규제와 법정책

Korean Regulatory Law and Policy

제 1 호
(2013. 4)

이완희 인 · 허가의제효과를 수반하는 건축신고의 법적 성격 및 행정처분성

이예슬 소득처분의 입증책임 · 효과 및 효과발생시점

강은하 표준약관 개정의결 취소

김상훈 금융감독위원회의 자본감소명령제도

송태원 수익증권 환매와 환매연기

김도형 재조사결정에 따른 쟁송기간의 기산점

강호칠 국유재산 관리위임사무 처리경비의 부담자와 비용상환을 위한 쟁송수단

윤덕근 공익사업법상 환매제도에 관한 검토

안기수 세계화와 행정법의 임무

박성열 하천편입토지 보상과 행정법상 유추

민병후 시행규칙상 기준의 법적 성격과 적용 한계

이지영 행정상 과징금에 대한 규제

이승훈 예방적 금지소송의 운용방안

이유란 원자력법제 개편에 따른 안전규제체계의 변화

icr law center

규제법연구회

Research Society for Regulatory Law

규제와 법정책

제 1 호
(2013. 4)

규제법연구회

발 간 사

정치적 중립성을 보장받는 공무원 조직으로 구성된 근대국가는 경찰력과 상비군을 바탕으로 국민의 생명, 재산, 자유를 보호하고 시장에서 경제활동이 이루어질 수 있는 최소한의 전제조건을 보장하는 법적 테두리를 구성원들의 민주적 참정을 통하여 창출하였다. 이러한 근대국가의 기본구조는 산업화에 따른 사회경제적 불평등과 환경오염의 현실 앞에 무기력하였고, 현대국가는 이를 감안하여 공공복리를 실현하는 적극적인 역할까지 떠맡게 되었다. 그러나 국가개입주의적 경제정책의 실패에 따른 장기불황과 사회복지, 교육, 문화, 위생, 환경 등 다양한 공익사업의 수요를 충족시킬 수 있는 국가재정의 한계로 신자유주의의 물결을 타고 작은 정부, 민영화의 파도가 거세게 몰려왔다. 이러한 신자유주의적 규제정책은 미국의 금융위기, 유로존의 붕괴 등 일련의 세계경제의 위기 신호 앞에 다시 정당성을 의심받고 있다.

한편 세계화의 가속화에 따른 국제기구의 성장, 국경을 초월한 자본과 인력의 자유로운 이동, 초국적 기업의 성장과 활동, 범지구적 환경오염은 국가의 정치적 영향력을 축소시키고, 역외탈세, 난민, 불법체류, 국제카르텔, 식량·물·석유 등의 자원부족과 같이 국가의 정치적 영향력으로 해결하기 어려운 문제영역들을 증대시키고 있으며, 국가의 행정적 규제를 국제분쟁의 장으로 들어오게 한다. 세계의 헤게모니에 일대 변혁을 예고하고 있는 중국의 성장은 대의제 국가가 인류 보편의 지혜가 아니라 서구 민주주의의 특유한 산물임을 보여주고 있다.

이와 같은 국내외 현상들은 우리 정치공동체의 행정적 규제의 특수성과 보편성 및 올바른 규제정책에 관한 심도있는 연구가 절실함을 자각하게 한다. 고려대학교 혁신·경쟁·규제법센터는 2011. 4. 이러한 학문적 요청과 시대적 흐름에 부응하기 위하여 규제법연구회를 발족하였다. 규제법연구회는 지난 2년간 어려운 여건 속에서도 꾸준히 학술활동을 전개해 왔고, 이제 그 동안의 연구성과를 담아 전문학술지인 『규제와 법정책』 창간호를 발간하게 되었다.

『규제와 법정책』은 학계와 실무계를 아우르는 학자들에게 연구활동의 무대를 제공하고, 신진학자들에게도 널리 문호를 개방함으로써 한국행정법학에 새로운 돌풍을 일으킬 것으로 믿어 의심치 않는다. 『규제와 법정책』의 창간은 한국행정법학의 경사라 아니할 수 없다. 『규제와 법정책』의 창간을 진심으로 축하하며, 『규제와 법정책』이 우리나라를 넘어 세계 최고의 학술지로 성장하기를 기원한다.

2013. 4.

김 연 태

【 목 차 】

〈논문〉

인·허가의제효과를 수반하는 건축신고의 법적 성격 및 행정처분성 ····· **이 완 희** / 1

소득처분의 입증책임 · 효과 및 효과 발생시점 ····· **이 예 슬** / 51

표준약관 개정의결 및 사용권장행위의 처분성과 약관의 해석방법에 대한 고찰 ····· **강 은 하** / 83

금융감독위원회의 자본감소명령제도에 대한 연구 ····· **김 상 훈** / 103

수익증권 환매연기에 대한 금감위 승인의 법적 성격 ····· **송 태 원** / 125

재조사결정에 따른 쟁송기간의 기산점 ····· **김 도 형** / 165

국유재산 관리위임사무 처리경비의 부담자와 비용상환을 위한 쟁송수단 ····· **강 호 칠** / 181

공익사업법상 환매제도에 관한 검토 ····· **윤 덕 근** / 199

세계화와 행정법의 임무 – 외국인 귀화허가제도 ····· **안 기 수** / 223

하천편입토지 보상과 행정법상 유추 ····· **박 성 열** / 253

시행규칙상 기준의 법적 성격과 적용 한계 ····· **민 병 후** / 271

행정상 과징금에 대한 규제 ····· **이 지 영** / 285

예방적 금지소송의 운용방안 – 몇 가지 소송요건을 중심으로 ····· **이 승 훈** / 313

원자력법제 개편에 따른 안전규제체계의 변화 ····· **이 유 란** / 337

〈부록〉

『규제와 법정책』 논문투고 및 논문작성에 관한 규정 ····· 355

『규제와 법정책』 원고 작성방법 ····· 357

인·허가의제효과를 수반하는 건축신고의 법적 성격 및 행정처분성

- 대법원 2011. 1. 20. 선고 2010두14954 전원합의체 판결 등 -

이 완 희*

〈 국문초록 〉

건축신고의 법적 성격에 관하여 학계와 실무에서는 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 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 건축신고의 법적 성격을 명확히 구분하지 않은 채 항고소송의 대상이 된다고만 판시함에 따라 여전히 그 적용 범위에 대하여 서로 다른 견해가 존재하게 되었다.

그 후 대법원 2011. 6. 10. 선고 2010두7321 판결은 자기완결적 신고의 성격을 갖는 착공신고에까지 항고소송 대상을 확장하였다. 대법원이 자기완결적 신고에 해당하는 '착공신고'에 대하여도 항고소송 대상으로 인정하여 국민의 법적 불안 해소 및 분쟁의 조기해결 등 권리구제 측면을 더욱 강조하고 있다.

주제어 : 건축신고, 인허가의제 효과를 수반하는 건축신고, 자기완결적 신고, 수리를 요하는 신고

* 창원지방법원 부장판사

〈 목 차 〉

Ⅰ. 서 론

Ⅱ. 건축신고의 법적 성격
1. 대법원 2010두14954 사건의 개요
2. 신고제와 인·허가의제
3. 건축신고의 법적 성격을 명확히 할 필요성
4. 건축신고의 법적 성격에 관한 제견해
5. 대법원 2010두14954 사건의 판시내용

Ⅲ. 건축신고의 행정처분성
1. 대법원 2008두167 전원합의체 판결
2. 위 전원합의체 판결의 적용범위

Ⅳ. 여론 – 착공신고의 행정처분성
1. 문제의 제기
2. 하급심의 판단
3. 검토

Ⅴ. 결 론

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 현재까지 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, 인접 토지의 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 당연무효이

다. 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 것

---

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 해 준 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.

으로 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 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 행정청에 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 교통사고신

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

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

고, 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)]

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

---

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, 신고를 '금지해제적 신고'와 '정보제공적 신고'만으로 구분하고 있다.

취지, 법령의 제반규정에 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 수리여부에 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 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 의무위반자에 대한 행정처분제도를 인정하지 않는 경우	신고불이행에 대한 제재가 징역, 벌금 등 행정형벌인 경우 의무위반자에 대한 행정처분제도를 인정하는 경우

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 해외부동산이

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

나 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]

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.

이행강제금(제69조의2 제1항 제1호), 200만 원 이하의 벌금에 처하는 건축법 위반죄(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 적법한 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.

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

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. 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

---

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,

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 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]

위 신고는 행정청의 수리처분 등 별도의 조치를 기다릴 것 없이 같은 법 제8조와 부칙 제3조 제3항에 의한 신고로서 유효하다.

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. 선

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」 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

정원, "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.

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)

①법 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)

①법 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)

②시장 · 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 1982.4.3. 법률 제3558호	전부개정 1991.5.31 법률 제4381호	일부개정 1995.1.5. 법률 제4919호	일부개정 2000.1.28. 법률 제6247호	일부개정 2002.2.4. 법률 제6655호
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> 1. 第47條第2項에 의한 工事用 假設建築物의 築造申告 2. 道路法 第40條에 의한 道路의 占用許	제7조(건축에 관한 계획의 사전결정) 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. 1.都市計劃法 第4條의 規定에 의한 土地의 形質變更許可 2.都市計劃法 第24條의 規定에 의한 都市計劃事業施行許可 3.山林法 第90條의 規定에 의한 山林毁損許可 4.私道法 第4條의 規定에 의한 私道開設許可 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 6.道路法 第40條의 規定에 의한 道路의 占用許可 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 8.河川法 第25條의 規定에 의한 河川占用등의 許可 9.國土利用管理法 第24條의 規定에 의한 用途變更許可 제8조 ④第1項의 規定에 의한 建築許可를 받은 경우에는 第7	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. 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 2. 第72條의 規定에 의한 工作物의 築造許可 또는 申告 3. 都市計劃法 第4條의 規定	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. 1. 좌동 2. 좌동 3. 都市計劃法 第46條의 規定에 의한 開發行爲許可 4. 都市計劃法 第59條第5項의 規定에 의한 施行者指定	제8조 ⑥ 좌동 1. 좌동 2. 좌동 3. 국토의계획및이용에관한법률 제56조의 規定에 의한 開發行爲許可 4. 국토의계획및이용에관한법률 제86조제5항의 규정에 의한 시행자의 지정 및 동법 제88조제2항의 규정에 의한 실시계획의 인가 (5호 내지 13호 생략)

可 3. 下水道法 第24條에 의한 排水施設의 設置申告 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	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에 관한法律 第14條의 規定에 의하여 關係法律의 許可 또는 승인을 얻은 것으로 본다. 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 2.第72條의 規定에 의한 工作物의 築造許可 3.下水道法 第24條의 規定에 의한 排水施設의 設置申告 4.汚水·糞尿및畜産廢水의처리에 관한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 5.水道法 第17條의 規定에 의한 上水道供給申請	에 의한 土地의 形質變更許可 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 同法 第25條의 規定에 의한 都市計劃事業의 實施計劃의 認可 (5호 내지 13호 생략)	및 同法 第61條第2項의 規定에 의한 實施計劃認可 (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 신

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

고로 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)]

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.

하여 다수의견을 비판하고 있다.

23) 대법원 1998. 9. 22. 선고 98두10189 판결

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.

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

1 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]

2 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 신

---

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.
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.

고제를 둔 취지가 몰각되기 때문이라고 한다.[30]

3 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 시정명령이 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 건축법 위반 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.

---

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

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).

(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 특별한 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

---

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.

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.

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

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

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.

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 구체적으

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 건축 내용이 단순하거나 규모가 작은 경우이어서 성질상 당연한 것으로 볼 여지가 있으므로, 이러한 차이만으로 건축허가와 다르다고 하기엔 부족하다.

로 보장한 건축의 자유를 사법부와 행정부가 박탈하는 결과가 될 우려가 있다.

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

---

43) **건축법 제14조 (건축신고)** ① 제11조에 해당하는 허가대상 건축물이라 하더라도 다음 각 호의 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

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.

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.

---

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).

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 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 행

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)"

49) 김재협, 앞의 논문, 109쪽.

50) 김종보, 건설법의 이해, 박영사, 2008, 8-9쪽.

정청이 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.

(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 목적

51) 정형근, 앞의 논문, 288쪽.
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.

으로 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 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.

---

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 시행규칙 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.

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.

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]

---

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 예지원 화재 등은 1990년대의 규제개혁 및 건축경찰법의 약화와 맞물려 있는 사건으로 볼 수도 있다."

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.

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

57) 김재협, 앞의 논문, 109-110쪽.

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 건축허가 의제규정은, 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]

---

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,

---

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.

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 관하여 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

---

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

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.

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

---

8. 사업계획 및 산지전용면적이 적정하고 산지전용방법이 자연경관 및 산림훼손을 최소화하고 산지전용후의 복구에 지장을 줄 우려가 없을 것

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 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.

---

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.

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.

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 해석하

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.

는 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

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.

주요쟁점	다수의견/ 보충의견[68]	반대의견[69]
신고제 취지/	행정청에게 실체적 요건의 심사권한을 부여하지 아니한 것은 건축행위 이외에 별도로 인·허가를 받아야 할 사항이 없는 일반적인 건축신고에 관한 것임.	신고제는 행정청이 행정상 필요에 의하여 국민으로 하여금 행정청에 미리 일정한 사항을 알리도록 하는 최소한의 규제를 가한 것임.

실질적심사 여부	인·허가의제의 취지는 인·허가의제사항 관련 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). 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	건축법에서 행정절차법 적용을 배제하지 아니하므로 그 형식적 요건을 갖춘 건축신고서가 접수기관에 도달한 때에 신고의무가 이행된 것으로 보게 됨. 신고를 하면 건축허가와 각 인·허가를 받은 것으로 의제되므로, 행정청에 신고 및 인·허가 해당사항 여부에 관한 판단이나 재량을 행사할 여지가 없음. 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. 건축신고는 구비요건의 완화, 수수료의 차이, 건축사에 의한 설계 및 공사감리의 규정이 적용되지 않는 등 건축허가에 비하여 규제가 완화되는 차이가 있음 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. 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 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 건축신고에 관한 건축법 제14조 제2항은 제11조 제4항[72]을 준용하고 있지 아니함 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·허가의제사항 관련 법률의 해당 규정 내용 및 취지 등을 고려하여 판단하여야 할 사항임. 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. 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 국민에 대한 규제가 강화되었다거나 전체적으로 행정청의 업무가 과중해졌다고 볼 수도 없음. 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	다수의견에 따르면 상당수 건축신고가 실체적 요건에 관한 심사대상에 해당하게 되어 국민에 대한 과도한 규제, 행정청에 대한 지나친 업무과중을 초래하고, 구체적으로 실체적 심사를 필요로 하는 건축신고 여부를 쉽게 알기 어려워 법적 안정성과 예측가능성을 해함
인근 주민들의 권리 구제방안	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

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.

(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 개발행위허가 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

---

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.

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 1의2]** '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.

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.

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 67누71 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·허가의제효과

를 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 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

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

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·허가 의제효과를 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 건축신고에 해당한다고 보인다. 따라서 변

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

경대상이 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

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

구별하여 '수리를 요하는 신고'로 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 등으

로서는 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.

< 참고문헌 >

김명길, “신고의 종류와 처분성”, 공법학 연구 제7권 제1호, 2006.

_____, “신고의 유형에 관한 논고”, 부산대학교 법학연구 제47권 제1호, 2006. 8.

김용섭, “행정법상의 신고와 수리”, 판례월보 352호, 판례월보사, 1998. 4. 24.

김재협, “공법상 신고에 관한 고찰 -건축법상 건축신고를 중심으로-”, 특별법연구 6권, 2001.

김종보, 건설법의 이해, 박영사, 2008.

김중권, “이른바 ‘수리를 요하는 신고’ 문제점에 관한 소고”, 행정판례연구 VIII, 박영사, 2003.

_____, “건축법상의 건축신고의 문제점에 관한 소고”, 행정법기본연구Ⅰ, 법문사, 2008.

_____, “건축신고의 허가의제 효과에 관한 소고”, 법률신문, 2010. 5. 3.

_____, “신고제와 관련한 코페르니쿠스적 전환에 관한 소고”, 법률신문 2010. 12. 6.

_____, “의제적 행정행위에 관한 소고”, 법제 2001. 4.

김학세, “행정법상 신고제도”, 변호사 32집, 서울지방변호사회, 2002

박균성, 행정법론(상), 제9판, 박영사, 2010.

_____, “행정법상 신고”, 고시연구 1999. 10

박윤흔, 최신행정법강의(상), 박영사, 2001.

선정원, “인·허가의제와 심사촉진”, 공법연구 제38집 제2호, 2009. 12.

_____, “인·허가의제와 심사촉진”, 한국공법학회·법제처·국가경쟁력강화위원회 2009년 공동학술대회자료집, 2009. 10.

정남철, “건축신고와 인인보호”, 법조 2010. 6.

정태용, “인·허가의제제도에 관한 고찰”, 법제 530호, 2002. 2.

정형근, “집중효가 발생하는 건축신고에 관한 법률적 검토“, 외법논집 제34권 제1호, 2010. 2.

최계영, “건축신고와 인·허가의제”, 행정법연구 제25호, 2010. 12.

최영규, “영업규제의 법제와 그 수단에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 1993. 2.

홍정선, 행정법원론(상), 2002, 박영사.

소득처분의 입증책임 · 효과 및 효과 발생시점

- 대법원 2010. 1. 28. 선고 2007두20959 판결 -

이 예 슬*

〈 국문초록 〉

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.

주제어 : 소득처분, 소득처분의 입증책임

* 서울남부지방법원 판사

〈 목 차 〉

Ⅰ. 사건개요(처분의 경위 등)
Ⅱ. 원고의 주장
Ⅲ. 원심의 판단(= 1심 법원의 판단)
Ⅳ. 원고 상고이유의 요지
Ⅴ. 대법원 판결의 요지
Ⅵ. 첫 번째 쟁점(횡령금 등 부당사외유출금액에 대한 소득처분과 입증책임)
Ⅶ. 두 번째 쟁점(소득처분의 효과 및 법인의 원천징수 납세의무의 성립시점)
Ⅷ. 세 번째 쟁점(소득세 부과제척기간의 기산일)
Ⅸ. 결 론

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 밝

혀내고, 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)]

1. 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.

2. 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, 소

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

득세법 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.

3. 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.

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 퇴직위로

금 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 회사정리법상 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 결산법인이므로

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

이사건횡령금을 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

1. 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).

2. 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.

3. 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 법인을 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 세

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

무조정소득에 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 사외 유출이 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 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

---

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.

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.

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 소득처분하여야 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 소득처분제도

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

의 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

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.

있는 경우[16] 등임을 알 수 있고, ② 이러한 대표이사 또는 실질적 경영자 등은 일반적으로 회사의 의사를 결정하고 이를 집행할 수 있는 지위에 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 따져 볼 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]

---

16) 대법원 1995. 10. 12. 선고 95누9365 판결.
17) 조일영, 전게논문, 240~241쪽.

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 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 한다고 판시하였다. 이는 최근의 판시로서, 법인을 실질적으로 지배하는 대표자가 횡령한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 사외 유출되어 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)]

---

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 주식 매수대금으로 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

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 의사가 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]

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.

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

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 사외유출이 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 받아들일 수 없다.[20]

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

1. 문제점

정리회사에 대한 조세채권이 회사정리 개시결정 전에 법률에 의한 과세요

20) 강석규, 전게논문 248쪽.

건이 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.

2. 학설

(1) 첫 번째 견해

이 견해는 법인세법에 따른 소득처분으로 인하여 원천납세의무자의 "소득세 납세의무"가 창설적으로 발생하게 된다고 본다. 소득세법은 "법인세법에

---

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.

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 충족 여부를 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 확

23) 서윤석, 전게논문 131쪽.

정시기에만 관계되는 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”,한국조

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

세연구 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.

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

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 성립이란 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 제21조 제1항 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.

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 원천징

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

수의무는 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 난ㅂ세의무는 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 개인에 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 통지시에 당해 소득의 지급행위가 있었던 것으로 의제되기 때문에 그때 가서야 비로소 원천징수의무가 성립된다고 보는 것이 논리적이라 할 것이다.

---

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 지급하는 자는 이 절의 규정에 의하여 그 거주자나 비거주자에 대한 소득세를 원천징수하여야 한다.

31) 강석규, 전게논문 249쪽.

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 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 부과제척기

간은 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. 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 함

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 사외 유출 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.

으로써 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

표준약관 개정의결 및 사용권장행위의 처분성과 약관의 해석방법에 대한 고찰

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

강 은 하*

〈 국문초록 〉

종래 주요 은행들은 표준약관을 근거로 근저당비설정비용 등 대출관련 비용을 사실상 채무자에게 부담시켜 왔는 바, 공정거래위원회(이하 '피고'라 한다)는 2008. 1. 30. 은행여신거래기본약관, 근저당권설정계약서, 저당권설정계약서 등 8종의 표준약관(이하 '현행 표준약관')을 개정하기로 의결한 후(이하 '개정 표준약관'), 2008. 5. 1. 원고들에게 개정 표준약관의 적용을 권장하는 내용의 통지를 하였다.

이에 사단법인 은행연합회 등을 포함한 원고는 피고 공정거래위원회의 개정 표준약관 사용권장행위 및 표준약관 개정행위가 행정소송의 대상이 되는 처분에 해당한다고 주장하면서 위 행위의 취소를 청구하였다.

본 사건은 표준약관 사용권장행위 및 표준약관 개정행위의 처분성에 대하여 원, 피고간 주장이 첨예하게 대립하였는 바, 원심과 대법원이 제시한 논거를 주시할 필요가 있다.

본안 판단과 관련하여 원심은 고객이 근저당권이나 저당권의 설정에 드는 비용과 인지세의 부담주체를 '선택'할 수 있도록 한 약관조항 자체는 불공정하지 않다고 하면서 실제 계약의 체결 과정에서 고객의 선택권이 제대로 보장되지 않는다는 사정은 약관조항의 불공정성 판단에 고려할 사항이 아니라는 취지로 판시하였다. 그러나 대법원은 불공정 약관조항에 해당하는지 여부를 심사함에 있어서는 문제되는 조항만을 따로 떼어서 볼 것이 아니라 전체 약관내용을 종합적으로 고찰한 후에 판단하여야 하고, 그 약관이 사용되는 거래분야의 통상적인 거래관행, 거래대상인 상품이나 용역의 특성 등을 함께 고려하여 판단한다는 취지로 판시하였다. 이는 약관의 불공정성 판단방법을 혁신적으로 전환시킨 판결이라고 볼 수 있다.

주제어 : 개정 표준약관 사용권장행위, 표준약관 개정의결, 은행 근저당권 설정비용, 불공정 약관조항

* 변호사(삼성전자 주식회사)

〈 목 차 〉

Ⅰ. 사건의 경위
Ⅱ. 관련 조항
Ⅲ. 개정 표준약관 사용권장행위의 처분성 여부 - 원심
Ⅳ. 표준약관 개정의결의 처분성 여부 - 원심
Ⅴ. 본안판단에 관하여 - 원심
Ⅵ. 대법원의 판단
Ⅶ. 환송 후 판결(서울고등법원 2011. 4. 6. 선고 2010누35571)

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

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

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.

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 사용권장처분

은 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 표준약관표지를 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 발생시키므

로 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 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

2) 은행여신거래기본약관(가계용)과 은행여신거래기본약관(기업용)
3) 은행여신거래기본약관(가계용)과 은행여신거래기본약관(기업용)
4) 대출거래약정서Ⅰ(가계용), 대출거래약정서Ⅱ(종합통장자동대출 및 가계당좌대출용), 여신거래약정서Ⅰ(기업용), 여신거래약정서Ⅱ(종합통장자동대출 및 당좌대출용)

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(종합통장자동대출 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 ‘소비자단

5) 저당권설정계약서, 근저당권설정계약서

체등의 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 약관조항만을 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 주요 내용을 고객이 알기 쉽게 표시하여야 하며,이를 위반한 자에 대해서는 500만원 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 통상적인 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 대법

---

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

원의 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 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.

---

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.

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 타당한 판단으로 생각된다. 그러나 거래실질을 적극적으로 반영하여 약관의 불공정성을 판단하다보면 일면 자의적인 해석이 가능할 뿐만 아니라, 사적 자치를 과도하게 제한할 우려가 있고, 약관규제법이 문구 자체의 해석을 중심으로 불공정성 판단기준을 제시하고 있다는 점에도 배치된다는 점을 고려하면 궁극적으로는 법 제19조의2 제3항을 위 ③을 규제할 수 있도록 적절히 개정하는 것이 바람직하지 않을까 생각해본다.[7)]

---

7) 동 조항은 2010. 3. 22. 법률 제10169호로 개정된 후 2012. 2. 17. 법률 제11325호에 의하여 제18조의 3으로 이동되었다. 현 조항은 다음과 같다.
제19조의 3 (약관변경으로 인한 심사대상의 변경)
③ 공정거래위원회는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에 사업자 및 사업자단체에

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 부당하다고 불 수 없으므로 결국 이 사건 약관은 불공정한 약관이 아니라는 견해[8]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 되어 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

대하여 표준이 될 약관을 마련하여 심사 청구할 것을 권고할 수 있다.
1. 소비자단체등의 요청이 있는 경우
2. 일정한 거래 분야에서 여러 고객에게 피해가 발생하는 경우에 피해 발생 상황을 조사하여 약관이 없거나 불공정약관조항이 있는 경우

상기 내용에 의하면 동조 제3항 제1호 '소비자단체등의 요청이 있는 경우'에는 동항 제2호의 규정 의 반대해석상 소비자단체의 요청이 있기만 하면 '불공정약관조항이 없는 경우'에도 약관을 개정할 수 있는 것처럼 해석될 여지가 있다. 그러나 이는 소비자단체에 과도한 권한을 부여하는 것이 될 수 있으므로, 제1호를 삭제하는 것이 바람직하지 않은가 생각된다. 왜냐하면 동항 제2호 "일정한 거래 분야에서 여러 고객에게 피해가 발생하는 경우에 (직권 또는 소비자단체등의 요청 등에 의하여) 피해 발생 상활을 조사하여 약관이 없거나 불공정한 약관조항이 있는 경우"라는 내용만으로도 약관 개정이 필요한 상황을 포괄할 수 있기 때문이다. 물론 이와 같은 해석은 불공정한 약관 여부 판단에 '약관 조항 뿐만 아니라 거래 실질을 고려할 때' 가능한 논의이다.

8) 최병규, 은행근저당권설정비 부담주체에 대한 약관의 효력, 상사판례연구 제24책 제1권' 185쪽 이하. 우리나라 민법 규정 체계와의 조화를 고려하면 근저당권 설정비용을 채무자가 부담하는 변제비용에 속하는 것으로 파악하여야 한다는 견해에 황남석, 근저당권설정비용의 부담주체에 관한 고찰, 법조 제61권 제8호 2012.

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.

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 2007

두20812 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 소비

자가 이를 부담하게 되고 나아가 부대비용이 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. 재상고하였으나, 대법원은 2011. 8. 25. 심리불속행기각하였다.

3. 이 사건 판결 이후의 변화

은행연합회는 개정 표준약관을 따르는 내용으로 근저당권 설정과 관련한

여신거래약관을 개정하였으며, 시중 은행들은 2011년 7월부터 시행에 들어갔다.

은행연합회는 2011. 7. 15. 주요 은행의 주택담보대출 취급금리는 약관 변경 이후의 적용 금리(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.[9)]

9) 2011. 7. 16.자 법률신문 참조

< 참고문헌 >

김현정/최명, “은행근저당설정비의 부담주체에 관한 연구: 법리적 측면과 부당이득반환청구 소송을 중심으로”, 은행법연구 제5권 제2호, 2012.

최병규, “은행근저당권설정비 부담주체에 대한 약관의 효력 -대법원 2010. 10. 14. 선고 2008두23184 판결에 대한 평석을 중심으로-”, 상사판례연구 제24권 제1호, 2011.

황남석, “근저당권설정비용의 부담주체에 관한 고찰”, 법조 제61권 제8호, 2012.

금융감독위원회의 자본감소명령제도에 대한 연구

- 대법원 2010. 4. 29. 선고 2007다120120 판결 -

김 상 훈*

〈 국문초록 〉

대상판결은 「금융산업의 구조개선에 관한 법률」이 규정하고 있는 자본감소명령제도는 주주의 재산권을 과도하게 침해하거나 본질적 침해를 하는 것이 아니며, 금융감독위원회가 자본감소명령의 기준을 정한 고시를 신설한 직후 이루어진 자본감소명령은 위법하지만 중대명백한 하자는 없어 무효는 아니라고 판단하고 있다. 그러나 위 법률에 의한 자본감소명령제도는 경영에 사실상 참여가 불가능한 소액주주들을 대주주와 동일하게 취급한다는 점, 정부의 자금지원과 정부의 지분확보가 국민경제의 보호라는 목적을 위해 반드시 필요한 것이 아니라는 점을 고려하면, 비례성 원칙 중 필요성 원칙 위반이라고 판단된다. 또한 주주의 의결권을 박탈함으로써 주주권 중 공익권을 형해화하였으므로 주주의 재산권을 본질적으로 침해한 것이다. 자본감소명령의 근거였던 금융감독위원회의 고시는 행정규칙으로서 소위 법령보충적 행정규칙으로 볼 수 있는데, 기본권 제한을 행정규칙에 의하도록 하여서는 아니 되며 상위의 법령에 근거해야 한다. 더불어 고시의 효력 발생은 수범자가 내용을 알 수 있는 상태에 이르러야 효력이 발생하는데, 해당 고시 발령 직후 자본감소명령을 하였으므로 수범자인 주주들이 고시를 알 수 없는 상태였으므로 고시는 효력이 발생하지 않았다고 보아야 한다. 따라서 자본감소명령은 발효되지 않은 고시에 근거한 행정처분으로서 중대명백한 하자가 존재하므로 무효인 처분이다.

주제어 : 자본감소명령, 금융감독위원회, 금융산업의 구조개선에 관한 법률

* 변호사(신한금융지주회사 준법지원팀)

〈 목 차 〉

Ⅰ. 사실관계
Ⅱ. 관련 규정
Ⅲ. 원고들 주장의 요지
Ⅳ. 판결의 요지
Ⅴ. 대상 판결에 대한 검토

Ⅰ. 사실관계

【원고】 한일은행 주주

【피고】 합병된 주식회사 한일은행의 소송수계인 주식회사 우리은행

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 주

주의 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 공고

에 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 점검하여야 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

1. 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.

2. 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.

3. 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 자본감소절차를 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 있는

바, 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 법원의 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 공적자금 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 요청되는 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 세분된

다.[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 회사 경영에 영향력을 행사할 수 있는 지위에 있으므로 주식투자금액 범위 내에서는 책임을 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 일정 부분 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

1) 김남진, 김연태 공저, 행정법 I, 2004, 법문사, 41면.
2) 김홍기, 주주권의 제한과 그 한계에 관한 연구, 법조 594호, 법조협회, 132면.

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 회생 절차에서도 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 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 감자되

3) 이철송, 회사법강의, 2010, 박영사, 238면.

는 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 가장 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 반영

---

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

되는 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 보호 장치를 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 '금융감독위원회

6) 김남진, 김연태 공저, 행정법 I, 2004, 법문사, 170면.
7) 김남진, 김연태 공저, 행정법 I, 2004, 법문사, 171면.

가 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'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.

< 참고문헌 >

김남진/김연태, 『행정법 I』, 2004, 법문사.

김홍기, “주주권의 제한과 그 한계에 관한 연구 –금산법상의 강제적 자본감소제도를 중심으로–”, 법조 제55권 제3호, 법조협회, 2006.

수익증권 환매연기에 대한 금감위 승인의 법적 성격

- 대법원 2010.10.14. 선고 2008다13043 판결을 중심으로 -

송 태 원*

〈 국문초록 〉

투자자들은 수익증권을 판매회사를 통해 구입하고 환매청구도 판매회사를 통해 한다. 통상적으로 판매회사가 자신의 자금으로 선지급하고 위탁회사에 결제를 요청하는 방식으로 환매절차가 이루어지지만, 위탁회사 측에서 신탁재산의 환가가 불가능하거나 지연되면 판매회사가 통상의 결제방식을 택할 수 없어 환매를 거부한다. 이 경우 투자자는 위탁회사보다는 자력이 있는 판매회사에 환매책임을 물어왔다.

그런데 관련 법률에서는 불가항력적인 사유가 있는 경우 주무관청의 승인에 의한 판매회사의 환매 연기를 인정하고 있는바, 대상판결(대법원 2003다42350)에서는 어떠한 사정이 환매의 연기에 해당하는지 및 주무관청의 승인 없이 이루어진 환매연기의 사법적 효력은 어떠한지가 쟁점이 되었다.

대상판결은 환매연기사유가 발생하면 판매회사 등이 별도로 환매연기의 의사표시를 하지 않더라도 환매연기가 이루어지고 주무관청의 승인은 환매연기의 효력발생요건이 아니라는 점을 처음으로 명시하였는바, 이는 환매연기가 증권투자신탁의 본질인 실적배당 원칙 및 수익자평등의 원칙을 구현하고자 하는 것이라는 관점에서 판매회사의 부담을 완화하는 의미가 있다.

주제어 : 수익증권 환매

* 변호사/고려대학교 대학원 박사수료

〈 목 차 〉

Ⅰ. 대상판결의 내용
Ⅱ. 대상판결의 주요 쟁점
Ⅲ. 투자신탁 환매의 일반이론
Ⅳ. 대상판결의 타당성 검토
Ⅴ. 수익증권 환매연기에 대한 금감위 승인의 법적 성격
Ⅵ. 결론

Ⅰ. 대상판결의 내용[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 발표하

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

자 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)

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

---

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

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)]

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) 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.

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 판매

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).

회사의 고유재산으로 이를 환매할 수 없는 경우

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[8)]

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

8) 서울고법 2007. 12. 27. 선고 2004나21260 판결.

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[9)]

(1) 상고이유 1 : 구투신업법 제7조 및 제30조의 위헌성에 관한 법리오해

수익증권 판매회사에 대해 고유재산에 의한 환매대금 지급의무를 인정하는 근거가 된 구투신업법 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

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

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 구투신업법 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 환매연기되었다는 피고의 주장을 배척한 것은 환매연기의 요건 및 금감위 승인의 성격 등에 관한 법리를 오해한 것이다.

6. 대법원의 판단[10)]

(1) 상고이유 제1점에 대한 판단

부진정입법부작위에 의한 위헌 주장과 관련하여,

구 투신업법 제7조 및 제30조는 수익증권 판매회사에게 고유재산에 의한 환매의무를 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,

10) 대법원 2010.10.14. 선고 2008다13043 판결.

(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 부닥이한 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 실적배당원칙 및 수익자평등의 원칙을 구현하고자 하는 것이므로, 환매연기사유가 존재하면 판매회사가 모든 수익자에 대해 일률적으로 환매연기를 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. 대상판결의 주요 쟁점

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 투자신탁운용업만 허가되었고, 수익증권 판매업은 판매회사와 기존에 판매업무를 허가받은 위탁회사가 담당하게 되었다.[11]

이 법은 다시 1998. 9. 16. 대폭 개정되었는데, 환매에 대해서는 경과규정

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

(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.[12)]

III. 투자신탁환매의 일반이론

1. 투자신탁의 기본원리

(1) 실적배당원칙

투자신탁은 일반투자자들이 제공한 자금을 투자전문가가 관리, 운용하고 그 수익을 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.[13)]

증권투자신탁에서도 궁극적으로 투자위험을 궁극적으로 부담하는 것은 투

12) 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).

13) 김건식, "수익증권 판매회사의 환매의무", BFL 제 12호, 서울대 금융법센터, 2005. 7, 68면.

자자이고 위탁회사나 판매회사는 아니다. 투신업법은 실적배당원칙을 명문으로 선언하고 있지는 않지만 도처에서 그것을 전제하고 있다.[14] 나아가 95년구 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 수 밖에 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 수익자와 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

---

14) 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.

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.[15]

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 해지하여 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.[16]

15) 김건식, “수익증권 판매회사의 환매의무”, BFL 제 12호, 2005. 7, 서울대 금융법센터, 69면.
16) 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 간접투자자산운용업법 및 자본시장과금융투

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.[17]

(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.[18]

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 형성권으로 파악하고 있는 것으로 볼 여지도 있어 명확하지 않았다.[19]

다만 그 후 선고된 대법원 2004. 1. 15. 선고 2001다 70825 판결 및 2004.

자업에관한법률 하에서도 상환이란 용어 대신 환매라는 용어를 계속 사용하고 있다.

17) 김건식, "수익증권 판매회사의 환매의무", BFL 제 12호, 2005. 7, 서울대 금융법센터, 70면.

18) 윤병철, 구 증권투자신탁업법상 판매회사의 고유재산에 의한 환매의무의 변화, 사법연수원 논문집 제5집, 2008.1, 101면.

19) 대법원 2003. 11. 28. 선고 2001다67171 판결.

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.[20]

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 위

20) 김건식, “수익증권 판매회사의 환매의무”, BFL 제 12호, 2005. 7, 서울대 금융법센터, 70면.

탁회사나 판매회사의 고유재산에 의한 환매이다. 구 투신업법이 고유재산에 의한 환매를 허용한 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.[21)]

21) 대법원 2003. 11. 28. 선고 2001다67171판결; 수익증권의 환매에 관한 구법 제7조 제4항의

(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.[22]

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.

22) 대법원 2006.12.8. 선고 2002다19018 판결 등; 한편 현행 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 시행령 제256조는 환매연기 사유를 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

(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.[23]

Ⅳ. 대상판결의 타당성 검토

1. 개요

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.[24]

그러나 95년 구신탁업법 하에서는 다음과 같은 이류를 들어 판매회사에 고유재산에 의한 환매의무를 인정하였다.[25]

① 구투신업법에 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

---

4. 그 밖에 제1호부터 제3호까지의 경우에 준하는 경우로서 금융위원회가 환매연기가 필요하다고 인정한 경우.

23) 대법원 2004. 1. 15. 선고 2001다70825 판결.

24) 대법원 2006.10.26. 선고 2003다42350판결.

25) 대법원 2006.12.8. 선고 2002다19018판결.

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 수익자평등대우주의를 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. 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.[26]

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

26) 김건식, "수익증권 판매회사의 환매의무", BFL 제 12호, 서울대 금융법센터, 2005. 7, 67면도 같은 입장.

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 투자자보호와 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.

3. 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 위

탁회사가 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.[27] 시행령 제12조는 법 제23조의 위임에 따라 신탁의 일부해지를 하는 사유를 정하는 것뿐이지, 모법에서 인정되지 않은 판매회사의 고유재산에 의한 환매의무를 창설할 수 없는 문제가 있다.

---

27) 현대증권주식화사, 투자신탁의 이론과 실무, 무한 2002, 242면에서 판매회사에 고유재산에 의한 환매의무가 없음을 설명하고 있고, 243면이하에서 시행령 제12조가 위탁회사에 고유재산에 의한 환매의무를 인정할 근거다 될 수 없음을 상세히 논증하고 있다.

4. 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[28].

---

28) 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.[29]

5. 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.[30] '시장조성자'라는 용어는 Kam Fan Sin이라는 호주의 학자의 저서로부터 비롯되었다.[31] 외국 저서를 인용하면서 "환매제도는 기능적으로 운용자로 하여금 자기의 계산으로 환매한 수익증권을 계속 보유하게 함으로써, 투자자의 수익증권의 취득 혹은 처분에 필요한 수익

29) 이철송, 투자신탁 수익증권의 환매의 법리, 인권과 정의 366호, 2007. 2, 176-177면.

30) 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.

31) Kam Fan Sin, The Legal nature of the Unit Trust, Clarendon Press, Oxford, 1997, 257-258면(이중기, 투자신탁제도의 신탁적 요소와 조직계약적 요소, 한림법학 Forum 제9권, 2000, 64면에서 재인용).

증권시장을 조성하여 수익증권의 취득·처분에 필요한 유동성을 제공하는 역할을 한다."고 하였다.[32] 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 관한 설명 부분에서 '운용자는 일찍이 수익증권의 취득과 처분을 위한 시장조성자로서의 기능을 수행해 왔다'고 설명되어 있다.[33] 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 환매의무를 부과하는 논리는 아닌 것이다.[34]

---

32) 이중기, 전게 논문, 105면.; 박삼철, 증권투자신탁 수익증권의 환매제도에 관한 고찰, 증권법연구 제2권 제1호, 한국증권법학회, 2001, 174면도 같은 내용으로 소개.

33) 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).

34) 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

6. 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.[35]

이러한 상황에서 판매회사의 고유재산에 의한 환매의무를 인정하는 것은

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 고유재산에 의한 환매를 선택할 수도 있다.

35) 이철송, 투자신탁 수익증권의 환매의 법리, 인권과 정의 366호, 2007. 2, 179-180면.

결국 위탁회사의 운용부실 혹은 운용 이외의 시장사정으로 인해 생긴 투자손실을 판매회사에 전가함을 의미한다.

7. 검 토

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.[36)]

"수익증권의 판매회사에게 고유재산으로 환매하도록 의무지우기 위해서는 헌법 제37조 제2항이 요구하는 기본권 제한의 요건을 갖추어야 한다.

증권투자신탁에서 위탁회사는 수익증권을 발행하고 수익증권의 판매로 조성된 신탁자금을 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 의

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

한 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. 수익증권 환매연기에 대한 금감위 승인의 법적 쟁점

1. 금감위 승인의 법적 성격

(1) 판례

구투신업법 제7조 제4항 단서에서 정하는 환매연기시 '금감위 승인'에 대해 하급심판결은 이를 '효력요건'으로 보는 견해[37]와 '확인적 승인'(행정법상의 '확인')으로 보는 견해[38]로 크게 엇갈린다. 대법원은 금감위 승인의 법적 성질에 대해서는 판시한 바가 없다.

하지만 대법원은 이를 효력요건이 아닌 확인적 승인으로 보는 것 같다. 왜냐하면 금감위의 환매연기 승인을 받은 수익증권 환매분쟁사건인 판결[39]에서나 금감위의 환매연기 승인을 받지 않은 수익증권 환매분쟁 사건인 판결[40]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

37) 서울지방법원 남부지원 2003. 2. 6. 선고, 2001가합2465 판결.
38) 서울고등법원 2002. 2. 8. 선고, 2001나27175 판결, 서울지방법원 2004. 1. 15. 선고, 2001가합24681 판결 등.
39) 대법원 2003. 11. 28. 선고, 2001다 67171 판결.
40) 대법원 2006. 12. 8. 선고, 2002다 19018 판결.

환매연기사유가 객관적으로 존재하는지 여부에 의해 결정되는 것이라는 전제하에 판결하고 있는 것으로 보인다.[41]

(2) 학설

1) 공법상 허가로 보는 견해[42]

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[43], 그 행위의 효력에 대한 규정이 없으므로 인가로 보기는 어렵다.

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 객관

---

41) 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.

42) 이철송, 투자신탁 수익증권의 환매의 법리, 인권과 정의 366호, 2007. 2, 186면.

43) 구 투신업법 제62조 (벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 300만원 이하의 벌금에 처한다. 1. 제7조 제4항의 규정에 위반하여 환매를 지연하거나 환매를 하지 아니한 자.

적 사태를 이유로 하는 만큼 사안의 성질로 보아 당초 감독 관청의 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[44)]

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[45)]

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 남용의 위험성이 있으므로 굳이 그 승인조항을 삭제할 필요가 없는 점, 만약 위 승인조항은 단순히 확인

---

44) 박삼철, 투자신탁 해설, 삼우사, 2001, 327면; 현대증권주식화사, 투자신탁의 이론과 실무, 무한 2002, 255면.

45) 조용균, 구 증권투자신탁의 여러 가지 문제, 저스티스 93호, 2006.8, 한국법학원, 129면.

행위에 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.[46]

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 금융감

46) 이철송, 투자신탁 수익증권의 환매의 법리, 인권과 정의 366호, 2007.2. 186면.

독위원회가 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 환매연기로 인정될 수 없다는 근본적인 문제가 생긴다. 이러한 점들을 모두 고려하면 구투신업법 제7조 제4항 단서에서 정하는 환매연기시 금감위 승인은 효력요건이 될 수 없고 확인적 의미의 승인 즉, 행정법상의 '확인'으로 보는 것이 타당하다 할 것이다.[47]

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[48]

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 것

47) 백태승, 증권투자신탁에서 환매연기제도에 관한 판례의 태도, 인권과 정의 373호, 2007.9, 164면.

48) 백태승, 증권투자신탁에서 환매연기제도에 관한 판례의 태도, 인권과 정의 373호, 2007.9, 163면; 서울고등법원 2008. 1. 30. 선고 2003나17202 판결 외 다수의 하급심 판결.

이지 환매연기에 의사표시가 필요하다는 취지는 아니라는 점을 근거로 한다.

(2) 판매연기의 의사표시가 필요하다는 입장[49)]

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 반대당사자인 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

49) 이 사건의 원심판결이 이 입장을 취하였다.

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.[50]

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 심각하

50) 하상혁, "수익증권 환매연기의 요건", BFL 제45호, 서울대 금융법센터, 2011. 1. 79면.

게 훼손하는 결과가 되는 경우에 금감위의 승인이 없다는 이유로 환매연기가 되지 않는다고 하면 증권투자신탁의 기본원칙이 흔들리게 된다.[51)]

Ⅵ. 결론

현재에는 실적배당의 원칙이 당연한 것이고, 투자자 보호를 내세우더라도 양보할 수 없는 원칙으로 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 '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'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.

---

51) 하상혁, "수익증권 환매연기의 요건", BFL 제45호, 서울대 금융법센터, 2011. 1.81면.

다행히 판례는 환매연기제도와 관련해서는 환매의 의사표시나 금감위의 승인 여부를 요건으로 하지 않고 환매연기가 증권투자신탁의 본질인 실적배당원칙 및 수익자평등의 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.

< 참고문헌 >

1. 단행본

박삼철, 투자신탁 해설, 삼우사, 2001.

현대증권주식화사, 투자신탁의 이론과 실무, 무한 2002.

2. 논문

김건식, “수익증권 판매회사의 환매의무”, BFL 제 12호,서울대 금융법센터, 2005. 7.

박삼철, 증권투자신탁 수익증권의 환매제도에 관한 고찰, 증권법연구 제2권 제1호, 한국증권법학회, 2001.

_____, 투자 펀드에서의 환매규제에 관한 연구, 투신 제45호, 2004. 6.

백태승, 증권투자신탁에서 환매연기제도에 관한 판례의 태도, 인권과 정의 373호, 2007.9.

윤병철, 구증권투자신탁업법상 판매회사의 고유재산에 의한 환매의무의 변화, 사법연수원논문집 제5집, 2008.1.

이중기, 투자신탁제도의 신탁적 요소와 조직계약적 요소, 한림법학 Forum 제9권, 2000.

이철송, 투자신탁 수익증권의 환매의 법리, 인권과 정의 366호, 2007.2.

조용균, 구 증권투자신탁의 여러 가지 문제, 저스티스 93호, 2006.8, 한국법학원

하상혁, “수익증권 환매연기의 요건”, BFL 제45호, 서울대 금융법센터, 2011. 1.

재조사결정에 따른 쟁송기간의 기산점

- 대법원 2010. 6. 25. 선고 2007두12514 판결 -

김 도 형*

〈 국문초록 〉

대상 판결은 재조사결정에 따른 행정소송의 제소기간 등은 납세자가 재결청으로부터 재조사결정 통지를 받은 날로부터 기산된다고 판시하던 기존의 대법원 판례들을 변경한 것으로, 지금까지 재조사결정에 따른 재처분이 나오기만을 기다렸다가 자신이 인식도 못한 사이에 제소기간을 도과하여 더 이상 처분을 다투지 못하는 문제점들을 해결하게 되었다. 이 대상 판결로 인하여 앞으로 세무서장 또는 지방국세청장에 대한 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 보인다. 위 판결의 결론은 단순히 탁상 공론적 시각으로 법규의 문헌적 해석에 의존하지 아니하고, 납세자의 시각 또는 일반 국민들의 보편적 법관념에서 접근한 지극히 타당한 결정이라고 할 수 있다. 이 사건 대상판결에 이어 앞으로도 법원이 행정쟁송의 기간 계산에 있어 행정처분의 확정력의 의미를 훼손하지 않는 범위 내에서 보다 유연한 입장을 보여줄 것을 기대해 본다.

주제어 : 재조사결정, 제소기간, 기산점, 법적 성격

* 변호사(법무법인 바른)

〈 목 차 〉

Ⅰ. 서설
Ⅱ. 사실관계
Ⅲ. 대법원 입장의 변화
Ⅳ. 대법원 입장 변화에 대한 소견
Ⅴ. 재조사결정의 성격에 대한 고찰
Ⅵ. 결론

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 제소

기간은 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. 양천세무서장을 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 과세처분이 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.

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

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)

재조사결정은 단지 효율적인 사건의 심리를 위하여 처분청에 재조사를 지시하는 **사실상의 내부적 명령에 불과하다고 보아야 할 것**이므로 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**

<u>등이 진행하지 않는다고 보아야 한다</u>. 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) 소순무, 『조세소송』 개정3판, 영화조세통람, 2006, 225쪽.

(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 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 전문인력들의 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 연구 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

3) 소순무, 위의 책, 167쪽.

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.

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 이의 신청 등에 대한 결정 유형(변형결정의 일종)'이라고 보는 다수의견에 반대하면서, 별개 의견은 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 보이

나, 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 재결청으로부터 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 속시원한 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.

< 참고문헌 >

소순무, 『조세소송』 개정3판, 영화조세통람, 2006.

조일영 외, 『조세소송실무』, 서울행정법원, 2012.

대법원, 『조세법실무연구: 조세법커뮤니티 연구자료집』, 법원도서관, 2008.

국유재산 관리위임사무 처리경비의 부담자와 비용상환을 위한 쟁송수단*

강 호 칠**

〈 국문초록 〉

각 자치단체장이 국유재산 관리·처분사무를 국가(기획재정부장관)로부터 기관위임 받아 처리하면서 특정재산에 관리비용이 발생할 경우, 국가와 지자체 중 누가 부담하여야 하는지는 일응 간단한 문제에 속한다. 왜냐하면 기관위임사무에 관한 경비는 이를 위임한 국가가 부담하고, 그 소요되는 경비 전부를 당해 지방자치단체에 교부하여야 하기 때문이다. 그러나 지자체장의 국유재산 관리·처분사무에 대하여는 국유재산법에 따라 적지 않은 귀속금이 지급되기 때문에 이러한 귀속금의 성질, 충당방법 및 충당범위를 논하지 않고 마냥 지방재정법·지방자치법상의 교부금조항에 따라 국가가 부담한다고 하기 곤란하다. 특히 당해 지자체의 국유재산 관리비용이 재난관리 차원에서 이루어졌다면 재난 및 안전관리기본법에 따른 '안전조치명령-행정대집행'의 절차를 통해 법적분쟁을 해결하는 방안을 고려해야 하고, 당해 국유재산이 도로법상의 도로인지를 살펴 당해 지자체가 도로관리청으로서의 그 관리비용을 부담해야 하는 것이 아닌지도 살펴야 한다. 이 사건은 당해 지자체가 이 모든 가능성들을 살핀 다음 민사소송이나 당사자소송을 제기했더라면 위에서 제기된 법적쟁점들이 밝혀 질 수도 있었을 텐데, 마냥 자치권한의 침해를 이유로 권한쟁의심판을 제기함으로써 중요한 법적쟁점들이 검토되지 못한 체 각하판결을 받게 된 것이다.

이하에서는 권한쟁의심판의 대상적격 유무 등은 간략히 검토하고, 실제 법적쟁점인 국유재산법상 귀속금의 성질, 충당방법 및 충당범위를 구체적으로 논의하기로 한다. 아울러 또 다른 쟁점인 재난 및 안전관리기본법과 도로법상의 관리비용부담자를 논하기로 한다.

주제어 : 국유재산, 일반재산, 귀속금, 안전조치명령, 도로관리청

---

* 본고는 헌법재판소 2010. 12. 28. 2009헌라2 사건을 기반으로 하되, 헌법재판소에서 판단되지 않은 실체적 권리관계에 까지 논의를 더한 것이다.

** 변호사(한국자산관리공사 국유본부 법무팀장)/고려대학교 대학원 박사과정

〈 목 차 〉

Ⅰ. 이 사건의 개요
Ⅱ. 주요쟁점
Ⅲ. 일반재산의 관리체계 및 보상시스템
Ⅳ. 귀속금의 충당방법
Ⅴ. 이 사건 공사비 상환을 위한 은평구의 조치와 대한민국의 대응
Ⅵ. 결론

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 공사비용은 은평구가 국가로부터 받은 국유재산 귀속금에서 충당하여야 한다면서 이를 거부하자(이하 '이 사건 거부처분'이라 한다), 은평구는 2009. 2. 17. 이 사건 권한쟁의심판을 청구하였다.

---

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.

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.

> **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 관련 규정에 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.

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

4) 엄격하게 말해서는 은평구청장.

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·

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.

처분권은 각 중앙관서의 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

6) 대부분 정부조직법 제6조제1항, 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」 제4조에 따라 관할 기초자치단체장에게 재위임 된다.

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

이 사건 토지는 부동산인 일반재산으로서 그 관리권한이 기획재정부장관에게 있으나, 서울특별시장에게 위임되었고, 다시 서울특별시장에게서 은평구청장에게로 재위임 되었다.

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

7) 대부료의 50%, 매각대금의 20~30%, 변상금의 40%를 최고한도로 한다.
8) 국유재산법 시행령 제39조제2항 참조.

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 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 제21조제2항, 지방자치법 제141조).

그런데 국가(기획재정부장관)가 그 소유 일반재산의 관리 · 처분사무를 자

치단체장에게 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 충당하느냐가 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

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.

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 교부하는 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 봐야할 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 국

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.

가에 대하여 어떠한 채권도 가지지 못한다. 왜냐하면 도로관리청으로서 은평구청장의 사무는 도로법에 의해 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 옳았

15) 도로법 제38조제1항, 제41조, 제94조, 제82조제2항.

다고 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.

< 참고문헌 >

이 글은 참고문헌이 별도로 없음을 밝힌다.

공익사업법상 환매제도에 관한 검토

- 대법원 2010. 9. 30. 선고 2010다30782 판결에 대하여 -

윤 덕 근*

〈 국문초록 〉

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.

환매권은 토지의 협의취득일 또는 수용의 개시일부터 10년 이내에 당해 사업의 폐지·변경 그 밖의 사유로 인하여 취득한 토지의 전부 또는 일부가 필요없게 된 경우 또는 토지의 협의취득일 또는 수용의 개시일부터 5년 이내에 취득한 토지의 전부를 당해 사업에 이용하지 아니한 경우에 행사할 수 있다.

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 제1항의 '당해 사업의 폐지·변경'의 해석과 관련하여, 공익사업은 사업 추진 과정에서 당초 협의취득의 목적으로 고시되었던 내용과 변경되는 경우가 상당수 발생하는바, 추진 중인 공익사업의 형태가 최초 고시된 내용과 경미한 차이만 있는 경우에도 환매를 인정하게 되면 행정목적의 달성이 현저히 저해된다.

반면 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 환매권의 행사요건으로서 사업의 폐지·변경 여부를 판단하기 위해서는 행정목적 달성과 재산권 보장의 조화시켜야 한다.

또한 공익사업법 제91조 제1항의 환매기간 요건은 토지가 필요 없게 된 때로

* 변호사 (법무법인 율촌)

부터 1년 및 취득일로부터 10년이 모두 경과하여야 환매권이 소멸한다고 해석함이 타당하지만, 그 의미를 보다 분명히 할 수 있도록 입법적으로 해결함이 타당하다.

주제어 : 환매권, 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률, 환매기간, 공익사업의 변환

〈 목 차 〉

Ⅰ. 사건개요
Ⅱ. 관련법령
Ⅲ. 판결요지
Ⅳ. 검토
1. 쟁점
2. 공익사업법상 환매권
3. 이 사건 사업이 폐지·변경되었는지 여부: 쟁점 1
4. 환매기간 : 쟁점2
5. 공익사업의 변환: 쟁점 3

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.

1) 원심판결 참조(수원지방법원 2009. 7. 9. 선고 2008가합16861)

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(용도지역변경, 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 협의요구할 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

2) 2007. 10. 17. 법률 제8665호로 개정되기 전의 것

"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 관보에 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 「공익사업을 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. 다

만, 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 취득일로부터 10년이 지나지 않았다면 환매권

자는 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 보아야 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 개별 법령상 근거가 있어야만 인정되는 권리인지에 대하여 견해의 대립이 있을 수 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

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) 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.

---

6) 헌법재판소 1994. 2. 24.자 92헌가15 결정
7) 대법원 1998. 4. 10. 선고 96다52359판결
8) 대법원 1992. 4. 24. 선고 92다4673판결 ; 헌법재판소 1994. 2. 24.자 92헌마283결정

(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, 92다18306), 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 제1항이 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 사용

할 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 도로 부지로 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

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])

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 사업에 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

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 97다39766판결)

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 여

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."

부는 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 과정에서 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 : 쟁점 2

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 시점에 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 2008헌

바26 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 위헌여부는 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, 심판대상조

항들에 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 이를 부정하였다[12].

---

12) "원래 국민의 재산권을 제한하는 토지수용권 등의 발동은 공공복리의 증진을 위하여 긴요

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.

하고도 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

세계화와 행정법의 임무 – 외국인 귀화허가제도

– 대법원 2010. 10. 28. 선고 2010두6496 판결 –

안 기 수*

〈 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 동법 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 있기도 하다. 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.

* 고려대학교 혁신·경쟁·규제법센터 연구원 / 고려대학교 대학원 박사수료

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.

주제어 : 국적법, 귀화허가, 재량, 세계화, 국적제도, 이민

〈 목 차 〉

Ⅰ. 대상판결 소개
1. 사안의 개요
2. 대법원 판결 : 파기, 환송
Ⅱ. 대상판결의 검토
1. 거주기간 산정에 대하여
2. 귀화허가요건 충족여부와 귀화허가 재량의 관계에 대하여
3. 소결
Ⅲ. 평등과 차별의 본질과 국가형태의 변화
1. 국적제도의 기원과 시민권의 특성
2. 세계자본주의 시대에서의 국민국가
3. 미합중국(USA)과 유럽연합(EU)의 이민(귀화) 딜레마
Ⅳ. 맺으며

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.

(1) 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.

(2) 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.

(3) 제1심 및 항소심 판결 : 원고 승소

1) 제1심[2]의 법리

제 1심의 법리는 국적법 제4조 제2항은 '법무부장관은 귀화허가를 신청한

---

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.

2) 서울행정법원 2009.8.20. 선고 2008구합51400 판결.

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 요구하고 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.

---

3) 서울고등법원 2010.3.25. 선고 2009누27512 판결.

「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.」

2. 대법원[4] 판결 : 파기, 환송

(1) 판결요지

대법원은 일단 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 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.

---

4) 대법원 2010. 10. 28. 선고 2010두6496 판결.

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 간이귀화신청에 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 이

상 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 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.

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 ②소송, 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 불

5) 대법원 2010. 7. 15. 선고 2009두19069 판결.

가피한 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 주장이다. 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 판

6) 김중권, "2010년도 주요 행정법(행정)판결의 분석과 비판에 관한 소고", 안암법학 제35권, 안암법학회, 2011, 52면.

단하였어야 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 대해서는 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 되

7) 김남진, "행정법상 학설과 판례의 괴리와 접근", 고시계, 2007. 5, 10면.

어 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 해제하는데, 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 '자유재량'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 기속재

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).
11) 김남진, 위의 글, 11면.

량행위와 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)

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.

2) 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 통제

를 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 있지만 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]」

---

12) 이에 대해서는 김남진·김연태, 『행정법Ⅰ』, 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).

15) BVerwG NJW 1989, 1441ff.(김중권, "2010년도 주요 행정법(행정)판결의 분석과 비판에 관한 소고, 안암법학 제35권, 안암법학회, 2011, 51면 재인용).

3) 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.

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 세계 공화국이라는 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

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

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 주인 간의 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 국가

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).

에 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 백성과 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

18) 명순구·이철우·김기창, 『국적과 법, 그 기원과 미래』, 고려대학교 법학연구원, 2010, 36면.

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 분류 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 외부인들

---

19) 삐에르 부르디외 지음/ 최종철 옮김, 『구별짓기 下』, 새물결, 2006, 862면.
20) 크리스토퍼 피어슨 지음/ 박형신·이택면 옮김, 『근대국가의 이해』, 일신사, 2008 참고.

에 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 책문뿐만 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 존재한다. 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 갖는

다고 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 자본주의 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

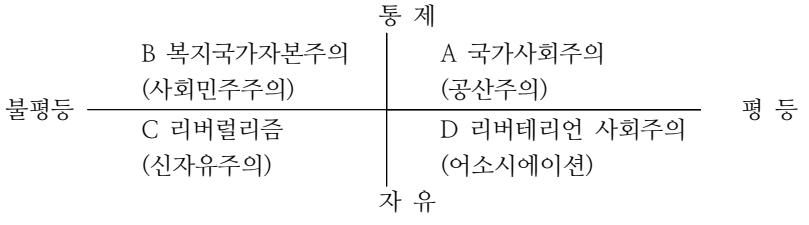
21) 가라타니 고진 지음/ 조영일 옮김, 『세계공화국으로』, 도서출판b, 2009, 참고.

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.

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 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.

23) 가라타니 고진, 위의 책, 16면.

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 있는 데 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 아니었다. 아메리카 신대륙에 원주민을 밀어내고 정착할 때 그 이주인은 대부분 유럽출신이었으며 합성이민의 성격을 가지고 있었다. 그러나 미국은 역사적으로 이민에 대하여 앵글로색슨주의와 개신교를 모토로 인종, 출신국등

24) 건전성이라는 말은 여러 가지 의미를 내포하고 있을 수밖에 없는데, 중요한 점은 당해 공동체의 유지를 위한 구성원의 건전성이 필수적이라는 점이다.

을 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

25) 제러미 리프킨/ 이원기 옮김, 『유러피언 드림』, 민음사, 2009, 329면.

현재 혜택을 후손들 혹은 이민자들에게 돌아가도록 하는 일에 어느 정도의 적극성을 가질 수 있는지는 아마도 유럽연합(EU)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 구별짓기의 본성을 가지고 있는 인간과 그에 따른 구분방식의 변천을 살펴보았다. 그리고 국가형태의 변화와 이민의 문제를 다루었다. 이러한 변천 혹은 변화에서 필자는 귀화하가에 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 허브로서의 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.

---

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, 『행정법Ⅰ』, 법문사, 2011, 216면 이하 참조.

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 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 기본적으

로 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]

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.

---

28) 대법원 2010. 7. 15. 선고 2009두19069 판결.

29) 투명성과 책임성에 대한 논의는 현재 뉴욕대학교(NYU)의 Kingsbury 교수의 글로벌 행정법(Grobal 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 >

1. 국내 단행본

계희열, 『헌법학(중)』, 박영사, 2007.

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.

2. 국내 논문

권영설, “이주와 국적의 법과 다문화주의”, 미국헌법연구 제20권 제2호, 미국헌법학회, 2009. 9.

김경제, “헌법 제2조의 국민”, 공법학연구 제9권 제2호, 한국비교공법학회, 2008. 5.

김경희, “국가와 공공성”, 정치사상연구 제16집 1호, 2010.

김남진, “공권과 반사적 이익-주요 쟁점을 중심으로-”, 월간 고시 제19권 제2호, 월간 고시사, 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 제35권, 안암법학회, 2011.

3. 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.

4. 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.

5. 정부 간행물 등

법무부 출입국·외국인정책본부, 2011 축조식 국적법 해설, 2010. 12.

하천편입토지 보상과 행정법상 유추

- 대법원 2011. 8. 25. 선고 2001두2743 판결 -

박 성 열*

〈 국문초록 〉

하천법은 1961년 12월 30일 제정시부터 하천의 국유제를 채택하고 있었으나 공공필요에 의해 하천부지를 국유화하면서도 이에 대한 손실보상 규정이 흠결되어 있어 사유재산침해에 대한 논란이 계속되어 왔고, 결국 2007년 4월 6일 법률 제8338호로 전부개정되어 하천토지의 국유화를 포기하기에 이르렀다.

현행 헌법은 국민의 재산권을 보장하는 한편, 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하도록 규정하고 있다.

그러나 위와 같은 헌법규정에도 불구하고 개별법에서 보상규정을 두고 있지 않는 상태에서 재산권에 대한 공용침해가 있을 경우 손실보상청구가 가능한지 여부의 문제는 보상규정의 흠결을 법관이 보충할 수 있는지 여부로 귀결되며, 이러한 법관의 흠결보충가능성은 권력분립원칙에 따른 입법권과 사법권의 긴장관계를 둘러싸고 벌어지는 문제이다.

권력분립원칙의 목적에 따라 국가의 공권력 행사가 국민의 기본적 인권을 제대로 보장하지 못하여 그 본질내용을 훼손하는 정도에 이를 경우에는 법관에게 그 본질내용을 보장해 줄 수 있는 법발견 권한이 주어지는 것이므로 보상규정 없는 공용침해의 경우에 손실을 보상해 주지 않는 것이 재산권의 본질내용을 훼손하는 정도에 이르는 경우에는 법관이 헌법상의 재산권 보장, 기본권의 본질적 내용 보장취지에 따라 손실보상청구권을 인정해 줄 수 있다고 보아야 한다.

그러나, 기본적 인권을 보호한다는 명분 아래 독일에서와 같은 관습법으로서의 희생보상청구권의 법리도 없는 우리나라에서 수용유사침해의 법리에 의하여 손실보상을 청구할 수는 없으며, 유추적용은 재산권 수용에 관한 한 최소한에 그쳐야 할 것이며, 궁극적으로 손실보상규정의 흠결의 경우에는 입법자가 조속히 이를 입법하여 보완하는 것이 바람직하다고 본다.

* 변호사(법무법인 화현)

주제어 : 손실보상규정의 흠결, 공용침해, 수용유사침해, 행정법상 유추적용, 하천편입토지

〈 목 차 〉

Ⅰ. 사건의 개요
Ⅱ. 관련 법령
Ⅲ. 대상판결의 요지
Ⅳ. 검토
1. 하천편입토지의 보상과 관련한 법률의 개정 연혁 및 판례의 입장
2. 손실보상 규정이 흠결된 경우 구제방법에 대한 학설
3. 수용유사침해의 이론
4. 손실보상 규정이 흠결된 경우 구제방법에 대한 판례의 태도
5. 결론

Ⅰ. 사건의 개요

원고는 1912년경 경기 파주군 아동면 금릉리 83 답 8,050평(이하 '분할 전 토지'라 한다)을 사정받았는바, 이후 분할 전 토지 중 일부가 1973. 11. 5. 분할 및 지목변경을 통하여 각 제방, 하천으로 되었으며, 대한민국은 1996. 6. 4. 이들 토지들에 관하여 소유권보존등기를 마쳤다.

이 사건 토지들은 1999년 12월경 작성된 곡릉천 하천정비기본계획(보완) 하천대장 상 국가하천인 곡릉천의 하천구역으로 기재되어 있고, 1983년 현재 국가에 의해 축조된 금릉2제의 제방, 위 제방의 제외지, 위 제방의 제외지 및 유수지로 되어 있다.

국가하천인 곡릉천은 1963. 4. 1. 각령 제1255호 하천법 제2조의 하천의 명칭 및 구간 지정의 건에 의하여 그 명칭 및 구간이 지정되었는데, 당시 그 하천구간에 이 사건 토지들도 포함되어 있다.

원고는 이 사건 토지들이 국유화되었음을 이유로 피고 경기도를 상대로 손실보상을 구하고 있다.

Ⅱ. 관련 법령

1. 하천편입토지 보상 등에 관한 특별조치법

제2조(적용대상)

다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 중 「하천구역편입토지 보상에 관한 특별조치법」 제3조에 따른 소멸시효의 만료로 보상청구권이 소멸되어 보상을 받지 못한 때에는 특별시장·광역시장 또는 도지사(이하 "시·도지사"라 한다)가 그 손실을 보상하여야 한다.

1. 법률 제2292호 하천법개정법률의 시행일(1971. 7. 20.) 전에 토지가 같은 법 제2조 제1항 제2호 가목에 해당되어 하천구역으로 된 경우

2. 법률 제2292호 하천법개정법률의 시행일부터 법률 제3782호 하천법중개정법률의 시행일(1984. 12. 31.) 전에 토지가 법률 제3782호 하천법 개정법률 제2조 제1항 제2호 가목에 해당되어 하천구역으로 된 경우

3. 법률 제2292호 하천법개정법률의 시행으로 제방으로부터 하천 측에 있던 토지가 국유로 된 경우

4. 법률 제892호 하천법의 시행일(1962. 1. 1.)부터 법률 제2292호 하천법개정법률의 시행일 전에 제방으로부터 하천 측에 있던 토지 또는 제방부지가 국유로 된 경우.

2. 구 하천법(1981. 3. 31. 법률 제3406호로 개정되기 전의 것, 법률 제2292호 1971. 7. 20. 시행) 제2조 제1항 제2호, 제3조

제2조 (용어의 정의)

①이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. "하천"이라 함은 공공의 이해에 밀접한 관계가 있는 하천으로서 대통령

령으로 그 명칭과 구간이 지정된 것을 말한다.

2. "하천구역"이라 함은 다음 각목에 게기하는 구역을 말한다.

가. 하천의 유수가 계속하여 흐르고 있는 토지 및 지형과 당해 토지에 있어서의 초목생무의 상황 기타의 상황이 하천의 유수가 미치는 부분으로서 매년 1회 이상 상당한 유속으로 흐른 형적을 나타내고 있는 토지(대홍수 기타 이상한 천연현상에 의하여 일시적으로 그 상황을 나타내고 있는 토지를 제외한다)의 구역

나. 하천부속물의 부지인 토지의 구역

다. 제방(하천관리청이나 그 허가 또는 위임을 받은 자가 설치한 것에 한한다)이 있는 곳에 있어서는 그 제외지(제방으로부터 하심측의 토지를 말한다) 또는 관리청이 지정하는 이와 유사한 토지의 구역

(이하 생략)

제3조 (하천의 귀속)

하천은 이를 국유로 한다.[1)]

제74조 (공용부담등으로 인한 손실보상)

①제2조제1항제2호 다목의 규정에 의한 하천구역의 지정 및 제43조의 규정에 의한 처분이나 제한으로 인하여 손실을 받은 자가 있을 때 또는 관리청이 시행하는 하천공사로 인하여 손실을 받은 자가 있을 때에는 건설부장관이 행한 처분이나 공사로 인한 것은 국고에서, 도지사가 행한 처분이나 공사로 인한 것은 당해 도에서 조속히 그 손실을 보상하여야 한다.

(이하 생략)

1) 개정 하천법(2007. 4. 6. 법률 제8338호)은 하천으로 편입되는 토지의 국유화에 따라 발생하는 사유재산권 침해의 논란을 해소하고 국가의 재정부담을 완화하기 위하여 하천의 국유제를 폐지하게 되었다.

Ⅲ. 대상판결의 요지

법률 제2292호 하천법 개정법률 제2조 제1항 제2호 (나)목 및 (다)목, 제3조에 의하면, 제방부지 및 제외지는 법률 규정에 의하여 당연히 하천구역이 되어 국유로 되는데도, 하천편입토지 보상 등에 관한 특별조치법(이하 '특별조치법'이라 한다)은 법률 제2292호 하천법 개정법률 시행일(1971. 7. 20.)부터 법률 제3782호 하천법 중 개정법률의 시행일(1984. 12. 31.) 전에 국유로 된 제방부지 및 제외지에 대하여는 명시적인 보상규정을 두고 있지 않다. 그러나 제방부지 및 제외지가 유수지와 더불어 하천구역이 되어 국유로 되는 이상 그로 인하여 소유자가 입은 손실은 보상되어야 하고 보상방법을 유수지에 관한 것과 달리할 아무런 합리적인 이유가 없으므로, 법률 제2292호 하천법 개정법률 시행일부터 법률 제3782호 하천법 중 개정법률 시행일 전에 국유로 된 제방부지 및 제외지에 대하여도 특별조치법 제2조를 유추적용하여 소유자에게 손실을 보상하여야 한다고 보는 것이 타당하다.

Ⅳ. 검토

하천법은 하수로 인한 피해를 예방하고 하천사용의 이익을 증진시키기 위하여 하천의 지정, 관리, 사용 및 보전과 비용에 관한 사항을 규정함으로써 하천관리의 적정을 기하며 공공복리의 증진에 기여함을 목적으로 1961년 12월 30일에 제정된 이후로 하천의 국유제를 채택하고 있었다. 그런데 이와 같이 공공필요에 의해 하천부지를 국유화하면서도 이에 대한 손실보상 규정이 흠결되어 있어 논란이 되어 왔으며, 이를 보완하기 위하여 제정한 특별조치법 역시 불완전한 부분이 있어 법원의 해석에 의하여 그 보상을 인정하고 있다.

그리하여 결국 하천으로 편입되는 토지의 국유화에 따라 발생하는 사유재산권 침해의 논란과 국가의 재정부담으로 인해 2007년 4월 6일자로 개정법률 제8338호를 공포하여 하천의 국유제를 포기하기에 이르렀다.

한편, 현행 헌법은 국민의 재산권을 보장하는 한편(23조 1항), 「공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다」(23조 3항)라고 규정하고 있는바, 이러한 헌법 규정에도 불구하고 하천법과 같은 개별법 등에서 공용침해에 대한 손실보상이 흠결된 경우 권리자를 구제하는 방안에 대하여 학설이 나뉘어져 있다.

이에 아래에서는 우선 대상판결에서 문제가 된 하천편입토지의 보상과 관련한 법률의 연혁을 살펴본 후 이러한 보상규정의 흠결시 권리구제에 대한 학설 및 판례의 태도를 살펴보는 방식으로 논의를 진행하기로 한다.

1. 하천편입토지의 보상과 관련한 법률의 개정 연혁[2] 및 판례의 입장

(1) 구 하천법(1961. 12. 30. 법률 제892호) : 하천구역결정고시제도

하천에 관한 최초의 법령은 1927년 제정된 조선하천령이었으나, 건국 이후 법률 제892호가 제정되면서 제4조에서 "하천은 이를 국유로 한다."고 규정하고, 제12조에서 "관리청은 하천의 구역을 결정하였을 때에는 건설부장관이 정하는 바에 의하여 이를 고시하고 그 도면을 일반에게 열람시켜야 한다. 하천의 구역을 변경하였을 때에도 같다."고 규정하여, 하천구역결정고시제도를 취하였다.

그런데 법률 제892호는 제62조에서는 위와 같은 하천구역의 지정으로 인하여 손실을 입은 자에 대하여는 국가나 지방자치단체가 이를 보상하도록 규정하고 있었다.

2) 배광국, 대법원판례해설 제44호, 법원도서관, 209면 내지 214면 요약 발췌.

(2) 신 하천법(1971. 1. 19. 법률 제2292호) : 하천구역 법정주의

직할하천의 경우 법률 제892호 아래에서는 관리청이 하천의 횡적인 구역을 결정·고시하지 않은 경우에는 설사 제방부지나 제외지 안에 있는 토지도 하천구역이 될 수 없고 그 소유권은 국가에 속하는 것이 아니었으나(이른바 결정고시제도), 법률 제2292호 아래에서는 제2조 제1항 제2호에서 법이 스스로 하천구역을 정하고 있어 이에 해당하는 토지는 관리청의 결정·고시 없이 하천구역으로서 국유로 되었다(이른바 법정제도).

그런데 법률 제2292호는 제74조에서, 제2조 제1항 제2호 (다)목 후단에 의하여 하천구역을 지정한 경우, 손실을 받은 자에 대하여 손실을 보상하라는 규정을 두었을 뿐, 제2조 제1항 제2호 (가)목, (나)목 및 (다)목 전단에 해당하는 토지가 국유로 됨으로써 손실을 입은 토지소유자에게는 어떠한 보상을 하여야 하는지, 그 절차는 어떻게 되는지에 관하여 아무런 규정을 두지 않았다.

이에 대하여 대법원은 개정 하천법(1984. 12. 31. 법률 제3782호) 부칙 제2조가 신설되기 전의 법률 제2292호에 대해서도 "하천법(1971. 1. 19. 법률 제2292호로 개정된 것) 제2조 제1항 제2호, 제3조에 의하면, 제외지는 하천구역에 속하는 토지로서 법률의 규정에 의하여 당연히 그 소유권이 국가에 귀속된다고 할 것인바, 한편 동법에서는 위 법의 시행으로 인하여 국유화가 된 제외지의 소유자에 대하여 그 손실을 보상한다는 직접적인 보상규정을 둔 바가 없으나 동법 제74조의 손실보상요건에 관한 규정은 보상사유를 제한적으로 열거한 것이라기보다는 예시적으로 열거하고 있으므로 국유로 된 제외지의 소유자에 대하여는 위 법조를 유추적용하여 관리청은 그 손실을 보상하여야 한다."고 판시함으로써[3], 법률 제2292호의 시행으로 하천구역에 편입됨으로써 소유권을 상실한 토지소유자는 제74조에 의하여 손실보상을 받을 수 있게 되었고, 관리청은 법률 제2292호의 시행으로 새로이 하천구역에 편입된 토지의 소유권을 상실한 토지소유자와 손실보상에 관하여 협의하여야 하고

3) 대법원 1987.7.21. 선고 84누126 판결, 1988.12.20. 선고 88누1059 판결, 1985.11.12. 선고 84카36 판결 등 참조.

[제74조 제2항(1984. 12. 31. 개정 전)], 그 협의가 성립되지 아니하거나 협의를 할 수 없을 때에는 관할토지수용위원회에 재결을 신청할 수 있고[제74조 제3항(1984. 12. 31. 개정 전)], 이 재결에 대하여 불복이 있는 사람은 토지수용위원회를 상대로 행정소송을 제기하도록 하였다.

(3) 개정 하천법(1984. 12. 31. 법률 제3782호)

위에서 본 바와 같이 대법원이 법률 제2292호의 시행으로 하천구역에 편입된 토지의 소유권을 상실한 사람들이 당해 법률 제74조에 따라 손실보상을 받을 수 있다고 판시하였음에도, 당해 법률에 명문의 규정이 없음이 계속 문제로 되자, 1984. 12. 31. 법률 제3782호로 하천법을 개정하여 부칙 제2조 제1항 "이 법 시행 전에 토지가 제2조 제1항 제2호 (가)목에 해당되어 하천구역으로 되었거나, 1971. 1. 19. 공포된 법률 제2292호의 시행으로 제외지 안에 있던 토지가 국유로 된 경우에는 관리청이 그 손실을 보상하여야 한다." 같은 조 제2항 "제1항의 규정에 의한 보상청구권의 소멸시효는 이 법 시행일로부터 기산하여 예산회계법 제71조 및 지방재정법 제53조의 규정에 의한다."고 하는 규정을 신설하기에 이르렀다.

다만, 위 1984. 12. 31. 개정 하천법 부칙 제2조에 의한 손실보상소송은 민사소송으로 그 관리청이 속하는 권리주체인 국가나 지방자치단체를 피고로 하는 민사소송으로 보았음에 대하여[4], 위 1984. 12. 31. 개정 전에는 하천법 제74조에 따라 토지수용위원회를 상대로 하는 행정소송을 제기하여야 하는 것으로 보았다[5].

(4) '법률 제3782호 하천법중개정법률 부칙 제2조의 규정에 의한 보상청구권의 소멸시효가 만료된 하천구역편입 토지보상에 관한 특별조치법'(1999. 12. 28. 법률 제6065호, 구 특조법)의 제정

위 구 특조법은 제2조 각 호의 1에 해당하는 경우 중 법률 제3782호 하천

4) 대법원 1992.10.9. 선고 92다25533 판결 참조.
5) 대법원 1988.12.20. 선고 88누1059 판결 참조.

법 부칙 제2조 규정에 의한 소멸시효의 만료로 보상청구권이 소멸되어 보상을 받지 못한 때에는 특별시장 등이 그 손실을 보상하도록 규정하고 있었다.

(5) 하천구역편입 토지보상에 관한 특별조치법(2002. 12. 11. 법률 제6772호)의 개정

개정 특조법은 종전의 구 특조법을 개정한 것이었지만, 그와 함께 법률명도 변경하였다.

종전의 구 특조법은 제2조(적용대상)에서 유수지{하천법 제2조 제1항 제2호 (가)목}에 대하여는 편입시기에 제한 없이 보상을 인정하면서도 국가가 공익적 목적에 의하여 일방적으로 토지를 하천구역으로 편입한 사정에 있어서는 동일함에도 불구하고, 제외지에 대하여는 그 보상범위를 '법률 제2292호 하천법개정법률의 시행으로 제외지 안에 있던 토지가 국유로 된 경우'(제2조 제3호)로 제한하고 있어, 이를 시정하여 <u>하천편입 토지 상호간의 형평성을 기하기 위하여 개정 특조법 제4호를 신설하고</u>, 소멸시효 만료일을 연장하였다.

(6) 하천편입토지 보상 등에 관한 특별조치법(2009. 3. 5. 법률 제9543호) 제정

보상청구권의 소멸시효 만료로 인하여 보상받지 못한 하천편입토지 소유자에 대한 보상 등을 위하여 소멸시효기간 연장 등을 규정하였다.

2. 손실보상 규정이 흠결된 경우 구제방법에 대한 학설

「공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다」는 헌법 제23조 3항은 일반적으로 '공법상의 손실보상'에 관한 근거규정으로 이해되고 있다.

그런데 국가배상과 달리 행정상의 손실보상에 관하여는 일반법이 제정되어 있지 않고, 각 개별법에서 그에 관하여 규정하고 있을 뿐이다. 따라서 공용침

해에 관한 법률이 특별한 희생에 대한 손실보상에 관하여 규정하여야 함에도 불구하고 그렇지 아니한 경우가 생길 수 있다. 이러한 경우 재산권을 침해당한 자가 손실보상을 청구할 수 있는 실정법적 근거가 문제되는 바, 이는 헌법상의 공용침해조항의 법적 효력과 연관된다[6].

손실보상제도를 규정한 헌법 제23조 3항을 둘러싸고 방침규정설, 직접효력설, 위헌무효설 및 유추적용설 등의 견해가 대립되어 있는바, 이러한 견해대립은 손실보상에 관한 일반법이 없는 현재의 상황에서, 공공의 필요에 의한 재산권의 수용, 사용, 제한을 규정한 개별 법률에 특별한 희생에 대한 손실보상에 관한 규정이 없는 경우, 헌법규정만으로 손실보상을 청구할 수 있는지의 여부를 결정짓는 중요한 의미를 갖는다.

(1) 방침규정설

헌법의 손실보상에 관한 규정은 입법의 지침을 정한 것에 지나지 않으므로, 손실보상에 관하여 법률에 규정이 없으면 사인은 보상을 청구할 수 없다는 견해이다.

(2) 직접효력설

이 학설은 헌법상의 보상규정을 국민에 대해 직접적 효력이 있는 규정으로 보며, 따라서 만일 법률에 당연히 있어야 할 보상규정이 없는 경우에는 직접 헌법상의 보상규정에 의하여 보상을 청구할 수 있다는 견해이다.[7]

(3) 위헌무효설

이 학설은 헌법상의 보상규정을 국민에 대한 직접효력규정으로 보지 않고, 다만 입법자로 하여금 국민의 재산권을 침해할 경우에 보상에 관한 규정도

---

6) 김남진/ 김연태, 행정법 I, 법문사, 2008, 550면.
7) 김남진/ 김연태, 상게서, 550면; 홍준형, 행정구제법, 한울아카데미, 2001, 244면; 박규하, 행정법학(상), 법률출판사, 2004, 516면; 박균성, 행정법론(상), 박영사, 2007, 719면 내지 720면; 김동희,행정법 I, 박영사, 2007, 555면 내지 556면.

두도록 구속하는 효력을 갖는다고 본다. 즉, 공용침해로 인한 손실보상에 대하여 법률의 규정이 없으면 손실보상을 청구할 수 없다는 전제하에, 만약 보상규정이 없는 법률에 의하여 재산권에 대한 수용 등이 이루어진다면 그 법률은 위헌무효의 법률이고, 따라서 재산권침해행위는 위법한 직무행위가 되므로, 그 경우 국가배상법에 의한 손해배상청구권을 갖게 된다는 견해이다[8].

다만, 국가배상법에 근거하여 위법한 공용침해로 인한 손해의 배상을 청구한다고 하는 경우, 보상규정을 두지 않은 공용침해작용을 모두 위법으로 볼 수 있겠는가, 또한 유책(고의, 과실)의 요건이 충족될 수 있겠는가 등의 난점이 있다.

(4) 유추적용설

공용침해에 따른 보상규정이 없는 경우에는 헌법 제23조 3항을 직접 적용하여 보상을 청구할 수는 없으나 헌법 제23조 제1항 및 제11조(평등조항)에 근거하여, 헌법 제23조 3항 및 관계규정을 유추 적용하여 보상을 청구할 수 있다는 견해이다.

이는 독일에서 발전된 '원형'으로서의 수용유사침해 및 수용적 침해의 법리를 받아들여서 문제를 해결하고자 하는 견해인바, 위법·무책 및 비의욕적(결과적) 공용침해에 대한 보상과 국가배상과는 그 성립요건·범위 등에서 구별된다는 것을 그 배경으로 하고 있다.[9] 수용유사침해의 법리에 대해서는 아래에서 좀 더 자세히 살펴보도록 한다.

(5) 보상입법부작위 위헌설

공공필요에 의한 공용제한 규정만 두고 그에 관한 보상규정은 두고 있지 않은 경우, 그 공용제한 자체가 헌법에 위반되는 것은 아니고 손실보상을 규

---

8) 박윤흔, 최신행정법강의(상), 박영사, 2002, 754면. 침해행위의 존속기간 중의 손해배상청구를 인정하되, 과실을 완화하여 모든 경우에 그것이 가능하도록 함으로써 권리자를 구제하고자 한다.

9) 김남진/ 김연태, 전게서, 551면.

정하지 않은 보상입법부작위가 헌법 제23조 3항에 위반되게 되므로 그 피해자는 보상입법부작위에 대한 헌법소원으로써 자신의 권익을 구제받아야 한다는 견해이다[10].

3. 수용유사침해의 이론

이 이론은 손해배상제도와 손실보상제도로 해결되지 않는 영역에 존재하는 국가책임의 문제를 해결하기 위하여, 독일에서 판례를 통하여 형성된 것으로 헌법상의 손실보상에 관한 근거규정에서 표현되고 있는 불가분조항 원칙[11]의 위반에 대한 권리구제이론으로서 발전된 것이다[12]. 즉, 통상적으로 입법자는 재산권 제약행위의 근거법률에 손실보상에 관한 규정도 함께 규정하여야 한다. 만약 법률에서 재산권의 '침해'에 대한 근거규정은 두면서, '보상'에 관한 근거규정을 두지 않으면, 결과적으로 위법하게 재산권 침해에 대한 사후적인 권리구제방법으로서 손실보상의 문제가 제기된다. 이 경우에 제기되는 문제가 수용유사침해의 보상이론이다.[13]

---

10) 김문현, 보상규정 없는 법률에 기한 수용적 재산권 제한에 대한 권리구제방법, 고시연구 2000. 8, 23면.

11) 법률 속에 재산권 제한사항과 보상의 기준과 방법 등이 함께 규정되어 있어야 하는 것은 서로 뗄 수 없는 사항들을 함께 다루어야 된다는 원칙으로, 이는 독일 Bonn기본법 제14조 3항 2문에서 처음으로 도입되어 인정된 것이다. 독일의 연방헌법재판소는 불가분조항의 원칙에 반하는 재산권제한에 관한 법률은 위헌이기 때문에 규범통제에 의해서 마땅히 무효화되어야 한다고 판시하고 있다(BVerfGE 4, 219(228f), 24 367(418); 46, 268).

12) 독일연방통상법원은 초기에는 기본법 제14조 3항에 근거하여 적법한 침해행위에 보상이 이루어진다면, '과실없는 위법한 침해행위'(후에는 점차 과실이 있는 경우도 포함)에 대해서도 당연히 손실보상이 이루어져야 한다는 것이었다. 그러나 이 이론은 독일연방헌법재판소가 이른바 '자갈채취사건'{오랫동안 채취하던 자갈을 계속하여 채취하고자 허가를 신청하였으나, 새로이 제정된 수리관리법에 의하여 거부되자, 손실보상을 청구했으나 역시 거부당했던 사건이다. BVerfGE 58, 300(324)}의 판결을 통하여 많은 변모를 하게 되었다. 즉, 동법원은 이 사건에서 '종래의 수용유사침해의 법리에 의한 보상청구를 제약'하는 판결을 함으로서, 더 이상 기본법 제14조 3항에서 그 근거를 찾기 어렵게 되었다. 그 요지는 '위법한 수용'이 이루어지면, 먼저 그에 대한 취소소송을 제기하여 구제를 생각하여야 하고(종전에는 위법행위를 수인하고 그 대신 손실보상을 청구할 수 있었다), 취소소송을 제기할 수 없는 경우에 한하여, 관습법으로 인정되어온 희생보상청구권에 의하여 손실보상청구가 가능하다는 것이다. 따라서 오늘날은 수용유사침해의 근거를 기본법 제14조 3항에서 찾는 것이 아니라 관습법으로 발전되어 온 희생보상제도에 두고 있다(장태주, 행정법개론, 현암사, 2004, 618면 내지 619면).

수용유사침해의 보상은 '위법'한 재산권에 대한 제약으로 인하여 특별한 희생을 당한 자에 대한 보상이다. 여기에서의 '위법'은 고의 또는 과실로 법령에 위반하여 타인에게 침해를 가하는 경우에 있어서의 위법 또는 불법과는 다른 의미를 가진다. 여기서의 위법은, 공용침해의 근거법률이 헌법이 요구하는 공용침해의 요건을 충족하지 못하여 위헌이 되고, 그러한 법률에 근거한 공용침해가 결과적으로 위헌이 된다는 의미의 위법이다. 재산권자에 대해 손해를 가할 의사가 공용침해자(행정청)에게는 없으며 공공필요가 그 동기이므로, 공용침해자의 과실을 탓할 수 없다. 따라서 수용유사침해의 전형적인 모습은 '위법·무책의 침해'이다.[14)]

이에 우리 헌법도 독일의 기본법과 매우 유사한 규정을 가지고 있으므로(헌법 제23조 3항, 제29조), 위법한 공용침해에 대한 보상에 관하여 입법상 흠결이 있다는 점은 대다수의 학자들이 의견을 같이 한다. 그러나 이러한 입법상의 흠결의 보충에 관하여는 수용유사침해보상의 수용 여부에 대해서는 견해가 나뉘고 있는바, 독일의 수용유사침해의 법리를 받아들여 손실보상청구가 가능하다는 견해(유추적용설), 수용유사침해보상에 해당하는 경우에는 손해배상청구만 가능하다는 견해(위헌무효설), 헌법 제23조 3항이 국민에 대하여 직접효력을 갖는다는 입장에서는 손실보상청구가 가능하다는 견해(직접효력설) 등이 있다.

한편 판례가 수용유사침해의 이론을 언급한 바는 있으나(대법원 1993. 10. 26, 93다6409 - 신군부에 의한 MBC주식 강제 증여 건), 이러한 입법상의 흠결의 보충에 관하여 이를 명확히 수용한 바는 없는 것으로 보인다.

4. 손실보상 규정이 흠결된 경우 구제방법에 대한 판례의 태도

(1) 대법원의 입장

제3공화국 헌법 하에서는 직접효력설에 입각하여 판시한 때도 있었으나(대

13) 장태주, 전게서, 618면.
14) 김남진/ 김연태, 전게서, 574면.

법원 1967. 11. 2. 67가1334; 1972. 11. 28. 72다1597), 제4공화국 헌법 제20조 3항에 의하여 보상을 법률로 정하도록 개정한 이후에는 방침규정설 내지 간접효력설을 취한 듯하다가(대법원 1976. 10. 12, 76다1443), 최근에는 관련 보상규정을 유추적용하여 보상하려는 경향이다.

구체적으로 위에서 언급한 하천편입토지에 대한 보상에 관한 판례 이외에도 공공사업의 시행 결과 공공사업의 기업지 밖에서 발생한 간접손실에 대하여 사업시행자와 협의가 이루어지지 아니하고, 그 보상에 관한 명문의 법령이 없는 경우, 공공용지의취득및손실보상에관한특례법시행규칙상의 손실보상에 관한 규정을 유추적용하여 이를 인정하였고(대법원 1999. 10. 8, 99다27231; 1999. 11. 23. 98다11529 ; 2002. 11. 26. 2001다44352 등), 도로 확장공사에 편입되는 잔여건물의 가치하락에 따른 손실보상 종류를 잔여지 감가보상을 규정한 공공용지의취득및손실보상에관한특례법시행규칙 제26조 제3항을 유추적용하여 이를 인정하였으며(대법원 2001.9.25. 선고, 2000두2426), 가설건축물 철거의무와 그에 대한 보상청구를 배척할 수 있는 종전 도시계획법 제14조의2 제2항과 헌법재판소의 판결을 유추적용하여 도로부지상 가설건축물내 임차인의 영업손실보상을 배척한 바 있다(대법원 2001.8.24. 선고, 2001다7209).

(2) 헌법재판소의 입장

한편, 헌법재판소는 위헌무효설에 가까운 입장을 보이기도 하지만(헌재 1994. 6. 30. 92헌가18; 1998. 12. 24. 90헌바16, 97헌마78(병합); 1999. 10. 21. 97헌바26), 대상 판결의 원고가 제기한 헌법소원청구사건에서는, 1971년 하천법 시행 이후에 제방부지로 하천구역에 편입된 토지에 대하여 특별조치법 등에 의한 손실보상청구가 가능하다는 점 등을 근거로 헌법 제23조 제3항이 요구하는 “법률에 의한 보상”의 요건을 충족하였다고 판단하면서 1971년 하천법 제3조(‘하천은 이를 국유로 한다’)가 헌법에 위반되지 않는다고 심판하였는바(헌법재판소 2010. 2. 25. 선고 2008헌바6 전원재판부 결정 참조), 이러한 판단은 유추적용설을 인정하는 전제하에서 이루어졌다고 보여진다.

5. 결론

보상규정 없이 재산권에 대한 공용침해가 있을 경우 손실보상청구가 가능한지 여부의 문제는 보상규정의 흠결을 법관이 보충할 수 있는지 여부로 귀결된다. 그리고 법관의 흠결보충가능성은 권력분립원칙에 따른 입법권과 사법권의 긴장관계를 둘러싸고 벌어지는 문제로서, 권력분립원칙이 국민의 기본권을 실효적으로 보장하기 위한 법치국가원리의 제도적 기초로서 요구되는 수단이라면 법률상 흠결이 있을 경우 법관이 헌법상의 규정을 통해 그 흠결을 보충함으로써 국민의 기본권을 보장할 수 있는 경우에는 그것이 오히려 권력분립의 제도적 취지에 부합한다.

따라서 국가의 공권력 행사가 국민의 기본적 인권을 제대로 보장하지 못하여 그 본질내용을 훼손하는 정도에 이를 경우에는 법관에게 그 본질내용을 보장해 줄 수 있는 법발견 권한이 주어지는 것이므로 보상규정 없는 공용침해의 경우에도 손실을 보상해 주지 않는 것이 재산권의 본질내용을 훼손하는 정도에 이르는 경우에는 법관이 헌법상의 재산권 보장(23조 1항), 기본권의 본질적 내용 보장취지(37조 2항)에 따라 손실보상청구권을 인정해 줄 수 있다고 본다[15].

그러나 독일에서와 같은 관습법으로서의 희생보상청구권의 법리도 없는 우리나라에서 수용유사침해의 법리에 의하여 손실보상을 청구할 수 없다고 보며, 또한 판례는 입법자가 예상하지 못한 구체적 사건을 실제적으로 해결하는데 장점을 지니고 있고 성문법보다 강한 법적 구속력이 있긴 하지만, 우리의 법체계상 그것을 성문법보다 우선되도록 해야 할 만큼 판례의 구속력에 관한 이론이 성숙되었다거나 일반인이 이에 익숙한 것도 아니고, 실무를 담당하는 공무원 모두가 판례에 반드시 구속된다고 볼 수도 없으므로, 유추적용은 재산권 수용에 관한 한 최소한에 그쳐야 할 것이며, 궁극적으로 위와 같이 손실보상규정의 흠결의 경우에는 입법자가 조속히 이를 입법하여 보완하는 것이 바람직하다고 본다.

---

15) 김남진/ 김연태, 전게서, 551면.

< 참고문헌 >

배광국, 『대법원판례해설』 제44호, 법원도서관, 2003.

김남진/김연태, 『행정법 I』, 법문사, 2008.

박윤흔, 『최신행정법강의(상)』, 박영사, 2002.

장태주, 『행정법개론』, 현암사, 2004.

김문현, 『보상규정 없는 법률에 기한 수용적 재산권 제한에 대한 권리구제방법』, 고시연구 2000.

시행규칙상 기준의 법적 성격과 적용 한계

- 서울행법 2007. 10. 5. 선고 2007구합3398 판결 -

민 병 후*

〈 국문초록 〉

행정입법을 법규명령과 행정규칙으로 구분하고 전자는 대외적 구속력을 인정하여 그 법규성을 인정하고 있다. 반면 후자인 행정규칙은 대내적 구속력만을 가지면 법규정이 인정되지 않는다. 그러나 법규명령과 행정규칙의 법규성의 문제에서는 실질과 형식의 문제가 대두된다. 즉 행정규칙형식의 법규명령꽈 법규명령형식의 행정규칙에 대한 법규성의 인정 여부에 대한 견해의 대립니다. 판례는 형식설의 견해를 취하고 있으나 같은 법규명령인 대통령령과 총리령, 부령에 대하여 그 법규성의 인정을 달리하여 왔다. 그러나 최근 일부 부령에 대하여 그 실질을 파악하여 법규성을 인정한 견해를 찾아볼 수 있다. 그러나 여전히 '위임'이라는 단서를 두어 제한적으로 인정하고 있다. 결국 이는 부령에 대한 법규명령의 여부가 여전히 사법부의 사후적 심사에 의하게 되어 국민의 지위가 불안정하다는 지적은 피할 수 없다.

이러한 기본적 논의를 전제로 하여 군인사법 제37조 제1항 제1호 및 동법 시행규칙이 문제된 서울행정법원 판결을 대상으로 기존에 논의된 법규명령과 행정규칙의 법규성의 논의를 살펴보고 추가적으로 특별행정법관계라는 특수관계를 속에서 동일한 논의와 기준으로 법규성을 판단할 수 있는지? 그렇지 않으면 특별행정법관계의 특수성이라는 새로운 기준의 제기가 가능한지를 살펴보고자 하였다.

주제어 : 행정입법, 법규명령, 행정규칙, 특별행정법관계

* 고려대학교 대학원 박사과정

〈 목 차 〉

Ⅰ. 대상판결
Ⅱ. 쟁점사안
1. 법규명령와 행정규칙
2. 법규명령형식의 행정규칙의 법규성에 대한 논의
Ⅲ. 대상판결에 대한 검토
1. 구 시행규칙 제53조 제1항 제1호의 법규성의 문제
2. 원고가 공상으로 인해 현역복무에 부적합한 자에 해당하는지의 문제
3. 구 시행규칙 제53조 제1항 제1호의 법적 성격과 현역복무 부적합 판단 사이의 관계
4. 구 시행규칙 제53조 제1항 제1호에 대한 법규성의 검토 - 특별행정법관계 내에서의 시각에서 -
Ⅳ. 결론

Ⅰ. 대상판결
(서울행법 2007. 10. 5. 선고 2007구합3398)

1. 사안의 개요

(1) 원고는 1979. 8. 25. 여군 특수병과 소위로 임관한 후 1군사령부 여군대 여군대장, 12항공단 205 항공대대 중대장 등을 거쳐 육군항공학교 교육단 학생대장으로 근무하던 자로서 2002. 10.경 서울아산병원에서 좌측 유방에 종양이 있다는 진단을 받고, 2002. 10. 10. 위 병원에서 좌측 유방 전 절제술과 우측 유방 전 절제술을 받았다.

(2) 국군 대전병원은 2006. 8. 9. 의무조사위원회를 개최하여 원고의 병명을 “유방의 악성 신생물”로 진단하고, 구 군인사법 시행규칙(2007. 8. 9. 국방부령 제631호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 시행규칙’이라 한다) [별표 1]의 112(종양)-나(악성)-(2)항(진행성 암)에 근거하여 원고의 심신장애등급을 2급으로 판정하였다.

(3) 육군본부 전역심사위원회는 2006. 9. 14. 위 의무조사위원회의 조사결과 등을 토대로 원고를 퇴역시키기로 의결하였고, 피고는 2006. 9. 19. 원고를 2006. 11. 30.자로 퇴역시키는 인사명령을 하였다(이하 '이 사건 처분'이라 한다).

(4) 원고는 이 사건 처분에 불복하여 2006. 10. 16. 국방부 중앙군인사소청심사위원회에 소청심사 청구를 하였으나, 위 인사소청심사위원회는 2006. 12. 14. 원고의 소청심사청구를 기각하였다.

2. 원고의 주장

(1) 원고가 2002. 10. 10. 서울아산병원에서 공상인 좌측 유방암으로 인해 좌측 유방 전 절제술 등을 받아 원고에게 심신장애가 있을지라도 수술 이후에 받은 정기체력검정 결과 모두 합격판정을 받았을 뿐만 아니라 항공(비행) 임무까지 무난히 소화해 내는 등 군 생활에 아무런 지장을 초래하지 않았음에도 불구하고 현역복무에 부적합한 자로 판단하여 이 사건 처분을 한 것은 군인사법 제37조 제1항 제1호 및 군인사법 제41조 제3호의 요건 및 취지에 반하여 위법하다.

(2) 이 사건 처분의 근거규정인 구 시행규칙 제53조 제1항 제1호는 행정기관 내부의 사무처리준칙에 불과하여 대외적으로 국민은 물론 법원을 기속하지 못하므로 이 사건 처분의 적법 여부는 구 시행규칙 제53조 제1항 제1호가 정한 기준에 적합한지 여부가 아니라 군인사법 제37조 제1항 및 군인사법 제41조에 따른 적법한 처분인지 여부에 의해 판단되어야 한다. 구 시행규칙 제53조 제1항 제1호가 행정기관 내부의 사무처리준칙이 아닌 법규명령이라면 모법인 군인사법 제37조 제1항 제1호, 군인사법 시행령 제48조의 위임한계를 벗어나 그 효력이 없다.

(3) 군인사법 제37조 제1항 제1호가 규정한 심신장애로 인하여 현역복무에 부적합한 자에 해당한다고 하더라도 원고의 경우는 군인사법 시행규칙 제53조의3 제1항 제6호 또는 같은 조 제2항 제2호가 규정한 전역 또는 퇴역의 예

외사유에 해당하여 전역심사위원회의 심의를 거쳐 현역복무를 계속할 수 있음에도 불구하고 이 사건 처분을 한 것은 이 사건 처분으로 인해 달성하고자 하는 공익보다는 이 사건 처분으로 인해 원고가 입는 불이익이 현저히 크므로 재량권을 일탈, 남용하였다.

3. 판단

(1) 구 시행규칙 제53조 제1항 제1호의 법적 성격

(가) 군인사법 제37조 제1항은 심신장애로 인하여 현역복무에 부적합한 자의 경우 현역에서 전역시킬 수 있다고 규정하고 있고, 같은 법 제41조 제3호는 전·공상으로 인하여 군에 복무할 수 없는 자는 퇴역된다고 규정하고 있다. 군인사법 시행령 제48조는 현역복무에 부적합한 심신장애에 관하여 필요한 사항을 국방부령으로 정하도록 규정하고 있으며, 구 시행규칙 제53조 제1항 제1호는 심신장애자의 정도가 [별표 1]에 의한 1급 내지 7급에 해당되고, 그 심신장애가 공상으로 인하여 생긴 때에는 퇴역을 시키도록 규정하고 있다.

(나) 위에서 보았듯이, 군인사법 제37조 제1항 제1호는 심신장애로 인하여 현역복무에 부적합한 자는 각 군 전역심사위원회의 심의를 거쳐 전역시킬 수 있다고 규정하여 전역은 행정청의 재량행위임을 분명히 하면서도 심신장애로 인하여 현역복무에 부적합한 자에 대한 전역기준에 대하여 아무런 규정도 두지 않고 있고, 이를 대통령령이나 부령에 위임하는 규정도 두고 있지 않다. 다만, 군인사법 시행령은 군인사법의 구체적 위임 없이 그 기준을 국방부령으로 정한다고 규정하였고, 이에 따라 구 시행규칙 제53조는 심신장애로 인한 전역·퇴역 또는 제적의 기준을 정하였다.

그러나 **구 시행규칙 제53조 제1항에서 정한 기준은 법률의 구체적 위임 없이 시행령에 근거하고 있는 것으로서 행정기관 내부의 사무처리준칙에 불과하고, 따라서 대외적인 효력을 인정할 수 없으며, 법률에서 정하고 있는 심신장애로 인하여 현역복무에 부적합한 경우를 해석함에 있어 구 시행규칙 제53**

조 제1항에서 정한 기준을 참고로 할 수는 있겠지만 이에 구속되지는 않는다고 봄이 상당하다.

(2) 원고가 공상으로 인해 현역복무에 부적합한 자에 해당하는지 여부

(가) 위에서 보았듯이, 구 시행규칙 제53조 제1항 제1호가 행정기관 내부의 사무처리준칙에 불과한 점에 다음과 같은 사정, 즉 ① 오늘날 전쟁의 양상은 단순히 육체적 능력을 바탕으로 한 개별 작전의 수행에서 벗어나 기술전, 정보전, 과학전으로 진화되고 있으므로 현역복무의 의미를 단순히 육체적 직접적 전투수행에 한정하여 볼 것이 아니라 군 조직관리나 행정업무 등을 포괄하는 종합적 전투수행으로 확대하여 보아야 하는 점, ② 시행규칙상의 심신장애등급의 분류는 의학수준의 발전에 따른 치유가능성 등을 종합적으로 고려하지 않고 악성 종양의 경우 초기의 암을 제외한 나머지 모두를 진행성 암으로 분류하여 심신장애등급 2급에 해당하도록 하는 등 심신장애등급이 과도하게 높게 책정되어 있는 점, ③ 심신장애의 원인, 군 구성원 개인 간의 상대적인 차이 등에 따른 임무수행의 가능성의 차이 등을 고려하지 않은 채 획일적으로 그 기준을 정한 점 등에 이 사건 변론 과정에 나타난 제반 사정을 종합해 보면, 구 시행규칙 [별표 1]에 의한 심신장애등급이 1 내지 7급에 해당한다는 판정을 받았다 하더라도 그 정도가 위에서 든 여러 가지 사정을 종합한 관점에서 현역으로 복무하는 데 장애사유가 되지 않는 경우에는 심신장애를 이유로 전역처분을 할 수 없다고 봄이 상당하다(현행 군인사법 시행규칙 제53조는 구 시행규칙 제53조가 갖고 있는 위와 같은 문제점을 개선하기 위해 제3항을 신설하여 심신장애등급 제53조 제1항 제1호부터 제3호까지의 어느 하나에 해당하는 사람이 현역복무를 원하는 경우에는 각 군 전역심사위원회는 의무조사위원회의 전문적 소견을 참고하여 해당자의 군에서의 활용성과 필요성 등에 관한 심의를 거쳐 현역으로 복무하게 할 수 있도록 하였다).

(나) 이 사건에 관하여 살펴보면, 위 인정 사실에서 본 바와 같이 원고는 2002. 10. 10. 좌측 유방암 2기로 진단받아 좌·우측 유방절제술을 받았으나 그 수술 경과가 양호하고, 이 사건 처분 당시는 물론 약 5년여가 경과된 현

재까지 다른 신체부위에 전이가 없으며, 향후 완치가능성은 90% 이상인 점, 현재 원고는 항호르몬제인 타목시펜을 복용하고 있으나 이는 재발가능성을 줄이기 위한 것으로 유방암 환자에 있어서의 통상적인 치료인 점, 원고의 주치의인 서울아산병원 일반외과 전문의 소외인은 원고가 정상적인 군 생활이 가능하다고 보고 있을 뿐만 아니라 원고가 유방 전 절제술을 받은 후에 받은 정기체력검정 결과 모두 합격 판정을 받았고, 육군항공학교 교육단 학생대장으로 근무하면서 유방절제술로 인해 업무에 지장을 초래하지 않은 점 등을 종합해 보면, 원고는 현역으로 복무하는 데 장애사유가 없는 것으로 보인다.

따라서 이 사건 처분은 이와 같은 사정을 고려하지 않은 채 내려진 것이어서 원고의 나머지 주장을 나아가 판단할 필요 없이 위법하다.

Ⅱ. 쟁점 사안 - 법규명령형식의 행정규칙의 법규성

1. 법규명령와 행정규칙

법규명령이란 행정권이 정립하는 일반적·추상적 규정으로서 법규(대외적 구속력, 재판규범성)의 성질을 가지는 것을 말한다. 법규란 국가 등 행정주체 내부에서만이 아니라 일반 국민과의 관계에서도 직접 구속력을 가지면, 재판규범이 되는 법규범을 의미한다. 따라서 행정조직 또는 특별신분관계 내부에서만 구속력을 가지며, 재판규범으로서의 성질을 가지지 않을 뿐 아니라, 법령에 근거를 두고 있지 않는 행정규칙(행정명령)은 원칙적으로 법규의 성질을 가지지 않는다고 보아야 한다.[1)]

행정규칙이란 상급행정기관 또는 상급자가 하급행정기관 또는 하급자에 대하여 법률의 수권 없이 그 권한 범위 내에서 발하는 일반·추상적 규율을 말한다. 행정청이 발하는 일반·추상적 규율인 점에서는 법규명령과 같으나, 법

1) 김남진·김연태, 행정법Ⅰ 제16판, 법문사, 2012, 153면.

령의 수권 없이도 행정권의 고유한 권한으로 발하는 것이며 원칙적으로 행정조직 내부에서만 구속력을 가지는 점에서 법규명령과 구별된다.[2)]

2. 법규명령형식의 행정규칙의 법규성에 대한 논의

법규명령형식의 행정규칙이란 내용적으로 행정기관 내부의 일반적 기준에 불과한 처분기준을 시행령 또는 시행규칙 등 법규명령의 형식으로 정한 경우로 행정규칙으로 정해질 사항이 법규명령의 형식으로 발해진 경우를 말한다. 그 성질에 대하여 행정규칙으로 보는 견해와 법규명령으로 보는 견해, 수권 여부에 기준을 두고 판단해야 한다는 견해 등이 있다.[3)]

판례는 부령 형식으로 처분기준을 정한 사안에서 법규성을 부정하고 있다.[4)] 이에 반해 대통령령 형식의 경우에는 법규명령으로 보고 있다.[5)] 판례의 이러한 태도에 대해서는 「대법원이 위임명령으로서의 대통령령의 법규적 효력을 인정한 것은 당연시 된다. 위임명령은 법률에 위임한 사항을 명령으로 정한 것이기에 '실질적 의미의 법률'이라고도 일컬어지고 있음을 상기할 필요가 있다. 그리고 그러한 점에서는 "위임명령으로서의 대통령령"이나 "위임명령으로서의 부령" 사이에 아무런 차이가 없다고 하여야 할 것이다.」[6)]등의 비판이 있다.

다만 2006년 두 개의 판결에서 대법원의 이러한 견해에 다소 변화를 보였다. 대판 2006두3049 판결에서는 ".... 검찰보존사무규칙이 검찰청법 제11조에 기하여 제정된 법무부령이기는 하지만, 그 사실만으로 같은 규칙 내의 모든 규정이 법규적 효력을 가지는 것은 아니다. 기록의 열람·등사의 제한을 정하고 있는 같은 규칙 제22조는 법률상의 위임근거가 없어 행정기관 내부의 사무처리준칙으로서 행정규칙에 불과하므로..."라고 하였고, 대판 2003두4355

2) 김남진·김연태, 앞의 책, 171면.
3) 자세히는 김남진·김연태, 위의 책, 178면.
4) 대판 1995. 10. 17, 94누14148.
5) 대판1997. 12. 26, 97누15418.
6) 김남진, 처분기준으로서의 대통령령·부령 - 대법원 2001. 3. 9 선고, 99두5207판결과 관련하여 -, 고시연구 제28권 제12호, 고시연구사, 2001, 118면.

판결에서는 “ ... 구 여객자동차 운송사업법 시행규칙 제31조 제2항 제1호, 제2호, 제6호는 법 제11조 제4항의 위임에 따라 시외버스운송사업의 사업계획 변경에 관한 절차, 인가기준 등을 구체적으로 규정한 것으로서, 대외적 구속력이 있는 법규명령이라고 할 것이고, 그것은 행정청 내부의 사무처리준칙을 규정한 행정규칙에 불과하다고 할 수 없는 것이다.”고 판결하였다.

위 두 판결의 내용을 볼 때에 대법원은 상위법령의 위임에 따라 제재적 처분기준을 정한 부령인 시행규칙은 대외적 구속력이 있는 법규명령이고, 법률상의 위임근거가 없이 제정된 부령은 행정기관 내부의 사무처리준칙으로서 행정규칙에 불과하다고 보는 것을 알 수 있다. 변경된 대법원의 입장은 부분적으로 나마 부령의 법규명령성을 인정하였다는 점에서 환영할 만한 것이나, 부령 그 자체에 대하여 법규명령성을 인정하지 아니하고 ‘상위법령에 위임근거가 있는 여부’를 기준으로 일부 부령에 한정하여 법규명령성을 인정하고 있다는 점에 대하여 의문이 제기된다.[7]

변경된 대법원의 견해 역시 진일보한 면이 있으나 여전히 법규명령형식 특히 부령형식의 행정규칙에 대하여 ‘위임’이라는 단서를 달아 제한적으로 법규성을 인정하고 있다. 이런 대법원의 견해에 대하여 ‘ 법규명령으로서 부령의 성립여부가 행정입법권을 가진 행정각부의 장에 의하여 결정되는 것이 아니라, 사법부가 사후적으로 심사에 의하여 결정되게 된다. 부령의 법규명령성 여부의 확인시점도 부령의 공포·시행 시점이 아니라, 사법부의 재판변론종결 시점이 되어 국민의 입장에서는 부령 규정의 법규성 여부를 부령의 공포·시행을 통해서가가 아닌 법원의 법해석을 기다려서 확인하여야 한다.’[8]는 비판이 있으면 필자에 이에 동조한다.

---

7) 황도수, 법규명령으로서의 부령 - 법규명령과 행정규칙의 구별기준 -, 행정법연구 제18호, 행정법이론실무학회, 2007, 601면.
8) 황도수, 위의 논문, 602면.

Ⅲ. 사건 판례에 대한 검토

1. 구 시행규칙 제53조 제1항 제1호의 법규성의 문제

본 사안에서 서울행정법원은 "**법률의 구체적 위임 없이 시행령에 근거하고 있는 것으로서 행정기관 내부의 사무처리준칙에 불과하고, 따라서 대외적인 효력을 인정할 수 없으며**..."라고 하여 '구 시행규칙 제53조 제1항 제1호'를 행정규칙으로 보고 법규성을 부정하고 있다.

즉, 군인사법상에 심신장애와 관련한 위임규정이 없으면 시행령인 '군인사법 시행령'에 근거를 두고 있어 이는 법규명령이 아닌 행정규칙으로서 사무처리준칙에 불과한 것으로 법규성이 인정되지 않는다는 것이다.

행정법원의 이와 같은 판결은 '법규명령형식의 행정규칙'의 법적성질에 대한 변경된 대법원의 견해에 따르고 있다. 즉 법률의 구체적 위임이 없다는 것을 이유로 하여 부령이 시행규칙의 기준에 대하여 법규성을 부인하고 사무처리준칙으로 보고 있다.

이에 대해서는 종래 학설의 비판과 앞에서 살펴본 대법원의 견해에 대한 비판이 그대로 적용된다.

2. 원고가 공상으로 인해 현역복무에 부적합한 자에 해당하는지의 문제

또한 판결은 구 군인사법 시행규칙 제53조 제1항 제1호가 사무처리준칙에 불과한 점과 ① 오늘날의 전투양상을 고려하여 현역복무의 의미를 종합적 전투수행으로 확대하여 보아야 하고, ② 시행규칙상의 심신장애등급의 분류는 발전한 의학수준을 반영하지 못하다는 점, ③ 그리고 임무수행 가능성의 차이를 고려하지 않은 채 획일적으로 기분을 적용하는 것은 바람직하지 않다는 점을 들어 위와 같은 사정을 고려하지 않은 위법한 처분이라고 결정하였다.

3. 구 시행규칙 제53조 제1항 제1호의 법적 성격과 현역복무 부적합 판단 사이의 관계

본 사건에 대한 판결에서 행정법원은 구 시행규칙 제53조 제1항 제1호가 사무처리준칙으로 법규성이 인정되지 않기 때문에 현역복무적합심사에서 이를 참고할 수 있을 뿐이지 이를 그대로 적용할 필요는 없다 것이다. 즉 현역복무부적합을 판단함에 있어서 구 시행규칙 제53조 제1항 제1호는 절대적으로 적용되는 것이 아니라 고려요소로 작용하는 것이다. 따라서 고려사항인 구 시행규칙과 인정사실을 종합하여 볼 때 당해 사건 처분은 재량의 일탈·남용한 위법한 처분으로 결론을 내리고 있다.

이 문제는 법규명령인 부령으로 정한 시행규칙의 하자에 대한 문제와도 연결된다. 상위법령에 위반하거나 구체적 타당성을 결여한 부령의 시행규칙에 대한 통제문제이다.

행정법원은 대법원의 견해와 같이 위임규정이 없음을 근거로 사무처리준칙으로 보고 따라서 법원을 구속하지 않으므로 이에 대해서 인정사실 등과 함께 현역복무부적합 처분에 대하여 취소판결을 내렸다.

그러나 필자가 생각하기에 행정법원의 이러한 논리적 연관성은 무의미하다고 판단된다. 구 시행규칙 제53조 제1항 제1호의 법적성격은 당해 사건 처분의 위법성을 다툼에 있어서 반드시 연관되어 있다고 보기 힘들다. 즉 부령의 법규명령의 성립 문제와 그 하자의 문제는 별개의 문제이다. 즉 어느 면에서 부령의 시행규칙에 대하여 법규성을 부인함으로써 법원이 그에 구속됨이 없이 판결함으로써 국민의 권리보호에 적극적으로 임할 수 있다는 견해를 취하는 것으로 이해될 수 있다.

그러나 상술한 바와 같이 법규성의 인정여부와 법원의 판결이 반드시 논리적 필연을 가지는 것은 아니다. 특히 권리보호의 측면이라면 상위법령을 위반한 부령은 더더욱 행정규칙으로 보아서는 안 된다. 행정규칙을 볼 경우에 당해 사건에 한하여 해당 시행규칙을 적용한 당사자만이 구제받게 된다. 행정기관은 이후에 동일한 사안에 대하여 여전히 부령의 시행규칙에 따라 처분

을 할 것이고 동일·유사한 사건이 당사자만을 달리하여 제기될 것이다.[9] 이 경우에 부령인 시행규칙의 법규성을 인정하고 그에 대한 위법 결정을 통하여 차후 동일한 권리침해가 발생하지 않도록 하는 것이 오히려 더 바람직할 것이다.

상위법령을 위반한 것이 아니라 구체적 타당성을 결여한 부령의 시행규칙의 경우에 시행규칙의 유연한 해석·적용을 통하여 문제해결이 가능할 것이다.[10] 즉 부령에 대한 법해석권을 합리적으로 행사함으로써 구체적 타당성을 확보할 수 있으며, 부령을 해석함에 있어서 그 근거가 된 법률조항을 고려하여 부령의 내용을 탄력적으로 해석하여 구체적 타당성을 찾아갈 수 있을 것이라는 견해[11]가 있다. 규범해석이 제도적 위헌심사를 대체할 수 있으며 법원은 스스로의 규범해석에 따라 구체적 처분을 통제할 수 있는 '적용'의 힘을 가진다는 것이다.[12]

구 시행규칙 제53조 제1항 제1호는 '법규명령형식의 행정규칙'의 전형적인 예라 할 수 있으며 '법규명령'으로 보아야 한다.

그렇다면 구 시행규칙 제53조 제1항 제1호를 '법규명령'으로 보아 행정법원의 판결내용과 같이 법률의 위임이 없으므로 위법인 부령의 시행규칙으로 보아 사건의 전역처분에 대하여 취소판결을 하면 될 것이다.

4. 구 시행규칙 제53조 제1항 제1호에 대한 법규성의 검토 - 특별행정법 관계 내에서의 시각에서 -

구 시행규칙 제53조 제1항 제1호는 형식에 있어서 법규명령인 '부령'이나 그 내용에 있어서는 '행정규칙'의 내용을 가지고 있다. 따라서 전역심사 과

9) 물론 이 경우에 행정기관이 부령의 시행규칙을 그대로 적용하여 차후에 처분을 할 경우, 종전과 동일한 소송이 제기될 것을 예상하기 때문에 그에 대한 수정·보완이 기대될 것이다. 그러나 이는 전적으로 행정기관의 자의적이 노력에 달려 있는 것이다.

10) 김남진, 앞의 논문, 123면.

11) 황도수, 앞의 논문, 610면.

12) 남하균, 행정준칙의 법적구속력과 행정의 합리성, 행정법연구 제28호, 행정법이론실무학회, 2010, 149면.

정에서 이를 적용함에 있어서는 대외적 효력을 가진다.

즉, 구 시행규칙 제53조 제1항 제1호는 전역심사를 담당하는 행정기관 내부의 기준이 아니라 군공무원 전체를 적용대상으로 하는 법규명령이라 할 수 있다. 즉 특별행정법관계내에서도 일반행정법관계와 같이 행정기관(담당기구)과 국민(구성원)의 관계가 엄연히 존재한다는 점이다.

이러한 시각에서 본다면 구 시행규칙을 사무처리기준으로 볼 여지는 없다고 판단된다. 그리고 사건 처분에 대한 판단에 있어서도 전역처분에 대하여 재량을 인정하고 있는 점을 고려할 때에 재량의 남용으로 판단함에 문제는 없다고 판단된다.

Ⅳ. 결론

행정입법과 관련하여 법규명령형식의 행정규칙과 행정규칙형식의 법규명령에 관한 그 법적 성질에 대한 견해가 다양하게 나타나고 있다. 특히 법규명령형식의 행정규칙에 대한 판례의 이중적 태도는 많은 비판을 받음이 마땅하다.

사건 판례에 있어서는 특별행정법관계 내에서 문제로 이해될 수 있으나, 그 내면적 구조에 있어서는 일반행정법관계와 마찬가지로 행정기관(소관기구)와 국민(구성원)의 관계임을 확인할 수 있다.

따라서 이러한 시각에서 접근할 경우에 본 사건의 규정인 구 시행규칙 제53조 제1항 제1호의 법적성질은 '법규명령'으로 보아야 할 것이다.

< 참고문헌 >

김남진·김연태, 행정법Ⅰ 제16판, 법문사, 2012.

김남진, 처분기준으로서의 대통령령·부령 - 대법원 2001. 3. 9 선고, 99두5207판결과 관련하여 -, 고시연구 제28권 제12호, 고시연구사, 2001.

황도수, 법규명령으로서의 부령 -법규명령과 행정규칙의 구별기준-, 행정법연구 제18호, 행정법이론실무학회, 2007.

남하균, 행정준칙의 법적구속력과 행정의 합리성, 행정법연구 제28호, 행정법이론실무학회, 2010.

행정상 과징금에 대한 규제

이 지 영*

〈 국문초록 〉

행정의 실효성확보수단은 행정상 의무위반 내지 의무불이행에 대한 제재로, 최근에는 새로운 실효성확보수단의 하나인 과징금이 대두되고 있다. 과징금은 법령위반으로 인하여 취득한 불법적인 경제적 수익을 박탈하는 본래적 의미의 과징금과 공익성이 강한 사업에 대하여 영업정지에 갈음하여 부과하는 변형된 형태의 과징금으로 대별된다. 침익적 처분인 과징금부과처분이 점증하는 가운데, 과징금의 규제방식에 대하여 재고한다.

우선, 유사법령의 유추가 가능한지 검토하며, 그 전제로 행정질서벌인 과태료를 규율하는 질서위반행위규제법을 간략히 논한다. 또한 과징금 산정기준, 규정방식, 부과 및 징수절차, 불복절차를 논의하여 과징금의 독자적 특성을 반영한 규제모델을 입안할 것을 제안한다.

과징금의 규율은 궁극적으로 과징금의 취지와 맞닿아 있다. 과징금, 크게는 이와 같은 행정상 금전벌의 목적이 사적 영역과 공적 영역 간의 영역 분리가 아닌, 행정상 의무위반(크게는 의무 불이행)에 대한 제재로 행정의 실효성확보에 있는 만큼, 현재까지 운영된 과징금제도에 대한 개선논의가 입법모델이라는 가시적인 성과로 나타나길 기대해본다.

주제어 : 과징금, 과태료, 질서위반행위규제법, 행정의 목적, 공익, 규제

* 변호사

〈 목 차 〉

Ⅰ. 들어가며
Ⅱ. 행정의 실효성확보수단의 다양화
1. 종래 실효성확보수단의 한계
2. 실효성 확보수단에 대한 규율
3. 과징금의 필요성과 규율
Ⅲ. 과징금의 규제양상
1. 질서위반행위규제법상 과태료 규율상의 특이점
2. 과징금에 대한 질서위반행위규제법의 규율 가부
3. 과징금의 규율방식
4. 소결 - 과징금의 독자성
Ⅳ. 마치며 - 과징금의 일반법제의 도입과 그 내용

Ⅰ. 들어가며

1. 행정상 금전벌의 활용

돈으로 면죄부를 살 수 있는가? 국가나 지방자치단체는 매 분기나 매월 납부하는 세금 외에 범칙금, 과태료 형태의 금전벌을 사인에게 부과한다. 가령, 운전면허정지처분이라는 행정상 제재보다 이에 갈음하거나 변형된 형태의 금전벌로써 사인들의 법령위반에 대한 제재와 재정수입증대라는 효과를 올리기는 하지만, 금전벌의 적용범위나 적정절차, 불복수단에 대한 규율은 통일되어 있지 않다. 행정상 금전벌이 형벌처럼 일반예방과 특별예방과 같은 효과가 있는지에 관한 논의는 입법상 통계자료가 필요하겠지만, 그 효용의 전제로서 행정상 금전벌의 부과·징수와 이에 대한 불복이 적정절차에 따라 이루어지고 있는지에 관하여 검토하고자 한다.

2. 행정상 금전벌과 적정절차원리

(1) 행정상 금전벌에 대한 적정절차원리 구현

형사상 제재는 적정절차원리에 따라 3심 재판 후에 확정된다. 피고인의 재

판받을 권리는 헌법상 피의자나 피고인에 대한 수사상 인신구속절차단계에서부터 최종 재판확정단계까지 적법절차에 따라 보장되어 있다. 한편, 행정상 제재(?)는 사인에 부담을 안기는 행정처분의 일종으로, 행정절차법에 따라 의견청취 등의 절차가 예정되어 있기는 하다. 최근 2008. 6. 22경 시행된 질서위반행위규제법에 규정된 행정상 과태료 부과시의 의견청취, 부과절차, 불복절차 등이 그 예이다. 그러나 기타 행정상 금전벌은 일의적으로 규율되어 있지 않고, 사인의 재산권 제약과 침해에 대한 적정기준도 명확하지 않다. 행정상 규제를 위반하는 경우, 사인이 감수해야 할 금전벌의 제재수준은 어느 정도일까? 전과자 양산 방지라는 명목으로 대체된 행정벌이 사인의 재산권이나 기타 영업상 자유의 침해에 대해서는 자유로운가? 사인의 의견청취절차와 행정심판까지 포함한 불복절차를 보장하는 경우라면, 금전벌의 발령과 집행은 개별 사건의 구체적 타당성을 검토할 필요 없이 적정한가?

적정절차원리의 '적정'은 절차적인 측면뿐만 아니라 실체적인 면에서도 확보될 필요가 있다. 불이익처분을 가할 때 진행되는 행정절차법상 절차가 질서위반행위규제법에 반영이 되었더라도, 과태료나 과징금의 상한과 하한은 단일법상 규정되어 있지 않다. 단지 과태료부과처분이 기재된 고지서에 그러한 처분의 근거와 발령금액, 감경기준에 관하여 명시하기만 하면 위 처분이 합당한 것인지, 과태료나 과징금 등의 수준이 어떻게 정해지는지는 개별법마다, 구체적인 사건마다 다르다. (특별)형법상의 벌금에 대하여는 그 하한이 5만 원 이상으로 규정되어 있고[1], 개별법상 규정된 과태료의 상한 최고한도가 2억 원[2]이라 하는 바, 행정상 금전벌은 각 행정벌상 취지에 따라 병과 등이 가능한지, 행정상 제재처분의 한계로서 과징금 등의 상한은 어떻게 정해지는지 등에 관하여 검토한다.

(2) 과태료 • 과징금 처분의 합리화 방안

'국민부담 완화를 위한 과태료·과징금 합리화 방안'으로 과태료·벌금 중복 개

1) 형법 제45조
2) 법무부, 질서위반행위규제법 해설, 2011, 36면.

선, 과태료·영업정지 중복 개선, 자발적 시정기회 부여 및 불필요한 과태료 폐지 등에 대한 개선작업이 2009.~2010.경 이루어졌다. 그 외에도 과태료·과징금 중복 개선, 유사 위반행위에 대한 과태료 조정, 과태료 부과 차등기준 확립, 과태료 감경기준 구체화 등이 위 합리화 정비 추진대상이었다[3]. 보호법익과 처벌목적이 다른 이상, 형사제재와는 별도로 행정벌이 예정되어 있기는 하지만, 사인에 대한 이중처벌이 우려되므로 과태료 등에 대한 부과기준 외에도 감경가부, 다른 행정벌과의 이중부과 가부에 대하여는 법령들간 충돌이 없도록 꾸준한 정비가 필요하다. 그렇다면 행정벌의 합리화는 어떤 수준이 적정한가?

과징금과 과태료는 그 양적 차이에만 있는 것인지, 아니면 성격이 달라 중복부과가 가능한가? 위 금전벌의 상한과 하한은 어떤 식으로 정해지는가? 사실상의 이중처벌에 대한 사인의 권리구제절차는 행정절차법상 불이익처분시의 권리보호절차와 유사한가? 과태료를 규율하는 질서위반행위규제법상의 절차가 금전벌의 양대 산맥이라 할 수 있는 과징금에도 유추적용되는지에 관한 논의해 본다.

이에 행정벌로 대표되는 행정형벌과 행정질서벌에 이어 새로운 실효성확보수단의 일종인 과징금에 대하여 위와 같은 일반법의 규율가능성과 규율방식에 관하여 검토해 본다. 이하에서는 질서위반행위규제법 등에서 규율하는 과태료의 요건, 부과절차에 비교하여, 단일법으로 규율되지 않는 과징금이 적정절차원리에 부합하는지 검토한다.

Ⅱ. 행정의 실효성확보수단의 다양화

1. 종래 실효성확보수단의 한계

(1) 행정강제와 행정벌

종래 행정강제는 행정목적을 실현하기 위하여 사람의 신체 또는 재산에 실

3) 법제처, 국민불편법령개폐백서, 2011, 159~161면

력을 가하여 행정상 필요한 상태를 실현하는 행정권의 사실상의 작용이라 하여, 비금전적 의무의 강제이행수단으로서의 대집행, 집행법, 직접강제와 금전적 의무의 강제이행수단으로서의 강제징수로 준별하였다[4]. 한편, 행정벌은 행정상 의무위반에 대하여 일반통치권에 근거하여 부과되는 제재로서의 처벌로, 그 의무위반에 따른 제재의 내용에 따라 행정형벌과 행정질서벌로 크게 구분된다[5]. 행정강제는 법령 내지 행정상 목적을 직접적으로 달성하기 위한 권력작용인 반면, 행정벌은 행정상 의무위반에 대한 제재적 처분으로 간접적으로 행정목적을 달성하는 데 그 성격을 달리한다. 이처럼 행정강제와 행정벌은 성격을 달리하여 대체가능하지 않고, 의무의 성격에 따라 부과되는 행정상 강제방법과 행정벌의 종류도 세분된다.

(2) 행정벌의 세분

1) 행정벌과 형사벌

행정벌은 형사벌과는 다른 독자성이 있는가. 행정형벌과 형사벌의 구별기준에 관하여 공격양태, 피침해이익의 성질 등 논의가 다양하지만, 제재의 종류나 죄형법정주의의 규율이라는 공통점이 있다. 그러기에 행정벌도 형법의 규율을 받아야 하며, 행정법 특유의 법리로 인해 자칫 사인의 권리구제에 소홀할 수 있다는 입장도 일견 타당성이 있다. 그러나 행정상 의무위반에 대하여 행정상 과벌이 아닌 형사상 과벌이 주어진다는 이유로 형사법적 절차론에 입각하는 경우, 행정의 실효성확보수단이라는 취지에 부합하는지와 행정의 원활한 수행이라는 목적이 실현될 수 있는지가 문제된다. 특히 불법판단에 있어 행정권의 재량판단이 개입되는 경우[6]에는 범죄성립요건의 구비가 애초에 불분명할 수밖에 없다. 따라서 행정벌은 형사벌과는 달리 행정(형)벌의 행정법영역으로의 분류와 관련하여, 행정형벌의 행정질서벌화는 형사벌과는 구별되는 행정벌의 영역과도 연관이 있다.

---

4) 김남진 · 김연태, 행정법 Ⅰ, 법문사, 2012, 477면.
5) 정태용, 영업정지처분에 갈음하는 과징금제도의 분석 및 개선방안, 서울시립대학교 대학원 법학과, 2005. 8.,
6) 박찬명, 행정형벌과 행정질서벌의 비교 연구, 성균관대학교 대학원 법학과, 2011, 30면.

행정벌로 이루어지는 제재적 처분이 단지 죄형법정주의의 적용을 피하고 행정의 효율성 내지 목적달성만을 꾀하는 것일까. 형사벌의 제재가 9가지에 한하지만, 행정의 목적이나 그 사건에 맞는 다양한 제재를 가하는 데 행정벌의 특수성이 있기는 한다. 그러나 행정벌의 부과나 집행에 있어서도 일정한 절차를 거치고, 행정심판 등의 특별한 불복절차가 예정되어 있는 이상 형사벌의 형태가 아닌, 행정벌의 당위성이 있다.

2) 행정형벌과 행정질서벌의 구분

행정형벌은 행정법상의 의무위반에 대하여 일반통치권에 근거하여 일반사인에게 사후적으로 과하여지는 제재로서의 벌로 형법에 정하여져 있는 형을 과하는 것[7]을 말한다. 이에 반해 행정질서벌은 행정법규위반 또는 행정상의 질서에 장해를 야기할 우려가 있는 의무위반에 대하여 과태료가 과하여지는 행정벌[8]이다. 행정형벌과 행정질서벌의 구분에 관하여도 그 제재의 종류가 형식적인 기준이겠지만, 형사벌과 행정벌의 구분에 관한 실질적인 기준 논의와 같이 행정질서벌의

행정형벌과 행정질서벌은 입법자의 재량에 따라 달려 있다. 그러나 입법권자가 어떤 행정벌을 부과할 지 명확한 기준을 가지고 있지 않아 문제가 생기는 경우도 있다[9]. 행정형벌과 행정질서벌의 실질적인 구분에 관하여 행정벌에 대한 입법자의 재량은 헌법적으로 보호된 중요한 법익을 보호할 국가의 의무에 의해 제한된다고 보아[10], 형사처벌의 필요성이 있는 경우 질서위반법으로 섣불리 경미화시키는 경우 입법의무위반으로 보기도 한다.

현재 행정벌의 바람직한 모델과 관련하여, 행정형벌의 행정질서벌화 즉, 비범죄화에 초점이 맞추어지고 있다. 전과자 양산 방지라는 명목으로 과태료 등 금전상 제재나 기타 실효성 확보수단이 행정상 의무위반자에게 부과되고

---

7) 김남진・김연태, 전게서, 525면
8) 박찬명, 행정형벌과 행정질서벌의 비교 연구, 성균관대학교 대학원 법학과, 2011, 8면.
9) 박찬명, 전게논문, 35면, 헌재 2002. 6. 27, 2000헌마642・2002헌바12(병합), 공인중개업자의 부동산중개수수료를 시행규칙에 위임하여 정하도록 하는 경우, 그 상한과 하한의 정함 없이 위임하여도 위임입법한계일탈이 아니하고 판시.
10) 박찬명, 전게논문, 36면

있는 실정이다. 그러나 반복적인 행정상 의무위반에 대하여 누적되는 금전상 제재를 가하는 방법도 행정목적 달성에 있어 한계가 있고, 행정질서벌상의 규율절차와 행정형벌 부과시 적용되는 절차의 차이로 인해 사인이 과연 적정절차원리 내지 법치주의에 따라 행정벌을 받는지에 대하여는 지속적인 검토가 필요하다.

(3) 종래 실효성 확보수단의 한계와 새로운 실효성 확보수단의 등장

새로운 실효성확보수단의 등장은 기존 실효성확보수단만으로는 행정현실에 충분히 대응할 수 없고, 이에 따라 행정관련 실정법이 제대로 규율을 하지 못한 데 기인한다. 즉, 행정벌만으로는 기존의무위반에 대한 제재에 그치나 행정목적달성을 강제하기 위한 방안으로 전통적인 의미의 행정상 강제집행 외에 새로운 실효성확보수단이 주목을 끌게 되었다. 일종의 지연이자와 같은 역할을 수행하는 가산금· 가산세 외에 경제적 수익을 박탈하기 위한 목적으로 처음 도입된 과징금, 국세 체납자에 대한 수익적 행정처분을 제한하는 관허사업의 제한 외에도 고액·상습체납자의 명단공개 등이 그 예이다.

공표나 관허사업의 제한 등 인격권, 재산권에 대한 제약에 대한 형태가 다양해지면서 실효성확보수단의 기본권 침해 가능성에 관하여도 재고의 기회가 되었다. 실제로 건축법 등에 의하여 발하는 명령이나 처분에 위반하여 건축물의 건축 또는 대수선을 하였을 때에 당해 건축물에 대한 전기·전화·수도 등의 공급 중지를 요청할 수 있다는 구 건축법 제69조 제2항에 규정된 공급거부조항은 삭제되기도 했다. 이에 새로운 행정상 의무이행확보수단에 관하여는 법률유보, 그 처분에 대한 절차적 정당성 확보 여부, 비례원칙 위반 여부 등에 관하여 사전심사를 강화해야 한다는 논의가 여전히 진행 중이다.

(4) 과태료의 여러 유형

행정상 의무위반에 대한 제재 중 금전상 제재도 의무의 성질과 의무부과목적에 따라 세분화되고 있다. 금전벌의 예로, 과태료나 과징금, 가산금·가산세, 범칙금을 들 수 있다. 금전벌의 성격과 종류에 따라, 같은 금전벌이라도 의무

의 성질과 의무위반의 정도에 따라 액수에서도 차이가 있다.

행정상 금전벌의 대표격인 과태료는 어느 경우에 부과될까. 과태료는 발령근거에 따라 국가의 법령에 근거한 것과 지방자치단체의 조례에 근거한 것으로 구분되기도 하나, 이하에서는 행정질서벌의 성격을 지닌 과태료와 그렇지 않은 과태료로 구분하여 발령되는 경우를 살핀다.

① 행정질서벌로서의 과태료로, 경찰, 조성, 규제, 재정 또는 군정 등 행정상의 목적을 위하여 과하여진 의무의 위반에 대한 제재[11]와 지방자치단체의 조례에 의한 재재가 있으며, ② 그렇지 않은 과태료로는, 민·형사소송법상 증인출석의무 위반 등 소송절차에 관한 질서를 유지하기 위하여 부과되는 과태료, 특별행정법관계에서 그 내부질서를 유지하기 위하여 질서위반자에게 가해지는 징계벌로서의 과태료, 비대체적 작위의무 또는 부작위의무를 불이행한 경우 그 의무를 간접적으로 이행시키기 위하여 일정한 기간 안에 의무이행이 없을 때에는 일정한 이행강제금을 부과할 것을 계고하고 그 기간 안에 이행이 없는 경우 이행강제금을 부과하는 경우의 과태료로 나뉜다. 과태료 형태의 이행강제금은 건축법 제80조, 농지법 제65조, 부동산실권리자명의등기에관한법률 제10조 등지에 부분적으로 인정된다. 덧붙여, 행정질서벌이 아닌 과태료에 관하여는 질서위반행위규제법 제2조에서 동 법의 적용이 배제된다.

이러한 과태료는 다른 행정상 금전벌과는 어떠한 관계일까. 대체가능성과 병과가능성, 나아가 행정상 의무위반에 대한 가장 효과적인 제재는 무엇인지에 관한 수단적합성도 각 금전벌의 취지에 비추어 과태료, 과징금, 다른 제재처분의 부과요건을 검토할 필요가 있다. 개별법에서도 과태료와 과징금의 병과가 가능하다고 규정하기도 하지만[12], 개별법상 산재된 제재적 처분을 아우르는 일반법으로 금전벌을 통일적으로 규율한다면 과태료와 과징금, 나아가

11) 박찬명, 전게논문, 11면, ⅰ. 휴·폐업 또는 재·개업, 신고·허가 또는 등록사항변경, 사업등의 양도·양수·승계 등과 관련된 신고의무의 위반, ⅱ. 장부의 작성·비치·보존의무위반, ⅲ. 허가증·요금표 등 표지물의 게시의무위반, ⅳ. 보고·자료제출·출석답변 또는 통지 등 명령위반, ⅴ. 유사명칭 사용금지위반, ⅵ. 사용료·수수료 등의 요금면탈과 승인된 요금 외의 요금수수, ⅶ. 단순한 검사·조사 등의 거부·방해·기피, ⅷ. 소환불응 또는 증언 등의 거부, ⅸ. 기타 경미한 행정의무위반사건 등와 같은 의무위반에 대하여 과하여진다.

12) 현대호, 전파법령상의 행정제채처분 합리화방안 연구, 한국법제연구원, 2010, 87~88면

형사벌의 사실상 이중처벌이라 생각하는 국민법감정까지 해소될 수 있으리라 예상해본다.

2. 실효성 확보수단에 대한 규율

(1) 일반법의 제정 현황

실효성 확보수단은 행정작용의 일반적인 발령절차를 다루는 행정절차법의 규율대상이 아니다[13]. 최초의 수익적·부담적 행정처분과는 별개로 행정상 의무위반에 대한 제재적 처분이기에 행정절차법의 적용을 받지 않지만, 성격상 부담적 행정처분과 다를 바 없어 실효성 확보수단의 정당성을 확보하기 위해 부과요건, 부과·집행절차를 일의적으로 규정할 필요가 있다. 행정대집행법과 국세징수법이 행정상 강제집행 중 대집행과 강제징수를 규율하고 있다. 행정형벌의 경우 형법총칙이 적용되기는 한다. 그러나 아직은 행정상 강제집행과 행정벌 일반을 규율하는 법은 없고, 즉시강제나 직접강제에 관하여도 경찰관 직무집행에 관한 법률이나 행정법의 일반 원칙에 따라 제재처분의 위법성을 검토한다. 그러나 향후 제재처분으로 인한 사인의 재산권, 영업의 자유, 인격

---

13) 제3조(적용범위) ① 처분·신고·행정상 입법예고·행정예고 및 행정지도의 절차(이하 "행정절차"라 한다)에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법이 정하는 바에 의한다.
②이 법은 다음 각호의 1에 해당하는 사항에 대하여는 적용하지 아니한다. <개정 1999.2.5>
1. 국회 또는 지방의회의 의결을 거치거나 동의 또는 승인을 얻어 행하는 사항
2. 법원 또는 군사법원의 재판에 의하거나 그 집행으로 행하는 사항
3. 헌법재판소의 심판을 거쳐 행하는 사항
4. 각급 선거관리위원회의 의결을 거쳐 행하는 사항
5. 감사원이 감사위원회의의 결정을 거쳐 행하는 사항
6. 형사·행형 및 보안처분 관계법령에 의하여 행하는 사항
7. 국가안전보장·국방·외교 또는 통일에 관한 사항중 행정절차를 거칠 경우 국가의 중대한 이익을 현저히 해할 우려가 있는 사항
8. 심사청구·해양안전심판·조세심판·특허심판·행정심판 기타 불복절차에 의한 사항
9. 병역법에 의한 징집·소집, 외국인의 출입국·난민인정·귀화, 공무원 인사관계 법령에 의한 징계 기타 처분 또는 이해조정을 목적으로 법령에 의한 알선·조정·중재·재정 기타 처분등 당해 행정작용의 성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 불필요하다고 인정되는 사항과 행정절차에 준하는 절차를 거친 사항으로서 대통령령으로 정하는 사항

권 등 기본권 제약에 대한 합리적 제한과 침해의 경계에 관하여 의견청취 등 절차와 불복방법에 대한 규정이 정비되어야 할 것이다.

(2) 질서위반행위규제법의 제정

질서위반행위규제법이 2008. 6. 22.경 시행되어 행정질서벌인 과태료를 규율하고 있다. 위 법은 과태료의 부과요건을 명시하고 부과절차를 일원화하였으며, 행정벌로서의 실효성 확보를 위한 납부요건 등의 특례까지 도입하였다. 위 법의 도입으로 행정청별로 산발적으로 부과하였던 과태료의 운영이 공정하고 투명하게 이루어지는 데 의의가 있으나, 개별 사건마다 법령상 위임을 해서인지 상·하한을 명시하지 않아 사인들의 예측가능성이 담보되지 않는 한계가 있기는 하다.

(3) 새로운 실효성확보수단에 대한 규율 현황

한편, 다양한 제재처분에 관한 규율 필요성은 논의되지만, 현재까지 일괄적인 규율은 이루어지지 못하고 있다. 행정청과 행정의무의 특색에 따라 부과가능한 실효성확보수단도 다양하고, 개별법령에서도 복수의 실효성확보수단을 예정하고 있어, 실효성확보수단에 대한 일괄적인 규제가 가능한지도 사실상 의문이다. 다만, 행정작용의 대상 내지 상대방 입장에서 행정처분을 법령 등에서 예상하고, 그에 따른 절차준수도 확인해 볼 필요가 있는 만큼 제재처분에 대한 일반법 규율의 요구가 있을 수 있다.

2009. 5. 1.경 기준으로 108개 법률에서 과징금이, 21개 법률에서 이행강제금이 규정되어 있다[14]. 나아가 행정상 금전벌 뿐만 아니라 시정요구, 감치 등의 다양한 제재처분이 병과 내지 선택가능하도록 규정되어 있어, 사인의 부담완화 명목으로 제재처분의 합리화 내지 정비방안에 관하여 연구 중이다. 규제의 필요성이 역으로 규제의 실효성에 의문을 들게 하는 만큼, 행정제재 간 상충관계에 관하여도 명확히 할 필요가 있다.

---

14) 강문수, 행정법상 금전적 제재수단의 적정성 제고를 위한 정비방안 연구, 한국법제연구원, 2010, 135면.

(4) 금전벌에 대한 합리화 논의 - 과태료와 과징금, 그리고 이행강제금

행정법상 금전적 제재수단의 대표적인 예로 이행강제금, 과태료, 과징금을 들 수 있다. 금전벌은 행정상 의무의 성질과 위반의 정도 등에 비추어 각 경우에 따라 부과된다. 이행강제금은 행정법상 의무(비대체적 작위의무, 부작위의무 또는 수인의무)의 불이행시 의무자에게 강제금부과라는 심리적 압박을 강하의 의무의 이행을 강제하는 행정강제의 일종이다. 반면, 과태료는 행정법상 의무위반의 정도가 비교적 가벼워서 직접적으로 행정목적이나 사회목적을 침해하지 않으나 간접적으로 행정상의 질서에 장애를 초래할 위험성이 있을 정도의 단순한 의무위반에 부과되는 금전벌로, 과징금은 행정법규 또는 행정법상 의무의 위반으로 막대한 경제적 이익을 얻은 자에 대하여 행정벌 만으로는 그 위반을 막을 수 없다는 전제하에 행정법규위반으로 발생하는 경제적 이득을 박탈함으로써 행정법규위반행위를 막는 효과를 가지는 금전적 행정제재처분이다[15].

금전벌의 관계에 대하여 대체가능성, 병과가능성에 관하여 일반적인 규율이 없다. 형사벌에서도 노역장 유치에 관하여 차이가 있는 징역과 금고나 액수에서 차이가 있는 벌금과 과료가 고유의 기능이 있는 것처럼 과태료, 과징금, 이행강제금에 관하여도 그 상·하한, 대체가능한지, 병과가능성에 관하여도 논의할 필요가 있다.

3. 과징금의 필요성과 규율

(1) 과징금은 필요한가

과징금은 현재 전세계적으로 공정한 국제거래질서 확립의 수단으로 쓰이고 있다. 미국이나 EU에서 수입과징금의 일종으로 다국적기업에 부과하는 것이 그 일례이다. 거시적인 면에서는 부당한 경쟁으로 올린 수입의 박탈 및 공정

15) 강문수, 행정법상 금전적 제재수단의 적정성 제고를 위한 정비방안 연구, 한국법제연구원, 13면, 2009

한 경쟁질서 확립을 목적으로 하여 도입되기는 하였으나, 국제통상법상에서 논의되는 쟁점과도 연관이 있어 역외적용 관련 과징금은 제하기로 한다.

행정형벌, 행정질서벌 등 기존의 실효성확보수단의 한계로 인해 새로운 실효성확보수단이 부각되고 있다. 정보통신 수단의 발달, 경제 규모의 팽창, 고령사회 진입 등 사회변동에 따라 행정청의 역할도 달라지고, 행정의 목적도 공익이라는 이름 하에 세부적으로 나뉘어지고 있다. 비단 불법적인 경제적 수익 박탈을 목적으로 하는 과징금 외에도 부담금, 가산금 등의 금전적 제재처분 뿐만 아니라 수익적 행정행위의 정지·철회, 관허사업의 제한 등 제재처분의 종류와 정도도 구체적 사안에 따라 점점 다양해질 것이다.

그렇다면 과징금은 필요한가. 과징금은 실효성확보수단으로서 '실효성' 이 있는가. 불법적인 경제적 수익의 환수와 다름없는 과징금은 행정의 목적 달성에 필요불가결한가. 과징금의 필요성은 행정의 목적과도 연관이 있기는 하지 어디에 사용되는가. 공익, 공정한 경쟁질서 확립, 청소년 보호 등을 목표로 하는 , 청소년보호몇 백만 원 내지 수 천만 원에 그치는 과태료를 부과해서 하지만 과징금의 역외적용 등 국제통상과 관련된 논의보다는 일본이나 국내를 제외한 다른 나라에는 없는 제재처분으로 알려져 있다. 과징금에 대한 의의는 단일법전으로 규정되어 있지 않다. 과징금은 행정법상의 의무위반자에 대하여 과하는 금전벌의 일종으로, 본래 행정법규의 위반자에게 경제적 이익이 발생한 경우 그 이익을 박탈하여 간접적으로 행정법상의 의무를 이행시키려는 목적에서 도입되었다[16].

(2) 과징금의 도입연혁

과징금은 1962. 6. 9.경 제정된 '긴급통화조치법(법률 제1088호)'에서 처음 사용[17]되었다. 이후 1980. 12. 31.경 '독점규제및공정거래에관한법률(법률 제

16) 김남진 · 김연태, 행정법 Ⅰ, 법문사, 2012, 543면

17) 박영도 · 김호정, 과징금제도의 운영실태 및 개선방안, 한국법제연구원, 2002, 29면, 위 법 제21조에서 "제2조에 규정하는 일부터 모든 법령 중의 원화표시금액과 법률 또는 국회나 국가재건최고회의의 의결 또는 동의를 얻어 정하는 과징금, 가격 또는 요금은 환가비율로써 원으로 정한다"고 규정하였다.

3320호)' 제6조에서 경제적 이익 박탈 의미의 과징금[18]이 도입되었고, 영업정지처분에 갈음해 부과하는 과징금이 1981.경 자동차운수사업법에서 최초로 규정되었다[19]. 2009.경 현재 약 100 여 개의 개별 법률에서 규정되어 있는 과징금은 의무위반행위의 내용과 정도를 고려하지 않고 과도한 금액 또는 제재처분을 규정하고 있어 의무위반자와 행정청간의 계속적인 갈등이 일고 있다[20]. 과징금의 최초 도입과는 다른, 이른바 변형된 의미의 과징금으로 활용이 되고 있어, 과징금 자체에 대한 규율 뿐만 아니라 기타 금전벌이나 다른 실효성확보수단 내지 제재처분과의 관계에서도 과징금의 법적 지위가 애매한 실정이다.

(3) 과징금의 비교법적 용례[21]

과징금은 미국의 민사금전벌을 변형하여 도입한 일본의 과징금을 모델로 하였다. 즉, 위에서 밝힌 대로 1980.경 제정된 독점규제및공정거래에관한법률에서 과징금이 규정되었고, 기업들에 대한 과징금을 부과하는 공정거래위원회의 경우 1990.경 설립되어 경쟁법 위반시의과징금을 부과하고 있다.

우리나라의 과징금 부과 특징은 다음과 같다. 첫째, 행정권의 재량이 일본의 행정청보다는 크다고 평가된다. 일례로, 우리나라의 공정거래위원회는 과징금 부과에 재량권이 있으나, 일본의 공정거래위원회는 재량권이 없다는 점이다. 또한 둘째, 우리나라는 과징금이 사실상의 이중처벌금지에 저촉된다고 보지 않는다는 점이다. 미국은 State Farm Mutual Automobile Insurance Company v. Campbell, U.S. v. Halper 및 다른 판결에서 민사금전벌 및 징벌적 손해배상 부과시의 적정절차라는 한계가 있다고 판결한 바 있다. 반면, 우리 나라의 경우 과징금 부과기준에 관한 일반 법률이 없고, 개별법령에서 매

18) 박영도 · 김호정, 전게서, 29면, 경제기획원장관이 가격인하명령에 불응한 시장지배적 사업자에게 그 가격인상의 차액에 해당하는 금액을 국고에 납입하도록 하여 이를 과징금이라 규정하였다.
19) 현대호, 전파법령상의 행정제채처분 합리화 방안 연구, 한국법제연구원, 2010, 28면.
20) 강문수, 전게서, 13~14면
21) 정하명, Global application of civil penalty and Korean administrative surcharge system, 공법학연구 제7권 제5호, 384~385면.

출액이나 신고액 등을 기준으로 정해진다. 또한 과태료나 벌금과는 별도로 취급되어 대상자들에게는 사실상 이중처벌의 효과가 있더라도 재판에서 실제적인 구제가 이루어지기는 어렵다.

(4) 과징금의 유형과 규정형식

과징금의 성격과 관련하여, 현재 개별법마다 그 형식이나 내용 등에서 일정하지 않고, 크게 3가지 유형으로 크게 분류되어 있다. 첫째 유형으로 경제법상의 의무위반행위자체로 얻은 불법적인 경제적 이익을 박탈하는 고유의 과징금제도, 둘째 유형으로 다수 국민이 이용하는 사업이나 국가 및 사회에 중대한 영향을 미치는 사업을 시행하는 자가 행정법규를 위반하였을 경우 그 위반자에 대하여 영업정지를 한다면, 오히려 국민에게 불편을 초래하므로 이에 갈음하여 과징금을 부과시켜 영업자로 하여금 당해 사업을 계속 수행하게 하는 과징금제도, 마지막으로 과징금이라는 용어는 사용하지 않으나 성격, 취지, 목적상 과징금과 유사한 유형으로 유사과징금의 3가지 유형으로 대별할 수 있다[22]. 대기환경보전법이나 가축분뇨의 이용 및 관리에 관한 법률상의 부과금이 유사과징금의 예이다[23].

한편, 영업정지에 갈음하는 과징금의 규정형식과 관련하여, 영업정지기준과 과징금부과기준 이 시행령, 시행규칙에 위임되는 경우로 5가지로 구분된다. 즉, 양 기준이 ①모두 대통령령에, 혹은 ②모두 부령에 규정되어 있거나 ③영업정지기준이 부령에, 과징금부과기준이 대통령령에 규정되어 있고, ④, ⑤영업정지기준은 정하지 않고 과징금부과기준이 대통령령이나 부령에 규정되어 있는 경우를 말한다. 영업정지기준과 과징금부과기준이 어떤 경우에, 어떤 형식으로 위임되는지는 그 기준이 정립되어 있지 않다. 통계적으로 과징금부과기준은 대통령령으로 정하는 경우가 부령으로 정하는 경우보다 3배 많고, 영업정지기준은 부령으로 규정되어 있으며, 영업정지기준은 대통령령으로 정하면서 과징금부과기준은 부령으로 정하는 경우는 아예 없다[24].

---

22) 박찬명, 전게논문, 16면
23) 김성균, 제재적 행정처분에 관한 연구, 38면
24) 정태용, 전게논문, 51면

(5) 과징금의 법적 성격

가) 과징금은 행정작용의 관점에서 강학상 행정행위로 구분되며, 항고소송의 대상이 되는 행정소송법상의 '처분'에 해당한다. 당사자 불복시 법원에 의한 과태료 부과 및 액수가 결정되었던 과태료도 질서위반법의 제정으로 과태료 불복절차와 과징금 불복절차가 적용법률 외에는 차이가 무색해지기는 하였다.

그러나 불법의 정도 관련, 과징금은 형벌이 부과되는 불법과 과태료가 부과되는 불법 사이의 중간영역에 위치하는 것으로 본다[25]. 전형적인 과징금과 변형된 과징금 도입취지나 목적을 고려할 때 모두 경미한 불법내용을 지닌 것으로 평가되는 단순한 절차적, 기술적 규범위반에 대해 부과되는 과태료보다는 좀더 중대한 불법으로 평가되는 경우에 부과되는 것으로 보인다. 그러나 형벌이나 과태료와 함께 과징금까지 이중부과 내지 중복부과가 이루어지는 경우 대상자들에게는 사실상 이중처벌의 효과를 올리고 있어 각 제재수단이 부과되는 기준을 명확히 확립하고, 이중부과의 타당성 내지 정당성을 사전에 고지할 필요가 있다.

나) 과징금의 법적 성격에 관하여도 영업정지에 갈음하는 변형된 의미의 과징금이 도입된 이래 명확한 결론을 짓지 못하고 있다. 다시 말해, 기존의 부당한 이득을 박탈하고 행정의무 위반에 대한 제재를 가한다는 부당이득환수설·행정제재설, 영업정지처분으로 대체하지 못하는 사업에 대한 행정상 의무위반 제재로서의 과태료설, 형사처벌을 면하기 위한 속죄금설, 행정목적 내지 공익목적을 위한 재원확보설 등으로 견해가 구분된다. 나아가 대법원은 행정상 제재금이라는 기본적 성격에 부당이득환수적 요소가 가미되어 있는 것이라고 보기도 하고, 비록 제재적 성격을 가지고 있는 것이라고 하여도 기본적으로는 같은 법 위반행위로 얻은 불법적인 경제적 이익을 박탈하기 위한 것이라고 보기도 하여 부당이득환수설·행정제재설 내지 부당이득환수설의 입장에 있는 것으로 해석된다. 또한 헌법재판소도 위반행위에 대해 제재를 가하는 행정상의 제재금으로서의 기본적 성격에 부당환수적 성격도 부가되어 있는 것이고, 이를 두고 헌법 제13조 제1항에 금하는 국가 형벌권 행사로서 '처벌'이라고 볼 수

25) 배정범, 행정불법에 대한 제재수단으로서의 과징금에 대한 고찰, 고려대학교, 2005, 39면.

없다고 판시하여 부당이득환수설·행정제재설에 있는 것으로 보인다.

과징금의 유형이나 체계에 관하여 일의적인 규율이 없는 이상, 법적 성격을 단정짓기엔 이르다고 볼 수 있다. 그러나 실효성확보수단상 과징금이 차지하는 위상이나 현실적 파급력을 고려할 때 다른 실효성확보수단이나 제재처분과의 대체가능성, 병과가능성, 무엇보다 적정절차원리가 구현되는 과징금부과와 집행을 위해서라도 과징금의 법적 성격에 관한 논의의 정리가 필요하다.

(6) 과징금의 독자성 - 과태료와의 비교

과징금과 과태료는 행정의 실효성확보수단으로서, 행정의무위반에 대한 행정청의 사인에 대한 금전벌이라는 항목으로 분류되지만 다음과 같은 점에서 차이를 보이고 있다. 다시 말해, 첫째, 과태료는 행정상 의무위반행위에 대한 질서벌인 반면, 과징금은 행정상 의무 위반시 그 이행을 확보하기 위한 장래의 수단이다. 둘째, 과태료의 경우, 부과될 금전의 한도액은 가벌성의 정도에 따라서 정해지나, 과징금은 의무위반상태에서 영업수익의 예상치 내에서 결정된다. 셋째, 과태료는 원칙적으로 법원에 의하여 부과되며 이에 대한 불복은 질서위반행위규제법과 비송사건절차법에 의하지만, 과징금은 행정기관에 의하여 부과되며 이에 대한 불복은 행정쟁송절차에 의한다[26].

(7) 과징금과 형사벌, 과태료와의 병과규율

현행 법제와 판례는 행정상 의무위반에 대하여 과징금과는 별도로 형사처벌, 과태료를 부과하여도 헌법상 일사부재리원칙 내지 이중처벌금지원칙 위반이 아니라고 본다. 국민 법감정상 이중으로 재산상 손실이 있더라도, 부과취지나 요건이 다르고 일사부재리 원칙에 반한다 하여 과징금을 부과하지 않는다면, 실제 영업정지처분을 받은 자가 벌금을 납부하는 경우와 형평에도 맞지 않는다는 반론이 있다. 이에 대한 해결책으로 과징금을 부과하는 경우 과태료를 부과할 수 없다고 명시적으로 규정하여 부과요건을 통일하는 방안

26) 박찬명, 전게논문

이 입법화되기도 하였다[27].

Ⅲ. 과징금의 규제양상

1. 질서위반행위규제법상 과태료 규율상의 특이점

(1) 제정배경

질서위반행위규제법은 어떤 이유로 도입되었는가. 개별법상 흩어져 있던 과태료에 대한 규율을 통일하여 불이익처분인 과태료 부과시의 절차와 적용법리, 불복절차 등을 국민들에게 알렸다는 데 의의가 있기도 하다. 나아가 개별법과의 충돌을 피하기 위해 위 법 제5조[28]에서는 질서위반행위규제법이 개별법상 과태료에 대한 규율보다 우선한다고 규정하였다.

(2) 법상 특이점 - 외국 입법례와 비교

우리의 질서위반행위규제법과 유사한 독일의 질서위반법이나 미국의 민사금전벌과는 어떤 차이가 있는가. 1987.경 제정·시행된 독일의 질서위반법은 총4편, 25장, 135개 조항으로 구성되어 있고, 우리나라의 경범죄처벌법과 유사하다는 평가를 받는다. 한편, 미국의 민사금전벌(civil money penalty)은 행정법상의 의무확보수단으로 행정기관 또는 법원이 민사절차(civil procedure)에 의하여 과하는 금전부과를 말하며, 인·허가의 ·정지 또는 형사벌에 대체하

27) '식품위생법 제102조(과태료에 관한 규정 적용의 특례) 제101조의 과태료에 관한 규정을 적용하는 경우 제82조에 따라 과징금을 부과한 행위에 대하여는 과태료를 부과할 수 없다. 다만, 제82조제4항 본문에 따라 과징금 부과처분을 취소하고 영업정지 또는 제조정지 처분을 한 경우에는 그러하지 아니하다.' 이에 대하여 과태료를 부과하는 경우, 과징금부과가 배제되는지는 명확하지 않다고 하여 과징금과 과태료 간의 관계에 관하여도 명시할 필요가 있다는 견해도 소개되었다. 정태용, 영업정지에 갈음하는 과징금 제도의 분석 및 개선방안, 서울시립대 대학원, 2005, 46~48면

28) 제5조(다른 법률과의 관계) 과태료의 부과·징수, 재판 및 집행 등의 절차에 관한 다른 법률의 규정 중 이 법의 규정에 저촉되는 것은 이 법으로 정하는 바에 따른다.

여 또는 그것을 보완하기 위하여 사용된다. 연방항공법 등 개별법령에 규정된 민사금전벌은, 강력한 제재수단을 사용하는 것이 경미한 위반자에 대하여 지나치게 가혹하거나 위반자가 제공하는 역무를 이용하는 관련 없는 제3자 혹은 공중일반에게 심각한 큰 손해를 끼칠 우려가 있는 경우에 이용된다[29].

(3) 특징과 기준액

질서위반행위규제법은 본문 5장 57조 및 부칙으로 구성되어 있고, 세부적으로는 총칙, 질서위반행위의 성립, 행정청의 과태료 부과 및 징수, 질서위반행위의 재판 및 집행, 보칙으로 나누어져 규정되어 있다[30]. ①질서위반행위의 성립에 고의·과실, 위법성인식 가능성을 요건으로 하여 책임주의 원칙을 도입하였고, ②부과요건에 있어서도 부과기간, 소멸시효, 행위시법주의에 따라 법적 안정성 내지 예측가능성을 기했다. 또한 ③부과 및 징수 절차에서도 행정기관이 1차적으로 과태료를 부과·징수하고, 당사자의 이의제기가 있으면 법원에 통보하여, 법원이 비송사건절차법에 따라 재판 후 검찰이 집행하는 것으로 절차를 일원화하였으며, 이의제기 기간을 현행 30일에서 60일로 연장하였을 뿐만 아니라, 중간심사제도, 분할납부·납부유예제도, 결손처분제도도 시행하고 있다. 나아가 ④과태료 체납을 방지하기 위해 의견제출기한 이내에 과태료 납부시 일정 범위내에서 감경하고, 체납시 가산금을 부과하며, 고액·상습의 체납자에 대하여는 사업과 관련하여 불이익한 제재를 가하고, 감치 등의 조치가 예정되어 있다.

⑤ 과태료 산정 기준 관련, 법 제14조[31]에서 개별법령 상의 상한 외에도 다양한 사항을 고려하도록 되어 있다.

---

29) 박윤흔, 미국의 민사금전벌제도, 미국헌법연구 1, 미국헌법연구소, 1990. 11, 59~60면.
30) 법무부, 질서위반행위규제법 해설, 2011, 4면
31) 제14조(과태료의 산정) 행정청 및 법원은 과태료를 정함에 있어서 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다.
1. 질서위반행위의 동기·목적·방법·결과
2. 질서위반행위 이후의 당사자의 태도와 정황
3. 질서위반행위자의 연령·재산상태·환경
4. 그 밖에 과태료의 산정에 필요하다고 인정되는 사유

2. 과징금에 대한 질서위반행위규제법의 규율 가부

(1) 질서위반행위규제법의 적용범위

법 제1조에서는 행정질서벌인 과태료의 부과 징수 및 재판 등에 관한 사항을 규정한다고 명시하였다. 즉, 질서위반행위에 해당하지 않고, 소송법이나 사법 내지 다른 법률에서 규정한 과태료에 대하여는 위 법률이 적용되지 않는다. 다시 말해 재판에 불출석한 증인에 대한 재판장의 과태료 처분은 위 법률에 따른 절차를 그대로 밟지 않아도 된다는 말이다. 그렇다면 질서위반행위는 아니지만, 행정의 실효성확보수단의 일종인 금전적 제재처분에 대하는 위 법이 적용되지 않는가. 개별법에서 질서위반행위규제법을 준용하는 방식이나 유사한 제재처분 부과시 위 법을 유추하는 방법으로 질서위반행위규제법의 규율을 확대할 수 있을 것이다. 그렇다면 과징금에도 위 법이 적용될 수 있는가.

(2) 질서위반행위규제법의 유추적용 가부

과태료에 대한 일관된 법집행을 담보하기 위하여 도입된 질서위반행위규제법은 다른 실효성확보수단에 대한 규율의 선례로 볼 수 있는가. 그 연장선으로 과태료법제를 과징금 등 금전적 제재수단에도 유추할 수 있는가. 이는 과태료와 과징금을 같은 성격으로 볼 수 있는지, 각 제재수단의 활용영역과도 연관되어 있다.

과태료와 과징금은 행정청의 금전제재수단이라는 형식상 공통점이 있기는 하지만, 그 규모나 대상 등 그 운영방식이 다르다. 과태료는 경미한 위반행위에 대한 금전적 제재로 행정청이나 법원이 부과하며 질서위반행위규제법이나 비송사건절차법에 따라 불복절차가 구성된다. 반면, 과징금은 불법이익을 환수하거나 공익성이 강한 사업에 대하여는 영업정지에 갈음하여 가하는 금전적 제재로, 행정청이 부과하며, 행정쟁송법에 따라 쟁송절차가 진행된다. 과태료와 과징금의 중복부과에 대하여 합리화방안의 일환으로 해당 과태료 부

과시 행정청의 고발을 요하게 한다거나 감경방안 등의 대안이 제기되기도 한다. 나아가 과태료는 법 제14조상 질서위반행위의 동기·목적·방법·결과, 질서위반행위 이후의 당사자의 태도와 정황, 질서위반행위자의 연령·재산상태·환경 등 객관적·주관적 사정을 고려하여 산정한다. 한편, 본래적 의미의 과징금은 불법수익에 상당하는 금액, 그리고 변형된 형태의 과징금은 영업정지기간에 상당하는 이익을 산정한다. 따라서 과태료의 부과, 징수절차와 불복절차를 규율하는 질서위반행위규제법을 과징금제도에 적용하기에는 각 금전제재의 취지에 맞지 않을 것이다.

3. 과징금의 규율방식

(1) 기준액의 산정

과징금 부과 여부나 그 정도에 관하여도 그 산정기준이 명확하게 알려져 있지는 않다. 일본과 달리 과징금 부과시에 행정청의 재량이 인정되는 만큼, 행정청의 재량에 따라 과징금 부과가 결정되고 그 수위도 행정청의 재량에 따른다. 대표적인 예로 공정거래법위반관련, 과징금의 부과여부를 결정하는 기준도 명시되지 않고, 그 산정기준도 중대성 내지 합리적 판단 하에 결정된다. 즉, 과징금 부과기준에는 일단 과징금을 부과하기로 결정한 후 과징금을 어느 수준으로 정할 것인가와 관련되어 부과액 및 가중·감경에 대한 기준만이 나타나 있을 뿐 과징금의 부과 여부를 결정하는 기준은 정해져 있지 않고, 과징금의 부과여부의 판단에 관하여는 특별한 기준이 없으며 공정거래위원회의 재량에 따른다[32]. 나아가 과징금 부과결정 이후의 산정 단계에서도 위반행위의 중대성(이는 공정거래위원회 내부적으로 이용되는 운영지침에 포함된 각 위법행위별 세부평가기준표에 의한다)에 따르는 것이나, 세부평가기준표도 전형적인 경우를 기준으로 대략적으로 정한 것이지, 구체적인 사정까지 감안하여 규정한 것은 아니므로, 위반의 중대성을 합리적으로 판단하여야 한다고

32) 김일중, 최적과징금산정방식에 관한 법경제학적 분석 : 공정거래법을 중심으로, 성균관대학교 법학연구소, 성균관법학 22권 3호, 2010. 12., 813~814면

밝힌 바 있다. 나아가 일부 고시에서는 행위자의 주관적 요소를 고려한 가중, 감경사유를 적용하고 있고 임의적 조정과징금은 행위자의 주관적 요소를 고려하며, 주관적인 사정의 예로 사업자의 규모와 경제력 등을 들고 있다. 이처럼 과징금 부과 여부나 그 액수 결정시 위반행위의 중대성, 행위자의 주관적 요소 등을 고려하지만, 이에 대한 세부적인 기준이 대상자가 예측가능한 범위 내에 있을 필요가 있다.

본래적 의미의 과징금과 변형된 형태의 과징금을 법령상 구분하여 과징금을 산정해야 한다. 즉, 전자의 과징금은 단지 경제적 수익의 박탈에 있기 때문에 법위반행위로 얻은 이익을 박탈하여 사업자가 위반행위를 하여도 애초 얻는 이익이 없도록 하여 법의 실효성을 확보하는 데 목적이 있다. 이에 반해 후자의 과징금은 영업정지사유에 해당하지만 이에 갈음하여 정지기간에 사업을 행하여 얻을 수 있는 이익을 추산하여 이를 박탈하는 것으로서[33], 개별법상 기준금액이 사업의 규모나 성격에 따라 다르다. 가령 액화석유가스의 안전및사업관리법, 도시가스사업법, 고압가스안전관리법 등은 매출액 등의 규모에 따라 일당 과징금 기준액을 정하고, 사업정지일수를 곱하여 과징금액을 산정하는 방식을 취하고 있다. 이러한 방식의 규정이 사업정지처분에 갈음하는 과징금의 성격을 명확히 하여 줄 뿐 아니라, 과징금이 사업정지처분보다 경미한 처분이라는 인식도 불식시킬 수 있으며, 과징금간의 불균형 문제도 해결할 수 있다는 견해도 있다[34].

(2) 규정방식

또한 영업정지 등 직접적인 행정제재처분과의 관계상 제제강도에 따라 규정양식도 통일할 필요가 있다. 현재 인·허가 취소·정지사유는 주로 총리령이나 부령에 위임되어 있고, 과징금부과의 세부기준은 대통령령에 규정되어 있는 실정이다. 그러나 상위법령인 대통령령에서 영업정지에 갈음하는 과징금부과 사유를 규정하는 경우 하위법령에서 그러한 사유를 인용해야 하는 체계상 모

33) 박윤흔, 과징금제도가 분별없이 확대 · 도입되고 있다, 고시연구, 고시연구사, 2006. 5., 12면.

34) 최영찬, 과징금제도에 관한 고찰, 월간 법제, 법제처, 2001. 11, 14면.

순이 발생할 우려도 있다. 이와 같은 문제점을 의식하여 과징금처분이 영업처분을 대신하는 처분이라는 점을 감안하면 영업정지처분과 과징금부과처분의 세부기준도 동일한 법형식으로 규정하는 것이 바람직하다. 덧붙여 유사한 위반행위에 대한 다른 과징금과 균형을 맞출 필요가 있다는 점에서 그 부과기준은 소관부처가 단독으로 정하는 부령으로 정하지 않고 국무회의를 거쳐 대통령령으로 정하도록 하자는 입장도 있다. 그에 따라 제재를 받는 사업장의 입장에서는 과징금보다 영업정지가 더 강력한 제재이기에 영업정지처분 상호간에도 균형을 유지하는 것이 필요하고, 최근 과징금제도 선진화의 일환으로 추진 중인 영업정지기간과 과징금액 간의 균형유지에 비추어 보아도 과징금과 영업정지 처분기준의 법규형식을 동일한 형식, 나아가 제재의 효과에 비추어 대통령령으로 정해야 한다[35].

(3) 부과와 징수절차

과징금 부과시에도 행정절차법상의 의견청취절차를 거치는가. 영업정지처분시에는 청문 등의 절차를 거치지 않는 것과 마찬가지로, 영업정지처분을 갈음하는 과징금 부과시에도 이의신청이나 청문규정을 별도로 두지 않고 있다[36]. 현재까지 필요적 청문제도로 운영되고 있지 않아 행정절차법상의 의견청취절차를 모두 활용하고 있지는 않다. 그러나 위반행위와 대상자 등을 고려하여 과징금 부과시 청문절차를 활용한다면, 과징금의 부과나 그 액수에 대하여 사후불복확률이 낮아질 수 있으므로, 청문절차와 과징금 납부사이의 상관관계를 조사해 볼 필요가 있다.

과징금의 부과에 관하여 기한, 영수증 교부 등의 세부기준도 개별법령마다 대통령령 등 하위법령에 위임되어 있다. 그러나 국고금관리법이나 지방재정법에 맡기는 경우에는 개별 법령에 세부기준을 위임할 필요 없이 일괄적으로 규율이 가능하다는 견해도 있어[37], 과징금의 징수에 관하여 일괄적인 규율도 생각해 볼 수 있다. 다만, 국고금관리법령상의 납부기한이 15일이라는 점, 과

35) 조정찬, 부담금·연체금 및 가산금, 월간 법제, 법제처, 2011. 3., 44면.
36) 조정찬, 위 글, 48면.
37) 조정찬, 위 글, 48면.

징금의 기간 산정 등을 고려하여 개별법령상 특정 기한 설정의 요구도 재고해야 할 것이다.

또한 체납되는 과징금에 대하여도 일괄적인 관리 차원에서 '지방자치단체의 세외수입 징수 및 관리에 관한 법률 제정안'이 입법예고되기도 하였으나[38], 결실은 보지 못했다.

(4) 불복절차

현재 과징금부과처분에 대한 불복은 행정쟁송절차에 의한다. 과징금은 강학상 행정행위 내지 쟁송법상 처분에 해당하여 행정심판법과 행정소송법에 따른 항고쟁송의 대상이 된다. 다만, 앞서 논의에서 제외하기는 했지만 외국이나 EU조약 등에 의한 과징금부과처분에 관하여는 국제관할권 및 국제통상절차 문제가 있어, 국내에서도 과징금의 규모 등을 고려하여 행정법원 외의 별도의 심리기관 도입도 생각해 봄직하다.

4. 소결 - 과징금의 독자성

과징금은 납입된 이후 국고에 귀속되지 않고 특정 분야의 행정 목적 달성에 직접 사용된다[39]. 과징금이 실제적으로 행정목적 달성에 실효적인 수단인지는 이후의 과징금 사용례와 개선도를 보면 알 수 있다. 또한 과징금 부과 이후에도 위반행위가 계속된다면 과징금부과처분이 아닌, 직접적인 행정상 제재를 가하는 가능성도 열어둘 수 있다. 현재는 개별법상 각 위반행위별로 과징금 부과시 재량권 일탈남용이 논의되는데 그친다. 점차 과징금 부과에 대한 개별사례가 집적되면 과징금 일반에 대한 규제방식에 대한 논의도 활성화될 것이고, 소관부처별로 다르게 집행되는 과징금에 대하여 일관성있는 집행을 위하여 산정기준, 부과절차 등에 관하여 단계별 논의가 진행되어야 한다.

---

38) 과태료, 과징금 등 지방세외수입 체납에 제재수단 강화, 재정포럼, 한국조세연구원, 2011, 71면.

39) 강구철, 과징금제도에 관한 약간의 고찰, 고시연구, 고시연구사, 1997. 10., 103면.

Ⅳ. 마치며 - 과징금에 대한 일반법제의 도입과 그 내용

1. 과징금의 취지

과징금은 처음 공정경쟁질서확립의 일환으로 도입된 이래 공익적인 사업의 규제로 활용이 증가하고 있다. 사적 자치 영역에 행정규제가 가해지면서, 자율과 규제 사이의 적정한 접점을 찾으려는 시도들 또한 늘어나고 있다. 사업의 규모나 파급력, 영업의 대상 등을 고려하여 공익성이 인정되는 사업들의 법위반에 대하여는 영업정지나 취소에 갈음하는 과징금을 부과하는 방안으로까지 사적 자치와 공공 내지 공익의 조화를 찾으려는 것이 그 예이다. 근래에는 공익성이 약한 사업에도 영업정지 등에 갈음하는 과징금을 부과하거나 의무위반이 아닌 의무불이행에도 과징금을 부과하여 과징금제도 운영의 취지가 몰각된다는 비판도 있다.

과징금에 대한 입법모델은 과징금의 본래 취지를 돌아보는데서 출발한다. 과징금도 본래적 의미의 과징금과 변형된 과징금으로 구별되고, 그에 따라 산정되는 과징금도 차이가 나는 만큼 사업별, 위반행위별로 부과할 과징금을 세부적으로 유형화하여야 한다. 과태료, 부담금 등과 구별되는 독자성을 가지는 행정상 금전제재인 과징금이 직접적인 행정제재의 대체재로만 남용된다는 비판에도 주의를 기울이고, 과징금의 행정상 의무위반을 시정하고 본래적인 행정목적을 달성하는데 활용하도록 초점을 맞추어야 한다.

2. 과징금제도의 운영방안

과징금의 입법모델은 법치국가원리, 법률유보를 근간으로 처분의 정당성과 구체적 타당성 사이의 접점을 담아야 할 것이다. 현재는 개별 위반행위에 대하여 소관부처 내지 개별 행정청의 재량에 따른 부과가 대다수인 실정이다. 이는 위반행위와 위반 대상자의 사정이 그마다 다르기에, 과징금이 산재되어

운영되고 있다. 그러나 개별 유형의 특성만을 강조하면, 그에 대한 통합은 사실상 불가능하다. 오히려 과징금의 정당성과 일관된 운영을 확보하기 위해서는 과징금의 산정기준, 절차, 사용처에 관하여 규제가 필요하다.

과징금의 입법모델은 그간 운영실태를 분석한 결과물과 비교법적 연구에서 초석을 닦을 수 있다. 과징금의 산정방식, 통지 등의 절차, 쟁송절차, 사용처와 실제 개선유무와 그 정도 등에 관하여 소관 행정청이 쌓아온 데이터 등이 참고가 된다. 더 나아가 선행처분의 자료를 참조하여, 적정수준의 과징금 수위 결정과 행정청의 재량권 개입 한계 등을 법령상 명시할 수 있다. 현재는 2억 원 이하 등 상한만 설정해 놓은 경우가 대부분이나, 과징금 유형에 따라 상·하한 및 가중, 감경 사유 등도 구체적인 설시가 필요하다. 또한 과징금 액수가 큰 공정거래법분야의 경우, 역외적용의 문제는 차치하고서라도 EU조약과 그 지침 등 관련 국가의 입법모델까지 고려하여 적정 수준의 과징금액수가 결정되도록 유도해야 할 것이다. 사법부에서 개별적인 사안에 따라 과징금부과처분의 취소 내지 감경을 명하기는 하나, 애초 과징금의 결정과 집행에 대한 합리성과 적정성이 확보된다면, 사후쟁송의존도가 낮아질 수 있다.

마지막으로 과징금의 적정성은 부과 자체, 과징금액수나 다른 제재수단과의 관계에 비추어 검토할 과제이다. 과징금처분이 법치국가원리에서 파생한 비례원칙 등 행정법의 일반원칙에 맞는지, 과태료나 벌금 등 다른 제재수단과의 관계상 사실상의 일사부재리원칙에 위반되는 것은 아닌지는 심심치 않게 논의된다. 행정청, 위반행위자, 경쟁자 혹은 일반 대중 모두를 만족시키는 적정성은 애초에 불가능하다. 사적 영역에 행정청이 개입하게 된 배경, 더 깊이는 행정상 제재가 수반되는 행정상 의무를 사인에 부과한 이유와 궁극적인 행정의 목적이 연결되어 제재의 단계별 적정수준이 결정될 것이다. 공익이라는 행정의 목적을 달성하는데 과징금제도만으로는 턱없이 부족하지만, 과징금의 입법모델과 운영양상을 보면 행정의 목적이 어느 정도까지 달성되었는지 가늠할 수 있다. 자율과 규제는 평행을 이루는 반대말이 아니라, 적정한 기준을 함의하면 정도의 차이에 불과한 같은 말로도 해석이 된다. 이와 같은 맥락에서 과징금이라는 규제는 기준을 지키지 못한 사적 자치 영역의 반대급

부로 등장한 것이다. 과징금의 적정성에 관하여 쟁송도 증대하고 있는 현 상황에서 판례나 입안에서 일관된 적정성을 보여줄 필요가 있다. 이제는 어떤 관점에서 적정성을 정하여 과징금의 기능과 취지, 행정의 목적 달성, 나아가 사적 영역과의 조율을 할 것인지 공론화할 시점이다.

< 참고문헌 >

강구철, “과징금제도에 관한 약간의 고찰, 고시연구”, 고시연구사, 1997. 10.

강문수, “행정법상 금전적 제재수단의 적정성 제고를 위한 정비방안 연구”, 한국법제연구원, 2010.

김남진 · 김연태, 『행정법 Ⅰ』, 제16판, 법문사, 2012.

김성균, 제재적 행정처분에 관한 연구, 인천대 대학원, 2010. 2.

김일중, “최적과징금산정방식에 관한 법경제학적 분석 : 공정거래법을 중심으로”, 성균관대학교 법학연구소, 성균관법학 22권 3호, 2010. 12.

박영도·김호정, 과징금제도의 운영실태 및 개선방안, 한국법제연구원, 2002.

박윤흔, “미국의 민사금전벌제도”, 미국헌법연구 1, 미국헌법연구소, 1990. 11.

박윤흔, “과징금제도가 분별없이 확대·도입되고 있다”, 고시연구, 고시연구사, 2006. 5.

박찬명, “행정형벌과 행정질서벌의 비교 연구”, 성균관대학교 대학원 법학과, 2012. 2.

배정범, 행정불법에 대한 제재수단으로서의 과징금에 대한 고찰, 고려대학교, 2005.

법무부, 질서위반행위규제법 해설, 2011.

법제처, 국민불편법령개폐백서, 2011.

정태용, 영업정지처분에 갈음하는 과징금제도의 분석 및 개선방안, 서울시립대학교 대학원 법학과, 2005. 8.

정하명, Global application of civil penalty and Korean administrative surcharge system, 공법학연구 제7권 제5호, 2005. 12.

조정찬, 부담금·연체금 및 가산금, 월간 법제, 법제처, 2011. 3.

최영찬, 과징금제도에 관한 고찰, 월간 법제, 법제처, 2001. 11.

현대호, 전파법령상의 행정제재처분 합리화방안 연구, 한국법제연구원, 2010.

예방적 금지소송의 운용방안

- 몇 가지 소송요건을 중심으로 -

이 승 훈*

〈 국문초록 〉

우리 행정소송법은 수차례의 논의 끝에 예방적 금지소송의 도입을 눈앞에 두고 있다. 그러나 의무이행소송과는 달리 예방적 금지소송의 운용 방향에 대해서는 별다른 논의가 이루어지지 않고 있는 것이 사실이다. 최근 일본 최고재판소는 예방적 금지소송의 요건에 관하여 중요한 쟁점을 다루는 판결을 한 바 있다. 최고재판소는 동경도 내 공립학교의 교장이 교내행사를 실시하는 경우 교직원들에 대하여 국가제창시 식장에 게양된 국기를 향하여 기립한 상태에서 국가를 제창하고, 국가제창은 반드시 피아노 반주 등에 의해 행하여져야하는 등의 직무명령을 발령하고, 이에 위반한 교직원들이 본건 직무명령에 의한 의무의 부존재의 확인을 구하는 소 및 본건 직무명령에 따르지 않은 것을 이유로 하는 징계처분의 금지를 구하는 소를 제기한 사안에서 행정처분성을 가지는 징계처분의 금지를 구하는 소에 대하여는 예방적 금지소송으로, 본건 직무명령에 기초한 공적 의무의 부존재의 확인을 구하는 소에 대하여는, 그 내용에 따라 징계처분의 예방을 목적으로 하는 경우에는 무명항고소송으로, 행정처분 이외의 처우상의 불이익의 예방을 목적으로 경우에는 공법상 당사자소송의 유형 중의 하나인 공법상 당사자소송으로 보고, 각각의 경우에 따라 그 적법요건을 판단하고 있다. 그 과정에서 최고재판소는 2004년 개정된 일본 행정사건소송법 상의 예방적 금지소송 뿐만 아니라 당사자소송의 유형 중의 하나로 규정된 공법상 법률관계의 확인의 소의 요건에 대해서도 판단하고 있다. 일본 최고재판소의 이러한 판시는 국민의 권리구제의 사각지대를 해소하기 위하여 다양한 소송유형을 인정하려는데 그 취지가 있는 것으로 보이고, 국민은 소송의 형태에 구애 받지 아니하고 권리를 구제받을 수 있게 되었다.

이러한 최고재판소의 판시를 통해 우리 행정소송법의 예방적 금지소송의 운용 형태를 예상할 수 있고, 그 운용 방향에 대해서도 고민할 수 있게 되었다. 그러나 우리 행정소송법 개정안은 예방적 금지소송의 요건을 상당히 엄격하게 규정하고 있어 활용의 여지가 상당히 좁을 것으로 보인다.

* 서울행정법원 판사

주제어 : 예방적 금지소송, 금지의 소, 행정소송법 개정, 직무명령, 공법상 법률관계, 확인의 소

〈 목 차 〉

Ⅰ. 사안의 개요
Ⅱ. 최고재판소(이하 '본 판결'이라 한다) 판결의 요지
Ⅲ. 본 판결의 내용
Ⅳ. 평석
1. 들어가며
2. 일본 행정사건소송법의 규정내용
3. 본건 판결의 쟁점에 대한 검토
4. 최고재판소 판결의 의의와 우리 행정소송법에의 시사점

Ⅰ. 사안의 개요

1. 일본 동경도에서 2003. 10. 23.(平成 15年 10月 23日) 동경도 교육위원회 교육장이 동경도립고등학교 등(맹학교, 노인학교, 양호학교 등 포함)의 각 교장에게 『입학식, 졸업식 등의 행사에서 국기게양 및 국가제창의 실시에 대하여』라는 통달을 발령하였고, 그 통달에 기하여 도립학교의 졸업식 등의 행사를 실시하는 경우 국가제창시 교직원은 식장에 게양된 국기를 향하여 기립한 상태에서 국가를 제창하고, 국가제창은 반드시 피아노 반주 등에 의해 행하여져야하는 등의 소정의 실시지침이 하달되었다. 이에 도립학교의 각 교장이 많은 교직원에 대하여 기립제창 또는 피아노 반주를 명하는 취지의 직무명령을 발령하였고, 그에 따르지 않은 다수의 교직원에 대하여 도교육위원회가 지방공무원법 제32조 위반 등을 이유로 하는 징계처분을 하였다. 그 징계처분은 과거의 징계처분의 원인이 된 비위행위가 반복적으로 행하여진 경우에는 양정을 가중하는 방침에 따라, 대체로 1회 위반 시는 계고, 2, 3회는 감봉, 4회 이상은 정직(과거 처분 전력이 있는 경우는 중한 징계양정에 따르나, 면직은 불가능하다)이었다.

2. 본 사건은 위와 같은 상황을 배경으로 하여 도립학교의 교직원으로 재직 중인 자와 퇴직자들이 제기한 소송으로서, (1) 재직자가 2004년 개정 전의

행정사건소송법(이하 '구 행정사건소송법'이라 한다)에서의 도교육위원회 및 개정 후의 행정사건소송법에서의 동경도를 상대로 하여 ① 각 소속학교의 졸업식 등 행사에서 국가 제창시에 국기를 향하여 기립하여 제창할 의무가 없다는 것 및 피아노 반주를 할 의무가 없다는 것의 확인을 구하고, ② 국가제창시 국기를 향하여 기립하지 아니하거나 국가를 제창하지 아니하거나 또는 반주를 하지 아니하는 것을 이유로 하는 징계처분의 금지를 구함과 함께 (2) 위 재직자와 퇴직자 전원이 동경도를 상대로 하여 본건 통달 및 본건 직무명령이 위헌, 위법한 것으로서 국가배상법에 의한 위자료 등의 손해배상을 구하는 사안이다.

3. 제1심[1]은 위 확인의 소 및 도교육위원회에 대한 금지의 소는 무명항고소송에 해당하고, 동경도에 대한 위 금지의 소는 법정항고소송에 해당하여 모두 적법하고, 본건 통달 및 본건 직무명령은 위헌, 위법한 것으로서 위 확인의 소 및 금지의 소에 관한 각 청구의 일부를 인용하고, 본건 배상청구를 전부 인용하였다. 제1심에서는 위 확인의 소 및 금지의 소에 관한 각 청구는 넓게는 일반적인 위 의무의 부존재의 확인 및 위 징계처분의 금지를 구하는 것으로서 위 각 청구 중 ① 본건 직무명령에 의한 의무의 부존재의 확인을 구하는 취지(이하 '본건 확인의 소'라 한다) 및 ② 본건 직무명령에 따르지 않은 것을 이유로 하는 징계처분의 금지를 구하는 취지(이하 '본건 금지의 소'라 한다)의 한도 내에서만 인용하였고, 그에 따라 본건 확인의 소 및 본건 금지의 소가 항소심 및 상고심의 심리의 대상이 되었다(나아가 원고는 항소심부터, 본건 확인의 소는 무명항고소송으로서는 부적법하더라도, 공법상의 당사자소송으로서는 적법하다고 주장하였다).

4. 이에 대하여 항소심[2]은 상대방 당사자의 여하를 묻지 아니하고, 본건 확인의 소를 무명항고소송, 본건 금지의 소를 법정항고소송으로 보고, 본건 통달에 행정처분성이 인정되므로 본건 통달의 취소소송 또는 무효확인소송(이하 '취소소송 등'이라 한다)의 제기 및 집행정지의 신청 등에 의한 구제가

1) 判例タイムズ 1228號 88頁.
2) 判例タイムズ 1364號 94頁.

가능하기 때문에, 본건 확인의 소 및 본건 금지의 소는, '처분의 작위 또는 부작위에 의한 손해를 피하기 위한 기타 적당한 쟁송방법이 없을 것'이라는 보충성의 요건을 흠결하여 부적법한 것이라고 하여 이를 각하하였다. 또한, 본건 통달 및 직무명령은 위헌, 위법한 것은 아니라고 하여 본건 배상청구를 기각하였다. 이에 대하여 원고가 상고하였다.

Ⅱ. 최고재판소(이하 '본 판결'이라 한다) 판결의 요지

1. 예방적 금지의 소에 대해서 행정사건소송법 제37조의4 제1항 소정의 "중대한 손해가 발생할 우려"가 있다고 인정되기 위해서는, 처분이 행하여짐으로 인하여 생길 우려가 있는 손해가 처분이 행하여진 후에 취소처분 등을 제기하고 집행정지의 결정을 받는 등의 방법으로 용이하게 구제받는 것이 불가능하고, 처분이 행하여지기 전에 금지를 명하는 방법에 의하지 아니하면 구제를 받는 것이 곤란할 것이라고 하는 요건을 필요로 한다.

2. 공립고등학교 등의 교직원이 졸업식 등의 행사에서 국가제창을 할 때 국기를 향하여 기립하거나 피아노 반주를 하는 것을 명하는 취지의 교장의 직무명령의 위반을 이유로 하는 징계처분의 금지를 구하는 소는 다음 ①, ② 등의 판시와 같은 사정 하에서 행정사건소송법 제37조의4 제1항 소정의 "중대한 손해가 발생할 우려"가 있다고 인정된다.

① 해당 지방자치단체는 교육위원회가 각 교장에 대하여 위 직무명령의 발령의 필요성을 규정하여 하달하는 통달(通達)[3]을 판단의 근거로 하여, 다수의 공립고등학교 등의 교직원이 매년 2회 이상의 각 행사에서 위와 같은 내용의 직무명령을 받고 있다.

② 위 직무명령에 따르지 아니하는 교직원에 대해서는, 과거의 징계처분의

3) 상급(上級) 관청(官廳)이 소관(所管)의 기관(機關) 및 직원(職員)에 대(對)하여 행(行)하는 통지(通知). 통첩(通牒)

원인이 된 비위행위가 반복적으로 행하여진 경우에 대해서는 처분을 가중한다는 방침 하에 대체로 그 위반 횟수가 1회인 경우에는 계고, 2, 3회인 경우는 감봉, 4회 이상은 정직이라는 처분양정에 따라 징계처분이 반복적·계속적으로 누적가중될 위험이 있다.

3. 공립고등학교 등의 교직원이 졸업식 등의 행사에서 국기를 향하여 기립하여 국가를 제창하거나 피아노 반주를 할 것을 명하는 취지의 교장의 직무명령의 기초가 된 의무의 부존재의 확인을 구하는 소는, 위 직무명령의 위반을 이유로 하여 행하여진 개연성이 있는 징계처분에 대한 금지의 소를 제기하는 것이 가능하고, 그 본안에서 당해 의무의 존부가 판단의 대상이 되는 경우에는 위 징계처분의 예방을 목적으로 하는 소는 소위 무명항고소송으로서 다른 적당한 소송방법이 있기 때문에 보충성의 요건을 흠결하여 부적법하다.

4. 공립 고등학교 등의 교직원이 졸업식 등의 행사에서 국가제창시 국기를 향하여 기립하거나 피아노 반주를 할 것을 명하는 취지의 교장의 직무명령의 기초가 된 의무의 부존재의 확인을 구하는 소는, 다음 ①, ② 등 판시의 사정 하에서는 위 직무명령의 위반을 이유로 하는 행정처분 이외의 처우상의 불이익을 예방하는 것을 목적으로 하는 공법상의 법률관계에 관한 확인의 소로서 확인의 이익이 있다.

① 해당 지방자치단체는 교육위원회가 각 교장에 대하여 위 직무명령의 발령의 필요성을 기초로 하는 사항을 하달하는 통달(通達)을 판단의 근거로 하여, 다수의 공립고등학교 등의 교직원이 매년 2회 이상의 각 행사에서 위 직무명령을 받고 있다.

② 위 직무명령에 따르지 아니하는 교직원에 대해서는 그 위반 및 그 누적이 징계처분의 처분사유나 가중사유로 평가를 받음에 따라 근무성적의 평가를 통한 승진 등에 불이익 등 행정처분 이외의 처우상의 불이익이 반복계속적으로 누적가중적으로 발생할 위험이 크다.

Ⅲ. 본 판결의 내용

1. 원심은 법정항고소송으로서의 본건 금지소송 및 무명항고소송으로서의 본건 확인의 소에 대해서 통달에 행정처분성이 인정되는 것을 전제로 보충성의 요건이 흠결되었다는 이유로 소를 부적법하다고 한 것은 앞서 살펴본 바와 같다. 본 판결은 본건 통달의 행정처분성을 인정하지 아니하고, 이러한 전제에서 금지의 소의 적법성 및 공법상의 당사자소송으로서의 본건 확인의 소의 적법성에 대해서 검토하였다.

2. 본 판결은 본건 금지의 소 중 면직처분의 금지를 구하는 소는 처분의 개연성을 흠결하여 부적법하나, 면직 이외의 징계처분(계고, 감봉 또는 정직 등 각 처분)의 금지를 구하는 소는 행정사건소송법 제37조의4 제1항의 "중대한 손해가 발생할 우려"의 요건 및 기타 소송요건을 만족하여 적법하다고 판시하였다.

한편 최고재판소는 원심 판결에는 이 소를 부적법한 것으로 각하한 점에 위법이 있기는 하나, 직무명령에 기초한 공적의무가 부존재한다고는 할 수 없고, 본건 직무명령의 위반을 이유로 하는 징계처분 중 계고처분이 재량권의 범위의 일탈 또는 그 남용에 해당한다고 보기 어렵고, 감봉 또는 정직의 처분이 개개의 상고인에 대해서 이에 해당하는지 여부의 판단을 가능하게 하는 개별 구체적인 사정의 특정 및 주장입증이 되지 아니하여 당해 금지청구는 같은 조 제5항의 본안요건을 만족하지 않아 기각을 면치 못하는 이상, 불이익변경금지원칙(행정사건소송법 제7조, 민사소송법 제313조, 304조)에 의해 상고를 기각한다고 판시하였다.

3. 또한 본 판결은, 본건 확인의 소는 징계처분의 예방을 목적으로 하는 무명항고소송으로서는 제2항의 법정항고소송으로서의 금지의 소와의 관계에서 보충성의 요건이 흠결되어 있어 부적법한 소이나, 동경도에 대한 본건 확인의 소는, 행정처분 이외의 처우상 불이익의 예방을 목적으로 하는 공법상 당

사자 소송(공법상 법률관계에 관한 확인의 소)로서는 확인의 이익이 인정되어 적법하고, 원 판결에는 이 소를 부적법한 것으로 각하한 점에 위법이 있기는 하나, 본건 직무명령에 기초한 공적의무가 존재하지 아니한다고 할 수 없고, 당해 확인청구는 이유가 없어 기각을 면치 못하는 이상 불이익변경금지원칙에 의해 상고를 기각한다고 판시하였다.

4. 그리고 본 판결은 본건 배상청구에 대해서도, 이를 기각한 원심 판결은 수긍할 수 있다고 하여 상고를 각 기각하였다.

Ⅳ. 평석

1. 들어가며

행정청이 일정한 직무행위를 하지 않을 것을 구하는 내용의 행정소송인 예방적 금지소송(또는 예방적 부작위청구소송)은 종래 그 인정여부와 관련하여 많은 논란이 있었으나, 최근 행정소송법 개정 논의 과정에서 도입이 확정된 것으로 보인다. 그러나 예방적 금지소송과 함께 도입이 확정된 의무이행소송과는 달리 예방적 금지소송에 대해서는 소송의 운용형태 등에 대해 알려진 바가 많지 않다. 예방적 금지소송은 국민의 권리구제의 범위를 확장하는 반면 권력분립의 원칙과 소위 행정청의 1차적 판단권에 영향을 미칠 수 있는 중요한 제도임에도 그 운용의 형태가 어떠한지 알 수 없던 차에 우리보다 앞선 2004년에 예방적 금지소송[4]을 도입한 일본의 판례를 통해 예방적 금지소송과 관련된 중요 쟁점을 살펴보고 개정될 우리 행정소송법에 시사하는 바를 검토해 보기로 한다.

---

4) 일본에서는 예방적 금지소송을 '금지의 소(差止めの訴)'라고 규정하나, 그 내용은 사실상 다르지 아니하므로 편의상 예방적 금지소송이라고 한다.

2. 일본 행정사건소송법의 규정내용

제3조 제7호[5] 이 법률에서 "예방적 금지 소송"이라고 함은, 행정청이 일정한 처분 또는 재결을 해서는 아니됨에도 불구하고 이를 행하려고 하는 경우에 있어서, 행정청이 당해 처분 또는 재결을 행하여서는 안된다는 취지를 명하는 소송을 말한다.

제37조의4(예방적 금지소송의 요건)[6] 예방적 금지의 소는 일정한 처분 또는 재결이 이루어짐에 의해 중대한 손해가 발생할 우려가 있는 경우에 한하여 제기할 수 있다. 다만, 그 손해를 피하기 위한 다른 적당한 방법이 있을 때에는 그러지 아니하다.

2. 재판소는 전항이 규정된 중대한 손해의 발생 여부를 판단함에 있어서는, 손해회복의 곤란 정도를 고려하여야 하고, 손해의 성질, 정도 및 처분 또는 재결의 내용과 성질도 감안하여야 한다.

3. 예방적 금지의 소는 행정청이 일정한 처분 또는 재결을 해서는 아니된다는 취지를 명하는 것에 관하여 법률상의 이익을 가지는 자에 한하여 제기할 수 있다.

4. 전항에 규정한 법률상 이익의 유무 판단에 있어서는, 제9조 제2항[7]의 규정을 준용한다.

5. 예방적 금지의 소가 제1항 및 제3항이 규정되어 있는 요건에 해당하는 경우에, 그 금지소송에 관련되는 처분 또는 재결에 관하여 행정청이 그 처분이나 재결을 해서는 안된다는 것이 당해 처분이나 재결의 근거되는 법령 규정에 비추어 명백하다고 인정되고 또는 행정청이 그 처분이나 재결을 하는 것이 재량권 범위를 유월하거나 그 남용으로 인정되는 경우에는 재판소는 행정청이 당해 처분 또는 재결을 해서는 아니된다는 취지를 명하는 판결을 한다.

---

5) 第三條　この法律において「抗告訴訟」とは、行政廳の公權力の行使に關する不服の訴訟をいう。
7.この法律において「差止めの訴え」とは、行政廳が一定の處分又は裁決をすべきでないにかかわらずこれがされようとしている場合において、行政廳がその處分又は裁決をしてはならない旨を命ずることを求める訴訟をいう。

6) 第三十七條の四　差止めの訴えは、一定の處分又は裁決がされることにより重大な損害を生ずるおそれがある場合に限り、提起することができる。ただし、その損害を避けるため他に適当な方法があるときは、この限りでない。
2.裁判所は、前項に規定する重大な損害を生ずるか否かを判斷するに当たつては、損害の回復の困難の程度を考慮するものとし、損害の性質及び程度並びに處分又は裁決の內容及

3. 본건 판결의 쟁점에 대한 검토

일본에서는 2004년 개정 전의 구 행정사건소송법은 제3조 제2항 이하에 있어서 법정항고소송의 유형으로 취소소송, 무효확인소송, 부작위위법확인소송 만을 정하고 있었고, 의무이행소송 및 예방적금지소송은 법령에 규정되어 있지 아니한 무명항고소송으로 이해하고 있었다. 국민의 권리이익의 구제방법의 확충을 목적으로 개정된 2004년 행정사건소송법에 있어서는 제3조 제6항 및 제7항에 의무이행소송과 예방적 금지소송을 새로운 유형으로 규정하였고(법정항고소송), 또한 같은 법 제4조에서 공법상의 법률관계에 관한 확인의 소가 공법상의 당사자소송의 유형 중의 하나로서 예시적으로 규정되었다.[8] 개정 행정사건소송법의 시행 후에는 위와 같은 다양한 소송유형의 활용 방안

び性質をも勘案するものとする。
3.差止めの訴えは、行政廳が一定の處分又は裁決をしてはならない旨を命ずることを求めるにつき法律上の利益を有する者に限り、提起することができる。
4.前項に規定する法律上の利益の有無の判斷については、第九條第二項の規定を準用する。
5.差止めの訴えが第一項及び第三項に規定する要件に該当する場合において、その差止めの訴えに係る處分又は裁決につき、行政廳がその處分若しくは裁決をすべきでないことがその處分若しくは裁決の根據となる法令の規定から明らかであると認められ又は行政廳がその處分若しくは裁決をすることがその裁量權の範囲を超え若しくはその濫用となると認められるときは、裁判所は、行政廳がその處分又は裁決をしてはならない旨を命ずる判決をする。

7) 일본 행정사건소송법 제9조제2항
재판소는 처분 또는 재결의 상대방 이외의 자와 관련하여 전항에 규정된 법률상의 이익의 유무를 판단함에 있어서는, 당해 처분 또는 재결의 근거가 되는 법률의 규정의 文言 만에 의하지 아니하고, 당해 법령의 취지와 목적 및 당해 처분에 있어서 고려되어야할 이익의 내용 및 성질도 고려하여야 한다. 이 경우에 있어서 당해 법령의 취지 및 목적을 고려함에 있어서는 당해 법령과 목적을 공통으로 하는 관계법령이 있는 때에는 그 취지 및 목적도 고려하여야 하며, 당해 이익의 내용 및 성질을 고려함에 있어서는, 당해 처분 또는 재결이 그 근거가 되는 법령에 위반하여 침해하게 되는 이익의 내용 및 성질과 그것이 침해되는 態樣과 정도도 감안하여야 한다.

8) 第四條 この法律において「当事者訴訟」とは、当事者間の法律關係を確認し又は形成する處分又は裁決に關する訴訟で法令の規定によりその法律關係の当事者の一方を被告とするもの及び公法上の法律關係に關する確認の訴えその他の公法上の法律關係に關する訴訟をいう。
제4조 이 법률에서 당사자소송이라 함은, 당사자간의 법률관계를 확인 또는 형성하는 처분 또는 재결에 관한 소송으로서 법령의 규정에 의해 그 법률관계의 당사자 일방을 피고로 하는 것 및 공법상 법률관계에 관한 확인소송 기타 공법상의 법률관계에 관한 소송을 말한다.

이 실무와 학계에서 주목받게 되었다.

(1) 쟁송방법의 선택과 관련하여

예방적 확인소송은 불이익한 행정작용의 발급을 저지하기 위해 제기하는 확인소송이다. 즉, 법원에 행정청이 특정한 행정작용을 발할 권한이 없음에 대한 확인을 구하는 소송을 의미한다. 예방적 금지소송은 예방적 구제라는 공통점을 가지는 예방적 확인소송과의 구별이 매우 어려운 문제이다. 이에 대해서는 소송의 대상을 기준으로 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 대해서는 예방적 금지소송으로, 그 이외의 행정작용에 대해서는 공법상 당사자소송으로 다투면 된다는 견해가 유력하다.[9] 그러나 예방적 금지소송과 당사자소송으로서 예방적 확인소송은 구체적인 경우에 그 구분이 매우 어렵기 때문에 위와 같은 구별을 엄격히 할 경우 국민들에게 쟁송방법 선택의 위험을 전가시킬 우려가 있다. 따라서 어느 정도 유연한 해석이 필요할 것으로 보인다.[10]

예방적 금지소송과 확인소송에 대한 논의가 활성화되지 않은 우리나라에서는 양 소송의 구분에 대한 판례·학설을 찾아보기 힘든 상황이나, 일본에서는 예방적 금지소송을 법정화하는 과정에서 다음과 같은 견해가 주장되었다. 즉, ① 장래 행해질 처분 자체를 직접 금지하느냐, 아니면 처분 전의 법률상태를 확인하여 지위를 보전하느냐에 따라 구분할 수 있다는 견해[11], ② 확실히 도래할 처분인 경우에는 그 처분의 예방적 금지를 구하고, 예상되기는 하나 확실성이 없는 경우에는 그 처분의 전제인 법률관계에 대한 견해 차이를 정리해두는 형식의 확인소송을 이용할 수 있다는 견해[12] ③ 처분의 특정성이

9) 김남진, "예방적 금지소송의 허용성과 요건 등", 고시연구 2005. 4. 16면.

10) 이에 대하여 행정행위를 포함한 모든 직무행위에 대한 예방적 금지소송을 일반적 이행소송(allgemeine Leistungsklage)의 형태로 인정하고 있는 독일의 행정소송실무에 착안하여 예방적 소송 전체를 당사자소송으로 인정하면 된다는 견해가 있으나(정하중, 행정법개론, 법문사, 2009, 657면) 예방적 금지소송이 항고소송의 하나로 규정될 예정인 우리 행정소송법과 이미 그와 같이 규정된 일본 행정사건소송법에서는 이와 같이 해석하기 어렵다.

11) 塩野宏, 行政法 II, 有斐閣, 2010, 238면.

12) 小早川光郎(編), ジュリスト 增刊 改正行政事件訴訟法研究, 2005, 158頁; 山田洋, "確認訴訟の行方", 法律時報 77-3, 2005, 48면.

불명확하거나 예상할 수 없지만, 그래도 예방이 필요한 때에는 예방적 금지소송의 확장보다는 예방적 확인소송을 활용해야 한다고 주장하면서, 항고소송인 예방적 금지소송은 정형화·특칙화되고, 당사자소송인 확인소송에 포함되어야 한다는 견해 등이 있다.[13)]

이 사건 최고재판소 판결은 원고의 청구를 본건 금지의 소와 본건 확인의 소로 구별하고, 그에 따라 판단을 달리하고 있다.

1) 예방적 금지소송

최고재판소는 본건 금지의 소를 법정항고소송인 금지의 소로 이해한 다음 그 적법성을 판단하고, 본건 확인의 소에 대해서는 무명항고소송으로서 뿐만이 아니라 공법상 당사자소송으로서의 적법성도 검토하고 있다. 이러한 논의의 전제로서, 본건 통달은 행정조직의 내부에 있어서 상급 행정기관인 도교육위원회로부터 관계 하급행정기관인 도립학교의 각 교장에 대한 하달 또는 명령에 그치고, 그 자체로 교직원 개인의 권리의무를 직접 형성하거나 또는 그 범위를 확정하는 것이라고 할 수 없어 결국 그 행정처분성이 부정됨에도, 원심은 행정처분성이 인정됨을 전제로 본건 통달의 취소소송 등 및 집행정지와의 관계에서 보충성의 요건이 흠결되었다는 이유로 이러한 소를 부적법하다고 하는 해석은 수긍할 수 없다는 취지로 판시하였다.[14)] 또한 본 판결은, 본건 직무명령에 대해서도, 그것은 직무의 수행에 있어서 마땅히 따라야 할 상사의 직무상 지시를 내용으로 하는 것으로서 교직원 개인의 신분 및 근무조건에 관한 권리의무에 직접 영향을 미치는 것은 아니므로 그 행정처분성을 부정하고, 그 위반에 대해서 도교육위원회에 의한 징계처분이 행하여지는 최초의 행정처분성에 관하여 직원에 대한 행정기관으로서의 직무상의 공적의무를 부과하는 것에 그치는 등(개인의 권리의무에 직접 영향을 미치는 것은 아니다) 직무명령에 대해서도 행정처분성이 부정되는 것을 전제로 하고 있다. 이러한 점에 관하여 본 판결은, 본건 통달에 따라 직무명령의 적법성을 다투

13) 학설의 내용 등에 대해서는 김현준, 박웅광, “예방적 금지를 구하는 행정소송”, 토지공법연구 제50집, 2010. 8. 307면 등 참조.

14) 통달의 행정처분성에 관해서는 최고재판소의 여러 판례가 이를 원칙적으로 부인하고 있고, 본 판결도 이러한 태도를 따르고 있다.

는 쟁송방법에 대하여 징계처분에 대한 취소소송 이외에, 본건과 같은 사정하에서 뒤에서 살펴볼 사전구제의 쟁송방법(금지의 소 또는 공법상 법률관계에 관한 확인의 소)에 의해서도 다투는 것이 가능하므로 국민의 권리구제의 실효성에 흠결이 생기는 것은 아니라고 한다.

2) 징계처분의 예방을 목적으로 하는 확인소송 – 무명항고소송

다음으로 본 판결은, 본건 확인의 소에 대해서는, 본건 확인의 소를 징계처분의 예방을 목적으로 하는 무명항고소송으로 보고, 실질적으로는 본건 직무명령의 위반을 이유로 하는 징계처분의 금지의 소가 본건 직무명령에 기초한 공적의무의 존부에 관한 확인의 소의 형식으로 바뀐 것이라고 할 수 있고, 따라서 법정항고소송으로서 위 금지의 소를 적법하게 제기하는 것이 가능하고, 본안에 있어 본건 직무명령에 기초한 공적의무의 존부가 판단의 대상으로 되는 이상, 법정항고소송인 금지의 소라는 쟁송방법이 있으므로 보충성의 요건을 흠결하여 부적법하다고 하였다.

이와 같이 2004년 행정사건소송법의 개정에 의하여 의무이행소송과 금지소송이 법정항고소송이 됨에 따라 학설도, 무명항고소송은 이론적으로는 존재할 수 있으나, 법정항고소송과의 관계에 있어서 보충성의 요건의 관점에서 실제로는 기능할 수 있는 장면은 극히 한정되는 것으로 보고 있다.[15] 본 판결은 본건 확인의 소에 대하여 그 소가 행정처분에 관한 불복을 내용으로 하는 경우에는 징계처분의 예방을 목적으로 하는 무명항고소송에 해당하고, 이 경우에는 법정항고소송으로서 본건 직무명령의 위반을 이유로 하는 징계처분의 금지의 소를 제기할 수 있으므로 보충성의 요건을 흠결하여 부적법하다고 하였다. 이러한 판시는 최고재판소가 무명항고소송에 대해서 법정항고소송과의 관계에서 보충성의 요건이 소송요건으로 되는 것을(종래부터 하급심의 재판례 및 학설에서 일반적으로 그렇게 해석하고 있었다) 최초로 인정함과 동

15) 原田尙彦 “行政法要論”, 全訂第7版, 2010. 3., 374면(“의무이행소송・금지소송이 명문으로 인정된 현행법에서는, 항고소송은 거의 완전한 구제 시스템을 갖추게 되었다. 법정항고소송으로 대부분의 분쟁을 해결하는 것이 가능하다. 법정항고소송으로 구제가 가능한 경우에, 굳이 법정외의 특이한 소송을 선택할 필요는 인정되지 않는다. 이론상으로는 어찌 되었든 실제로 무명항고소송을 인정할 여지는 현재에는, 거의 없는 것으로 보인다”).

시에 그 요건해당성의 판단을 보여준 것이라고 한다.[16]

3) 행정처분 이외의 처우상의 불이익에 미칠 영향의 예방을 목적으로 하는 소송 - 공법상 당사자소송

또한 본 판결은 동경도에 대한 본건 확인의 소에 대해서, 행정처분에 관한 불복을 내용으로 하는 소송으로 구성한 경우에는 위와 같이 징계처분의 예방을 목적으로 한 무명항고소송에 해당하여 부적법하지만, 본건 직무명령의 위반이 징계처분의 처분사유·가중사유가 아닌 근무성적의 평가를 통한 승급 등에 관한 불이익, 즉 행정처분 이외의 처우상의 불이익에 미칠 영향의 예방을 목적으로 하는 소송으로 구성하는 경우에는 공법상의 법률관계에 관한 확인의 소로 보는 것이 가능하고, 이 경우 그 불이익의 반복계속성과 누적가중성에 비추어 보면, 그 자체로 확인의 이익이 인정되어 적법한 소라고 하였다.[17]

최고재판소는 이러한 소를 2004년 개정에 의하여 공법상의 당사자소송의 유형 중 하나로 규정된 공법상의 법률관계에 관한 확인의 소(행정사건소송법 제4조)로 이해하고, 위 판결의 내용 제4항과 같은 상황에서 그 불이익의 반복계속성과 누적가중성에 비추어, 행정처분 이외의 처우상의 불이익을 예방하기 위한 목적에 들어맞는 유효적절한 쟁송방법으로서 확인의 이익을 긍정하고 있다. 이러한 최고재판소의 태도는 2004년 개정에 의해 공법의 당사자소송의 일유형으로 예시적으로 규정된 공법상의 당사자소송으로서의 확인의 소에 대하여 그 활용에 적합한 예시를 보여주고 있다.[18]

한편 본 판결은 공법상의 법률관계에 관한 확인의 소를 공법상 당사자소송의 예로 규정한 2004년 개정의 취지에 따라 불이익의 성질 및 사후의 회복의 곤란성 등에 맞추어 공법상 법률관계에 관한 확인의 소를 불이익의 예방을 위하여 유효적절한 쟁송방법으로 보고 그 확인의 이익을 긍정하고 있다. 본

---

16) 判例タイムズ, 1371號, 103면.

17) 이에 대하여 도교육위원회에 대한 본건 확인의 소에 대해서는, 피고적격의 점에서 적법한 공법상 당사자소송으로 구성할 여지는 없고, 부적법한 소이다).

18) 判例タイムズ, 1371號, 104면.

판결은 처우상의 불이익의 반복계속성과 누적가중성에 비추어 확인의 이익을 긍정할 수 있는 "특단의 사정"을 인정하였는데, 이러한 예방적 확인소송에 있어서 확인의 이익에 관하여는, 판례에서 아직까지 일반적인 판단기준으로 채용하는 단계에 이르지는 못하였으나, 2004년 개정의 취지에 따라 개개의 사안의 성질 및 제반 사정에 따라 개별구체적인 판단에 의한 사례의 집적을 기다리고 있다고 한다.[19)]

4) 소결론

본 최고재판소 판례는 행정처분성을 가지는 징계처분의 금지를 구하는 소에 대하여는 예방적 금지소송으로, 본건 직무명령에 기초한 공적의무의 부존재의 확인을 구하는 소에 대하여는, 그 내용에 따라 징계처분의 예방을 목적으로 하는 경우에는 무명항고소송으로, 행정처분 이외의 처우상의 불이익의 예방을 목적으로 경우에는 공법상 당사자소송의 유형 중의 하나인 공법상 당사자소송으로 보고, 각각의 경우에 따라 그 적법요건을 판단하고 있다. 일본 최고재판소의 이러한 판시는 국민의 권리구제의 사각지대를 해소하기 위하여 다양한 소송유형을 인정하려는데 그 취지가 있는 것으로 보이고, 행정사건소송법 상의 소변경 규정과 함께 작용하여 국민은 소송의 형태에 크게 구애 받지 아니하고 권리를 구제받을 수 있게 되었다.

(2) 예방적 금지소송의 소송요건에 대하여

2004년 개정 전의 구 행정사건소송법 하에서 하급심 판례 및 학설의 대세는 아직 법정되어 있지 않았던 의무이행소송 및 금지소송을 포함한 무명항고소송이 허용되기 위해서는 소위 "3요건(① 행정청이 당해 행정처분을 하여야 하거나 또는 하여서는 아니될 것에 대해 법률상 기속되고, 행정청에 자유재량의 여지가 전혀 없기 때문에 제1차적인 판단권을 행정청에 유보하는 것이 반드시 중요한 것은 아니라고 인정되고, ② 사전심사를 인정하지 않음에 따라 발생하는 손해가 중대하기 때문에 사전 구제의 필요성이 현저하며, ③ 기

19) 判例タイムズ, 1371號, 104면.

타 적절한 구제방법이 없을 것)"의 충족이 필요하다고 하였고, 이는 일반적인 적법요건으로서 설명되었다.[20]

일본 행정사건소송법은 개정 당시 위와 같은 태도를 받아들여 위 ②(중대한 손해의 요건)와 ③(보충성의 요건)이 소송요건으로서, 위 ①이 본안요건으로서 각기 법률에 규정되었다(행정사건소송법 제37조의4 제1항, 제5항). 이에 따라 일본에서는 예방적 금지소송을 "행정청이 일정한 처분 또는 재결을 해서는 아니됨에도 불구하고 이를 행하려고 하는 경우에 있어서, 행정청이 당해 처분 또는 재결을 행하여서는 안된다는 취지를 명하는 소송"이라고 정의하고, 급부소송의 일종으로 보는 것이 일반적이고,[21] 또한 위 법률의 문언에 따라 예방적 금지소송의 소송요건으로서 "처분의 개연성과 손해의 중대성, 보충성, 원고적격"을 제시하고, 본안요건으로서 "처분의 기속성"을 제시하고 있다.

본 최고재판소 판결은, 면직처분의 금지를 구하는 소는 현재에 있어 본건 직무명령의 위반을 이유로 하는 면직처분이 행하여질 가능성이 없기 때문에 처분의 개연성을 흠결한 부적법한 소이고, 한편 면직 이외의 계고, 감봉 또는 정직 처분의 금지를 구하는 소는 행정사건소송법 제37조의4 제1항의 "중대한 손해가 발생할 우려"의 요건을 만족하고 있고, 또한 기타의 소송요건도 만족하고 있기 때문에 적법한 소라고 하였다.

최고재판소는 본 판결에서 최초로 "중대한 손해가 발생할 우려"에 대한 판단기준을 제시하고 있는데, "중대한 손해가 발생할 우려가 있다고 인정되는 때란, 처분에 의하여 생길 우려가 있는 손해가, 처분이 행하여진 후에 취소소송 등을 제기하고 집행정지의 결정을 받는 등에 의해서는 용이하게 구제를 받는 것이 가능하지 않고, 처분이 행하여지기 전에 금지를 명하는 방법에 의하지 않으면 구제를 받는 것이 곤란할 것을 요한다"고 하고 있다. 이러한 판단기준은 행정사건소송법 제37조의4 제2항의 규정에 입각한 것으로 보이고, 그에 따라 위 판결은 본건 통달을 판단의 근거로 하여 매년 2회 이상의 행사에 다수의 교직원에 대하여 본건 직무명령이 반복하여 발령되고 있는 경우에

20) 判例タイムズ, 1371號, 103면.
21) 塩野宏、行政法Ⅱ, 2010, 248면.

는 그 위반에 대한 징계처분이 누적 가중되어 일반적으로 4회에(다른 징계처분 전력이 있으면 3회 이내에) 정직처분에 처해지는 징계처분의 반복계속성과 누적가중성을 고려하여 일련의 누적된 징계처분에 의하여 생기는 손해의 회복의 곤란의 정도 등에 비추어 위 처분의 금지를 구하는 소는 위 요건을 만족하고 있다고 한 것이다.

(3) 예방적 금지소송의 본안요건에 대하여

일본 행정사건소송법은 예방적 금지소송의 본안요건과 관련하여 "그에 관련되는 처분 또는 재결에 관하여 행정청이 그 처분이나 재결을 해서는 안된다는 것이 당해 처분이나 재결의 근거되는 법령 규정에 비추어 명백하다고 인정되거나 행정청이 그 처분이나 재결을 하는 것이 재량권 범위를 유월하거나 그 남용으로 인정되는 경우"를 규정하고 있다(제37조의4 제5항).

본 최고재판소 판결은, 본건 직무명령의 합헌성에 대하여 도립고교의 교장이 교직원에 대해 발령하는 본건 직무명령이 헌법 제19조에 위반되는 것은 아니라는 취지로 판시하고 있다.[22] 즉 징계처분의 처분사유에 대해서는 본건 직무명령이 위헌무효라고 할 수 없는 이상, 이에 기초한 의무가 부존재한다고 할 수 없다고 판시하고 있다. 마찬가지로 도교육위원회가 도립고교의 각 교장에 대하여 본건 직무명령의 발령의 필요성의 기초된 사항 등을 하달하는

---

22) 君が代(일본 국가) 및 日の丸(일본 국기)와 관련된 공립학교의 행사를 실시함에 있어 교장의 교직원(지방공무원)에 대한 직무명령의 합헌성 등이 다투어진 일련의 소송(소위 교직원 국기국가소송) 사례 중, (1) 직무명령의 합헌성에 관한 최고재판소의 사례로 ① 음악교과의 교육에 君が代의 피아노 반주를 명하는 직무명령이 헌법 제19조에 위반되는 것은 아닌지에 대한 최고재판소 2007. 2. 27.(平成 19. 2. 27. 民集 61卷 1號 291頁, 판례타임즈 1236號 109頁) 사건(소위 피아노 반주사건판결), ② 교직원에 기립제창을 명한 직무명령이 헌법 제19조에 위반되는 것은 아닌지에 대한 최고재판소 2011. 5. 30.(平成 23. 5. 30. 民集 65卷 4號 1780頁), 최고재판소 2011. 6. 6. (平成 23. 6. 6. 民集 65卷 4號 1855頁), 최고재판소 2011. 6. 14.(平成 23. 2. 27. 民集 65卷 4號 2148頁) 및 최고재판소 2011. 6. 21.(平成 23. 6. 21.) 등 일련의 소위 기립제창사건이 있고, 또 (2) 직무명령의 위반을 이유로 하는 징계처분의 적법성에 관한 재량론과 관련된 법적판단을 보여준 사례로서 최고재판소 平成 24. 1. 16.(2012. 1. 16.) 판례가 있다.
본 최고재판소 판결은 위 (1) 및 (2)의 각 판결을 인용하고, 이러한 판례를 전제로 하여 금지소송 및 확인소송에 관한 행정사건소송법의 논점의 해석을 중심으로 법적판단을 전개하고 있다.

본건 통달 역시 교직원과의 관계에서 같은 조 위반의 문제를 야기하는 것은 아니라는 취지로 판시하고 있다. 교직원의 사상 및 양심의 자유와의 관계에서 교직원을 대상으로 기립제창 또는 피아노 반주를 명하는 본건 직무명령이 헌법 제19조에 위반되는 것은 아닌 이상, 본건 통달 역시 그 자체가 교직원에 대한 어떠한 행위도 직접 명하는 것은 아니므로(뒤에서 보는 바와 같이 교직원 개인의 권리의무에 직접 영향을 미치지 않아 어떠한 행정처분성도 인정되지 아니하므로] 교직원과의 관계에서 위헌의 문제를 야기할 여지는 없는 것으로 보고 있다. 또한, 징계처분에 관한 재량론에 대해서는, 최고재판소 平成 24. 1. 16. 판결을 인용하여 계고처분은 재량론의 범위의 일탈 또는 그 남용에 해당한다고 할 수 없고 감봉 또는 정직의 처분이 이에 해당하는지 여부는 개개의 사안의 개별구체적인 사정에 의해 판단하여야 하는데, 그러한 판단을 가능하게 하는 개별구체적인 사정의 특정 및 주장입증이 이루어지지 않았다고 판시하여 위 각 처분의 금지청구는 기각을 면치 못하므로 불이익변경금지 원칙에 의하여 상고를 기각하였다(면직처분의 금지를 구하는 소에 대해서는, 이를 기각한 원심의 판단은 결론에 있어서 정당하다고 하여 상고를 기각하였다).

4. 최고재판소 판결의 의의와 우리 행정소송법에의 시사점

본 최고재판소 판결은, 2004년 개정된 행정사건소송법에 있서 창설한 예방적 금지소송의 소송요건인 같은 법 제37조의4 제1항의 “중대한 손해가 발생할 우려”의 요건에 대하여 최초로 판단기준을 제시하고, 그 요건해당성을 긍정하는 동시에 개정 후에 있어서 무명항고소송의 법정항고소송과의 관계에서 보충성의 요건 및 공법상의 당사자소송(공법상의 법률관계에 관한 확인의 소)으로서의 예방적 확인소송에 있어서 확인의 이익 등에 대해서도 법적 판단을 보여주고 있어 실무상 및 이론상 매우 중요한 의의를 가지고 있다.

(1) 우리 행정소송법 개정의견 또는 개정안과 개정시안

1) 2006. 대법원 행정소송법 개정의견

제4조(항고소송) 항고소송의 종류는 다음과 같다. 4. 예방적 금지소송 : 행정청이 장래에 일정한 처분이나 명령 등을 할 것이 임박한 경우에 그 처분이나 명령 등을 금지하는 소송 제55조(원고적격) 예방적 금지소송은 행정청이 장래에 일정한 처분이나 명령 등을 할 것이 임박한 경우에 그 처분이나 명령 등의 금지를 구할 법적으로 정당한 이익이 있는 자가 사후에 그 처분이나 명령 등의 효력을 다투는 방법으로 회복하기 어려운 손해를 입을 우려가 있는 때에 한하여 제기할 수 있다. 제56조(소의 변경) 제22조의 규정은 예방적 금지소송을 당사자소송이나 민사소송 또는 예방적 금지소송 외의 항고소송으로 변경하는 경우 및 민사소송을 예방적 금지 소송으로 변경하는 경우에 준용한다. 제57조(금지판결) 법원은 행정청의 장래의 처분이나 명령 등이 위법하고, 그 처분이나 명령 등을 하지 않도록 하는 것이 상당하다고 인정하는 때에는 행정청에게 그 처분이나 명령 등을 하지 않도록 선고한다.

2) 2007. 법무부 개정안

제4조(항고소송) 항고소송은 다음과 같이 구분한다. 4. 예방적 금지소송 : 행정청이 장래에 위법한 처분을 할 것이 임박한 경우에 그 처분을 금지하는 소송 제48조(원고적격) 예방적 금지소송은 행정청이 장래에 일정한 처분을 할 것이 임박한 경우에 그 처분의 금지를 구할 법률상 이익이 있는 자가 사후에 그 처분의 효력을 다투는 방법으로 회복하기 어려운 손해가 발생할 것이 명백한 경우에 한하여 제기할 수 있다. 제49조(금지판결) 법원은 행정청이 장래에 행할 일정한 처분이 위법하고, 그 처분을 하지 않도록 하는 것이 상당하다고 인정하는 경우에는 행정청에게 그 처분을 하지 않도록 선고한다.

3) 2012. 행정소송법 개정시안

제4조(항고소송) 항고소송은 다음과 같이 구분한다. 4. 예방적 금지소송 :행정청이 장래에 위법한 처분을 할 것이 임박한 경우에 그 처분을 금지하는 소송 제51조(원고적격) 예방적 금지소송은 행정청이 장래에 위법한 처분을 할 것이 임박한 경우에 그 처분의 금지를 구할 법적 이익이 있는 자가 사후에 그 처분의 효력을 다투는 방법으로는 회복하기 어려운 중대한 손해가 발생할 것이 명백한 경우에 한하여 제기할 수 있다. 제52조(소의 변경) 예방적 금지소송을 예방적 금지소송 외의 항고소송이나 당사자소송 또는 민사소송으로 변경하는 경우 및 민사소송을 예방적 금지소송으로 변경하는 경우에는 제22조를 준용한다. 제53조(금지판결) 법원은 행정청이 장래에 위법한 처분을 할 것이 임박하여 그 처분을 하지 아니하도록 하는 것이 상당하다고 인정하는 경우에는 행정청에 그 처분을 하지 아니하도록 선고한다.

(2) 소송의 대상과 관련하여

2006. 대법원 개정의견(이하 '대법원 개정의견'이라 한다)에서는 예방적 금지소송의 대상을 '처분이나 명령 등'[23]으로 규정하고 있는 반면, 2007. 법무부 개정안(이하 '법무부 개정안'이라 한다)에서는 '처분'[24]으로 규정하고 있어 그 대상 범위에 있어 차이가 있다. 법무부 개정안에 의하면 '처분' 이외의 행정작용(특히 행정심판에 대한 재결)에 대하여는 예방적 금지소송이 허용되지 아니하고, 그에 따라 사전적 권리구제에 공백이 생기는 것이 아닌가하는 의문이 제기된다. 그러나 행정심판에 대한 재결을 대상으로 하는 예방적 금지소송을 허용하는 것은 행정심판의 특성을 무시하는 것으로서 부적절하고, 나아가 처분 이외의 행정작용에 대해서는 본 최고재판소 판례의 태도를 우리 행정소송법에

23) 대법원 개정의견에서 처분이라 함은 "행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 공권력의 행사 그 밖에 이에 준하는 행정작용"을 의미하고(제2조 제1호), 명령 등이라 함은 "국기기관의 명령ㆍ규칙 및 지방자치단체의 조례ㆍ규칙"을 의미한다(제2조 제2호).

24) 법무부 개정안에서 '처분'은 행정청이 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용으로 규정하고 있다(법무부 개정안 제2조 제1호).

적용하여 보면 그와 같은 경우에 일정한 요건에 따라 공법상 법률관계의 확인을 구하는 공법상 당사자소송을 제기하여 동일한 결과를 얻을 수 있으므로 국민의 권리구제에 공백이 생길 우려는 크지 않을 것으로 보인다.[25)]

한편 2012. 법무부 개정안 역시 예방적 금지소송의 대상을 처분으로 한정하고 있다.[26)]

(3) 소변경에 대하여

위와 같이 예방적 금지소송 및 공법상 법률관계에 관한 확인의 소의 두 가지 소송방법을 통해 권리를 구제받을 수 있다고 하더라도, 국민이 두 가지 소를 병합하여 제기하지 아니하는 이상 소송 중간에 소송유형을 잘못 선택하였음이 밝혀진 경우 이를 변경할 수 있어야 할 것이다. 일본 행정사건소송법 제21조[27)] 및 대법원 개정의견 제56조[28)]에서는 예방적 금지소송을 당사자소송 등으로 변경할 수 있는 길을 열어두고 있으나, 법무부 개정안은 소변경에 관한 규정을 예방적 금지소송에 준용하지 아니하여 위와 같은 소변경은 불가능하였다. 법무부가 이처럼 예방적 금지소송의 소변경을 허용하지 아니하였던 가장 큰 이유는 예방적 금지소송의 남발을 막자는 취지였으나,[29)] 앞서 살펴본 바와 같이 예방적 금지소송의 대상이 아닌 공법상 당사자소송의 대상임이 뒤늦게 밝혀진 경우 그 소는 부적법하다는 이유로 각하될 수 밖에 없어 이로 인하여 발생할 권리구제의 공백이 발생할 우려가 컸다.

---

25) 오히려 대법원 개정의견에 따르면 예방적 금지소송의 대상이 되는 행정작용의 범위가 너무 넓어져 행정작용의 효율성 및 행정청의 1차적 판단권이 침해될 우려가 있다.

26) “처분”이라 함은 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그밖에 이에 준하는 행정작용을 말하며, “처분 등”이라 함은 처분과 행정심판에 대한 재결을 말한다.

27) 제21조(국가 또는 공공단체에 대한 청구로의 소의 변경) 재판소는, 취소소송의 목적이 되는 청구를 당해 처분 또는 재결에 관한 사무가 귀속하는 국가 또는 공공단체에 대해 손해배상 기타 청구로 변경함이 상당하다고 인정하는 때에는, 청구의 기초에 변경이 없는 한 구술변론 종결시까지 원고의 신청으로, 결정으로 소의 변경을 허가할 수 있다.
2. 전항의 규정은 제15조 제2항의 규정을 준용한다.

28) 대법원 개정의견 제56조(소의 변경) 제22조의 규정(소변경)은 예방적 금지소송을 당사자소송이나 민사소송 또는 예방적 금지소송 외의 항고소송으로 변경하는 경우 및 민사소송을 예방적 금지소송으로 변경하는 경우에 준용한다.

29) 백윤기, 행정소송법 개정에 관한 소고, 행정법연구 제18호, 2007. 8. 403면.

이에 대한 비판이 제기되자 법무부 개정시안에서는 예방적 금지소송에서도 소변경에 관한 규정을 준용할 수 있도록 하였다. 그에 따라 청구의 기초에 변경이 없는 한 사실심 변론종결시까지 예방적 금지소송을 예방적 금지소송 외의 항고소송이나 당사자소송 또는 민사소송으로 변경하는 경우 및 민사소송을 예방적 금지소송으로 변경할 수 있게 되었다. 소송유형의 선택을 국민에게 전가시킬 위험이 줄어든다는 점에서 바람직한 변경이라고 할 것이다.

(4) 권리보호의 필요성 – "회복하기 어려운 손해"의 요건과 관련하여

대법원 개정의견에서는 "사후에 그 처분이나 명령 등의 효력을 다투는 방법으로 회복하기 어려운 손해를 입을 우려가 있는 때"에 예방적 금지소송을 제기할 수 있고, 법무부 개정안에서는 "사후에 그 처분의 효력을 다투는 방법으로 회복하기 어려운 손해가 발생할 것이 명백한 경우"에 예방적 금지소송을 제기할 수 있는 것으로 규정하고 있어 양자 모두 회복하기 어려운 손해의 발생을 요구하고 있는 점에서 공통적이지만, 법무부 개정안에서는 나아가 회복하기 어려운 손해의 발생이 명백할 것까지 요구하여 권리보호의 필요성을 더욱 엄격하게 규정하고 있다.

예방적 금지소송은 국민의 권리구제의 실효성을 강화하기 위하여 처분의 발령 전에 그 발령 자체를 막을 수 있는 사전적인 권리구제 제도로서 의미가 있으나, 동시에 남용될 경우 행정의 기능을 마비시킬 우려도 있으므로 국민의 권리구제의 실효와 행정의 기능 보장이라는 두 가지 요구를 모두 충족시킬 수 있어야 하고, 위 회복하기 어려운 손해의 요건도 이러한 견지에서 해석하여야 할 것이다.

'회복하기 어려운 손해'의 의미에 대하여 '회복하기 어려운 손해'가 대법원 개정의견상의 집행정지의 요건으로도 규정되어 있으므로 집행정지와 관련하여 우리 판례가 행한 판단사례를 준거로 삼아 위 요건을 해석해야 한다는 견해가 있다.[30]

---

30) 한국행정법학회, 새로운 유형의 항고소송 도입에 따른 소송법적 문제 및 그 해결방안에 관한 연구, 법원행정처, 2011, 제257면.

종래 우리 대법원은 “행정소송법 제23조 제2항에서 정하고 있는 효력정지 요건인 ‘회복하기 어려운 손해’란, 특별한 사정이 없는 한 금전으로 보상할 수 없는 손해로서 금전보상이 불가능한 경우 내지는 금전보상으로는 사회관념상 행정처분을 받은 당사자가 참고 견딜 수 없거나 참고 견디기가 현저히 곤란한 경우의 유형, 무형의 손해를 일컫는다”고 판시하고 있고(대법원 2011. 4. 21. 자 2010무111 전원합의체 결정 등 참조), 이러한 판례에 대하여 ‘회복하기 어려운 손해’를 너무 엄격하게 해석하여 집행정지의 가능성을 부당하게 축소한다는 비판이 있었다. 따라서 위와 같은 태도를 그대로 예방적 금지소송에 도입할 경우 적용범위가 축소되어 사실상 예방적 금지소송을 활용하기 어려울 것으로 보인다.

이에 대하여 일본 행정사건소송법에서는 앞서 살펴본 바와 같이 “일정한 처분 또는 재결이 행하여짐에 의하여 중대한 손해가 발생할 우려가 있는 경우”라고 규정하여 중대한 손해를 요구하고 있고, 그러한 손해의 발생 여부를 판단하는 기준을 제시하고 있으며(행정사건소송법 제37조의4 제1항, 제2항), 본 최고재판소 판례에서 위와 같은 기준을 더욱 세분화하고 있다. 이러한 행정사건소송법의 태도와 최고재판소의 해석은 국민의 권리구제의 실효와 행정의 기능 보장 두가지의 요건의 적절한 교량의 과정에서 도출된 것인 만큼,[31] 이를 참고하여 우리 개정안 또는 개정의견의 ‘회복하기 어려운 손해’ 요건을 해석하는 것이 타당하다고 생각한다.

한편 법무부 개정시안은 같은 요건에 대하여 “사후에 그 처분의 효력을 다투는 방법으로는 회복하기 어려운 중대한 손해가 발생할 것이 명백한 경우”라고 규정하여 종전의 대법원 및 법무부 개정안의 태도보다 한층 더 그 요건을 엄격하게 하고 있다. “중대한 손해”와 “발생의 명백성”을 요구함에 따라 법원이 예방적 금지소송의 소송요건을 심사함에 있어서도 더욱 엄격한 판단을 할 수밖에 없으며 그에 따라 예방적 금지소송을 활용할 수 있는 입지는 더욱 줄어들게 되었다. 법원이 행정판단의 적정성을 심사하는 것은 부적절하다는 시각이 반영된 것으로 보인다.

---

31) 判例タイムズ, 1371號, 104면.

< 참고문헌 >

A. 국내문헌

1. 단행본

김남진, 김연태, 행정법 Ⅰ, 법문사, 2012.

김철용, 최광률 편집대표, 주석 행정소송법, 2004. 12.

2. 논문

김남진, “예방적 금지소송의 허용성과 요건 등”, 고시연구 2005. 4.

김연태, “처분의 발급을 구하는 소송유형 : 현행 제도의 문제점과 입법적 개선방안”, 고려법학 제39호, 2002. 11.

김연태, “의무이행소송과 예방적 금지소송의 쟁점 검토 : 법무부 행정소송법 개정시안을 중심으로”, 고려법학 제49호, 2007. 10월.

정하중, 행정법개론, 법문사, 2009,

백윤기, 행정소송법 개정에 관한 소고, 행정법연구 제18호, 2007. 8.

한국행정법학회, 새로운 유형의 항고소송 도입에 따른 소송법적 문제 및 그 해결방안에 관한 연구, 법원행정처, 2011.

김현준, 박웅광, “예방적 금지를 구하는 행정소송”, 토지공법연구 제50집, 2010. 8.

B. 외국문헌

塩野宏, 行政法 II, 有斐閣, 2010.

原田尙彦 “行政法要論”, 全訂第7版, 2010.

小早川光郎(編), ジュリスト 增刊 改正行政事件訴訟法硏究, 2005.

山田洋, “確認訴訟の行方”, 法律時報 77-3, 2005.

判例タイムズ 1228號.

判例タイムズ 1364號.

判例タイムズ, 1371號.

원자력법제 개편에 따른 안전규제체계의 변화*

이 유 란**

〈 국문초록 〉

후쿠시마원자력발전소 폭발사고는 원자력발전을 주도해왔던 소위 원자력선진국들의 원자력정책에 상당한 변화를 초래하였다. 일단 발생한 원자력사고의 위험이 초래하는 피해는 그 예측이 불가능할 정도로 크다는 것을 다시 한 번 실감하였고, 이는 각국의 원자력안전규제체계를 강화하는 계기로 작용하였다. 국가의 안전보장의무로부터 도출되는 사전배려와 그 구체적 실현수단으로서 원자력안전규제체계는 일반 산업과의 관계는 물론, 행정체계 및 원자력 정책과 발전수준과 같은 요인들을 고려하여 결정된다. 이를 토대로 원자력발전에 앞장서왔던 국가들의 규제정책을 살펴보고, 최근 원자력법령을 전면 개편한 우리나라의 법제를 고찰하였다. 종래 「원자력법」이 원자력의 이용과 규제를 모두 규율하던 것을 분법화하여 원자력규제에 관하여는 「원자력안전법」이 규율하도록 하였다. 더불어 「원자력안전위원회 설치 및 운영에 관한 법률」을 제정하여 원자력안전위원회를 독립기구로 재편하여, 규제기관의 독립성을 확보하고자 하였다.

주제어 : 원자력안전규제, 안전규제체계, 안전보장의무, 사전배려, 원자력안전법, 원자력안전위원회

---

* 이 글은 2011. 8. 필자의 석사학위논문인「방사성폐기물관리법제에 관한 연구」가운데 원자력안전규제체계에 관한 부분을 수정·보완한 것임을 밝혀둔다.

** 고려대학교 법학연구원 연구원

〈 목 차 〉

Ⅰ. 들어가며

Ⅱ. 안전보장의무에 근거한 안전규제
1. 국민의 안전보장을 위한 국가의 의무
2. 안전보장의무의 행정법적 구현과 사전배려
3. 사전배려조치의 구체화 수단으로서 원자력안전규제

Ⅲ. 원자력 안전규제체계 - 비교법적 검토를 중심으로 -
1. 미국의 원자력규제위원회
2. 프랑스의 원자력안전청
3. 일본의 원자력규제청

Ⅳ. 우리나라 원자력법제 개편에 따른 안전규제체계의 변화
1. 과거 원자력행정규제체계의 문제점
2. 개편된 원자력안전규제의 체계

Ⅴ. 마치며

Ⅰ. 들어가며

우리나라는 1979년 고리1호기의 상업운전을 시작으로 전체 전력수급의 30% 이상을 원자력발전에 의존하는 가히 원자력 대국이라 할 수 있다. 화석에너지와 비교해 미량의 오염물질을 배출함에 따라, 원자력은 미래의 에너지자원으로 각광을 받아왔다. 원자력발전이 언제까지 우리의 에너지 공급원으로 이용될지는 알 수 없으나, 현재 이와 같은 효율을 대체할 수 있는 에너지원을 찾기란 쉽지 않아 보인다. 이러한 이유로 현재에도 우리나라를 포함한 전 세계 많은 나라들이 원자력산업에 전력수급의 상당부분을 의존하고 있다. 이러한 상황에서 2011년 3월 발생한 일본의 대지진에 의한 후쿠시마원자력발전소의 폭발사고는 다시 한 번 원자력발전과 그 제반시설의 안전성에 대한 논란을 일으켰다. 이 사고로 후쿠시마 원전 인근 수 십 킬로미터 내의 모든 주민이 대피하는가 하면 바람과 해류를 타고 이동한 방사능 물질에 주변국은 물론 전 세계가 우려를 표명하였다. 이처럼 원자력은 효율적인 에너지자원이라는 이점을 가진 반면, 상상을 초월하는 위험을 내포하고 있는 것이어서 이와 관련한 문제는 언제나 우리사회의 뜨거운 관심의 대상이 된다.

아래에서는 원자력 위험이 발생하기 이전의 사전배려로서 현행 원자력법제가 규정하고 있는 안전규제체계는 물론, 비교법적 검토로서 소위 원자력선진국의 안전규제체계에 관하여도 함께 살펴보고자 한다.

Ⅱ. 국가안전보장의무에 근거한 안전규제

1. 국민의 안전보장을 위한 국가의 의무

(1) 국가 안전보장의무의 출현 배경

현대사회에 있어 과학기술은 인간생활의 모든 영역을 지배하는 필수적이고 보편적인 도구[1]로 기능한다. 하지만 경우에 따라서는 인간이 자신의 편의를 추구하기 위한 수단으로서 발전시킨 과학기술이 도리어 인간을 지배하는 상황을 초래하기도 한다. 문제는 과학기술로 인해 야기된 위험을 완전하게 통제할 수 있는 방법이 없다는 점에서 과거의 위험과는 질적으로 구분된다는데 있다.[2] 이러한 위험은 이미 발생한 결과와 더불어 앞으로 발생하게 될지도 모르는 잠재적 요인을 가지는데,[3] 이는 위험이 수 년 또는 수 십 년이 지난 이후에도 치명적인 영향을 미칠 수 있다는 것을 의미한다. 또한 현대의 과학기술은 특정한 부정적 효과를 나타내는 원인에, 상호작용하는 변수들이 결합한 복잡한 형태[4]를 띤다. 이 경우 그 현상을 예측할 수 있는 분석이 쉽지 않

1) .한상수, “현대과학기술의 본질과 특징”,「전자법학연구」제6호, 인제대학교 전자법학연구소, 2006, 9면.
2) 박미애, “위험사회의 성찰적 책임윤리”,「철학연구」제96집, 2005. 11, 274면.
3) 울리히 벡 저·홍성태 역,『위험사회』- 새로운 근대(성)를 향하여 -, 새물결, 2006, 73-74면.
4) 가령 1979년 3월 발생한 스리마일 섬의 방사능 유출사고는 5가지 이상의 문제가 겹치면서 일어났다. 그럼에도 통제실에서는 문제를 하나도 발견하지 못했다. 심각한 실수나 나쁜 결정이 사태를 악화시킨 것도 아니었고, 개별적으로는 사소한 문제에 지나지 않았다. 그 사소한 문제들이 예상치 못한 상호작용을 통해 거대한 문제를 일으킨 셈이다. 예일 대학의 사회학자 Charles Perrow는 이러한 종류의 재난을 ‘정상사고(Normal Accident)’라고 불렀다. 여기서 말하는 ‘정상’이란 복잡한 시스템의 일반적인 작동 과정에서 발생할 수 있다는 의미다. 첨단기술을 적용한 시스템은, 모든 상호작용을 예측할 수 없는, 수천 가지 부품으로 구성된다고 보고, 이러한 복잡성을 감안할 때 사소한 이상 조합이 파국을 초래할 가능성을 회피하기는 불가능하다고 주장한다. 말콤 글래드웰 저·김태훈 역,『그 개는 무엇을 보았나』, 김영사, 2009, 300-302면.

고, 결국에는 많은 리스크[5]들이 인간 활동에 의해 의도되지 않은 그리고 예상하지 못한 결과라는 사실만 더욱 강조될 뿐이다.[6]

과학기술의 영역에서 리스크로부터 완전하게 자유로운 안전의 영역 즉, 절대적인 안전의 영역이 존재하지 않음에도 인간은 잠재적 위험으로부터 안전[7]을 보장받고 싶어 하는 욕구를 가진다.[8] 이러한 인간의 욕구를 바탕으로 안전문제가 현대사회에서 대두된 결과, 국민의 안전보장이라는 국가적 과제를 도출하게 된다. 즉, 국가는 그 존립의 전제로서 국민의 안전을 보장하여야 하며 그로부터 국가의 정당성이 확보될 수 있는 것이다.

(2) 헌법상 기본권보호의무의 도출

역사적으로 기본권은 국가권력의 침해로부터 국민의 권리를 방어하고자하는 주관적 공권에서 출발한다. 주관적 권리로서의 기본권은 직접적인 국가의 침해로부터 보호되어야 하는 반면, 제3자의 침해에 대해서는 일정부분을 개인이 수인해야하는 법질서를 형성한다. 그러나 과학기술의 발전으로 국가에 비견할 만한 사회세력이 등장함에 따라 동시에 개인의 기본권이 침해될 가능성 또한 증가하였다. 그 결과 과거에 존재하지 않았던 새로운 위험원인으로부터 국민의 안전을

---

5) 위험과 리스크의 개념에 관한 설명은 김남진, “위험의 방지와 리스크의 사전배려”, 「고시계」 통권 제613호, 2008. 3, 53-54면; 김남진 교수는 위험(Gefahr)을 어떤 사실상태가 그 진행을 방해받지 않는 경우에 개인적·국가적 법익에 손해가 발생할 것이 인식되는 경우로 충분히 큰 손해개연성을 전제하는 개념으로 정의한다. 또한 리스크(Risiko)는 위해가 닥치는 것을 예측하기 어려우며, 따라서 리스크 가운데에는 참고 견딜 수밖에 없는 것으로 사전대비가 필요한 것으로, 이러한 리스크에 대해서는 단순한 손해의 가능성만을 가지면 된다고 본다.

6) Elizabeth Fisher, 『Risk Regulation and Administrative Constitutionalism』, Hart publishing, 2007, p. 8.

7) ‘안전’에 대한 사전적인 개념은 이를 “위험이 생기거나 사고가 날 염려가 없음 또는 그런 상태”라 하여 위험과 반대되는 개념으로 보는데(국립국어원, 『표준대국어사전』 참조), 이러한 사전적인 정의는 안전에 대한 수단과 목적을 포괄하고 있지 못하므로 보충이 필요하다. 즉, 안전은 안전의 수범자가 현존하는 보호조치를 믿고 위험원을 무해하다고 여길 것을 요건으로 하고, 이를 위해서는 적합한 설비의 존재와 위험상황에 대한 평가가 상대방에게 수용 가능한 것이어야 함을 요구한다. 김종천, 「과학기술의 안전성확보에 관한 공법적 연구」, 중앙대학교 대학원 박사학위논문, 2008. 8, 21-22면.

8) 매슬로(Maslow)는 그의 욕구단계이론에서 생리적인 욕구를 만족하는 경우, 다음단계로 안전을 보장받고자하는 욕구가 발생하는 것으로 보았다. 즉, 과학기술의 발전에 따른 근대화의 결과로 개인의 기본적인 욕구가 충족되고 난 이후에, 과학기술의 양면적인 성질에 의해 야기되는 위험에 대해 안전을 보장받고 싶어 하는 욕구단계로 성장한다는 것이다. 통계개발원, 『한국의 사회동향』, 2008. 11, 277면.

보호 할 국가의 책임이 도출된다. 기본권에 의하여 보호되는 기본권적 법익은 대개 국민의 신체와 생명에 대한 안전으로 귀결될 수 있는데, 여기에서 사인인 제3자의 제약이나 위법한 침해로부터 개인을 보호하여야 하는 국가의 기본권 보호의무가 도출되는 것이다.[9] 다시 말해, 국가는 기본권이 가지는 객관적 가치질서로부터 도출되는 기본권 보호의무로부터 시민의 법익을 침해하는 위험에 대해 안전보장의무를 지는 것이다. 결국 국가는 기본권의 객관적 법질서의 성격으로부터 국민의 기본권을 침해해서도 안 될 뿐 아니라, 제3자가 국민의 기본권을 침해하는 경우에도 이를 보호하는데 필요하고 적절한 조치를 취하여야 한다.[10]

이처럼 국가의 안전보장의무는 국가존립을 위한 정당성의 근거이자 법규범의 효력근거로서 이미 국가성립과 동시에 전제된 국가의 가장 중요하고 본질적인 국가목적이라고 할 수 있다.[11] 비록 헌법에 명시적으로 언급되지는 않았지만, 생명과 신체에 대한 안전은 국가와 헌법이 지향하고 있는 기본적인 방향의 하나로 볼 수 있다. 따라서 학설은 안전보장의무가 헌법 제10조[12]에 근거해 인간존엄을 인정하고, 이를 보장하는 국가의 의무라는 측면에서 당연히 인정되는 기본권[13]으로 보는 견해가 받아들여지고 있다. 또한 헌법재판소[14]도 국가안전보장의 근

9) 정태호, “기본권보호의무”, 『현대공법학의 재조명』(김남진교수 정년기념논문집), 고려대학교 법학연구소, 1997. 8, 363면.

10) 홍성방, 『환경보호의 법적문제』, 서강대학교 출판부, 1999. 8, 59-60면.

11) 콘라드 헷세 저·계희열 역, 『통일독일헌법원론』, 제20판, 박영사, 2001. 7, 130면 참조; 헌법상 국가목적은 그 자체로서는 아무런 기능을 할 수 없고, 구체적이고 직접적 효력을 가지는 입법형성을 통해서만 실현되는 것으로 볼 수 있다. 그럼에도 법률의 해석, 특히 불확정개념과 재량개념의 해석 및 충돌하는 이해관계의 형량을 위한 기준이 된다는 점에서 국가목적으로서 의의가 있는 것이다.

12) 헌법 제10조 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.

13) 정문식, “안전에 관한 기본권의 헌법상 근거와 위헌심사기준”, 「법과 정책연구」 제7집 제1호, 2007. 6, 229-230면.

14) 헌법재판소는 “교통사고처리특례법 제4조에 대한 헌법소원”의 4인 재판관(김문희, 정경식, 고중석, 신창헌) 합헌의견에서 국가의 안전보장의무의 근거를 헌법 제10조 후문에서 “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”고 규정함으로써, “소극적으로 국가권력이 국민의 기본권을 침해하는 것을 금지하는데 그치지 아니하고, 나아가 적극적으로 국민의 기본권을 타인의 침해로부터 보호할 의무를 부과하고 있다. 또한 국민의 기본권에 대한 국가의 적극적 보호 의무는 궁극적으로 입법자의 입법행위를 통하여 비로소 실현될 수 있는 것이기 때문에, 입법자의 입법행위를 매개로 하지 아니하고 단순히 기본권이 존재한다는 것만으로 헌법상 광범위한 방어적 기능을 갖게 되는 기본권의 소극적 방어권으로서의 측면과 근본적인 차이가 있다. 따라서 국가가 국민의 기본권을 보호하기 위한 충분한 입법조치를 취하지 아니함으로써 기본권 보호 의무를 다하지 못하였다는

거를 인간의 존엄에 바탕을 둔 기본권의 전제로 인정하고 있는 것으로 보인다.

2. 안전보장의무의 행정법적 구현과 사전배려

(1) 안전보장의무의 실현으로서 사전배려

국민의 안전보장이라는 관점에서 사전배려조치는 단순히 위험의 방지를 넘어 과학기술의 발전에 따라 야기된 불확실한 위험을 사전에 규제하는 것을 의미한다.[15] 위험방지가 위험의 존재를 전제로 하고 있는데 반하여 사전배려는 위험의 존재가 파악되기 전에 공권력의 개입을 정당화한다는 점에서 위험의 발생 자체를 저지할 것을 내용으로 하는 것이다.

(2) 사전배려조치의 한계로서 잔존리스크의 수인

1) 한계의 의의 및 잔존리스크

하지만 이러한 헌법상 국가의 안전보장의무가 모든 리스크의 완전한 배제를 요구하는 것은 아니다. 오늘날과 같이 고도로 산업화된 사회에서 완벽한 기술의 통제를 요구하는 것은 불가능하다. 사전배려를 통해서도 피할 수 없는 위험은 원하든지 원하지 않든지 부담할 수밖에 없다. 따라서 사전배려조치의 대상이 되는 잠재적 위험은 최소한 현실화될 가능성이 있어야 한다. 그러므로 과학기술의 수준과 합리적 이성의 규준에 근거하여 일어나지 않을 것으로 평가된 잔존리스크[16]는 수인되어야 하며, 이러한 한도 내에서 사전배려

이유로 입법부작위 내지 불완전한 입법이 헌법에 위반된다고 판단하기 위하 여는, 국가권력에 의해 국민의 기본권이 침해당하는 경우와는 다른 판단기준이 적용되어야 마땅하다"는데 근거한다. 반면 3인(김진우, 이재화, 조승형)의 위헌의견에서는 생명·신체에 대한 국가의 보호의무의 근거를 헌법전문, 헌법 제10조, 헌법 제30조의 "타인의 범죄로 인하여 생명·신체에 대한 피해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가로부터 구조를 받을 수 있다"는 규정, 헌법 제37조 제1항의 "국민의 자유와 권리는 헌법에 열거하지 아니한 이유로 경시하지 않는다"는 규정으로부터 도출하고 있다. 헌재 1997. 1. 16. 선고 90헌마110·136(병합), 「판례집」 제9권 제1집, 90-155면 참조.

15) 박균성, "과학기술위험에 대한 사전배려원칙의 적용에 관한 연구", 「행정법연구」 제21호, 2008. 8, 155면.

16) 김남진, "위험의 방지와 리스크의 사전배려", 54면; 위 논문은 잔존리스크(Restrisiko)를 법적

조치는 제한된다.

2) 한계설정의 기준

사전배려의무와 잔존리스크 사이에 일정한 한계를 설정함에 있어서는 적정한 기준이 요구되며, 이는 구체적인 사안에서 관련된 이익의 형량에 의해 행해져야 하는 것이다.[17] 즉, 당시의 지식수준에 의하여 판단할 때 손해가 발생할 것을 사실상 생각할 수 없을 정도로 사전배려조치를 취하면 족한 것이다.[18] 결국 사전배려조치는 불확실한 위험에 대처하는 수단으로서 항상 잠정적 조치의 성격을 가질 뿐이다. 따라서 과학기술의 수준과 상황의 변화에 따라 이러한 조치는 수정 가능한 것이어야 한다.

3. 사전배려조치의 구체화 수단으로서 원자력안전규제

원자력은 이를 이용하고 개발하는데 앞서 무엇보다 안전을 최우선으로 확보하여야 한다. 따라서 원자력 위험은 방사성물질을 안전하게 가두는 시스템이 실패할 위험도 또는 그 가능성으로 정의할 수 있다. 이러한 잠재적인 위험을 평가하거나 판단할 때는 그 위험으로 인한 손실의 크기와 가능성을 동시에 고려하여야 한다.

원자력안전규제는 원자력의 이용과 개발에 따르는 방사선 위해로부터 국민과 환경을 보호하기 위한 규제행정인 것이다. 안전규제는 이러한 목적을 실현하기 위하여 취해지는 법적, 기술적, 제도적 그리고 행정적인 조치를 모두 포함한다.[19] 다만, 이하에서는 법적조치에 한하여 살펴본다.

으로 요청된 안정수준을 충족하는 법적으로 허용된 리스크로서, 인간의 능력이나 기술적 한계 등으로 참고 견딜 수밖에 없는 것으로 정의한다. 또한 여기에 해당하는 부담으로 원자력시설의 안전성을 예시하고 있다.

17) 김연태, “환경법에 있어서 사전배려원칙의 실현”, 「법학논집」 제34집, 고려대학교 법학연구소, 1998. 12, 88면; 다만 이 경우에도 고도의 기술을 요하는 시설의 설치·운영으로부터 발생하는 위험에 대하여는 일반적인 경험법칙이 아닌, 전문적인 과학지식에 기초하여 판단할 것이 요구된다. 김연태, 위의 논문, 82면.

18) 김연태, “환경법에 있어서 사전배려원칙의 실현”, 86면.

19) 최영환, “원자력발전소의 안전규제”, 「기계저널」 제50권 제3호, 2010. 3, 24면.

Ⅲ. 원자력 안전규제체계 - 비교법적 검토를 중심으로 -

1. 미국의 원자력규제위원회

1974년 연방의회는 「원자력법(Atomic Energy Act)」하에서 배타적인 규제권한을 보유해오던 원자력위원회[20]를 폐지하였다. 이에 따라 연방의회는 원자력위원회의 기능전환을 위한 「에너지기구재편법(Energy Reorganization Act)」을 제정하여, 원자력규제위원회(NRC)에 원자력에 대한 모든 상업적 적용과 관련된 승인과 규제권한을 부여하였다. 따라서, 현재 NRC의 조직이나 활동의 근거가 되는 법령은 핵물질이용의 기본법인 1954년 「원자력법」과 NRC의 임무와 조직 등을 규정하고 있는 1974년 「에너지기구재편법」이다.

NRC는 공공보건 및 환경의 안전성(Safety) 확보와 방사성물질의 활용 및 관리에 있어서의 안전성(Security) 확보를 목적으로 하는 조직으로, 규제를 함에 있어 원칙적으로 독립성, 공개성, 효율성, 투명성, 신뢰성이라는 기본원칙을 고수하고 있다.[21] 연방정부의 독립된 규제기관으로서 NRC는 독립성이 보장되도록 다양한 제도를 마련하고 있는 반면, 완전히 독립하여 활동하는 것은 아니고 연방의회가 예산이나 조직 등의 측면에서 그 활동을 감시하고 있다.

2. 프랑스의 원자력안전청

프랑스는 59기의 원자로를 보유하고 있으며, 원자력발전으로 전체 전력의 75%를 공급하는 원자력대국이다. 이러한 원자력정책은 프랑스 정부가 에너지 자급률 상승을 통해 다른 국가에 의존하지 않도록 해야 한다는 판단에 기초한 것이다.[22]

---

20) 연방의회는 원자력위원회에 원자력의 규제자와 증진자라는 이중적 지위를 부여하여, 한편으로는 원자력을 증진시킬 권한과 방향을 지시하였고, 다른 한편으로는 새로이 출현하는 원자력산업에 대해 규제할 수 있는 권한을 부여하였다. 석인선, "미국의 원자력관련 환경판례연구 -원자력법제와 사법적 통제를 중심으로-", 「환경법연구」 제21권, 1999, 194면.

21) 이상윤, 「원자력 관련법령체계 개편에 관한 연구」, 한국법제연구원, 2011. 10, 197면.

프랑스에서는 원자력시설을 원자력기본시설이라 하고, 그에 대한 감시를 방사선피폭의 예방 및 시·군·구 차원의 공중위생, 건강·사회정책 담당국이 공동으로 실시해 왔다. 하지만 이러한 시스템으로는 기관간의 연대가 곤란하다는 등의 문제가 제기되었고, 2002년 생태·지속가능발전부, 경제재정산업부 및 사회문제노동연대부 공동관할하에 원자력안전청(ASN)을 설치하여 원자력안전 및 방사선방호의 감시를 담당하도록 하였다. 그러나 이 제도 역시 원자력기본시설과 감시기구가 동일한 부처에 공존하는 모순이 있어 2006년 「원자력에 관한 투명성 및 안전성에 관한 법률」(이하 「원자력안전·투명화법」)의 제정을 통해 ASN의 독립행정법인화를 꾀하였다. 이러한 개편은 국가권력기구의 분권화·분산화, 행정의 효율화, 시장경제의 동향이나 요청에 유연하면서 신속하게 대응하기 위한 새로운 규제방법의 시도로 국민의 권리보호를 더욱 실효성 있게 확보하는 등 다양한 목적을 가진 행정개혁방법의 하나로 평가받고 있다. 또한 「원자력안전·투명화법」은 정부·사업자에 대한 정보공개의 의무화 및 국민의 권리 명문화, 원자력기본시설 입지지역에 대한 지역정보위원회(CLI)의 설치 및 원자력안전에 관한 투명성 및 정보고등위원회의 설치를 규정하고 있다. 이는 원자력활동의 내용에 관한 정확한 정보를 공표하도록 행정부로부터 독립한 원자력활동 감시기구를 두고, 동시에 투명한 정보를 바탕으로 사업자와 주민의 건설적 논의의 기회를 제공하고자 하는 것으로 볼 수 있다.[23]

3. 일본의 원자력규제청

과거 일본은 「핵연료물질, 핵연료물질 및 원자로의 규제에 관한 법률」(이하 「원자로의 규제에 관한 법률」)에서 원자력이용에 따른 재해를 방지하고, 핵연료물질을 방호하여 공공의 안전을 도모하기 위하여 제련, 가공, 저장, 재처리 및 폐기사업 그리고 원자로의 설치·운전에 관한 필요한 규제를 행할 것을 규정하였다.[24] 더불어 원자력발전에 관하여는 각 부의 성(省)령이나 하위

22) 이상윤, 「원자력 관련법령체계 개편에 관한 연구」, 268-269면 참조.
23) 김민훈, “원자력 안전규제에 대한 법제 고찰”, 「법학연구」 통권 제72호, 부산대학교 법학연구소, 2012. 5, 61-64면 참조.

규범의 단계로서 심사지침·기술기준형식의 고시를 제정하고 있어 「원자로의 규제에 관한 법률」과의 관계가 복잡하게 얽혀 있었다.[25] 더불어 후쿠시마 원자력발전소사고 이후 원자력정책 추진과 안전규제를 경제산업성이라는 동일 조직 내에 두는 것은 바람직하지 않다는 비판에 따라 원자력안전규제에 관한 조직개혁에 착수하였다.

원전추진의 입장에 있는 경제산업성에서 원자력안전·보안원을 분리하고 내각부의 원자력안전위원회를 통합하여, 지금까지 원자력행정을 담당하지 않았던 환경성에 그 외국(外局)으로 원자력규제청을 신설하기로 하였다. 또한 그 부속기관으로 원자력안전조사위원회를 원자력규제청 내에 두기로 하였다. 하지만 이러한 개혁에 대해 일본 내에서도 많은 비판이 있는데, 환경성의 외국으로 둠으로써 원자력규제청의 독립성이 확보되지 못하였다는 것이다. 환경성 역시 친원자력정책을 취해옴으로써 과거 경제산업성에 두는 것과 큰 차이가 없다는 점이다. 또한 기존인력을 그대로 흡수하는 형태여서 새로운 원자력규제청이 얼마나 효율적으로 원자력안전규제 업무를 수행할 수 있는지에 대해서는 비판적 입장이 많다.[26]

Ⅳ. 우리나라 원자력법제 개편에 따른 안전규제체계의 변화

1. 과거 원자력행정규제체계의 문제점

(1) 원자력행정체계의 형성배경

우리나라의 원자력산업은 여타의 발전설비와는 달리 산업의 초기부터 군사안보의 측면이 강조되었고, 그러한 특성으로 인해 정부의 차별적 보호와 더불어 막대한 지원을 받아왔다. 그 결과 국무총리를 위원장으로 하는 원자력

24) 김재광, 『사회갈등시설법론』, 한국학술정보, 2007. 2, 287면.
25) 김태한, “일본에서의 원자력 안전규제”, 「법과 정책연구」 제3집 제2호, 한국법정책학회. 2003, 284면.
26) 김민훈, “원자력 안전규제에 대한 법제 고찰”, 66면; 2012.04.11.자 産經新聞을 재인용.

위원회를 설립하여, 산하에 담당부처인 지식경제부, 교육과학기술부를 포함한 4개 부처의 장관을 당연직위원으로 참여시키는 형태를 취했다.[27]

(2) 문제 상황

1) 사업관리와 안전규제기관의 구분 미비

과거 원자력산업과 관련한 경제적 측면 즉, 사업관리측면은 지식경제부가 담당하고, 원자력기술에 대한 연구개발과 안전규제는 교육과학기술부가 담당하였다. 하지만 두 부처 모두 정책추진과 규제자라는 이중적 지위로 인해 적절한 규제를 하지 못하고 있는 상황이었다. 또한 앞서 언급한 바와 같이 원자력산업에 대한 국가 차원의 진흥기구로서 원자력위원회가 상존하고 있어 개발행정이 규제행정을 압도하고 있는 실정이었다.[28]

2) 한국원자력안전기술원의 불확실한 지위

구 「원자력법」은 제111조에서 교육과학기술부장관의 권한 중에서 대통령령이 정하는 바에 의해 제9조 제2항[29]에 근거해 설립된 원자력안전전문기관에 그 권한을 위탁할 수 있음을 정하고 있다. 그 결과 구「원자력법 시행령」 별표 제8은 안전성심사에 관하여는「한국원자력안전기술원법」에 의하여 설립된 한국원자력안전기술원이 수행할 것을 정하였다. 다만 문제는 인허가기관인 교육과학기술부가 한국원자력안전기술원에 대한 예산은 물론 인사권한까지 아우르고 있는 실정으로 인해, 안전성 심사에 어느 정도의 독립성이 인정될 수 있는지에 의문이 지속하였다.

---

27) 석광훈, “지속가능한 방사성폐기물 관리정책과 사회적 합의방안”,「시민사회와 NGO」 제2권 제2호, 한양대학교 제3섹터 연구소, 2004, 53면.

28) 석광훈, “정부 방폐장 추진정책의 문제와 지속가능한 대안”,「사회연구」 제10호, 2005, 57면.

29) 구「원자력법」 제9조 제1항 교육과학기술부장관의 감독 하에 원자력이용에 관한 연구 및 실험 기타 원자력이용의 촉진에 관한 사항과 원자력이용에 따른 안전관리에 관한 사항을 전문적으로 수행하기 위하여 원자력연구개발기관·원자력안전전문기관 또는 원자력관련용역 및 제품생산기관을 둘 수 있다. 제2항 기관의 설치·운영에 관한 사항은 따로 법률로 정한다.

2. 개편된 원자력안전규제의 체계

(1) 원자력법령체계의 재구성

1) 원자력진흥법과 원자력안전법의 분리

기존의 「원자력법」을 원자력의 이용을 통한 학술의 진보와 산업의 진흥을 목적으로 하는 「원자력진흥법」과 안전관리에 관한 사항을 규정한 「원자력안전법」으로 분리하였다. 이처럼 원자력법령의 분리를 통한 구조적이고 체계적인 대처와 더불어 원자력법령의 실제적인 내용 그 자체를 원자력안전규제나 원자력 진흥의 목적에 비추어 적절하게 개정하는 것이 원자력 안전규제체계를 개선하고 효율성을 증대시킬 수 있음은 명백하다고 할 것이다.[30] 위와 같은 법령개정이 분법제정을 통하여 복수법체계를 선택한 점은 긍정적으로 볼 수 있으나,[31] 종전의 「원자력법」을 기계적으로 분리하여 규정함에 그치고 있다는 점, 법률명을 선택함에 있어 국제적 기준 내지 통일화에 적합하지 않다는 점이 향후 개정에 고려되어야 함을 지적하고 있다.[32]

2) 원자력안전에 관한 법령체계

원자력의 안전에 관한 법령의 체계는 위의 〈표1〉과 같이 구성된다. 원자력의 안전을 규율하는 법률에는 「원자력안전위원회 설치 및 운영에 관한 법률」, 「원자력안전법」, 「원자력시설 등의 방호 및 방사능방재대책법」, 「원자력손해배상법」, 「원자력손해배상계약에 관한 법률」, 「한국원자력안전기술원법」, 「생활주변 방사선 안전관리법」이 있다. 이러한 법률은 시행령 및 시행규칙에 의해 구체화되며, 원자력안전에 관한 보다 구체적인 사항은 원자력안전위원회 고시의 형식으로 제정된다. 이러한 고시는 기술기준 및

---

30) 천병태·김민훈, "고준위방사성폐기물관리법제", 「법학연구」 통권 제55호, 부산대학교 법학연구소, 2006. 8, 163면.

31) 이에 관한 부정적 의견으로 박균성, "원자력 안전법제의 재검토", 「행정법연구」 제33호, 2012. 8, 182면 참조; 원자력에 관한 단일법전 즉 통합 원자력법의 장점은 원자력법의 이용·진흥과 안전을 통합적으로 규율할 수 있고, 원자력에 관한 완결된 법전을 가질 수 있다는 점이라 설명하고 있다.

32) 이에 관한 상세는 이상윤, 「원자력 관련법령체계 개편에 관한 연구」, 367-370면 참조.

행정절차에 관한 세부사항을 규정하며, 현재 「원자력안전법」과 관련하여 75건이 제정되어 있다. 나아가 보다 더 세부적이고 구체적인 사항은 전문기관인 한국원자력안전기술원, 한국원자력통제기술원 및 한국원자력의학원의 규제기준·지침의 형식으로 제정된다. 규제지침은 기술기준의 충족을 위해 허용 가능한 방법, 조건, 사양 등을 규정하고 있으며, 기술기준 및 규제기준 등에 근거하여 업무별 세부 수행방법과 절차를 기술한 심사·검사 지침서가 있다.[33]

〈표1〉 원자력 안전규제제도의 체계[34]

법	ㅇ 원자력안전규제 관련 기본원칙
시행령	ㅇ 법이 위임한 사항 및 집행에 필요한 사항
시행규칙	ㅇ 위임한 사항과 집행에 필요한 사항 (절차, 서식 등)
기술기준규칙	ㅇ 법령에서 위임한 기술기준을 원칙수준으로 기술 예) 원자로시설·방사선안전관리 등의 기술기준에 관한 규칙
장관고시	ㅇ 법령에 따라 기술기준 또는 절차, 서식 등을 규정
심사 및 검사지침서	ㅇ 규제업무 시행 시 참고하는 세부적인 절차, 방법
산업체 표준	ㅇ 전력산업기술기준(KEPIC), 미국기계기술자협회(ASME) 등

(2) 원자력안전위원회의 설치

1) 설치의 의의

종래 우리나라의 원자력법제는 원자력의 이용과 안전관리에 관한 사항을 함께 규정하였다. 하지만 무엇보다 원자력을 안전하게 이용하기 위해서는 안전규제의 독립이 요구되었고, 국제원자력기구인 IAEA의 「원자력안전기준」은 "규제기관은 원자력기술의 증진 및 시설 또는 활동을 책임지는 기관·조직과 효과적으로 독립되도록 설립·운영되어야 한다."고 규정[35]하고 있다. 이에

33) 박균성, "원자력 안전법제의 재검토", 182-183면.
34) 원자력안전위원회 홈페이지, 정보마당>법령정보>법령체계 소개 참조; 교육과학기술부·한국원자력안전기술원, 『원자력 안전백서』, 2010. 4, 48면.
35) IAEA 「원자력안전기준」(Safety Standards: Requirement 제2장 제2조 제2항) : A regulatory

따라, 기존에 과학기술담당 장관 소속의 자문기관으로서의 성격을 가지고 있던 것을 폐지하고, 의결권을 가지는 중앙행정기관의 지위를 가지는 원자력안전위원회를 신설하였다.

다만, 출범 당시 위원회의 소속을 국무총리로 할 것인지 대통령 소속으로 할 것인지에 대해서는 논란이 있었으나,[36] 원자력안전사고가 전 국민의 생명과 재산에 직접 관련되며, 최근 후쿠시마 원자력발전사고를 계기로 높아진 국민적 관심을 고려하여 원자력안전위원회를 대통령소속으로 설치하였다.[37] 그러나 지난 3월17일 국회에서 여야가 합의한 정부조직개편에 따르면 새 정부에서는 원자력안전위원회를 국무총리소속으로 격하하였다.[38]

2) 「원자력안전위원회 설치 및 운영에 관한 법률」의 주요내용

원자력안전위원회는 위원장을 포함하여 9명의 위원으로 구성하며, 위원장 및 위원 1명은 상임위원으로 한다(동법 제4조 1항). 또한, 위원장은 국무총리

---

body shall be established and maintained which shall be effectively independent of organization or bodies charged with the promotion of nuclear technologies or responsible for facilities or activities.

36) 원자력안전위원회의 지위에 관하여 원자력관련 법안을 발의한 정두언·정태근 의원안('09. 7.20), 김춘진 의원안('09.12.11), 권영길 의원안('10.03.16)은 모두 국무총리소속으로 하고 있다. 위원회의 소속은 독립성 및 위상, 업무의 성격, 업무 수행의 효율성 등을 종합적으로 고려하여 결정할 사안이지만, 「헌법」 제86조 제2항 국무총리의 행정각부 통할권에 미루어 국무총리의 통제를 받지 않는 대통령 소속 위원회가 남설 되는 것은 바람직하지 않다는 견해로 황해봉, "한국 원자력법제 고찰", 「법제」, 법제처, 2011. 7, 132면.

37) 김민훈, "원자력 안전규제에 대한 법제 고찰", 69면.

38) 2013.03.17자 연합뉴스, <원자력안전위, '독립기구'지위 유지 명과 암>; 위원회가 대통령 소속일 당시, 「원자력안전위원회 설치 및 운영에 관한 법률」이 위원의 임명에 관하여 "위원장과 부위원장은 국무총리의 제청으로 대통령이 임명하고, 그 밖의 위원은 위원장의 제청으로 대통령이 위촉한다. 이 경우 위원에는 원자력·환경·보건의료·과학기술·공공안전·법률·인문사회 등 원자력안전에 이바지할 수 있는 관련 분야 인사가 고루 포함되어야 한다."고 규정하였다. 위 조항이 국무총리소속이 되면서 "위원장은 국무총리의 제청으로 대통령이 임명하고, 상임위원인 위원을 포함한 4명의 위원은 위원장이 제청하여 대통령이 임명 또는 위촉하며, 나머지 4명의 위원은 국회에서 추천하여 대통령이 임명 또는 위촉한다."고 개정되었다. 이는 '원자력안전위원은 국회와 행정부가 같은 수로 추천, 구성한다.'는 정부조직법개편에 관한 협의 당시 여야의 합의사항이 반영된 것으로 보인다. 더욱이 위원회 위원구성에서부터 여야가 개입하게 되면, 여당과 야당, 행정부가 각각 추천한 위원들이 핵심 쟁점을 놓고 대리전을 치를 가능성 지금보다 커지고 정치적 이슈에 휘말리기 쉽고 의사 결정이 늦어질 수 있다는 우려가 있다. 또한, 원자력안전위원장이 장관급에서 차관급으로 격하된데 반해 이해가 엇갈리는 원자력진흥조직인 원자력진흥위원회는 여전히 대통령소속으로 남아 있어 균형이 맞지 않는다는 지적이 있다.

의 제청으로 대통령이 임명하고, 상임위원인 위원을 포함한 4명의 위원은 위원장이 제청하여 대통령이 임명 또는 위촉하며, 나머지 4명의 위원은 국회에서 추천하여 대통령이 임명 또는 위촉한다(동법 제5조 2항). 나아가 위원장은 필요한 경우에는 국무회의에 출석하여 발언할 수 있으며, 그 소관 사무에 관하여 국무총리에게 의안의 제출을 건의할 수 있다(동법 제6조 2항). 그리고 국회에 출석하여 위원회의 소관 사무에 관하여 의견을 진술할 수 있으며, 국회의 요구가 있을 때에는 출석하여 보고하거나 답변하여야 한다(동법 제6조 3항).

원자력안전위원회의 전문성을 보장하기 위하여 위원회는 그 소관 사무의 실무적인 자문이나 심의·의결 사항에 관한 사전검토 또는 위원회로부터 위임받은 사무를 효율적으로 수행하기 위하여 필요하면 위원회 소속으로 전문위원회를 둘 수 있다(동법 제15조 1항). 위원회 산하의 전문기관으로는 현재 원자력안전기술원과 한국통제기술원을 두고 있다. 안전규제업무를 전담하는 원자력안전기술원과 핵확산방지를 목적으로 하는 국제적 차원의 세이프가드 기구인 한국통제기술원의 분리체계를 유지하며,[39] 원자력안전에 관한 연구개발재원에 대해서도 정부예산으로 확보하도록 하였다.[40] 또한 위원을 임명함에 있어서는 원자력안전에 관한 식견과 경험이 풍부한 사람 중에서 임명하거나 위촉하되, 원자력·환경·보건의료·과학기술·공공안전·법률·인문사회 등 원자력안전에 이바지할 수 있는 관련 분야 인사가 고루 포함되어야 함을 규정하고 있다(동법 제5조 1항).

Ⅴ. 마치며

후쿠시마원자력발전소 폭발사고는 일본은 물론 우리나라 원자력규제체계의

39) 김민훈, “원자력 안전규제에 대한 법제 고찰”, 70면.
40) 손재영, “원자력안전위원회의 비전과 운영방향”, 「원자력산업」 제328호, 원자력안전위원회, 2011. 11, 20-21면 참조.

개편에도 지대한 영향을 미쳤다. 종래 「원자력법」이 원자력의 이용과 안전관리에 관한 사항을 함께 규정하고 있던 것을 분리하여, 원자력의 안전에 관하여는 「원자력안전법」이 진흥 및 이용에 관하여는 「원자력진흥법」에서 각각 규율하도록 하였다. 또한, 원자력안전에 관하여는 원자력안전위원회라는 국무총리산하의 독립기구를 설치함으로써 원자력안전규제의 독립성을 강화하였다.

소위 원자력선진국이라 불리는 주요국의 원자력안전규제체계는 각국의 행정체계 및 원자력 정책과 발전수준, 일반 산업과의 관계 등과 같은 요인들을 고려하여 결정된다. 일반적으로 이러한 국가들의 정책은 앞서 살펴본 바와 같이, 대체로 원자력안전규제기구의 독립성이 확보되도록 하는 추세에 있다. 나아가 규제기관이 원자력진흥과 병행하는 행정부처의 소속일 경우라도 실질적인 독립성 보완장치를 마련하고 있는 등 다양한 형태로 나타나고 있다.

나아가 원자력의 위험관리에 관한 규준은 해당 국가 내에서 국내법적으로 통일된다고 문제가 해결되는 것이 아니라, 국내법과 국제법 간 규범의 상향적 조화에 기초해야 하는 것임을 또한 상기하여야 할 것이다.[41]

41) 홍기원, “원자력의 위험관리에 관한 최근 프랑스 정치계의 쟁점”, 「경제규제와 법」 제4권 제2호, 서울대학교 공익산업법센터, 2011. 11, 102면 참조.

< 참고문헌 >

1. 단행본

김재광, 『사회갈등시설법론』, 한국학술정보, 2007. 2.

콘라드 헷세 저·계희열 역, 『통일독일헌법원론』, 제20판, 박영사, 2001. 7.

울리히 벡 저·홍성태 역, 『위험사회』 -새로운 근대(성)를 향하여-, 새물결, 2006.

홍성방, 『환경보호의 법적문제』, 서강대학교 출판부, 1999. 8.

2. 논문

김남진, “위험의 방지와 리스크의 사전배려”, 「고시계」 통권 제613호, 2008. 3.

김민훈, “원자력 안전규제에 대한 법제 고찰”, 「법학연구」 통권 제72호, 부산대학교 법학연구소, 2012. 5.

김연태, “환경법에 있어서 사전배려원칙의 실현”, 「법학논집」 제34집, 고려대학교 법학연구소, 1998. 12.

김종천, 「과학기술의 안전성확보에 관한 공법적 연구」, 중앙대학교 대학원 박사학위논문, 2008. 8.

김태한, “일본에서의 원자력 안전규제”, 「법과 정책연구」 제3집 제2호, 한국법정책학회. 2003,

박균성, “과학기술위험에 대한 사전배려원칙의 적용에 관한 연구”, 「행정법연구」 제21호, 2008. 8.

_____, “원자력 안전법제의 재검토”, 「행정법연구」 제33호, 2012. 8.

박미애, “위험사회의 성찰적 책임윤리”, 「철학연구」 제96집, 2005. 11.

석광훈, “정부 방폐장 추진정책의 문제와 지속가능한 대안”, 「사회연구」 제10호, 2005.

_____, “지속가능한 방사성폐기물 관리정책과 사회적 합의방안”, 「시민사회와 NGO」 제2권 제2호, 한양대학교 제3섹터 연구소, 2004.

석인선, “미국의 원자력관련 환경판례연구 -원자력법제와 사법적 통제를 중심으로-”, 「환경법연구」 제21권, 1999,

손재영, “원자력안전위원회의 비전과 운영방향”, 「원자력산업」 제328호, 원자력안전위

원회, 2011. 11.

이상윤,「원자력 관련법령체계 개편에 관한 연구」, 한국법제연구원, 2011. 10.

정문식, “안전에 관한 기본권의 헌법상 근거와 위헌심사기준”,「법과 정책연구」 제7집 제1호, 2007. 6.

정태호, “기본권보호의무”,『현대공법학의 재조명』(김남진교수 정년기념논문집), 고려대학교 법학연구소, 1997. 8.

천병태·김민훈, “고준위방사성폐기물관리법제”,「법학연구」 통권 제55호, 부산대학교 법학연구소, 2006. 8.

최영환, “원자력발전소의 안전규제”,「기계저널」 제50권 제3호, 2010. 3.

한상수, “현대과학기술의 본질과 특징”,「전자법학연구」 제6호, 인제대학교 전자법학연구소, 2006.

홍기원, “원자력의 위험관리에 관한 최근 프랑스 정치계의 쟁점”,「경제규제와 법」 제4권 제2호, 서울대학교 공익산업법센터, 2011. 11.

황해봉, “한국 원자력법제 고찰”,「법제」, 법제처, 2011. 7.

3. 간행물 및 보고서

교육과학기술부·한국원자력안전기술원,『원자력 안전백서』, 2010. 4.

『규제와 법정책』 논문투고 및 논문작성에 관한 규정

2013. 4. 23. 제정

제 1 조(목적) 이 규정은 고려대학교 혁신 · 경쟁 · 규제법센터 규제법연구회가 발간하는 『규제와 법정책』에 게재할 논문의 작성요령 및 게재신청 등을 정함을 목적으로 한다.

제 2 조(제출기일) 『규제와 법정책』은 원칙적으로 매년 4월 30일 연 1회 발간하며, 『규제와 법정책』에 논문을 게재하고자 하는 사람은 본인의 완성된 원고를 3월 31일까지 규제법연구회 출판간사가 지정한 이메일로 제출하여야 한다. 다만, 편집위원회의 결정에 따라 논문제출기일을 연장할 수 있다.

제 3 조(논문작성요령) ① 본 학술지에 게재될 논문은 특집논문, 일반논문, 판례평석, 연구논문, 학술발표문 및 특별강연문으로 구분된다.

② 원고의 표지에는 논문제목(국문 및 영문), 필자성명(국문 및 영문), 소속과 직위, 학위, 주소, 전화번호(사무실, 자택, 이동전화), 이메일 주소를 기재하여야 한다.

③ 원고의 분량은 200자 원고지 200매(A4용지 25매) 내외를 원칙으로 한다.

④ 규제법연구회가 정한 『규제와 법정책』원고 작성방법에 따라야 한다.

⑤ 제출하는 논문에는 반드시 참고문헌, 국문 및 외국어를 병기한 5개 내외의 주제어를 첨부하여야 하며, 참고문헌 뒤에 외국어 초록(외국어논문인 경우에는 국문초록)을 작성함이 권장된다.

제 4 조(논문게재안내) 매 학술지 말미에는 이 규정에 근거하여 다음 호에 게재할 논문의 투고 및 작성요령을 안내한다.

제 5 조(저작권) 채택된 원고의 저작권은 채택과 동시에 규제법연구회에 귀속된다.

부 칙

제1조 이 규정은 2013년 4월 30일부터 시행한다.

『규제와 법정책』 원고 작성방법

1. 원고작성 기준

(1) 원고는 워드프로세서 프로그램인 『호글』로 작성하여 전자우편을 통해 출판간사에게 제출한다.

(2) 제출원고의 구성

1) 제출원고는 『표지-제목-저자 표시-국문초록-국문주제어(5개 내외)-목차개요(큰제목까지만)-본문-참고문헌-외국어초록(권장사항)-외국어주제어(권장사항)』의 순으로 구성한다.

2) 원고의 분량은 200자 원고지 200매(A4용지 25매) 내외를 원칙으로 한다.

3) 원고의 표지에는 논문제목, 저자 성명, 소속기관과 직책, 주소, 연락처(사무실 및 모바일 전화번호, e-mail 주소)를 기재하여야 한다.

4) 외국어 초록에는 논문제목, 저자명, 초록본문, 주제어가 포함되어야 한다. 외국어는 영어를 사용하는 것이 원칙이나, 논문의 내용에 따라서 독일어, 불어, 중국어, 일어를 사용할 수 있다.

5) 목차의 순서는 아래와 같다.

- Ⅰ (‘큰제목’으로 설정)
- 1. (‘중간제목’으로 설정)
- (1) (‘작은제목’으로 설정)
- 1) (‘아주작은제목’으로 설정)
- (가) (‘바탕글’로 설정)
- 가) (‘바탕글’로 설정)
- ⅰ) (‘바탕글’로 설정)

(3) 원고의 편집형식

1) 편집용지(A4)의 여백주기(호글에서 F7 키를 누름)

- 위쪽 : 20, 아래쪽 : 15, 왼쪽 : 30, 오른쪽 : 30, 머리말 : 15, 꼬리말 : 15.

2) 글자모양

- 서체 : 바탕, 자간 : -5, 장평 : 100, 크기 : 10.

3) 문단모양

- 왼쪽 : 0, 오른쪽 : 0, 들여쓰기 : 10, 줄간격 : 160, 문단 위 : 0, 문단 아래 : 0, 낱말간격 : 0, 정렬방식 : 혼합.

2. 각주의 표기

(1) 기본원칙

1) 본문과 관련한 저술을 소개하거나 부연이 필요한 경우에는 각주로 처리한다. 단, 각주는 일련번호를 사용하여 작성한다.

2) 각주의 인명, 서명, 논문명 등은 원어대로 씀을 원칙으로 한다.

3) 외국 잡지의 경우 처음 인용시 잡지명을 전부 기재하고, 그 이후의 각주에서는 약어로 표기할 수 있다. 예) Harvard Law Review -> H. L. R.

(2) 처음 인용할 경우의 각주는 아래와 같이 표기한다.

1) 저서의 인용

(가) 저자명, 『서명』, 판수, 출판사, 출판년도, 인용면수.

(예) 김남진/김연태, 『행정법 I』, 제17판, 법문사, 2013, 10면.

(나) 번역서의 경우 저자명은 본래의 성명으로 표기한다. 저자명과 서명 사이에 옮긴이의 성명을 쓰고 "옮김"을 덧붙인다. 서명은 국내서에 따른다.

(예) 프랑크 잘리거 지음/윤재왕 옮김, 『라드부르흐 공식과 법치

국가』, 세창출판사, 2011, 10면.

2) 정기간행물의 인용

(가) 저자명, “논문제목”, 「잡지명」 제○권 ○호, 출판년도, 인용면수. (필요한 경우 출판년도 앞에 잡지발행기관을 밝힐 수 있다)

(예) 김연태, “환경행정소송상 소송요건의 문제점과 한계”, 「안암법학」 제35권, 안암법학회, 2011. 11면.

(나) 월간지의 경우 제○권 ○호와 출판년도를 따로 표기하지 않고 ○○○○년 ○월호로 대신할 수 있다.

(다) 번역논문의 경우 저자명과 논문제목 사이에 역자명을 쓰고 “옮김”을 덧붙인다.

3) 기념논문집의 인용

(가) 저자명, “논문제목”, 기념논문집명, 출판사, 출판년도, 면수.

(나) 번역논문의 경우 저자명과 논문제목 사이에 역자명을 쓰고 “옮김”을 덧붙인다.

4) 판례의 인용

(가) 판결: 대법원 ○○○○.○○.○○. 선고 ○○◇○○ 판결.

(나) 결정: 대법원 ○○○○.○○.○○. 자 ○○◇○○ 결정.

(다) 헌법재판소 결정: 헌법재판소 ○○○○.○○.○○. 선고 ○○헌◇○○ 결정.

5) 인터넷에서의 자료인용

(가) 저자 혹은 서버관리주체, 자료명, 〈해당 URL〉 (최종접속일자).

(예) 저작권위원회, 저작권 법률상담, 〈http://counsel.copyright.or.kr/counselQueAns/counselQueAnsDetail.srv?seq=68〉 (최종 접속: 2012.11.02.).

(3) 앞의 각주 혹은 같은 각주에서 제시된 문헌을 그 다음에 다시 인용할 경우

1) 저서인용: 저자명, 앞의 책, 면수.

2) 논문인용: 저자명, 앞의 글, 면수.

3) 논문 이외의 글 인용: 저자명, 앞의 글, 면수.

(4) 기타 사항

1) 3인 공저까지는 저자명을 모두 표기한다. 저자간의 표시는 /로 구분하되 /이후에는 한 칸을 띄어 쓴다. 4인 이상인 경우 대표 1인의 저자명 외 남은 저자수를 표기한다.

(예) 서정범/김연태/이기춘, 『경찰법연구』, 제2판, 세창출판사, 2012, 11면.

2) 외국문헌과 외국판결을 그 나라의 표준표기방식에 의한다.

3) 면수의 표기는 다음에 의한다. 국문 또는 한자로 표기되는 저서나 논문을 인용할 때는 면(11면, 15면-19면)으로, 외국어로 표기되는 저서나 논문을 인용할 때는 p.(p.11, pp.15-19) 또는 S.(S.11, S.15 ff.)로 인용면수를 표기한다.

4) 여러 문헌의 소개는 세미콜론(;)으로 연결하고, 재인용의 경우 원전과 재인용출처 사이는 콜론(:)으로 연결하고 재인용출처 맨 뒤에 "~에서 재인용"이라 밝힌다.

3. 참고문헌의 표기

(1) 순서

국문, 외국문헌 순으로 정리하되, 단행본, 논문, 자료의 순으로 정리한다.

(2) 국내문헌

1) 단행본의 경우: 저자명, 『서명』, 판수, 출판사, 출판년도.

2) 논문의 경우: 저자명, "논문제목", 「잡지명」 제○권 ○호, 출판년도.

(3) 외국문헌은 그 나라의 표준적인 인용방법과 순서에 의하여 정리한다.

4. 논문초록의 표기

(1) 국문초록은 제목-저자 다음에 첨부한다. 초록 뒤에는 5개 내외의 주제어를 작성한다.

(2) 외국어(영어· 독일어, 프랑스어, 일본어 택1) 초록은 참고문헌 뒤에 첨부한다. 외국어 초록 뒤에는 5개 내외의 외국어 주제어를 작성한다.

(3) 논문초록에는 초록작성 언어로 논문명과 필자명이 함께 표기되어야 한다.

【 편집위원회 】

위 원 장 : 이승훈

편집위원 : 강호칠, 김판기, 박정연,
안기수, 윤덕근, 이승훈

규제와 법정책 제1호

2013년 4월 25일 인쇄
2013년 4월 30일 발행

발행인 김 연 태

편집인 하 명 호

연락처 서울특별시 성북구 안암로 145
고려대학교 혁신·경쟁·규제법 센터
Tel 02-3290-2917 Fax 02-3290-2919
E-mail: regulation@adm.korea.ac.kr

인쇄처 무지개출판사 (Tel 02-3290-4345)

ISSN 2288-2731

혁신|경쟁|규제법 센터

35
9 772288 273001
ISSN 2288 - 2731