日韓・韓日弁護士協議会誌

－第25回神戸総会－

（日本側編集）

第22号
2003

ポートアイランド上空から俯瞰した六甲の山並みと神戸港

2003年11月 8日（土） 於 神戸ポートピアホテル

目　　次

会長挨拶　新堂 幸司（SHINDO Koji）弁護士（日韓弁護士協議会 会長） …… 4

會長挨拶　黃 桂 龍（HWANG Kye-Ryong）辯護士（韓日辯護士協議會 會長） …… 6

祝　　辞　本林 徹（MOTOBAYASHI Tohru）弁護士（日本弁護士連合会 会長） …… 8

祝　　辭　朴 在 承（PARK Jae-Seung）辯護士（大韓辯護士協會 協會長） …… 10

祝　　辞　麻田 光広（ASADA Mitsuhiro）弁護士 （兵庫県弁護士会 会長） …… 12

〔主題論文〕

「日本の環境権～現状と展望～」 …… 14

池上 徹（IKEGAMI Akira）弁護士・長崎総合科学大学教授

「韓国における環境権の現状」 …… 22

宋 在 雨 (SOHNG Chai-Woo) 辯護士

〔判例研究〕

「破産者の破産免責に関する判例」 …… 38

宮永 堯史（MIYANAGA Takashi）弁護士

「任員の責任と保険」 …… 42

洪 明 昊（HONG Myung-Ho）辯護士

〔論　　説〕

「日本における法科大学院の誕生」 …… 66

新堂 幸司（SHINDO Koji）弁護士

経過報告 …… 78

編集後記 …… 79

表紙の写真は,神戸市提供による

第 25 回神戸総会日程表

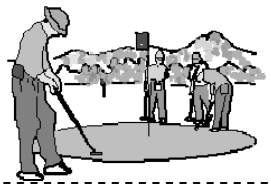
『親善ゴルフコンペ』

日時　平成 15 年 11 月 7 日（金曜日）午前 9 時 30 分　スタート

場所　神戸ゴルフ倶楽部

住所　〒657－0101　神戸市灘区六甲山町一ヶ谷

電話　078－891－0364　　FAX　078－891－0702



『総会・シンポジウム・レセプション』

日時　平成 15 年 11 月 8 日（土曜日）

場所　神戸ポートピアホテル

住所　〒650－0046　神戸市中央区港島中町 6 －10－ 1

電話　078－302－1111　　FAX　078－302－6877

11:00～11:30　両国理事会

12:00～13:00　昼食・休憩

13:30～14:00　総会

14:00～14:45　記念講演

〔新堂 幸司（SHINDO Koji）弁護士〕

14:45～15:00　休憩

15:00～15:30　シンポジウム（日本側発表）

〔池上 徹（IKEGAMI Akira）弁護士〕

15:30～16:00　シンポジウム（韓国側発表）

〔宋 在 雨（SOHNG Chai-Woo）辯護士〕

16:00～16:15　休憩

16:15～17:15　全体討論［日本側］大西 裕子 弁護士、河瀬 真 弁護士

［韓国側］張 慶 贊 辯護士、洪 明 昊 辯護士

17:15～18:00　休憩

18:15～20:00　レセプション

会　　順

〔2003 年 11 月 8 日（土曜日）・神戸ポートピアホテル〕

敬称略

Ⅰ．理事会

両国個別理事会

両国合同理事会

Ⅱ．昼食　　（神戸ポートピアホテル）

Ⅲ．総　　会　　司会：宮永 堯史（MIYANAGA Takashi）

１、開会の辞		辻 武夫 (TSUJI Takeo)
２、両国会長挨拶		日本側会長：新堂 幸司、韓国側會長：黄 桂 龍
３、表彰状贈呈		景 洙 謹（KYEONG Soo-Kun）辯護士（總務理事）
		張 慶 贊（JANG Kyung-Chan）辯護士（財務理事）
４、祝　　辞		日本弁護士連合会会長　本林 徹
		大韓辯護士協會協會長　朴 在 承
		兵庫県弁護士会会長　　麻田 光広
５、経過報告		藤井 郁也（FUJII Ikuya）
６、議案審議	(1)	事業計画承認
		（第 26 回総会開催の件・総会主題・会誌発行等）
	(2)	役員改選の件、その他
７、閉会の辞		山上 賢一（YAMAGAMI Kenichi）

Ⅳ．記念講演　　紹介：宮永 堯史

新堂 幸司　　『日本における法科大学院の誕生』

Ⅴ．シンポジウム　日本側司会：宮永 堯史　韓国側司会：景 洙 謹

主題『日韓両国における環境権の現状』

主題発表者　池上 徹・宋 在 雨

―休憩―

全体討論　パネリスト　大西 裕子・河瀬 真・張 慶 贊・洪 明 昊

Ⅵ．休　　憩

Ⅶ．レセプション　　司会：天野 博之（AMANO Hiroyuki）

御 挨 拶

日韓弁護士協議会 会長

新 堂　幸 司

SHINDO Koji

本日、ここ神戸におきまして、日韓･韓日弁護士協議会第 25 回総会を開催する運びに至りましたことを、両国の会員の皆様とともに､お祝い致したいと思います。

わが日韓・韓日弁護士協議会は､1980 年に創立総会を開いて以来、絶えることなく毎年総会を開き、両国共通の課題を討論し､共通の認識を広め､相互の交流を深めてまいりました｡両国歴代の会長はじめ､会員の皆様が、ここまで本会を育ててこられましたことに、あらためて深甚の敬意を表したいと思います。

さて、本総会におきましては､協議の結果､「両国における環境権の現状」というテーマを取り上げることになりました｡地球規模で環境の悪化が問題とされる中か、隣国同士である日韓両国の間においては、とくに､その問題解決方法、対処方法において、情報を交換し相互理解を深め、共同の取り組みを模索することは、緊急課題と思われるところでありまして、本総会の意義は､まことに大なるものがあると期待するところです。

ここに､黄会長をはじめ多数の韓国側会員のご参加を得ましたことに厚く御礼申し上げます。また本総会の準備万端を整えてくださいました関西の会員の方々に厚く御礼申し上げますとともに、ご多忙の中にもかかわらず日本全国からご参加いただいた日本側会員の皆様にも感謝いたします。本日も、両国弁護士の協力の下に、本総会が立派な成果を上げますことを祈念しまして、ご挨拶とさせていただきます。

인 사 말 씀

日韓弁護士協議会 会長

新 堂 幸 司

SHINDO Koji

오늘, 여기 神戸에서 日韓・韓日 弁護士 協議会 第 25 回 総会를 開催하게되어, 両国의 会員 여러분과 함께 祝賀드리고자 합니다.

우리 日韓・韓日弁護士 協議会는 1980年에 創立総会를 開催한 이래, 계속하여 毎年 総会를 열고, 両国 共通의 課題에 대하여 討論하며, 共通의 認識을 넓히고, 相互交流를 深化하여 왔습니다. 両国의 歷代 会長님을 筆頭로 会員 여러분들이 여기까지 本会를 育成해 주신 것에 대하여, 다시 한번 深深한 敬意를 표하고 싶습니다.

本総会에서는, 協議한 結果, 「両国에 있어서의 環境權의 現状」 이라는 테마를 이번 主題로 採択하게 되었습니다. 地球規模의 環境의 惡化가 問題視 되고 있는 가운데, 隣接国인 日韓両国間에서 이 問題의 解決方法, 対処方法에 있어서의 情報를 交換하고 相互理解를 深化시켜서 共同의 対処 方案을 摸索하는 것은 緊急한 課題라고 생각되었고, 이러한 意味에서 本総会의 意味는 참으로 重大한 것으로 期待하는 바가 큽니다.

또한 黃 会長님을 비롯하여 多数의 韓国側 会員 여러분이 여기에 参加하여 주신 것에 対하여 마음으로부터 깊이 感謝드립니다. 그리고 本総会의 準備 萬端을 為하여 最善을 다하여주신 関西 会員 여러분께도 깊이 感謝드림과 함께, 바쁘신 가운데도 불구하시고 日本 全国으로부터 參加하여 주신 日本側 여러분들께도 感謝드립니다. 오늘 이렇게 両国 弁護士의 協力下에 本総会가 훌륭한 成果를 거두게 될 것을 記念하여 人事 말씀을 올리는 바입니다.

御　挨　拶

韓日辯護士協議會 會長

黃　桂　龍

HWANG Kye-Ryoung

日韓.韓日辯護士協議会が 1980 年 12 月 14 日、日本大阪で創立総会を催して以来 22 年が過ぎた今日、第 25 回定期総会が此所神戸ポートピアホテルで開催する事を大きな喜びと思っております。

日韓.韓日辯護士協議会は其の間、日韓両国で総会と判例研究会を開催したことや日本各地で民団が主催になって在日韓国人の為の法律生活相談等を実施して益々発展し続けており、相互交流を深く維持して来ました。 此れは日韓両国の歴代会長と会員皆様の絶えない熱意と協力が有った為だと思い、深い敬意を表わす所です。

今般神戸総会のシンポジウムの主題として「両国に於いての環境権の現状」を選定した事は、時期適切な課題だと思っています。 其れは、環境権問題は日韓両国に於いての問題だけではなく、世界中総ての国にも共通な研究課題であるからです。

深度ある論議を経て共通の認識を広げていく事を期待して止みません。

以後日韓・韓日辯護士協議会がますます発展する事を期待すると共に、今般総会準備のために協力して下さった新堂会長を始め、日本側会員皆様に深く感謝しながら御挨拶に替えさせて頂きます。

人 事 말 씀

韓日辯護士協議會 會長

黃 桂 龍

HWANG Kye-Ryoung

韓日·日韓辯護士協議會가 1980. 12. 14. 日本 大阪에서 創立總會를 갖은지 22年이 지난 오늘 第25回 定期總會를 이곳 神戶 포토피아 호텔에서 開催하게 된 것을 큰 기쁨으로 생각합니다.

韓日·日韓辯護士協議會는 그동안 韓日 兩國에서 總會, 判例硏究會를 開催하였고 그리고 日本 各地에서 民團主催에 의한 在日韓國人을 위한 法律生活相談등을 實施하여 成長 發展하였고 相互交流를 깊이 유지하여 왔습니다. 이는 韓日 兩國의 歷代 會長과 會員여러분의 끊임없는 熱意와 協力이 있었기 때문이라고 생각합니다. 깊은 敬意를 표하는 바입니다.

이번 神戶 總會의 심포지엄 主題로서 [兩國에 있어서의 環境權의 現狀]을 選定한 것은 時期適切한 課題라고 생각합니다. 그것은 環境權
問題는 韓日兩國에 있어서의 問題일 뿐만아니라 世界 모든나라의 共通의 硏究課題이기 때문입니다.

깊이 있는 논의를 거쳐 공통의 인식을 넓혀 가기를 기대합니다.앞으로
韓日·日韓辯護士協議會가 더욱 發展하기를 期待함과 아울러 이번 總會準備에 協力해 주신 新堂會長을 비롯한 日本側 會員 여러분께 깊은 感謝를 드리면서 인사에 企重합니다.

祝　辞

日本弁護士連合会会長

本 林　徹

MOTOBAYASHI Tohru

ここに、日韓・韓日弁護士協議会第 25 回定期総会が神戸で開かれますことを、心から御祝い申しあげます。

大韓民国および日本の弁護士の有志諸氏が日韓・韓日弁護士協議会を結成し、二十数年の長きにわたり、両国共通の課題について研究討論会を開き、相互に意見交換をし、交流を深めてこられたことに、あらためて深甚の敬意を表するものであります。

いまや、地球規模で環境問題が論議されるただ中にあって、隣国同士の弁護士が、今総会のテーマとして、「両国における環境権の現状」をとりあげ、議論を深め、共通の認識を広めることは、まことに有意義なことと考えます。総会のご成功を心から期待するものであります。

貴協議会が、さらに将来にわたり、環境問題の取組みにおいてはむろんのこと、両国間の法曹の交流のみならず、ひろく経済・文化交流のためにも、すえながく貢献されることを念願し、貴協議会のますますのご発展と、両国会員の方々のいっそうのご健勝を、御祈り申しあげます。

祝　　辞

日本弁護士連合会会長

本 林　徹

MOTOBAYASHI Tohru

이번에, 日韓・ 韓日弁護士協議会 第 25 回 定期総会가 神戸에서 열리게 된 것을 眞心으로 祝賀드립니다.

大韓民国과 日本의 弁護士 有志 여러분들이 日韓・韓日弁護士 協議会를 結成하여, 어언 20 年 이라는 긴 세월에 걸쳐, 両国 共通의 課題에 관해서 研究討論会를 열어, 相互의 意見 交換을 하고, 交流를 깊게 해오신 것에 대하여, 다시 한번 深深한 敬意를 表하는 바입니다.

지금은, 地球規模로 環境問題가 한창 論議되고 있는 한 가운데 있음으로, 隣国 간의 弁護士가, 이번 総会의 '테마'로써, 「 両国에 있어서의 環境権의 現狀」을 主題로 提起하여, 議論을 深化하고, 共通의 認識을 넓히는 것은, 참으로 意義있는 일 이라고 생각합니다. 総会의 成功을 眞心으로 期待하는 바 입니다.

貴協議会가, 앞으로도 더욱 더, 環境問題에 대한 대처는 물론이며, 両国間의 法曹의 交流뿐만 아니라, 넓게 経済・文化交流를 위해서도, 오래오래 貢献하시게 될 것을 念願하며, 貴協議会의 더욱 더 発展하심과 両国의 会員 여러분의 더 일층의 健勝을 기도드립니다.

祝　　辞

大韓辯護士協會 協會長

千 璣 興

李載厚会長と山上賢一会長をはじめとする韓日・日韓弁護士協議会の役員の皆様と、本日総会にご参加頂きました内外貴賓の皆様に大韓弁護士協会を代表して韓日・日韓弁護士協議会の第 27 回総会開催を心よりお祝い申し上げます。

1980 年以降継続して開催されている韓日・日韓弁護士協議会の総会は、両国法律家等による幅広い法律情報交流及び主要な関心事に対する意見交換を通じ両国間の法律文化発展に大きく寄与して参りました。

本日総会で議論する事となる「医療過誤裁判」の問題も私どもが解決しなければならない重要な社会的な課題である事は明らかです。患者の被害が医者の過失に因るかどうかを専門家でない患者の立場からは明確にし難いという特殊性を考慮し、医者の過失に対する患者の立証責任の緩和を通じ患者に恩恵を与える一方、医者が非合理的な医療訴訟に巻き込まれないように医者の損害賠償責任の範囲に対する客観的な基準を用意し、患者と医者の双方にとって公正な判決を下す事ができるようにしなければならないという声が高まっています。しかし、医療過誤訴訟に対する適切な調整法の体系は未だ確立されていない状況です。

このような状況で「医療過誤裁判」に関する本日の深い議論は、学界と実務界はもちろん、一般市民等にも高い関心と深い問題意識を喚起させるようになると考えられます。本日、本席が医療過誤訴訟を円満に解決できる法的方策を模索すると共に、医療過誤訴訟を未然に防止できる合理的な法体系の基礎を確立できる契機になるよう心より期待致します。

最後に、韓日・日韓弁護士協議会の活動が一層活発に発展し、両国の法治主義の確立に大きく役に立つようお願いし、祝辞に代えさせて頂きます。

2005 年 11 月 19 日

祝　　辭

大韓辯護士協會 協會長

朴　　在　　承

PARK, Jae-Seung

지난 20 여 년 간 韓日 兩國을 오가며 꾸준한 만남과 연구를 지속해 온 韓日・日韓 辯護士協議會가 第 25 回 總會를 맞이하게 된 것을 진심으로 축하드립니다.

더구나 이번 總會가 일본 고베(神戶)시에서 개최되는 것을 더 뜻깊게 생각합니다. 지난 95 년 대지진으로 알려진 도시이지만 오히려 그것을 통해 높은 수준의 秩序와 人情, 그리고 希望을 가르쳐 준 교훈의 도시로 우리 기억에 남아 있습니다. 또한 깨끗하고 아름다운 고베시는 이번 총회의 주제인 "韓・日 兩國에 있어서 環境權 現狀"을 논의하기에 적합한 장소가 아닌가 생각합니다.

21 세기의 環境問題는 전 세계의 공통과제로서 아무리 강조해도 지나치지 않다고 할 수 있습니다. 環境權 문제는 開發과 發展의 問題에 부딪혀 여러 가지 어려운 상황을 낳고 있습니다. 兩國의 현실을 비교하면서 진행될 진지한 논의들이 우리 모두에게 유용한 解答을 주리라 생각합니다.

이번 總會의 성공적인 개최와 貴 協議會의 무궁한 발전을 기원합니다.

祝　　辞

兵庫県弁護士会会長

麻 田　光 広

ASADA　Mitsuhiro

本日，神戸市におきまして，日韓・韓日辯護士協議会が開催されますことを，心より，お祝い申し上げます。

神戸市のある兵庫県は，多数の在日外国人の方々が居住され，韓国はいうまでもなく，多くのアジアの国々との人的・経済的な交流の盛んな地域です。それだけに，両国の法律家が神戸の地に集まられ，互いの国や地域において問題になっていることを議論されることは，極めて意義深く，有益なことであると思います。

兵庫県弁護士会では，司法制度改革の大きな流れの中にあって，弁護士会が中心となり，市民の身近にあって信頼される法律サービスを提供し，そのことを通じて，社会の隅々まで「法の支配」が行きわたった公平で豊かな社会の実現を目指し，日々活動を続けています。

今回の総会におきましては，環境権をテーマに研究討論が行われるとお聞きしていますが，環境権は先輩の弁護士が提唱し創り上げてきたものであり，また，私たちの生活を取りまく環境の実態からすれば，まことに時宜にかなったテーマであると思います。皆様の研究討論を通じて，環境権が内容豊富なものとなり，生活者である市民を勇気付けてくださることを，心より期待するものであります。

貴協議会が，将来にわたり，両国の法律家の交流の中心となって活躍されますことを念願し，貴協議会の両国会員の皆様のいっそうのご健勝を心より祈念し，ご祝辞とさせていただきます。

祝　　辞

兵庫県弁護士会会長

麻　田　　光　広

ASADA　Mitsuhiro

오늘, 이렇게 神戸市에서, 日韓・韓日弁護士協議会가 開催된 것을 眞心으로 祝賀드립니다.

神戸市가 있는 兵庫県은 多数의 在日外国人분들이 居住하고 계시며, 韓国은 물론, 여러 아시아의 나라들과 人的・経済的 交流가 活発한 地域입니다. 이런 意味에서 両国의 法律家가 이 곳 神戸에 모여, 서로의 国家와 地域에 있어서 問題가 되고 있는 것들을 議論하게 된 것은 대단히 意義가 깊고, 有益한 일이라고 생각합니다.

兵庫県弁護士会에서는, 司法制度改革의 커다란 흐름 속에서, 辯護士会가 中心이 되어, 市民 가까이 있으면서 信頼받는 法律 서비스를 提供하고, 이것을 通하여, 社会의 구석구석까지, 「法의 支配」가 미치는 公平하고 豊饒로운 社会実現을 目標로 하여, 每日每日 精進하고 있습니다.

이번 総会에서는 環境権을 테마로 研究討論이 行하여 진다고 들었습니다만, 이 環境権 問題는 이미 先輩 弁護士들이 提唱하여 이루어 온 것이고, 또 우리들의 生活을 둘러 싼 環境의 実態로부터 생각해볼 때, 참으로 時宜適切한 테마라고 생각합니다. 여러분들의 研究討論을 통해, 内容이 豊富한 우리들의 環境権이 되어, 生活者인 市民들에게는 勇気를 북돋아줄 수 있기를 간절히 기대하는 바 입니다.

貴協議会가, 앞으로도, 兩國의 法律家들의 交流가 中心이 되어, 더 한층 活躍하시기를 念願하며, 貴協議会의 両国会員 여러분의 더 한층 힘찬 健勝을 眞心으로 祈願드리며, 祝辞의 말을 마치고자 합니다.

日本の環境権～現状と展望～

弁護士・長崎総合科学大学教授
池　上　　徹
（IKEGAMI Akira）

第１　わが国の環境権の沿革

１　環境権の認識と提唱

昭和４５年（１９７０年）は，日本における環境権の提唱と展開にとって記念すべき年となった。環境権とは，これを端的に定義すれば，良好な環境を享受する権利である。この権利につき，国際社会科学評議会の東京シンポジウム宣言（３月）と日弁連第１３回人権大会の環境権の提唱（９月）が相次いだ。

（１）国際社会科学評議会（東京）

まず１９７０年３月の東京シンポジウムは，「人たるもの誰もが，健康や福祉を侵す要因にわざわいされない環境を享受する権利と，将来の世代へ現在の世代が残すべき遺産であるところの，自然美を含めた自然資源にあずかる権利とを，基本的人権の一種としてもつという原則を，法体系の中にもつよう，要請する」と宣言し，環境権は基本的人権であることを強調した。

（２）日弁連人権大会（新潟）

次いで１９７０年９月，新潟市で行われた日弁連の人権大会において，仁藤一・池尾隆良の両弁護士が，環境破壊に対する差止めの法理として「環境権」を提唱し，多くの反響を呼んだ。「国民には，環境を支配し，良き環境を享受しうる権利があり，みだりに環境を汚染し，われわれの快適な生活を妨げ，あるいは妨げようとしている者に対しては，この権利に基づいて，妨害の排除または予防を請求しうる」とするものである。

日弁連人権大会で提唱された環境権は，当時の深刻な公害問題への危機感から出発するものである。一定の地域を中心とする環境を考え，その地域の住民の環境支配権を想定し，当該地域住民に環境権を行使させようとする。

すなわち，地域的限定や権利主体の制約を伴うところにその特色があった。

2　自然環境権と自然享有権

上記の日弁連の環境権の考え方は，公害の及ぶ範囲の関係住民・地域住民に良好な環境を享受させようとするものであるが，その後，次第に，地域住民に限定されない環境利益の問題が意識されるようになった。それは自然の環境利益である。自然は将来の世代からの預かりもの，自然は地域住民だけでなくすべての地域の人びとのもの，との認識が次第に広がっていった。人びとに対して，日本のいずれの地域の自然についても，その自然の恵みを受ける権利を認めよう，人は生まれながらにして自然の恵沢を享受する権利をもつ，とする。これが，「自然環境権」の考え方である。

日弁連は，この自然環境権を，従来の環境権とは別名で，「自然享有権」として提唱した。昭和６１年（１９８６年），徳島市で行われた日弁連人権大会は，「われわれは，自然を公共財として後の世代に継承すべき義務があり，一部の者がこれを独占的に利用し，あるいは破壊することは許されるべきではない……人は生まれながらにしてひとしく自然の恵沢を享有する権利を有するものであり……この権利をあらためて確認する」と宣言した。自然を共有するものは，地域住民に限定されない。日本各地の自然は，他のさまざまな地域の人びとにとっても，貴重な財産である，とするものである。

しかし，わが国の学説の多数は，このような自然環境権・自然享有権の脱私権性・脱地域性にことさら注目することはなく，一般的環境権の類型化に伴う個別的環境権として位置づけるにとどまっている。

3　世界の憲法等と環境権

すでに世界では，多数の国で環境権を法制度上明記するに至っている。世界の環境権規定整備の引き金となったのが，１９７２年（昭和４７年）６月，ストックホルムで開催された第１回国連人間環境会議の人間環境宣言である。その第１原則には，「人は‥‥‥環境において自由，平等および十分な生活水準を享受する基本的権利を有するとともに，現在および将来の世代のために環境を保護し，改善すべき厳粛な責任を負う」の文言がある。そして１９７２～１９９７年までの４半世紀（２５年）についてみると，各国において憲法を改正して環境権規定を導入（スイス・ドイツ・インドなど），または，新しい憲法の制定に際して環境条項を明定する努力がなされている。このため，１９９０年代に世界で作られた６５の新憲法のうち，５１の憲法に環境条項が設けられている（西修『憲法体系の類型的研究』成文堂，１９９７年）。

4　環境基本法の制定と環境権の見送り

わが国は上記のとおり，環境権への認識は早かったが，その後の環境権への取組みは停滞状態にあるといわざるをえない。

平成５年（１９９３年），わが国は環境基本法を策定公布した。しかし，同法における環境権の明文化は見送られた。ただわずかに，同法の３条は，環境権への志向を盛ったものであるとされる。すなわち，同条において「環境の保全は，現在および将来の世代の人間が健全で恵み豊かな環境の恵沢を享受する（ことができる）ように適切に行われなければならない」と規定する部分である。

しかし，わが国でも，環境権一般を法的に認知するべき時期が，徐々に近づきつつある。少なくとも，環境権一般のうちで，自然環境権についてだけは，もっとも公益性の高い個別的環境権として立法化の必要性が国会請願において承認されており（１９９１年６月２９日），ようやく法制化が進もうとしている。その成否が注目される次第である。

第２　わが国の環境権の意義と認識

1　環境権の意義

環境権とは，良好な環境を享受する権利である，とされる。わが国の環境権は，戦後の高度経済成長の中で，公害による健康被害や環境破壊の深刻化とともに意識された。

2　基本的人権としての環境権

まず，前述のとおり，良好な環境を享受する権利は，基本的人権であるとの認識が，昭和４５年（１９７０年）以来広がっていった。しかし，わが国の憲法の人権規定に，環境権を明記したものは見当たらない。このため，学説にあっては，わが国の憲法には環境権についての明文の規定はないけれども，それは，憲法１３条（幸福追求権）と同２５条（生存権）の規定の両方から導かれるとする説（二重包装論）が，目下のところ，支配的である。ちなみに，隣国の韓国をはじめ多数の国々は，すでに，憲法に環境権を明定する傾向にあることは既述のとおりである。

3　裁判の規範としての環境権

次に，現在，訴訟実務において，環境権を，「環境破壊と闘いそれを差止めるための私権である」と位置づける多くの努力が重ねられている。この立場では環境権は，単なる綱領や指針のたぐいではなく，直接裁判で主張することのできる具体的な法律上の根拠であるべきだとする。しかし，わが国の裁判所は，現在，この意味の，私権としての環境権を認めない。公害の差止めは，各個人の法益の

侵害を理由として，所有権の侵害，人格権の侵害，不法行為に基づく差止め等で果たせばよいものと考える。個人の法益の範囲をこえて環境権に環境破壊を阻止する役割をもたせようとするのであれば，環境権をそのようなものとして法律上改めて制度化しなければならない，とするものとみられる。また，環境権をいうとき，その内容の範囲や地域的範囲が明確でないことも，裁判所が私権としての環境権を認めない理由のひとつである。

4　一般的環境権の類型化

ここにわが国の学説の多数は，環境利益を類型化し，環境素材ごとに個別的な環境権の要件を検討しようとした。環境権一般を私権性の強いものから公権性の強いものへと類別を試みる。たとえば，日照権・眺望権・静穏権・嫌煙権・親水権・浄水享受権・清澄な大気享受権・入浜権・入山権・歴史的環境権・自然環境権（自然享有権）。しかし，個別的環境権としての分類的位置づけをなしたにとどまり，目下のところ，さらなる具体的な展開はみられない。

第３　自然環境権の確立への期待

1　アマミノクロウサギと自然の権利

一般的環境権の類型化において，私権性の強い環境権はいずれも，私益すなわち各個人の法益の侵害を理由に，あえて環境権を持ち出さずとも，環境破壊の防止をはかることができないではない。しかし，山川の自然や歴史的景観などのように，個人の被害でなく，公共的な自然環境の被害を問題にするときには，私益の侵害を要件とする現行の救済手段は，悉く用をなさないといわざるをえない。

自然そのものを原告として環境破壊の阻止を企図する試みが，奄美大島の開発でなされた。アマミノクロウサギを原告に「自然の権利」を主張してたたかわれた。しかし，クロウサギは原告適格をもたないし，クロウサギこと「誰それ」の形でたたかった個人「誰それ」は，訴えの利益（侵益性）を否定され，大きな問題提起になったものの，現行制度の下では破れざるをえなかった。

2　自然環境権の国会請願の採択

わが国で自然環境権の確立を求める国会請願が，平成１３年（２００１年）６月２９日，衆議院・参議院共に全会一致で採択された。現在，その法制化が期待されている。この国会請願は，六甲山系の自然破壊の阻止運動を遠因とする。自然破壊に対して，一般の国民は何らの発言権がないため，国民は，自然の恵沢を享受する権利と子孫のために自然を保全する責務を阻害される。すなわち現在の制度では，開発や事業について所有権や漁業権などの私的な権利があ

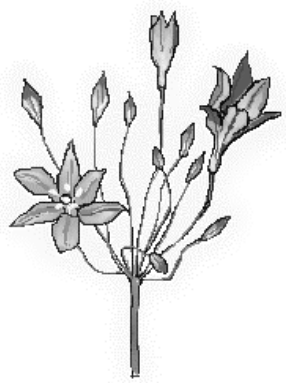
る者でなければ，裁判を起こす資格が認められず，行政面でも相手にされない。地権者でない一般国民は，よそ者扱いを受けることが少なくない。しかしこの環境権を認めることによって，一般の国民は，自然保護については権利者となる。

3　権利の行使方法等について

自然環境権が，法制度上明文の権利とされたときの権利の行使方法等については，その検討において，かなりの枝分かれが予想される。わが国の場合，憲法の改正はほぼ不可能に近い。そこで環境基本法などの基本法に，環境権が盛られるとする。その場合，当該の規定は，単に宣言的な綱領ないしは法文の解釈指針にとどまるとの見解も少なくないと思われる。しかし，司法実務の解釈努力が自然環境権を直接の裁判規範に押し上げる場合も出てこよう。いずれにせよ，実定法上の権利（環境権）を背負うため自然環境権の保全は鼓舞されることとなる。ちなみに，アメリカの連邦裁判所は，自然環境訴訟に限り，原告適格を極端に拡げる方向にある。また，自然環境訴訟を客観訴訟（民衆訴訟）化して，権利の行使を，現行地方自治法の住民訴訟のように，ルールを定めて制度化していく方向も考えられる。また，フランスの自然保護法の訴訟のように，一定の実績等の承認を得た自然保護団体のみに，裁判所への提訴を認める行き方もあろう。

4　各方面に及ぼすインパクト

自然環境権が法律上明文の権利とされる，そのこと自体が，政治や行政の実務に及ぼすインパクトも少なくない。一般国民の，自然保護への行動に大義名分を与える。国民への説明責任を無視したり，広い公益・国益からの検討が不十分な事案が抑制されよう。自然保護を「知らしむべからず，よらしむべし」の住民対策から脱皮させる。現在および将来の世代が自然の恵沢を享受し維持するための共同作業に転換することが期待される。人びとが，世代内衡平及び世代間衡平を意識した，「持続可能な発展（Sustainable Development)」に，より配意するための力ともなる，と期待したい。



日本의 環境権～現狀과 展望～

弁護士・長崎総合科学大学教授
池　上　　徹
（IKEGAMI Akira）

第１　우리나라 環境権의 沿革

1 環境権의 認識과 提唱

昭和 45年(1970年)은 日本에 있어서 環境権의 提唱과 展開에 있어서 記念할 한 해였다. 環境権이란 것은, 이것을 단적으로 定義한다면, 良好한 環境을 享受하는 権利이다. 이 権利에 대하여는, 国際社会科学評議会의 東京 심포지움 宣言(3月)과 日弁連 13回 人権大会의 提唱(9月)이 이어졌다.

（１）国際社会科学評議会(東京)

먼저 1970年3月의 東京 심포지움은, 「사람은 누구라도 健康이나 福祉를 侵害하는 要因에 妨害받지 않는 環境을 享受할 権利와 将来의 世代에게 現在의 世代가 남겨줄 遺産이 될 곳의 自然美를 包含한 自然資源을 지킬 権利를 基本的 人権의 하나로서 가진다는 原則을 法体系에 包含하도록 要請한다」라고 宣言하여, 環境権이 基本的 人権이라는 것을 強調했다.

（２）日弁連人権大会(新潟)

이어서 1970年 9月, 新潟市에서 행해진 日弁連의 人権大会에서, 仁藤一 ・ 池尾隆良의 両弁護士가, 環境破壊에 対한 中止의 法理로서 「環境権」을 提唱하여, 많은 反響을 불러일으켰다.

「国民은 環境을 支配하고 良好한 環境을 享受할 権利가 있으며, 乱雑하게 環境을 汚染하여, 우리의 快適한 生活을 妨害하거나 또는 妨害하려고 하는 者에 대하여는 이 権利에 바탕하여 妨害의 排除 또는 予防을 請求할 수 있다」라고 하는 것이다.

日弁連 人権大会에서 提唱된 環境権은, 当時의 深刻한 公害問題에 대한 危機感으로부터 出発한 것이었다. 一定한 地域을 中心으로 하는 環境権을 생각하여, 그 地域의 住民의 環境　支配権을 想定하여, 該当地域 住民에게 環境権을 行使시키려고 하는 것이었다.

즉, 地域的　限定이나 権利　主体의 制約이 同伴하는 것에 그 特色이 있다.

2 自然環境権과 自然 享有権

上記의 日弁連의 環境権의 생각은 公害가 미치는 範囲의 関係住民・地域住民에게 良好한 環境을 享受시키고자 하는 것이었으나, 그 후 차츰 地域住民에게 限定하지 않는 環境利益의 問題를 意識하기에 이르렀다. 그것은 自然의 環境利益이다. 自然은 将来의 世代로부터 빌린 것으로, 自然은 地域住民 뿐만 아니라 모든 地域 사람들의것이다, 라는 認識이 차츰 퍼지게 되었다. 사람들에게 대하여도, 日本의 어떤 地域의 自然에 대하여도, 그 自然의 恵沢을 받을 権利를 認定하도록 하자, 사람은 태어나면서부터 自然의 恵沢을 享受할 権利를 가진다, 라는 것이 됩니다. 이것이 「自然環境権」의 생각입니다.

日弁連은, 이 自然環境権을 従來의 環境権과는 다른 이름으로 「自然享有権」으로서 提唱했다. 昭和61年(1986年), 徳島市에서 열린 日弁連人権大会는, 「우리는 自然을 共有財로서 다음 世代에 継承시킬 義務가 있으며, 一部의 사람이 이것을 独占的으로 使用하거나, 또는 破壊하는 것을 許容해서는 안 되며……사람은 태어나면서부터 平等하게 自然의 恵沢을 享有한 権利를 가지는 것이며……이 権利를 다시 한번 確認한다」라고 宣言했다. 自然을 共有하는 것은 地域住民에게 限定되지 않으며, 日本各地의 自然은, 다른 여러 地域의 사람들에게 있어서도, 貴重한 財産이다, 라는 것입니다.

그러나, 우리나라의 学説의 多数는,이러한自然環境権・自然享有権의 脱私権性・脱地域性에 그다지 注目하지 않고, 一般的環境権의類型化에 同伴하는 個別的 環境権으로 位置시키는 정도에 머물러 있다.

3 世界의　憲法等과　環境権

이미 世界에는 多数의 国家에서 環境権을 法制度上으로 明記하기에 이르렀습니다. 世界의 環境　規定 整備의 出発点이 된 것은, 1972年(昭和 47年) 6月, 스톡홀름에서 開催된 第1回 国連人間環境会議의　人間 環境 宣言이다. 그 第 1 原則에는, 「사람은 ····· 環境에 있어서 自由, 平等 및 充分한 生活 水準을 享受할 基本的 権利를 가지며 同時에, 現在 및 将来의 世代를 위하여 環境을 保護하고, 改善해야 할 厳粛한 責任을 진다」는 文言이 있다. 그리고 1972ー1997年까지 4半世紀　(25 年)에 대해서 보면, 各国에 있어서 憲法을 改正하여 環境権 規定을 導入 (스위스・ 독일・ 인도 등), 또는 새롭게 憲法을 制定할 경우에는 環境 条項을 明定하는 努力이 행해지고 있다. 그 결과 1990 年代에 世界에서 만들어진 65의 新憲法 中, 51의 憲法에 環境 条項이 들어있다 (西修 『憲法 体系의 類型的 研究』成文堂, 1997年』.

4 環境 基本法의 制定과 環境権의 観望

우리나라는 위에서 본 바와 같이, 環境権에 대한 認識은 빨랐으나, 그 後의 環境権에의 대처는 停滞 狀態에 있다고 말하지 않을 수 없다.
平成５年 (1993年), 우리나라는 環境基本法을 制定 公布했다. 그러나, 同法에 있어서 環境権의 明文化는 미루어 졌다. 단지 약간 同法3条는, 環境権에의 志向을 넣은 것으로 되어 있다.
즉, 同条의 『環境의 保全은 現在 및 将来의 世代의 人間이 健全하고 惠沢이 豊富한 環境의 惠沢을 享受 하도록 (할 수 있도록) 適切하게 행하지 않으면 안 된다』라고 규정하는 部分이다.
그러나, 우리나라에도 環境権 一般을 法的으로 認知해야 할 時期가 徐徐히 다가오고 있다. 적어도, 環境権 一般 中에도, 自然環境権에 関해서 만이라도, 좀더 公益性이 높은 個別的 環境権으로서 立法化의 必要性이 国会 請願으로 承認되어 있으며(1991年 6月 29日), 드디어 法制化가 進行되려고 하고 있다. 次第에 그 成否가 注目되고 있다.

第２ 우리나라의 環境権의 意義와 認識

1 環境権의 意義

環境権이란, 良好한環境을享受할権利이다, 라고되어있다.
우리나라의 環境権은 戦後의 高度経済中에, 公害에의한 健康被害나 環境 破壊의 深刻化와 함께 意識되어졌다.

2 基本的 人権으로서의 環境権

먼저, 前述한 대로, 良好한 環境을 享受할 権利는 基本的人権이라는 認識이 昭和 45年 (1970年) 以來 퍼지게 되었다. 그러나, 우리나라 憲法의 人権規定에는 環境権을 明記한 것은 보이지 않는다. 그래서, 学説에서는, 우리나라의 憲法에는 環境権에 대한 明文의 規定은 없지만, 그것은 憲法 13条 (幸福 追求權) 과 同 25条 (生存權)의 規定의 両方으로부터 導入될 수 있다는 説 (二重包装論)이 目下 支配的이다.
관련해서, 隣国인 韓国을 筆頭로 하여 多数의 国家가 이미 憲法에 環境権을 明定하는 傾向에 있다는 것은 既述한 대로이다.

3 裁判의 規定으로서의 環境権

다음으로, 現在, 訴訟実務에서,環境権을 『環境破壊와 闘争하여 그것을 中止시키기 위한 私権이다』라고 位置시킨 많은 努力이 加重되고 있다. 이 立場에서는 環境権은, 単純한 綱領이나 指針과 같은 것이 아니라, 直接 裁判에서 主張할 수 있는 具体的인 法律上의 根拠이어야만 한다는 것이다. 그러나, 우리 나라의 裁判所는, 現在, 이러한 意味의, 私権으로서의 環境権은 認定하지 않는다. 公害의 中止는, 各個人의 法益의 侵害를 理由로 하여, 所有権의 侵害,

人格權의 侵害, 不法行為에 기초로 하여 中止 등으로 実現하면 된다라고 생각한다. 個人의 法益의 範囲를 넘어서는 環境権에 環境破壊를 阻止하는 役割을 가지게 하려는 것이라면, 環境権을 그러한 것으로 法律上 改正하여 制度化하지 않으면 안 된다, 는 것으로 보인다. 또한, 環境権을 말할 때, 그 內容의 範囲나 地域的 範囲가 明確하지 않은 것으로 인하여, 裁判所가 私権으로서 環境権을 認定하지 않는 理由 중의 하나이기도 하다.

4 一般的 環境権의 類型化

여기서 우리나라의 学説의 多数는, 環境利益을 類型化하여, 環境素材 別로 個別的인 環境権의 要件을 検討하려고 한다. 環境権 一般을 私権性이 強한 것부터 公権性이 強한 것으로 類型別로 試験해본다. 例를 들면, 日照権 ・ 眺望権・靜穩権 ・ 嫌煙權・親水権・ 淨水享受権 ・清淨大氣享受権・ 入浜権・ 入山権・歷史的環境権 ・ 自然環境権(自然享有権). 그러나, 個別的環境権으로서 分類的으로 羅列하는 위치에 머물며, 目下, 더욱 具体的인 展開는 보이지 않는다

第３ 自然環境権의 確立에의 期待

1 아마미의 검은 토끼와 自然의 権利

一般的 環境権의 類型化에 있어서, 私権性이 強한 環境権은 어떤 것이던지, 利益 즉 各個人의 法益의 侵害를 理由로, 구태여 環境権을 言及하지 않더라도, 環境 破壊의 防止를 図謨할수 없는 것은 아니다. 그러나, 山川의 自然이나 歷史的 景観 등과 같은 것처럼, 個人의 被害가 아니라, 公共的인 自然環境의 被害를 問題로 할 때에는, 私益의 侵害를 要件으로 하는 現行의 救済 手段은, 전부 不用이라는 것을 말하지 않을 수 없다.

自然 그 自体를 原告로 하여 環境破壊를 阻止하려는 企図가 試験되었는데, 奄美大島의 開発에서였다.
아마미구로우사기를 原告로 「自然의 権利」를 主張한 闘争이었다. 그러나, 구로우사기는 原告 適格을 가지지 않으며, 구로우사기라는 「某氏」의 形態로 闘争한 個人「某氏」는, 訴訟의 利益(侵益性)이 否定되어, 커다란 問題의 提起었음에도, 現行制度下에서는 敗北할 수 밖에 없었다.

2 自然環境権의 国会請願의 採択

우리나라에서 自然環境権의 確立을 要求하는 国会請願은, 平成13年 (2001年) 6月 29日, 衆議院 ・參議院 다같이 全会一致로 採択되었다. 現在 그 法制化가 期待되고 있다. 이 国会請願은, 六甲山系의 自然破壊 阻止 運動이 遠因이 되었다. 自然破壊에 대하여,

一般의 国民은 아무런 発言権이 없음으로, 国民은, 自然의 恵沢을 享受하는 権利와 子孫을 위하여 自然을 保全할 責務가 阻害된다. 즉 現在의 制度에는, 開発이나 事業에 관하여 所有権이나 漁業権 등과 같은 私的인 権利가 있는 者가 아니면, 裁判을 일으킬 資格이 認定되지 않으며, 行政面에서도 相対해 주지 않는다. 地権者가 아닌 一般 国民・, 他人 取扱을 받는 일이 적지 않다. 그러나 이 環境権을 認定함으로 인해서, 一般의 国民은, 自然保護에 관하여는 権利者가 된다.

3 権利의 行使方法 등에 관하여

自然環境権이, 法制度上 明文의 権利로 되었을 때의 権利 行使 方法 등에 관하여는, 그 検討에 관하여, 상당히 엇갈릴 것으로 생각된다. 우리나라의 경우, 憲法의 改正은 거의 不可能에 가깝다. 그기서 環境基本法 등의 基本法에 , 環境権이 들어 있다고 한다. 그 경우, 該当의 規定은, 단순히 宣言的 綱領 내지는 法条文의 解析 指針에 그친다는 見解도 적지 않다고 생각한다. 그러나, 司法 実務의 解析 努力이 自然 環境権을 직접 裁判 規範으로 格上시키는 경우도 出現할 것이다. 어느 쪽이든지, 実定法上의 権利(環境権)을 배경으로 하고 있기 때문에 自然 環境権의 保全은 鼓舞되어지는 것이다. 덧붙여서, 아메리카의 連邦裁判所는, 自然 環境 訴訟에 한해서, 原告適格을 極端的으로 넓게 보는 方向에 있다. 또, 自然環境 訴訟을 客観 訴訟(民衆 訴訟)化하여, 権利의 行使를, 現行 地方自治法의 住民 訴訟처럼, 룰을 정하여 制度化해 가는 方向도 생각할 수 있다. 프랑스의 自然保護法의 訴訟처럼, 一定의 実積 등의 承認을 取得한 自然保護 団体에게만, 裁判所에 訴訟을 認定하는 方向도 있을 수 있다.

4 各方面에 미치는 인팍트

自然環境権이 法律上 明文의 権利로 되어있다. 그것 자체가, 政治나 行政의 実務에 미치는 인팍트도 적지 않다. 一般 国民의 自然保護에의 行動에 大義名分을 준다. 国民에의 説明 責任을 無視하거나, 広意의 公益・国益으로부터의 検討가 不充分한 事案이 抑制될 것이다.

自然保護를 「알려주어서는 안되며, 가까이 해서도 안 된다」는 식의 住民 対策으로부터 脫皮시킨다. 現在 및 将來의 世代가 自然의 혜택을 享受하고 維持하기 위하여 共同作業으로 전환할 것이 期待된다. 모든 사람들이, 世代 내의 衡平과 世代간의 衡平을 意識한, 「持続 가능한 発展 (Sustainable Development)」에, 더 配慮하기 위한 힘이 될 것을 期待한다.

韓国に於ける環境権の現況

金.張 法律事務所 弁護士
宋　　在　　雨*
(SOHNG, Chai-Woo)

1. 序　論

韓国の憲法には総ての国民は健康で快適な環境の中で生活する「権利」を持ち、国家と国民は環境を保全する為に努力しなければならないと規定しています。[1]
又、韓国の環境政策基本法は此の様な憲法の規定を受け入れて、総ての国民は健康で快適な環境の中で生活する「権利」を持つと言っています(同法第6条)。[2]
此れに関連して日本の場合は、韓国の環境政策基本法に対応する「環境基本法」の制定時、環境権が権利として具体的な内容や法的の性格に関して定説がなく、判例も具体的な請求権の根拠である実際的な権利を認めていないし、法律上の権利と見難いとして、明示しない様に決定されたと言っているが[3] 此れと比べて見れば、韓国の立法がよりダイナミックなのでないかと思われます。

然し「権利」という用語の使用にも拘らず、環境権及び其の保護法益としての環境利益は、まだ開拓されるべき法学分野の用語であるのみで、不明確で不確定的な概念と言えるものであり、多様な法的争訟で環境権乃至環境利益と関連して、ますます多くの事件が取扱われていながらも、まだ真正な意味での権利性を深していません。韓国の多くの学者達は、環境権乃至環境利益の保護が重要であることを強調している

---

*金.張 法律事務所 辯護士、本論文は筆者個人の見解で、筆者が属している法律事務所の公式的な見解で無いことを明かします。

1 第35条
① 総ての国民は健康で快適な環境で生活する権利を持ち、国家と国民は環境を保全する為に努力しなければならない。
② 環境権の内容と行使に関しては法律で定める。
③ 国家は住宅開発政策等を通じて、総ての国民が快適な住居生活をする様に努力しなければならない。

2

日本の環境基本法	韓国の環境政策基本法
（国民の責務） 第九条　国民は基本理念にのっとり、環境の保全上の支障を防止するため、その日常生活に伴う環境への負荷の低減に努めなければならない。 2　前項に定めるもののほか、国民は、基本理念にのっとり、環境の保全に自ら努めるとともに、国又は地方公共団体が施設する環境の保全に関する施策に協力する責務を有する。	第六条　（国民の権利と義務） ①　全ての国民は健康で快適な環境から生活する権利を持つ。 ②　全ての国民は国家及び、地方自治団体の環境保全施策に協力しなければならない。 ③　全ての国民は日常生活による環境汚染と環境毀損を減らし、国土及び自然環境の保全の為に努力しなければならない。

3 石野耕也、環境基本法の制定経緯と概要、1994. 3. 15.(NO. 1041), p. 49, 富井利安外2 共著、環境法の新たな展開、法律文化社、1994. 経度、　p.22.)(“日本の環境基本法内容及び韓国の環境政策基本法との比較”陳孝根、環境問題研究叢書V.大韓弁護士協会1995. 出刊p13から再引用)

が[4]、 まさに此の様な権利を確認し実現しなければならない訴訟の実務においては、環境権の具体的な権利性を認めていないし、環境権の保護の対象になる環境利益を保護する為に、具体的に法令上の直接或いは間接的な根拠がある場合に限って、例外的に此れを認めようとしています。

従って以下では、各種のイッシュと関連した具体的な事例を通じて、概括的ながらも環境権の権利性に対して此れを検討して見ようと思います。

2. 環境権の性格に対する基本的な論議

(1) 環境権とは具体的な権利であるか? 然らば其の位置はどこか?

環境権が憲法に規定されている権利である点は、既に上記で述べた通りです。此の様な環境権の性格に対して、具体的にどんな意味を持つかと関連しては、先ず憲法に関する最終的な解釈の権限を持つ韓国の憲法裁判所の事例を見れば、多数の事件において「環境権」という用語を使ってはいるが、此れを正面に取扱った事例はありません。 ただ開発制限区域(所謂「green belt zone」)の指定に依る所有権の制限に対する違憲性判断の事件において、少数の意見として、環境権が人間の尊厳と価値.幸福追求権の実現に基礎となる基本権として、私有財産権である土地所有権を行使する経済的な自由より優先する地位にあると見なければならないという指摘が有りました。[5]
此の様な見解に対しては、韓国の法院の判例に次の様な事例から類似な見解を深して見ることができます。

● 原告が俗称「ラブホテル」を農村地域に建築しょうと建築許可を申込んだが、当局から建築許可が返戻されたので此れを扱った事件で、韓国の大法院は多数の意見で、具体的な規制内容を持つ告示が制定される以前であったにも拘らず、宿泊施設建築許可申込みを返戻した措置を肯定しました。此れに対する補充意見を見れば、環境権が憲法上の基本権に保障される権利として、財産権又は営業の自由より優位にある権利としても解釈出来るので、環境を保全する為に特定な行為を制限する趣旨の法規意味内容を解釈するに当たっては、環境の保全に関する憲法と法律理念の範囲内で、合目的性に解釈しなければならないし、法規の形式的な自救あるいは、国民の自由と権利を制限すると言う規定である点に執着して、環境保全の理念を沮害する方向に此れを解釈してはいけないとしています(大法院 1999. 8. 19. 宣告 98ツ1857 判決)。[6]

---

[4] 環境問題を合理的に解決する為に環境権の権利性を主張しているが、 環境権と関連して、憲法で保障されている基本権としての基本権体系上どんな地位を占めているかと言うことと、其の地位に依る環境権の憲法的権利性に対して、大体的に韓国の学者達は、環境権は (1) 人間の健康で幸福な生活が、汚されていない健康な環境でなされることが出来るという点で、人間の尊厳と価値.幸福追求権としての性格を持つ人格権的基本権であり、(2) 国家に対して健康で快適な環境を要求する事が出来る社会的基本権の性格を持って、(3) 汚されたり不潔な環境から脱して、受忍の限度を越えた侵害に対しては救済及び予防を求める事が出来る、自由権的基本権の性質を包む綜合的基本権と見なければならないと言う点で、意見の接近を見せていると言えるでしょう。

[5] 1998. 12. 24. 憲法裁判所宣告 89憲マ214 決定. 都市計劃法第21条に対する違憲訴願

[6] 此れに対しては少数の意見として、建築許可の制限になる建築法と国土利用管理法は、既に環境権問題が含まれて立法化されたので、建築許可申込みを返戻する為には、建築法及び国土利用管理法を遵守したか否かを論ずればいいし、建築法や国土環境管理法が包む環境権以外に別の環境権を想定して、其れが原告の自由と権利に優

従って基本的に韓国法上の「環境権」は、具体的な権利性が認められる場合、通常憲法に依って保障される他の自由権的の基本権に比べて、もっと重視される傾向が有ると見るのが正しいでしょう。

然し、此の様な環境権に対する配慮にも拘らず韓国の法院は現在、一貫して環境権に対し、其れ自体を具体的な私法上の権利として認める事は出來ないし、私法上の権利として認める為には、明文の法律規定や関連法令の趣旨等の条理に依って、其の必要性が認まれなければならないし、其の主体.対象.内容.行使方法が定立されなければならないと判示しています。[7] 此の様な法院の立場は、環境権に対して具体的な権利性を認めず、抽象的な権利とか立法方針規定としての性格だけを認めるが、環境利益の侵害が受忍の限度を越える場合には具体的な権利性を認めて、直接環境権に基く妨害の除去あるいは予防を求めようとすると考えられます。[8] 但し、此れに対して一部の下級審の判決では、此の様な解釈を前提にして、より積極的で広義的に解釈しようとしています。

●原告Xは、Y組合が温泉観光地を造成する為に官庁から造成事業施行の許可を得て、工事を進行した地域の下流地域に住んでいる住民として、当該の温泉観光地が造成され下水や汚水が放流される場合、其の下流地域の水質が食水源として使用が出来ない様に汚されることを理由に、工事の中止を求めました。 本事件に於いて法院は、大法院の解釈を受け入れ、環境権に関する憲法規定だけでは、直接に具体的な私法上の権利を与えられたと見難いと言いながら、但し、食水に関する環境利益に対しては、憲法上の環境権による環境政策基本法及び食水管理法が規定する趣旨と、食水汚染の被害が人間の生存に対する根源的な威脅を意味すると言う点で、条理に照らしてみても、汚されていない食水を飲用する具体的な私法上権利としての環境権が例外的に認めており、付け加えて其の様な私法上の権利には、不当侵害に対する損害賠償請求権及び事後的金銭賠償で、回復填補する事が出来ない環境利益が侵害される場合、侵害の威脅を防止するための留止請求権がまた認められると言っています。(清州地方法院 1998. 2. 21. 宣告 97カ合613 工事中止仮処分事件)

先するか否かを論ずる必要は無いし、生存権的な基本権である環境権が自由権的基本権である個人の自由と権利より優位にあると見なされないと言う見解が有る。

[7] 憲法第35条第1項は環境権を基本権の一つとして承認しているので、私法の解釈と適用に於ても、此の様な基本権が充分に保障されるように配慮しなければならないが、憲法上の基本権としての環境権に関する上記の規定だけでは、其の保護対象である環境の内容と範囲.権利の主体になる権利者の範囲等が明確でなく、此の規定が直接個々の国民に具体的な私法上の権利を与えたとは見難しいし、私法的権利である環境権を認めれば、其の相手方の活動の自由と権利を不可避的に制約するしかないので、私法上の権利としての環境権が認められるためには、其れに関する明文の法律規定が有るとか、関係法令の規定趣旨や条理に照らして、権利の主体.対象.内容.行使方法等が具体的に定立されなければならなりません。(韓国大法院 1995. 5. 23. 宣告 94マ2218 決定)

[8] 被告Y建設会社は、建築法上規定した最小限の制限規定を守り、アパートを建築したが、隣接したアパートに住んでいるXは、此れに依って自身の日照権が侵害されたとして損害賠償を求めた事件に於いて法院は、憲法第35条1項と建築法等に関連した規程に依って、環境権の内容に、自然に依って与えられる日照.展望.通風.静穏等の外部的な環境を遮断されなく、快適に生活する事が出来る権利も当然に含まれると言う筈なので、此の様な日照権等に対する侵害は、不法行為として金銭賠償の責任になるが、受忍限度の範囲内では日照権等の権利行使に制限を受けるから、日照権侵害の違法性が阻却されると判示したことがあります。(1995. 7. 14. 宣告 94カ合2353 判決)

(2) 行政訴訟で環境権を主張して訴訟を提起する事が出来るのか?

行政訴訟で環境権の意義に関して環境権を侵害されたのを主張して提起する各種の行政訴訟と関連して、韓国の行政争訟関連法令は、その様な処分を扱う「法律上利益」があるものが適格であると定めています。 従って快適な環境を享受する利益が権利として規定されていないとしても、一定の場合、法律上保護される利益を持つ者ならば、行政争訟で此れを求められます。

● 原告Xが、自身の住居地域内で煉炭工場を建築するよう被告Y市が建築許可を与えたのに対して、其の建築許可処分の取消しを求めた事件に於いて、韓国大法院は、住居地域内では都市計劃法第19条第1項と改正前の建築法第32条第1項に依って、公益上やむを得ないと認める場合を除いては、居住の安寧と健全な生活環境の保護を損害する総ての建築が禁止されているのみならず、住居地域内に居住する人が受ける上記の様な保護利益は、法律に依って保護される利益と言うべきであるから、住居地域内で上記の法条所定の制限面積を超過した煉炭工場の建築許可処分に依って不利益を受けているXは、たとえ当該行政処分の相手でないとしても、其の行政処分に依って、上記の様な法律で保護される利益を侵害されているならば、当該の行政処分の取消しを訴求して、其の当否の判断を受ける法律上の資格が有ると判示した事があります(韓国大法院 1975. 5. 13. 判決 72ヌ96)。

揚水発電所建設事業と関連して、原告X等は揚水発電所建設事業区域内に住んでいる住民であり、原告Y等は其の地域の山で松茸を採取するとか自然を尋ねて樂しむとか研究保全しょうとする、山岳人.生物学者.写真家.一般人.環境保護団体であるが[9] 此等が揚水発展建設事業の承認処分を取消してくれる事を求めた事案に対して、法院は当該事業が環境影響評価対象事業に該当することを前提にして、環境影響評価対象地域の住民である原告X等は当事者適格を持つけれども、原告Yは個別的.直接的.具体的な利益で保護される利益がないので当事者適格を持たない、と判示した事が有ります(大法院 1998. 9. 22. 判決 97ヌ19571)。

● 公園集団施設地区を発源地とする川の下流地域に居住する原告Xが、其の許可権者であるYを相手にして提起した公園事業施行許可処分の取消請求で、環境関連法令等の趣旨は、集団施設地区開発事業が環境を損害しない方法で施行することによって、集団施設地区開発事業と関連する環境公益を保護するだけではなく、其の事業に依って直接的で重大な環境被害を被ると予想される環境影響評価対象地域内の住民達が、開発前と比べて受忍の限度を越える環境侵害を受けることなく、快適な環境で生活が出来る個別的な利益までも、此れを保護しょうとする筈なので上記の住民達が此の事件の変更承認及び許可処分と関連して持っている上記の様な環境上の利益は、単に環

[9] 参考に美国の場合には、此の様な場合原告が、(1) 訴訟の対象になった処分が原告に対して実際、又は予想される事実上の被害(injury-in-fact)を惹起する予定であり、(2) 此の様な被害が処分と相当なつながり関係を持ち、(3) 私法上の規制手段に依って救済が可能であり、(4) 当該の被害が法に違反したと主張されている該当法令に依って、保護される領域内で主張可能な利益があってから、適格を認められると言っています。(Valley Forge Christian College v. Americans United for Separation of Church & State, 454. U.S. 464)
また団体の場合は、団体の会員に訴訟提起適格が有り、団体が保護しようとする利益が当該団体の目的と密接な関係が有れば、その団体は適格であると言います。(Automobile Workers v. Brock, 477 U.S. 274)

境の公益保護の結果で、国民一般が共通的に持つ様になる抽象的.平均的.一般的な利益だけではなく、住民個々人に対して個別的に保護される直接的.具体的な利益であると見なすべきだと言う。(ソウル高等法院 1998. 4. 24. 宣告 97ヌ3286)

● 原子力法に依る原子炉施設敷地の事前承認処分と関連して、当該施設敷地の隣接地域住民Xが、承認処分機関であるYを相手に提起した処分取消訟で、原子力法は、原子炉等建設事業が放射性物質及び其れに依って汚された物質による人体.物体.公共の災害を発生させない方法で施行される様に処置することに依って、放射性物質等に依る生命.健康上の危害を受けない利益を一般的公益として保護するのみならず、放射性物質に依ってもっと直接的で重大な被害を被ると予想される地域内の住民達に上記の様な利益を直接的.具体的利益をも保護することに意味がある。上記の様な地域内の住民達には、放射性物質等に依る生命.身体の安全侵害を理由として、敷地事前承認処分の取消しを求める原告適格が有り、環境影響評価法第7条に定めた環境影響評価の対象地域内の住民達が、放射性物質以外の原因に依る環境侵害を受けることなく生活する事が出来る利益も直接的.具体的利益として其の保護対象にしている筈なので、上記の環境影響評価の対象地域内の住民には、放射性物質以外にも原電冷却水循環時発生する温排水に依る環境侵害を理由にして、敷地事前承認処分の取消しを求める原告適格も有ると判示しました。(大法院 1998. 9. 4. 判決 97ヌ19588)

此れは法院が環境利益を保護する為に、望ましい方向に当事者適格を拡大して認めている事を示していると言えが、環境権自体に根拠してそんな権利を認めるのではないと言えましょう。[10]

但し、法院としては最近問題になっている嫌悪施設忌避性向(NIMBY; Not In My Back Yard)に関して、環境利益が当事者達の生命.安全.健康に個別的.具体的に影響を与える場合に於いては、此れを保護すべき利益として認めるが、単純なNIMBY現象に対しては、此れを制限しょうとする傾向が有るのでは無いかと言う見解も有ります。[11]

---

[10] 此の様な判例の立場に従って、原告適格が認められる場合を、① 廃棄物処理施設設置促進及び周辺地域支援等に関する法律と関連した、廃棄物処理施設設置地域の地域住民、② 環境.交通.災害等に関する影響評価事業法に依る環境影響評価対象地域の居住住民、③ 食水管理法上の泉水許可に依って影響を受ける地域住民、④ 有害化学物質管理法上の取扱制限有毒物許可に依って、環境上影響を受ける地域住民の場合、原告適格を持つ場合と見なさなければならないと言う見解も有る。(趙顕権, 環境法, 法律文化社, pp. 264-269)

[11] 参考判例

- 原告X氏が自身の給水源である上水源地域に、被告Y市が上水源保護区域に関する都市計劃を変更して、火葬場を設置する事が出来る様に措置したのに関連して、このことの取消を要請した事件に於いて、上水源保護区域と言うのは、上水源の汚染を防ぎ良質の給水を供給してもらう利益に過ぎないし、此れは上水源の確保と水質保全と言う公共の利益を達成する事に依って、反射的に受ける利益に過ぎないので、法律上利益が無いのを理由として、原告適格を否認しました。(大法院 1995. 9. 26. 判決 94ヌ14544)
- 原告X氏が被告Y市に葬礼式場建築許可を申込んだのに対して、被告Y市が法令上建築許可を許さない事由が無いにも拘らず、隣りの住民達の民願が有ると言う事情だけで此れを許さなかった場合、当該建築許可返戻処分は違法であるとした事が有ります。(大法院 2002. 7. 26. 判決 2000ツ9762)

(3) 民事訴訟で環境権を根拠にして賠償責任追窮或は妨害排除は可能か?

イ. 不法行為

騒音.日照権等環境利益の侵害に対して、社会通念上受忍の限度を越える場合には此れを不法行為と見なすかに対しては、既に察した判例に現れています。(上記脚注9番判例参照) 法院は環境利益の被害程度.被害利益の性質、及び其れに対する社会的評価.地域性.土地利用の先後関係.加害防止及び被害回避の可能性等、総ての事情を綜合的に考慮し、其の受忍の限度を具体的に判断し、其れに依る不法行為上の責任を問わなければならないと見ているが、此れと関連して具体的な環境権の侵害認知に対しては明確な判断を下した事は探し難いです。

● 被告Y市は、原告X氏が住んでいるA市の上水源として使われている取水場の水質が、上水源水3級に及ばないにも拘わらず、高度の浄水処理でない一般的な浄水処理をして水道水の供給に関連して、原告Xが此れを飲んだ結果、精神的な苦しみを被った事を理由として不法行為責任を追求した事に対して、上水源水の水質を維持しなければならないと言う規定は、国民一般の健康を保護し公共一般の全体的な利益を図謀する為のものであり、国民個々人の安全と利益を直接的に保護する為の規定ではないので、上水源の水質が定めた水質基準に及ばない水道水を飲んだ場合にも、損害賠償責任を負担することなく、供給した水道水が飲用水基準に適合で、身に有害な物質が含まれていない限り、不法行為が成立しないので、原告の権利もまた私法上の規制が可能な具体的な環境権に見なす事が出來ないと判示した事例。(韓国大法院 2001. 10. 23. 判決 99タ36280)

ロ. 中止請求

環境利益の侵害がある多くの場合には、今後此れに対し、環境侵害に依る被害を填補し難い場合が多いと予想するので、実際の工事中止仮処分や工事禁止請求の様な中止請求が必要になる筈です。

韓国法院は此の様な場合と関連して、環境権の抽象的な権利性だけを認め、環境権に基づく中止請求を排除しています。 然し、此れに対しては具体的な権利性を認めることで、直接環境権に根拠し、妨害の除去とか予防を求め、中止請求を認めるのが妥当だと言う主張が、学者らから継続して提起されています。

● 原告X大学校と隣接した土地所有者Yは、当該土地に24階のアパートを建てようとして工事を着工したが、当該建物が完工した場合、建物の高さが大学校校内の全体を見下ろす事が出来、大学校の景観及び教育環境.教育活動が著しく損害される恐れが有る等、教育環境権を侵害し、当該大学校屋上に設置する自動気象観測装備等、科学装備がろくに作動しなくなって研究活動に差支えが有り、アパートの常住人口の増加に依って、車輛通行の増加及び生活の騒音等で、研究活動に差支えが有るので、此れを16階以上に建築してはならないと判示した事例が有ります。

上記の事例に対して下級審法院(釜山地方法院 1995. 5. 18. 判決 95カ合5)は、環境利益を享受している構成員は、環境が不当に破壊される恐れが有る場合、又は、環

境が明らかに不当に破壊される恐れが有る場合には、所謂 「環境利益の不当侵害防止権」を持って、現実的に不当な侵害の危険が有るとか既に不当な侵害が有った場合には、金銭的な報償に依る解決を受忍することが出来る事由が無い限り、環境利益の不当侵害防止権に基づいて具体的な禁止請求権を獲得して此れを行使する事に依って、環境利益の保全が出来ると見なし、一方、環境利益の不当侵害権以外にも、韓国民法第217条[12] に依る土地所有権に基づく妨害排除請求権、及び一種の人格権としての住居環境の利益に対する侵害を原因とする人格権に基づく妨害排除請求権も行使可能だと見たけれども、此の様な下級審判決に対して大法院は、「憲法第35条の規定が如何なる具体的な私法上の権利を与えていないので、別に私法上の権利としての環境権を認める明文の法律規定が無いにも拘らず、原審がまるで申請人が環境権に基づいて妨害排除を請求する事が出来る様に説示し、……例え所論の様に誤りがあるとしても……」と言うことで[13]　此の様な環境権乃至環境利益に基づいた環境利益の不当侵害防止権を否認しました。[14]

3. 結語

日本の場合とは異って、「権利」と言う冑を着て憲法及び環境政策基本法に華かに登場した環境権は、そうであるにも拘らず実際は其の執行において、プログラム的な規定又は抽象的な権利として扱われています。 此の様な理由は、(1) 環境権がまだ具体的な形態に現われた事が無い権利であると同時に、(2) 権利の行使に於いて他の権利と衝突を起こす場合が多く、(3) 憲法上環境権の内容と行使に対して、法律で此れを定めると規定した由縁にあります。[15] 然し、具体的な法の執行に於いて、もっと積極的な法院に依る法の運営が、健康で快適な環境の確保を、より多くの環境利益の侵害が発生する前に此れを備えなければならないと言う点から、より環境権に関して具体的な権利としての性格を与える必要が有り、又其んな努力が益々必要ではなかろうか。

---

[12] 第217条(煤煙等に依る隣地に対する妨害禁止)
① 土地の所有者は、煤煙.熱気体.液体.音響.振動.その他此れに類似した事で、隣りの土地の使用を妨害するとか、隣りの居住者の生活に苦しみを与えない様に、適当な措処をする義務が有る。
② 隣りの居住者は、前項の事態が隣りの土地の通常の用途に適当なものである時には、此れを認容する義務が有る。

[13] 但し、大法院は同下級審判例の判決理由中、土地所有権に基づく妨害排除請求権を認め、結論を変える事はしませんでした。

[14] 他の事案でも大法院は、此の様な環境権に基づいた不当侵害防止権の発生を否認しました。
原告X寺刹に隣接して被告Yが高層に新築する建物に対して、大法院は私法上の権利としての環境権を認める規定が無い場合、環境権に基づいて直接に妨害排除を求める事は出來ないし、以前から享有していた景観や眺望など静かで快適な環境等が、一つの生活利益としての価値を持っていると客観的に認められるならば、法的な保護利益になる事が出来るから、所有権に基づいて妨害予防乃至排除請求が出来得ると判示した事例。(韓国大法院 1999. 7. 27. 宣告 97タ47528)

[15] 上記の脚注8番の判例は其の理由として、「環境保全と言う理念と、産業開発等の為の個個人活動の自由と権利の保護、と言う相互対立する法益中で、どれを優先させるし此れを如何に調整調和させるかと言う点は、基本的に国民を代表する国会で、法律に依って決定しなければならない性質のものだと、見なければならないからである」と言っています。

한국에 있어서 환경권의 현황

金・張法律事務所　辯護士

宋　　在　　雨*
(SOHNG, Chai-Woo)

I. 서 론

한국의 헌법은 모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 "권리"를 가지며 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다라고 규정하고 있습니다.[1] 또한 한국의 환경정책기본법은 이와 같은 헌법의 규정을 받아들여 모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 "권리"를 가진다라고 하고 있습니다.(동법 제6조)[2] 이와 관련하여 일본의 경우에는 한국의 환경정책기본법에 대응하는 "환경기본법"의 제정시 환경권이 권리로서 구체적인 내용이나 법적 성격에 관하여 정설이 없고 판례도 구체적인 청구권의 근거인 실체적인 권리로 인정하고 있지 아니하여 법률상 권리로 보기 곤란하다 하여 명시하지 아니하는 것으로 결정되었다고 하는 바[3], 이에 비추어 보면 한국의 입법이 보다 dynamic 한 것이 아닌가 생각하게 됩니다.

그러나 "권리"라는 용어의 사용에도 불구하고 환경권 및 그 보호법익으로서의 환경이익은 아직은 개척되어야 할 법학분야의 용어로서 불명확하고 불확정적인 개념이라 할 것이어서 다양한 법적 쟁송에서 환경권 내지 환경이익과 관련하여 점점 더 많은 사건이 다투어지면서도 아직 진정한 의미에서 권리성을 찾지 못하고 있습니다. 한국의 많은 학자들은 환경권 내지 환경이익의 보호가 중요함을 강조하며 환경문제의 합리적인 해결을 위하여

---

* 김.장 법률사무소 변호사, 본 논문은 필자 개인의 견해로서 필자가 속해있는 법률사무소의 공식적인 견해가 아님을 밝혀드립니다

[1] 제35조
① 모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다.
② 환경권의 내용과 행사에 관하여는 법률로 정한다
③ 국가는 주택개발정책 등을 통하여 모든 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있도록 노력하여야 한다.

[2]

일본 환경기본법	한국 환경정책기본법
(国民の責務) 第九条　国民は基本理念にのっとり、環境の保全上の支障を防止するため、その日常生活に伴う環境への負荷の低減に努めなければならない。 2　前項に定めるもののほか、国民は、基本理念にのっとり、環境の保全に自ら努めるとともに、国又は地方公共団体が施設する環境の保全に関する施策に協力する責務を有する。	**제6조 (국민의 권리와 의무)** ①모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가진다. ②모든 국민은 국가 및 지방자치단체의 환경보전시책에 협력하여야 한다. ③모든 국민은 일상생활에 따르는 환경오염과 환경훼손을 줄이고, 국토 및 자연환경의 보전을 위하여 노력하여야 한다.

[3] 石野耕也, 환경기본법の제정경위と개요, 1994. 3. 15. (NO. 1041), p. 49, 富井利安 외 2 공저, 環境法の新たな展開, 법률문화사, 1994. 경도, p.22.) ("일본의 환경기본법내용 및 우리나라의 환경정책기본법과의 비교" 陳孝根, 환경문제연구총서V. 대한변호사협회 1995. 출간 p13.에서 재인용)

환경권의 권리성을 주장하고 있으나[4], 정작 이와 같은 권리를 확인하고 실현하여야 하는 소송실무에서는 환경권의 구체적인 권리성을 인정하고 있지는 않으며, 환경권의 보호대상이 되는 환경이익을 보호하기 위하여 구체적으로 법령상의 직접 혹은 간접적인 근거가 있는 경우에 한하여 예외적으로 이를 인정하고자 하고 있습니다.

따라서 이하에서는 각종 이슈와 관련한 구체적인 사례를 통하여 개괄적이나마 환경권의 권리성에 대하여 이를 검토하여 보고자 합니다.

2. 환경권의 성격에 대한 기본적인 논의

(1) 환경권이란 구체적인 권리인가? 그렇다면 그 위치는 어떠한가?

환경권이 헌법에 규정된 권리라는 점은 이미 위에서 본 바와 같습니다. 이와 같은 환경권의 성격에 대하여 구체적으로 어떠한 의미를 가지는 지와 관련하여서는 우선 헌법에 관한 최종적인 해석권한을 가지는 한국의 헌법재판소의 사례를 보면 다수 사건에 있어서 "환경권"이라는 용어를 사용하되, 이를 정면으로 다룬 사례는 없습니다. 다만 개발제한구역 (소위 "green belt zone") 지정에 따른 소유권 제한에 대한 위헌성 판단사건에 있어서 소수의견으로서 환경권이 인간의 존엄과 가치. 행복추구권의 실현에 기초가 되는 기본권으로서 사유재산권인 토지소유권을 행사하는 경제적인 자유보다 우선하는 지위에 있는 것으로서 보아야 할 것이라는 지적이 있었습니다.[5] 이러한 견해에 대하여는 한국의 법원의 판례에 있어서 다음과 같은 사례에 있어서 유사한 견해를 찾아볼 수 있습니다.

● 원고가 속칭 "러브호텔"을 농촌지역에 건축하고자 건축허가를 신청하였다가 건축허가가 반려되어 이를 다툰 사건에서 한국의 대법원은 다수의견으로 구체적인 규제 내용을 가진 고시가 제정되기 전이었음에도 불구하고 숙박시설건축허가신청을 반려하는 조치를 수긍하였는 바, 이에 대한 보충의견을 보면 환경권이 헌법상의 기본권으로 보장되는 권리로서 재산권이나 영업의 자유보다 우위에 있는 권리로서 해석될 수 있으므로 환경의 보전을 위하여 특정한 행위를 제한하는 취지의 법규의 의미내용을 해석함에 있어서는 환경보전에 관한 헌법과 법률의 이념의 범위내에서 합목적적으로 해석하여야 하고 법규의 형식적인 자구나 국민의 자유와 권리를 제한한다는 규정이라는 점에 집착하여 환경보전의 이념을 저해하는 방향으로 이를 해석하여서는 아니된다고 하고 있습니다. (대법원 1999. 8. 19. 선고 98두1857판결) [6]

---

[4] 환경권과 관련하여 헌법에 보장되어 있는 기본권으로서 기본권 체계상 어떠한 지위를 점하고 있는 지와 그 지위에 따른 환경권의 헌법적 권리성에 대하여 대체로 한국의 학자들은 환경권은 (1) 인간의 건강하고 행복한 삶이 오염되지 아니한 건강한 환경에서 이루어 질 수 있다는 점에서 인간의 존엄과 가치, 행복추구권으로서의 성격을 갖는 인격권적 기본권이며 (2) 국가에 대하여 건강하고 쾌적한 환경을 요구할 수 있는 사회적 기본권의 성격을 가지고 (3) 오염되거나 불결한 환경으로부터 벗어나 수인한도를 넘는 침해에 대하여는 구제 및 예방을 청구할 수 있는 자유권적 기본권의 성질을 내포하는 종합적 기본권으로 볼 것이라는 점에 점에 있어 의견의 접근을 보이고 있다고 할 것입니다.

[5] 1998. 12. 24. 헌법재판소 선고 89헌마214 결정, 도시계획법제21조에 대한 위헌소원

[6] 이에 대하여는 소수의견으로서 건축허가의 제한이 되는 건축법과 국토이용관리법은 이미 환경권문제가 포함되어 입법화된 것이므로 건축허가신청을 반려하기 위하여는 건축법 및 국토이용관리법의 준수여부만을 따지면 될 것이고 건축법이나 국토환경관리법이 내포하는 환경권 이외에 별도의 환경권을 상정하여 그것이 원고의 자유와 권리에 우선하는 지 여부를 따질 필요는 없고 생존권적인 기본권인 환경권이 자유권적

따라서 기본적으로 한국법상 “환경권”은 구체적인 권리성을 인정받는 경우 통상 헌법에 의하여 보장되는 다른 자유권적 기본권에 비하여 보다 더 중시되는 경향이 있다고 보는 것이 맞을 것입니다.

그러나 이와 같은 환경권에 대한 배려에도 불구하고 한국의 법원은 현재 일관하여 환경권에 대하여 그 자체를 구체적인 私法상의 권리로 인정할 수 없고 사법상의 권리로 인정하기 위하여는 명문의 법률규정이나 관련 법령의 취지나 조리에 의하여 그 필요성이 인정되어야 하고 그 주체, 대상, 내용, 행사방법이 정립될 수 있어야 한다고 판시하고 있습니다.[7] 이러한 법원의 입장은 환경권에 대하여 구체적 권리성을 인정하지 아니하고 추상적 권리나 입법방침 규정으로서의 성격을 인정하되, 환경이익의 침해가 수인한도를 넘어서는 경우에는 구체적 권리성을 인정하여 직접 환경권에 기한 방해의 제거나 예방을 청구할 수 있고자 함에 있다고 보겠습니다.[8] 다만 이에 대하여 일부 하급심판결에서는 이와 같은 해석을 전제하되 보다 적극적이고 광의적으로 해석하려고 하고 있습니다.

● 원고 X 는, Y조합이 온천관광지를 조성하기 위하여 관청으로부터 조성사업시행을 허가 받아 공사를 진행하는 지역의 하류지역에 거주하는 주민으로서 당해 온천관광지가 조성되어 하수나 오수가 방류될 경우 그 하류지역의 수질이 식수원으로 사용할 수 없게 오염됨을 이유로 공사의 중지를 청구하였음. 본 사건에 있어서 법원은 대법원의 해석을 받아들여 환경권에 관한 헌법규정만으로는 직접적으로 구체적인 사법상의 권리를 부여한 것이라고 보기 어렵다고 하면서 다만 식수에 관한 환경이익에 대하여는 헌법상의 환경권에 따른 환경정책기본법 및 먹는물관리법의 규정 취지와 식수오염의 피해가 인간생존에 대한 근원적인 위협을 의미한다는 점에서 조리에 비추어도 오염되지 아니하는 식수를 음용할 구체적인 사법상 권리로서의 환경권이 예외적으로 인정된다고 하고 아울러 그와 같은 사법상 권리에는 부당침해에 대한 손해배상청구권 및 사후적 금전배상으로 회복 전보할 수 없는 환경이익이 침해되는 경우 침해의 위협을 방지하기 위한 유지청구권 역시 인정된다고 하고 있습니다. (청주지방법원 1998. 2. 21. 선고 97카합613 공사중지가처분사건)

기본권인 개인의 자유와 권리보다 우위에 있다고는 볼 수 없다는 견해가 있음.

[7] 헌법 제35조 제1항은 환경권을 기본권의 하나로 승인하고 있으므로, 사법의 해석과 적용에 있어서도 이러한 기본권이 충분히 보장되도록 배려하여야 하나, 헌법상의 기본권으로서의 환경권에 관한 위 규정만으로서는 그 보호대상 인 환경의 내용과 범위, 권리의 주체가 되는 권리자의 범위 등이 명확하지 못하여 이 규정이 개개의 국민에게 직접으로 구체적인 사법상의 권리를 부여한 것이 라고 보기는 어렵고, 사법적 권리인 환경권을 인정하면 그 상대방의 활동의 자 유와 권리를 불가피하게 제약할 수밖에 없으므로, 사법상의 권리로서의 환경권 이 인정되려면 그에 관한 명문의 법률규정이 있거나, 관계 법령의 규정취지나 조리에 비추어 권리의 주체, 대상, 내용, 행사 방법 등이 구체적으로 정립될 수 있어야 한다. (한국대법원 1995. 5. 23. 선고 94마2218 결정)

[8] 피고 Y 건설회사는 건축법상 규정된 최소한의 제한규정을 지켜 아파트를 건축하였는 바, 인접한 아파트에 거주하던 X 는 이로 인하여 자신의 일조권이 침해되었음을 이유로 손해배상을 청구한 사건에 있어서 법원은 헌법 제35조 1항과 건축법등 관련 규정에 의하여 환경권의 내용으로 자연에 의하여 주어지는 일조, 전망, 통풍, 정온등의 외부적인 환경을 차단당하지 아니하고 쾌적하게 생활할 수 있는 권리도 당연히 포함된다고 할 것이므로 이러한 일조권등에 대한 침해는 불법행위로서 금전배상의 책임이 되나, 수인한도범위 내에서는 일조권등의 권리행사에 제한을 받게 되므로 일조권 침해의 위법성이 조각된다고 판시한 바 있습니다. (1995. 7. 14. 선고 94가합2353판결)

(2) 행정소송에서 환경권을 주장하여 소송을 제기할 수 있을까?

행정소송에서 환경권의 의의와 관련하여 환경권을 침해받았음을 주장하여 제기하는 각종 행정소송과 관련하여, 한국행정쟁송관련법령은 여하한 처분을 다툴 "법률상 이익"이 있는 자가 적격을 가진다고 정하고 있습니다. 따라서 쾌적한 환경을 누릴 이익이 권리로서 규정되어 있지 아니하다 하여도 일정한 경우 법률상 보호되는 이익이 있는 자라면 행정쟁송으로 이를 구할 수 있습니다.

● 원고 X 가 자신의 주거지역내에서 연탄공장을 건축하도록 피고 Y 시가 건축허가를 내어준데 대하여 그 건축허가처분을 취소하여 줄 것을 요청한 사건에 대하여 한국대법원은 주거지역 안에서는 도시계획법 제19조제1항과 개정전의 건축법 제32조제1항에 의하여 공익상 부득이 하다고 인정될 경우를 제외하고는 거주의 안녕과 건전한 생활환경의 보호를 해치는 모든 건축이 금지되고 있을 뿐 아니라 주거지역내에 거주하는 사람이 받는 위와 같은 보호이익은 법률에 의하여 보호되는 이익이라고 할 것이므로 주거지역내에 위 법조 소정 제한면적을 초과한 연탄공장 건축허가처분으로 불이익을 받고 있는 X는 비록 당해 행정처분의 상대자가 아니라 하더라도 그 행정처분으로 말미암아 위와 같은 법률에 의하여 보호되는 이익을 침해 받고 있다면 당해 행정처분의 최소를 소구하여 그 당부의 판단을 받을 법률상의 자격이 있다 고 판시한 바 있습니다. (한국대법원 1975. 5. 13. 판결 72누96)

● 양수발전소건설사업과 관련하여 원고 X등은 양수발전소건설사업구역내에 거주하는 주민이고 원고 Y 등은 그 지역의 산에서 송이를 채취하거나 자연을 찾아 즐기거나 연구, 보전하려는 산악인, 생물학자, 사진가, 일반인, 환경보호단체[9]인데, 이들이 양수발전건설사업의 승인처분을 취소하여 줄 것을 요청한 사안에 대하여 법원은 당해 사업이 환경영향평가대상사업에 해당한다는 전제하에서 환경영향평가대상지역의 주민인 원고 X등은 당사자적격을 가지나, 원고 Y는 개별적, 직접적, 구체적 이익으로 보호받는 이익이 없으므로 당사자적격을 가지지 아니한다고 판시한 바 있습니다. (대법원 1998. 9.22. 판결 97누19571)

● 공원집단시설지구를 발원지로 하는 하류지역 거주 원고X가 그 허가권자인 Y를 상대로 제기한 공원사업시행허가처분취소청구에서 환경관련 법령들의 취지는 집단시설지구개발사업이 환경을 해치지 아니하는 방법으로 시행되도록 함으로써 집단시설지구개발사업과 관련된 환경공익을 보호하려는 데에 그치는 것이 아니라 그 사업으로 인하여 직접적이고 중대한 환경피해를 입으리라고 예상되는 환경영향평가대상지역 안의 주민들이 개발 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경침해를 받지 아니하고 쾌적한 환경

[9] 참고로 미국의 경우에는 이와 같은 경우 원고가 (1) 소송의 대상이 된 처분이 원고에 대하여 실제로 혹은 예상되는 사실상의 피해(injury-in-fact)를 야기할 예정이고, (2) 이와 같은 피해가 처분과 상당히 연관관계를 가지고, (3) 사법상 구제수단에 의하여 구제가 가능하고, (4) 당해 피해가 위반이라고 주장되는 해당법령에 의하여 보호되는 영역내에 주장가능한 이익이어야 적격을 인정할 수 있다고 하고 있습니다. (Valley Forge Christian College v. Americans United for Separation of Church & State, 454. U.S, 464) 나아가 단체의 경우 단체의 회원이 소송제기적격이 있고 단체가 보호하고자 하는 이익이 당해 단체의 목적과 밀접한 관계가 있다면 단체가 적격을 가진다고 하고 있습니다. (Automobile Workers v. Brock, 477 U.S. 274)

에서 생활할 수 있는 개별적 이익까지도 이를 보호하려는 데에 있다 할 것이므로, 위 주민들이 이 사건 변경승인 및 허가처분과 관련하여 갖고 있는 위와 같은 환경상의 이익은 단순히 환경공익 보호의 결과로 국민일반이 공통적으로 가지게 되는 추상적·평균적·일반적인 이익에 그치지 아니하고 주민 개개인에 대하여 개별적으로 보호되는 직접적·구체적인 이익이라고 보아야 할 것이라고 하였습니다. (서울고등법원 1998. 4. 24. 선고 97누3286)

● 원자력법에 따른 원자로시설부지사전승인처분과 관련하여 당해 시설부지 인접지역 주민 X가 승인처분기관인 Y를 상대로 제기한 처분취소송에서 원자력법은 원자로 등 건설사업이 방사성물질 및 그에 의하여 오염된 물질에 의한 인체·물체·공공의 재해를 발생시키지 아니하는 방법으로 시행되도록 함으로써 방사성물질 등에 의한 생명·건강상의 위해를 받지 아니할 이익을 일반적 공익으로서 보호하려는 데 그치는 것이 아니라 방사성물질에 의하여 보다 직접적이고 중대한 피해를 입으리라고 예상되는 지역 내의 주민들의 위와 같은 이익을 직접적·구체적 이익으로서도 보호하려는 데에 있다 할 것이므로, 위와 같은 지역 내의 주민들에게는 방사성물질 등에 의한 생명·신체의 안전침해를 이유로 부지사전승인처분의 취소를 구할 원고적격이 있고, 환경영향평가법 제7조에 정한 환경영향평가대상지역 안의 주민들이 방사성물질 이외의 원인에 의한 환경침해를 받지 아니하고 생활할 수 있는 이익도 직접적·구체적 이익으로서 그 보호대상으로 삼고 있다고 보이므로, 위 환경영향평가대상지역 안의 주민에게는 방사성물질 이외에 원전냉각수 순환시 발생되는 온배수로 인한 환경침해를 이유로 부지사전승인처분의 취소를 구할 원고적격도 있다(대법원 1998.9.4. 판결 97누19588)

이는 법원이 환경이익의 보호를 위하여 바람직한 방향으로 당사자적격을 확대하여 인정하고 있음을 나타내 주는 것이라 하겠습니다만, 환경권 자체에 근거하여 여하한 권리를 인정하는 것은 아니라고 볼 것입니다. [10]

다만 법원으로서는 최근 문제가 되고 있는 혐오시설기피성향(NIMBY; Not In My Back Yard)와 관련하여 환경이익이 당사자들의 생명, 안전, 건강에 개별적, 구체적으로 영향을 가지는 경우에 있어서는 이를 보호받아야 할 이익으로서 인정하되 단순한 NIMBY 현상에 대하여는 이를 제한하려는 경향이 있는 것이 아닌가 하는 견해도 있습니다.[11]

---

[10] 이러한 판례의 입장에 따라 원고적격이 인정되는 경우를 ① 폐기물처리시설설치촉진및주변지역지원등에관한법률과 관련한 폐기물처리시설설치지역 지역주민 ② 환경.교통.재해등에 관한 영향평가사업법에 의한 환경영향평가대상지역 거주 주민 ③ 먹는물관리법상의 샘물허가허가로 인하여 영향을 받는 지역주민 ④ 유해화학물질관리법상의 취급제한유독물허가로 인하여 환경상 영향을 받는 지역주민의 경우 원고적격을 가지는 경우라고 보아야 한다는 견해도 있음(趙顯權, 환경법, 법률문화사, pp.264-269)

[11] 참고판례

- 원고 X가 자신의 급수원인 상수원지역에 피고 Y 시가 상수원보호구역에 관한 도시계획을 변경하여 화장장을 설치하도록 할 수 있도록 조치한 것과 관련하여 이를 취소하여 달라고 요청한 사건에 있어서 상수원보호구역이라 함은 상수원의 오염을 막아 양질의 급수를 공급받는 이익에 불과하고 이는 상수원의 확보 와 수질보전이라는 공공의 이익을 달성함에 따라 반사적으로 얻게 되는 이익에 불과하므로 법률상 이익이 없음을 이유로 원고적격을 부인하였습니다. (대법원 1995. 9. 26. 판결 94누14544)
- 원고 X가 피고 Y시에 장례식장 건축허가신청을 한 데 대하여 피고 Y 시가 법령상 건축허가를 불허할 사유가 없음에도 불구하고 인근 주민들의 민원이 있다는 사정만으로 이를 불허할 경우 당해 건축허가 반려처분은 위법하다고 한 바 있습니다. (대법원 2002. 7. 26. 판결 2000두9762)

(3) 민사소송에서 환경권을 근거로 한 배상책임추궁 혹은 방해배제는 가능한가?

가. 불법행위

소음, 일조권등 환경이익의 침해에 대하여 사회 통념상 수인한도를 넘은 경우에는 이를 불법행위로 보는 바에 대하여는 위에서 이미 살펴 본 판례에서 나타난 바 있습니다. (위 각주 9번 판례 참조) 법원은 환경이익의 피해 정도, 피해이익의 성질 및 그에 대한 사회적 평가, 지역성, 토지이용의 선후관계, 가해방지 및 피해 회피의 가능성등 모든 사정을 종합적으로 고려하여 그 수인한도를 구체적으로 판단하여 그에 따른 불법행위상의 책임을 물어야 한다고 보고 있으나, 이와 관련하여 구체적인 환경권의 침해인지에 대하여는 명확한 판단을 내린 바는 찾기 어렵습니다.

● 피고 Y시가 원고 X가 거주하는 A시의 상수원으로 사용하고 있는 취수장의 수질이 상수원수 3급에 미달함에도 불구하고 고도의 정수처리가 아닌 일반적인 정수처리를 하여 수돗물을 공급한 것과 관련하여 원고 X가 이를 마신 데 대하여 정신적인 고통을 이유로 불법행위책임을 추궁한 것에 대하여 상수원수의 수질을 유지하여야 하는 규정은 국민 일반의 건강을 보호하여 공공일반의 전체적인 이익을 도모하기 위한 것이지 국민 개개인의 안전과 이익을 직접적으로 보호하기 위한 규정이 아니므로 상수원의 수질이 수질기준에 정한 바에 미달한 수돗물을 마신 경우에도 손해배상책임을 부담하지 아니하고 공급된 수돗물이 음용수기준에 적합하고 몸에 해로운 물질이 포함되지 아니한 이상 불법행위가 성립되지 아니한다고 하고 원고의 권리 역시 사법상 구제가 가능한 구체적인 환경권으로 볼 수 없다고 한 사례 (한국대법원 2001.10.23. 판결 99다36280)

나. 중지청구

환경이익의 침해가 있을 경우 많은 경우에는 차후 이에 대하여 환경침해로 인한 피해를 전보하기 어려운 경우가 대다수이므로 실제로 공사중지가처분이나 공사금지청구와 같은 중지청구가 필요하게 될 것입니다.

한국법원은 이와 같은 경우와 관련하여 환경권의 추상적 권리성만을 인장하며 환경권에 기한 중지청구를 배제하고 있다. 그러나 이에 대하여는 구체적 권리성을 인정함으로써 직접 환경권에 근거하여 방해의 제거나 예방을 구하는 중지청구를 인정함이 타당하다 하겠다는 주장이 학자들에 의하여 계속 제기되고 있습니다.

● 원고 X 대학교와 인접한 토지소유자 Y는 당해 토지위에 24층의 아파트를 짓기로 하여 공사를 착공하였는 바, 당해 건물이 완공되는 경우 건물의 높이가 대학교 교내전체를 내려다 볼 수 있어 대학교의 경관 및 교육환경, 교육활동을 현저하게 해할 우려가 있는 등 교육환경권을 침해하고 당해 대학교 옥상위에 설치될 자동기상관측장비등 과학장비가 제대로 작동되지 아니하여 연구활동에 지장이 있고 아파트 상주인구의 증가로 차량통행의 증가 및 생활소음 등으로 연구활동에 지장이 있으므로 이를 16층 이상으로 건축하여서는 아니된다고 판시한 사례

위 사례에 대하여 하급심법원(부산지방법원 1995. 5. 18. 판결 95카합5)은 환

경이익을 누리고 있는 구성원은 환경이 부당하게 파괴될 우려가 있는 경우 환경이 명백히 부당하게 파괴될 우려가 있는 경우에는 소위 “환경이익의 부당침해방지권”을 가지고 현실적으로 부당한 침해의 위험이 있거나 이미 부당한 침해가 있는 경우에는 금전적 보상에 의한 해결을 수인할 수 있는 사유가 없는 한 환경이익의 부당침해방지권에 기하여 구체적인 금지청구권을 획득하고 이를 행사함으로써 환경이익을 보전할 수 있다고 보고, 한편 환경이익의 부당침해권이외에도 한국민법 제217조[12]에 의한 토지소유권에 기한 방해배제청구권 및 일종의 인격권으로서의 주거환경의 이익에 대한 침해를 원인으로 한 인격권에 기한 방해배제청구권 역시 행사가능하다고 보았습니다만, 그러나 이와 같은 하급심판결에 대하여 대법원은 “헌법 제35조의 규정이 여하한 구체적인 사법상의 권리를 부여한 것이 아니므로 달리 사법상의 권리로서의 환경권을 인정하는 명문의 법률규정이 없음에도 원심이 마치 신청인이 환경권에 기하여 방해배제를 청구할 수 있는 것처럼 설시하고, --- 있는 데에 설령 소론과 같은 잘못이 있다고 하더라도 ---” 이라고 함으로써[13] 이와 같은 환경권 내지 환경이익에 기초한 환경이익의 부당침해방지권을 부인하였습니다.[14]

3. 맺음말

일본의 경우와 달리 “권리”라는 갑주를 입고 헌법 및 환경정책기본법에 화려하게 등장한 환경권은 그럼에도 불구하고 실제 그 집행에 있어서 프로그램적 규정 또는 추상적인 권리로서 취급되고 있습니다. 이와 같은 이유는 (1) 환경권이 아직 구체적인 형태로 나타나본 적이 없는 권리이자, (2) 권리의 행사에 있어 다른 권리와 충돌을 일으키는 경우가 많고, (3) 헌법상 환경권의 내용과 행사에 대하여 법률로서 이를 정한다고 규정한 연유에 있습니다.[15] 하지만 구체적인 법 집행에 있어서 보다 적극적인 법원에 의한 법운영이 건강하고 쾌적한 환경 확보를 더 이상의 환경이익의 침해가 발생되기전에 이를 갖추어야 한다는 점에서 보다 환경권에 관하여 구체적인 권리로서의 성격을 부여할 필요가 있고 또한 그런 노력이 더욱 필요할 것이라고 하겠습니다.

---

[12] 제217조 (매연등에 의한 인지에 대한 방해금지)
①토지소유자는 매연, 열기체, 액체, 음향, 진동 기타 이에 유사한 것으로 이웃토지의 사용을 방해하거나 이웃거주자의 생활에 고통을 주지 아니하도록 적당한 조처를 할 의무가 있다.
②이웃거주자는 전항의 사태가 이웃 토지의 통상의 용도에 적당한 것인 때에는 이를 인용할 의무가 있다.

[13] 다만 대법원은 동하급심판례의 판결이유중 토지소유권에 기한 방해배제청구권을 인정하여 결론을 바꾸지는 아니하였습니다.

[14] 다른 사안에서도 대법원은 이와 같은 환경권에 기한 부당침해방지권의 발생을 부인하였습니다.

원고 X 사찰에 인접하여 피고 Y 가 고층으로 신축하는 건물에 대하여 대법원은 역시 사법상의 권리로서의 환경권을 인정하는 규정이 없는 경우 환경권에 기하여 직접 방해배제를 청구할 수 없고 종전부터 향후하고 있던 경관이나 조망, 조용하고 쾌적한 환경등이 하나의 생활이익으로서의 가치를 가지고 있다고 객관적으로 인정된다면 법적인 보호이익이 될 수 있는 것이므로 소유권에 기하여 방해예방 내지 배제청구를 할 수 있다고 판시한 사례 (한국대법원 1999. 7. 27. 선고 98다47528)

[15] 위 각주 8번의 판례는 그 이유로서 “환경의 보전이라는 이념과 산업개발 등을 위한 개인활동의 자유와 권리의 보호라는 상호 대립하는 법익 중에서 어느 것을 우선시킬 것이며 이를 어떻게 조정 조화시킬 것인가 하는 점은 기본적으로 국민을 대표하는 국회에서 법률에 의하여 결정하여야 할 성질의 것이라고 보아야 할 것이기 때문이다.” 라고 하고 있습니다.

破産者の破産免責に関する判例

兵庫県弁護士会所属　弁護士

宮 永　堯 史
（MIYANAGA Takashi）

「破産者（被告）が信販会社（原告）を債権者名簿に記載せず免責を受け、その後、信販会社より破産者に対し提起された立替金請求事件において、破産者が信販会社を債権者名簿に記載しなかったのは故意によるものではなく、また記載しなかったことに過失もなかった。従って免責の効力が及ぶとして信販会社の請求を棄却した事例」

（この判例は 2003 年 5 月、韓国済州島で開催された本協議会の法令・判例研究会において発表したものである。発表者は破産者側の代理人。本件は神戸地方裁判所に 1998 年提起、翌年、判決が言い渡され、信販会社が控訴せず、判決確定した。）

1　当事者の主張

①　原告の請求

原告と被告間の商品(婦人用着物)代金の立替払い契約に基づき 121 万円余りの立替金を請求

②　被告の主張

(1)　立替払い契約締結の否認

(2)　錯誤無効の抗弁

(3)　破産免責の抗弁

③　原告の再抗弁

(1)　錯誤主張は否認。仮に錯誤があったとしても被告に重過失がある。

(2)　被告は立替金債権を知りながら、意図的に債権者名簿に記載しなかった。そうでなくても、その記載しなかったことに過失がある。

2　争点

(1)　立替払い契約の成否

(2)　立替払い契約が錯誤により無効となるか

(3)　免責の抗弁

3　判断

争点(1)、(2)につき被告の主張認めず、(3)　につき被告の主張認める。

4　判断内容

争点(1)、(2)　省略

争点(3)　免責の効力について

①　被告が平成 10 年 3 月 2 日午後 3 時破産宣告を受け、同年 9 月 1 日免責決定を受けたこと(なお、同決定が確定していることは、弁論の全趣旨により認められる。)債権者名簿に本件立替金債権の記載がないことは、証拠(略)及び弁論の全趣旨から明らかである。

②　破産法 366 条の 12 第 5 号にいう破産者が知って債権者名簿に記載しなかった場合とは、同条の趣旨が、債権者名簿に記載されないことによって、債権者は事実上免責に対する異議申し立ての機会を奪われてしまうことから、債権者の手続保障のために、債権者名簿に記載されなかった債権者を非免責債権として

保護しようとしたものであることからすれば、故意に債権者名簿に記載しなかった場合のみならず、記載しなかったことに過失あるときも含むと解すべきである。

③　これを、本件についてみるに、被告が意図的に本件立替金債務を債権者名簿に記載しなかったと認めるに足りる証拠はない。

前記認定事実及び証拠(略)及び弁論の全趣旨によれば、被告は、白紙の契約書に署名したものであるが、契約書の形式や以前に立替払契約をした経験があることから、その契約書用紙が立替払契約書用紙であり、契約が成立すれば立替金債務を負担することになることを当然に認識していたと推認されること、その上で原告からの電話確認により本件立替払契約の内容を聞き、契約する意思を回答していること、本件立替払契約に基づき、原告から被告に対し、支払明細書が送付され、被告名義の預金口座から、平成9年4月分まで毎月返済金額が引き落とされ、更に、原告から被告宛に内容証明郵便による支払催告書が送付されていることからすると、被告において、本件立替金債務が被告の債務であると認識し得たと言えなくもない。

然しながら、前記認定事実及び証拠(略)によれば、被告は販売店のA社(有限会社)或いはA社代表者の妻から勧められて署名した白紙の契約書に、同販売店が勝手に商品欄等を補充して原告に送付したものであり、被告はA社代表者の妻からは手違いで同姓同名の他人の契約が、被告口座から引き落とされることになったので、原告の契約確認の電話に応答して欲しい旨依頼されたものであること、原告からの契約確認の電話の際には、A社代表者の妻が被告方を訪ねて来て、原告の脇にいたこと、本件立替金債務の返済について、被告口座から一旦引き落とされた初回分が平成9年1月6日返金となっており、初回返済分はA社ないしA社代表者の妻から原告に振込送金されたと推認されること、その後の同年1月分は振替当日の同月27日､同年2月分も振替当日の同月26日、同年3月分は約定返済日の同月27日（振替は被告口座の残高不足により4月8日）にいずれも分割金額の6万4000円がA社からふりこまれていること、A社は平成9年5月に事実上倒産し、A社代表者夫婦が夜逃げした状態になった以後、被告と同様にA社への名義貸しで信販会社から請求を受ける者が続出し、被告は本件について警察に詐欺の被害届出をしたこと、被告は本件取引についてA社ないしA社代表者の妻から何らの利益も受けていないこと、被告は夫婦関係が悪化して次第に友人方に身を寄せるようになり、原告から催告書が配達された平成9年8月ころは、殆ど自宅に帰宅していなかったこと等の事情が認められる。

これらの事実によれば、本件は販売店であるA社が被告を利用して原告から商品代金を不法に取得した事案ということができ、免責不許可とされるような不正取引とはいえず、また法的には名義貸しと評されるとしても、被告において、自己が契約したものではなく、被告名義の口座を貸していただけで、本件立替金債務が自己の債務でないと誤解したということも止むを得ないものといえ、被告が本件立替金債務について債権者名簿への記載をしなかったことについて、過失があるとまでは認めがたい。

（なお、本件は販売店が被告との間では真実の商品販売は全くしていないにも拘らず、立替払契約により、商品を販売したと仮装して信販会社から商品代金を取得していた事案である。）

破産者税破産免責拭関廃判例

兵庫県辯護士會所属　辯護士

宮 永　堯 史
(MIYANAGA Takashi)

『破産者(被告)가 信販会社(原告)를 債権者名簿에 記載하지 않고 免責을 받아, 그 後 信販会社로부터 破産者에 대하여 提訴된 立替金　請求 事件에 있어서, 破産者가 信販会社를 債権者名簿에 記載하지 않았던 것은, 故意的인 것이 아니고, 또 記載하지 않은 것에 대한 過失도 없었다. 따라서 免責의 效力이 있을 것으로 보아 信販会社의 請求를 棄却한 事例 』

(이 判例는 2003年 5月, 韓国 済州道에서 開催된 本協議会의 法令・判例研究会에서 発表한 內容이다. 発表者는 破産者側의 代理人. 本件은 神戸地方裁判所에 1998年 提起, 翌年, 判決이 言渡되어, 信販会社가 控訴하지 않아서 判決이　確定되었다)

1. 当事者의 主張
　① 原告의 請求
　原告와 被告間의 商品(婦人用　키모노)　代金의 立替支払契約을 根拠로 하여 121万円程度의 立替金을 請求.
　② 被告의 主張
　(1) 立替支払契約締結을 否認
　(2) 錯誤無效를 主張
　(3) 破産免責을 抗弁
　③原告의 再抗弁
　(1) 錯誤主張을 否認. 만약 錯誤가 있었다고 하더라도 被告에게 重過失이 있다.
　(2) 被告는 立替金 債権을 알면서도, 故意的으로 債権者名簿에 記載하지 않았다. 그렇지 않더라도　記載하지 않은 것에 대해 過失이 있다.
2. 争点
　(1) 立替支払契約의 成否
　(2) 立替支払契約이 錯誤에 의한 것이라면,　無效가 될 것 인가
　(3) 免責의 抗弁

3. 判断
　争点(1),(2)에 관하여 被告의 主張은 認定하지 않고,
　争点(3)에 관한 被告의 主張은 認定한다.
4. 判断內容
　争点(1),(2) 省略

争点(3) 免責의 效力에 관하여

① 被告가 平成10年 3月 2日 午後　3時 破産宣告를 받고, 同年 9月　1日　免責 決定을 받은 일. (또 同決定이 確定하고 있는 것은, 弁論의 全趣旨에 의하여 認定된다) 債権者名簿에 本件　立替金　債権의 記載가 없는 것은, 証拠(略) 및　弁論의 全趣旨로부터 밝혀졌다.
② 破産法　366条의　12　第5号에서 말하는 破産者가 알고 債権者　名簿에 記載하지

않은 境遇는, 同条의 趣旨가, 債権者 名簿에 記載되지 않은 것에 의해, 債権者는 事実上 免責에 대한 異議提起의 機会를 剥奪당해 버리기 때문에, 債権者의 手続 保障을 위하여, 債権者 名簿에 記載되지 않았던 債権者를 非免責 債権者로서 保護하려고 했던 것 이라고 한다면, 故意로 債権者 名簿에 記載하지 않았던 境遇뿐만 아니라, 記載하지 않았던 것에 過失이 있을 때도 包含하여 問題를 풀어야 한다.

③ 이것을, 本件에 관하여 본다면, 被告가 意図的に으로 本件 立替金 債務를 債権者 名簿에 記載하지 않았다고 認定할 만한 証拠가 없다.

前記 認定 事実 및 証拠(略) 및 弁論의 全趣旨에 의하면, 被告는 白紙의 契約書에 署名한 것이지만, 契約書의 形式과 以前에 立替金 契約을 한 経験이 있기 때문에 그 契約 用紙가 立替支払い 契約書 用紙이고, 契約이 成立되면, 立替金 債務를 負担하게 되는 것을 当然히 認識하고 있었다고 推認되어지는 点, 게다가 原告로부터의 電話 確認에 의해서, 本件 立替金 支払い 契約의 内容을 듣고, 契約할 意思를 回答하고 있다는 点, 本件 立替 支払い 契約을 根拠로 하여, 原告로부터 被告에 대해, 支払い 明細書가 送付되어, 被告 名義 預金 口座로부터, 平成 9年 4月分까지 毎月 返済 金額이 引出되었고, 게다가, 原告로부터 被告 앞으로 内容證明 郵便에 의한 支払い 催告書가 送付되어진 것으로 미루어보아, 被告에게 있어서, 本件 立替金 債務가 被告의 債務라고 認識할 수 있다고 말하지 않을 수 없다.

그렇지만, 前期 認定 事実 및 証拠(略)에 의하면, 被告는 販売店의 A社(有限会社) 或은 A社 代表者의 婦人이 勧하여 署名한 白紙의 契約書에, 同 販売店이 任意로 商品欄等을 補充하고 原告에게 送付한 것이고, 被告는 A社 婦人으로부터는 엉뚱하게 同姓同名의 他人의 契約이, 被告 口座로부터 빠져나가게 되었다는 것 이어서, 原告의 契約 確認의 電話에 応答하여 주기를 바라는 趣旨가 依頼되었다는 点, 原告로부터의 契約確認의 電話가 있었을 때에는 A社 代表의 婦人이 被告側에 찾아와서, 原告의 곁에 있었던 일, 本件 立替金 債務의 返済에 관하여, 被告 口座로부터 引出된 1 回 分이 平成 9年 1月 6日 返金되었고, 初回 返済分은 A社 或은 A사 代表者의 婦人으로부터 原告에게 口座移替되었다고 推認되는 点, 그 후 同年 1月分은 口座振替 同日인 同月 27日, 同年 2월月分도 口座移替 当日의 同月 26日, 同年 3月分은 約定 返済日의 同月 27日(計座移替는 被告 口座의 殘高 不足으로 인해 4月 8日)에 어쨌든 分割金額인 6万 4000円이 A사로부터 入金되어 진 것, A社는 平成 9月 5日에 事実上 倒産되었고, A사 代表者 夫婦가 夜間 逃走한 상태가 된 이후 被告와 A社의 名義를 빌려서 信販 会社로부터 請求를 받은 者가 続出하여, 被告는 本件에 関해서 警察에 詐欺被害申告書를 提出한 点, 被告는 本件 去來에 관하여 A社 내지 A社의 代表者의 婦人으로부터 어떤 利益도 받지 않았다는 점. 被告는 夫婦 関係가 惡化되어 漸次로 친구 집에 있게 되었고, 原告로부터 催告書가 配達되었던 平成 9年 8月頃은 거의 집에 없었던 등의 事情은 認定된다.

이러한 事実에 의하면, 本件은 販売店인 A社가 被告를 利用하여 原告로부터 商品代金을 不法으로 取得한 事案이라는 것이 可能하고 免責 不許可라고 되어질만한 不正去來라고도 말할 수 없고 또 法的으로는 名義貸与라고 評한다 치더라도 被告에게, 自己가 契約한 것이 아니고, 被告名義口座를 빌려 준 것뿐인데, 本件 立替金 債務가 자기의 債務가 아니라고 誤解한 点도 어쩔 수 없지만, 被告가 本件 立替金 債務에 관하여 債権者 名簿에의 記載를 하지 않은 것에 관해서는 過失이 있다고까지 認定하기 어렵다(또 本件은 販売店이 被告와의 사이에서는 真実한 商品 販売는 전혀 하지 않음에도 불구하고, 立替金 支払 契約金에 의해 商品을 販売했다고 假装하여 信販会社로부터 商品代金을 取得해 온 事案이다)

任員の責任と保険

（判例の傾向と分析）

辯 護 士

洪　　明　　昊

(HONG Myung-Ho)

1. 序説

今日、企業らは国際競争力を強化する為、企業活動の規制を緩和や企業経営に関する監視制度を確立し、企業の透明性を高めと共に、経営責任強化を図り、そのため企業経営に実際に関与する実質支配株主の法的地位を立法化し、経営に対する監視牽制装置を補強する。その為に社外理事制度を導入しており、少数株主権の行使を容易にするためにその用件を緩和し、経営の透明性を高めるために結合財務諸表の作成を義務化する等、経営支配構造の先進化という一連の努力を競っている。

このような変化に従い企業経営陳の責任は益々大きくなり、最近の企業体任員の責任を認定した判例を見ながら、これらの責任履行が担保できる方案を考察して見たい。以下では企業の任員らに対する法的責任を檢討し、その責任移行の担保装置の一つである任員賠償責任保険の内容を調べて見よう。

2. 最近の判例

(1) 去る2001年12月27日、水原地方法院の民事合議7部は、参与連帯等が三星電子の経営陣を相手に提起した株主代表訴訟で経営上の誤りに因り会社に損害を与えたという理由で、三星電子の前・現職理事14人に總977億ウォンを賠償することを原告一部の勝訴判決を下しており、現在この訴訟は抗訴審中である。

(2) 大法院は2002.3.15. 2000ダ9086判決で第一銀行と少額株主らが韓寶グループに対し、不実貸出により銀行に損害を与えた前職理事らの責任を問う訴訟で、原告勝訴を判決した原審を確定した。 これは銀行の代表理事乃至、理事が貸出決定に於いて善管義務に違反し、任務を懈怠したという理由で会社に対する損害賠償責任を認めた事例である。 この判例から大法院は金融機関である銀行は株式会社として運營してはいるものの利潤追求のみを目標とする營利法人である一般の株式会社とは異なり、貯金者の財産を保護し、信用秩序維持と資金仲介機能の効率性維持を通して金融市場の安定及び、国民経済の発展に貢献すべきの公共的な役割を担当する位置の立場なので、銀行のそのような業務の執行に従う理事は一般の株式会社理事の善管義務からより嚴しく銀行の公共的な性格に相応しい内容の善管義務まで果たして貰うことが要求され、従って金融機関の理事が上記のような善良な管理者の注意義務に違反し、自分の任務を懈怠したかの可否はその貸出決定に於いて通常の貸出担当任員として看過してはならない誤りがあるかの可否を金融機関の公共的な役割の觀点から、貸出の條件と内容、規模、返濟計画、担保の有無と内容、債務者の財産及び、経営状況、成長可能性等、様々な事項に照らして總合的に判定しなければならないと判示した。

3. 理事の責任

⑴理事と理事会の地位

韓国の商法は株式会社の業務執行に関する代表理事と理事会を置き、その業務を専門的に分化させている。従い、代表理事は対内外的に会社の業務を執行し、対外的に会社を代表するようになっており、理事会は幾人の理事らで構成され、会議体の意思決定機関として会社の重要な業務執行に関して監督する権限を持っている。一方、理事は株主總会で選任される理事会の構成員であり、理事会に出席して会社の業務執行に関する意思決定の参与や業務監督をするが、会社の機関としての地位は持てず代表理事の前提資格を持つのに過ぎない。

普通の場合、会社の業務執行は代表理事のみができるのであり、理事というのは社内理事と言い対内的に代表理事を頂点として業務執行のみを担当する代表権がない理事、又は、商業使用人を兼ねる兼職理事と業務を担当しない社外理事)[1]がある。

⑵理事の義務

①善管義務

会社と理事の関係については委任に関する規定に準用するので(商法第382條、第2項)、理事は会社の業務を執行するに至って善良な管理者の注意義務を負担する(民法 第681條)。

②報告義務

理事は3ヶ月に1回以上は業務の執行状況を理事会に報告しなければならない(商法、第393條、第4項)。この規定がある為、せめて毎4分期に一回は理事会を開くべきであり、特に多数の社外理事が構成されている理事会では重要な意味を持つのである。又、理事は会社に顯著に損害を与える恐れがあることを發見した場合には、直ちに監事又は、監事委員会にこの事実を報告しなければならない(商法 第412條の2、第415條の2、第6項)。

③監視義務

理事は善管義務に関わる具体的な義務の一つである他の理事の職務執行を監視する義務があると認めている。この場合、その範囲に関連して積極的な監視義務が認められるかの問題もあるが、具体的な業務を担当しない平理事らに於ても、他の理事の業務執行が違法であることが分かったり又は、違法であると疑う程の理由があった場合には、理事会で想定していない事項に関しても監視を行い、必要があれば自ら理事会の召集要請をし、理事会を通して業務執行が適正に行われる様に能動的に対処すべきである。)[2]

④忠実義務

理事は法令と定款の規定に従って会社の為、その職務を忠実に遂行しなければならない(商法 第382の3條)。 これは理事の善管義務を具体的なことや、注意することを規定したものの、IMF事態に遇って企業経営の透明性を高め、企業支配構造の先進化を

[1] これは爲替危機に導入されたもので、株券上場法人又は、協会登録法人は社外理事を理事総数の4分の1以上であることや、最近、事業年度末現在の資産総額が2兆ウォン以上の株券上場法人又は、協会登録法人の社外理事は3人以上にするが、理事総数の2分の1以上にならなければできない。 (証券取引法 第191條の16 第1項)

[2] 大判1985、6. 25.宣告、85ダカ1954 参照。

図る為に導入した規定である。)[3]

⑤営業秘密維持義務
理事は業務上に会社の営業秘密に接近する機会が多いので、営業秘密は会社、株主及び、一般投資者に非常に重要な情報なのでこれを漏洩したり、自分又は、第3者の利益の為に使ってはいけない義務を持つ。理事の秘密維持義務は在任中は勿論、退任後にも存続する(商法 第382條の4)。 証券取引法は理事等の内部者が公開していない営業情報を利用して株式取引をするのを規制して來た(証券取引法 第188條の2)。

⑥経営判断の法則
A. 意義
これは理事がその権限の範囲内で客観的な情報に従って諸般事情を考慮し、合理的な経営上の決定をした場合には、單純にその判断が誤ったという理由だけでは責任を持たないという原則を言うが、会社の理事は定款の所定の目的範囲内で会社の経営に関する判断を下す裁量権を持っており又、企業の経営は多少の冒險とこれに伴って危險性が必須的に隨伴するので理事が業務を執行するに於いては企業人として要求される合理的な選択範囲内で判断し、充実に業務を執行したらばその行動が結果的に会社に損害を与えたとしても理事に注意義務を違反したからとゆって責任を問えないのである。
この原則は米国判例法で生成され発展したが1992年、米国法律協会の(会社支配及び構造の原則:分析と勸告)ではこの原則を次のように定型化している。理事又、任員はａ.経営判断事項に対して理解関係がなく、ｂ.理事又は、任員が当該状況から非常に合理的に信頼した範囲内で、経営判断事項に対して情報を持ち、ｃ.経営判断が会社の最前の利益と合致すると信頼するに十分な合理性がある場合その義務を果たしたと規定している。
B. 限界
経営判断の法則は法院が理事の経営判断に介入できないという意味なのではなく、只理事の経営判断を相当な水準に尊重するという意味から理事が十分な情報を得た後、合理的な根據に基づいて経営判断を行い、法令違反又は、忠実義務違反の事実があってはいけないのである。 これに関連して韓国の法院は〝第一銀行の代表理事である被告任員は銀行が韓寶鐵鋼に対して実施した自体信用調査の結果、与信禁止企業という報告があったが、工事完了時の工場敷地に対する後娶担保の取得を予定して何の物的担保を取得しないまま社債支給保証を決議したり、一部のみに対して担保を設定し、信用のみで追加貸出した事件で経営判断の法則を認定しながらも銀行の経営者は、その貸出可否を決定するに於いては回収不能の危險がないかを客觀的な資料を通して愼重に判断すべきであり、もし、回収不能の危險が憂慮であればこれを避けなければならないのである。そして貸出をしても確実な担保を取得して銀行に損害が發生しないようにする義務があるので、不実貸出をした銀行最高経営者(代表理事ら)としてはその任務を懈怠したのであり、又、他の理事らは理事としての韓寶鐵鋼に対し、上記の与信の危險性についてはよく知っていたにも関わらず、代表理事らの無謀と獨断的な与信提供決定を阻止できず、理事会決議で承認したことに於いて賛成したのは、銀行

[3] これに反して善管義務のみを持つのは委任人の義務を優先させ自己の利益を無視する義務を規定するのが困難なので忠實義務は善管義務とは根本が異なる義務という見解。ゾンドンユン、会社法(法文社、2001)

理事としての任務を懈怠した〞と判示したことがある。)[4]

経営判断の法則で理事は会社に対する責任のみが問題になる。第3者との関係では理事の経営判断を尊重すべきではない。何故ならば理事の注意義務違反があれば、当然に会社との関係から損害賠償責任を負担し、会社の債権者の利益を保護する必要があるからである。

C. 訴決

上記の水原地方法院の2001.12.27. 判決についてソクゾンヒョン教授は'この判決が勝利した戦争で一定な作戦地域の戦術的判断を問題にし、指揮官らを事後的に問責するのと同じであると言えるが、戦争は戦闘状況に従って、臨機応変的な戦術作戦が不可避であるので事後的にその当否を審査するのは戦争と戦闘での属性上、現実的には不可能である'と評価する。従って、法院は経営判断が持つ危険選好的に意思決定の意味を十分に考慮しなくてはならないし、これに関連して経営学乃至、経済学理論を法律学と並行し、法律的な判断をしなければならないことを指摘する(法律新聞2002.4.25.)。商法学界でも理事の任務懈怠に因る責任問題を扱うに於いて、この法則の適用を受け入れるべきであるという見解が有力である。

韓国の法院も会社任員の責任に於いては米国の会社法上、発展して來た理論である所為、経営判断の法則を認定していると言える。只、その要件に於いてもっと嚴しく適用をしようとする様子が見える。結局、経営判断の法則も会社機関の行為に対する適法性及び、適切性の統制方法の一側面であると考えられる。このような点を考慮すると、この法則の限界を設定するのには会社利益という尺度が考慮できなければならないと思う。

⑶理事の責任

①理事の会社に対する損害賠償責任)[5]

理事は法令又は、定款に違反した行為をしたり、その任務を懈怠した場合には、その理事は会社に対し、連帯して損害を賠償する責任があり、理事の法令又は、定款に違反した行為が理事会の決議に因る場合にはその決議に賛成した理事らも連帯責任があり、決議に参加した理事として議事録に異議を記載していない者は決議に賛成したと見なす(商法 第399條)。 理事はもし、理事会又は、株主總会の決議による行為で生じた損害についても責任を持つ)[6]

任務懈怠の場合というのは理事の監督不十分で支配人が会社財産を浪費した場合、手形金の推尋を懈怠した場合、会社の資産、能力を考慮せずに調査不十分な事業に多額の投資をして破綻をもたらした場合、売買の目的物を調査しなかった場合、理事が他の理事に対し監視義務を怠けた場合等である。この立証と関連して法院は代表理事を相手に株式会社に対する任務懈怠のことを債務不履行による損害賠償責任を問うに於いては代表理事の職務遂行上の債務は、未回收金損害などの結果が全然發生しないよ

[4] ソウル地方 97ガ合39907、ソウル高法 98ナ45983 判決

[5] 新株發行に關し、資本忠實の責任(商法 第428條)があるが、これは論議から除外する。

[6] 大判 1989. 10. 13.宣告、89ド1012

うにする結果債務ではなく、会社の利益の為、善良な管理者として注意義務を持ち必要に応じて適切な処置を行使する債務があるので、会社の貸出金中に未回収金損害が發生したという結果のみだけで直ぐに債務不履行事実という主張ができない)[7]
と判示し、理事の責任を主張する者に立証責任があると言った。
上記の責任は定期株主總会で財務諸表を承認した後、2年内に他の決議がなく、不正行為がない限り解除され(商法 第450條)、總株主の同意として免除がありうる(商法第400條)。
②第3者に対する責任
A. 趣旨
代表理事はその業務執行に因り第3者に損害を加えた場合、会社と代表理事が連帯で、これを賠償する責任がある(商法 第389條 第3項)。しかし、代表理事ではない一般理事の場合、第3者との関係では直接的な法律関係がないので民法上の不法行為を構成しない限り、会社の任務懈怠に因る第3者に損害賠償責任を持つ場合は、当然に發生はしないが、理事の任務遂行に従っては第3者の利害関係に重大な影響を与え得るので、商法は理事が悪意又は、重過失に因るその任務を懈怠した場合、その理事は第3者に対し、損害を賠償する責任があると規定している(商法、第401條の第1項)。そして、証券会社理事の第3者に対する責任に関しては特則がある(証券取引法第58條)。これに関連して証券会社の任員が強行規定に違反した利益保証で投資を勧誘したが投資結果、損失をした場合には投資者に対し不法行為責任を成立させる為には、せめて取引経緯、取引方法、顧客の投資状況、取引の危險度及び、これに対する説明の程度等を綜合的に考慮した後、当該の勧誘行為が経験が不足した一般投資家に取引行為に必然的に隨伴する危險性に関しての正しい認識形成を妨害したり、又は、顧客の投資状況に照らして見て過大に危險性を伴う取引を積極的に勧誘した場合に該当し、結局顧客に対する保護義務を失って違法性のある行為になることを評価しなければならない。)[8]

B. 任務懈怠の類型
債務負担後、経営が悪化した場合で、会社が債務を負担する当時には返濟の可能性があったが、その後、理事の任務懈怠に因り会社の資産状態が悪化した場合は、会社の放漫な経営がこれに該当する。ここでは会社の資産状態を悪化させた理事の行為が責任の原因になる。(間接損害の賠償を求める場合)
経営悪化後、債務負担の場合は既に会社の資産状態が悪化し、履行の見込みがないのにも債務を負担する場合として、支給可能性がない手形の發行が代表的である。(直接に損害賠償を求める場合)
次には株式請約書、社債請約書、新株引受権証書、財務諸表他、付属明細書等、虚偽に記載したり、虚偽に登記又は、公告をするなどの不実表示をした場合である。 証券取引法は投資者を保護する為、これに関する特則を置いてある(証券取引法 第14條以下)。
C. 責任の範囲
第3者が受けた損害には直接損害(理事が第3者に対し、直接に違法行為をして損害を与えた場合を言い、例えば、会社の資産状態が良好なように見せて代表理事と取引した第3者が会社の倒産に因り受けた損害がこれに該当する)だけではなく、間接損害

[7] 大判 1996. 12. 23.宣告 96ダ30465

[8] 大判 1994. 1. 11.宣告 93ダ26205

(理事の任務懈怠で第1次的には会社に損害を与え、その結果として第3者が会社から債務の履行を受けられずに第2次的に損害を受ける場合を言うが、これは理事が会社財産を横領したので債権が回収できなくなった会社債権者が受けた損害を言う)も含まれる。
但し、この場合には株主も第3者として包含するかが問題になり、特に株主の間接損害も賠償の対象になるのかである。(株主が理事の虚偽情報を信じて株式を引受けたり、株式を売渡しする機会を失って受ける損害、名義改書を不当に拒絶されて受けた損害等、直接損害が含まれるのは勿論である)。これについて 法院は会社の代表理事が会社財産を横領して会社財産が減少したことで、会社が損害を受け、結果的に株主の経済的利益が侵害を受けて損害するような株主の間接損害は商法第401條の第1項から言う損害の概念に含まれていないと判示した)[9]

③実質上の理事の責任
会社の登記符上の理事ではないが、対内外的に重要事項に於いては決定権がある実質的な経営者である事実上の理事も責任を負う。会社に対する影響力を利用して理事に業務執行を指示したり、理事の名義で直接的に会社の業務を執行した者、そして、理事ではない名譽会長、会長、副社長、企画調整室長,、専務、常務等、この他、会社の業務を執行する権限があると認定できる程の名称を使用して会社の業務を執行した者は、指示したり、執行した業務に対し、会社と第3者に於いて会社の理事と同一な責任を持つ(商法 第401條の 2 第1項)。
④名義上理事の責任
会社の業務執行に参与せず登記符上のみ理事である名義上での理事も理事の就任を承諾した以上には責任を免れることはできない。彼らは所定の手続きを経て理事として選任されるという点からその法的な地位は業務執行に参与する理事と異なることはないと言えるのであり、社外理事もここに属するのである。

⑷代表訴訟制度)[10]
理事の会社に対する責任を問う為、發行株式總数100分の1以上に該当する株式を持った株主[株券上場法人又は、協会登録法人の場合には少数株主の要件が6月前から続けて發行株式總数の10,000分の1以上に該当する株式を所有している者(証券取引法、第191條の13第1項)、大型証券会社の場合100,000分の5以上の株式を所有している者(証券取引法、第58條)]は会社の為、理事他の者に責任の追究を会社代表として訴訟が提起できる(商法、第403條)。本來、理事他の者は会社に対する責任を会社が自ら追究しなければならないが、これらの間に情実関係でその実現の期待が難しい為、まず会社に理由を記載した書面で、理事の責任を追究する訴訟の提起を請求しなければならない。(手続き欠缺時には却下の事由になる。この場合、監事が会社を代表して訴訟

■判例研究　韓国側

た場合も、30日が過ぎると瑕疵は治癒される)[11]

---

[9] 大判 1993. 1. 26. 宣告 91ダ36093
[10] 理事の業務執行に対する株主の監督権として維持請求権もある(商法 第402條)。これは違法行爲の中止を請求できるという点から損害賠償が請求できる代表訴訟とは差がある。
[11] ソウル地方 1998.7.24. 宣告 97ガ合39907

ここで言う理事の責任は理事が会社から負担する一体の債務(例えば、借用金債務と同一な個人的なもの)がこれに含まれており、理事が再任中に負担した債務だけではなく、理事として就任する前に負担した債務と相続又は、債務引受けによる承継取得した債務もここに含まれる。
代表訴訟の判決が宣告されると、その判決の効力は会社に於いて当然に影響がある(民事訴訟法、第218條の第1項)。株主が勝訴した場合、その株主はそれによって利益を貰うことになった会社に対して訴訟費用及び、訴訟に因り支出した費用中、相当な金額の支給が請求できる。 この場合、訴訟費用を支給した会社は理事に対して求償ができる(商法 第405條 第1項)。相当な金額には弁護士選任費用中、大法院規則が定める限度を越える金額が包含される。
しかし、株券上場法人又は、協会登錄法人の少数株主が勝訴した場合には訴訟費用の他訴訟による全ての費用の支給が請求できる(証券取引法 第191條の13 第4項)。[12]

⑸集団訴訟制度の導入
多数の消費者あるいは、投資者らが少数の企業、又は任員に対して原因や爭点を共通にする少額の損害賠償請求権を持っている場合に、その被害者群に属する人の中である一人又は、皆が自ら代表者になって被害者群に属する権利の全てを集めて訴訟を提起し、一編に紛爭を解決する訴訟形態を言う。これは現行民事訴訟法が認定する選定当事者制度(民事訴訟法、第53條)と代表当事者により訴訟を遂行し、その判決の効力が当事者全員に対して影響するという点から類似である。但し、選定当事者の選定は書面による個別的な授権が必要であり、又、選定者も一々住所、名前を書いて特定していなければならないのだが、集団訴訟では法院が自ら踊り出る代表者に、その訴訟遂行を許可した以上、 被害者群に属する人の中で、除外申請が無ければ当然に授権がある筈だ。又、被害者群に属する人らを特定する方法も廣範囲であり、[一定期間に特定会社の株式を取得した者]と表示してもよい。新政府から証券関連の集団訴訟提議の導入が有力になりそうである。

4. 任員賠償責任保険(D&O)

ア. 必要性
今まで檢討したように理事の責任問題は今日、会社経営陣に於いて非常に深刻であり、威脅であると認識している。責任原則が追想的な業務執行の指針ではなく、切迫な現実に擡頭したからである。 その理由は株主の攻撃的な経営監視の傾向に起因する。何よりも少額株主の権利意識が顯著に強化され、少数株主権の行使が簡單になっており、経営陣を対象に嚴重な経営上の責任を問う形態が普遍化になりつつであるからだ

責任保険(D&O)である。
特に、会社の経営上の過誤による損害範囲は天文学的な金額なので、これは保険制度を通して保全するのが被害者を救濟すると共に、加害者も賠償責任から救濟される効

[12] 過去には代表訴訟を規定している商法規定が死文化になったが、最近には株主の代表訴訟が活性化になり(1997年ドンバンペレグリンの最大株主である香港ペレグリン社は現、前任員がミドバをM&Aする過程で会社に対して200億ウォンの損害を与えたと明かしながら、代表訴訟を提起する要請をしたことがある)最近、その要件を單獨株主権に改訂する要求も提示している。

果がある筈だ。)[13]

イ．任員賠償責任保険(D&O)約款の概要
⑴会社の補償責任
約款2條によると“会社はこの約款とこれに添付された特別約款の諸規定に従って、被保険者が任員としての業務と関連して行った行為に起因して、保険証券上の担保地域内で被保険者に対して損害賠償請求が提起され、法律上に賠償責任を負担することで受けた損害を補償する。しかし、保険証券上に遡及担保日付が記載している場合に、遡及担保日付の以前又は、保険期間以後に行った行為に対する損害は補償しない。会社は保険期間中、最初に提起された損害賠償請求について補償する”と規定している。ここで任員とは“商法上の理事及び、監事、これに準ずる者として保険証券の被保険者とは、証券に記載された地位にある者”を言い、被保険者は“法人の全ての任員を言い、既に退任した任員及び、この保険契約の保険期間中に新しく選任された任員も含む。但し、初年度契約の保険期間の開始日以前に退任した任員は除外する。又、任員が死亡した場合には、その任員と任員相続人又は、相続財産法人を任員が破綻した場合には、その任員とその任員の破綻管財人を同一な被保険者に見なす”と、定義しており、該当所属会社がない秘書室、基調室任員の場合は、保険から補償は受けられない。遡及担保日付とは、責任開始期間を保険契約締結以前の視点に約定する場合、その時を言う。
⑵補償の範囲
約款5條によれば“会社は被保険者の法律上の損害賠償金及び、損害防止費用、訴訟前に和解した場合、合意費用、法的対応に必要な弁護士費用、訴訟費用等を補償する”と、規定している。従って、税金、罰金、過怠料、過徴金、懲罰的損害賠償金、倍額賠償金及び、被保険者と他人との間に損害賠償に関する特別な約定がある場合、約定に従って加重した損害賠償金は包含しない。会社任員が商法上に特別背任罪で罰金刑を宣告受けたとしても、これは保険を通して補償を貰うことができない。）[14]

⑶免責事由

■判例研究　韓国側

2)被保険者の犯罪行為に起因する賠償請求
3)法令に違反することを被保険者が認識していながら行った行為に起因する賠償請求
4)被保険者に報酬又は、賞与等が法令を違反して支給したことに起因する賠償請求

---

[13] LGグループ総首らが、さる1999年LGCI(当時LG化學)からLG石油化學持分2744万株(70%)を株当り5500ウォンに買入し、LG石油化學が上場した後2002年1月から9月の間にこれを1万～2万ウォンに賣買したという理由で参与連帯はLGCI経營陳らがLGグループ総首らとのLG石油化學の株式取引から1900億ウォン以上の株式賣買損失を会社に与えたという報告し、823億ウォン規模の損害賠償請求訴訟を提起した。 原告(参与連帯)が勝訴する場合、LGCI任員らは823億ウォンを賠償しなければならない。この場合LG火災はLGCI任員らが賠償すべき823億ウォン中、任員賠償責任保險金200億ウォンを支給しなければならないと見通している。（毎日経濟、2003. 2. 27.）

[14] SKグループのC会長は、2002年3月自分が保有しているワークヒールホテル株式とSK株式会社の株式を直交換し、959億ウォンの不当利得を取り、99年SKグループとJP某件間でSK証券株式の裏面契約過程に介入し、系列社に1112億ウォンの損失を与えた嫌疑で檢察調査を受けている。

5)被保険者が公表していない情報を不法的に利用し、法人が發行した株式、社債等の売買をすることで發生する賠償請求
6)政治団体、公務員又は、取引先の任員、従業員等、他の利益提供が法により禁止されている団体又は、個人に提供した利益に起因する賠償請求
B. 約款8條に規定した事由
1)初年度契約の保険期間開始日以前に行われた行為に起因する賠償請求
2)初年度契約の保険期間開始日以前に保険証券に記載している法人については提起になった訴訟及び、この訴訟で主張した事実と同一又は、関連のある事実に起因する賠償請求
3)この契約の保険期間開始日に被保険者に対する損害賠償請求が提起される憂慮がある状況を被保険者が知っていた場合やその状況の原因になる行為に起因する賠償請求
4)この契約の保険期間開始日以前に被保険者に提起された損害賠償請求の中で、主張された行為に起因する賠償請求
5)通常的である場合、又は急な事故によるものであるかの可否に関係なく、公害物質の排出、放出、漏出、溢れ又は、流出で生じた損害に対する賠償請求及び、汚染除去費用
6)原子核物質の放射性、爆發性、放射線調査又は、放射能汚染、他の有害な特性又は、これらの特性により生じた事故の損害に対する賠償請求
7)身体障害、財物損害、財物の紛失又は、盗難、口頭又は、文書による誹謗、中傷又は、他人の私生活を侵害する行為等の人格侵害、罰科金及び、懲罰的な損害に対する賠償請求
8)保険証券に記載した子会社の任員に対する損害賠償請求の中で、法人が直接であり、別の子会社を通して間接でありそれを不問し、その子会社が發行した株式總数の40%を越える株式を所有していない時期に行われた行為に起因する賠償請求
9)別の被保険者、法人又、子会社が提起する賠償請求、そして別の被保険者、法人又、子会社が関与して法人又、その子会社が發行した有価証券を所有する者が損害賠償請求や株主代表訴訟の可否に関係なく提起する賠償請求
10)会社が發行した株式總数について、保険証券に記載した比率以上を所有する者から提起した賠償請求、又、直・間接を不問して、大株主が関与し、会社が發行した有価証券を所有する者が損害賠償請求や株主代表訴訟に関係なく提起する賠償請求
11)法人以外の他法人又は、団体の任員として行った行為に起因する賠償請求又は、そのような他法人の任員である身分を理由で起因する賠償請求
C. 約款9條に規定した事由
会社は被保険者について、株主代表訴訟が提起され被保険者が法人につき、法律上の損害賠償責任を負担する場合に受けた損害は補償しないが、法律上の損害賠償責任に不当する被保険者以外の他被保険者に対しては適用しない。
D. 約款10條に規定した事由
会社は保険期間中に法人が第3者と合併する場合又は、法人資産の全てを第3者に譲渡する場合、第3者の法人が發行した株式總数の40%を超過する株式を取得している場合、取引の發效日以後に行われた行為に起因する損害賠償請求が提起され、被保険者が受けた損害は補償しない。但し、保険契約者又は、被保険者が上記の取引が行われた場合、その事実を直ちに会社に書面で通知し、会社がこれを書面で承認した場合にはそうではない。
(4) 契約前に知らせる義務
契約を結ぶ場合に保険契約者、被保険者又は、これらの代理人は保険契約請約書(質問書)の記載事項について、知っている事実は漏れなくそのまま会社に知らせなければならない。

(5)特別約款
A. 法人補償担保の特別約款
免責約款8條の第9項によると、任員は会社に対する責任と関連して、会社の任員に対する損害賠償請求は補償できないように規定している。従って、法人補償担保の特別約款で補償を受けざるを得ない。
B. 株主代表訴訟特別約款
免責約款9條の第1項によると、株主代表訴訟による任員の責任に対し、補償ができないように規定している。従って、株主代表訴訟の特別約款で補償を受けざるを得ない。
C. 有価証券関連法人の担保特別約款
免責約款8條の第9項によると法人又は、子会社が發行する有価証券を所有する者が提起する賠償請求は補償ができないように規定している。従って、有価証券関連法人の担保特別約款により補償を受けざるを得ない。
D. 他の特別約款
保険会社や金融機関の危険について、これを担保しない特別約款、一定な事由が發生した場合、直ちに解止される保険契約の解止特別約款、政府関連機関等が提起した賠償請求については、これを担保しない政府関連機関の副担保特別約款等がある。

ウ. 任員賠償責任保険(D&O)の幾つかの法的疑問点
(1) 任員賠償責任保険(D&O)が公序良俗に反するかの可否
商法や証券取引法では会社任員の企業経営不実で法的な責任を加重化している譯で、任員賠償責任保険(D&O)は違法行為を抑制し、適正な職務執行を確報しようとする法の趣旨に反するので、これを許容することができないという主張がある。
しかし、故意的な不正行為、犯罪による責任、法が禁じている個人的な利益の取得、不誠実な行為、名譽毀損、汚染、身体傷害、原子力事故等に対する責任、短期売買差益の返還等については免責しているという点から照らして見ると、公序良俗に反するとは言えないだろう。

(2)保険料負担の問題
米国や日本、そして韓国に於いて任員賠償責任保険(D&O)の保険料は会社が全額負担している。 これに於いて会社に対する責任に於いては会社による保険料支給は被害者が加害者の保険料を支給する結果になるので問題になり、第3者に対する責任に於いて、理事は従業員とは異って獨立的に業務を遂行し、会社の指揮監督を受ける位置ではないので第3者に損害が生じた場合には、これは理事の不法行為であり、又、同時に会社の不法行為にならない限り、理事自分が負担しなければならない性質であるという主張がある。
しかし、理事が会社利益の為、勤務中に惹起した責任であるので会社は理事の行為により利益を得ているにも関わらず、理事が過誤を犯した場合、その不利益の全てを理事に負わせるのは不当であると言う筈なので、会社の保険料負担の必要性が認定できるだろう。
但し、その保険料は任員報酬に加えて株主總会の報酬規制を受けるような方法も検討する必要があるでしょう。

(3)免責約款の問題点
① 任員賠償責任保険(D&O)約款の導入
これはこの保険が販売をやり始めた始初に米国で使われる英文約款をそのまま導入したのを韓国の法体系と全く合わない部分を一部変更し、1999年4月1日から使用している。しかし、現行約款に韓国法体系と合わない部分が殘っている。(米国の1974年、

従業員退職所得保証法と関する、従業員退職所得保証法、副担保特別約款、懲罰的損害賠償金又は、倍額賠償金等)
② 理事に対する会社の賠償責任免責約款
商法上、会社の理事に対する責任追究の方法である会社の損害賠償請求(商法、第399條)も現行約款上では免責事由に規定している。これは米国で1980年代、任員賠償責任保険(D&O)に加入した会社が理事に対する責任追究の意図ではなく、経営上の損失を塡補して貰う為、自分が直接又は、被保険者になっている他の理事から訴訟を提起させる場合が頻繁になったので、この為の準備であったのだ。
しかし、任員賠償責任保険(D&O)の存在意義が会社に対する任員の責任を保全しようとするのでこれを免責事由に規定するのは合当しないと言うだろう。
③ 代表訴訟免責約款
任員賠償責任保険(D&O)の購入が増大したという理由が指摘されているのは、株主代表訴訟の活性化しているにも関わらず、まさに現行普通約款がこれを免責に定めているのは問題になるざるを得ない。
④ 疎決
米国では任員に対する責任を追究する方法として、代表訴訟や会社が直接に責任を追究する方法以外にも集団訴訟を含めて株主が直接訴訟を提起する方法、そして、代表理事ではなくても理事が会社の為に訴訟を提起する方法等がある。しかし、韓国の場合は会社の直接請求と株主による代表訴訟の両者の方法しかないのに、この両者を免責として定めている普通約款に於いて、妥当性の檢討が必要であると思う。

(4)告知義務違反の場合
① 問題点
任員賠償責任保険(D&O)の被保険者は会社全ての理事になるが、これに反し、質問表を通じて告知し、署名捺印する者は代表理事である。ここで代表理事の告知義務違反がある場合、別の被保険者である善意の理事らさえも保険保護を受けられないのかという点である。特に社外理事らは会社の日常業務や経営状況については詳細な情報を持っていない場合があるので、この問題がもっと重要な爭点になって登場する。又、保険期間中に理事に就任した者も被保険者になるのだが、彼は告知義務に関しては何の関係がないかも知れないからである。) [15]

② 解決方法
この場合、代表理事を各理事らの代理人として見る方法が有り得る。即ち、各理事らは被保険者でありながら同時に保険契約者としての地位を取得する譯で、代表理事が彼らを代理する方法である。しかし、商法は保険契約が代理人から締結した場合には、その代理人も告知義務を負うのであり、代理人は本人が知っている事実のみならず代理人自分が分かっている事実も告知しなければならないと規定している(商法、第646條)。これによる場合、告知義務違反を理由とした保険者の免責を防ぐ方法はなくなるのである。
次に代表理事は担保できる保険事故の發生時に、補償が受けられる被保険者でもあるが、任員賠償責任保険(D&O)の請約は保険契約者である会社を代表してやるべきだという見解も有り得る。即ち、この場合は他人の為の保険契約になるのである。 但し、この場合にも善意の理事があるにしても保険者は保険契約者である代表理事の告知義

[15] 現行任員賠償責任保險(D&O)質問書の認識告知に關する質問第14は“御社の任員の中で、この保險の対象になる損害賠償請求の可能性がある行爲、過失又は、怠慢行爲があるのを知っていますか?”という質問をする。即ち、包括的な質問をしながら各理事らに伺うのではなく代表理事について伺っている。

務違反を理由として契約の解止ができる。
従って、もし保険契約者がより高率の保険料を支給しても善意の被保険者を保護しようとするならば、明示的に約款上“告知義務違反による契約の取消しは当該の違反者に限る”という等の告知義務違反の問題が個別的という意味を含んだ明示的な文句を記載するのが望ましいのである。

エ. 結論

任員賠償責任保険(D&O)は1991年、韓国企業の海外駐在任員の賠償責任問題を解決する為に導入されたが、1997年為替危機を契機に株式会社の理事に対する責任追究可能性が高まってから、この制度が廣く利用するようになった。つまり、まず企業の海外進出增加で現地での責任危險が高まり、米国証券市場で株式預託證書(DR)を發行した場合、経営責任に対する紛爭の可能性が增加したからである。 国内でも代表訴訟の要件が緩和して、少数株主理事の責任追究可能性は大きくなり、社外理事制度導入及び、擴大に從って、これらの保険加入要求が高まって、預金保険公社の不実金融機関の任員に対する責任追究、市民団体の少額株主運動及び、集団訴訟制度の導入の動きもこの保険の必要性を一段と強めている。

但し、任員賠償責任保険(D&O)が企業経営陳の不実経営に対する單純な保護策しかできないという事実を自覺し、会社を実質的に担当する任員らは企業の社会的責任と健全な企業倫理涵養を通して商法、証券取引法等、韓国の法体系が自分らに要求する意味を確認しなければならないと思う。

임원의 책임과 보험

(판례의 경향과 분석)

辯 護 士
洪　明　昊
(HONG Myung-Ho)

1. 서론

오늘날 우리 기업들의 국제 경쟁력을 강화하기 위하여 기업활동의 규제를 완화하고 기업경영에 관한 감시제도를 확립하며, 기업의 투명성제고와 경영책임 강화를 도모하기 위하여 기업경영에 실제로 관여하는 실질지배주주의 법적 지위를 입법화하고, 경영에 대한 감시견제장치를 보강하기 위하여 사외이사제도를 도입하였으며, 소수주주권의 행사를 용이하게 하기 위하여 그 요건을 완화하고, 경영의 투명성제고를 위하여 결합재무제표의 작성을 의무화하는 등 경영지배구조의 선진화를 위한 일련의 노력을 경주하고 있다.

이러한 변화에 따라 기업경영진의 책임은 더욱 더 커질 것인 바, 최근의 기업체 임원의 책임을 인정한 판례를 살펴보고 이들의 책임이행을 담보할 수 있는 방안을 고찰해 보고자 한다. 이하에서 기업의 임원들에 대한 법적 책임을 검토하고, 그 책임이행의 담보장치 중 하나인 임원배상책임보험의 내용을 알아보고자 한다.

2. 최근의 판례

(1) 지난 2001년 12월 27일 수원지방법원 민사합의7부는 참여연대 등이 삼성전자의 경영진을 상대로 제기한 주주대표소송에서 경영상의 잘못으로 인해 회사에 손해를 끼쳤다는 이유로 삼성전자의 전·현직 이사 14인에게 총 977억원을 배상하라는 원고 일부 승소 판결을 내렸으며, 현재 이 소송은 항소심 진행 중이다.

(2) 대법원은 2002.3.15. 2000다9086 판결에서 제일은행과 소액주주들이 한보그룹에 대한 부실대출로 은행에 손해를 입힌 전직 이사들의 책임을 묻는 소송에서 원고승소 판결한 원심을 확정했다. 이는 은행의 대표이사 내지 이사가 대출결정에 있어서 선관의무에 위반하여 임무를 해태하였다는 이유로 회사에 대한 손해배상책임을 인정한 사례이다. 이 판례에서 대법원은 금융기관인 은행은 주식회사로 운영되기는 하지만, 이윤추구만을 목표로 하는 영리법인인 일반의 주식회사와는 달리 예금자의 재산을 보호하고 신용질서 유지와 자금중개 기능의 효율성 유지를 통하여 금융시장의 안정 및 국민경제의 발전에 이바지해야 하는 공공적 역할을 담당하는 위치에 있는 것이기에, 은행의 그러한 업무의 집행에 임하는 이사는 일반의 주식회사 이사의 선관의무에서 더 나아가 은행의 그 공공적 성격에 걸맞는 내용의 선관의무까지 다할 것이 요구된다 할 것이고, 따라서 금융기관의 이사가 위와 같은 선량한 관리자의 주의의무에 위반하여 자신의 임무를 해태하였는지의 여부는 그 대출결정에 통상의 대출담당임원으로서 간과해서는 안될 잘못이 있는지의 여부를 금융기관으로서의 공공적 역할의 관점에서 대출의 조건과 내용, 규모, 변제계획, 담보의 유무와 내용, 채무자의 재산 및 경영상황, 성장가능성 등 여러 가지 사항에 비추어 종합적으로 판정해야 한다고 판시하였다.

3. 이사의 책임

⑴이사와 이사회의 지위

우리 나라 상법은 주식회사의 업무집행에 관하여 대표이사와 이사회를 두어 그 업무를 전문적으로 분화시키고 있다, 그리하여 대표이사는 대내적으로 회사의 업무를 집행하고, 대외적으로 회사를 대표하도록 하고 있으며, 이사회는 이사들로서 구성되는 회의체의 의사결정기관으로서 회사의 중요한 업무집행에 관하여 감독하는 권한을 갖고 있다. 한편 이사는 주주총회에서 선임되는 이사회의 구성원으로서, 이사회에 출석하여 회사의 업무집행에 관한 의사결정에 관여하며 업무감독을 하나, 회사의 기관으로서의 지위는 갖지 않으며 대표이사의 전제자격을 갖는 데에 불과하다.

보통의 경우 회사의 업무집행은 대표이사만 할 수 있고, 이사에는 사내이사라고 하여 대내적으로 대표이사를 정점으로 업무집행만을 담당하는 대표권 없는 이사 또는 상업사용인을 겸한 겸직이사가 있으며, 업무를 담당하지 않는 사외이사[1]가 있다.

⑵이사의 의무

①선관의무

회사와 이사의 관계에 대하여는 위임에 관한 규정이 준용되므로(상법 제382조 제2항), 이사는 회사의 업무를 집행함에 있어서 선량한 관리자의 주의의무를 부담한다(민법 제681조).

②보고의무

이사는 3월에 1회 이상 업무의 집행상황을 이사회에 보고하여야 한다(상법 제393조 제4항). 이 규정 때문에 적어도 매4분기에 한 번은 이사회를 열어야 하는데, 특히 사외이사가 다수를 이루는 이사회에서 중요한 의미를 가질 것이다. 또 이사는 회사에 현저하게 손해를 미칠 염려가 있는 사실을 발견한 때에는 즉시 감사 또는 감사위원회에 이를 보고하여야 한다(상법 제412조의 2, 제415조의 2 제6항).

③감시의무

이사는 선관의무에 따른 구체적인 의무의 하나로 다른 이사의 직무집행을 감시할 의무가 있다고 인정된다. 이때 그 범위와 관련하여 적극적인 감시의무가 인정되는가가 문제되나, 구체적인 업무를 담당하지 않는 평이사들에 대해서도 다른 이사의 업무집행이 위법함을 알았거나 또는 위법하다고 의심한 만한 사유가 있었을 때에는 이사회에 상정되지 아니한 사항에 관하여도 감시를 하고, 필요가 있으면 스스로 이사회의 소집요청을 하고, 이사회를 통하여 업무집행이 적정하게 행하여지도록 능동적으로 대처해야 할 것이다.[2]

④충실의무

이사는 법령과 정관의 규정에 따라 회사를 위하여 그 직무를 충실하게 수행하여야 한다(상법 제382의 3조). 이는 이사의 선관의무를 구체적, 주의적으로 규정한 것으로 IMF사태를 맞이하여 기업경영의 투명성을 제고하고 기업지배구조의

---

[1]) 이는 외환위기 도입된 것으로 주권상장법인 또는 협회등록법인은 사외이사를 이사 총수의 4분의 1이상이 되도록 하여야 하고, 최근 사업연도말 현재의 자산총액이 2조원 이상인 주권상장법인 또는 협회등록법인의 사외이사는 3인 이상으로 하되, 이사 총수의 2분의 1 이상이 되도록 해야 한다(증권거래법 제191조의16 제1항).

[2]) 대판 1985, 6. 25.선고, 85다카1954 참조.

선진화를 꾀하기 위하여 도입된 규정이다.[3]
⑤영업비밀유지의무
이사는 업무상 회사의 영업비밀에 접근할 기회가 많은데, 영업비밀은 회사,주주 및 일반투자자에게 매우 중요한 정보이므로, 이를 누설하거나 자기 또는 제3자의 이익을 위하여 이용하여서는 안될 의무를 진다. 이사의 비밀유지의무는 재임중은 물로 퇴임 후에도 존속한다(상법 제382조의 4). 증권거래법은 이사 등 내부자가 공개되지 아니한 영업정보를 이용하여 주식거래를 하는 것을 규제하여 왔다(증권거래법 제188조의 2).

⑥경영판단의 법칙
A. 의의
이는 이사가 그 권한의 범위 내에서 객관적인 정보에 따라 제반사정을 고려하여 합리적인 경영상의 결정을 한 때에는 단순히 그 판단이 잘못되었다는 이유만으로는 책임을 지지 않는다는 원칙을 말하는데, 회사의 이사는 정관 소정의 목적 범위 내에서 회사의 경영에 관한 판단을 할 재량권을 가지고 있고, 또한 기업의 경영은 다소의 모험과 이에 수반되는 위험성이 필수적으로 수반되는 것이므로 이사가 업무를 집행함에 있어 기업인으로서 요구되는 합리적인 선택범위 내에서 판단하고 성실히 업무를 집행하였다면 그의 행동이 결과적으로 회사에 손해를 입게 하였다고 할지라도 이사에게 주의의무를 위반하였다고 해서 책임을 물을 수 없다 할 것이다.
이 원칙은 미국 판례법에서 생성되어 발전된 것으로 1992년 미국법률협회의 (회사지배 및 구조의 원칙:분석과 권고)에서는 이 원칙을 다음과 같이 정형화하고 있다. 이사 또는 임원은ａ.경영판단사항에 대해 이해관계가 없고, ｂ.이사 또는 임원이 당해 상황에서 상당히 합리적으로 신뢰한 범위 내에서 경영판단사항에 대해 정보를 가지며, ｃ.경영판단이 회사의 최선의 이익과 합치된다고 신뢰하기에 충분한 합리성이 있는 경우에는 그 의무를 다한 것으로 한다고 규정하고 있다.
B. 한계
경영판단의 법칙이 법원이 이사의 경영판단에 개입할 수 없다는 의미는 아니며, 단지 이사의 경영판단을 상당한 정도로 존중한다는 의미라는 점에서 이사가 충분한 정보를 얻은 후 합리적인 근거에 기해 경영판단을 행하고 법령위반 또는 충실의무위반의 사실이 없어야 할 것이다. 이와 관련하여 우리 법원은 "제일은행의 대표이사인 피고 임원은 은행이 한보철강에 대해 실시한 자체 신용조사의 결과 여신금지업체라는 보고가 있었으나, 공사완료시의 공장부지에 대한 후취담보의 취득을 예정하고 아무런 물적 담보를 취득하지 않는 채 사채지급보증을 결의하거나 일부에 대해서만 담보를 설정했을 뿐 신용만으로 추가 대출한 사건에서 경영판단의 법칙을 인정하면서도 은행의 경영자는 그 대출여부를 결정함에 있어 회수불능의 위험이 없는지를 객관적인 자료를 통하여 신중히 판단해야 하고 만약 회수불능의 위험이 우려되면 이를 피하지 않으면 안되고, 대출을 하더라고 확실한 담보를 취득하여 은행에 손해가 발생하는 일이 없도록 할 의무가 있으므로 부실대출을 하도록 한 은행 최고경영자(대표이사들)로서는 그 임무를 해태한 것이고 또한 나머지 이사들은 이사로서 한보철강에 대한 위 여신의 위험성에 대하여 잘 알고 있으면서도 대표이사들의 무모하고 독단적인

[3]) 이에 반하여 선관의무만 가지고는 위임인의 의무를 우선시키고 자기의 이익을 무시하여야 할 의무를 규정하기 곤란하므로 충실의무는 선관의무와 근본이 다른 의무라고는 견해, 정동윤, 회사법(법문사, 2001)

여신제공결정을 저지하지 못하고 이사회결의로 승인함에 있어서 찬성한 것은 은행이사로서의 임무를 해태한 것"이라고 판시한 바 있다.[4]
경영판단의 법칙은 이사의 회사에 대한 책임에서만 문제가 된다. 제3자와의 관계에서는 이사의 경영판단을 존중할 것은 아니다, 왜냐하면 이사의 주의의무위반이 있으면 당연히 회사와의 관계에서 손해배상책임을 부담하고, 회사의 채권자의 이익을 보호할 필요가 있기 때문이다.
C. 소결
위 수원지방법원의 2001.12.27. 판결에 대하여 석종현 교수는 '이 판결은 승리한 전쟁에서 일정한 작전지역의 전술적 판단을 문제삼아 지휘관들을 사후적으로 문책하는 것이나 마찬가지라고 할 수 있는데, 전쟁은 전투상황에 따라 임기응변적 전술적 작전이 불가피하기 때문에 사후적으로 그 당부를 심사하는 것은 전쟁과 전투에서의 속성상 현실적으로 불가능하다'고 평가한다. 따라서 법원은 경영판단이 지닌 위험선호적 의사결정의 의미를 충분히 고려하여야 하며,이와 관련하여 경영학 내지 경제학이론을 법률학과 병행하여 법률적 판단을 해야 한다는 점을 지적한다(법률신문 2002.4.25.). 상법학계에서도 이사의 임무해태로 인한 책임 문제를 다룸에 있어서 이 법칙의 적용을 받아들여야 한다는 견해가 유력하다.
우리 나라 법원도 회사 임원의 책임에 있어서 미국회사법상 발전되어 온 이론인 소위 경영판단의 법칙을 인정하고 있다고 할 수 있다. 다만 그 요건에 있어서 좀 더 엄격하게 적용을 하려는 모습을 보인다. 결국 경영판단의 법칙도 회사 기관의 행위에 대한 적법성 및 적절성의 통제방법의 일측면이라고 할 수 있다. 이와 같은 점을 고려하면 이 법칙의 한계를 설정하는 데에는 회사이익이라는 척도가 고려되어야 한다고 생각한다.

⑶이사의 책임
①이사의 회사에 대한 손해배상책임[5]
이사는 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 해태한 때에는 그 이사는 회사에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책임이 있고, 이사의 법령 또는 정관에 위반한 행위가 이사회의 결의에 의한 것인 때에는 그 결의에 찬성한 이사도 연대책임을 지며 결의에 참가한 이사로서 의사록에 이의를 한 기재가 없는 자는 결의에 찬성한 것으로 추정한다(상법 제399조). 이사는 비록 이사회 또는 주주총회의 결의에 의하여 한 행위로 인하여 생긴 손해에 대하여도 책임을 진다[6]
임무해태의 경우란 이사의 감독불충분으로 지배인이 회사재산을 낭비한 경우, 어음금의 추심을 해태한 경우, 회사의 자산, 능력을 고려하지 않고 조사불충분한 사업에 다액의 투자를 하여 파탄을 초래한 경우, 매매의 목적물을 조사하지 않은 경우, 이사가 다른 이사에 대한 감시의무를 게을리한 경우 등이다. 그 입증과 관련하여 법원은 대표이사를 상대로 주식회사에 대한 임무해태를 내세워 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 물음에 있어서는 대표이사의 직무수행상의 채무는 미회수금 손해 등의 결과가 전혀 발생하지 않도록 하여야 할 결과채무가 아니라 회사의 이익을 위하여 선량한 관리자로서의 주의의무를 가지고 필요하고

[4]) 서울지법 97가합39907, 서울고법 98나45983 판결

[5]) 신주발행에 관하여 자본충실의 책임(상법 제428조)이 있으나, 이는 논의에서 제외한다

[6]) 대판 1989. 10. 13.선고, 89도1012

적절한 조치를 다해야할 채무이므로, 회사에게 대출금 중 미회수금손해가 발생하였다는 결과만을 가지고 곧바로 채무불이행 사실을 주장할 수는 없는 것이다[7]라고 판시하여 이사의 책임을 주장하는 자에게 입증책임이 있다고 하였다.
위 책임은 정기주주총회에서 재무제표의 승인을 한 후 2년 내에 다른 결의가 없으면 부정행위가 없는 한 해제되며(상법 제450조), 총주주의 동의로써 면제될 수 있다(상법 제400조).
②제3자에 대한 책임
A. 취지
대표이사는 그 업무집행으로 인하여 제3자에게 손해를 가한 때에는 회사와 대표이사가 연대하여 이를 배상할 책임이 있다(상법 제389조 제3항). 그러나 대표이사가 아닌 일반 이사는 제3자와 관계에서는 직접적인 법률관계가 없으므로 민법상 불법행위를 구성하지 않는 한, 회사의 임무해태로 인하여 제3자에게 손해배상책임을 질 경우는 당연히 발생하지는 않으나. 이사의 임무수행 여하에 따라서는 제3자의 이해관계에 중대한 영향을 끼칠 수 있으므로, 상법은 이사가 악의 또는 중과실로 인하여 그 임무를 해태한 때에는 그 이사는 제3자에 대하여 손해를 배상할 책임이 있다고 규정하고 있다(상법 제401조 제1항). 그리고 증권회사의 이사의 제3자에 대한 책임에 관하여는 특칙이 있다(증권거래법 제58조). 이와 관련하여 증권회사의 임원이 강행규정에 위반된 이익보장으로 투자를 권유하였으나 투자결과 손실을 본 경우에 투자자에 대한 불법행위책임이 성립되기 위하여는 적어도 거래경위, 거래방법, 고객의 투자상황, 거래의 위험도 및 이에 대한 설명의 정도 등을 종합적으로 고려한 후 당해 권유행위가 경험이 부족한 일반투자가에게 거래행위에 필연적으로 수반되는 위험성에 관한 올바른 인식형성을 방해하거나 또는 고객의 투자 상황에 비추어 과대한 위험성을 수반하는 거래를 적극적으로 권유한 경우에 해당하여 결국 고객에 대한 보호의무를 저버려 위법성을 띤 행위인 것으로 평가되어야 한다.[8]
B. 임무해태의 유형
채무부담후의 경영이 악화된 경우로 회사가 채무를 부담할 당시에는 변제의 가망이 있었는데, 그 뒤 이사의 임무해태로 인하여 회사의 자산상태가 악화된 경우로서, 회사의 방만한 경영이 이에 해당한다. 여기에서는 회사의 자산상태를 악화시킨 이사의 행위가 책임의 원인이 된다.(간접손해의 배상을 구하는 경우)
경영악화 후 채무부담의 경우는 이미 회사의 자산상태가 악화되어 이행의 가망이 없는데도 채무를 부담하는 경우로서, 지급가능성이 없는 어음의 발행이 대표적이다(직접손해의 배상을 구하는 경우)
다음으로 주식청약서, 사채청약서, 신주인수권증서, 재무제표 기타 부속명세서 등에 허위의 기재를 하거나 허위의 등기 또는 공고를 하는 등 부실표시를 한 경우이다. 증권거래법은 투자자를 보호하기 위하여 이에 관한 특칙을 두고 있다(증권거래법 제14조이하).
C. 책임의 범위
제3자가 입은 손해에는 직접손해(이사가 제3자에 대하여 직접으로 위법행위를 하여 손해를 준 경우를 말하며, 예컨대 회사의 자산상태가 양호한 것처럼 가장한 대표이사와 거래한 제3자가 회사의 도산에 의하여 입은 손해가 이에 해당한다.)뿐만 아니라 간접손해(이사의 임무해태로 인하여 제1차적으로 회사에

---

[7]) 대판 1996. 12. 23.선고 96다30465

[8]) 대판 1994. 1. 11.선고 93다26205

손해를 입히고, 그 결과로 제3자가 회사로부터 채무의 이행을 받지 못하게 되어 제2차적으로 손해를 입는 경우를 말하는데, 예컨대 이사가 회사재산을 횡령하였기 때문에 채권을 회수할 수 없게 된 회사채권자가 입은 손해를 말한다)도 포함된다. 다만, 이때 주주도 제3자에 포함되는가가 문제되며, 특히 주주의 간접손해도 배상의 대상이 되는가이다(주주가 이사의 허위의 정보를 믿고 주식을 인수하거나 주식을 매도할 기회를 잃어서 입은 손해, 명의개서를 부당하게 거절하여 입은 손해 등 직접손해는 포함됨은 물론이다). 이에 대하여 법원은 회사의 대표이사가 회사재산을 횡령하여 회사재산이 감소함으로써 회사가 손해를 입고 결과적으로 주주의 경제적 이익이 침해되는 손해와 같은 주주의 간접손해는 상법 제401조 제1항에서 말하는 손해의 개념에 포함되지 않는다고 판시하였다[9]

③실질상의 이사의 책임

회사의 등기부상의 이사는 아니지만 대내외적으로 중요사항에 대하여 결정권이 있는 실질적인 경영자인 사실상의 이사도 책임을 진다. 회사에 대한 영향력을 이용하여 이사에게 업무집행을 지시하거나 이사의 명의로 직접회사의 업무를 집행한 자, 그리고 이사가 아니면서 명예회장, 회장, 사장, 부사장, 기획조정실장, 전무, 상무 기타 회사의 업무를 집행할 권한이 있는 것으로 인정될 만한 명칭을 사용하여 회사의 업무를 집행한 자는 그 지시하거나 집행한 업무에 관하여 회사와 제3자에 대하여 회사의 이사와 동일한 책임을 진다.(상법 제401조의 2 제1항).

④명의상의 이사의 책임

회사의 업무집행에는 참여하지 않고 등기부상으로만 이사인 명의상의 이사도 이사의 취임을 승낙한 이상 책임을 면하지 못한다. 이들도 소정의 절차를 걸쳐 이사로 선임된다는 점에서 그 법적 지위는 업무집행에 참여하는 이사와 다를 바 없다고 할 것이기 때문이다. 사외이사도 여기에 속한다고 할 것이다.

⑷대표소송제도[10]

이사의 회사에 대한 책임을 묻기 위하여 발행주식총수 100분의 1 이상에 해당하는 주식을 가진 주주[주권상장법인 또는 협회등록법인의 경우에는 소수주주의 요건이 6월 전부터 계속하여 발행주식총수의 10,000분의 1이상에 해당하는 주식을 소유하고 있는 자(증권거래법 제조의 13 제1항), 대형 증권회사의 경우 100,000분의 5이상의 주식을 소유하고 있는자(증권거래법 제58조)]는 회사를 위하여 이사 기타의 자의 책임을 추궁하기 위하여 회사를 대표하여 소를 제기할 수 있다(상법 제403조). 원래 이사 기타의 자의 회사에 대한 책임은 회사가 스스로 추궁하여야 할 것이지만, 이들 사이의 정실관계로 그 실현을 기대하기 어렵기 때문에 먼저 회사에 대하여 이유를 기재한 서면으로 이사의 책임을 추궁할 소의 제기를 청구하여야 하고(절차 흠결시 각하사유가 된다, 이때 감사가 회사를 대표하여 소를 제기한다), 회사가 위 청구를 받은 날로부터 30일 이내에 소를 제기하지 아니하면, 그때에 비로소 회사를 위하여 즉시 소를 제기할 수 있다(30일을 경과하지 아니하고 제소한 경우도 30일이 경과하면 하자는 치유된다[11]).

---

[9]) 대판 1993. 1. 26.선고 91다36093

[10]) 이사의 업무집행에 대한 주주의 감독권으로 유지청구권도 있다(상법 제402조).이는 위법행위의 중지를 청구할 수 있다는 점에서 손해배상을 청구할 수는 있는 대표소송과 차이가 있다

[11]) 서울지법 1998.7.24.선고 97가합39907

여기서 말하는 이사의 책임은 이사가 회사에 대하여 부담하는 일체의 채무(예컨대 차용금채무와 같은 개인적인 것)가 이에 포함되고, 이사가 재임 중에 부담한 채무뿐만 아니라, 이사로 취임하기 전에 부담한 채무와 상속 또는 채무인수에 의하여 승계취득한 채무도 이에 포함된다.
대표소송에 대하여 판결이 선고되면 그 판결의 효력은 회사에 대하여 당연히 미친다(민사소송법 제218조 제1항).주주가 승소한 경우 그 주주는 그로 인하여 이익을 받게 된 회사에 대하여 소송비용 및 소송으로 인하여 지출한 비용중 상당한 금액의 지급을 청구할 수 있다. 이 경우 소송비용을 지급한 회사는 이사에 대하여 구상할 수 있다(상법 제405조 제1항). 상당한 금액에는 변호사선임비용중 대법원규칙이 정하는 한도를 초과하는 금액이 포함될 것이다. 그러나 주권상장법인 또는 협회등록법인의 소수주주가 승소한 때에는 소송비용 기타 소송으로 인한 모든 비용의 지급을 청구할 수 있다(증권거래법 제191조의 13 제4항).[12]

⑸집단소송제도의 도입
다수의 소비자 혹은 투자자들이 소수의 기업 혹은 임원에 대하여 원인이나 쟁점을 공통으로 하는 소액의 손해배상청구권을 갖고 있는 경우에 그 피해자군에 속하는 사람 가운데에서 어느 한 사람 또는 여러 사람이 스스로 대표자가 되어 피해자군에 속하는 권리를 전부 모아서소송을 제기하여 한꺼번에 분쟁을 해결하는 소송형태를 말한다. 이는 현행 민사소송법이 인정하는 선정당사자제도(민사소송법 제53조)와 대표당사자에 의하여 소송이 수행되고 그 판결의 효력이 당사자 전원에 대하여 미친다는 점에서는 유사하다. 다만 선정당사자의 선정은 서면에 의한 개별적인 수권이 필요하며, 또 선정자도 일일이 주소, 성명을 적어 특정이 되어야 하는 데 대하여 집단소송에서는 법원이 스스로 나서는 대표자에게 그 소송수행을 허가한 이상 피해자군에 속하는 사람 중 제외신청이 없으면 당연히 수권이 있게 된다. 또 피해자군에 속하는 사람들을 특정하는 방법도 광범위하여 [일정기간에 특정 회사의 주식을 취득한 자]라고 표시하여도 좋다. 새 정부에서 증권관련 집단소송제의 도입이 유력시되고 있다.

4. 임원배상책임보험(D&O)

가. 필요성
앞에서 검토한 바와 같이 이사의 책임문제는 오늘날 회사경영진에 대하여 매우 심각한 위협으로 인식되고 있다. 책임원칙이 추상적인 업무집행의 지침이 아니라, 절박한 현실로 대두하였기 때문이다. 그 이유는 주주의 공격적 경영감시 경향에 기인한다. 무엇보다 소액주주의 권리의식이 현저히 강화되고 소수주주권 행사가 쉬워져, 경영진을 대상으로 엄중한 경영상 책임을 묻는 행태가 보편화할 것이기 때문이다. 따라서 전문가로서 소신 있는 업무집행을 할 수 있도록 적절한 경영진의 보호장치가 매우 절실해진 것이 사실이다. 바로 그 대안으로 등장한 것이 임원배상책임보험(D&O)이다.
특히 회사의 경영상의 과오로 인한 손해 범위는 그 액수가 천문학적인바, 이는 보험제도를 통하여 보전하는 것이 피해자를 구제함과 동시에 가해자도

[12]) 과거에는 대표소송을 규정하고 있는 상법규정이 사문화되었으나. 최근에는 주주의 대표소송이 활성화되고 있고(1997년 동방페레그린의 최대주주인 홍콩페레그린사는 현, 전 임원이 미도파를 M&A하는 과정에서 회사에 대하여 200억원의 손해를 끼쳤다고 밝히면서 대표소송을 제기해 줄 것을 요청한바 있다), 최근에 그 요건을 단독주주권으로 개정해야한다는 요구도 제시되고 있다.

배상책임으로부터 구제하는 효과를 가져온다 할 것이다.[13]

나. 임원배상책임보험(D&O)약관의 개요

⑴회사의 보상책임

약관 2조에 의하면 회사는 이 약관과 이에 첨부된 특별약관의 제 규정에 따라 피보험자가 임원으로서의 업무와 관련하여 행한 행위에 기인하여 보험증권상의 담보지역 내에서 피보험자에 대하여 손해배상청구가 제기되어 법률상 배상책임을 부담함으로써 입은 손해를 보상합니다. 그러나 보험증권상에 소급담보일자가 기재되어 있을 경우에 소급담보일자 이전 또는 보험기간 이후에 행한 행위에 대한 손해는 보상하지 아니합니다. 회사는 보험기간 중에 최초로 제기된 손해배상 청구에 대하여 보상합니다.라고 규정하고 있다. 여기에서 임원이란 상법상의 이사 및 감사, 이에 준하는 자로서 보험증권의 피보험자란 증권에 기재된 지위에 있는 자를 말하며, 피보험자는 법인의 모든 임원을 말하며, 이미 퇴임한 임원 및 이 보험계약의 보험기간 중에 새로 선임된 임원을 포함합니다. 다만, 초년도 계약의 보험기간의 개시일 이전에 퇴임한 임원을 제외합니다. 또한 임원이 사망하였을 경우에는 그 임원과 그 임원 상속인 또는 상속재산 법인을, 임원이 파산하였을 경우에는 그 임원과 그 임원의 파산관재인을 동일한 피보험자로 간주합니다라고 정의하고 있는바, 해당소속회사가 없는 비서실, 기조실 임원의 경우 보험으로부터 보상받을 수 없게된다. 소급담보일자란 책임개시기간을 보험계약체결 이전 시점으로 약정할 경우 그때를 말한다.

⑵보상 범위

약관 5조에 의하면 회사는 피보험자의 법률상 손해배상금 및 손해방지비용, 소송전 화해시 합의비용, 법적대응에 필요한 변호사 비용, 소송비용 등을 보상합니다라고 규정하고 있다. 따라서 세금, 벌금, 과태료, 과징금, 징벌적 손해배상금, 배액배상금 및 피보험자와 타인과의 사이에 손해배상에 관한 특별한 약정이 있을 경우에 그 약정에 따라서 가중된 손해배상금은 포함하지 않게 된다. 회사 임원이 상법상 특별배임죄로 벌금형을 선고받는다 하더라도 이는 보험을 통하여 보상받을 수 없다[14]

⑶면책사유

A.약관 7조에 규정된 사유

)피보험자의 불법적으로 사적인 이익을 취득함에 기인하는 배상청구

2)피보험자의 범죄행위에 기인하는 배상청구

3)법령에 위반된다는 것을 피보험자가 인식하면서 행한 행위에 기인하는 배상청구

---

[13])LG그룹 총수들이 지난 1999년 LGCI(당시 LG화학)로부터 LG석유화학 지분 2744만주(70%)를 주당 5500원에 매입했다가 LG석유화학이 상장된 후 2002년 1월부터 9월 사이에 이를 1만~2만원에 되팔았다는 이유로 참여연대는 LGCI경영진들이 LG그룹 총수들과의 LG석유화학 주식 거래에서 1900억원이상의 주식매매 손실을 회사에 입힌 것으로 보고 823억원 규모의 손해배상청구소송을 제기했다. 원고(참여연대)가 승소할 경우 LGCI임원들은 823억원을 배상해야 한다. 이 경우 LG화재는 LGCI임원들이 배상해야 할 823억원 중 임원배상책임보험금 200억원을 지급해야 할 것으로 보인다. (매일경제, 2003. 2. 27일)

[14]) SK그룹의 C회장은 2002년 3월 자신이 보유중인 워커힐호텔 주식과 SK주식회사의 주식 맞교환으로 959억원의 부당이득을 취하고, 99년 SK그룹과 JP모건간 SK증권 주식 이면계약 과정에 개입해 계열사에 1112억원의 손실을 끼친 혐의로 검찰 조사를 받고 있다.

)피보험자에게 보수 또는 상여 등이 법령을 위반하여 지급함에 기인하는 배상청구
)피보험자가 공표되지 아니한 정보를 불법적으로 이용하여 법인이 발행한 주식, 사채등 매매를 함으로써 발생하는 배상청구
)정치단체, 공무원 또는 거래선의 임원, 종업원 등 기타 이익제공이 법에 이하여 금지되어 있는 단체 또는 개인에게 제공한 이익에 기인하는 배상청구
B. 약관 8조에 규정된 사유
)초년도 계약의 보험기간 개시일 이전에 행해진 행위에 기인하는 배상청구
)초년도 계약의 보험기간 개시일 이전에 보험증권에 기재된 법인에 대하여 제기된 소송 및 이 소송에서 주장된 사실과 같거나 관련되는 사실에 기인하는 배상청구
)이 계약의 보험기간 개시일에 피보험자에 대한 손해배상 청구가 제기될 우려가 있는 상황을 피보험자가 알고 있었을 경우 및 그 상황의 원인이 되는 행위에 기인하는 배상청구
)이 계약의 보험기간 개시일 이전에 피보험자에 대하여 제기된 손해배상청구 중에서 주장되었던 행위에 기인하는 배상청구
)통상적이거나 급격한 사고에 의한 것인가의 여부에 관계없이 공해물질의 배출, 방출, 누출, 넘쳐흐름 또는 유출로 생긴 손해에 대한 배상청구 및 오염제거 비용
)원자핵 물질의 방사성, 폭발성, 방사선 조사 또는 방사능 오염, 기타 유해한 특성 또는 이들의 특성에 의한 사고로 생긴 손해에 대한 배상청구
)신체장해, 재물손해, 재물의 분실 또는 도난, 구두 또는 문서에 의한 비방, 중상 또는 타인의 사생활을 침해하는 행위 등의 인격 침해, 벌과금 및 징벌적 손해에 대한 배상청구
)보험증권에 기재된 자회사의 임원에 대한 손해배상청구 중 법인이 직접이거나 다른 자회사를 통한 간접이거나를 불문하고 그 자회사가 발행한 주식 총수의 40%가 넘는 주식을 소유하고 있지 않은 시기에 행해진 행위에 기인하는 배상청구
)다른 피보험자, 법인 또는 자회사가 제기하는 배상청구, 또는 다른 피보험자, 법인 또는 자회사가 관여하여 법인 또는 그 자회사가 발행한 유가증권을 소유하는 자가, 손해배상청구나 주주대표소송 여부에 관계없이 제기하는 배상청구
)회사가 발행한 주식 총수에 대하여 보험증권에 기재된 비율 이상을 소유하는 자로부터 제기된 배상청구, 또는 직,간접을 불문하고 대주주가 관여하여 회사가 발행한 유가증권을 소유하는 자가, 손해배상청구나 주주대표소송에 관계없이 제기하는 배상청구
)법인 이외의 타 법인 또는 단체의 임원으로서 행한 행위에 기인하는 배상청구 또는 그러한 타 법인의 임원인 신분을 이유로 기인하는 배상청구
C. 약관 9조에 규정된 사유
회사는 피보험자에 대하여 주주대표소송이 제기되어 피보험자가 법인에 대하여 법률상의 손해배상책임을 부담하는 경우에 입은 손해를 보상하지 아니하나, 법률상의 손해배상책임을 부당하는 피보험자 이외의 다른 피보험자에 대해서는 적용하지 아니한다.
D. 약관 10조에 규정된 사유
회사는 보험기간 중에 법인이 제3자와 합병하는 경우 또는 법인의 자산 모두를 제3자에게 양도하는 경우, 제3자가 법인이 발행한 주식 총수의 40%를 초과하는 주식을 취득하는 경우 거래의 발효일 이후에 행해진 행위에 기인하는 손해배상청구가 제기되어 피보험자가 입은 손해를 보상하지 아니한다. 다만 보험계약자 또는 피보험자가 위의 거래가 행해진 경우 그 사실을 지체없이 회사에 서면으로 통지하고 회사가 이를 서면으로 승인한 경우에는 그러하지 아니하다.
(4) 계약전 알릴 의무
계약을 맺을 때에 보험계약자, 피보험자 또는 이들의 대리인은 보험계약

청약서(질문서)의 기재사항에 대하여 알고 있는 사실을 빠짐없이 그대로 회사에 알려야 한다.
(5)특별약관
A. 법인보상담보 특별약관
면책약관 8조 제9항에 의하면 임원의 회사에 대한 책임과 관련하여 회사의 임원에 대한 손해배상청구는 보상되지 않도록 규정되어 있다. 따라서 법인보상담보 특별약관으로 보상받을 수 밖에 없게 된다.
B. 주주대표소송특별약관
면책약관 9조 제1항에 의하면 주주대표소송으로 인한 임원의 책임에 대하여 보상되지 않도록 규정되어 있다. 따라서 주주대표소송특별약관으로 보상받을 수밖에 없다.
C. 유가증권관련 법인 담보 특별약관
면책약관 8조 제9항에 의하면 법인 또는 자회사가 발행하는 유가증권을 소유하는 자가 제기하는 배상청구는 보상되지 않도록 규정하고 있다. 따라서 유가증권관련 법인 담보 특별약관에 의하여 보상받을 수 밖에 없다.
D. 기타의 특별약관
보험회사나 금융기관 위험에 대하여 이를 담보하지 않는 특별약관, 일정한 사유가 발생하였을 때 즉시 해지되는 보험계약 해지특별약관, 정부관련기관 등이 제기한 배상청구에 대하여 이를 담보하지 않는 정부관련기관 부담보 특별약관 등이 있다.

다. 임원배상책임보험(D&O)의 몇 가지 법적 의문점
(1) 임원배상책임보험(D&O)이 공서양속에 반하는지 여부
상법이나 증권거래법에서는 회사의 임원의 기업경영의 부실로 법적 책임을 가중화하고 있는 바, 임원배상책임보험(D&O)은 위법행위를 억제하고 적정한 직무집행을 확보하고자 하는 법의 취지에 반하므로 이를 허용할 수 없다는 주장이 있다.
그러나, 고의적인 부정행위, 범죄로 인한 책임, 법이 금지하고 개인적 이익의 취득, 불성실행위, 명예훼손, 오염, 신체상해, 원자력사고 등에 대한 책임, 단기매매차익의 반환 등에 대하여는 면책하고 있다는 점등에 비추어 공서양속에 반하지는 아니한다 할 것이다.

(2)보험료 부담의 문제
미국이나 일본 그리고 우리나라에 있어서 임원배상책임보험(D&O)의 보험료는 회사가 전액 부담하고 있다. 이에 대하여 회사에 대한 책임에 대해서는 회사에 의한 보험료 지급은 피해자가 가해자의 보험료를 지급하는 결과가 되어 문제가 되고, 제3자에 대한 책임에 있어서는 이사는 종업원과 달리 독립적으로 업무를 수행하며, 회사의 지휘감독을 받는 위치에 있지 않으므로 제3자에게 손해가 생긴 때에는 이는 이사의 불법행위이며, 그것이 동시에 회사의 불법행위가 되지 않는 한, 이사 스스로 부담하여야 하는 성질의 것이라는 주장이 있다.
그러나, 이사가 회사 이익을 위하여 근무하다가 야기한 책임이므로 회사는 이사의 행위에 의해 이익을 얻고 있음에도 이사가 과오를 범한 경우 그 불이익을 전적으로 이사에 떠미는 것은 부당하다 할 것이므로 회사의 보험료 부담의 필요성이 인정된다 할 것이다.
다만 그 보험료는 임원보수에 추가하여 주주총회의 보수규제를 받도록 하는 방법도 검토할 필요가 있을 것이다.

(3)면책약관의 문제점

① 임원배상책임보험(D&O)약관의 도입
이는 이 보험이 판매되던 시초 미국에서 사용되는 영문약관을 그대로 도입하였던 것을 우리법체계와 전혀 맞지 아니하는 부분을 일부 변경하여 1999년 4월 1일부터 사용하고 있다. 그러나 현행 약관에 우리법 체계와 어울리지 않는 부분이 남아 있다(미국의 1974년 종업원퇴직소득보장법과 관련된 종업원 퇴직소득보장법 부담보 특별약관, 징벌적 손해배상금 또는 배액배상금 등)
② 이사의 대한 회사의 배상책임면책약관
상법상 회사의 이사에 대한 책임추궁의 방법인 회사의 손해배상청구(상법 제399조)도 현행 약관상 면책사유로 규정하고 있다. 이는 미국에서 1980년대 임원배상책임보험(D&O)에 가입한 회사가 이사에 대한 책임추궁의 의도가 아니라 경영상 손실을 전보받기 위하여 그 자신이 직접 또는 피보험자로 되어 있는 다른 이사로 하여금 소송을 제기하게 하는 경우가 빈번하게 되자 이에 대비하기 위한 것이였다.
그러나 임원배상책임보험(D&O)의 존재의의가 회사에 대한 임원의 책임을 보전하려는 것이므로 이를 면책사유로 규정함은 합당하지 아니하다 할 것이다.
③ 대표소송면책약관
임원배상책임보험(D&O)의 구입이 증대된 이유로 지적되고 있는 것이 주주대표소송의 활성화임에도 불구하고 정작 현행 보통약관이 이를 면책으로 정하고 있는 것은 문제가 된다 할 것이다.
④ 소결
미국에서는 임원에 대한 책임을 추궁하는 방법으로 대표소송, 회사가 직접 책임을 추궁하는 방법 이외에도 집단소송을 포함하여 주주가 직접 소송을 제기하는 방법, 대표이사가 아니라 하더라도 이사가 회사를 위하여 소송을 제기하는 방법 등이 있다. 그러나 우리나라의 경우는 회사의 직접청구와 주주에 의한 대표소송 양자의 방법뿐임에도 이 양자를 모두 면책으로 정하여 두고 있는 보통약관에 대한 타당성 검토가 필요하다 할 것이다.

(4)고지의무위반의 경우
① 문제점
임원배상책임보험(D&O)의 피보험자는 회사의 모든 이사가 됨에 반하여 질문표를 통하여 고지하고 서명날인하는 자는 대표이사이다. 여기서 대표이사의 고지의무위반이 있는 경우 다른 피보험자인 선의의 이사들마저도 보험보호를 받지 못하게 될 것인가 하는 점이다. 특히 사외이사들은 회사의 일상업무나 경영상황에 대하여 상세한 정보를 가지고 있지 못한 경우가 있으므로, 이 문제가 더욱 중요한 쟁점으로 등장한다. 또한 보험기간 중에 이사로 취임한 자도 피보험자로 되는 것이나 그는 고지의무와 관련하여 아무런 상관이 없을 수도 있기 때문이다.[15]
② 해결방법
이때 대표이사를 각 이사들의 대리인으로 보는 방법이 있을 수 있다. 즉 각 이사들은 피보험자이면서 동시에 보험계약자로서의 지위를 취득하게 되며 대표이사가 이들을 대리하는 방법이다. 그러나 상법은 보험계약이 대리인에 의하여 체결되는 경우에는 그 대리인도 고지의무를 지는 것이고, 대리인은 본인이 알고 있는 사실뿐 아니라 대리인 자신이 알고 있는 사실도 고지하여야 한다고 규정하고

[15]) 현행 임원배상책임보험(D&O) 질문서의 인식고지에 관한 질문 제14는 귀사의 임원 중 이 보험의 대상이 되는 손해배상청구의 가능성이 있는 행위, 과실 또는 태만행위가 있는 것을 알고 있습니까?라는 질문을 한다. 즉 포괄적인 질문을 하면서 각 이사들에게 묻는 것이 아니라 대표이사에 대하여 묻고 있다.

있다(상법 제646조). 이에 의할 경우 고지의무 위반을 이유로 한 보험자의 면책을 막을 방도가 없게 된다.
다음으로 대표이사는 담보되는 보험사고의 발생시 보상받을 수 있는 피보험자이기도 하나, 임원배상책임보험(D&O)의 청약은 보험계약자인 회사를 대표하여 한다는 견해가 있을 수 있다. 즉 이때는 타인을 위한 보험계약이 될 것이다. 다만 이때에도 선의의 이사가 있다 하더라도 보험자는 보험계약자인 대표이사의 고지의무위반을 이유로 계약을 해지할 수 있다할 것이다.
따라서 만일 보험계약자가 보다 고율의 보험료를 지급하여서라도 선의의 피보험자를 보호하고자 한다면 명시적으로 약관상 고지의무위반으로 인한 계약의 취소는 당해 위반자에 한한다라는 등의 고지의무위반의 문제가 개별적이라는 뜻을 담은 명시적인 문구를 기재하는 것이 바람직할 것이다.

라. 결론

임원배상책임보험(D&O)은 1991년 한국기업의 해외주재 임원의 배상책임문제를 해결하기 위하여 도입되었다가, 1997년 외환위기를 계기로 주식회사의 이사에 대한 책임추궁가능성이 높아지면서 이 제도가 널리 이용되기 시작하였다. 즉 우선 기업의 해외진출 증가로 현지에서의 책임위험이 높아졌고, 미국 증권시장에서 주식예탁증서(DR)를 발행한 경우 경영책임에 대한 분쟁가능성이 증가하였기 때문이다. 국내에서도 대표소송의 요건이 완화되어 소수주주의 이사의 책임추궁가능성이 커졌고, 사외이사제도 도입 및 확대에 따라 이들의 보험가입요구가 높아지고, 예금보험공사의 부실금융기관 임원에 대한 책임추궁, 시민단체의 소액주주운동 및 집단소송제도의 도입 움직임도 이 보험의 필요성을 더 한층 크게 하고 있다.

다만 임원배상책임보험(D&O)이 기업경영진의 부실경영에 대한 단순한 보호책일 수만은 없다는 사실을 자각하고 회사를 실질적으로 담당하는 임원들은 기업의 사회적 책임과 건전한 기업윤리 함양을 통하여 상법, 증권거래법 등 우리법체계가 자신들에게 요구하는 의미를 각인해야 할 것이다.

日本における法科大学院の誕生

弁護士・東京大学名誉教授
新 堂　幸 司
（SHINDO　Koji）

１．はじめに

来年 2004 年 4 月発足を目指して、2003 年 6 月末までに、全国 72 の大学から、文部科学省宛に、法科大学院設立認可申請が提出された。これから、法科大学院設置基準の下で、審査が開始され、12 月ころには、各大学について認可するかどうかの結論が出されるという。

これに先立って、本年８月３日には、財団法人日弁連法務研究財団[1]が主催する適性試験が全国 31 の会場で実施された。この試験は、法科大学院の入学志願者はすべて受験すべきものとされ、その成績は、各法科大学院において入学者選抜の資料になる。法学の知識を問うものでなく、論理的思考力、分析的思考力、長文読解力、表現力を試すものである。アメリカのロースクールが採用している LSAT(Law School Admission Test)の日本版である。この全国統一の適性試験については、文部科学省の外郭団体である独立行政法人大学入試センターも実施主体として名乗りを上げており、こちらの方は、８月３１日に全国的に実施される。各大学側では、両方の試験を受けろとか、どちらかは必ず受けろとか、入試センターの試験を受けろとかの指示を出しており、結果として、財団試験の受験申込者は約２万人、センターよる適性試験の受験申込者は、約３万人ということであった。

これからの法曹界は、いろいろなバックグラウンドをもった人材を必要としている。知的財産権の紛争をみるだけでも、理科系の専門知識を持った法曹を必要としている。各種の専門的な知識を要求される製造物責任紛争、医療紛争、環境紛争など新しいタイプの紛争も多発するようになった。そこで法曹養成に特化した法科大学院には、広く人材を集める意味から、法学部の学生に限らず、理科も含めた他学部の卒業生、社会人をも収容することを目指している（文部科学大臣の告示によれば、法学部出身者

[illegible]院の全受験者に課せられることになったのである。

ともかく、年明けには、各法科大学院で入学者の選抜が行われる予定で、来年 4 月から開校となる。こうして、日本の法科大学院は滑り出すことになる[2]。

---

[1]日本弁護士連合会が 1 億円を拠出して 1998 年 4 月に作った財団法人である。法実務、法曹養成にかかる研究、研修及び情報の収集・提供を主たる事業内容とする。会員制をとっており、その会費収入(年会費 1 人 1 万円)を主な財源とし活動している。現在、弁護士会員が約 3600 人、そのほか司法書士、弁理士、税理士など 100 名ほどが会員となっている。URL　http://www.jlf.or.jp/

[2]この種の全国統一的なパブリックな試験ということになれば、当然国又は公的団体がやるべきだとする意識が一般に強い。しかし日弁連法務研究財団としては、「民間でできることは民間で」という国策に従い、文部科学省、独立行政法人大学入試センターの圧力に抗して適性試験事業を続けている。

２．法科大学院の目的および概要

（１）目的

法律によれば、「国の規制の撤廃または緩和の一層の進展その他の内外の社会経済情勢の変化に伴い、より自由かつ公正な社会の形成を図る上で法及び司法の果たすべき役割がより重要なものとなり、多様かつ広範な国民の要請にこたえることができる高度の専門的な法律知識、幅広い教養国際的な素養、豊かな人間性及び職業倫理を備えた多数の法曹が求められていることにかんがみ」、法科大学院は、「法曹養成の中核的な教育機関として」「将来の法曹としての実務に必要な学識及びその応用能力（弁論能力を含む）並びに法律に関する実務の基礎的素養を涵養するための理論的かつ実践的な教育を体系的に実施する」（法科大学院の教育と司法試験等との連携等に関する法律（以下「連携法」という）第２条柱書及び同条１号参照）とある。

要するに、一方で、事前の行政による規制が緩和・廃止されて、自由競争を促し経済の活性化を図り、公正な競争を確保するルール違反を事後にチェックするという法化社会への移動が、司法の役割を増大させる。司法の役割が強調されるとともに、弁護士の地域偏在などによる司法救済手続へのアクセス不足、訴訟に時間がかかりすぎて経済活動のテンポに合わないなど、国民の各域から司法に対する不満が顕在化してきた。さらに、国際化、高度情報社会化等により紛争解決自体に各種の専門的知識が必要との認識も高まった。より高度の専門的知識能力を備えた良質の法曹を多数養成することが急務と考えられる。こうした時代の要請を満たす法曹養成制度の中核として、法科大学院を創設するというわけである。

以下、「法科大学院の設置基準等について」中央教育審議会、2002 年 8 月 5 日答申からみられる法科大学院の概要を見ることにしよう。

（２）カリキュラム

法律基本科目として、憲法、行政法、民法、商法、民事訴訟法、刑法、刑事訴訟法、
実務基礎科目として、法曹倫理、法情報調査、要件事実と事実認定の基礎、法文書作成、模擬裁判、ローヤリング、エクスターシップ、
基礎法学・隣接科目として、基礎法学、外国法、政治学、法と経済学、
展開・先端科目として、労働法、経済法、税法、知的財産法、国際取引法、環境法が例示され、学生の履修が法律基本科目に偏ることのないように適切な配慮を求めている。

独立行政法人とは、「国が自ら主体となって直接に実施する必要のないもののうち、民間の主体にゆだねた場合には必ずしも実施されないおそれがある」（独立行政法人通則法２条）事業をするものであり、現にわれわれ民間団体が行っている適性試験を、独立行政法人である大学入試センターが行うとすれば、この通則法に違反することになる。また大学入試センターが、その法律で与えられた目的、すなわち「大学入試の実施」（大学入試センター法第 3 条・12 条）を超えて、大学院の入試にかかわるものとして適性試験を実施するとすれば、大学入試センター法にも違反すると考えられる。

（３）教育方法

少人数教育を目指し、クラスは、50 人を標準とする。事例研究、討論、現地調査、双方向的な授業などを適切に配慮する。１年間に履修できる単位は 36 単位を標準とし、３年間以上 93 単位以上の修得を卒業の要件にしている。

（４）教員

法科大学院には、最低 12 名の専任教員を置く必要があるし、収容学生定員は、専任教員１人あたり学生数 15 人以下となるようにしなければならないとされている。

この必置専任教員は、学部・修士課程・博士課程の専任教員と兼担できない。ただ、2013 年までの特例措置として、必置専任教員は、博士課程の専任教員とは兼担でき、その数の３分の１までは、学部・修士課程の専任教員と兼担できるとされている。

また原則として、必置専任教員の半数以上は、教授でなければならない。

さらに必置専任教員の２割程度以上は、実務の経験を有しかつ高度の実務能力を有する実務家教員とするものとある。

（５）学位

「法務博士」。ロースクールの Juris Doctor にあたる。

（６）第三者評価機関

法科大学院の修了が新司法試験の受験資格となる。そこで、文部科学省によって認証された第三者評価機関が各法科大学院について、評価基準に適合しているかどうかを認定し、その結果が文部科学大臣に報告され、文部科学大臣は、これをさらに法務大臣に通知する。適格認定を受けられなかった法科大学院に対しては、報告または資料の提出を求め（連携法５条）、改善勧告などをする。法務大臣は、文部科学大臣の権限行使について必要な措置を講ずることができるとされる（同法６条３項）。第三者評価機関の実施主体としては、現在のところ、文部科学省の大学評価学位授与機構、大学基準協会、日弁連法務研究財団などが名乗りを上げている。

３．積み残した課題

（１） これから法学部はどうなるのか。

法科大学院ができた後、法学部はどうなるのか。中教審の答申では、法学部の出番として、法学の既習者は、法科大学院において、30 単位を超えない範囲の単位を修得したものと見られ、その修得単位に相当する１年を超えない範囲で在学期間の短縮が認められるとある。しかし反面で、「従来の法学教育を漫然と持続させつつ、法科大学院をその法学部教育の延長線上にあるものととらえ、法科大学院が屋上屋を架すようなものとなるとすれば、法科大学院構想の本来の趣旨に悖る」と警告している。

しかしながら、各大学とも、法科大学院の設立に忙しく、法学部改革まで手がまわらず、方向も示されていない。私立大学においては、大学における法学部はドル箱であり、そう簡単に廃止できない。とすれば、どのような魅力ある学部に衣替えするのか、頭の痛いところである。

法科大学院を上にもつ大学の法学部に入学すれば、法科大学院に入りやすいとの思惑から、近時、法学部志願者が増えたとの話もあるが、法科大学院を置かないと決めた大学法学部は、いまや研究者引き抜きの草刈り場と化しているし、結果として、法

学部自体の質の低下は避けられないし、その存続自体が危ぶまれている。一挙に法科大学院が設立されることにより、法学研究者の絶対数が不足したことも紛れのない事実であり、法学研究者自身の質の低下も、一時的にしろ避けられない。

（２） 国立と私立との格差拡大をどう埋めるか

法科大学院は、上述のように、少人数教育を中核とし、教師１人に対して１５人の学生の割合を基準にしているので、授業料の高額化は避けられない。私学の授業料は、150 万円から 200 万円と予想されているが、国立の場合は、70 万円から 80 万円と低額のようである（たとえば、2003 年８月１日日本経済新聞朝刊）。この差は、大きく、国立と私立との格差は、現在以上に大きくなることが予想される。これをどのように解消するか、大きな課題である。

文部科学省は、教育の内容や方法に関するプロジェクトを評価し、優れた大学院を選んで支援する補助金を創設するため、2004 年度の概算要求に盛り込むという（2003 年８月 12 日日本経済、朝刊）が、これは、国公立、私立を問わない補助金制度のようであり、国公立と私立の格差是正にどれだけ役立つかは、その運用実績をさらに見守る必要がある。

なお、国立大学自体、2004 年 4 月から独立行政法人化される（独立行政法人大学法）。それが、従来の国立大学に置かれる法科大学院のあり方にどんな影響をあたえるか、これまた未知数である。

（３）法科大学院はダブルスクール問題[3]を解消できるか

養成すべき法曹の数を毎年約 3,000 人と決めて新司法試験が行われる。現在認可申請を提出している法科大学院の各学生定員を総計すると、5,950 人とのことである（2003 年 7 月 1 日の各紙朝刊）。この数は、認可の際にある程度縮減するかも知れない。法科大学院の学生定員の総計を、仮に約 5,000 人とすると、合格率は、新しい卒業生数だけで見ても、60％となるが、残りの 40％の不合格者が翌年度の受験者となるので、2 年目の新司法試験では、7,000（5,000+2,000）人中 3,000 人の合格ということで、合格率は 42.8％になり、３年目の試験では、9,000（5,000+2,000+2,000）人の受験者中 3,000 人の合格ということで、33.3％の合格率になる。しかも、一流校など合格率は 60％を超えて出すことになるとすると、他校の合格率は、かなり低くなると予想される。これは、各法科大学院間の熾烈なサバイバル・ゲームを生むことになる。受験予備校にとっての商売拡大のよい機会となろう。法科大学院構想には、本来、学生を予備校から大学へ呼び戻そうという狙いがあった。しかし、法科大学院は、果たしてその目的を現実に達成しうるか大いに疑問がある。

（４）「司法試験予備試験」をどう運用するか

旧司法試験も 2010 年までは新司法試験と併行して行われるが、2011 年からは、新司法試験のみとなる。法科大学院の卒業生は新司法試験の受験資格を与えられる。しかし、法科大学院を卒業しなくとも、これと同等の能力があるかどうかを試す司法試験予備試験もこの年から行われ、この予備試験に合格すれば、法科大学院を卒業しなくとも、新司法試験の受験資格を認められるとされている。

そこで、この司法試験予備試験をどのように設計・運営するのかが問題である。ごく例外的な道筋として厳しい試験にするか、あるいは緩やかにするかは、まだ流動的

---

[3] 法学部学生は、司法試験合格のためには、大学の授業を受けるだけでは足りず、むしろ大学に行く代わりに、受験予備校に通い、そこで必要最小限の知識を効率的に暗記した方が得策であるとする。

である。この選択は、法曹養成に特化した法科大学院を法曹養成の本道としてこれを保護するか、それとも、法科大学院を法曹養成の１つの道ぐらいに考えて、新司法試験を合格すれば、法曹の資格を与えることにして、どこで教育を受けたかを問わないシステムにするかの選択の問題である。

前者の道は法曹への参入障壁を高めるものとなる。後者の道は、法科大学院を卒業して法曹になった者と予備試験合格者で法曹になった者とが社会において自由競争をすることになる。

自由経済原則からすれば、後者の選択が示唆されるが[4]、その場合には、法科大学院の存在自体も社会の批判にさらされ、生き残りをかけて自らの教育の質を向上するインセンティブが与えられるであろう。

他方、予備試験の道を絞る方向を取れば、法科大学院の存在は保護されようが、法科大学院間で司法試験合格者率の競争は避けられない。そして法曹を目指す者に対して時間と費用の負担とを課した上、受験勉強に追われる不安定な生活を長く強いることになる。従来のように司法試験の一発勝負で、法曹になれるかどうかを問うのでなく、法科大学院の継続的な教育、新司法試験、そして司法研修所一年の実務修習と、一貫したプロセスを通じてじっくりと良質の法曹を育てようという法科大学院の本来の構想からすると前者の選択になりそうだが[5]、法学部教育からの継続を考えると、学生に与える時間と費用の負担、将来への不安があまりにも大きいといえないか。

（５）　司法研修所での１年間の修習で何を教えるのか

新司法試験合格後、司法研修所での１年間の修習が義務づけられているが、一体そこで何が教えられるのか。修習生に対して国が給料を支給しないとすれば、法曹の卵の負担はさらに重くなる。

むしろ、新司法試験合格者全員が、若干の給料をもらって弁護士事務所で３年間見習をすることにした方がよいのではないか。一流校の学生でも、評判のよい法律事務所への就職を求めて、法科大学院の成績を上げようというインセンティブになろう。また公益事務所、リーガル・サービス・センターへの希望者も自然に増え、これらの事務所及びセンターにおける人材確保につながるのではないか。そして何よりも、法曹一元の基礎固めに資するのではないか。

（６）　法科大学院は、社会のリーガル・サービスの需要を十分に満たすものか。リーガル・サービスの地域偏在を解消できるか

今回の法曹の増員目標は、欧米でも、最低のフランス並みにしようというところから、2010 年には、毎年 3,000 人の合格者を出し、2018 年には実働法曹人口５万人を目標にするという。しかし、人口比で行くと、それでも、フランスの半分である。そのこと自体も問題である。が、そもそも、このような供給量から需要量を決めるやり方で、果たして社会のリーガル・サービスへの現実の需要に十分に応えられるものであろうか[6]。弁護士という国家が設定する資格を与えるには、ある一定以上の法的能力を確かめる必要があることは当然であるが、その資格を与えるのに、あらかじめ限

---

[4] 伊藤隆敏・西村和雄編『教育改革の経済学』（2003 年７月、日本経済社刊）「第６章　専門職大学院の経済分析」137 頁。同書同章は、法科大学院をめぐる諸問題を経済学の視点から分析した興味ある文献である。本稿も、これから多くの示唆を受けている。

[5] 連携法の付帯決議では、「新しい司法試験制度の実施に当たっては、法科大学院を中核とする法曹養成制度の理念を損ねることのないよう、司法試験予備試験の運用に努めるとともに、法科大学院における幅広く多様な教育との有機的な連携の確保に」格段の配慮することを政府に求めている。

[6] 前掲、伊藤・西村 132 頁以下。

定された数の合格者を選抜する競争試験の形態を取ることが、果たして妥当であろうか。法科大学院構想を真に生かすためには、法科大学院の教育水準を向上させることを第一義とし、その修了者には、原則として法曹資格を与え、後は社会での競争原理にまかせて、リーガル・サービスの需要に応えさせる必要があるのではないか。

また今回の大量のしかも良質の法曹を養成する中核的な制度として法科大学院を設ける構想には、弁護士の地域的偏在、リーガル・サービスの地域的偏在をも解消しようとする狙いが含まれていたが、地域の法科大学院の卒業者が、その地域に定着して偏在解消に向かうかどうかは、予断を許さない。

たとえば、合格者数を 3000 人と絞らず、これに加えて毎年 500 人ずつ合格者枠を増やすか、あるいは、全国的な試験の他、各地域ブロック毎に別個の地域司法試験を行い、地域弁護士制（その地域でのみ業務ができる弁護士）を新設する。その地域司法試験には、地域の法科大学院卒業者の 8 割 9 割は合格できる程度にする、などの抜本的な改革がさらに必要と思われる。

４．おわりに

今回の司法改革は、司法制度改革審議会意見書（2001 年 6 月 12 日）を受けてこれを実現しようとするものであるが、法曹養成制度の実現課程においては、各省庁は、それぞれの権益の確保を目指し、早々と、おおむねそれを確保することに成功したと見受けられる。文部科学省は、法科大学院の所轄を掌握した。法務省は、新司法試験の所轄を確保した。最高裁判所は、司法研修所における司法修習制度（期間は一年になるが）を確保した。しかしながら、それらの選択が果たして合理的であったかどうか。単に各自の権益を維持するに止まったのではないかとの疑念は、これから長い年月をかけた、歴史の審判に委ねざるをえない。

こうして多くの問題を残しているものの、とにもかくにも、日本の法科大学院は船出することになった。筆者としては、その選択が誤りであったとは考えたくない。すでにルビコンを渡ったのである。いまや法科大学院の創設を、わが司法制度改革の確かな第一歩と位置づけ、成功へのあらゆる努力を尽くすとともに、次の制度改革を射程内に置いた議論を準備すべきものと考えられる。学生も含め、法科大学院にかかわる関係者に対して、このようなエールを送りつつ、私の話を終わりたい。

（2003 年 8 月 12 日記）

日本에 있어서 法科 大学院의 誕生

辯護士・東京大学名誉教授
新 堂　幸 司
(SHINDO　Koji)

1. 처음에

來年 2004年 4月 発足을 目標로, 2003年 6月　末까지, 全国 72의 大学에서, 文部科学省 앞으로, 法科大学院 設立 認可 申請이 提出되었다. 그로부터, 法科大学院 設置 基準下에 審査가 開始되고, 12月 傾에는, 各大学에 対하여 認可할지 어떨지의 結論이 내려질 것이라는 것이다.

여기에 앞서서, 올해 8月 3日에는, 財団法人 日弁連 法務研究財団[1]이 主催하는 適性 試験이全国31곳 会場에서 実施된다. 이 試験은 法科大学院의 入学 志願者는 모두 試験을 거쳐야 하는 데, 그 成績은, 各法科 大学院에 있어서 入学者 選抜의 材料가 된다. 法学의 知識을 묻는 것이 아니고, 論理的인 思考力, 分析的 思考力, 長文 読解力, 表現力을 試験하는 것이다. 아메리카의 로스쿨이 採用하고 있는 LAST (Law Admission Test)의 日本版이다. 이全国統一의 適性試験에 対하여는, 文部科学省의 外郭 団体인 獨立行政法人　大学入学센타도 実施主体로서 挙名되고 있으며, 이쪽은, 8月 31日에全国的으로 実施한다. 각 大学側은, 両側의 試験을 応試하라든가, 어느　쪽인가는 반드시 応試하라는 등, 入試센타의 試験에 応試할 것인가 등의 指示를 내리며, 結果로서 財団試験의 受験 申請者는 約 2万 名이며, 센타에 따르면 適性試験의 受験 申請者는 約 3万名이라는 것이다.

이제부터의 法曹界는, 여러 가지의 經験을 가진 人才를 必要로 하게 된다. 知的財産権의 紛争에서 보는 바와 같이, 理科系의 専門的　知識을 가진 法曹를 必要로 하고 있다. 各種의 専門的인 知識이 要求되는 製造物責任紛爭, 医療紛争, 環境紛争 등 새로운 타입의 紛争도 多発하게 되었다.　여기에 法曹 養成에 特化한 法科大学院은, 넓은 분야에서 人才를 모으는 의미에서, 法学部의 学生에 限定하지 않고, 理科를 包含한 他学部의 卒業生과 社会人까지 收容하는 것을 目的으로 한다 (文部科学大臣의 告示에 따르면, 法学部 出身者 以外의 사람이 3割 以上이 되도록 努力할 것이다 라고 되어 있으며, 2割에 未達할 境遇에는 公表한다고 되어 있다). 그러한 志願者로부터 法曹를 指向하는 人才를 積極的으로 発掘해야 마땅하며, 또한 選抜 手続의 公平性을 確保하기 위하여, 法学의 知識을 試験하지 않고 適性試験이 法科大学院의 全受験者에게 附課되도록 되어 있다[2].

---

[1] 日本弁護士 連合会가 1億円을 거출하여 1998年 4月에 設立한 財団法人이다. 法実務, 法曹養成에 걸쳐서 研究, 研修 및 情報의 收集・ 提供을 主된 事業内容으로 한다. 会員制로 되어 있으며, 그 会費 收入 (年会費 1人 1万円)을 主된 財源으로 活動하고 있다. 現在, 弁護士 会員 約 3600人 그 外에 司法書士, 弁理士, 税理士 등 100名 정도가 会員으로　되어 있다. URL http://www.jif.or.jp

[2] 이런 種類의 全国統一的인 퍼블릭한 試験으로 된다면, 当然히 国家나 公的인 団体가 맡아야 한다는 意識이 一般에는 強하다. 그러나, 日弁連 法務研修財団으로서는,「民間이 할 수 있는 것은 民間에서」라는 国策에 따라서, 文部科学省, 獨立行政法人大学入試센타의 圧力에 抵抗하여 適性試験事業을 継続하고 있다.

獨立行政法人이라는 것은,「国家가 스스로 主体가 되어 直接 実施할 必要가 없는 것 중에서, 民間主主体에게 委任할 경우 반드시 実施되지 않을지도 모르는 危険이 있는」(獨立行政法人 通則 法 2条) 事業을 하는 것이며, 実際로 우리들 民間 団体가 実施하는 適性試験을, 獨立行政法人인 入試센타가, 그 法律에 付与한 目的, 즉「大学 入試의 実施」(大学入試센타　法 3条・12条)를 超越하여, 大学院의 入試에 関与할 目的으로 適性試験을 実施하는 것이라면, 大学入試센타法에도 違反하는 것이라고 생각한다.

어쨌든, 새해에는, 各法科大学院에서는 入学者의 選抜이 이루어질 予定이며, 내년 4月부터 開校될 것이다. 그리하여, 日本의 法科大学院은 出発하는 것으로 된다.

2. 法科大学院의 目的 및 概要

(1) 目的

法律에 의하면, 国家의 規制의 撤廃 또는 緩和의 더 한층의 発展, 그 以外의 社会 經済 情勢의 変化에 따라, 더 自由롭고 公正한 社会의 形成을 図謨하기 위하여 法律 및 司法이 責任져야 할 役割이 더욱 重要하게 되어, 多様하고 広範한 国民의 要請에 対答할 수 있는 高度의 専門的인 法律知識, 폭넓은 敎養 国際的인 素養, 豊富한 人間性 및 職業倫理를 兼備한 多数의 法曹가 要求 되는 것을 뒤돌아보며, 法科大学院은, 「法曹養成의 中核的인 敎育機関으로서」 「将來의 法曹로서의 実務에 必要한 学識 및 그 応用能力 (弁論能力을 包含) 및 法曹에 관한 実務의 基礎的 素養을 涵養하기 위하여 理論的이며 同時에 実務的인 敎育을 体系的으로 実施한다 」. 法科大学院의 敎育과 司法試験과의 連続性에 관한 法律 (以下「連携法」이라고 한다) 第2条 柱書 및 同条 1号 参照)로 한다.

말하자면, 한편으로는, 行政에 의한 規制가 緩和 廃止되며, 自由競争을 促進하여 經済의 活性化를 図謨하고, 公正한 競争을 確保하는 룰 違反을 事後 체크한다는 法化 社会로의 移動이, 司法의 役割을 増大시킨다. 司法의 役割이 強調됨과 同時에, 弁護士의 地域 偏在 등에 의한 司法救済 手続에의 악세스 不足, 訴訟에 時間이 너무 걸려서 經済活動의 템포에 맞지 않는 등, 国民의 各層으로부터 司法에 대한 不満이 顯在化되어 왔다. 더욱이, 国際化, 高度情報社会化 등에 의하여 紛争解決 自体에 各種의 専門的 知識이 必要하다는 認識도 함께 増大되었다. 보다 高度의 専門知識 能力을 兼備한 良質의 法曹를 多数 養成하는 것이 急務라고 생각한다. 그러한 時代의 要請을 満足하는 法曹養成制度의 中核으로서, 法科大学院을 創設하게 되었다는 것이다.

以下, 「法科大学院의 設置基準令 등에 관하여」中央敎育審議会, 2002年 8月 5日 答申에 보이는 法科大学院의 概要를 살펴보기로 한다.

(2) 카리큐럼

法律基本科目으로서 憲法, 行政法, 民法, 商法, 民事訴訟法, 刑事訴訟法,
実務科目으로서 法曹理論, 法情報調査, 要件事実과 事実認定의 基礎, 法文書作成, 模擬裁判, 로얄링, 엑스타십
基礎法学・隣接科目으로서 基礎法学, 外国法, 政治学, 法과經済学
展開・先端科目으로서 労働法, 經済法, 税法, 知的財産法, 国際去來法, 環境法이 例示되어, 学生의 履修가 法律基本科目에 偏重되지 않도록 適切한 配慮를 要求하고 있다.

(3) 敎育 方法

는 36単位를 標準으로 하며, 3年間 以上, 93単位 以上 履修하여 習得할 것을 卒業要件으로 하고 있다.

(4) 敎員

法科大学院에는, 最低 12名의 専任教員을 둘 必要가 있으며, 收容学生定員은, 専任 教員 1人当 学生数 15人 以下가 되도록 하지 않으면 안 되는 것으로 한다.
이 必須 設置 専任教員은, 学部・碩士課程・博士課程의 専任教員으로 兼하여 担当할 수 없다. 단, 2013年까지의 特例 措置로서, 必須 設置 専任教員은, 博士課程의 専任教員과는 兼하여 担当할 수 있으며, 그 数의 1/3까지는, 学部・碩士課程의 専任教員과 兼하여 担当할 수 있는 것으로 한다.

또 原則으로서, 必須 設置 専任教員의 半数 以上은, 教授가 아니면 안 된다. 더욱이, 必須設置 専任教員의 2割 정도 以上은, 実務 經驗을 가지며 또한 高度의 実務能力을 가진 実務家 教員으로 하는 것으로 한다.

(5) 学位

「法学博士」. 로 스쿨의 Juris Doctor에 該当한다.

(6) 第3者 評価機関

法科大学院의 修了가 新司法試験의 受験資格이 된다. 그기서, 文部科学省에 의하여 認定된 第3者 評価機関이 各法科大学院에 관하여, 評價基準에 適合한지 어떤지를 認定하여, 그 결과가 文部科学大臣에게 보고 되며, 文部科学大臣은, 이것을 다시 法務大臣에게 通知한다. 適格認定을 받지 못한 法科大学院에 対하여는, 報告 또는 資料提出을 要求하여 (連携法 5条), 改善勧告 등을 한다. 法務大臣은, 文部科学大臣의 權限行使에 대하여 必要한 措置를 講究할 수 있는 것으로 한다 (同法 6条 3項). 第3者 評価 機関의 実施 主体로서는, 現在로서는, 文部科学省의 大学評価学位受与機構, 大学基準協会, 日弁連法務研究財団 등이 擧名되고 있다.

3. 山積한 課題

(1) 지금부터 法学部는 어떻게 될 것인가.

法科大学院이 되고 난 後, 法学部는 어떻게 되는가. 中教審의 答申에는, 法学部가 나아갈 길로서, 法学의 旣習者는, 法科大学院에 있어서, 30 単位를 넘지 않는 範囲의 単位를 取得한 것으로 看做하여, 그 習得 単位에 相当하는 1年을 넘지 않는 範囲에서 在学 期間의 短縮이 認定되는 것으로 한다 라고 되어 있다. 그러나 反面에, 「従来의 法学 教育을 完全히 持続시키면서, 法科大学院을 그 法学部 教育의 延長線上에 있는 것으로 位置시키며, 法科大学院이 屋上加屋을 만드는 것으로 되어버린다면, 法科大学院 構想의 本來의 趣旨에 어긋난다」고 警告하고 있다.

그럼에도, 各大学은, 法科大学院의 設立에 奔走하며, 法学部 改革에까지 손쓸 余裕가 없고, 方向도 보여주지 않는다. 私立大学에 있어서는, 大学의 法学部는 달러박스이며, 그렇게 簡単히 廃止할 수 없다. 그렇다면, 어떻게 魅力있는 学部로 変身할 것인가, 골치 아픈 問題다.

法科大学院을 上部에 두고 있는 大学의 法学部에 入学하면, 法科大学院에 入学하기 쉬울 것이라는 推測 때문에, 最近 法学部 志願者가 増加했다는 이야기도 있

그 存続 自体가 危険에 처하여 있다. 一擧에 法科大学院이 設立됨으로써 法学研究者의 絶対数가 不足하게 된 것도 속일 수 없는 事実이다. 法学研究者 自身의 質低下도, 一時的이지만 避할 수 없다.

(2) 国立과 私立과의 格差 拡大를 어떻게 메울 것인가

法科大学院은, 위에서 말한 것처럼, 小人数 教育을 中核으로 하며, 教師 1人에 대하여 15人의 学生의 比率을 基準으로 하고 있음으로, 授業料의 高額化는 避할 수 없다. 私学의 受業料는, 150万円부터 200万円 정도로 予想되고 있으나, 国立의 경우는, 70万円부터 80万円 정도의 低額인 듯하다 (例로 든 것은, 2003年 8月 1日 日本經斉新聞 朝刊). 이 差異는 큰 것이며, 国立과 私立의 格差는 現在 以上으로 더 크게 벌어질 것으로 予想된다. 이것을 어떻게 解消할 것인가가 커다란 課題다.

文部科学省은, 教育의 内容이나 方法에 관한 프로젝트를 評価하여, 優秀한 大学院을 選別하여 支援하는 補助金을 創設하기 위하여, 2004年度의 予算概算要求에 包含시킬 것이라고 하지만 (2003年 8月 12日 日本經斉新聞, 朝刊), 이것은, 国公立, 私立을 不問한 補助金 制度인 듯한데, 国公立과 私立의 格差 是正을 위하여 얼마나 도움이 될 지는, 그 運営 実積을 좀더 観察할 必要가 있다.

또한, 国立大学 自体는, 2004年 4月부터 独立行政法人化 된다(独立行政法人大学). 그것이, 従来의 国立大学에 設置되는 法科大学院의 存在에 어떤 影響을 미칠지는, 이것 역시 未知数다.

(3) 法科大学院은 다불스쿨 問題를 解決할 수 있을까

養成해야 할 法曹의 숫자를 毎年 約 3,000人으로 決定하여 新司法試験이 実行된다. 現在 認可申請을 提出한 法科大学院의 各学生 定員을 総計하면, 5,950人 이라고 한다 (2003年 7月 1日의 各 日刊紙 朝刊). 이 숫자는, 認可할 때 어느 정도 減縮할 지도 모른다. 法科大学院의 学生定員의 総計를, 약 5,000名 정도로 假定하면, 合格率은 새로운 卒業生 숫자 만을 보더라도, 60% 정도되지만, 나머지 約 40%정도의 不合格者는 다음 해의 受験者로 되는데, 2년째의 新司法試験에는, 7,000(5,000+ 2,000) 人 中의 3,000名의 合格이 되는 것이므로, 合格率은 42,8%가 되어, 3년째의 試験에는, 9,000 (5,000+ 2,000+ 2,000)名의 受験者 中에서 3,000명의 合格이 되어, 33,3%의 合格率이 된다. 一流校 등이 合格率에서 60%를 넘게 낸다고 가정하면, 他校의 合格率은, 相当히 낮아질 것으로 예상된다. 이것은, 각 法科大学院 間의 熾烈한 서바이벌 게임을 発生시키는 것이 된다. 受験 予備校에게는 事業拡大의 좋은 機会가 될 것이다. 法科大学院 構想에는, 本來, 学生을 予備校로부터 大学으로 불러 들이려는 目的이 있었다. 그러나, 法科大学院은, 과연 그 目的을 現実的으로 達成할 수 있을 지 큰 의문이다.

(4)「司法試験 予備試験」을 어떻게 運営할까

旧司法試験도 2010年까지는 新司法試験과 平行해서 実施되지만, 2011年부터는, 新司法試験 만 있게 된다. 法科大学院의 卒業生은 新司法試験의 受験資格이 付与된다. 그러나, 法科大学院을 卒業하지 않고도, 이와 同等의 能力이 있는지 어떤지를 試験하는 司法試験 予備試験도 이 해부터 実施되며, 이 予備試験을 합격合格, 法科大学院을 卒業하지 않고도, 新 司法試験의 受験資格이 認定된다고 되어 있다. 여기서, 이 司法試験 予備試験을 어떻게 設計 運営할 것인지가 問題다. 그처 例

로 하여 이것을 保護할 것인가, 아니면, 法科大学院을 法曹 養成의 하나의 方法 정도로 생각하여, 新司法試験을 合格하면, 法曹의 資格을 付与하는 것으로 하여, 어디서 教育을 받았는지는 不問하는 시스템으로 할 지의 選択의 問題다.

前者의 길은 法曹에 參加 障壁을 높이는 것이 된다. 後者의 길은, 法科大学院을 卒業하고 法曹가 된 者와, 予備試験 合格者로서 法曹가 된 者가 社会에서 서로 自

由競争을 하는 것이 된다.
自由 經済 原則으로 보면, 後者의 選択을 示唆하는 것이 되지만[3], 그 경우, 法科大学院의 存在 自体가 社会로부터 批判에 露出되어, 生存을 걸고 自己의 教育의 길을 向上시킬 인센티브가 주어지게 될 것이다.
또 한편으로, 予備의 길을 좁게 하는 方向을 취하면, 法科大学院의 存在는 保護되겠지만, 法科大学院間의 司法試験 合格率의 競争은 피할 수 없다. 그래서 法曹를 目標로 하는 자에 대하여 時間과 費用의 負担을 付課하며, 受験 공부에 쫓기는 長期間의 不安定한 生活을 強制하는 것이 된다. 종래처럼, 司法 試験의 한판 勝負에, 法曹가 되려는지 어떤지를 묻는 것이 아니라, 法科大学院의 継続的인 教育, 新司法試験, 그리고 司法 研修所 1年의 実務 実習과, 一貫된 프로세스를 통하여 천천히 良質의 法曹를 養成하고자 하는 法科大学院의 本來의 構想으로부터 비추어 본다면, 前者의 選択이 될 듯하지만[4], 法学部 教育으로부터의 継続을 생각하면, 学生에게 주어진 時間과 費用의 負擔, 将來에의 不安이 너무 큰 것이 아닐른지.

(5) 司法 研修所에서의 1年間의 修習으로 무엇을 가르칠 것인가

신 司法試験 합격 후, 司法 研修소에서의 1年間의 修習이 義務化되어 있는데, 도대체 그기서 무엇을 가르칠 수 있는 가. 修習生에 대하여 国家가 給料를 支給하지 않는 것이라면, 法曹의 予備者의 負担은 더욱 무거워 진다.
오히려, 新司法試験 合格者 全員이, 약간의 給料를 받고 弁護士 事務所에서 3年間 研修를 하도록 하는 것이 더 좋은 것이 아닐까. 一流校의 学生이라도, 評判이 좋은 法律 事務所에로 就職을 원하게 되어, 法科大学院의 成績을 올리려고 하는 인센티브가 될 것이다. 또 公益事務所, 리갈 서비스 센타 希望者도 自然的으로 っ 増加하여, 이들 事務所 및 센타는 人才確保로 연결되는 것이 아닐까. 무엇보다도, 法曹 일원의 基礎를 確固하게 하는 資原이 되는 것이 아닐는지.

(6) 法科大学院은, 社会의 리갈 서비스의 需要를 충분히 満足시키는가.
리갈 서비스의 地域 偏在를 解消할 수 있을까

이번의 法曹 増員목표는, 欧美에서도 最低인 프랑스 水準으로 하자는 것으로부터, 2010年에는, 毎年 3,000名의 合格者를 내고, 2018年에는 実勤 法曹 人口 5万名을 目標로 한다고 한다. 그러나, 人口比率로 보면, 그럼에도, 프랑스의 절반이다. 그것 자체도 問題다. 그런데, 처음부터 그러한 供給量에서 需要量을 구하는 방식으로 과연 리갈 서비스의 実現의 需要에 충분히 응할 수 있는 것인가[5]. 弁護

数의 合格者를 選抜하는 競争試験의 형태를 취하는 것이, 과연 타당한 것인가. 法科大学院을 진짜로 살리려면, 法科大学院의 教育 水準을 向上시키는 것을 第一義로 하며, 그 修了者에게는, 原則的으로, 法曹 資格을 부여하며, 다음은 社会의 競争原理에 맡겨서, 리갈 서비스의 需要에 응하게 할 必要가 있는 것이 아닐까.
또 이번의 大量이면서도 良質의 法曹를 養成하는 中核的인 制度로서 法科大学院

---

[3] 伊藤隆敏・西村和夫編『教育改革의 経済学』(2003年 7月, 日本経済社 刊)「第 6章 専門職 大学院의 経済分析」137項. 同書 同章은, 法科大学院을 둘러싼 諸般 問題를 経済学의 視点에서 分析한 興味 있는 文献이다. 本原稿도, 그것으로부터 많은 示唆를 받고 있다.
[4] 連携法의 附帯 決意에는, 「새로운 司法制度의 実施에 즈음하여, 法科大学院을 中核으로 하는 法曹 養成制度의 理念을 損傷하지 않도록, 司法 試験 예비 試験의 運営에 노력함과 동시에, 法科大学院에 있어서, 폭넓고 다양한 教育과의 유기적인 連携의 確保를」라고 하여 각단의 配慮할 것을 政府에 要求하고 있다.
[5] 前掲, 伊藤・西村 132項 以下

을 設立하는 構想에는, 弁護士의 地域的 偏在, 리갈 서비스의 地域的 偏在를 同時에 解消하고자 하는 목적이 포함되어 있으나, 地域의 法科大学院의 卒業者가, 그 地域에 定着하여 偏在解消에 도움을 줄지 어떨지는, 予測할 수 없다.

예를 들면, 合格者数를 3,000名으로 묶지 말고, 그기에 더하여 每年 500名씩 合格者 틀을 增員시키든지, 또는, 全国的인 試験 이외에, 각 地域 블록 별로 別途의 司法試験을 実施하여, 地域 弁護士制 (그 地域에서만 業務를 볼 수 있는 弁護士)를 新設한다. 그 地域 司法試験에는, 法科大学院 卒業者의 8割 9割은 合格될 수 있는 정도로 한다, 는 등의 抜本的인 改革이 더욱 必要하다고 생각한다.

4. 끝으로

이번의 司法 改革은, 司法制度 審議会 意見書 (2001年 6月 12日)를 받고, 그것을 実現하려고 하는 것인데, 法曹 養成制度의 実現課程에 있어서는, 各省庁은, 各各의 権益의 確保를 目標로, 일찍부터 그것을 確保하는 것에 成功한 것처럼 보인다. 文部科学省은, 法科大学院의 所管을 掌握했다.

法務省은 新司法試験의 所管을 確保했다. 最高裁判所는, 司法研修所에 있어서 司法 修習制度(期間은 1年이 됨)를 確保했다. 그럼에도, 그러한 選択이 과연 合理的인지 어떨까. 単純히 各自의 権益을 維持하는 것에 끝나버린 것이 아닐지의 疑問은, 지금부터 긴 세월에 걸쳐서, 歷史의 審判에 맡길 수 밖에 없다.

이렇게 하여 많은 問題를 남겼지만, 어쨌든, 日本의 法科大学院을 돛을 올리게 되었다. 筆者로서는, 그 選択이 잘 못된 것이라고는 생각하고 싶지 않다. 이미 루비콘 강을 건넜다. 지금은 法科大学院의 創設을, 우리의 司法制度 改革의 確実한 제일보로 위치시켜서, 成功을 위해서 모든 努力을 다함과 동시에, 다음의 改革을 射程内에 두고 議論을 준비해야 한다고 생각한다. 学生을 포함해서, 法科大学院에 関係하는 関係者에 대하여, 이러한 声援을 보내면서, 나의 이야기를 끝맺고자 한다.

経過報告

41. 2002. 11. 2. 第24回定期總會

(1)韓國ソウル市内にあるRENAISSANCE SEOUL HOTELで開催

(2)新堂幸司(SHINDO KOUJI)辯護士, 山中靖夫(YAMANAKA YASUO) 辯護士に表彰牀授與.

(3)記念講演 西江大 教授 李相禹博士が「東北亞新秩序と韓日關係」との演題で記念講演.

(4)ゼミナー主題の「韓國の獨占規制及び公正去來に關する法律の域外適用」に關して邊熯壎辯護士が發表.

「日米獨占禁止法の域外適用」に關して渡邊肇辯護士が發表.

金弘基辯護士, 崔昇宰辯護士が討論參加

(5)總會前日NEW SEOUL C.Cにて親善ゴルフ競技を行った.

42. 2003. 5. 30. 第10回判例研究會開催,

(1)西歸浦KAL HOTELにて開催

韓國側洪明昊辯護士が「任員の責任と保險-判例の傾向と分析」に關して.

日本側宮永堯史辯護士が「破產者の破產免責に關する判例」を各發表

(2)研究會前日西歸浦中門C.Cにて親善ゴルフ競技を行った.

41. 2002. 11. 2. 第24回定期總會

(1)韓國 서울市內에 있는 RENAISSANCE SEOUL HOTEL에서 開催

(2)新堂幸司(SHINDO KOUJI)辯護士, 山中靖夫(YAMANAKA YASUO) 辯護士에게 表彰狀 증정

(3)記念講演 西江大 敎授 李相禹博士가 「東北亞 새 秩序와 韓日關係」라는 연제로 기념강연

(4)세미나 主題인 「韓國의 獨占規制 및 公正去來에 관한 法律의 域外適用」에 관하여 邊熯壎辯護士가 發表하였고, 「日米獨占禁止法의 域外適用」에 관하여 渡邊 肇 辯護士가 發表.

金弘基辯護士, 崔昇宰辯護士가 討論參加

(5)總會前日 NEW SEOUL C.C 에서 親善골프경기를 행하였음.

42. 2003. 5. 30. 第10回判例研究會開催,

(1)西歸浦KAL HOTEL에서 開催

韓國側에서 洪明昊辯護士가 「任員의 責任과 保險-判例의傾向과分析」에 관하여,

日本側에서 宮永堯史辯護士가 「破產者의 破產免責에 관한 判例」를 各 發表

(2)研究會 前日 西歸浦 중문 C.C 에서 親善골프競技를 행하였음

（日韓弁護士協議会会長代行　藤井郁也）

編 集 後 記

２年前、第23回東京総会が開催されたときの会誌第20号2001を改めて見ると、総頁数350頁、重量は600ｇに及ぶ。前回の編集は新堂会長が直接担当されたが、私も若干はお手伝いした。そのお手伝いした身からすると、浩瀚でそれなりに見映えのする会誌が出来たとき、一応の満足感は味わった。

ただ印刷業者への支払いは200万円で、それ以外に翻訳料47万円も支払ったので、これを含めると1冊当たり4800円を超えてしまった。言うまでもないことながら、会の維持・発展、特に新会員の参加を考えるなら、総会への参加費は安い方が良い。かくして立派な会誌を作るということと、会の維持・発展とは二律背反する。

かように悩んでいるとき、神戸の池上徹、宮永堯史両先生から1983年京都総会のときの会誌を見せて戴いた。それは71頁200ｇで、綴じ方もホッチキス止めという簡易なものだった。私達はいつの間にか奢侈に流れていたようだ。そこで今回、時代に合わせ、予め日本文と韓国文を入力したフロッピーを印刷業者に提供し、80頁、500部という条件で見積もって貰ったところ、39万円という驚異的安価な見積りを得た。この編集後記を書いている段階で最終的な金額は未分明なるも、翻訳代を含めても70万円位で収まりそうである。経費節減により本来の会の活動そのものに少しでも寄与することを願っている。但し、今回創立以来の経過報告、会の規約、会員名簿は省略してしまったことをお詫びしたい。

（日韓弁護士協議会会長代行　藤井郁也）

なお、日本側原稿の韓国語への翻訳はSeoul市在住の鄭蓮玉さん（元NHK講師）にお願いしました

２年前，第23回 東京総会가 開催되었을 때의 会誌　第20号 2001을 다시 보니까，総페이지数는 350페이지이었고，重量은 600g에 達했습니다.　前回의 編集은 新堂会長님께서 直接担当하셨습니다만，저도 조금 도와 드렸습니다. 같이 編集에 参加한 사람의 立場에서 볼 때，넓고 크며 그 나름대로 滿足할 만한 会誌가 完成된 것을 볼 때는 満足感을 맛 볼 수 있었습니다.

단지 印刷業者에게 支払한 金額이 200万円이며，그 以外에 翻訳料 47万円도 支払했기 때문에，그것까지 包含하면　1冊 当 4,800円이 넘었습니다. 말할 必要도 없겠습니다만，当会의 維持・発展，특히 新会員의 参加를 考慮할 때，総会에의 參加費는 비싸지 않은 편이 낫다고 생각합니다. 그러나 이렇게 훌륭한 会誌를 만드는 것과 会의 維持・発展과는 二律背反하는 것이었습니다.

이렇게 苦心을 하고 있을 때，神戸의 池上徹，宮永堯史，두분 先生님께서 1983年 京都 総会 때의 会誌를 보여 주셨습니다. 그것은 71페이지 200g이었고，製本한 方法도 호치키스로 간단하게 묶은 것 이었습니다. 우리는 언제부터인가 奢侈스럽게 흘러가고 있는 듯 합니다. 그래서 이번에는 時代의 흐름에 呼応해서，미리 日本語와 韓国語를 入力한 플로피디스켓을 印刷業者에게 提供하여，80페이지 500部를 条件으로 見積을 받아 보니，39万 円이라는 아주 놀랄만한 低廉한 価格으로 見積을 받았습니다.　이 編集後記를 쓰고 있는 段階에서 아직 最終的인 金額은 不分明하지만，翻訳料를 包含해도，70万円 정도면 되지 않을까라고 생각합니다. 經費節約보다는 모임의 본래의 活動에 조금이라도 寄与하고 싶은 바람에서 입니다. 단지，이번에는 創設 이래의 經過報告，会의 規約，会員名簿를 省略해버린 것은 謝過 드리고 싶습니다.

日韓・韓日弁護士協議会誌　第 22 号

発　　行　　平成 15 年（2003 年）11 月 8 日
発 行 人　　日韓弁護士協議会会長　　新堂 幸司
発 行 所　　日韓弁護士協議会
印　　刷　　タイメイ複写有限会社

日韓・韓日弁護士協議会

東京事務局　新堂 幸司
〒100-0005　東京都千代田区丸の内１-１-２
JFE ビル　森・濱田松本法律事務所
TEL：03-5223-7780（直）
FAX：03-5223-7680
E-Mail：shindo.koji@nifty.ne.jp

神戸事務局　宮永 堯史
〒650-0016　神戸市中央区橘通１-２-１４
浅見ビル　２階　宮永法律事務所
TEL：078-351-1325
FAX：078-351-1270
E-Mail：philipmiyanaga@nifty.com

Seoul 事務局　黄 桂 龍
（酔）137-070　Seoul 特別市瑞草區瑞草洞 1692-6
東亜合同 Bldg５層　公證認可東亜合同法律事務所
TEL：02-536-8169（代）
FAX：02-535-4676
E-Mail：woojuhkr@yahoo.co.kr