

사법민주주의와 법원의 판결문*

변진석**

목 차

I. 서론	III. 법원 판결문에 대한 제안
II. 판결문의 기능 및 효과	1. 대법원 2006. 3. 10. 선고 2002두332 판결
1. 판결문 작성과 공개의 법적 근거	2. The Mozart Company v. Mercedes-Benz of North American, Inc.
2. 판결문의 기능과 효과	IV. 결론

I. 서론

민주주의는 정부의 권한이 국민으로부터 나오는 것이기 때문에 국민의 동의에 근거하여 정부를 구성하고 정부의 권한을 행사해야 한다는 원칙이다. 그러한 원칙에 따라서 민주주의 체제에서 의회는 의원을 국민의 직접선거로 선출하고, 행정부의 수반 역시 국민이 직접선출하거나, 국민이 선출한 대표가 선출한다. 그러나 민주주의 정부의 한 구성 축인 사법부는 국민의 선거에 의해서 선출하지 않는다. 한국의 경우 헌법상 사법권을 행사하는 대법원과 헌법재판소의 장과 판사를 개략적으로 말해서 대통령이 국회의 동의를 얻어서 임명한다. 이러한 과정에서 국민이 선출한 대통령과 국회의 개입하지만, 주권자인 국민에 의한 민주적 통제라는 차원에서 국민에 의한 대통령과 국회의원의 직접 선출과는 다르다. 그럼에도 불구하고 사법부는 국민의 자유와 생명, 재산에

* 본 논문은 2011년 숙명여자대학교 교내연구비 지원으로 작성되었다.

** 숙명여자대학교 법학부 교수

결정적 영향을 미치는 최종적 결정을 내리고 국민이 선출한 의회와 행정부의 행위에 대하여 헌법을 위반하지 않았는지 판단을 내린다. 따라서 사법부에 대한 민주적 통제, 또는 사법민주주의는 현대 사회의 중요한 쟁점이다.

이와 같이 기관의 선출에 대한 국민의 민주적 통제가 직접적이지 못하기 때문에 사법권의 행사는 더 구체적으로, 개별적으로 국민들에게 설명되고 정당화되어야 한다. 이러한 점은 사법개혁추진위원회에서 작성한 ‘사법개혁을 위한 건의문’에서도 지적되고 있다. 동 건의문은 재판의 적정성을 판단하기 위해서 재판기록 및 정보를 공개해야 하며 재판 내용의 확인을 통하여 사법절차를 보다 더 투명하게 하고 나아가 재판에 대한 국민의 신뢰를 제고할 수 있다고 하고 있다.¹⁾ 이러한 사법민주주의라는 명제와 이를 위한 사법개혁을 위한 건의문에서 제시된 방안에 따라서 지난 수년 동안 재판 기록과 판결문의 공개는 많은 진전을 이루었고 2013년에는 형사재판 판결문, 2015년에는 민사재판 판결문이 인터넷을 통해서 일반에 완전하게 공개된다. 사법권 행사의 과정과 결과를 보여주는 기록과 문서를 공개한다는 점에서는 큰 진전을 이루었고 그러한 면에서 사법민주주의를 증진시켰다고 할 수 있다.

그러나 지금까지 이루어진 사법민주화, 또는 사법제도 발전을 위한 노력이 재판기록의 공개 등 외견상 나타나는 문제에 집중되어 왔다. 즉 구체적으로 재판기록과 정보가 어떠한 내용을 담아야 하는지에 대해서는 언급이 없었다. 그러나 사법민주주의, 사법제도의 질적인 발전을 위해서는 사법권 행사과정을 보여주는 기록과 정보의 공개에 더하여 그러한 기록과 정보가 어떠한 내용을 담아야 하고, 어떠한 방식으로 작성되어야 하는지를 논의해야 한다. 정보와 기록이 공개되어도 의미 있는 내용이 담겨있지 않으면 공개 자체가 의미가 없어지기 때문이다. 이러한 문제의식에서 본 논문은 사법민주주의를 증진시키고 사법제도

1) 사법개혁추진위원회, 사법개혁을 위한 건의문, 2004. 12. 31.

의 질적인 발전을 위하여, 사법권 행사의 과정과 결과를 보여주는 정보와 기록의 내용, 그중에서도 특히 사법권행사를 확인하고 감시하는 데 있어서 그리고 더 발전된 법체계를 건설하는 데 있어서 중요한 초석이 되는 법원의 판결문에 관하여 논의를 집중하고자 한다.

사법권행사에 대한 민주적 통제와 관련하여 판결문이 중요성을 가지는 이유는 입법, 행정부는 국민이 일정기간의 업적을 근거로 주기적으로 선거를 통하여 교체할 수 있는 방안이 제도적으로 마련되어 있는 반면 사법부의 경우 국민이 이를 교체할 수 있는 방안이 확실하지 않기 때문이다. 사실상 사법부의 업적에 근거한 교체가능성은 차치하더라도 사법부가 사법권의 행사를 제대로 하고 있는지 판단할 수 있는 방안도 막연하다. 행정부와 입법부는 정책의 집행, 입법의 내용을 두고 많은 전문가와 언론이 점검하고 이를 주기적으로 이루어지는 선거를 통하여 주권자인 국민의 심판을 받는다. 이에 비하여 사법부는 주권자의 심판을 받을 수 있는 선거도 없고 사법권 행사의 내용에 대한 제3의 기관이나 개인에 의한 비판적 검토도 충분하게 이루어지지 않았다. 사법부가 선거를 통해서 선출되는 것이 어렵기 때문에 더욱더 개별 사법권 행사가 적정한지, 타당한지 검증받을 수 있어야 하며, 그러한 검증이 이루어질 수 있는 가장 확실한 근거가 판결문이다.

이러한 문제의식 하에 본 논문의 주장을 우선 한마디로 요약해서 제시한다면, 법원의 판결문은 법원의 사법권 행사에 대하여 그것이 타당하고, 적절하게 이루어졌는지 법원 외부의 제3자가 검증이 가능한 방식으로 작성되어야 한다는 것이다. 쉽게 말하면 법원이 제대로 판결했는지 외부의 국민들이 검증할 수 있도록 첫째, 적용법규의 선택, 둘째, 사실관계의 확정, 셋째, 적용법규의 해석을 통하여 동 법규의 위반이 발생했는지 판단할 수 있는 기준의 제시, 넷째, 그리고 그러한 기준의 해당 사건의 사실관계에 적용, 다섯째, 이러한 과정의 결과 만들어진 판결을 제시해야 한다는 것이다. 본 논문이 주장하는 바는 현재 한국

법원의 판결문이 첫 번째, 두 번째, 다섯 번째 내용은 비교적 충실하게 제시하고 있지만, 세 번째, 네 번째 내용은 충분하게 제시하고 있지 않다는 것이다. 세 번째 요소인 법규의 위반이 발생했는지 판단할 수 있는 기준의 제시, 네 번째 요소인 그러한 기준의 해당 사건의 사실관계에 대한 적용은 법원 외부의 제3자가 법원의 사법권 행사에 의한 판결이 적정하고 타당한지 판단할 수 있는 핵심적인 내용이다. 사법권 행사의 결과인 판결에 대하여 법원이 그러한 판결이 어떠한 근거에 의해서, 어떠한 추론을 통해서 그러한 판결을 내렸는지 충분하게 밝히지 않는다면 그 판결이 적정하고 타당한지 제3자가 판단할 길이 없기 때문이다.

법원의 판결문이 검증가능 해야 한다는 주장의 주요 근거는 앞서 언급한 사법민주주의에 기반을 둔 것이지만 동시에 그러한 형식의 판결문작성은 사법민주주의를 증진시키는 데 더하여 사법제도의 발전을 가져올 것이다. 판결문에서 적용법규의 해석에 의한 위반여부 판단기준을 제시하고 그것이 해당 사건의 사실관계에 적용되어 위반이 발생했는지에 대한 판단과정, 즉 기준의 사실에 대한 적용과정을 기술할 경우 이를 근거로 해당 법규의 해석에 대한 판례가 수립되고 향후 발생할 사건의 판단의 기준을 제공할 수 있다. 법원의 판결에 대하여 그 이유(reasoning)와 그 추론과정(application)을 제시하고 최종적 결론을 통해서 만들어진 해당 법에 대한 법원의 해석을 사실상(de facto) 하나의 ‘법’의 수준으로 격상시켜서 수립하고 체계적으로 정리, 축적할 수 있도록 판결문에서 제시하여야 한다는 것이다.²⁾ 이는 법규 해석의 통일을 기할 수 있게 하고 같은 사건에 대하여 같은 판결을 내림으로써 법 앞의 평등을 실현하는데도 기여하게 된다.

이와 같은 판결문 작성방식은 현재 판례법주의 국가에서 이루어지는 방식이다. 따라서 본 논문이 주장하는 바를 과장의 위험을 무릅쓰고

2) Peter M. Tiersma, “The Textualization of Precedent”, *Notre Dame Law Review* (March 2007), 1247-1261쪽.

한 마디로 줄여서 말한다면 한국의 사법제도에 ‘사실상의 판례법주의’(de facto caselaw)를 도입하자는 것이다. 현재도 이미 한국의 각급 법원은 특정 사건에 대한 판결을 내리는 과정에서 과거 유사한 판례를 참조한다. 그러나 판례법주의는 유사한 선례의 참조 그 이상을 의미한다. 판례법체계 하에서는 법원의 판결이 하나의 법으로 인정되기 때문에 하나의 판결에서 수립된 법은 후속적으로 다른 유사한 사건에도 적용된다. 이를 위해서는 하나의 판결을 통해서 수립된 법은 적당한 수준에서 일반화한 형태로, 그리고 후속적인 사건의 법적인 판단을 할 수 있을 정도로 구체적으로 제시되어야 한다.³⁾ 또 그러한 판결이 하나의 법으로 인정되기 위해서는 그 판결이 당시 유효한 법에 따라서 만들어졌다는 것을 보여주어야 한다. 사법부의 사법권 행사를 통해서 만들어진 판결, 그리고 그러한 판결의 내용인 판결문을 이러한 방식으로 제시할 경우 이는 한편으로 법의 내용을 체계적이고 일관되게 발전시킬 수 있고 동시에 사법권 행사에 대하여 국민들이 그 타당성을 감시할 수 있는 확실한 근거가 생기기 때문에 이는 사법부에 대한 국민들의 민주적 통제, 다른 표현으로 사법민주주의를 증진시키는 토대가 된다는 것이 본 논문의 요지이다.⁴⁾

본 논문의 주요 주장이 판례법주의의 원칙과 내용을 이용하고 있기 때문에 이에 대한 간단한 언급이 필요하다. 판례법주의를 간단하게 정의한다면, 첫째, 법원의 판결을 통해서 법을 수립하고(judge made law), 둘째, 그 판결문으로 수립된 법을 의무적으로 따른다는 것(stare decisis)이다. 본 논문에서 말하는 사실상의 판례법주의라고 하는 것은 법원이

3) 하나의 판례에서 수립된 법을 어느 정도 구체적으로, 또는 일반화하여 서술할 것인가의 문제는 대단히 복잡한 쟁점들을 제기하는 문제로서 본 논문에서 주된 주제로 언급할 수 없다. 참고로 다음의 논문에서 유사한 아이디어가 학술적으로 논의되었다. Frederick Schauer, "Precedent", *Stanford Law Review* (February 1987).

4) Thomas Healy, "Stare Decisis as a Constitutional Requirement", *West Virginia Law Review* (Fall 2001), 108-111쪽.

입법을 한다는 첫 번째 내용은 포함되지 않는다. 본 논문이 주장하는 바는 법원이 판결을 통하여 제정법의 해석을 수립하고, 이를 후속 사건에서 따를 수 있도록, 그럼으로써 일관된 법의 해석과 적용을 이룰 수 있도록 하자는 것, 즉 두 번째 원칙을 사실상(de facto) 차원에서 따르는 것이다. 이는 판례법주의의 선례구속의 원칙과 같이 ‘같은 사건은 같게’ 판결하는 것이 정의에 부합한다는 생각에 기반을 두고 있다.⁵⁾

본 논문은 판결문의 내용과 형식을 논의하면서 미국의 판결문 작성에 관한 논의를 참조하였다. 한국의 경우 법원의 판결문이 주된 학술 연구의 대상이 아니었다. 그러나 미국은 법원의 판결문에 관하여 많은 학술적 연구가 이루어져 있다.⁶⁾ 물론 한국과 미국의 법체계가 다르고 서로의 법체계에서 판결문이 차지하는 위치와 역할이 같지 않다. 그러나 서로 다른 법체계에도 불구하고 한국과 미국 두 나라에서 법원은 법을 해석하여 법적인 분쟁을 해결한다는 점에서 정치체계, 정부에서 차지하는 구조적 위치와 역할이 유사하다. 사법부가 내린 결정을 설명하고 정당화하는 문서로서 판결문이라는 점은 근본적으로 유사하다. 이러한 근본적인 유사성 때문에 미국에서의 판결문에 대한 연구를 참조하는 것은 한국 법원의 판결문의 학문적 연구에 유용하다.

독자의 본 논문의 논지에 대한 전체적 이해를 돕기 위해 논문의 주장의 논리적 구조만 제시한다면 본 논문은 I절에서 사법민주주의를 위해서 사법권의 행사를 제3자가 검증할 수 있도록 판결문이 판결의 근거를 제시해야 한다고 주장하였다. II절에서는 판결문의 일반적 효과와, 본 논문이 주장하는 바대로 작성하는 판결문이 가져올 수 있는 효과를 정리하였으며, III절에서는 기존의 판결문을 예로 들어서 본 논문이 제

5) Frederick Schauer, 앞의 논문.

6) Ruggero J. Aldisert, *The Judicial Process* (AuthorHouse, 2nd ed., 2009); Richard A. Wasserstrom, *The Judicial Decision: toward a Theory of Legal Justification* (Stanford University Press, 1961); Joyce Geroge, *Judicial Opinion Writing Handbook* (William S. Hein & Co., 4th ed., 2000).

시하는 판결문 작성방식이 어떠한 방식인지 제시하면서 본 논문이 제시한 방식으로 판결문을 작성할 경우 사법민주주의를 증진시키고 사법제도의 발전을 이룩할 수 있다고 주장하였다.

II. 판결문의 기능 및 효과

1. 판결문 작성과 공개의 법적 근거

법원이 재판의 판결문을 작성하고 공개해야 하는 근거는 헌법에 제시되어 있다. 헌법 27조 3항은 “형사피고인은 상당한 이유가 없는 한 지체 없이 공개재판을 받을 권리를 가진다”고 규정하고 있다. 이 조항은 국민들이 당사자로서 재판에 임하게 된 경우 공개재판을 받을 권리를 가지고 있음을 규정하고 있다. 공개재판은 공개된 장소에서 비밀재판을 배제하고 일반 국민의 감시 하에 심리와 판결을 받음으로써 공정한 재판을 받는 것을 의미한다.⁷⁾ 헌법 27조 3항이 형사재판에 관한 것이라면 헌법 109조는 형사, 민사재판 구분 없이 “재판의 심리와 판결은 공개한다”고 규정하고 있다.

이와 같이 구체적으로 재판의 공개에 대한 규정에 더하여 헌법을 해석하는 헌법재판소는 국민의 알권리를 기본권의 하나로 보았다. 헌법재판소는 헌법 21조의 표현의 자유는 자유로운 의사형성을 전제로 하는데 자유로운 의사의 형성은 충분한 정보에 대한 접근이 보장되어야 가능한 것이며 그러한 의미에서 정보에 대한 접근, 수집, 처리의 자유는 표현의 자유와 표리일체의 관계에 있다고 하면서 이러한 정보에 대한

7) 헌법재판소는 헌법 27조 3항을 이와 같이 해석하고 있다. 헌재 2005. 12. 22. 2004헌바45; 헌재 1998. 12. 24. 94헌바46. 한국헌법학회, 재판의 심리, 판결 및 기록공개의 헌법적 문제와 그 해결방안 연구, 대법원 2010 정책연구용역 보고서, 118쪽 재인용.

접근, 수집, 처리의 자유를 알권리로 정의하고 알 권리는 헌법 21조의 표현의 자유의 한 내용이라고 판단한다.⁸⁾ 또한 알 권리는 자유민주주의 국가에서 국민주권을 실현하는 핵심이 되는 기본권이라는 점에서 국민주권주의에 필수 불가결한 내용이 된다고 보고 있다.⁹⁾ 민주주의를 실현하기 위해서 국민은 국정에 관하여 알 권리를 가지고 있고, 그 대상 중 하나로서 사법부의 사법권 행사, 즉 재판 역시 그러한 알 권리의 대상인 것이다. 이러한 공개재판, 재판의 공개에 관한 규정은 헌법과 법원조직법이 규정하듯이 재판을 하는 과정인 심리, 그리고 판결의 공개를 의미한다. 그리고 이러한 재판의 기록과 정보의 공개는 앞서 지적하였듯이 지난 수년간 큰 진전을 이루었다.

이러한 법적인 규정이 재판의 심리와 판결의 공개를 규정하고 있다고 해석되었지만, 지금까지는 그것이 판결문의 단순한 공개라는 의미로 해석되었다. 그리고 그 근거도 단지 알권리를 위해서였다. 그러나 본 논문이 주장하는 바는 단순한 알권리를 넘어서서 사법부의 민주적 통제를 위하여 재판의 판결문은 공개되어야 하며, 이를 위하여 판결문은 특정한 내용, 즉 판단의 기준과 사실관계에 대한 적용을 포함하는 방식으로 작성된 판결문이 공개되어야 한다는 것이다. 물론 위의 해석으로도 현재 본 논문이 주장하는 바는 충분히 수용될 수 있다고 본다. 즉 판결의 심리와 판결을 공개하라는 의미는 궁극적으로 기계적으로 단순하게 판결의 결과만을 공개하라는 것 보다는 그 판결이 정당한 판결인지 확인할 수 있도록 공개하라는 의미를 가지고 있다고 해석될 수 있기 때문이다.

8) 현재 1989. 9. 4. 88헌마22; 1991. 5. 13. 90헌마133 등. 한국헌법학회, 위의 보고서, 119쪽 재인용.

9) 위 판례.

2. 판결문의 기능과 효과

본 논문이 판결문의 특정한 작성방법을 통하여 사법민주주의를 증진시키고 사법제도의 발전을 도모할 수 있다고 주장하기 때문에 그러한 판결문 작성이 어떠한 효과를 가지는지 일반적 차원에서 검토하여 본 논문의 주장을 뒷받침하는 근거로 삼고자 한다.

2.1 판결문의 정리 및 확인기능

인간의 머리에서 이루어지는 사고를 글로써 표현하는 상황에서 일반적으로 나타나듯이 판사가 내린 법원의 결정을 문서로 작성하는 판결문은 관념적으로 있던 막연한 생각을 글로써 표현하는 과정에서 구체적이고 검증 가능한 형식으로 표현되는 것이다. 그리고 양자, 즉 판결이라는 결정 그 자체와 그 판결을 문서로 정리하는 것이 일치하지 않을 수도 있다. 이러한 과정은 복잡한 인지과학의 개념을 끌어들이지 않더라도 일반적인 경험에 의해서도 확인될 수 있다. 반드시 판결문의 경우가 아니라도, 일반적으로 한 개인의 생각을 글로써 표현하는 경우, 그 사람이 관념적으로 생각했던 바를 글로 표현할 때, 생각했던 바와 달리 글로 쉽게 표현되지 않는 경우이다. 판사들이 판결문을 쓰는 경우 종종 판결문이 “잘 안 써지는” 경우이다. 이는 한 개인의 관념적 생각과 그러한 생각을 글로써 표현하는 것이 일치하지 않고 괴리가 있는 경우이다.¹⁰⁾

따라서 판사가 특정 사건을 심리하고 난 후, 또는 하는 도중이라도, 그 사건에 대하여 어느 정도 판단에 이르게 되면 본인으로서 그 사건에 대하여 기본적인 판결을 내렸다고 생각할 수 있다. 그러나 그러한

10) Chad M. Oldfather, “Writing, Cognition, and the Nature of the Judicial Function”, *Georgetown Law Journal* (April 2008), 1284-1285쪽.

이후라도 그 판사가 자신의 판결을 글로 옮길 때 본인이 생각하는 만큼 자연스럽게 글로 옮겨지지 않는 경우가 허다하다. 그러한 상황은 재판의 최종 결과, 즉 누가 승소하였는지, 누가 패소하였는지, 그리고 얼마만큼 승소, 또는 패소하였는지 결과만을 글로 옮길 때는 비교적 단순하고 수월하게 옮길 수 있지만, 그러한 판결의 이유에 대해서는 글로 옮기는 것이 수월하지 않을 경우가 많다. 이는 판사의 판결이 단순히 다툼이 있는 당사자 사이에 누가 옳은지, 누가 얼마나 책임이 있는지를 결정하는데 그치지 않고, 그러한 자신의 결정이 해당 사건에 적용되는 법에 따른 것이었고 판사 자신의 개인적인 견해에 의한 것이 아니었음을 보여주어야 하는 두 가지 측면을 가지고 있기 때문이다. 즉, 판사의 판결은 결정(decision)과 그 결정이 법에 따른 것이었다는 것을 보여주는 정당화(justification)라는 두 가지 측면을 가지는 것이기 때문이다.¹¹⁾ 결정은 자신의 생각을 글로 옮기는 단순한 과정이지만 정당화는 적용법규의 선택과 확정된 사실에 대한 법규의 적용이 최종 판결인 결정에 이르는 과정을 서술하기 때문에, 특히 본 논문에서 주장하는바, 판결의 이유와 근거를 객관적 기준과 사실에 대한 적용의 형식으로 작성해야 한다면, 결정자의 생각과 그것을 글로 옮기는 것 사이에 상당한 차이가 있을 수 있는 것이다.¹²⁾

이와 같이 결정자, 판사의 생각과 문서화된 결과 사이에 차이가 있을 수 있는 만큼 그러한 생각을 문서화하는 과정을 거쳐야 하는 판결문은 역으로 판사의 판결에 영향을 미칠 수 있게 된다. 위에서 지적했듯이 특히 판결의 이유와 근거를 문서화하는 것은 실제 판결문을 작성하는 과정에서 더 자주, 더 크게 생각과 문서화 사이의 차이를 보이는 원인이 된다. 그러한 차이가 큰 만큼, 판사는 자신의 결정-판결의 이유를 포함

11) Honorable Ruggero J. Aldisert, "Opinion Writing and Opinion Readers", *Cadozo Law Review* (September 2009), 12-13쪽.

12) Ruggero J. Aldisert, 위의 논문, 1298-1300쪽.

하여-을 문서화하는 과정에서 더 자주, 더 크게 자신의 생각, 즉 문서화 시도 이전에 내렸던 결정을 수정하게 된다. 쉽게 이야기 하면 생각 할 때는 특별한 문제가 없었는데 글로 옮겨놓고 보니까 설득력이 떨어진다는 경우가 있고, 이러한 경우 판사는 법규를 더 폭넓게 찾아보거나, 다른 가능성을 생각해보거나, 같은 사실, 법규도 다른 차원에서 더 깊이 생각하거나 하여 판결, 결과와 이유, 사실관계의 확정 등을 포함하여 전체적으로 판결이 더 법규에 부합하고, 더 일관성 있고, 더 설득력 있는 방향으로 자신의 결정을 수정, 발전시킬 수 있다. 결과적으로 판결문 작성은, 판결의 내용을 검증할 수 있는 근거, 기회를 제공하면서 동시에 판결의 질을 높이는 효과를 가져오게 되고, 이러한 효과는 단순히 기계적으로 판결의 결과만 제시하는 것이 아니라, 본 논문이 제시하는 바와 같은 내용으로 작성될 때 극대화된다.

2.2 판결문의 판사에 대한 제약(constraining) 기능

위에서 지적한 판결문 작성과정이 결정자, 판사의 생각을 정리하여 결정의 질을 높이는 기능과 부분적으로 같은 동전의 양면 관계에 있으면서 독자적으로 가지는 기능은 판결문의 작성은 결정자인 판사로 하여금 자의적 결정, 판결을 하지 못하도록 제약하는 기능을 한다. 그러한 제약은 다음 두 가지 정도의 측면에서 이루어진다. 첫째는 판결문이 문서의 형태로 발표되기 때문에 판결의 결과와 이유가 합리적으로 정당화될 수 있는 한도 내에서 이루어진다는 점에서 판사가 그러한 한도를 넘는 판결을 하는 것을 제약한다. 물론 합리적으로 정당화된다는 것이 구체적, 현실적으로 모든 사람이 동의할 수 있는 기준을 가질 수 있는 것인가에 대해서는 논란이 있을 수 있지만, 판사가 자신의 결정과 이유를 문서로 발표해야 한다는 사실 만으로도 그것은 판사에게 대한 커다란 제약이 된다.

두 번째 측면은 판사가 자신의 결정과 이유를 문서로 작성하여 발표할 경우 이는 일반대중과 법학자, 법조계 변호사, 동료 판사, 상급법원의 판사가 이를 검토할 수 있고 그러한 판결의 이유와 결과에 문제가 있을 경우 이에 문제를 제기할 수 있는 기회를 제공한다는 점에서 판사의 자의적 결정에 제약을 가하는 기능을 한다.¹³⁾ 판사의 결정과 그 이유가 일반국민을 비롯한 동료법조인, 법학자의 세밀한 검증 앞에 놓이게 되기 때문에 이는 판사의 자의적 판결을 제약하는 기능을 한다. 특히 지방법원과 고등법원의 판사들은 자신의 결정이 상급법원에 의해서 검토될 수 있고, 그 결정이 당시 유효한 법을 적절하게 적용하여 내린 결정과 거리가 있을 경우 상급법원이 자신의 결정을 번복할 수 있다는 점에서 판결문작성이 판사의 결정에 가지는 제약 효과는 상당하다.¹⁴⁾

판결문 작성이 일반적으로 가지는 이러한 효과를 고려할 때 본 논문이 제시하는바, 판결문이 법 해석을 통한 판결의 객관적 기준의 제시, 그리고 그러한 기준의 해당 사건의 사실관계에 대한 적용이라는 내용과 형식으로 작성될 경우 그 효과가 극대화된다.

2.3 법해석의 통일과 판례의 수립

입법부가 제정한 법을 해석하는 것은 사법부의 고유의 기능이자 권한이다. 그러나 사법부의 사법권 행사를 통해서 만들어진 결정은 일관되고 통일적이어야 한다. 판사는 주어진 법을 해석하여 자신에게 배당된 사건에 대한 판결을 내려야 하지만 특정 사건에서 판사의 특정 법규의 해석과 판결의 의미는 그 사건에 한정되지 않고 유사한 다른 사건에

13) Nancy A. Wanderer, "Writing Better Opinions: Communicating with Candor, clarity, and Style", *Maine Law Review* Vol. 54(2002).

14) Gerald Lebovits, "Ethical Judicial Opinion Writing", *Georgetown Journal of Legal Ethics* (Spring 2008).

도 의미를 가진다. 본질적으로 유사하거나 같은 사건을 두고 다른 법원, 다른 판사가 다른 결정을 내린다면 이는 법 앞의 평등이라는 기본적인 헌법원칙을 위배하는 것이 되기 때문이다. 물론 판례법주의를 채택하고 있지 않은 한국의 경우 개별 사건의 판사가 과거의 판례에 구속되지 않는다는 점이다. 그러나 매사건 각각 다른 법원에서 다른 판사가 결정을 내림에도 불구하고 국민들에게 그러한 여러 법원과 판사는 하나의 사법부로 보여지며 그러한 여러 결정에 일관성이 없는 경우 다른 사건의 당사자보다 불리한 판결을 받은 당사자는 법 앞의 평등 원칙을 침해당했다고 주장할 수 있기 때문이다.

이러한 관점에서 한 국가의 사법체계가 판례법주의를 채택하고 있는지 여부와 상관없이 사법부는 일관된 판결, 즉 같은 사건에 대해서 같은 판결을 내려야 한다. 여기에 판결문이 중요한 역할을 할 수 있다. 만약 특정 판사가 특정 사건에 대한 재판을 하고 그 결과 판결을 내리면서 판결문을 쓰지 않는다거나 판결문을 써서 공개하더라도 본 논문이 주장하는 바 법규의 해석을 통해서 객관적 판단의 기준을 제시하고 이를 해당사건의 사실관계에 적용하여 판결에 이르는 과정을 밝히지 않는다면, 후속적으로 같은 사건을 판단해야 하는 판사는 완전히 처음부터 법규의 해석을 새로 해야 하고 그 과정에서 판사의 개인적 견해의 차이에 의해서 서로 다른 판결을 내릴 가능성도 있다. 이 경우 같거나 유사한 사건을 재판해야 하는 판사가 전체 사법부를 관통하는 일관된 판결을 내리는 데 어려움이 있을 수 있고 전체적으로 법체계가 내적 일관성을 가지지 못할 수도 있다. 그러할 경우 서로 다른 판결을 받은 당사자 중에서 불리한 판결을 받은 당사자는 법 앞의 평등이 침해당했다고 볼 수도 있다. 무엇보다도 본 논문이 제시하는 바대로 판결문을 작성할 경우 과거에 유사한 사건이 있었을 경우 후속 판결이 타당한지 여부를 쉽게 판단하고 검증할 수 있다. 또 그러한 방식으로 판결문을 작성할 경우 사법부 전체적으로 훨씬 더 일관된 판결을 내리는 것이 가능하고

수월하기 때문에 국민들도 사법권의 행사가 적정하게 이루어지는지 쉽게 검증할 수 있고, 사법부 역시 국민들로부터 사법권 행사에 관한 정당성을 인정받을 수 있다. 이에 더하여 그러한 방식으로 판결문 작성이 이루어질 경우 법해석의 통일과 사법제도의 발전을 이룩할 수 있다.¹⁵⁾

2.4 법체계의 정교화와 법의 지배

법을 제정하고 시행하는 과정에서 법 적용의 대상이 되는 국민, 주권자인 국민은 자신이 법 적용의 대상이 되기 전에 자신이 따라야 할 법이 무엇인지, 어떠한 내용인지, 어떠한 행동을 해야 법을 지키게 되는 것인지 구체적으로 알 권리가 있고, 법을 적용하는 당사자인 정부는 이를 구체적으로 국민에게 사전에 알려야 할 의무가 있다.¹⁶⁾ 그러나 제정된 법조문을 아무리 공포하고 홍보를 하더라도 그러한 제정법이 미래에 발생할 사건을 완벽하게 예측하고 그에 대한 처분을 제공하는 것이 불가능하기 때문에 국민에게 법의 내용을 구체적으로 충분히 통지 하는 것은 한계가 있다. 이러한 법과 현실 사이의 간격을 메워줄 수 있는 것이 법원의 판결문이다. 즉 판결문은 입법기관이 미래에 발생할 사건을 규율하기 위해서 원칙의 형태로 제정한 법을 현실 사건이 발생한 후에 그 법을 적용하기 위해서 이를 해석하고, 판결을 내리기 때문에 구체적이고 현실적이다.

이러한 재판의 판결문은 민주주의의 실행 원칙인 법치주의의 실현을 가능하게 하는 중요한 역할을 한다. 법치주의는 사람, 또는 개인의 자의적 지배에 대한 반대 개념으로서 법에 의한 지배라는 원칙이고¹⁷⁾ 이를

15) Frederick Schauer, "Giving Reasons", *Stanford Law Review* (April 1995), 653-655쪽.

16) Frederick Schauer, "Opinions as Rules", *University of Chicago Law Review* (Fall 1995), 1463쪽.

17) 황도수, "근대 법치주의의 이해: 시민 법치주의", 행정법연구 제26호(행정법이론실

실현하기 위해서 법은 안정성, 예측 가능성, 접근성, 비인격성을 갖추어야 한다.¹⁸⁾ 안정성은 법이 매일, 매달 바뀌는 경우 그러한 법으로 국민들을 규제할 수 없다는 의미다. 예측 가능성의 경우 법의 지배를 받는 국민들이 자신의 특정한 행동이 가져올 법적인 결과를 예측할 수 있어야 한다는 의미로서 일반인들이 어떠한 행동을 할 때 그것이 법을 위반하여 처벌을 받을지에 대하여 전혀 예측을 할 수 없는 상태에서 그러한 법체계로 국민들을 지배할 수 없다는 의미이다.¹⁹⁾ 셋째, 접근성은 국민들이 큰 어려움 없이 법이 규정하는 바를 구체적으로 알 수 있어야 한다는 의미이다. 국민들이 법이 금지하는 것을 알 수 없는 상태에서 그러한 법을 지키도록 강제할 수 없다. 넷째, 법이 규정하는 바가 개인의 감정이나 선호와 무관하게 해석, 적용되어야 하며, 이는 특히 법을 집행하는 사람의 자의적 집행, 또는 재량권의 과다로 인한 집행자 개인의 판단이 법의 판단을 대체해서는 안 된다는 의미이다.²⁰⁾

법원이 재판의 결과 작성하는 판결문에 판결의 이유와 결과를 구체적으로 적시한다면 법의 지배를 위해서 필요한 요건, 특히, 둘째, 셋째, 넷째 요건을 무엇보다도 충실히 충족시킬 것이다. 두 번째 요건인 예측 가능성의 경우 법원이 재판을 통해서 이룩한 제정법의 해석과 적용을 판결문이라는 문서로 남기는 경우, 그러한 판결문을 통해서 국민들은 향후 정부가 해당 법을 어떻게 해석하고 적용할지에 대하여 더 많은 지식과 이해를 갖게 되기 때문에 법 적용의 예측 가능성이 높아질 수 있다. 셋째, 접근성은 앞서 지적했듯이 판결문은 원칙 형식의 제정법을

무학회, 2010).

18) 박 철, “경제발전을 위한 법치주의: 사회적 신뢰와 협조의 기초인 법과 법치주의를 중심으로”, 저스티스 통권 제106호(한국법학원, 2008. 9), 44-45쪽.

19) Daniel Farber, “The Rule of Law and the Law of Precedents”, *Minnesota Law Review* (May 2006), 1179쪽.

20) Michael Sinclair, “Precedent, Super-Precedent”, *George Mason Law Review* (Winter 2007), 370-372쪽.

구체적 현실에 대한 적용을 문서로 설명하기 때문에 일반국민들이 법과 법이 규정하는 바에 대하여 더 잘 알 수 있고 이로 인하여 법의 접근성이 높아진다. 넷째, 원칙형식의 제정법의 구체적 해석과 적용을 문서로 남길 경우, 그리고 법 앞의 평등을 위해서 다른 법원, 후속적으로 같거나 유사한 사건을 다루는 법원이 이를 참조하고 따를 경우, 법원, 판사 개인의 재량권은 상대적으로 그만큼 축소되고, 판사의 자의적 판단의 가능성이 줄어든다. 이러한 이유로 판결문의 작성은 법의 지배를 증진시키는데 필수 불가결한 역할과 기능을 수행한다. 그리고 그러한 판결문을 본 논문이 제시하는 대로 작성할 경우 그러한 효과는 배가될 것이다.

2.5 사법부와 법체계의 정당성 증진

앞서 지적한 판결문의 기능과 역할의 결과이기도 하지만 별개로 지적 할 수 있는 점은 법원의 판결문은 국가의 사법권을 행사하는 제도, 기관으로서 사법부의 정당성을 증진시키는 기능, 효과를 가진다는 것이다. 이는 같은 사건은 같은 판결을 받는다는 법 앞의 평등, 판사 개인의 자의적인 판단이 아니고 법이 정한 대로 판단한다는 법의 지배 등이 판결문의 작성과 공개에 의해서 증진되어서 그에 따른 결과로 사법부의 정당성이 강화된다.²¹⁾ 그러나 동시에 무엇보다도, 사법적 판단의 대상이 되는 국민에게 자신에 대한 사법부의 판결이 왜 그러한 판결을 내리게 되었으며, 그 근거가 무엇인지를 명백하게 설명함으로써 주권자인 국민이 사법부에 사법권한을 위임한 원칙에 맞게 사법권이 행사되었다는 판단과 느낌을 가질 수 있게 해주기 때문이다.²²⁾ 본 논문이 제시하는

21) Lauren Robel, "The Practice of Precedent: Anastasoff, Noncitation Rules, and the Meaning of Precedent in an Interpretive Community", *Indiana Law Review* Vol. 35(2002).

22) Earl M. Maltz, "The Function of Supreme Court Opinions", *Houston Law Review* (Winter 2000), 1397-1401쪽.

방식으로, 판단의 객관적 기준과 그러한 기준의 사실관계에 대한 적용이 충분히 제시되는 경우 이는 한국의 사법제도, 사법부의 정당성을 증진시키는 데 기여할 것이다.

앞서 지적했듯이 민주주의 정치체제에서 입법, 행정부와 달리 사법부에 대한 국민의 민주적 통제가 덜 명백하다. 이러한 배경에서 볼 때 국민이 사법권의 행사에 대하여 직접적 감시의 장치가 필요하며 사법권행사의 직접적인 결과와 이유를 설명하는 판결문을 모든 국민에게 공개함으로써 모든 재판에 대하여 국민들이 직접 그 내용과 결과를 점검할 수 있게 하는 것은 사법부에 대한 민주적 통제의 부족한 부분을 보충할 수 있게 한다.²³⁾ 워싱턴DC 항소법원 판사를 역임했던 Patricia M. Wald는 판사들이 판결의 근거를 밝히는 판결문을 쓰는 이유는 “정당한 민주적 절차를 거쳐 선출된 정치지도자들에게 어떻게 행동하라는 말을 하는 입장에서 종종 도전받고, 부족한 권위를 보강하기 위해서”라고 하였다.²⁴⁾

그러나 판결문이 사법권 행사에 대한 국민의 민주적 통제의 근거이기도 하지만 하나의 기관으로서 사법부에 대하여 국민이 부여하는 정당성을 근본적으로, 가장 효과적으로 증진시킬 수 있는 수단이기도 하다. 미국 건국 초기 취약한 대법원의 지위를 강화시킨 것은 국민의 위임이나 권력투쟁이라기보다는 *Marbury v. Madison* 같은 판결에서 당시 대법원장이었던 John Marshall의 탁월한 판결문이었던 점을 고려할 때, 설득력 있는 판결문이 어떠한 결과를 가져올 수 있는지를 이해할 수 있다. 당시 신생 미국은 영국왕정에 대한 적개심과 불신으로 민주주의라는 원칙을 아주 강하게 믿고 추진하고 있었다. 또 국가의 권력을 입법, 행정, 사법이라는 3부서에 나누어 주었지만 입법부인 의회가 가장 핵심적이고 주도적인 기관이었다. 이러한 입법부에 대하여 국민이 그 선발에 직접 개입

23) Nancy A. Wanderer, 앞의 논문.

24) Patricia M. Wald, “The Rhetoric of Results and the Results of Rhetoric: Judicial Writings”, *University of Chicago Law Review* (Fall 1995), 1371-1377쪽.

되지 않은 대법원 판사들이 국민이 직접 선출한 의회에서 제정한 법을 위헌이라고 판단하여 그 효력을 무효화하는 것은 당시로서는 생각하기 힘든 일이었다. 그럼에도 불구하고 당시 대법원의 판결은 훌륭한 판결로 인정되었고, 그 후로 대법원이 입법, 행정부와 대등한 주권의 일부를 행사하는 부서로 자리 잡고 정당성을 가지게 되는 계기가 되었다. 그 과정에서 당시 대법원장이었던 John Marshall이 썼던 탁월한 판결문은 취약했던 사법부가 강력했던 입법부, 행정부의 활동에 대하여 헌법을 근거로 금지할 수 있는 권한을 갖게 되는 데 결정적인 역할을 하였다. 당시 판결문에서 대법원장 Marshall은 “법을 개별 사건에 적용하는 사람은 그러한 법을 반드시 설명하고 해석해야 한다”고 하였다.²⁵⁾

Ⅲ. 법원 판결문에 대한 제안

본 논문은 서론에서 법원의 판결문이 갖추어야 할 내용으로 5가지를 제시하였다. 그 중에서 현재 법원의 판결문이 적용법규의 선택, 사실관계의 확정, 최종판결은 충분히 제기하고 있기 때문에 특별히 언급할 것이 없다. 그러나 세 번째, 해당법규의 해석을 통해서 그 위반 여부를 판단할 수 있는 기준의 제시, 그리고 네 번째, 그러한 기준의 해당 사건의 사실관계에 적용은 충분히 제시되고 있지 못하다고 지적하였다. 여기서는 하나의 판결문을 선정하여 본 논문이 주장하는 바를 구체적으로 제시하겠다.²⁶⁾

25) *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 177쪽(1803).

26) 여기서 논의된 판결문은 전적으로 무작위로 선택되었으며 본 논문의 논지를 잘 보여줄 수 있는 판결문으로 필자가 임의적으로 선정하였다.

1. 대법원 2006. 3. 10. 선고, 2002두332 판결

위 사건은 가맹사업에서 가맹본부가 가맹점사업자에게 가맹본부가 지정하는 사업자로부터 물품을 공급받도록 하는 것, 그리고 점포 설비의 구입 및 설치를 가맹본부, 또는 가맹본부가 지정한 사업자로부터 하도록 하는 행위가 독점규제 및 공정거래에 관한 법률, 시행령 위반인지 판단하는 사건이다. 적용법규는 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제23조 제1항 제4호, 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령(2002. 3. 30 대통령령 제17564호로 개정되기 전의 것) 제36조 제1항 (가)목²⁷⁾이었다. 그 내용은 “법 제23조(불공정거래행위의 금지) 제1항 제4호에서 “자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위”라 함은…거래상대방이 구입할 의사가 없는 상품 또는 용역을 구입하도록 강제하는 행위”이다. 여기에서 해당 판결문을 본 논문의 논지에 비추어 몇 가지 지적을 하고 이에 대한 대안을 제시하고자 한다.

1.1 쟁점 정리의 미비

해당 사건은 피고의 행위에 위법규의 위반이 있는지 판단하는 것이다. 본 논문이 주장하는 바는 사건의 판결문이 그러한 법원의 판단 이유와 정당화를 ‘검증 가능한 방식’으로 나타내야 한다는 것이고 이를 위해서 첫째 그러한 법규의 위반이 발생했는지 판단할 수 있는 판단기준을 객관적이고 적용 가능한(operative) 방식으로 제시해야 한다. 둘째는 그와 같이 제시한 기준에 법정에 제시된 증거에 기반을 둔 사실관계를 대입하여 실제 그러한 위반이 발생했는지 판단하는 것이다.

사건의 판결문은 상고이유 제2점에 대하여 “가맹본부가 가맹점사업

27) 해당 사건에서는 (나)목, (라)목도 적용이 되었으나 본 논문에서는 상고이유 2점, 3점에 해당되는 (가)목만 논하기로 한다.

자의 판매상품 또는 용역을 자기 또는 자기가 지정한 자로부터 공급받도록 하거나 그 공급상대방의 변경을 제한하는 행위가 가맹사업의 목적달성을 위한 필요한 범위 내인지 여부는 가맹사업의 목적과 가맹점계약의 내용, 가맹금의 지급방식, 가맹사업의 대상인 상품과 공급상대방이 제한된 상품과의 관계, 상품의 이미지와 품질을 관리하기 위한 기술관리·표준관리·유통관리·위생관리의 필요성 등에 비추어 가맹점사업자에게 품질기준만을 제시하고 임의로 구입하도록 하여서는 가맹사업의 통일적 이미지와 상품의 동일한 품질을 유지하는 데 지장이 있는지 여부를 판단하여 결정하여야 할 것이다.”라고 하고 있다.

이 표현만을 읽는다면 가맹본부가 자신의 의사대로 가맹점 사업자가 구매하도록 하는 것이 가맹사업의 목적달성을 위한 필요한 범위 내인지 여부가 사건의 쟁점인 것처럼 보인다. 그러나 법원이 판단해야 할 쟁점은 가능한 한 적용법규의 용어를 빌려서 표현하여야 해당 법조문의 해석에 관한 판례법을 수립하여 법원의 일관된 법해석과 그 해석의 후속적 적용을 가능하게 한다. 해당 판결문은 그러한 점을 명확하게 제시하지 못하고 있다. 또 구분되어야 할 내용과 단계를 적절히 구분하지 않음으로써 혼란을 초래하고 이는 법원이 판결을 통해서 해석한 판례법을 축적하는 데 어려움을 초래한다. 본 논문이 제안한다면 다음과 같다.

해당법규의 위반을 판단하기 위해서 다음의 두 가지가 필요하다. 첫째는 가맹본부가 가맹점 사업자에게 구매를 강제하는 행위이고, 둘째는 그러한 강제행위가 부당한지 여부이다. 첫 번째 쟁점은 서로 인정되어 논외로 하고, 문제는 그러한 강제구매행위가 부당한지 여부이다. 즉 ‘강제구매 행위가 있었다 할지라도 그것이 가맹계약상에서 인정된 가맹사업의 목적과 특성에 부합한다면 부당하지 않은 강제구매가 되어 법규 위반이 발생하지 않는바 해당 사건이 이에 해당되는지 여부’이다. 이렇게 쟁점을 정리할 경우 해당 사건의 쟁점을 적용법규의 용어를

빌어서 정리함으로써 동 판결에서 수립한 적용법규에 대한 해석이 정리되고 축적되어 후속 판결에 용이하고 일관되게 적용될 수 있다.

1.2 조문의 해석에 근거한 객관적 판단기준 제시의 미비

쟁점이 정리된 다음의 내용은 그러한 쟁점에 대한 판단을 하기 위해서 본 논문이 제시하는바 판결문 구성의 세 번째 내용인 적용법규의 위반발생 여부를 판단하기 위한 기준을 제시하는 것이다. 그러한 목적으로 위의 판결문은 “가맹사업의 목적과 가맹점계약의 내용, 가맹금의 지급방식, 가맹사업의 대상인 상품과 공급 상대방이 제한된 상품과의 관계, 상품의 이미지와 품질을 관리하기 위한 기술관리·표준관리·유통관리·위생관리의 필요성 등에 비추어 가맹점사업자에게 품질기준만을 제시하고 임의로 구입하도록 하여서는 가맹사업의 통일적 이미지와 상품의 동일한 품질을 유지하는 데 지장이 있는지 여부를 판단하여 결정하여야 할 것이다”라고 하고 있다.

이는 그러한 쟁점을 판단하기 위해서 고려해야 할 항목의 열거이지 판단기준은 아니다. 예컨대 판단기준을 제시한다는 것은 해당사건에서 쟁점이 되었던 가맹금의 지급방식의 경우 가맹본부가 초기 가맹금을 받지 않는 대신 사업이 진행되는 동안 공급하는 물품가격에 이윤을 추가하여 가맹금을 받는 것이 어디까지 용인되고 부당하지 않은 가맹금 수취의 방식이 되는지 판단하는 기준을 제시해야 한다. 그러한 기준이 제시되지 않는다면 가맹금을 별도로 받지 않으면 어떠한 강제구매도 부당하지 않은 것이 되는 것인지 판단할 객관적 기준이 없다. 예컨대 그러한 방식의 가맹금 수취와 가맹금 액수 산정방식을 가맹계약에 규정하여 사전에 가맹점 사업자가 그러한 사실과 규모를 예측할 수 있게 하는 방식도 하나의 기준이 될 수 있을 것이다.

또 가맹사업의 대상인 상품과 공급 상대방이 제한된 상품과의 관계

역시 가맹점 사업자가 일반 고객에게 판매하는 상품에 강제구매 하도록 한 물품이 어떠한 관계에 있어야 강제구매가 부당하지 않은 것인지 판단할 수 있는 기준을 제시해야 한다. 정확하고 정교한 기준이 바람직하겠지만 그것이 불가능할 경우 예컨대 필수적, 부수적 정도의 범주적 기준이라도 제시되어야 한다. 이 경우 필수적, 부수적이 어떠한 의미인지 다시 정의를 내려야 하지만 일단 법원의 판단이 아무런 기준 없이 내려지는 것이 아니라는 점을 보여줄 수 있다.

그리고 판결문은 상품의 이미지와 품질관리, 기술, 표준, 유통, 위생 관리 등의 필요성에 근거하여 가맹사업의 통일적 이미지와 상품의 동일한 품질유지를 위한 필요성을 언급하고 있다. 이러한 점은 본 논문이 주장하는 판단기준에 가장 근접한 내용이라고 판단된다. 여기서 ‘가맹사업의 통일적 이미지와 상품의 동일한 품질유지’라는 가맹사업의 독특한 성격에서 연유하는 필요성이 강제구매를 부당하지 않은 것으로 만들어서 적용법규에 대한 위반이 발생하지 않은 것으로 판단하게 하는 것이다. 이는 가맹본부의 특정 강제구매가 부당한 것인지 판단할 수 있는 기준 중 하나를 제시한 것이다.

법규위반을 판단할 수 있는 객관적 기준의 제시라는 점에서 해당 사건의 원심인 서울고등법원의 판결문을 검토해볼 가치가 있다고 본다. 원심의 판결문은 “이때 그 부당성의 유무를 판단함에 있어서는 당해 행위의 의도와 목적, 효과와 영향 등과 같은 구체적 태양과 상품의 특성, 거래의 상황, 해당 사업자의 시장에서의 우월적 지위의 정도 및 상대방이 받게 되는 불이익의 내용과 정도 등에 비추어 볼 때 정상적인 거래관행을 벗어난 것으로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는지 여부를 판단하여 결정하여야 한다(대법원 1998. 9. 8. 선고, 96누9003호 판결, 2000. 6. 9. 선고, 97누19427호 판결등 참조)”라고 하고 있다.²⁸⁾ 이러한 판단기준 역시 해당 거래의 여러 상황을 고려하여 ‘정상적인 거래관행

28) 서울고등법원 2001. 12. 4. 선고, 2000누2183 판결.

을 벗어난 것으로서 ‘공정한 거래를 저해할 우려가 있는지’를 판단해야 한다고 하는데 이는 ‘정상적이 아닌 공정하지 못한 거래’라고 하는 것과 같다. 이는 그저 공정하지 못한 거래를 부당한 거래로 한다는 정도로 같은 내용을 다른 말로 반복하는 것이지 법원이 객관적 판단의 기준을 제시하는 것은 아니다. 아무 거래나 법원이 공정하지 못한 거래라고 규정하면 위의 법규위반이 되는 것이다. 이러한 경우 법원이 자의적 판결을 하는지, 법을 해석하여 법대로 판결하는지 판단할 길이 없게 된다. 이러한 점을 고려할 때 동 판결문은 해당법규의 위반이 발생했는지 판단할 수 있는 객관적 기준을 충분히 제시하지 못하였다.

1.3 판단기준의 사실관계에 대한 적용의 문제

위의 두 항목이 적용 법규의 해석을 통해서 쟁점을 정리하고 위반 여부를 판단할 수 있는 기준을 마련한 것이라면 여기선 논할 것은 그러한 기준을 법정에서 증거를 통해서 확인된 사실에 적용하여 최종 판결에 이르는 과정을 설명하는 것이다. 이는 법원이 해당 사건에서 특정한 판결을 내린 이유, 그러한 판결이 당시에 적용되는 유효한 법에 맞게 내려진 판결이라는 정당화이다.

이러한 관점에서 위의 판결문은 “원고가 가맹점사업자로부터 매출액의 일정비율에 상당하는 금원을 가맹금으로 받는 것이 아니라 가맹점사업자에게 공급하는 원·부재료의 가격과 원고가 구입하는 원·부재료의 가격의 차액에 해당하는 금원을 가맹금으로 하는 사업구조를 취하고 있으므로 모든 원·부재료를 가맹점사업자가 개별적으로 직접 구입하도록 한다면 원고의 가맹사업의 존립 자체가 불가능하게 되는 점, 원고가 가맹사업의 통일적 이미지와 중심상품인 햄버거 등 패스트푸드의 맛과 품질을 전국적으로 동일하게 유지하기 위하여는 탄산시럽(사이다, 콜라), 프루트카테일, 꿀, 천연체리, 가당연유, 오렌지주스, 빙수용

찰떡, 모카시럽, 케첩(팩), 피클, 그라뉴당, 머스타드, 슈가(팩), 카넬론, 프라이오일, 액상젤리 등 16개의 일반공산품에 대하여 지속적으로 유통과정, 유통기한 등을 관리·통제할 필요성이 있다고 보이는 점, 원고가 위 16개의 일반공산품을 가맹점사업자에게 공급함에 있어서 그 가격을 시중거래가격 이상으로 책정하여 부당한 이윤을 취득하였다는 점을 인정할 자료도 없는 점 등을 종합적으로 고려하면”이라고 함으로써 판단의 근거가 되는 사실을 제시하였다.

위의 사실관계에 대한 판단 역시 법의 해석을 통하여 마련한 기준을 적용하지 않고 단순히 법원이 관련 있다고 생각하는 사실을 나열하는데 그침으로써 법원의 판결에 대하여 충분한 ‘정당화’를 제시하지 못했다. 가맹금을 별도로 받지 않고 공급물품 가격에 포함시키는 사업구조가 가맹점 사업자의 개별적, 독자적 구매를 허락하지 않는 이유로는 부족하다. 판매하는 음식의 맛과 품질을 균일하게 하고 유통과정, 유통기한을 관리, 통제할 필요가 있기 때문에 바로 강제구매를 인정하는 것도 그 사이의 판단과정을 뛰어 넘어서 바로 결론을 제시한 것이다. 그러한 통제의 필요성이 어떤 기준에 의하여 어느 정도 존재할 때 그러한 강제구매가 부당하지 않은 것이 되는지 기준을 제시하고 그 기준에 의하여 사실을 판단했어야 한다. 물론 그러한 공급물품의 가격을 시중거래가격 이상으로 책정하지 않았다는 점은 중요한 판단의 근거가 될 수 있지만 전체적으로 강제구매행위의 부당성으로부터 면책의 근거가 될 수 있는 객관적 판단의 기준과 그 기준의 적용에 의한 사실관계의 판단이 부재하기 때문에 그것이 어느 정도 부당성 면책에 역할을 하는지 알 도리가 없다. 이와 같이 적용법규의 위반 여부를 판단할 수 있는 객관적인 판단기준과 그러한 기준에 의한 사실관계의 판단이 충분히 주어지지 않은 경우 그러한 판단이 온전히 법에 근거한 판단인지, 판사의 개인적 선호에 의한 판단인지 알 도리가 없고, 따라서 주어진 판결에 대하여 제3자가 옳고 그름을 따질 수 있는 근거가 없어지게 된다. 이러

한 판결문은 해당 결정이 적용 법규에 따라 이루어졌다는 것을 보여주는 정당화라기보다는 법원의 판단, 결정의 통보이다. 이는 사법부에 대한 민주적 통제가 이루어질 수 있는 근거를 제공하지 않는 것이고 사법민주주의의 증진을 가로막는 결과를 초래하는 것이다.

2. The Mozart Company v. Mercedes-Benz of North American, Inc.

위의 판결문에 대한 본 논문의 지적에 대한 이해를 돕기 위해서 유사한 쟁점에 대한 미국의 판결문을 소개하고자 한다. 여기서 미국 법원의 판결문을 소개하는 것이 미국 판결문이 본 논문에서 제안하는 바를 항상, 완전하게 실행하고 있다는 것을 의미하지 않는다. 그러나 판례법주의를 따르는 미국의 경우 판결문이 중요한 역할을 하기 때문에 이러한 문제를 어떻게 다루는지 보여주는 예가 된다.

본 논문이 선택한 판례는 The Mozart Company v. Mercedes-Benz of North American, Inc., 833 F.2d 1342 (9th Cir. 1987)(이하 Mozart 사건)이다.²⁹⁾ 해당 사건은 자동차 부품상인 Mozart가 원고로서 Mercedes-Benz of North America (이하 MBNA)가 가맹계약에서 Mercedes 차량을 판매하는 모든 대리점은 자신이 공급하는 부품만을 사용하도록 요구한 것은 독점금지법 위반이라고 주장한 사건이다.

2.1 적용법규의 해석과 쟁점

해당 사건은 미국의 독점금지법인 Sherman Act §1에 대한 위반이 발생했는지를 판단하는 것이었다. 해당 조문은 “기업합병, 또는 여타의 방식, 그리고 그러한 것을 위한 음모가 연합되어 만들어져서 주간 상업,

29) The Mozart Company v. Mercedes-Benz of North American, Inc., 833 F.2d 1342(9th Cir. 1987).

또는 외국과의 상업을 제약하는 모든 계약은 불법이다”고 하고 있다. 해당 사건의 주요 실체법적 쟁점은 가맹본부의 강제구매(tying arrangement)의 불법성 기준, 그리고 그러한 불법성의 예외로서 ‘사업상 타당한 이유’(business justification)를 제시하고 있다. 본 논문에서는 위 한국의 판결문과 상응하는 강제구매의 불법성을 면책하는 ‘사업상의 타당한 이유’에 관해서 논하겠다.

2.2 조문의 해석 및 판단기준

동 사건의 판결문에서 제9순회법원(연방고등법원, 이하 법원)은 해당 쟁점을 논하는 부분에서 우선 그 쟁점에 적용되는 법을 “강제구매(tie-in)는 정당한 목적을 위해서 시행되고 덜 제약적인 대안이 없을 때는 독점금지법을 위반하지 않는다.”고 해석하여 제시하였다.³⁰⁾ 여기서 제시된 판단기준은 강제구매가 첫째, 정당한 목적을 위해서 시행되어야 하고, 둘째, 덜 제약적인 대안이 없어야 한다는 것이다. 이러한 판단기준은 적용법규에 대한 해석으로서, 그러한 법규의 위반이 발생했는지 판단하는 기준이 되면서 동시에 판결을 내리는 판사가 자신의 판단기준을 공개한 것이기 때문에 일반국민은 그러한 기준 자체가 타당한지, 그리고 그러한 기준에 의한 발생한 사실에 대한 판단이 제대로 되었는지 검증할 수 있다.

2.3 판단기준의 적용

Mozart 판결문은 위의 기준을 해당 사건의 사실에 대한 적용으로서 일반적이고 이론적인 적용과 법정에 제시된 증거로서 사실관계에 대한 적용이라는 두 차원에서 보여준다. 첫째, 정당한 목적이라는 판단기준

30) 위의 판결문.

의 적용을 위하여 판결문은 가맹점 사업자의 내재적인 이해갈등을 제시한다. 즉 피고인 MBNA의 주장을 인용하면서 가맹사업자의 “무임승차”(freeriding)을 논의하고 있다. 즉 가맹본부인 MBNA는 가맹사업 형태의 사업에서 통일된 부품을 공급하는 것이 중요한데 가맹점사업자는 이익을 극대화하기 위해서 값싼 부품을 사용하면서 동시에 다른 가맹사업자들이 규칙을 지켜서 가맹사업의 평판이 유지되어 고객들이 계속 찾아주기를 바라는 이해갈등을 갖게 된다고 하면서 가맹본부와 가맹사업자간 이해상충을 언급하였다.³¹⁾ 가맹본부는 이러한 가맹사업자의 무임승차 유혹에 대처하기 위해서 자신을 통해서만 부품을 구입하도록 하는 구매강제를 하는 것이 정당한 목적을 위해서 시행되는 것이라고 판단했다.

두 번째 기준으로서 판결문은 덜 제약적인 대안이 없어야 한다고 하면서 가맹사업자가 규정된 품질요건을 준수하도록 하기 위해서는 이를 실행하고 그 실행을 감시하기 위해서 막대한 비용이 들어가기 때문에 단지 부품의 품질기준을 제시하고 이를 가맹사업자가 자발적으로 준수하도록 하는 것이 대안이 되기 힘들다고 하고 있다. 법원은 계속하여 그러한 품질기준이 가맹사업상 필요한 품질의 모든 내용을 완전하게 실현하도록 하기도 힘들고, 특정 가맹사업자가 품질기준을 위배해도 이를 입증하기가 대단히 어렵다는 점을 지적하고 있다. 법원은 품질기준을 제시하는 것에 대한 대안으로서 특정 공급업자를 지정하는 대안에 대해서도 논의하면서 이 경우 제조업자에 대한 품질기준 이행 감시가 필요한데 이 역시 가맹사업자에 대한 감시만큼이나 어렵다는 점을 지적하고 있다. 또 가맹사업자가 구매한 부품의 품질을 보장하기 위하여 가맹사업자 측에서도 품질확인을 해야 한다고 하면서 공급업자를 지정하는 경우 공급업자, 그리고 가맹사업자의 두 단계에서 모두 검증이 필요하고 품질보증을 위한 이러한 대안을 택할 경우 발생할 효율성

31) 위의 판결문.

손실이 강제구매의 잠재적 반경쟁적 효과를 상쇄한다는 주장을 제시하고 있다. 이러한 논의를 통하여 법원은 강제구매의 대안, 즉 품질기준제시와 특정 공급업자의 지정이라는 대안이 비용과 현실적 어려움 때문에 대안이 될 수 없고, 따라서 ‘덜 제약적인 대안’이 없으므로 피고인 MBNA의 강제구매가 위의 판단기준을 충족시켰다고 판단하였다.

이러한 일반적, 이론적 논의를 한 후 판결문은 여기에 근거하여 피고인 MBNA의 강제구매계약이 독점금지법 위반인지 판단할 수 있는 배심원지침을 각주로서 판결문에서 제시하고 있다. 배심원 지침은 일반인인 배심원들이 해당 법규의 위반이 발생했는지 여부를 사실관계에 관한 증언을 청취한 후 판단할 수 있는 판단의 기준을 제시하는 것이다. 이는 위에서 언급한 일반적, 이론적 판단기준을 쉬운 말로 풀어서 설명한 것이다. 그 주요한 내용만 언급하면 “강제구매가 불법일 경우…배심원은 사업상 타당한 이유(business justification)가 있는지 판단해야 합니다…강제구매는 덜 제약적인 대안이 없을 때만 인정될 수 있습니다…피고의 사업상 타당한 이유는 메르세데스자동차의 품질보호입니다…피고는 자동차의 품질보호를 위해서 강제구매가 필요했다는 것과 적절한 대체부품을 피고 이외의 판매자로부터 구할 수 없다는 것을 보여주어야 합니다…자동차의 안전과 품질을 위해서 강제구매가 유일한 대안임을 입증하지 못할 경우 승소할 수 없습니다.”³²⁾

이러한 일반적, 이론적 판단기준의 적용에 더하여 판결문은 그러한 판단기준을 법정에 제시된 증거에 근거한 사실관계에 적용한다. “강제구매가 품질보증을 위한 것이라는 MBNA의 주장은 상당한 증거에 의해서 뒷받침되고 있다. MBNA는 교체할 부품의 80% 정도를 DBAG로부터

32) 물론 미국의 사법제도가 배심원재판을 택하고 있고, 배심원들이 법조인이 아닌 일반인들이기 때문에 판단의 기준을 더 쉽고 명백하게 제시해야 할 필요가 있지만, 배심재판이 아닌 경우에도 미국의 판결문은 법원의 판단의 기준을 명확하게 밝히고 그러한 판단의 기준에 근거하여 자신의 판결이 내려졌음을 정당화한다.

구매하고 있다. 그 중 절반 정도는 DBAG가 직접 제작하고 나머지 절반 정도는 주문자 상표 부착방식(OEM)으로 다른 생산자로부터 납품받는다...OEM들은 DBAG의 품질보증 규격에 의해서 생산...한번 품질점검된 부품이 DBAG에 위해서 다시 한번 점검...나머지 20%는 MBNA가 직접 다른 OEM으로부터 구입...따라서 대부분의 부품이 DBAG의 정교하고 엄격한 검사절차를 거친다.” “MBNA는 교체부품의 고품질을 보장하기 위하여 DBAG의 엄격한 검사를 거친다는 것을 보여주는 증거를 제출하였다. MBNA는 자동차 산업에서 훌륭한 명성...75%의 메르세데스 소유자가 전에도 메르세데스를 소유했던 반복 구매자이며 1/3 이상이 후속적으로 보수와 정비를 위해서 같은 딜러에게 가고...MBNA 딜러와 종업원들이 독자적 부품 생산자들의 부품의 질이 열악하다는 것을 충분히 증언하였고...” 이와 같이 ‘사업상 타당한 이유’와 ‘덜 제약적 대안 부재’라는 판단기준을 증거로 확인된 사실에 적용하여 판결을 내렸다. 법원은 계속 “Mozart 측이 반대되는 증거를 제시하였으나 배심원은 MBNA의 승소를 평결할 충분한 자격이 있다. 본 법정은 강제구매가 딜러들이 공급하는 메르세데스의 교체부품의 품질을 유지하고 MBNA의 상품의 평판을 보호하기 위한 정당한 수단이었다는 판단을 뒷받침하는 충분한 증거가 있다고 판단한다”고 자신의 결정을 정당화하였다. 이러한 과정이 보여주는 것은 MBNA가 자신의 사업상 목적을 위해서, 그리고 품질보증을 위해서 강제구매를 택하였고, 그러한 강제구매 보다 덜 제약적인 방법이 없다는 것을 보여줌으로써 법원이 적용법규의 해석을 통해서 만든 판단기준을 해당 사건의 사실에 적용하여 판결을 내렸음을 보여주고 있다. 이것이 법원의 판결에 대한 정당화이다.

이러한 설명과 정당화가 제시되는 경우 일반국민은 첫째 법의 해석이 제대로 되었는지, 둘째, 그러한 해석을 통해서 제시된 판단기준이 타당한 것인지, 셋째, 그러한 판단기준이 해당 사건의 사실에 제대로 적용되어서 타당한 판결에 이르렀는지 독자적으로 검증할 수 있다. 이

것이 사법권행사에 대한 민주적 점검, 통제이고 그것이 가능하게 되면 사법민주화가 증진되었다고 하는 것이다. 이에 비하여 위에서 검토한 한국 법원의 판결문은 법규위반의 발생을 판단하기 위한 객관적인 판단 기준이 명확하게 제시되어 있지 않다. 단지 판단에 고려한 항목들만 열거하고 있을 뿐이다. 판단기준이 명확하게 제시되지 않았기 때문에 최종판결이 내려진 이유도 명확하게 제시하기 보다는 판결의 결과를 통보하는 것에 가깝게 이루어지고 있다. 이러한 경우 사법권 행사를 일반국민이 독자적으로 점검하는 것이 어렵게 된다.

IV. 결 론

본 논문은 한국의 사법제도 중에서 법원의 판결문이 사법민주주의와 사법제도의 발전에 중요한 역할을 할 수 있다는 문제의식 하에, 그러한 판결문이 수행하는 기능과 역할, 의미를 이론적으로 파악하고 이를 한국의 실제 판결문에 적용해 보고자 하였다. 본 논문의 논지는 사법민주주의를 위해서 사법권 행사에 대한 민주적 통제가 필요하며 이를 가능하게 하기 위하여 사법권의 행사를 제3자가 검증할 수 있도록 판결문이 판결의 근거를 제시해야 한다고 주장하였다. 이를 위하여 본 논문은 구체적으로 법원의 판결문은 해당 사건에 적용되는 법규의 해석을 통해서 해당법규에 대한 위반이 발생했는지 판단할 수 있는 기준을 제시하고, 해당 사건의 사실관계에 그러한 기준을 적용하여 판결에 이르는 과정을 설명하고, 법원의 판결을 정당화하는 방식으로 판결문을 작성되어야 한다고 주장한다.

본 논문이 지적하는 바는 현재 법원의 판결문이 이와 같이 적용법규의 해석을 통해서 판단의 기준을 제시하고, 해당 사건의 사실관계를 그러한 기준에 대입하여 판결에 이르는 과정을 충분히 보여주지 못하고

있다는 것이다. 그와 같이 주어진 법규를 발생한 사실에 적용하여 판결에 이르는 과정을 설명하지 않을 경우 그러한 판결은 법원이 사법권을 국민으로부터 위임받아서 행사하는 것이 아니라 자신의 판단으로 판결을 내린 것처럼 보이게 할 수도 있고, 실제로 법원의 판결이 그렇게 될 위험성도 있다. 만약 법원이 사법권의 행사를 위임받은 권한의 행사가 아니고 법원 자신의 판단으로 대체한다면 이는 민주주의와 법의 지배라는 원칙을 훼손하는 것이 된다. 이는 통일된 법해석, 일관된 법 적용을 어렵게 함으로써 법 앞의 평등이라는 원칙의 훼손도 초래할 수 있다. 이는 사법민주주의, 사법부의 민주적 통제와 상충하는 것이다. 본 논문이 제시하는 바와 같은 내용과 형식으로 판결문을 작성할 경우 이는 제3자가 법원의 판결에 대하여 검증이 가능하기 때문에 사법부의 사법권 행사가 민주적 통제를 받을 수 있는 근거가 되고, 더 나아가 그러한 방식으로 판결문을 작성할 경우 각각의 판결이 해당 법규의 해석에 관한 판례를 수립하여 법체계의 발전의 기반이 될 수 있다는 것이 본 논문의 주장이다.

(투고일 2012년 12월 31일, 심사(의뢰)일 2013년 1월 25일 게재확정일 2013년 2월 12일)

주제어 : 보통법, 판례법주의, 선례구속의 원칙, 판결문, 사법민주주의

참고문헌

1. 단행본

- Joyce Geroge, *Judicial Opinion Writing Handbook*, William S. Hein & Co., 4th ed., 2000.
- Richard A. Wasserstrom, *The Judicial Decision: toward a Theory of Legal Justification*, Stanford University Press, 1961.
- Ruggero J. Aldisert, *The Judicial Process*, AuthorHouse, 2d ed., 2009.
- William Burnham, *Introduction to the Law and Legal System of the United States*, West Group, 3rd ed., 2002.

2. 논문

- 박 철, “경제발전을 위한 법치주의: 사회적 신뢰와 협조의 기초인 법과 법치주의를 중심으로”, 저스티스 통권 제106호, 한국법학원, 2008. 9, 39-79쪽.
- 황도수, “근대 법치주의의 이해: 시민 법치주의”, 행정법연구 제26호, 행정법이론실무학회, 2010, 169-198쪽.
- Chad M. Oldfather, “Writing, Cognition, and the Nature of the Judicial Function”, *Georgetown Law Journal*, April 2008, 1283-1345쪽.
- Daniel Farber, “The Rule of Law and the Law of Precedents”, *Minnesota Law Review*, May 2006, 1173-1203쪽.
- Earl M. Maltz, “The Function of Supreme Court Opinions”, *Houston Law Review*, Winter 2000, 1395-1420쪽.
- Elizabeth Ahlgren Francis, “The Elements of Ordered Opinion Writing”, *Judges’ Journal*, Spring 1999, 8-12쪽.

- Frederick Schauer, “Precedent”, *Stanford Law Review*, February 1987, 571-605쪽.
- _____, “Giving Reasons”, *Stanford Law Review*, April 1995, 633-659쪽.
- _____, “Opinions as Rules”, *University of Chicago Law Review*, Fall 1995, 1455-1475쪽.
- Gerald Lebovits, “Ethical Judicial Opinion Writing”, *Georgetown Journal of Legal Ethics*, Spring 2008, 237-280쪽.
- Lauren Robel, “The Practice of Precedent: Anastasoff, Noncitation Rules, and the Meaning of Precedent in an Interpretive Community”, *Indiana Law Review*, 2002, 399-421쪽.
- Michael Sinclair, “Precedent, Super-Precedent”, *George Mason Law Review*, Winter 2007, 363-411쪽.
- Nancy A. Wanderer, “Writing Better Opinions: Communicating with Candor, clarity, and Style”, *Maine Law Review*, 2002, 47-70쪽.
- Patricia M. Wald, “The Rhetoric of Results and the Results of Rhetoric: Judicial Writings”, *University of Chicago Law Review*, Fall 1995, 1371-1419쪽.
- Peter M. Tiersma, “The Textualization of Precedent”, *Notre Dame Law Review*, March 2007, 1187-1278쪽.
- Ruggero J. Aldisert, “Opinion Writing and Opinion Readers”, *Cardozo Law Review*, September 2009, 1-43쪽.
- Thomas Healy, “Stare Decisis as a Constitutional Requirement”, *West Virginia Law Review*, Fall 2001, 43-121쪽.

3. 기타

사법개혁추진위원회, 사법개혁을 위한 건의문, 2004. 12. 31.

한국헌법학회, 재판의 심리, 판결 및 기록공개에 헌법적 문제와 그
해결방안 연구, 대법원 2010 정책연구용역 보고서.

[Abstract]

Judicial Democracy and Case Opinions of Courts

Jin-Suk Byun*

This paper attempts to analyse Korean court's case opinion in terms of its function, role, and significance in the legal system based on the assumption that the case opinion could play significant role for the enhancement of judicial democracy and the institutional development of judiciary. This paper suggests that court's case opinion should be written in the way which allows any third party could review and verify the appropriateness of the decision. For this purpose, a case opinion must provide the legal standard as an interpretation of the applicable law which it chooses and its application to the facts of the case to show how it reaches the decision.

Key Words : common law, case law, judge made law, stare decisis, case opinion, judicial democracy

* Professor, College of Law at Sookmyung Women's University

