

- ◎ **카드연체 사기죄 적용 대법원 판결 올바른가**  
- 정책적으로도 법리적으로도 문제있어
- ◎ **법원기능에 비해 국민기본권을 과소평가한 헌재**  
- 법원 100미터이내 집회금지 합헌 결정
- ◎ **상법까지 뜯어고친 대법원 판결**  
- 최초의 수혜자는 삼성전자 이사들

사법 분야에 대한 시민감시활동과 사법개혁운동을 하고 있는 참여연대 사법감시센터는 최근의 판결 중 사회변화의 흐름을 반영하지 못하거나 국민의 법감정과 괴리된 판결, 반인권적이고 반민주적인 판결 또는 그에 반대하여 인권수호기관으로서 위상을 정립하는데 기여한 판결을 소재로 [판결비평 - 광장에 나온 판결] 사업을 진행하고 있습니다. 이는 지금까지 사법감시센터가 해오던 판결모니터 및 비평 활동을 좀 더 적극적으로 진행하고자 하는 의지의 발현으로, 주로 법률 전문가 층에만 국한되는 판결비평을 시민사회 공론의 장으로 끌어내기 위함이기도 합니다.

참여연대 사법감시센터는 [판결비평 - 광장에 나온 판결] 사업의 2006년 첫 번째 비평대상으로 ① 정당한 방법으로 카드를 발급받았으나 변제능력을 상실하여 빚을 갚지 못한 카드연체자에게 사기죄를 적용할 수 있다고 한 대법원의 판결과 ② 법원 100m이내 집회를 절대적으로 금지하고 있는 집회와 시위에 관한 법률 제11조 1항이 합헌이라고 결정한 헌법재판소의 결정 ③ 상법상의 이사책임제한 요건에 해당하지 않아도 이사들의 손해배상책임을 법원 재량으로 실제 줄여준 삼성전자 주주대표소송 대법원 판결을 선정하였습니다.



# 카드연체 사기죄 적용 대법원 판결 올바른가

-정책적으로도 법리적으로 문제있어

대법원 제2부 2005.9.30 선고 2005도 398 사기  
대법관 유지담(재판장), 배기원, 이강국(주심), 김용담

지난 2005년 9월 30일 대법원 2부(재판장 유지담, 주심 이강국, 김용담, 배기원 대법관)는 적법한 방법으로 신용카드를 발급받았으나 변제 능력을 상실하여 연체자가 된 신용불량자에 대해 적극적인 사기의사가 없다하더라도 사기죄를 적용할 수 있다는 판결을 내렸다. 이는 신용카드 사용자가 신용카드를 신청할 때 특별히 잘못된 정보를 고의로 신용카드 회사에 제출한 것이 아니라 적법하게 카드를 발급받은 경우는 사기죄를 적용하기 어렵다는 광주지방법원(2004.12.12.선고 2004노2370)의 원심 판결을 뒤집은 것이다.

사건을 요약하면, 신용카드를 정상적인 절차에 의해 발급받은 후 사용하던 카드사용자가, 6개월여 뒤 사정이 변하여 일정한 수입도 없고 재산도 없는 상태에서 신용카드 사용으로 진 채무를 갚기위해 신용카드 현금 대출 등을 이용한 '돌려막기'를 하다가 2천여 만 원의 빚을 더 이상 갚을 수 없는 상황에 이르게 되었다. 원심 재판부는 이에 대해, 적법하게 신용카드를 발급받은 사람이 신용카드를 사용할 때마다 자신의 경제적 상태를 신용카드 회사에게 알려야 할 의무가 없는데다가, 신용카드를 사용하거나 이를 이용하여 대출을 받고자 할 때 자신의 재정상태와 신용상태에 관하여 허위로 정보를 제공하지 않는 등 구체적으로 속이고자하는 행위가 없는 한 사기죄를 적용할 수 없다고 하였다. 그러나 대법원은 이미 과도한 채무의 누적으로 변제할 능력이나 의사가 없는 상황에 처했으면서도 신용카드를 사용한 것은 사기죄로 인정할 수 있다고 판결한 것이다.

작년에 이와 같은 취지의 대법원의 판결이 서너 차례 있었던 것으로 알려져 있는데, 이같은 대법원 판결은 그동안 카드 연체자들이 카드를 신청할 당시 잘못된 정보 등을 제공하여 적극적으로 카드회사를 속일 행위를 했다는 사실을 입증하지 못하면 사기죄를 적용할 수 없다고 한 기존의 법원 태도를 바꾼 것으로 제대로 신용평가를 하지 않고 무분별하게 신용카드를 발급한 카드회사의 도덕적 해이를 간과한 것이라는 비판을 받고있다.

참여연대 사법감시센터는 이같은 대법원의 판결이 카드회사들의 무분별한 카드 발급의 책임을 지나치게 도외시하며 사기죄 적용에 관한 법리적용에 오류가 있는 것은 아닌지, 사회정책적 측면에서도 개인채무자들을 경제활동에 복귀하게 함으로써 오히려 사회적 비용을 낮추어야 함에도 무리한 법률적용으로 형사처벌함으로써 사회복귀를 어렵게 하는 판결은 아닌지 살펴볼 필요가 있다고 보아 비평 대상으로 삼았다(편집자 주).

## 지방법원들의 판결을 뒤집고 있는 대법원

신용카드의 무분별한 사용으로 카드빚 연체가 증가하자 야간에 찾아가 망신주기, 지속적인 전화로 심리적 압박주기, 책임없는 가족들에게 강요하기 등 카드회사들의 불법적인 빚독촉행위가 난무하였다. 특히, 카드연체자들을 검찰에 형사고소하여 그 가족들에게 전과자를 만들지 않으려면 빚갚아라는 방법을 사용하는 등 형사고소가 사실상 빚독촉 수단으로 많이 활용되었다.

이렇게 카드회사가 검찰을 채권추심수단으로 악용(?)하는 것이 큰 사회문제가 되고 카드회사의 무분별한 카드빚 연체자에 대한 형사고발로 검찰이 카드회사의 채권추심기관이 되고 있다는 법조계의 자조섞인 이야기가 나온 적도 있다. 이에 따라, 검찰은 신용카드회사가 카드빚 연체자에 대

해 사기죄로 형사고소를 하더라도 '각각'처분을 내려 기소하지 않는 등 형사정책으로 카드빚 연체자들을 사기죄로 형사처벌하는 것을 피하고자 하였다.

그리고 법원도 카드빚 연체자에게 사기죄를 적용하여 처벌할 수 있는지 여부에 대해 신용카드 신청 당시에 잘못된 정보를 신용카드 회사에게 제공하지 않는 등 구체적으로 신용카드 회사를 속이기 위한 행위가 있었다는 점을 입증하지 못하면 사기죄를 적용할 수 없다고 하였다.

예를 들어 지난 해 9월 대법원이 파기하고 되돌려 보낸 광주지방법원의 판결(사건번호 2004노2370, 2심 재판)을 보면, 신용카드는 그 속성상 최초 발급시부터 카드회사가 카드신청인의 신용을 평가한 후 신청인이 사용할 수 있는 금액의 범위를 결정하고, 이때 신용평가의 대상은 카드를 신청한 사람의 과거나 현재의 신용뿐만이 아니라 장래의 신용

도 포함되는 것이다. 적법하게 신용카드를 발급받은 사람이 신용카드를 사용할 때마다 자신의 경제적 상태를 신용카드 회사에게 알려야할 의무가 없는데다가, 신용카드를 사용하거나 이를 이용하여 대출을 받고자 할 때 자신의 재정상태와 신용상태에 관하여 허위로 정보를 제공하지 않는 등 구체적으로 속이고자하는 행위가 없는 한 사기죄를 적용할 수 없다.

그러나, 대법원이 사기죄로 처벌할 수 없어 무죄라고 한 여러 지방법원의 판결을 잇달아 뒤집으면서 사기죄가 성립한다고 판결하고 있다(2005.9.30.선고 2005도 398판결, 2005.10.27.선고 2004도3408호 판결 등).

그중 지난 해 9월 30일 대법원이 사기죄를 적용한 사건은 다음과 같다. 신용카드를 정상적으로 발급받은 후 성실히 연체없이 신용카드를 사용하던 시민이, 일정한 수입을 얻지 못하게 된 후부터 6개월 정도 이른바 신용카드 현금대출을 이용한 ‘돌려막기’를 하다가 결국 현금대출한 2천여만을 갚지 못하게 되었다. 대법원은 이 사건에 대해 “과다한 부채의 누적 등으로 신용카드 사용으로 인한 대출금 채무를 변제할 의사나 능력이 없는 상황에 처하였음에도 불구하고 신용카드를 사용하였다면 사기죄에 있어서 기망행위(편집자 주 - 속이는 행위) 내지 편취의 범의(犯意)를 인정”할 수 있다면서, 이 사건의 피고인도 적극적으로 신용카드 회사를 속이겠다는 행위가 없었다고 하더라도 사기죄를 적용할 수 있다고 하였다.

한편, 민주사회를위한변호사모임(민변)이 검찰청에 정보공개청구를 한 자료에 의하면 1999년 신용카드 연체자에 대한 신용카드 회사의 고소건수가 1,566건이었다. 그러다 검찰이 신용카드 회사의 빚을 대신 받아주는 기관으로 전락했다는 비판여론이 일자 2000년에는 신용카드연체 고소건수가 425건으로 크게 줄었다가, 2001년부터 다시 늘어 2003년에 2,000건을 넘어 2,004년에는 무려 5,222건으로 급증하였다. 이에 덩달아 검찰이 기소한 사건도 2,000년 132건에서 2004년에는 무려 1,360건으로 4년 사이 무려 10배가 증가하였다. 신용카드연체자를 형사처벌할 것인가에 대한 검찰의 태도도 크게 바뀌고 있음을 알 수 있다.

### 신용카드 연체자 사기죄로 처벌하는 것이 바람직한가

하지만 이같이 대법원이 지방법원의 사기죄 적용이 어렵다는 판결을 뒤집은 것과 검찰이 신용카드 연체자에 대한 형사소 방침을 강화하는 것은 몇 가지 점에서 문제가 있다.

우선 법원과 검찰은 카드빚 연체자 등 개인파산자들을 형

사처벌하여 전과자로 만드는 것보다는 사회적 회생이 가능토록 해야 한다는 점을 간과하고 있다.

신용카드 연체로 인한 ‘신용불량자’가 400만명에 가깝고, 이 중 자기소득으로 빚을 갚기 어려운 개인파산자가 100만명이 넘는 상태에서, 개인파산자들의 가정파탄, 범죄, 자살 등의 사회적 병리현상의 예방과 이들이 다시 경제활동을 할 수 있도록 회생시키는 문제는 사회적 과제가 되어 있다.

과중채무자가 발생하는 원인으로는 신용카드를 사용하는 사람들의 도덕적 해이뿐만 아니라 신용카드를 길거리에서 신용조사도 없이 경품까지 주면서 마구 발급하였던 신용카드 회사의 도덕적 해이, 그리고 개인채무가 눈덩이리처럼 커져가는 것을 알면서도 당장의 경제성장물에 매달려 빚으로 내수소비를 진작하려 했던 정부관료들의 정책실패도 무시할 수 없다.

그리고 개인파산자, 신용불량자들이 채무조정을 통하여 다시 정상적인 경제활동을 하여 소득활동을 전개하고 정상적인 소비를 하는 것이 내수진작을 통하여 현재의 경기침체를 벗어날 중요한 과제라는 점도 두말 할 나위가 없다.

정부가 이러한 점 때문에 개인파산자, 신용불량자의 채무조정을 위한 개인워크아웃, 배드뱅크 등 각종 금융프로그램을 추진하고 법원도 개인파산 활성화를 위한 소송구조 제도의 도입과 상담활동 강화 등 법률적 구조활동에 나서는 상황이다.

1년간 소비자도산건수가 160만건인 미국이나 27만건(2003년기준)에 이르는 일본의 사례에서 볼 수 있듯이, 신용연체자들에 대하여 형사처벌보다는 채무면책 등을 통하여 다시 경제활동에 복귀하도록 하는 것이 사회적 효용이 더 크다는 점은 우리와 비슷한 상황을 앞서 경험한 선진국에서 확인되어 왔다.

이런 측면에서 우리 사회도 신용카드 연체자들을 ‘사기죄’ 명목으로 전과자로 만들어 경제적 회생을 더욱 어렵게 하는 것보다는, 채무면책을 하더라도 적극적인 채무조정을 통하여 경제적으로 회생시키는 것이 필요하다. 이러한 개인들의 회생을 통한 소비진작과 사회복지비용의 절약 등을 통한 경기회생의 효용을 얻고자 하는 것에 대해서는 사회적 합의가 가능하다.

따라서 이번에 대법원이 특별히 신용카드 회사를 속이기 위한 적극적 행위를 한 경우가 아닌 단순한 신용카드 채무 연체자에 대해서 사기죄를 적용한 것은 이같은 사회정책적 방향에 부합하지 않는 것이다.

### 법리적으로도 문제있는 대법원의 판결

한편 이같은 대법원의 판결은 법리적인 측면에서도 올바른

것인지 의문스럽다. 신용카드 회사와 신용카드 사용자 사이에 합의된 사용금액 한도내에서 카드를 사용한 행위에 대하여 사기죄가 성립할 수 있는가에 대하여는 법리적인 측면에서도 부정적인 의견들이 많았다.

신용카드를 발급받고 또 대출한도 등 사용금액 한도가 정해지는 과정에서, 신용카드 회사가 신용카드 사용자의 신용을 판단하는데 필요한 중요한 사실, 예를 들어 소득수준, 과거 카드대금 연체한 사실 등을 속였다면, 이 부분에 대해 사기죄가 성립할 수 있을 것이다. 그러나 신용카드 사용자가 신용카드를 신청할 때 특별히 잘못된 정보를 고의로 신용카드 회사에 제출한 것이 아니라 적법하게 카드를 발급받은 경우는 문제가 달라진다.

앞서 말한 지방법원 판결들의 취지가 이러한 것인데, 학계에서도 이른바 “허용된 위험(손해)”의 법리를 적용하여 신용카드를 적법한 방법으로 취득한 후 결제능력이 없는 상태에서 카드를 사용한 경우에 발생한 채무가, 달리 말하자면 신용카드사 입장에서 보면 손해되는 금액이, 카드회사가 신용카드 사용자의 신용을 평가한 결과 부여한 신용한도 내에 머물러 있는 한, 이 손해는 “허용된 위험(손해)”으로 보아야 한다는 견해가 있다. 신용카드 발급 당시에 신용카드 회사가 스스로 부여한 신용한도 내라면 그 후 갚을 능력이 없어져 결과적으로 카드대금을 연체하거나 갚지 못하게 되더라도 이것은 “신용”이 가지는 개념 및 “신용카드의 결제시스템” 자체에 내재되어 있는 요소인 것이다.

그리고 신용카드 사용자에 대한 신용평가를 잘못하거나 또는 사후 신용관리에 소홀한 신용카드 회사의 책임도 있는 것이라면 이를 신용카드 사용자 한쪽의 사기행위라고 가볍게 결론짓을 수는 없다. 만약 그러하게 된다면, 사기죄로 처벌해야 한다는 사람들이 주장하는 것처럼 신용카드 사용자들의 도덕적 해이를 막아야한다는 점과는 정반대로, 신용카드 회사들의 책임인 정확한 신용평가와 사후관리 역할을 소홀하게 만드는 상황, 즉 신용카드 회사들의 도덕적 해이를 불러온다.

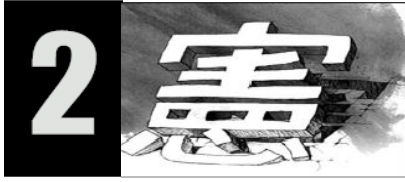
### 형사처벌이 능사가 아님을 대법원이 인식해야

이같은 이유에서 이번 대법원의 사기죄 적용 판결은 논리적인 면과 사회정책적인 측면 모두에서 아쉬움을 넘는 문제점을 안고 있다. 오히려 법원은, 그리고 검찰은 개인파산자들에 대한 형사처벌에 주력할 것이 아니라 이들이 개인파산과 면책제도를 통하여 회생할 수 있도록 법률구조사업을 활성화시키는 것이 올바른 정책방향이라 할 것이다.

우리 법원의 개인파산신청건수는 2004년 기준 12,373건,

2004.9.23.부터 시작된 개인회생신청건수도 2005.3.말 기준으로 18,349건이어서 전년도 보다는 2배 정도 증가하였지만, 개인파산자가 100만명이 넘는 현실에 비추어서는 턱없이 부족한 숫자이다. 개인파산 및 개인회생신청건수가 적은 이유 중 하나는 파산자들의 개인파산 등 신청을 지원하는 소송구조제도가 빈약하기 때문이다. 그리고 개인파산 신청건수 중 법률구조공단의 법률구조사업이 기여한 것이 516건으로 5%로도 되지 않는다는 것은 법률구조공단의 법률구조사업이 개인파산제도에 있어서는 제대로 작동하지 못하고 있다는 것을 보여주는 것이다. 일본의 법률구조공단의 법률구조사업의 56%정도가 개인파산을 지원하는 사업이라는 점에 비추어 보아도 개인파산을 지원하는 법률구조사업의 활성화가 절실히 요구되고 있다

100만명의 개인파산자들을 형사처벌하여 경제적 회생을 더욱 어렵게 하는 것보다 개인파산과 면책제도 등을 통하여 사회,경제적으로 회생시키는 것이 우리 사회전체의 효용측면에서는 훨씬 사회적 효용이 크다는 점을 잊지 말아야 할 것이다. □



# 법원기능에 비해 국민 기본권을 과소평가한 헌재

헌법재판소 2005.11.24 선고, 2004헌가17  
집회및시위에관한법률 제11조 제1호 위헌제청  
재판관 권성, 김효종, 김경일, 주선희, 조대현  
(이하 소수의견) 윤영철(재판장), 송인준, 전효숙, 이공현

지난해 11월 헌법재판소 전원재판부는 각급 법원의 청사 또는 저택의 경계지점으로부터 1백 미터 이내 장소에서는 옥외집회 또는 집회를 하지 못하도록 금지하고 있는 집시법 제11조가 합헌이라고 결정하였다.

하지만 헌법재판관 9명중 4명이 위헌이라는 소수의견을 제시하는 등 법원밖 100미터 이내 집회 시위 금지규정이 국민의 기본권을 침해하고 있다는 점에 대해서는 논란의 여지가 많다. 물론 위헌이라고 소수의견을 제시한 재판관 4명의 의견 또한 다수의견에 비해서는 국민의 기본권 보호에 충실하고자 하였으나, 국민의 기본권 제한에 대한 근본적인 고민에 까지 이르지 못했다는 비판도 제기되고 있다. 즉 현재의 결정내용은 다수의견이든 소수의견이든 집회 시위의 자유라는 국민의 기본권과는 다른 법익의 보호가 필요하다면 특정 국가기관 혹은 기관장 공관 인근에서 집회를 “절대적”으로 금지하는 것이 가능하다는 전제를 깔고 있어 국민의 기본권 제한에 대해 근본적인 고민이 부족하다는 비판을 받고 있다. 이에 따라 참여연대 사법감시센터는 이번 헌재의 결정을 비평 대상으로 하였다(편집자 주).

지난 해 11월 24일 헌법재판소는 집회및시위에관한법률(아래 ‘집시법’으로 줄임) 제11조 제1호 위헌제청 사건에 대하여 결정(2004헌가17)을 내렸는데, 헌재는 각급법원의 청사 또는 저택의 경계지점으로부터 1백 미터 이내의 장소에서는 옥외집회 또는 시위를 하지 못하도록 금지하고 있는 이 집시법 제11조 관련 조항이 합헌이라고 하였다.

이보다 앞선 2003년 10월 30일, 헌법재판소는 구 집시법(2004. 1. 29. 법률 제7123호로 개정되기 전의 것) 제11조의 100미터 이내 집회시위 금지대상지역에 국내주재 외국의 대사관 등 외교기관을 포함시키고 있는 부분에 대하여는 헌법에 위반된다는 결정을 한 바 있다(2000헌바67등). 그에 따라 국내주재 외국의 외교기관이나 외교사절의 숙소의 경계지점으로부터 100미터 이내의 장소에서의 옥외집회나 시위를 원칙적으로 금지하면서도 외교기관이나 외교사절의 숙소의 기능이나 안녕을 침해할 우려가 없다고 인정되는 특정한 경우에는 옥외집회나 시위를 허용하도록 현행 집시법(법률 제7123호)은 규정하고 있다.

### 법관들의 심리적 위축감이 집회시위 자유를 제한할 수 있는 근거인가?

문제가 된 집시법 11조는 개별적인 경우의 구체적 위험상황 발생 여부를 고려하지 않고 각급법원 인근이라는 특정

장소에서 옥외집회나 시위를 예외 없이 금지하는 ‘절대적 집회금지구역’을 설정한 것이다. 그런데 헌법재판소가 판시하였듯이 집회의 목적·내용과 집회의 장소는 일반적으로 밀접한 내적인 연관관계에 있기 때문에, 집회 장소에 대한 선택이 집회의 성과를 결정짓는 경우가 적지 않다.

그렇다면 “집회장소가 바로 집회의 목적과 효과에 대하여 중요한 의미를 가지기 때문에, 누구나 ‘어떤 장소에서’ 자신이 계획한 집회를 할 것인가를 원칙적으로 자유롭게 결정할 수 있어야만 집회의 자유가 비로소 효과적으로 보장”되는 것이다. 물론 헌법재판소는 “다른 법익의 보호를 위하여 정당화”된다면 집회장소를 항의 대상으로부터 분리시킬 수 있다고 한 바 있다(헌재 2003. 10. 30. 선고, 2000헌바67등 결정).

그렇다면 문제는 도대체 어떤 법익을 위하여 강력한 기본권 제한수단으로서 절대적 금지를 헌법적으로 정당화할 수 있는가 하는 것이다. 이 사건 법률조항은 법원의 기능보호와 법원의 안녕보호를 그 입법목적으로 하는데, 헌법재판소는 이 사건 법률조항이 위와 같은 일반규정에 의한 보호보다 더 강한 보호를 각급법원에 부여하는 것은 법원이 갖는 기능의 특수성 때문이며, 바로 이러한 기능의 특수성으로 인하여 특별보호가 정당화된다고 본다. 따라서 법원이 갖는 기능의 특수성이 무엇인가가 이 위헌여부의 핵심적인 관건이다.

헌법재판소는 법관이 원칙적으로 법정에서 적법절차에 따

라 보고 들은 것에 의해서만 영향을 받아야 하는데, 법관도 인간이기 때문에 재판중이나 재판 전에 법정이나 그 부근에서 개최되는 집단행동에 의하여 의식적이든 무의식적이든 영향을 받을 위험이 있다고 보았다. 그리고 구체적인 경우에 법관이 그러한 영향으로부터 완전히 자유롭게 판단을 하였다고 하더라도 일반국민들은 그것이 집단행동에 의하여 영향을 받은 결과일지도 모른다는 의혹을 떨치지 못할 것이라고 충분히 예상할 수 있어서 사법에 대한 신뢰가 훼손된다고 판단하였다.

그런데 헌법에 따르면, “법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판”하여야 한다. 설령 법원 앞에서 집회가 이루어지고 있다고 하여도 법관은 오로지 헌법과 법률 그리고 양심에 기초해야 한다. 그것은 헌법이 법관에 대한 신분보장을 통하여 재판의 독립을 보장하는 것에 상응하는 헌법적 의무이다. 그뿐만 아니라 국민의 신뢰는 법원 판결의 논증력과 설득력에 의해 좌우될 것이기 때문에 집회로 인한 영향의 의혹만으로 절대적 집회금지구역 설정할 수는 없다.

그럼에도 불구하고 헌법재판소는 집회금지장소의 반경의 100미터 규정이 법익충돌의 위험성에 비추어 볼 때 사법기능을 효과적으로 보호하기 위하여 필요한 최소한의 거리라고 평가한다. 별개의견을 제출한 권성 재판관은 집회에서 볼 수 있는 다수인의 결집, 위력과 기세의 과시, 의견의 전술적 과장, 군중심리의 표동, 불특정 다수에 대한 우발적이고 연속적인 위력행사의 가능성 등은 그 자체로서 평화에 대한 불안요소일 뿐만 아니라 상대방에게 방어와 대항의 심리기전을 작동시킴으로써 또 하나의 불안요소를 형성하는데, 이러한 불안요소가 집회장소를 떨어뜨림으로써 완화 또는 제거된다고 보고 있다.

그런데 단순히 법관이 헌법상 독립 심판의 의무가 있음에도 불구하고 집회로 인하여 재판에 대하여 심리적 영향을 받을 수 있다는 가능성만으로 집회장소를 절대적으로 금지하는 것은 집회자유에 대한 중대한 제한이기 때문에 허용될 수 없다. 중요한 것은 그가 집회의 3원칙 중 꼽은 것 중 첫 번째인 평화집회의 원칙이고, 이때의 기준은 국외자가 느끼는 심리적 폭력성이 아니라 구체적인 물리적 폭력성이다. 즉 집회에 참여하지 않은 사람들이 느끼는 심리적 위축감은 집회의 자유를 제한하는 근거가 될 수 없다.

더욱이 다수의견은 또한 이 사건 법률에 의하여 각급법원 인근에서의 옥외집회나 시위가 금지되더라도 옥내집회는 허용되는 것이고 100미터 밖의 장소에서는 옥외집회시위도 허용되며, 100미터라는 장소적 분리에도 불구하고 집회시위의 장소와 집회시위의 목적 사이의 연관관계가 상실된다고는 할 수 없으므로, 집회시위의 자유가 제한된다고 하더라도 집회시위로 인하여 달성하려는 효과가 감소되는 것일 뿐 그 자유에 대한 중대한 제한이라고 하기는 어렵다

고 판단하고 있다.

문제는 집회자유에 대한 제한이 집회장소와 관련하여 절대적인 제한을 가하는 것인데, 집회시위의 자유를 절대적으로 금지하면서 보호하고자 하는 법익은 상대적이고 심리적인 것에 불과하다는 점이다. 그럼에도 헌법재판소의 다수의견은 거꾸로 법원의 기능에 대하여는 과대평가하고 집회자유에 대하여는 과소평가하고 있다. 사실 각급법원은 청사의 울타리에 의해 이미 충분히 장소의 이격성을 확보하고 있기 때문에 100m내 집회금지를 설정할 근거는 훨씬 더 작다.

더욱이 집시법은 ① 집단적인 폭행협박손괴방화 등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 집회나 시위의 금지(제5조 제1항), ② 일출시간 전이나 일몰시간 후의 옥외집회나 시위의 원칙적 금지(제10조), ③ 소음발생의 제한(제12조의 3) 등의 규정을 통하여 집회자유를 충분히 위축시키고 있다. 위 규정들만으로도 법원의 기능보호와 안녕보호라는 이 사건 법률조항의 입법목적은 충분히 달성하고도 너무 많이 남는다. 따라서 법관의 ‘자유로운 출입과 원활한 업무의 보장 그리고 신체적 안전’(헌재 2003. 10. 30. 선고, 2000헌바67등 결정 참고)을 해치는 행위에 대한 규제가 아니라면, 절대적 집회금지구역의 설정은 집회자유 본질적 내용에 대한 침해이다.

### 반대의견을 제출한 4명 재판관도 여전히 예외적인 “절대적 집회금지구역” 설정이라는 한계에 갇혀있다

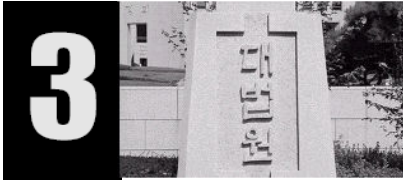
한편 윤영철, 송인준, 전효숙, 이공현 헌법재판관 4명은 집시법 제11조 제4호에 따라 외교기관이나 외교사절 숙소 인근에서의 집회시위가 예외적으로 허용되는 3가지 경우와 관련하여 법원 인근에서는 그와 같은 예외가 인정될 수 없다는 헌법재판관 다수의 의견과는 다른 의견을 내었다. 이들 헌법재판관 4명의 반대의견은 이 사건 법률조항이 예외를 규정하지 아니하고 일괄적으로 각급법원 인근에서의 옥외집회와 시위를 금지한 것은 법원의 특수성을 고려하더라도 불가피한 수단이 아니어서 과잉제한이라고 판단하고 있다.

즉 이 사건 법률조항이 각급법원 인근에 집회금지구역을 설정한 것은 각급법원 인근에서의 집회시위가 통상 보호법익을 위태롭게 할 가능성이 있다는 추정적 판단에 기초한 것이다. 따라서 구체적인 집회나 시위에 관하여 위와 같은 일반적 추정이 깨어지는 경우에는 보호법익에 대한 위협이 존재하지 않으므로 집회시위를 금지할 필요성이 없는데, 그럼에도 불구하고 이 경우에까지 집회시위를 금지하는 것은 입법 목적을 달성하는데 필요이상의 제한이라고 판단하였다.

그래서 각급법원을 대상으로 하지 아니하는 집회·시위, 대규모 집회 또는 시위로 확산될 우려가 없는 집회·시위, 각급법원의 업무가 없는 휴일에 개최되는 집회·시위 등의 경우에는 구체적인 사정에 따라 이 사건 법률조항의 보호법익에 대한 일반적 위험이 인정될 수 없기 때문에 옥외집회나 시위가 허용될 수 있도록 그 가능성을 열어두어야 한다는 것이다. 그런데 이 사건 법률조항은 이러한 가능성마저 봉쇄하고 예외 없이 집회·시위를 금지함으로써, 입법목적 달성에 필요한 정도를 넘어 과도한 제한을 가하고 있다는 것이다. 즉 이 사건 법률조항이 추구하고자 하는 공익에 비하여 과도하게 국민이 가지는 집회·시위의 자유를 제한하고 있어서 이른바 ‘비례원칙’ 위반으로 헌법에 위반된다는 것이다.

이런 재판관 4명의 반대의견은 다수의견에 비하여 상대적으로 집회자유를 확장하고 있음은 부인할 수 없다. 그렇지만 과연 절대적 집회금지구역 설정할 필요가 있는지에 대한 근본적인 문제를 충분히 숙고하지 않았을 뿐 아니라 입법자에게 집회자유 침해 회피할 수 있는 빌미마저 제공할 가능성이 있다. 왜냐하면 집시법이 규정한 ‘국회의사당, 각급법원, 헌법재판소, 대통령관저, 국회의장공관, 대법원장공관, 헌법재판소장공관, 국무총리공관’은 청사 혹은 저택의 울타리에 의해서 이미 충분한 거리를 확보하고 있을 뿐 아니라 그 업무 수행과 관련하여 영향을 받을 여지가 없어 절대적 집회금지구역 설정할 정당성이 없기 때문이다.

오히려 국민의 다양한 여론에 귀기울여함을 감안한다면, 각 기관 혹은 관저는 현재의 경계가 너무 멀어서 문제이다. 집회를 통하여 일정한 의견을 표현·전달하기 위해서는 그 대상을 향하여 목소리를 높여야 하기 때문이다. 더욱이 이것을 다시 소음으로 규제하는 것은 집회자유에 대한 이중의 차꼬이다. 사실 기본권을 보장하기 위해서는 사소한 성가심은 감수해야 한다. 그럼에도 불구하고 특정 국가기관 혹은 기관장 공관 인근에서만 절대집회금지구역 설정함으로써 집회자유를 증대하게 제한하는 것은 국민의 기본권을 경시하는 권력우월주의적이고 국가편의주의적인 발상일 뿐이다. □



# 상법까지 뜯어고친 대법원 판결

## - 최초의 수혜자는 삼성전자 이사들

대법원 제3부 2005.10.28. 선고, 2003다69638 손해배상(기)  
대법관 박재운(재판장), 이규홍(주심), 양승태

지난 2005년 10월28일 대법원 제3부(재판장 박재운, 주심 이규홍, 양승태)는 삼성전자 소액주주들이 제기한 주주대표소송에서 이견희 회장을 포함한 삼성전자 전·현직 임원들에게 190억원을 배상하라고 한 서울고등법원의 원심(2003.11.20. 선고, 2002나6595)판결을 확정했다. 이른바 '삼성전자 주주대표소송'이라 이름붙여진 이 사건에 대한 대법원의 판결은 기업 지배구조 개선과 경제개혁을 위한 디딤돌이 될 것이라는 평가를 받고 있다.

그러나 이와 같은 평가에도 불구하고, 대법원은 이번 판결을 통해 상법상의 이사책임 제한의 요건이 갖추어지지 않아도 법원에서 재량으로 이사들의 손해배상책임 액수를 제한할 수 있다는 선례를 남김으로써 상법 개정을 통해 입법적으로 해결해야 할 문제를 법원의 재량권으로 결론지었다는 문제점을 드러냈다.

법원이 재량적인 판단으로 법률적으로 확정된 손해액보다 적은 금액만을 배상하도록 판결할 수 있다는 판례는 사실 지 2004년 12월 '동방페레그린증권 사건'에서 대법원이 처음으로 제시한 바 있다. 하지만 당시 대법원은 이같은 법률적 해석만을 제시하고 실제로는 이사들의 손해배상책임 금액까지는 줄여주지 않았다. 따라서 이번 '삼성전자 주주대표소송'은 대법원이 10개월 전에 제시한 법리를 실제 적용하여 이사들의 손해배상책임 금액을 줄여준 최초의 판결이다.

참여연대 사법감시센터는 작년 6월 10일에 발표한 "[판결비평] 2005-02 광장에 나온 판결"에서 '동방페레그린증권 사건'에 대한 대법원의 판결이 당시 대법원이 심리중이던 삼성전자 주주대표소송의 전주곡이 될 것임을 우려한 바 있다. 결국 이같은 참여연대의 우려가 현실로 나타난 것인데, 이에 참여연대는 지난 비평의 후속으로 삼성전자 주주대표소송의 대법원 판결도 비평하기로 하였다(편집자 주).

### 상법까지 뜯어 고친 대법원, 최초의 수혜자는 삼성전자 이사들

지난 10월 28일 대법원은 약 7년동안 계속되었던 삼성전자 주주대표소송에 대한 최종판결을 선고했다. 쌍방향소기각을 통해 결국 이견희회장을 비롯한 삼성전자의 이사들에게 합계 190억원의 배상을 명한 항소심판결을 확정시킨 것이다. 대다수의 언론들은 오랫동안 논란의 대상이 되었던 이 사건이 비록 일부지만 원고승소로 결말이 난 것과 살아 있는 재벌의 경영진들에게 상당한 액수의 배상이 명해진 것에 초점을 맞추어 이 판결의 의미를 평가했다. 물론 아직도 주주대표소송이 쉽지 않은 척박한 환경에서 그것도 우리나라 최대의 기업을 상대로 이러한 판결이 내려진 것 자체도 큰 의미가 있다고 볼 수 있다. 하지만 이번 대법원 판결을 잘 살펴보면 이 번 판결 역시 우리나라에서 가장 강력한 파워 집단인 삼성의 벽을 극복하지 못한 판결임을 알 수 있다.

법률적 측면에서 볼 때 이번 대법원 판결에서 가장 논쟁이 될 만한 부분은 상법상 이사책임제한요건이 갖추어지지 않아도 법원이 재량으로 이사들의 책임액수를 제한할 수 있

다고 판시한 부분이다. 이 사건의 항소심에서 서울고등법원은 피고들이 삼성전자가 보유한 삼성종합화학 주식을 헐 값에 매각하여 회사에 무려 626억원이 넘는 손해를 끼친 것을 인정하였음에도 불구하고 피고들의 회사에 대한 공헌도 등을 이유로 배상액을 손실액의 20%에 못미치는 120억원으로 적당히 감액하였는데 대법원이 이를 최종적으로 추인해 준 것이다. 그러나 우리의 현행상법은 이사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 해태하는 때에는 회사에 대하여 연대하여 손해배상책임을 지도록 규정하고 있으며 (상법 제399조 제1항), 이러한 이사의 책임은 총주주의 동의로만 면제할 수 있도록 규정하고 있다 (상법 제400조). 이러한 요건이 너무 가혹하기 때문에 상법을 개정해서 총주주의 동의라는 요건을 주주총회의 특별결의로 완화하자고 하는 주장이 있으며 실제로 일본에서는 2001년 상법개정을 통해서 이사의 책임을 특별결의로 감면하거나 정관의 규정으로 감면할 수 있도록 했다. 또한 회사가 정관으로 이사가 받는 총보수의 일정배수 (예컨대 5배)를 주주의 의무 위반으로 인한 책임의 상한으로 정하자는 제안이 법무부에 제출된 바도 있다. 이러한 논의는 결국 이사의 책임을 제한하는 문제가 국민이 뽑은 대표자들이 모인 국



회에서 상법개정을 통해서 해결될 사안이라는 점을 말해 준다. 그런데 이번에 대법원은 이러한 모든 입법론적 논란에도 불구하고 과감하게 법원이 아주 추상적인 요소들(사업의 내용과 성격, 당해 이사의 임무위반의 경위 및 임무위반행위의 태양, 회시에 대한 공헌도 등)을 종합적으로 감안해서 이사들의 배상액을 제한할 수 있다고 판시한 것이다. 이는 결국 대법원이 현행 상법조항을 법개정절차 없이 사실상 무력화시킨 것이며 상법상 주주들에게 부여된 이사책임제한의 권한을 법원으로 옮겨 버린 것이다.

이번 대법원 판결이 있기 얼마전 동방페레그린관련 사건에서 같은 논리가 원용되기는 했지만 그 때는 실질적으로 배상액수의 제한이 이루어지지 아니하였기 때문에 결국 이번 대법원의 새로운 판례에 의한 최초의 수혜자는 우리나라 최대 기업인 삼성전자의 이사들이 되었다. 우리는 사회적 약자들이 국가나 기업에 의한 권익침해를 호소하였을 때 법적 근거가 없다는 이유로 이를 거부해 온 사법부의 소극적인 태도를 수 없이 경험해 왔다. 그런데 이사들의 책임제한이라는 필요를 위해서는 국가가 만든 법을 바꿀 정도의 적극성을 보인 대법원의 태도는 결코 일관성을 갖고 있다고 보기 어렵다. 더불어 이러한 판결이 또 다시 우리나라의 성역에 해당하는 삼성과 관련하여 내려졌다는 것도 주목하지 않을 수 없다. 삼성전자가 이견회회장의 아들인 이재용 씨에게 이사회 결의도 없이 사모전환사채를 발행해 준 것과 관련하여 제기된 전환사채발행무효확인소송에서도 우리 사법부는 이사회결의 없는 전환사채발행도 거래의 안전을 감안하여 그 효력을 인정해야 한다는 놀라운 법리를 개발하여 법조인들과 학자들을 놀라게 한 바 있다. 우리는 삼성이 결부된 특정사건에서 새로운 법리가 개발되거나 판례가 바뀔으로써 법체계의 근간이 흔들리고 입법권이 침해되는 폐단은 더 이상 없어야 한다고 믿는다. □