규제법실무연구회

# 규제법실무연구회 발표집 Ⅰ

2011. 5 ~ 2011. 12

고려대학교 ICR 규제법팀

# 차 례


1. 인·허가의제효과를 수반하는 건축신고의 법적 성격 및 행정처분성 … **이 완 희** / 1
- 대법원 2011. 1. 20. 선고 2010두14954 전원합의체 판결, 대법원 2010. 11. 18. 선고 2008두167 전원합의체 판결 -

2. 실질적 경영자의 행정법규위반행위에 대한 기업의 형사책임 …… **이 승 훈** / 43

3. 소득처분의 입증책임·효과 및 효과 발생시점 …… **이 예 슬** / 55
- 대법원 2010. 1. 28. 선고 2007두20959 판결 -

4. 금지금 거래와 세법상 신의성실의 원칙 …… **박 병 규** / 83
- 대법원 2011.1.20. 선고 2009두13474 전원합의체 판결 -

5. 표준약관개정의결취소 …… **강 은 하** / 113
- 대법원 2010. 10. 14. 선고 2008두23184 -

6. 금융감독위원회의 자본감소명령제도 …… **김 상 훈** / 129
- 대법원 2010. 4.29. 선고 2007다12012【자본감소무효】-

7. 수익증권 환매와 환매연기 …… **송 태 원** / 147
- 대법원 2010. 10.14. 선고 2008다13043판결 -

8. 재조사결정에 따른 쟁송기간의 기산점 …… **김 도 형** / 181
- 대법원 2010. 6. 25. 선고 2007두12514 판결 -

9. 재건축조합의 매도청구권 행사요건으로서의 조합설립결의의 유효성과 이에 대한 쟁송방법 …… **이 승 훈** / 193
- 대판 2010. 4. 8. 선고 2009다10881 판결 -

10. 국유재산 관리위임사무 처리경비의 부담자와 비용상환을 위한 쟁송수단 …… **강 호 철** / 211

11. 행정소송의 한계와 헌법소송과의 관할권 배분 ····· **이 지 영** / 225
– 대법원 2010. 12. 16. 선고 2010도5986 판결 중에서 –

12. 공익사업법상 환매제도에 관한 검토 ····· **윤 덕 근** / 241
- 대법원 2010. 9. 30. 선고 2010다30782 판결에 대하여 -

13. 환경기준유지의무 위반으로 인한 국가와 지방자치단체의 손해배상책임
····· **김 영 기** / 263
- 99다36280 판결에 관한 소고 -

14. 세계화와 행정법의 임무 – 외국인 귀화허가제도 ····· **안 기 수** / 297
- 대법원 2010. 10. 28. 선고 2010두6496 판결 -

# 인 · 허가의제효과를 수반하는 건축신고의 법적 성격 및 행정처분성*

## - 대법원 2011. 1. 20. 선고 2010두14954 전원합의체 판결, 대법원 2010. 11. 18. 선고 2008두167 전원합의체 판결 -

이 완 희**

목 차

Ⅰ. 서 론 ····· 3

Ⅱ. 건축신고의 법적 성격 ····· 3
1. 대법원 2010두14954 전원합의체 판결의 개요 ····· 3
2. 신고제와 인·허가의제 ····· 6
3. 건축신고의 법적 성격을 명확히 할 필요성 ····· 15
4. 건축신고의 법적 성격에 관한 제 견해 ····· 19
5. 대법원 2010두14954 사건의 판시 내용 ····· 32

Ⅲ. 건축신고의 행정처분성 ····· 36
1. 대법원 2008두167 전원합의체 판결 ····· 36
2. 위 전원합의체 판결의 적용 범위 ····· 37

Ⅳ. 결 론 ····· 41

* 본 발표문은 "고려대학교 ICR 규제법팀 규제법실무연구회의 2011. 5. 21.자 발표회"를 위하여 작성된 것인바, 그 후 대법원 2011. 6. 10. 선고 2010두7321 판결이 선고됨에 따라 일부 내용을 수정한 것이다.

** 대법원 재판연구관

# Ⅰ. 서 론

그동안 학계와 실무에서는 건축신고의 법적 성격에 관하여 ① 자기완결적 신고인지, ② 수리를 요하는 신고인지, ③ 실체적 요건에 관한 심사를 필요로 하는 인·허가가 의제되는 건축신고는 수리를 요하는 신고인지 여부에 관하여 견해가 대립되어 왔고, 건축신고 반려행위(수리거부행위)가 항고소송의 대상이 되는지에 관하여도 많은 논란이 되어 왔다.

그러던 중 대법원 2010. 11. 18. 선고 2008두167 전원합의체 판결에서 건축신고 반려행위가 항고소송의 대상이 된다고 판시하였고, 이어서 대법원 2011. 1. 20. 선고 2010두14954 전원합의체 판결에서 건축신고의 법적 성격에 관하여 인·허가의제효과를 수반하는 경우에는 수리를 요하는 신고에 해당한다고 판시하기에 이르렀다.

위 각 전원합의체 판결은 종래 건축신고를 둘러싼 여러 논란에 대한 대법원의 태도를 명확히 하였다는 점에서 매우 중요한 의미를 가진다. 그런데 대법원 2008두167 전원합의체 판결은 일반적인 건축신고의 경우까지 포함하여 항고소송의 대상으로 삼은 것인지 아니면 인·허가의제효과를 수반하는 건축신고에 한하여 항고소송의 대상으로 인정한 것인지를 명확히 하지 않았다.

따라서 대법원 2008두167 전원합의체 판결이 일반적인 '자기완결적 신고'의 경우까지 모두 항고소송의 대상으로 인정한 것인지 여부에 관하여는 여전히 논란의 소지가 있다.

아래에서는 먼저 대법원 2010두14954 전원합의체 판결과 관련하여 건축신고의 법적 성격을 둘러싼 그 동안의 논의를 정리하면서 위 전원합의체 판결의 판시내용을 분석하여 보고, 이어서 대법원 2008두167 전원합의체 판결의 적용 범위에 관하여 검토하여 보기로 한다.

# Ⅱ. 건축신고의 법적 성격

## 1. 대법원 2010두14954 전원합의체 판결의 개요

### (1) 처분의 경위 등

원고는 2006. 3. 7. 윤주상 소유였던 용인시 기흥구 마북동 180-9 대 110㎡(이하 '이 사건 토지')를 낙찰받은 후 2009. 3. 3.경 피고에게 이 사건 토지 위에 연면적 합계 29.15㎡인 건물 2동을 건축한다는 내용의 건축신고를 하였다.

이에 대하여, 피고는 2009. 3. 6. "이 사건 토지는 1991. 7. 24. 인접 토지인 마북동 180-8 건축물 신축허가 당시 소유자 윤주상으로부터 토지의 사용승낙을 득하여 현

재까지 현황도로로 사용하고 있는 토지이며, 타 부지로 진입이 불가한 상태로서 건축법 제2조 제1항 제12호 규정에 의한 현황도로로 인정된 부지에 건축물이 건축될 경우 기존 건축물로의 진출입이 차단되므로 건축신고 불가함"이라는 이유로 위 건축신고 수리 불가를 통보하였다(이하 '이 사건 처분').

한편 윤주상은 1991. 7.경 이 사건 토지에 인접한 마북동 180-7 지상 및 같은 동 180-8 지상 다세대주택 건축허가 당시 이 사건 토지를 진입도로로 사용할 것을 승낙하여 다세대주택들이 건축되었다.

이 사건 토지는 폭 2.6~3.3m, 길이 약 25m의 'ㅅ'자 모양으로 된 토지로서, 위 사용승낙 후 현재에 이르기까지 아스팔트 및 콘크리트 포장이 된 상태로 위 다세대주택 거주자들에 의하여 공로에 이르는 통행로로 사용되고 있다.

### (2) 원심의 판단(= 제1심의 판단)

일반적으로 건축법상의 건축신고는 행정청의 수리를 요하지 아니하여 그 신고가 행정청에 도달된 때에 효력을 발생하는 것이나, 건축신고로 인하여 건축법 제14조 제1항, 제11조 제5항 각 호 소정의 허가 또는 인가 등을 받은 것으로 의제하는 효력(집중효)이 발생하는 경우에는 그 건축신고는 행정청의 수리를 요하는 신고로 봄이 타당하다.

건축법 제2조 제1항 제11호, 제44조, 제45조의 각 규정 취지에 비추어 보면, 인접토지의 건축허가 또는 건축신고 당시 토지소유자 등의 사용승낙을 받아 인접토지의 진입도로가 되어 그 주민들의 통행로로 사용되고 있는 토지는, 이해관계인의 동의를 얻어 이를 통행로에서 제외하는 등의 조치를 취하기 전까지는 그 지상에 건축물을 건축하는 등 진입도로로 이용하는데 방해가 되는 다른 용도로 이용할 수 없다.

### (3) 상고이유

#### 1) 건축신고에 대하여는 수리를 거부할 수 없음

건축법 제14조 제1항 제5호, 제3항, 건축법 시행령 제11조 제2항 제1호에 의하면 연면적 합계가 100㎡ 미만인 건축물의 건축에 관하여는 신고만으로 건축허가를 받은 것으로 보아야 하므로, 피고의 이 사건 처분은 당연무효이다. 즉 자기완결적 신고이어서 신고만으로 효력이 발생하므로 수리거부를 할 수 없다는 취지이다.

#### 2) 심리미진[1)]

### (4) 대법원의 판단

**[다수의견]**

건축법에서 인·허가의제 제도를 둔 취지는, 인·허가의제사항과 관련하여 건축허가 또는 건축신고의 관할 행정청으로 그 창구를 단일화하고 절차를 간소화하며 비용과 시간을 절감함으로써 국민의 권익을 보호하려는 것이지, 인·허가의제사항 관련 법률에 따른 각각의 인·허가 요건에 관한 일체의 심사를 배제하려는 것으로 보기는 어렵다. 왜냐하면, 건축법과 인·허가의제사항 관련 법률은 각기 고유한 목적이 있고, 건축신고와 인·허가의제사항도 각각 별개의 제도적 취지가 있으며 그 요건 또한 달리하기 때문이다. 나아가 인·허가의제사항 관련 법률에 규정된 요건 중 상당수는 공익에 관한 것으로서 행정청의 전문적이고 종합적인 심사가 요구되는데, 만약 건축신고만으로 인·허가의제사항에 관한 일체의 요건 심사가 배제된다고 한다면, 중대한 공익상의 침해나 이해관계인의 피해를 야기하고 관련 법률에서 인·허가 제도를 통하여 사인의 행위를 사전에 감독하고자 하는 규율체계 전반을 무너뜨릴 우려가 있다. 또한 무엇보다도 건축신고를 하려는 자는 인·허가의제사항 관련 법령에서 제출하도록 의무화하고 있는 신청서와 구비서류를 제출하여야 하는데, 이는 건축신고를 수리하는 행정청으로 하여금 인·허가의제사항 관련 법률에 규정된 요건에 관하여도 심사를 하도록 하기 위한 것으로 볼 수밖에 없다. 따라서 인·허가의제 효과를 수반하는 건축신고는 일반적인 건축신고와는 달리, 특별한 사정이 없는 한 행정청이 그 실체적 요건에 관한 심사를 한 후 수리하여야 하는 이른바 '수리를 요하는 신고'로 보는 것이 옳다.

**[대법관 박시환, 대법관 이홍훈의 반대의견]**

다수의견과 같은 해석론을 택할 경우 헌법상 기본권 중 하나인 국민의 자유권 보장에 문제는 없는지, 구체적으로 어떠한 경우에 수리가 있어야만 적법한 신고가 되는지 여부에 관한 예측 가능성 등이 충분히 담보될 수 있는지, 형사처벌의 대상이 불필요하게 확대됨에 따른 죄형법정주의 등의 훼손 가능성은 없는지, 국민의 자유와 권리를 제한하거나 의무를 부과하려고 하는 때에는 법률에 의하여야 한다는 법치행정의 원칙에 비추어 그 원칙이 손상되는 문제는 없는지, 신고제의 본질과 취지에 어긋나는 해석론을 통하여

---

1) 원고는 심리미진으로, ① 다세대주택에 거주하는 주민들이 통행로로 사용하는 토지는 이 사건 토지가 아니라 마북동 180-10 토지이고, ② 윤주상의 토지사용승낙서는 1991. 7.경 작성되었는데, 180-5 토지 지상 건축물에 대한 건축허가는 1990. 8. 6. 이루어졌으므로 위 건축허가를 위하여 토지사용승낙을 해준 것이라고 볼 수 없으며, ③ 경락에 의해 소유권을 취득한 원고는 윤주상의 토지사용승낙으로 인한 부담을 승계한 바 없다는 등의 사유를 주장하나, 대법원 전원합의체 판결은 원심판결에 심리미진의 위법이 없다고 판단하였다. 이 부분에 관한 자세한 내용은 본 발표 주제와 관련이 적어서 생략한다.

여러 개별법에 산재한 각종 신고 제도에 관한 행정법 이론 구성에 난맥상을 초래할 우려는 없는지의 측면 등에서 심도 있는 검토가 필요한 문제로 보인다. 그런데 다수의견의 입장을 따르기에는 그와 관련하여 해소하기 어려운 여러 근본적인 의문이 제기된다. 여러 기본적인 법원칙의 근간 및 신고제의 본질과 취지를 훼손하지 아니하는 한도 내에서 건축법 제14조 제2항에 의하여 인·허가가 의제되는 건축신고의 범위 등을 합리적인 내용으로 개정하는 입법적 해결책을 통하여 현행 건축법에 규정된 건축신고 제도의 문제점 및 부작용을 해소하는 것은 별론으로 하더라도, '건축법상 신고사항에 관하여 건축을 하고자 하는 자가 적법한 요건을 갖춘 신고만 하면 건축을 할 수 있고, 행정청의 수리 등 별단의 조처를 기다릴 필요는 없다'는 대법원의 종래 견해( 대법원 1968. 4. 30. 선고 68누12 판결, 대법원 1990. 6. 12. 선고 90누2468 판결, 대법원 1999. 4. 27. 선고 97누6780 판결, 대법원 2004. 9. 3. 선고 2004도3908 판결 등 참조)를 인·허가가 의제되는 건축신고의 경우에도 그대로 유지하는 편이 보다 합리적인 선택이라고 여겨진다.

## 2. 신고제와 인·허가의제

### (1) 신고제 일반론

#### 1) 허가와 신고의 차이

허가는 공익상 법령에 의해 특정한 행위를 일반적·상대적으로 금지하고 특정한 경우에 공익목적상 문제가 없다고 판단하여 금지대상행위를 해제하여 이를 적법하게 할 수 있도록 하는 행정행위로 형성적 행위가 아닌 명령적 행위로 보는 것이 일반적이다.[2)]

신고는 사인이 행정청에 대하여 일정한 사항(사실 또는 관념)을 통지함으로써 공법적 효과가 발생하는 사인의 공법행위이다. 사인의 행위에 대한 행정청의 사전감독의 방법으로 허가제와 신고제 중 어느 것을 취할 것인지, 신고제의 경우도 수리를 요하게 할 것인지 여부는 입법정책상의 문제이다.

#### 2) 신고제의 취지

신고제는 허가제보다 규제를 완화하여 국민에게 자유의 영역을 넓혀 주는 한편, 행정청이 행정상 정보를 파악·관리하기 위하여 국민에게 미리 일정한 사항을 행정청

2) 홍정선, 행정법원론(상), 2002, 박영사, 318쪽; 박윤흔, 최신행정법강의(상), 2001, 박영사, 362쪽.

에 알리도록 하는 최소한의 규제를 가한 것이다.

신고는 원칙적으로 '자기완결적 신고'로서 형식적, 절차적 요건을 갖춘 경우 신고서가 행정청에 도달하면 신고로서의 효과가 곧바로 발생하고, 예외적으로 '수리를 요하는 신고'를 둘 수 있다. 다만 수리를 요하는 신고제는 그 운용에 따라 실질상 허가제와 거의 같게 될 수 있다.[3)]

### 3) 신고의 구별

신고의 분류방법은 다양하나 가장 중요한 분류에 따르면, ① 아무런 법적인 효과를 수반하지 아니하는 신고(목격자의 화재신고, 보행자의 교통사고신고, 출입국관리법 위반사실 발견신고 등), ② 행정청의 수리 없이 신고 그 자체만으로 법적 효과를 발생하는 신고(혼인신고, 각종 영업신고), ③ 행정청의 신고수리나 신고수리에 따른 등록의 요건을 갖춘 경우에만 법률효과가 발생되는 신고(골프장업 등록 등), ④ 기타 세금감면신고나 각종 부담금상의 혜택이나 이익을 받기 위한 신고 등으로 나눌 수 있다.

①의 경우는 그 수리나 수리거부가 신고자의 지위에 아무런 법률상 영향이 없어 처분성을 가지느냐를 따질 필요도 없으나, ②와 ③의 경우는 이를 구별할 실익이 있으며, ④의 경우는 특수한 것으로 별도의 효력을 검토할 필요가 있다.[4)]

'자기완결적 신고'는 신고의 요건을 갖추어 신고만 하면 신고의무를 이행한 것이 되는 신고를 말한다[5)]. 적법한 신고만 있으면 신고의무를 이행한 것이 되며 행정청이 수리하지 않았다고 하여 과태료 또는 벌금의 부과 등 신고자가 어떠한 불이익도 받지 않는다.

이에 비하여 '수리를 요하는 신고'는 관계법상 행정청에 신고요건을 심사하여 수리 여부를 결정할 수 있는 권한이 부여되어 있는 것으로서 실질적으로는 완화된 허가제와 같은 의미를 가진다. 신고가 수리되어야 신고의 대상이 되는 행위에 대한 금지가 해제되는 신고를 말하고, 그 수리거부 또는 반려행위는 거부처분에 해당하며 항고소송의 대상이 될 수 있다.[6)]

---

3) 유승남, "건축법상 건축신고의 법률적 성질", 행정소송실무연구 2권, 404~406쪽

4) 김재협, "공법상 신고에 관한 고찰 -건축법상 건축신고를 중심으로-", 특별법연구 6권, 2001, 91~92쪽

5) 사인의 공법행위 중 행정주체의 어떠한 공법행위의 요건이 되는데 그치고 그 자체로서 완결된 법률효과를 발생시키지 못하는 행정요건적 공법행위(예컨대 허가신청, 행정심판청구, 동의, 승낙)가 아니라, 그 행위 자체로서 법률효과를 완결하는 자기완결적 공법행위(예컨대 투표, 재개발조합의 설립)의 하나라고 본다.

6) 김중권, "건축법상의 건축신고의 문제점에 관한 소고", 행정법기본연구Ⅰ, 법문사, 2008, 123쪽. 김중권, "이른바 '수리를 요하는 신고' 문제점에 관한 소고", 행정판례연구 VIII, 박영사, 2003, 15-28쪽. 수리를 요하는 신고 내지 등록제는 '변태적 허가제'라고 하여 이를 허가와 마찬가지로 취급하고, 신

### 4)‘자기완결적 신고’와 ‘수리를 요하는 신고’의 구별 기준

일반적으로 법령에 명시적으로 신고 수리를 규정하고 있는 경우에는 수리를 요하는 신고라고 할 것이나, 그러한 규정이 없을 경우에는 법의 목적과 취지, 법령의 제반 규정에 대한 합리적인 해석, 당해 신고행위의 성질 등을 고려하여 수리를 요하는 신고인지 여부를 판단할 수밖에 없다.[7]

학설과 판례에서 인정하는 자기완결적 신고와 수리를 요하는 신고의 구별기준을 간단히 정리하면 아래 표와 같다.

| 구별기준 | **자기완결적 신고** | **수리를 요하는 신고** |
|---|---|---|
| **관련 법규상 실질적(실체적) 심사권 유무** | 법령에서 신고의무만을 규정할 뿐이고, 신고사항에 대한 행정청의 실질적 심사권이나 수리 여부에 대한 결정권을 인정하는 규정이 없는 경우 | 법령에서 신고대상 영업 등에 관하여 일정한 실체적(인적·물적) 요건을 정하거나, 행정청이 신고사항에 대한 실질적 심사를 하도록 규정하거나 효과발생에 영향을 미칠 수 있도록 규정한 경우<br>특히 관계법령에서 명문으로 수리규정을 둔 경우[8] |
| **행정청의 사후조치** | 신고사항이 실체적 요건을 충족하지 못할 경우 행정청이 사후적으로 통제할 수 있는 조치에 관하여 별도의 규정을 둔 경우 | 행정청이 신고수리 단계에서 실체적 통제를 할 필요성이 큰 경우 |
| **신고제로 규정한 취지** | 국민에게 일정한 사항을 하기 전에 행정청에 이를 알리도록 함으로써 행정청이 행정상 정보를 파악하여 관리하는 정도의 최소한의 규제를 가하기 위한 경우[9][10] | 사회질서나 공공복리에 미치는 영향력이 큰 행위 내지 직접적으로 행정 목적을 침해하는 행위를 규제하기 위한 경우 |
| **기 타[11]** | 신고불이행에 대한 제재가 과태료 등 행정질서벌인 경우<br>의무위반자에 대한 행정처분제도를 인정하지 않는 경우 | 신고불이행에 대한 제재가 징역, 벌금 등 행정형벌인 경우<br>의무위반자에 대한 행정처분제도를 인정하는 경우 |

---

고를 ‘금지해제적 신고’와 ‘정보제공적 신고’만으로 구분하고 있다.

7) 홍정선, “신고수리거부행위의 처분성”, 김용준 헌법재판소장 화갑기념논문집, 820쪽; 김도형, “영업규제제도에 관한 현행법령의 문제점 및 발전방안”, 고려대학교 대학원 석사논문, 2005. 12., 57쪽

8) 예를 들어, **외국환거래법 제18조 (자본거래의 신고 등)** ④ 제1항 및 제3항의 규정에 의하여 기획재정부장관에게 신고하도록 정한 사항 중 거주자의 해외직접투자 및 해외부동산이나 이에 관한 권리의 취득에 대하여 기획재정부장관은 그 내용을 심사하여 **신고수리 여부** 등을 결정할 수 있다.

9) 행정청에게 행정의 대상이 되는 사실에 관한 정보를 제공하는 기능을 갖는 신고를 사실파악형 신고(정보제공적 신고)라고 하고, 이는 항상 자기완결적 신고라고 한다.[박균성, 행정법론(상), 박영사, 제9판(2010), 111~112쪽]

### 5)‘자기완결적 신고’와 ‘수리를 요하는 신고’의 구별 실익

**◆ 신고에 따른 법률효과 발생 시기**

행정절차법 제40조[12]에서, 행정청에 대하여 일정한 사항을 통지함으로써 의무가 끝나는 신고로서 신고서가 접수기관에 도달된 때에 신고의 의무가 이행된 것으로 본다고 규정하고 있으므로, 위 조항에서의 신고는 자기완결적 신고에 국한된다는 견해가 일반적이다.[13] 수리를 요하는 신고는 신고서가 접수된 후 행정청이 신고필증의 교부 등을 통하여 이를 수리하여야만 신고로서의 효력이 발생한다.

**◆ 적법한 신고의 효과**

자기완결적 신고에서 적법한 신고가 있었음에도 행정청이 신고서를 접수하지 아니하고 반려하여도 신고의무는 이행된 것이다. 따라서 신고의 대상이 되는 행위를 하더라도 공사중지·철거·사용금지 등의 시정명령(제69조 제1항), 다른 법령에 의한 행위의 허가제한(제69조 제2항), 시정명령 불이행에 대한 이행강제금(제69조의2 제1항 제1호), 200만 원 이하의 벌금에 처하는 건축법위반죄(제80조 제1호, 제9조) 등의 대상이 되지 아니한다.

반면에 수리를 요하는 신고의 경우 적법한 신고를 하였음에도 행정청이 이를 수리하지 아니하면 신고에 따른 법적 효과가 발생하지 아니하므로, 신고의 대상이 되는 행위를 한 경우 행정벌의 대상이 된다고 보는 것이 다수견해이다. 이에 대하여 적법

---

10) 즉 사회질서나 공공복리에 미치는 영향력이 적은 행위 내지 직접적으로 행정 목적을 침해하는 것이 아닌 행위이다.[김명길, 신고의 종류와 처분성, 공법학 연구 제7권 제1호(2006), 25쪽]

11) 이 부분의 판단 기준은 절대적인 것은 아니다.

12) **행정절차법 제40조(신고)** ① 법령 등에서 행정청에 대하여 일정한 사항을 통지함으로써 의무가 끝나는 신고를 규정하고 있는 경우 신고를 관장하는 행정청은 신고에 필요한 구비서류와 접수기관 기타 법령 등에 의한 신고에 필요한 사항을 게시(인터넷 등을 통한 게시를 포함한다)하거나 이에 대한 편람을 비치하여 누구나 열람할 수 있도록 하여야 한다.
② 제1항의 규정에 의한 신고가 다음 각호의 요건을 갖춘 경우에는 신고서가 접수기관에 도달된 때에 신고의 의무가 이행된 것으로 본다.
1. 신고서의 기재사항에 흠이 없을 것
2. 필요한 구비서류가 첨부되어 있을 것
3. 기타 법령 등에 규정된 형식상의 요건에 적합할 것
③ 행정청은 제2항 각호의 요건을 갖추지 못한 신고서가 제출된 경우 지체없이 상당한 기간을 정하여 신고인에게 보완을 요구하여야 한다.
④ 행정청은 신고인이 제3항의 규정에 의한 기간 내에 보완을 하지 아니한 때에는 그 이유를 명시하여 당해 신고서를 되돌려 보내야 한다.

13) 다만 같은 조 제3항, 제4항은 수리를 요하는 신고에도 준용될 수 있을 것이다.

한 신고가 있으면 수리되지 않은 경우에도 신고가 된 것으로 보고, 신고의 대상이 되는 행위를 한 경우에도 행정벌 등의 대상이 되지 않는다는 소수견해가 있다.[14)]

**◆ 부적법한 신고의 효과**

자기완결적 신고의 경우 부적법한 신고가 있었다면 행정청이 수리하였다고 하더라도 신고의 효과가 발생하지 아니한다. 이 경우 수리는 도달을 확인하는 사실상의 행위일 뿐이고, 신고가 도달되었다고 하더라도 그 신고가 부적법한 것이라면 신고의 법적 효과가 발생하지 않기 때문이다.

반면에 수리를 요하는 신고의 경우 요건 미비의 부적법한 신고가 있었음에도 불구하고 행정청이 이를 수리하였다면 위법한 수리행위가 되고, 그 하자가 중대하고 명백하다면 수리행위는 무효가 되고 그렇지 않으면 취소할 수 있는 행위가 된다. 수리행위가 무효인 경우에는 신고의 효과가 발생하지 아니하지만, 취소할 수 있는 행위의 경우에는 신고의 효과가 발생하게 된다.

### (2) 각종 신고에 관한 대법원 판례

#### 1) 자기완결적 신고로 본 사례

❶ 행정청의 실질적 심사권이나 수리 여부에 관한 결정권을 인정한 법조항이 없다는 점에 근거한 사례

- **수산제조업신고** → 대법원 1999. 12. 24. 선고 98다57419, 57426 판결; 대법원 2002. 3. 12. 선고 2000다73612 판결
- **유선업경영신고** → 대법원 1988. 8. 9. 선고 86누889 판결; 1992. 5. 8. 선고 91누5655 판결
- **건축관계자변경신고** → 대법원 2005. 12. 22. 선고 2005두10552 판결
- **용도변경신고** → 대법원 2006. 1. 26. 선고 2005두12565 판결

❷ 하나의 법률 안에서 신고제와 허가제를 병렬적으로 규정하고 있다는 점에 근거한 사례

- **농지전용신고** →대법원 1993. 9. 14. 선고 93누6959 판결
- **의료기관 개설신고** → 대법원 1984. 12. 11. 선고 84도2108 판결; 1985. 4. 23.

14) 박균성, 행정법론(상), 박영사, 제9판(2010), 114쪽

선고 84도2953 판결

❸ 신고한 사항이 실체적 요건을 충족하지 못할 경우 행정청이 취할 조치에 관해 별도의 규정을 두고 있다는 점에 근거한 사례[15)]

- **공장설립신고** →대법원 1992. 6. 26. 선고 92누1674 판결; 1994. 6. 28. 선고 93누15922 판결; 1996. 7. 12. 선고 95누11665 판결
- **토지거래신고** → 대법원 1997. 8. 29. 선고 96누6646 판결

2) 수리를 요하는 신고로 본 사례

❶ 법령의 규정이 행정청으로 하여금 실체적 요건에 대한 심사를 하도록 하고 있거나 또는 법령의 구조가 행정청이 효과 발생에 영향을 미칠 수 있도록 되어 있다는 점에 근거한 사례

- **수산업법 제44조의 어업신고** → 대법원 2000. 5. 26. 선고 99다37382 판결
- **체육시설업(당구장)신고** → 대법원 1991. 7. 12. 선고 90누8350 판결
- **체육시설업(골프연습장)신고**[16)] → 대법원 1993. 4. 27. 선고 93누1374 판결
- **일반음식점영업신고** → 대법원 2009. 4. 23. 선고 2008도6829 판결

❷ 실체적 통제의 필요성이 크다는 점에 근거한 사례

- **전입신고** → 대법원 2009. 6. 18. 선고 2008두10997 전원합의체 판결
- **노인주거복지시설설치신고** → 대법원 2007. 1. 11. 선고 2006두14537 판결

(3) 인·허가의제효과

구 건축법에 따르면 일정한 규모 이하의 건축물은 신고함으로써 건축허가를 받은 것으로 보고(제14조 제1항), 신고를 하면 토지형질변경허가 등 건축과 관련된 여러

15) 실체적 요건을 통제할 수 있는 별도의 장치가 마련되어 있기 때문에 신고 접수 단계에서 통제할 필요성은 없으므로, 법령상 자기완결적 신고임이 가장 명백한 경우라고 평가할 수 있다고 한다.[최계영, "건축신고와 인·허가의제", 행정법연구 제25호(2010. 12.), 행정법이론실무학회, 175쪽]

16) 반면, 볼링장영업에 관하여 다른 취지의 판결도 있다; 대법원 1992. 9. 22. 선고 92도1839 판결 ➜ 체육시설의 설치·이용에 관한 법률이 시행되기 전부터 볼링장을 경영한 자로서는 같은 법 부칙 제3조 제3항에 따라 시행일로부터 6월 이내에 같은 법 제5조 소정의 시설, 설비기준 중 안전관리 및 위생기준만을 갖추어 체육시설업으로 신고하였으면 그 신고는 적법하고, 위 볼링장이 위치한 건물이 무허가건물이 아니어야 한다는 것은 위 안전관리 및 위생기준과는 직접적인 관계가 없으므로, 행정청이 위 건물이 무허가건물이어서 건축법에 위반된다는 이유로 위 신고를 수리하지 아니하고 신고서를 반려하였다고 하더라도, 위 신고는 행정청의 수리처분 등 별도의 조치를 기다릴 것 없이 같은 법 제8조와 부칙 제3조 제3항에 의한 신고로서 유효하다.

인·허가를 받은 것으로 의제된다(같은 조 제2항, 제11조 제5항). 이러한 신고제와 인·허가의제 제도는 각각 규제완화를 위한 대표적인 장치이다.

인·허가의제 제도란 주된 인·허가를 받으면 다른 법률에 의한 관련 인·허가를 함께 받은 것으로 간주하는 제도이다. 인·허가의제 제도에 의해 관할과 절차는 일원화되지만, 실체적 요건은 통합되지 않는 것으로 이해하는 것이 일반적이다. 즉 주된 인·허가의 관할 행정청으로 창구가 단일화되고(관할의 집중), 주된 인·허가 절차를 거치면 의제 대상 인·허가의 절차는 따로 거치지 않아도 되지만(절차의 집중),[17] 의제 대상 인·허가의 실체적 요건은 개별적으로 적용된다고 보고 있다.[18][19]

건축신고 조항의 경우, 건축법에서 종래 '신고하여야 한다'고만 규정하다가 1982. 4. 3. 법률 제3558호로 제5조 제2항에서 '제1항의 규정에 불구하고 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 신고함으로써 **허가에 갈음한다**'고 규정하였고, 1991. 5. 31. 법률 제4381호로 제9조 제1항에서 '제8조의 규정에 해당하는 허가대상건축물이라 하더라도 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 신고함으로써 **건축허가를 받은 것으로 본다**'고 규정하게 되었다.[20]

한편 구 건축법상의 인·허가의제 관련 규정과 그 연혁은 다음과 같다.

**■ 구 건축법(2006. 9. 27. 법률 제8014호로 개정되기 전의 것)**
**제8조(건축허가)**
⑥ 제1항의 규정에 의한 건축허가를 받는 경우에는 다음 각 호의 허가 등을 받거나 신고를 한 것으로 보며, 공장건축물의 경우에는 「산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률」

17) 대법원 1992. 11. 1. 선고 92누1162 판결; 정태용, "인·허가의제제도에 관한 고찰", 법제530호(2002. 2), 9-10쪽. 의제대상 인·허가의 절차적 요건이 모두 적용된다면 창구만 일원화될 뿐 절차가 전혀 간소화되지 않으므로 인 허가의제 제도를 도입한 실익이 없어지게 되기 때문이라고 한다.

18) 최계영, 앞의 논문, 165-194쪽. 김종보, 건설법의 이해, 박영사(2008.), 123쪽.

19) 다만, 최근에는 절차규정들에 대하여는 구속적 절차와 비구속적 절차로 나누고, 다른 기관이나 이해관계인의 의견도 구속적 견해와 비구속적 견해로 나누어 그에 대한 존중 여부와 정도를 판단하여야 하고, 나아가 실체적 요건규정에 대해서도 주된 인·허가 행정청이 그 이익의 중요성과 다른 이익과의 형량을 통해 구속력의 인정 여부 및 존중의 정도를 달리 평가할 수 있다고 보아야 한다는 견해(제한적 실체집중설)도 유력하게 주장되고 있다. 선정원, "인·허가의제와 심사촉진", 한국공법학회·법제처·국가경쟁력강화위원회 2009년 공동학술대회(2009. 10. 23.) 자료집, 95-97쪽.

20) 이와 같은 건축허가 의제 규정을 근거로, 건축법상의 의제적 건축신고와 주택건설촉진법 제38조 제2항 단서상의 건축신고의 차이점을 인식하여야 하고, 법 효과의 의제는 행정행위(신고 수리)가 아닌 법률규정에 의해 비로소 성립한다는 견해가 있다. ➜ 김중권, "건축신고의 허가의제 효과에 관한 소고", 법률신문, 2010. 5. 3.자, 14-15쪽; "건축허가의제적 건축신고와 일반적인 건축신고의 차이점에 관한 소고", 판례월보 제368호, 15쪽; "건축법상의 건축신고의 문제점에 관한 소고", 저스티스 제34권 제3호, 167쪽; "의제적 행정행위에 관한 소고", 법제(2001. 4.), 53쪽.

제13조의2 및 제14조의 규정에 의하여 관련 법률의 인·허가 등 또는 허가 등을 받은 것으로 본다.

1. 제15조제2항의 규정에 의한 공사용 가설건축물의 축조신고
2. 제72조의 규정에 의한 공작물의 축조신고
3. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제56조의 규정에 의한 개발행위허가
4. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제86조제5항의 규정에 의한 시행자의 지정 및 동법 제88조제2항의 규정에 의한 실시계획의 인가
5. 「산지관리법」 제14조·제15조의 규정에 의한 산지전용허가 및 산지전용신고. 다만, 보전산지인 경우에는 도시지역에 한한다.
6. 「사도법」 제4조의 규정에 의한 사도개설허가
7. 「농지법」 제36조·제37조 및 제45조의 규정에 의한 농지전용허가·신고 및 협의
8. 「도로법」 제40조의 규정에 의한 도로의 점용허가
9. 「도로법」 제34조 및 제54조의6 제2항의 규정에 의한 비관리청 공사시행 허가 및 도로의 연결허가
10. 「하천법」 제33조의 규정에 의한 하천점용등의 허가
11. 「하수도법」 제24조의 규정에 의한 배수설비의 설치신고
12. 「오수·분뇨 및 축산폐수의 처리에 관한 법률」 제9조제2항 및 동법 제10조제2항의 규정에 의한 오수처리시설 및 단독정화조의 설치신고
13. 「수도법」 제23조의 규정에 의하여 수도사업자가 지방자치단체인 경우 당해 지방자치단체가 정한 조례에 의한 상수도 공급신청
14. 「전기사업법」 제62조의 규정에 의한 자가용전기설비 공사계획의 인가 또는 신고

**제9조(건축신고)**

① 제8조의 규정에 해당하는 허가대상건축물이라 하더라도 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 미리 시장·군수·구청장에게 건설교통부령이 정하는 바에 의하여 신고함으로써 건축허가를 받은 것으로 본다.

1. 바닥면적의 합계가 85제곱미터이내의 증축·개축 또는 재축
2. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 의한 관리지역·농림지역 또는 자연환경보전지역 안에서 연면적 200제곱미터 미만이고 3층 미만인 건축물의 건축. 다만, 제2종지구단위계획구역 안에서의 건축을 제외한다.
3. 대수선(연면적 200제곱미터 미만이고 3층 미만인 건축물의 대수선에 한한다)
4. 삭제<2005.11.8>
5. 그 밖에 소규모 건축물로서 대통령령이 정하는 건축물의 건축

② 제8조 제6항의 규정은 제1항의 규정에 의한 건축신고에 관하여 이를 준용한다.

**■ 건축법 시행규칙**

**제6조 (건축허가신청등)**

① 법 제11조제1항·제3항 및 영 제9조제1항에 따라 건축물(법 제20조제1항에 따른 가설건축물을 포함한다)의 건축허가를 받으려는 자는 별지 제1호의3서식의 건축·대수선·용도변경허가신청서에 다음 각 호의 도서를 첨부하여 허가권자에게 제출(전자문서로 제출하는 것을 포함한다)하여야 한다.

3. 법 제11조제5항 각 호에 따른 허가등을 받거나 신고를 하기 위하여 해당 법령에서 제출하도록 의무화하고 있는 신청서 및 구비서류(해당 사항이 있는 경우로 한정한다)

**제12조 (건축신고)**

① 법 제14조제1항 및 제16조제1항에 따라 건축물의 건축·대수선 또는 설계변경의 신고를 하려는 자는 별지 제6호서식의 건축·대수선·용도변경신고서에 다음 각 호의 서류를 첨부하여 시장·군수·구청장에게 제출(전자문서로 제출하는 것을 포함한다)하여야 한다.

2. 법 제11조제5항 각 호에 따른 허가 등을 받거나 신고를 하기 위하여 해당법령에서 제출하도록 의무화하고 있는 신청서 및 구비서류(해당사항이 있는 경우로 한정한다)

② 시장·군수·구청장은 제1항의 규정에 의한 건축·대수선·용도변경신고서를 받은 때에는 그 기재내용을 확인한 후 그 신고의 내용에 따라 별지 제7호서식의 건축·대수선·용도변경신고필증을 신고인에게 교부하여야 한다.

| 일부개정<br>1982.4.3.<br>법률 제3558호 | 전부개정 1991.5.31<br>법률 제4381호 | 일부개정<br>1995.1.5.<br>법률제4919호 | 일부개정<br>2000.1.28.<br>법률제6247호 | 일부개정<br>2002.2.4.<br>법률제6655호 |
|---|---|---|---|---|
| 제5조 ⑥建築物을 建築 또는 大修繕하고자 하는 者가 第1項 또는 第2項의 規定에 의한 許可를 받거나 申告를 한 때에는 다음 各號의 許可를 받거나 申告등을 한 것으로 본다. < 新設 1982·4·3><br>1. 第47條第2項에 의한 工事用 假設建築物의 築造申告<br>2. 道路法 第40條에 의한 道路의 占用許可<br>3. 下水道法 第24條에 의한 排水施設의 設置申告<br>4. 汚物淸掃法 第15條에 의한 汚水淨化施設 및 同法 第16條에 의한 糞尿淨化槽의 設置申告 | 제7조(건축에 관한 계획의 사전결정)<br>③市長·郡守·區廳長이 第2項의 規定에 의한 決定을 한 경우에는 다음 各號의 許可를 받은 것으로 본다.<br>1.都市計劃法 第4條의 規定에 의한 土地의 形質變更許可<br>2.都市計劃法 第24條의 規定에 의한 都市計劃事業施行許可<br>3.山林法 第90條의 規定에 의한 山林毁損許可<br>4.私道法 第4條의 規定에 의한 私道開設許可<br>5.農地의保全및利用에관한法律 第4條의 規定에 의한 農地轉用許可<br>6.道路法 第40條의 規定에 의한 道路의 占用許可<br>7.道路法 第50條第5項의 規定에 의한 接道區域안에서의 建築物·工作物의 設置許可<br>8.河川法 第25條의 規定에 의한 河川占用등의 許可<br>9.國土利用管理法 第24條의 規定에 의한 用途變更許可<br>제8조 ④第1項의 規定에 의한 建築許可를 받은 경우에는 第7條第3項 各號 또는 다음 各號의 許可를 받거나 申告를 한 것으로 보며, 工場建築物의 경우에는 工業配置및工場設立에관한法律 第14條의 規定에 의하여 關係法律의 許可 또는 승인을 얻은 것으로 본다. | 제8조 ⑤第1項의 規定에 의한 建築許可를 받는 경우에는 다음 各號의 許可등을 받거나 申告를 한 것으로 보며, 工場建築物의 경우에는 工業配置및工場設立에관한法律 第14條의 規定에 의하여 關係法律의 許可 또는 승인을 얻은 것으로 본다.<br>1. 第15條第2項의 規定에 의한 工事用 假設建築物의 築造申告<br>2. 第72條의 規定에 의한 工作物의 築造許可 또는 申告<br>3. 都市計劃法 第4條의 規定에 의한 土地의 形質變更許可<br>4. 都市計劃法 第23條의 規定에 의한 都市計劃事業施行者의 지정 및 同 | 제8조 ⑤第1項의 規定에 의한 建築許可를 받는 경우에는 다음 各號의 許可등을 받거나 申告를 한 것으로 보며, 工場建築物의 경우에는 工業配置및工場設立에관한法律 第13條의2 및 第14條의 規定에 의하여 關聯法律의 認·許可등 또는 許可등을 받은 것으로 본다.<br>1. 좌동<br>2. 좌동<br>3. 都市計劃法 第46條의 規定에 의한 開發行爲許可<br>4. 都市計劃法 第59條第5項의 規定에 의한 施行者指定 및 同法 第61條第2項의 規定에 의한 實施計劃認可<br>(5호 내지 13호 생략) | 제8조 ⑥ 좌동<br>1. 좌동<br>2. 좌동<br>3. 국토의계획 및이용에관한 법률 제56조의 規定에 의한 開發行爲許可<br>4. 국토의계획 및이용에관한 법률 제86조 제5항의 규정에 의한 시행자의 지정 및 동법 제88조 제2항의 규정에 의한 실시계획의 인가<br>(5호 내지 13호 생략) |

| | | | | |
|---|---|---|---|---|
| | 1.第15條第2項의 規定에 의한 工事用 假設建築物의 築造申告<br>2.第72條의 規定에 의한 工作物의 築造許可<br>3.下水道法 第24條의 規定에 의한 排水施設의 設置申告<br>4.汚水·糞尿및畜産廢水의처리에관한法律 第9條第2項 및 同法 第10條第2項에 의한 汚水淨化施設 및 淨化槽의 設置申告<br>5.水道法 第17條의 規定에 의한 上水道供給申請 | 法 第25條의 規定에 의한 都市計劃事業의 實施計劃의 認可<br>(5호 내지 13호 생략) | | |

## 3. 건축신고의 법적 성격을 명확히 할 필요성

건축신고의 법적 성격을 어떻게 파악하느냐에 따라서 행정청의 형식적 요건 내지 실체적 요건에 대한 심사범위, 건축법위반죄의 성립 여부 등과 관련하여 커다란 차이를 보인다.

한편 김중권 교수는 신고제의 유형을 정보제공적 신고와 (예방적) 금지해제적 신고로 나누고 건축신고 수리거부를 금지하명에 해당한다고 보는 입장인데, 대법원 2008두167 전원합의체 판결이 선고되자, 위 판결이 자신과 같은 입장에서 판시한 것이라고 해석하여 위 판결에 찬성하는 취지의 평석을 게재하였다.[21][22] 그러나 위 전원합의체 판결이 건축신고를 수리를 요하는 신고로 본 것으로 이해하고 있는 견해도 있는 상황이었다. 따라서 이러한 학계의 의문점을 해소하기 위해서라도 이 사건에서 건축신고의 법적 성격을 명확히 할 필요가 있었다고 할 것이다.

### (1) 행정청의 심사범위

종래 판례는 건축신고를 자기완결적 신고로 보고 행정청은 그 형식적 요건만을 심사할 수 있고 실체적 요건(인적·물적 요건)을 들어 신고를 반려할 수 없다고 판시하고 있다.[23]

---

21) 김중권, "신고제와 관련한 코페르니쿠스적 전환에 관한 소고", 법률신문(2010. 12. 6. 제3894호)

22) 그러나 그 후 대법원 2010두14954 판결이 선고되자, "Quo vadis - 신고제?", 법률신문(2011. 1. 20. 제3916호)에 평석을 게재하여, 자신이 위 대법원 2008두167 판결의 본의를 오해하였다고 하면서, 수리를 요하는 신고로 설정하여야만 수리거부(반려)를 처분으로 볼 수 있는 것은 아니고 수리거부(반려)의 본질을 금지하명으로 이해하면 처분으로 판단할 수 있다고 하여 다수의견을 비판하고 있다.

23) 대법원 1998. 9. 22. 선고 98두10189 판결

행정절차법 제40조도 법령 등에서 행정청에 대하여 일정한 사항을 통지함으로써 의무가 끝나는 신고를 규정하고 있는 경우 '1. 신고서의 기재사항에 흠이 없을 것, 2. 필요한 구비서류가 첨부되어 있을 것, 3. 기타 법령 등에 규정된 형식상의 요건에 적합할 것' 등의 요건을 갖추면 신고서가 접수기관에 도달된 때에 신고의 의무가 이행된 것으로 본다고 규정하고 있다. 이 조항의 신고는 자기완결적 신고를 의미한다고 보는 것이 일반적인 견해이다.[24)]

반면에, 건축신고를 수리를 요하는 신고로 볼 경우 행정청은 실체적 이유로 그 수리를 거부할 수 있고, 법원도 이러한 거부처분을 적법하다고 보게 된다. 이 사건에서도 피고는 이 사건 건축물로써 기존 건축물의 진출입이 차단된다는 실체적 이유로 건축신고를 반려하고 있는데, 건축신고를 자기완결적 신고로 보면 이러한 실체적 이유로 반려할 수 없게 되고, 수리를 요하는 신고로 보면 그 실체적 이유의 타당성 여부를 심사하여 반려행위의 적법 여부를 판단하게 된다.

### (2) 건축법 위반 형사사건

구 건축법(2008. 3. 21. 법률 제8974호로 전부개정되기 전의 것) 제80조 제1호[25)]는 제9조(건축신고)[26)]의 규정에 의한 신고를 하지 아니하거나 허위의 신고를 한 자는 200만 원 이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있다.

종래 판례는 건축신고를 자기완결적 신고로 보고 형식적 요건에 흠결이 없는 신고에 대하여 실체적인 사유를 들어 신고서를 반려하였더라도 그 신고의 효력이 없다고 할 수 없으므로, 건축법 위반죄에 해당하지 아니한다고 판시하였다.[27)28)]

그런데 만약 모든 건축신고를 수리를 요하는 신고로 보던가, 아니면 실체적 요건에 관한 인·허가가 의제되는 건축신고를 수리를 요하는 신고로 보는 경우, 적법한 신고를 하였다고 하더라도 행정청에 의하여 수리되지 아니한 이상 신고가 되지 않은 것

---

24) 한편, 신고를 사실파악형 신고(정보제공적 신고)와 규제적 신고(금지해제적 신고)로 구별하고, 전자는 행정청에게 행정의 대상이 되는 사실에 관한 정보를 제공하는 기능을 갖는 신고로서 항상 자기완결적 신고이고, 후자는 정보제공적 기능 이외에 영업활동 또는 건축활동 등 사적 활동을 규제하는 기능을 갖는 신고로서 자기완결적 신고인 경우와 수리를 요하는 신고인 경우가 있으며, 건축법상의 신고가 이에 해당한다는 견해도 있다. 박균성, 앞의 책, 101-102쪽.

25) 현행 건축법 제111조 제1호

26) 현행 건축법 제14조

27) 대법원 2004. 9. 3. 선고 2004도3908 판결, 대법원 1988. 9. 20. 선고 87도449 판결

28) 공작물축조신고에 관한 판례로는 **대법원 2009. 9. 24. 선고 2009도2750 판결**이 있다.

으로 되어 건축법 위반죄에 해당하는지가 문제된다. 이는 적법한 건축신고의 효과 내지 건축신고의 효력발생시기를 언제로 볼 것인지의 문제와 관련되는 것으로 학설상 다툼이 있어 왔다.

❶ 수리가 없으면 건축법 위반죄가 성립한다는 견해가 있다. 이는 실체적 요건까지 갖춘 적법한 신고를 하였더라도 수리를 요하는 신고인 이상 수리행위가 있어야 신고의 효력이 발생한다는 것으로, 수리를 요하는 신고는 완화된 허가로 실질상 허가와 그 성질이 거의 같다고 한다.[29]

❷ 수리가 없더라도 건축법 위반죄가 성립하지 아니한다는 견해가 있다. 이는 수리를 요하는 신고라 할지라도 신고인 이상 실체적 요건까지 갖춘 신고가 있으면 신고시에 그 효력이 발생한다고 한다. 만약 수리가 되어야 효력이 발생한다고 하면 허가와 별다른 차이가 없게 되어 규제완화 차원에서 신고제를 둔 취지가 몰각되기 때문이라고 한다.[30]

❸ 대법원 판례는 체육시설업 신고에 관하여 실체적 요건을 충족하지 못하였다면 신고의 수리 거부는 적법하고 신고의 효력이 발생하지 아니하여 무신고 영업으로 처벌되나, 실체적 요건을 갖추었다면 수리를 거부하였다고 할지라도 신고의 효력이 발생하여 무신고 영업으로 처벌할 수 없다고 하고 있다.[31]

이에 대하여 대법원이 체육시설업 신고에 관하여 수리를 요하는 신고로 보고 있다고 평가하는 견해[32]와 자기완결적 신고로 보고 있다고 평가하는 견해, 대법원 판결이 서로 모순된다는 견해[33], 자기완결적 신고와 수리를 요하는 신고 어느 쪽으로도 분류할 수 없는 제3의 유형에 해당한다고 볼 수 있다는 견해[34] 등이 있다.

한편 위 대법원 판결을 형사처벌의 특수성에서 이해할 여지도 있다. 즉 대법원은 시정

---

29) 홍정선, 행정법원론(상), 제16판, 박영사(2008.), 190쪽; 김용섭, “행정법상의 신고와 수리”, 판례월보 352호, 판례월보사(1998. 4. 24.), 김명길, “신고의 유형에 관한 논고”, 부산대학교 법학연구 제47권 제1호 통권 55호(2006. 8.) 13쪽 및 15쪽; 김학세, “행정법상 신고제도”, 변호사 32집, 서울지방변호사회(2002), 14-15쪽.

30) 박균성, 행정법론(상), 제7판(2008), 99-100쪽; 정형근, “집중효가 발생하는 건축신고에 관한 법률적 검토“, 외법논집 제34권 제1호(2010. 2.); 최영규, “영업규제의 법제와 그 수단에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 법학박사 학위논문(1993. 2.), 146쪽

31) 대법원 1992. 9. 22. 선고 92도1839 판결, 대법원 1998. 4. 24. 선고 97도3121 판결

32) 박균성, “행정법상 신고”, 고시연구 26권 11호(308호), 1999. 10., 29쪽

33) 김용섭, “행정법상 신고와 수리”, 판례월보 352호, 2000. 1, 48-50쪽. 이 견해는 수리를 요하는 신고로 보아야 하므로 이러한 유형의 판례가 잘못된 것이라고 한다.

34) 최계영, 앞의 논문

명령이 적법한 것이라야 시정명령 위반죄로 처벌할 수 있고 시정명령이 위법한 것으로 인정되는 한 처벌할 수 없다고 판시하고 있음.[35] 마찬가지로 건축신고 반려행위가 적법해야 미신고 건축으로 처벌할 수 있고, 건축신고 반려행위가 위법한 것으로 인정되면 미신고 건축으로 처벌할 수 없다고 볼 수도 있다. 따라서 건축신고가 반려되었음에도 건축을 개시한 건축법위반 사건이 문제될 경우 건축신고의 법적 성격을 종래 판례와 달리 수리를 요하는 신고로 보게 된다면 건축법위반죄 성립 여부가 문제될 수 있으므로, 건축신고의 법적 성격을 명확히 밝히는 것이 장래의 분쟁해결에 기초가 될 수 있다고 할 것이다.

### (3) 시정명령 또는 이행강제금의 적법 여부

행정청은 건축신고를 반려하였음에도 건축이 개시되면 적법한 신고가 없는 것 자체를 이유로 건축주 등에 대하여 공사 중지·철거·사용금지 등의 시정명령을 할 수 있고(제79조 제1항), 그 시정명령의 이행을 하지 아니한 경우 이행강제금을 부과할 수 있다(제80조 제1항).

종래 판례는 건축신고를 자기완결적 신고로 보고 형식적 요건에 흠결이 없는 신고에 대하여 실체적인 사유를 들어 신고서를 반려하였더라도 그 신고의 효력이 없다고 할 수 없으므로, 이러한 경우의 시정명령 또는 이행강제금은 부적법하다고 판시하였다.[36]

그런데 건축신고를 수리를 요하는 신고로 보는 경우 적법한 신고를 하였다고 하더라도 행정청에 의하여 수리가 되지 아니한 이상 신고가 되지 않은 것으로 볼 것인지가 문제되고, 위에서 본 건축법위반죄가 성립하는지 여부에서와 같은 논쟁이 있을 수 있다.[37]

### (4) 당해 건축물을 사용하여 행할 영업 기타 행위의 불허가의 적법 여부

건축법 제79조 제2항은 같은 조 제1항의 시정명령을 받고 이행하지 아니한 건축물에 대하여는 당해 건축물을 사용하여 행할 다른 법령에 의한 영업 기타 행위의 허가를 하지 아니하도록 요청할 수 있고, 같은 조 제3항은 이러한 요청을 받은 자는 특

---

35) 대법원 2009. 6. 25. 선고 2006도824 판결 ➔ 구 주택법(2008. 2. 29. 법률 제8863호로 개정되기 전의 것) 제91조에 의하여 행정청으로부터 시정명령을 받은 자가 이에 위반한 경우 이로 인하여 법 제98조 제11호에 정한 처벌을 하기 위해서는 그 시정명령이 적법한 것이라야 하고, 그 시정명령이 위법한 것으로 인정되는 한 법 제98조 제11호 위반죄가 성립될 수 없다(대법원 2007. 7. 13. 선고 2007도3918 판결 등 참조).

36) 대법원 1990. 6. 12. 선고 90누2468 판결 대법원, 1999. 4. 27. 선고 97누6780 판결

37) 한편 적법한 신고를 반려한 경우에도 하자의 승계 등을 인정하여 시정명령, 이행강제금을 다툴 수 있다고 볼 여지도 있다.

별한 이유가 없는 한 이에 응하여야 한다고 규정하고 있다.[38]

종래 판례에 따라 건축신고를 자기완결적 신고로 보면 적법한 건축신고를 한 이상 그것이 반려되었다고 하더라도 신고가 없다고 할 수 없으므로, 위와 같은 영업 기타 행위 불허가가 부적법하게 되는 반면 건축신고를 수리를 요하는 신고로 보면 그 수리가 거부된 이상 위와 같은 불허가도 적법하게 된다.

### (5) 부적법한 신고의 효과

건축신고를 자기완결적 신고로 볼 경우 부적법한 신고가 있었다면 행정청이 이를 수리하였다고 하더라도 신고의 효과가 발생하지 아니하여 시정명령, 이행강제금, 벌금 등의 대상이 될 수 있다.

반면 건축신고를 수리를 요하는 신고로 볼 경우 부적법한 신고가 있었는데 행정청이 이를 수리하면 그 수리행위는 위법한 수리행위가 되고, 그 하자가 중대하고 명백하다면 수리행위는 무효가 될 것이나, 그 하자가 중대하지만 명백하지 아니하거나 명백하지만 중대하지 아니하다면 취소할 수 있는 행위가 된다. 따라서 수리행위가 무효인 경우에는 신고가 없었다고 보아 시정명령, 이행강제금, 벌금 등의 대상이 될 수 있고, 한편 수리행위가 취소할 수 있는 행위인 경우에는 수리가 취소되지 아니하는 한 신고가 있었다고 보아 시정명령 등의 대상이 되지 아니한다고 할 것이다.[39]

## 4. 건축신고의 법적 성격에 관한 제 견해

### (1) 자기완결적 신고로 보는 견해[40]

#### 1) 근거

##### ① 건축법규의 각 규정 내용

38) **제69조 (위반건축물등에 대한 조치등)** ② 허가권자는 제1항의 규정에 의하여 허가 또는 승인이 취소된 건축물 또는 제1항의 규정에 의한 시정명령을 받고 이행하지 아니한 건축물에 대하여는 당해 건축물을 사용하여 행할 다른 법령에 의한 영업 기타 행위의 허가를 하지 아니하도록 요청할 수 있다. 다만, 허가권자가 기간을 정하여 그 사용 또는 영업 기타 행위를 허용한 주택과 대통령령이 정하는 경우에는 그러하지 아니하다.
③ 제2항의 규정에 의한 요청을 받은 자는 특별한 이유가 없는 한 이에 응하여야 한다.

39) 홍정선, 행정법원론(상), 제16판(2008), 190-191.

40) 정태용, "인·허가의제제도에 관한 고찰", 법제 통권 제530호, 11-12쪽; 김철용, 행정법II, 479쪽; 김중권 교수도 기본적으로는 이런 입장으로 보인다.

건축법이 1999. 2. 8. 법률 제5895호로 개정되면서 절차의 간소화를 통한 행정규제 완화를 위하여 이전과 달리 건축신고의 경우에는 건축허가에 관한 '의제규정에 해당하는 사항에 대한 다른 관련 행정기관의 장과 협의하여야 한다'는 규정을 준용규정에서 삭제함으로써, 건축신고의 경우에는 인·허가가 의제되는 경우에도 관련 행정기관의 장과의 협의절차를 필요로 하지 않게 되었다.[41]

건축신고에 관한 건축법 제14조 제2항이 "위락시설 또는 숙박시설에 대한 건축허가시 건축물의 용도·규모 또는 형태가 주거환경 또는 교육환경등 주변환경을 감안할 때 부적합하다고 인정하는 경우 건축법이나 다른 법률의 규정에 불구하고 건축허가를 하지 아니할 수 있다"는 제11조 제4항을 준용하고 있지 않고 있다.

건축법 시행규칙 제12조 제2항은 건축·대수선·용도변경신고서를 받은 때에는 그 기재 내용을 확인한 후 그 신고의 내용에 따라 건축·대수선·용도변경신고필증을 신고인에게 교부하여야 한다고 함으로써 실체적 건축요건에 대한 심사권한을 부여하고 있지 않고 있다.

② 신고제의 본질과 입법취지

신고제의 본질은 국민으로 하여금 자유의 영역에 속하는 일정한 행위를 하고자 하는 경우에 행정청이 이를 지도감독하기 위한 방편으로 단순히 국민에게 이를 통지할 의무만을 부과하는 것이지, 신고수리로 비로소 일반적이고 상대적인 금지가 해제된다거나 특정한 행위를 할 수 있는 권리를 부여받게 되는 것은 아니다.

건축법이라는 하나의 법률 내에 신고제와 허가제가 병존하고 있으므로 별개의 제도로 규정하려는 것이 입법자의 의사로 봄이 상당하고, 이에 더하여 건축행위에 대한 규제를 완화하여 허가제에서 신고제로 전환한 입법취지까지 고려하여야 한다. 그런데 건축신고를 수리를 요하는 신고로 본다면, 건축허가와 별다른 차이가 없게 되고[42] 입법자가 규제완화를 통해 국민에게 구체적으로 보장한 건축의 자유를 사법부와 행정부가 박탈하는 결과가 될 우려가 있다.

---

41) 정태용, 앞의 논문, 11-12쪽. 다만, 이 견해도 신고에 대하여 인·허가의제의 효과를 부여하는 경우에는 의제대상 인·허가관청과의 협의절차가 없어지게 되어 의제대상 인·허가의 실체적 요건을 갖추었는지 여부를 검토하지 못하므로 인·허가의제에 신중을 기하여야 하고, 현행 건축신고 규정은 보완이 필요하다고 한다.

42) 다만 건축신고와 건축허가는 수수료(건축법 제17조), 건축사가 설계와 공사감리를 하여야 하는지 여부(제23조, 제25조) 등에서 차이가 있으나, 이는 건축신고의 경우 건축물의 건축내용이 단순하거나 규모가 작은 경우이어서 성질상 당연한 것으로 볼 여지가 있으므로, 이러한 차이만으로 건축허가와 다르다고 하기엔 부족하다.

③ 경미한 건축과 공익침해 우려

신고대상 건축물은 소규모의 신축·증축·재축·대수선[43]에 불과하므로 자유롭게 건축할 수 있도록 하더라도 공익에 대한 피해의 정도가 그다지 크지 아니하다. 소규모 건축물의 건축을 자유롭게 허용함으로써 토지의 형질변경, 농지·산지의 전용이 남발될 우려가 있다고 하더라도 이는 건축법을 개정함으로써 해결하여야 하지, 규제완화의 취지에서 협의절차 준용규정까지 삭제한 현행 건축법의 해석으로는 부득이한 결과라 할 것이다.

④ 사후 감독

건축허가의 경우에는 행정청이 관계법령의 적합 여부 등을 사전 감독하게 되나, 건축신고의 경우에는 관계법령의 준수 등은 건축신고를 받은 행정청이 그 시부터 감독하여 관계법령에 위반되면 건축법 제79조에 따라 공사 중지, 철거, 시정조치를 하는 등으로 대처함으로써 사후 감독할 수 있다. 건축주와 행정청 사이에 실체적 요건의 구비 여부에 관하여 다툼이 있는 경우 건축주는 행정청의 공사중지, 철거명령 등에 대하여 항고소송을 제기함으로써 권익을 구제받을 수 있는 실질적인 기회를 확보할 수 있다.

---

43) **건축법 제14조 (건축신고)** ① 제11조에 해당하는 허가대상 건축물이라 하더라도 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 미리 특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장에게 국토해양부령으로 정하는 바에 따라 신고를 하면 건축허가를 받은 것으로 본다.
1. 바닥면적의 합계가 85제곱미터 이내의 증축·개축 또는 재축
2. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 따른 관리지역, 농림지역 또는 자연환경보전지역에서 연면적이 200제곱미터 미만이고 3층 미만인 건축물의 건축. 다만, 제2종 지구단위계획구역에서의 건축은 제외한다.
3. 연면적이 200제곱미터 미만이고 3층 미만인 건축물의 대수선
4. 주요구조부의 해체가 없는 등 대통령령으로 정하는 대수선
5. 그 밖에 소규모 건축물로서 대통령령으로 정하는 건축물의 건축

**건축법 시행령 제11조 (건축신고)** ② 법 제14조 제1항 제5호에서 "대통령령으로 정하는 건축물"이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 건축물을 말한다.
1. 연면적의 합계가 100제곱미터 이하인 건축물
2. 건축물의 높이를 3미터 이하의 범위에서 증축하는 건축물
3. 법 제23조 제4항에 따른 표준설계도서에 따라 건축하는 건축물로서 그 용도 및 규모가 주위환경이나 미관에 지장이 없다고 인정하여 건축조례로 정하는 건축물
4. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제36조 제1항 제1호 다목에 따른 공업지역, 같은 법 제51조 제3항에 따른 제2종 지구단위계획구역 및 「산업입지 및 개발에 관한 법률」에 따른 산업단지에서 건축하는 2층 이하인 건축물로서 연면적 합계 500제곱미터 이하인 공장
5. 농업이나 수산업을 경영하기 위하여 읍·면 지역에서 건축하는 연면적 200제곱미터 이하의 창고 및 연면적 400제곱미터 이하의 축사·작물재배사

⑤ 제재규정의 엄격 해석과 법적 안정성

신고하지 아니하고 건축에 착수한 경우에는 공사의 중지 등 필요한 조치를 명할 수 있고(건축법 제79조 제1항), 이러한 시정명령을 이행하지 아니한 경우 이행강제금을 부과할 수 있을 뿐만 아니라(제80조 제1항 제1호), 200만 원 이하의 벌금이라는 형벌이 부과될 수도 있다(제111조 제1호). 국민의 권익보호를 위해 위와 같은 제재규정은 엄격히 해석할 필요가 있으므로, 일정한 형식적 요건을 갖추어 신고를 한 이상 그 수리가 거부되었다고 하여도 위와 같은 제재를 받지 아니한다고 봄이 상당하다.

또한 인·허가의제의 효과가 발생하는 경우에만 건축신고가 수리되어야 한다고 해석한다면, 국민으로서는 구체적으로 어떤 경우에 수리가 있어야만 적법한 신고가 되는지 알기 어려워 법적 안정성과 예측가능성을 해치게 되는 문제가 있다.

2) 비판

① 협의절차 준용규정을 삭제한 것을 입법적 불비로 볼 여지도 있고[44], 설령 그렇지 않다고 하더라도 관련 규정을 유기적으로 해석하면, 건축법 제14조 제2항에서 인·허가 의제에 관한 제11조 제5항을 준용하는 결과 당연히 제11조 제6항에 따른 협의절차도 준용되는 것으로 보거나,[45] 인·허가의제 효과가 발생하는 일반적인 절차에 따라 관계행정기관의 장과의 협의를 거쳐야 한다고 볼 여지도 있다.[46] 국토해양부의 행정해석도 같은 입장이며,[47] 행정실무도 이러한 해석을 바탕으로 협의절차를 거치고 있는 것으로 보인다.

건축법 시행규칙에서는 의제되는 인·허가에 필요한 서류를 제출하도록 정하고 있는바, 이는 이에 관한 심사를 전제로 하는 것으로 봄이 상당하다.[48] 또한 건축법 제70조에 따라 건축신고 수리 권한은 구청장·동장 또는 읍·면장에게 위임되는 경우가 많은데 반하여 토지형질변경허가, 농지전용허가 등은 상급기관의 권한에 유보되어 있는 경우가 많다. 이 경우 협의절차 없이 건축신고만으로 인·허가가 의제된다고

---

44) 유승남, 앞의 논문, 415쪽.

45) 남대하, 앞의 논문, 564쪽; 김재협, 앞의 논문, 103쪽.

46) 정형근, 앞의 논문, 288쪽.

47) 국토해양부 2008. 6. 24.자 질의응답 "건축신고건에 대하여 관계기관 협의 관련"(http://www.lawnb.com/lawinfo/contents_view.asp).

48) **건축법 시행규칙 제12조 제1항 제2호** "법 제11조 제5항 각 호에 따른 허가 등을 받거나 신고를 하기 위하여 해당법령에서 제출하도록 의무화하고 있는 신청서 및 구비서류(해당사항이 있는 경우로 한정한다)"

하면 하급기관이 상급기관의 권한 내지 판단사항에 관하여 결정을 내리는 것이 될 수 있어 제도의 취지에 반할 수 있고, 약한 규제(건축신고)가 강한 규제(토지형질변경허가 등)을 대체하게 되며, 기속행위가 재량행위를 대체하게 되는 문제가 발생한다.[49]

② 인·허가의제의 본질은 관할의 집중(창구의 단일화), 절차의 간소화일 뿐, 실체적 요건은 개별적으로 따져야 한다고 보는 것이 일반적이다. 따라서 건축신고에 의해 인허가가 의제되는 경우에도 실체적 요건은 개별로 따져야 한다고 봄이 상당하다.

③ 건축법은 기본적으로 건축경찰법으로서 건축물로부터 발생하는 위험을 방지하기 위해 국민의 재산권을 제한하는 법이고, 국토계획법은 토지의 합리적 이용을 위해 건축물과 토지의 사용권을 통제하는 법으로서 좁은 도시공간에서 건축물을 적절하게 배치해서 모든 사람들에게 쾌적한 환경을 제공하는 것을 목적으로 한다.[50] 기타 인·허가가 의제되는 다른 법률도 그 목적이 건축법과는 다르다. 따라서 소규모 건축물의 경우 그 위험성이 작아 신고만으로 건축할 수 있다고 하더라도, 그 건축물이 토지의 합리적 이용에 배치되는 등 관련 법률의 목적에 위배된다면 그에 따라 건축신고 수리 여부를 판단하여야 할 것이다.

④ 건축신고를 수리를 요하지 않는 신고로 보면, 그 수리거부에 대하여 신고인이 다툴 수 있는 방법이 없게 되고, 신고수리에 대하여도 이해관계인 등 제3자가 이를 다툴 방법이 없게 된다. 신고에 따라 건축물이 건축된 후에 행정청이 관계 법령에 위배된 것으로 판단하여 공사중지, 원상복구 또는 철거를 명하고, 당사자는 행정청이 그러한 처분을 할 경우 그 처분에 관하여 항고소송으로 다툴 수 있다고 하는 것은 신고 건축물을 건축하고자 하는 자에게나 행정청 모두에게 불합리한 부담을 지우는 것으로 경제성이나 효율성의 측면에서 부당하다고 할 것이다.[51]

⑤ 의제되는 인·허가제도 중 토지형질변경허가, 농지전용허가, 산지전용허가 등은 국토이용계획 등의 전체적 관점에서 이를 적절히 규제할 공익상 필요가 매우 높다. 또한 소규모 건축물이라도 그것이 난립할 경우 국토계획 내지 도시계획 전체를 형해화시킬 수 있다.

---

49) 김재협, 앞의 논문, 109쪽.

50) 김종보, 건설법의 이해, 박영사, 2008, 8-9쪽.

51) 정형근, 앞의 논문, 288쪽.

### (2) 모든 건축신고가 수리를 요하는 신고라고 보는 견해[52)]

#### 1) 근거

① 건축법의 목적

건축법령의 기준이나 요건은 건축물로 발생하는 위험으로부터 시민의 생명과 재산을 보호하기 위한 것이다. 건축법은 건축물의 대지·구조 및 설비의 기준과 건축물의 용도 등을 정하여 건축물의 안전·기능·환경 및 미관을 향상시킴으로써 공공복리의 증진에 이바지함을 목적으로 하는 것으로서(제1조), 신고대상인 소규모 건축물이라 하더라도 사람의 생명·신체의 안전 등과 관련되는 요건이 준수될 필요가 있다.

② 건축법령의 각 규정 내용

일반적인 신고와 달리 건축법 제14조 제1항은 건축신고를 함으로써 건축허가를 받은 것으로 본다는 건축허가 의제 규정을 두고 있다.[53)] 이는 인·허가의 의제에 해당하는 것이고, 인·허가의제의 본질상 관할 및 절차의 집중을 목적으로 할 뿐, 그 실체적 요건은 개별로 따져야 한다. 만약 건축허가로 의제되는 건축신고를 수리를 요하지 아니하는 신고로 보면, 행정청의 감독권을 전면적으로 박탈하는 결과가 되어 공익에 반하게 된다.

건축허가이든 건축신고이든 설계변경신고의무, 건축주변경신고의무 불이행에 대해 동일한 형벌이 규정되어 있는데(건축법 제110조 제2호), 대법원은 건축허가 후 건축관계자 변경신고 수리거부를 처분으로 보고 있어[54)55)] 건축신고 후 허가·신고사항의

---

52) 김종보, 앞의 책, 128-129쪽.

53) 이를 건축허가의제적 신고라고 부르기도 한다. 한편 건축신고에 의해 다른 법령에 의한 인허가의제 효과가 발생하는데 이에 따라 건축신고는 이중허가의제의 효과를 가지게 된다. 이는 보기 드문 입법례이고 법리적으로도 적지 않은 문제를 야기할 수 있다고 한다. 정남철, "건축신고와 인인보호", 법조(2010. 6.), 법조협회, 250-296쪽.

54) 대법원 2010. 5. 13. 선고 2010두2296 판결(건축관계자변경신고수리처분취소) ➜ 이러한 각 규정의 문언내용 및 형식, 건축허가는 대물적 성질을 갖는 것이어서 행정청으로서는 그 허가를 함에 있어 건축주가 누구인가 등 인적 요소에 대하여는 형식적 심사만 하는 점, 건축허가는 허가대상 건축물에 대한 권리변동에 수반하여 자유로이 양도할 수 있는 것이고, 그에 따라 건축허가의 효과는 허가대상 건축물에 대한 권리변동에 수반하여 이전되며 별도의 승인처분에 의하여 이전되는 것이 아닌 점, 민사집행법에 따른 경매절차에서 매수인은 매각대금을 다 낸 때에 매각의 목적인 권리를 취득하는 점 등의 사정을 종합하면, 토지와 그 토지에 건축 중인 건축물에 대한 경매절차상의 확정된 매각허가결정서 및 그에 따른 매각대금 완납서류 등은 구 건축법 시행규칙 제11조 제1항에 규정된 '권리관계의 변경사실을 증명할 수 있는 서류'에 해당한다고 봄이 상당하다.

55) 대법원 2005. 12. 22. 선고 2005두10552 판결(건축관계자변경신고처리취소처분취소) ➜ 건축법 시

변경신고도 수리를 요하는 신고로 봄이 타당하므로, 결국 변경신고의 전제인 건축신고 자체도 수리를 요하는 신고로 보아야 한다.

건축법은 일정한 위험방지 요건(안전한 구조에 관한 제48조 제1항, 피난 요건에 관한 제49조, 방화 요건에 관한 제50조, 대지의 안전에 관한 제40조 등), 건축물의 위생 및 기능 요건(건축설비에 관한 제62조, 채광·환기·방습 등에 관한 제49조 제2항 등), 도시환경과 관련된 요건(대지와 도로의 관계에 관한 제44조, 건축선에 관한 제46조, 제47조, 건축물의 높이 제한에 관한 제60조, 제61조 등) 등에 관하여는 신고대상 건축물인지 허가대상 건축물인지를 구별하고 있지 아니하다.

또한 토지에 정착하지 않은 가설건축물이나(건축법 제20조 제3항), 건축물이 아닌 공작물의 경우에도(제83조 제2항) 건축법이 정하는 요건을 준용하도록 하고 있는 점을 고려하면, 건축물에 해당하는 것은 신고대상이라 해도 건축법상의 요건을 충족해야 한다고 해석함이 상당하다.

③ 허가제와의 차이

건축신고는 신청서 기재사항, 부속서류, 건축법령의 적용법규 등의 완화와 건축수수료가 없는 등의 면에서 건축허가와는 차이가 있다. 따라서 건축신고를 수리를 요하는 신고로 본다고 하더라도 건축허가와 완전히 동일해지는 것은 아니고, 규제완화 차원에서 허가제에서 신고제로 바꾼 취지에 반드시 어긋난다고 볼 수는 없다. 더구나 광범위한 인·허가가 의제되는 효과를 수반하는 건축신고에 대하여 허가요건심사가 면제되고 신고만으로 건축을 할 수 있다고 해석하는 것은 무리이다.

④ 사전통제의 필요성과 유익성

건축법의 준수 여부를 사전에 심사함으로써 무절제하고 위험한 불법적인 건축행위를 미리 막아 공익 및 제3자의 이익을 보호할 수 있고, 이러한 사전통제가 공사 중지, 철거 등 사후통제보다 신고인에게 더 유리할 수도 있다.

---

행규칙 제11조 제2항, 제3항에 의하면, 건축주는 공사시공자를 변경한 때에는 그 변경한 날부터 7일 이내에 건축관계자변경신고서를 허가권자에게 제출하여야 하고, 허가권자는 그 기재 내용을 확인한 후 건축관계자변경신고필증을 신고인에게 교부하도록 되어 있으므로, 허가권자는 형식적 요건을 갖춘 적법한 건축관계자변경신고가 있는 때에는 그 기재 내용을 확인한 후 이를 수리하여야 할 것이고, 원칙적으로 실체적인 이유를 내세워 그 신고의 수리를 거부할 수 없다고 전제하면서, 피고가 실체적인 이유로서 건축관계자변경신고의 수리시 심사할 수 없는 사항인 건축주들의 위임장에 관한 유효 여부를 문제삼아 건축주 전원의 건축관계자변경신고 동의서를 제출하도록 요구한 후 그 불이행을 사유로 위 각 건축관계자변경신고수리를 취소한 것은 위법하다고 판단한 것은 정당한 것으로 수긍이 간다.

나아가 실체적 요건 구비 여부에 관하여 신고자와 행정청의 다툼이 있는 경우에는 신고반려처분에 대한 취소소송에서 다툴 수 있고, 인인(隣人) 등 제3자도 신고 수리에 대하여 다툴 수 있어 이해관계인의 권익을 두텁게 보호할 수 있게 된다.

이러한 해석을 통해 현재 건축물과 관련하여 부단하게 발생하는 안전사고를 줄일 수 있게 된다. 경찰법의 기능을 약화시키는 것은 사회구성원의 생명을 그 대가로 한다는 점에 유의하여야 한다.[56]

⑤ 명확성과 예측가능성

인·허가가 의제되는 경우 혹은 그 중에서도 실체적 요건에 대한 판단을 요하는 경우에만 수리를 요하는 신고로 본다면, 구체적인 건축신고 사안에서 의제되는 인·허가가 어떤 것인지, 또한 실체적 요건에 대한 판단을 요하는 경우가 어떤 것인지 신고인은 물론 행정청 입장에서도 명백하지 않게 된다. 따라서 모든 건축신고를 수리를 요하는 신고로 보는 경우라야 명확성과 예측가능성을 담보할 수 있다.

2) 비판

① 건축법이라는 단일한 법률 안에서 허가제와 신고제를 병렬적으로 규정하고 있고, 또한 규제완화의 목적을 위해 신고제의 범위가 넓어지고 그 방식도 간소화되어 왔다. 따라서 모든 건축신고를 수리를 요하는 신고로 보면 건축허가와 실질상 차이가 없게 되어 입법자의 의사를 무시하는 결과가 된다. 또한 신고제의 본질은 국민이 자유의 영역에 속하는 일정한 행위를 하고자 하는 경우에 행정청이 이를 지도감독하기 위한 방편으로 단순히 국민에게 이를 통지할 의무만을 부과하는 것인데, 이러한 본질에 반하게 된다.

② 소규모의 증축, 개축, 담장 또는 대문의 설치 등 신고사항인 일체의 건축에 대하여도 행정청의 수리가 있어야만 하므로 건축의 자유를 대부분 박탈하는 결과가 되어 부당하고, 형식적 요건을 갖춘 신고를 하였다 하더라도 행정청의 수리가 없는 한 적법한 신고를 하지 아니한 것으로 되어, 그에 따른 원상회복, 철거, 시정조치, 이행강제금 등의 제재를 받게 된다. 특히 형사처벌 대상이 확대되어 죄형법정주의, 제재규정에 대한 엄격해석의 원칙 등에 반할 여지가 있다.

---

56) 김종보, 앞의 책, 129쪽; "규제개혁위원회와 같은 비전문가들의 압력에 밀려 분야에 관계없이 허가제가 광범위하게 신고제로 전환되는 상황에서, 문구상의 신고라는 명칭에 연연하는 것은 건축경찰법의 특수성을 무시하는 결과가 된다. 삼풍백화점의 붕괴, 화성 씨랜드 참사, 인천 호프집화재, 경기고 광구의 에지원 화재 등은 1990년대의 규제개혁 및 건축경찰법의 약화와 맞물려 있는 사건으로 볼 수도 있다."

③ 건축법상 건축제한에 관한 규정은 신고 대상 건축행위의 경우에도 적용되기는 하지만 건축신고시 확인하여야 할 사항이 아니라 사후에 시정명령 등을 통하여 감독하여야 할 사항으로 봄이 타당하고, 이것이 입법자의 의사라 할 것이다.[57] 또한 당사자로서도 건축신고 수리 거부에 대한 판결이 확정될 때까지 아무런 건축을 하지 못하는 것보다는, 추후 시정명령에 따라 수정을 하는 한이 있더라도 건축을 개시하여 그로 인한 이익을 향유하는 것이 더 이익일 수 있다.

④ 위와 같은 법리를 확대하면, 관련 규정의 취지상 공익보호 요청이 크다는 이유로 대부분 수리를 요하는 신고로 보게 되어, 수리를 요하지 아니하는 신고의 범위 자체가 대폭 축소될 우려가 있고, 이로써 국민의 자유의 영역이 축소되고 재산권이 침해될 수 있다.

⑤ 건축법 제14조 제1항의 건축허가의제 규정은 같은 조 제2항에 의한 인·허가의제규정과 그 취지와 성질이 다르다고 보아야 한다. 즉 건축법 제14조 제2항은 다른 법률 등에 따라 다른 기관에서 별개의 인·허가를 받아야 하는 사항에 관하여 주된 인·허가를 받음으로써 그 관할 및 절차를 집중시키는 제도로서, 그 실체적 요건은 별개로 판단하여야 한다고 봄이 일반적이다. 하지만 건축법 제14조 제1항의 건축허가의제규정은, 그 입법연혁에 비추어 볼 때 종래 '건축허가에 갈음한다'는 표현에서 수정된 것으로서, 그 문언 역시 '허가대상건축물이라 하더라도 신고함으로써 건축허가를 받은 것으로 본다'고 하고 있으므로, 그 취지는 원칙적으로 건축허가대상이나 일정한 경우에는 간편한 신고로써 허가를 대신할 수 있다는 것으로 볼 것이다.

학계에서도 건축법 제14조 제2항의 인·허가 의제는 독일의 집중효제도와 유사한 것이고, 건축법 제14조 제1항의 건축허가 의제는 독일의 의제적 행정행위[58]에 해당하는 것으로서 차이가 있다고 보고 있다.[59] 오히려 일부 학설은 건축허가 의제 규정에 따라 법효과의 의제는 행정청의 행위(신고수리)가 아니라 법률규정에 의해 비로소 성립하기 때문에 건축신고를 수리를 요하는 신고로 볼 수 없는 근거가 된다고 주장하고 있다.[60]

---

57) 김재협, 앞의 논문, 109-110쪽.

58) 명문의 규정에 의하여 인용·부인 결정이 내려진 것으로 여겨질 때, 또는 어떠한 상황의 발생과 다불어 행정행위가 발해진 것으로 간주된다는 식으로 법률이 행정행위의 발급을 결정주체의 의사와 무관한 상황의 발생으로 대체하는 경우 또는 행정청 스스로가 발하는 것이 아니라 법상의 기간이 경과한 후에 법규범에 의해서 간주되어지는 것 등으로 설명한다고 함. 김중권, "의제적 행정행위에 관한 소고", 53-54쪽

59) 김중권, 앞의 법률신문 게재 논문, 15쪽; 선정원, "인·허가의제와 심사촉진", 공법연구 제38집 제2호 (2009. 12.), 사단법인 한국공법학회, 87쪽.

60) 김중권, 앞의 법률신문 게재 논문, 15쪽.

### (3) 인·허가가 의제효과를 수반하는 건축신고에 한하여 수리를 요하는 신고로 보는 견해[61]

#### 1) 주장내용

건축법 제11조 제5항에 따라 인·허가가 의제되는 경우에 한해 수리를 요하는 신고로 보아야 한다는 입장이다. 나아가 위 조항에 나열된 인·허가 사항 모두에 대해서 수리를 요하는 신고로 볼 것이 아니라 각 인·허가 사항에 따라 행정청의 실체적 요건에 대한 심사가 필요한지, 인·허가 사항이 재량행위인지 여부 등을 고려하여 구체적·개별적으로 판단하여야 한다고 한다.[62]

예를 들어 건축법 제11조 제5항 제1호의 공사용 가설건축물의 축조신고, 제2호의 공작물의 축조신고, 제11호의 배수설비의 설치신고, 제12호의 개인하수처리시설의 설치신고, 제13호의 수도사업자가 지방자치단체인 경우 그 지방자치단체가 정한 조례에 따른 상수도 공급신청 등은 협의절차를 거쳐야 하는 사항은 아니라 할 것이므로, 수리를 요하지 아니하는 신고로 봄이 타당하다고 한다.

한편 건축법 제11조 제5항 제3호의 도시계획법상의 토지형질변경허가, 제4호의 도시계획사업의 실시계획인가, 제5호의 산림법상의 산림형질변경허가, 제7호의 농지법상의 농지전용허가 또는 협의 등은 그 자체가 재량행위이고 허가 여부에 대하여 행정청의 실체적인 판단이 필요하므로 수리를 요하는 신고로 봄이 타당하다고 한다. 나아가 같은 항 제6호의 사도개설허가, 제8호의 도로의 점용허가, 제9호의 비관리청 공사시행 허가와 도로의 연결허가, 제10호의 하천점용 등의 허가 등은 협의절차가 필요한 것으로 해석되므로 수리를 요하는 신고로 볼 수 있다는 것이다.

#### 2) 근거

##### ① 신고에 대한 일반적인 구별기준

수리를 요하는 신고인지 여부에 관한 일반적인 구별기준은 법령의 규정, 법의 목적과 취지, 당해 신고행위의 성질 등을 고려하여 구체적으로 판단하여야 한다.

건축법 제9조 제1항에 따라 건축허가가 의제되는 경우와 달리, 건축법 제9조 제2항에 따라 관련 법률에 의한 인·허가가 의제되는 경우에는 그 의제되는 인·허가에 관

61) 김재협, 앞의 논문, 109쪽; 유승남, 앞의 논문, 420쪽; 최계영, 앞의 논문, 179쪽; 남대하, 앞의 논문, 568-570쪽; 정형근, 앞의 논문 289-290쪽.

62) 김재협, 앞의 논문, 109-112쪽; 유승남, 앞의 논문, 420-421쪽; 정형근, 앞의 논문 289-290쪽.

하여 관련 법률에서 실체적 요건에 대한 심사를 예정하고 있다. 또한 관련 법률에 의한 인·허가 의제제도는 관할을 단일화하고 절차를 간소화하는 것으로서 실체적 심사를 배제하는 취지가 아니라고 할 것이므로, 건축신고의 경우에도 의제되는 인·허가의 실체적 심사를 거쳐야 한다고 봄이 상당하고, 법령상 실체적 심사를 규정하고 있는 경우이므로 수리를 요하는 신고로 봄이 타당하다.

② 실체적 심사 내용의 중대성

건축신고 이외의 신고에 관하여는 일정한 인적·물적 기준 등을 갖추었는지에 관한 실체적 판단만을 하는 경우에도 수리를 요하는 신고로 보고 있다. 이에 비하여 인·허가 의제의 경우 예를 들어, 국토계획법상 개발행위의 허가[63]나, 산지법상 산지전용허가[64]의 실체적 판단 내용은 도시계획, 주변환경 또는 경관과 조화, 자연생태적 기능유지, 재해발생, 수원함양 및 수질보전, 보호할 가치가 있는 산림, 자연경관 및 산림훼손 등 공익상 매우 중요한 사항으로서 행정청의 전문적이고 객관적인 실체적 심사가 요구되는 사항이라고 할 것이다. 따라서 이러한 사항에 대하여도 건축신고만으로 일체의 심사가 배제된다고 한다면, 중대한 공익상의 침해 또는 제3자의 피해를 야기하고, 관련 법령에서 인·허가 제도를 둔 근본 취지를 유명무실하게 만들 위험이 크다고 할 것이다.

---

63) **제58조 (개발행위허가의 기준)** ① 특별시장·광역시장·시장 또는 군수는 개발행위허가의 신청내용이 다음 각호의 기준에 적합한 경우에 한하여 개발행위허가를 하여야 한다.
1. 용도지역별 특성을 감안하여 대통령령이 정하는 개발행위의 규모에 적합할 것
2. 도시관리계획의 내용에 배치되지 아니할 것
3. 도시계획사업의 시행에 지장이 없을 것
4. 주변지역의 토지이용실태 또는 토지이용계획, 건축물의 높이, 토지의 경사도, 수목의 상태, 물의 배수, 하천·호소·습지의 배수 등 주변환경 또는 경관과 조화를 이룰 것
5. 당해 개발행위에 따른 기반시설의 설치 또는 그에 필요한 용지의 확보계획이 적정할 것

64) **제18조 (산지전용허가기준 등)** ① 산림청장은 제14조의 규정에 의하여 산지전용허가의 신청을 받은 때에는 그 신청내용이 다음 각호의 기준에 적합한 경우에 한하여 산지전용허가를 하여야 한다. 다만, 준보전산지에 대하여는 제1호부터 제4호까지의 기준은 이를 적용하지 아니한다.
1. 제10조 및 제12조의 규정에 의한 행위제한사항에 해당되지 아니할 것
2. 인근 산림의 경영·관리에 큰 지장을 주지 아니할 것
3. 집단적인 조림성공지 등 우량한 산림이 많이 포함되지 아니할 것
4. 희귀야생동·식물의 보전 등 산림의 자연생태적 기능유지에 현저한 장애가 발생되지 아니할 것
5. 토사의 유출·붕괴 등 재해발생이 우려되지 아니할 것
6. 산림의 수원함양 및 수질보전기능을 크게 해치지 아니할 것
7. 산지의 형태 및 임목의 구성 등의 특성으로 인하여 보호할 가치가 있는 산림에 해당되지 아니할 것
8. 사업계획 및 산지전용면적이 적정하고 산지전용방법이 자연경관 및 산림훼손을 최소화하고 산지전용후의 복구에 지장을 줄 우려가 없을 것

③ 협의절차 준용규정의 삭제

협의절차 준용규정을 삭제하였다고 하더라도, 협의절차를 배제하려는 취지라기보다는 그것이 의무사항까지는 아니라는 취지로 해석함이 상당하다. 따라서 행정청은 보다 적정한 판단을 위해 내부적으로 협의절차를 거칠 수 있는 것이고, 실무상으로도 협의절차를 거치고 있는 것으로 보인다. 따라서 협의절차 준용규정 삭제만으로 행정청의 일체의 심사권이 배제되었다고 보기 어렵다.

④ 건축법령의 각 규정 내용

건축법 시행령 제11조 제3항, 제9조 제1항, 건축법 시행규칙 제12조 제1항 제2호의 각 규정은, 건축신고를 하려는 자는 건축법 제8조 제6항 각 호에 따른 허가 등을 받거나 신고를 하기 위하여 해당 법령에서 제출하도록 의무화하고 있는 신청서 및 구비서류를 시장·군수·구청장에게 제출하도록 하고 있다. 이는 의제되는 인·허가 요건에 대한 심사 창구를 단일화하여 건축신고를 수리하는 행정청으로 하여금 위 신청서 및 구비서류를 바탕으로 인·허가 요건에 관하여 심사하도록 하려는 취지로 봄이 상당하다.

⑤ 인·허가의제의 본질

인·허가 의제제도의 취지는 주된 인·허가의 관할 행정청으로 창구를 단일화하고 절차를 간소화하려 함에 있는 것이지 관련 법률의 목적에 따른 각각의 인·허가 요건에 대한 실체적 심사를 모두 배제하려는 것이 아니다.

절차간소화의 차원에서 건축허가절차나 건축신고절차 속에 개별법들이 통제해야 하는 처분들이 통합되어 처리되어 건축법 외의 다른 법률에서 정하는 처분들이 같이 발급된 것으로 보는 의제조항이 있다 하더라도, 이러한 의제조항이 개별법의 추구목적을 소멸시키는 것은 아니므로 개별법이 정하고 있는 허가요건은 별도로 심사하여야 한다고 봄이 상당하다.[65] 그러므로 소규모 건축물의 경우 그 위험성이 작아 신고만으로 건축할 수 있다고 하더라도, 그 건축물이 토지의 합리적 이용에 배치되는 등 관련 법률의 목적에 위배된다면 그에 따라 건축신고 수리 여부를 판단하여야 할 것이다.

⑥ 신고인 및 제3자의 권익보호

인·허가가 의제되는 건축신고까지 수리를 요하지 않는 신고로 보면, 그 수리 또는

65) 앞서 본 바와 같이 건축법은 기본적으로 건축경찰법으로서 건축물로부터 발생하는 위험을 방지하기 위해 국민의 재산권을 제한하는 법이고, 국토계획법은 토지의 합리적 이용을 위해 건축물과 토지의 사용권을 통제하는 법으로서 좁은 도시공간에서 건축물을 적절하게 배치해서 모든 사람들에게 쾌적한 환경을 제공하는 것을 목적으로 한다. 기타 인·허가가 의제되는 다른 법률도 그 목적이 건축법과는 다르다.

수리 거부에 대하여 신고인이나 제3자가 다툴 방법이 없게 된다. 특히 인·허가가 의제되는 건축신고의 경우는 공익에 미치는 영향이 크다고 할 것인데, 사후에 공사중지, 원상복구 또는 철거를 명함으로써 통제할 수 있다고 하면, 신고인이나 행정청, 제3자에게 불합리한 부담을 지우는 것으로 경제성이나 효율성의 측면에서 부당하고, 공익에 대한 피해도 크다고 할 것이다.

⑦ 입법상 불비에 대한 해석론에 의한 극복

근본적으로는 입법상의 불비 내지 오류를 지적할 수밖에 없다. 건축법상 건축신고가 자기완결적 신고임이 학설이나 판례상 확립된 상태에서 신고를 함으로써 허가를 받은 것으로 보고, 건축허가의 경우 인정되는 인·허가 의제를 아무런 검토 없이 모두 준용되는 것으로 한 것은, 약한 규제가 강한 규제를 포함하게 하거나, 기속행위가 재량행위를 흡수하게 되는 꼴이 되어 중대한 모순이다. 행정규제 완화에 급급하여 입법을 제대로 정비하지 못한 것으로 보인다.

그러나 건축신고만으로 상급 관청이 권한을 가진 형질변경 등의 허가를 받은 것으로 보는 것은 커다란 혼란과 모순을 초래할 것이므로 부득이 법령의 정비 전에도 해석론에 의하여 이를 극복함이 타당하다.[66] 따라서 신고제의 본질 및 건축신고에 대한 기존의 다수설 및 판례에 바탕을 두면서 실체적인 판단을 요구하는 사항에 대해서는 그 실질에 따라 수리를 요하는 신고로 보는 것이 가장 조화적인 해석이라 할 것이다.[67]

⑧ 적절한 제재 범위

앞서 본 바와 같이 신고 없이 건축행위를 하면 공사중지, 철거, 이행강제금, 형사처벌 등의 제재를 받게 된다. 모든 건축신고를 수리를 요하는 신고로 보면 제재의 범위가 지나치게 확대될 우려가 있고, 모든 건축신고를 수리를 요하지 아니하는 신고로 보면 제재의 범위가 지나치게 축소될 우려가 있다.

반면에 실체적 요건에 대한 판단이 필요한 건축신고만 수리를 요하는 신고로 보면, 실체적 요건 준수가 필요한 경우에만 제재를 가할 수 있고 그 외의 경우에는 제재를 가할 수 없어 그 제재의 범위가 적절하게 된다.

---

66) 김재협, 앞의 논문,

67) 신고제란 국민으로 하여금 형식적 요건을 갖춘 신고를 하면 일응 신고에 따른 행위를 할 수 있는 것으로 보아 자유의 영역을 확대해주는 한편, 행정청으로 하여금 실체적 요건의 심사라는 번거로운 절차에서 벗어나 업무과중을 피하고 중요한 사항에 대하여만 효율적인 규제를 하도록 하기 위한 제도임을 고려하여야 한다.

건축물의 건축 또는 공작물의 설치에 대한 개발행위허가를 의제하는 규정이 2000. 1. 28. 법률 제6247호 건축법 개정으로 도입되었고, 여기서의 '건축물의 건축'은 건축신고 대상의 대부분을 포함하고 있다. 따라서 위험성을 초래할 수도 있는 신고대상인 건축물의 건축 대부분이 개발행위허가 대상이 되어 실체적 심사의 대상이 되므로, 굳이 모든 건축신고를 수리를 요하는 신고로 볼 필요성이 작다.

3) 비판

① 건축법 제14조의 신고가 수리를 요하는 신고와 수리를 요하지 않는 신고로 다시 분류된다고 해석하는 것은 같은 법문을 두고 2개의 의미로 해석하는 것이어서 무리가 있다.

② 인·허가가 의제되지 아니하는 건축신고를 여전히 수리를 요하지 아니하는 신고로 보게 되면, 그에 대한 신고인 또는 제3자의 이익을 보호할 수단이 없게 된다.

③ 실체적 요건에 대한 판단을 필요로 하는 인·허가 사항인지 여부가 명확하지 아니한 경우가 많으므로, 신고인·제3자·행정청 사이에 당해 건축신고만으로 건축을 개시할 수 있는지, 수리가 있어야만 적법한 건축신고로 되는지, 수리 또는 수리 거부가 처분에 해당하는지, 무신고 건축행위여서 제재의 대상이 되는지 여부가 명확하지 아니하여 법적 불안정을 초래한다.

④ 건축법 제14조 제1항은 제11조 제5항에 따라 인·허가가 의제되는지 여부를 구별하지 아니한 채 모든 건축신고를 건축허가로 의제하고 있고, 이 역시 인·허가의제의 일종으로 봄이 타당하므로, 모든 건축신고를 건축허가 요건에 관한 심사가 필요한 수리를 요하는 신고로 봄이 타당하다.

## 5. 대법원 2010두14954 사건의 판시 내용

### (1) 다수의견과 반대의견의 논거

| 주요쟁점 | 다수의견/ 보충의견[68] | 반대의견[69] |
|---|---|---|
| 신고제 취지/ 실질적심사 | 행정청에게 실체적 요건의 심사권한을 부여하지 아니한 것은 건축행위 이외에 별도로 인.허가를 받아야 할 사항이 없는 일반적인 건축신고에 관한 것임.<br>인.허가의제의 취지는 인.허가의제사항 관련 | 신고제는 행정청이 행정상 필요에 의하여 국민으로 하여금 행정청에 미리 일정한 사항을 알리도록 하는 최소한의 규제를 가한 것임.<br>건축법에서 행정절차법 적용을 배제하 |

| | | |
|---|---|---|
| 여부 | 창구를 단일화하고 그 절차를 간소화하여 국민 권익을 보호하고자 함이지, 각 인.허가 요건에 관한 일체의 심사를 배제하려는 것이 아님(즉 일괄하여 건축신고철차에서 심사를 거쳐 수리까지 마쳐졌다면 다른 법령에 의한 인.허가를 받은 것으로 본다는 의미일 뿐임).<br>인.허가를 받아야 하는 건축신고의 경우, 건축법에서 그 인.허가를 위해 해당 법에서 제출하도록 하는 신청서 및 구비서류를 제출하도록 규정하고 있고, 그 인.허가 요건의 상당수는 실체적 요건이나 공익에 관한 것임 | 지 아니하므로 그 형식적 요건을 갖춘 건축신고서가 접수기관에 도달한 때에 신고의무가 이행된 것으로 보게 됨.<br>신고를 하면 건축허가와 각 인.허가를 받은 것으로 의제되므로, 행정청에 신고 및 인.허가 해당사항 여부에 관한 판단이나 재량을 행사할 여지가 없음.<br>현행 건축법에는 외국환거래법 제18조, 산지관리법 제15조[70] 등과 같이 신고의 수리를 요하는지 여부에 관한 명문의 규정이 없음 |
| 건축허가와 건축신고의 구별 여부 | 건축법은 건축신고를 다시 '단순히 건축행위만을 대상으로 하는 일반적인 건축신고'와 '건축행위 이외에 추가로 인.허가를 받아야 하는 사항을 필연적으로 수반하는 건축신고'로 명확히 구분하여 규정하고 있음.<br>건축신고는 구비요건의 완화, 수수료의 차이, 건축사에 의한 설계 및 공사감리의 규정이 적용되지 않는 등 건축허가에 비하여 규제가 완화되는 차이가 있음<br>인.허가의제효과를 수반하는 건축신고의 실체적 요건에 관한 심사대상은 관련 법령상의 인.허가사항이고 건축법상의 실체적 요건 자체가 아님. 따라서 건축법상의 실체적 요건 심사까지 필요한 건축허가와 구별됨 | 건축법은 단일 법률 안에서 건축허가와 건축신고 2가지만을 병렬적으로 규정하고 있을 뿐임.<br>그동안 건축법은 규제완화를 통하여 건축신고 대상을 확대하여 왔는데, 다수의견에 따르면 건축허가와 건축신고의 차이가 없게 되고 건축의 자유가 제한되며 자기완결적 신고의 범위가 대폭 축소되어 부당함 |
| 건축법령의 구체적내용 | 건축신고에 관하여 협의절차의 준용규정이 삭제된 것은 건축신고를 관할하는 행정청이 관계 행정기관의 장과 협의하는 절차를 반드시 거칠 필요는 없다는 측면에서 절차의 간소화와 시간 절감 등을 통한 행정 규제완화의 취지로 이해될 뿐이라고 할 것임<br>건축신고의 관할 행정청이 인.허가사항에 관련된 법령에 규정된 요건에 관하여 심사하는 것 자체를 모두 배제하려는 의도로 보기는 어려움 | 실질적 심사를 전제로 하는 건축허가의 관련 규정을 명시적으로 준용대상에서 제외하고 있어[71] 실질적 심사를 허용하고 있다고 단정할 수 없음<br>건축신고에 관한 건축법 제14조 제2항은 제11조 제4항[72]을 준용하고 있지 아니함<br>구 건축법 시행규칙 제12조 제2항[73]도 행정청에게 실체적 요건에 관한 심사권한을 부여하고 있지 아니함 |
| 제재규정 적용의 문제점 | 제재 또는 형사처벌의 대상이 되는지 여부는 건축신고의 법적 성격과 함께 건축법과 인.허가의제 사항 관련 법률의 해당 규정 내용 및 취지 등을 고려하여 판단하여야 할 사항임.<br>관련 법률의 취지와 법리에 따라 위와 같은 행위가 제재 또는 형사처벌의 대상으로 되더라도 해당 규정의 해석상 당연한 귀결일 뿐, 제재규정의 확대적용이나 죄형법정주의에 위배된다고 할 수 없음 | 행정청의 신고수리가 없는 한 적법한 신고를 하지 아니한 것으로 되어 그에 따른 원상회복, 철거, 시정조치, 이행강제금의 제재 및 형사처벌의 대상까지 됨.<br>국민 권익보호를 위하여 제재규정은 엄격히 해석하여야 하는데, 그 신고수리가 없다고 하여 곧바로 위 제재를 받는다면, 이는 신고제 본질 및 죄형법정주의에 비추어 문제됨 |
| 과도한 규제와 법적 안정성 등 | 건축신고에서 건축행위에 필연적으로 수반하는 인.허가사항이 있을 때, 이미 다른 법령에서 그 요건의 구비 여부를 심사하고 있으므로, 종전보다 | 다수의견에 따르면 상당수 건축신고가 실체적 요건에 관한 심사대상에 해당하게 되어 국민에 대한 과도한 규제, 행정청에 대한 지 |

| | | |
|---|---|---|
| | 국민에 대한 규제가 강화되었다거나 전체적으로 행정청의 업무가 과중해졌다고 볼 수도 없음.<br>인.허가사항과 관련된 요건이 형식적.절차적 요건인지 실체적 요건인지는 법령의 목적과 취지, 관련 규정의 합리적.유기적 해석, 당해 인.허가행위의 성질 등을 고려하여 판단할 수 있으므로, 법적 안정성이나 예측가능성을 해친다고 볼 수는 없음 | 나친 업무과중을 초래하고, 구체적으로 실체적 심사를 필요로 하는 건축신고 여부를 쉽게 알기 어려워 법적 안정성과 예측가능성을 해함 |
| 인근주민들의 권리구제방안 | 일단 건축이 개시된 후 비로소 인근주민들의 소송을 통하여 그 이해관계를 조정하는 것보다는 건축개시 전 건축신고 단계에서 행정청으로 하여금 인.허가 관련 요건을 심사하여 건축개시 여부를 결정하도록 하는 것이 이해관계인의 이익과 공익 보호에 더 타당함 | 적법한 건축신고로 건축허가를 받은 것으로 보게 되므로, 관련 법규 등에 의하여 원고 적격이 인정되는 인근 주민들은 의제된 건축허가에 대하여 취소소송을 제기할 수 있음 |

앞서 본 바와 같이 건축신고의 법적 성격에 관하여 여러 견해가 치열하게 대립되어 왔는데, 대법원은 위 전원합의체 판결을 통하여 그 입장을 밝히고 있다. 즉 다수의견은 일반적인 건축신고와 인·허가의제효과를 수반하는 건축신고를 구분하여 전자의 경우에는 자기완결적 신고이지만, 후자의 경우에는 수리를 요하는 신고임을 명백히 하였다. 그러나 이에 대하여 반대하는 의견이 강력하게 제기되었는바, 양자의 차이를 간단히 요약하면 아래의 표와 같다.

---

68) 다수의견에 대한 대법관 양승태, 대법관 김지형의 보충의견임

69) 다수의견에 대한 대법관 박시환, 대법관 이홍훈의 반대의견임

70) **산지관리법 제15조(산지전용신고)** ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 용도로 산지전용을 하고자 하는 자는 제14조 제1항의 규정에 불구하고 대통령령이 정하는 바에 따라 산림청장에게 신고하여야 한다. 신고한 사항 중 농림수산식품부령이 정하는 사항을 변경하고자 하는 경우에도 또한 같다.(이하 각호 생략)
③ 산림청장은 제1항의 규정에 의하여 산지전용신고를 받은 때에는 그 신고내용이 제2항의 규정에 의한 신고대상 시설 및 행위의 범위, 설치지역, 설치조건 등에 적합한 경우에 농림수산식품부령이 정하는 바에 따라 신고를 수리하여야 한다.

71) 구 건축법(1999. 2. 8. 법률 제5895호로 개정되기 전의 것) 제9조 제2항에 규정된 협의절차 규정을 준용규정에서 삭제하고, 현행 건축법 제14조에서도 다른 행정기관과의 협의에 관하여 규정한 제11조 제6항을 준용하고 있지 아니하다.

72) **건축법 제11조 (건축허가)** ④ 허가권자는 위락시설이나 숙박시설에 해당하는 건축물의 건축을 허가하는 경우 해당 대지에 건축하려는 건축물의 용도·규모 또는 형태가 주거환경이나 교육환경 등 주변 환경을 고려할 때 부적합하다고 인정하면 이 법이나 다른 법률에도 불구하고 건축위원회의 심의를 거쳐 건축허가를 하지 아니할 수 있다.

73) **건축법 시행규칙 제12조 (건축신고)** ② 시장·군수·구청장은 제1항의 규정에 의한 건축·대수선·용도변경신고서를 받은 때에는 그 기재내용을 확인한 후 그 신고의 내용에 따라 별지 제7호서식의 건축·대수선·용도변경신고필증을 신고인에게 교부하여야 한다.

### (2) 상고이유의 구체적인 검토

원고의 이 사건 건축신고는 연면적의 합계가 100㎡ 미만인 건축물의 신축에 관한 것으로서 건축법상 건축신고를 요하고, 이는 국토계획법 제56조 제1호에 따라 개발행위허가가 의제된다.[74] 따라서 개발행위허가가 기준에 해당하는지 여부를 판단하기 위하여는 국토계획법 제58조 제1항[75]에 정한 기준에 관한 실체적 심사가 요구되는데, 이러한 실체적 심사를 필요로 하는 인·허가가 의제되는 건축신고는 수리를 요하는 신고로서 일정한 경우 그 수리를 거부할 수 있다.

피고의 처분사유는, 이 사건 토지가 현황도로로 사용되고 있는데, 여기에 건축물이 건축될 경우 기존 건축물로의 진출입이 차단되므로 건축신고를 수리할 수 없다는 것이다. 이러한 처분사유는 국토계획법령상 '주변 지역의 토지이용실태 등 주변 환경이나 경관과 조화를 이룰 것' 또는 '해당 개발행위에 따른 기반시설의 설치 등이 주변의 교통소통에 지장을 초래하지 아니할 것' 등에 해당한다는 취지로 볼 수 있다.

즉, ① 이 사건 토지는 윤주상의 사용승낙에 따라 인접한 토지인 180-7 및 180-8 토지의 통행로로 사용되고 있고, 180-7 및 180-8 지상 건축물 거주자들은 이 사건 토지를 통하지 아니하고는 공로에 이를 수 없고, ② 이 사건 토지는 폭 2.6~3.3m, 길이 약 25m의 'ㅅ'자 모양으로 된 토지이고, 원고가 건축하겠다고 신고한 건축물은 2동으로 '가'동은 길이 11.5m, 너비 1.7m(19.55㎡)이고, '나'동은 길이 6m, 너비 1.6m(9.6㎡) 규모의 좁고 긴 건축물이다. 그러므로 이 사건 각 건축물로 인해 인접 토지와의 경계는 60~90cm에 불과하게 되어 이 사건 토지를 통행로로 이용하기가 어렵게 된다.

결국 이 사건 토지에 건축물을 건축하는 것은, 이 사건 토지를 통행로로 사용하는 주변 지역의 토지이용실태와 조화를 이루지 못하거나, 주변의 교통소통에 지장을 초래한다고 보아야 한다. 따라서 이 사건 토지상의 건축신고를 수리하지 아니한 이 사건 처분은 정당하고 거기에 재량권을 일탈하거나 남용한 위법이 있다고 보기 어렵다.

---

74) 건축법 제14조 제2항, 제11조 제5항

75) **국토계획법 제58조(개발행위허가의 기준) 제1항 제4호**는, "주변 지역의 토지이용실태 또는 토지이용계획, 건축물의 높이, 토지의 경사도, 수목의 상태, 물의 배수, 하천·호소·습지의 배수 등 주변 환경이나 경관과 조화를 이룰 것", 제5호는 "해당 개발행위에 따른 기반시설의 설치나 그에 필요한 용지의 확보계획이 적절할 것"이라고 규정하고 있다. 나아가 **국토계획법 시행령 제56조 [별표 1의 2]** '개발행위허가기준'에 의하면, '라. 주변지역과의 관계에 관하여 "(1) 개발행위로 건축 또는 설치하는 건축물 또는 주변의 자연경관 및 미관을 훼손하지 아니하고, 그 높이·형태 및 색채가 주변 건축물과 조화를 이루어야 하며, 도시계획으로 경관계획이 수립되어 있는 경우에는 그에 적합할 것"을, '마. 기반시설'에 관하여 "(1) 주변의 교통소통에 지장을 초래하지 아니할 것을 규정하고 있다.

## Ⅲ. 건축신고의 행정처분성

### 1. 대법원 2008두167 전원합의체 판결

행정청의 어떤 행위가 항고소송의 대상이 될 수 있는지의 문제는 추상적·일반적으로 결정할 수 없고, 구체적인 경우 행정처분은 행정청이 공권력의 주체로서 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서 국민의 권리의무에 직접적으로 영향을 미치는 행위라는 점을 염두에 두고, 관련 법령의 내용과 취지, 그 행위의 주체·내용·형식·절차, 그 행위와 상대방 등 이해관계인이 입는 불이익과의 실질적 견련성, 그리고 법치행정의 원리와 당해 행위에 관련한 행정청 및 이해관계인의 태도 등을 참작하여 개별적으로 결정하여야 한다.

구 건축법(2008. 3. 21. 법률 제8974호로 전부 개정되기 전의 것) 관련 규정의 내용 및 취지에 의하면, 행정청은 건축신고로써 건축허가가 의제되는 건축물의 경우에도 그 신고 없이 건축이 개시될 경우 건축주 등에 대하여 공사 중지·철거·사용금지 등의 시정명령을 할 수 있고(제69조 제1항), 그 시정명령을 받고 이행하지 않은 건축물에 대하여는 당해 건축물을 사용하여 행할 다른 법령에 의한 영업 기타 행위의 허가를 하지 않도록 요청할 수 있으며(제69조 제2항), 그 요청을 받은 자는 특별한 이유가 없는 한 이에 응하여야 하고(제69조 제3항), 나아가 행정청은 그 시정명령의 이행을 하지 아니한 건축주 등에 대하여는 이행강제금을 부과할 수 있으며(제69조의2 제1항 제1호), 또한 건축신고를 하지 않은 자는 200만 원 이하의 벌금에 처해질 수 있다(제80조 제1호, 제9조). 이와 같이 건축주 등은 신고제하에서도 건축신고가 반려될 경우 당해 건축물의 건축을 개시하면 시정명령, 이행강제금, 벌금의 대상이 되거나 당해 건축물을 사용하여 행할 행위의 허가가 거부될 우려가 있어 불안정한 지위에 놓이게 된다. 따라서 건축신고 반려행위가 이루어진 단계에서 당사자로 하여금 반려행위의 적법성을 다투어 그 법적 불안을 해소한 다음 건축행위에 나아가도록 함으로써 장차 있을지도 모르는 위험에서 미리 벗어날 수 있도록 길을 열어 주고, 위법한 건축물의 양산과 그 철거를 둘러싼 분쟁을 조기에 근본적으로 해결할 수 있게 하는 것이 법치행정의 원리에 부합한다. 그러므로 건축신고 반려행위는 항고소송의 대상이 된다고 보는 것이 옳다.

이와 달리, 건축신고의 반려행위 또는 수리거부행위가 항고소송의 대상이 아니어서 그 취소를 구하는 소는 부적법하다는 취지로 판시한 **대법원 1967. 9. 19. 선고 67**

**누71 판결, 대법원 1995. 3. 14. 선고 94누9962 판결, 대법원 1997. 4. 25. 선고 97누3187 판결, 대법원 1998. 9. 22. 선고 98두10189 판결, 대법원 1999. 10. 22. 선고 98두18435 판결, 대법원 2000. 9. 5. 선고 99두8800 판결** 등을 비롯한 같은 취지의 판결들은 이 판결의 견해와 저촉되는 범위에서 이를 모두 변경하기로 한다.

## 2. 위 전원합의체 판결의 적용 범위

### (1) 문제의 제기

위 전원합의체 판결의 취지가 일반적인 '자기완결적 신고'에 대하여 제한 없이 항고소송의 대상으로 인정한 것으로 볼 것인지, 아니면 인·허가의제효과를 수반하는 건축신고의 경우에 한정하여 항고소송의 대상으로 인정한 것으로 볼 것인지에 대하여 견해가 다를 수 있다.

### (2) 가능한 견해

#### 1 제한설

위 전원합의체 판결은 '자기완결적 신고'에 해당하는 일반적인 건축신고의 경우와는 달리 일정한 인·허가의제 효과를 수반하는 건축신고의 경우 행정청이 그 실체적 요건에 관하여 심사한 뒤 수리하여야 하는 '수리를 요하는 신고'로 보는 것[76]을 전제로 한 것이라는 견해이다. 아무런 제한 없이 일반적인 '자기완결적 신고' 모두에 대하여 단지 형식상 불이익 내지 법적 불안감이 있다는 이유만으로 항고소송의 대상이 된다고 보게 되면, 관련 법령에서 허가와 신고를 구별하고 그 요건 및 절차, 효과 등에 차이를 둔 규정의 취지를 무시하는 결과가 초래된다.

따라서 착공신고나 인·허가의제 효과를 수반하지 아니하는 일반적인 건축신고 등과 같이 '자기완결적 신고'의 성격을 가지는 모든 신고에 대하여 그대로 적용할 수는 없다.

#### 2 비제한설

위 전원합의체 판결은 '자기완결적 신고'인지 아니면 '수리를 요하는 신고'인지를

76) 대법원 2011. 1. 20. 선고 2010두14954 전원합의체 판결; 즉 위 전원합의체 판결과 2010두14954 전원합의체 판결의 취지를 함께 고려하면 일정한 인·허가의제 효과를 수반하는 건축신고에 한정하여 항고소송의 대상으로 인정한 것이라는 주장임

구별하지 아니하고, 신고인에게 신고불수리 또는 반려행위에도 불구하고 해당 신고대상 행위에 나아갈 경우 행정청이 시정명령, 이행강제금, 벌금 등 형사벌 등을 부과할 수 있거나 또는 실질적으로 부과할 수 없더라도 적어도 부과처분의 형태로 존재함으로써 행정소송 등을 통하여 취소되기 전까지는 외형상 처분의 존재로 인하여 신고인의 법적 지위에 불이익 또는 불안정을 가져오는 경우까지 포함하여 항고소송의 대상으로 삼으려는 취지라고 보는 견해이다.

수리를 요하는 신고인 경우에는 행정청의 반려행위에 대하여 당연히 항고소송을 제기할 수 있는 것이다. 위 전원합의체 판결에서 건축법의 각 규정에 비추어 건축주 등이 불안정한 지위에 있다고 설시하는 이유가 수리를 요하는 신고 외에 '자기완결적 신고'까지 포함하여 항고소송의 대상이 된다는 점을 나타낸 것이다.[77]

또한 위 전원합의체 판결에 의하여 변경된 종전 판결들 중 일부는 인·허가의제효과를 수반하지 아니하는 일반적인 건축신고에 대한 반려행위를 항고소송의 대상으로 볼 수 없다고 본 사안들이므로, 위 전원합의체 판결이 이러한 자기완결적 신고의 경우에도 항고소송의 대상으로 보려는 취지에서 위 판결들을 변경한 것으로 볼 수 있다. 특히 위 전원합의체 판결을 문언 그대로 읽는 경우 일응 모든 건축신고를 항고소송의 대상으로 본 것이라는 해석이 가능하다.

### (3) 검토

대법원 2008두167 전원합의체 판결의 취지에 대하여 제한설과 비제한설로 의견이 대립되는 만큼, 위 전원합의체 판결이 '자기완결적 신고'에 일반적으로 적용된다고 볼 수 있는지 여부는 신중하게 판단할 필요가 있다.

먼저 위 전원합의체 판결의 변경대상인 대법원 판결들이 인·허가 의제효과를 수반하는 건축신고의 경우에 한정되는지 아니면 일반적인 건축신고까지 포함하는 것인지를 살펴보기로 한다. 각 대법원 판결의 구체적인 사실관계는 아래와 같으나, 각 판결 당시 일반적인 건축신고인지 또는 인·허가의제 효과가 발생하는 건축신고인지 여부가 문제되지 아니하여 명확하게 드러나지는 않는다. 단순한 건축신고의 경우에 해당하는 판결도 일부 있으나, 다수 판결들은 인·허가의제 효과를 수반하는 건축신고

77) 다만, 비제한설에 의하더라도 해당 신고에 대한 관련법령에서 신고인의 신고의무와 이에 대한 행정청의 수리의무만을 규정하고 있을뿐, 미신고 또는 허위신고를 하고 해당 행위를 하는 것에 대하여 아무런 제재규정이 없는 모든 신고의 경우에 제한 없이 항고소송의 대상이 될 수 있다고 보는 것은 아님

에 해당한다고 보인다. 따라서 변경대상이 된 대법원 판결들을 이유로 위 전원합의체 판결이 일반적인 건축신고 전반에 대하여 적용된다고 단정할 수는 없다고 생각된다.

- **대법원 1967. 9. 19. 선고 67누71 판결**

  건축주가 환지예정지 위에 담장축조 신고를 한 사안 ➜ 건축법상 인.허가의제 규정이 1982년 도입되었으므로 해당사항 없음

- **대법원 1995. 3. 14. 선고 94누9962 판결**

  원고가 그 소유의 대지상에 길이 18m, 높이 1.8m의 담장설치 신고를 하자, 피고는 원고가 소유권을 취득하기 이전부터 존재한 사실상 도로와 인근 주민이 기존도로의 지적경계선에 따라 건축하는 등으로 인하여 폭 4m, 길이 20m의 통로가 형성되었고, 이는 건축법상의 도로에 해당하므로 그 지상에 담장을 설치하려는 신고를 반려함 ➜ 인.허가의제와 직접 관련은 없다고 보임

- **대법원 1997. 4. 25. 선고 97누3187 판결**

  원고가 대지 56.2㎡와 그 지상 건물 47.25㎡를 매수하여 소유권이전등기를 마친 뒤 위 건물의 개축 신고를 하자, 피고가 건축법 소정의 6m 이상 도로를 확보할 것을 요구하면서 신고를 반려한 사안 ➜ 건물의 개축 정도에 따라 인.허가의제 조항 중 사도개설허가[78], 배수설비의 설치신고, 오수처리시설 및 단독정화조의 설치신고, 상수도 공급신청 규정 등이 적용될 수도 있다고 보임

- **대법원 1998. 9. 22. 선고 98두10189 판결**

  원고가 대지 249.4㎡ 지상에 2층 근린생활시설 및 단독주택[1층 근린생활시설(소매점) 49.77㎡, 2층 단독주택(2가구) 91.72㎡, 주차장 72.85㎡]을 신축하기 위하여 건축신고한 사안 ➜ 건물의 신축 정도에 따라 인.허가의제 조항 중 배수설비의 설치신고, 오수처리시설 및 단독정화조의 설치신고, 상수도 공급신청 규정 등이 적용될 수 있음

- **대법원 1999. 10. 22. 선고 98두18435 판결**

  참가인이 대지 641㎡ 지상에 철근 콘크리트조 슬라브즙 차고 48.6㎡를 증축하는 내용의 증축신고를 한 사안. 종전 소유자가 한 필지였던 이 사건 토지를 비롯한 그 일대의 토지를 50필지로 분할하여 주택단지를 조성하고 각 택지에 이르는 4m 이상의 도로를 개설하였는데, 이 사건 토지를 비롯한 3필지는 길고 폭이 좁은 도로 형상으로 나머지 47필지로부터 공로에 이르는 통행로로 사용됨. 이 사건 차고

증축 부분은 위 막다른 도로의 끝 부분에 해당함 ➜ 건물의 증축 정도에 따라 인. 허가의제 조항 중 사도개설허가 등이 적용될 수 있음

▸ **대법원 2000. 9. 5. 선고 99두8800 판결**

원고가 잡종지 94㎡(폭 6.8m, 길이 10.6m의 막다른 골목길임) 위에 조립식판넬 구조 단층주택 연면적 48.6㎡에 대한 건축신고를 하자, 피고는 위 토지가 건축법 소정의 도로에 해당한다는 사유로 건축신고를 반려한 사안 ➜ 신축되는 건물에 따라 인.허가의제 조항 중 사도개설허가, 배수설비의 설치신고, 오수처리시설 및 단독정화조의 설치신고, 상수도 공급신청 규정 등이 적용될 수 있음

한편 위 전원합의체 판결은 "행정청은 건축신고로써 건축허가가 의제되는 건축물의 경우에도 그 신고 없이 건축이 개시될 경우"에는 구 건축법에서 규정하고 있는 일정한 제재 등 불이익을 받게 된다고 판시하고 있는데, 인·허가의제 효과를 수반하는 건축신고의 경우 수리를 요하는 신고에 해당하므로 행정청이 이를 수리하지 아니하고 반려한 경우에는 그 신고를 하지 않은 것과 같게 되므로 결국 그 신고 없이 건축을 개시하는 결과가 된다. 따라서 위 전원합의체 판결은 이처럼 수리를 요하는 신고에 해당하는 인·허가의제 효과를 수반하는 건축신고를 전제로 한 것으로 보아야 자연스럽게 해석된다.

위 전원합의체 판결이 인·허가의제 효과를 수반하지 아니하는 일반적인 건축신고의 경우까지 포함한 것이라고 보는 경우, 이러한 일반적인 건축신고는 자기완결적 신고이기 때문에 형식상 적법한 신고를 한 이상 수리가 되지 아니하였다고 하더라도 그 신고의 효력발생에 아무런 영향이 없다. 따라서 일반적인 건축신고의 경우에는 위 전원합의체 판결의 표현과 같이 **"그 신고 없이 건축이 개시"되는 경우에 해당한다고 볼 수 없다고 할 것이다.** 결국 위 전원합의체 판결에서 판시한 건축신고는 '인·허가의제 효과를 수반하는 건축신고'에 한정하여 해석하는 것이 위 판결의 논리구조에 부합한다고 할 것이다.

나아가 이후에 선고된 대법원 2010두14954 전원합의체 판결과 함께 검토해 보면 일응 인·허가의제효과가 발생하는 건축신고의 경우에 한정하여 항고소송의 대상으로 삼았다고 보인다. 그렇지 않다면 위 전원합의체 판결의 판시와 같이, 인·허가의제 효과를 수반하는 건축신고만을 일반적인 건축신고와 구별하여 '수리를 요하는 신고'로

78) **사도법 제4조(개설허가)** 사도를 개설하고자 하는 자는 미리 관할시장 또는 군수의 허가를 받아야 한다. 사도를 개축, 증축 또는 변경하고자 할 때에도 또한 같다.

볼 아무런 이유가 없기 때문이다.

한편 위 전원합의체 판결의 판시만 놓고 보면, 처분성 인정 여부와 관련하여 쟁송법적 처분개념설을 취한 것으로 해석될 여지가 충분하다. 행정소송의 관문을 넓힌다는 차원에서 처분성을 확대해야 된다는 입장은 타당하다고 보이나, 대법원이 그 동안 실체법적 처분개념설을 중심으로 조심스럽게 이를 확대하는 입장을 취해왔음에도 갑자기 쟁송법적 처분개념설을 취했다고 보게 되면, 처분의 개념이 너무 넓어질 뿐만 아니라, 새로운 기준으로 과거의 판례들을 재검토하여야 하는 문제가 생길 수 있다. 따라서 대법원이 명확하게 쟁송법적 처분개념을 채용하고 이에 입각하여 위 전원합의체 판결이 선고된 것이 아니라면, 위 판시의 유추적용 범위를 제한하여 종래의 자기완결적 신고 중에서 금지해제적 요소가 강해 신고인의 보호가 요청되었던 건축신고에 관해서만 국한되는 것으로 보고, 일반적인 자기완결적 신고에 대하여는 개별적, 구체적으로 이를 심사하는 방식이 바람직하다고 보인다.

# Ⅳ. 결 론

대법원은 건축신고와 관련한 두 전원합의체 판결을 통하여, 건축신고 반려행위가 항고소송의 대상이 되는 행정처분이고, 건축신고 중 인·허가의제효과를 수반하는 건축신고의 경우에는 수리를 요하는 신고에 해당한다고 판시하였다.

이는 종래 건축신고의 법적 성격을 둘러싼 많은 논란에 대하여 법원의 입장을 명백히 밝혔다는 점에서 매우 커다란 의미가 있다. 그러나 대법원 2008두167 전원합의체 판결이 건축신고의 법적 성격을 명확히 구분하지 않은 채 항고소송의 대상이 된다고만 판시함에 따라 여전히 그 적용 범위에 대하여 서로 다른 견해가 존재하게 되었다.

그런데 그 후 대법원 2011. 6. 10. 선고 2010두7321 판결은, “건축주 등으로서는 착공신고가 반려될 경우 당해 건축물의 착공을 개시하면 시정명령, 이행강제금, 벌금의 대상이 되거나 당해 건축물을 사용하여 행할 행위의 허가가 거부될 우려가 있어 불안정한 지위에 놓이게 된다. 따라서 착공신고 반려행위가 이루어진 단계에서 당사자로 하여금 반려행위의 적법성을 다투어 그 법적 불안을 해소한 다음 건축행위에 나아가도록 함으로써 장차 있을지도 모르는 위험에서 미리 벗어날 수 있도록 길을 열어

주고, 위법한 건축물의 양산과 그 철거를 둘러싼 분쟁을 조기에 근본적으로 해결할 수 있게 하는 것이 법치행정의 원리에 부합한다. 그러므로 이 사건 착공신고 반려행위는 항고소송의 대상이 된다고 보는 것이 옳다.”라고 판시함으로써 자기완결적 신고의 성격을 갖는 착공신고에까지 항고소송 대상을 확장하였다.

위 대법원 2010두7321 판결에 대한 자세한 검토는 다음으로 미루고, 대법원이 자기완결적 신고에 해당하는 ‘착공신고’에 대하여도 항고소송 대상으로 인정하여 국민의 법적 불안 해소 및 분쟁의 조기해결 등 권리구제 측면을 더욱 강조하였다는 점만을 지적하면서 이 글을 마치고자 한다.

# 실질적 경영자의 행정법규위반행위에 대한 기업의 형사책임

이 승 훈*

목 차

Ⅰ. 사건 개요 ····· 45

Ⅱ. 관련 법령 ····· 45

Ⅲ. 판결 요지 ····· 46

Ⅳ. 쟁점 ····· 47

1. 이 사건 법률조항의 대표자에 '사실상 대표자' 포함 여부 ····· 47
(1) 대법원의 입장 ····· 47
(2) 검토 ····· 48

2. 이 사건 법률조항의 위헌 여부 ····· 49
(1) 양벌규정의 세 가지 유형 ····· 49
(2) 제2유형에 대한 헌법재판소의 결정 ····· 50
(3) 대법원의 입장 ····· 53

* 판사 · 법학박사

경제학자와 정치철학자들의 사상은 옳건 그르건 간에 일반적으로 생각되는 것보다 훨씬 강력하다. 사실상 세계를 지배하는 것은 그 외에 별로 없다. 여하한 지적 영향력과도 무관하다고 확신하는 실무가들도 대개는 오래 전에 고인이 된 어떤 경제학자의 노예인 것이다. 허공에서 목소리를 듣는다는 권좌의 광인들도 수삼 년 전에 읽은 웬 학구적인 잡문에서 빼내고 있을 뿐이다 … 빠르든 늦든, 선이든 악이든, 위험한 것은 기득권이 아니고 바로 사상이다.

– 존 메이너드 케인스의 『고용, 이자 및 화폐에 관한 일반 이론』 중에서[1] –

## Ⅰ. 사건 개요

피고인 주식회사 솔라텍에이피에스(대표이사 천병수, 이하 '피고인 회사'라 한다)는 태양광발전 설비 제조 및 부품 판매업 등을 목적으로 설립된 법인이다.

피고인 회사의 실질적 운영자인 피고인 조천래는 2003. 3.경부터 같은 해 8.경까지 사이에 경북 봉화군 봉화읍 도촌리 산 73-12 중 일부 임야에서 산지전용허가를 받아 태양광 발전소 건립부지 조성공사를 하던 중 피고인 회사의 업무에 관하여 공사현장으로부터 반출되는 토사를 허가받은 구역을 넘어 같은 지번 3,421㎡, 같은 리 산 60-12 362㎡ 등 임야 합계 3,783㎡(약 1,144평)에 매립함으로써 관할관청의 허가를 받지 아니한 채 산지를 전용하였다.

## Ⅱ. 관련 법령

산지관리법(2010. 5. 31. 법률 제10331호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 산지관리법'이라 한다)

제56조 (양벌규정) 법인의 대표자, 법인 또는 개인의 대리인·사용인 및 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제53조 내지 제55조의 위반행위를 한 때에는 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 각 해당조의 벌금형을 과한다.

제53조 (벌칙)

---

1) 폴 크루그먼 지음/ 김이수·오승훈 옮김, 폴 크루그먼의 경제학의 향연, 부키, 1997의 서문에 있는 번역문을 그대로 인용한 것이다.

다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 7년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다. 이 경우 징역형과 벌금형을 병과할 수 있다.

1. 제14조 제1항 전단의 규정을 위반하여 산지전용허가를 받지 아니하고 산지전용을 하거나 거짓 그 밖의 부정한 방법으로 산지전용허가를 받아 산지전용을 한 자

제14조 (산지전용허가)

① 산지전용을 하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 바에 따라 그 용도를 정하여 산림청장의 허가를 받아야 하며, 허가받은 사항을 변경하고자 하는 경우에도 또한 같다. 다만, 농림수산식품부령이 정하는 사항으로서 경미한 사항을 변경하고자 하는 때에는 산림청장에게 신고로 갈음할 수 있다.

## Ⅲ. 판결 요지

○ 구 산지관리법 제56조(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)에서 말하는 '법인의 대표자'에는 그 명칭 여하를 불문하고 당해 법인을 실질적으로 운영하면서 사실상 대표하고 있는 자도 포함된다고 해석함이 상당하다.

○ 위 법률에서 이 사건 법률조항과 같은 양벌규정을 따로 둔 취지는, 이 사건 법률조항이 적용되는 위반행위는 통상 개인적인 차원보다는 법인의 업무와 관련하여 반복적·계속적으로 이루어질 가능성이 크다는 점을 감안하여, 법인의 대표자가 그 업무와 관련하여 위반행위를 저지른 경우에는 그 법인도 형사처벌 대상으로 삼음으로써 위와 같은 위반행위 발생을 방지하고 위 조항의 규범력을 확보하려는 데 있다.

또한, 법인은 기관을 통하여 행위하므로 법인의 대표자로 인한 법률효과는 법인에게 귀속되어야 하고, 법인 대표자의 범죄행위에 대하여는 법인 자신이 책임을 져야 하는바, 법인 대표자의 법규위반행위에 대한 법인의 책임은 법인 자신의 법규위반행위로 평가될 수 있는 행위에 대한 법인의 직접 책임으로서, 대표자의 고의에 의한 위반행위에 대하여는 법인 자신의 고의에 의한 책임을, 대표자의 과실에 의한 위반행위에 대하여는 법인 자신의 과실에 의한 책임을 지는 것이다.

이 사건 법률조항 중 법인의 대표자 관련 부분은 대표자의 책임을 요건으로 하여 법인을 처벌하는 것이므로 위 양벌규정에 근거한 형사처벌이 형벌의 자기책임원칙에 반하여 헌법에 위반된다고 볼 수 없다.

## Ⅳ. 쟁점

대상판결의 쟁점은 크게 두 가지이다.

첫째, 이 사건 이 사건 법률조항의 '대표자'에 등기부상 대표자가 아닌 법인을 실질적으로 경영하는 사실상 대표자도 포함되는지 여부이다.

둘째, 이 사건 법률조항의 위헌 여부이다.

### 1. 이 사건 법률조항의 대표자에 '사실상 대표자' 포함 여부

#### (1) 대법원의 입장

대법원은 1997. 6. 23. 선고 96도1703 판결에서 "법인의 대표자, 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 기타의 종업인이 그 법인 또는 개인의 업무 또는 재산에 관하여 이 법에 규정하는 범칙행위를 한 때에는 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여서도 각 본조의 벌금형에 처한다"고 규정한 조세범처벌법(2010. 1. 1. 법률 제9919호로 전부개정되기 전의 것) 제3조[1] 소정의 '법인의 대표자'에는 그 명칭 여하를 불문하고 당해 법인을 실질적으로 경영하면서 사실상 대표하고 있는 자도 포함된다고 판시한 바 있다. 대상판결은 이러한 대법원의 입장을 재확인한 것이다.

한편 대법원은 최근에 "법인의 이사 기타 대표자가 그 직무에 관하여 타인에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다"라고 정한 민법 제35조 제1항 소정의 '법인의 대표자'에는 그 명칭이나 직위 여하, 또는 대표자로 등기되었는지 여부를 불문하고 당해 법인을 실질적으로 운영하면서 그 법인을 사실상 대표하여 법인의 사무를 집행하는 사람을 포함한다고 해석함이 상당하다고 판시한 바 있다.[2]

또한 대법원은 법인의 실질적 경영자인 대표이사 등이 법인의 자금을 유용하는 행위는 특별한 사정이 없는 한 애당초 회수를 전제로 하여 이루어진 것이 아니어서 그 금액에 대한 지출 자체로서 이미 사외유출에 해당한다고 판시하여,[3] 그 사외유출금을 실질적 경영자에 대한 상여로 처분하여 당해 법인의 근로소득세 원천징수의무를 인정

---

1) 헌재 2010. 7. 29. 선고 2009헌가18등 결정에서 위 조세범처벌법 제3조 중 법인의 종업원 관련 부분은 위헌결정되었다.

2) 대법원 2011. 4. 28. 선고 2008다15438 판결.

3) 대법원 2008. 11. 13. 선고 2007두23323 판결 등.

하고 있다.

### (2) 검토

기업의 본질에 관한 정설로 받아들여지고 있는 경제학자 Ronald Coase의 분석과 같이 기업의 조직적 특징을 자원배분이 기업가의 지시에 의존하게 되는 경우에 존재하게 되는 관련체계로 구성되어 있는 것으로 본다면,[4] 기업 내부의 인적, 물적 자원 배분에 대한 결정권을 갖고 있는 실질적 경영자의 행위를 법인의 행위로 보는 대상판결의 입장은 이론적 정당성을 확보할 수 있다.

또한 대상판결은 비교법적 고찰을 통해서도 보편적인 정당성이 확인된다. 영국 법원은 DPP v. Kent and Sussex Contrctors{[1944] KB 146} 사건에서 법인 고위직 임원의 행위 및 고의·과실을 그 법인의 고의·과실로 보는 동일시원칙(identification doctrine) 또는 분신원칙(alter ego principle)을 형사법에 수용하였다. 그후 영국 법원은 Tesco Supermarkets Ltd v. Nattrass {[1972] AC 153} 사건에서 법인 위계구조상 정점에 있는 개인만이 법인과 동일시될 수 있다는 엄격한 입장을 취한 바 있다. 위 Tesco 판례에 의하면 법인의 의사를 대변하여(directing mind and will) 그 법인이 하는 일을 통제할 수 있는 이사들과 경영자들이 그 법인과 동일시될 수 있는 자로서 가령 대표이사나 특정 업무에 대하여 전권을 부여받은 자가 이에 해당하게 된다. 이러한 동일시원칙은 미국의 모범형법전(Model Penal Code)에 수용되어 위 형법전 제2.07조 (1) (c), (4) (c)에서는 당해 범죄가 법인을 위하여 직무 내지 업무 범위 내에서 행위한 고위관리직원, 즉 법인의 정책을 충분히 대변하는 것으로 볼 수 있을 정도의 직책을 가진 임원이나 기타 직원에 의하여 수권, 요구, 명령, 수행된 것이거나 부주의로 용인된 경우 그 법인의 책임이 인정된다고 규정하고 있다.[5] 또한 프랑스 형법

---

4) Ronald Coase, The Nature of The Firm, Economica 4, 1937, in Williamson & Winter ed., The Nature of the Firm, Oxford, 1993, p.22.

5) Model Penal Code § 2.07 (1) A Corporation may be convicted of the commission of an offense if: (a) the offense is a violation or the offense is defined by a statue other than the Code in which a legislative purpose to impose liability on corporations plainly appears and the conduct is performed by an agent of the corporation acting in behalf of the corporation within the scope of his office or employment, except that if the law defining the offense designates the agents for whose conduct the association is accountable or the circumstances under which it is accountable, such provisions shall apply
(4) As used in this section: (c) "high managerial agent" means an officer of a corporation or unincorporated association, or in the case of a partnership, a partner, or any other agent of a

제121-2조 제1항은 “국가를 제외한 법인은 제121-4조 내지 제121-7조의 구별에 따라 법인의 기관 또는 대표가 법인을 위하여 행한 범죄에 대하여 책임을 진다”[6]라고 규정하고 있는데, 여기서의 대표에는 고위직임원이나 임원으로부터 권한을 위임받은 대리인이나 직원이 포함된다.[7]

이와 같이 법인을 실질적으로 운영하면서 법인을 사실상 대표하여 법인의 사무를 집행하는 사람, 즉 사실상 대표자를 양벌규정상의 ‘법인의 대표자’에 포함되는 것으로 보는 경우 어떠한 기준으로 사실상 대표자에 해당하는지를 확정할 것인지가 문제된다. 이와 관련하여 위 대법원 2008다145438 판결에서 제시한 ‘법인과의 관계에서 그 지위와 역할, 법인의 사무 집행 절차와 방법, 대내적·대외적 명칭을 비롯하여 법인 내부자와 거래 상대방에게 법인의 대표 행위로 인식되는지 여부, 공부상 대표자와의 관계 및 공부상 대표자가 법인의 사무를 집행하는지 여부 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다’는 판시가 일응의 기준이 될 수 있을 것으로 본다.

## 2. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

### (1) 양벌규정의 세 가지 유형

▸ **제1유형** : 법인의 공범책임을 근거로 하여 처벌하는 형태로서 법인이 사전 또는 사후에 직접행위자의 위반행위를 알고도 방치, 방관하거나 교사한 경우에 법인을 처벌하는 유형이다. “사업주가 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원의 이 법의 위반행위와 관련하여 그 계획을 알고 그 방지에 필요한 조치를 하지 아니하는 경우, 위반행위를 알고 그 시정에 필요한 조치를 하지 아니하는 경우 또는 위반을 교사한 경우에는 사업주도 행위자로 처벌한다”고 규정한 구 근로기준법(2009. 5. 21. 법률 제9699호로 개정되기 전의 것) 제115조 제2항이 대표적인 예이다.

---

corporation or association having duties of such responsibility that his conduct may fairly be assumed to represent the policy of the corporation or association.

6) Article 121-2 Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants. 프랑스 형법전 원문은 http://www.legifrance.gouv.fr에서 볼 수 있다.

7) Jacques Leory, Droit Penal General, P 447, at 288-89. 한편 독일은 법인의 형사책임을 전면 부인하고 질서위반법(Gesetz über Ordnungswidrigkeiten) 제30조에서 법인에 대하여 행정적 제재로서 질서위반금(Bußgeld)을 부과할 수 있도록 규정하고 있다. 질서위반법 원문은 http://www.gesetze-im-internet.de에서 볼 수 있다.

▸ **제2유형** : 이 사건 법률조항과 같이 “법인의 대표자나 법인의 대리인·사용인 기타의 종업원이 그 법인의 업무에 관하여 …의 규정에 의한 위반행위를 한 때에는 행위자를 벌하는 외에 그 법인에 대하여도 해당 조의 벌금형을 과한다”고 규정하여 아무런 면책규정을 두고 있지 않은 유형이다. 뒤에서 보는 바와 같이 헌법재판소는 이러한 유형의 양벌규정 중 법인의 대표자 관련 부분은 합헌으로,[8] 법인의 대리인·사용인 기타의 종업원 관련 부분(이하 ‘종업원 관련 부분’이라 한다)은 위헌으로[9] 결정한 바 있다.

▸ **제3유형** : 하천법 제97조와 같이 “법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인·사용인 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제93조부터 제96조까지의 위반행위를 한 때에는 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 각 해당 조의 벌금형을 과한다. 다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 그 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 때에는 그러하지 아니하다”고 규정하여 법인이나 사업주의 과실책임을 근거로 법인의 면책규정을 두고 있는 유형이다. 앞서 본 바와 같이 헌법재판소가 제2유형의 양벌규정 중 종업원 관련 부분에 대하여 위헌결정을 선고한 이후 제3유형으로 양벌규정이 정비되었다.

### (2) 제2유형에 대한 헌법재판소의 결정

▸ 대표자 관련 부분은 합헌이고 종업원 관련 부분은 위헌 의견

- 법인의 행위는 법인을 대표하는 자연인인 대표기관의 의사결정에 따른 행위에 의하여 실현되므로, 자연인인 대표기관의 의사결정 및 행위에 따라 법인의 책임 유무를 판단할 수 있다. 즉, 법인은 기관을 통하여 행위하므로 법인이 대표자를 선임한 이상 그의 행위로 인한 법률효과는 법인에게 귀속되어야 하고, 법인 대표자의 범죄행위에 대하여는 법인 자신이 자신의 행위에 대한 책임을 부담하는 것이다. 의무를 부담하는 것은 법인이지만, 법인은 직접 범행의 주체가 될 수 없고 대표자의 행위를 매개로 하여서만 범행을 실현할 수 있으므로 대표자의 행위를 곧 법인의 행위로 보고 법인을 처벌하는 것이다. 더욱이 더 이상의 감독기관이 없는 대표자의 행위에 대하여 누군가의 감독상 과실을 인정할 수도 없고, 달리 대표자의 책임과 분리된 법인만의

8) 헌재 2010. 7. 29. 선고 2009헌가25등 결정.

9) 헌재 2009. 7. 30. 선고 2008헌가14 결정 등.

책임을 상정하기도 어렵다. 결국, 법인 대표자의 법규위반행위에 대한 법인의 책임은, 법인 자신의 법규위반행위로 평가될 수 있는 행위에 대한 법인의 직접책임으로서, 대표자의 고의에 의한 위반행위에 대하여는 법인 자신의 고의에 의한 책임을, 대표자의 과실에 의한 위반행위에 대하여는 법인 자신의 과실에 의한 책임을 부담하는 것이다. 따라서, 법인의 대표자 관련 부분은 대표자의 책임을 요건으로 하여 법인을 처벌하므로 책임주의원칙에 반하지 아니한다.

- 법인의 종업원 관련 부분은 종업원 등의 범죄행위에 관하여 비난할 근거가 되는 법인의 의사결정 및 행위구조, 즉 종업원 등이 저지른 행위의 결과에 대한 법인의 독자적인 책임에 관하여 전혀 규정하지 않은 채, 단순히 법인이 고용한 종업원 등이 업무에 관하여 범죄행위를 하였다는 이유만으로 법인에 대하여 형사처벌을 과하고 있는 바, 이는 다른 사람의 범죄에 대해 그 책임 유무를 묻지 않고 형벌을 부과하는 것으로서 법치국가의 원리 및 죄형법정주의로부터 도출되는 책임주의원칙에 반한다.

▸ 종업원 관련 부분에 대한 일부위헌의견 및 대표자 관련 부분에 대한 별개의견(재판관 이공현)

- 법인의 경영방침이나 주요의사를 결정하거나 그 법인의 전체 업무를 관리·감독할 수 있는 지위에 있는 기관이나 종업원 혹은 그와 같은 지위에 있는 자로부터 전권을 위임받은 대리인은 대외적으로 법인의 의사를 표명하고 대내적으로 법인의 전체 업무를 관리·감독할 수 있는 지위에 있는 자이므로, 그의 행위는 법인의 행위로 볼 수 있어 그와 같은 지위에 있는 자가 법인의 업무에 관하여 한 범법행위에 대하여 법인에게 형사책임을 귀속시키더라도 책임원칙에 반한다고 볼 수 없다. 법인의 대표자 관련 부분과 법인의 대리인·사용인 기타의 종업원 중 위와 같은 자 관련 부분은 헌법에 위반되지 아니한다. 반면에 그 외의 종업원 관련 부분은 그와 같은 자의 범법행위에 대한 법인의 관여나 선임감독상의 과실 등과 같은 책임을 구성요건으로 규정하지 않은 채 그러한 자의 일정한 범죄행위가 인정되면 그를 처벌하는 동시에 자동적으로 법인도 처벌하는 것으로 규정하고 있어, 아무런 귀책사유가 없는 법인에게 형벌을 부과하는 것이어서 책임원칙에 위반된다.

▸ 대표자 관련 부분에 대한 별개의견 및 종업원 관련 부분에 대한 합헌의견(재판관 조대현)

- 법인의 임원·직원이 법인의 업무에 관하여 위법행위를 한 경우에는 법인이 임

원·직원의 행위를 이용하여 위법행위를 하였거나 임원·직원에 대한 지휘·감독의무를 다하지 못하여 업무상 위법행위를 막지 못하였다고 할 수 있을 것이므로 임원·직원의 위법행위에 대하여 법인을 함께 처벌하더라도 책임주의의 원칙에 위반된다고 보기 어렵다. 그러나 법인의 임원·직원이 법인의 업무와 무관하게 위법행위를 한 경우에는 법인에게 임원·직원에 대한 지휘·감독의무가 있다고 볼 수 없으므로 그 경우에도 법인을 임원·직원과 함께 처벌하는 것은 책임주의의 원칙에 어긋나서 헌법에 위반된다고 할 것이다. 이러한 법리는 법인의 임원·직원이 법인의 대표자이든 아니든 마찬가지라고 할 것이다.

▸ 대표자 관련 부분에 대한 위헌의견(재판관 김종대, 재판관 목영준)

- 대표자의 의사와 행위를 일률적으로 당해 법인의 의사와 행위라고 보는 것은 대표자의 '자연인으로서의 지위'와 '법인의 기관으로서의 지위'를 혼동함으로써, 법인의 법적 독자성을 부정하고 있는 것이다. 다수의견과 같이, 대표자 개인의 고의에 의한 불법행위에 대하여 법인 자신의 고의에 의한 책임을 지우는 것은, 고의범죄에 대한 법인의 범죄능력을 당연히 인정하는 것이 된다. 결국 법인 대표자의 일정한 범죄행위가 있으면 법인 자신이 그와 같은 대표자의 범죄에 대해 어떠한 잘못이 있는지를 전혀 묻지 않고 곧바로 법인을 대표자 본인과 동등하게 형사처벌하도록 규정한 것은, 비난받을 만한 행위를 하였는지 여부를 묻지 않고 무조건 다른 사람의 범죄행위를 이유로 처벌하는 것으로서 형벌에 관한 책임주의에 반하는 것이다.

▸ 종업원 관련 부분에 대한 위헌의견(재판관 이동흡)

- 대법원은 일관되게 법인 영업주의 종업원에 대한 선임감독상의 주의의무위반 즉 과실책임을 근거로 법인의 책임을 묻되 다만 종업원의 위반행위에 대한 법인의 선임감독상의 과실이 추정된다는 입장이라고 봄이 상당하다. 법인의 종업원 관련 부분은 그 문언에 의하더라도 구성요건에 해당하는 법인의 범위는 종업원 등의 범죄행위에 대하여 아무런 관련 없는 법인까지 포함되는 것이 아니라 당해 법인의 '업무'에 관하여 종업원 등의 '위반행위'가 있는 경우에 한정되는 것으로서, '법인의 종업원 등에 대한 선임감독상의 과실'이란 것이 법인의 '업무'와 종업원 등의 '위반행위'를 연결해 주는 주관적 구성요건 요소로서 추단될 수 있는 것이고, 이러한 주관적 구성요건 요소는 문언상 명시되지 않더라도 위와 같이 해석될 수 있는 것이므로 이러한 해석을 전제로 할

때 법인의 종업원 관련 부분은 형벌에 관한 책임주의원칙에 위반되지 아니한다.

### (3) 대법원의 입장

대법원은 헌법재판소의 다수의견의 취지에 따라 이 사건 법률조항 중 법인의 대표자 관련 부분을 합헌으로 판단하였다.

# 소득처분의 입증책임 · 효과 및 효과 발생시점

## - 대법원 2010. 1. 28. 선고 2007두20959 판결 -

이 예 슬*

목 차

Ⅰ. 사건개요(처분의 경위 등) ····· 57

Ⅱ. 원고의 주장 ····· 59

Ⅲ. 원심의 판단(=1심 법원의 판단) ····· 60
1. 원고의 첫 번째 주장에 대하여 ····· 60
2. 원고의 두 번째 주장에 대하여 ····· 60
3. 원고의 세 번째 주장에 대하여 ····· 61

Ⅳ. 원고 상고이유의 요지 ····· 62
1. 상고이유 제1점 ····· 62
2. 상고이유 제2점 ····· 62
3. 상고이유 제3점 ····· 62

Ⅴ. 대법원 판결의 요지 ····· 63

Ⅵ. 첫 번째 쟁점(횡령금 등 부당사외유출금액에 대한 소득처분과 입증책임) ·· 64
1. 문제점 ····· 64
2. 사외 유출의 개념 ····· 65
3. 학설 ····· 66
4. 판례 ····· 67
5. 이 사건의 경우 ····· 72

Ⅶ. 두 번째 쟁점(소득처분의 효과 및 법인의 원천징수 납세의무의 성립시점) 73
1. 문제점 ····· 73
2. 학설 ····· 74
3. 판례 ····· 76
4. 이 사건의 경우 ····· 79

Ⅷ. 세 번째 쟁점(소득세 부과제척기간의 기산일) ····· 79
1. 문제점 ····· 79
2. 소외 1에 대한 소득세 부과제척기간의 기산일 ····· 80

Ⅸ. 결 론 ····· 81

[ 참고문헌 ] ····· 82

* 판사

# Ⅰ. 사건개요(처분의 경위 등)

- 소외 2 주식회사(이하 '소외 2 회사'라고 한다)는 1989. 6. 27. 설립된 회사로 서울중앙지방법원으로부터 1999. 1. 8. 회사정리절차개시 결정을 받았고, 2002. 7. 23. 소외 8 주식회사(이하 '소외 8 회사'라고 한다)로, 2007. 7. 12. 원고 주식회사(이하 '원고'라고 한다)로 상호 변경되었으며, 원고는 2004. 5. 1. 서울중앙지방법원으로부터 정리회사 소외 8 회사의 관리인으로 선임됨.

- 부산지방국세청장은 2004. 10.경 정리회사 소외 8 회사에 대한 세무조사를 실시하였고, 그 결과 소외 1이 ① 1998. 2. 20. 소외 2 회사의 자금 60억 원을 인출하여 소외 4 주식회사(이하 '소외 4 회사라고 한다)의 노조위원장 소외 6에게 소외 4 회사 퇴직자들에 대한 퇴직위로금 명목으로 지급하고 ② 1998. 6. 25. 소외 2 회사의 자금 40억 원을 인출하여 소외 5 주식회사(이하 '소외 5 회사'라고 한다)의 노조위원장인 소외 7에게 소외 5 회사 퇴직자들에 대한 퇴직위로금 명목으로 지급하고, ③ 1998. 7. 11. 소외 2 회사의 자금 20억 원을 인출하여 종교법인 ○○사(이하 '○○사'라고 한다)에 기부금으로 지급한 것처럼 회계처리를 한 다음 유용한 사실을 밝혀내고, 120억 원(이하 '이 사건 횡령금'이라 한다)이 소외 2회사로부터 사외유출되어 소외 1에게 귀속된 것으로 판단함.

- 부산지방국세청장은 위와 같은 세무조사결과를 역삼세무서장(이 사건 피고)에게 통보하였고, 역삼세무서장은 이 사건 횡령금을 소외 1에 대한 상여로 소득처분하였으며, 2005. 4. 2. 정리회사 소외 8회사에게 소득금액변동통지를 한 후 2005. 5. 12. 원고에게 5,027,868,300원의 원천징수 근로소득세 징수처분을 함(이하 '이 사건 징수처분'이라 한다).

※ 이해의 편의를 위하여 먼저 이 사건의 전체적인 경위를 간단히 요약하면, 다음과 같음.

> ▸ 소외 1은 소외 2 회사의 주식을 100% 소유하면서 1993. 7. 22.경부터 1999. 10. 7.경까지 소외 2 회사의 이사로 재직하였고, 1인 주주로서 1인 주주로서 임·직원을 통해서 소외 2 회사의 모든 자금 조달과 집행 업무에 관여하는 등 소외 2 회사의 실질적인 경영자였음.

- 소외 4 회사는 1997. 12.경에 영업정지를 당하고, 1998. 2월경에 영업인가가 취소되었으며, 소외 5 회사는 1998. 6.경에 영업정지를 당하고, 1998. 8.경에 영업인가가 취소됨.
- 소외 4 회사와 소외 5 회사의 노조는 소외 3 그룹에서 퇴사하는 직원들의 생계대책을 강력히 요구하였고, 그 과정에서 소외 1이 대주주 겸 회장으로 있던 소외 3 그룹의 동일 대출한도초과 대출을 문제삼겠다고 하자 소외 1은 ① 1998. 2. 20.경 소외 4 회사 서울지점 내 회의실에서 소외 2 회사의 소외 5 회사 예탁금관리계좌(CMA)에 입금하여 업무상 보관 중이던 소외 2 회사의 자금 60억 원을 인출하여 소외 2 회사와 아무런 관련이 없는 소외 4 회사 노조위원장 소외 6에게 조합원들의 퇴직위로금 명목으로 지급하는 데 사용하여 위 금액을 횡령하였고, ② 1998. 6. 25.경 소외 2 회사의 금융거래계좌에 입금하여 업무상 보관 중이던 소외 2 회사의 자금 40억 원을 인출하여 소외 3 그룹 그룹재경본부 이사 소외 9, 전무 소외 10을 통하여 소외 2 회사와 아무런 관련이 없는 소외 5 회사 노조위원장 소외 7에게 조합원들의 퇴직위로금 명목으로 지급하는 데 사용하여 위 금액을 횡령하였음.
- 소외 2 회사는 1998. 7. 15. 부도처리가 되었는데, 그 이전에 소외 2 회사의 자금을 빼돌리기 위해 ○○사의 승려인 소외 11과 공모하여, 1998. 7. 11.경 소외 2 회사의 국민은행 명동영업부 계좌에 입금하여 업무상 보관 중이던 20억 원을 인출하여 ○○사 명의의 국민은행 양산지점 계좌로 송금하고, 위 20억 원을 ○○사에 기부금으로 입금한 것으로 회계처리한 후 소외 11이 1998. 8. 14.경 20억 원을 자금세탁하여 건네주자 그 무렵 이를 개인용도로 사용하여 횡령하였음.
- 소외 2 회사는 위 각 퇴직위로금을 소외 4 회사와 소외 5 회사에 대한 대여금으로 계상하였고, 1998 사업연도분 법인세 신고를 할 때 위 대여금이 업무와 관련이 없는 가지급금에 해당된다고 보아 그 인정이자 1,216,000,000원을 익금에 산입하였으며, 위 대여금 상당의 차입금 이자 1,448,000,000원을 손금불산입하였고, ○○사 명의의 계좌에 입금된 20억 원은 ○○사로부터 기부금 영수증을 받아 지정기부금으로 비용계상하였으며, 1998 사업연도 법인세 신고시 손금한도 초과를 이유로 전액 손금부인하고, 기타 사외유출로 처리하였음.
- 공적자금비리 합동단속반은 2004. 6. 12. 공적자금비리에 대한 수사과정에서 소외 1이 위 각 퇴직위로금을 횡령한 사실을 발견하고 부산지방국세청장에게 통보하였고, 부산지방국세청장은 정리회사 소외 8 회사에 대하여 세무조사를 실시하여 소외 1이 이 사건 횡령금 원을 횡령한 사실을 적발한 후 2004. 10. 2.경 세무조사결과를 피고에게 통보하였다.
- 소외 1은 위와 같이 이 사건 횡령금을 횡령한 죄 등으로 인하여 징역 3년 6월의 유죄판결을 선고받았고, 위 유죄판결은 2006. 2. 9. 확정되었음.

## Ⅱ. 원고의 주장[1)]

가. 이 사건 횡령금 중 60억원의 귀속자는 소외 4회사 또는 소회 4회사의 퇴직근로자들이고, 40억원의 귀속자는 소외 5회사 또는 소외 5회사의 퇴직근로자들이며, 20억원의 귀속자는 00사이므로, 이 사건 횡령금의 귀속자가 소외 1임을 전제로 한 이 사건 징수처분은 위법하다.

나. 소외 1이 이 사건 횡령금 중 60억원을 1998. 2. 20., 40억원을 1998. 6. 25., 20억원을, 1998. 7. 11.경에 횡령하여 소외 1이 그 귀속자라고 하더라도 이 사건 횡령금은 1998년경에 실제로 귀속된 현실의 근로(상여) 소득인바, 소득세법 제135조 제4항은 귀속자와 귀속시기가 불명확하여 지급시기를 알 수 없는 대표자 인정상여처분에 대하여만 소득의 지급시기를 의제한 규정이고 귀속자와 귀속시기가 분명하여 소득의 지급시기가 명확한 임직원에 대한 상여처분에 대해서는 소득의 지급시기를 의제한 것이 아니라고 해석해야 하므로, 정리회사 소외 8 회사의 원천징수 근로소득세의 납부기한은 60억원은 1998. 3. 10., 40억원은 1998. 7. 10., 20억원은 1998. 8. 10.로써 모두 정리절차개시일인 1999. 1. 8. 이전이므로 회사정리법상 정리채권에 해당하며, 피고는 정리채권으로 신고하지 않았으므로 실권되었다.

다. 법인세법상 소득처분에 따른 원천징수의무는 소득금액변동통지서가 당해 법인에게 송달된 날에 성립하지만 그 소득 귀속자의 원천납세의무는 소득금액변동통지의 송달 여부와 상관없이 소득세법상 소득의 귀속시기에 성립되는 것이고, 대표자에 대한 상여처분은 근로소득에 해당되는바, 이 사건 횡령금이 소외 1에게 귀속되는 연도는 1998년이고, 소외 1의 1998년 귀속 종합소득세 납부의무에 관한 부과제척기간의 기산일은 1999. 6. 1.이므로 그로부터 부과제척기간 5년(2004. 5. 31.까지)이 경과함으로써 소외 1의 종합소득세 납부의무는 소멸하였고, 따라서 소외 1의 원천납세의무를 전제로 한 이 사건 원천징수의무도 소멸되었다.

---

1) 원고는 기타 여러 가지 주장을 하였으나, 이 사건 판결과 직접적인 관련이 없는 부분은 생략하기로 한다.

## Ⅲ. 원심의 판단(＝1심 법원의 판단)

### 1. 원고의 첫 번째 주장에 대하여

인정사실에 의하면, 소외 2 회사의 1인 주주로서 소외 2 회사를 실질적으로 경영하던 소외 1이 소외 3 그룹의 동일대출한도 초과 대출비리가 드러나는 것이 두려워 소외 2 회사의 자금 중 60억 원을 횡령하여 소외 4 회사의 노조위원장인 소외 6에게 조합원들의 퇴직위로금 명목으로 지급하였고, 40억 원을 횡령하여 소외 5 회사의 노조위원장인 소외 7에게 조합원들의 퇴직위로금 명목으로 지급하였으며, 소외 2 회사의 부도 전에 소외 2 회사의 자금을 빼돌리기 위해 ○○사 명의의 통장에 20억 원을 입금하였으므로, 이 사건 횡령금의 귀속자는 소외 1이다. 따라서 원고의 위 주장은 받아들일 수 없다.

### 2. 원고의 두 번째 주장에 대하여

이 사건 원천징수 근로소득세의 조세채권이 정리채권으로서 실권되었는지 여부에 관하여 보건대, 소득세법 시행령 제192조 제2항의 규정에 의하면, 법인세법에 의하여 처분되는 상여에 대하여는 당해 법인이 소득금액변동통지서를 받은 날에 소득금액을 지급한 것으로 보게 되어 있고, 국세기본법 제21조 제2항, 제22조 제2항의 각 규정에 의하면 원천징수하는 소득세의 납부의무는 소득금액을 지급하는 때에 성립함과 아울러 특별한 절차 없이 확정되는 것이므로, 법인세법에 의한 상여처분에 대한 원천세의 조세채권은 소득금액변동통지서가 당해 법인에게 송달된 때에 성립함과 동시에 확정되고(대법원 1991. 2. 26. 선고 90누4631 판결 참조), 정리회사에 대한 조세채권이 회사정리법상의 정리채권이 되는가 혹은 공익채권이 되는가는 회사정리절차개시결정 전에 그 조세채권이 성립(법률에 정한 과세요건이 충족)되었는가의 여부를 기준으로 하여 결정되는바(대법원 1981. 12. 22. 선고 81누6 판결 참조), 위 인정사실에 의하면, 정리회사 소외 8 주식회사는 1999. 1. 8.에 회사정리절차개시결정에 따라 회사정리절차가 개시되었고, 피고는 2005. 4. 2. 정리회사 소외 8 주식회사에 소득금액변동통지서를 발송하였으며, 정리회사 소외 8 주식회사는 2005. 4. 4.에 위 통지서를 송달받았으므로, 이 사건 조세채권은 회사정리절차개시결정일 이후로서 위 소득금액변동통지서가 정리회사 소외 8 주식회사에 송달된 2005. 4. 4.에 성립 및 확정되어 회사정리

법상 공익채권에 해당한다.

따라서 이 사건 조세채권이 회사정리법상 정리채권에 해당함을 전제로 한 원고의 위 주장은 이유 없다.

## 3. 원고의 세 번째 주장에 대하여

비록 원고 주장과 같이 이 사건 소득처분으로 인한 소외 1의 소득세 납세의무가 1998년에 성립되어 1999. 6. 1.부터 부과제척기간이 진행되었다고 인정한다 하더라도, 소외 1은 1998년 귀속 소득세에 관하여 법정신고기한 내에 과세표준신고서를 제출하지 아니한 것으로 보일 뿐만 아니라 위에서 본 바와 같이 소득을 은폐하기 위해 위 횡령금 중 퇴직위로금 명목의 돈에 대하여는 대여금으로, ○○사 명의의 계좌에 입금된 20억 원은 지정기부금으로 계상하는 행위는 사기 기타 부정한 행위로써 국세를 포탈한 경우에 해당하므로 소득세 부과제척기간은 7년 내지 10년이라 할 것인바(국세기본법 제26조의2 제1항 제1호, 제2호), 이 사건 소득금액변동통지 및 이 사건 징수처분은 위와 같은 소득세의 부과제척기간 내에 이루어진 것이 명백하여 원고의 주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다{또한 법인세법에 의하여 처분되는 상여는 그 법인소득금액을 결정 또는 경정하는 세무서장이 그 결정 또는 경정일로부터 15일 이내에 소득금액변동통지서에 의하여 당해 법인에게 통지하여야 하고, 당해 법인이 그 통지서를 받은 날에 그 소득금액을 지급한 것으로 보게 되어 있으며, 국세기본법 제21조 제2항 제1호, 제22조 제2항 제3호의 각 규정에 의하여 원천징수하는 소득세의 납세의무는 소득금액을 지급하는 때에 성립함과 동시에 특별한 절차없이 확정되는 것인바, 법인세법에 의한 인정상여처분에 따라 원천징수하는 소득세의 납세의무는 과세관청의 부과권의 행사에 의하지 아니하고 법률의 규정에 의하여 자동확정되는 것이어서 거기에 조세부과권의 제척기간이 적용될 여지가 없고(대법원 1993. 8. 27. 선고 93누6058 판결, 대법원 1996. 3. 12. 선고 95누4056 판결 등 참조), 다만 소득금액변동통지가 법인세 부과제척기간 도과 후에 이루어진 경우에는 소득세 원천징수의무가 인정되지 아니하지만, 앞서 보았듯이 소외 2 회사는 위 횡령금 중 퇴직위로금 명목의 돈에 대하여는 대여금으로, ○○사 명의의 계좌에 입금된 20억 원은 지정기부금으로 계상하였고, 이러한 행위는 사기 기타 부정한 행위로써 국세를 포탈한 경우에 해당하므로 법인세 부과제척기간은 10년이라 할 것이고, 이 사건 소득금액변동통지는 1998년 법인세 부과제척기간 내에 이루어진 것이 명백하여(소외 2 회사는 12월 결산

법인이므로 1998년 법인세의 부과제척기간의 기산일은 1999. 4. 1.이다), 원고의 위 주장은 어느 모로 보나 이유 없다}.

# Ⅳ. 원고 상고이유의 요지

## 1. 상고이유 제1점

기본논지는 원심에서의 주장(위 3의 가.)과 동일하다. 원고가 소외 1을 횡령 등으로 고소하지 않았더라도 이미 횡령 등의 혐의로 수사를 받거나 형사재판을 받는 중이어서 그 형사 판결 확정시인 2006. 2. 9.부터 원고가 손해배상 채권을 행사할 수 있는 상황이었고, 소외 1의 손해배상책임을 면제한 사실도 없으므로, 위 형사판결이 확정되기 전까지는 횡령 여부가 명확하지 아니하여 채권회수 조치를 취하지 않았다는 이유만으로 이 사건 횡령금이 사외유출되었다고 볼 수 없다는 주장을 추가하였다.

## 2. 상고이유 제2점

기본논지는 원심에서의 주장(위 3의 나.)과 동일하다. 이 사건 횡령금원은 실제 유출시점인 1998년경에 소외 1에게 귀속된 것으로서 그 시점에 그에 대한 소득세가 원천징수되어야 하므로 그 원천징수 소득세에 대한 피고의 조세채권(이하 '이 사건 조세채권'이라 한다)은 회사정리절차개시결정 전에 성립되어 회사정리절차개시 당시에 이미 그 납부기한이 경과한 것으로 보아야 하므로 회사정리법상 정리채권에 해당한다는 주장을 추가하였다.

## 3. 상고이유 제3점

기본논지는 원심에서의 주장(위 3의 다.)과 동일하다. 원고로서는 소외 1이 이사건 횡령금을 횡령한다는 사실을 알고 있었다고 할 수 없고, 이사건 횡령금에 대한 과세관청의 근로소득세징수를 불가능하게 하기 위하여 사기 기타 부정행위를 한 적도 없으며, 단지 대여금 내지 지정기부금으로 회계처리하였을 뿐이므로 이 사건 횡령금에 대하여 소외 1에게 납세의무가 있는 근로소득세에 대한 부과제척기간은 5년이라고 보아야 한다는 주장을 추가하였다.

## Ⅴ. 대법원 판결의 요지

가. 법인의 실질적 경영자인 대표이사 등이 법인의 자금을 유용하는 행위는 특별한 사정이 없는 한 애당초 회수를 전제로 하여 이루어진 것이 아니어서 그 금액에 대한 지출 자체로서 이미 사외유출에 해당한다. 여기서 그 유용 당시부터 회수를 전제하지 않은 것으로 볼 수 없는 특별한 사정에 관하여는 횡령의 주체인 대표이사 등의 법인 내에서의 실질적인 지위 및 법인에 대한 지배 정도, 횡령행위에 이르게 된 경위 및 횡령 이후의 법인의 조치 등을 통하여 그 대표이사 등의 의사를 법인의 의사와 동일시하거나 대표이사 등과 법인의 경제적 이해관계가 사실상 일치하는 것으로 보기 어려운 경우인지 여부 등 제반 사정을 종합하여 개별적·구체적으로 판단하여야 하며, 이러한 특별한 사정은 이를 주장하는 법인이 입증하여야 한다(대법원 2008. 11. 13. 선고 2007두23323 판결 등 참조).

나. 조세채권이 구 회사정리법(2005. 3. 31. 법률 제7428호 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 부칙 제2조로 폐지, 이하 같음) 제102조에서 정한 '정리절차개시 전의 원인으로 생긴 재산상의 청구권'으로서 정리채권에 해당하는지 여부는 회사정리절차개시결정 전에 법률에 정한 과세요건이 충족되어 그 조세채권이 성립되었는지 여부를 기준으로 하여 결정되는데, 과세관청이 법인의 대표자가 횡령한 금원에 대하여 대표자 상여로 소득처분을 하고 소득금액변동통지를 하는 경우 그에 따른 원천징수분 근로소득세의 납세의무는 소득금액변동통지서가 당해 법인에게 송달된 때에성립함과 동시에 확정되므로, 소득금액변동통지서가 정리절차개시 후에 도달하였다면 원천징수분 근로소득세 채권은 정리절차 개시 후의 원인으로 생긴 것으로서 구 회사정리법상의 정리채권에 해당하지 않는다.

다. 법인세법의 규정에 따라 대표자에 대한 상여로 소득처분되는 금액은 당해 법인이 소득금액변동통지서를 받은 날에 그 소득금액을 지급한 것으로 보게 되는바, 이는 그 소득금액을 현실적으로 대표자에게 지급하는 것을 의미하는 것이 아니라 법으로써 의제하는 것에 불과하므로 위와 같은 소득금액변동통지서를 받은 법인의 원천징수의무가 성립하려면 그 성립시기인 위 소득금액변동통지서를 받은 때에 소득금액을 지급받은 것으로 보아야 할 원천납세의무자의 소득세 납세의무가 성립되어 있어야 하며, 원천납세의무자의 소득세 납세의무가 그 소득세에 대한 부과제척기간의 도과 등으로 소멸하였다면 원천징수의무도 성립할 수 없다고 할 것이다(대법원 1989. 3. 14.

선고 85누451 판결, 대법원 1992. 9. 22. 선고 91다40931 판결 등 참조).

# Ⅵ. 첫 번째 쟁점(횡령금 등 부당사외유출금액에 대한 소득처분과 입증책임)

## 1. 문제점

소득처분에 의한 의제소득의 경우 과세관청으로서는 ① 매출누락 등 익금에 추가 산입할 금액이 있다는 사실, ② 그 익금가산액이 사외로 유출된 사실, ③ 사외 유출된 금액에 대하여 법인세법 제67조 및 같은 법 시행령 제106조가 정하는 절차와 방법에 따라 소득처분을 하였다는 사실 등만을 주장, 입증하면 설사 사외유출금액의 귀속이 불분명하더라도 이를 대표자 인정상여로 소득처분을 함으로써 의제소득으로 과세하는 데에 별다른 문제가 없다.

그런데 위 ② 요건과 관련하여, 법인의 종업원 등이 법인의 현금을 임의로 사용하는 경우 형법상 횡령죄 등을 구성하게 되고 법인으로서는 그에 대해 손해배상채권 등 불법행위에 대응하는 채권을 취득하게 되므로 그것이 종국적으로 사외로 유출되었다고 보기 어려운 측면이 있다. 그런데 법인의 대표자의 경우 법인에 대하여 갖는 지배적 지위에서 오는 특수성 때문에 위와 같은 손해배상채권 등의 발생에도 불구하고 횡령액이 종국적으로 사외 유출된 것으로 볼 수 있는지 여부가 문제된다.

법인에 대한 종속적 지위에 있는 종업원이나 임원 등이 횡령하였을 경우에는 유출된 횡령금의 등가물로서 그 회수채권이 발생하였으므로 법인이 그 횡령금에 대한 회수채권을 포기한다거나 그 채권의 회수가능성이 없다는 등의 특별한 사정이 없는 한 전체적으로 보아 법인의 입장에서는 순자산에 변화가 없다고 볼 수 있고, 그 종업원이나 임원의 입장에서도 횡령금이 귀속되었다 하더라도 그 횡령금을 반환해야 할 채무가 발생하였으므로 그 횡령금 상당의 소득이 생겼다고 보기 어려우므로 사외 유출로 보지 않게 될 것이다.[2)]

그러나 사실상 법인의 대주주 겸 실질적인 경영자인 대표자가 횡령을 한 경우에는 법적으로는 그 대표자에 대한 손해배상채권이 발생한다고 하겠지만, 그 자가 당해 법

2) 강석규, 원천납세의무자의 소득세 납세의무가 그 소득세에 대한 부과제척기간의 도과 등으로 소멸한 경우 원천징수의무가 성립하는지 여부, 대법원 판례해설(2010 상반기) 84호, 법원도서관, 242쪽.

인을 계속 지배하고 있다면 당해 법인이 그 회수채권을 실질적으로 행사하여 횡령된 돈을 회수한다는 것을 기대하기가 어려운 경우가 많을 것이기 때문에 사외 유출 여부를 속단하기 어렵다. 아래에서 이 부분에 대한 학설과 판례의 입장을 살펴본다.

## 2. 사외 유출의 개념

법인세법상 소득금액을 산정하기 위해서 기업회계상의 당기순이익에 법인세법에 따른 익금산입·손금불산입 사항과 손금산입·익금불산입 사항을 가감하는 이른바 세무조정과정을 거치는데, 그 결과 생기는 기업회계상의 당기순이익과 법인세법상의 소득금액과의 차액을 세무조정소득이라 한다. 이러한 세무조정소득에 관하여 그 귀속자와 소득의 종류를 확정하는 세법상 절차가 곧 '소득처분'이다.

과세관청이 실지조사에 의하여 익금산입하거나 손금불산입함으로써 증가된 소득이 소득처분의 대상이 될 것이나, 그렇다고 해서 그 전부가 소득처분의 대상이 되는 것이 아니라, 사외에 유출된 것이 분명한 경우만이 귀속자에 대한 소득세 과세를 위한 소득처분의 대상이 되고, 사외에 유출되지 아니한 경우에는 사내유보로 처리해 둔다. 사내유보도 넓은 의미의 소득처분에 속한다고 설명되고 있다. 이 사건과 같이 사외유출이 법인의 소득계상에 직접 영향을 주지 않는 경우에는 실질적으로는 익금산입이나 손금불산입의 과정을 거치지 않고 소득처분만을 하게 된다.[3][4]

이와 같이 사내유보와 사외유출은 세법상 완전히 다른 과세효과를 가져오게 되나, 법인세법상 그에 관한 아무런 정의규정을 두고 있지 않고, 양자의 구별기준 또한 명확하지는 않다.

양자의 구별기준에 관하여는, ① 소유관계, ② 채권채무관계, ③ 관리관계 중 어느 하나라도 법인과의 연계관계가 존속하면 사내유보로 보고, 그렇지 않으면 사외유출로 보는 견해,[5] 당해 소득에 대하여 법인 이외의 종국적 소득보유자가 있으면 사외유출, 당해 소득이 법인에 남아 있으면 사내유보로 보아야 한다는 견해[6], 세법과 기업회계

3) 구체적으로는 다음과 같은 과정을 거친다. 먼저, 유출된 자산임에도 자산계정을 그대로 계상해 둔 것을 부인하기 위하여 익금산입하면서 대표자 '상여'나 '기타 사외 유출' 등으로 소득처분을 하고, 동시에 같은 금액을 다시 손금산입하면서 '△유보'로 소득처분한 후, 나중에 법인이 그 자산계정을 떨어내면서 대손금으로 처리할 경우 이를 부인하기 위하여 손금불산입하면서 '유보'로 소득처분하여 앞서 처리해 둔 '△유보'와 상쇄함으로써 소득처분과정이 종결된다.

4) 강석규, 전게논문, 241쪽.

5) 전수안, 소득처분의 대상과 범위, 사법행정 33권 2호(1992. 2.), 92쪽.

사이의 차이가 영구적인 경우를 사외유출, 일시적인 손익의 귀속시기의 차이에 불과한 경우를 사내유보라고 보는 견해[7] 등이 있다. 모두 일면의 타당성이 있으나 사안에 따라서는 그 구별이 쉽지 않은 경우도 있을 수 있다.

사내유보냐 사외유출이냐 하는 것은 주로 사실인정에 의존해야 할 문제로서, 개개의 사안에서 구체적 사정과 관련 요소들을 고려하여 개별적으로 판단할 수밖에 없을 것이다.[8]

## 3. 학설

### (1) 손해배상청구권 등을 포기한 경우에만 소득처분하여야 한다는 견해

이 견해는 법인의 임직원이 법인의 재산을 횡령한 경우 당해 법인은 그 임직원에 대하여 민법 또는 상법의 규정에 의하여 손해배상청구권 등을 가지게 되므로 당해 법인이 그 손해배상청구권 등을 포기하기 전에는 사외유출된 것이 아니며, 따라서 포기하기 전까지는 임직원에 대한 상여로 처분할 수 없고 일단 사내유보로 처분한 후 법인이 손해배상청구권 등을 포기하는 때에 상여 등으로 처분하여야 한다고 한다.[9] 이 견해는 임직원의 횡령액이 사외유출 되었는지의 여부는 횡령한 자가 법인의 사용인인지 또는 법인의 실질적 경영자인지에 관계없이 당해 법인이 횡령한 자에 대하여 손해배상청구권 등을 보유, 행사하고 있는지 여부에 의하여 판단하여야 한다고 한다.

### (2) 횡령행위 그 즉시 소득처분하여야 한다는 견해

이 견해는 횡령이 발생한 그 즉시 사외 유출된 것으로 보아 상여 등으로 소득처분

---

6) 신동윤, "익금산입액의 소득처분", 재판자료집(61), 294-295쪽.

7) 이창희, 세법강의 제6판(2007), 박영사, 765~767쪽, 유보처분이란 손익귀속시기가 서로 달라 재무제표와 법인세신고 사이에 소득금액이 달라졌고, 나중에 이를 다시 맞추어 주어야 한다는 비망기록의 뜻을 가질 뿐이라고 한다.

8) 조일영, 법인의 실질적 경영자인 대표이사 등이 법인의 자금을 유용한 행위가 자금에 대한 지출 자체로서 사외유출에 해당한다고 볼 수 없는 특별한 사정의 유무(2007두23323), 대법원판례해설 78호(2008 하반기), 234쪽.

9) 윤지현,"대표이사가 회사 재산을 횡령한 경우 상여로 소득처분할 수 있는 요건에 관한 고찰", 특별법연구 8권,박영사, 2006, 684쪽

하여야 한다는 견해로서 임직원에 의한 횡령이 발생한 경우 법인에게 귀속되어야 할 것은 손해배상청구권이 아닌 임직원이 횡령한 소득 그 자체이고, 손해배상청구권 등 청구권을 계상하였다는 이유로 소득처분을 하지 않는다면 소득세법상의 과세가 전혀 불가능해져 법인세법상의 소득처분제도의 취지에도 반한다고 한다.[10]

## 4. 판례

대법원은 법인의 임직원이 법인의 재산을 횡령한 경우 횡령의 주체가 사용인인 경우와 법인의 대표이사 또는 실질적 경영자인 경우에 각각 그 취급을 달리하고 있다. 후자의 경우에는 결국 입증책임의 문제로 돌아가 구체적 타당성을 꾀하고 있는 것으로 보인다.

### (1) 횡령의 주체가 사용인인 경우

대법원은 횡령의 주체가 사용인인 경우에는 법인이 당해 사용인에 대하여 손해배상채권 등을 취득하므로 곧바로 사외유출된 것으로 볼 수는 없고,[11] 해당 법인이나 그 실질적 경영자 등의 사전 또는 사후의 묵인, 채권회수포기 등 법인이 그에 대한 손해배상채권을 회수하지 않겠다는 의사를 객관적으로 나타낸 것으로 볼 수 있는 등의 사정이 있는 경우에만 사외유출로 보아 이를 그 자에 대한 상여로서 소득처분 할 수 있다고 한다. 또한 상장법인의 대표이사의 직위에 있는 자라 하더라도 그 실질상 피용자의 지위에 있는 경우에는 이와 마찬가지로 보아야 한다고 한다[12].

---

10) 이창순, 사용자의 회사소득횡령과 대표자에 대한 상여처분의 당부, 법조 42권 3호, 법조협회, 1993, 155~156쪽.

11) 대법원 1989. 3. 28. 선고 87누880 판결 : 대법원 2004. 4. 9. 선고 2002두9254 판결.

12) 대법원 2004. 4. 9. 선고 2002두9254 판결. 위 판결은 법인의 대표이사 또는 실질적 경영자 등이 그의 지위를 이용하여 법인의 수익을 사외에 유출시켜 자신에게 귀속시킨 금원 가운데 법인의 사업을 위하여 사용된 것이 분명하지 아니한 것은 특별한 사정이 없는 한 상여 내지 임시적 급여로서 근로소득에 해당한다 할 것이나, 한편 법인의 피용자의 지위에 있는 자가 법인의 업무와는 무관하게 개인적 이익을 위해 법인의 자금을 횡령하는 등 불법행위를 함으로써 법인이 그 자에 대하여 그로 인한 손해배상채권 등을 취득하는 경우에는 그 금원 상당액이 곧바로 사외 유출된 것으로 볼 수는 없고, 해당 법인이나 그 실질적 경영자 등의 사전 또는 사후의 묵인, 채권회수포기 등 법인이 그에 대한 손해배상채권을 회수하지 않겠다는 의사를 객관적으로 나타낸 것으로 볼 수 있는 등의 사정이 있는 경우에만 사외 유출로 보아 이를 그 자에 대한 상여로서 소득처분할 수 있다 할 것이며, 대표이사의 직위에 있는 자라 하더라도 그 실질상 피용자의 지위에 있는 경우에는 이와 마찬가지로 보아야 할 것이라고 판시하였다.

### (2) 횡령의 주체가 대표이사 또는 실질적 경영자인 경우

대법원은 횡령의 주체가 대표이사 또는 실질적 경영자인 경우에는, “법인의 대표이사 또는 실질적 경영자 등의 횡령 등 법인의 자금을 유용하는 행위는 애당초 회수를 전제로 하여 이루어진 것이 아니어서 그 금액에 대한 지출 자체로서 이미 사외유출에 해당하고, 그 사외유출금 중 대표이사 또는 실질적 경영자 등에게 귀속된 부분에 관하여 일단 소득세 납세의무가 성립하면 사후에 그 귀속자가 소득금액을 법인에게 환원시켰다고 하더라도 이미 발생한 납세의무에 영향을 미칠 수 없는 것이라 할 것”이라는 입장을 취하고 있다.[13] 이와 같이 대법원은 주체가 대표이사 또는 실질적 경영자 등인 경우에는 “애당초 회수를 전제로 하여 이루어진 것이 아니어서 그 금액에 대한 지출 자체로서 이미 사외유출에 해당한다”고 하고 있어, 그 판시 자체로만 보면 법인의 대표이사 또는 실질적 경영자의 횡령은 피용자의 경우와 달리 손해배상채권 등의 보유 여부 등에 관계없이 횡령 그 자체로서 사외유출에 해당한다는 일반적인 법리를 선언하고 있는 것처럼 보인다.

그러나 이러한 판시가 나오게 된 구체적 사안의 내용을 들여다보면, ① 대부분은 법인의 자금을 횡령한 자가 법인의 대주주 겸 실질적 경영자이거나[14] 1인 주주 겸 대표이사로서[15] 사실상 회사를 자신의 의사대로 지배·운영하는 경우이거나 대표이사 등을 회사 그 자체와 동일시 할 수 있는 경우 내지 대표이사 등과 회사의 경제적 이해관계가 일치하는 경우, 나아가 법인이 대표이사의 횡령사실을 장기간 은폐 또는 용인해 온 것으로 볼 수 있는 경우[16] 등임을 알 수 있고, ② 이러한 대표이사 또는 실질적 경영자 등은 일반적으로 회사의 의사를 결정하고 이를 집행할 수 있는 지위에

---

13) 대법원 2001. 9. 14. 선고 99두3324 판결, 또한 대법원 1995. 10. 12. 선고 95누9365 판결은, 대표이사가 1억 원짜리 부동산을 2억 5천만 원인 양 관계 서류를 작성하여 회계처리를 한 다음 그 차액을 횡령한 데 대해 과세관청이 상여로 소득처분하여 소득금액변동통지를 하고 원천징수의무자인 원고에게 징수처분을 한 사안에서, 횡령행위는 애당초 회수를 전제로 하여 이루어진 것이 아니어서 그 금액에 대한 지출 자체로서 사외 유출에 해당한다고 전제한 다음, 소득금액변동통지에 의하여 원고 회사에 그 소득에 대한 원천징수의무가 적법하게 발생한 이상, 원고 회사가 처분 후에야 위 사실을 뒤늦게 알고 횡령금액의 회수를 위하여 손해배상 청구소송을 제기하였다거나 가압류절차를 개시하였다고 하더라도, 위 횡령금액에 대한 회수가능성 여부가 위 소득처분의 당부를 좌우하는 것은 아니라고 판시하고 있다.

14) 대법원 1999. 12. 24. 선고 98두7350 판결,대법원 1999. 12. 24. 선고 98두7145 판결,대법원 2001. 9. 14. 선고 99두3324 판결.

15) 대법원 1999. 12. 24. 선고 98두16347 판결.

16) 대법원 1995. 10. 12. 선고 95누9365 판결.

있으면서 여러 차례에 걸쳐 오랜 기간 횡령이 이루어지거나 횡령 후 장기간 회수조치를 취하지 않고 있는 등으로 실질적으로는 법인이 애당초 대표이사 등의 횡령을 묵인 내지 용인한 것으로 볼 수 있는 경우이고, 또 현실적으로도 대표이사 등이 횡령한 재산에 대하여 법인이 손해배상청구권 등을 행사할 가능성이 낮은 사안에서 나온 판시이며, ③ 또한 위 판시 부분이 최초로 등장하는 대법원 1995. 10. 12. 선고 95누9365 판결의 내용을 살펴보면, "원심이 … 한 사실을 인정한 다음, 당시 대표이사인 소외 00의 횡령행위는 애당초 회수를 전제로 하여 이루어진 것이 아니어서 그 금액에 대한 지출 자체로서 사외유출에 해당하는 것이므로, 이 사건 징수처분이 정당하다는 취지로 판단하였다. 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위 인정판단은 수긍이 된다"는 것으로서 원심의 사실인정 및 그에 기초한 판단을 그대로 수긍한 것에 불과한 점 등을 종합해 볼 때, 위 판시 부분의 의미가, 대표이사 등의 횡령의 경우는 법인의 횡령자에 대한 손해배상채권 등의 보유 여부를 따져볼 필요도 없이 일률적으로 사외유출이 된다는 법리를 설시한 것으로는 볼 수 없다.

오히려 이는 우리나라 기업의 소유구조가 1인 회사 내지 이에 준하는 회사가 적지 않게 존재하여 대표이사 등을 법인과 동일시 할 수 있는 경우가 대부분인 현실에서, 법인의 실질적 경영자가 횡령한 경우는 법인이 횡령금을 회수할 의사가 있었다고 보기도 어렵고, 사전 또는 사후에 이를 묵인 또는 용인하는 경우가 많은 점을 고려하여, 이러한 대표이사 등의 횡령의 경우는 애당초 횡령금 회수의 의사가 없었다고 추정하여 사실상 입증책임을 전환한다는 의미에서 이러한 판시가 등장한 것으로 봄이 타당하고, 또한 이렇게 해석하더라도 법인으로서는 횡령자에 대하여 손해배상채권 등을 보유하고 있음을 입증함으로써 사외유출의 추정으로부터 벗어날 수 있으므로, 이러한 사실상의 추정이 그리 부당하지는 않다고 생각된다.[17]

대법원 2008. 11. 13. 선고 2007두23323 판결은, 법인의 실질적 경영자인 대표이사 등이 법인의 자금을 유용하는 행위는 특별한 사정이 없는 한 애당초 회수를 전제로 하여 이루어진 것이 아니어서 그 금액에 대한 지출 자체로서 이미 사외 유출에 해당한다고 하면서, 여기서 그 유용 당시부터 회수를 전제하지 않은 것으로 볼 수 없는 특별한 사정에 관하여는 횡령의 주체인 대표이사 등의 법인 내에서의 실질적인 지위 및 법인에 대한 지배 정도, 횡령행위에 이르게 된 경위 및 횡령 이후의 법인의 조치 등을 통하여 그 대표이사 등의 의사를 법인의 의사와 동일시하거나 대표이사 등과 법

17) 조일영, 전게논문, 240~241쪽.

인의 경제적 이해관계가 사실상 일치하는 것으로 보기 어려운 경우인지 여부 등 제반 사정을 종합하여 개별적·구체적으로 판단하여야 하며, 이러한 특별한 사정은 이를 주장하는 법인이 입증하여야 한다고 판시하였다. 이는 최근의 판시로서, 법인을 실질적으로 지배하는 대표자가 횡령한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 사외유출되어 대표자에게 귀속된 소득으로 보고, 손해배상채권의 존부와 같은 형식적인 요소는 중요시하지 않는 것으로 보인다. 그리고 위 판결 이전의 기존의 대법원 판례의 판시가 법인의 실질적 경영자인 대표이사 등이 법인의 자금을 유용·횡령한 경우에는 '애당초 회수를 전제로 하여 이루어진 것이 아니어서' 언제나 예외 없이 횡령 즉시 횡령금 상당액의 사외유출이 있는 것으로 보아야 한다는 마치 '사실인정을 의제하는 일반 법리'를 선언한 것처럼 오해할 소지가 있었는데, 이 판결에서는 법인의 실질적 경영자인 대표이사 등이 법인의 자금을 유용하는 행위는 특별한 사정이 없는 한 애당초 회수를 전제로 하여 이루어진 것이 아니어서 그 금액에 대한 지출 자체로서 이미 사외유출에 해당한다는 종전의 기본적인 법리를 다시 한번 확인하는 한편, 그 유용·횡령 당시부터 회수를 전제하지 않은 것으로 볼 수 없는 특별한 사정의 존재에 관한 입증책임은 납세자에게 전환된다는 점 및 특별한 사정의 판단기준을 보다 명확히 하였다는 점에 의의가 있다고 할 것이다. 대법원 판시에서 내세우고 있는 "회수를 전제하지 않은 것으로 볼 수 없는 특별한 사정"의 판단기준에 대하여는 이하에서 좀 더 자세히 살펴본다.

### (3) 회수를 전제하지 않은 것으로 볼 수 없는 특별한 사정의 판단기준(횡령의 주체가 대표이사 또는 실질적 경영자인 경우)

법인이 애당초 회수할 의사가 없었는지 여부는 사실인정의 문제로서 횡령의 주체인 대표이사 등의 법인 내에서의 실질적인 지위 및 법인과의 관계, 횡령행위에 이르게 된 경위 및 횡령 이후의 법인의 조치 등을 통하여 그 대표이사 등의 의사를 법인의 의사와 동일시할 수 있거나 대표이사 등과 법인의 경제적 이해관계가 사실상 일치하는 것으로 볼 수 있을 정도로 법인을 지배·경영하는 지위에 있는지 여부 등 제반 사정을 종합적으로 판단하여 결정하여야 한다. 법인이 대표이사 등의 횡령사실을 알고도 장기간 아무런 회수조치를 취하지 않고 있다가 부과처분이 있은 후에야 비로소 횡령자에 대한 형사고소 및 손해배상청구소송 제기 등 회수조치를 취하였다면 당초부터 회수할 의사가 없었던 것으로 보아 상여 등으로 처분할 수 있을 것이다.[18]

횡령자가 1인 회사 또는 이에 준하는 가족회사의 대주주 겸 대표이사 등 실질적 경영자인 경우에는 횡령의 주체와 법인의 이해관계가 사실상 일치하는 것으로 볼 수 있을 것이나, 횡령자가 사용인이거나 또는 법인의 대주주이자 대표이사 등 실질적 경영자라고 하더라도 주식이 고도로 분산되어 있어 소액주주의 지분율이 높은 상장법인의 대표이사인 경우에는 횡령의 주체와 법인의 경제적 이해관계가 사실상 일치하는 것으로 보기 어려울 것이다. 횡령 당시에 법인이 횡령사실을 알 수 없었던 경우에는 법인이 그 사실을 알게 된 때를 기준으로 하여 회수의사가 있었는지 여부에 의하여 사외유출 여부를 판단하여야 할 것이다. 법인이 횡령사실을 인지한때에 회수할 의사

---

18) 횡령의 주체가 대표이사 또는 실질적 경영자인 경우에 관한 입증책임의 전환에 관하여 판시한 대법원 2008. 11. 13. 선고 2007두23323 판결의 사실관계는 다음과 같다.

① 甲은 2001. 8. 22. 소외 회사의 예금계좌에서 84억 원을 인출하여 자신의 이 사건 주식매수대금으로 사용함으로써 이를 횡령하고, 乙 또한 甲으로부터 소외 회사의 주식과 경영권을 인수(2002. 3. 22.)한 후 2003. 4. 3. 대표이사에서 해임되기까지 소외 회사의 융통어음을 마구 발행하여 이를 현금화하는 방법으로 213억 여 원을 횡령함으로써 결국, 소외 회사를 부도(2003. 3.경)에 이르게 한 후, 甲, 乙은 도주하여 현재 소재불명인 상태임.

② 이러한 횡령사실이 드러난 후, 2003. 3. 3. 소외 회사의 임직원 등이 乙을 횡령혐의로 형사고발하였고, 2003. 7. 21. 소외 회사가 乙을 상대로 위 횡령 등의 불법행위로 인한 손해배상청구소송을 제기하였으며(승소확정됨), 2003. 7. 29. 개최된 임시주주총회에서 乙을 이사에서 해임하였고, 또한 2004. 10. 13. 원고가 甲을 상대로 위 횡령 등의 불법행위로 인한 손해배상청구소송을 제기(승소확정됨)하는 등 위 횡령금의 회수를 위한 법적 조치를 취함

③ 甲은 2004. 2. 23. 위 횡령 등으로 인한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 등의 공소사실로 기소되었으나 甲의 소재불명으로 현재 형사재판이 추정되어 있는 상태임.

이러한 사실관계 하에서, 원심은 甲과 乙이 모두 소외 회사의 의사를 결정할 수 있는 지위에 있는 실질적인 경영자에 해당한다는 이유로 갑 등의 횡령 그 자체로서 사외유출에 해당하고, 소외 회사가 갑 등에 대하여 그에 대응하는 손해배상채권을 보유하는지 여부에 관계없이 이 사건 각 처분은 적법하다고 판단하였으나, 대법원은 갑과 을이 횡령 당시 소외 회사의 대표이사 또는 실질적 경영자인 점에 비추어 볼 때, 일응 갑 및 을의 횡령행위는 횡령 그 자체로서 사외유출에 해당한다고 볼 수 있을 것이나, 비록 甲(54.8%)과 乙(23.48%)이 소외 회사의 대주주에 해당한다고 하더라도, 당시 소외 회사는 코스닥 상장법인으로서 소액주주 등 나머지 주주들이 45.4%의 주식을 보유하고 있어 甲과 乙의 의사를 소외 회사의 의사와 동일시할 수 있다거나 소외 회사와 甲, 乙의 경제적 이해관계가 사실상 일치하는 것으로 단정하기는 어려울 뿐만 아니라, 甲, 乙의 횡령사실을 알게 된 후 소외 회사의 주주들 및 원고가 곧바로 乙과 甲을 상대로 형사고소, 민사상 손해배상청구를 제기하는 한편, 乙을 대표이사에서 해임하는 등 횡령금액을 회수하기 위한 모든 법적 조치를 취한 점, 甲과 乙은 애초부터 소외 회사를 정상적으로 경영하여 수익을 창출할 목적으로 인수한 것이 아니라 단지 소외 회사가 보유한 자산을 취득하기 위한 것으로 보이는 점 등 이러한 甲, 乙의 소외 회사 인수 및 그 과정에서의 횡령 등 일련의 불법행위에 이르게 된 경위, 코스닥 상장법인인 소외 회사에서의 甲 등의 지위, 횡령 전후의 여러 사정에 비추어 볼 때, 甲, 乙의 위 횡령행위가 애초부터 그 회수를 전제하지 않은 것으로서 횡령 그 자체로서 곧바로 사외유출되었다고 보기는 어렵다고 할 것이라고 보이고, 따라서 원고(소외 회사)는 甲, 乙에 대하여 횡령으로 인한 손해배상채권을 보유하고 있다고 봄이 상당하므로, 위 횡령금 상당의 자산이 회사 내에 유보되어 있다고 할 것이라는 판단하에, 원고의 상고이유를 받아들여 원심을 파기하였다.

가 있었던 것으로 인정되는 경우에는 일단 사내유보로 처분한 후,법인의 사후의 묵인, 채권회수 포기, 장기간 권리 불행사 등 법인이 그에 대한 채권을 회수하지 않겠다는 의사가 객관적으로 나타난 때에 사외유출된 것으로 보아야 할 것이다.

이상에서 살펴본 바와 같이, 임직원 횡령액의 사외유출 여부는, 횡령자가 실질적 경영자인지 사용인인지에 관계없이, 당해 법인이 당초부터 횡령액을 회수할 의사가 없었는지 여부 또는 반환청구권을 포기하였는지 여부에 의하여 판단하여야 한다. 다만, 횡령자가 1인 회사 또는 이에 준하는 가족회사의 대주주이자 대표이사 등 실질적 경영자인 경우에는 당초 횡령 시에 회수할 의사가 없었던 것으로 보아야 할 경우가 많을 것이며, 횡령자가 사용인이나 상장법인의 대표이사 등인 경우에는 당초부터 회수할 의사가 없었던 것으로 보기는 어려울 것이다.[19]

## 5. 이 사건의 경우

원심이 적법하게 인정한 바와 같이, 소외 1은 소외 2회사로부터 이 사건 횡령금을 횡령하였고, 소외 1이 소외 2회사의 1인 주주로서 실질적 경영자인 점에 비추어 볼 때, 일응 소외 1의 횡령행위는 횡령 그 자체로서 사외유출에 해당한다고 볼 수 있고, 사외 유출되었다고 볼 수 없는 특별한 사정이 존재한다는 입증책임은 납세의무자인 원고(법인)에게 있다고 할 것이다(이러한 점에서 원심은 그러한 특별한 사정이 존재하지 않는다는 점에 대한 입증책임이 피고에게 있다는 점을 전제로 한 듯한 판시를 하고 있어 이 부분의 이유 설시가 다소 부적절한 면이 있다).

원고는 상고이유로서 소외 1의 횡령죄에 대한 형사판결이 확정된 이후에 비로소 손해배상발생 사실을 확인하고, 그 배상청구권을 행사할 수 있었다는 사정만을 들어 이 사건 횡령금에 대한 회수가능성이 없다고 볼 수 없으므로 사외 유출이 되지 아니하였다는 주장을 하고 있으나, 이 사건 횡령금이 사외 유출되어 소외 1의 소득으로 귀속되었다고 보는 이유는 원고가 소외 1에 대하여 손해배상채권을 행사하였는지 여부와 같은 형식적인 점에 있는 것이 아니라 소외 1이 원고의 실질적 소유주로서 소외 1의 행위가 원고와 밀접한 관련을 가지고 있어 원고의 행위와 동일하게 평가되어 원고의 경제적 손실이 소외 1에게 종국적으로 귀결되었고 원고가 손해배상채권을 행사하여 이를 회수할 가능성이 없다고 본 점에 있는 것이므로 원고의 위 주장도 받아들

19) 서윤석, 소득처분제도의 문제점과 개선방안-사외유출금액에 대한 과세문제를 중심으로, 서울시립대학교 박사논문(2011), 127쪽.

일 수 없다.[20]

## Ⅶ. 두 번째 쟁점(소득처분의 효과 및 법인의 원천징수 납세의무의 성립시점)

### 1. 문제점

정리회사에 대한 조세채권이 회사정리 개시결정 전에 법률에 의한 과세요건이 충족되어 있으면 그 부과처분이 정리절차 개시 후에 있는 경우라도 그 조세채권은 정리채권이 되고, 정리회사에 대한 조세채권은 구 회사정리법 제157조[21]에 따라 지체없이(즉, 정리계획안 수립에 장애가 되지 않는 시기로서 늦어도 통상 정리계획안 심리기일 이전인 제2회 관계인 집회일 전까지) 신고하지 아니하면 실권 소멸된다.[22]

원고는 위 법리를 바탕으로 이 사건에서의 소득처분은 소외 1에게 실제로 귀속된 근로소득에 대한 것이므로 그에 따른 법인의 원천징수의무는 실제로 이 사건 횡령금이 소외 1에게 귀속된 시기에 성립되고 그에 관한 피고의 원천징수분 근로소득세 채권(이하 '이 사건 조세채권'이라 한다) 역시 그 소득이 실제로 소외 1에게 귀속된 시기에 과세요건이 충족되어 성립되었다고 보아야 한다고 주장한다. 원고의 주장대로라면 이 사건 조세채권은 회사 정리개시결정 전에 성립된 채권으로서 정리채권에 해당하고, 피고가 이를 정리채권으로 신고하지 아니한 이상 원고는 그에 관한 책임을 면하게 된다.

결국 두 번째 쟁점은 소득처분(정확히는 소득금액변동통지가 송달되는 것)으로 인하여 납세의무가 비로소 창설적으로 발생하는 것인지 아니면 발생한 납세의무를 확인하는 것에 불과한 것인지, 법인의 원천징수 납세의무의 성립 및 확정시기는 언제로 보아야 하는지의 문제이다.

---

20) 강석규, 전게논문 248쪽.

21) 구 회사정리법
제157조 (벌금, 조세등의 신고) ① 제121조제1항제5호와 제122조제1항에 게기한 청구권에 관하여는 국가 또는 공공단체는 지체없이 그 액, 원인과 담보권의 내용을 법원에 신고하여야 한다.
②제144조제1항의 규정은 전항의 규정에 의하여 신고가 있은 청구권에 준용한다.

22) 대법원 2002. 9. 4. 선고 2001두7268 판결, 대법원 1994. 3. 25. 선고 93누14417 판결.

## 2. 학설

### (1) 첫 번째 견해

이 견해는 법인세법에 따른 소득처분으로 인하여 원천납세의무자의 “소득세 납세의무”가 창설적으로 발생하게 된다고 본다. 소득세법은 “법인세법에 따라 상여로 처분된 금액” 등을 근로소득 등 소득세 과세대상으로 규정하고 있는바, 이러한 소득세법의 규정에 의하면 소득처분이 있기 전에는 상여 등으로 처분된 금액이 존재하지 않고 소득처분이 있어야만 비로소 상여 등으로 처분된 금액 즉 과세대상 소득이 발생하므로, 소득처분시에 소득세 납세의무가 성립한다는 것이다.[23]

다만, 위 견해에 의하더라도 소득처분 시에 납세의무가 성립한다는 것이 소득처분이 이루어진 과세연도의 납세의무가 성립한다는 것을 의미하는 것은 아니다. 소득처분에 의한 의제소득에 있어서는 소득처분 시에 과세대상 소득이 발생하여 소득세 납세의무가 성립하나 그 소득의 귀속시기는 근로가 제공된 사업연도(상여로 처분된 경우)또는 그 사업연도의 결산확정일(배당이나 기타소득으로 처분된 경우)이다. 따라서 소득처분에 따른 의제소득의 경우에는 그 귀속시기를 기준으로 하여 과세요건 충족여부를 판단하여야 할 것이다. 즉 부과권을 행사할 수 있는 시기를 결정하기 위한 목적으로는 소득처분 시를 기준으로 하고, 과세요건 충족여부를 결정할 때에는 사외유출 시를 기준으로 하여 판단하여야 할 것이다. 다시 말하면, 소득처분에 의하여 비로소 과세대상 소득이 존재하게 되나 그 소득은 그 귀속시기가 속하는 과세기간의 소득이므로, 소득세 과세요건 충족 여부는 그 소득이 귀속되는 시점에서 판단하여야 할 것이다.

위 견해는, 소득처분에 의한 의제소득은 소득처분이 있어야만 비로소 소득세 과세대상이 될 수 있고 그 소득처분의 내용이 기재된 소득금액변동통지서를 법인이 받은 날에 그 소득금액을 지급한 것으로 의제되므로, 소득처분에 따른 소득금액변동통지서가 도달한 날에 법인의 원천징수의무가 성립하는 것으로 보아야 한다고 주장한다.

### (2) 두 번째 견해

이 견해는 소득의 귀속시기와 소득의 지급의제시기를 분리하여 소득처분의 창설적 효력은 소득의 지급의제시기, 즉 법인의 원천징수의무의 성립 및 확정시기에만 관계

23) 서윤석, 전게논문 131쪽.

되는 것으로 본다. 법인의 원천징수의무는 “소득금액의 지급”이라는 요건이 발생하여야 그 납세의무가 성립하므로 지급사실(시기)의 확정이 필요하지만, 소득의 귀속자가 부담하는 근로소득세는 권리로서 성숙, 확정(급여채권의 발생)이라는 요건이 갖추어지면 현실적으로 소득금액이 지급되지 않더라도 그 과세요건이 충족되는 것이라는 전제하에 원천납세의무자의 소득세 납세의무는 소득의 귀속시기가 속한 과세연도가 종료하는 때에 성립하지만, 법인의 원천징수의무는 소득금액변동통지 송달시에 납세의무가 성립, 확정된다고 본다.[24)]

이에 따르면, 소득처분이 있게 되면 그 처분된 소득금액은 소득세법 관련 규정이 정하는 바에 따라 소득세의 과세대상이 되는 동시에 원천징수의 대상이 되는 것이고, 소득금액변동통지가 송달된 때에 그 소득금액을 지급한 것으로 의제되어 당해 소득금액에 대한 법인의 원천징수의무가 성립함과 동시에 확정되게 된다.[25)]

### (3) 세 번째 견해

이 견해는 소득처분은 법인세의 과세표준 계산절차에만 있는 소득의 귀속처분제도로서 이러한 소득의 귀속처분은 소득귀속을 과세관청의 처분에 의하여 창설하는 것이 아니고 실지로 귀속된 사실을 사후적으로 확인・선언하는 것이라고 본다. 즉,소득처분에는 창설적 효과가 있는 것이 아니고 확인적 효과가 있음에 불과하다는 것이다.[26)]

---

24) 강석훈, 소득처분과 소득금액변동통지에 관하여, 조세법연구 제12집 2호(2006. 11), 101~102쪽.

25) 판례가 ① 대표자 인정상여로 인한 원천징수의무는 소득금액변동통지서가 당해 법인에게 송달된 때에 성립함과 동시에 확정된다거나(대법원 1993.8.27 선고, 93누6058 판결 ; 대법원 1987.2.24 선고, 85누775 판결 등 다수), ② 정리회사에 대한 조세채권이 정리채권이 되는가 혹은 공익채권이 되는가는 소득금액변동통지서가 도달한 날을 기준으로하여 정리채권에의 해당 여부를 판정하여야 한다거나(대법원 1991.2.26 선고, 90누4631판결 등 다수), ③ 파산법상 재단채권에 해당하는지 여부는 소득금액변동통지서가 도달한 날을 기준으로 하여야 한다거나(대법원 2005.6.9 선고, 2004다71904 판결), ④ 소득금액변동통지서가 송달된 때에 대표자가 이미 사망한 경우에는 원천징수의무가 성립하지 않는다고(대법원 1992.3.13 선고, 91누9527 판결 등 다수) 판시한 것들은, 모두 소득금액변동통지서가 납세자에게 송달된 때에 원천징수의무가 성립한다는 것을 전제로 한것들이라고 한다, 강석훈, 전게논문 101쪽 각주 34.

26) 최명근,“조세채무의 성립・확정・승계의 법리 :대판 92누4048호 평석을 중심으로”,한국조세연구 제8권,한국조세학회,1993,321~328쪽 ; 정태학,“원천징수납부의무에 대하여 제2차 납세의무를 부담하는 과점주주 :소득금액변동통지의 경우 납세의무의 성립시기를 중심으로, 특별법연구 8권, 박영사, 2006, 631쪽 ; 이의영,“소득처분에 따른 소득금액변동통지의 법적 성질 : 대법원 2006.4.20.선고 2002두1878 전원합의체 판결에 대한 비판적 검토”, 조세법연구(12-2), 세경사, 2006, 153~156쪽 ; 손병준,“소득처분에 의한 소득세의 납세의무 성립시기 및 부과권의 제척기간”, 재판자료 제108집 행정재판실무연구집, 법원도서관, 2005, 257~266쪽.

이 견해에 따르면, 소득처분에 의하여 비로소 과세대상 소득이 발생하는 것이 아니라 익금산입금액이 사외유출된 때에 소득이 발생하는 것이므로 의제소득에 대한 소득세 납세의무는 그 사외유출일이 속하는 과세기간의 종료일에 성립하게 된다. 이는 조세채무는 법률이 정하는 과세요건이 충족되는 때에 그 조세채무의 성립을 위한 과세관청이나 납세의무자의 특별한 행위가 필요없이 당연히 자동적으로 성립하는 것인데, 소득처분의 경우 익금에 산입한 금액이 사외로 유출된 것이 명확한 경우에 상여 등으로 처분하는 것으로서 그 소득처분금액은 매출누락, 가공경비, 특수관계자 간의 고가매입·저가양도 등의 사실이 발생한 시점에 이미 그 경제적 가치 상당은 법인 밖으로 유출되어 귀속자에게 귀속되었다는 점을 근거로 한다.

이 견해는 원천징수의무가 성립, 확정되기 위해서는 반드시 “지급”이라는 요건이 필요한데 소득처분에 의한 소득의 경우 세무회계상으로 그 지급시기가 분명하지 아니한 문제를 해결하기 위해 절차상으로도 소득금액변동통지 송달시를 지급시기로 의제하고 있는 것일 뿐 납세의무의 성립, 확정과는 무관하고 납세의무는 소득세 과세기간이 종료함으로써 성립하고 그와 동시에 세액이 확정된다고 본다.[27]

## 3. 판례

### (1) 의제소득에 대한 소득세 납세의무의 성립시기

대법원 1992. 3. 13.선고 91누9527 판결은 “~과세연도가 종료된 후의 어느 시점에 법인세법의 규정에 의하여 그 소득이 지급된 것으로 의제되는 위 “가”항의 소득처분의 경우에는 소득의 귀속시기인 당해 사업연도의 종료 시로서는 장차의 소득처분대상만큼의 금액이 그 소득 처분대상자가 될 대표자 등의 소득으로 성숙, 확정되었다고는 볼 수 없어, 그와 같이 성숙, 확정되지 아니한 소득에 대한 소득세 납세의무의 성립은 긍정할 수 없다“고 판시한 바 있고, 대법원 1992. 7. 14. 선고 92누4048 판결은 ”~소득처분에 의한 조세채권채무의 성립에 있어 그 소득처분이 있기 전에 당해 과세대상인 소득의 존재를 인정할 근거는 없으며, 아직 존재하지 아니하는 소득에 대하여는 그 지급으로 인한 원천납세의무는 물론 소득발생으로 인한 소득세 납세의무의 성

27) 이의영, 전게논문 152쪽, 여상훈,“소득처분에 의한 소득금액변동통지의 행정처분성”,민사재판의 제문제 16권, 한국사법행정학회,2007,899쪽 ; 정태학, 정태학,“원천징수납부의무에 대하여 제2차 납세의무를 부담하는 과점주주 :소득금액변동통지의 경우 납세의무의 성립시기를 중심으로”,특별법연구 8권,박영사, 2006, 631쪽.

립이란 있을 수 없다“고 판시하는 등 법인세법에 따른 소득처분이 있어야 비로소 소득세 과세대상이 발생하므로 소득처분 시에 소득세 납세의무가 성립한다는 취지의 판시를 하여 왔다.

그러나 최근 대법원은 2006. 7. 13. 선고 2004두4604판결에서 “~과세관청이 사외유출된 익금가산액이 임원 또는 사용인에게 귀속된 것으로 보고 상여로 소득처분을 한 경우 당해 소득금액의 지급자로서 원천징수의무자인 법인에 대하여는 소득금액변동통지서가 당해 법인에게 송달된 날에 그 원천징수의무가 성립하는 것(소득세법 제135조 제4항, 소득세법 시행령 제192조 제2항, 국세기본법 제21조 제2항 제1호)과는 달리, 그 소득의 귀속자에 대하여는 법인에 대한 소득금액변동통지가 송달되었는지 여부와 상관없이 소득처분이 있게 되면 소득세법 제20조 제1항 제1호 (다)목 소정의 ‘법인세법에 의하여 상여로 처분된 금액’에 해당하여 근로소득세의 과세대상이 되고, 당해 소득금액은 부과처분의 대상이 되는 당해 사업연도 중에 근로를 제공한 날이 수입시기가 되므로(소득세법 제39조 제1항, 소득세법 시행령 제49조 제1항 제3호), 소득의 귀속자의 종합소득세(근로소득세)납세의무는 국세기본법 제21조제1항 제1호가 정하는 바에 따라 당해 소득이 귀속된 과세기간이 종료하는 때에 성립한다.”고 판시한 바 있고, 대법원 2006. 7. 27. 선고 2004두9944 판결과 대법원 2008. 4. 24. 선고 2006두187 판결에서도 위 판결을 따르고 있다.

### (2) 법인의 원천징수의무의 성립 및 확정시기

대법원은, 법인세법에 의하여 처분되는 소득에 있어서는 소득세법 시행령 제198조 제1항에 의한 소득금액변동통지가 있은 때에 같은 법조 제2항에 의하여 소득금액을 지급한 것으로 의제하게 됨으로써 당해 법인의 원천징수의무가 자동적으로 성립·확정되는 효과를 가져오는 것이라고 판시하여 소득금액변동통지서를 받은 날에 원천징수의무가 성립한다는 것을 명확히 하고 있다.[28] 대법원 2006.4.20.선고 2002두1878 전원합의체 판결에서는 과세관청의 소득처분과 그에 따른 소득금액변동통지가 있는 경우 원천징수의무자인 법인은 소득금액변동통지서를 받은 날에 그 통지서에 기재된 소득의 귀속자에게 당해 소득금액을 지급한 것으로 의제되어 그 때 원천징수하는 소득세의 납세의무가 성립함과 동시에 확정된다고 한 바 있다.

---

28) 대법원 1993.8.27.선고 93누6058판결 ;대법원 1987.2.24.선고 85누775판결 ;대법원 1991.2.26.선고 90누4631판결 등 다수.

또한 대법원 2006. 8. 25. 선고 2006두3803판결에서는 “과세관청의 소득처분과 그에 따른 소득금액변동통지가 있는 경우 원천징수의무자인 법인은 소득금액변동통지서를 받은 날에 그 통지서에 기재된 소득의 귀속자에게 당해 소득금액을 지급한 것으로 의제되어 당해 소득금액에 대한 법인의 원천징수의무가 성립함과 동시에 확정되는 것이지만, 소득처분만에 의하여 곧바로 원천징수의무가 성립하는 것은 아니며 소득금액변동통지가 있어야만 비로소 법인의 원천징수의무가 성립·확정되는 것이므로, 과세관청이 내부적으로 소득처분을 하였다고 하더라도 그 내용을 소득금액변동통지를 통해 법인에게 고지하지 않거나 소득금액변동통지를 하였더라도 사후 이를 취소 또는 철회한 경우에는 법인에게 원천징수의무가 없고, 따라서 이를 전제로 과세관청이 징수처분에 나아갈 수도 없다”고 판시하여 소득처분금액에 대한 소득세 원천징수의무가 성립하기 위해서는 반드시 소득금액변동통지가 있어야 한다고 하고 있다.

### (3) 검토

소득세 원천징수는 소득세 징수방법 중의 하나이다. 따라서 소득세 원천징수의무는 소득세 납세의무가 있음을 전제로 하여 성립하는 것이다. 즉 소득세 납세의무가 없다면 그 소득에 대한 원천징수의무도 존재할 수가 없는 것이다. 소득세 납세의무는 소득금액이 귀속된 과세기간의 종료일에 성립하지만, 그 소득에 대한 소득세 원천징수납부의무는 그 소득을 지급하는 때에 성립한다. 즉 소득의 귀속자가 부담하는 소득세는 수입금액이 발생하여 권리로서 성숙, 확정되면 현실적으로 소득금액이 지급되지 않더라도 그 과세요건이 충족되는 것이지만, 그에 대한 법인의 원천징수의무는 소득금액의 지급이라는 요건이 충족되어야 그 납세의무가 성립하는 것이다.[29] 판례에서 원천징수의무와 대응관계에 있는 소득세 납세의무는 당해 소득이 실제로 귀속한 과세기간이 종료하는 때 성립한다고 보면서도 원천징수의무는 소득금액변동통지에 의하여 비로소 성립, 확정된다고 보는 이유도 위와 같은 논리에 근거한다고 할 수 있다.

법인으로부터 소득이 유출되어 개인에게 귀속된 경우, 법인에게 그 소득세에 대한 원천징수의무가 성립되기 위해서는 소득세법 제127조 제1항[30]에 의하여 법인의 개인

---

29) 대법원 1989.3.14.선고 85누451판결 ;대법원 2010.1.28.선고 2007두20959판결 ;대법원 2010.4.29.선고 2007두11382판결.

30) 법인세법 제127조(원천징수의무) ① 국내에서 거주자나 비거주자에게 다음 각 호의 **어느 하나의 소득금액 또는 수익금액을 지급**하는 자는 이 절의 규정에 의하여 그 거주자나 비거주자에 대한 소득세를 원천징수하여야 한다.

에 대한 ‘소득의 지급’이라는 요건이 충족되어야 하는데, 여기서 ‘소득의 지급’이란 법인이 자신의 의사에 따라 능동적으로 개인에게 소득을 수여하는 것을 의미하므로 개인이 법인으로부터 소득을 횡령한 경우에는 법인의 의사와 무관하게(또는 법인의 의사에 반하여) 법인의 소득이 밖으로 유출된 것에 불과하여 그에 대한 소득처분이 없는 상태에서 이를 ‘상여와 유사한 성질의 급여’로 보아 ‘소득의 지급’이 있었다고 볼 수 없고 따라서 그 소득이 실제로 개인에게 귀속된 무렵에 법인의 원천징수의무가 성립되었다고 볼 수는 없는 것이다.[31] 사후에 과세관청에 의한 소득처분과 소득금액변동통지가 있게 되면 소득세법 제135조 제4항, 제131조 제2항에 의하여 그 통지 시에 당해 소득의 지급행위가 있었던 것으로 의제되기 때문에 그때 가서야 비로소 원천징수의무가 성립된다고 보는 것이 논리적이라 할 것이다.

### 4. 이 사건의 경우

이와 같이 소득처분과 소득금액변동통지가 있을 때 비로소 법인에게 원천징수의무가 성립된다는 전제하에 이 사건을 본다면, 원천징수 소득세에 대한 과세관청의 이 사건 조세채권도 소득금액변동통지가 송달된 때 비로소 성립, 확정되는 것으로 보아야 하므로 그 소득금액변동통지가 당해 법인에 대한 회사정리절차(1999. 1. 8.) 개시 후인 2005. 4. 8.에 이루어졌다면 정리채권이 아니라 공익채권에 해당한다.

따라서 소외 1이 원고로부터 소득을 횡령한 시점에 그 소득세에 대한 원고의 원천징수의무가 성립된다는 점을 전제로 하여 이 사건 조세채권이 정리채권에 해당한다는 원고의 주장은 그 전제가 원천징수에 관한 기본 법리에 배치되므로 받아들일 수 없다.

## Ⅷ. 세 번째 쟁점(소득세 부과제척기간의 기산일)

### 1. 문제점

소득세의 원천징수의무는 당해 소득세에 대한 원천납세의무자의 납세의무가 성립되어 있음을 전제로 하는 것이므로 만일 원천납세의무자의 당해 소득세 납세의무가

31) 강석규, 전게논문 249쪽.

그에 대한 부과제척기간의 도과로 소멸하였다면 그 소득세의 원천징수의무도 소멸하므로 원천징수의무자에 대한 원천징수고지처분이 위법하게 된다.

원심은 소외 1이 원고로부터 이 사건 횡령금을 유출하여 회계장부를 조작하는 등의 방법으로 횡령사실을 숨김으로써 이 사건 횡령금에 대한 소득세를 신고하지 아니하였거나 '사기 기타 부정한 행위'로써 포탈하였으므로 구 국세기본법(2007. 12. 31. 법률 제8830호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제26조의 2 제1항 제1호 내지 제2호에 의하여 소외 1의 소득세에 대한 부과제척기간은 7년 내지 10년이고 따라서 이 사건 소득금액변동통지 및 이 사건 조세채권 행사는 소득세 부과제척기간 내에 이루어졌다고 판단하였다.

이 사건 횡령금에 대한 소외 1의 소득세 부과제척기간을 "납세자가 사기 기타 부정한 행위로써 국세를 포탈한 경우"에 해당한다고 보아 10년 내지 7년으로 보아야 하는지 여부는 본 발표문의 논제와 다소 거리가 있으므로, 이 부분 논의는 생략하고 이하에서는 소외 1에 대한 소득세 부과제척기간의 기산일을 언제로 보아야 하는지만 살펴본다.

## 2. 소외 1에 대한 소득세 부과제척기간의 기산일

이는 위 7.항에서 논의한 바와 같이, 소득처분시에 소득세 납세의무가 성립한다는 견해{7의 나.(1) 견해}에 의한다면 부과권을 행사할 수 있는 시기를 소득처분 시를 기준으로 하므로 부과제척기산일 역시 소득처분시가 될 것이다.

반면, 소득의 귀속시기와 소득의 지급의제시기를 분리하여 원천납세의무자의 소득세 납세의무는 소득의 귀속시기가 속한 과세연도가 종료하는 때에 성립한다고 보는 견해{7의 나.(2) 견해}에 의한다면 당해 소득이 귀속된 과세기간의 종료 다음날부터 그 소득세에 대한 부과제척기간이 진행된다고 볼 것이다.

판례 역시 소득처분이 있어야 비로소 그 대상 소득이 소득세 과세대상이 된다고 하면서도 그 귀속자의 소득세 납세의무는 그 귀속연도의 종료시에 성립된다고 함으로써 그 소득세에 대한 부과제척기간이 소득처분이 있기 전부터 진행된다고 보고 있다.[32]

32) 이에 대하여 강석규 전게논문 261~262쪽은 소득처분이 있어야 비로소 그 대상 소득이 소득세 과세대상이 된다고 하면서도 그 귀속자의 소득세 납세의무는 그 귀속연도의 종료시에 성립된다고 함으로써 그 소득세에 대한 부과제척기간이 소득처분이 있기 전부터 진행된다고 보는 것은 모순이라는 지적이 있을 수 있으나, 다음과 같은 논거로 이것이 반드시 불합리하다고 볼 것은 아니라고 한다.

따라서 이 사건 조세채권의 부과제척기산일은 1998년 과세연도의 소득세에 대한 신고기한인 1999. 5. 31.이 도과한 1999. 6. 1.부터 진행된다고 보는 것이 타당하다.

## Ⅸ. 결 론

소득처분제도는 그 동안 법인의 임직원의 횡령 등에 의하여 부당하게 사외유출 된 금액에 대하여 소득세를 과세할 수 있게 함으로써 세법상의 부당행위를 방지하고 조세부담의 공평을 실현하는 데 많은 기여를 하여 왔다. 그러나 소득처분 관련 규정의 해석과 관련하여 납세자와 과세당국 간에 끊임없는 이견이 발생해왔고, 이 부분은 꾸준한 논의가 더 필요한 것으로 보인다. 이 사건 판결은 법인의 실질적 경영자인 대표이사 등이 법인의 자금을 유용한 경우 그 지출 자체로서 사외 유출에 해당하는지 여부 및 그에 관한 입증책임의 법리, 소득처분의 효력과 법인의 원천징수의무의 성립시기에 관한 기존 대법원의 입장을 재확인한 판결로서 의의가 있다.

---

즉, 소득처분 대상 소득이 귀속된 과세기간이 종료되면 그 시점에 그에 대한 소득세의 납세의무가 성립되어 그 소득세를 과세할 수 있는 기초가 형성되었으므로, 그 신고기한이 도과되면 과세관청으로서는 언제든지 소득처분을 함으로써 소득세를 부과할 수 있는 입장이기 때문에 그 때부터 부과제척기간이 진행된다 하더라도 과세관청에게 지나치게 불리하다고 볼 수 없다. 그리고 소득처분 대상 소득에 대한 소득세의 부과제척기간이 소득처분이 이루어진 이후부터 진행된다고 보게 되면, 소득처분의 대상이 되었다는 이유만으로 그에 대한 소득세의 부과제척기간이 더 길어지게 되므로 조세공평의 원칙에 반하게 된다. 소득처분은 법인세부과제척기간 내에서는 언제든지 가능하므로 소득처분시부터 소득세 부과제척기간이 진행하는 것으로 해석하면 최악의 경우 소득처분에 의한 소득세부과의 경우 법인세 부과제척기간과 소득세 부과제척기간의 양 기간 모두를 합산한 기간이 도과하여야 소득세 납세의무가 소멸하게 되는 결과가 되는데 이는 납세자에게 지나치게 불리하여 용납되기 어렵다. 또한 소득처분 대상 소득의 귀속자에게 소득처분 대상이 아닌 다른 종합소득이 있는 경우, 이들이 동일 과세연도에 귀속하는 만큼 합산하여 일정한 누진세율에 따라 하나의 종합소득세 부과액이 결정되는데, 이에 대하여 기간이 다른 2개의 부과제척기간이 적용된다는 것은 어색할뿐더러 나중에 어느 하나의 부과제척기간만 도과되었을 경우 부과할 수 있는 종합소득세액의 안분에 있어서도 어려움이 따른다. 요컨대, 소득처분 대상소득은 그것이 실제로 귀속된 과세기간이 종료하는 때에 성립한다고 보는 것은 대법원의 확립된 판례이고, 그것이 변경을 필요로 할 만큼 부당하다고 보이지 않는 이상, 그 소득세에 대한 부과제척기간은 그 귀속된 과세기간의 소득세에 대한 법정 신고기한 다음날부터 진행된다고 보는 것이 논리적이며, 그와 달리 과세관청에게 가혹하다는 이유로 부과제척기간의 기산일을 소득처분시로 늦추는 것은 오히려 납세자에게 가혹한 결과를 초래하게 되어 불합리하다.

# 〔 참고문헌 〕


강석규, 원천납세의무자의 소득세 납세의무가 그 소득세에 대한 부과제척기간의 도과 등으로 소멸한 경우 원천징수의무가 성립하는지 여부, 대법원 판례해설(2010 상반기) 84호, 법원도서관

강석훈, 소득처분과 소득금액변동통지에 관하여, 조세법연구 제12집 제2호(2006. 11.), 세경사

서윤석, 소득처분제도의 문제점과 개선방안-사외유출금액에 대한 과세문제를 중심으로, 서울시립대학교 박사논문(2011), 서울시립대학교

손병준, 소득처분에 의한 소득세의 납세의무 성립시기 및 부과권의 제척기간, 재판자료 제108집, 행정재판실무연구집(2005), 법원도서관

윤지현, 대표이사가 회사 재산을 횡령한 경우 상여로 소득처분할 수 있는 요건에 관한 고찰, 특별법연구 8권(2006), 박영사

이의영, 소득처분에 따른 소득금액변동통지의 법적 성지리, 대법원 2006. 4. 20. 선고 2002두1878 전원합의체 판결에 대한 비판적 검토, 조세법연구(12-2), 세경사

정태학, 원천징수납부의무에 대하여 제2차 납세의무를 부담하는 과점주주 : 소득금액변동통지의 경우 납세의무의 성립시기를 중심으로, 특별법연구 제8권(2006), 박영사

조일영, 법인의 실질적 경영자인 대표이사 등이 법인의 자금을 유용한 행위가 자금에 대한 지출 자체로서 사외유출에 해당한다고 볼 수 없는 특별한 사정의 유무(2007두23323), 대법원판례해설 78호(2008 하반기), 법원도서관

최명근, 조세채무의 성립, 확정, 승계의 법리 : 대판 92누4048호 평석을 중심으로, 한국조세연구 제8권(1993), 한국조세학회

# 금지금 거래와 세법상 신의성실의 원칙

## - 대법원 2011.1.20. 선고 2009두13474 전원합의체 판결 -

박 병 규*

목 차

Ⅰ. 序 ····· 85

Ⅱ. 전제사항들의 확정 ····· 86
1. 전단계세액 공제제도와 폭탄업체 그리고 영세율제도 ····· 86
2. 이 사건 1심 및 원심(서울고등법원 2009. 7. 7. 선고779)의 판단 ····· 92
3. 명목상 거래인가 실질적 거래인가 ····· 94

Ⅲ. 대상판결의 검토 ····· 96
1. 다수의견 ····· 96
2. 별개의견 ····· 99
3. 반대의견 ····· 100

Ⅳ. 검 토 ····· 105
1. 신의성실의 원칙의 의의 및 한계 ····· 105
2. 금지금 거래에 있어서의 신의칙 적용 여부 ····· 106
(1) 조세법 영역에서의 신의성실의 원칙의 의미 ····· 107
(2) 신의칙 적용의 판단 기준 ····· 107
(3) 신의칙 적용의 이익 ····· 108
(4) 신의칙 적용으로 인한 비용 ····· 109
(5) 수출업자의 보호필요성 ····· 110
(6) '적극 가담' 요건의 필요성 ····· 111

* 판사

# Ⅰ. 序

법률가가 법적 분쟁의 해결과정을 밟아나감에 있어서는 필연적으로 다양한 장애물들을 만나게 된다. 이러한 장애물들은 구체적인 사안마다 다르다고 할 정도로 천차만별이지만 그래도 아마 처음 만나게 장애물은 “당해 분쟁의 대상이 되는 사실관계가 어떤 모습인지?”이지 않을까 한다. 법률가가 “그때 그 장소”에 있지 않은 이상 당사자들 및 관련자들의 주장과 증거들만으로 실체관계를 정확하게 밝힌다는 것은 매우 지난한 일임이 틀림없다. 이 장애물을 어찌어찌 넘어서게 되면 다시 법률가의 앞을 가로막는 것은 “당해 분쟁에 적용되는 법질서의 내용이 무엇인지?”일 것이다. 관련 법령이 당해 사안 맞춤형으로 구체적으로 규정되어 있다면 얼마나 좋을까 만은 안타깝게도 관련 법령이 그렇게 규정될 수도 없을 뿐만 아니라 그렇게 규정되어 있으면 애당초 법적 분쟁으로 발전했을 리도 없다. 대부분의 법적 분쟁은 법의 규율내용이 모호한 영역에서 잘 발생하게 마련이며, 법률가는 관련 법령의 문언, 입법자의 의도, 다른 법령과의 관계, 선배 법률가들의 해석 등을 잘 살펴 법질서의 구체적인 내용을 찾아갈 수밖에 없는 것이다. 어떻게 됐든 위 장애물마저 극복하게 되면 대부분은 법적 분쟁의 해결방향이 보이게 된다. 그러나 사실은 ‘해결’이라는 결승점을 통과하기 위해서는 마지막으로 하나의 장애물을 더 통과하여야 한다. 오히려 경우에 따라서는 마지막 장애물이 법률가의 해결 여정을 미궁으로 인도하기도 하는데, 그 마지막 장애물이 바로 “구체적 타당성과 법적 안정성의 조화”라고 할 것이다.

위 ‘구체적 타당성과 법적 안정성의 조화’라는 장애물은 사실 ‘사실관계의 확정’부터 ‘법령의 해석’에 이르기까지 여러 가지 모습으로 등장하기도 하나 적어도 실무에서 가장 적나라하게 등장하는 영역은 바로 ‘신의칙의 적용 문제’라고 할 것이다. 대상판결의 고민 역시 여기에서 시작한다고 보인다. 대상판결은 조세법 영역(부가가치세법 영역)에 있어서 신의칙을 적용한 전원합의체 판례인데, 다수의견에서부터 반대의견에 이르기까지 ‘구체적 타당성과 법적 안정성의 충돌’에 대한 고민이 잘 드러나 있는 사안이라고 할 수 있다. 간단히 말하자면 다수의견은 ‘구체적 타당성을 위하여 확정된 법률관계에 대한 법적용을 제한하자.’라는 입장이고, 별개의견은 ‘법적용을 제한하여야 하기는 하는데, 좀 더 엄격한 요건하에 제한하자.’라는 입장이며, 반대의견은 ‘확정된 법률관계에 대한 법적용을 제한할 필요가 없거나 그로 인하여 입는 손실이 더 크다.’라는 입장이라고 할 수 있다.

이하에서는 우선 대상판결의 사실관계와 이와 같은 고민을 하게 되는 배경에 대해 파악한 후 다수의견, 별개의견, 반대의견의 각각의 입장을 살펴보고, 이에 대한 발표자의 생각을 간단하게 정리하여 보겠다.

# Ⅱ. 전제사항들의 확정

## 1. 전단계세액 공제제도와 폭탄업체 그리고 영세율제도

### (1) 전단계세액 공제제도

부가가치세는 “재화나 용역이 생산·제공되거나 유통되는 모든 단계에서 창출된 부가가치를 과세표준으로 하여 과세하는 조세이다. 그 조세의 부담을 거래상대방에게 전가시켜 종국적으로는 최종소비자가 그 부담을 지도록 한다는 점에서 일반소비세에 속한다.”[1] 이러한 부가가치를 계산하는 방법에는 부가가치의 구성요소를 더하여 계산하는 가산법과 매출에서 투입한 중간제 등을 공제하여 계산하는 공제법이 있는데, 현행 부가가치세는 공제법 중의 하나인 전단계세액공제법을 채택하고 있다.[2]

전단계세액공제제도란 납세의무자가 과세대상이 되는 거래에 대하여 부가가치세를 별도로 징수하여 이를 매출세액으로 하고, 그 매출세액을 정부에 납부함에 있어서 당해 납세의무자가 다른 납세의무자로부터 징수당한 부가가치세액인 매입세액이 있는 경우 이를 공제한 차액을 납부하도록 함으로써 결과적으로 납세의무자는 각 과세기간마다 매출세액과 매입세액을 계산하여 그 차액을 납부하거나 환급받게 된다[매출세액 － 매입세액 = 납부세액(환급세액)].

이에 따라 최종소비자에게 이르게 될 때까지의 모든 거래단계마다 당해 거래단계에서 창출된 부가가치에 상당하는 세액이 납부되는데, 각 창출된 부가가치에 대한 세액은 종국적으로 최종소비자에게 귀착하게 된다.

부가가치세는 납세의무자와 담세자(최종소비자)가 다른 간접세로서 사업자가 실질적인 부담을 지는 것이 아니라 최종소비자에게 전전되어 그 부담을 지도록 하고 있으므로, 이를 위해서는 거래상대방으로부터 부가가치세를 징수하여야 하는바, 이에 따라 우리나라 부가가치세법 제15조는 “사업자가 재화 또는 용역을 공급하는 때에는 제13

1) 임승수 저, 조세법(2008년도판), 박영사, 858쪽 참조.

2) 임승수 저, 조세법(2008년도판), 박영사, 900쪽 참조.

조의 규정에 의한 과세표준에 제14조의 규정에 의한 세율을 적용하여 계산한 부가가치세를 그 공급을 받는 자로부터 징수하여야 한다.”라고 하여 거래징수에 관한 규정을 두고 있다.

(이에 관한 이해의 편의를 위한 도식은 별첨 자료 Ⅰ. 1. 이하 참조)

### (2) 폭탄업체와 영세율 제도

조세법영역과 관련하여 과세관청에게는 각종 조사권, 처분권 등 우월적 지위가 부여되어 있다. 그러나 현실적으로 수많은 과세대상을 일일이 과세관청이 파악하고 대상 거래를 하나하나 챙겨가면서 과세를 징수하는 것은 불가능하다. 그래서 다수의 과세방식은 일정기간별로 나누어 당사자의 신고에 의해 과세를 확정 내지 부과하는 방법을 취하게 된다. 이른바 ‘폭탄업체’는 이런 상황의 틈을 비집고 들어온다. ‘폭탄업체’는 -은어라서 그 개념을 단정하기 어려우나- 통상 처음부터 탈세를 목적으로 설립되는 업체로서 경제적 능력이 없이 설립되어 일정 기간 영업을 한 후 그 수익을 전부 은닉하고 관련 세금을 납부하지 아니한 채 폐업하는 방식으로 탈세를 하는데, 대부분이 속칭 ‘바지사장’을 내세워 영업을 하면서 단기간에 대량으로 유통시킨 후 과세관청이 인지하기 전에 폐업하고 도망가 버려 사전에 적발하기가 매우 힘들다.

그런데 이러한 폭탄업체를 이용한 영업 형태가 부가가치세법상의 영세율제도와 결합 되어 탈세를 하는 경우가 있다. 영세율이란 “말 그대로 세율을 영(零)으로 하는 것”[3]을 말하는 것으로, 납부세액 계산시 과세표준에 영(零)의 세율을 곱하여 사실상 납부세액이 0원이 되는 제도를 영세율 제도라고 한다. 현행 부가가치세법은 전단계와의 거래세액(매입세액)을 당해 거래단계의 거래세액(매출세액)에서 공제한 금액을 세액으로 계산하는 전단계세액공제법을 채택하고 있는데, 이러한 부가가치세에 영세율제도를 적용하면 영세율을 적용받은 사업자는 당해 거래단계의 매출세액이 0원이 되고, 여기에서 재화 또는 용역을 공급받을 때 자신이 부담한 매입세액을 공제받게 되므로, 결국 그 매입세액을 전액 환급받게 됨으로써 부가가치세를 면제받게 된다.[4]

---

3) 임승수 저, 조세법(2008년도판) 889쪽 이하 참조.

4) 부가가치세법에서 이러한 영세율 제도를 규정하고 있는 이유는 ① 재화의 수출입에 대한 소비세과세는 소비지과세원칙에 따라 소비하는 국가에서 행하도록 함으로써 간접세의 국가간 이중과세를 방지하기 위한 것(국가간 이중과세의 방지), ② 수출재화의 가격조건을 유리하게 하여 국제경쟁력을 제고하기 위한 것(수출촉진), ③ 특정거래를 보호할 국가의 정책적 목적(국가의 정책목적) 등이라고 한다. 자세한 사항은 임승수 저, 조세법(2008년도판) 890쪽 참조.

문제는 여기서 환급받는 매입세액(이하 '환급세액'이라고 한다)은 전단계 거래자가 당해 사업자로부터 징수하여 과세관청에 납부한 매출세액이라는 점에 있다. 부가가치세의 전단계세액공제법은 어디까지나 모든 거래 당사자의 성실한 납세를 전제로 설계된 것인데, 이 과정에 폭탄업체가 게재되게 되면 폭탄업체가 자신이 납부해야 할 매출세액을 납부하지 않고 폐업해버리기 때문에 사실상 환급세액은 국고에서 지출되게 된다. 이는 통상적인 조세포탈의 경우와는 다른 상황을 초래하는데, 단순히 세금을 납부하지 않는 조세포탈의 경우에는 국고에 적극적인 손실을 가져온다기보다는 소극적인 손실을 가져오는 것에 그치지만, 위와 같은 거래는 국고의 현실적 출혈을 가져오게 되는 것이다(별첨 자료 Ⅳ. 참조).

대상판결에 있어서 고민의 이유도 여기에 있다.

### (3) 금지금(=Gold Bar) 거래의 기본구조[5)]

앞서 언급한 바와 같이 '폭탄업체 및 영세율 제도의 결합에 의한 탈세거래'의 대표적인 예가 대상판결에서 문제되는 금지금 거래이다.

이러한 금지금 거래의 구조(별첨 자료 Ⅱ. 도식 참조)는 외관상으로는 금지금이 '외국업체 → 수입업체 → 면세 도매업체 → … → 면세 도매업체 → 폭탄업체 → 과세 도매업체 → … → 과세 도매업체 → 수출업체 → 외국업체'의 단계를 거쳐 유통되고, 그 거래대금은 수출업체에서부터 수입업체에 이르기까지 역방향으로 순차 지급되는 형식을 취하는데, '폭탄업체'는 매입가액보다 낮은 공급가액으로 금지금을 판매하지만, 공급가액에 부가가치세액을 더한 공급대가는 매입가액보다 높고, 거래징수한 부가가치세를 납부하지 않기 때문에, 공급대가와 매입가액과의 차액에 상당한 이익을 얻게 된다(별첨 자료 Ⅱ. 참조). 한편, '폭탄업체'가 거래징수한 부가가치세는 그 이후 각 단계의 업체가 직전 단계 업체로부터 교부받은 세금계산서를 이용하여 매입세액을 공제받는 방법으로 순차적으로 전가되다가, 결국 수출업체가 금지금을 수출한 후 영세율의 적용에 따라 국가로부터 환급받는바, 그 환급액 중 '폭탄업체'가 납부하지 않은 부가가치세액에 상당한 부분이 '폭탄영업'에 의한 이익의 궁극적인 원천이 된다. 그 이익은 '폭탄영업'에 관여한 국내업체들에게는 각 거래단계에서의 마진(margin)의 형태로 분배되거나, '폭탄업체'의 이익금 중 일정비율로 계산한 금액을 관여업체에게

5) 이하 기재한 내용은 서울행정법원 2008. 8. 19. 선고 2006구합39864(이하 '이 사건 제1심 판결'이라고 한다) 5쪽 이하에서 발췌·인용한 것이다.

별도로 지급하는 이른바 백 마진(back margin)의 형태로 분배되고, '폭탄영업'에 관여한 외국업체에게도 수입가격과 수출가격의 차액(국내업체를 기준으로 하면 수출가격이 수입가격보다 낮게 된다) 형태로 분배된다.

이러한 금지금 거래에 있어서는 이익을 극대화하기 위하여 통상 단기간 내에 최대한 많은 물량의 금지금을 유통시키는바, 그에 따라 발생할 수 있는 관여업체들 사이의 분쟁이나 대금유실 등의 사고를 예방하기 위하여 ① 대부분 동일한 전주(錢主 : 폭탄영업망의 외부에서 최초에 금지금의 수입자금을 준비하는 자를 일컫는다)가 수출업체와 수입업체를 동시에 운영하고, ② 전주가 자신이 실질적으로 지배하거나 신뢰하는 업체를 '폭탄업체'와 직접 거래하도록 배치하며, ③ 전주가 각 거래 단계마다 거래물량, 단가 및 마진 등을 실질적으로 결정하고, ④ 수입업체부터 수출업체까지의 일련의 거래가 대부분 하루 또는 수일 이내의 매우 짧은 시간에 이루어지며, ⑤ 금지금 실물이 거래단계를 건너뛰어 수출업체로 곧바로 운송되는 경우가 대부분이다.

### (4) 대상판결의 사실관계[6)]

1) 주식회사 범아귀금속(이하 '원고'라고 한다)은 2004. 2. 12. 금괴, 은괴, 연괴 등 기타 비철금속의 제조·도소매업을 목적으로 자본금 1억 원으로 설립되었는데, 그 대표이사는 구자룡이었고, 주주명부에는 대표이사인 구자룡이 4,500만 원, 감사인 조태호가 3,000만 원, 이사인 김순관이 2,500만 원을 각 출자하여 구자룡이 45%, 조태호가 30%, 김순관이 25%의 원고 회사 주식을 소유하고 있는 것으로 등재되어 있었다.

2) 원고는 서울 종로구 봉익동 금정빌딩 별관 401호 약 12평을 임차보증금 1,000만 원, 월세는 100만 원에 임차하여 주된 사무실로 사용하고 있는데, 위 임대차계약의 당사자는 구자룡과 외사촌관계에 있는 국제금은의 대표이사인 이재성으로 되어 있다. 이재성은 7년가량 종로 귀금속소매상의 귀금속을 지방(대전, 광주)의 귀금속소매상에게 판매하는 중상인(속칭 '나까마')으로 일을 하였고, 2002. 1. 30. 이홍재로부터 서울 종로3가 175-4 현대상가 1205호 소재 글로벌선물투자 주식회사의 지분 60%를 인수한 후 상호를 국제금은으로 변경하여 현재까지 이를 운영해 오고 있다.

3) 한편, 원고의 대표이사인 구자룡은 1987년경 숭실대학교 경제학과를 졸업하였고, 2002. 9. 25.부터 2004. 12. 31.까지 서울 강남구 대치동 889-70 소재 인테리어 업체인 예원건설의 대표로 등재되어 있으면서 직원 1명을 두고 이를 직접 운영하였으

6) 이하 내용은 이 사건 1심 판결의 사실관계를 요약 정리한 것이다.

며, 원고 대표이사로 취임하기 전까지 지금업이나 무역업에 종사한 경험이 전혀 없고, 원고 회사의 설립 당시 은행 채무가 1억 3,000만 원정도 있었다.

4) 원고는 35회에 걸쳐 지금을 매입한 후 '주로 같은 날' '대부분 지금을 그대로(1회 정도 금목걸이 형태로 가공하여 수출)' 국내 지금업체인 주식회사 원스타골드, 엠제이골드에 매출하거나 11회에 걸쳐 홍콩 소재 쥬생생(Chow Sang Sang Jewellery Ltd)이나 선입홍(Sun Yip Hong Gold Dealers Ltd)에 수출하였다.

5) 그런데 원고가 지금을 매도한 가격은 같은 날 지금 도매시세에 미치지 못하는 금액이었다.

6) 원고는 국제금은을 비롯하여 진성금은, 케이지쥬얼리, 합동금은 등으로부터 지금을 매입하였는데, 사실상 지금 실물을 인도받은 적은 드물고, 대다수의 거래가 전화로만 이루어진 것이었으며, 물품매도확약서는 17건에 대해서만 작성되었고, 작성된 물품매도확약서의 내용도 실제 자금흐름이나 지금인도일과 일치하지 않는 경우가 많았다.

7) 원고에게 세금계산서를 발행한(지금을 매도한) 진성금은 등 8개 업체는 주식회사 유리골드, 조인골드 주식회사, 주식회사 골드리가, 주식회사 선일인터내셔날, 주식회사 팔구사골드, 주식회사 제이엠골드, 주식회사 백두주얼리, 화인금은 주식회사, 주식회사 씨엔지골드 등으로부터 지금을 매수한 것으로 되어 있고, 위 회사들은 진성금은 등 8개 업체에게 지금을 매도한 것과 같은 날 주식회사 미래골드, 주식회사 골드바, 주식회사 금장코리아, 주식회사 서호교역, 주식회사 골드줌인, 주식회사 립스무역, 주식회사 우현골드, 주식회사 한솔골드, 주식회사 청호금속, 주식회사 가이아쥬얼리, 주식회사 케이비지주얼리, 주식회사 씨알주얼리 등으로부터 지금을 매수한 것으로 되어 있으며, 다시 위 회사들은 다시 또 그들이 매도한 것과 같은 날 주식회사 디비디골드, 주식회사 천연골드, 주식회사 미모통상, 주식회사 렉서스, 주식회사 신한골드, 주식회사 골드위크, 주식회사 써티원월드, 주식회사 지앤비티 등으로부터 지금을 매수한 것으로 되어 있다(이하 '주식회사' 호칭을 모두 생략한다).

8) 그런데 원고 매입처의 거래업체인 위 회사들 중 렉서스는 275억 4,600만 원의 상당의 부가가치세를 납부하지 아니한 채 2004. 3. 31. 폐업하였고, 금장코리아는 155억 4,400만 원 상당의 부가가치세를 납부하지 아니한 채 2004. 4. 13. 폐업하였으며, 립스무역은 118억 7,000만 원 상당의 부가가치세를 납부하지 아니한 채 2004. 5. 22. 폐업하였고, 천연골드는 78억 7,200만 원 상당의 부가가치세를 납부하지 아니한 채 2004. 2. 28.

폐업하였으며, 한솔골드도 56억 9,800만 원 상당의 부가가치세를 납부하지 아니한 채 2004. 5. 18. 폐업하였으며, 씨알주얼리도 31억 7,500만 원 상당의 부가가치세를 납부하지 아니한 채 2004. 9. 8. 폐업하였고, 써티원월드도 51억 6,900만 원 상당의 부가가치세를 납부하지 아니한 채 2004. 6. 30. 폐업하였으며, 신한골드는 188억 8,700만 원 상당의 부가가치세를 납부하지 아니한 채 2004. 4. 16. 폐업하였고, 골드위크도 32억 6,200만 원 상당의 부가가치세를 납부하지 아니한 채 2004. 5. 14. 폐업하였으며, 지앤비티는 27억 4,000만 원 상당의 부가가치세를 납부하지 아니한 채 2004. 9. 30. 폐업하였다.

9) 위 회사들 중 지앤비티의 대표이사인 황경연은 해외도피 중이고, 씨알주얼리의 대표이사인 황선필은 의사판단이 불가능한 정신질환자로 인천 소재 '참사랑회 소망의 집'에서 2004. 1. 7.부터 거주하고 있었다.

10) 서울지방국세청장은 원고에 대한 조세범칙조사(이하 '이 사건 조사'라 한다)를 실시한 후, 원고가 진성금은 등으로부터 교부받은 세금계산서를 사실과 다른 세금계산서로 판단하여 관련 과세자료를 종로세무서장(이하 '피고'라고 한다)에게 통보하였고, 이에 피고는 아래와 같이 이 사건 세금계산서에 의한 매입세액을 불공제하여 2005. 10. 4. 원고에게 2004년 제1기분 부가가치세 1,407,005,670원, 2004년 제2기분 부가가치세 106,485,820원을 각 경정고지 하였다(본래 위 처분에는 법인세 경정처분까지 포함되어 있었으나 본 발표문이 다루고자 하는 주제와는 관련성이 약하여 생략하도록 한다).

<부가가치세 경정내역>

(단위 : 원)

| 과세기분 | 2004. 제1기 (당초) | 2004. 제1기 (경정) | 2004. 제2기 (당초) | 2004. 제2기 (경정) |
|---|---|---|---|---|
| 과세표준 | 12,534,096,771 | 10,255,174,771 | 5,354,433,367 | 4,921,353,367 |
| 매출세액 ① | 227,892,200 | | 43,308,000 | |
| 매입세액 ② | 1,242,188,776 | 1,393,576 | 537,960,388 | 1,282,188 |
| 차가감계 ③ (① - ②) | -1,014,296,576 | -1,393,576 | -494,652,388 | -1,282,188 |
| 가산세 ④ | | 394,102,678 | | 107,335,640 |
| 기납부세액 ⑤ | | -1,014,296,576 | | -432,377 |
| 고지(환급)세액 (③ + ④ - ⑤) | -1,014,296,576 | 1,407,005,678 | -432,377 | 106,485,829 |

11) 이에 원고는 위 부과처분에 불복하여 국세심판원(2006. 8. 11. 원고의 심판청구를 기각)을 거쳐 행정소송을 제기하였다.

## 2. 이 사건 1심 및 원심(서울고등법원 2009. 7. 7. 선고779)의 판단

### (1) 이 사건 1심의 판단

이 사건 1심 법원은 “세금부과처분취소소송에 있어서 과세요건사실에 관한 증명책임은 과세권자에게 있으나, 과세요건사실에 관한 직접적인 증거가 없는 경우라도 간접적인 사실관계 등에 의거하여 경험칙상 가장 합리적인 설명이 가능한 추론에 의하여 과세요건사실의 존재를 추정할 수 있는 경우에는 그 증명이 있다고 보아야 하고, 따라서 구체적인 소송과정에서 경험칙에 비추어 과세요건사실을 인정할 수 있는 간접사실이 밝혀진 이상, 세금부과처분의 상대방이 당해 사실은 경험칙의 적용대상이 되지 못한다거나 당해 사건에서 그와 같은 경험칙의 적용을 배제하여야 할 만한 특별한 사정이 있다는 점을 증명하지 않는 한, 당해 부과처분이 과세요건을 충족시키지 못한 위법한 처분이라고 단정할 수는 없다(대법원 2006. 9. 22. 선고 2006두6383 판결 참조). 그리고 부가가치세법 제6조 제1항, 제7조 제1항 및 제16조 제1항에 있어서 ’계약상 원인에 의하여 재화를 인도 또는 양도하거나 역무를 제공하는 자 등 재화 또는 용역을 공급하거나 또는 공급받는 자’에 해당하여 그 공급하는 사업자로부터 세금계산서를 교부받고, 공급받는 사업자에게 세금계산서를 교부하며, 나아가 부가가치세를 납부하여야 하는 자는, 공급하는 사업자 또는 공급받는 사업자와 명목상의 법률관계를 형성하고 있는 자가 아니라, 공급하는 사업자로부터 실제로 재화 또는 용역을 공급받거나, 공급받는 자에게 실제로 재화 또는 용역을 공급하는 거래행위를 한 자라고 보아야 한다(대법원 2003. 1. 10. 선고 2002도4520 판결 참조). 또한, 실제 공급자와 세금계산서상의 공급자가 다른 세금계산서는 공급받는 자가 세금계산서의 명의위장사실을 알지 못하였고 알지 못한 데에 과실이 없다는 특별한 사정이 없는 한 그 매입세액을 공제 내지 환급받을 수 없으며, 공급받는 자가 위와 같은 명의위장사실을 알지 못한 데에 과실이 없다는 점은 매입세액의 공제 내지 환급을 주장하는 자가 이를 입증하여야 한다(대법원 2002. 6. 28. 선고 2002두2277 판결 참조).”라고 전제한 후, 이 사건에 대해 앞서 언급한 금지금의 일반적 특징(도매시세보다 낮은 가격에 거래되는 점, 유통단계를 거칠 아무런 이유가 없음에도 유통단계를 거치고 있는 점, 대표이사가

‘바지’로 보이는 점 등)과 구자룡의 진술(거래단가를 원스타골드의 송민철이 결정하는 대로 정하였다는 진술 등) 등을 거시하며, 이 사건 거래는 “실제로는 폭탄업체 또는 그와 더욱 가까운 거래단계에 있는 업체로부터 직접 수출업체로 금지금이 공급되는 것임에도, 양자 간의 직접적인 거래관계를 단절시킴으로써 폭탄업체의 부가가치세 포탈이 밝혀지더라도 수출업체에 대하여는 과세관청이나 수사기관의 조사가 어렵게 하기 위하여 가장한 것”이라고 판단하였다.

따라서 원고가 부가가치세 환급을 받기 위하여 세출한 세금계산서는 거래를 가장한 허위의 세금계산서에 해당하므로, 부가가치세법 제17조 제2항에 의하여 매입세액을 공제할 수 없는 경우에 해당하여 피고의 이 사건 부과처분은 적법하다고 판결하였다.

### (2) 원심의 판단

이와 달리 원심은 “부가가치세법 제1조 제1항 제1호는 부가가치세 과세대상으로서 ‘재화의 공급’을 규정하고 있고, 제6조 제1항은 ‘재화의 공급은 계약상 또는 법률상의 모든 원인에 의하여 재화를 인도 또는 양도하는 것으로 한다.’라고 규정하고 있는바, 부가가치세가 다단계 거래세로서의 특성이 있는 점 등에 비추어 볼 때, 부가가치세법 제6조 제1항 소정의 인도 또는 양도는 실질적으로 얻은 이익의 유무에 불구하고 재화를 사용·소비할 수 있는 권한을 이전하는 일체의 원인행위를 모두 포함하고(대법원 1985. 9. 24. 선고 85누286 판결, 대법원 2001. 3. 13. 선고 99두9247 판결 등 참조), 이 경우 어느 일련의 거래과정 가운데 특정 거래가 부가가치세법 소정의 재화의 공급에 해당하는지 여부는 각 거래별로 거래당사자의 거래의 목적과 경위 및 태양, 이익의 귀속주체, 대가의 지급관계 등 제반 사정을 종합하여 개별적·구체적으로 판단하여야 하며, 그 특정 거래가 실질적인 재화의 인도 또는 양도가 없는 명목상의 거래라는 이유로 그 거래과정에서 수취한 세금계산서가 매입세액의 공제가 부인되는 부가가치세법 제17조 제2항 제1의2호가 규정하고 있는 ‘사실과 다른 세금계산서’에 해당한다는 점에 관한 증명책임은 과세관청이 부담함이 원칙이다(대법원 2009. 3. 12. 선고 2009두119 판결).”라고 전제한 후, 1심에서 거시한 사실 및 피고가 제출한 증거들만으로는 “이사건 금지금 거래가 명목상의 거래라고 단정하기 어렵다.”라고 판단하였다.

또한, 원심에 이르러 피고는 “처음부터 부가가치세의 포탈이 전제되어 있는 금지

금 거래의 특성에 비추어 볼 때, 원고와 전단계 거래자의 금지금에 대한 '실제 공급가액'은 '세금계산서에 기재되어 있는 공급가액'이 아니라 '세금계산서상의 공급가액과 부가가치세의 합계액'이라고 봄이 상당하고, 원고와 전단계 거래자는 사실상 부가가치세를 교부·징수한 것이 아님에도 부가가치세를 환급받을 목적으로 마치 부가가치세를 정상적으로 징수당한 것처럼 세금계산서에 공급가액을 쪼개어 '허위의 공급가액'과 '부가가치세액'으로 기재한 것이므로, 이는 허위의 세금계산서에 해당한다."라는 주장을 추가하였으나, 이에 대해 원심은 "이를 인정할 만한 증거가 없다."라는 이유로 이를 배척하였다.

## 3. 명목상 거래인가 실질적 거래인가

앞서 본 바와 같이 이 사건 금지금 거래에 대하여 1심은 명목상 거래로 보아 피고의 부과처분을 적법하다고 판단하였고, 원심은 별다른 설명 없이 세금계산서 그대로의 거래로 보아(정확하게는 명목상 거래 또는 공급가액을 감축시킨 거래로 볼 증거가 없다고 보아) 피고의 부과처분을 위법하다고 판단하였다. 이에 대해 대상판결은, 이는 "원심의 전권사항에 속하는 증거의 취사선택이나 사실인정" 영역에 속하는 문제라는 이유로 별도로 판단하지 않고 원심을 유지하였다.

사실 원심의 명목상 거래 해당 여부에 대한 입장은 종래 대법원 판결에 따른 것인데, 금지금 거래가 명목상 거래인지에 대하여 대법원은 다음과 같이 판시하고 있다.
"금지금을 각 매입하고 매입 당일 금지금을 인도받은 다음 그 대금을 모두 지급하고 공급자로부터 세금계산서를 각 교부받은 사실, 금지금을 매입한 당일 또는 그 다음날 홍콩 소재 수입상들에게 수출하고 그 과정에서 상당한 이득을 남긴 사실을 알 수 있는바, 이러한 사실 및 기록에 나타나는 여러 사정을 종합하면, 이 사건 금지금이 수입되어 수출되기까지의 일련의 전체거래(이하 '이 사건 전체거래'라 한다)가 모두 하루에 이루어지고, 그 중간 단계에 부가가치세가 면제되는 금지금을 매입한 다음 면세추천 받지 아니한 자에게 부가가치세 과세대상이 되는 금지금으로 공급하면서 세금계산서를 작성·교부하고 그 부가가치세 상당액을 납부하지 않는 이른바 폭탄업체가 존재하고 있는 점 등의 사정만으로는 이 사건 전체거래 중의 하나인 이 사건 거래가 명목상의 거래로서 부가가치세 과세대상이 되는 재화의 공급이 아니라고 보기는 어렵다 할 것이다(대법원 2008.12.11. 선고 2008두9218, 9737, 16476, 16995 판결 참조)."

또한, 금지금 거래가 공급가액을 감축한 거래인지에 대해서도 원심 판결 선고 이

후 대법원에서 “부가가치세 납세의무자인 사업자가 계약상 또는 법률상 원인에 의하여 재화를 인도 또는 양도하는 경우에는 부가가치세를 면제하거나 부과하지 아니한다는 특별한 규정이 없는 한 모두 부가가치세의 과세대상이 되는 것이므로 사업자가 사업상 독립적으로 재화를 공급하기만 하면 과세요건이 충족되고, 한편 이러한 사업자로부터 재화를 공급받는 사업자로서도 장차 자신의 전체 매출세액에서 당해 매입세액을 공제받을 것을 기대하고 거래에 임하는 것이 통례이므로, 이들 사업자 사이에서 재화를 공급하고 그 거래 금액을 세금계산서에 기재하면서 이를 공급가액과 부가가치세로 구분·특정하여 나누어 기재하였다면 이들 거래당사자 사이에서는 공급가액의 수수와 별도로 그 세금계산서상의 부가가치세도 거래징수되었다고 보아야 한다(대법원 2000. 2. 22. 선고 99다62821 판결, 대법원 2005. 5. 27. 선고 2004다60065 판결 등 참조).”라는 전제하에, 감축거래임을 인정할 만한 증거가 없다는 이유로 배척하였다(대법원 2010. 5. 13. 선고 2009두15869 판결 참조).

앞서 살펴본 금지금의 특성, 특히 폭탄업체를 전제로 하지 않는 경우 금지금 거래는 사실상 이루어지기 어렵다는 점, 그 거래가 단시일 내에 대량으로 이루어지며 거래가액이 수입가격에 미치지 못한다는 점, 등을 고려하면, 금지금 거래를 명목상의 거래로 보거나 적어도 공급가액을 감축시킨 가장거래로 볼 여지는 있다.

그러나 금지금 거래를 종합적으로 고려하는 것이 아니라 한 단계의 거래만 떼어놓고 보면, 점유개정 방식에 의한 정상적인 거래와 구별하기 어려운 것도 사실이다. 특히 통정 허위표시 내지 가장행위가 인정되기 위해서는 ‘통모’라는 요건이 증명되어야 하는데, 실제 배후자(전주)와 수개의 페이퍼컴퍼니 및 ‘바지’들의 연관관계가 밝혀지지 않는한 이를 ‘통모’라고 인정하기에는 어려울 경우가 많을 것으로 생각된다. 실제 금지금 거래는 이 사건 금지금 거래와 같이 수개의 체인이 얽혀 있는 경우도 있을 수 있고, 백마진 형태로 환급금액을 분배받는 경우가 아닌 유통수익 형태로 마진을 사전에 분배받는 경우도 있을 수 있는 이상 거래를 무효로 만들 정도의 ‘통모’가 인정되기 곤란한 경우가 오히려 많을 것이다(별첨 자료 Ⅴ. 참조). 더욱이 이전부터 폭탄업체 관련자들을 부가가치세 포탈이라는 이유로 조세포탈죄로 처벌해 왔는데 금지금 거래라는 이유로 모두 가장거래라고 보게 되면 이는 사법상으로 무효여서 폭탄업체 관련자들을 조세포탈죄로 처벌하기 어려워지는 점까지 고려해 볼 때[7] 금지금 거래라는 이유만으로 이를 가장행위라고 보기는 어려운 점이 분명히 있다.

---

7) 우리나라는 대법원이 원 벤치(one bench)를 취하고 있기 때문에 형법과 민법은 물론 조세, 가사, 행정까지 모든 판례가 모순 없이 조화되어야 한다고 한다.

또한, 감축거래로 보는 경우 역시 이는 당사자의 의사를 지나치게 의제하는 것이 아닌가라는 느낌이다. 가령 별첨 자료의 도식을 보면 950원이 아닌 1,045원에, 960원이 아닌 1,056원에 당사자가 금지금을 거래했다는 것인데, 그 후 부가가치세 납부정황이라든지 당사자가 실제로 분배받는 이익을 비교해보면, 과연 당사자 간의 의사를 그렇게 해석할 수 있는지 의문이 든다. 더욱이 만약 감축거래로 해석하게 된다면 금지금 거래에 가담한 모든 거래단계가 조세포탈죄에 해당되게 되는데 위와 같은 사실관계에서 당사자의 의사를 그렇게 해석하여 형법상의 고의를 인정하는 것은 분명히 부담스러운 일이다.

어쨌든 현행 대법원 판례의 확립된 입장은 금지금 거래라는 사정, 그리고 그러한 금지금 거래의 일반적 특징들만으로는 각 거래단계가 명목상의 거래에 불과하다든지 감축거래라고 인정할 수 없고, 이를 인정하기 위해서는 그 이상의 특별한 사정이 있어야 한다는 것으로 보인다. 이에 피고는 상고심에 이르러 “금지금 회전거래에 편승한 수출업체가 매입세액 공제를 주장하는 것은 전단계세액 공제제도를 채택하고 있는 우리나라 부가가치세 제도의 근간을 흔드는 것으로 국세기본법 제15조가 규정하는 신의성실의 원칙에 반하는 권리남용에 해당하여 허용될 수 없다.”라는 주장을 하였다.

# Ⅲ. 대상판결의 검토[8)]

## 1. 다수의견

### (1) 조세법 영역에서의 신의칙

구 국세기본법(2010. 1. 1. 법률 제9911호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘국세기본법’이라 한다) 제15조는 ‘납세자가 그 의무를 이행함에 있어서는 신의에 좇아 성실히 하여야 한다. 세무공무원이 그 직무를 수행함에 있어서도 또한 같다.’라고 규정함으로써 신의성실의 원칙이 조세법 분야에서도 기본적 지도이념이 되어야 함을 천명하고 있다. 기존의 법을 구체화하거나 이를 보충하고, 또 성문법의 경직성을 보완하는 등의 기능을 통해 법의 운용에 구체적 타당성을 확보할 수 있게 하는 이 신의성실의 원칙은 조세법 영역에서도 조세법률주의의 허점을 보정하는 역할을 하므로 비록 민사법

8) 이하 대상판결은 양이 방대하여 이해의 편의를 돕기 위하여 발표자가 중요 부분이라고 생각되는 부분만 발췌 인용한 것이다.

영역에 비하여 그 적용범위가 다소 제한적일 것이기는 하나, 조세법 규정을 개별 사안에 그대로 적용하면 보편적인 정의관과 윤리관에 비추어 도저히 용납할 수 없는 부당한 결과가 초래됨으로써 오히려 건전한 법질서에 역행하는 것으로 볼 특별한 사정이 있다면 신의성실의 원칙에 의해 예외적으로 그 규정의 적용을 제한 또는 배제할 수 있을 것이다. 이러한 원칙은 부가가치세에 관한 법률관계에도 적용될 수 있음은 당연하다(국세기본법 제1조, 제3조 제1항 본문).”

### (2) 신의칙을 적용해야 할 필요성

“구 부가가치세법(2010. 1. 1. 법률 제9915호로 개정되기 전의 것) 제15조는 사업자가 재화 또는 용역을 공급하는 때에는 그 공급가액에 관한 부가가치세를 그 공급을 받는 자로부터 징수하여야 한다고 규정하고, 제17조 제1항은 사업자가 납부하여야 할 부가가치세액은 매출세액에서 매입세액을 공제한 금액으로 하고 매출세액을 초과하는 매입세액은 환급받을 세액으로 한다고 규정함으로써 이른바 전단계세액공제 제도를 채택하고 있다. 이는 최종소비자에 이르기 전의 각 거래단계에서 재화 또는 용역을 공급하는 사업자가 그 공급을 받는 사업자로부터 매출세액을 징수하여 국가에 납부하고, 그 세액을 징수당한 사업자는 이를 국가로부터 매입세액으로 공제·환급받는 과정을 통하여 그 세액의 부담을 다음 단계의 사업자에게 차례로 전가하여 궁극적으로 최종소비자에게 이를 부담시키는 것을 근간으로 한다( 대법원 1999. 11. 12. 선고 99다33984 판결 등 참조). 이러한 구조에서는 각 거래단계에서 징수되는 매출세액이 그에 대응하는 매입세액의 공제·환급을 위한 재원이 되므로 그 매출세액이 제대로 국가에 납부되지 않으면 부가가치세의 체제를 유지하는 것이 불가능하게 된다.

따라서 만일 연속되는 일련의 거래에 있어 어느 한 단계의 악의적 사업자가 당초부터 부가가치세를 포탈하려고 마음먹고, 오로지 부가가치세를 포탈하는 방법에 의해서만 이익이 창출되고 이를 포탈하지 않으면 오히려 손해만 보는 비정상적인 거래(이하 ‘부정거래’라고 한다)를 시도하여 그가 징수한 부가가치세를 납부하지 않는 경우, 그 후에 이어지는 거래단계에 수출업자와 같이 영세율 적용으로 매출세액의 부담 없이 매입세액을 공제·환급받을 수 있는 사업자가 있다면 국가는 부득이 다른 조세수입을 재원으로 삼아 그 환급 등을 실시할 수밖에 없을 것인바, 이러한 결과는 소극적인 조세수입의 공백을 넘어 적극적인 국고의 유출에 해당되는 것이어서 부가가치세 제도 자체의 훼손을 넘어 그 부담이 일반 국민에게 전가됨으로써 전반적인 조세체계에까지

심각한 폐해가 미치게 된다 할 것이다.

물론 위와 같은 사유가 있다 하여도 부정거래의 존재를 전혀 알 수 없는 상황에서 거래를 한 수출업자라면 원칙적으로 부가가치세법이 정하는 바에 따라 매입세액을 공제·환급받을 수 있음을 부인하여서는 아니 될 것이다. 그러나 수출업자가 그 전단계에 부정거래가 있었음을 알면서도 아랑곳없이 그 기회를 틈타 자신의 이익을 도모하고자 거래에 나섰고, 또한 그의 거래 이익도 결국 앞서의 부정거래로부터 연유하는 것이며 나아가 그의 거래 참여가 부정거래의 판로를 확보해 줌으로써 궁극적으로 부정거래를 가능하게 한 결정적인 요인이 되었다면(필연적인 상호 의존관계), 이는 그 전제가 되는 매입세액 공제·환급제도를 악용하여 부당한 이득을 추구하는 행위라고 할 것이므로 그러한 수출업자에게까지 다른 조세수입을 재원으로 삼아 매입세액을 공제·환급해 주는 것은 부정거래로부터 연유하는 이익을 국고에 의하여 보장해 주는 격이 됨은 물론 위에서 본 바와 같은 전반적인 조세체계에 미치는 심각한 폐해를 막을 수도 없다.....그리고 이러한 일련의 거래는 워낙 짧은 기간 내에 이루어지므로 국가가 이를 차단하기도 어렵다.

따라서 이러한 경우의 수출업자가 매입세액의 공제·환급을 구하는 것은 보편적인 정의관과 윤리관에 비추어 도저히 용납될 수 없다 할 것이므로 이는 국세기본법 제15조 소정의 신의성실의 원칙에 반하는 것으로서 허용될 수 없다고 보아야 한다. 위와 같은 경우 악의적 사업자와 상호 의존관계에 있는 수출업자가 국가로부터 매입세액을 공제·환급받음으로써 국고의 유출이 현실화되므로 이러한 수출업자에 대한 제재로서 그에 대한 매입세액의 공제·환급을 부인한다고 해서 악의적 사업자의 부가가치세 포탈에 대한 책임을 합리적 이유 없이 수출업자에게 전가하는 것이라고 할 수도 없다.

### (3) 중과실의 포함

이러한 법리는 공평의 관점과 결과의 중대성 및 보편적 정의감에 비추어 수출업자가 중대한 과실로 인하여 그와 같은 부정거래가 있었음을 알지 못한 경우, 즉 악의적 사업자와의 관계로 보아 수출업자가 조금만 주의를 기울였다면 이를 충분히 알 수 있었음에도 불구하고 거의 고의에 가까운 정도로 주의의무를 현저히 위반하여 이를 알지 못한 경우에도 마찬가지로 적용된다고 봄이 상당하고, 그 수출업자와 부정거래를 한 악의적 사업자와 간에 구체적인 공모 또는 공범관계가 있은 경우로 한정할 것은 아니다.

## 2. 별개의견

금지금 수출업자인 원고의 매입세액 공제·환급 주장도 신의성실의 원칙의 적용대상이 될 수 있다는 점에 관하여는 원칙적으로 동의하지만 다수의견이 들고 있는 신의성실의 원칙의 적용 요건에 관하여는 다른 견해를 취하였다.

“부가가치세는 소비재의 소비행위에 담세력을 인정하는 소비세인데, 부가가치세법은 담세자인 최종소비자를 납세의무자로 하지 아니하고 사업자를 납세의무자로 하면서도 사업자의 부가가치세 부담을 없애 주고 그 부담을 최종소비자에게 전가하기 위하여 전단계세액공제와 거래징수라는 장치를 두고 있다. 이러한 장치를 통하여 재화 또는 용역을 공급받는 사업자는 그 공급을 하는 사업자에게 부가가치세를 거래징수당한 후 이를 국가로부터 매입세액으로 공제·환급받음으로써 부가가치세의 부담으로부터 자유롭게 된다. 따라서 사업자는 원칙적으로 부가가치세의 부담이 없기 때문에 전단계 사업자에게 징수당한 매입세액은 국가로부터 돌려받아야 하는 것이 전단계세액공제 제도의 기본원리이고, 이는 국가를 대신하여 매출세액을 징수한 전단계 사업자가 국가에 이를 납부하지 아니하였다 하더라도 마찬가지다. 이를 조세정책상의 이유로 제한하기 위해서는 조세법률주의 원칙상 법률에 명시적으로 규정을 두어야 하고 단지 이를 악용할 소지가 있다는 이유만으로 함부로 제한할 수는 없다.

이러한 취지에 비추어 볼 때, 예외적으로 신의성실의 원칙에 의하여 금지금 수출업자인 원고의 매입세액 공제·환급 주장을 제한하기 위해서는 원고가 악의적 사업자의 부정거래 사실 등을 알았거나 중대한 과실로 알지 못한 것만으로는 부족하고 부정거래를 통하여 매출세액을 포탈하는 악의적 사업자의 범죄행위에 적극적으로 가담하고 그 대가로 악의적 사업자가 포탈한 매출세액의 일부를 매매차익의 형태로 분배받은 정도에 이르러야 한다고 할 것이다.

그리고 일련의 거래단계 중에 오로지 조세포탈을 목적으로 하는 악의적 사업자의 부정거래가 있었다 하더라도 그 이후에 이어지는 거래단계에서 조세포탈의 목적이 없는 정상거래로 전환된 다음 수출업자가 개입하였다면 그가 이전의 거래단계에 악의적 사업자의 부정거래가 있었다는 우연한 사정을 알았거나 중대한 과실로 알지 못하였다는 이유를 들어 부가가치세법이 정상거래에 대하여 인정하고 있는 매입세액의 공제·환급에 관하여 특별히 달리 취급하는 것은 부당하다. 하자 있는 의사표시가 있더라도 선의의 제3자에게 대항할 수 없고 일단 선의의 제3자가 개입된 이후에 그 선의의 제

3자와 새로운 이해관계를 맺은 자에 대하여는 그가 하자 있는 의사표시에 대하여 악의라고 하더라도 대항할 수 없다는 일반 법리에 비추어 보더라도 악의적 사업자의 부정거래가 정상거래로 전환된 이후에 그 거래관계에 개입한 수출업자에 대하여는 그가 악의적 사업자의 부정거래에 적극적으로 가담한 정도에 이르러야 신의성실의 원칙에 의하여 그의 매입세액 공제·환급 주장을 배척할 수 있다고 해석함이 타당하다.

더욱이 악의적 사업자가 개재된 일련의 변칙적 금지금 거래에 있어서 국가가 손실을 입게 되는 것은 근원적으로 악의적 사업자가 매출세액을 포탈함에 따른 것으로서, 이는 국가가 악의적 사업자와의 관계에서 그 매출세액을 제대로 징수하지 못한 데에 주된 원인이 있으므로, 수출업자가 악의적 사업자의 부정거래에 적극적으로 가담하지 않았음에도 단지 그와 같은 부정거래 사실 등을 알았거나 중대한 과실로 알지 못하였다는 이유만으로 그의 매입세액 공제·환급 주장이 제한될 수 있다는 다수의견의 입장에 서면 국가가 악의적 사업자로부터 매출세액을 제대로 징수하지 못한 책임을 합리적인 이유 없이 수출업자에게 전가하는 결과가 된다는 비판을 받을 수 있다.“

## 3. 반대의견

### (1) 조세법률주의와 신의칙

납세자가 그 의무를 이행할 때에는 신의에 따라 성실하게 하여야 하므로, 부가가치세에 관한 법률관계에 있어서도 신의성실의 원칙이 적용될 수 있음은 이론의 여지가 없다.

그런데 세법 특히 그 실체법의 영역에서 신의성실의 원칙을 적용하게 되면 법률이 정한 조세 채권채무의 존부와 범위를 법률에 의하지 아니하고 변경하는 효과를 낳게 되는 만큼, 당사자의 의사결정에 의하여 형성되는 사법상 법률관계에서보다 그 적용이 제한될 수밖에 없으며, 합법성을 희생하여서라도 신뢰보호의 필요성이 인정되는 경우에 한하여 신중하게 적용하여야 한다. 그 절차법의 영역에서도 과세관청은 실지조사권 등 우월한 권한을 가진 지위에서 과세징수권을 행사하는 반면, 납세의무자가 과세관청에 대하여 자기의 과거 언동에 반하는 행위를 하게 되면 조세감면 등 혜택의 박탈, 신고불성실·기장불성실·자료불제출가산세 등 각종 가산세에 의한 제재, 벌칙 등의 불이익을 받게 되므로, 납세의무자의 배신행위를 이유로 한 신의성실 원칙의 적용은 그 배신행위의 정도가 극히 심한 경우가 아니면 허용되지 않는다( 대법원 1997.

3. 20. 선고 95누18383 전원합의체 판결 등 참조).

판례가 납세의무자에 대한 신의성실 원칙의 적용을 모순금지 또는 금반언의 원칙으로 제한하고 권리남용금지의 원칙으로까지 확대하지 아니한 것도 그와 같은 취지에서 비롯한 것이다( 대법원 1997. 3. 20. 선고 95누18383 전원합의체 판결, 대법원 2009. 4. 23. 선고 2006두14865 판결[9] 등 참조).

### (2) 신의칙 적용의 위험성

부가가치세법 제17조 제1항에 의하면 사업자는 재화나 용역의 공급을 수반하는 적법한 세금계산서를 수취하는 것을 완결적 요건으로 하여 매입세액을 공제받을 수 있고, 그 거래상대방이 국가에 부가가치세를 신고하였는지 나아가 그 신고한 세액을 납부하였는지 여부를 묻지 않는다. 따라서 사업자가 매입세액을 공제받을 수 있는지 여부는 그 거래징수당한 매입세액 상당의 금원이 실제로 국고에 귀속되었는지 여부와는 아무런 상관이 없다. 이는 아예 부가가치세를 거래징수당한 바 없는 사업자에 대하여 일정한 요건하에 국가가 매입세액을 공제해 주도록 하는 등의 예를 통해서도 알 수 있다( 부가가치세법 제17조 제3항 이하 참조).

이와 같이 세금계산서의 수수를 요건으로 매입세액을 공제해 주는 것은, 국가가 세금계산서의 수수를 장려함으로써 과세거래의 발견을 용이하게 하여 세원을 포착하는 한편 세금계산서를 수취한 사업자에 대한 포상으로 그 매입세액 상당의 부담을 조기에 덜어 주고자 함이며, 혹여 그 재원의 일부가 되는 매출세액이 국가에 납부되지 않을 경우 그에 따른 국고손실의 위험부담을 국가가 떠안게 될 가능성은 당연히 전제된 셈이다.

한편, 부가가치세법 제17조 제2항은 공제하지 않는 매입세액에 관한 구체적 규정을 두고 있는데, 종전 판례 역시 대법원 1995. 12. 21. 선고 94누1449 전원합의체 판결에서, 부가가치세법 제17조 제2항은 공제하지 않는 매입세액을 규정하면서 과세절차의 편의나 조세정책상 공제를 부인하는 경우는 물론 부가가치세의 원리상 당연한 경우도 일일이 열거하고 있다고 하면서, 이는 매입세액의 공제 여부가 부가가치세 납

9) “조세법률주의에 의하여 합법성의 원칙이 강하게 작용하는 조세실체법과 관련한 신의성실의 원칙은 합법성을 희생해서라도 구체적 신뢰를 보호할 필요성이 있다고 인정되는 경우에 한하여 비로소 적용된다고 할 것인바, 납세의무자에게 신의성실의 원칙을 적용하기 위해서는 객관적으로 모순되는 행태가 존재하고, 그 행태가 납세의무자의 심한 배신행위에 기인하였으며, 그에 기하여 야기된 과세관청의 신뢰가 보호받을 가치가 있는 것이어야 할 것이다(대법원 2009.4.23. 선고 2006두14865 판결)”

부세액을 결정하는 가장 중요한 요소 중의 하나이기 때문에 그 공제 여부를 해석에 맡겨 두지 아니하고 일일이 제한적·열거적으로 규정하고 있는 것이라고 밝힌 다음, '사업 관련성이 인정되는 매입세액은 위 규정에서 열거하고 있는 것 외에는 부가가치세법 제17조 제1항에 따라 모두 공제되어야 하며, 설령 면세사업자가 면세제도를 악용할 소지가 있다 하더라도 이는 법률을 개정함으로써 해결할 일이지 이러한 특별규정 없이 매입세액의 공제를 부인하는 것은 조세법률주의의 근간을 훼손하는 일이다.' 라고 선언하였고, 이후 예외 없이 이를 유지하여 왔다.

이러한 규정과 제도의 취지 및 일관된 대법원의 판례에 따르면, 사업자가 거래상대방으로부터 세금계산서를 수취하였고 그것이 부가가치세법 제17조 제2항이 규정한 '사실과 다른 세금계산서' 등의 배제 사유에 해당하지 않는 이상 그의 매입세액은 공제·환급되어야 한다.

다수의견은, 우리 부가가치세가 전단계세액공제의 구조를 취하고 있어 이러한 구조에서는 각 거래단계에서 징수되는 매출세액이 그에 대응하는 매입세액의 공제·환급을 위한 재원이 되므로, 매출세액이 제대로 납부되지 않았음에도 매입세액을 공제·환급해 줄 경우 '국가는 부득이 다른 조세수입을 재원으로 삼아 그 환급 등을 실시할 수밖에 없어' 부가가치세의 체제를 유지하는 것이 불가능하게 되고, 이는 조세수입의 공백을 넘어 적극적인 국고 유출에 해당하는 것이어서 전반적인 조세체계에까지 심각한 폐해가 미치게 됨을 그 주된 논거로 삼는다.

그러한 논거가 적절치 않음은 별개의견이 이미 적절히 지적하고 있는바(국가의 징수책임을 수출업체에 전가한다는 지적), 여기서는 다만 피고가 원고와 거래상대방 간의 거래를 진정한 과세거래로 보아 매출세액의 부과대상으로 삼아 온 이상( 대법원 2009. 2. 26. 선고 2008두12665 판결 등 참조) 피고로서는 그에 대응하는 매입세액을 공제·환급하여야 하며, 피고가 이를 거부함은 모순일 뿐 아니라 금반언의 원칙에도 반하는 것으로, 그러한 과세관청의 언동과 과세처분이야말로 신의칙에 위배된다는 점을 덧붙여 지적하고자 한다.

요컨대, 전전단계에 개재한 악의적 사업자의 조세포탈과 수출업자의 매입세액 공제·환급은 그 구성요건을 전혀 달리하는 것이고, 이 사건에서 조세수입의 감소는 수출업자의 매입세액 환급으로 인한 것이 아니라 악의적 사업자의 조세미납부로 인한 것이다. 매입세액의 환급은 과세관청이 국고의 부담으로 하는 것이고 그 재원의 마련 또한 과세관청의 여러 부과처분과 그에 상응하는 징수처분을 통해 하여야 한다. 피고

는 단지 자신이 징수할 세금이 일부 징수되지 않았다는 이유로 그와 무관한 원고의 매입세액 공제·환급신청을 거부함으로써 국고손실을 일부라도 벌충하겠다는 것이 이 사건 신의칙 적용 주장의 실체이다. 그렇다면, 전전단계 사업자의 매출세액이 모두 납부되어야만 원고의 매입세액 공제·환급신청이 신의칙에 부합한다는 것인가.

다수의견은 국가에 매입세액의 공제·환급을 위한 재원이 없어 국고의 손실을 초래하게 되므로 전단계세액공제 제도가 유지될 수 없다고 하지만, 전단계세액공제 제도의 유지를 위해서는 세금계산서 수수질서의 확립과 매입세액 공제에 대한 신뢰가 필수적이므로, 이를 가볍게 보는 다수의견이야말로 오히려 전단계세액공제 제도의 근간을 흔들 위험성이 있다고 생각한다.

또한, 다수의견은 원고가 거래상대방 내지 전전단계 거래자와 공모관계가 없다고 하더라도 적어도 그러한 의심스러운 사정을 살펴볼 의무가 원고에게 있어 그러한 의무를 소홀히 한 경우에는 매입세액을 공제·환급받을 수 없다는 것이다. 그런데 조세법률주의의 적용은 조세 채권채무 그 자체의 존부와 크기에 직접 영향을 주는 세목과 세율에 관하여서뿐 아니라, 그에 부수하는 여러 협력 의무, 예컨대 원천징수 대상인 소득을 지급하는 상대방이 그 소득 지급 시에 세액 상당의 금원을 징수하여 국가에 납부할 의무라든지 회계장부를 성실하게 기장할 의무 등과 같은 세법상 의무의 부과에도 미친다. 오히려 헌법이 명시한 납세의무 그 자체가 아닌 부수적인 협력의무를 부과한다든지 자신의 납세의무가 아닌 다른 납세의무자의 납세의무와 관련하여 국민에게 의무를 지우는 것과 같은 경우에는 더욱 세법상 명문의 근거가 있어야 할 것이다.

그럼에도, 다수의견은 이제 이 판결로써, 사업자의 거래상 의무로서 세금계산서를 수취하는 것 외에, 거래상대방 내지 전단계의 어느 사업자가 사기적 방법으로 조세를 포탈하였거나 포탈할 사업자인지, 장차 자신의 매입세액 공제·환급이 국고의 감소를 초래할 것인지를 살필 주의의무(주의의무의 정도는 중요하지 않다고 생각한다)를 부과하고, 그러한 의무를 게을리하면 매입세액 공제·환급을 받을 수 없도록 하겠다는 것인데, 이는 법률의 근거 없이 세법상 새로운 의무를 창설하는 것이어서 조세법률주의에 반한다.

매입세액공제 제도를 다수의견과 같이 해석·운용하게 되면 부가가치세법 제17조 제2항에 '기타 매입세액의 공제가 다른 조세포탈에 악용될 소지가 있어 명백히 부당한 경우'와 같은 포괄규정을 둔 것과 다름없는 결과가 될 터인데, 이는 획일적이고

반복적인 거래를 과세대상으로 삼는 부가가치세의 특성에 비추어 입법론으로서도 적절치 않다. 이 사건과 같은 유형의 금지금 거래로 인한 세수감소 내지 국고유출의 폐해를 차단하기 위해 2007. 12. 31. 조세특례제한법이 개정되었으며 그 개정법률은 2008. 7. 1.부터 금지금거래에 대하여 부가가치세 매입자납부 제도를 도입하여 국세청장이 지정한 자에게 해당 부가가치세액이 입금되지 않으면 '부가가치세법 제17조에도 불구하고 공제되는 매입세액으로 보지 아니한다.'라는 규정을 신설하였는바, 신설된 제도와 규정이 부가가치세제의 본질에 부합하는 것인지는 별론으로 하더라도 최소한 이와 같은 입법조치 없이 다수의견과 같이 해석·운용될 수 없음은 분명하다.

또한, 다수의견은 매입세액의 공제·환급에 대하여 일정한 요건이 충족될 경우 과세관청이 신의성실의 원칙을 이유로 거부할 수 있음을 선언하면서도 그 구체적인 요건과 뚜렷한 기준을 제시하고 있지 아니하므로, 그렇지 않아도 우월한 지위에 있는 과세관청으로 하여금 보편적 정의와 윤리에 반한다고 판단되면 법률의 규정과 다르게 과세권을 행사할 여지를 주고, 그로 인하여 과세절차상의 마찰과 조세저항, 불필요한 쟁송을 일으키지 않을까 우려된다.

헌법 제38조, 제59조가 선언하고 있는 조세법률주의 원칙은 과세요건 등은 국회가 제정한 법률로써 규정하여야 하고 그 집행에 있어서도 이를 엄격하게 해석·적용하여야 하며, 비록 과세의 필요성이 있다 하여도 행정편의적인 확장해석이나 유추적용에 의해 이를 해결하는 것은 허용되지 않음을 의미한다( 대법원 2000. 3. 16. 선고 98두11731 전원합의체 판결 참조). 과세관청으로 하여금 과세의 필요성이나 정의관·윤리관을 매개로 합목적성을 추구하는 길을 터주게 되면 법적 안정성과 예측가능성을 생명으로 하는 조세법률주의의 훼손은 피할 수 없다.

### (3) 결론의 합목적성

부가가치세 포탈을 목적으로 하는 악의적 사업자가 개재된 일련의 변칙적 금지금 거래가 국고에 끼치는 폐해가 심각하다는 점은 충분히 공감할 수 있다. 매출세액을 포탈한 악의적 사업자와 그 공범들은 마땅히 처벌받아야 하고 부정한 이익은 벌금형의 병과 등을 통하여 환수되어야 한다. 그러나 다수의견과 같이 악의적 사업자가 납부하지 않은 매출세액과 하등 무관한 매입세액의 공제·환급을 거부하는 것은, 당장의 국고 손실을 막는다는 작은 이익에 집착한 나머지 전단계세액공제 제도의 근간을 흔들고 조세법률주의의 울타리를 침범하는 것이다. 다수의견과 달리 사업자의 매입세액

공제·환급을 보장하면 당장은 국고의 손실을 초래할지 모르나, 장기적으로는 세금계산서에 대한 국민의 신뢰를 보호하고 세금계산서 수수거래의 질서와 관행을 확립함으로써 세원을 확보하고 세수를 증대시킬 수 있다는 점을 간과하여서는 안 된다.

# Ⅳ. 검 토

## 1. 신의성실의 원칙의 의의 및 한계

근대 법체계는 '개인의 자유 보장'을 주 향점(向點)으로 하여 발전해 왔다고 할 수 있다. 민주주의, 법치주의를 거쳐 '법률에 의한 재판을 받을 권리'까지 오늘날 모든 사회질서의 기저에는 대부분 '자유'에 대한 고려가 깔려 있게 마련이다. 그렇기 때문에 '법적 안정성'이라는 가치는 매우 중요한 의미를 갖는다. 자신의 행동이 법질서에 의해 어떻게 규율될지를 개인이 미리 예측할 수 있어야 진정으로 자유롭게 행동할 수 있기 때문이다. 따라서 법적 안정성이 가지는 위와 같은 의미를 고려하면, 사법의 영역에서보다 공법의 영역에서 법적 안정성의 요청이 더 강하게 관철되어야 함은 쉽게 추론할 수 있다.

그런데 구체적인 법적 분쟁에 있어서 법률가가 '법적 안정성'만을 내세워 법령에 정해진 그대로 분쟁을 해결하게 되면 일반의 정의감 내지는 윤리관으로는 도저히 받아들일 수 없는 불합리한 결과가 도출되는 경우가 발생하였고, 이에 이러한 경우 법령과 다른 결론을 도출해야 한다는 요구, 즉 '구체적 타당성 확보'의 요청이 법률가에게 제기되었는데, 이때 사용되는 도구가 바로 신의성실의 원칙[10]이다.

신의성실의 원칙이란 "사회공동생활의 일원으로서 서로 상대방의 신뢰를 헛되게 하지 않도록 성의있게 행동하여야 한다."라는 원칙으로 일반적으로 '금반언의 원칙', '실효의 원칙', '사정변경의 원칙', '권리남용금지의 원칙'이 그 파생원칙으로 설명되고 있다.[11] 이러한 신의성실의 원칙은 사법의 영역에서 출발하였으나 오늘날 공법의

10) "신의성실의 원칙은 본래 로마법상의 일반 악의의 항변(exceptio doli Generalis)과 선의소송(actiones bonae fidei)에 유래하는 것으로 제정법의 엄격한 적용으로부터 구체적 타당성을 실현하기 위하여 생성된 원칙인데, 근대자본주의의 발달에 따라 여러 가지 사회적 모순이 발행하게 되자 이 폐해를 수정하기 위한 제 법리의 하나로서 기능하게 되었다. 초기 신의성실의 원칙은 계약 내지 채권법 영역에 한정되어 규정되었으나(프랑스, 독일), 권리의 공공성 사회성이 더욱 강조됨에 따라 금세기에 들어와서는 그 적용범위가 권리의무 전반으로 확대되었다." 자세한 사항은 서광민, "신의성실의 원칙의 적용한계", 논문집(14집), 강원대학교 참조

영역에도 적용될 수 있다는 점에 대해 특별한 이견이 없는 듯하고, 현행 국세기본법은 제15조에서 “납세자가 그 의무를 이행할 때에는 신의에 따라 성실하게 하여야 한다. 세무공무원이 직무를 수행할 때에도 또한 같다.”라고 규정함으로써 명시적으로 이를 받아들여 조세법 영역에도 신의성실의 원칙이 적용될 수 있음은 이론의 여지가 없다.

그러나 또한 신의성실의 원칙이 법적 안정성을 저해할 수 있기 때문에 ‘엄격한 요건하에’, ‘제한적으로만’ 적용하여야 하고, 특히 조세법률주의와 관련하여 조세법 영역에서는 그 적용에 더욱 신중을 기해야 한다는 점 역시 이론이 없다. ‘구체적 타당성’은 보는 사람의 관점마다 다를 여지가 많은 것으로 개인이 자신의 행동에 대한 구체적으로 타당한 규율이 무엇이냐를 사실상 예측하기가 힘들기 때문이다.

그 결과 법적 분쟁 해결에 있어서 ‘신의성실의 원칙’ 문제는 법적 안정성과의 긴장관계가 주요 관심사항이 될 수밖에 없는데, 이는 결국 구체적인 사안에서의 비교형량 문제로 귀결될 수밖에 없을 듯하다.[12] 대상판결의 고민 역시 이 점에서 비롯된다.

## 2. 금지금 거래에 있어서의 신의칙 적용 여부

사실 대상판결로 인하여 대법원이 조세법영역에서의 신의칙 적용 문제에 대하여 전향적인 입장으로 돌아섰다고 보기에는 무리가 있다. 별첨 자료 Ⅵ.에서 보는 바와 같이 우리나라 부가가치세법의 모태가 된 유럽의 경우 이미 위 금지금 거래에 대해 환급청구권을 부정해 왔고, 대법원은 이러한 입장을 수용한 것이기 때문이다. 따라서 이 대상판결을 근거로 앞으로 조세법 영역 나아가 공법 영역에 있어서 신의칙 적용이 확대될 것이라고 단정하기는 어렵다.

그럼에도, 이 대상판결은 신뢰보호의 원칙을 넘은 다른 유형의 신의칙 적용을 인정한 사례로써 중요한 의미를 가질 수 있다고 생각한다. 그간 조세법 영역을 비롯한 공법 영역에서의 신의성실의 원칙은 주로 신뢰보호 원칙을 중심으로 논의돼 왔는데, 대상판결의 신의칙 적용 유형을 굳이 분류하자면 권리남용 쪽에 가깝기 때문이다. 이

---

11) 곽윤직 외, 민법주해(Ⅰ), 박영사, 제73쪽 이하 참조.

12) 이러한 비교형량 영역은 사실 신의칙 적용단계에서뿐만 아니라 재량영역 등 여러 분야에서 광범하게 문제된다. 그러나 실제적으로 비교형량과 관련하서서 적용될 수 있는 구체적인 틀 내지 기준은 비교형량 영역 자체가 처음부터 법령에 의해 규율되기 힘들기 때문에 법령을 토대로 한 논리구성을 전제로 하는 종래의 법학이론적 접근방식만으로는 한계가 있다는 느낌이다. 개인적으로는 이 분야에 있어서는 비용과 효익 분석에 관한 경제학의 논의를 참고하는 것이 도움이 되지 않을까 한다.

하에서는 금지금 거래의 신의칙 적용 문제에 대한 발표자의 생각을 간단히 적어보도록 하겠다.

### (1) 조세법 영역에서의 신의성실의 원칙의 의미

반대의견은 앞서 본 바와 같이 조세법 영역에서 신의성실의 원칙은 신뢰보호의 원칙 내지 금반언의 원칙에 한정되어 적용되어야 한다고 보고 있다. 실제로 조세법 영역에서는 신의성실의 원칙이 주로 신뢰보호 원칙을 중심으로 논의돼 온 것도 사실이다.[13] 그러나 국세기본법 제15조는 신의성실의 원칙을 신뢰보호의 원칙에 한정 짓고 있지 않으며, 실제로 행정국가화 경향이 지속됨에 따라 앞으로는 본건 사례와 같이 신의칙을 신뢰보호 원칙에만 매어 놓았을 때 제대로 대처할 수 없는 경우가 많아질 것으로 보인다. 그렇다면, 애초에 신의성실의 원칙이 사법(私法)으로부터 차용한 개념이고, 비록 민법이 제1조에서 신의성실의 원칙과 권리남용 금지의 원칙을 구분하여 규정하고 있으나, 권리남용의 금지 원칙을 신의성실의 원칙의 한 파생원칙으로 이해하는 것이 사법(私法)영역에서의 일반적인 해석론임에 비추어 볼 때, 사법 영역과 달리 조세법 영역에서는 신의성실의 원칙을 신뢰보호의 원칙으로만 한정 지을 필요는 없다고 생각한다. 특히 신의성실의 원칙이 공법관계에서도 직접 적용되는 이유에 대해 "법의 영역을 불문하고 적용될 수 있는 일반적 법원칙이기 때문"이라고 설명되고 있는 점[14]을 고려하면, 조세법 영역의 특수성은 후설하는 바와 같이 구체적인 신의칙의 적용과정상의 비교형량 영역에서 고려해야 할 것이지 이를 가지고 조세법 영역에서의 신의성실의 원칙에 대한 이해를 사법 영역에서의 이해와 구분시킬 수 있는 논거로 삼기는 어렵다.

### (2) 신의칙 적용의 판단 기준

앞서 언급한 바와 같이 신의칙 적용 문제는 결국 비교형량의 문제이다. 신의칙의 파생원칙인 신뢰보호 원칙에 있어서 논의되는 그 적용요건들도 사실은 이러한 비교형

---

13) 그 이유는 명확하지 않으나 추측건대, "오늘날 조세법규와 조세행정이 전문·기술화된 결과 일반 납세의무자에게 난해·복잡한 것이 되어 조세당국의 지도나 의견표시에 대한 납세의무자의 신뢰나 예측이 보호되어야 할 필요성이 높아졌고[김원주, '조세행정에 있어서 신의성실의 원칙-서독연방재정재판소 판례를 중심으로-', 현대공법학의 제 문제(우당 윤세창 박사 정년기념논문집 편찬위원회) 373쪽 참조]", 이에 따라 현실적으로 가장 빈번하게 문제되기 때문인 것으로 보인다.

14) 김남진 교수님, '행정법의 흠결과 보충', 공법연구 19집(한국공법학회), 제119쪽 이하 참조.

량의 문제를 구체화한 것이라고 할 수 있다. 이 비교형량에 있어서 고려되는 요소는 크게 보면 세 가지이다. 그 중 첫 번째는 신의칙을 적용함으로써 얻을 수 있는 이익(?)[15](신의칙 적용의 필요성)이고, 두 번째는 신의칙을 적용함으로써 발생할 수 있는 손실(비용)이며, 세 번째는 구체적 당사자의 보호필요성(신의칙 적용으로 인하여 권리를 제한당하는 당사자라면 보호필요성이 낮아야 할 것이고, 신의칙 적용으로 보호되는 당사자라면 보호필요성이 높아야 할 것이다)라고 할 것이다.[16]

이러한 관점을 토대로 이하에서 이 사건에 대해 살펴본다.

### (3) 신의칙 적용의 이익

대상판결의 반대의견은 결국 '신의칙을 적용할 필요성보다는 법적 안정성의 확보 필요성이 더욱 크다.'라고 본 것이다. 특히 조세법 영역에 있어서는 조세법률주의 원칙상 성문법령에 의하지 않은 어떠한 수정도 금기시하며, 신의성실의 원칙 역시 종래부터 불문법원리로 이해되어 오던 신뢰보호 원칙 내지 금반언 원칙에 국한하고, 그를 넘어선 적용은 조세법률주의의 근간을 흔드는 것으로서 이로 인한 불이익(제시된 불이익은 '과세관청이 신의칙에 기대어 임의로 과세권을 행사함으로 인하여 과세절차상의 마찰과 조세저항 그리고 불필요한 쟁송의 발생이다') 더 크다는 입장으로 보인다.

앞서 언급한 바와 같이 이 문제는 비교형량의 문제로서 반드시 '어떠한 결론이 옳고 다른 결론을 틀리다.'로 단정할 수 있는 것은 아니다. 근대 시민사회가 왕으로부터 가장 먼저 가져온 권력이 형벌권과 과세권임을 고려할 때 반대의견이 조세법률주의를 강조하는 것은 분명히 납득할 수 있는 부분이 있다.[17]

---

15) 여기서 특히 주의해야 할 점은 고려되는 이익이 구체적인 사안에 있어서의 개인의 이익이 아닌 사회 일반의 이익이라는 점이다. 신의칙은 어디까지나 일반인의 정의감 내지 윤리관을 근거로 하고 있는 것이기 때문이다.

16) 여기서 주의해야 할 점은 단순한 '비교우위'만으로는 신의칙을 적용할 수 없다는 점이다. 앞서 살펴본 바와 같이 현행 법체계는 법령에 정한 바에 따라 법적 분쟁을 해결하는 것이 원칙이고, 신의칙을 적용하여 이를 수정하는 것은 어디까지나 예외이기 때문이다. 따라서 신의칙을 적용하기 위해서는 그 비교형량의 결과가 단순한 '비교우위(당사자의 성행, 연령, 환경 등 그때그때의 구체적인 인자에 따라 좌우될 수 있는 우위 정도)'를 넘어 '명백한 우월(당사자의 성행, 연령, 환경 등 구체적인 인자를 떠나 일반화시켰을 때 공익이 훨씬 크다고 인정되는 정도)'이 필요하다고 본다. 특히 법적 안정성의 요청이 강하면 강할수록 요구되는 우월의 정도는 높아질 것인데, 조세법률주의와 같은 영역이라면 '압도적인 우월'이 필요하다고 생각한다.

17) 그러나 반대의견에서 언급할 불이익이 구체적으로 실현될 가능성, 그로 인하여 초래되는 사회적 비용에 대한 구체적인 언급이 없어 '구체적인 비교형량'이라기 보다는 '막연한 원칙강조'라는 느낌도 든다.

그러나 별첨 자료에 기재한 바와 같이 금지금 거래로 인하여 2003년부터 2008년까지 수출업체들에게 공제·환급해준 매입세액이 3조 2천억 원이다. 우리나라 1년 예산규모가 800조 원 정도이고, 경기도 초등생 전원에게 무상 급식을 적용하기 위해 필요한 추가예산 규모가 1,300여억 원인 점[18]을 고려할 때 엄청난 규모임을 쉽게 짐작할 수 있다(공익의 중대성).

더욱이 이러한 문제는 제도의 개선을 통해 해결하는 것이 원칙적이고 가장 바람직하다고는 하나, 이러한 제도의 개선은 대개 법 개정과 맞물려 있는 경우가 많아서 일정한 시간 소요가 불가피하고, 나아가 개정 전의 행위에 대해서는 아무런 영향을 미칠 수가 없어 '소 잃고 외양간을 고치는 경우'로 되기 쉽다.

물론 반대의견이 지적하는 바와 같이 금지금 거래에 있어서 세금포탈의 가장 직접적인 행위가 폭탄업체의 부가가치세 미납부 행위인 것은 맞다. 그러나 현재의 과세관청 여건상 이를 사전에 인지하고 적발하여 처벌한다는 것은 매우 어려운 일이다. 게다가 앞서 언급한 바와 같이 폭탄업체의 실질 운영자는 배후에 숨어 있는 경우가 많아 엄격한 증명이 요구되는 형사처벌(별첨 자료 Ⅲ. 참조)만으로는 이러한 금지금 거래를 근절시키기에 역부족으로 보인다. 결국, 이러한 금지금 거래를 근절시키기 위해서는 그 이득의 원천이라고 할 수 있는 환급금을 부정하는 방법이 가장 효과적이다(수단의 적절성).

### (4) 신의칙 적용으로 인한 비용

또한, 아무리 신의칙 적용 필요성이 있고, 그 대상자를 보호할 필요성이 있다고 하더라도 신의칙 적용으로 인해 발생할 폐해가 더 크다면 신의칙을 적용할 수 없음은 물론이다. 금지금 거래에 있어서 신의칙 적용으로 인해 발생할 폐해라면 조세법률주의의 훼손이라고 할 수 있는데, 만약 신의칙 적용으로 인하여 과세관청에게 자의적인 과세권 행사를 허용됨에 따라 조세법률주의가 추구하고자 하는 목적을 달성할 수 없다면, 그 폐해에 대해 심각하게 분석하여야 할 필요가 있을 것이다. 그러나 조세법률주의나 과세관청의 자의적인 과세권 행사금지를 지켜야 하는 이유는 그 자체가 목적이기 때문이 아니다. 이는 어디까지나 개인의 예측가능성을 보장하여 '자유'를 확보하고자 함에 있다.

그런데 금지금 거래는 단순히 개인이 관련 법령을 해석하여 과세가 되지 않으리라

18) 연합뉴스, 2009. 4. 29.자 "경기도교육청 모든 초등생에 무료 급식" 기사 참조.

신뢰하고 행위를 한 것이 아니다. '타인의 조세포탈'이라는 '조세법률이 금지한 행위'를 이용하여 이익을 추구하는 것에 그 본질이 있다. 그렇다면, 이러한 경우에 한정하여 신의칙을 적용하는 것이 '그 적용으로 인한 공익을 무시하고 조세법률주의를 지키지 않으면 안 될 정도'로 심각한 훼손을 가져오는지는 의문이라고 할 수 있다. 반대의견은 과세관청의 자의적인 과세권 행사로 인한 조세저항 등을 이유로 하고 있으나 이러한 비용이 현실적으로 발생할 가능성이 얼마나 되는지,[19] 발생하게 되면 그로 인한 비용이 어느 정도가 될지에 대해서는 아무런 언급이 없다.

### (5) 수출업자의 보호필요성

물론 단순히 신의칙 적용의 필요성만으로는 신의칙 적용을 정당화할 수는 없을 것이다. 칸트의 입장에 따르면 '사람은 그 자체가 목적이어야 하지 다른 목적을 위한 수단이 되어서는 안 되기 때문'이고 공리주의에 따르더라도 반대의견에서 지적하는 바와 같이 '장기적인 관점에서 보았을 때 조세법률주의의 근간이 훼손되어 오히려 사회 전체의 공리가 감소될 가능성'이 있기 때문이다. 따라서 만약 정상적으로 거래한 수출업자에게 이전에 폭탄업체가 개재되어 있다는 이유로 그 폭탄업체에 의한 탈세를 방지하기 위하여 매입세액 공제를 부정한다는 것은 적어도 여기에 의문을 표하는 사람이 많을 것으로 생각한다.

따라서 신의칙 적용에 있어서는 반드시 그 적용 대상자에 대한 보호필요성이 검토되어야 한다. 칸트의 입장에 따랐을 때는 물론이고 공리주의에 따른다 하더라도 "보호필요성이 없다는 것은 '공리'라는 개념으로 계량화 되는 비용을 감소시키는 인자"라고 볼 수 있기 때문이다. 우리 판례가 권리남용의 적용요건으로 주관적 요건을 요구하는 근본적인 이유도 여기에 있지 않을까 한다.

이를 토대로 이 사건 금지금 거래를 살펴보면, 만약 수출업체가 폭탄업체로 인하여 금지금이 시세보다 싼 가격에 공급되고 있음을 알았다면,[20] 그 수출업체는 결국

---

19) 타인의 조세포탈이라는 불법행위를 이용하여 자신의 이익을 추구하는 경우이라는 요건을 요구하는 이상 과세관청이 이를 빌미로 자의적으로 과세권을 행사할 가능성은 크지 않다고 보인다.

20) 앞서 본 바와 같이 금지금 거래는 수입원가보다 낮은 가격에 금지금이 거래되는 특징이 있고, 우리나라는 금지금 생산국이 아니기에 대부분의 금지금이 수입되는 실정이며, 국제 금가격은 실시간으로 공시되고 있는 점을 감안할 때, 전문적으로 금지금 수출업을 영위하는 업체가 금지금 거래에 개입하는 경우 폭탄업체의 존재로 인하여 자신의 거래가 가능함을 몰랐던 경우는 드물 것이다. 따라서 금지금 거래의 일반적인 특성을 보이는 거래임이 증명된다면 수출업자의 악의 또는 중과실은 사실상 추정될 수 있을 것이다.

폭탄업체의 불법행위를 이용하여 자신의 이익을 추구하겠다는 것이라고 할 수 있다. 그렇다면, 앞서 살펴본 금지금 거래의 폐해에 비추어 볼 때 금지금 거래에 있어서 수출업자를 보호할 필요성은 현저히 낮다고 할 것이고,[21] 따라서 -수출업자와 폭탄업체 사이의 거래 효력은 별론으로 하더라도- 과세관청과의 관계에 있어서는 수출업자가 자신의 행위를 근거로 보호를 요청하는 것이 신의칙에 반한다고 볼 여지가 많다.

### (6) '적극 가담' 요건의 필요성

별개의견은 신의칙의 엄격한 적용을 위해 '악의 또는 중과실'을 넘어 '적극가담'이라는 요건이 필요하다고 보고 있다. 이는 수출업자의 보호필요성과 관련하여 적극가담 정도가 되어야 보호할 필요성이 없다고 보는 입장인 듯하다. 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 금지금 거래의 문제는 이러한 적극가담 사실을 증명하기 곤란하다는 점에서 출발하고 있음에 비추어 이러한 입장에는 의문이 있다. 수출업자의 적극가담이 인정되면 수출업자는 조세포탈죄의 공동정범에 해당되게 될 것이고, 이러한 경우 수출업자에게 그 포탈세액의 3배 이하의 범위 내에서 이로 인한 벌금형이 선고될 수 있기 때문에 신의칙을 통해 문제를 해결해야 할 필요성이 상당한 정도로 반감이 된다.

더욱이 금지금 거래에서의 수출업자에 대한 비난의 핵심은 폭탄업체의 불법행위를 이용하여 자신의 이익을 추구하는 행위라고 보이는데, 이러한 점에 있어서는 '적극가담'한 경우와 '악의 또는 중과실'이 있는 경우 사이에 어떤 유의미한 차이가 있다고 보기는 어렵다. 따라서 신의칙의 적용을 인정한다면 그 적용요건은 악의 또는 중과실로 보는 다수의견이 좀 더 설득력 있다고 생각한다.

---

21) 이는 'Clean Hands' 원칙이 추구하는 이념에도 반한다고 보인다. 'Clean Hands' 원칙이란 "He who comes into equity must do so with clean hands"라는 원칙으로 피고에 대하여 공정하지 못하거나 가혹한 짓을 한 원고에게는 구제를 못 해준다는 영미법상의 원칙이다. 영미법상 불법원인급여 제도는 이 원칙에 의존한다(서광민 저, "신의성실의 원칙의 적용한계", 논문집(14집), 강원대학교). 수출업체가 직접 자신이 과세관청에게 어떠한 가혹한 짓을 한 것은 아니나 폭탄업체의 불법행위에 편승하는 행위는 넓게 보면 clean hand라고 볼 수 있지 않을까

# 표준약관개정의결취소

## - 대법원 2010. 10. 14. 선고 2008두23184 -

강 은 하*

목 차

Ⅰ. 사건의 경위 ····· 115

Ⅱ. 관련 조항 ····· 116

Ⅲ. 개정 표준약관 사용권장행위의 처분성 여부 - 원심 ····· 117
1. 원고의 주장 ····· 117
2. 피고의 주장 ····· 117
3. 원심의 판단 ····· 117

Ⅳ. 표준약관 개정의결의 처분성 여부 - 원심 ····· 118
1. 원고의 주장 ····· 118
2. 피고의 주장 ····· 118
3. 원심의 판단 ····· 118

Ⅴ. 본안판단에 관하여 - 원심 ····· 118
1. 원고의 주장 ····· 118
2. 원심법원의 판단 ····· 119

Ⅵ. 대법원의 판단 ····· 121
1. 피고의 상고이유 ····· 121
2. 대법원의 판단 ····· 122
3. 검토 ····· 123

Ⅴ. 환송 후 판결(서울고등법원 2011. 4. 6. 선고 2010누35571) ····· 126
1. 법원의 판단 ····· 127
2. 원고의 재상고 ····· 128
3. 이 사건 판결 이후의 변화 ····· 128

* 변호사

# Ⅰ. 사건의 경위

원고들은 사단법인 전국은행연합회, 주식회사 국민은행, 주식회사 우리은행, 주식회사 하나은행, 주식회사 신한은행 등 17개 사업자이다.

국민고충처리위원회는 2006. 6. 18. 근저당비설정비용 등 대출관련 비용을 채무자에게 부담시키는 약관 조항에 대해 공정거래위원회에 제도개선을 권고하였다.

피고 공정거래위원회(이하 '피고'라 한다)는 2008. 1. 30. 은행여신거래기본약관, 근저당권설정계약서, 저당권설정계약서 등 8종의 표준약관[1](이하 '현행 표준약관')을 개정하기로 의결한 후(이하 '개정 표준약관'), 2008. 5. 1. 원고들에게 개정 표준약관의 적용을 권장하는 내용의 통지를 하였다.

(현행 표준약관에는 ①담보목적물의 조사비용을 채무자가 부담한다는 규정, ②고객이 부담할 비용을 은행이 대신 지급한 때에는 채무자는 은행이 대신 지급한 날부터 다 갚는 날까지 가계용의 경우 가계대출금 약정금리로, 기업용의 경우 법령이 정하는 제한 내에서 은행이 정하는 율로 각각 계산한 지연배상금을 더하여 갚는다는 규정, ③인지세, 등록세 등의 부담주체를 고객이 선택할 수 있도록 한 규정이 존재하고 있었다.

개정 표준약관은 ① 담보목적물의 조사비용을 채무자가 부담하는 것을 '채무불이행에 따라 발생하는' 경우로 한정하였고, ②은행이 대신 지급한 비용에 대한 이율을 상법 제54조상 연 6푼의 이율에 따른 금액으로 하였으며, ③인지세는 균등부담하도록 하고, 등록세는 사안에 따라 부담주체를 구체적으로 설시하였다)

그런데 표준약관 적용 권장통지에는 원고들이 표준약관과 다른 약관을 사용하는 경우에는 표준약관과 다르게 정한 주요 내용을 고객이 알기 쉽게 표시하여야 할 의무가 있다는 점과 원고들이 이를 어길 경우 5천만원 이하의 과태료에 처해질 수 있다는 점을 설시하고 있다.

이에 원고는 피고의 개정 표준약관 사용권장행위 및 표준약관 개정행위가 행정소송의 대상이 되는 처분에 해당한다고 주장하면서 위 행위의 취소를 청구하였다.

---

1) 은행여신거래기본약관(가계용), 은행여신거래기본약관(기업용), 대출거래약정서 I(가계용), 대출거래약정서II(종합통장자동대출 및 가계당좌대출용), 여신거래약정서I(기업용), 여신거래약정서II(종합통장자동대출 및 당좌대출용), 근저당권설정계약서, 저당권설정계약서

## Ⅱ. 관련 조항

**구 약관의 규제에 관한 법률(2010.3.22.법률 제10169호로 개정되기 전의 것)**

**제19조의2 (표준약관)**

②「소비자기본법」 제29조의 규정에 따라 등록한 소비자단체 또는 동법 제33조의 규정에 따라 설립된 한국소비자원(이하 “소비자단체 등”이라 한다)은 소비자피해가 자주 일어나는 거래분야의 표준이 될 약관을 마련할 것을 공정거래위원회에 요청할 수 있다.

③공정거래위원회는 제2항의 규정에 따른 소비자단체 등의 요청이 있는 경우 또는 일정한 거래분야에서 다수의 고객에게 피해가 발생하는 경우에 이를 조사하여 약관이 없거나 불공정 약관조항이 있는 경우 사업자 및 사업자단체에 대하여 표준이 될 약관을 마련하여 심사청구할 것을 권고할 수 있다.

④공정거래위원회는 사업자 및 사업자단체가 제3항의 권고를 받은 날부터 4월 이내에 필요한 조치를 하지 아니하는 경우 관련분야의 거래당사자 및 소비자단체등의 의견을 듣고 관계부처의 협의를 거쳐 표준이 될 약관을 마련할 수 있다.

⑤공정거래위원회는 제1항·제3항 및 제4항의 규정에 따라 심사하거나 마련한 약관(이하 "표준약관"이라 한다)을 공시하고 사업자 및 사업자단체에 대하여 그 사용을 권장할 수 있다.

⑥공정거래위원회로부터 표준약관의 사용을 권장받은 사업자 및 사업자단체는 표준약관과 다른 약관을 사용하는 경우에 표준약관과 다르게 정한 주요내용을 고객이 알기 쉽게 표시하여야 한다.

⑦공정거래위원회는 표준약관의 사용을 활성화하기 위하여 표준약관표지를 정할 수 있으며, 사업자 및 사업자단체는 표준약관을 사용하는 경우 공정거래위원회가 고시하는 바에 따라 표준약관표지를 사용할 수 있다.

⑧사업자 및 사업자단체는 표준약관과 다른 내용을 약관으로 사용하는 경우 표준약관표지를 사용하여서는 아니된다.

⑨사업자 및 사업자단체가 제8항의 규정에 위반하여 표준약관표지를 사용하는 경우 표준약관의 내용보다 고객에게 더 불리한 약관의 내용은 무효로 한다.

## Ⅲ. 개정 표준약관 사용권장행위의 처분성 여부 - 원심

### 1. 원고의 주장

피고의 개정 표준약관 사용권장행위는 그 대상자가 은행연합회 및 나머지 원고들로 특정되어 있고, 개정 표준약관 사용권장행위로 인하여 원고들은 개정약관과 달리 기재된 내용을 고객이 알기 쉽게 표시하여야 할 의무, 표준약관 표지를 사용금지의무, 과태료 납부책임 등을 부담하게 되었으므로 처분성이 인정된다.

### 2. 피고의 주장

표준약관표지 사용금지의무, 주요내용 표시의무는 표준약관 사용권장 요청과는 무관하게 항상 존재하는 것인 바, 이 사건 개정 표준약관 사용권장처분은 원고들의 권리의무에 직접적인 변동을 초래하는 것이 아니어서 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 아니다.

### 3. 원심의 판단

① 피고로부터 표준약관의 사용을 권장받은 사업자 및 사업자단체는 표준약관과 다른 약관을 사용하는 경우에 표준약관과 다르게 정한 주요내용을 고객이 알기 쉽게 표시하여야 하는 점(법 제19조의2 제6항), ② 사업자 및 사업자단체는 표준약관과 다른 내용을 약관으로 사용하는 경우 표준약관표지를 사용하여서는 안 되는 점(법 제19조의2 제8항), ③ 사업자 및 사업자단체가 법 제19조의2 제8항을 위반하여 표준약관 표지를 사용하는 경우 표준약관의 내용보다 고객에게 더 불리한 약관의 내용은 무효로 되는 점(법 제19조의2 제9항), ④ 사업자 및 사업자단체가 법 제19조의2 제6항과 제8항을 위반하면 과태료 처분을 받을 수 있는 점(법 제34조 제1항 제1호, 제2항 제2호), ⑤ 피고도 2008. 2. 11. 원고들에게 이 사건 개정 표준약관을 사용하라고 권장하면서 위 ① 내지 ④의 내용을 통보한 점(갑 제6호증) 등에 비추어 보면, 피고가 2008. 2. 11. 원고들에 대하여 한 이 사건 개정 표준약관 사용권장처분은 원고들의 권리·의무나 법률관계에 직접 영향을 미치므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 봄이 타당하므로, 피고의 위 본안전 항변은 이유 없다.

## Ⅳ. 표준약관 개정의결의 처분성 여부 - 원심

### 1. 원고의 주장

피고의 표준약관 개정의결과 사용권장처분은 실질에 있어서 동일하고, 위법성 역시 양자가 공유하는 것인 바, 피고의 표준약관 개정의결은 원고에게 약관규제법상 표준약관표지 사용금지의무, 주요내용 표시의무를 발생시키므로 일반 국민의 권리의무에 직접적인 영향을 미치는 공법상의 행위로서 처분에 해당된다.

### 2. 피고의 주장

피고의 표준약관 개정의결은 사용권장행위와 무관하게 이루어지고, 행정청 내부의 의사결정에 불과하여 원고의 권리의무나 법률관계를 직접 규율하는 것이 아니다.

### 3. 원심의 판단

표준약관 개정행위는 피고 내부의 의사결정에 불과할 뿐이므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 볼 수 없으므로(대법원 1995. 5. 12. 선고 94누13794 판결 참조), 이 사건 현행 표준약관 중 은행여신거래기본약관(가계용), 은행여신거래기본약관(기업용) 등 2종의 표준약관 개정처분의 취소를 구하는 소는 부적법하다.

## Ⅴ. 본안판단에 관하여 - 원심

### 1. 원고의 주장

약관규제법 제19조 제3항은 ①소비자단체 등의 요청이 있는 경우 이를 조사하여 약관이 없거나 불공정 약관조항이 있는 경우 ②일정한 거래분야에서 다수의 고객에게 피해가 발생하는 경우를 의미한다고 전제한 다음,

첫째, 피고는 '소비자단체 등의 요청'이 있자 '표준약관이 없거나 불공정한 약관조항이 있는지'를 심리·판단하지 아니한 채 표준약관을 개정하였으므로 피고의 처분은 약관의 불공정성을 따져볼 것 없이 위법하고,

둘째, 이 사건 현행 표준약관은 내용 자체가 불공정하지 아니하고, 표준약관의 실제 운용형태는 약관의 불공정성과 관련이 없는 문제이므로 이 사건 현행 표준약관이 불공정한 약관임을 전제로 한 이 사건 사용권장처분은 위법하다고 주장하였다.

## 2. 원심법원의 판단

### (1) 약관규제법 제19조 제3항의 해석에 관하여

소비자단체 등의 요청이 있다고 하더라도 일정한 거래분야에서 이미 공정한 약관이 있는 경우에는 피고가 사업자 및 사업자단체에 표준약관을 마련하여 심사청구하라고 권고할 필요가 없는 점에 비추어 보면, 일정한 거래분야에서 다수의 고객에게 피해가 발생하는 경우뿐만 아니라 법 제19조의2 제2항에 의한 소비자단체 등의 요청이 있는 경우에도 피고는 약관이 없거나 불공정 약관조항이 있는 경우에만 법 제19조의2 제3항에 의하여 사업자 및 사업자단체에 표준약관을 마련하여 심사청구하라고 권고할 수 있고, 사업자 및 사업자단체가 그로부터 4개월 이내에 필요한 조치를 하지 않는 경우 피고가 직권으로 표준약관을 마련하여 사업자 및 사업자단체에 그 사용을 권장할 수 있다고 해석함이 타당하다.

### (2) 첫 번째 주장에 대하여

증거를 종합하면, 피고가 이 사건 현행 표준약관을 개정할 때 이 사건 현행 표준약관의 불공정성을 심리하고 판단한 사실을 인정할 수 있으므로, 원고의 위 주장은 이유 없다.

### (3) 두 번째 주장에 대하여

① 담보목적물의 조사비용을 채무자가 부담한다는 규정에 관하여[2)]

위 약관조항에서 말하는 담보목적물의 조사비용에는 담보권의 실행을 위한 비용뿐만 아니라 담보권을 확보하기 위한 비용도 포함되는 것으로 보이는데, 담보권자가 담보권을 확보하기 위하여 지출한 비용은 특약이 없는 한 담보권자가 부담하여야 하는 점(대법원 1987. 6. 9. 선고 86다카2435 판결 참조)에 비추어 보면, 은행이 고객과의

2) 은행여신거래기본약관(가계용)과 은행여신거래기본약관(기업용)

개별약정이 아니라 약관을 통해 담보권을 확보하기 위한 비용의 부담자를 고객으로 정하는 것은 고객에게 부당하게 불리하므로 위 약관조항은 불공정 약관조항이라고 봄이 타당하고, 위 약관조항이 피고의 심사를 거친 것이라고 하여 달리 볼 수는 없으므로, 위 약관조항이 불공정 약관조항이 아님을 전제로 한 원고의 주장은 이유 없다.

② 고객이 부담할 비용을 은행이 대신 지급한 때에는 채무자는 은행이 대신 지급한 날부터 다 갚는 날까지 가계용의 경우 가계대출금 약정금리로, 기업용의 경우 법령이 정하는 제한 내에서 은행이 정하는 율로 각각 계산한 지연배상금을 더하여 갚는다는 규정에 관하여[3]

고객이 부담할 비용을 은행이 대신 지급하는 것은 은행이 고객을 위하여 돈을 체당한 것인데, 상법 제55조 제2항에서 상인이 그 영업 범위 내에서 타인을 위하여 금전을 체당한 때에는 체당한 날 이후의 법정이자를 청구할 수 있다고 규정하고 있는 점에 비추어 보면, 은행이 고객과의 개별약정이 아니라 약관을 통해 고객이 은행의 금전 체당일부터 가계대출금 약정금리나 법령이 정하는 제한 내에서 은행이 정하는 율로 계산한 지연손해금을 지급하도록 정하는 것은 고객에게 부당하게 불리하므로 위 약관조항도 불공정 약관조항이라고 봄이 타당하고, 위 약관조항이 피고의 심사를 거친 것이라고 하여 달리 볼 수는 없으므로, 위 약관조항이 불공정 약관조항이 아님을 전제로 한 원고의 주장도 이유 없다.

③ 인지세의 부담주체[4]와 근저당권이나 저당권 설정에 드는 등록세 등의 부담주체[5]를 고객이 선택할 수 있도록 한 규정에 관하여

고객이 근저당권이나 저당권의 설정에 드는 비용과 인지세의 부담주체를 선택할 수 있도록 한 위 약관조항 자체가 불공정하다고 보기는 어렵다. 피고는 실제 계약의 체결 과정에서 고객의 선택권이 제대로 보장되지 않으므로 위 약관조항은 불공정한 약관조항이라고 주장하나, 이러한 사유가 있다고 하여 위 약관조항 자체가 불공정한 약관조항이라고 볼 수도 없다. 따라서 위 약관조항이 불공정 약관조항임을 전제로 하여 피고가 원고들에 대하여 한 대출거래약정서Ⅰ(가계용), 대출거래약정서Ⅱ(종합통장자동대출 및 가계당좌대출용), 여신거래약정서Ⅰ(기업용), 여신거래약정서Ⅱ(종합통장

3) 은행여신거래기본약관(가계용)과 은행여신거래기본약관(기업용)

4) 대출거래약정서Ⅰ(가계용), 대출거래약정서Ⅱ(종합통장자동대출 및 가계당좌대출용), 여신거래약정서Ⅰ(기업용), 여신거래약정서Ⅱ(종합통장자동대출 및 당좌대출용)

5) 저당권설정계약서, 근저당권설정계약서

자동대출 및 당좌대출용), 근저당권설정계약서, 저당권설정계약서 등 6종의 이 사건 개정 표준약관의 사용권장처분은 위법하므로 취소되어야 한다.

# Ⅵ. 대법원의 판단

## 1. 피고의 상고이유

### (1) 상고이유 제1점 - 표준약관 사용권장행위의 처분성 부인

표준약관표지 사용금지의무(법제19조의2 제8항)는 사업자가 표준약관이 존재함에도 불구하고 사용하지 않는 경우 항상 부담하게 되는 것이고, 피고의 권장처분으로 인하여 비로소 부담하게 되는 것이 아니며, 피고의 권장처분이 없더라도 사업자가 표준약관과 다른 약관을 사용하는 경우 주요내용 표시의무를 부담하고, 사용권장처분이 취소된다 하더라도 개정 표준약관 공표행위는 여전히 유효하다는 점을 고려하면 취소를 구할 실익도 없다.

### (2) 상고이유 제2점 - 법제19조의2 제3항의 해석론

공정위 및 이훈평 의원등의 개정법률안 등에 의하면 위 조항은 '소비자단체등의 요청이 있는 경우' 또는 '일정한 거래분야에서 다수의 고객에게 피해가 발생하거나 동일 또는 유사한 내용의 불공정약관에 의한 피해가 반복되는 경우'를 의미한다.

### (3) 상고이유 제3점 - 약관의 불공정성 여부는 거래실질을 고려하여 판단하여야 함

현행 비용부담 조항은 형식적으로는 고객이 선택에 따라 비용 부담 주체를 정할 수 있는 것처럼 되어 있으나 실제로는 우월적인 지위를 점하고 있는 원고의 지시에 따라 이루어지고 있다.

따라서 합의를 가장한 약관조항에 의해 계약이 체결되고 있는 경우 약관 조항만을 기준으로 약관의 불공정성 여부를 판단한다면 소비자의 이익을 대변하는 피고가 전혀 개입할 수 없으므로 거래실질을 함께 고려하여 판단하여야 한다.

그러므로 약관 자체의 불공정성에 관한 문제와 실제 운용형태의 불공정성에 관한 문제를 유리시켜 판단한 원심판단은 부당하다.

## 2. 대법원의 판단

### (1) 제1점에 관하여

구 약관의 규제에 관한 법률(2010.3.22.법률 제10169호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 약관규제법'이라고 한다)제19조의2 제5항,제6항,제34조 제2항에 의하면,피고는 표준약관을 사용할 것을 사업자 및 사업자단체(이하 '사업자 등'이라 한다)에게 권장할 수 있고, 피고로부터 그 사용을 권장받은 사업자 등은 표준약관과 다른 약관을 사용하는 경우에 표준약관과 다르게 정한 주요내용을 고객이 알기 쉽게 표시하여야 하며, 이를 위반한 자에 대해서는 500만 원 이하의 과태료에 처하도록 되어 있다.

이와 같이 피고의 '표준약관 사용권장행위'는 그 통지를 받은 해당 사업자 등에게 표준약관과 다른 약관을 사용할 경우 표준약관과 다르게 정한 주요내용을 고객이 알기 쉽게 표시하여야 할 의무를 부과하고, 그 불이행에 대해서는 과태료에 처하도록 되어 있으므로, 이는 사업자 등의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 행정처분으로서 항고소송의 대상이 된다.

### (2) 제2점에 관하여

위 규정의 문언 내용을 표준약관제도의 취지 및 구 약관규제법의 목적 등에 비추어 살펴보면, 피고는 일정한 거래분야에 관하여 약관이 없거나 불공정 약관조항이 있는 경우 사업자 등에게 표준약관을 마련하여 심사청구할 것을 권고할 수 있고, 이는 다수의 고객에게 피해가 발생하는 경우는 물론 소비자단체 등의 요청이 있는 경우에도 마찬가지라고 할 것이다.

### (3) 제3점에 관하여

구 약관규제법 제19조의2 제3항에서 규정한 불공정 약관조항에 해당하는지 여부를 심사함에 있어서는 문제되는 조항만을 따로 떼어서 볼 것이 아니라 전체 약관내용을 종합적으로 고찰한 후에 판단하여야 하고, 그 약관이 사용되는 거래분야의 통상적

인 거래관행, 거래대상인 상품이나 용역의 특성 등을 함께 고려하여 판단하여야 한다.

이와 달리 원심은,이 사건 현행 표준약관 중 대출거래약정서 Ⅰ(가계용)제3조 제1항 등 6종의 은행여신거래 관련 부분은 대출과정에서 소요되는 인지세,등록세 등의 비용에 관한 부담주체를 고객이 선택할 수 있도록 한 이상 그 약관조항 자체가 불공정하다고 보기 어렵고, 나아가 실제 계약의 체결 과정에서 고객의 선택권이 제대로 보장되는지 여부 등 거래관행은 위 약관조항의 불공정성 여부를 결정하는 데 고려할 수 없다는 전제하에, 그러한 사정에 관하여는 살펴보지도 아니한 채 피고의 처분이 위법하다고 판단하였는바, 이러한 원심의 판단에는 약관조항의 불공정성의 판단 기준에 관한 법리를 오해하여 심리를 다하지 못한 위법이 있고, 이 점을 지적하는 피고의 상고이유는 이유 있다.

## 3. 검토

### (1) 표준약관 사용권장행위의 처분성 여부

항고소송의 대상이 되는 행정처분은 행정청의 공법상 행위로서 특정사항에 대하여 법규에 의한 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나, 기타 법률상 효과를 발생하게 하는 등 국민의 권리의무에 직접 관계가 있는 행위를 가리키는 것이고, 상대방 또는 기타 관계자들의 법률상 지위에 직접적인 영향을 미치지 않는 행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 아니다(대법원 2002. 5. 17. 선고 2001두10578 판결 등 다수).

원심은 표준약관표지 사용금지의무, 주요내용 표시의무 및 각 의무 위반시 과태료가 부과된다는 점을 이유로 원고에게 직접적인 의무가 발생하였다고 판단하고 있으나, 표준약관표지 사용금지의무는 사용권장 유무와 무관하게 약관법상 항시 존재하는 법률상·일반적 의무이며, 피고의 사용권장 행위로 인하여 비로소 발생하는 것이 아니므로 이를 이유로 처분성을 인정하는 것은 부당하다.

한편 대법원은 피고로부터 표준약관 사용을 권장받은 사업자는 주요내용 표시의무가 발생한다는 점, 이를 위반할 경우 500만 원 이하의 과태료를 부과받는다는 점을 이유로 처분성을 인정하였는데, '표준약관 사용을 권장받지 않은 사업자'가 주요내용을 표시하지 아니할 경우에는 해당 약관을 계약의 내용으로 주장할 수 없음에 그칠 뿐 위와 같은 과태료를 부과받지 않는다는 점을 고려하면 '표준약관 사용을 권장받은

사업자의 주요내용 표시의무'는 '약관법 제3조의 표시·설명의무'[6]와는 달리 평가하여야 할 것이다. 결국 대법원의 판단은 타당한 것으로 보인다.

### (2) 법제19조의2 제3항의 해석론

피고의 주장대로 '소비자단체등의 요청이 있는 경우'에는 (이미 존재하는 약관이 불공정하지 않다 하더라도) 표준약관을 개정할 수 있다고 본다면, 불공정하지 않은 약관을 개정해야 하는 상황을 인정하기 어렵고, 소비자단체가 소비자들에게 일방적으로 유리한 내용에 도달할 때까지 표준약관의 개정을 요청하는 등 요청권을 남용할 가능성을 배제할 수 없으므로 표준약관이 불공정할 경우에만 개정할 수 있도록 제한을 두는 것이 타당하다.

다만 약관조항 자체는 일견 공정한 것처럼 보이나 실제로는 불공정하게 운용된다면 실질적으로 약관을 규제하는 취지를 달성할 수 없을 것이므로 그러한 부당한 운용을 차단하기 위하여 표준약관을 개정할 필요성이 있다. 그러나 이 경우에는 약관조항 자체에는 불공정성이 없다는 점에서 다음과 같은 고민이 발생한 것으로 보인다.

### (3) 약관의 불공정성 여부와 거래실질

#### 1) 약관의 불공정성 판단에 거래실질을 고려하여야 하는지 여부

약관은 통상 사업자측에서 작성하여 구비하는 것이므로 고객에게 불리한 내용으로

---

6) 제3조 (약관의 작성 및 설명의무 등)
① 사업자는 고객이 약관의 내용을 쉽게 알 수 있도록 한글로 작성하고, 표준화·체계화된 용어를 사용하며, 약관의 중요한 내용을 부호, 색채, 굵고 큰 문자 등으로 명확하게 표시하여 알아보기 쉽게 약관을 작성하여야 한다.
② 사업자는 계약을 체결할 때에는 고객에게 약관의 내용을 계약의 종류에 따라 일반적으로 예상되는 방법으로 분명하게 밝히고, 고객이 요구할 경우 그 약관의 사본을 고객에게 내주어 고객이 약관의 내용을 알 수 있게 하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 업종의 약관에 대하여는 그러하지 아니하다.
1. 여객운송업
2. 전기·가스 및 수도사업
3. 우편업
4. 공중전화 서비스 제공 통신업
③ 사업자는 약관에 정하여져 있는 중요한 내용을 고객이 이해할 수 있도록 설명하여야 한다. 다만, 계약의 성질상 설명하는 것이 현저하게 곤란한 경우에는 그러하지 아니하다.
④ 사업자가 제2항 및 제3항을 위반하여 계약을 체결한 경우에는 해당 약관을 계약의 내용으로 주장할 수 없다.

작성되기 쉽다. 따라서 공정위는 사업자와 고객의 형평을 도모하는 내용으로 표준약관을 작성하여 비치하고 있으며, 표준약관을 채택할 경우 고객은 당해 약관이 공정할 것으로 신뢰하고 보다 쉽게 당해 사업자와 계약을 체결하는 효과가 있다.

그런데 ①공정위가 표준약관을 처음 작성할 당시 거래계에 존재하는 구체적인 사정을 모두 고려한 다음 표준약관에 적절히 반영하는 것은 매우 어려운 일이고, ②작성당시에는 적합한 표준약관이라 하더라도 외부적 사정의 변동에 의하여 사후적으로 부적절한 것이 될 수도 있으며, ③약관조항 자체는 공정하다 하더라도 외부적인 강압에 의하여 실질적으로 불공정하게 운용되는 경우도 있을 수 있다.

한편 공정위에게 표준약관을 개정할 권한을 무한히 부여하는 것은 바람직하지 아니하므로, 약관규제법은 제19조의2 제3항에서 공정위가 표준약관을 개정하기 위한 요건을 설시하고 있다. 그런데 법제19조의2 제3항의 내용을 살펴보면 사실은 위 사안 중 ①, ②의 경우를 예상하였을 뿐 ③의 경우는 예상하지 못한 것이 아닌가 생각된다.

그러나 약관조항이 형식적으로 문제가 없다고 하여 규제할 수 없다면, 거래상 우월한 지위에 있는 사업자들은 형식적으로 공정한 약관을 사용하되 실제로는 고객이 불리한 내용이 채택되도록 함으로써 약관규제법에 의한 통제를 회피할 우려가 있음은 자명하다.

또한 약관규제법은 건전한 거래질서를 확립하고 이를 통하여 소비자를 보호하고 국민생활을 균형 있게 향상시키는 것을 목적으로 하므로, '약관조항 자체'의 공정성 여부는 현실의 거래실질을 고려하여 판단할 수밖에 없다.

결국 대법원의 판단은 이러한 고민이 반영된 것으로 타당한 판단인 것으로 생각된다. 그러나 거래실질을 적극적으로 반영하여 약관의 불공정성을 판단하다보면 일면 자의적인 해석이 가능할 뿐만 아니라, 사적 자치를 과도하게 제한할 우려가 있고, 약관규제법이 조항 자체를 중심으로 불공정성 판단기준을 제시하고 있다는 점에도 배치된다는 점을 고려하면 궁극적으로는 법 제19조의2 제3항을 위 ③을 규제할 수 있도록 적절히 개정하는 것이 바람직하지 않을까 생각해본다.

### 2) 이 사건 약관이 불공정한 약관에 해당되는지 여부

수익자부담의 원칙상 채무자인 대출고객이 근저당권설정비용을 부담하는 것은 부당하지 않으며, 물적 담보대출자의 경우 용이한 채권회수 절차를 고려하여 신용대출자보다 금리를 우대하여 적용받고 있고, 개별적인 이익의 비교형량 측면에서도 부당

하다고 불 수 없으므로 결국 이 사건 약관은 불공정한 약관이 아니라는 견해[7]가 있으나 다음과 같은 이유로 설득력을 얻기 어렵다.

첫째, 대출거래약정과 같은 유상계약의 경우 일방 당사자만이 수익자라고 보기 어려운 바, 은행으로서는 근저당권 설정을 통하여 우선변제권을 확보하게 됨으로서 채무자가 근저당권설정계약을 통하여 득하는 이익보다 더 큰 이익을 누리는 것이다.

둘째, 현행 표준약관 중 저당권 관련 비용부담 선택조항은 저당권 또는 근저당권의 설정, 말소, 실행 등에 소요되는 비용의 부담주체를 비용별로 명확하게 규정하기보다는 비전문가인 고객으로 하여금 그 부담주체를 선택하도록 규정함으로써 고객이 선택에 따른 비용차이를 쉽게 판단할 수 없게 되어있으므로 고객은 은행의 유도에 따라 자신에게 불리한 선택지를 고르게 될 가능성이 높다.

실제로 고객들은 대부분 (은행직원의 유도에 의하여) 저당권 설정비용을 고객이 부담하는 방향으로 선택하였는데 이러한 선택이 합리적이고 정상적인 것이라고 판단하려면 저당권 설정비용을 은행이 부담하기로 선택할 경우 고객이 더 부담하게 되는 이자가 위 저당권 설정비용보다 큰 금액이어야 할 것이나, 이에 관한 증거는 전혀 제출되지 아니하였다.

셋째, 은행의 이율은 일반 고객이 상대적으로 예상할 수 있고 그 비용도 분할하여 납부할 수 있는 반면 저당권 설정비용 등은 일반 고객이 금액을 예측하기 어려울 뿐 아니라 일시에 큰 금액을 지불하여야 한다는 점 등의 문제가 있다.

한편 부대비용의 부담자를 은행으로 명확히 규정하면 소비자들이 은행들의 대출금리를 손쉽게 비교할 수 있어 보다 유리한 대출상품을 선택할 수 있게 되고, 따라서 은행들의 경쟁을 촉진시키는 효과를 얻을 수 있다는 점도 개정 약관조항을 정당화할 수 있다고 본다.

## V. 환송 후 판결(서울고등법원 2011. 4. 6. 선고 2010누35571)

상고이유 제1, 2점에 대한 판단은 대법원 판결내용과 동일하므로 제3점에 대한 부분에 관하여만 살펴본다.

---

7) 최병규, 은행근저당권설정비 부담주체에 대한 약관의 효력, 상사판례연구 제24책 제1권‘ 185쪽 이하

## 1. 법원의 판단

은행과 고객 사이에 이루어지는 대출거래에서는 둘 사이의 사업능력에 현저한 차이가 있고 은행이 제시하는 조건을 거부할 경우 사실상 대출이 불가능해진다는 점 등에서 대출금액, 담보제공 여부, 대출기간, 이율 등 거래조건의 중요한 부분이 대부분 은행의 주도하에 결정되는 등 은행이 고객들에 대하여 상대적으로 우월한 지위 또는 적어도 상대방의 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위에 있다고 할 수 있다(대법원 2009. 10. 29. 선고 2007두20812 판결 참조). 또한 다양한 대출상품들의 복잡한 금리구조 등으로 인하여 대출거래의 소비자들로서는 해당 금리의 적정성이나 부대비용 부담의 유·불리 등에 관하여 정확히 판단한다는 것이 사실상 매우 어렵다는 점은 충분히 예상할 수 있는 일이다. 더욱이 앞서 본 사실관계에 의하면 상당수 대출거래에서는 실제 세부적인 계약조건에 관하여 고객과 은행 사이에 충분한 협의가 이루어지지 않은 채 사실상 은행직원의 지시에 따라 대출계약서가 작성되는 것이 거래현실이라는 것이다.

따라서 비록 개정 전 표준약관이 대출 관련 부대비용의 부담에 관하여 고객으로 하여금 선택하도록 하는 형식을 취하고 있다 하더라도 위와 같은 사정을 종합하여 보면, 고객에게 실질적인 선택권을 부여한 것이라고 보기 어렵다.

뿐만 아니라 외관상 그와 같이 선택권을 부여하였다는 사정만으로 불공정하지 않다고 한다면 특히 거래상 우월한 지위에 있는 사업자들은 문제 소지가 있는 약관조항들을 일의적(一義的)으로 명확히 규정하지 않고 모두 선택권을 부여하는 방식으로 규정함으로써 약관규제법에 의한 통제를 회피하는 탈법적 수단으로 악용할 우려가 있다.

이러한 은행대출거래 분야에서의 거래사정이나 대출상품의 특성 및 그로 인한 악용의 가능성 등과 함께 앞서 본 인정사실에서 알 수 있는 바와 같은 개정 전 표준약관의 내용과 그 적용 실태, 약관 개정 경위 등을 아울러 고려하여 보면, 개정 전 표준약관은 대출거래에서 우월한 지위에 있는 은행이 그 지위를 이용하여 대출 관련 부대비용 중 은행이 부담하여야 할 비용까지 고객으로 하여금 부담하게 하거나 가산금리를 적용하는 방법 등으로 사실상 이를 고객에게 전가시킬 수 있도록 한 것이어서 고객에게 부당하게 불리한 불공정 약관조항이라고 봄이 상당하다.

이에 대하여 원고들은 개정 표준약관처럼 부대비용의 부담자를 일의적으로 규정할 경우, 부대비용을 부담하는 대신 낮은 이자율을 적용받거나 혹은 높은 이자율을 감수하고서라도 부대비용을 부담하지 않겠다는 소비자의 선택권을 박탈하는 것일 뿐 아니라, 그 비용은 모두 이자율에 반영되어 결국 소비자가 이를 부담하게 되고 나아가 부

대비용이 들지 않는 소비자(예 : 신용대출)에게까지 그 비용이 전가되는 불합리한 결과가 초래된다고 주장한다.

그러나 개정 전 표준약관에 의하더라도 고객에게 실질적인 선택권이 부여된 것으로 볼 수 없다는 점은 위에서 본 바와 같다. 그리고 부대비용의 부담자를 은행으로 명확히 규정하더라도 은행 간의 경쟁이나 해당 은행의 경영합리화 등으로 반드시 그 비용 모두가 소비자에게 전가된다고 볼 수는 없다. 또한 다른 소비자에게 비용이 전가되는 문제도 인지세가 소요되는 경우와 그렇지 않은 경우 혹은 담보대출과 신용대출 사이에 각각의 개별이율을 차별화하는 방법 등으로 얼마든지 이를 해소할 수 있을 것으로 보인다.

오히려 개정 표준약관의 시행으로 소비자들로서는 예측불가능한 부대비용을 부담하지 않게 됨에 따라 그에 관한 정보탐색비용을 절감할 수 있고, 또 은행들의 대출금리를 손쉽게 비교할 수 있어 보다 유리한 대출상품을 선택할 수 있게 된다. 그리고 은행으로서도 부대비용의 절감에 노력하여 은행의 경쟁력을 높이고 은행 간의 경쟁을 촉진하는 효과를 기대할 수 있을 것으로 생각된다.

이러한 점들을 종합적으로 고려하여 보면, 개정 전 표준약관이 불공정 약관조항임을 이유로 한 이 사건 사용권장처분은 적법하다. 이와 다른 전제에 선 원고들의 주장은 받아들일 수 없다.

## 2. 원고의 재상고

원고는 2011. 6. 3. 재상고하였다.

## 3. 이 사건 판결 이후의 변화

은행연합회는 개정 표준약관을 따르는 내용으로 근저당권 설정과 관련한 여신거래약관을 개정하였으며, 시중 은행들은 7월부터 시행에 들어갔다.

은행연합회는 최근 주요은행의 주택담보대출 취급금리는 약관 변경 이후의 적용금리(5.06%)가 약관변경 전의 금리(5.01%)와 큰 차이가 없다고 밝혔다. 한편 은행들은 건당 30~40만원 하던 법무사 보수를 채권최고액에 상관없이 일괄 5만원으로 낮추고 있는 것으로 알려지고 있다.

# 금융감독위원회의 자본감소명령제도

## - 대법원 2010. 4.29. 선고 2007다12012【자본감소무효】-

김 상 훈*

목 차

Ⅰ. 사실관계 ····· 131

Ⅱ. 관련 규정 ····· 132
1. 금산법 규정 ····· 132
2. 상법 ····· 134
3. 은행업감독규정 1998. 9. 14. 개정 ····· 134

Ⅲ. 원고들 주장의 요지 ····· 135

Ⅳ. 판결의 요지 ····· 136
1. 주주의 재산권에 대한 본질적 침해 여부 ····· 136
2. 자본감소명령의 무효 여부 ····· 137
3. 자본감소 무효의 소에 있어 새로운 무효사유 추가 가능 여부 ····· 138

Ⅴ. 대상 판결에 대한 검토 ····· 138
1. 기존 대법원 및 헌법재판소의 태도 ····· 138
2. 비례성 원칙 위반 여부 ····· 141
3. 본질적 내용의 침해 금지 ····· 142
4. 평등원칙 위반 ····· 144
5. 고시에 근거한 처분 ····· 145

* 변호사

**【원고】 한일은행 주주**

**【피고】 합병된 주식회사 한일은행의 소송수계인 주식회사 우리은행**

# Ⅰ. 사실관계

1. 금융감독위원회의 한일은행에 대한 경영개선권고와 경영정상화계획의 제출 및 조건부 승인

2. 경영정상화계획에 따른 투자유치 실패 및 한국상업은행과의 합병계약 체결

3. 금융감독위원회의 자본감소 명령

한일은행, 한국상업은행 및 금융감독위원회 사이에 지원방안에 대한 협의가 있었고 이를 토대로 금융감독위원회는 '정부지원조건 이행각서' 사본을 한일은행과 한국상업은행에게 송부하여 그러한 내용의 이행각서와 이행계획서를 제출할 것을 요청함. 이에 한일은행과 한국상업은행은 1998. 9. 14. 금융감독위원회에게 정부지원조건 이행각서 및 이행계획서를 제출하였는데, 그 내용 중에는 정부지원의 조건으로서 한일은행과 한국상업은행이 금융감독위원회의 자본감소명령에 따라 자본금 감액을 추진한다는 것이 포함됨.

금융감독위원회는 금산법 제10조 제1항 제2호 및 같은 날 개정된 은행감독규정 제36조 제3항의 각 규정을 근거법령으로 하여 한일은행에게 자본감소를 할 것을 명령함.

4. 자본감소 등을 내용으로 하는 한일은행의 이사회 결의

5. 자본감소 실행

자본감소 전 최종 거래일 한일은행 주식 종가는 505원이었고, 거래 재개일 종가는 5,820원이었음.

6. 예금보험공사의 자금지원, 한국상업은행과의 합병 및 한일은행의 해산

# Ⅱ. 관련 규정

## 1. 금산법 규정

제10조 (적기시정조치)
①금융감독위원회는 금융기관의 자기자본비율이 일정수준에 미달하는 등 재무상태가 제2항의 규정에 의한 기준에 미달하거나 거액의 금융사고 또는 부실채권의 발생으로 인하여 금융기관의 재무상태가 제2항의 규정에 의한 기준에 미달하게 될 것이 명백하다고 판단되는 때에는 금융기관의 부실화를 예방하고 건전한 경영을 유도하기 위하여 당해 금융기관에 대하여 다음 각 호의 사항을 권고·요구 또는 명령하거나 그 이행계획을 제출할 것을 명하여야 한다.
1. 금융기관 및 임·직원에 대한 주의·경고·견책 또는 감봉
2. 자본증가 또는 자본감소, 보유자산의 처분 또는 점포·조직의 축소
3. 채무불이행 또는 가격변경 등의 위험이 높은 자산의 취득금지 또는 비정상적으로 높은 금리에 의한 수신의 제한
4. 임원의 직무정지 또는 임원의 직무를 대행하는 관리인의 선임
5. 주식의 소각 또는 병합
6. 영업의 전부 또는 일부 정지
7. 합병 또는 제3자에 의한 해당 금융기관의 인수
8. 영업의 양도 또는 예금·대출 등 금융거래에 관련된 계약의 이전(이하 “계약이전“이라 한다)
9. 기타 제1호 내지 제8호에 준하는 조치로서 금융기관의 재무건전성을 높이기 위하여 필요하다고 인정되는 조치

②금융감독위원회는 제1항의 규정에 의한 조치(이하 “적기시정조치“라 한다)를 하고자 하는 경우에는 미리 그 기준과 내용을 정하여 고시하여야 한다.
③금융감독위원회는 제2항의 규정에 의한 기준에 일시적으로 미달한 금융기관이 단기간 내에 그 기준을 충족시킬 수 있다고 판단되거나 이에 준하는 사유가 있다고 인정되는 때에는 기간을 정하여 적기시정조치를 유예할 수 있다.
④금융감독위원회는 제2항의 규정에 의한 기준을 정함에 있어서 금융기관 또는 금융기관의 주주에게 중대한 재산상의 손실을 끼칠 우려가 있는 영업의 전부정지, 영업의 전부양도, 계약의 전부이전 또는 주식의 전부소각에 관한 명령 및 이에 준하는 조치는 해당 금융기관이 부실금융기관이거나 재무상태가 제2항의 규정에 의한 기준에 크게 미달하고 건전한 신용질서나 예금자의 권익을 해할 우려가 현저하다고 인정되는 경우에 한하도록 하여야 한다.
⑤금융감독위원회는 적기시정조치에 관한 권한을 대통령령이 정하는 바에 따라

금융감독원 원장에게 위탁할 수 있다.

제12조 (부실금융기관에 대한 정부 등의 출자)
①금융감독위원회는 부실금융기관이 계속된 예금인출 등으로 영업을 지속하기가 어렵다고 인정되는 경우에는 정부 또는 예금보험공사(이하 "정부 등"이라 한다)에 대하여 당해 부실금융기관에 대한 출자를 요청할 수 있다.
②제1항의 요청에 의하여 정부 등이 부실금융기관에 출자하는 경우 당해 부실금융기관의 이사회는 상법 제330조·제344조제2항·제416조 내지 제418조의 규정에 불구하고 발행할 신주의 종류와 내용, 수량, 발행가액, 배정방법 기타 절차에 관한 사항을 결정할 수 있다.
③금융감독위원회는 제1항의 규정에 의한 요청에 따라 정부 등이 출자를 하였거나 출자하기로 결정한 부실금융기관에 대하여 특정주주(제1항의 규정에 의하여 출자한 정부 등을 제외한 주주 또는 당해 금융기관의 부실에 책임이 있다고 금융감독위원회가 인정하는 주주를 말한다. 이하 같다)가 소유한 주식의 일부 또는 전부를 유상 또는 무상으로 소각하거나 특정주주가 소유한 주식을 일정비율로 병합하여 자본금을 감소하도록 명령할 수 있다.
④부실금융기관이 제3항의 규정에 의하여 자본감소를 명령받은 때에는 상법 제438조 내지 제441조의 규정에 불구하고 당해 부실금융기관의 이사회에서 자본감소를 결의하거나 자본감소의 방법과 절차, 주식병합의 절차 등에 관한 사항을 정할 수 있다.
⑤제4항의 규정에 의하여 자본을 감소하고자 하는 부실금융기관은 채권자에 대하여 10일이상의 기간을 정하여 이의를 제출할 것을 2개 이상의 일간지에 공고하여야 하며, 이의를 제출한 채권자가 있는 때에는 그 채권자에 대하여 변제 또는 상당한 담보를 제공하거나 이를 목적으로 하여 상당한 재산을 신탁회사에 신탁하여야 한다. 다만, 실제 자본감소금액(자기주식을 유상으로 매입하여 소각하는 경우에 있어서 그 매입금액을 말한다)이 제2항의 규정에 의하여 정부 등이 출자하는 금액에 미달하는 경우에는 그러하지 아니하다.<개정 1998.9.14>
⑥제3항 및 제4항의 규정에 의하여 주식을 병합하는 경우에 당해 부실금융기관은 5일이상의 기간(그 기간 중 마지막 날을 "주식병합기준일"이라 한다)을 정하여 그 내용과 그 기간내에 주권을 회사에 제출할 것을 공고하고, 주식병합기준일로부터 1월 이내에 신주권을 교부하여야 한다. 다만, 증권거래법에 따라 주권이 증권예탁원에 예탁되어 있는 주식을 병합하는 경우에는 주식병합기준일에 실질 주주명부의 기재에 의하여 구주권의 제출 및 신주권의 교부가 이루어진 것으로 할 수 있으며 이 경우 그 사실을 본문의 규정에 의한 공고 시 함께 공고하여야 한다.

⑦부실금융기관은 제2항 또는 제4항의 규정에 의하여 이사회결의를 한 때에는 지체 없이 2개 이상의 일간지에 그 결의사항과 결의사항에 반대하는 주주의 경우 10일 이내에 주식의 종류와 수를 기재한 서면으로 회사에 대하여 자기가 보유한 주식의 매수를 청구할 수 있다는 사실을 공고하여야 한다.
⑧부실금융기관은 제7항에 의한 청구가 있는 경우에는 청구를 받은 날부터 2월 이내에 그 주식을 매수하여야 한다. 이 경우 주식의 매수가액은 주주와 회사 간의 협의에 의하여 결정하며 협의가 이루어지지 아니하는 경우에는 회계전문가가 정부 등의 출자가 이루어지기전의 부실금융기관의 재산가치와 수익가치 등을 고려하여 산정한 가격으로 한다.
⑨회사 또는 주식의 매수를 청구한 주주가 보유한 주식의 100분의 30이상이 제8항 후단의 규정에 의하여 결정된 매수가액에 반대하는 경우에는 그 가액을 결정한 때부터 30일 이내에 법원에 대하여 매수가액의 결정을 청구할 수 있다.

제13조의2 (주식병합절차의 간소화)
제12조제4항 내지 제9항의 규정은 다음 각 호의 1에 해당하는 금융기관이 자본증가 또는 자본감소를 위하여 주식을 병합하고자 하는 경우에 관하여 이를 준용한다.
1. 제10조제1항의 규정에 의하여 금융감독위원회로부터 자본감소를 명령받은 금융기관
2. 주식의 시가가 액면가에 미달되는 금융기관으로서 제10조제1항의 규정에 의하여 금융감독위원회로부터 자본증가를 명령받은 금융기관

## 2. 상법

제438조 (자본감소의 결의)
①자본의 감소에는 제434조(주총특별결의)의 규정에 의한 결의가 있어야 한다.
②자본의 감소에 관한 의안의 요령은 제363조의 규정에 의한 통지와 공고에 기재하여야 한다.

## 3. 은행업감독규정 1998. 9. 14. 개정

제36조(경영개선조치명령)
① 금감위는 금융기관이 금융산업의구조개선에관한법률 제2조제3호에서 정하는 부실금융기관에 해당하는 경우에는 당해 금융기관에 대해 필요한 조치를 취할 것을 명령하고, 동 조치내용이 반영된 계획을 제출받아 그 이행여부를 점검하여

야 한다.(개정 1998.6.12)
② 제1항에서 정하는 필요한 조치라 함은 다음 각 호의 일부 또는 전부에 해당하는 조치를 말한다.
1. 주식의 일부 소각(일부주주가 소유하고 있는 주식전부의 소각 포함) 및 병합
2. 임원의 직무집행 정지 및 관리인의 선임
3. 합병
4. 영업의 전부 또는 일부의 양도
5. 제3자에 의한 당해 금융기관의 인수
6. 6월 이내의 영업정지 또는 은행업 인가취소 요청
7. 제35조제2항에서 정하는 사항
③ 금감위는 제1항의 규정에 불구하고 제34조제1항의 경영개선권고 또는 제35조제1항의 경영개선조치요구를 받은 금융기관으로서 외부로부터 자금지원 없이는 정상적인 경영이 어렵다고 판단되어 정부 또는 예금보험공사가 출자하기로 한 금융기관에 대하여 자본증가 또는 자본감소를 명령할 수 있다.(신설 1998. 9. 14)

## Ⅲ. 원고들 주장의 요지

가. 금융감독위원회는 1998. 9. 14. 앞서 본 바와 같이 한일은행에게 자본감소를 명하였고, 그에 따라 한일은행 이사회는 1998. 9. 14. 이 사건 자본감소 결의를 하였으며, 한일은행은 자본감소를 실행하였다.

나. 그러나 이 사건 자본감소 결의와 실행 당시 한일은행은 금산법 소정의 '부실금융기관' 또는 '정부 등의 출자가 예정된 금융기관'이라는 요건에 해당하지 아니하였으므로, 한일은행 이사회는 이 사건 자본감소를 결의할 권한이 없었다. 나아가 금융감독위원회의 위와 같은 자본감소 명령은 하자 있는 행정처분이다.

다. 한일은행 이사회가 이 사건 자본감소를 결의할 권한이 있었다고 하더라도 위와 같이 자본감소를 결의한 한일은행 이사회 결의는 부적법하며 또한 소집절차상의 하자로 인해 무효이다.

## Ⅳ. 판결의 요지

### 1. 주주의 재산권에 대한 본질적 침해 여부

구 금산법 제10조 제1항 및 제2항, 제13조의2, 제12조 제4항은 재무상태가 악화되어 외부로부터의 자금지원 없이는 정상적인 경영이 어려운 금융기관(이하 '부실화 우려 있는 금융기관'이라 한다)에 대하여 정부 또는 예금보험공사가 출자하기로 한 때에는 금융감독위원회가 당해 금융기관에 대하여 자본감소명령을 할 수 있고, 이 경우 당해 금융기관은 주주총회의 특별결의를 거쳐 자본감소를 하도록 한 상법 제438조의 규정에도 불구하고 이사회결의만으로 자본감소를 할 수 있도록 규정하고 있다.

위 규정이 부실화 우려 있는 금융기관으로 하여금 이사회결의만으로 자본감소를 할 수 있도록 한 것은 자본감소 여부 결정에 관한 주주의 권한을 제한하는 결과가 되나,

① 부실화 우려 있는 금융기관을 그대로 방치할 경우 그 주주뿐만 아니라 예금주, 당해 금융기관으로부터 자금을 조달하는 기업과 개인 등 다수의 이해관계자들이 상당한 재산적 손실을 입게 되어 국민경제에 미치는 부정적 효과가 크므로 그 정상화를 위해 정부가 자금지원 등의 방법으로 개입할 필요가 있는 점,

② 정부가 부실화 우려 있는 금융기관에 출자지원 등을 하면서 당해 금융기관의 기존 주식을 그대로 두면 정부는 투입한 공적자금에 걸맞은 지분을 확보하기 어려운 반면 기존 주주는 경영정상화로 인해 예상하지 못했던 이익을 얻게 되는바, 이와 같은 불합리를 조정하기 위해서는 출자지원의 전제조건으로 부실화 우려 있는 금융기관의 자본금을 자본감소 등을 통해 그 실질에 맞추는 조치가 필요한 점,

③ 부실화 우려 있는 금융기관의 자본감소에 주주총회의 특별결의를 거치도록 하면 주주의 반대로 자본감소결의 자체가 이루어지지 않을 수 있을 뿐만 아니라 가사 이루어진다고 하더라도 그에 소요되는 상당한 기간 동안 정부 지원이 지연됨에 따라 대량 예금인출 사태의 발생 등으로 인하여 부실화 우려 있는 금융기관의 정상화가 어렵게 될 수 있으므로 당해 금융기관으로 하여금 이사회결의만으로 신속하게 자본감소 절차를 진행하게 할 필요가 있는 점,

④ 부실화 우려 있는 금융기관의 주식은 자본감소로 인하여 그 가치가 감소하는

것이 아니라 그 전에 이미 재무상태의 악화로 인하여 가치가 감소해 있다고 할 것이므로 이사회결의만으로 자본감소를 한다고 하여 주주가 경제적 손실을 입는 것은 아니고, 가사 경제적 손실을 입는다고 하더라도 이사회결의에 반대하는 주주에 대해서는 주식매수청구권이 인정되고 있으므로 그 손실을 보전할 수 있는 점 등에 비추어 볼 때,

위와 같은 주주 권한의 제한은 국민경제의 안정을 실현하기 위한 필요하고 적절한 수단으로 주주 재산권의 본질적 내용을 침해하는 것이라고 할 수 없다.

## 2. 자본감소명령의 무효 여부

행정처분의 하자가 중대하고 명백하여 당연 무효라고 보아야 할 사유가 있는 경우를 제외하고는 그 하자를 이유로 그 효과를 부정하지 못하는 것으로(행정행위의 공정력), 행정행위의 하자가 취소사유에 불과한 때에는 그 처분이 취소되지 않는 한 처분의 효력을 부정할 수 없음.

금융감독위원회가 1998.9.14.16:00 개최된 위원회에서 은행감독규정에 제36조 제3항을 신설하기로 의결한 후 바로 이어 구 금산법 제10조 제1항 및 위 신설 규정을 근거로 이 사건 자본감소명령을 한 사실을 인정할 수 있으므로 이 사건 자본감소명령에는 그 기준을 사전에 고시하지 아니한 하자가 있음.

그러나 금융감독위원회가 구 금산법 제10조 제1항 및 제2항에 의하여 자신이 정한 기준과 내용에 따라 자본감소명령을 할 권한을 갖고 있었던 점, 금융감독위원회가 이 사건 자본감소명령 전에 그 기준을 정한 은행감독규정 제36조 제3항을 신설하였고 한△은행이 위 규정에서 정한 기준에 부합했던 점, 금융감독위원회는 한일은행으로 하여금 자본감소절차를 신속하게 이행한 후 예금보험공사의 출자를 받도록 하기 위해 한일은행과의 협의 하에 이 사건 자본감소명령을 한 점, 따라서 금융감독위원회가 이 사건 자본감소명령을 할 당시 은행감독규정 제36조 제3항을 고시하지는 않았지만 한일은행은 위 규정에 따라 이 사건 자본감소명령이 발령될 것임을 사전에 알고 있었다고 할 것인 점 등을 종합해 볼 때,

위 하자가 이 사건 자본감소명령을 무효로 할 만큼 중대하고 명백한 것이라고 볼 수 없음.

### 3. 자본감소 무효의 소에 있어 새로운 무효사유 추가 가능 여부

상법 제445조는 “자본감소의 무효는 주주 · 이사 · 감사 · 청산인 · 파산관재인 또는 자본감소를 승인하지 아니한 채권자에 한하여 자본감소로 인한 변경등기가 있는 날로부터 6월내에 소만으로 주장할 수 있다.”고 규정하고 있는바, 이는 자본감소에 수반되는 복잡한 법률관계를 조기에 확정하고자 하는 것이므로 새로운 무효사유를 출소기간의 경과 후에도 주장할 수 있도록 하면 법률관계가 불안정하게 되어 위 규정의 취지가 몰각된다는 점에 비추어 위 규정은 무효사유의 주장시기도 제한하고 있는 것이라고 해석함이 상당하고 자본감소로 인한 변경등기가 있는 날로부터 6월의 출소기간이 경과한 후에는 새로운 무효사유를 추가하여 주장할 수 없다.

## Ⅴ. 대상 판결에 대한 검토

### 1. 기존 대법원 및 헌법재판소의 태도

#### (1) 대법원 2005. 2. 18. 선고 2002두9360 판결

금산법 제10조, 제12조 제3항에 대해 포괄위임금지에 해당하지 않고, 명확성 원칙에 반하지 않으며, 주주의 재산권을 과도하게 침해하고 있지 않고(비례성원칙 준수), 평등 원칙 및 적법절차 원칙의 위반이 없다고 판결함.

금융산업의구조개선에관한법률 제10조는 제1항에서 금융감독위원회의 적기시정조치의 기본적인 요건과 내용을 미리 정한 다음 제2항에서 그 적기시정조치의 구체적인 기준과 절차만을 금융감독위원회의 고시에 위임하고 있어 금융감독위원회의 고시에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있다고 할 것이므로 위 각 규정은 포괄위임입법의 금지를 선언한 헌법 제75조에 위반되지 아니하고,

금융산업의구조개선에관한법률 제12조 제3항은 정부 등이 출자 등을 하거나 이를 하기로 결정한 부실금융기관에 대하여 주식의 일부 또는 전부 소각, 유·무상 소각, 주식의 병합을 통한 자본금 감소명령을 할 수 있도록 금융감독위원회에게 재량권을 부여한 규정일 뿐 그 기준과 내용 등을 금융감독위원회의 고시에 위임한다는 취지의 규정이 아니므로 포괄위임입법에 해당한다고 볼 수 없으며, 금융감독위원회에 대한 권한의 위임이 그 내용, 목적, 범위에 있어서 충분히 규정되고 제한되어서 행정청과 법

원의 자의적인 법적용을 배제하는 객관적인 기준을 제공하고 있다고 할 것이므로 금융기관의 주식소각의 여부 및 그 범위에 관한 예측이 불가능하고 행정권의 자의적인 권한행사에 의한 국민의 재산권침해가 우려되는 불명확한 규정이라고 할 수 없고,

금융감독위원회에게 정부 등이 출자 등을 하거나 이를 하기로 결정한 부실금융기관에 대하여 주식의 소각 또는 병합을 통하여 자본금을 감소하도록 명령할 수 있는 권한을 부여한 같은 법 제12조 제3항의 규정이 주주의 재산권을 과도하게 침해하는 위헌적인 규정이라고 할 수 없으며, 이러한 조치를 취함에 있어서 주주 아닌 다른 관계자들과의 사이에 이해관계를 조정하는 절차가 없다고 하여 헌법상 평등의 원칙에 위반된다고 할 수도 없고, 주주에 대한 처분의 사전통지 또는 의견청취 등의 절차에 관한 규정이 없다고 하여 적법절차의 원칙에 위반된다고 할 수 없다.

대법원 2005. 1. 27. 선고 2002두5313 판결도 유사한 내용이다.

### (2) 헌법재판소 2003.11.27. 선고 2001헌바35 결정

금산법 제12조 제3항은 평등원칙에 위반되지 않으며 재산권을 제한하는 규정이지만 비례성 원칙에 부합하는 규정이라고 합헌 결정함. 결정이유는 다음과 같다.

1) 부실금융기관을 그대로 방치할 경우 당해 금융기관의 주주를 포함하여 채권자인 예금주, 당해 금융기관으로부터 자금을 조달하는 다수의 기업과 개인 및 당해 금융기관과 거래관계에 있는 여타 금융기관 등 다수의 이해관계자들이 상당한 재산적 손실을 입을 것이 예상되고 나아가 국민경제 전체에 미치는 부정적인 효과가 매우 크므로, 금융거래의 안전과 예금자보호 등 국민경제의 안정을 위하여 부실화된 금융기관에 대한 정부등의 출자를 통하여 이를 회생시키고자 하는 것이 금융산업의구조개선에관한법률 제12조의 입법목적이다.

2) 금융산업의구조개선에관한법률 제12조 제3항(이하 "이 사건 법률조항"이라 한다)에 의한 자본금감소명령은, 금융감독기관이 국민부담인 정부출자를 통해서라도 부실금융기관을 지원하는 것이 바람직하다고 판단하는 경우에 한하여 공적 자금 투입의 전제조건으로서 부실금융기관의 자본금을 실질에 맞추어 조절하는 불가피한 조치이자 동시에 기존의 주주에게 그 손실을 분담시키는 조치이다.

3) 부실금융기관의 경영을 정상화하기 위하여 정부의 공적 자금의 투입이 요청되

는 경우, 정부의 지원은 기존 주주의 책임부담을 전제로 이루어져야 하며, 정부는 기존 주주에게 책임을 부과하기 위하여 기존 주주의 주식을 무상 또는 유상으로 소각하거나 또는 병합하는 방식으로 자본금을 감소하는 방법을 택할 수 있다. 따라서 부실경영에 대하여 주식투자금액의 범위 내에서 책임을 져야 하는 주주와 부실경영에 대한 책임은 없으나 국민경제적 고려에서 국가의 재정으로 사기업을 지원하는 정부를 주식소각과 주식병합을 통한 자본감소에 있어서 달리 취급하는 이 사건 법률 조항은 평등원칙에 위반되지 아니한다.

4) 부실금융기관의 주식의 경우, 국가의 감자명령과 그에 따른 자본금감소에 의하여 그 가치가 감소한 것이 아니라, 부실경영으로 말미암아 감자명령의 유무와 관계없이 그 당시 이미 영(0)에 가까운 상태나 또는 영(0)으로 그 가치가 감소한 것이다. 따라서 자본금감소의 방법으로서 주식소각이나 주식병합은 비록 외형상으로는 국가에 의한 주식의 박탈이란 형태를 띠고 있으나, 그 실질적 내용에 있어서는 주주의 재산권을 박탈하는 조치가 아니라 감자명령 당시 자유시장에서 형성된 주식의 실질가치를 단지 확인하는 행위에 지나지 않는다.

기존 주주들은 이 사건 법률조항에 의하여 단지 부실기업을 정리하거나 또는 정상화하는 방법과 절차에 있어서 국가의 간섭을 받음으로써 재산권의 행사를 제한 당할 뿐이다. 따라서 이 사건 법률조항은 주식을 자유롭게 이용·수익·처분하는 주주의 재산권을 제한하는 규정이라는 이유로 합헌.

5) 대형금융기관과 같은 대기업의 주식에 대하여는 그의 강한 사회적 연관성 때문에 보다 광범위한 제한이 정당화된다는 점, 국민경제의 관점에서 국가에게 부실금융기관의 경영정상화 방안으로서 자본감소의 조치를 취할 수 있는 가능성이 부여되어야 한다는 점, 감자명령의 경우 자본감소에 이의가 있는 주주들의 권리를 보호하기 위하여 그 당시 주식의 실질가치에 따라 주식매수청구권이 부여된다는 점 등을 고려하여 볼 때, 이 사건 법률조항은 국민경제의 안정을 실현하기 위하여 적절하고 필요한 수단이며 달성하고자 하는 공익의 비중과 개인이 입는 기본권제한의 효과를 비교하더라도 양자 사이에 적절한 균형관계가 인정되므로, 이 사건 법률조항은 주주의 재산권을 비례의 원칙에 부합하게 합헌적으로 제한하는 규정이다.

6) 재판관 권 성, 재판관 주선회의 위헌의견

사기업이 부실화하는 경우, 원칙적으로 회사정리절차나 파산 등 회사를 정리하는

절차를 밟아야지, 국가가 매번 부실기업에 대하여 국민의 세금으로 조성된 막대한 공적 자금을 투입함으로써 경쟁을 통한 시장의 자동조절기능을 약화시켜서는 안 된다. 부실기업에 대한 국가의 지원은 국민경제적 고려에서 불가결한 지극히 예외적인 경우에 한하여 허용되어야 하며, 이 사건의 경우 부실화된 대상기업이 일반 사기업이 아니라 국가경제에 보다 큰 영향을 미치는 금융기관이라는 특수성이 인정되기는 하나, 단지 부실화된 사기업이 금융기관이라는 점만으로는 전 국민의 부담 하에서 이루어지는 국가의 지원을 정당화한다고 볼 수 없고, 이로써 이 사건 법률조항이 국가지원의 사전적 단계로서 규정하는 강제적 자본금감소조치를 정당화하지 못한다고 판단된다. 따라서 이 사건 법률조항은 우리 헌법이 규정하는 시장경제질서에 부합될 수 없는 것으로 위헌으로 판단되어야 한다.

## 2. 비례성 원칙 위반 여부

### (1) 적합성 원칙의 충족

비례성 원칙은 행정조치와 목적달성에 기여할 수 있는 것이어야 한다는 적합성의 원칙, 행정조치가 의도하는 목적 달성을 위해 필요 최소한에 그쳐야 한다는 필요성의 원칙, 행정조치의 목적과 관계자에 대한 불이익 사이에 적절한 비례관계가 있어야 한다는 상당성의 원칙이라는 3가지 원칙으로 세분된다.[1)]

자금지원과 함께 자본감소명령을 내리고 이사회에 의한 자본감소결의를 통해 신속하게 감자를 하도록 정한 금산법 규정은 부실금융기관을 방치할 경우 국민경제에 부정적 효과를 미치므로 이를 정상화할 필요가 있고 공적 자금에 걸맞는 지분을 확보하도록 한다는 점에서 수단의 적합성을 인정할 수는 있을 것이다. 그러나 일률적인 자본감소에 의하지 않더라도 위와 같은 공익을 달성할 수 있다는 점에서 필요성의 원칙을 충족하지 못 했다고 생각된다.

### (2) 필요성 원칙의 위반

대법원과 헌법재판소는 자본감소에 의한 주주의 재산권 침해에 대해 주주는 회사경영에 영향력을 행사할 수 있는 지위에 있으므로 주식투자금액 범위 내에서는 책임

1) 김남진, 김연태 공저, 행정법 I, 2004, 법문사, 41면

을 져야 한다는 입장인 것으로 보인다.

그러나 소액주주들의 경우에는 경영에 참여할 가능성이 사실상 없다는 점에서 이러한 인식에 근거한 책임론은 문제가 있다. 경영권 행사가 가능하여 부실경영에 책임을 지울 수 있는 주주가 아니라면 해당 주주에 대해서 부실경영에 대한 책임을 근거로 재산권 제한을 하는 것은 타당하지 않다.[2] 특히 소액주주들은 경영권 행사에 참여한다는 것이 현실적으로 매우 힘들다는 점을 고려하면 사실상 회사의 채권자들과 같은 지위에 있다고 할 수 있다.

또한 금융업은 국민경제에 미치는 영향이 크다는 이유로 정부의 규제가 다른 업종에 비해 많은 편이다. 결국 금융기관의 부실에는 정부의 책임도 일정부분 있다고 보아야 한다. 그런데도 정부 보유 주식에 대해서는 오히려 금산법 제12조 제3항에서 유리한 조치가 가능하도록 하고 있는 데 반해 소액주주들에 대해서는 아무런 보호가 없다는 것은 적절치 않다고 본다.

한편, 공적 자금의 투입에 걸맞는 지분을 확보하는 것이 국민경제의 보호를 위해 자금지원을 한다는 목적과 어떤 연관성을 갖는지, 이를 근거로 감자가 반드시 필요한 것인지에 대해서도 의문이 있다. 정부 지분 확보가 목적 달성에 필수적이 아니라면 지분 확보의 필요성은 논거로서 적절치 않다고 생각된다.

이러한 필요성 원칙에 입각해 볼 때 소액주주에 대해서는 부실경영에 책임이 있는 주주(대주주, 경영진인 주주)에 비해 재산권 제한의 정도를 약하게 차등적 제한을 할 필요가 있으며 그렇게 하더라도 공익의 달성에는 문제가 없다고 생각된다. 기업 회생절차에서도 채권자의 대우를 채권의 성격에 따라 달리 정하고 있는 법원의 실무 관행을 보더라도 일률적인 감자 명령은 필요성원칙에 위반된다고 판단된다.

## 3. 본질적 내용의 침해 금지

### (1) 문제점

헌법 제37조 제2항 후단에 의해 재산권 제한이 가능한 경우에도 본질적 내용의 침해는 금지된다. 이 사안의 판결은 본질적 내용의 침해가 없다고 판단하고 있다. 헌법재판소는 재산권의 본질적 내용의 침해에 대해 그 침해로 인하여 사유재산권이 유명무실해지고 사유재산제도가 형해화되어 헌법이 재산권을 보장하는 궁극적인 목적을

2) 김홍기, 주주권의 제한과 그 한계에 관한 연구, 법조 594호, 법조협회, 132면

달성할 수 없게 되는 지경에 이르는 경우라고 판시하고 있다(헌법재판소 1989. 12. 22. 선고 88헌가13 결정). 이 사안에서는 주주의 권리가 제한되는 것이므로 주주권이 유명무실해지는 경우에 해당하는지 여부가 문제될 것이다.

### (2) 주주권의 내용

주주권의 내용은 주주가 회사로부터 경제적 이익이나 기타 편익을 받는 것을 목적으로 하는 자익권(이익배당청구권, 잔여재산분배청구권 등)과 회사의 운영에 참가하는 것을 목적으로 하거나 이와 관련하여 행사하는 권리인 공익권(의결권, 위법행위유지청구권 등)으로 나뉠 수 있다.[3] 감자가 되면 감자되는 비율에 상응하여 자익권과 공익권이 모두 소멸된다.

### (3) 주식매수청구권을 근거로 본질적 침해를 부정하는 판결 이유의 타당성 여부

사안의 판결은 주식매수청구권이 인정된다는 점에서 본질적 침해가 아니라고 보는 것으로 짐작된다(나열된 4가지 이유 중 전단의 3가지 이유는 감자의 필요성과 적절성에 관한 것이지 본질적 내용의 침해 금지와는 무관하다). 그러나 금산법상의 주식매수청구권의 인정은 상법에서 인정하는 주식매수청구권과는 다르게 보아야 한다.

주식회사에 있어 주주총회의 다수결 원칙은 주식회사의 본질상 당연히 인정되는 주식회사제도의 속성인데 상법상의 주식매수청구권은 이러한 다수결 제도의 결과로 발생하는 소수자의 보호를 위해 부여하는 보호 장치라고 할 수 있다.[4] 이에 반해 금산법상의 주식매수청구권은 주주들의 의사를 묻지 않고 파산 등의 다른 가능성을 모두 차단한 채 일방적으로 주주권을 박탈하고 그에 대한 보상으로 이루어진다는 점에서 차이가 있다.

그리고 주식매수청구권은 경제적 이익인 자익권에 관한 보상은 될 수 있지만 의결권과 같은 공익권에 대한 보상은 될 수 없다. 게다가 현실적으로 감자명령이 내려진 금융기관의 주식 가치는 없거나 매우 낮을 것이므로 매수청구권 행사라는 것이 재산적인 면에서 의미를 가지기도 어렵다.[5] 무엇보다 의결권은 주식의 공익권에 있어 가

3) 이철송, 회사법강의, 2010, 박영사, 238면
4) 이철송, 회사법강의, 2010, 박영사, 479면
5) 김홍기, 주주권의 제한과 그 한계에 관한 연구, 법조 594호, 법조협회, 139면

장 핵심적인 것인데도 이를 행사할 기회가 전혀 없다면 주주권이라는 권리의 본질적 내용이 침해된 것이라고 보는 것이 타당하다.

그러므로 감자명령에 대해 반대하는 것이 사실상 불가능한 이사회의 결의만으로 감자를 하는 것은 문제가 있으며(회사가 존속하는 것이 경영진에게는 이익이 되고 금융감독 당국의 금융기관에 대한 막대한 권한을 고려하면 이사들에게 반대를 기대하기는 어렵다) 적어도 일정 부분 주주들의 의사가 반영되는 절차가 필요하다고 생각된다.

## 4. 평등원칙 위반

사안의 판결에서는 평등원칙 위반에 대한 내용이 없지만 예시한 대법원 판결과 헌법재판소 결정에서는 평등원칙 위반에 대해 판시하고 있어서 이에 관해서도 언급한다.

평등원칙 위반은 대주주나 임원인 주주, 사채권자, 주주인 국가와 일반 주주들 간의 형평성이 주로 문제가 될 것이다. 사채권자의 경우 금산법 제12조 제5항에서 보호장치를 두고 있으며 정부 보유 주식에 대해서는 금산법 제12조 제3항에서 다른 주주들에 비해 유리한 조건의 감자가 가능하다.

대법원은 대주주나 임원인 주주에 대한 관계에 있어서는 소액주주도 주총 참석, 소수주주권 행사 등을 통해 경영에 참여할 수 있고 자유의사로 투자한 재산에 대해 유한책임을 지는 것이 당연하다는 등의 이유로 평등원칙 위반이 아니라고 한다(대법원 2005. 2. 18. 선고 2002두9360 판결). 그리고 정부 보유 주식에 대해서는 부실경영에 책임은 없으나 국민경제적 고려에서 국가의 재정으로 사기업을 지원하는 정부와 일반 주주와는 다르게 취급하는 것이 평등원칙 위반이 아니라고 한다(헌법재판소 2003.11.27. 선고 2001헌바35 결정).

이에 대해서는 비례성 원칙 부분에서 언급한 바와 같이 소액주주가 경영에 참여한다는 것은 사실상 불가능하므로 사채권자와 유사한 지위에 있다는 점, 사채권자들도 일정한 경우 경영에 참여할 수 있다는 점, 금융업에 대한 정부의 규제가 강력하고 많다는 점을 고려하면 다르게 취급하는 점에 대한 정당성 인정이 용이하지는 않다고 생각된다.

## 5. 고시에 근거한 처분

사안의 판결은 자본감소명령의 근거규정인 은행감독규정 제36조 제3항을 신설하면서 신설을 의결한 직후 자본감소명령을 내렸지만 하자가 중대 명백한 것이 아니므로 처분이 무효가 아니라고 보았다.

### (1) 법령보충적 행정규칙의 문제

이에 대해서는 먼저 행정규칙인 은행감독규정에 근거하여 행정처분을 하는 것이 가능한지에 대한 문제가 있다. 이에 관해 헌법재판소는 99헌바91 결정에서 금감위 고시인 보험감독규정을 법령보충적 행정규칙이라고 보고 이에 위임하더라도 위헌이 아니라는 취지로 결정하였다. 법령보충적 행정규칙에 대해서는 법규명령설, 행정규칙설, 규범구체화행정규칙설의 대립이 있으며 대법원과 헌법재판소 다수의견은 법규명령설의 입장이다.

그러나 이러한 대법원과 헌법재판소의 태도는 헌법규정에 반하는 것이며 국민의 권익보호를 위해 엄격한 절차와 형식을 요구하는 헌법의 취지에도 반하는 것이다.[6] 특히 금감위(현재는 금융위) 고시들은 기본권 제한에 관한 다수의 규정들을 두고 있으며 금감위의 규제는 이러한 고시들을 근거로 하고 있다. 문제는 금융위가 고시를 제정 및 개정할 권한을 가지고 있어 사실상 국회를 대신한 입법권자의 지위를 가지게 된다는 점이다. 위임의 구체적 범위를 정하고 행정규칙인 고시가 아닌 상위의 법령을 근거로 규제가 이루어지도록 할 필요가 있다.

### (2) 고시의 효력 발생에 관한 문제점

고시가 법규명령이라고 보는 경우에도 이 사안의 판결에서는 금감위가 고시를 의결한 직후 해당 고시를 근거로 자본감소명령을 한 것은 고시의 효력이 발생하지 않은 상태에서 행한 처분이어서 이것이 무효인 처분이라는 문제가 있다.

행정규칙은 어떠한 형태로든 그 내용이 표시되어 수범자가 알 수 있는 상태에 이르러야 효력이 발생한다.[7] 이 사안의 판결 이유에서 '금융감독위원회가 이 사건 자본감소명령을 할 당시 은행감독규정 제36조 제3항을 고시하지는 않았지만 한일은행은

6) 김남진, 김연태 공저, 행정법 I, 2004, 법문사, 170면

7) 김남진, 김연태 공저, 행정법 I, 2004, 법문사, 171면

위 규정에 따라 이 사건 자본감소명령이 발령될 것임을 사전에 알고 있었다고 할 것인 점'을 들고 있는 것을 보면 법원은 고시와 관련된 수범자는 회사 또는 회사의 이사회뿐이라고 보는 듯하다. 그러나 자본감소명령에 의해 직접 재산권이 제한 내지 박탈되는 것은 주주들이므로 주주들도 고시의 내용을 알 수 있는 상태에 이르러야 고시의 효력이 발생한다고 보는 것이 타당하다.

사안의 사실관계를 보면 고시에 대한 의결 직후 자본감소명령을 하였다면 주주들이 아직 알지 못하는 상태일 것이므로 고시의 효력 발생을 인정할 수는 없다. 이처럼 행정규칙의 효력이 발생하지 않았다면 자본감소명령이라는 처분의 근거가 없는 상태에서 내려진 처분이 된다. 중대명백설에 의하는 경우 처분의 근거가 없다는 하자는 취소 사유에 불과하다고 보기에는 어려운 하자의 중대성과 명백성이 인정된다고 생각된다.

# 수익증권 환매와 환매연기

## - 대법원 2010. 10.14. 선고 2008다13043판결 -

송 태 원*

목 차

I. 사건의 개요 ····· 149
1. 사실관계 ····· 149
2. 관련 법령 등 ····· 150
3. 당사자의 주장 및 원심의 판단 ····· 152
4. 원심의 판단 ····· 153
5. 피고 상고이유의 요지 ····· 154
6. 대법원의 판단 ····· 154

Ⅱ. 본 소송에서의 주요 쟁점 등 ····· 157
1. 환매책임의 귀속과 형태 ····· 157
2. 환매연기 의사표시의 요부와 금감위 승인의 효력 ····· 157
3. 관련 법령의 연혁 ····· 158

Ⅲ. 투자신탁의 환매에 관한 일반 기초이론 ····· 158
1. 투자신탁의 기본원리 ····· 158
2. 환매의 개요 ····· 160
3. 수익증권의 환매연기 ····· 163

Ⅳ. 판매회사의 환매의무 ····· 165
1. 판례의 태도 ····· 165
2. 판례의 타당성 검토 ····· 166
3. 검토 ····· 171

V. 수익증권의 환매연기시 금감위 승인 ····· 172
1. 금감위 승인의 법적 성격 ····· 172
2. 환매연기에 환매연기의사표시 요부 ····· 176
3. 금감위의 승인이 환매연기의 효력발생요건인지 여부 ····· 178

Ⅵ. 결론 - 대상 판결의 의의 ····· 178

* 변호사

# I. 사건의 개요[1)]

## 1. 사실관계

### (1) 원고의 수익증권 매입

서울투자신탁운용 주식회사(위탁회사, 이하 “서울투신”)가 1998. 10. 22. 서울은행(수탁회사)에 스페셜중기에스20호 공사채형 증권투자신탁(이하 “이 사건 증권투자신탁”)을 설정하고 그에 대한 수익증권을 발행하였다.

피고(판매회사)는 1998. 8.경 서울투신과 수익증권위탁판매계약을 체결하고 서울투신이 운용하는 증권투자신탁에 대한 수익증권을 판매해 왔는데, 1999. 6. 28. 원고에게 이 사건 증권투자신탁의 수익증권 9,294,889,670좌(이하 “이 사건 수익증권”)를 100억원에 판매하였다.

이 사건 증권투자신탁의 신탁재산에는 대우그룹 계열회사들이 발행한 채권이 포함되어 있었다.

### (2) 신탁재산에 편입된 대우그룹 계열회사 발행 채권에 대한 환매연기

대우그룹의 채권단이 1999. 7. 19. 대우그룹에 대한 구조조정방침을 발표하자 대우그룹 계열회사들이 발행한 채권이 신탁재산에 편입되어 있는 증권투자신탁 수익증권에 대한 환매가 급증하는 등 금융시장이 불안해졌다.

이에 서울투신을 비롯한 국내의 투자신탁운용회사들과 투자신탁회사들이 1999. 8. 12. 금융감독위원회(이하 “금감위”)에 대하여 다음과 같은 내용으로 신탁재산 중 대우그룹 발행채권 부분에 대한 환매연기승인을 신청하였고, 같은 날 금감위가 이를 승인하였다(이하 “1999. 8. 12. 환매연기조치”).

1) **환매연기대상** : 1999. 8. 12. 24:00 현재 각 증권투자신탁의 신탁재산 중 대우그룹 계열회사[2)] 발행의 무보증·무담보 채권 및 무담보 기업어음 부분(이하 위 채권을 “대우채”, 나머지 채권을 “비대우채”라 한다)

---

1) 하상혁 대법원 재판연구관, “수익증권 환매연기의 요건”, BFL 2011. 1. 제45호, 67-71면을 재구성.

2) 대우그룹 계열회사 중 대우, 대우중공업, 대우자동차, 쌍용자동차, 경남기업, 대우통신, 대우자동차판매, 대우전자, 대우전자부품, 오리온전기, 대우캐피탈, 다이너스클럽코리아를 말한다.

2) **환매연기사유** : 구조조정 중인 대우그룹 계열회사 발행채권·기업어음에 대한 적정 평가 곤란 및 대량 환매사태에 따른 금융시스템 마비 우려

3) **환매연기기간** : 1999. 8. 13.부터 2000. 7. 1. 이후 시가평가가 가능한 시점까지

4) **환매연기기간 이후의 환매대책** : 환매연기 부분에 대한 시가평가결과에 따라 환매대금 지급

### (3) 원고의 이 사건 수익증권 환매청구

원고가 1999. 12. 29. 피고에게 이 사건 수익증권의 환매를 청구하였고, 피고는 비대우채 부분에 대한 환매대금의 일부로 1999. 12. 29. 1,073,261,818원, 2000. 2. 1. 3,390,427,451원을 각 지급하였고, 대우채 부분에 대한 환매대금 전부로 2000. 7. 24. 1,331,587,725원을 지급하였다.

서울투신이 비대우채의 나머지 부분 중 대우캐피탈 주식회사(1999. 8. 26. 워크아웃이 개시되었다. 이하 "대우캐피탈")에 대한 콜론(call loan)채권(이하 "대우캐피탈 콜론채권")[3]의 가격을 2000. 5. 6. 장부가[4]의 40%로 평가하여 60%를 상각하였고, 주식회사 신한(1999. 9. 7. 부도가 발생하였다. 이하 "신한") 발행의 51회 무보증채권(이하 "신한 무보증채권")의 가격을 2000. 6. 22. 장부가의 21%로 평가하여 79%를 상각하였다.

## 2. 관련 법령 등[5]

대상판결은 증권투자신탁업 수익증권의 환매 및 환매연기가 문제된 사안인데, 위 사안에 적용되는 구 증권투자신탁업법(1998. 9. 16. 법률 제5558호로 개정되기 전의 것, 이하 "95년 구 투신업법") 및 구 증권투자신탁업법 시행령(1998. 9. 22. 대통령령 제15895호로 개정되기 전의 것, 이하 "95년 구 투신업법 시행령")의 내용은 다음과 같다.[6]

---

3) 금융기관 상호간의 요구불 단기 대여금채권을 말한다. 1999. 8. 12. 24:00 이후에 위 채권이 발생함에 따라 1999. 8. 12. 환매연기조치의 대상에 포함되지 않았다.

4) 취득가액에 발행이율에 의한 경과이자를 가산한 금액을 말한다.

5) 원고의 이 사건 수익증권 매수와 환매청구는 1998. 9. 16. 투신업법 개정 이후이지만, 98년 개정 투신업법 부칙 <제5558호,1998.9.16.> 제2조는 "제7조제4항 내지 제7항 및 제30조의 개정규정은 이 법 시행후 최초로 제정 또는 변경(신탁계약기간을 연장하는 경우에 한한다. 이하 이 조에서 같다)하는 신탁약관에 따라 발행하는 수익증권을 환매하는 분부터 이를 적용한다."고 규정하여 수익증권의 환매청구에 대해서는 95년 구 투신업법이 적용된다.

6) 1998. 9. 16. 법률 제5558호로 개정된 법률은 본 발표문에서 "98년 개정 투신업법"이라 칭한다.

**구 투신업법 제 7조 (수익증권의 환매)**

① 수익자는 수익증권을 발행한 위탁회사에 이를 현금으로 환매할 것을 청구할 수 있다. 다만, 위탁회사의 해산·허가취소 또는 업무정지 기타 대통령령이 정하는 사유(이하 이 조에서 "해산 등"이라 한다)로 인하여 환매에 응할 수 없는 경우에는 총리령이 정하는 바에 의하여 수탁회사에 직접 이를 청구할 수 있다.

② 제1항의 규정에 불구하고 판매회사로부터 매입한 수익증권의 경우에는 그 판매회사에 당해 수익증권의 환매를 청구하여야 한다. 다만, 증권거래법 기타 법률에 의하여 판매회사가 해산 등으로 인하여 당해 환매에 응할 수 없는 경우에는 위탁회사에 환매를 청구할 수 있다.

③ 제2항 단서의 규정에 의하여 환매의 청구를 받은 위탁회사가 해산 등으로 인하여 환매에 응할 수 없는 경우에는 제1항 단서의 규정을 준용한다.

④ 제1항 내지 제3항의 규정에 의하여 환매에 응하여야 할 자는 환매의 청구를 받은 날부터 늦어도 15일 내에 환매하여야 한다. 다만, 천재·지변·유가증권시장의 폐쇄·정지 또는 휴장 기타 부득이한 사유가 있는 경우에는 금융감독위원회의 승인을 얻어 그 사유가 해소될 때까지 환매를 연기할 수 있다.

**제23조 (신탁계약해지의 승인)**

① 위탁회사는 금융감독위원회의 승인을 얻어 신탁계약을 해지할 수 있다.

② 위탁회사는 대통령령이 정하는 바에 의하여 신탁의 일부를 해지할 수 있다.

**제30조 (고유재산에 의한 수익증권 환매)**

① 제10조 제1항 제호의 업무[7]를 허가받은 위탁회사는 고유재산으로써 수익증권을 환매할 수 있다.

② 제1항의 경우에 위탁회사는 기준가격의 변동으로 인한 차익을 취득할 수 있다.

**구 투신업법 시행령 제12조 (신탁의 일부해지)**

위탁회사가 법 제23조 제2항의 규정에 의하여 신탁의 일부를 해지할 수 있는 경우는 다음 각 호와 같다.

1. 발행한 수익증권이 매각되지 아니한 경우
2. 위탁회사 또는 판매회사가 그 고유재산으로 환매한 수익증권이 매각되지 아니한 경우
3. 수익증권의 환매청구가 대량으로 발생하여 위탁회사·수탁회사 또는 판매회사의 고유재산으로 이를 환매할 수 없는 경우

---

7) 수익증권 판매업무를 말한다. 투자신탁 운용업무만을 허가받은 위탁회사를 "투자신탁운용회사"라 하고 이와 더불어 수익증권 판매업무까지 허가받은 위탁회사를 "투자신탁회사"라 한다(구 투신업법 제9조, 제10조, 제14조).

한편, 수익증권 환매의 법률관계에 대해서는 투자신탁약관이 적용되는데, 구 투신업법 하에서의 수익증권 환매에 관한 투자신탁 약관 제16조의 내용은 구 투신업법 제7조의 내용과 동일하다.

제16조 (수익증권 환매)

① 수익자가 수익증권의 환매를 청구하고자 할 때에는 수익증권의 매입한 위탁회사(또는 판매회사)의 영업점포 등에 청구하여야 한다. 다만 위탁회사의 해산·허가취소 등의 사유로 인하여 환매에 응할 수 없는 경우에는 법 제7조 제1항에서 정하는 바에 따라 수탁회사에 직접 청구할 수 있으며, 판매회사가 해산 등의 사유로 환매에 응할 수 없는 경우에는 법 제7조 제2항 및 제3항에서 정하는 바에 따라 위탁회사 또는 수탁회사에게 직접 청구할 수 있다.

② 수익자가 수익증권의 환매를 청구하는 경우에 위탁회사(또는 판매회사)는 환매청구가 있는 날의 기준가격으로 그 수익증권을 환매하고 환매대금을 위탁회사(또는 판매회사)의 영업소에서 현금으로 지급한다. 다만 수익증권의 환매청구가 대량으로 발생하여 위탁회사(또는 판매회사)의 재산으로 지급할 수 없는 때에는 환매청구일로부터 15일 이내에 환매대금을 지급할 수 있다.

③ 위탁회사(또는 판매회사)는 제2항의 규정에도 불구하고 천재·지변, 유가증권시장의 폐쇄·정지 또는 휴장, 기타 부득이한 사유가 있는 경우에는 금감위의 승인을 얻어 그 사유가 해소될 때까지 환매를 연기할 수 있다.

## 3. 당사자의 주장 및 원심의 판단

### (1) 원고의 주장

피고는 환매청구일인 1999. 12. 29.의 기준가격에 따라 산정한 이 사건 수익증권 전부의 환매대금 9,606,395,718원에서 기지급한 환매대금 5,795,276,994원을 공제한 3,811,118,724원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

### (2) 피고의 주장

피고는 이 사건 수익증권의 판매회사로서 위탁회사인 서울투신으로부터 환매대금을 받아 원고에게 전달할 뿐이지 피고의 고유재산으로 환매대금을 지급할 의무를 부담하지는 않는데 서울투신으로부터 원고가 청구하는 환매대금을 받은 바 없으므로 이에 대한 환매대금 지급의무를 부담하지 않는다.

가사 환매대금 지급의무를 부담한다고 하더라도 대우채 부분에 대해서는 환매연기가 이루어졌는데 환매연기사유가 해소된 시점인 2000. 7. 24. 당시의 가격에 따라 산정한 환매대금 1,331, 587,725원을 지급하였으므로 원고에게 지급해야 할 환매대금이 없다.

환매대금이 지급되지 아니한 비대우채 부분 중 대우캐피탈 콜론채권과 신한 무보증사채에 환매연기사유가 있으므로 위 비대우채 부분 전부에 대하여 환매연기가 이루어졌는데 그 사유가 해소되지 않았으므로 위 비대우채 부분 전부에 대해 환매대금 지급의무가 발생하지 않았고, 가사 환매연기사유가 해소되었다 하더라도 그 해소 시점에서의 대우캐피탈 콜론채권 및 신한 무보증채권의 가격(각 장부가의 40% 및 21%)에 따라 산정한 환매대금을 지급할 의무가 있을 뿐이다.

## 4. 원심의 판단

피고는 증권투자신탁에 있어서 자신의 책임으로 수익증권 판매업무를 수행하는 독립된 당사자로서 자신의 고유재산으로 이 사건 수익증권의 환매대금을 지급할 의무가 있다.

대우채 부분에 대해서는 1999. 8. 12. 환매연기조치에 따라 환매연기가 이루어졌는데 피고는 그 가격산정이 가능해진 2000. 7. 24. 당시의 가격에 따라 산정한 환매대금 1,331,587,725원을 모두 지급하였으므로 원고의 대우채 부분 환매대금 청구는 이유 없다.

비대우채 부분에 대해서는 피고가 환매청구일인 1999. 12. 29.의 가격에 따라 산정한 환매대금 6,756,191,856원 및 이에 대한 지연손해금을 지급해야 하는데 피고가 그 중 4,464,689,269원을 이미 지급하였으므로 이를 지연손해금·원금 순으로 변제충당하고 남은 2,319,593,815원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다. 환매연기가 이루어지기 위해서는 환매청구에 응하지 않고 있는 것만으로는 부족하고 객관적이고 일률적인 환매연기의 의사를 외부에 표출하고 아울러 금감위의 승인을 받아야 하는데 피고가 비대우채 부분에 대하여 위와 같은 조치를 취하였음을 인정할 증거가 없으므로 대우캐피탈 콜론채권과 신한 무보증채권을 비롯한 비대우채 부분 전부에 대해 환매연기가 이루어졌다는 피고의 주장은 받아들일 수 없다고 하여 대우캐피탈 콜론채권과 신한 무보증사채에 환매연기사유가 있는지 여부에 대해해서는 판단하지 않았다.

## 5. 피고 상고이유의 요지[8)]

### (1) 상고이유 1 : 구 투신업법 제7조 및 제30조의 위헌성에 관한 법리오해

수익증권 판매회사에 대해 고유재산에 의한 환매대금 지급의무를 인정하는 근거가 된 구 투신업법 제7조 및 제30조는 헌법에 위반된다.

### (2) 상고이유 2 : 환매연기 요건 및 금감위 승인의 성격 등에 관한 법리오해

1999. 8. 26. 대우캐피탈의 위크아웃이 개시되었고 1999. 9. 7. 신한의 부도가 발생함에 따라 대우캐피탈 콜론채권과 신한 무보증채권을 정상적으로 매각하거나 그 가격을 공정하게 평가하는 것이 불가능하였고 장부가와 실제가치 사이에 현저한 괴리가 존재하였다. 그런데 대우캐피탈 콜론채권과 신한 무보증채권이 비대우채 부분에서 차지하는 비율이 30.21%에 달하였으므로 비대우채 부분 전부에 대해 환매연기사유가 있다고 할 것이다.

환매연기란 개별 수익자의 환매청구에 대하여 판매회사가 승낙을 유보하는 행위일 뿐 판매회사가 반드시 특정 시점을 정하여 수익자 전체를 대상으로 객관적이고 일률적으로 환매를 연기한다는 의사를 외부에 표시하여야 하는 것은 아니다. 또한 구 투신업법 제7조 제4항이 환매연기의 효력발생 요건이 아니라 환매연기의 남용을 막기 위한 감독적 차원의 확인적 승인으로 보아야 한다.

원심이 피고가 비대우채 부분에 관하여 객관적이고 일률적인 환매연기조치를 취하거나 금감위의 승인을 받은 바 없다는 이유로 비대우채 부분이 환매 연기되었다는 피고의 주장을 배척한 것은 환매연기의 요건 및 금감위 승인의 성격 등에 관한 법리를 오해한 것이다.

## 6. 대법원의 판단

### (1) 상고이유 제1점에 대한 판단

부진정입법부작위에 의한 위헌 주장과 관련하여,

구 투신업법 제7조 및 제30조는 수익증권 판매회사에게 고유재산에 의한 환매의

---

8) 원고는 자신의 패소부분(대우채 부분 환매대금청구 및 비대우채 부분 환매대금청구 중 일부)에 대해 상고하지 않았다.

무를 부담시키고 있는바, 증권투자신탁에 있어서 수익자 보호를 위해 수익증권 판매회사에게 고유재산에 의한 환매의무를 부담시킬지 여부는 입법자의 합리적인 재량에 입각한 정책적인 결단에 속하는 사항으로 입법자에게 판매회사가 고유재산에 의한 환매의무를 부담하지 않도록 법률을 제정할 헌법상의 입법의무가 있다고 할 수 없으므로, 이러한 입법의무가 있음을 전제로 하는 상고이유는 이유 없다.

구 투신업법 제7조의 위헌 주장과 관련하여,

(명확성 원칙 위배 주장) 구 투신업법 제7조는 위탁회사 및 판매회사의 수익증권 환매의무를 규정하고 있는바, 이 경우 환매대금을 지급하는 방법으로는 위 회사들의 고유재산으로 지급하는 방법과 증권투자신탁의 일부를 해지한 후 신탁재산을 처분하여 마련한 자금으로 지급하는 방법을 상정할 수 있는데 같은 법 제23조 제2항 및 그 위임에 따른 구 투신업법 시행령 제12조가 수익증권의 환매청구가 대량으로 발생하여 위탁회사 또는 판매회사의 고유재산으로 환매할 수 없는 경우를 위탁회사가 증권투자신탁의 일부를 해지할 수 있는 사유로 규정하고 있는 반면 그에 이르지 아니하는 통상의 환매청구는 일부해지의 사유로 규정하지 아니한 점에 비추어 볼 때, 통상의 환매청구에 있어서는 위탁회사 또는 판매회사가 고유재산으로 환매대금을 지급할 의무를 부담한다고 합리적으로 해석되므로 명확성 원칙에 위반되지 않는다.

(자기책임원칙 위배 주장) 수익증권의 판매회사는 증권투자신탁에 있어서 단순히 위탁회사의 대리인에 불과한 것이 아니라 자신의 책임으로 수익증권 판매업무 등을 수행하는 독립된 당사자로서 직접 수익자를 대면하여 증권투자신탁에 관하여 설명하고 수익증권을 판매하며 그 대가로 판매수수료 등을 받는 점, 판매회사가 고유재산으로 수익증권을 환매한 후 당해 수익증권을 다시 판매할 수 있고 재판매가 어려울 경우에는 위탁회사에 그 부분에 대한 신탁의 일부해지를 요청하여 상환금을 지급받음으로써 환매대금을 환수할 수 있는 점( 구 투신업법 시행령 제12조)을 종합해 볼 때, 판매회사에게 고유재산에 의한 환매의무를 부담시킨다고 하여 자기책임의 원리에 반한다고 할 수 없다.

(입법형성권의 재량을 일탈 주장) 증권투자신탁에 있어서 위탁회사나 판매회사에게 고유재산에 의한 환매의무를 부담시킬지 여부는 입법자의 합리적인 재량에 입각한 정책적인 결단에 속하는 사항이고, 위탁회사나 판매회사가 고유재산에 의한 환매의무를 부담한다고 하여 위탁회사가 수탁회사에 신탁한 신탁재산에 어떠한 변동이 생기는 것은 아니므로, 상고이유 주장과 같이 신탁재산 분별관리의 원칙이나 유한책임주의의 본질적 내용을 침해한다고 할 수 없다

(재산권 침해 등 주장) 판매회사는 고유재산으로 수익증권을 환매한 후 당해 수익증권을 다시 판매할 수 있고 재판매가 어려울 경우에는 위탁회사에 그 부분에 대한 신탁의 일부해지를 요청하여 상환금을 지급받음으로써 환매대금을 환수할 수 있을 뿐만 아니라 수익증권의 환매청구가 대량으로 발생하여 고유재산으로 환매할 수 없는 경우에는 사전에 위탁회사에 신탁의 일부해지를 요청하여 상환금을 지급받아 이로써 환매대금을 지급할 수 있는 점( 구 투신업법 시행령 제12조)에 비추어 볼 때, 판매회사에게 고유재산에 의한 환매의무를 부담시키는 것이 과잉금지의 원칙에 위배하여 재산권의 본질적 내용을 침해하거나 영업의 자유 또는 직업선택의 자유의 본질적 내용을 침해한다고 할 수 없다.

(평등의 원칙 위배 주장) 수익증권의 판매회사는 증권투자신탁에 있어서 수익증권 판매업무 등을 수행하는 독립된 당사자로서 자기책임에 의하여 고유재산에 의한 환매의무를 부담하는 것이므로, 이를 가지고 판매회사를 위탁회사 또는 수탁회사와 불합리하게 차별하는 것이라고 할 수 없다. 또한 수익자가 어느 판매회사로부터 수익증권을 매입하였는지에 따라 환매청구권의 본질적인 내용이 달라지는 것은 아니고 고유재산의 규모에 따라 판매회사들이 부담하는 환매의무의 내용이 달라지는 것도 아니며 다만 판매회사의 자력 정도에 따라 그 집행가능성에 차이가 발생할 뿐인데, 이와 같은 차이는 수익자가 자유의사에 따라 그 판매회사를 선택하고 판매회사 역시 자유의사에 따라 그 수익자에게 수익증권을 판매함에 따른 것이므로, 이를 가지고 수익자들이나 판매회사들을 불합리하게 차별하는 것이라고 할 수도 없다. 나아가 증권투자신탁업법과 신탁업법은 그 목적과 규율 대상을 달리하므로, 구 투신업법 제7조가 판매회사에게 고유재산에 의한 환매의무를 부과하고 있는 반면 신탁업법에는 그와 같은 규정이 없다고 하여 이를 가지고 불합리한 차별이라고 할 수도 없다

### (2) 상고이유 제2점에 대한 판단

환매연기제도는 천재·지변, 유가증권시장의 폐쇄·정지 또는 휴장 기타 부득이한 사유로 인하여 증권투자신탁에 편입되어 있는 유가증권의 정당한 가치를 평가할 수 없게 되어 해당 증권투자신탁 수익증권의 정당한 기준가격을 산정할 수 없는 등의 특별한 사정이 있는 경우에 판매회사로 하여금 그 사유가 해소될 때까지 환매를 연기하여 그 사유가 해소된 시점에서의 정당한 가치를 기준으로 환매할 수 있도록 함으로써 증권투자신탁의 본질인 실적배당 원칙 및 수익자평등의 원칙을 구현하고자 하는 것이므로, 환매연기사유가 존재하면 판매회사가 모든 수익자에 대해 일률적으로 환매연기

를 한다는 것을 공시 또는 공표하는 등의 적극적인 환매연기 조치를 취하지 않더라도 개별 수익자의 환매청구에 응하지 않는 것만으로 환매연기가 이루어진다.

환매연기는 환매청구를 한 개별 수익자와 판매회사 사시의 사법적 법률관계로서 적법·유효한지 여부는 환매연기사유의 존재 여부에 따라 결정되는 것이지 금감위의 승인 여부에 따라 결정된다고 할 수 없으므로 금감위의 승인을 받지 않았다는 사정만으로 환매연기가 부적법하거나 그 효력이 발생하지 않는다고 할 수 없다.

그럼에도 원심은, 비대우채 부분에 관하여 환매연기가 이루어졌다는 피고의 주장에 대하여 환매연기 사유가 존재하는지 여부를 심리하지 아니한 채 피고가 객관적이고 일률적인 환매연기의 의사를 외부로 표출하였음을 인정할 증거가 없고 금감위의 승인이 이루어지지도 않았다는 이유만으로 이를 배척하였는바, 이러한 원심의 조치에는 환매연기의 요건 및 금감위의 환매연기승인의 성격 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

## Ⅱ. 본 소송에서의 주요 쟁점 등

### 1. 환매책임의 귀속과 형태

수익증권의 판매회사가 고유재산을 가지고 수익증권을 환매할 책임을 지는가.
수익자들은 수익증권을 판매회사를 통해 구입하고 환매청구도 판매회사를 통해 한다. 통상적으로 판매회사가 자신의 자금으로 선지급하고 위탁회사에 결제를 요청하는 방식으로 하는 환매절차가 종결되지만, 위탁회사 측에서 신탁재산의 환가가 불가능하거나 지연되면 판매회사가 통상의 결제방식을 택할 수 없어 환매를 거부한다. 이 경우 수익자는 위탁회사보다는 자력이 있는 판매회사에 책임을 물어왔다. 여기서 판매회사가 수익증권을 자기의 고유재산으로 환매해줄 의무를 부담하느냐는 법률문제가 제기된다.

### 2. 환매연기 의사표시의 요부와 금감위 승인의 효력

관련 법률에서는 불가항력적인 경우 환매의 연기를 인정하는데, 어떠한 사정이 환매의 연기에 해당하는가. 그리고 금감위의 승인 없이 이루어진 환매연기의 사법적 효력은 어떠한가. 환매연기에 판매회사 등의 의사표시가 요구되는가.

1999. 8.에 대우채 사건을 비롯하여 대량의 환매사태가 일어나, 다수의 위탁회사가 금감위의 승인을 얻거나 승인을 얻지 않고 수익증권의 환매를 장기간 연기한 사안에서 환매연기가 정당한가, 그리고 금감위의 승인을 받지 않은 환매연기가 유효하냐는 문제가 제기된다.

## 3. 관련 법령의 연혁

증권투자신탁제도는 1969년 증권투자신탁업법이 제정되어 시행되었는데, 이후 동법은 수차 개정되었다. 특히 중요한 개정은 1995. 8. 11. 실시된 "증권산업개편방안"에 따라 이루어진 1995. 12. 29.자 개정이다. 이에 의해 운용과 판매가 분리되었다. 1996년 이후 신설된 위탁회사에 대해서는 투자신탁 운용업만 허가되었고, 수익증권 판매업은 판매회사와 기존에 판매업무를 허가받은 위탁회사가 담당하게 되었다.[9]

이 법은 다시 1998. 9. 16. 대폭 개정되었는데, 환매에 대해서는 경과규정(부칙 제2조 제1항)에 의해 개정이후 최초로 작성, 변경된 약관에 따라 발행한 수익증권에 적용되었으므로 1999년도에도 상당수의 수익증권은 기존 발행 당시 법의 적용을 받았다.

고유재산에 의한 환매책임 여부는 바로 95년 구 투신업법 및 98년 개정 투신업법 제7조 제2항의 규정을 어떻게 해석하느냐의 문제에서 비롯된다.[10]

# Ⅲ. 투자신탁의 환매에 관한 일반 기초이론

## 1. 투자신탁의 기본원리

### (1) 실적배당원칙

투자신탁은 일반투자자들이 제공한 자금을 투자전문가가 관리, 운용하고 그 수익

9) 헌법재판소 2010. 6.24. 선고 2007헌바101,140,2008헌바5,16,76,142,144,164,165(병합) 전원재판부 구 증권투자신탁업법 제7조등 위헌소원.

10) 95년 개정법 하에서 판매회사나 판매업무를 허가받은 위탁회사가 고유재산에 의하여 환매한 미매각분 수익증권이 누적되어 이를 과다보유하게 됨으로써 이들 회사들이 부실화되는 문제점이 나타나자, 98년 개정법은 환매 관련 규정을 개정하여 판매회사는 수익자의 상환청구가 있는 경우 환매의무를 부담하지 않고 대신 위탁회사에 대하여 환매에 응할 것을 요구하도록 하고, 위탁회사도 고유재산으로 환매할 수 없고 신탁의 일부해지 방법에 의하여 조성한 현금으로만 환매하게 되었다(대법원 2006. 10. 26. 선고 2003다42350).

을 투자자에게 배분하는 이른바 집합적 투자수단에 속한다. 일반투자자가 이러한 집합적 투자수단을 통하여 얻을 수 있는 이익은 크게 두 가지라고 할 수 있다. 자금의 규모가 크기 때문에 투자전문가의 도움을 받을 수 있다는 점과 분산투자가 가능하다는 점이 그것이다. 그러나 투자에 수반되는 위험은 고스란히 투자자가 부담하는 것이 원칙이다. 투신업계에서 이러한 원칙은 '실적배당원칙'이라 한다. 실적배당원칙은 모든 집합적 투자수단에 공통된 원칙이라 할 수 있다. 집합적 투자수단은 일반투자자들에게 투자전문가에 의한 전문적인 자금운용의 혜택을 제공하기 위하여 개발된 것이지 일반투자자들의 투자위험을 투자전문가에게 인수시키기 위하여 개발된 것이 아니기 때문이다.[11]

증권투자신탁에서도 궁극적으로 투자위험을 궁극적으로 부담하는 것은 투자자이고 위탁회사나 판매회사는 아니다. 투신업법은 실적배당원칙을 명문으로 선언하고 있지는 않지만 도처에서 그것을 전제하고 있다.[12] 나아가 95년 구 투신업법 하의 신탁약관 제20조는 "투자신탁재산의 운용과 관련하여 위탁자의 지시에 따라 발생한 이익 및 손실은 모두 투자신탁재산에 계상되고 수익자에게 귀속된다"고 하여 수익자 위험부담원칙을 명시적으로 선언하였다.

### (2) 수익자평등의 원칙과 환매

투신업법상 수익자는 신탁재산에 대하여 수익권의 좌수에 따라 균등한 권리를 갖는다(제6조 제4항). 이를 수익자평등의 원칙이라 한다. 수익자평등의 원칙이 적용되지 않는다면 집합적투자는 애당초 존립할 수 없을 것이다. 수익자간의 평등만을 생각한다면 수익자에 대한 분배는 신탁계약기간의 말일에 신탁재산을 처분하여 얻은 현금을 배분하는 것이 좋을 것이다. 그러나 수익자가 중도에 투자금을 회수할 수 없다면 투자수단으로서의 매력은 반감될 수밖에 없다. 수익자의 환매청구는 바로 이러한 중도의 투자회수를 가능하게 하기 위하여 투신업법이 특별히 채택한 제도라고 할 것이다(제7조).

환매를 허용하는 경우 그 가격이 어떻게 결정되는지에 따라 환매를 선택한 수익자

---

11) 김건식, "수익증권 판매회사의 환매의무", BFL 제 12호, 2005. 7, 68면.

12) 투신업법은 약정한 이익을 거두지 못한 경우에 위탁회사가 그 부족분을 부담하는 것은 재경원장관의 승인을 얻은 경우에 한정하였다(제19조 제2항). 또한 위탁회사는 "수익자의 계산으로 체결한 법률행위로부터 발생한 제비용 및 보수를 신탁재산에서 인출할 수 있다(제17조 제2항)고 규정하여 궁극적인 계산주체가 수익자임을 분명히 하였다.

와 그렇지 않은 수익자 사이의 평등이 훼손될 우려가 있다. 투신업법은 수익자간의 평등을 확보하기 위하여 환매는 기준가격으로 하도록 하였다. 기준가격을 요컨대 환매당시 신탁재산의 순자산가치를 수익증권의 총좌수로 나눈 것, 즉 수익증권 1좌당 신탁재산의 가치로 정한다(시행령 제14조 제1항). 신탁재산의 순자산가치는 거래소의 최종시가를 기초로 산정하되 시가가 없는 경우에는 시가에 준하는 가격으로 금감위가 정하는 바에 따라 평가한다(시행령 제14조 제2항). 시가에 준하는 가격의 대표적인 예로는 시장성이 없는 채권의 경우에 적용되는 장부가를 들 수 있다.

기준가격이 신탁재산의 실제 가치를 정확하게 반영한다면 수익자들 사이의 평등은 확보될 수 있을 것이다. 그러나 기준가격이 신탁재산의 실제 가치와 동떨어지게 결정되는 경우에느 수익자간의 평등은 깨질 수 있다. 예컨대 기준가격이 실제 가치보다 높게 결정되는 경우에는 먼저 환매를 청구한 수익자가 후에 환매를 청구한 수익자보다 돈을 더 많이 받을 수 있다. 이러한 경우에도 실제로 자금회수의 필요가 없는 수익자도 환매청구에 나설 유인을 갖게 되고 그것이 대량의 환매청구로 연결될 가능성도 있다.[13)]

## 2. 환매의 개요

### (1) 환매의 개념

투신업법이나 신탁약관에 의하면 위탁회사는 물론이고 판매회사도 환매에 응할 의무가 있다. 이처럼 법이나 약관에 환매라는 용어가 사용되고 있지만 그것이 정확히 어떤 의미인지에 대해서는 논의가 필요하다. 원래 환매가 인정되는 것은 개방형 투자신탁에 한하고 폐쇄형 투자신탁의 경우에는 환매가 인정되지 않는다. 신탁계약기간 중 수익증권의 추가매각과 환매가 허용되는 개방형 투자신탁에서는 신탁재산의 변동이 수반될 수 있다.

투신업법상 환매의 의미에 관해서는 1998년의 법개정을 계기로 상당한 변화가 있었다. 구 투신업법은 환매를 크게 두 가지 의미로 사용하였다. 하나는 위탁회사가 신탁의 일부를 해지하여 얻은 자금(즉 신탁재산)으로 수익증권을 취득하는 경우이고 다른 하나는 위탁회사나 판매회사의 고유재산으로 매입하는 경우이다. 엄밀히 말하면 고유재산으로 매입하는 후자만이 환매(repurchase)에 해당하고 신탁의 일부를 해지하

13) 김건식, "수익증권 판매회사의 환매의무", BFL 제 12호, 2005. 7, 69면.

여 얻은 자금으로 취득하는 경우는 환매라기보다는 상환(redemption)으로 보는 것이 타당할 것이다. 일부에서는 만기에 신탁재산을 수익자에게 분배하는 것만을 상환으로 부르기는 하지만 신탁재산이 감소한다는 면에서는 신탁의 일부해지를 통해서 얻은 자금을 지급하는 경우도 차이가 없다.[14]

사실 상환방식을 취하더라도 판매회사가 환매청구일에 일단 고유재산으로 수익자에게 지급하고 즉시 신탁을 일부 해지하여 취득한 자금을 고유재산에 편입시킨다면 엄격한 의미의 환매와 그다지 차이가 없을 것이다. 실제로 후일 일부 해지로 얻은 자금이 이미 지급한 환매대금보다 적은 경우에는 판매회사가 차액을 부담하게 될 것이다. 이 경우 수익자로서는 두 가지 방식사이에 아무런 차이를 느낄 수 없다. 또한 어차피 환매의 규모가 크지 않은 경우에는 판매회사로서도 부담에 별 차이가 없다. 이러한 구체적인 환매방식의 차이가 실무상 별로 의식되지 않았던 것은 바로 그 때문으로 보인다.[15]

### (2) 환매청구권의 법적 성격

수익자의 환매청구원을 '환매선택권으로서 수익자의 일방적 의사표시로 매매의 효력이 발생하는 형성권'으로 볼 것인지, '수익증권 매각과 마찬가지로 수익자와 위탁회사 사이의 수익증권 매매계약'이라고 볼 것인지에 관하여 견해의 대립이 있다.[16]

판례는 환매의 연기를 규정한 구 투신업법 제7조 제4항의 해석과 관련하여 "이 규정은 환매가 수익자의 환매청구와 판매회사 등의 승낙의 의사표시에 의하여 성립하는 것을 전제로 한 규정"이라고 설시하여 수익자와의 계약으로 파악하고 있는 것으로 볼 여지가 있는 반면, 한편 같은 판결에서 "수익자의 환매청구가 있으면 판매회사의 승낙이 없더라도 즉시 환매계약이 성립하여 판매회사는 그 환매대금으로 지급할 의무가 있되, 환매청구가 대량으로 발생하여 판매회사의 재산으로 지급할 수 없는 때에는 그 환매대금의 지급기일을 15일 이내에서 연기할 수 있다는 의무이다"라고 설시하여 형

14) 미국, 영국, 일본 등 외국에서는 수익자의 자금회수는 일반적으로 신탁재산에 의한 환매, 즉 상환방식을 원칙으로 하면서 위탁회사나 판매회사의 고유재산에 의한 환매를 허용하는 태도를 취하고 있다. 우리 투신업법도 대우채 사태를 격은 후인 1998년 상환방식만을 허용하는 방향으로 전환하였다. 그러나 이후 간투법, 자본시장법 하에서도 상환이란 용어 대신 환매라는 용어를 계속 사용하고 있다.

15) 김건식, "수익증권 판매회사의 환매의무", BFL 제 12호, 2005. 7, 70면.

16) 윤병철, 구 증권투자신탁업법상 판매회사의 고유재산에 의한 환매의무의 변화, 사법연수원 논문집 제5집, 2008.1, 101면.

성권으로 파악하고 있는 것으로 볼 여지도 있어 명확하지 않았다.[17]

다만 그 후 선고된 대법원 2004. 1. 15. 선고 2001다 70825 판결 및 2004. 2. 27. 선고 2002다63572 판결에서는 수익자의 환매청구와 판매회사 등의 승낙에 의하여 성립하는 계약이라는 취지의 판시를 계속하고 있다.

### (3) 고유재산에 의한 환매의 실익

수익증권이 신탁재산의 일부를 표창한다는 점을 고려하면 수익증권의 현금화는 신탁의 일부해지를 통해서, 즉 상환방식으로 이루어지는 것이 정도일 것이다. 신탁의 해지를 하더라도 신탁재산에 충분한 현금이 있다면 그것으로 지급하면 되기 때문에 문제가 없다. 그러나 현금이 부족할 경우에는 신탁재산에 포함된 증권을 처분할 수밖에 없을 것이다. 그러나 상환청구가 있을 때마다 신탁재산이 증권을 처분하는 것은 다음에 보는 바와 같이 여러 가지로 불편하고 부담스러운 일이다.[18]

첫째, 증권시장의 상황이 처분하기에 바람직하지 않은 시점이라도 처분해야 하는 것도 문제지만 처분에 따라 신탁재산에 남아 있는 보유증권의 시세가 더욱 하락할 수 있다는 점도 문제이다. 이 경우 신탁재산의 평가액이 하락하기 때문에 투자자의 상황요구가 더욱 늘어날 우려가 있다. 둘째, 보다 근본적인 문제는 보유증권의 처분이 현실적으로 곤란한 경우에 발생한다. 채권의 유통시장이 발달하지 않는 우리나라에서는 현실적으로 채권을 만기 전에 처분하는 길이 제한되어 있었다. 따라서 채권은 대부분 고유계정이나 다른 펀드에 매각할 수밖에 없었다. 이러한 경우 채권가격의 평가여하에 따라서 고유계정과 신탁계정 사이, 그리고 펀드와 펀드 사이에 이해상충이 발생할 수밖에 없다. 셋째, 수익증권을 추가로 발행할 수 있는 개방형 투신에서는 상환 후 수익증권을 판매하는 경우에는 처분한 증권을 다시 매입할 수도 있는데 이는 비용 면에서 비효율적이다. 넷째, 상환방식을 취하는 경우에는 신탁의 일부해지를 거쳐야 하기 때문에 수익자에게 청구당일 현금을 지급하는 것이 실무상 불가능하다. 이는 출발부터 은행과 경쟁을 벌여야 했던 우리 투자신탁으로서는 치명적인 약점이 아닐 수 없었다.

상환에 따르는 이러한 여러 문제점을 단번에 해결할 수 있는 것이 바로 위탁회사나 판매회사의 고유재산에 의한 환매이다. 구 투신업법이 고유재산에 의한 환매를 허

17) 대법원 2003. 11. 28. 선고 2001다67171 판결.

18) 김건식, "수익증권 판매회사의 환매의무", BFL 제 12호, 2005. 7, 70면.

용한 배경에는 바로 이러한 고려가 깔려 있었던 것으로 보인다. 그러나 판매회사가 고유재산으로 환매하는 경우에는 신탁재산의 가치변동으로 인한 위험을 부담하게 된다. 판매회사가 환매를 통하여 취득한 수익증권을 바로 새로운 투자자에게 다시 판매할 수 있다면(구 투신업법 제30조) 그 위험은 별로 문제가 되지 않을 것이다. 판매가 여의치 않다면 결국 신탁의 일부를 해지해야 하겠지만(구 투신업법 시행령 제12조 제2호) 판매회사가 해지에 따르는 위와 같은 문제점을 피하기 위하여 해지하지 않고 보유하려 할 가능성이 높다. 그 경우 판매회사가 과도한 양의 수익증권을 고유재산으로 보유하게 됨으로써 이들의 건전성이 훼손될 우려가 있다.

판매회사의 위험이 보다 심각해지는 것은 환매청구가 대량으로 발생하는 경우의 문제이다. 환매청구가 대량으로 발생하는 경우에는 재매각이나 신탁재산의 처분을 통한 현금화가 어려울 가능성이 크다. 이러한 경우 판매회사는 엄청난 위험을 부담하게 된다. 원래 판매회사의 수익증권 판매업무란 일정한 수수료를 대가로 자신의 판매망을 제공하는 업무이다. 수수료를 대가로 판매망을 제공하는 업무에는 거의 위험이 따르지 않지만 고유재산에 의한 환매에는 상당한 위험이 수반될 수 있다. 판매회사에 고유재산에 의한 환매의무를 부과하는 입법례를 찾기 어려운 것도 바로 이처럼 환매에 수반되는 위험 때문이라고 할 수 있다.

## 3. 수익증권의 환매연기

### (1) 의의

천재·지변, 유가증권시장의 폐쇄·정지 또는 휴장 등으로 인하여 신탁재산에 편입되어 있는 유가증권의 가격을 평가할 수 없는 경우 등에는 정상적으로 환매대금을 산정하여 지급할 수 없으므로 위 사유가 해소될 때까지 환매를 미룰 수밖에 없는데, 이를 환매연기라고 한다.[19]

---

19) 대법원 2003. 11. 28. 선고 2001다67171판결; 수익증권의 환매에 관한 구법 제7조 제4항의 규정은 환매가 수익자의 환매청구와 판매회사 등의 승낙의 의사표시에 의하여 성립되는 것을 전제로 하여, 특별한 사정이 없는 경우에는 수익자의 환매청구가 있는 날부터 15일 이내에 판매회사 등이 승낙하여 그 승낙한 시점에서의 수익증권의 기준가격으로 환매하고, 천재·지변, 유가증권시장의 폐쇄·정지 또는 휴장 기타 부득이한 사유가 있어 정당한 시가에 의한 기준가격을 산정할 수 없는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 금융감독위원회의 승인을 얻어 그 사유가 해소될 때까지 환매청구에 대한 승낙을 유보함으로써 그 사유가 해소된 시점에서의 시가에 의하여 산정한 기준가격으로 환매할 수 있도록 허용하고 있는 것이라고 할 것이다.

### (2) 환매연기의 사유

구 투신업법 제7조 제4항 단서는 “천재·지변·유가증권시장의 폐쇄·정지 또는 휴장 기타 부득이한 사유가 있는 경우에는 금융감독위원회의 승인을 얻어 그 사유가 해소될 때까지 환매를 연기할 수 있다”고 규정하였다.

‘기타 부득이한 사유’가 무엇인지에 관하여 대법원 판례는 “환매연기사유의 하나로 규정되어 있는 기타 부득이한 사유는 천재·지변·유가증권시장의 폐쇄·정지 또는 휴장 이외의 사유로 수익증권의 시가가 형성될 수 없거나 그 시가를 알 수 없거나 시가에 준하는 것으로 취급되는 장부가와 시가 사이에 현저한 괴리가 생겨 장부가에 의한 환매 등을 하는 것이 증권투자신탁의 본질인 실적배당의 원칙 내지 수익자평등의 원칙을 심각하게 훼손하는 결과로 될 우려가 있는 경우를 가리키는 것”이라고 판시하였다.[20]

### (3) 환매연기의 효과

환매연기가 이루어지면 판매회사 등은 환매연기사유가 해소된 시점에 당시의 유가증권 가격에 따라 산정한 환매대금을 지급하게 된다. 즉 환매대금의 기급시기 뿐만 아니라 환매대금 산정의 기준시기까지 연기된다.[21]

---

20) 대법원 2006.12.8. 선고 2002다19018 판결 등; 한편 현행 자본시장법 시행령 제256조는 환매연기사유를 다음과 같이 규정하였다.

제256조(환매연기 사유) 법 제237조제1항 전단에서 "대통령령으로 정하는 사유"란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다.

1. 집합투자재산의 처분이 불가능하여 사실상 환매에 응할 수 없는 경우로서 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 경우
   가. 뚜렷한 거래부진 등의 사유로 집합투자재산을 처분할 수 없는 경우
   나. 증권시장이나 해외 증권시장의 폐쇄·휴장 또는 거래정지, 그 밖에 이에 준하는 사유로 집합투자재산을 처분할 수 없는 경우
   다. 천재지변, 그 밖에 이에 준하는 사유가 발생한 경우
2. 투자자 간의 형평성을 해칠 염려가 있는 경우로서 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 경우
   가. 부도발생 등으로 인하여 집합투자재산을 처분하여 환매에 응하는 경우에 다른 투자자의 이익을 해칠 염려가 있는 경우
   나. 집합투자재산에 속하는 자산의 시가가 없어서 환매청구에 응하는 경우에 다른 투자자의 이익을 해칠 염려가 있는 경우
   다. 대량의 환매청구에 응하는 것이 투자자 간의 형평성을 해칠 염려가 있는 경우
3. 환매를 청구받거나 요구받은 투자매매업자 또는 투자중개업자·집합투자업자·신탁업자·투자회사등이 해산등으로 인하여 집합투자증권을 환매할 수 없는 경우
4. 그 밖에 제1호부터 제3호까지의 경우에 준하는 경우로서 금융위원회가 환매연기가 필요하다고 인정한 경우.

21) 대법원 2004. 1. 15. 선고 2001다70825 판결.

## Ⅳ. 판매회사의 환매의무

### 1. 판례의 태도

98년 개정 투신업법 하에서 대법원은, 판매회사의 고유재산으로 수익자의 환매청구에 응할 의무를 인정하는 것은 수익증권은 반드시 환매청구된 부분만큼 신탁을 일부 해지하여 조성한 현금으로만 환매청구에 응하여야 한다고 규정하고 있는 98년 개정 투신업법 제7조 제5항의 규정에 반하여 허용될 수 없고, 판매회사는 수익자의 환매청구가 있는 경우 위탁회사에 대하여 환매에 응할 것을 요구하고, 위탁회사 또는 수탁회사로부터 수령한 환매대금을  수익자에게 지급할 의무를 부담할 뿐이라고 보아 판매회사의 환매의무를 부정하였다.[22]

그러나 95년 구신탁업법 하에서는 다음과 같은 이류를 들어 판매회사에 고유재산에 의한 환매의무를 인정하였다.[23]

① 구 투신업법에 의하면 수익자가 판매회사로부터 매입한 수익증권에 대하여는 그 판매회사에 대하여 당해 수익증권의 환매를 청구하여야 하도록 하여 위탁회사와 구분되는 '환매에 응하여야 할 자'로 예정되어 있는 점

② 판매회사는 증권투자신탁에 있어서 단순히 위탁회사의 대리인에 불과한 것이 아니라 자신의 책임으로 수익증권 판매업무 등을 수행하는 독립된 당사자로 보아야 한다는 점

③ 판매회사의 환매의무는 투자신탁 운용업무와 수익증권 판매업무를 분리하는 정책을 시행하는 상황에서 판매회사로부터 수익증권을 매수하는 수익자들의 입장을 고려하여 이들을 두텁게 보호함으로써 증권투자신탁을 활성화하기 위하여 구법이 정책적으로 판매회사에게 수익증권시장을 조성하는 시장조성자로서의 역할을 기대하면서 부담시킨 것이라는 점

④ '수익증권의 환매청구가 대량으로 발생하여 위탁회사 또는 판매회사의 고유재산으로 환매를 하는 것이 불가능한 경우, 천재·지변·유가증권시장의 폐쇄·정지 또는 휴장 기타 부득이한 사유로 수익증권의 시가가 형성될 수 없거나 그 시가를 알 수 없거나 시가에 준하는 것으로 취급되는 장부가와 시가 사이에 현저한 괴리가 생겨 장부가에 의한 환매 등을 하는 것이 증권투자신탁의 본질인 실적배당주의 내지 수익자평

22) 대법원 2006.10.26. 선고 2003다42350판결.

23) 대법원 2006.12.8. 선고 2002다19018판결.

등대우주의를 심각하게 훼손하는 결과로 될 우려가 있는 경우'에는 그 의무를 수정·변경하고 있으므로 반드시 실적배당주의와 유한책임의 원칙이라는 투자신탁의 기본원리에 반하는 것이라고 할 수 없다는 점

## 2. 판례의 타당성 검토

### (1) 법개정에 따른 책임귀속 주체 변경 여부

대법원은 95년 구 투신업법 하에서는 환매의무를 지고 98년 개정 투신업법 하에서는 환매의무를 지지 않는다고 해석함으로써 98년 개정에 대해 환매의무의 귀속을 변동시키는 의미를 부여하고 있다.[24]

그런데 95년 구 투신업법 하에서 판매회사의 환매의무를 인정하는 근거는 동법 제7조 제2항이다. 그러나 이 규정은 95년 구 투신업법과 98년 개정 투신업법에서 차이가 없다. 98년 개정 투신업법 하에서 환매회사의 환매의무 부인은, 판매회사가 환매청구를 받으면 위탁회사에 환매에 응할 것을 요구하라는 제7조 제4항과 위탁회사는 신탁의 일부해지에 의한 현금으로 환매에 응하라는 제7조 제5항을 근거로 삼고 있다. 그 결과 제7조 제2항에서 사용하는 동일한 "환매청구"라는 용어가 95년 구 투신업법 하에서는 실체적인 권리를 발생시키는 형성적 권리행사를 뜻하게 되지만, 98년 개정 투신업법 하에서는 7조 제4항과 제5항으로 인해 단지 위탁회사에 환매를 청구하는 절차로서의 의미가 된다는 것이다.

환매의무의 유무는 신탁의 당사자들에게 매우 중요한 재산권의 문제인데, 이를 실질적인 타당근거 없이 변동시키는 입법이 있을 수는 없다는 점에서 보다 합리적인 해석이 요구된다. 대법원은 판매회사가 환매의무를 져야 하는 법정책적 이유를 투자자 보호와 신탁의 활성화에서 찾는데, 98년 개정 신탁업법 하에서 투자자 보호와 신탁의 활성화가 불필요하게 된 것인가.

98년 개정 투신업법 제7조 제4항과 제5항은 환매의 방법과 절차에 관한 규정이지 환매의무의 실체법적 귀속을 결정짓는 규정이 아니다. 95년 구 투신업법 하에서의 제7조 제2항이 판매회사에 환매의무를 귀속시키는 실체적인 규정이었다면 그 법문 자체의 변경없이 의미내용이 달라질 수는 없다. 이러한 점에서 대법원 판례는 모순점이 있다고 본다.

---

24) 김건식, "수익증권 판매회사의 환매의무", BFL 제 12호, 2005. 7, 67면.

### (2) 시행령 규정의 근거성 여부

95년 구 투신업법 하에서 대법원 판례는 법 제23조 제2항, 제30조 제1항, 그리고 시행령 제12조를 판매회사의 환매책임의 근거로 제시하고 있는데, 이 부분에 논리의 비약이 있다고 본다.

95년법 제30조는 95년 증권사업 개편 이전 위탁회사(투신사)가 운용과 판매를 겸영하던 시기부터 있던 조문이다(95년 개정전 제25조). 95년 개편이후 위탁회사는 투자신탁의 운용업무만을 하게 되었지만, 법상으로는 종전과 같이 판매업무를 허가받아 겸영하는 위탁회사가 존재할 수 있으므로 개정전 25조는 여전히 필요하며 제30조로 위치만 바꾼 것이다. 즉 제30조 제1항은 위탁회사가 판매업무를 할 경우 환매청구를 받았을 때에 신탁을 해지하지 않고 자기의 계산으로 환매할 수 있도록 하기 위한 조문이다. 즉 이 규정은 위탁회사가 고유재산으로 환매하는 것을 허용하는 규정이지, 위탁회사에 대해 고유재산에 의한 환매를 강제하는 규정은 아니며, 판매회사에 대해 고유재산에 의한 환매를 강제하는 규정은 더욱이나 아니다.

그리고 시행령 제12조 제1호는 판매회사와는 무관하고, 제2호는 위탁회사에 관한 한 제30조에 의해 위탁회사가 고유재산으로 환매한 수익증권이 다시 매각되지 않았을 때에 해지할 수 있음을 규정한 것이다. 제2호는 판매회사가 환매한 수익증권이 매각되지 않는 경우를 들고 있으나, 이 역시 판매회사가 임의로 환매한 경우에 국한된 것이지, 이로 인해 바로 판매회사가 환매의무를 갖는다는 해석으로 연결될 수 없다. 판매회사가 자기계산으로 환매한 수익증권이 매각되지 않는데 왜 위탁회사가 운용하는 신탁이 해지되어야 하는지 의문이다. 이는 구조적으로 모순된 조문이지만, 굳이 타당성을 인정하자면 환매의 궁극적인 계산이 위탁회사에 귀속됨을 전제로 해야 할 것이다. 그리고 제3호가 판매회사가 고유재산으로 환매할 책임이 있다는 것을 전제로 해야 할 것이다. 그리고 제3호가 판매회사가 고유재산으로 환매할 책임이 있다는 것을 전제로 한 것이라면 판매회사가 환매할 수 없는데, 왜 위탁회사가 운용하는 신탁을 해지하여야 하느냐는 의문이 제기된다. 이 규정 역시 환매는 판매회사에 환매의무를 인정한 것이 아니라 환매는 궁극적으로 위탁회사의 계산으로 이루어짐을 전제로 한 것이다. 이 같은 시행령 제12조로부터 판매회사의 고유재산에 의한 환매의무가 도출될 수는 없으며, 위탁회사의 고유재산에 의한 환매의무 역시 이끌어 낼 수 없다.[25] 시행령 제12조는 법 제23조의 위임에

25) 현대증권주식화사, 투자신탁의 이론과 실무, 무한 2002, 242면에서 판매회사에 고유재산에 의한 환매의무가 없음을 설명하고 있고, 243면이하에서 시행령 제12조가 위탁회사에 고유재산에 의한 환매

따라 신탁의 일부해지를 하는 사유를 정하는 것뿐이지, 모법에서 인정되지 않은 판매회사의 고유재산에 의한 환매의무를 창설할 수 없는 문제가 있다.

### (3) 판매회사의 독립성에 따른 책임귀속 여부

판례는 95년 구 투신업법 제7조 제2항이 판매회사에 환매의무를 부여하고 있다고 단정하고 있지만, 문언상으로는 긍정하는 쪽으로도 부정하는 쪽으로도 해석될 수 있으므로 어떤 결론이든 다른 타당한 근거가 있어야 한다.

판례가 내세우는 중심논리에는 판매회사가 위탁회사로부터 독립적인 지위를 갖는다는 것이다. 판례에 따르면 독립적인 지위의 근거는 다음과 같다. 첫째, 판매회사는 수익자와 위탁회사의 매개체로서 수익자와 가장 직접적인 접촉을 하며, 환매수수료를 직접 지급받는다. 둘째, 판매회사는 자기의 책임으로 판매업무를 수행하고, 수익자에 대한 선량한 관리자의 주의의무를 지며, 위탁회사와 판매회사는 상호간의 업무에 책임을 지지 않는다. 셋째, 환매대금은 판매회사의 책임으로 지급하고, 환매수수료는 판매회사에 귀속한다.

그런데 판례가 말하는 독립성이 무엇을 뜻하는지 참 불분명하다. 아마도 판매회사가 단순히 위탁회사의 대리인에 불과한 것이 아니라 '자신의 책임으로 판매업무를 수행하는 독립된 당사자'라고 설시한 점을 보아서는 독립성이란 '非 대리인'의 지위를 뜻하는 말로서 사용한 듯하다.

하지만 판매회사의 독립적 지위란 당연한 말이다. 거래의 실정을 보면 판매회사는 위탁회사를 위해 수익자를 모집하는 업무를 수행하는데, 이는 '유가증권의 모집의 주선'으로 분류될 수 있어(증권거래법 제2조 제8항 제7호), 상법상의 준위탁매매인(상법 제113조)에 해당되는 것으로 보아야 할 것이다. 어떻게 보든 판매회사는 당연히 독립된 사업자이다. 판매회사는 자기의 영업으로서 위탁모집 혹은 판매를 하기 때문이다. 그러므로 판매회사가 자기의 고객에 대하여 스스로 주의의무를 부담하는 것은 당연하며, 수익증권을 판매하니 고객과 직접 접촉하는 것 역시 당연하다. 그리고 환매의무의 유무를 불문하고 판매회사가 일응 환매절차를 밟는 용역을 제공하므로 환매수수료를 받는 것 역시 당연하데, 이런 점들을 들어 독립된 당사자라 표현하는 것에 특별한 의미를 부여하기도 어렵지만, 이점을 환매의무의 근거로 삼을 수 있을지 의문이다[26].

---

의무를 인정할 근거다 될 수 없음을 상세히 논증하고 있다.

26) 이철송, 투자신탁 수익증권의 환매의 법리, 인권과 정의 366호, 2007. 2, 176면.

판매회사가 수익자에 대해 환매의무를 지느냐, 지지 않느냐라는 의문은 판매회사가 단지 위탁회사로부터 독립적이라 해서는 답해질 수 없다. 판매회사가 수익자에 대해 어떠한 성격의 법률관계를 맺고 있느냐로 접근해야 한다. 만약 판매회사가 위탁회사의 대리인으로서 수익증권을 판매하는 자라면 수익증권판매에 관한 모든 법률효과는 본인인 위탁회사에 귀속되므로 판매회사가 환매의무를 질 수 없음은 당연하다. 위탁매매인의 지위를 갖더라도 같다. 판매회사가 위탁회사의 위탁매매인이라면 수익자에 대해서 단지 수익증권의 매도인으로서의 지위를 가질 뿐인데(상법 제101조), 별도의 특약이 없는 한 일반적으로 물건의 매도인이 목적물의 환매의무를 지는 것은 아닌 만큼 수익증권이라 해서 법리구성이 달라지지는 않는다. 그러므로 '독립된 당사자'라고 하는 것은 환매의무를 진다는 삼기에는 부족하다고 본다.[27]

### (4) 시장조성자론

판례는 판매회사가 환매의무를 져야 할 근거의 하나로 판매회사는 투자자 보호를 강화하기 위해 투자신탁의 시장조성자로서 기능을 해야 하기 때문이라고 한다.

'시장조성자'라는 용어가 판결문에 처음 등장한 것은 서울고등법원 2000다59113판결(2001.9.7.선고)이다.[28] '시장조성자'라는 용어는 Kam Fan Sin이라는 호주의 학자의 저서로부터 비롯되었다.[29] 외국 저서를 인용하면서 "환매제도는 기능적으로 운용자로 하여금 자기의 계산으로 환매한 수익증권을 계속 보유하게 함으로써, 투자자의 수익증권의 취득 혹은 처분에 필요한 수익증권시장을 조성하여 수익증권의 취득·처분에 필요한 유동성을 제공하는 역할을 한다."고 하였다.[30] 위 국내 학자가 인용한 Sin의 저서의 해당 부분에서는 운용자(위탁회사)가 수익증권의 분배자(dealer in units)의 기능과 신탁자산의 관리자(trust fund manager)의 기능을 수행한다고 하며, dealer로서의 기능에 관

---

27) 이철송, 투자신탁 수익증권의 환매의 법리, 인권과 정의 366호, 2007. 2, 176-177면.

28) 동 판결은 "환매방법에는 실탁의 일부를 해지하여 조성한 현금으로 환매대금을 지급하는 방법(redemption)과 위탁회사나 판매회사가 자신의 고유재산에서 자신의 계산으로 환매대금을 지급하는 방법(repurchase)이 있는데, 후자의 경우…신탁재산의 안정적 투자운용을 통한 자본적 성격의 유지 및 판매회사의 시장조성자(marker maker)기능을 통한 자금시장에서의 유동성 제공이라는 목적달성에 보다 효율적인 방법"이라고 설명하였다.

29) Kam Fan Sin, 쏠 Legal nature of the Unit Trust, Clarendon Press, Oxford, 1997, 257-258면(이중기, 투자신탁제도의 신탁적 요소와 조직계약적 요소, 한림법학 Forum 제9권, 2000, 64면에서 재인용).

30) 이중기, 전게 논문, 105면.; 박삼청, 증권투자신탁 수익증권의 환매제도에 관한 고찰, 증권법연구 제2권 제1호, 한국증권법학회, 2001, 174면도 같은 내용으로 소개.

한 설명 부분에서 '운용자는 일찍이 수익증권의 취득과 처분을 위한 시장조성자로서의 기능을 수행해 왔다'고 설명되어 있다.[31] 이글에서는 market maker라는 용어는 볼 수 없고, "the provider of a market"이라는 용어가 쓰이고 있다. 요컨대 시장조성기능이란 판매회사나 환매제도의 기능이 아니라 운용자, 즉 위탁회사의 기능인 것이다.

그런데 앞 학자의 글에서는 시장조성을 마치 환매제도의 기능처럼 소개하였고, 이를 판례가 답습하였다.

참고로 Sin의 저서에 기술된 시장조성기능의 의미는, 위탁회사가 수익증권 취득과 처분이 원활히 이루어질 수 있도록 하는 것을 말한다. 즉 수익증권의 발행자이자 신탁재산의 운용자인 위탁회사는 투자자가 수익증권의 처분(환매)을 원할 때에는 언제든 신탁재산에서 환매대금을 지급할 수 있도록 신탁재산에 적절한 현금유동성이 확보되도록 신탁재산을 운용해야 한다는 것이다. 우리의 95년 구 투신업법 및 98년 개정 투신업법 제18조 제2항에서도 "위탁회사는 신탁재산을 운용함에 있어서 수익증권의 환매를 원활하게 하고 투자대기자금을 효율적으로 운용할 수 있도록 신탁재산 중 그 일부를 대통령령이 정하는 방법으로 운용할 수 있다."라는 규정을 두어 같은 뜻을 밝히고 있다. 요컨대 시장조성기능이란 위탁회사나 판매회사에 고유재산에 의한 환매의 무를 부과하는 논리는 아닌 것이다.[32]

---

31) Sin, 191면 "…The Manager has since early days of the unit of trust been the provider of a ready market for the acquisation and disposal of units of schemes under its management."(이철송, 투자신탁 수익증권의 환매의 법리, 인권과 정의 366호, 2007.2. 178면에서 재인용).

32) 이철송, 투자신탁 수익증권의 환매의 법리, 인권과 정의 366호, 2007. 2, 177-178면; 그럼에도 불구하고 일부 국내 학자는 영국의 환매제도를 설명하면서 "운용사는 거래일 중에는 언제든지 펀드 지분 증권의 환매를 준비해야 하고 , 펀드 지분 보유자가 문서로 환매를 청구하면 자신의 고유재산으로 환매에 응하여야 한다. 즉 운용사의 고유재산에 의한 환매를 운용사의 의사에 맡기지 않고 법규를 통해 의무사항으로 명시하고 있다(CIS 4.4.4.R, 15.4.7.R)"고 설명하고 있다(박삼철, 투자 펀드에서의 환매규제에 관한 연구, 투신 제45호, 2004. 6. 32면).
그러나 이는 옳은 설명이 아니다. 동 학자가 제시한 CIS 4.4.4.R, 15.4.7.R은 "운용사는 영업시간 중 언제든지 수익증권의 환매를 할 수 있도록 하여야 한다. 언제든지 수익자가 서면으로 환매를 청구하는 경우에 수익증권을 환매하고 수익자에게 CIS 4.4.6.ㄱ에서 정하는 환매대금을 지급하여야 한다."는 규정이다. 이는 수익증권의 환매가 신탁재산에 의하여 이루어진다는 투자신탁의 기본원리를 전제로 한 규정으로, 수익자가 환매청구를 하면 운용사는 언제든지 신탁재산에서 환매대금을 지급할 책임을 진다는 뜻을 분명히 한 것이다. 영국의 투자신탁제도는 이와 같이 신탁재산으로 환매대금을 지급하는 것이 원칙이지만, CIS 규칙은 우리 95년 구 투신업법 제30조와 동일하게 "운용사는 고유재산에 의한 환매를 할 수 있다."(CIS 4.1.3.G : 무 authorised fund manager is responsible for valuing the property of the authorised fund managed by it and for calculation the price of units in the authorised fund. As well as arranging for the issue and the cancellation of units for the account of the authorised fund, the authorised fund manager is permitted to sell and redeem units for its own account.)는 규정을 두고 있으므로, 수익자의 환매청구에 대해 운용사는 고유재산

### (5) 투자자 보호를 위한 환매의무 부과 여부

판례가 말하는 투자자 보호라는 명제가 갖는 현실적 의의를 생각해 보면, 동 판결이 너무 안이한 결론을 내리지 않았나 하는 의구심이 든다. 판매회사에 환매의무가 있다 혹은 없다가 다투어지게 되는 것이 어떤 상황인지 생각해 보자. 수익증권의 원본과 어느 정도의 배당금이 지급될 수 있는 상황에서 판매회사의 환매의무는 거론될 이유가 없다. 수익자는 수익증권을 매입한 판매회사에 환매를 청구하고, 이에 대해 판매회사는 위탁회사에 환매대금을 청구하여 지급하거나 자신의 자금으로 선지급하고 곧바로 위탁회사에 환매대금을 청구하면 족하다. 그러나 투자신탁에 편입된 유가증권의 발행회사가 도산하거나 신탁재산의 가치가 급락하여 그 환가도 이루어지지 않아 위탁회사가 환매대금을 마련할 수 없는 상황에서 수익자가 판매회사에 환매책임을 물은 것이다. 95년 구 투신업법은 시가를 기준가격으로 삼았지만 채권에 관한 한 시장의 기술적인 이유로 시가의 공표가 잘 이루어지지 않았는데, 이 경우 투자자로서는 당연히 자신에게 유리한 장부가에 따라 환매를 청구하기 마련이다. 이에 대해 위탁회사로서는 신탁재산을 초과하는 가격으로 환매에 응할 수 없음은 물론이고, 또 그에 응할 자력이 있지도 않으므로 수익자는 판매회사를 상대로 장부가에 따른 환매책임을 묻는 것이다.[33]

이러한 상황에서 판매회사의 고유재산에 의한 환매의무를 인정하는 것은 결국 위탁회사의 운용부실 혹은 운용 이외의 시장사정으로 인해 생긴 투자손실을 판매회사에 전가함을 의미한다.

## 3. 검토

95년 구 투신업법 제7조가 판매회사로 하여금 그 고유재산으로써 수익증권을 환매할 것을 정하고 있어 위헌인지 여부가 문제되었을 때 헌법재판소는 합헌결정을 하였지만, 조대현 재판관은 다음과 같이 이유에서 위헌 의견을 제시하였다.[34]

"수익증권의 판매회사에게 고유재산으로 환매하도록 의무지우기 위해서는 헌법 제37조 제2항이 요구하는 기본권 제한의 요건을 갖추어야 한다.

증권투자신탁에서 위탁회사는 수익증권을 발행하고 수익증권의 판매로 조성된 신

---

에 의한 환매를 선택할 수도 있다.

33) 이철송, 투자신탁 수익증권의 환매의 법리, 인권과 정의 366호, 2007. 2, 179-180면.

34) 헌법재판소 2010. 6.24. 선고 2007헌바101,140,2008헌바5,16,76,142,144,164,165(병합) 전원재판부 구 증권투자신탁업법 제7조등 위헌소원.

탁자금을 운용하며, 수익증권의 수익자는 신탁자금 및 운용이익에 대하여 수익권을 가질 뿐이다. 따라서 수익자가 수익증권의 환매를 청구하면 수익증권의 판매로 조성된 신탁자금 및 운용이익에 대하여 수익권을 가질 뿐이다. 따라서 수익자가 수익증권의 환매를 청구하면 수익증권의 판매로 조성된 신탁자금으로 환매하는 것이 투자신탁제도의 본질에 맞는다. 그리고 수익증권의 판매로 조성된 신탁자금은 위탁회사가 전적으로 운용하고 수익증권의 판매회사는 그 자금의 운용에 관여하지 못한다. 따라서 수익증권의 환금성을 높이거나 수익자를 보호하기 위하여 판매회사에게 수익증권의 환매의무를 지울 필요가 있다고 하더라도, 그 환매자금은 신탁자금에서 조달함이 마땅하고 판매회사의 고유재산으로 환매하게 하는 것은 적정한 수단이라고 볼 수도 없다. … 그리고 수익증권의 환매로 인하여 손실이 예상되는 경우에도 판매회사의 고유재산으로 환매하여 손실을 감수하게 하는 것은 수익증권의 환금성을 높이거나 수익자를 보호하기 위하여 판매회사에게 일방적인 희생을 강요하는 것이라 할 수 있다. 판매회사가 수익증권을 판매하고 그 수수료를 수익하였다고 하여 판매회사의 고유재산에 의한 환매의무와 그로 인한 손실부담이 보상된다고 보기 어렵다. 수익증권의 환매에 따른 손실이 명백한 경우에도 환매의무를 지우는 것은 합리적인 이유나 보상도 없이 희생을 강요하는 것이라고 보지 않을 수 없다“

위와 같은 입장에서 95년 구 투신업법 제7조 제2항은 판매회사를 통해 위탁회사에 환매청구를 하라는 뜻으로 해석해야 하고, 판매회사에 고유재산의 의한 환매의무를 부과하는 근거가 될 수 없다고 본다.

# Ⅴ. 수익증권의 환매연기시 금감위 승인

## 1. 금감위 승인의 법적 성격

### (1) 판례

구 투신업법 제7조 제4항 단서에서 정하는 환매연기시 ‘금감위 승인’에 대해 하급심판결은 이를 ‘효력요건’으로 보는 견해[35]와 ‘확인적 승인’(행정법상의‘확인’)으로 보는 견해[36]로 크게 엇갈린다. 대법원은 금감위 승인의 법적 성질에 대해서는 판시한

35) 서울지방법원 남부지원 2003. 2. 6. 선고, 2001가합2465 판결.

바가 없다.

하지만 대법원은 이를 효력요건이 아닌 확인적 승인으로 보는 것 같다. 왜냐하면 금감위의 환매연기 승인을 받은 수익증권 환매분쟁사건인 판결[37]에서나 금감위의 환매연기 승인을 받지 않은 수익증권 환매분쟁 사건인 판결[38]에서나, 대법원은 모두 금감위의 승인여부에 대해서 아무런 문제를 삼지 않으면서 환매연기사유의 존재 여부를 구체적으로 따져보고 그에 따라 환매연기의 적법성을 판단하고 있기 때문이다. 이와 같은 판시태도로 볼 때에 대법원은 환매연기의 적법성 여부는 금감위의 승인에 의해 좌우되는 것이 아니라 환매연기사유가 객관적으로 존재하는지 여부에 의해 결정되는 것이라는 전제하에 판결하고 있는 것으로 보인다.[39]

### (2) 학설

#### 1) 공법상 허가로 보는 견해[40]

통상 경제행정법 분야에서 공익적 견지에서 행정청의 감독조치로서 "승인" 또는 "허가" 등의 용어를 학문상의 인가에 해당하는 관념으로 규정하는 경우에는 근거법 자체에서 당해 "승인" 또는 "허가" 등을 받지 않은 행위는 무효임을 명시적으로 규정하고 있는바, 구 투신업법은 제7조 제4항의 규정에 위반하여 금감위의 승인을 받지 않고 한 환매연기행위에 대하여는 행정벌로 300만원 이하의 벌금을 정하고 있을 뿐[41], 그 행위의 효력에 대한 규정이 없으므로 인가로 보기는 어렵다.

---

36) 서울고등법원 2002. 2. 8. 선고, 2001나27175 판결, 서울지방법원 2004. 1. 15. 선고, 2001가합 24681 판결 등.

37) 대법원 2003. 11. 28. 선고, 2001다 67171 판결.

38) 대법원 2006. 12. 8. 선고, 2002다 19018 판결.

39) 백태승, 증권투자신탁에서 환매연기제도에 관한 판례의 태도, 인권과 정의 373호, 2007.9, 164면; 이것은 대법원 2004. 1. 15. 선고, 2001다70825 판결에서 - 수익자의 1999. 8. 4.자 환매청구에 대하여 판매회사가 그에 대한 승낙을 유보하고 있던 중 그로부터 8일이 경과한 1999. 8. 12.에 금감위가 환매연기승인을 한 사안 - 대법원이 이 사건 수익증권에 편입된 대우채에는 환매연기사유가 발생하였다는 것을 인정하고 "이 사건 환매연기조치로 피고는 구법 제7조 제4항 단서, 위 약관 제16조 제3항에 따른 환매대금의 정산의무가 있다고 본 원심의 결론은 정당하고, 이와 달리 환매청구권이 형성권임을 전제로 하여 펼치는 상고이유의 주장은 받아들일 수 없다."라고 판시한 내용으로도 짐작할 수 있다. 만일 대법원이 금감위의 승인이 환매연기의 효력을 좌우한다고 보았다면 금감위의 승인이 있기 이전에 이루어진 이 사건 환매청구에 대한 판매회사의 승낙유보는 적법한 환매연기로 인정되지 않았을 것이다.

40) 이철송, 투자신탁 수익증권의 환매의 법리, 인권과 정의 366호, 2007. 2, 186면.

41) 구 투신업법 제62조 (벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 300만원 이하의 벌금에 처한다.

구 투신업법 제7조 제4항의 금감위의 승인은 학문상의 허가를 규정하는 전형적인 형식을 취하고 있고, 위와 같은 금감위의 승인을 요하도록 한 취지는 위탁회사 등이 당해 수익증권의 환매연기조치에 대하여 금감위로 하여금 당해 조치가 정당한 것인지 여부를 심사할 수 있도록 하기 위한 것이라고 보아 허가를 의미한다고 보는 견해이다.

이 견해는 환매의 연기란 신탁재산의 평가불능 혹은 환가불능이라는 객관적 사태를 이유로 하는 만큼 사안의 성질로 보아 당초 감독관청의 승인을 요할 사항이 아니지만, 구 투신업법 하에서는 아직 투자신탁에 대한 시장의 자율감시기능이 발달되지 않은 상태이므로 정부가 투자자의 후견자적 입장에서 연기제도의 남용을 행정감독적인 방법으로 통제하려는 의도에서 승인제도를 둔 것이라는 것이다.

2) 확인에 불과하다는 견해[42]

환매연기는 환매관련자의 귀책사유 없는 후발적 급부불능으로서 사법의 일반원칙인 '과실책임의 원칙'과 투자신탁의 기본원리인 손익의 수익자귀속이라는 '실적배당의 원칙'에 따라서 수익자가 투자신탁의 위험을 부담하고 환매관련자는 채무불이행의 책임을 부담하지 않는 것으로, 행정당국의 승인 여부가 환매관련자의 채무불이행책임 여부를 결정짓는 것이 아니기 때문에 기본적으로 금감위의 승인이 필요하지 않고 또한 금감위가 천재지변 등으로 승인할 수 없는 경우 환매연기의 효력을 인정할 수 없게 되는 모순이 발생하므로 금감위의 승인에 대하여 별 의미를 부여하지 않아야 하고 강학상 확인에 해당한다고 보아야 한다고 주장한다.

3) 효력발생요건 이라는 견해[43]

구 투신업법은 전체적으로 수익자의 두터운 보호를 통하여 증권시장의 활성화를 꾀하기 위한 것으로 구 투신업법상 명문으로 금감위의 "승인을 얻어"라고 표현하고 있는 점, 위 승인요청시 환며연기기간 이후의 환매대책 및 수익자 보호와 관련된 사항을 지재한 서면을 함께 첨부하는 점, 구 투신업법에는 금감위의 승인을 욕하다가 98년 개정 투신업법에는 위 승인을 요하지 않는 것으로 개정되어 있는데 확인행위와 불과하다는 견해와 같이 위 승인규정이 환매연기의 남용을 위한 것이라면 현재에도

---

1. 제7조 제4항의 규정에 위반하여 환매를 지연하거나 환매를 하지 아니한 자.

42) 박삼철, 투자신탁 해설, 삼우사, 2001, 327면; 현대증권주식화사, 투자신탁의 이론과 실무, 무한 2002, 255면.

43) 조용균, 구 증권투자신탁의 여러 가지 문제, 저스티스 93호, 2006.8, 한국법학원, 129면.

남용의 위험성이 있으므로 굳이 그 승인조항을 삭제할 필요가 없는 점, 만약 위 승인조항은 단순히 확인행위에 불과하다고 보게 되면 판매회사나 위탁회사가 자의적인 판단 아래 환매연기를 하는 경우에 이를 사후적으로 시정할 수 있는 방법이 없는 점 등을 고려하면 위 승인을 효력발생요건으로 보아야 한다고 주장한다.

### (3) 검토

금감위 승인을 효력요건으로 본다는 것은 환매를 연기할 실질적인 사유가 있음에도 불구하고 승인없이 한 연기는 환매의무자의 채무불이행이 되는 반면, 실질적인 사유가 결여되어 있음에도 불구하고 승인이 있으면 연기가 정당화됨을 의미한다. 이는 환매연기의 실체적 정당성을 감독청의판단에 일임하는 결과에 이른다. 반대로 승인을 허가 또는 확인행위로 본다면, 승인의 유무에 불구하고 사유의 정당성 유무에 따라 연기의 효력이 결정된다. 즉, 연기의 이유가 법이 정한 사유에 해당한다면 승인이 없더라도 환매의 연기는 채무불이행이 되지 않고, 법정사유를 결했다면 승인이 있더라도 연기는 채무불이행을 구성하는 것이다. 물론 연기의 정당성에 관해서는 수익자와 환매의무자 간에 다툼이 있을 것이므로 궁극적으로는 司法的 심사에 의해 연기의 정당성이 결정될 것이다. 그리고 보면 승인의 효력 여하 문제는 결국 환매연기의 정당성 유무의 판단을 행정청(금감위)에 맡기느냐 혹은 재판작용에 맡기느냐는 문제로 귀착된다. 연기의 정당성 유무는 결국 환매 당사자 간에 있어 이행지체가 되느냐 되지 않느냐는 私法的 이해에 관한문제이고 이는 행정청의 감독기능으로 해결할 사안은 아니고 司法的 판단의 영역에 속하는 문제이다. 따라서 금감위의 승인은 인가의 성격을 가진 것으로 볼 수 없음은 명확하다.[44]

환매연기사유(천재·지변이나 유가증권 발행인의 부도·Work-Out·회사정리절차개시 등)의 발생 여부는 그와 같은 사유의 발생이라는 객관적인 사실관계에 의해 좌우되는 것이지 금융감독당국의 승인 여부에 의해 좌우되는 성질의 것이 아니다. 그리고 판매회사 등이 투자신탁에 정당한 환매연기사유가 발생하여 금융감독위원회에 환매연기신청을 하였음에도 불구하고 금융감독위원회가 적시에 승인을 하지 않는다거나 또는 고의나 과실로 환매연기 승인을 하지 않는다거나, 또는 화재·홍수·지진 등의 자연재해가 발생하여 물리적으로 금감위의 승인을 받지 못하는 경우에 금감위의 승인을 효력요건으로 본다면 정당한 환매연기사유가 존재함에도 불구하고 적법한 환매연

44) 이철송, 투자신탁 수익증권의 환매의 법리, 인권과 정의 366호, 2007.2. 186면.

기로 인정될 수 없다는 근본적인 문제가 생긴다. 이러한 점들을 모두 고려하면 구 투신업법 제7조 제4항 단서에서 정하는 환매연기시 금감위 승인은 효력요건이 될 수 없고 확인적 의미의 승인 즉, 행정법상의 '확인'으로 보는 것이 타당하다 할 것이다.[45]

## 2. 환매연기에 환매연기의사표시 요부

신탁재산에 편입되어 있는 유가증권의 가격을 평가할 수 없거나 평가할 수 있다고 하더라도 그 가격으로 환매하는 것이 실적배당의 원칙 또는 수익자 평등의 원칙을 심각하게 훼손하는 결과가 되는 경우 판매회사 등이 수익자의 환매청구에 소극적으로 응하지 않는 것만으로 환매연기가 이루어지는 것인지 아니면 적극적으로 환매연기의 의사표시를 해야 비로소 환매연기가 이루어지는 것인지의 문제이다.

### (1) 환매연기의 의사표시가 필요치 않다는 입장[46]

구 투신업법에 의한 수익증권의 환매는 수익자의 환매청구와 판매회사 등의 승낙에 의하여 성립하므로 판매회사 등이 승낙을 유보하고 환매청구에 응하지 않는 것만으로도 환매연기가 이루어질 수 있고, 구 투신업법 제7조 제4항 단서 중 "천재·지변·유가증권시장의 폐쇄·정지 또는 휴장 기타 부득이한 사유가 있는 경우" 부분은 환매연기의 요건을 규정한 것이고 "그 사유가 해소될 때까지 환매를 연기할 수 있다"는 부분은 환매연기의 효과를 규정한 것이지 환매연기에 의사표시가 필요하다는 취지는 아니라는 점을 근거로 한다.

### (2) 판매연기의 의사표시가 필요하다는 입장[47]

모든 수익자에 대해 일률적으로 환매연기를 한다는 것을 공시 또는 공표하는 등의 적극적인 환매연기의 의사표시가 필요하다는 것이다. 구 투신업법 제7조 제4항 단서가 "환매를 연기할 수 있다"고 규정하여 판매회사 등에게 환매연기 여부에 관한 재량을 부여하는 형식을 취하고 있는 점, 환매연기제도는 기본적으로 판매회사 등의 이익을 보호하기 위한 제도로서 판매회사 등이 환매를 연기하는 경우 필연적으로 그 반대

45) 백태승, 증권투자신탁에서 환매연기제도에 관한 판례의 태도, 인권과 정의 373호, 2007.9, 164면.

46) 백태승, 증권투자신탁에서 환매연기제도에 관한 판례의 태도, 인권과 정의 373호, 2007.9, 163면; 서울고등법원 2008. 1. 30. 선고 2003나17202 판결 외 다수의 하급심 판결.

47) 이 사건의 원심판결이 이 입장을 취하였다.

당사자인 수익자의 이해관계와 정면으로 충돌할 수밖에 없고 또한 환매연기는 특별한 사정이 없는 한 모든 수익자에게 동일하게 적용되어야 하므로 환매연기의 의사가 명확하게 외부에 표출되어야 할 필요가 있는 점, 판매회사 등이 환매청구에 대한 승낙을 유보하고 있을 뿐 아무런 조치를 취하지 않는 경우에도 환매가 연기된다고 하면 수익자의 입장에서는 판매회사 등이 환매를 연기한 것인지 아니면 단순히 환매대금지급의무를 불이행하고 있는 것인지 조차 구분할 수 없게 되어 예상하지 못한 손해를 입게 되는 점, 신탁재산 중 일부에 대해서만 환매를 연기하면서 그 대상이 무엇인지를 명확히 표시하지 않으면 사후에 환매연기의 대상이 무엇인지를 확정하거나 그로 인한 기준 가격과 순자산가치의 괴리의 정도를 판단하는 것이 불가능해지므로 환매연기의 의사표시를 통해 환매연기의 대상이 무엇인지를 명확히 해 둘 필요가 있다는 점을 근거로 한다.

### (3) 검토

구 투신업법에 따른 수익증권의 환매는 수익자의 환매청구와 판매회사 등의 승낙에 의하여 성립하므로 판매회사 등이 승낙을 유보하고 환매청구에 응하지 않음으로써 환매연기가 이루어진다고 보는 것이 논리적이다. 뿐만 아니라 투자신탁에 편입되어 있는 유가증권의 가격을 평가할 수 없는 사정이 발생하였음에도 불구하고 판매회사 등이 환매연기의 의사표시를 하지 않았다는 이유로 환매연기가 되지 않는다고 하면 그 환매대금의 산정을 어떻게 해야 하는지의 문제가 생긴다. 또한 유가증권의 가격을 평가할 수는 있으나 그 가격으로 환매하는 것이 실적배당의 원칙 또는 수익자평등의 원칙을 심각하게 훼손하는 결과가 되는 경우에는 판매회사 등이 환매연기의 의사표시를 하지 않았다는 이유로 환매연기가 되지 않는다고 하면 증권투자신탁의 기본원칙이 흔들리게 된다. 환매연기의 의사표시가 필요하다는 견해가 지적하는 바와 같이 판매회사 등으로 하여금 명시적으로 환매연기의 의사표시를 하도록 함으로써 수익자가 이에 대처할 수 있도록 할 필요성이 있음은 부정할 수 없지만, 그와 같은 필요성이 증권투자신탁의 본질인 실적배당의 원칙과 수익자평등의 원칙에 우선할 수는 없다고 할 것이다.[48]

48) 하상혁, “수익증권 환매연기의 요건”, BFL 2011. 1. 제45호, 79면.

### 3. 금감위의 승인이 환매연기의 효력발생요건인지 여부

구 투신업법 제7조 제4항 단서가 “금융감독위원회의 승인을 얻어 환매를 연구할 수 있다”고 규정하고 있기 때문에 금감위의 승인이 환매연기의 효력발생요건인지 문제될 수 있는데, 이와 관련해서는 Ⅴ.1.에서 검토한 바와 같이 효력발생 요건이 아니라고 본다.

구 투신업법 제7조 제4항 단서가 환매연기에 금감위의 승인을 받도록 한 취지는 환매연기사유가 없음에도 불구하고 판매회사 등이 환매연기를 이유로 환매대금을 지급하지 않는 경우 금감위로 하여금 이를 시정하도록 함으로써 환매연기제도의 남용을 방지하기 위한 것이지 환매연기사유가 있는 경우에도 금감위의 승인이 있어야 비로소 환매연기가 유효하게 되도록 하려는 것으로 보기는 어렵다. 뿐만 아니라 신탁재산에 편입되어 있는 유가증권의 가격을 평가할 수 없는 사정이 발생하였음에도 불구하고 금감위의 승인이 없다는 이유로 환매연기가 되지 않는 않는다고 하면 그 환매대금의 산정을 어떻게 해야 하는지의 문제가 생긴다. 또한 유가증권의 가격을 평가할 수는 있으나 그 가격으로 환매하는 것이 실적배당의 원칙 또는 수익자평등의 원칙을 심각하게 훼손하는 결과가 되는 경우에 금감위의 승인이 없다는 이유로 환매연기가 되지 않는다고 하면 증권투자신탁의 기본원칙이 흔들리게 된다.[49]

## Ⅵ. 결론 - 대상 판결의 의의

현재에는 실적배당의 원칙이 당연한 것이고, 투자자 보호를 내세우더라도 양보할 수 없는 원칙이로 정착되었다고 볼 수 있다. 법원이 과거에 제정된 법률이 과거에 완성된 사실관계에 적용되는 사안에서 법규의 위헌 여부를 심사함에 있어 해당 법규가 현재의 가치관이나 기준에 반한다고 하여 바로 위헌 결정을 할 수는 없을 것이다. 판매회사의 독립적 지위, 투자자 보호, 시장조성이라는 판례의 근거가 다소 궁색하기는 하지만, 투자신탁제도가 활성화되지 않아 실적배당의 원칙이 정착되지 않은 단계에서는 두터운 투자자보호를 위해 당시 입법은 한시적이었으므로 어느 정도 이해는 된다.

다만 판례는 판매회사의 고유재산에 의한 환매책임이 위헌이 아닌 근거로 ‘판매회

49) 하상혁, “수익증권 환매연기의 요건”, BFL 2011. 1. 제45호, 81면.

사가 고유재산으로 수익증권을 환매한 후 당해 수익증권을 다시 판매할 수 있고 재판매가 어려울 경우에는 위탁회사에 그 부분에 대한 신탁의 일부해지를 요청하여 상환금을 지급받음으로써 환매대금을 환수할 수 있는 점'을 주요한 것으로 들고 있는데, 본 사건의 사실관계는 판매회사가 고유재산으로 환매의무를 이행하더라도 시장상황상 수익증권을 재판매 할 수도 없고, 위탁회사로부터 상환금을 받기도 어려운 상황이었다. 이러한 경우까지 감안하자면 수익자의 환매청구에 따른 판매회사의 환매의무는 고유재산에 의한 환매의무가 아니라 위탁회사에 신탁의 일부해지를 청구하여 받은 돈으로 환매금을 지급하는 의무로 보았어야 하는 것이 아닌가 생각한다. 그렇지 않을 경우에는 수익자의 투자위험을 판매회사가 귀책사유 없이 떠안게 되는 문제가 있다.

다행히 판례는 환매연기제도와 관련해서는 환매의 의사표시나 금감위의 승인 여부를 요건으로 하지 않고 환매연기가 증권투자신탁의 본질인 실적배당 원칙 및 수익자 평등의 원칙을 구현하고자 하는 것이라는 관점에서 판단하여, 판매회사 부담하게 되는 책임을 완화하였다.

본 판결은 환매연기사유가 발생하면 판매회사 등이 별도로 환매연기의 의사표시를 하지 않더라도 환매연기가 이루어지고 금감위의 승인은 환매연기의 효력발생요건이 아니라는 점을 처음으로 명시하였다는데 의의가 있다.

# 재조사결정에 따른 쟁송기간의 기산점

## - 대법원 2010. 6. 25. 선고 2007두12514 판결 -

김 도 형*

목 차

Ⅰ. 서설 ····· 183

Ⅱ. 사실관계 ····· 183

Ⅲ. 대법원 입장의 변화 ····· 184
1. 기존 대법원 판례의 입장 ····· 184
2. 이 사건 판결(전원합의체 판결)의 입장 ····· 185

Ⅳ. 대법원 입장 변화에 대한 소견 ····· 186
1. 문제의 제기 ····· 186
2. 행정쟁송에서의 불복기간 ····· 186
3. 행정쟁송 제기기간 기산점에 관한 소견 ····· 188

Ⅴ. 재조사결정의 성격에 대한 고찰 ····· 190
1. 서설 ····· 190
2. 대법관 김영란, 양승태, 안대희의 별개 의견 ····· 190
3. 대법관 이홍훈의 다수의견에 대한 보충의견 ····· 190
4. 소결론 ····· 191

Ⅵ. 결론 ····· 191

* 변호사

## Ⅰ. 서설

국세심판결정의 유형에 있어 취소, 경정 또는 필요한 처분에 속하지 아니한 제3의 유형인 재조사결정이 실무상 행하여지고 있습니다. 재조사결정은 현행 국세심판원 등의 내규 등에서도 아무런 규정을 두고 있지 않은 제도로, 심판청구에 대하여 그 실체적 심리를 한 뒤 처분청으로 하여금 과세표준과 세액에 대하여 결정에서 지적한 부분을 재조사하여 경정결정을 하라는 취지의 결정입니다. 이러한 재조사결정 후 후속 재처분의 불복시기와 관련하여 과거 대법원에서는 이러한 재조사결정을 감액경정결정의 법리를 원용하면서 재조사결정을 완결적 처분으로 이에 따른 재 처분은 재결에 따른 처분으로 보아 불복청구기간이나 제소기간은 납세자가 재조사결정의 통지를 받은 날부터 기산된다고 해석하여 왔습니다. 그런데, 이와 같은 기존 대법원 입장에 대해서는 납세자로 하여금 후속처분의 통지를 받기도 전에 곧바로 불복 여부를 결정하도록 사실상 강제하는 결과가 되어 납세자의 재판청구권이 침해되는 결과를 초래한다는 문제점이 지적되어 왔습니다.

이에, 이 사건 전원합의체 판결(대법원 2010. 6. 25. 선고 2007두12514 판결; 이하 '이 사건 판결'이라고 합니다)은 위와 같은 대법원의 기존 입장을 변경하면서, 재조사결정을 그 자체로 완결된 종국결정이 아닌 후속처분에 따라 그 내용이 보완됨으로써 결정의 효력이 발생하는 변형된 결정으로 해석하여 재조사결정에 따른 심사청구기간이나 심판청구기간 또는 행정소송의 제소기간은 이의신청인 등이 후속 처분의 통지를 받은 날부터 기산하여야 한다는 판단을 내렸습니다.

이하에서는 기존 대법원의 입장과 바뀐 대법원 판례인 이 사건 판결에 대해 살펴본 후 이에 대한 필자의 입장을 소개하도록 하겠습니다. 아울러 이 사건 대법원의 별개의견 등을 통해서 논의된 바 있는 재조사결정의 성격 등에 대해 추가적으로 살펴보고자 합니다.

## Ⅱ. 사실관계

① 화물운수업을 하던 박씨는 2005년 4월 매출신고를 하지 않은 사실이 드러나 양천세무서로부터 1억 여원에 이르는 부가가치세를 부과받았고, 2005. 6. 29. 양천세

무서장을 상대로 이 사건 부가가치세 부과처분에 대한 이의신청을 하였습니다.

② 2005. 7. 29. 양천세무서장은 실지거래사실을 재조사해 그 결과에 따라 과세표준과 세액을 경정할 것을 명하는 내용의 재조사결정을 내렸습니다.

③ 양천세무서는 조사내용을 번복할 자료를 내지 않자 3개월 후 당초 처분을 유지한다는 내용의 후속 처분을 하고, 2005. 10. 24. 원고에게 이를 통지하였습니다.

④ 그러자 박씨는 2005. 10. 28. 국세청장에서 심사청구를 하였습니다.

⑤ 이에 국세청은 “불복청구의 기산점은 재조사결정을 통보받은 2005. 7. 29.을 기준으로 해야 하는데 박씨의 청구는 심사청구기간인 90일을 이미 도과하였다며 박씨의 심사청구를 각하하는 결정을 내렸습니다.

⑥ 박씨는 2006. 3. 20. 양천세무서를 상대로 행정소송을 제기하였고, 1심은 “박씨는 재조사 결과를 통보받은 날을 기준으로 90일 이내에 국세청에 심사청구를 할 수 있다”며 본안판단에 들어가기는 하였으나, “박씨가 부가가치세신고를 하지 않은 사실을 추인할 수 있다”며 원고 패소 판결을 내렸습니다.

⑦ 2심 또한 피고의 본안 전 항변을 배척하고, 본안 판단에 들어간 뒤 “박씨에게 과세를 할 수 있는 근거가 부족하다”며 원고 승소 판결을 내렸습니다(1, 2심은 기존 대법원 판례 입장을 존중하면서도, 이 사건은 감액경정처분과는 성격이 다르다는 등의 논거를 대면서 결론적으로는 기존 대법원 입장을 따르지 않았습니다).

⑧ 2심에서 패소한 양천세무서장은 기존 대법원 판례들을 언급하며 박씨의 청구는 불복기간을 도과하였다는 본안 전 항변을 통해 2심 판결을 뒤집으려 하였으나, 대법원은 앞서 살펴본 바와 같이 기존 대법원의 판례를 변경하고는 박씨의 손을 들어 줌으로써 사건은 확정되었습니다.

# Ⅲ. 대법원 입장의 변화

## 1. 기존 대법원 판례의 입장[1)]

과세표준과 세액을 감액하는 **경정처분은 당초 부과처분과 별개 독립의 과세처분**

1) 대법원 1997. 10. 24. 선고 96누10768 판결, 대법원 1998. 5. 26. 선고 98두3211 판결, 대법원 1999. 5. 28. 선고 99두1021 판결, 대법원 2007. 5. 10. 선고 2004두2837 판결, 대법원 2007. 10. 26. 선고 2005두3585 판결, 대법원 2009. 5. 28. 선고 2006두16403 판결

**이 아니라 그 실질은 당초 부과처분의 변경**이고 그에 의하여 세액의 일부 취소라는 납세자에게 유리한 효과를 가져오는 처분이므로, 그 경정결정으로도 아직 취소되지 아니하고 남아 있는 부분이 위법하다 하여 다투는 경우 항고소송의 대상은 당초 부과처분 중 경정결정에 의하여 취소되지 않고 남은 부분이고, 경정결정이 항고소송의 대상이 되는 것은 아니며, 이 경우 적법한 전심절차를 거쳤는지 여부도 당초처분을 기준으로 판단하여야 한다. **이러한 법리는 재조사결정 이후 처분청이 감액경정처분을 한 경우에도 그대로 적용되어야 하며 원칙적으로 '재조사결정의 통지를 받은 날'부터 제소기간이 기산되어야 한다.**

## 2. 이 사건 판결(전원합의체 판결)의 입장

### (1) 다수의견

이의신청 등에 대한 결정의 한 유형으로 실무상 행해지고 있는 재조사결정은 처분청으로 하여금 하나의 과세단위의 전부 또는 일부에 관하여 당해 결정에서 지적된 사항을 재조사하여 그 결과에 따라 과세표준과 세액을 경정하거나 당초 처분을 유지하는 등의 후속 처분을 하도록 하는 형식을 취하고 있다. **이에 따라 재조사결정을 통지받은 이의신청인 등은 그에 따른 후속 처분의 통지를 받은 후에야 비로소 다음 단계의 쟁송절차에서 불복할 대상과 범위를 구체적으로 특정할 수 있게 된다.** 이와 같은 재조사결정의 형식과 취지, 그리고 행정심판제도의 자율적 행정통제기능 및 복잡하고 전문적 · 기술적 성격을 갖는 조세법률관계의 특수성 등을 감안하면,
**재조사 결정은 당해 결정에서 지적된 사항에 관해서는 처분청의 재조사결과를 기다려 그에 따른 후속 처분의 내용을 이의신청 등에 대한 결정의 일부분으로 삼겠다는 의사가 내포된 변형결정에 해당한다고 볼 수밖에 없다.** 그렇다면 재조사결정은 처분청의 후속처분에 의하여 그 내용이 보완됨으로써 이의신청 등에 대한 결정으로서의 효력이 발생한다고 할 것이므로, 재조사결정에 따른 심사청구기간이나 심판청구기간 또는 행정소송의 제소기간은 **'이의신청인 등이 후속 처분의 통지를 받은 날'부터 기산된다고 봄이 타당하다.**

### (2) 별개의견(대법관 김영란,대법관 양승태,대법관 안대희)

**재조사결정**은 단지 효율적인 사건의 심리를 위하여 처분청에 재조사를 지시하는

**사실상의 내부적 명령에 불과하다고 보아야 할 것이므로** 그로써 이의신청 등에 대한 결정이 있었다고 할 수 없고, 후속 처분에 의하여 그 효력이 발생한다고 의제할 수도 없다. 따라서 이의신청인등에게 재조사결정이나 후속 처분이 통지되었다고 하더라도 그 후 다시 재결청이 국세기본법에 규정된 유형의 결정을 하여 이의신청인 등에게 이를 통지할 때까지는 심사청구기간 등이 진행하지 않는다고 보아야 한다. 이상과 같은 이유로 다수의견의 결론에는 찬성하나 그 이유에 대해서는 견해를 달리한다.

# Ⅳ. 대법원 입장 변화에 대한 소견

## 1. 문제의 제기

행정소송은 행정청의 위법한 처분 등을 취소·변경하거나 그 효력 유무 또는 존재 여부를 확인함으로써 국민의 권리 또는 이익의 침해를 구제하고, 공법상의 권리관계 또는 법 적용에 관한 다툼을 적정하게 해결함을 목적으로 하는 것인바, 이러한 행정소송의 제소기간이나 그 전심절차인 행정심판에서의 불복청구기간에 관해서는 행정법관계의 안정성과 국민의 권리 또는 이익의 침해구제를 적절하게 조화하는 것이 필요하며, 이 사건 판결과 같이 재조사결정과 관련한 제소기간도 이러한 두 이익 간의 충돌 문제의 연장선이라고 할 것입니다.

## 2. 행정쟁송에서의 불복기간

행정행위가 일단 행해지면 그에 의거하여 많은 법률관계가 형성되므로, 되도록이면 일단 정해진 행정행위를 존속시키는 것이 여러모로 바람직하다 할 것이며, 이에 쟁송기간을 짧게 둠으로써 행정법관계의 안정과 능률적인 행정목적의 수행을 위하여 그 효력에 관한 다툼을 제한된 시간 내에서만 허용하는 것이 필요하다 할 것입니다. 하지만, 이것이 과도하게 제한적이 되면 국민의 재판을 받을 권리가 침해되는 문제가 발생할 뿐만 아니라, 이로 인한 국민의 행정 및 사법에 대한 불신을 초래할 수도 있습니다. 조세 행정소송과 관련하여 종래에는 조세법률관계의 특수성을 고려하여 행정소송법 제20조의 적용을 배제하였고 그 결과 일반 행정소송의 경우 제소기간을 90일 이내로 정한 것과 달리 제소기간을 60일 이내로 규정하고 있었습니다. 그러나 1998. 12. 28. 국세기본법과 관세법 개정 당시 조세불복 청구기간을 60일에서 90일로 연장하여 행정소송법상의 청구기간과 균형을 맞춘

바 있는데[2], 이는 바람직한 변화로 보여집니다. 그럼에도 불구하고, **필자의 실무 경험에 비추어 행정심판 및 행정소송에서의 불복기간을 90일로 제한하는 것은 행정 편의적인 과도한 제한이라는 것이 필자의 생각입니다**. 그 이유는 아래와 같습니다.

### (1) 먼저, 90일이라는 시간은 쟁송을 준비하기에 절대적으로 부족한 시간입니다.

행정기관으로부터 처분을 받은 당사자들은 이에 대해 다툴 것인지 여부에 대해 먼저 생각하게 되고, 여러 사람들로부터 자문을 구하게 됩니다. 그 과정에서 일부는 생업에 종사하여야 하는 경우도 많기 때문에 90일이라는 시간은 생각보다 빨리 지나가게 됩니다. 물론, 행정기관에서는 처분을 하면서 서면을 통하여 처분사유 및 불복기간을 친절하게 설명하고, 이를 도과하였을 경우의 불이익 등을 고지하지만 법지식이 많지 않은 대부분의 일반인들은 이러한 처분 사유서를 꼼꼼하게 챙겨 읽지 못하며 불복기간에 대해서도 특별히 챙기지 못하는 경우가 많습니다. 그러다가 불복기간이 거의 다 지나서야 변호사 사무실을 찾는 경우가 다반사이고, 간혹의 경우에는 불복기간을 넘겨서 변호사 사무실을 찾는 안타까운 경우도 발생하고 있습니다.

이처럼 불복기간을 넘긴 경우에는 행정소송을 통해 구제를 할 수 없기 때문에, 불복기간의 제한을 받지 않는 무효확인소송을 제기하거나, 행정기관을 상대로 불법행위에 기한 손해배상청구 등의 우회적인 소송을 진행하기도 하지만 불복기간을 도과하여 취소소송을 제기하지 못한 사건에 대해 위와 같은 소송들이 받아들여질 가능성은 매우 낮다고 할 것입니다.

### (2) 조정에 불응하고 상고심까지 당연히 가야하는 것으로 생각하는 행정기관에서 조속한 법률관계의 확정이 필요하다고 주장하는 것은 어불성설이라 할 것입니다.

행정소송은 처분의 위법성 여부에 따라 취소 여부를 다투는 사안의 특성상 당사자들이 상호 일부 양보하는 선에서 결론을 짓는 조정이 성립될 여지가 없는 경우도 많습니다. 하지만, 조정을 통해 합리적으로 해결이 가능한 행정소송도 많이 있음에도 불구하고 행정기관에서는 무조건적으로 조정에 응하지 아니하고 판결을 받기를 요구하며, 판결이 선고된

---

2) 소순무, 조세소송, 개정3판(2006년 판), 영화조세통람, 제225쪽

경우에도 불복하여 대법원에서의 최종적인 판단을 받기를 원하는 경우가 대부분입니다. 이와 관련하여 행정기관 소송수행자들의 입장을 들어보면 조정으로 결론을 맺거나, 1심 또는 2심에서 패소하고도 불복하지 아니하는 경우 차후 감사원 감사, 국정 감사 때 이를 지적받는가 하면, 심지어 소송상대방에 대한 배임적 이익 제공 또는 뇌물 수수 등에 대한 조사가 진행되기도 하기 때문에 실무진의 입장에서는 자신이 책임을 면하기 위해서는 어쩔 수 없이 조정에 응할 수 없고 판결을 받아야만 한다는 말들을 많이들 하고 있습니다. 행정행위는 조속히 확정되어야 하므로 쟁송기간이 짧아야 하며 이 또한 엄격하게 적용되어야 한다고 주장하면서, 정작 소송이 진행되면 몇 년이 걸리는 소송을 계속하면서 확정을 미루는 위와 같은 행정기관의 행위는 모순된 것이라 하지 않을 수 없습니다.

### (3) 행정기관의 부담이 단기의 행정쟁송 제기기간을 두는 이유가 될 수는 없습니다.

행정기관에서는 행정쟁송 제기기간을 늘리는 경우 행정기관 입장에서 쟁송에 대비하는 인력을 충원하여야 할 뿐만 아니라, 이들에 대하여 소송에 관한 기본적인 교육 등에 과도한 비용이 지출된다는 등의 문제점을 지적하곤 합니다. 하지만, 행정기관에 부담이 된다는 이유로 국민의 재판을 받을 권리를 일방적으로 제한해서는 안 된다고 할 것입니다.

행정기관에서는 국민의 입장에서 행정처분에 대해 불만을 가지지 않도록 최선의 노력을 다하여 검토한 후 처분을 내리고, 그에 대해 충분하게 설명함으로써 되도록이면 행정쟁송이 발생하지 않도록 노력하여야 하는 것이 최우선이라 할 것입니다. 또한, 쟁송이 제기된 경우 행정쟁송 제기기간이 도과되었음을 주장하여 원천적으로 쟁송을 봉쇄할 것이 아니라, 행정기관 내 전문 인력들의 지식을 동원하여 패소를 방지하고 만일 패소하였을 경우 이를 행정부처 전반에 공유하여 잘못된 처분이 다시 내려지는 일이 없도록 하는 것이 바람직하며, 이것이 결국에는 국민으로부터 신뢰를 얻는 길이라 할 것입니다.

## 3. 행정쟁송 제기기간 기산점에 관한 소견

앞서 살펴본 바와 같이 현행법상의 행정쟁송 제기기간을 좀 더 늘려야 한다는 것이 필자의 입장이지만, 이를 위해서는 국민적 공감대, 행정부처간 협의, 비교법적 연

구 등 넘어야 할 산이 많이 있습니다. 그렇다면, 이에 대한 대안으로 행정쟁송의 기산점과 관련하여 국민의 입장에서 좀 더 유연한 해석을 함으로써 위와 같은 문제점들을 다소나마 해결할 수 있을 것으로 보입니다. 이 사건 판결 또한 이러한 입장에 선 것으로 타당한 것으로 보입니다.

다수의견에서 밝히고 있는 바와 같이 재조사결정의 통지를 받았다고 하더라도 납세자는 재조사결정 그 자체만으로는 쟁송 목적을 달성했는지에 대한 판단을 할 수 없고, 따라서 불복의 대상과 범위를 구체적으로 특정하기도 어렵다 할 것입니다. 일단 재조사결과를 기다려 그에 따른 후속 처분의 내용을 보고 다음 단계의 불복절차로 나아갈 것인지 여부를 결정하는 것이 일반적이기 때문에 이러한 납세자의 입장을 고려하여 재조사결정에 따른 후속처분이 당사자에게 송달된 다음날부터 행정쟁송의 제기기간이 기산되어야 바람직할 것으로 보입니다. 현재 국세심판원에서는 재조사결정을 통지할 경우 이로 인한 청구인의 불측의 손해를 염려하여 바로 행정소송으로 불복할 수 있다는 취지의 문구를 삽입하여 발송하고 있으나[3], 앞서 살펴본 바와 같이 일반 국민들의 입장에서 위와 같은 문구들을 자세히 살펴보고 기억하기를 기대하기 어려울 뿐만 아니라, 재조사결정을 하여 통지하겠다고 하는데 이는 국민의 입장에서는 가부간에 결정이 난 상황으로 볼 수 없는 상태임에도 불구하고, 국가에서 “불이익을 입을 수도 있으므로 우선 불복절차를 취하라는 것”으로 이는 쉽게 납득하기 어려운 요구일 뿐만 아니라 불필요한 소송을 부추기는 행위라 할 것입니다.

이러한 해석이 국민의 재판을 받을 권리를 보호하는 것임은 분명하나, 이는 행정법관계의 안정성과 균형을 이루어야 할 것인바 이러한 해석이 행정법관계의 안정성을 깨는 것은 아닌지 추가적으로 살펴보도록 하겠습니다. 재조사결과를 기다려 그에 따른 후속 처분의 내용을 보고 다음 단계의 불복절차를 밟게 하는 경우, 이로 인한 세금징수가 다소 늦어지는 것 외에 특별하게 행정법관계에 영향을 줄 만한 문제점이 발생할 여지가 없습니다. 재조사결정이 난 상태에서 그 이후 새로운 법률관계가 형성될 것도 없을 뿐더러, 위와 같이 불확정적 상태가 국가 질서나 재정에 심각한 영향을 준다고 생각되지도 않기 때문입니다. 게다가 전체 조세 처분 중에서 재조사결정이 이루어지는 퍼센티지가 상당히 낮기 때문에, 이로 인한 혼란 및 세수 부족의 문제도 발생하지 않을 것으로 보입니다. 따라서, 이 사건 판결은 행정법관계의 안정성과 균형을 깨지 않으면서도 국민의 재판을 받을 권리를 존중한 합리적인 판단이라 할 것입니다.

---

3) 소순무, 조세소송, 개정3판(2006년 판), 영화조세통람, 제167쪽

# Ⅴ. 재조사결정의 성격에 대한 고찰

## 1. 서설

이 사건 대상판결에서는 쟁송기간의 기산점과 관련하여 재조사결정의 법적 성격에 관하여 별개의견(대법관 김영란, 양승태, 안대희)과 다수의견에 대한 보충의견(대법관 이홍훈)의 대립이 있었던바, 이를 알아보고 필자의 견해를 피력하고자 합니다.

## 2. 대법관 김영란, 양승태, 안대희의 별개 의견

재조사결정을 '처분청의 후속 처분에 의하여 그 내용이 보완되는 성격을 가진 이의신청 등에 대한 결정 유형(변형결정의 일종)'이라고 보는 다수의견에 반대하면서, 별개의견은 재조사결정을 이의 신청에 대한 결정으로는 볼 수 없고 단지 효율적인 사건의 심리를 위하여 처분청에 재조사를 지시하는 사실상의 내부적 명령에 불과하다고 주장합니다. 별개 의견은 이의신청인 등에게 재조사결정이나 후속 처분이 통지되었다고 하더라도 그 후 다시 재결청이 국세기본법에 규정된 유형의 결정을 하여 이의신청인 등에게 이를 통지할 때까지는 심사청구기간 등이 진행하지 않는다고 주장합니다.

## 3. 대법관 이홍훈의 다수의견에 대한 보충의견

대법관 이홍훈은 '재조사결정을 처분청에 재조사를 지시하는 사실상의 내부적 명령에 불과하다'는 별개의견에 이의를 제기하면서 아래와 같은 논거를 들고 있습니다.

① 재조사결정은 비록 명문의 규정은 없으나 실무상의 오랜 관행으로 정착되어 납세자도 이를 이의신청 등에 대한 결정으로 받아들이고 있는 등의 관행이 형성된 현시점에서 재결청이 그 권한을 행사하여 한 결정으로서 외부적으로 표시되어 납세자에게 통지까지 된 재조사결정을 사실상의 내부적 명령에 불과하다고 할 수는 없다.

② 재조사결정이 다음 단계의 불복절차로 나아갈 것인지 여부를 결정해야 하는 납세자에게 유용한 판단기준을 제시하지 못하는 한계가 있는 반면, 후속처분에 의해 그 내용을 보완하고자 하는 재결청의 의사가 포함되어 있으므로 이의신청 등에 대한 결정으로서의 효력을 아예 부정하기는 어렵다.

③ 국세기본법 제65조 제1항 제3호의 "심사청구가 이유 있다고 인정되는 때에는 그 청구의 대상이 된 처분의 취소·경정 또는 필요한 처분의 결정을 한다"는 규정이

제한적·열거적 규정이라고 단정할 수는 없다.

④ 재결청이 다수의 쟁점 중 일부에 관해서는 최종적인 판단을 하고 특정한 쟁점에 관해서만 재조사를 명한 경우에도 이를 사실상의 내부적 명령에 불과하다고 주장하기는 어렵다.

⑤ 재결청이 재조사결정이나 후속 처분 이후 다시 국세기본법에 규정된 유형의 결정을 하지 않을 경우 불복청구기간이나 제소기간의 종기가 확정되지 않아 법률관계가 장기간 불안정한 상태에 놓이게 된다.

⑥ 별개의견과 같이 재조사결정이 이의신청 등에 대한 결정이 아니라고 한다면 그에 따른 후속 처분은 불이익변경금지원칙이 적용되지 아니하므로 감액경정처분은 물론 증액경정처분도 제한 없이 가능하게 되는데 이는 바람직하지 않으며, 처분청이 재조사결정을 근거로 새로운 과세요건 사실을 조사하거나 당초 처분액수를 증액하는 후속 처분을 하는 것은 원칙적으로 허용되어서는 안 된다.

### 4. 소결론

재조사결정은 재결청이 그 권한을 행사하여 한 결정으로 외부에 명시적으로 표시되었고, 납세자에게 분명하게 통지도 이루어집니다. 그런데, 이와 같은 외부 명시라든가 납세자에 대한 통지에 대한 의미는 유보한 채 단순히 이를 사실상의 내부적 명령에 불과하다는 주장은 타당하지 아니한 것으로 보입니다.

또한, 이러한 재조사결정 이후 다시 재결청이 국세기본법에 규정된 유형의 결정을 하여 이의신청인 등에게 이를 통지할 때까지는 심사청구기간 등이 진행되지 않는다고 하나, 이에 관한 명문의 규정이 없음에도 불구하고 막연히 심사청구기간이 중지된다고 하는 것은 조세법률주의에 비추어 타당하지 아니한 것으로 생각됩니다. 별개의견은 재조사결정의 의미를 존중하면서도 납세자의 재판을 받을 권리를 보호하기 위하여 위와 같은 판단을 한 것으로 보이나, 다수의견이 재조사결정에 대한 국민들의 보편적 시각이며 이러한 국민들의 보편적 시각이 가장 합리적인 해석이라 할 것입니다.

## Ⅵ. 결론

이 사건 판결은 재조사결정에 따른 행정소송의 제소기간 등은 납세자가 재결청으

로부터 재조사결정의 통지를 받은 날로부터 기산된다고 판시한 기존의 대법원 판례들을 변경한 것으로, 지금까지 재조사결정에 따른 재처분이 구체적으로 나오기만을 기다렸다가 자신이 인식도 못한 사이에 제소기간을 이미 도과하였던 많은 사람들을 구제하게 되었습니다. 앞으로 세무서장 또는 지방국세청장의 이의신청을 거친 납세자는 재조사 결정의 결과를 보고 불복 여부를 결정할 수 있게 됨에 따라 불복기간이 실질적으로 연장되고 불복의 대상과 범위를 구체적으로 특정할 수 있게 되는 등 납세자의 권리구제에 많은 도움이 될 것으로 보입니다.

이 사건 대상판결의 결론은 단순히 탁상공론적 시각으로 법규의 문헌적 해석에 의존한 것이 아니라, 재조사결정 통지를 받는 납세자의 시각에서, 그리고 일반 국민들의 보편적인 법관념에서 접근한 지극히 타당한 결정이라고 보여집니다.

소송을 수행하는 최일선에서 일을 하다보면 기일을 놓쳐 낭패를 보는 일이 종종 발생합니다. 물론 이에 대한 일차적인 책임은 당해 소송대리인 또는 사건 당사자에게 있겠지만, 행정행위의 조속한 확정이라는 미명하에 부당한 처분에 대해 제대로 다투어 보지도 못하고 소송 자체를 덮어야 할 때는 부당하다는 생각마저 들기까지 합니다.

본안 전 항변이 받아들여지는 경우 당해 재판부나 상대방인 행정청의 입장에서는 사건을 한 건 쉽게 털 수 있겠지만, 이로 인하여 당사자는 평생을 속 시원한 대답 한 번 듣지 못하고 가슴에 멍에를 짊어진 채 살아가야 합니다. 또한, 이는 국가 또는 사회에 대한 원망 또는 사법 및 행정기관에 대한 불신으로 이어지는 경우가 대부분입니다. 이 사건 대상 판결에 이어 앞으로도 법원은 국민의 입장에서 되도록이면 행정쟁송의 기간 계산에 관해서는 보다 유연한 입장을 보여주셨으면 좋겠고, 기타 본안 전 항변과 관련하여서도 단순히 각하할 것이 아니라 이 사건 판결과 같이 구체적인 사안에서 구제할 필요성이 있는지 여부에 대해 다시 한 번 검토하였으면 합니다.

과거 군사독재시절에는 행정기관의 처분에 대해 국민이 감히 다투는 것 자체가 금기시되기도 하였고, 이러한 것이 국가 발전을 방해하는 행위처럼 여겨지기도 하였습니다. 하지만, 최근 국민들 사이에 행정기관의 처분에 대해 적극적으로 당부를 따지는 의식이 공고해지면서, 행정소송 또한 폭발적으로 증가하고 있습니다. 기존의 관행에서 벗어나 국민과 행정부처 간의 적극적인 논쟁을 통해 해답을 얻음으로서 적극적인 법치를 세워나가는 것이 국가발전의 새로운 길이라는 사실을 모두가 명심했으면 좋겠습니다.

# 재건축조합의 매도청구권 행사요건으로서의 조합설립결의의 유효성과 이에 대한 쟁송방법

## - 대판 2010. 4. 8. 선고 2009다10881 판결 -

이 승 훈*

목 차

Ⅰ. 대상 판결 분석 ····· 195
1. 사실관계 ····· 195
2. 1심 및 원심의 판단 ····· 195
3. 대법원판결의 요지 ····· 196
4. 쟁점 ····· 196

Ⅱ. 조합설립에 대한 결의를 다투는 방법 ····· 197
1. 도시정비법의 개정과 재건축사업의 법적 성격의 변화 ····· 197
2. 도시정비법상 재건축 과정의 개요 ····· 197
3. 재건축조합 설립 결의의 법적 성질의 변화 ····· 198
4. 조합설립인가의 법적 성질의 변화 ····· 199
5. 조합설립결의를 다투는 방법 ····· 201
6. 이 사건 판결의 의미 ····· 202
7. 더하여 - 매도청구소송은 민사소송인가? ····· 202

Ⅲ. 표준동의서에 의한 조합설립 동의의 유효성 ····· 205
1. 이 사건 판결의 요지 ····· 205
2. 표준동의서에 의한 조합설립 동의의 문제점 ····· 205
3. 견해의 대립 ····· 206
4. 이 사건 판례의 의미 ····· 207
5. 검토 ····· 208

Ⅳ. 정리 ····· 209

* 판사, 행정법 박사과정

# Ⅰ. 대상 판결 분석

## 1. 사실관계

① 원고는 도시 및 주거환경정비법(이하 '도시정비법'이라 한다)에 의하여 설립인가를 받은 주택재건축 정비사업조합(이하 '재건축조합'이라 한다)이고 피고들은 정비구역 내에 부동산을 소유하고 있는 토지 등 소유자(이하 '소유자'라고 한다)이다. 원고 조합은 정비구역 내 토지 또는 건축물 소유자들 249명 중 208명으로부터 조합설립 동의를 받아, 2005. 8. 13. 창립총회에서 재건축결의, 원고 조합 설립 결의 및 정관 제정 결의를 하였다.

② 원고 조합은 그 후 조합설립에 관하여 이 사건 정비구역 중 주택단지 안의 공동주택의 각 동별 구분소유자 및 의결권의 각 3분의 2 이상의 동의와 주택단지 안의 전체 구분소유자 및 의결권의 각 5분의 4 이상의 동의 및 이 사건 정비구역 내 주택단지 아닌 지역 안의 토지 또는 건축물 소유자의 5분의 4 이상, 토지면적의 3분의 2 이상의 토지 소유자의 동의를 얻어 2005. 11. 11. 대구광역시 수성구청장으로부터 설립인가를 받았다.

③ 원고 조합은 재건축에 참가하지 아니한 피고들에게 2005. 11. 15. 재건축에 참가할 것인지 여부를 수령일로부터 2월 이내에 회답할 것과 만일 이에 응하지 않을 경우 재건축에 참가할 의사가 없는 것으로 간주하여 시가로 매도할 것을 청구하는 소송을 제기하겠다는 내용이 기재된 최고서를 조합설립동의서를 첨부하여 내용증명 우편으로 송달하였으나, 피고들이 위 2개월 내에 회답하지 아니하였다.

④ 원고가 피고들을 상대로 매도청구권을 행사하여 소유권이전등기 및 인도를 구하는 이 사건 소송을 제기하자, 피고들은 재건축결의의 내용이 지나치게 추상적이어서 무효라는 이유로 매도청구권 행사가 부적법하다고 다투었다.

## 2. 1심 및 원심의 판단

1심과 원심은, 도시정비법 제39조가 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률(이하 '집합건물법'이라 한다) 제48조를 준용하면서도 '재건축 결의'를 '조합설립의 동의'로 대체하고 있는 이상, 도시정비법상의 매도청구권에서는 유효한 재건축결의를 요건으로 한다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 설령 도시정비법상의 매도청구에서도 유효한 재

건축결의가 필요하다고 본다 하더라도 표준동의서에 따른 것이어서 적법하다고 하여 피고들의 항변을 배척하고 원고 승소판결을 하였다.

## 3. 대법원판결의 요지

[1] 재건축정비사업조합이 조합 설립에 동의하지 않은 자 등에 대해 매도청구권을 행사하여 그에 따른 소유권이전등기절차 이행 등을 구하는 소송을 제기한 경우 그 소송절차에서 조합 설립에 동의하지 않은 자 등이 조합설립결의에서 정한 비용분담에 관한 사항 등이 구체성을 결여하여 위법하다는 점을 근거로 매도청구권 행사의 적법성을 다툴 수 있기 위해서는, 그와 같은 사정으로 조합설립결의가 효력이 없다는 것만으로는 부족하고 나아가 그로 인해 조합설립인가처분이 적법하게 취소되었거나 그 하자가 중대·명백하여 당연무효임을 주장·입증하여야 한다.

[2] '정비사업조합 설립추진위원회 운영규정'(건설교통부 고시 제165호)의 붙임 운영규정안 제34조 및 [별지 3-1] 주택재건축정비사업조합설립 동의서의 기재 내용이 조합원이 부담하게 될 사업비용의 분담기준이나 사업완료 후 소유권 귀속에 관한 사항 등에 관하여 구체적으로 정하지 않은 것이어서 위법하다고 볼 수 없다.

## 4. 쟁점

이 사건에서 대법원은 매도청구소송의 피고가 매도청구권 행사가 적법하지 않다는 항변을 하기 위해서는 조합설립결의가 효력이 없다는 점에서 나아가 조합설립인가처분이 취소되었거나 무효라는 점까지 입증해야 한다고 판시하고 있다. 이는 도시정비법이 제정되어 재건축 과정 전반에 대한 공법적 통제가 강화됨에 따라 재건축조합 설립행위 및 인가처분의 법적 성격이 변화한 데에 기인한 것이다. 이하에서는 도시정비법[1]에 따라 변화된 재건축조합의 법적 성격을 살펴보고 대법원이 위와 같은 판시를 하게 된 배경을 살펴본다. 또한 대법원은 이 사건 판결에서 표준동의서에 의한 조합설립에 관한 동의가 적법하다고 판시하고 있는바, 이 점에 대해서는 간략히 소개하기로 한다.

---

1) 이하의 도시정비법은 특별한 설명이 없는 한 현행 도시정비법(2010. 12. 27. 법률 제10416호로 개정된 것)을 의미한다.

## Ⅱ. 조합설립에 대한 결의[2]를 다투는 방법

### 1. 도시정비법의 개정과 재건축사업의 법적 성격의 변화

도시정비법은 기존에 주택건설촉진법(이하 '주촉법'이라 한다), 국토의 계획 및 이용에 관한 법률, 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 등에 산재해 있던 재건축사업과 재개발사업에 관한 규정들을 하나의 정비사업으로 통합하여 2002. 12. 30. 법률 제6852호로 제정되어 2003. 7. 1부터 시행되었다.

도시정비법상의 재건축사업은 기존의 주촉법상의 재건축사업에 비하여 공법적 통제가 강화되었다. 즉, 주촉법에 의하면 재건축사업에 대한 공법적 통제로는 조합설립인가와 사업계획승인 뿐이었으나, 도시정비법에 의하면 재건축사업 전반에 걸쳐 공법적 통제를 받게 된다.

이와 같은 공법적 통제는 재건축조합의 결성에 있어서도 마찬가지로 이루어지게 되는데, 이로 인하여 재건축조합 설립에 대한 결의와 행정청에 의한 설립인가 역시 주촉법 시대의 그것과 전혀 다른 성격을 가지게 되었다. 그리하여 대법원 역시 변화된 법적 성격에 따라 과거와는 다른 판결을 하게 되었다.

### 2. 도시정비법상 재건축 과정의 개요

1) 도시·주거환경정비기본계획 수립(제3조): 특별시장·광역시장 또는 시장이 수립하여 고시
2) 정비계획의 수립 및 정비구역의 지정(제4조) : 시장·군수가 수립하여 주민설명회, 주민 공람, 지방의회 의견 청취를 거쳐 시·도지사에게 신청하여 시·도지사가 지정. 대도시의 시장은 직접 지정.
3) 조합설립 추진위원회 구성(제13조) : 위원장을 포함한 5인 이상의 위원 및 소유자 과반수의 동의를 얻어 시장·군수의 승인을 받아야 함. 추진위원회의 구성에 동의한 소유자는 조합의 설립에 동의한 것으로 봄.
4) 조합설립인가(제16조, 제18조) - 주택재건축사업의 경우 : 주택단지안의 공동주택의 각 동별 구분소유자의 3분의 2 이상 및 토지면적의 2분의 1 이상의 토지

2) 도시정비법에서는 조합설립에 대한 "동의"로 표현하고 있으나 개별 동의가 모여 이루어진다는 의미에서 조합설립에 대한 "결의"라고 표현하는 경우가 많다. 이하에서는 법문에 따라 "동의"라는 표현을 사용하되, 필요한 부분에서는 "결의"라는 표현을 같이 사용하기로 한다.

소유자의 동의와 주택단지안의 전체 구분소유자의 4분의 3 이상 및 토지면적의 4분의 3 이상의 토지소유자의 동의를 얻어 정관 및 국토해양부령이 정하는 서류를 첨부하여 시장·군수의 인가를 받아야 함. 조합은 조합 설립의 인가를 받은 날부터 30일 이내에 등기함으로써 성립.

5) 사업시행인가(제28조) : 시장, 군수의 사업시행인가
6) 분양공고 및 분양신청(제46조) : 사업시행인가의 고시가 있은 날부터 60일 이내에 개략적인 부담금내역 및 분양신청기간 등의 사항 통지, 공고. 대지 또는 건축물에 대한 분양을 받고자 하는 소유자의 분양신청.
7) 관리처분계획인가(제48조) : 분양신청기간이 종료 후 관리처분계획을 수립하여 시장·군수의 인가
8) 건축물 철거(제48조의 2), 공사 시행
9) 준공인가 및 이전고시

## 3. 재건축조합 설립 결의의 법적 성질의 변화

도시정비법 시행 이전에는 재건축의 대상에 따라 집합건물에 대한 재건축에는 일반법으로서 집합건물법이 적용되고, 집합건물 중 공동주택에 대해서는 주촉법이 적용되었다. 따라서 주촉법에 의한 재건축사업에는 집합건물법의 재건축 규정이 함께 적용되었다.

따라서 도시정비법 시행 이전의 재건축결의에는 주촉법 규정에 의한 재건축조합 설립 결의와 집합건물법 규정에 의한 재건축 결의가 같이 있는 것으로 이해되었고, 판례도 이러한 입장이었다.[3] 주촉법상의 재건축사업은 공공사업이 아닌 사인의 수익사업으로서 재건축결의로부터 사실상 재건축사업이 개시되었다.

그러나 도시정비법에서는 재건축조합 설립 결의 이외에 재건축결의를 필요로 하지 않는다는 것이 일반적인 견해[4]이고, 판례[5]의 입장이기도 한다. 그 근거는 다음과 같다. ① 집합건물법상 재건축 사업은 소유자의 재건축결의로 개시되지만, 도시정비법상 재건축 사업은 시·도지사의 정비구역 지정고시 또는 시장·군수의 시행결정에 의해 개시되고 있고, ② 도시정비법에 의하면 원칙적으로 재건축조합이 사업시행자가 되고,

---

3) 대법원 2006. 2. 23. 선고 2005다19552 판결
4) 노경필, "도시정비법상 재건축·재개발사업과 행정소송", 사법 제10호, 2009. 12. 221면.
5) 대법원 2008. 2. 1. 선고 2006다16741 판결

당해 재건축 사업에는 하나의 재건축조합만이 인정되고, ③ 도시정비법 제16조 제2항[6]은 조합설립에 있어서 명시적으로 집합건물법의 규정의 적용을 배제하고 있으며, ④ 집합건물법의 재건축결의 사항은 도시정비법의 조합설립 결의 사항에 모두 포함되어 있기 때문이다.[7]

## 4. 조합설립인가의 법적 성질의 변화

### (1) 주촉법상 조합설립인가의 법적 성질

앞에서 살펴본 바와 같이 과거 주촉법 시대의 재건축은 사인의 수익사업으로서 재건축결의는 재건축사업의 개시를 의미하는 것이었다. 주촉법상 재건축조합은 단지 민간 사업시행자에 불과하여 재건축조합 설립에 있어서도 조합원에 해당하는 토지 등 소유자(이하 '소유자'라고 한다)의 설립 결의가 결정적이었다. 그로 인하여 행정청의 조합설립인가는 단지 토지 등 소유자들의 조합설립행위를 보충하여 법률상 효력을 완성시키는 보충행위에 불과했다. 주촉법 시대의 대법원 역시 행정청의 조합설립인가처분을 강학상의 인가라고 판시하였다.[8]

### (2) 도시정비법상 조합설립인가의 법적 성질

#### 1) 견해대립

도시정비법상 조합설립인가의 법적 성질을 어떻게 볼 것인지에 대하여 ① 주촉법상 조합설립인가와 마찬가지로 강학상 인가로 보는 견해와 ② 행정청이 법정 요건의 충족 여부를 심사하여 조합으로서의 실체가 형성되면 공법인으로서 일정한 행정주체로서의 지위를 부여하는 설권적 행위로 보는 견해가 대립하고 있다.

#### 2) 판례

대법원은 주촉법 시대와는 달리 도시정비법상 조합설립인가 처분을 "행정청이 도시정비법 등 관련 법령에 근거하여 행하는 조합설립인가처분은 단순히 사인들의 조합

---

6) 제16조 제2항 주택재건축사업의 추진위원회가 조합을 설립하고자 하는 때에는 "집합건물의소유및관리에관한법률 제47조제1항 및 제2항의 규정에 불구하고" …

7) 노경필, "도시정비법상 재건축·재개발사업과 행정소송", 사법 제10호, 2009. 12. 221면.

8) 대법원 2000. 9. 5. 선고 99두1854 판결

설립행위에 대한 보충행위로서의 성질을 갖는 것에 그치는 것이 아니라 법령상 요건을 갖출 경우 도시정비법상 주택재건축사업을 시행할 수 있는 권한을 갖는 행정주체(공법인)로서의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분의 성격을 갖는다고 보아야 한다"고 판시하여 조합설립인가를 설권적 처분으로 보고 있다.[9]

3) 검토

① 도시정비법은 도시기능의 회복이 필요하거나 주거환경이 불량한 지역을 계획적으로 정비하고 노후·불량건축물을 효율적으로 개량하기 위하여 필요한 사항을 규정함으로써 도시환경을 개선하고 주거생활의 질을 높이는데 이바지함을 목적으로 하고 있는 점(제1조), 같은 법은 주택재건축사업은 도시기능을 회복하기 위하여 정비구역안에서 정비기반시설을 정비하고 주택 등 건축물을 개량하거나 건설하는 사업으로서 노후·불량건축물이 밀집한 지역에서 주거환경을 개선하기 위하여 시행하는 사업이라고 규정하고 있는 점(제2조 제2호 나목), 도시·주거환경정비기본계획 및 정비계획은 행정청이 일정한 공적인 목적을 고려하여 수립하는 점을 종합하면, 도시정비법에 의한 재건축 사업은 주촉법이나 집합건물법에 의한 재건축 사업이 소유자의 수익을 위한 사업인 것과 달리 수익사업적인 성격 외에 공공사업적인 성격도 같이 가지고 있다. 또한 ② 재건축사업에 있어서 원칙적으로 재건축조합만이 사업시행자의 지위를 가지게 되는데, 재건축조합은 도시정비법에 따라 사업시행계획, 관리처분계획의 수립, 청산금 부과 등 일정한 행정작용을 수행하게 되어 행정주체로서의 지위를 가지게 된다.[10] ③ 조합설립인가를 강학상 인가의 보충행위로 보게 되면, 기본행위인 조합설립결의는 민사소송의 대상으로서 언제든지 다툴 수 있게 되는데 이로 인하여 법적 안정성이 위협을 받게 된다.

이와 같이 재건축사업이 공공사업적인 성격을 가지고 있고, 사업시행자인 재건축조합이 행정주체로서의 지위를 가지고 있다면 행정청의 인가처분을 소유자들의 조합설립행위를 보충하는 행위에 그치는 것으로 볼 수는 없고, 행정청이 재건축조합에 행정주체로서의 지위를 부여하는 설권적 처분으로 보아야 한다.

---

9) 대법원 2009. 9. 24. 선고 2008다60568 판결

10) 노경필, "도시정비법상 재건축·재개발사업과 행정소송", 사법 제10호, 2009. 12. 226면. 도시정비법 시행 이전에는 재건축사업과는 달리 재개발사업에 대해서는 공공사업성을 인정하고, 재개발 조합의 행정주체성을 인정하는 것이 일반적인 견해이자 판례의 태도였다(오진환, "재개발사업과 각종 쟁송방법 -시행자가 재개발조합인 경우를 중심으로-", 법조 제46권 8호, 1997. 8. 84면. 대법원 1996. 2. 15. 선고 94다31235 판결).

## 5. 조합설립결의를 다투는 방법

조합설립인가처분을 강학상 인가로 보게 되면 기본이 되는 조합설립행위 또는 재건축결의에 하자가 있을 경우 조합설립인가처분이 있은 이후에도 이를 다툴 수 있었다. 따라서 조합설립인가처분 이후 매도청구소송이 제기된 경우 조합설립행위 또는 재건축결의의 효력을 별소를 제기하여 다투거나, 매도청구소송에서 이를 독립된 방어방법으로 주장할 수 있었다.[11)]

그러나 앞에서 살펴본 바와 같이 도시정비법의 개정으로 인하여 조합설립인가는 단순한 보충행위의 의미를 넘어 공법적 의미를 가지는 설권적 처분이 되었다. 그리고 이와 같이 보는 이상 조합설립인가처분이 있으면 조합설립결의는 더 이상 다툴 수 없다고 보는 것이 합리적이다. 왜냐하면 조합설립결의는 행정청이 조합설립인가처분을 하는데 필요한 요건에 해당하게 되므로(실제 도시정비법에서 규정하는 조합설립요건 중 등기를 제외한 나머지 요건은 모두 조합설립인가처분의 요건이 된다) 조합설립결의에 하자가 있다면 조합설립인가처분에 하자가 있는 것이 되어 조합설립인가처분 하나만 다투면 되기 때문이다. 이와 같이 조합설립인가처분을 설권적 행위로 보게 되면 분쟁의 대상이 조합설립인가처분으로 집중되어 신속한 분쟁해결이 가능하다. 이러한 점은 과거 조합설립인가처분을 보충행위로 보아 재건축사업 진행 과정 중 언제라도 조합설립결의를 다툴 수 있어 법률관계가 불안정했던 주촉법 시대에 비하면 진일보한 것이다.

대법원도 이러한 점을 인정하여 조합설립인가처분을 설권적 처분으로 보는 이상 조합설립결의는 조합설립인가처분이라는 행정처분을 하는 데 필요한 요건 중 하나에 불과한 것이어서, 조합설립결의에 하자가 있다면 그 하자를 이유로 직접 항고소송의 방법으로 조합설립인가처분의 취소 또는 무효확인을 구하여야 하고, 이와는 별도로 조합설립결의 부분만을 따로 떼어내어 그 효력 유무를 다투는 확인의 소를 제기하는 것은 원고의 권리 또는 법률상의 지위에 현존하는 불안·위험을 제거하는 데 가장 유효·적절한 수단이라 할 수 없어 특별한 사정이 없는 한 확인의 이익은 인정되지 아니한다고 판시하고 있다.[12)]

---

11) 대법원 1998. 3. 13. 선고 97다41868 판결; 대법원 1998. 6. 26. 선고 98다15996 판결

12) 대법원 2009. 9. 24. 선고 2008다60568 판결

## 6. 이 사건 판결의 의미

재건축조합이 조합설립인가처분을 받은 후 사업시행인가를 받게 되면 일정한 요건을 거쳐 조합 설립에 대하여 동의하지 않은 소유자 등에 대하여 매도청구권을 행사할 수 있게 된다. 이 사건 판결은 재건축조합이 소유자를 상대로 제기한 매도청구소송에서 소유자는 조합설립결의의 하자를 독자적인 항변 사유로 주장할 수는 없다는 취지로 판시하고 있다.

조합설립인가처분이 있는 이상 조합설립결의는 조합설립인가처분에 흡수되어 조합설립결의는 더 이상 다툴 수 없게 되므로 조합설립인가처분이 취소되거나 당연무효가 아닌 이상 조합설립결의만을 다툴 수 없음은 앞에서 살펴본 바와 같다. 그렇다면 매도청구소송에서 조합설립결의가 취소되거나 당연무효인 점은 선결문제로서 그 효력이 부정되지 않는 한 조합설립결의는 유효하므로 조합설립결의의 하자가 독자적인 항변 사유가 되지 않음은 필연적이라 볼 수 있다. 이와 같이 이 사건 판결은 앞에서 살펴본 대법원 2009. 9. 24. 선고 2008다60568 판결의 취지를 매도청구소송에까지 확장하고 있다.

## 7. 더하여 - 매도청구소송은 민사소송인가?

### (1) 의문

현재 법원의 실무는 매도청구소송을 예외 없이 민사소송으로 다루고 있다(이 사건 판결도 역시 민사소송이다). 도시정비법이 재건축에 대한 공법적 통제를 강화함에 따라 재건축관련 소송이 대부분 행정소송으로 변경되는 상황에서 매도청구 소송 역시 행정소송으로 변경될 여지가 없는 것인지 의문이 든다. 다음에서는 매도청구소송을 행정소송으로 볼 수 있는지 여부와 행정소송으로 보게 될 경우의 긍정적인 효과에 대하여 살펴본다.

### (2) 매도청구소송을 행정소송으로 볼 수 있는지 여부

#### 1) 행정소송의 유형

매도청구소송은 재건축조합이 소유자를 상대로 소유대상 부동산에 관하여 소유권이전등기 절차를 이행하고, 당해 부동산을 인도하라는 소송으로서 이행소송이므로 이

를 행정소송으로 본다면 현행 행정소송법이 인정하는 소송유형 중에서 공법상 당사자소송에 해당한다고 볼 여지가 있다.

행정소송법 제3조 제2호는 당사자소송을 “행정청의 처분 등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송 그 밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송”이라고 정의하고 있다.

당사자소송에는 행정청의 처분 등의 효력 그 자체에 관한 다툼으로서 항고소송의 실질을 가지는 형식적 당사자 소송과 행정청의 처분 등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송 그 밖의 공법상의 법률관계에 관한 소송인 실질적 당사자 소송이 있다.

매도청구소송의 경우 조합설립인가처분이나 사업시행인가 등 재건축사업과 관련된 행정청의 처분의 효력 그 자체를 다투는 것은 아니고, 그 처분 이후 일정한 요건을 갖추어 재건축조합에게 발생한 매도청구권을 행사하는 소송이므로 실질적 당사자 소송에 가깝다고 할 수 있다.

### 2) 실질적 당사자소송과 민사소송의 구별

행정소송법 제3조 제2호에 의하면 실질적 당사자소송은 행정처의 처분 등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송 그 밖의 법률관계에 관한 소송인데, 그 의미를 어떻게 해석하느냐에 따라 민사소송과 당사자소송을 구별할 수 있다. 이에 관하여 판례는 소송물을 기준으로 그것이 공법상의 권리이면 당사자소송이고, 사법상의 권리이면 민사소송이라고 하고, 학설은 소송물의 전제가 되는 법률관계를 기준으로 그것이 공법상 법률관계이면 당사자소송이고, 사법상 법률관계이면 민사소송이라고 한다.

현행 행정소송법이 당사자 소송을 “행정청의 처분 등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송 그 밖의 법률관계에 관한 소송”이라고 정의하고 있는 것은 앞에서 본 바와 같은바, 이 규정에 의하면 행정청의 처분 등을 원인으로 하는 법률관계가 공법상의 법률관계이면 소송물이 공법상의 것임은 물론이고 사법상의 것인 경우에도 공법상 당사자소송의 대상이라고 보아야 할 것이다.[13] 그렇다면 매도청구소송은 조합설립인가처분 및 사업시행인가 처분 등을 원인으로 하여 발생한 도시정비법상의 매도청구권을 행사하는 것이므로 그 법률관계가 공법상의 것이라고 할 수 있으므로 민사소송이 아닌 실질적 당사자소송의 대상이라고 볼 수 있다.

---

13) 이 부분 쟁점에 관한 더 자세한 배경 및 논거는 하명호, “공법상 당사자소송과 민사소송의 구별과 소송상 취급”, 인권과 정의 제380호, 2008. 4. 및 안철상, “공법상 당사자소송의 본질과 유형에 관한 일고찰”, 사법논집 29집, 1998. 12. 254면 이하 참조.

3) 당사자 소송의 피고적격

그러나 행정소송법 제39조는 당사자소송은 국가·공공단체 그 밖의 권리주체를 피고로 한다고 규정하고 있는바, 위 규정의 '그 밖의 권리주체'를 국가·공공단체에 준하는 공법상의 권리주체로 한정하여 해석하면 재건축조합이 조합설립에 동의하지 않은 소유자 등 사인을 상대로 제기하는 매도청구소송은 위 규정에 해당하지 않아 부적법하다고 볼 여지가 있다.

위 규정의 그 밖의 권리주체에 사인이 포함되는지 여부에 관하여는 아직 논의가 없는 것으로 보인다. 그러나 행정소송법 제2조 제3호는 당사자 소송을 정의하면서 "행정청의 처분 등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송 그 밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송"이라고 규정하고 있고, 피고적격에 관하여는 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하면 될 뿐 반드시 국가·공공단체에 준하는 공법상의 권리주체를 피고로 하여야 한다고 규정하고 있지는 않다. 또한 당사자소송을 반드시 사인이 공법상의 권리주체를 상대로 제기하는 소송으로 한정할 필요도 없고, 오히려 뒤에서 보는 바와 같이 그 반대의 경우도 인정할 실익이 있다.

위에서 살펴본 바와 같이 행정소송법 제39조의 '그 밖의 권리주체'를 공법상의 권리주체로 한정할 필요는 없으며 공법상의 법률관계를 원인으로 하는 소송이라면 사인이 피고가 되는 소송도 당사자 소송으로 봄이 상당하다.

### (3) 매도청구소송을 당사자 소송으로 볼 경우의 장점

가) 매도청구소송은 재건축조합이 법률이 정한 일정한 요건을 갖추면 토지 등 소유자의 재산권을 일방적으로 박탈할 수 있는 권리로서 상대방인 소유자의 재산권, 거주이전의 자유, 주거의 자유 등을 침해할 우려가 있다.[14] 이와 같이 피고의 기본권 침해가 우려되는 매도청구소송을 당사자 소송으로 본다면 더욱 세심하고 정확한 공법적 판단이 가능하다.

나) 현재 실무상 매도청구소송에 있어서 피고의 동시이행항변이 없어도 거의 모든 경우 동시이행판결을 하고 있다.[15] 매도청구에 대한 보상이 된다는 의미에서 당연한

14) 이에 대하여 헌법재판소 및 대법원은 합헌이라고 판단한 바 있다(헌법재판소 1999. 9. 16. 97헌바73, 대법원 1999. 12. 10. 선고 98다36344 판결 참조).

15) 따라서 매도청구소송의 주문은 '피고는 원고로부터 ○○원을 지급받음과 동시에 원고에게 ×× 부동

결론이지만, 이는 변론주의가 지배하는 민사소송에서는 위법한 판단이 된다. 매도청구소송을 당사자 소송으로 보게 되면 행정소송법 제26조를 적절히 활용하여 위와 같은 문제점을 해결할 수 있게 된다.

다) 이 사건 판결의 취지와 같이 매도청구소송에서 조합설립인가처분을 다투는 경우 현재와 같이 매도청구소송을 민사소송으로 보게 되면 이를 같은 절차에서 재판하기가 어렵지만, 매도청구소송을 당사자소송으로 보게 되면 조합설립인가처분을 다투는 소송(취소소송은 제소기간이 도과되어 다투지 못하는 경우가 대부분일 것이므로 대개는 무효 등 확인소송이 될 것이다)은 관련청구이므로 이를 병합하거나 이송할 수 있어 분쟁의 신속한 해결이 가능하다.

# Ⅲ. 표준동의서에 의한 조합설립 동의의 유효성

## 1. 이 사건 판결의 요지

이 사건 판결에서 피고들은 당해 재건축결의의 내용이 지나치게 추상적이어서 무효라고 주장하였다. 그런데 대법원은 소유자 등이 그와 같이 주장하면서 매도청구권 행사의 적법성을 다툴 수 있기 위해서는, 그와 같은 사정으로 조합설립결의가 효력이 없다는 것만으로는 부족하고 나아가 그로 인해 조합설립인가처분이 적법하게 취소되었거나 그 하자가 중대·명백하여 당연무효임을 주장·입증하여야 한다고 판시한 다음, 표준동의서에 의한 조합설립 동의가 위법하지 않기 때문에 조합설립인가처분이 위법하지 않다는 취지로(당연무효가 아니라는 취지로) 판시하였다.

## 2. 표준동의서에 의한 조합설립 동의의 문제점

도시정비법 제15조 제5항, 같은법 시행령 제26조에 의하면 조합설립에 대한 동의는 ① 건설되는 건축물의 설계의 개요, ② 건축물의 철거 및 신축에 소요되는 비용의 개략적인 금액, ③ ②에 따른 비용의 분담기준, ④ 사업 완료 후 소유권의 귀속에 관한 사항, ⑤ 조합정관의 사항(이하 '필수적 동의사항'이라 한다)이 포함된 것으로서

---

산에 관하여 yy.mm.dd.(대개는 소장부본이 송달된 날 또는 대상 부동산 시가감정 이후 청구취지 변경신청서 부본이 송달된 날) 매매를 원인으로 한 소유권이전등기 절차를 이행하고, 위 부동산을 인도하라'는 형식이 된다.

국토해양부령으로 정하는 동의서에 소유자의 동의를 받는 방법으로 하게 되어 있다. 이와 같은 표준동의서에 의한 동의가 적법한지 여부는 표준동의서가 상위법인 도시정비법 및 같은법 시행령에서 규정하는 위 필수적 동의사항을 모두 포함하고 있는지 여부와 관련하여 문제된다.

이와 관련하여 대법원은 도시정비법상 필수적 동의사항과 동일한 집합건물법 제47조 제4항의 재건축결의사항의 유효성이 다투어진 사건에서, 종래에는 재건축결의 내용이 재건축의 실행단계에서 다시 합의를 하지 않아도 될 정도로 그 분담액 또는 기준을 구체적으로 정하여야 한다고 판시[16]하여 엄격하게 보고 있었으나 최근에는 장차 재건축에 참가할 경우 재건축비용을 어떻게 분담할 것인지를 예측할 수 있을 만큼 비용분담 기준을 제시하면 충분하다고 하거나 재건축결의 당시 배포된 자료 등에 신축되는 건축물의 개요나 공사비 추산액 등이 기재되고 조합규약 등에서 비용분담 및 구분소유권의 귀속에 관한 기준을 정해 두었다면 적법하다고 판시하여 기준을 완화하고 있다.[17]

## 3. 견해의 대립

재건축에 있어서 표준동의서에 의한 조합설립 동의가 유효한지 여부와 관련하여 종래 이를 집합건물법상 재건축결의와 같은 성질의 것으로 보아 도시정비법에 의한 조합설립에 대한 동의도 적어도 필수적 동의사항에 관하여는 재건축의 실행단계에서 다시 비용 분담에 관한 합의를 하지 않아도 될 정도로 그 분담액 또는 산출기준을 정하여야 하는데, 표준동의서에는 그러한 내용이 구체적으로 정하여져 있지 않으므로 위법하다는 하급심 판례가 있었다.[18] 이러한 판례들은 ① 도시정비법 하에서의 조합설립동의는 종래의 재건축결의와 같은 의미를 가진다고 봄이 상당한 점, ② 여기에다가 앞서 본 바와 같이 조합설립의 동의를 하지 않는 소유자에 대하여는 매도청구가 가능하므로, 조합설립 동의 시에 정해져야 할 건축물의 철거 및 신축에 소요되는 비용의 분담에 관한 사항은 소유자들로 하여금 상당한 비용을 부담하면서 재건축에 참가할 것인지, 아니면 시가에 의하여 소유권 등을 매도하고 재건축에 참가하지 않을

16) 대법원 2006. 2. 23. 선고 2005다19552 판결; 대법원 2009. 2. 12. 선고 2006다53245 판결

17) 대법원 2009. 6. 25. 선고 2006다64559 판결

18) 서울고등법원 2009. 1. 14. 선고 2008나27624 판결; 부산고등법원 2009. 4. 16. 선고 2008나16905 판결.

것인지를 선택하는 기준이 되는 것인 점, ③ 도시정비법은 재건축정비조합의 설립단계에서 정비사업전문관리업자를 선정하여 자문 등을 받을 수 있도록 하고 있으므로 조합설립단계에서 비용분담에 관한 사항 등을 구체화하는 것이 불가능하거나 현저히 곤란하다고 보이지 않는 점을 논거로 제시하고 있었다.

그러나 이에 대하여 도시정비법상 조합설립에 대한 동의는 집합건물법 상의 재건축결의와는 다른 성질을 가진다는 견지에서 필수적 동의사항과 관련하여 조합설립단계에서는 확정하기 어려운 사항의 개요나 추산액 등을 정해두고 나중에 이를 확정할 수 있는 기준을 제시하면 충분하므로, 표준동의서에 의한 동의도 적법하다는 견해가 있었다.[19]

## 4. 이 사건 판례의 의미

이 사건에서 대법원은 표준동의서의 내용 중 특히 '비용분담에 관한 사항(필수적 동의사항 중 ③항)'은 전체적으로 조합정관에 정한 바에 따른다는 취지로 기재되어 있는바, 도시정비법 및 같은법 시행령과 조합정관(표준 조합정관임) 등에서 조합원이 사업진행으로 부담하게 될 청산금의 산정방식 뿐만 아니라, 분양받은 대지 및 건축물의 가격과 종전 토지 및 건축물 가격의 평가방법과 평가기준시점, 청산금의 부담시기와 납부방법 등을 구체적으로 규정하고 있고, 또 그러한 내용을 담은 이 사건 조합정관도 동시에 조합설립결의의 대상으로 하고 있는 점 등에 비추어 보면, 이 부분에 관한 표준동의서상의 기재 내용이 조합원이 부담하게 될 사업비용의 분담기준을 구체적으로 정하지 않은 것이어서 위법하다고 볼 수 없다고 판단하였다. 또한 사업완료 후 소유권 귀속에 관한 사항(위 ④항)도, 표준동의서에 의하면, 조합정관의 관리처분기준에 따르되, 주택을 소유한 조합원의 신축건축물에 대한 분양평형 결정은 조합원 분양신청 및 종전 권리가액의 다액순에 의하고 동·호수 결정은 조합정관 및 관리처분기준에 의한 방법을 따르며, 상가 등 부대시설의 소유자는 조합정관 및 관리처분기준에 의하여 종전 토지 및 건축물의 가치를 고려하여 새로 설치되는 복리시설을 공급받되, 동·호수 결정은 관리처분계획이 정하는 바에 따른다는 등의 내용으로 기재되어 있음을 알 수 있는바, 여기에 관리처분기준에 관한 도시정비법 등 관련 법령의 규정 내용과 이 사건 조합정관의 관련 규정 등을 종합하여 보면, 위와 같은 내용이 구체성이

19) 김은유, 재개발·재건축 법률실무, 매일경제신문사, 2009. 10. 296면. 자세한 논거는 노경필, "도시정비법상 조합설립 동의의 유효성 및 매도청구권과의 관계", 사법 제14호, 2010, 208면 이하 참조.

없어 위법한 것이라고 할 수는 없다고 하였다.

이 사건 판례는 위와 같이 도시정비법상 표준동의서에 의한 재건축조합 설립에 대한 동의의 유효성을 인정한 최초의 판시로 보인다. 위 판례로 인하여 표준동의서에 의한 조합설립의 유효성에 관한 논의는 정리될 것으로 보인다.

## 5. 검토

앞에서 살펴본 바와 같이 도시정비법의 제정으로 인하여 재건축사업 전반에 걸쳐 강한 공법적 통제가 이루어지게 되었다. 그로 인하여 재건축사업은 공공사업적인 성격을 가지게 됨과 동시에 그 개시시점도 행정청에 의한 도시·주거환경정비기본계획 수립 행위시 또는 정비계획의 수립 및 정비구역의 지정 행위시라고 보아야 한다. 그렇다면 종래 집합건물법상 재건축결의가 재건축사업의 개시를 의미하였다는 점에 비추어 볼 때 도시정비법상 재건축조합 설립에 대한 동의행위를 집합건물법상 재건축결의와 같은 성질을 가지는 것으로 볼 수는 없다.

따라서 도시정비법상 재건축조합 설립에 대한 동의와 집합건물법상 재건축결의를 같은 것으로 보고 전자에 대해서 엄격한 기준을 적용하려는 견해는 타당하지 않다. 오히려 ① 조합설립단계에서는 필수적 동의사항에 관한 구체적인 내용을 정하기가 불가능한 점[20], ② 도시정비법이나 조합표준정관에서 비용부담기준을 구체적으로 규정하고 있고, 그 정관 역시 조합설립에 대한 동의 대상이 되는 점, ③ 소유자는 조합설립에 대한 동의 이후에도 관리처분, 분양신청 과정 등을 통하여 필수적 동의사항을 구체적으로 파악하여 재건축사업에 계속 참여할지 여부를 결정할 수 있는 기회가 주어지는 점 등을 종합하면, 조합설립에 대한 동의 단계에서는 소유자 등이 신축되는 건축물의 개요나 공사비 추산액 등을 알 수 있고, 사업 완료 후의 비용분담 및 구분소유권의 귀속에 관한 기준이 정해져 있다면 충분하다고 본다. 그리고 국토해양부령이 정한 표준동의서는 이와 같은 사항들을 모두 포함하고 있으므로 그에 의한 조합설립에 대한 동의 역시 유효하다고 본다.

---

20) 도시정비법에서는 신축 건축물의 개요와 개략적 공사금액을 조합설립에 관한 필수적 동의사항으로 하면서도, 동시에 이에 대한 변경은 경미한 사항의 변경으로 정하여 그 요건을 완화하고 있다(도시정비법 제27조 제2호의 3, 4, 제34조 3호, 4호).

## Ⅳ. 정리

이 사건 판결은 도시정비법이 제정된 후 변화된 재건축사업의 성격을 반영하여 종래와는 다른 태도를 보여주고 있다. 재건축사업에 대한 공법적 통제가 강화된 이상 재건축조합 설립 행위의 법적 성질도 과거와는 다르게 볼 수밖에 없고, 그로 인하여 이를 다투는 방법에도 큰 변화가 있게 되었다. 조합설립인가처분이 설권적 처분에 해당하는 이상, 인가처분이 있게 되면 그 인가처분이 취소되거나 당연무효가 아닌 이상, 그 요건이 되는 조합설립결의 행위는 별소를 제기하거나 독립된 방어방법으로 주장하는 등의 방법으로 더 이상 다툴 수 없다고 보아야 한다. 이러한 점에서 판례의 태도는 타당하다. 그러나 과연 매도청구소송을 민사소송으로 보아야 할 것인지에 대해서는 의문이 든다.

매도청구소송에서 조합설립인가처분이 취소되거나 당연무효인 경우 이를 주장하여 다툴 수 있다. 도시정비법 및 같은법 시행령은 국토해양부령이 정한 표준동의서로 조합설립에 대한 동의를 받도록 하였는데, 표준동의서는 위 각 법률 및 시행령이 정한 필수적 동의사항이 확정될 수 있는 기준을 구체적으로 규정하고 있으므로 위법하다고 볼 수 없다. 즉, 표준동의서에 의하여 조합설립에 대한 동의를 받았다고 하더라도 조합설립인가처분이 위법하다고 볼 수 없다.

# 국유재산 관리위임사무 처리경비의 부담자와 비용상환을 위한 쟁송수단*

강 호 칠*

목 차

Ⅰ. 이 사건의 개요 ····· 213
1. 사실관계 ····· 213
2. 당사자의 주장과 답변 ····· 213

Ⅱ. 주요쟁점 ····· 216

Ⅲ. 일반재산의 관리체계 및 보상시스템 ····· 216
1. 일반재산의 관리체계 ····· 216
2. 수임·수탁기관에 대한 보상시스템 ····· 218

Ⅳ. 귀속금의 충당방법 ····· 219
1. 문제점 ····· 219
2. 견해의 대립 ····· 220
3. 소결론 ····· 221

Ⅴ. 이 사건 공사비 상환을 위한 은평구의 조치와 대한민국의 대응 ····· 222
1. 국세징수법상의 체납처분 및 압류처분취소소송 ····· 222
2. 이 사건 토지가 도로법상 도로인 경우 ····· 223

Ⅵ. 결론 ····· 224

* 이 발표문은 헌법재판소 2010. 12. 28. 2009헌라2 사건을 기반으로 하되, 헌법재판소에서 판단되지 않은 실체적 권리관계에 까지 논의를 더한 것이다.

** 행정법석사과정 변호사

# Ⅰ. 이 사건의 개요

## 1. 사실관계

이 사건 토지(서울 은평구 녹번동 20-4 도로 10,738㎡)는 대한민국 소유의 일반재산[1]으로서 기획재정부장관의 관리권한이 서울시장에게 기관위임[2] 되었다가 다시 은평구청장에게 재위임[3] 되었다. (이 사건 후에는 2011. 6. 30.자로 한국자산관리공사에 민간위탁 되어 현재에 이르고 있음)

이 사건 토지의 경사지 암반이 2008. 7.경 태풍 및 폭우로 무너져 주택가 등으로 떨어지자, 은평구는 2008. 11. 25.부터 2009. 2. 20.까지 148,969,000원의 비용을 들여 긴급복구 및 안전시설공사를 시행하고(이하 '이 사건 공사'라 한다) 기획재정부장관에게 그 금액 상당의 예산배정을 요청하였다. 이에 기획재정부장관은 이 사건 공사 비용은 은평구가 국가로부터 받은 국유재산 귀속금에서 충당하여야 한다면서 이를 거부하자(이하 '이 사건 거부처분'이라 한다), 은평구는 2009. 2. 17. 이 사건 권한쟁의 심판을 청구하였다.

이 사건 심판대상은, '이 사건 거부처분이 청구인의 권한을 침해하거나 침해할 현저한 위험이 있는지 여부' 및 '이로 인하여 이 사건 거부처분이 취소되어야 하는지 여부'이다.

## 2. 당사자의 주장과 답변

### (1) 은평구(신청인)의 주장

지방재정법 제21조제2항, 제23조 제1항, 제3항 및 이 사건 토지로부터 파생되는 귀속금이 없는 점 등을 종합하면, 국가는 이 사건 공사비 전액을 청구인에게 교부하여야 하는데도 피청구인은 이 사건 공사비 상당의 예산배정 요청을 거부함으로써 청구인의 자치권한을 침해하였다.

---

1) 이 사건 토지는 「측량수로조사 및 지적에 관한 법률」상 지목이 도로이고, 「국토계획 및 이용에 관한 법률」에 의하여 도로(도시계획시설)로 지정되어 있을 뿐 도로법상의 도로는 아니다.

2) 국유재산법 제42조제1항, 동법 시행령 제38조제2항.

3) 국유재산법 제42조제4항, 제28조제4항, 동법 시행령 제20조제3항; 정부조직법 제6조제1항, 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」 제4조.

**지방재정법 제21조(부담금과 교부금)** ②국가가 스스로 행하여야 할 사무를 지방자치단체 또는 그 기관에 위임하여 수행하는 경우에, 그 소요되는 경비는 국가가 그 전부를 당해 지방자치단체에 교부하여야 한다.

**지방자치법 제141조(경비의 지출)** 지방자치단체는 그 자치사무의 수행에 필요한 경비와 위임된 사무에 관하여 필요한 경비를 지출할 의무를 진다. 다만, 국가사무나 지방자치단체사무를 위임할 때에는 이를 위임한 국가나 지방자치단체에서 그 경비를 부담하여야 한다.

### (2) 기획재정부장관(피신청인)의 답변

#### 1) 청구인적격의 흠결

예산편성은 헌법이 부여한 정부의 독자적인 권한으로서 지방자치단체인 청구인은 그 편성에 있어 어떠한 법적인 권한도 부여받고 있지 않으므로, 청구인은 피청구인을 상대로 권한쟁의심판을 청구할 수 있는 적격이 인정되지 않는다.

#### 2) 대상적격의 흠결

피청구인의 2008. 12. 22.자 회신은 국유지 보강공사와 관련하여 예산배정을 바라는 청구인의 요청에 대하여 근거법령의 내용을 안내한 것에 불과하고, 청구인의 법적 지위에 어떠한 영향을 미치는 것이 아니므로, 이를 들어 권한쟁의심판의 대상이 되는 처분이라 할 수 없다. 또한, 이 사건 공사의 비용부담자를 가리는 것은 권한쟁의심판의 대상인 헌법상 권한의 존부 또는 범위와 아무런 관련이 없고, 단순히 청구인이 지출한 비용의 상환을 구하는 것은 민사소송의 대상이 될 수는 있을지언정 권한쟁의심판의 대상이 될 수 없다.

#### 3) 권한의 침해 또는 현저한 침해위험의 부존재

청구인의 주장을 이 사건 공사비용을 국가가 부담하여야 함에도 청구인이 부담함으로써 청구인의 자치재정권이 침해되었다는 취지로 본다 하더라도, 청구인은 이미 국유재산을 관리하는 대가로 상당한 금액의 귀속금을 지급받았으므로 이 사건 공사비용을 집행하는 데에 아무런 문제가 없고, 또 이 사건 토지의 관리의무가 피청구인에게 있음에도 피청구인이 이를 이행하지 않는 것을 다투는 것으로 본다 하더라도, 피청구인에게 이 사건 토지의 관리의무가 있다면 피청구인이 그 불이행에 대한 책임을

부담하면 될 뿐, 이로 인하여 청구인이 이 사건 토지를 관리하여야 할 책임이 발생하는 것도 아니며, 청구인은 민사소송을 통하여 비용지출을 보전 받을 수 있으므로, 피청구인의 이 사건 거부처분으로 인하여 청구인의 권한이 침해될 우려가 없다.

4) 본안

이 사건 공사를 도로법상의 도로에 대한 수선으로 본다면, 도로법의 관련규정에 따라 해당 도로의 관리청인 청구인이 비용을 부담하는 것이 당연하다. 도로가 아닌 국유지 관리로 보더라도 청구인은 국유재산을 관리하는 대가로 상당한 수익(귀속금)을 거두고 있으므로 그 재원으로 이 사건 공사비용을 충당하면 되는 것이지, 달리 피청구인에게 더 요청할 권리가 없다.

## (3) 헌법재판소의 판단

이 사건 토지에 대한 관리권한이 청구인에게 있음은 법률상 명백하다.[4] 그리고 이 사건 분쟁의 본질은 국유지 관리비용의 최종 부담자가 실제 관리행위를 한 청구인인지 아니면 관리권한을 위임한 피청구인인지 여부인데, 이와 같은 문제는 주관적인 권리·의무에 관한 다툼, 즉 관리비용 부담을 둘러싼 청구인과 피청구인 사이의 단순한 채권채무관계의 다툼에 불과하다. 따라서 이 사건 심판청구는 이 사건 토지에 대한 관리권한이나 자치재정권 등 권한의 존부 또는 범위에 관한 다툼이라고 할 수 없다.
또한, 기관위임사무에 관한 경비는 이를 위임한 국가가 부담하고, 그 소요되는 경비 전부를 당해 지방자치단체에 교부하여야 하므로(지방재정법 제21조 제2항, 지방자치법 제141조 단서), 청구인이 자신의 비용으로 기관위임사무인 이 사건 공사를 하였다면, 국가는 청구인에게 그 비용 상당의 교부금을 지급할 의무가 있고, 청구인은 공법상의 비용상환청구소송 등 소정의 권리구제절차를 통하여 국가로부터 이를 보전 받을 수 있으므로 청구인이 그 비용을 최종적으로 부담하게 되는 것도 아니다. 따라서 이 사건 거부처분으로 말미암아 청구인의 자치재정권 등 헌법 또는 법률이 부여한 청구인의 권한이 침해될 가능성도 인정되지 아니한다.

결국, 이 사건 권한쟁의심판청구는 권한쟁의심판을 청구할 수 있는 요건을 갖추지 못한 것으로서 부적법하다.

---

4) 엄격하게 말해서는 은평구청장.

## Ⅱ. 주요쟁점

권한쟁의심판청구 사건으로서의 이 사건 쟁점은 비교적 간단해서 재판관 전원의 일치된 견해로 각하되었다. 그러나 헌법재판소가 지적하는 바와 같이 이 사건 공사비용의 최종부담자가 누구인지, 은평구가 대한민국에 이 사건 공사비용의 상환을 요구할 민사상 기타 법령상 채권이 있는지의 문제는 여전히 남는다. 그리고 이러한 비용부담자의 문제는 이 사건 권한쟁의 사건과 달리 행정권한의 존부·범위의 문제가 아니라 권리의무의 귀속에 관한 문제이므로 대한민국이 기획재정부장관의 자리를 대신하게 된다.

이 문제를 해결하려면 우선 귀속금이 지방재정법·지방자치법상의 국가위임사무 경비부담 조항과 어떤 연관성이 있는지를 검토해야 하고, 기타 이 사건 공사비용은 재난·재해와 연관이 있으므로 귀속금과 「재난 및 안전관리기본법」상의 비용부담 조항 사이의 관계도 검토해야 한다(이상은 귀속금의 충당방법의 문제이다).

일반재산의 관리체계와 일반재산 수임·수탁기관에 대한 보상시스템을 기초기식으로 검토한 다음 위 쟁점들을 차례로 검토해 나가기로 한다.

## Ⅲ. 일반재산의 관리체계 및 보상시스템

### 1. 일반재산의 관리체계

기획재정부장관은 국유재산에 관한 사무를 총괄하고 아울러 기금·특별회계 소속 국유재산을 제외한 모든 국유재산(행정재산을 포함한 모든 일반회계 소속 국유재산)의 관리·처분권까지 가진다.[5)]

기획재정부장관은 일반회계 소속의 모든 국유재산에 대한 관리·처분권한을 가지지만 실제 대부분의 관리·처분은 각 중앙관서의 장, 지장자치단체장, 한국자산관리공사 등에게 위임·위탁함으로서 해결한다. 행정재산의 관리·처분권은 각 중앙관서의

5) 원래 기획재정부장관은 국유재산에 관한 사무를 총괄하였지만, 구체적인 관리·처분권한은 일반재산에만 미쳤다. 기금·특별회계 소속 국유재산은 물론 일반회계 소속 국유재산이라도 행정재산에 대하여는 각 소관 중앙관서의 장이 관리청이라는 이름으로 관리·처분권을 행사하였다. 그러나 2011. 3. 30. 법률 제10485호로 국유재산법이 일부 개정되면서(제25차 개정) 기획재정부장관이 행정재산을 포함한 모든 일반회계 소속 국유재산에 대해 관리·처분권을 행사하게 되었다.

장에게 위임되고, 일반재산의 관리·처분권은 각 재산의 종류에 따라 각 중앙관서의 장, 시·도지사, 한국자산관리공사 등에게 위탁이 된다.

부동산인 일반재산은 원칙적으로 관할 시·도지사에게 기관위임 되지만[6] 기획재정부장관이 필요하다고 지정하면(사실은 지방자치단체가 관리하기 곤란해 넘기고 싶은 물건은) 한국자산관리공사에 위탁할 수 있다. 현재 부동산인 일반재산은 약 6.5 : 3.5의 비율로 지방자치단체장 또는 한국자산관리공사에 위임·위탁이 되어있다.

국유재산법

**제8조(국유재산 사무의 총괄과 관리)** ① 총괄청은 국유재산에 관한 사무를 총괄하고 그 국유재산(제3항에 따라 중앙관서의 장이 관리·처분하는 국유재산은 제외한다)을 관리·처분한다.

③ 중앙관서의 장은 「국가재정법」 제4조에 따라 설치된 특별회계 및 같은 법 제5조에 따라 설치된 기금에 속하는 국유재산과 제40조제2항 각 호에 따른 재산을 관리·처분한다.

⑤ 이 법에 따른 총괄청의 행정재산의 관리·처분에 관한 사무는 그 일부를 대통령령으로 정하는 바에 따라 중앙관서의 장에게 위임할 수 있다.

**제42조(관리·처분 사무의 위임·위탁)** ① 총괄청은 대통령령으로 정하는 바에 따라 소관 일반재산의 관리·처분에 관한 사무의 일부를 총괄청 소속 공무원, 중앙관서의 장 또는 그 소속 공무원, 지방자치단체의 장 또는 그 소속 공무원에게 위임하거나 정부출자기업체, 금융기관, 투자매매업자·투자중개업자 또는 특별법에 따라 설립된 법인으로서 대통령령으로 정하는 자에게 위탁할 수 있다.

국유재산법시행령

**제4조의3(행정재산 관리·처분의 사무 위임)** ① 총괄청은 법 제8조제5항에 따라 다음 각 호의 사무를 중앙관서의 장에게 위임한다.

4. 행정재산의 관리(취득에 관한 사무는 제외한다)에 관한 사무

6. 그 밖에 총괄청이 행정재산의 효율적인 관리·처분을 위하여 필요하다고 인정하여 지정하는 사무

**제38조(관리·처분기관)** ② 총괄청은 법 제42조제1항에 따라 제3항 각 호 외의 일반재산의 관리·처분에 관한 사무를 시·도지사에게 위임할 수 있다.

③ 총괄청은 법 제42조제1항에 따라 다음 각 호의 일반재산의 관리·처분에 관한 사무를 한국자산관리공사에 위탁한다.

7. 그 밖에 일반재산의 효율적 관리·처분을 위하여 총괄청이 지정하는 재산

6) 대부분 정부조직법 제6조제1항, 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」 제4조에 따라 관할 기초자치단제장에게 재위임 된다.

이 사건 토지는 부동산인 일반재산으로서 그 관리권한이 기획재정부장관에게 있으나, 서울특별시장에게 위임되었고, 다시 서울특별시장에게서 은평구청장에게로 재위임되었다.

## 2. 수임·수탁기관에 대한 보상시스템

### (1) 지방자치단체(귀속금)

국유재산법은 지방자치단체장이 국유 일반재산을 관리·처분하는 과정에서 징수한 대부료, 매각대금, 변상금 등이 있으면 그 일정비율[7]을 '귀속금' 이라는 이름으로 당해 자치단체에 귀속시키게 할 뿐 달리 인건비, 감정수수료, 수리·보수비 등 관리·처분에 소요되는 제비용의 정산에 대하여는 일절 언급이 없다.[8]

이러한 귀속금의 주요 재원은 매각대금이다. 일반재산 매각대금은 경우에 따라 몇 십 억 원을 넘는 경우가 더러 있으므로, 이런 고가의 매각을 성사시킨 지방자치단체는 적어도 당해 국유 일반재산으로부터는 특별한 관리비용의 지출 없이 몇 억 원 이상 귀속금 수익을 얻게 되는 것이다. 그러나 이러한 귀속금은 개개 수임재산에 관하여 대부료, 매각대금, 변상금 등 관리·처분 수입이 발생했을 때의 이야기다. 대부료 등의 수입이 발생하지 않는 상당수의 수임재산에 관해서만 보면 지방자치단체가 무상으로 관리해주는 결과가 된다. 따라서 대부료 등 수입이 없어 귀속금을 창출하지 않는 수임재산에 이 사건 공사비용 같은 관리비용이 발생한 경우 지방자치단체가 위임사무처리비용 명목으로 지방재정법 제21조에 따라 교부금을 요구할 수 있는지 의문이다. 후술한다.

### (2) 한국자산관리공사(완전 정산 및 위탁수수료)

국유재산법 시행령은 제38조제5항에서 한국자산관리공사에 일반재산의 관리·처분사무를 위탁하는 경우에 위탁료 등 세부적인 내용과 절차는 기획재정부령으로 정한다고 한다. 「국유 일반재산의 위탁에 관한 규칙」(기획재정부령)은 제10조 내지 제13조에서 국가가 한국자산관리공사에 ① 위탁재산의 관리·처분과 관련된 인건비·경비, ②위탁재산의 매각과 관련한 감정수수료·공매공고료, ③대규모의 수리·보수비 등

7) 대부료의 50%, 매각대금의 20~30%, 변상금의 40%를 최고한도로 한다.

8) 국유재산법 시행령 제39조제2항 참조.

관리·처분에 소요되는 제비용을 지급하도록 하고, 나아가 위 ①의 인건비·경비의 10% 범위 안에서 위탁수수료까지 지급하도록 하고 있다.

이 사건과 관련하여 눈여겨 볼 것은 위 '③대규모의 수리·보수비' 이다. 즉 한국자산관리공사가 이 사건 토지를 위탁받아 관리하다가 이 사건 공사를 하였다면 국가는 당연히 대규모 수리·보수비 명목으로 그 비용을 지급하였을 것이고 한국자산관리공사와 어떠한 문제도 없었을 것이다.

# Ⅳ. 귀속금의 충당방법

## 1. 문제점

국가 사무를 지방자치단체가 수행하게 되면(단체위임사무이든 기관위임사무이든) 국가가 그 소요경비 전액을 최종적으로 부담하여야 함은 자명하다(지방재정법 제21조 제2항, 지방자치법 제141조).

그런데 국가(기획재정부장관)가 그 소유 일반재산의 관리·처분사무를 자치단체장에게 기관위임 한 경우도 마찬가지라 할 것인데, 국유재산법령은 지방자치단체장이 국유일반재산을 관리·처분하다가 대부료, 매각대금, 변상금 등을 징수하면 그 일정비율을 당해 자치단체에 귀속시킬 뿐 달리 인건비, 감정수수료, 대규모의 수리·보수비 등 제 소요비용의 정산에 대하여는 일절 언급이 없는 것이 문제다.[9] 이러한 국유재산법의 귀속금과는 별개로 지방자치단체는 지방재정법과 지방자치법에 따라 국유 일반재산의 관리·처분비용 일체를 국가에 요구할 수 있는지, 그 일부만 요구할 수 있는지, 아니면 전혀 요구할 수 없는지 의문이 생길 수 있다.[10]

국유재산법 시행령 제39조제4항은 "지방자치단체의 장은 귀속금을 국유재산의 적정한 관리를 위하여 필요한 경비에 우선적으로 사용하여야 한다."고 한다. 따라서 귀속금과는 전혀 별개로 지방자치단체가 수임재산의 관리·처분비용 일체를 요구할 수는 없다고 봐야하고, 다만 귀속금으로 국유재산 관리·처분비용을 어떻게 충당하느냐

9) 국유재산법 시행령 제39조제2항 참조.

10) 국가사무를 재위임 받은 은평구청장이 국가에 사무경비를 바로 청구할 수 있는지 의문이 생길 수 있으나, 민법상 복대리인은 본인에 대하여 대리인과 동일한 권리의무가 있으므로(민법 제123조제2항), 행정법상으로도 재위임 사무를 처리한 자치단체는 당초 위임자(국가)에게 직접 사무경비를 청구할 수 있음을 전제한다.

가 문제된다.

## 2. 견해의 대립

이 문제에 대한 학자들의 논의는 없다. 다만 이 사건 권한쟁의심판을 통해 기획재정부장관과 은평구가 서로 대립되는 견해를 제시한바, 양자의 견해에 내용을 덧붙여 귀속금의 성질을 논의하면 다음과 같다.

### (1) 개별충당설(은평구의 주장)

위임된 개개 국유재산을 기준으로(토지의 경우 해당 필지별로) 그 재산으로부터 발생한 귀속금만으로만 해당 재산의 관리·처분비용에 충당할 수 있다는 견해이다. 이 견해에 의하면 귀속금은 이를 배출해낸 특정 국유재산의 관리·처분비용에만 충당할 수 있으므로 지방자치단체가 국가로부터 아무리 많은 귀속금을 받았더라도 그 귀속금은 이를 배출해 내지 않은 재산의 관리·처분비용에는 한 푼도 충당될 수 없다는 견해이다.

### (2) 일괄충당설(기획재정부장관의 주장)

지방자치단체를 기준으로(즉 위임된 전체 국유재산을 기준으로) 관리비용을 지출한 특정 재산에서는 귀속금이 발생하지 않았더라도 다른 재산에서 발생한 귀속금이 있고 그 귀속금총액이 전체 수임재산의 관리·처분비용을 제하고도 남음이 있으면 계속 충당하여야 한다는 견해이다.

### (3) 헌법재판소의 판단

이 사건 권한쟁의심판에서 헌법재판소는 국유재산법 시행령 제39조제4항을 근거로 “은평구는 국유재산의 관리와 관련하여 발생한 귀속금이 있으면 국유재산의 관리에 필요한 경비에 우선적으로 사용하여야 한다.”고 한다. 여기까지만 보면 헌법재판소는 일괄충당설의 입장에 있는듯하다.

그러나 “은평구가 주장하는 바와 같이 귀속금이 없이 청구인의 비용으로 이 사건 공사를 하였다면, 국가는 은평구에게 그 비용 상당의 교부금을 지급할 의무가 있으므로,”라고 하면서 “귀속금으로 충당할 수 없는 관리경비는 그 전액을 국고에서 교부하

는 것이 마땅하다.”고 하는바, 이러한 표현은 헌법재판소가 개별충당설의 입장에 있는 것으로 해석할 여지가 있다. 왜냐하면 은평구는 “이 사건 토지로부터 파생되는 귀속금이 없다.”고 주장했기 때문이다.

## 3. 소결론

### (1) 귀속금의 충당방법(일괄충당)

지방자치단체의 귀속금이 주로 매각대금에서 발생한다는 현실을 고려하면, 개별충당설은 귀속금이 처분비용에만 충당되고 실제 중요한 관리비용에는 거의 충당될 수 없다는 결론에 이르게 되어, “지방자치단체의 장은 귀속금을 국유재산의 적정한 관리를 위하여 필요한 경비에 우선적으로 사용하여야 한다.”고 한 국유재산법 시행령 제39조제4항을 무력하게 만든다.

그리고 헌법재판소가 “은평구가 주장하는 바와 같이 귀속금이 없이 청구인의 비용으로 이 사건 공사를 하였다면” 이라는 표현을 했다 하더라도 이 표현이 “이 사건 토지로부터 파생되는 귀속금이 없다.”는 은평구의 주장을 그대로 반영한 것인지는 의문이다. 나아가 헌법재판소의 귀속금 충당방법에 대한 기술은 어디까지나 기획재정부장관의 예산배정 거부처분으로 말미암아 은평구의 자치재정권 등 자치권한이 침해될 가능성이 없다는 점을 설명하기 위한 방론에 지나지 아니하다. 따라서 일괄충당설이 타당하다고 생각한다.

### (2) 귀속금의 충당범위(재난 관련 안전조치비용의 제외)

일괄충당과 개별충당에 관한 논의는 귀속금의 충당방법에 관한 논의일 뿐이므로 귀속금의 충당범위에 대해서 다시 논의해야 한다. 즉 귀속금으로 국유재산에 대한 ‘통상의 관리·처분비용’까지만 충당된다고 할 것인지, 아니면 이 사건 공사비용과 같은 ‘재난 관련 안전조치비용’까지도 충당된다고 할 것인지의 문제는 짚고 넘어가야 한다.

이 사건 권한쟁의심판에서 은평구, 기획재정부장관, 헌법재판소 어느 쪽도 귀속금의 충당범위에 대하여 언급하지 않았다. 이 사건 공사비용은 당연히 귀속금의 충당범위에 속한다고 보는 듯하다. 이러한 시각은 이 사건 공사비용이 귀속금의 충당범위에 드느냐 안 드느냐 하는 문제는 이 사건 권한쟁의심판의 승패에 별 영향을 주지 않기

때문이다.

그러나 권한쟁의심판에서 더 나아가 은평구가 국가로부터 받은 귀속금이 남아 있음에도 불구하고 이 사건 공사비의 청구를 할 채권이 있는지에 대한 실체법적 판단을 함에 있어서는 귀속금의 충당범위에 대한 논의가 대단히 중요하다고 하지 않을 수 없다. 필자는 다음과 같은 이유에서 이 사건 공사비용과 같이 통상의 관리·처분의 범위를 넘어서는 재난 관련 안전조치비용은 귀속금의 충당범위에서 제외되어야 한다고 생각한다.

첫째 귀속금은 국가사무 수행비용을 정산하는 성격을 가지지만 더 나아가 지방자치단체의 재정을 지원하는 보조금으로서의 성격도 있다. 따라서 통상의 관리·처분비용을 넘어서까지 귀속금에서 공제하는 것은 귀속금의 보조금적 성격을 부정하는 것이 될 수 있다.

둘째 어느 국유지에 재난 관련 안전조치가 필요할 경우 그 국유지의 관리·처분사무가 자치단체장에게 위임되어 있느냐하는 우연한 사정에 따라 안전조치비용의 부담자가 국가 또는 지자체로 갈려지는 것은 바람직하지 않다. 그렇게 되면 기획재정부장관은  재난 관련 안전조치가 필요할 것으로 예상되는 일반재산을 집중적으로 지방자치단체장에게 위임하고, 지방자치단체도 관내의 위임받은 일반재산 중에서 재난 관련 안전조치가 필요할 것으로 예상되는 것들은 모두 한국자산관리공사로 넘길 것이다.

재난 관련 안전조치를 위해서는 안전관리계획, 정비계획, 안전진단, 긴급조치 등 행정상의 권한이 수반돼야 할 경우가 많으므로 재난 관련 안전조치가 필요한 국유지는 관할 자치단체에 일괄위임 해 관리하게 하되 재난 관련 안전조치비용은 귀속금에서 공제하지 않는 것이 타당하다.

# Ⅴ. 이 사건 공사비 상환을 위한 은평구의 조치와 대한민국의 대응

## 1. 국세징수법상의 체납처분 및 압류처분취소소송

이 사건 공사를 통상의 국유지 관리로 본다면 개별충당설을 취하지 않는 한 은평구는 보유하고 있는 귀속금에서 이 사건 공사비를 충당해야 하고, 대한민국에 어떠한 채권도 가지지 아니한다.

그러나 사실관계를 보면 이 사건 토지의 경사지 암반이 2008. 7.경 태풍 및 폭우로 무너져 주택가 등으로 떨어지자, 은평구는 2008. 11. 25.부터 2009. 2. 20.까지 148,969,000원의 비용을 들여 긴급복구 및 안전시설공사를 시행하고 기획재정부장관에게 그 금액 상당의 예산배정을 요청했다는 것이다. 그렇다면 이 사건 공사는 「재난 및 안전관리기본법」(이하 '재난안전기본법') 제31조의 재난 관련 안전조치로 봐야 할 것이고, 앞서 본바와 같이 통상의 국유재산 관리·처분비용만 귀속금에서 공제되어야 하므로, 은평구는 대한민국에 이 사건 공사비의 상환을 요구할 채권을 가지게 된다.

은평구의 대한민국에 대한 이 사건 공사비상환청구는 당사자소송의 제기로 가능할 것이다. 그러나 이 사건 공사가 재난 관련 안전조치라고 본다면 은평구는 재난안전기본법 제31조제1항, 제4항에 따라 '안전조치명령 - 행정대집행'의 절차로 이 사건 공사를 한 다음 대한민국에 이 사건 공사비의 납부를 명하고, 납부하지 않을 시 국세징수법의 예에 따라 강제징수 할 수 있다.[11] 국가에 대한 강제집행은 국고금을 압류함으로써 한다.[12] 이때 국가는 은평구의 국고금 압류에 대하여 그 취소소송을 제기해 재난 관련 안전조치비용도 귀속금에서 공제되어야 함을 주장할 수 있으며, 종국적으로 법원의 판단에 따라 결정될 것이다.

본건의 경우 은평구가 이 사건 공사를 하는 과정에서 재난안전기본법 제31조에 따라 '안전조치명령 - 행정대집행'의 절차를 밟아 이 사건 공사를 한 것이 아니다. 따라서 국세징수법의 예에 따라 이 사건 공사비를 강제징수하지는 못하고, 국가를 피고로 하는 당사자소송으로 청구하여야 할 것이다.

## 2. 이 사건 토지가 도로법상 도로인 경우

만약 이 사건 토지가 도로법상 도로(구도)[13]라면 이 사건 공사비용은 국유재산관리비용이 아니라 도로관리비용으로서 도로관리청(은평구청장)이 소속한 은평구에서 전액 부담해야 한다.[14] 즉 은평구는 이 사건 공사비와 관련해 국가에 대하여 어떠한 채권도 가지지 못한다. 왜냐하면 도로관리청으로서 은평구청장의 사무는 도로법에 의

11) 행정대집행법 제5조, 제6조.

12) 민사집행법 제192조.

13) 도로법상의 도로는 법령에 따라 노선이 지정되거나 관할 자치단체장 등이 노선을 인정한 것을 말한다. 도로법 제2조제1항 제1호, 제8조 내지 제15조.

14) 도로법 제23조제1항, 제67조.

해 부여된 자신의 사무이지 국가로부터 위임받은 사무가 아니기 때문이다. 이러한 연유로 도로법은 도로에 속하는 국유지에 대하여는 국가 또는 그로부터 관리·처분사무를 위임·위탁받은 자가 아닌 도로관리청(관할 자치단체장, 국도는 국토해양부장관)에게 도로점용허가권·변상금부과권한을 주고 있으며 징수한 점용료·변상금도 전액 도로관리청 소속 자치단체에 귀속시키고 있다.[15)]

다만 이 사건 토지는 이 사건 토지는 「측량수로조사 및 지적에 관한 법률」상 지목이 도로이고, 「국토계획 및 이용에 관한 법률」에 의하여 도로(도시계획시설)로 지정되어 있을 뿐 도로법상의 도로는 아닌 것으로 보인다.

## Ⅵ. 결론

이 사건 토지가 한국자산관리공사에 위탁되었다면 이 사건 공사비는 당연히 국고에서 지출되었을 것이고 또한 이 사건 토지가 도로법상 도로(구도)였다면 이 사건 공사비는 당연히 은평구의 부담으로 인정될 것이므로, 이 사건과 같은 법적 분쟁은 발생하지 않았을 것이다. 향후 국유 일반재산의 관리·처분사무는 한국자산관리공사로 일원화되어 위탁될 것이므로 더 이상 귀속금에서 재난 관련 안전조치비용을 공제할 것인지에 관한 논의는 불필요할 것이다.

은평구는 <이 사건 공사시행 - 기획재정부장관에게 공사비상당의 예산배정을 요구 - 기획재정부장관을 피청구인으로 하여 권한쟁의심판 청구> 의 과정을 거칠 것이 아니라, <재난안전기본법에 따른 안전조치명령 및 행정대집행(공사시행) - 국가에 공사비용 납부명령 - 국고금에 대한 체납처분 - 국가의 압류취소소송의 제기 및 은평구청장의 응소>의 과정을 거치는 것이 옳았다고 생각된다. 그렇게 했더라면 법원이 귀속금의 충당방법, 귀속금의 충당범위에 관한 판단을 해서 결국 은평구가 이 사건 공사비용을 국가에게 청구할 수 있는지에 대한 실체적 결론이 났을 것이다.

은평구가 재난안전기본법에 따른 안전조치명령 및 행정대집행(공사시행)의 절차를 거치지 아니하고 이 사건 공사를 했다면 은평구가 국가를 상대로 당사자소송 또는 민사상 사무관리비용청구소송을 통해 이 사건 공사비용을 청구할 수 있을 것이다.

---

15) 도로법 제38조제1항, 제41조, 제94조, 제82조제2항.

# 행정소송의 한계와 헌법소송과의 관할권 배분

## - 대법원 2010. 12. 16. 선고 2010도5986 판결 중에서 -

이 지 영*

목 차

Ⅰ. 서 - 긴급조치의 효력과 규범통제의 심판기관 ····· 227
1. 이 사건 전원합의체 판결에 대한 문제의식 ····· 227
(1) 대법원의 입장 ····· 227
(2) 헌법재판소의 입장 ····· 228
2. 긴급조치의 성격이 문제되는가 ····· 229
(1) 국가긴급권의 의의 ····· 229
(2) 국가긴급권에 관한 결정과 판결례 ····· 229
(3) 대법원과 헌법재판소의 규범통제에 관한 물음 ····· 230

Ⅱ. 규범통제기관의 정립 ····· 231
1. 규범통제의 의미와 분류 ····· 231
2. 규범통제의 우리 법상 분류 ····· 232
(1) 헌법과 헌법재판소법에 의한 규범통제의 분류 ····· 232
(2) 헌법 제107조 제2항의 명령·규칙 등의 심사제도의 요건과 성격 ··· 233
(3) 명령·규칙 등의 심사와 행정소송의 성격 ····· 235
3. 규범통제의 갈등과 해결 ····· 236
(1) 헌법재판에서 다루는 규범통제의 범위 ····· 236
(2) 갈등의 해결 ····· 236

Ⅲ. 결어 ····· 238

* 변호사

# Ⅰ. 서 - 긴급조치의 효력과 규범통제의 심판기관

## 1. 이 사건 전원합의체 판결에 대한 문제의식

이 판결은 유신헌법상 긴급조치 1호[1] 위반 행위에 대한 재심사건으로 첫 형사보상판결을 받아 이목을 끌었다. 그렇지만 긴급조치의 위헌성을 판단할 권한이 과연 대법원에 있는지와 관련하여 우리나라의 규범통제기관에 관하여 검토한다.

### (1) 대법원의 입장

현행 헌법 제107조 제1항은 "법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다."고 규정하고, 현행 헌법 제111조 제1항 제1호는 헌법재판소의 관장사무로 법원의 제청에 의한 법률의 위헌여부 심판을 규정하고 있다. 위 각 헌법규정에 의하면, 위헌심사의 대상이 되는 '법률'이라 함은 *'국회의 의결을 거친 이른바 형식적 의미의 법률'을 의미하고*( 대법원 2008. 12. 24. 선고 2006도1427 판결, 헌법재판소 1996. 6. 13. 선고 94헌바20 전원재판부 결정 등 참조), 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 것*이어야 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 승인 등을 얻도록 하는 규정을 두고 있지 아니하고, 실제로 국회에서 긴급조치를 승인하는 등의 조치가 취하여진 바도 없다. 따라서 유신헌법에 근거한 긴급조치는 국회의 입법권 행사라는 실질을 전

---

1) 긴급조치 제1호
① 대한민국 헌법을 부정, 반대, 왜곡 또는 비방하는 일체의 행위를 금한다.
② 대한민국 헌법의 개정 또는 폐지를 주장, 발의, 청원하는 일체의 행위를 금한다.
③ 유언비어를 날조, 유포하는 일체의 행위를 금한다.
④ 전 1, 2, 3호에서 금한 행위를 권유, 선동, 선전하거나 방송, 보도, 출판, 기타 방법으로 이를 타인에게 알리는 일체의 언동을 금한다.
⑤ 이 조치에 위반한 자와 이 조치를 비방한 자는 법관의 영장 없이 체포, 구속, 압수, 수색하며 15년 이하의 징역에 처한다. 이 경우에는 15년 이하의 자격정지를 병과할 수 있다.
⑥ 이 조치에 위반한 자와 이 조치를 비방한 자는 비상군법회의에서 심판, 처단한다.
⑦ 이 조치는 1974년 1월 8일 17시부터 시행한다

혀 가지지 못한 것으로서, 헌법재판소의 위헌심판대상이 되는 '법률'에 해당한다고 할 수 없고, 긴급조치의 위헌 여부에 대한 심사권은 최종적으로 대법원에 속한다.

### (2) 헌법재판소의 입장

• 관련 결정(2010헌바97 구 헌법 제53조 등 위헌소원)

- 긴급조치 제9호-'국가안전과 공공질서의 수호를 위한 대통령 긴급조치'에 관하여

이 사건 긴급조치는 1979. 12. 8. 대통령공고 제67조에 의해 해제되었을 뿐 아니라, 그 근거가 되었던 이 사건 헌법조항이 80년 헌법 개정에 따라 폐지됨으로서 그 효력을 상실하였으므로, 당해 법원으로서는 재심이 개시된다고 하더라도 긴급조치위반의 점에 대해서는 형사소송법 제326조 제4호에 따라 '범죄 후의 법령개폐로 형이 폐지되었을 때'에 해당되어 면소판결을 선고할 수밖에 없는바, 결국 당해 법원은 이 사건 긴급조치의 위헌여부에 따라 다른 내용의 판단을 하게 되는 것이 아니라 할 것이다. 그렇다면 이 부분 심판 청구는 재판의 전제성을 갖추지 못하여 역시 부적법하다[2].

• 2010. 10. 16. 변론종결된 긴급조치 1호에 관한 2010헌바132 등 구 헌법 제53조 등 위헌법률심사형 헌법소원(긴급조치 사건)

- 청구인들의 입장 : 위 긴급조치는 실질적으로 법률의 효력을 가지므로, 헌법재판소의 판단 대상인 법률에 해당한다.

헌법재판소의 위헌법률심판대상인 법률은 '형식적 의미의 법률' 혹은 '국회의 승인이나 동의 등 국회의 입법권 행사의 실질'을 요한다는 대법원의 입장에 대하여 위 동의나 승인은 입법권 행사라기보다 국회의 국정통제권에 해당하고, 헌법 제6조 제1항의 일반적으로 승인된 국제조약은 위 절차를 거치지 않아도 종래 위헌법률심판의 대상이 된 것처럼, 심판의 대상인 법률은 실질적인 효력을 기준으로 판단할 것을 제시한다. 결론적으로 이 사건 긴급조치는 법률대위명령으로 법률적 효력을 지니며, (위

2) 대법원에서는 이번 사건에서 폐지 또는 실효된 형벌 관련 법령이 당초부터 위헌무효인 경우 그 법령을 적용하여 공소가 제기된 피고사건에 대하여 형사소송법 제325조 전단의 '범죄로 되지 아니한 때'의 무죄사유라고 보았다. 원칙적으로 형식판결인 면소판결에 대하여 무죄를 이유로 하는 상소이익이 인정되지 않으나, 위와 같은 경우에는 면소를 선고한 판결에 대하여 상소(본 판례에서는 상고)가 가능하다고 보았다. 이러한 대법원의 태도에 비추어 볼 때 위헌성과 관계 없이 형식적인 폐지를 전제로 한 위 헌법재판소의 결정은 향후 변경될 것으로 예측된다.

법률적 효력을 가진 긴급조치권으로 인해 기본권의 직접적 침해가 있는 이상) 헌법재판소의 판단대상이다.

## 2. 긴급조치의 성격이 문제되는가

### (1) 국가긴급권의 의의

국가긴급권[3]이란 통상 '전쟁, 내란, 경제공황, 대규모의 자연재해 등 평상시의 입헌주의적 통치기구로서는 대처할 수 없는 긴급상태에 있어서 국가의 존립을 보전하기 위하여 특정한 국가기관에게 인정되는, 긴급조치를 취할 수 있는 비상의 예외적인 권한'이라고 정의되고, 헌법보장을 위한 비상수단의 하나로 인정된다. 그러나 입헌주의 국가의 헌법은 그 발동의 헌법적 근거의 존재, 한계(목적, 시간적, 절차적 한계)의 준수 및 통제(입법적, 정치적, 사법적 통제)가 보장되지 않는 초헌법적 국가긴급권은 부정한다[4].

대법원은 이 사건에서 국가긴급권의 일종인 긴급조치의 법적 성격에 대하여 법률의 효력이 아니라고 하였으나, 실상 초점은 헌법재판소의 위헌법률심판의 대상이 아니라고 한 점에 있다.

### (2) 국가긴급권에 관한 결정과 판결례

그간 대법원과 헌법재판소는 계엄, 긴급재정경제명령 등 국가긴급권이 어떤 효력이 있다고 보았는가(법률 혹은 법규명령).

1) 헌법재판소는 금융실명거래및비밀보장에관한 긴급재정경제명령에 관한 헌법소원 사건에서 위 명령이 통치행위임을 전제로 "헌법의 수호와 국민의 기본권 보장을 사명으로 하는 국가기관이므로 비록 고도의 정치적 결단에 의하여 행해지는 국가작용이라고 할지라도 그것이 국민의 기본권 침해와 직접 관련되는 경우에는 당연히 헌법재판소의 심판대상이 될 수 있는 것일 뿐만 아니라, 긴급재정경제명령은 법률의 효력

3) 국가긴급권의 분류 : 국가긴급권을 10월 유신과 같이 헌법규정이 없음에도 현실정치에서 긴급권적 힘을 행사하는 '초헌법독재적 국가긴급권'과 유신헌법상의 긴급조치나 계엄과 같이 입헌주의적 통치구조의 합헌법적인 정지 즉 기본권의 정지와 권력집중을 기초로 하는 '입헌독재적 국가긴급권', 현행 헌법상의 긴급명령, 긴급재정·경제명령처럼 입헌주의적 통치구조에 기반을 두는 '헌법국가적 국가긴급권' 으로 분류된다. 허영.

4) 권혜령, 유신헌법상 긴급조치권과 그에 근거한 긴급조치의 불법성, 법학논집, 이화여자대학교 법학연구소, 2009. 12., 191면

을 갖는 것이므로..”고 판시[5]한 바 있다.

2) 대법원은 계엄이 선포된 기간 중 계엄포고위반의 죄는 계엄이 해제된 이후에도 행위당시의 법령에 따라 처벌된다고 판시한 바 있으나, 한편 1972년 헌법하에서 발해진 긴급조치의 효력은 1980년 헌법이 효력을 발생한 때에는 계속효를 가지지 못한다고도 한 적이 있다.[6] 법원은 국가긴급권의 행사 당시의 시행 법률위반행위에 대하여 일관된 입장이 아닌, 개별적 사건에 따라 위법성을 판단하는 것처럼 보인다.

### (3) 대법원과 헌법재판소의 규범통제에 관한 물음

국가긴급권의 사후통제방안에 관하여 여러 교과서들은 법원과 헌법재판소에 의한 구제가 가능하다고 서술되어 있을 뿐, 구체적인 방안에 대하여는 기술이 명확하지 않다. 또한 구 헌법 제53조[7]상 국가긴급권의 발동 요건만이 기술되어 있을 뿐, 그 효력

---

5) 헌재 1996.02.29, 93헌마186

6) 이와 같은 관점에서 볼 때 구 헌법 제53조의 대통령긴급조치권과 헌법 제51조의 대통령비상조치권은 그 역사적 연혁이나 그 헌법적 성질에 있어서는 다를 바가 없다고 하겠다.
그러나 위에 쓴 구 헌법 제53조와 헌법 제51조는 앞에서 쓴 바와 같이 그 규정상 현저한 차이가 있다. 우선 국가긴급권에서 두드러지게 논의되는 소위 사전예방적 조치가 구 헌법 제53조 제1항에 규정되어 있는데 비해 헌법 제51조는 이와 같은 사전예방적 조치를 배제하고 있고 구 헌법 제53조의 긴급조치에 대하여서는 입법부의 사후통제기능이 극히 미약하여 거의 실효를 기대할 수 없는 형식적인 규정이 있을 뿐인 반면 헌법 제51조는 비상조치에 대한 국회의 강력한 통제기능을 규정하고 있음이 그 명문상 명백하다.
그러므로 구 헌법 제53조의 대통령긴급조치권이나 헌법 제51조의 대통령비상조치권은 다같이 그 연혁이나 성질에 있어 강학상의 국가긴급권에 연유하는 것으로 각 그 적법성에는 의심할 여지가 없으나 각 그 정하는 바 그 발동요건이나 통제기능에 있어 구 헌법 제53조의 대통령긴급조치권은 헌법 제51조의 대통령비상조치권과는 현저한 차이가 있어 우리 제5공화국의 국가이념이나 그 헌법정신에 위배됨이 명백하여 그 계속효가 부인될 수 밖에 없어 헌법 제51조의 규정은 위 대통령긴급조치 제1호, 제2호 및 제4호의 법적근거가 될 수 없으므로 이 점에 있어서도 위 대통령긴급조치 각 호는 1980.10.27 제5공화국헌법의 제정공포와 더불어 실효되었다고 함이 마땅할 것이다.
(출처 : 대법원 1985.1.29. 선고 74도3501 전원합의체 판결【대통령긴급조치위반·법정모욕】,정종섭, 1250면,

7) 구 헌법 제53조
①대통령은 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·사법등 국정전반에 걸쳐 필요한 긴급조치를 할 수 있다.
②대통령은 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.
③제1항과 제2항의 긴급조치를 한 때에는 대통령은 지체없이 국회에 통고하여야 한다.
④제1항과 제2항의 긴급조치는 사법적 심사의 대상이 되지 아니한다.
⑤긴급조치의 원인이 소멸한 때에는 대통령은 지체없이 이를 해제하여야 한다.

에 대하여는 현행 헌법 제76조[8]와 달리 언급이 없다. 구 헌법과 현행 헌법상 동일성이 인정되지 않기 때문에 '이 사건 긴급조치의 성격'에 관하여도 현행 헌법하에 발령된 긴급재정경제명령을 법률의 효력으로 본 헌법재판소와 이를 국회의 실질적인 입법권의 행사라고 볼 수 없다고 보는 대법원의 입장이 다르다고도 볼 수 있다.

헌법재판소와 대법원이 입장을 고려한다면, 법률은 헌법재판소에서, 그보다 하위규범인 법규명령은 대법원에서 규범통제가 이루어지는 것인가. 헌법재판소는 (시행규칙 등 법규명령에 관한 헌법소원결정 등에도 불구하고) 법률에 대한 헌법소원이나 이른바 위헌소원만을 담당해야 하는 것인가. 대법원의 명령·규칙심사권은 전속적 권한인가. 위헌법률심판의 대상인 법률은 형식적인 법률의 형식을 띤 경우에 한정되는가, 아니면 실질적인 법률의 효력이 인정되는 경우까지 아우르는 것인가. 표면적으로는 심판대상의 법적 성격 규명이 문제되는 것처럼 보이지만, 종국적으로는 법원과 헌법재판소 양 측 모두에게 인정되는 규범통제의 성격 규명이 선행되어야 한다.

# Ⅱ. 규범통제기관의 정립

## 1. 규범통제의 의미와 분류

규범통제는 법령의 위헌 여부를 심사해서 위헌법령의 효력을 상실시켜 헌법의 최고규범성을 지키는 제도를 말한다[9].

---

⑥국회는 재적의원 과반수의 찬성으로 긴급조치의 해제를 대통령에게 건의할 수 있으며, 대통령은 특별한 사유가 없는 한 이에 응하여야 한다.

8) 현행 헌법 제76조
①대통령은 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.
②대통령은 국가의 안위에 관계되는 중대한 교전상태에 있어서 국가를 보위하기 위하여 긴급한 조치가 필요하고 국회의 집회가 불가능한 때에 한하여 법률의 효력을 가지는 명령을 발할 수 있다.
③대통령은 제1항과 제2항의 처분 또는 명령을 한 때에는 지체없이 국회에 보고하여 그 승인을 얻어야 한다.
④제3항의 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.
⑤대통령은 제3항과 제4항의 사유를 지체없이 공포하여야 한다.

규범통제는 흔히 심판주체와 심판의 시기 내지 방식, 신청권자의 범위로 구분가능하다. 즉, 일반법원형(미국, 일본 등)과 헌법재판소형(독일, 오스트리아 등), 정치기관형(구소련이나 동독 등)으로, 예방적 규범통제(프랑스. 독일의 조약 비준동의법), 추상적 규범통제(독일), 구체적 규범통제(미국)[10]로, 협의의 규범통제와 민중소송으로 나누는 것[11]이 각각의 예이다.

## 2. 규범통제의 우리 법상 분류

### (1) 헌법과 헌법재판소법에 의한 규범통제의 분류

**헌법 제107조**

①법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다.

②명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다.

**헌법재판소법 제41조 (위헌여부 심판의 제청)**

①법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 때에는 당해 사건을 담당하는 법원(군사법원을 포함한다. 이하 같다)은 직권 또는 당사자의 신청에 의한 결정으로 헌법재판소에 위헌여부의 심판을 제청한다.

**헌법재판소법 제68조**

① 공권력의 행사 또는 불행사(부행사)로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 다만, 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후에 청구할 수 있다.

---

9) 허영, 헌법소송법, 벅영사, 2011, 54면

10) (이하 설명은 법률에 관한 규범통제를 전제로)예방적 규범통제는 법률의 공포 이전에 합헌성을 심사하는 제도로, 추상적 규범통제는 구체적인 쟁송사건과 관계없이 법률 그 자체의 위헌여부를 추상적으로 심사하고 위헌으로 판단되면 법률의 효력을 일반적으로 무효화하는 제도이며, 구체적 규범통제는 구체적 소송사건을 심리함에 있어 법률의 위헌 여부가 문제되는 경우에 적용법률의 합헌성을 심사하고, 위헌으로 판단될 경우 그 법률을 적용하지 않는 제도이다. 협의의 규범통제는 입법 과정에 관여하는 관련 기관들에게만 규범통제를 신청할 수 있는 권한을 주는 경우를, 민중소송은 추상적 규범통제에서 신청권자의 범위를 한정하지 않고 모든 국민에게 규범통제를 신청할 수 있게 하는 제도를 말한다. 규범통제마다 그 요건(신청권자, 구체적 사건과의 관련성)과 효력(일반적 혹은 개별적 효력)이 차이가 있다.

11) 허영, 54면

②제41조제1항의 규정에 의한 법률의 위헌여부심판의 제청신청이 기각된 때에는 그 신청을 한 당사자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 이 경우 그 당사자는 당해 사건의 소송절차에서 동일한 사유를 이유로 다시 위헌여부심판의 제청을 신청할 수 없다.

헌법재판소의 위헌법률심판과 법원의 명령규칙심사권이 헌법 제107조에서 예정하는 규범통제이고, 헌법재판소는 규범통제형 헌법소원심판[12]까지 다룬다.

### (2) 헌법 제107조 제2항의 명령·규칙 등의 심사제도의 요건과 성격

#### 1) 요건

• 요건의 분설

이 심사의 주체는 각급 법원으로, 대상은 법규적 효력을 가진 법규명령이 대상이다. 그러나 구체적 규범통제로서 헌법 제107조 제2항상 '재판의 전제성'을 요한다.

• 재판의 전제성의 의미

헌법 제107조 각 항에서 말하는 재판의 전제성은 뜻이 같은가, 이는 구제적 규범통제만을 의미하는 것인가[13].

헌법재판소는 헌법 제107조 제1항의 위헌법률심판에서 요구되는 재판의 전제성을 다음과 같이 해석한다. 재판은 모든 재판을 의미하는 것으로 형식이나 절차의 형태에 따라 정해지는 것이 아니라 실질적으로 법원의 사법권행사에 해당하는가에 따라 결정되는 개념이다[14]. 나아가 전제성은 법원의 제청요건적 기능과 헌법재판소의 심판기능으로 분리하여 헌법재판소가 당해 법률의 효력을 직접적으로 심사하는 담당하도록 그 기능을 수행한다. 이로 인해 위헌법률심판은 주위적·구체적 규범통제의 성격을 지닌다[15].

---

12) 권리구제형 헌법소원심판과 별도로 (재판의 전제가 되지 않는) 법령에 의한 직접적인 기본권 침해로 인한 헌법소원을 말한다.

13) 이상천, '재판의 전제'를 둘러싼 헌법 제107조 제1항·제2항 사이의 체계정합성을 위한 시론, 한양법학, 2011. 2., 493면

14) 이상천, 495면

15) 전제성의 의미에 대하여 92.12.24. 92헌가8 그 재판의 전제성이라 함은, 첫째 구체적인 사건이 법원에 계속 중이어야 하고, 둘째 위헌여부가 문제되는 법률이 당해 소송사건의 재판과 관련하여 적용되는 것이어야 하며, 셋째 그 법률이 헌법에 위반되는지의 여부에 따라 당해 사건을 담당한 법원이 다

제107조 제2항의 재판의 전제성은 처분의 위헌·법심사에도 필요로 하는가. 처분적 성격을 가지는 행정입법은 어떠한가. 법원의 명령규칙심사에서의 전제성은 헌법 제107조 제1항과 같이 구체적 사건해결을 전제로, 당해 사건의 판결을 하는 법원에 의한 부수적 규범통제 성격을 헌법 제107조 제2항에 부여한다. 종래 동조 제2항의 명령·규칙과 관련하여서는 구체적·부수적 사법심사의 의미로, 그리고 처분과 관련하여서는 거의 그 기능적 의미를 부여하지 않은 채 즉, '사건과의 관련성', '처분이 재판에 계류 중'인 것 정도로 폭넓게 해석하여 행정소송의 근거조항으로만 이해해 버리는 것으로 보았다[16]. 명령·규칙이나 처분도 행정작용의 한 형식으로 보아 동조 제1항의 구체적 규범통제와 같은 의미의 재판의 전제성이 요구된다고 볼 수도 있겠지만, 처분에 관한 쟁송에서 이미 소송요건 구비여부가 판단되기 때문에 부수적 규범통제시 재판의 전제성을 그다지 문제 삼지 않은 것으로 생각된다. 그렇다면 현재 재판의 전제성 심사를 별달리 하지 않는 처분이 명령, 규칙과 대비되어 어디까지 포섭될지 문제된다. 행정소송에서 다루는 처분의 범위에 따라 헌법 제107조 제1항에서 규정한 심사제도의 성격, 나아가 행정소송의 성격이 달라지기 마련이고, 역으로 행정소송의 성격에 따라 그 대상인 처분의 스펙트럼이 다변화된다.

### 2) 재판의 전제성의 희석과 규범통제의 성격 논의

재판의 전제성을 희석하면 헌법 제107조 각 항의 심사제도를 통일적으로 볼 수 있다. 주관적 권리보호 필요인 소의 이익 혹은 재판의 필요로 보거나 위 심사제도를 주관적 권리보호이익을 요하지 않고 추상적 규범통제로 보는 것이 그 예이다. 특히 조례에 대한 규범통제, 헌법의 윤곽규범성, 행정작용 통제의 실질적인 필요성을 근거로 규범통제의 성격을 포괄적으로 볼 필요가 있다는 견해가 이를 지지하나, 다수는 헌법 제107조 제1항 자체가 구체적 규범통제로 한정하므로 추상적 규범통제는 배제된다고 보며 처분에 대한 위헌·위법심사가 부수적으로 이루어지는 현행 행정소송의 성격에 비추어 불가하다는 반론을 한다. 전제성 요건을 완화 내지 희석하여 보는 입

---

른 내용의 재판을 하게 되는 경우를 말한다. 법률의 위헌여부에 따라 법원이 "다른 내용의" 재판을 하게 되는 경우라 함은 원칙적으로 제청법원이 심리 중인 당해 사건의 재판의 결론이나 주문에 어떠한 영향을 주는 것 뿐만이 아니라, 문제된 법률의 위헌여부가 비록 재판의 주문 자체에는 아무런 영향을 주지 않는다고 하더라도 재판의 결론을 이끌어내는 이유를 달리 하는데 관련되어 있거나 또는 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 전혀 달라지는 경우에는 재판의 전제성이 있는 것으로 보아야 한다.

16) 이상천, 512면

장에서도 추상적 규범통제가 가능하려면 헌법 개정이 필요하다는 견해도 있다.

규범통제의 성격은 헌법규정의 해석과 이에 따른 운영방식에 달려 있다. 헌법 제107조에서 재판의 전제성만을 규정하였으므로, 그 성격과 적용요건에 대하여는 헌법규정의 추상성으로 인하여 헌법에 둘 수 없기에 입법이나 판례로 정립될 필요가 있다. 따라서 헌법 제107조의 재판의 전제성 해석 여하에 따라 (주위적·부수적) 규범통제의 성격, 이를 전제한 행정쟁송의 성격, 그러한 행정쟁송이 다루는 대상까지도 현재 운영방식과 달라질 가능성이 있다.

### (3) 명령·규칙 등의 심사와 행정소송의 성격

1) 현재 항고소송은 주관소송으로 본다. 항고소송을 할 때에는 원고적격(법률상 보호할 이익이 있는 자), 대상적격(처분 등), 제소기간 등의 일정한 소송요건 구비를 요한다. 아직 행정소송법 개정이 이루어지지 않아 취소소송의 원고적격과 대상적격의 범위에 관한 행정소송법의 해석에 대한 대립도 여전하다. 현재 취소소송은 소의 적법성 단계에서 일정한 요건 구비를 요하고, 취소소송의 전제로 명령·규칙심사가 이루어지는 경우, 그 대상규범 등의 효력도 일반적으로 무효가 되지 않고, 당해 사건에 한하여 그 규범이 적용되지 않을 뿐이다. 법률·명령·규칙에 대한 규범통제를 추상적 규범통제라고 보는 입장에서는 항고소송이 현행과 같이 원고적격이나 대상적격을 한정하는 주관소송이 아니라 객관소송을 지향해야 한다는 주장도 있다. 다시 말해 명령·규칙·처분의 위헌·법 심사는 재판의 전제성 판단 외에 별도의 소송요건 구비를 요하지 않는 입장에서, 이를 전제로 하는 취소소송은 객관소송으로도 볼 수 있다. 또한 재판의 전제성을 헌법재판소에서 요구하는 것처럼 여러 요건 구비를 요하지 않고 소의 이익 등으로 완화 내지 희석하는 입장에서도 취소소송은 현재보다 원고적격, 대상적격이 범위가 확장된다. 재판의 전제성을 엄격하게 해석하는 구체적 규범통제와 소송요건 등의 심사가 까다롭다고 여겨지는 항고소송에서 재판규범에 비추어 보호할 만한 이익이 있으면 어떠한 대상이든 소제기가 가능한 항고소송이나 추상적 규범통제로 그 패러다임을 전환하자는 이야기가 저변에 깔려 있다. 이렇듯 명령·규칙·처분 심사제도의 논의는 항고소송의 성격, 소송요건확장 혹은 의무이행소송도입에 대한 논의와도 연결된다.

2) 종래 고권행정에 대한 행정소송은 일반적인 민사소송과 달리 적법단계도 엄격한 심사를 요했다. 근래 판례는 무효등확인소송의 보충성 폐지, 개별적 사건에 있어 처

분의 범위 확대 판시를 통해 소송요건 심사를 완화하여 국민의 권리구제를 확대방안을 모색해 왔다. 그러나 거부처분취소소송에서 인용판결이 나와도 실질적인 권리구제나 가구제 등의 한계 등으로 인하여 항고소송 외에 다양한 쟁송형태의 도입이 논의되고, 대표적으로 의무이행소송이 그 예이다. 그렇다면 처분성을 완화할 것인지, 새로운 형태의 이행소송을 인정할 것인지가 헌법재판의 규범통제와는 어떠한 관계가 있는가.

## 3. 규범통제의 갈등과 해결

### (1) 헌법재판에서 다루는 규범통제의 범위

#### 1) 법령헌법소원

현재 헌법재판은 위헌법률심판 외에 법원에서 위헌제청하지 않은 법령에 대하여도 헌법소원의 형태로 위헌심사가 가능하다. 헌법재판소는 재판소원 배제, 보충성의 원칙에도 불구하고 헌법과 법률의 해석을 통해 헌법재판의 영역을 확대해 왔다. 헌법재판의 대상 확대와는 별개로 대법원 또한 처분적 법령 인정이나 처분의 범위 확장에도 적극적이었다. 심판대상 확대는 국민의 권리구제에 기여하기도 했지만, 법령의 통일적인 해석을 가로막아 법질서에 혼란을 가중시킨다는 비판이 다수이다.

#### 2) 헌법재판소의 규범통제 관할[17]

그렇다면 헌법재판소는 법률, 법원은 법령의 심사에 국한되어야 하는가. 각각의 판단기준으로 헌법재판소는 헌법을 기준으로 헌법위반여부를, 법원은 헌법과 법률로 그 하위법령인 명령, 규칙의 상위법(헌법과 법률) 위반여부를 심사한다. 명령, 규칙의 법률위반여부는 헌법재판소의 관할이 아니나, 기본권 침해 등을 이유로 한 헌법위반은 헌법소원으로 다루어진다.

### (2) 갈등의 해결

#### 1) 재판기관의 역할 분담

대법원은 구체적 사건 해결의 최종판단기관이라면 헌법재판소는 규범통제의 최고기관이다[18]. 두 기관은 각각의 역할이 분리되기도 하지만, 규범의 해석과 적용에 있

17) 여운국, 법령에 대한 헌법소원에 관한 고찰

어 교차점이 있다. 그래서 규범통제에서 중첩되는 영역이 있기도 하고, 재판소원이나 변형결정의 기속력에 대하여 입장이 배치되는 경우도 더러 있다. 그러나 두 기관이 대립각만을 세울 것이 아니라 종국적으로는 국민의 권리구제를 위해 사후분쟁해결역할을 하는 사법기관으로 역할분담에 대한 논의와 입법적 해결을 해야만 한다.

### 2) 해결의 실마리-법규범의 구조와 각 기관의 기능에 관한 단상

우리나라 행정법은 법해석학을 기준으로 발전해 왔다[19]. 실정법에 대한 해석을 통해 비평과 이론을 구축했다. 하지만 그에 대한 이론이 실정법에 반영되는 절차나 과정이 어떠해야 하는지, 그리고 실제 반영된 결과물, 실적은 미흡하다. 근래에는 방법론이 소개되어 성찰, 참여 등이 화두이기도 하다. 헌법을 최고규범으로 이를 구체화하는 행정 영역의 개별법에 대하여는 학계와 실무진의 소통을 통해 그간의 실무상의 문제점을 공론화하고 이를 개선하려는 의지를 보여야 할 것이다. 비판적 성찰은 현대에 들어 이성과 자유의지에 대한 실망에서 비롯된 각종 인재(세계전쟁, 시장실패, 테러 등)를 극복하려는 태도이다. 이는 이성에 대한 맹신에서 벗어나 어떤 문제도 발생가능하다는 인식에서 출발하여 다른 의견에 대한 수용 및 대화를 통해 열린 결론에 이르기까지 전과정에서 요구된다.

그렇다면 지금 우리의 문제인 규범통제에 관한 법원과 헌법재판소의 갈등은 어떻게 해결될 수 있을까. 법은 어떤 기능을 수행해야 하는가. 법은 상위규범, 하위규범과의 관계에 비추어 규범의 해석, 효력에 있어서도 일정한 단계를 이루는가.

단계적인 법규범은 그 해석에 있어서도 통일적인 체계 내에 있을 것을 요한다. 법은 특정한 가치와 그 가치 실현을 위한 절차를 담은 제도이다. 개별법에 나타난 가치와 적정절차는 법의 해석과 적용, 집행을 통해 정의, 합목적성, 법적 안정성이라는 법의 이념으로 구현된다. 이는 개별법 내에서만이 아니라 관련되는 법들의 해석과 적용에 있어서도 규범의 단계구조에 따라 상위규범이 (위임이 없더라도 해석상) 허용하는 최대한도를 넘지 않고, 같은 목표 내지 방향을 지향해야 한다는 말이다.

헌법재판소와 법원 간의 갈등은 앞서 언급했듯이 규범통제에 그치지 않는다. 가장 단순하게 법률은 헌법재판소가, 명령이하의 규범은 법원이 재판의 전제성 요건 충족을 조건으로 하는 규범통제를 상정할 수 있다. 규범통제의 대상 외에 법령에 대한 헌

---

18) 이상천, 491면

19) 이계수, 행정법과 법사회학, 행정법연구, 행정법이론실무학회, 2011. 4.

법소원 및 재판소원 금지로 이어지는 논리로 헌법재판소와 대법원간 사건 해결의 통일성을 도모할 수 있다. 그렇다고 현재와 같은 헌법재판소의 법령에 대한 헌법소원 등이 무의미하다는 것은 아니다. 오히려 법원에서 행정입법에 의한 권리구제를 이루어지지 않자, 헌법재판소에서 헌법소원이라는 형식으로 다루게 된 것이고, 이로 인해 법원에서 (별도의 집행행위가 예정되어 있더라도) 처분적 법령이라하여 국민의 권리구제의 길을 열게 되었다. 또한 헌법재판소의 관할권 문제와도 연계하여 행정쟁송의 소송형태나 소송요건에 관하여도 전체 소송의 맥락에서 통일적으로 규율되어야 한다.

또한 반대로 구체적 사건의 해결은 법원이, 규범통제 권한은 헌법재판소가 담당하는 모델도 가능하다. 법원과 헌법재판소 간에 이송이 가능하지도 않은 상황에서 각 기관의 기능에 초점을 맞추어 해결할 수도 있다. 이 경우 헌법재판소가 종래 헌법소원의 보충성 요건을 잠탈했다는 비판을 면하게 되고, 재심가능성이 인정된다. 이번 판례에서 대법원은 법률과 법규명령의 위헌 등 심사가 헌법재판소와 법원에 분리되는 현행법에 맞추다 보니 (현행 헌법에서는 법률적 효력이 인정되는 긴급명령과 달리) 유신 헌법(의 위헌성 논란은 차치하고) 상의 긴급조치를 법률적 효력을 지니지 않았다고 보는 판시를 한 것으로 보인다. 헌법과 법률 개정의 부담이 따르겠지만, 앞의 경우와 비교하였을 때 어떤 효용을 얻고, 대가를 지불할 지는 국민의 몫이다.

## Ⅲ. 결어

도덕과 달리 법은 법익을 전제로 하기 때문에 효용성이 인정된다. 법은 절대적인 명제가 아니라 시대나 이해관계에 따라 상대적인 규범인 만큼 (변화)가능성을 열어둘 수밖에 없는 구조를 취한다. 그에 따라 법규범에 대한 해석과 적용도 시대와 효용을 반영하여 탄력적이다.

사법기관은 민주적 정당성에 따라 제정된 법규명령을 통제하는 기준을 정립할 필요가 있다. 법이 적용되는 구체적 사건 관계 당사자 나아가 국민들에게 혼선을 주지 않기 위해서라도 사법기관의 역할 분담과 판단기준 등에 관한 학계와 실무의 논의를 거쳐야 한다. 사법불신이라는 말이 종종 회자되는 만큼 사법절차 논의와 확정에는 사법행정의 편의보다는 절차적 투명성이 전제되어야 할 것이다. 따라서 사법기관의 역할에 대한 반성에서 출발하여 구체적인 역할에 대한 실무와 학계의 의견수렴과 수정을 거쳐 법률이하의 규범 등으로 명시하고 이를 따라야 한다.

제도에 수반하는 문제의 해결을 통해 현재의 제도를 갖추게 되었지만, 제도적 정착을 찾는 방법은 계속될 것이다. 예외는 구체적 타당성을 위해 희소할 때만 가치가 있고, 구성원간의 약속으로 확립된 원칙은 변경되기 전까지 준수되어야 한다. 헌법재판소의 규범통제에 관하여 헌법변천 혹은 사법기관의 대립 등으로 비판이 있지만, 다양한 입장들의 수용과 변형을 거친 쟁송모델이 국민의 권리구제에 한 걸음 더 가까워지기를 희망한다.

# 공익사업법상 환매제도에 관한 검토

## - 대법원 2010. 9. 30. 선고 2010다30782 판결에 대하여 -

윤 덕 근*

목 차

Ⅰ. 사건개요 ····· 243

Ⅱ. 관련법령 ····· 245
1. 공익사업법 ····· 245
2. 국토계획법 ····· 246

Ⅲ. 판결 요지 ····· 247

Ⅳ. 검토 ····· 249
1. 쟁점 ····· 249
2. 공익사업법상 환매권 ····· 250
(1) 환매권의 의의 ····· 250
(2) 환매권의 법적 근거 ····· 250
(3) 환매권의 법적 성질 ····· 251
(4) 환매의 요건 ····· 251
3. 이 사건 사업이 폐지·변경되었는지 여부: 쟁점 1 ····· 252
4. 환매기간 : 쟁점2 ····· 257
5. 공익사업의 변환: 쟁점 3 ····· 259

【참고문헌】 ····· 261

* 변호사

## Ⅰ. 사건개요[1)]

가. 2003. 11. 24. 국토의 계획 및 이용에 관한 법률(이하 '국토계획법'이라 한다) 제30조에 의하여 오산시 양산동 114 일원의 토지에 관하여 양산초등학교를 신설하는 내용이 포함된 도시관리계획(도시계획시설)결정의 고시(오산시 고시 제2003-43호)가 이루어지자, 오산시장은 2004. 11. 1. 국토계획법 제88조에 의하여 오산시 양산동 114 일원에 관하여 사업시행자를 경기도 화성교육청 교육장, 사업의 종류를 오산도시계획시설(학교), 사업의 명칭을 초등학교, 사업의 착수예정일 및 준공예정일을 2004. 11. 1.과 2007. 3. 30.로 하는 내용의 도시계획시설사업(이하 '이 사건 사업'이라 한다) 실시계획을 인가하여 이를 고시(오산시 공고 제2004-363호)하였고, 그 후 이 사건 사업에 관한 2005. 12. 28.자 실시계획 변경인가 및 고시(오산시 고시 제2005-84호, 이때 사업의 명칭은 양산초등학교로 고시되었다)에 의하여 사업의 착수예정일 및 준공예정일이 2006. 1.과 2008. 12. 31.로 연기되었다.

나. 또한, 사업시행자인 화성교육청 교육장은 2006. 1. 2. 학교시설사업 촉진법 제4조 제4항의 규정에 따라 학교의 종류를 초등학교(공립), 학교의 명칭을 양산초등학교(가칭)로 하는 내용의 학교(양산초)시설사업 시행계획을 작성하여 이를 고시(화성교육청 고시 제2005-85호)하였다.

다. 한편, 이 사건 사업의 시행지 내에 위치하고 있던 이 사건 토지는 원래 원고가 소유하던 토지였는데, 사업시행자인 화성교육청 교육장은 가칭 '양산초등학교'를 설립하기 위해 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(이하 '공익사업법'이라 한다) 제15조, 제16조에 의하여 토지소유자인 원고들과 협의하여 2004. 3. 4.부터 2006. 3. 9.까지 사이에 같은 표 협의취득일란 기재 각 해당일에 원고들로부터 이 사건 토지들을 같은 표 보상금란 기재 각 해당 보상금에 협의취득한 다음, 같은 표 이전등기일란 기재 각 해당일에 공공용지의 협의 취득을 원인으로 하여 피고 경기도(소관청 교육감) 명의로 소유권이전등기를 마쳤다.

라. 그런데, 경기도지사는 2007. 1. 8. 국토계획법 제30조에 의하여 오산시 양산동 140 일원을 제1종 지구단위계획구역으로 지정하는 내용의 도시관리계획(용도지역변

1) 원심판결 참조(수원지방법원 2009. 7. 9. 선고 2008가합16861)

경, 제1종지구단위계획)을 결정하여 이를 고시(경기도 고시 제2006-502호)하였는데, 위 도시관리계획결정에는 이 사건 사업과는 별도로 위 지구단위계획구역 내의 오산시 양산동 152 일대에 초등학교를 신설하는 내용이 포함되어 있었다.

마. 오산시장은 주택법 제16조에 의하여 2007. 5. 18. 피고 회사에 대하여 오산시 양산동 140 외 43필지에 아파트 29동을 신축하는 내용의 주택건설사업계획을 승인하여 2007. 5. 22. 이를 고시(오산시 고시 제2007-37호)하였는데, 위 주택건설사업계획 승인내역에는 위 지구단위계획구역 안에 초등학교를 설립하는 내용이 포함되지 않았다.

바. 그로 인하여, 피고 회사가 시행하는 주택건설사업에 의하여 신축되는 아파트의 입주예정자들이 2008. 1. 18. 오산시에 원래의 도시관리계획대로 초등학교를 신설할 것을 요구하는 집단 민원을 제기하자, 오산시는 2008. 5. 26. 화성교육청 및 피고 회사와 사이에 다음과 같은 내용의 교환협약을 체결하였다.

**제5조 (부지 교환협약)**

① 피고 회사 소유 재산 "오산시 양산동 33-2 유지 317㎡, 같은 동 41-1 공장용지 3,600㎡, 같은 동 52-1 전 5,567㎡, 같은 동 146-2 전 6,025㎡, 같은 동 158-5 임야 886㎡(이하 '아파트 단지 내 토지'라 한다)"와 피고 경기도 소유 재산 "이 사건 토지"를 면적 및 공급가격 정산 없이 교환하기로 한다.

③ 오산시는 "이 사건 토지"에 대하여 도시계획시설(학교시설)결정을 유지하여야 하며, 부지교환에 따른 "이 사건 토지"에 대한 원소유자의 환매권 등 기타 민원제기 시 피고 회사와 오산시의 책임하에 처리한다.

**제7조 (부지조성공사)**

② 피고 회사는 "아파트 단지 내 토지"에 대한 학교부지 정지 마감공사를 2008. 7.말까지 완료하여야 하며, 법적 기반시설공사를 개교 6개월 전까지 화성교육청의 요구대로 완료하여 추후 학교설립에 지장이 없도록 한다.

**제9조 (기타사항)**

오산시는 양산동 일원에 추가 지구단위계획수립시, 지구단위계획구역 내에 중학교 부지를 시설결정하며 주택건설사업계획승인 신청시 화성교육청이 오산시에게 학교부지를 사업시행자로 하여금 화성교육청에게 무상기부채납하도록 협의 요구할 때, 오산시는 화성교육청의 요구대로 해당 중학교 용지를 화성교육청에게 무상기부채납하도록 협조한다.

사. 이에 따라 피고 경기도는 2008. 6. 19. 피고 회사와 사이에 피고 경기도 소유의 이 사건 토지와 피고 회사 소유의 아파트 단지 내 토지를 교환하기로 하는 계약을 체결한 후, 2008. 6. 24. 이 사건 토지에 관하여 피고 회사 명의로 소유권이전등기를 마쳤다.

아. 경기도 교육감은 2008. 9. 25. 사회기반시설에 대한 민간투자법 제8조의2 제2항, 제10조 제3항에 의하여 오산시 양산동 152 일원(아파트 단지 내 토지를 말한다)에 양산초등학교를 신설하는 사업을 민간투자대상사업으로 지정하고 민간투자시설사업기본계획을 수립하여 이를 고시(경기도교육청 고시 제2008-58호)하였다.

## Ⅱ. 관련법령

### 1. 공익사업법[2)]

제91조(환매권) ① 토지의 협의취득일 또는 수용의 개시일(이하 이 조에서 "취득일"이라 한다)부터 10년 이내에 당해 사업의 폐지·변경 또는 그 밖의 사유로 취득한 토지의 전부 또는 일부가 필요 없게 된 경우 취득일 당시의 토지소유자 또는 그 포괄승계인(이하 "환매권자"라 한다)은 당해 토지의 전부 또는 일부가 필요 없게 된 때부터 1년 또는 그 취득일부터 10년 이내에 당해 토지에 대하여 받은 보상금에 상당하는 금액을 사업시행자에게 지급하고 그 토지를 환매할 수 있다.

② 제1항의 규정은 취득일부터 5년 이내에 취득한 토지의 전부를 당해 사업에 이용하지 아니한 때에 이를 준용하되, 이 경우 환매권은 취득일부터 6년 이내에 이를 행사하여야 한다.

⑤ 제1항부터 제3항까지의 규정에 따른 환매권은 「부동산등기법」에서 정하는 바에 따라 공익사업에 필요한 토지의 협의취득 또는 수용의 등기가 되었을 때에는 제3자에게 대항할 수 있다.

⑥ 국가·지방자치단체 또는 정부투자기관이 사업인정을 받아 공익사업에 필요한 토지를 협의취득 또는 수용한 후 당해 공익사업이 제4조 제1호 내지 제4호에 규정된 다른 공익사업으로 변경된 경우 제1항 및 제2항의 규정에 의한 환매권 행사기간은 관

2) 2007. 10. 17. 법률 제8665호로 개정되기 전의 것

보에 당해 공익사업의 변경을 고시한 날부터 기산한다. 이 경우 국가·지방자치단체 또는 정부투자기관은 공익사업의 변경사실을 대통령령이 정하는 바에 따라 환매권자에게 통지하여야 한다.

제20조(사업인정) ① 사업시행자는 제19조에 따라 토지등을 수용하거나 사용하려면 대통령령으로 정하는 바에 따라 국토해양부장관의 사업인정을 받아야 한다.

제19조(토지등의 수용 또는 사용) ① 사업시행자는 공익사업의 수행을 위하여 필요하면 이 법에서 정하는 바에 따라 토지등을 수용하거나 사용할 수 있다.

② 공익사업에 수용되거나 사용되고 있는 토지등은 특별히 필요한 경우가 아니면 다른 공익사업을 위하여 수용하거나 사용할 수 없다.

## 2. 국토계획법

제88조(실시계획의 작성 및 인가 등) ① 도시계획시설사업의 시행자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 도시계획시설사업에 관한 실시계획(이하 "실시계획"이라 한다)을 작성하여야 한다.

② 도시계획시설사업의 시행자(국토해양부장관, 시·도지사와 대도시 시장은 제외한다. 이하 제3항에서 같다)는 제1항에 따라 실시계획을 작성하면 대통령령으로 정하는 바에 따라 국토해양부장관, 시·도지사 또는 대도시 시장의 인가를 받아야 한다.

③ 국토해양부장관, 시·도지사 또는 대도시 시장은 도시계획시설사업의 시행자가 작성한 실시계획이 제43조제2항에 따른 도시계획시설의 결정·구조 및 설치의 기준 등에 맞다고 인정하는 경우에는 실시계획을 인가하여야 한다. 이 경우 국토해양부장관, 시·도지사 또는 대도시 시장은 기반시설의 설치나 그에 필요한 용지의 확보, 위해 방지, 환경오염 방지, 경관 조성, 조경 등의 조치를 할 것을 조건으로 실시계획을 인가할 수 있다.

④ 인가받은 실시계획을 변경하거나 폐지하는 경우에는 제2항을 준용한다. 다만, 국토해양부령으로 정하는 경미한 사항을 변경하는 경우에는 그러하지 아니하다.

⑤ 실시계획에는 사업시행에 필요한 설계도서, 자금계획, 시행기간, 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항을 자세히 밝히거나 첨부하여야 한다.

제96조(「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」의 준용) ① 제95조에 따른 수용 및 사용에 관하여는 이 법에 특별한 규정이 있는 경우 외에는 「공

익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」을 준용한다.

② 제1항에 따라 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」을 준용할 때에 제91조에 따른 실시계획을 고시한 경우에는 같은 법 제20조제1항과 제22조에 따른 사업인정 및 그 고시가 있었던 것으로 본다. 다만, 재결 신청은 같은 법 제23조제1항과 제28조제1항에도 불구하고 실시계획에서 정한 도시계획시설사업의 시행기간에 하여야 한다.

## Ⅲ. 판결 요지

[1] 환매권에 관하여 규정한 '공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률'(이하 '공익사업법'이라고 한다)제91조 제1항에서 말하는 '당해 사업'이란 토지의 협의취득 또는 수용의 목적이 된 구체적인 특정의 공익사업으로서 공익사업법 제20조 제1항에 의한 사업인정을 받을 때 구체적으로 특정된 공익사업을 말하고, '국토의 계획 및 이용에 관한 법률' 제88조, 제96조 제2항에 의해 도시계획시설사업에 관한 실시계획의 인가를 공익사업법 제20조 제1항의 사업인정으로 보게 되는 경우에는 그 실시계획의 인가를 받을 때 구체적으로 특정된 공익사업이 바로 공익사업법 제91조 제1항에 정한 협의취득 또는 수용의 목적이 된 당해 사업에 해당한다. 또 위 규정에 정한 당해 사업의 '폐지·변경'이란 당해 사업을 아예 그만두거나 다른 사업으로 바꾸는 것을 말하고, 취득한 토지의 전부 또는 일부가 '필요 없게 된 때'란 사업시행자가 취득한 토지의 전부 또는 일부가 그 취득 목적 사업을 위하여 사용할 필요 자체가 없어진 경우를 말하며, 협의취득 또는 수용된 토지가 필요 없게 되었는지 여부는 사업시행자의 주관적인 의사를 표준으로 할 것이 아니라 당해 사업의 목적과 내용, 협의취득의 경위와 범위, 당해 토지와 사업의 관계, 용도 등 제반 사정에 비추어 객관적·합리적으로 판단하여야 한다.

[2] '공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률' 제91조 제1항에서 환매권의 행사요건으로 정한 "당해 토지의 전부 또는 일부가 필요 없게 된 때로부터 1년 또는 그 취득일로부터 10년 이내에 그 토지를 환매할 수 있다"라는 규정의 의미는 취득일로부터 10년 이내에 그 토지가 필요 없게 된 경우에는 그때로부터 1년 이내에 환매권을 행사할 수 있으며, 또 필요 없게 된 때로부터 1년이 지났더라도 취득일로부

터 10년이 지나지 않았다면 환매권자는 적법하게 환매권을 행사할 수 있다는 의미로 해석함이 옳다.

[3] 공익사업의 변환을 인정한 입법 취지 등에 비추어 볼 때, '공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률' 제91조 제6항은 사업인정을 받은 당해 공익사업의 폐지·변경으로 인하여 협의취득하거나 수용한 토지가 필요 없게 된 때라도 위 규정에 의하여 공익사업의 변환이 허용되는 다른 공익사업으로 변경되는 경우에는 당해 토지의 원소유자 또는 그 포괄승계인에게 환매권이 발생하지 않는다는 취지를 규정한 것이라고 보아야 하고, 위 조항에서 정한 "제1항 및 제2항의 규정에 의한 환매권 행사기간은 관보에 당해 공익사업의 변경을 고시한 날로부터 기산한다."는 의미는 새로 변경된 공익사업을 기준으로 다시 환매권 행사의 요건을 갖추지 못하는 한 환매권을 행사할 수 없고 환매권 행사 요건을 갖추어 제1항 및 제2항에 정한 환매권을 행사할 수 있는 경우에 그 환매권 행사기간은 당해 공익사업의 변경을 관보에 고시한 날로부터 기산한다는 의미로 해석해야 한다.

[4] '공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률' 제91조 제6항에 정한 공익사업의 변환은 같은 법 제20조 제1항의 규정에 의한 사업인정을 받은 공익사업이 일정한 범위 내의 공익성이 높은 다른 공익사업으로 변경된 경우에 한하여 환매권의 행사를 제한하는 것이므로, 적어도 새로운 공익사업에 관해서도 같은 법 제20조 제1항의 규정에 의해 사업인정을 받거나 또는 위 규정에 따른 사업인정을 받은 것으로 의제하는 다른 법률의 규정에 의해 사업인정을 받은 것으로 볼 수 있는 경우에만 공익사업의 변환에 의한 환매권 행사의 제한을 인정할 수 있다.

[5] 공익사업의 원활한 시행을 위한 무익한 절차의 반복 방지라는 '공익사업의 변환'을 인정한 입법 취지에 비추어 볼 때, 만약 사업시행자가 협의취득하거나 수용한 당해 토지를 제3자에게 처분해 버린 경우에는 어차피 변경된 사업시행자는 그 사업의 시행을 위하여 제3자로부터 토지를 재취득해야 하는 절차를 새로 거쳐야 하는 관계로 위와 같은 공익사업의 변환을 인정할 필요성도 없게 되므로, 공익사업의 변환을 인정하기 위해서는 적어도 변경된 사업의 사업시행자가 당해 토지를 소유하고 있어야 한다. 나아가 공익사업을 위해 협의취득하거나 수용한 토지가 제3자에게 처분된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 토지는 당해 공익사업에는 필요 없게 된 것이라고 보아

야 하고, 변경된 공익사업에 관해서도 마찬가지이므로, 그 토지가 변경된 사업의 사업시행자 아닌 제3자에게 처분된 경우에는 공익사업의 변환을 인정할 여지도 없다.

[6] 지방자치단체가 도시관리계획상 초등학교 건립사업을 위하여 학교용지를 협의취득하였으나 위 학교용지 인근에서 아파트 건설사업을 하던 주택건설사업 시행자와 그 아파트 단지 내에 들어설 새 초등학교 부지와 위 학교용지를 교환하고 위 학교용지에 중학교를 건립하는 것으로 도시관리계획을 변경한 사안에서, 위 학교용지에 대한 협의취득의 목적이 된 당해 사업인 '초등학교 건립사업'의 폐지·변경으로 위 토지는 당해 사업에 필요 없게 되었고, 나아가 '중학교 건립사업'에 관하여 사업인정을 받지 않았을 뿐만 아니라 위 학교용지가 중학교 건립사업의 시행자 아닌 제3자에게 처분되었으므로 공익사업의 변환도 인정할 수 없다는 이유로 위 학교용지에 관한 환매권 행사를 인정한 사례.

# Ⅳ. 검토

## 1. 쟁점

대상판결은 공익사업법상 환매제도에 관한 많은 쟁점들을 담고 있다.

우선 이 사건 토지를 협의취득한 사업이 그 소유권이 피고 회사에게 이전되고 양산초등학교가 다른 곳에 신축될 것이 확정됨으로써 폐지되어 환매사유가 발생하였는지 아니면 피고 회사에 소유권이 이전된 후에도 중학교 건립을 위해 동일성을 유지하면서 계속되고 있는 것인지가 문제된다(쟁점 1).

다음으로 공익사업법 제91조 제1항의 "당해 토지의 전부 또는 일부가 필요 없게 된 때부터 1년 또는 그 취득일부터 10년 이내"라는 환매기간 규정을 어떻게 해석할 것인지, 즉 1년과 10년 기간 둘 중 하나라도 도과하면 족한 것인지, 둘 다 도과할 것을 요하는지가 문제된다(쟁점 2).

마지막으로 공익사업법 제91조 제6항의 공익사업 변환시 환매권 행사가능성 및 공익사업의 변환을 언제 인정할 수 있는가가 문제된다(쟁점 3).

해당 쟁점을 논하기에 앞서 환매권의 의의, 법적근거 및 법적 성질을 먼저 검토하기로 한다.

## 2. 공익사업법상 환매권

### (1) 환매권의 의의

공익사업법상 환매권이란 공용수용의 목적물이 당해 공익사업에 불필요하게 되었거나 그것이 현실적으로 수용의 전제가 된 공익사업에 공용되지 아니하는 경우에 원래의 피수용자가 일정한 요건하에 다시 매수하여 소유권을 회복할 수 있는 권리를 말한다[3].

환매권은 수용된 목적물이 더 이상 필요하지 않게 되었을 때 원소유자에게 소유권을 회복할 기회를 주는 것으로, 재산권의 존속보장 사상에 부합하는 것으로 볼 수 있다[4]. 그 밖에 공평의 원칙, 피수용자의 감정의 만족[5] 등에서 환매권의 정당성을 찾기도 한다.

### (2) 환매권의 법적 근거

환매권이 헌법상 재산권 보장 규정으로부터 직접 도출되는 권리인지, 아니면 개별법령상 근거가 있어야만 인정되는 권리인지에 대하여 견해의 대립이 있을 수 있다.

이에 대하여 헌법재판소는 "토지수용법(土地收用法) 제71조 소정의 환매권(還買權)은 헌법(憲法)상의 재산권(財産權) 보장규정(保障規定)으로부터 도출(導出)되는 것으로서 헌법(憲法)이 보장(保障)하는 재산권(財産權)의 내용에 포함되는 권리(權利)[6]"라고 하여 환매권이 헌법상 재산권 보장조항으로부터 도출되는 것으로서 헌법이 보장하는 재산권의 내용에 포함되는 권리로 보고 있다. 반면, 대법원은 "입법자가 법령을 제정하지 않고 있거나 이미 제정된 법령이 소멸하였다고 하여 피수용자가 곧바로 헌법상 재산권 보장규정을 근거로 하여 국가나 기업자를 상대로 수용목적이 소멸한 토지의 소유권 이전을 청구할 수 있는 것은 아니라고 보아야 할 것[7]"하여 개별 법령의 규정에 의하여 구체적으로 형성되어야만 인정되는 권리로 이해하고 있다.

---

3) 헌재 1994. 2. 24.자 92헌가15 내지 17 결정

4) 김남진/김연태, 행정법 Ⅱ 15판(2011), 579면 ; 헌법재판소 1994. 2. 24. 92헌가15 내지 17 결정

5) 대법원 2001. 5. 29.선고 2001다11567판결

6) 헌법재판소 1994. 2. 24.자 92헌가15 결정

7) 대법원 1998. 4. 10. 선고 96다52359판결

### (3) 환매권의 법적 성질

공익사업법상 환매권이 공권인지, 사권인지에 대해 견해의 대립이 있다.

공권설은 환매권이 공권력의 주체에 대한 권리라는 점과 공법적 원인에 기하여 야기된 법적 상태를 원상으로 회복하는 것이라는 점 등을 그 근거로 한다.

반면 사권설은 환매권의 내용은 수용당한 토지를 되돌려 받을 수 있는 권리로서 토지의 소유권이 수용의 반대방향으로 이전되기는 하나, 수용의 해제나 취소가 아니라 유효하게 성립된 수용이 사후에 발생한 법정의 환매요건이 충족됨으로써 수용당한 자가 순수하게 자기의 개인적 이익을 위하여 이용되고 있지 아니하는 수용목적물을 다시 취득하기 위한 권리이므로 그 법적 성질은 수용과는 달리 사법상의 권리라고 보아야 한다고 한다.

판례는 환매를 사법상의 매매로 보아 사권설을 취하고 있어[8], 환매에 관한 분쟁은 민사소송으로 처리되고 있다.

### (4) 환매의 요건

#### 1) 발생요건

환매권은 (ⅰ) 토지의 협의취득일 또는 수용의 개시일부터 10년 이내에 당해 사업의 폐지·변경 그 밖의 사유로 인하여 취득한 토지의 전부 또는 일부가 필요없게 된 경우(공익사업법 제91조 제1항) 또는 (ⅱ) 토지의 협의취득일 또는 수용의 개시일부터 5년 이내에 취득한 토지의 전부를 당해 사업에 이용하지 아니한 경우(동조 제2항)의 경우에 행사할 수 있다.

(ⅱ)의 요건에 대하여 대법원 판례는 "제1항이 취득한 토지가 공공사업에 이용할 필요가 없게 된 때에는 그 토지 전부가 필요없게 된 경우뿐만 아니라 그 토지 중의 일부가 필요없게 된 경우에도 그 부분에 대하여 환매권을 행사할 수 있도록 규정하고 있는 것과는 달리, 제2항은 취득한 토지 "전부"가 공공사업에 이용되지 아니한 경우에 한하여 환매권을 행사할 수 있고 그중의 일부라도 공공사업에 이용되고 있으면 나머지 부분에 대하여도 장차 공공사업이 시행될 가능성이 있는 것으로 보아 환매권의 행사를 허용하지 않는 것으로 규정함으로써, 제1항의 경우보다 환매권행사의 요건을 가중하고 있는 것으로 해석함이 상당하다."고 판시하여(대법원 1992.12.8, 92다

8) 대법원 1992. 4. 24. 선고 92다4673판결 ; 헌법재판소 1994. 2. 24.자 92헌마283결정

18306), 토지 “전부”가 필요없게 된 경우일 것을 요하고 있다.

( i ) 의 요건에 대해서는 아래 3.에서 자세히 검토한다.

2) 행사요건

환매권자는 환매사유가 발생하더라도, 곧바로 수용된 토지를 환매할 수 있는 것은 아니며, 환매를 위해서는 당해 토지에 대하여 받은 보상금에 상당하는 금액을 사업시행자에게 지급해야 한다(공익사업법 제91조 제1항).

이 사건에서 1심 법원은 환매사유 발생을 인정하면서도, 환매대금 상당을 지급하거나 공탁하지 아니한 경우는 환매로 인한 소유권이전등기 청구는 물론 환매대금의 지급과 상환으로 소유권이전등기를 구할 수 없다고 하면서(대법원 1996. 2. 9. 선고 94다46695판결 참조), 원고들이 보상금 상당의 금액을 지급하거나 공탁하지 않았음을 이유로 원고들의 청구를 전부 기각한 바 있다.

실무상 환매권자들은 1심에서 보상금을 공탁하지 않은 채 소송을 제기하여 인용가능성을 타진한 후, 1심법원이 환매사유는 인정하면서도 보상금을 공탁하지 않았음을 이유로 기각하는 경우, 항소 후 비로소 보상금을 공탁하는 방식을 취하고 있는 것으로 보인다.

3) 행사기간

공익사업법은 ① 취득일로부터 10년 이내에 당해 사업의 폐지·변경 그 밖의 사유로 인하여 취득한 토지의 전부 또는 일부가 필요없게 된 경우에는 당해 토지의 전부 또는 일부가 필요없게 된 때부터 1년 또는 그 취득일로부터 10년 이내에, ② 취득일부터 5년 이내에 취득한 토지의 전부를 당해 사업에 이용하지 아니한 때에는 취득일부터 6년 이내에 환매권을 행사하도록 규정하고 있다.

공익사업법상의 환매기간은 제척기간으로서 환매권 행사기간의 준수 여부는 법원의 직권조사사항이다.

대상판결은 환매기간에 대해서도 언급하고 있는바 자세한 내용은 아래 4.에서 검토한다.

## 3. 이 사건 사업이 폐지·변경되었는지 여부: 쟁점 1

환매의 발생요건 중 위 ( i )의 요건에 대해 대법원 판례는, “공익사업법 제91조 제

1항이 정하는 '당해 사업'이라 함은 토지의 협의취득의 목적이 된 구체적인 공익사업을 가리키는 것"이라고 하면서, "당해 사업의 '폐지·변경'이라 함은 당해 사업을 아예 그만두거나 다른 사업으로 바꾸는 것을 의미하고, 취득한 토지 등의 전부 또는 일부가 '필요 없게 되었을 때'라고 함은 사업시행자가 취득한 토지 등의 전부 또는 일부가 그 취득 목적 사업을 위하여 사용할 필요 자체가 없어진 경우를 의미하며, 협의취득된 토지가 필요 없게 되었는지 여부는 사업시행자의 주관적인 의사를 표준으로 할 것이 아니라 당해 사업의 목적과 내용, 협의취득의 경위와 범위, 당해 토지와 사업의 관계, 용도 등 제반 사정에 비추어 객관적·합리적으로 판단하여야 한다"고 하고 있다.

위와 같은 대법원 판례의 입장에서 '필요 없게 되었을 때'로 인정된 경우와 인정되지 아니한 경우를 살펴보면 다음과 같다.

**〈'필요 없게 되었을 때'로 인정된 사례〉**

① 사업시행자가 도로의 확장 및 포장공사를 위해 취득한 토지 중 일부만을 도로부지로 편입시켜 공사를 완성하고 나머지 토지는 도로 양측의 절개지로 이용될 예정이었으나 그 곳의 토사를 채취하여 평탄하게 된 후 도시계획법에 의한 미관지구로 지정·고시되었으나 구체적 공공사업의 시행 없이 방치되다가 사업시행자가 그 토지에 대한 건설부 행정재산으로서의 용도를 폐지하고 재무부에 인계한 경우, 그 나머지 토지는 당해 도로의 확·포장사업에 필요 없게 되었으므로 환매권을 행사할 수 있다고 한 사례(대법원 1997.11.11 선고 97다36835판결)

② 피고(대한민국)가 수용하여 주한미군의 사용에 공여한 토지 중 일부를 주한미군당국이 일반공중의 통행에 공하는 도로건설을 위하여 사용하도록 하였다면 그 부분은 이미 피고에게 반환되었다고 볼 것이고, 그때로부터는 군사상 필요도 소멸하였다고 할 것이므로 환매권 행사는 적법하다고 한 사례(대법원 1994.11.11. 선고 94다26035판결)

③ 도시계획사업의 실시계획인가를 받을 때 비록 공익사업의 종류가 추상적으로 "공용의 청사 건립 및 도로의 설치"로만 지정되어 있었다고 하더라도, 그 도시계획사업의 시행자가 서울특별시장인 이상 그 도시계획사업의 실시계획인가에 따라 구체적으로 특정된 공익사업은 바로 피고 서울특별시가 설치할 공용청사의 건립이라고 보아야 할 것인바, 그 공익사업은 피고가 시청청사 등의 건립계획을 백지화하고 사업구역내의 일부 토지를 대법원·대검찰청의 부지 및 건물과 교환함으로써 폐지되거나 변경된 것임이

명백하다고 한 사례(대법원 1994.1.25. 선고 93다11760, 11777, 11784판결[9])

④ 형식적으로는 당해 토지가 예정지구에서 제외된 것이 아니고 사업시행자가 법이 정하는 절차에 따라 개발계획 또는 실시계획의 승인을 받았다고 하더라도, 이 사건에 있어서와 같이 법령의 규제로 인하여 다른 도시계획시설을 설치하거나 택지개발계획을 실시할 수 없어 당해 토지에 대하여 사실상 택지개발사업을 실시하지 아니하고 원형토지를 본래의 용도 그대로 원소유자에게 돌려주어야 하는 경우도 기타 등의 사유로 인하여 필요 없게 된 경우에 포함된다고 해석하는 것이 상당하다고 한 사례(대법원 1992.7.28. 선고 92다3861판결)

**〈'필요 없게 되었을 때'로 인정되지 아니한 사례〉**

① 수도권신공항건설 촉진법에 따른 신공항건설사업의 시행자가 인천국제공항2단계 건설사업을 시행하면서 그 부대공사로서 항공기 안전운항에 장애가 되는 구릉을 제거하는 공사를 하기 위해 그 구릉 일대에 위치한 토지를 협의취득한 후 절토작업을 완료한 사안에서, 절토작업이 완료되었다는 사정만으로 그 토지가 당해 사업에 필요 없게 되었다고 보기 어려워 그 토지에 관한 환매권이 발생하지 않았다고 한 사례(대법원 2010. 5. 13. 선고 2010다12043 판결[10])

---

9) 그러나 공익사업의 변환을 인정하여 환매권의 발생을 부정하였다.

10) 당해 판결의 이유는 다음과 같다.: "원심판결 이유와 원심의 채용 증거들에 의하면, 피고는 수도권신공항건설 촉진법에 따른 신공항건설사업의 시행자로서 인천국제공항 2단계 건설사업의 공항시설공사 선행작업인 부지조성공사를 시행하면서, 그 공사의 일환으로 계류장 부지조성공사와 항공기 안전운항에 장애가 되는 구릉제거 등 부대공사를 하게 된 사실(이하 위 사업과 그에 따른 공사를 총칭하여 '이 사건 사업'이라고 한다), 피고는 이 사건 사업의 시행을 위하여 원고들로부터 인천국제공항에 입·출항하는 항공기의 안전운행에 장애가 되는 오성산 일대에 위치한 이 사건 각 토지를 협의취득한 후 이 사건 각 토지에 대한 절토작업을 완료한 사실, 원고들은 위와 같이 절토작업이 완료된 이상 이 사건 사업이 종료되어 이 사건 각 토지를 더 이상 사용할 필요가 없게 되었다는 이유로, 이 사건 소장부본의 송달로서 피고에게 이 사건 각 토지에 대한 환매의 의사표시를 하고 이 사건 각 토지의 보상금 상당액을 공탁한 사실을 각 알 수 있다.

그렇다면 이 사건 각 토지는 인천국제공항에 입·출항하는 항공기의 안전운행에 장애가 되는 구릉제거공사를 위하여 협의취득된 것으로서, 절토작업이 완료된 이 사건 각 토지의 현황을 그대로 유지하는 것은 인천국제공항에 입·출항하는 항공기의 안전운행을 위하여 반드시 필요한 것이므로 이 사건 사업의 목적은 위와 같은 장애구릉을 제거하는 것에 그치지 않고 그 현상을 유지하는 것까지 포함하는 것이라고 봄이 상당하고, 이 사건 각 토지는 이 사건 사업에 계속 이용되는 것이거나 필요한 것으로서 공익상 필요가 소멸하지 않았다고 볼 수 있으며, 한편 환매에 의하여 원고들에게 일단 이 사건 각 토지의 소유권이 회복된 후에는 개발행위권자 내지 건축허가권자가 아닌 피고로서는 항공기 안전운행에 방해가 되는 행위의 실행을 막을 방법이 없는 점 등도 고려하면, 이 사건 각 토지에 대한 절토공사가 완료되었다는 사정만으로 이 사건 각 토지가 이 사건 사업에 필요 없게 되었다고 보기는 어렵다 할 것이다.

그럼에도 원심은 이 사건 각 토지에 대한 절토공사가 완료된 이상 이 사건 각 토지는 이사건 사업

② 한국농어촌공사가 영산강 유역 농업개발사업을 위하여 협의 취득한 토지 중 일부 토지에 관하여 환매가 청구된 사안에서, 그 일부토지에 설치하기로 예정하였던 시설물이 다른 곳에 설치되었다고 하여 그와 같은 구체적인 토지이용계획의 변경이 그 토지가 위 사업에 이용될 필요가 없어지게 하는 공공사업의 변경에 해당한다고 단정할 수 없고, 그 토지의 일부를 일시적으로 다른 사람에게 임대하였다는 사정만으로 그 토지가 위 사업에 필요없게 되었다고 보기도 어렵다고 한 사례(대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다43041 판결[11])

③ 도시공원 외부와는 울타리로 차단되어 그 내부에 위치하면서 녹화를 통하여 공원으로 이용되고 있는 피수용 토지를 도시공원법상 도시공원과 구별되는 녹지로 보지 아니하고 도시공원 내의 녹화된 공원 부지로 보아, 그 토지가 수용목적사업에 이용되는 것에 해당하여 환매권을 행사할 수 없다고 한 사례(대법원 1998.3.27.선고 97다

---

에 필요하지 않게 되었다는 이유로 원고들에게 이 사건 각 토지에 관한 환매권이 발생하였다고 판단하고 말았으니, 원심판결에는 공익사업법상의 환매의 요건에 관한 법리를 오해함으로써 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다. 이 점을 지적하는 피고의 상고이유의 주장은 이유 있다.“

11) 당해 판결의 이유는 다음과 같다.: “앞서 살펴본 바와 같이 이 사건 사업은 종합적이고 광범위한 분야에 걸친 공공사업이므로 이 사건 토지의 협의취득 당시 이 사건 토지 위에 설치하기로 예정하였던 부대시설이 다른 곳에 설치되었다고 하여 그와 같은 구체적인 토지이용계획의 변경이 이 사건 토지가 아예 이 사건 사업에 이용될 필요가 없어지게 하는 공공사업의 변경에 해당한다고 쉽사리 단정할 수 없다. 이 사건 토지 중 전남 해남군 산이면 구성리 산 임야에는 조경수 및 잔디가 식재되어 있고 나머지 부분에도 조경수 및 잔디를 식재하여 미관지구로 보존할 계획임은 앞서 살펴본 바와 같은데, 이 사건 사업에는 당초부터 조경수나 잔디를 식재하여 자연녹지를 갖추는 내용의 토지이용계획이 포함되어 있었던 이상 이 사건 토지에 조경수 및 잔디를 식재하는 내용의 위와 같은 토지이용계획은 이 사건 사업의 범위에 포함된다고 할 것이다. 또한 원심은 이 사건 토지의 활용과 관련된 ‘조경수 및 잔디 식재’는 이 사건 토지의 취득목적인 현황판, 준공탑, 주차장, 음수대, 화장실 등의 부대시설 설치에서 제외되었음을 판결이유로 들고 있다. 그러나 이 사건 토지의 협의취득 당시 ‘조경수 및 잔디 식재’가 그 목적에서 제외되었다 하더라도 그 후 부분적인 토지이용계획의 변경으로 인하여 현황판 등의 부대시설을 △△도에 설치하는 대신 이 사건 토지에는 ‘조경수 및 잔디’를 식재하는 것으로 변경하는 것은 이 사건 사업의 전체 범위 내에서 충분히 가능하다 할 것이다. 따라서 위와 같은 사유가 이 사건 토지가 이 사건 사업에 이용할 필요가 없어지게 되었다고 판단할 만한 필연적인 근거가 될 수 없다. 아울러 피고가 이 사건 토지의 일부를 다른 사람에게 임대하였다는 사정도 다음과 같은 사정에 비추어 보면 이 사건 토지가 이 사건 사업에 이용할 필요가 없어지게 되었다는 근거가 되기에는 부족하다. 즉 피고가 소외인에게 일시적으로 이 사건 토지 중 300~360㎡를 토석 운반용 차량의 진·출입로로 사용하도록 임대하기는 하였으나 계약조건에 2년의 한시적 사용임을 명기하고 있고,피고가 이 사건 토지 중 일부를 해남군 에 농수산물직판장 설치를 위한 부지로 일시 임대한 것도 그 면적이 33㎡에 불과하고 해남군에서 설치한 시설물도 가설건축물인데다가임대기간도 한시적이어서 사용료도 부과하지 않았으며(기록 662면),피고가 해남군수에게 임대하여 준 부분도 그 사용목적이 “꽃동산 조성(해바라기, 코스모스 식재 및 돌탑 조형물 1기 설치)”이므로 피고가 이 사건 토지에 조경수와 잔디를 식재하여 미관용지로 사용하기로 한 토지이용계획에 반하지 않는 내용인 점 등을 종합하면 위와 같은 일시적 임대를 이유로 이 사건 토지가 이 사건 사업에 필요없게 되었다고 보기는 어렵다 할 것이다.“

39766판결)

④ 신단양이주단지 조성사업을 위하여 협의취득한 토지 중 일부가 녹지지역 등에 편입되어 있으나 인근 주민들의 작물재배지로 이용되고 있다하여, 당해 공공사업이 폐지·변경되어 취득한 토지가 필요 없게 되었다고 볼 수 없다고 한 사례(대법원 1995. 11. 28. 선고 95다24845판결)

대상판결의 원심판결은, ① 당초 도시계획사업의 실시계획인가를 받을 때 구체적으로 특정된 공익사업은 '초등학교' 건립사업이었고, 이에 따라 화성교육청도 '양산초등학교'로 학교명까지 특정하여 학교시설사업 시행계획을 고시한 점, ② 피고 경기도가 원고 등과 사이에 이 사건 토지를 취득하기 위하여 협의하는 과정에서 원고 등에게 이 사건 토지 취득의 목적이 초등학교 건립사업이라고 고지하였고, 원고 등 역시 그러한 전제하에 협의취득에 응한 것으로 보이는 점, ③ 피고 경기도가 이 사건 토지 인근에서 아파트 건설사업을 하면서 그 단지 내 초등학교 신설이 필요했던 피고 회사와 사이에 초등학교가 들어설 아파트 단지 내 부지와 이 사건 토지를 교환함으로써 결국 이 사건 토지를 제3자에게 매각·처분한 것이므로, 피고 경기도가 그러한 처분행위 자체로서 당초 사업이 폐지되었음을 스스로 인정하는 결과가 된 점, ④ 더구나 이 사건 토지는 현재 피고 회사의 소유이므로, 피고 경기도의 계획대로 이 사건 토지상에 중학교를 설립하기 위해서는 피고 회사로부터 이 사건 토지의 소유권을 이전받아야만 할 것인데, 부지교환협약서의 기재에 의하더라도 피고 회사로 하여금 이 사건 토지를 기부채납할 의무를 부과하는 내용은 전혀 없어, 결국 이 사건 토지를 중학교 부지로서 재확보할 수 있을지 여부는 전적으로 사기업인 피고 회사에게 달려있는 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면 이 사건 토지에 대한 협의취득의 목적이 된 공익사업은 '양산초등학교 건립사업'으로 특정되고, 결국 피고들 사이의 위 교환계약에 따라 이 사건 토지의 소유권이 피고 회사에 이전됨으로써 위 공익사업은 폐지되었다고 판단하였다.

또한 대상판결은 ① 협의취득의 목적이 된 당해 사업은 '양산초등학교 건립사업'이며, '중학교 건립사업'은 당초의 협의취득 목적과는 동일성이 유지되지 않는 별개의 사업이라는 점, ② 피고 경기도가 양산초등학교 용지를 피고 회사에게 처분하고 당해 용지에 중학교를 건립하는 것으로 도시관리계획을 변경한 점을 근거로 이 사건 사업은 폐지·변경되었다고 판시하였다.

공익사업은 예산문제와 인근주민의 민원 등 다양한 요소로 인해 사업 추진 과정에

서 당초 협의취득의 목적으로 고시되었던 내용과 변경되는 경우가 상당수 발생한다. 현재 추진 중인 공익사업의 형태가 최초 고시된 내용과 경미한 차이만 있는 경우에도 환매를 인정하게 되면, 국가가 수용토지를 환매해 주고 다시 재수용 하는 데 많은 시간과 비용이 소요되어 행정목적의 달성을 현저히 저해하게 될 것이다. 반면 현재 추진 중인 공익사업의 내용이 최초의 공익사업 내용과 서로 동일성을 인정할 수 없을 정도로 변경된 경우에도 환매를 부정한다면, 국민의 재산권 박탈을 지나치게 쉽게 허용하게 되는 결과가 된다. 따라서 당해 사업의 폐지·변경 여부를 위한 기준 설정에 있어서는 행정목적 달성과 재산권 보장의 조화라는 과제를 유념해야 한다. 또한 공익사업법이 공익사업 변환 제도를 통해 환매권 행사로 인해 발생하는 행정낭비를 예방할 수 있는 장치를 두고 있음도 충분히 고려해야 한다.

본 사안에서 대상판결은 수용토지를 제3자에게 처분한 사실과 고시된 사업의 내용을 당해 사업의 폐지·변경 여부 판단을 위한 주요 요소로 파악하였다. 수용토지를 제3자에게 처분한 것은 사실상 해당 토지를 당해 사업을 위해 사용할 의도가 더 이상 없음을 보여준다는 점에서, 또한 고시된 사업의 내용은 재산권 박탈의 정당한 사유에 해당한다는 점에서, 대상판결의 판단은 적절한 것으로 생각된다.

## 4. 환매기간 : 쟁점2

대상판결은 공익사업법 “제91조 제1항에서 환매권의 행사요건으로 정한 “당해 토지의 전부 또는 일부가 필요 없게 된 때로부터 1년 또는 그 취득일로부터 10년 이내에 그 토지를 환매할 수 있다”라는 규정의 의미는 취득일로부터 10년 이내에 그 토지가 필요 없게 된 경우에는 그때로부터 1년 이내에 환매권을 행사할 수 있으며, 또 필요 없게 된 때로부터 1년이 지났더라도 취득일로부터 10년이 지나지 않았다면 환매권자는 적법하게 환매권을 행사할 수 있다는 의미로 해석함이 옳다.“고 판시하였다. 이는 ‘필요 없게 된 때로부터 1년’과 ‘취득일로부터 10년’ 전부가 도과해야 환매권 행사가 금지된다는 해석으로서, 제척기간 또는 소멸시효의 해석에 있어 단기와 장기 둘 중 하나만 도과해도 권리행사를 부정하는 해석과 구별된다.

공익사업법 제91조 제1항의 환매기간의 위헌 여부에 대하여 최근 헌법재판소는 “사업시행자의 소유권 취득 당시로부터 일정기간 내에 법률관계를 안정시킬 필요성과 수용일로부터 10년 이내라는 기간 설정의 적정성은 인정되며, 환매권의 발생기간과 행사기간을 동일하게 수용일로부터 10년 이내로 정함에 따라 그 기한에 임박한 시점

에 환매권이 발생한 경우에도 또 다른 환매권의 행사기간인 “그 필요 없게 된 때로부터 1년”이 지나지 아니하였다면 환매권을 행사할 수 있다고 볼 수 있는바, 이러한 환매권 행사기간의 설정이 그 형성에 관한 입법재량을 일탈했다고 보기는 힘들다. 또한 환매권이 이미 발생하였다 하더라도 환매권자가 이를 알 때까지 언제까지나 계속 존속하고 있다면 여전히 법률관계의 안정이 어렵게 되고, 환매권자는 수용 당시에 이미 정당한 보상을 받았을 뿐만 아니라, 사업시행자가 통지 또는 공고의무를 위반한 경우에는 불법행위가 인정되어 환매권자의 손해가 전보됨에 비추어볼 때, 환매권자가 환매권의 발생사실을 알지 못한 경우를 별도로 고려하지 않고 일률적으로 수용일 또는 취득일을 기산점으로 하여 환매권의 행사기간을 정하였다 하더라도 환매권의 내용 형성에 관한 합리적인 입법재량의 범위를 일탈했다고 보기는 어렵다“고 판시한 바 있다(헌법재판소 2011. 3. 31. 자 2008헌바26 결정).

이에 대하여 다음과 같은 반대의견이 있었다.

**▶재판관 조대현, 재판관 이동흡의 반대의견:**

환매권은 구체적인 재산권의 보장에 있어 가치보장보다 한 단계 높은 존속보장을 그 근거로 함에 비추어볼 때, 비록 그 구체적인 내용의 형성에 입법재량이 인정된다고 하더라도 환매권의 행사기간을 제한하는 법률조항의 위헌 여부는 엄격한 과잉금지원칙에 따라 심사해야 할 것이다.

구 토지수용법 제71조 제1항과 ‘공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률’(2002. 2. 4. 법률 제6656호로 제정된 것) 제91조 제1항에서는 환매권의 행사기간을 그 발생기간과 동일하게 수용일 또는 취득일로부터 10년 이내로 한정하고 있으므로, 수용일 또는 취득일로부터 10년에 임박한 시점에 그 대상이 된 토지가 공익사업에 필요 없게 된 경우에는 최대한 환매권을 보장하는 방향으로 관련규정을 해석한다 하더라도 “그 필요 없게 된 때로부터 1년 이내”라는 지나치게 짧은 기간 동안만 환매권을 행사할 수 있다고 볼 수밖에 없고, 사업시행자의 통지 및 공고에 관한 규정이 미흡함에도 피수용자가 환매권의 발생을 알 수 있었는지 여부와는 무관하게 환매권의 행사기간을 정하고 있다. 이는 환매권의 기간이 사실상 형해화될 정도로 짧아질 수 있도록 규정한 것으로서, 존속보장에 근거를 두는 헌법상 재산권인 환매권을 과도하게 제한하므로 피해의 최소성원칙에 어긋난다. 또한 사업시행자의 통지 또는 공고의무 위반 시 불법행위가 인정되어 손해배상을 받을 수 있다는 점은 가치보장과 관련된 것으로서 중요한 이익형량 요소라고 보기 어려우므로, 수용일로부터 10년이라는

환매권의 행사기간은 법익의 균형성도 갖추지 못하였다. 따라서 이 사건 심판대상조항들은 수용된 토지의 소유권자의 재산권을 헌법 제37조 제2항에 위반하여 과도하게 침해하므로 헌법에 위반된다.

다만, 심판대상조항들에 대하여 단순위헌선언을 하게 되면 오히려 환매권자에게 불리한 결과가 생기게 되고, 위헌성을 제거하는 방법으로 구체적인 환매권의 행사기간을 정하는 것은 입법재량의 영역에 있으므로, 심판대상조항들에 대하여는 헌법불합치결정을 선고함이 타당하며 개선입법이 이루어질 때까지 그 적용을 중지해야 할 것이다.

▶ **재판관 목영준의 반대의견**: "구 토지수용법 제71조 제1항이 정하는 환매기한조항은 '필요 없게 된 때로부터 1년'과 '그 수용일로부터 10년'이라는 두 기간 중 어느 한 기간만 도과하지 않으면 환매권을 행사할 수 있는 것인지, 아니면 두 기간 모두를 도과하지 않아야 환매권 행사가 가능한 것인지에 관하여 그 의미가 모호하고 불명확하게 규정함으로써 수범자인 환매권자의 예측가능성을 해함과 동시에 재판기관으로 하여금 자의적인 법해석을 가능하게 하고 있으므로, 명확성의 원칙에 반하여 헌법에 위배된다."고 하여 반대의견을 제시하였다.

대상판결과 같이 해석하지 않는다면 위 헌재판결의 조대현, 이동흡 재판관의 반대의견처럼 환매기간이 지나치게 짧아져, 위헌의 소지가 발생한다. 그러나 재판관 목영준의 반대의견에서 볼 수 있듯이, 현재 공익사업법 제91조 제1항 및 제2항의 문언만으로 대상판결과 해석할 수 있는가는 상당히 불분명하므로, 이를 입법적으로 해결함이 바람직하다.

## 5. 공익사업의 변환: 쟁점 3

원심판결은 ① 공익사업 변환을 인정하기 위해서는 새로운 공익사업도 사업인정을 받아야 하는데 이를 인정할 만한 증거가 없는 점 및 ② 공익사업 변환에 해당한다고 하더라도 원고들이 환매권을 행사할 수 없는 것이 아니라 환매기간의 기산일이 '관보에 당해 공익사업의 변경을 고시한 날'로 변경될 뿐이라는 점을 근거로 공익사업 변환에 대한 피고의 주장을 배척하였다.

이에 대해 대상판결은 ①에 대해서는 인정하였으나, ②에 대해서는 원활한 공익사업의 시행을 위해 환매권을 제한하기 위한 공익사업 변환의 입법목적을 고려하여 이

를 부정하였다[12].

원심판결과 같이 공익사업 변환시 환매기간의 기산일이 '관보에 당해 공익사업의 변경을 고시한 날'로 변경될 뿐이라고 해석한다면, 환매권 행사기간이 더 연장되어 제도의 공익사업법 제91조 제6항의 취지가 몰각된다. 대상판결은 공익사업 변환시 환매권 행사가 부정됨을 확인한 데 의미가 있다.

또한 대상판결은 사업시행자가 협의취득하거나 수용한 당해 토지를 제3자에게 처분해 버린 경우에는 어차피 변경된 사업시행자는 그 사업의 시행을 위하여 제3자로부터 토지를 재취득해야 하는 절차를 새로 거쳐야 하는 관계로 위와 같은 공익사업의 변환을 인정할 필요성이 없다고 하고 있다. 따라서 수용토지가 제3자에게 처분되는 경우, 이는 해당 토지에 대한 당해 사업의 폐지·변경으로 해석될 뿐만 아니라 공익사업의 변환도 인정될 여지가 없어, 환매권이 항상 인정되는 결과가 된다.

---

12) "원래 국민의 재산권을 제한하는 토지수용권 등의 발동은 공공복리의 증진을 위하여 긴요하고도 불가피한 특정의 공익사업의 시행에 필요한 최소한도에 그쳐야 하므로, 사정의 변경 등에 따라 그 특정된 공익사업의 전부 또는 일부가 폐지·변경됨으로써 그 공익사업을 위하여 취득한 토지의 전부 또는 일부가 필요 없게 되었다면, 설사 그 토지가 새로운 다른 공익사업을 위하여 필요하다고 하더라도 환매권을 행사하는 환매권자에게 일단 되돌려 주었다가 다시 협의취득하거나 수용하는 절차를 밟아야 되는 것이 원칙이나, 당초의 공익사업이 공익성의 정도가 높은 다른 공익사업으로 변경되고 그 다른 공익사업을 위하여 토지를 계속 이용할 필요가 있을 경우에는, 환매권의 행사를 인정한 다음 다시 협의취득이나 수용 등의 방법으로 그 토지를 취득하게 하는 것은 번거로운 절차를 되풀이하여 과도한 시간과 노력 및 비용의 낭비를 초래하고 원활한 공익사업의 시행에도 장애가 되므로, 이를 방지하기 위해 '공익사업의 변환'을 인정함으로써 환매권의 행사를 제한하려는 것이 공익사업법 제91조 제6항의 입법 목적이다(대법원 1992. 4. 28. 선고 91다29927 판결, 헌법재판소 1997. 6. 26. 선고 96헌바94 전원재판부 결정 등 참조).
위와 같은 공익사업의 변환을 인정한 입법 취지 등에 비추어 볼 때, 공익사업법 제91조 제6항은 사업인정을 받은 당해 공익사업의 폐지·변경으로 인하여 협의취득하거나 수용한 토지가 필요 없게 된 때라도 위 규정에 의하여 공익사업의 변환이 허용되는 다른 공익사업으로 변경되는 경우에는 당해 토지의 원소유자 또는 그 포괄승계인에게 환매권이 발생하지 않는다는 취지를 규정한 것이라고 보아야 하고(대법원 1994. 1. 25. 선고 93다11760, 11777, 11784 판결 등 참조), 위 조항에서 정한 "제1항 및 제2항의 규정에 의한 환매권 행사기간은 관보에 당해 공익사업의 변경을 고시한 날로부터 기산한다"는 의미는 새로 변경된 공익사업을 기준으로 다시 환매권 행사의 요건을 갖추지 못하는 한 환매권을 행사할 수 없고 환매권 행사 요건을 갖추어 제1항 및 제2항에 정한 환매권을 행사할 수 있는 경우에 그 환매권 행사기간은 당해 공익사업의 변경을 관보에 고시한 날로부터 기산한다는 의미로 해석해야 한다."

# 【참고문헌】

김남진/ 김연태, 행정법 Ⅱ, 법문사, 2011.

김병기, “「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」상 환매권의 법적 성질과 환매기간규정의 위헌 여부”, 행정법연구, 2010

유병규, “공익사업에서의 환매권 적용관계”, 토지보상법연구, 2010

조만형, “환매권제도에 관한 연구-공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률을 중심으로-”, 법학연구, 2008

배병호, “재산권 보장과 공법상 환매제도”, 행정법연구, 2000

함인선, “공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률상의 환매제도에 관한 법적 검토”, 토지공법연구, 2004

# 환경기준유지의무 위반으로 인한 국가와 지방자치단체의 손해배상책임

## - 99다36280 판결에 관한 소고 -

김 영 기*

목 차

Ⅰ. 서론 ····· 265
1. 대상판결(대법원 2001. 10. 23. 선고 99다36280 판결) ····· 265
2. 문제의 제기 ····· 270

Ⅱ. 환경권 침해를 이유로 한 손해배상책임 인정여부 ····· 273
1. 환경침해의 사법적 구제에 관한 법률적 이론 ····· 273
2. 사법상 손해배상청구권으로서 환경권 인정에 관한 논의 ····· 274
3. 사견 및 사안의 검토 ····· 275

Ⅲ. 일반 불법행위(민법 제750조)책임 인정여부 ····· 275
1. 불법행위책임의 성립요건 ····· 275
2. 환경기준유지의무 위반의 위법성 인정여부 ····· 276
3. 수인한도론의 적용 여부와 위상 ····· 278
4. 인과관계 및 손해 인정여부 ····· 281
5. 사안의 검토 ····· 284

Ⅳ. 영조물책임(국가배상법 제5조) 인정여부 ····· 285
1. 영조물 책임의 의의 ····· 285
2. '하자'의 판단기준 ····· 286
3. 사안의 검토 ····· 288

Ⅴ. 계약상 책임 인정여부 ····· 288
1. 계약상 책임 인정의 요건 ····· 288
2. 사안의 검토 ····· 288

Ⅵ. 결론 ····· 289
1. 논의의 정리 ····· 289
2. 사안의 결론에 대한 사견 ····· 289

* 판사

# Ⅰ. 서론

## 1. 대상판결(대법원 2001. 10. 23. 선고 99다36280 판결)[1)]

### (1) 사안의 개요

부산광역시민 100명이 원고가 되어 부산광역시 상수원인 낙동강의 수질이 환경정책기본법 및 수도법 등이 정한 최저수질기준인 상수원수 3급수에 미치지 못하였음을 이유로 국가 및 부산광역시를 피고로 하여, ① 국가에 대하여 낙동강수질유지책임자로서 불법행위책임 등을, ② 부산광역시에 대하여 국가와 공동으로 낙동강 상수원수 관리자로서의 불법행위책임 내지 수돗물 공급자로서 상수원수로 사용할 수 없는 수질의 강물을 취수한 후 제대로 정수처리 하지 않고 공급하였음을 이유로 한 불법행위책임 내지 채무불이행책임 등을 구하는 소송이다.

### (2) 사실관계 요지

#### 1) 낙동강수계의 수질관리

낙동강대권역수질보전계획이나 물관리종합대책 등 기본계획의 수립이나 추진은 환경부가 관장하고, 낙동강 본류의 수질관리에 관한 업무는 지방환경관리청이, 낙동강유입지천의 수질관리업무는 관할 지방자치단체가 각 담당하며, 취수장·정수장 및 환경기초시설의 건설·관리는 해당 지방자치단체가, 그 시설들에 대한 지도·점검은 지방환경관리청이 맡으며, 송수관로 건설·관리와 노후관로 개량사업 추진등은 지방자치단체가, 그 사업들에 대한 기술적·재정적 지원은 환경부가 담당하는 것이 일반적이고, 폐수배출시설허가, 배출규제 및 단속 등 오염원관리에 관하여는 국가가 관장하는 공단은 낙동강환경관리청이, 기타 지역은 해당 지방자치단체가 하고 있다. 그리고 댐관리 및 운영, 각종 용수공급 등은 한국수자원공사에서 관리하고 있다.

#### 2) 수돗물 공급체계

부산광역시는 한국수원공사로부터 낙동강 상수원수를 구입하여 약품처리 등 정수처리를 거친 후 원고들이 거주하는 각 가정에 수돗물을 최종 공급하였다.

---

1) 제1심: 부산지방법원 1998. 2. 4. 선고 97가합5384 판결, 원심: 부산고등법원 1999. 6. 11. 선고 98나2822 판결

3) 수돗물에 관한 관계법령의 규정

수돗물에 관한 헌법, 환경정책기본법, 수질 및 수생태계 보전에 관한 법률(2007. 11. 18. '수질환경보전법'에서 변경), 수도법, 상수원관리규칙의 구체적 내용[2]은 [별지 1] 기재와 같다.

그 구체적 내용을 요약하자면, 환경정책기본법시행령 및 상수원관리규칙 에 의하면, 상수원수로 사용되는 하천수의 수질은 수소이온온도(pH), 생물학적 산소요구량(BOD), 부유물질량(SS), 용존산소량(DO), 대장균수(MPN/100ml)의 점에서 최소한 3급의 수질기준에 해당하여야 하고, 상수원수 3급수는 전처리 등을 거친 고도의 정수처리 후 사용하도록 규정하고 있으며, 이보다 더 나쁜 하천수는 상수원수로 사용할 수 있는 규정을 두지 않고 공업용수 또는 농업용수로 사용할 수 있는 규정만 두고있다.

4) 원수의 수질

부산광역시의 취수장이 있는 낙동강 매리지역의 원수의 수질이 1993년도에는 11일간, 1994년도에는 12일간, 1995년도에는 71일간, 1996년도에는 33일간 상수원수 3급수에도 미치지 못하였고, 이에 비하여 대한민국이 한강수계는 특별대책지역으로 지정하는 등으로 수질을 관리하여 한강수계 원수수질이 2급수 이상은 되었다.

5) 부산광역시의 정수처리

부산광역시에서는 정수장 중 화명정수장은 오존처리시설과 입상활성탄여과지통과시설을 완비하여 이에 따른 고도정수처리를 하고 있고, 덕산정수장과 명장정수장은 오존처리시설은 되어 있으나 입상활성탄시설을 갖추고 있지 못하여 일반정수처리와 고도정수처리를 함께 하고 있으며, 덕산정수장과 명장정수장의 입상활성탄시설은 원심 변론 종결 당시 공사 중에 있는 사실이 인정되어, 부산광역시는 위 기간동안 상수원수로서는 부적합한 BOD 6ppm 이상의 원수를 취수하여 이를 정수한 다음 원고들에게 공급하였고, 수돗물 중 일부는 고도정수처리방법이 아닌 일반정수처리방법에 의하여 정수된 수돗물인 사실이 추인되었다.

위와 같은 과정에 따른 정수후의 수질검사결과에 의하면, 원수 오염의 정도가 상

2) 이 사건 1, 2심 판결 선고 당시와 현재의 법령 간 구체적 내용에는 차이가 없어, 그 규정의 내용은 현재의 것을 별지에 기재하였다.

대적으로 높은 화명정수장 및 덕산정수장을 기준으로 1995년부터 1996년까지 9 내지 56 ppb의 트리할로메탄(우리나라 음용수 수질기준상 트리할로메탄의 규제기준: 100ppb이하)이 검출되었다.

### (3) 원고들의 주장

#### 1) 국가의 손해배상책임

원고들은 부산광역시에 거주하는 시민들로서 피고들이 공급하는 수돗물을 사용하는 자들이고, 대한민국은 환경기준을 설정하거나 환경보전시책 등 환경오염과 그 위해(危害)를 예방하고 환경을 적정하게 관리, 보전해야 할 의무가 있는 자인바, 대한민국은 낙동강이 낙동강 중·상류지역 및 하류지역의 오염원으로부터 오염되지 않도록 하기 위하여 낙동강 유역을 특별대책지역으로 지정하여 수질을 관리하고, 오염물질에 관한 총량규제 등 제반 실질적인 조치나 노력등을 취하여야 하며, 또한 낙동강 지역의 수질을 철저하게 관리 보전하여야 함에도 불구하고 그러한 행위를 하지 못함으로써 낙동강 원수의 수질을 상수원수 3급수로 유지하지 못하여 환경정책기본법 제10조 제1항, 제2항, 같은법시행령 제2조가 규정하는 환경기준상의 상수원수 수질기준을 위배하여 원고들에게 수돗물을 안심하고 마실 수 없다는 불안감과 신체에 어떠한 위해가 있을 것이라는 위기감, 정신적인 고통을 주었다.

따라서 대한민국은 ① 원고들의 환경권 내지 인격권의 침해 그 자체로 인하여 원고들이 입은 손해를 배상하거나, ② 원고들이 수질이 좋지 않은 낙동강 물을 원수로 사용하여 정수한 수돗물을 마심으로써 입은 정신적 손해를 배상하거나, ③ 낙동강 수질이 환경정책기본법 등에서 정한 상수원수로 사용할 수 있도록 보존, 관리하여야 함에도 이를 위배하였으므로 영조물의 하자로 인하여 원고들이 입은 손해를 배상하여야 할 책임이 있다.

#### 2) 부산광역시의 책임

① 부산광역시는 낙동강 상수원수의 취수장을 관리하면서 취수한 상수원수를 정수하여 원고들에게 공급하는 자로서, 대한민국과 공동으로 낙동강 상수원수를 관리할 책임이 있으므로, 대한민국의 낙동강 수질 유지·보전관리에 관한 불법행위에 대하여 공동불법행위 책임이 있다.

② 부산광역시는 원고들에게 마실 물로서 부적합한 물을 정수하여 수돗물로 공급

하고, 상수원수 3급수도 전처리등을 거친 고도의 정수처리후 수돗물로 사용하여야 함에도 일반 정수처리하여 수돗물로 공급함으로써 원고들에게 수돗물을 안심하고 마실 수 없다는 불안감과 신체에 어떠한 위해가 있을 것이라는 위기감, 정신적인 고통을 주었으므로 이러한 손해를 배상할 책임이 있다.

③ 부산광역시가 식수에 적합하지 아니한 상수원수를 취수하여 전염소처리 등의 과정에서 필연적으로 발생하는 트리할로메탄이라는 발암성 물질을 수도관을 통하여 가정에 공급함으로써 원고들에게 암이 발생할지도 모른다는 불안감을 주었고, 그 수돗물에는 카드뮴, 비소, 6가크롬 등 인체에 유해한 물질이 포함되어 있을 개연성이 높아, 원고들에게 불안감과 신체에 어떠한 위해가 있을 것이라는 위기감, 정신적인 고통을 주었으므로 이러한 손해를 배상할 책임이 있다.

④ 나아가, 부산광역시가 수돗물공급자로서 수질기준에 적합한 상수원수를 취수하여 원고들에게 공급할 수돗물공급계약상의 의무가 있음에도 불구하고, 이러한 계약상의 의무에 위배하여 수질기준에 적합하지 아니한 상수원수를 취수하여 원고들에게 수돗물로 공급하였으므로, 그로 인하여 원고들이 입은 정신적 손해를 배상할 책임이 있다.

### (4) 제1심 및 원심의 판단 : 원고들 청구 모두 기각

#### 1) 국가에 대한 청구에 관한 판단

가. 국가로 하여금 수돗물 원수의 수질을 최소한 환경정책기본법시행령 별표1의 수질을 유지하도록 한 관련규정 상 국가의 의무는 '구체적인 의무 내지 책무 근거규정'으로, 단순히 국가의 환경보전의무를 선언한 규정(이른바 Program 규정)이 아니다. 그러나 환경정책기본법 등 관련 법령의 제규정에 비추어 보아도 국가가 위 각 법령 소정의 환경보전의무를 위반한 행위가 있다고 하더라도, 그 위반행위 자체를 들어 어느 일정 범위의 국민들에게 국가를 상대로 사법상의 손해배상청구권을 행사할 수 있는 권리의 행사방법, 권리의 주체, 대상, 그 내용 등을 규정한 것으로 보이지 아니하므로, 환경보전의무를 지운 법령 위반행위 자체를 들어 바로 국가를 상대로 손해배상을 구할 수는 없다.

나. 대한민국이 상수원수를 3급수 이상이 되도록 유지하지 못하였고, 이르 인해 이를 정수한 원수를 음용하는 원고들이 정신적 고통을 받을 수 있다고 하더라도, 이는 현재의 자연적, 사회적 여건 하에서 대한민국이 결과를 회피하기 위하여 취할 수 있

는 조치를 취하지 못하였거나 또는 이를 게을리하여 위법한 행위를 한 것으로 평가할 수 없어, 원고들이 그러한 수돗물을 음용하는 것은 수인하여야 할 한도 이내이다.

다. 대한민국이 낙동강 수계의 수질을 상수원수 3급수 이상으로 유지하지 못했다고 하더라도 그 자체가 국가배상법 소정의 하천의 설치 내지 관리상에 '하자'가 있는 것으로 볼 수 없다.

2) 부산광역시에 대한 청구에 관한 판단

가. 부산광역시가 부적합한 원수를 취수하여 고도정수처리를 하지 아니하고 수돗물을 공급한 행위는 현재 낙동강 유역의 특수성과 부산광역시의 재정사정 등 여러 사정을 고려하여 볼 때 원고들이 수인하여야 할 정도이다.

나. 수돗물에서 발견된 트리할로메탄의 존재를 이유로 한 정신적손해배상청구에 관하여는, 트리할로메탄의 국제적 기준 및 그로 인한 암발병률, 이 사건 수돗물에서 검출된 트리할로메탄의 양 등에 비추어, 원고들이 이로 인하여 법적으로 '손해'라고 평가할 수 있을 정도의 정신적 손해를 입은 것으로 볼 수 없다.

다. 기타 난분해성유해물질로 인한 손해배상청구에 관하여는, 부산광역시가 공급하는 수돗물에 난분해성 유해물질이 포함되어 있다고 단정하기 어렵고, 위 수돗물에서 일부 검출된 바이러스가 인체에 어떤 영향을 미치는지, 검출된 바이러스의 양이 수돗물로서 허용할 수 없는 수치라고 단정할 수 없는 등의 사정에 비추어 이 부분 청구도 이유 없다.

라. 부산광역시가 공급한 수돗물이 음용수로서 부적합하다고 볼 객관적 자료가 없는 이상 수돗물공급계약상 채무불이행책임도 물을 수 없다.

마. 낙동강 상수원수의 공동관리자로서의 손해배상책임 주장은, 국가의 책임이 인정되지 않아 역시 이유 없다.

## (5) 대법원 판결요지: 상고 기각

[1] 일반적으로 국가 또는 지방자치단체가 권한을 행사할 때에는 국민에 대한 손해를 방지하여야 하고, 국민의 안전을 배려하여야 하며, 소속 공무원이 전적으로 또는 부수적으로라도 국민 개개인의 안전과 이익을 보호하기 위하여 법령에서 정한 직무상의 의무에 위반하여 국민에게 손해를 가하면 상당인과관계가 인정되는 범위 안에서 국가 또는 지방자치단체가 배상책임을 부담하는 것이지만, 공무원이 직무를 수행하면

서 그 근거되는 법령의 규정에 따라 구체적으로 의무를 부여받았어도 그것이 국민의 이익과는 관계없이 순전히 행정기관 내부의 질서를 유지하기 위한 것이거나, 또는 국민의 이익과 관련된 것이라도 직접 국민 개개인의 이익을 위한 것이 아니라 전체적으로 공공 일반의 이익을 도모하기 위한 것이라면 그 의무에 위반하여 국민에게 손해를 가하여도 국가 또는 지방자치단체는 배상책임을 부담하지 아니한다.

[2] 상수원수의 수질을 환경기준에 따라 유지하도록 규정하고 있는 관련 법령의 취지·목적·내용과 그 법령에 따라 국가 또는 지방자치단체가 부담하는 의무의 성질 등을 고려할 때, 국가 등에게 일정한 기준에 따라 상수원수의 수질을 유지하여야 할 의무를 부과하고 있는 법령의 규정은 국민에게 양질의 수돗물이 공급되게 함으로써 국민 일반의 건강을 보호하여 공공 일반의 전체적인 이익을 도모하기 위한 것이지, 국민 개개인의 안전과 이익을 직접적으로 보호하기 위한 규정이 아니므로, 국민에게 공급된 수돗물의 상수원의 수질이 수질기준에 미달한 경우가 있고, 이로 말미암아 국민이 법령에 정하여진 수질기준에 미달한 상수원수로 생산된 수돗물을 마심으로써 건강상의 위해 발생에 대한 염려 등에 따른 정신적 고통을 받았다고 하더라도, 이러한 사정만으로는 국가 또는 지방자치단체가 국민에게 손해배상책임을 부담하지 아니한다. 또한 상수원수 2급에 미달하는 상수원수는 고도의 정수처리 후 사용하여야 한다는 환경정책기본법령상의 의무 역시 위에서 본 수질기준 유지의무와 같은 성질의 것이므로, 지방자치단체가 상수원수의 수질기준에 미달하는 하천수를 취수하거나 상수원수 3급 이하의 하천수를 취수하여 고도의 정수처리가 아닌 일반적 정수처리 후 수돗물을 생산·공급하였다고 하더라도, 그렇게 공급된 수돗물이 음용수 기준에 적합하고 몸에 해로운 물질이 포함되어 있지 아니한 이상, 지방자치단체의 위와 같은 수돗물 생산·공급행위가 국민에 대한 불법행위가 되지 아니한다.

## 2. 문제의 제기

### (1) 대상 판결에 대한 기존의 평가

대법원은 공무원의 직무상의무위반이 문제되는 사건에 관하여, 1993. 2. 12. 선고 91다 43466 판결[3]에서, 공무원에게 일정한 의무를 부과한 법령의 규정이 단순히 공

3) 선주 박모와 정모가 경영하는 유람선 극동호는 1987년 6월 17일, 충무시 항남동을 출발하여 거제도 해금강 주변을 선회하고 귀항하던 중, 노후된 기관이 파열되고 파공을 통해 발화성배기가스와 불씨

공 일반의 이익을 위한 것이거나 행정기관 내부의 질서를 규율하기 위한 것인지 아니면 전적으로 또는 부수적으로 사회구성원 개인의 안전과 이익을 보호하기 위하여 설정된 것인지 여부가 당해 피해자에 대한 관계에서의 공무원의 직무상의무위반 여부, 즉 위법행위여부와 책임귀속에 관한 인과관계 인정의 판단자료가 된다는 입장을 정립한 이후 이를 계속 유지해 오고 있다.[4] 이러한 판시는 독일민법 제839조가 규정하는 공무상 의무위반 책임에 관한 독일의 판례·학설을 받아들인 것으로 전통적인 상당인과관계설의 맹점을 반성하고, 합리적인 귀책판단을 위한 새로운 해석론을 시도하였다는 평가를 받고 있고,[5][6] 독일의 문언에 의하면 이는 '직무상 의무의 제3자 관련성'[7] 또는 '관계법령의 제3자보호성'[8], 직무상 의무의 사익보호성[9]이라는 용어로 설명되고 있다.

이에 대해, 대상판결 사안은 국가 등의 일정한 부작위를 원인으로 한 손해배상청구 사건의 유형에 속하는 것으로 볼 수 있으므로, 그 책임 인정의 관건이 되는 것은 국가 등의 그러한 부작위를 개인의 손해배상청구의 원인이 될 수 있는 부작위로 볼 수 있는지 여부라 할 수 있고, 그러한 점에서 국가 등의 의무의 근거가 되는 규정의 성질을 부수적으로라도 국민 개개인의 안전과 이익을 직접적으로 보호하기 위한 것으

---

등이 튀어나와 기름이 묻은 선체벽에 불이 붙어 화재가 발생하였는데, 그 때 위 선박의 기관장인 고모 등이 소화기로 진화코자 하였으나 소화기의 안전핀이 뽑히지 아니하여 조기에 진화하지 못한 까닭에 위 극동호에 타고 있던 36명이 익사 또는 소사한 사건이 발생하였고, 이를 이유로, 원고는 위 유람선의 감독공무원이 속하는 국가와 충무시를 상대로 손해배상을 청구를 한 사안이다.

4) 이경춘(현 서울고등법원 부장판사), '상수원수가 법령이 정하는 수질기준에 미달한 경우 국가배상책임 유무, 낙동강 수질오염을 원인으로 한 부산시민의 국가 및 부산광역시에 대한 위자료 청구 사안', 대법원판례해설 제38호(법원도서관 2001. 10. 23.) 논문 8쪽

5) 손지열 전 대법관, '국가배상책임에 있어서의 위법성과 인과관계, 대법원 1993. 2. 12. 선고 91다43466 판결', 민사판례연구 제16집(5/11)

6) 이에 대하여, 김남진 교수는 위 판결이 관계법령의 제3자보호성을 국가배상책임의 인정 요건의 하나로 삼은 것은 바람직하나, 그 실정법상의 근거는 국가배상법 제2조의 '손해'의 해당여부에 대한 판단의 하나로 인정되어야 한다는 견해를 밝힌 바 있고(김남진, 공무원의 직무해태와 국가 등의 배상책임 - 대상판결: 대법원 1993.2.19. 선고 91다43466 판결- 제3쪽), 홍준형 교수는 제3자보호성의 문제는 인과관계라는 차원에서가 아니라, 헌법 제29조 제1항의 '공무원의 직무상 불법행위' 또는 국가배상법 제2조의 '직무를 수행함에 당하여 고의 또는 과실로 법령에 위반하여 타인에게 손해를 가한 행위'라는 개념에 용해시켜 논의하여야 한다는 견해를 밝힌 바 있다(홍준형, 판례행정법 두성사, 1999년 736쪽). 또한, 직무상 의무의 사익보호성은 국가배상법상 공무원 행위의 '위법성'판단의 근거가 된다는 견해(류지태/박종수, 행정법신론 제15판 제490쪽, 491쪽)도 같은  취지로 위 판례를 비판하고 있다.

7) 이경춘 위 논문(각주 3) 제8쪽

8) 김남진 위 논문(각주 6) 제3쪽

9) 류지태/박종수, 행정법신론 제15판 490쪽

로 보지 않는 입장을 취하여 원고들의 청구를 배척하는 결론에 이른 것으로, 환경상의 이익에 대해 적극적 침해가 문제되지 않고 그 보호가 불충분함을 이유로 한 손배해상 등 청구사안에 관하여 종래의 공무원의 직무상 의무위반을 이유로 한 국가배상책임 인정기준에 관한 대법원판례의 입장(위 91다43466판결 이래의 입장)을 적용한 선례를 남긴 것으로 평가[10]된 바 있다.

### (2) 문제 제기

대상판결은 공무원의 직무상의무 불이행을 이유로 한 손해배상청구의 당부 판단에 있어 '인과관계' 판단의 기준으로 삼아온 '직무상 의무의 제3자 관련성'을 국가 및 부산광역시의 손해배상책임 부정의 근거로 삼으면서도, '위 환경기준유지의무의 근거 규정이 전체적으로 공공 일반의 이익을 도모하기 위한 것으로서 국가 등이 그 의무에 위반하여 국민에게 손해를 가하여도 국가 등은 **배상책임을 부담하지 아니한다**' 또는 '상수원수 2급에 미달하는 상수원수는 고도정수처리 후 사용하여야 한다는 부산광역시의 의무 역시 수질기준유지의무와 같은 성질의 것이므로 부산광역시의 위와 같은 수돗물 생산·공급행위가 원고들에 대하여 **불법행위가 되지 아니한다**'고 판시하여, 명시적으로 '인과관계가 부정된다'는 논거를 제시하지 않고 '위법성'을 부인하는 듯한 태도를 취하고 있다[11].

그러나, 전통적인 상당인과관계설의 맹점을 반성하고, 합리적인 귀책판단을 위한 새로운 해석론을 시도를 하였다는 위 '직무상 의무의 제3자 관련성' 판례의 법리가 이 사건에 적용된다고 하더라도, 과연 이 사건 국가 및 부산광역시의 환경기준유지의무가 적어도 부수적으로라도 원고들 개개인의 안전과 이익을 보호하기 위한 것으로 볼 수 없는지, 이 사건에서 환경소송에서 전통적 법리로 검토되고 있는 수인한도론을 통해 손해배상책임 여부를 검토하는 것이 보다 합당한 것은 아닌지, 수인한도론을 적용하는 경우 국가 및 부산광역시의 환경기준유지의무 위반이 있다고 하더라도 그 수인한도론 이내인 경우 위법성이 인정되지 않는다고 판단하는 것, 즉 수인한도론을 위법성 판단의 기준으로 삼는 기존의 수인한도론 이론이 타당한지에 대한 의문이 남는다.

이러한 문제제기는 환경기준유지의무를 위반한 국가 및 지방자치단체의 손해배상

10) 이경춘의 위 논문(각주 3) 제15쪽

11) 이는 위와 같은 직무상 의무의 제3자 관련성을 인과관계 인정 여부의 근거로 삼는 태도를 비판한 일부 학설(각주 5)의 견해를 수용한 것으로 볼 여지도 있다.

책임 인정 판단에 있어, 단순한 규범의 해석만으로 피고들의 책임을 부정한 대상 판결에 대한 비판적 시각에서 비롯되었다.

이하에서 원고들의 청구내용에 따라 피고들의 각 손해배상책임 인정여부에 관해 차례로 검토해 본다.

## Ⅱ. 환경권 침해를 이유로 한 손해배상책임 인정여부

### 1. 환경침해의 사법적 구제에 관한 법률적 이론[12)]

#### (1) 입법례

일반적으로 '환경오염' 또는 '공해'의 사법적 구제의 수단으로 손해배상청구와 금지청구를 인정하되, 그 법리적 구성에 있어서는 손해배상과 금지청구를 일원적으로 구성하는 입법례가 있는가 하면, 이원적으로 구성하는 입법례도 있다.

영미법과 프랑스법은 불법행위로 이론구성을 하고, 독일법과 스위스법은 물권법적으로 이론구성을 하고 있다. 영미법에서는 nuisance(생활방해), 특히 private nuisance (사적 생활방해)에 대하여 그 손해배상이나 금지청구 모두를 불법행위의 문제로 취급하고 있으며, 프랑스법에서도 troubles de voisinage(근린방해)의 구제수단은 역시 손해배상과 금지청구로서 모두 불법행위책임의 효과를 다루고 있다. 다만 프랑스법은 손해배상보다 원상회복을 원칙으로 하는 점에 특색이 있고, 그 원상회복의 방법으로써는 개선명령과 금지명령의 두 가지가 있다. 한편, 독일법이나 스위스법은 immission(생활방해)의 구제를 일차적으로 상린관계법상의 금지청구와 보상으로 취급하고 보충적으로 불법행위적 배상을 문제삼고 있다.

생활방해에 관한 규정이 없는 일본 민법하에서의 판례·다수설은 손해배상은 불법행위적으로, 그리고 금지청구는 물권법적으로 사법적 이론구성을 하고 있다.

#### (2) 우리 현행법제하에서의 논의

우리 법제하에서는, 손해배상의 경우 불법행위로 해결하는 견해가 다수설이며, 판

12) 김종률, '환경권의 사권성; 사건의 표시 대법원 1995. 5. 23. 선고 94마2218 결정', 판례연구 13집 (서울지방변호사회) 5쪽

례도 최초의 공해판결에서부터 줄곧 불법행위론을 취하고 있다. 다만, 공해문제가 갖고 있는 특수성으로 인하여 불법행위의 성립요건의 판단에 있어서도 그 에 부합하는 법기술상의 방법론이 전개되어 왔다. 즉 ① 과실과 관련해서는 무과실책임주의에 접근하는 이론으로서 방지의무위반설과 예견가능성설이 있으며, ② 위법성과 관련해서는 수인한도론이 중요한 역할을 하고 있고, ③ 인과관계와 관련해서는 인과관계 입증완화의 필요성으로 인해 개연성이론이 등장하여 피해자구제의 범위를 확장하고 있다.

또한, 금지청구의 경우에는 그 인정근거에 관하여, 물권적 청구권설, 인격권설, 불법행위설, 환경권설의 견해가 대립하고 있다.

## 2. 사법상 손해배상청구권으로서 환경권 인정에 관한 논의

### (1) 학설

손해배상청구의 근거로서 일반 불법행위 규정을 들지 않고 직접 환경권을 근거로 할 수 있는가에 관해, 환경권도 사인에 대하여 효력을 가지지만 이는 사법의 일반조항을 통하여 사인에게 간접적용되며, 따라서 환경권은 법원에 대하여 직접 권리구제를 청구할 수 있는 권리는 아니라고 하여 그 사권성을 부정하는 견해[13]와, 헌법이 명문의 규정을 가지고 환경권과 그에 대응하는 국민의 환경보전의무를 규정하고 있는 이상, 환경권은 사인 상호간의 관계에서도 직접 적용된다고 하여 사인에 대하여도 헌법 제35조 제1항을 근거로 손해배상청구소송을 제기할 수 있고, 따라서 환경권의 사적권리성을 적극적으로 인정하여야 한다는 견해[14] 등이 있다.

### (2) 판례의 태도

대법원은 비록 금지청구에 관한 사안이기는 하나, 헌법 제35조 제1항은 환경권을 기본권의 하나로 승인하고 있으므로, 사법의 해석과 적용에 있어서도 이러한 기본권이 충분히 보장되도록 배려하여야 하나, 헌법상의 기본권으로서의 환경권에 관한 규

---

13) 김철수, 전정신판 헌법학개론, 543쪽, 서원우, '환경권의 성질과 효력(서울대학교 법학 제25권 제1호 25쪽)'{윤진수 '환경권 침해를 이유로 하는 유지청구의 허용여부', 대법원판례해설 제2호(1995. 5. 23.) 5쪽에서 재인용}

14) 권영성, 신정판 헌법학원론, 363-364쪽, 전창조, '환경권의 성립', 한국법학교수회편 법과 환경 1977, 200쪽(윤진수의 위 논문에서 재인용), 황진호, 국가·지방자치단체의 환경보전의무위반으로 인한 손해배상책임-대법원 2001. 10. 23. 선고 99다36280호 판결을 중심으로-

정만으로 그 보호대상인 환경의 내용과 범위, 권리의 주체가 되는 권리자의 범위 등이 명확하지 못하여 이 규정이 개개의 국민에게 직접으로 구체적인 사법상의 권리를 부여한 것으로 보기는 어렵고, 사법적 권리인 환경권을 인정하면 그 상대방의 활동의 자유와 권리를 불가피하게 제약할 수밖에 없으므로, 사법상의 권리로서의 환경권이 인정되려면 그에 관한 명문의 법률규정이 있거나 관계 법령의 규정취지나 조리에 비추어 권리의 주체, 대상, 내용, 행사방법 등이 구체적으로 정립될 수 있어야 한다[15]고 판시[16]하여, 위 간접적용설을 취한 것으로 평가된다.

### 3. 사견 및 사안의 검토

우리 헌법이 환경권을 기본권으로서 인정하고 있고(헌법 제35조 제1항), 앞서 살펴본 바와 같이 환경정책기본법, 수질 및 수생태계 보전에 관한 법률, 수도법 및 그 하위법령에서 국가의 환경기준유지의무를 규정하고 있다고 하더라도, 그 규정 위반시 손해배상청구의 권리주체, 대상, 내용, 행사방법 등이 정립된 바 없어 이를 기초로 곧바로 손해배상청구를 할 수는 없고, 다만, 우리 민법 제750조 및 그 특칙으로서 규정된 국가배상법 제2조의 요건을 주장, 입증하여 손해배상을 구할 수 있다고 봄이 옳다고 본다.

따라서, 이 사건에서도 비록 국가 및 부산광역시가 환경정책기본법시행령 상의 수질기준유지의무 및 고도정수처리의무를 위반하였다고 하더라도 그 자체를 이유로, 즉 원고들의 환경권침해를 이유로 손해배상을 구하는 원고들의 청구를 기각한 제1심 및 원심의 판단은 옳다고 본다.

## Ⅲ. 일반 불법행위(민법 제750조)책임 인정여부

### 1. 불법행위책임의 성립요건

민법 제750조는, '**고의 또는 과실**'로 '**인한**' '**위법행위**'로 타인에게 '**손해**'를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다고 규정하여, 불법행위를 이유로 한 손해배상청구

15) 대법원 1995. 5. 23.자 94마2218 결정

16) 이러한 대법원의 입장은 그 뒤의 대법원 1995. 9. 15. 선고 95다23378 판결 및 대법원 1997. 7. 22. 선고 96다56153 판결에서 재확인되었다.

의 요건으로서 고의 또는 과실, 위법성, 손해, 인과관계의 요건을 들고 있다.

위와 같은 요건과 관련하여[17], '고의'란 자기의 행위가 위법한 결과를 발생시킬 것이라는 사실을 인식하면서 감히 행위를 하는 심리상태이고, 과실이란 위의 사실을 부주의 때문에 인식하지 못하고 행위를 하는 심리상태라는 것이 전통적 이론이었으며, 이 때 과실은 손해발생의 예견가능성(내지 예견의무)과 손해회피의무의 2개의 요소를 포함하고 있다는 것이 현재의 통설, 판례이다. 또한, 법익 침해를 야기한 객관적 법질서 위반 '행위(결과)'에 대한 '객관적 비난가능성'이 있을 때 '위법성'이 인정된다고 할 것이고, 그 '행위자'에 대한 '주관적 비난가능성'이 있을 때 '과실'이 있다고 판단하게 되는 것이다. 그런데 최근에는 위법성 판단에도 침해행위의 태양 내지 손해방지조치의 유무라는 행위자의 주관에 관계된 요소가 고려되어 과실과 위법성의 경계가 모호해졌고, 이에 따라 이른바 '신수인한도론' 및 그에 나아가서 새로운 이론이 등장하고 있다.

## 2. 환경기준유지의무 위반의 위법성 인정여부

### (1) 환경기준유지의무 성격

앞서 이 사건 국가 및 부산광역시의 환경기준유지의무의 근거로서 검토한 헌법의 규정 및 각 법령들은 입법자가 상수원수의 수질이 일정 수준(3급수) 이하로 떨어질 경우 국민의 건강에 위험이 발생할 수 있다는 판단하에 이른바 환경법상 '리스크'[18]의 존재를 인정하여, 입법자가 국가 및 지방자치단체로 하여금 상수원수의 수질을 적어도 3급수 이상으로 유지되도록 하고, 2급수 이하의 하천수를 상수원수로 사용할 경우 고도의 정수처리를 할 것을 명한 것으로서, 환경법상 사전배려의 원칙을 구체화한 규범으로 평가될 수 있을 것이다.

위와 같은 사전배려의 원칙(Vorsorgeprinzip; the precautionary principle)은 환경

17) 이하, 이 문단의 내용은 [이강원(현 서울고등법원 부장판사), '공해배상소송에서의 수인한도론과 공용관련하자', 민사재판의 제문제 제13권(2004. 12.), 사법행정학회] 논문 제15쪽, 20쪽의 내용을 토대로 한 것이다.

18) 그 구체적 내용에 대하여는, 김연태 환경보전작용연구, 고려대학교출판부(1999) 및 김종천, '과학기술발전에 따른 리스크·위험방지를 위한 국가의 보호의무', 외법논집 제33권 제1호(2009. 2.), 김홍균 '환경법상 사전배려원칙의 적용과 한계', 저스티스 통권 119호, 2010., 박규수, '환경법상 리스크와 사전배려원칙에 관한 연구', 영남대학교대학원(석사), 2010., 박균성, '과학기술위험에 대한 사전배려원칙의 적용에 관한 연구', 행정법연구 제21권, 행정법이론실무학회, 2008. 등 참조.

보호에 있어서 제1차적이고도 근본적인 원칙이라고 할 수 있으며[19] 최근 첨단 과학기술의 발전에 따라 지구온난화, 유전자재조합 식품의 위험, 광우병, 원자력발전시설에서의 위험물질 배출가능성 등과 같이 위험성이 불확실한 경우가 많아지면서, 자연히 그 위험의 사전적 관리와 통제 문제가 대두되면서 그 중요성이 더욱 부각되고 있는 원칙이다.[20]

또한, 위와 같이 환경기준유지의무가 환경정책기본법 등의 위임을 받아 대통령령인 환경정책기본법시행령에 규정되어 있으므로, 이는 국가기관 등과 국민에 대하여 일정한 법적구속력을 가진다고 보지 않을 수 없고, 이러한 점에서 대상 판결의 제1심 및 원심이 이러한 국가의 의무를 '구체적인 의무 내지 책무 근거규정'으로 본 것은 옳다.

그런데 위와 같은 환경기준유지의무를 위반한 국가 및 부산광역시의 행위가 그 직무상 의의 제3자 관련성 분석을 통해, 대상판결과 같이 그 의무의 제3자관련성이 인정되는 경우에 비로소 위법성이 인정된다고 할 것이지 문제된다.

### (2) '위법성' 판단기준

민법 제750조의 위법행위란 타인의 권리 또는 법익을 침해하는 것을 말한다. 또한 이러한 '위법'이란 법 내지 법질서에 위반한다는 것을 의미하는 것으로, 그것은 단순한 사실에 관한 기술이 아니라 가치판단의 문제를 수반한다.[21]

이와 같은 위법성의 판단기준으로[22] 결과불법설(어떤 행위가 초래하는 결과를 중시하여 그것이 타인의 권리침해를 야기한 이상 불법행위가 있는 것으로 보는 것), 행위불법설(행위의 태양을 중시하여 침해된 결과보다는 침해하는 행위의 허용성 여부에 초점을 두는 것), 상관관계설(결과불법 + 행위불법, 권리침해라고 하는 객관적인 행위의 결과뿐만 아니라 침해행위의 태양이라고 하는 행위의 측면도 가미하여 위법성 판단을 행하는 것)이 주장되고 있으나 상관관계설이 통설적 입장이다. 즉, 피침해이익이

19) 김남진 · 김연태 행정법Ⅱ 제12판 622쪽

20) 이에 대하여, 사전배려의 원칙은 종래 전통적인 경찰법제에 의해 관리될 수 없는 위험인 과학적으로 불확실하면서도 중대하고 회복할 수 없는 손해를 발생시킬 수 있는 위험을 관리하여야 한다는 원칙으로서, 위험 관리에 있어 진일보한 것으로서 현대형 위험관리이론이라고 평가하는 견해도 있다(박균성, '과학기술위험에 대한 사전배려원칙의 적용에 관한 연구', 2008.)

21) 김형배 민법학 강의 제2판 1208쪽, 민법주해 18권 채권(11) 206쪽

22) 이강원 위 논문(각주 14) 제16쪽

강하면 침해행위의 태양의 비난성이 약하더라도 위법하게 된다. 예를 들면 재산권 가운데 가장 강한 권리인 소유권의 침해는 침해행위의 태양을 묻지 않고 위법하게 되는 경우가 많고, 인격적 이익 중에 생명, 신체의 침해도 원칙적으로 위법하게 되나, 피침해이익이 강하지 않은 경우에는 침해행위의 태양에 있어서 위법성이 강한 경우에 비로서 위법하게 된다.

### (3) 환경기준유지의무 위반의 위법성

위와 같은 상관관계설의 입장에서 살펴본다면, 이 사건에서 국가 및 부산광역시에 대하여 부과하고 있는 수질기준유지 및 고도정수처리의무는 관계법령에서 명시적 기준으로 제시되었을 뿐 아니라, 국민의 생명, 신체를 직접적으로 보호법익으로 하고 있고, 그 위반 결과 고도정수처리를 거치지 않은 수돗물에서 발암물질의 하나로 알려진 트리할로메탄이 발견되었으며, 그럼에도 수돗물 이외에 다른 대체 음용수를 자유로이 택할 수 없는 일정 계층의 국민들은 그 수돗물을 음용수 및 생활용수로, 그렇지 않은 국민들의 경우에도 적어도 생활용수로 계속 사용할 것을 피할 수 없어 정신적 고통을 겪는 결과를 가져오게 되었다 할 것이므로, 이와 같은 환경기준유지의무 위반이 '위법하지 않다'고 평가할 수는 없다 할 것이다.

## 3. 수인한도론의 적용 여부와 위상

### (1) 수인한도론의 의의

일반적인 불법행위에서의 상관관계설을 더욱 발전시켜, 환경오염소송에 있어서 통상의 합리적인 사람이라면 사회공동생활을 영위하는데 당연히 감수하여야 할 **수인한도를 초과하는 피해가 있는 경우에 비로소 침해행위의 위법성이 인정**된다는 수인한도론이 등장하였다. 이는 사상적으로 환경보전과 경제발전론의 조화론, 민법학을 지배하는 이익형량론, 시민의 생활감정에 이론적 근거를 두고 있는데[23], 이와 같은 수인한도론은 우리 민법 제217조, 제216조 제2항, 제219조 제2항에서 실정법적 근거를 찾을 수 있다.[24]

---

23) 이용우 전 대법관님, '수인한도론 소고 - 공해의 위법성론 -', 법조 제27권 10호, 제2쪽

24) 이강원 위 논문(각주 14) 25쪽

### (2) 수인한도론의 내용 및 관련 학설[25]

수인한도를 판정하는 데 있어 고려할 요소로서는 ① 피침해이익의 성질 및 정도, ② 가해기업의 공공성, ③ 가해자 및 피해자를 둘러싸고 있는 주변의 지역성, ④ 피해자와 가해자 중 이용의 선후관계, ⑤ 방지조치유무, ⑥ 손해회피가능성, ⑦ 배출기준 혹은 음량기준 등 공법적 규제 및 인허가와의 관계, ⑧ 환경영향의 조사 및 그 공개, 설명의무 이행여부 등이 지적되고 있다.

또한, 수인한도를 위법성 판단의 요소로 보는 입장에서는, 수인한도를 넘는 침해가 있을 때 비로소 위법성이 인정된다는 견해와, 수인한도를 위법성조각사유로 보는 견해가 대립되고 있는데, 학설이나 판례상으로는 대체로 전자의 견해가 대세을 이루는데, 수인한도의 판정요소 중 피침해이익의 성질 및 정도 이외에 가해기업의 공공성 등 피고측에게 유리하게 작용할 사정이 많이 있어 그러한 사정은 오히려 피고측이 주장, 입증하여야 할 것이므로 결코 원고에게 과중한 입증의 부담을 지우는 것은 아니라고 이해되고 있다.

### (3) 수인한도론의 적용 영역

당초 수인한도론은 불법행위의 요건으로서 고의과실과 위법성의 이원적 구조하에 그중 위법성의 판정기준으로 작용해 왔으나, 최근에 이르러서는 위와 같은 이원적 구조를 지양하고 고의과실과 위법성을 일원적으로 수인한도론으로 통합하려는 이른바 '신수인한도론'이 등장하였는데, 이 설이 말하는 과실개념은 '수인한도를 넘는 침해를 가져오지 않도록 조치할 의무에 위반하는 것'을 말하고, 따라서, 결국 수인한도를 넘는 침해가 있으면 과실이 인정되고 위법성도 있게 되어 '수인한도'라는 하나의 기준에 의해서 과실과 위법성이 일원적으로 파악된다.

이러한 수인한도론에 대하여, 피해가 비교적 경미한 소음분쟁이라든가 일조, 통풍저해 분쟁 혹은 경미한 악취분쟁, 관망저해분쟁 등 지위의 호환성이 있는 당사자 사이의 상린분쟁이나 생활방해사건에서는 사회공동생활상 서로 어느 범위까지는 불편해도 참자고하는 이 이론이 어느 정도 타당하나, 대기오염이라든가 수질오염에 의한 사람의 생명·건강에 중대한 피해를 주는 전형적인 공해 내지 환경오염과 같은 경우에는 지위의 호환성이 없어 기업은 언제나 환경을 오염시키고 시민은 언제나 피해를 보기

25) 이용우 전 대법관님 위 논문(각주 22) 제3 내지 8쪽 요약

때문에 이 이론이 타당하지 않다는 비판을 하면서, 환경권을 하나의 절대권으로 인정하는 결과 환경권에 대한 침해, 즉 환경을 오염시키면 그것으로서 곧 위법하다고 하는 견해(환경권론)가 등장하였다.[26]

### (4) 환경기준유지의무 위반과 수인한도론 적용여부 및 적용 단계

일조, 소음, 조망, 통풍 등 생활상 이익이 충돌하는 현대적인 불법해위 유형에서 위법성과 과실요건을 엄격하게 구별할 필요 없이 이를 통합하여 불법행위의 성부를 판단하는 것이 보다 합리적이고 용이하다는 점에서 신수인한도론은 그 실효성이 크다고 할 것이다.

그러나, 앞서 본 바와 같이 환경기준유지의무가 이미 법령에 의해 규정되어 있는 이상, 그 위반을 인정하면서 다시 이익형량을 통해 수인한도 이내라는 이유로 '위법성'이 부인된다고 하는 것은 그 결론에 선뜻 납득이 가지 않는 결과를 가져올 수 있고, 따라서 이 사건과 같이 법령에 의한 국가 등의 의무가 이행되지 않았다는 사실 자체를 원이으로 하여 일정한 책임을 인정할 수 있는지 여부가 문제되는 사안에 대하여는 이를 적용하는 것이 부적당하다는 의견[27]이 있고, 대상판결은 이와 같은 논리에서 제1심 및 원심의 수인한도론 적용 논리에 대해 별도로 언급하지 않은채 직무상 의무의 제3자 관련성 논리를 이 사건에 도입하여 결론을 도출하였다.

그런데, 앞서 본 바와 같이, 수인한도론은 환경보전과 경제발전론의 조화론, 민법학을 지배하는 이익형량론, 시민의 생활감정에 이론적 근거를 두고 있고, 법령상 국가 및 지방자치단체에게 일정 기준의 환경기준유지의무가 부과되었다고 하여 국가 및 지방자치단체에게 그 위반 즉시 손해배상책임을 지우는 것은 타당하지 않고, 따라서 **환경기준유지의무 위반으로 인한 환경상 권리 침해의 경우에도 위와 같은 수인한도론의 이론적 배경에 기초한 이익형량이 여전히 필요하다고 할 것**이다.

다만, 앞서 살핀 바와 같이 국가 및 지방자치단체가 법령에서 정한 환경기준유지의무를 위반한 경우 이는 그 자체로 '위법하다'고 보지 않을 수 없고, **다만, 이 경우에도 수인한도론이 적용하고 있는 여러 요소의 형량을 통해 수인한도론 평가의 결과를 배상책임(즉, 행위자에 대한 비난가능성)의 면제 또는 감경 사유로 삼는 것이**

---

26) 최상호, 환경오염에 있어서의 위법성 제79쪽, 이강원 위 논문(각주 제14)에서 재인용. 한편, 위 논문에서는 이용우 전 대법관님의 견해를 이와 달리 '이원론'으로 소개하나, 그 실질적 내용은 이와 동일한 견해인 것으로 보인다.

27) 이경춘의 위 논문(각주 3) 제14쪽

**타당하다고 본다**. 이는 수인한도론이 참작하고 있는 사유가 이미 기존의 과실요소를 평가대상으로 삼고 있다는 점에서 그 이론적 근거가 있다고 할 것이고, 환경기준유지의무를 위반한 행위가 수인한도론을 통해 다시 '위법하지 않은 상태'로 평가됨으로써 발생할 수 있는 시민의 생활감정과의 괴리를 막을 수 있는 점에서 더 타당하다고 생각한다.[28]

## 4. 인과관계 및 손해 인정여부

### (1) 공무원의 부작위로 인한 국가의 손배배상책임 요건으로서 인과관계인정 여부에 관한 기존의 판례

앞서 본 바와 같이, 대법원은 공무원의 직무상의무위반이 문제되는 사건에 관하여, 공무원에게 일정한 의무를 부과한 법령의 규정이 **오로지 공공 일반의 이익을 위한 것이거나 행정기관 내부의 질서를 규율하기 위한 것인지 아니면 전적으로 또는 부수적으로 사회 구성원 개개인의 안전과 이익을 보호하기 위하여 설정된 것인지 여부**가 당해 피해자에 대한 관계에서의 공무원의 직무상의무위반 여부, 즉 위법행위 여부와 책임귀속에 관한 인과관계 판단의 자료가 된다는 입장을 위 대법원 91다43466 판결에서 설시된 이래 이러한 입장을 계속 유지하여 오고 있다.[29] 직무상 의무의 근거 규정이 '오로지 공공 일반의 이익을 위한 것이거나 행정기관 내부의 질서를 유지하기 위한 것'이라는 의미는 당해 규범이 개인의 이익과는 무관한 일반의 추상적 공익만을 목적으로 하는 경우만을 의미한다고 할 것인데, 대법원은 이는 법령 전체의 기본적인 취지, 목적과 그 의무를 부과하고 있는 개별규정의 구체적 목적, 내용 및 그 직무의 성질 등 제반사정을 고려하여 개별적·구체적으로 판단하여야 한다고 판시되어야 한다고 하고 있고,[30] 이에 더하여 관련 규정의 형태가 어느 정도 구체성을 띄고

28) 이용우 전 대법관님도 위 논문(각주 22)에서, 호환성이 없는 공해소송의 경우 위법성은 피해만으로 성립하고, 그 밖에 수인한도론의 요소들은 과실상계와 동일한 사유로 보아 공평의 견지에서 배상책임을 감면시키는 사유로 보거나, 혹은 위자료 산정의 참작사유로 보아야 한다는 견해를 밝혔다.
또한, 민법주해 18권(채권11) 제228쪽에 의하면, 소음으로 인한 생활방해의 경우 그것이 사회적으로 용인되어야 할 정도, 즉 수인한도 내인 경우에는 '책임이 발생하지 않는다'고 해석되고 있다.

29) 같은 취지의 판례: 대법원 1994. 6. 10. 선고 93다30877 판결, 대법원 1994. 12. 27. 선고94다36285 판결, 대법원 1995. 4. 11. 94다15646 판결, 대법원 1997. 9. 9. 선고 97다12907 판결, 대법원 1999. 12. 21. 98다29797 판결, 대법원 2000. 6. 9. 선고 98다55949 판결, 대법원 2001. 4. 13. 선고 2000다34891 판결 등

30) 대법원 2000. 6. 9. 선고 98다55949 판결

있는지 여부도 중요한 판단 요소가 되어야 한다는 견해가 있다.[31]

그러나 주의할 것은, 대법원의 입장에 따르더라도, 직무상 의무의 제3자 관련성은 인과관계 판단의 한 요소이므로, 부수적으로 관련 의무가 개인의 안전과 이익을 도모하기 위한 측면이 있다고 하더라도 결과발생의 개연성 등을 따져서 인과관계가 부인될 수도 있다는 것이다[32].

### (2) 인과관계에 관한 이론[33]

손해배상의 범위에 관한 민법 제393조 제1항에 관해 우리 민법은 '상당인과관계설을 법제화한 것으로 보는 것이 통설, 판례의 입장이다. 이러한 상당인과관계설은 일반적으로 고찰하여, 일정한 종류의 원인이 존재하는 경우 일정한 종류의 결과가 발생하는 것이 보통이라는 경우에 양자 사이의 인과관계를 인정한다는 이론으로, 가해행위의 통상적 경로로 발생된 결과만이 그 가해행위와 인과관계가 있다고 하는 것이다. 이는 어떤 원인으로부터 어떤 결과가 발생할 개연성의 정도가 일정 수준, 즉 상당한 정도 이상이면 양자간의 인과관계를 인정하고, 상당한 정도에 미달하면 그 인과관계를 부정하는데, 여기서 그 개연성의 정도 판단은 법적·규범적이 될 수 밖에 없으며, 이는 곧 법적인 책임귀속관계에 귀착하게 된다.

이러한 상당인과관계론을 수정하는 이론으로서, 인과관계의 개념을 법적인 원인결과의 관계로 이해할 필요는 없고, 중요한 것은 "손해배상책임의 기초를 이루는 규범의 보호목적과 보호범위"이며, 따라서 책임의 한계는 구체적 규범의 의미와 사정거리에서 찾아야 한다는 규범목적설과, 후속의 손해가 일차적 손해로부터 특별히 설정된 위험의 결과인 때에는 책임관계를 인정하나 일차적 손해에 수반되는 일반생활위험 또는 자기위험이 실현된 결과인 때에는 배상책임을 부정한다는 이른바 위험범위설 등이 등장하였다. 그리고 이 사건 판시에서 인용한 직무상 의무의 제3자 관련성을 인과관계 판단의 요소로 처음 도입한 91다43466 판결에 대해, 통상의 객관적 개연성 판단만으로

---

31) 이경춘, 위 논문(각주 3) 10쪽

32) 이른바 삼풍백화점 붕괴 사건(대법원 1999. 12. 21. 98다29797 판결)에서, 대법원은 건축허가 등 관계 규정은 공공의 이익과 질서 유지라는 측면 이외에 개인의 안전과 이익을 도모하기 위한 측면도 있다고 하면서도, 건축법령상 각 과정에서 피고 서초구가 실질적으로 관여, 감독할 수 있는 부분이 거의 없고, 붕괴사고는 건축주의 무계획적인 건축, 설계자의 부실설계, 건축구조기술사의 구조계산의 잘못, 시공자의 부실시공 및 소유자의 관리, 유지상의 잘못이 경합된 것으로서, 공무원들의 직무상 인허가 의무위반 행위와 붕괴사고 사이의 상당인과관계가 없다고 판단하였다.

33) 손지열 전 대법관님의 위 논문(각주 4) 제8, 9쪽

는 상당인과관계를 인정하기 어려운 사안임에도, 공무원들에게 감독의무를 명한 규범의 보호목적(다수 국민의 생명과 재화의 보호)이 너무 무겁고, 감독의무 위반의 정도가 너무 무거우며(선박의 하자 정도가 심함), 손해발생의 결과 또한 너무나 심각(승객 36명의 사망)하다는 사정을 고려하여, 전통적 상당인과관계설을 수정하여 규범목적설과 분석적 방법론을 일부 채택하였다는 해석이 설득력있게 제시된 바 있다[34].

### (3) 손해의 의의 및 판단 기준

환경침해에 의한 불법행위로 인한 손해배상청구소송에서 손해는 그 불법행위로 인한 적극적, 소극적인 재산상의 손해뿐만 아니라 정신적 손해도 포함한다. 이는 환경침해의 본질이 물권의 침해뿐만 아니라 인격권의 침해로 보기 때문에 가해자는 물권이나 이에 준하는 권리의 침해에 따른 모든 재산상의 손해와 정신적 고통을 위자하는 위자료도 배상할 책임이 있는 것이다.[35] 이러한 손해와 관련하여, 손해를, 법에 의하여 보호되는 생활이익, 즉 법익에 관하여 받은 불이익이라고 정의하면서, 이는 만일에 가해원인이 없었다고 한다면 있었어야 할 이익 상태와, 가해가 이미 발생하고 있는 현재의 이익 상태와의 차이라고 설명하는 차액설도 있으나, 차액설로는 재산적 손해가 아닌 손해의 조사, 확정에 한계가 있을 수 밖에 없다는 관점에서 현재는 차액설과 달리, 피해자가 입은 구체적인 불이익 자체를 손해 개념으로 인식하는 이른바 평가설(구체적 손해설)이 통설 및 판례이다.[36]

한편, 손해란 피해자가 누리고 있던 보호법익에 대한 침해를 말하는 것으로, 이러한 침해는 그것이 보호법익에 관한 침해인 경우에만 불법행위책임을 발생시키는데, 이러한 손해가 책임을 발생시킬 것인가는 그것이 보호법익에 해당하는가에 좌우되고, 이것은 곧 과실 및 위법성의 판단과도 관련성을 갖는다.[37]

---

34) 손지열 대법관님의 위 논문(각주 34)

35) 손윤하, '환경침해를 원인으로 한 민사소송에 관한 문제 - 일조, 조망 및 생활소음 중심으로-, 저스티스 통권 제81호(2004. 10.)

36) 최우진, '구체적 액수로 증명 곤란한 재산적 손해의 조사 및 확정 - 사실심 법원 권능의 내용과 한계-', 사법논집 제51집, 법원도서관

37) 민법주해 18권 채권(11) 228쪽, 이은영, 채권각론 762쪽.
원심이 '부산광역시가 공급한 수돗물에 일부 트리할로메탄이 함유되었다고 하여, 원고들이 이로 인하여 법적으로 손해라고 평가할 수 있을 정도의 정신적 손해를 입은 것으로 볼 수 없다고 본 판시'는 이와 같은 인식에 기초한 것으로 이해될 수 있다. 다만, 현재의 과학기술상 트리할로메탄의 위험성에 관하여 밝혀진 바를 토대로, 이는 '수인한도'에 해당한다고 보는 것이 더 이론상 이해하기 쉽다고 본다.

## 5. 사안의 검토

### (1) 대상 판결의 태도에 대한 평가

대상판결은, 환경기준유지의무를 위반한 국가 및 부산광역시의 손해배상책임을 부정하면서, 종래 공무원의 직무상 의무위반의 경우 상당인과관계 인정여부에 관하여 '직무상 의무의 제3자 관련성'을 판단기준으로 제시한 91다43466 판결의 법리에 기초하여, 이 사건에서 국가 및 지방자치단체가 낙동강 원수를 환경정책기본법시행령상의 구체적 수범 기준인 3급수 이상으로 유지하도록 한 규정은 국민에게 양질의 수돗물이 공급되게 함으로써 국민 일반의 건강을 보호하여 공공 일반의 전체적인 이익을 도모하기 위한 것이지, 국민 개개인의 안전과 이익을 직접적으로 보호하기 위한 규정이 아니므로, 국가 및 부상광역시의 위 의무 위반이 있고, 이로 인해 원고들이 정신적 고통을 받았다고 하더라도, 이러한 사정만으로는 국가 및 부산광역시가 손해배상책임을 지지 않는다고 하면서도, 그 이유가 이로 인하여 '위법성'이 인정되지 않는지, 혹은 '인과관계'가 인정되지 않는지 명확히 하지 않았다.[38]

그러나, 앞서 살펴 본 바와 같이 위 91다43466 판결에서 처음 명시된 위 직무상 의무의 제3자 관련성 이론은 종래 상당인과관계를 그대로 적용할 경우 인과관계가 부인될 수밖에 없으나 구체적 타당성 측면에서 이를 인정하기 위해 도입된 이론이라는 점, 이는 독일 기본법 제34조와 민법 제839조가 명문으로 공무원이 제3자에 대한 관계에서 부담하는 직무상 의무의 위반이 있을 것을 국가배상책임의 요건으로 하고 있는 해석론에서 비롯된 이론으로 우리 민법은 이와 같은 요건을 규정하고 있지 않은 점, 직무상 의무의 제3자 관련성 판단이 그 판단 기준의 모호성으로 인해 국가 및 지방자치단체가 국민의 권익보호를 외면한데 대하여 면제부를 제공하는데 기여할 우려가 없지 않은 점 등에서 이 이론이 국가의 손해배상책임 부정의 논거로 널리 활용되는 것은 적절치 않다고 할 것이다.

또한, 대상판결의 기준을 적용하더라도, 수돗물은 국민 개개인의 음용수 및 생활용수로 활용되고 있어 생명, 신체의 건강 유지와 직결되어 있고, 위 규정의 취지가 그러한 수돗물을 음용, 사용하는 개개 국민의 건강을 유지하고자 하는 사전배려의 원칙의 발현이라고 해석되며, 개별 규정 자체도 구체적인 기준까지 대통령령에 명시되어 있는 점,

38) 다만, 3급수에 미달한 상수원수를 고도정수처리하지 않은 행위로 인한 손해배상책임과 관련해서도, 관련규정의 성격상 '불법행위가되지 아니한다'고 한 취지에 비추어, 위 경우도 '위법성'을 부인한 것으로 보인다.

낙동강 수계 이외 다른 수계에서는 이러한 수질기준이 유지되고 있는 점에서 위 기준이 단순히 환경정책적 기준으로 보기도 어려운 점 등의 사정을 종합해보면, 이 사건 환경기준이 적어도 부수적으로라도 원고들을 포함한 사회구성원 개인의 안전과 이익을 보호하기 위하여 설정된 것이 아니라고 보는 것은 지나친 해석이 아닌가 하는 생각이다.

### (2) 사견

법령상 명시된 낙동강 원수 수질기준 유지의무를 위반한 국가 및 지방자치단체의 행위는 위법하다고 평가될 수 밖에 없을 것이고, 손해배상책임 인정 여부에 관한 인과관계와 손해에 관한 종래의 상당인과관계설과 평가설에 의하면, 그 인과관계와 '정신적 손해' 또한 인정될 수 있을 것이다.

다만, 그러한 손해의 배상을 피고들에게 물을 수 있을 것인가에 관해서는 종래 수인한도론의 요소를 고려함이 타당할 것이고, 이러한 관점에서 제1심 및 원심에서 고려한 여러 요소들에 비추어 **피고들의 책임이 면책된다(피고들의 의무위반을 비난할 수 없다)**고 보는 것이 더 합당하다고 본다.

나아가, 이러한 논의의 실익은, 대상판결과 같이 이 사건에서와 같이 국가의 수질보전유지의무의 성격 자체를 직무상 의무의 제3자 관련성이 없어 국가 등이 그 기준유지의무를 위반한 경우에도 손해배상책임이 없다고 보는 경우, 향후 과학기술의 발전이나 국가 등의 재정적, 환경적 여건이 성숙하여 그 수질기준을 지키는 것이 더 용이해진 상황에서도 국가가 그 의무를 위반한 경우 손해배상책임을 인정하기가 쉽지 않을 것이나, 이를 수인한도론의 요소를 책임의 감경기준으로 적용하여 판단하면, 그와 같은 경우 피고들의 책임을 보다 용이하게 인정하고, 나아가 원고들과 같은 일반 국민 개개인의 '법령상' 환경권을 보호하는데 합리적으로 해석론을 전개할 수 있다는데 있다.

## Ⅳ. 영조물책임(국가배상법 제5조) 인정여부

### 1. 영조물 책임의 의의

국가배상법 제5조는 제1항 본문은 "도로·하천, 그 밖에 공공의 영조물의 설치나 관리에 있기 때문에 타인에게 손해를 발생하게 하였을 때에는 국가나 지방자치단체는 그 손해를 배상하여야 한다"고 규정하여 국가 및 지방자치단체의 공공시설 등의 설

치·관리의 하자로 이한 손해배상책임을 규정하고 있다. 여기에서 주로 문제되는 것은 '하자'의 개념인데, 아래에서 간단히 살핀다.

## 2. '하자'의 판단기준

### (1) 학설

영조물 책임에서 '하자'의 개념과 관련해서는 영조물의 설치, 관리상의 하자를 설치, 관리상의 주의의무위반 내지 안전확보의무위반으로 보는 주관설[39], 하자의 유무는 영조물이 객관적으로 안정성을 결여하였는지 여부에 의하여 판단하여야 하므로, 그것이 설치 관리자의 작위 또는 부작위 의무의 위반으로 생긴 것인지는 요구되지 않는다는 객관설[40], 그 밖에 절충설 및 위법·무과실책임설 등의 학설이 전개되고 있다.

### (2) 판례의 태도 및 평가

판례는, 국가배상법 제5조 소정의 영조물의 설치·관리상의 하자라 함은 영조물의 설치 및 관리에 불완전한 점이 있어 이 때문에 영조물 자체가 통상 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못한 상태에 있는 것을 말하는 것이다(대법원 1994. 11. 22. 선고 94다32924 판결 참조)고 판시하여 객관설적 입장을 취하였다가, 국가배상법 제5조 제1항에 정해진 영조물의 설치 또는 관리의 하자라 함은 영조물이 그 용도에 따라 통상 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못한 상태에 있음을 말하는 것이며, 다만 **영조물이 완전무결한 상태에 있지 아니하고 그 기능상 어떠한 결함이 있다는 것만으로 영조물의 설치 또는 관리에 하자가 있다고 할 수 없는 것이고, 위와 같은 안전성의 구비 여부를 판단함에 있어서는 당해 영조물의 용도, 그 설치장소의 현황 및 이용 상황 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 설치·관리자가 그 영조물의 위험성에 비례하여 사회통념상 일반적으로 요구되는 정도의 방호조치의무를 다하였는지 여부를 그 기준으로 삼아야** 하며, 만일 객관적으로 보아 **시간적·장소적으로 영조물의 기능상 결함으로 인한 손해발생의 예견가능성과 회피가능성이 없는 경우 즉 그 영조물의 결함이 영조물의 설치·관리자의 관리행위가 미칠 수 없는 상황 아래에 있는 경**

39) 김동희(Ⅰ) 제12판, 522쪽

40) 김도일(上), 642쪽, 류지태/박종수, 행정법신론 제15판 516쪽도 객관설로 평가된다, 김남진/김연태, 행정법 Ⅰ (제13판) 543쪽

**우임이 입증되는 경우라면 영조물의 설치·관리상의 하자를 인정할 수 없다**(대법원 2001. 7. 27. 선고 2000다56822 판결 참조)하고, 주관설적 요소를 고려한 판시[41]를 한 바 있다.

또한, 이른바 '매향리 사격장 사건'에서 국가배상법 제5조 제1항에 정하여진 '영조물의 설치 또는 관리의 하자'라 함은 공공의 목적에 공여된 영조물이 그 용도에 따라 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못한 상태에 있음을 말하고, 여기서 안전성을 갖추지 못한 상태, 즉 타인에게 위해를 끼칠 위험성이 있는 상태라 함은 당해 영조물을 구성하는 물적 시설 그 자체에 있는 물리적·외형적 흠결이나 불비로 인하여 그 이용자에게 위해를 끼칠 위험성이 있는 경우뿐만 아니라 그 영조물이 공공의 목적에 이용됨에 있어 그 이용상태 및 정도가 일정한 한도를 초과하여 제3자에게 사회통념상 참을 수 없는 피해를 입히는 경우까지 포함된다고 보아야 할 것이고, 사회통념상 참을 수 있는 피해인지의 여부는 그 영조물의 공공성, 피해의 내용과 정도, 이를 방지하기 위하여 노력한 정도 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다고 판시(대법원 2004. 3. 12. 선고 2002다14242 판결)하여, 하자의 범위를 '그 영조물이 이용됨에 있어 수인한도를 초과하는 피해를 입히는 경우'까지 확장시킨 이른바 '기능적 하자이론'을 도입한 이래 이러한 법리가 비행장관련 등 소송[42]에서 재차 확인된 바 있다.

즉, 위와 같은 판례의 태도는 영조물의 '안전성'의 의미를 넓게 이해하면서도, 예측가능성, 회피가능성 등의 '과실책임'적 요소를 도입하거나, 종래 환경소송에서 논의된 '수인한도론'적 논의를 도입하여 그 책임 인정 영역의 적용여부를 신축성있게 적용하기 위한 시도로 평가된다[43]. 다만, 대법원은 자연영조물인 하천의 경우 다른 영조물과는 달리 하천관리행위의 특성을 반영하여, 다소 엄격한 논리를 전개하고 있다고 보인다[44].

---

41) 자연영조물인 '하천'의 경우에도 이와 같은 법리를 설시한 바 있다; 대법원 2010. 7. 22. 선고 2010다33354, 33361 판결, 동지; 대법원 2008. 9. 25. 선고 2007다88903 판결, 대법원 2007. 10. 26. 선고 2005다51235 판결, 2007. 10. 25. 선고 2005다62235 판결, 2007. 9. 21. 선고 2005다65678 판결

42) 대법원 2010. 12. 23. 선고 2009다10928, 10935, 10959 판결, 대법원 2010. 12. 9. 선고 2007다42907 판결, 2010. 11. 25. 선고 2007다20112 판결, 대법원 2005. 1. 27. 선고 2004다49566 판결

43) 다만, 이러한 대법원의 '기능적 하자'이론에 대하여, 기능적 하자가 문제되는 대부분의 사안에서는 당해 영조물 관리자의 부실한 관리도 함께 인정될 수 있을 것인데, 그러한 경우에 관리자를 상대로 직접 국가배상법 제2조(또는 민법 제750조) 등에 따른 인적 불법행위책임을 물으면 충분하고, 구태여 전통적인 하자의 개념을 확대시켜서 물적 불법행위책임으로 해결할 필요는 없다는 비판론이 있다; 강종선 '항공기소음 관련 민사소송의 제 논점', 이홍훈 대법관 퇴임기념 2011 환경소송의 제문제 제106쪽

### 3. 사안의 검토

인공공물과 자연공물은 동일평면에 놓고 안전성 여부를 논할 수 없는 차이점이 있고, 특히 하천 관리의 경우 유수원인 강수량의 정확한 예측이 어렵고, 제방의 축조와 같이 그 관리에 막대한 비용이 들며, 예산상의 제약을 받는 등의 특수성으로 인하여 다른 것과 일률적으로 다룰 수 없는 특성이 있다.[45] 따라서, 이러한 특수성에 비추어 '하자'의 개념을 '객관설'로 단순히 판단하기보다는 예견가능성이나 회피가능성 등의 요소를 도입하여 판단하는 것이 타당하다고 보이고, 다만 이러한 요소는 앞서 살핀 바와 같이 '수인한도론'의 요소에도 포함되어 있어 그 논의가 '수인한도론의 적용'까지 확대된 측면이 있다고 보이나, 여기에도 수인한도론을 정면으로 대입하여 영조물의 하자로 인한 국민의 피해에 대하여까지 이익형량론을 대입하려는 시도는 경계하여야 할 것으로 보인다.

대상판결에서 결과적으로 자연영조물인 낙동강 원수의 '하자'가 존재하지 않는다고 보아 영조물 책임을 부인한 결론은 타당하다고 본다.

## Ⅴ. 계약상 책임 인정여부

### 1. 계약상 책임 인정의 요건

계약상 책임은, 그 책임의 내용이 계약상 포섭될 수 있을 때 비로소 긍정된다고 할 것인데, 이 사건에서 원고들이 부산광역시에 대하여 채무불이행책임을 묻기 위해서는 부산광역시가 3급수 이상의 물을 취수하거나, 그 이하 수질의 원수를 취수한 경우에는 고도정수처리를 하여 수돗물을 공급할 것이 당사자 사이의 계약의 내용으로 포섭되어야 할 것이다.

### 2. 사안의 검토

그런데 이 사건에서, 양 당사자 사이의 계약 내용으로, 부산광역시가 인체에 직접

---

44) 대법원 2003. 10. 23. 선고 2001다48057 판결; 이에 대한 평가로는 류지태/박종수 행정법신론 제15판 519, 520쪽 참조

45) 김남진/김연태, 행정법 Ⅰ (제13판) 545쪽

적 해가 없는 수돗물을 공급할 것을 약정한 것에서 나아가 위에서 본 바와 같은 내용의 약정까지 포함되어 있다고 보기 어렵고, 따라서 일시적으로 부산광역시가 3급수 이하의 물을 취수하여 고도정수처리를 하지 않고 일반정수처리 후 수돗물을 공급하였다고 하여, 그 수돗물이 음용수로서 부적합하다고 볼 객관적 증거가 없는 이상 채무불이행책임이 성립한다고 볼 수 없다.

# Ⅵ. 결론

## 1. 논의의 정리

앞서 살핀 바와 같이, 국가 및 지방자치단체의 환경기준유지의무 위반을 이유로 하여서 환경권 침해를 이유로 한 손해배상청구는 그 자체로 받아들이기 어려울 것이나, 일반 불법행위를 이유로 한 손해배상청구에 있어서는 종래 수인한도론의 요소를 고려하여 국가 및 지방자치단체의 손해배상책임이 면제되거나 혹은 감경된다는 결론에 도달할 수 있을 것으로 본다. 또한 국가배상법상 영조물책임과 관련해서도 하천의 특성, 수질관리의 어려움, 재정적 한계 등을 고려하여 피고의 예측가능성, 회피가능성 판단에 따라 향후 여건 변경에 따라 '하자'의 존재여부가 인정될  경우 손배배상책임이 인정될 여지가 있다.

다만, 당사자 사이의 채무불이행을 이유로 한 손해배상책임 추궁과 관련해서는 현재의 수돗물 공급계약의 행태 및 내용 상 그 채무의 불이행을 인정하기 어려울 것이다.

## 2. 사안의 결론에 대한 사견

대상판결은 직무상 의무의 제3자 관련성 논의를 이 사건 규정에도 적용하여, 앞서 살핀 바와 같은 여러 논점에 대한 설시 없이 일거에 국가 및 지방자치단체의 손해배상책임이 인정되지 않는다고 판시하였다.

대상판결 선고 당시 사실관계에 비추어, 피고들의 손해배상책임이 인정되지 않는다는 결론에는 동감할 수 있으나, 그 구체적 이론구성은 앞서 본 바와 같이 각 요건을 분설하여 살펴봄이 타당하고, 특히 일반 불법행위의 성부에 있어 '수인한도론'을

피고들의 책임 감면 요소로 파악한다면, 하천 관리의 어려움이나 수질관리의 재정적, 현실적 한계 등에 관한 여건이 변경되는 경우, 법원이 보다 용이하게 피고들의 손해배상책임을 긍정할 수 있을 것이고, 나아가 이로써 헌법상 사전배려원칙에 근거한 국가 및 지방자치단체의 법령상 환경기준유지의무의 중요성을 일깨우고 일반 국민의 환경권을 보다 충실히 보장하는데 법원이 제 역할을 다할 수 있으리라 본다.

# 〔참고문헌〕

## 1. 단행본

김남진/김연태, 행정법 Ⅰ, 법문사 2008
김연태, 환경보전작용연구, 고려대학교출판부 1999
김형배, 민법학강의 제2판, 신조사 2001
류지태/박종수, 행정법신론 제15판, 박영사 2011
홍준형, 판례행정법, 두성사 1999
이홍훈 대법관 퇴임기념 2011 환경소송의 제문제, 법원환경법분야연구회편, 사법발전재단 2011
민법주해 18(채권11) 2005

## 2. 논문

김남진, '공무원의 직무해태와 국가 등의 배상책임 - 대상판결: 대법원 93. 2. 19. 선고 91다43466 판결 -', 판례월보 275호, 판례월보사
김종률, '환경권의 사권성; 사건의 표시 대법원 1995. 5. 23. 선고, 94마2218 결정', 판례연구 13집, 서울지방변호사회
김홍균, '환경오염피해에 대한 사법적 구제의 효율적 제고 방안', 인권과 정의 194호, 대한변호사협회
손윤하, '환경침해를 원인으로 한 민사소송에 관한 문제 - 일조, 조망 및 생활소음을 중심으로 -', 저스티스 통권 제81호, 한국법학원
손지열, '국가배상에 있어서의 위법성과 인과관계 대법원 1993. 2. 12. 선고, 91다43466 판결', 민사판례연구 제16집, 민사판례연구회
윤진수, '환경권 침해를 이유로 하는 유지청구의 허용여부', 대법원 판례해설 제23호, 법원도서관 1995. 5. 23.
이강원, '공해배상소송에서의 수인한도론과 공용관련하자', 민사재판의 제문제 제13권, 한국사법행정학회
이경춘, '상수원수가 법령이 정하는 수질기준에 미달한 경우 국가배상책임 유무 낙동

강 수질오염을 원인으로 한 부산시민의 국가 및 부산광역시에 대한 위자료 청구 사안', 대법원판례해설 제38호, 법원도서관 2001. 10. 23.

이상덕, '영조물에 관한 연구- 공공성 구현 단위로서 영조물 개념의 재정립-', 서울대학교 행정법 박사학위 논문

이용우, '수인한도론 소고 - 공해의 위법성론 - ', 법조 27권 10호, 법조협회

조은래, '환경권과 생활방해에 대한 위법성판단의 연구', 법학연구 제18집(2005년 6월), 한국법학회

최우진, 구체적 액수로 증명 곤란한 재산적 손해의 조사 및 확정 - 사실심 법원 권능의 내용과 한계 -, 사법논집 제51집, 법원도서관

황진호, '국가·지방자치단체의 환경보전의무위반으로 인한 손해배상책임 - 대법원 2001. 10. 23. 선고 99다36280 판결을 중심으로-

김종천, '과학기술발전에 따른 리스크·위험방지를 위한 국가의 보호의무', 외법논집 제33권 제1호(2009. 2.)

김홍균 '환경법상 사전배려원칙의 적용과 한계', 저스티스 통권 119호, 2010.

박규수, '환경법상 리스크와 사전배려원칙에 관한 연구', 영남대학교대학원(석사), 2010.

박균성, '과학기술위험에 대한 사전배려원칙의 적용에 관한 연구', 행정법연구 제21권, 행정법이론실무학회, 2008.

# [별지1] 수돗물 관련 법령

**[대한민국헌법]**

제10조

모든 국민은 인간으로서 존엄과 가치를 가치며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.

제35조

① 모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다.

② 환경권의 내용과 행사에 관하여는 법률로 정한다.

**[환경정책기본법**(2011. 7. 21. 법률 제10893호로 전문개정되기 전의 것)**]**

제1조(목적)

이 법은 환경보전에 관한 국민의 권리·의무와 국가의 책무를 명확히 하고 환경정책의 기본이 되는 사항을 정하여 환경오염과 환경훼손을 예방하고 환경을 적정하고 지속가능하게 관리·보전함으로써 모든 국민이 건강하고 쾌적한 삶을 누릴 수 있도록 함을 목적으로 한다.

제3조(정의)

이 법에서 사용하는 환경보전이라 함은 환경오염 및 환경훼손으로부터 환경을 보호하고 오염되거나 훼손된 환경을 개선함과 동시에 쾌적한 환경의 상태를 유지·조성하기 위한 행위를 말한다(제5호).

제4조(국가 및 지방자치단체의 책무)

① 국가는 환경오염 및 환경훼손과 그 위해를 예방하고 환경을 적정하게 관리·보전하기 위하여 환경보전계획을 수립하여 이를 시행할 책무를 진다.

제6조(국민의 권리와 의무)

① 모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가진다.

**제10조(환경기준의 설정)**

**① 정부는 국민의 건강을 보호하고 쾌적한 환경을 조성하기 위하여 환경기준을 설정하여야 하며 환경여건의 변화에 따라 그 적정성이 유지되도록 하여야 한다.**

**② 제1항의 규정에 의한 환경기준은 대통령령으로 정한다.**

제22조(특별종합대책의 수립)

① 환경부장관은 환경오염·환경훼손 또는 자연생태계의 변화가 현저하거나 현저하게 될 우려가 있는 지역과 제10조제1항의 규정에 의한 환경기준을 자주 초과하는 지역을 관계

중앙행정기관의 장 및 시·도지사와 협의하여 환경보전을 위한 특별대책지역으로 지정·고시하고 당해 지역안의 환경보전을 위한 특별종합대책을 수립하여 관할시·도지사에게 이를 시행하게 할 수 있다.

② 환경부장관은 제1항의 규정에 의한 특별대책지역내의 환경개선을 위하여 필요한 경우에 한하여 대통령령이 정하는 바에 의하여 그 지역내의 토지이용과 시설설치를 제한할 수 있다.

**[환경정책기본법 시행령]**

제2조(환경기준)

법 제10조 제2항의 규정에 의한 환경기준은 별표1과 같다.

**[별표1] 환경기준**

**상수원수로 사용되는 하천의 수질은 3등급 이상이어야 하고, 3등급 하천수는 상수원수 3급수로서 수소이온농도(pH) 6.5-8.5, 생물학적산소요구량(BOD) 6mg/l 이하, 부유물질량(SS) 25mg/l 이하, 용존산소량(DO) 5mg/l 이상, 대장균군수(MPN) 5,000 MPN/100ml 이하 등의 기준에 부합하여야 하며, 이는 전처리등을 거친 고도의 정수처리후 사용하여야 한다.**

**[수질 및 수생태계 보전에 관한 법률('수질환경보전법'에서 2007. 5. 17. 개정된 것)]**

제1조(목적)

이 법은 수질오염으로 인한 국민건강 및 환경상의 위해를 예방하고 하천·호소 등 공공수역의 수질 및 수생태계를 적정하게 관리·보전함으로써 국민으로 하여금 그 혜택을 널리 향유할 수 있도록 함과 동시에 미래의 세대에게 승계될 수 있도록 함을 목적으로 한다.

제9조(상시측정 및 수질·수생태계 조사)

① 환경부장관은 하천·호소, 그 밖에 환경부령이 정하는 공공수역(이하 "하천·호소등"이라 한다)의 전국적인 수질 및 수생태계의 실태를 파악하기 위하여 측정망을 설치하여 수질오염도를 상시측정하여야 하며, 하천·호소등의 수질 및 수생태계 현황을 전국적으로 조사할 수 있다.

제28조(정기적 조사 및 측정)

환경부장관 및 시·도지사는 호소의 수질 및 수생태계 보전을 위하여 호소수의 이용상황, 수질 및 수생태계 현황, 수질오염원의 분포상황 및 수질오염물질 발생량 등을 대통령령이 정하는 바에 의하여 정기적으로 조사·측정하여야 한다.

**[수도법(2007. 4. 11. 법률 제8370호로 전문개정된 것)]**

제1조(목적)

이 법은 수도에 관한 종합적인 계획을 수립하고 수도를 적정하고 합리적으로 설치·관리

하여 공중위생을 향상시키고 생활환경을 개선하게 하는 것을 목적으로 한다.

제2조(책무)

① 국가는 모든 국민이 질 좋은 물을 공급받을 수 있도록 수도에 관한 종합적인 계획을 수립하고 합리적인 시책을 강구하며 수도사업자에 대한 기술 지원 및 재정 지원을 위하여 노력하여야 한다.

② 특별시장·광역시장·도지사·특별자치도지사(이하 "시·도지사"라 한다)와 시장·군수·구청장(자치구의 구청장을 말한다. 이하 같다)은 관할 구역의 주민이 질 좋은 물을 공급받을 수 있도록 상수원의 관리 등에 노력하여야 한다.

④ 수도사업자는 수도를 계획적으로 정비하고 수도사업을 합리적으로 경영하여야 하며 수돗물을 안전하고 적정하게 공급하도록 노력하여야 한다.

**제26조(수질기준)**

**① 수도를 통하여 음용을 목적으로 공급되는 물에는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 물질이 함유되어서는 아니 된다.**

**1. 병원성 미생물에 오염되었거나 오염될 우려가 있는 물질**

**2. 건강에 해로운 영향을 미칠 수 있는 무기물질 또는 유기물질**

**3. 심미적(심미적) 영향을 미칠 수 있는 물질**

**4. 그 밖에 건강에 해로운 영향을 미칠 수 있는 물질**

② 제1항에 따른 수질기준에 관하여 필요한 사항은 환경부령으로 정한다.

제29조(수질검사와 수량분석)

① 일반수도사업자는 원수 및 정수가 환경부령으로 정하는 기준에 맞는지를 파악하기 위하여 환경부령으로 정하는 바에 따라 수질검사를 실시하여야 하고, 취수량·정수량 및 공급량 등에 대한 수량분석을 실시하여야 한다.

**[상수원관리규칙(2011. 2. 16. 제398호로 개정된 것)]**

제24조(원수의 수질검사기준등)

① 법 제29조에 따른 **원수의 수질기준은 다음 각 호의 구분에 따른 기준에 맞아야 한다.**

**1. 하천수 및 호소수 : 「환경정책기본법 시행령」 별표 1의 수질 및 수생태계에 관한 환경기준**

제25조(원수의 수질검사)

① 법 제29조제1항, 제53조와 제55조제1항에 따라 일반수도사업자, 전용상수도설치자 및 소규모급수시설을 관할하는 시장·군수·구청장은 원수의 수질을 별표 6의 기준에 따라 검사하여야 한다.

# 세계화와 행정법의 임무 - 외국인 귀화허가제도
## - 대법원 2010. 10. 28. 선고 2010두6496 판결 -

안 기 수*

목 차

Ⅰ. 대상판결 소개(대법원 2010. 10. 28. 선고 2010두6496 판결) ····· 300
1. 사안의 개요 ····· 300
2. 원고의 주장 ····· 300
3. 피고(법무부장관)의 주장 ····· 301
4. 제1심 및 항소심 판결 : 원고 승소 ····· 301
5. 대법원 판결 : 파기, 환송 ····· 302

Ⅱ. 대상판결의 검토 ····· 305
1. 거주기간 산정에 대하여 ····· 305
2. 귀화허가요건 충족여부와 귀화허가 재량의 관계에 대하여 ····· 306
2. 소결 ····· 311

Ⅲ. 평등과 차별의 본질과 국가형태의 변화 ····· 311
1. 국적제도의 기원과 시민권의 특성 ····· 311
2. 세계자본주의 시대에서의 국민국가 ····· 315
3. 미합중국(USA)과 유럽연합(EU)의 이민(귀화) 딜레마 ····· 317

Ⅳ. 맺으며 ····· 319
1. 필터(filter)와 허브(hub)의 역할을 동시에 구현하는 재량 ····· 319
2. 소통하는 재량 - 행정소송 및 행정심판 ····· 320
3. 세계화와 행정법의 임무 ····· 321

[참고문헌] ····· 323

* 행정법 박사과정

## <국문초록>

국적법 제4조는 귀화에 의한 국적 취득을 규정하고 있다. 이 규정에 의하면 대한민국 국적을 취득한 사실이 없는 외국인은 법무부장관의 귀화허가를 받아 대한민국 국적을 취득할 수 있다. 그리고 법무부장관은 귀화허가 신청을 받으면 제5조부터 제7조까지의 귀화 요건을 심사한 후 그 요건을 갖춘 자에게만 귀화를 허가한다.

여기에서 문제는 외국인이 귀화요건을 모두 갖추게 되면 그는 대한민국의 국적을 취득할 권리를 가지는지 여부이다. 혹은 법무부장관은 귀화요건을 모두 갖춘 외국인에게 대한민국 국적을 부여해야 하는지 여부이다. 대법원은 외국인에게 대한민국의 국적을 취득할 권리를 부여하였다고 볼 만한 규정이 없고 법무부장관은 귀화신청인이 귀화 요건을 갖추었다고 하더라도 귀화를 허가할 것인지 여부에 관하여 재량권을 가진다고 판시하였다.

귀화허가는 외국인에게 대한민국 국적을 부여함으로써 국민으로서의 법적 지위를 포괄적으로 설정하는 행위에 해당한다. 따라서 이러한 귀화허가는 모든 법적관계의 근원이 되기 때문에 다른 행정행위들 보다 명확해야 할 필요가 있다. 독일 행정법학에서는 귀화허가에 대하여 부관과 가장 친하지 않은 행정행위들 중 하나라고 소개하고 있다. 이러한 논리에 따를 때 만약 외국인이 귀화허가의 요건을 모두 갖춘 경우 당해 외국인에 대한 행정청의 귀화허가 여부에 대한 재량은 상당히 축소되어야 한다.

그러나 근대 국민국가 체제 하에서 한 나라의 국민을 결정하는 일은 국가의 특권이며 이는 섣불리 행해지거나 양도될 수 없으며, 국가는 그에 대한 상당히 넓은 재량을 가지게 된다. 이는 국가의 포기할 수 없는 권리이다. 특히 현대사회에서는 여기저기서 근대 국민국가 체제가 허물어져가고 있는 모습을 보여주고 있는데, 이러한 시대적 상황에서 국가의 특권이라고 할 수 있는 귀화허가권은 더욱 민감해질 수밖에 없다.

이 글은 귀화허가의 요건과 귀화허가 결정 사이의 아슬아슬한 줄타기를 보여주고 있는 대법원 2010두6496 판결을 중심으로 ①판례가 귀화허가의 요건과 재량을 어떻게 보고 있는지,②이에 대한 학계의 논의는 어떠한지 살펴본다. 그리고 ③사람을 구별하는 기준으로 기능하고 있는 국적제도의 역사와 인간의 본성을 살펴보고, ④미합중국과 유럽연합의 이민 딜레마에 대하여 논의해본다. 마지막으로 ⑤세계화 시대를 맞아 행정법상 '재량'의 향후 전망과 행정법의 임무를 살펴본다.

# Ⅰ. 대상판결 소개(대법원 2010. 10. 28. 선고 2010두6496 판결)

## 1. 사안의 개요

원고는 방문동거(F-1-4) 및 특례고용허가자(E-19) 체류자격, 방문취업(H-2) 체류자격, 기타(G-1) 체류자격으로 대한민국 내에서 계속하여 3년 이상 거주한 외국인이다. 국적법 제6조 제1항은 간이귀화의 요건으로서 '외국인이 대한민국에 3년 이상 계속하여 주소가 있는 자'에 해당할 것을 규정하고 있고, 국적법 시행규칙 제5조는 '법 제6조의 규정에 의한 기간은 외국인이 적법하게 입국하여 외국인 등록을 마치고 국내에서 계속 체류한 기간'으로 한다고 규정하고 있다.

원고는 이에 의거하여 간이귀화신청을 하였는데, 피고 법무부장관은 방문취업 체류자격이나 기타 체류자격을 이용하여 귀화신청을 하는 것은 간이귀화요건을 갖춘 것으로 볼 수 없다는 이유로 불허가처분을 하였다. 즉, 방문취업 체류자격이나 기타 체류자격으로 거주한 기간은 국적법 제6조 제1항의 간이귀화의 요건으로서 '외국인이 대한민국에 3년 이상 계속하여 주소가 있는 자'의 거주기간에 산입될 수 없다는 것이었다.

## 2. 원고의 주장

원고는 국적법 제6조 제1항[1]이 정한 '대한민국에 3년 이상 계속하여 주소가 있는 자'에 해당하여 간이귀화 요건을 모두 충족하였으므로 이 사건 처분은 재량권을 일탈·남용한 것으로 위법하다.

---

1) **국적법 제5조(일반귀화 요건)**
외국인이 귀화허가를 받기 위하여서는 제6조나 제7조에 해당하는 경우 외에는 다음 각 호의 요건을 갖추어야 한다.
1. 5년 이상 계속하여 대한민국에 주소가 있을 것
2. 대한민국의 「민법」상 성년일 것
3. 품행이 단정할 것
4. 자신의 자산(자산)이나 기능(기능)에 의하거나 생계를 같이하는 가족에 의존하여 생계를 유지할 능력이 있을 것
5. 국어능력과 대한민국의 풍습에 대한 이해 등 대한민국 국민으로서의 기본 소양(소양)을 갖추고 있을 것

**국적법 제6조(간이귀화 요건)**
① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 외국인으로서 대한민국에 3년 이상 계속하여 주소가 있는 자는 제5조제1호의 요건을 갖추지 아니하여도 귀화허가를 받을 수 있다.
1. 부 또는 모가 대한민국의 국민이었던 자.

### 3. 피고(법무부장관)의 주장

동포포용정책 차원에서 도입하였으나 1회 거주기간을 3년으로 제한한 방문취업(H-2) 체류자격과 소송, 질병발생 등 불가피한 사유로 국내에 임시 체류할 사유가 발생한 경우 부여되는 잠정적인 체류자격인 기타(G-1) 체류자격을 이용하여 귀화신청을 하는 것은 위 체류자격의 성격 및 국적제도의 일반적 취지에 부합하지 않아 간이귀화 요건을 갖추었다고 볼 수 없다.

## 4. 제1심 및 항소심 판결 : 원고 승소

### (1) 제1심[2]의 법리

제 1심의 법리는 국적법 제4조 제2항은 '법무부장관은 귀화허가를 신청한 자에 대하여서는 제5조 내지 제7조의 규정에 의한 귀화요건을 갖추었는지의 여부를 심사한 후 그 요건을 갖춘 자에 한하여 귀화를 허가한다'고 규정하고 있고, 이에 따라 국적법 제5조부터 제7조는 귀화의 요건을 구체적으로 마련하고 있고, 위와 같은 법령 규정에 비추어 보면, 귀화허가는 외국인에게 대한민국 국민으로서의 지위를 창설적으로 부여하는 처분으로 피고가 귀화요건을 심사, 판단함에는 일정한 범위의 재량권이 인정된다고 할 것이나, 귀화허가신청자가 귀화요건을 충족하고 있음에도 피고가 귀화요건의 전제가 되는 사실인정을 그르치거나 귀화요건의 내용을 지나치게 좁게 해석함으로써 당해 신청자가 귀화요건을 충족하지 못하였다고 판단하여 귀화허가신청을 거부하였다면 이는 재량권을 일탈·남용한 것으로서 위법하다는 것이다.

한편, 국적법 시행령 제4조 제1항, 출입국관리법 제10조 제1항, 제24조 제1항, 제25조, 제31조, 제46조, 제67조, 제68조, 제94조, 제95조의 규정들을 종합하면, 국적법 제6조 제1항이 정한 간이귀화요건인 '대한민국에 3년 이상 계속하여 주소가 있는 자'의 범위에는 출입국관리법 등 관계 국내법령을 위반하면서 대한민국에 계속하여 3년 이상 체류하고 있는 외국인까지 포함하는 것은 아니라 할 것이나, 국내법에 의하여 적법하게 체류자격을 부여받아 대한민국에 3년 이상 생활의 근거되는 곳을 두고 있는 자라면 일응 이에 해당하는 것으로 보아야 한다고 판시하였으며, 위 규정에서 그 주소가 있는 기간을 계산함에 있어서 특정한 종류의 체류자격을 부여받을 것을 요구하

2) 서울행정법원 2009.8.20. 선고 2008구합51400 판결.

고 있지 않으므로 국내법에 의해 적법하게 체류할 자격을 부여받은 이상 어떠한 종류의 체류자격이든 상관없이 포함시켜 산정해야 한다고 해석함이 상당하다고 판시하였다.

### (2) 항소심[3]의 법리

항소심은 제1심 판결의 결론을 유지했다. 단, 제1심이 인정한 사실관계에서 나타난 각종 체류자격 기간의 기산점과 만료점을 추가하고, 체류자격에 대한 판시를 수정하여 아래와 같은 동일취지의 판시를 하였다.

*「원고는 앞서 본 바와 같이 2005. 6. 17.부터 2007. 3. 3.까지 단기종합(C-3) 또는 방문동거(F-1-4) 및 특례고용허가자(E-9) 체류자격으로, 2007. 3. 12.부터 2008. 6. 16.까지 방문취업(H-2) 체류자격으로, 2008. 6. 26.부터 2008. 8. 28.의 이 사건 간이귀화신청시까지 기타(G-1) 체류자격으로 계속하여 대한민국에 거주하였으므로, 원고가 위 신청 당시 대한민국 내에서 3년 이상 적법하게 거주하였다고 판단된다.*

*따라서 원고는 국적법 제6조 제1항이 정한 '대한민국에 3년 이상 계속하여 주소가 있는 자'에 해당하고, 원고가 위 요건을 갖추지 못했음을 이유로 한 이 사건 처분은 재량권을 일탈·남용한 것으로서 위법하다.*

*피고는, 입국 후 발생한 불가피한 사유로 인해 임시로 체류할 필요성이 있을 때 인정되는 기타(G-1) 체류자격이나 동포포용정책 차원에서 도입하였으나 1회 거주기간을 3년으로 제한한 방문취업(H-2) 체류자격의 취지에 비추어 보아 이러한 체류자격에 기한 간이귀화신청은 받아들일 수 없다고 주장한다. 그러나 앞서 본 법리에 비추어보아 이러한 사정만으로는 기타(G-1) 체류자격이나 방문취업(H-2) 체류자격에 기한 체류기간을 간이귀화 요건으로서의 거주기간에서 제외하여 이 사건 간이귀화신청을 거부할 수 없다. 따라서 피고의 위 주장은 이유가 없다.」*

## 5. 대법원[4] 판결 : 파기, 환송

### (1) 판결요지

대법원은 일단 국적법 제6조 제1항은 간이귀화의 요건으로서 '외국인이 대한민국

3) 서울고등법원 2010.3.25. 선고 2009누27512 판결.

4) 대법원 2010. 10. 28. 선고 2010두6496 판결.

에 3년 이상 계속하여 주소가 있는 자'에 해당할 것을 규정하고 있고, 국적법 시행규칙 제5조는 ' 법 제6조의 규정에 의한 기간은 외국인이 적법하게 입국하여 외국인등록을 마치고 국내에서 계속 체류한 기간'으로 한다고 규정하고 있을 뿐이므로, 귀화신청인이 국내거주요건을 갖추었는지 여부를 판단하는 데에 출입국관리법 시행령 제12조에 정한 외국인의 체류자격에 따라 그 기간의 산정을 달리할 것은 아니라고 판시했다.

그리고 귀화허가를 정의하면서 국적법 제4조 제1항은 "외국인은 법무부장관의 귀화허가를 받아 대한민국의 국적을 취득할 수 있다."라고 규정하고, 그 제2항은 "법무부장관은 귀화 요건을 갖추었는지를 심사한 후 그 요건을 갖춘 자에게만 귀화를 허가한다."라고 정하고 있는데, 국적은 국민의 자격을 결정짓는 것이고, 이를 취득한 사람은 국가의 주권자가 되는 동시에 국가의 속인적 통치권의 대상이 되므로, 귀화허가는 외국인에게 대한민국 국적을 부여함으로써 국민으로서의 법적 지위를 포괄적으로 설정하는 행위에 해당한다고 했다.

그 결과 귀하허가의 재량에 대하여 판시하면서 국적법 등 관계 법령 어디에도 외국인에게 대한민국의 국적을 취득할 권리를 부여하였다고 볼 만한 규정이 없으며, 이와 같은 귀화허가의 근거 규정의 형식과 문언, 귀화허가의 내용과 특성 등을 고려해 보면, 법무부장관은 귀화신청인이 귀화 요건을 갖추었다 하더라도 귀화를 허가할 것인지 여부에 관하여 재량권을 가진다고 보는 것이 타당하다고 판시했다.

따라서 방문동거(F-1-4) 및 특례고용허가자(E-19) 체류자격, 방문취업(H-2) 체류자격, 기타(G-1) 체류자격으로 대한민국 내에서 계속하여 3년 이상 거주한 외국인의 간이귀화 신청에 대하여 법무부장관이 방문취업 체류자격이나 임시적·보충적 성격의 기타 체류자격을 이용하여 귀화신청을 하는 것은 간이귀화요건을 갖춘 것으로 볼 수 없다는 이유로 불허가처분을 한 사안에서, 대법원은 법무부장관이 위 체류자격의 내용이나 성격 등을 이유로 귀화신청을 불허가한 처분이 재량권을 일탈·남용한 것인지 여부에 관하여 판단하지 않은 채, 방문취업 체류자격이나 기타 체류자격으로도 간이귀화의 국내거주요건을 갖출 수 있다는 이유만으로 위 귀화불허가 처분이 위법하다고 한 원심판단에 귀화허가의 법적 성질에 관한 법리를 오해하여 심리를 다하지 않은 위법이 있다고 판시하였다.

### (2) 이유

대법원이 위와 같이 판시한 이유는 아래와 같다.

*① 국적법 제6조 제1항은 간이귀화의 요건으로서 '외국인이 대한민국에 3년 이상 계속하여 주소가 있는 자'에 해당할 것(이하 '국내거주요건'이라 한다)을 규정하고 있고, 국적법 시행규칙 제5조는 '법 제6조의 규정에 의한 기간은 외국인이 적법하게 입국하여 외국인등록을 마치고 국내에서 계속 체류한 기간'으로 한다고 규정하고 있을 뿐이므로, 귀화신청인이 국내거주요건을 갖추었는지 여부를 판단하는 데에 출입국관리법 시행령 제12조에 정한 외국인의 체류자격에 따라 그 기간의 산정을 달리할 것은 아니다.*

*같은 취지에서 원심이, 원고가 출입국관리법 시행령 제12조 [별표 1] 소정의 '기타(G-1) 체류자격'으로 거주한 기간을 포함하여 간이귀화의 국내거주요건을 충족하였다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 귀화신청인의 국내거주요건에 관한 법리 오해 등의 위법이 없다.*

*② 행정행위가 재량행위인지 여부는 당해 행위의 근거가 된 법규의 체제·형식과 그 문언, 당해 행위가 속하는 행정 분야의 주된 목적과 특성, 당해 행위 자체의 개별적 성질과 유형 등을 모두 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2000. 2. 9. 선고 98두17593 판결 참조).*

*국적법 제4조 제1항은 "외국인은 법무부장관의 귀화허가를 받아 대한민국의 국적을 취득할 수 있다."라고 규정하고, 그 제2항은 "법무부장관은 귀화 요건을 갖추었는지를 심사한 후 그 요건을 갖춘 자에게만 귀화를 허가한다."라고 정하고 있다. 그런데 국적은 국민의 자격을 결정짓는 것이고, 이를 취득한 자는 국가의 주권자가 되는 동시에 국가의 속인적 통치권의 대상이 되므로, 귀화허가는 외국인에게 대한민국 국적을 부여함으로써 국민으로서의 법적 지위를 포괄적으로 설정하는 행위에 해당한다. 한편 국적법 등 관계 법령 어디에도 외국인에게 대한민국의 국적을 취득할 권리를 부여하였다고 볼 만한 규정은 없다.*

*이와 같은 귀화허가의 근거 규정의 형식과 문언, 귀화허가의 내용과 특성 등을 고려해 보면, 법무부장관은 귀화신청인이 귀화 요건을 갖추었다 하더라도 귀화를 허가할 것인지 여부에 관하여 재량권을 가진다고 봄이 상당하다.*

*③ 원심이 인정한 사실관계에 의하면, 이 사건 귀화불허가 처분의 사유는 신청인이 임시적·보충적 성격의 기타(G-1) 체류자격에 기하여 국내에 거주하였다는 것이나, 위 처분사유에는 '기타(G-1) 체류자격으로는 간이귀화의 국내거주요건을 갖추지 못한다'는 의미뿐만 아니라, '위 체류자격으로 간이귀화의 국내거주요건을 갖춘다고 보더라도 귀화허가 여부에 관한 행정청의 재량권 행사로서 위 체류자격의 취지나 성격 등*

*을 고려할 때 귀화허가신청을 불허가한다'는 취지도 함께 있는 것으로 보인다.*

*따라서 앞서 본 법리상, 원심으로서는 기타(G-1) 체류자격으로도 간이귀화의 국내 거주요건을 갖출 수 있다고 판단하였다면 이에 그칠 것이 아니라 나아가 피고가 위 체류자격의 내용이나 성격 등을 이유로 이 사건 귀화허가신청을 불허가한 처분이 재량권을 일탈·남용한 것인지 여부에 관하여 판단하였어야 할 것이다. 그런데도 원심이 위 판단에까지 나아가지 아니한 채 이 사건 귀화불허가 처분이 위법하다고 판단한 것에는 귀화허가의 법적 성질에 관한 법리를 오해하여 심리를 다하지 아니함으로써 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다.*

## Ⅱ. 대상판결의 검토

### 1. 거주기간 산정에 대하여

거주기간 요건에 대하여 대상판결 역시 제1심 및 항소심과 같이 현행법상 적법하게 등록하여 거주한 기간이 중요할 뿐, 그 원인은 문제가 되지 않다고 하여 그 거주기간요건은 충족하였다고 판단했다. 이 사건 피고였던 법무부장관이 ①동포포용정책 차원에서 도입하였으나 1회 거주기간을 3년으로 제한한 방문취업(H-2) 체류자격과 ② 소송, 질병발생 등 불가피한 사유로 국내에 임시 체류할 사유가 발생한 경우 부여되는 잠정적인 체류자격인 기타(G-1) 체류자격은 간이귀화허가에서의 체류기간산정에 포함시킬 수 없다는 주장한 내용을 일축해버렸다. 왜냐하면 관련 규정의 해석상 국내법에 의하여 적법하게 체류자격을 부여받은 이상 어떠한 종류의 체류자격이든 그 기간의 산정에 있어서는 상관없다는 해석이 가능하기 때문이다.[5]

이와 같은 해석에 대하여 귀하허가의 성격에 비추어 소송, 질병발생 등 불가피한 사유로 국내에 임시 체류할 사유가 발생한 경우 부여되는 잠정적인 체류자격인 기타(G-1) 체류자격까지 귀하허가요건인 기간산정에 포함한다면, "인도적 차원에서 관대한 기타(G-1) 체류제도를 악용함으로써, 이를 통해 자칫 기간설정의 의미(한계)를 무색하게 만들 우려가 있다는 주장"이 있다.[6] 즉, 귀하허가 규정의 체계적, 목적론적 해석에 비추어 기간산정에는 기타(G-1) 체류기간은 제외되는 것이 바람직하다는 주장이

5) 대법원 2010. 7. 15. 선고 2009두19069 판결.

6) 김중권, "2010년도 주요 행정법(행정)판결의 분석과 비판에 관한 소고, 안암법학 제35권, 안암법학회, 2011, 52면.

다. 차후 법령 개정을 통하여 분명히 할 문제라고 생각한다.

## 2. 귀화허가요건 충족여부와 귀화허가 재량의 관계에 대하여

### (1) 대법원의 새로운 접근방식

그러나 대상판결은 제1심 및 항소심이 행했던 허가의 재량에 대한 접근과는 약간 다른 접근을 시도했다. 즉, 대법원은 “이와 같은 귀화허가의 근거 규정의 형식과 문언, 귀화허가의 내용과 특성 등을 고려해 보면, 법무부장관은 귀화신청인이 귀화 요건을 갖추었다 하더라도 귀화를 허가할 것인지 여부에 관하여 재량권을 가진다고 봄이 상당하다. 원심이 인정한 사실관계에 의하면, 이 사건 귀화불허가 처분의 사유는 신청인이 임시적·보충적 성격의 기타(G-1) 체류자격에 기하여 국내에 거주하였다는 것이나, 위 처분사유에는 ‘기타(G-1) 체류자격으로는 간이귀화의 국내거주요건을 갖추지 못한다’는 의미뿐만 아니라, ‘위 체류자격으로 간이귀화의 국내거주요건을 갖춘다고 보더라도 귀화허가 여부에 관한 행정청의 재량권 행사로서 위 체류자격의 취지나 성격 등을 고려할 때 귀화허가신청을 불허가한다’는 취지도 함께 있는 것으로 보인다. 따라서 앞서 본 법리상, 원심으로서는 기타(G-1) 체류자격으로도 간이귀화의 국내거주요건을 갖출 수 있다고 판단하였다면 이에 그칠 것이 아니라 나아가 피고가 위 체류자격의 내용이나 성격 등을 이유로 이 사건 귀화허가신청을 불허가한 처분이 재량권을 일탈·남용한 것인지 여부에 관하여 판단하였어야 할 것이다. 그런데도 원심이 위 판단에까지 나아가지 아니한 채 이 사건 귀화불허가 처분이 위법하다고 판단한 것에는 귀화허가의 법적 성질에 관한 법리를 오해하여 심리를 다하지 아니함으로써 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다.”고 판시하였다.

하급심은 허가요건충족 여부에 초점을 맞추어 귀하허가요건이 충족된다면 귀하허가의 재량여지를 따로 검토하지 않았다. 그러나 대법원은 귀하허가요건이 충족되었어도 귀하허가에 대한 재량은 여전히 남아 있기 때문에 그 재량에 대한 사법적 판단을 해야 한다는 것이다. 대상판결이 요건충족여부에 대한 판단과 정당한 재량행사 여부에 대한 판단을 구별하여 접근한 점이 돋보이는 부분이다.

### (2) 귀화허가의 재량에 대한 통제

그러나 귀하허가요건 충족여부로부터 구별된 귀화허가의 재량에 대한 통제에 대해

서는 다시 별도의 검토가 필요한 부분이라고 생각한다.

### 1) 재량행위의 의의

행정법의 영역에 있어서 가장 많이 사용되고 있는 용어중의 하나가 바로 '재량'이다. 그러나 행정소송법 제27조에서 '행정청의 재량에 속하는 처분이라도 재량권의 한계를 넘거나 그 남용이 있는 때에는 법언은 이를 취소할 수 있다'라고 규정하고 있을 뿐, 다른 법령의 어디에도 재량이 무엇인지에 관하여 규정하고 있지 않다.[7] 이러한 법령제정 상황은 재량의 법적 포섭이 쉽지 않음을 보여준다. '재량을 정의하는 일을 될 수 있으면 재량껏 피하라'라는 말이 회자되고 있음은 재량의 현 상황을 말해주고 있는 것이다.

재량은 행정법규가 행정청에 법적 효과를 스스로 결정할 수 있는 권한을 위임한 경우를 말한다. 따라서 재량은 법의 기속이 완화되어 있음으로써 일정한 테두리 안에서 행정기관(행정청)에게 선택의 자유를 허용하고 있는 경우를 의미한다고 할 수 있다.[8] 법치국가에서는 행정이 법에 따라 행하도록 되어 있으나, 입법자가 행정청으로 하여금 구체적인 경우에 행정목적에 적합한 행위를 스스로 결정·선택할 수 있는 권한을 부여함으로써 재량행위가 존재한다고 말할 수 있다. 재량이 부여된 경우 행정청은 추구하는 법의 목적과 구체적 사안을 고려하여 당해 사안에 적합하고 합리적인 결정을 내릴 수 있게 된다.[9] 따라서 재량의 본질은 오히려 엄격한 법률구속을 해제하는 데, 그리고 사건의 특수한 구체적 사정에 직면하여 모든 찬부(贊否, Für und Gegen)의 형량에 따라 수권목적에 가장 적합한 해결책을 가능케 하는 데 있다.[10]

### 2) 재량의 분류

#### ① 학설상의 태도

재량은 분류하는 방법은 여러 가지가 있겠으나 과거 ①"자유재량과 기속재량"으로 양분하는 구별방법은 이제 학계에서는 그 예를 찾아보기 힘들어졌다. 왜냐하면 모든 재량은 '기속재량(한계에 의하여 기속을 받는 재량)'으로서의 성질을 가지며 또 법이 허용한 테두리(한계) 안에서는 행정기관이 선택의 자유를 누리기에 모든 재량은 '자유

7) 김남진, "행정법상 학설과 판례의 괴리와 접근", 고시계, 2007. 5, 10면.

8) 김남진, 위의 글, 11면.

9) 김남진·김연태, 『행정법Ⅰ』, 법문사, 2011, 206면.

10) Kopp. a.a.O., §40 Rn.9.(김중권, 『행정법기본연구Ⅰ』, 법문사, 2008, 217면에서 재인용).

재량'으로서의 성질을 아울러 가진다는 설명[11]이 학계에 널리 수용되었기 때문이다. 따라서 현재 학계의 입장은 ②"결정재량과 선택재량"으로 구별하는 이론이 주류를 이룬다고 할 수 있다.

② 판례에 나타난 재량에 대한 설시(약간의 변화?)

재량을 선택재량과 결정재량으로 구분하는 학계와는 달리 판례에서 나타난 재량에 대한 설시는 아래의 두 판결의 입장으로 확고하다.

*「어느 행정행위가 기속행위인지 재량행위인지 나아가 재량행위라고 할지라도 기속재량행위인지 또는 자유재량에 속하는 것인지의 여부는 이를 일률적으로 규정지을 수는 없는 것이고, 당해 처분의 근거가 된 규정의 형식이나 체재 또는 문언에 따라 개별적으로 판단하여야 한다.」(대법원 1997. 12. 26. 선고 97누15418 판결)*

*「행정행위가 그 재량성의 유무 및 범위와 관련하여 이른바 기속행위 내지 기속재량행위와 재량행위 내지 자유재량행위로 구분된다고 할 때, 그 구분은 당해 행위의 근거가 된 법규의 체재·형식과 그 문언, 당해 행위가 속하는 행정 분야의 주된 목적과 특성, 당해 행위 자체의 개별적 성질과 유형 등을 모두 고려하여 판단하여야 하고, 이렇게 구분되는 양자에 대한 사법심사는, 전자의 경우 그 법규에 대한 원칙적인 기속성으로 인하여 법원이 사실인정과 관련 법규의 해석·적용을 통하여 일정한 결론을 도출한 후 그 결론에 비추어 행정청이 한 판단의 적법 여부를 독자의 입장에서 판정하는 방식에 의하게 되나, 후자의 경우 행정청의 재량에 기한 공익판단의 여지를 감안하여 법원은 독자의 결론을 도출함이 없이 당해 행위에 재량권의 일탈·남용이 있는지 여부만을 심사하게 되고, 이러한 재량권의 일탈·남용 여부에 대한 심사는 사실오인, 비례·평등의 원칙 위배, 당해 행위의 목적 위반이나 동기의 부정 유무 등을 그 판단 대상으로 한다.」(대법원 2001. 2. 9. 선고 98두17593 판결)*

그러나 위의 98두17593 판결을 인용하고 있는 이 글의 대상판결인 2010두6496 판결은 아래와 같이 재량행위에 대하여 간단하게 설시하고 있다.

*「행정행위가 재량행위인지 여부는 당해 행위의 근거가 된 법규의 체제·형식과 그 문언, 당해 행위가 속하는 행정 분야의 주된 목적과 특성, 당해 행위 자체의 개별적 성질과 유형 등을 모두 고려하여 판단하여야 한다.」(대법원 2010. 10. 28. 선고 2010두6496 판결)*

---

11) 김남진, 위의 글, 11면.

위의 대상판결은 재량에 대하여 과거에 설시했던 기속재량행위 혹은 자유재량행위 그리고 기속적 재량 등의 용어를 사용함 없이 그냥 '재량행위' 그리고 '재량권을 가진다' 등의 설시를 하여 다른 판례에서 보여 주었던 재량에 대한 설시와 구별된다고 할 수 있다. 그렇다고 하더라도 법원이 명시적으로 재량에 대한 태도를 바꾸었다고 밝힌 바 없고, 과거의 판례번호를 그대로 인용하고 있는 상황에 비추어 아직 재량에 대한 판례의 입장이 바뀐 것은 아니라고 판단된다.

### 3) 재량통제를 위한 여러 가지 방안들 - 행정의 자기구속

이와 같이 재량의 의의를 살펴 볼 때, 재량에는 그 자체에 내재하는 한계가 있게 된다. 따라서 행정청으로 하여금 재량의 한계를 지키도록 일정한 통제 장치가 아울러 요청되게 된다. 이에는 입법적, 행정적 그리고 사법적 통제를 들 수 있다.[12] 아울러 '재량권의 0으로의 수축이론', '기본권 보호의무에 의한 재량의 축소' 그리고 '행정의 자기구속에 의한 재량의 축소' 등이 있다. 이들 중 행정의 자기구속에 의한 재량의 축소와 관련하여 김중권 교수가 발표한 글[13]의 내용을 소개한다.

*「독일 연방행정법원은 귀화허가신청자가 국적법 제8조 제1항의 요건을 충족하면, 귀화허가상의 재량이 귀화허가를 해 주어야 할 의무를 질 정도로 축소된다고 전제하고서, 재량을 행사할 때 당해 행정청은 귀하허가가 국익에 부합하는지 여부는 물론 기본법 제6조 제1항에 따른 국가질서상의 혼인·가족에 대한 특별한 보호 및 그에 따른 가족의 국적통일을 고려해야 한다고 지적하였다.[14] 하지만 동 법원은 가족의 국적통일이 이중국적의 회피보다 당연히 앞서는 것은 아니기에, 독일인과 혼인한 귀화허가신청자에겐 이중국적을 감수하더라도 귀하허가가 내려져야 한다는 식의 (귀하허가상의) 재량축소란 원칙적으로 있을 수 없으며, 동시에 국적법 제9조 제1항 제1호에서 입법자에게 내린 평가와도 일치하지 않는다고 지적하였다. 동 법원은 재량축소를 혼인·가족의 보호와 가족의 국적통일에서 직접 이끌어 내지 않고, 행정관례에 의거한 행정의 자기구속에서 그것을 시인하였다. 그리하여 1957년에서 1962년까지 독일에서 공부하면서 1961년에 독일인과 결혼하였으며, 비록 중간(1962~1976)에 공백이 있지*

12) 이에 대해서는 김남진·김연태, 『행정법 I 』, 법문사, 2011, 216면 이하 참조.

13) 김중권, "2010년도 주요 행정법(행정)판결의 분석과 비판에 관한 소고, 안암법학 제35권, 안암법학회, 2011, 50면 이하.

14) BVerwG NJW 1989, 1446ff. Vgl. BverwGE 67, 177; 77, 164; 80, 249.(김중권, "2010년도 주요 행정법(행정)판결의 분석과 비판에 관한 소고, 안암법학 제35권, 안암법학회, 2011, 51면 재인용).

*만 1974년 이래로 기한 없는 체류허가를 받고서 계속 독일에서 살아온 이란인에게, 이중국적을 감수하고서 귀하허가를 해 주어야 할 의무가 있다(즉, 재량축소의 인정)고 동 법원은 판시하였다. 반면 49세의 이란인이 1961년에 독일(서독)에 건너와 1965년에서 1971년까지 동독에서 의학을 공부한 후 1972년에 독일로 다시 돌아와 그 후부터 계속 독일에서 의사로서 활동하였음에도 불구하고, 연방행정법원은 행정관례상 15년의 혼인기간이 요구되는 데 비해 그가 독일인과 결혼한 지가 9년에 불과하여 매우 짧음을 들어, 항소심과는 달리 귀화허가거부가 무방하다(즉, 재량축소의 불인정)고 판시하였다.[15)]」*

#### 4) 귀화허가에서의 허가의 의미

국적행정, 특히 국적부여행위는 국적법상 허가라는 용어를 사용하고는 있지만 이는 강학상의 특허에 해당한다고 보아야 할 것이다. 왜냐하면 허가 또는 통제허가란 법령에 의한 일반적 금지를 특정한 경우에 해제하여 적법하게 일정한 행위(사실행위 또는 법률행위)를 할 수 있게 하는 행정행위를 말하는데 국적의 보유 내지 취득은 일반적 금지를 해제하는 것이 아니라 국민으로서의 새로운 권리와 의무를 부여하는 것으로서 특정인을 위해 새로운 법률상의 힘을 부여한다는 의미에서 포괄적 법률관계의 설정을 내용으로 하는 특허의 개념에 보다 부합하기 때문이다.

귀화허가가 강학상 특허라고 볼 때, 이에 대하여 일정부분 행정청의 재량을 인정될 것이다. 왜냐하면 국적법의 귀화 요건상 ①거주기간 산정에 있어서 일정한 재량이 부여되어 있고, ②품행이 단정할 것, 대한민국 국민으로서의 기본 소양을 갖추고 있을 것 등 의미가 다소 추상적인 용어를 사용하고 있는 점에서 요건구비여부의 판단에 있어 국적법 전반에 내재된 법정신 아래 일정 수준의 재량을 인정 할 수밖에 없다고 생각한다.

다만 귀화허가의 '허가'의 의미를 '강학상의 허가'로 보는 입장을 취하더라도 허가에 대한 현재의 논의를 살펴보면 허가와 특허의 구별이 점차 상대화되어가고 있다고 평가되고 있는 추세에 비추어 보면 허가와 특허에 관한 구별하고 하는 논의의 축은 결국 재량의 통제 범위로 수렴하게 될 것이라고 예측된다.

---

15) BVerwG NJW 1989, 1441ff.(김중권, "2010년도 주요 행정법(행정)판결의 분석과 비판에 관한 소고, 안암법학 제35권, 안암법학회, 2011, 51면 재인용).

### 3. 소결

일단 대법원은 거주기간 요건에 대하여 제1심 및 항소심과 같이 현행법상 적법하게 등록하여 거주한 기간이 중요할 뿐, 그 원인은 문제가 되지 않다고 하여 그 거주기간요건은 충족하였다고 판단했다. 그러나 거주기간요건의 충족이 있더라도 법무부장관의 귀화허가는 별도의 재량을 가질 수 있다고 판시하였다. 대법원은 이러한 재량권을 일탈·남용한 것인지 여부에 대하여 직접 판단하지는 않았으며 원심판결을 파기하고 사건을 서울고등법원에 환송했다.

이러한 대법원의 결정에 대하여 필자는 ①기간산정 문제에 대하여 소송, 질병발생 등 불가피한 사유로 국내에 임시 체류할 사유가 발생한 경우 부여되는 잠정적인 체류자격인 기타(G-1) 체류자격까지 귀하허가요건인 기간산정에 포함한다면, “인도적 차원에서 관대한 기타(G-1) 체류제도를 악용함으로써, 이를 통해 자칫 기간설정의 의미(한계)를 무색하게 만들 우려가 있어 입법적인 재검토가 필요하다고 생각한다. ②귀화허가 있어서 재량의 범위와 관련해서는 귀화허가의 근거 규정의 형식과 문언, 귀화허가의 내용과 특성 등을 고려해 볼 때, 법무부장관은 귀화신청인이 귀화 요건을 갖추었다 하더라도 귀화허가 여부에 대한 재량권을 가진다고 생각한다.

문제는 사전에 귀화요건의 충족여부에 있어서 이미 법무부장관의 재량이 있었음에도 불구하고 귀화요건이 충족되었다고 본 이후 또 다시 귀화허가에 있어서 법무부장관은 별도의 재량을 인정하는 태도가 타당한지 여부이다. 이 문제의 해결은 행정청의 재량통제의 정도와 방법에 있을 것인데, 이는 세계공화국이라는 말이 회자되는 현 시대에 있어서 국내 행정법이 나아가야 할 방향과 직결되어 있는 복잡한 문제이다. 이에 대해서는 후술하기로 한다.

## Ⅲ. 평등과 차별의 본질과 국가형태의 변화

### 1. 국적제도의 기원과 시민권의 특성

#### (1) 사람의 구분 - 인간의 본성

##### 1) 자유인과 노예

“사람의 지위에 관한 가장 중요한 법적 구분은 자유민과 노예 간의 구분이다.”[16]

사람을 자유민과 노예로 구분하는 기준은 사인들 사이의 '사법적'(私法的)관계에서 '자유'를 누리는지 여부였다. 로마의 플로렌티누스는 노예제도를 "인간의 본성에 반하여 어떤 자를 다른 자의 지배권에 복속시키는 만민법상의 제도"라고 설명했다.[17] 로마 법률가들은 자신들의 규범 중에는 보편적인 부분(만민법)과 로마에만 고유한 부분(시민법)이 있다고 생각했다. 따라서 노예제도를 만민법상의 제도라고 한 것은 노예제도는 어디를 가나 보편적인 제도로 존재하는 것이라고 말한 것이 된다.

하지만 법과 제도를 벗어난 자연 그대로의 상태를 상정할 경우에는 노예든 주인이든 인간이라는 점에서는 차이가 있을 수 없다. 인간은 인간으로서 모두 다 평등하기 때문이다. 따라서 자연법과 관련해서는 자연인과 노예의 구분이 없이 모든 사람이 평등한 지위를 누리게 된다. 그리고 노예도 그 신분에서 해방되게 되면 자유민의 신분으로 돌아가게 될 것이다.

그러면 노예가 해방되는 방법은 무엇일까? 노예해방 제도를 살펴보면 노예와 주인간의 관계는 사법적(私法的) 관계이므로 노예가 해방될지 여부는 원칙적으로 주인의 결정에 달려있게 된다. 주인이 노예를 해방하게 되면 해방된 노예는 주인의 지배권에 복속되지 않는 사법(私法)상의 자유를 누리게 된다. 당시 로마에서는 적법하게 해방된 노예는 로마 시민이 되었다고 한다. 노예를 해방시키는 제도가 공법적이었는지 아니면 사법적이었는지는 모르겠다. 하지만 여기에서 중요한 점은 노예가 로마시민으로 될지 여부는 국가나 공동체에의 귀속 여부로 결정되는 것이 아니라 주인이 사법관계에서 그 노예에 대하여 누리는 지배권을 포기하는지에 달려있다는 것이었다.

### 2) 국왕에 대해 충성하는 백성과 그 외의 자

사법적(私法的)으로 자유인과 노예를 기준으로 사람을 구별하는 체제는 중세국가에서 국왕에 대한 충성(ligeance)을 중심 개념으로 하는 새로운 체제로 변화하게 된다. 자유인과 노예라는 사법적(私法的)인 법 논리가 국왕 및 국가에 대한 충성이라는 공법적(公法的)인 법 논리로의 근본적인 전환을 맞게 되는 것이다. 그리고 그 당시 정치와 종교가 분리 되지 않았기 때문에 정교일치의 정점에서 국왕에 대해 충성하는 백

16) Gaius, Institutes, 1,9: Et quidem summa divisio de iure personarum haecest, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi.(명순구·이철우·김기창, 『국적과 법, 그 기원과 미래』, 고려대학교 법학연구원, 2010, 11면에서 재인용).

17) Dig.1.5.4.1 (Servitus est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subicitur).(명순구·이철우·김기창, 『국적과 법, 그 기원과 미래』, 고려대학교 법학연구원, 2010, 12면에서 재인용).

성과 그 외의 자의 구별은 보다 자연스럽게 진행될 수 있었다.

국왕에 대해 충성을 맹세하는 백성과 그렇지 않은 자를 나누는 데 있어서 국왕에게 충성을 맹세하는 백성들 사이의 평등사상이 퍼져 나갔다. 자유인과 비자유인의 구분체제가 지배했던 시대에는 백성들 사이의 불평등을 부정의 한 것으로 정의할 수 없었을 것이다. 그러나 국왕에 대해 충성하는 백성과 그 외의 자를 구분하는 체제 내에서는 백성들간의 불평등이 부정의 한 것으로 여겨질 수 있게 된 것이며, 백성들을 모두 "자유롭고 온건하다"는 새로운 담론이 등장하게 된 것이다.[18]

### 3) 국민과 외국인

국민 혹은 시민과 외국인으로 구별하는 체제는 근대국가의 형성과 더불어 자연스럽스럽게 도래하였다. 이는 사법적(私法的) 관계에 의하여 사람의 구분하는 체제는 얼마간의 오버랩이 존재하였으나 차차 극복되어 갔고, 공법적(公法的) 관계에 의하여 사람을 구분하는 체제의 시대가 열리게 된 것이다. 여기에서 주목할 점은 국민들 혹은 시민들 간에 누리는 평등은 그 외의 자 즉, 외국인에 대한 차별의 대가의 의미라는 점이다. 이는 인간의 본성과도 연결되어 있는 문제이다.

### 4) 인간의 본성 - 구별짓기

우리 인간은 유니크한 존재이기 때문에 항상 자신이 특별하게 대우받고 존중되기를 원한다. 또 동시에 인간의 사회적 동물로서 소외감을 견디지 못하는 존재이며 일정한 연대의식을 필요로 한다. 따라서 우리 인간은 자신이 가진 일정한 속성으로 인하여 특별하게 대우받는다는 생각이 자리할 때, 그 속성을 가진 인간들 사이에는 안도감과 평화가 찾아오게 되며 그리하여 보다 강한 연대의식이 싹트게 된다. 그러한 연대의식 속에서 인간은 사회적 동물로서 소외감 극복하게 되는 것이다. 따라서 일정한 연대를 형성한 인간들에게 찾아오는 평등은 일정한 연대를 형성하지 못한 인간들과의 구별을 통하여 얻은 차별의 대가이기도 한 것이다.

따라서 백화점에서 일반고객과 VIP 심지어는 VVIP를 구별하여 약간은 비밀스럽지만 공공연하게 운영하는 기술, 자신을 일반적인 안마사와 구별하기 위하여 물리치료사라는 새로운 명칭을 발명하는 행동 등 우리 인간은 끊임없이 '같음(평등)'을 추구하면서도 그와 동시에 '다름(차별)'을 추구하고 있는 것이다. 한 인간이 공식적인 분

18) 명순구·이철우·김기창, 『국적과 법, 그 기원과 미래』, 고려대학교 법학연구원, 2010, 36면.

류 속에 존재하거나 부재하는 것은 어느 정도 사람들에게 자기를 인식시키고 인지시키며 인정받게 하는 능력을 가지고 있느냐에 달려 있다는 것[19]은 우리 인간은 본성적으로 알고 있다. 이러한 인간의 본성은 시민권이라는 제도에서도 찾을 수 있다. 아래에서 살펴본다.

### (2) 근대 시민권의 특성[20]

#### 1) 성원권으로서의 시민권

성원권(membership)은 아마도 시민권의 가장 광범위하고 가장 일반적인 속성을 것이다. 대체적으로 지난 2세기 동안의 자유민주주의의 역사를 시민으로서 완전한 참여의 권리를 부여받은 사람들의 수를 확대시키기 위한 투쟁의 역사, 다시 말하면 투표권의 확대의 역사로 재기술할 수도 있다. 일부 학자들은 참정권의 '보편화'를 대중민주주의와 완전한 시민권의 실현을 위한 역사적 투쟁의 완수로 보기도 한다. 그러나 널리 인식되고 있는 바와 같이, 시민권은 시민권의 혜택이 돌아갈 수 있는 특정 집단을 규정함으로써, 항상 하나의 '사회적 폐쇄'(social closure)의 형태로 작용해 왔다.

전 세계적 시민권 또는 유럽시민권이 흥미로운 가능성을 열어 놓았음에도 불구하고, 프랑스 대혁명 이후 2백년 동안 인류가 경험한 시민권이라면, 역시 국민국가 수준의 시민권이 압도적이다. 그리고 시민권의 특권화와 외부인들에 대한 사회적 폐쇄의 관행이 관찰되는 것도 주로 국민국가 수준에서이다. 브루베이커(Brubaker)는 이같은 관계를 다음과 같이 면밀하게 포착한다.

*지구적 관점에서 볼 때, 시민권은 부유한 국가를 가난한 이주민들로부터 보호하기 위한 강력한 사회적 폐쇄의 도구이다. 시민권은 또한 국가내에서도 폐쇄의 도구이다. 모든 국가들은 시민과 거주외국인 간에 개념적·법적·이데올로기적 경계를 확립하여, 시민들을 위해 후자에 대해서는 특정한 책무뿐만 아니라 권리와 혜택을 유보한다. 모든 국가는 통상 하나의 국민으로 인식되는 특정하게 경계지워진 시민들의 국가이며 또한 그들을 위한 국가임을 자임한다.*

일부 풍요한 국가들 사이에는 자국보다 빈곤한 지역으로부터의 이주자들-이른바 '경제적 이주자들'-의 유입이 그들의 부를 잠식해버릴지도 모른다는 불안감이 존재한

19) 삐에르 부르디외 지음/ 최종철 옮김, 『구별짓기 下』, 새물결, 2006, 862면.

20) 크리스토퍼 피어슨 지음/ 박형신·이택면 옮김, 『근대국가의 이해』, 일신사, 2008 참고.

다. 이러한 불안은 종종 다양하게 규정된 '외부인'들에 대한 보다 일반적인 문화적·인종적 편견과 그리 다르지 않은 것으로 보인다.

### 2) 신분으로서의 시민권

성원권으로서 시민권의 일부 특성들은 또한 시민권의 또 다른 특성, 즉 신분(status)유형으로서의 성격과 관련하여 설명되기도 한다. 때때로 근대성의 도래는 일반적으로 '신분에서 계약으로' 이행하는 것으로 요약되어 왔다. 하지만 역설적이게도 근대 시민권은 신분관계의 한 형태이다. 시민권은 관례적으로 보통 출생시 부여되는 귀속적 자격이다.

외국인에게 있어서 획득된다기보다는 귀속되는 어떤 것으로서의 시민권은 통상 우리가 '거래할 수 있는 것'으로 생각하는 어떤 것이 아니다. 실제로 재력(부)는 새로운 시민권의 지위를 획득하는데 상당한 도움을 줄 수 있으나, 대부분의 귀화제도들은 귀화하고자 하는 국가에서의 일정한 거주기간을 요구하고 귀화하고자 하는 국가에 대한 어느 정도의 정치적 헌신의 징표를 요구한다. 내국인에게 있어서 시민권이라는 신분은 쉽게 포기되는 것도 아니다. 국민국가로부터의 탈퇴는 개별 시민들(또는 실제로 불만집단)이 선택할 수 있는 것이 아니다. 따라서 적어도 부분적으로는, 시민권은 신분의 성격을 갖는다고 주장할 수 있다. 왜냐하면 국가와 국민 간에 적절한 계약적 관계를 수립할 가능성은 전혀 없기 때문이다.

국제연합 세계인권선언 제13조에는 시민은 특정한 관할권을 떠날 권리를 갖는다고 적혀 있다. 그러나 그에 상응하는 일반적 권리, 즉 그 관할권 밖의 어디든지에 주거를 정할 권리는 존재하지 않는다. 상호배타적인 국민국가들로 분할된 세계에서, '나라없는' 사람으로 전락할 위험 때문에, 사람들은 현재의 시민 신분을 유지하는 것을 거의 언제나 하한선으로 여기곤 한다. 그러나 (일반적인 사회질서를 향유하는 것을 비롯한) 시민권이 제공해 주는 여러 특권들 때문에 시민들이 국가에 의탁하는 것이 비교적 유리할 것이라고 기대한다고 해서, 시민들이 국가의 보호하에 들어가기로 자유롭게 선택했다고 말할 수 없다.

## 2. 세계자본주의 시대에서의 국민국가[21]

위에서 살펴본 근대 시민권의 특성(성원적, 신분적)이 세계화 그리고 특히 자본주

21) 가라타니 고진 지음/ 조영일 옮김, 『세계공화국으로』, 도서출판b, 2009, 참고.

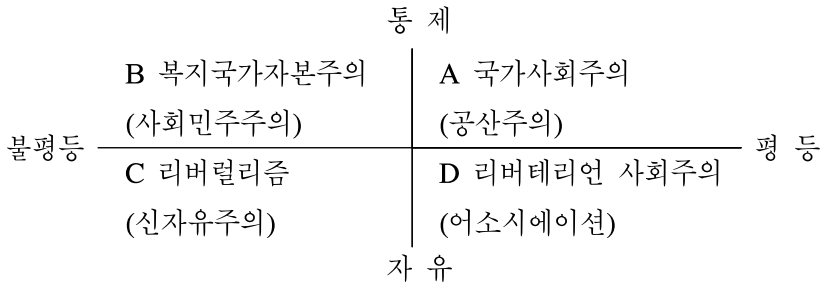
의 시대에서는 어떻게 운용될 수 있을까? 아래에서 살펴본다.

### (1) 자본=네이션[22]=국가

냉전 시대의 종언과 함께 찾아 온 세계자본주의 시대는 국민국가 체제에 대하여 새로운 과제를 부여하고 있다. 즉 국민국가는 세계자본주의 안에서 그것에 대응하며 또 그것이 초래한 모순들을 해결해야 한다. 자본제경제는 그대로 내버려두면 반드시 경제적 격차와 대립을 가져온다. 그러나 네이션은 공동체와 평등성을 지향하기 때문에, 자본제가 초래하는 격차를 해결하도록 요구한다. 따라서 국가는 그것을 다양한 규제나 세(稅)의 재분배에 의해 실현한다. 자본제경제도 네이션도 국가도 각각 다른 원리지만, 그것들은 서로 보충이라도 하듯 접합되어 있다. 이러한 형상을 가라타니 고진은 '자본=네이션=국가'라고 부른다.[23]

### (2) 국가의 네 가지 형태

가라타니 고진은 위의 책에서 국가의 형태를 아래와 같이 네 가지로 나눈다. 이에 대하여 살펴보기로 한다.




[국가의 네 가지 형태]

국가사회주의(A)는 소위 공산주의를 말하며, 구체적으로 소련과 같은 나라를 가리킨다. 과거 소련은 산업적 선진국으로 간주되었고, 또 개발도상국에게 공업화 모델로

22) 19세기 말 서구로부터 네이션 개념이 처음은 '국민'이라는 번역어와 연관되어, 나중에는 '민족'이라는 번역어와 관계되어 수용되었지만 그로부터 1세기를 지나는 동안 양자의 관계는 매우 복잡해졌고 그 의미도 다양해졌다. 개념의 구별을 통하여 네이션 개념을 명확히 하기에는 이미 시간과 공간의 격차가 너무 크다. 따라서 네이션이라는 말의 유지가 차선책이라고 생각한다.

23) 가라타니 고진, 위의 책, 16면.

여겨지고 있었다. 다음으로 복지국가주의(B)는 케인스주의적·복지국가적인 체제이다. 이것은 사회민주주의라고 바꿔 말해도 좋을 것이다. 리버럴리즘(C)은 애덤 스미스 이래의 경제적 자유주의이다. 이는 하이에크로 대표된다. 하이에크는 케인스주의나 사회민주주의가 국가사회주의(A)는 아니라고 하더라도 국가를 강화하며 '노예의 길'과 연결된다고 비판했다. 리버럴리즘(C)은 지금도 신자유주의라는 이름으로 존속하고 있다. 마지막은 리버테리언 사회주의(D)이다. 이것은 복지국가자본주의(B)를 부정하면서 동시에 국가사회주의(A)로의 길을 거부하고 '리버럴한 사회주의'를 구하는 것이다. 촘스키는 아나키즘이나 평의회코뮤니즘을 여기에 넣고 있다. 이 형태를 가라타니 고진은 다양한 명칭과의 혼돈을 피하기 위해 '어소시에이션'이라고 부른다.

리버테리언 사회주의(D)가 A, B, C와 다른 점은 어느 나라에서도 실제로 존재한 적이 없다는 사실이다. A, B, C가 자본, 네이션, 국가 중 어느 쪽에든 종속되어 있는데 반해, D는 그것들로부터 벗어나는 것을 지향한다. 그런데 이것은 현실적으로 존재할 수 없을 것이다. 그러나 무한히 먼 것이라고 해도, 그것에 가까워지려고 노력하는 '규제적regulative 이념'(칸트)으로서 계속 기능하고 있는 것이다.

위와 같이 분류된 국가의 형태 중 현대의 국민국가는 어느 방향으로 가고 있는 것일까? 또 이러한 국가의 형태와 국적의 관계는 어떠한 것일까? 냉전시대가 종언을 선언했다고 하여도 국가와 국민이 가야 할 길에 대한 정답은 아직도 미완성이다.

## 3. 미합중국(USA)과 유럽연합(EU)의 이민(귀화) 딜레마

위에서 살펴 본 가라타니 고진의 국가 형태론에 비추어 보건데 A, B, C, D가 공통적으로 전제하고 있는 상황은 그 구성원들의 건전성[24]이다. 어떠한 인간의 공동체도 그 구성원들의 건전성이 없이는 존속할 수가 없기 때문이다. 역사적으로 우리는 미합중국(USA)과 유럽연합(EU)이라는 실험적 공동체를 알고 있다. 이들 실험적 공동체들은 아메리칸 드림으로 또 유러피언 드림으로 떠오르면서 각기 성공가도를 달리고 있는 가운데에서도 모두 이민(귀화) 딜레마를 겪고 있다.

### (1) 이민에 있어서 미국과 유럽의 차이

미국은 필연적으로 이민에 대하여 개방적일 수밖에 없으나 꼭 그런 것은 아니었

24) 건전성이라는 말은 여러 가지 의미를 내포하고 있을 수밖에 없는데, 중요한 점은 당해 공동체의 유지를 위한 구성원의 건전성이 필수적이라는 점이다.

다. 아메리카 신대륙에 원주민을 밀어내고 정착할 때 그 이주인은 대부분 유럽출신이었으며 합성이민의 성격을 가지고 있었다. 그러나 미국은 역사적으로 이민에 대하여 앵글로색슨주의와 개신교를 모토로 인종, 출신국등을 이유로 이민을 제한해왔었다. 흑인 특히 아시아인데 대한 차별은 매우 심각한 수준이었다. 미국이 이민을 제한하는 이 시기의 미국 경제는 성장기였다고 평가되고 있다. 그러나 미국은 심각한 수준의 경기후퇴가 시작되는 시기에 이민의 문호를 열었다. 특히 2차 세계대전 이후 미국은 스스로 '이민국가'를 표방하고 강조하며 개방적으로 이민수용을 이루어 왔다. 그러나 9.11. 사태 이후 테러에 대한 심각한 고려를 통하여 이민에 대한 미국의 태도는 폐쇄적이라고 볼 수 있지만 과연 그러한가는 앞으로 지켜볼 문제이다.

미국에 비하여 유럽국가는 이민에 대한 반감을 크게 가지고 있다고 평가받고 있다. 하지만 표면적으로 비이민성을 표방하면서 이율배반적으로 노동자에 대한 이민을 내부적으로 허용해 온 것도 사실이다. 그러나 유럽 국가들이 이민을 많이 받았다고 하더라도 그 숫자는 미국에 비하여 상대적으로 적다. 유럽의 문화는 수천 년 동안 같은 지역에 머물러 온 경우가 많다. 따라서 그들이 외국 출신들을 받아들이는 것은 결코 쉬운 일이 아닐 것이다.

### (2) 유러피언 드림과 이민 문제

제러미 리프킨은 유러피언 드림의 가장 어려운 시험은 바로 이민 문제가 될 것이라고 공연한 바 있다.[25] 그도 그럴 것이 유럽은 현재 거대한 양로원이 되어 가고 있기 때문이다. 이는 유럽연합의 회원국 수가 늘어남에 따라 그의 인구가 대폭적으로 증가한다고 해도 해결할 수 없는 문제이다. 고령화(ageing)의 문제는 출산율의 증가 혹은 이민의 문호를 개방하는 길 외에는 해결방법이 없다. 과학적으로 인간의 영생 혹은 인조인간을 창조하는 일은 별론으로 한다.

그러나 유럽의 각종 출산율 증가를 독려하는 프로그램은 별 효과를 보지 못하고 있는 것이 실정이다. 그렇다고 해서 이민을 적극적으로 받아드리기에는 ①유럽은 미국과는 달리 아무도 거주하지 않는 값싼 땅이 많지 않고 ②정부 복지 예산과 문화 정체성의 위협을 견딜 수 없을 것이라는 딜레마가 존재하는 것이 사실이다. 따라서 유럽인들이 노련하고 성숙한 지혜로 자신들의 현재 혜택을 후손들 혹은 이민자들에게 돌아가도록 하는 일에 어느 정도의 적극성을 가질 수 있는지는 아마도 유럽연합(EU)

25) 제러미 리프킨/ 이원기 옮김, 『유러피언 드림』, 민음사, 2009, 329면.

의 성패를 좌우하는 일이 될 것이다.

## Ⅳ. 맺으며

근대국가는 우리의 일상생활에서 막대한 영향력을 발휘하고 있는 것이 사실이다. 국가는 우리 소득의 상당 부분을 세금으로 가져간다. 국가는 우리의 출생과 사망을 등록받는다. 국가는 우리 자녀들을 교육시키고, 우리에게 연금을 지급한다. 국가는 경우에 따라서는 우리의 생사를 여탈하는 종국적 권한을 행사할 수 있는 강제력을 가진 유일한 존재이다.

국가의 영토적 경계를 넘나들 수 있는 사람을 결정하는 것은 주권적 국민국가가 가장 빈틈없이 방어하는 권리들 중 하나인 것은 명백한 사실이다. 앞서 필자는 구별 짓기의 본성을 가지고 있는 인간과 그에 따른 구분방식의 변천을 살펴보았다. 그리고 국가형태의 변화와 이민의 문제를 다루었다. 이러한 변천 혹은 변화에서 필자는 귀화 하가에 있어서의 행정청의 재량에 대하여 아래와 같이 생각해 보았다.

### 1. 필터(filter)와 허브(hub)의 역할을 동시에 구현하는 재량

「영토 없는 국가」, 「다층적 국민의 개념」, 「공유된 주권」 등으로 표방되는 새로운 형태의 국가가 도래할 것이 예측되는 현 시점에서 국가와 국민 사이의 법적 연결관계를 의미하는 국적의 문제는 분명 근본적인 변화가 필요하다고 생각한다. 따라서 국적을 결정하는 행정청의 재량은 필터(filter)의 역할과 허브(hub)의 역할을 동시에 구현해 내야 한다는 점이다. 여기에서 문제는 필터와 허브 모두 객관적이어야 한다는 점이다.

필자의 생각으로는 이민자와 수용국가 모두 우선 귀화의 허가 여부에 대한 일정한 기대를 각자 가지고 있다고 본다. 이렇게 각자가 가진 기대는 시시각각 다르고 또 잘 외부에 표현되지 않는다. 또 각자는 상대방이 하고 있는 기대를 기대하는 상황(기대의 기대 상황)을 창출하게 된다. 이러한 상황은 사회의 복잡성만 증대시키기 때문에 그러한 기대를 차단 혹은 연결 할 수 있는 그리고 이 작용을 외부에 객관적으로 보일 수 있는 필터와 허브는 반드시 필요하다. 이러한 장치는 물론 사회에서 '법'이 대부분 담당하고 있는 것이지만 같은 의미에서 이러한 복잡성을 감축시키는 필터와 허브로서

의 장치를 행정청의 재량이라고도 부를 수 있을 것이다. 문제는 현실에서 행정청의 재량은 이러한 기능을 수행하지 못하고 있다는 데에 있다.

지구적으로 인간의 이동이란 무차별적인 흐름이 아니다. 이민 수용국가는 이민자들이 사회 통합적 정착에 일정한 책임을 부담해야 한다는 주장[26]이 있음은 그를 반영한다. 왜냐하면 수용국가로서는 이민자들로 인하여 낮은 노동력을 얻을 수 있었고 그로 인하여 수용국의 계속적인 발전이라는 이익을 얻었기 때문이다. 이러한 책임의 시작을 알리는 귀화허가의 요건과 재량의 문제는 그 때문에 더욱 객관화되는 과정이 요청된다.

## 2. 소통하는 재량 - 행정소송 및 행정심판

재량의 본질은 행정청이 사건의 개별, 구체적 사정에 직면하여 가능한 모든 사정을 고려하여 그 형량에 따라 수권목적에 가장 적합한 해결책을 가능케 하는 데 있다. 따라서 행정법은 행정청의 재량이 남용되지 않으면서 잘 기능할 수 있도록 통제하는 측면에서 여러 가지 방안들을 강구해왔다. 이에는 입법적, 행정적 그리고 사법적 통제를 들 수 있다.[27] 아울러 '재량권의 0으로의 수축이론', '기본권 보호의무에 의한 재량의 축소' 그리고 '행정의 자기구속에 의한 재량의 축소'를 들 수 있다.

재량의 축소에 지나친 집중을 기울인 나머지 재량의 순 기능을 몰각할 우려가 있다고 걱정하는 일은 단순한 기우가 아니다. 재량은 분명 그의 장점이 결코 그의 단점에 의하여 잠식되어서는 안 되는 고유의 가치를 가지고 있기 때문이다. 하지만 단순히 재량의 장점을 살리기 위하여 재량의 범위를 넓히면 되는 것이 아니다. 이 문제는 행정청과 국민간의 소통의 방법으로 해결해야 한다고 생각한다.

행정소송과 행정심판은 행정청과 국민이 서로 소통하는 중요한 통로이다. 필자가 소송·심판 만능주의를 주창하는 것은 아니지만 소송·심판을 통하여 행정청과 국민 각자가 가지고 있는 기대가 어느 정도 객관화 되는 결과를 기대할 수 있고 이러한 과정을 거치고 나면 행정청이 가지는 재량이 단순히 밀실의 재량이 아닌 소통이 가능한 재량으로 변모하게 될 것이다. 그러한 의미에서의 재량은 그의 고유의 순기능과 더불어 사회에서 필터와 허브의 역할을 수행할 수 있는 소통하는 재량으로서 기능하게 될

---

26) Saskia Sassen, 『Guests and Aliens』, The New Press, 1999.(권영설, "이주와 국적의 법과 다문화주의", 미국헌법연구 제20권 제2호, 미국헌법학회, 2009. 9, 41면에서 재인용).

27) 이에 대해서는 김남진·김연태, 『행정법 I』, 법문사, 2011, 216면 이하 참조.

것이다.

### 3. 세계화와 행정법의 임무

커뮤니케이션의 전제는 쌍방이 공유하는 코드를 가지고 있거나 혹은 상호간의 코드를 변환해줄 수 있는 경우에 가능하다. 필자가 생각하건데 세계화 시대에 행정법의 임무는 행정청과 국민이 소통할 수 있는 대화의 장을 열어주는 일이라고 생각한다. 이와 같은 소통의 장의 전제가 되는 일은 상호간의 코드의 공유 혹은 코드변화의 가능성이다. 코드는 속성상 자꾸 숨어버리는 특성을 가지고 있다. 따라서 행정청과 국민이 소통하기 위해서는 처분에 대한 이유제시 의무를 강화하고 행정청의 재량을 객관화하며 행정 절차를 보다 공고히 함이 요청된다.

이 글에서 평석했던 대상판결에서 피고 법무부장관이 원고의 귀화허가 신청을 불허한 이유는 G-1 체류자격은 국내 거주기간으로 인정할 수 없다는 것이었다. 법무부장관은 처분 이유를 명확히 한 것이다. 하지만 대상판결이 나오기 약 3개월 전 대법원은 이미 국내 거주기간의 산정에 대하여 기본적으로 체류자격의 종류는 묻지 않고 있으며, G-1 체류자격으로 체류한 기간도 국내 거주기간으로 인정된다[28]고 판시한 바 있다.

생각건대 G-1 체류자격은 소송, 질병 등을 이유로 한 임시적 보충적 성격을 가진 외국인에 대한 최후의 보루이다. 따라서 G-1 체류자격 제도를 없애는 방법은 해결책이 될 수 없다. 따라서 G-1 체류자격은 인정하되 G-1 체류자격은 귀화를 위한 국내 거주기간으로 산입하지 않는다는 것으로 합의하는 방향으로 문제를 해결할 수 있다고 본다.

이런 방식이 아니라면, G-1 체류자격을 이용하여 귀화의 요건을 갖춘 외국인에게 귀화허가를 거부하기 위하여, 법원으로서는 일단 대상판결의 설시와 같이 외국인이 귀화요건을 모두 갖추었다고 하더라도 국적을 취득할 권리가 창설되는 상황을 부정해야 할 것이다. 그리고 귀화허가는 외국인이 귀화의 요건을 모두 갖춘 후에도 법무부장관의 귀화허가 재량이 남아있다고 설시하면서, 설사 귀화신청을 거부하더라도 재량의 일탈·남용이 아니라는 다소 불투명한 방식으로 문제를 해결하는 수밖에 도리가 없을 것이다.[29]

---

28) 대법원 2010. 7. 15. 선고 2009두19069 판결.

29) 투명성과 책임성에 대한 논의는 현재 뉴욕대학교(NYU)의 Kingsbury 교수의 글로벌 행정법(Grobal

그러나 이와 같은 귀화절차의 불투명성을 이민 수용국의 구성원인 우리나라 국민들은 어떻게 생각할지는 또 별개의 문제이다. 이 문제의 핵심은 국민과 외국인의 구별짓기라는 인간의 본성에 있다. 아마도 이와 같이 법원과 행정청이 불투명한 방식으로 외국인을 대우하는 차별적 상황 속에서, 그 대가로 국민들은 평온과 안정을 찾을 수 있으며 그로 인한 국민들의 연대의식은 한층 고양될 수도 있다는 점을 이 글이 끝나는 이 시점에서 우리는 알고 있다. 이러한 인간의 본성을 이해하고 인정하는 일도 세계화 시대의 행정법이 추구해야 할 임무이다.

---

Administrative Law) 프로젝트에서 한창 논의되고 있다. 자세한 내용은 Benedict Kingsbury, "The Concept of 'law' in Global Administrative Law", The European Journal of International Law, Vol. 20 no. 1, 2009, 48-50pp; 藤谷武史, "多元的システムにおける行政法學-アメリカ法の觀点から", 新世代法定策學研究, Vol. 6, 2010, 154-155 참조.

# 〔참고문헌〕

## A. 국내 단행본


계희열, 『헌법학(중)』, 박영사, 2007.

김경희, “국가와 공공성”, 정치사상연구 제16집 1호, 2010.

김남진·김연태, 『행정법Ⅰ·Ⅱ』, 법문사, 2011.

김중권, 『행정법기본연구Ⅰ』, 법문사, 2008.

류지태·박종수, 『행정법신론』, 박영사, 2010.

명순구·이철우·김기창, 『국적과 법, 그 기원과 미래』, 고려대학교 법학연구원, 2010.

박균성, 『행정법강의』, 박영사, 2011.

박은정, 『왜 법의 지배인가』, 돌베개, 2010.

서정범·박상희, 『행정법총론』, 세창출판사, 2011.

유시민, 『국가란 무엇인가』, 돌베개, 2011.

이준일, 『헌법학강의』, 홍문사, 2008.

장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2009.

정하중, 『행정법개론』, 법문사, 2011.

홍정선, 『행정법특강』, 박영사, 2011.


## B. 국내 논문


권영설, “이주와 국적의 법과 다문화주의”, 미국헌법연구 제20권 제2호, 미국헌법학회, 2009. 9.

김경제, “헌법 제2조의 국민”, 공법학연구 제9권 제2호, 한국비교공법학회, 2008. 5.

김남진, “공권과 반사적 이익-주요 쟁점을 중심으로-”, 월간 고시 제19권 제2호, 월간고시사, 1974.

_____, “행정법상 학설과 판례의 괴리와 접근”, 고시계, 2007. 5.

_____, “법률상 이익·사실상 이익의 구분의 필요성”, 법률신문, 2008. 05. 19.

_____, “결정재량·선택재량 및 기속행위의 구별과 법리”, 법률신문, 2011. 08. 08.

김중권, “2010년도 주요 행정법(행정)판결의 분석과 비판에 관한 소고, 안암법학 제35

권, 안암법학회, 2011.

## C. 번역서

가라타니 고진 지음/ 조영일 옮김, 『세계공화국으로』, 도서출판b, 2009.
삐에르 부르디외 지음/ 최종철 옮김, 『구별짓기 上·下』, 새물결, 2006.
장 자크 루소 지음/ 김중현 옮김, 『인간 불평등 기원론』, 펭귄클래식코리아, 2010.
제러미 리프킨/ 이원기 옮김, 『유러피언 드림』, 민음사, 2009.
크리스토퍼 피어슨 지음/ 박형신·이택면 옮김, 『근대국가의 이해』, 일신사, 2008.

## D. 외국문헌

Brubaker, R., 『Citizenship and Nationhood in France and Germany』, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1992.
Kingsbury Benedict, “The Concept of ‘law’ in Global Administrative Law”, The European Journal of International Law, Vol. 20 no. 1, 2009.
藤谷武史, “多元的システムにおける行政法學-アメリカ法の觀点から”, 新世代法定策學研究, Vol. 6, 2010.

## E. 정부 간행물 등

법무부 출입국·외국인정책본부, 2011 축조식 국적법 해설, 2010. 12.