작물이 보족, 부연, 예증, 참고자료 등으로 이용되어 인용저작물에 대하여 부종적 성질을 가지는 관계(즉, 인용저작물이 주이고, 피인용저작물이 종인 관계)에 있다고 인정되어야 하고, 나아가 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 인용한 것인지 여부는 인용의 목적, 저작물의 성질, 인용된 내용과 분량, 피인용저작물을 수록한 방법과 형태, 독자의 일반적 관념, 원저작물에 대한 수요를 대체하는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.”라고 판시하였다.

미지와 원본이미지를 함께 담아 이미지검색프로그램을 만들어 유·무상으로 포털사이트에 배포한 사안으로, 유죄판결 확정됨) 및 대법원 2006. 2. 9. 선고 2005도7793 판결(썸네일 사건, 보다 나은 검색서비스의 제공을 위해 검색어와 관련된 이미지를 축소된 형태로 목록화하여 검색서비스를 이용하는 사람들에게 그 이미지의 위치정보와 함께 제공한 사안으로, 무죄판결 확정됨)에서 보는 바와 같이, 인용의 ‘정당한 범위’에 관하여는 언급하지 않고 “정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게” 부분만을 기준으로 삼아 판단하면서, 대법원은 이를 판단함에 있어서 고려하여야 할 여러 가지 요소들을 나열하고 있다.³⁴⁾

라) 구 저작권법 제28조와 공정이용법리와의 관계

대법원이 구 저작권법 제28조 규정의 적용범위를 넓혀 왔지만, 그럼에도 불구하고 미국 저작권법상 공정이용법리와 완전히 동일한 역할을 수행한다고 볼 수는 없다. 첫째, 제28조의 규정은 ‘공표된 저작물’에 한하여 적용 대상으로 하나, 미국 저작권법상의 공정이용법리는 공표되지 않은 저작물이라고 하더라도 특별한 경우에 공정이용에 해당하는 것으로 보게 될 경우가 있다. 둘째, 제28조의 규정은 ‘저작물의 인용’³⁵⁾에 관한 것이므로, 적어도 다수설은 피인용저작물을 인용하는 주된 저작물을 작성하는 경우에 한하여만 이 규정을 적용할 수 있는 것으로 해석한다. 따라서 타인의 저작물을 가창한 것을 영상물(영상물로서의 창작성은 없는 것)에 담아 온라인에 올리는 것과 같은 경우³⁶⁾는 제28조의 경우에 해당하는 것으로 보기는 어렵

34) 저작권법 제25조는 공표된 저작물은 보도·비평·교육·연구 등을 위하여는 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 이를 인용할 수 있다고 규정하고 있는데, 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 인용한 것인지 여부는 인용의 목적, 저작물의 성질, 인용된 내용과 분량, 피인용저작물을 수록한 방법과 형태, 독자의 일반적 관념, 원저작물에 대한 수요를 대체하는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 1998. 7. 10. 선고 97다34839 판결, 2004. 5. 13. 선고 2004도1075 판결 등 참조).

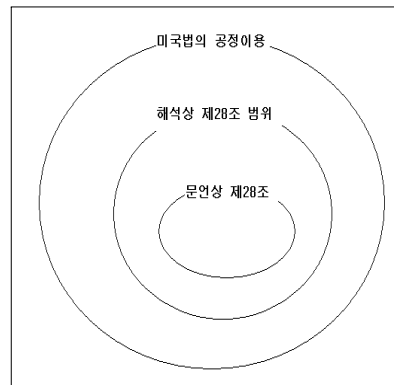
35) 여기서 인용이라 함은 타인이 자신의 사상이나 감정을 표현한 저작물을 그 표현 그대로 끌어다 쓰는 것을 말하나, 인용을 하면서 약간의 수정이나 변경을 가하였다고 하더라도 인용되는 저작물의 기본적 동일성은 변함이 없고 그 표현의 본질적 특성을 그대로 느낄 수 있다면 역시 인용에 해당한다(서울고법 2010. 10. 13. 선고 2010나35260 판결 참조).

36) 서울고법 2010. 10. 13. 선고 2010나35260 판결(이른바 ‘손○○’ 사건)은, 원고가 다섯 살 된 딸이 의자에 앉아 이 사건 저작물인 노래 ‘미쳤어’를 부르면서 춤을 추는 것을 촬영한 이용

다. 요컨대 제28조는 공정이용의 사유 중 ‘공표된 저작물의 인용’에 대한 것에 한정된 규정이고, 미국법상 공정이용의 법리는 보다 일반적으로 모든 형태의 저작물 ‘이용’에 대하여 보충적으로 적용될 수 있는 조항이다.

위와 같이 대법원은 저작권법 제28조 소정의 ‘정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게’ 부분을 ‘공정이용의 법리’와 같이 해석하고, ‘인용’의 의미를 본래 가지는 의미보다 넓게 해석하기는 하였으나, 그렇다고 하여 대법원이 구 저작권법 제28조를 공정이용법리의 일반조항으로 본 것은 아니라고 할 것이다.

결국, 미국 저작권법의 공정이용법리와 구 저작권법 제28조의 관계를 살펴보면, 오른쪽 그림과 같이 미국 저작권법의 공정이용법리의 적용범위가 가장 넓고, 다음으로 대법원 2006. 2. 9. 선고 2005도7793 판결이 판시한 구 저작권법 제28조의 적용범위가 넓고, 다음으로 법문 그대로 엄격하게 해석한 구 저작권법 제28조의 적용범위가 가장 좁다고 할 것이다.



마) 정리

이상에서 본 바와 같이, 우리 저작권법은 대륙법계 방식에 따라 저작권 제한규정을 개별규율방식으로 규정하고 있는 점, 명시적 규정이 없는 구 저작권법하에서는 공정이용법리를 인정할 수 없다는 것이 우리나라의 다수설이고 일본의 판례인 점, 대법원판례도 공정이용법리가 일반적으로 인정된다고 한 적은 없고 구 저작권법 제28조를 확대해석하여 구체적 타당성을

자제작 콘텐츠(UCC-User Created Content 또는 UGC-User Generated Content) 형태의 53초 분량의 이 사건 동영상 및 이 사건 저작물의 가사 중 후렴구 부분이 포함되어 있는 게시물을 인터넷 포털사이트 Naver에 있는 원고의 블로그에 게시하면서, 이 사건 동영상을 네이버의 비디오 사이트에 링크되도록 한 사안에서, 원고의 행위를 제28조의 ‘공정한 인용’에 해당한다고 판시하였다.

기하여 온 점을 알 수 있으므로, 구 저작권법하에서 일반조항으로서 공정 이용법리가 인정된다고 할 수는 없다.

나. 미국법상 공정이용법리³⁷⁾

1) 의의

비평, 논평, 시사보도, 교수(학습용으로 다수 복제하는 경우를 포함), 학문 또는 연구 등과 같은 목적을 위하여 타인의 저작물을 공정이용하는 행위는 저작권 침해가 되지 않는다. 비평, 논평, 시사보도, 교수, 학문 또는 연구 등을 위한 것이어야 한다. 이들 행위 태양은 예시적인 것이다. 이러한 행위들은 이른바 ‘생산적인 이용’(productive uses)으로서 저작권법이 추구하고자 하는 목적에 부합하기 때문에 저작권을 제한하고 자유이용을 허용하는 것이다.

2) 공정이용인지 여부를 판단함에 있어 고려하여야 할 4가지 고려요소

가) 이용의 목적 및 성격

① 이용목적이 상업적인 것인지 아니면 비영리적인 교육상의 목적을 위한 것인지 등을 고려한다.

연방대법원은 Harper & Row 사건[Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539(1985)]에서, 통상적으로 지급하여야 할 저작물 사용료를 지급하지 아니하고 그 저작물의 이용으로부터 경제적 이익을 얻는다면 이는 상업적 이용이라고 하면서, 피고의 주간 뉴스잡지(The Nation)가 원고가 발행하려고 준비 중이던 포드 전 미국대통령이 저술한 회고록의 일부분을 제제하여 보도한 것(포드대통령이 닉슨대통령에게 사과하기로 결정한 부분 중에서 300단어를 인용하고, 나머지는 다른 말로 바꾸어 표현한 2,250단어의 글을 The Nation지에 발표함)에 대하여 공정이용에 해당하지

37) 구 저작권법하에서는 일반조항으로서 공정이용법리가 인정되지 않는다고 본다 하더라도, 피고인의 주장 속에는 ‘구 저작권법 제28조에 해당한다’는 주장도 포함되어 있다고 선해할 수 있고, 아래 여론에서 보는 바와 같이 개정 저작권법 제35조의3이 소급하여 적용된다는 견해도 있으므로, 피고인의 주장을 완전히 배척하기 위하여, 구 저작권법하에서도 공정이용법리가 인정된다고 가정하고 피고인의 행위가 이에 해당하는지 살펴본다.

않는다고 하였다.³⁸⁾

즉, 영리목적이라고 함은 반드시 직접적으로 금전적 대가를 취득할 목적만을 의미하는 것이 아니라 간접적으로라도 이윤창출에 기여하고자 하는 것이라면 이에 해당한다. 따라서 기업 내부에 설치된 자료실 등의 직원이 조사 또는 연구의 목적으로 학술논문 등을 복제하는 것도 궁극적으로 기업의 이윤창출 활동에 기여하고 하는 목적으로 행해지는 것인 이상 영리의 목적이 있는 것으로 볼 수 있다.³⁹⁾ 다만 상업적이라고 하여 공정이용이 성립하지 않는 것도 아니고, 비영리적 교육적인 목적이라고 하여 항상 공정이용이 되는 것도 아니다.

② 피고의 이용행위가 ‘생산적’(productive) 또는 ‘변형적’(transformative) (‘창작 부가적’ 또는 ‘변용적’)인지 여부도 고려의 대상이 된다.

연방대법원의 Campbell 사건에 대한 판결 이후 ‘변형적 이용’은 하급심 판결의 공정이용 분석에서 핵심적인 요소로 자리 잡았다.

즉, Sony 판결[Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc. 464 U.S. 417(1984), Sony 사건에서 문제된 것은 TV 방송을 다른 편한 시간대에 보기 위한 목적으로 가정용 VTR로 녹화해 두는 행위가 공정이용에 해당하는가 하는 것이었는데, 그 행위는 생산적인 이용은 아니지만,⁴⁰⁾ 사적

38) Harper & Row 사건에서 연방대법원은 “복제된 저작물의 중요성에 비추어 합리적인 저작권자가 그 사용을 동의하지 않는 한, 공정이용은 성립하지 않는다.”고 판시하면서, 비공표 저작물인 회고록을 이용하였다는 점을 공정이용의 불인정의 중요한 근거의 하나로 보았고, 200,000단어의 초록에서 300단어를 인용하는 것이 양적으로는 많지 않으나 질적으로는 핵심적인 것을 인용하였다고 하여 피고에게 불리하게 보았다.

39) 이해완(주 12), 523~524(미국 저작권법 제107조의 규정에 의한 ‘영리의 목적’을 판단함에 있어서 적용한 이러한 기준은 저작권법 제30조의 ‘사적 이용을 위한 복제’의 요건과 관련하여 ‘영리의 목적’을 판단하는 기준은 서로 상이하다).

40) 연방대법원의 다수의견은 ‘생산적 이용’ 여부는 저작권 이익 간의 적절한 균형을 결정하는데 유용한 기준이 될 수 있지만, 반드시 ‘결정적’인 기준은 아니라고 강조하였다. 반대의견을 제시한 블랙먼(Blackmun) 대법관은 저작권법상 공정이용인 ‘비평, 논평, 시사보도, 교육, 학문, 연구’는 원저작물이 제공한 이상으로 공중에게 더 많은 이익을 추가하는 점에서 생산적 이용이라고 보고, TV 녹화시청은 원저작물과 같은 목적으로 복제를 하였을 뿐 더 이상의 추가가 없다는 점에서 비생산적이면서 일상적인 이용에 해당한다고 주장하였다[조연하, “디지털미디어 저작권 관례에서의 변형적 이용 기준의 적용 - 미국 연방항소법원의 기능론적 접근 사례를 중심으로”, 한국방송학보 24-4(2010), 223에서 인용하였다].

인 목적의 비영리적인 이용이라는 점 등을 감안할 때 공정이용에 해당할 수 있는 것으로 보았다⁴¹⁾ 이전의 대부분의 공정이용 관련 판결에서는 법원이 상업적 이용 여부에 의존하면서 저작물의 2차적 이용이 상업적인 이득을 취한다면 유해성의 가능성을 추정하였으며, 변형적 이용에 상관없이 교육적이고 비상업적인 목적이면 대부분 공정이용임을 인정하였다(Wilson, 2003). 하지만 Sony 사건과 Campbell 사건에서 각각 ‘생산적 이용’과 ‘변형적 이용’의 개념이 제시되면서 점차 상업성과 변형성을 함께 고려하게 되었으며, Campbell 판결 이후에는 저작물 이용의 변형성이 클수록 오히려 상업성은 덜 중요하게 고려하는 경향을 보였고,⁴²⁾ 특히 2005년 이후 Sony 판결이나 Harper & Row 판결에서 채택된 market-centered 패러다임이 아니라 Campbell 판결에서 채택된 transformative use 패러다임이 공정이용법리를 지배하게 되었다.⁴³⁾

Campbell 사건[Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc. 510 U.S. 569(1994), 줄리아 로버츠, 리처드 기어가 주연한 1990년 헐리웃 영화 “프리티 우먼”(Pretty Woman)의 테마 송인 “오, 프리티 우먼”(Oh, Pretty Woman)을 랩 스타일로 패러디한 사건이다]에서 미국 연방대법원은 공정이용의 첫 번째 고려요소인 ‘이용의 목적 및 성격’에 관한 판단에 있어서, “상업성은 결정적이거나 정당한 사용여부를 추정할 수 없다.”고 하면서, 가장 핵심적인 것은 “그 이용이 단순히 이용되는 저작물을 대체(supersede)하는 것인지 아니면 그 이용이 원저작물을 새로운 표현, 의미, 메시지로 변경하는 변용적인 것이지 여부 및 만약 그러하다면 어느 정도 그러한지 여부”의 판단이라고 하였다. 즉, 그 이용이 ‘변형적 이용’(transformative use)에 해당할 경우에는 공정이

41) 반면 연방소법원은 상업성 여부에 비중을 두지 않고, 방송프로그램의 녹화가 생산적 이용인지 여부에 초점을 맞추었는데, 가정에서 프로그램 녹화행위는 원저작물에 창의적인 표현을 추가하지 않고 본래의 목적으로 저작물을 단순히 복제한다는 점에서 생산적인 이용이 아니며, 따라서 공정이용 판정을 받을 수 없다고 보았다[Universal City Studio Inc. v. Sony Corp. of America, 659 F.2d 963, 970-972(1981)].

42) 조연하, “디지털미디어 저작권 판례에서의 변형적 이용 기준의 적용 - 미국 연방소법원의 기능론적 접근 사례를 중심으로”, 한국방송학보 24-4(2010), 219 참조.

43) Neil W Netanel, “Making sense of Fair Use”, Lewis & Clark Law School(2011년), 747~767 참조, <https://law.lclark.edu/live/files/9132-lcb153netanelpdf>에서 2012. 12. 13. 검색하였다.

용에 해당할 가능성이 상대적으로 높고, 그렇지 않고 ‘대체적 이용’에 해당할 경우에는 공정이용에 해당할 가능성이 상대적으로 낮다는 것이다.⁴⁴⁾

‘생산적 이용’에서 ‘변형적 이용’으로의 전환은 레벌(Leval) 판사가 발표한 1990년 논문 ‘Toward a Fair Use Standard’에서 시작되었다. 그는 2차적 저작이 정당성을 확보할 수 있는 근거는 저작물 이용이 변형적인지 여부와 변형의 정도에 달려 있다고 보았다. 그리고 변형적 이용이 되기 위해서는 저작물 이용이 생산적이어야 하고, 인용된 부분을 원저작물과는 다른 방식 또는 다른 목적으로 사용하여야 한다고 주장하였다. 또한 2차적 저작이 원저작물을 단순히 대체하는 것이 아니라 원저작물을 재료로 이용하여 새로운 정보, 미학, 통찰력과 이해를 창작하는 방식으로 변형시킴으로써 새로운 가치를 부가한다면, 이것은 사회의 풍요를 보호하려는 공정이용 원칙의 취지에 맞는 행위라고 설명하였다.⁴⁵⁾

한편 Sony 사건의 반대의견이 말하는 ‘생산적 이용’은 원저작물이 만들어낸 이익 이상으로 공적인 이익을 추가한 2차적 이용을 의미하는 것으로 볼 수 있다. 즉, 원저작물의 2차적 이용이 생산적인 이용이 되기 위한 조건으로 의견이나 창의적인 요소의 추가를 요구하지 않는다. 반면에 레벌 판사는 그와 같은 광범위한 정의에 반대하고 2차적 이용자에게 원저작물을 기초로 하여 사회적 풍요를 위해 가치를 추가할 것을 요구한다.⁴⁶⁾ 이와 같이 양 개념은 다소간의 차이가 있다.

그런데 공정이용의 법리는 원저작물보다 더 큰 사회적 이익을 제공하거나 원저작자의 예상되는 수익에 최소한도의 영향을 미치는 2차적 저작물의 창작을 위해 필요한 것이므로, 레벌 판사와 같이 변형적 이용기준을 창의적인 가치를 추가한 경우로만 국한하여서는 안 되고, 대신 2차 저작물이 기능하는 역할이나 목적을 분석하여 서로 다른 기능을 한다면, 2차 저작물이 원저작물을 대신할 가능성이 희박해지며, 서로 다른 기능의 수행으로

44) 이해완(주 12), 526; Julie E. Cohen 외 3인, Copyright in a Global Information Economy, Aspen Publishers(2006), 539 참조.

45) 조연하(주 42), 223 참조.

46) 조연하(주 42), 224 참조.

인해 2차 저작물이 원저작물이 미처 제공하지 않았던 또 다른 사회적 이익을 제공할 수도 있다. 이와 같은 관점이 바로 변형적 이용 판단 기준에 대한 기능론적 접근으로서 Nimmer 교수가 처음으로 2000년에 주장하였다.⁴⁷⁾

여기서 2차적 저작물과의 구분의 경우, 소설을 토대로 한 영화는 2차적 저작물 작성권에 속하므로 ‘변형적 이용’이라고 볼 수 없다. 영화가 소설을 변형하였어도 여전히 엔터테인먼트 기능을 하며 원저작물인 소설과 완전히 다른 기능을 수행하지 않는다(Kudon, 2000). 표현 형식의 변형(new mode of expression)이 수반되었을 뿐 이용목적이 달라진 것은 아니다(Reese, 2008).⁴⁸⁾

이와 관련하여 2000년 이전 하급심판결은 ‘변형적 이용’의 개념을 조금씩 다른 의미로 파악하였다. 예컨대, 전화를 통한 라디오 방송 서비스가 문제가 된 Infinity Broadening 사건[Infinity Broadcast Corp. v. Kirkwood, 965 F. Supp. 553, 554(S.D.N.Y. 1997)]에서 고객에게 멀리 있는 도시의 라디오 방송을 라디오 수신기와 전화선을 연결해서 재전송해 주는 ‘Media Dial-Up’ 서비스가 기능적으로 라디오방송과 다른 서비스이므로 변형적 이용이라고 본 제1심판결과는 달리, 제2 연방항소법원은 레벨 판사의 변형적 이용 개념에 의존하여, 피고의 서비스는 방송에 새로운 의미나 메시지를 추가하지 않았기 때문에, 변형적 이용이 성립되지 않는다고 판시하였다. 한편 텔레비전 방송사가 TV드라마 시리즈 제작에서 링골드의 포스터 작품을 세트 디자인의 일부로 사용해서 문제가 된 Ringgold 사건[Ringgold v. Black Entertainment Television, Inc. 126 F.3d 70(2d Cir. 1997)]에서, 제2 연방항소법원은 원저작물과 동일한 장식목적의 이용이므로 변형적 이용이 아니라고 판결하였다.⁴⁹⁾

2000년 이후 하급심법원들은 점차 Campbell 판결에서 실시한 것(Leval 판사의 변형적 이용 개념에 의존하였음)과는 다소 다르게 원저작물의 2차

47) 조연하(주 42), 225 참조.

48) 조연하(주 42), 226 참조.

49) 조연하(주 42), 226~227 참조.

적 이용목적의 변형에 초점을 맞추어 ‘변형적 이용’의 개념을 파악하여 왔다. 즉, 변형적 이용인지 여부의 판단은 원저작물이 창작된 이유와는 다른 목적을 위해 사용되었는지 여부에 의하여 판단한다. 피고가 고치거나 새롭게 추가한 표현적 형태나 콘텐츠(expressive form or content)가 변형적 이용이라고 판단하는 것에 도움이 되기는 하지만, 그 새로운 표현적 콘텐츠가 아니라, 원저작물과는 다른 표현의 목적(expressive purpose)이 더 중요한 요소이다. 예컨대, *Calkins v. Playboy* 사건(한 사진작가가 플레이보이 잡지사를 상대로, 플레이보이 모델이 된 10대 소녀의 고등학교 졸업앨범 사진을 플레이보이 잡지의 중앙에 접혀 있는 큰 사진 속에 게재한 것을 저작권침해라고 주장한 사건)에서, 법원은 고등학교 앨범사진작가의 표현의 목적을 가족과 친구들을 위한 선물로 본 반면 플레이보이 잡지사의 사용은 모델을 개인화함으로써 독자들에게 정보를 제공하고 즐거움을 주기 위한 것이라고 하여 그 표현의 목적이 다르다고 하였고, *Gaylord*가 ‘한국전쟁에서 한정되지 않은 임무를 수행 중이던 군인들’의 조각상을 조각하고, 이 조각상이 눈으로 뒤덮인 모습을 John Alli가 사진 찍었는데, 미국 우정국이 이 사진을 입수하여 크기를 축소하고 이미지를 어둡게 하여 한국전쟁 참전용사를 기리는 우표에 게재한 것이 문제가 된 *Gaylord v. United States*(*Gaylord II*) 295 F.3d 1366(Fed. Cir. 2010) 사건에서, 원래 사진 찍힌 조각상의 모습을 변경하여 우표에 표현함으로써 우표에서의 이용이 매우 다른 표현적 성격과 매우 다른 미적인 목적을 가지고 있음에도, 연방항소 법원은 조각상과 우표가 모두 한국참전용사를 기린다는 표현적 목적을 동일하게 가지고 있다는 이유로 변형적 이용이 아니라고 판단하였다.⁵⁰⁾

③ 저작물 이용자의 이용행위가 윤리적 관점에서 볼 때 적절한지 여부나 이용행위가 ‘부수적’(subordinate) 또는 ‘우발적’(incidental)으로 일어난 행위인지 여부 등도 고려의 대상이 된다.

우리의 구 저작권법 제26조에서 규정하고 있는 “방송·신문 그 밖의 방법에 의하여 시사보도를 하는 경우에 그 과정에서 보이거나 들리는 저작

50) Neil W Netanel(주 43), 747~767 참조.

물”을 특별한 의도 없이 보도 사진 또는 보도 영상에 이용하게 되는 것이 ‘부수적 이용’의 전형적인 예이다.⁵¹⁾

④ 미국 저작권법에는 사적 이용을 위한 복제의 규정이 없어 이를 공정 이용의 법리로 해결하여 왔다. 따라서 그 이용의 목적이 사적인 이용(private use)에 있다는 것도 공정이용 여부의 판단에 중요한 고려사항 중의 하나이다.⁵²⁾

우리 저작권법의 경우에는 사적 이용을 위한 복제에 대하여는 제30조를 두고 있으므로, 기본적으로는 그 규정에 의한 자유이용의 대상이 될지 여부를 판단하면 족하다. 사적인 성격이 강하지만 제30조의 엄격한 요건을 충족하지 못한 경우에 그 이용이 가지는 사적인 성격은 공정이용의 판단에 있어 유리한 요소가 될 수 있다.

⑤ 기업에서의 사용(corporate use)을 위한 기계 또는 전자적인 수단에 의한 복제(Reprographic Duplication)⁵³⁾⁵⁴⁾

개인의 경우에는 자신이 개인적으로 운영하는 사업이나 자신의 직업활동에 결과적으로 도움이 되는 경우도 있지만, 근본적으로는 보다 많은 사람들에게 저렴한 비용으로 용이하게 필요한 정보를 알게 한다는 공익과도 관련이 있다.

그러나 기업의 복제행위는 기업의 존립목적인 영리의 추구하고 연관되어서 행하여지고, 사용료의 부담능력이나 부담규모 면에서 보더라도 기업 내 복제행위는 일반적으로 개인의 복제행위에 비하여 보다 대규모로 조직적으로 행하여지는 것이 보통이며, 기업은 일반 개인의 경우와는 달리 타인의 저작물 사용의 대가를 치른다고 하더라도 이를 생산비용에 산입하여 궁극적으로 소비자에게 부담시킬 수 있다. 따라서 기업의 복제행위에 대하여는

51) 이해완(주 12), 532.

52) 이해완(주 12), 525.

53) William F. Patry, The Fair Use Privilege in Copyright Law, The Bureau of National Affairs, Inc(1985), 190~194 참조.

54) 우리나라의 한국복사전송권협회 홈페이지(<http://www.copyright.or.kr/>)에 ‘이용허락’에 관한 안내에서 ‘복사업소, 기업체, 관공서의 복사사용료 산출방법’을 안내하고 있는 점에 비추어, 기업체 내부의 무단 복사에 대하여는 복제권 침해로 보고 있음을 알 수 있다.

소비자에게 분산시킬 수 있는 저작물의 사용대가를 면제하여 주면서까지 저작권자의 경제적 이익을 희생시킬 이유가 없다.⁵⁵⁾

이와 관련하여 다음과 같은 사례가 있다.

Harper & Row, Publishers, Inc. v. American Cyanamid Co.(1982): 기업 내부의 복사(photocopy) 관행에 대하여 제기된 첫 번째 소송이다. 이 사건에 대한 settlement⁵⁶⁾는 1982. 3. 9. 있었는데, American Cyanamid는 그중에서도 특히 Copyright Clearance Center⁵⁷⁾(이하 ‘CCC’라고 한다)에 사용자로 등록하고, 회사의 시설 내에서 이루어지는 비(非)라이선스된(nonlicensed) ‘CCC 등록 저작물’(CCC-entered material)에 대한 복사에 대하여 로열티(royalty fee)를 지급하고, 외부 소스(outside sources)에서 지급하였다거나 지급할 것이라는 문서에 의한 통지가 없는 한, 도서관 간의 협약, 문서공급원(document-supply sources) 등을 통하여 외부 소스로부터 수령하는 비(非)라이선스된 ‘CCC 등록 저작물’에 대하여도 로열티를 지급하기로 합의하였다.

Harper & Row, Publishers, Inc. v. Squibb Corp.(1982): Squibb Corporation 이 CCC에 등록된 학술 및 기술저널(scientific and technical journals)에 대한 저작권을 침해하였음을 주장하며 제기된 사건이다. Settlement는 American Cyanamid 사건과 거의 동일하게 이루어졌다.

Pfizer. Inc.(1983): 1983. 1. 17. 화이저는 자발적인 합의에 의해, 공정이용

55) 이형하, “미국저작권법상의 공정이용”, 재판자료(58), 690~691.

56) settlement는 법원의 도움 없이 당사자 간에 체결한 법률 분쟁에 대한 합의를 말한다.

57) Copyright Clearance Center는 1977년 저작권자들에 의하여 설립된 저작물의 복사(photocopy)에 대하여 저작권자가 받을 fee를 징수·배분을 하는 비영리단체(not-for-profit corporation)이다. 자신의 저작물을 CCC에 등록함으로써, 저작권자는 CCC에 사용자로 등록한 다른 사람들에게 복사(photocopy)를 허락하게 되고, 등록된 사용자들은 저작권자나 CCC로부터 개별적인 허락을 얻을 필요 없이 규정된 fee를 CCC를 통해 지급한다. CCC는 여러 형태로 이용허락을 제공하고 있다. fee는 카피의 장당 지급하거나 포괄이용방식(blanket license)에 의해 지급될 수 있다.

58) 우리나라에서도 2000년 사단법인 한국복사전송권협회가 정식 발족하였다. 협회는 권리를 위탁받은 저작물의 복사 및 전송에 관한 이용허락계약의 체결, 사용료의 징수 및 분배에 관한 사업, 저작물의 국민적 이용확대와 조사연구, 출판, 홍보 및 지원에 관한 사업, 저작물의 불법 복제를 방지하기 위한 사업 등을 한다. 저작물의 복사권 또는 전송권 등을 가진 자로부터 권리행사의 위탁을 받아 복사권 또는 전송권 등을 관리하는 법인·단체 또는 기관 중 협회의 설립취지에 찬동하고 당해 권리를 위탁한 자 등을 회원으로 한다.

에 해당하거나 보고할 필요 없는 복사에 해당하여 로열티의 지급에서 제외될 수 있는 복사의 비율을 확정하는 대신 다량으로 복사하는 것과 한 부 복사하는 것(single copying) 모두에 대하여 CCC에 로열티를 지급하기로 합의하였다. 다만 화이저는 화이저 직원에 의하여 연구 목적을 위하여 한 부 복사하는 것들은 ‘공정이용’에 해당한다고 주장할 수 있는 권리를 보유하는 대신, 저작권자가 화이저의 공정이용 주장에 대하여 자유롭게 부인할 수 있음을 인정하였다.

Schuchart & Associates v. Solo Serve Corporation(1983): 1983. 6. 28. 내려진 장황한 판결에서 저작권법의 모든 면을 실질적으로 검토한 후, 텍사스 서부지구의 연방지방법원 판사 William Sessions는 다른 건축회사의 미공표 건축계획을 복사(photocopying)한 것에 대하여 공정이용에 해당한다는 주장을 배척하였다. 쇼핑센터개발자로부터 위임을 받아 원고는 계획된 체인 백화점(chain department store)의 건축 및 토목에 관한 도면과 상세설명서를 작성하였다. 도면과 상세설명서를 작성한 직후, 백화점 회사 사장은 이들 도면과 상세설명서의 사본을 쇼핑센터의 두 번째 스토어에 관한 작업을 맡은 다른 건축회사에 주면서, ‘두 번째 스토어도 첫 번째처럼 되었으면 좋겠다’고 말하였다.

법원이 확정한 사실에 의하면, 두 번째 건축회사는 이들 도면 등을 복사하고, 원고의 건축 도면의 7.7%, 건축 상세설명서의 58.8%, 토목 도면의 25%, 토목 상세설명서의 40%를 자신의 계획의 일부분으로 하였다. 피고는 ‘공정이용’을 주장하였다. 이 주장을 검토함에 있어 법원은 먼저 “법률은 어느 특정 저작물의 사용이 ‘fair’한 것인지 결정함에 있어 자동적으로 적용될 규정을 두고 있지 않다. 법률은 ‘fair’라는 단어를 그 단어가 가지는 영어의 느낌, 즉 ‘바르거나 공정하다’는 뜻으로 사용하지 않았다.”고 하면서, 법률상의 네 가지 고려요소를 순서대로 논하였다.

먼저 피고들의 사용 목적에 관하여 보면, 피고들의 복사는 공공의 이익(public benefit)을 위한 것이 아니라 오히려 사적인 상업적 이익(private commercial gain)을 위한 것이므로, 저작권법 제107조의 첫 번째 고려요소는

fair use의 인정을 방해한다고 법원은 결론지었다. 두 번째 고려요소, 원고 저작물의 성질도 그 저작물이 미공표된 것이고 미공표된 저작물에 대한 fair use 법리의 적용은 제한되어 있으므로 fair use에 불리하게 작용하고 있다고 판단하였다. 그리고 피고는 원고 저작물의 실질적인 양을 무단으로 도용하였고, 피고의 사용은 원고와 동일한 기능을 수행하므로 잠재적으로 원저작물의 시장 또는 원저작물의 가치를 손상시킨다고 판단하였다.

⑥ 정부 및 사법부의 이용(Governmental and Judicial Use)⁵⁹⁾

Time, Inc. v. Bernard Geis Associates 사건(1968)에서 법원은 “저작자의 허락 없이 저작물을 사용할 수 있는 특권이 미국에게는 없는 것으로 보인다.”라고 판시하였다. 법원이 지적하는 것처럼, 28 U.S.C. §1498조 (b)항⁶⁰⁾은 저작권 침해에 대하여 Court of Federal Claims에 제소할 수 있다고 규정하고 있다. 주(states)나 그 산하기관들도 수정헌법 제11조⁶¹⁾에 의하여 제한되는 경우를 제외하고는 책임으로부터 면제될 수 없다.

입법보고서(legislative reports)는 ‘저작권에 대한 1961년 보고서’를 인용하면서, 입법 및 사법에서의 절차 또는 보고서(legislative or judicial proceedings or reports)에서의 저작물의 복제는 fair use일 수 있다고 기재하고 있다. 의회보고서에는 다음과 같은 주석이 담겨 있다. 즉 “위원회는 의회의 청문절차나 서류(Congressional hearings and documents)에서 저작권 있는 저작물을 배포(publication)⁶²⁾하는 문제에 대하여 고려하여 왔다. 배포된 저작물이나

59) William F. Patry(주 53), 409 참조.

60) 미국 사법 및 사법절차법(Judiciary and Judicial Procedure) 1468조에 의하여 미국의 저작권법에 의하여 보호받는 어떠한 저작물에 대한 저작권이 미국, 미국이 소유하거나 제어하는 기업이나, 미국을 위해 일하는 계약자, 부계약자 등에 의해 정부의 승인이나 동의하에 침해된 경우, 권리자는 Court of Federal Claims에 미국을 상대로 제소할 수 있다고 규정되어 있다.

61) The judicial power of the United States shall not be construed to extend to any suit in law or equity, commenced or prosecuted against one of the United States by citizens of another state, or by citizens or subjects of any foreign state.

62) 미국 저작권법 101조는 publication에 대하여 다음과 같이 정의하고 있다. “Publication” is the distribution of copies or phonorecords of a work to the public by sale or other transfer of ownership, or by rental, lease, or lending. The offering to distribute copies or phonorecords to a group of persons for purposes of further distribution, public performance, or public display, constitutes publication. A public performance or display of a work does not of itself constitute

초록의 길이, 승인된 복사본의 수가 합리적이고, 그 저작물 자체가 정당한 입법의 문제와 직접적으로 연관되는 경우, 위원회는 그 배포가 fair use라고 믿는다.”

경찰이나 검찰의 수사(investigation) 또는 법원의 소송절차(litigation)에서의 저작권 있는 저작물 이용이 공정이용에 해당한다는 판결은 다수가 존재한다. 수사(investigation)와 소송(litigation) 사건에서의 공정이용 분석의 주된 초점은 그 이용의 ‘유익한 진실발견 기능’(salutary truth-seeking function)에 있어 왔고, 또 그래야만 한다. 수사하고 다툼을 판정하기 위한 목적으로 반복적으로 복제하는 것은 저작물이 창작되고 이용되려 하였던 원래의 목적과는 상호 관계없이 독립적이다(orthogonal). 더욱이 수사과 소송을 위한 이용은 일반적으로 그 저작물의 시장을 해칠 우려가 없다. 법원도 이러한 관점에서 수사과 소송을 위한 이용은 공정이용으로 추정한다.⁶³⁾

저작물에 대한 사법부, 입법부, 행정부의 이용에 대하여는 판례가 없지만, 그 저작물이 합법적인 정부의 의사결정 또는 다른 활동에 적절한 투입이 되는 한,⁶⁴⁾ 이들 이용은 마찬가지로 넓은 공정이용에 해당한다. 예를 들어 Campbell 사건 등의 연방대법원판결에서 다툼이 되고 있는 ‘Oh, Pretty Woman’의 가사를 인용할 것을 고려하여 보면 그러하다. 이들 판결은 다툼이 되는 이용을 복제함으로써 더 유익하고(informative) 정확하게 되었다. government actor가 저작물 시장에 해를 끼치면서 저작물을 소비적으로 이용(consumptive use)하는 것까지 완전히 저작권 침해로부터 면책되는 것은 아니다.⁶⁵⁾

publication.

63) Pamela Samuelson, “Unbundling Fair Uses”, Fordham Law Review Vol. 77, No. 5(2009), 2594~2596면 참조, <http://fordhamlawreview.org/articles/unbundling-fair-uses>에서 2012. 12. 13. 검색하였다.

64) 원문은 “insofar as copyrighted materials are relevant inputs to legitimate governmental decision-making and other activities”이다.

65) Pamela Samuelson(주 63), 2596~2597 참조.

나) 이용되는 저작물의 성격

① 개요

이용되는 저작물이 공표된 저작물인지 미공표 저작물인지 여부 등을 고려한다. 미공표 저작물이라는 점은 공정이용의 인정에 불리한 요소로 작용한다.

이용되는 저작물이 ‘사실적 저작물’(factual work)인지 ‘허구적 저작물’(fictional work)인지 여부 등을 고려한다. 사실적 저작물 중 창작성 있는 표현을 이용하지 않고 그 안에 포함된 사실, 정보, 아이디어 등만을 가져다 이용하는 것은 원래부터 저작권자의 허락 없이 자유롭게 할 수 있는 것이므로, 공정이용의 문제가 생기지 않는다. 공정이용 여부가 문제되는 것은 사실적 저작물의 창작성 있는 표현까지 이용하게 되는 경우이다.

공정이용의 판단에 있어서 이 고려요소가 가지는 중요성은 상대적으로 낮은 편이므로, 이 요소가 가지는 영향을 과대평가하여서는 안 된다. 즉 사실적·정보적 성격의 저작물이라고 하더라도 그것이 인간의 사상, 감정을 창작성 있게 표현한 것으로 저작물로 보호되는 것인 이상 그에 대해 공정이용을 너무 용이하게 인정하여서도 안 되고, 창조적 성격의 저작물이라고 하여 그것만을 이유로 공정이용의 인정에 있어서 너무 높은 장벽을 세워서도 안 된다.⁶⁶⁾

② 학술 저작물(Scientific Works)⁶⁷⁾

학술저작물을 같은 분야에 있는 학자가 공정하게 사용하는 것은 그 사용 목적이 비평, 논평을 위한 것이거나 그 분야에서 원저작물을 토대로 하여 학문을 발전시키기 위하여 사용된다면 공정이용으로 인정된다.

그러나 학술저작물을 학문 이외의 목적으로 사용하는 행위는 공정이용으로 인정되지 않는 경우가 흔하다. 가령 학술논문의 일부를 발췌하여 상업광고에 사용하거나, 독자들의 흥을 돋우기 위한 퀴즈문제로 사용하거나, Sexology라는 외설잡지의 기사에 사용하는 경우 공정이용으로 인정되지 않는다.⁶⁸⁾

66) 이해완(주 12), 537.

67) William F. Patry(주 53), 434~436 참조.

68) 이형하(주 55), 694~695.

Scott v. Stanford 사건[L.R. 3 Eq. 718, 722(1867)]에서 법원은 “이러한 사건에서 법원을 가이드하는 일반적인 원칙은 Folsom v. Marsh 사건(1841)에서의 Story 판사의 다음과 같은 말에 가장 잘 표현되어 있다. 요컨대, 이런 문제를 판단함에 있어 법원은 이용(selection)의 성질과 목적, 이용된 저작물의 양과 질, 그 이용이 판매에 해를 끼치거나, 수익을 감소시키거나, 원저작물을 대체하는 정도 등을 살펴야 한다.”라고 판시하였다. Scott 사건에서 피고의 사용이 유용한 정보를 저렴한 형태로 일반 공중에게 공급한다는 비영리적(정부의) 목적을 위한 것이었음에도, 피고의 저작물의 낮은 가격으로 인하여 원고의 시장에 해를 끼쳤다는 점에 근거하여, fair use가 인정되지 않았음을 유의하여야 한다.

의회가 1976년 저작권법을 개정하기 전 Williams & Wilkins Co v. United States 사건[172 U.S.P.Q. 670(Ct. Cl. 1972), rev'd, 487 F.2d 1345 (Ct. Cl. 1973), aff'd by an equally divided court, 420 U.S. 376(1975)]에서 법원은 수동적인 목적을 위한 과학 저널의 복제는 ‘holding action’으로서 fair use에 해당한다고 판시하였다. 그러나 의회는 1976년 Williams & Wilkins 사건에서와 같은 종류의 복사에 대하여 제107조의 fair use가 아니라 제108조의 도서관에서의 복사에 의해서만 책임이 면제될 수 있는 것으로 법률을 개정하였다. 하지만 이것이 개인 과학자의 복사에 fair use의 적용이 없다는 의미는 아니다. 그러한 사용에 대하여는 일반 원리에 의하여 fair use가 되는지를 다시 평가하여야 한다.

다) 이용된 부분이 원고 저작물 전체에서 차지하는 양과 상당성

① 피고에 의하여 이용된 부분의 양과 질 및 중요성을 고려한다.

타인의 저작물 중 일부만을 이용할 경우에 그 양이 극히 적어 양적인 상당성을 갖추지 못할 경우에는 저작권 침해의 요건인 ‘실질적 유사성’이 인정되지 않는 경우가 있을 수 있다. 그와 같은 경우는 공정이용을 따지기 이전에 이미 저작권 침해가 부정된다.⁶⁹⁾

원저작물 전체가 복제되었다고 하여 반드시 공정이용에 해당하지 않는

69) 이해완(주 12), 541.

것은 아니고, 그 목적 또는 성격이 그것을 요한다면 전체가 복제될 수도 있다. 전부 이용을 공정이용으로 인정한 사례들은 다른 고려요소들이 공정이용의 인정에 유리한 경우들로서, 특히 그 이용을 인정함에 따르는 이용자의 이익 및 공익적 가치가 권리자의 손실을 훨씬 상회하고 저작권자의 권리 행사에 따르는 거래비용이 현저히 높은 경우에 그러하다고 할 수 있다.⁷⁰⁾

전체 복사에 대하여는 1976년 저작권법 개정 이전에는 fair use로 인정되지 않았다. 개정 저작권법 제108조에 의하여 classroom copying의 경우 원저작물을 전체 복사하더라도 저작권 제한사유에 해당하게 된다. 그 외 입법 보고서에서 원저작물의 전체 복사임에도 fair use가 될 수 있는 가능성 있는 경우로서 시각장애인을 위한 점자, 1942년 이전의 활동사진에 대한 보존을 위한 복제 그리고 의회의 청문회와 보고서에서의 복제가 언급되었다. 법 개정 이후 Sony 사건[Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc. 464 U.S. 417(1984)]에서 전체 복사가 다시 크게 문제되었다. Sony 사건에서는 프로그램을 나중에 보기 위하여 복사하고 나중에 그것을 지우는 독특한 형태의 복사인 ‘time-shifting’이 문제되었다. 연방대법원은 전체 저작물이 복제되었다는 사정이 fair use에 부정적 영향을 미치지 않는다고 판단하였다.⁷¹⁾

원고 저작물 중 클라이맥스 또는 핵심에 해당하는 실질적으로 중요한 부분을 차용하였다면 비록 그 부분이 양적으로 얼마 되지 않는다고 하더라도 공정이용을 부정하는 요소로 작용한다.

② 피고가 자신의 저작물을 작성하기 위하여 필요한 범위 내에서 이용을 하였는지 아니면 그 범위 이상의 것을 이용하였는지도 고려한다.

라) 이용행위가 원고 저작물의 잠재적 시장이나 가치에 미치는 영향

① Harper & Row 사건에서 연방대법원은 이상의 4가지 고려요소 중 가장 중요한 요소로 보았다.

② 피고의 이용으로 인해 원저작물의 시장에 미치는 유해 효과의 정도와

70) 이해완(주 12), 541.

71) William F. Patry(주 53), 451 참조.

원저작물의 잠재적 시장에 미치는 역효과의 정도 등을 고려한다. 피고의 이용행위가 원고 저작물 또는 그것을 원작으로 하는 2차적 저작물의 시장적 가치를 그다지 훼손하지 않는다면 이는 공정이용이 될 가능성이 높아진다.

피고 저작물이 원고 저작물과 동일 또는 유사한 기능을 수행한다면 이는 원고 저작물에 대한 잠재적 수요를 충족시킬 수 있는 가능성이 있어 공정이용에 해당하지 않을 가능성이 높아진다. 예를 들어 원저작물을 압축, 요약하여 일목요연하게 정리한 인쇄물을 판매할 경우에 원저작물의 수요를 대체하는 효과가 상당히 있을 수 있으므로, 그러한 경우에 공정이용을 인정하기는 어렵다.

시장 경쟁 여부를 판단할 때에 권리자가 이미 진입한 시장만을 고려대상으로 하는 것은 타당하지 않고, 아직 진입하지 않은 시장이라도 권리자가 진입할 것으로 예상되는 시장은 경쟁관계 등을 판단할 때 함께 고려되어야 한다.⁷²⁾

시장에의 영향을 판단함에 있어서 이용자의 저작물 중 원저작물을 이용한 것으로 인한 영향, 나아가 원저작물 중에서도 ‘창작성 있는 표현’에 해당하는 부분을 이용한 것으로 인한 영향만을 고려하여야 하고, 그 나머지 부분, 즉 원저작물로부터 아이디어 등 보호되지 않는 부분을 이용한 것으로 인한 영향은 고려대상에서 제외되어야 한다.⁷³⁾

마) 기타

이상 4가지 고려요소는 예시적인 것이다. 피고 저작물 전체에서 그 이용된 부분이 차지하는 양적·질적 상당성도 고려요소가 될 수 있다.

3) 구체적 사건에서의 공정이용의 법리의 적용

가) American Geophysical Union v. Texaco, Inc. 60 F.3d 913(2d Cir. 1995)⁷⁴⁾

① 사건의 개요

원고들은 83명의 과학 및 기술 저널의 발행자들로서, Texaco사의 연구직

72) 이해완(주 12), 542.

73) 이해완(주 12), 545.

74) Julie E. Cohen 외 3인, Copyright in a Global Information Economy, Aspen Publishers(2006), 585~591 참조.

과학자들이 그들의 저널에서 논문들을 허락 없이 복사함으로써 자신들의 저작권을 침해하였다고 주장하면서, Texaco사를 상대로 집단 소송을 제기하였다. Texaco사는 많은 저널들을 유료로 구독하여 왔다. 예를 들어 Texaco사는 1988년부터 'Journal of Catalysis'(저널 촉매) 3권을 유료로 구독하였다. 원고들은 대표적인 예로서 Texaco사의 많은 과학자 중 Dr. Chickering을 선정하고, 그의 파일철에서 Catalysis의 8개 논문을 복사한 복사본을 저작권 침해로 거시하였다.

제1심법원은 8개의 논문을 복사하는 것은 fair use에 해당하지 않는다고 판단하였고, Texaco사는 항소하였다.

② 항소심판결의 다수의견을 요약하면, 다음과 같다.

㉠ 첫째 요소: 이용의 목적 및 성격(Purpose and Character of Use)

Chickering은 저널의 원본이 그에게 회람되었을 때, 나중에 참고할 목적으로, 8개의 논문을 복사하였다. Texaco사는 저널의 원본을 회람에 돌리면서, 논문을 필요로 하는 과학자들로 하여금 이를 스스로 복사하여 놓도록 하였다. 중요하게도 Chickering은 복사한 논문 중 5개를 전혀 사용한 적이 없었고, 복사한 논문 8개는 모두 장래의 참고용으로만 복사된 것이다.

이들 8개 논문들의 복사는 archival(기록보관)로 성격지을 수 있다. 즉 Texaco사가 저널 원본을 구입하는 대신, 수많은 Texaco사 과학자들의 개인 별로 개인 복사본을 제공하려는 것을 기본 목적으로 한다. 복사는 단순히 원본을 대체하는 것이므로 첫째 요소는 Texaco사에게 불리하다. Texaco사가 이들 복사로부터 직접적으로 상업적인 이익을 얻는 것은 아니지만, Texaco사의 복사는 적어도 Chickering의 연구를 용이하게 함으로써 장래 Texaco사의 수입을 증진시키는 데 영향을 미친다. 이러한 점에 비추어 볼 때, Texaco사가 저작권자에게 저작권료를 지급하지 않는 것이 공정(fair)하다고 보기는 어렵다. Texaco사의 복사는 저작권 있는 원본인 무형의 논문을 기록한 물건만을 변형시킨 것에 불과할 뿐이고, 저작권 있는 저작물을 '변형적으로 이용'(transformative use)한 것으로 볼 수 없다.

아래 제4요소에 보는 바와 같이 CCC(copyright clearance center)가 복제허

락계약(photocopying licensing arrangement)을 체결하는 제도가 출현한 이상, Texaco사의 복제를 합리적이고 통상적인 관행(reasonable and customary practice)이라고 볼 수도 없다.

㉠ 둘째 요소: 이용된 저작물의 성격(Nature of Copyrighted Work)

8개 저작물의 사실적 성격은 이들 저작물이 Campbell 사건에서 언급하는 ‘저작권의 보호 목적을 위한 핵심 범위 내’(within the core of the copyright's protective purposes)에 있다고 보기 어렵게 한다. 따라서 둘째 요소는 Texaco 사에게 유리하다.

㉡ 셋째 요소: 이용된 부분의 양과 실질(Amount and Substantiality of Portion Used)

저널 전체를 복사하지 않고 그 저널 속의 하나의 논문을 복사한 것이기는 하나, 개별 논문들도 독립된 저작권의 보호를 받으므로, Texaco사는 저작물 전체를 복사한 것에 해당한다. 따라서 셋째 요소는 발행인들(원고들)에게 유리하다.

㉢ 넷째 요소: 잠재적 시장과 가치에 미치는 영향(Effect Upon Potential Market or Value)

저널 각 권에 대하여 권별로 사거나 정기구독을 하는 등의 형태로 저널에 대하여는 전통적인 시장이 존재하기만, 저널 속의 개별 논문에 대하여는 전통적인 시장이 존재하지 않는다. 보통 논문 저자들은 실시료(royalty)를 제공하는 발행자에게 그들의 저작권을 판매한다. 학문적·과학적 논문들의 독특한 세계에서는 발행인이 지급하는 실시료라고 하는 것은 단지 발행되었다는 것에 대한 보상일 뿐이고, 발행된다는 것 자체가 저자에게 전문적인 발전이나 영광이 된다. 발행자가 원저작물의 저작권으로부터 발생하는 경제적 이익을 얻기 위한 목적으로 저자들의 논문을 생산·판매하는데 필요한 비용을 부담한다.

중요하게도, 발행자는 전통적으로 저자들의 개별 논문을 저널의 형태, 즉 수많은 논문의 정기적 모음집 형태로 발간·판매하고, 개별 논문의 복사본을 얻을 수 있는 단순하고 효과적인 수단을 제공하지 않으며, 중판(reprint)

은 발행자로부터 bulk 형태로 살 수밖에 없다.

㉠ 추가적인 저널 구독, 과월호(back issue)의 판매: 학문적·과학적 논문의 세계에서는 개별 논문들의 합작(composite work)⁷⁵⁾이 가지는 시장성에 대한 영향은 저널 속의 개별 논문들이 가지는 가치나 시장에 대한 영향과 명확하게 관련되어 있지 않다. 논문들은 요청이 없더라도 자발적으로 저널에 제출되는 점, 발행인은 그 논문들을 발행할 권리나 저작권에 대하여 저자들에게 보상하지 않는 점, 발행자들은 특정한 논문을 새로운 합작(composite work)으로 중판(reprint)하려고 노력하지도 않는 점 등에 비추어 보면, Texaco사의 저작물 이용이 저널의 시장성에 미치는 영향과 관련된 증거들은 Texaco사의 저작물 이용이 저널에 실린 개별 논문의 가치나 시장에 미치는 영향을 평가하는 데 유효적절하지는 않다. 추가적인 저널의 구독이나 과월호의 판매와 관련된 증거는 넷째 요소와 관련하여 어느 쪽으로도 강하게 영향을 미치지 않는다. 복사된 논문들 그 자체에 대하여는 가치를 별로 떨어뜨리지 않는다는 점에서 일부 저널구독료의 상실은 기껏해야 아주 조금 넷째 요소를 발행인에게 기울어지게 할 뿐이다.

㉡ 라이선싱 수익과 라이선스료: 제1심법원은 더 나아가 추가적인 저널구독에 의한 판매와 관련하여, Texaco사의 복사는 발행인들의 저작권 가치에 영향을 미쳤다고 판단하였다. 특히 법원은, 만약 Texaco사의 무단 복사가 허용되지 않는다면, Texaco사는 다큐먼트 배송서비스를 통해 논문들을 얻거나(발행인에게 논문을 복사할 권리에 대한 실시료를 지급하고서), 개별 발행인과 복제허락에 대하여 약정을 체결하거나, CCC(Copyright Clearance Center)로부터 복제허락을 받아야 하므로, 발행인의 수익은 현저하게 증가되었을 것임을 지적하였다.

일반적으로 저작권자가 저작물에 대한 이용허락의 대가로 실시료를 요구할 권리를 가진다는 것과 잠재적인 실시료 수입(potential licensing revenues)에 대한 영향이 넷째 요소를 평가함에 있어 고려하여야 할 적절한 주제라는 것은 다툼의 여지가 없다. 그렇지만 모든 잠재적인 실시료 수입에 대한

75) 저널 각 권을 말한다.

영향이 넷째 요소의 분석 시 포함되는 것은 아니다. 특히 법원은 2차적 사용이 저작물의 가치나 잠재적 시장에 미치는 영향을 검사·평가함에 있어, 전통적·합리적 또는 개발될 것으로 쉽게 예상되는 시장만을 고려함으로써, ‘잠재적인 실시료 수입’의 개념에 대하여 제한을 두어 왔다.

비록 발행인들이 저널 내의 개별 논문들을 직접적으로 판매하고 배포하기 위한 전통적인 시장을 만들지는 못했지만, 그들은 기본적으로 CCC를 통해서 기관이용자들(institutional users)이 복사(photocopying)를 통해 개별 논문에 대하여 자신들만의 복사본을 만들 수 있는 권리를 라이선스할 수 있는 작동 가능한 시장을 만들어 놓았다. 제1심법원은 많은 주요 회사들이 현재 복제 라이선스를 받기 위해 CCC 시스템에 가입하고 있다고 보았다. 저작권법은 명시적으로 저작권자가 저작물을 복제하고 배포할 배타적인 권리를 가진다고 규정하고 있고, 현재 개별 논문들에 대한 이들 권리를 라이선스받을 수 있는 실행 가능한 시장이 존재하고 있으므로, fair use의 분석에 있어 잠재적인 실시료 수입을 감안하는 것이 적절하다.

기본적으로 실시료 수입의 상실과 크지 않은 구독료 수입의 상실에 기초하여, 발행인들(원고들)이 Texaco사의 복사로 인하여 저작권의 가치에 대하여 실질적인 해를 입었음이 입증된다. 넷째 요소도 발행인들에 유리하다.

㉞ 결론: Texaco사가 Journal of Catalysis에서 8개의 특정한 논문을 복사하는 것은 fair use에 해당하지 아니한다.

③ Jacobs, J. 판사의 반대의견은 다음과 같다.

이 사건에서 시장에 대한 해는 오직 복제허락에 관한 가정적 시장(supposed market)에 대한 것일 뿐이다. CCC 체제는 전통적이지도 합리적이지도 않고, 실제 시장으로 발전함에는 실질적 장애가 있다. 이 문제에 대하여는 순환 논리가 있다. 즉 법원이 Texaco사의 공정이용 주장을 배척하지 않는다면 그 시장(CCC를 통한 이용허락시장)이 확고해질 수 없으나, 법률적 관점에서는, 해를 입은 시장이 존재하지 않는다면(다른 요소가 2차적 사용자에게 유리하다고 가정한다) 그 이용을 저작권 침해라고 선언할 수는 없다. 현재 저널 발행인의 아주 적은 수만이 이런 로열티를 받아내려고 하

고 있다. 복제허락에 관한 정상적인 시장이 존재하지 않고 발행인들 사이에 그런 시장이 존재하여야만 한다는 실질적 합의도 존재하지 않으므로, 넷째 요소는 Texaco사에게 유리하다고 할 것이다.

(a) Texaco사와 같은 기관들은 수많은 저널을 구독하고 있는데, 그중의 30%만이 CCC License에 의해 커버되고, (b) CCC 회원이 발행하는 모든 저널들이 CCC License에 의해 커버되는 것도 아니며, (c) CCC에 의해 커버되는 저널들 속의 논문들 모두가 저작권이 있는 것도 아니다. 그리고 CCC로부터 License를 얻었다고 하여 과학자의 어느 논문 복사가 합법임을 보장하지도 못한다.

실제 유통되는 이러한 License 하에서는, 사용자는 논문을 복사할 때마다 저작권 연구에 착수하여야만 한다. 먼저 그는 저널의 발행인이 CCC 회원인지 여부를 확인하기 위해 디렉터리를 찾아야 하고, 만약 그렇다면 그 특정 저널이 CCC 계약에 의하여 커버되는 것인지를 확인하여야 하며, 그 다음 발행인이 실제 논문의 저작권자인지 여부를 확인하여야 한다. 원고 Springer-Verlag의 제작책임자는 제1심에서 어떤 논문이 저작권에 의하여 보호되는 것인지 여부를 구분하는 것은 거의 불가능하다고 증언한 바 있다. 전문가마저 그런 판단을 하기 어려우므로, 실제 거래에서는 지적재산권 변호사를 복사기마다 배치하여야 할 지경으로 보인다.

각 발행인이 가지는 License할 권리가 발행인이 CCC에 회원인지 여부에 의해 결정되도록 하지 않는다면, 시장 전체가 실패할 것이다. 수천 개의 학술잡지가 유통되고 있는 상태에서, 이용자는 수많은 발행인들과 개별적으로 Licensing 수수료를 협상할 수는 없다. 포괄이용허락(blanket license)에 의한 요금부과도 더 나을 것이 없다.

CCC의 존재(또는 CCC와 로열티를 거두는 다른 체제가 행정적으로 참을 만하다는 인식)가 학술논문의 복제를 불공정하다고 보는 주된 근거가 된다는 것을 부정하기는 어렵다. 다수의견은 저작물 이용에 대한 시장이 이미 존재하는 경우 그 이용은 공정하지 않다고 보는 것이 합리적이라고 한다. 그와 같은 견해는 하나의 점에서는 합리적이다. 다수의견은 명시적으로

Catalysis의 논문에 대한 복제허락이 현재 이용가능하지 않다면, 공정이용의 균형을 어떻게 결단하여야 하는지에 관하여 판단하지 않으려고 한다. 더욱이 주로는 라이선스 수입의 상실, 적게는 저널의 판매 및 구독에 기초하여, 중요한 넷째 요소가 발행인에게 기운다고 하였다.

나는 “발행인들이 기본적으로 CCC를 통해서 기관이용자들(institutional users)이 복사(photocopying)를 통해 개별 논문에 대하여 자신들만의 복사본을 만들 수 있는 권리를 라이선스할 수 있는 작동 가능한 시장을 만들어 놓았다.”는 다수의견에 찬성할 수 없다.

나) 학술지 발행자와 특허법인과의 소송

① 개요

㉠ John Wiley & Sons, Ltd.(“Wiley”), and American Institute of Physics (“AIP”) v. McDonnell Boehnen Hulbert & Berghoff LLP(“McDonnell”), and John Doe Nos. 1-10 사건, ㉡ Wiley and AIP v. Hovey Williams LLP(“Hovey”) and John Doe Nos. 1-10 사건, ㉢ Wiley and AIP v. Schwegman, Lundberg & Woessner, P.A.(“Schwegman”) and John Doe Nos. 1-10 사건, ㉣ AIP and Blackwell Publishing, LTD. v Winstead PC(“Winstead”) and John Does Nos 1-10 사건이다.

위 4개의 사건이 2012. 1.경 제소되어 현재 4개의 연방지방법원에 계속 중이다. 이 사건과 그 사실관계가 매우 유사하다(단 건강기능식품의 허가를 받기 위한 것이 아니라, 특허를 받기 위한 것이라는 점에서 차이가 있다).

② 기초적인 사실관계

원고들(Wiley와 AIP)은 학술, 기술 및 의학저널을 발행하는 회사 또는 비영리법인이고, 피고들은 특허법인 및 그 소속 직원들이다. 원고들은 저널을 발행, 판매 및 배포하고, 저널 속의 저작권 있는 콘텐츠에 대한 복제 또는 배포에 대하여 라이선스를 부여하고 있다.

원고들은 피고들이 특허출원을 대리하면서, 특허출원에 관하여 연구하고, 출원서를 제출하고, 출원절차를 진행하는 과정에서, 원고들 저널 속 논문을 무단으로 복제하고, 특허출원서에 첨부할 필요가 있는 경우에는 이를 특허

출원서에 첨부하여 특허청에 배포하였는데, 이러한 무단복제물들은 피고들과 그 고객들의 영리적 이익을 위해 사용되었으므로, 피고들이 이와 같이 내부용으로 무단복제하거나 이를 외부에 배포하는 것은 원고들의 저작권 또는 배타적인 이용권을 침해하는 것이라고 주장하고, 저작권의 침해금지 및 손해배상을 청구하였다.

침해대상 저작물로 AIP와 Wiley는 각 1개의 저작물을 거시하고, 이에 한정되지 않는다고 주장하였다.

③ 소송 제기 전 발표된 미국 특허청의 제안서⁷⁶⁾

위 소송이 제기되기 전인 2012. 1. 19. 미국 특허청(USPTO)의 법무팀장은 ㉠ 특허청이 저작권 있는 비특허문헌(non-patent literature, 이하 ‘NPL’)을 복제하고 이를 심사과정에서 출원인에게 제공하는 행위, ㉡ 특허청이 저작권 있는 NPL을 포함하여 전체 출원서류의 인증등본을 수수료를 받고 공중에게 제공하는 행위, ㉢ 출원인이 저작권 있는 NPL을 복제하고 이를 특허청에 제출하는 행위가 공정이용에 해당하는지 여부(이 부분이 이 사건과 관계가 있음)에 관한 제안서를 발표하였다.

위 제안서 중 ㉢항에 대한 결론은 다음과 같다. 특허출원인과 그 대리인은 특허청의 공개요건⁷⁷⁾에 따라 때로 저작권 있는 NPL을 복제하고 이를 특허청에 제출하고 있는데, 특허청은 이는 공정이용에 해당한다고 생각한다. 단 출원과정에서 추가로 복제한 것(예컨대 출원인, 다른 변리사나 발명자를 위하여 복제하거나 장래 사용할 목적으로 복제하는 것)이 공정이용에 해당하는지 여부에 대하는 의견을 표명하지 않는다.

근거는 다음과 같다. ㉣ 첫째 요소: 출원인은 법에 의해 선행기술문헌을 제출할 것을 요구받고 있으므로 첫째 요소는 특허정보보다도 더 강하다. 출원인이나 특허법인이 영리단체이기는 하지만, 그것만으로 그들의 선행기술문헌제출이 곧 ‘영리적 사용’이라는 요건을 충족하는 것은 아니다. 오히려

76) 미국 특허청이 2012. 1. 19. 발표한 제안서

77) 연방규칙 제37장 제1.56조(37 C.F.R. §1.56)는 특허신청을 하는 자는 “특허성에 관하여 중요하다고 생각되는 모든 아는 정보를 공개”하도록 요구하고 있다. 출원인은 이 의무를 제37장 제1.97조(37 C.F.R. §1.97)에 따라 정보공개서(Information Disclosure Statements)를 제출하고 있다.

쟁점은 출원인이 통상 지불할 돈을 지불하지 않고 저작물을 ‘부당이용’(exploiting)하였는지 여부이다(Harper & Row 참조, 영리와 비영리의 차이의 핵심은 유일한 동기가 금전적 이익인지 여부가 아니라, 사용자가 통상의 돈을 지불하지 않고 저작물을 부당이용함으로써 이득을 보았는지 여부라고 한다). 출원인이 저작물을 부당이용(exploiting)하는 것이 아니라, 법률 요건을 충족하기 위하여 저작물의 표현적 콘텐츠(expressive content)가 아니라 저작물의 사실적 콘텐츠에 기초하여 단순히 그것을 제출하는 것인 점을 고려하여 보면, 첫째 요소는 출원인에게 훨씬 유리하다. 더욱이 그러한 사용은 특허청의 저작물 사용과 마찬가지로[법원은 원저작물과는 다른 기능을 위하여 다른 맥락으로 저작물을 이용한 경우 ‘변형적 이용’이라고 판단하여 왔다. 예를 들어 A. V. ex rel. Vanderhye v. iParadigms, LLC, 562 F.3d 630(4th Cir. 2009) 사건에서 법원은 표절이 있는지를 찾아내고 이를 줄일 목적으로 저작물의 전체 복제를 이용한 데이터베이스를 만드는 것은 ‘변형적 이용’이라고 하였다. 법원은 저작물의 사용이 ‘변형적’이기 위해서 원저작물을 변경하거나 추가할 필요가 없고 오히려 원저작물에 추가가 없더라도 그 기능이나 목적에서 ‘변형적’일 수 있다고 판단하였다. 특허청은 특허출원을 심사할 목적으로 출원발명의 어떤 특징이 이미 선행기술에 있는지, 선행기술의 측면에서 그것이 자명한지 여부를 뒷받침하기 위하여 NPL을 사용한다. 앞서 본 판례에 따르면 특허청이 심사절차에서 NPL을 사용하는 것은 ‘변형적 이용’에 해당함] ‘변형적 이용’에 해당한다. ㉠ 둘째 요소: 사실적인 저작물은 표현적인 저작물보다 표현을 덜 받는다고 할 수 있고, 또한 간행된 저작물은 간행되지 않은 저작물보다 덜 보호받는다고 볼 수 있다. ㉡ 셋째 요소: 특허청에 제출하는 자료는 특허심사를 위한 쟁점에 한정되는 자료들로 한정되고 있지만, 경우에 있어서는 논문 전체가 관련 있을 수도 있다. ㉢ 넷째 요소: 특허청에 제출하는 논문을 위한 시장성을 해친다고 판단할 수 없다. 또한 특허청에 제출되는 복사본들은 통상 합법적이고 이용허락을 받은 데이터베이스로부터 얻어진 것들로서 이미 어느 단계에서 저작자에게 돈이 지급되었음에 주목하여야 한다. 저작권자는 그 사용(특허

시스템이 부당한 법적 요건이 없었다면 발생하지 않았을)에 대하여 이미 보상을 받았다. 그러한 사실은 아마도 출원인의 저작물 이용이 그 저작물에 대한 시장에 해를 끼쳤는지 여부의 판단에 관련이 있다. 아무튼, 출원인이 특허청에 NPL을 제출하는 것이 제출된 NPL 시장에 부정적인 영향을 미친다고 볼 아무런 근거가 없다. 특허청은 출원인에게 그들이 라이선스를 통해 NPL의 복사본을 취득하는 경우 그 라이선스로 어디까지 NPL을 이용할 수 있는지를 검토하라고 주의를 주고 있다.

④ 소송의 경과⁷⁸⁾

2012. 6. 12. CCC는 Hovey와 CCC 간에 연간 라이선스계약을 체결하였음을 발표하였다. Hovey와의 소송은 합의로 종결되었고, 그 합의 내용은 비밀에 붙여졌다.

2012. 7. 2. Schwegman의 소각하신청에 대한 기각 결정이 있었다. Schwegman은 미네소타 연방지방법원에 “저작권침해소송은 유효한 저작권자임과 원저작물의 독창적인 부분을 복사하였다는 점을 주장하여야 하는데, 원고는 이 둘 중 어느 것에 대하여도 충분한 사실을 주장하지 않았다.”고 주장하면서, 소각하신청(motion to dismiss)을 하였다. ‘배포’(publication)와 관련된 Schwegman의 주장, 즉, 미국 특허청은 저작권법상 ‘공중’(the public)에 해당하지 않는다는 주장에 대하여, 미네소타 연방지방법원은 2012. 7. 2. Epcon Crp., Inc. v. Danbury Farms, Inc., 28 F.App'x 127, 129-30(3d Cir. 2002)(건축계획승인을 받기 위하여 건축도면을 제출하는 것은 ‘배포’에 해당하지 않는다), CSM Investors, Inc. v. Everest Dev., Ltd. 840 F. Supp. 1304, 1313(D. Minn. 1994) 등의 여러 사건에서 상당수의 법원이 “행정청에 제한적으로 배부(distribution)하는 것은 저작권법상 ‘배포’가 아니다.”고 판시하여 오기는 하였지만, 피고가 이 문제에 관하여 opening brief(변론요지서)에서 한 문장만으로 다뤘기 때문에 원고가 이 문제에 대하여 충분히 주장할 기회를 부여받지 못하였고, 그뿐만 아니라 피고가 드는 선례들 중 어느 것도 미국 특허청이 특허법 제

78) Mark Fisher, Paul Sennott, “Lawyers and Copyright: Copyright in the House”, 2012. 12. 12. 미국 CCC의 홈페이지에서 검색하였다.

106조 제3항의 공중이 아니라고 판시한 것은 없으며, 일부 법원은 공공기관에 저작권있는 저작물을 제출하는 것은 상황 여하에 따라서는 배포(publication)에 해당할 수 있다고 판시하기도 하였으므로[Progressive Corp. v. Integon P&C Corp., 947 F.2d 942(Table), 1991 WL 218010, at *2-3 (4th Cir. 1991)], 원고의 배포권 침해 주장이 그 주장 자체로 이유 없다고 볼 수 없다고 하면서, 피고의 신청을 기각하였다.⁷⁹⁾

특허청은 2012. 7.경 남은 세 소송에 보조참가하였다. 피고들은 출원절차나 정보공개서(Information Disclosure Statement)에 사용하기 위하여 내부적으로 논문을 복사하는 것은 공정이용이라고 주장하였다. 이 주장은 미국 특허청의 출원에 대한 제한적인 공표, 강한 공공의 이익, 특히 알고 있는 선행기술의 제출을 요구하는 법률 규정에 근거하고 있다. 선행기술을 제출하지 않는 것은 특허청에 대한 사기가 성립될 가능성이 있다.

2012. 9. 18. 원고들은 Schwegman과의 소송에서 “법률 규정을 충족하기 위하여 특허청에 제출하기 위하여 복사하는 것, 이들 복사물을 특허청에 전송하는 것, 내부적으로 특허청에 전송했다는 자료를 남기기 위해 복사하는 것도 무단복제에 해당한다.”는 주장을 철회하였다. 하지만 원고들은 다른 복사 및 전송은 저작권 침해에 해당한다는 주장을 계속하였다.⁸⁰⁾

다. 이 사건에서의 검토

가사 구 저작권법하에서도 일반조항으로서 공정이용법리가 적용된다고 본다 하더라도, 다음과 같은 이유로 피고인의 행위는 공정이용에 해당한다고 보기 어렵다.

① 이용의 목적 및 성격

기업 내부에서 영리의 목적으로 복제한 것이고, 표현의 목적(expressive purpose)이 원저작물의 그것과 같으므로 ‘변형적 이용’이 아니라 ‘대체적인 이용’에 해당한다. 이 사건 논문은 원래 X社가 개별인정형 기능성 원료 인

79) 미네소타 연방지방법원의 memorandum opinion and order 참조, 2012. 12. 13. <http://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/>에서 검색하였다.

80) 2012. 12. 16. <http://www.patentlyo.com/patent/copyright/>에서 검색하였다.

정을 받을 목적으로 甲 등이 임상 연구하여 발표한 논문인데, 피고인은 이 사건 논문의 복제본을 X社와 동일하게 자신의 수입제품에 대하여 개별인정형 기능성 원료의 인정을 받을 목적으로 사용하였기 때문이다.

이 사건 논문의 복제물의 경우에는 그 제출이 강제되어 있지 않을 뿐만 아니라(반드시 이 사건 논문을 제출하여야 하는 것은 아니다), 원저작물과 그 이용되는 표현 목적도 동일하므로, 피고인의 행위를 미국 특허청이 미국의 소송과정에서 ‘공정이용’이라고 견해를 표명한 바 있는 ‘특허출원과정에서 선행기술문헌을 복제하여 제출하는 행위’와 같다고 보기는 어렵다.

따라서 공정이용의 인정에 부정적으로 작용한다.

② 이용되는 저작물의 성격

이 사건 논문은 ‘사실적 저작물’이다. 공정이용의 인정에 긍정적으로 작용하기는 하나 이 고려요소의 중요도는 그리 높지 않다.

③ 이용된 부분이 원고 저작물 전체에서 차지하는 양과 상당성

이 사건 논문 전체가 그대로 복제되었다. 공정이용의 인정에 부정적으로 작용한다.

④ 이용행위가 원고 저작물의 잠재적 시장이나 가치에 미치는 영향

이 사건 논문의 복제물이 인터넷을 통하여 값싸게 제공되고 있고, 미국의 CCC만큼 활성화된 것은 아니지만 우리나라에도 한국복제전송권협회가 활동하고 있으며, 도서관을 통하여서도 정당하게 이 사건 논문의 복제물을 받을 수 있었음에도 피고인은 저작권자의 승낙 없이 그 비용을 지불하지 않고 이 사건 논문을 복제하여 사용하였으므로, 원저작물에 대한 현재 시장 및 잠재적인 시장에 영향을 미친다. 기소된 범죄사실로는 피고인이 복사한 부수가 1부에 불과하나, 입증할 수 있는 것이 그 정도라는 것이고 다른 목적을 위해서 내부적으로 더 복사하였을 것으로 보인다. 공정이용의 인정에 부정적으로 작용한다.

⑤ 이상을 종합하면, 피고인의 이 사건 논문 복제행위는 미국법상의 공정이용에 해당한다고 보기 어렵다.

우리나라에서 공정이용 조항의 역할을 하여 왔다고 평가되는 구 저작권

법 제28조의 공정인용은 미국법상의 공정이용에 비하여 적용범위가 좁으므로, 피고인의 행위가 미국법상 공정이용에 해당하지 않는 이상 당연히 구 저작권법 제28조의 공정인용에도 해당하지 않는다.

4. 추가검토

가. 구 저작권법 제23조의 ‘행정목적에 위한 내부자료로서의 복제’에 해당하는지 여부⁸¹⁾

1) 구 저작권법 제23조에 대한 일반론

가) 외국의 입법례⁸²⁾

① 이태리

저작권법 제67조 저작물 또는 저작물의 부분은, 출처 또는 저작자의 성명을 표시하는 것을 조건으로, 사법절차 또는 행정절차에 사용하기 위해 복제할 수 있다.

② 중국

저작권법 제22조 다음 각 호의 경우에는 저작권자의 허락이 없이, 그 저작권자에 보수를 지급하지 않고, 저작물을 사용할 수 있다. 다만 저작자의 성명 또는 저작물의 제호를 명시하여야 한다. 또한 저작권자가 이 법률에 기하여 향유하는 다른 권리를 침해하여서는 아니 된다. (7) 국가기관이 공무를 수행하기 위해 합리적인 범위 내에서 이미 공표된 저작물을 사용하는 경우

③ 오스트리아

저작권법 제43조(사법절차 또는 전문적인 조연을 위한 복제) (1) 언어, 연극, 음악 또는 미술저작물에 대한 저작권은, 사법절차 또는 그 보고를 위한 행위에 의해서는 일체 침해되지 않는다. (2) 언어, 연극, 음악 또는 미술 저작물의 공정이용은, 이하의 어느 사람이 전문적 조연을 하기 위하여 이용하는 경우에는, 당해 저작물에 대한 저작권의 침해에 해당하지 않는다.

81) 피고인의 복제행위가 구 저작권법 제23조에 해당함이 명백하다면, ‘상고법원은 판결에 영향을 미친 법령위반이 있는 때에는 상고이유에 포함되지 아니한 사유도 직권으로 심판할 수 있다’는 형사소송법 제384조의 규정에 의하여 이를 직권으로 심판하여야 한다.

82) 半田正夫・松田政行 편, 저작권법 코멘타르 2권, 勁草書房(2009), 343~350 참조.

(a) 변호사, (b) 1990년 특허법에 기하여 특허변호사로 등록된 자, (c) 1995년 상표법에 기하여 상표변호사로 등록된 자

④ 영국⁸³⁾

저작권법 제45조(의회 및 재판절차) (1) 저작권은 의회절차 또는 재판절차(parliamentary or judicial proceeding)를 목적으로 하여 행하여지는 어떠한 행위에 의해서도 침해되지 않는다. (2) 저작권은, 그와 같은 절차를 보도하는 것을 목적으로 하여 행하여지는 어떠한 행위에 의해서도 침해되지 않는다. 다만 이는 그 자체가 그들 절차에서 발행된 보고(報告)인 저작물의 복제를 허용하는 것으로 해석되어서는 아니 된다.

⑤ 프랑스⁸⁴⁾

제331조의4 이 법전 제1편에서 규정한 권리에 의하여 공안의 목적으로 행하거나, 또는 법률에 규정된 사법적 또는 행정적 통제에 대한 의회의 절차 수행을 위하여 필요한 행위를 방지할 수 없다.

프랑스는 사적 복제보상금제도(제3편 제1장 제311조의1 이하)를 두고 있고,⁸⁵⁾ 저작물의 공표로 복사기에 의한 복제권은 집중관리단체에 양도되는 것(제122조의10)으로 규정하고 있다.⁸⁶⁾

⑥ 독일⁸⁷⁾

저작권법 제45조(소송 및 공공의 안전) (a) 법원, 중재원 또는 관청의 절

83) 오스트레일리아, 그리스, 인디아, 아일랜드, 스페인과 싱가포르도 이와 비슷하게 규정하고 있음.

84) 한국저작권위원회, 프랑스 저작권법, 경성문화사(2009) 참조.

85) 제311조의1; ① 음반 또는 비디오그램에 고정된 저작물의 저작자, 실연자, 그 음반제작자와 비디오그램의 제작자는 제211조의3, 제2호(인접물의 사적목적 복제) 및 제122조의5의 제2호(저작물의 사적목적 복제)에 명시된 요건에 따라 행하여진 전술한 저작물에 대한 복제에 대하여 보상금을 받을 권리를 가진다.

② 그 밖의 모든 매체에 고정된 저작물의 저작자 및 발행자도 마찬가지로 제122조의5 제2호에 규정된 요건에 따라 디지털 기록 매체에 행하여진 복제를 근거로 사적복제보상금에 대하여 권리를 가진다.

86) 제122조의10; ① 저작물의 공표로 복사기에 의한 복제권은 제3편 제2장(집중관리)에 따라 규정되고 문화부장관으로부터 인가를 받은 집중관리단체에게 양도된다. 인가를 받은 집중관리단체는 신탁받은 권리의 관리를 목적으로 단독으로 이용자와 모든 계약을 체결할 수 있다. 다만 판매, 대여, 광고나 판매촉진을 목적으로 하는 복제권 이용계약에 관하여는 저작자 또는 그의 승계인의 동의를 얻어야 한다. 저작물을 공표한 날 저작자나 승계인에 의하여 양수인으로 지정된 자가 없는 경우에는 인가받은 집중관리단체를 이 복제권의 양수인으로 본다.

87) 한국저작권위원회, 독일 저작권법, 호정씨인피(2010) 참조.

차에서 사용하기 위해 저작물 개개의 복제물을 제작하거나 제작시키는 것은 허용된다. (b) 법원 및 관청은 재판 혹은 공공의 안전을 위하여 초상을 복제하거나 혹은 복제시킬 수 있다. (c) 위 복제와 동일한 요건에서 저작물을 배포, 공개 전시 및 공개 재현하는 것도 허용된다.

위 조항은 다음과 같이 해석, 운용되고 있다. 재판 및 행정 절차의 수행을 위해서는 종종 법원, 관청 혹은 절차의 참여자 입장에서 입증의 목적으로 혹은 여타의 사유로 저작물의 복제가 필요하다는 점에서, 저작권법 제45조는 이러한 절차에서의 저작물 복제를 허용하고 있다. 여타의 조건을 만족하는 한, 독일 저작권법 제45조 제1항에 의해 절차의 모든 참여자, 예를 들어 당사자, 공동 당사자, 절차에 관한 대리인, 감정인, 조연자, 증인 등은 저작물을 복제 혹은 복제를 시킬 수 있다. 법원 혹은 관청의 별도의 명령이 없이도 이러한 저작물을 복제할 수 있다.

독일 저작권법 제45조에서 절차라 함은 구체적으로 해당 기관이 외부에 대하여 행하는 것을 대상으로 하는 모든 과정을 의미한다. 특히, 특허부여 절차에서는 발명의 신규성 등과 관련하여 과학적 저작물 혹은 논문 등이 대규모로 이용되고 있다는 점에서, 저작권법 제45조는 특허부여 절차에서 특별한 의미를 지니고 있을 뿐만 아니라 향후 소프트웨어 관련 침해절차에서 중요성이 증대될 수 있다.

한편 독일은 제54조로 사적 복제가 예상되는 기기를 제작하는 자에 대하여 상당한 보상의 청구권을 인정하고 있고,⁸⁸⁾ 이 청구권은 오직 관리단체를 통해서만 행사될 수 있도록 규정하고 있다.⁸⁹⁾

⑦ 미국

미국의 경우는 본조와 같은 구체적인 조문은 없다. 앞서 본 바와 같이,

88) 제54조 (보상의무) ① 저작물의 성질상, 제53조 제1항 내지 제3항에 의한 복제가 예상될 수 있다면, 저작물의 저작자는 그 유형만으로 혹은 다른 기기, 저장매체나 다른 부속물과 함께 그러한 복제가 행해지도록 이용될 수 있는 기기 및 저장매체의 제작자를 상대로 상당한 보상의 지급청구권이 있다.

② 제1항에 의한 청구권은 사정상 위 기기 혹은 저장매체가 본 법의 적용범위에서 복제행위에 이용되지 않으리라 예상될 수 있는 한도에서 제외된다.

89) 제54조h (관리단체: 보고의 처리) ① 제54조 내지 제54조c, 제54조e 제2항, 제54조f 및 제54조g에 따른 청구권은 오직 관리단체를 통해서만 행사될 수 있다.

사법부, 입법부, 행정부가 합법적인 의사결정과 다른 활동에 사용할 목적으로 복제하는 것은 제107조 소정의 공정이용에 해당한다는 것이 학설이다. 당사자가 행정 목적을 위하여 복제하는 행위가 공정이용에 해당하는지에 관하여는 학설, 판례는 없고, 현재 알고 있는 선행기술 공개의무에 따라 비특허문헌⁹⁰⁾을 복제하여 특허청에 특허출원과정에서 제출하는 행위가 공정이용에 해당하는지에 관하여 소송이 진행 중이다.

⑧ 일본

㉠ 개요

일본 저작권법 제42조 제1항은 우리나라의 저작권법 제23조와 동일하고, 그에 대한 해석도 우리나라와 다르지 않다. 일본 저작권법은 더 나아가 2006년 제42조 제2항으로 다음과 같은 규정을 입법하였다.

제42조 (재판절차 등에 있어서의 복제)

② 다음에 거시한 절차를 위해 필요하다고 인정되는 경우에 있어서도, 전항과 같다.

1. 행정청이 행하는 특허, 의장 또는 상표에 관한 심사, 실용신안에 관한 기술적인 평가 또는 국제출원[특허협력조약에 기초한 국제출원에 관한 법률(1988년 법률 제30조) 제2조에 규정한 국제출원을 말한다]에 관한 국제조사 혹은 국제예비심사에 관한 절차
2. 행정청 또는 독립행정법인이 행하는 약사[의료기구{약사법(1988년 법률 제145호) 제2조 제4항에 관한 의료기구를 말한다}에 관한 사항을 포함한다. 이하 이 호에 있어서 같다]에 관한 심사 또는 조사, 행정청 또는 독립행정법인에 관한 약사에 대한 보고에 관한 절차

㉡ 그 입법과정에서의 저작권분과회의 검토 결과는 다음과 같다.

㉠ 특허심사절차에 있어서의 권리제한(㉠ 출원인에게 송부하기 위하여 심사관이 한 비특허문헌의 복제에 대하여, ㉡ 심사관들의 요구에 따라 출원인이 한 비특허문헌의 복제에 대하여, ㉢ 특허청에 선행기술문헌(비특허

90) 특허문헌 이외의 특허심사절차에서 사용되는 문서의 총칭, 구체적으로는 논문, 서적, 팜프렛, 매뉴얼, 신문 등.

문헌)을 제출하여 정보제공을 하기 위한 복제에 대하여, ㉔ 비특허문헌을 출원·심사정보의 일환으로 전자적으로 보존하기 위하여 특허청이 한 복제에 관하여)에 대해 검토한 결과, 모두에 대하여 권리제한조치를 강구하는 것이 적당하다는 의견이 다수이다.

㉑ 약사행정에 있어서의 권리제한(㉑ 승인·재심사·재평가제도에 있어서, 신청서에 연구논문 등을 첨부하기 위해 연구논문을 복사하여, 국가 등에 제출하는 것에 대하여, ㉒ 부작용·감염증보고제도, 치험(治驗)부작용보고제도에 있어서, 연구논문 등을 복사하여 국가 등에 제출하는 것에 대하여, ㉓ 의약품 등의 적정 사용에 관한 정보제공을 위하여, 의약품의 제조업자가 관련된 연구논문을 복사하여, 의료기관에 정보제공하는 것에 대하여)에 대하여 검토한 결과, ㉑, ㉒은 권리제한이 적당하다는 의견이 다수이나, ㉓에 대하여는 의약품 등의 적정 사용에 필요한 정보제공을 위한 복사의 실태를 판단의 근거로 삼아, 저작권자 등에의 영향을 감안하여, 적절한 조치에 대하여 계속 검토하는 것이 타당하다.

㉔ 그 입법과정에서의 서적출판협회의 의견은 다음과 같다.

권리자의 권리제한은, 공공의 이익과 권리자의 이익을 모두 감안하여 판단하여야 할 것이지만, 이번 재검토심의회는 공공의 이익을 우선하고 권리자에 대한 배려가 충분하지 않다. 출판물에는 원래 공공의 이익을 목적으로 한 상황에 있어서 유상으로 이용되는 것을 목적으로 출판된 것이 존재하고, 그와 같은 것까지 무상복제를 인정하는 것은 당해 저작물의 통상의 이용을 방해하는 것이고 빠른 조약에 저촉될 염려가 있다. 출판물의 복사에 관하여는 3개의 복사권 관리단체가 존재하고, 원활한 이용시스템이 이미 가동되고 있으며, 무상이용을 법제화하지 않으면 공공의 복리에 지장이 생기는 것은 아니다.

특허심사·약사행정관계에 있어서는, 학술논문지는 연구정보의 전달을 목적으로 하고 있고, 심사절차와 행정의 신속화라고 하는 이유로, 논문의 자유로운 복제가 인정된다면 출판자가 입을 영향은 심대하다. 제약회사가 행하는 논문의 복사제공건수는 연간 수백만 건, 수천만 쪽에 이른다고 일

떨어지고 있다. 영리기업인 제약회사에게 저작자, 출판자의 희생 위에서 무상복제를 인정하는 것은 공정을 결한 것이다.

㉠ 개정법의 취지

위와 같은 출판계의 반대에도 불구하고, 특허심사 및 의약품·의료기구의 승인심사의 신속화 및 정확성을 확보함과 함께 품질의 확보를 도모하는 것을 우선하여, 2006년 제2항이 추가 제정되었다. 이에 따라, 예컨대 무효 이유를 증명하는 문서를 복제하여 특허청에 제출하거나, 또는 제약업체가 약의 부작용을 나타내는 논문을 복제하여 행정청으로 제출하거나 하는 일이 가능해졌다.⁹¹⁾

제2항에 있어서도, 권리자의 허락을 요하지 않고 복제가 허용되는 것은 ‘필요하다고 인정되는 경우’에 한정되고, 제1항 단서에 따라 ‘저작자의 이익을 부당하게 해하는 것’은 할 수 없다. 특허심사의 신청자가 제출하는 문헌 등의 수량이 많음을 감안할 때, 이 점의 이해 조정을 이 조항의 문언만으로 조정하는 것은 용이하지 않다.

나) 우리나라 구 저작권법 제23조의 해석⁹²⁾

① 의의

구 저작권법 제23조는 “재판절차를 위하여 필요한 경우이거나 입법·행정의 목적을 위한 내부자료로서 필요한 경우에는 그 한도 안에서 저작물을 복제할 수 있다. 다만 그 저작물의 종류와 복제의 부수 및 형태 등에 비추어 당해 저작권자의 이익을 부당하게 침해하는 경우에는 그러하지 아니하다.”고 규정하고 있다.

② 요건

먼저 그 대상에 관하여는, 첫째, 공표된 저작물로 한정하고 있지 아니하므로, 미공표저작물도 포함될 수 있다.

둘째, 그 목적에 관하여는, ‘행정 목적을 위한 내부자료로서의 복제’ 중 ‘행정 목적을 위한 경우’란 행정청이 그 소관 사무를 수행하기 위해 필요

91) 中山信弘 著, 윤선희 편역, 저작권법, 법문사(2008), 256.

92) 이해완(주 12), 391 참조.

한 경우를 말한다. 단순히 공무원의 직무 참고자료로서 복제하는 것은 인정되지 않고 그 저작물을 복제하지 않으면 입법 또는 행정의 목적을 충분히 달성할 수 없다고 볼 수 있는 경우일 것을 요한다. ‘내부자료로 복제’하는 것만 허용되므로 행정 목적을 위한 것이어도 홍보자료와 같이 외부에 널리 배포하고자 하는 경우는 이에 해당하지 않는다.⁹³⁾

셋째, 복제의 주체와 관련하여서는, 재판절차에서의 복제에 있어서는 재판절차를 위한 필요가 인정되면, 법원, 검찰청 등 국가기관만이 아니라 소송사건의 당사자인 피고, 변호사, 감정인 등이 준비서면이나 의견서의 내용에 포함하거나 참고자료로 첨부하기 위해 저작물을 복제하는 것도 가능하고, ‘입법·행정의 목적을 위한 내부자료로서의 복제’에 있어서는 일반 사인(私人)이 행하는 것은 생각할 수 없으므로 국회, 지방의회, 관공서 등 기관 또는 그 구성원만이 복제의 주체가 될 수 있다(이형하, 오승종, 이해완 등). 이에 대하여는 법문상 복제의 주체에 관한 아무런 한정이 없으므로 일반 사인도 주체가 될 수 있다는 반대견해가 있다(이상정, 박준우, 안효질 등). 반대 견해에 따르면 행정절차에 사용할 목적으로 사인이 저작물을 복제하는 것은 이 조항에 의하여 저작권 침해가 되지 않는다.

넷째, 복제의 양과 관련하여서는, 필요한 한도 안에서 복제하여야 하고 이를 초과하여서는 아니 되고, 일부만이 필요한 경우에는 그를 초과하여서는 아니 된다.

③ 한계

그 저작물의 종류와 복제의 부수 및 형태 등에 비추어 당해 저작권자의 이익을 부당하게 침해하는 경우에는 그러하지 아니하다. 예를 들어 행정기관의 내부자료로 사용하기 위해 구매하는 수요가 하나의 시장을 이룰 것이라는 판단하에 상당한 노력을 기울여 간행한 민간의 저작물을 구매하지 않고 복제하여 사용하는 경우가 여기에 해당하는 전형적인 예이다.

93) 한국복사전송권협회 홈페이지(<http://www.copycle.or.kr/>)에 ‘이용허락’에 관한 안내에서 ‘복사업소, 기업체, 관공서의 복사사용료 산출방법’을 안내하고 있는 점에 비추어, 일용 관공서에 의 복제도 복제권 침해로 보고 있음을 알 수 있다.

2) 이 사건에서의 검토

아래에 비추어 보면, 우리나라 구 저작권법 제23조 규정을 그 문언과 달리, 행정기관에 제출하기 위하여 당사자가 저작물을 복제하는 것 모두를 허용하는 취지라고 해석하기는 어렵다. 즉 ① 우리나라 구 저작권법 제23조의 규정이 일본 저작권법의 제42조 제1항과 동일하다. ② 일본은 특별히 특허심사절차와 약사행정에서의 저작물의 자유이용을 위하여 제42조 제2항을 신설하였는데, 우리나라 저작권법에는 그와 같은 규정을 두고 있지 않았다. ③ 행정절차에서의 저작물의 자유이용을 규정하고 있는 나라로는 독일과 이탈리아가 있는데 특히 독일은 우리나라와는 달리 복제보상금제도를 도입하여 저작권자를 더욱 보호하고 있다. ④ 미국의 경우 특허절차에 제출하기 위하여 선행기술문헌을 복사하는 행위에 대하여도 공정이용 여부가 다투어지고 있다.

그리고 명시적 규정이 없으므로 특허절차나 약사행정이 아닌 일반적인 행정절차에서는 허용되는 취지라고 제한해석하기도 어렵다. 따라서 다수설과 같이 피고인 복제행위는 구 저작권법 제23조에 해당하지 않는다고 보는 것이 타당하다.

나. 개정 저작권법 제35조의3을 소급적용할 수 있는지 여부⁹⁴⁾

1) 개정 저작권법 제35조의3 공정이용

가) 법률 규정

제35조의3 (저작물의 공정한 이용)

① 제23조부터 제35조의2까지, 제101조의3부터 제101조의5까지의 경우 외에 저작물의 통상적인 이용 방법과 충돌하지 아니하고 저작자의 정당한 이

94) 개정 저작권법은 제35조의3으로 미국 저작권법의 공정이용의 법리를 도입하였다. 만약 피고인의 복제행위가 개정 저작권법이 규정한 제35조의3 소정의 공정이용에 해당하여 저작권 침해가 되지 않는다고 보는 경우에는, 신·구법 사이에 유·무죄가 갈리게 된다(즉, 피고인의 행위가 제35조의3 소정의 공정이용에 해당한다는 전제에서는 신법에 의하면 피고인의 행위는 저작권법 위반죄가 되지 아니한다). 만약 피고인의 행위가 개정 저작권법 제35조의3에 해당하는 것이 명백하고 개정 저작권법이 이 사건에도 적용된다면, 앞서와 같이, 대법원은 형사소송법 제384조에 의하여 이 부분을 직권으로 판단하여야 한다.

익을 부당하게 해치지 아니하는 경우에는 보도·비평·교육·연구 등을 위하여 저작물을 이용할 수 있다.

② 저작물 이용 행위가 제1항에 해당하는지를 판단할 때에는 다음 각 호의 사항 등을 고려하여야 한다.

1. 영리성 또는 비영리성 등 이용의 목적 및 성격
2. 저작물의 종류 및 용도
3. 이용된 부분이 저작물 전체에서 차지하는 비중과 그 중요성
4. 저작물의 이용이 그 저작물의 현재 시장 또는 가치나 잠재적인 시장 또는 가치에 미치는 영향

나) 개요

개정 저작권법은 제35조의3으로 미국 저작권법의 공정이용의 법리를 도입하였다. 이 조항은 베른협약 제9조 제2항에서 규정하고 있는 이른바 ‘3단계 테스트’를 기본적인 테두리로 하면서(제1항 부분) 미국법상의 4가지 요소(제2항 부분)를 결합한 것이어서 그 적용에 있어서 저작권자의 이익을 부당하게 저해할 우려를 최소화하는 데 장점이 있다. 3단계 테스트 중의 ‘저작물의 통상적인 이용 방법과 충돌하지 않을 것’과 공정이용 판단의 4요소 중 하나인 ‘저작물의 잠재적 시장이나 가치에 미치는 영향’의 개념이 실질적으로 포개지는 부분이 있어 약간 중복이라고 할 수도 있으나, 그러한 ‘중복 적용’을 통해 저작권자의 현재 및 잠재적인 시장에 미치는 영향을 최소화할 수 있는 장점이 있다.⁹⁵⁾

다) 입법 취지

개정 저작권법이 제35조의3으로 공정이용의 법리를 도입한 것은, 한미 FTA의 타결로 일시적 저장⁹⁶⁾이 복제권의 범위에 포함됨에 따라 역으로 일시적 복제권에 대한 제한사유의 신설이 필요하게 되었고, 기존의 열거적인 저작권 제한사유만으로는 저작물의 디지털화, 인터넷의 발달로 인한 유통

95) 이해완(주 12), 389.

96) 인터넷상에서 디지털 저작물을 이용하면 컴퓨터는 주기억장치인 RAM에 디지털 저작물을 일시적으로 저장하게 되는데, 이를 일시적 저장이라 한다.

환경의 변화⁹⁷⁾에 적절하게 대응할 수 없다는 고려에서 비롯된 것이므로(이 해완, 오승중⁹⁸⁾), 법률의 미비에 대한 반성적 고려에 기한 것으로 보기 어렵다.

미국 저작권법상의 공정이용의 법리는 ‘미공표 저작물’ 및 ‘인용이 아닌 이용’에까지 적용됨에 비하여, 구 저작권법 제28조는 ‘공표된 저작물’ 및 ‘인용’에만 적용되는 점에서 차이가 있고 그 입법 취지도 위와 같으므로, 개정 저작권법 제35조의3을 구 저작권법 제28조의 포섭범위를 명확히 한 ‘확인적 규정’으로 볼 수도 없다.

2) 이 사건에 적용될 처벌규정이 무엇인지

2011. 12. 2. 개정 법률은 저작권법 제136조 제1항 제1호로 구 저작권법 제136조 제1항과 같은 취지를 규정하고, 제2호로 ‘제129조의3에 따른 법원의 비밀유지명령을 정당한 이유 없이 위반한 자’를 추가하였다. 제136조 제1항과 관련하여 형량에 있어서는 신·구 저작권법 사이에 차이가 없다.

벌칙 적용의 경과조치와 관련된 대법원판례들을 살펴보면, 다음과 같다.

대법원 2011. 7. 14. 선고 2011도1303 판결은 “형법 제1조 제2항 및 제8조에 의하면 범죄 후 법률의 변경에 의하여 형이 구법보다 가벼운 때에는 원칙적으로 신법에 따라야 하지만, 신법에 경과규정을 두어 이러한 신법의

97) 최근 미국에서는 대형 도서관이 소장한 도서들을 스캔하여 온라인 데이터베이스화하는 ‘구글 도서관 프로젝트’에 대해 작가협회 및 출판협회가 구글을 상대로 제기한 저작권 침해소송이 진행 중에 있다. 정보의 복제와 배포를 용이하게 하는 디지털 미디어와 같은 정보기술이 발전됨에 따라, 기술과 관련된 많은 저작권 판결을 통해 음악 산업, ISP, 소프트웨어 프로그래머, 이용자와 같은 이해당사자들의 이익 간 충돌이 발생하고, 저작권법의 역할과 정보기술의 발전 사이에 긴장이 고조되고 있음을 엿볼 수 있다[조연하(주 42), 214 참조].

98) 오승중(주 12), 추록 7면은 그 개정취지에 관하여, “이번 개정안은 저작물의 디지털화와 유통 환경의 변화에 따라 기존 저작권법상의 열거적인 저작권재산권 제한규정으로는 제한규정이 필요한 다양한 상황하에서의 저작물 이용을 모두 아우르기 어려운 한계가 있다는 점 및 제한적으로 열거되어 있는 저작권재산권 제한사유 이외에도 환경 변화에 대응하여 적용될 수 있는 포괄적인 저작권재산권 제한규정이 필요하다는 점 등을 고려하여, 한미 FTA 협정 이행에 따라 저작권법을 개정하는 마당에 저작권재산권을 제한하는 일반적·포괄적 사유로서 공정이용 규정을 도입하는 것으로 하였다. 또한 공정이용 규정을 도입함으로써 한미 FTA 협정에 따른 저작권법 개정으로 인하여 저작권자에 대한 보호가 더욱 강화됨으로 말미암아 권리자 쪽으로 기울어진 저작권 제도의 균형을 바로 잡는 효과를 기대할 수 있다는 점도 개정안에서 중요하게 고려되었다고 할 수 있다.”고 설명하고 있다.

적용을 배제하는 것도 허용되는 것으로서, 형을 종전보다 가볍게 형벌법규를 개정하면서 그 부칙에서 개정된 법의 시행 전의 범죄에 대하여는 종전의 형벌법규를 적용하도록 규정한다 하여 형벌불소급의 원칙이나 신법 우선의 원칙에 반한다고 할 수 없다.”고 판시하였다.⁹⁹⁾

대법원 2002. 2. 26. 선고 2001도6741 판결은 “범죄 후 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하게 된 때에는 신법을 적용하여야 하며(형법 제1조 제2항) 이는 범죄 후 법령의 개폐로 형이 폐지된 때에 해당하여 면소사유가 될 것이나(형사소송법 제326조 제4호), 이 경우에도 그 개정 법률의 부칙 등에서 ‘개정 법률의 시행 전의 행위에 대한 벌칙의 적용에 있어서는 종전의 규정에 의한다’는 내용의 경과규정을 두고 있는 때에는 구법 당시의 행위에 대하여 구법을 적용하여야 하므로 법률의 개정으로 범죄를 구성하지 않게 되거나 형이 폐지되었다고 할 수 없어 위 면소사유에 해당하지 않는다(대법원 1994. 10. 11. 선고 94도1669 판결, 2001. 5. 8. 선고 2000도5313 판결 참조). 따라서 구 청소년보호법 제2조 제1호가 청소년을 ‘19세 미만의 자’로만 규정하고 있다가 2001. 5. 24. 법률 제6479호로 위 조항이 개정(공포 후 3월 경과 시부터 시행)되면서 19세 미만의 자 중 ‘19세에 도달하는 해의 1월 1일을 맞이한 자’를 청소년에서 제외하도록 규정하게 되었다(위 개정법 부칙 제2조에서 ‘이 법 시행 전의 행위에 대한 벌칙의 적용에 있어서는 종전의 규정에 의한다’라고 규정하고 있는 이상 개정 법률 시행 전에 청소년유해범죄행위를 범한 자에 대한 벌칙의 적용에 있어서는 위 개정 조항을 적용할 수 없다. 원심이 같은 취지에서, 위 개정 규정 시행 전인 2001. 2. 초순경 1982. 6. 23.생인 청소년(2001. 6. 23.에 19세가 되므로 그해의 ‘1월 1일을 맞이한 자’이다)에게 판시 각 유해행위를 한 피고인에 대하여 개정법을 적용하지 아니하고 구법을 적용하여 유죄로 처단한 제1심판결을 유지한 것은 정당하고, 상고이유 주장과 같은 법리오해의 흠이 없다.”고 판시하였다.

99) 대법원 1992. 2. 28. 선고 91도2935 판결, 대법원 1999. 4. 13.자 99초76 결정, 대법원 1999. 7. 9. 선고 99도1695 판결 등 다수.

한편 개정 저작권법 부칙 제7조는 ‘이 법 시행 전에 한 행위에 대한 벌칙의 적용에 있어서는 종전의 규정에 따른다’고 규정하고 있다.

따라서 이 사건에서 피고인의 행위가 저작권법 위반죄가 되는지 여부는 구 저작권법을 기준으로 판단하여야 한다.

피고인의 행위를 구 저작권법을 기준으로 판단하더라도, 개정 저작권법 제35조의3을 적용할 수 있는지 문제될 수 있다. 개정 법률 제35조의3이 위법성 조각사유를 규정한 것이고 부칙 제7조는 벌칙에만 적용이 있으므로, 피고인에게 유리한 개정 법률 제35조의3은 이 사건에도 적용되어야 한다는 주장이 있을 수 있으나, 유사한 사례에 있어서 위 대법원 2002. 2. 26. 선고 2001도6741 판결은 벌칙 적용 시 필요한 정의규정을 종전의 규정에 따라 처리한 점, 그와 같이 해석하면 부칙 제7조가 아무런 의미가 없는 규정이 되는 점(처벌범위가 달라지지 않는 경우에는 필요 없는 규정임), 구성요건 조각사유와 위법성 조각사유를 달리 취급할 근거가 없어 보이는 점, 위 사유가 위법성 조각사유인지 구성요건 조각사유인지 명확하지 않은 점 등에 비추어 보면, 위 견해는 받아들이기 어렵다.

【對象判決의 意義】

대상판결은 기업 내에서의 복제가 저작권 침해에 해당하는지에 관하여 판단하였다. 제약업계 등 기업 내부에서 수많은 복제가 이루어지고 있고 인가 등을 받기 위하여 그러한 복제물을 행정관청에 제출하고 있는데, 이러한 행위가 저작권의 제한사유에 해당하는지 여부를 검토한 끝에 저작권의 침해행위에 해당한다고 판시하였다. 저작권 침해가 되는지에 관한 명확한 기준이 없어, 저작자의 허락 없이 타인의 저작물을 그대로 복제하는 해당 업계의 관행에 영향이 크게 미칠 것으로 생각된다.

14. 사용자의 표현의 자유와 부당노동행위 여부 :
파업결정이 난 상황에서 사용자가 순회설명회를
개최한 행위가 지배·개입의 부당노동행위로
볼 수 있는지(부정)

(2013. 1. 10. 선고 2011도15497 판결 : 공2013상, 366)

朴 鎭 煥

【判決要旨】

1. 사용자가 연설, 사내방송, 게시문, 서한 등을 통하여 의견을 표명하는 경우 표명된 의견의 내용과 함께 그것이 행하여진 상황, 시점, 장소, 방법 및 그것이 노동조합의 운영이나 활동에 미치거나 미칠 수 있는 영향 등을 종합하여 노동조합의 조직이나 운영 및 활동을 지배하거나 이에 개입하는 의사가 인정된다면 노동조합 및 노동관계조정법 제81조 제4호에 규정된 ‘근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위’로서 부당노동행위가 성립하고, 또 그 지배·개입으로서 부당노동행위의 성립에 반드시 근로자의 단결권 침해라는 결과 발생까지 요하는 것은 아니다. 그러나 사용자 또한 자신의 의견을 표명할 수 있는 자유를 가지고 있으므로, 사용자가 노동조합의 활동에 대하여 단순히 비판적 견해를 표명하거나 근로자를 상대로 집단적인 설명회 등을 개최하여 회사의 경영상황 및 정책방향 등 입장을 설명하고 이해를 구하는 행위 또는 비록 파업이 예정된 상황이라 하더라도 파업의 정당성과 적법성 여부 및 파업이 회사나 근로자에 미치는 영향 등을 설명하는 행위는 거기에 징계 등 불이익의 위협 또는 이익제공의 약속 등이 포함되어 있거나 다른 지배·개입의 정황 등 노동조합의 자주성을 해칠 수 있는 요소가 연관되어 있지 않는 한, 사용자에게 노동조합의 조직이나 운영 및 활동을 지배하거나 이에

개입하는 의사가 있다고 가볍게 단정할 것은 아니다.

2. 전국철도노동조합이 한국철도공사와 단체교섭 결렬을 이유로 파업을 예고한 상태에서 파업 예정일 하루 전에 사용자 측 교섭위원인 甲이 직원들을 상대로 설명회를 개최하려고 지역 차량사업소에 도착하자, 노동조합 간부인 피고인들 등이 甲이 청사 안으로 들어가지 못하게 몸으로 가로막는 등 위력으로 甲의 업무를 방해하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 甲이 설명회에서 발언하고자 한 내용과 설명회 전 다른 지역 순회설명회에서 표명한 발언 내용 및 그러한 발언 등이 조합원이나 노동조합 활동에 미쳤거나 미칠 수 있는 영향, 당초 예정된 파업의 정당성 여부 등 부당노동행위를 인정하는 전제가 되는 전후 상황 등에 관하여 구체적으로 심리하여, 설명회 개최가 사용자 입장에서 단순히 파업에 대한 의견을 개진하는 수준을 넘어 사용자에게 노동조합의 운영이나 활동을 지배하거나 그 활동에 개입하려는 의사가 있었던 것으로 추단되는지를 판단하지 아니한 채, 설명회 개최가 ‘근로자가 노동조합을 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위’로서 업무방해죄의 보호법익인 ‘업무’에 해당하지 않는다는 등의 이유로 피고인들에게 무죄를 선고한 원심판결에 법리오해 및 심리미진의 위법이 있다고 한 사례.

【參照條文】

형법 제314조 제1항, 노동조합 및 노동관계조정법 제81조 제4호

【事案의 概要】

1. 공소사실의 요지

피고인들은 2010. 5. 12.자로 예정된 철도파업을 진행하기로 마음먹고 있던 중 공모·공동하여, 2010. 5. 11. 10:20경 한국철도공사 서울차량사업소 주차장에서, 한국철도공사 소속 기술본부장 甲이 서울차량사업소의 현업직

원을 대상으로 같은 날 10:40경 3층 교양실에서 위 5. 12.로 예정된 파업과 관련하여 노조의 부당성에 대해 설명하기 위해 현장에 도착하자, 甲에게 “당신이 뭐하러 왔어, 성희룡 교육이나 시키란 말이야, 파업을 하루 앞두고 뭐하러 왔어, 여기 있을 자리야 당신이, 이 새끼, 저거 저런 놈이야, 쯤 인간도 아니야”라며 甲이 청사 안으로 들어가지 못하게 몸으로 가로막는 등 위력으로 위 기술본부장 甲의 정당한 업무를 방해하였다.

2. 적용법조

형법 제314조 제1항, 형법 제30조

3. 사실관계

가. 관련자의 지위

피고인들은 전국철도노동조합(조합원 25,000명, 이하 ‘이 사건 조합’이라 함)¹⁾의 본부, 서울지방본부 또는 서울차량지부의 임원들이다. 甲은 한국철도공사(상시근로자 약 30,000여 명, 이하 ‘철도공사’라 함)의 기술본부장이자 단체교섭의 사용자측 교섭위원이다.

나. 이 사건의 경과

1) 甲은 철도파업(2010. 5. 12. 04:00 예정)을 앞두고 2010. 5. 8.부터 같은 달 10일까지 집중적으로 전국의 차량사업소(차량분야)를 순회하며 2006년 단체협상 갱신, 현황상황, 정책방향에 대해 설명회를 갖고 직원들의 애로점 등을 수렴하였다.

1) 전국철도노동조합은 철도공사 및 전국의 철도산업에 종사하는 근로자들을 조직대상으로 설립되어 전국민주노동조합총연맹 산하 전국공공운수사회서비스노동조합연맹을 상급단체로 하고 있으며, 산하 5개의 지방본부(서울, 부산, 대전, 영주, 호남)로 구성되고 25,000여 명의 조합원이 가입된 산업별 노동조합이며, 그 산하 서울차량지부는 철도공사(약 34,000명) 서울차량사업소의 단위노조이다.

2) 甲은 위 직원설명회에서 단체협약 및 예정된 파업의 부당성 등에 대하여 교육하였다. 다만 소송기록에 의하면, 위 순회설명회에서의 구체적인 발언 내용 및 행동 등은 제대로 현출되어 있지 아니하다.

3) 한편 甲이 2010. 5. 11. 10:40경 이 사건 서울차량사업소의 현업직원을 대상으로 ‘같은 달 12일 예정된 파업과 관련하여 노조의 부당성에 대해 설명’하기 위해 직원 설명회(이하 ‘이 사건 설명회’라 함)를 하려고 하자, 피고인들은 사측에서 노조원들이 파업을 하지 못하게 할 의도로 특별교육을 시킨다고 판단하고서, 甲이 서울차량사업소의 건물 안으로 들어가는 것을 막고 옥설을 하였다(‘이 사건 업무방해’).

4) 현장을 빠져나온 甲은 이날 서울차량사업소의 본관 2층 회의실에서 총 300여 명의 직원 중 과장 등 중간관리자, 차량팀원 일부 등 약 20여 명만 참석한 자리에서 약 10분간 설명회를 진행하였다.

5) 그 설명회는 주로 ‘철도공사의 사정, 그리고 현 상황에 대해서 파업에 무리가 있다는 얘기 외에 파업에 대해 국민들이 바라보는 시각, 국가적으로 처한 현실, 예를 들어 천안함 사건 등이 이슈화가 되었기에 현재로선 철도가 파업이 된다면 철도공사 전체의 위기가 올 수 있다’는 내용 등이었다.

【이 사건 訴訟의 經過】

1. 제1심: 각 유죄(각 벌금 50만 원)

이에 피고인 A를 제외한 나머지 피고인들이 항소하였다.

2. 원심: 제1심판결 파기, 각 무죄

[판결 이유]

가. 어떤 사무나 활동 자체가 위법의 정도가 중하여 사회생활상 도저히 용인될 수 없을 정도로 반사회성을 띠는 경우에는 업무방해죄

의 보호대상이 되는 ‘업무’에 해당한다고 볼 수 없으므로 노동조합 및 노동관계조정법 제81조 제4호의 부당노동행위는 업무방해죄의 보호대상이 되는 업무에 해당한다고 볼 수 없다.

나. 철도공사의 기술본부장이자 단체교섭의 사용자 측 교섭위원인 甲이 설명회를 개최하기 위하여 건물 안으로 들어가려고 한 행위는 ‘근로자가 노동조합을 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위’로서 부당노동행위에 해당할 여지가 있어 업무방해죄에 있어서 보호대상이 되는 업무에 해당한다고 단정하기 어렵다.

다. 甲의 행위가 업무방해죄의 업무에 해당한다 하더라도 피고인들이 甲의 행위를 부당노동행위로 오인한 데에는 정당한 이유가 있다고 할 것이므로 甲에게 다소간의 욕설을 하고, 몸으로 가로막아 그 출입을 저지한 피고인들에게 업무방해의 고의가 있었다고 보기 어렵다.

【上告理由의 要旨】: 채증법칙 위배

1. 철도공사의 이 사건 설명회는 직원들에게 전반적인 철도현황 및 파업이 회사에 미치는 영향 등을 설명하려던 것으로 설명회의 실시 자체가 부당노동행위에 해당한다고 볼 수 없다.

2. 원심이 직원을 상대로 한 설명회 개최가 ‘업무방해죄의 보호대상이 되는 업무에 해당한다고 볼 수 없다’고 한 것은 경험칙과 상식을 뛰어 넘는 판단으로 채증법칙을 위반한 위법이 있으며, 부적법한 업무라도 업무방해죄의 업무에 해당한다.

【解 說】

1. 이 사건의 쟁점

먼저 甲이 파업이 임박한 상황에서 순회설명회를 개최하려는 행위가 ‘근

로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위'에 해당하여 부당노동행위로 볼 수 있는지가 문제된다. 즉, 사용자의 표현의 자유와 부당노동행위 성립 여부이다. 원심은 철도공사의 기술본부장이자 단체교섭의 사용자 측 교섭위원인 甲이 파업을 앞두고 며칠 동안 집중적으로 전국을 이동하며 직원 설명회를 개최하거나 개최하려 하였고, 관련자들의 진술에 의하면 그 설명회는 파업을 막으려는 방편으로 보인다는 점을 근거로 삼아 부당노동행위에 해당한다고 판시하였다.

기타 쟁점으로 이 사건 설명회가 업무방해죄에서의 보호의 객체로서의 업무에 해당하는지 여부도 문제되나 여기서는 그 검토를 생략한다.

2. 지배·개입에 의한 부당노동행위

가. 관련 규정 - 노동조합 및 노동관계조정법(이하 '노조법'이라 한다)

제81조 (부당노동행위)

사용자는 다음 각 호의 1에 해당하는 행위(이하 '부당노동행위'라 한다)를 할 수 없다.

4. 근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위와 노동조합의 전임자에게 급여를 지원하거나 노동조합의 운영비를 원조하는 행위.(생략)

나. 의의

노조법 제81조 제4호는 노동조합의 자주성 및 조직력을 보호하기 위하여 노동조합의 조직, 운영 등에 사용자가 지배·개입하는 행위를 부당노동행위로 금지하고 있다. 지배·개입에 의한 부당노동행위는 사용자가 '근로자가 노동조합을 조직하거나 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위'를 함으로써 성립한다. 여기서 지배라 함은 노동조합을 사용자에게 종속시키거나 사용자의 의도대로 조종하는 것을 말하고, 개입이란 노동조합이 어떠한 의사결정을 하거나 행동을 하는 데 있어 자신의 의사를 반영시켜

그 결정이나 행동이 사용자의 의도대로 변경되도록 하는 것을 말한다. 지배와 개입은 그 개념이 구별되기는 하나 그 법률적 효과에는 차이가 없다.

다. 지배·개입의 태양

지배·개입은 불이익취급(노조법 제81조 제1호)과 단체교섭 거부(제3호)를 제외한 근로3권 보장 활동에 대한 일체의 간섭·방해행위로서 가장 포괄적이고 광범위한 반조합행위이므로 그 모습은 매우 다종다양하게 나타난다.

부당노동행위제도의 목적은 근로3권의 보장에 의하여 평등한 노사관계의 유지·형성을 저해하는 사용자의 행위를 배제하려는 것이므로, 그 일차적인 보호법익은 단결활동의 자주성이다. 그러므로 지배·개입의 성립 여부는 무엇보다 근로3권 보장의 자주성을 저해하는 것인가를 기준으로 판단하여야 하고, 자주성이 저해되었다는 사실상의 결과 발생은 지배·개입의 성립요소는 아니기 때문에 자주성을 저해할 가능성이 있는 행위이면 그것으로 부당노동행위가 성립한다.²⁾

라. 지배·개입의 주체

지배·개입은 사용자 자신에 의해서만이 아니라 그의 뜻을 받드는 종업원 등에 의해서도 행하여지고, 지배·개입의 구체적인 행위는 그러한 자들의 독자적인 발의에 의해서도 행하여지는데, 이 경우 사용자의 행위로 볼 수 있는 기준이 문제된다.

이에 대하여 미국은 당해 행위자가 사용자의 ‘대리인’으로서 행동한 것으로 볼 수 있느냐에 의하여 처리하되, ‘대리인’으로 인정하기 위해서는 ‘명시적인 수권’은 필요 없다고 하고,³⁾ 일본의 처리기준은 다음과 같으며,⁴⁾ 우리나라 학설도 이를 지지하는 것으로 보인다.⁵⁾ 즉, ① 회사 임원의 행위

2) 김형배, 노동법(19판), 박영사(2010), 1048.

3) 菅野和夫, 労働法(제2판 보정판), 579.

4) 菅野和夫(주 3), 579~580.

5) 김형배(주 2), 1015 이하 참조.

는 당연히 회사의 행위로 보고, ② 지배인, 지점장, 공장장, 영업소장과 같은 상급관리자나 부·과장 등의 상급직제의 행위는 사용자(대표자 기타 임원)와의 사이에 명확한 의사의 연락이 인정되지 않아도 사용자의 뜻을 받들어 사용자를 위하여 행동한 것이라고 보아야 하는 경우가 대부분이고,⁶⁾ 이를 부정하기 위해서는 사용자가 반증을 하여야 하며, ③ 계장, 주임, 반장 등의 감독적 지위에 있는 근로자(하급직제)의 행위는 사용자의 지시하에, 또는 그 뜻을 받거나 묵시적 승인하에 행해진 경우에는 사용자의 행위로 보고, ④ 기타의 사람(제2조합원, 실력자, 회사 외의 제3자)의 행위는 사용자와의 공모나 사용자의 지시가 있는 경우에만 사용자의 행위로 인정하였다.

마. 지배·개입의 의사 여부

지배·개입에 의한 부당노동행위의 성립에 사용자의 주관적인 지배·개입의 의사가 필요한지 여부가 문제된다

1) 학설

가) 우리의 경우

(1) 부당노동행위의사 불요설

(가) 원래 부당노동행위의 성립에는 의사가 필요 없다는 견해

(나) 지배·개입에 의한 부당노동행위는 노동3권에 대한 침해행위의 배제가 목적이므로 객관적으로 지배·개입의 객관적 사실이 있다면 사용자의 의사 여하를 막론하고 부당노동행위가 성립한다는 견해

그 근거는 노조법 제81조 제1호와 제5호의 불이익취급에는 “…… 한 것을 이유로” 한다든가 “…… 를 이유로”라고 하는 문언이 명문화되어 있음에도

6) 최고재 2006(平成 18년) 12. 8. 소법정판결[使用者の利益代表者に近接する職制上の地位にある者が使用者の意を体して労働組合に対する支配介入を行った場合には、使用者との間で具体的な意思の連絡がなくとも、当該支配介入をもって使用者の不当労働行為と評価することができる。(해석) 사용자의 이익 대표자에게 근접하는 직제상의 지위에 있는 사람이 사용자의 의사를 받들어 노동조합에 대한 지배·개입을 실시했을 경우에는, 사용자와의 사이에 구체적인 의사의 연락이 없더라도, 해당 지배·개입을 가지고 사용자의 부당노동행위라고 평가할 수 있다.]

불구하고 제2 내지 4호에는 이러한 문언이 명문화되어 있지 않기 때문에 부당노동행위의 성립요건으로서 제1호와 제5호에는 부당노동행위의사가 필요하지만 제2 내지 4호에는 필요 없다고 한다. 특히 위 제4호의 지배·개입은 제1호의 불이익취급에 비하여 행위 자체에 부당노동행위의사가 표현되어 있으므로 특별히 부당노동행위의사가 필요 없다고 한다.

(2) 부당노동행위의사 필요설

(가) 내용

노동법 제81조 제1호에서 제5호까지의 모두에 사용자의 부당노동행위의사가 필요하다는 견해로서, 따라서 지배·개입의 부당노동행위의 경우에 그 성립에 반조합적 의욕, 즉 지배·개입의 의사가 필요하다는 견해이다. 다만 의사필요설 중에는 반조합의사를 지배·개입의 행위와 별도로 요구하는 것이 아니라 지배·개입의 경우 행위 그 자체 안에 부당노동의사를 이미 추단할 수 있다는 견해도 있다.⁷⁾ 즉 사용자의 의사 유무는 객관적 행위로부터 제반사실을 종합하여 사용자의 의사를 추정할 수 있는 것으로 족하다고 한다.

(나) 근거

① 결과 실현에 대한 의도는 필요하지 않더라도 자신이 행하는 지배·개입행위의 의미의 인식은 필요하고, ② 일본의 경우에는 부당노동행위에 대한 구제로서 원상회복주의만을 취하지만 우리 법은 여기에 형벌주의를 더하고 있으므로 형사법의 원칙상 책임요소가 필요하며, ③ 대법원이 불이익취급의 부당노동행위에 있어서도 그 성립에 부당노동행위의사가 필요하다고 하면서 지배·개입은 달리 볼 합리적 이유가 없고, ④ 의사불요설도 지배·개입의 인식조차 불필요하다는 것이 아니라 결과의 발생에 대한 주관적 인식 내지 목적이 필요하지 않다는 취지로 해석할 것이며, ⑤ 지배·개입이라는 행위의 특성상 그러한 행위가 있었을 경우에는 당시의 객관적 상황에 의하여 쉽게 지배·개입의 의사를 추정할 수 있을 것이므로 의사불요

7) 김형배(주 2), 1053; 임종률, 노동법(8판), 박영사, 276~277; 이상윤, 노동법(5판), 법문사, 867~868.

결과 큰 차이가 없을 것이라는 점 등이 언급되고 있다.

나) 일본의 경우⁸⁾

① 지배·개입에 대해서는 사용자의 부당노동행위의사는 불필요하다는 견해, ② 무엇인가 의사는 필요하다는 견해, ③ 나아가 ‘개입’에 대해서는 의사가 불필요하지만, ‘지배’에 대해서는 사용자의 주관적 요소가 중요하게 된다고 설명하는 견해 등이 있다. 그러나 각자의 논자가 엄두해 두고 있는 ‘의사’의 내용이 다양하고 또한 ‘의사’의 존재가 필요 또는 불필요하다는 논자들도 예외를 인정하는 등 부당노동행위의사에 관한 논의는 복잡하게 얽혀 있다.

본격적인 판례로는 最高裁 1954(昭和 29). 5. 28. 판결(山岡内燃機 사건⁹⁾) 이 있다. 사용자 언론의 부당노동행위성에 관한 사안에서 “사장의 연설 가운데는 나가하마 공장의 노동조합이 연합회에 가입한 것을 비난하는 취지와 위 가입으로 종래 향유하고 있던 이익을 상실할 수 있다고 하는 것을 암시하는 취지의 발언이 있었고, 이것이 원인이 되어 연합회로부터 탈퇴하게 된 사실을 인정하고, 이는 객관적으로 노동조합활동에 대한 비난이며 노동조합활동을 이유로 불이익취급을 할 것을 암시하는 발언으로 조합운영에 영향을 미친 이상, 비록 발언자에게 이 점에 관한 주관적 인식 내지 목적이 없다 하더라도 여전히 노동조합법 제7조 제3호에서 말하는 조합의 운영에 대한 개입이 있었던 것으로 해석하는 것이 상당하다.”고 하였지만, 간단·애매한 판결로 말미암아 이 판례의 취지가 반드시 명확하지 않아 가지각색으로 해석되고 있다. 그 후의 판례에서는 지배·개입의 성립을 위해서 사용자의 의사는 불필요하다고 하거나 의사의 의미를 한정적으로 해석하는 것이 주요 경향으로 되어 있다. 다만 “단결의 운영을 저해하는 의도 또는

8) 西谷 敏 저/김진국 외 역, 일본노동조합법(2009), 235 이하 참조.

9) 산강내연기장빈공장 노동조합이 상급단체인 전산강 노동조합연합회에 가입하려 하자, 사장이 종업원과 그 가족을 초치(招致)하여 회사가 당면한 궁박한 사정을 호소함과 동시에 동 공장이 사장 자신과의 특별한 인연에 의해 그간 특별대우를 받아 왔음을 실시하고, 이제는 다른 공장과 같은 대우(정리해고를 암시)를 할 수밖에 없다는 취지의 연설을 행한 사안임. 그 직후 동 노조가 연합회에서 탈퇴하자, 자하지방노동위원회는 이에 대하여 부당노동행위의 성립을 인정하여 구제명령을 내렸고, 大津地方裁判所와 大阪高等裁判所는 이를 지지함.

인식을 필요로 한다.”고 하는 것도 있다.¹⁰⁾

2) 판례

가) 우리의 판례는 지배·개입의 의사가 필요하다는 입장임

(1) 판례는 지배·개입의사의 필요 여부에 관해 명시적인 판단을 하지 않고 있다가, 대법원 1998. 3. 24. 선고 96누16070 판결에서 “부당노동행위가 성립하려면 사용자에게 근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 개입할 의사가 있어야 한다.”고 판시하여 지배·개입의사라는 부당노동행위의사를 성립 요건으로서 명시하기 시작하였다.¹¹⁾

그 후 대법원 1998. 5. 22. 선고 97누8076 판결에서도, “사용자가 연설, 사내방송, 게시판, 서한 등을 통하여 의견을 표명할 수 있는 언론의 자유를 가지고 있음은 당연하나, 그것이 행하여진 상황, 장소, 그 내용, 방법, 노동조합의 운영이나 활동에 미친 영향 등을 종합하여 노동조합의 조직이나 운영을 지배하거나 이에 개입하는 의사가 인정되는 경우에는 구 노동조합법(1996. 12. 31. 법률 제5244호 부칙 제3조로 폐지되기 전의 것) 제39조 제4호에 정한 부당노동행위가 성립한다.”고 판시함으로써, 대법원은 지배·개입의 성립 요건으로서 지배·개입의사라는 개념을 점차 정착시킨 것으로 보인다.

구체적으로 판례¹²⁾를 보면, “부당노동행위가 성립하려면 사용자에게 근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 개입할 의사가 있어야 하는 것이다.” 또는 “이러한 사용자의 행위는 노동조합활동을 방해하려는 의도에서 이루어진 것으로서 비록 이로 인하여 근로자의 단결권 침해라는 결과가 발생하지 아니하였다고 하더라도 지배·개입으로서의 부당노동행위에 해당한다고 할 것이다.” 또는 “노동조합활동을 혐오하여 그 활동

10) 三井生命사건[동경지재 1957(소화 32). 11. 28. 선고 판결].

11) 김홍영, “노조 참여가 부정되는 관리직근로자의 범위 및 사용자의 반조합적 언론”, 노동판례비평: “대법원 노동사건 판례 경향 분석 및 주요 판례 평석”, 민주사회를 위한 변호사모임(1999), 265.

12) 대법원 1992. 6. 23. 선고 92누3496 판결, 대법원 1994. 12. 13. 선고 94누10498 판결, 대법원 1997. 5. 7. 96누2057 판결, 대법원 1998. 3. 24. 96누16070 판결 등.

을 방해하고자 하는 의도에서 나온 것이라면”이라고 실시하였다.

(2) 이처럼 대법원은 부당노동행위의사가 ‘필요하다’고 하면서, 다만 부당노동행위의사는 사용자의 내심의 의사에 속하므로 그와 같은 의사의 존재는 사용자가 내세우는 해고사유와 근로자가 한 노조업무를 위한 정당한 행위의 내용, 징계해고를 한 시기, 사용자와 노조의 관계, 동종의 사례에 있어서의 조합원과 비조합원에 대한 제재의 불균형 여부, 종래의 관행에 부합하는지 여부, 사용자의 노조에 대한 언동이나 태도 등 기타 부당노동행위의사의 존재를 추정할 수 있는 제반 사정 등을 비교, 검토하여 판단하여야 한다고 판시하여,¹³⁾ 부당노동행위의사는 외부에 나타난 객관적 사실로부터 추정하는 것임을 분명히 하고 있다. 이는 노조법 제81조 제1호 소정의 ‘불이익취급에 의한 부당노동행위’에 관한 사안이기는 하나 지배·개입에 의한 부당노동행위의 판단에서도 이를 원용할 수 있을 것이다.

□ 대법원 2011. 9. 8. 선고 2008두13873 판결

사립대학교를 설치·운영하는 甲 학교법인이 직책상 노동조합에 참가할 수 없는 자라고 판단한 소속 직원 48명에게 전국대학노동조합 지부 탈퇴를 요구한 행위에 대하여, 전국대학노동조합이 이는 ‘노동조합의 조직·운영에 대한 지배·개입’에 해당하는 행위라며 부당노동행위 구제신청을 하였으나 중앙노동위원회가 이를 기각하는 재심판정을 한 사안에서, 조합원 가입 자격 유무에 관한 사정만으로 부당노동행위의사의 유무를 단정할 것이 아니라 그 밖에 부당노동행위의사의 존재를 추정할 수 있는 사정이 있는지에 관하여 더 심리한 후 부당노동행위 해당 여부를 판단하여야 할 것이다.

(3) 따라서 부당노동행위의 의사 또는 의도에 관한 현재까지의 판례의 입장을 다음과 같이 요약할 수 있다.

우선, 부당노동행위의 유형에 따라 다르겠지만, 부당노동행위의사의 존재를 전제로 하기 때문에 그러한 의사가 존재하지 않는 한 부당노동행위에

13) 대법원 1991. 4. 23. 선고 90누7685 판결, 대법원 1995. 4. 28. 선고 94누11583 판결 등 다수.

관한 요건해당성 또는 법률효과의 발생을 부정한다. 또한 그러한 의사의 존재를 판단하는 것은 매우 어려운 문제이기 때문에 부당노동행위로 볼 수 있는 일정한 행위 또는 사실이 인정되면, 사용자의 부당노동행위의사 또는 의도가 사실상 추정될 수 있다. 이에 따라 학설 중에도 부당노동행위의 성립요건 중의 하나로 ‘지배·개입의 의사를 필요’로 하지만 이는 사용자의 내심의 문제이고 이를 입증하는 것은 사실상 불가능하므로 여러 가지 객관적·외형적인 정황을 종합해 그 의사를 추정할 수 있는 정도면 충분하다는 견해도 있다.¹⁴⁾

나) 판례에 대한 비판론

그런데 김홍영 박사는 “위 대법원 1998. 5. 22. 선고 97누8076 판결에서는 지배·개입의사가 있어야 지배·개입이 성립한다고 판시하면서, 지배·개입의사의 내용이 구체적으로 무엇인지는 특별히 언급하지 않고 있다. 지배·개입의 성립과 의사 간에 개념적인 순환을 초래하므로, 지배·개입의사가 무엇을 의미하는지 불명확하다. 지배·개입의사가 비록 제반 사정에 의해 객관적으로 인정될 수 있다고 판시하지만, 구체적인 사례에서 지배·개입의사의 유무를 판단하는 기준이 자의적일 수 있는 위험이 있다. 나아가 사용자의 주관적 요소인 의사를 중시하므로 지배·개입의 성립을 극히 제한적으로 인정할 위험도 있다.”고 비판한다.¹⁵⁾

다) 소결론

앞서 본 판례의 논리는 종래 ‘불이익 취급 유형’에 관하여 통설 및 판례가 객관적·외형적인 제반 사정들로부터 부당노동행위의사가 추정될 수 있다고 보고 있는 것¹⁶⁾과 유사한 구조이다. 결국, 판례의 입장에 의할 경우

14) 연제정, “사용자의 언론행위가 노조의 조직이나 운영을 지배 또는 개입하려는 의사가 있었다면 부당노동행위에 해당”, 노동 제41권 제1호, 한국산업훈련협회(2007), 70.

15) 김홍영(주 11), 265~266.

16) ‘사용자가 근로자를 해고함에 있어서 근로자의 노동조합의 업무를 위한 정당한 행위를 그 실질적인 이유로 삼았으면서도 표면적으로는 다른 해고사유를 들어 해고한 것으로 인정되는 경우에는 노동조합법 제39조 제1호에 정한 부당노동행위로 보아야 하고, 근로자의 노동조합 업무를 위한 정당한 행위를 실질적인 해고사유로 한 것인지의 여부는 사용자 측이 내세우는 해고사유와 근로자가 한 노동조합업무를 위한 정당한 행위의 내용, 정계해고를 한 시기, 회사와 노동조합과의 관계, 동종의 사례에 있어서 조합원과 비조합원에 대한 제재의 불균형

지배·개입의사의 유무를 판단하는데 고려되는 제반 사정에 관해 구체적인 인정기준을 형성하는 작업이 필요하다고 생각된다. 그런데 그 후 나온 ‘지배·개입에 의한 부당노동행위’ 관련 판례의 경우 그 인용사례가 드물 뿐 아니라 지배·개입의사의 유무를 판단하는데 고려되는 제반 사정에 관한 구체적인 인정기준을 실시한 판례도 찾기 어렵다. 단지 부당노동행위의사를 추단할 수 있는지 여부를 case by case식으로 판단해 온 것으로 보인다.

바. 부당노동행위의사의 주장·입증책임

① 이는 부당노동행위임을 주장하는 근로자에게 있으나(대법원 1991. 7. 26. 선고 91누2557 판결), 부당노동행위의사는 외부에 나타난 사용자의 행위의 성질, 상황, 결과 등의 간접사실로부터 추인되는 것이므로 실제에 있어서는 부당노동행위의사 필요설과 불요설의 차이는 거의 없다. 다만 부당노동행위가 부정된 사례에서, 성립요건에 부당노동행위의사가 필요하고, 그러한 의사의 추정적 의미라도 근로자측에서 입증을 해야 하며, 입증이 없거나 부족한 경우에는 구제신청을 기각하는 것으로 추론해 볼 수는 있다.

② 대법원 2007. 11. 15. 선고 2005두4120 판결

【판시사항】 사용자의 행위가 부당노동행위에 해당하는지 여부의 판단 방법 및 그에 대한 증명책임의 소재(=근로자 또는 노동조합)

【이 유】

사용자의 행위가 노조법에 정한 부당노동행위에 해당하는지 여부는 사용자의 부당노동행위의사의 존재 여부를 추정할 수 있는 모든 사정을 전체적으로 심리·검토하여 종합적으로 판단하여야 하고, 부당노동행위에 대한 증명책임은 이를 주장하는 근로자 또는 노동조합에게 있으므로, 필요한 심리를 다하였어도 사용자에게 부당노동행위의사가 존재하였는지 여부가 분명하지 아니하여 그 존재 여부를 확정할 수 없는 경우에는 그로 인한 위험이나 불이익은 그것을 주장한 근로자 또는 노동조합이 부담할 수밖에 없다.¹⁷⁾

여부, 기타 부당노동행위 의사의 존재를 추정할 수 있는 제반 사정을 비교 검토하여 종합적으로 판단하여야 한다’(대법원 1995. 4. 28. 선고 94누11583 판결 등).

17) 同旨 대법원 2011. 7. 28. 선고 2009두9574 판결.

사. 지배·개입의 성립에 있어서 결과 발생의 요부(소극)

앞서 보았듯이 부당노동행위제도에 의하여 보호되는 1차적인 보호법익은 단결활동의 자주성이므로, 지배·개입의 여부는 자주성을 저해하는지를 기준으로 판단해야 한다. 그러나 자주성이 저해되었다는 사실상의 결과 발생은 지배·개입의 성립요건이 아니다.¹⁸⁾ 판례도 지배·개입에 의한 부당노동행위가 성립하기 위해서는 지배·개입의 의사는 필요로 하지만¹⁹⁾ 그 결과의 발생을 필요로 하는 것은 아니라고 하였다.²⁰⁾ 따라서 사용자의 지배·개입행위 그 자체만으로 부당노동행위가 성립하고, 사용자의 행위로 인한 노동조합 조직의 악화 등 근로자의 단결권을 침해하는 구체적이고 현실적인 결과 또는 손해가 반드시 발생해야 하는 것은 아니다. 따라서 단결활동의 자주성을 저해할 가능성이 있는 행위이면 지배·개입의 부당노동행위가 성립될 수 있다고 할 것이다.²¹⁾

3. 사용자의 표현행위와 지배·개입의 관계

가. 문제점

노동조합에 대한 지배·개입행위는 단순히 물리적인 실력 행사만을 의미하는 것이 아니며, 노동조합의 조직·운영에 관한 사용자의 견해 표명도 포함될 수 있다. 그런데 표현의 자유와 근로자의 단결권은 모두 헌법에 의해 보장된 기본적 인권으로서 어느 것이나 소홀히 할 수가 없는 것이지만, 사용자의 지배·개입의 행위가 언론 내지 표현(연설, 사내방송, 게시판, 서한 등)의 형태에 의하여 이루어지는 경우가 적지 아니하므로 사용자의 표현의 자유와 지배·개입의 성부 및 그 충돌이 문제된다. 이는 결국 사용자의 표현의 자유와 근로자의 단결권 내지 부당노동행위제도의 양자를 어떻게

18) 대법원 1997. 5. 7. 선고 96누2057 판결, 대법원 2006. 9. 8. 선고 2006도388 판결 외 다수, 사법연수원, 노동조합 및 노동관계조정법(2010년), 317.

19) 대법원 1998. 5. 22. 선고 97누8076 판결.

20) 대법원 1997. 5. 7. 선고 96누2057 판결.

21) 김형배(주 2), 1048.

게 조화·조정하느냐 하는 문제로서, 환언하면 부당노동행위제도에 의해 사용자의 표현의 자유가 어떻게 제약받아 한계가 그어지느냐 하는 문제이다.

여기서 부당노동행위제도에 의해 규제의 대상이 되는 사용자의 언론은 시민적 자유(자유권적 기본권)로서의 언론의 자유가 아니라, 오히려 사용자라고 하는 우세한 지위로부터 수반하는 위압적인 표현을 금지하는 것이다. 일반적으로 사용자의 언론활동에서 위협, 보복 및 이익의 공여 등을 통해 조합 활동을 억압하거나 강제하는 경우는 물론, 사용자의 우월한 지위에 비추어 발언 당시 상황이나 내용 등 여러 사정을 종합해 조합 활동을 방해할 위험이 있는 경우에는 부당노동행위가 성립할 것이다.

나. 표현의 자유와 지배·개입에 관한 논의 전개 과정²²⁾

1) 미국의 경우

사용자의 표현의 자유의 문제는 특히 至難한 문제로서 부당노동행위제도의 모국인 미국에서는 그 제도의 창설 당시부터 가장 주요한 쟁점으로 논의되어 왔던바, 이는 근로자의 단결권행사에 대한 사용자의 간섭·억압·강제를 부당노동행위로서 금지한 Wagner법(National Labor Relations Act, 1935) 제8조의 제1호의 적용에 있어 헌법이 보장한 표현의 자유와의 관계가 그 시행 초기부터 문제되었기 때문이다. 그리하여 전국노동관계국(National Labor Relations Board, NLRB)은 당초 위 조항은 사용자의 노동조합 활동에 대한 절대적 불간섭, 중립을 요구하는 것이라 하여 조합 내지 조합활동에 대한 사용자의 표현은 그 내용의 여하를 불문하고 부당노동행위가 된다는 입장을 취하고,²³⁾ 연방법원도 이를 지지하기도 했으나,²⁴⁾ 그 후 판례²⁵⁾는 표현의 자유에 비중을 옮겨 사용자가 노동조합에 관하여 의견을 표명하는 것 자체는 금지하는 바가 아니고 그것이 협박 내지 이익유도

22) 이범주, “지배·개입과 경비원조”, 재판자료(40), 556 이하 참조.

23) 대표적 사례로는 Hoover Co., 6NLRB688(1938); Southern Colorado Power Co., 13NLRB 699(1939); Ford Motor Co., 23NLRB342(1940).

24) NLRB V. Ford Corp., 102 F. 2d. 383(1939); NLRB V. Federbush Co., Inc. 121F. 2d. 954(1941).

25) NLRB V. Virginian Electric & Power Co., 314 U.S. 469(1941).

의 요소를 포함하는 경우에만 부당노동행위가 된다는 입장으로 바뀌게 되었다.

이러한 변천의 흐름 아래 태프트·하틀리법(Labor Management Relations Act, 1947년)이 제정되었는데, 동법 제1편(Title 1)은 Wagner법의 개정을 주된 내용으로 하게 되었다. 그 제8조 (c)항은 표현의 자유라는 명문을 사용하고 있지는 않지만, “표현들이 서면, 인쇄, 도표 그 밖에 보이는 형태로 견해, 의견 또는 의견을 발표하고 유폐하는 것은 그 발표가 보복의 위협, 강압 또는 이익제공의 약속을 포함하지 않는 이상 본 법 소정의 부당노동행위가 되지 아니하며 또 그 증거로도 되지 않는다.”라고 규정²⁶⁾하게 됨에 이른 것이다.

이에 대해 김형배 교수는 “그러나 단결권이 헌법상의 기본권으로 보장되어 있지 않은 자유주의적 법질서를 가진 미국의 경우에 있어서와 동일한 차원에서 우리는 이 문제를 논의할 필요가 없다.”고 한다. 그러므로 우리는 사용자의 발언 또는 의견의 표시가 사용자라는 우월한 지위를 바탕으로 지배·개입의 의도를 가지고 행해진 것이면 부당노동행위가 성립한다고 보아야 할 것이라고 하였다.²⁷⁾

2) 일본의 경우

가) 부당노동행위의 판단

일본 노동조합법 제7조 제3호²⁸⁾는 “노동자가 노동조합을 결성하거나 운영하는 것을 지배하거나 또는 이에 개입하는 것”을 금지하고 있다. 그런데 앞서 본 미국에서의 부당노동행위법의 경험²⁹⁾은 우리나라의 경우와 같이

26) [Expression of views without threat of reprisal or force or promise of benefit] The expressing of any views, argument, or opinion, or the dissemination thereof, whether in written, printed, graphic, or visual form, shall not constitute or be evidence of an unfair labor practice under any of the provisions of this act [subchapter], if such expression contains no threat of reprisal or force or promise of benefit.: 송강직, “미국에서의 사용자의 언론의 자유와 부당노동행위”, 노동법학 21호(2005), 256.

27) 김형배(주 2), 1051.

28) 第七条 使用者は、次の各号に掲げる行為をしてはならない。

三. 労働者が労働組合を結成し、若しくは運営することを支配し、若しくはこれに介入すること、又は労働組合の運営のための経費の支払につき経理上の援助を与えること。

29) 상세한 것은 오산명량, 사용자의언론(현대노동법강좌 8) 25 이하 참조.

이를 모범으로 하는 일본에서의 부당노동행위제도의 운용에 커다란 영향을 미친 결과, 일본의 노동성은 1957(소화 32년). 1. 14. 통첩으로 “사용자의 정당한 언론의 자유의 행사가 결과적으로 노동조합의 결성·운영에 대하여 영향을 미쳤다 해도 이로써 곧 부당노동행위가 된다고는 할 수 없다. 특히 부당한 위압이나 이익유도를 포함하는 내부간섭에 이르지 않는 한 사용자가 노동조합의 사정을 조사하고 또는 노동조합이나 조합원에 대하여 자기의 소신을 말하고 노동조합의 주장을 반박하거나 그 잘못을 지적·비판하는 것은 하등 이를 금지해야 할 이유가 없다.”라는 견해를 표명하게 되었는 바, 위 통첩이 미국의 태프트·하틀리법상의 기준을 거의 그대로 받아들여 일본에 통용하고자 한 것임은 자명하다.

그리하여 사용자의 어떠한 정도·범위의 언론에 대하여 지배·개입을 인정할 것이냐 하는 그 구체적 기준에 관한 일본에서의 학자 간의 논쟁은, 위 통첩을 계기로 위 통첩의 입장과 같이 미국의 태프트·하틀리법상의 기준을 그대로 받아들이는 견해와 이에 반대하는 견해의 대립으로 심화되었는 바, 즉 전자³⁰⁾에서는 사용자의 반조합적 언론이 지배·개입으로서 부당노동행위를 구성하기 위하여는 원칙으로서 그 언론에 보복, 폭력의 위협이나 이익의 약속 등이 포함되어야 하며 이러한 강제적 요소를 포함하지 않는 경우에는 지배·개입의 성립을 부정해야 할 것이라고 주장함에 대하여, 후자³¹⁾에서는 사용자의 언론에 포함된 보복, 폭력의 위협이나 이익의 약속 등의 강제적 요소는 단결권침해의 의도를 인정할 중요한 요소이지만 지배·개입 성부 등의 판단에 있어 반드시 절대불가결한 기준은 아니며 그 성부는 오로지 언론의 내용과 시기, 장소 및 대상 등을 기준으로 하여 종합적으로 판단되어야 할 것이라 한다.

나) 학설

학설로서는 후자의 입장이 다수설인데, 이 입장은 그 논거로서 미국의

30) 石川吉右衛門, 노동조합의 자주적 운영과 사용자의 개입의 한계(노사관계における노동법의 쟁점) 137; 山口浩一郎, 노동조합법강화, 13.

31) 荒木誠之, 支配・介入(노동법강좌 2), 299.

부당노동행위제도는 본래 부정경쟁의 배제에서 유래되어 “통상의 자유로운 유통에 의한 산업평화의 유지·확립을 위한 노사간 교섭력의 균등화”라는 연방정부의 정책에 터잡은 것임에 대하여, 일본의 부당노동행위제도는 제도적으로 미국의 것을 모방한 것이나 법원리로서는 헌법상의 단결권보장의 구체화라는 점과 양국의 노사관계실태가 상위하다는 점 등을 들고 있다.

다) 일본 판례의 경향

(1) 한편 일본의 판례를 보면, 앞에서 인용한 最高裁 1954(昭和 29). 5. 28. 판결(산강내연기사건)은 불이익취급의 암시를 포함하고 있는 발언의 경우에 지배·개입을 인정하고 있을 뿐 그 일반적 기준에 관한 입장은 밝히지 않고 있는데(앞서 보았듯이 판례 취지가 명확하지 않아 다양한 각도로 해석되고 있다) 그 하급심판결의 경향은 대체로 앞에서 본 전자의 입장에 접근하고 있다고 볼 수 있다.³²⁾

즉, 판례의 경향을 개괄적으로 살펴보면 우선 언론의 내용 그 자체에 대하여는 부당노동행위가 성립하기 위하여는 그 표현에 강제 또는 위압 내지 이익유도의 명시·암시를 포함하여 그 밖에 노동조합의 자주성을 해하는 것으로 통상 볼 수 있는 요소의 존재를 필요로 하고 그렇지 않는 한 부당노동행위가 되지 않는다고 함이 일반적이라 할 수 있고, 다만 이 점에 있어서는 그 언급되는 사항의 여하에 따라 뉘앙스가 달라지므로 노동조합의 쟁의방침 등과 같이 사용자에게 향해진 노동조합의 활동의 문제에 관한 사용자의 비판·설득은 그것이 단지 비판·설득에 그치는 한 일반적으로 부당노동행위로 되지 않지만, 노동조합의 직원 등의 인사, 상부 단체에의 가입, 그 밖에 노동조합의 내부운영의 문제나 조직문제에 대하여 관여하는 언론은 그 성질상 특별한 강제, 위압 등을 수반하지 않아도 개입행위로서 부당노동행위가 되기 쉽다고 하는 경향을 나타내고 있는 것이다.³³⁾

(2) 일본의 外尾建一 교수는 이러한 학설의 논쟁과 판례의 경향

32) 原愼一, (判例からみた)労働法の諸問題: 集團關係, 613.

33) 深山喜一郎, 使用者の言論の自由と支配・介入(不當労働行為の法理), 383; 박종보, “使用者의 言論의 自由와 勤勞者の 團結權”, 人權과 正義 154號, 34.

을 종합하여 다음과 같이 보다 “구체적이고 명확한 일반적 기준”을 제시하고 있는바, 점차 그 지지도가 높아져 크게 주목받고 있다.³⁴⁾

“① 조합의 결성이나 조직·운영 등의 영역은 조합이 자주적으로 결정해야 할 분야로서 본래 사용자가 개입해서는 아니되는 영역이므로 이에 관한 의견의 표명은 거기에 강제적 요소가 포함되어 있지 않아도 지배·개입에 해당한다.

② 그 이외의 사항에 대하여는 사용자가 일반적으로 의견을 표명하는 것은 원칙으로서 자유이다. 다만 이 경우에도 그것이 ㉠ 보복·위협·이익의 공여 등 강제적 요소가 포함되어 객관적으로 단결권침해의 위험이 인정되는 경우와 ㉡ 조합원 개개인에 대한 직접적·개별적인 교섭으로 인정되어 조합의 붕괴를 피하려고 하는 경우에는 지배·개입이 된다.”³⁵⁾

우리의 법제에 있어서도 앞에서 본 후자의 입장이 타당한 해석론이라는 견해가 많다.³⁶⁾ 그리고 한편 위의 外尾建一 교수의 견해 또한 주요한 시사가 된다고 하겠다.

3) 표현이 지배·개입에 해당하는지에 관한 우리의 논의

구체적으로 어느 정도까지가 지배·개입에 해당하는지를 판단하는 것은 용이하지 않다.

가) 학설

(1) 제1설(사용자의 표현의 자유를 존중하는 견해)

미국의 입법례³⁷⁾를 원용하여, 사용자의 노사관계에 대한 의견표명은 그 속에 ‘보복이나 폭력의 행사 또는 이익의 공여’가 포함되어 있지 않는 한, ‘다른 사정과 함께 고려하여 지배·개입으로 되는 경우’를 제외하고는, 지

34) 深山喜一郎(주 33), 382.

35) 外尾建一, 노동단체법, 294.

36) 김치선, 근로자의 단결권, 서울대출판부, 175.

37) 앞서 보았듯이 미국의 태프트·하틀리법(Taft-Hartly act) 제8조(c)는 가시적 방법을 통한 사용자의 의견표명은 ‘보복이나 폭력의 위협 또는 이익의 약속을 포함하지 않는 한 부당노동행위를 구성하거나 그 증거가 되지 않는다’고 규정하고 있다.

배·개입이 되지 않는다고 보는 견해로서, 표현의 자유가 지배·개입에 해당하는 것을 좁게 해석하는 견해이다.³⁸⁾

(2) 제2설(지배·개입을 넓게 인정하는 견해)

사용자의 노조의 운영 내지 조직에 대한 발언은 그것이 일반적인 구체적이든 노조의 자주성을 침해하거나 그럴 우려가 있으면 그 속에 보복이나 폭력의 위협 또는 이익의 약속이 포함되지 않더라도 널리 지배·개입이 된다는 견해이다.

그 근거에 대해서, ① 김유성 교수는 이론적인 면에서 미국의 태프트·하틀리법에서와 같은 명문 규정이 없을뿐더러 부당노동행위 제도의 목적이거나 이념의 측면에서도 우리나라와 미국은 서로 다르다는 점과 현실적인 측면에서 보더라도 우리 노조 조직형태는 종래 대부분 기업별 조직으로 그에 따라 근로자들이 사용자의 언론에 의해 영향을 받기가 쉽다는 점 등을 들고 있으며, ② 김형배 교수는 단결권이 헌법상 기본권으로 보장되어 있지 않은 자유주의적 법질서를 가진 미국의 경우에 있어서와 동일한 차원에서 이 문제를 논의할 필요는 없다고 한다.³⁹⁾

(3) 제3설(절충설)

표현의 내용에 威嚇, 보복, 이익의 약속 등을 암시하는 요소가 있는 경우에는 사용자의 표현은 불공정하게 되어 지배·개입이 된다거나, 표현의 내용, 방법, 그것이 행하여진 장소, 상황과 조합의 운영이나 활동에 미친 영향, 추정되는 사용자의 의도 등을 종합하여 구체적으로 판정하여야 한다는 견해이다(다수설). 일반적인 견해의 표명은 자유이지만 구체적인 사실에 관한 논평은 지배·개입에 해당하며, 조합의 결성이라든가 조직·운영 등에 관한 의견표명은 지배·개입이지만, 그 외의 사항에 대하여는 威嚇, 보복, 강제 내지 이익의 공여 등의 요소가 포함되어 있을 때에 지배·개입으로 된다.

(4) 제4설(절충설)

부당노동행위제도의 취지로 보아 사용자라고 하는 우세한 지위로부터

38) 김유성 교수는 일본 학자들 중에서 그 견해가 있다고 한다. 우리나라에서는 찾기 어렵다.

39) 김형배(주 2), 1051.

수반되는 위압적인 표현이 규제의 대상이 되는 것이므로 사용자의 발언 또는 의견표시가 그것이 사용자라는 우월적 지위를 바탕으로 지배·개입의 의도를 가지고 행하여진 경우 부당노동행위가 된다. 따라서 사용자가 조합 운영의 경향이나 노조의 강령 또는 운동방침에 대하여 어떤 비판적인 견해를 발표하는 것은 그것이 노동운동에 대하여 약간의 영향을 끼쳤다고 하여 당연히 부당노동행위가 되는 것은 아니다.⁴⁰⁾

나) 판례

대법원은, “사용자가 연설, 사내방송, 게시문, 서한 등을 통하여 의견을 표명할 수 있는 표현의 자유를 가지고 있음은 당연하나, 그 표명된 의견의 내용과 함께 그것이 행하여진 상황, 시점, 장소, 방법 및 그것이 노조의 운영이나 활동에 미치거나 미칠 수 있는 영향 등을 종합하여 노조의 조직이나 운영 및 활동을 지배하거나 이에 개입하는 의사가 인정되는 경우에는 ‘근로자가 노조를 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위’로서 부당노동행위가 성립하고, 그 지배·개입으로서의 부당노동행위의 성립에 반드시 근로자의 단결권의 침해라는 결과의 발생까지 요하는 것은 아니다.”라고 판시하였다.⁴¹⁾

다) 노동부 행정해석

정당한 노조결성과 운영에 관련하여 연설, 서한 등 표현행위가 강압 또는 위압 내지 반대급부의 명시나 암시를 내포시 지배·개입에 해당한다고 볼 것이나, 단순히 노조 주장에 대한 반론이나 그 잘못을 비판하는 행위, 회사의 사정 및 단체협약 진행상황 등에 관한 입장표명은 부당노동행위라 보기 어려울 것이다(노조 68107-745, 2001. 6. 30.).

라) 검토

생각컨대, 근로자의 자주적인 단결활동의 보호에 본 규정의 취지가 있음은 명백하나, 사용자 또한 對 勞組 관계에서 자신의 의견을 표명할 수 있는 자유가 있는 것인데다가 사용자가 발언할 수 없는 사항 내지 영역을 획

40) 김형배(주 2), 1051.

41) 대법원 2006. 9. 8. 선고 2006도388 판결, 대법원 2008. 7. 10. 선고 2007도3435 판결.

정하는 것은 어려운 문제이므로, 절충설 중 제3설의 판단 방법에 따르되, 표현의 내용, 방법, 그것이 행하여진 장소, 상황과 조합의 운영이나 활동에 미친 영향 등을 종합하여 사용자의 지배·개입의사가 인정되면 그 결과에 관계 없이 부당노동행위가 성립한다고 봄이 타당하다고 사료한다(다만 지배·개입할 의사는 내심의 문제이므로 입증이 사실상 쉽지 않을 것이다).

이에 대해, ① 일본 最高裁 1954(昭和 29). 5. 28. 판결은, 발언이 노조의 운영에 대한 영향을 미친 사실이 있으면, 그 점에 발언자의 주관적 인식 내지 목적이 없었더라도 부당노동행위가 된다고 하고, 한편 ② 最高裁 1983(昭和 58). 12. 20. 판결은, 노사 쌍방이 공정하고 타당한 형식으로 자기의 견해를 표명하는 배려가 결여된다면 노사관계의 질서를 어지럽히는 것으로 될 것이고, 이러한 의미에서 노사 간에 대립을 보이는 시기에 사용자 또는 그의 이익대표자가 근로자를 개별적으로 접촉하여 노사관계상의 구체적인 문제에 관하여 발언한 것은 일반적으로 공정성이 결여된 것으로 비난을 면할 수 없다고 판시하였다.

그런데 특히 발언의 대상이라는 측면에서는 다음 두 가지를 나누어 보는 것이 옳을 것이다. 먼저 ‘노조의 조직이나 결성(가령 조합원의 범위, 노조의 형태, 상부 단체에의 가입 여부) 또는 노조의 내부운영(임원의 인사, 통제권의 행사, 각종 회의 개최나 의사의 형성 등)’ 등은 본래 노조의 자주적이고 독립적 판단이 절대적으로 요청되는 부분으로 사용자의 개입이나 간섭은 특히 배제되어야 하기 때문에, 이러한 문제에 대한 사용자의 의견표명은 그 속에 위협이나 이익공여의 시사가 포함되어 있지 않더라도 원칙적으로 지배·개입이 된다고 보아야 할 것이다.

반면에 ‘노조의 對사용자 활동의 방침 등의 사항’(가령 노조의 사용자에 대한 비판이나 비난 혹은 쟁의행위 등)에 관해서는 사용자도 자유로이 의견을 표명할 수 있다. 그러므로 이 부분에 관한 사용자의 발언은 그 속에 위협이나 이익공여의 시사 등이 포함되어 있지 않고 다른 지배·개입적 정황과 관련되지 않는 한 노사관계에서의 일상적인 言論戰으로 허용된다고

보아야 한다.⁴²⁾

결국 표현의 내용 자체에 관하여는 그 표현에 강제, 위압 또는 이익유도가 명시적 또는 묵시적으로 포함되거나, 기타 노동조합의 자주성을 침해한다고 인정되는 요소가 존재하여야 부당노동행위를 구성한다고 보는 것이 일반적 경향이다. 구체적으로는 노동조합의 쟁의방침, 운용방침처럼 사용자에게로 향한 노동조합의 활동문제에 대한 사용자의 단순한 비판과 설득은 일반적으로는 부당노동행위가 되지 않는 경우가 많겠지만, 조합의 임원의 인사, 상부 단체에의 가입, 기타 노동조합의 내부운영이나 조직문제에 대한 언동은 특별히 강제, 위압 등을 수반하지 않아도 부당노동행위의 성립을 쉽게 인정해야 한다.

다. 구체적인 사례의 검토

1) 판결례

가) 부당노동행위 인정 사례

□ 대법원 1991. 12. 10. 선고 91누636 판결

[특징] 사용자가 직접 일부 조합원을 종용하거나, 노조의 방침과 반대되는 행동을 개별적·직접적으로 요구할 경우 부당노동행위에 해당할 소지가 크다는 사례

회사의 대표이사나 전무가 조합의 일부 조합원들을 개별적으로 만나거나 조합의 결의에 불만을 품은 일부 조합원들을 모아서, 조합 운영위원회의 결의에 의해 시행하고 있는 위 준법운행에 참여하게 된 경위를 묻고, 위 준법운행에 반대해 종전과 같은 방식으로 근무할 것을 종용하는 등의 행위를 하고, 그 결과로 조합원들 중의 일부가 조합의 준법운행을 반대하고 종전과 같은 방식으로 근무할 것을 결의하는 등의 행위를 하게 되었다면, 회사가 이와 같이 조합의 준법운행에 대항해 한 행위는 부당노동행위에 해당한다고 사례

42) 김유성, 노동법Ⅱ: 집단적 노사관계법, 법문사, 357.

□ 최고재판소 1982(소화 57). 9. 10. 판결[프리마햄(プリマハム) 사건] ⇨
이하 그 하급심인 동경지방법판소 1976. 5. 21. 민사 제11부 판결의 판
시내용이다.

① 개요

회사의 대표사장이 임금인상 요구를 둘러싼 단체교섭 계속 중 “사원 여러분”이라는 제목으로, “임금교섭 타결이 이루어지지 않은 것은 불행한 일
이나…… 경제불황, 전년도에 파업의 후유증 등으로 여러분의 요구에 대하
여 지불능력이 어려운 여건을 호소하면서, 조합간부들이 이러한 상황을 무
시한 채 단체교섭 결렬을 선언했습니다……(다른 진정한 목적이 아니라)
파업을 위한 파업을 하려는 모습밖에 보이지 않습니다…… 회사도 중대한
결의를 하지 않을 수 없습니다……”라는 취지의 사장 성명문을 전사업소
에 일제히 게시한 것을 두고, 이 성명문의 내용, 발표 수단, 발표 시기, 발
표자의 지위, 발표 후 동맹파업 반대 움직임이 조합 각 지부에 갑자기 나
타났다고 하는 위 발표가 주는 영향 등에서, 조합원에 대해 위협적 효과를
주고, 조합의 조직, 운영에 영향을 미치는 경우라고 한 사례이다.⁴³⁾

② 판단

최고재판소는, 사장의 성명문에서 “사원 여러분”이라고 하고 있으나 이
는 조합원 전원을 대상으로 하고 있다고 볼 수 있고, “조합간부들이”라는
표현은 조합집행부와 일반조합원과의 분열을 초래할 수 있다는 것, “파업
을 위한 파업”이라는 언동에 대해서 조합의 단체교섭 결렬선언은 파업개시
의 요건으로 단체협약 규정이라는 것, “중대한 결의”의 표현은 조합원에
대한 위협적인 효과를 줄 수 있다는 등의 판단하에 본건 사장 성명문은 파
업을 언제, 어떠한 방법으로 행할 것인지에 대한 조합의 내부운영에 대한
지배·개입행위에 해당된다고 판단했다.

43) 賃上げ要求をめぐる団体交渉継続中, 「組合幹部の皆さんは団交決裂を宣言しました……スト
のためのストを行わんとする姿しか写つてこない……会社も重大な決意をせざるをえませ
ん……」旨の社長声明文を全事業所に一斉に掲示したことが、声明文の内容、発表の手段、発
表の時期、発表者の地位、発表後スト反対の動きが組合各支部に急に現れたという発表の与
える影響などから、組合員に対し威嚇的效果を与え、組合の組織、運営に影響。

□ 와카야마 지방법원 1968. 12. 13. 민사 제2부 판결

① 판결요지

노동쟁의에 즈음하여 사용자 측이, “파업을 행하면 사용자의 신용을 실추해 경영의 기초를 위협하게 하기 때문에, 결국 임금인상을 불가능하게 한다. 조합은 공산당의 앞잡이가 되어 파업을 결행하고 있고, 종업원은 위 사물의 이치를 분별하는 한편 사회적 책임을 자각해 그 행동을 신중하게 해야 하고, 전면 파업을 그만두어야 한다.”는 취지의 문서를 조합원에게 배포한 것은, 조합원을 위협해 파업에의 불참가, 더욱이 조합으로부터의 탈퇴를 강제하는 효과를 가지는 것이어서, 조합 운영에의 지배·개입에 해당한다.

② 판결이유

본건 문서 배포 당시의 정황과 본건 문서의 취지를 종합하면, 위 문서의 배포는 조합의 쟁의행위에 대항하기 위해 원고(사용자)가 택한 수단으로서, 위 쟁의행위를 비판해, 조합원에 대해 파업의 중지를 호소한 것이라고 판단된다. 그런데 이러한 행위는 사용자의 의견표명에 머무르는 한 언론의 자유의 발로로서 시인되어야 한다 할지라도, 그러나 그것이 된 전후의 정황에 비추어 조합원에 대해 위협적 효과를 가지는 것이라고 인정되는 경우에는 단결권에 대한 부당한 간섭으로서 배척되어야 한다.

나) 부당노동행위 불인정 사례

□ 대법원 2001. 9. 14. 선고 2001도53 판결⁴⁴⁾

노동조합의 쟁의행위가 정당성을 갖기 위해서는 쟁의행위에 앞서 노동위원회의 조정절차를 거쳐야 할 뿐만 아니라 그 조합원 과반수의 찬성결정이 있어야 하는 등 절차적 요건도 구비하여야 하고 이를 결여하면 위법한 쟁의행위로서 법의 보호를 받을 수 없다 할 것이며, 이와 같이 법의 보호를 받을 수 없는 쟁의행위에 가담하는 것을 자제해 달라는 취지의 발언을 하는 것은 노조법 제81조 제4호 소정의 부당노동행위에 해당한다고 볼 수 없다 할 것이다.

(중략) 기록에 비추어 살펴보면, 이 사건 쟁의행위에 대한 찬반투표 당

44) 대법원 2001. 6. 29. 선고 2001도1322 판결도 같은 취지이다.

시에는 아직 단체협약 갱신 안에 대한 심의 시작단계에 불과하여 노동쟁의상태에 있지 않았다는 원심의 인정은 정당한바, 그렇다면 그 상태에서 찬반투표로는 이 사건 쟁의행위에 대한 절차적 요건을 구비한 것으로 볼 수 없고, 따라서 **법의 보호를 받을 수 없는 쟁의행위**에의 참가를 만류하였다고 하여 그 행위가 **부당노동행위에 해당하지 않는**다는 원심의 판단은 앞에서 본 법리에 따른 것으로서 정당하고, 거기에 지배·개입에 의한 부당노동행위에 관한 법리오해가 있다고 할 수 없다.

□ 最高裁 1983(昭和 58). 12. 20. 판결(新宿郵便局 사건)

① 판단

우체국장이 ① 저금 모집 협회회의 석상에서 조합 간의 대립에 관해 언급하고, ② 자택에서 신입직원들을 불러 환담하던 중 조합을 투쟁주의자로서 비판하고, 동석한 과장보좌도 당시 결성 준비 중에 있는 대립 조합(對立 組合)에의 가입을 권유하면서 가입계용지를 배포하였으며, ③ 그리고 다시 임시 보충 직원들을 국장실에 불러 조합의 빌라 벽보에 관해서 언급한 사안에서, “위 국장의 자택 또는 집무실에서 특정의 직원에 대하여 한 것이고 새로운 노조결성이 준비되고 있는 시기에 나온 것이므로, 그 타당성이 의문시될 수 있음은 부정할 수 없다고 하면서도, 그 내용 및 항소심 인정 사실에 비추어 볼 때에, 위 발언만으로 곧 기존의 노조의 조직 및 운영을 지배·개입한 행위에 해당한다고 할 수 없다.”고 판단하였다.⁴⁵⁾

다만 위 판결은, 원칙적으로 사용자에게도 언론의 자유가 보장되어 있고, 노사 쌍방이 자유로운 논의를 전개하는 것이 정상적인 노사관계의 형성·발전에 기여 할 수 있지만, 그것은 어디까지나 **공정하고 타당한 형태로 자기의 견해를 표명할 때만 가능한** 것이고, 그와 같은 배려가 결여된다면 노사관계질서에 악영향을 미칠 우려가 크다. 이러한 의미에서 노사 간의 대립이 표면화된 시기에 사용자 또는 그의 이익대표자가

45) 新宿郵便局長の所論の発言も、上告人組合に対立する労働組合の結成が準備されている時期において、同局長の自宅又は執務室で特定の職員に対してなされたもので、その妥当性が疑われることは否定できない。しかしながら、その内容及び原審認定の事実関係に照らせば、右発言をもつていまだ上告人組合の結成運営に対する支配介入に当たるとまでいうことはできないとした原審の判断は、これを是認することができ、原判決に所論の違法はない。右違法のあることを前提とする所論違憲の主張は、失当である。論旨は、いずれも採用することができない。

근로자와 개별적으로 접촉하고 노사관계상의 구체적인 문제에 대해서 까지 발언하는 것은 일반적으로 공정성을 잃은 것이라는 비난을 면할 수 없고, 경우에 따라서는 부당노동행위가 성립할 수 있다 한다.

나아가 **부당노동행위제도의 목적**은, 단결권의 승인에 의해 성립하는 근대적 노사관계 질서의 유지·형성에 있다라고 해석되기 때문에, 그러한 질서 형성의 모체인 노동조합의 결성·운영 - 단결권 활동 - 이 “자주적”으로 되는 것이 그 전제가 되어, 이 의미에 있어서 부당노동행위 제도가 보호해야 하는 제1차적인 보호법익은 노동자의 단결 활동의 “자주성”이다. 그렇다면 일본 노동조합법 제7조 제3호의 지배·개입의 성립 여부는, 우선 이러한 단결 활동의 “자주성”을 저해하는 것인지를 기준으로서 판단되지 않으면 안된다. 그리고 이 경우, 자주성을 저해할 우려가 있을지 여떨지는, 부당노동행위제도의 목적이 사용자의 부당한 영향으로부터 해방된 자주적인 노동조합의 보호육성에 있는 이상, **그 판단은 노동자의 입장에 서서 하지 않으면 안 되고**, 또한 사용자의 행위는 과거에 있어서의 사용자의 태도나 그 외의 일련의 행위와의 상대관계에 있어서 비로소 그 행위의 진정한 의미가 밝혀진다는 것이 고려되지 않으면 안 된다고 판시하였다.

② 그 하급심의 판단

참고로 그 하급심인 동경지방법판소는 위 언동이 부당노동행위에 해당된다고 판단하였는데, 東京高等裁判所는 위 국장 등의 언론 부분에 대하여, 이는 주의환기, 충고, 격려, 위로라고 판단하여 1심판결을 파기하였다. 즉 동경고등재판소는 국장의 언론은 가능했다면 하지 않았던 것이 최선이었겠으나, 다만 방문한 젊은 신입사원들과 환담하면서 선배의 한사람으로서 성실하게 일을 하도록 충고하고 격려한 것으로 인정된다고 하여 지배·개입의 부당노동행위의 성립을 부정하였던 것이다. 그 후 최고재판소가 위와 같은 이유로 상고기각하였다.

2) 검토

가) 이상의 사례를 살펴볼 때, 우선 노조의 조직·가입·운영·탈퇴에 관한 사항은 물론이거니와 노조 임원선거, 대회개최 등 노조의 내부운영에 대한 사용자의 간섭은 표현의 자유를 넘어서 지배·개입으로 인정되는 경우가 많으며, 또한 노조활동을 이유로 사용자가 처분할 수 있는 영역,

예컨대 채용·인사·해고 등 영역에서 불이익한 처분의 가능성을 내포하거나 암시하는 경우에도 부당노동행위로 인정될 소지가 큼은 물론, 표현행위의 동기·수단 및 방법 자체도 부당노동행위 판단 시 중요한 판단 기준이 된다는 것을 알 수 있다.

나) 이와 같은 기존의 판단사례를 두고 본다면, ‘對노동조합을 상대로 하는 사용자는 일체의 표현행위가 제한되는 것은 아닌가’라는 의문이 들 수 있을 것이다. 예를 들어 사용자가 “회사의 경영상황이 어려우니, 최대한 빨리 파업을 중단하고 업무에 복귀해 줄 것을 바란다.”라는 언급을 한다면 전부 부당노동행위에 해당될 것인가. 단연코 그렇지 않다. 실제 노조를 상대로 회사가 이와 같은 호소를 하게 되는 경우는 부지기수이며, 그 과정에서 회사의 표현행위가 정당한 언론의 자유에 속하는 것인지, 아니면 과연 부당노동행위로 판단될 요소가 포함되어 있는 것은 아닌지 아래의 판단 기준을 통해 살펴보기로 한다.

다) 사용자의 표현행위에 대한 부당노동행위 판단 기준

① 사용자가 그 언동을 통하여 언급한 내용이 구체적으로 실현되었는지 여부, 예를 들어 구체적인 침해, 간섭의 결과 유무(예: 인사상 불이익을 받았는지 여부 등)는 부당노동행위 인정에 전혀 영향을 주지 않는다.

② 사용자에게 처분권이 있는 사항, 예컨대 인사상의 불이익 처분을 받는 등 침해이익 내지 가능성이 있거나, 심지어 암시가 있는 경우에도 부당노동행위에 해당할 소지가 크다.

③ 노조 또는 노조원들의 행위에 대한 반작용이나, 사용자의 표현의 동기(예: 노조활동 혐오), 표현의 수단(예: 개별노조원 접촉 방식) 자체도 부당노동행위 판단 시 고려대상이 된다. 다만 다소 과격한 표현행위라 할지라도, 그 자체만으로 곧바로 부당노동행위에 해당한다고 볼 수는 없으며, 최소한 불이익 암시 등 구체적인 조합활동에 대한 지배·개입 내용이 있어야 부당노동행위가 성립될 수 있다.

④ 노조의 조합활동 자체(예: 선거활동, 총회·대의원대회 개최) 내지 수단·방식에 대하여 직접적으로 반대하거나, 쟁의행위 돌입 여부 등에 부당

개입한 경우 부당노동행위에 해당할 소지가 크다.

이상에서 도출한 판단 기준을 참고로 아래에서 유형별로 살펴보기로 한다.

라. 유형별 고찰

실무상으로는 사용자의 의견표명이 보복·위협 및 이익의 공여 등을 통해 조합활동을 억압하거나 강제하는 경우는 물론이고, 사용자의 우월한 지위에 비추어 발언 당시 상황이나 내용 등 여러 사정을 종합하여 조합활동을 방해할 위험이 있는 경우에도 부당노동행위를 인정하였다.

1) 연설, 공고문 관련

연설 등 사용자의 언동이 노동조합에 대한 의견의 피력에 그치는 경우에는 표현의 자유에 속하는 것이나, 우월한 지위를 이용해 노동조합 활동에 영향을 미칠 의도로 이루어지는 경우에는 부당노동행위에 해당될 수 있다.

예를 들어 조합원들에게 노동조합 활동을 계속하면 해고될 수 있다고 위협하는 등 신분상 불안감을 조성하는 경우, 노동조합 결성·가입을 비난하거나 노동조합을 인정하지 않겠다고 발언하거나, 사보 등에 반조합적 기사를 게재하는 경우, 산별노조의 전환 등 조직형태 변경에 대해 특정 조직형태의 단점만을 집중적으로 부각시키거나 전환 시의 폐해를 강조하며 비난하는 경우, 공개적으로 노동조합을 부인하는 태도를 명백히 하고 근로자들의 조합활동을 주저하게 하는 발언하는 경우 등은 부당노동행위가 성립할 수 있다.⁴⁶⁾ 다만 회사의 경영방침에 대한 노동조합의 주장에 대해 회사의 입장 등 사실관계를 해명하거나 반론을 제기하는 것, 근로자를 상대로 직원간담회를 통해 임금인상안, 회사의 경영상황 등 회사의 입장을 설명하는 경우 등은 부당노동행위로 보기 어렵다.⁴⁷⁾

2) 회의, 면담 등 관련

각종 회의나 교육, 개별면담 등을 통해 노동조합 자체를 부정하거나 비

46) 연제정(주 14), 71.

47) 연제정(주 14), 71.

관하며 노동조합의 방침에 따르지 말도록 적극적으로 설득하는 것은 부당노동행위에 해당될 수 있다. 즉 노동조합 결성 후 회의, 교육 등을 통해 수시로 노동조합에 대한 부정적인 시각, 노동조합 존재의 불필요성을 강조하며 노동조합 탈퇴를 유도하는 경우,⁴⁸⁾ 회사에 우호적인 조합원 또는 노동조합 내 소수파 등을 상대로 노동조합의 결의 또는 처분에 응하지 말도록 선동하는 경우⁴⁹⁾ 등에 대해서 부당노동행위가 성립함을 인정한 사례가 있다. 노동조합 대회 기타 회의 개최 시에 사용자가 그 운영에 간섭하거나 방해하는 것, 예컨대 조합원을 회의에 참석시키지 않으려고 조합원들에게만 특근을 시키거나, 회의에 출석하면 불이익을 주겠다고 하는 경우에는 지배·개입이 된다고 보인다. 사용자가 쟁의행위를 하지 않도록 노동조합에게 요구하는 것은 부당노동행위가 되지 않으나, 개개의 조합원에게 쟁의행위에 참가하지 않도록 권유하고 쟁의행위에 참여하지 않은 자에게는 특별보너스를 지급하는 경우에는 지배·개입이 될 것이다.

그러나 회사의 경영방침에 대한 노조의 주장에 대해 회사의 입장 등 사실관계를 해명하거나 반론을 제기하는 것, 단체교섭 진행 중 근로자를 상대로 직원간담회를 통해 임금인상안, 회사의 경영상황 등 회사의 입장을 설명하는 경우 등은 부당노동행위로 보기 어려울 뿐 아니라⁵⁰⁾ 단순히 불법 파업 등에 참여하지 말 것을 호소·설득하는 것도 부당노동행위에 해당하지 아니하였다.⁵¹⁾

3) 가정통신문 등 서신 관련

가정통신문 등 서신을 통해 불법행위의 중단을 촉구하거나 사용자의 입장을 호소하는 것은 부당노동행위라 할 수 없을 것이나, 허위의 과장된 내용 또는 노동조합에 대한 반감·혐오감을 유발하는 내용을 부각시키는 것은 부당노동행위에 해당될 수 있다.

48) 서울행법 2002. 7. 11. 선고 2001구52243 판결.

49) 대법원 1991. 12. 10. 선고 91누636 판결.

50) 연제정(주 14), 71.

51) 연제정(주 14), 72.

4) 표현의 시기와 관련

일본의 사례 가운데는, 사용자의 표현의 시기와 관련하여 일반적으로는, 단체교섭이 한창 진행 중인 상황에서 노조집행부의 언동에 대하여 비난·공격하고 이를 조합원들에게 통보하는 것은 노조간부와 조합원을 이간시키는 것,⁵²⁾ 노동조합의 탈퇴와 신노조의 결성 등이 이루어지고 있는 엄청난(천왕산이라고 부를 정도) 비상사태 상황에서의 사용자의 발언이라는 점,⁵³⁾ 노사 간의 대립이 보이는 시기에 사용자 또는 그 이익대표자가 근로자와 개별적으로 접촉하여 노사관계의 구체적 문제에 관하여 발언하는 것은 일반적으로 공정을 결여하는 것이라는 비난을 면하기 어렵다고 한 것,⁵⁴⁾ 회사의 사정상 1시간의 연장근로 실시와 관련하여 노조가 조합원 전원 투표를 통한 재판소 투쟁을 분명히 한 시점에서 나온 사용자의 조합원 등에 대한 회사재건 의사의 확인을 구하는 서명활동에 대하여 그 시점의 측면에서 사용자의 서명활동을 비난하는 구체적 사실의 하나로 적시하고 있는 예⁵⁵⁾ 등에서 알 수 있듯이, 쟁의행위, 노조의 조직갈등, 노사 간의 긴장상태 등의 시기에 있어서의 사용자의 표현의 자유의 보장의 폭은 평상시와 비교하여 좁게 보는 것이 일반적이라고 할 수 있다.⁵⁶⁾

4. 이 사건의 종합적 해결

가. 이 사건 설명회 개최 등의 부당노동행위 여부에 관한 단계적 고찰

1) 개요

우리 노조법상 사용자에게 금지되는 부당노동행위 유형이 상당히 포괄적인 내용으로 되어 있다. 그러므로 사용자의 근로자 내지 노동조합에 대한 표현은 상황 및 내용에 따라서 근로자의 노동3권 행사에 직접적 또는

52) 화가산신용금고사건([별지 4])에서의 대판고등재판소. 노동판례대계(13권), 311.

53) 신숙우편국사건에서의 동경지방법재판소 판결. 노동판례대계(13권), 295.

54) 위 신숙우편국사건에서의 최고재판소 판결. 노동판례대계(13권), 298.

55) 니찌반(ニチバン) 사건. 노동판례대계(13권), 322.

56) 송강직, 일본에서의 사용자의 언론의 자유, 노동법학 24호(2007. 6.), 한국노동법학회, 226.

간접적으로 영향을 줄 수 있는 경우에 부당노동행위가 성립될 수도 있다. 따라서 사용자의 인간으로서 누려야 할 기본적 권리로서 표현의 자유는 근로자의 노동기본권 침해와의 관계에서 조화를 이루어야 할 것이다. 어떠한 법률분쟁이 발생하는 경우에 이들 기본권들 사이에 충돌이 있는 경우에 권리 상호 간에 조정이 이루어질 수밖에 없다.

우선 이 사건 사용자 측 교섭위원인 甲이 파업이 결정된 상태에서 2010. 5. 8.부터 2010. 5. 10.까지 파업 내지 단체협약의 부당성 등에 대하여 교육하기 위하여 집중적으로 전국의 차량사업소를 순회하며 직원 설명회를 개최한 행위와 관련하여 부당노동행위 성립 여부를 단계적으로 검토하면 아래와 같다.

2) 甲의 행위 내지 표현의 단계적 검토

가) 1단계

(1) 파업 찬성이 난 상황에서 순회사업설명회를 개최하는 행위 부분 (가) 견해

① 그 자체만으로 부당노동행위가 된다는 견해

집단적 노사관계에 관한 노동법상 원리는 실질적으로 대등한 노사 자치의 실현이고, 부당노동행위제도의 목적은 근로3권의 보장에 의하여 평등한 노사관계의 유지·형성을 저해하는 사용자의 행위를 배제하려는 것이다. 그리고 부당노동행위제도가 보호해야 하는 제1차적인 보호법익은 노동자의 단결활동의 “자주성”인데, 당초 예정에도 없던 사업설명회를 개최하는 그 자체로 이러한 단결활동의 “자주성”을 저해하거나 그럴 우려가 있다. 이 사건의 경우 종래 진행된 다른 순회설명회까지 종합적으로 고려해야 한다. 이러한 집중적인 전국 순회설명회를 개최한 것은 사용자라는 우월한 지위를 이용하여 조합원들에게 노동조합의 활동에 대한 부정적인 인식을 심어 주어 노동조합의 활동을 위축시키기 위한 노동조합에 대한 지배·개입으로 부당노동행위에 해당한다.

즉, 이 사건의 경우 철도공사 본사에서는 그 당시 집중교섭을 하고 있었고, 철도공사와 노조 간 본교섭 일정은 2010. 5. 11.로 잡혀 있었는데도 불

구하고, 철도공사의 기술직종의 최고수장(기술본부장)인 甲이 직무교육도 아닌 갑작스런 조합원 순회 교양교육을 실시한 것 그 자체만으로도 사용자의 우월한 지위를 이용하여 당초 예정된 파업에 조합원이 참여하는 것을 막는 효과를 발생시킴으로써 이 사건 조합의 단결권 및 단체행동권을 침해하는 지배·개입의 부당노동행위라고 할 수 있을 것이다. 나아가 파업 전날 위 파업을 막기 위해 전직원을 상대로 교육을 실시하려는 의도에는 사용자의 입장에서 단순히 노사현안, 즉 단체교섭 사항에 대한 의견을 개진하는 수준을 넘어 파업을 앞둔 조합원 개개인의 판단과 행동에까지 영향을 미치려는 시도로서 노동조합의 활동에 개입하는 행위에 해당한다 할 것이다.

② 부당노동행위가 아니라는 견해

파업이 예정되어 있다 할지라도 사용자로서는 근로자에 대한 교양교육이나 안전배려 차원에서 설명회 자체를 개최하는 것은 허용된다. 비록 예정되지 않았던 설명회라 할지라도 사용자로서는 공식적인 석상에서 파업에 대한 자신의 견해를 피력하고 노조의 입장을 비판할 기회를 만드는 것은 사용자의 기업경영권의 일환으로서 정당한 표현의 자유에 속한다 할 것이다.

(나) 종업원 교육 관련 사례

파업이 임박한 상황에서 설명회나 교육을 개최한 사실 그 자체만으로 부당노동행위 여부가 문제된 사례는 찾기 어려웠다. 일본의 경우에도 종업원 교육과 관련한 사용자의 표현의 부당노동행위문제는 노동위원회에서의 사례를 별론으로 하면, 일본 재판소에서 문제된 사례는 많지 않은 것으로 보인다.

□ 일본 신호지방재판소 1976. 8. 9. 판결(풍년제유사건)⁵⁷⁾

① 사안

조합활동가가 회사의 니시미야[서궁]공장 폐쇄반대투쟁의 중심인물로써 생산성향상을 위한 교육에 반대하면서 위 교육에 불참한 사실이

57) 신호지방재판소 1976. 8. 9. 노동관례제 262호, 노동관례대계(13권), 320-1.

있다. 본 사건은 회사가 위 활동가에 대한 배치전환의 효력이 문제된 사례인데 회사의 교육과 관련한 방론적 부분도 일부 포함되어 있다.

② 내용

여기서 종업원 교육과 관련한 부분을 보면, 일반적으로 기업경영상 필요하고도 합리적인 범위 내의 것인 한, 사용자가 그 종업원을 교육하는 것은 문제되지 않는다고 하면서, 그 교육이 노사관계의 문제에 관한 것이 되게 되면 사용자가 노사협조를 강조한 나머지 노사일체, 기업에 대한 충성을 선동하거나 조합원 의식의 변화를 도모하는 방법으로 이루어진다면 노조에 대한 지배·개입으로 그 단결권이 침해된다고 하였다. 본사건에서 강연 내용 등이 문제될 수 있는 부분도 있다고 하면서, 분과회의 활동 등에 대한 지배·개입의 의문도 있다고 하고, 나아가 위 교육 이후에 노조의 운동목표가 바뀌고 변화된 것을 보면 회사가 조합원의 의식개혁을 하고자 교육을 실시한 것에 대한 의심을 불식하기가 어려우며 지배·개입의 의혹이 있다고 추정하는 것은 피할 수 없다고 하면서도, 결론적으로 이러한 사실이 있다고 하여 본건 조합활동가에 대한 배치전환이 곧 부당노동행위가 되는 것은 아니라고 하였다.⁵⁸⁾

(2) 파업찬성이 난 상황에서 파업의 부당성을 주장하거나 불법파업이라고 주장하는 경우

(가) 부당노동행위가 된다는 견해

헌법상 노동기본권과의 관계에서 억압이나 강제와 같은 요소가 없더라도 부당노동행위가 성립할 수 있다. 그런데 이 사건의 경우 아직 진행되지 않은 파업에 대해 그 부당성을 주장하거나 불법이라고 단정 짓고서 파업의 부당성을 주장하는 것은 사용자의 우월적 지위를 이용하여 파업에 대한 부정적인 인식을 심어줌으로써 파업 참여를 막는 효과를 발생시킬 수 있는 것이므로, 이러한 행위만으로도 이 사건 조합의 단결권을 침해하는

58) 본건 배치전환에 업무상의 필요성이 인정된다는 것, 종업원교육에 참가한 자들에 대한 배치전환도 있었다는 것, 배치전환되어 부여받은 업무의 내용도 반드시 잡역이라고 할 수 없을 뿐만 아니라 비하시켜 본인에게 굴욕감과 정신적인 고통을 부여한 것으로 볼 수 없다고 하였다[송강직(주 56), 219~220].

것이다. 그리고 이처럼 파업의 부당성을 주장하거나 불법파업이라고 주장하는 것 그 자체로서 이미 묵시적으로라도 파업불참권유를 포함하고 있는 것이나 진배 없다. 사용자로서는 이러한 부정적인 의견표명을 통하여 근로자들이 쟁의행위로 나아가는 것을 주저하게 하는 등으로 조합활동을 위축 시킴으로써 결국 노동조합의 단결력에 영향을 미치고자 하는 의도임이 충분히 인정된다.

(나) 부당노동행위가 아니라는 견해

사용자에 의한 언론활동은 원래 사용자가 노무정책이나 조합문제 등에 관한 일체의 의견표명이 금지되는 것은 아니며, 조합의 활동에 대항하기 위한 반대 의견표명을 전개하는 것은 표현의 자유로서 원칙적으로 허용되어야 할 것이다. 특히 노동조합의 쟁의방침처럼 사용자에게로 향한 노동조합의 활동문제에 대한 사용자의 단순한 비판과 설득은 일반적으로는 부당노동행위가 되지 않을 것이다. 사용자로서는 발전적인 노사관계의 차원에서 단체교섭 석상만이 아닌 노사협의회 등을 통하여 사측이 노조의 요구를 왜 따를 수 없는지의 이유나 근거를 밝히는 등 의견교환도 가능하다.⁵⁹⁾

나아가 사용자로서는 쟁의행위의 정당성 요건을 갖추지 못한 파업에 대해서는 당연히 파업참여를 자제하게 할 수 있을 것이고, 설령 쟁의행위의 정당성 여부에 관한 판단이 딱히 어려운 상황이라 할지라도, 사용자는 표현의 자유의 일환으로서 나름대로의 합당한 근거를 들어 단순히 불법파업이라는 주장 자체는 할 수 있을 것이다. 따라서 불법파업이라고 단정하는 표현이 파업참여 자체를 묵시적으로 만류하는 효과를 가지고 있다 할지라도 그 정도만으로 허용된 표현의 자유를 넘은 것이라고 보기 어렵고, 다만 이에 더 나아가 미리 불법파업이라고 단정 짓고서는 그 파업참여와 관련하여 위협, 보복 및 이익의 공여 등의 표현까지 포함되어야만 부당노동행위

59) 노동조합과 사용자 사이에 근로조건 기타 노사관계에 관한 합의가 노사협의회회의 협의를 거쳐서 성립되었더라도, 당사자 쌍방이 이를 단체협약으로 할 의사로 문서로 작성하여 당사자 쌍방의 대표자가 각 노동조합과 사용자를 대표하여 서명 날인을 하는 등으로 단체협약의 실질적·형식적 요건을 갖추었다면 이는 단체협약이라고 보아야 할 것이고, 기명 옆에 서명만 하였다고 하더라도 이를 무효라고 할 것은 아니다(대법원 2005. 3. 11. 선고 2003다27429 판결).

가 될 수 있을 것이다. 그러므로 이 부분에 관한 사용자의 발언은 그 속에 위협이나 이익공여의 시사 등이 포함되어 있지 않고 ‘다른 지배·개입적 정황과 관련되지 않는 한’ 노사관계에서의 일상적인 言論戰으로 허용된다고 보아야 할 것이다.

특히 이 사건의 경우 종래 2009년도 쟁의행위의 정당성을 부인한 기존 판례들(후술) 및 이 사건 설명회 당시 진행 중인 단체교섭은 기존 2009년의 교섭의 연장선상에서 진행되고 있었던 점에 비추어, 그 목적 등의 정당성을 결여한 파업일 가능성도 있었으므로, 甲으로서의 불법파업이라고 예정하고서 그 참여를 자제해 달라고 주장할 수 있을 것이다.

결국 甲의 행위는 파업 직전에 노조와 격렬하게 대립하는 상황과 노조활동(파업참가 독려)에 대한 대항수단으로서 회사 측 주장의 정당성과 노조측의 주장의 부당성을 근로자들에게 강조하여 교육하기 위한 취지의 것으로 이해할 수 있을 것이다.

(3) 관련 사례

(가) 우리나라

대법원 2001. 9. 14. 선고 2001도53 판결⁶⁰⁾은 노동조합의 쟁의행위가 정당성을 갖추지 못한 사안에서, 이와 같이 ‘법의 보호를 받을 수 없는 쟁의행위에 가담하는 것을 자제해 달라’는 취지의 발언을 하는 것은 노조법 제81조 제4호 소정의 부당노동행위에 해당한다고 볼 수 없다고 판시하였다. 다만 위 사안은 뒤에서 보는 바와 같이 ‘파업불참까지 권유’하는 3단계에도 해당할 수 있다.

그리고 서울행정법원 2003. 12. 9. 선고 2003구합27020 판결(확정)도 단체교섭 진행 중에 노조의 주장을 반박하는 게시물 중 “회사 발전을 위해”와 “노무전문가와 대화”라는 제목의 게시물 내용은, 輪轉課 폐지 및 윤전과 직원의 광고국 발령이 단체협약에 위반한 강제구조조정이라는 노조지부의 주장을 반박하면서, 노조지부가 위 윤전과 폐지 등을 이유로 파업할 경우 그 파업의 타당성 여부 등에 대하여 외부강사가 제시한 의견을 기재한 것

60) 대법원 2001. 6. 29. 선고 2001도1322 판결도 같은 취지임.

으로서 비록 그 문구 중에 부정적인 표현이 일부 포함되어 있기는 하나, 사용자로서 노조의 활동에 대해 비판적 견해를 발표한 것에 지나지 않고, 회사가 근로자를 상대로 직원간담회 등을 통해 임금인상안, 회사의 경영상황 등 회사의 입장을 설명한 것은 노조의 조직이나 운영을 개입한 것으로 보기 어렵다고 판시하였다.

(나) 일본의 경우

비교적 초기의 사례로서, 동경지방법판소 1953. 7. 3. 판결(삼정조선사건)은 “쟁의행위 중에 행하여진 사용자의 호위 또는 라디오 방송을 통하여, 노조의 방침의 잘못을 조합원에게 호소하는 것으로 나온 것이므로, 일반 노동쟁의에서 상호 다른 주장을 부당하다고 하면서 언론으로 이를 설득하거나 공격하는 것은 노사 쌍방에게 허용된 표현의 자유의 범위에 속하는 것이기 때문에 부당노동행위라고 볼 수 없다.”고 판시하고 있다.⁶¹⁾

그리고 뒤에서 보는 札幌[삿포로]지방법판소 1981(소화 56년). 5. 8. 판결은, 특정 운송회사의 차장이 쟁의행위 발생 직전에 회사의 사정을 호소하고 파업의 부당성을 역설하면서 이에 협력을 구하는 것 자체는 사용자에게 허용되는 표현의 자유에 속하는 것이라고 판시하였다. 다만 위 차장의 발언은 회사의 장래에 대한 강한 위기감을 부여하고 단결권에 영향을 미치는 위험이 있는 위협적 효과를 갖는 것으로 사용자에게 허용된 표현의 자유의 범위를 초과한 것이라고 판시하였다.

(다) 미국의 경우

아래 사안에서 부당노동행위의 성립을 부인하였다.

① 노조에 대한 반감을 들어내는 진술(antiunion statements)

이는 노동자의 보호되는 권리를 행사하는데 있어서 이를 방해하거나 억압하거나 강압을 행사하지 않는다면 허용된다. 이러한 진술들은 수정헌법 제1조가 보호하는 표현의 자유를 행사하는 것이라 보며 전국노동관계법에 의해서 보호된다고 본다.

61) 동경지방법판소 1953. 7. 3. 노동관계민사판례집 4권 4호, 281(비교적 초기의 사례로서 법의 적용에 있어서 다소 서툰 시기의 사례라고 할 수 있다).

② 회사 정책을 시행하기 위한 진술⁶²⁾

노동자가 노조를 선택하는 것을 방해하기 위한 목적이 아니라면, 회사 정책을 시행하기 위하여 한 진술은 허용된다. 예를 들어 회사의 업무방침과 안전규칙을 알리고 회사 규칙을 명확히 밝히는 진술은 합법적이라는 사례가 있다.

③ 사실을 전달하는 진술⁶³⁾

사용자는 노동정책과 노동문제에 관하여 사실의 진술을 할 수 있으며, 관리자들은 (노조가) 허위로 하는 공격에 대하여 게시판 등을 이용하여 이에 대응할 수 있다. 사용자가 한 진술이 사실을 전달하는 진술로서 부당노동관행이 아니라고 판단된 경우의 예는 다음 두가지 즉, (ㄱ) 사용자가 이전 하청업자의 노동자들에게 본 회사는 “비노조 회사”이며 이전에도 비노조 회사로 운영해 왔다고 말한 경우, (ㄴ) 노동자가 勞組化가 직업안정에 어떤 영향을 미치는가에 대하여 질문한 경우에, 사용자가 “더 이상 경쟁력이 없다고 판단되면, 30일 사전 고지 후 노동자를 해고한다.”고 진술한 경우가 있다.

④ 허위나 과장의 진술⁶⁴⁾

노동자의 권리의 행사를 방해하거나 억압하거나 강압하지 않는다면, 사용자가 어떤 상황에서 허위의 진술을 하거나 과장을 하는 행위는 사용자의 표현의 자유로서 보호받을 것이다. 따라서 사용자가 노조는 마피아 조직에 속한다고 진술한 행위는 근거가 없고 허위적이긴 하지만, 전국노동관계법이 금지하고 있는 방해, 억제, 강압에까지 이르지 않는다고 판단하였다.

나) 2단계: 파업찬성이 난 상황에서 위 1단계를 지나 추가로 파업불참을 요구하는 의사까지 있는 경우

(1) 부당노동행위가 된다는 견해

① 파업이 예정된 상황에서 사용자가 파업 자제를 요청하는 행위를 전면

62) 10 Emp. Coord. Labor Relations §26:17. Statements implementing company rules 발췌번역.

63) 10 Emp. Coord. Labor Relations §26:18. Making factual statements 발췌번역.

64) 10 Emp. Coord. Labor Relations §26:19. False or exaggerated statements 발췌번역.

적으로 금지할 수는 없다. 따라서 사용자가 근로자에게 파업 자제를 요청하였다고 하여 그 자체로 부당노동행위에 해당한다고 보기 어렵다.

먼저, 사용자가 근로자들에게 회사의 재정상황 내지 노조의 요구에 대한 사용자 측의 입장을 설명함으로써 노조 또는 근로자들로 하여금 자발적으로 파업을 철회하거나 파업에 불참하는 분위기를 조성하는 정도라면, 그러한 행위는 부당노동행위에 해당하지 않는다고 할 것이다. 객관적으로 파업의 불법성이 비교적 명확한 경우에 사용자가 파업의 불법성을 주장하면서 파업 불참을 요구한 경우에도 부당노동행위에 해당한다고 보기 어려울 것이다.

② 그렇지만 플러스(억압·강제)요소가 없더라도 근로자의 단결에 영향을 미치는 것이면 지배·개입의 부당노동행위의 성립을 인정해야 한다. 사용자가 파업의 부당성을 주장하거나 불법파업이라고 주장하는 단계를 넘어 파업불참까지 요구하였다면, 이는 사용자의 우월적 지위에 비추어 볼 때 그 자체로 근로자들이 쟁의행위로 나아가는 것을 주저하게 함으로써 결국 노동조합의 활동에 영향을 미치고자 하는 의도임을 드러낸 것이다. 즉, 사용자가 파업의 부당성을 주장하거나 불법파업이라고 주장하면서 파업불참을 요구하는 것은 파업을 앞둔 조합원 개개인의 판단과 행동 등 노조활동에까지 영향을 미치려는 시도로서, 결국 노조의 단결 활동의 “자주성”을 저해하거나 그럴 우려가 있다.

그러므로 불법성이 확실하지 아니한 상태에서 사용자가 근로자들에게 당해 파업의 불법성을 주장하는 것은 노조나 근로자들에 대해 파업에 나아가지 못하도록 심리적으로 강제하는 행위로서 부당노동행위에 해당한다고 평가할 여지가 있다.

만약 사용자가 합리적인 근거를 갖고 당해 파업이 위법하다고 평가하였다면 비록 사후에 그 파업의 적법성이 인정되었다고 하더라도 부당노동행위의사를 부정할 수는 있을 것이다. 그러나 사용자가 자의적 판단으로 파업의 불법성을 주장하는 경우라면 부당노동행위의사를 인정하여야 할 것이다. 이때 명시적으로 파업불참을 요구하지 않더라도 특별한 사정이 없는

이상 파업의 불법성을 주장하는 내용에는 그 불참을 요구하는 취지도 포함된 것으로 보아야 한다. 또한 사용자가 파업참여를 계획하고 있는 근로자들에게 파업의 불법성을 주장할 경우 근로자들 입장에서는 당해 파업의 참여로 징계 등의 조치가 취해질 수도 있다고 생각하여 그 행동이 위축될 수밖에 없는 것이 일반적이라고 할 수 있다.

③ 결국 사용자가 근로자들에게 파업의 불법을 주장하며 자제를 요청하는 행위가 부당노동행위에 해당하는지 여부는, 사용자가 파업이 불법하다고 판단한 데에 합리적인 근거가 있는지, 그 행위가 근로자들의 자발적인 불참을 이끌어내는 수준인지 아니면 근로자들의 단체행동권 행사를 위축시킬 정도의 강압적인 내용인지를 기준으로 판단하여야 할 것인데, 그 판단을 위해서는 그러한 행위가 이루어진 시기, 사용자의 구체적인 언동 내용 및 이를 받아들이는 근로자들의 입장, 당시 사용자와 노조의 대립상황 등 모든 사정을 종합적으로 고려하여야 할 것이다.

(2) 부당노동행위가 아니라는 견해

기본적으로 사용자의 표현이 지배·개입의 부당노동행위의 성립을 인정하기 위해서는 원칙적으로 플러스(억압·강제) 요소가 있어야 한다고 하면서, 사용자의 표현이 간섭의 단계에 머무는 한 그 성립을 부정하고, 예외적으로 명확하게 악영향이 발생할 위험이 있는 경우에 한정하는 입장이다. 노조가 파업을 예정하고 있는 상황에서 사용자가 직원들에게 파업이 회사에 미치는 영향 등을 설명하면서 파업의 자제를 요청하는 것은 사용자의 입장에서 노사현안에 대한 의견을 개진하는 것으로서 사용자의 표현의 자유 범위 안에 있다고 볼 여지도 있다.

일본의 판결 가운데, “쟁의행위 시 노사쌍방이 심하게 文書戰을 전개하는 것이 왕왕 나타난다. 이 경우 조합원은 모두 한편에서는 당해 기업을 구성하는 중요한 일원임에도 불구하고 노조 측은 각 조합원에게 그 어떠한 언동도 할 수 있는 반면에, 사용자 측은 전혀 이들에 대한 언론이 허용되지 않는다고 해석하는 것은 균형을 잃는 것이라고 할 것이고, 쌍방이 모두 절도있는 언동으로 가능한 한 모든 논의의 노력을 한 이후에, 각 조합원에

게 취할 태도를 결정하게 하는 것이 민주주의의 상도이다.”라는 일반론을 피력한 사례도 있다.⁶⁵⁾

설령 쟁의행위의 정당성 여부에 관한 판단이 어려운 상황에서 미리 불법 파업이라고 단정하고서 파업불참을 요구했다 하더라도, 이는 앞서 1단계에서 본 불법파업이라고 단정한 그 자체로 이미 파업만류의사가 내포되어 있었던 것이므로, 더 나아가 단순히 파업불참을 요구했다는 것만으로 사용자의 허용된 표현의 자유를 넘는 것이라고 보기 어렵다. 다만 앞서 본 대로 이에 더 나아가 그 파업참여와 관련하여 위협, 보복 및 이익의 공여 등의 요소까지 있어야만 부당노동행위가 될 수 있을 것이다. 단체교섭 진행 중에 파업불참을 요구하는 것은 사용자의 표현의 자유로서 보장되어야 하고, 더욱이 노조까지 조직되어 있는 마당에 사용자가 파업불참을 요구한다 하여도 그것이 조합원들에게 미치는 효과는 미미할 것이다.

결국 노동조합의 주장에 대해 회사의 입장 등 사실관계를 해명하거나 반론을 제기하는 행위, 단체교섭 진행 중 직원을 상대로 간담회 등을 통해 회사의 입장을 설명하는 경우 등은 부당노동행위로 보기 어려울 뿐 아니라⁶⁶⁾ 단순히 불법파업 등에 참여하지 말 것을 호소·설득하는 것도 부당노동행위에 해당하지 아니하였다.⁶⁷⁾

(3) 관련 사례

□ 대법원 1991. 12. 10. 선고 91누636 판결 - 부당노동행위 인정

① 사안

대표이사과 전무가 준법운행(쟁의행위)의 실시로 인하여 수입이 감소한 데 대한 불만을 가진 일부 조합원과 비조합원 등 12명을 비조합원인 M의 집에 모이게 하고, 그 자리에서 위 준법운행의 결의를 비난하는 취지의 발언을 하면서 정상적인 운영을 중용하였을 뿐만 아니라, 그 무렵부터는 원고 조합의 조합원인 N, O, P 등을 사장실에 부르거나 그들의 집으로 찾아가 개별적인 면담을 하면서 위 준법운행을 하게 된

65) 화가산신용금고사건에서의 대판고등재판소, 노동판례대계(13권), 310.

66) 연제정(주 14), 71.

67) 연제정(주 14), 72.

경위 및 진행과정과 이를 비판하는 진술서, 해명서, 소원서를 작성하게 하였으며, 그 결과 위 N 등 16명의 조합원들이 그 무렵 위 준법운행에 반대하여 정상적인 근무에 임하기로 결의를 한 사안이다.

② 판단

사용자가 준법운행 중에 직접 일부 조합원을 종용하거나, 노조의 방침과 반대되는 행동을 개별적·직접적으로 요구하여, 그 결과로 일부 조합원이 조합의 준법운행을 반대하고 종전과 같은 방식으로 근무할 것을 결의하는 등의 행위를 하게 되었다면, 회사가 이와 같이 조합의 준법운행에 대해서 한 행위는 부당노동행위에 해당한다고 판시하였다.

③ 비교

위 사안은 이 사건과는 달리 단순한 언론 플레이만이 있는 것이 아니라 개별적으로 접촉까지 하여 설득하는 등 그 개입의 정도가 강하다.

□ N. L. R. B. v. Bradley Washfountain Co. 192 F2d 144, (7th Cir. 1951)⁶⁸⁾-

부정

연방항소법원은 협박과 위력이 없는 경우에, 사용자가 파업 중인 노동자에게, 사용자는 노동자가 작업에 복귀하기를 희망한다고 피력하며, 노동자들에게 파업 전 근로환경에서 일할 의사가 있는지 알아보기 위해 편지를 보내고, 노동자들이 작업에 복귀할 것인지 알아보기 위하여 사용자가 다양한 회의를 소집한 사안에서, 위 파업은 부당노동관행에 기인한 것이 아니라 경제적인 파업으로 판단되는 이상, 부당한 노동행위로 간주할 수 없다고 판단하였다.

다) 3단계: 파업개시일이 임박한 상황에서 위 1, 2단계를 지나 위협, 보복의 언사나 이익의 공여 등 이익·불이익적인 요소가 포함되어 있는 경우

(1) 당연히 부당노동행위를 구성함

설명회 등 언론활동에서 위협, 보복의 언사나 이익의 공여 등 압박이나 회유를 통해 근로자들이 쟁의행위로 나아가는 것을 주저하게 하는 등으로

68) 이하 판례 요약 35 ALR 2d 417, Construction and application of the “free speech” provision of the Labor Management Relations act (Taft-Hartley act) relating to the expression of views, etc., §10[a] In general—advising or urging employees not to join union에서 발췌 번역.

조합활동을 위축시키는 것은 당연히 부당노동행위에 해당한다(미국, 일본, 한국에서 모두 인정).

특히 미국의 전국노동관계법(NLRA, 일명 Wagner법)에 의하면, 어떠한 가치관, 논쟁, 또는 의견 및 그에 관한 배포는, 문서든, 인쇄든, 그림의 형태든 또는 영상의 형태이든지 간에 부당노동관행을 구성하지 않으며, 또한 부당노동관행의 증거가 되지 않는다. 그러나 그러한 표현이 (i) 보복의 위협이나, (ii) 무력의 위협, 또는 (iii) 어떤 이익에 관한 약속에 관한 것을 포함하고 있어야 비로소 부당노동행위의 성립을 인정하고 있다. 결국 표현 중에 위협, 보복의 언사나 이익의 공여 등의 언사가 있었다고 볼 만한 요소가 있는지 등 사실인정 문제가 쟁점이 될 것이다.

그러므로 이 사건의 경우 우선 甲의 발언 등이 잘 드러나지 않고 있는 이상, 종전 순회설명회 당시 어떤 행태나 의견을 보여 왔는지 등에 관해 더 심리를 해서 그 부당노동행위 성립요소가 더 있는지를 밝혀야 한다.

(2) 관련 사례

(가) 일본

① 경영상황에 대한 언론

㉔ 札幌[삿포로]지방법원소 1981(소화 56년). 5. 8. 판결

(a) 사안의 개요 - 북일본창고항운사건(부당노동행위 구제명령 취소청구 사건)으로서 원고는 北日本倉庫港運株式会社, 피고는 北海道地方労働委員会이다.

이는 노사가 집단교섭을 하는 과정에서 일부 회사에서는 쟁의행위 가결이 확정되었고, 그 와중에 원고 운송회사의 영업담당 차장이 노조 분회장의 동의하에서 100여 명의 종업원을 대상으로 “운송물건이 줄어들고 있는 상황, 쟁의행위에 의하여 선내 하역이 되지 못하였는데 다른 경쟁회사는 공공연하게 하역이 이루어졌고, 위 경쟁회사는 이러한 기회를 틈타서 상권을 확대하고자 하는 절호의 기회로 생각하고 있다.”는 것 등의 발언을 함으로써, 당초 지역본부차원에서는 쟁의행위의 결의가 확정되었으나, 지부단위의 위 차장이 속한 원고 운송회사 소속 지부 노조의 쟁의행위 결의는

부결된 것에 대하여, 지역본부가 이러한 쟁의행위 부결은 위 차장의 발언에 의하여 영향을 받았다고 주장하면서 부당노동행위 구제신청을 한 사건이다.

(b) 발언내용

원고 회사의 영업담당부 차장이 1977. 4. 1. 낮 12:20 점심 무렵 원고 회사 소속 종업원들의 대기소에 도착하였다. 그는 마침 있던 약 100명의 원고 회사의 종업원을 앞에 두고, 마이크를 통해 약 15분에 걸쳐, 이른바 “오일·쇼크 및 페리 등 출현에 기인하는 오타루항에 있어서의 하역 취급량의 침체, 거기에 따르는 회사의 업무량의 감소, 동년 3. 30. 파업 때문에 원고로서는 하역을 할 수 없었는데 경쟁회사인 우편선 해륙운수 주식회사는 공공연하게 하역을 하는 바람에 원고의 하주로부터 불평이 온 것 등에 대해 이야기하면서 파업을 하지 않으면 좋다.”는 취지로 말하였다. 그 후 원고 회사 소속 분회는 하주로부터 불평이 와있던 것 등을 이유로 당분간 파업에 참가할 수 없다는 취지의 결의를 하였다.

(c) 사건의 경과

홋카이도[북해도] 지방노동위원회는 부당노동행위 구제명령을 내렸다. 그 후 위 札幌[삿포로] 지방재판소는, 차장이 비록 ‘파업을 하지 않으면 좋겠다’라는 직접적 표현을 이용하고 있는 것은 인정받지 못하고 있지만, 쟁의행위가 발생하면 하주들이 다른 운송회사에 화물운송을 맡기게 될 것이고, 이전의 쟁의행위와 같은 것이 발생하면 경쟁회사에 하주들을 다 빼앗기게 될 것이라고 한 발언은 쟁의행위를 하지 말 것을 호소한 것으로 보아야 한다는 것, 회사의 사정을 호소하고 파업의 부당성을 역설하면서 이에 협력을 구하는 것 자체는 사용자에게 허용되는 표현의 자유에 속하는 것이지만, 위 발언은 원고 회사의 장래에 대한 강한 위기감을 부여하고 단결권에 영향을 미치는 위험이 있는 위협적 효과를 갖는 것으로 사용자에게 허용된 표현의 자유의 범위를 초과한 것이라는 것이고, 비록 노조분회장의 동의하에 이루어진 발언이라고 하여도 사용자는 단체교섭 등의 상당한 방법으로 조합원에 대하여 설득하는 것이 원래의 방향이며 분회장의 동의는 지역본

부의 동의도 아니며 지역본부의 파업권에 명확히 대립하는 것이며, 위 발언과 罷業否決과는 상당한 인과관계가 인정된다는 것 등을 이유로 위 지방노동위원회의 구제명령을 지지하였다.⁶⁹⁾ 그 항소 여부는 확인할 수 없었다.

(d) 위 판결요지

○ 노사관계가 대립 상황에 있을 때에도, 회사가 자발적으로 모인 조합원에 대해서 회사의 곤경을 설명하고, 회사의 실정을 호소해 파업의 부당성을 말하고, 그 협력을 요청하는 것은 표현의 자유의 범위 내이지만, 그것을 한 일시, 장소, 대상 등 제반 상황에 비추어, 표현의 내용, 정도가 조합원에 대한 강제적, 위협적 효과를 가지거나 위축시키는 것과 같은 경우에는 단결권에 대한 부당한 간섭에 해당한다.

○ 상부 단체의 지령에 의한 통일파업 직후, 회사 영업부 차장이 사전에 조합위원장(지부장)의 동의를 얻어 종업원 대기소로 향해 가 현장 감독의 지시에 의해 마침 거기에 있던 종업원등에 대해, 영업상태의 악화, 파업 중의 타 회사의 영업, 거래처로부터의 불평(고충)등의 곤경을 호소한 것이, 사전에 회사 임원에게 보고해 승인을 얻어 행해진 것으로 회사의 이익대표자로서의 발언에 맞아, 가까이 예정되어 있는 통일파업으로부터 조합을 이탈시키는 것을 의도한 것이며, 그 후의 조합 분회의 파업중지 결정에 준 실제의 영향을 아울러 고려해 볼 때, 사용자의 언론의 자유의 범위를 넘어 상부 단체의 운영에 대한 지배·개입에 맞는다고 여겨진 사례.

(e) 위 판결 이유

차장은 “파업을 하지 않으면 좋겠다.”라는 직접적 표현을 이용하고 있는 것은 인정받지 못하지만, 이것을 가지고 즉시 차장에게는 부당노동행위의사는 없다고 말할 수는 없다. 왜냐하면, 차장 발언의 내용은, 요컨대 같은 해 3. 30.과 같은 파업을 또 하면, 파업이 없는 경쟁회사인 우편선 해륙운수 주식회사에 하주를 빼앗겨 버려, 원고 회사는 궁지에 빠지고, 따라서 파업은 그만두었으면 좋겠다고 하는 내용

69) 송강직(주 56), 214~215; 札幌[삿포로]지방재판소 1981(소화 56년). 5. 8. 판결.

일 수 있어 이것은 조합원에 대해, 全日本港湾労働組合北海道地方本部(地本)의 정의행위를 비판해, 향후의 파업중지를 호소한 것이기 때문이다. 원래 사용자 측의 발언이 지배·개입 행위에 해당하는지 여부는, 위 발언의 내용, 정도만이 아니고, 그 발언이 이루어졌던 시기, 장소, 기회, 동기, 목적, 상대, 조합원에 대한 영향력 등 발언 시뿐만 아니라, 그 전후의 제정황을 종합적으로 고려한 뒤 판단되지 않으면 안 되는 것이다. 그리고 이것을 표현의 자유와의 관계로 생각하면, 원래 사용자 측에도 표현의 자유가 있어 노사관계가 대립상황에 있을 때에도, 스스로의 의사에 의해서 모인 노조원들에게 회사의 곤경, 기타를 설명하는 등 회사의 실정을 호소해 파업의 부당성을 말하고, 그 협력을 요청하는 것 자체는, 사용자에게 법률상 허용된 표현의 자유의 범위내에 속하는 것이라고 하지 않으면 안 되지만, 그것이 되는 일시, 장소, 대상 등의 앞서 본 제반 상황에 비추어, 표현의 내용, 정도가 단결에 영향을 줄 우려가 있는 조합원에 대한 강제적, 위협적 효과를 가지거나 조합원을 매우 위축시키는 것과 같이 인정되는 경우에는 단결권 등에 대한 부당한 간섭으로서 배제되는 것이 당연하다.

이것을 본건에 대해 보면, 앞서 인정된 사실관계에 의하면, 차장은 다른 간부와 함께 춘계 임금협상 투쟁 중에, 1977. 3. 30.의 地本の 파업 직후이며 같은 해 4. 8.에는 24시간 파업이 예정되어 있는 시기에, 아무런 관행이 없는데도 불구하고 별다른 구매를 받지 않고, 점심식사 시간이기 때문에 원고 회사의 종업원이 다수 모여 있는 종업원 대기소에 나가, 직접 조합원 등에 대해 地本の 조합활동에 대한 비난을 포함한 위 내용의 발언을 했던 것이기 때문에, 그 내용 중에 회사의 현상을 상당히 정확하게 호소하는 부분이 있어, 또 표현 자체에는 파업중지를 호소하는 직접적 발언 혹은 이익유도나 불이익 취급의 언사가 없더라도, 차장의 위 발언의 의도는 地本の 통일파업으로부터 분창분회를 이탈시켜 파업이 없는 회사로 하고 싶다고 하는 것이 인정되어 그 후의 분회의 파업중지에 준 실제의 영향도 생각해 보면, 위 발언은 분회 조합원 등에 대해 원고 회사의 장래에의 강한 위기감을 주어 단결권에 영향을 줄 우려가 있는 위협적 효과를 가지는 것으로 인정할 수 있어 차장의 발언은, 역시 사용자 측에 허용된 표현의 자유의 범위를 넘은 것이며, 地本の 운영에 대한 지배·개입이 되는 것에 대하여는 변화가 없는 것이라고 하지 않으면 안 된다.

(f) 이 사건과의 비교

㉠ 공통점: 전면파업 직전에 관행도 없이 직원을 상대로 전반적인 회사 현황과 파업이 회사에 미치는 영향을 설명하면서 파업을 하지 않았으면 좋겠다는 취지로 호소·설득하였다. 다만 두 사건 모두 ‘파업을 하지 않으면 좋겠다’는 직접적 표현을 이용했다는 사실은 인정받지 못하였다.⁷⁰⁾

㉡ 차이점

○ 노조조합장의 동의 여부: 북일본창고항운사건은 조합위원장(분회장)의 동의를 얻어 행한 것이고, 이 사건은 그렇지 않다. 단 일본의 위 노조 분회장의 동의는 지역본부의 동의는 아니었다.

○ 조합원 동원 방법 및 횟수: 북일본창고항운사건은 점심시간 중 대기소에 모여있는 종업원 등을 상대로 1회성 표현을 한 것으로 보이나, 이 사건의 경우는 파업이 확정된 상황에서 전국을 순회하며 종업원들의 참여를 독려한 후 그들을 상대로 수차례 설명회를 개최한 것이다.

○ 발언내용: 북일본창고항운사건은 영업상태의 악화, 파업 중의 타 회사의 영업, 거래처로부터의 불평(고충)등의 곤경을 호소하는 등 그 구체적인 발언내용이 드러나 있으나, 이 사건은 파업이 예정된 상황에서 2006년 단체협상 갱신, 전반적인 철도현황정책방향 및 파업이 회사에 미치는 영향, 특히 사회적 분위기나 국민정서상 이 시기에 파업은 부당하다는 것 등을 설명한 것이고 그 외 더 자세히 드러난 것은 없다.

○ 파업결정 여부: 북일본창고항운사건은 그 발언 당시 이미 일부罷業이 이루어진 흔적이 보이고 다만 추후 재차 24시간 파업이 예정되어 있는 상황이었으며(추후 원고 회사 소속 분회의 경우 罷業이 否決됨), 이 사건은 파업찬성 결정이 난 상태였다.

○ 罷業否決이나 撤回에 미친 영향: 북일본창고항운사건의 경우는 차장의 발언이 그 후 조합의 파업중지 결정에게 실제 영향을 미친 것처럼 보인다. 그러나 이 사건의 경우는 단체교섭이 전격 타결되는 바람에 파업이 철

70) 前掲各証拠によるも初山は「ストをやらないで欲しい」との直接的表現を用いていることは認められないけれども、このことをもって直ちに初山には不当労働行為意思はないということとはできない。

회되었는데, 과연 甲의 순회설명회 개최 및 그 발언이 위 파업철회에 어떤 영향을 미쳤는지는 알 수 없다.

㉔ 일본액체운수사건(중앙노동위원회 사건)⁷¹⁾ ⇨ 부당노동행위 성립을 부정함

그러나 북일본창고항운사건과 달리, 회사가 경영위기 상황이라고 하면서 파업을 하면 회사는 망한다고 하는 언론을 종업원에게 호소한 것에 대하여, 이는 파업에 대한 온당하지 못한 표현이라고 하면서도 이는 회사의 단순한 의견표명에 지나지 않는다고 하여, 지배·개입의 부당노동행위 성립을 부정한 예도 있다.⁷²⁾

② 기타 사례

㉕ 最高裁 1983(昭和 58). 12. 20. 판결(新宿郵便局 사건)

우체국장이 (ㄱ) 저금 모집 협의회에서 석상에서 조합 간의 대립에 언급하고, (ㄴ) 자택에서 신입직원들을 불러 환담하던 중 조합을 투쟁주의자로서 비판하고, 동석한 과장보좌도 당시 결성 준비 중에 있는 대립 조합(對立 組合)에의 가입을 권유하면서 가입계용지를 배포하였으며, (ㄷ) 그리고 다시 임시보충 직원들을 국장실에 불러 조합의 빌라 벽보에 관해서 언급한 것이, 그 타당성이 의심스럽기는 하나, 국장의 입장으로서 허용되어 마땅한 것이어서 부당노동행위까지는 할 수 없다라고 여겨진 사례이다. 동경고등재판소 및 최고재판소는 직장선배의 한사람으로서 충고 내지 격려차원의 표현으로 보고, 국장의 표현을 지배·개입의 부당노동행위로 볼 수 없다고 하였다.

㉖ 最高裁 1982(소화 57). 9. 10. 판결[프리마햄(プリマハム) 사건] ⇨ 그 하급심인 동경지방법판소 1976. 5. 21. 민사 제11부 판결의 내용은 아래와 같다.

(ㄱ) 내용

회사의 대표사장이 임금인상 요구를 둘러싼 단체교섭 계속 중 ‘사원 여러분’이라는 제목으로, “임금교섭 타결이 이루어지지 않은 것은

71) 일본 중앙노동위원회 1982. 6. 2. 노동위원회명령 제71집, 636.

72) 송강직(주 56), 216.

불행한 일이나 …… 경제불황, 전년도 파업의 후유증 등으로 여러분의 요구에 대하여 지불능력이 어려운 여건을 호소하면서, 조합 간부들이 이러한 상황을 무시한 채 단체교섭 결렬을 선언했습니다 …… (다른 진정한 목적이 아니라) 파업을 위한 파업을 하려는 모습밖에 보이지 않습니다 …… 회사도 중대한 결의를 하지 않을 수 없습니다 ……” 라는 취지의 사장 성명문을 전사업소에 일제히 게시한 것을 두고, 이 성명문의 내용, 발표수단, 발표시기, 발표자의 지위, 발표 후 동맹파업 반대 움직임이 조합 각 지부에 갑자기 나타났다고 하는 위 발표가 주는 영향 등에서, 조합원에 대해 위협적 효과를 주고, 조합의 조직, 운영에 영향을 미치는 경우라고 한 사례⁷³⁾

(L) 검토

프리마햄 사건에서는 사용자의 표현의 시점이 쟁의행위, 단체교섭 진행 과정에서 행한 것이므로 지배·개입을 인정하는데 적극적인 작용을 했다고 볼 수 있다. 이러한 시점에서의 사용자의 표현이 제한되는 것은 당연하다.

㉔ 와카야마 지방재판소 1968. 12. 13. 민사 제2부 판결

노동쟁의에 즈음하여 사용자 측이, “파업을 행하면 사용자의 신용을 실추해 경영의 기초를 위협하게 하기 때문에, 결국 임금인상을 불가능하게 한다. 조합은 공산당의 앞잡이가 되어 파업을 결행하고 있고, 종업원은 위 사물의 이치를 분별하는 한편 사회적 책임을 자각해 그 행동을 신중하게 해야 하고, 전면 파업을 그만 두어야 한다.”는 취지의 문서를 조합원에게 배포한 것은, 전후의 정황에 비추어 조합원에 대해 위협적 효과를 가져 파업에의 불참가, 더욱이 조합으로부터의 탈퇴를 강제하는 효과를 가지는 것이어서, 조합 운영에의 지배·개입에 맞는다.

73) 賃上げ要求をめぐる団体交渉継続中, 『組合幹部の皆さんは団交決裂を宣言しました……ストのためのストを行わんとする姿しか写つてこない……会社も重大な決意をせざるをえません……』旨の社長声明文を全事業所に一斉に掲示したことが、声明文の内容、発表の手段、発表の時期、発表者の地位、発表後スト反対の動きが組合各支部に急に現れたという発表の与える影響などから、組合員に対し威嚇的效果を与え、組合の組織、運営に影響.

(나) 미국

① 노동자에게 심각한 손해가 발생한다는 진술⁷⁴⁾

일반적으로 노조의 선거가 노동자에게 “심각한 손해”로 작용할 것이라는 취지로 공고한 것은 그 자체로는 노동자의 권리에 반하는 복수(復讐)의 협박이 아니다. 그렇지만 만일 그러한 공고가 공장 폐쇄, 일자리 손실, 혜택 손실이라는 위협적인 구조 안에서 이루어진 것이라면 결과는 다를 것이다.

② 사업을 손상시킨다는 진술⁷⁵⁾

사용자는 합법적으로 노조화의 결과가 어떤 면에서 사업에 손상이 될 것이라는 애매모호한 진술을 할 수 있다. 예를 들어, 관리자가 만일 노동자가 勞組化를 이룬 경우에는 호텔 건설의 성장과 진행상황은 비관적인 결과를 낳을 것이라고 애매하게 표현한 경우에는 부당노동관행은 아니라고 본다. 그러나 노조화가 된다면 공장이 폐쇄될 것이라는 진술과 같이 표현이 협박의 수준에 이른 경우에는 사용자의 진술은 부당노동행위가 될 것이다. 그러므로 만약 노조가 들어오게 되면, 공장은 문을 닫게 될 것이고 새로운 산업이 못 들어올 것인데, 노동자들은 자녀들의 복지를 고려해야 되지 않겠느냐는 발언은 불법으로 판단된다.

③ 실례

연방노동관계국(NLRB)에서는, (ㄱ) “회사의 경영도 어려운데 노동조합이 결성되면 파업이 예상되고, 사업장이 폐쇄될지 모르고 …… 사업장 폐쇄로 인한 넘쳐흐르는 실업자를 보라”고 한 사용자의 표현은 보복의 위협에 해당된다고 한 사례,⁷⁶⁾ (ㄴ) 노동조합의 조직은 사업장 폐쇄를 초래할 것이기 때문에 근로자들이 쓸데없는 시간 낭비를 하고 있다고 하면서 조직화의 무용론(futility of organizing)을 제기하는 사용자의 표현에 대하여 “위협적인 개입”에 해당된다고 한 사례⁷⁷⁾ 등의 유형도 전국노동관계법(NLRA) 제8조(a)(1)⁷⁸⁾에

74) 10 Emp. Coord. Labor Relations §26:27. Serious harm to employees 번역.

75) 10 Emp. Coord. Labor Relations §26:28. Detrimental effect on business 발췌번역.

76) NLRB v. Gissel Parking Co., 395 U.S. 575.

77) Keith Miller, 168 LRRM 1382(2001).

78) 사용자의 표현이 근로자의 권리를 간섭(interfere)하거나 방해(restrain), 위압(corece) 하는 경우

위반한 부당노동행위로 인정된 사건이다.⁷⁹⁾

결국 사용자의 표현이 사업장 폐쇄 또는 노동조합이 조직되면 고용이 보장되지 않는다는 다른 사업장의 예 등을 내용으로 하는 것은 근로자들에게 심각하게 받아들일 수 있는 위법한 것으로 평가할 수 있다.

나. 이 사건 설명회 개최 등이 부당노동행위에 해당하는지 여부(종합)

이 사건의 경우는 단순히 사용자의 표현의 자유만이 문제되는 것이 아니라 설명회 개최라는 다른 지배·개입적 정황도 함께 문제되기 때문에 부당노동행위성립 여부에 관해 앞서 본 단계적 검토를 기초로 총체적·종합적으로 조감(鳥瞰)해 보아야 할 것이다. 사용자의 어떤 발언이 표현의 자유로 보호받는 언론인지 아니면 부당한 노동관행인지는 ‘사실과 정황의 전체’를 분석하여 판단하여야 한다. 그러므로 사용자의 표현이 허용되는지를 판단하기 위해서는, 진술 그 자체만 봐서는 아니되고, 그러한 진술이 이루어진 전후 사정(context)에서 판단되어야 한다. 따라서 같은 발언을 한 경우에 있어서도 사안에 따라 표현의 자유에 해당할 수도 있고, 부당한 노동관행을 구성할 수도 있다.

1) 상정 가능한 입론

가) 부당노동행위에 해당한다는 견해

(1) 법리적 관점

(가) 노조법 및 부당노동행위제도의 취지

집단적 노사관계에 관한 노동법상 원리는 대등한 노사 자치의 실현이다. 노동법이 집단적 노사관계에서 마련한 법원리가 주로 근로자 측의 취약한 교섭력을 보정하기 위해 근로자의 단결권 등 노동3권을 보장함으로써 실질적인 노사 대등을 구현한다는 것이다.⁸⁰⁾ 즉, 노동자가 사용자와 교섭할 때에 대등의 지위에 서는 것을 촉진하는 것에 의해 노동자의 지위를 향상시

에는 부당노동행위가 성립한다.

79) 송강직, “미국에서의 사용자의 언론의 자유와 부당노동행위”, 노동법학 21호(2005), 267.

80) 최은배, “노동사건 심리상 몇 가지 문제점”, 우리법연구회 논문집(제6집), 267.

키고, 노동자의 단결권, 단체교섭권을 옹호하는 것 등을 목적으로 하여, 단결권의 침해에 해당하는 사용자의 일정 행위를 부당노동행위로서 배제·시정해 정상적인 노사관계를 회복하는 제도를 마련하고 있는 노조법의 목적, 취지를 감안해야 할 것이다.⁸¹⁾

그리고 지배·개입의 성립 여부는 부당노동행위제도가 보호해야 하는 제1차적인 보호법익인 단결 활동의 “자주성”을 저해하는 것인지 여부를 기준으로서 판단되지 않으면 안된다. 이 경우 자주성을 저해할 우려가 있는지 여부는 노동자의 입장에 서서 하지 않으면 안되고, 또 사용자의 행위는 과거에 있어서의 사용자의 태도나 그 외의 일련의 행위와의 상관관계에 있어서 비로소 그 행위의 진정한 의미가 밝혀진다는 것이 고려되지 않으면 안 된다[最高裁 1983(昭和 58). 12. 20. 판결 참조].

중요한 것은 ‘사용자의 지배·개입의 부당노동행위의사’가 명확히 입증되어야 하는 것이 아니고 여러 가지 객관적·외형적인 정황을 종합해 그 의사를 추정할 수 있을 정도면 사용자의 부당노동행위의사가 있는 것으로 간주한다는 것과 사용자의 지배·개입행위 그 자체만으로 부당노동행위가 성립한다는 견해도 있으며(단 이에 대해서는 반론이 많다), 사용자의 행위로 인해 근로자의 단결권을 침해하는 구체적이고 현실적인 결과 또는 손해가 반드시 발생해야 하는 것은 아니므로,⁸²⁾ 자주성을 저해할 가능성이 있는 행위이면 지배·개입의 부당노동행위가 성립될 수 있다.

(나) 사용자의 표현의 자유와 지배·개입의 관계의 관점에서

사용자의 표현의 자유와 지배·개입의 관계에 대해서는 미국과는 달리, 사용자의 노조의 운영 내지 조직에 대한 발언은 그것이 일반적이든 구체적이든 노조의 자주성을 침해하거나 그럴 우려가 있으면 그 속에 보복이나 폭력의 위협 또는 이익의 약속이 포함되어 있지 않더라도 널리 지배·개입

81) 도쿄지방법판소 2009(平成21年). 8. 6. 민사 제19부 판결(労働者が使用者と交渉する際に対等の地位に立つことを促進することにより労働者の地位を向上させ、労働者の団結権、団体交渉権を擁護することなどを目的とし、団結権の侵害に当たる使用者の一定の行為を不当労働行為として排除、是正して正常な労使関係を回復する制度を設けている労組法の目的、趣旨)

82) 대법원 2006. 9. 8. 선고 2006도388 판결 등 참조.

이 인정되어야 할 것이다.

그러므로 사용자가 연설, 사내방송, 게시문, 서한 등을 통하여 의견을 표명할 수 있는 언론의 자유를 가지고 있음은 당연하다 하더라도, 현실적으로 이러한 행위가 이루어진 상황이나 내용 등에 따라 근로자 및 노동조합의 노동3권의 행사에 직·간접적인 영향을 줄 수도 있으므로, 그 표명된 의견의 내용과 함께 그것이 행하여진 상황, 시점, 장소, 방법 및 그것이 노동조합의 운영이나 활동에 미치거나 미칠 수 있는 영향 등을 종합하여, 노동조합의 조직이나 운영 및 활동을 지배하거나 이에 개입하는 의사가 인정되는 경우에는 ‘근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위’로서 부당노동행위가 성립될 수 있다.⁸³⁾

현실적인 측면에서 보더라도 우리 노조의 조직형태는 상당 부분 기업별 조직으로 그에 따라 근로자들이 사용자의 언론에 의해 영향력을 받기가 쉽다는 점 등을 고려하면 더욱 그러하다.

따라서 사용자의 언론의 부당노동행위의 성립 유무의 판단에서 사용자의 표현 중에 보복이나 폭력의 위협 또는 이익공여의 약속 등이 없었다고 하더라도, 당해 표현의 시기, 동기, 장소, 계기, 목적, 상대방, 조합원에 대한 영향력 등의 표현 시점에서의 사정뿐만 아니라 기타 발언을 전후한 노사관계에서의 제반 정황들을 종합적으로 고려하여 판단하여야 함은 당연한데, 그러한 의미에서 표현의 시기 또는 상대방 등은 당해 표현의 정당성 여부, 부당노동행위의 성립 유무 등을 판단함에 있어서 당연히 고려되어야 함은 물론이다. 특히 쟁의행위 시, 노조의 조직갈등, 노사 간의 긴장상태 등의 시기에 있어서의 사용자의 표현의 자유의 보장의 폭은 평상시와 비교하여 좁게 보는 것이 일반적이라고 할 수 있다.

원심이 인용한 대법원 2006. 9. 8. 선고 2006도388 판결 역시 “경제적인 어려움을 겪고 있던 노조 지회가 채권을 발행하기로 하자, 사용자가 ‘업무에 지장을 초래하는 채권발행이나 근무시간 중의 채권발행에 대하여 엄중 조치하겠다’는 내용의 공문을 발송한 사안”에서, 그 당시 노조가 처한 상

83) 대법원 2006. 9. 8. 선고 2006도388 판결.

황, 사용자 측에서 표현행위를 한 시기 등을 종합해 판단하건대, 사용자의 표현행위가 노조활동에 전혀 영향을 미치지 못했다고 하더라도 이는 단순히 사용자의 입장에서 노사현안에 대한 의견을 개진하는 수준을 넘어 노조의 운영에 개입하는 행위라고 보고 부당노동행위로 인정하였다(즉, 노조의 운영에 영향을 미치려는 시도임을 충분히 추정할 수 있다고 판단하였다).

(2) 이 사건의 경우

(가) 종전 파업과 노동조합의 대응 등

2008. 7.경부터 시작된 철도공사와 철도노사의 단체협약 갱신 교섭이 진행되던 중 이 사건 조합이 쟁의행위를 가결한 후 최종교섭안을 제시하자, 철도공사가 2009. 11. 24. 단체협약을 해지하였고, 이에 이 사건 조합은 약 8일 동안 전면파업을 하다가 같은 해 12. 3. 파업 철회 후 다음날 업무에 복귀하였다. 그 와중에 이 사건 조합 측은 각 본부 및 지부에 “순회, 교육, 동아리, 동호회 등에서 노동조합(투표)에 대한 부당한 발언과 지시에 대하여 즉각 항의하고 중앙에 보고할 것, 파업불참을 강요하는 일체의 회유와 협박에 대해 단호히 대응할 것” 등과 같은 내용의 ‘부당노동행위 대응지침’을 하달하였다.

(나) 이 사건 설명회 당시의 상황 및 그 횡수, 甲의 행태

이 사건 조합은 업무에 복귀한 이후 계속하여 철도공사와 2009년 단협 관련 단체교섭 중에 있었으나 교섭이 이루어지지 않자, 2010. 5. 11.까지 협상이 이루어지지 않을 경우 2010. 5. 12. 04:00로 파업에 돌입하기로 결의하였다. 특히 이미 기존 파업 등으로 인해 많은 조합원들이 무더기로 징계에 처해진 데다가 단체교섭의 진척이 이루어지지 않은 상황이어서 이 사건 조합과 철도공사와의 갈등의 골이 깊어진 상태였다. 그 와중에 철도공사는 파업예정일을 앞두고 2010. 5. 8.부터 2010. 5. 11.까지 집중적으로 전국의 차량사업소를 순회하며 직원설명회를 개최하기로 하였다.

이에 따라 甲은 2010. 5. 8.부터 같은 달 10일까지 전국을 이동하며 직원을 상대로 순회설명회를 개최하였고, 같은 달 11일에도 서울 산하 차량사업소 등을 집중적으로 이동하며 직원설명회를 개최하려고 하였다. 통상 교

육이라고 하면 차량사업소 소장 등이 하는 경우가 많은데, 이 사건의 경우는 파업 전날에 높이신 기술본부장이 특별히 교육을 실시한 것인데다가, 아래에서 보는 것처럼 직무교육과는 아무런 상관도 없었을 뿐만 아니라 지금까지 파업을 앞두고 직원들 앞에서 설명회를 가진 적이 없었다. 업무 목적 외 교육에 대하여 노조와의 협의도 없었다. 甲은 위 직원설명회에서 직원들에게 파업의 부당성에 대하여 설명하고 파업을 방지하기 위한 내용의 설명회를 할 것이 예정되어 있었다. 특히 철도공사 본사에서는 그 당시 집교섭을 하고 있었고, 철도공사와 노조 간 본교섭 일정은 2010. 5. 11.로 잡혀 있었는데도 불구하고, 철도공사의 기술직종의 최고수장인 甲은 사측 교섭위원인데도 불구하고 당초 5. 12.로 미리 예고된 파업을 막을 목적으로 마침 마지막 본교섭이 예정된 시간대에 현업근무자들에게 파업을 막는 설명회를 갖기 위해 서울차량사업소에 온 것이다. 이러한 행위는 노사화합에 도움이 되지 않으며 교섭위원으로서의 역할을 망각한 것이다.

(다) 이 사건 설명회의 내용 및 甲의 발언 등

당시 직원설명회는 직원들에게 며칠 전에 공지한 것이 아니라 바로 당일 공지하여 실시된 것으로, 근무시간 중에 조합원들이 참석하도록 독려하여 설명회를 강행하려 하였다.

우선 甲은 이 사건 설명회를 개최하기 위해 청사로 들어가려고 하던 중, 피고인들이 단체교섭을 하러 나가라며 甲의 건물 출입을 막으려고 하자, “나는 파업을 막기 위해 왔다.”라고 말했고(다만 사용자 측 고소대리인 K는 경찰에서 ‘그런 말을 한 적이 없다’ 진술하였다), 그 당시 철도공사 산하 서울차량사업소장 L은 피고인들에게 “내일 파업이니까 오신 거예요. 파업하지 말라고, 내일 파업하면 우리 직원들이 많이 다치니까 하지 말라고 얘기하러 오신 거예요”라고 말했으며, 고소인(철도공사)의 위임을 받은 철도공사 서울본부 차량팀 차장 K는 제1심법정에서 설명회의 내용에 대하여 “당시 한참 천안함 사태가 나오고 장례도 치룬지 얼마 안 된 상황이었어서 그런 시기에 우리 철도공사가 시끄러우면 이미지가 실추될 것이기 때문에 그러한 당시의 철도공사의 현실을 설명하려고 하였던 것 같습니다.”라고

진술하였다.

결국 이 사건에서 甲은 순회설명회를 통해 사용자 측을 대변하여 당초 예고된 노동조합의 파업을 무력화시키기 위하여 직원들을 상대로 철도공사의 장래에 대한 강한 위기감을 심어줌으로써 파업에 참여해서는 안된다고 설득하려 한 것으로 보인다. 이는 이 사건 조합의 단결권에 영향을 줄 우려가 있는 위협적인 효과를 가지는 것이다. 그런데 파업은 노동조합이 할 수 있는 가장 강력한 단체행동으로 위와 같이 정당하지 못한 방법을 통한 파업방해 행위는 노동조합을 운영하는 것에 개입하는 행위라고 볼 여지가 있으므로 부당노동행위로 인정한 원심의 판단이 현저히 부당하다고 보기는 어렵다.

(라) 이 사건 설명회 직후에 실시된 다른 설명회에서의 상황

甲은 이 사건 설명회 후 같은 날 13:30경 철도공사 수도권철도차량정비단에 가서 이 사건과 동일한 내용의 직원설명회를 개최하려 하였는바, 위 정비단에서의 설명회와 관련하여 변호인 측이 원심에서 제출한 서울서부지법 2011고정41 업무방해사건의 丁, 丙, 戊의 증인신문조서에 따르면, 철도공사 총무파트장 C는 “당시 교육(설명회)은 직원들에게 며칠 전에 공지한 것이 아니라 바로 당일 공지하여 실시하였다.”, “단체협약의 부당성에 대한 교육을 한 것으로 안다.”, “교육과 관련하여 당일 5차에 걸쳐 사내방송을 통해 교육참석을 독려했다, 전직원들에게 교육참석을 호소하는 휴대전화 문자메세지도 발송하였다, 甲 본부장은 ‘와서 교육을 해야 되겠다’는 굳은 신념이 있어서 3시간이 지체되었기 때문에 다시 한번 교육참석을 독려하는 차원에서 이런 조치를 한 것이다.”, “팀장들이 직원을 인솔하여 왔다.”고 진술하였고, 철도공사 수도권철도차량정비단 단장 D는 “직무교육 등은 노조와 사전 협의하지만 위 설명회는 협의하지 않았다.”, “파업과 관련하여 성인으로서는 합리적인 판단을 해 달라는 내용의 교육을 하러 왔었다.”고 진술하였으며, 수도권철도차량정비단 일반차량지원팀 파트장 丙, 戊는 “당시 교육은 당일 갑자기 공지되었는데, 왜 예정에도 없는 교육이 실시되었는지 모른다.”, “교육 내용과 관련하여 철도공사로부터 미리 전달받은 사실은 없

다.”고 진술한 사실이 인정된다.

(마) 원심이 인정한 사실 및 기록에 나타난 사실만으로도 부당노동행위 인정 가능

앞서 인정된 사실에 의하면, 이 사건 업무방해의 전제가 되었던 2010. 5. 11.자 이 사건 설명회는 직원에 대한 교육으로서, 같은 달 12일부터 진행될 철도노조의 파업을 ‘불법이라고 단정짓고서’ 이에 참여하지 말 것을 주된 내용을 하는 것이었던 바, 당시 이 사건 조합은 쟁의행위의 절차의 정당성을 확보한 상태(이 부분에 대한 검찰의 반박은 없다)에서 적법하게 파업에 들어가는 상황이었기 때문에, 직무교육도 아닌 갑작스런 기술본부장 甲에 의한 조합원 교양교육은 예정된 파업에 조합원이 참여하는 것을 막음으로써 이 사건 조합의 단결권 및 단체행동권을 침해하는 지배·개입의 부당노동행위라고 할 수 있을 것이다.

특히 당시의 긴박한 상황상 이 사건 설명회 시간에 단순히 파업이 회사에 미치는 영향과 관련한 사용자의 의견을 설명하는 것에 그치지 않고 파업을 예정한 조합을 비난하거나 조합원 개개인에게 압박을 가하는 내용도 직·간접적으로 언급될 소지 또한 있었다고 보이기까지 하였다.

나아가 단체협약 제9조 제3항은 “공사는 조합활동을 저해할 목적으로 조합원에 대하여 어떠한 노사관련 교육도 실시할 수 없다.”고 규정하고 있다. 그러므로 사용자가 쟁의행위를 하지 않도록 ‘노동조합’에게 요구하는 것은 부당노동행위가 되지 않을 것이나, 명백히 불법파업인 경우에 이에 대처하기 위하여 불참을 설득하는 등의 활동이 아니라 단순히 파업이 예정된 하루 전에 파업이 일어나지 않도록 ‘개개의 조합원’을 설득하기 위해 직접 순회설명회를 개최하는 것은 노조활동에 대한 개입행위라고 볼 수밖에 없다.

(바) 타 사건과 비교

이 사건의 경우, 노사 간의 대립이 표면화된 시기에 사용자 내지 그의 이익대표자가 근로자와 개별적으로 접촉하고 노사관계상의 구체적인 문제에 대해서까지 발언하는 것은 일반적으로 공정성을 잃은 것이라는 비난을 면할 수 없고, 경우에 따라서는 부당노동행위가 성립할 수 있다는 사안[最

高裁 1983(昭和 58). 12. 20. 판결]과 유사하다(다만 이 사건의 경우는 근로자와의 개별적·직접적 접촉은 아니다).

특히 경영상황에 관한 언론사건인 찰황[삿포로]지방법관소 1981(소화 56년). 5. 8. 판결(북일본창고항운사건)은 파업찬반투표 전에 노조 분회장의 동의까지 얻어 ‘쟁의행위가 발생하면 하주들이 다른 운송회사에 화물운송을 맡기게 될 것이고, 이전의 쟁의행위와 같은 것이 발생하면 경쟁회사에 하주들을 다 빼앗기게 될 것이라고 한 발언’에 대해 원고 회사의 장래에 대한 강한 위기감을 부여하고 단결권에 영향을 미치는 위험이 있는 위협적 효과를 갖는 것으로 사용자에게 허용된 표현의 자유의 범위를 초과한 것이라는 것이고, 사용자는 단체교섭 등의 상당한 방법으로 조합원에 대하여 설득하는 것이 원래의 방향이며 분회장의 동의는 지역본부의 동의도 아니며 지역본부의 파업권에 명확히 대립하는 것, 위 발언과 罷業否決과는 상당한 인과관계가 인정된다는 것 등을 이유로 부당노동행위로 인정하였는 바, 이 사건의 경우는 노조위원장의 동의도 없었고, 그 발언(설명회)도 수차례에 걸쳐 집중적으로 이루어졌으며, 더욱이 이미 파업개시가 확정까지 된 상태에서 종업원들을 반강제적으로 동원하여 이루어진 것인 점 등에 비추어 보면, 결코 위 북일본창고항운사건보다 사용자의 개입의 정도가 결코 가벼워 보이지 않는다.

(3) 소결론

비록 노조가 파업을 예정하고 있는 상황에서 사용자가 직원들에게 파업이 회사에 미치는 영향 등을 설명하면서 파업의 자제를 요청하는 것은 사용자의 입장에서 노사현안에 대한 의견을 개진하는 것으로서 사용자의 표현의 자유 범위 안에 있다고 볼 여지도 있긴 하다.

그러나 앞서 본 바와 같은 이 사건 조합이 2010. 5. 12. 파업을 예정하게 된 경위, 당시 단체교섭의 교섭위원인 甲이 실시하였거나 예정한 직원설명회의 시기 및 방법, 그 당시 노조와 사측 간의 관계, 이 사건 설명회는 정례적인 일반 직무교육은 아니었던 점, 특히 이 사건 설명회는 파업 전날 그 파업을 막기 위해 시행된 것으로서 이는 근로자들의 조합활동(특히 쟁

의행위)을 주저하게 하는 등 조합활동을 위축시킴으로써 조합의 활동에 영향을 미치고자 하는 의도임이 충분히 인정되는 점, 사측 교섭위원인 甲으로서 사측이 노조의 요구를 왜 따를 수 없는지의 이유나 근거를 밝히고 노조의 납득을 얻고자 하는 노력은 단체교섭 석상에서 밝히는 것이 正道인 것이지 파업 전날 현장에 가서 직원들을 상대로 파업의 부당성을 밝히는 것은 교섭에의 성실성 원칙⁸⁴⁾에 반할 소지도 있는 점, 기타 甲의 지위 등 여러 정황에 비추어 보면, 비록 사용자의 교육내용 중에 보복이나 폭력의 위협 또는 이익공여의 약속 등이 드러나지 않는다 할지라도, 甲이 파업 전날 위 파업을 막기 위해 서울차량사업소 전직원을 상대로 교육을 실시하려는 의도에는 사용자의 입장에서 단순히 노사현안, 즉 단체교섭 사항에 대한 의견을 개진하는 수준을 넘어 파업을 앞둔 조합원 개개인의 판단과 행동, 특히 파업을 언제, 어떠한 방법으로 실시할지 등 조합이 자주적으로 판단해 행동해야 할 이른바 조합의 내부 운영에까지 영향을 미치려는 시도로서 노동조합의 활동에 개입하는 행위에 해당한다 할 것이다.

결국 甲이 파업을 하루 앞둔 상황에서 사측을 대표하여 이 사건 설명회를 개최하려고 한 것은 직원설명회를 빙자하여 노사관련 교육을 한 것(파업방지라는 것을 직접적으로 표현할 경우 당연히 이 사건 조합이나 조합원들의 반발을 일으켜 상황을 더 악화시킬 것을 염려하여 그 표현을 다소 완곡하게 한 것에 불과하다), 즉 조합원들의 파업참여거부를 유도하거나 파업참여를 막는 등으로 파업을 무력화시키려는 시도이므로 부당노동행위에 해당할 여지가 크다고 보이고, 甲이 조합원 교육을 위해 청사로 들어가는 행위는 부당노동행위에 수반되는 부수적 행위로서 이 역시 지배·개입의 부당노동행위에 해당할 여지가 있는 이상 업무방해죄에 있어서 보호대상이 되는 업무에 해당한다고 단정하기 어렵다.

84) 노조법 제30조 (교섭 등의 원칙)

- ① 노동조합과 사용자 또는 사용자단체는 신의에 따라 성실히 교섭하고 단체협약을 체결하여야 하며 그 권한을 남용하여서는 아니된다.
- ② 노동조합과 사용자 또는 사용자단체는 정당한 이유 없이 교섭 또는 단체협약의 체결을 거부하거나 해태하여서는 아니된다.

나) 부당노동행위에 해당하지 않는다는 견해

(1) 법리적 관점

① 사용자가 연설, 사내방송, 게시문, 서한 등을 통해 의견을 표명할 수 있는 표현의 자유를 가지고 있음은 헌법상 당연한바(대법원 1998. 5. 22. 선고 97누8076 판결), 사용자의 언론활동에서 위협, 보복 및 이익의 공여 등을 통해 노동조합의 활동을 억압하거나 강제하는 경우(미국의 경우)는 물론, 사용자의 우월한 지위에 비추어 발언 당시 상황이나 내용 등 여러 사정을 종합하여 조합의 정당한 활동을 방해할 위험이 있는 경우야 부당노동행위가 될 수 있다(우리나라에서 보완된 견해). 그리고 표현의 내용 자체에 관하여는 그 표현에 강제, 위압 또는 이익유도의 명시·묵시를 포함하여 그 밖에 노동조합의 자주성을 침해한다고 인정되는 요소의 존재를 필요로 하고 그렇지 않는 한 부당노동행위를 구성하지 않는다고 보는 것이 일반적 경향이다. 구체적으로는 노동조합의 쟁의방침, 운용방침처럼 사용자에게로 향한 노동조합의 활동문제에 대한 사용자의 단순한 비판과 설득은 일반적으로는 부당노동행위가 되지 않는 경우가 많을 것이다. 사례를 통하여 보는 한 사용자의 표현의 시점이 주로 노조의 조직분쟁, 쟁의행위, 단체교섭 진행과정 등에서 행하여지고 있음을 알 수 있는데, 이러한 시기에서의 표현이라고 하는 요소는 부당노동행위의 성립을 인정하는데 적극적인 작용을 하고 있다고 볼 수 있다. 이러한 시점에서의 사용자의 표현이 제한되는 것은 당연하다고 할 수 있으나, 적어도 회사가 어려운 시기인데 노조의 쟁의행위는 곤란하다는 등의 경영상황에 대한 단순한 사용자의 의견표명 내지 입장표명 등은 허용될 수 있을 것이다.

그러므로 쟁의돌입 직전에 회사의 경영방침에 대한 노동조합의 주장에 대해 회사의 입장 등 사실관계를 해명하거나 반론을 제기하는 행위, 단체교섭 진행 중 근로자를 상대로 직원간담회를 통해 임금인상안, 회사의 경영상황 등 회사의 입장을 설명하는 경우 등은 부당노동행위로 보기 어려울 뿐 아니라⁸⁵⁾ 단순히 불법파업 등에 참여하지 말 것을 호소·설득하는 것도

85) 연제정(주 14), 71.

부당노동행위에 해당하지 아니하였다.⁸⁶⁾

결국 ‘노조의 對사용자활동의 방침 등의 사항’(가령 노조의 사용자에 대한 비판이나 비난 혹은 쟁의행위 등)에 관해서는 사용자도 자유로이 의견을 표명할 수 있다고 보아야 할 것이다. 그러므로 이 부분에 관한 사용자의 발언은 그 속에 위협이나 이익공여의 시사 등이 포함되어 있지 않고 ‘다른 지배·개입적 정황과 관련되지 않는 한’ 노사관계에서의 일상적인 언론전으로 허용된다고 보아야 할 것이다.

② 한편 현장직무교육(On-the-Job-Training)이란 직장 내 교육 및 훈련·종업원과 경영자가 직무를 수행함으로써 기업목적달성에 기여하는 동시에, 직무에 대한 훈련을 받도록 하는 제도이다. 팀워크 조성이나 영향력이 강한 직속 상사가 업무에 대한 지식, 기능, 태도를 포함한 전인교육을 실시함으로써 사품의 확립과 개인의 능력개발에 대한 성취감을 갖고 체계적 업무수행 능력을 배양하게 돕는 것이다. 노동자의 교육을 어떻게 할 것인지 기본적으로 사용자의 재량에 맡길 수 있고, 사용자가 노동자에 대해 구체적으로 어떠한 교육을 실시하는지에 관해서는, 해당 기업의 경영방침이나 업무내용, 경영환경, 교육을 받을 노동자의 능력, 교육 원인이 된 사상(事象)의 내용 등 제반의 사정으로 비춰 결정하게 된다.⁸⁷⁾

(2) 이 사건에서의 검토

근로자의 쟁의행위도 헌법상 기본권으로 보장받아야 할 것이지만, 이 사건에서 2010. 5. 12.자로 예정된 파업은, 종래 2009년도 쟁의행위의 정당성을 부인한 기존 판례들(후술) 및 이 사건 설명회 당시 진행 중인 단체교섭은 기존 2009년의 교섭의 연장선상에서 진행되고 있었던 점에 비추어, 그 목적 등의 정당성을 결여한 파업일 수도 있는 데다가, 오히려 철도공사 측에 대한 업무방해죄의 구성요건을 충족한다고 평가될 여지⁸⁸⁾도 배제하기

86) 연제정(주 14), 72.

87) 오사가 고등재판소 2009(平成21年). 5. 28. 제4민사부 판결(労働者の教育をいかに行うかは、基本的に使用者の裁量に委ねられており、使用者が労働者に対し具体的にいかなる教育を実施するかについては、当該企業の経営方針や業務内容、経営環境、受け手となる労働者の能力、教育の原因となった事象の内容等、諸般の事情に照らして決することになる)。

88) 그 당시에는 파업은 일단 업무방해죄의 구성요건을 충족하되 그 정당성이 있으면 위법성이

어려운 상황에서, 甲이 각종 순회설명회에서 과연 어떠한 언동을 하였는지, 위 예정된 파업이 정당한지 등에 대해 명확히 심리·판단하지 않고서, 사용자가 단지 파업에 임박하여 설명회를 개최하거나 하려 하였다는 사정만으로, 이 사건 설명회가 노조의 ‘정당한 활동’을 방해할 위험이 있는 부당노동행위라고 단정하기는 어렵다고 사료된다.

(가) 이 사건 설명회의 내용 등 관련

甲은 전직원(약 300여 명)을 상대로 이 사건 설명회를 개최하기로 예정하였다가, 본관 2층 회의실에서 과장 등 중간관리자, 차량팀원 일부 등 약 20여 명만 참석한 자리에서 약 10분간 설명회를 진행하였다. 그런데 기록상 드러난 바에 의하면, 이 사건 설명회는 파업에 임박하여 직원들에게 2006년 단체협상 갱신, 전반적인 철도현황정책방향 및 파업이 회사에 미치는 영향, 특히 사회적 분위기나 국민정서상 이 시기에 파업은 부당하다는 것 등을 설명하고, 직원들로부터 질문을 받아 답변하는 형식으로 진행하려던 것으로서, 이미 본교섭 일정이 잡혀 있었던 상황인지라, 위 설명회의 실시 자체가 개개 근로자와의 간접교섭을 시도하는 것은 아니었을 뿐만 아니라 실제 개최된 설명회의 내용도 국가나 사측을 위해 파업에 문제가 있다는 내용으로서, 단체협약의 내용상 정당한 조합활동을 저해할 목적의 직원설명회로 보기 어렵다. 그 근거는 다음과 같다.

① 우선 이 사건 설명회의 내용은 “철도공사의 사정얘기, 현 상황에 비추어 파업에 무리가 있다는 얘기 외에, 그 이유가 국민들이 바라보는 시각, 국가적으로 처한 사실, 예를 들어 천안함 사건의 이슈화 등으로 현재로선 철도가 파업이 된다면 철도공사 전체의 위기가 올 수 있다.”는 것으로 보인다.

② 그리고 고소인(철도공사)의 위임을 받은 철도공사 서울본부 차량팀 차장 K도 제1심법정에서 설명회의 내용에 대하여 “당시 한참 천안함 사태가 나오고 장례도 치루지 얼마 안 된 상황이어서, 그런 시기에 우리 철도공사가 시끄러우면 이미지가 실추될 것이기 때문에 그러한 당시의 철도공

조작되었다.

사의 현실을 설명하려고 하였던 것 같습니다.”라고 진술하였다.

③ 그리고 기술본부장인 甲이 설명회를 개최한 목적이 직원들에게 전반적인 철도현황 및 파업이 회사에 미치는 영향 등을 설명하면서, 직원들이 공사의 경영방침을 오해하고 있지 않은지, 또 직원들에게 올바른 정보를 제공해야 할 의무 차원에서 이루어진 것인 만큼, 사용자의 입장에서는 당연히 직원들에게 표현의 자유의 일환으로서 설명회를 개최할 수 있다 할 것이고, 그 내용도 ‘노사관련 교육’이라고 보기 어렵다.

④ 한편 단체협약 제9조 제3항은 “공사는 조합활동을 저해할 목적으로 조합원에 대하여 어떠한 노사관련 교육도 실시할 수 없다.”고 규정하고 있기는 하나, 위 단체협약은 철도공사 측에서 2009. 11. 24.에 일방적으로 해지통고한 상태였을 뿐 아니라,⁸⁹⁾ 더욱이 위 설명회는 앞서 본 경위 및 그 내용에 비추어, 위 단체협약에서 규정한 ‘조합활동을 저해할 목적으로’ 행한 것으로 보기 어렵다.

⑤ 따라서 이러한 여러 사정에 비추어, 이 사건 설명회는 사용자로서 노조의 활동, 특히 파업돌입에 대해 비판적 견해를 표명한 것에 지나지 않을 뿐이지, 그 자체가 회사의 이 사건 조합의 활동이나 조합에 위협적인 효과를 가져온다거나 일반적으로 공정성을 잃은 행위라고는 볼 수 없으므로 부당노동행위에 해당한다고 단정하기 어렵다. 특히 예정된 파업은 뒤에서 보는 바와 같이 기존 2009년도 파업과 관련한 하급심판결들에 비추어 불법파업일 소지도 있었다.

(나) 단체교섭에서의 성실의무 및 교섭위원으로서의 역할 관련

이 사건 설명회 무렵 진행된 단체교섭에서는 차량분야는 별도 교섭이 없었던 바, 기록상 甲은 2010. 4. 6. 본교섭에 참여하였고, 그 후 몇 차례 교섭이 있었으나 차량분야는 특별한 교섭내용이 없어 참석하지 않았으며, 급기야 이 사건 설명회 다음날인 2010. 5. 12.에 본교섭이 타결되었다. 따라서 이 사건 설명회 시점이 본교섭(정기단협) 시점이었다 할지라도, 교섭위원인

89) 단, 해지하고자 하는 날의 6월 전까지 상대방에게 통고해야 하므로(노조법 제32조 제3항 관련) 그 당시에는 유효하였다.

甲 대신 사장 및 다른 교섭위원이 참석하면 될 수도 있을 것이다. 그리고 甲은 사측의 교섭위원이었다 할지라도, 철도공사의 순회설명회는 단체교섭 진행 중에 근로자와 직접 교섭하기 위해 노조 대표를 우회하려는 것은 아니라, 다만 직원들에게 전반적인 철도현황 및 파업이 회사에 미치는 영향 등을 설명하려 한 것이어서, 꼭 교섭위원으로서의 지위에 꼭 배치된다고 보기 어렵다. 오히려 교섭위원이라기 보다는 기술본부장으로서 사용자의 입장을 전달하려는 차원에서 설명회를 개최한 것으로 볼 수 있다.

(다) 사실관계에 대한 현출 부족(핵심)

만약 甲의 위 업무(설명회 개최)가 형사처벌의 대상인 ‘부당노동행위’의 범죄구성요건을 충족하거나, 가사 그렇지 않더라도 명백히 위법한 업무 또는 그 위법의 정도가 중하여 사회생활상 도저히 용인될 수 없는 정도의 반사회성을 띄는 경우라면, 위 업무는 업무방해죄와 관련하여 보호가치 없는 업무에 해당할 여지도 있으나, 이 사건에서 원심이 든 사정만으로 이에 해당한다고 보기는 어렵다. 즉, 이 사건의 경우 甲이 순회직원설명회에서 단체교섭 내지 예정된 파업의 부당성 등에 대하여 교육하였다고 하더라도 기록상 그 구체적인 발언내용 등이 현출되어 있지 아니하다. 따라서 ‘현 상황에서 쟁의행위는 목적이 불분명하고 절차⁹⁰⁾에 위반되어 명백한 불법이라거나 이러한 불법 쟁의행위 참여자 모두는 예외 없이 민·형사상의 책임을 묻고 징계처리 하겠다’는 것 등 당시 예정된 이 사건 조합의 쟁의행위 자체를 예외 없이 불법으로 단정하는 한편 근로자가 위 쟁의행위에 참여할 경우에는 해당 근로자에게 민사상 손해배상책임, 형사상 업무방해죄 등의 죄책을 물음은 물론 징계처분 등 인사상의 불이익 처분을 할 것이라는 취지의 발언을 하였다는 등의 내용은 전혀 현출되지 않은 상황이다.

원심은 순회설명회에서의 甲의 발언 등에 대한 구체적인 심리가 없이 막연히 수사기관에서의 진술이나 법정 증언, 기타 순회설명회 전후의 정황을

90) 원칙적으로 노동위원회 등을 통한 조정절차를 거치고(노조법 제45조 제2항), 특별한 사정이 없는 한 조합원의 찬반투표(노조법 제41조 제1항) 및 노동쟁의 발생신고(노조법 시행령 제17조) 등 절차를 거쳐야 한다.

기초로 부당노동행위라고 판단하였다. 원심에서는 이 사건의 핵심인 사용자의 언론이 지배·개입의 부당노동행위에 해당하기 위해서 필요한 표현의 내용과 지배·개입의 정도 등에 대한 충분한 심리가 이루어지지 않았다. 따라서 ‘사회적 분위기나 국민정서상 이 시기에 파업은 부당하다’는 것 등을 직원들에게 교육하는 설명회를 개최하려고 한 것은 단순히 회사의 사정을 설명하고 파업을 자제시키려는 목적으로도 볼 수 있으므로, 비록 사용자가 우세한 지위에 있다손 치더라도 이를 부당노동행위로까지 보기 어렵다.

즉, 위 직원설명회의 목적 및 기타 드러난 정황 등 원심이 든 사정만으로는, 비록 파업이 임박한 시점에서 미리 예고 없이 진행된 설명회라 할지라도, 이 사건 설명회로 인해 조합원에게 심리로 동요를 주고, 파업에 참가할 때는 사용자에게서 어떠한 불이익을 받을지도 모르는 일이라고 하는 공포심을 안게 한 것을 인정할 만한 증거가 부족한 이상, 사용자의 입장에서 단체교섭이나 쟁의에 대한 의견을 개진하는 수준을 넘어 사용자의 우월한 지위를 이용하여 조합원 개개인의 판단과 행동, 노동조합의 운영에까지 영향을 미치려는 시도로 보기 어렵다. 이 정도의 행위는 사용자의 표현의 자유 차원에서 보장되어야 할 것이고, 따라서 甲의 행위가 노조의 자주성을 침해하거나 그럴 우려가 있다고 단정하기 어렵다.

(라) 예정된 쟁의행위의 정당성 관련

기록상 2010. 5. 12.자로 예정된 쟁의행위의 목적, 절차⁹¹⁾적 정당성에 대해서는 검찰측에서 별다른 의견제시를 하지 않고 있는 상태이다. 나아가 이 사건 단체교섭이 잘 진척되지 않은 이유, 즉 노사 간의 교섭안 내용에 대해서는 기록상 전혀 알 수 없다. 따라서 예정된 파업의 목적 및 그 정당성에 관한 판단이 어려운 상황이다.

다만 종전 파업 등과 관련하여 실시된 부당해고 등 불이익처분이 있어서, 현재 여러 법원에서 2009년도 파업이 목적의 정당성 등을 구비하지 못한 불법파업이라고 판단한 사례가 많다.

91) 노동위원회의 조정절차 ⇨ 조합원 찬반투표 실시 여부 등.

즉, 대법원은 이 사건 조합의 2009년 안전운행투쟁에 대해서 2011. 12. 9. 위 쟁의행위의 목적의 정당성을 인정할 수 없다고 판결하였고,⁹²⁾ 순환파업(2009. 11. 5.~2009. 11. 6.)과 전면파업(2009. 11. 26.~2009. 12. 3.)에 대해서는 노동위원회의 구제신청절차 및 소송에서 대부분 철도노조·발전철도노조·가스철도노조 등 공동투쟁본부(약칭 ‘공투본’)의 일정에 맞추어 정원 감축 철회 등 공기업선진화 반대, 해고자 복직, 고소·고발 및 징계 철회, 손해배상소송 철회 등의 요구사항 등을 관철시킬 것을 주된 목적으로 행해진 것이라 할 것이므로, 그 목적에 있어서 근로조건 개선 등을 주된 목적으로 하고 있지 않으므로 적법한 쟁의행위에 해당하지 않는다고 판단하여 현재 대법원에 계류 중에 있다(2011도468 사건).⁹³⁾

그런데 이 사건 설명회 당시 진행 중인 단체교섭 역시 기존 2009년 단체교섭의 연장선상에서 진행되고 있었던 점에 비추어, 사용자의 입장에서 2010. 5. 12.자로 예정된 파업도 그 정당성을 결여한 것으로 볼 소지도 있어 보였을 것이다.

(마) 이 사건 설명회 개최의 영향도 미미함

위 설명회 개최로 인해 조합원들이 노조를 탈퇴나 파업불참을 표명했다거나 노조의 교섭력이 약화되었다고 볼 만한 증거가 없을 뿐 아니라, 특히 이 사건 설명회 다음날인 2010. 5. 12.에 급기야 본교섭이 타결된 점에 비추어, 위 설명회로 인해 파업을 실시할지 여부, 실시한다면 언제, 어떠한 방법으로 실시할지 등 조합이 자주적으로 판단해 행동해야 할 이른바 조합의 내부 운영에 미친 영향력은 거의 없다 할 것이다.

2) 검토 - 부당노동행위 부정설이 더 설득력이 있어 보임

(1) 이 사건은 파업이 임박한 상황에서 사용자의 의견표명과 함께 설명회 개최라는 일정한 작위가 결합한 사안인지라 그 일련의 행위 자체를 종합적으로 살펴 볼 때 과연 부당노동행위로 볼 수 있는지 여부가 핵심이

92) 서울행법 2010. 10. 14. 선고 2010구합15438 판결 ⇨ 서울고법 2011. 8. 24. 선고 2010누37812 항소기각 ⇨ 대법원 2011. 12. 9.자 2011두23559호로 심리불속행 기각.

93) 그 제1심은 서울중앙지법 2010. 12. 23. 선고 2010노2641 판결이다.

다. 그런데 사용자의 표현의 자유라는 관점에서 볼 때 원심 인정 사실 및 기록상 나타난 사실만으로는 아래에서 보는 바와 같은 이유로 부당노동행위의 의사가 추단되지 아니한다 할 것이다.

① 개요

원칙적으로 회사의 경영방침에 대한 노조의 주장에 대해 회사의 입장 등 사실관계를 해명하거나 반론을 제기하는 것, 단체교섭 진행 중 근로자를 상대로 직원간담회를 통해 임금인상안, 회사의 경영상황 등 회사의 입장을 설명하는 경우 등은 부당노동행위로 보기 어려울 뿐 아니라 단순히 불법과업 등에 참여하지 말 것을 호소·설득하는 것도 부당노동행위에 해당하지 아니한다. 결국 어떤 발언이 언론의 자유로서 보호받는 표현인지, 부당한 노동관행인지는 ‘사실과 정황의 전체’를 분석하여 판단하여야 할 것이다. 그런데 이 사건의 경우 기록상 甲이 순회직원설명회에서 조합원 등을 상대로 하여 당시의 단체교섭 상황 내지 예정된 파업의 부당성 등에 대해서 교육한 내용 및 그 발언 등이 구체적으로 현출되어 있지 아니하였다.

다만 이 경우 이 사건 설명회를 하게 된 경위, 그 이유, 상황 및 시기, 방법, 발언자의 지위, 그 설명회가 조합원과 노조에게 미치는 영향, 기타 발언을 전후한 노사관계에서의 제반 정황 등을 종합하여, 부당노동행위 의사가 추정되는지를 판단해야 할 것이나, 그 표명된 의견의 내용이나 예정된 파업의 정당성 여부 등을 구체적으로 알 수 없어, 원심이 인정한 사실 및 기록에 나타난 아래와 같은 사정만으로는, 甲의 이 사건 설명회개최 행위가 단순히 사용자의 입장에서 파업에 대한 의견을 개진하는 수준을 넘어 거기에 징계 등 불이익의 위협 또는 이익제공의 약속 등 조합원 개개인의 판단과 행동, 노동조합의 운영에까지 영향을 미치려는 시도라거나 노동조합의 운영에 개입하려는 지배·개입에 의한 부당노동행위에 해당한다고 단정하기 어렵다.

② 구체적인 검토

공소사실에 나타난 객관적 사실 중 피고인들의 행위에 대해서는 피고인들도 자인하고 있다. 다만 공소사실 중 이 사건 설명회의 목적에 대해서,

피고인들은 ‘甲이 단순히 파업의 정당성만을 설명하기 위해 온 것이 아니다’라고 주장 중이다. 문제는 부당노동행위의사가 외부에 나타난 객관적 사실로부터 추정되는지에 있다.

(ㄱ) 표명된 의견의 내용

甲이 “파업을 막기 위해 왔다.”, “철도공사의 사정 얘기, 현 상황에 대해서 파업에 무리가 있다는 얘기 외에, 그 이유가 국민이 바라보는 시각, 국가적으로 처한 사실, 예를 들어 천안함 사건 등이 이슈화가 되었기에 현재로선 철도가 파업이 된다면 철도공사 전체의 위기가 올 수 있다.”라고 진술한 것만으로는 그 표현에 강제, 위압 또는 이익유도가 명시적 또는 묵시적으로 포함되거나, 기타 노동조합의 자주성을 침해한다고 인정되는 요소가 존재한다고 판단하기 어렵다.

나아가 위 출입방해 당시 서울차량사업소장 L이 피고인들에게 “내일 파업이니까 오신 거예요. 파업하지 말라고. 내일 파업하면 우리 직원들이 많이 다치니까 하지 말라고 얘기하러 오신 거예요.”라고 말한 사실이 인정되기는 한다. 그러나 이는 L이 직원설명회 개최 경위 및 파업의 여파에 관해 이야기한 것이기는 하나, 그 표현 자체가 매우 추상적이거나 애매모호한데다가, 위 발언의 경위 및 내용, 그 발언 당시의 상황, 발언 당시의 행동, 그리고 L은 2009년 파업 등을 지켜본 적이 있는 점 등에 비추어 볼 때, 위 발언은 L이 철도공사의 차량사업소장으로서 피고인들을 설득하는 과정에서 우발적 내지 즉흥적으로 나온 것으로 보이고, 나아가 그 발언 내용을 보더라도 자신의 부하직원 및 피고인들의 육체적·경제적 피해나 기타 징계 등을 우려하는 취지의 충고성 발언으로도 보이므로, 이러한 발언 속에 방해, 강제, 위협의 의사가 포함되어 있다거나 그러한 발언이 조합원에 대한 방해, 강제, 위협의 수준에 이른다고 보기는 어려우며, 설령 그 표현 속에 파업불참을 권유하는 취지가 포함되어 있다 해도 그런 정도만으로 사용자의 허용된 표현의 자유를 넘는 것으로 보기 어렵다.

(ㄴ) 그것이 행하여진 상황·시점·장소

단체교섭이 난항을 겪던 중 예정된 파업 하루 직전에 조합원들에게 파업

의 부당성에 대해 설명하기 위해 현장에 가서 직원설명회를 개최하였다. 그 시점과 관련해서는 일용 파업 강행 여부 및 그 참여 등에 대한 노조의 자주적인 판단에 다소 영향을 미칠 우려도 있어 보이긴 하나 그 발언 내용, 그 이후의 노조원들의 정황 등 전체적인 관점에서 볼 때, 그런 사정만으로는 지배·개입의 의사를 추단키 어렵다고 보인다.

(ㄷ) 그것이 행하여진 방법

근무 중인 조합원 등 직원들을 상대로 설명회장에서 파업의 부당성을 직접적으로 발언하였으나, 사용자의 표현의 자유와 관련하여 이런 정도만으로는 지배·개입의사를 추단키 어렵다.

(ㄹ) 그것이 노동조합의 운영·활동에 미치거나 미칠 수 있는 영향

앞서 시점과 관련하여 다소 노조의 자주적인 판단에 영향을 미칠 우려도 없진 아니하나, 이 사건 설명회의 내용, 즉 파업의 부당성, 특히 사회적 분위기나 국민정서상 이 시기에 파업은 부당하다는 것 등을 설명한 것으로서 직원들의 협조를 구하고, (불법)파업 가담 시 막연히 불이익이 있을 수 있다는 원칙을 밝힌 정도에 불과하여 노조 운영에 미치는 영향은 크지 않을 것으로 보인다. 이 정도만으로는 지배·개입의사를 추단키 어렵다.

(ㄴ) 이 사건 설명회 후의 정황

바로 다음날 본교섭이 타결되었다.

(H) 기타

나아가 2009년 당시 이 사건 조합이 진행한 파업이 대부분 목적의 정당성을 구비하지 못했다는 이유로 불법파업으로 판단된 점 및 이 사건 설명회 당시 진행중인 단체교섭은 기존 2009년 단체교섭의 연장선상에서 진행되고 있었던 점 등에 비추어 볼 때, 당초 예정된 파업 역시 정당한 쟁의행위의 목적을 벗어난 것일 수도 있어 보인다.

더욱이 철도사업은 필수공익사업이며,⁹⁴⁾ 예정된 파업으로 말미암아 철도

94) 노조법 제71조 제2항에서는 **필수공익사업**을, ‘제1항의 공익사업으로서 그 업무의 정지 또는 폐지가 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하거나 국민경제를 현저히 저해하고 그 업무의 대체가 용이하지 아니한 사업’으로 규정하고, 이에 해당하는 사업 중 하나로 ‘철도사업’이 있다. 노조법 시행령은 필수공익사업의 종류별로 필수유지업무의 범위를 규정하고 있다. 그

공사가 입을 피해의 정도 역시 적지 않으리라고 보이는 점, 그리고 쟁의행위 기간 동안 국가의 기간수송수단인 철도교통의 실수요자인 국민들이 겪을 것으로 예상되는 고통의 정도 역시 상당할 것으로 보이는 점 등을 고려할 때, 甲이 실시한 설명회는 비록 노사 간의 대립이 표면화된 시기이기는 하나, 일부 직원들과 개별적으로 접촉한 것이 아니라 공개된 설명회에서 직원을 대상으로 파업참여를 자제해 달라는 행위로 보이고(따라서 현저히 공정성을 잃은 행위는 아니다), 만약 그 내용도 2006년 단체협약 갱신, 전반적인 철도현황정책방향 및 파업이 회사에 미치는 영향, 특히 사회적 분위기나 국민정서상 이 시기에 파업은 부당하다는 것 등을 설명하는 것으로서 직원들의 협조를 구하고, (불법)파업 가담 시 막연히 불이익이 있을 수 있다는 원칙을 밝힌 정도에 불과하다면, 이러한 행위는 표현의 자유의 발로로서 시인되어야 할 뿐만 아니라, 나아가 위 설명회가 개최된 전후의 정황, 노조원들의 결집정도 등에 비추어 보더라도 조합원에 대한 위협적 효과를 가지는 것이라고 보기는 어렵다.

한편 미국과 달리 우리의 경우 사용자의 발언 또는 의견의 표시가 사용자라는 우월한 지위를 바탕으로 지배·개입의 의도를 가지고 행해진 것이면 부당노동행위가 성립한다고 할지라도, 이 사건 설명회의 목적 및 기타 드러난 정황 등 원심이 든 사정만으로는, 이 사건 설명회라는 방법을 통한 사측의 표현행위가 사용자라는 우월한 지위를 바탕으로 지배·개입의 의도를 가지고 행해진 것이라고 쉽사리 단정하기는 어렵다.

(2) 소결론 - 파기환송

이 사건에서 甲은 사용자 측을 대변하여 직원들에게 2010. 5. 12.부터 시행하기로 예고된 파업에 참여해서는 안된다고 설득하려 한 것으로 보인다. 그 경위나 시점 및 기타 정황 등에 비추어, 이 사건 설명회라는 방법을 통한 사측의 표현행위에 징계 등 불이익의 위협 또는 이익제공의 약속 등이

리고 노조법 제42조의2 제1항은 **필수유지업무**를, ‘제71조 제2항의 규정에 따른 필수공익사업의 업무 중 그 업무가 정지 또는 폐지되는 경우 공중의 생명, 신체의 안전이나 건강 또는 공중의 일상생활을 위태롭게 하는 업무로서 대통령령이 정하는 업무’라고 규정하고 있음. 노조법 제42조 2항에 의해 필수유지업무 종사자의 쟁의행위는 금지되어 있다.

포함되어 있거나 다른 지배·개입의 정황 등 노동조합의 자주성을 해칠 수 있는 요소가 연관되어 있다고 보이지 않는 이상, 그 정도의 행위만으로 사용자의 언론과 관련한 지배·개입의 부당노동행위에 해당한다고 보기는 어렵다. 따라서 이 사건 설명회에서의 발언내용, 당초 예정된 파업의 정당성 여부, 기타 정황에 대한 충분한 심리·판단 없이는 선불리 甲의 설명회 개최가 부당노동행위에 해당하여 형법상 보호가치 없는 업무라고 단정하기 어렵다. 특히 노조에서 파업을 예고한 경우 ‘사측에서는 그대로 이를 수용해야 하고, 직원들을 상대로 어떤 설명이나 의견표명도 할 수 없으며, 노조는 수단과 방법을 가리지 않고 설명회나 의견표명을 방해할 수 있다’는 위협한 결론에 도달할 수도 있다.

결론적으로 원심이 이 사건 설명회의 내용, 특히 甲의 발언내용, 구체적인 지배·개입의 정황, 당시 예정된 파업의 정당성, 이 사건 설명회가 파업 등 노조나 노조원의 활동에 미친 영향 등 전후 상황에 대한 심리도 제대로 하지 않은 채, 그 채택 증거들만으로 甲의 행위가 부당노동행위에 해당하여 업무방해죄의 업무에 해당할 수 없다는 이유로 무죄를 선고한 원심의 판단은 표현의 자유와 부당노동행위에 관한 법리를 오해한 위법이 있으므로 그 부분 심리를 다시 하기 위해 파기환송함이 옳다고 사료된다.

5. 대상판결의 결론

대상판결은, 원심으로서는, 비록 이 사건 설명회가 파업이 임박한 시기에 개최된 것이라고 하더라도, 甲이 이 사건 설명회 전 다른 지역에서 한 순회설명회에서 표명한 발언의 내용 및 그러한 발언 등이 조합원이나 노동조합의 활동에 미쳤거나 미칠 수 있는 영향, 그리고 당초 예정된 파업의 정당성 여부 등 지배·개입의 부당노동행위를 인정하는 전제가 되는 전후 상황 등에 대하여 구체적으로 심리하여, 이 사건 설명회 개최가 사용자 입장에서 단순히 파업에 대한 의견을 개진하는 수준을 넘어 조합원에 대해 회유 내지 위협적 효과를 가지는 등의 사정이 있어, 사용자에게 노동조합의

운영이나 활동을 지배하거나 노동조합의 활동에 개입하려는 의사가 있었던 것으로 추단되는지 여부를 판단하였어야 할 것임에도, 원심은 이에 이르지 아니한 채 단지 그 판시와 같은 사정만으로 위 설명회 개최가 ‘근로자가 노동조합을 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위’로서 업무방해죄의 보호법익으로서의 업무에 해당하지 않는다고 판단하였으니, 이러한 원심의 판단에는 지배·개입에 의한 부당노동행위의 성립에 관한 법리 또는 업무방해죄의 보호법익으로서의 업무에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다며 원심을 파기환송하였다.

【對象判決의 意義】

대상판결은, 사용자의 표현의 자유와 노동기본권과의 조화를 도모하려는 차원에서, 사용자가 노동조합의 활동에 대하여 단순히 비판적 견해를 표명하거나 근로자를 상대로 집단적인 설명회 등을 개최하여 회사의 경영상황 및 정책방향 등 입장을 설명하고 이해를 구하는 행위 또는 비록 파업이 예정된 상황이라 하더라도 그 파업의 정당성과 적법성 여부 및 파업이 회사나 근로자에 미치는 영향 등을 설명하는 행위는 거기에 징계 등 불이익의 위협 또는 이익제공의 약속 등이 포함되어 있거나 다른 지배·개입의 정황 등 노동조합의 자주성을 해칠 수 있는 요소가 연관되어 있지 않는 한, 사용자에게 노동조합의 조직이나 운영 및 활동을 지배하거나 이에 개입하는 의사가 있다고 가볍게 단정할 것은 아니라고 판시함으로써, 노동조합이나 근로자에 대한 표현의 자유와 부당노동행위 성립 여부에 관한 판단 기준을 명확히 제시하였다는데 그 의의가 있다.

15. 직접 진찰한 환자가 아닌 자의 인적사항을 처방전에 기재하여 교부한 행위가 의료법 제17조 제1항 위반행위인지 여부

(2013. 4. 11. 선고 2011도14690 판결 : 공2013상, 903)

朴 永 浩

【判決要旨】

의사나 치과의사(이하 ‘의사 등’이라고 한다)와 약사 사이의 분업 내지 협업을 통한 환자의 치료행위는 의사 등에 의하여 진료를 받은 환자와 약사에 의한 의약품 조제와 복약지도의 상대방이 되는 환자의 동일성을 필수적 전제로 하며, 그 동일성은 의사 등이 최초로 작성한 처방전의 기재를 통하여 담보될 수밖에 없으므로, 의사 등이 의료법 제18조에 따라 작성하는 처방전의 기재사항 중 의료법 시행규칙 제12조 제1항 제1호 에서 정한 ‘환자의 성명 및 주민등록번호’는 치료행위의 대상을 특정하는 요소로서 중요한 의미를 가진다고 보아야 한다. 따라서 의사 등이 의료법 제17조 제1항에 따라 직접 진찰하여야 할 상대방은 처방전에 환자로 기재된 사람을 가리키고, 만일 의사 등이 처방전에 환자로 기재한 사람이 아닌 제3자를 진찰하고도 환자의 성명 및 주민등록번호를 허위로 기재하여 처방전을 작성·교부하였다면, 그러한 행위는 의료법 제17조 제1항에 위배된다고 보아야 한다.

【參照條文】

의료법 제17조 제1항, 제18조 제1항

【事案의 概要】

1. 사건의 개요

피고인은 향정신성의약품을 임의로 처방해주는 의료기관의 실태를 고발하기 위하여 몰래 피고인 운영 병원에 환자를 가장해 잠입한 주간 동아 기자 甲에게 다이어트를 위하여 펜타신(향정신성의약품), 해슈펜(감기약) 등을 처방함에 있어, 甲이 시간이 바빠서 병원에 못 오니 3달 치 처방전을 교부해달라고 하자, 식약청 고시 등에서 향정신성의약품의 경우 28일 이상 처방할 수 없도록 하고 있는 제한을 피하기 위하여 ❶ 자신이 진찰한 주간 동아 기자 甲 명의로 향정신성의약품인 펜타신 등에 대하여 28일치 처방전을 끊어주는 한편, ❷ 자신이 진찰하지도 않은 제3자인 자기 병원 소속 간호사인 A, B 명의로 향정신성의약품인 펜타신 등에 대하여 각 28일치 처방전을 추가로 끊은 다음 이를 주간 동아 기자 甲에게 교부하였다.

검찰은 피고인이 직접 진찰한 甲 명의의 처방전은 기소하지 않고, 피고인이 진찰하지 않고 명의만 도용한 간호사들 명의로 작성된 A, B 명의의 처방전에 대하여 의료법 제17조 제1항을 위반하여 무진찰 진단서 작성죄를 범하였다는 이유로 기소를 제기하였다.

2. 공소사실의 요지

피고인은 서울 중구 을지로 소재 ‘○○의원’ 원장으로 의사면허를 취득하여 의료업에 종사하는 자이다. 의료업에 종사하고 직접 진찰한 의사가 아니면 처방전을 작성하여 환자에게 교부하거나 발송하지 못한다.

그럼에도 불구하고 피고인은 2010. 6. 1. 위 의원에서 甲을 진료하면서 3개월 치 처방을 부탁받고 직접 진찰함이 없이 위 의원 직원인 A, B의 명의로 각 1개월씩의 처방전 2부를 작성하여 교부함으로써 자신이 진찰하지 아니하고 처방전을 교부하였다.

3. 소송의 경과

가. 제1심: 무죄

의료법 제89조, 제17조 제1항은 의사가 아닌 자 또는 환자를 직접 진찰하지 않은 의사가 처방전 등을 발급하여 환자에게 교부함으로써 부정확한 처방전 등이 교부되거나 처방전 등이 악용될 위험을 막고자 하는데 그 취지가 있다. 이와 같은 취지에 비추어 판단해 보면, 진단서, 검안서, 증명서의 경우에는 그 서류의 목적이 환자의 증세 등을 확인, 증명하는 것이므로, 의사가 환자를 직접 진찰한 후 진찰한 환자의 증세 등을 기재한 진단서 등을 발급한다 하여도 그 환자가 아닌 다른 사람을 환자로 기재하여 진단서 등을 발급한다면 이는 바로 직접 진찰한 환자가 아닌 자의 증세 등을 증명하기 위한 목적으로 진단서 등을 발급한 것으로 보아야 하므로 위 의료법 조항을 위반한 것이라 볼 수 있을 것이다.

그러나 처방전의 경우에는 그 서류의 목적이 진찰을 받은 환자에 대한 약물을 처방하는 데 있다 할 것인데, 의사가 환자를 직접 진찰한 후 그 환자가 사용할 약물을 처방한 처방전을 진찰받은 환자에게 교부하였고 실제로 진찰을 받은 환자가 처방전에 기하여 약물을 처방받았다면, 타인 명의를 빌려 처방전상의 환자명을 기재하였다는 사정만으로도, 이를 위 의료법 조항 위반으로 처벌할 수는 없다고 봄이 상당하다.

기록에 의하면 피고인은 甲을 직접 진찰하였고 甲이 사용할 약물을 처방하면서 단지 한번에 3개월분의 약물을 처방받을 수 있도록 甲이 아닌 제3자 명의를 차용한 처방전을 발급하여 그 처방전을 甲에게 교부한 것을 인정할 수 있는바, 약물의 장기 처방을 위한 이와 같은 편법적인 처방전 발급을 처벌하는 조항이 있거나 또는 허위 내용의 처방전 작성을 처벌하는 조항이 있다면 그와 같은 조항에 의하여 피고인을 처벌할 수 있음은 별론으로 하고, 피고인을 위 의료법 조항에 의하여 처벌할 수는 없다고 할 것이다.

나. 원심: 유죄(벌금 100만 원)

진단서 등은 의사 등이 진단한 결과에 관한 판단을 표시하는 것으로서 사람의 건강상태를 증명하고 민·형사책임을 판단하는 증거가 되는 중요한 기능을 담당하고 있으므로 그 정확성과 객관성을 담보하기 위하여 직접 진찰한 의사 등만이 이를 교부할 수 있도록 하는데 그 취지가 있다(대법원 1996. 6. 29. 선고 96도1013 판결 등 참조).

의사는 ‘진단서 명의상의 환자’를 ‘직접 진찰’하여 ‘의사 본인 명의’로 된 진단서를 환자에게 교부하여야 하고, 이를 위반하여 진단서 등을 교부한 의사는 벌칙 조항에 따라 1년 이하의 징역이나 500만 원 이하의 벌금에 처한다는 것이다. 따라서 의사가 자기 명의가 아닌 다른 사람 명의의 진단서 등을 교부한 경우, 의사가 타인 명의를 모용하여 진찰 받은 자에게 타인 명의의 진단서 등을 교부한 경우(타인명의로용발급), 의사가 제3자에게 진찰받지 않은 타인 명의의 진단서를 교부한 경우(대리발급) 등은 모두 이 사건 조항에 위반된다고 할 것이다.

피고인이 甲을 진찰하고 A, B 명의로 처방전을 교부한 행위는 의사가 제3자에게 진찰받지 않은 타인 명의의 처방전을 교부한 경우(대리발급)에 해당하여 이 사건 조항에 위배된다.

4. 상고이유: 의료법 제17조 제1항의 해석에 관한 법리오해

의료법 제17조 제1항의 문언에 비추어, 피고인으로서 ‘직접 진찰하고 다른 사람의 명의를 빌려 처방전을 작성·교부하는 행위’까지도 처벌받는다는 것을 예측할 수 없으므로, 의료법 제17조 제1항의 위반행위에 위와 같은 행위도 포함된다고 해석하는 것은 유추해석이나 확장해석에 해당되어 죄형법정주의 및 형벌법규해석의 원칙에 위배된다.

의료법 제17조 제1항에서 진료행위 없는 처방전 교부행위를 처벌하는 입법 목적 및 보호법익은 진료행위 없는 약물의 오·남용을 방지하기 위한 것이므로, 이 사건의 경우와 같이 진료행위가 이루어진 이상 다소 과도한

처방이라고 하더라도 행정처분은 별론으로 하고 형사처벌의 대상이 된다고 볼 수 없다.

처방전은 진단서, 검안서, 증명서와 달리 환자 정보의 전달이 아닌 환자의 처방약물 복용에 최종 목적이 있으므로, 처방전의 경우 환자의 정보가 잘못 기재되어 있더라도 환자가 그 처방전을 이용하여 올바른 약품을 구매·복용하였다면 그 목적을 다한 것으로 보아야 한다.

【解 說】

1. 관련 규정 및 무진찰 처방전 교부금지죄 일반론 등

가. 관련 규정

1) 의료법 규정¹⁾

가) 의료법

제89조 (벌칙)(2010. 7. 23. 법률 제10387호로 개정되기 전의 것)

제15조 제1항, 제17조 제1항·제2항(제1항 단서 후단과 제2항 단서는 제외한다), 제56조 제1항부터 제4항까지, 제57조 제1항을 위반한 자는 1년 이하의 징역이나 500만 원 이하의 벌금에 처한다.

제17조 (진단서 등)

① 의료업에 종사하고 직접 진찰하거나 검안한 의사(이하 이 항에서는 검안서에 한하여 검시업무를 담당하는 국가기관에 종사하는 의사를 포함한다), 치과의사, 한의사가 아니면 진단서·검안서·증명서 또는 처방전[의사나 치과의사가 「전자서명법」에 따른 전자서명이 기재된 전자문서 형태로 작성한 처방전(이하 ‘전자처방전’이라 한다)을 포함한다. 이하 같다]을 작성하여 환자(환자가 사망한 경우에는 배우자, 직계존비속 또는 배우자의 직계존속을 말한다) 또는 「형사소송법」 제222조 제1항에 따라 검시를 하는 지방검찰청검사(검안서에 한한다)에게 교부하거나 발송(전자처방전에 한한다)하지 못한다.

1) 수의사법 제12조에도 비슷한 취지의 규정이 있음.

- ⑤ 제1항부터 제4항까지의 규정에 따른 진단서, 증명서의 서식· 기재사항, 그 밖에 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다.

제18조 (처방전 작성과 교부)

- ① 의사나 치과의사는 환자에게 의약품을 투여할 필요가 있다고 인정하면 「약사법」에 따라 자신이 직접 의약품을 조제할 수 있는 경우가 아니면 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 처방전을 작성하여 환자에게 내주거나 발송(전자처방전만 해당된다)하여야 한다.
- ② 제1항에 따른 처방전의 서식, 기재사항, 보존, 그 밖에 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다.
- ③ 누구든지 정당한 사유 없이 전자처방전에 저장된 개인정보를 탐지하거나 누출·변조 또는 훼손하여서는 아니 된다.
- ④ 제1항에 따라 처방전을 발행한 의사 또는 치과의사(처방전을 발행한 한의사를 포함한다)는 처방전에 따라 의약품을 조제하는 약사 또는 한약사가 「약사법」 제26조 제2항에 따라 문의한 때 즉시 이에 응하여야 한다. 다만 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유로 약사 또는 한약사의 문의에 응할 수 없는 경우 사유가 종료된 때 즉시 이에 응하여야 한다.
 1. 「응급의료에 관한 법률」 제2조 제1호에 따른 응급환자를 진료 중인 경우
 2. 환자를 수술 또는 처치 중인 경우
 3. 그 밖에 약사의 문의에 응할 수 없는 정당한 사유가 있는 경우

나) 의료법 시행규칙

제12조 (처방전의 기재 사항 등)

- ① 법 제18조에 따라 의사나 치과의사는 환자에게 처방전을 발급하는 경우에는 [별지 제9호 서식]의 처방전에 다음 각 호의 사항을 적은 후 서명(「전자서명법」에 따른 공인전자서명을 포함한다)하거나 도장을 찍어야 한다. 다만 제3호의 사항은 환자가 요구한 경우에는 적지 아니한다.
 1. 환자의 성명 및 주민등록번호
 2. 의료기관의 명칭 및 전화번호
 3. 「통계법」 제22조 제1항 전단에 따른 한국표준질병·사인 분류

에 따른 질병분류기호

4. 의료인의 성명·면허종류 및 번호
5. 처방 의약품의 명칭(일반명칭, 제품명이나 대한약전에서 정한 명칭을 말한다)·분량·용법 및 용량
6. 처방전 발급 연월일 및 사용기간
7. 의약품 조제 시 참고 사항

나. 무진찰 처방전 교부금지 의무 위반죄 일반론

1) 취지

대법원 1996. 6. 28. 선고 96도1013 판결에 의하면 무진찰 진단서교부를 금지하고, 이를 위반한 경우에 의료법 제67조에서 형사처벌 규정을 두고 있는 것은 진단서 등은 의사 등이 진단한 결과에 관한 판단을 표시하는 것으로서 사람의 건강상태를 증명하고 민·형사책임을 판단하는 증거가 되는 등 중요한 기능을 담당하고 있으므로 그 정확성과 객관성을 담보하기 위하여 직접 진찰한 의사 등만이 이를 작성하여 교부할 수 있도록 하는 데 그 취지가 있다고 판시하고 있다.

2) 진찰의 정도 및 방법(전화 진찰도 허용되는지 여부)

의료법 제17조 제1항과 관련하여 의사가 어떤 정도의 진찰을 하였을 경우에 진단서를 작성할 수 있는지도 문제가 되는데, 진찰은 촉진, 청진, 문진, 시진, 망진 등 여러 가지 방법에 의하여 이루어 질 수 있지만, 의료법 제17조 제1항에서 요구하는 진단서 작성의 주체가 되기 위해서는 어떠한 방법으로 이루어졌든지 간에 진단서에 기재할 만한 중요사항에 관하여 정확하게 진단하였을 정도의 진찰을 하였어야 한다고 봄이 상당하다.

이러한 진찰의 정도 및 방법과 관련하여 단순히 전화상으로 환자를 진찰한 것만으로는 진단서를 작성해도 좋을 정도의 진찰을 하였다고 볼 수 있는지가 대법원 2013. 4. 11. 선고 2010도1388 판결에서 문제되었으나, 의료법 제17조 제1항은 스스로 진찰을 하지 않고 처방전을 발급하는 행위를 금지하는 규정일 뿐 대면진찰을 하지 않았거나 충분한 진찰을 하지 않은 상태에서 처방전을 발급하는 행위 일반을 금지하는 조항이 아닌 이상 전화

진찰도 허용된다는 입장을 대법원판결이 취하였다.

3) 처방전 등 작성기간(진찰의 시기가 처방전 발행일로부터 상당기간 이내일 것)

인간의 신체 상태는 수시로 변하기 때문에 진찰을 한 의사라 하더라도 어느 정도의 기간의 범위 안에서 자신의 진단을 근거로 진단서를 작성해 줄 수 있느냐가 문제가 될 수 있는데, 적어도 진단서에 기재한 내용을 담보할 수 있을 정도의 기간 안에 이루어 져야 할 것이므로, 마지막 진찰과 진단서 기재 내용의 일치 여부가 중요시 되어야 한다.

따라서 마지막 진단과 진단서 작성 사이에 시간 간격이 얼마 되지 않아 다시 진찰하지 아니하더라도 진단서 기재 내용이 변하지 않는다는 확신이 드는 정도라면 재진찰 없이 진단서를 작성할 수 있다. 의료법 제17조 제1항도 진료 중이던 환자가 최종 진료 시부터 48시간 이내에 사망한 경우에는 다시 진찰하지 아니하더라도 진단서 또는 증명서를 교부할 수 있다고 하고 있다.

하지만 진찰과 처방전 작성 사이에 기간이 너무 떨어져 있는 경우에는 환자를 진찰한 의사라고 보기 어렵다. 대법원 1996. 2. 23. 선고 95누16318 판결은 아주 과거에 진찰한 바가 있을 뿐 당해 진단서에 기재된 사안에 대하여는 실제로 진찰하지 아니한 의사가 진단서를 발급한 경우 의료법 제17조 위반임을 명시하고 있다.

4) 처방전에 기재하여야 할 사항

처방전에 기재하여야 할 중요한 사항은 ① 환자의 성명 및 주민등록번호, ② 의료인의 성명·면허종별 및 번호, ③ 처방 의약품의 명칭(일반명칭, 제품명 또는 대한약전에서 정한 명칭을 말한다)·분량·용법 및 용량, ④ 처방전의 교부연월일 및 사용기간이다.

5) 처방전의 교부 주체 및 상대방: 처방전에 의료인으로 기재된 자가 처방전에 기재된 환자를 상대로

의료법 시행규칙 제15조 제1항에 의하면 처방전에 환자의 성명과 의료인의 성명을 기재하도록 하고 있다.

그런데 의료법 제17조 제1항이 특별한 사정이 없는 한 당해 환자를 직접 진찰한 의사가 처방전을 작성하여 이를 환자에게 교부하도록 하고 있으므로, 의료법 제17조 제1항과 의료법 시행규칙 제15조를 종합하여 보면, 특별한 사정이 없는 한 처방전에 의료인으로 기재된 자가 처방전에 기재된 환자를 상대로 처방전을 작성하여 교부하여야 한다고 봄이 상당하다.

6) 실제 진찰한 이상 진단서 등의 내용에 일부 허위가 있는 경우는 본조 위반이 아님

대법원 1996. 6. 28. 선고 96도1013 판결은 피고인이 위 진단서에 상해일로 기재된 1994. 5. 2.에 공소외인을 진찰한 바는 없다 하더라도 1994. 6. 8.에 그를 직접 진찰하고 그 진찰 결과에 터 잡아 그가 말하는 상해 연월일과 그 상해 연월일을 기준으로 한 향후 치료기간을 기재한 진단서를 교부한 것인 이상 피고인의 위 행위를 의료법 제17조 제1항이 규정한 의사 자신이 진찰하지 않고 진단서를 교부한 행위라고는 할 수 없다고 판시하여, 실제 진찰한 이상 진단서 등의 내용에 일부 허위가 있는 경우는 본조 위반이 아니라고 보고 있다.

다. 향정신성의약품에 대한 처방일수 제한

1) 원칙적으로는 처방일수의 제한이 없음

일반적인 의약품의 경우 의사가 처방전을 발행하면서 기재할 수 있는 처방일수에는 제한이 없으므로, 의사로서는 임의로 처방일수를 기재할 수 있다.

2) 향정신성의약품의 경우에는 오남용을 막기 위하여 식약청 고시 및 보건복지부 고시 등으로 처방일수를 제한하고 있음

가) 2005. 11.부터 식약청 ‘의약품 안정성’ 서한으로 향정신성의약품 식욕억제제의 경우 4주 이내로 처방할 것을 통보함

하지만 향정신성의약품의 경우에는 식약청이 2005. 11. ‘의약품 안정성 서한’을 통하여 향정신성의약품 식욕억제제의 경우 4주 이내로 처방할 것을 대한의사협회에 통보하였는데, 위 통보는 아무런 법적 강제성을 가지는

것은 아니지만 식약청이 여러 가지 제재를 가할 수 있다는 측면에서 상당한 사실상의 강제성을 가지는 것이었다.

위와 같이 2005. 11.부터 식약청이 향정신성의약품인 식욕억제제 등의 경우 4주 이내로 처방할 것을 대한의사협회에 통보한 것은 향정신성의약품의 경우 처방일수를 제한하지 않을 경우 무제한적인 향정신성의약품의 오남용으로 장기간 복용을 통한 향정신성의약품 중독으로 이어지기 때문이다.

나) 2011년부터는 아예 1달이 넘는 향정신성의약품 처방의 경우 요양급여에서 삭감하도록 하고 있음

하지만 2011년부터는 국민건강보험법 제39조 제2항 및 국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙 제5조 제2항에 의한 ‘요양급여의 적용기준 및 방법에 관한 세부사항(보건복지부 고시 제2011-39호, 2011. 3. 29.)’에서 다음과 같이 향정신성의약품의 경우에는 1달이 넘는 처방을 한 경우 아예 요양급여 시 그 금액을 삭감하도록 하고 있다.

구 분	세부인정기준 및 방법
향정신성 약물	2. 1회 처방 시 30일까지 요양급여를 인정하며, 허가사항에서 치료기간 제한을 언급하고 있는 아래의 약제는 허가범위 내에서 요양급여를 인정함. (1) Triazolam(품명: 할시온정 등): 1회 처방 시 3주 이내 (2) Chloral hydrate(품명: 포크랄시럽): 1회 처방 시 2주 이내 (3) Midazolam 경구제(품명: 도미킴정 등): 불면증의 경우 1회 처방 시 2주 이내

다) 이 사건에서도 피고인은 위와 같은 향정신성의약품에 대한 처방전 발급 제한 조치(30일 이내)를 피하기 위하여 진찰하지도 않은 A, B 명의로 처방전을 발급한 후 甲에게 교부한 것임

앞서 본 바와 같이 향정신성의약품의 경우 한꺼번에 3개월짜리 처방전을 발행할 경우 향정신성의약품에 중독되거나, 향정신성의약품을 모아서 의약품의 용도가 아니라 다른 목적으로 사용될 가능성이 높기 때문에, 의

사들로 하여금 4주 이내로 처방하도록 하고 있고, 이를 초과하는 처방에 대하여는 그 처방분에 대하여는 급여를 지급하지 않는 강령책을 취하고 있다.

이에 따라 피고인으로서의 주간 동아기자인 甲이 향정신성의약품에 해당하는 펜타신(향정신성의약품)을 3달가량 처방해 달라고 하자, 피고인 스스로 향정신성의약품인 다이어트 약은 28일 이상 처방할 수 없다는 것을 알고 있었기에 이를 회피하기 위하여 자신이 진찰하지도 않은 자신이 운영하는 의원의 직원인 A, B 명의와 甲 명의로 각각 28일씩의 처방전을 발급하여 이를 모두 甲에게 교부한 것으로 보인다. 결국 피고인은 위와 같은 향정신성의약품에 대한 제한조치를 피하기 위하여 진찰하지도 않은 A, B 명의로 처방전을 발급한 것이라 할 것이다.

라. 의료법 제17조는 처방전 작성 및 교부의 상대방이 동일할 것을 요구하는 규정 즉 처방전에 환자로 기재된 자에게 처방전을 교부할 것을 요구하는 규정이기도 하여 이를 근거로 종래 가족들의 처방전 대리 수령 금지되었음

1) 의료법은 처방전의 작성 및 교부 상대방은 무조건 동일하여야 하고, 처방전의 교부 상대방이 처방전의 작성 상대방과 다른 경우는 전제로 하고 있지 않음

의료법상 처방전은 반드시 그 처방전에 기재된 환자에게 교부되어야 함을 전제로 하고 있으므로, ❶ 처방전에 기재된 환자 즉 처방전의 작성 상대방과, ❷ 처방전을 교부받는 사람 즉 처방전의 교부 상대방은 무조건 동일하여야 할 것이다. 결국 의료법은 처방전의 교부 상대방이 처방전의 작성 상대방과 다른 경우를 전혀 상정하지 않고 있다.

2) 의료법 제17조는 제18조와 함께 처방전의 작성 및 교부 상대방은 무조건 동일하여야 함을 요구하는 규정임

결국 의료법 제17조는 의사가 환자에게 처방전을 발행 교부하여야 한다고 규정한 의료법 제18조와 함께 처방전의 작성 및 교부 상대방은 무조건

동일하여야 함을 요구하는 근거 규정으로 현행법상 해석되고 있다고 봄이 상당하다.

3) 보건복지부에서 처방전의 대리 수령을 허용하는 입법을 추진하였다가 실패한 점에 비추어 보면 처방전의 작성 및 교부 상대방이 동일하여야 함은 더욱 명백함

보건복지부에서는 종래 의료법 제17조, 제18조를 근거로 처방전 작성 및 교부의 상대방이 동일할 것이 요구된다고 보아, 처방전에 환자로 기재된 자에게 처방전을 교부할 의무가 있다고 해석하여, 종래 가족들의 처방전 대리 수령을 금지하였다.

그러다가 보건복지부에서는 2008년 의료법 전부 개정을 추진하면서 다음과 같은 개정안을 통하여 가족들의 처방전 대리 수령권을 허용하는 입법을 추진하였다.

현 행	개 정 안
제18조 (처방전 작성과 교부) ① 의사나 치과의사는 환자에게 의약품을 투여할 필요가 있다고 인정하면 「약사법」에 따라 자신이 직접 의약품을 조제할 수 있는 경우가 아니면 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 처방전을 작성하여 환자에게 내주거나 발송(전자처방전만 해당된다)하여야 한다.	제24조 (처방전 작성과 교부) ① 의사나 치과의사가 직접 진료한 환자에게 의약품 투여할 필요가 있다고 판단하는 경우에는 「약사법」에 따라 자신이 직접 의약품 조제할 수 있는 경우 외에는 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 처방전[의사나 치과의사가 「전자서명법」에 따른 전자서명이 기재된 전자문서 형태로 작성한 처방전(이하 ‘전자처방전’이라 한다)을 포함한다. 이하 같다]을 작성하여 환자에게 내주거나 발송(전자처방전만 해당된다)하여야 한다. 다만 의사나 치과의사가 직접 진료하였던 환자가 만성질환자로서 거동이 불편한 자인 경우 의학적으로 위험성이 없다고 판단되는 경우에만 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 환자의 보호자에게 처방전을 내줄 수 있다.
<단서 신설>	

위 개정안의 취지는 현행 의료법 아래에서는 보호자가 대리하여 처방전을 수령하는 것이 허용되지 아니하여서, 고혈압과 같은 질환을 가진 자로서 거동이 심하게 불편한 자에게 제때 투약이 이루어지지 아니하는 경우를 방지하려는 것이다.

하지만 위 개정안은 국회를 통과하지 못한 이상, 현재까지도 의료법상으로는 처방전은 반드시 처방전에 환자로 기재된 자에게만 교부되어야 하는 것이 원칙이고, 그러한 원칙의 근거가 되는 의료법 규정은 의료법 제17조, 제18조라고 밖에 볼 수 없다.

2. 이 사건에 대한 견해의 대립

가. 무죄설

1) 문언적 해석 및 죄형법정주의

이 사건 조항은 ‘직접 진찰한 의사가 아니면 처방전을 작성하여 환자에게 교부하지 못한다’는 것이므로, 그 구조상 의사가 처방전을 작성하는 것뿐만 아니라 (직접 진찰하지 않은) 처방전을 환자에게 교부해야 범죄가 성립한다. 따라서 처방전에 기재된 환자와 실제 처방전을 교부받은 환자가 다르다면, 위 문언상 교부받은 환자를 기준으로 직접 진찰 여부를 판단할 수밖에 없다.

유죄설은 실제 진료받고 처방전을 받은 환자가 아닌 처방전에 기재된 환자를 기준으로 직접 진료 여부를 판단하는 것인데, 처방전에 기재된 환자 명의를 실재하는 제3자인 경우뿐만 아니라 사자(死者), 허무인(虛無人)일 수도 있는데, 사자, 허무인에게 처방전이 교부되었다고 보는 것은 상식에 반한다.

특히나 위 조항의 문언상 진단서, 처방전의 작성 주체를 직접 진료한 의사로 제한하고 있을 뿐, 환자 정보를 포함한 서류 내용의 진실성을 명시적으로 요구하고 있지는 않다. 즉 위 조항에서 처벌하는 행위가 ‘진찰도 하지 않고 진단서 등을 처벌하는 행위’임은 쉽게 예상이 가능하나, ‘진찰을 하고

서도 다른 사람의 명의를 빌려 처방전을 작성, 교부하는 행위'까지 처벌받는다라는 것은 예측하기 어렵다. 만일 위 조항이 내용의 진실성까지 요구하는 것이라면, 처방전의 환자의 질병 분류, 작성일을 사실과 다르게 기재한 경우도 처벌된다고 보는 것이 일관되는데, 위 조항의 취지상 그런 행위가 처벌된다고 볼 수 없으므로 처방전 내용 중 환자의 식별정보가 다른 경우만 구별하여 처벌된다는 견해를 취할 근거도 부족하다.

특히나 형벌법규가 애매하면 피고인에게 유리하게 해석해야 하는데, 대법원 2005. 11. 24. 선고 2002도4758 판결은 진료기록부의 허위기재 행위에 대해서 진단서와 달리 허위기재 처벌규정이 없다는 이유로 무죄로 판단하였는데, 처방전의 경우에도 유사하다고 볼 수 있다 할 것이다.

2) 진단서와 처방전의 차이점

설령 진단서의 경우 환자 명의를 차용한 것이 이 사건 조항 위반이라고 하는 견해를 취하더라도, 처방전은 달리 취급할 여지가 있다. 즉 진단서의 경우 내용이 허위인 경우에 대한 별도 처벌규정이 있지만, 처방전의 경우 이를 처벌하는 별도의 규정이 없고, 마약에 한하여 별도의 규정이 있을 뿐이다.

3) 의약분업 및 의약품 오남용 관련

이 사건 조항이 의약분업 유지, 약물 오남용 방지까지 목적으로 하는 것이라고 보기는 어렵다. 설령 그렇다고 보더라도, 의사가 직접 진료한 환자에게 처방전을 발급한 이상 환자 명의를 차용하였다고 하더라도 그 취지에 어긋나지 않는다.

나. 유죄설

1) 문언적 해석

직접 진료한 의사가 아니면 처방전을 작성하여 환자에게 교부할 수 없다는 내용에는, 처방전상의 환자 명의로와 처방전을 교부받은 환자 명의로가 동일해야 한다는 것을 당연히 전제로 하고 있는 것이다. 의료법 제17조에서 규제하는 행위는 진단서 등 서류에 관한 것이므로, 그 서류에 기재된 환자

를 기준으로 판단해야 한다. 실제 진찰받은 환자에게 교부된 종이처방전의 경우, 추상적(규범적)으로는 실제 진찰받은 환자가 처방전에 기재된 환자를 대신하여 교부받은 것으로 볼 수 있으므로, 결국 처방전에 기재된 환자에게 교부된 것이라고 볼 수 있다.

나아가 약국에 전송되는 전자처방전의 경우, 처방전에 기재된 사람이 의약품 수령할 수 있으므로, 처방전에 기재된 사람에게 발급된 것이라고 볼 수 있다.

특히나 처방전의 환자 명의를 타인으로 기재하는 것이 위법하다는 것은 누구든지 생각할 수 있는 내용이고, 위 조항의 해석상 그러한 행위가 처벌되지 않는다고 쉽게 해석되지도 않는다.

나아가 진료기록부 허위기재 행위는 처벌규정 자체가 없는 경우이므로 이를 처벌할 수가 없지만, 처방전이 명시적으로 기재된 의료법 제17조와는 그 규정 자체가 다른 이상, 진료기록부 허위 기재를 처벌할 수 없다는 대법원판례 사안과 이 사건 사안은 사안 자체가 다르다.

2) 체계적 해석

처방전 내용을 허위로 작성하는 행위를 처벌하는 조항이 없다는 점과 직접 진찰하지 않은 환자에게 처방전을 작성, 교부하는 행위로 처벌되는 것은 별도의 문제이다.

그런데 처방전 내용 중 (의사 또는) 환자 명의를 실제 진찰 및 처방전 교부당사자와 다른 경우에는 처방전에 기재된 (의사 및) 환자를 기준으로 본다면, 직접 진찰하지 않은 의사가 환자에게 처방전을 작성, 교부한 행위가 될 수 있으므로 이는 처방전 내용의 허위작성 문제가 아니라 무진찰 환자에 대한 처방전 작성, 교부 행위가 된다.

특히나 현행 의료법과 약사법은, 의사나 치과의사(이하 ‘의사 등’이라고 한다)의 진료행위와 약사의 의약품 조제를 분리하여, 의사 등은 환자에게 의약품을 투여할 필요가 있다고 인정되더라도 약사법이 정한 예외사유에 해당하지 않으면 직접 의약품을 조제할 수 없고 환자에게 처방전을 내주어야 하며(의료법 제18조 제1항), 약사는 의사 등이 발행한 처방전에 따라 의

약품을 조제할 수 있을 뿐이고, 원칙적으로 처방전 없이 의약품 조제할 수 없으며(약사법 제23조 제3항), 의사 등의 동의 없이 처방을 변경하거나 수정하여 조제할 수 없도록 규정하고 있다(약사법 제26조, 제27조). 그리고 의료법 제18조 및 약사법 제26조는, 일정한 경우 약사는 처방전을 발급한 의사에게 문의하여야 하고, 의사는 이에 응하도록 규정하고 있다.

위와 같이 의사 등과 약사 사이의 분업 내지 협업을 통한 환자의 치료행위는 의사 등에 의하여 진료를 받은 환자와 약사에 의한 의약품 조제와 복약지도의 상대방이 되는 환자의 동일성을 필수적 전제로 하며 그 동일성은 의사 등이 작성하는 처방전의 기재를 통하여 담보될 수밖에 없으므로 처방전의 환자 명의가 실제 진찰 당사자와 다른 경우에는 의료법 제17조 위반으로 처벌하여야 한다.

3) 의약분업 및 의약품 오남용 관련

진단서 및 처방전 작성권자를 직접 진료한 의사로 한정하는 것은, 최소한 진단서, 처방전과 관련해서는 적정한 진료행위로서 직접 진료를 요구하는 것이다. 이러한 적정한 진료행위에 의하여 의약품 오남용을 막는 것도 간접적인 법익이라고 볼 수 있다.

환자가 다른 환자의 명의로 의약품을 처방받은 뒤, 자신의 명의로 추가로 의약품을 처방받으면 의약품 오남용이 되어, 의약품 오남용 방지 취지에 정면으로 반하는 결과를 초래하므로, 제3자를 환자로 한 처방전은 그 자체로 제3자에 의한 의약품 취득기회를 제공하므로, 원칙적으로 제3자에게 교부되는 처방전으로 보아야 한다.

3. 이 사건에 대한 구체적인 검토

가. 이 사건의 실체는 피고인이 ① 진찰을 받지 않은 간호사 명의로 간호사에게 처방전을 발급하고, ② 간호사가 그것을 주간 동아기자 甲에게 전달한 것이거나, 그 보다 가벌성이 더 큰 이상, 유죄로 봄이 상당함

1) 처방전 발급 명의자에게 처방전을 교부하여야 하는 의료법 원칙이

나 일반적인 상식에 따르면 이 사건의 경우 원래는 ㉠ 진찰을 받지 않은 간호사 A, B에게 처방전을 발급한 다음, ㉡ 간호사 A, B가 그것을 주간 동아 기자 甲에게 전달하여야 하고, 그와 같은 경우에도 의료법 제17조 위반으로 처벌이 됨

앞서 본 바와 같이 처방전은 원칙적으로 처방전에 환자로 기재된 자에게만 교부되어야 하는 것이 의료법의 원칙일 뿐만 아니라 상식에 속하는 것인 이상, 이 사건의 경우에도 원칙적으로는 피고인이 ㉠ 진찰을 받지 않은 간호사에게 처방전을 발급하고, ㉡ 간호사가 그것을 주간 동아 기자 甲에게 전달하여야 甲이 자신 명의 이외의 처방전을 취득할 수 있다.

즉 처방전을 처방전에 환자로 기재된 자에게만 교부되어야 하는 의료법의 원칙을 지켰다면, 피고인으로서는 ㉠ 진찰을 받지 않은 간호사 A, B에게 A, B명의로 처방전을 발급한 다음, ㉡ 간호사 A, B가 그것을 주간 동아 기자 甲에게 전달하여야 한다.

그런데 이와 같이 처방전에 환자로 기재된 자에게 처방전을 교부하도록 하고 있는 원칙적인 모습을 취하여 피고인이 처방전을 발급한 경우에, 피고인으로서는 ㉠ 진찰을 받지 않은 간호사 A, B에게 처방전을 발급한 이상, 피고인으로서는 의료법 제17조 위반으로 처벌을 받을 수밖에 없다.

2) 이 사건의 실질은 피고인이 ㉠ 진찰을 받지 않은 간호사 A, B 명의로 간호사 A, B에게 처방전을 발급한 후, ㉡ 간호사가 그것을 주간 동아 甲 기자에게 전달한 것인 이상 유죄로 봄이 상당함

이 사건에서 형식적으로는 피고인이 진찰을 받지 않은 간호사 A, B를 환자로 기재한 처방전을 주간 동아 甲 기자에게 바로 전달한 것처럼 보일 수도 있지만, 현실적으로는 처방전 등은 의사가 바로 환자에게 교부하는 것이 아니라, 카운터에 있는 간호사들이 출력하여 처방전 대금과 정산하면서 동시에 전달하는 것인 이상, 실제로는 ❶ 피고인이 진찰을 받지 않은 간호사인 A, B 명의의 처방전을 컴퓨터에 입력하면, 이를 카운터에 있는 간호사인 A, B 또는 동료 간호사가 이를 출력하여 처방전에 기재된 환자 본인인 간호사 A, B 또는 그 수령을 부탁을 받은 동료 간호사가 이를 교

부받고, ❷ 그것을 주간 동아 기자 甲에게 처방전 대금과 교환하여 교부하여 전달한 이상, ❸ 실질적으로는 진찰을 받지 않은 간호사인 A, B의 처방전을 이들에게 교부하는 과정이 포함되어 있음에도 형식상으로만 생략된 것이라고 볼 수 있는 이상, 이와 같이 실질적으로는 A, B가 직접 수령하거나 대리 수령한 후 甲에게 다시 교부한 처방전은 어디까지나 처방전을 당초에 직접 수령하거나 대리 수령한 환자인 A, B를 진찰하지 않은 채 작성된 진단서로서 의료법 제17조에 반하는 무진찰 처방전이라 할 수밖에 없다.

3) 그렇지 않고 환자에게 직접 교부하도록 하고 있는 원칙을 어기고 처방전에 기재된 환자도 거치지 않고 제3자에게 처방전이 전달된 것이라면 더욱 가벌성이 큼에도 이를 무죄로 한다는 것은 상식적으로나 법리상 수긍키 어려움

위와 같이 ❶ 의료법이 정한 원칙에 따라 진찰을 받지 않은 간호사 A, B 명의로 간호사 A, B에게 처방전을 발급하고, 그것을 간호사 A, B가 주간 동아 甲 기자에게 전달한 경우에도 의료법 제17조 위반이 인정되는 이상, ❷ 처방전을 처방전에 기재된 환자에게 발급하도록 하고 있는 의료법의 원칙을 어기고 진찰을 받지 않은 간호사 A, B 명의로 처방전을 작성한 다음, 처방전에 환자로 기재된 간호사 A, B에게 처방전을 발급하여 교부하지도 않은 채 처방전에 기재된 환자도 아닌 자인 甲에게 직접 처방전을 교부한 경우에는 오히려 의료법 제17조 위반과 동시에 의료법 제18조 위반이 인정되는 것이라고 봄이 상당하고, ❷의 경우에는 처방전을 처방전에 기재된 자에게 직접 교부하도록 하고 있는 의료법의 규정을 추가로 위반하여 ❶의 경우보다 가벌성이 더 크다 할 것임에도 ❷의 경우에는 아무런 의료법 위반죄가 성립하지 않는다고 본다면 상식적으로나 법리적으로나 받아들이기 어려운 결과가 형성된다 할 것이다.

나. 의료법 제17조는 ❶ 작성 상대방 + ❷ 교부 상대방이 동일함을 전제로 그 자(❶+❷)를 진찰할 것을 상정하고 있는바, 피고인 본인의 불법행위로 ❶, ❷가 다른 상태가 야기된 이상, ❶, ❷ 중 어느 하나라도 진찰하지

않으면 의료법 제17조 위반이라고 봄이 상당함

1) 의료법상 처방전의 ❶ 작성 상대방 + ❷ 교부 상대방이 동일할 것이 요구됨으로 의료법 제17조의 환자는 ❶+❷의 성격을 모두 가지는 자임
의료법 체계상으로는 상식상으로는 처방전은 어디까지나 처방전에 환자로 기재된 자(작성 상대방)에게 교부하여야 하는 것인바, 결국 의료법 원칙상 처방전의 ❶ 작성 상대방과 ❷ 교부 상대방이 동일할 것이 요구된다.

특히나 의료법 제17조에서는 아래 라.항에서 보는 바와 같이 환자를 직접 진찰하고 처방전을 ❶ 작성하여 ❷ 교부할 것을 요구하고 있다. 결국 의료법 제17조의 진찰의 대상이 되는 환자는 처방전의 ❶ 작성 상대방 + ❷ 교부 상대방의 성격을 모두 가지는 자인 이상, 의료법 제17조에 따르면 원칙적으로 의사로서는 ❶ 처방전에 환자로 기재되는 작성 상대방으로서의 환자와 ❷ 교부 상대방인 환자를 모두 직접 진찰하여야 한다.

2) 피고인이 불법으로 ❶ 작성 상대방 + ❷ 교부 상대방이 다른 상태를 야기하였다 하여 ❶, ❷ 중 한 명만 진찰하여도 의료법 제17조가 되지 않는다면 오히려 불법행위자가 유리한 취급을 받는 다소 황당한 결과가 초래되고, 그러한 상황은 환자 본인에게 처방전이 교부되는 의료법 원칙이 상정하지 않은 상황인 이상 그런 의료법 원칙인 상정하지 않은 예외적 상황을 토대로 의료법 제17조 위반을 판단해서는 안 됨

일단 앞서 본 바와 같이 의료법 일반 원리에 따르면 처방전의 ❶ 작성 상대방과 ❷ 교부 상대방이 동일할 것이 요구되는 이상, 이 사건과 같이 피고인이 불법적으로 처방전을 환자로 기재된 자가 아닌 자에게 교부하여 ❶ 작성 상대방과 ❷ 교부 상대방이 달라진 경우와 같이 피고인의 불법행위로 인하여 의료법의 원칙적인 모습이 파괴된 예외적인 경우에서, 그러한 예외적인 상황을 토대로 진찰 대상자를 파악하는 것은 의료법 제17조가 원래 상정하지도 않았던 예외적인 상황을 전제로 하는 것으로서 허용될 수 없다 할 것이다.

즉 의료법 일반 원칙이 상정하지 않은 예외적 상황을 피고인이 초래하였다고 해서 피고인이 불법행위로 초래한 예외적인 상황을 토대로 의료법 제

17조 위반을 판단해서는 안 되고, 피고인의 불법행위로 처방전에 기재된 환자와 교부받은 자가 다른 사정이 초래된 이상 그로 인한 불이익은 피고인이 감수하여야 할 것으로 생각된다.

특히나 원래의 경우에는 ❶ 작성 상대방 + ❷ 교부 상대방의 성격을 모두 충족하는 환자를 직접 진찰하여야 함에도, 피고인이 불법으로 ❶과 ❷가 다른 상태를 야기하였다는 하여 ❶, ❷ 중 한 명만 진찰하여도 의료법 제17조가 되지 않는다면 오히려 불법행위를 하여 원래 법률이 상정한 것과는 다른 상태를 초래한 자가 유리한 취급을 받는 다소 황당한 결과가 도출된다 할 것이다.

다. 가사 처방전의 ❶ 작성 상대방과 ❷ 교부 상대방이 다른 경우에, 그 중 1명만을 진찰하여야 한다 하더라도 의료법은 ❶ 작성 상대방을 진찰의 대상으로 삼고 있는 입장으로 봄이 상당함

1) 보건복지부에서는 현행 의료법하에서도 일정한 경우에 처방전의 대리 수령 등을 인정하고 있는 이상, 결국 의료법 제17조가 규정하고 있는 진찰 상대방은 ❶ 처방전에 환자로 기재되는 작성 상대방이지, ❷ 대리 수령 등이 가능하여 환자 본인이 아닐 수도 있는 교부 상대방이 아니라 할 것임

가) 보건복지부는 고시를 통하여 일정한 경우에는 처방전의 대리 수령(환자 가족)을 인정하고 있어 처방전의 교부 상대방은 반드시 환자 본인이어야 하는 것은 아님

보건복지부 장관은, 국민건강보험요양급여의 기준에 관한 규칙 제5조 제3항의 규정에 의거하여 제정한 ‘요양급여의 적용기준 및 방법에 관한 세부사항’을 2000. 12. 28. 보건복지부 고시 제2000-72호로 개정하면서, 외래환자 진찰료 중 재진진찰료에 관하여 환자가 직접 내원하지 아니하고 환자 가족이 내원하여 진료담당 의사와 상담한 후 약제 또는 처방전만을 수령 또는 발급하는 경우에는 소정점수의 50%를 산정하도록 하는 내용을 신설하고 이를 2001. 1. 1.부터 시행하도록 규정하였다.

또한 정신질환자의 의료급여의 경우에도 2001. 1. 9. 예외를 인정하여 “2001. 2. 1.부터는 정신질환자가 직접 내원하지 않고 보호자 등이 내원하여 담당의사와 상담한 후 약제 또는 처방전을 수령 또는 발급하는 경우를 허용하되, 정신질환자인 보장시설 수용자에 대하여는 지체장애인 및 뇌병변장애인으로서는 거동이 불편한 자에 한하여만 보호자 등의 내원투약을 의료보호로 인정한다.”는 행정해석(보관65730-25호)을 내리기도 하였다.

보건복지부 회신(의료자원팀-869, 2007. 2. 5.)에 의하면 보호자 대리 처방전 교부와 관련하여 “환자가 의료기관에서 의사로부터 최초 진찰을 받고서 만성질환 등으로 동일 상병치료를 위해 반복적인 의약품 투약이 필요함에도 불구하고, 노약자·영아·거동불편자 기타 특수한 사정으로 인하여 환자가 직접 의료기관을 내원하지 못해 보호자가 내원할 경우 처방전 교부가 가능할 것으로 사료됨”이라고 회신하여 보호자 대리 처방전 교부를 인정하고 있다.

나) 위와 같이 법령은 허용하지 않고 있지만 보건복지부가 실무상 처방전의 ② 교부 상대방을 환자가족으로 일부 인정하고 있는 이상, 결국 의료법 제17조가 규정하고 있는 진찰 상대방은 ① 처방전에 환자로 기재되는 작성 상대방이라 할 것임

위와 같이 실무상으로는 처방전의 ② 교부 상대방은 환자가 아닌 경우도 있을 수 있는 이상, 가사 처방전의 ① 작성 상대방과 ② 교부 상대방이 다른 경우에, 처방전을 대리하여 수령하여 갈 수 있는 ② 교부 상대방인 환자의 가족들을 의사로 하여금 직접 진찰하도록 의료법이 요구하는 것이 아님은 너무나 명백한 이상, 의료법 제17조가 진찰을 할 것을 요구하고 있는 상대방은 결국 ① 처방전의 작성 상대방으로 보아야 할 것이다.

2) 의료법은 처방전에 환자로 기재된 자만이 이를 약국에서 이용하는 것을 전제로 하는 것인 이상, 의료법 제17조의 진찰 대상 또한 통상적이고 정상적인 상태를 전제로 당해 처방전에 환자로 기재되어 이를 약국에서 정상적으로 이용하는 자 즉 처방전에 환자로 기재된 자라고 봄이 상당함

의료법은 처방전에 환자로 기재된 자만이 이를 약국에서 이용하는 것을

전제로 하는 것이고, 이 사건과 같이 타인 명의의 처방전을 교부받은 자가 이를 약국에서 사용하는 것은 의료법이 아예 상정하지도 못한 상황인 이상, 의료법 제17조의 진찰 대상 또한 통상적이고 정상적인 상태를 전제로 당해 처방전에 환자로 기재되어 이를 약국에서 정상적으로 이용하는 자 즉 처방전에 환자로 기재된 자라고 봄이 상당하다.

이 사건에 관하여 보더라도 처방전은 당해 처방전에 환자로 기재된 자만이 사용할 수 있는 것인 이상, 설사 동아일보 甲 기자가 간호사들 명의의 처방전을 발급받았더라도 약국에서 보험처리 등을 위하여 의료보험증을 내라고 하여 인적사항을 확인할 경우 A, B 명의의 처방전은 사용하지 못할 가능성이 높을 뿐만 아니라, 간호사들 A, B나 동료 간호사가 처방전을 甲에게 교부하지 않고 자신들이나 자신들이 아는 사람에게 재교부하여 사용할 가능성 또한 완전히 배제할 수도 없는 이상, 이 사건에서 甲이 간호사들 A, B 명의의 처방전을 의료법이 상정하지 않은 불법적인 방법으로 교부받은 특수한 사정, 즉 피고인이 의료법 18조를 위반하여 처방전에 기재된 환자가 아닌 다른 자에게 처방전을 교부한 불법행위가 있다는 이유로, 그러한 특별한 사정을 고려하여 이 사건 사안에 한하여 의료법 제17조의 진찰 대상자를 의료법이 상정하지도 않은 방법으로 처방전을 수령한 대상자로 보아야 한다는 이 사건 제1심판결의 견해는 불법행위를 범한 자의 그 불법행위를 원상회복시켜야 할 법원이 그러한 불법행위자의 불법상태를 옹호하여야 한다는 논리여서 법감정상 도저히 수긍키 어렵다.

결국 의료법의 기본 원칙은 당해 처방전에 환자로 기재된 자가 처방전 사용하는 것을 전제로 하는 이상 당해 처방전에 환자로 기재된 자를 진찰 대상자로 보아야 한다는 일반론을 법원이 선언할 수는 있을지언정, 이 사건과 같이 피고인이 불법적으로 처방전을 환자로 기재된 자가 아닌 자에게 교부한 경우와 같은 특수하게 불법행위를 저지른 예외적인 경우에는 그 처방전을 교부받은 자를 진찰 대상자로 삼아야 한다는 일반론을 법원이 선언할 수는 없을 것이다.

즉 피고인의 불법행위로 의료법이 상정하고 있는 일반적인 경우와 달리

처방전에 기재된 환자와 교부받은 자가 다른 사정이 초래된 이상 그로 인한 불이익은 피고인이 감수하여야 할 것이다.

3) 결국 의료법 제17조는 교부의 상대방은 반드시 처방전에 기재된 당해 환자가 아니더라도 성립하는 죄임에 비추어보더라도, 의료법 제17조에서 요구하는 진찰의 상대방은 ① 처방전에 환자로 작성된 사람이라 할 것임

나아가 의료법 제17조는 의사가 당해 처방전에 기재된 환자를 전혀 진단하지 않은 채 처방전을 작성하여 누구에게든지 교부하면 성립하는 죄라고 봄이 상당하다. 즉 의료법 제17조의 죄는 ❶ 진료하지 않은 채 처방전을 작성하여 그 처방전에 환자라고 기재된 자에게 교부하는 경우(처방전 기재 환자와 피교부자가 동일한 경우)뿐만 아니라, ❷ 진료하지 않은 채 처방전을 작성하여 그 처방전에 환자라고 기재된 자가 아닌 타인에게 교부된 경우에도 성립된다고 봄이 상당하다. 앞서 본 바와 같이 ❶번의 경우 보다는 오히려 ❷번의 경우에 그 가벌성이 훨씬 크고, 죄절도 나쁘다 할 것이므로, ❷번의 경우에 의료법 제17조의 성립을 부정하는 것은 상식적으로도 받아들이기 어렵기 때문이다.

위와 같은 점에 비추어 보면 의료법 제17조는 ① 진료하지 않은 채 처방전을 작성한 이상, ② 그러한 처방전을 누구에게 교부하든지 간에 성립한다고 할 것이다. 즉 의료법 제17조 성립의 본질은 ①에 있는 것이라 할 것이다. 따라서 의료법 제17조가 진찰 대상으로 삼은 자 또한 ② 처방전을 교부받는 사람이 아니라, ① 처방전에 환자로 작성된 사람이라고 봄이 상당할 것이다.

라. 앞서 본 여러 사정 및 의료법 시행규칙 제12조에 따르면 당해 처방전에 환자로 기재된 자를 진찰하지 아니한 의사로서는 처방전을 ① 작성할 수도 없고, ② 교부할 수도 없는 이상, 처방전에 기재된 환자를 진단하지 않은 이상 이 사건은 유죄이고, 당해 처방전에 기재된 환자가 아닌 처방전 교부의 상대방을 진찰하였다는 점만을 근거로 무죄로 볼 수 없음

1) 앞서 본 여러 사정 및 의료법 시행규칙 제15조와 의료법 제17조를

종합적으로 해석해 보면, 의료법 제17조는 당해 처방전에 환자로 기재된 자를 진찰하지 아니한 의사로서는 처방전에 환자로 기재된 자에 대한 처방전을 작성하여, 교부하지 말아야 된다(교부 대상자에 관계없이 교부되면 처벌)는 규정으로 봄이 상당함

의료법 시행규칙 제12조는 처방전에는 반드시 환자의 성명과, 당해 처방전을 작성하여 교부하는 의사의 성명을 기재하도록 하고 있고, 의료법 제17조는 환자를 진찰하지 아니한 의사로서는 처방전을 ① 작성하여서도 안 되고, ② 교부하여서는 안 된다고 규정하고 있다.

앞서 본 사정들에다 위 규정들을 종합하여 보면 결국 의료법 제17조가 말하는 환자는 ① 일반적인 모든 환자가 아니라, ② 문제가 되는 당해 처방전에 환자로 기재된 자라고 봄이 상당하다. 즉 의료법 제17조는 문제가 되는 당해 처방전에 환자로 특정된 환자를 직접 진찰하지도 않은 의사가 그 특정된 환자에 대한 처방전을 작성하여, 교부(교부 상대방이 누구든 간에)하여서는 안 된다는 것을 의미한다고 봄이 상당하다.

① 당해 처방전 등은 그 처방전에 기재된 특정된 환자의 건강상태를 증명하고 민·형사책임을 판단하는 증거가 되는 등 중요한 기능을 담당하고 있으므로 그 정확성과 객관성을 담보하기 위하여 직접 진찰한 의사 등만이 이를 작성하여 교부할 수 있도록 하도록 하는데 위 규정의 취지가 있음에도, ② 만일 의료법 제17조의 환자를 당해 처방전에 환자로 기재된 특정된 환자로 제한하여 해석하지 않는다면, 그 병원에 내원한 환자라면 누구든지 관계없이 진찰한 의사이기만 하면 그 진찰한 환자가 아닌 다른 환자에 대한 처방전 등을 임의로 발급할 수 있다고 해석할 수 있게 되는 문제점이 발생하기 때문이다.

2) 따라서 의료법 제17조는 당해 처방전에 환자로 기재된 자를 진찰하지 아니한 의사로서는 ① 처방전을 작성하기만 하면, ② 누구에게든지 교부하여서도 안 된다는 규정으로 봄이 상당함

가) 의료법 제17조는 처방전의 ① 작성 + ② 교부 상대방을 진찰 대상으로 삼고 있으므로, ① 처방전의 작성 상대방 즉 처방전에 환자로 기

제되는 상대방을 진찰하여야 함

의료법 제17조는 의료업에 종사하고 직접 진찰하거나 검안한 의사가 아니면 처방전을 ❶ 작성하여 ❷ 환자에게 교부하지 못하도록 규정하고 있는 이상, 의료법 제17조는 당해 처방전에 환자로 기재된 자(즉 처방전 작성 상대방인 환자)를 진찰하지 아니한 의사가 처방전을 ❶ 작성하여, ❷ 교부하는 것을 금지하는 것으로 봄이 상당하다.

특히나 앞서 본 바와 같이 의료법 제17조는 ❶ 진료하지 않은 채 처방전을 작성한 이상, ❷ 그러한 처방전을 누구에게 교부하든지 간에 성립하는 이상, 당해 처방전에 기재된 환자를 진찰하지 않은 의사로서는 ❶ 처방전을 작성한 후, ❷ 누구에게든지 교부하기만 하면 의료법 제17조 위반죄가 성립된다고 할 것이다.

나) 의료법 제17조는 처방전을 ❶ 작성하여 ❷ 교부하는 상대방을 진찰할 것을 요구하고 있음에도, ❷ 교부하는 상대방만 진찰하면 의료법 제17조 위반이 아니라는 무죄설의 입장은 받아들이기 어려움

제1심판결 등 무죄설의 근거는 처방전을 교부받은 환자를 치료한 이상, 처방전에 작성된(기재된) 환자는 진찰하지 않았더라도 무방하다는 입장이다.

하지만 의료법 제17조는 처방전을 ❶ 작성하여 ❷ 교부하는 상대방을 진찰할 것을 요구하고 있음에도, 이러한 법문에 반하여 무죄설이 처방전을 ❷ 교부하는 상대방만 진찰하면 의료법 제17조 위반이 되지 않는다고 판단한 것은 수긍키 어렵다.

특히나 앞서 본 바와 같이 의료법 제17조 위반은 무진찰 진단서가 작성되기만 하면 교부의 상대방은 누구이든지 관련 없이 성립한다고 봄이 상당한 점에 비추어 보면, 제1심판결 등이 취한 무죄설의 근거인 처방전을 교부받은 환자를 치료한 이상 처방전에 작성된(기재된) 환자는 치료하지 않았더라도 무방하다는 입장은 받아들이기 어렵다 할 것이다.

즉 의료법 제17조 위반은 무진찰 처방전이 작성되기만 하면 교부의 상대방은 누구이든지 관련 없이 성립하는 것인 이상, ❶ 처방전의 작성 상대

방 즉 처방전에 환자로 기재된 자를 진찰하였는지가 중요한 것이지, ㉔ 누가 되든지 아무런 관련이 없는 교부의 상대방을 진찰하였는지 여부는 크게 중요한 것이 아니라 할 것이므로, 이에 반하여 별로 중요하지도 않은 ㉔의 처방전 교부의 상대방을 진찰했는지 여부를 토대로 의료법 제17조 위반 여부를 판단하여야 한다는 무죄설의 입장은 받아들이기 어렵다 할 것이다.

특히나 처방전에 환자의 이름을 기재하도록 하고 있는 의료법 시행규칙 제12조와 의료법 제17조를 종합하여 해석하여 보면, 법문 해석상으로도 의료법 제17조는 처방전에 기재된 환자를 진찰하지 않은 의사로서는 그 환자에 대한 처방전을 작성하여 누구에게든지 교부하여서는 안 된다고 해석함이 상당하다는 점에서도, 이와 달리 처방전을 교부받는 사람을 진찰한 이상 처방전에 작성된 환자는 진찰하지 않았더라도 무방하다는 무죄설의 입장은 수긍이 어렵다.

다) 무죄설 논리를 일반화한 논리에 따르면 무진찰 처방전을 교부 받으러 온 심부름꾼을 진찰하면 무죄라는 수긍이 어려운 결론이 도래됨

특히나 제1심판결이 취한 무죄설의 논리를 일반화하면 처방전을 교부받은 자를 진찰하면 무죄라는 논리가 도출되는데, 그러한 일반화된 무죄설 논리 즉 처방전 교부받은 자를 진찰하면 무죄라는 논리에 따르면 진짜 말기암 환자로 병원에 갈 수 없는 환자인 乙의 요청을 받고 의사가 乙은 진찰하지도 않은 채 약품 처방전을 교부받기 위해 乙의 심부름으로 병원에 나온 丙의 명의로 처방전을 작성하여 교부한 경우라 하더라도 丙을 진찰한 이상 무죄라는 수긍이 어려운 결과가 도래된다는 점에서도, 무죄설의 논리는 문제가 있어 보인다.

【對象判決의 意義】

향정신의약품에 대한 처방일수 규제를 피하기 위하여 탈법적으로 의사들이 직접 진찰한 환자 본인 명의가 아닌 다른 사람의 인적사항을 기재한 처방전을 추가로 발급하는 방법을 사용하게 되자 이를 규제할 필요가 발생

하게 되었고, 이에 대하여 ① 환자 본인을 진찰한 이상 다른 사람의 인적사항을 기재한 처방전을 교부하는 것은 ‘환자 본인’을 ‘직접 진찰’할 의무를 규정하고 있는 의료법 제17조 제1항을 위반한 것이 아니라는 견해와, ② 의료법 제17조 제1항에서 말하는 ‘환자 본인’은 처방전에 인적사항이 기재된 당해 환자를 말하는 이상 처방전에 인적사항이 기재된 자가 아닌 다른 사람을 진찰한 후 그 다른 사람에게 처방전을 교부한 경우에는 의료법 제17조 제1항 위반이 성립한다는 견해가 실무가들은 물론 판사들 사이에서도 첨예하게 대립하고 있었고, 양 견해 모두 상당한 논리적 타당성을 가지고 있었다.

대상판결은 위와 같은 견해 대립을 종식시키면서 의사 등이 의료법 제18조에 따라 작성하는 처방전의 기재사항 중 의료법 시행규칙 제12조 제1항 제1호에서 정한 ‘환자의 성명 및 주민등록번호’는 치료행위의 대상을 특정하는 요소로서 중요한 의미를 가지므로 의사 등이 의료법 제17조 제1항에 따라 직접 진찰하여야 할 상대방은 처방전에 환자로 기재된 사람을 가리키고, 만일 의사 등이 처방전에 환자로 기재한 사람이 아닌 제3자를 진찰하고도 환자의 성명 및 주민등록번호를 허위로 기재하여 처방전을 작성·교부하였다면, 그러한 행위는 의료법 제17조 제1항에 위배된다고 보아야 한다고 명시적으로 선언함으로써, 의료법에서 원칙적으로 진찰한 환자 본인의 인적사항을 반드시 처방전에 기재하여 이를 진찰받은 환자 본인에게 교부하도록 규정한 취지 및 의료법에서 추구하고 있는 큰 흐름인 의약분업정책 등을 고려하여 의료법 제17조 제1항에서 말하는 환자는 처방전을 교부받는 자가 아니라, 처방전에 환자로 인적사항이 기재된 자를 의미함을 최초로 밝힌 판례이다.

16. 퍼포먼스(Performance) 형태의 플래시 몹(Flash Mob)과 미신고 옥외집회

(2013. 3. 28. 선고 2011도2393 판결 : 공2013상, 822)

禹 仁 成

【判決要旨】

1. 집회 및 시위에 관한 법률(이하 '집시법'이라고 한다)이 옥외집회에 관하여 신고제도와 아울러 일정한 경우 그 적용을 배제하는 규정을 둔 취지는, 신고에 의하여 옥외집회의 성격과 규모 등을 미리 파악함으로써 적법한 옥외집회를 보호함과 동시에 행정관청에 옥외집회에 관한 구체적인 정보를 제공함으로써 타인의 기본권 침해를 예방하고 공공의 안녕질서를 유지하기 위한 조치를 사전에 마련하도록 하는 한편, 학문, 예술, 체육, 종교, 의식, 천막, 오락, 관혼상제 및 국경행사에 관한 집회의 경우에는 타인의 기본권이나 공공의 안녕질서를 침해할 위험성이 매우 적어 사전 조치의 필요성이 없다고 보기 때문이다. 그러므로 집회의 성격 내지 취지가 집시법 제15조에 규정된 집회에 해당하는 경우에는 사전신고를 하지 않았다고 하더라도 미신고 옥외집회로 처벌할 수는 없고, 어떤 집회가 집시법 제15조에 규정된 집회에 해당하는지는 집회의 주된 목적, 일시, 장소, 방법, 참여인원, 참여자의 행위 태양, 진행 내용 및 소요시간 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 실질적으로 판단하여야 한다.

2. 피고인이 특정 인터넷카페 회원 10여 명과 함께 불특정 다수의 시민들이 지나는 명동 한복판에서 퍼포먼스(Performance) 형태의 플래시 몹(flash mob) 방식으로 노조설립신고를 노동부가 반려한 데 대한 규탄 모임을 진행함으로써 집회 및 시위에 관한 법률(이하 '집시법'이라고 한다)상 미신고 옥외집회를 개최하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 위 모임의 주

된 목적, 일시, 장소, 방법, 참여인원, 참여자의 행위 태양, 진행 내용 및 소요시간 등 제반 사정에 비추어 볼 때 집시법 제15조에 의하여 신고의무의 적용이 배제되는 오락 또는 예술 등에 관한 집회라고 볼 수 없고, 그 실질에 있어서 정부의 청년실업 문제 정책을 규탄하는 등 주장하고자 하는 정치·사회적 구호를 대외적으로 널리 알리려는 의도하에 개최된 집시법 제2조 제1호의 옥외집회에 해당하여 집시법 제6조 제1항에서 정한 사전 신고의 대상이 된다는 이유로, 같은 취지에서 피고인에게 유죄를 인정한 원심판단을 정당하다고 한 사례.

【參照條文】

1. 집회 및 시위에 관한 법률(2007. 5. 11. 법률 제8424호로 전부 개정된 것. 이하 ‘집시법’이라 함) 제2조 제1호, 제6조 제1항, 제15조, 제22조 제2항 / 2. 집시법 제2조 제1호, 제6조 제1항, 제15조, 제22조 제2항

【事案의 概要】

1. 사실관계

피고인은 청년유니온 준비위원회 위원장으로 ‘청년유니온’¹⁾의 카페지기이다. 청년유니온 준비위원회는 2010. 3. 27. 위 카페 공지사항란에 ‘2010. 4. 4. 서울 명동예술극장 앞에서 퍼포먼스를 하자’는 취지의 글을 게시하였고, 위 글을 본 청년유니온 회원 10여 명이 위 명동예술극장 앞에 모였다.

피고인은 관할경찰서장에게 신고하지 아니하고 2010. 4. 4. 13:25~13:42경 서울 중구 명동에 있는 명동예술극장 앞에서, 회원 10여 명²⁾이 학사복과 모자를 쓰거나 상복을 입고 ‘청년실업 해결하라’, ‘최저임금 인상하라’는

1) 들머리 사이트(portal site) ‘다음(Daum)’ 인터넷 카페 이름.

2) 처음 참여 인원은 12명 가량이었으나 그중 일부는 ‘4대강 사업 반대’ 관련한 참가자들이었고, 이들은 그와 관련된 뜻을 드는 것을 제지당하자 돌아가 버렸다.

내용 등이 기재된 피켓을 목에 건 채 참석한 가운데, 선두에서 상복을 입고 ‘청년유니온 노동조합 설립신고 허하시오’라고 기재된 피켓을 목에 건 채 북을 치면서 “청년들도 일하고 싶다.”, “정부는 청년실업 해결하라.”는 구호를 외치는 등의 방법으로 ‘노조설립 신고서 반려 반발 플래시 몹 퍼포먼스’를 개최하였다.

2. 제1심 및 원심의 판단(유죄)

이 사건 모임이 집시법이 정한 집회에 해당하지 않는다는 주장, 위법성의 인식이 없었다는 주장, 정당행위라는 주장을 모두 배척하였다.

3. 상고이유(피고인)

가. 이 사건 퍼포먼스는 집시법 제15조에 해당하며, 그렇지 않더라도 제6조의 집회에 해당하는 것이 아니다.

집시법 제15조에서 정한 ‘학문, 예술, 체육, 종교, 의식, 친목, 오락, 관혼상제 및 국경행사’에 관한 집회에 대하여만 신고의무를 면제하고 있는바, 그 이외의 집회에 대하여는 여론형성 기능이라는 헌법적 중요성을 고려하여 매우 엄격하게 합헌적으로 해석하여야 한다. 즉 ‘공공의 안전에 명백한 위험’을 초래하는 것에 한정해야 한다.

이 사건 퍼포먼스는 단지 구호를 제창하고 북을 치며 길거리에 가만히 앉아 있는 것으로 주변인들에게 위험을 줄 만한 것이 아니었음이 명백하다. 따라서 이는 집시법 제15조에 해당하는 것이고, 그렇지 않다 하더라도 집시법 제6조에 해당하는 집회는 아니다.

또한 이 사건 집회는 플래시 몹의 성질을 갖는데, 플래시 몹은 순간성, 익명성, 규모의 예측 불가능성, 비폭력성을 고려할 때 집단적 표현의 자유를 신장시키는 새로운 표현 방식으로 인정하고 보장되어야 하는 것이다.

나. 사회상규에 위배되지 아니하는 행위
이 사건 퍼포먼스는 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로서 형법 제20조의 정당행위에 해당한다.

다. 법률의 착오(위법성 인식의 착오)
피고인은 당시 출동한 경찰 정명수로부터 10분 가량 이 사건 퍼포먼스를 진행하는 것에 대하여 허용받았고, 이에 피고인은 자신의 행위가 위법하지 않다고 믿게 되었다. 따라서 형법 제16조의 법률의 착오에 해당한다.

4. 해설방향

가. 먼저 헌법상 표현(언론·출판)의 자유와 집회의 자유와의 관계를 살펴본다.

나. 다음으로 집시법상 집회의 개념에 대하여 검토하고 집시법 제15조의 성격에 관하여 살펴본다.

다. 마지막으로 형법 제20조의 정당행위 및 법률의 착오 해당 여부에 관하여 살펴본다.

【解 說】

1. 표현의 자유와 집회의 자유의 관계

가. 규정

[대한민국 헌법]

제21조

- ① 모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다.
- ② 언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다.

나. 언론·출판의 자유와 집회의 자유의 구체적 내용

언론·출판의 자유는 불특정 다수인을 상대로 자신의 의견이나 사상을 자유로이 표명하거나 전달할 수 있는 자유로 이해된다.³⁾

집회의 자유에는 적극적으로 ㉠ 집회를 개최하는 자유, ㉡ 집회를 司會 또는 進行하는 자유, ㉢ 집회에 참가하는 자유 등이 포함된다. 또한 집회의 자유에는 소극적으로 ㉣ 집회를 개최하지 아니할 자유, ㉤ 집회에 참가하지 아니할 자유가 포함된다(통설). 다만 법률상 집회의무가 있을 경우에는 집회를 개최하거나 집회에 참가해야 한다.⁴⁾

다. 언론·출판의 자유와 집회의 자유의 관계

1) 집회·결사의 자유의 언론·출판의 자유에 대한 보완적 기능

언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유는 그 모두가 표현의 자유에 해당하지만, 전자는 개인적 표현의 자유인데 대하여, 후자는 집단적 표현의 자유라고 할 수 있다.⁵⁾ 집회·결사의 자유는 타인과의 접촉을 통해서 개성을 신장시키고, 의사를 형성하며, 집단적인 의사표현을 하고, 집단적인 형태로 공동의 이익을 추구함으로써 민주정치의 실현에 기여하는 매우 중요한 기본권으로서 언론의 자유를 ‘보완해 주는 기능’을 갖는다고 할 수 있다. 특히 의사표현의 일반적인 통로라고 볼 수 있는 보도매체가 언론기업의 독과점 현상 또는 국가권력의 간섭에 의하여 제구실을 못하게 되는 경우에 ‘집회·결사의 자유’가 갖는 ‘보완적 기능’은 민주주의 실현을 위해 매우 중요하다.⁶⁾

2) 집회 내의 연설이나 토론의 자유는 어떠한 자유로서 보장되는 것인가?

다만 집회에서 연설이나 토론을 하는 것은 어떠한 자유에 의하여 보장되는가? 이와 관련하여서는 ❶ 집회의 자유조항은 언론의 자유조항에 대한 특별법적 성격을 가지기 때문에 언론의 자유로서 보장되는 것이 아니라 집

3) 권영성, 헌법학원론, 법문사(2008), 494.

4) 권영성(주 3), 532~533.

5) 권영성(주 3), 493.

6) 허영, 한국헌법론, 박영사(2012), 589.

회의 자유의 일환으로서 보장된다는 견해가 있을 수 있는 반면, ❷ 집회의 자유를 넓은 의미에서 표현의 자유에 포함시킨다면 집회에서 연설이나 토론을 하는 것은 집회의 자유가 아니라 언론의 자유에 의하여 보장된다는 견해가 있을 수 있는데, 후자의 견해는 집회가 불법이라고 하더라도 그 안에서 이루어지는 언론의 자유를 제한할 수 없다고 본다.

❶ 견해가 타당하다고 생각된다. 집회 자체가 불법적이어서 해산될 수 있는 상황일 경우, 이러한 집회 내에서 이루어지는 언론의 자유가 보호된다는 명목으로 그 집회의 해산이 허용되지 않는다고 할 수는 없기 때문이다. 즉 집회 내에서 이루어지는 언론의 자유는, 기본적으로 그 집회의 자유가 전체법질서 내에서 보장될 수 있는 경우임을 전제로 한다. 따라서 집회 내에서의 언론의 자유는 집회의 자유가 보장되는 전제에서 보장될 수 있다고 보아야 할 것이다.

2. 플래시 몼에 관한 국내외의 논의 및 외국의 재판례

가. 국내의 논의

국내에서 우발적 집회(우연한 집회)나 긴급집회에 대하여는 다루어지고 있으나, 플래시 몼에 대한 논의는 법리적으로 다루어지고 있는 것 같지는 않다. 플래시 몼이 우발적 집회나 긴급집회인 경우에는 그에 관한 논의를 차용하면 될 것이나, 플래시 몼은 우발적 집회나 긴급집회와는 다른 별개의 개념으로 보인다.

이하 플래시 몼을 언급한 일반 서적에서 플래시 몼의 정의와 전개상황에 관해 살펴본다.

1) 플래시 몼의 정의

플래시 몼은 웹사이트 접속자의 폭증 현상을 의미하는 플래시 크라우드(flash crowd)와 영리한 군중(smart mob)의 합성어이다.⁸⁾ 그 의미에 관하여

7) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Grundgesetz Kommentar, München 1988, Rdnrn 37f. 38 zu Art. 5. [권영성(주 3), 493 (주 2)에서 재인용].

8) 김민주, “2010 트렌드 키워드”, 미래의창(2009), 295; 최혜실, “문자문화에서 전자문화로(메체는 진화하고 이야기는 태어난다)”, 한길사(2007), 48.

는, ❶ 불특정 다수가 한 장소에 일시적으로 모여 한 판 벌이고 흩어지는 이벤트성 행사⁹⁾라고 하거나, ❷ 휴대전화나 이메일로 연락된 불특정 다수가 특정한 장소에 모여 짧고 의미 없는 행동을 하고 사라지는 놀이¹⁰⁾라고 하거나, ❸ 여러 군중이 특정 장소에 모여 아주 짧은 시간 동안 황당한 행동을 한 뒤 순식간에 흩어지는 것¹¹⁾이라고 정의한다.¹²⁾

2) 플래시 몹 사례

가) 플래시 몹의 시초 및 국내에서의 플래시 몹¹³⁾

플래시 몹의 유행이 시작된 곳은 미국의 뉴욕이었다.¹⁴⁾ 2003년 6월 맨해튼의 플래시 모버(flash mobber)들은 한밤중에 하얏트 호텔 로비에서 15초 동안 장내가 떠나갈 듯 박수를 쳤고, 그해 6월 24일 센트럴파크 자연사박물관에서는 동물의 울음소리를 흉내 내기도 했다.¹⁵⁾ 이런 최초의 플래시 몹은 여름을 지나는 동안 샌프란시스코, 미네애플리스 등 미국을 한바퀴 돌아 영화 (매트릭스2)를 재연했던 도쿄를 비롯해 전 세계 대도시로 퍼져 나갔고 한국에서도 이 영화를 흉내 내는 놀이가 등장했다.

2003년 7월 20일 서울 대학로에서 한 동호회가 매트릭스 놀이를 한 사례가 있다.¹⁶⁾ ‘매트릭스 인 코리아’란 인터넷 카페 회원들이 장소와 시간을 정해 영화에 나오는 주인공 역할을 하며 놀이를 한 것이다. 이들은 정상적

9) 박정자, “이것은 Apple이 아니다”, 기파랑(2012), 87.

10) 김경훈, “트렌드 워칭”, 리더스북(2009), 29.

11) 김난도, “트렌드 코리아(2011)”, 미래의창(2010), 176.

12) 2004년 7월 8일 Concise Oxford English Dictionary 11판은 flash mob을 “unusual and pointless act” separating it from other forms of smart mobs such as types of performance, protests, and other gatherings라고 정의한다 함. Webster's New Millennium Dictionary of English는 flash mob을 “a group of people who organize on the Internet and then quickly assemble in a public place, do something bizarre, and disperse.”로 정의한다 함. 다만 뉴스 매체에서는 이를 정치 집회를 포 함하는 smart mob을 대체하는 용어로도 사용한다고 함. http://en.wikipedia.org/wiki/Flash_mob

13) 최혜실, “문화콘텐츠, 스토리텔링을 만나다”, 삼성경제연구소(2006), 68~69에서 인용.

14) 최초의 플래시 몹은 [하퍼스 매거진(Harper's Magazine)] 편집장 Bill Wasik이 기획한 것으로 2003년 6월 어느 날 저녁, 100명이 넘는 사람들이 메이시(Macy's) 백화점에서 love rug를 구매 한다고 하면서 자기들끼리 갑론을박한 후, 하얏트 호텔 로비로 가서 15초간 박수를 치고, 신발 부티크 SoHo에서 버스 관광객인 것처럼 행동하였다. http://en.wikipedia.org/wiki/Flash_mob

15) 박영신, <오마이뉴스> (2003년 9월 2일자).

16) <조선일보> (2003년 8월 13일자).

인 일상인들로 단지 특정 영화의 마니아란 점만 다를 뿐이다. 이런 이유로 플래시 몹이 아니라는 주장도 있다. 만약 특정 영화를 흥내 내지 않고 ‘모르는 사람들과 만나 한 장소의 질서를 흩어버리는 것’이 플래시 몹이라면 국내 최초의 플래시 몹은 2003년 8월 31일에 일어났다. 이날 서울 강남역에서 한 무리의 젊은이들이 행인들에게 “건강하세요”라고 하며 90도 각도로 허리를 숙여 인사를 하고 헤어졌다.¹⁷⁾

2003년 여의도에서는 ‘흥어 한 마리’란 암호문에 의해 모인 젊은이들이 물고기 동상 앞에 모여서 ‘고기를 잡으러 바다로 갈까요’라는 노래를 부르며 놀다가 흩어지는 이벤트를 했다.¹⁸⁾

플래시 몹은 유비쿼터스 혁명이 익명의 도시에 군중들을 새로운 양태로 결집시키는 역할을 하고 있다. 인터넷과 휴대전화에 의해 전혀 모르는 사람들이 대도시의 한 장소에 동시에 모일 수 있었고 놀이로써 관계를 맺을 수 있었다. 군중들은 익명의 공간이면서 동시에 일의 공간에서 ‘놀이’를 함으로써 근대 도시의 규칙을 일시적으로 교란시킨다. 사람들은 어린 시절에나 허용되었던 ‘놀이’를 함으로써 어른의 공간, 일의 공간을 야유한다. 그리고 이 교란과 야유는 오락의 요소 등 새로운 삶의 방식의 신호로 작동한다.

나) 그 외 플래시 몹 사례

2010년 10월 미국 필라델피아 시장에서 성악가들이 시장에서 ‘축배의 노래’를 불러 사람들을 흥겹게 했고, 같은 해 4월에는 시애틀 웨스트레이크에서 1천여 명이 모인 자리에서 미국 드라마 ‘글리(Glee)’의 플래시 몹이 있었다. 우리나라에도 비슷한 사례가 있다. 외국 사례 정도의 규모는 아니지만 유자살롱[悠悠自適 Salon]이 하자센터(haja center) 주변 마을을 돌면서 지역주민을 위한 이동식 소공연으로 ‘엘리펀트 건’을 불러 주민들에게 깜짝 즐거움을 선사하기도 했다.¹⁹⁾

<명동 크리스마스 삼겹살 사건> 2009년 말, 어느 네티즌이 인터넷 게시판

17) <한국일보> 2003년 11월 14일자 (오락) 새 문화코드 ‘플래시 몹’ ‘매트릭스 놀이’

18) 플래시 몹의 즐거운 반란, EBS. (2003. 12. 18.) 목요일 방송.

19) 황인선, “마케팅 멘토 황인선의 마케팅으로 경영하라”, 원앤원북스(2011), 188.

에 “제가 ‘베플’²⁰⁾이 된다면 크리스마스이브에 명동 한복판에서 혼자 삼겹살을 구워 먹겠습니다.”라는 메시지를 올렸다. 그러자 다른 네티즌은 “제가 베플이 된다면 000씨가 삼겹살을 구워먹을 때 옆에서 노래를 불러주며 흥을 돋우워 드리겠습니다.”라는 메시지를, 또 다른 네티즌은 “탬버린을 치겠습니다.”라는 메시지를 올렸다. 결국 이 메시지들은 베플이 됐고, 실제로 이들은 12월 26일 명동에서 삼겹살을 구워 먹고, 노래를 부르고, 탬버린을 쳤다. 수많은 네티즌이 이 광경을 보기 위해 모여들었다가 행사가 끝나자 순식간에 사라졌다. 이러한 모임을 **플래시 몹**이라고 하는데, 여러 군중이 특정 장소에 모여 아주 짧은 시간 동안 **황당한 행동**을 한 뒤 순식간에 흩어지는 것을 말한다.²¹⁾

<에펠탑(Eiffel Tower) Gangnam Style 말춤> 2012. 11. 5. 파리 에펠탑 근처에서 Psy의 ‘강남스타일’ 노래에 따라 2만 여명의 시민이 모여 말춤을 추는 flash mob이 있었다.²²⁾

3) 플래시 몹의 본질

위 내용을 통괄하여 보면, 플래시 몹의 본질은 ‘놀이’문화의 하나이다. 즉 이는 본질적으로 무관계한 군중을 일시적으로 결집시켜 상호 간 ‘오락’을 목적으로 하는 집단행동으로 파악된다. 이는 심각한 정치적·사회적 주제를 이유로 한 모임이 아니라, 오락적·유희적 성격이 강한 일시적 모임이다. 하워드 라인골드(Howard Rheingold)가 개념화한 ‘스마트 몹(smart mob)’²³⁾에는 ‘사회변혁을 이끄는 새로운 힘’이라는 뜻이 담겨 있지만, 플래시 몹은 일체의 정치적, 사회적, 상업적 연관을 거부하고 행위 자체만을 즐기는 ‘순수 유희’다. “목적은 두지 않는 것이 목적이고, 의미가 없다는 것 자체가 의미인 놀이”이다.²⁴⁾

20) 베스트 리플(best reply)의 준말. 다른 네티즌의 추천을 가장 많이 받은 댓글.

21) 김난도(주 11), 176.

22) http://khnews.kheraldm.com/view.php?ud=20121106000815&md=20121109003410_AK <코리아 헤럴드> (2012. 11. 6.자)

23) Howard Rheingold의 2002년 저서 “Smart Mobs: The Next Social Revolution”의 제목에 처음 사용되어 그 후 널리 퍼짐.

24) <한국일보> 2003년 11월 14일자 (오락) 새 문화코드 ‘플래시 몹’ ‘매트릭스 놀이’

따라서 통상적으로 우리 집시법 제15조의 ‘오락에 관한 집회’에 해당할 것이다. 가령 유럽의 K-POP 팬들이 트위터로 사발통문하여 파리 시청 앞 광장에서 플래시 몹을 여는 것²⁵⁾도 ‘오락에 관한 집회’라고 할 것이다. 따라서 정치적, 상업적 목적을 갖는 이벤트나 퍼포먼스에 대하여는 flash mob 이 아닌 smart mob이란 명칭이 붙여진다.²⁶⁾

다만 우리나라에서 이러한 ‘놀이’문화로서의 플래시 몹은 2003년경 일시적 현상(Fad)으로서의 성질을 가졌을 뿐 추세(Trend)로서의 성질을 갖지 못하였고,²⁷⁾ 그 이후로는 그 성질이 변질되었다고 하는 견해²⁸⁾도 있다. 즉 플래시 몹의 본질은 ‘놀이’인데 ‘놀이’가 아닌 다른 의도로 이루어지는 모임은 플래시 몹이 아니라는 것이다.

4) 퍼포먼스²⁹⁾의 경우

퍼포먼스란, 광의로는 ‘실행(實行)’이란 뜻인데 협의로는 ‘연기, 연주’를 말한다. 미술분야에서 퍼포먼스라 할 때는 회화와 조각 등 작품에 의해서가 아니고 미술가의 신체를 이용하여 표현하는 행위를 말한다. 1960년대에 미술가의 비연극적인 행위에 의한 표현형식이 생겼고, 그에 대한 해프닝에 이어 이벤트(event)란 명칭을 붙였으나 1970년대에 퍼포먼스란 명칭을 널리

25) 박정자(주 9), 87.

26) The term(Flash mob), coined in 2003, is generally not applied to events and performances organized for the purposes of politics (such as protests), commercial advertisement, publicity stunts that involve public relation firms, or paid professionals. In these cases of a planned purpose for the social activity in question, the term smart mobs is often applied instead. http://en.wikipedia.org/wiki/Flash_mob.

27) Trend & Fad는 마케팅 용어이다. 패드는 일시적 유행이고 트렌드는 추세, 패드는 파도이고 트렌드는 조류(tide)라 한다. 가령 양배추인형은 패드고 바비인형은 트렌드다.

28) 김경훈(주 10), 29. “예컨대 바보 같은 것 따라하기라고 부를 만한 ‘플래시 몹’에 대해 생각해 보자. 2003년 여름, 미국에서 처음 플래시 몹이 벌어지자 이 이야기는 순식간에 네티즌들의 관심을 끌었다. 그해 가을에는 서울 명동에서 젊은이들의 플래시 몹 행사가 있었고, 물론 여기저기서 뉴스를 탔다. (중략) 하지만 플래시 몹은 그걸로 끝이었다. 젊은이들은 곧 시들해졌다. 바보 같은 것 따라하기는 그저 한두 번 해보는 이벤트일 뿐이다. 최근의 플래시 몹은 ‘여성폭력 추방을 촉구하는 플래시 몹’, ‘서울시의 정책을 비난하는 플래시 몹’, ‘3.1절 의미 다지는 플래시 몹’, ‘학교폭력에 대한 정부정책 반대 플래시 몹’과 같은 것들이다. 바보 같은 것을 하던 젊은이들은 다 어디로 갔는가? 애초 플래시 몹은 패드였던 것이다. 그것은 다만 일시적 유행에 지나지 않았고, 결국만 남아 다른 용도로 쓰이고 있다.”

29) 이하 퍼포먼스의 개념에 관하여 NAVER 백과사전 참조함.

쓰이게 되었다. 신체에 의한 표현이란 의미여서 보디 아트, 라이브 아트란 명칭으로 불리운 일도 있다. 역사적으로는 미래파와 다다(dadaism)의 무대를 활용한 도발적인 행위도 퍼포먼스라 보는 수가 있으나 1970년대 이후는 미술가에 의한 신체표현을 말한다. 1960년대 말, 미술의 정보적 측면을 순화한 콘셉추얼 아트가 생겼으나 회화, 조각 등의 작품을 만들지 않는 퍼포먼스도 같은 의도를 지니고 있다. 행위의 시간적인 경위가 중시되는 것으로, 비디오를 사용하는 수도 많아서 비디오 아트와도 밀접한 관련을 맺고 있다. 퍼포먼스에는 육체를 물질로 취급하는 것, 공중(公衆)과의 대화를 중시하는 것, 의식적인 형식의 것, 연극적인 요소가 농후한 것 등 여러가지 형태가 있다. 오늘날에는 미술가의 표현형식으로 공인되어, 현대미술의 일익을 담당하는 장르로 정착되었다.

즉 퍼포먼스는 ‘예술’적 성격이 강한 것이고, 따라서 집시법 제15조의 ‘예술에 관한 집회’에 해당할 수 있다. 만약 다른 의도로 인하여 ‘예술’적 성격이 변질되었다고 평가된다면 이는 퍼포먼스라고 단정하기는 어려울 것이다.

나. 국외의 논의 및 외국의 재판례

1) 유럽인권법원

유럽인권법원은(The European Court of Human Rights) ‘그들이 어떠한 불법적인 행위를 하지 않았는데도, 단지 적절한 사전신고를 하지 않았다는 이유로, 이를 해체시키는 것은 평화적인 집회를 위한 자유에 비례적이지 않은 제한을 가져오는 것일 수 있다’고 한 바 있다. 그러한 이벤트는 “플래시 몹”³⁰⁾을 포함하는데, 플래시 몹은 그 존재 이유 (raison d’être) 자체가 놀라움(surprise)의 요소를 포함하고 있기 때문에, 만일 사전신고를 하면 그 존재 이유가 사라지기 때문이다. 이러한 집회들도, 가능하다면 경찰의 통제

30) 베니스위원회 보고서 주석에 의하면 플래시 몹이란 다음을 의미한다. 플래시 몹은 한 집단이 어떤 장소에 아주 잠깐 모여 어떤 행위를 보여주고 흩어질 때 이루어진다. 이러한 이벤트들은 계획되고 조직되긴 하지만, 그들은 어떤 특정한 단체나 조직과 관련되어 있지 않다. 그들은 새로운 기술 (문자 메시지가나 트위터 포함)을 사용하여 계획할 수도 있다. 그들의 존재 이유는 ‘놀람’이라는 요소를 포함하고 있으므로, 사전 신고를 하게 되면 그 존재 이유가 없어진다.

하에 이루어질 수 있겠다. 만일 작은 집회가 열리기로 예정되었었는데, 갑자기 예상 못한 참가인원으로, 당일 급격히 큰 이벤트로 전환되었다면, 경찰의 통제하에 열릴 수 있고, 그들이 평화적인 시위를 하는 한 합법적인 것으로 간주되어야 한다.”³¹⁾

2) 미국

가) 집회의 자유 제한의 논거

집회의 자유를 제한하는 논거에 대하여 전통적으로 2가지 논거가 있어 왔다고 한다. 그 하나는 미국의 홀즈(Oliver W. Holmes) 대법관의 “입법부가 도로나 공원에서 공적 발언을 절대적으로 또는 조건부로 금지한다고 해서 이것이 곧 사회구성원의 권리를 침해하는 것은 아니며, 이는 私有의 집의 소유자에 대해 그의 집에서의 그같은 공적 발언을 금지하는 것과 다를 바가 없는 것이다.”라는 19세기적 인식에 바탕한 논거이고, 다른 하나는 20세기 들어와 로버츠(Owen J. Roberts) 대법관이 *Hague v. CIO* 판결³²⁾에서 소수의견으로 “도로나 공원의 權原이 어디에 있든지 간에, 이것들은 아주 오래전부터 공중의 사용을 위해 맡겨져 왔으며, 옛날부터 집회나 시민 간의 의견교환 그리고 공공문제의 토론을 위해 사용되어 왔으므로 이를 집회 장소로 사용하는 것은 시민들의 특권이자 권리이다.”라고 판시하여³³⁾ 위 홀즈 대법관과는 다른 입장에 선 논거이다. 즉 전자는 사유재산권을, 후자는 장소가 갖는 기능적 측면을 바라본 것이다.³⁴⁾

나) *Cox v. Louisiana*, 379. U.S. 536, 555(1965) 판결: 공공의 장소 및 집회 허가제도

미국은 각 주에서 불법침해(Trespass) 또는 平和攪亂(breach of peace)에

31) [http://www.venice.coe.int/docs/2010/CDL-AD\(2010\)020-e.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/2010/CDL-AD(2010)020-e.pdf) (베니스위원회 보고서); <http://www.oup.com/uk/orc/bin/9780199592241/01student/updates/0711/ch06/> (옥스포드 대학교) 및 <http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2010/28.html> 참조.

32) 307 U.S. 496 (1939). 1939년 뉴저지 주의 시장 Hague가 공원에서 산업기구위원회(Committee for Industrial Organization)가 집회를 개최하려는 것에 대하여 허가를 해주지 않자 그 불허가 처분에 대하여 집회의 자유를 침해하는 것이라며 다툼 사안이다. CIO가 승소하였다. http://en.wikipedia.org/wiki/Hague_v._CIO.

33) 이희훈, “집회의 자유와 집시법”, 경인문화사(2009), 133.

34) 조병인, “집회 및 시위의 보장과 규제에 관한 연구”, 한국형사정책연구원(2002), 53~54.

관한 법률을 규정하여 규제하고 있다. 이들 주법은 옥외집회·집단진행에 대하여 허가제를 규정하고 있는데, 연방대법원은 위 *Cox v. Louisiana* 판결³⁵⁾에서 교통정리, 난동방지, 신청중복 등의 조정을 위하여 시간·장소·기간 또는 방법에 대하여 합리적인 제한을 할 수 있다는 태도를 보였다.³⁶⁾ 위 *Cox* 판결은 *Cox v. New Hampshire* 판결³⁷⁾에서 집회, 시위의 사전허가가 합헌이라는 점을 재확인한 것이다.³⁸⁾

Cox v. Louisiana 판결과 관련하여 미국의 Harry Kalven 교수가 판결 평석을 쓰면서 ‘공공의 광장(public forum)’의 개념을 인용하여³⁹⁾ 홈즈 대법관의 입장보다 *Hague* 판결의 입장이 더 설득력을 갖는 계기가 마련되었다.

즉 ‘공공의 광장’ 개념이란 도로나 공원처럼 역사적으로 의사표현에 있

35) 1961. 12. 15. 아침 *Cox*는 약 2천여 명의 학생을 이끌고 루이지애나주의 법원 건물 앞에서 인종차별에 대한 대규모 집회의 수단으로 인종차별반대 시위를 하였고, 이 소식을 들은 경찰은 시위자들에게 해산할 것을 명령하면서 법원 인근에서 쫓아내려고 하였다. 시위자들이 이에 반항하자 경찰은 채류가스 등을 쏘아 이들을 해산시켰고, 시위의 주동자인 *Cox*를 루이지애나 주법 14장 제401조(누구든지 루이지애나 주의 법원 건물 안이나 인근에서 판사, 배심원, 목격자 또는 법원 공직자에게 어떤 영향을 미치기 위해서 또는 급박하게 재판을 실행할 것을 촉구하기 위해서이거나 장애를 발생시키기 위해서 또는 방해할 의도로 피켓팅이나 퍼레이드를 행하는 자는 5천 달러 이하의 벌금이나 1년 이하의 징역에 처할 수 있고, 2개의 형은 병과될 수 있다) 위반으로 처벌하였다. 미국 연방대법원은 위 제401조가 언론의 자유와 집회의 자유를 침해하는 위헌법률이 아니며, *Cox*를 처벌한 원심은 타당하다고 판시하였다. 이희훈, “집회의 자유의 보호와 제한에 관한 연구”, 연세대 박사학위논문(2006), 75~76.

36) 서명희, “집회의 자유에 대한 제한의 한계”, 이화여대 법정대학(1968), 35.

37) 312 U.S. 569(1941). Supreme Court of the United States held that, although the government cannot regulate the contents of speech, it can place reasonable time, place, and manner restrictions on speech for the public safety. Also, that every parade or procession on public streets had to have a license and organizers had to pay a fee. http://en.wikipedia.org/wiki/Cox_v._New_Hampshire.

38) *Forsyth County, Georgia v. the Nationalist Movement*, 505 U.S. 123(1992)에서는 공공의 장소에서의 시위에 대한 비용 부과는 수정헌법 제1조 위반이라고 하였다(United States Supreme Court limited the ability of local governments to charge fees for the use of public places for private activities. By 5-4, the court ruled that an ordinance allowing the local government to set varying fees for different events violated the First Amendment due to the lack of “narrowly drawn, reasonable, and definite standards” governing the amount of the fee). 다만 사전허가제는 그러한 장소에서의 사용신청이 경합할 경우 규제필요성이 있다는 점에서 합헌이라고 하였다. 박용상, “집회의 자유”, 헌법논총 10집(1999), 65.

39) Harry Kalven, Jr., ‘The Concept of the *Public Forum*: *Cox v. Louisiana*’, *Supreme Court Review*(1965). Kalven 교수는 이것을 공론장의 이용에 관한 “Robert의 질서규칙(Robert’s Rules of Order)”이라고 하였다. 대한민국 헌법: 원칙과 정책(하), 헌법재판소(2006. 9.), 1570.

어서 중요한 역할을 해 온 장소에서 표현활동이 이루어지는 경우, 이에 대한 제한의 위헌 여부를 판단할 때는 보다 엄격한 기준이 요구된다는 것을 일컫는다. 즉 같은 의사표현이라도 그것이 행하여지는 장소에 따라 다른 수준의 보호가 필요하다는 것이다.⁴⁰⁾

다) ‘공공의 광장’ 혹은 ‘공적 포럼’ 이론

이러한 장소는 크게 3가지로 나뉜다. 먼저 ‘전통적 공공의 장소(traditional public forum)’, ‘지정된 공공의 장소(designated public forum)’, ‘비공개 장소(nonpublic forum)’로 나뉜다.⁴¹⁾

‘전통적 공공의 장소’로는 거리(street), 공도(public street), 보도(side walk), 공원(public park) 등이다. ‘지정된 공공의 장소’로는 본래 전통적 공공의 장소는 아니지만 전통적 공공의 장소로 전환시키고자 하는 정부의 의도와 정책에 의해 형성된 장소로 전통적 공공의 장소와 같은 법적 취급을 받는 곳이다. 가령 주립대학 캠퍼스와 같은 곳이 그 예이다. 이 장소를 사용할 수 있는 자를 일정한 범위의 주체로 제한하거나, 특별한 주체들에 대한 토의를 위한 목적으로 한정하여 사용하게 할 수 있는 광장을 뜻한다. 이와 관련된 것으로 *Bayless v. Marine* 판결⁴²⁾이 있다.

‘비공개 장소’란 일반인이 사용할 수 없는 공용재산(국회의사당, 정부청사, 법원, 교도소, 군사시설 등의 국공유시설 등)이나 사유재산을 뜻한다. 이러한 장소에서는 비교적 넓은 범위에서 집회의 자유를 제한하는 것이 가능하다. 이와 관련하여 법원 내 집회에 대한 *Grace v. U.S.* 판결, 교도소 내 집회에 대한 *Adderley v. Florida* 판결⁴³⁾이 있다. 이러한 장소에서의 집회

40) 조병인(주 34), 54.

41) 이회훈(주 33), 132.

42) *Bayless v. Martine*, 430 F.2d 873, 877 (5th Circuit, 1970) 1969년 10월 베트남 전쟁 반대를 위한 시위가 남서부 텍사스 주립대학 캠퍼스에서 이루어졌는데, 위 대학의 학생권리규정은 ‘시위를 하기 위해서는 적어도 48시간 전에 미리 학생회장에게 예약을 하여 사전에 학생표현구역을 사용할 수 있게 할 것과 12시부터 1시 그리고 5시부터 7시 사이에만 사용할 수 있다’고 규정하고 있었지만, 이러한 규정은 중요한 정부이익, 즉 학습권의 보호 등에 비추어 합리적인 제한이라고 보았다. 이회훈(주 33), 139~140에서 인용.

43) *Grace v. United States*, 461 U.S. 171(1983) 및 *Adderley v. Florida*, 385 U.S. 39(1966). 이회훈(주 33), 141~142에서 인용.

금지를 위반하는 행위를 처벌하는 것은 합헌이다.

라) 미국에서의 무단공연과 집회의 자유에 관한 판례 - Oberwetter v. Hilliard, 639 F.3d 545 (2011)

(1) 사안의 내용

미국 독립선언문의 저자인 토마스 제퍼슨의 265번째 생일 전야에 미국 연방 공원 경찰인 Hilliard는 Oberwetter란 여자를 체포하였다. “소리없는 표현적 무용(silent expressive dancing)”을 제퍼슨 기념관에서 그만하라는 경찰의 명령에 따르지 않았다는 이유이다. 그녀는 수정헌법 제1조와 제14조에 따른 자신의 표현의 자유가 침해되었다며 Hilliard에 대하여 소송을 제기하였다. 제1심법원은 그녀의 소를 각하하였다. 연방항소법원도 다음과 같은 이유로 이를 확정하였다.

(2) 연방항소법원의 판단

2008년 4월 12일 자정을 15분 정도 남겨두고 Oberwetter는 자신의 17명의 동료들과 함께 제퍼슨 기념관에 들어가 무성(silent)의 춤을 추었는데, 그녀에 따르면 이는 제퍼슨의 정치적 유산에 대한 존경을 표현하기 위해서였다고 한다. 그들은 각자 이어폰을 끼고 동작을 표현해 냈다.

공원 규칙(park service regulation)은 다음과 같이 규정하고 있다. “수도(National Capital) 지역의 공원 지역 내에서는 허가서(a permit)에 따라서만 데모 또는 특별한 이벤트가 개최될 수 있다.”, “데모는 다음과 같은 것을 포함한다.: 피켓시위, 연설, 행진, 철야행사, 또는 종교적 행사, 그리고 그 외 관객이나 관중이 관심을 끌 영향, 의도나 경향이 있는⁴⁴⁾ 가치관이나 불만의 표현이 관여된 모든 행위.”⁴⁵⁾ Oberwetter는 자신의 무용은 일관된 메시지를 전달하기 위한 단체의 조직된 행동이 아니므로 데모에 해당되지 않는다고

44) 이후 2011년 1월 3일에 공원 서비스국은 데모의 정의를 관객이나 관심을 끌 ‘의도나 경향이 있는’에서 ‘합리적으로 가능성이 있는’으로 개정한다고 공고하였다.

45) 36 CFR §7.96(g)(1)(i) “Demonstrations” include: picketing, speechmaking, marching, holding vigils or religious services and all other like forms of conduct which involve the communication or expression of views or grievances, engaged in by one or more persons, the conduct of which has the effect, intent or propensity to draw a crowd or onlookers.

주장하나, 그러한 행위는 해당 규칙이 보호하고자 하는 경건한 기념의 분위기를 흐리고 관객의 관심을 끄는 행위이므로 금지된다.

그렇다면 해당 규칙이 합헌적인가 하는 것이 판단되어야 한다. 물론 그녀는 제퍼슨에 대한 존경을 표현할 수 있는 권리가 있다. 그러나 여기서 쟁점이 되는 것은 그녀는 제퍼슨 기념관 안에서 춤을 출 수 있는가 하는 것이다. 그러므로 연방항소법원은 표현의 자유를 분석을 위하여 정부의 재산(government property)을 세 개로 분류하는 유명한 “공적 포럼(public forum)” 심사 법칙하에 심사한다. 해당 분류법에 따르면 “전통적인 공공의 광장(traditional public forum)”은 전통적으로 집회와 토론을 위한 장소로서 사용되어 온 장소를 의미한다. 이러한 장소에서 표현의 자유에 제한을 가하기 위해서는 반드시 ‘규정은 중요한 국가의 이익을 위해 협소하게 정해져야 한다(narrowly tailored to serve a significant government interest).’ 그 다음은 제한된 공공의 광장(limited public forum)인데 이러한 장소들은 정부가 표현을 위한 행사를 위해 공개해 놓은 장소이다. 그 다음의 마지막 세 번째는 비공공의 광장(nonpublic forum)인데, 이러한 장소는 전통적으로 공공의 소통을 위한 장소가 아닌 곳이다. 이러한 곳에서는 표현의 자유에 대한 규제는 단지 연설자의 가치관에 반대한다는 이유만으로 금지하는 것이 아니라면, 합리적이면 된다. 이렇게 볼 때, **제퍼슨 기념관의 내부**는 **비공공의 광장**에 해당된다. 제퍼슨 기념관이 비공공의 광장임에 비추어 판단하면 **해당 공원 규칙은 가치중립적이고 합리적이라 판단되므로 합헌적**이다. 그녀는 제퍼슨 기념관 내부에서 불법적인 공연을 할 수정헌법 제1조상의 권리가 없으므로 그녀의 체포는 그녀의 헌법적인 권리를 박탈하는 것이 아니다.

(3) 소결론

플래시 몹(flashmob)은 놀라움(surprise)을 그 요소로 하고 있으므로 신고제에 따른다면 그 표현의 존재이유를 상실하게 되는 효과를 가져 올 수도 있다. 그러나 미국의 경우를 보면, 어떠한 표현이 평화적인 표현이라 할지라도, 그것이 한 나라의 합헌적인 형법규정을 위반할 정도의 행위를 포함하고 있다면, 이에 따른 형사적 처벌을 하는 것은 헌법적 자유를 박탈하는

것은 아니라고 보고 있음을 알 수 있다.

3) 독일

독일 헌법 제8조는 ‘모든 독일인은 신고하지 않고 또는 허가를 받음이 없이 평온하고 무기를 가지지 않고 집회할 권리를 가진다. 옥외에 있어서의 집회에 대하여는 이 권리가 법률로써 또는 법률에 근거를 두고 제한할 수 있다’고 규정하여 집회의 자유에 대한 신고제까지 부인하고 있으나 옥외집회에 대하여는 제한입법을 용인하고 있고, 이에 따라 집회 및 시위에 관한 법률(Gesetz über Versammlungen und Aufzüge)이 제정되어 있다.⁴⁶⁾

독일은 옥외집회에 대하여는 사전신고를 의무화하고, 신고내용으로 보아 법적으로 금지되는 요건에 해당하는 경우에는 사전에 이를 금지하거나, 해산을 명하는 체제를 취한다. 독일에서는 법률상 일정한 집회는 금지되고, 일정한 경우 집회를 개최하는 자에게 사전신고를 명하는 동시에, 금지요건에 해당하는 경우에는 관할 당국이 이를 금지하거나 부담을 부과하는 체제를 취하고 있다. 독일의 연방헌법재판소는 1978년에 제정된 ‘집회 및 시위에 관한 법률’이 정하는 신고제도의 합헌성 여부가 문제된 사건에서, 신고의무는 교통규제를 원활하게 하기 위해 필요한 것으로서 경미한 제한이기 때문에 합헌이라고 판시하였다.⁴⁷⁾

다만 독일연방헌법재판소는 우발적 집회(자연발생적 집회)⁴⁸⁾의 경우 사전신고가 불가능하기 때문에 이러한 경우에는 신고의무가 면제된다고 본다.⁴⁹⁾ 그리고 긴급집회의 경우에는 신고의무를 신축적으로 해석하여 48시간 전이라는 요건이 충족되지 못한 경우에도 집회개최의 공표와 동시에 신고하면 족하다고 본다.⁵⁰⁾

46) 서명회(주 36), 35.

47) 박용상(주 38), 70.

48) 현장에서 집회의 주최자가 없이 즉시 집회가 개최되어 집회를 개최하기 전에 관할 경찰관서장에게 신고를 할 수 없는 집회.

49) 핵발전소 건설반대 시위 사건, 독일 연방헌법재판소 1985. 5. 14. 결정, BVerfGE 69, 315. 박용상(주 38), 71.

50) 박용상(주 38), 71; 독일연방헌법재판소는 독일 집시법의 신고기간을 헌법합치적으로 해석하여 신고 가능성이 존재하는 즉시 신고해야 하는 것으로 해석한다. 그래서 예컨대 집회를 개최할 것을 결심하는 시기, 늦어도 언제 집회를 개최할 것인지를 사람들에게 고지하는 시기

최근 문헌에서 **Flash mob 방식의 활동이 독일 헌법 제8조의 보호영역에 포함되는가**에 관하여 소수의 논의가 있다.⁵¹⁾

다수의 견해에 의하면 음악행사나 무도행사는 그 자체만으로 집회라고 보기는 어렵고, **집회가 인정되기 위해서는 의사작용의 발현을 위해서 사용된 수단이 여론형성에 작용하는 목적을 위해서 사용될 것이 요구된다고 본다.** 이러한 의미에서 Flash mob 방식의 활동의 목적과 취지를 고려하여 개별적으로 판단해야 할 것이다. Flash mob 방식의 활동이 집회의 성질을 갖는 것으로 결정되어 기본법상의 집회의 자유의 보호대상이 된다고 본다면, 독일 헌법 제8조 제2항의 제한원리에 따라서 제한될 수 있다. 법률유보를 위해 규정된 법률로는 위 집회 및 시위에 관한 법률을 들 수 있다.⁵²⁾ 여기에서의 제한은 위 법률 제15조에 근거해서 집회를 해산시킬 수 있다는 의미이다. 집회의 자유를 제한하는 경우 비례성의 원칙에 따라야 한다. 즉 그것이 적합한지 그리고 필요한지 그렇다면 최소침해성을 구비했는가를 살펴야 한다.

예술의 정의를 함에 있어서 다양한 주장이 있으나, 연방헌법재판소에 따르면 예술에서는 자유로운 창조적 형성의 외부적 표현이 문제 되는데, 여기에서는 예술가의 표현이나 경험이 특정한 형태의 언어라는 매개수단을 통해서 직접적인 표상으로 표현된다. 예술의 대상으로는 음악, 무용, 판토마임, 연극 및 퍼포먼스와 같은 비전형적 형식도 포함된다. 예술의 자유에 의하여 보호되는 활동으로는 표현과 유포 및 복제를 포괄한다. 플래시 몹 방식의 활동도 여기에 포함될 수 있다.⁵³⁾

4) 프랑스

1789년의 인권선언 제10조에서 “누구든지 그 의사의 발표가 법률에 의하

가 신고가능성이 존재하는 시기로 볼 수 있다고 한다. BVerfGE 85, 69(75). 박승호, “‘집회 및 시위에 관한 법률’상 사전신고제의 위헌성”, 경북대학교 법학논고 38집(2012), 12 (주 40)에서 재인용.

51) *Nemann, Flasmob, Smartmob, Massenparty - Die rechtliche Beurteilung moderner Kommunikations- und Interaktionsformen*, NVwZ, 2011, 1171 ff.

52) *Gesetz über Versammlungen und Aufzüge(Versammlungsgesetz)*; 동법에 대한 개관으로는 남경국, “집회의 자유의 보장과 제한가능성의 경계”, 서강법학 11권 1호, 1 이하.

53) *Nemann*, NVwZ, 2011, 1171 (1173 f.).

여 정하여진 공공의 질서를 침해하지 아니하는 한 그 의견으로 말미암아 방해를 받지 아니한다.”, 제11조 “사상 및 의사교환의 자유는 인간의 가장 귀중한 권리의 하나이다. 다만 법률에 정하여진 경우에 있어서의 이 자유의 남용에 대하여는 책임을 져야 한다.”고 규정하고 있는데, 이것은 1958년 제5공화국헌법의 전문에서 재확인되었다. 그런데 집회에 대하여 1881년 법률에서 신고제를 규정하고 1907년 법률에서는 신고제를 폐지하고 시간과 장소에 대한 약간의 제약규정을 두기도 했다.⁵⁴⁾

1991년 제정된 ‘공공집회에 관한 법률(Loi sur les reunions publiques)’에서는 공공장소에서의 집회 불허용(제6조)과 사전 허가나 신고를 필요로 하지 않는 집회의 자유를 보장(제1조)하였다. 그러나 옥외집회에 대하여는 ‘**공공질서의 강화 내지 유지에 관한 통령**’에 의하여 집단시위나 행진, 행렬, 집회, 일반공도상의 모든 집단행동의 사전 신고주의, 집단행동 전 만 15일에서 만 3일 사이의 신고(제2조 제1항)를 규정하면서 **공공질서를 문란케 하는 성질의 것일 때에는 24시간 내 금지처분을 하도록 하고 있다(제3조 제1, 2항).**⁵⁵⁾ 프랑스형법 제431-3조는 공공질서를 혼란케 할 위험을 발생시키는 행위를 할 경우에 관하여 불온다중죄를 규정하고 있다.⁵⁶⁾ 즉 집회·집단 시위에 대한 신고제를 채택하고 있으며, 이 자유의 제한에 있어서도 공공질서에 대한 위협의 성질과 중대성을 심사하여 공공질서에 대한 위협이 명백하고 확실한 경우에 한하여 금지하는 경향이 있다.

프랑스에서 플래시 몹(Flash mob)에 대하여 아직은 구체적인 판례가 없

54) 서명회(주 36), 35.

55) 양수영, “집회 및 시위의 자유제한과 한계”, 서울대 석사학위논문(2004), 25~26.

56) 【프랑스형법 L.431-3조】 ① 도로 또는 공공장소에서 공공질서를 해칠 우려가 있는 사람들의 집합은 불온다중을 구성한다. ② 직무상의 표식을 부착한 도지사, 부지사, 시장, 부시장, 치안유지의 책임이 있는 사법경찰관 또는 여타의 사법경찰관이 불온다중에 대해 해산을 명하는 최고를 2회 발동하였음에도 불구하고 해산하지 아니한 때에는 경찰력에 의해 해산될 수 있다. ③ 전항에 규정한 최고는 불온다중의 일원에 대하여 지체 없이 해산할 의무가 있다는 것을 알리기에 적합한 절차에 따라 이루어져야 하며, 그 절차는 국사원령으로 규정한다. 전항의 자가 착용해야 할 표식도 국사원령으로 정한다. ④ 불온다중의 해산을 요청받은 경찰력의 책임자는 경찰력에 대한 폭력행위가 행하여진 경우 또는 다른 방법으로는 그 점거장소를 방어할 수 없는 경우 직접 물리력을 행사할 수 있다. 프랑스형법 L.431-4, 5, 6, 7, 8 규정은 이에 대한 구금형, 벌금형, 보충형, 입국금지 등을 규정하고 있다.

지만, 플래시 몹 형태의 시위를 할 경우, ‘미신고’라는 이유만으로 당연히 처벌 대상이 되지는 않을 것으로 보이며, 설령 사전에 금지통고를 받았다 하더라도 당일 그 양상이 실제로 공공질서에 심각한 위협을 준다고 판단했을 경우에만 해산명령을 내리고 이에 불응한 자를 **불온다중죄**⁵⁷⁾로 처벌할 수 있을 것이다.

5) 영국

집회·시위에 관한 영국 법제의 기본특징은 판례법상이나 제정법상이나 집회·시위가 적극적인 권리로 인정되고 있지 않다는 점이다. 집회·시위는 어디까지나 판례법과 제정법에서 금지되어 있지 않은 범위 내에서 허용되고 있는데 지나지 않으며, 그 범위 내에서도 기본적으로는 경찰의 광범위한 재량권 행사에 맡겨져 있다.⁵⁸⁾

집회 자체를 집적 규율하는 법률은 없지만 옥외집회가 공공장소에서 개최되기 때문에 공공장소에서의 질서유지를 위해 제정된 법률들이 사실상 집회에 관한 규제법률로서 역할을 하고 있다. 그중 1986년에 제정된 ‘공공질서법(Public Order Act)’이 우리나라의 집시법에 해당한다고 보면 된다.⁵⁹⁾

‘공공질서법’ 규정에 따르면 ‘어떤 개인 또는 단체의 견해나 행동에 대해 지지 또는 반대를 나타내고자 하는 경우’ 및 ‘어떤 주의나 운동을 선전하고자 하는 경우’ 공공행진을 하고자 하는 자와 단체는 최소 6일 전에 관계 당국에 행진 날짜·시간·예정경로 등을 서면으로 통지하여야 한다(제11조). 즉 집회 및 시위에 대한 사전신고제를 규정하고 이를 어길 경우 제재조항을 명백히 하여 집회 및 시위에 대한 경찰관여의 근거를 명문화하고 있다.⁶⁰⁾

57) 프랑스형법 제431-3조는 불온다중운집에 대하여 “공공도로 상에서 또는 공공장소에서 공공질서를 혼란케 할 위험성이 있는 모든 사람들의 운집”이라고 규정하면서 이에 해당할 경우 해산을 명할 수 있도록 규정하고 있다. 다만 요건상 ‘공공질서를 혼란케 할 위험성’이 있어야 하므로 이에 이르지 않는 집회나 시위는 불온다중죄에 해당하지 않게 될 것이다.

58) 양건, “집회·시위에 대한 사전제한”, 법학논총 8집(한양대 1991), 158~159[조병인(주 34), 72(주 46)에서 재인용].

59) 조병인(주 34), 72. 1936년에 최초로 제정되었고 현행법은 1986년에 제정된 것이다. 양수영(주 55), 21.

60) 조병인(주 34), 73; 양수영(주 55), 21.

6) 일본

일본 헌법은 집회의 자유를 보장(제21조)하고 공안조례로서 이를 규제하고 공안조례에도 대체로 집회 시위를 하고자 할 때에는 공안위원회에 허가(60개 縣 중 55개 縣에서 시행)를 얻거나 신고(5개 縣)하도록 되어 있으며 그 신청은 대체로 72시간 전(48개 縣), 48시간 전(11개 縣), 24시간 전(1개 縣) 허가를 얻도록 되어 있다. 허가가 없거나 허가내용 위반 시에는 경찰서장이 경고하고 그 행동의 제지나 시정방지를 위한 조치를 취할 수 있게 하고 있다.⁶¹⁾ 일본 최고재판소도 東京都 공안조례 판결[1960(昭和35). 7. 20.]에서 사전규제가 불가피함을 인정하였다.⁶²⁾

7) 소결

외국의 경우에도 대체적으로 집회나 시위에 대하여 사전허가 내지 신고제도를 두고 있다. 따라서 이러한 사전 신고제도를 두는 것 자체가 위헌이라고 볼 수는 없을 것으로 생각된다. 단지 이에 대한 규제방법을 형벌에 의하는 것이 타당한 것인지 여부가 문제 될 것이다(후술).

3. 현행 집시법상 집회의 사전 신고제도

가. 현행법 규정

□ 대한민국 헌법

제21조

- ① 모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다.
- ② 언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다.

제37조

- ① 국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.

61) 양수영(주 55), 27.

62) “집단행동에 의한 표현의 자유에 관한 한, 이른바 공안조례로써, 지방의 사정 기타 제반 사정을 충분히 고려하여, 불측의 사태에 대비하고, 법과 질서를 유지하는 데에 필요한 최소한의 조치를 사전에 강구하는 것은, 불가피한 일이다.”

② 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.

□ 집회 및 시위에 관한 법률

제1조 (목적)

이 법은 적법한 집회(集會) 및 시위(示威)를 최대한 보장하고 위법한 시위로부터 국민을 보호함으로써 집회 및 시위의 권리 보장과 공공의 안녕 질서가 적절히 조화를 이루도록 하는 것을 목적으로 한다.

제2조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “옥외집회”란 천장이 없거나 사방이 폐쇄되지 아니한 장소에서 여는 집회를 말한다.

제6조 (옥외집회 및 시위의 신고 등)

① 옥외집회나 시위를 주최하려는 자는 그에 관한 다음 각 호의 사항 모두를 적은 신고서를 옥외집회나 시위를 시작하기 72시간 전부터 48시간 전에 관할 경찰서장에게 제출하여야 한다. 다만 옥외집회 또는 시위 장소가 두 곳 이상의 경찰서의 관할에 속하는 경우에는 관할 지방경찰청장에게 제출하여야 하고, 두 곳 이상의 지방경찰청 관할에 속하는 경우에는 주최지를 관할하는 지방경찰청장에게 제출하여야 한다.

1. 목적
2. 일시(필요한 시간을 포함한다)
3. 장소
4. 주최자(단체인 경우에는 그 대표자를 포함한다), 연락책임자, 질서유지인에 관한 다음 각 목의 사항
 - 가. 주소
 - 나. 성명
 - 다. 직업
 - 라. 연락처
5. 참가 예정인 단체와 인원
6. 시위의 경우 그 방법(진로와 약도를 포함한다)

② 관할 경찰서장 또는 지방경찰청장(이하 ‘관할경찰관서장’이라 한다)은 제1항에 따른 신고서를 접수하면 신고자에게 접수 일시를 적은 접수증을 즉시 내주어야 한다.

③ 주최자는 제1항에 따라 신고한 옥외집회 또는 시위를 하지 아니하게

된 경우에는 신고서에 적힌 집회 일시 전에 관할경찰관서장에게 그 사실을 알려야 한다.

④ 제3항에 따라 통지를 받은 관할경찰관서장은 제8조 제2항에 따라 금지 통고를 한 집회나 시위가 있는 경우에는 그 금지 통고를 받은 주최자에게 제3항에 따른 사실을 즉시 알려야 한다.

⑤ 제4항에 따라 통지를 받은 주최자는 그 금지 통고된 집회 또는 시위를 최초에 신고한 대로 개최할 수 있다. 다만 금지 통고 등으로 시기를 놓친 경우에는 일시를 새로 정하여 집회 또는 시위를 시작하기 24시간 전에 관할경찰관서장에게 신고서를 제출하고 집회 또는 시위를 개최할 수 있다.

제7조 (신고서의 보완 등)

① 관할경찰관서장은 제6조 제1항에 따른 신고서의 기재 사항에 미비한 점을 발견하면 접수증을 교부한 때부터 12시간 이내에 주최자에게 24시간을 기한으로 그 기재 사항을 보완할 것을 통고할 수 있다.

② 제1항에 따른 보완 통고는 보완할 사항을 분명히 밝혀 서면으로 주최자 또는 연락책임자에게 송달하여야 한다.

제15조 (적용의 배제)

학문, 예술, 체육, 종교, 의식, 친목, 오락, 관혼상제(冠婚喪祭) 및 국경행사(國慶行事)에 관한 집회에는 제6조부터 제12조까지의 규정을 적용하지 아니한다.

제22조 (벌칙)

② 제5조 제1항 또는 제6조 제1항을 위반하거나 제8조에 따라 금지를 통고한 집회 또는 시위를 주최한 자는 2년 이하의 징역 또는 200만 원 이하의 벌금에 처한다.

나. 집회의 개념

1) 사전적 의미

여러 사람이 어떤 목적을 위하여 일시적으로 모임, 또는 그런 모임.

2) 헌법상 집회의 자유에 있어서 ‘집회’의 개념에 관한 학설

가) 박용상 변호사의 견해⁶³⁾

집회는 공통의 목적을 가지고 회합함을 요하는데, 여기서 목적은 집단으

63) 박용상(주 38), 23.

로써 의견을 형성하고 이를 대외적으로 발표하여 여론에 호소함을 예정한 것임을 원칙으로 한다. 공동의 목적은 공적인 사안에 대한 토론이나 사실 고지를 요하는 경우뿐 아니라, 나아가 일반적 표현의 목적을 위한 것이면 집회에 해당한다고 본다. 최소한 내적 유대감에 따른 커뮤니케이션이 요구 된다는 점에서 공동의 연결 없이 우연히 다수인이 한 장소에 모여있는 단순한 군집은 집회라고 할 수 없고, 단순한 관객이나 청중으로서 다수인이 집합하는 행위나 상태도 집회는 아니다. 집회라고 하기 위해서는 공동의 의견을 형성하여 표현한다고 하는 목적이 필요하지만, 공적사항에 관한 의견의 형성표현에 한정되는 것은 아니다.

나) 허영 교수의 견해⁶⁴⁾

집회의 개념적 요소에 속하는 ‘공동의 목적’의 범위에 관해서는 세 가지 견해가 대립하고 있는데, 헌법이 보장하는 집회의 자유는 주로 언론의 자유의 보완적 기능을 위한 것이라는 관점에서 **광의설**이 옳다.

❶ **협의설**: 민주적인 공동생활에 관한 공적인 관심사를 논의하고 천명함으로써 여론형성 내지 의사형성에 기여하기 위한 것이다. 그 공적인 관심사는 정치적인 것에 국한할 필요는 없지만 적어도 공동생활과 관계되는 ‘공적인 사항’에 관한 것이어야 한다. 예컨대 체육대회는 집회가 아니다.

❷ **광의설**: 꼭 공적인 사항을 함께 협의하고 의사표현하기 위한 것에 국한할 필요가 없고 언론의 자유에 준해서 의사표현을 위한 모든 집회를 다 포함해야 한다. 다만 연극회·음악회·영화감상회·체육대회 등 단순한 오락적인 성격의 모임은 집회에서 제외된다.

❸ **최광의설**: 결사의 자유와의 상호관계하에서 타인과 접촉하기 위한 목적이면 족하고 꼭 의사표현을 위한 것이어야 하는 것은 아니다. 그러나 다수인 상호 간에는 적어도 ‘내적인 유대’에 의한 ‘의사접촉의 요소’가 존재해야 한다. 따라서 예컨대 축구경기장의 축구선수 상호 간에는 집회가 성립하지만, 관중 상호 간에는 집회가 성립할 수 없다.

64) 허영(주 6), 592~593.

다) 판례

□ 대법원 2012. 5. 24. 선고 2010도11381 판결

구 집회 및 시위에 관한 법률(2007. 5. 11. 법률 제8424호로 전부 개정되기 전의 것)에 의하여 보장 및 규제 대상이 되는 집회란 ‘특정 또는 불특정 다수인이 공동의 의견을 형성하여 이를 대외적으로 표명할 목적 아래 일시적으로 일정한 장소에 모이는 것’을 말하고 (이하 생략)

□ 헌법재판소 2009. 5. 28. 선고 2007헌바22 전원재판부 결정

일반적으로 집회는, 일정한 장소를 전제로 하여 특정 목적을 가진 다수인이 일시적으로 회합하는 것을 말하는 것으로 일컬어지고 있고, 그 공동의 목적은 ‘내적인 유대 관계’로 족하다. 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이라면 위와 같은 의미에서 구 집시법상 ‘집회’가 무엇을 의미하는지를 추론할 수 있다고 할 것이므로, 구 집시법상 ‘집회’의 개념이 불명확하다고 할 수 없다.

다. 집회 관련 처벌규정의 위헌 여부

1) 집시법 자체가 위헌인지 여부 (소극)

□ 대법원 1986. 5. 27. 선고 86도456 판결【국가보안법위반, 집시법위반】

집회 및 시위의 자유가 대한민국 헌법에 보장된 기본권의 하나라고 하더라도 이는 공공의 질서, 공공의 안전 및 공공의 복리 등에 반하지 않는 범위 내에서 허용될 따름이므로 적법한 집회와 시위를 보호하고 공공의 안녕과 질서를 유지하기 위하여 제정된 집회 및 시위에 관한 법률을 헌법에 위반되는 법률이라고 말할 수 없다.

2) 신고제가 대한민국 헌법에 위반하는지 여부 (소극)

□ 대법원 2004. 4. 27. 선고 2002도315 판결

집회 및 시위의 자유는 민주주의의 실현을 위하여 불가결한 중요한 기능을 가지고 있으나, 집단적인 형태로 의사표현을 할 수 있는 자유이기 때문에 공공의 안녕질서 내지 법적 평화와 갈등을 일으키게 될 위험성이 크므로, 집시법은 옥외집회·시위를 주최하고자

하는 자로 하여금 일정한 사항을 사전에 관할 경찰서장에게 신고하도록 규정(제6조 제1항)함으로써 신고를 받은 관할 경찰서장이 그 신고에 의하여 옥외집회 또는 시위의 성격과 규모 등을 미리 파악하여 적법한 옥외집회 또는 시위를 보호하는 한편, 옥외집회나 시위를 통하여 타인이나 공동체의 이익이 침해되는 것을 방지하여 공공의 안녕질서를 유지하기 위한 사전조치를 마련하도록 하고 있는바, 이는 집회 및 시위의 자유와 공공의 안녕질서가 적절하게 조화되기 위한 최소한의 조치이므로 이러한 신고 없이 이루어진 옥외집회 주최 행위를 처벌한다고 하여 그로 인하여 헌법상의 기본권이 침해되는 것은 아니다.

□ 헌법재판소 2009. 5. 28. 선고 2007헌바22 전원재판부 결정

구 집시법 제6조 제1항은 평화적이고 효율적인 집회를 보장하고, 공공질서를 보호하기 위한 것으로 그 입법 목적이 정당하고, 집회에 대한 사전신고를 통하여 행정관청과 주최자가 상호 정보를 교환하고 협력하는 것은 위와 같은 목적 달성을 위한 적절한 수단에 해당하며, 위 조항이 열거하고 있는 신고사항이나 신고시간 등은 지나치게 과다하거나 신고 불가능하다고 볼 수 없으므로 최소침해성의 원칙에 반한다고 보기 어렵다. 나아가 위 조항이 정하는 사전신고의무로 인하여 집회개최자가 겪어야 하는 불편함이나 번거로움 등 제한되는 사익과 신고로 인해 보호되는 공익은 법익균형성요건도 충족하므로 위 조항 중 ‘옥외집회’에 관한 부분이 과잉금지 원칙에 위배하여 집회의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

3) 사전신고 불이행 처벌이 위헌인지 여부 (소극)

□ 헌법재판소 2009. 5. 28. 선고 2007헌바22 전원재판부 결정

어떤 행정법규 위반행위에 대하여, 직접적으로 행정목적과 공익을 침해한 행위로 보아 행정형벌을 과할 것인가, 그리고 행정형벌을 과할 경우 그 법정형의 형종과 형량을 어떻게 정할 것인가는, 기본적으로 입법권자가 제반 사정을 고려하여 결정할 그 입법재량에 속하는 문제이다. 미신고 옥외집회의 주최는 직접적으로 행정목적을 침해하고 나아가 공익을 침해할 고도의 개연성을 띤 행위라고 볼 수 있으므로 이에 대하여 행정형벌을 과하도록 한 구 집시법

제19조 제2항이 집회의 자유를 침해한다고 할 수 없고, 그 법정형이 입법재량의 한계를 벗어난 과중한 처벌이라고 볼 수 없으며, 이로 인하여 신고제가 사실상 허가제화한다고도 볼 수 없다.

[재판관 조대현의 일부 반대의견]

구 집시법 제6조 제1항의 신고의무가 부과되는 옥외집회는 너무 광범위하다. 사회질서를 해칠 개연성이 있는지를 묻지 않고 신고의무를 부과하고, 또한 집회 여부를 48시간 전에 예측할 수 없는 우발적 집회나 긴급한 집회에 대하여 신고를 요구하는 것은 집회의 자유를 침해한다. 한편 협조의무인 옥외집회 신고의무를 이행하지 않았다고 하여 그 옥외집회가 사회질서를 침해하였는지 여부도 따지지 않고 형벌을 부과하는 구 집시법 제19조 제2항은 협조의무의 강도를 필요 이상으로 과중하게 부과하여 헌법 제37조 제2항에 위반된다.

[재판관 김중대의 일부 반대의견]

집회에 대한 신고의무는 단순한 행정절차적 협조의무에 불과하고, 그러한 협조의무의 이행은 과태료 등 행정상 제재로도 충분히 확보 가능함에도 구 집시법 제19조 제2항이 징역형이 있는 형벌의 제재로 신고의무의 이행을 강제하는 것은 헌법상 집회의 자유를 전체적으로 위축시키는 결과를 가져올 수 있고, 이는 신고제도의 본래적 취지에 반하여 허가제에 준하는 운용을 가능하게 하는 것이며, 미신고 옥외집회 주최자를 집시법상 금지되는 집회 또는 시위의 주최자와 동일하게 처벌하는 것은 법익침해의 정도가 질적으로 현저히 다른 것을 동일하게 처벌하는 것으로 국가형벌권 행사에 관한 법치국가적 한계를 넘어 지나치게 과중한 형벌을 규정한 것이다.

☞ 대한민국 헌법상 기본권인 표현의 자유 내지 집회의 자유와 관련하여, 신고제도는 이를 과도하게 제한하는 것은 아니다. 또한 그에 대한 규제로서의 형사처벌도 위헌이 아니다. 이에 대하여 일부 반대의견의 취지대로 사전신고제도를 처벌하는 것이 비례의 원칙 중 최소침해의 원칙에 반함을 지적하는 견해가 있다.⁶⁵⁾

65) 이회훈, “구 집회 및 시위에 관한 법률상 집회의 개념과 사전신고 및 미신고 집회 시 형벌규정에 대한 헌법적 평가 - 헌법재판소 2009. 5. 28. 2007헌바22 전원재판부 결정에 대한 비판을 중심으로”, 중앙법학 11집 3호(2009. 10.), 97.

4) 집회(集會)에서의 의견이 정당하다거나 집회의 위험성이 없을 경우
신고의무가 면제되는지 여부 (소극)

□ 대법원 1990. 8. 14. 선고 90도870 판결

옥외집회 또는 시위가 개최될 것이라는 것을 관할 경찰서가 알고 있었다거나 그 집회 또는 시위가 평화롭게 이루어진다 하여 집시법 소정의 신고의무가 면제되는 것이라고는 할 수 없으므로 소정의 신고서 제출 없이 이루어진 옥외집회 또는 시위를 사회상규에 반하지 아니하는 정당한 행위라고 할 수는 없다.

□ 판례평석⁶⁶⁾

이 조항(제6조 제1항)은 관할경찰서로 하여금 신고된 옥외집회나 시위를 보호하게 하고 다른 한편으로는 집회나 시위를 통하여 타인이나 공동체의 이익이 침해되는 것을 방지할 수 있도록 하기 위한 것이다. 이러한 신고행위를 통하여 당해관청은 집회나 시위를 순조롭게 진행되게 하고 아울러 적시의 신고로서 집회참가자와 타인이나 공동체의 이익이 충돌하는 것을 방지하기 위한 사전예방조치를 취할 수 있다. 여기서의 신고는 구체적으로 계획된 집회나 시위와 관련되어야만 한다. 신고의 내용으로서 우선 주최자 혹은 개최자가 누구인지를 밝혀야 하는바, 이것은 그 금지통고를 누구에게 송달할 것인가를 확정하기 위하여서도 필요하다. 그리고 장소와 시간에 관한 신고가 있어야 한다. 그래서 해당경찰서는 구체적으로 계획된 집회에 대한 여러 가지 필요한 정보를 가지고 있어야 하며 규범목적에 적합한 조치를 취할 수 있는 것이다. 그리고 집회의 목적이 밝혀져야 한다. 목적대상은 바로 집회의 안전을 뜻한다. 관할관청은 이로써 집회의 예상가능한 경과의 모습을 그려 볼 수 있다. 특히 주제의 현실성, 매력성, 시사성의 정도에 따라 참가자의 규모를 예상하고 그 집회가 특히 도발적이라면 이에 항의하는 반대시위 또한 예상할 수 있는 것이다. 위에서 본 **집회나 시위의 주최자나 개최자의 성격과 주소, 장소와 시간, 목적 및 안전 등은 집회나 시위의 신고에 있어서 본질적인 내용**이라 하겠다. 이러한 신고가 이루어지지 않는 경우에는 통상 공적이익의 침해가 예상되므로 집시법상의

66) 이주홍, “집회 및 시위에 관한 법률에서의 옥외집회의 신고”, 판례해설(14), 438~440.

신고의무규정은 필요하다 하겠다. (중략) 이에 대하여 신고제는 행정절차적 협조의무를 요구하는데 그쳐야 하므로, 대한민국 헌법상 집회의 자유가 보장되는 이상 단순한 행정절차적 협조의무에 불과한 신고를 하지 않았다는 이유만으로 당연히 불법집회, 시위가 되는 것은 아니고, 집회시위의 강제해산은 그것이 일반적인 금지행위에 저촉되거나(예컨대 금지된 시간과 장소에서 하거나 금지된 집회, 시위인 경우) 사회질서에 명백하고 현존하는 위협을 가져올 실질적 해악을 낳게 되었을 때 비로소 강제해산되어야 할 것이며, 만일 신고제하에서 신고없는 집회를 모두 불법집회화한다면 그 신고제는 그대로 허가제로의 변질을 가져오게 된다 할 것인바, 우리나라 헌법은 제21조 제2항에서 집회나 결사에 대한 허가는 인가되지 아니한다고 규정함으로써 사전허가제가 위헌임을 명백히 하였으므로 이 사건과 같이 비록 신고가 없더라도 경찰이 집회의 해산을 명하지 않고 경찰관이 그 집회를 통제하면서 주최측과 협의하여 평화롭게 집회를 마친 행위까지 처벌한다고 해석하게 되면, 이러한 법해석은 위헌적인 것이고, 따라서 이러한 경우에는 형식상으로는 구성요건에 해당하는 듯이 보이더라도 초범규적 위법성 조각사유 내지 처벌조각사유가 있는 것으로 보아 처벌할 수 없다는 견해가 있을 수 있다. 사실 집시법의 신고제가 사전허가의 성격을 띄고 있음은 부인할 수 없다. 그러나 서독헌법 제8조 제1항이나 미국헌법수정 제1조도 규정형식으로 보면 표현의 자유영역에서 일체의 허가제나 검열제를 배제하고 있음에도 불구하고 집회, 시위에 대해서 만큼은 판례와 법률에 의하여 일정한 조건하에서 사전제한이 가능한 것으로 해석, 운용되고 있다. 그리고 위 법의 취지는 그 집회가 평화롭게 진행되었느냐, 사회의 공공안녕질서를 침해하였느냐 하는 결과에 상관없이 당해관청이 사전에 집회 자체를 보호해 주기 위해, 그리고 무엇보다도 타인이나 공동체와의 이익충돌을 피하기 위하여 집회나 시위사실을 고지받아야 하고, 이는 법상으로 신고서라는 서면제출에 의하게 되어 있다. 그렇다면 아무리 당해집회가 폭행, 협박 등 법질서파괴를 목적으로 하지 않는 집회이고 관할경찰서의 보호속에서 해산됨이 없이 평화롭게 이루어졌으며, 또한 구법에서는 모든 평화적 집회가 신고에 구애됨이 없이 개최되었다 하더라도 이러한 미신고 집회행위가 사회상규에 합치되어 정당행위에 해당한다고 볼 수는 없다 하겠다.

□ 검토

경찰이 미리 알았고 또한 집회나 시위가 평화적으로 이루어진 경우 위험성(명백하고 현존하는 위험)은 없다고 볼 수 없는가, 즉 위법리는 시대에 뒤떨어진 것 아닌가라고 생각될 수 있다. 그러나 경찰관이 미리 알았다고 하더라도 집회나 시위가 신고되지 아니하였을 경우 ❶ 참가 예정인 단체와 인원, 시위의 경우 그 방법(집시법 제15조 제5, 6호)을 알 수 없어 집회의 규모나 목적 등을 파악하는 것은 불가능하고, 따라서 어느 정도의 경찰력으로 이에 대처할 것인지 곤란하다는 점, ❷ 다른 집회신고인과 동일 장소에서 집회가 경합될 수 있음에도 경찰이 이를 조율할 수 없다는 점, ❸ 집회 또는 시위가 평화롭게 이루어진다고 하여도 이는 미신고 행위 시 이미 발생하여 평가된 추상적 위험에 대한 사후적인 평가 내지 관찰에 불과하다고 볼 수 있는 점 등에서 위 판결을 수긍할 수 있다.

□ 대법원 2010. 2. 25. 선고 2008도9049 판결

집회 및 시위에 관한 법률이 옥외집회나 시위를 주최하려는 자로 하여금 일정한 사항을 사전에 관할 경찰서장에게 신고하도록 규정한 것은 관할 경찰서장이 그 신고에 의하여 옥외집회나 시위의 성격과 규모 등을 미리 파악하여 적법한 옥외집회나 시위를 보호하는 한편, 옥외집회나 시위를 통하여 타인이나 공동체의 이익이 침해되는 것을 방지하여 공공의 안녕질서를 유지하기 위한 사전조치를 마련하도록 하고 있는 것으로서(대법원 2004. 4. 27. 선고 2002도315 판결 등 참조), 옥외집회 또는 시위를 통하여 나타내고자 하는 의견이 정당한 것이라고 하여 위와 같은 신고의무가 면제되는 것이라고는 할 수 없다(대법원 1990. 8. 14. 선고 90도870 판결 등 참조).

□ 대법원 2011. 12. 22. 선고 2010도15797 판결【집시법위반】

그리고 집시법이 옥외집회나 시위를 주최하려는 이로 하여금 일정한 사항을 사전에 관할 경찰서장에게 신고하도록 규정한 취지는 관할 경찰서장이 그 신고에 의하여 옥외집회나 시위의 성격과 규모 등을 미리 파악하여 적법한 옥외집회나 시위를 보호하는 한편, 옥외집회나 시위를 통하여 타인이나 공동체의 이익이 침해되는 것을 방지하여 공공의 안녕질서를 유지하기 위한 사전조치를 마련하도록 하는 데 있다. 따라서 옥외집회 또는 시위를 통하여 나타내고

자 하는 의견이 정당한 것이라고 하여 위와 같은 신고의무가 면제 되는 것이라고 할 수 없다(대법원 2010. 2. 25. 선고 2008도9049 판결 등 참조).

원심은 그 채용증거에 의하여, 판시 단체의 회원 약 25명이 사무처장인 피고인 1의 주최로 2008. 3. 8. 09:00경 판시 미군종합훈련장 정문 앞에 기자회견을 하기 위하여 모인 사실, 이들은 같은 날 10:00경부터 12:20경까지 위 장소 부근에서 “북한침략 위한 전쟁연습 중단하라. 총을 내려라. 탱크를 멈춰라. 평화를 택하라. ○○○○○○ 훈련장 한미연합 제병합동훈련 규탄 기자회견”이라고 기재된 현수막과 같은 내용의 피켓 10여 개를 든 채 한미연합 군사훈련에 반대한다는 내용의 구호를 외친 사실을 인정하였다. 이를 토대로 원심은 위 기자회견이 집시법 제6조 제1항에 따라 사전 신고하여야 하는 옥외집회에 해당한다고 판단한 다음, 피고인 1은 이러한 사전 신고를 하지 아니하고 위와 같은 옥외집회를 주최함으로써 집시법을 위반하였다고 인정하였다.

원심판결 이유를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원심이 위와 같은 판단에 따라 이 사건 집시법 위반의 공소사실을 유죄로 인정한 조치는 정당하고, (이하 생략)

라. 미신고 옥외집회의 구성요건

위에서 집회의 개념을 ‘특정 또는 불특정 다수인이 공동의 의견을 형성하여 이를 대외적으로 표명할 목적 아래 일시적으로 일정한 장소에 모이는 것’이라고 정의하였다. 아래에서는 위 정의에 따라 옥외집회의 요건을 살펴본다.

1) 인원

집회가 성립하려면 몇 명이 모여야 하는가? 국가에 따라서는 3명 이상이 모여야 한다고 하는 입법례도 있으나(미국 일부 주의 경우), 판례는 2명이 모인 집회도 집시법상의 규제 대상이 된다고 본다. 1인 시위는 법적으로 시위가 아닌 것처럼,⁶⁷⁾ 1인 집회도 성립될 수 없다고 봄이 상당하다.

67) 이회훈(주 35), 46; 김도형, “현행 집시법의 운영실태상의 문제점과 법 개정 방향”, 사람생각(2003. 11.), 20.

□ 대법원 2012. 5. 24. 선고 2010도11381 판결

[판결요지]

구 집회 및 시위에 관한 법률(2007. 5. 11. 법률 제8424호로 전부 개정되기 전의 것)에 의하여 보장 및 규제의 대상이 되는 집회란 ‘특정 또는 불특정 다수인이 공동의 의견을 형성하여 이를 대외적으로 표명할 목적 아래 일시적으로 일정한 장소에 모이는 것’을 말하고, 모이는 장소나 사람의 다수에 제한이 있을 수 없으므로, **2인이 모인 집회도 위 법의 규제 대상이 된다고** 보아야 한다.

[판결이유]

구 집회 및 시위에 관한 법률(2007. 5. 11. 법률 제8424호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 집시법’이라 한다) 제2조 제3호에 의하면 ‘주최자’란 자기 명의로 자기 책임 아래 집회 또는 시위를 개최하는 사람 또는 단체를 의미하는 것으로, 구 집시법 제6조 제1항에 따라 사전신고를 요하는 시위의 주최자는 시위를 주창하여 개최하거나 이를 주도하는 자 또는 시위를 계획하고 조직하여 실행에 옮긴 자를 의미하는데, 미신고 옥외집회 또는 시위의 주최에 관하여 공동가공의 의사와 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통하여 그 실행을 공모한 자는 비록 구체적 실행행위에 직접 관여하지 아니하였더라도 다른 공범자의 미신고 옥외집회 또는 시위의 주최행위에 대하여 공모공동정범으로서의 죄책을 면할 수 없다(대법원 2011. 9. 29. 선고 2009도2821 판결 등 참조).

원심은 그 채용 증거에 의하여, 피고인 1이 2006. 12. 20.자 및 2007. 2. 12.자 공소사실 기재 각 집회 개최 결정 및 집회 진행에 관여한 정도, 그 지위와 역할 등에 관하여 그 판시와 같은 사정을 인정한 다음, 그 인정 사실에 의하면 피고인 1이 공소외 1과 공동으로 위 각 집회를 주최한 주최자이거나 위 각 집회의 일부 실행을 맡아 관리하도록 위임받는 주관자의 지위에 있었다고 보아야 한다고 판단하였다.

위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 채증법칙 위반이나 주최자의 개념에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

[집시법위반 해당 부분 사실관계]⁶⁸⁾

피고인 4는 전국금속노동조합(이하 ‘금속노조’라고 함) ◇◇◇◇지부 공소외 5 주식회사 지회장이고, 피고인 5는 금속노조 서울지부 공소외 4 주식회사 지회장이다.

피고인들은 위 회사들이 실시한 대량의 정리해고가 부당하다는 주장을 널리 알리기 위해 무기한 고공농성 투쟁을 전개하기로 결의하고, 2008. 10. 15. 04:00경 서울 마포구 망원동 205에 있는 **한강시민공원 망원지구 송전탑 지상 약 40미터지점 간이휴게소**에 올라가 “10년 연속 흑자기업 해외투자로 자본유출, 죽어가는 국내 노동자” “정리해고 분쇄, 민주노조 사수, 생존권 쟁취”라고 적힌 플래카드를 내걸고, 널빤지와 비닐 등을 이용한 간이천막을 설치한 후 2008. 11. 13. 14:00경까지 고공농성을 전개하였고, 관할경찰서장에게 이를 신고하지 않았다.

피고인들이 점거한 송전탑은 서울 양천구 일대의 전기를 공급하는 154,000볼트 특고압 송전선이 설치된 곳인데, 한국전력공사는 피고인들의 감전사고 등을 우려하여 위 송전탑의 선로를 이용하지 못하고 우회선로로 전력을 공급하였다.

결국, 피고인들은 공모하여 위력으로 피해자 한국전력공사의 전력 공급업무 및 송전탑 관리업무를 방해하고, **미신고 옥외집회** 및 야간 옥외집회를 주최하였다.

- 대법원 1983. 11. 22. 선고 83도2528 판결 【국가보안법위반, 집시법위반】
원심이 집회 및 시위에 관한 법률 제3조의 집회란 특정 또는 불특정 다수인이 특정한 목적 아래 일시적으로 일정한 장소에 모이는 것을 말하고 그 모이는 장소나 사람의 다수에 제한이 있을 수 없다 하여 피고인이 참여하였던 원주교구교육원에서의 의식화 학습 교육모임 역시 집회로 보고, 그 교육내용이 판시와 같은 점에 비추어 현저히 사회적 불안을 야기시킬 우려가 있는 집회라고 단정한 조치 역시 정당한 것으로 보여지고 거기에 소론의 위법이 있다고 할 수 없다.

68) 서울서부지법 2009. 7. 10. 선고 2008고단2426, 2009고단498 판결 중 해당 부분 참조.

○ 이 사건에의 적용

이 사건의 경우 피고인을 포함하여 9명 가량이 집회에 참가하였다. 따라서 인원 요건은 충족된다.

2) 공동의 목적

공동의 의견을 형성하여 대외적으로 표명하는 것을 목적으로 하여야 한다. 공동의 목적이란 **내적 유대관계를 전제**로 하는 것이다. 가령 기자회견은 ‘어떤 사건이나 현상에 대하여 신문, 통신, 방송과 같은 대중 매체를 통하여 그 내용을 설명하거나 해명하려고 기자들을 불러모아서 개최하는 담화나 모임’⁶⁹⁾으로서 이와 같은 순수한 의미의 기자회견에는 모임 참가자들 사이에 ‘내적인 유대관계’가 결핍되어 있다고 할 것이므로 집회라고 볼 수 없다. 다만 전후 사정을 종합하여 공동의 목적을 인정할 수 있다면 기자회견의 형식을 취하였다 하더라도 집회라고 볼 수 있다(후술하는 **2007도1649 판결** 참조).

□ 대법원 2008. 6. 26. 선고 2008도3014 판결【집시법위반】

구 집회 및 시위에 관한 법률(2007. 5. 11. 법률 제8424호로 전부 개정되기 전의 것)이 적법한 집회 및 시위를 최대한 보장하고 위법한 시위로부터 국민을 보호함으로써 집회 및 시위의 권리의 보장과 공공의 안녕질서가 적절히 조화되게 함을 그 목적으로 하고 있고(제1조), 집회 그 자체의 개념에 관하여는 아무런 정의규정을 두고 있지 않으면서도 시위에 관하여는 **다수인이 공동목적**을 가지고 도로·광장·공원 등 공중이 자유로이通行할 수 있는 장소를 진행하거나 위력 또는 기세를 보여 불특정 다수인의 의견에 영향을 주거나 제압을 가하는 행위를 말한다고 정의하는 한편(제2조 제2호), 그 제3조 이하에서 옥외집회를 시위와 동렬에서 보장 및 규제하고 있는 점에 비추어 볼 때, 위 법률에 의하여 보장 및 규제의 대상이 되는 집회란 ‘특정 또는 불특정 다수인이 **공동의 의견을 형성하여 이를 대외적으로 표명할 목적** 아래 일시적으로 일정한 장소에 모이는 것’을 말한다고 봄이 상당하다.

69) NAVER 국어사전.

원심은 그 채택 증거들을 종합하여, 피고인들이 평택시 팽성읍 대추리 소재 평화공원에서 개최될 예정이던 ‘주한미군확장이전반대 제4차 범국민대회’가 사전신고가 없었음을 이유로 경찰에 의해 사전봉쇄되고 새로운 집회장소로 고지받은 같은 읍 본정리 소재 농협 앞으로의 진입마저 여의치 않게 되자 같은 리 소재 신정감리교회에 잠시 머물게 된 사실 등 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 그 인정 사실만으로는 피고인들이 이 사건 공소사실과 같이 당시 신정감리교회에서 **미군기지 이전 반대의 의사표현을 위한 집회**에 참석 중이었다고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없으며, 오히려 그 인정 사실에 의하면 단지 피고인들은 원래 예정된 집회에 참가하기 위한 준비단계에 있었다고 봄이 상당하고, 그러한 피고인들의 행위는 위 법률에 의한 해산명령의 대상인 집회에 해당하지 않는다는 이유로, 역시 같은 취지에서 이 사건 공소사실에 관하여 무죄를 선고한 제1심판결을 그대로 유지하였는바, 위의 법리와 기록에 의하여 살펴보면, 이러한 원심의 조치는 옳고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 채증법칙 위배나 집회의 개념에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

□ 헌법재판소 2009. 5. 28. 선고 2007헌바22 전원재판부 결정

구 집회 및 시위에 관한 법률(2007. 5. 11. 법률 제8424호로 전부 개정되기 전의 것)에 의하여 보장 및 규제의 대상이 되는 집회란 ‘특정 또는 불특정 다수인이 공동의 의견을 형성하여 이를 대외적으로 표명할 목적 아래 일시적으로 일정한 장소에 모이는 것’을 말하고 (이하 생략)

○ 이 사건에의 적용

이 사건에서 피고인을 비롯한 참가자들은 ‘청년실업 해결하라’는 공동의 목적을 가지고 있었고 이를 외부로 표명하였다. 즉 내적 유대관계를 갖고 있었다. 따라서 공동의 목적 요건도 충족된다.

3) 주최자에 의한 계획·조직

□ 대법원 1991. 4. 9. 선고 90도2435 판결

사전 신고의무가 있는 옥외집회 또는 시위의 “주최자”라 함은 자기

명의로 자기 책임 아래 집회 또는 시위를 개최하는 사람 또는 단체를 말하는 것인바, 피고인들이 위 “가”항의 범국민대토론회에 참석하려고 2시간 가까이 노력하였으나 학교당국과 경찰의 정문출입 봉쇄로 뜻을 이루지 못하게 되자, 심한 모멸감으로 격분하여 학교당국과 경찰에 항의하는 의미로, 위 집회에 참석하려던 다른 사람들과 함께 즉석에서 **즉흥적으로 약 20분간의 단시간 내에** 그 당시 일반적으로 성행하던 구호와 노래를 제창하였을 뿐이라면, 위 시위가 사전에 피고인들에 의하여 **계획되고 조직된 것이 아니고**, 다만 피고인들이 위와 같은 경위로 우연히 위 대학교 정문 앞에 모이게 된 다른 사람들과 함께 즉석에서 **즉흥적으로** 학교당국과 경찰의 제지에 대한 항의의 의미로 위와 같이 시위를 하게 된 것인 만큼, **비록 그 시위에서의 구호나 노래가 피고인들의 선창에 의하여 제창되었다고 하더라도, 그와 같은 사실만으로는 피고인들이 위 시위의 주최자라고는 볼 수 없다고** 할 것이므로 피고인들이 옥외집회 또는 시위를 주최하고자 하는 자로서 같은 법 제6조 제1항의 규정에 위반하여 집회 또는 시위를 주최하였다고 할 수 없다고 본 사례.

이 사건과의 비교: 이 사건은 피고인이 주최자로서 계획하고 조직한 것으로, 위 판결과 같이 즉흥적·우발적으로 단시간 내에 이루어진 것은 아니라는 점에서 차이가 있다.

□ 대법원 2009. 7. 9. 선고 2007도1649 판결【집시법위반】

피고인이 특정 단체의 회원 약 10명과 함께 정당 대표의 자택 앞에서 과거청산에 관한 입법을 촉구하는 구호를 외치고 기자회견문을 배포한 뒤 정당 대표의 차량의 진행을 방해하는 등의 방법으로 약 25분에 걸쳐 옥외집회를 개최한 사안에서, 그 집회는 구 집회 및 시위에 관한 법률(2007. 5. 11. 법률 제8424호로 전부 개정되기 전의 것)상 신고의무의 대상인 ‘집회’에 해당한다고 한 사례.

이 사건과의 비교: 위 판결 사안도 약 25분에 걸쳐 이루어진 것으로 단시간에 종료되었다는 점, 미리 계획되어 이루어졌다는 점에서 공통점이 있다(이 점에서 90도2435 판결과 다르다). 이 사건에서 플래시 몹이라고 하여 일반적으로 허용된다고 할 경우 대다수의 집회가 ‘플래시 몹’이라는 미명 아래 신고의무를 잠탈하는 것을 막을 방법이 없게 될 수 있다.

○ 이 사건에의 적용

[사실관계]

피고인은 2010. 3. 27. 인터넷 다음 카페에 다음과 같이 공지하였다.

<청년유니온 Action Day - 우리 지금 만나!>

어디서? 서울 명동 예술극장앞

언 제? 4월 4일 오후 1시~1시 30분

어떻게? 하고 싶은 퍼포먼스 준비를 본인이 직접 해오셔야 합니다. 단 일반
분들이 누가? 무엇을? 왜? 하고 있는지 알기 쉽게 선전물을 청년유
니온에서 제공합니다.

위와 같은 내용을 보면 이 사건 퍼포먼스는 주최자인 피고인이 계획하고
조직한 것으로서, 이에 관한 요건도 충족된다고 할 것이다.

4) 일정한 장소에 모일 것

일정한 장소에 모이지 않는 것이라면(가령 온라인상의 회합), 이는 집회
에 해당하지 않는다. 그러나 이 사건 집회는 ‘명동 예술극장 앞 사람들이
통행하는 보도’ 위에서 이루어졌다.

문제는 위 미국 판례에서 살펴보았듯, public forum 이론이 적용되어 이
사건 집회장소가 ‘공공의 장소’이기 때문에 가능하면 넓게 허용하여, 이런
장소에서의 집회는 집시법상의 집회가 아니라고 보아야 하는가, 혹은 가능
하다면 신고의무가 면제되는 집회라고 해석하여야 하는가이다.

2007헌바22 반대의견의 취지대로, 우발적 집회나 긴급집회의 경우에도
신고의무를 부과하는 것은 위헌이라고 볼 수도 있다.⁷⁰⁾ 이에 대하여 우발
적 집회 혹은 긴급집회에 해당한다고 하여 신고의무 면제의 예외를 일률적
으로 인정할 경우 공권력의 질서유지 역할이 모호해질 뿐 아니라, 예외규
정의 적용기준을 명백히 정하기도 어려운 일이기 때문에 현재대로 유지하
는 것이 바람직하다는 견해가 있다.⁷¹⁾

70) 현재 2007헌바22 반대의견; 이회훈(주 65), 97.

71) 조병인(주 34), 253.

살피건대 우발적 집회의 경우 주최자를 인정할 수 없기 때문에 신고의무를 부담하는 자가 존재할 수 없다는 점에서, 긴급집회의 경우 사전신고가 기대불가능하다는 점에서 일반 형사법리에 의하여 불가별이 될 수 있다. 즉 우발적 집회나 긴급집회라고 하여 일률적으로 이를 허용하기보다는 구체적인 사안에서 사법심사를 통하여 이를 허용하는 것으로 족하다고 생각된다. 또한 위 public forum 이론은 위헌성의 심사에 적용되는 것이고, 미국의 경우에도 사전허가를 합헌으로 보며, 우리나라에서도 2007헌바22 결정의 다수의견에서 보듯 사전신고제 및 그에 대한 형벌규정이 위헌은 아니므로, 설사 피고인이 이 사건 집회를 개최한 장소가 '명동예술극장 앞 사람들이 통행하는 보도' 위로서 전통적으로 의사표현이 허락되어 오던 장소(traditional public forum)라 하여 신고의무가 면제된다고 볼 수는 없다고 생각된다.

따라서 이 사건의 경우 일정한 장소에 모였다는 점은 인정되므로 이 요건도 충족된다.

5) 미신고

가) 신고가 없을 것

법 제6조에 정한 신고를 하여야 한다. 집회는 허가제가 아니라 신고제이기 때문에 일정한 요건을 갖춘 경우 반드시 수리하여야 한다. 문제는 요건 불비가 없음에도 수리되지 않을 경우, 그 신고 반력행위의 효력이다. 즉 반력행위에도 불구하고 신고가 있었다고 볼 것인가, 아니면 신고가 없었다고 볼 것인가?

나) 신고 수리 거부행위가 위법할 경우 그 효력

- **당연무효의 경우:** 신고 수리 거부행위가 당연무효라면 신고는 이루어진 것으로 보는 것이 타당할 것이다.

- **단순위법의 경우:** 문제는 신고 수리 거부행위가 단순위법한 경우이다. 단순위법한 경우 신고가 이루어진 것으로 볼 것인가, 이루어지지 않은 것으로 볼 것인가가 문제 된다. 행정행위의 공정력과 관련하여 문제 될 수 있으나, 설사 미신고 상태에서 집회를 열었다고 하더라도 신고 수리 거부

행위가 위법하다는 공권적 판단이 내려질 때까지는 효력을 부정할 수 있으나, 그러한 공권적 판단이 내려질 경우 그 집회는 소급하여 신고된 집회로 보아야 할 것이다. 이에 대하여는 견해의 대립이 가능하다.

□ 대법원 2008. 1. 31. 선고 2007도9220 판결 【도로교통법위반(무면허운전)】

특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(도주차량)으로 운전면허취소처분을 받은 자가 자동차를 운전하였다고 하더라도 그 후 피의사실에 대하여 무혐의 처분을 받고 이를 근거로 행정청이 운전면허취소처분을 철회하였다면, 위 운전행위는 무면허운전에 해당하지 않는다고 한 사례⁷²⁾

○ 이 사건에의 적용

이 사건에서는 아예 신고행위가 없었다. 따라서 미신고 요건은 충족되었다.

6) 결과반가치 ⇒ 위험성 요건을 갖추어야 하는가?

가) 위험성 요건의 요부

위 헌법재판소의 판시내용에 나와 있듯 집회의 자유는 최대한 보장되어야 할 자유이다. 따라서 집시법에서 규제하는 미신고 옥외집회가 성립하려면 위에서 살펴본 형식적인 요건 외에 위험성을 갖추어야 한다. 미신고 옥외집회도 공공의 안전을 보호법익으로 하는 추상적 위험범이라고 보아야 하기 때문이다.⁷³⁾

통상적으로 추상적 위험범은 거동만으로, 즉 행위 자체만으로 인정된다고 보는 것이 일반적이다. 견해에 따라서는 구체적 위험범에 있어서는 위험의 발생이 구성요건요소이기 때문에 위험에 대한 인식이 고의의 내용이 되고 있음에 반하여, 추상적 위험범에 있어서는 위험은 범죄의 요소가 아

72) 이 판례를 행정행위의 공정력과 관련하여 비판하는 견해로는, 김중권, “행정행위의 공정력과 취소판결의 소급효 간 충돌에 관한 소고”, 법률신문 3634호(2008. 3.) 15 참조.

73) 집회및시위에관한법률 제11조 제1호 중 “각급법원” 부분에 관한 위헌제청신청사건에 대하여 헌법재판소는, 법원을 대상으로 하지 않는 경우, 대규모 집회 또는 시위로 확산될 우려가 없는 경우, 휴일의 경우에도 법원 인근에서 집회를 하더라도 추상적 위험은 발생될 수 있다는 이유로, 합헌으로 판단하였다. 헌법재판소 2005. 11. 24. 선고 2004헌가17 전원재판부 결정 참조.

니라고 본다.⁷⁴⁾ 그러나 형법상 행위가 처벌되는 이유는 행위반가치뿐만 아니라 결과반가치도 함께 평가되기 때문이다. 따라서 행위자체에 위험성이 전무하다면 그러한 행위는 결과반가치의 결여로 불가벌이라고 보아야 한다. 즉 행위반가치뿐만 아니라 결과반가치도 존재하여야 한다.

그렇다면 2인 이상 모인 집회, 그것도 정치적·사회적 이슈를 가진 집회가 추상적 위험성이 없는 경우는 어떠한 경우일까? 이는 제반정황을 고려하여야겠지만, 특히 그 집회의 성격이나 주최자, 참여자의 개성에 따라 달라질 수 있을 것으로 생각한다. 집회의 위험성은 군집에 따른 군중화의 가능성, 그에 따른 사유재산권의 침해 및 타인(사유재산권권, 동일 장소에서 집회하려는 자, 정치적 입장이 다른 자 등)의 기본권과의 충돌에 따른 공공안전의 침해 가능성 등이다. 사전신고를 요하는 이유는, ❶ 집회의 규모나 목적 등을 파악하여 어느 정도의 경찰력으로 이에 대처할 것인지 파악할 필요성이 있다는 점, ❷ 다른 집회신고인과 동일 장소에서 집회가 경합될 수 있고 경찰이 공공질서의 안녕을 위하여 이를 조율할 필요가 있다는 점 등 때문이다.

정상인이 2인 이상 모였고 그들의 목적이 뚜렷하며, 그것이 외부로 공표되어지는 상황이라면 위와 같은 위험성이 없다고 볼 수 없고, 따라서 그러한 행위 자체만으로 추상적 위험은 인정된다고 보아야 하지 않을까 생각된다.⁷⁵⁾ 이러한 위험성의 존재 때문에 주최자는 이를 사전에 신고하여 행정적 차원에서 이에 대비하게 하여야 하는 것이다. 그러한 위험이 전무 내지 미약하다거나 사회적으로 허용된 범위일 경우(통상 집시법 제15조가 규정된 경우가 그 예일 것이다)에만 입법재량에 의하여 신고의무가 면제되었다고 보는 것이 타당할 것이다.⁷⁶⁾

74) 이재상, 형법총론, 박영사(2012), 72; 김성돈, 형법총론, SKKU(2009), 113.

75) 추상적 위험도 없는 경우를 상정한다면, 배타적 점용허가를 받은 국·공유지로서 외래인이 없는 곳에서 이루어지는 집회를 들 수도 있을 것이다. 가령 지리산 국립공원에서 국·공유지를 배타적으로 점용허가 받아 작물을 재배하는 자가 인접지 재배자와 2명에서 집회를 연다면, 과연 위험성이 있다고 볼 수 있을까? 물론 위험성이 있다는 반대견해도 가능할 것이지만 위험성이 없다고 보는 것이 상식에 맞지 않을까 생각한다.

76) 물론 추상적 위험범의 입법형식은 현대 위험사회에서 법익 보호를 위한 입법자의 寵兒일 수는 있겠으나[김성돈(주 74), 113], 무한한 확장은 필요 이상의 자유를 제약할 수 있다.

플래시 몹이나 퍼포먼스에 의한 경우에도 마찬가지라고 생각된다.⁷⁷⁾ 공공의 안전 침해 가능성을 배제할 수 없다면 역시 추상적 위험은 갖춘 것으로 보아야 하지 않는가 생각된다. 다만 집시법 제15조에 해당할 여지가 클 뿐이다.

물론 ‘명백하고 현존하는 위험’의 원칙에 의하여 위험성의 요건을 제한하여 해석할 수도 있을 것이다(해산명령불응에 대한 **대법원 2011. 10. 13. 선고 2009도13846 판결**⁷⁸⁾). 그러나 이와 같은 해석은 위 **90도870 판결**과 배치된다.

○ 이 사건에의 적용

따라서 이 사건의 경우에도 집회의 경합 가능성, 군집 가능성을 배제할 수 없는 이상 추상적 위험이 발생할 가능성이 없다고 볼 수는 없을 것이다. 따라서 결과반가치로서 추상적 위험의 요건을 갖추었다고 볼 것이다. 결국 미신고 옥외집회의 구성요건해당성은 충족된다고 보인다. 단지 집시법 제15조의 해당 여부에 따라서 예외적으로 신고의무가 면제되는 집회인지 여부가 문제 될 수 있다.

마. 제15조의 적용 가능성

1) 집시법 제15조의 성격

타인의 기본권이나 공공의 안녕질서의 침해가능성이 약한 학문·예술·

77) 외국의 경우에도 Flash mob의 처벌가능성이 부정되지는 않는다. 가령 앞서 살펴본 Oberwetter v. Hilliard, 639 F. 3d 545(2011) 참조.

78) **2009도13846 판결**[집회 및 시위에 관한 법률(이하 ‘집시법’이라 한다)상 일정한 경우 집회의 자유가 사전 금지 또는 제한된다 하더라도 이는 다른 중요한 법익의 보호를 위하여 반드시 필요한 경우에 한하여 정당화되는 것이며, 특히 집회의 금지와 해산은 원칙적으로 공공의 안녕질서에 대한 직접적인 위협이 명백하게 존재하는 경우에 한하여 허용될 수 있고, 집회의 자유를 보다 적게 제한하는 다른 수단, 예컨대 시위 참가자수의 제한, 시위 대상과의 거리 제한, 시위 방법, 시기, 소요시간의 제한 등 조건을 붙여 집회를 허용하는 가능성을 모두 소진한 후에 비로소 고려될 수 있는 최종적인 수단이다. 따라서 사전 금지 또는 제한된 집회라 하더라도 실제 이루어진 집회가 당초 신고 내용과 달리 평화롭게 개최되거나 집회 규모를 축소하여 이루어지는 등 타인의 법익 침해나 기타 공공의 안녕질서에 대하여 직접적이고 명백한 위협을 초래하지 않은 경우에는 이에 대하여 사전 금지 또는 제한을 위반하여 집회를 한 점을 들어 처벌하는 것 이외에 더 나아가 이에 대한 해산을 명하고 이에 불응하였다 하여 처벌할 수는 없다].

체육·종교 등의 집회를 제한할 필요성이 적다는 취지에서 규정한 것이라고 해석된다.⁷⁹⁾

가) 관련 판례

□ 대법원 2005. 5. 12. 선고 2005도1543 판결【경범죄처벌법위반·일반교통방해·집회및시위에관한법률위반】

원심판결 이유에 의하면, 원심은 채용 증거들에 의하여, 2001. 6. 14. 20:00부터는 이 사건 장소에서 ‘주한미군 없는 평화세상을 여는 열린음악회’가 개최되었던 사실, 위 열린음악회가 시작되자 참가자들은 종이컵을 이용하여 촛불을 들고 있었고, 같은 날 20:30경에는 불법건축물철거대책위원장인 공소외 1이 ‘용산동5가 미8군 내 불법 변전소가 철거될 때까지 시민연대와 함께 투쟁할 것이다’라는 취지의 발언을 하고, 공소외 2가 ‘기름유출에 의한 환경 파괴를 비판하고 쓸모없는 무기를 처분하기 위해 우리에게 협박하고 있다’는 취지의 발언을 한 사실, 위 열린음악회는 공소외 3의 사회로 각 참가자들이 차례로 나와 이야기를 한 후 노래를 부르고 들어가는 방식으로 진행되었던 사실 등 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 비록 이 사건 집회가 ‘열린음악회’라는 명칭하에 진행되었고 그 성격에 있어서도 참가자들의 노래자랑 행사로서의 성격이 포함되어 있었다고는 하더라도, 당시의 제반 정황에 비추어 보면 위 집회는 순수한 의미의 음악회 행사였다고 보기는 어렵고, 음악회라는 형식을 빌어 미군의 환경파괴행위를 규탄하는 등 자신들이 주장하고자 하는 바를 전달하고자 하는 목적에서 개최된 집회였다고 봄이 상당하므로, 위 집회는 집회 및 시위에 관한 법률 제13조에 의해 일몰 후의 옥외집회가 허용되는 예술, 친목 또는 오락에 관한 집회에 해당하지 않는다고 판단하였는바, 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 집회 및 시위에 관한 법률 위반죄의 법리를 오해하거나 사실을 오인한 위법이 있다고 할 수 없다.

나) 집시법 제15조의 체계적 지위

집시법 제15조의 성격을 어떻게 파악할 것인가? 이는 구성요건해당성을

79) 강태수, “집회의 자유”, 정천 허영 박사 화갑기념논문집(1997), 282; 황교안, “집회·시위법 해설”, 박영사(2009), 169.

조각하는가, 아니면 위법성을 조각하는가? 집시법 제15조에 정한 행위가 위법성이 없는 행위라고 볼 수는 없을 것이다. 다만 앞서 언급했듯 위법성의 정도가 통상의 집회보다 적기 때문에 신고의 대상으로 삼지 아니한 것이다. 따라서 신고의무가 면제되는 집시법 제15조의 지위는 2가지 견해로 나뉠 수 있다.

❶ 구성요건해당성 조각설: 집시법 제15조에 규정된 학문·예술 등의 집회는 그 위법성이 구성요건해당성을 충족시키기에 부족한 경우이므로, 이는 구성요건해당성을 조각시키는 사유라는 입장이다.

❷ 위법성 조각설: 집시법 제15조에 정한 집회라 하더라도 위법성은 존재하는 것이고, 다만 그러한 행위가 사회상규에 비추어 일반적으로 허용되어 왔기 때문에 이를 허용한다는 입장이다.

❸ 검토: 집시법 제15조에 규정된 “학문, 예술, 체육, 종교, 의식, 친목, 오락, 관혼상제(冠婚喪祭) 및 국경행사(國慶行事)에 관한 집회”의 경우 일반적으로는 위법성이 적기 때문에 신고의무가 면제된 것이므로, 이는 구성요건이 조각되는 경우라고 보아야 할 것이다. 다만 국경행사에 관한 집회의 경우 이는 위법성이 적다고 보기는 어려울 것이다. 왜냐하면 300명의 인원이 국군의 날에 모여서 목총을 가지고 군인과 같은 흉내를 내면서 집회를 한다면 거기에는 위법성이 없다고 볼 수 없을 것이기 때문이다. 그 외에 “학문, 예술, 체육, 종교, 의식, 친목, 오락, 관혼상제(冠婚喪祭)에 관한 집회”의 경우에도 마찬가지로 볼 수 있다. 그 경우에도 일반적으로는 위법성이 적겠지만 모인 인원이나 구체적인 목적에 따라서는 일반 집회와 동일한 위험을 창출하는 경우가 있을 수 있을 것이다. 다만 그러한 경우에도 그러한 위험이 사회통념상 예견되는 위험(허용된 위험)일 경우에는 구성요건해당성이 조각된다고 보아야 할 것이다.⁸⁰⁾ 사회통념상 예견되는 위험을 넘어선

80) 가령 PSY가 백댄서 2명과 함께 강남 한복판에서 ‘강남스타일’이라는 노래를 부르면서 그곳에 지나가는 행인들로 하여금 동참하도록 유도하여 그 일대 교통이 마비되는 상태에 이르게 하였을 경우 위법성은 분명히 인정될 수 있다. 다만 1곡을 부르는 것으로 종료되었다면 이는 제15조에 해당한다고 볼 수 있을 것이다. 즉 집시법 제15조의 성격을 갖추었을 경우에는 구성요건해당성 조각사유가 된다고 보아야 할 것이다. 만약 PSY가 자신의 발표곡 전부를 부르

경우에는 일반 형법이나 집시법상 해산명령규정에 의하여 규율하면 족하다고 생각된다. 결국 상황에 따라 구성요건이 조각된다고 보거나 위법성이 조각된다고 사료된다.

다) 집시법 제15조의 포섭범위에 관한 해석

❶ 좁게 해석하는 견해[집회에 오로지 제15조의 성질만 있어야 함]: 신고 의무를 면제한 집회는 원칙적인 법현상이 아니라 예외적인 법현상이므로 엄격하게 해석하여야 한다. 제15조의 성질 이외의 것이 섞여 있다면 이는 신고면제의 대상이 될 수 없다.

❷ 넓게 해석하는 견해[집회에 ‘본질적으로’ 제15조의 성질만 갖추면 됨 = 본질설(실질설)]: 집회의 자유는 민주주의 질서에서 여론형성 기능을 고려할 경우, 가장 기본적인 권리 중 하나이므로 넓게 보장되어야 한다. 따라서 제15조에 규정한 집회로서의 본질(실질)을 벗어나는 경우에만 신고의무가 면제되지 아니한다고 보아야 한다. 따라서 본질적인(주된) 것이 예술(퍼포먼스), 오락(플레이시 몹)인 집회의 경우, 즉 다른 의도가 예술, 오락에 묻힐 정도의 집회라면⁸¹⁾ 이는 제15조에 해당한다고 보아야 한다. 집회·결사의 자유가 있고, 신고제는 행정목적이 주된 것인바, 어설픈 퍼포먼스로서 별다른 위해가 없음에도 단지 신고가 없었다는 이유로 그 행위를 처벌하는 것은 국격에도 해를 준다. 주변에서 관찰할 때 심각성이 아니라 유희성(가령 ‘킵킵거림’)이 앞선다면 이는 예술, 오락의 범주에 속할 수 있다. 위 2005도 1543 판결에 나타난 설시를 확장시켜서 포섭범위를 더 확대해야 한다.

면서 상당한 시간 그 일대 교통을 마비시켰다면 어떠한가? 이에 대하여는 견해가 대립될 수 있다. ❶ 집시법 제15조의 본질에 관해 위법성 조각설의 입장에서, 집시법 제15조에 해당하는 성격의 것이라 하더라도 구성요건이 조각되지 않는다는 견해가 있을 수 있다. 집시법 제15조에 해당하는 것만으로는 부족하고 그것이 형법 제20조의 일반요건도 갖추어야 위법성이 조각된다는 것이다. 즉 오락·예술적 성격의 집회라고 하더라도 그것이 현실적 위험을 발생시켰을 경우 집시법 제15조의 요건 외에 형법 제20조의 요건도 충족하여야 한다는 견해이다. 이에 대하여 ❷ 구성요건해당성 조각설에 의할 경우에는 이러한 행위는 집시법의 사전신고 의무 위반에 의하여 처벌될 수는 없고, 그러한 행위가 야기한 위험에 따라 사회적 법익에 관한 죄(가령 형법 제185조 일반교통방해죄 등)가 성립되거나 해산명령이 가능할 뿐이라는 견해가 있을 수 있다.

81) 가령 연극 형식으로 집회를 갖고 일부 대사 중 정치적인 발언이 있고, 그 비중이 크지 않을 경우가 이에 해당할 것이다.

자신의 행위가 신고의무가 면제된 집회라고 인식함에 대하여 정당한 사유가 있을 경우에는 형법 제16조의 법률의 착오 해당 여부만이 문제 될 뿐이다.

㉓ 가장 넓게 해석하는 견해(집회 자체에 부차적으로 제15조의 성질을 갖추면 되나, 다만 ‘현존하고 명백한 위험’이 없어야 함): 집회의 자유가 갖는 여론형성 기능 등을 고려하여 제15조에 해당하는 경우를 폭넓게 보아서 그 포섭의 범위를 넓혀야 한다. 신고제를 존치한 본질을 해하지 않는다면 제15조에 포섭되도록 하여야 한다. 설사 제15조에 해당하는 내용이 그 집회에서 본질적인 것이 아니라 부차적·부수적인 것이라고 하더라도 이는 제15조에 의하여 허용되는 집회로 포섭해야 한다. 해산명령불응에 대한 판결(위 2009도13846 판결, 대법원 2012. 4. 19. 선고 2010도6388 전원합의체 판결⁸²⁾)에 나타나 있는 바와 같이, 현존하고 명백한 위험이 존재하는 경우가 아닌 한, 그 집회가 제15조의 성격을 일부 갖고 있을 경우 이는 처벌할 수 없다고 보아야 한다. 우리나라 구 집시법(1973. 3. 12. 법률 제2592호로 일부 개정된 것) 제9조는 “학문, 예술, 체육, 종교, 의식, 친목, 오락, 관혼상제 및 국경행사에 관한 집회에는 제4조 내지 제8조의 규정을 적용하지 아니한다. 다만 그 본래의 목적을 이탈하는 행위로서 공공의 안녕질서를 문란케

82) 2010도6388 전원합의체 판결 [다수의견] 집회의 자유가 가지는 헌법적 가치와 기능, 집회에 대한 허가 금지를 선언한 헌법정신, 옥외집회 및 시위에 관한 사전신고제의 취지 등을 종합하여 보면, 신고는 행정관청에 집회에 관한 구체적인 정보를 제공함으로써 공공질서의 유지에 협력하도록 하는 데 의의가 있는 것으로 집회의 허가를 구하는 신청으로 변질되어서는 아니 되므로, 신고를 하지 아니하였다는 이유만으로 옥외집회 또는 시위를 헌법의 보호 범위를 벗어나 개척이 허용되지 않는 집회 내지 시위라고 단정할 수 없다. 따라서 집회 및 시위에 관한 법률(이하 ‘집시법’이라고 한다) 제20조 제1항 제2호가 미신고 옥외집회 또는 시위를 해산명령 대상으로 하면서 별도의 해산 요건을 정하고 있지 않더라도, 그 옥외집회 또는 시위로 인하여 타인의 법익이나 공공의 안녕질서에 대한 직접적인 위험이 명백하게 초래된 경우에 한하여 위 조항에 기하여 해산을 명할 수 있고, 이러한 요건을 갖춘 해산명령에 불응하는 경우에만 집시법 제24조 제5호에 의하여 처벌할 수 있다고 보아야 한다.

[대법관 전수안의 반대의견] 미신고 집회에 대한 해산명령은, 그 집회로 인하여 타인의 법익이나 기타 공공의 안녕질서에 대한 직접적이고 명백하며 현존하는 구체적 위험이 발생하는 경우에만 허용되어야 하고, 무엇보다도 그러한 미신고 집회에 대한 해산명령의 적법 여부가 문제 되는 개별 사안에서 그 기준을 엄격하게 적용하는 것이 중요하며, 위험이 발생할 수 있다는 개연성만으로 위와 같은 기준을 충족하는 것처럼 운용되어서는 안 된다.

하여서는 아니된다.”라고 규정하고 위 단서에 대한 처벌규정으로 제15조를 두고 있었다. 즉 제9조의 집회의 경우에는 원칙적으로 신고가 면제되어 있었고 또한 그러한 행위가 ‘공공의 안녕질서를 문란케 한 경우’ 즉 ‘현존하고 명백한 위협’이 존재한 경우에만 그 처벌규정을 두었다. 더욱이 위 법규정은 유신시대에 존재하던 것으로서, 기본권이 상당히 제약된 시대였음을 감안한다면, 현행 대한민국 헌법하에서는 위 유신시대의 집회의 자유보다도 더 보호되어야 하고, 따라서 ‘현존하고 명백한 위협’이 아니라면 처벌하여서는 아니될 것이다. 또한 외국의 입법례에 의하면 신고제도 자체가 존재하지 않는 나라들도 많으므로, 굳이 미신고 집회행위 처벌을 확대할 필요성이 없다.

현재 2007헌바22 결정의 일부 반대의견이 지적하듯, 신고의무 불이행을 이유로 한 형사처벌은 과잉금지의 원칙에 반할 소지도 크다. 따라서 ‘명백하고 현존하는 위협’의 기준하에서, 가능하면 신고의무를 면제하는 쪽으로 해석해야 한다.

④ 검토: ③견해는 상당히 경청할 만하다. 그러나 ③견해는 집시법 제15조를 빙자한 경우에도 그것이 제15조에서 정한 집회로서의 성격을 일부 갖는다면 신고의무가 면제된다는 논리로 흐를 수 있는바, 이는 위 **2005도1543 판결** 취지와 배치된다. ①견해는 신고제도 자체가 존재하지 않는 외국 입법례와 비교할 때 너무 융통성이 떨어져 지지받기 어렵다. 따라서 ②견해(본질설=실질설)가 가장 타당하다고 생각된다. 따라서 집회의 주된 목적, 일시, 장소, 방법, 참여인원, 참여자의 행위 태양, 진행 내용 및 소요시간 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 실질적으로 판단하여야 한다.

라) 이 사건에의 적용

(1) 사실관계

원심이 적법하게 채택한 증거들에 의하면, 피고인은 이 사건 집회를 퍼포먼스 형식으로 개최하기로 하고 2010. 3. 27. 자신이 카페지기로 있는 다음 인터넷 ‘청년유니온’ 카페 공지사항 란에 ‘2010. 4. 4. 서울 명동예술극장 앞에서 청년실업과 관련된 퍼포먼스를 하자’는 취지의 글을 게시하면서

여기에 참가하고 싶은 사람들은 각자 청년실업 관련하여 위 퍼포먼스에서 어떤 역할을 담당하고 싶은지 댓글을 달도록 한 사실, 위 공지에 따라 이 사건 집회 당일 13:25경 서울 명동예술극장 앞에서 9명 가량이 모여 위 퍼포먼스를 하는 집회를 같은 날 13:42경까지 개최한 사실, 피고인은 위 퍼포먼스를 주최한 자로서 소복을 입고 북을 치면서 ‘청년실업 해결하라’는 취지의 구호를 혼자서 집회가 종료될 때까지 약 20분 가량 제창하였고, 나머지 참가자들 대부분은 ‘청년실업 문제’ 및 ‘최저임금 문제’에 관한 팻말을 목에 건 채 돛자리를 펴고 그 위에 앉아 있었는데, 돛자리에 앉아 있던 참가자들 중에는 위 북소리에 장단을 맞추어 기타를 치면서 노래를 부르는 사람, 컵라면을 먹으면서 실업청년의 생활고를 나타내려는 사람, 수험서적을 들고 공부하는 모습을 나타내려는 사람, 소복을 입고 가만히 앉아 있는 사람, 이들 뒤에서 학사모와 졸업복을 입고 ‘청년실업 해결하라’는 팻말을 목에 걸고 배회하는 사람 등 각자 역할을 분담하고 있었던 사실, 당시 주위를 지나가는 사람들 일부가 위 퍼포먼스를 구경하던 사실을 알 수 있다.

(2) 검토

집시법 제15조의 포섭범위에 관하여 ②견해에 기초하여 이 사건 집회를 살펴보면, 이 사건 집회는 집시법 제15조, 즉 학문, 예술, 체육, 종교, 의식, 친목, 오락, 관혼상제(冠婚喪祭) 및 국경행사(國慶行事)에 관한 집회라고 보기는 어렵다. 피고인은 실업문제의 해결을 주된 목적으로 하는 집회를 개최하면서, 대중과의 접촉가능성이 높은 일시와 장소를 택하여, 집회가 진행되는 내내 북을 치면서 청년실업을 해결하라는 구호⁸³⁾를 외쳤다. 피고인은 퍼포먼스 형태의 플래시 몹이라고 주장하나, 플래시 몹이나 퍼포먼스는 근본적으로 ‘놀이’ 또는 ‘예술적 성격’을 갖는 행위인데, 피고인이 퍼포먼스 형식을 빌어 ‘청년실업문제의 해결’ 등을 요구하는 행위를 하였다면, 집회의 주된 목적, 일시, 장소, 방법, 참여인원, 참여자의 행위 태양, 진행

83) 당시 상황을 촬영한 동영상을 보면, 피고인은 “청년들도 일하고 싶다. 정부는 청년실업 해결하라! 청년들도 먹고 살자. 청년들의 마음을 현 정부는 알고 있습니까? 청년들도 일하고 싶다. 정부는 청년들의 외침을 들어야 한다. 말도 안되는 청년인턴제도로 정부는 왜 생색만 내고 있나? 청년들도 인간답게 살 권리가 있습니다.”라고 외치고 있다.

내용 및 소요시간 등을 고려하였을 때 본질적으로 이는 순수한 의미의 ‘놀이’ 혹은 ‘예술적 성격’의 행위가 아니라 외형적으로 이를 표방하지만 실질은 사회적, 정치적 목적을 갖는 집회로서 집시법 제15조의 범주 밖에 있는 집회라고 보아야 한다고 생각된다.⁸⁴⁾

이에 대하여, 이 사건 집회는 사회적 메시지를 담은 어설픈 연극(내지 퍼포먼스), 즉 미리 풋말(시나리오 내지 각본)을 만들어 나누어 주는 등 대체적인 주제를 준 것으로 평가할 수 있다는 점에서 제15조에 포섭된다는 견해도 있을 수 있다.

4. 정당행위 여부

가. 법규정

□ 형법

제20조 (정당행위)

법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위는 벌하지 아니한다.

□ 집회 및 시위에 관한 법률

제15조 (적용의 배제)

학문, 예술, 체육, 종교, 의식, 친목, 오락, 관혼상제(冠婚喪祭) 및 국경행사(國慶行事)에 관한 집회에는 제6조부터 제12조까지의 규정을 적용하지 아니한다.

나. 관련 법리

□ 대법원 2009. 7. 23. 선고 2009도840 판결

집회나 시위는 다수인이 공동 목적으로 회합하고 공공장소를 행진하거나 위력 또는 기세를 보여 불특정 다수인의 의견에 영향을 주

84) 조병인(주 34), 133. “외견상으로는 학문·예술·체육·종교 등에 관한 집회처럼 위장하였지만 실제로는 폭력적 정치집회로 간주할 만한 이유가 있는 때는 당연히 집시법에 의해 규제를 받는다.”

거나 제압을 가하는 행위로서 그 회합에 참가한 다수인이나 참가하지 아니한 불특정 다수인에게 의견을 전달하기 위하여 어느 정도의 소음이나 통행의 불편 등이 발생할 수밖에 없는 것은 부득이한 것이므로 집회나 시위에 참가하지 아니한 일반 국민도 이를 수인할 의무가 있다고 할 수 있다. 따라서 그 집회나 시위의 장소, 태양, 내용, 방법 및 그 결과 등에 비추어, 집회나 시위의 목적 달성에 필요한 합리적인 범위에서 사회통념상 용인될 수 있는 다소간의 피해를 발생시킨 경우에 불과하다면, 정당행위로서 위법성이 조각될 수 있다고 할 것이다(대법원 2004. 10. 15. 선고 2004도4467 판결 등 참조).

원심이, 피고인들이 울산지역 건설업체 용역직을 중심으로 결성된 건설플랜트 노동조합(이하 ‘울산 플랜트노조’라고 한다)의 조합원 600여 명 등과 함께 2005. 5. 23. 13:00경부터 서울 종로구 동숭동에 있는 마로니에 공원에서 ‘임·단협 성실교섭 촉구 결의대회’를 개최한 후 피켓, 깃발, 현수막 등을 지니고 인근 국제협력단 건물 앞까지 2차선 전 차로를 점거하면서 삼보일배 행진을 하여 차량의 통행을 방해한 사실을 인정한 다음, 이 사건 집회의 참가예정단체로 신고되지 아니하였던 울산 플랜트노조원들이 집단적으로 참여하여 집회참가자의 대다수를 이루었고, 차도의 통행방법으로 삼보일배 행진을 신고하지도 아니하였던 점, 위 삼보일배 행진은 약 700여 명이 이동하는 중에 앞선 100여 명이 30분간에 걸쳐 편도 2차로를 모두 차지하고 이루어진 점 등에 비추어 이 사건 집회신고의 범위를 일탈한 것으로서 정당행위에 해당하지 않는다고 판단한 것에 대하여,

㉠ 건설업체 노조원들이 ‘임·단협 성실교섭 촉구 결의대회’를 개최하면서 차도의 통행방법으로 신고하지 아니한 삼보일배 행진을 하여 차량의 통행을 방해한 사안에서, 그 시위방법이 장소, 태양, 내용, 방법과 결과 등에 비추어 사회통념상 용인될 수 있는 다소의 피해를 발생시킨 경우에 불과하고, 구 집회 및 시위에 관한 법률(2006. 2. 21. 법률 제7849호로 개정되기 전의 것)에 정한 신고제도의 목적 달성을 심히 곤란하게 하는 정도에 이른다고 볼 수 없어, 사회상규에 위배되지 않는 정당행위에 해당한다고 한 사례

이 사건과의 차이: 이 사건은 미신고 옥외집회에 관한 사안으로 신고 자체가 없었음에 반하여, 위 판결 사안은 신고범위 이탈에 관한 사안으로 신고 자체는 존재하였다.

□ 대법원 1986. 10. 28. 선고 86도1764 판결【국가보안법위반, 집시법위반】
형법 제20조는 정당행위는 벌하지 아니한다고 규정하고 있는바, 그 뜻은 어떤 행위가 형식적으로는 범죄구성요건에 해당한다고 보이는 경우에도 국법질서 전체의 이념에 비추어 용인될 수 있는 것이라면 이를 정당행위로 보아 처벌하지 아니한다는 것으로서 어느 행위가 정당행위에 해당한다고 인정할 수 있기 위하여서는 첫째 그 행위의 동기나 목적의 정당성, 둘째 행위의 수단이나 방법의 상당성, 셋째, 보호법익과 침해법익과의 법익권형성, 넷째 긴급성, 다섯째 그 행위 외에 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성 등의 요건이 갖추어야 할 것이다(당원 1986. 9. 23 선고 86도1547 판결; 1983. 3. 8 선고 82도3248 판결 등 참조).

다. 피고인을 처벌할 필요성이 있는지

1) 가벌적 위법성론

가) 의미

위법성은 형벌을 가하기 위한 요건의 하나이므로 그것은 처벌할 값어치가 있는 정도의 것이어야 하고, 따라서 처벌할 값어치가 있는 정도의 위법성을 갖추지 못하는 경우에는 위법행위 유형으로서의 구성요건에 해당하지 않거나 또는 위법성이 조각된다는 견해이다.⁸⁵⁾

85) 오선주, “가벌적 위법성론에 관한 연구”, 법학논집 2집(청주대 1987), 55~56. “형법상의 위법성은 민법 등의 다른 법영역의 위법성과 동일하거나 문제가 된다. 여기에 관하여는 법질서는 단일한 이상 어떤 법영역에서 위법한 행위가 형법상 정당화될 수가 없다고 보는 ‘위법일원론’과 법영역마다 법적 효과가 다른 이상 각 영역마다 독립해서 또 합목적적으로 위법성의 유무를 판단해야 한다고 하면서 형법 독자의 위법성으로서의 가벌적 위법성을 인정하는 ‘위법상대성론’이 대립한다. 그런데 위법일원론은 하나의 법영역에서 위법이라고 판단된 행위가 다른 법영역에서도 반드시 위법이어야 한다는 ‘엄격한 위법일원론’과 위법성은 전법질서에 있어서 통일적이어야 한다고 하면서 그 발현형식에는 여러가지의 중별 및 경중의 단계가 있는데 다른 법영역에서 위법이라고 해도 형벌을 과함에 적합한 질·량의 위법성(가벌적 위법성)이 결하는 경우를 인정하는 ‘부드러운 위법일원론’으로 나누어진다. 그리고 구체적인 처벌범위에 관하여는 부드러운 위법일원론과 위법상대성론이 거의 일치하는데, 양설이 모두 가벌적 위법성이라는 개념을 쓴다.” 오선주, 위 논문, 74~75.

나) 판례 ➡ 부정

□ 대법원 1968. 2. 6. 선고 67도1520 판결

원심은 (중략) 이러한 소위는 법익의 침해 즉 실해 내지 위협의 정도가 경미하여서 구성요건이 예정하는 정도에 이르지 못하며, 또한 그 행위의 태양으로 말하면 그 목적, 수단, 행위자의 의사 등 제반 사정에 비치건대 사회통념상 용인될 상당성이 있으니 이는 이른바 가벌적인 위법성이 결여된다 할 것이므로 범죄를 구성할 수 없다고 해석되고 믿지 않는 증거 외에는 폭행의 공소사실을 인정할 만한 하등의 자료가 없다는 이유로 무죄를 선고하였다. 그러나 원심 공판에서의 피고인의 진술에 의하면 피고인이 살고 있는 집에 이사를 하여 가옥을 증축하면서 차양을 내는데 이웃집인 박○○의 모 백△△이가 차양을 자기집과 접경 부분을 새로 하여 달라고 하여서 피고인은 이를 새로 하여주기로 약속했는데 그날 박○○이가 차양을 빨리 안해준다는 이유로 피고인의 처와 시비를 하게 된 것이라고 되어 있어서 원심이 판시한 바와 같이 박○○이가 이렇다 할 이유없이 피고인의 처를 구타한 것이 아님을 알 수 있을 뿐 아니라 폭행이라 함은 사람의 신체에 대한 불법한 일체의 공격방법이므로 피고인이 판시 박○○의 안부(顔部)를 일차 밀쳐 때린 이상 폭행죄가 성립된다고 할 것이며 (중략) 설사 피고인의 처가 박○○로부터 구타를 당하고 있었다고 하여도 피해법익이 경미하여 가벌성이 없다거나 사회통념상 용인될 수 있는 것이라고는 할 수 없는 것이고, 또 피고인에 대한 폭행사실을 인정할 자료(피고인의 자백)도 있으니 원심은 필경 채증법칙을 위배한 위법이나, 폭행죄에 관한 법리를 오해한 위법이 있다 할 것이고, 논지는 이유있다.

2) 이 사건의 경우

이 사건에 있어서도 피고인의 행위가 과연 형사처벌을 할 만큼 가벌성이 있는 것인지 의문이 드는 점은 있다. 그러나 행위 자체의 위험성으로 처벌하는 추상적 위험범의 경우 그와 같은 문제가 항상 발생하게 된다. 왜냐하면 ‘현존하고 명백한 위험’이란 형법에서의 ‘구체적 위험’을 의미하고, 추상적 위험이란 통상 그에 미치지 못하는 것이기 때문이다.

가령 국가보안법에 있어서 이적표현물을 소지하는 것이 그 자체로 위험한 것인가? 이에 현존하고 명백한 위험이 있다고 볼 수는 없을 것이다. 따라서 추상적 위험범인 이 사건에 있어서 미신고 집회행위 자체에 가정적·추상적 위험은 인정된다고 보아야 할 것이고, 이러한 추상적 위험이 가벌성의 근거가 된다고 보아야 할 것이다.

라. 이 사건에의 적용

위 86도1764 판결에서 실시한 것처럼 형법 제20조에 해당하려면, 첫째 그 행위의 동기나 목적의 정당성, 둘째 행위의 수단이나 방법의 상당성, 셋째, 보호법익과 침해법익과의 법익권형성, 넷째 긴급성, 다섯째 그 행위 외에 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성 등의 요건이 갖추어져야 한다.

이 사건에서 피고인이 미신고 상태에서 이 사건 집회를 하는 것에 관하여 다른 요건이 충족된다고 하더라도, 인터넷 다음 카페에 공지한 날로부터 실제 집회일까지 사이에 일주일 남짓 시간이 있었다는 점에서 미신고 집회행위에 긴급성이나 보충성을 인정하기는 어렵지 않은가 생각된다. 따라서 일반적 위법성 조각사유의 요건도 충족되지 않는다.

5. 법률의 착오 여부

가. 관련 법리

1) 법률의 착오의 의미

형법 제16조에 자기가 행한 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니한 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 별하지 아니한다고 규정하고 있는 것은, 단순한 법률의 부지를 말하는 것이 아니고 일반적으로 범죄가 되는 경우이지만 자기의 특수한 경우에는 법령에 의하여 허용된 행위로서 죄가 되지 아니한다고 그릇 인식하고 그와 같이 그릇 인식함에 정당한 이유가 있는 경우 별하지 않는다는 취지이다(대법원 2005. 4. 29. 선고 2005도381 판결, 대법원 2006. 4. 28. 선고 2003도4128 판결). 이

러한 정당한 이유가 있는지 여부는 행위자에게 자기 행위의 위법의 가능성에 대해 심사숙고하거나 조회할 수 있는 계기가 있어 자신의 지적능력을 다하여 이를 회피하기 위한 진지한 노력을 다하였더라면 스스로의 행위에 대하여 위법성을 인식할 수 있는 가능성이 있었음에도 이를 다하지 못한 결과 자기 행위의 위법성을 인식하지 못한 것인지 여부에 따라 판단하여야 할 것이며, 이러한 위법성의 인식에 필요한 노력의 정도는 구체적인 행위 상황과 행위자 개인의 인식능력, 그리고 행위자가 속한 사회집단에 따라 달리 평가되어야 한다(대법원 2008. 2. 28. 선고 2007도5987 판결,⁸⁶⁾ 대법원 2008. 10. 23. 선고 2008도5526 판결⁸⁷⁾).

2) 형법 제16조 「정당한 이유」의 판단 기준에 관한 통설적 견해

통설적인 견해는 독일형법론의 해석을 빌려 정당한 이유의 유무를 회피가능성(Vermeidbarkeit)의 문제로 판단하고 있는바, 이러한 회피가능성은 다음과 같은 세가지 전제로부터 주어진다고 한다.

첫째, 행위자는 자기 행위의 가능한 위법성에 대해 심사숙고하거나 조회할 수 있는 계기(Anlaß)가 있었는가?

- 이러한 심사숙고를 하지 않거나 조회할 수 있는 계기를 방기할 경우 회피가능성은 부정될 것이다.

둘째, 그러한 계기가 존재하는 경우에도 자신의 지적능력을 다하여 이를 회피하기 위한 진지한 노력을 다하였는가?

- 이 노력을 하지 않았거나 매우 불충분하게 함으로써 자기행위의 위법성을 인식하지 못했을 경우 회피가능성은 부정된다.
- 불법 인식을 하기에 필요한 노력의 정도는 행위상황과 행위자 개인의

86) 2007도5987 판결(피고인이 이 사건 기업인수 과정에서 변호사들에게 자문을 구한 내용은 ‘LBO방식’에 관련된 효력 유무 등 민사상 문제에 관한 일반적이고 추상적인 질의가 대부분이고, 형사상 배임죄의 성립 여부와 관련해서는 변호사에게 구체적으로 자문을 구하거나 검토받은 것이 아닌 점과 그 밖에 피고인의 경력이나 학력 등을 종합하여 이 사건 담보제공 당시 피고인에게 법률의 착오가 있었다고 볼 수 없다고 판단한 사례).

87) 2008도5526 판결(피고인이 이 사건 고소장을 제출하기 전에 변호사에게 자문을 구한 경위와 그 답변취지 및 경찰공무원으로서의 피고인의 경력이나 사회적 지위 등을 종합하여 이 사건 고소장 제출 당시 피고인에게 법률의 착오가 있었다고 볼 수 없다고 판단한 사례).

인식능력 그리고 행위자가 속한 사회집단에 따라 달리 평가되어야 한다.⁸⁸⁾

- 요컨대 주의의무의 요구수준을 결정하는 데 있어 행위자가 속한 직업이 무엇인가에 하는 점은 중요한 착안점이 되고, 예컨대 의사, 약사, 건축업 종사자들은 자신의 직업과 관련된 분야에서 일반인보다 강한 주의의무가 요구된다. 또한 행위자가 법률전문가이었는가 아니면 법률문외한이었는가 하는 점도 중요한 판단근거가 된다.⁸⁹⁾

셋째, 행위자가 주어진 계기하에 충분히 자기 행위의 불법성을 인식하려고 노력했다라면 자기행위의 불법을 인식할 수 있었던 경우이어야 한다.

결국 자기 행위의 불법성 여부를 성찰할 계기를 전혀 갖지 못했거나 그러한 계기가 있었다고 하더라도 의문을 해소하기 위한 노력에도 불구하고 위법성의 인식에 이르지 못한 경우에 착오가 회피불가능한 것으로 인정될 것이다.⁹⁰⁾

나. 이 사건에의 적용

피고인은 이 사건 집회 시작 전에 경찰관으로부터 10분 정도만 모임을 진행하고 해산하면 법적으로 문제삼지 않겠다는 약속을 받았다는 취지로 주장한다.

그러나 위 경찰관의 증언에 의하면 경찰관이 위와 같은 말을 한 사실이 인정되지 아니하고, 달리 피고인이 자신의 행위가 법령에 위반되지 않는다고 믿은 점에 대하여 정당한 이유가 있었다고 보이지 아니한다.

문제는 피고인이 이 사건 집회가 신고의무가 면제된 집회로 오인하였는지 여부이다.

88) 독일 BGHSt.는 양심의 긴장(Gewissensanspannung)을 든다. 즉 양심의 긴장을 다하였으면 위법성을 인식할 수 있었던 경우의 착오는 회피가능하며, 양심의 긴장의 정도는 행위상황과 행위자의 생활과 직업에 따라 결정된다고 한다. BGHSt. 2, 201[이재상(주 74), 335에서 재인용].

89) 박상진, “독일에 있어서의 위법성 착오와 책임조각의 한계”, 법학연구 18집(2005. 6.), 한국법학회, 366.

90) 김일수·서보학, 형법총론, 박영사(2005), 402.

그러나 이 사건 기록에서 살펴보면, 당시 남대문경찰서 경비과장이 이 사건 집회는 신고한 후 이루어져야 함을 고지하였다. 또한 이 사건 집회는 집회 개최일 일주일 가량 전에 인터넷 카페 회원들에게 공지되었다는 점, 집회의 목적 등에 비추어 긴급집회로서 신고의무 이행에 대한 기대가능성이 없다고 볼 수도 없다.

따라서 법률의 착오 인정되지 아니하고, 기타 책임조각사유도 인정되지 않는다.

【對象判決의 意義】

대상판결은 퍼포먼스 형태의 플래시 몹이 집시법 제15조에 의하여 신고 의무가 면제될 수 있는 기준을 밝힌 최초의 판결이라는 점에 의의가 있다.

17. 긴급조치 제9가 해제됨으로써 면소판결을 받은 자가 ‘형사보상 및 명예회복에 관한 법률’에 따라 형사보상을 받을 수 있는지 여부

(2013. 4. 18.자 2011초기689 전원합의체 결정 : 공2013상, 978)

朴 鎭 煥

【決定要旨】

1. 형벌에 관한 법령이 헌법재판소의 위헌결정으로 소급하여 효력을 상실하였거나 법원에서 위헌·무효로 선언된 경우, 법원은 당해 법령을 적용하여 공소가 제기된 피고사건에 대하여 형사소송법 제325조에 따라 무죄를 선고하여야 한다. 나아가 형벌에 관한 법령이 폐지되었다 하더라도 그 ‘폐지’가 당초부터 헌법에 위배되어 효력이 없는 법령에 대한 것이었다면 그 피고사건은 형사소송법 제325조 전단이 규정하는 ‘범죄로 되지 아니한 때’의 무죄사유에 해당하는 것이지, 형사소송법 제326조 제4호에서 정한 면소사유에 해당한다고 할 수 없다.

2. 구 대한민국헌법(1980. 10. 27. 헌법 제9호로 전부 개정되기 전의 것. 이하 ‘유신헌법’이라 한다) 제53조에 근거하여 발령된 ‘국가안전과 공공질서의 수호를 위한 대통령긴급조치’(이하 ‘긴급조치 제9호’라 한다)는 그 발동 요건을 갖추지 못한 채 목적상 한계를 벗어나 국민의 자유와 권리를 지나치게 제한함으로써 헌법상 보장된 국민의 기본권을 침해한 것이므로, 긴급조치 제9호가 1979. 12. 8. 대통령공고 제67호로 해제 내지 실효되기 이전부터 이는 유신헌법에 위배되어 위헌·무효이고, 나아가 긴급조치 제9호에 의하여 침해된 기본권들의 보장 규정을 두고 있는 현행 헌법에 비추어 보더라도 위헌·무효이다.

3. 피고인이 긴급조치 제9호를 위반하였다는 공소사실로 제1, 2심에서 유죄판결을 선고받고 상고하여 상고심에서 구속집행이 정지되는 한편 긴급조치 제9호가 해제됨에 따라 면소판결을 받아 확정된 다음 사망하였는데, 그 후 피고인의 처가 형사보상을 청구한 사안에서, 긴급조치 제9호는 헌법에 위배되어 당초부터 무효이고, 이와 같이 위헌·무효인 긴급조치 제9호를 적용하여 공소가 제기된 경우에는 형사소송법 제325조 전단의 ‘피고사건이 범죄로 되지 아니한 때’에 해당하므로 법원은 무죄를 선고하였어야 하는데, 피고인이 면소판결을 받은 경위 및 그 이유, 원판결 당시 법원이 긴급조치 제9호에 대한 사법심사를 자제하는 바람에 그 위반죄로 기소된 사람으로서 재판절차에서 긴급조치 제9호의 위헌성을 다룰 수 없었던 사정 등을 종합하여 보면, 이 결정에서 긴급조치 제9호의 위헌·무효를 선언함으로써 비로소 면소의 재판을 할 만한 사유가 없었더라면 무죄재판을 받을 만한 현저한 사유가 피고인에게 생겼다고 할 것이므로, 피고인의 처는 형사보상 및 명예회복에 관한 법률 제26조 제1항 제1호, 제3조 제1항, 제11조를 근거로 긴급조치 제9호 위반으로 피고인이 구금을 당한 데 대한 보상을 청구할 수 있다고 한 사례.

【參照條文】

1. 형사소송법 제325조, 제326조 제4호 / 2. 유신헌법 제53조(현행 삭제), 긴급조치 제9호(1979. 12. 8. 대통령령 제67호로 해제) 제1항(라)호, 제2항, 형사보상 및 명예회복에 관한 법률 제3조 제1항, 제11조, 제26조 제1항 제1호, 형사소송법 제325조, 제326조 제4호

【事案의 概要】

1. 형사보상청구의 근거가 된 사실관계

가. 피고인은 동아자유언론수호투쟁위원회 총무로서 1978. 10. 14.부터

1978. 10. 16. 사이에 긴급조치 제9호를 비방하는 내용 등이 담긴 유인물 150부를 등사, 제작, 배포함으로써 긴급조치 제9호를 위반하였다는 공소사실로 기소되었다. 그 적용법조는 긴급조치 제9호 제1항의 (가), (다), (라)호, 제2항, 제7항이다(후술).

나. 피고인은 제1심인 서울형사지방법원 78고합745호 사건에서 1979. 5. 9. 징역 2년과 자격정지 2년 및 미결구금일수 중 180일을 징역형에 산입한다는 내용의 유죄판결을 선고받고 항소하였으며, 항소심인 서울고등법원 79노794호 사건에서 1979. 8. 8. 제1심판결을 파기하고 징역 1년과 자격정지 1년 및 제1심판결 선고 전 미결구금일수 중 180일을 징역형에 산입한다는 취지의 유죄판결을 선고받았다.

다. 이에 피고인은 상고를 제기하였고, 상고심인 대법원은 1979. 11. 14. 피고인에 대하여 구속집행정지결정(79초63호)을 한 다음, 79도2149호 사건에서 1980. 5. 13. ‘**긴급조치 제9호가 1979. 12. 8. 대통령공고 제67호로 해제되었고, 이는 범죄 후의 법령개폐로 형이 폐지되었을 때에 해당한다**’는 이유로 제1, 2심판결을 모두 파기하고 형사소송법 제326조 제4호를 적용하여 면소판결을 선고하였다(이 사건 형사보상청구의 근거가 된 ‘원판결’이다. 이하 ‘**이 사건 원판결**’이라 한다).

라. 피고인은 1988. 4. 20. 사망하였고, 그 재산상속인 중 1인¹⁾인 청구인(피고인의 처)은 형사보상 및 명예회복에 관한 법률 제26조 제1항 제1호, 제11조에 따라 ‘피고인이 면소의 재판을 할 만한 사유가 없었더라면 무죄 재판을 받을 만한 현저한 사유가 있었을 경우’에 해당한다는 이유를 들어 2011. 12. 29. 대법원에 이 사건 형사보상을 청구하였다.

1) 형사보상 및 명예회복에 관한 법률 제11조 (상속인의 보상청구의 효과)

① 보상청구를 할 수 있는 같은 순위의 상속인이 여러 명인 경우에 그중 1명이 보상청구를 하였을 때에는 보상을 청구할 수 있는 모두를 위하여 그 전부에 대하여 보상청구를 한 것으로 본다.

2. 형사보상청구의 주장 근거의 요지

앞서 본 바와 같이 피고인은 긴급조치 제9호 위반죄로 기소되어 면소판결을 받은 후 사망했다. 그런데 대법원 2010. 12. 16. 선고 2010도5986 전원합의체 판결은, 대통령긴급조치 제1호가 무효라고 판단하였고, 피고인에 대하여 적용되었던 대통령긴급조치 제9호도 역시 위 전원합의체 판결의 취지에 따라 ‘국회의 입법권 행사라는 실질을 갖추지 못했고 그 내용 또한 국민의 자유와 권리를 지나치게 제한하여 위헌·무효임이 명백’하다. 그러므로 피고인의 경우 ‘형사보상 및 명예회복에 관한 법률 제26조 제1항 제1호의 ‘피고인이 면소 또는 공소기각의 재판을 할 만한 사유가 없었더라면 무죄재판을 받을 만한 현저한 사유가 있었을 경우’에 해당한다.

3. 청구금액

한편 피고인의 구금일수는 총 369일(=180일(제1심판결문상 징역형에 일부 산입된 미결구금일수)+189일(제1심판결 선고 후 위 구속집행정지결정일까지))이므로, 형사보상으로 60,663,600원(=2010년 당시 1일 최저임금의 5배인 164,400 × 369일)을 구한다.

【解 說】

1. 문제의 제기(쟁점)

이 사건은 형사보상청구의 성립요건 구비 여부가 주된 쟁점이다. 특히, 면소의 재판을 받아 확정된 피고인이 면소재판을 할 만한 사유가 없었더라면 무죄재판을 받을 만한 현저한 사유가 있었는지 여부이다. 우선 폐지된 형벌 관련 법령이 당초부터 위헌·무효인 경우, 그 법령을 적용하여 공소가 제기된 피고사건에 대하여 법원이 취할 조치(면소인가 무죄인가), 나아가 대통령 긴급조치 제9호의 위헌 여부가 검토되어야 한다. 추가로 면소판

결이 확정된 1980. 5. 13.로부터 5년이 경과함으로써 그 청구기한이 도과한 것(검찰의 의견임)으로 볼 수 있는지, 즉 형사보상청구권이 발생한 때가 언제인지 여부도 부수적 쟁점이다.

2. 형사보상청구 요건 개요

가. 형사보상 관련 법령

1) 형사보상 및 명예회복에 관한 법률(이하 ‘법’이라 한다)

형사보상법이 헌법재판소의 헌법불합치결정²⁾으로 인해 2011. 5. 23. ‘형사보상 및 명예회복에 관한 법률’로 전부 개정되었다.

제1조 (목적)

이 법은 형사소송절차에서 무죄재판 등을 받은 자에 대한 형사보상 및 명예회복을 위한 방법과 절차 등을 규정함으로써 무죄재판 등을 받은 자에 대한 정당한 보상과 실질적 명예회복에 이바지함을 목적으로 한다.

제2조 (보상 요건)

① 「형사소송법」에 따른 일반 절차 또는 재심이나 비상상고절차에서 무죄재판을 받아 확정된 사건의 피고인이 미결구금을 당하였을 때에는 이 법에 따라 국가에 대하여 그 구금에 대한 보상을 청구할 수 있다.

제3조 (상속인에 의한 보상청구)

① 제2조에 따라 보상을 청구할 수 있는 자가 그 청구를 하지 아니하고 사망하였을 때에는 그 상속인이 이를 청구할 수 있다.
② 사망한 자에 대하여 재심 또는 비상상고의 절차에서 무죄재판이 있었을 때에는 보상의 청구에 관하여는 사망한 때에 무죄재판이 있었던 것으로 본다.

제5조 (보상의 내용)

① 구금에 대한 보상을 할 때에는 그 구금일수에 따라 1일당 보상청구의 원

2) 즉 헌법재판소는 구속되거나 징역형을 살다가 상급심이나 재심에서 무죄판결을 받은 경우 무죄가 확정된 때부터 1년 이내에만 국가에 형사보상청구를 할 수 있도록 한 형사보상법 제7조 규정에 대하여 2011년 말까지 개정하라는 헌법재판소의 헌법불합치 결정(헌재 2010. 7. 29. 선고 2008헌가4 전원재판부 결정)과 ‘형사보상결정에 대한 불복신청의 (절대적) 금지(종전 형사보상법 제19조 제1항)가 헌법상 형사보상청구권 및 재판청구권 등에 위반된다고 결정(헌재 2010. 10. 28. 선고 2008헌마514 전원재판부 결정[위헌])하였다.

인이 발생한 연도의 「최저임금법」에 따른 일급 최저임금액 이상 대통령령으로 정하는 금액 이하의 비율에 의한 보상금을 지급한다.

② 법원은 제1항의 보상금액을 산정할 때 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다.

1. 구금의 종류 및 기간의 장단
2. 구금기간 중에 입은 재산상의 손실과 얻을 수 있었던 이익의 상실 또는 정신적인 고통과 신체 손상
3. 경찰·검찰·법원의 각 기관의 고의 또는 과실 유무
4. 그 밖에 보상금액 산정과 관련되는 모든 사정

제7조 (관할법원)

보상청구는 무죄재판을 한 법원에 대하여 하여야 한다.

제8조 (보상청구의 기간)

보상청구는 무죄재판이 확정된 사실을 안 날부터 3년, 무죄재판이 확정된 때부터 5년 이내에 하여야 한다.

제11조 (상속인의 보상청구의 효과)

- ① 보상청구를 할 수 있는 같은 순위의 상속인이 여러 명인 경우에 그중 1명이 보상청구를 하였을 때에는 보상을 청구할 수 있는 모두를 위하여 그 전부에 대하여 보상청구를 한 것으로 본다.
- ② 제1항의 경우에 청구를 한 상속인 외의 상속인은 공동청구인으로서 절차에 참가할 수 있다.
- ③ 법원은 제1항의 경우에 보상을 청구할 수 있는 같은 순위의 다른 상속인이 있다는 사실을 알았을 때에는 지체 없이 그 상속인에게 보상청구가 있었음을 통지 하여야 한다.

제26조 (면소 등의 경우)

- ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에도 국가에 대하여 구금에 대한 보상을 청구할 수 있다.
 1. 「형사소송법」에 따라 면소 또는 공소기각의 재판을 받아 확정된 **피고인이 면소 또는 공소기각의 재판을 할 만한 사유가 없었더라면 무죄재판을 받을 만한 현저한 사유가 있었을 경우**
- ② 제1항에 따른 보상에 대하여는 무죄재판을 받아 확정된 사건의 피고인에 대한 보상에 관한 규정을 준용한다. 보상결정의 공시에 대하여도 또한 같다.

2) 형사보상 및 명예회복에 관한 법률 시행령

제2조 (보상의 한도)

법 제5조 제1항에 따른 구금에 대한 보상금의 한도는 1일당 보상청구의 원인이 발생한 해의 「최저임금법」에 따른 일급 최저임금액의 5배로 한다.

나. 형사보상청구 요건

1) 근거

헌법 제28조는 “형사피의자 또는 형사피고인으로서 구금되었던 자가 법률이 정하는 불기소처분을 받거나 무죄판결을 받은 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가에 정당한 보상을 청구할 수 있다.”고 규정하고 있다. 형사보상청구권은 개인이 국가로부터 신체의 자유를 침해당한 경우에 그 물질적·정신적·사회적·경제적 피해를 구제하는 제도적 장치로서 사후적·구제적 기본권으로 인정되고 있다. 이러한 형사보상청구권은 1948년 건국헌법에서 형사피고인으로서 구금되었던 자가 무죄를 선고받은 경우에만 인정하였으나, 1987년 현행 헌법에서 형사피의자로서 구금되었던 자가 불기소처분을 받은 경우까지 포함하여 그 대상을 확대하였다. 이에 따라 형사보상 및 명예회복에 관한 법률이 피해구제를 위한 형사보상의 구체적 내용과 절차를 규정하고 있다.

2) 법적 성격

가) 손해배상설

부당한 구속이나 오판이라는 객관적 위법이 있는 이상 국가가 객관적 위법행위에 대하여 배상책임을 지는 경우라는 견해이다.

나) 무과실손실보상설(통설)

형사보상은 정당하고 적법한 행위로 구속된 경우에도 불기소처분을 받거나 무죄의 확정판결이 있는 경우에는 공법상의 조절적 보상의 견지에서 손실을 보상해 주는 무과실손실보상액이라는 견해이다(통설). 국가배상제도와는 별도로 규정되어 있고, 보상의 요건이 있으면 바로 보상을 청구할 수 있는 점에서 위 설이 통설이다.

3) 성립요건

원칙적으로 형사피의자 또는 형사피고인으로서 구금되었던 자가 법률이 정하는 불기소처분(피의자 보상)을 받거나 무죄판결(피고인 보상)을 받아야 한다. 무죄판결은 당해 절차에 의한 무죄판결의 경우만이 아니고, 재심 또는 비상상고절차에 의한 무죄판결의 경우까지 포함한다. 또한 형사소송법에 따라 면소 또는 공소기각의 재판을 받아 확정된 피고인이 면소 또는 공소기각의 재판을 할 만한 사유가 없었더라면 무죄재판을 받을 만한 현저한 사유가 있었을 경우에도 무죄판결의 경우에 해당하기 때문에 형사보상을 청구할 수 있다. 한편 형사보상책임은 무과실의 결과책임이므로 관계기관의 고의나 과실을 요하지 아니한다. 이 점에서 헌법 제29조의 국가배상청구와 구별된다.

4) 형사보상청구의 행사기간

형사보상청구는 원칙적으로 무죄재판이 확정된 사실을 안 날부터 3년, 무죄재판이 확정된 때부터 5년 이내에 하여야 한다.

5) 보상의 기준이 되는 ‘보상청구의 원인이 발생한 연도’의 의미

‘보상청구의 원인이 발생한 연도’의 의미와 관련하여 종래 하급심 실무례는 종래 실제 구속되었던 연도라는 견해를 취한 것과 무죄판결이 확정된 연도라는 견해를 취한 것으로 나뉘어 있는 것으로 보이나, 대법원 2004. 10. 18.자 2004코1 결정은 후자의 견해를 취하고 있다. 즉, 위 대법원결정은 2003년도의 최저임금³⁾을 적용함으로써 후자의 견해를 취하고 있음을 명백히 하였는데, 여기서 보상청구의 원인이란 ‘무죄판결의 확정’을 의미한다고 봄이 상당하므로 위 판지는 타당한 것으로 보인다. 실제 구속된 연도라는 견해를 취하면 언제 무죄확정이 되었는지에 상관없이 금액 범위에 변동이 없어 무죄확정이 되는 시기가 늦어질수록 물가상승률 등에 따라 실질적인 보상금액이 적어지게 된다는 점, 심지어 재심에 의하여 수십 년 후에도 무죄판결을 받을 수 있는데 이 경우 구속되었던 연도라는 견해를 취하면 청

3) 이는 비상상고를 인용한 판결이 선고된 2004. 4. 27. 당시 적용되던 최저임금이다.

구인에게 지나치게 불리한 결과가 초래된다는 점, 어차피 실손해보다는 적은 금액의 보상을 하는 만큼 청구인에게 유리하게 해석하는 것이 바람직하다는 점 등을 고려하여 보더라도 후자의 견해가 타당하다고 사료된다.⁴⁾

3. 폐지 또는 실효된 형벌 관련 법령이 당초부터 위헌·무효인 경우 그 법령을 적용 하여 공소가 제기된 피고사건에 대하여 법원이 취하여야 할 조치

가. 형사소송법 제326조 제4호⁵⁾의 적용범위

이는 공소제기된 형사사건에 대하여 적용할 법조가 위헌결정으로 소급하여 실효된 경우 법원으로서의 무죄판결과 면소판결 중 어떠한 재판을 하여야 하는지에 관한 것이다. 즉 형사소송법 제326조 제4호의 적용범위와도 관련된다.

나. 관련 대법원판례의 입장 - 무죄판결

□ 대법원 1992. 5. 8. 선고 91도2825 판결⁶⁾

위헌결정으로 인하여 형벌에 관한 법률 또는 법률조항이 소급하여 그 효력을 상실한 경우에는 당해 법조를 적용하여 기소한 피고사건이 범죄로 되지 아니한 때에 해당한다고 할 것이고, 범죄 후의 법령의 개폐로 형이 폐지되었을 때에 해당한다거나, 혹은 공소장에 기재된 사실이 진실하다 하더라도 범죄가 될 만한 사실이 포함되지 아니하는 때에 해당한다고는 할 수 없다.

다. 검토

문제된 형벌에 관한 법률에 대하여 위헌결정이 선고되었다면 이는 소급

4) 한승, “보호감호의 집행과 형사보상”[2004. 10. 18.자 2004코1(2004오1) 결정], 판례해설(53), 593.

5) 제326조 (면소의 판결)

다음 경우에는 판결로써 면소의 선고를 하여야 한다.

4. 범죄 후의 법령개폐로 형이 폐지되었을 때

6) 同旨: 대법원 1999. 12. 24. 선고 99도 3003 판결, 대법원 2007. 6. 28. 선고 2005도8317 판결.

하여 그 효력을 상실하여 무효이므로, 앞서 살펴본 대법원판례와 같이 무죄판결이 선고되어야 한다.

나아가 **폐지된 형벌에 관한 법률에 대하여 재판의 전제성이 인정되어 위헌결정이 선고된 경우**에 대하여 본다. 형벌에 관한 법률은 위헌결정으로 그 폐지 시점 이전에 소급하여 무효이고, 따라서 법률의 폐지는 이미 무효인 법률에 관하여 이루어진 셈이 되어 법률상 의미가 부여될 수 없어 형사소송법 제326조 제4호의 요건을 충족하는 면소사유에 해당한다고 볼 수 없는 점, 위헌결정이 선고되었다는 것은 법률의 폐지라는 측면을 가짐에도 불구하고 그 경우 무죄판결이 선고되어야 함은 앞서 본 바와 같은 점 등을 고려하면, 이 역시 무죄판결이 선고되는 것이 타당하다.

□ 대법원 2010. 12. 16. 선고 2010도5986 전원합의체 판결의 요지(=무죄설)

형벌에 관한 법령이 재심판결 당시 폐지되었다 하더라도 그 ‘폐지’가 당초부터 헌법에 위배되어 효력이 없는 법령에 대한 것이었다면 같은 법 제325조 전단이 규정하는 ‘범죄로 되지 아니한 때’의 무죄사유에 해당하는 것이지, 같은 법 제326조 제4호의 면소사유에 해당한다고 할 수 없다. 따라서 면소판결에 대하여 무죄판결인 실체판결이 선고되어야 한다고 주장하면서 상고할 수 없는 것이 원칙이지만, 위와 같은 경우에는 이와 달리 면소를 할 수 없고 피고인에게 무죄의 선고를 하여야 하므로 면소를 선고한 판결에 대하여 상고가 가능하다.

이는 형벌에 관한 법령이 재심판결 당시 폐지되었다 하더라도 그 폐지가 당초부터 헌법에 위반되어 효력이 없는 법령에 대한 것이라면 무죄판결을 선고하여야 한다는 형사소송법상 기본 법리를 밝힌 것이다(⇒ 기존의 태도를 바꾼 것은 아님).

4. 유신헌법과 긴급조치에 대한 검토

가. 유신헌법 제53조에 기한 긴급조치(현행 헌법과 비교)

유신헌법 제53조	현행 헌법 제76조
① 대통령은 천재·지변 또는 중대한 재정·경제상의 위기에 처하거나, 국가의 안전보장 또는 공공의 안녕질서가 중대한 위협을 받거나 받을 우려가 있어, 신속한 조치를 할 필요가 있다고 판단할 때에는 내정·외교·국방·경제·재정·사법 등 국정 전반에 걸쳐 필요한 긴급조치를 할 수 있다. ② 대통령은 제1항의 경우에 필요하다고 인정할 때에는 이 헌법에 규정되어 있는 국민의 자유와 권리를 잠정적으로 정지하는 긴급조치를 할 수 있고, 정부나 법원의 권한에 관하여 긴급조치를 할 수 있다. ③ 제1항과 제2항의 긴급조치를 한 때에는 대통령은 지체 없이 국회에 통고하여야 한다. ④ 제1항과 제2항의 긴급조치는 사법적 심사의 대상이 되지 아니한다. ⑤ 긴급조치의 원인이 소멸한 때에는 대통령은 지체 없이 이를 해제하여야 한다. ⑥ 국회는 재적의원 과반수의 찬성으로 긴급조치의 해제를 대통령에게 건의할 수 있으며, 대통령은 특별한 사유가 없는 한 이에 응하여야 한다.	① 대통령은 내우·외환·천재·지변 또는 중대한 재정·경제상의 위기에 있어서 국가의 안전보장 또는 공공의 안녕질서를 유지하기 위하여 긴급한 조치가 필요하고 국회의 집회를 기다릴 여유가 없을 때에 한하여 최소한으로 필요한 재정·경제상의 처분을 하거나 이에 관하여 법률의 효력을 가지는 명령을 발할 수 있다. ② 대통령은 국가의 안위에 관계되는 중대한 교전상태에 있어서 국가를 보위하기 위하여 긴급한 조치가 필요하고 국회의 집회가 불가능한 때에 한하여 법률의 효력을 가지는 명령을 발할 수 있다. ③ 대통령은 제1항과 제2항의 처분 또는 명령을 한 때에는 지체 없이 국회에 보고하여 그 승인을 얻어야 한다. ④ 제3항의 승인을 얻지 못한 때에는 그 처분 또는 명령은 그때부터 효력을 상실한다. 이 경우 그 명령에 의하여 개정 또는 폐지되었던 법률은 그 명령이 승인을 얻지 못한 때부터 당연히 효력을 회복한다. ⑤ 대통령은 제3항과 제4항의 사유를 지체 없이 공포하여야 한다.

나. 유신헌법과 긴급조치의 위헌 여부에 대한 판단

1) 긴급조치에 대한 사법심사가가능성 및 위헌 여부 심사기관

대법원은 2010. 12. 16. 선고 2010도5986 전원합의체 판결에서, 유신헌법

에 근거한 긴급조치는 국회의 입법권 행사라는 실질을 전혀 가지지 못한 것으로서, 헌법재판소의 위헌심판대상이 되는 ‘법률’에 해당한다고 할 수 없고(명령설), 긴급조치의 위헌 여부에 대한 심사권은 최종적으로 대법원에 속한다고 선언하였다.

헌법 제107조 제1항, 제111조 제1항 제1호의 규정에 의하면, 헌법재판소에 의한 위헌심사의 대상이 되는 ‘법률’이란 ‘국회의 의결을 거친 이른바 형식적 의미의 법률’을 의미하고, 위헌심사의 대상이 되는 규범이 형식적 의미의 법률이 아닌 때에는 그와 동일한 효력을 갖는 데에 국회의 승인이나 동의를 요하는 등 국회의 입법권 행사라고 평가할 수 있는 실질을 갖춘 것이어야 한다. 유신헌법 제53조 제3항은 대통령이 긴급조치를 한 때에는 지체 없이 국회에 통고하여야 한다고 규정하고 있을 뿐, 사전적으로는 물론이거니와 사후적으로도 긴급조치가 그 효력을 발생 또는 유지하는 데 국회의 동의 내지 승인을 얻도록 하는 규정을 두고 있지 아니하고, 실제로 국회에서 긴급조치를 승인하는 등의 조치가 취하여진 바도 없다. 따라서 유신헌법에 근거한 긴급조치는 국회의 입법권 행사라는 실질을 전혀 가지지 못한 것으로서, 헌법재판소의 위헌심판대상이 되는 ‘법률’에 해당한다고 할 수 없고, 긴급조치의 위헌 여부에 대한 심사권은 최종적으로 대법원에 속한다.

2) 유신헌법에 기한 긴급조치 제1호에 관한 위 전원합의체 판결의 정리

가) 개요

이 사건 원판결과 유사한 긴급조치 제1호 및 구 반공법 위반 사건에서, 대법원은 2010. 12. 16. 유신헌법 제53조에 근거한 긴급조치 제1호가 헌법에 위배되어 무효라고 판단하면서, 긴급조치 제1호에 근거하여 유죄가 선고되었던 피고인에 관하여 무죄를 선고하였다.

나) 위 전원합의체 판결의 요지

- ① 일반적으로 면소판결에 대하여 실체판결인 무죄판결을 청구하면서 상고할 수 없으나 그 적용 법령이 당초 무효이어서 면소를 선고할 수 없는 가능성이 있다면 그 경우에는 무죄판결을 구하며 상고할 수 있고,
- ② 긴급조치가 국가긴급권의 행사로서 통치행위에 해당한다 하더라도 사법부

는 법치주의에 근거하여 국민의 기본권을 제한하는 긴급조치에 대하여 사법심사권을 행사할 수 있으며,

- ③ 유신헌법 제53조 제4항이 긴급조치에 대한 사법심사의 배제를 규정하고 있으나 재심소송에서 적용되는 절차에 관한 법령은 재심판결 당시의 법령이므로 유신헌법상의 제한을 받지 아니한다는 이유로 긴급조치 제1호의 사법심사가능성을 긍정하였고,
- ④ 긴급조치 제1호는 국회의 입법권 행사라는 실질이 없어 위헌법률심판의 대상 법률에 해당하지 아니한다고 판단하며 그 위헌심판기관이 대법원에 있다고 보아 긴급조치 제1호의 위헌성을 심사하였으며,
- ⑤ 그 결과 긴급조치 제1호 제5항, 제3항은 위헌 무효이므로 그 긴급조치에 근거한 재심대상사건의 공소사실은 범죄로 되지 아니하는 때에 해당한다고 판단한 다음 긴급조치의 유효를 전제로 면소판결을 선고한 원심판결을 파기하고 무죄를 선고하였다.

다. 이 사건 긴급조치 제9호의 위헌성

1) 개관

긴급조치 제7호가 선포된 지 35일이 지난 1975. 5. 13. 발동된 긴급조치 제9호는 기존의 긴급조치 제1호부터 제7호까지의 모든 조치 내용을 하나로 모아 선포한 것으로서, 유신헌법 정권을 유지하는 가장 강력한 수단으로 기능하였다. 이는 ‘김상진 할복자살사건’을 계기로 유신헌법 철폐와 정권퇴진을 요구하는 민주화운동이 거세게 일어나자 이를 탄압하기 위해 선포된 긴급조치였다. 그 후 최규하 대통령은 1979. 12. 7. 대통령 공고 제67호로 긴급조치 제9호를 해제하였다.

2) 긴급조치 제1호와 비교 ⇒ 아래 밑줄 부분이 주로 차이가 난다.

긴급조치 제1호(1974. 1. 8. 17시)	긴급조치 제9호(제정 1975. 5. 13. 15시)
① 대한민국 헌법을 부정, 반대, 왜곡 또는 비방하는 일체의 행위 금지	1. 다음 각 호의 행위를 금한다. 가. 유언비어를 날조, 유포하거나 <u>사실을 왜곡하여 전파하는 행위.</u>
② 대한민국 헌법 개정, 폐지를	나. 집회·시위 또는 신문, 방송, 통신 등 공

긴급조치 제1호(1974. 1. 8. 17시)	긴급조치 제9호(제정 1975. 5. 13. 15시)
주장, 발의, 제안 또는 청원하는 일체의 행위 금지 ③ 유언비어 날조, 유포 행위 금지 ④ 위 행위 권유, 선동, 선전하거나, 방송, 보도, 출판 기타 방법으로 타인에게 알리는 일체의 언동금지 ⑤ 이 조치 위반자 및 비방자는 법관 영장 없이 체포, 구속, 압수, 수색하며 15년 이하 징역에 처하며 이 경우 15년 이하 자격정지 병과할 수 있음 ⑥ 이 조치 위반자 및 비방자는 비상군법회의에서 심판·처단	중전과수단이나 문서, 도화, 음반 등 표현물에 의하여 대한민국헌법을 부정·반대·왜곡 또는 비방하거나 그 개정 또는 폐지를 주장·청원·선동 또는 선전하는 행위. 다. <u>학교 당국의 지도, 감독하에 행하는 수업, 연구 또는 학교장의 사전 허가를 받았거나 기타 의례적 비정치적 활동을 제외한, 학생의 집회·시위 또는 정치관여 행위.</u> 라. 이 조치를 공연히 비방하는 행위. 2. 제1에 위반한 내용을 방송·보도 기타의 방법으로 공연히 전파하거나, 그 내용의 표현물을 제작·배포·판매·소지 또는 전시하는 행위를 금한다. 3. <u>재산을 도피시킬 목적으로, 대한민국 또는 대한민국 국민의 재산을 국외에 이동하거나 국내에 반입될 재산을 국외에 은닉 또는 처분하는 행위를 금한다.</u> 4. <u>관계 서류의 허위기재 기타 부정한 방법으로 해외이주의 허가를 받거나 국외에 도피하는 행위를 금한다.</u> 5. <u>주무부장관은 이 조치 위반자·범행 당시의 그 소속 학교, 단체나 사업체 또는 그 대표자나 장에 대하여 다음 각 호의 명령이나 조치를 할 수 있다.</u> 가. <u>대표자나 장에 대한 소속임직원·교직원 또는 학생의 해임이나 제적의 명령.</u> 나. <u>대표자나 장·소속임직원·교직원이나 학생의 해임 또는 제적의 조치.</u> 다. <u>방송·보도·제작·판매 또는 배포의 금지조치.</u> 라. <u>휴업·휴교·정간·폐간·해산 또는 폐쇄의 조치.</u>

긴급조치 제1호(1974. 1. 8. 17시)	긴급조치 제9호(제정 1975. 5. 13. 15시)
	마. 승인·등록·인가·허가 또는 면허의 취소조치. 6. 국회의원이 국회에서 직무상 행한 발언은 이 조치에 저촉되더라도 처벌하지 아니한다. 다만 그 발언을 방송·보도 기타의 방법으로 공연히 전파한 자는 그러하지 아니하다. 7. 이 조치 또는 이에 의한 주무부장관의 조치에 위반한 자는 1년 이상의 유기징역에 처한다. 이 경우에는 10년 이하의 자격정지를 병과한다. 미수에 그치거나 예비 또는 음모한 자도 또한 같다. 8. 이 조치 또는 이에 의한 주무부장관의 조치에 위반한 자는 법관의 영장 없이 체포·구금·압수 또는 수색할 수 있다. 9. 이 조치 시행 후, 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제2조(뇌물죄의 가중처벌)의 죄를 범한 공무원이나 정부관리기업체의 간부 직원 또는 동법 제5조(국고손실)의 죄를 범한 회계관계직원 등에 대하여는, 동법 각 조에 정한 형에, 수뇌액 또는 국고손실액의 10배에 해당하는 벌금을 병과한다. 10. 이 조치 위반의 죄는 <u>일반법원</u>에서 심판한다. 11. 이 조치의 시행을 위하여 필요한 사항은 주무부장관이 정한다. 12. 국방부장관은 서울특별시장·부산시장 또는 도지사로부터 치안질서 유지를 위한 병력출동의 요청을 받은 때에는 이에 응하여 지원할 수 있다. 13. 이 조치에 의한 주무부장관의 명령이나 조치는 사법적 심사의 대상이 되지 아니한다. 14. 이 조치는 1975년 5월 13일 15시부터 시행한다. 끝.

3) 긴급조치의 총괄로서의 긴급조치 제9호

1975. 5. 13. 발동된 긴급조치 제9호는 사전예방적 성격이 강한 것으로서 그것도 약 4년 7개월간 존속된 이례적인 조치였다. 박정희 정권은 ‘안보 위협’을 긴급조치 제9호 선포의 이유로 들었으나 당시 한반도 안보상황은 크게 우려할 수준이 아니었음에도 이를 확대·과장해 정권유지 수단으로 삼았다. 긴급조치 제9호는 ‘긴급한 조치’를 요하는 특정한 사안도 없는 가운데 발령되어, 1979. 12. 7. 긴급조치 제9호가 해제될 때까지 4년 7개월 가량 ‘일상적 조치’로 지속되었다. 긴급조치 제9호 시대는 민주주의의 암흑기로서 8백여 명의 구속자를 낳아 ‘전국토의 감옥화’, ‘전국민의 죄수화’라는 유행어를 만들어내기도 했다.

진실·화해위원회의 판결분석에 의하면, 4년 7개월여에 이르는 긴급조치 제9호 시대를 거치면서 긴급조치 제9호 위반 판결은 1,289건, 그 피해자 수만도 974명에 이르렀다.⁷⁾ 긴급조치 제9호 위반으로 제1심법원에서 판결을 선고받은 피고인은 974명이었고, 그중 제1심에서 무죄 또는 일부 무죄가 선고된 것으로 확인된 피고인은 15명이었다. 대표적인 것으로는 김대중, 문익환, 함세웅 등이 주동이 되고 윤보선, 정일형, 함석헌 등이 동조한 이른바 ‘민주구국선언’ 사건이 있다.

긴급조치 제9호 관련 사건 중에는 유언비어 유포 사건이 가장 많았다. 술집, 다방, 택시 등에서 술에 취하여 한 말이나 이웃과 나눈 대화, 전화통화 내용 등이 유언비어에 해당한다고 유죄판결을 받은 경우가 대부분이었다. 유언비어의 내용은 유신헌법과 긴급조치 및 정부의 시책에 대한 비판, 남북한의 생활상 비교, 대통령 개인에 대한 소문 등이었다.

4) 긴급조치 제9호의 위헌성

가) 개요

“국가안전과 공공질서의 수호를 위한 대통령 긴급조치”라는 이름으로 선포된 긴급조치 제9호는 제1호부터 제7호까지의 모든 긴급조치의 핵심적 내용을 또 다시 긴급조치의 형식으로 집대성하여 강제함으로써 국민의 기본

7) 진실·화해를위한과거사정리위원회, 『2006년 하반기 조사보고서』, 296.

권 전반에 대한 광범위하고 지속적 침해를 예고하였다. 이 조치는 그 이전의 긴급조치를 종합한 성격이었으므로 그 이전의 조치들이 가진 불법성 또한 그대로 연장·지속되었다고 할 수 있었다.

나) 긴급조치 제9호의 위헌성 내용

(1) 발동요건의 불비 및 내재적 한계의 일탈

긴급조치 제1호의 불법성과 마찬가지로, 당초 유신헌법은 사전적·예방적 목적을 위해서도 긴급조치가 발동될 수 있도록 규정하고 있었다. 그러나 국가긴급권은 국가비상사태, 즉 정상적인 헌법수호수단에 의해서 수습될 수 없는 국가의 존립 또는 헌법질서에 대한 외부로부터의 위협 내지는 비정상상태에서만 행사될 수 있다.

그런데 유신헌법상의 긴급조치권은 ‘사전예방적’인 긴급조치권의 발동을 가능하도록 하였고, 그 대상범위도 “내정·외교·국방·경제·재정·사법 등 국정전반에 걸쳐 필요한 긴급조치를 할 수 있다.”고 규정하여 무제한적으로 확대될 수 있도록 함으로써 국민의 기본권을 제한하고 권력분립원리에 반하는 처분의 근거로 작용하였던 것이다. 특히 긴급조치 제9호는 사전예방적 성격이 강한 것으로서 ‘긴급한 조치’를 요하는 특정한 사안도 없는 가운데 발령되었다. 따라서 유신헌법상 사전예방적 긴급조치권 발동의 전제가 되는 “국가의 안전보장 또는 공공의 안녕질서가 중대한 위협을 받을 우려가 있는 경우”에 해당되지 않음은 분명하다.

요컨대 긴급조치 제9호는 정상적인 헌법보호수단에 의하여서 제거될 수 없는 비정상상태에서만 행사될 수 있다고 하는 ‘발동요건상의 한계’, 긴급사태에 대한 국무회의 등 관계기관의 실질적 판단을 거쳐야 한다는 ‘절차상의 한계’, 행사의 목적이 국가의 존립 내지 자유민주적 기본질서의 보호를 위한 것이어야 한다는 ‘목적상의 한계’, 구체적인 조치들이 비례의 원칙에 합치되었는지 여부를 사후심사할 수 있는 사법적 통제가 보장되어야 하는 ‘사법적 통제의 가능성’이라는 국가긴급권의 제도내재적 한계를 전혀 준수하지 못한 조치였다.

유신헌법상의 긴급조치권 자체가 입헌주의 헌법이 수용하고 있는 국가

긴급권제도의 의의를 현저히 일탈함으로써 긴급조치권 자체가 불법인데다 실제 발동된 긴급조치는 유신헌법상의 긴급조치권 요건도 구비하지 못한 것으로서 ‘이중의 불법적 조치’였다고 하지 않을 수 없다.

(2) 긴급조치 내용상의 위헌성

국가긴급권으로서의 긴급조치의 내용은 국가의 존립 내지 자유민주적 기본질서의 보호를 위하여 위기상황의 극복을 위한 “최소한으로 필요한” 조치에 한정되어야 한다. 위 긴급조치의 내용은 헌법 개정논의 자체를 전면적으로 금지시키고, 반정부 활동을 원천봉쇄하는 것으로서, 그 목적이 국민의 유신헌법 반대운동을 탄압하고 언론의 자유를 박탈함으로써 정권의 존립과 안정을 확보하기 위하여 발동된 것이라는 점에서 긴급조치권의 목적상 한계를 벗어났다. 긴급조치 제9호는 그에 의하여 다음의 기본권들이 침해되는 등 관련 헌법규정을 위반하였다.

(가) 법제(개)정주체로서의 국민의 주권을 찬탈

동 조치는 긴급조치 제1호의 내용을 그대로 가져와 국민의 헌법 제·개정 논의를 봉쇄하였는데, 이는 헌법 제·개정에 대한 국민의 표현의 자유를 침해하는 데 그치는 것이 아니라 헌법 제(개)정주체로서의 국민의 주권을 찬탈하는 행위이다. 대통령의 지위와 권한은 헌법에 의하여 창설되는 것이고, 헌법 제(개)정권력은 긴급조치권보다 상위에 있는 것이므로, 긴급조치로 제한될 수 있는 성질의 것이 아니다.

(나) 헌법과 형사법의 기본원칙을 침해

“유언비어를 날조, 유포하는 행위” 또는 “사실을 왜곡하여 전파하는 행위[긴급조치 제9호 제1항 (가)호]”라고 하여 범죄의 구성요건이 추상적이고 모호할 뿐만 아니라, 긴급조치상 규정된 처벌규정의 적용범위가 너무 광범위하고 포괄적이어서 죄형법정주의의 ‘명확성의 원칙’을 위반한 것이라고 할 수 있다. 또한 헌법상 보장된 영장주의를 배제함으로써 헌법과 형사법의 기본원칙을 침해하였다.

(다) 학문의 자유와 대학의 자치 침해

긴급조치 제9호에서는 허가받지 않은 학생의 모든 집회·시위와 정치관

여행위를 금지하고 이를 위반한 자에 대해서는 주무부장관이 소속 학교에 제적을 명하고 휴업, 휴교, 폐쇄 조치를 할 수 있도록 하였다. 이는 국민의 표현의 자유뿐만 아니라 학문의 자유와 대학의 자치의 본질적 부분까지 침해하는 것이다.

(라) 청원권의 침해

긴급조치 제1호와 마찬가지로 제9호 역시 명시적으로 유신헌법을 부정하거나 폐지를 청원하는 행위를 금지시켰는데, 이는 헌법상 청원권을 침해하는 것이다.

(마) 계엄규정 위반

서울시장 또는 도지사의 요청이 있을 경우 국방부장관이 병력출동을 하는 규정은 헌법의 근거 없이 군사력을 동원할 수 있도록 함으로써 병력사용에 대한 대통령의 계엄선포권을 일탈하여 국민의 기본권을 포괄적이고 일반적으로 침해하는 위헌 규정이라고 할 것이다.⁸⁾

(바) 사법권의 무력화 등

유신헌법 제53조 제4항에 근거하여 이 조치에 의한 주무부장관의 명령이나 긴급조치의 사법심사가능성을 처음부터 명시적으로 배제시켜(같은 조 제13항) 사법권을 무력화하였다. 특히 당초 유신헌법 자체에서 아예 긴급조치에 대한 사법심사를 배제시켰으므로써(유신헌법 제53조 제4항), 긴급조치라는 대통령의 행위가 있기 이전에 사법심사가능성을 미리 제거하였다. 행정부 내부적으로도, 국회도, 법원도 위 긴급조치에 관한 한 아무런 실효성 있는 견제 내지 통제수단을 갖지 못하여 위 긴급조치는 대통령의 자의적 독재의 제도화된 수단이었던 것이다.

8) 헌법이 규정한 계엄의 요건을 충족하지 않는 한 군대는 국내질서유지에 투입될 수 없다고 이해해야 한다. 비상사태의 경우는 물론 재해 시에도 그것이 물리적 복구를 위한 인적·물적 자원의 투입이 아니라 질서유지목적의 무장병력투입인 경우에는 위헌적인 공권력행사로 보아야 할 것이다(이광원, “위수령의 해석과 입법방향”, 法學論叢 24卷 1號(2011. 8.) 231~251).

(3) 긴급조치 제9호의 위헌성 요약 ⇨ 긴급조치 제1호보다도 더 위헌성이 강함

- 유신헌법은 제53조 제1항, 제2항에서 긴급조치권 행사에 관하여 ‘천재·지변 또는 중대한 재정·경제상의 위기에 처하거나, 국가의 안전보장 또는 공공의 안녕질서가 중대한 위협을 받거나 받을 우려가 있어, 신속한 조치를 할 필요’가 있을 때 그 극복을 위한 것으로 한정하고 있다. 그러나 이에 근거하여 발령된 긴급조치 제9호의 내용은,
- 유언비어를 날조, 유폐하거나 사실을 왜곡하여 전파하는 행위, 집회·시위 또는 신문, 방송, 통신 등 공중전파수단이나 문서, 도화, 음반 등 표현물에 의하여 대한민국헌법을 부정·반대·왜곡 또는 비방하거나 그 개정 또는 폐지를 주장·청원·선동 또는 선전하는 행위, 학교 당국의 지도·감독하에 행하는 수업, 연구 또는 학교장의 사전 허가를 받았거나 기타 의례적 비정치적 활동을 제외한, 학생의 집회·시위 또는 정치관여행위 및 이 조치를 공연히 비방하는 행위 일체를 금하고(제1항의 각 호),
- 이를 위반한 내용을 방송·보도 기타의 방법으로 공연히 전파하거나, 그 내용의 표현물을 제작·배포·판매·소지 또는 전시하는 행위를 금하고(제2항), 이 조치 또는 이에 의한 주무부장관의 조치에 위반한 자는 법관의 영장 없이 체포·구금·압수 또는 수색할 수 있으며(제8항), 주무부장관은 이 조치 위반자·범행 당시의 그 소속 학교, 단체나 사업체 또는 그 대표자나 장에 대하여 대표자나 장·소속 임직원·교직원이나 학생의 해임 또는 제적의 조치, 휴업·휴교·정간·폐간·해산 또는 폐쇄의 조치 등을 할 수 있고(제5항), 국방부장관은 서울특별시장·부산시장 또는 도지사로부터 치안질서 유지를 위한 병력출동의 요청을 받은 때에는 이에 응하여 지원할 수 있는 것(제12항)으로⁹⁾
- 유신헌법 등에 대한 논의 자체를 전면금지하거나 이른바 유신헌제에 대한 국민적 저항을 탄압하기 위한 것임이 분명하여 긴급조치권의 목적상의 한계를 벗어난 것일 뿐만 아니라, 위 긴급조치가 발령될 당시의 국내외 정치 상황 및 사회상황이 긴급조치권발동의 대상이 되는 비상사태로서 국가의 중대한 위기상황 내지 국가적 안위에 직접 영향을 주는 중대한 위협을 받을

9) 긴급조치 제1호와의 차이이고, 제4호와 유사한 점이다.

- 우려가 있는 상황에 해당한다고 할 수 없으므로, 그러한 상황에서 발령된 긴급조치 제9호는 유신헌법 제53조가 규정하고 있는 요건을 결여한 것이다.
- 또한 긴급조치 제9호의 내용은 민주주의의 본질적 요소인 표현의 자유 내지 신체의 자유와 헌법상 보장된 청원권을 심각하게 제한하는 것으로서, 국가가 국민의 기본적 인권을 최대한으로 보장하도록 한 유신헌법 제8조(현행 헌법 제10조)의 규정에도 불구하고, 유신헌법 제18조(현행 헌법 제21조)가 규정한 표현의 자유를 제한하고, 영장주의를 전면 배제함으로써 법치국가원리를 부인하여 유신헌법 제10조(현행 헌법 제12조)가 규정하는 신체의 자유를 제한하고, 현행 헌법 제16조(유신헌법 제14조)가 규정한 주거의 자유를 제한하며, 명시적으로 유신헌법을 부정하거나 폐지를 청원하는 행위를 금지시킴으로써 유신헌법 제23조(현행 헌법 제26조)가 규정한 청원권 등을 제한한 것이다.
- 게다가 긴급조치 제9호는 주무부장관이 긴급조치에 위반한 학생 및 그 소속 학교에 대한 조치를 하게 하는 등으로 인하여 유신헌법 제19조(현행 헌법 제22조)가 규정하는 학문의 자유를 제한하는 한편 현행 헌법 제31조 제4항이 규정하는 대학의 자율성도 제한한 것이며, 서울시장, 부산시장 또는 도지사의 병력출동 요청만으로 국방부장관이 이에 응하여 병력을 지원할 수 있도록 함으로써, 병력을 동원할 수 있는 경우는 전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태 시 대통령의 계엄선포가 있을 때에 한정하는 유신헌법 제54조 제1항(현행 헌법 제77조)의 병력사용에 대한 대통령의 계엄선포권을 일탈하여 국민의 기본권을 포괄적이고 일반적으로 침해한 것이다.¹⁰⁾
- 이와 같이 긴급조치 제9조는 그 발동 요건을 갖추지 못한 채 목적상 한계를 벗어나 국민의 자유와 권리를 지나치게 제한함으로써 헌법상 보장된 국민의 기본권을 침해한 것이므로, 긴급조치 제9호가 해제 내지 실효되기 이전부터 유신헌법에 위반되어 위헌이고, 나아가 긴급조치 제9호에 의하여 침해된 위 각 기본권의 보장 규정을 두고 있는 현행 헌법에 비추어 보더라도 위헌이라고 할 것이어서, 결국 피고인에 대한 공소 제기의 근거가 된 긴급조치 제9호는 헌법에 위반되어 무효인 것이어서, 결국 이 사건 재판의 전제가 된 긴급조치 제9호 제1항의 (가), (다), (라)호, 제2항, 제7항을 포함하여 위 긴급조치는 헌법에 위반되어 무효라고 할 것이다.

10) 긴급조치 제1호와의 차이이고, 제4호와 유사한 점이다.

5. 피고인이 면소의 재판을 할 만한 사유가 없었더라면 무죄재판을 받을 만한 현저한 사유가 있었는지 여부

가. 대법원 2010. 12. 16. 선고 2010도5986 전원합의체 판결의 판단¹¹⁾

앞서 본 바와 같이 대법원은 위 2010도5986 재심대상사건에서, 긴급조치 제1호는 국회의 입법권 행사라는 실질이 없어 위헌법률심판의 대상 법률에 해당하지 아니한다고 판단하며 그 위헌심판기관이 대법원에 있다고 보아 긴급조치 제1호의 위헌성을 심사하였으며, 그 결과 긴급조치 제1호 제5항, 제3항은 위헌 무효이므로 그 긴급조치에 근거한 재심대상사건의 공소사실은 범죄로 되지 아니하는 때에 해당한다고 판단한 다음 긴급조치의 유효를 전제로 면소판결을 선고한 원심판결을 파기하고 무죄를 선고하였다.

나. 대통령 긴급조치 제1호 위반 피고사실로 면소판결을 받은 사건의 경우 위 전원합의체 판결에 따라 형사보상청구권이 발생했음.

1) 긴급조치 제1호의 효력

위 전원합의체 판결에 본 바와 같이, 유신헌법 제53조에 근거하여 발령된 긴급조치 제1호는 그 발동요건을 갖추지 못한 채 목적상 한계를 벗어나 국민의 자유와 권리를 지나치게 제한함으로써 헌법상 보장된 국민의 기본권을 침해한 것으로 긴급조치 제1호가 해제 내지 실효되기 이전부터 유신헌법에 위배되어 위헌이고, 나아가 긴급조치 제1호에 의하여 침해된 각 기본권의 보장 규정을 두고 있는 현행 헌법에 비추어 보더라도 위헌이므로, 결국 긴급조치 위반 사건 재판의 전제가 된 긴급조치 제1호는 헌법에 위배되어 무효이고, 이와 같이 위헌·무효인 긴급조치 제1호를 적용하여 공소가 제기된 경우에는 형사소송법 제325조 전단의 ‘피고사건이 범죄로 되지 아니한 때’에 해당하므로 무죄를 선고하여야 할 것이다.

11) 유영재, “긴급조치위헌판결을 통하여 들여다 본 이 시대 법원의 역할”, 2012 법관연수 재판의 본질 그리고 법관의 역할, 사법연수원, 192 이하.

2) 판단

결국, 설령 긴급조치 제1호 위반으로 기소되어 면소의 재판을 선고받았다 할지라도, 앞서 본 전원합의체 판결의 취지에 따르면, 당초 면소재판이 아니었다면 무죄의 재판을 받을 현저한 사유가 있었다고 할 것이므로, 해당 피고인 등은 법 제2조 제1항, 제2항, 제3조 제1항에 의하여 국가에 대하여 위 미결구금 또는 구금에 관한 보상을 청구할 수 있다고 할 것이다.

3) 긴급조치 제1호, 제4호 관련 형사보상청구 인용사례

□ 대법원 2011. 3. 11.자 2011초기12 결정(긴급조치 제1호 사건)

긴급조치 위반 등 소위 과거사 재심과 관련하여 대법원에 형사보상청구 사례는 긴급조치 제1호에 관한 위 전원합의체 판결의 피고인인 오○○의 경우가 있었다. 그는 앞서 본 대법원 2010. 12. 16. 선고 2010도5986 전원합의체 판결의 피고인으로서 위 전원합의체 판결의 主文에서 무죄판결을 선고받아 확정되자 위 2011초기12호로 형사보상을 청구한 것이다(→ 인용됨)

[결정이유]

청구인은 2009. 2. 12. 서울고등법원에 재심을 청구하여 재심개시결정을 받은 후 2010. 4. 30. 반공법 위반의 점은 무죄를, 유언비어 날조·유포로 인한 대통령긴급조치 위반의 점은 면소를 각 선고받았고(헌법 비방으로 인한 긴급조치 위반의 점은 상상적 경합범의 관계에 있는 반공법 위반의 점에 대하여 무죄를 선고함으로써 따로 면소를 선고하지 않았음), 같은 해 12. 16. 그 상고심인 이 법원에서 유언비어 날조·유포로 인한 대통령긴급조치 위반의 점이 파기되고 이에 대한 무죄를 선고받았으며 반공법 위반의 점에 대한 검사의 상고가 기각된 사실(헌법비방으로 인한 긴급조치 위반의 점은 무죄라고 판단하여야 할 것이나 상상적 경합범의 관계에 있는 반공법 위반의 점에 대하여 무죄를 선고한 이상 따로 위 긴급조치 위반의 점에 대하여 무죄를 선고하지 아니하였다고 하더라도 이는 판결 결과에 영향이 없으므로 원심판결에 무죄라고 판단하여야 할 것을 면소로 판단한 위법이 있음을 지적하는 외에 이 부분 원심판결을 그대로 유지하였음)을 알 수 있다.

따라서 청구인은 형사소송법에 의한 재심에서 무죄판결을 받은 자로서 그 사건으로 인하여 1974. 6. 7.부터 1977. 7. 3.까지 1123일 동안

구금을 당한 데 대하여¹²⁾ 형사보상법 제1조 제1항¹³⁾에 의한 보상을 청구할 수 있다.

□ 서울중앙지방법원 2011. 7. 11.자 2010코123 결정

재심사건에서 면소판결을 받은 피고인에 대하여, “면소재판이 아니었다면 무죄의 재판을 받을 현저한 사유가 있었다.”는 이유로 형사보상청구를 인용하였다. → 그대로 확정되었다.

[결정이유]

1. 긴급조치 제1호 및 제4호의 효력

……(중략) 결국 재판의 전제가 된 긴급조치 제1호 및 제4호를 적용하여 공소가 제기된 경우에는 형소법 제325조 전단의 ‘피고사건이 범죄로 되지 아니 한때’에 해당하므로 무죄를 선고해야 할 것이다(대법원 2010. 12. 16. 선고 2010도5986 전원합의체 판결).

2. 판단

이○ 등은 재심사건에서 무죄 및 면소판결을 받았고, 이○ 등이 면소의 재판을 선고받은 긴급조치 제1호 및 제4호 위반 부분도 면소재판이 아니었다면 무죄의 재판을 받을 현저한 사유가 있었다고 할 것이므로, ……(중략)…… 청구인들은 ‘법’ 제2조 제1항, 제3조 제1항에 의하여 국가에 대하여 위 미결구금 또는 구금에 관한 보상을 청구할 수 있다 할 것이다.

다. 대통령긴급조치 제9호 위반 피고사실로 면소판결을 받은 사건의 경우

1) 문제점

대법원 2010. 12. 16. 선고 2010도5986 전원합의체 판결은 긴급조치 제1

12) 과거사정리위원회 조사 자료에서 확인한 자료들을 바탕으로 최초 연행일, 형기만료 석방일을 확인하였다. 불법구금일, 불산입된 미결구금일로 인하여 구금일수가 형기 3년을 초과하였다.

13) 제1조 (보상요건)

① 형사소송법에 의한 일반절차 또는 재심이나 비상상고절차에서 무죄재판을 받은 자가 미결구금을 당하였을 때에는 이 법에 의하여 국가에 대하여 그 구금에 관한 보상을 청구할 수 있다.

호가 헌법재판소의 위헌심사 대상이 되는 ‘법률’이 아니라고 판시하였다(명령설에 입각한 것이다). 그런데 이 사건 대상결정 선고 전에는 아직 긴급조치 제9호에 대해서는 대법원에 의해 그 위헌 여부 등 법률적 판단이 이루어진 적이 없었다.

2) 검토

가) 이 사건의 처리방안

대법원에서 긴급조치가 위헌이어서 무효라고 선언하더라도 현행 형사소송법상 형벌의 근거조항이 위헌·무효가 된 경우를 재심사유로 규정하고 있지 않으므로 재심을 위해서는 헌법재판소의 위헌결정이 필요하다. 그런데 재심은 유죄의 확정판결에만 가능하다. 더욱이 재심개시사유가 있어야 한다. 그래서 법 제26조는 ‘면소의 재판을 할 만한 사유가 없었더라면 무죄 재판을 받을 만한 현저한 사유가 있었을 경우’에 형사보상을 청구할 수 있도록 하려는 취지였을 것이다. 결국 구속된 피고인 등이 직접 형사보상을 받도록 해 주기 위해서는, ❶ 긴급조치를 헌법 제107조 제2항 소정의 ‘명령·규칙심사권’의 대상으로 보아, 대법원에서 직접 위헌으로 결정하거나(명령설-위 전원합의체 판결 사안의 경우), ❷ 헌법 등 법적 근거 없이 행하여진 대통령의 긴급조치를 당연무효로 보아 단순히 그 적용을 배제하는 방안이 가능하다.

그런데 헌법재판소는 2013. 3. 21. 긴급조치 제9호가 법률에 해당하고(법률설), 헌법에 위반된다고 결정하였다[헌법재판소 2013. 3. 21. 선고 2010헌바70, 132, 170 전원재판부 결정¹⁴⁾]. 그러나 이 사건 대상결정은 여전히 기존의 명령설을 유지하였다.

나) 구체적인 검토

그런데 앞서 본 바와 같이 긴급조치 제1호나 제9호 모두 그 근거(유신헌

14) 【주 문】 대통령 긴급조치 제1호(1974. 1. 8. 대통령 긴급조치 제1호로 제정되고, 1974. 8. 23. 대통령 긴급조치 제5호 ‘대통령 긴급조치 제1호와 동 제4호의 해제에 관한 긴급조치’로 해제된 것), 대통령 긴급조치 제2호(1974. 1. 8. 대통령 긴급조치 제2호로 제정된 것), ‘국가안전과 공공질서의 수호를 위한 대통령 긴급조치’(1975. 5. 13. 대통령 긴급조치 제9호로 제정되고, 1979. 12. 7. 대통령공고 제67호로 해제된 것)는 모두 헌법에 위반된다.

법 헌법 제53조)가 같고, 그 형식도 비슷하며, 실제로 국회에서 그 긴급조치를 승인하는 등의 조치도 없어 국회의 입법권행사라는 실질을 전혀 갖지 못하고 있으며, 그 내용에 있어서도 국민의 기본권을 지나치게 제한한 것이다. 그러므로 앞서 본 전원합의체 판결에서 본 바와 같이, 긴급조치 제1호의 경우와 마찬가지로 긴급조치의 위헌심사권이 대법원에 있는지, 그리고 대통령 긴급조치 제9호가 당초부터 위헌·무효인지 여부에 대해 판단할 필요가 있다 할 것이다.

다만 위 긴급조치 제1호에 관한 전원합의체 판결의 취지에 따르면, 위헌판정기관에 관한 법원주체설 중 명령설에 입각하여 긴급조치를 헌법 제107조 제2항 소정의 ‘명령·규칙심사권’의 대상으로 보아, 대법원에서 직접 위헌으로 결정하는 것이 선행되어야 한다.

한편 법원조직법 제7조 제1항 제1호¹⁵⁾는 명령 또는 규칙이 헌법에 위반함을 인정하는 경우에는 전원합의체에서 심판하도록 규정하고 있으므로, 전원합의체를 통하여 대통령 긴급조치 제9호에 대한 위헌판단이 이루어질 필요가 있다. 즉 형사보상의 선결문제로 전원합의체에서 긴급조치 제9호에 대한 위헌판단이 필요하다.

라. 이 사건의 경우

결국 앞서 본 검토 내용에 따르면, 법원이 위 긴급조치 제1호와 동일한 법리로 제9호에 대해서도 위헌·무효라고 판단할 수 있다고 보이고, 그럴 경우 피고인으로서는 당초 면소의 재판을 할 만한 사유가 없었더라면 무죄 재판을 받을 만한 현저한 사유가 있었다고 볼 수 있다. 결국 대법원이 긴급조치 제9호에 대해서도 위헌판단을 할 경우, 피고인 및 청구인으로서는 형사보상청구의 성립요건을 구비할 것이다. 다만 긴급조치 제1호에 대한

15) 법원조직법 제7조 (심판권의 행사)

① 대법원의 심판권은 대법관 전원의 3분의 2 이상의 합의체에서 이를 행하며 대법원장이 재판장이 된다. 다만 대법관 3인 이상으로 구성된 부에서 먼저 사건을 심리하여 의견이 일치한 때에 한하여 다음의 경우를 제외하고 그 부에서 재판할 수 있다.

1. 명령 또는 규칙이 헌법에 위반함을 인정하는 경우

위 전원합의체 판결 그 자체로 위 긴급조치 제9호에 대한 형사보상청구의 요건도 갖추었다고 주장하는 견해도 있을 수 있다(후술).

6. 형사보상청구기간 도과 여부에 대한 검토

가. 형사보상청구기간

법은 제8조에서 “보상청구는 무죄재판이 확정된 사실을 안 날부터 3년, 무죄재판이 확정된 때부터 5년 이내에 하여야 한다.”고 규정하고 있다. 한편 면소 등의 재판을 받은 피고인의 형사보상청구에 관한 규정인 법 제26조는 그 제2항에서 “제1항에 따른 보상에 대하여는 무죄재판을 받아 확정된 사건의 피고인에 대한 보상에 관한 규정을 준용한다. 보상결정의 공시에 대하여도 또한 같다.”고 규정하고 있다.

나. 형사보상청구기간의 성질

형사보상청구는 무죄재판이 확정된 사실을 안 날부터 3년, 무죄재판이 확정된 때부터 5년 이내에 하여야 한다(제8조). 이 기간이 경과된 후에 보상을 청구하였을 때에는 각하를 면할 수 없도록 규정하고 있다(제16조). 따라서 이 사건 법률조항이 정하고 있는 형사보상청구의 기간은 재판상 그 권리를 행사하여야 하는 기간으로서 제척기간에 해당한다(헌법재판소 2010. 7. 29. 선고 2008헌가4 전원재판부 결정 참조).

한편 재심은 유죄의 확정판결에만 가능하다. 그래서 법 제26조(면소 등의 경우) 제2항에서 별도 규정을 두어 “무죄판결을 받은 확정된 사건의 피고인에 대한 보상에 관한 규정”을 준용하도록 하고 있다.

한편 대법원에서 긴급조치가 위헌이어서 무효라고 선언하더라도 현행 형사소송법상 형벌의 근거조항이 위헌무효가 된 경우를 재심사유로 규정하고 있지 않으므로 재심을 위해서는 헌법재판소의 위헌결정이 필요하다. 헌법재판소법 제47조(위헌결정의 효력) 제3항은 “제2항 단서의 경우에 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항에 근거한 유죄의 확정판결에 대하여는

제심을 청구할 수 있다.”고 규정하고 있다(면소판결은 해당 안됨).

다. 면소판결을 받은 경우의 형사보상청구의 기산점

1) 대상결정 사안에서의 검찰의 의견

형사보상청구는 면소판결이 확정된 때로부터 5년 이내에 하여야 하는데, 청구인은 피고인에 대한 면소재판이 확정된 때부터 5년이 경과한 후에야 이 사건 형사보상청구를 하였다.

2) 형사보상청구권의 보장

헌법 제28조의 형사보상청구권은 ‘법률이 정하는 바에 의하여’ 행사되는 것이므로 그 구체적 내용은 입법에 맡겨져 있다. 그러나 국가의 형사사법 절차에 내재하는 불가피한 위험에 의하여 국민의 신체의 자유에 관하여 중대한 피해가 발생한 경우 국가가 이에 대하여 보상할 것을 헌법에서 명문으로 선언하고 있고, 형사보상청구권은 이미 신체의 자유를 침해받은 자에 대하여 사후적으로 구제해 주는 기본권이므로, 그 실효적인 구제를 요청할 수 있는 권리가 충분히 보장되지 않는다면 헌법상 천명된 기본권 보장의 정신은 요원해질 수 있다.

즉, 헌법 제28조의 형사보상청구권은 국가의 형사사법권이라는 공권력에 의하여 인신구속이라는 중대한 법익의 침해가 발생한 국민에게 그 피해를 보상해 주는 기본권이라는 점에서 매우 중요한 헌법상의 기본권 중 하나임에도 불구하고 공익의 달성이라는 논리 위에 개인의 형사보상청구가 제대로 보전되지 않는 결과를 초래한다면 형사보상청구권의 보상범위에 공백이 발생할 우려가 있다.

이러한 점에서 형사보상청구의 구체적 절차에 관한 입법은 단지 형사보상을 청구할 수 있는 형식적인 권리나 이론적인 가능성만을 허용하는 것이어서는 아니되고, 상당한 정도로 권리구제의 실효성이 보장되도록 하는 것이어야 한다.

따라서 형사보상청구에 관하여 어느 정도의 제척기간을 둘 것인가, 그 기산점은 어디에 둘 것인가의 문제는 원칙적으로 입법권자의 재량에 맡겨

져 있는 것이지만, 그 청구기간이 지나치게 단기간이거나 불합리하여 면소 판결을 받아 확정된 형사피고인이 형사보상을 청구하는 것을 현저히 곤란하게 하거나 사실상 불가능하게 한다면 이는 입법재량의 한계를 넘어서는 것으로서 헌법이 보장하는 형사보상청구권을 침해하는 것이라 하지 않을 수 없다. 이러한 기본입장이 형사보상절차와 행사기간에 관한 법 규정을 해석할 때에도 그대로 관철되어야 한다는 점은 다언을 요하지 않는다.

3) 청구기간(5년)의 기산점

그런데 법 제26조 제1호는 ‘형사소송법에 따라 면소의 재판을 받아 확정된 피고인이 면소의 재판을 할 만한 사유가 없었더라면 무죄재판을 받을 만한 현저한 사유가 있었을 경우’에도 국가에 대하여 구금에 대한 보상을 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 그러면서 같은 조 제2항에서, ‘제1항에 따른 보상에 대하여는 무죄재판을 받아 확정된 사건의 피고인에 대한 보상에 관한 규정을 준용한다. 보상결정의 공시에 대하여도 또한 같다’고 규정하고 있다. 한편 법 제8조는 무죄판결을 받은 경우 형사보상청구는 무죄재판이 확정된 사실을 안 날부터 3년, 무죄재판이 확정된 때부터 5년 이내에 하여야 한다고 규정하고 있다.

그런데 이 사건처럼 면소 등의 재판을 받은 피고인의 형사보상청구와 관련하여서도 무죄판결을 받아 확정된 피고인의 형사보상청구에 관한 규정을 준용하고 있는 관련 법 규정의 내용과 그 취지, 앞서 본 형사보상을 통한 권리구제의 실효성 확보 필요성 등에 비추어 볼 때, 이 사건 피고인의 경우 단순히 그 면소판결을 받은 때부터 형사보상청구가 가능하였다고 볼 수는 없고, 그 보상청구요건인 ‘무죄재판을 받을 만한 현저한 사유가 있었을 경우’라고 객관적으로 인정되는 때에 비로소 형사보상청구가 가능하다고 해석하여야 할 것이다.¹⁶⁾

16) 마땅히 원용할 만한 법리는 찾기 어려우나, 앞서 본 여러 사정, 그리고 긴급조치 제1호, 제4호로 2010. 7. 11. 면소판결을 선고받은 피고인에 대해 대법원 전원합의체 판결 선고일인 2010년을 기준으로 형사보상액을 정한 서울중앙지법 2011. 7. 11.자 2010코123 결정을 고려하여 이론 구성한 것이다.

라. 문제점

이 사건 형사보상청구의 근거가 된 원판결은 “대통령 긴급조치 제9호는 1979. 12. 8. 대통령공고 제67호로 해제되었으므로 피고인에 대한 본건 공소사실은 범죄 후의 법령개폐로 형이 폐지되었을 때에 해당하므로, 형사소송법 제326조 제4호를 적용하여 면소판결을 선고”하였고, 위 판결은 바로 확정되었으며, 역수상으로 보면 위 확정일로부터 형사보상청구기간인 5년이 경과한 후에야 이 사건 형사보상청구를 한 것이 된다.

그러므로 과연 피고인에게 위 원판결 선고 당시에도 면소의 재판을 할 만한 사유가 없었더라면 무죄재판을 받을 만한 현저한 사유가 있었다고 볼 수 있는가. 이는 결국 긴급조치에 대한 사법심사 가능성 문제로 돌아간다고 할 수 있다.

그 당시 법원이 긴급조치에 대한 사법심사가 가능했다면, 앞서 본 긴급조치 제1호와 제9호의 각 효력, 그리고 폐지된 형벌 관련 법령이 당초부터 위헌·무효인 경우의 조치 등을 종합하여 보면, 그때 바로 피고인으로서 면소의 재판 대신 무죄의 재판을 받을 수 있었을 것이다.

마. 긴급조치에 관한 판례의 입장¹⁷⁾

1) 유신헌법하에서의 대법원의 입장

대법원은 긴급조치에 근거하여 유죄가 선고된 사건에 관하여 아래와 같은 입장이었다.

① 헌법 제53조가 헌법의 근본규범에 위배되어 무효이고, 소급적 처벌규정이어서 헌법 제11조 제2항에 위반한 것으로 무효이며, 한편 긴급조치가 그 발동요건을 갖추지 못하여 무효라는 취지의 피고인의 주장에 대하여, 그 주장들이 우리 헌법 해석상 받아들일 수 없다는 취지로 판단하면서 긴급조치의 발동요건 충족 여부에 관하여 별도의 심사를 하지 아니하였다.¹⁸⁾

17) 유영재(주 11), 207 이하.

18) 대법원 1975. 1. 28. 선고 74도3486 판결, 대법원 1975. 1. 28. 선고 74도3488 판결, 대법원 1975. 1. 28. 선고 74도3492 판결, 대법원 1975. 1. 28. 선고 74도3497 판결, 대법원 1975. 1. 28. 선고 74도3498 판결, 대법원 1975. 1. 28. 선고 74도3507 판결, 대법원 1975. 1. 28. 선고

□ [실례] 대법원 1975. 4. 8. 선고 74도3323 판결¹⁹⁾

…… 살피건대 헌법 제53조가 논지가 지적하는 바와 같이 헌법의 근본규범에 위배되어 무효한 것이라든가, 소급적 처벌규정이어서 헌법 제11조 제2항에 위반한 것으로 무효라든가, 또 그 내용이 요건을 갖추지 못하여 무효라는 것, 긴급조치 제5호의 제2항의 경과규정이 헌법 위반이라는 점 등의 소론에 대하여는 그 주장들이 우리 헌법 해석상 받아들이지 못할 것이라 함은 본원의 이에 대한 누차의 판결로써 명시된 바 있는 것이며, 이제 위와 같은 본원의 견해를 변경할 필요를 느끼지 않는 바로서 따라서 이점 상고이유는 실당한 것이며, 법관의 영장없는 체포·구속·압수·수색을 할 수 있게 한 긴급조치 제2호 제12항은 헌법 제54조에 의하여 계엄이 선포된 경우에만 가능한 것인바 위에 의한 계엄의 선포 없이 헌법 제53조에 의한 위와 같은 조치는 헌법 위반이라고 하는 논지에 대하여 판단하건대, 헌법 제54조의 경우에는 헌법 제53조에 의한 비상조치를 취하지 않을 경우에 해당하는 규정인 것이며, 헌법 제53조에 의하여 대통령의 긴급조치권을 발동할 경우에는 동조 제1항에 의하여 사법 등 국정전반에 걸친 조치를 취할 수 있고, 동조 제2항에 의하여 “헌법에 규정되어 있는 국민의 자유와 권리를 잠정적으로 정지”하는 조치를 취할 수 있고, 이 경우에는 “법원의 권한에 관하여 긴급조치를 할 수” 있는 것이 동법에 명시되어 있는 바로서 헌법 제53조에 의한 긴급조치는 대통령에게 이러한 권한이 부여되었다고 인정할 수 있으므로 따라서 헌법 제53조에 의하여 논지가 지적하여 비위하는 바와 같은 국민의 일부 권리와 자유의 잠정적 정지조치는 헌법 위반이라고 인정할 수 없고 결국 이 점에 관한 소론은 독자적인 견해로서 이를 받아들일 수 없고 헌법 제53조에 의거한 위 일련의 긴급조치가 헌법 위반이라는 점은 어느 모로 보나 이유 없는 것으로 판단한다.

74도3511 판결, 1975. 2. 10. 선고 74도3489 판결, 대법원 1975. 2. 10. 선고 74도3506 판결, 대법원 1975. 4. 8. 선고 74도3323 판결 등 참조 ☞ 그 후 상당 부분은 위 전원합의체 판결로 폐기되었다.

19) 同旨: 대법원 1975. 1. 28. 선고 74도3486 판결, 대법원 1975. 1. 28. 선고 74도3492 판결, 대법원 1975. 1. 28. 선고 74도3497 판결, 대법원 1975. 1. 28. 선고 74도3498 판결, 대법원 1975. 1. 28. 선고 74도3507 판결, 대법원 1975. 1. 28. 선고 74도3511 판결, 대법원 1975. 2. 10. 선고 74도3489 판결, 대법원 1975. 2. 10. 선고 74도3506 판결 등.

② 그리고 긴급조치는 헌법 제53조에 의하여 사법심사의 대상에서 배제된다는 이유로 그 자체의 위헌 심사를 하지 아니하였을 뿐 아니라 피고인 측의 위헌법률심판제청도 기각하였다.

□ [실례] 대법원 1977. 5. 13.자 77도19 전원합의체 결정

이 건 재항고는 재항고인들이 원심에 제출한 대통령 긴급조치 제9호(국가안전과 공공질서의 수호를 위한 대통령 긴급조치)의 위헌여부제청신청을 원심이 기각한 결정에 대하여 불복제기한 것인바, 위 대통령 긴급조치는 헌법 제53조 소정의 긴급조치이며, 위 긴급조치는 사법적심사의 대상이 되지 않는 것이니(헌법 제53조 제4항) 이 건 신청을 받아들이지 아니한 원심의 결정에는 위법이 없으며, 위 긴급조치가 사법적 심사의 대상이 될 수 있음을 전제로 하는 논지는 이유 없다.

③ 한편 긴급조치 위반 사건에서 피고인이 저항권 행사를 근거로 위법성 조각을 주장하자 실정법제도하에서 초법규적인 권리개념으로써 현행실정법에 위배되는 행위의 정당화를 주장하는 것은 그 자체만으로 받아들일 수 없다고 판단하였다(대법원 1975. 4. 8. 선고 74도3323 판결).

2) 제5공화국 헌법하에서의 대법원의 입장

긴급조치 제1호 위반 사건에 관하여 대법원 1985. 1. 29. 선고 74도3501 전원합의체 판결은, ① 유신헌법 제53조의 긴급조치는 헌법상 규정된 대통령의 국가긴급권으로서 이는 국가비상시에 국가적 위기에 대처하는 예외적 수단을 입헌주의적 헌법적 체계에 마련하여 헌법질서의 파괴를 제도적으로 막고 국가비상시에 있어서의 합법적인 독재적 권력의 행사를 허용하는 반면 여러가지 규정을 마련하여 그 남용을 예방하자는 취지로 마련된 것이고, ② 긴급조치는 헌법이 대통령에게 부여한 국가긴급권의 행사이므로 그 적법성에는 이론의 여지가 없으며, ③ 긴급조치는 그 근거법인 유신헌법이 제5공화국 헌법의 제정, 공포에 따라 폐지되었으므로 실효되었고, 유신헌법의 긴급조치와 제5공화국 헌법상의 비상조치권은 발동요건 및 국회의 통제권한 여부에 있어 현격한 차이가 있으므로 제5공화국 헌법 부칙 제9조에 의하여 효력이 지속되는 법령에 해당되지도 아니하고, ④ 실효된 긴급조치

에 기하여 기소된 공소사실은 면소 사유에 해당한다라는 취지로 판시하였다.

3) 대법원 2010. 12. 16. 선고 2010도5986 전원합의체 판결의 입장

대법원은 앞서 살펴본 바와 같이 이때에 이르러서야, ① 통치행위에 대한 사법심사 가능성을 긍정하고, ② 유신헌법 제53조 제4항의 사법심사 배제조항은 재심절차에 적용되지 아니한다고 판시하여 그 제약 및 합헌성 추정을 부정한 다음 긴급조치의 위헌성을 심사하였고, 그 결과 ③ 긴급조치 제1호가 발령될 당시의 국내외 정치상황 및 사회상황이 긴급조치권 발동의 대상이 되는 비상사태로서 국가의 중대한 위기상황 내지 국가적 안위에 직접 영향을 주는 중대한 위협을 받을 우려가 있는 상황에 해당한다고 할 수 없고, 긴급조치 제1호의 내용 역시 유신헌법 등에 대한 논의 자체를 전면 금지함으로써 이른바 유신헌법에 대한 국민적 저항을 탄압하기 위한 것임이 분명하여 긴급조치권의 목적상의 한계를 벗어났다는 이유로 위 긴급조치 제1호는 유신헌법 제53조가 규정하고 있는 요건을 결여하였다고 판시하였으며, 나아가 ④ 긴급조치 제1호의 내용은 민주주의의 본질적 요소인 표현의 자유 내지 신체의 자유와 헌법상 보장된 청원권을 심각하게 제한하는 것으로서, 국가가 국민의 기본적 인권을 최대한으로 보장하도록 한 유신헌법 제8조(현행 헌법 제10조)의 규정에도 불구하고, 유신헌법 제18조(현행 헌법 제21조)가 규정한 표현의 자유를 제한하고, 영장주의를 전면 배제함으로써 법치국가원리를 부인하여 유신헌법 제10조(현행 헌법 제12조)가 규정하는 신체의 자유를 제한하며, 명시적으로 유신헌법을 부정하거나 폐지를 청원하는 행위를 금지시킴으로써 유신헌법 제23조(현행 헌법 제26조)가 규정한 청원권 등을 제한한 것으로서 유신헌법 내지 현행 헌법에 위배되어 위헌이라는 취지로 판시하였다.

□ 대법원 2010. 12. 16. 선고 2010도5986 전원합의체 판결

(중략) 유신헌법에 근거한 긴급조치는 국회의 입법권 행사라는 실질을 전혀 가지지 못한 것으로서, 헌법재판소의 위헌심판대상이 되는 ‘법률’에 해당한다고 할 수 없고, 긴급조치의 위헌 여부에 대한 심사권은 최종적으로 대법원에 속한다.

유신헌법 제53조에 근거하여 발령된 대통령 긴급조치 제1호는 그 발동 요건을 갖추지 못한 채 목적상 한계를 벗어나 국민의 자유와 권리를 지나치게 제한함으로써 헌법상 보장된 국민의 기본권을 침해한 것이므로, 긴급조치 제1호가 해제 내지 실효되기 이전부터 유신헌법에 위배되어 위헌이고, 나아가 긴급조치 제1호에 의하여 침해된 각 기본권의 보장 규정을 두고 있는 현행 헌법에 비추어 보더라도 위헌이다. 결국 이 사건 재판의 전제가 된 긴급조치 제1호 제1항, 제3항, 제5항을 포함하여 긴급조치 제1호는 헌법에 위배되어 무효이다. 이와 달리 유신헌법 제53조에 근거를 둔 긴급조치 제1호가 합헌이라는 취지로 판시한 대법원 1975. 1. 28. 선고 74도3492 판결, 대법원 1975. 1. 28. 선고 74도3498 판결, 대법원 1975. 4. 8. 선고 74도3323 판결과 그 밖에 이 판결의 견해와 다른 대법원판결들은 모두 폐기한다.

바. 검토

1) 위 2010도5986 전원합의체 판결에서야 긴급조치에 관한 사법심사 가능성을 긍정함

유신헌법하의 대법원은 유신헌법이 실정법으로서 적법하다는 전제 아래 유신헌법 제53조에 근거한 긴급조치에 관하여 위 헌법 제53조에서 긴급조치를 사법심사의 대상에서 제외하고 있음을 이유로 긴급조치의 발동 요건 충족 여부에 관하여도 심사를 하지 아니하였고, 긴급조치에 관한 위헌법률심판 제청신청도 위헌심사의 가능성이 없다는 이유로 받아들이지 아니하였다.

제5공화국 헌법하의 대법원은 긴급조치의 법적 효력에 관하여 의견을 제시하였고, 통치행위의 실효성 판단에 있어서는 사법심사가 가능하다고 판시하여 통치행위에 대한 사법심사의 가능성을 열어둔 듯하나, 실질적으로 긴급조치가 유신헌법 제53조에 근거한 것으로서 적법하다는 전제하에 긴급조치의 발동요건 충족 여부나 헌법 위반 여부에 관하여 별도로 심사하지 아니한 점에 있어서는 유신헌법하의 대법원의 입장과 크게 달라진 점이 없다. 그에 비하여 위 2010도5986 전원합의체 판결에서 대법원은 긴급조치에 관한 사법심사 가능성을 긍정하고 그 발동요건 충족 여부 및 내용상의

위헌성을 전면적으로 심사하여 이전의 대법원과 입장을 크게 달리하고 있다.

결국 위 전원합의체 판결이 선고되기 전까지 대법원은 긴급조치가 유신헌법상의 발동요건을 충족하였는지 여부나 긴급조치의 내용에 관한 위헌성 심사를 하지 아니하였다. 이러한 대법원의 태도는 유신헌법 시대나 제5공화국 헌법시대 당시 유신헌법을 위헌법으로 보아 대통령에게 권한을 집중하는 헌법적 결단을 인정하고 여기에 그 당시 보편적 견해였던 대통령의 통치행위에 대한 사법심사 자체론을 이론적 근거로 더하여 긴급조치 발동요건의 충족 여부 조차도 대통령의 독점적인 판단 권한의 영역으로서 사법심사의 대상이 되지 아니한다고 판단하였기 때문으로 추측된다.

위 전원합의체 판결에서 대법원은 과거 대법원의 태도와는 다르게 긴급조치의 사법심사 가능성을 긍정하고 긴급조치의 실효성을 판단하기에 앞서 긴급조치 자체의 위헌성을 판단하였다. 특히 대법원은 긴급조치의 위헌성을 심사하기 위하여 면소판결을 선고받은 경우에도 그 근거 법령이 위헌으로 무효가 될 가능성이 있는 경우 실체판결청구권을 인정하여 무죄판결을 구하는 상고를 적법하다고 봄으로써 기본권 구체 가능성을 높임과 동시에, 긴급조치의 위헌심사기관에 대한 부분, 통치행위에 대한 사법심사 가능성, 유신헌법 제53조 제4항에 따른 제문제 등에 관하여 치열하게 고민하여 긴급조치의 위헌성을 심사, 인정하였다.

2) 이 사건의 경우

결국 대법원에서 피고인에게 면소판결(이 사건 원판결)이 선고될 당시에 도, 대법원은 긴급조치가 유신헌법상의 발동 요건을 충족하였는지 여부나 긴급조치의 내용에 관한 위헌성 심사를 하지 아니하고 있었다. 대법원은 그저 형식에만 치중하여 “대통령긴급조치 제9호는 1979. 12. 8. 대통령공고 제67호로 해제되었으므로 피고인에 대한 본건 공소사실은 범죄 후의 법령 개폐로 형이 폐지되었을 때에 해당한다.”는 것을 이유로 면소판결을 선고한 것으로 볼 수 있다.

그러므로 사법부가 그 당시 긴급조치에 대한 사법심사를 하지 않은 상황 인지라, 그 면소판결 확정 당시의 분위기상 당초 면소의 재판을 할 만한

사유가 없었다면 무죄의 재판을 받을 만한 현저한 사유가 있었다고 보기 어렵다. 따라서 피고인으로서 위 면소판결(원판결)이 확정될 당시에는 형사보상청구의 성립요건을 구비하지 못했다 할 것이다. 결국 검찰의 보상청구기간 도과 의견은 받아들이기 어렵다.

7. 이 사건의 해결

가. 형사보상청구권의 발생

피고인에 대한 공소사실에 적용할 법령이자 면소판결의 전제가 된 긴급조치 제9호는 헌법에 위배되어 당초부터 무효라 할 것이고, 이와 같이 위헌·무효인 긴급조치 제9호를 적용하여 공소가 제기된 경우에는 형사소송법 제325조 전단의 ‘피고사건이 범죄로 되지 아니한 때’에 해당하므로 법원은 무죄를 선고하였어야 할 것이다(위에서 본 대법원 2010. 12. 16. 선고 2010도5986 전원합의체 판결 참조).

나. 보상청구의 원인이 발생한 연도

1) 그러면 ‘면소의 재판을 할 만한 사유가 없었더라면 무죄재판을 받을 만한 현저한 사유가 생긴’ 때, 즉 시행령 제2조의 보상의 기준이 되는 ‘보상청구의 원인이 발생한 연도’를 언제로 볼 것인가.

가) 우선 청구인의 주장처럼 위 대법원 2010. 12. 16. 선고 2010도5986 전원합의체 판결이 나온 때를 기준으로 할 것인가. 논자에 따라서는 긴급조치 제1호에 대한 위 전원합의체 판결이 선고된 날인 2010. 12. 16.에야 비로소 피고인에게 ‘면소의 재판을 할 만한 사유가 없었더라면 무죄재판을 받을 만한 현저한 사유가 생겼다’고 해석할 수도 있을 것이다(이 사건 청구인의 주장도 마찬가지임).

나) 아니면 향후 대법원이 이 사건에서 별도로 긴급조치 제9호에 대한 위헌판단을 한 때인가 또는 긴급조치 제1호, 제2호, 제9호에 관한 2013. 3. 21.자 헌법재판소의 위헌결정 시인가.

2) 검토

긴급조치 제9호에 대한 위헌·무효 선언 때로 보는게 더 설득력 있다고 보인다. 우선 긴급조치 제1호와 제9호는 그 일시와 발동요건, 그리고 그 내용도 다르므로 제9호에 대해서는 별도의 위헌·무효 판단이 필요하다. 즉 긴급조치 제9호 관련 피해자들로서는 긴급조치 제1호와 무관하므로, 제1호에 관한 전원합의체 판결의 선고 사실을 알았다고 보기 어려울 뿐 아니라, 설령 알았다 할지라도 위 제1호에 대한 위헌선언을 근거로 바로 형사보상을 청구한다는 것은 쉬운 일이 아닐 것이다. 특히 재심사건 등에서 별도의 무죄판결을 받은 경우가 아니라 이 사건처럼 당초 면소판결을 받은 피해자들의 경우에는 형사보상청구기산일을 더 유리하게 해석해 줄 필요가 있다. 즉 재심사건 등에서 무죄판결이 확정된 때에는, 확정 당시 기록이 있는 법원은 재판서 등본과 확정증명서를 작성하여 피고인에게 송부하는 동시에 형사보상청구를 할 수 있다는 취지도 고지해야 한다.²⁰⁾ 따라서 당사자가 형사재판이 무죄로 확정된 사실을 알았다면 그와 동시에 형사보상청구권의 존재 등에 관해 고지받기 때문에 무죄 확정 사실과 별개로 형사보상청구권의 존재를 알지 못할 가능성은 상정하기 어렵다 할 것이다.

그러나 이 사건처럼 당초 면소판결을 받은 피해자들의 경우에는 그 후 별도로 재심 등의 재판을 받은 적이 없는데다가, 자신과 무관한 다른 긴급조치의 사법심사 존재(위헌·무효 선언) 사실에 대해서는 알기 어렵기 때문에 형사보상청구권의 존재 자체를 알기는 어려울 것이다. 더욱이 만약 긴급조치 전반에 대한 사법심사를 인정한 위 전원합의체 판결이 나온 때인 위 전원합의체 판결선고 시(2010년)에 바로 ‘면소의 재판을 할 만한 사유가 없었더라면 무죄재판을 받을 만한 현저한 사유가 생긴’ 경우로 볼 경우, 대상결정 선고 당시 아직까지 위헌·무효선언이 나오지 않은 긴급조치 제4

20) **형사재판서 등본 송부 및 확정통보 등에 관한 예규**(2013. 1. 24. 개정, 재판예규 제1425호, 재형 2003-12) 제7조(무죄 등의 재판이 확정된 경우): “무죄, 면소, 공소기각의 재판이 확정된 때에는 확정 당시 기록이 있는 법원은 피고인에게 재판서등본과 확정증명서(전산양식 B3530) 및 형사보상청구 안내문(전산양식 B4752)을 송부한다. 다만 피고인에게 재판서등본을 이미 송달한 경우에는 재판서등본의 송달을 생략할 수 있다.”

호, 제7호 등의 피해자의 경우 곧 청구기간이 도과할 우려도 있다.

3) 소결론 ⇨ 대상결정 선고 시로 보아야

결국 긴급조치 제9호에 대한 위헌·무효 선언을 한 때(이 사건 대상결정 선고예정일인 2013. 4. 18.)가 바로 ‘면소의 재판을 할 만한 사유가 없었더라면 무죄재판을 받을 만한 현저한 사유가 생긴’ 경우로 보는 게 형사보상의 취지 및 그 요건, 피고인의 권리구제에 더 부합하다고 사료된다.

즉, 피고인이 면소판결을 받은 경위 및 그 이유, 이 사건 원판결 당시 법원이 긴급조치 제9호에 대한 사법심사를 자제하는 바람에 그 위반죄로 기소된 사람으로서 재판절차에서 긴급조치 제9호의 위헌성을 다룰 수 없었던 사정, 그리고 앞서 본 긴급조치 제9호의 효력, 폐지된 형벌 관련 법령이 당초부터 위헌·무효인 경우 법원이 취할 조치 등을 종합하여 보면, 이 사건 결정에서 긴급조치 제9호의 위헌·무효를 선언함으로써 비로소 면소의 재판을 할 만한 사유가 없었더라면 무죄재판을 받을 만한 현저한 사유가 피고인에게 생겼다고 할 것이다.²¹⁾ 따라서 피고인의 재산상속인인 청구인은 법 제26조 제1항 제1호, 제3조 제1항, 제11조를 근거로 국가를 상대로 긴급조치 제9호 위반으로 인하여 피고인이 구금을 당한 데 대한 보상을 청구할 수 있다.

다. 대법원의 관할권 여부: 긍정

형사보상 및 명예회복에 관한 법률의 법문상 ‘무죄판결을 한 법원’으로 규정되어 있고,²²⁾ 심급을 불문한다. 대법원이 직접 면소판결을 하였고, 그 면소 재판이 없었다면 무죄판결을 하였을 경우임을 주장하고 있으므로, 대법원에 관할권이 있다.

21) 다만 헌법재판소의 위헌결정이 있었던 때로 보아야 한다는 견해가 있을 수도 있으나 이 사건 결정예정일과 시차가 크지 않기 때문에 여기서 자세히 논할 실익은 없어 보여 생략한다.

22) 제7조 (관할법원)

보상청구는 무죄재판을 한 법원에 대하여 하여야 한다.

라. 구금일수

기록상 피고인의 정확한 체포일자나 구속일자 및 석방일을 정확히 알 수는 없다. 다만 제1심 및 제2심판결문과 상소심에서의 구속집행정지결정 등에 기초하여 추론은 가능하다. 특히 제1심 주문에는 미결구금일수 중 일부만을 징역형에 산입한 것처럼 되어 있는데, 청구인은 판결문상 징역형에 실제 산입된 구금일과 구속집행정지결정일에 입각하여 이 사건 형사보상 신청을 하고 있다.

결국 피고인은 법 제26조의 ‘면소의 재판을 할 만한 사유가 없었더라면 무죄재판을 받을 만한 현저한 사유가 생긴’ 자로서, 긴급조치 제9호 위반으로 인하여 369일{=180일(제1심판결 선고 전 미결구금일수 중 징역형에 산입된 일수)+189일(제1심판결 선고 다음날인 1979. 5. 10.부터 위 구속집행정지결정일인 1979. 11. 14.까지)} 동안 구금을 당하였음이 역수상 명백하다 (⇒ 청구인도 위 구금일수만을 기초로 이 사건 형사보상을 구하고 있다).

마. 형사보상금액

1) 형사보상의 기준은 대상결정 선고일로 해야

우선 기록에 나타난 구금의 종류 및 기간의 장단, 구금기간 중에 받은 재산상의 손실과 얻을 수 있었던 이익의 상실 또는 정신상의 고통과 신체 손상, 관련 국가기관의 고의 또는 과실 유무, 피고인의 연령, 직업 등 법 제5조 제2항이 규정한 제반 사정을 고려하여야 한다.

앞서 언급한 바와 같이 ‘면소의 재판을 할 만한 사유가 없었더라면 무죄 재판을 받을 만한 현저한 사유가 생긴’ 때, 즉 시행령 제2조의 보상의 기준이 되는 ‘보상청구의 원인이 발생한 연도’를 언제로 보느냐에 따라 최저임금액이 달라질 것이다.

우선 청구인의 주장처럼 위 대법원 2010. 12. 16. 선고 2010도5986 전원합의체 판결이 나온 때를 기준으로 하면, 그 구금일수 전부에 대하여 형사보상법 제4조 제1항,²³⁾ 같은 법 시행령 제2조에서 정한 1일 5,000원 이상

23) 형사보상법 제4조 (보상의 내용)

164,400원(보상청구의 원인이 발생한 2010년도²⁴⁾의 최저임금법상 일급 최저임금액인 32,880원²⁵⁾의 5배) 이하의 범위 내에서 적정히 정하면 된다. 그렇지 않고 향후 대법원이 이 사건 등에서 긴급조치 제9호에 대한 위헌판단을 한 때라면 그때의 “최저임금법”에 따른 일급을 기준으로 계산해야 된다.

고용노동부 고시 2013년²⁶⁾ 최저임금액은 시간급 4,860원이다(1일 38,880원). 다만 형사보상액은 청구인이 구하는 액의 한도 내에서 인정해 주는 것이므로, 2010년을 기준으로 하든, 2013년을 기준으로 하든 인용금액에는 차이가 없을 것이다(구금일수는 동일하다).

결국 앞서 본 대로, 긴급조치 제9호에 대한 이 사건에서의 위헌판단이 나온 2013. 4. 18.에서야 비로소 형사보상청구의 원인이 발생한 경우로 보는 게 형사보상의 취지 및 그 요건, 피고인의 권리구제, 기타 다른 긴급조치위반자들과의 형평 등에 더 부합하다고 사료된다.

2) 구체적인 형사보상액

한편 법 제5조 제1항, 법 시행령 제2조는, 미결구금에 대한 1일당 보상금의 하한은 보상청구의 원인이 발생한 연도의 최저임금법에 따른 일급 최저임금액으로 하고, 그 상한은 그 일급 최저임금액의 5배로 한다고 규정하고 있다.

그런데 이 사건 결정일이 속한 2013년도의 최저임금법상 일급 최저임금액은 38,880원이므로, 보상금의 하한은 1일 38,880원, 상한은 1일 194,400원(=38,880원×5)이 된다. 그리고 이 사건 기록에 나타난 구금의 종류 및 기간의 장단, 피고인이 구금기간 중에 입은 재산상의 손실과 얻을 수 있었던 이익의 상실 또는 정신적인 고통과 신체 손상, 경찰·검찰·법원의 각 기관의 고의 또는 과실 유무, 그 밖에 보상금액 산정과 관련되는 모든 사정을 고려하여 보면, 청구인에 대한 보상금액은 피고인의 총 구금일수 중 청

① 구금에 대한 보상에 있어서는 그 일수에 따라 1일 5천 원 이상 대통령령이 정하는 금액 이하의 비율에 의한 보상금을 지급한다.

24) 위 전원합의체 판결이 선고된 해이다.

25) 2010년 당시 최저임금은 시간당 4,110원이다(노동부장관 고시).

26) 이 사건 대상결정 당시.

구인이 구하는 구금일수인 369일(=180일(제1심판결 선고 전 미결구금일수 중 징역형에 실제 산입된 일수)+189일(제1심판결 선고 다음날인 1979. 5. 10.부터 구속집행정지결정일인 1979. 11. 14.까지의 일수))에 대하여 법정 보상금액의 한도 내에서 청구인이 구하는 1일 164,400원으로 정함이 상당하다고 할 것이다. 따라서 청구인에 대한 형사보상금액은 60,663,600원(=1일 164,400원 × 369일)이 된다.

8. 결론

결국, 청구인의 이 사건 형사보상청구를 전부 인용해야 할 것이다. 대상 결정도 마찬가지로 결정하였다.

【對象決定의 意義】

대상결정은, 긴급조치 제1호가 위헌·무효임을 선언한 대법원 2010. 12. 26. 선고 2010도5986 전원합의체 판결에 이어 긴급조치 제9호가 위헌·무효임을 선언하면서, 종래 긴급조치 제9호가 해제됨에 따라 면소판결을 받은 사람이나 그 유족들은 곧바로 형사보상청구가 가능하다는 대법원의 입장을 최초로 밝힌 결정이다. 이로써 긴급조치 관련 피해자들을 적극적으로 구제하기 위한 사법절차가 확립되었고, 이들에 대한 실질적 권리구제의 길이 열리게 되었으므로, 이번 결정은 매우 큰 의미를 가진다고 할 것이다.

판례색인

대법원판례해설(통권 제96호)

선고일 및 사건번호

수록면수 공보게재면수

【조 세】

2013. 2. 28. 선고 2011두27896 판결	181	2013, 591
2013. 3. 28. 선고 2012두26678 판결	109	2013, 776
2013. 4. 11. 선고 2010두19942 판결	33	2013, 868
2013. 5. 23. 선고 2013두1041 판결	161	2013, 1140
2013. 5. 24. 선고 2012두29172 판결	73	2013, 1145
2013. 5. 24. 선고 2013두1843 판결	90	미 간 행
2013. 6. 13. 선고 2011두18441 판결	125	2013, 1253
2013. 6. 13. 선고 2013두1850 판결	11	2013, 1264
2013. 6. 28. 선고 2013두2778 판결	208	2013, 1393

【지적소유권】

2013. 2. 28. 선고 2011후3193 판결	335	미 간 행
2013. 3. 14. 선고 2011후1159 판결	383	2013, 674
2013. 3. 28. 선고 2011후835 판결	360	2013, 797
2013. 4. 11. 선고 2012후436 판결	241	2013, 885
2013. 4. 26. 선고 2011다64836 판결	476	2013, 937
2013. 5. 9. 선고 2011후3896 판결	426	2013, 1054
2013. 5. 9. 선고 2011다69725 판결	297	미 간 행
2013. 5. 24. 선고 2011후2015 판결	514	2013, 1149

【형 사】

2013. 1. 10. 선고 2011도15497 판결	945	2013, 366

2013. 2. 15. 선고 2010도3504 판결	693	2013, 528
2013. 2. 15. 선고 2011도5835 판결	876	2013, 533
2013. 2. 28. 선고 2011도16718 판결	547	2013, 611
2013. 3. 28. 선고 2010도3359 판결	666	2013, 801
2013. 3. 28. 선고 2011도2393 판결	1045	2013, 822
2013. 4. 11. 선고 2011도10626 판결	771	2013, 901
2013. 4. 11. 선고 2011도14690 판결	1018	2013, 903
2013. 4. 18.자 2011초기689 전원합의체 결정	1100	2013, 978
2013. 4. 25. 선고 2013도1658 판결	631	2013, 991
2013. 4. 26. 선고 2011도6798 판결	580	2013, 993
2013. 5. 9. 선고 2012도12172 판결	835	2013, 1061
2013. 6. 13. 선고 2012도16001 판결	712	2013, 1276
2013. 6. 13. 선고 2013도1685 판결	786	2013, 1281
2013. 6. 27. 선고 2011도7931 판결	743	2013, 1418
2013. 6. 27. 선고 2013도2714 판결	650	2013, 1426
2013. 6. 27. 선고 2013도3246 판결	816	2013, 1428

대 법 원 판 례 해 설
제 96호
2013년 상

2013년 12월 20일 인 쇄
2013년 12월 28일 발 행

비 매 품

발 행 법 원 도 서 관
인 쇄 성 문 인 쇄 사
02) 2272-7553