

CONTENTS

1. 대법원 p.2

‘최고법원’ 대법원 역할과 기능 충실화를 위한 상고제도 개선, “국민적 공감대 형성됐다”

2. 한국헌법학회 p.6

“현행 헌법, 최소한의 민주주의만 담고 있다”...“헌법개정이 국민통합의 계기 되어야”

3. 한국국제조세협회 p.8

변화하는 국제조세 질서...글로벌 연대성 실천 위한 세제 주목되고, 조세중립성 확보 중요해진다

4. 배심제도연구회 p.11

200년 이상 배심재판 운영해 온 프랑스 형사사법제도, “국민의 사법참여 경험 적은 우리에게 주는 시사점 크다”

5. 대법원 판례 p.13

일사부재리 위반을 이유로 한 각하심결이 특허법상 일사부재리 원칙이 적용되는 확정 심결에 해당되는지 여부 外

6. 헌법재판소 판례 p.14

재판상 화해 간주 사유를 규정하고 있는 5·18보상법 조항 사건, 배심원 연령 제한 사건

7. 해외법뉴스 p.15

미국법상 특허대상적격성(patent eligibility)의 판단기준 판례동향

8. 입법뉴스 p.17

[6월 둘째 주 시행] 형사소송법, 임금채권보장법, 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 등

기사 1

대 법 원

‘최고법원’ 대법원 역할과 기능 충실화를 위한 상고제도 개선, “국민적 공감대 형성됐다”

대법원이 지난 5월 21일, “대법원 재판 제도, 이대로 좋은가?-상고제도 개선을 중심으로” 토론회를 개최했다. 김상환 법원행정처장(대법관)은 “현재의 상고제도는 1994년 이래로 특별한 변화 없이 유지되고 있는데, 상고제도의 모습이 지금과 같이 설

계된 당시와 현재를 비교해 보면, 대법원에 접수되는 사건의 수는 물론 그 복잡성 등의 측면에서 과거와는 큰 차이가 있다”면서 “어떠한 방식으로든지 헌법이 정한 최고법원의 역할과 기능을 충실히 수행하고, 우리 국민이 원하는 좋은 대법원 재판을 실현할 수 있도록 상고제도의 개선이 이루어져야 할 필요성이 있다고 할 것인데, 이에 대해 사회적으로 상당한 정도의 공감대가 이루어진 것으로 생각된다”며 개선 의지를 나타냈다.

대법원은 상고제도 개선을 집중적으로 연구·검토하기 위해 지난 2020년 1월, 사법행정자문회의 산하 특별 분과위원회로서 ‘상고제도개선특별위원회(이하 ‘특별위원회’)'를 설치했다. 특별위원회 위원들은 이번 토론회에서, 지난 1년여간 중점적으로 논의한 개선안들을 발표하고 온오프라인으로 참여한 토론자들과 의견을 교류했다. 특별위원회는 전국법원장회의와 전국법관대표회의가 각 1인씩 추천한 법관 2명과 법무부 추천 검사 1명, 대한변협 추천 변호사 2명, 국회공무원 1명, 대학교수 4명, 시민단체 1명, 총 11명으로 구성됐다.



단상 왼쪽부터 심정희 이사관, 박노수 부장판사, 권오곤 한국법학원장(좌장), 이인호 교수, 민흥기 변호사

올초 1년의 임기를 마치면서 사법행정자문회의에 제도 개선안을 보고했으나, 현재 임기가 연장되어 추가 연구와 검토를 진행 중에 있다.

■ 국민 85% “상고제도개선 동의”, 법관 96% “부적법·무익한 상고 많다”

“상고제도 개선의 필요성에 대해 사회적으로 상당한 정도의 공감대가 이뤄진 것으로 생각된다”는 김상환 법원행정처장의 말은, 특별위원회가 지난해 9월부터 한 달간 실시한 ‘상고제도 개선 필요성 등에 관한 인식조사’ 결과를 근거로 한다. 박노수 부장판사는 비법률전문가인 국민 일반 총 1,135명(소송유경험자 926명, 소송무경험자 209명)과 법률전문가 총 1,518명(법관 886명, 검사 83명, 변호사 408명, 법학교수 141명)의 답변으로 구성된 인식조사 결과를 분석·발표했다.

그에 따르면 일반국민의 84.9%가 상고제도 개선의 필요성에 동의했으며, 전문가 집단의 경우 “대법원에 제기되는 상고사건 중 부적법 또는 무익한 상고사건이 많다”는 견해에 모든 직역이 높은 비율(법관 95.9%, 검사 89.2%, 변호사 75.7%, 법학교수 80.1%)로 동의했다. 박 부장판사는 다만, “상고제도 개선에 대해 일반국민과 법전문가 모두가 깊이 공감하고 있는 것과는 별개로, 상당수 일반국민이 대법원(상고심)의 성격과 운영 현실을 제대로 인식하지 못하고 있다”면

서 “상고제도에 대한 적극적 홍보가 필요하다”는 점을 지적했다.

인식조사에 따르면 상고심이 법률심이라는 점에 대해 일반 국민의 46.2%가 ‘모른다’고 답했으며, 상고이유가 제한적이라는 점에 대해서도 47.5%가 ‘모른다’고 답했다. 대법관 1인당 연간 부담 사건수가 4천 건이라는 점에 대하여도 일반 국민의 70.5%가 ‘모른다’고 답했는데, 박 부장판사는 “상고제도 개선을 추진함에 있어서는 상고심의 성격과 현실에 대해 국민이 정확하게 인식하고 파악할 수 있도록 적절한 홍보 대책을 수립해야 한다”고 강조했다.

그는 “현재 1년 동안 대법원에 접수되는 상고사건은 본안사건 수만 4~5만 건”이라면서, “이는 대법관 1인당 주심 사건으로 1년에 약 4,000건, 비주심 사건 포함 시 1년에 약 16,000건을 담당해야 하는 것”이라고 풀이했다. 나아가 “이 같은 과다한 사건 부담으로 인해 충실하면서도 신속한 심리나, 중요 사건에 대한 심층적 연구·검토가 물리적으로 불가능한 상황이고, 이는 질 좋은 재판을 제공하는 데에도 장애가 되고 있다”고 전했다.

한편 대법원의 재판 운영과 관련하여서는, “법률전문가 중 법관·검사·법학교수의 다수(법관 74.5%, 검사 38.6%, 법학교수 63.8%)가 ‘법률심임에도 (대법원이) 사실관계 판단에 과도하게 개입하고 있다’고 응답했다”고 분석했다. 사법부 예산 증액 시 가장 먼저 예산이 지원되어야 할 영역에 대한 의견을 묻는 설문에는 모든 법률전문가 직역에서 ‘하급심 담당 법관 총원’이 가장 높은 응답비율(법관 72.2%, 검사 55.4%, 변호사 61.0%, 법학교수 55.3%)을 보인 점을 지목하며, “하급심 강화를 위해 적극적인 예산 집행이 필요하다는 점이 지적됐다”고 분석했다.

최고법원인 대법원에서 더 중점을 두어야 할 기능이 무엇인지에 관하여는, 일반국민의 50.5%가 ‘개별·구체적 사건에서의 권리구제기능’을, 42.4%가 ‘법령해석·적용의 통일기능’을 꼽았다. 법률전문가 집단에서는 법관·검사·법학교수 모두 ‘법령해석·적용의 통일기능’이라는 응답이 가장 높게 나타났으나(법관 88.4% 검사 72.3%, 법학교수 76.6%), 변호사 직역에서는 ‘개별·구체적 사건에서의 권리구제기능’이라는 응답비율이 가장 높았다(47.8%).

3심의 심급제도에 관해서는, 일반국민의 36.9%가 “1심과 2심에서 충실하게 재판을 받았다고 하여도 상고심(3심) 재판은 보장되어야 한다”고 응답했고, 법률전문가 집단의 경우 법관을 제외한 직역 모두에서 이 답변 비율이 가장 높았다

(검사 54.2%, 변호사 67.2%, 법학교수 39.0%). 법관 직역에서는 ‘충실하게 재판을 받았을 경우를 전제로 한 차례 불복 기회만 가져도 무방하다’는 답변이 가장 높게 나타났다(39.4%).

■ 우리나라 상고제도의 변천과 경위

박노수 부장판사는 고법 상고부가 설치된 ‘과도 법원조직법(1948. 5. 4.)’ 이후부터 대법원의 구성과 재판부의 중요변화에 따라 시대별로 구분하여 우리나라 상고제도의 변천과 그 경위를 짚었다.

‘① 대법원의 이원적 구성 시대(1959. 1. 13. ~ 1961. 8. 11.)’에는 대법관은 9인 이내, 대법원판사는 11인 이내로 구성됐다. 재판부는 ‘대법관 1인 이상 포함된 법관 5인으로 구성된 소부(민사부, 형사부, 특별부)’, ‘대법관만으로 구성된 소부’, ‘대법관 전원으로 구성된 연합부’로 구성됐다. 당시 대법원판사의 사물관할 제한에 따른 애로가 있었고, 대법원은 “대법원판사 제도를 없애고 대법관 수를 16인으로 하며, 대법원장이 필요하다고 생각하는 경우 21인까지 증원할 수 있도록 하자”고 주장했으나, 1961년 5·16 이후 별다른 여론수렴 없이 전격적으로 대법관을 9인으로 하면서 고등법원에 상고부를 두는 내용으로 법원조직법이 개정됐다.

‘② 고등법원 상고부(4급 3심제) 시대(1961. 8. 12. ~ 1963. 12. 13.)’는 종래의 3급 3심제(1심 지방법원, 항소심 고등법원, 상고심 대법원)를 수정하여 지방법원 본원 항소부, 고등법원 상고부를 신설(4급 3심제)했다. 이 시기에는 상고심의 분산으로 법령해석 통일의 저해가 있었고, “모든 국민으로 하여금 대법원 판결을 받을 기회를 보장하는 것이 헌법상 국민의 권리 실현에 도움이 된다”는 주장 등에 따라 폐지됐다.

‘③ 고등법원 상고부 폐지 후 대법원의 구성(1963. 12. 14. ~ 1981. 2. 28.)’ 시대에는 상고심을 담당하는 법원을 대법원으로 일원화하고, 대법원판사가 12명으로 증원됐다. 또한 대법원에 부를 두고 대법원판사 3인 이상으로 구성하도록 했는데, 실제로는 4인제 재판부 3개를 두었다.

‘④ 상고허가제 시대(1981. 3. 1. ~ 1990. 9. 1.)’는 1981. 1. 24. 국가보위입법회의가 별다른 여론수렴 없이 전격적으로 ‘소송촉진등에관한특례법’을 의결하면서 시작됐다. 이에 따라 1981. 3. 1.부터 상고허가제가 실시됐는데, 민사사건

은 헌법·법령·판례 위반의 경우에만 권리로서 상고할 수 있도록 하고(권리상고), 그 외의 경우에는 대법원에 상고허가신청을 하여 허가를 받은 경우에만 상고할 수 있었다. 이에 대하여는 국가보위입법회의 입법의 정당성 논란에 더하여, 허가비율과 인용비율이 낮고 불허가의 경우 이유를 설시하지 않아 국민으로 하여금 대법원 판결을 받을 기회를 제한한다는 비판이 있었다. 또한 소액사건을 제외한 민사사건 상고이유에 특별한 제한이 없어지면서 모든 상고사건에 정식 이유가 기재된 판결을 선고(1990. 9.~1994. 8.)함에 따라 상고사건 급증, 사건 처리 지연, 상고제도 남용 등의 폐단이 발생하여 폐지됐다.

‘⑤ 심리불속행 시대(1994. 9. 1. ~ 현재)’는 상고허가제도 폐지 이후 상고사건이 급증하게 되자 이에 대한 대책으로서 심리불속행 제도가 도입되면서 시작됐다. 심리불속행은 판결에 이유를 기재하지 않을 수 있고, 판결의 선고를 요하지 않으며 판결을 송달만 하면 되므로 대법원의 업무부담 경감에 일정 부분 도움을 주고 있다는 평가를 받는다. 반면 “심리불속행판결의 경우에도 사건기록에 대한 검토·연구는 다른 사건과 동일하게 매우 자세하게 이루어지므로, 대법원의 업무부담 경감에 큰 도움이 되지 않고 있다”는 견해도 있다. 시민단체나 변호사단체 일각에서는 심리불속행제도가 국민의 재판받을 권리를 침해한다며 폐지를 주장하고 있으나, 헌법재판소는 상고심절차에 관한 특례법 조항에 대한 헌법소원 심판사건에서 심리불속행 조항 및 판결이유 불기재 조항을 합헌으로 판단(2007헌마589 등 다수)한바 있다.

■ “상고제도 개선, 최고법원이자 법률심인 대법원이 갖는 규범적 역할을 방황타 삼아야”

박노수 부장판사는 현재 상고제도 개선안으로 논의되고 있는 주요 방안 세 가지를 ▲상고심사제 방안 ▲고법 상고부 등 방안 ▲대법원 규모 확대 방안으로 정리했다.

상고심사제 방안은, 법에 정해진 상고이유를 포함하고 있는지에 대한 심사를 강화하거나 상고이유 자체를 보다 강화하여, 사회 전반에 영향력을 미칠 중요한 법적 쟁점을 포함한, 보다 근본적인 중요성을 가지는 사건에 대법원의 심리를 집중하자는 안이다.

고법 상고부 등 방안은, 상고심을 담당하는 별도의 법원(고등법원 상고부 등)을 두고 대법원과 다른 법원(고등법원 상고부 등)이 상고사건을 분담하여 처리하자는 안이다.

대법원 규모 확대 방안은, 대법원에서 상고심 재판을 담당하는 법관을 늘리자는 안으로서, 구체적으로는 ①대법관만을

증원하는 방안 ②대법관 대신 대법관이 아닌 법관(대법원 판사)을 증원하는 방안 ③대법관과 대법원판사를 모두 증원하는 방안이 거론된다.

박 부장판사는 “헌법과 법률이 예정하는 최고법원이자 법률심인 대법원의 규범적 역할이란, 법률 해석·적용에 있어 객관적·통일적 기준을 설정함으로써 하급심 및 국민의 법률생활에 예측 가능한 지침을 제공하는 역할”이라면서 “대법원은 분열과 갈등의 종국적 해결자로서, 법치에 근거한 사회통합의 방향을 제시하는 역할을 해야한다는 방향성을 갖고 제도 개선을 이뤄야 한다”고 주장했다.

■ “상고심사제 방안, 가장 심플하면서 비용 들지 않는 개선안”

이인호 중앙대 법학전문대학원 교수는 상고심사제 방안을 지지하며, “상고심사제 방안은 현행 대법원과 법원의 조직체계를 손대지 않고 그대로 유지하면서, 또한 입법자에게 부담을 주지 않고 대법원의 최고법원성을 복원하는 문제를 빠르게 해결할 수 있는 안”이라고 평했다. 상고심사제 방안은 가장 심플하면서 비용이 들지 않는 데 비해, 다른 두 방안은 제도와 조직이 무겁고 비대해지는 단점이 있다는 의견이다. 그는 “현재 상고사건의 파기 비율이 5% 정도에 불과한 점을 볼 때, 현재의 상고제도는 당사자에게나 사회 전체적으로나 비생산적인 제도”라면서 “상고심사제를 도입하면 분쟁은 빨리 종결되어 신속한 재판을 받을 권리를 실현할 수 있고, 불필요한 상고가 억제됨에 따라 당사자의 경제적 비용 부담을 줄이면서, 분쟁해결의 지연에 따르는 심리적 스트레스도 줄일 수 있다”고 주장했다.

현재 비대해진 우수한 대법원 재판연구관 자원은 하급심 강화에 활용할 것과, 상고심사제 하에서는 필요하다면 대법관의 수를 9인으로까지 줄여서, 그 여력을 하급심 강화에 보탬 수도 있다는 구상을 냈다.

이 교수는 특히 “우리 헌법이 대법원을 전원합의체(One Bench System)로 상정하고 있다”며 “대법원의 최고법원성은 필연적으로 전원합의체 재판이 물리적으로 가능한 조직구성을 헌법적으로 요구한다”고 해석했다. 그는 “사회 변화에 부응하는 새로운 법리의 제시는 단일의 전원합의체 재판에서 비로소 가능하다”면서, “지금의 소부 중심의 재판 운영은 헌법이 예정한 원칙적인 조직 구성 및 업무방식이 아니므로 헌법이 예정하고 있는 원칙인 ‘단일의 전원합의체 재판’ 중심의 운영으로 복귀해야 하며, 그것이 바로 헌법이 대법원을 ‘최고법원’으로 규정한 본래의 취지”라고 했다.

나아가 “헌법재판소 판례가 분명히 하고 있는 바와 같이, ‘모든 권리구제의 최종심급이 대법원일 것’은 헌법의 명령이 아니지만, ‘최고심급’으로서의 기능수행은 대법원을 최고법원으로 명시하고 있는 헌법의 명령이자 헌법이 대법원에 부여한 헌법적 과제”라면서 “미국, 영국, 프랑스, 일본이 전면적 혹은 부분적 상고허가제를 채택한 이유는 바로 ‘최고심급’으로서의 헌법적 기능을 충실히 실현하기 위한 것이며, 유럽인권재판소도 ‘사법권의 적정한 행사를 담보하기 위해 상고사건을 선별하는 제도를 마련하는 것이 유럽인권협약 제6조의 재판청구권을 침해하지 않는다’고 판단하고 있다”며 상고심사제 안의 타당성을 강조했다.

■ 독일 입법례와 유사하게...“형사는 고등법원 상고부 + 민사는 상고심사제”

심정희 국회사무처 이사관은 “대법원의 법령 해석·적용 통일 기능만을 강조하면 상고심사제 안이 가장 근접한 제도가겠지만, 재판청구권과 관련된 국민적 관심 내용인 3심제 및 대법원에서 재판을 받을 기회가 현행보다 크게 후퇴될 수 있다는 비판에 직면할 우려가 있다”고 평하면서, “일반 국민의 현실적 인식을 바탕으로 상고제도 개선방안의 법리적 쟁점을 정책목표에 접목시키는 실무적 노력을 한다면, 국민적 공감대 형성에 유리할 뿐만 아니라 사법신뢰 제고에도 효과가 있을 것”이라고 주장했다.

그는 특히 일반국민에 대한 인식조사 결과가, 예상과는 다르게 고등법원 상고부 안을 선호하는 것으로 나타난 점에 주목했다. 또한 “일반국민은 대법원의 법령 해석·적용 통일 기능보다 권리구제 기능에 관심이 높으며, 상대적으로 대법원에서 재판을 받을 기회의 축소는 수용할 의사가 있다는 것이 확인됐다”고 분석하는 한편 “민사사건 경험자는 나름대로 상고 여부를 두고 합리적인 판단을 했지만 형사사건 경험자는 최종심까지 가겠다는 정서적 측면이 강하게 작용했음을 알 수 있고, 또한 형사사건 경험자가 상대적으로 최고법원의 권리구제 기능 및 3심제에 대한 요청이 높은 것을 볼 때, 상고제도 개선에서 최종심의 기회 보장은 형사사건에 우위를 두어야 할 것으로 보인다”고 풀이했다.

그는 이러한 일반국민 인식조사 결과를 바탕으로, ‘형사사건 상고절차는 고등법원 상고부 안으로, 민사사건 상고절차는 상고심사제 안으로 구분하여 상고절차를 개선하는 방안’을 제안했다. 이는 독일 입법례와 유사한 방식으로, 독일은 형사사건의 경우 상고이유가 있는 사건에 대해 1심 법원을 기준으로 하여 고등법원과 연방일반법원이 최종심을 나누어

분담하고, 민사사건의 경우에는 항소법원이 판결로 상고를 허가했거나 상고법원이 상고허가한 사건만 상고가 가능한 상고허가제를 채택하고 있다.

■ “우리 대법원은 ‘권리구제를 하는 최고법원 기능’이 더 우선한다고 보아야”

민홍기 변호사는 상고심의 성격과 대법원 기능의 이상적인 모습에 대하여 다른 발표자들과는 다소 다른 견해를 보였다. “대륙법계 성문법 국가인 우리 헌법 체제하에서는 대법원 판결에 제한된 기속력이 인정될 뿐이고, 법률에 대한 위헌심사권이 없는 우리 대법원에 대해 오롯이 미국 연방대법원이나 독일 연방헌법재판소와 같은 법률심의 기능을 요구하기는 어렵다”는 것이다. 해방 이후 지금까지 오랫동안 대법원이 최종심으로서 권리구제에 적극적인 재판 실무관행을 형성해 온 점 또한 간과할 수 없다고도 했다.

그는 “민주화 이행과정에서의 현행 헌법이 처한 과도적 성격과, 헌법재판소 제도의 도입 및 대법원과의 관계 등을 감안할 때, 현행 헌법상 대법원의 지위는 개별 상고사건에 대한 최종심으로서 ‘권리구제를 하는 최고법원으로서의 기능’이 ‘법령의 해석·적용을 함께 있어서 객관적이고 통일적인 기준을 제시하는 법률심’에 다소 우선하는 것으로 보인다”고 주장했다.

또한 “상고기각율이 높다는 이유로 곧바로 ‘남상고’라는 이름으로 비난할 것만은 아니”라면서, “당사자나 그 대리인이 패소한 판결에 대해서 불만을 갖는 것은 자연스러운 현상이고, 사실심 법관 가운데에는 그 진행이나 결론의 도출 등에 있어 상위 그룹에 속하는 법관과 하위 그룹에 속하는 법관이 존재하는 것이 현실이어서, 법관이 법정에서 다양한 수준의 당사자나 대리인을 보는 것과 마찬가지로, 당사자나 대리인 역시 여러 법정에서 다양한 수준의 법관을 보게 된다”고 전하기도 했다.

상고제도 개선안에 대해서는 “고등법원 상고심사부, 고등법원 상고부, 상고법원, 대법관의 증원, 대법원의 2원적 구성 등 각 방안은, 어느 한 방안의 장점이 다른 방안의 단점이 되거나 또 다른 방안의 장점이 제3의 방안에 대한 단점이 되는 등 각 방안의 장·단점이 서로 순환하는 관계에 있다”면서 “어느 방안 하나만으로는 현재의 상고제도를 개선하는데 한계가 있고, 사실심 재판부의 양적·질적 확충이든, 심리절차에서 공격·방어 기회의 충분한 제공이든, 대체적 분쟁해결 절차의 확대든 간에 사실심 단계의 근본적인 충실화와 사실심을 담당하는 법관에 대한 국민들의 신뢰·존경의 회복이 선

행되지 않는 이상, 상고심의 수요를 억제하는 데는 백약이 무효일 것”라고 주장했다.

그는 “장기적으로는 지방법원 등 법원의 최일선에서 일반 국민들과 만나는 법관에 풍부한 법조 경험과 연륜 및 인품있는 판사들을 배치되도록 함으로써 국민들의 신뢰와 존경을 우선 회복해야 한다”고 하는 한편 “상고심의 운영은, 법관을 일부 증원(6명)하여 재판부를 2원적으로 구성하고 재판부를

증설함으로써(2원적 재판부 10개, 대법관 재판부 2개) 민·형사 사건의 상고사건에 대한 최종심으로서 권리구제를 하는 기능은 지금처럼 앞으로도 여전히 대법원의 중요한 기능으로 작동하되, 헌법·행정, 조세, 노동 등의 사건에서는 법령의 해석·적용을 함께 있어 객관적이고 통일적인 기준을 제시하는 기능을 지금보다 더 적극적으로 수행해야 한다”는 의견을 제시했다.

기사 2

한 국 헌 법 학 회

“현행 헌법, 최소한의 민주주의만 담고 있다”, “헌법개정이 국민통합의 계기 되어야”

한국헌법학회(회장 임지봉 교수)와 국회입법조사처(처장 김만흠)가 지난 6월 1일, “국민통합과 헌법개정”을 주제로 공동 학술대회를 개최했다. 이날 고려대 김선택 교수가 “민주적



개헌논의의 헌법적 조건”을, 연세대 전광석 교수가 “헌법기능과 기본권 질서, 헌법개정의 방향”을, 서울대 송석윤 교수가 “헌법개정과 정치개혁”에 대해 발제했다. 학회의 총무팀은 지난 5월 14일부터 9일간 한국헌법학회원 대상으로 진행된 ‘헌법개정에 대한 회원 인식 조사 결과’를 발표했다.

■ 헌법학자 76.9% 개헌 찬성하지만...“최근 헌법개정 논의 국민통합에 기여하지 못했다”

한국헌법학회원 대상 설문조사는 총 95명의 유효한 응답으로 이뤄졌다. 응답자는 남성이 71.6%, 여성이 28.4%였으며, 연령대는 높은 비율순으로 40대가 53.6%, 50대가

28.4%, 2~30대가 12.7%를 차지했다. 현재 소속은 대학이 71.6%, 연구기관이 13.7%, 국가기관이 10.5% 순이다.

설문과 응답비율을 구체적으로 살펴보면, “1. 최근의 헌법개정 논의가 입헌주의 발전에 기여했다고 생각하는지”에 대한 응답은 긍정(매우 그렇다+그런 편이다)이 46.3%, 부정(전혀 그렇지 않다+그렇지 않은 편이다)이 28.4%로 나타났다. 반면 “2. 최근의 헌법개정 논의가 국민통합에 기여했다고 생각

하는지"에 대한 응답은 긍정(매우 그렇다+그런 편이다)이 20.0%, 부정(전혀 그렇지 않다+그렇지 않은 편이다)이 47.4%로, 긍정하는 응답자의 비율이 설문 1.에 비해 낮았다. "3. 헌법학계에서 헌법개정에 관한 연구와 논의가 충분했다고 생각하는지"의 질문에 대한 응답은 긍정(매우 그렇다+그런 편이다)이 37.9%, 부정(전혀 그렇지 않다+그렇지 않은 편이다)이 30.5%였다.

현행 헌법 개정에 얼마나 찬성하는지를 묻는 질문에 대하여는 "매우 찬성한다"가 19%, "찬성하는 편이다"가 57.9%, "찬성하지 않는 편이다"가 12.6%, "전혀 찬성하지 않는다"가 10.5%로, 찬성 응답자의 비율이 과반을 넘었다. 찬성하는 이유로는 높은 비율순으로 "①새로운 기본권 등 인권보장 강화를 위해", "②대통령 또는 국회의 권한이나 임기 조정을 위해", "③공정 등 사회갈등 해소를 위한 가치 제시를 위해"가 선택됐다. 헌법 개정에 찬성하지 않는 이유는 그 높은 비율순으로 "①현재의 정치적·사회적 갈등은 헌법 해석과 제도 운영으로 해결이 가능하기 때문에", "②개헌의 동기가 정치인들의 이해관계에 집중됐기 때문에", "③개헌논의가 정치적·사회적 갈등을 증폭시킬 것이기 때문에"가 선택됐다.

응답자들은 "2017년 추진된 헌법개정이 완료되지 못한 이유"에 대하여, 높은 응답순으로 "①정당의 당리당략적 접근", "②국민 공감대 형성 부족", "③주요 정당 간 합의 부재"를 꼽았다. "헌법개정이 다시 논의된다면, 논의과정에서 가장 필요한 것은 무엇인지"에 대하여는 높은 응답 순으로 "①국민 여론 수렴", "②주요 정당 등 정치세력 간 조정과 합의", "③개헌안의 완성도"가 지목됐다. 가장 바람직한 헌법 개정안의 발의 방식에 대하여는 높은 응답순으로 "①국회 헌법개정특별위원회 구성을 통한 논의와 발의", "②정당 및 시민사회 각각의 헌법안 작성과 협상을 거친 국회 발의", "③'시민의회' 방식을 통한 국민의 직접 참여와 논의 결과대로 국회 발의"가 선택됐다.

■ 김선택 교수, "1987헌법...국민직선·대통령 5년 단임 제외 하면 62년·72년 헌법과 같다"

김선택 교수는 "1987년 개헌은 대통령 국민직선제와 대통령 5년 단임제를 핵심으로 한 것이며, 그 밖의 쟁점은 주로 1962년 제3공화국헌법 체제를 따라 결정됐고, 일부는 1972년 유신헌법 내용도 그대로 유지되었다"면서 "1987년 체제는 그 헌법이 추구했던 좁은 목표, 즉 대통령 국민직선과 5년 단임제를 통해 권력의 인격화와 장기집권이라는 과거 한국헌정의 적폐를 청산하는데만 성공했다"고 평가했다.

선거를 통한 정권교체 정도만 가능하다는 의미에서 형식적·절차적 민주주의, 혹은 최소민주주의에 불과하다는 것이다.

김 교수는 민주화 이후 역대 대통령들이 초법적이고 일방적인 통치의 후유증에 대한 책임을 지느라 임기말이 좋지 않았던 원인도 여기서 찾았다. 1987년 체제의 실질이 소위 제왕적 대통령제, 즉 권위주의 통치에서 벗어나지 못했기 때문이라는 설명이다.

그는 "1987년 이후 현재까지의 개헌논의를 돌아보면 아직도 정치인들은 권력구조를 어떻게 하고, 권력의 임기를 어떻게 연장하고, 권력을 어떻게 배분하고 등, 권력이 아니면 관심을 보이지 않는다"면서 "헌법을 단지 '권력을 얻기 위한 게임의 룰'로 인식하는 사고에서 벗어나지 못하고 있다"고 지적했다. 이어 "헌법은 국민의 것이고 개헌은 국민의 몫이므로, 국민의 의사를 모으는 국민합의개헌만이 정당한 개헌방식"이라고 주장하면서, "국회와 정부는 자신의 임기와 상관없이 충분한 시간을 두고 국민의사가 헌법으로 성숙될 수 있도록 국민합의기구와 국민합의절차를 입법하고 이를 지원하는데서 자신의 역할을 찾아야 할 것"이라고 말했다.

■ 전광석 교수, "헌법개정은 규범적 접근과 정치적 접근이 함께 필요한 의제"

전광석 교수 또한 현행 헌법에 대해 김선택 교수와 비슷한 인식을 보였다. "1987년 헌법은 권위주의의 과거 극복과 권력구조의 단편적 전환 외에 헌법의 기능을 전면적으로 수정하지 못했고, 미래를 지향하며 숙고하는 과정 없이 절차적으로도 폐쇄된 정치공간(이른바 '8인 정치회담' 혹은 '4인 정치회담')에서 타협한 결과"라고 했다. 이 때문에 헌법의 편제, 기본권 질서, 국가기관의 조직과 구성에 관한 이전의 규정이 대부분 그대로 이어졌고, 부분적으로는 헌법기관이 제도적으로 변화했지만 이와 정합성이 없는 구성 방법이 그대로 유지됐다는 것이다.

전 교수는 그 대표적인 예로, 1987헌법이 헌법재판소를 설치하고 헌법재판소장을 대통령이 임명하도록 했지만, 기존 헌법의 헌법위원회에서 위원장을 위원 중에서 임명하던 규정이 그대로 유지된 것을 들었다. 그 결과 헌법재판소장의 임기는 공백으로 남았고 이에 관한 규범은 계속 불안정한 상태에 있다는 설명이다. 기본권 질서에 있어서는 사회경제적 및 실질적 불평등, 정보사회, 외국인의 지위, 지속가능성의 의제 등과 관련한 기본권의 사각지대가 지속적으로 지적되는 것도 문제로 들었다.

전 교수는 “헌법개정은 규범적 접근과 정치적 접근이 함께 필요한 의제”라면서, 헌법개정에는 이 두 가지 점이 특히 숙고되어야 한다고 강조했다. 특히 규범적 기본질서이면서 동시에 현재 및 미래질서를 지향하는 우리 헌법의 유형적 특징에서 보면, 기존의 국민적 합의나 헌법재판 등 공적 과정에서 이미 확인된 기본권을 헌법의 기본질서에 보충하는 개정은 정치적 안정성의 기반을 공고히 하는 장점이 있다고 했다. 같은 맥락에서 그는 “헌법개정은 헌법의 기능을 유지하기 위해 예정된 정치적 행위이기 때문에 국민적 합의에 기반해야 한다”고도 주장했다. 헌법개정이 국민통합의 계기가 되어야 하며, 새로운 분열의 원인이 되어서는 안된다는 것이다. 그는 “(따라서) 헌법개정의 의제를 설정하는 단계에서부터 국민적 합의를 유도할 수 있는 신중한 관점을 필요로 한다”고 말했다.

■ 송석윤 교수, “공무원 정치적 중립 등 헌법 규정, 다원적 입헌민주주의와 모순”

송석윤 교수는 헌법개정의 청사진으로 ‘군주제적 대통령제의 잔영 극복’ 및 ‘연립형 대통령제’를 제시했다. 권위주의적 대통령제의 잔재를 극복할 구체적 조치로서는, 헌법에서 ‘국가원수’라는 단어를 삭제할 것과, 공무원이 원한다면 정당과 의회에 적극적으로 참여할 수 있도록 하자는 의견을 냈다. 특히 현행 헌법상 공무원의 정치적 중립이나 직업공무원제도

규정에 대하여 “공무원을 그 직무를 넘어서 인격적 차원에서 국가가 독점하는 것”이라고 평하면서 “다원적인 입헌민주주의와 모순된다”고 지적했다.

대통령제와 관련해서는 “대통령 소속 정당이 다른 정당들과 협력하여 원내 과반수의 지지에 기초한 연립정부를 구성하는 것이 정치의 일상이 된다면 우리의 입헌민주주의는 한 걸음 앞으로 나아갈 수 있을 것”이라고 전망하면서도, “정치질서와 관련된 제도개혁의 성패는 제도의 내용 뿐 아니라 그 운영에 크게 좌우되기 때문에 정치권과 일반국민들 사이에서 그 취지에 대한 폭넓은 합의가 전제되어야 하고, 정부형태의 변화에서는 민주성과 통치가능성이 함께 고려되어야 한다”고 말했다. 이로써 입헌민주주의를 정상화하고, 보다 다원적이면서도 구심력 있는 정치제도, 미래세대와 함께하는 지속가능한 제도를 만들어갈 수 있다는 주장이다.

송 교수는 “비례대표제를 국회의원 선거제도의 기초로 삼으면 소수정당도 지지기반에 비례하여 의석을 얻게 되므로 국민의 의사가 보다 폭넓게 반영될 수 있다”고 하는 한편 “(연립형 대통령제에서는) 하나의 정당이 국회의 과반수를 획득하는 상황이 실질적으로 배제됨으로써 타협과 협력에 기초한 정치의 가능성이 열리고, 특히 대통령이 소속되지 않은 정당이 단독으로 원내 과반수를 점하여 행정부와 입법부가 상호 봉쇄하는 사태를 방지할 수 있다”고 설명했다.

기사 3

한 국 국 제 조 세 협 회

변화하는 국제조세 질서...글로벌 연대성 실천 위한 세제 주목되고, 조세중립성 확보 중요해진다

한국국제조세협회가 지난 5월 21일, “2021 국제조세법의 변화”를 주제로 춘계학술대회를 개최했다. 이날 옥무석 이화여대 법학전문대학원 명예교수(법무법인 화우 고문)가 “미국 바이든 세제와 국제조세의 흐름”을 주제로 기조발제를 했고, 동아대 법학전문대학원 노미리 교수가 “Cross-border 기업구조조정에 있어서 이월결손금의 활용 -EU 합병지침, CCTB/CCCTB의 내용을 중심으로-”를 발제했다.

■ “새로운 세계적 조세질서에서는 각국의 공통된 정책목적이 우선시 되는 경향 있다”

옥무석 교수는 “바이든 정부의 법인세 개혁은 새로운 국제조세 질서의 형성이라는 긴 흐름에서 생각해 볼만한 화두”라며 “보통 정부가 새로이 들어서고 새로이 세제가 발표되면 관련 세제의 규모가 얼마나 되는지, 이 세수의 총량규모가 증가했는지 감소했는지, 이들 세수규모의 변화에 누가 직접 영향을

받는지에 주목하게 될 것이지만, 이러한 수량적 관점보다는 그에 포함된 새로운 세제의 질적 변화, 즉 새로운 세제를 선보이고 견인할 것인지, 아니면 기존세제를 심화하여 깊이를 더할 것인지를 살피면 이를 바탕으로 세제의 이면에 있는 경제현상이 진전 혹은 답보 아니면 후진의 길을 가고 있는지 진단할 수 있다”며 기초발제의 취지를 밝혔다.

그는 먼저 국제조세의 과거와 현재의 큰 틀을 비교하며, “전에는 국제조세에서도 각국에 독자적인 재정고권을 인정하고, 조세를 규율하는 규범에서도 각국의 법률이 절대적으로 우선시되어 왔으며, 세제의 목적도 개별국가의 재정충당이라는 목적 외에 각국의 정책적·지도적 목적을 비교적 쉽게 실현하도록 우선시 되었으나, 새로운 세계적 조세질서에서는 규범형성의 의사반영 주체부터 개별국가보다는 경제블록(regional block), 그리고 다시 G20, G7으로 대표되는 세계 국가와 OECD 등 세계기업들이 이끌고 있다”면서 “이 과정에서 정책적 목적도 개별국가의 것 외에 세계 구성국가들의 공통된 정책목적이 우선시되는 경향을 읽을 수 있다”고 했다.

옥 교수에 따르면, 바이든 대통령이 후보시절부터 공약으로 밝힌 2020년 미국대선세제의 합의는 △자유경제기조내에서 부의 분배의 합리화를 통한 중산층의 확장 △기업으로부터의 일자리 창출을 핵심과제로 설정 △재정기조의 수정을 통한 부의 계층별재분배기능의 강화- 특히 오바마 케어의 복원을 위한 신세원의 발굴과 강화 △경제와 환경문제에 대한 국제적 연대성의 강화 정도로 요약된다. 바이든 세제가 특히 국제조세에서 가지는 합의와 관련하여서는 “국제조세는 미국 내 투자(inbound investment)의 지원세제와 미국 외 투자 유출방지, 특히 고용창출기업의 해외유출방지(outbound investment)에 초점이 있다”면서 “바이든 정부의 세제정책에서도 조세회피의 방지를 통한 세원의 역외유출 방지가 지대한 관심사”라고 전했다.

바이든 정부는 이 문제를 ‘오프 쇼어링(off-shoring)과 ‘해외 수익 이전’(profit shifting) 방지라는 형태로 구체화하고 있는데, 이는 국제적 균형의 관점에서 보면 자국내 생산기반 확충과 자국의 중산층을 두텁게 하는데 주안을 둔 정책으로 이해되고, 국제적인 연대성 즉 ‘전 세계가 같이 사는 문제’의 관점에서는 상대국가에 대한 배려가 부족하다는 아쉬움이 있다는 게 옥 교수의 말이다.

■ “글로벌 연대성 실천을 위한 세제인 ESG 세제 등에 관심 더욱 증대될 것”

옥 교수에 따르면, 지금은 ‘유해적 조세경쟁시대’에서 ‘BEPS

(Base Erosion and Profit Shifting, 다국적 기업의 조세회피행위) 세제 시대’로 전 세계 조세흐름이 옮겨져 와 있다. 최근 수십 년 동안 국제조세의 관심사는 이전가격세제로 수렴되고, 대부분의 실무상 국제조세의 문제는 모두 이전가격의 문제로 해결해 왔다.

BEPS 세제는 G7, G20 체제에서 OECD조세위원회의 위상과 기능을 부각하는 한편 세제의 형성도 최소한 G7의 합의가 있어야 성립될 수 있음을 보여주고 있다. 나아가 국제조세의 중요한 법원들이 합의에 의해 실현되는 과정을 거치며, 과거 특정국가의 과세권이 서로 양보·조정되는 방식을 통해 형성된 합의가 연성법(soft law) 형식으로, 그리고 각국이 동시에 자국법에 반영해 시행하는 형태로 변해가고 있다는 점도 유의할 필요가 있다. 국제적 합의방식이 다수의 다자간 조약의 형태로 나타나는 점도 주목된다.

옥 교수는 이러한 분석을 바탕으로 “1920년대 국제조세의 중요한 중심 원칙인 독립기업의 원칙(arm's length principle)을 미국이 주도적으로 정립하던 과거에 비하면, 앞으로 세제의 대미 의존도는 낮아질 것”이라고 예상하는 한편 “글로벌 연대성 실천을 위한 세제인 ESG 세제와 회계, 탄소세, 우주세, 가상화폐와 같은 새로운 금융상품과 구글세에 대한 과제연구, 그리고 기후변화와 대재해 대비를 위한 탄소세의 구조화 등에 대한 관심은 더욱 필요하고 증대될 것”이라고 내다봤다. 관련하여 국제적 세원 분배 다툼이 발생할 때 문제를 해결할 주도자(catalisator)를 어떻게 설정할 것인지의 문제와, 세원분쟁에 대비한 다양한 수단의 강구 및 조세 중재 상시화에도 관심이 필요하다고 주장했다.

■ 조세중립성 확보하면서 기업 영업활동 수월하게 하는 EU 지침들

우리나라는 2012년 상법 개정으로 삼각합병을 도입함에 따라 삼각합병으로 국내 기업이 외국 기업과 합병을 하는 것이 가능해졌고, 기업이 진출하는 국가에서 삼각합병을 허용한다면 사실상 국제적인 합병이 가능하다. 노미리 교수는 “기업 인수 및 합병에서는 투자수익률의 제고가 중요하기 때문에 필연적으로 절세하는 방안이 강구되는데, 이때 고려되는 것이 기업의 법인세를 직접적으로 절감하는 효과가 있는 이월결손금”이라면서 “실제로 다국적기업들은 aggressive tax planning의 일환으로 결손금을 적극 활용한다”고 전했다.

노 교수는 국내 기업과 외국 기업 간 합병이 비교적 활발하게 이루어지는 예로 EU를 들면서, “EU는 회원국들의 기업 간 합병을 허용하고, 특히 EU 회원국 기업 간 구조조정이

있을 때 조세중립성을 지키면서도 회원국의 과세권을 보호하고자 1990년부터 Merger Directive(이하 '합병지침')를 시행하는 한편, 2016년 EU 집행위원회는 과거에 제안한 바 있는 CCTB(Common Corporate Tax Base, 공동 법인세 과세표준, 이하 'CCTB')/CCCTB(Common Consolidated Corporate Tax Base, 공동 통합법인세 과세표준, 이하 'CCCTB') 지침안을 다시 선보였다"고 했다. EU합병지침, CCTB/CCCTB 지침안의 공통점은 둘 다 기업의 결손금 공제의 범위를 넓게 인정한다는 점이다.

기업의 세계화 및 전자상거래의 발달로 인해 기업의 영업활동에서 국가 간 경계가 점차 불분명해지고 있는데, 이 점을 반영하여 조세중립성을 확보하면서 기업의 영업활동을 수월하게 하고자 하는 것이 위 EU 합병지침과 CCTB/CCCTB 지침안의 취지라는 게 노 교수의 설명이다. 그는 "기업의 세계화, 전자상거래는 국제적인 추세로 피할 수 없는 현실"이라면서 "EU 역내 기업 간 합병을 다룬 합병지침과 공식배분법을 골자로 하는 CCCTB의 내용을 살펴보는 것은 향후 우리나라 조세시스템이 나아가야 할 방향에 도움이 될 것"이라고 말했다.

■ "전자상거래 발달, 기업 세계화 등 추세...한국도 EU 지침에서 시사점 얻어야"

노 교수가 소개한 위 지침들을 구체적으로 살펴보면, 합병지침은 EU 역내 기업 간 구조조정에도 조세중립성이 필요하다는 점에 기인하여 제정됐는데, 자본이득의 과세이연을 목적으로 하고 있다. EU 집행위원회가 2016년 법인세 개혁의 일환으로 선보인 CCTB와 CCCTB는 그 주요 특징을 아래 5가지로 정리할 수 있는바, CCTB의 적용을 받는 기업은 CCCTB의 적용을 받는 것을 전제로 하고 있고, CCTB와 CCCTB의 내용은 동일한 부분이 많다.

① CCTB/CCCTB 시스템은 EU 회계시스템으로 널리 사용되는 '국제회계기준(International Accounting Standards: IAS, International Financial Reporting Standards: IFRS)'과 공식적으로 아무런 연관이 없고,

② CCTB/CCCTB의 과세표준은 소득에서 과세가 면제된 소득, 공제 가능한 비용 및 기타 공제 가능한 항목을 차감한 금액으로 계산하며,

③ CCTB/CCCTB는 외국 소득(foreign income) 및 투자소득에 대한 면세제도(participation exemption)를 가지고 있어 이들은 과세표준에 포함되지 않고,

④ CCTB/CCCTB는 성장과 투자 및 R&D 비용에 대해서 별도로 공제(Allowance for Growth and Investment and Super Deduction for R&D expenses, AGI 공제)하는 제도가 있으며,

⑤ CCTB/CCCTB는 Cross-border 결손금 공제(loss relief)가 있어, 과세연도에 발생한 결손금은 이월되고 다음 해에 공제될 수 있는 점이 그 특징이다.

한편 공식배분법(formulary apportionment)에 관한 내용은 CCCTB에만 있는데, 기업의 영업 활동 외에 다른 일에 투입되는 시간과 비용을 감소시키고, EU 내에서 기업의 영업활동을 자유롭게 하기 위해 제안됐다. 공식배분법은 cross-border 그룹에 속하는 EU 기업들을 조세목적상 하나의 독립체(entity)로 보고, 통합된 과세표준을 분배하는 공식이다. EU에서 공식배분법이 주장된 배경은, EU 역내 다국적 기업들의 지역적 통합이 급속히 전개되에도 불구하고 회원국별로 상이한 세제를 운영함에 따라 지출되는 순응비용이 많았기 때문이다.

노 교수는 "EU 합병지침이 cross-border 기업구조조정에서 결손금의 공제범위를 넓게 인정하는 점과 CCCTB를 도입한 기업에게는 국경을 불문하고 이월결손금의 공제를 인정하는 점에 초점을 맞추어 생각할 때, 우리나라에서 이와 가장 유사한 제도는 연결납세제도"라면서 "그러나 현재 우리나라 연결납세제도는 그 적용범위가 너무 제한적이어서 위 제도가 활발하게 이용되지 못하고 있다"고 했다. 이어 "현행 법인세법은 연결납세제도의 적용범위를 100% 완전지배의 경우로 한정하고 있는데, 우리나라도 연결납세제도의 적용범위를 미국처럼 모법인이 자법인의 지분을 80% 정도 보유해도 가능한 것으로 요건을 완화하거나, 일정한 경우 예외를 인정하는 방향으로 연결납세제도를 개정할 필요가 있다"고 주장했다. 그는 또한 "전자상거래의 발달, 기업의 세계화 등의 추세로 인하여 한국 역시 지금 당장은 아니지만 점차 EU처럼 공식배분법의 도입을 고려해야 할지도 모른다"면서, "EU에서 논의되고 있는 CCTB/CCCTB의 추이를 지켜보고, 앞으로 CCTB/CCCTB에서 쟁점이 되는 부분을 숙지할 필요가 있다"고 강조했다. 공식배분법은 다국적기업이 회계자료를 바탕으로 개별 자회사들에 배분될 소득을 구체적인 수치로 보여주기 때문에, 누구든지 공식에 따라 동일한 과세금액을 산출할 수 있고, 과세금액에 대한 납세의무자의 예측가능성 및 명확성을 제고시키는 점과 복잡한 국제조세 체계를 단순화시킬 수 있다는 점이 장점으로 지목된다.

기사 4

배심제도연구회

200년 이상 배심재판 운영해 온 프랑스 형사사법제도, “국민의 사법참여 경험 적은 우리에게 주는 시사점 크다”

배심제도연구회(회장 박승옥 변호사)가 지난 5월 28일, “프랑스의 형사배심제도”를 주제로 정기토론회를 개최했다. 이날 주제발표를 한 김종민 변호사는 프랑스 국립사법관학교 ENM 장기 연수 및 주 프랑스대한민국대사관 법무협력관 파견 경험을 바탕으로 프랑스의 형사사법제도를 개관하고, 법무부 인권정책과장을 역임했던 시각에서 형사정책적 시사점과 정책의 현실화에 필요한 요소들을 검토했다.

■ 프랑스 형사사법제도, 우리와 어떻게 다른가

김 변호사에 따르면, 프랑스 법원은 법무부에 소속되어 있고 프랑스 대혁명의 ‘사법기능 분리 원칙’에 따라 판결법원(juridiction de jugement), 수사법원(juridiction d’instruction), 검찰(mistère public)이 엄격히 분리되어 있다. 수사법원은 법원과 검찰처럼 판결법원과 완전히 분리된 개념인데, 1심 수사법원인 수사판사(juge d’instruction) 및 석방구금판사(juge des libertés et de la détention JLD), 2심 수사법원인 고등법원 예심부(chambre d’instruction)로 구성되어 있다.

일제시대 우리나라에도 있던 수사판사제도는 1808년 나폴레옹이 도입한 것으로, 독일은 1974년에 폐지했고, 이탈리아도 1930년 도입했다가 1989년 폐지했다. 프랑스 수사판사는 강제수사를 담당하며, 단순화하면 검사는 사법경찰 수사 지휘, 수사판사는 직접수사를 담당하는 것으로 이해할 수 있다. 검사와 수사판사의 직접 수사인력은 없고 사법경찰을 지휘해 수사하는데, 여기서 사법경찰은 검사와 수사판사의 보조자(auxiliaire)로서 독자적 수사권은 인정되지 않는다. 2008년 기준으로 전체 형사기소가능 사건 중 수사판사의 예심수사(instruction)를 거친 사건은 전체의 1.56%에 불과한바, 이 때문에 수사판사 폐지론이 대두되어 있다.

석방구금판사는 2000년 형사사법개혁으로 무죄추정원칙 강화를 위해 신설됐는데, 피의자의 구금 및 구금 연장, 구속정지 등에 대한 심판 업무를 담당한다. 수사판사와 석방구금판사의 결정에 대하여는 2심 수사법원인 고등법원 예심부에

항고할 수 있다.

범죄의 구분도 우리와 다르다. 프랑스는 범죄를 중죄(重罪 crime, 무기 또는 10년 이상 구금형), 경죄(輕罪 délit, 10년 미만 구금형 및 3,750유로 이상 벌금형), 위경죄(違警罪 contravention, 3,000유로 이하 벌금형. 1급(38유로 이하), 2급(150유로 이하), 3급(450유로 이하), 4급(750유로 이하), 5급(1,500유로 이하, 재범은 3,000유로 이하))로 구분하고, 각 범죄에 대한 수사 및 소송절차, 관할 법원을 달리 정하고 있다.

중죄는 의무적으로 수사판사의 예심수사(instruction)을 거쳐야 하고, 고등법원에 설치된 비상설 배심법원인 중죄법원(Cour d’assies)에서 재판한다. 경죄는 선택적으로 수사판사의 예심수사를 거치며, 지방법원에 설치된 3인 합의 재판부인 경죄법원(Tribunal correctionnel)에서 재판한다. 위경죄는 지방법원 지원에 설치된 경찰법원(Tribunal de police)에서 재판하는데, 2017년까지는 지역간이법원(Tribunal de proximité)에서 1급~4급 위경죄를 관할했으나 지역간이법원이 폐지됐다.

■ 프랑스에서의 ‘국민의 사법참여’...형사뿐 아니라 상사법원, 노사조정법원서도 이뤄진다

김 변호사에 따르면, 프랑스 형사배심제도는 1789년 프랑스 혁명 후 1791년 7월 19일 및 22일 법률, 1791년 9월 16일 및 29일 법률로 그 근간이 마련됐다. 각 도청소재지에 형사법원(Tribunal criminel)이 설치됐는데, 재판장 및 3인의 판사, 12명의 판결배심원으로 구성됐다. 당초 기소배심과 판결배심이 도입됐으나 기소배심은 곧바로 폐지되어, 그 원인에 대해서는 연구가 필요하다는 게 김 변호사의 말이다.

1790년 8월 16일 및 24일 법률로 ‘공공소추관(accusateur public)’ 제도도 도입됐으나 시행 과정에서 범죄예방과 처벌에 많은 문제점을 드러내어 1801년 1월 9일 법률로 폐지됐다. 공공소추관 제도는 “시민은 그의 대표자를 통해 통치하

는 것처럼, 소추권한도 그의 대표자를 통해 행사한다”는 혁명 정신에 따라 시민의 직접 선거로 선출했다.

중죄법원 배심원은 각 도의 선거인 명부에 등록된 23세 이상 시민 중에서 배심원 후보(liste de secession)를 추천해 선정한다. 정부공무원이나 판사, 검사, 경찰, 교정공무원 등은 자격이 없으며, 배심원 후보 15명과 예비배심원 후보 10명 등 총 25명을 선정한다. 배심원 후보 및 예비배심원 후보에게는 30일 전에 소환장을 보내고 첫 기일에 재판장이 추천으로 배심원과 예비배심원을 선정하는데, 추천된 배심원에 대하여 피고인의 변호인은 4명까지 거부권 행사가 가능하고, 검사는 3명(항소심은 피고인 5명, 검사 4명)까지 거부할 수 있다. 배심원은 정당한 사유를 소명하여 배심원에서 제외해 달라는 신청을 할 수 있는데, 정당한 사유 없이 불출석한 배심원은 3,750유로(한화 약 509만원) 이하 벌금으로 처벌한다.



배심원 재판은 각 사건당 재판기일(secession)이 2~3일 가량 소요되는 것이 일반적이다. 구두심리주의이며, 수사기록은 재판장만 읽을 수 있고 2명의 법관도 열람이 불가능하다. 배심원은 당사자, 증인, 감정증인에 대해 재판장의 허가를 받아 질문을 할 수 있고, 유무죄 판단 및 양형 결정에도 관여하는데, 재판장을 포함하여 총 12명이 각 1표씩 투표권을 행사(비밀투표)한다. 2012년 1월 1일부터는 피고인에게 불리한 판결을 피하기 위해 1심은 9명 중 6명, 항소심은 12명 중 8명 이상의 찬성이 있어야 하도록 개정됐다. 또한 같은 날부터 중죄법원이 유죄를 선고할 경우 유죄 이유를 명시하도록 했다.

이러한 중죄법원 재판은 1810년~2000년까지 단심으로 운영됐으나, 유럽인권재판소에서 공정한 재판을 받을 권리 침해라는 판결을 받고 2000년에 순환항소(다른 도에 설치된

중죄법원에서 항소심 재판)라는 방식의 항소제도를 도입했다. 2019년에 이르러서는 형사법원(Cour criminelle)이 신설됐는데, 배심원으로 구성되는 중죄법원 대신 5명의 직업법관으로 구성해 중죄 재판을 하도록 했다. 중죄법원은 시간과 비용이 많이 들어 검사들이 중죄법원 대상 범죄를 경죄법원에 기소하는 관행이 있어온바, 이를 제도적으로 허용해 신속 재판을 도모할 목적으로 신설했다. 시범실시를 거쳐 2022년에는 전국 확대 실시를 목표로 하고 있으며, 신설 형사법원에서 재판하는 주된 범죄는 강간죄다. 은퇴한 판사도 형사법원 판사로 재판이 가능하다.

한편 프랑스는 형사 분야 외의 영역에서도 국민의 사법 참여가 이뤄지는 점이 주목되는데, 특히 프랑스의 역사적 유산과도 같은 상사법원(Tribunal de commerce) 및 노사조정법원(Conseil de Prud'homme)에서 이뤄지고 있다.

상사법원은 그 최초의 원형을 1419년 리옹에서 찾는다. 상인 및 기업 명부에 등재된 상인과 기업가들이 대표자를 선출하고, 그 대표자들과 상사법원 판사 및 전직 상사법원 판사들로 구성된 선거인단이 상사법원 판사를 선출한다. 임기는 4년이고 4회 연임이 가능하며, 최초 2년간 예비 상사법원 판사를 거쳐야 한다. 3인 합의부이고 재판장은 6년 이상 상사법원 경력 판사 중에서 선출하는데, 고등법원장이 자격 미달이라고 판단하면 불승인 할 수 있다. 2018년 기준으로 총 847,805건의 사건이 접수되어 소송은 364,631건, 항소율은 13.7%다.

노사조정법원은 1200년 중세시대부터 이어져왔다. 선출된 사용자 대표와 선출된 노동자 대표로 구성되며, 임기 4년의 1심 법원이다. 노사단체협약 문제 등을 심리 및 재판하며, 2015년 기준으로 194,231건을 종결하고, 평균 소송기간은 13.7개월, 항소율은 64.5%다.

■ “이상적인 제도·정책 현실화하는 데는 비용과 사법자원의 효율적 배분 문제가 절대적”

김종민 변호사는 “2000년 이후 프랑스를 비롯한 유럽 형사정책의 중요한 흐름은 신속절차 및 대체적 소추절차(poursuite alternative)의 대폭 확대”라고 정리하면서, 이는 법원의 불필요한 사법적 개입으로 인한 비효율성, 형사재판의 장기화, 재판능력의 병목현상을 제거하여 국가형사사법비용을 절감하고 한정된 사법자원을 최대한 효율적으로 가동하기 위함이라고 설명했다. 또한 법경제학적 관점을 형사사법에 도입하여 협상사법(justice négocié)을 전면 확대한 것도 지목했는데, 이에 대하여는 “자백하고 증거가 이미 확보

되어 양형 결정만 남은 사건은, 방어권이 보장되는 조건이라면 굳이 법원 재판절차를 거칠 필요 없다는 사고에 기초한다”고 설명했다.

같은 맥락의 제도들로는 1999년에 도입된 ‘부담승인조건부 기소유예(composition pénale)’, 2004년에 도입된 ‘미국식 플리바게닝’, ‘정액벌금제도’, ‘즉시기소 사건(comparution immédiate)’ 등이 있는바, 우리에게도 많은 시사점을 주는 제도들이다. 특히 즉시기소 사건은 절도 등 ‘길거리 범죄’를 신속 처리하기 위해 도입된 것으로, 재범 이상 전과가 있고 현행범 체포나 충분한 증거 확보된 자에 대하여 체포 후 48시간~72시간 안에 1심을 선고하도록 한다.

김 변호사는 “200년 이상 중죄법원 배심재판을 운영해 온 프랑스가 2019년부터 직업법관 5명으로 구성된 ‘형사법원’을 단계적으로 도입하게 된 배경에 대하여는 충분히 연구할 필요가 있다”면서 “재판이 사건 당 2~3일씩 걸리는 경우가 많고, 배심원 소환이 쉽지 않아 재판이 적체되는 문제, 법정 증설과 배심원 수당 지급 등에 막대한 예산이 소요되는 점은 간과할 수 없는 부분”이라고 했다.

또한 배심재판이 피해자보호 측면에서 부정적인 점도 지적됐는데, 살인 강간 등 사건이 사건발생일로부터 2~3년이나 지나야 첫 기일이 진행되는 점, 언론에 보도된 중요 사건은 배심원들에게 선입견을 갖게 하고 여론재판 등의 우려가 생기는 점 등이 그것이다.

그는 “국민의 사법참여 경험이 적은 우리나라에서 배심제 도입은 필요하고 매우 의미가 크지만, 이상적인 제도나 정책을 현실화하는 데는 비용과 사법자원의 효율적 배분 문제가 절대적이므로 세밀하게 설계할 필요가 있다”면서 “프랑스의 운영 경험에서 나온 문제점들과 그 배경을 깊이 연구할 필요가 있고, 특히 우리나라는 언론과 여론 재판에 대한 우려로 국론이 분열하는 수준까지 이른 상황에서, 이런 점들이 배심제 운영에 어떤 영향을 미칠 것인지 객관적인 분석이 선행되어야 한다”고 했다. 아울러 “상대적으로 국민적 저항감이 적고, 직업 법관보다 전문성이 더 요구되는 소년재판 등부터 시행해보고 그 결과를 토대로 배심재판을 확대하는 방안을 검토하는 것이 좋겠다”는 의견을 냈다.

대법원 판례

■ 일사부재리 위반을 이유로 한 각하 심결이 특허법상 일사부재리 원칙이 적용되는 확정 심결에 해당되는지 여부

대법원(주심 이기택 대법관)이 6월 3일, 일사부재리 원칙 위반 여부가 문제되어 진보성 부정 여부에 관한 실체 판단이 이루어진 각하 심결이 특허법 제163조의 일사부재리 원칙 적용을 위한 확정 심결에 해당하는지 여부가 문제된 사안에서 “특허법 제163조 단서에 해당되어 일사부재리의 효력이 없다”고 판시했다. 이와 달리 “일사부재리 원칙 위반을 이유로 각하된 확정 심결에서 동일 증거에 의한 심판청구인지가 문제되어 진보성 부정 여부에 관하여 실체 판단이 이루어진 경우에는 그 각하심결을 일사부재리 효력을 가지는 확정 심결로 볼 수 있다”고 판단한 원심은 파기됐다.

일사부재리 원칙에 관한 특허법 제163조는 “이 법에 따른 심판의 심결이 확정되었을 때에는 그 사건에 대해서는 누구든지 동일 사실 및 동일 증거에 의하여 다시 심판을 청구할 수 없다. 다만, 확정된 심결이 각하심결인 경우에는 그러하지 아니하다”라고 규정하고 있다. 따라서 확정된 심결이 심판 청구의 적법요건을 갖추지 못하여 각하된 심결인 경우에는 특허법 제163조 단서에 따라 일사부재리의 효력이 없다. 대법원은 “특허법 제163조의 ‘동일 증거’라 함은 전에 확정된 심결의 증거와 동일한 증거만이 아니라 그 심결을 번복할 수 있을 정도로 유력하지 않은 증거가 부가되는 것도 포함하기 때문에 후행 심판에서 새로 제출된 증거가 확정된 심결의 증거와 동일 증거인지 판단하기 위해서는 선행 확정 심결을 번

복할 수 있을지를 심리·판단하게 되고, 그 과정에서 본안에 관한 판단이 선행되는 것과 같은 결과가 발생하기도 한다”고 설명하면서 “다만 일사부재리 원칙은 심판청구의 적법요건일 뿐이어서, 위와 같은 경우라도 일사부재리 원칙을 위반하여 심판청구가 부적법하다고 한 각하심결을 본안에 관한 실체심리가 이루어진 기각심결과 동일하게 취급하는 것은 문언의 가능한 해석 범위를 넘어선다”고 봤다.

나아가 “심판청구의 남용을 막고, 모순·저촉되는 복수의 심결이 발생하는 것을 방지하고자 하는 일사부재리 제도의 취지를 고려하더라도, 심판청구권 보장 역시 중요한 가치인 점, 현행 특허법 제163조는 일사부재리 효력이 제3자에게까지 미치도록 하고 있다는 점에서 특허법 제163조 단서의 예외를 인정하

여 그 적용 범위를 확대하는 것은 정당화되기 어렵다"고 덧붙였다.

■ 2020다244672 손해배상(기) (사) 파기환송- 음반파일에 관한 음반제작자로서의 저작권접권 등 침해로 원인으로 한 손해배상 청구 사건

대법원(주심 노태약 대법관)이 6월 3일, 음반의 제작 과정에서 각 악기별 연주 부분을 따로 녹음하여 만들어진 일명 'MR파일' 또는 '멀티트랙'과 같은 음원에 대하여도 음반제작자의 저작권접권이 인정될 수 있다는 취지를 밝히면서, "그 음반에 수록된 저작물의 저작재산권자라 하더라도 저작권접권자인 음반제작자의 허락 없이 그의 음반을 복제하는 것은 음반제작자의 복제권을 침해하는 행위에 해당하므로 그로 인하여 발생한 손해가 있다면 이를 배상할 책임이 있다"고 판시했다.

작곡가 겸 가수인 피고는 연예기획사이자 음반제작사인 원고와의 전속계약 기

간 중 이 사건 각 음원을 작곡했고, 원고는 자신의 기획과 비용부담 하에 이 사건 각 음반을 제작·발행했다. 이 사건 각 음반의 제작 과정에서 각 악기별 연주 부분을 따로 녹음한 이 사건 MR파일이 만들어졌는데, 원고는 이 사건 각 음원과 관련하여 원고가 보유한 마스터 권리 일체를 원심 판시 소외 회사에 양도했으나 이 사건 MR파일에 대한 원고의 권리는 양도 대상에 포함되지 않았다. 피고는 원고와의 전속계약 해지 후 원고 대표자에게 알리지 않고 원고의 녹음실을 방문해, 그곳에 저장되어 있던 이 사건 MR파일을 외장 하드디스크에 다운로드 받아 갔다.

저작권법 제2조 제5호는 음반제작자의 저작권접권의 대상이 되는 '음반'을 '음(음성 또는 음향)이 유형물에 고정된 것'으로, 같은 조 제6호는 '음반제작자'를 '음반을 최초로 제작하는 데 있어 전체적으로 기획하고 책임을 지는 자'로 규정하고 있다.

원고는 피고의 위와 같은 행위가 원고의 저작권 또는 저작권접권을 침해한

것이고 이로 인하여 원고에게 손해가 발생했다고 주장하면서 이 사건 소를 제기했으나, 원심은 "이 사건 MR파일에 대한 원고의 권리가 침해됨으로써 원고에게 현존하는 손해가 발생하였거나 장차 손해가 발생할 것으로 인정되지 않는다"는 이유로 청구를 기각했다.

이에 대하여 대법원은 "음반제작자의 저작권접권은 최초의 제작행위를 통하여 생성된 음반에 관하여 그 음을 맨 처음 음반에 고정한 때부터 발생하는 것으로서, 작사자나 작곡자 등 저작자의 저작물에 관한 저작재산권과는 별개의 독립된 권리"라고 하면서, "저작권접권인 음반에 수록된 저작물의 저작재산권자라 하더라도 저작권접권자인 음반제작자의 허락 없이 그의 음반을 복제하는 것은 음반제작자의 복제권을 침해하는 행위에 해당하고, 이로 인하여 음반제작자에게 손해가 발생하였다면 그 손해를 배상할 책임을 부담한다"고 판단했다.

헌법재판소 판례

■ 2019헌가17 구 광주민주화운동관련자보상등에관한법률 제16조 제2항 위헌제청- 재판상 화해 간주 사유를 규정하고 있는 5·18보상법 조항 사건

헌법재판소가 2021년 5월 27일 재판관 전원일치의 의견으로, 5·18민주화운동과 관련하여 재판상 화해 간주 사유를 규정하고 있는 구 '광주민주화운동 관련자 보상 등에 관한 법률' 및 구 '5·18민주화운동 관련자 보상 등에 관한 법률' 조항이 헌법에 위반된다는 결정을 선고했다. 제청신청인들은 5·18민주화운동과 관련

하여 구 '광주민주화운동 관련자 보상 등에 관한 법률'에 따라 설치된 광주민주화운동 관련자 보상심의위원회의 결정에 의해 대한민국으로부터 보상금, 의료지원금, 생활지원금 및 기타 지원금을 지급받은 사람들이다. 또한 제청신청인들 중 일부는 이후 구 '5·18민주화운동 관련자 보상 등에 관한 법률'에 따라 설치된 5·18민주화운동 관련자 보상심의위원회의 결정에 따라 보상금을 추가 지급받았다.

제청신청인들은 2018. 12. 13. 대한민국을 상대로 군 수사관 등의 가혹 행위

등 위법한 직무집행으로 인해 발생한 정신적 손해 등의 배상을 청구하는 소송을 제기했는데, 소송 계속 중 구 '광주민주화운동 관련자 보상 등에 관한 법률' 제16조 제2항에 대한 위헌법률심판제청을 신청했다. 제청법원은 이를 받아들여 2019. 5. 28. 이 사건 위헌법률심판제청을 했다.

심판대상조항은 보상심의위원회의 보상금 등 지급결정에 신청인이 동의한 때에는 5·18민주화운동과 관련하여 입은 피해에 대하여 민사소송법의 규정에 의한 재판상 화해가 성립된 것으로 간주

하여 국가배상청구권의 행사를 제한하고 있다. 이에 따라 심판대상조항이 기본권 제한 입법의 한계인 헌법 제37조 제2항을 준수하였는지 여부, 즉 과잉금지원칙을 준수하고 있는지 여부가 문제됐다.

헌재는 “불법행위로 인한 손해배상청구의 소송물은 일반적으로 적극적·소극적·정신적 손해에 대한 배상청구로 분류되는데, 5·18보상법 및 같은 법 시행령의 관련조항을 살펴보면 적극적·소극적 손해에 대한 배상은 고려되고 있음에 반하여 정신적 손해배상에 상응하는 항목은 존재하지 않고, 보상심의위원회가 보상금 등 항목을 산정함에 있어 정신적 손해를 고려할 수 있다는 내용도 발견되지 않는다”면서 “그럼에도 불구하고 심판대상조항은 적극적·소극적 손해의 배상에 상응하는 보상금 등 지급결정에 동의했다는 사정만으로 정신적 손해에 대해서까지 재판상 화해가 성립한 것으로 간주하고 있는바, 이는 국가배상청구권에 대한 과도한 제한으로서 침해의 최소성에 위반된다”고 판단했다.

또한 “(심판대상조항은) 적절한 손해배상을 전제로 한 관련자의 신속한 구제와 지급결정에 대한 안정성 부여라는 공익에 부합하지 않을 뿐만 아니라, 그로 인해 제한되는 사익은 공무원의 직무상 불법행위로 인하여 입은 정신적 고통에 대해 적절한 배상을 받지 않았음에도 불구하고 그에 대한 손해배상청구권이 박탈되는 것으로서, 그 제한의 정도가 지나치게 크다”면서 법익의 균형성에도 위반된다고 봤다.

■ 2019헌가19 국민의 형사재판 참여에 관한 법률 제16조 위헌제청- 배심원 연령 제한 사건

헌법재판소가 2021년 5월 27일, 재판관 7:2의 의견으로 “국민참여재판 배심원의 자격을 만 20세 이상으로 정한 국민의 형사재판 참여에 관한 법률 제16조 중 ‘만 20세 이상’ 부분이 헌법에 위반되지 않는다”고 선고했다. 이에 대하여는 위 조항이 평등원칙에 위배되어 헌법에 위반된다는 재판관 이석태, 김기영의 반대의견이 있다.

법정의견은 “배심원의 역할은 형사재판에서 직접 공무를 담당하는 직책이라는 점을 고려하면, 배심원의 자격을 갖추는 데 요구되는 최저한의 연령을 설정함에 있어서는 법적 행위능력을 갖추고 중등교육을 마칠 정도의 최소한의 지적 이해능력과 판단능력을 갖춘 연령을 기초로 하되, 중죄를 다루는 형사재판에서 평결 및 양형의견 개진 등의 책임과 의무를 이해하고 이를 합리적으로 수행하기 위하여 필요한 직접 또는 간접적인 경험을 쌓는 데 소요되는 최소한의 기간 등도 충분히 요청될 수 있다”면서 “심판대상조항이 우리나라 국민참여재판제도의 취지와 배심원의 권한 및 의무 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 만 20세에 이르기까지 교육 및 경험을 쌓은 자로 하여금 배심원의 책무를 담당하도록 정한 것은, 입법형성권의 한계 내의 것으로 자의적인 차별이라고 볼 수 없다”고 판단했다.

이와 달리 반대의견은 “일정 연령의 사람에 대하여 배심원 능력을 인정할 수 있음에도 입법자가 그보다 높게 배심원 연령을 정했다면 입법형성권의 한계를 벗어난 것”이라며 “국민참여재판은 국민의 상식과 경험을 재판절차에 반영하기 위한 것으로서 배심원 역할을 수행함에 있어 특별한 법적 전문성이나 고도의 판단능력을 요하지 않으므로, 배심원으로서 능력이 있는지를 판단함에 있어서는 민법상 행위능력 유무가 일차적 기준이 될 수 있다”고 봤다.

이어 “2020년에는 선거권 연령이 만 18세 이상으로 개정된바, 스스로 정치적 판단을 할 능력이 인정된다면 배심원으로서 최소한의 능력이 있음을 인정할 수 있는 점, 배심원을 만 18세 이상으로 규정함과 동시에 선거인명부에서 선정하도록 하고 있는 국가들이 다수 존재하는 점 등을 고려할 때, 만 18세에게 배심원 자격을 부여하지 않는 것에 합리적인 이유를 찾기 어렵다”면서 “심판대상조항은 만 20세 미만의 국민, 특히 만 19세 및 만 18세의 국민을 합리적인 이유 없이 차별 취급 하는 것으로서 평등원칙에 위반되지만, 단순위헌결정을 할 경우 배심원 연령에 관한 하한기준 자체가 사라지게 되어 법적 혼란을 초래할 수 있으므로, 헌법불합치결정을 함으로써 입법형성권의 범위 내에서 개선입법을 하도록 함이 타당하다”는 의견을 냈다.

해외법 뉴스

미국법상 특허대상적격성(patent eligibility)의 판단기준 판례동향

<출처: 헌법재판연구원>

대전지방법원·대전가정법원 서산지원 고유강 판사가 지난 5월 발간된 '사법정책연구원 해외사법소식' 제132호에서, 미국 특허법제에서 어떤 발명이 특허대상적격성을 지니는지 판단하는 기준과 관련하여 특히 컴퓨터프로그램과 생명공학 분야에서 이정표 역할을 한 주요 판결들을 소개했다.

고 판사에 따르면 미국의 확립된 판례법 이론은 자연법칙(laws of nature), 자연현상(natural phenomena), 그리고 추상적 아이디어(abstract idea)는 특허대상적격성 있는 발명의 범위에서 제외해 왔다. 따라서 이러한 판례법 이론이 컴퓨터프로그램이나 생명공학과 같은 당대의 새로운 기술발전 상황에 어떻게 대응해 왔는지 살펴보는 것은 의미가 크다.

고 판사는 "새롭게 개발한 발명을 특허권을 이용하여 일정 기간동안 강력하게 보호받을 수 있다는 기대는, 다국적기업들의 각축장이라고 할 수 있는 오늘날 생명공학과 컴퓨터프로그램 분야에서 거대한 자금력과 인력 등 막대한 자원을 투입하도록 하는 중요한 유인으로 기능한다"면서 "특히 최근 생명공학과 소프트웨어의 융합 분야로서 각광을 받고 있는 생물정보학(bioinformatics) 분야가 장래 더욱 발전하기 위해서는, 특허제도의 적절한 규율을 통해 신기술의 발전을 촉진할 필요성이 강조된다"고 말했다.

■ 생명공학·컴퓨터 프로그램 분야 특허대상적격성 판단에 관한 대표 판례

생명공학 분야에서 특허대상적격성이 부정된 대표 사례는 "Funk Bros. Seed Co. v. Kalo Inoculant Co., 333 U.S. 127 (1948)"이다. 이 사건에서 연방대법원은 "특정 박테리아 종 사이의 호환성은 자연법칙으로, 출원 대상이 된 혼합물은 그러한 자연법칙

에 따라 혼합한 것이어서 기술적 성과라고 부를 수 있을지는 몰라도 발명의 결과는 아니어서 특허대상적격성을 인정할 수 없고, 이러한 출원에 특허를 부여할 경우 자칫 자연법칙에 대한 특허를 인정하는 결과에 이를 수 있다"고 판시했다.

이후 "Diamond v. Chakrabarty, 447 U.S. 303 (1980)" 사건에서는 "자연현상이나 추상적인 아이디어, 또는 새로이 발견된 광물은 특허대상적격성이 없지만, 살아있는 미생물이라 하더라도 인공적으로 가공된 미생물은 자연 어느 곳에도 존재하지 않는 것이어서 특허법 제101조의 '제조물'이나 '합성물'에 해당할 수 있어 특허대상적격성이 있다"고 판시하는 변화를 보였다.

컴퓨터 프로그램과 관련해서는 "Parker v. Flook, 437 U.S. 584 (1978)" 사례에서 "신규성이나 진보성이 있는 다른 요소가 있지 않는 한, 수학적 공식이나 알고리즘을 단순히 활용하는 행위만으로 특허대상적격성이 없는 수학적 공식이 특허가 가능하도록 만들어주지 않는다"고 한 판시가 있다.

이후 "Diamond v. Diehr, 450 U.S. 175 (1981)" 사건에서 "출원에 수학적 공식이 포함되었다는 사실만으로 특허대상적격성이 부정되지는 않는다"거나, "State Street Bank and Trust Company v. Signature Financial Group, Inc., 149 F.3d 1368 (Fed. Cir. 1998)" 사건에서 "컴퓨터프로그램이 유용하고, 실재하며 구체적인(useful, tangible and concrete) 결과를 만들어낼 수 있다면 특허대상적격성을 인정할 수 있다"며 특허대상적격성을 인정하는 법리를 제시하다가, "Bilski v. Kappos, 561 US 593 (2010)" 사건에서 다시 부인하는 판단을 했다.

Bilski 사건에서 문제된 출원은 선물

옵션 거래에 있어 리스크를 관리하는 방법에 관한 것인데, 원심인 연방항소법원은 "기존의 연방대법원 선례에서 제시된 '기계/변형 판단기준(machine-or-transformation test)'에 따르면 ①특정한 기계나 장치와 관련되거나, ②특정한 물건을 다른 상태나 물건으로 변형하는 경우 특허대상적격성이 있다"고 하면서, 이 사건 출원은 위 기준을 통과하지 못하므로 특허대상적격성을 인정할 수 없다는 결론을 냈다. 연방대법원 역시 특허대상적격성을 인정할 수 없다는 원심법원의 판단을 유지하면서도, 다만 '기계/변형 판단기준'이 특허대상적격성 판단에 있어 유일한 기준은 아니라는 점을 지적했다.

■ 논란 많은 연방대법원의 "Alice/Mayo Test(2단계 판단기준)"

고유강 판사는 "미 연방대법원은 특허대상적격성과 관련하여 전환점이라고 부를 만한 두 판례의 이름을 따 'Alice/Mayo Test(2단계 판단기준)'를 확립했는데, 이 기준은 학계나 산업계 모두에서 특허대상적격성을 인정하는 기준이 너무나 모호하고 엄격하여 새로운 기술의 연구·개발과 이를 위한 투자심리를 위축시킨다는 비판을 받고 있다"고 전했다.

시기적으로는 Mayo 사건(Mayo Collaborative Services v. Prometheus Labs., Inc., 566 U.S. 66 (2012))이 먼저다. Prometheus사는 크론병을 비롯한 자가면역질환을 치료하는 데에 사용되는 면역억제제(thiopurine drugs)에 관한 특허를 보유하고 있었는데, 이 사건 출원은 대사량(metabolite levels)에 따른 약품의 효과를 정밀하게 분석하는 방법으로, 환자의 혈액 내 대사량을 검사한 다음, 검사결과에 대사 농도에 따라 면역억제제 투

약량을 효과적으로 조절할 수 있게 했다.

미 연방대법원은 전원일치 의견으로 Prometheus가 출원한 방법이 특허대상적격성이 없다고 판단하면서, “이 사건 청구범위는 출원 당시 이미 알려져 있던 혈액 내 대사 농도와 그에 따른 면역억제제의 작용효과, 즉 인체 내에서 벌어지는 작용에 관한 자연법칙을 담은 것일 뿐 그 어떠한 구체적인 응용방법도 기술하지 않고 있다”고 지적했다. 이어 그 다음 단계로서 문제된 출원이 ‘발명적 개념’을 담고 있는지를 심사하면서 “발명적 개념은 특허의 요소나 요소들의 결합이 자연법칙 자체에 관한 특허보다 상당히 더 많은 내용을 포함하고 있는 경우를 의미한다”고 정의했다. 특허가 발명적 개념을 담고 있다면 자연법칙을 청구항에 포함시키더라도 특허대상적격성을 인정할 수 있다는 것이다.

연방대법원은 “이 사건 청구범위인 의사들의 검사 및 투약방식은 같은 분야 연구자들이 일상적, 기계적으로 해오던 전형적인 절차(well-understood, routine, conventional activity)에 불과하고 달리 자연법칙의 단순한 적용을 넘어서 발명적 개념을 찾아볼 수 없는 만큼, 사실상 자연법칙자체에 관한 특허나 마찬가지”라며 특허

대상적격성을 부정하는 결론을 냈다. Alice 사례(Alice Corp. Pty. Ltd. v. CLS Bank International, 573 U.S. 208 (2014))에서는 결제위험을 완화할 수 있는 방법에 관한 Alice사의 특허출원이 문제됐다. 청구항은 ①금융 채무(financial obligation)를 상호 교환하는 방법 ②위 채무 교환 방법을 수행하도록 설정된 컴퓨터 시스템 ③위 채무교환 방법을 실행할 수 있는 프로그램 코드를 탑재한 컴퓨터 저장 매체로 구성됐다.

연방대법원은 “Alice의 출원은 특허대상적격성을 결여한 추상적 아이디어에 관한 것이어서 특허권을 인정할 수 없다”는 결론을 내면서, Mayo 사건에서 언급된 ‘발명적 개념’에 관한 2단계 판단기준을 재확인했다. 첫째는 문제된 출원이 자연법칙이나 자연현상, 추상적 아이디어에 관한 것인지를 검토하는 단계인데, 여기서 ‘아니오’란 결론이 나오면 일단 특허대상적격성이 있다고 볼 수 있지만, ‘예’라는 결론이 나오면 다음 단계를 거쳐야 한다. 다음 단계는 청구항의 요소들을 개별적으로, 그리고 순서를 매긴 조합으로 고려했을 때 출원의 성질을 특허대상적격성이 있는 것으로 변형시키는지 여부를 검토하는 단계다.

연방대법원은 Mayo 사건의 판시를 인용하며 “이미 관련 업계에서 널리 알려진(well known in the art) 방법 에다가 전형적인 절차(conventional steps)를 일반적인 수준에서 결합한 것만으로는 발명적 개념에 따른 변형을 인정할 만큼 충분하지 않다”고 언급하면서, “이 사건에서 2단계 기준을 적용할 경우, Alice사가 출원한 방법은 추상적 아이디어에 관한 것에 해당하는데 위 방법은 일반적인 컴퓨터의 활용(generic computer implementation)에 지나지 않아 추상적 아이디어를 특허대상적격성 있는 발명으로 변형한 것이라고 볼 수 없다”고 판단했다. Alice 판결은 Mayo 판결의 ‘발명적 개념’을 기초로 한 2단계 판단기준이 전통적인 판례법상 예외 유형 중 자연법칙뿐 아니라 추상적 아이디어 등에까지 일반적으로 적용된다는 점을 밝힌 점에서 전환점으로 새긴다.

고 판사는 “많은 비판에도 불구하고 연방대법원은 Alice/Mayo Test를 반복하기 위한 관련 사건들의 상고허가(certiorari)를 여러 차례 불허해왔고, 당분간 특허대상적격성을 판단하는 기준으로서 Alice/Mayo Test는 계속 유지될 것으로 전망된다”고 전했다.

입법 뉴스

■ 6월 둘째 주 시행법령

1. 형사소송법- 6/9 시행

- 개정 이유 및 주요 내용

: 법조일원화에 따라 로펌 등의 변호사 경력자가 법관으로 임용되면

서 법관으로 임용되기 전에 소속되어 있던 로펌·기업과의 관계에서 공정한 재판을 할 수 있는지에 관한 ‘후관 예우’ 논란이 제기된바, 법관이 사건에 관하여 피고인의 변호인이거나 피고인·피해자의 대리인인 법무법인 등에서 퇴직한 날로

부터 2년이 경과하지 아니한 때, 법관이 피고인인 법인·기관·단체에서 임원 또는 직원으로 퇴직한 날부터 2년이 지나지 아니한 때를 제척사유에 추가한다.

한편 1954년 제정되어 시행된 현행 법은 제정 이후 60년 이상이 경과

하였음에도 제정 당시의 어려운 한자어, 일본식 표현, 어법에 맞지 않는 문장 등이 그대로 사용되고 있고, 일상적인 언어 사용 규범에도 맞지 않아 일반 국민들이 내용을 쉽게 이해하기 어렵다는 지적이 있는 바, 일본식 표현이나 어려운 한자어 등을 국민의 눈높이에 맞추어 알기 쉬운 우리말로 변경하고 문장의 내용을 정확히 전달할 수 있도록 어순 구조를 재배열하는 등 알기 쉬운 법률 문장으로 개정한다.

2. 임금채권보장법- 6/9 시행

- 개정 이유 및 주요 내용

: 현행법은 국가가 사업주를 대신하여 일정 범위의 체불 임금 등을 지급할 수 있는 '임금채권보장제도'를 보장하고 있으나, 그 대상을 퇴직한 근로자로 한정하여 재직근로자의 임금이 체불된 경우 구제수단이 없다는 지적이 제기되고 있다. 이에 체당금 지원 대상을 재직근로자로까지 확대하여 임금체불 근로자의 보호를 강화한다. 한편, 미지급 임금등의 지급 판결 등의 과정에 장기간이 소요되어 생계의 어려움에 직면한다는 지적이 제기됨에 따라 체당금 신청·지급 절차를 간소화한다. 그 밖에 현행법은 고용노동부장관이 사업주를 대신하여 지급하는 임금등의 부정수급을 예방하기 위하여 부정수급한 자에 대하여 그 금액에 상당하는 금액(1배)만을 추가 징수할 수 있도록 정하고 있으나, 현행 제재만으로는 부정수급 방지에 미흡하다는 지적이 있어 그 제재를 강화하고, 체당금 지급 신청 과정에서 총 지급액이 달라지는 모순을 제거한다.

3. 아동·청소년의 성보호에 관한 법률- 6/9 시행

- 개정 이유 및 주요 내용

: 아동·청소년대상 성범죄자의 범죄를 예방하기 위하여 16세 미만의 아동·청소년을 대상으로 성을 사행행위 등을 한 경우 가중처벌할 수 있도록 하고, 여성가족부장관이 아동·청소년 성착취물 관련 범죄 실태조사를 하도록 하며, 구법상 등록대상자 및 열람대상자의 공개정보의 유형 및 범위를 확대한다. 또한, 피해아동·청소년에 대한 보호를 강화하기 위하여 13세 미만 혹은 신체적·정신적 장애로 의사소통이나 의사표현에 어려움이 있는 피해아동·청소년이 진술조력인의 조력을 받을 수 있도록 하고, 피해아동·청소년에 대한 가해자 및 그 대리인의 접근금지 범위에 유치원을 추가하며, 아동·청소년 대상 성범죄 발생 사실 신고의무기관의 유형을 확대한다.

4. 지능정보화기본법- 6/10 시행

- 개정이유

: 정보화 혁명을 성공적으로 뒷받침한 「국가정보화 기본법」을 전면 개정하여 4차 산업혁명 지원을 위한 범국가적 추진체계를 마련함으로써 데이터·인공지능 등 핵심기술 기반과 산업생태계를 강화하는 한편, 정보통신에 대한 접근성 품질 인증 등을 실시함으로써 4차 산업혁명 과정에서 발생할 수 있는 부작용에 대한 사회적 안전망을 마련하여 국가경쟁력을 강화하고 국민의 삶의 질 향상에 기여한다.

- 주요 내용

- 가. 법률의 제명을 「지능정보화 기본법」으로 변경함(제명)
- 나. 정보, 지능정보기술, 지능정보서비스, 초연결지능정보통신망 등 지능정보화와 관련한 핵심 용어들을 정의함(제2조).
- 다. 정부는 지능정보사회 정책의 효율적·체계적 추진을 위하여 지능정보사회 종합계획을 3년 단위로 수립하도록 함(제6조).
- 라. 국가기관 등은 소관 업무에 대한 공공지능정보화를 추진하고, 국가와 지방자치단체는 지역의 수요와 특성을 고려하여 지역 지능정보화를 추진할 수 있음(제14조 및 제15조).
- 마. 정부는 기업의 지능정보화 및 초연결지능정보통신기반의 구축·이용 등 민간 분야의 지능정보화에 필요한 사항을 지원할 수 있음(제16조).
- 바. 정부는 지능정보기술의 지속적 발전을 위하여 국·공립 연구기관 등으로 하여금 지능정보기술의 개발을 하게 할 수 있음(제20조).
- 사. 과학기술정보통신부장관은 지능정보기술의 안정성 등을 확보하기 위하여 필요한 기술기준을 정하여 고시할 수 있고, 지능정보기술의 발전 등을 위하여 표준화에 관한 사업을 추진할 수 있음(제21조 및 제22조).
- 아. 정부는 지능정보기술, 지능정보서비스 및 지능정보기술 제품을 개발·제공·활용하는 과정에서 사람의 생명과 안전을 저해하는 경우 등에 한정하여 이를

제한할 수 있고, 지능정보기술 등과 관련된 소관 법령 및 제도를 이러한 원칙에 부합하도록 개선·정비하여야 함(제31조).

자. 정부는 지능정보기술 이용 활성화 등을 위하여 선도적으로 시범 적용하는 선도사업을 적극 추진하여야 하고, 과학기술정보통신부장관은 선도사업의 추진 및 확산을 위하여 필요한 경우 선도사업 거점지구를 지정할 수 있음(제32조 및 제33조).

차. 초연결지능정보통신기반 시책 마련, 국가지능망 관리, 초연결

지능연구개발망의 구축·관리, 초연결지능정보통신망의 상호연동, 데이터센터의 구축 및 운영 활성화, 인터넷주소자원의 이용, 데이터의 유통·활용 등 지능정보화 기반 구축에 관한 내용을 규정함(제34조부터 제43조까지).

카. 정보격차 해소 시책의 마련, 장애인·고령자 등의 지능정보서비스 접근 및 이용 보장, 장애인·고령자 등의 정보통신접근성 품질인증, 정보격차 해소 관련 기술개발 및 지능정보제품 보

급지원, 지능정보서비스 과의존의 예방 및 해소, 지능정보서비스 등의 사회적 영향평가 등 지능정보사회 역기능 해소 및 예방에 관한 내용을 정함(제44조부터 제56조까지).

타. 정보보호 시책의 마련, 정보보호 시스템에 관한 기준 고시, 안전성 보호조치, 사생활 보호 설계, 지능정보사회윤리, 이용자의 권익보호 등 지능정보기술 및 지능정보서비스 이용의 안전성 및 신뢰성 보장에 관한 내용을 정함(제57조부터 제63조까지).

■ 한국법학원 회비 납부 안내

연회비	연회비 납부방법	유료회원 서비스	납부계좌
1. 교수, 판사, 변호사, 검사, 법무관 등 개인 회원 : <u>3만원</u> 2. 법대도서관, 법률관련 기관 등 단체 회원 : <u>5만원</u>	1. 홈페이지 가입 2. 연회비 납부 후 한국법학원으로 전화 또는 이메일 3. CMS 신청 가능: 사무국으로 문의 (02-753-6002/ksl@lawsociety.or.kr)	1. <저스티스> 연6회 제공: pdf 다운 가능 2. 심포지엄, 포럼 등 행사 참석 가능 (자료집 제공)	(우리은행) 052-500872-01-015 (국민은행) 815637-04-000084 (신한은행) 302-05-032394

☺ 한국법학원이 만드는 모든 기사·컨텐츠는 홈페이지 www.lawsociety.or.kr '뉴스레터' 탭에서 확인하실 수 있습니다.