

법학전문박사 학위논문

중국 지도성안례의 지도력에 관한 연구  
-판례 관련 논의와 실증분석을 토대로-

2021 년 2 월

서울대학교 대학원

법학과 아시아법전공

김 영 미


중국 지도성안례의 지도력에 관한 연구  
-판례 관련 논의와 실증분석을 토대로-


지도교수 강 광 문


이 논문을 법학전문박사 학위논문으로 제출함  
2020년 11월


서울대학교 대학원  
법학과 아시아법전공  
김 영 미


김영미의 법학전문박사 학위논문을 인준함  
2021년 1월

위원장 정 증 식 

부위원장 이 씨 자 

위원 한 상 돈 

위원 정 명 진 

위원 강 광 문 

## 국문초록

본 논문에서는 2010년 최고인민법원이 도입한 안례지도제도와 관련하여, 지도성안례의 법적 성격을 유사안건에 관한 장래의 재판에서 반드시 참조해야 하는 절대적 참조 사항으로서 법령 해석 적용의 지침으로 규명하였다. 이를 위해 지도성안례의 법적 성격을 우리의 판결이나 판례, 영미법계의 판례 및 중국의 사법해석과 비교 검토하고, 실증연구를 통해 이론적 주장을 뒷받침하였다.

논의의 배경으로 공산당의 영도를 핵심으로 하는 중국 사법제도의 특징으로 정법위원회를 중심으로 한 공산당의 영도와 심판위원회를 중심으로 한 법원 운영의 행정화에 주목하였으며, 공산당의 영도라는 특성에도 불구하고 중국의 사법통일을 어렵게 하는 변수로서 4급 2심 중심제의 심급제도, 지방보호주의와 법관의 자질 부족과 같은 문제점을 지적하고 이를 극복하기 위한 방법의 하나로 최고인민법원이 안례지도제도를 도입하였음을 살펴보았다.

우리나라에서 판례는 법령의 해석 적용에 관한 대법원의 의견 중 주론을 의미한다고 규정하고, 법원리론에 기초한 법해석론, 헌법상 평등의 요청과 신뢰보호의 원칙으로부터 판례의 일반적 준거력을 도출하였다. 심급제도의 구조상 상급심의 선례는 하급심의 법관들에게 사실상 강한 준거력이 있다는 점과 안건의 효율적인 처리를 위해 판결과정에서 경로 의존성이 작용한다는 점을 살펴보았다. 개별 판례의 준거력은 해석 적용대상 법령의 문언 자체 혹은 법령의 입법목적 등에서 비롯되며, 판례의 준거력은 문언과 입법목적 등을 규범 조화적으로 해석함으로써 도출된다고 결론지었다.

법령은 태생적으로 불완전성을 지니고 있고, 생래적으로 법령 해석의 문제를 야기하는데, 특히 해석대상 법령이 원칙적 규정을 중심으로 구성

되어 있는지, 개별 구체적 사례를 규율하는 세부사항을 중심으로 구성되어 있는지에 따라 해석의 여지가 달라진다는 점을 검토하였고, 법관의 법 형성은 법령의 불완전성에 기인하는 필연적인 결과이므로, 법관의 법 형성이 모든 경우에 의회의 입법권에 대한 침해가 된다고는 할 수 없음을 밝혔다.

판례변경과 관련해서는 영미법계의 선례구속의 원칙에 따르더라도, 하급심법원은 자신이 다루는 사건이나 적용할 법이 선례에 적용된 사실관계나 법과 다르다는 이유로 선례의 적용에서 벗어날(distinguishing) 수 있다는 점을 확인하였다.

지도성안례는 우리 판례와 마찬가지로 다른 안건에 대한 법률적 구속력은 없으나, 판례의 경우 하급심 법관이 인용 여부를 자유롭게 결정할 수 있는데 비해 지도성안례는 하급심 법관이 유사안건에서 반드시 참조하여야 하고, 생성 기제 상 주로 최고인민법원의 사법 외의 권력에 의존하여 법률과 같이 하향식으로 적용된다는 차이를 지적하였다. 사법해석은 법률적 구속력이 있으므로 사법해석의 효력은 지도성안례보다 강력하지만, 양자 모두 법률 적용의 통일과 법률의 흠결 보충이라는 동일한 목적을 가지고 상호 보완적인 기능을 수행한다는 점을 밝혔다.

지도성안례의 일반적 지도력으로서 법원리, 헌법, 실정법, 지도성안례의 선정 절차를, 개별적 지도력으로서 해석 적용대상 법령의 문언과 입법목적 등을 제시하였다. 특히 지도성안례의 실정법상 절대적 참조 효력과 관련하여, 지도성안례의 지도력은 법원리와 헌법, 심급제도 등에서 비롯되고 최고법원의 권위에 의해 강력한 힘을 부여받는다라는 점에서는 영미법계의 선례구속의 원칙 및 우리 판례의 준거력과 공통점이 있지만 지도성안례의 지도력은 장래의 유사한 재판에서 법관은 지도성안례를 반드시 참조하여야 하고, 후속 재판에서 당사자 등이 지도성안례를 변론 이유로 삼는 경우 반드시 지도성안례의 참조 여부 및 그 이유를 밝혀야 하는 절대적 참조사항으로, 기본적으로 선례에 구속될 것을 전제하는 영미

법계의 선례구속의 원칙과도 다르고 법원성(法源性)을 인정하지 않고 있는 우리 판례의 준거력과도 다르다고 검토하였다.

지도성안례의 지도력은 우리 판례의 준거력과 달리 지도성안례의 선정 절차에서 비롯된다. 우리나라의 경우 대법원의 법령 해석 적용에 관한 의견만 판례가 되는데 비해 중국에서는 각급 법원의 법령 해석 적용에 관한 의견이 모두 지도성안례가 될 가능성이 있고, 각급 법원의 안례를 지도성안례로 선정하는 과정에서 안례에 대한 심사와 편집이 이루어지는데, 바로 이러한 지도성안례 선정 절차로부터 지도성안례의 지도력이 도출되며, 선정 절차에서 최고인민법원이 갖는 직권상 전속성, 소송절차 밖에서의 지도성안례 선정, 지도성안례 출처의 초심급성이 지도성안례의 지도력만의 특징이다.

한편 중국에서는 민주집중제의 원칙에 따라 모든 국가기관은 입법부라고 할 수 있는 최고권력기관으로부터 권한을 위임받고 그 통제하에서 활동하여야 하기 때문에 입법부 우위의 권력구조를 보이게 된다. 기본적으로 안례를 통한 법률해석은 법원이 사법해석을 행사하는 정당한 방법이며, 사법부는 이를 통해 법률해석 방법을 보급할 수 있다. 다만 입법권 침해 논의와 관련하여 최고인민법원이 자신이 심리한 일부 안례를 지도성안례로 선정하는 것은 문제될 것이 없으나 하급심법원 개별안건의 심리에는 참여하지 않으면서 하급심법원의 개별안건을 지도성안례로 선정하는 부분에 의문이 제기될 수 있는데, 현 상태에서 안례지도제도가 사법의 경계를 넘어 강제력을 갖는 입법의 영역으로 진입한 것은 아니라는 점을 살펴보았다.

지도성안례는 새로운 법률·행정 법규 또는 사법해석과 서로 충돌하거나 새로운 지도성안례로 인하여 대체되는 경우 지도력을 상실하게 되는데, 지금까지 지도성안례의 변경은 없었으므로, 지도성안례의 변경이 판례의 변경이나 선례의 변경과 같은 명시적인 방법으로 이루어질지 여부에 대해서는 아직 더 관찰이 필요하다.

장래의 재판에서 합리적인 이유를 고려하여 지도성안례의 적용 여부를 결정한 경우가 많다는 실증연구 결과를 바탕으로, 지도성안례의 절대적 참조 효력이 판례법과 같이 지도성안례의 효력을 장래의 재판에 강제함으로써 사법부의 권한을 넘어서서 입법권을 침해하는 것은 아니라는 점을 확인하였다. 본 논문은 다른 판결에서 지도성안례를 인용한 건수를 직접 산출함으로써 중국 측 통계자료에 결여된 명확한 산출 근거를 제시하고 지도성안례의 영향력을 실증하였는데, 안례지도제도에 따른 최근까지의 각급 인민법원의 지도성안례 참조안례건수는 총 956건이며(2018년 9월 기준), 그중에서 민사 분야 지도성안례는 652건, 형사 분야 지도성안례는 15건, 행정 분야 지도성안례는 289건 참조되었다.

안례지도제도가 시행된 역사가 짧아 국내뿐 아니라 국외에서도 관련 선행연구가 풍부하지 않고, 국외자료에서는 안례지도제도를 주로 영미법계의 판례법제도와 대비하였으나 본 논문은 안례지도제도를 영미법계의 판례법제도 외에도 우리나라의 판례제도와 비교하고, 우리나라 판례의 준거력에 대한 검토를 바탕으로 지도성안례의 지도력을 규명해내었으며, 분야별로 지도성안례가 장래의 재판에서 인용되는 모습을 실증하는 동시에 명확한 산출 근거를 제시하고 지도성안례의 영향력을 검증하는 등 동제도의 발전 경과를 독창적으로 조명하였다.

안례지도제도는 독특한 중국의 국가 제도 및 사법제도를 배경으로 이해하여야 한다. 우리나라 판례의 준거력은 자연스러운 사법절차 내에서 발생하고 장래의 재판에 영향을 미친다. 그런데 지도성안례의 지도력은 자생적으로 발생하는 것이 아니라 최고인민법원이 인위적으로 부여한다는 점에 큰 차이가 있다. 아직은 안례지도제도가 발전 단계에 있어 재판의 독립보다는 사법통일의 필요성에 더 큰 비중을 두는 것이겠지만, 장기적으로는 안례지도제도가 법관의 재량을 제한할 수 있다는 문제점이 부각될 것이다. 즉 안례지도제도가 사법통일의 문제를 해소하는 데는 기여할 것이나, 사법통일의 문제점이 극복되어 나감에 따라 그 반대급부로

오히려 안례지도제도가 하급심 법관의 사법 재량을 제한할 수 있다는 문제점이 수면 위로 부상할 것이다.

중국의 안례지도제도는 재판에 대한 질적 통제를 시도하고 있다는 점에서 우리나라의 사법 실무에서도 영감을 얻을 만한 점이 있는지 살펴볼 여지가 있다. 무엇보다도 유사안건에 있어서 판결의 결과가 서로 달라지는 경우, 국민은 판결의 결과가 공평하지 못하다고 받아들여지게 되는데, 안례지도제도가 사법부에 대한 신뢰 회복 방법의 하나로서 유사안건에 대한 서로 다른 판결의 문제를 해소하기 위하여 도입되었다는 점에 주목할 만하다.

적어도 본 논문을 통해 지도성안례가 향후 한중 간 분쟁 해결의 기준으로 필수적으로 고려됨으로써 우리 국민이 중국과의 교류에 있어서 벌어질 수 있는 문제 상황을 사전에 회피하고, 유사안건에서 분쟁 결과에 대한 예측 가능성을 높이게 되기를 기대한다.

**주요어** : 지도성안례, 중국의 안례지도제도, 판례의 준거력, 절대적 참조, 지도성안례의 지도력

**학 번** : 2014-30756

# 목 차

범 례 .....	xii
제1장 서론 .....	1
I. 연구의 목적 .....	1
II. 기존 연구의 검토 .....	8
III. 연구의 범위와 방법 .....	12
제2장 예비적 고찰 .....	19
제1절 중국 사법제도의 특징(공산당의 영도) .....	20
I. 정법위원회를 중심으로 한 공산당의 영도 .....	20
II. 심판위원회를 중심으로 한 법원 운영의 행정화 .....	23
III. 소결 .....	26
제2절 사법통일의 관점에서 본 중국 사법제도의 문제점 .....	27
I. 4급 2심 중심제(四級兩審終審制)의 심급제도 .....	27
II. 지방보호주의 .....	30
III. 법관의 자질 부족 .....	32
IV. 소결 .....	34
제3절 안례지도제도의 도입배경 .....	34
제3장 우리나라 판례의 준거력 .....	38
제1절 개설 .....	38
제2절 판례의 개념 .....	41
I. 판례의 개념 .....	41



II. 판례의 범위 .....	46
III. 판례의 법원성(法源性) .....	48
제3절 판례의 준거력 .....	49
I. 일반적 준거력 .....	51
1. 법원리 .....	51
2. 헌법 .....	52
3. 실정법 .....	57
4. 심급제도 .....	58
5. 경로 의존성 .....	60
II. 개별적 준거력 .....	61
1. 해석 적용대상 법령의 문언 .....	61
2. 해석 적용대상 법령의 입법목적 등 .....	64
III. 소결 .....	67
제4절 의회와 법원의 관계 .....	68
제5절 판례의 변경 .....	73
I. 판례변경의 개념 .....	73
II. 판례변경의 요건 .....	75
III. 구별되는 개념 .....	79
제6절 소결 .....	82
제4장 지도성안례의 지도력 .....	84
제1절 개설 .....	84
제2절 지도성안례의 개념 .....	85
I. 지도성안례의 개념 .....	85
II. 지도성안례의 범위 .....	91

Ⅲ. 지도성안례의 법원성(法源性) .....	94
1. 판례와의 비교 .....	94
2. 사법해석과의 비교 .....	96
제3절 지도성안례의 지도력 .....	101
Ⅰ. 학설의 대립 .....	101
1. 판례(법)발전설 .....	102
2. 사법해석설 .....	105
3. 관습법설 .....	108
4. 법률적용기제설(법률적용설) .....	112
Ⅱ. 일반적 지도력 .....	119
1. 법원리 .....	119
2. 헌법 .....	120
3. 실정법 .....	122
4. 지도성안례의 선정 절차 .....	143
Ⅲ. 개별적 지도력 .....	170
Ⅳ. 소결 .....	172
제4절 의회와 법원의 관계 .....	173
Ⅰ. 민주집중제 .....	173
Ⅱ. 지도성안례의 입법권 침해 우려 .....	176
Ⅲ. 법관의 법 형성 .....	180
제5절 지도성안례의 변경 .....	183
Ⅰ. 지도성안례 변경의 요건 .....	183
Ⅱ. 판례변경과의 차이 .....	184
제6절 소결 .....	186
제5장 지도성안례의 지도력에 관한 실증연구 .....	190

제1절 지도성안례 및 참조안례 사례연구 .....	190
I. 안례지도제도의 운용 경과 .....	190
II. 민사 분야 지도성안례 및 참조안례 사례연구 .....	193
III. 형사 분야 지도성안례 및 참조안례 사례연구 .....	215
IV. 행정 분야 지도성안례 및 참조안례 사례연구 .....	220
V. 종합적 분석 .....	243
제2절 지도성안례의 영향력 연구 .....	246
I. 개관 .....	246
II. 민사 분야 지도성안례 참조안례건수 .....	250
III. 형사 분야 지도성안례 참조안례건수 .....	256
IV. 행정 분야 지도성안례 참조안례건수 .....	258
V. 종합적 분석 .....	261
제6장 결론 .....	265
I. 요약 .....	265
II. 결어 .....	268
참고문헌 .....	273
[부록 1] 지도성안례 분석 .....	284
[부록 2] 지도성안례 표본 .....	292
[부록 3] 지도성안례([부록 2])로 선정된 안례 표본 ...	297

[부록 4] 최고인민검찰원 지도성안례 표본 .....	322
[부록 5] 주요 중국법령(주요 조문) .....	325
摘 录 .....	341
Abstract .....	344

## 표 목 차

[표 1] 지도성안례의 개념(중국 학계) .....	88
[표 2] 법률분야별, 선고법원별, 공포연도별 지도성안례건수 .....	247
[표 3] 법률분야별 지도성안례건수 및 참조안례건수 .....	249
[표 4] 민사 분야 지도성안례 세부분야별 지도성안례번호, 키워드 및 참조안례건수 .....	250
[표 5] 형사 분야 지도성안례 세부분야별 지도성안례번호, 키워드 및 참조안례건수 .....	256
[표 6] 행정 분야 지도성안례 세부분야별 지도성안례번호, 키워드 및 참조안례건수 .....	259
[표 7] 법원등급별, 재판절차별, 재판연도별 지도성안례 참조안례 건수 .....	262

## 법 려

1. 한국법령은 「」로, 중국법령은 《》 안에 표기하고, 중국법령명의 ‘중화인민공화국’은 생략하였다.

예) 《중화인민공화국인민법원조직법》은 《인민법원조직법》으로 표기

2. 제5장 제1절 및 부록 (지도성)안례의 법령은 해당 (지도성)안례의 공포일 기준 시행 법령을 말한다.

3. 각주 번호는 장마다 매겼다. ‘위의 책’이나 ‘위 논문’은 같은 장 내에서 반복되는 경우에만 사용하였다.

4. 용어와 관련하여 ‘법률적용 기제’는 ‘법률적용 메커니즘’을, ‘안례’는 ‘판결’을 뜻한다.

5. 본 논문에서 중국의 ‘사법부’는 행정기관인 중화인민공화국국무원(中華人民共和國國務院)의 기관으로서 중화인민공화국사법부(中華人民共和國司法部)가 아니라 행정부, 입법부와 구분되는 개념으로서 사법권을 행사하는 국가기관인 사법부(司法府)를 뜻한다.

# 제 1 장 서론

## I. 연구의 목적

중화인민공화국 최고인민법원(이하 “최고인민법원”이라 함)은 2010년 심판경험을 총괄하고, 법률 적용을 통일하며, 심판의 질을 제고하고, 사법공정을 수호하기 위해 안례지도제도를 도입하였다. 최고인민법원은 기존에 우리에게 익숙한 판결이나 판례의 개념과 다른, 지도성안례라는 개념을 창조하였는데 과연 중국에서 어떠한 필요에 의해서 안례지도제도를 도입하였고, 지도성안례의 법적 성격은 무엇인지 우리의 판결이나 판례, 영미법계의 판례 및 중국의 사법해석과 같은 점과 다른 점은 무엇인지 그 법적 성격을 밝히고자 하는 것이 본 연구의 목적이다.

법률적용의 통일은 “유사안건에 대한 서로 다른 판결”의 문제를 해결하기 위한 것으로, 이는 안례지도제도를 도입한 가장 중요한 직접적인 원인으로 각 지역에 흩어져있는 법관의 자유 재량권을 규범화하여 자유 재량권의 남용과 훼손된 사법의 공신력을 제고하고 사법통일을 실현하고자 하는 것이다. 정책적으로 안례지도제도는 4급 2심 중심제의 심급제도, 지방보호주의 및 법관의 자질 부족 등에서 기인하는 중국 대륙에서의 법률의 통일적 적용의 어려움을 극복하기 위해 안례의 준거력을 강화하려는 의도에서 도입된 것으로 보인다. 이는 중국이 박차를 가하고 있는 전면적인 사법개혁과도 연계되어있다.

지도성안례는 최고인민법원이 각급 법원의 안례 중에서 지도성안례를 선정·공포함으로써 각급 법원으로 하여금 유사안건 재판 시 지도성안례를 반드시 참조하게 하는 제도인데, 중국은 대륙법계 국가이면서도 한편으로는 지도성안례를 통하여 선례구속성에 준하는 지도력을 확립하고자

하는 취지로 안례지도제도를 도입한 것으로 생각된다.

특히 지도성안례 성립의 제1요건인 사회적으로 주목을 받는 사안에 있어 최고인민법원이 향후 유사안건의 처리 방향을 제시함으로써, 유사안건 발생 시 안례의 예측 가능성을 높이고 법적 안정성을 강화하고자 하는 것으로 보인다. 그런데 판례는 사법부의 사건처리 과정에서 자연스럽게 생산되는 결과물인데, 최고인민법원이 지도성안례 선정에 개입하고 지도성안례에 절대적 참조 효력을 부여하는 점은 판례의 형성과 상당한 차이가 있다.

본 논문은 이러한 점에 착안하여 지도성안례의 지도력을 우리나라 판례의 준거력을 토대로 비교 분석하여 도출해내고자 한다. 판례는 법령의 해석 적용에 관한 대법원의 의견 중 주론이라고 정의할 수 있는데, 개별 판례의 준거력은 일차적으로 해석 적용대상 법령의 문언의 구속력에 근거한다고 할 수 있으나 그것만으로 판례의 준거력이 형성된다고 볼 수는 없고, 판례의 준거력은 해석 적용대상 법령의 입법목적 등에서도 도출되는 것이므로 결국 문언과 입법목적 등을 규범 조화적으로 해석함으로써 판례의 준거력이 도출된다고 할 수 있다. 다만 판례의 준거력은 고정불변하는 절대적 명제로서의 준거력이 아니라, 다원적 규범을 전제로 한 상대적 명제로서 다른 사회적 명제와 조화를 이루면서 법체계의 통일성을 증진해나가는 힘이라 할 것이다.

지도성안례의 지도력은 법원리와 헌법, 심급제도 등에서 비롯되고 최고법원의 권위에 의해 강력한 힘을 부여받는다는 점에서는 영미법계의 선례구속의 원칙 및 우리 판례의 준거력과 공통점이 있다. 그런데 지도성안례의 지도력은 장래의 유사한 재판에서 법관은 지도성안례를 반드시 참조하여야 하고, 후속 재판에서 당사자 등이 지도성안례를 변론 이유로 삼는 경우 반드시 지도성안례의 참조 여부 및 그 이유를 밝혀야 하는 절대적 참조사항으로, 기본적으로 선례에 구속될 것을 전제하는 영미법계의 선례구속의 원칙과도 다르고 법원성(法源性)을 인정하지 않고 있는



우리 판례의 준거력과도 다르다.

지도성안례의 지도력에는 법률적 구속력이 없으므로, 지도성안례의 지도력에 영미법계 판례법과 같은 법률적 구속력은 없지만 지도성안례의 지도력은 지도력이 없는 보통의 안례보다는 강하고, 절대적 참조 사항이라는 제약이 없는 우리 판례의 준거력보다도 강하다고 할 수 있다. 물론 우리 판례의 준거력은 지도성안례 후보, 즉 최고인민법원의 판결이 아닌 중국 보통의 안례보다는 강한 효력을 갖는다고 정리할 수 있다.

지도성안례는 절대적 참조 사항으로서 최고인민법원이 각급 인민법원을 감독하는 수단이 된다. 그러나 지도성안례는 절대적 참조 사항일 뿐 사법해석과 같은 다른 안건에 대한 법률적 구속력은 없으므로, 지도성안례를 결코 법원(法源)으로 볼 수 없다는 점이 지도성안례가 지닌 태생적 한계이다. 그런데 지도성안례 자체에는 다른 안건에 대한 법률적 구속력은 없지만, 장래의 재판에서 지도성안례와 유사안건을 다루는 경우 법관은 지도성안례를 반드시 참조하여야 하고, 당사자가 지도성안례를 변론 이유로 삼는 경우에는 반드시 지도성안례의 참조 여부 및 그 이유를 밝혀야 하므로 법관은 지도성안례의 ‘지도적 역할’에는 구속되는 것이고, 그 재판 결과에 당사자도 영향을 받게 되므로 지도성안례의 ‘지도적 역할’에는 다른 안건의 법관을 구속하는 법률적 구속력이 있다고 볼 수 있으나 당사자까지 구속하는 것으로는 볼 수 없고, 우리 판례의 준거력과 같이 그 작용의 간접적 효과로서 당사자에게 영향을 미칠 뿐이라고 할 수 있다.

지도성안례의 지도적 역할과 우리 판례의 준거력이 다른 점은, 장래의 재판에서 판례 또는 지도성안례와 유사안건을 다루는 경우 판례의 참조 여부가 법관의 재량에 맡겨져 있는 반면에 법관은 명문의 규정에 따라 지도성안례를 반드시 참조하여야 하고, 당사자가 지도성안례를 변론 이유로 삼는 경우에는 반드시 지도성안례의 참조 여부 및 그 이유를 밝혀야 한다는 점이다.

우리나라에서 판례연구를 통한 장래의 재판예측에는 한계가 있게 마련이듯이, 지도성안례 연구를 통한 장래의 재판예측에도 한계가 있다. 지도성안례의 경우에도 장래의 재판이 지도성안례와 유사한 사안이라는 점이 전제되어야 절대적 참조 효력이 발휘될 수 있다는 점에서 한계가 있다고 할 수 있다. 다만 《민사소송법》에서 지도성안례를 직접적으로 상소 이유나 재심사유로 규정하고 있지는 않으나, 지도성안례를 매개로 상소 이유나 재심사유가 되는 ‘법률적용의 착오’를 주장한다면 지도성안례가 실질적인 상소 이유나 재심사유로 기능하게 될 것이라고 본다.

지도성안례의 지도력도 우리 판례의 준거력과 같이 심급제도와 경로의 존성에서 비롯된다. 다만 중국은 우리와 달리 4급 2심 중심제로 운영되고 있어 하급심 법원의 입장에서 극단적으로는 바로 위인 직상급 법원의 판단에만 주목을 하면 되고, 직상급 법원이 아닌 상급심법원, 특히 최고인민법원의 판단에는 크게 관심을 가지지 않을 수 있다는 점에서 심급구조에서 비롯되는 우리 대법원 판례의 하급심법원에 대한 준거력은 최고인민법원 지도성안례의 하급심법원에 대한 지도력에 비해 강할 수밖에 없다. 이에 본 논문은 지도성안례의 지도력은 우리 판례의 준거력과 달리 지도성안례의 선정 절차에서 비롯된다는 점을 주장할 것이다. 우리나라의 경우 대법원의 법령 해석 적용에 관한 의견만 판례가 되는데 비해 중국에서는 각급 법원의 법령 해석 적용에 관한 의견이 모두 지도성안례가 될 가능성이 있다. 각급 법원의 안례를 지도성안례로 선정하는 과정에서 안례에 대한 심사와 편집이 이루어지는데, 바로 이러한 지도성안례 선정 절차로부터 지도성안례의 지도력이 도출되며, 선정 절차에서 최고인민법원이 갖는 직권상 전속성, 소송절차 밖에서의 지도성안례 선정, 지도성안례 출처의 초심급성을 지도성안례의 지도력만의 특징으로 볼 것이다.

한편 중국에서는 민주집중제의 원칙에 따라 모든 국가기관은 입법부라고 할 수 있는 최고권력기관으로부터 권한을 위임받고 그 통제하에서 활

동하여야 하기 때문에 입법부 우위의 권력구조를 보이게 된다. 이러한 점에서 지도성안례의 입법권 침해 우려가 제기되는데, 기본적으로 안례를 통한 법률해석은 법원이 사법해석을 행사하는 정당한 방법이며, 사법부는 이를 통해 법률해석 방법을 보급할 수 있다. 입법권 침해 논쟁에서 핵심은 최고인민법원의 지도성안례 선정 절차가 사법 기능에 해당하는지의 여부다. 최고인민법원이 자신이 심리한 일부 안례를 지도성안례로 선정하는 것은 문제될 것이 없으나 하급심법원 개별안건의 심리에는 참여하지 않으면서 하급심법원의 개별안건을 지도성안례로 선정하는 부분에 의문이 제기되는데, 본 논문은 현 상태에서 안례지도제도가 사법의 경계를 넘어 강제력을 갖는 입법의 영역으로 진입한 것은 아니라고 주장할 것이다.

지도성안례는 새로운 법률·행정 법규 또는 사법해석과 서로 충돌하거나 새로운 지도성안례로 인하여 대체되는 경우 지도력을 상실하게 되는데, 새로운 지도성안례 역시 최고인민법원에서 선정하게 되므로, 결국 최고인민법원에서 지도성안례의 변경 여부를 결정하게 된다. 지금까지 지도성안례의 변경은 없었으므로, 지도성안례의 변경이 판례의 변경이나 선례의 변경과 같은 명시적인 방법으로 이루어질지, 아니면 영미법계 판례변형(transformation)이나 판례구별(distinction)과 같은 기술적인 방법으로 이루어질지는 아직 더 관찰이 필요하다.

지도성안례의 지도력을 실증하기 위해 지도성안례를 민사, 형사, 행정 분야로 구분하고, 분야별로 지도성안례가 장래의 재판에서 인용되는 모습을 실증할 것이고, 실증연구 결과에 근거하여 지도성안례의 절대적 참조 효력이 판례법과 같이 지도성안례의 효력을 장래의 재판에 강제함으로써 사법부의 권한을 넘어서서 입법권을 침해하는 것이 아님을 증명할 것이다.

최고인민법원이 2010년 《최고인민법원 안례지도사무에 관한 규정(最高人民法院關於案例指導工作的規定)》(이하 본 장에서 “《규정》”이라

함)을 제정하여 정식으로 안례지도제도를 도입한 지 이제 막 10년이 지났다. 도입 10년간 안례지도제도는 다소 부침이 있었다고도 볼 수 있으나<sup>1)</sup> 전반적으로는 꾸준히 발전하여왔다고 평가할 수 있다. 최고인민법원은 2011년 12월을 시작으로 매년 지도성안례를 공포하고 있고, 2018년 9월 기준 지도성안례는 총 956건 참조되었으며, 지도성안례를 참조한 판결문 건수는 해가 갈수록 늘어나는 추세에 있고 증가 속도도 비교적 빠르다.<sup>2)</sup> 최고인민법원은 2015년 《규정》의 세부 규정인 《규정》 실시세칙(實施細則)(이하 본 장에서 “《실시세칙》”이라 함)을 공포하여 안례지도제도를 더욱 강화해나갈 것임을 밝히고 안례지도제도의 발전에 박차를 가하였으며, 2018년에는 최고인민법원의 지도성안례 공포권이 《인민법원조직법》에 법률로 명시되어 지도성안례의 영향력은 지속적으로 강화되고 있다.

최고인민법원은 2011년 12월 최초로 4건의 지도성안례를 선정한 이래 2020년 1월까지 총 139건의 지도성안례를 선정하였다. 지도성안례를 참조한 판결문 건수는 2018년 9월 기준 총 956건으로(민사 분야 지도성안례 652건, 형사 분야 지도성안례 15건, 행정 분야 지도성안례 289건), 선

1) 최고인민법원은 《인민법원 제2차 5개년 개혁 요강(人民法院第二個五年改革綱要)(2004-2008)》에서 안례지도제도의 수립 계획을 처음 밝혔는데, 이어지는 제3차 요강(2009-2013)에서는 안례지도제도 관련 내용이 누락되었다. 이를 안례지도제도에 대한 평가가 낮아진 것으로도 볼 수도 있으나 오히려 2010년 《규정》의 제정이 예정되어있었기에 제3차 요강에서 굳이 언급하지 않은 것으로도 볼 수 있다. 이어지는 제4차 요강(2014-2018)에서는 지도성안례의 체제 개선을 명시하였고 2014년 중국공산당 제18기 중앙위원회 제4차 전체회의에서 지도성안례를 강화한다고 하여 안례지도제도는 사법기관의 사법개혁조치에서 집권당 사법지원의 지도방침으로 격상되었기 때문이다. 제5차 요강(2019-2023)에서도 안례지도제도의 개선을 명시하였다.

2) 지도성안례의 공포 수량은 2015년 이후 몇 차례 전년 대비 줄기도 하였으나 2013년부터 꾸준히 두 자릿수를 유지하며 증가추세에 있다고 할 수 있고, 지도성안례를 참조한 판결문 건수도 증가추세에 있다([표 2] 및 [표 7] 참조); 2017년 기준 지도성안례의 응용 지역은 처음으로 홍콩과 마카오, 타이완 지역을 제외한 전국 31개 성, 시, 자치구에 분포되었다. 郭叶·孫妹, “最高人民法院指導性案例司法應用情況2017年度報告”, 中國應用法學, 2018年(第3期), 第108頁, 第121頁.

정된 총 지도성안례 건수(96건) 대비 10배 가량 참조되어 재판에 미치는 영향력을 실증하고 있으며, 2014년 이후 법관이 적극적으로 인용한 참조율은 50% 이상을 유지하고 있다.

[표] 법률분야별, 선고법원<sup>3)</sup>별, 공포연도별 지도성안례건수

법률분야별	지도성안례 건수	선고법원별	지도성안례 건수	공포 연도별	지도성안례 건수
민사	91	최고인민법원	46	2011년	4
형사	22	고급인민법원	32	2012년	8
행정	26	중급인민법원	37	2013년	10
		기층인민법원	23	2014년	22
		전문인민법원	1	2015년	12
				2016년	21
				2017년	15
				2018년	14
				2019년	33
총계		139			

지도성안례는 각급법원의 판결문에 참조되며 지도적 역할을 수행해나가고 있다. 2015년 말 181개의 참조안례가 있었던 데 비해, 2016년 말에는 총 519개 참조안례에서 지도성안례를 명확하게 참조하였다. 지도성안

3) 지도성안례로 선정된 안례를 선고한 중심법원을 말한다.

례의 구체적인 참조 방법(재판이유에 지도성안례번호 및 재판요지 적시)에 대해 규정하고 있는 《실시세칙》이 2015년 6월에서야 공포되었음을 감안하면, 향후 참조안례건수의 증대로 지도성안례가 중국의 사법 실무에서 더욱 적극적인 역할을 발휘해나갈 것으로 기대한다.

## II. 기존 연구의 검토

안례지도제도를 정면으로 다룬 검색 가능한 국문 선행연구로는 盧靑錫·司英傑의 “中國의 案例指導制度에 관한 연구”와 허욱의 “중국의 안례지도 제도에 관한 고찰” 단 두 건이 존재할 뿐이고, 각 2010년과 2012년 인 동 제도 시행 초기에 발표되어 이후 새로 제정된 관련 법령의 세부내용이나 동 제도의 발전과정을 살펴보는 데는 한계가 있다.

먼저 盧靑錫·司英傑의 연구는 제도 시행 초기에 안례와 지도성안례를 정의하고 안례지도제도의 법적 근거를 제시한 점, 안례의 법원성(法源性)을 부정하면서 지도성안례의 구속력<sup>4)</sup>에 대한 논란을 소개한 점에 의의가 있다.<sup>5)</sup> 다만 이 연구에서는 지도성안례의 구속력이 사실상의 구속력인지 강제적인 구속력인지에 대해 명확한 결론을 내리지 못한 것으로 보인다.

다음으로 허욱은 지도성안례의 요건을 보다 상세하게 조명하고 지도성안례 1호 등의 내용을 소개하였으며, 역시 지도성안례의 구속력에 대한 논란을 소개하였는데, 지도성안례에 사실상의 구속력을 넘어 법률적 효력까지 인정할 수는 없다고 하면서 지도성안례와 사법해석과의 관계<sup>6)</sup>를

---

4) 본 논문은 지도성안례가 가진 힘을 ‘지도력’이라고 규정할 것이나(제4장 참조), 기존 연구의 검토 부분에서는 기존 연구자가 쓴 표현을 그대로 사용한다. 이하 같다.

5) 盧靑錫·司英傑, “中國의 案例指導制度에 관한 연구”, 저스티스(제116호), 2010.

6) 지도성안례와 사법해석과의 관계를 검토한 비교적 최근 논문으로 조동제·완리, “중국 사법해석과 지도성사례의 관계검토”, 법학논총(제31권 제3호), 2019

살펴본 점에 의의가 있다.<sup>7)</sup> 이 연구에서는 최고인민법원뿐 아니라 중화인민공화국 최고인민검찰원(이하 “최고인민검찰원”이라 함)의 규정도 일부 소개하였다.

안례지도제도가 시행된 역사가 짧아 국내뿐 아니라 국외에도 관련 선행연구가 풍부하지는 않고, 제도소개에 그치는 경우가 대부분이나 그중에서도 지도성안례의 효력에 관한 논의를 담은 연구자료의 관련 내용을 위주로 소개하고자 한다. 국외 연구에서는 안례지도제도와 함께 영미법계의 판례법 제도를 소개하면서 지도성안례의 고유성을 강조하였는데, 본 논문과 같이 안례지도제도와 우리나라 판례 제도의 비교에 천착한 경우는 찾기 어려웠다.

左衛民·陳明國는 지도성안례가 법관에게 주의의무와 석명의무를 부과하고, 심급 감독에 정당한 이유를 제공한다는 등의 사유로 지도성안례의 효력을 사실적 구속력으로 보고 지도성안례의 고유성을 강조하였다.<sup>8)</sup> 법관 등을 대상으로 한 설문조사의 방법으로 안례지도제도에 관한 실증연구를 진행한 점을 높이 살 만하나, 다른 연구와 마찬가지로 지도성안례를 대륙법계 판례 제도와 비교하여 다루지 못한 부분은 아쉽다.

江勇·馬良驥는 최고인민법원과 최고인민검찰원이 공포한 지도성안례를 함께 소개하면서 영미법계 및 대륙법계 판례 제도를 소개하고, 지도성안례의 효력을 사실적 구속력으로 보았는데, 지도성안례를 일반추상적인 사법해석의 대안으로 제시하였다는 점에 주목할만하다.<sup>9)</sup> Xiaoyi Jiang·Ling Shao는 안례지도제도를 개관하면서, 지도성안례의 효력을 사실적 구속력으로 보았고,<sup>10)</sup> Harvard Law Review Association은 지도성안례를 영미법계 판례와 비교하면서 지도성안례에 다른 안건에 대한 법률적

---

가 있다.

7) 허욱, “중국의 안례 지도 제도에 관한 고찰”, 중국법연구(제18집), 2012.

8) 左衛民·陳明國 主編, 中國特色案例指導制度研究, 北京大學出版社, 2014.

9) 江勇·馬良驥 等, 案例指導制度的理論與實踐探索, 中國法律出版社, 2013.

10) Xiaoyi Jiang·Ling Shao, “The Guiding case system in China”, China Legal Science(Vol. 1), 2013.

구속력은 없으나 사실적 구속력은 있다고 하였다.<sup>11)</sup>

宋曉는 안례지도제도를 광의의 판례 제도의 하나로 보면서, 최고인민법원의 사법 외의 권력에 의해 선정된다는 점, 심급제도의 권위를 기초로 하지 않는다는 점 등을 지도성안례의 특성으로 보았는데, 지도성안례의 효력에 대한 직접적인 언급은 하지 않았다.<sup>12)</sup> 陳興良은 영미법계 판례 제도와 대륙법계 판례 제도를 소개하고, 지도성안례를 영미법계 판례와 비교하면서 지도성안례에 법률적 효력은 없는 것이지만 지도성안례의 지도적 역할을 아직 명확하게 규정할 단계는 아니라고 하였다.<sup>13)</sup>

張騏·胡興東은 대륙법계의 판례 제도를 소개하고, 지도성안례에 일정한 보편적 효력이 있다고 보면서 지도성안례가 지도적 역할을 하려면 사회적 공감대를 이루는 것이 중요하다고 보았다.<sup>14)</sup> 鄧矜婷은 안례지도제도와 영미법계 판례 제도를 비교하고, 지도성안례의 법원성(法源性)을 인정하지 않으면서 최고인민법원이 선정하여 외부에 공포한다는 등의 이유로 지도성안례에 보편적 효력이 있다고 보았다.<sup>15)</sup> 지도성안례에 대한 평석과 함께 안례지도제도 및 역외판례제도를 소개한 胡云騰의 연구에서는 중국의 입법, 사법 현실에 발붙인 지도성안례의 지도적 효력은 중국적 특색을 갖춰야 한다고 보면서, 지도성안례의 효력을 다른 안건에 대한 법률적 구속력이 아닌 사실상 지도력으로 본 점에서<sup>16)</sup> 제4장에서 지도성안례의 효력을 ‘지도력’으로 규정한 본 논문의 견해에 가장 가깝다.

이밖에 지도성안례의 평석과 관련해서는 江必新의 연구, 胡道才의 연구 등이,<sup>17)</sup> 지도성안례의 응용현황 통계에 관한 연구로는 郭叶·孫妹의

---

11) Harvard Law Review Association, “Chinese common law? Guiding cases and judicial reform”, Harvard Law Review[Vol. 129(8)], 2016.

12) 宋曉, “判例生成与中國案例指導制度”, 法學研究, 2011年(第4期).

13) 陳興良 主編, 中國案例指導制度研究, 北京大學出版社, 2014.

14) 張騏·胡興東 等, 中國司法先例与案例指導制度研究, 北京大學出版社, 2016.

15) 鄧矜婷 著, 指導性案例的比較与實証, 中國人民大學出版社, 2015.

16) 胡云騰 主編, 最高人民法院指導性案例參照与适用, 人民法院出版社, 2012.

17) 江必新 主編, 最高人民法院司法解釋与指導性案例理解与适用(第1·2·3·4卷), 人民法院出版社, 2013·2014·2015·2016; 胡道才 主編, 法官的智慧—最高人民法院



연구가 있고,<sup>18)</sup> 스탠퍼드 로스쿨의 중국 지도성안례 프로젝트(China Guiding Cases Project)도 참고할 만하다.<sup>19)</sup>

본 논문은 국내 선행연구에서 제시한 안례지도제도를 심층적으로 분석하고 동 제도의 발전 경과를 조명할 것이다. 본 논문은 김영미, “중국의 안례지도제도에 관한 연구”, 비교사법(제26권 제3호), 2019를 심화·발전시킨 것으로, 선행연구에 관한 심화 연구의 성격을 띠면서도 선행연구와 달리 안례지도제도의 소개에 그치지 않고 나아가 판례 관련 논의와 실증 연구를 토대로 지도성안례의 지도력을 정면으로 다룰 것이다. 특히 본 논문 제3장에서 우리나라 판례의 준거력을 면밀히 분석하고, 제4장에서 우리 판례의 준거력과 지도성안례의 지도력을 비교 검토하여 지도성안례는 유사안건에 관한 장래의 재판에서 반드시 참조해야 하는 절대적 참조사항으로서 법령 해석 적용의 지침이라고 주장할 것이다. 제5장 제1절 “지도성안례 및 참조안례 사례연구” 부분에서는 지도성안례가 장래의 재판에서 어떻게 인용되는지 확인하기 위해 중국재판문서망<sup>20)</sup>에 접속하여 지도성안례가 관련 재판에서 인용되는 실재를 규명할 것이다. 같은 장 제2절 “지도성안례의 영향력 연구” 부분의 통계와 관련하여, 베이징대

---

指導性案例·公報案例選評, 法律出版社, 2015.; 姜麗萍·劉斌 主編, 最高人民法院指導性案例研究, 中國檢察出版社, 2015.; 隋彭生, “居間合同委托人的任意解除權及‘跳單’—以最高人民法院《指導案例1号》爲例”, 江淮論壇, 2012年(第4期); 周江洪, “上海中原物業顧問有限公司訴陶德華居間合同糾紛案’評釋”, 浙江社會科學, 2013年(第1期); Ying Jiang, “Lin Fangqing v. Changshu Kailai Industry Co. Ltd. and Dai Xiaoming”, Case Study, China Legal Science(Vol. 1), 2013; Tianyi Wang, “Legal Regulations on ‘Bypassing’ in the Intermediation Contract”, China Legal Science(Vol. 6), 2018; Weiguo Wang, “Shanghai Zhongyuan Property Consultancy Co. Ltd. v. Tao Dehua”, China Legal Science(Vol. 1), 2013; Jinting Deng, “A Functional Analysis of China’s Guiding Cases”, China: An International Journal(Vol. 14 Number 2), May 2016.

18) 郭叶·孫妹, 위 논문.

19) Stanford Law School China Guiding Cases Project(<https://cgc.law.stanford.edu/>, 2021. 1. 19. 최종접속).

20) 중국재판문서망(中國裁判文書網)(<http://wenshu.court.gov.cn/>, 2020. 5. 10. 최종접속).

학<sup>21)</sup> 등에서 제시한 중국 측 통계자료에는 결과값만 제시되었을 뿐 그 산출근거가 명확하게 공개되지 않아 어떻게 결과값이 도출된 것인지에 대한 명확한 해답을 얻을 수 없었으나, 이러한 문제를 해결하고자 본 논문에서는 최고인민법원의 사건분류를 참조해 나름의 방식으로 지도성안례를 범주화하고, 중국재판문서망을 이용하여 관련 통계자료를 직접 산출함으로써 명확한 산출근거를 제시할 것이다.

중국법은 변모하는 중국사회의 제도적 반영이며, 중국법을 바로 아는 것은 지혜로운 교류의 초석이 된다는 점에서 우리에게 대단히 중요하다.<sup>22)</sup> 궁극적으로는 본 논문이 국내에서 안례지도제도 및 지도성안례의 지도력에 대한 인식을 제고함으로써 우리 국민이 중국과의 교류에 있어서 벌어질 수 있는 문제 상황을 사전에 회피하고(분쟁 예방적 기능), 유사안건에서 분쟁결과에 대한 예측가능성을 높일 것으로 기대한다(분쟁결과 예측 기능).<sup>23)</sup>

### Ⅲ. 연구의 범위와 방법

지도성안례는 최고인민법원과 최고인민검찰원, 중화인민공화국 공안부<sup>24)</sup>(이하 “공안부”라 함) 세 개의 국가기관에서 공포한다.<sup>25)</sup> 최고인민검

---

21) 北大法宝, 最高人民法院指導性案例司法應用年度比較分析報告——以2011-2017年應用案例爲研究對象(2018年第9期, 法宝總第20期)(<https://www.pkulaw.com/>, 北大法宝> 法宝周視點> 案例報告, 2020. 6. 13. 최종접속).

22) 윤진기·한상돈 외, “중국법 연구의 현황과 과제 - 1997~1994년의 기간을 중심으로”, 중국법연구(창간호), 1997, 219면, 219-220면.

23) 미국에서는 중국의 새로운 지도성안례가 중국의 회사 및 국영단체와 사업을 하고자 하는 미국 사업체를 위해 더 큰 예측 가능성과 확실성을 제공하고 있다는 평가가 있다. 지도성안례의 새로운 투명성이 미국 사업체들의 잠재적 중국 사업파트너들과의 사업계획 수립뿐만 아니라 분쟁 예방에까지 도움을 줄 수 있다고 평가하고 있다. Jocelyn E.H. Limmer, “China’s new ‘Common Law’: using China’s Guiding cases to understand how to do Business in the People’s Republic of China“, Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution, 2013, p. 96, p. 133.

찰원에서는 2016년 8월 11일부터 2020년 6월 3일까지 19차례 총 72건의 지도성안례를 발표하였는데,<sup>26)</sup> 지도성안례의 선정 개수는 2020. 6. 3. 제19차 3건, 2020. 4. 8. 제18차 3건, 2020. 3. 25. 제17차 3건, 2020. 3. 5. 제16차 4건, 2019. 9. 25. 제15차 3건, 2019. 5. 22. 제14차 5건, 2018. 12. 25. 제13차 3건, 2018. 12. 19. 제12차 4건, 2018. 11. 18. 제11차 3건, 2018. 7. 12. 제10차 3건, 2017. 10. 17. 제9차 6건, 2017. 1. 4. 제8차 5건, 2016. 8. 11. 같은 날 제7차 4건, 제6차 4건, 제5차 3건, 제4차 5건, 제3차 3건, 제2차 5건, 제1차 3건이다. 다만 최고인민검찰원과公安部에서 공포하는 지도성안례는 판결과 유사한 형태로 제공되는 행정지도에 불과하므로,<sup>27)</sup> 본 연구에서는 최고인민검찰원과公安部를 제외하고, 최고인민법원의 안례지도제도만을 다룰 것이다.

본 논문은 전체적으로 제3장에서 우리나라 판례의 준거력을 분석하고,

- 
- 24) 중국에서는 일반 형사사건에 관해 검찰은 수사 지휘권이 없고 공안기관이 수사권을 독자적으로 행사한다. 공안기관은 인민검찰원과 업무를 분담·협조하는 국가기구로서 수사권을 독립적으로 행사할뿐 아니라, 인민검찰원을 제약할 권한을 가지고 있고, 인민검찰원과 함께 법률의 공정한 집행이라는 목표를 공유하고 있다. 이 점에서 공안기관과 인민검찰원은 서로 대등하고, 업무상 상호 견제하는 기관이라고 할 수 있다. 강광문·김영미, 중국법강의, 박영사, 2017, 51-52면.
- 25) 《규정》, 《최고인민검찰원 안례지도사무에 관한 규정(最高人民檢察院關於案例指導工作的規定)》,公安部 《안례지도제도의 수립 관련 문제에 관한 통지(關於建立案例指導制度有關問題的通知)》. 2010년公安部 《안례지도제도의 수립 관련 문제에 관한 통지(關於建立案例指導制度有關問題的通知)》에 따라公安部는 지도성안례 선정권을 각 공안기관에 이양하였으며, “성급(省級) 공안기관은 매년 최소 15건, 지시급(地市級) 공안기관은 매년 최소 10건의 지도성안례를 공포한다.”
- 26) 최고인민검찰원(<http://www.spp.gov.cn/>, 首頁> 工作信息> 指導性案例, 2020. 6. 14. 최종접속).
- 27) Jinting Deng, 위 논문, p. 449, p. 450. 최고인민검찰원의 지도성안례는 제목, 키워드(關鍵詞), 기본적인 사실관계(基本案情), 소송과정 및 결과(訴訟過程和結果), 요지(要旨), 지도의의(指導意義), 관련 법률 규정(相關法律規定) 등으로 구성된다. 지도성안례의 제목 밑 괄호 안에는 안례번호가 표기되며, 이어 키워드와 기본적인 사실관계, 소송과정 및 결과, 요지, 지도의의, 관련 법률규정 순서로 대개 구성되고, 문서 우측 하단에는 책임 편집자의 이름이 표기된다. [부록 4] 최고인민검찰원 지도성안례 표본 참조.

판례 관련 논의를 토대로 제4장에서 지도성안례의 지도력을 규명하며 제5장에서 지도성안례의 지도력에 관한 실증연구를 통해 이를 뒷받침할 것이다. 중국은 독특한 권력 구조를 가지고 있으며 사법기관의 구조와 특징도 서구 국가들이나 아시아 국가들과도 상당한 차이를 보인다. 이러한 점에서 중국의 법과 제도를 연구하는 데 있어 중국의 독특한 국가제도에 대한 배경지식은 필수적이다. 이에 본격적인 논의에 들어가기에 앞서서 제2장에서 안례지도제도에 관한 예비적 고찰로서 공산당의 영도를 핵심으로 하는 중국 사법제도의 특징을 살펴본다.

중국에서는 헌법상 전국인민대표대회가 최고의 권력기관이고 전국인민대표대회 및 그 상무위원회(입법부) 산하에 사법기관인 최고인민법원이 설립되어 있다. 따라서 ‘제한된 사법독립’이라고 평가할 수 있는 중국 사법제도의 특징으로 정법위원회를 중심으로 한 공산당의 영도와 심판위원회를 중심으로 한 법원 운영의 행정화에 주목할 것이다. 이어 공산당의 영도라는 특성에도 불구하고 중국의 사법통일을 어렵게 하는 변수로서 4급 2심 중심제의 심급제도, 지방보호주의, 법관의 자질 부족을 살펴보고, 4급 2심 중심제의 심급제도는 최고인민법원이 하급심법원에 관여하기 어렵게 하여 최고인민법원의 판단이 갖는 권위를 상대적으로 낮추고, 전국적으로 참조할 만한 판례가 누적되기 어렵게 하는 점, 지방보호주의는 지방 각급 인민법원이 각 지역의 이익에 치중하게 하여 전국적인 사법통일의 실현을 어렵게 하고 4급 2심 중심제의 심급제도와 결합하여 최고인민법원의 관여를 더욱 어렵게 하는 점, 재판의 질의 문제로 이어지는 법관의 자질 부족과 같은 문제점을 극복하기 위한 방법의 하나로 최고인민법원이 안례지도제도를 도입하였음을 주장할 것이다.

제3장 우리나라 판례의 준거력과 관련해서는 먼저 판례의 개념과 범위를 법령의 해석 적용에 관한 대법원의 의견 중 주론으로 정하고, 판례의 법원성(法源性)에 관한 논의를 살펴본 후 판례의 준거력을 일반적 준거력과 개별적 준거력으로 나누어 설명할 것이다. 법원리론에 기초한 법해석론과 헌법상 평등의 요청과 신뢰보호의 원칙으로부터 판례의 일반적

준거력을 도출할 수 있다고 주장할 것이다. 이어 실정법에 규정된 판례의 준거력을 살펴볼 것이며, 심급제도의 구조상 하급심법원이 상급심법원의 판결과 다른 판결을 내리더라도 당사자에게 시간과 비용을 가중시키는 결과를 가져올 뿐 상급심법원에 가서 결국 깨뜨려지고 말기 때문에 상급심의 선례는 하급심의 법관들에게 사실상 강한 준거력이 있다는 점과 안건의 효율적인 처리를 위해 판결과정에서 경로 의존성이 작용한다는 점을 주장할 것이다. 개별 판례의 준거력은 해석 적용대상 법령의 문언 자체 혹은 법령의 입법목적 등에서 비롯된다는 점을 설명하면서 문언 중심 해석론과 목적 중심 해석론의 견해와 관련 판례의 내용을 소개하고, 문언과 입법목적 등을 규범 조화적으로 해석함으로써 판례의 준거력이 도출된다고 주장할 것이다.

판례의 준거력에 관한 논의에 있어서 의회와 법원의 관계에 관한 대리인설과 동료설을 소개하고, 한 가지 역할이 다른 하나의 역할을 완전히 배제하는 관계라고 볼 수는 없다고 주장할 것이다. 법령은 태생적으로 불완전성을 지니고 있고, 생래적으로 법령 해석의 문제를 야기하는데, 특히 해석대상 법령이 원칙적 규정을 중심으로 구성되어 있는지, 개별 구체적 사례를 규율하는 세부사항을 중심으로 구성되어 있는지에 따라 해석의 여지가 달라진다는 점을 지적할 것이고, 법관의 법 형성은 법령의 불완전성에 기인하는 필연적인 결과이므로, 법관의 법 형성이 모든 경우에 의회의 입법권에 대한 침해가 된다고는 할 수 없다고 주장할 것이다.

판례의 변경에 관한 논의에서는 판례변경의 요건에 대해 살펴보고, 선례구속의 원칙, 판례구별 등의 개념과 비교할 것인데, 영미법상의 선례구속의 원칙에 따르더라도, 하급심법원은 자신이 다루는 사건이나 적용할 법이 선례에 적용된 사실관계나 법과 다르다는 이유로 선례의 적용에서 벗어날(distinguishing) 수 있다는 점을 지적할 것이다.

제4장 지도성안례의 지도력과 관련해서는 지도성안례를 안례와 영미법계판례와 구별하고, 지도성안례의 요건과 구성을 살펴본 후, 지도성안례

의 범위를 지도성안례 중 재판요지로 정하고, 지도성안례의 법원성(法源性)을 우리 판례 및 중국의 사법해석과 비교할 것이다. 지도성안례는 우리 판례와 마찬가지로 다른 안건에 대한 법률적 구속력은 없으나, 판례의 경우 하급심 법관이 인용 여부를 자유롭게 결정할 수 있는데 비해 지도성안례는 하급심 법관이 유사안건에서 반드시 참조하여야 하고, 지도성안례는 생성 기제 상 주로 최고인민법원의 사법 외의 권력에 의존하여 법률과 같이 하향식으로 적용된다는 차이를 지적할 것이다. 사법해석은 법률적 구속력이 있으므로 사법해석의 효력은 지도성안례보다 강력하지만, 양자 모두 법률 적용의 통일과 법률의 흠결 보충이라는 동일한 목적을 가지고 상호 보완적인 기능을 수행한다.

지도성안례의 지도력에 관한 중국 학계의 인식을 살펴보고, 지도성안례 지도력을 우리 판례의 준거력과 같이 일반적 지도력과 개별적 지도력으로 구분하고, 일반적 지도력으로서 법원리, 헌법, 실정법, 지도성안례의 선정 절차를, 개별적 지도력으로서 해석 적용대상 법령의 문언과 입법목적 등을 제시할 것이다. 특히 지도성안례의 실정법상 절대적 참조 효력과 관련하여, 지도성안례의 지도력은 법원리와 헌법, 심급제도 등에서 비롯되고 최고법원의 권위에 의해 강력한 힘을 부여받는다라는 점에서는 영미법계의 선례구속의 원칙 및 우리 판례의 준거력과 공통점이 있지만 지도성안례의 지도력은 장래의 유사한 재판에서 법관은 지도성안례를 반드시 참조하여야 하고, 후속 재판에서 당사자 등이 지도성안례를 변론 이유로 삼는 경우 반드시 지도성안례의 참조 여부 및 그 이유를 밝혀야 하는 절대적 참조사항으로, 기본적으로 선례에 구속될 것을 전제하는 영미법계의 선례구속의 원칙과도 다르고 법원성(法源性)을 인정하지 않고 있는 우리 판례의 준거력과도 다르다는 점을 논할 것이다.

지도성안례의 선정 절차와 관련하여 본 논문은 지도성안례의 지도력은 우리 판례의 준거력과 달리 지도성안례의 선정 절차에서 비롯된다는 점을 주장할 것이다. 우리나라의 경우 대법원의 법령 해석 적용에 관한 의견만 판례가 되는데 비해 중국에서는 각급 법원의 법령 해석 적용에 관

한 의견이 모두 지도성안례가 될 가능성이 있고, 각급 법원의 안례를 지도성안례로 선정하는 과정에서 안례에 대한 심사와 편집이 이루어지는데, 바로 이러한 지도성안례 선정 절차로부터 지도성안례의 지도력이 도출되며, 선정 절차에서 최고인민법원이 갖는 직권상 전속성, 소송절차 밖에서의 지도성안례 선정, 지도성안례 출처의 초심급성이 지도성안례의 지도력만의 특징이다.

한편 중국에서는 민주집중제의 원칙에 따라 모든 국가기관은 입법부라고 할 수 있는 최고권력기관으로부터 권한을 위임받고 그 통제하에서 활동하여야 하기 때문에 입법부 우위의 권력구조를 보이게 된다. 이러한 점에서 지도성안례의 입법권 침해 우려가 제기되는데, 기본적으로 안례를 통한 법률해석은 법원이 사법해석을 행사하는 정당한 방법이며, 사법부는 이를 통해 법률해석 방법을 보급할 수 있다. 입법권 침해 논쟁에서 핵심은 최고인민법원의 지도성안례 선정 절차가 사법기능에 해당하는지의 여부인데, 최고인민법원이 자신이 심리한 일부 안례를 지도성안례로 선정하는 것은 문제될 것이 없으나 하급심법원 개별안건의 심리에는 참여하지 않으면서 하급심법원의 개별안건을 지도성안례로 선정하는 부분에 의문이 제기될 수 있음을 지적할 것이다.

지도성안례는 새로운 법률·행정 법규 또는 사법해석과 서로 충돌하거나 새로운 지도성안례로 인하여 대체되는 경우 지도력을 상실하게 되는데, 지금까지 지도성안례의 변경은 없었으므로, 지도성안례의 변경이 판례의 변경이나 선례의 변경과 같은 명시적인 방법으로 이루어질지 여부에 대해서는 아직 더 관찰이 필요하다.

제5장 실증연구 부분에서는 지도성안례의 운용현황을 분석하여 지도성안례의 영향력을 검증할 것이다. 제1절에서는 최고인민법원의 사건분류를 참조하여 지도성안례를 민사, 형사, 행정 및 세부분야로 범주화하고, 분야별로 지도성안례가 장래의 재판에서 인용되는 모습을 실증할 것이다. 장래의 재판에서 합리적인 이유를 고려하여 지도성안례의 적용 여부

를 결정한 경우가 많다는 실증연구 결과를 바탕으로, 지도성안례의 절대적 참조 효력이 관례법과 같이 지도성안례의 효력을 장래의 재판에 강제함으로써 사법부의 권한을 넘어서서 입법권을 침해하는 것은 아닌지 등의 우려를 불식시킬 것이다. 제2절에서는 중국재판문서망을 이용하여 다른 판결에서 지도성안례를 인용한 건수를 직접 산출함으로써 중국 측 통계자료에 결여된 명확한 산출 근거를 제시하고 지도성안례의 영향력을 실증할 것이다.

제6장 결론에서는 살펴본 내용을 정리하고 연구의 의의와 앞으로의 과제를 제시한다.



## 제 2 장 예비적 고찰

중국은 독특한 권력 구조를 가지고 있으며 사법기관의 구조와 특징도 서구 국가들이나 아시아 국가들과도 상당한 차이를 보인다. 평면적 비교가 어려운 중국의 권력 구조하에서 사법부의 구조와 역할을 동일한 기준으로 비교하거나 평가한다면 의미 있는 정보와 내용을 찾기는 어려울 것이다.<sup>1)</sup>

우리가 우리 법령에 민주주의 체제에 입각한 정책을 반영하듯이, 중국이 자국 법령에 사회주의 체제에 입각한 정책을 반영하는 것은 중국 시각에서는 엄연히 자연스러운 일일 것이다. 그것이 삼권분립원칙에 따르는 우리가 보기에 매우 부자연스럽고 위험해 보일지라도, 기본적으로 우리와 중국의 국가체제 자체가 다르다는 점을 전제하고 그들의 세계관에서 들여다보아야만 중국 법원의 ‘제한된 사법독립<sup>2)</sup>’을 이해할 수 있고, 나아가 중국공산당 정책실현의 연장선에서 안례지도제도를 이해할 수 있을 것이다.

이러한 점에서 중국의 법과 제도를 연구하는 데 있어 중국의 독특한 국가제도에 대한 배경지식은 필수적이다. 사회주의국가 중국에 대한 관련 배경의 설명 없이는 우리와 같은 민주주의국가와는 자못 다르게 설계되어있는 낯선 제도에 거부감부터 들게 마련일 것이기 때문이다. 이러한 점을 고려하여 본 장에서는 안례지도제도를 보다 잘 이해할 수 있도록

---

1) 김경찬·서주연, 중국 사법개혁 현황과 시사점, 한국형사정책연구원, 2015, 97면.

2) 중국에서는 법원의 ‘사법독립’이란 개념보다도 ‘심판독립’이란 전문적인 용어를 사용한다. 향후 사법개혁의 키워드라고 불리는 심판독립은 법원에서 독립적으로 재판권을 행사할 수 있도록 보장하여 공정한 사법을 실현하는 것이다. 박종근·이금일, “중국 사법독립의 현황과 문제점 및 향후 대책”, 강원법학(제41권), 2014, 109면, 120면.

중국의 국가제도, 그중에서도 사법제도에 관한 주요 내용을 배경지식으로 제공하고자 한다.

## 제 1 절 중국 사법제도의 특징(공산당의 영도)

중국에서는 헌법상 전국인민대표대회가 최고의 권력기관이고 전국인민대표대회 및 그 상무위원회(입법부) 산하에 사법기관인 최고인민법원이 설립되어 있다. 사법기관이 입법기관에 의해 선임되고 입법기관에 대하여 책임을 지는 이러한 방식은 사회주의국가체제의 일반적인 특징으로, 이는 입법, 행정, 사법기관의 상호독립과 상호제약을 요구하는 소위 근대서양의 3권분립 체제와는 다소 차이가 있다.<sup>3)</sup> 본 절에서는 ‘제한된 사법독립’이라고 평가할 수 있는 중국 사법제도의 특징으로 정법위원회를 중심으로 한 공산당의 영도와 심판위원회를 중심으로 한 법원 운영의 행정화<sup>4)</sup>에 주목할 것이다.

### I. 정법위원회를 중심으로 한 공산당의 영도

《헌법》 제1조는 중국공산당의 영도가 중국 특색 사회주의의 가장 본질적인 특징임을 명시하고 있다. 이에 따라 인민법원<sup>5)</sup>을 포함한 사법기관 역시 집권당인 공산당의 영도를 받는 지위에 있다.<sup>6)</sup>

3) 강광문·김영미, 중국법강의, 박영사, 2017, 36면.

4) 인민법원은 엄격한 내부 위계질서를 바탕으로 행정기관과 유사하게 상명하달과 수직적 지도의 원칙에 따라 운영되고 있다. 김현범, 중국의 사법개혁에 관한 연구, 사법정책연구원, 2019, 45면.

5) 법원의 그냥 ‘법원’이 아니고, 모두 ‘인민법원’인 것은 재판기관으로서의 법원도 ‘계급’으로서의 성질을 가지는 ‘인민’이 주체가 되는 국가권력 집행기관이라는 규정에서 비롯되는 것으로서, 사회주의 계급투쟁 이론의 흔적이 남아 있음을 엿보게 하는 것이다. 정승·김민호, “중국의 법치주의와 사법제도”, 성균관법학(제19권 제1호), 2007, 93면, 101면.

중화인민공화국 수립 초기에는 인민법원의 모든 사무는 당의 영도 하에 진행되었다. 그러나 당이 사법을 영도하는 구체적인 방식은 시기별로 달랐다. 중화인민공화국 수립 초기에는 ‘당내 심사 비준 제도(黨內審批制)’가 비교적 성행하여 체포, 재판<sup>7)</sup>, 특히 사형선고는 전부 1급 당 위원회의 심사 비준을, 특별히 중요한 안건은 당 중앙의 비준을 받아야 하였다. 그런데 개혁개방 초기 같은 제도의 폐단이 불거지자 중공중앙(中共中央)은 1979년 9월 《형법, 형사소송법의 적정실시 보장에 관한 지시(關於堅決保證刑法、刑事訴訟法切實實施的指示)》를 공포하여, 각급 당 위원회의 안건 심사·비준제도를 폐지하였다. 이후 정법 사무(政法工作)를 영도하는 정법위원회가 설립되자, 당의 정법위원회가 다시 안건협조, 병합처리, 개별안건지시 등으로 사법을 영도하고 있다.<sup>8)</sup>

- 
- 6) 김현범, 위의 책, 30면; 역사적인 맥락에서 고찰하여 보면 1921년 소수의 지식인이 모여 만든 초라했던 조직이 90년이 지난 현재 8천만 명이 넘는 엘리트 당원을 보유한 세계 최대의 정당으로 발전한 것이다. 동시에 공산당은 사회주의 혁명을 통해 중국을 새로운 국가로 탈바꿈하고, 개혁·개방 정책을 통해 세계 2위의 경제대국으로 발전시킨 일등 공신이 되었다. 중국공산당은 21세기에 들어 당내민주라는 새로운 자기혁신을 추진하고 있다. 자기혁신이 계속되는 한 공산당은 소련공산당이나 동구 사회주의국가의 공산당처럼 그렇게 급격하게 붕괴하지 않을 것이다. 그러므로 중국의 역사적인 맥락과 현실로부터 분석하여 보면 사법독립이란 결국 공산당의 영도를 전제로 할 수밖에 없다. 박종근·이금일, 위 논문, 109면, 127면.
- 7) 중국에서는 우리의 재판에 해당하는 용어로 ‘심판’을 사용한다. 본 논문에서 일반적으로 국내에서 사용되는 표현인 ‘재판’으로 표기하였으나, ‘심판위원회’와 같은 고유명사나 법령 등을 인용하는 경우 등에는 ‘심판’으로 표기하였다. 다만 우리 「대한민국헌법」에서는 ‘재판’ 받을 권리(제27조)와 ‘재판’ 공개(제109조) 규정을 두면서도 법관은 독립하여 ‘심판’한다(제103조)고 규정하고, 「법원조직법」에서는 법원의 ‘심판’ 권한(제2조)과 ‘심판’권의 행사(제7조, 제14조 등)를 규정하면서 제8조에서는 ‘재판’의 기속력을 규정하고 있어 적어도 법률에서는 재판과 심판을 혼용하는 것으로 보인다. 우리는 통상 심판을 ‘행정기관이 전심(前審)으로서 쟁송을 심리·재결하는 절차(국립국어원 표준국어대사전)’로 이해하나 법률상 심판은 ‘심리와 재판을 아울러 이르는 말(국립국어원 표준국어대사전)’에 더 가까워 보인다. 중국은 심판을 후자의 의미로 사용하는 것으로 판단된다(百度百科).
- 8) 陳衛東, “司法機關依法獨立行使職權研究”, 中國法學, 2014年(第2期), 第20頁, 第22頁. 공산당의 재판 개입은 정법위원회를 통해 이루어진다. 정법위원회는 모든 정법기관, 즉 공안(公安)·검찰·법원·교도소 등을 지도하는 공산당 부서로

각급 인민법원마다 조직되어 있는 당 위원회가 재판사무에 당의 정책과 방침이 반영되도록 지도하고 있으며, 각 지방 당 위원회 산하의 정법 위원회가 인민법원에 대한 지도 임무를 맡고 있다. 이러한 당의 지도는 이론적으로는 구체적인 사건에 대한 간섭을 의미하는 것이 아니라고 하지만, 실제적으로는 구체적인 사건처리에도 상당한 영향력을 미치고 있는 것으로 보인다.<sup>9)</sup> 특히 인민법원의 당 위원회 서기가 심판위원회의 구성원으로 참여할 수 있도록 하는 것은 중요한 사건에 대하여 당의 정책, 노선이 직접적으로 반영될 수 있도록 하는 제도적인 뒷받침이 되고 있다.<sup>10)</sup> 법원장은 정법위원회의 구성원으로서 주로 대외활동을 하고, 실제 법원의 내부 업무는 주로 법학을 전공하고 전문지식이 풍부한 부원장이 맡는다.<sup>11)</sup>

중국공산당은 이른바 ‘맞춤 지도체제(對口領導體制)’의 방식을 취함으로써, 정부의 각급 레벨에서 정책은 모두 ‘당 위원회가 결정하고, 정부 부처가 집행한다(黨委決定, 政府部門執行).’ 인사지도는 주로 ‘공산당에 의한 간부 관리체제(黨管幹部體制)’에서 표현되는데, 구체적으로는 각급 당 위원회 및 그 조직부가 중요한 인사를 결정하고, 각급 당교(黨校)가 간부의 양성과 훈련을 담당한다. 따라서 중국에서는 모든 국가기관이나 조직의 배후에는 반드시 중국공산당이 존재한다고 할 수 있다.<sup>12)</sup>

---

서 ‘사법영도’를 핵심 임무로 한다. 여기에는 중대하고 민감한 사건의 판결에 한 지지도 포함된다. 예를 들어, 공산당이 ‘범죄소탕’(嚴打) 기간에 체포된 범죄자는 가중 처벌한다는 방침을 내리면 법원은 이에 입각하여 판결한다. 또한, 공산당은 개별사건의 처리 방침을 법원에 직접 지시하기도 한다. 조영남, “중국의 법원개혁과 사법독립: 제1, 2, 3차 법원개혁 요강 분석”, 국제정치논총(제51집 제2호), 2011, 87면, 91면.

9) 사상적인 영도에 그치지 않고 개별사건에 대한 지도나 영도가 이루어지는 경우도 있다. 남종호, “중국 사회주의 체제에서의 사법체계 운용 연구 - 사법권 독립행사가능 여부와 사법 감독권을 중심으로-”, 중국연구(제51권), 2011, 209면, 218면.

10) 사법연수원, 중국법, 2010, 307-308면.

11) Randall Peerenboom, *China's Long March Toward Rule of Law*, Cambridge University Press, 2002, pp. 284-285.

12) 강광문·김영미, 위의 책, 37면. 법원과 검찰기관의 정원 편성권은 지방의 동

중국공산당의 정법위원회를 통한 사법기관의 통제는 계속 유지되고 있고 사법기관에 대한 인사 역시 당의 사전 검토를 통해 추천되고 있다. 이들은 정기적으로 회의를 통해 당의 정책과 노선을 전달하고 통일적인 사법질서의 유지를 위해 상호의견을 조율한다.<sup>13)</sup>

## II. 심판위원회를 중심으로 한 법원 운영의 행정화

《헌법》 제131조는 인민법원은 법률의 규정에 따라 심판권을 독립하여 행사하며, 행정기관, 사회단체 및 개인의 간섭을 받지 않는다고 규정하고 있다. 다만 중국의 사법독립은 법관 개인이나 합의정의 독립이 아니고 법원의 독립일 뿐이다.<sup>14)</sup> 사회주의국가에서 법원의 독립이 일반국가의 사법독립과 다른 점은 법관 개인의 독립을 중시하지 않는다는 사실이다.<sup>15)</sup> 《민사소송법》 제198조에 따르면, 각급 인민법원장은 본원에 이미 법률적 효력이 발생한 판결, 재정, 조정서(調解書)에 명백한 잘못을 발견한 경우 재심이 필요하다고 판단하면 심판위원회에 회부하여 토론 결정해야 한다.<sup>16)</sup>

---

급 당 위원회에서 장악하고 있을 뿐만 아니라, 승진도 역시 당 위원회의 심사·평가를 거쳐야 만이 가능하다. 박종근·이금일, “중국 사법독립의 현황과 문제점 및 향후 대책”, 강원법학(제41권), 2014, 109면, 123면.

13) 이 정법위원회의 대표는 전통적으로 공안 기관의 장이 맡아왔다. 남중호, 위 논문, 209면, 219면.

14) Jerome Alan Cohen, “Reforming China’s Civil Procedure: Judging the Courts”, American Journal of Comparative Law, Fall 1997, p. 793, p. 799.

15) 남중호, 위 논문, 209면, 214면.

16) 사회주의국가인 중국의 모든 국가기관은 민주집중원칙에 따라 운영된다. 이에 따라 사법기관인 법원 역시 개별법관의 판단에 의해 재판권이 행사되는 것이 아니라 법원조직의 집단적 의사결정구조에 따라 재판권이 행사되고 있다. 남중호, 위 논문, 209면, 214-215면; 1872년 메이지 일본의 사법직무정제(司法職務定制)는 “전국 법원을 관장하며 각 재판소를 통괄”하는 사법성 하에 재판소·검사국(檢事局)·명법료(明法僚)를 설치하여 각각 재판사무·검찰사무·법전편찬과 법학교육을 담당하게 하였다. 사법직무정제단계에서는 사법성 자체가 재판기관이자 재판감독기관으로서 전국 사법권을 통일하는 것을 지향

각급 인민법원에는 심판위원회를 두며, 심판위원회는 원장, 부원장과 경력 법관으로 구성되며, 구성원은 홀수여야 한다(《인민법원조직법》 제36조 제1항). 심판위원회는 심판 경험을 총괄하고 중대하거나 어렵고 복잡한 안건에서 법률의 적용, 본원에 이미 법률적 효력이 발생한 판결, 재정, 조정서의 재심여부, 기타 심판사무 관련 중대 문제를 토론 결정한다(같은 법 제37조 제1항). 지도성안례 선정 절차에 있어 최고인민법원 심판위원회는 지도성안례 후보들을 최종심사에 회부하여 선정 여부에 관하여 심의 및 토론을 거친다[《최고인민법원 안례지도사무에 관한 규정(最高人民法院關於案例指導工作的規定)》(이하 본 장에서 “《규정》”이라 함) 제6조]. 심판위원회 회의는 원장이나 원장이 위탁한 부원장이 주재하며, 심판위원회는 민주집중제를 실시한다(같은 법 제38조 제2항). 심판위원회 회의에 동급 인민검찰원 검찰장이나 검찰장이 위탁한 부검찰장이 참관(列席<sup>17)</sup>)할 수 있다(같은 법 제38조 제3항).

각급 법원 심판위원회는 판사들의 결정을 중국공산당의 정책에 어떻게 맞추나갈 것인지에 관해 조언하고 있다.<sup>18)</sup> 심판위원회는 행정적 영향력을 미치기 위한 공식적인 통로다. 판사들의 행정서열은 사안의 결과를 결정하는 데 있어 중요해지고 있다.<sup>19)</sup>

심판위원회가 사법의 독립을 위협할 수 있지만 중국헌법질서에서 특유한 제도로써 그동안 사법질서에 통일적인 안정성을 부여한 것은 일정 부분 사실로 여겨진다. 여러 비판에도 불구하고 《인민법원조직법》의 개정에서도 유지된 것은 이러한 측면과 관련이 있다고 보이며 향후 심판위

---

하고 있었다. 따라서 지방행정사무와 재판사무를 분리하였다고는 하지만, 엄밀한 의미의 행정과 사법 분리, 또는 사법권 독립은 이루어지지 않았다. 문준영, 법원과 검찰의 탄생, 역사비평사, 2010, 97-98면.

17) 발언권은 있으나 표결권은 없이 회의에 참석하는 것을 말한다. 고려대학교 중한사전.

18) Tahirih V. Lee, “Exporting Judicial Review from the United States to China”, *Columbia Journal of Asian Law* 19(2005), p. 152, p.165.

19) Sida Liu, “Beyond Global Convergence: Conflicts of Legitimacy in a Chinese Lower Court”, *Law and Social Inquiry*, Winter 2006, p. 75, p. 92.

원회를 어떤 모습으로 개선하느냐를 중국의 사법 독립의 관점에서 주의 깊게 지켜볼 필요가 있다.<sup>20)</sup> 특히 인민법원의 당 위원회 서기가 심판위원회의 구성원으로 참여할 수 있도록 하는 것은 중요한 사건에 대하여 당의 정책, 노선이 직접적으로 반영될 수 있도록 하는 제도적인 뒷받침이 되고 있다.<sup>21)</sup> 동시에 각급 법원 내에 ‘당조(黨組)<sup>22)</sup>’를 조직하여 당의 각종 방침과 정책이 실시되도록 하는 방식을 활용하여 당의 영도를 실현시키고 있다. 중국공산당의 정법위원회를 통한 사법기관의 통제는 이와 같은 체계적 과정을 통하여 사법기관에 대한 당의 통제 및 지도적 지위를 유지하고 있는 것이다.<sup>23)</sup>

이밖에 중국 법관의 임기에 관한 규정은 통일적으로 규정되어 있지는 않지만 분명한 것은 종신직은 아니라는 사실이다.<sup>24)</sup> 《법관법》 제62조에서는 법관의 퇴직제도는 심판사무의 특성에 따라 국가가 별도로 규정하도록 하고 있다. 우리의 대법원장에 해당하는 최고인민법원장은 전국 인민대표대회에서 5년의 임기로 선거되며 연임은 2기까지로 제한된다. 최고인민법원과 최고인민검찰원은 모두 형식상 국무원과 대등한 위치에 있으나, 각 그 최고책임자인 원장의 직급이 국무원 부총리급이라는 점에서 등급 면에서 국무원보다 낮다고 할 수 있다.<sup>25)</sup> 최고인민법원의 원장

20) 정철, 중국 헌법상 사법제도에 관한 연구, 서울대학교 법학박사 학위논문, 2008, 99면.

21) 남중호, 위 논문, 209면, 223면.

22) 당조는 검찰원의 검찰장, 부검찰장, 법원의 원장, 부원장을 포함한 골간으로 구성되어 있다. 검찰관, 법관의 선임, 특히 고위직 검찰관 법관의 선임은, 검찰원, 법원 내의 당조와 검찰원, 법원 소재지의 지방 당위원회 및 그 조직부에서 전담하고 있다. 그러므로 검찰원과 법원 내부의 당 조직도 기층 일급 당 조직에 속하고 또한 엄격한 절차를 거쳐 선거한 것이기 때문에 지방 당위원회의 영도와 다를 바 없다고 할 것이다. 즉 검찰원, 법원 내부에 설립되어 있는 당 조직은 당을 대표하여 당의 지시를 관철하고 당원과 사법간부에 대한 관리와 감독을 행하기 때문에 결국 공산당의 영도는 사법기관에서 제대로 관철·집행되고 있다고 하여야 할 것이다. 박종근·이금일, 위 논문, 109면, 128면.

23) 남중호, “중국 사회주의 체제하에서의 사법체계운용 연구”, 국제지역연구(제 13권 제3호), 2009, 49면, 62면.

24) Randall Peerenboom, 위의 책, p. 294.

은 우리의 대법원장에, 부원장은 대법관에 해당하나, 이들은 재판사무를 직접 담당하지는 않고 최고인민법원에 소속된 정장(庭長), 부정장 및 심판원이 재판사무를 수행한다.<sup>26)</sup>

법관법 규정에 따르면 법관은 12개 등급으로 나누어져 있다(《법관법》 제26조).<sup>27)</sup> 최고인민법원 법원장은 수석대법관이고(같은 법 제27조), 최고인민법원 부원장은 1급이나 2급 대법관, 고급인민법원 원장은 2급 대법관, 즉 2급부터 12급 법관은 대법관, 고급법관, 법관으로 나누어져 있다.<sup>28)</sup> 인민법원에 법관평가위원회를 두고, 본원 법관의 평가사무를 맡는다(같은 법 제38조). 법관평가위원회의 구성원은 최소 5-9인이고, 법관평가위원회 주임은 본원 원장이 맡는다(같은 법 제39조). 법관은 심판사무실적, 직업 도덕, 전문수준, 업무능력, 심판 태도로 평가하며, 심판사무실적에 중점을 둔다(같은 법 제41조). 평가결과는 법관 등급과 연봉의 조정 및 법관 징계, 면직, 강직, 사퇴의 근거가 된다(같은 법 제42조).

### III. 소결

중국공산당은 정법위원회와 심판위원회를 중심으로 중국 사법제도에서 공산당의 영도를 실현하고 있다. 이러한 점에서 중국에서는 삼권분립을 전제로 한 일반적인 의미에서의 사법권의 독립이라는 개념은 성립할 수 없다. 다만 우리나라 헌법과 같이 ‘법관’이 독립하여 심판한다는 규정은 없을지라도 중국 헌법에서 ‘인민법원’이 심판권을 독립하여 행사한다는 규정을 둔 점에서 비록 공산당의 영도가 전제되어있기는 하나 중국에서 법원의 ‘심판독립’은 인정되고 있다.

25) 강신중, “중국의 사법제도”, 민사법연구(제10집 제1호), 2002, 129면, 134면.

26) 강신중, 위 논문, 129면, 139면.

27) 차례로 수석대법관, 1급대법관, 2급대법관, 1급고급법관, 2급고급법관, 3급고급법관, 4급고급법관, 1급법관, 2급법관, 3급법관, 4급법관, 5급법관이다(《법관법》 제26조).

28) 정철, 위 학위논문, 132면.



법원이 공산당의 통제를 받는다는 점에서 중국에서 법원의 사법통일(司法統一)은 상대적으로 더 독립적인 다른 국가의 사법부에 비해 한결 더 수월해야 할 것인데, 공산당의 영도라는 특성에도 불구하고 중국의 사법제도에는 다음과 같이 사법통일을 어렵게 하는 변수가 존재한다.

## 제 2 절 사법통일(司法統一)의 관점에서 본 중국 사법제도의 문제점

사법통일(司法統一)의 관점에서 보면, 중국의 사법제도에서 4급 2심 중심제(四級兩審終審制)의 심급제도, 지방보호주의 및 법관의 자질 부족이 사법통일을 어렵게 하는 문제가 되고 있다.

### I. 4급 2심 중심제(四級兩審終審制)의 심급제도

중국 인민법원은 기층인민법원-중급인민법원-고급인민법원-최고인민법원의 4급으로 구성되어 있지만<sup>29)</sup>, 심급제도로는 원칙적으로 2심 중심제를 채택하고 있다. 즉 4급의 인민법원이 모두 법률에 규정된 급별관할에 따라 제1심 사건을 나누어 담당하고, 최고인민법원을 제외한 나머지 인민법원의 제1심 판결·재정에 대하여는 직상급(上一級) 인민법원에 상소·항소할 수 있으며, 직상급 법원의 제2심 판결·재정은 중국적인 것으로 즉시 확정된다. 《민사소송법》 제10조는 인민법원의 민사재판에서 2심 중심제를 실시한다고 규정하고, 같은 법 제175조에서는 제2심 인민법원

29) 이러한 인민법원 외에 일부 전문 인민법원이 설치되어 있는데, 예를 들면 군사법원, 해사(海事)법원, 철로운수(鐵路運輸) 법원 등이 있다. 통계에 따르면, 현재 중국의 각급 인민법원은 총 3,500개 가량이며, 그중 전문법원은 약 170개, 고급법원 32개, 중급법원 404개, 기층법원은 3,111개가 있다. 강광문·김영미, 위의 책, 43면.

의 판결·재정은 중국적 판결·재정이라고 규정하여 2심 중심제를 채택하고 있음을 명시하고 있으며, 《형사소송법》 제10조, 제244조도 형사재판에 관하여 유사한 취지로 규정하고 있다. 다만 최고인민법원이 제1심법원으로서 한 판결·재정과 기층인민법원의 민사 소액사건에 대한 판결(《민사소송법》 제162조) 등에 대하여는 불복을 허용하지 아니하는 1심 중심제가 적용된다.<sup>30)</sup>

4급 법원의 체계만 놓고 보면, 중국의 법원 체계는 등급이 엄격한 피라미드형 구조를 형성하는 것으로 보인다. 최고인민법원이 탑 꼭대기에 있고, 기층인민법원이 탑 기반(塔基)에 있다. 그러나 2심 중심제와 결합하여 분석해 보면, 중국의 법원 체계는 사실상 분산된 체계이고 완전한 체계가 아니다. 2심 중심제는 중국의 법원 체계를 다음과 같은 세 그룹의 피라미드로 나누었다.: 기층인민법원-중급인민법원, 중급인민법원-고급인민법원, 고급인민법원-최고인민법원. 최고인민법원은 조직구조 면에서 프랑스의 최고사법법원과 더욱 유사할 수 있다. 법관의 수가 상대적으로 많고 여러 개의 재판정으로 나누어져 재판 권력이 분산된다. 이는 미국 연방대법원과 정반대다. 미국은 법관의 수가 적고 공동으로 하나의 재판정을 구성하여 재판 권력이 집중된다. 최고인민법원의 안건 심리에는 3명의 법관이 합의정을 구성한다. 안건이 법률상 얼마나 중요한지 또는 논쟁의 여지가 얼마나 큰지에 관계없이, 프랑스 최고법원이나 독일 최고법원과 같이 3명 이상의 법관, 심지어는 법정을 초월한 대재판정을 구성하여 판결을 심리 및 공포할 수 없으므로, 비교하자면 중국 최고법원의 재판 권력은 더욱 분산되어 있다.<sup>31)</sup>

고급인민법원은 기층법원에 대해 사법적 영향력(輻射力)이 없고, 최고인민법원은 더욱 그렇다. 동시에, 상소안건을 수리한 법원은 설령 최고인민법원이라 하더라도 사실심과 법률심을 구분하지 않으므로, 1심법원, 상

30) 김현범, 위의 책, 32-33면.

31) 宋曉, “判例生成与中國案例指導制度”, 法學研究, 2011年(第4期), 第58頁., 第66頁.

소법원과 최고법원을 기능 면에서 엄격하게 구분하기는 매우 어렵다. 최고인민법원은 일반적으로 그저 일부 소송물의 값(標的額)이 극히 높은 안건의 상소법원이지만, “전국을 굽어보는(俯瞰全國)” 최고법원이 아니므로 일반적인 원리에 따른 최고법원과는 비교할 수 없다. 설령 재심제도를 3심제도로 간주하더라도, 여러 그룹의 피라미드가 병존하는 분산된 구조에 실질적인 변화는 없을 것이다. 중국의 현행 법원 체계와 행정체계는 일대일로 대응하고 있으며 심지어 법원 체계는 행정체계의 산물이라고 할 수 있다. 그러나 행정체계는 수직적 리더십을 달성할 수 있는데 비해, 법원 체계는 도리어 분산된 구조로 인해 수직적으로 관통하는 단일체계를 형성할 수 없다.<sup>32)</sup>

중국의 상소 제도는 한 심급 위로의 한 번의 상소만을 허용하는 2심제를 채택하고 있어 고급인민법원의 제1심 사건을 제외하고는 하급심법원의 재판에 대해 상급심법원이 직접 통제할 수 없다. 선례구속의 원칙을 일반적으로 채택하지 않는 대륙법계 국가에서 심급의 제한은 최고법원으로서의 권위를 보장하지 못하게 한다. 물론 최고인민법원은 하급심법원에 대해 재판감독권을 행사할 수 있지만 3심제보다는 그 한계가 있다.<sup>33)</sup>

이러한 점에 착안하여 보면, 3심제 구조를 취하여 (심리불속행을 포함하여) 구조적으로 대법원에서 최종 판단을 받을 기회가 기본적으로 열려 있는 우리나라에 비해, 최고인민법원의 판단을 기대하기가 거의 어려운 중국 국민이 최고인민법원에 대해 느끼는 거리감을 고려하면 중국에서 오히려 기층인민법원이나 중급인민법원의 판단이 갖는 권위에 비해 최고인민법원의 판단이 갖는 권위가 상대적으로 낮아질 수밖에 없다. 뿐만 아니라 전국적으로 참조할 만한 판례가 ‘누적’되기에도 어려운 구조다.

---

32) 宋曉, 위 논문, 第58頁, 第63頁.

33) 정철, 위 학위논문, 104면.

## II. 지방보호주의

개혁개방정책은 국가권력과 재정 책임을 지방으로 이양시킴으로써<sup>34)</sup>, 사회 전반에 부패를 야기하였을 뿐만 아니라 지방정부<sup>35)</sup>가 그 권한을 강화하는 계기가 되었다. 개혁개방정책에 소극적인 지방정부를 독려하기 위해 지방에 보다 많은 자율성을 부여하고 외국의 투자자들을 유치하도록 하는 정책은 상당한 성과를 거두었는데 이 과정에서 지방정부는 중앙 정부의 통제력에서 상당히 벗어나게 되었다. 특히 재정적인 측면에서 자율성이 신장되어 이제 더 이상 중앙재정에 의존하지 않게 되자 개혁개방에 상당한 성과를 내면서 경제성장을 이룬 연안지역의 지방정부는 상당한 자율성을 확보하게 되었다.<sup>36)</sup>

중국은 각 지방행정기관과 같이 인민법원도 행정구역에 따라 설치하여 각 지방 당정기관이 사법에 간섭하기 용이한 체계를 이루고 있다. 즉, 인민법원을 행정구역 단위에 따라 전국을 관할하는 최고인민법원과 성(자

34) Randall Peerenboom, 위의 책, p. 311.

35) 지방정부로는 성급(省級), 시급(市級/지구(地區)급), 현급(縣級) 및 향급(鄉級) 인민정부가 있다. 성급으로는 4개의 직할시(북경, 상해, 천진, 중경), 23개의 성(대만 포함), 신장위구르족자치구 등 5개의 소수민족 자치구가 있다. 구가 설치된 시(設區市), 자치주 등 전국에 총 300개 가량의 시급 행정구가 있으며, 구가 설치되지 않은 시(不設區市), 현, 자치현 등 총 2,600개 가량의 현급 행정구가 있다. 그중 소수민족 거주지에서는 민족자치제도를 시행하며, 현재 전국에 5개의 민족자치구(성급), 30개의 자치주(시급), 120개의 자치현(현급) 및 1,100여 개의 자치향진(鄉鎮: 향급)이 있다. 민족자치 구역의 자치권으로는 주로 상급국가기관의 결의, 결정, 명령 및 지시에 대한 융통성 있는 집행(變通執行) 혹은 집행정지, 자치조례와 단행(單行)조례(특별조례)의 제정, 재정 및 문화 자치권 등이 있다. 이밖에, 홍콩(香港)과 마카오(澳門) 두 개의 특별행정구를 설치하여, 특별행정구제도와 일국양제(一國兩制)를 시행하고 있다. 특별행정구에서는 국가주권 원칙과 고도의 자치원칙을 서로 결합하여 시행한다. 구체적으로, 국방과 외교권이 중앙에 속하고, 중앙에서 특별행정구의 장관과 주요 관리(官員: 장관의 지명에 따름)를 임명하는 것 외에, 기타 각종 권한은 특별행정구 정부가 독자적으로 행사하고 있다. 강광문·김영미, 위의 책, 42-43면.

36) 정철, 위 학위논문, 46-47면.

치구, 직할시 포함)을 관할하는 고급인민법원, 시(자치주, 지구 포함)를 관할하는 중급인민법원, 현(시 산하의 구, 자치현 포함)을 관할하는 기층 인민법원으로 구성함으로써, 그에 대응하는 국무원, 성 인민정부, 시 인민정부, 현 인민정부와 각 지방의 공산당이 사법에 관여하기 용이한 조직구조를 채택하고 있다.<sup>37)</sup>

지방보호주의가 나타나게 된 중요한 원인은, 인민법원의 재정이 동급 인민 정부에 종속되어 있다는 점에 있다. 기본적으로 중국 인민법원의 예산은 전국 단위로 통일적으로 편성·집행되지 아니하고, 동급 행정기관인 지방정부에 의해 편성·집행되어 왔다. 지방 각급 인민법원은 재정상 당해 지방의 경제 상황이나 동급 지방정부의 예산 편성에 의해 많은 제약을 받기 때문에, 재판권의 행사에 있어서도 당해 지방의 경제적 이익 보호에 치중하고 동급 지방정부의 간섭을 받는 현상이 빈번하게 발생하였다.<sup>38)39)</sup>

지방보호주의는 지방 각급 인민법원이 각 지역의 이익에 치중하게 한다는 면에서 전국적인 사법통일의 실현을 어렵게 한다. 또한, 4급 2심 중심제의 심급제도로 인해 웬만한 사안은 각 지역의 기층-중급 인민법원

---

37) 김현범, 위의 책, 46면.

38) 김현범, 위의 책, 47면.

39) 이밖에 인민법원은 인민검찰원으로부터 법률 감독을 받는다. 한국 검찰은 민사사건에 관해 개입할 여지가 없는 데 비해 중국 검찰은 법률감독권을 통하여 이에 개입할 수 있다. 강광문·김영미, 중국법강의, 박영사, 2017, 51면; 최고인민검찰원은 각급 인민법원의 법률적 효력이 발생한 판결·재정(우리의 '결정'에 해당함)의 법률의 적용에 착오가 있는 경우 등 또는 조정서의 내용이 국가나 사회 공공의 이익에 손해를 입히는 경우 항소를 제기하여야 하고, 지방 각급 인민검찰원은 동급 인민법원의 법률적 효력이 발생한 판결·재정의 법률의 적용에 착오가 있는 경우 등 또는 조정서의 내용이 국가나 사회 공공의 이익에 손해를 입히는 경우 동급 인민법원에 검찰 건의를 제출할 수 있으며, 상급 인민검찰원은 동급 인민법원에 항소를 제기할 수 있다. 각급 인민검찰원은 심판 감독절차 이외의 기타 심판절차 중 심판 인원의 위법행위에 대해 동급 인민법원에 검찰 건의를 제출할 권한이 있다. 인민검찰원이 항소를 제기하면 인민법원은 반드시 재심 절차를 개시하여야 한다(《민사소송법》 제200조, 제208조 및 211조, 《형사소송법》 제254조, 《행정소송법》 제91조 및 제93조).

에서 종결되므로 지방 각급 인민법원이 지방정부와의 마찰을 무릅쓰고 판결을 하더라도 그 판결에 대해 최고인민법원의 판단을 기대하기가 어렵다. 즉 지방 각급 인민법원이 지방정부의 이익에 반하는 판결을 할 유인이 없기에 지방보호주의와 4급 2심 중심제의 심급제도가 결합하면서 사법통일의 실현은 더욱 멀어지게 되고, 지방보호주의가 심해질수록 최고인민법원의 판단이 갖는 권위가 상대적으로 낮아지는 악순환이 반복되게 된다.

### Ⅲ. 법관의 자질 부족

중국은 영토가 광활하고 판사의 수도 많기 때문에 판사의 자질이나 법학 지식이 들쭉날쭉한 경우가 많다. 1990년대까지는 제대 군인과 같은, 법학 교육을 받지 않은 사람들이 판사에 임용되는 경우도 종종 있었다. 판사에 대한 대우도 대체로 열악한 편이다. 2002년부터 중국도 단일화된 사법시험 제도를 도입하여 판사, 검사, 변호사가 되기 위해서는 동일한 시험을 거치도록 하였다. 이로써 전국의 판사 자격 제도를 통일하고 모든 판사에게 일정한 수준의 법학지식을 요구하는 시스템을 갖추게 되었다. 하지만 자질 미비로 인해 야기된 문제점이 해결되기에는 상당한 시간이 더 필요해 보인다.<sup>40)</sup>

중국의 법관과 검사 및 변호사의 전문화는 비교적 오래되지 않은 역사적 배경을 가지고 있다. 1979년부터 1984년까지의 기간에는 특별한 자격 시험을 통하지 않고 1만 3천 명에 대해 변호사 자격을 부여하였지만 1986년부터 2000년까지 변호사 자격시험을 전국적으로 시행하였으며 2001년부터는 사법시험<sup>41)</sup>이라는 명칭으로 전국적으로 통일하여 시행하게 되었으며 합격률은 평균 15.67%에 이른다. 이러한 일정한 시험에 통

40) 강광문·김영미, 위의 책, 46면.

41) 2018년부터 ‘국가통일 법률직업 자격시험(國家統一法律職業資格考試)’으로 변경됨.

과한 사람들에게 다시금 법관과 검사가 될 수 있는 기회를 부여함으로써 기존의 법률적 경험이나 소양이 부족한 사람이 공무원으로서 법관과 검사의 업무를 수행하는 것을 점차적으로 대체해 나가고 있는 상황이라고 할 수 있다.<sup>42)</sup>

사법통일은 재판의 질 제고와도 맞물려 있다. 지방보호주의의 문제가 주로 지역별로 들쭉날쭉한 재판 결과에 있다면, 법관의 자질 부족 문제는 법관별로 들쭉날쭉한 재판 결과, 즉 재판의 질의 문제로 이어진다고 볼 수 있다. 중국에서 법관의 자질 문제가 개선되고는 있지만 당장 해결되는 문제는 아니라는 점에서 법관의 자질 문제는 시간을 두고 해결해나가야 하는 문제다. 그러나 법관의 자질 문제가 해소될 때까지 지방 각급 인민법원에서 재판 활동을 멈출 수는 없는 노릇이어서, 법관별로 들쭉날쭉한 재판의 질을 상향 평준화하려는 최고인민법원으로서의 마냥 손 놓고 기다릴 수만은 없는 상황이다. 최고인민법원으로서도 지방 각급 인민법원 법관의 자질이 천차만별이라는 점을 잘 알고 있지만, 해당 사건에 대한 관할권이 없기에 재판에 관여하여 직접적으로 재판의 질을 제고할 방법도 없어 이러지도 저러지도 못하는 속수무책의 상황에 놓인 것으로 보인다.

안례지도제도는 과거 사건 수 늘리기에만 급급하던 법관들로 하여금 점차 사건의 질에 신경을 쓰도록 변화하게 함으로써 법관의 전문성을 제고하고, 사건의 예측 가능성을 높이며, 법학부(法學院) 학생들의 교육 및 학술연구에 있어서도 중요한 의의를 갖는다.<sup>43)</sup>

---

42) 김정찬·서주연, 위의 책, 99면.

43) 姜麗萍·劉斌 主編, 最高人民法院指導性案例研究, 中國檢察出版社, 2015, 第1-3頁.

#### IV. 소결

사법통일(司法統一)의 관점에서 4급 2심 중심제(四級兩審終審制)의 심급제도, 지방보호주의 및 법관의 자질 부족이 공산당의 영도에도 불구하고 법원의 사법통일을 어렵게 하는 문제가 되고 있음을 살펴보았다. 4급 2심 중심제의 심급제도는 최고인민법원이 하급심법원에 관여하기 어렵게 하여 최고인민법원의 판단이 갖는 권위를 상대적으로 낮추고, 전국적으로 참조할 만한 판례가 누적되기 어렵게 한다. 지방보호주의는 지방 각급 인민법원이 각 지역의 이익에 치중하게 하여 전국적인 사법통일의 실현을 어렵게 하고, 4급 2심 중심제의 심급제도와 결합하여 최고인민법원의 관여를 더욱 어렵게 한다. 사법통일은 재판의 질 제고와도 맞물려 있는데 법관의 자질 부족 문제는 재판의 질의 문제로 이어지므로, 재판의 질을 상향 평준화하려는 최고인민법원의 고민이 깊어지고 있다. 최고인민법원은 이러한 문제점을 극복하기 위한 방법의 하나로 안례지도제도를 도입하였다.

#### 제 3 절 안례지도제도의 도입배경

안례지도제도는 “심판경험을 총괄하고, 법률 적용을 통일하며, 심판의 질을 제고하고, 사법공정을 수호하기 위해” 도입되었다(《규정》). 법률 적용의 통일은 사회적으로 “유사안건에 대한 서로 다른 판결”의 문제를 해결하기 위한 것으로, 이는 안례지도제도를 도입한 가장 중요한 직접적인 원인이다.<sup>44)</sup> 법관의 자유 재량권을 규범화하여 자유 재량권의 남용과 “유사안건에 대한 서로 다른 판결” 현상으로 훼손된 사법의 공신력을 제고하고 사법통일을 실현하고자 하는 것이다.<sup>45)</sup>

44) 左衛民·陳明國 主編, 中國特色案例指導制度研究, 北京大學出版社, 2014, 第147頁.



공정(公正)은 우리 사회가 끊임없이 추구하는 이상과 목표라고 할 수 있다. 사법 영역에서의 공정 중 하나는 유사안건에 대해 유사한 판결의 결과를 얻을 수 있다는 점일 것이다. 바꾸어 말하면, “유사안건에 대한 유사한 판결”이 법의 공평한 이념의 기본적 요구이며, 법률의 적용은 반드시 예측가능하고 통일되어야 한다.<sup>45)</sup>

그런데 중국의 급속한 경제성장으로 인해 사회적 관계는 점점 더 복잡해지고 다양해졌으며, 그 결과 성문법이 발의되지 않은 상태에서 인민법원은 점점 더 어렵고 복잡하고 새로운 유형의 사례들을 접수해야만 하는 상황에서 “유사안건에 대한 서로 다른 판결”이라고 불리는 현상이 나타나게 되었다.<sup>47)</sup> 제정법의 추상성, 낙후성으로 인하여 법관이 사법절차에서 비교적 큰 자유 재량권을 가지게 되어 유사안건임에도 다른 법원 심지어 같은 법원 다른 법관의 판결 사이에 현저한 차이가 나는 법률의 임의적용(不統一) 현상이 나타나 사법의 권위와 공정을 심각하게 훼손하였고, 이는 당대 중국 사법 실무에서 시급하게 해결되어야 할 중요한 문제로 떠올랐다. 바로 이러한 배경에서 최고인민법원이 안례지도제도를 도입한 것이다.<sup>48)</sup>

최고인민법원이 각급 법원의 안례 중에서 ‘지도성안례’를 선정·공포함으로써 각급 법원으로 하여금 유사안건 재판 시 지도성안례를 반드시 참조하게 하는 안례지도제도의 도입 배경은 “사법통일(司法統一), 동안동판(同案同判)”, 즉 “법률의 통일적 적용, 유사안건<sup>49)</sup>에 대한 유사한 판결”이라는 구호로 요약할 수 있다.<sup>50)</sup> 안례지도제도는 “유사안건에 대한 유

45) 左衛民·陳明國 主編, 위의 책, 第44頁.

46) 左衛民·陳明國 主編, 위의 책, 第42-43頁.

47) Xiaoyi Jiang·Ling Shao, “The Guiding case system in China”, China Legal Science(Vol. 1), 2013, p. 106, p. 109.

48) 左衛民·陳明國 主編, 위의 책, 第43頁.

49) 재심사유에 해당하는 경우를 제외하고 소송물이 완전히 같은 안건에 대해서는 판결의 반복이 금지되는 것이므로 이하 ‘같은 안건’이 아닌 ‘유사안건’으로 새긴다.

50) 見 江勇·馬良驥 等, 案例指導制度的理論與實踐探索, 中國法律出版社,

사한 판결”이라는 목적의 달성을 돕고, 사법해석과 함께 입법의 흠결을 보완하며 대중에게 명확하고 구체적인 사법 정보를 전달한다는 특징이 있다.<sup>51)</sup>

중국은 대륙법계 국가이면서도 한편으로는 지도성안례를 통하여 선례 구속성에 준하는 지도력을 확립하고자 하는 취지로 안례지도제도를 도입한 것으로 생각된다. 중국 사법부의 안례지도제도 수립 이니셔티브는 지도성안례에 “선례구속성의 원리(stare decisis)”와 같은 역할을 부여하려는 커다란 도약이었다. 많은 이들에게 이는 일반적인 안례의 공포로부터 지도성안례의 편찬으로의 전환에 불과한 것이 아니라, 사법절차를 위해 의도적으로 선정된 안례의 중요성을 인정하는 중요한 변화로 다가왔다.<sup>52)</sup>

최고인민법원은 안례지도제도를 도입하여 법률의 통일적 적용을 통해 안례의 준거력을 강화함으로써 4급 2심 중심제의 심급제도, 지방보호주의 및 법관의 자질 부족에서 기인하는 문제를 극복하려는 것으로 보인다. 중국은 전면적인 사법개혁을 통해 보다 강력하고 독립적인<sup>53)</sup> 사법부를 구성하여 다른 국가기관 특히 개혁개방과정에서 더욱 강력해진 국무원을 포함한 인민 정부의 권한을 통제하고 또한 같은 기간 동안 상대적 자율을 누리면서 그 권한을 강화하고 있는 지방정부를 사법의 통일을 통해 효과적으로 통제하기 위해 사법개혁을 추진하고 있다고 볼 수 있다. 사법개혁이 당의 결심을 통해 이루어지고 있다는 사실은 사법개혁이 장

---

2013, 第202-210頁; 王振民·王玄玮, “論案例指導制度与司法統一,” 中國案例指導制度的构建和應用, 法律出版社, 2012, 第153頁.

51) Xiaoyi Jiang·Ling Shao, 위 논문, p. 106, pp. 109-110.

52) Mo Zhang, “Pushing the envelope: Application of Guiding cases in Chinese Courts and Development of Case Law in China”, Washington International Law Journal, April 2017, p. 269, p. 278.

53) 중국에서 말하는 사법권 독립은 기타 국가들의 사법부 독립과는 완전히 다른 의미를 가지고 있다. 즉 중국에서는 헌법적으로 국가 권력기관 특히 입법기관인 인민대표대회와 행정부로부터의 독립이 문제가 되고 있다. 남중호, “중국 사회주의 체제에서의 사법체계 운용 연구 - 사법권 독립행사기능 여부와 사법 감독권을 중심으로-”, 중국연구(제51권), 2011, 209면, 216면.

기적인 국가과제로 추진되고 있다는 것을 보여준다.<sup>54)</sup>

물론 우리나라와 같이 권력분립의 기본구조를 갖춘 사법제도를 기준으로 볼 때, 중국과 같이 제한된 의미의 사법 독립의 보장은 사법의 공정성과 중립성을 보장하기에 아직 매우 부족한 수준이라는 점은 부인할 수 없을 것이다. 하지만, 중국은 제한된 사법독립으로 인한 공정성 제약의 우려를, 폭넓은 공개를 통한 사법 투명성 강화와 법관·재판에 대한 철저한 관리·감독을 통한 통일성 보장 등으로 나름대로 보완하려 노력해왔다. 더 나아가 세계 경제에서 차지하는 막강한 경제적 위상을 기반으로 하여 과학 기술의 적극적 활용을 통해 사법 편의성·효율성의 극대화라는 강점을 더함으로써, 특히 민·상사 재판과 관련한 중국 사법 시스템의 위상은 이미 국제적으로도 무시할 수 없는 수준에 이르렀다고 할 수 있다.<sup>55)</sup>

살펴본 바와 같이 중국 사법제도의 특징은 ‘심판독립’이라는 제한된 사법독립이라고 평가할 수 있으며, 최고인민법원은 안례지도제도를 도입하여 법률의 통일적 적용을 통해 안례의 준거력을 강화함으로써 공산당의 영도라는 중국 사법제도의 특성에도 불구하고 사법통일을 어렵게 하는 4급 2심 중심제의 심급제도, 지방보호주의 및 법관의 자질 부족에서 기인하는 문제를 극복하려는 것으로 보인다.

특히 지도성안례 성립의 제1요건인 사회적으로 주목을 받는 사안에 있어 최고인민법원이 향후 유사안건의 처리 방향을 제시함으로써, 유사안건 발생 시 안례의 예측 가능성을 높이고 법적 안정성을 강화하고자 하는 것으로 보인다.

---

54) 정철, 위 학위논문, 51-52면.

55) 김현범, 위의 책, 206면.

## 제 3 장 우리나라 판례의 준거력

### 제 1 절 개설

사물의 명칭은 그 사물의 성격을 명확히 드러낸다. 이러한 점에서 판례가 가진 힘을 어떻게 부르느냐에 따라 판례의 법적 성격이 규정된다고도 볼 수 있다. 법관은 개개의 사건을 심판하는 절차에서 실정법에 구속되는 수동적 지위와 법규범의 형성을 위한 의사소통 과정에 참여하는 능동적 지위를 동시에 가진다. 그러나 그 역할의 산출물들이 당해 소송사건을 초월하는 ‘힘’을 갖게 되는 것은 전혀 다른 차원의 문제다.<sup>1)</sup> 판례가 가진 힘을 ‘판례력’이라고 할 것이 아닌 바에야 규범력, 준거력, 구속력 등으로 부를 수 있을 것으로 검토하였으나, 우선 규범은 ‘인간이 행동하거나 판단할 때에 마땅히 따르고 지켜야 할 가치 판단의 기준<sup>2)</sup>’이라고 할 것인데 대륙법계 국가에서 판례에 법률과 같은 강제력은 없으므로 판례에 마땅히 따르고 지켜야 할 ‘규범력’이 있다고 하기에는 적절하지 않을 것으로 판단하였다.<sup>3)</sup> 예를 들어 국회의원이 「국회의원윤리실천규범」(국회규칙)을 위반하였을 때 국회는 「국회법」 제155조 각 호 외의 부분 본문 및 제16호에 따라 국회의원을 징계할 수 있는데, 이에 따라 「국회의원윤리실천규범」은 강제력을 갖는다.

판례의 ‘준거력’은 선행 사건의 재판에서의 판단이 실질적으로 사안이

1) 심준보, “판례 변경의 의의”, 민사판례연구(36), 2013, 919면, 929면.

2) 국립국어원 표준국어대사전.

3) 다만 대법원 2013. 2. 21. 선고 2010도10500 전원합의체 판결(‘진정한 규범력’), 대법원 2013. 5. 16. 선고 2012도14788, 2012전도252 전원합의체 판결(‘실질적인 규범력’)과 송민경, “판례의 규범력에 관한 연구”, 저스티스(제167호), 2018에서는 판례가 가진 힘을 ‘규범력’으로 표현하였다.

동일하거나 유사한 후행 사건을 재판하는 다른 법관의 법령해석·적용을 특정한 방향으로 유도하는 사실상의 영향력이라고 할 수 있는데, 준거력은 자주 사실상의 ‘구속력’으로 불리기도 하지만, 본질적으로 구속력과는 다르다.<sup>4)</sup> 구속력은 기본적으로 규범 자체를 강제하는 힘으로서 그에서 벗어나려는 것 자체가 위법성의 근거가 된다. 반면, 준거력은 기본적으로 규범에 근거한 설득력으로서 그에서 벗어나려는 것 자체만으로는 위법성을 근거 짓지 못한다. 법률적 구속력이 법관뿐만 아니라 국민에게까지 직접 작용하는데 반하여 판례의 준거력은 판례에 따르지 않을 경우 상급심에서 뒤집힐 가능성이 크다는 점에서 기본적으로 법관에 대해서만 미치며, 그 작용의 간접적 효과로서 국민에게 영향을 줄 뿐이다(물론 판례의 내용이나 표현도, 공개 여부 등에 따라 준거력에 대한 국민의 예측가능성은 달라지며, 예측가능성이 높을 경우 개별적 행동을 위한, 일종의 자기규율적 기준처럼 작용할 수는 있겠다).<sup>5)</sup>

그런데 대법원은 ‘원심판결이 법률·명령·규칙 또는 처분에 대하여 대법원 판례와 상반되게 해석한 경우’가 아닌 경우를 심리불속행 사유 중 하나로 규정하고 있어[「상고심절차에 관한 특례법」(이하 본 절에서 “상고심법”이라 함) 제4조 제1항 제3호] 원심판결이 판례를 따른 경우에는 당사자의 상고가 기각되므로 이때 판례의 준거력은 당사자를 직접 구속하는 것이라는 반론이 있을 수 있다. 그러나 원심판결이 판례를 따른 경우라도 대법원이 ‘법률·명령·규칙 또는 처분에 대한 해석에 관하여 대법원 판례가 없거나 대법원 판례를 변경할 필요가 있는 경우’(상고심법 제4조 제1항 제4호)라고 판단하는 경우라면 대법원은 심리로 나아가게 되므로, 판례가 예외 없이 당사자를 직접 구속한다고 단정할 수는 없다. 또한, 상고심법의 적용 범위는 민사소송, 가사소송 및 행정소송(「특허법」 제9장과 이를 준용하는 규정에 따른 소송 포함)의 상고사건(上告

4) 다만 홍일표, “판례의 형성과 구속력의 범위”, 일감법학(제12권), 2007에서는 판례가 가진 힘을 ‘구속력’으로 표현하였다.

5) 심준보, 위 논문, 919면, 931-932면.

事件)으로만 국한된다는 점(상고심법 제2조)도 고려하여야 한다.

이밖에 「소액사건심판법」 제3조에 따라 소액사건에 대한 지방법원 본원 합의부의 제2심판결이나 결정·명령에 대하여는 ‘법률·명령·규칙 또는 처분의 헌법위반여부와 명령·규칙 또는 처분의 법률위반여부에 대한 판단이 부당한 때(제1호)’ 혹은 ‘대법원의 판례에 상반되는 판단을 한 때(제2호)’에 해당하는 경우에 한하여 대법원에 상고 또는 재항고를 할 수 있어 원심판결이 판례를 따른 경우에는 당사자의 상고권이 박탈되므로, 이때 판례의 준거력은 당사자를 직접 구속한다고 볼 수 있다. 그런데 「소액사건심판법」의 적용 범위는 같은 법 제2조 제1항에 따른 그야말로 소액사건에만 국한되는 것이므로 이를 일반적인 판례의 준거력으로 확대해석할 수 없고, 오히려 판례 준거력의 예외적인 경우로 보아야 할 것이다.

그러므로 준거력을 ‘사실상의 구속력’으로 부르는 것은 법적인 ‘구속력’의 개념에 혼선을 불러오는 것임은 물론, 재판을 수행하는 법관의 정신 작용에서 암암리에 단순한 준거력을 실질적 구속력으로 치환하여 버림으로써 법령의 해석과 적용에서 법관이 유지하여야 할 주체성과 능동성, 독립성, 상상력, 동적 균형감각을 파괴할 위험성을 배태하고 있다.<sup>6)</sup> ‘준거력’은 ‘규범력’ 또는 ‘구속력’과 달리 강제력이 수반되지 않으며 「국제사법」, 「중재법」 등 법령에서 사용되는 ‘준거법’과도 대비되므로 판례가 가진 힘을 표현하기에 가장 적절한 용어라고 판단된다.<sup>7)</sup>

6) 심준보, 위 논문, 919면, 932면.

7) 물론 ‘준거법’의 경우에도 무조건 강제되는 것은 아니다. 입법목적에 비추어 준거법에 관계없이 해당 법률관계에 적용되어야 하는 대한민국의 강행규정은 이 법에 의하여 외국법이 준거법으로 지정되는 경우에도 이를 적용한다(「국제사법」 제7조).

## 제 2 절 판례의 개념

### I. 판례의 개념

현행 법령 어디에도 ‘판례’라는 개념에 관한 명시적이고 직접적인 정의 규정은 찾아볼 수 없으나, 「법원조직법」 제7조 제1항 제3호에서는 종전에 대법원에서 판시(判示)한 헌법·법률·명령 또는 규칙의 해석 적용에 관한 의견을 변경할 필요가 있다고 인정하는 경우를 대법관 전원의 3분의 2 이상의 합의체에서 행사하도록 한 대법원의 심판권 중 하나로 규정하고 있는데(같은 항 각호 외의 부분 본문), 그중 “종전에 대법원에서 판시(判示)한 헌법·법률·명령 또는 규칙의 해석 적용에 관한 의견(이하 “법령의 해석 적용에 관한 대법원의 의견”이라 함)”을 실정법상 판례의 정의로 볼 수 있다.<sup>8)</sup>

「소액사건심판법」 제3조 제2호에서 규정한 ‘판례’의 개념에 대해서 대법원은 “구체적인 당해 사건에 적용될 법령의 해석에 관하여 대법원이 내린 판단”이라고 정의하고 단순한 법리 오해나 채증법칙 위반이나 심리미진과 같은 사유는 이에 해당하지 아니한다고 전제한 후 다시 이를 “구체적인 당해 사건의 사안에 적용될 법령조항의 전부 또는 일부에 관한 정의적(定義的) 해석을 한 판례의 판단”이라고 부연하고 있다(대법원 2004. 5. 13. 선고 2004다6979 판결). 요컨대, 이 유형의 ‘판례’는 법령해석에 관한 대법원의 ‘판단’인 것인데,<sup>9)</sup> 이는 「법원조직법」 제7조 제1항

8) 양창수, 민법입문(제5판), 박영사, 2009, 145-146면; 다만 그것을 ‘판례’의 실정법적 정의로 수용한다 해도 그 ‘판례’가 「소액사건심판법」이나 「상고심절차에 관한 특례법」의 ‘판례’와 온전하게 일치하는지, 더 나아가 법률가와 법학자들이 일상 언어적 감각으로 쓰고 있는 ‘판례’와 일치하는지는 선뜻 단언하기 어렵다. 심준보, 위 논문, 919면, 934면.

9) 심준보, 위 논문, 919면, 935면.

제3호의 법령의 해석 적용에 관한 대법원의 의견과 크게 다르지 않아 보인다.

판례는 본래 재판의 선례를 말하고, 판결로서 되풀이된 것을 가리킨다. 다만 1회의 판결이라도 거기에 합리성이 존재하는 한, 장래에 있어 규범<sup>10)</sup>인 가치를 가지므로, 판례라고 불릴 수 있다.<sup>11)</sup> 판례라는 말은 여러 가지 뜻으로 쓰이고 있는데, 재판상의 선례(judicial precedent)라는 뜻으로 쓰이기도 하고 구체적인 재판의 사례인 재판례, 판결례의 뜻으로 쓰이는가 하면 단순히 하나하나의 판결을 말하기도 한다. 판결 중에 쓰인 법률론(구체적인 사건의 해결에서 떠난 추상적 일반적 이론)의 뜻으로 쓰기도 한다. 선례라는 뜻을 엄격히 구별하지 아니하고 이를 포함하여 널리 판결 내지 재판을 뜻하는 것으로 쓰여 온 것이 보통이지만, 판례는 재판상의 선례라는 뜻으로 엄격히 구별하여 사용하는 것이 타당할 것이다.<sup>12)</sup>

재판의 이유 중에 표시된 법령의 해석과 적용에 관한 법원의 판단은 이후 그와 사안이 실질적으로 동일하거나 유사한 다른 안건에서 다른 법원의 법령해석과 적용에 관한 판단에 준거로서 작용하게 된다. 전자의 판단은 종래 널리 ‘판례’라고 불리어 왔다. ‘판례’라는 말은 우선 재판례의 의미로 쓰이기 시작하였으나, 그 이해에 점점 영미법적인 맥락이 섞여들면서 주로 ‘재판상의 선례’의 의미도 포괄하기에 이른 것이다. 그러나 현재 엄밀한 의미에서 ‘판례’라는 개념을 재판례 정도의 뜻으로 이해하는 경우는 거의 없다. 이미 우리 학계 및 실무계에서 ‘판례’는 이미 개개의 재판과는 구별되는 ‘재판상의 선례’로서, 특정 사건 재판의 이유 중에 드러난, 법규범에 대한 ‘공정(公定)<sup>13)</sup>의 해석’<sup>14)</sup>으로 이해되고 있다.<sup>15)</sup>

---

10) 판례를 ‘마땅히 따르고 지켜야 할’ 규범으로 볼 수 있는지에 대해서는 논란이 있을 수 있다.

11) 김증한 편, 법률학사전, 법문사, 1999, 1496면.

12) 윤일영, “판례의 기능”, 민사판례연구(1), 1979, 373면, 373면.

13) 관청이나 공공 기관에서 정함(국립국어원 표준국어대사전).

14) 양창수, 위의 책, 145면.



중국 학계에서 판례의 개념에 관한 독자적인 논의는 찾아보기 힘들다. 민법의 법원(法源)에 대해 서술하고 있는 주요 중국법 교과서에서도 판례에 법원성(法源性)이 없다는 정도의 언급은 하고 있지만<sup>16)</sup> 과연 판례라는 것이 무엇인지 판례의 개념 자체에 대한 언급은 찾아볼 수 없었다.<sup>17)</sup> 다만 관련 선행연구에서 ‘안례’는 ‘사법기관의 사건처리 결과물<sup>18)</sup>’을 말하는 것이라는 ‘안례’에 대한 정의와 ‘판례’는 보편적인 효력을 가진 안례를 의미한다<sup>19)</sup>는 정도의 간략한 서술은 찾아볼 수 있었다.

판례의 개념에 관한 논의가 부족한 이유가 무엇일까 곰곰이 생각해 보니 혹시 중국학계에서 판례의 개념에 관한 논의 필요성이 적었던 것이 아닌가 하는 생각이 든다. 4급 2심 중심제의 심급제도 하에서 당장 눈앞에 놓인 사법통일의 문제가 시급한데, 만일 판례를 최고인민법원의 안례로 정의하고 강조하게 되면 중국 사법제도 운영에 오히려 부담되는 측면이 있을 것으로 생각된다. 최고인민법원 안례의 수량은 너무 적고, 그렇다고 하급심법원의 안례를 판례의 범위에 포함하기에는 어려웠을 것이며, 이러한 이유에서 지도성안례를 도입하기 이전에도 판례보다는 ‘안례’라든가 ‘전형안례’라는 용어를 사용한 것으로 보인다.<sup>20)</sup>

15) 심준보, 위 논문, 919면, 932-933면.

16) 梁慧星 著, 民法總論(第4版), 法律出版社, 2011, 第25頁(民法的法源); 王利明 等著, 民法學(第3版), 法律出版社, 2011, 第16頁(民法的淵源); 王利明 著, 民法總則(數字教材版), 中國人民大學出版社, 2017, 第38頁(民法的淵源); 王利明 主編, 民法(第7版), 中國人民大學出版社, 2018, 第15頁(民法的淵源).

17) 중국에서는 “판례”라는 용어의 사용으로 인한 여러 문제점을 해소하기 위하여 “안례”라는 용어를 사용하고 있다. 중국의 경우 영미법계 국가의 판례법을 그대로 도입할 수도 없고, 이미 판결한 사건들에 대한 용어를 안례로 통용하고 있어 판례라 할 수도 없다. 盧青錫·司英傑, “中國의 案例指導制度에 관한 연구”, 저스티스(제116호), 2010, 331면, 331면, 333면.

18) 司法機關執法辦案後形成的司法產品. 胡云騰, “中國特色的案例指導制度與指導性案例”, 人民司法, 2014, 第1頁, 第1頁.

19) 鄧矜婷 著, 指導性案例的比較與實証, 中國人民大學出版社, 2015, 第47頁.

20) 최고인민법원 《인민법원 사무에 있어서 약간의 문제에 관한 규정(關與人民法院工作若干問題的規定)》(1962년) 등 참조. ‘판례’는 다음과 같이 주로 판례법 국가를 지칭할 때 쓰는 것으로 보인다. “중국이 판례법 국가가 아니라고 하더라도, 안례는 하급심법원이 심판사무를 잘 처리하는 데 있어 지도적 역

모든 등급의 법원은 두 가지 기본기능을 가지고 있는데 첫 번째는 개별사건에서 분쟁을 해결하는 것이며 두 번째는 법률을 해석하고 명확히 하며 발전시키는 것이다. 두 가지 기능은 동시에 진행되는 것으로 이는 동전의 양면이다. 법률의 발전은 결코 독립적으로 진행되는 것이 아니라 분쟁 해결을 통해 이루어진다.<sup>21)</sup> 최고법원의 지위에서 법령해석의 통일이라는 기능을 수행하여야 하는 대법원은 개개 사건의 구체적 타당성 있는 결론 도출에 그치지 않고, 더 나아가 시대 상황 및 사회 일반의 인식, 그 시대 사회가 요구하는 규범과 나아가야 할 올바른 방향, 다른 법 이론과의 조화 및 전체 법체계와의 정합성 등 다양한 요소들을 종합적으로 참작하여, 사회에 올바른 규범을 제시할 권한과 책무가 있다.<sup>22)</sup>

판례가 정당화되는 근거는 입법 과정에서는 결코 가능하지 않은, 구체적이고 개별적인 사안에 즉응한 논점을 놓고 세분화된 맥락에서 규범의 의미를 재음미할 수 있다는 데 있다. 그러나 실제 판례들의 모습에서 간혹 개별 사안을 해결하는 데 필요한 수준을 넘어서 보편적 법 명제로 비약하려는 듯한 느낌을 받게 되는 것은 사실이다.<sup>23)</sup> 판례의 수용에서 섬세함이 강조되어야 하는 것은 물론이지만, 판례의 생산과정에서도 이러한 점은 충분히 고려되어야 한다.<sup>24)</sup> “일반적 명제들로는 구체적 사건들을 판결하지 못한다.”<sup>25)</sup>

재판은 구체적 법적 분쟁이 생겨 이해관계 있는 사람이 법원에 그 해

---

할과 참조적 역할을 하고, 안례의 공포는 최고인민법원만이 할 수 있다.”(1989년 4월 29일 최고인민법원 심판위원회 제401차 회의).

21) 宋曉, “判例生成与中國案例指導制度”, 法學研究, 2011年(第4期), 第58頁, 第61頁.

22) 오영준, “판례변경의 실제”, 민사판례연구(36), 2013, 963면, 965면.

23) “판사가 본인이 맡은 사건에 대해 일반 규정과 명령적 규정의 형식으로 선포하는 것은 금지된다.” 프랑스 민법 제5조(세계법제정보센터 번역본 참조).

24) 심준보, 위 논문, 919면, 956-957면.

25) *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45(1905)(Justice Holmes dissenting), p. 539, p. 547.

결을 구할 때, 무엇보다도 당해 사건을 해결하는 데 목적을 두고 이루어지는 국가작용이다. 물론, 이 과정에서 적용하여야 할 법률에 불명확하거나 불완전한 점이 있다면 법관에 의한 해석·구체화·보충이 불가피하다. 그리고 법관으로서의 재판이 자의적인 것이 되지 아니하도록 하기 위하여 다소간 일반·추상적인 규칙 내지 법 명제, 즉 판례를 수립하는 방식으로 작업하게 된다. 그러나 입법이 처음부터 일반·추상적 법 명제의 정립을 목적으로 하는 반면, 사법에서 일반·추상적 법 명제의 선언은 어디까지나 구체적 사건 해결의 제2차적인 부산물에 불과하다.<sup>26)</sup> 사법은 구체적 사건을 재단하는 점에 그 본질적 특성이 있고, 판례의 형태로 일반·추상적인 법 명제를 수립한다 하더라도 이는 어디까지나 당해 사안을 해결하는 과정에서 불가피한 부산물로 얻어지는 것일 뿐이므로, 재판 중 구체적 사건을 떠난 부분에 큰 의미를 부여하여 장래의 법원 판단을 구속할 수는 없기 때문이다. 입법과 사법의 큰 차이는 장래의 일반·추상적 사건을 규율하고자 하는 것인가 아니면 과거의 개별·구체적 사건을 재단하는가 하는 점이기 때문이다.<sup>27)</sup>

판례는 그 전체로서 파악해야 한다. 판례에 나타난 구체적 사실에 대한 판단인 이익 교량과 그 판단을 이끌어내는 이론구성(소위 판결 이유)과의 결합을 종합적으로 검토하여야 한다.<sup>28)</sup> 판결은 1차적으로 개별적인 사건에 법적인 해결을 부여하는 것을 지향하는 것이고, 대법원판결에서의 추상적·일반적 법명제의 설시도 기본적으로 당해 사건의 해결을 염두에 두고 행하여지므로, 판례가 추상적 명제로 표현될 수 있다고 하여 그러한 명제를 표현한 판결의 문언 자체가 곧 판례인 것은 아니며,<sup>29)</sup> 그것이 진정으로 의미하는 바가 무엇인가, 즉 어떠한 내용으로 또는 어떠한 범위에서 장래 국민의 법생활 또는 법관을 비롯한 법률가의 법운용을 ‘구속’하는 효력,<sup>30)</sup> 즉 판례로서의 효력을 가져서 그 변경에 대법원 전원

26) 이동진, “판례변경의 소급효”, 민사판례연구(36), 2013, 1083면, 1147면.

27) 이동진, 위 논문, 1083면, 1153-1154면.

28) 서정우, “판례연구의 목적”, 민사판례연구(1), 1979, 387면, 397면.

29) 심준보, 위 논문, 919면, 938-939면.

합의체의 판단이 요구되는가를 살피려면, 사람의 의사표현행위 일반에서와 마찬가지로, 그 설시의 문구에만 구애될 것이 아니라 당해 판결의 전체적인 법판단에 있어서 그 설시가 어떠한 위상을 가지는가에 유의하면서 또 다른 재판례들과의 관련을 고려하면서 면밀하게 따져보아야 할 것이다. 특히 판결은 1차적으로 개별적인 사건에 법적인 해결을 부여하는 것을 지향하는 것이고, 대법원 판결에서의 추상적·일반적 범명제의 설시도 기본적으로 당해 사건의 해결을 염두에 두고 행하여지므로, 그 설시의 위와 같은 ‘의미’는 당해 사건의 사안과의 관련에서 이해되어야 한다 (대법원 2009. 7. 23. 선고 2009재다516 판결).

## II. 판례의 범위

판례는 주론(ratio decidendi)과 방론(obiter dictum)으로 나누어진다.<sup>31)</sup> 판례는 그 자체로 원칙을 포함하는 사법적 결정이다. 따라서 그것의 권위적인 요소를 형성하는 기본 원리는 종종 주론(ratio decidendi)이라고 불린다. 구체적인 결정은 당사자들 간에 구속력이 있지만(binding), 영미법계에서 법률적 구속력(the force of law)을 가지는 것은 추상적인 주론이다.<sup>32)</sup> 판례는 규범 형성적 대화의 결과물이라는 관점에서 볼 때 논점과 직결되는 주론(ratio decidendi) 또는 결론 명제만이 판례이고 이를 논리적으로 보강하는 데 지나지 않는 방론(obiter dicta)이나 이유부여 명제가 판례일 수 없음은 당연하다.<sup>33)</sup>

영미법계에서 판사에 의해 표현된 모든 의견이 사법 선례를 형성하는

---

30) 구속력이 아닌 준거력으로 새겨야 할 것이다.

31) 송민경, 위 논문, 237면, 265면.

32) Arthur L Goodhart, “Determining the Ratio Decidendi of a Case”, 40 Yale L. J, 1930-1931, p. 161, p. 161; John Salmond, Jurisprudence, Sweet and Maxwell(6th ed), 1920, p. 173.

33) 심준보, 위 논문, 919면, 940면; 윤일영, 위 논문, 373면, 381면; 채철웅, “영국의 선례 변경”, 민사판례연구(36), 2013, 1179면, 1201면.

것은 아니다. 의견이 판례의 무게를 지닐 수 있으려면 우선 판사의 의견이어야 하고, 둘째로 구체적인 사건의 결정에 필수적인 의견이어야 하며, 방론(*obiter dictum*)이어서는 안 된다.<sup>34)</sup> 후속 사건에서 판례의 준거력이 인정될 수 있는 부분은 주론 뿐인데, 주론은 판결의 결론과 논리적으로 직결되는 법적 논점에 관한 판단을 의미하는 반면, 방론은 그 부분을 제외하더라도 판결의 결론을 논리적으로 이해할 수 있다.<sup>35)</sup> 마찬가지로 이유에서 우리 법제에서도 판례의 방론에는 준거력이 인정되지 않는다고 보는 것이 타당할 것이다.<sup>36)</sup> 우리나라에서도 이론상 이를 구별할 의의가 있다 하겠고, 또한 판례변경이나 상고이유 등에 관한 실정법상의 규정이 있어 그 해석 문제로서도 구별의 실익이 있다 하겠다.<sup>37)</sup> 그 점에서 주론을 판례라고 이해하고, 방론은 판례가 아니기 때문에 「법원조직법」 제7조 제1항 제3호<sup>38)</sup>의 적용대상이 되지 않는다.<sup>39)</sup>

즉, 판례를 따른다고 할 때 판례의 범위는 법령의 해석 적용에 관한 대법원의 의견 전부가 아니라 그중 주론에 국한되므로, 결국 이러한 점을 고려하여 판례의 개념을 재정의하자면 ‘법령의 해석 적용에 관한 대법원의 의견 중 주론’이라고 할 수 있다.

34) Arthur L Goodhart, 위 논문, p. 161, p. 161; John Chipman Gray, *The Nature and Sources of the Law*, Columbia University Press, 1916, p. 246.

35) 심준보, 위 논문, 919면, 940-941면; 윤진수, “독일법상 판례의 의미”, 법조(제51권 제1호), 2002, 80면, 103면.

36) 송민경, 위 논문, 237면, 265면.

37) 윤일영, 위 논문, 373면, 380-381면.

38) 「법원조직법」 제7조(심판권의 행사) ① 대법원의 심판권은 대법관 전원의 3분의 2 이상의 합의체에서 행사하며, 대법원장이 재판장이 된다. 다만, 대법관 3명 이상으로 구성된 부(部)에서 먼저 사건을 심리(審理)하여 의견이 일치한 경우에 한정하여 다음 각 호의 경우를 제외하고 그 부에서 재판할 수 있다.

3. 종전에 대법원에서 판시(判示)한 헌법·법률·명령 또는 규칙의 해석 적용에 관한 의견을 변경할 필요가 있다고 인정하는 경우

39) 제철웅, 위 논문, 1179면, 1181면.

### III. 판례의 법원성(法源性)

실정법 체계를 취하는 대륙법계의 고전적이고 전통적인 학설에 의하면 판례는 법원이 구체적 사건에 관하여 현행법을 해석·적용한 결과일 뿐이고 판례 그 자체가 법원(法源)은 아니라고 한다. 반대설에 의하면, 비록 우리나라의 법체계가 영미법계와 달라서 판례의 법적 구속력은 없는 것이기는 하지만 대법원의 법 통일적 기능과 법적 안전성의 노력 및 판례의 변경을 용이하게 할 수 없도록 한 현행법의 제 규정, 하급심은 통상 판례를 따라가게 마련이라는 현실 등을 고려하면 우리나라에서도 판례의 준거력은 생각보다 훨씬 크다는 점 등을 이유로 하여 판례가 법원(法源)의 하나가 된다고도 하고 있다.<sup>40)</sup> 그러나 다수의 입장은 선례의 법적 구속력을 인정하는 실정법상 근거가 없으므로 법원 판례에 법적 구속력을 부여하기 어렵다고 본다.<sup>41)</sup>

대륙법계에서 판례는 선형적인 것이 아니며, 사전에 확정되는 것도 아니고, 다만 선택되는 것이므로, 고정된 판례는 존재하지 않는다.<sup>42)</sup> 영미법계 국가에서 판례는 가장 기본적이고 가장 주요한 법원이지만 대륙법계 국가에서 판례는 법원의 보조적 지위를 가질 뿐이다.<sup>43)</sup> 판례에서 법의 원리를 찾아내는 영미법계 국가와 구체적인 사건에 제정법을 우선하여 적용 판단하는 대륙법계 국가는 그 입장이 다르지 않을 수 없을 것이

40) 서정우, 위 논문, 387면, 389-390면.

41) 송민경, 위 논문, 237면, 243면; 이동진, 위 논문, 1083면, 1139면; 심준보, 위 논문, 919면, 929-932면; 홍일표, 위 논문, 1면, 17-19면; 민법의 법원(法源)에 대해 서술하고 있는 주요 중국법 교과서에서도 판례에 대한 언급을 배제함으로써 판례의 법원성(法源性)을 부정하고 있다. 梁慧星 著, 위의 책, 第25頁(民法的法源); 王利明等著, 위의 책, 第16頁(民法的淵源); 王利明 著, 위의 책, 第38頁(民法的淵源); 王利明 主編, 위의 책, 第15頁(民法的淵源).

42) 胡云騰 主編, 最高人民法院指導性案例參照与适用, 人民法院出版社, 2012, 第268頁.

43) 何海波·劉飛, “判例在德國公權力結構中的作用分析-成文法國家中判例法的意義追問”, 中國案例指導制度的權建和應用, 法律出版社, 2012, 第246頁, 第260頁.

다. 즉 영미법계에서의 case study는 법원(法源)의 제1차적인 근거인 judge-made law의 기본원칙을 찾아내는 것이고, 대륙법계 국가에서는 구체적인 사건에 법원(法院)이 어떻게 법을 적용·해석하고 있는가를 알아보기 위하여 판례를 연구하는 것이라고 할 수 있다.<sup>44)</sup>

### 제 3 절 판례의 준거력

판례의 준거력은 어디에서 비롯되는가? 재판은 본래 구체적 사건의 해결로서의 의미를 가질 뿐이지만 동종사건에 관하여 같은 재판이 반복될 개연성(그 이유로 재판이 일반적으로 합리적 근거에 입각하고 있다는 점, 평등의 원칙에 따른 같은 내용의 사건에 대한 같은 내용의 재판의 요청, 상급심의 파기를 면하려는 하급심법원의 태도 및 법적 안정성의 요청 등을 들 수 있다)에 따라 사실상의 구속력<sup>45)</sup>을 가진다. 특히 최고 법원으로서 대법원의 재판에서 선언된 법의 해석·적용에 관한 의견은 실제로 당해 사건에 대해서뿐만 아니라 다른 사건에 대해서도, 하급심법원 뿐만 아니라 대법원 자신의 장래의 재판에 대해서도(「법원조직법」 제8조<sup>46)</sup>, 제7조 제1항 제3호<sup>47)</sup> 참조), 나아가 일반인들의 법 생활에 대해서도 심대한 영향을 미친다.<sup>48)</sup>

---

44) 양승규, “판례연구와 법학교육”, 민사판례연구(1), 1979, 399면, 406면.

45) 사실상의 구속력이 아닌 준거력으로 새겨야 할 것이다.

46) 「법원조직법」 제8조(상급심 재판의 기속력) 상급심법원 재판에서의 판단은 해당 사건에 관하여 하급심(下級審)을 기속(羈束)한다.

47) 「법원조직법」 제7조(심판권의 행사) ① 대법원의 심판권은 대법관 전원의 3분의 2 이상의 합의체에서 행사하며, 대법원장이 재판장이 된다. 다만, 대법관 3명 이상으로 구성된 부(部)에서 먼저 사건을 심리(審理)하여 의견이 일치한 경우에 한정하여 다음 각 호의 경우를 제외하고 그 부에서 재판할 수 있다.

3. 종전에 대법원에서 판시(判示)한 헌법·법률·명령 또는 규칙의 해석 적용에 관한 의견을 변경할 필요가 있다고 인정하는 경우

48) 지원립, 민법강의(제9판), 홍문사, 2011, 16면.

「법원조직법」은 상급심법원에서 내린 법적 판단을 하급심법원의 판사가 따르도록 규정하지 않고, 당해 사건에 관하여만 하급심을 기속하도록 한다(「법원조직법」 제8조). 더구나 「대한민국헌법」 제103조는 법관은 법률에 의하여 그 양심에 따라 판단하도록 하기 때문에 하급심 판사라 하더라도 법원의 법적 판단에 기속되지 않고 판결할 수 있다. 반면 대법원은 종전에 자신이 판시한 헌법·법률·명령 또는 규칙의 해석 적용에 관한 의견을 변경할 필요가 있을 때에는 대법관 전원의 3분의 2 이상의 합의체에서 심판하도록 규정하고 있다(「법원조직법」 제7조). 즉 「법원조직법」 제7조 제1항 제3호에 의해 대법원은 자신이 종전에 판시한 법의 해석적용에 관한 의견에 스스로 구속되는 효과(또는 반사적 효과)가 발생하게 된다. 이러한 효력으로 인해 하급심에서도 대법원이 판시한 법의 해석적용에 관한 의견을 존중하게 된다. 그렇지 않으면 당사자의 상소를 통해 중국적으로는 대법원에서 하급심 판결을 파기할 가능성이 클 것이기 때문이다.<sup>49)</sup>

판례는 경험적으로 상당히 안정적이어서 쉽사리 바뀌지 아니하며, 하급심 법관이 판례에서 이탈할 권한을 갖고 있다 하더라도 당사자 중 일방이 상소하는 경우 파기될 가능성이 높으므로 실제로 이탈하는 예는 그다지 많지 아니하다. 판례가 준거력을 갖는다는 것은 바로 이러한 의미에서이다. 거래의 실제에서도 중요한 법적 행위를 할 때에는 판례를 확인하여 준거로 삼는 일이 적지 아니하다.<sup>50)</sup>

이하에서는 판례 준거력의 근거를 일반적 준거력과 개별적 준거력으로 구분하고, 일반적 준거력으로서 법원리, 헌법, 실정법, 심급제도와 경로 의존성을, 개별적 준거력으로서 해석 적용대상 법령의 문언과 입법목적 등을 제시하고자 한다.

49) 제철웅, 위 논문, 1179면, 1181면.

50) 이동진, 위 논문, 1083면, 1147면.



## I. 일반적 준거력

### 1. 법원리

판례의 준거력은 법원리에서 도출된다. 사법에서의 통일성은 판사로 하여금 명시적인 기준을 해석하여 묵시적인 기준을 찾을 것을 요구함으로써 정합적 원리를 표현하도록 한다.<sup>51)</sup> 드워킨에 따르면, 법관에게는 법률의 문언, 판례의 법리, 전체 법질서에 내재된 법원리를 모두 활용하여 개별적인 사건에서 모순이 없는 최선의 결론을 만들어 낼 의무가 있는 동시에 법 해석을 통해 공동체의 법을 더 나은 것으로 만들 의무가 있다. 법원리론에 기초한 법해석론은 헌법 합치적 해석을 통해 법원리와 법 규칙을 조화시키고 전체 법질서의 통일을 추구하는 관점에서 법을 해석하는 것이 법원의 권한과 사명이라고 본다.<sup>52)</sup>

법원리론에 기초한 법해석론을 해석주의(interpretive)의 범주로 구분하는 견해에 따르면,<sup>53)</sup> 해석주의 이론은 원칙에 잘 들어맞는 사회적 명제를 결정하는 등의 방식을 취하는데, 해석주의 이론에서 사회적 명제는 법률을 설명하거나 원칙을 비판하는 데 사용된다. 그런데 해석주의 이론의 목적은 가능한 최선의 법을 만드는 것이 아니라 단지 법률에서 이해할 수 있는 질서만을 만드는 것이기 때문에 종종 규범적으로 바람직하지 않은 결론에 이르게 되어 적용에 근본적인 결함이 있다. 해석주의 이론은 일련의 명료하고 조화로운 규범적 사상이 법에서 발견될 수 있다고 가정하는데 그것은 불가능하며, 법은 정책과 도덕 규범에 기초해야 한다.

51) 로널드 드워킨, 장영민 역, 법의 제국, 아카넷, 2004, 310면.

52) 공두현, “우리 대법원 법해석론의 흐름: 법실증주의, 법현실주의, 법원리론”, 법철학연구(제22권 제2호), 2019, 185면, 206-207면.

53) 법해석 이론은 원칙적 명제와 사회적 명제에 부여하는 상대적 역할에 따라 형식주의(formalist), 해석주의(interpretive), 규범주의(normative)의 세 가지 기본 범주로 구분할 수 있다. Melvin Aron Eisenberg, Foundational Principles of Contract Law, Oxford University Press, 2018, pp. 9-19.

법 규칙은 상충하지 않게 만들 수 있지만, 그러한 규칙의 기초가 되는 정책과 도덕 규범은 적용 전반에 있어 종종 충돌할 수밖에 없기 때문이다.<sup>54)</sup>

우리 대법원이 결론에 도달하게 되는 논거들과 추론 과정을 분명하게 제시하고, 반론과 재반론을 통한 변증적 논의의 모습을 뚜렷하게 보여주고 있으며, 해석기준들을 현재의 관점에서 맥락에 맞게 원리적으로 일관성 있게 적용하고 재배치하는 문제가 새로운 법해석론상의 쟁점으로 등장했다는 점을 확인할 수 있다는 점에서 대법원의 법 해석론상의 전환을 법의 ‘통일성(integrity)’을 향한 전진으로 파악하기도 한다.<sup>55)</sup> 법리는 법적 안정성을 증진하고 행위지침을 제공하며 일단 분쟁이 생기더라도 법관에게 유용한 판단지침을 제공하여 법관의 자의적 판단을 통제하고 법률해석을 균등화함으로써 결과에 대한 예측가능성을 부여한다.<sup>56)</sup>

원리적으로 일관된 재판은 공정한 재판이나 정의로운 재판, 적정절차에 따른 재판만큼이나 중요한 사법적 이념이 된다. 드워킨이 정치철학 견지에서 제안한 통일성의 이념을 전제하지 않더라도 「대한민국헌법」의 일반적 평등조항인 제11조 제1항에 따라 법관에게 거의 같은 내용의 의무를 도출할 수 있다.<sup>57)</sup>

## 2. 헌법

판례의 준거력은 헌법에서 비롯된다. 특히 헌법상 평등의 요청과 신뢰 보호의 원칙<sup>58)</sup>으로부터 판례의 준거력을 도출할 수 있다.

---

54) Melvin Aron Eisenberg, 위의 책, pp. 9-19.

55) 김도균, “우리 대법원 법해석론의 전환: 로널드 드워킨의 눈으로 읽기 —법의 통일성(Law’s Integrity)을 향하여—”, 법철학연구(제13권 제1호), 2010, 95면, 95-96면.

56) 권영준, “민사재판에 있어서 이론, 법리, 실무”, 서울대학교 법학(제49권 제3호), 2008, 313면, 334면.

57) 심준보, 위 논문, 919면, 930면.

## 가. 평등의 요청

법원이 법률문제에 대하여 판단을 표시하는 것은 어떤 구체적 사건의 해결을 위한 것이지만 일단 판결이 내려지면 뒤에 동종의 사건이 생긴 경우 법원은 동일하게 해결해주어야 한다는 요청(평등의 요청)이 생긴다. 그리하여 그 판결이 뒤의 재판에서 선례로서 의미를 갖게 된다.<sup>59)</sup> 누가 보아도 동일한 사안으로 재판을 받을 때 어떤 법관을 만나느냐에 따라 유무죄가 갈리는 재판은 공의(公義)롭지 못하므로, 「대한민국헌법」 제 103조에 따라 법관이 개인적 가치관을 배제하고 공평무사하게 판결하는 사법독립과 책임이 더욱 요청된다고 하겠다. 또한, 책임의 향상과 실현을 위해 사법의 주체는 외부의 힘에 의한 부정적 요소로부터 거리감을 두어 국민권익 옹호라는 책임을 다할 수 있을 것이고, 자체 정화 및 정비의 과정을 통해 사법의 책무를 실천해 나갈 수 있을 것이다.<sup>60)</sup> 다만 평등원칙을 내세워서 잘못된 재판이라도 이를 유지하여야 한다는 것은 이른바 불법의 평등을 주장하는 것에 다름 아니다.<sup>61)</sup>

법규범의 형성을 위한 의사소통 과정의 일부라는 재판의 특성으로부터 재판의 결론(주문)에 이르게 된 이유를 설명할 법관의 의무가 나온다. 이를 명확히 밝힌 것이 민사소송법 제208조 제1항 제4호와 제2항으로서, 그에 따르면 판결서에는 이유를 적어야 하고, 이유에는 주문이 정당하다는 것을 인정할 수 있을 정도로 당사자의 주장 기타 공격방어방법에 대한 판단을 표시하여야 한다.<sup>62)</sup> 법관이 결론에 이른 이유를 설명하는 과

58) 신뢰보호의 원칙은 법치국가원리에 근거를 두고 있는 헌법상의 원칙이다(헌법재판소 1996. 4. 25. 선고 94헌마119 결정).

59) 윤일영, 위 논문, 373면, 376면.

60) 전찬희, “사법권 독립과 책임에 관한 연구”, 법이론실무연구 5(1), 2017, 261면, 277면.

61) 윤진수, “판례의 무게 —판례의 변경은 얼마나 어려워야 하는가?—”, 법철학연구(제21권 제3호), 2018, 131면, 177면.

정에서 나온 법령의 해석과 적용에 관한 판단이 판례인데, 판례는 향후 그 법관이나 다른 법관들의 법령해석 및 적용에 일정한 ‘준거력’, 즉 준거로서 작용하는 힘을 갖게 된다. 이러한 힘은 우리 헌법 질서, 특히 법 앞의 평등을 규정한 「대한민국헌법」 제11조 제1항 등에 근거를 두고 있다.<sup>63)</sup> 위 헌법 조항은 실정법의 규정이 문언상 평등할 것을 요구하는 것을 넘어서 그 실제적 작용까지도 평등할 것을, 즉, “같은 것은 같게, 다른 것은 다르게” 다를 것을 요구하고 있다. 그에 따르면 모든 국민은 법 적용기관인 사법부에 본질적으로 동일한 유형에 속하는 사안에 대하여 동일한 법령의 해석과 적용을 요구할 수 있다.<sup>64)</sup>

따라서 모든 법관은 자신만의 독단적인 관점이 아니라 최고법원인 대법원을 정점으로 하는 전체 사법부의 관점에서 법령을 해석하고 적용하도록 최선을 다하여야 한다. 이는 사법권을 법관으로 구성된 ‘전체’ 법원에 귀속시키고, 대법원에 최고법원성을 부여한 「대한민국헌법」 제101조나, 국가의 기본권 보장 의무를 규정한 「대한민국헌법」 제10조 후단, 공무원은 국민 전체에 대한 봉사자이므로 국민에 대하여 책임을 진다고 규정한 「대한민국헌법」 제7조 제1항에 비추어보아도 당연한 결론이며, 이렇게 하여야만 「대한민국헌법」 제11조 제1항의 취지에 맞는 재판이 이루어질 수 있다. 현실적으로 다른 법관이 이전에 실질적으로 동일하거나 유사안건에서 같은 법령의 해석 및 적용에 관하여 한 판단은 사법부 전체의 통일적 법령해석·적용에 있어서 참고자료가 된다. 특히 그것이 최고법원인 대법원의 판단이라면 해당 법령조항에 대한 유권적 해석으로서 달리 취급할 특별한 사정이 없는 한 이후 실질적으로 동일하거나 유사안건을 재판하는 모든 법관들을 그와 동일한 판단으로 이끌게 될 것이다.<sup>65)</sup> 비교 대상 간에 본질적 요소를 함께 하는 유사성이 존재하여야 인정되는 ‘유추’는 훌륭한 법률해석 수단이다.<sup>66)</sup>

62) 심준보, 위 논문, 919면, 929면.

63) 심준보, 위 논문, 919면, 919면.

64) 심준보, 위 논문, 919면, 930면.

65) 심준보, 위 논문, 919면, 931면.

통일성의 이념 및 헌법상 인정되는 법 앞의 평등원칙의 관점에서 볼 때, 법이 판례를 존중해야 하는 이유는, 그것이 바로 같은 사건을 같게 처리하는 것으로서 법관의 정치적 책임에 부합하는 길이기 때문이다. 후속 사건이 선행 사건과 원리적인 면에서 동일하다면 법관으로서는 선행 사건과 동일한 판단을 하여야 하며, 만일 다른 이유로 그와 다른 판단을 내린다면 이는 정치적 책무를 위반하고 더 나아가 재판받는 당사자의 평등권을 침해하는 일이 된다. 선례구속의 원칙이 채택되어 있지 않은 우리 법제에서 판례는 비록 법규범은 아니지만, 통일성의 이념과 평등원칙을 매개로 법관에게 일종의 준거력을 갖는다. 통일성의 이념과 헌법상 평등의 원칙에서 판례의 힘이 발원한다고 본다면, 판례는 법관들에게 ‘원칙적 존중’을 요구하는 힘을 갖는다. 판례가 어떤 사안에서 하나의 판단을 정립했다면 그 판단은 동종 내지 유사한 후속 사건에서도 존중받아야 함이 원칙이다. 현실의 제한된 여건 속에서 공정하고 정의로운 법의 구현을 향한 여정을 이어나가는 현실의 법관으로서는 판례의 견해에 어떤 잘못이나 오류가 있어 그에 대해 완전한 동의를 표하기 어렵다고 생각할 지라도, 그 견해를 거부하고 자신만의 독자적인 의견을 내놓기보다 판례를 통하여 불완전하게나마 제시된 법에 관한 이해를 일관되게 따르는 것이 합당하다고 여긴다. 같은 것을 같게 취급하는 원리적 일관성이 그 취급 자체의 정확성보다 중요하다고 믿기 때문이다.<sup>67)</sup>

사법부의 독립과 자율성이 아무리 보장된다고 하더라도 책임성이 담보되지 않으면 법률과 증거에 근거한 중립적이고 공정한 재판은 보장되지 않는다. 공정한 재판을 가능하게 하고 재판에 대한 국민의 신뢰를 회복하기 위해 독립성과 자율성을 보장하는 것도 중요하지만 책임성을 통해 건강한 긴장 관계를 유지해야 할 필요가 있다. 책임성을 통한 투명성과 공정성은 재판의 진정한 독립을 가능하게 할 것이며, 나아가 진정한 독

66) 최봉경, “민법에서의 유추와 해석 - 판례를 거울삼아-”, 법철학연구(제12권 제2호), 2009, 131면, 132-133면.

67) 송민경, 위 논문, 237면, 254-256면.

립을 위해서라도 독립과 책임의 균형 있는 조화의 모색이 필요하다 하겠다.<sup>68)</sup>

#### 나. 신뢰보호의 원칙(법적 안정성과 예측 가능성)

우리나라와 같은 대륙법계 국가에서는 판례가 법령만큼 구속력을 지니는 것이 아님은 물론이나, 오랜 시간에 걸쳐 축적되어 온 판례는 재판의 실제에 있어 법령 못지않게 재판의 준칙으로 작용한다(대법원 2014. 8. 21. 선고 2014도3363 전원합의체 판결 중 반대의견). 판례가 준거력을 갖는 것은 법적 안정성 및 평등의 요청 등으로 설명된다. 아무리 성문법을 정비하더라도 유동적인 사회생활을 그것만으로써 규율해 나갈 수는 없으며, 또한 성문법에 있어서는 그의 해석이라는 문제가 있다. 그런데 어떤 사안에 관하여 그때그때 마다 판결이 다르고 해석이 달라진다면 법률생활의 안정은 기대할 수 없을 것이다.<sup>69)</sup> 여기서 최고법원인 대법원은 그의 판례의 일관성을 유지하고 안정된 법을 이루기 위하여 종래의 판결을 변경하는데 신중한 태도를 취하고 있는 것이다.<sup>70)</sup>

법적 안정성이란, 종전의 판례를 신뢰하여 어떠한 조치를 취하였거나 또는 취하지 않았는데, 판례의 변경으로 인하여 손해를 입었다거나, 판례의 변경으로 인하여 새로운 조치를 취하여야 하는 부담을 지게 된다는, 신뢰보호 내지 예견가능성의 문제로 귀착된다. 이러한 법적 안정성 내지 신뢰보호도 법치주의의 원리에서 파생되는 헌법상의 원리이다.<sup>71)</sup> 일반적으로 국민이 어떤 법률이나 제도가 장래에도 그대로 존속될 것이라는 합

---

68) 전찬희, 위 논문, 261면, 278면.

69) 윤일영, 위 논문, 373면, 376면.

70) 곽윤직·김재형, 민법총칙(민법강의 I)(제7판), 박영사, 2011, 21면.

71) 대법원 1994. 10. 25. 선고 93다42740 판결은 법적 안정성의 유지나 당사자의 신뢰보호를 위하여 불가피한 경우에 위헌결정의 소급효를 제한하는 것은 오히려 법치주의의 원칙상 요청된다고 하였다.

리적인 신뢰를 바탕으로 하여 일정한 법적 지위를 형성한 경우, 국가는 그와 같은 법적 지위와 관련된 법규나 제도의 개폐에 있어서 법치국가의 원칙에 따라 국민의 신뢰를 최대한 보호하여 법적 안정성을 도모하여야 한다(헌법재판소 2004. 12. 16. 선고 2003헌마226 결정).

법적 안정성과 예측 가능성이라는 법치주의의 요청에 비추어보면 기존의 확립된 판례를 따르는 것이 바람직하며, 법은 절차적 공정성이나 예측 가능성을 보장하는 수단이므로 판사는 사회 내에 확립된 법적 관행을 가급적 존중해야 하는데, 법원이 여러 사안에서 되풀이하여 표명한 법 견해는 이러한 관행의 명백한 예이다.<sup>72)</sup>

### 3. 실정법

「소액사건심판법」 제3조는 소액사건에 대한 지방법원 본원 합의부의 제2심판결이나 결정·명령에서 대법원의 ‘판례’에 상반되는 판단을 한때(제2호)는 대법원에 상고 또는 재항고할 수 있다고 규정하고 있고, 「상고심절차에 관한 특례법」 제4조 제1항도 원심판결이 법률·명령·규칙 또는 처분에 대하여 대법원 ‘판례’와 상반되게 해석한 경우(제3호) 및 법률·명령·규칙 또는 처분에 대한 해석에 관하여 대법원 ‘판례’가 없거나 대법원 ‘판례’를 변경할 필요가 있는 경우(제4호)에 해당하면 심리불속행 판결을 할 수 없도록 정하고 있다. 판례에 상반되는 판단을 한때 또는 판례가 없거나 판례를 변경할 필요가 있는 경우 상고 또는 재항고할 수 있다거나 심리불속행 판결을 할 수 없도록 하는 등이 실정법상 판례의 준거력이라고 할 수 있다. 심리불속행 제외 사유 또는 소액심판사건의 제한된 상고이유로서의 판례와 변경의 대상인 판례는 ‘선행 판단(대법원의 판단)과 다른 판단(원심 또는 대법원의 판단)의 모순-상반 관계’라는 구조적 특질과 사법작용의 기능적 효율성을 위한 ‘배제’의 한계를 설정한

---

72) 송민경, 위 논문, 237면, 249면.

다는 기능적 특질을 공유하고 있고, 이러한 특질들은 어느 것이나 ‘판례’의 개념을 구성하는 데 본질적이므로, 이를 공유하는 한 양자의 ‘판례’ 개념은 대체로 같은 뜻으로 이해하여도 무방하다고 생각한다. ‘판례’는 법령의 해석과 적용에 대한 대법원의 판단으로서, 그와 대립하는 다른 판단, 해석 또는 의견을 개념적으로 전제하고 있으며, 사법작용의 기능적 효율성을 위한 ‘배제’의 한계를 설정하는 개념 요소의 성격을 지닌다.<sup>73)</sup>

이밖에 「법제업무 운영규정」 제26조 제1항에서는 중앙행정기관의 장은 법령 해석상 의문이 있는 경우에는 법제처 등 법령해석기관에 법령해석을 요청하여야 한다고 규정하면서 같은 조 제8항 각호 외의 부분 단서 및 제2호에서 정립된 판례가 있는 경우 법령해석을 요청하지 않을 수 있으며, 같은 조 제11항 및 같은 항 제2호에서 법령해석기관은 정립된 판례가 있는 경우 법령해석요청을 반려한다고 규정하고 있다. 정립된 판례가 있는 경우 중앙행정기관의 장이 법령해석을 요청하지 않을 수 있도록 하거나 법령해석기관이 법령해석요청을 반려하도록 한 점 또한 실정법상 판례의 준거력이라고 할 수 있다.

#### 4. 심급제도

법원 체계와 심급제도의 일반적인 모델에 따르면, 각국은 비교적 유사한 판례 제도를 발전시켜왔다. 최고법원의 판결이 전국의 모든 하급심법원을 구속하고, 상소법원은 최고법원의 판결을 따르며, 1심법원은 상소법원과 최고법원의 판결을 따른다. 판례 제도는 피라미드형 법원 체계와 심급제도를 통해 비로소 구축될 수 있었는데, 피라미드형 법원구조는 하나의 법률체계에서 최상위의 최고법원으로 통일될 수 있다. 최고법원의 가장 중요한 역할은 법률의 적용을 통일하고 법률을 발전시키는 것으로, 최고법원은 자연히 판례법원이 된다. 법률의 예측 가능성과 안정성을 보

---

73) 심준보, 위 논문, 919면, 934-936면.



장하기 위해 각국의 판례 제도는 대개 1심법원에는 상소법원과 최고법원의 판결을 엄격하게 따르도록, 상소법원에는 최고법원의 판결을 엄격하게 따르도록 요구한다. 그러나 법률의 기계적인 적용을 피하고 사회발전에 맞추어 법률의 변화를 촉진하기 위해 각국의 판례 제도는 일반적으로 최고법원에 법률해석<sup>74)</sup>을 변경할 권력을 부여한다.<sup>75)</sup>

심급제도의 구조상 하급심법원이 상급심법원의 판결과 다른 판결을 내리더라도 당사자에게 시간과 비용을 가중시키는 결과를 가져올 뿐 상급심법원에 가서 결국 깨뜨려지고 말기 때문에 상급심의 선례는 하급심의 법관들에게 사실상 강한 구속력<sup>76)</sup>이 있다. 뿐만 아니라 법관은 독립하여 재판한다고 해서 각기 아무런 연관 없이 직무를 행하는 것이 아니고 국가의 통일적인 사법제도의 운영 중의 일환으로서 행하는 것이므로 법관은 사법 전체와의 조화를 고려하여 재판하지 않으면 제도 자체가 원활하게 기능하기 어려운 것이다. 그러므로 하급심 법관으로서는 판례를 따르지 않을 이유를 충분히 설득력 있게 논증할 수 없는 이상 판례를 존중하여야 한다. 판례가 어떠한 경우에 보다 강한 구속력이 인정되는가는 문제이나 상급심법원의 재판일수록 구속력이 강하고 특히 대법원의 판례가 가장 강한 구속력을 가지는 것은 두말할 것 없다<sup>77)</sup>(「소액사건심판법」 제3조, 「상고심절차에 관한 특례법」 제4조제1항제3호).

조금이라도 준거력을 갖는 재판상의 선례를 ‘판례’라고 부른다면, 그 개념의 외연은 엄밀한 의미의 판례보다 훨씬 더 넓어질 수밖에 없다. 좁은 의미의 판례는 당연히 준거력이 클 것이고, 그에서 벗어나면 약한 준거력을 갖게 될 것이기 때문이다.<sup>78)</sup> 우리나라에서 하급심이 기존 선례를 변경하는 태도를 취하는지 여부와 대법관들이 판례변경에 찬성하는 비율 사이에 상관관계가 있는지 검토한 결과, 1심의 경우 유의미한 관계가 확

74) 원문은 ‘법률정책’이다.

75) 宋曉, 위 논문, 第58頁, 第62頁.

76) 이어지는 논의에서도 구속력이 아닌 준거력으로 새겨야 할 것이다.

77) 윤일영, 위 논문, 373면, 376-380면.

78) 심준보, 위 논문, 919면, 937-938면.

인되지 않았고, 2심의 경우 미약하나마 유의미한 관계가 확인되었다. 이러한 현상은, 상대적으로 사실관계 확정에 전념할 수밖에 없고 인사고과에 민감할 수밖에 없는 1심 법관의 경우, 기존 선례를 그대로 받아들일 가능성이 많다는 측면에서 설명할 여지가 있다.<sup>79)</sup>

## 5. 경로 의존성

이 밖에도 판례를 존중하는 현상은 이른바 경로 의존성(path dependence)이라는 개념에 의하여 잘 설명할 수 있다. 경로 의존성이란, 어떤 결과나 결정은 그에 이르게 된 경로에 의하여 영향을 받는다는 것이다. 일단 하나의 경로가 선택되면 이전의 대안들이 소멸되고 행위자들은 새롭게 등장한 패턴을 수용하는 형태로 그들의 전략을 수정함을 뜻한다.<sup>80)</sup> 물론 일단 선택했던 경로에서 벗어나는 수도 있으나, 그렇게 되려면 그만한 이유가 있어야 한다.<sup>81)</sup>

법관이 전문적인 쟁점이나 법리적으로 복잡한 쟁점에 관하여 주위의 도움 없이 스스로의 힘만으로 판단한다면 아무래도 오류가 발생할 가능성이 상대적으로 높을 것인데, 대법원 판례는 이러한 오류를 줄여 주는 기능을 할 수 있다. 그런 점에서 개별 법관의 입장에서 보면 대법원 판례는 가장 믿을만한 정보의 원천으로 작용하는 면이 있다. 물론 대법원 판례가 선례로서 기능함에 따라 새로운 유형의 오류 비용이 발생할 수 있다. 법관이 현재 다루고 있는 사안이 대법원 판례의 사안과 유사한지, 따라서 대법원 판례가 적용될 수 있는 사안인지 판단하는 과정에서 오류 비용이 발생할 수 있기 때문이다.<sup>82)</sup> 그러나 이러한 오류 비용은 대법원

79) 고태수·최준규, “법경제학적 관점에서 본 판례의 변경”, 민사판례연구(36), 2013, 1013면, 1014면.

80) 손열, “기술·제도·경로의존성”, 한국정치학회보(제40집 제3호), 2006, 237면, 241면.

81) 윤진수, 위 논문, 131면, 173면.

판례가 선례로서 기능함으로 인해 사건처리비용과 기타 유형의 오류비용을 줄여 준다는 점을 고려하면 그리 중요한 문제는 아닐 것이다.<sup>83)</sup>

법관이 모든 법률문제에 대하여 처음부터 다시 검토한다면 엄청난 시간과 노력을 소비하게 될 것이고, 시간과 자원이 제한되어 있는 상황에서는 그에게 주어진 모든 사건을 처리하기 어려울 것이고, 사실상 법원의 기능은 마비되게 될 것이다. 그런데 경험적으로 선례가 잘못될 확률이 그리 크지 않다면, 선례에 의존하는 것은 경제적으로 매우 효율적인 방법이다.<sup>84)</sup>

## II. 개별적 준거력

### 1. 해석 적용대상 법령의 문언

판례의 준거력은 일반적으로 법원리와 헌법, 특히 평등 조항과 신뢰보호 원칙에서 비롯된다고 할 수 있는데, 개별 판례로 범위를 좁혀 보면, 판례의 준거력은 해당 판례에서 해석 적용의 대상이 된 법령의 문언 자체에서 비롯된다고 할 수 있다. 앞서 법령의 해석 적용에 관한 대법원의 의견 중 주론을 판례라고 정의하였는데, 바로 개별 판례에서 해석 적용의 대상이 된 법적 구속력이 있는 법령의 문언 그 자체로부터 그에 대한 해석 적용의 결과인 판례의 준거력이 도출되는 것이다.

법 문언의 구속력을 부정하는 견해는 존재하지 않을 것이나<sup>85)</sup>, 법해석

---

82) See Jonathan R. Macey, “The Internal and External Costs and Benefits of Stare Decisis”, 65 Chi.-Kent L. Rev., 1989, p. 93, pp. 105-106.

83) 고태수·최준규, 위 논문, 1013면, 1030-1031면.

84) 윤진수, 위 논문, 131면, 171면.

85) “우리는 다 문언중심주의자이다(We’re all textualists now.)” Elena Kagan, The 2015 Scalia Lecture | A Dialogue with Justice Elena Kagan on the Reading of Statutes, Harvard Law School, 2015. 11. 26., 08:28(유튜브, 2020. 12. 19. 최종접속).

의 방법을 크게 문언 중심<sup>86)</sup> 해석론과 목적 중심 해석론으로 구분하는 경우 전자, 즉 판단을 복잡한 해석과정<sup>87)</sup>보다는 단순한 발견과정으로 제시해야 한다는 문언 중심 해석론에 따르면<sup>88)</sup>, 법의 해석은 객관적인 문언을 중심으로 이루어져야 하며, 정치적 및 정책적 판단이 개입되어서는 안 된다고 본다. 해석의 한계는 ‘문언의 가능한 어의적 한계’이다.<sup>89)</sup> 문언 중심 해석론은 객관적 문언을 강조함으로써, 정치적 상황에 따라 법해석이 정치성을 띠면서 정권의 의도에 따른 해석이 사법부에 강요되는 것을 막을 수 있다.<sup>90)</sup>

다음의 우리 대법원판결 중 실시는 일종의 문언 중심 해석론으로 볼 수 있을 것이다.

가. 법률의 문언 자체가 비교적 명확한 개념으로 구성되어 있다면 원칙적으로 더 이상 다른 해석방법은 활용할 필요가 없거나 제한될 수밖에

86) 최봉철은 텍스트주의자(textualist)를 문언주의자가 아닌 문언중심론자라고 번역하였는데, 문언주의자는 문언이 해석의 한계를 설정한다고 주장할 뿐(최봉철, “미국의 법률해석론 개관”, 저스티스(제176호), 2020, 204면, 209-210면) 문언‘만’을 근거로 해석해야 한다고 주장하는 것은 아니라는 의미에서 본 논문의 법해석론 관련 번역에 있어서도 동일한 표현을 사용하기로 한다.

87) 드워킨의 해석이론(interpretive theory). 드워킨은 법이란 제도의 이념 내지 목적을 통일성(integrity)이라고 하는데, 이러한 통일성의 이념 내지 목적에 따라 법을 해석해야 한다고 주장하며, 이를 구성적 해석론(constructive interpretation)이라 부른다. 구성적 해석론은 법이라는 제도가 추구하는 목적에 비추어 법의 의미를 정하는 해석론이라고 할 수 있는데, 드워킨이 말하는 법의 목적은 사실로서 확인될 수 없다는 점에서, 실정법이나 입법이유서 등을 통해 확인될 수 있는 입법자가 설정한 주관적인 목적을 의미하는 목적 중심 해석론과는 차이가 있다. 최봉철, 위 논문, 204면, 214면.

88) Scalia’s notion that judging ought to be presented as a simpler process of discovery rather than a complicated process of construction… William N. Jr. Eskridge, “Nino’s Nightmare: Legal Process Theory as a Jurisprudence of Toggling between Facts and Norms”, 57 St. Louis U. L. J, 2013, p. 865, pp. 890-891.

89) 최봉경, 위 논문, 131면, 143면.

90) 김종구, “미국 연방대법원의 법해석과 텍스트주의”, 미국헌법연구(제21권 제3호), 2010, 285면, 294면.

없고, 어떠한 법률의 규정에서 사용된 용어에 관하여 그 법률 및 규정의 입법 취지와 목적을 중시하여 문언의 통상적 의미와 다르게 해석하려 하더라도 당해 법률 내의 다른 규정들 및 다른 법률과의 체계적 관련성 내지 전체 법체계와의 조화를 무시할 수 없으므로, 거기에는 일정한 한계가 있을 수밖에 없다. 문언의 객관적인 의미가 명확하다면, 특별한 사정이 없는 한 문언대로의 의사표시의 존재와 내용을 인정하여야 한다(대법원 2009. 4. 23. 선고 2006다81035 판결).

나. 조세법률주의의 원칙상 과세요건이거나 비과세요건 또는 조세감면요건을 막론하고 조세법규의 해석은 특별한 사정이 없는 한 법문대로 해석하여야 할 것이고 합리적 이유 없이 확장해석하거나 유추해석하는 것은 허용되지 아니하고, 특히 감면요건 규정 가운데 명백히 특혜규정이라고 볼 수 있는 것은 엄격하게 해석하는 것이 조세공평의 원칙에 부합한다(대법원 2011. 1. 27. 선고 2010도1191 판결).

다. 침익적 행정행위의 근거가 되는 행정법규는 엄격하게 해석·적용하여야 하고 그 행정행위의 상대방에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하여서는 안 되며, 그 입법 취지와 목적 등을 고려한 목적론적 해석이 전적으로 배제되는 것은 아니라 하더라도 그 해석이 문언의 통상적인 의미를 벗어나서는 아니 된다(대법원 2013. 12. 12. 선고 2011두3388 판결).

라. 형벌법규의 해석은 엄격하여야 하고 명문규정의 의미를 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하는 것은 죄형법정주의의 원칙에 어긋나는 것으로서 허용되지 않는다(대법원 2005. 11. 24. 선고 2002도4758 판결).

이상 판례의 준거력은 해석 적용의 대상이 된 법령의 문언에서 비롯된 것으로 볼 수 있다.

문언 중심 해석론을 형식주의(formalist)의 범주로 구분하는 견해에 따

르면,<sup>91)</sup> 형식주의 이론은 원칙을 정책과 도덕으로부터 자율적인 것으로 취급하는데, 원칙적 명제(doctrinal propositions)는 결코 자명한 것이 아니며 사회적 명제에 의해서만 정당화될 수 있다. 예를 들어, 법원이 판례에 명시된 규칙에 근거하여 결과를 정당화할 수 있지만, 그 규칙은 항상 선행적 정당성이 아닌 사회적 정당성만을 사용할 수 있다. 일단 어떤 원칙이 채택되면, 법적 안정성과 예측 가능성에 대한 사회적 관심이나 특정 제도적 절차를 통해 채택된 규칙을 준수하는 사회적 이유로 인해 정당하게 유지된다. 그러나 그러한 요소들은 원칙을 따르는 것을 정당화할 뿐 원칙 자체는 정당화하지 않는다. 영미법 법원이 사회적 명제에 의해 새로운 예외를 만드는 등으로 판례에 명시된 규칙을 합법적으로 개정할 수 있다는 점을 고려하면, 결론적으로 원칙적 명제는 자명하지 않으며, 원칙적 규칙은 정책과 도덕에 의존하는 것이므로 자명한 원칙적 명제가 존재한다고 전제하는 형식주의를 지지하기는 어렵다.<sup>92)</sup>

## 2. 해석 적용대상 법령의 입법목적 등

판례의 준거력이 해당 판례에서 해석 적용의 대상이 된 법령의 문언 자체에서 비롯된다고 보는 견해가 문언 중심 해석론이라면, 목적 중심 해석론은 판례의 준거력은 해석 적용의 대상이 된 법령의 입법목적 등에서 비롯된다고 보는 견해다.

목적 중심 법해석론을 규범주의(normative)의 범주로 구분하는 견해에 따르면,<sup>93)</sup> 판결은 도덕 규범 명제, 정책 명제 및 경험 명제라는 세 가지

91) 법해석 이론은 원칙적 명제와 사회적 명제에 부여하는 상대적 역할에 따라 형식주의(formalist), 해석주의(interpretive), 규범주의(normative)의 세 가지 기본 범주로 구분할 수 있다. Melvin Aron Eisenberg, 위의 책, pp. 9-19.

92) Melvin Aron Eisenberg, 위의 책, pp. 9-19.

93) 법해석 이론은 원칙적 명제와 사회적 명제에 부여하는 상대적 역할에 따라 형식주의(formalist), 해석주의(interpretive), 규범주의(normative)의 세 가지 기본 범주로 구분할 수 있다. Melvin Aron Eisenberg, 위의 책, pp. 9-19.

유형의 사회적 명제를 만족시켜야 한다. 행위를 옳고 그름으로 구분 짓는 도덕 규범 명제와는 대조적으로, 정책 명제는 상황을 좋고 나쁨으로 구분 짓는데, 도덕 규범 명제나 정책 명제가 법 규칙의 수립, 적용과 변경에 관련되는 경우 법원은 도덕 규범 명제나 정책 명제를 채용해야 한다는 것이고,<sup>94)</sup> 판례의 준거력은 바로 이 사회적 명제에서 비롯된다고 보는 견해다.

규범주의 이론에서 법의 내용은 적절하게 가중되고 조정된 도덕 규범, 정책, 경험 명제에 의해 생성되는 규칙에 의존해야 하며, 형식주의 이론과 해석주의 이론의 목적과는 달리 (다원론적) 규범주의 이론의 목적은 극단이 아닌 가능한 최선의 규칙을 만드는 것이다. 따라서 법은 도덕적, 사회적 조건을 벗어날 수 없는데, 일원론적 이론은 삶의 복잡성을 부정하기 때문에 채택할 수 없다. 법에서는 삶과 마찬가지로 가치와 목표가 때로 충돌할 수 있더라도 적용 가능한 모든 바람직한(meritorious) 정책 목표와 도덕 가치를 고려해야 하므로 가장 좋은 (계약)법 이론은 다원론적 규범주의 이론이다.<sup>95)</sup> 법령은 현재의 사회적, 정치적, 법적 맥락에 비추어 "역동적"으로 해석되어야 한다.<sup>96)</sup>

다음의 우리 대법원판결 중 실시는 일종의 목적 중심 해석론으로 볼 수 있을 것이다.

가. 침익적 행정처분의 근거가 되는 행정법규는 엄격하게 해석·적용하

---

94) 법원이 정책 명제를 고려함으로써 분쟁을 해결하는 것은 당사자가 법이 그러한 정책 명제를 반영하기를 기대하며 다른 이들이 그에 따라 행동하기를 기대하는 한 공정하며, 경험 명제는 상대적으로 기술적인 이슈들을 다루므로 일반 대중에는 친숙하지 않지만 정통한 견해에 의해 뒷받침된다. Melvin Aron Eisenberg, *The Nature of the Common Law*, Harvard University Press, 1991, pp. 14-40.

95) Melvin Aron Eisenberg, *Foundational Principles of Contract Law*, Oxford University Press, 2018, pp. 9-19.

96) William N. Jr. Eskridge, "Dynamic Statutory Interpretation", 135 U. Pa. L. Rev, 1987, p. 1479, p. 1479.

여야 하고 행정처분의 상대방에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석해서는 안 된다. 그러나 문언의 통상적인 의미를 벗어나지 않는 한 그 입법 취지와 목적 등을 고려한 목적론적 해석은 허용된다(대법원 2018. 11. 29. 선고 2018두48601 판결).

나. 법은 원칙적으로 불특정 다수인에 대하여 동일한 구속력을 갖는 사회의 보편타당한 규범이므로 이를 해석함에 있어서는 법의 표준적 의미를 밝혀 객관적 타당성이 있도록 하여야 하고, 가급적 모든 사람이 수긍할 수 있는 일관성을 유지함으로써 법적 안정성이 손상되지 않도록 하여야 한다. 한편 실정법은 보편적이고 전형적인 사안을 염두에 두고 규정되기 마련이므로 사회현실에서 일어나는 다양한 사안에서 그 법을 적용함에 있어서는 구체적 사안에 맞는 가장 타당한 해결이 될 수 있도록 해석할 것도 또한 요구된다. 요컨대 법해석의 목표는 어디까지나 법적 안정성을 저해하지 않는 범위 내에서 구체적 타당성을 찾는 데 두어야 한다. 나아가 그러기 위해서는 가능한 한 법률에 사용된 문언의 통상적인 의미에 충실하게 해석하는 것을 원칙으로 하면서, 법률의 입법 취지와 목적, 그 제·개정 연혁, 법질서 전체와의 조화, 다른 법령과의 관계 등을 고려하는 체계적·논리적 해석방법을 추가적으로 동원함으로써, 위와 같은 법해석의 요청에 부응하는 타당한 해석을 하여야 한다(대법원 2013. 1. 17. 선고 2011다83431 전원합의체 판결).

해당 판례의 준거력은 해석 적용의 대상이 된 법령의 입법목적 등에서 비롯된 것으로 볼 수 있다. 이밖에 행정해석인 법제처의 법령해석례에서도 목적 중심 해석론을 발견할 수 있다.

법령에서 사용되는 용어의 의미는 법적 안정성과 예측가능성을 확보하기 위하여 명확하게 정의되어 있어야 할 것이지만, 해당 법령에서 용어의 의미를 별도로 정의하거나 의미와 내용을 제한·확대하여야 할 특별한 규정을 두고 있지 않은 등 그 용어의 의미가 불명확한 경우에는 그



법령의 규정 내용과 입법 취지는 물론 입법 취지가 유사한 다른 법령과의 관계, 사회에서 일반적으로 통용되는 의미 등을 종합적으로 고려하여 보충될 수 있는 것으로 보아야 할 것이다(법제처 2014. 10. 10. 회신 14-0572 해석례).

법령해석례 외에, 행정해석 방법론으로서 법령해석기관의 법령해석 시 유의사항을 규정한 「법제업무 운영규정」(대통령령)에서도 목적 중심 해석론을 확인할 수 있다. 「법제업무 운영규정」 제27조 제1항에서는 법령해석기관이 법령을 해석할 때 법령해석에 관한 정부 견해의 통일을 꾀하고 일관성 있는 법집행을 위하여 해당 법령의 입법 배경·취지 및 운영 실태를 명확하게 파악하고(제1호), 문제가 제기된 구체적 배경과 이유를 조사·확인하며(제2호), 법령 소관 중앙행정기관 등 관계 기관의 의견을 충분히 듣도록(제3호) 하고 있다.

### III. 소결

판례를 따른다고 할 때 무엇을 따르느냐는 것인가? 이를 ‘법령의 해석 적용에 관한 대법원의 의견 중 주론’으로 정의하고, 영미법계 국가에서와 달리 대륙법계 국가에서 판례는 법원의 보조적 지위를 가질 뿐이며, 판례에서의 추상적인 법 명제는 구체적 사안과 관련해서 그 전체로서 파악해야 한다는 점을 살펴보았다. 판례 준거력의 근원으로 법원리, 헌법상 평등의 요청과 신뢰보호의 원칙, 해석 적용대상 법령의 문언, 입법목적 기타 심급제도 및 경로의존성을 검토하였고, 「소액사건심판법」, 「상고심절차에 관한 특례법」에서 판례에 상반되는 판단을 한때 또는 판례가 없거나 판례를 변경할 필요가 있는 경우 상고 또는 재항고할 수 있다거나 심리불속행 판결을 할 수 없도록 하고, 「법제업무 운영규정」에서 정립된 판례가 있는 경우 중앙행정기관의 장이 법령해석을 요청하지 않을 수 있도록 하거나 법령해석기관이 법령해석요청을 반려하도록 함으로

써 실정법(령)상으로도 판례의 준거력을 규정하고 있음을 확인하였다.

법령의 해석 적용에 관한 대법원의 의견 중 주론이라는 판례의 개념에 비추어볼 때, 결국 개별 판례의 준거력은 일차적으로 해석 적용대상 법령의 문언의 구속력에 근거한다고 할 수 있으나 그것만으로 판례의 준거력이 형성된다고 볼 수는 없고, 판례의 준거력은 해석 적용대상 법령의 입법목적 등에서도 도출되는 것이므로 결국 문언과 입법목적 등을 규범조화적으로 해석함으로써 판례의 준거력이 도출된다고 할 수 있다. 개별 판례에서 법적 안정성과 구체적 타당성 두 가지 가치가 충돌하는 경우 우리가 둘 중 하나를 택하여 더 비중을 둘 수는 있겠지만 나머지 하나를 완전히 무시할 수는 없고 두 가지 가치 모두를 최소한 고려는 해야 한다는 점, 선택한 가치에 더 비중을 두는 이유를 정당화할 수 있어야 한다는 점에서 개별 판례의 준거력은 문언과 입법목적 등에 대한 규범조화적 해석에서 비롯된다.

## 제 4 절 의회와 법원의 관계

미국에서는 의회와 법원의 관계에 대해 법원은 의회와 동료적인 지위를 가진다는 관념(coequal/ cooperative partner)과 법원은 의회의 충실한 대리인이라는 관념(royal agent to congress)이 대립된다고 한다. 약간 과장하여 표현하자면, 전자의 관념은 양자를 동격으로 보는 반면에 후자의 관념은 상명하복의 관계로 보는 것이다. 전자를 동료설이라고 부르고, 후자를 대리인설이라고 부를 수 있을 것이다.<sup>97)</sup> 특히 경성 목적중심론자라면 입법자의 의도와 법률의 문언이 충돌할 경우 전자를 우선시하기 때문에 적극적으로 동료설을 취한다고 말할 수 있다. 그러나 문언중심론자라면 의회와 법원의 관계를 상명하복의 관계로 보기 때문에 법원은 의회의 대리인이라는 입장을 취하게 된다.<sup>98)</sup>

97) 최봉철, 위 논문, 204면, 222면.

미국의 법률해석론의 동향을 보면, 입법이유서의 유용성과 신뢰성에 대해 대체적으로 긍정하는 목적중심의 법률해석론과 문제시하는 문언중심의 법률해석론이 상호 간에 다룬다.<sup>99)</sup> 문언 중심론자는 법령해석에 있어서 입법 연혁에 대한 검토는 불필요하고 주장한다.<sup>100)</sup> 목적 중심론자는 법령해석에 있어서 입법이유서를 활용하여야 한다고 주장한다. 미국 헌법 제정 당시의 권력 분립은 오늘날 학자들과 법관들에게 의미하는 바와 달리 엄격한 기능의 분리라기보다는 견제와 균형을 강조하는 정도의 기능주의였다고 본다.<sup>101)</sup>

문언 중심인지 목적 중심인지 어느 법 해석의 방법론을 취하느냐에 따라 판례 준거력의 근거에 대한 견해뿐 아니라 의회와 법원의 관계를 바라보는 시각도 달라진다. 문언 중심론자는 의회와 법원을 상호 분리되는 관계로 파악하겠지만 목적 중심론자는 의회와 법원을 대체로 상호 의존적인 관계로 파악할 것이다.

대리인설을 지지하는 의견은 판사들의 역할은 법을 해독하고 집행하는 것<sup>102)</sup>이라고 하지만 동료설을 지지하는 의견은 판사의 고용주는 의회가 아니라 국가이며, 판사의 궁극적인 충성은 의회보다는 헌법에 대한 것이기에 판사는 의회의 대리인이 아니고 헌법에 대한 이해에 비추어 의회의 지시를 수행하는 것이 법원의 역할이라고 주장한다.<sup>103)</sup> 판사가 그 법률

---

98) 최봉철, 위 논문, 204면, 204면.

99) 최봉철, 위 논문, 204면, 212면.

100) *Samantar v. Yousuf*, 560 U.S. 305(2010)(Justice Scalia concurring), p. 2280, p. 2294.

101) Manning...At the time of the constitutional framing, "separation of powers" did not mean what it means to neoformalist scholars and judges today. The Framers were functionalist in their orientation, emphasizing checks and balances more than stringent separation of functions. William N. Jr. Eskridge, "All about Words: Early Understandings of the "Judicial Power" in Statutory Interpretation, 1776-1806", 101(No. 5) *Columbia Law Review*, 2001, p. 990, p. 994.

102) *United States of America, Plaintiff-appellant, v. 9/1 Kg. Containers, More or Less, of an Article of Drug Forveterinary Use, Defendants-appellees*, 854 F.2d 173(1988), p. 173, p. 179.

의 의미에 대해 진정한 의심을 가지고 있다면, 복종이나 불복종의 문제는 있을 수 없다는 입장이다.<sup>104)</sup> 일반적인 단어(법령)에서 일부 부수적인 문제가 발생하여 불합리하게 되는 경우, 법관은 이 결과가 의회에서 예견된 것이 아니라고 결론지을 수 있는 품위가 있고, 따라서 법관은 자유롭게 그 법을 형평성 있게 쓸 수 있다.<sup>105)</sup>

만약 우리가 가능한 모든 미래 상황을 미리 명기할 수 있다면, 우리는 법령을 해석할 힘이 아닌 사실 조사 권한만을 법원에 주어야 할 것이다.<sup>106)</sup> 입법의도를 파악할 수 있는 입법연혁을 언급할 수 있는 권한을 법원으로부터 가져간다는 것은, 법 시행에 영향을 받는 사람들로부터 법원과 국회의원을 거쳐 법 제정과 관련된 사람들까지 이어지는, 이러한 단체와 개인들의 정보 공동체와의 의사소통을 위한 필수적인 채널을 끊는 것이다.<sup>107)</sup>

본 논문은 앞서 결국 문언과 입법목적 등을 규범 조화적으로 해석함으로써 판례의 준거력이 도출된다고 보았다. 법 문언이든 입법목적이든 어느 한쪽의 입장을 취해서 해석의 한계로 삼는 것만이 일관적인 입장은 아니라고 본다. 사안에 따라 문언의 의미를 더 중시해야 하는 경우가 있고, 반대로 입법 목적을 더 중요하게 받아들여야 하는 경우가 있다. 본 논문은 양자를 규범 조화적으로 해석하는 입장에서 조화롭게 받아들여지는 정도를 해석의 한계로 삼는 입장을 취하고자 한다. 입법지상주의(Legislative Supremacy)는 판사를 법문에만 얽매이게 하는 부작용이 있을 수 있지만, 반대로 판사가 정말 법령 문언대로만 해석한다면 오히려

---

103) Daniel A. Farber, “Statutory Interpretation and Legislative Supremacy”, 78 Geo. L.J, 1989, p. 281, p284.

104) Daniel A. Farber, 위 논문, p. 281, pp. 291-292.

105) William Blackstone, Commentaries on the laws of England 1(4v), Clarendon Press, 1765-69[고문헌(디지털콘텐츠)], p. 91.

106) Stephen Breyer, “On the Uses of Legislative History in Interpreting Statutes”, 65 S. CAL. L. REV, 1992, p. 845, p. 854.

107) Stephen Breyer, 위 논문, p. 845, p. 856.

의회에서 법령 문언을 더욱 충실하게 입안하는 효과가 있다는 점도 부인할 수 없기 때문이다.<sup>108)</sup>

이러한 입장에서 의회와 법원의 관계 역시 대리인이자 동료로서의 역할로 파악할 수 있다. 법문언에 충실하는 입장에서 법원은 의회의 대리인으로서의 역할을 수행하지만, 입법목적은 함께 고려하여 해석한다는 점에서 법원은 의회의 동료로서의 역할을 수행한다. 사안에 따라 이 두 가지 역할 중 한쪽의 역할에 치중하게 될 수는 있으나, 한 가지 역할이 다른 하나의 역할을 완전히 배제하는 관계라고 볼 수는 없다.

근대적 입헌 민주국가에서 사법작용이 의회가 제정한 법률에 구속된다는 데 별다른 이론이 있을 리 없다. 그러나 실정법이 법관의 판단작용을 어느 정도로 구속하는지는 명백히 논란의 여지가 있다. 실정법이 사법적 판단작용의 세세한 부분을 ‘구속’하는 데 분명한 한계가 있음은 누구도 부인할 수 없는 현실이다. 오늘날 우리가 갖고 있는 법전은 불확정개념과 일반조항들로 넘쳐나며, 의도한 것이든 아니든 간에 여러 가지 이유로 허다한 법률조항들이 갖가지 흠결이나 오류, 모순을 드러내고 있다. 이러한 현실은 이른바 ‘법관 법’이라는 법 현상이 성립하고 작동할 공간을 열어 준다. 실정법의 더욱 근본적인 문제는 그 어떤 규칙도 그 자체의 적용을 규율할 수 없다는 점, 다시 말해서 “법의 적용방법을 정한 법은 없다.”라는 데서 비롯하며, 바로 이 대목에서 법관은 법규범을 형성하는 데 중요한 역할을 수행하게 된다. 법전 서술의 체계성은 서술적 체계성에 불과하지, 작용의 체계성이 아니다. 따라서 관련된 실정법 규정들의 작용적 체계성을 파악하여 사태에 맞게 재구성하는 지난한 임무는 해석자, 그중에서도 헌법이 실정법 해석의 공적 권한과 의무를 맡긴 법관의 몫일 수밖에 없다.<sup>109)</sup> 만일 입법이 완결적이라고 보아, 그 이후의 규범형성적 의사소통의 계속 가능성을 배제한다면, 그 순간 입법은 정당성을

108) Daniel A. Farber, “위 논문, p. 281, p. 298.

109) 심준보, 위 논문, 919면, 922-924면.

상실하게 될 것이다. “절대화된 법이야말로 불의의 극치이다(Summum ius, summa iniuria).”<sup>110)</sup>

“법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판”한다는 우리 헌법 제103조와는 달리, 일본 헌법 제76조 제3항은 양심에는 ‘따르는 것’으로 헌법과 법률에는 ‘구속되는 것’으로 구분하는 섬세한 구문을 보여주고 있다. 우리 헌법 제103조는 그 구문상의 불명확성에도 불구하고 “양심”을 “헌법과 법률”에서 분리하여 법관의 직무 수행(심판)과 연결한 서술상의 특징, 그리고 일본법과 법학이 1987년 개헌 당시까지 우리나라에 미친 압도적 영향력 등을 감안할 때, 일본 헌법 제76조 제3항과 대동소이하게 이해하여도 무방하리라고 본다.<sup>111)</sup> 법의 본성에서 볼 때 법의 운용방법 자체를 법에 적어놓는 것은 불가능하므로 법을 어떻게 적용할지, 그때의 기준이 되는 것은 무엇인지 하는 물음에 루터파 법학은 ‘양심’이라고 답하였다는 것이다.<sup>112)</sup>

사회생활의 전부를 하나도 빠짐없이 법령으로 규율하는 것은 불가능하다는 주장에 반론을 제기할 자는 없을 것이다. 그렇기에 법령은 태생적으로 불완전성을 지니고 있고, 역시 생래적으로 법령 해석의 문제를 야기한다. 특히 해석대상 법령이 원칙적 규정을 중심으로 구성되어 있는지, 개별 구체적 사례를 규율하는 세부사항을 중심으로 구성되어 있는지에 따라 해석의 여지가 달라진다.<sup>113)</sup> 전자의 경우에는 해석의 여지가 크다

110) 심준보, 위 논문, 919면, 926-927면.

111) 심준보, 위 논문, 919면, 927-928면.

112) 사사키 아타루, 송태욱 옮김, 잘라라, 기도하는 그 손을 - 책과 혁명에 관한 닷새 밤의 기록, 자음과 모음, 2012, 101-102면.

113) 본 논문에서 법령을 원칙적 규정과 개별 구체적 사례를 규율하는 세부사항으로 구분한 것은 다음 논문의 기준(standard)과 규칙(rule)의 구분을 참조한 것이다. 기준은 구체적인 제반 사정을 고려하여 판단하도록 함으로써 유연하게 작용하면서 각 사안의 구체적 타당성을 지향한다. 반면, 규칙은 그 내용이 명확하여 일률적인 적용을 지향한다. 예를 들어 고속도로에서 100km 이상 과속을 금지하는 것은 규칙에 해당하지만, 고속도로에서 위험을 야기할 수 있는 속도로 운전하여서는 아니된다고 규정하는 것은 기준에 해당한다. 이계정, “신탁의 경제적 분석”, 법조(제69권 제4호), 2020, 83면, 111면.

고 볼 수 있는 반면에 후자의 경우에는 법령이 세부적인 부분까지 규율하고 있어 그만큼 해석의 여지는 줄어든다고 볼 수 있다. 그러나 법령의 불완전성을 전제한다면, 어느 경우이든 해석의 여지가 전혀 없는 경우는 존재하지 않는다는 점을 알 수 있다. 특히 새롭게 제정하게 되는 법령은 원칙적 규정을 중심으로 구성되는 경우가 많아 재판에서 법관이 사안에 법을 적용하는 경우 재량을 형성할 여지가 커진다. 즉 법관의 법 형성은 법령의 불완전성에 기인하는 필연적인 결과이므로, 법관의 법 형성이 모든 경우에 의회의 입법권에 대한 침해가 된다고는 할 수 없다.

## 제 5 절 판례의 변경

### I. 판례변경의 개념

지금까지 판례를 ‘법령의 해석 적용에 관한 대법원의 의견 중 주론’으로 정의하고, 판례 준거력의 근원으로 법원리, 헌법, 해석 적용대상 법령의 문언, 해석 적용대상 법령의 입법목적 등을 검토하였으며, 판례의 준거력은 문언과 입법목적 등을 규범 조화적으로 해석함으로써 도출된다고 정리하였다. 또한, 의회와 법원의 관계에서 법관의 법 형성은 법령의 불완전성에 기인하는 필연적인 결과이므로, 법관의 법 형성이 모든 경우에 의회의 입법권에 대한 침해가 된다고는 할 수 없다고 보았다.

법령은 제정과 개정, 폐지를 통해 생성되고 변경되며 소멸된다. 그렇다면 판례의 일생은 어떻게 될까? 우선 판례의 생성은 쉽게 떠올릴 수 있다. 판례는 법령의 해석 적용에 관한 대법원의 의견 중 주론이므로, 대법원이 구체적인 사안에서 법령의 해석 적용에 관한 판결을 하는 경우 해당 판결문에서 생성된다.

판례도 변경, 폐기되는가? 그렇다. 판례의 해석대상이 되는 법령이 개

정, 폐지되므로 판례는 일차적으로 해석대상 법령의 개폐에 따라 폐기된다. 법령이 개정되면서 기존 법령이 폐지되는 것과 같이 판례의 변경과 폐기 또한 동시에 일어난다고 볼 수 있다. 앞서 살펴본 대로 「법원조직법」, 「상고심절차에 관한 특례법」 관련 규정에서도 판례의 변경을 예정하고 있고, 대법원판결에서도 판례의 변경을 명시하고 있다.

선례구속을 부정하는 우리 법에서 판례에는 법적 구속력이 없다. 우리 법에서는 민사·가사 소송이든 형사소송이든 행정소송이든 하급심 법관이 헌법, 법률과 양심에 구속될 뿐(「대한민국헌법」 제103조), 판례에 구속되지 아니한다. 법관은 판례가 올바른 법률해석·구체화·보충이 아니라고 판단하였다면 판례에 구애되지 아니하고 스스로 옳다고 생각하는 법률해석·구체화·보충에 따라 재판할 수 있고, 나아가 그와 같이 하여야 한다.<sup>114)</sup> 이는 법관의 독립(「대한민국헌법」 제103조)이 요청하는 바이기도 하다.<sup>115)</sup> 물론 하급심이 판례에서 이탈하였을 때 당사자로서는 상소할 수 있고, 특히 판례 위반에 대하여는 상고 제한도 적용되지 아니하여(「소액사건심판법」 제3조제2호), 최상급심에 상고할 수 있으며, 이때 대법원은 판례에 따라 파기·자판할 수도 있고, 파기·환송할 수도 있다. 파기·환송하는 경우 당해 재판에서의 판단은 환송받은 하급심법원을 법적으로 기속한다(「법원조직법」 제8조). 그러나 이러한 가능성이 하급심 법관에게는 판례를 따를 법적 의무가 없다는 점을 뒤집지는 못한다. 판례에 반하는 재판이라 하더라도 그 자체로 위법하지 아니한 것이다. 그나마 재판을 판례에 일치시킬 가능성도 당사자의 불복 여부에 달려 있으며, 하급심 판결이 확정된 뒤에 그 전제가 된 판례가 변경되어도 전제가 된 법률이 무효가 된 경우와 달리 재심사유가 되지 아니한다.<sup>116)</sup> 정기금판결에 대한 변경의 소(「민사소송법」 제252조<sup>117)</sup>)나 청구이의의

114) 이동진, 위 논문, 1083면, 1138면.

115) 성낙인, 헌법학(제13판), 법문사, 2013, 1261면.

116) 이동진, 위 논문, 1083면, 1138-1139면.

117) 「민사소송법」 제252조(정기금판결과 변경의 소) ① 정기금(定期金)의 지급을 명한 판결이 확정된 뒤에 그 액수산정의 기초가 된 사정이 현저하게 바



소(「민사집행법」 제44조<sup>118)</sup>)도 불가능하다.<sup>119)</sup>

판례는 사실상 하급심을 구속하는 효과가 있기 때문에 살아있는 현재의 법으로 이해할 수 있다. 그러나 하급심에서 대법원이 종전에 판시한 “법의 해석적용에 관한 의견”을 무시하더라도 그것이 「법원조직법」 제8조 위반되지 않는 한 적법하고 또 법관의 헌법상의 권한을 행사한 것이므로 문제될 것이 없다. 나아가 하급심법원의 이러한 도전이 대법원의 종전 “법의 해석적용에 관한 의견”, 즉 판례를 변경하도록 촉발하는 계기가 되기도 한다.<sup>120)</sup>

변경의 대상인 판례는 법원조직법 제7조 제1항 제3호의 문언 자체에서 보듯이 종전에 대법원에서 판결에서 판단으로서 보여준(“판시한”) 법령의 해석적용에 관한 의견으로서 이 또한 법령해석에 관한 대법원의 ‘판단’으로 보지 않을 수 없다. 이러한 대법원의 ‘판단’들은 모두 그와 대립하는 다른 ‘판단’, ‘해석’ 또는 ‘의견’을 개념적으로 전제하고 있다.<sup>121)</sup>

## II. 판례변경의 요건

그런데 「법원조직법」 제7조 제1항 각호 외의 부분 단서에서는 대법관 3명 이상으로 구성된 부(部)에서 먼저 사건을 심리(審理)하여 의견이

---

됨으로써 당사자 사이의 형평을 크게 침해할 특별한 사정이 생긴 때에는 그 판결의 당사자는 장차 지급할 정기금 액수를 바꾸어 달라는 소를 제기할 수 있다.

② 제1항의 소는 제1심 판결법원의 전속관할로 한다.

118) 「민사집행법」 제44조(청구에 관한 이의의 소) ① 채무자가 판결에 따라 확정된 청구에 관하여 이의하려면 제1심 판결법원에 청구에 관한 이의의 소를 제기하여야 한다.

② 제1항의 이의는 그 이유가 변론이 종결된 뒤(변론 없이 한 판결의 경우에는 판결이 선고된 뒤)에 생긴 것이어야 한다.

③ 이의이유가 여러 가지인 때에는 동시에 주장하여야 한다.

119) 이동진, 위 논문, 1083면, 1165면.

120) 제철웅, 위 논문, 1179면, 1181-1182면.

121) 심준보, 위 논문, 919면, 935면.

일치한 경우에 그 부에서 재판할 수 있다고 규정하면서 같은 항 각호 외의 부분 본문 및 제3호에서는 판례의 변경에 관한 대법원의 심판권은 대법관 전원의 3분의 2 이상의 합의체에서 행사한다고 규정하여 판례의 형성보다 판례의 변경에 더욱 강화된 요건을 적용하고 있다. 해당 규정에서 얻을 수 있는 교훈은 판례는 변경할 수 없는 것은 아니지만, 그렇다고 쉽게 변경할 수 있는 것도 아니라는 점이다.

판례변경은 단순히 어떠한 법 이론에 대한 취사선택의 문제에 그치는 것이 아니라, 당대의 시대 상황과 사회 일반의 인식, 판례 규범이 지향하여야 할 방향, 이론적 일관성과 법체계와의 정합성, 기존 판례 규범의 실효성 등 여러 가지 요소들이 복합적으로 고려되고 다방면의 검토가 선행된 후 이루어진다.<sup>122)</sup>

판례를 변경할 필요가 있는지 판단하는 기준은, 소송 실무로 보면 개개 상고(재항고)사건에서 특정한 의견을 판시하기 위해서 대법관 정원의 3분의 2 이상으로 구성된 합의체에서 재판하여야 하는지, 더 나아가 그렇게 하지 않았을 경우 민사소송법 제451조 제1항 제1호(법률에 따라 판결법원을 구성하지 아니한 때)의 재심사유에 해당하는지의 문제다(대법원 2011. 7. 21. 선고 2001재다199 전원합의체 판결). 기존 판례 자체가 그 판시로서 준거력의 범위를 명확히 천명한 경우는 그에 따르면 족할 것이지만, 그렇지 않은 경우라면 이 문제는 법규범의 형성을 위한 의사소통 과정에서 법관의 관여가 불가피할 뿐 아니라 불가결하며 그 결과물이 바로 판례라는 점, 판례의 준거력이 근본적으로는 헌법상 일반적 평등원칙에 연원을 두고 있다는 점, 그리고 두 개의 사법적 판단 간의 모순-상반 관계가 엄밀한 의미의 판례 개념을 규정하는 고유의 구조적 징표라는 점을 근거로 접근하여 볼 수 있을 것이다.<sup>123)</sup>

케이스 판결(Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey)에서 3인의 공동의견은, 잦은 판례변경은 법원의 정당성(legitimacy)을 손상시

122) 오영준, 위 논문, 963면, 1008면.

123) 심준보, 위 논문, 943-944면.

키고, 연방대법원의 선의(good faith)에 대한 믿음에 과중한 짐을 지울 우려가 있다고 하였다.<sup>124)</sup> 우리나라에서도 종전의 판례를 변경하려면 특별한 이유가 있어야 한다는 주장이 있다.<sup>125)</sup> 즉 새로운 법리가 종전의 법리보다 명백히 더 나아야 하거나 선례에 명백한 법리적 오류가 있어야 한다는 주장, 또는 비록 판례의 견해가 잘못되었다고 분명하게 단정할 수는 없지만 판례의 잘못된 견해로 인하여 광범위한 법익 침해나 부정의 등 중대한 결과가 초래된다고 여겨질 때 판례를 변경하여야 한다는 것이다.<sup>126)</sup> 대법원 전원합의체 판결 중 별개의견은, 축적된 판례의 견해를 바꾸기 위해서는 그와 같은 견해가 시대와 상황의 변화에 따라 정의 관념에 크게 어긋나게 되었거나 해당 법률규정의 취지를 현저히 벗어나게 되는 등 이를 바꾸는 것이 그대로 유지하는 것에 비하여 훨씬 우월한 가치를 가짐으로써 그로 인하여 법적 안정성이 희생되는 것이 정당화될 정도의 사정이 있어야 하고, 단순히 새로운 법적 견해가 다소 낫다거나 보다 합리적으로 보인다는 이유만으로 축적된 판례의 견해를 바꾸는 것은 능사가 아니라고 판시하였다.<sup>127)</sup>

---

124) …판례의 빈번한 변경은 법원의 선의에 대한 국가의 믿음을 약화한다…법원의 정당성은 법원이 동요가 잦아질수록 사라질 것이다(…a point beyond which frequent overruling would overtax the country’s belief in the Court’s good faith. …The legitimacy of the Court would fade with the frequency of its vacillation). *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833(1992), 866, p. 2796, p. 2815; 윤진수, 판례의 무게(2018), 131-204, 172면.

125) 윤진수, 위의 책, 135면.

126) 윤진수, 위의 책, 175-176면.

127) 판례는 그 변경에 신중을 기하여야 한다. 비록 판례의 변경 가능성이 제도적으로 열려 있고 국민이 그에 따른 법률관계의 변화를 감수할 것이 예정되어 있더라도 그렇다. 그래야 법적 안정성이 확보되고 국민이 판례를 의사결정이나 행동의 지침으로 삼을 수 있어 판례가 진정한 규범력(필자 주: 준거력)을 가지게 된다. 법률 규정에 변동이 없는 상태에서 그 해석과 관련하여 오랜 기간 동안 일정한 방향으로 대법원 판례가 축적된 경우에는 그 판례 변경에 더욱 신중을 기하여야 한다. 축적된 판례의 견해를 바꾸기 위해서는 그와 같은 견해가 시대와 상황의 변화에 따라 정의관념에 크게 어긋나게 되었거나 해당 법률 규정의 취지를 현저히 벗어나게 되는 등 이를 바꾸는 것이 그대로 유지하는 것에 비하여 훨씬 우월한 가치를 가짐으로써 그로 인하여

과연 판례의 무게는 어느 정도일까? 판례의 변경은 매우 신중하여야 하므로, 매우 무거운 것은 틀림없다. 그러나 판례가 잘못되었음에도 불구하고 특별한 사정이 있어야만 판례를 변경하여야 한다고는 볼 수 없고, 판례가 그 정도로 무거워서는 안 될 것이다.<sup>128)</sup> 종래의 판례가 법적으로 잘못된 것이라면 이는 원칙적으로 변경되어야 하고, 다만 판례의 변경으로 인한 법적 안정성의 침해가 심각하여, 큰 혼란이 야기되고 경제가 마비될 정도에 이르러야만 판례의 변경에 장애 사유가 된다는 것이다.<sup>129)</sup>

판례가 쉽사리 변경될 수 있다는 인식이 확산되면, 기존 판례가 변경될 가능성을 크게 보고 소송을 제기하는 사람이 많아질 수 있다. 기존 선례가 갖는 구속력<sup>130)</sup>에 강한 힘이 부여되지 않는다면, 분쟁이 쌍방의 양보와 타협에 의해 종결되기보다 대법원판결이 선고될 때까지 장기화될 가능성이 높다.<sup>131)</sup> 다만 잦은 판례의 변경이 일반 국민의 공적 기관으로서의 법원에 대한 신뢰를 떨어뜨린다고 우려하는 것은 타당하지 않다. 일반 국민이 법원의 재판에 대하여 불신을 가질 수도 있겠지만, 그것은 재판의 내용 또는 결론에 달린 것이지, 종전 판례를 변경하였다는 이유만으로 법원에 대한 신뢰가 떨어지리라고는 생각되지 않는다. 오히려 잘

---

법적 안정성이 희생되는 것이 정당화될 정도의 사정이 있어야 하고, 단순히 새로운 법적 견해가 다소 낫다거나 보다 합리적으로 보인다는 이유만으로 축적된 판례의 견해를 바꾸는 것은 능사가 아니다. 특히 형사사건에서 종래 처벌대상이 아니라고 보아 오던 행위를 법률 해석을 통하여 새로 처벌대상에 포섭하는 내용의 판례 변경은 이미 종료된 행위까지 소급입법을 통하여 처벌하는 것과 다름없는 효과를 가져오므로 형벌불소급의 원칙이 갖는 취지나 의미에 비추어 더욱 삼갈 필요가 있고, 당해 행위의 반사회성이 분명하여 가벌성이 충분히 인정되고 통상의 수범자라면 기존의 판례에도 불구하고 그에 대한 처벌을 감수함이 마땅하다고 여길 만큼 예외적인 경우에 한하여 행해지는 것이 바람직하다고 본다. 나아가 불가피한 필요에 따라 기존의 판례를 바꾸는 경우에도 그 범위는 되도록 제한적으로 하여야 하고, 가볍게 원칙과 예외를 뒤바꾸거나 전면적으로 변경하는 것은 곤란하다(대법원 2013. 2. 21. 선고 2010도10500 전원합의체 판결 중 별개의견).

128) 윤진수, 위 논문, 131면, 196면.

129) 윤진수, 위 논문, 131면, 186-187면.

130) 구속력이 아닌 준거력으로 새겨야 할 것이다.

131) 고학수·최준규, 위 논문, 1013면, 1022면.

못된 판례를 계속 고수하는 것이야말로 법원에 대한 신뢰를 떨어뜨릴 수 있다.<sup>132)</sup> 잘못된 판례는 법체계의 통합성에 장애가 되므로, 이를 변경하는 것이 통합성을 증진하는 방법일 것이다.<sup>133)</sup> 판단의 논점이 기존 판례가 전제한 논점의 범위에서 벗어나지 않고, 판단과 기존 판례의 사안에 양자의 차별적 취급을 정당화할 정도의 실질적 차이가 없으며, 판단의 법리가 기존 판례와 공존하면서 전체 법체계에 모순 없이 자리 잡을 수 없다면 판례의 변경은 불가피하다.<sup>134)</sup>

### Ⅲ. 구별되는 개념

그런데 대법원판결에서 판례의 변경이라고 명시하고 있는 경우에만 판례의 변경이 일어나는 것인가? 이 물음에 답하기 위해 선례구속의 원칙, 판례구별 등의 개념을 살펴볼 것이다.

판례변경은 선례 변경과 유사한 점이 적지 않다. 영국법에서는 우리나라에서 통용되는 의미의 “판례”는 존재하지 않는 대신 선례(judicial precedent)가 있다. 영국법에서는 하급심법원은 어떤 경우이든 상위법원의 선례에 구속되어야 하며, 이는 매우 엄격한 원칙이다. 이를 선례구속의 원칙(the doctrine of judicial precedent 또는 the principle of stare decisis)라 한다.<sup>135)</sup> 미국 법원은 “그 자체의 판례에 의해 불가결하게 구속되는 것은 아니지만, 소송당사자에 대한 처우의 통일성, 그리고 법의 안정성과 확실성을 위해...이 규칙이 원래 잘못되었거나 조건이 변경되어 더 이상 건전하지 않으며, 전례에서 벗어나야 이롭다는 것을 명확히 확신하지 않는 한, 이전의 사례에서 정립된 법 규칙(rule of law)을 따를

---

132) See Caleb Nelson, “Stare Decisis and Demonstrably Erroneous Precedents”, 87 Va. L. Rev, 2001, p. 1, p. 72.

133) 윤진수, 위 논문, 131면, 176-177면; 이동민, 영미법상 판례변경의 법리 - 법원칙 모델을 중심으로-, 서울대학교 법학박사 학위논문, 2012, 153면.

134) 심준보, 위 논문, 919면, 920면.

135) 제철웅, 위 논문, 1179면, 1182면.

것이다.”<sup>136)</sup>라고 하여 영미법계에서는 선례구속의 원칙(doctrine of stare decisis)이 인정되는 반면, 우리나라를 포함한 이른바 대륙법계에서는 그러한 원칙이 인정되지 않는다. 따라서 판례변경에 관하여도 차이가 있을 것처럼 생각될 수도 있다. 그러나 판례변경과 선례구속의 원칙이 본질적으로 반대되는 것은 아니다.<sup>137)</sup>

영미법상의 선례구속의 원칙에 따르더라도, 하급심법원은 상급심의 판례를 따라야 하지만, 최고법원은 자신의 판례에 구속되지 않으므로, 최고법원 자신의 판례변경에 관하여는 선례구속의 이론을 따르는가 아닌가는 그다지 중요하지 않다.<sup>138)</sup> 또한, 하급심법원은 자신이 다루는 사건이나 적용할 법이 선례에 적용된 사실관계나 법과 다르다는 이유로 선례의 적용에서 벗어날(distinguishing) 수 있다.<sup>139)</sup> 선례구속의 원칙은 근거 없고 해로운 선례를 유지할 것을 요구하지 않는다.<sup>140)</sup> 법의 지배에 있어 선례구속의 원칙은 중요하지만, 올바른 사법적 판결도 그렇다.<sup>141)</sup>

판례변경(overruling)에 있어서 법원은 원칙이 폐지되고 있다고 명시적으로 발표하지만, 판례변형(transformation)에 있어서는 그렇지 않다. 판례변경은 법원이 자신의 추리뿐 아니라 판결에서도 잘못을 저질렀다는 고백으로 법관에게 부담으로 작용하기는 하지만, 판례변형은 경우에 따라서는 하급심 판사가 원칙이 폐지된 사실을 깨닫지 못할 수도 있으므로

---

136) William N. Jr. Eskridge, “Overruling Statutory Precedents”, 76 Geo. L. J, 1988, p. 1361, p. 1361; James Wm. Moore & Robert Stephen Oglebay, “The Supreme Court, Stare Decisis and the Law of the Case”, 21 Tex. L. Rev, 1943, p. 514, pp. 539-540.

137) Melvin Aron Eisenberg, *The Nature of the Common Law*, Harvard University Press, 1991, p. 126.

138) 윤진수, 위의 책, 135면.

139) 제철웅, 위 논문, 1179면, 1192면.

140) *Kimble v. Marvel Entertainment, LLC*, 576 U.S. 446(2015)(Justice ALITO, with whom THE CHIEF JUSTICE and Justice THOMAS join, dissenting), p. 2401, p. 2415.

141) *Kimble v. Marvel Entertainment, LLC*, 576 U.S. 446(2015)(Justice ALITO, with whom THE CHIEF JUSTICE and Justice THOMAS join, dissenting), p. 2401, p. 2417.

판례변경의 명확성이 의도적으로 불투명한 판례변형보다 새로운 규칙의 일관성 있는 개발로 이어질 가능성이 더 높기에 판례변경보다 판례변형이 더 바람직한 경우는 거의 없다.<sup>142)</sup>

그런데 판례변경은 서로 다른 시기에 일관되지 않은 법적 기준(standards)을 세우는 것을 정당화하는 반면에 판례구별(distinction)의 경우에는 규칙과 예외로서 두 가지 일관되지 않은 법적 기준이 동시에 존재하게 된다.<sup>143)</sup> 판례구별을 통해 법원은 사회적 합치를 향해 나아가는 동시에 과거 정당화된 원칙의 핵심을 보호할 수 있다.<sup>144)</sup> 과거의 제도적 결정과의 일관성은 그 자체를 위한 제한된 가치만을 가지고 있을 뿐이며, 그것이 어떤 공정성이나 정책적 목표를 위해 봉사하는 경우에만 실질적인 가치를 가진다. 법과 판결의 이론이 원칙적인지 여부는 그것이 과거의 규칙과 결과와 일치하는 규칙과 결과를 생산하는지 여부에 달려 있는 것이 아니라 규칙과 결과가 적절한 제도적 원칙의 일관된 적용에 의해 생성되는지에 따라 달라진다. 과거와의 연속성은 이전 규칙 및 결과와의 일관성이 아닌 다른 방법에 의해 보장될 수 있다. 현재가 제도적 원칙의 연속성을 통해 과거와 연결되어있기 때문에, 법원이 과거와 일치하지 않는 규칙과 결과를 산출하더라도, 판례변경, 판례구별 및 다른 형태의 번복에 반드시 불연속성이 수반되는 것은 아니다.<sup>145)</sup> 즉 판례변경도 사회적 명제를 고려한다는 대전제에서 이루어지는 것으로, 판례변경이 반드시 과거의 판결과의 불일치를 선언하는 것은 아니다.

---

142) Melvin Aron Eisenberg, 위의 책, pp. 133-135.

143) Melvin Aron Eisenberg, 위의 책, p. 138.

144) Melvin Aron Eisenberg, 위의 책, p. 140. 우리 판례에서도 판례변경에 대해서는 명시적으로 판례변경임을 표시하는 경우가 많으나 판례변형, 판례구별에 대해서 명시적으로 표시하는 경우는 드물 것으로 생각된다.

145) Melvin Aron Eisenberg, 위의 책, pp. 144-145.

## 제 6 절 소결

본 장에서는 「법원조직법」 제7조 제1항 제3호 중 ‘종전에 대법원에서 판시한 헌법·법률·명령 또는 규칙의 해석 적용에 관한 의견’을 실정법상 판례의 정의로 보고, 판례는 판례에 나타난 구체적 사실과 이론구성과의 결합을 종합적으로 검토하여야 하므로 그 전체로서 파악해야 함을 살펴보았다.

판례는 주론과 방론으로 나누어지는데, 판례를 따른다고 할 때 판례의 범위는 법령의 해석 적용에 관한 대법원의 의견 전부가 아니라 그중 주론에 국한되므로, 결국 이러한 점을 고려하여 판례의 개념을 ‘법령의 해석 적용에 관한 대법원의 의견 중 주론’이라고 재정의하였다.

판례 그 자체가 법원(法源)은 아니지만, 판례의 일반적 준거력은 법원리, 헌법상 평등의 요청과 신뢰보호의 원칙, 실정법, 심급제도와 경로 의 존성에서, 개별적 준거력은 해석 적용대상 법령의 문언과 입법목적 등에서 비롯된다.

문언 중심인지 목적 중심인지 어느 법 해석의 방법론을 취하느냐에 따라 판례 준거력의 근거에 대한 견해뿐 아니라 의회와 법원의 관계를 바라보는 시각도 달라지는데, 본 논문은 의회와 법원의 관계를 대리인이자 동료로서 파악하였다. 법문언에 충실하는 입장에서 법원은 의회의 대리인으로서의 역할을 수행하지만, 입법목적은 함께 고려하여 해석한다는 점에서 법원은 의회의 동료로서의 역할도 함께 수행하기 때문이다.

판례의 변경과 관련하여 판례의 변경은 신중하여야 하지만, 잘못된 판례는 원칙적으로 변경되어야 한다는 점을 지적하였다. 판례변형이나 판례구별과 같이 판례변경과 구별되는 개념을 살펴보았고, 법원은 판례구별을 통해 사회적 합치를 향해 나아갈 수 있다.



이러한 점에서 판례의 준거력은 고정불변하는 절대적 명제로서의 준거력이 아니라, 다원적 규범을 전제로 한 상대적 명제로서 다른 사회적 명제와 조화를 이루면서 법체계의 통일성을 증진해나가는 힘이라 하겠다.

## 제 4 장 지도성안례의 지도력

### 제 1 절 개설

판례가 가진 힘을 준거력이라고 규정하여 이를 강제력이 수반되는 규범력, 구속력과 구별하였다. 그런데 지도성안례의 법적 성격은 판례와 유사하면서도 또 다르기에, 지도성안례의 법적 성격을 규명하는 본 논문에서 그 힘을 판례와 같이 준거력으로 규정하는 것은 적절하지 않다고 판단하였다. 이에 본 논문은 지도성안례가 가진 힘을 ‘지도력’이라고 규정할 것이다.

최고인민법원이 지도성안례가 가진 힘을 용어로 규정하지는 않았으나, 《최고인민법원 안례지도사무에 관한 규정(最高人民法院關於案例指導工作的規定)》(이하 본 장에서 “《규정》”이라 함)에서 지도성안례에 ‘지도적 역할(指導作用)’이 있다고 한 점, 본 논문은 지도성안례가 영미법계에서의 ‘Leading Case’에 가장 가깝다고 보는 점에서 지도성안례가 가진 힘을 지도력이라고 부르는 데 무리가 없을 것이다.<sup>1)</sup>

---

1) 본 논문은 지도성안례가 영미법계에서의 ‘Leading Case’에 가장 가깝다고 생각한다. Leading Case의 의미에 대해서는 가정준, “법학교육에서 Leading Case의 의미”, 민사법학(44), 2009, 69-98면.

## 제 2 절 지도성안례의 개념

### I. 지도성안례의 개념

우리나라에서는 ‘지도성안례(案例指導)’라는 용어를 사용하지 않으므로 그 개념이 다소 생소할 수 있다. 이하에서는 우리에게 익숙한 ‘판결’과 ‘판례’에 대한 이해를 바탕으로 ‘지도성안례’의 개념을 살펴보기로 한다.

하나하나의 재판은 판결이라고 하고, 그것에 의하여 밝혀진 이론·법칙 또는 규범을 판례라고 부르는데, 영미법계 국가에서와는 달리, 대륙법계 국가에서는 판례의 법원성(法源性)은 부정되고 있다. 우리나라 「법원조직법」은 제8조에서 “상급심법원 재판에서의 판단은 해당 사건에 관하여 하급심을 기속한다”고 규정하고 있지만, 이는 상급심법원이 재판에서 판단을 한 내용이 하급심을 구속하는 것은 오직 ‘당해 사건’에 한하며, 일반적으로 하급심을 구속하는 효력은 없다는 것을 의미한다.<sup>2)</sup>

‘지도성안례’는 ‘안례’와 ‘지도’가 합쳐진 말인데, 지도성안례의 중국어 원문은 ‘案例指導(안례지도)’이다. ‘안례’란 ‘사법기관의 사건처리 결과물<sup>3)</sup>’을 말하는 것으로, 법원의 구체적인 사건에 대한 판결을 말한다고 정의할 수 있다. 안례로서의 판결이 법적 효력을 발생하면 당사자에 한해 법적 효력을 발생하게 되지만 기타 사건에 대해서는 법률적 구속력이 없는 것이다. 한편 상급심법원의 하급심법원에 대한 업무지도방식은 주로 지도층 연설(領導講話), 안례지도, 조문식의 회의기록(會議紀要) 등의 세 가지로 구분할 수 있는데, 지도성안례의 ‘지도’는 업무지도와 같은 의미로 이해할 수 있다.<sup>4)</sup>

2) 곽윤직·김재형, 민법총칙(민법강의 I)(제7판), 박영사, 2011, 20-21면.

3) 司法機關執法辦案後形成的司法產品. 胡云騰, “中國特色的案例指導制度與指導性案例”, 人民司法, 2014, 第1頁, 第1頁.

‘지도성안례5)’에 대해 정의를 한다면 일정한 절차를 거쳐 관련 기관(법원)에서 확인한 今後 재판을 함에 있어서 일정한 지도적 역할을 할 수 있는 案例로 정식절차를 거쳐 공포하면 같은 성질의 사건을 재판하는 데 있어서 지도 역할을 할 수 있는 것을 말한다. 그리고 지도성안례는 사법기관에서 일정한 절차를 거쳐 확인한 이미 법적 효력을 발생한 재판과정에서 선례로서 참고가치가 있는 안례라 정의할 수 있다. 최고인민법원에서는 사법개혁의 하나로 ‘안례지도제도’를 신설하면서 ‘지도성안례’의 재판에서의 지도적 역할을 인정하고 있다.<sup>6)</sup>

‘안례지도제도’의 특성을 보면 첫째는 전형적인 안례를 제공하여 사건을 재판하는데 지도적 역할을 할 수 있게 하며 법원에 대해 강제적인 구속력은 발생하지 않는다. 둘째는 안례의 형성은 반드시 정식절차를 거쳐 유권 기관에서 공포하여야 한다. 셋째는 지도적 역할을 할 수 있는 안례는 중국의 법률·법규의 규정에 근거하여 이미 법적 효력을 발생한 판결이어야 한다. 위의 세 가지 특성을 갖는 안례에 대해서만 재판 실무에서

4) 見 江勇·馬良驥 等, 案例指導制度的理論與實踐探索, 中國法律出版社, 2013, 第242頁; 안례지도로 하급심법원의 재판사무를 지도해야 한다. 기존 《인민법원 제1차 5개년 개혁 요강(人民法院第一個五年改革綱要)(1999-2003)》 제14조에서 전형안례를 ‘참고’하라고 했던 것과 비교하면 지도성안례의 ‘지도’의 효력은 ‘참고’의 효력보다도 다르고 판례법의 ‘선례구속’과도 구별되는 ‘사실상의 구속력(필자 주: 지도력)’이다. 胡云騰 主編, 最高人民法院指導性案例參照與適用, 人民法院出版社, 2012, 第114-115頁; 행정지도는 국가행정기관이 직권의 범위에서 원하는 행정 상태를 달성하기 위해 권고 등 비강제적 조치로 관련 당사자에게 작위 또는 부작위를 요구하는 활동이다. 鄒瑜, 法學大辭典, 中國政法大學出版社, 1991; 통상 행정지도에는 강제력이 없어 취소소송의 대상이 될 수 없다. 최고인민법원 2018. 3. 30. 선고 (2018) 最高法行申906号 裁정.

5) ‘지도성안례’는 법률용어로서 다음과 같이 《인민법원조직법》에 규정되어 있다. 최고인민법원은 지도성안례를 공포할 수 있다(《인민법원조직법》 제18조). 최고인민법원은 심판사무 중 법률의 구체적 응용에 속하는 문제에 대해 해석을 진행하고, 심판위원회 전체회의에서 토론 통과시켜야 한다.; 지도성안례의 공포는 심판위원회 전문위원회회의에서 토론 통과시킬 수 있다(《인민법원조직법》 제37조 제2항).

6) 盧青錫·司英傑, “中國의 案例指導制度에 관한 연구”, 저스티스(제116호), 2010, 331면, 332면.

그 지도성을 인정하게 된다.<sup>7)</sup>

즉 최고인민법원은 안례 중에서 유사안건에 대한 재판을 지도하는 역할을 할 안례를 따로 ‘指導性案例(지도성안례)’라고 명명하였다. 제3장 제2절 판례의 개념에서 살펴본 것처럼 중국 학계에 판례의 개념에 관한 논의가 부족하기는 하지만 ‘안례’는 중국의 일반적인 안례를 의미하는 반면 ‘판례’는 보편적인 효력을 가진 안례를 의미하며, 고대 중국에 존재하였던 판례법과 영미법계 판례를 포함하는 개념이라는 중론이 형성되고 있다. 최고인민법원은 의도적으로 “판례”가 아니라 “지도성안례”라는 용어를 사용하여 지도성안례를 일반적인 안례(normal cases) 및 영미법계 판례(common law cases)와 신중하게 구분한 것이다.<sup>8)</sup> 이를 도식화하면 다음 [표 1]과 같다.

---

7) 盧青錫·司英傑, 위 논문, 331면, 332-333면.

8) Jinting Deng, “The Guiding case system in Mainland China”, *Frontiers of Law in China*(Vol. 10 NO. 3), September 2015, p. 449, p. 472; 영미법계의 판례법 제도와 대륙법계의 판례 제도는 모두 중국 특색의(中國特色) 안례지도제도의 귀감이 된다. 그러나 역사, 전통, 헌법제도, 사법 실무 등 사회문화적 배경의 차이로 인하여, 중국 특색의 안례지도제도는 영미법계의 판례법과 대륙법계의 판례 제도와는 운명적으로 다르다. 左衛民·陳明國 主編, 中國特色案例指導制度研究, 北京大學出版社, 2014, 第144頁; 중국법 교과서에서 아직 판례의 의미에 관한 독자적인 서술을 찾아보기는 어렵다. 梁慧星 著, 民法總論(第4版), 法律出版社, 2011; 王利明等著, 民法學(第3版), 法律出版社, 2011; 王利明 著, 民法總則(數字教材版), 中國人民大學出版社, 2017; 王利明 主編, 民法(第7版), 中國人民大學出版社, 2018.

[ 표 1 ] 지도성안례의 개념(중국 학계9)

- 안례 = 보통의 판결(구체적 사건에 대한 판결)  
 ※ 우리나라에서 ‘판결’과 유사한 개념.
  
- 판례 = 일반적인 효과를 갖는 판결  
 ※ ‘영미법계판례’와 유사한 개념으로, 고대 중국에 존재하였던 판례법도 여기 포함된다는 입장.
  
- 지도성안례 = 중국 특색의(제3의) 판결  
 ※ ‘안례(보통의 판결)’도 아니고 ‘판례(일반적인 효과를 갖는 판결)’도 아님. 절대적 참조사항으로서의 효력을 갖는 중국 특색의 판결.

최고인민법원은 2010년 《규정》에서 지도성안례는 최고인민법원에 의하여 결정되고 통일적으로 배포되며, 지도성안례에는 ‘지도적 역할(指導作用)’이 있다고 규정하였다. 《규정》의 내용은 2015년 최고인민법원이 제정한 《규정》 실시세칙(實施細則)(이하 본 장에서 “《실시세칙》”이라 함)10)에서 더욱 구체화되었다.

지도성안례의 지도적 역할로 미루어볼 때, 지도성안례는 유사안건에 대한 재판을 지도하는 역할을 함으로써 ‘안례지도11)’를 실현하는 수단이 된다. 다시 말해서, 최고인민법원이 도입한 ‘안례지도제도’는 곧 유사안건

9) 范長波·李林澤, “淺議中國案例指導制度”, 法制博覽, 法制園地, 2017·02(中), 第220頁; 胡云騰 主編, 위의 책, 第268頁; 汪世榮, “判例在中國傳統法中的功能”, 法學研究, 2016年(第1期), 第125頁, 第126頁 등.

10) 최고인민법원은 첫째, 《규정》을 구체적으로 실시하고, 둘째, 안례지도사무를 강화하고 규범화하며 추진하기 위하여, 셋째, 지도성안례가 심판사무에 있어서 지도적 역할을 충분히 발휘하고, 넷째, 법률 적용의 기준을 통일하며, 마지막으로 사법공정을 수호하기 위하여 《실시세칙》을 제정하였다(《실시세칙》 제1조).

11) 안례를 지도함을 말한다.

에 대한 재판에서 지도성안례의 지도하에 안례를 도출하도록 한 제도이다. 안례지도제도는 하급심법원 사이에서의 판결의 일관성을 한층 더 도모하기 위해 도입되었다.<sup>12)</sup>

대륙법계 국가인 중국에서 ‘안례’는 다른 안건에 대해서는 법률적 구속력이 없다. 이러한 전제에서, ‘지도성안례’와 ‘지도성안례가 아닌 안례’ 사이의 중요한 차이는 ① 최고인민법원 선정 절차의 유무와 ② 지도적 역할의 수행 여부에 있다. 안례 중 ‘지도성안례가 아닌 안례’는 각급 법원의 사건처리 결과물로서 유사한 소송 안건에 대한 재판에서 그저 참조가 될 수 있을 뿐인 반면, 안례 중 ‘지도성안례’는 ① 최고인민법원이 선정하며, ② 유사한 소송 안건에 대한 재판에서 지도적 역할을 수행한다.<sup>13)</sup>

지도성안례는 다른 안건에 대해서는 법률적 구속력이 없다는 점에서 우리나라의 판례공보 및 각급 법원(제1, 2심) 판결공보<sup>14)</sup>에 수록된 ‘판결’과 유사한 점이 있다. 지도성안례는 중국 최고인민법원이 공포하고, ‘판결’은 우리 대법원(법원도서관)이 발간하므로, 공포 주체 면에서도 유사하다. 그러나 법적 성질 면에서 지도성안례는 ‘절대적 참조 사항’<sup>15)</sup>이라는 점에서 그러한 제한이 없는 ‘판결’과는 결정적인 차이가 있다. 또한, 최고인민법원은 지도성안례 공포권을 법률(《인민법원조직법》)로 입법하고 공식문서에서 관련 내용을 수시로 강조하고 있는 데 비해 우리는

---

12) Harvard Law Review Association, “Chinese common law? Guiding cases and judicial reform”, Harvard Law Review[Vol. 129(8)], 2016, p. 2213, p. 2213.

13) 강광문·김영미, 중국법강의, 박영사, 2017, 262면.

14) 법원도서관(<https://library.scourt.go.kr/main.jsp>, 법원도서관> 판례판결정보> 공보, 2020. 6. 14. 최종접속).

15) 《규정》 제7조 최고인민법원이 공포한 지도성안례들은 이후 각급 인민법원이 유사안건(案例)을 심판할 때 반드시 참조하여야 한다.

《실시세칙》 제11조 공소기관, 사건당사자 및 그 변호인, 소송대리인이 지도성안례를 변론이유로 삼는 경우에는, 담당판사는 반드시 재판이유에서 당해 지도성안례를 참조하였는지 여부를 석명(回應)하고 그 이유를 설명하여야 한다.

법률(「법원조직법」) 차원에서는 판결의 공포권에 대한 내용을 규정하고 있지 않고 관련해서 단지 “법원도서관의 조직, 운영 등에 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다.”라는 규정이 있을 뿐이다(「법원조직법」 제81조). 이밖에 최고인민법원은 지도성안례의 선정 절차를 세부적으로 규정하고 관련 내용을 쉽게 검색할 수 있도록 하고 있으나 우리 대법원 판결의 선정 절차에 관한 세부적인 내용은 「법원도서관규칙」 제11조의 2(사법자료의 편찬·발간)의 규정 외에는 쉽게 찾아보기 어렵다.

《규정》에 의하면 지도성안례의 선정기준은 다음과 같다. 첫째, 사회의 광범위한 관심의 대상이 되는 안례이어야 하며, 둘째, 관련 법률규정이 비교적 원칙적인 것이어야 한다. 셋째, 너무 특수한 안례가 아닌 전형적인 안례이어야 하며, 넷째, 사안이 복잡하거나(疑難複雜) 새로운 유형의 안례이어야 한다. 마지막으로 기타 지도적인 역할을 할 수 있는 안례인 경우 지도성안례로 선정될 수 있다(《규정》 제2조).<sup>16)</sup>

《실시세칙》에서는 지도성안례의 요건을 다음과 같이 더욱 구체화하였다. 이에 따르면 지도성안례는 이미 법률적 효력이 발생한 재판으로서, 인정사실이 명확하고, 적용 법률이 정확하며, 재판의 논리가 충분하고, 법률적 효과와 사회적 효과가 양호하며, 유사안건 심리에 있어서 보편적인 지도적 의의를 가진 안례이어야 한다(《실시세칙》 제2조).

《실시세칙》에 따르면, 지도성안례는 제목(標題), 키워드(關鍵詞), 재판요지(裁判要點), 관련조문(相關法條), 기본적인 사실관계(基本案情), 재판결과(裁判結果), 재판이유(裁判理由) 등으로 구성된다(《실시세칙》 제3조).<sup>17)</sup> 지도성안례의 제목 밑 괄호 안에는 공포일자가 표기되며, 이어

16) 《규정》 제2조 각 항은 쌍반점(;)으로 연결되어 용례 상 다섯 가지 요건이 모두 충족되어야만 지도성안례로 선정될 수 있는 것은 아니나 중첩 적용은 가능할 것이다. [부록 1] 지도성안례 분석 참고.

17) [부록 2] 지도성안례 표본 및 [부록 5] 주요 중국법령(주요 조문) 중 최고인민법원 연구실 《지도성안례 체제 편집보고에 관한 의견(關於編寫報送指導性案例體例的意見)》, 《지도성안례양식》 인쇄 배포에 관한 통지(2013. 5. 10.)



키워드와 재판요지, 관련조문, 기본적인 사실관계, 재판결과, 재판이유 순서로 구성되고, 문서 좌측 상단에는 지도성안례 번호가, 우측 하단에는 책임 편집자<sup>18)</sup>의 이름이 표기된다. 지도성안례는 활용을 촉진하기 위하여 구성에 있어서 키워드를 도입하였다.<sup>19)</sup> 재판요지는 “지도성안례에서 추출하여 유사안건의 심판을 지도하는 재판규칙”이며,<sup>20)</sup> 관련조문에서는 관련된 성문 규정들을 나열하고 있다.<sup>21)</sup>

## II. 지도성안례의 범위

지도성안례도 판례와 같이 주론과 방론으로 나누어볼 수 있을 것이다. 즉 주론을 판례라고 이해하고, 방론은 판례가 아닌 것과 같이 지도성안례 중 주론이 지도성안례가 되고 방론은 지도성안례가 아니게 된다. 판례는 판결문서 전체로 주어지기 때문에 주론을 판결문서 전체로부터 도출하여야 하므로 주론과 방론을 명확히 구별해내는 데 어려움이 있을 수 있다. 그런데 지도성안례의 주론은 판례의 주론에 비해 파악하기 쉽다. 지도성안례의 경우에도 판례와 같이 지도성안례문서 전체로 주어지기는 하지만, 지도성안례의 주론은 ‘재판요지’로 구별되어 이미 추출되어있기 때문이다.<sup>22)</sup> 지도성안례의 본질적인 지도력은 지도성안례 그 자체에 있

---

참조.

18) 지도성안례 책임 편집자의 구체적인 직위나 역할에 대한 내용은 찾아볼 수 없었으나, 판례공보의 편찬을 맡고 있는 우리 법원도서관의 조사심의관과 비슷한 역할을 하지 않을까 추측해 본다.

19) Harvard Law Review Association, 위 논문, p. 2213, p. 2222.

20) 胡云騰, “關於案例指導制度的幾個問題”, 光明日報, 2014年01月29日 16 版.

21) Harvard Law Review Association, 위 논문, p. 2213, p. 2223; 지도성안례의 운용은 영미법계 판례보다 더욱 효율적이다. 영미법계 법관은 비교와 적용 이전에 복잡한 판결문에서 관련 법령을 먼저 찾아야 한다. 그러나 현행 지도성안례에는 관련 법령이 이미 발췌되어 있어 법관은 지도성안례 적용 시 직접적으로 사실 비교만 하면 된다. Jinting Deng, “The Guiding case system in Mainland China”, *Frontiers of Law in China*(Vol. 10 NO. 3), September 2015, p. 449, p. 457.

는 것이 아니라, 지도성안례 안에서 정확하게 이해되거나 구체화된 규범<sup>23)</sup>, 즉 재판요지에 있다. 물론 지도성안례의 주론도 지도성안례문서 전체로부터 이해하여야 하겠지만, 지도성안례의 주론은 재판요지로 이미 도출되어 있는 것이다.

우리나라의 판례 전문은 당사자, 원심판결, 주문, 이유 등으로 구성되는데 판례공보에 실기로 결정된 판결에 대하여는 판시사항, 판결요지, 참조조문, 참조판례를 작성한다. 판례공보에 실린 판결을 기준으로 지도성안례의 ‘재판요지’는 판례의 ‘판결요지’에 상응한다고 볼 수 있다. 그런데 판례의 판결요지는 판례 전문의 공식적인 구성 부분이 아니고 판례공보 발간을 위해 임의로 추출하는 것으로 참고용일 뿐 관련 규정에 따라 판결요지에 어떠한 법적 효력이 부여된다고 보기는 어렵다. 우리나라의 경우 판례의 판결요지를 판결의 일부로 보지 않는 반면에 지도성안례의 재판요지는 지도성안례 전문의 공식적인 구성 부분이고 최고인민법원 심판위원회에서 토론·결정하며<sup>24)</sup> 관련 규정에 따라 지도성안례를 참조할 때 재판요지를 참조해야 한다는 효력이 부여된다는 점에 큰 차이가 있다.

물론 지도성안례의 재판요지를 참조해야 한다고 해서 재판요지가 아닌 다른 부분을 참조할 수 없는 것은 아니지만, 관련 규정에서 효력을 인정하는 부분은 재판요지에 국한된다고 볼 수 있는 데 비해 우리 판례는 오히려 판결요지 부분이 아니라 판결 전문 전체(물론 구체적으로는 주론)로서 효력이 있다. 이러한 차이에 따라 장래의 재판에서 판례 또는 지도성안례를 참조하는 경우 우리 판례에서는 주론을 추출해내야 하는 반면에, 지도성안례에서는 이미 추출되어 있는 재판요지 부분을 참조하도록

22) 각급인민법원은 안건 심리 시, 기본적인 사실관계와 법률의 적용에 있어서 당해 안건이 최고인민법원이 공포한 지도성안례와 유사한 경우, 관련 지도성안례의 ‘재판요지(裁判要點)’를 반드시 참조하여 재판하여야 한다(《실시세칙》 제9조).

23) 左衛民·陳明國 主編, 위의 책, 第147頁.

24) 최고인민법원 심판위원회가 토론하여 결정한 지도성안례는 통일적으로 《최고인민법원공보》, 최고인민법원 홈페이지 및 《인민법원보》에 공고의 형식으로 공포한다(《규정》 제6조).

하여 장래의 재판에서 지도성안례를 쉽고 효율적으로 참조할 수 있게 한 점은 장점으로 볼 수 있겠으나, 판결의 전문에 대한 법관의 다양한 해석 가능성을 배제한 채 최고인민법원 심판위원회가 판단한 재판요지 부분으로 판결의 효력을 국한함으로써 법관의 재량을 제한할 수 있고 판결의 잠재력을 약화시켰다는 비판을 받을 수 있다.

판결요지의 발췌와 관련하여 우리 판례의 판결요지는 그저 참고용에 그칠 뿐이므로 그 무게감은 지도성안례의 재판요지보다 훨씬 가벼운 것이지만, 판결요지를 판결의 일부로 보지 않는 우리의 경우에도 판결문의 법리 중 판결요지로 추출되어있지 않은 부분에 대해서는 아무래도 상대적으로 더 무게를 낮추게 된다. 우리 판례의 경우도 이렇진대 지도성안례의 경우라면 공식적으로 재판요지로 추출되어있지 않은 부분에 대해서는 거의 다뤄지기 어려울 것으로 본다.

최고인민법원이 사건의 경위와 재판요지를 종합하여 재판이유를 논술하도록 하면서도<sup>25)</sup> 《실시세칙》에서 지도성안례의 전부가 아니라 재판요지를 참조하라고 규정한 이유는 아무래도 아직은 안례지도제도가 발전하는 단계에 있는 만큼 최고인민법원에서 지도성안례에 대한 법관의 다양한 해석가능성을 일단 배제하고 최고인민법원이 직접 추출한 재판요지를 참조하도록 하는 것이 제도의 정착과 사법통일의 관점에서 더 유리하다고 판단했기 때문일 것이다.

‘법령의 해석 적용에 관한 대법원의 의견 중 주론’이라고 할 수 있는 판례의 개념에 비추어보면 지도성안례는 ‘법령의 해석 적용에 관한 최고인민법원의 의견’이라 할 수 있으므로, 지도성안례를 참조한다고 할 때 지도성안례의 범위는 지도성안례 중 재판요지에 국한되는 것이고, 결국 ‘지도성안례 중 재판요지’를 지도성안례의 개념으로 정의할 수 있다.

---

25) [부록 5] 주요 중국법령(주요 조문) 중 최고인민법원 연구실 《지도성안례 체제 편집보고에 관한 의견》, 《지도성안례양식》 인쇄 배포에 관한 통지 참조.

### Ⅲ. 지도성안례의 법원성(法源性)

#### 1. 판례와의 비교

중국 학계에서 지도성안례의 법원성(法源性)을 정면으로 인정하지는 않으나, 최고인민법원의 ‘안례지도제도’를 중시해야 한다고 언급하고 있으며,<sup>26)</sup> 최고인민법원의 지도성안례가 다른 안건의 법관을 구속하는 법원이 되었음을 의미하는 것 같다는 평가도 있다.<sup>27)</sup>

최고인민법원은 안례지도제도를 구축하면서 ‘지도성안례’라는 개념도 함께 창설하였다. 안례지도제도를 운용하기 위한 수단이 바로 지도성안례이며, 지도성안례는 그 요건에서 알 수 있듯이 사회의 광범위한 관심의 대상이 되며, 원칙적인 법률규정을 다루고, 전형적이며, 사안이 복잡(疑難複雜)하거나 새로운 유형의, 지도적인 역할을 할 수 있는 안례로, 유사안건에 대한 재판을 지도하는 ‘지도적 역할’(《규정》 및 《실시세칙》 제1조)을 한다. 즉, 지도성안례는 절대적 참조(應當參照) 사항(《규정》 제7조)으로서의 효력을 가지며, 유사안건에 대한 재판에서 지도적 역할을 수행한다.<sup>28)</sup>

그런데 영미법계 국가에서는 판례에 법원성(法源性)을 부여하고 선례 구속성(先例拘束性)을 인정하는 데 비해,<sup>29)</sup> 대륙법계 국가에서는 판례를 법원(法源)으로 인정하지 않으며 따라서 판례에 법률적 구속력을 부여하지 않는다.<sup>30)</sup> 다른 안건에 대해서는 지도성안례에도 사실적 구속력<sup>31)</sup>은

26) 梁慧星 著, 위의 책, 第28頁.

27) 吳香香 著, 民法的演進: 以德國近代私法理念与方法爲線索, 世界知識出版社, 2012, 第41頁.

28) 강광문·김영미, 위의 책, 276-277면.

29) 江勇·馬良驥 等, 위의 책, 第157頁.

30) 見 陳興良 主編, 中國案例指導制度研究, 北京大學出版社, 2014, 第740-743頁.

31) 사실적 구속력이 아닌 지도력으로 새겨야 할 것이다.

있으나 법률적 구속력은 없다(binding de facto but not de jure).<sup>32)</sup> 최고 인민법원이 선정하였다는 차이는 있지만 지도성안례도 어찌되었건 법원의 판결 중에서 선정하는 것이다. 그렇기 때문에 최고인민법원으로서도 대륙법계 국가인 중국에서 지도성안례에 사법해석과 같은 법률적 구속력을 인정하기는 어려웠을 것이다. 이러한 여건하에서 지도성안례를 일반적인 안례와 구별하기 위하여 최고인민법원이 지도성안례를 절대적 참조사항으로 규정함으로써, 각급 인민법원이 유사안건을 재판할 때 지도성안례가 지도적 역할을 수행하도록 한 것이다.<sup>33)</sup>

형사소송에서 지도성안례의 지도력과 유사한 것으로 ‘양형기준(중국에서는 양형표준(量刑標準)이라 함)’을 들 수 있는데, 한국은 「법원조직법」 제81조의7 제1항에서 “법관은 형의 종류를 선택하고 형량을 정함에 있어서 양형기준을 존중하여야 한다. 다만, 양형기준은 법적 구속력을 갖지 아니한다.”라고 규정하여 양형기준의 구속력을 명시적으로 인정하지 않고 있다.<sup>34)</sup> 다만, 양형기준에 관해서는 같은 조 제2항에서 “법원이 양형기준을 벗어난 판결을 하는 경우에는 판결서에 양형의 이유를 적어야 한다. 다만, 약식절차 또는 즉결심판절차에 따라 심판하는 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 규정하는 데 비해, 《실시세칙》에서는 “당사자 등이 지도성안례를 변론 이유로 삼는 경우에는 반드시 지도성안례 참조 여부를 석명하고 그 이유를 설명하여야 한다”라고 규정하여, 지도성안례를 적용하여 판결을 하는 경우에도 판결서에 지도성안례 참조 ‘여부’를 표시하여야 하는 점에 차이가 있다.<sup>35)</sup>

다른 안건에 대해서는 지도성안례에 법률적 구속력은 없으나, 다만 지도성안례가 적용되는 방식은 판례와 같이 하급심법원에서 자연스럽게 채택하는 상향식(바텀업 방식)이 아닌 법률과 같이 최고인민법원이 반드시

32) Harvard Law Review Association, 위 논문, p. 2213, p. 2224.

33) 강광문·김영미, 위의 책, 277면.

34) 홍순욱, “양형기준의 제정과 한계”, 저스티스(제139호), 2013, 138면, 161면.

35) 관련하여 아예 ‘양형안례지도제도’를 수립하자는 의견이 있다. 臧德胜, “以案指导制度规范量刑协商的思考”, 案例論壇, 法律适用, 2020年(第6期).

참조하도록 공포하는 하향식(탑다운 방식)이다. 생성 기제 상 주로 최고 인민법원의 사법 외의 권력에 의존하며, 사법의 등급에 따른 권위를 기초로 삼지 않는 사건선정방식을 채택하고, 효력 기제 상 각급 법원이 유사안건 재판 시 절대적으로 참조(應當參照)할 것을 요구한다.<sup>36)</sup> 일반적인 판례의 경우 하급심 법관이 인용여부를 자유롭게 결정할 수 있는데 비해 지도성안례는 하급심 법관이 유사안건에서 반드시 참조하여야 한다는 차이가 있다.

## 2. 사법해석과의 비교

중국의 사법해석은 국가 최고사법기관이 재판사무에서 법률을 어떻게 적용할 것인지에 관하여 행하는 법률적 구속력이 있는 해석과 설명이다.<sup>37)</sup> 최고인민법원의 사법해석은 관계 법령에 따라 법률적 효력을 갖는다. 지도성안례의 법적 성격에 대해서는 관계 법령에 ‘지도적 역할’을 한다고만 되어 있을 뿐이므로, 사법해석의 효력은 지도성안례보다 강력하다.

《최고인민법원 사법해석사무에 관한 규정(最高人民法院關於司法解釋工作的規定)》(1997년 제정, 2007년 개정) 제4조는 “최고인민법원이 제정하고 공포하는 사법해석은 법률적 효력(法律效力)이 있다.”고 명시하였다. 이로써 최고인민법원은 사법해석의 법률적 효력을 정식으로 확인하였다.

전국인민대표대회 상무위원회는 2006년 8월 27일 《각급인민대표대회 상무위원회감독법》을 통과시켰는데, 여기서 최고인민법원의 사법해석(법률의 구체적 응용에 관한 해석<sup>38)</sup>)은 반드시 전국인민대표대회 상무위

36) 左衛民·陳明國 主編, 위의 책, 第149頁.

37) 김주, “중국 사법해석제도에 관한 고찰”, 비교사법(제15권 제2호), 2008, 373면, 376면.

38) 《최고인민법원 사법해석사무에 관한 규정(最高人民法院關於司法解釋工作的

원회에 보고하여 등록하여야(報備案) 한다고 규정하였다.<sup>39)</sup> 이는 입법기관이 최고인민법원 사법해석의 법원(法律淵源)으로서의 지위를 사실상 이미 승인하였다는 점을 드러낸 셈이다.<sup>40)</sup> 최고인민법원의 사법해석은 법령에 대한 유권해석의 일종으로, 중국의 급속히 양산되는 많은 법령에 내포된 추상적이고 모호한 내용을 보다 구체적으로 보완하는 사실상의 입법기능을 수행하고 있다.<sup>41)</sup>

최고인민법원의 ‘사법해석’이야말로 중국적인 특색을 가장 잘 드러내는 사법시스템이다. 사법해석은 사실상 거대한 법규체계로 발전해왔으며 “준입법(準立法)”으로서 기능하고 있다.<sup>42)</sup> 최고인민법원은 신중국의 성립

---

規定)》 제2조 인민법원의 심판사무에서 법률의 구체적 응용에 관한 문제는 최고인민법원이 사법해석을 내린다.

39) 《각급인민대표대회상무위원회감독법》 제31조 최고인민법원, 최고인민검찰원이 심판, 검찰 사무에서 내린 법률의 구체적 응용에 관한 해석은 공포일로부터 30일 내 전국인민대표대회 상무위원회에 보고하여 등록하여야 한다.

40) 朱景文 主編, 中國法律發展報告2010(下冊), 中國人民大學出版社, 2011, 第744頁.

41) 사법연수원, 중국법, 2010, 296면.

42) 《최고인민법원 사법해석사무에 관한 규정(最高人民法院關於司法解釋工作的規定)》(2007年3月23日 法發[2007]12号) 제6조 사법해석은 ‘해석’, ‘규정’, ‘회답’과 ‘결정’의 4가지 형식으로 이루어진다. 재판에 어떤 법률을 구체적으로 어떻게 적용할지, 혹은 어떤 안건이나 문제에 대해 법률을 어떻게 적용하여 사법해석을 제정할지에 관해서는 ‘해석’의 형식을 채택한다. 입법 정신에 따라 재판사무에서 제정이 필요한 규범, 의견 등에 관한 사법해석은 ‘규정’의 형식을 채택한다. 고급인민법원, 해방군 군사법원에서 재판사무에 법률을 구체적으로 적용하는 문제에 관한 지시요청에 대해 사법해석을 제정할 때는 ‘회답’의 형식을 채택한다. 사법해석을 개정하거나 폐지할 때는 ‘결정’의 형식을 채택한다.; 사법해석의 문제점 중 하나로 사법해석이 지나치게 많다는 점이 지적된다. 이로 인하여 실질적으로 사법해석이 제정법을 대체하는 경향이 있고(사법의 입법화), 이는 제정법과 입법기관의 권위에 부정적인 영향을 미치고 있다. 오늘날 입법과 사법의 분리이론으로부터 보면 중국에서 사법해석의 필요성이 절실하다고 하더라도 사법해석이 입법을 대체하는 것은 정당화될 수 없다. 이는 향후 중국이 법치국가로 나아감에 있어 필요적으로 해결하여야 할 문제 중의 하나이다. 사법해석을 한 주체는 반드시 헌법과 법률이 수권한 중국 최고심판기관인 최고인민법원의 심판위원회이어야 하는데, 최고인민법원은 사법해석으로 각 고급인민법원에 그 관할 구역의 실제상황에 따라 일정 범위에서의 구체적인 규정을 할 수 있도록 수권하고 있다. 최고인민법원이 고급인민법원에게 사법해석을 제정할 수 있는 특별수권을 부여함으로써

초기부터 사법해석을 공포하기 시작하였다. 최고인민법원의 사법해석권은 1954년 중국의 제1차 《헌법》<sup>43)</sup>과 《인민법원조직법》에서 그 법적 근거를 찾을 수 있는데, 1954년의 《인민법원조직법》 제28조는 “최고인민법원은 최고의 심판기관이다. 최고인민법원은 지방의 각급인민법원과 전문인민법원의 심판사무를 감독한다.”고 하고, 제10조는 “각급인민법원은 심판위원회를 설치한다. 심판위원회의 임무는 재판경험을 총괄하고, 중대하거나 해결이 곤란한 사안 및 기타 심판사무와 관련된 문제를 심의(討論)한다.”고 규정하고 있었는데 사법해석을 공포하여 각급인민법원의 활동을 지도·감독하는 것은 당시부터 이미 최고인민법원의 숨겨진 직권 중 하나였다.<sup>44)</sup>

중화인민공화국 전국인민대표대회에 의해 권한을 부여받은 사법해석이 법적 권한을 인정받고 있다고 하더라도, 법관들이 법을 제정할 수는 없다. 사법권은 법 적용에 한해서만 남겨져 있다는 것이 여전한 중론이다.<sup>45)</sup> 이는 법관이 사법해석의 형태로 법을 제정한다고 하더라도, 법관은 특정한 법조문의 적용을 위해 필요한 경우에만 그러한 법을 제정할 수 있다는 것을 의미한다.<sup>46)</sup>

물론 사법해석과 안례지도제도에는 공통점이 많다. 양자 모두 법률 적용의 통일이라는 동일한 목적을 갖는다. 양자의 적용범위도 유사하여, 모

---

써 사법해석은 최고인민법원과 최고인민검찰원만이 제정할 수 있다는 1급 체계는 사실상 파괴되었다는 것이다. 또한, 최고인민법원과 최고인민검찰원 이외의 공안부 등도 사법해석의 제정에 참여하고 있는 것은 사법해석권이 없는 기관이 사법해석을 제정하는 데 참여한다는 문제가 있다. 전대규, “중국의 사법해석에 관한 연구”, 사법(14호), 2010, 113면, 124-129면.

43) 《헌법》 제79조 최고인민법원은 최고심판기관이다. 최고인민법원은 지방각급인민법원과 전문인민법원의 심판사무를 감독하고, 상급인민법원은 하급인민법원의 심판사무를 감독한다.

44) 朱景文 主編, 위의 책, 第741頁.

45) 《인민법원조직법》 제18조 전단은 최고인민법원은 심판사무 중 ‘법률의 구체적 응용’에 속하는 문제에 대해 해석을 진행할 수 있다고 규정하고 있다.

46) Jinting Deng, 위 논문, p. 449, pp. 456-457.



두 법률 규정에 탄력성이 크거나, 법률에 맹점이 있거나 적용하는 데 난점이 있을 때 적용된다. 양자 모두 최고인민법원의 실제 재판사무(審判工作)에 기초하여 제정된다. 그러나 사법해석과 안례지도제도에는 본질적인 차이가 있다. 우선, 양자는 표현형식이 다르다. 사법해석은 일반적으로 성문법형식의 조문(條款) 규범으로 표현되고, 추상성을 가진다. 지도성안례는 구체화(細化)되거나 파생(引伸)된 법률규칙을 구체적인 경위에 결부시킨다. 둘째로, 양자는 법률적 근거와 구속력이 다르다. 사법해석은 유권해석으로 법률적 구속력이 있으나, 지도성안례는 다른 안전에 대해서는 법률적 구속력이 없으므로 법원(法源)으로 여겨져서는 안 되고 단지 지도 및 참조 역할로 인한 설득적 효과만 가질 뿐이어서 판사들이 법률연구를 수행하고 재판 경험을 교류하는 데 도움을 주는 유용한 도구에 지나지 않는다.<sup>47)</sup> 마지막으로, 사법해석의 형식에는 지도성안례가 포함되지 않고 사법해석의 제정 절차와 지도성안례의 선정 절차는 완전히 다르다. 법관, 인민배심원, 법원 기타 사무직원(工作人員), 검찰·공안·사법행정 직원, 변호사(律師) 등을 대상으로 한 설문 조사에 따르면, 58.71%의 조사대상<sup>48)</sup>이 지도성안례는 법률과 사법해석에 대한 구체화 혹은 보충이라는 점을 명확하게 밝혔다.<sup>49)</sup> 지도성안례는 법률 및 사법해석과 다르고 법원(法律淵源)으로서의 성질을 가지지 않는다.<sup>50)</sup>

사법해석은 일부 입법권을 사법기관이 집행함으로써 어느 정도는 현행 성문 규범에 대한 구체화 및 “통일적인 사법의 적용”이라는 역할을 하겠

47) Mo Zhang, “Pushing the envelope: Application of Guiding cases in Chinese Courts and Development of Case Law in China”, *Washington International Law Journal*, April 2017, p. 269, pp. 283-284.

48) 사회공중인사를 포함한 총 조사대상은 총 4,521명, 유효답변 총 3,994건(법관 1,367건, 인민배심원 339건, 법원 기타 사무직원(工作人員) 704건, 검찰·공안·사법행정 직원 566건, 변호사 488건, 사회공중인사 530건). 左衛民·陳明國 主編, 위의 책, 第74頁.

49) 그 밖에 법률과 동등한 효력이 있다는 의견이 8.64%, 사법해석과 동등한 효력이 있다는 의견이 10.04%, 사법해석에 비해 효력이 다소 약하다는 의견이 10.62%(미응답 11.94%)였다. 左衛民·陳明國 主編, 위의 책, 第81頁.

50) 左衛民·陳明國 主編, 위의 책, 第138頁.

으나 판례가 가져야 하는 다른 기능, 특히 추상적인 규범과 구체적인 사안 사이를 연동하는 기능은 할 수 없으므로,<sup>51)</sup> 이러한 기능을 지도성안례가 수행함으로써 사법해석과 지도성안례는 “통일적인 사법의 적용”에 있어 상호 보완적인 기능을 수행한다고 볼 수 있다.

중국의 법률체제에서 입법해석, 사법해석 등의 방식으로 지도성안례와 유사한 역할을 발휘할 수는 있겠으나, 상대적으로 안례지도제도는 지도성안례의 시의적절한 형성, 저비용, 개방성으로 인해 끊임없이 발전·변화하는 사회에 융통성 있고 효율적으로 대응할 수 있다는 점뿐 아니라, 안례라는 표현형식을 이용함으로써 내용이 풍부하고 더 이상의 “해석”이 필요 없으며 지도력이 강하다는 등의 장점이 있어 대체 불가능한 가치를 지닌다.<sup>52)</sup> 사법해석은 유사안건에 대한 서로 다른 판결의 문제를 해결하는 데 도움을 주기는 하였으나, 일반적으로 구체적인 대상이 없는 추상적이고 이론적인 해석을 사법 실무에서 법관이 다양한 사례의 재판에 적용하기에는 어려웠던 상황에서 사법해석과 성문법의 결합을 보완하기 위해 중국은 안례지도제도를 도입한 것이다.<sup>53)</sup>

기존의 실무와 《규정》의 관점에서 보면, 최고인민법원과 각 고급인민법원은 사법 외의 권력의 발전에 몰두하고 있는 것으로 보이는데 이를 의식하지 못하고 있다. 이렇게 수립된 안례지도제도는 필연적으로 사법이 아닌 권력에 의해 주도된다. 권력에 의해 주도되는 안례지도제도와 현행 사법해석제도는 모두 사법 외의 정책제정행위다. 전자는 후자의 기능을 일부 대체함으로써 최고인민법원의 추상적 사법해석을 공포하고자 하는 욕망을 억제할 뿐일 것이다. 물론 권력에 의해 주도된다는 점에서

---

51) 何海波·劉飛, “判例在德國公權力結構中的作用分析-成文法國家中判例法的意義追問”, 中國案例指導制度的權建和應用, 法律出版社, 2012, 第246頁, 第261-262頁.

52) 劉克毅, “論指導性案例的效力及其體系化”, 法治現代化研究, 2017年(第5期), 第122頁, 第126頁.

53) Xiaoyi Jiang·Ling Shao, “The Guiding case system in China”, China Legal Science(Vol. 1), 2013, p. 106, p. 113.

사법해석제도와 동일한 비판을 받을 수 있겠지만, 안례지도제도는 추상적인 사법해석에 비해서는 사법의 본질에 더 가깝다. 상대적으로 말하자면 일종의 진보인 것이다.<sup>54)55)</sup>

사법해석이 구체적인 사건을 전제하더라도 구체적인 사건의 형태로 제시되지는 않는 데 비해 지도성안례는 구체적인 사건의 형태로 제시되는 점에서 사법해석과는 결정적인 차이가 있고, 사법해석은 법률적 구속력(法律拘束力)을 갖는 반면 지도성안례는 다른 안건에 대해서는 법률적 구속력이 없다. 다만 보통의 판결 및 영미법계판례와는 구별되는 ‘절대적 참조’ 사항으로서의 효력을 가진다는 점이 지도성안례의 고유한 특징인 것이다.

### 제 3 절 지도성안례의 지도력

#### I. 학설의 대립

지도성안례에 대한 중국 학계의 인식은 크게 판례(법)발전설, 사법해석설, 관습법설, 법률적용기제설(法律適用機制說)로 구분할 수 있다. 이하에서는 지도성안례의 법적 성격에 대한 주요 논의를 학설별로 살펴보고자 한다. 기존 영미법계 이론의 관점에서 보면 판례(법)발전설, 사법해석설, 관습법설 및 법률적용기제설(法律適用機制說)로 대표되는 지도성안례에 대한 중국 학계의 인식은 전혀 새로운 것이 없다는 비판이 있을 수 있으

54) 宋曉, “判例生成与中國案例指導制度”, 法學研究, 2011年(第4期), 第58頁, 第66頁.

55) 일부 학자들은 지도성안례가 아직은 계약과 관련하여 넓은 범위의 이슈를 다루고 있지는 못하나, 지금까지 공포된 지도성안례는 논리가 정연하고 사려깊은 법학을 보여주고 있다고 평가하였다. Jocelyn E.H. Limmer, “China’s new ‘Common Law’: using China’s Guiding cases to understand how to do Business in the People’s Republic of China“, Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution, 2013, p. 96, p. 127.

나, 여기서는 중국 학계에서 지도성안례를 어떻게 바라보는지 파악하는데 중점을 두기로 한다.

## 1. 판례(법)발전설

### 가. 주장과 근거

대륙법계와 영미법계 사이의 교류와 융합에 따라, 판례 또한 점차 제정법을 주요 법원으로 삼는 대륙법계에서 일정한 지위를 차지하게 되었다. 이러한 배경에서 일부 학자들은 판례(법) 제도의 유익한 경험에 비추어 지도성안례에 판례(법)과 같은 성질을 부여하여 각급 법원의 법관에 대해 실질적 법률적 구속력을 갖게 함으로써 중국식(中國的) 판례(법) 제도를 구축하자는 주장을 하고 있다.<sup>56)</sup> 판례(법) 제도를 단번에 이뤄내기 어렵다는 전제에서 일부 학자들은 ‘유한판례제도(有限判例制度)’를 수립하여 사법해석과 함께 성문법을 보충하자고 주장하고 있다.<sup>57)</sup>

판례(법)발전설은 안례지도제도가 중국 고유의 ‘판례(법) 제도’로 가는 과도기적 성격의 제도라고 본다. 안례지도제도가 결국 판례(법) 제도로 발전할 것이고, 향후 지도성안례가 정식으로 법원(法源)으로서의 지위를

56) 左衛民·陳明國 主編, 위의 책, 第136頁; 王繼福·王秀玲, “中國宜建立适合自己國情的判例指導制度”, 燕山大學學報, 2005年(第1期); 張騏, “建立中國先例制度的意義與路經:兼答‘判例法’質疑”, 法律與社會發展, 2004(第6期); 顧敏康, “引入判例法, 促進司法改革”, 法學家, 2004(第4期); 許江·羅勇, “論法的不確定性與判例法之引進”, 江蘇行政學院學報, 2004年(第3期); 曹三明, “中國判例法的傳統與建立中國特色的判例制度”, 法律適用, 2002年(第12期); 劉穎, “論構建中國行政判例法的必要性”, 黑龍江省正法管理幹部學院學報, 2011年(第2期); 武樹臣, “激活判例機制 提昇司法權威”, 河北法學, 2011年(第3期); 王雪聰, “論刑事判例制度的本土化”, 公民與法, 2011年(第8期); 武建敏, “司法公信力的判例法立場”, 河北法學, 2011年(第3期).

57) 左衛民·陳明國 主編, 위의 책, 第136頁; 張榕, “通過有限判例制度實現正義-兼評我國案例指導制度的局限性”, 廈門大學學報, 2009年(第5期); 吳美來·陸歐麗, “我國‘有限判例制度’的構建”, 法律適用, 2004年(第5期).

가지게 될 것으로 보고 있다.<sup>58)</sup> 안례지도제도와 영미법계 판례(법) 제도의 방법론이 유사하고, 최고인민법원은 《최고인민법원 제1차 지도성안례 공포에 관한 통지(最高人民法院關與發布第一批指導性案例的通知)》(2011年12月20日, 司法解釋)에서 법원이 규정만 연구할 것이 아니라 방법론과 철학에 대해서도 연구할 것을 요구하여 방법론이 크게 강조됨에 따라 현행 지도성안례는 영미법계판례에 점점 더 가까워질 것이라는 입장이다.<sup>59)</sup> 판례(법)발전설은 결국 법원이 입법권을 갖게 된다는 점에서 의회에 대한 입법권 침해의 소지가 있으므로 합법성이 결여되었다는 비판을 받고 있다.<sup>60)</sup>

## 나. 분석 및 검토

판례(법)발전설은 대륙법계 국가와 영미법계 국가 사이의 활발한 교류를 바탕으로 영미법계 법체계의 좋은 점을 받아들이고자 한다. 지도성안례에 영미법계 판례(법)와 같은 성질을 부여하여 구체적인 사안에서 법령의 적용 방법을 보여줌으로써 성문법 중심의 대륙법계 법체계의 경직성을 극복하고자 하는 것이다. 특히 다른 안례는 몰라도 지도성안례는 다른 안건에 대해 판례(법)와 같은 법률적 구속력을 갖게 함으로써 중국식 판례(법) 제도를 구축하자는 주장인데, 4급 2심 중심제의 심급제도, 지방보호주의, 법관의 자질 부족 문제로 사법통일에 애로사항을 겪고 있는 중국 사법부의 실정을 고려할 때 사법통일의 관점에서 지도성안례에

58) 左衛民·陳明國 主編, 위의 책, 第136頁; 陳金釗, “案例指導制度下的法律解釋及其意義”, 蘇州大學學報, 2011年(第4期).

59) Jinting Deng, 위 논문, p. 449, p. 472.

60) 左衛民·陳明國 主編, 위의 책, 第137-138頁; 중국에서 판례법을 바라보는 세 가지 관점이 있는데, 첫째는 판례법 제도를 채택하자는 관점, 둘째는 판례법 제도를 채택해서는 안 된다는 관점이고, 셋째가 판례법을 채택하지는 않지만 판례의 역할을 강화하자는 입장인바, 안례지도제도는 실질적으로 세 번째 관점에 편향되어 있다. 鄧矜婷 著, 指導性案例的比較與實証, 中國人民大學出版社, 2015, 第26頁.

다른 안건에 대한 법률적 구속력을 부여하려는 판례(법)발전설의 주장은 경청할 만하다. 영미법계의 판례(법)와 같이 당장에 모든 안례에 법적 구속력을 부여하기는 어려울 것이지만 그 과도기로서 적어도 지도성안례에는 판례(법)과 같은 효력을 부여하자는 것인데, 사법해석과 함께 지도성안례를 성문법을 보충하는 수단으로 삼자는 판례(법)발전설의 주장은 지도성안례의 내용이 기존 법령의 효력에 저촉되지 않고 이를 보충하는 데 그친다는 한계 내에서는 대륙법계 법체계를 고려하더라도 타당한 주장일 수 있다.

그러나 판례(법)발전설의 주장과 같이 안례가 아닌 오직 지도성안례에만 판례법과 같은 법률적 구속력을 부여한다고 해도 다음과 같은 위험이 있다. 지도성안례뿐 아니라 어느 안례에도 법적 구속력이 부여되고 있지 않은 현재의 대륙법계 체제에서도 법령의 범위를 넘는 해석을 했다는 이유로 안례에 대한 비판이 제기되고 있다. 즉 실제 안례에 법률적 구속력이 부여되어 있지 않은 현실에서도 안례에서 사법부의 ‘월권’행위에 대해 비판이 제기되고 있듯이, 실제 개별 안례에서의 법령의 해석 적용이 기존 법령의 범위를 넘은 것인지 여부가 문제되고 있는데, 이러한 상황에서 지도성안례에 덜컥 법적 구속력을 부여해버리면 그야말로 법관이 새로운 법을 만드는 형태로 대륙법계 법체계에 어긋나는 결과를 초래할 수 있다. 다른 안건에 대해서는 지도성안례에 법률적 구속력이 없는 지금도 존재하는 이러한 위험에 대한 해결책 없이 성급하게 지도성안례에 판례(법)와 같은 법적 구속력을 부여할 수는 없을 것이다.

요약하자면, 판례(법)발전설은 영미법계 국가에서와 같이 판례(법)를 활용하여 법령의 해석 적용 방법을 구체적이고 생동적으로 제시할 수 있다는 점에는 주목할만하지만, 결국 성문법 중심으로 운영되는 대륙법계 국가에서 ‘법령’과 ‘법령의 해석 적용’과의 우열 관계가 모호해져 극단적으로는 결국 성문법 체계를 붕괴시킬 수 있는 위험이 내재하고 있으므로 채택하기 어렵다. 한편 다른 안건에 대해서는 법률적 구속력이 없는 지도성안례를 통해서도 법령보다 구체적이고 생동적인 법령의 해석 적용

방법을 제시함으로써 영미법계의 판례(법)과 유사한 효력을 거둘 수 있다는 점도 고려해야 한다.

## 2. 사법해석설

### 가. 주장과 근거

사법해석설은 지도성안례가 사법해석의 일종이라고 주장하여 다른 안건에 대해서 지도성안례에 우회적으로 법률적 구속력을 부여하고자 한다.<sup>61)</sup> 중국이 안례지도제도를 확립하려면, 지도성안례의 법률적 효력을 사법해석에 버금가는 것으로 명확히 하여 준사법해석의 효력을 부여해야 한다는 주장이다.<sup>62)</sup> 심지어 일부 학자들은 지도성안례를 사법해석의 일종으로 포함시키는 것만이 지도성안례에 ‘규범적 구속력(規範約束力)’을 부여하는 유일한 길이라고 주장하고 있다. 현행 중국 헌법 제도에서 지도성안례에 법률적 효력(法律效力)을 부여할 수 있는 유일한 방법은 ‘사법해석’ 기제에 의존하는 길뿐이기 때문이다.<sup>63)</sup>

사법해석설은 지도성안례의 지위와 역할을 지속적으로 긍정해왔다. 지도성안례가 이미 제도적 권위에 기반을 두고 있으며 약한 규범적 구속력을 갖춘 재판근거가 되어 재판에서 “준법원(准法源)”으로서의 지위를 갖추었지만<sup>64)</sup> 지도성안례의 무게감(分量)이 제정법 및 사법해석보다는 약

---

61) 左衛民·陳明國 主編, 위의 책, 第136頁; 周偉, “通過案例解釋法律:最高人民法院案例指導制度的發展”, 當代法學, 2009年(第2期); 朱建敏, “構建案例指導制度的幾個具體問題-基於效力定位的視覺”, 法治研究, 2008年(第7期).

62) 劉兆燕, “我國案例指導制度構建的設想”, 司法天地, 法制與社會, 2007, 第412頁.

63) 左衛民·陳明國 主編, 위의 책, 第136-137頁; 王晨光, “制度構建與技術創新-我國案例指導制度面臨的挑戰”, 國家檢察官學院學報, 2012年(第1期).

64) 그러나 《실시세칙》 제10조에서는 지도성안례의 인용 방법을 구체적으로 밝히면서, 지도성안례는 재판이유로만 인용하여야 하고, 재판근거로는 인용할 수 없다고 명시하였기에 지도성안례가 재판근거가 된다는 주장은 《실시세

해서 수많은 현실적, 제도적 요인의 영향을 받고 있다고 본다.<sup>65)</sup>

안례지도제도 하에서는 안례에 자동적으로 보편적인 효력이 생길 수 없고, 반드시 최고사법기관의 승인을 거쳐야 안례에 효력이 생긴다. 어떤 이들은 이러한 생성방식이 지도성안례로 하여금 판례법이 아니라 성문법이 되게 한다고 주장한다. 즉 ‘안례’가 집대성을 거쳐 ‘지도성안례’가 되는 것이라는 이러한 주장에 따르면 집대성 후의 지도성안례는 당초의 판결 그대로의 모습이 아니기에 더 이상 사법재판이 아니고 도리어 제정법체계의 일부가 된다는 견해다.<sup>66)</sup> 그러나 중국은 대륙법계 국가이고 안례가 법이 되어서는 안 된다는 믿음이 강하기 때문에 지도성안례에 공식적인 법률효과를 즉각적으로 부여하기는 어렵다. 다만 사법해석설은 지도성안례가 사법해석과 같이 미래에 공식적인 법적 효력을 갖는 것은 가능하다고 본다. 최고인민법원이 1997년 사법해석에 명백하게 공식적인 법률효과를 부여하기까지는 현행 사법해석제도에 따른 사법해석이 1980년대 초 처음 공포되었을 때로부터 15년이 넘는 시간이 걸렸고, 공식적인 법률효과가 부여되기 전까지 최고인민법원은 사법해석의 양과 내용, 적시성을 증가시킴으로써 사법해석의 실질적 권한을 점진적으로 수립해왔다는 점에 주목한 것이다.<sup>67)</sup>

판례법이 현재 중국에 공식적으로 존재하지는 않는 것이 사실이지만 최고인민법원에서 절대적 참조 사항으로 규정한 지도성안례는 중국에는 법원 의견의 법률적 근거를 구성하게 될 것으로 예상되므로, 그때에는 지도성안례의 법적 기능을 부인하기는 어려울 것이라는 의견이다.<sup>68)</sup>

---

칙》에 배치되는 주장이다.

65) 孫光宇·焦寶乾, “邁向法治新常態下的法律方法論研究”, 山東大學學報 (哲學社會科學版), 2016年(第4期), 第148頁, 第154頁.

66) 鄧矜婷 著, 위의 책, 第43頁. 지도성안례의 양식에 관해서는 [부록 2] 지도성안례 표본 외 참조.

67) Jinting Deng, “A Functional Analysis of China’s Guiding Cases”, China: An International Journal(Vol. 14 Number 2), May 2016, p. 44, pp. 83-84.

68) Mo Zhang, 위 논문, p. 269, p. 303.



## 나. 분석 및 검토

최고인민법원은 중국 특색의 제도로서 안례지도제도를 도입하였는데, 중국은 이미 사법해석이라는 중국 특유의 새로운 제도의 도입 및 정착에 성공해본 경험이 있고, 안례지도제도도 이러한 경험과 자신감을 바탕으로 도입한 것으로도 볼 수 있다. 사법해석설은 마치 이러한 성공의 경험을 안례지도제도에 대입하려는 듯하다. 도입 초기에는 사법해석에도 법률적 구속력이 없었고 지금보다 더 많은 비판을 받았을 것이다. 현행 사법해석제도는 십여 년의 세월을 걸쳐 중국 고유의 제도로 정착했다고 평가할 수 있다. 그런데 중국 대륙의 사법통일이라는 절실한 배경에서 탄생한 안례지도제도를 빠르게 정착시키기 위해 사법해석설은 중국 고유의 제도로서의 특성을 띠면서 가장 유사한 제도로 사법해석제도에 주목한 것 같다. 지도성안례는 사법해석과 달리 구체적 사안을 전제로 한 법령의 해석 적용 문제를 다루는데, 이러한 차이에도 불구하고 궁극적으로 지도성안례의 효력을 다른 안건에 대해 사법해석과 같은 법률적 구속력이 있다고 함으로써 사법해석설은 현존하는 중국 고유의 특성을 가진 제도로써 지도성안례의 성격을 간명하게 정의할 수 있다는 점에서 다소 설득력이 있어 보인다.

그러나 사법해석은 법률적 구속력을 갖기 때문에, 지도성안례의 효력을 사법해석과 같다고 보는 것은 결국 지도성안례에 법원성(法源性)을 인정한다는 점에서 판례(법)발전설과 마찬가지로, 다른 안건에 대해 지도성안례에 법률적 구속력을 부여하는 것이 성문법 법체계와 조화를 이룰 수 있는지는 숙고해야 하는 문제라는 점에서 지도성안례를 사법해석으로 보는 사법해석설의 문제는 지도성안례를 판례(법)로 보는 판례(법)발전설의 문제와 일맥상통한다.

요약하자면, 사법해석설은 현존하는 중국 고유의 사법해석제도를 통해 지도성안례의 효력을 명확하게 제시할 수 있다는 점에는 주목할만하지

만, 다른 안건에 대해 지도성안례에 법률적 구속력을 부여함으로써 결국 성문법 중심으로 운영되는 대륙법계 국가에서 ‘법령’과 ‘법령의 해석 적용’과의 우열 관계에 혼란을 초래할 수 있으므로 채택하기 어렵다. 다만 중국은 결국 사법해석제도를 정착시켰고 사법해석에는 법률적 구속력이 부여되었다. 사법해석제도의 정착 과정을 보면, 지금은 어렵더라도 미래 어느 시점에는 지도성안례도 사법해석과 같이 중국 법체계에 정착되어 다른 안건에 대해 법률적 구속력이 부여될 가능성이 전혀 없다고 장담하기는 어려운 이유다.

### 3. 관습법설

#### 가. 주장과 근거

관습법설은 지도성안례에 다른 안건에 대해 법률적 구속력을 부여하자는 유사한 취지에서 지도성안례를 관습법과 융합하여 지도성안례에 관습법과 같은 효력을 부여하자는 의견이다. 관습법설에 따르면 중국 법전에 명시된 다음과 같은 관습법 관련 규정을 근거로 지도성안례는 관습법과 융합해 법률적 구속력을 갖는다.

《헌법》 제4조 제4항은 다음과 같이 규정하고 있다: “중국 각 소수민족에는 자신의 풍속습관 및 종교 신앙을 보존하거나 개혁할 자유가 있다.” 《민족지역자치법(民族區域自治法)》 제10조는 다음과 같이 규정하고 있다: “민족자치지역(地方)의 자치기관은 각 민족이 자신의 언어를 사용하고 발전시킬 자유가 있고, 자신의 풍속 습관을 보존하거나 개선할 자유가 있음을 보장한다.” 같은 법 제20조는 다음과 같이 규정하고 있다: “상급국가기관의 결의, 결정, 명령과 지시가 민족자치지역의 실상에 적합하지 않은 경우 자치기관은 해당 상급국가기관의 비준을 거쳐 집행이나 집행정지를 변통(變通)할 수 있다.” 《입법법》 제75조는 다음과 같

이 규정하고 있다.: “민족자치지역의 인민대표대회에는 현지 민족의 정치, 경제 및 문화적 특성에 따라 자치조례와 단행조례(單行條例)를 제정할 권한이 있다. …… 자치조례와 단행조례는 현지 민족의 특성에 따라 법률과 행정법규의 규정에 대해 변통규정을 제정할 수 있으나, 법률이나 행정법규의 기본원칙을 위반해서는 안 되고, 헌법과 민족지역자치법의 규정 및 기타 관련 법률, 행정법규에서 특별히 민족자치지역에 관해 제정한 규정에 대해 변통규정을 제정해서는 안 된다.”

《형법》 제90조는 다음과 같이 규정하고 있다.: “민족자치지역에서 본법의 규정을 전부 적용할 수 없는 경우, 자치구나 성의 인민대표대회는 현지 민족의 정치, 경제, 문화적 특성 및 본법 규칙의 기본원칙에 따라 변통 혹은 보충 규정을 제정하여 전국인민대표대회 상무위원회의 비준을 거쳐 실시할 수 있다.” 같은 법 제251조는 다음과 같이 규정하고 있다.: “국가기관의 공무원(工作人員)이 위법하게(非法) 국민의 종교 신앙의 자유를 박탈하고 소수민족의 풍속습관을 침범한 정황이 심각한 경우 2년 이하의 유기징역이나 구역(拘役)에 처한다.”

《민법전(民法典)》 제289조는 다음과 같이 규정하고 있다.: “법률, 법규에서 상린관계 처리에 대해 규정이 있는 경우, 그 규정에 따른다.; 법률, 법규에 규정이 없는 경우, 현지의 관습에 따를 수 있다.” 제321조는 다음과 같이 규정하고 있다.: “천연과실(天然孳息)은 소유권자가 취득한다.; 소유권자도 있고 용익물권자도 있는 경우, 용익물권자가 취득한다. 당사자 간에 별도의 약정이 있는 경우, 약정에 따른다. 법정과실(法定孳息)은 당사자 간에 약정이 있는 경우, 약정에 따라 취득한다.; 약정이 없거나 약정이 불명확한 경우, 거래관습에 따라 취득한다.”

《민법전(民法典)》 제480조는 다음과 같이 규정하고 있다.: “승낙은 통지의 방식으로 해야 한다. 다만 거래관습이나 청약의 의사표시(要約表明)에 따른 경우에는 예외로 할 수 있다(可以通過行爲作出的除外).” 제484조는 다음과 같이 규정하고 있다.: “승낙에 통지가 필요하지 않은 경

우, 거래관습이나 청약의 요구에 따라 승낙행위를 한 때 효력이 발생한다.” 제510조는 다음과 같이 규정하고 있다: “계약의 효력이 발생한 후, 당사자 간에 품질, 가격이나 보수, 이행지점 등의 내용에 관해 약정하지 않았거나 약정이 불명확한 경우, 협의하여 보충할 수 있다.; 보충 협의를 달성할 수 없는 경우, 계약의 관련 조항이나 거래관습에 따라 확정한다.” 제509조는 다음과 같이 규정하고 있다: “당사자는 성실신용의 원칙을 좇아 계약의 성질, 목적 및 거래관습에 따라 통지, 협조, 보안(保密) 등의 의무를 이행해야 한다.” 제142조는 다음과 같이 규정하고 있다: “상대방 있는 의사표시의 해석은 사용된 문구(詞句), 관련 조항, 행위의 성질과 목적, 관습 및 성실신용의 원칙에 따라 의사표시의 진실한 의사(含義)를 확정해야 한다.”

관습법설에 따르면, 중국 법전에 명시된 이러한 관습법 관련 규정은 관습법의 법원으로서의 지위와 법치 건설에서의 중요한 역할을 충분히 설명하고 있으며, 모두 개괄적, 인용적 규정이어서 법관이 사법재판 과정에서 발견하고 나아가 재판규범으로 삼아 안건의 심리에 적용할 필요가 있다. 관습법설은 지도성안례가 관습법과 융합할 수 있게 된다면, 지도성안례의 실질적 합리성을 제고하고, 지도성안례를 사법재판에 적용할 수 있게 됨으로써 사법재판에 대한 사회적 공감대를 강화하고(社會認同), 사법의 사회적 공신력을 제고함으로써 최종적으로 사회적 분쟁의 해소(化解)라는 목적을 현실화할 수 있다고 본다. 관습법설은 《규정》 제2조가 지도성안례가 관습법을 융합 및 흡수할 수 있는 가능성을 열어두었다고 보는데, 사회적으로 광범위한 관심의 대상인 안례는 국민 마음에 가치에 대한 공감(價值認同), 법감정(法律感情) 및 정의감을 불러일으키는 안례로, 법률 규정이 비교적 원칙적인 안례는 입법자가 법관에게 자유재량 및 흠결의 보충을 수권한 안례로 법관이 거래관습, 공서양속, 풍속습관 등을 충분히 고려하여 자유 재량권을 합리적으로 운용함으로써 법률을 해석하고 흠결을 보충하게 하는 안례로, 사안이 복잡하거나 새로운 유형의 안례는 법관이 거래관습, 공서양속, 풍속 습관 등을 결합하여 안건 사

실에 내포된 법률적 의의를 확정하고, 당해 안건에 적용되는 법률을 발견하여 재판에 임할 필요가 있게 하는 안례로 해석한다.<sup>69)</sup>

## 나. 분석 및 검토

지도성안례의 효력을 관습법적 효력으로 명확하게 제시하는 점에서는 관습법설도 주목할만하다. 특히 관습법설은 《규정》 제2조에서 지도성안례와 관습법의 융합 가능성을 보는데 지도성안례가 그 자체로서가 아니라 관습법과 융합해 법률적 구속력을 갖는다고 주장하는 점이 독특하다. 《규정》 제2조를 살펴보면, 사회의 광범위한 관심의 대상인 경우(제1호), 법률 규정이 비교적 원칙적인 경우(제2호), 전형성을 갖춘 경우(제3호), 사안이 복잡하거나 새로운 유형인 경우(제4호), 기타 지도적 역할을 하는 안례인 경우(제5호)를 지도성안례의 요건으로 나열하고 있는데, 이러한 요건에 해당하는지를 판단할 때 법률적인 판단보다는 법률 외적인 요소가 많이 고려될 여지가 있다는 점은 부인하기 어렵다. 관습법설의 강점은 지도성안례가 관습법과 융합함으로써 사회적 공감대를 통해 설득력을 얻는다고 보는 점이라고 할 수 있다.

그러나 사법해석과 마찬가지로, 관습법도 법률적 효력을 갖는 법원(法源)이라는 점에서 지도성안례에 관습법적 효력이 있다고 보는 것은 지도성안례를 사법해석으로 보는 것과 마찬가지로 성문법 중심의 대륙법계 법체계의 한계를 넘은 것이라는 지적이 가능하다. 이러한 점에서 지도성안례를 관습법으로 보는 관습법설의 문제는 지도성안례를 판례(법)로 보는 판례(법)발전설이나 지도성안례를 사법해석으로 보는 사법해석설의 문제와 일맥상통한다.

최고인민법원은 지도성안례는 지도적 역할을 한다고만 규정하고 있을 뿐 지도성안례에 관습법과 같은 효력이 있다고 규정하지 않았다. 즉, 관

69) 劉克毅, 위 논문, 第122頁, 第132-134頁.

습법설에도 불구하고 지도성안례 그 자체를 관습법이라고 볼 만한 문언의 규정이 없으며, 관습법설은 《규정》 제2조를 관습법 관련 규정으로 보고 지도성안례가 관습법과 융합해 법률적 구속력을 갖는다고 보는데, 설사 《규정》 제2조를 관습법 관련 규정으로 보더라도 《규정》 제2조는 지도성안례의 요건을 규정한 것일 뿐이므로 《규정》 제2조와 개별 지도성안례는 별개로 존재하는 것이지 관습법설의 주장과 같이 지도성안례가 성문 규정인 《규정》 제2조와 융합해 다른 안건에 대해 법률적 구속력을 갖는다고 볼 만한 근거가 없다. 다만 관습법설에서 주목할만한 점은 지도성안례가 관습법과 같은 정도의 설득력을 갖는다고 본 것인데, 《규정》 제2조의 요건과 같이 지도성안례가 사회적 관심과 공감대 속에 선정되고 공포되어야만 관습법과 같이 사회적으로 존중받고 고려되는 강력한 효력을 발휘할 수 있을 것이다.

#### 4. 법률적용기제설(법률적용설)

##### 가. 주장과 근거

법률적용설은 지도성안례는 어디까지나 ‘법관의 법 해석(法官釋法)’이지 ‘법관의 법 창조(法官造法)’는 아니라는 점에서 지도성안례를 일종의 ‘법률적용기제(法律適用機制)’로 본다.<sup>70)</sup> 법률적용설에 따르면 안례지도제도는 영미법계의 판례법 제도가 아니고, 대륙법계의 법률적 구속력(法律拘束力)이 없는 판례 제도와의 다르다. 일부 학자들은 향후 안례지도제도의 발전에 있어서 지도성안례에 사실적 구속력<sup>71)</sup>을 부여하여 법관이 유사안건을 심리할 때 반드시 참조하게 하고, 재판이유로 직접 인용할 수 있게 하는 데서 나아가 판결이 지도성안례에 배치(背離)된다는 이유

70) 左衛民·陳明國 主編, 위의 책, 第135頁.

71) 사실적 구속력이 아닌 지도력으로 새겨야 할 것이다.

로 당사자들이 상급심법원에 상소를 제기하거나 재심을 신청할 수 있도록 허가하고, 상급심법원 또한 같은 이유로 판결변복, 파기환송, 재심명령 등을 할 수 있도록 하는 점 등을 반드시 고려하여야 한다고 주장하고 있다.<sup>72)</sup> 지금은 해당 지도성안례와 반대되는 결정을 한 경우 또는 법원이 해당 지도성안례를 인용하지 못한 경우 상소가 가능한지 여부가 확실하지 않다.<sup>73)</sup> 법관, 인민배심원, 법원 기타 사무직원(工作人員), 검찰·공안·사법행정 직원, 변호사(律師)를 대상으로 한 설문 조사에서, 조사대상<sup>74)</sup>의 43.65%가 안례지도제도는 일종의 법률적용기제에 속한다고 응답하였다.<sup>75)</sup>

법률적용설에 따르면 첫째, 지도성안례는 법률 및 사법해석에 대한 구체화 혹은 보충이다. 법률적용설에 따르면 관례(법)발전설은 현행 제도와 맞지 않으며 법원의 법 제정이라는 면에서 입법권 침해의 소지가 있고, 사법해석설은 반대로 지도성안례를 사법해석이라는 현행 제도 그대로 보려는 문제가 있다. 법률적용설은 지도성안례의 효력은 실무에서 증명하도록 남겨 두어 입법권의 권위를 존중하고, 사법권의 본분을 엄수함으로써 지도성안례가 합법성과 실행 가능성을 더욱 갖추도록 하였다.<sup>76)</sup> 제정법 및 사법해석과는 다르게, 지도성안례는 구체적인 사실에서 법률을 어떻게 적용하는지를 반영하므로, 법률과 현실 사이의 흠결을 메워줄 수 있다. 법관은 지도성안례의 사실과 판결 결과에 직접적으로 근거하여 자

72) 左衛民·陳明國 主編, 위의 책, 第137頁; 孫謙, “建立刑事司法案例指導制度的探討”, 中國法學, 2010年(第5期); 劉作翔, “我國爲什麼要實行案例指導制度”, 法律適用, 2006年(第8期).

73) Mo Zhang, 위 논문, p. 269, p. 285.

74) 사회공중인사를 포함한 총 조사대상은 4,521명, 유효답변 총 3,994건(법관 1,367건, 인민배심원 339건, 법원 기타 사무직원(工作人員) 704건, 검찰·공안·사법행정 직원 566건, 변호사 488건, 사회공중인사 530건). 左衛民·陳明國 主編, 위의 책, 第74頁.

75) 그 밖에 법원(法源)에 해당한다는 의견이 14.78%, 입법 보충에 해당한다는 의견이 28.35%, 사법해석에 해당한다는 의견이 9.12%(미응답 4.1%)였다. 左衛民·陳明國 主編, 위의 책, 第82頁.

76) 左衛民·陳明國 主編, 위의 책, 第137-138頁.

신이 다루는 사건의 판결 결과를 결정한다.<sup>77)</sup>

둘째, 법률적용설은 정책결정기관(決策層)의 의사에 부합한다. 2005년 최고인민법원은 《인민법원 제2차 5개년 개혁 요강(人民法院第二個五年改革綱要)(2004-2008)》에서 “심판지도제도와 법률의 통일적 적용 기제의 개혁과 완성(完善)” 부분에서, “안례지도제도를 수립하고 완성하게 하며, 법률 적용기준의 통일, 하급심법원심판사무의 지도, 법학 이론을 풍부하게 하고 발전시키는 등의 면에서 지도성안례의 역할을 중시한다.”라고 하였고, 2009년 2월 중앙정치위원회는 《과학발전관의 투철한 학습 및 실천을 통한 정법 사무에서 불거지는 문제 해결에 관한 의견(關與深入學習實踐科學發展觀解決政法工作突出問題的意見)》을 정식 공포하고, 사법공정(司法公正)이 정법 사무의 생명선임을 강조하면서 다음과 같이 요구하였다. “법률의 통일적 적용 기제를 수립하고 완성하게 하려면, 자유 재량권을 한층 더 규범화하여야 한다. 중앙 정치기관은 지역성·계층성·단계성을 가지고 중국 정세에 부합하는 안례지도제도의 구축에 속도를 내어, 지도성안례가 자유 재량권을 규범화하고, 법률의 통일성과 지역적 차별성 사이를 조정(協調)하는 역할을 충분히 발휘하게 함으로써 재량과정에서의 수의성을 줄여야 한다. 특히 주요부서(重點崗位)와 주요 부문(重點環節)의 법 집행 활동을 규범화하여, 법 집행의 규범화 건설을 법 집행 활동의 전 과정 및 모든 법 집행 부서에서 관철시켜야 한다.” 2010년 12월, 최고인민법원은 《규정》을 인쇄 배포하면서, 《규정》의 정식 시행 배경은 “심판경험을 총괄하고, 법률 적용을 통일하며, 심판의 질을 제고하고, 사법공정을 수호하기 위함”이라고 지적하였다. 이와 같이 정책결정기관(決策層)은 일관적으로 지도성안례를 일종의 법률적용기제로 자리매김하고자 하는데, 그 목적은 법률 적용을 규범화하고 사무지도를 강화하는 데 있다.<sup>78)</sup>

셋째, 법률적용설은 경험주의 철학에 부합(契合)한다. 경험주의는 판례

77) 鄧矜婷 著, 위의 책, 第32頁.

78) 左衛民·陳明國 主編, 위의 책, 第138-139頁.



의 철학적 기초로서 비교법적인 시각에서 분석하자면, 비록 영미법계와 대륙법계 사이의 경계가 점점 모호해지고 있기는 하지만 선행 판결이 후행 판결에 대하여 강하거나 약한 구속력을 가지고 있다는 점에 대해서는 모두 인정하고 있다. 그러나 이러한 구속력은 유권 기관(權威機構)이 효력을 미리 계획(豫設)한 데서 비롯된 것도 아니고, 인위적인 이성으로 구축한 결과물(產物)도 아니며 법률에 정식으로 마련(安排)된 것도 아니다. 도리어 논리, 윤리, 지식, 이익 및 소송제도 운영에서 비롯된 종합적인 효과다. 영미법계의 판례의 효력은 일종의 관습과 비권력구조에서 비롯되며, 오랜 세월 이어져 온 사법적 전통이다. 반면 대륙법계의 판례의 효력은 학자들이 사실적 구속력<sup>79)</sup>이라고 부르는데, 그 효력이 사법 실무의 정형화(定型化)에서 비롯되었음을 명칭에서부터 바로 알 수 있다. “경험”이란 바로 여러 차례의 실천으로 획득한 지식과 기술이고, 한 차례의 실천으로 탄생(催生)한 지식은 경험이 아니다. 판례(법)발전설과 사법해석설은 지도성안례를 법원(法源)으로 규정지을(定位) 것을 도모하는 일종의 선형주의적 행태(做派)로서 경험주의적 특성과는 정반대다. 이러한 의미에서의 구속력은 사법 실무에서 관철되지 못하면 최고인민법원의 권위와 사법의 공신력에 지속적인 손해를 끼칠 것이다. 법률적용설은 안례지도제도의 기본적 성질을 규정하는(定位) “지도성(指導性)”에는 선형적 구속력이 없다고 본다. 지도성안례가 효과적으로 준수되는지 여부는 미래에 반복되는 사법 실무로 검증하면 될 것이므로 법률적용설은 경험주의 철학에 더욱 부합한다.<sup>80)</sup>

넷째, 법률적용설은 사법 현실에 순응한다. 영미법계와 대륙법계의 판례 제도의 공통점은 상급심법원, 특히 최고법원이 판결한 사건이 선례로서의 잠재적 소질을 가진다는 데 있다. 그러나 중국의 현행 심급제도 및 2심제 하에서 최고인민법원이 수리하는 안건은 극히 미미하다. 게다가 사법 실무에서는 주로 죄의 경중 혹은 소송물의 크기를 심급관할의 판단

79) 사실적 구속력이 아닌 준거력으로 새겨야 할 것이다.

80) 左衛民·陳明國 主編, 위의 책, 第139-140頁.

기준으로 삼는데, 최고인민법원이 수리하는 미량의 안건은 일반적으로 법률 적용에 의의가 있는 해결 곤란하고 복잡한 안건이 아니다. 따라서 지도성안례의 출처는 최고인민법원이 판결하는 안건에만 국한될 수가 없다.<sup>81)</sup>

《규정》에 따르면, 각급 법원은 모두 안건을 추천할 수 있고, 최고인민법원 심판위원회의 토론과 결정을 거친 후 지도성안례가 되어 공포된다. 여기서 중국의 안례지도제도가 소송 기제 외의 운영임을 알 수 있다. 이러한 운영모델에서 도출된 지도성안례는 대부분 하급심법원의 판결에서 비롯되는데, 만일 경솔하게 여기에 사법해석과 같은 다른 안건에 대한 법률적 구속력(法律約束力)을 부여한다면 하급심법원의 판결이 상급심법원을 구속하고, 한 사법 관할구역이 다른 사법 관할구역에 영향을 끼치는 문제를 일으키게 될 것이고, 상급심법원이 이후 유사안건의 판결에 있어서 상소심 및 재심 권한을 효과적으로 행사하기 매우 어렵게 되어 현행 심급 및 관할구역의 범위에 극심한 충격을 초래하게 될 것이다. 그러므로 법률적용설이야말로 현실에 기반을 둔 사법 현실에 순응하는 의견이라고 주장한다.<sup>82)</sup> 우리나라의 판례 역시 법원(法源)이 아니며<sup>83)</sup> 다른 안건에 대해 법률적 구속력은 없다는 점에서 지도성안례에 다른 안건에 대한 법률적 구속력을 부여하지 않아야 한다는 결론에는 동의하지만, 지도성안례가 대부분 하급심법원의 판결에서 비롯되는데 비해 우리나라의 판례는 대법원의 법령 해석 적용에 관한 의견만을 의미할 뿐 하급심법원의 판결은 판례의 개념에서 제외된다는 점에서 우리나라에서 판

81) 우리나라에서 ‘판례’는 대법원판결만을 의미하지만, 대법원 종합법률정보 사이트에 접속하여 ‘판례’ 범주에 들어가면, ‘법원 종류’에서 대법원, 고등법원, 하급심을 선택할 수 있고, ‘판례등급’에서 전원합의체, 간행판결, 미간행판결을 선택할 수 있으며, ‘사건 종류’에서 민사, 형사, 가사, 특허, 세무, 일반행정을, ‘선고 구분’에서 판결과 결정을 선택할 수 있다. 참고로 국어사전에서는 ‘판례’를 ‘법원에서 동일하거나 비슷한 소송 사건에 대하여 행한 재판의 선례(先例)’라고 정의하고 있다(국립국어원 표준국어대사전).

82) 左衛民·陳明國 主編, 위의 책, 第140頁.

83) 「민법」 제1조(법원) 민사에 관하여 법률에 규정이 없으면 관습법에 의하고 관습법이 없으면 조리에 의한다.

례에 다른 안건에 대한 법률적 구속력을 부여한다면 적어도 심급관할제도에 혼란을 초래할 문제는 발생하지 않을 것이다.

다섯째, 법률적용설은 사법규율에 부합한다. 《헌법》은 인민법원은 법률 규정에 따라 독립적으로 심판권을 행사하며, 상·하급심법원 사이는 감독 및 피감독 관계라고 규정하고 있다.<sup>84)</sup> 사법실무에서 하급심법원은 모두 상급심법원의 판결을 따르는데, 그렇지 않으면 판결이 파기환송, 파기 재판될 위험에 처하게 되므로 이러한 복종은 심급제도의 구속과 상급심법원의 권위에 기초하며, 소송 기제 내에서 필연적인 결과다. 그런데 2심제로 인하여 고급인민법원, 특히 최고인민법원이 법률에 규정된 소송 절차를 통하여 하급심법원의 재판사무를 직접적으로 감독할 확률은 매우 적다. 이러한 점을 고려하여 안례지도제도는 소송 기제 외의 운영 산물 이어서 “안례에서부터 지도성안례에 이르기까지 행정적인 선별 및 확인 절차를 거치게 되고” 다소 행정적인 요소가 침투하게 되는데, 이 또한 “안례” 지도라 하고 “판례” 지도라 하지 않는 이유 중 하나이고, 판례(법)발전설의 정당성이 결여된 이유이기도 하다. 이렇게 보면, 판례(법)발전설과 사법해석설이 추구하는 지도성안례의 법원(法源)으로서의 지위는 사법독립에 있어서 상당한 정도의 충격을 주고, 지도성안례의 효력을 공고화함으로써 안례의 융통성과 사회적 타당성을 말살하며, 사법의 법률 문헌과 사회발전 사이에서의 순환작용을 제거할 것이다. 법률적용설은 이러한 폐단을 극복하는 데 도움을 주며, 사법규율의 체현을 존중한다.<sup>85)</sup>

## 나. 분석 및 검토

---

84) 《헌법》 제131조 인민법원은 법률 규정에 따라 심판권을 독립적으로 행사하고, 행정기관, 사회 단체 및 개인의 간섭을 받지 않는다.

제132조 최고인민법원은 최고심판기관이다. 최고인민법원은 지방 각급 인민법원과 전문 인민법원의 심판사무를 감독하고, 상급 인민법원은 하급 인민법원의 심판사무를 감독한다.

85) 左衛民·陳明國 主編, 위의 책, 第140-141頁.

기존에 없던 새로운 제도의 도입에는 그에 걸맞은 새로운 설명이 필요하다. 이러한 관점에서 안례지도제도를 기존 제도와는 전혀 다른 고유의 제도로 보는 법률적용설보다 안례지도제도를 더 잘 설명할 학설은 없을 것이다. 판례(법)발전설에서 이야기하는 판례(법), 사법해석설에서 말하는 사법해석, 관습법설에서 주장하는 관습법은 모두 이미 기존에 잘 알려진 법원(法源)에 지도성안례를 대입하는 식의 주장일뿐, 새롭게 도입된 안례지도제도에 대한 새로운 해석이 되지는 못하고 있다. 법률적용설은 안례지도제도는 기존의 영미법계 판례(법) 제도와도 다르고 대륙법계의 판례 제도와의 차이도 있다고 선을 그으면서 출발한다. 안례지도제도를 성숙 발전시켜나가기 위해서는 현 단계에서 법률에 대한 구체와 혹은 보충으로 지도성안례의 한계를 명확히 하면서, 지도성안례는 기존의 다른 법원(法源)과는 다른 중국 고유의 수단으로서 법률적용기제라고 설명한다.

그런데 새로운 제도는 우리에게 익숙한 기존의 제도와 비교해서 설명함으로써 보다 친숙하게 받아들여질 수 있다. 기존의 판례(법), 사법해석, 관습법과 비교하여 뚜렷하게 구분되는 차이점을 제시하지 않고서는 법률적용설을 끝까지 관철하는 데 한계가 있다. 최고인민법원만이 선정, 공포 권한을 가지고, 각급 법원의 판사가 유사안건 재판 시 반드시 참조하도록 하는 등은 지도성안례의 두드러지는 특성이지만, 그래서 그 구체적인 효력이 무엇인지 이를 판례(법), 사법해석 및 관습법의 효력과 비교 대조하여 설명할 수 있도록 안례지도제도의 성공적인 정착을 위해 무엇보다 지도성안례의 효력을 명확하게 규정해나가기야 한다는 점이 법률적용설이 당면한 과제로 보인다.

법률적용설은 판례(법)발전설, 사법해석설, 관습법설과 같이 지도성안례를 판례(법), 사법해석, 또는 관습법으로 보아 현행 대륙법계 성문법 체계에 무리를 가져오는 학설은 아니라는 점에서 현행 법 체계에 받을 것이고 보는 관점에서는 가장 바람직한 학설로 판단된다. 법률적용설이 지

도성안례의 효력을 명확히 규정하였다고 보기는 어렵더라도, 다른 학설에서 주장하는 바와 같이 지도성안례를 법원(法源)으로 보지는 않는다는 점만큼은 확실하다. 결국 《규정》으로 돌아가 보면, 최고인민법원은 지도성안례에는 지도적 역할이 있다고만 규정하였을 뿐, 지도성안례에 관례(법), 사법해석, 관습법과 같은 효력이 있다고 규정하지 않았으므로, 나머지 학설에도 불구하고 《규정》의 문언에 주목해보면 지도성안례의 효력을 가장 잘 설명하는 것은 법률적용설이다. 법률적용설은 지도성안례의 역할은 각급 법원의 판사가 유사안건 재판 시 지도성안례를 반드시 참조하도록 함으로써 법률의 해석 적용 활동인 재판에서 법률적용기제로서 지도력을 잘 발휘하는 것이라는 입장이고, 이것이 《규정》의 문언에 가장 부합하는 해석이다.

## II. 일반적 지도력

지도성안례 지도력을 우리 판례의 준거력과 같이 일반적 지도력과 개별적 지도력으로 구분하고, 일반적 지도력으로서 법원리, 헌법, 실정법, 지도성안례의 선정 절차를, 개별적 지도력으로서 해석 적용대상 법령의 문언과 입법목적 등을 제시하고자 한다. 판결문에 기초하는 지도성안례의 지도력과 판례의 준거력의 근거는 기본적으로 동일하다고 보이므로, 본 장에서는 제3장에서 논의한 논의를 전제로 지도성안례의 지도력과 판례의 준거력에 차이가 있는 부분을 위주로 서술할 것이다.

### 1. 법원리

지도성안례의 지도력은 법원리에서 도출된다. 2010년 《규정》에서 최고인민법원은 심판 경험을 총괄하고, 법률적용을 통일하며, 심판의 질을 제고하고, 사법공정을 수호하기 위하여 안례지도제도를 시행한다고 규정

하였는데, 최고인민법원은 안례지도제도에 따라 보통의 안례 중에서 지도성안례후보를 선정하고 선정된 지도성안례후보에서 법원리를 공들여 정련하여 이를 지도성안례의 형태로 공포하게 되므로 지도성안례에는 최고인민법원이 규범화한 법원리가 담겨있고, 지도성안례의 지도력은 이러한 법원리에서 도출된다.

그런데 지도성안례에 담긴 법원리는 해석주의에서 말하는 법원리와는 다르다. 해석주의의 법원리는 정책과 도덕 규범에 기초하지 않은 순수한 법원리를 의미하는 반면에 중국공산당 정법위원회나 심판위원회의 영도 하에 선정되는 지도성안례 법원리는 기본적으로 중국공산당의 정책에서 기원할 것이기 때문이다.

## 2. 헌법

지도성안례의 지도력은 헌법에서 비롯된다. 우선 《헌법》 제5조 제2항은 “국가는 사회주의법제의 통일과 존엄을 수호한다”고 규정하고 있는데, 안례지도제도의 주요 목적 중 하나가 법률 적용을 통일하는 것임에 비추어보아 이를 안례지도제도 근거규정의 하나로 볼 수 있다.<sup>86)</sup>

또한 제33조 제2항은 “모든 중화인민공화국 국민은 법 앞에 평등하다”고 규정하고 있는데, 안례지도제도의 주요 목적 중 하나를 사법공정의 수호에 둔 근거는 바로 이 조항에서 찾을 수 있다.<sup>87)</sup> 무엇보다 제132조의 “최고인민법원은 최고심판기관이다. 최고인민법원은 지방각급인민법원과 전문인민법원의 심판사무를 감독하고, 상급인민법원은 하급인민법

---

86) 見 胡云騰 主編, 위의 책, 第65-66頁.

87) 張光文·김영미, 위의 책, 264면. 안례지도제도의 법적 근거에 관해서는 주로 사법해석(司法解釋)의 법적 근거에 관한 朱景文 主編, 위의 책, 第741-744頁; 盧青錫·司英傑, 中國의 案例指導制度에 관한 연구, 저스티스(제116호), 2010, 331면, 334면 및 허욱, “중국의 안례 지도 제도에 관한 고찰”, 중국법연구(제18집), 2012, 195면, 200면.

원의 심판사무를 감독한다.”는 규정에 따라 최고인민법원에 전국법원의 심판사무를 감독할 권한이 있다.

지도성안례의 지도력이 헌법상 평등의 요청으로부터 도출된다는 점은 판례의 준거력도 그렇다는 점에서 다르지 않다. 그러나 중국 헌법은 우리 헌법과 달리 ‘사회주의법제의 통일’을 규정하고 있고, 지도성안례의 목적인 사법통일을 바로 사회주의법제의 통일 중 하나로 볼 수 있는 점에서 중국 헌법은 판례 준거력의 근거가 되는 헌법상 평등의 요청이나 신뢰보호의 원칙에 더하여 지도성안례의 지도력에 사회주의법제의 통일이라는 추가적인 헌법적 근거를 제공하고 있다.

우리의 판례는 대법원의 판단 그 자체라는 점에서, 중국의 지도성안례는 최고인민법원의 판단 그 자체이거나 하급심법원의 안례를 선정하고 편집하는 과정에서 최고인민법원의 판단이 개입된다는 면에서 우리 판례의 준거력이나 지도성안례의 지도력이 최고법원의 권위로부터 도출되는 점은 동일하다. 그런데 우리 헌법에서는 명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다(제107조 제2항)고 규정하고 「법원조직법」에서 대법원이 최고법원이라는 규정은 두었으나(제11조) 대법원장은 사법행정사무를 총괄하며, 사법행정사무에 관하여 관계 공무원을 지휘·감독한다(제9조 제1항)고만 규정하고 있을 뿐 중국 헌법과 같이 대법원의 전국법원의 재판사무를 감독할 권한에 대해서는 규정하고 있지 않다. 그런데 중국 헌법은 최고인민법원이 최고심판기관이라는 점을 밝히면서 각급인민법원의 심판사무를 감독한다는 규정을 두어 최고인민법원의 권위로부터 나오는 지도성안례의 지도력에 헌법적 근거를 추가로 부여하고 있다.

### 3. 실정법

#### 가. 개설

중국적 특색을 가진 사회주의 법제의 수립과 함께, 중국 법제의 건설은 입법에서부터 법의 적용으로 전환되었다.<sup>88)</sup> 사건처리의 질을 제고하기 위해 동피우(董必武) 원장의 발의 하에 최고인민법원은 1955년부터 대량의 안례를 수집, 정리 및 연구함으로써 경험을 총괄하고, 법원 재판 사무를 규범화하는 활동을 전개하였으며, 《1955년 이래 미성년자간음안건 검사총괄(1955年以來奸淫幼女案件檢查總結)》을 기초하여, 1957년 4월 30일 최고인민법원 심판위원회 제26차 회의에서 통과 시행하였다. 이것이 1949년 이후 최고인민법원이 안례로써 전국의 재판사무를 지도하려 한 첫 번째 시도다. 관련 안례의 공포는 형사재판사무의 지도에 있어서 사상적 인식을 제고하고 양형기준을 통일하였으며 미성년자간음이라는 범죄 활동을 엄단하고 ‘중죄를 가볍게 판결하고’ ‘범죄인지 여부의 경계가 명확하지 않은’ 현상을 교정함으로써 매우 훌륭한 역할을 하였다.<sup>89)</sup>

1962년 최고인민법원이 반포한 《인민법원 사무에 있어서 약간의 문제에 관한 규정(關於人民法院工作若干問題的規定)》에서 이미 최고인민법원이 “심판사무를 총괄하여, 안례의 형식으로 심판사무를 지도한다.”라는 언급이 있었고, 이 규정에서는 최고인민법원에 전형안례(典型案例)의 선정을 요구하였다.<sup>90)</sup> 1985년 최고인민법원은 전형안례를 규제, 연설, 사법 해석 및 회답을 포함한 기타 지도문건과 함께 최고인민법원의 공식 출판물인 최고인민법원 공보에 게재하기 시작하였다.<sup>91)</sup> 당시 안례의 공포는 사법 효율과 투명성 제고를 위한 중국 사법개혁의 일환으로 여겨졌고,

88) Xiaoyi Jiang·Ling Shao, 위 논문, p. 106, p. 112.

89) 劉克毅, 위 논문, 第122頁, 第123頁.

90) 강광문·김영미, 위의 책, 265면.

91) Harvard Law Review Association, 위 논문, p. 2213, p. 2213.



주로 하급심법원에 참고자료를 제공하기 위한 목적이었다.<sup>92)</sup> 이밖에 1989년 4월 29일 최고인민법원 심판위원회 제401차 회의에서는 “중국이 판례법 국가가 아니라고 하더라도, 안례는 하급심법원이 심판사무를 잘 처리하는 데 있어서 지도적 역할과 참조적 역할을 하고, 안례의 공포는 최고인민법원만이 할 수 있다.”라고 강조하였다.<sup>93)</sup>

최고인민법원은 《인민법원 제2차 5개년 개혁 요강(人民法院第二個五年改革綱要)(2004-2008)》에서 “안례지도제도를 수립하고 완성(完善)하게 하며, 법률의 적용기준을 통일하는 등의 지도성안례의 기능을 중시하겠다.”라고 선언하였는데<sup>94)</sup>, 이는 이전의 《인민법원 제1차 5개년 개혁 요강(人民法院第一個五年改革綱要)(1999-2003)》에서 “전형안례”라고 지칭했던 것을 “지도성안례”라는 용어로 바꾼 것이다. 《인민법원 제2차 5개년 개혁 요강(人民法院第二個五年改革綱要)(2004-2008)》에 따르면 최고인민법원이 안례지도제도를 수립하여 “법학을 풍부하게 하고 발전시

92) Mo Zhang, 위 논문, p. 269, p. 269.

93) 左衛民·陳明國 主編, 위의 책, 第138頁.

94) 《인민법원 제2차 5개년 개혁 요강(人民法院第二個五年改革綱要)(2004-2008)》 안례지도제도를 수립·완성한다. 지도성안례가 법률 적용 기준을 통일하고 하급심법원의 재판사무를 지도하며 법학 이론의 양적·질적 발전에 기여하는 역할을 한다는 점을 중시한다. 최고인민법원은 안례지도제도에 관한 규범적 문건을 제정하여, 지도성안례의 선정 편집 기준, 절차, 발표 방식, 지도 규칙 등을 규정한다. 김현범, 중국의 사법개혁에 관한 연구(별책), 사법정책연구원, 2019, 25면; 《인민법원 제4차 5개년 개혁 요강(2014-2018)》 통일적 법률 적용 체제를 개선한다. 최고인민법원의 재판지도 방식을 개선하여, 사법해석 등 재판지도 방식의 규범성, 적시성, 목표 지향성과 효율성을 강화한다. 지도성안례의 선정, 평가와 발표 체제를 개혁·개선한다. 인민법원의 통일적 법률 적용 업무체제를 완비·개선한다. 김현범, 위의 책, 60면; 《인민법원 제5차 5개년 개혁 요강(2019-2023)》 통일적 법률 적용 체제를 보완한다. 사법해석 업무를 강화하고 규범화하여, 사법해석의 조사·연구, 항목 선정, 초안 작성, 논증, 심사·결정, 공포, 발표, 삭제·폐지 체제를 완비하고, 전문분야별 관리와 보고·심사 체제를 개선한다. 안례지도제도를 개선하여, 안례 보고, 선정, 발표, 평가와 활용 체제를 완비한다. 고급인민법원의 재판지도문건과 참고사례의 등록체제를 수립한다. 주심 법관회의와 합의정 평의, 배상 위원회, 심판위원회의 사건 토론 간 업무연계체제를 완비한다. 유사안건과 새로운 유형의 사건에 관한 검색결과를 반드시 보고하도록 업무체제를 보완한다. 김현범, 위의 책, 89면.

키도록” 하였다.<sup>95)</sup>

즉, 최고인민법원은 기존의 “2000년부터 최고인민법원 심판위원회의 토론·결정을 거쳐 법률 적용이 문제되는 전형안례(→지도성안례)를 공포하고, 하급심법원에 제공하여 유사안건 심판 시 참고(→지도)하도록 한다.”라는 내용에서 ‘전형안례’를 ‘지도성안례’로, 효력을 ‘참고’에서 ‘지도’로 바꾸면서 안례지도제도의 수립을 선언하였다.<sup>96)97)</sup>

2010년 《규정》에서 최고인민법원은 심판 경험을 총괄하고, 법률 적용을 통일하며, 심판의 질을 제고하고, 사법공정을 수호하기 위하여 안례지도제도를 시행한다고 규정하였는데, 이 내용에서 안례지도제도의 도입 배경을 가늠해볼 수 있다.<sup>98)</sup> 즉, 안례지도제도는 중국 각지에서 판사의 수준차 등으로 인하여 벌어지는 ‘유사안건에 대한 서로 다른 판결(同案不同判)’의 문제를 극복하고, ‘유사안건에 대한 유사한 판결(同案同判)’, 즉 공정한 판결 및 재판 수준의 상향 평준화를 도모하며, 아울러 제도적 차원에서 법률의 공백을 메우기 위하여 도입한 것이다.<sup>99)</sup>

이렇게 볼 때 최고인민법원의 안례지도제도의 도입은 하루아침에 일어난 것이 아니라, 2010년 정식으로 《규정》을 제정하게 되기까지 여러 차례에 걸쳐 중요한 국면에서 언급되며 꾸준히 그 준비과정을 거쳐 온 것이라 할 수 있다.<sup>100)</sup>

---

95) 《인민법원 제2차 5개년 개혁 요강(人民法院第二個五年改革綱要)(2004-2008)》 제13조(“最高人民法院關於印發《人民法院第二個五年改革綱要》的通知”, 百度百科).

96) 강광문·김영미, 위의 책, 265면.

97) 중국에서 지도성안례가 가장 지도력이 있는 것으로 간주되지만, 최고인민법원에서 공포하는 전형안례도 사실적으로나 이론적으로 지도성안례에 버금가므로, 법조인들의 주목을 받을 만하다는 주장도 있다. Fengping Gao, “China’s Guiding cases system as the Instrument to improve China’s Case guidance system, which includes both Guiding cases and Typical cases”, *International Journal of Legal Information*, Winter 2017, p. 230, p. 243.

98) 강광문·김영미, 위의 책, 265면.

99) 左衛民·陳明國 主編, 위의 책, 第147-148頁.

100) 강광문·김영미, 위의 책, 266면.

## 나. 안례지도제도의 근거 법령

### (1) 《인민법원조직법》

최고인민법원의 안례지도제도 도입을 가능하게 한 법률적 근거는 《인민법원조직법》에서 찾을 수 있다. 《인민법원조직법》 제36조에서는 “각급 인민법원은 심판위원회를 설치한다”고 하고, 제37조 제1항에서 “심판위원회의 직능은 심판 경험을 총괄하고 중대하거나 어렵고 복잡한 안건에서 법률의 적용, 본원에 이미 법률적 효력이 발생한 판결, 재정, 조정서의 재심여부, 기타 심판사무 관련 중대 문제를 토론 결정하는 것”이라고 규정하였다. 즉, 이 규정에서 최고인민법원을 포함한 각급 인민법원에 재판경험을 총괄할 권한이 부여된 것이다.<sup>101)</sup>

특히 2018년 10월 《인민법원조직법》 개정을 통해 최고인민법원의 법률응용에 대한 해석권과 지도성안례 공포권이 다음과 같이 법률에 명시되었다. 최고인민법원은 심판사무 중 법률의 구체적 응용에 속하는 문제에 대해 해석을 진행할 수 있다. 최고인민법원은 지도성안례를 공포할 수 있다(《인민법원조직법》 제18조). 최고인민법원은 심판사무 중 법률의 구체적 응용에 속하는 문제에 대해 해석을 진행하고, 심판위원회 전체회의에서 토론 통과시켜야 한다.; 지도성안례의 공포는 심판위원회 전문위원회회의에서 토론 통과시킬 수 있다(《인민법원조직법》 제37조 제2항).

2018년 《인민법원조직법》 개정 전에는 같은 법 제10조 “최고인민법원은 최고의 심판기관이다. 최고인민법원은 지방의 각급 인민법원과 전문인민법원의 심판사무를 감독한다”에서 각급 인민법원이 아닌 최고인민

---

101) 강광문·김영미, 위의 책, 264면.

법원이 지도성안례의 선정 주체가 될 수 있었던 법적 근거를 찾을 수 있었다. 개정법에는 “상급인민법원은 하급인민법원의 심판사무를 감독한다”는 내용이 추가되어, 인민법원의 심급별 감독권을 명확히 하였다.

## (2) 《규정》

최고인민법원은 2010년 11월 26일 “심판 경험을 총괄하고, 법률 적용을 통일하며, 심판의 질을 제고하고, 사법공정을 수호하기 위하여”, 《인민법원조직법》 등 법률의 규정에 따라 안례지도사무를 전개해나가기로 하고, 《규정》을 제정하였다.

《규정》은 지도성안례의 정의, 지도성안례 선정기구의 설치, 지도성안례의 추천 절차 및 선정 절차 등 안례지도사무 전개에 필요한 기본적인 내용을 정하고 있다.

안례지도제도의 수립은 법원에 의해 승인된 “지도성안례”에 선례구속에 버금가는 지위를 부여함으로써 이론적으로 법원의 사법해석권을 전례 없는 높이로 신장시켰다.<sup>102)</sup>

## (3) 《실시세칙》

최고인민법원은 2015년 6월 2일 《규정》을 구체적으로 실시하고, 안례지도사무를 강화하고 규범화하며 촉진하고, 지도성안례가 심판사무에 있어서 지도적 역할을 충분히 발휘하고, 법률 적용의 기준을 통일하며, 사법공정을 수호하기 위하여 위 《규정》의 하위규정인 《실시세칙》을 제정하였다(《실시세칙》 제1조).

---

102) Taisu Zhang, “The Pragmatic Court: Reinterpreting the Supreme People’s Court of China”, *Columbia Journal of Asian Law*, Winter 2012, p. 1, p. 43.

《규정》의 세부적인 시행을 위하여 제정한 《실시세칙》은 지도성안례의 정의, 지도성안례의 구성, 지도성안례 선정기구의 역할, 지도성안례의 추천 절차 및 선정 절차, 인용방법 등 안례지도사무의 구체적인 내용을 정함으로써 《규정》을 보강하고 있다.

#### 다. 절대적 참조 효력

국가가 판례생성제도에 선정이라는 방식을 채택하게 되면, 판례는 선정·공포된 후 법원에 대해 판례라는 의미에서 구속력<sup>103)</sup> - 국가별로 구속력에 대한 정의가 다르다고 할지라도 - 을 갖는다.<sup>104)</sup> 《규정》 제7조는 지도성안례의 효력을 다음과 같이 구체적으로 설명하고 있다. “각급 인민법원은 유사안건 심판 시 지도성안례를 절대적으로 참조(應當參照)하여야 한다.” 안례지도제도의 법적 성격에 대해 법관, 인민배심원, 법원 기타 사무직원(工作人員), 검찰·공안·사법행정 직원, 변호사(律師) 등을 대상으로 한 설문 조사에서, 조사대상<sup>105)</sup>의 43.16%가 지도성안례는 사실상의 구속력<sup>106)</sup>을 갖는다고 보았다.<sup>107)</sup>

지도성안례의 “절대적 참조”는 법관에게 주의의무와 석명(說理)의무를 부과(苛以)하여 법관으로 하여금 무형의 효력망에 들어가게 한다. 법관은 유사안건 심리 시 상급심법원이 판결에 대하여 파기자판, 파기환송을 할 수 있다는 데 대한 두려움을 바탕으로 법을 발견하고 지도성안례를 중시

103) 구속력이 아닌 준거력으로 새겨야 할 것이다.

104) 宋曉, 위 논문, 第58頁, 第68-69頁.

105) 사회공중인사를 포함한 총 조사대상은 4,521명, 유효답변 총 3,994건(법관 1,367건, 인민배심원 339건, 법원 기타 사무직원(工作人員) 704건, 검찰·공안·사법행정 직원 566건, 변호사 488건, 사회공중인사 530건). 左衛民·陳明國 主編, 위의 책, 第74頁.

106) 사실상의 구속력이 아닌 지도력으로 새겨야 할 것이다.

107) 그 밖에 법률상 구속력을 갖는다는 의견이 24.91%, 증거의 우월성 판단에 사용하는 정도라는 의견이 15.72%, 구속력이 없다는 의견이 13.4%(미응답 2.8%)였다. 左衛民·陳明國 主編, 위의 책, 第82頁.

하게 되며, 지도성안례와 배치되고자 하는 경우에는 반드시 충분하고 설득력있는 이유를 제시하여 그 정당성을 상세하게 논술(闡述)하고, 논증하여야 한다.<sup>108)</sup>

이밖에 최고인민법원은 안건의 처리 과정에서 담당 판사가 반드시 관련 지도성안례를 조회(查詢)하도록(《실시세칙》 제11조) 의무를 부과하고 있는데, 《최고인민검찰원 안례지도사무에 관한 규정(最高人民檢察院關於案例指導工作的規定)》에 따르면 각급 인민검찰원은 지도성안례를 반드시 참조하여 유사안건을 처리해야 하는 데서 나아가 각급 인민검찰원 검찰위원회에서 안건을 심의할 때 담당 검사는 유사한 지도성안례의 유무를 보고하고 참조적용 상황을 설명해야 하며(제15조), 각급 인민검찰원은 지도성안례를 반드시 업무훈련에 포함시키고 지도성안례에 대한 학습응용을 강화해야 한다고(제17조) 규정하여 지도성안례의 “절대적 참조” 효력을 더욱 구체화하고 있으며, 《최고인민법원 제1차 지도성안례 공포에 관한 통지(最高人民法院關與發布第一批指導性案例的通知)》(2011年12月20日, 司法解釋)에서도 각급 인민법원의 법관은 지도성안례를 주의 깊게 연구하고 지도의의를 정확하게 파악할 것을 요구하였다.

### (1) “절대적 참조”의 용례

중국에서 “절대적 참조(應當參照)”는 잘 쓰이는 법률용어로, 법률, 행정법규, 부문 규장, 사법해석 및 사법 규범성 문건에 자주 출현한다. 법률을 예로 들면, 《민법전》 제410조, 제436조 및 제453조는, 저당(抵押) 재산, 압류(質押)재산, 유치재산을 환매(折价) 혹은 환금(變賣)하려는 자는, 시장가격을 절대적으로 참조하여야 한다고 각각 규정하고 있다. 행정법규를 예로 들면, 2011년 6월 26일 통과된 《마약퇴치조례(戒毒條例)》 제42조 제2항은, “마약퇴치재활원(戒毒康復場所)조직은 마약 중독자(戒毒

---

108) 左衛民·陳明國 主編, 위의 책, 第143頁.

人員)들이 생산노동에 참가할 때, 국가 노동 고용제도 규정을 절대적으로 참조하여 노동보수를 지불하여야 한다.”라고 규정하고 있다. 사법해석을 예로 들면, 최고인민법원 《산업(物業)서비스분쟁사건 심리에서 법률의 구체적 응용에 있어 약간의 문제에 관한 해석(關於審理物業服務糾紛案件具體應用法律若干問題的解釋)》(法釋[2009]8호) 제12조는 다음과 같이 규정하고 있다. “산업 임차인, 차용인 혹은 기타 산업 사용인의 산업 서비스계약, 법률·법규 혹은 관리규약을 위반하는 행위로 야기된 산업 서비스분쟁에서, 인민법원은 이 해석의 업주에 관한 규정을 절대적으로 참조하여 처리하여야 한다.” 이밖에, 일부 규범성 문건에서 여전히 “절대적 참조”를 사용하였는데, 예를 들면 최고인민법원 《회로배치와 관련된 개발사건 재판사무에 관한 통지(關於開發涉及集成電路布圖設計案件審判工作的通知)》(法發[2001]24호) 제3조는 다음과 같이 규정하고 있다. “인민법원에 대한 제소 전 회로배치권 침해행위 금지명령 청구에 대해, 최고인민법원 《제소 전 특허권침해행위금지에 대한 법률 적용문제에 관한 약간규정(關於對訴前停止侵犯專利權行爲适用法律問題的若干規定)》을 절대적으로 참조하여 집행하여야 한다.” 어의적으로 보면, “참조”는 즉 참고이고, 비교 대조(比照)한다는 뜻이다. 중국 현행 법률 체계에서 “참조”와 관련된 조문들을 보면, “참조”조항에는 보충성과 보조성이 있다.<sup>109)</sup>

예를 들면 2006년 8월 27일 통과된 《기업과산법》의 적용대상은 기업법인, 기업법인 이외의 개인조합(個人合伙)·개인사업자(個體工商戶) 등과 같은 과잉(溢出)으로 인하여 이 법의 적용대상이 된 조직인데, 실무에서는 이러한 조직에서 어떻게 파산청산을 진행하는가 하는 문제에 직면하게 된다. 이에 대하여, 같은 법 제135조는 다음과 같이 보충하여 규정하고 있다. “기타 법률이 규정한 기업법인 이외의 조직의 청산은 파산청산에 속하므로, 이 법 규정의 절차를 참조하여 적용하라.” “참조”에 강제구속력이 있는가? 《민법전》의 “저당 재산을 환매 혹은 환금하려는 자는,

109) 左衛民·陳明國 主編, 위의 책, 第141-142頁.

시장가격을 절대적으로 참조하여야 한다.”라는 조항을 예로 들자면, 저당 재산의 환매 혹은 환금 금액이 반드시 시장가격이어야 하는가? 답은 부정적이며, 저당권설정자와 저당권자가 환매 혹은 환금 금액을 자유롭게 합의할 수 있다. 오직 쌍방에 분쟁이 발생한 경우에만, 법원은 비로소 합의가 현저하게 불공정한지 여부 등을 시장가격을 기준으로 하여 판단할 수 있다. 이로부터, 규범의 효력 강도 면에서 보면, “참조” 조항은 강행 규범이 아니고, 임의 규범도 아니며, 지도성, 선도성과 모범성을 가진다는 점을 알 수 있다.<sup>110)</sup>

“절대적 참조”는 최고인민법원의 지도성안례의 효력에 대한 기대를 응집시키고, 또한 최고인민법원의 판례 제도에 대한 경험주의 철학의 기초를 함축(內斂)하고 있는 실질적인 귀감(借鑒)이다. 사실상, “절대적 참조”는 최고인민법원이 지도성안례 즉 개별사건 지도의 성질, 효력, 기술이라는 난제를 해결하기 위하여 채택한 일종의 기술적 처리이고, 지도성안례가 일종의 법률규범 및 사법재결(裁決)과 구별되는 독특한 효력 유형, 사법기술, 운용목적을 가지고 있음을 암시하고 있다. 그 효력은 논리, 윤리, 지식, 이익 및 소송제도 운영(運作)이라는 종합적인 효과(效應)에서 비롯되는 것이고, 법률에서 비롯된 것은 아니다.<sup>111)</sup>

판례의 구속력<sup>112)</sup>은 형식적으로는 법관이 판결서 중 판례를 직접 인용하여, 판결을 설명하고 논증하는 부분에서 나타난다. 이를테면, 판례의 구속력은 형식적으로 판례를 인용함으로써 드러난다.<sup>113)</sup> 그런데 《규정》은 형식적 인용을 강제하지 않으므로, 지도성안례가 사법해석과 같은 다른 안건에 대한 법률적 구속력을 갖추었다고 보기는 어렵다. 《실시세칙》(제11조)에서는 지도성안례를 인용할 경우의 인용방법에 대해서만 규정하고 있을 뿐, 지도성안례를 반드시 인용하여야 한다는 내용은

110) 左衛民·陳明國 主編, 위의 책, 第142頁.

111) 左衛民·陳明國 主編, 위의 책, 第142-143頁.

112) 이어지는 논의에서도 구속력이 아닌 준거력으로 새겨야 할 것이다.

113) 宋曉, 위 논문, 第58頁, 第69頁.



없다.

## (2) 지도성안례의 참조 방법

《실시세칙》에 따르면 각급인민법원은 안건 심리 시, 기본적인 사실 관계와 법률의 적용에 있어서 당해 안건이 최고인민법원이 공포한 지도성안례와 유사한 경우, 관련 지도성안례의 ‘재판요지(裁判要點)’를 반드시 참조하여 재판하여야 한다(《실시세칙》 제9조). 《실시세칙》이 제정되기 전에는, 일부 학자들은 지도성안례를 “근거”로 인용해야 한다고 주장한 반면, 다른 학자들은 지도성안례를 “이유” 부분에 인용해야 한다고 주장했으며, 여전히 지도성안례의 인용 자체에 반대하는 학자들도 있었다.<sup>114)</sup> 그런데 다음과 같은 《실시세칙》의 제정으로 논쟁은 종결되었다.<sup>115)</sup> 각급 인민법원은 유사안건(案件) 심리 시 지도성안례를 참조하는 경우, 지도성안례를 반드시 ‘재판이유(裁判理由)’에 인용하여야 하나, 이를 재판의 근거(裁判依據)로 인용해서는 안 된다(《실시세칙》 제10조).<sup>116)</sup> 지도성안례는 “법관의 법 적용”이지 “법관의 법 창조”가 아니어서, 법원(法律淵源)으로서의 지위를 갖지 못하며, 재판의 근거가 되지 못하고, 재판이유로 인용할 수 있을 뿐이다.<sup>117)</sup> 절차적으로도 당사자 입장에서 지도성안례는 법이 아니므로 재판 근거 부분에 인용되어서는 안 되지

114) 중국에서 판결은 결정 부분과 이유 부분으로 구별된다. 결정 부분에는 해당하는 법원(法源)이 포함되고 이유 부분에는 결정의 상세한 근거가 포함되어 있다. Björn Ahl, “Retaining Judicial Professionalism: The New Guiding Cases Mechanism of the Supreme People’s Court”, 2014 CHINA Q, 2014, p. 121, p. 129.

115) Harvard Law Review Association, 위 논문, p. 2213, p. 2224.

116) 《최고인민법원 《형사소송법》 적용에 관한 해석(最高人民法院關於適用《中華人民共和國刑事訴訟法》的解釋)》에서도 재판이유와 재판근거를 구별하면서, 재판문서에서는 재판근거를 명시하고, 재판이유를 상세히 설명하며(闡釋), 원피고 쌍방의 의견을 반영하고 채택하거나 채택하지 않은 이유를 설명하여야 한다고 규정하고 있다(제246조).

117) 左衛民·陳明國 主編, 위의 책, 第149頁.

만, 이유 부분에는 인용될 수 있다.<sup>118)</sup>

그렇다면 재판이유와 재판근거는 어떻게 다른 것인지 혼동을 방지하기 위하여 그 차이점을 간단히 소개하고자 한다. 지도성안례 판결문에서의 ‘재판이유’는 우리나라 판결문에서의 ‘이유’ 부분에 대응하는 것으로 보인다. 우리나라 「민사소송법」 제216조 제1항에 의하면, 확정판결은 주문에 포함된 것에 한하여 기판력(既判力)을 가진다. 즉, 우리나라 판결문의 경우 판결의 ‘주문’ 부분에만 법률적 효력이 있고, 판결의 ‘이유’ 부분에는 법률적 효력이 없다. 그렇다면 《실시세칙》에서 말하는 ‘재판근거’란 무엇인가? 《실시세칙》에서 말하는 재판근거는 재판의 근거가 된 법률조항 등의 법원(法源)을 말하는 것으로,<sup>119)</sup> 헌법, 법률, 행정법규, 지방성법규, 부문행정규장 및 지방행정규장, 자치조례 및 단행조례, 사법해석(司法解釋), 국제조약과 협정 등이 이에 해당된다.

《최고인민검찰원 안례지도사무에 관한 규정(最高人民檢察院關於案例指導工作的規定)》 제15조를 보면 각급 인민검찰원은 지도성안례를 반드시 참조하여 유사안건을 처리하여야 하며, 관련 지도성안례를 인용하여 법리를 해석하고 설명할 수 있으나(釋法說理), 법률이나 사법해석을 대체하여 안건처리 결정의 직접적인 근거(直接依据)로 삼아서는 안 된다고 규정하여 지도성안례를 재판근거가 아닌 재판이유로 인용해야 한다는 차이가 보다 명확하게 드러난다. 《최고인민법원 법률, 법규 등 규범성 법률문건의 재판문서에의 인용에 관한 규정(最高人民法院關於裁判文書引用法律、法規等規範性法律文件的規定)》은 인민법원의 재판문서에는 관련 법률, 법규 등의 규범성 ‘법률문건’을 재판의 근거(裁判依据)로 삼아 법에 따라 인용해야 한다고 하면서(제1조) 나머지 ‘규범성 문건’은 심리의 필요에 따라 심사를 거쳐 합법적으로 유효하다고 인정되는 때에는 재판의 법리설명(裁判說理)의 근거(裁判說理的依据)로 삼을 수 있다고 규정하고 있고(제6

118) Jocelyn E.H. Limmer, 위 논문, p. 96, pp. 124-125.

119) 左衛民·陳明國 主編, 위의 책, 第139頁; 雷磊, “指導性案例法源地位再反思”, 中國法學, 2015年(第1期), 第272頁, 第277頁.

조), 《최고인민법원 재판문서에서 법리해석·설명의 강화 및 규범화에 관한 지도의견(最高人民法院關於加強和規範裁判文書釋法說理的指導意見)》 제13조는 법률 법규, 사법해석 규정에의 의거(依据) 외에 법관은 최고인민법원이 공포한 지도성안례, 입법자료 등의 논거를 활용하여 재판이유를 논증함으로써 재판 결론의 정당성과 수용성을 제고할 수 있다고 규정하여 ‘재판법리설명의 근거’, ‘재판이유를 논증하는 논거’를 재판근거(裁判依据)와 구별하고 있다.

따라서 대륙법계 국가인 중국에서 판례에는 다른 안건에 대해서는 법률적 구속력이 없으므로 판례는 법원(法源)이 될 수 없고, 지도성안례 역시 같은 이유로 법원(法源)이 될 수 없다. 그렇기 때문에 《실시세칙》에서 지도성안례를 ‘재판이유’로만 인용하여야 하고, ‘재판근거’로는 인용할 수 없다고 한 것이며, 이는 지도성안례의 법적 성격을 고려할 때 당연한 귀결이다. 지도성안례를 재판근거로 인용하는 것을 허용한다면, 이는 중국법원의 입법을 막는 헌법적 금지에 위배될 것이다. 지도성안례는 사법추론에 필요한 도움은 줄 수 있으나, 독립한 법원으로 적용되서는 안 된다.<sup>120)</sup>

이밖에 《실시세칙》에서는 지도성안례의 구체적인 인용방법도 함께 소개하였는데, 이는 다음과 같다. 안건의 처리 과정에서, 담당판사는 반드시 관련 지도성안례를 조회하여야 하는데, 판결문(裁判文書)에서 관련 지도성안례 인용 시, 반드시 재판이유 부분에 지도성안례의 ‘번호’와 ‘재판요지’를 인용하여야 한다(《실시세칙》 제11조).<sup>121)</sup> 공소기관, 사건당사

---

120) Harvard Law Review Association, 위 논문, p. 2213, p. 2224. 중국에서 사법해석은 법률적 구속력이 있는 독립한 법원(法源)이 될 수 있으므로 ‘재판이유’뿐 아니라 ‘재판근거’로도 인용할 수 있다(《규정》 제4조 민사재판문서에는 법률·법률해석이나 사법해석을 반드시 인용해야 한다. 반드시 적용해야 하는 행정 법규·지방성 법규나 자치조례 및 단행조례는 직접 인용할 수 있다).

121) 영미법계 국가에서, 법관은 선례를 따를 때 직접 인용을 해야 한다. 즉 실질적으로 선례 중의 판례규칙을 적용할 뿐 아니라, 판결이 근거하고 있는 권위의 출처를 명시(宣告)해야 한다. 판례규칙만 근거로 삼고 그 출처를 설명하

자 및 그 변호인, 소송대리인이 지도성안례를 변론이유로 삼는 경우에는, 담당판사는 반드시 재판이유에서 당해 지도성안례를 참조하였는지 여부를 석명(回應)하고 그 이유를 설명하여야 한다(《실시세칙》 제11조). 또한, 최고인민법원은 지도성안례의 문서파일과 전자데이터베이스를 구축하고, 지도성안례의 참조적용, 조회, 검색 및 편찬을 위한 서비스를 제공하여야 한다(《실시세칙》 제13조). 이밖에 《실시세칙》에는 지도성안례의 발굴을 장려하는 조항도 포함되어 있어 눈길을 끈다. 이에 따르면 각급 인민법원은 지도성안례 사무에서 특출한 성과를 낸 단위와 개인을 《법관법》 등의 규정에 따라 반드시 장려하여야 한다(《실시세칙》 제14조).

대륙법계 국가에서는 성문법이 가장 주요한 법률적 출처(法律淵源)다. 판례규칙은 성문법 규칙의 해석이거나 이를 좇은 결과로, 일종의 부차적 출처이자 심지어 보조적 출처다. 법관이 판결 시 실사 실질적으로 주요 출처에 대한 부차적 출처의 특정한 해석에 따를 필요가 있다 하더라도, 주요 출처에 대해서만 설명하면 되고, 차순위 출처에 대해서는 설명할 필요가 없어 보인다. 그런데 갑(甲) 안건 판결의 판례규칙을 을(乙) 안건의 법관이 요약·추출한 경우, 을(乙) 안건의 법관이 갑(甲) 안건을 인용하지 않는다면 갑(甲) 안건의 판례규칙에 대한 요약·추출이라고 할 수 없다. 을(乙) 안건의 법관이 설령 암암리에(背后) 갑(甲) 안건의 판례규칙을 요약·추출하고 그에 따랐다고 밝히더라도(宣稱), 형식적 인용의 기여로 인해 판례규칙의 추출이 타당했는지 여부, 해석적용이 타당했는지 여부를 검증할 방법이 없다. 형식적으로 선례를 좇지 않는다면, 결국 실질적으로 선례를 좇을 수 없게 된다. 이는 중국의 사법 경험에서 확인된다. 즉, 형식적 인용이 없다면 실질적 인용도 없다. 《공보》에 실린 안례는 극히 높은 권위를 갖지만, 각급 법원은 《공보》의 안례를 직접 인

---

지 않으면, 법관이 법에 따라 재판을 한 것이라고 할 수 없게 된다.; 반면 대륙법계 국가에서는 선례를 형식적으로 인용할 필요는 없고 선례의 관점을 실질적으로 좇으면 된다는 관점이 만연하다. 宋曉, 위 논문, 第58頁, 第69頁.

용해본 적이 없으므로 사실상 엄격하게 따랐던 적은 없다.<sup>122)</sup> 또한, 중국에는 피라미드형의 일원적 법원 체계가 결여되어 있기 때문에, 심급 관계가 단절되고 지방법원이 《공보》 안례의 판결을 위반해도 최고인민법원의 교정을 받을 기회가 없으므로, 공보 안례를 적극적으로 따를 동기 부여 메커니즘(激勵機制)이 부족하다. 마찬가지로, 최고인민법원은 《규정》에 따라 지도성안례를 효율적이고 능동적으로 선정하고, 지도성안례의 규모를 확대할 수 있지만, 직접 인용이라는 형식적 요구사항이 없다면 지방 각급 법원이 기존의 태도를 바꾸어 최고인민법원이 공포한 지도성안례를 진지하게 연구하고 “참조”할 것으로 믿을 이유가 없게 된다.<sup>123)</sup>

지도성안례의 참조 방법에 대한 규정을 두지 않았다면 안례지도제도는 장래의 재판에서 지도성안례를 실질적으로 참조하는 경우에도 해당 지도성안례 번호가 형식적으로 명시되지 않아 지도성안례의 참조 여부를 명확히 파악하기 어렵거나 판결마다 들쭉날쭉한 모습으로 인용되어 지도성안례가 지도적 역할을 제대로 발휘하기 어려웠을 것이다. 그러나 안례지도제도는 지도성안례의 참조 방법을 명문의 규정으로 구체적으로 제시하여 장래의 재판에서 지도성안례를 규격화하여 인용하도록 함으로써 지도성안례가 참조되는 모습을 쉽게 파악하고 추적할 수 있게 하였다는데 큰 의의가 있다.

### (3) 우리 판례의 준거력 및 영미법계 선례구속 원리와의 차이

지도성안례의 지도력은 법원리와 헌법, 심급제도 등에서 비롯되고 최

122) 見 李友根, “指導性案例爲何沒有約束力—以无名氏因交通肇事致死案件中的原告資格爲研究對象”, 法制与社會發展, 2010年(第4期); 이후 2015년 《실시세칙》에서 지도성안례의 구체적인 인용 방법이 규정되었다(《실시세칙》 제11조).

123) 宋曉, 위 논문, 第58頁, 第69-70頁.

고법원의 권위에 의해 강력한 힘을 부여받는다. 이는 영미법계의 선례구속의 원칙 및 우리 판례의 준거력과 공통점이 있다. 그런데 지도성안례의 지도력은 장래의 유사한 재판에서 법관은 지도성안례를 반드시 참조하여야 하고, 후속 재판에서 당사자 등이 지도성안례를 변론 이유로 삼는 경우 반드시 지도성안례의 참조 여부 및 그 이유를 밝혀야 하는 절대적 참조사항으로, 기본적으로 선례에 구속될 것을 전제하는 영미법계의 선례구속의 원칙과도 다르고 법원성(法源性)을 인정하지 않고 있는 우리 판례의 준거력과도 다르다.

지도성안례의 지도력에는 다른 안건에 대한 법률적 구속력이 없으므로, 지도성안례의 지도력에 영미법계 판례법과 같은 다른 안건에 대한 법률적 구속력은 없지만 지도성안례의 지도력은 지도력이 없는 보통의 안례보다는 강하고, 절대적 참조 사항이라는 제약이 없는 우리 판례의 준거력보다도 강하다고 할 수 있다. 다만 지도성안례는 최고인민법원이 아닌 하급심법원에서 선정되는 경우가 많으므로, 대법원의 법령 해석 적용에 관한 의견에 국한되는 우리 판례의 준거력과 비교할 때 우리 판례의 준거력이 더 강한 것 아닌가 하는 의문이 제기될 수 있다. 그런데 안례가 지도성안례로 선정되기 전에는 그렇게 볼 수 있을 것이나, 일단 지도성안례로 선정된 후의 지도성안례는 지도성안례 후보에서 벗어나 최고인민법원의 후광을 입은 것이므로, 지도성안례와 판례는 기본적으로 양국 최고법원의 법령 해석 적용에 관한 의견이라는 점에서 동등하다. 지도성안례는 그에 더하여 절대적 참조사항이라는 제약을 가하게 되므로 지도성안례의 지도력이 판례의 준거력보다 강한 것이다. 물론 우리 판례의 준거력은 지도성안례 후보, 즉 최고인민법원의 판결이 아닌 중국 보통의 안례보다는 강한 효력을 갖는다고 정리할 수 있다.

지도성안례는 중국에서 성문법과 판례 사이의 지점에 위치하여 고유의 '지도적 역할'을 수행하고 있다고 이해할 수 있다. 절대적 참조 사항인 지도성안례에는 사법해석과 같은 다른 안건에 대한 법률적 구속력까지는 없지만, 각급 인민법원은 유사안건 재판 시 관련 지도성안례를 반드시

참조하여야 하고, 공소 기관, 사건당사자 및 그 변호인, 소송대리인이 지도성안례를 변론 이유로 삼는 경우에는 담당 판사는 반드시 재판이유에서 당해 지도성안례를 참조하였는지 여부를 석명(回應)하고 그 이유를 설명하여야 한다(《실시세칙》 제11조). 따라서 절대적 참조 사항으로서의 지도성안례는 대륙법계 국가에서 기존의 판례보다는 더 강력한 효력을 가진 것으로 사료된다.<sup>124)</sup>

안례지도제도는 대륙법계 국가인 중국에서 전개되는 판례 제도로, 영미법계 국가의 판례 제도와는 다르다. 영미법계 국가는 주로 판례법에 의존하여 법률체계를 형성하지만, 중국은 주로 성문법에 의존하여 법률체계를 형성한다. 안례지도제도가 영미법계의 판례 제도를 어느 정도로 참고했는지에 관계없이, 지도성안례는 중국 성문법에 대한 해석적 발전이자 공백(漏洞)의 보충인 것이다.<sup>125)</sup>

사법적 판단의 오류를 시정하기 위한 심급제도가 당해 사건에 한하여 인정되는 상급심 판단의 기속력을 통해 법이 보장하고자 하는 것은, 무엇이 법인지에 관한 인식 격차를 적어도 ‘당해 사건에 있어서는’ 상급심이 인식한 바대로 해소할 수 있는 수단을 제공하는 것이며, 이와 더불어 「소액사건심판법」이나 「상고심절차에 관한 특별법」상 절차규정에 따라 하급심이 선례로부터 이탈한 사안을 원칙적으로 대법원의 실질적 통제 범위 내에 둬으로써 이를 사후적으로나마 교정할 수 있도록 하는 것이다. 이처럼 우리 법제에서 전체 법질서는 판례에 법이라는 존재형식을 부여하지 않는 한도의 제도적 통제 수단을 통하여 통일적으로 수렴한다.<sup>126)</sup>

한편 영미법계 국가에서는 ‘선례가 곧 법’이므로 선례는 사전적으로 후속 사건을 맡은 법원의 판단을 구속하며, 후속 사건을 담당하는 법원에

---

124) 見 張騏·胡興東 等, 中國司法先例与案例指導制度研究, 北京大學出版社, 2016, 第168-172頁.

125) 宋曉, 위 논문, 第58頁, 第72頁.

126) 송민경, “판례의 규범력에 관한 연구”, 저스티스(제167호), 2018, 237면, 245면.

는 해당 논점에 관련한 법 해석의 여지가 남아있지 않다고 선례구속 원리를 엄격하게 이해하기도 한다.<sup>127)</sup> 그러나 영미법계의 판례도 영구불변하는 규칙은 아니며, 오히려 사회발전에 따라 끊임없이 변화하고, 시대에 맞게 발전하는 살아있는 규범 체계다.<sup>128)</sup> 중국 학계에서도 영미법계에서 선례구속의 목적은 유사안건에 대해 유사한 결과를 보장함으로써 법관의 자유 재량권을 제한하고 사법의 통일성, 공정성을 담보하는 것으로 선례를 명확하게 발견하고 적용하는 것은 법관의 가장 중요한 업무라고 이해하고 있다. 또한, 선례구속원칙은 절대적인 것이 아니어서, 판례법이라고 하여 한번 성립되면 불변하는 것이 아니며 시대의 변화에 따라 조정될 수 있는 것으로 파악하고 있다.<sup>129)</sup> 영미법계에서는 판례변경(overruling) 외에 판례변형(transformation)이나 판례구별(distinction)의 방법으로 선례의 적용에서 벗어날 수 있기 때문이다.

#### (4) 절대적 참조 효력의 한계

지도성안례는 절대적 참조 사항으로서 최고인민법원이 각급 인민법원을 감독하는 수단이 된다. 그러나 지도성안례는 절대적 참조 사항일 뿐 다른 안건에 대해 사법해석과 같은 법률적 구속력은 없으므로, 지도성안례를 결코 법원(法源)으로 볼 수 없다는 점이 지도성안례가 지닌 태생적 한계이다.<sup>130)</sup>

다른 안건에 대해 지도성안례 자체에는 법률적 구속력은 없지만, “절대적 참조”는 지도성안례의 ‘지도적 역할’에는 법률적 구속력(法律上的拘束力)이 있다는 것을 의미한다는 견해가 있다. 지도성안례를 참조하여 유사안건을 심리하는 것은 인민법원의 법률적 의무(法律義務)기 때문이

127) 송민경, 위 논문, 237면, 245-246면.

128) 左衛民·陳明國 主編, 위의 책, 第140-141頁.

129) 鄧矜婷 著, 위의 책, 第4頁.

130) 강광문·김영미, 위의 책, 277-278면.



다.<sup>131)</sup> 특정 법관 혹은 합의부(法官合議庭)가 재판하는 다른 안례와는 다르게, 지도성안례는 최고인민법원 심판위원회가 심의하고 통과시키므로, 외부에 공개적으로 공포하고 내부에 국한되지 않으며, 개별 법관이 임의로 번복할 수 없고, 오로지 규정된 절차를 통해서만 수정될 수 있으므로 《규정》의 “절대적 참조”라는 단어는 응당 “반드시 준수하여야 함”을 의미하여야 하며, 이는 하급심법원이 준수하라는 요구이므로 지도성안례는 하급심법원과 공중에게 일반적 효력을 가진다고도 한다.<sup>132)</sup>

물론 《인민법원조직법》에 명시된 최고인민법원의 지도성안례 공포권과 하급심법원에 대한 감독권을 바탕으로 최고인민법원이 제정한 《규정》에 따르는 것은 하급심법원의 의무라고 할 수 있다. 그런데 장래의 재판에서 지도성안례를 반드시 따라야 한다는 규정이 있어야 지도성안례에 다른 안건에 대한 법률적 구속력이 있다고 할 수 있다. 그러나 지도성안례를 반드시 ‘참조’하라고만 규정하고 있으므로 지도성안례에 다른 안건에 대한 법률적 구속력은 없다. 다만 안례지도제도에 따라 ‘지도성안례를 반드시 참조해야 한다.’라는 사실, 즉 장래의 재판에서 지도성안례와 유사안건을 다루는 경우 법관은 지도성안례를 반드시 참조하여야 하고, 당사자가 지도성안례를 변론 이유로 삼는 경우에는 반드시 지도성안례의 참조 여부 및 그 이유를 밝혀야 하므로 법관은 지도성안례의 ‘지도적 역할’에는 구속되는 것이고, 그 재판 결과에 당사자도 영향을 받게 되므로 지도성안례의 ‘지도적 역할’에는 다른 안건에 대해 법관을 구속하는 법률적 구속력이 있다고 볼 수 있으나 당사자까지 구속하는 것으로는 볼 수 없고, 우리 판례의 준거력과 같이 그 작용의 간접적 효과로서 당사자에게 영향을 미칠 뿐이라고 할 수 있다.

지도성안례의 지도적 역할과 우리 판례의 준거력이 다른 점은, 장래의

131) 劉克毅, 위 논문, 第122頁, 第124頁.

132) 전 최고인민법원 연구실 주임 후윈텡(胡云騰)의 《최고인민법원 제1차 지도성안례 공포에 관한 통지(最高人民法院關與發布第一批指導性案例的通知)》(2011年12月20日, 司法解釋) 공개성명. 鄧矜婷 著, 위의 책, 第44頁.

재판에서 판례 또는 지도성안례와 유사안건을 다루는 경우 판례의 참조 여부가 법관의 재량에 맡겨져 있는 반면에 법관은 명문의 규정에 따라 지도성안례를 반드시 참조하여야 하고, 당사자가 지도성안례를 변론 이유로 삼는 경우에는 반드시 지도성안례의 참조 여부 및 그 이유를 밝혀야 한다는 점이다.

우리나라에서 판례연구를 통한 장래의 재판예측에는 한계가 있게 마련이듯이, 지도성안례 연구를 통한 장래의 재판예측에도 한계가 있다. 우리나라에서 어떤 구체적 사실에 대한 선례를 아무리 잘 연구하였다더라도 그 사안이 재판의 대상이 되었을 때 그 선례와 같은 사실이 인정될 수 있을지 없을지는 사실상 전혀 미지수이며 설령 동일한 사실이 인정되었다고 하더라도 우리 법제하에서는 동일한 법규범이 적용될 것이라는 기대는 사실상으로만 있을 뿐이고 법적으로 확실히 보장되는 것은 아니다. 재판과정에 있어서 실제로 존재한 사실이 그대로 인정된다는 것은 하나의 이상이긴 하지만 실제에 있어서는 거의 불가능한 일이다. 그런데 동일한 사실에 대하여 아무리 좋은 판례가 있다고 할지라도 재판과정에 있어서 동일한 사실을 인정받지 못한다면 그 선례에 나타난 구체적 법규범의 연구는 실질적인 재판예측에 있어서 아무런 도움을 주지 못한다.<sup>133)</sup> 지도성안례의 경우에도 장래의 재판이 지도성안례와 유사한 사안이라는 점이 전제되어야 절대적 참조 효력이 발휘될 수 있다는 점에서 한계가 있다고 할 수 있다.

지도성안례의 효력이 어떠한 효력인지 명확하지 않다는 것이 안례지도제도의 효력적인 부분에 대한 비판이다. 지도성안례에 사법해석과 같은 다른 안건에 대한 법률적 구속력은 없으므로, 절대적 참조 사항으로서의 지도성안례가 어떠한 효력을 가지는 것인지 명확하게 알기 어렵다는 비판이 적지 않다.<sup>134)</sup> 2018년 10월 《인민법원조직법》에 최고인민법원의

133) 서정우, “판례연구의 목적”, 민사판례연구(1), 1979, 387면, 393-395면.

134) 강광문·김영미, 위의 책, 279면.

법률응용에 대한 해석권과 지도성안례 공포권을 법률로 명시한 것과 같이, 안례지도제도의 정착과 발전을 위해서는 아무래도 지도성안례의 효력을 더욱 강화하는 방향으로 나아가야 할 필요성이 크다. 시진핑 주석의 집권 이후 ‘의법치국(依法治國)’이 다시 중국의 중요한 목표로 주목을 받게 되었다.<sup>135)</sup> 최고인민법원도 이러한 목표를 달성하기 위한 수단의 일환으로서 지도성안례의 지도적 역할을 지속적으로 강조해나갈 것으로 예상되며, 최고인민법원은 그 과정에서 지도성안례의 효력에 대한 비판을 해소하기 위해서는 그 법적 성격을 보다 구체적으로 밝혀야 할 것이다.<sup>136)</sup>

지도성안례를 상소이유나 재심사유로 삼을 수 있는지에 관해서는, 《민사소송법》에서는 지도성안례를 직접적으로 상소 이유나 재심사유로 규정하고 있지는 않으나, 지도성안례를 매개로 상소 이유나 재심사유가 되는 ‘법률적용의 착오’를 주장한다면 지도성안례가 실질적인 상소 이유나 재심사유로 기능하게 될 것이라고 본다.<sup>137)138)</sup>

135) 見 人民出版社，中國共產黨第十八屆中央委員會第五次全體會議公報，2015；人民出版社，中共中央關於全面推進依法治國若干重大問題的決定，2014.

136) 강광문·김영미, 위의 책, 279면.

137) 《민사소송법》 제170조 제2심 인민법원은 상소안건에 대해 심리를 거쳐 다음의 경우에 따라 분별 처리한다. 제2항 원판결, 재정의 사실인정에 착오가 있거나 법률 적용에 착오가 있는 경우, 판결, 재정의 방식으로 법에 따라 다시 판결, 파기하거나 변경한다.

제198조 제1항 각급 인민법원장은 당해 법원에서 이미 법률적 효력이 발생한 판결, 재정, 조해서(調解書)에 명백한 착오가 있음을 발견한 경우, 재심이 필요하다고 판단하면 심판위원회에 회부하여 토론 결정해야 한다. 제2항 최고인민법원은 지방 각급 인민법원에서 이미 법률적 효력이 발생한 판결, 재정, 조해서에 대해, 상급인민법원은 하급인민법원에서 이미 법률적 효력이 발생한 판결, 재정, 조해서에 대해, 명백한 착오가 있음을 발견한 경우, 재심을 제기하거나 하급인민법원에 재심을 명할 권한이 있다.

제199조 당사자는 이미 법률적 효력이 발생한 판결, 재정에 대해, 착오가 있다고 판단한 경우 직상급 인민법원에 재심을 신청할 수 있다.

제200조 당사자의 신청이 다음 중 하나에 부합하는 경우 인민법원은 재심하여야 한다. 제6항 원판결, 재정의 법률의 적용에 명백한 착오가 있는 경우

138) 사법해석의 경우에도 《민사소송법》에서 직접적으로 상소 이유나 재심사

지도성안례와 유사한 대법원 판례가 상고이유 및 재심사유가 될 수 있는지 본다. 우리 「소액사건심판법」 제3조 제2호는 소액사건에 대한 상고이유로서 항소심법원이 ‘대법원 판례에 상반되는 판단을 한 때’를 들고 있고, 「상고심절차에 관한 특례법」 제4조 제1항 제3호는 ‘원심 판결이 법률·명령·규칙 또는 처분에 대하여 대법원 판례와 상반되게 해석한 경우’를 심리불속행 제외사유로서 규정하고 있다. 여기서 ‘대법원 판례’라는 개념 표지는 사법작용의 기능적 효율성을 제고하기 위한 상고이유 제한 내지 심리배제<sup>139)</sup>의 한계를 설정하는 개념 요소로서의 성격을 공유하고 있는데, 이 개념을 분기점으로 대법원 판례에 상반되는 판단을 한 상고사건을 다른 상고사건과 절차적으로 차별 취급하는 기준이 설정된다.<sup>140)</sup> 다시 말해, 대법원 판례에 상반되는 판단을 한 하급심 판결에 대한 상고사건은 심리불속행 판결로 종결되는 일이 없도록 할 뿐만 아니라 소액사건인 경우에도 상고를 보장하는데, 이러한 유형의 상고사건에 대하여는 대법원이 실질적인 심리를 거쳐 신중하게 판단하도록 요구하는 제도적 장치가 마련된 셈이다. 이로써 적어도 대법원 판례에 상반되는 판단을 한 하급심 재판에 대하여는 최종심인 대법원의 사후적 통제가 전면적·실효적으로 보장됨으로써 대법원을 정점으로 하는 전체 사법부의 통일적 법 해석이라는 목표가 달성된다. 따라서 ‘대법원 판례’라는 개념은, 1차적으로 ‘상고심 심리’라는 제한된 사법적 자원을 전략으로 최적

---

유로 규정하고 있지는 않으나, 사법해석을 매개로 상소 이유나 재심사유가 되는 ‘법률적용의 착오’를 주장한다면 사법해석 또한 실질적인 상소 이유나 재심사유로 기능하게 될 것이라고 본다.; 최고인민법원의 사법해석이 존재하는 한 하급심의 법관들은 사법해석에서 벗어나는 해석을 할 수 없다. 이는 사실상 상소제도를 무용지물로 만드는 결과를 초래할 수도 있다. 왜냐하면 어떤 사실관계에 관한 최고인민법원의 사법해석(통상 “회답”의 형식이 될 것이다)이 있고 그 사실관계가 같은 한 하급인민법원은 그 사법해석에 구속될 수밖에 없어, 가사 하급심의 법관이 사법해석과 다른 견해를 가지고 있더라도 1심 판결과 2심 판결은 달라질 수 없기 때문이다. 전대규, 위 논문, 113면, 129면.

139) 소액사건에서 상고이유의 제한 또는 상고사건에 대한 심리불속행.

140) 심준보, “판례 변경의 의의”, 민사판례연구(36), 2013, 919면, 936면.

배분하기 위한 ‘절차적 분기점’으로 기능한다고 볼 수 있지만, 2차적으로는 대법원이 자신과 상반되는 법적 견해를 취한 하급심 재판에 대하여 예외 없는 사후통제를 관철함으로써 전체 법질서의 통일성을 구현하는 ‘실체적 기준점’으로도 기능한다.<sup>141)</sup>

우리나라의 경우 하급심 판결이 확정된 뒤에 그 전제가 된 판례가 변경되어도 전제가 된 법률이 무효가 된 경우와 달리 재심사유가 되지 아니한다.<sup>142)</sup> 「민사소송법」 제451조 제1항 제8호가 규정하는 “판결의 기초가 된 민사나 형사의 판결, 그 밖의 재판 또는 행정처분이 다른 재판이나 행정처분에 따라 바뀐 때”라 함은 판결의 기초가 된 재판이나 행정처분이 그 후의 다른 재판이나 행정처분에 의하여 확정적이고 또한 소급적으로 변경된 경우를 말하는 것이므로 판결의 전제로 된 행정처분의 적법 여부에 관한 법원의 해석이나 판단이 그 후 다른 사건에서의 판례변경으로 그와 상반된 해석을 내렸다는 것만으로는 이에 해당하지 아니한다(대법원 1987. 12. 8. 선고 87다카2088 판결).

#### 4. 지도성안례의 선정 절차

지도성안례의 지도력도 우리 판례의 준거력과 같이 심급제도와 경로의 존성에서 비롯된다. 심급제도로 인하여 하급심법원의 판결은 상급심법원에서 다시 판단을 받을 수 있기 때문에, 하급심 법원은 아무래도 유사안건에 대한 상급심의 판단을 참고하여 판결을 하게 될 것이고, 이러한 점은 지도성안례의 경우가 판례의 경우와 다르지 않다. 다만 중국은 우리와 달리 4급 2심 종심제로 운영되고 있어 하급심 법원의 입장에서 극단적으로는 바로 위인 직상급 법원의 판단에만 주목을 하면 되고, 직상급 법원이 아닌 상급심법원, 특히 최고인민법원의 판단에는 크게 관심을 가

141) 송민경, 위 논문, 237면, 243-244면.

142) 이동진, “판례변경의 소급효”, 민사판례연구(36), 2013, 1083면, 1139면.

지지 않을 수 있다는 점에서 심급구조에서 비롯되는 우리 대법원 판례의 하급심법원에 대한 준거력은 최고인민법원 지도성안례의 하급심법원에 대한 지도력에 비해 강할 수밖에 없다.

이밖에 본 논문은 지도성안례의 지도력은 우리 판례의 준거력과 달리 지도성안례의 선정 절차에서 비롯된다는 점을 주장할 것이다. 우리나라의 경우 대법원의 법령 해석 적용에 관한 의견만 판례가 되는데 비해 중국에서는 각급 법원의 법령 해석 적용에 관한 의견이 모두 지도성안례가 될 가능성이 있다. 각급 법원의 안례를 지도성안례로 선정하는 과정에서 안례에 대한 심사와 편집이 이루어지는데, 바로 이러한 지도성안례 선정 절차로부터 지도성안례의 지도력이 도출되며, 이 점이 지도성안례의 지도력만의 특징이다.

## 가. 지도성안례의 선정 절차

지도성안례의 선정 절차가 어떻게 규정되어 있는지 근거 규정별로 살펴보고, 지도성안례의 선정 관련 권한을 기층인민법원 및 중급인민법원, 고급인민법원, 최고인민법원 등 심급별로 구분하여 살펴볼 것이다. 이후 지도성안례 선정 절차의 특징으로서 최고인민법원이 갖는 직권상 전속성, 소송시스템 밖에서의 지도성안례 선정, 초심급성(跨審級性)을 제시할 것이다.

### (1) 《규정》에 따른 지도성안례의 선정 절차

지도성안례의 선정 절차는 다음과 같다. 우선 최고인민법원 지도성안례 사무처에서 지도성안례를 모집하고 심사한다(《규정》 제3조). 최고인민법원의 각 심판사무 단위(審判業務單位)는 최고인민법원 및 지방 각급 인민법원에서 이미 법률적 효력이 발생한 재판이 《규정》 제2조의

규정에 부합한다고 판단한 경우 이를 지도성안례 사무처에 추천할 수 있다(《규정》 제4조).

각 고급인민법원, 해방군 군사법원은 당해 법원 및 관할구역 내의 인민법원에서 이미 법률적 효력이 발생한 재판이 《규정》 제2조의 규정에 부합한다고 판단한 경우 당해 법원 심판위원회(審判委員會)의 토론·결정을 거쳐 이를 최고인민법원 지도성안례 사무처에 추천할 수 있다(《규정》 제4조).

중급 인민법원 및 기층 인민법원은 당해 법원에서 이미 법률적 효력이 발생한 재판이 《규정》 제2조의 규정에 부합한다고 판단한 경우 당해 법원 심판위원회의 토론·결정을 거친 후, 이를 고급인민법원에 보고하여 최고인민법원 지도성안례 사무처에 추천할 것을 건의할 수 있다(《규정》 제4조).

이밖에 인민대표, 정협위원(政協委員), 전문가, 학자, 변호사 및 기타 인민법원의 심판, 집행사무에 관심이 있는 사회 각계인사는 인민법원의 이미 법률적 효력이 발생한 재판이 지도성안례의 요건에 부합한다고 판단한 경우, 이를 당해 재판의 효력을 발생시킨 원심인민법원에 추천할 수 있다(《규정》 제5조).

지도성안례 사무처는 추천받은 안례에 대하여 즉시 심사의견을 제출하여야 한다. 추천받은 안례가 《규정》 제2조에 부합하는 경우, 이를 최고인민법원 심판위원회에 회부하여 토론·결정을 하도록 최고인민법원장이나 주관 부원장에게 요청하여야 한다.

이후 최고인민법원 심판위원회는 지도성안례 후보들을 최종심사에 회부하여 선정 여부에 관하여 심의 및 토론을 거친다. 최고인민법원 심판위원회가 토론하여 결정한 지도성안례는 통일적으로 《최고인민법원공보》, 최고인민법원 홈페이지 및 《인민법원보》에 공고의 형식으로 공포한다(《규정》 제6조).

지도성안례로 선정된 안례는 이렇게 대외적으로 공포하며, 최고인민법

원이 공포한 지도성안례들은 이후 각급 인민법원이 유사안건(案例)을 심판할 때 반드시 참조하여야 한다(《규정》 제7조). 최고인민법원 지도성안례 사무처는 지도성안례를 매년 엮어 펴낸다(《규정》 제8조).

《규정》 시행 전에 최고인민법원이 이미 공포한 전국법원의 심판 및 집행사무에 있어서 지도적 의의를 갖는 안례는, 《규정》에 따라 정리·편찬한 후에 지도성안례로서 공포한다(《규정》 제9조).

## (2) 《실시세칙》에 따른 지도성안례의 선정 절차

《실시세칙》은 지도성안례의 선정 절차를 다음과 같이 더욱 구체화하였다. 이에 따르면 최고인민법원 지도성안례 사무처에서는 지도성안례의 모집, 선정, 심사, 공포, 연구와 편찬 및 전국법원 안례지도사무에 대한 조율과 지도 등의 사무를 담당한다.

최고인민법원의 각 심판사무 단위는 지도성안례의 추천, 심사 등의 사무를 담당하고, 연락사무 전담자를 지정한다. 각 고급인민법원은 관할구역 내의 지도성안례의 추천, 리서치, 감독 등의 사무를 담당한다. 각 고급인민법원이 최고인민법원에 추천하는 지도성안례 후보는, 심판위원회의 토론·결정을 거치거나 심판위원회 과반수 위원의 심사·동의를 거쳐야 한다.

중급인민법원, 기층인민법원은 고급인민법원을 통하여 지도성안례 후보를 추천하여야 하고, 지도성안례 사무 전담자를 지정하여야 한다(《실시세칙》 제4조).

인민대표, 정협위원, 인민배심원, 전문가, 학자, 변호사 및 기타 인민법원의 심판, 집행사무에 관심이 있는 사회 각계인사는 지도성안례의 요건에 부합하는 안례를 당해 재판의 효력을 발생시킨 원심인민법원에 추천할 수 있고, 지도성안례 사무처에 제출할 것을 추천·건의할 수도 있다. 안례지도사무 전문가위원회 위원은 지도성안례의 요건에 부합하는 안례



를 지도성안례 사무처에 제출할 것을 추천·건의할 수 있다(《실시세칙》 제5조).

최고인민법원의 각 심판사무 단위 및 고급인민법원은 지도성안례 사무처에 지도성안례 후보 추천 시 다음의 자료를 제출하여야 하는데, 첫째, 《지도성안례추천표》, 둘째, 규정에 따라 서식에 맞게 편집한 안례원본 및 그 편집에 대한 설명, 셋째, 관련 재판문서이다. 이상의 자료는 같은 내용으로 서면으로 3부 제출하고, 전자문서를 동봉하여야 한다. 추천법원은 사건(案件) 심리 보고, 관련 신문 보도 및 연구자료 등을 제출할 수 있다(《실시세칙》 제6조).

지도성안례 사무처는 지도성안례 후보를 한층 더 연구할 필요가 있다고 판단한 경우, 관련 국가기관, 부문, 사회단체 및 안례지도사무 전문가 위원회 위원, 전문가, 학자에게 자문을 구할 수 있다(《실시세칙》 제7조).

지도성안례 후보는 지도성안례 사무처가 절차에 따라 상부에 보고하여 심사를 거친다(報送審核). 최고인민법원 심판위원회의 토론을 통과한 지도성안례는 각 고급인민법원에 인쇄 배포하고, 《최고인민법원공보》, 《인민법원보》 및 최고인민법원 홈페이지에 공고한다(《실시세칙》 제8조).

## 나. 심급별 권한

### (1) 기층인민법원 및 중급인민법원

기층인민법원 및 중급인민법원은 당해 법원에서 이미 법률적 효력이 발생한 재판이 《규정》 제2조의 규정에 부합한다고 판단한 경우 당해 법원 심판위원회의 토론·결정을 거친 후, 이를 고급인민법원에 보고하여

최고인민법원 안례지도사무처에 추천할 것을 건의할 수 있다(《규정》 제4조). 기층인민법원, 중급인민법원은 고급인민법원을 통하여 지도성안례후보를 추천하여야 하고, 안례지도사무 전담자를 지정하여야 한다(《실시세칙》 제4조).

## (2) 고급인민법원

각 고급인민법원, 해방군 군사법원은 당해 법원 및 관할구역 내의 인민법원에서 이미 법률적 효력이 발생한 재판이 《규정》 제2조의 규정에 부합한다고 판단한 경우 당해 법원 심판위원회의 토론·결정을 거쳐 이를 최고인민법원 지도성안례 사무처에 추천할 수 있다(《규정》 제4조). 각 고급인민법원은 관할구역 내의 지도성안례의 추천, 리서치, 감독 등의 사무를 담당한다. 각 고급인민법원이 최고인민법원에 추천하는 지도성안례 후보는, 심판위원회의 토론·결정을 거쳐거나 심판위원회 과반수 위원의 심사·동의를 거쳐야 한다(《실시세칙》 제4조).

## (3) 최고인민법원

### (가) 최고인민법원 재판사무 단위

최고인민법원의 각 재판사무 단위는 최고인민법원 및 지방 각급 인민법원에서 이미 법률적 효력이 발생한 재판이 《규정》 제2조의 규정에 부합한다고 판단한 경우 이를 지도성안례 사무처에 추천할 수 있다(《규정》 제4조). 최고인민법원의 각 심판사무 단위는 지도성안례의 추천, 심사 등의 사무를 담당하고, 연락사무 전담자를 지정한다(《실시세칙》 제4조).

## (나) 최고인민법원 지도성안례 사무처

최고인민법원 지도성안례 사무처에서 지도성안례를 모집하고 심사한다(《규정》 제3조). 지도성안례 후보는 지도성안례 사무처가 절차에 따라 상부에 보고하여 심사를 거친다(報送審核)(《실시세칙》 제8조). 지도성안례 사무처는 추천받은 안례에 대하여 즉시 심사의견을 제출하여야 한다. 추천받은 안례가 《규정》 제2조에 부합하는 경우, 이를 최고인민법원 심판위원회에 회부하여 토론·결정을 하도록 최고인민법원장이나 주관 부원장에게 요청하여야 한다(《규정》 제6조).

지도성안례 사무처는 지도성안례 후보를 한층 더 연구할 필요가 있다고 판단한 경우, 관련 국가기관, 부문, 사회단체 및 안례지도사무 전문가 위원회 위원, 전문가, 학자에게 자문을 구할 수 있다(《실시세칙》 제7조).

최고인민법원 지도성안례 사무처에서는 지도성안례 모집, 선정, 심사, 공포, 연구와 편찬 및 전국법원 지도성안례 사무에 대한 조율과 지도 등의 사무를 담당한다(《실시세칙》 제4조). 최고인민법원 심판위원회의 토론을 통과한 지도성안례는 각 고급인민법원에 인쇄 배포하고, 《최고인민법원공보》, 《인민법원보》 및 최고인민법원 홈페이지에 공고한다(《규정》 제6조 및 《실시세칙》 제8조).

## (다) 최고인민법원 심판위원회

최고인민법원 심판위원회는 지도성안례 후보들을 최종심사에 회부하여 선정 여부에 관하여 심의 및 토론을 거친다(《규정》 제6조).

#### (4) 기타

인민대표, 정협위원(政協委員), 전문가, 학자, 변호사 및 기타 인민법원의 심판, 집행사무에 관심이 있는 사회 각계인사는 인민법원의 이미 법률적 효력이 발생한 재판이 지도성안례의 요건에 부합한다고 판단한 경우, 이를 당해 재판의 효력을 발생시킨 원심인민법원에 추천할 수 있다(《규정》 제5조). 인민대표, 정협위원, 인민배심원, 전문가, 학자, 변호사 및 기타 인민법원의 심판, 집행사무에 관심이 있는 사회 각계인사는 지도성안례의 요건에 부합하는 안례를 당해 재판의 효력을 발생시킨 원심인민법원에 추천할 수 있고, 지도성안례 사무처에 제출할 것을 추천·건의할 수도 있다(《실시세칙》 제5조).

안례지도사무 전문가위원회 위원은 지도성안례의 요건에 부합하는 안례를 지도성안례 사무처에 제출할 것을 추천·건의할 수 있다(《실시세칙》 제5조).

#### 다. 지도성안례 선정 절차의 특징

##### (1) 최고인민법원이 갖는 직권상 전속성

영미법계에서는, 판례를 ‘구속력 있는 판례’와 ‘설득력 있는 판례’로 구분한다. 그중에서 전자는 같은 법원 체계에서, 상급심법원의 판결이 모든 하급심법원에 대하여, 그 법원의 선례가 당해 법원의 앞으로의 사건에 대하여 구속력을 갖는 것을 가리킨다. 후자는 같은 등급인 법원 사이의 판결이 상호 앞으로의 사건에 대하여 설득력을 갖는 것을 가리킨다. 이를 통해 영미법계에서 판례를 확정·공포하는 주체는 다원성을 띠며, 모든 등급의 법원이 다른 유형의 효력을 가진 판례를 확정·공포하는 주체

임을 알 수 있다. 그러나 중국 특색의 안례지도제도 하에서는, 지도성안례를 확정·공포하는 직권에 전속성이 있으며, 지도성안례를 확정·공포하는 주체는 유일성을 갖는다. 최고인민법원의 《규정》 제1조는 다음과 같이 명확하게 규정하고 있다. “전국 법원의 심판 및 집행사무에 대하여 지도적 역할을 하는 지도성안례는 최고인민법원이 확정하고 통일적으로 공포한다.” 이에 대하여, 최고인민법원의 유관부문 책임자는 다음과 같이 설명한다. “최고인민법원은 지도성안례를 확정·공포하는 유일한 주체이다.”<sup>143)</sup>

왜 최고인민법원만이 지도성안례의 유일한 공포 주체이며<sup>144)</sup>, 그 정당성은 어디에 있는가? 지도성안례의 선정권을 둘러싸고 중국 학계는 이견이 심했는데, 다음과 같은 세 가지 의견이 있었다.: 첫 번째 견해는 최고인민법원만이 지도성안례를 공포할 수 있는 자격과 권한을 가지며 다른 어떤 법원도 그러한 자격이나 권한을 가지고 있지 않다는 것이었다. 두 번째 견해는 최고인민법원과 각 고급인민법원에 모두 지도성안례를 공포할 수 있는 자격과 권한이 있다는 것으로, 최고인민법원이 공포한 지도성안례는 전국의 재판사무를 지도하고, 고급인민법원이 공포한 지도성안례는 관할구역 내의 재판사무를 지도한다는 것이었다. 중국의 지역별 발전이 극도로 불균형한 점을 고려하면, 고급인민법원으로 하여금 본원 관할구역의 지도성안례를 공포하게 하여 지도성안례가 지역별 차이를 반영할 수 있게 함으로써 지도성안례가 보다 집중적으로 적용될 수 있게 하자는 의견이다.<sup>145)</sup> 세 번째 견해는 각급 법원에 모든 안건을 공개할 것을 호소하는 것으로, “내재적 지도력(內在指導力)”이 있고, “재판이유가 정당하고 충분한” 안건들이 광활한 “안례 시장”에서 완전 경쟁(充分競

---

143) 左衛民·陳明國 主編, 위의 책, 第145-146頁.

144) 2018년 10월 《인민법원조직법》 개정을 통해 최고인민법원의 법률응용에 대한 해석권과 지도성안례 공포권이 법률에 명시되었다(《인민법원조직법》 제18조, 제37조 제2항).

145) 趙明坤, “論我國案例指導制度的完善”, 法制博覽, 法制園地, 2017. 7.(上), 第196頁, 第196頁.

爭)을 거쳐 두각을 나타냄으로써 지도성안례가 되도록 한다는 입장이었다.<sup>146)</sup>

두 번째 견해와 같이 현행의 다원화되고 분산된 법원 체계와 2심 중심제를 기반으로 안례지도체도가 구축되었다면 각 피라미드 상단의 중심법원인 최고인민법원, 고급인민법원 및 중급인민법원은 모두 지도성안례를 공포할 권한을 갖게 되고, 각 법원은 판결에 대한 상급심법원의 과도한 파기환송이나 판결변경을 피하기 위해 자신이 속한 피라미드 상급심법원 지도성안례의 구속을 받으려는 유인만 있었을 것이다. 예를 들어, 기층인민법원은 중급인민법원 지도성안례의 구속을 받으려는 유인만 있었을 것이고, 설령 재심이 들어오더라도 기껏해야 고급인민법원 지도성안례의 구속을 받으려는 유인만 있었을 것이며, 최고인민법원 지도성안례의 구속을 받으려는 유인은 없었을 것이다. 결과적으로 세 그룹의 병렬된 피라미드형 법원 체계는 곧 세 그룹의 병렬된 지도성안례 체계에 대응하게 되었을 것이고, 전국적으로 법률이 통일적으로 적용되는 제도를 추구하려던 꿈은 산산조각이 났을 것이다. 이와 같이 중국의 다원화되고 분산된 법원 체계를 좇았다면, 일원적인 안례지도체도의 구축은 근본적으로 불가능하였다.<sup>147)</sup>

세 번째 견해에 대한 비판은 다음과 같다. 판례 제도의 논리적 출발점은 ‘유사안건에 대한 유사한 판결(同案同判)’이라는 형식적 정의를 달성하기 위함이지, 개별안건 재판에 있어서 실질적 정의를 추구하기 위함이 아니다. 물론 ‘하급심법원은 상급심법원을 따르며’, 이것이 여전한 형식주의의 표준이다. 판례 제도는 바로 이 두 가지 형식주의의 표준을 중첩하여 형식주의적 접근법을 채택하였으며, 형식적 정의의 추구를 논리적 출발점으로 삼는 동시에 개별안건에 대한 실질적 정의를 되도록 간접적으로 실현한다. 안례의 “내재적 지도력”, 혹은 “재판이유가 정당하고 충분함”은 안건의 결과나 법률적 논증의 실질적 정의를 직접적으로 지향하는

146) 宋曉, 위 논문, 第58頁, 第60頁.

147) 宋曉, 위 논문, 第58頁, 第63頁.

실질주의적 기준이므로, 세 번째 견해는 실질주의적 접근방식(進路)을 직접 채택하여 판례 제도를 구축함으로써, 형식적 정의와 실질적 정의를 동시에 달성하고자 한다. 그러나 그러한 견해는 결국 실질적 정의를 달성하지 못할 뿐만 아니라 판례 제도의 논리적 출발점인 형식적 정의까지 손상시킬 것이다. 실질주의적 기준에 따르면, 법원은 실질적 정의를 달성한 안건을 좇아 판결하여야 하나, 어느 판결이 실질적 정의를 달성하였는지 이상적으로는 논의할 수 있어도 현실적으로는 정론(定論)이 없다. 결과적으로는 법관 각자의 선택에 맡기게 될 수밖에 없어, 형식적인 일관성마저 전혀 남지 않게 된다. 실질주의적 접근방식이 계속해서 발전하여 모호했던 실질주의적 기준이 한층 더 명확해진다고 해도, 다량의 공개된 판결 중 법관이 가장 많이 인용한 안건의 판결이 지도성안례가 되거나 학자들이 최고의 평가를 부여한 안건의 판결이 지도성안례가 되는 등 결국에는 형식주의적 접근방식을 피할 수 없게 될 것이다. 실질주의적 기준은 근본적으로 판례 제도의 기초가 될 수 없다는 것을 알 수 있다.<sup>148)</sup>

살펴본 바와 같이 2심 중심제를 기반으로 안례지도제도가 구축되었다면 각 법원이 직상급심법원의 안례 외에는 관심을 두지 않는 문제와 마찬가지로 직상급심법원의 지도성안례 외에는 관심을 두지 않게 되어 최고인민법원의 지도력을 강화할 수 없었을 것이고, 모든 법원이 지도성안례를 공포할 수 있게 하였다면 결과적으로는 지도성안례와 안례를 구별하기 어렵게 되어 지도성안례가 특수성을 잃게 됨으로써 일원적인 안례지도제도의 구축이 불가능하였을 것이므로, 최고인민법원만이 지도성안례를 공포할 수 있는 자격과 권한을 가지며 다른 어떤 법원도 그러한 자격이나 권한을 가지고 있지 않다는 점이 정당화되었다.

지도성안례는 심급 감독 권력에 기반을 두고 있다. 최고인민법원의 중국 법원 체계에서의 최고의 지위와 권위, 아울러 선정 절차가 최고인민

---

148) 宋曉, 위 논문, 第58頁, 第60頁.

법원 최고재판조직의 토론과 결정을 거치는 것에 근거하여, 지도성안례는 적어도 기타 사건과는 다른 형식적 권위를 획득하였다.<sup>149)</sup> 최고인민법원은 《최고인민법원 제1차 지도성안례 공포에 관한 통지(最高人民法院關與發布第一批指導性案例的通知)》(2011年12月20日, 司法解釋)에서 하급심법원이 지도성안례를 엄격하게 준수할 것을 명확하게 요구하였다. 또한 《인민법원조직법》 제28조에 따르면 최고인민법원에는 각 법원의 사법사무를 감독할 권한이 있다.<sup>150)</sup>

## (2) 소송절차 밖에서의 지도성안례 선정

영미법계와 대륙법계를 막론하고, 판례는 주로 상급심법원에서 이루어진 사법의 과정이며, 소송절차 내에서 자연스럽게 도출된다. 상술한 바와 같이 영미법계에서 ‘구속력 있는 판례’는 상급심법원의 판결이거나 당해 법원의 과거 판결이며, 판례는 법관이 선례구속의 원칙을 준수하거나 선례와의 차이를 구별해내는 과정을 통하여 적자 생존한다. 대륙법계에서의 판례 역시 주로 상급심법원 특히 최고법원의 판결이다. 판례가 가진 사실적 구속력<sup>151)</sup>은 주로 법관에 의한 판례의 지속적인 관철 및 판례에 대한 이론·학설에 의한 지지로 체현된다. 학계 등 전문가로부터의 반복적인 평론을 통해 판례에 대해 어느 정도 공인을 받고, 판례의 취지가 최고법원에서 지속적으로 관철된 ‘공고한 판례’들만이 비로소 하급심법원에 대하여 강력한 사실상의 영향력을 가진다. 그러나 중국 특색의 안례 지도제도의 경우, 안례에서부터 지도성안례에 이르기까지 최고인민법원 지도성안례 사무처의 심사, 선별, 심층 편집 및 심판위원회의 토론 결정 과정을 겪는다. 즉, 이 과정에는 사법적 관리기능과 행정적 통제가 스며들어 있어, 전국적으로 ‘반드시 참조’하여야 하는 효력을 가진 지도성안

149) 左衛民·陳明國 主編, 위의 책, 第143頁.

150) 見 鄧矜婷 著, 위의 책, 第44頁.

151) 사실적 구속력이 아닌 준거력으로 새겨야 할 것이다.



례가 반드시 최고인민법원이 내린 판결이라고 확신할 수는 없다. 따라서 중국 특색의 안례지도제도는 소송절차 밖에서의 안례 선정 모델이며, 사법적 관리기능과 행정적 통제의 방식으로 운영되어 왔다.<sup>152)</sup> 따라서 중국 특색의 안례지도제도는 사건 경위의 귀납을 중시하고, 재판 요지를 공들여 정련하는데, 이는 영미법계판례의 편찬이 판결의 “원형”을 드러내는 것을 중시하는 것과 다르다.<sup>153)</sup>

최고인민법원이 자신의 사법적 권위가 아닌 사법 외의 권력으로 안례지도제도를 추진하는 것은, 과거 수십 년간 사법 외의 권력으로 추상적인 사법해석을 공포해온 실무와 일맥상통한다. 판례 제도와 사법제도 전반, 나아가 법률제도 전반은 긴밀하게 연결되어있는 상호 결정적인 관계다.<sup>154)</sup>

최고인민법원이 매년 몇 건의 안건을 심리하는지, 몇 건의 판결서나 재정서를 작성하는지 수량이 분명하지는 않다. 매년 《최고인민법원공보》(이하 《공보》)에 전문 공포되는 최고인민법원의 판결서나 재정서는 수량이 극히 적어, 매우 낮은 비율을 차지하고 있는 것으로 추산된다.<sup>155)</sup>

재판지도를 촉진하기 위해 중국은 판례생성제도의 “초기 형태(雛形)”을 발전시켜왔다. 그중 가장 영향력이 있는 것이 《공보》의 안례 공포다. 《공보》에 공포되는 안례는 두 가지 유형으로 구분된다: 첫째는 “재판문서 선정게재”로, 최고인민법원이 작성한 판결서, 재정서의 전문을 선정 게재한 것이다.; 둘째는 “안례”로, 각급 지방법원이 작성한 판결서, 재정서를 발췌 편집한 자료다. 1990년대부터 오늘에 이르기까지 최고인민법원의 소속단위나 사무정(業務庭)에서도 다양한 안례 간행물(書刊)을 연이어 편집·출간하였다. 이밖에, 연이어 20여 개의 고급인민법원이 안

---

152) 左衛民·陳明國 主編, 위의 책, 第146-147頁.

153) 左衛民·陳明國 主編, 위의 책, 第149頁.

154) 宋曉, 위 논문, 第58頁, 第72-73頁.

155) 宋曉, 위 논문, 第58頁, 第66頁.

례지도제도의 실천을 적극적으로 전개하기도 하였다. 예를 들어 장쑤성 고급인민법원은 최고인민법원을 따라 월간(月刊) 《장쑤성 고급인민법원 공보》를 출간하고, 매호(每期) “참조(參閱)안례”를 공포하여, 성내 재판 실무(實踐)를 지도하는 데 사용하였다. 소수의 중급인민법원과 기층인민법원, 예를 들어 정저우시(鄭州市) 중급인민법원과 정저우시 중위안구(中原區) 인민법원도 안례지도제도의 구축을 시도하여, 전형성안례(典型性案例)를 공포하였다.<sup>156)</sup>

상급심법원이 하급심법원의 판결을 선정하여 공포하고, 이를 통해 하급심법원의 재판사무를 지도하는 것은 중국의 사법 실무에서 장기적으로 형성되어 온 독특한 현상이다. 최고인민법원은 권위 있는 법정 간행물인 《공보》를 통해 이미 하급심법원의 안례를 선정하고 공포하는 관례를 형성해왔다. 2009년 한 해 동안의 《공보》를 예로 들면, “재판문서선정 게재”란에 공포된 최고인민법원이 작성한 판결서나 재정서가 총 18건, 선정 공포된 지방 각급 법원의 판결서나 재정서가 총 19건으로 수량이 상당하다.; 공포된 지방법원판결 중에는 고급인민법원의 판결도 있고 중급인민법원 및 기층인민법원의 판결도 있으며, 형사·민사 및 행정 크게 3가지 범주를 다루고 있다. 최근 일부 고급인민법원, 전형적으로 베이징시 고급인민법원, 장쑤성 고급인민법원의 경우에도 최고인민법원을 따라 관할구역 내 하급심법원의 판결을 특정한 형식으로 선정·공포하여 관할구역 내의 재판사무를 지도하고 있다.<sup>157)158)</sup>

### (가) 영미법계의 판례 선정

미국 연방대법원에는 매년(회기당) 대략 7,000에서 8,000건의 새로운

---

156) 宋曉, 위 논문, 第58頁, 第61頁.

157) 베이징시 고급인민법원이 《베이징법원 지도성안례》를 편집 출판하고, 장쑤성(江蘇省) 고급인민법원이 《장쑤성 고급인민법원공보》를 편집 출판한다.

158) 宋曉, 위 논문, 第58頁, 第64頁.

안건들이 접수되며, 약 80건의 사건에 대해 구두변론을 허가하고 심사한다. 메모 의견(slip opinion)은 미국 연방대법원 판결의 첫 번째 버전으로, 판결선고 후 몇 분 내로부터 해당 회기의 ‘United States Reports’로 최종출간될 때까지 미국 연방대법원 홈페이지에 게시된다.<sup>159)</sup> 미국연방법원 체계에서 연방대법원은 모든 판결을 전문 공포해야 하고 연방지방법원은 통상 판결을 공포할 필요가 없지만, 연방 항소법원이 판결을 전부 공포해야 하는지 아니면 선정 공포해야 하는지에 대해서는 과거 30년간 논쟁이 끊이지 않았다.<sup>160)</sup>

영미법계의 전통적 원리에 따르면 안례는 모두 관례다. 영미법계의 발전과정에 들어가거나 장래 안건에 의해 인용(遵循)되거나 장래 안건에 의해 반복되거나 장래 안건에 의해 일부 수정된다. 그러나 법률발전에 참여할 기회를 박탈당해서는 안 된다.<sup>161)</sup> 그런데 1970년대 이후 각 연방 항소법원이 ‘판결문 선별공포 규칙(判決書有限公布規則)’을 각기 제정한 후 4분의 3이 넘는 판결서가 공포되지 않았다.<sup>162)</sup> 미공포된 판결은 공포된 판결과는 달리 선례구속력이 없는 것으로 취급된다.<sup>163)</sup>

1947년 법률에 따르면 프랑스 최고사법법원은 관방법률공보에 모든 판결을 공포해야 했으나, 1967년의 법률개혁으로 각 재판정 재판장(各庭庭長)에게 판결을 선정하고 공포할 수 있는 권한이 부여되어 실제로 80%에 달하는 판결이 공포되지 않았다.<sup>164)</sup> 미국 연방 항소법원의 관례선정 실무를 보면, 각 항소법원이 관례의 선정기준을 제정했다라도 개별안건

---

159) The Term of the Court begins, by law, on the first Monday in October and lasts until the first Monday in October of the next year. Supreme Court of the United States(<https://www.supremecourt.gov/>, Home>Opinions>Opinions of the Court, Home>About the Court>Supreme Court at Work, 2021. 1. 26. 최종접속).

160) 宋曉, 위 논문, 第58頁, 第67頁.

161) 宋曉, 위 논문, 第58頁, 第71頁.

162) 宋曉, 위 논문, 第58頁, 第67頁.

163) Erica S. Weisgerber, “Unpublished Opinions: A Convenient Means to an Unconstitutional End”, 97 Geo. L. J, 2009, p. 621, p. 622.

164) 宋曉, 위 논문, 第58頁, 第66頁.

을 판례로 공포하여야 하는지 여부는 개별안건의 법관이 사법 의견을 작성할 때 결정한다. 이는 법관의 독립을 존중하기 위함이자 판례를 선정하는 현실적인 목적, 즉 사법 효율의 제고를 달성하기 위함이다. 법관이 판결의견의 작성을 완료한 후 다시 법원이 판례로 공개할지 여부를 결정한다면, 법관은 어떠한 방식으로 사법 의견을 작성해야 하는지 알 수 없게 되어, 선례가 될 사법 의견에 더 많은 시간과 체력을 투자할 방법이 없게 될 것이다.<sup>165)</sup>

### (나) 한국의 판례 선정

대법원판결은 생성과 동시에 전시 공개될 운명에 놓인다. 공식적으로는 그 전문이 법원 공보와 대법원판결집에 선택 수록되고 있다. 대법원판결의 판시내용은 중요한 사항일수록 여러 논문에 두고두고 인용된다. 확정된 중요 하급심 판결도 인용되는 예가 있으나 그것은 상고심 판결에 비교될 수 없다. 대법원판사가 쓴 재판서는 최고법원의 재판이라는 이유 때문에 판례라는 이름이 붙어 절대적인 가치를 인정받고 결정적인 역할을 담당한다.<sup>166)</sup>

한국에서는 법원도서관이 매달 “각급법원(제1,2심) 판결공보”를 발간한다. 각급법원(제1,2심) 판결공보는 「법원조직법」 제81조 제4항<sup>167)</sup>, 「법원도서관규칙」 제11조의2(사법자료의 편찬·발간) 제1항<sup>168)</sup>에 따라 각급법원이 1차적으로 판결을 선정하여 법원도서관에 제공하는 것으로 보인다. 이밖에, 법원도서관은 격주로 대법원 판례를 대상으로 한 “판례

165) 宋曉, 위 논문, 第58頁, 第68頁.

166) 박우동, “대법원·대법원판결”, 민사판례연구(1), 1979, 408면, 414면.

167) 「법원조직법」 제81조(조직) ④ 법원도서관의 조직, 운영 등에 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다.

168) 「법원도서관규칙」 제11조의2(사법자료의 편찬·발간) ① 각급법원등은 도서관의 사법자료 편찬·발간업무에 관하여 필요한 자료 제공등의 협조를 하여야 한다.

공보”를 발간한다. 판례공보는 「법원조직법」과 그 위임을 받은 「법원도서관규칙」 제11조의2 제2항<sup>169)</sup>에 따라 대법원이 ‘판례공보의 편찬·발간에 필요한 자료’를 법원도서관에 제공하는데, 구체적인 절차는 다음과 같다.

판례공보는 법원도서관의 조사심의관<sup>170)</sup>실과 조사위원실을 중심으로 편찬되고 있다. 대법원 판결이 선고된 후 2주 이내에, 대법원 재판연구관실에서 조사심의관실로 ‘판례공보 자료’와 함께 선고된 모든 판결문(심리 불속행 기각된 판결문 등은 제외)을 보낸다. ‘판례공보 자료’에는 판례공보 편찬·발간에 필요한 자료를 적도록 되어 있는데, 가장 중요한 것은 판결의 ‘등급’ 선별표시다. 판결의 등급은 크게 A급, C급, D+급, D급, X급이 있다. A급은 전원합의체 및 대법원판례집에 실을 만한 매우 중요한 판결, C급은 선례적 가치가 있는 것으로 판례공보에 실을 만한 중요한 판결, D+급은 매우 중요한 법리이기는 하나 약 3년 정도 이전에 이미 기존 판시가 있었던 판결, D급은 판시 법리가 과거에 수차례 반복된 것으로 3년 이내에 공보에 동일 판시가 수록된 적이 있는 판결 등이다.

A급과 C급으로 분류된 판결은 판례공보에 신고, D+급은 종합법률정보에 외부 공개 대상으로 등록되고, D급은 내부용으로 종합법률정보에 등록된다. X급은 참조할 만한 내용이 없는 것으로 종합법률정보에 등록되지 않는다. 재판연구관실의 등급 선별표시를 최대한 존중하여 조사심의관실에서 등급분류를 확정하는데, 동일 판시의 판결이 근접한 시기에 선고된 경우 등 조정이 필요한 경우에는 재판연구관실과 협의를 하여 등급을 조정하기도 한다. 선별표시가 없는 상태로 온 경우에는 조사심의관실에서 등급을 분류한다.

---

169) 「법원도서관규칙」 제11조의2(사법자료의 편찬·발간) ② 대법원의 수석 재판연구관은 대법원판결이 선고된 때로부터 2주 이내에 판례공보의 편찬·발간에 필요한 자료를 도서관에 송부하여야 한다.

170) 「법원도서관규칙」 제3조의2(조사심의관) ③ 조사심의관은 도서관장의 업무를 보좌하며, 도서관 업무에 관한 계획의 입안, 연구·조사, 심사·평가, 업무의 종합조정과 도서관장이 지정한 업무를 분장한다.

판례공보에 실기로 결정된 판결에 대하여는 판시사항, 판결요지, 참조조문, 참조판례를 작성하고, 판례공보 형식으로 자료를 전환한다. 이를 기초로 몇 차례의 교정 작업 후 조사심의관들이 비실명 처리 작업을 한다. 비실명 처리 및 상호 확인이 완료된 원고에 대하여 도서관장이 결재를 하면, 매월 1일, 15일에 코트넷 ‘지식광장’의 ‘최신판례·법령’ 중 ‘판례공보·속보’ 아래 ‘대법원 판례공보’ 게시판에 판례공보 전체 파일과 판시사항·판결요지만 담은 요약본 파일이 게시되고, 동시에 인쇄에 들어가며칠 후 약 3,300부의 판례공보가 판사에게 배부되어 받아보게 된다(매월 10일에 발간되는 각급법원 판결공보도 비슷한 절차를 거쳐 발간된다). 판례공보 및 각급법원(제1,2심) 판결공보는 일반 국민이 볼 수 있도록 같은 날 법원도서관 홈페이지에도 게재된다.<sup>171)</sup>

#### (다) 종합적 분석

지도성안례는 《공보》에 게재되는데, 지도성안례 외에 기존에 최고인민법원의 판결을 ‘재판문서 선정게재’로, 각급 지방법원의 판결을 ‘안례’로 제공하는 점은 한국에서 대법원 판례를 ‘판례공보’로, 각급 법원(제1, 2심) 판결을 ‘판결공보’로 발간하는 점과 다를 바가 없어 보인다.

또한, 한국에서도 판결공보에 실을 판결은 일차적으로 각급 법원이, 판례공보에 실을 판례는 대법원이 선정하는 점, 특히 선정과정에서 판결(판례)의 등급을 구분하는 점은, 지도성안례의 초심급성은 별론으로 하고 최고인민법원이 지도성안례를 선정하는 과정과 유사하다고 생각된다. 한국의 각급 법원이나 대법원도 A급 판결(판례)을 선정하지만, 그 등급이 일반에 공개되지 않을 뿐 이는 최고인민법원의 지도성안례 선정과 매우

171) 이상 주로 이기리, “판례공보와 종합법률정보”, 법원사람들, 2017. 8. 4. 법원사람들 (<https://www.scourt.go.kr/portal/gongbo/PeoplePopupList.work?gubun=7#>, 법원사람들 > 법률정보 > 조사심의관코너 > 판례공보와 종합법률정보, 2020. 6. 14. 최종접속).

비슷하다.

상소법원은 사법적 부담을 줄이기 위해 일부 판결을 판례로 선택하여 공포할 수밖에 없다. 만일 상소법원이 상소법원의 모든 판결을 판례로 공포하고자 한다면, 방대한 수량으로 인해 판례 사이의 조화로움(協調性), 일관성(一致性)과 연관성(連貫性)을 달성하기 매우 어려울 것이다. 상소법원이 상소법원의 모든 판결을 판례로 공포하고자 한다면, 상소법원 법관의 소송 피로가 누적될 것이고, 모든 판결문을 정교하게 검토할 만한 체력과 시간이 부족한 채로 도출한 판결은 선례로서의 가치가 필연적으로 크게 떨어지게 될 것이므로 이는 판례 제도의 발전에 있어 치명적이다. 상소법원이 일부 판결만 판례로 선정하여 공포하기만 한다면, 법관은 판례가 될 판결문의 작성에만 시간과 체력을 집중할 수 있게 되어, 법률적 분석과 추론(推理)으로 판결문이 충실해질 것이다. 나머지 안례에 대해서는 법관은 판결문에서 안건 사실의 서술과 법률적 추론을 간소화할 수 있게 되어 결과 자체에 더 많은 관심을 기울이기만 하면 된다. 즉, 상소법원은 선정된 판결문 작성에만 집중하고, 나머지 판결문 작성은 간소화할 수 있다. 미국 항소법원이 판결을 선정하고 공포하는 실무(實踐)에서도, 선례로 공포된 판결문은 선례로 공포되지 않은 판결문에 비해 정교함(打磨程度)과 충실함(認真程度)에 있어 매우 큰 차이가 있다. “연방 항소법원은 ‘효율성’을 앞세워 판례의 선정 및 공포를 정당화한다.”<sup>172)</sup> 사법 효율성은 어느 나라 판례 제도에서도 피할 수 없는 고려요소(衡量因素)이며, 중국의 안례지도제도 역시 그럴 것이다.<sup>173)</sup>

다만 미공간 판결에 대한 신뢰성 문제는 한국 법원에서도 고민이 필요한 부분이다. 판례공보, 판결공보를 통해 공간되지 않는 판결은 일반 국민이 접할 기회가 거의 없다. 이는 재판의 신뢰성 측면에서도 문제가 될 수 있는데, 모든 판결이 투명하게 공개되지 않는 상황에서, 공간되지 않

---

172) Danny J. Boggs·Brian P. Brooks, “Unpublished Opinions and the Nature of Precedent”, 4 Green Bag 2d 17, 2000, p. 17, p. 19.

173) 주로 宋曉, 위 논문, 第58頁, 第67頁.

는 판결문 역시 공간되는 판결문과 동일한 책임감 하에 성실하게 작성되는지에 대해서는 한국에서도 검증하기 어렵다.

### (3) 지도성안례 출처의 초심급성(跨審級性)

《규정》은 현행 법원 체계와 심급제도가 일원화된 안례지도제도를 구축하는 데 장애로 작용할 것을 의식했는지도 모른다. 최고인민법원에서만 지도성안례의 공포를 독점한다는 부분에서는 심급의식을 유보하였으나, 다른 모든 면에서는 현행 법원 체계와 심급제도를 모두 배척(拋開)하였다. 이에 따라 각급 법원이 심리한 안례는 심급에 관계 없이 모두 지도성안례가 될 자격이 있다. 그러나 설사 최고인민법원이 심리한 안례이더라도 자동으로 지도성안례가 될 수는 없고, 반드시 추천 절차를 거쳐야만 한다.<sup>174)</sup>

최고인민법원이 지도성안례를 통일적으로 공포하는 것은 외견상 일원적인 안례지도제도를 형성하려는 것처럼 보이지만, 이러한 외견상 일원화 역시 현행 심급제도로 인해 실질적으로 깨어지는 추세다. 4급 법원제도와 2심제로 인해 많은 안례가 중급인민법원에서 끝난다. 재심 제도를 통해 많은 안례가 고급인민법원에까지 도달할 수 있으나, 최고인민법원에까지 도달할 수 있는 경우는 매우 적다.<sup>175)</sup> 지방 각급 인민법원이 심리한 안건을 최고인민법원에 상소할 수 없게 되면 지방 각급 인민법원에서는 최고인민법원이 공포한 지도성안례를 참조할 유인이 없게 되는데, 지방판결이 설령 지도성안례에 명백히 위배된다고 하더라도 상소심을 거쳐 최고인민법원의 교정을 받을 기회가 없기 때문이다. 따라서 최고인민법원은 자신의 최종심 권력을 이용하여 지방 각급 인민법원이 지도성안례를 통일적으로 참조할 것을 보장할 수 없다는 한계가 있다.<sup>176)</sup>

174) 宋曉, 위 논문, 第58頁, 第63頁.

175) Jinting Deng, 위 논문, p. 449, pp. 461-462.

176) 宋曉, 위 논문, 第58頁, 第63頁.



다른 국가의 판례 제도에서 판례는 일반적으로 최고법원이나 상소법원 자신이 내린 판결이고, 하급심법원의 안례를 판례로 선정하여 공포할 수 없다.<sup>177)</sup> 상술한 바와 같이, 영미법계와 대륙법계의 판례는 주로 상급심법원, 특히 최고법원 스스로의 판결에서 비롯되므로 사법절차로부터 효력을 얻는다. 즉, 심급제도를 통하여 판례의 권위가 확립된다.

그러나 중국 특색의 안례지도제도에서 각급 법원의 판결은 지도성안례의 요건에 부합하면 모두 지도성안례로 승격될 기회가 있으므로, 지도성안례의 출처가 상대적으로 광범위하여 하급심법원의 판결도 지도성안례가 될 수 있다. 일단 하급심법원의 판결이 지도성안례의 확정·공포절차를 거쳐 지도성안례가 되면, 상급심법원 또한 이 판결을 유사안건 재판시 반드시 참조하여야 한다. 이로 인하여 중국 특색의 안례지도제도는 안례의 출처 면에서 영미법계나 대륙법계의 판례와는 달리 초심급성을 띤다. 그러나 본질적인 구속력<sup>178)</sup>은 지도성안례 그 자체에 있는 것이 아니라, ‘지도성안례 안에서 정확하게 이해되거나 구체화된 규범에 있다.’<sup>179)</sup>

최고인민법원에서 하급심 판결을 지도성안례로 선정, 공포하는 이유는 2심 제도에서 비롯된다. 중국의 2심 중심의 심급제도에서 최고인민법원은 기껏해야 명목상의 최고법원일 뿐, 실질적인 의미에서의 최고법원은 아니다. 기층인민법원이나 중급인민법원이 수리한 1심 사건에 설사 개별사건의 가치를 넘어서는 중대한 법률적 의의가 있다 하더라도, 최고인민법원은 웬만해서는 스스로 심리할 기회가 없으므로, 이러한 개별사건을 통해 관련 법리를 명확히 밝히고 발전시킬 기회를 잃게 되었다. 각급 인민법원이 개별사건의 법률문제를 명확히 밝히고 발전시킨 경우라도, 이러한 개별사건에 관한 판결에서의 법률적 관점은 심급의 낮음으로 인해 개별사건을 넘어서고 지역을 넘어설 방법이 없다는 제한이 있다. 최고인

177) 宋曉, 위 논문, 第58頁, 第65頁.

178) 구속력이 아닌 지도력으로 새겨야 할 것이다.

179) 左衛民·陳明國 主編, 위의 책, 第147頁.

민법원은 이러한 안건을 전국적인 지도성안례로 선정·공포하여, 지도성안례로 하여금 개별사건을 넘어서고 지역을 넘어서는 법률적 가치를 갖추게 하고, 전국적으로 관련 법리를 명확히 밝히고 발전시켜 전국적으로 법률 적용에 있어 일관성을 촉진하게 된다. 이것이 최고인민법원이 지방 각급 법원의 판결을 선정·공포하는 내적 요인일 것이다.<sup>180)</sup>

지도성안례와 우리나라의 판례가 다른 점 중의 하나는, 지도성안례의 경우 각급 법원의 안례 추천, 최고인민법원 심판위원회의 토론·결정 및 공포절차를 거쳐 소송 기제 밖에서 선정되는 점이라고 볼 수 있겠다. 그런데 지도성안례가 ‘지도성안례’로 선정되기 전까지는, 법원의 다른 모든 판결과 마찬가지로 소송 기제 내에서 생성된다. 즉, 판결은 소송 기제 내에서 생성된 것인데 단지 이를 선별하여 공포한다는 점으로 인해 ‘안례’와 ‘지도성안례’가 달라진다는 점에 주목한다면, 오히려 안례지도제도에 따라 일정한 절차를 거쳐 지도성안례를 선정하는 과정은 우리나라 대법원 판례심사위원회가 「판례심사위원회 규칙」에 따라 『대법원판례집』에 게재할 판례를 선정하는 과정과 유사하게 볼 수 있는 것 아닌가 싶다.

## 라. 지도성안례 선정 절차에 대한 비판

### (1) 선정 요건 및 추천 절차 미비 등

우선, 지도성안례의 선정 절차상 지도성안례의 선정 요건이 충실하지 않다는 비판이 있다.<sup>181)</sup> 지도성안례로 선정되려면, 첫째, 사회의 광범위한 관심의 대상이 되는 안례이어야 하며, 둘째, 관련 법률규정이 비교적 원칙적인 것이어야 하고, 셋째, 전형적인 안례이어야 하며, 넷째, 사안이

180) 宋曉, 위 논문, 第58頁, 第65頁.

181) 左衛民·陳明國 主編, 위의 책, 第131頁.

복잡(疑難複雜)하거나 새로운 유형의 안례이어야 하고, 마지막으로 그 밖에 지도적인 역할을 할 수 있는 안례이어야 한다.<sup>182)</sup>

그러나 이러한 요건에 포섭되는지 여부를 판단하기가 쉽지 않은데, 특히, 사회의 광범위한 관심의 대상인지 여부, 새로운 유형인지 여부 등의 요건이 명확하지 않다는 비판이 있다.<sup>183)</sup>

본안과 지도성안례와의 구분방법 결여를 지적하는 견해도 있다. 심리 중인 안건이 지도성안례와 어느 정도 유사한지 판단하기 어렵다는 지적이다. 법령에 상세한 규정이 없는 상황에서 지도성안례를 어떻게 참조할지 알 수 없어 본안과 지도성안례와의 구분방법의 제시가 필요하다는 의견이다.<sup>184)</sup>

다음으로, 지도성안례 추천 절차상 지도성안례의 추천 절차가 완비되어 있지 않다는 비판으로서 내부추천절차가 아직 세분화되어 있지 않아 기층인민법원 추천안례의 경우 같은 안례를 기층·고급·최고인민법원에 걸쳐 총 세 차례를 검토하게 되므로 이는 행정자원의 낭비라는 비판이 있고, 외부인사로부터의 추천 절차도 완비되어 있지 않아 외부인사들이 지도성안례 추천에 소극적이며, 처리절차와 관련된 규정도 없어 추천을 하더라도 추천 이후의 상황을 알기가 어렵다는 비판이 있다.<sup>185)</sup> 이밖에 외부인사 및 원심인민법원(고급인민법원 제외)이 최고인민법원에 직접 지도성안례를 추천할 수 없어 최고인민법원이 제한적인 추천 의견만 듣게 된다는 비판이 있는데 외부인사 및 원심인민법원(고급인민법원 제외)이 최고인민법원에 직접 지도성안례를 추천할 수 있게 하자는 주장에 대해서는, 최고인민법원의 업무 과중과 하급인민법원의 업무해태를 우려하여 이에 반대하는 의견도 있다.<sup>186)</sup> 한편, 장려제도의 부족으로 지도성안

---

182) 강광문·김영미, 위의 책, 278면.

183) 左衛民·陳明國 主編, 위의 책, 第131頁.

184) 庄玉, “案例指導制度對法官自由裁量權的規範作用”, 法制博覽, 法律經緯, 2019年 5月(中), 第258頁.

185) 左衛民·陳明國 主編, 위의 책, 第115-116頁.

례를 추천할 유인이 부족하다는 비판이 있고, 이밖에 공포 주기가 길고 수량이 적고 홍보가 부족하다는 의견이 있다.<sup>187)</sup>

안례지도제도가 확립된 지 8년 동안 최고인민법원은 총 87건의 지도성 안례밖에 공포하지 못했는데(2017년 3월 기준), 이는 사법 실무로부터의 수요를 만족시키기에 턱없이 부족하다.<sup>188)</sup> 그러나 중국의 작금의 국가 사정을 돌아보면 국토가 광활하고 민족이 매우 많으며 도농발전이 불균형하고 지역발전이 불균형하여 전국적으로 적용 가능한 지도성안례의 수량은 필연적으로 너무 많을 수가 없다.<sup>189)</sup>

최고인민법원은 최근 주로 법원 시스템에 의지하여 지도성안례를 한 단계 한 단계 추천·선정·편집해오던 단일 방식에서 벗어나, 빅데이터·클라우드 컴퓨팅 등 정보화 수단에 충분히 의지함으로써 지도성안례를 추출(抓取)·분석·선정·편집하는 방식으로 지도성안례의 양적 측면에서 끊임없이 새로운 돌파구를 찾고 있다.<sup>190)</sup>

## (2) 지도성안례 선정의 행정화

최고인민법원이 지방법원의 안례를 지도성안례로 선정하여 공포할 경우, 지방법원의 판결을 결코 재판행위에 의해 확인하고 유지하는 것이 아니라 사법 외의 권력을 행사하여 지방법원의 판결을 평가하는 것이라는 비판이 있다. 이는 최고인민법원의 사법 외의 의지를 지방법원에 강요하는 것과 같아, 각급 법원이 독립적으로 재판해야 한다는 기본원칙에 위배된다는 견해다.<sup>191)</sup>

---

186) 鄧矜婷 著, 위의 책, 第41-42頁.

187) 見 左衛民·陳明國 主編, 위의 책, 第117-119頁.

188) 劉克毅, 위 논문, 第122頁, 第123頁.

189) 劉克毅, 위 논문, 第122頁, 第126頁.

190) 中國審判, “最高人民法院發布第21批指導性案例”, 2019. 2. 25 (최고인민법원 연구실 부주임 귀평(郭鋒) 기자회견 보도자료)

191) 宋曉, 위 논문, 第58頁, 第65頁.

최고인민법원은 지도성안례 선정 시 종종 자신의 공공정책의 집행기능을 강조해 정치적 색채가 강한 지도성안례를 공포하고, 법원 자체가 갖고 있는 기술적 거버넌스 우위를 경시하고 있다는 비판이다. 중국의 현행 지도성안례 생성 논리를 행정화 논리에서 사법 논리로 전환해야 한다는 입장이다. 행정화 논리가 전형적으로 드러나는 부분이 바로 최고인민법원의 지도성안례 공포권 독점<sup>192)</sup>이다.<sup>193)</sup>

다른 국가의 판례 제도는 국가의 유기적인 사법제도 운영의 산물인데, 유독 중국의 안례지도제도만 최고인민법원이 재판 외의 “과외(業余)” 시간에 운영한다. 인력과 자원이 제한되어 있어 그 효과와 전망을 낙관하기 어렵다.<sup>194)</sup>

지도성안례 선정의 행정화 문제는 당분간 해결되기 어려워 보인다. 무엇보다 최고인민법원이 4급 2심 중심제의 한계를 극복하고 스스로의 통제력 강화 수단의 하나로 안례지도제도를 강력히 추진하고 있는 동안은 안례지도제도가 어느 정도 정착될 때까지 지도성안례 선정의 행정화 문제가 손쉽게 개선되기를 기대하기는 어려울 것이고, 아무래도 최고인민법원이 안례지도제도가 대내외적으로 잘 정착되었다고 판단한 이후에야 법원 내부적으로 행정화 관련 개선의 노력을 기울이게 될 것으로 생각한다.

### (3) 심급제도의 약화

우리 「법원조직법」은 제8조에서 “상급심법원 재판에서의 판단은 해

---

192) 다만 최고인민법원이 지도성안례의 공포권을 독점하는 것이 문제라는 비판에도 불구하고, 2018년 10월 《인민법원조직법》 개정을 통해 최고인민법원의 법률응용에 대한 해석권과 지도성안례 공포권이 오히려 기존보다 상위규정인 법률로 명시되었다.

193) 孫光宇·焦宝乾, 위 논문, 第148頁, 第154頁.

194) 宋曉, 위 논문, 第58頁, 第64頁.

당 사건에 관하여 하급심을 기속한다.”라고 규정하고 있으나, 대법원 판례가 선례로서 하급심 판단을 ‘사전적으로’ 기속하는 것은 아니기에 하급심으로서의 기존 대법원 판례와 상반되는 판단을 얼마든지 할 수 있다. 단지 당해 사건에서 상고심이 되는 대법원이 하급심의 판단이 잘못되었다고 보아 파기할 경우 하급심으로서의 그 판단을 따를 의무를 지는 것뿐이다. 그런데 당해 사건에 한하여 인정되는 상급심법원 판단의 기속력은 심급 간 견해 차이로 인하여 재판이 무한 반복되는 것을 방지하기 위한 소송 절차상의 규정일 뿐, 영미법계 국가에서와 같이 상급심법원이 선고한 판결이 하급심법원에 대해 실체법적 기속력을 갖는 선례로서 기능하기 때문에 인정되는 것이 아니다.<sup>195)</sup>

하급심으로서의 어떤 법적 논점에 관하여 판례가 취한 견해에 내심으로 동조하지 않더라도 무용한 절차의 반복을 피하려는 생각에서 판례를 따를 개연성이 높다.<sup>196)</sup> 심급제도의 구조상 하급심법원이 상급심법원의 판결과 다른 판결을 내리더라도 결국 상급심법원에 가서 파기되고 말 것이기 때문에 상급심, 특히 최고법원인 대법원 판례는 하급심 법관들에게 사실상 강한 기속력<sup>197)</sup>을 가질뿐더러 재판에 있어서 실제 적용되고 장래에도 적용될 것이라는 강한 개연성과 예측성을 바탕으로 실질적으로 법원으로 기능하고 있으므로, 제한적이거나<sup>198)</sup> 판례의 법원성(法源性)을 인정하는 것이 타당하다는 견해도 있으나,<sup>199)</sup> 다수의 입장은 선례의 법률적 기속력을 인정하는 실정법상 근거가 없으므로 법원 판례에 법원성(法源性)을 인정하기 어렵다고 본다.<sup>200)</sup>

195) 송민경, 위 논문, 237면, 243면.

196) 송민경, 위 논문, 237면, 247면.

197) 기속력이 아닌 준거력으로 새겨야 할 것이다.

198) 제정법이나 관습법에 대한 관계에서 2차적인 법원으로 기능한다는 의미에서 제한적인.

199) 윤일영, “판례의 기능”, 민사판례연구(1), 1979, 373면, 378면.

200) 송민경, 위 논문, 237면, 243면; 이동진, 위 논문, 1083면, 1139면; 심준보, 위 논문, 919면, 929-932면; 홍일표, “판례의 형성과 기속력의 범위”, 일감법학(제12권), 2007, 1면, 17-19면.

최고인민법원은 지방법원의 안례를 지도성안례로 선택하여 공포함으로써, 현행 심급제도가 판례 제도에서 마땅히 해야 할 기능의 한계를 보완하고 있다. 이에 정당성은 부족하지 않으나, 다음과 같은 몇 가지 유형의 제도적 위험에 직면하게 된다는 비판이 있다. 첫째, 최고인민법원이 예를 들어 기층인민법원과 같이 심급이 비교적 낮은 법원의 안례를 지도성안례로 선정할 경우, 전국 각 고등 인민법원과 중급인민법원이 이에 순종하여(俯首) 참조하여야 하므로, 심급 관계가 전복되고, 사법 관할의 한계가 더 이상 존재하지 않게 된다. 둘째, 최고인민법원과 지방법원, 특히 기층법원은 기능(職能)적인 면에서 구별되는데, 전자는 ‘법률의 발전’에 중점을 두고 후자는 ‘분쟁의 해결’에 중점을 둔다. 그런데 최고인민법원이 기층인민법원의 안례를 지도성안례로 선정하는 것은, 최고인민법원이 해야 할 법률 적용의 발전, 전국적 법률의 통일 적용의 유지 기능을 기층인민법원에 부담하라고 요구하는 것과 다르지 않다는 것이다. 이는 ‘안례는 많고 인원은 적은’ 기층법원이 무거운 부담을 이겨내지 못하게 함으로써, 도리어 기층법원의 기본 기능인 분쟁 해결 기능을 약화시킬 것이다.<sup>201)</sup> 즉, 오히려 최고인민법원이 해야 할 법리발전기능을 하급심이 담당하게 되는 결과를 초래한다는 비판이다.

그럼에도 불구하고 최고인민법원이 안례지도제도를 도입한 것은, 4급 2심 중심제의 심급제도로 인해 최고인민법원이 법리발전기능을 충분히 수행하는 것이 어려웠기 때문이다. 덕분에 지도지도성안례를 통해 당사자와 기타 사회공중은 판결의 공정성을 질의하는 지식과 기술을 획득하게 되었다. 이로부터 사법에 대한 강하고 힘 있는 외부적 감독을 형성하였고, 안건에 대한 지도성안례의 모범성, 규범성과 인도성을 법관이 어쩔 수 없이 직시하도록 하였다.<sup>202)</sup>

애초에 모든 사건이 최고인민법원까지 당도하기를 기대할 수 없는 중국의 특유한 4급 2심 중심제의 구조상, 하급심법원의 안례는 지도성안례

201) 宋曉, 위 논문, 第58頁, 第65頁.

202) 左衛民·陳明國 主編, 위의 책, 第143-144頁.

의 다양하고 풍부한 원천으로서 기능할 수밖에 없다고 생각된다. 이 때문에 중국 최고인민법원이 심급제도의 약화를 우려하여 지도성안례의 원천으로서의 하급심법원의 안례를 지도성안례로 선정할 가능성을 차단할 확률은 높지 않다고 본다. 중국 법원구조의 특성상 최고인민법원은 지금도 고급인민법원의 제1심 사건을 제외하고는 하급심법원의 재판에 대해 직접 통제할 방법이 없다. 기왕지사 3심제 구조를 갖는 국가에 비해 하급심법원에 대해 갖는 권위가 상대적으로 낮은 최고인민법원으로서 심급제도의 약화라는 부작용이 예상되더라도 궁극적으로 지도성안례를 통한 하급심법원에 대한 강력한 통제를 더 바랄 것이다.

### Ⅲ. 개별적 지도력

지도성안례의 지도력은 우리 판례의 준거력이 그렇듯이 일반적으로 법원리와 헌법, 특히 평등 조항과 신뢰보호 원칙에서 비롯된다고 할 수 있는데, 개별 지도성안례로 범위를 좁혀 보면, 지도성안례의 지도력은 우리 판례의 준거력과 같이 일차적으로 해당 지도성안례에서 해석 적용의 대상이 된 법령의 문언 자체에서 비롯된다고 할 수 있다. 지도성안례의 지도력은 해석 적용대상 법령의 문언뿐 아니라 입법목적 등에서도 비롯되는데, 규범주의 해석론으로 보면 지도성안례의 지도력은 사회적 명제(도덕 규범 명제, 정책 명제 및 경험 명제)에서 비롯된다.

법전에서 제공되는 규칙이 사회적 상식(社會生活條件)에 부합할 때, 판례는 규칙의 반복적 적용을 통하여 규칙을 상기시키고, 법전의 효력을 강화한다.<sup>203)</sup> 안례의 공포와 편찬은 사법과 사회의 소통이고, 법률과 현실의 소통이며, 사법이 사회적 기능을 충분히 발휘하도록 하는 중요한 방식이다. 구체적으로 《규정》 제5조에 따르면, 전국인민대표대회 대표, 정협위원, 전문가, 학자, 변호사, 및 기타 인민법원의 재판과 집행사

---

203) 汪世榮, 위 논문, 第125頁, 第132頁.



무에 관심이 있는 사회 각계인사는 인민법원의 이미 법률효력이 발생한 재판에 대해서 《규정》 제2조에 부합한다고 여기는 경우에는 재판의 효력을 발생하게 한 원심 인민법원에 추천할 수 있는데, 이는 사회 대중의 필요가 인민법원에 전달되고, 인민법원이 지도성안례를 선정, 공포함으로써 사법과 사회가 소통하는 방법이다. 이러한 쌍방향 상호작용의 과정은 사법과 사회 사이의 소통, 교류를 효과적으로 촉진하고, 사법의 민주적 가치의 실현을 효과적으로 추진한다. 법치의 본질은 사회적 실천이며, 사회적 실천은 지나치게 이상적이어서는 안 되고, 현실적인 조건과 행동의 효율성을 모두 고려해야 한다.<sup>204)</sup> 학계에서도 지도성안례의 선정에 참여할 수 있게 되고, 더 중요한 것은 그 참여 과정에서 일부 안례를 연구, 논증하고 검토함으로써 이론의 실무에 대한 지도를 돕게 되고, 다른 한편으로 지도성안례의 공포와 이론계의 적극적인 참여는 이론연구자가 지나친 “이론주의(唯理主義)”와 “원리론(元理論)”에서 벗어나의 실무에 대한 이해를 촉진하게 하고 학계의 지식과 실무의 거리를 줄이는 데 도움이 된다.<sup>205)</sup>

공산당의 영도를 받는다는 중국 법원의 특수한 사정 때문에, 지도성안례의 지도력에는 문언보다는 입법목적, 특히 공산당의 정책 명제가 가장 큰 영향력을 발휘한다고 할 수 있다. 지도성안례 지도력의 원천으로 법원리, 헌법, 문언이나 입법 목적을 내세우더라도 궁극적으로는 공산당 영도 하에서 법원리, 헌법, 문언이나 입법 목적을 해석 적용하는 것으로 볼 수 있기 때문이다. 이러한 점에서 지도성안례의 지도력은 규범주의 해석론이 가장 잘 설명할 수 있다.

예를 들면 중국에서는 지도성안례의 기능 중 하나로 사회 관리 기능을 들고 있는데, 개인의 자유를 중시하는 우리나라의 관점에서 선뜻 받아들이기는 어려울 수 있으나 중국에서는 재판기관이 지도성안례를 활용하여 사회 관리에 참여하고, 지도성안례의 공포에는 법제 선전 및 대중에 대

204) 宋曉, 위 논문, 第58頁, 第67頁.

205) 左衛民·陳明國 主編, 위의 책, 第44-45頁.

한 교육의 역할도 있어, 지도성안례가 사회 관리의 대상이 되는 대중의 행위에 영향을 미치게 함으로써 사회질서를 유지하고 사회적 가치의 효과적인 실현을 촉진하게 된다고 보기도 한다.<sup>206)</sup>

#### IV. 소결

지도성안례에 대한 중국 학계의 인식은 크게 판례(법)발전설, 사법해석설, 관습법설, 법률적용기제설로 구분할 수 있는데, 본 논문은 지도성안례가 법원(法源)으로서의 지위를 갖지는 못하지만 지도성안례를 참조하여 유사안건을 심리하는 것은 인민법원의 법률적 의무이므로 지도성안례는 법관의 법령 해석 적용을 지도하는 지침이 된다고 생각한다. 지도성안례가 영미법계 판례(법)과는 구별되는 점, 사법해석이 구체적인 사건의 형태로 제시되지 않는 데 비해 지도성안례는 구체적인 사건의 형태로 제시되는 점, 무엇보다 지도성안례에는 다른 안건에 대한 법률적 구속력을 부여할 수 없으므로 법률적 구속력을 가진 판례(법)이나 사법해석, 관습법과는 구분되어야 한다는 점을 고려하면 본 논문의 견해는 법률적용설에 가장 가깝다.

지도성안례의 일반적 지도력은 법원리, 헌법상 평등의 요청, 신뢰보호의 원칙과 사회주의법제의 통일, 실정법 및 지도성안례의 선정 절차 등에서, 개별적 지도력은 해석 적용대상 법령의 문언과 입법목적 등에서 비롯된다.

지도성안례는 실정법상 절대적 참조 효력을 갖는데, 각급 인민법원은 유사안건 심판 시 지도성안례를 절대적으로 참조하여야 하고, 지도성안례를 참조하는 경우 지도성안례를 반드시 재판이유에 인용하여야 하나, 이를 재판의 근거로 인용해서는 안 된다. 이러한 점에서 지도성안례 자체에는 다른 안건에 대한 법률적 구속력은 없지만, 지도성안례를 참조하

---

206) 左衛民·陳明國 主編, 위의 책, 第44頁.

여 유사안건을 심리하는 것은 인민법원의 법률적 의무이므로 지도성안례의 ‘지도적 역할’에는 다른 안건에 대한 법관을 구속하는 법률적 구속력(法律上的拘束力)이 있다고 할 수 있다. 지도성안례를 직접적으로 상소이유나 재심사유로 규정하고 있지는 않으나, 지도성안례를 매개로 상소이유나 재심사유가 되는 ‘법률적용의 착오’를 주장한다면 지도성안례가 실질적인 상소이유나 재심사유로 기능하게 될 것이다.

이밖에 심급제도와 경로의존성도 지도성안례 지도력의 근거가 되는데, 심급제도의 차이 등으로 인해 심급제도가 우리 판례의 준거력이나 지도성안례의 지도력에 미치는 영향에도 차이가 있음을 살펴보았고, 우리나라의 경우 대법원의 법령 해석 적용에 관한 의견만 판례가 되는데 비해 중국에서는 각급 법원의 법령 해석 적용에 관한 의견이 모두 지도성안례가 될 가능성이 있고, 각급 법원의 안례를 지도성안례로 선정하는 과정에서 안례에 대한 심사와 편집이 이루어지는데, 바로 이러한 지도성안례 선정 절차로부터 지도성안례의 지도력이 도출되며, 최고인민법원이 갖는 직권상 전속성, 소송절차 밖에서의 지도성안례 선정, 지도성안례 출처의 초심급성(跨審級性)이 지도성안례의 지도력만의 특징이다.

## 제 4 절 의회와 법원의 관계

### I. 민주집중제

중국에서는 헌법상 전국인민대표대회가 최고의 권력기관이고(《헌법》 제57조) 입법부인 전국인민대표대회와 그 상무위원회 아래 행정부인 국무원과 사법기관인 최고인민법원, 최고인민검찰원이 설립되어 있다. 이는 입법, 행정, 사법기관의 상호독립과 상호제약을 요구하는 3권분립 체제에 익숙한 우리에게는 매우 낯선 구조인데, 이처럼 국가 제도의 기본 설계

자체가 달라짐으로 인해 사법제도에서도 여러 다른 점이 드러나게 되고, 안례지도제도의 출현 배경으로 이어지게 된다.

민주집중제의 원칙에 의하면 모든 국가기관은 입법부라고 할 수 있는 최고권력기관으로부터 권한을 위임받고 그 통제하에서 활동하여야 하기 때문에 입법부 우위의 권력구조를 보이게 된다. 이러한 면에서 민주집중제는 자유민주주의 국가의 통치기구 조직원리인 권력분립주의와 대조를 이룬다.<sup>207)</sup>

전국인민대표대회는 최고인민법원 원장과 최고인민검찰원의 검찰장을 선출하고 또한 그 파면권을 가지고 전국인민대표대회 상무위원회는 최고인민법원과 최고인민검찰원의 업무에 대한 감독권을 행사한다(《헌법》 제62조 제8항, 제9항, 제63조 제5항, 제6항 및 제67조 제6항).<sup>208)</sup> 현급 이상의 지방 각급 인민대표대회는 동급 인민법원 원장과 동급 인민검찰원

---

207) 정철, 중국 헌법상 사법제도에 관한 연구, 서울대학교 법학박사 학위논문, 2008, 41면. 중국에서 삼권분립의 원칙은 부인되며 중국은 의행합일(議行合一)이라는 원칙으로 국가를 통치하고 있다. 의행합일은 삼권분립의 상대적인 개념으로서 중국 헌법의 한 원칙이다. 그 이론적 기초는 유물주의와 맑스주의적 국가론에 입각한다. 즉 중화인민공화국의 일체 권력은 인민에 속하며 인민이 국가권력을 행사하는 기관은 전국인민대표대회와 지방 각급 인민대표대회다. 정승·김민호, “중국의 법치주의와 사법제도”, 성균관법학(제19권 제1호), 2007, 93면, 94면; 민주집중제에서 최고 국가 권력기관은 전국인민대표대회이므로 국민의 대표로 구성되는 전국인민대표대회가 통과시킨 법률을 사법기관이 심사하여 이를 무효화하기 어렵다. 남종호, “중국 사회주의 체제에서의 사법체계 운용 연구 - 사법권 독립행사기능 여부와 사법 감독권을 중심으로-”, 중국연구(제51권), 2011, 209면, 215면.

208) 최고인민법원장은 전국인민대표대회가 선출하고, 부원장, 심판위원회 위원, 정장, 부정장과 심판원은 원장의 제청으로 전국인민대표대회 상무위원회가 임명한다(《인민법원조직법》 제42조). 지방 각급 인민법원장은 동급 인민대표대회에서 선출하고, 부원장, 심판위원회 위원, 정장, 부정장과 심판원은 원장의 제청으로 동급 인민대표대회 상무위원회가 임명한다(같은 법 제43조 제1항). 따라서 중국의 각급 법원조직은 상하 수직 지도체제가 아닌 수평 지도체제의 특징을 띠고 있다. 즉, 각급 인민법원 법원장과 판사는 형식상 상급심 법원이나 최고인민법원이 아닌, 각급 인민대표대회와 인민대표대회 상무위원회가 임명하며 그에 대하여 책임을 진다. 이러한 제도는 소위 ‘지방보호주의’라는 현상이 생기게 되는 원인 중 하나가 되어 왔다. 강광문·김영미, 위의 책, 45면.

검찰장의 임면 권한을 가지고 있고 그 상무위원회는 인민법원과 인민검찰원의 업무를 감독할 권한이 있다(《헌법》 제101조 제2항 및 제104조).<sup>209)210)</sup>

그리고 최고인민법원은 전국인민대표대회와 그 상무위원회에 대하여, 지방 각급 인민법원은 동급 인민대표대회에 대하여 각 책임을 져야 한다(《헌법》 제133조). 최고인민검찰원 역시 마찬가지다(《헌법》 제138조). 따라서 사법권과 행정권은 인민대표대회로부터 탄생하고 인민대표대회에 책임을 지기 때문에 이는 중국 사회주의 헌법상 사법권의 제한을 의미하고 있다.<sup>211)</sup> 2018년 중국은 헌법을 개정하고 《국가감찰법》을 제정하여 인민대표대회 영도 하의 ‘일부·일위·양원제도(一府一委兩院制度)’를 확립함으로써 중국 정치 권력 조직형태에 관하여 중대한 개혁을 실시하였다(《헌법》 제1장(총강) 제3조 감찰기관 및 제3장(국가기구) 제7절 감찰위원회 신설). 중국의 감찰체제 개혁은 직무범죄 수사권과 행정감찰권을 모두 감찰위원회의 직무 범위에 포함시켰다(《헌법》 제127조).<sup>212)</sup>

---

209) 이러한 입법기관의 우위를 선명하게 보여주는 부분은 사법기관인 법원에서 의회가 제정한 법률이나 지방성 법규의 합헌성 심사권을 수여하지 않고 있다는 점이다. 정철, 위 학위논문, 59면. 법률의 합헌성 심사의 전제가 되는 헌법과 법률의 해석권을 법원이 아니라 입법기관 자신(전국인민대표대회 상무위원회)이 보유하고 있다(《헌법》 제67조 제1항, 제4항). 권력의 분리를 넘어 권력이 상호 분립되기 위해서는 사법기관 역시 입법기관의 권한에 대한 견제와 통제권한이 있어야 하는데 그런 제도적 장치가 마련되어 있지 않다는 점에서 볼 때 분명 중국의 입법기관은 다른 국가기관들보다 우위에 서 있다.

210) 또한, 헌법과 법률에 저촉되는 지방성 법규의 취소권 역시 전국인민대표대회 상무위원회가 행사하고 있다. 남중호, 위 논문, 209면, 221면.

211) 남중호, 위 논문, 209면, 211면.

212) 국가업무 종사자의 직무범죄에 대한 입안 수사 권한을 상실함에 따라 검찰기관의 형사소송감독 직능은 중대한 변화를 맞이하고 있다. 김현범, 중국의 사법개혁에 관한 연구, 사법정책연구원, 2019, 243-247면.

## II. 지도성안례의 입법권 침해 우려

안례를 통한 법률해석은 법원이 사법해석을 행사하는 정당한 방법이며, 사법부는 이를 통해 법률해석 방법을 보급할 수 있다.<sup>213)</sup> 그런데 최고인민법원이 하급심법원의 안례를 지도성안례로 선정하여 공포하는 것은 사법을 초월하는 임의적·독단적 권력의 시전에 가깝고, 그 본질은 최고인민법원이 추상적인 사법해석을 공포하는 행위와 일치한다는 견해가 있다. 지도성안례와 사법해석 모두 사법 외의 방식으로 법률의 적용을 통일하고 법률을 발전시키는 방법으로, 단지 사법해석이 보다 추상적이고, 지도성안례의 선정·공포가 상대적으로 구체적인 것뿐이라는 의견이다.<sup>214)</sup>

핵심적인 문제는 중국 사법부의 입법 권한과 관련이 있다. 안례지도제도가 중국이 판례법을 활용하는 방향으로 나아가고 있다는 점을 분명하게 시사하고 있으며, 중국 사법부의 입법 권한이 확장되는 추세에 있음을 보여주고 있다는 것이다.<sup>215)</sup> 안례지도제도는 인민대표대회 중심의 정부 구조 아래 중국 사법부의 특별한 산물이다. 안례지도제도는 최고인민법원의 입법권, 특히 법해석(interpretation of law)과 법 적용에 대한 해석(interpretation of the application of law) 사이의 회색지대에 자리하는 입법권을 향한 포부를 반영하고 있다. 안례지도제도는 또한 대륙법계 전통과 영미법계 실무를 병합하고자 하는, 중국에서 법률발전에 관한 새로운 경향을 반영하고 있다.<sup>216)</sup>

최고인민법원이 추상적인 사법해석을 제정하는 것의 합헌성에 대한 학계의 비판은, 최고인민법원이 지방법원 안례를 지도성안례로 공포하는

---

213) 李斌, “從指導性案例看司法者釋法”, 中國檢察官, 2014年(第1期), 第3頁, 第3頁.

214) 宋曉, 위 논문, 第58頁, 第65頁.

215) Mo Zhang, 위 논문, p. 269, p. 274.

216) Mo Zhang, 위 논문, p. 269, p. 305.

방식을 비판하는 데 거의 그대로 적용될 수 있다.<sup>217)</sup> 법원이 선례성 안건과 비(非)선례성 안건을 사전에 구별하는 것은 사법의 입법 기능을 소리 높여 선포하는 것이나 다름없고, 과거 법원이 입법 기능을 감추었던 보수적인 시대에 비하면 “사법을 초월하였다(超越司法)”는 의혹을 쉽게 불러일으킨다는 것이다.<sup>218)</sup>

사법의 입법화 문제는 비단 중국만의 문제는 아니라고 할 것이다. 이를 확대해보면 민주주의와 법치주의 사이의 긴장 관계로도 이해할 수 있는데, 둘 사이의 관계는 근본적으로 상호지지적인 조화 관계이면서도 긴장 내지 모순 관계다. 가장 간단히 민주주의를 정의하면 인민 또는 인민의 대표에 의한 통치라 할 수 있고, 이는 국가의 중요한 문제들이 인민의 대표, 즉 의회에 의하여 결정되어야 함을 의미하는 반면 법치주의, 즉 법의 지배를 실제로 구현하기 위해서는 법을 해석하는 권한을 가진 법원이 우위에 서게 된다. 법치주의를 위해서는 법, 특히 헌법을 해석하는 권한을 가진 기관이 입법부가 정한 법률을 헌법해석의 이름으로 좌지우지하는 것이 불가피하다는 데까지 이르게 되는 것이다.<sup>219)</sup>

법원은 분쟁을 재판하는 동시에 법률을 발전시키는데, 양자는 하나로 융합된다. 법원의 행위가 사법의 한계를 넘은 것인지 여부의 판단에 있어서 관건은 법원이 개별안건의 심리를 넘어서서 법률을 발전시키고 있는지 여부를 관찰하는 것이다. 예를 들어 최고인민법원이 추상적 사법해석을 공포하는 것은 곧 개별안건의 심리를 넘어서는 행위로서, 사법의 한계를 넘은 것으로 인정할 수 있다. 즉, 최고인민법원이 직접 심리하지 않은 안건을 지도성안례로 선정하는 것은 사법의 한계를 넘은 것이라는 지적이 가능하다. 그런데 관례법원이 일부 안례를 판례로 선정·공포하는 경우 이러한 안례들에서 자신이 이미 천명했던 법률적 관점을 바꾼 것은

---

217) 宋曉, 위 논문, 第58頁, 第65頁.

218) 宋曉, 위 논문, 第58頁, 第71頁.

219) 존 하트 일리, 전원열 옮김, 민주주의와 법원의 위헌심사, 나남출판, 2006, 6면.

아니므로, 안례 자체를 넘어서서 법률을 발전시킨 것은 아니다. 그러므로  
최고인민법원이 자신이 심리한 일부 안례를 지도성안례로 선정·공포하더  
라도 사법의 한계를 초월한다는 비난을 받아서는 안 된다.<sup>220)</sup> 한국에서  
대법원 판례 중 일부를 ‘판례공보’로, 각급 법원(제1, 2심) 판결 중 일부  
를 ‘판결공보’로 발간하는 것이 사법의 한계를 초월한 것이 아닌 것과 마  
찬가지다.

그러나 최고인민법원은 하급심법원 개별안건의 심리에는 참여하지 않  
으면서 하급심법원의 개별안건을 지도성안례로 인정하고 있다. 이렇게  
한다고 해서 하급심법원이 심리한 개별안건이 최고인민법원이 심리한 개  
별안건으로 바뀌는 것은 결코 아니다. 그러므로 이는 개별안건의 심리를  
넘어서서 법률을 발전시키는 행위이며, 사법의 한계를 초월한 것이 틀림  
없다는 지적이 가능하다. 다만 장래의 모든 안건에서 법관이 선정·공포  
된 안례를 인용하지 않는다면, 이 안례들은 영원히 진정한 의미에서의  
판례가 될 수 없다. 따라서 이 안례들을 사전에 판례로 선정한다 하더라  
도, 그 의미를 성문법 - 일단 제정되면 무조건 적용되어야 하는 법률 -  
과 동일시할 수는 없다.<sup>221)</sup>

이전 안건의 판결이 선례가 될 수 있는지 여부는 결국 장래 안건의 법  
관에게 달려 있다. 장래 안건의 법관은 장래 안건과 이전 안건이 실질적  
으로 서로 같다는 점을 발견한 경우라야 이전 안건의 판례규칙을 인용·  
적용하는데, 이때 이전 안건이 비로소 선례가 되는 것이다. 시간이 지나  
검증이 되고 전후 안건의 대비·연결을 거쳐야만 판례라 일컬을 만하다.  
그런데 지도성안례는 장래 안건이 아직 생성되지도 않았는데, 오히려 이  
전 안건에 선례의 효력이 있다고 선포하는 것으로서 판례법의 기본원칙  
을 위반하고 성문법과 같이 운용하는 것이 아닌가 하는 비판이 가능하  
다.<sup>222)</sup> 같은 맥락에서 중국 학계에서 ‘반드시 참조’는 ‘반드시 따르라’라

220) 宋曉, 위 논문, 第58頁, 第70頁.

221) 宋曉, 위 논문, 第58頁, 第70-71頁.

222) Erica S. Weisgerber, 위 논문, p. 621, p. 645.



는 것으로 법원의 입법에 해당하여 사법권 남용의 소지가 있다는 우려가 크다. 그러나 본 논문은 제5장에서 지도성안례가 실제 인용되는 모습을 실증하여 장래의 재판에서 지도성안례를 그대로 좇지 않고 나름의 논리를 세워 지도성안례를 받아들이고 있음을 밝힘으로써 ‘지도성안례가 곧 입법’이라는 오해를 상당 부분 불식시킬 것이다.

한국 법원에서도 판례공보, 판결공보를 통해 공간할 판결을 선정하는데, 하급심 법관이 공간된 판결만 인용할 수 있다면 이 역시 입법권에 대한 침해가 충분히 우려되는 상황이다. 그런데 한국에서 하급심 법관은 공간된 판결뿐 아니라 공간되지 않은 판결 또한 자유롭게 인용할 수 있고, 안례지도제도에 따르더라도 마찬가지로 지도성안례가 아닌 다른 판결에 대한 인용을 금지하는 내용은 없다. 따라서 현 상태에서 안례지도제도가 사법의 경계를 넘어 입법의 영역으로 진입하였다고 말하기는 어려워 보인다.

하물며 중국은 우리가 보기에 사법독립의 핵심이라고 할 수 있는 재판의 독립조차 이루지 못하고 있다. 물론 모든 법원의 판결은 입법권 침해의 우려가 있다고 할 수 있으나 재판의 독립이 보장된 우리나라에서 사법의 입법권 침해 우려가 제기되는 국면과 재판의 독립이 보장되지 않고 있는 오늘날 중국 사법부가 처한 국면을 같은 선상에서 비교하기는 어려울 것이다. 사법의 입법화에 대한 우려는 정당하지만, 지금 중국이 처한 현실에서 최고인민법원은 사법의 입법화를 걱정하기보다는 현재 열악한 지위에 있는 사법권 강화부터 생각하게 된 것일지도 모른다.

입법권 침해 우려에 대해서는 지도성안례를 외부에서 추천받아 최고인민법원에서 선정하는 것이 오히려 사법의 권위를 약화시키는 것이라는 다음과 같은 시각도 있다. 《규정》은 법관이 실질적 정의를 실현하였다고 생각하는 안건을 자유롭게 참조하여 판결하는 것은 용인하지 않으면서 법원 밖의 사회 각계인사가 최고인민법원에 지도성안례를 추천하는

것은 장려하고 있는데, 이는 사회 각계의 공감대를 응집함으로써 최고인민법원이 공포한 지도성안례가 실질적 정의임을 사회 각계로부터 인정받으려는 바람이라는 것이다. 최고인민법원은 사회 각계의 실질주의적 기준에 대해 최종적으로 취사선택할 수 있는 권한을 가지고 있는데, 이는 사법적 권위에 대한 최고인민법원의 자신감 부족을 나타내고 있는 것일 수 있다는 의견이다. 판례제도가 사법 외의 실질주의적 기준으로 사람들을 인도한다면, 도리어 사법의 권위를 약화시키고 판례제도의 기초를 손상시킬 것이라는 것이다. 근본적으로 한 나라 최고법원의 모든 판결이 판례가 될 수 없고 특별한 추천 절차를 거쳐야만 판례가 된다는 점이야말로 최고법원 최고의 사법적 권위가 전복된 것이라는 지적이다.<sup>223)</sup>

이 점에 대해서는 최고인민법원도 공감하는 바일 터인데, 한국에서 대법원판결마다 효력의 차이가 있어 어떤 대법원판결은 판례이고 어떤 대법원판결은 판례가 아니라고 하지 않듯이, 최고인민법원이 스스로 내린 판결에 대해서도 모두 지도성안례라고 하지 않는다는 점이 선뜻 이해되지 않는다. 하지만 최고인민법원의 이러한 결정의 배경 중 하나는 결국 중국의 4급 2심 중심제의 심급제도, 즉 최고인민법원의 안례 자체가 우리 대법원판결과 달리 극히 드물다는 전제에서 최고인민법원의 판결만 지도성안례라고 하기에는 어려운 현실에서 최고인민법원을 포함한 각급 법원의 판결을 대상으로 지도성안례를 선정하기로 하는 차선의 선택을 한 것이 아닌가 싶다.

### Ⅲ. 법관의 법 형성

법률의 “흠결”을 피할 수 없다는 점이 인정되듯이 법률의 흠결을 보충하는 권한이 법원에 주어져 있다는 점도 오래전부터 인정되고 있다. 법관의 법 형성은 좁은 의미에서의 법률 흠결의 보충뿐만 아니라, 경우에

---

223) 宋曉, 위 논문, 第58頁, 第61頁.

따라서는 실정법 자체의 의미에 관한 새로운 법사상의 형성과 수용에 관한 것까지 포함한다.<sup>224)</sup> 법률은 반드시 해석을 통해서만 적용할 수 있기 때문이다. 성문법은 언어를 통해서 표시되는데, 용어 자체가 일정 부분 불확정적이기 때문에 해석을 통해 그 함의를 확정할 필요가 있다. 또한, 법률 규칙은 복잡한 사회현상을 귀납 종합한 일반 추상적 규정으로, 사람들은 규칙의 함의에 대해 종종 다른 시각에서 이해한다. 또한, 모든 법관이 추상적인 규칙을 구체적인 안건에 운용할 때, 법률 규칙의 함의와 적용 범위에 대해 자신의 이해에서 판단하게 되는데 이러한 판단은 사실상 법률에 대한 해석이다. 이 밖에 법관이 법률을 적용하는 과정에서 안건의 사실과 법률규범 사이의 연결점을 탐구해야 하는데 이 경우 해석학의 방법을 반드시 운용해야 하고 법조문에 내재한 구조와 논리 관계를 정리하여 법률을 확정해 적용한다.<sup>225)</sup>

그런데 다른 대륙법계 국가와 비교해보면, 특히 중국식 성문법 체계의 법전화 정도가 비교적 낮고, 입법에서 일종의 “세밀하기보다는 대강하는 것이 좋다(宜粗不宜細)” 경향을 띠어, 법률 규정이 지나치게 원칙적이고 개괄적이거나 사회현실에 뒤처지거나 하였고, 사법해석도 지나치게 추상적이어서, 법관의 자유 재량권이 비교적 크다. 입법이 충분히 종합적이고 세부적인 경우라도 법관에게 재량 여지가 남아 있다. 입법 그 자체는 일반적인 사람과 활동을 위해 제정된 것이고, 개별 사안과 환경에 맞는 세부적인 조문까지 제공하지는 못한다. 실제 중국의 기존 법령은 상당히 추상적이고 일반적이어서 법관은 대개 폭넓은 재량권을 갖는다. 안례의 예측 가능성을 실현하고 판결의 일관성을 유지하기 위해 지도성안례의 지도를 통해 법관의 법률 적용 활동은 규제될 수 있고 법관의 재량권은 제한될 수 있다.<sup>226)</sup>

지도성안례는 법조문의 원칙과 법조문의 모호하고 불충분하며 누락이

224) 라렌츠·카나리스, 허일태 옮김, 법학방법론, 세종출판사, 2000, 245면.

225) 王利明等著, 위의 책, 第18-19頁.

226) Xiaoyi Jiang·Ling Shao, 위 논문, p. 106, p. 113.

있는 부분을 명확화·구체화하고 보완하는 역할을 한다. 중국에서 법률 규정은 지나치게 원칙적이고 개괄적이거나 사회현실을 따라가지 못하고 있고, 최고인민법원의 사법해석 중 다수도 구체적이거나 명확하지 않아 적용이 어렵다. 해석은 법률 문언의 적용에 필수적인데, 문언은 객관적이라 할지라도 해석은 주관적이어서 해석자의 문화, 경험, 인식수준 등의 차이로 인하여 결론이 달라질 수 있으므로 안례지도체도로 법률의 흠결을 메꾸고자 하는 것이다.<sup>227)</sup> 법관이 재판과정에서 관습법을 발견해 안건의 심리에 적용하는 것은 실질적으로 법률의 해석이자 법률의 흠결을 메우는 것이다. 이것이 바로 안례지도체도가 발휘하고자 하는 역할이다.<sup>228)</sup>

사법부가 공백을 메울 수 있는지 여부에 관해 논란이 있다. 공백이 본질적으로 입법적 성격이라면, 특정한 사회적 활동을 위해 고안된 규정들은 입법에 의해서만 메워질 수 있다. 공백이 해석적 성격이라면, 특정한 기존 법조문의 구체적인 의미를 설명하는 것은 사법부에 의해 메워질 수 있다.<sup>229)</sup> 안례지도체도는 성문법을 대체하기 위해서라기보다는 성문법의 흠결을 극복하기 위해 수립되었다.<sup>230)</sup> 법령의 공백을 메우기 위해 매년 제정하는 법령의 수는 계속 늘어나는데, 법령을 새로 제정하는 만큼 새로 제정하는 법령의 공백도 같이 늘어나게 되므로, 결국 법령을 새로 제정할수록 그만큼 더 법관이 법을 보충해야 하는 상황이 늘어나는 아이러니한 상황이다.<sup>231)</sup> 우리 판례도 사실상의 법 형성기능을 하고 있다는 점에서 중국의 지도성안례의 기능은 우리 판례의 기능과 상당히 유사해보이며, 절대적 참조 사항으로서의 지도성안례의 지도력은 오히려 우리 판례의 준거력보다 더 강하다.

227) 左衛民·陳明國 主編, 위의 책, 第42頁.

228) 劉克毅, 위 논문, 第122頁, 第133頁.

229) Jinting Deng, 위 논문, p. 449, p. 457.

230) Xiaoyi Jiang·Ling Shao, 위 논문, p. 106, p. 114.

231) 우리나라의 현행 법령은 헌법(1건)과 법령(법률, 대통령령, 총리령, 부령 기타 총 4,972건), 자치법규(조례, 규칙 기타 총 118,303건) 총 123,276건으로, 법령의 수는 최근 수년간 계속해서 늘어나고 있다(법제처 홈페이지 참조).

## 제 5 절 지도성안례의 변경

### I. 지도성안례변경의 요건

다음과 같은 경우에 지도성안례는 더 이상 지도적 역할을 하지 못하게 된다. 첫째, 새로운 법률·행정 법규 또는 사법해석과 서로 충돌하는 경우 당해 지도성안례는 지도적 역할을 상실하게 되며, 둘째, 새로운 지도성안례로 인하여 대체되는 경우에도 기존의 지도성안례는 지도적 역할을 발휘할 수 없게 된다(《실시세칙》 제12조).<sup>232)</sup>

대륙법계에서 판례는 선형적인 것이 아니며, 사전에 확정되는 것도 아니고, 다만 선택되는 것이므로, 고정된 판례는 존재하지 않는다.<sup>233)</sup> 다만 특정 법관 혹은 합의부(法官合議庭)가 재판하는 다른 안례와는 다르게, 지도성안례는 최고인민법원 심판위원회가 심의하고 통과시키므로, 외부에 공개적으로 공포하고 내부에 국한되지 않으며, 개별 법관이 임의로 번복할 수 없고, 오로지 규정된 절차를 통해서만 수정될 수 있다.<sup>234)</sup>

---

232) 참고로 《최고인민검찰원 안례지도사무에 관한 규정(最高人民檢察院關於案例指導工作的規定)》 제19조에서는 첫째, 안례에 인용한 법률이나 사법해석이 폐지되는 경우, 둘째, 새로 공포된 법률이나 사법해석과 충돌하는 경우, 셋째, 새로 공포한 지도성안례로 인하여 대체되는 경우, 넷째, 기타 실효를 선고해야 하는 경우 최고인민검찰원은 즉시 지도성안례의 실효를 선고해야 한다고 규정하여 안례에 인용한 기존 법률이나 사법해석이 폐지되는 경우 등을 실효사유로 추가하고 있다.

233) 胡云騰 主編, 위의 책, 第268頁.

234) 전 최고인민법원 연구실 주임 후윈팅(胡云騰)의 《최고인민법원 제1차 지도성안례 공포에 관한 통지(最高人民法院關與發布第一批指導性案例的通知)》(2011年12月20日, 司法解釋) 공개성명. 鄧矜婷 著, 위의 책, 第44頁.

## II. 판례변경과의 차이

판례 원칙이 들쭉날쭉해지는 것은 그것이 적용 가능한 사회적 명제와 실질적인 합치가 없기 때문이다.<sup>235)</sup> 법을 모르는 행위자들은 일반적으로 법이 사회적으로 부당한 취급에는 보상을 요구하고 정당한 취급에는 책임을 부과하지 않는다는 신념에 따라 행동할 가능성이 크다. 그러한 믿음에 근거한 행동 자체가 일종의 신뢰(reliance)인데, 이러한 신뢰는 사회적으로 맞지 않는 원칙을 보존함으로써 좌절되고, 그러한 원칙을 변경함으로써 보호된다. 사회적으로 어울리지 않는 원칙의 보존은 그러한 원칙의 적용이 법을 모르는 행위자들의 합리적인 기대를 저버리는 한 그 자체로 부당함으로 이어질 것이기 때문이다. 법적 원칙이 흔들리면 판례변경을 해야 하고, 그럼에도 선례구속 원칙의 유지가 더 중요한 경우에는 판례변경을 해서는 안 되는 것이다. 즉 판례변경과 선례구속의 원칙이 본질적으로 반대되는 것은 아니다. 새로운 규칙이 즉시 거래에 적용되지 않는 경우, 장래를 향한 판례변경만큼 법원의 법적 규칙 공급 기능을 날카롭게 끌어내는 사법 기법은 없다.<sup>236)</sup>

따라서 사법제도라는 거시적 견지에서 양 법계의 선례에 대한 태도를 관찰하면, 통일적 법질서의 구축이라는 법이념을 지향하는 면에서는 실질적으로 동일하고 단지 이를 달성하기 위한 수단을 보다 유연하게 마련하느냐 아니면 강고하게 두느냐의 차이만이 있음을 알게 된다.<sup>237)</sup> 인민법원이 법률 규정에 따라 독립적으로 심판권을 행사한다는 점(《헌법》 제131조)에 비추어보면 안례지도제도 또한 판결내용을 강제적으로 통일시키려는 것이 아니며, 오히려 판결에서 재판이유의 형성방식, 분석방법 및 법률사유(思惟) 모델을 통일시키고자 하는 것이다.<sup>238)</sup> 《실시세칙》의

---

235) Melvin Aron Eisenberg, *The Nature of the Common Law*, Harvard University Press, 1991, pp. 14-40.

236) Melvin Aron Eisenberg, 위의 책, pp. 14-40.

237) 송민경, 위 논문, 237면, 246면.

규정에 따라 지도성안례는 새로운 법률·행정 법규 또는 사법해석과 서로 충돌하면 지도력을 상실하게 되는데 이는 판례 또한 해석 적용대상인 법률이 변경되면 준거력을 잃게 된다는 면에서 다를 바가 없다. 법률의 해석 적용에 관한 대법원의 의견 중 주론이 판례인데, 해당 판례에서 해석 적용의 대상이 된 법률의 변경으로 인해 판례가 변경된다고 보는 것은 어찌 보면 당연하고, 지도성안례의 경우도 마찬가지다. 법률의 변경으로 인한 선례의 변경은 영미법계에서도 마찬가지일 것이다.

지도성안례는 새로운 지도성안례로 인하여 대체되는 경우에도 지도력을 상실하게 되는데, 새로운 지도성안례 역시 최고인민법원에서 선정하게 되므로, 결국 최고인민법원에서 지도성안례의 변경 여부를 결정하게 된다. 그런데 2010년 공포를 시작한 지도성안례는 아직은 지도성안례를 축적하는 단계에 있다고 할 수 있고 지금까지 지도성안례의 변경은 없었으므로, 판례의 변경이나 선례의 변경과 같이 지도성안례의 변경이 명시적으로 이루어질지, 아니면 영미법계 판례변형(transformation)이나 판례구별(distinction)과 같은 기술적인 방법으로 이루어질지는 아직 더 관찰이 필요하다. 다만 제5장에서 살펴볼 지도성안례를 적용하지 않은 참조안례에서는 지도성안례와의 구별이 이미 일어나고 있음을 알 수 있다.

지도성안례는 절대적 참조 사항으로서 지도성안례의 지도력은 영미법계 선례구속 원리와 같은 다른 안건에 대한 법률적 구속력은 없다. 따라서 지도성안례의 변경이 영미법계에서의 판례변경보다는 다소 용이할 수 있겠으나, 우리 대법원에서도 판례변경에 가중요건을 적용하는 등의 실무를 생각하면, 결국 지도성안례의 변경도 영미법계나 대륙법계의 ‘판례변경’의 모습보다는 판례변형이나 판례구별과 같은 기술적인 방법으로 이루어지지 않을까 조심스럽게 예측해본다.

선례구속 원칙 유무의 차이는 있지만, 대륙법계이든 영미법계이든 판례는 사회와 호흡하고 끊임없이 상호작용하면서 변경되고 발전해나간다.

---

238) 左衛民·陳明國 主編, 위의 책, 第140-141頁.

훗날 중국에서 도덕적, 사회적 조건의 변화로 지도성안례를 폐기하거나 바꾸고 싶어지는 경우, 영미법계 판례이론, 특히 판례변형이나 판례구별의 기술과 함께 최선의 규칙을 만드는 데 목적을 두는 다원적 규범주의 이론에 주목하게 될 것이다.

## 제 6 절 소결

지도성안례를 참조한다고 할 때 무엇을 따르느냐는 것인가? 이를 지도성안례 중 ‘재판요지’로 정의하였는데, 물론 지도성안례의 재판요지도 지도성안례문서 전체로부터 이해하여야 하겠지만, 지도성안례의 주론은 재판요지로 이미 도출되어 있는 것이라는 점을 살펴보았다. 지도성안례에도 판례가 그렇듯이 다른 안건에 대한 법률적 구속력은 없으므로, 최고인민법원은 지도성안례를 절대적 참조 사항으로 규정함으로써 각급 인민법원이 유사안건을 재판할 때 지도성안례가 지도적 역할을 수행하도록 하였다.

사법해석이 구체적인 사건을 전제하더라도 구체적인 사건의 형태로 제시되지는 않는 데 비해 지도성안례는 구체적인 사건의 형태로 제시되는 점에서 사법해석과는 결정적인 차이가 있고, 사법해석은 법률적 구속력을 갖는 반면 지도성안례에는 다른 안건에 대한 법률적 구속력이 없다. 다만 보통의 판결 및 영미법계판례와는 구별되는 ‘절대적 참조’ 사항으로서의 효력을 가진다는 점이 지도성안례의 고유한 특징인 것이다.

지도성안례 지도력의 근원으로 법원리, 헌법, 실정법상 근거를 검토하였고, 지도성안례의 절대적 참조 효력에 따라 각급 인민법원은 유사안건 심판 시 지도성안례를 절대적으로 참조하여야 하므로 지도성안례는 법관에게 주의의무와 석명의무를 부과한다. 그런데 지도성안례는 판례가 그렇듯이 법원(法源)이 될 수 없으므로, 반드시 ‘재판이유’에 인용하여야 하고 재판의 근거(裁判依據)로 인용해서는 안 된다.



우리 판례의 준거력과 달리 각급 법원의 안례를 지도성안례로 선정하는 과정에서 안례에 대한 심사와 편집이 이루어지는 지도성안례 선정 절차로부터 지도성안례의 지도력이 도출되며, 선정 절차에서 최고인민법원이 갖는 직권상 전속성, 소송절차 밖에서의 지도성안례 선정, 지도성안례 출처의 초심급성이 지도성안례의 지도력만의 특징이라고 보았다.

지도성안례 중 재판요지라는 지도성안례의 개념에 비추어볼 때, 결국 개별 지도성안례의 지도력은 일차적으로 해석 적용대상 법령의 문언의 구속력에 근거한다고 할 수 있으나 그것만으로 지도성안례의 지도력이 형성된다고 볼 수는 없고, 지도성안례의 지도력은 해석 적용대상 법령의 입법목적 등에서도 도출되는 것이므로 결국 문언과 입법목적 등을 규범 조화적으로 해석함으로써 지도성안례의 지도력이 도출된다고 할 수 있으며, 공산당의 영도를 받는다는 중국 법원의 특수한 사정으로 인해 지도성안례의 지도력에는 특히 공산당의 정책 명제가 가장 큰 영향력을 발휘한다고 할 수 있다.

요약하자면 지도성안례는 유사안건에 관한 장래의 재판에서 반드시 참조해야 하는 절대적 참조 사항으로서 법령 해석 적용의 지침이다. 또한, 당사자 등이 지도성안례를 변론 이유로 삼는 경우에는 반드시 지도성안례의 참조 여부 및 그 이유를 밝혀야 한다. 지도성안례의 지도력은 법률이나 사법해석보다는 약하지만, 참조 ‘여부’를 반드시 밝혀야 한다는 점에서 지도성안례가 아닌 안례보다는 강하다.

지도성안례이든 판례이든 모두 법률의 적용을 통일하고, 법률의 모호한 부분을 명확히 하여 법률의 흠결을 보충함으로써 법관의 지나친 자유 재량권을 제한하고, 그럼으로써 유사안건에 대한 유사한 판결이라는 목표를 실현하고자 하나, 지도성안례나 판례가 법원(法源)은 아니기에 법률과 같이 강제적 통일적으로 목표를 실현하기는 쉽지 않다.

더욱이 4급 2심 중심제의 심급구조를 가진 중국 사법제도가 처한 현실에서, 최고인민법원의 판례로만 위와 같은 목표를 달성하기에는 그 수량

이 극히 드물다. 최고인민법원은 기존 최고인민법원의 판례로만은 해결하기 어려운 이러한 난점을 극복하기 위해 안례지도제도를 도입하였고, 지도성안례에 지도력을 부여하였다. 이에 따라 법관은 유사안건에서 지도성안례를 반드시 참조하여야 하며, 당사자 등이 지도성안례를 변론 이유로 삼는 경우에 법관은 반드시 지도성안례 참조 여부를 석명하고 그 이유를 설명하여야 한다.

다만 중국 사법제도가 처한 현실이 상대적으로 절박하다고 해서 최고인민법원이 사법 외의 방법으로 지도성안례를 선정하는 데 대한 비판이 해소되는 것은 아니다. 우리나라 판례의 준거력은 자연스러운 사법절차 내에서 발생하고 장래의 재판에 영향을 미친다. 그런데 지도성안례의 지도력은 자생적으로 발생하는 것이 아니라 최고인민법원이 인위적으로 부여한다는 점에 큰 차이가 있다. 아직은 안례지도제도가 발전 단계에 있어 지도성안례가 지도적 역할을 제대로 발휘하게 되기까지는 시간이 더 걸릴 것이어서 재판의 독립보다는 사법통일의 필요성에 더 큰 비중을 두는 것이겠지만, 장기적으로는 안례지도제도가 법관의 재량을 제한할 수 있다는 문제점이 부각될 것이다. 즉 안례지도제도가 사법통일의 문제를 해소하는 데는 기여할 것이나, 사법통일의 문제점이 극복되어 나감에 따라 그 반대급부로 오히려 안례지도제도가 하급심 법관의 사법 재량을 제한할 수 있다는 문제점이 수면 위로 부상할 것이다.

한편 중국에서는 민주집중제의 원칙에 따라 모든 국가기관은 입법부라고 할 수 있는 최고권력기관으로부터 권한을 위임받고 그 통제하에서 활동하여야 하기 때문에 입법부 우위의 권력구조를 보이게 된다. 이러한 점에서 지도성안례의 입법권 침해 우려가 제기되는데, 기본적으로 안례를 통한 법률해석은 법원이 사법해석을 행사하는 정당한 방법이며, 사법부는 이를 통해 법률해석 방법을 보급할 수 있다. 입법권 침해 논쟁에서 핵심은 최고인민법원의 지도성안례 선정 절차가 사법기능에 해당하는지의 여부다. 최고인민법원이 자신이 심리한 일부 안례를 지도성안례로 선정하는 것은 문제될 것이 없으나 하급심법원 개별안건의 심리에는 참여

하지 않으면서 하급심법원의 개별안건을 지도성안례로 선정하는 부분에 의문이 제기된다.

최고인민법원은 이러한 의문에 대한 명쾌한 답변은 제공하지 못하고 있는 것 같다. 다만 최고인민법원의 안례 수가 너무 적어 최고인민법원의 안례 중에서만 지도성안례를 선정할 수는 없다는 점, 각급 인민법원의 안례도 일차적으로는 각급 인민법원에서 실제 재판을 진행하여 판단을 받은 사안이라는 점, 비록 최고인민법원이 직접 심리하지는 않았어도 선정 절차에서 충분한 검토가 이루어진다는 점 등을 이유로 이러한 입장을 채택한 것으로 보인다. 또한 최고인민법원은 지도성안례를 반드시 참조하라고만 할 뿐 장래의 법원이 지도성안례에 구속된다거나 지도성안례가 아닌 다른 판결에 대한 인용을 금지하고 있지는 않으므로, 현 상태에서 안례지도제도가 사법의 경계를 넘어 강제력을 갖는 입법의 영역으로 진입하였다고 말하기는 어려워 보인다.

지도성안례는 새로운 법률·행정 법규 또는 사법해석과 서로 충돌하거나 새로운 지도성안례로 인하여 대체되는 경우 지도력을 상실하게 되는데, 새로운 지도성안례 역시 최고인민법원에서 선정하게 되므로, 결국 최고인민법원에서 지도성안례의 변경 여부를 결정하게 된다. 지금까지 지도성안례의 변경은 없었으므로, 지도성안례의 변경이 판례의 변경이나 선례의 변경과 같은 명시적인 방법으로 이루어질지, 아니면 영미법계 판례변형(transformation)이나 판례구별(distinction)과 같은 기술적인 방법으로 이루어질지는 아직 더 관찰이 필요하다.

## 제 5 장 지도성안례의 지도력에 관한 실증연구

본 장에서는 이론적 논의를 배경으로 고찰한 지도성안례의 지도력을 실증연구를 토대로 규명하고자 한다. 지도성안례를 민사, 형사, 행정 분야로 범주화하고 참조안례 사례연구와 통계자료 분석을 통해 지도성안례의 영향력을 검증하였다.

### 제 1 절 지도성안례 및 참조안례 사례연구

본 절에서는 지도성안례를 민사, 형사, 행정 분야로 구분하고, 분야별로 장래의 재판에서 많이 인용된 지도성안례를 중심으로 주요 내용을 검토하고 관련하여 중국 학계의 평가가 있는 경우 이를 함께 소개하였으며, 해당 지도성안례가 장래의 재판에서 인용되는 모습을 실증하였다.<sup>1)</sup> 본격적인 논의에 들어가기에 앞서 논의의 배경으로서 안례지도제도의 운용 경과를 개관할 것이다.

#### I. 안례지도제도의 운용 경과

2012년에 출범한 시진핑을 중심으로 한 중국공산당의 새 지도부는 ‘사회주의 법치국가의 건설’을 가장 중요한 목표 중 하나로 정하고 법에 의한 통치, 부패 척결, 법의 엄격한 집행 등을 특히 강조하고 있다.<sup>2)</sup> 2010

---

1) 본 절의 목적은 지도성안례의 지도력을 실증연구를 토대로 규명하고자 하는 것이므로, 개별 지도성안례의 구체적인 판결내용에 대한 분석보다는 실제 참조안례에서 지도성안례가 어떠한 방식으로 참조되는지 그 양태를 드러내는 데 집중하였다.

년부터 《최고인민법원 안례지도사무에 관한 규정(最高人民法院關於案例指導工作的規定)》(이하 본 장에서 “《규정》”이라 함)에 따라 시행되고 있는 안례지도제도 역시 사회주의법치국가 건설의 일환으로서 그 중요성이 더욱 커지고 있다.<sup>3)</sup> 2014년 중국공산당 제18기 중앙위원회 제4차 전체회의(十八屆四中全會)에서 “사법해석과 지도성안례를 강화하고 규범화 하여, 법률 적용의 기준을 통일한다”는 내용이 제출되었고, 이는 당 중앙위원회의 문건으로는 처음으로 지도성안례에 대해 명확한 요구가 제기된 것으로, 안례지도제도는 전례 없이 고도로 중시를 받았다.<sup>4)</sup>

최고인민법원은 2010년 《규정》을 공고하고, 2011년 12월 최초로 4건의 지도성안례를 선정한 이래 2020년 1월까지 총 139건의 지도성안례를 선정하였다.<sup>5)</sup> 지도성안례의 선정 개수는 2020년 제22차 27건, 2019년 제21차 6건, 2018년 제20차 5건, 2018년 제19차 5건, 2018년 제18차 4건, 2017년 제17차 5건, 2017년 제16차 10건, 2017년 제15차 8건, 2016년 제14차 5건, 2016년 제13차 4건, 2016년 제12차 4건, 2015년 제11차 4건, 2015년 제10차 8건, 2014년 제9차 7건, 2014년 제8차 6건, 2014년 제7차 5건, 2014년 제6차 4건, 2013년 제5차 6건, 2013년 제4차 4건, 2012년 제3차 4건, 2012년 제2차 4건, 2011년 제1차 4건이다.

선정된 안례의 해당 분야도 민사, 형사, 행정 분야로 다양하다. 2020년 1월까지 민사 분야 지도성안례 총 91건, 형사 분야 지도성안례 총 22건, 행정 분야 지도성안례 총 26건이 선정되었다. 지도성안례를 참조한 판결

2) 姜光文, “현대 중국에서의 법 이해에 대한 고찰—중국의 법 개념의 원류(源流)를 추적하는 작업의 일환으로—”, 서울대학교 법학(제56권 제3호), 2015, 1면, 5면.

3) 안례지도제도가 중국공산당의 정책결정이라는 데 대해서는 *See generally* Harvard Law Review Association, “Chinese common law? Guiding cases and judicial reform”, Harvard Law Review[Vol. 129(8)], 2016, pp. 2213-2234.

4) 中國審判, “最高人民法院發布第21批指導性案例”, 2019. 2. 25 (최고인민법원 연구실 부주임 귀평(郭鋒) 기자회견 보도자료)

5) 최고인민법원(<http://www.court.gov.cn/index.html>, 首頁>審判業務>指導案例, 2020. 6. 14. 최종접속).

문 건수는 2018년 9월 기준 총 956건으로(민사 분야 지도성안례 652건, 형사 분야 지도성안례 15건, 행정 분야 지도성안례 289건), 2018년 7월 기준 선정된 총 지도성안례 건수(96건) 대비 10배 가량 참조되어 재판에 미치는 영향력을 실증하고 있으며, 참조안례건수는 해가 갈수록 늘어나는 추세고, 증가속도도 비교적 빠르다.

최고인민법원은 《최고인민법원 제1차 지도성안례 공포에 관한 통지(最高人民法院關於發布第一批指導性案例的通知)》(2011年12月20日, 司法解釋)에서 각급 인민법원의 법관은 첫째, 지도성안례를 주의 깊게 연구하고, 지도의의를 정확하게 파악할 것을 요구하였다. 둘째, 지도성안례 활용을 활성화하기 위해 유사안건 심리 시 지도성안례를 철저히 참조하여, 사건처리의 질과 효율을 더욱 제고하고, 안건재판의 법률적 효과와 사회적 효과의 유기적 통일을 확보함으로써 사회 안정을 보장하도록 하였다. 셋째, 지도성안례 사무를 고도로 중시하고, 공들여 편집하고 적극 추천하며, 적시에 보고함으로써 보고 안례의 질을 제고하고 지도성안례 사무를 건실하게 전개하도록 하였다. 넷째, 여론을 인도하는 역할을 충분히 발휘하고, 안례지도제도의 의의와 효과를 홍보하여 사회 각계의 이해와 관심을 이끌어 내고 인민법원의 재판사무를 지지하는 우호적인 분위기를 형성할 것을 요구하였다.<sup>6)</sup>

중국 국무원 신문판공실은 2012년 ‘중국의 사법개혁’ 문건에서 안례지도제도의 수립에 대해 다음과 같이 평가하였다. 2010년 중국 사법조직은 안례지도제도의 수립을 위해 규정을 공포했고, 중국 특색의 안례지도제도를 수립하였다. 영미법계 판례제도와는 다르게, 대륙법계 하의 중국의 안례지도제도는, 안례를 이용하여 법조문을 정확하게 이해하고 적절하게 적용하도록 지도한다. 최근 몇 년간 사법조직은 모든 심급의 사법조직에서 유사안건을 해결할 수 있도록 지도성안례 및 참고자료와 같은 법 적

---

6) 最高人民法院, “最高人民法院關於發布第一批指導性案例的通知”, 2011. 12. 20. (發布時間: 2012. 1. 10.) 最高인민법원(<http://www.court.gov.cn/index.html>, 首頁> 審判業務> 指導案例, 2020. 6. 14. 최종접속).

용에 전형적인 공적 판결(public cases)을 만들었다. 안례지도제도는 사법재량의 표준화된 실무를 개선하고, 법 적용의 일관성을 제고하였다.<sup>7)</sup>

2015년 6월 2일 최고인민법원은 《실시세칙》을 공고하여, 안례지도제도를 더욱 강화해나갈 것임을 밝혔다.<sup>8)</sup> 2018년 10월에는 최고인민법원의 법률응용에 대한 해석권과 지도성안례 공포권이 《인민법원조직법》에 법률로 명시되어, 지도성안례의 영향력은 지속적으로 강화되고 있다.

## II. 민사 분야 지도성안례 및 참조안례 사례연구

민사 분야 지도성안례는 총 61건으로(2018년 7월 기준)<sup>9)</sup>, 그중 국가배상사건이 3건, 일반민사사건이 48건, 민사소송사건이 9건이고, 나머지 1건은 해사소송사건이다.<sup>10)</sup> 이하에서는 지도성안례 1호, 8호, 19호, 24호를 살펴보고, 지도성안례 1호를 중심으로 살펴보고자 한다.

### 1. 지도성안례 1호: ‘상하이(上海) 중위안(中原) 부동산 자문(物業顧問)유한회사가 타오더화(陶德華)를 제소한 중개계약 분쟁 사건’(2011. 12. 20. 공포)

---

7) Information Office of the State Council of The People's Republic of China, "Judicial Reform in China", October 2012, Beijing(Updated: 2015. 7. 17.), 최고인민법원 홈페이지(<http://english.court.gov.cn>, Home> Resources> White Papers), 2020. 6. 14. 최종접속).

8) 강광문·김영미, 중국법강의, 박영사, 2017, 266면.

9) 2020년 1월까지 공포된 총 139건의 지도성안례 중 민사 분야 지도성안례는 총 91건, 형사 분야 지도성안례는 총 22건, 행정 분야 지도성안례는 총 26건이 선정되었다. 최고인민법원(<http://www.court.gov.cn/index.html>, 首頁> 審判業務> 指導案例, 2020. 6. 14. 최종접속).

10) 최고인민법원의 사건분류에 따름, 이하 제5장에서 같다(최고인민법원의 사건분류에 따르면, 민사법 분야에 상사법 분야와 지식재산권법 분야를 포함하여 분류하고 있다).

## 가. 개요 및 분석

지도성안례 1호에서는 부동산(주택) 중개계약의 효력이 문제되었다. 이 사안에서 매수인과 중개회사 사이에, 매수인이 중개회사가 제공하는 매물정보(房源信息)를 이용하면서도 그 중개회사를 통하지 않고(繞開) 매도인과 직접 주택매매계약을 체결하는 것을 금지하는 약정을 체결한 경우 그 약정은 합법적이고 유효하다고 하였다. 그러나 매도인이 동일한 주택을 여러 중개회사를 통해 내놓은(挂牌出售) 경우, 매수인이 다른 공중이 알 수 있는 정당한 경로로 같은 매물정보를 얻으면, 매수인은 제시 가격이 낮고 서비스도 좋은 중개회사를 선택하여 주택매매계약을 체결할 권리가 있고, 이 행위는 매수인이 종전에 계약을 체결한 중개회사의 매물정보를 이용한 것이 아니므로 계약위반이 아니라고 하였다.<sup>11)</sup>

이렇게 지도성안례 1호는 “계약의 우회(bypassing the contract)” 문제를 포함하고 있다. 이는 부동산의 매수와 매도를 포함해 중개업 분쟁에서 종종 일어나는 문제다. “계약의 우회”와 관련해 표준 손해배상 조건을 갖추고 있는 경우는 흔하게 볼 수 있다. 그러나 실무적으로 “계약의 우회”를 금지하는 조항 및 “계약의 우회”를 위한 필요조건이 무엇인지에 관한 통일된 인식이 없다.

표준 손해배상 조건의 효과를 인정하거나 부정하지 않는 일부 사례가 있고, 명확하게 효과를 부정하는 일부 사례도 있다. 그러나 계약에서 표준 조건의 효과를 인정하더라도, 표준 조건의 내용은 제한적으로 해석해 왔다. 본인의 악의가 본인의 계약위반 여부를 판단하는 관건이었다는 부분이 지도성안례와는 다르다.<sup>12)</sup>

---

11) 지도성안례 1호의 관련조문은 다음과 같다. 《합동법(合同法)》 제424조 중개계약(居間合同)은 중개인이 위탁인에게 계약체결의 기회를 보고하거나 계약체결의 매개서비스를 제공하는 것으로, 위탁인이 보수를 지불하는 계약이다.

12) Weiguo Wang, “Shanghai Zhongyuan Property Consultancy Co. Ltd. v.



지도성안례는 표준 조건의 의미를 제한하기보다는 표준 조건을 의미론적으로 해석하였다. 대부분 사례에서 확정 손해배상액이 너무 많은 경우 손해배상액은 조정되었다. 그러나 일부 사례에서는 《합동법(合同法)》 제426조<sup>13)</sup>에 따라 당사자에게 수수료를 지불할 것을 직접적으로 요구하였다. 심지어 당사자가 계약을 위반하지도 않았는데, 법원은 《합동법(合同法)》 제427조<sup>14)</sup>를 고려하여 당사자가 필요한 중개 비용을 지불하도록 요구하였다.<sup>15)</sup>

그러므로 지도성안례 1호는 모든 유사 사례에 대해 지도적 의의를 갖지만 그 의의는 제한적이다. 지도성안례 1호는 본인이 중개인의 정보나 조건(brokerage information or conditions)을 활용했는지 아닌지에 따라 “계약의 우회”가 정당화되는지 아닌지를 주로 이야기하고 있기 때문이다.

일부 법학자들은 지도성안례 1호의 판단 이유가 불충분하다고 주장하면서 다음과 같이 보완의견을 제시한다. 첫째, 중위안사가 아닌 부동산 자문회사의 중개를 통한 타오더화의 주택매수행위는 “계약의 우회” 행위를 구성한다. 둘째, 성질상 중개계약은 특별위임계약(special commission contract)에 해당한다. 《합동법(合同法)》 제410조<sup>16)</sup>에 따르면, 본인이나

---

Tao Dehua”, China Legal Science(Vol. 1), 2013, p. 148, pp. 151-152.

13) 《합동법(合同法)》 제426조 중개인의 기여로 계약이 성립된 후, 위탁인은 약정에 따라 보수를 지급해야 한다. 중개인의 보수에 대해 약정이 없거나 약정이 불명확하고, 본법 제61조의 규정에 따라서도 확정할 수 없는 경우, 중개인의 노무에 근거해 합리적으로 확정한다. 중개인이 계약 체결에 중개서비스를 제공하여 중개인의 기여로 계약이 성립된 경우, 당해 계약의 당사자는 중개인의 보수를 균등하게 부담한다. 중개인의 기여로 계약이 성립된 경우, 중개활동비용은 중개인이 부담한다.

14) 《합동법(合同法)》 제427조 중개인의 기여로 계약이 성립되지 않은 경우, 보수의 지급을 요구할 수 없다. 단, 위탁인에게 중개 활동에 지출한 필요비용을 지급할 것을 요구할 수 있다.

15) 周江洪, “上海中原物業顧問有限公司訴陶德華居間合同糾紛案’評釋”, 浙江社會科學, 2013年(第1期), 第80頁, 第86頁.

16) 《합동법(合同法)》 제410조 위탁인이나 수탁인은 언제든지 위탁계약을 해제할 수 있다. 계약해제로 인해 상대방에게 손실을 초래하는 경우, 당해 당사

대리인은 언제든지 위임계약을 해제할 수 있다. 그러므로 타오더화가 다른 중개인의 서비스를 수용한 행위는 타오더화가 중위안사와의 중개계약을 해제할 권리를 행사하였음을 의미한다. 셋째, 본인이 계약을 해제하였다고 하더라도, 그것이 본인이 계약위반에 대한 책임을 부담할 것이 요구된다는 것을 의미하지는 않는다. 지도성안례 1호에서 타오더화는 중위안사에 의해 통제되는 독점적인 정보를 사용하지 않았다. 그러므로 타오더화에게는 최선의 서비스를 선택할 권리가 있었다. 타오더화는 “계약의 우회” 행위로 인해 손해배상 책임을 부담해서는 안 된다.<sup>17)</sup>

다음과 같이 지도성안례 1호를 비판하는 견해도 제기된다. 표면적으로 지도성안례 1호는 중고주택 거래에서 매수인의 도덕적 해이를 줄이고 부동산 중개인과 소비자 모두의 합법적 권리와 이익을 보호하려 하고 있다. 그러나 지도성안례 1호가 정말로 보호해야 하는 것은 전체 중개 산업과 소비자의 권리와 이익이다. 그런데 지도성안례 1호는 논쟁의 여지가 있는 중개 계약에서 일방당사자의 권리와 이익, 즉 일방 부동산 중개인의 권리와 이익을 도외시하고 있다. 따라서 지도성안례 1호에 의해 구성된 “우회” 행위의 유형으로부터 적절한 제도적 조치를 얻어내기 어렵다. 대신 거시적인 관점에서 실무적으로 어떠한 유형의 “우회”가 존재하는지, 다른 유형의 “우회”가 계약위반을 구성하는지 아닌지를 어떻게 결정할 것인지에 대해 분석해야 한다.<sup>18)</sup>

이처럼 지도성안례 1호는 부동산중개 계약에서 계약의 우회 문제를 다루면서, 매수인이 종전에 계약을 체결한 중개회사의 매물정보를 이용하지 않은 경우라면 계약 우회가 계약위반을 구성하지 않는다고 판시함으로써 중개 계약에서 계약의 위반 여부를 판단하는 기준을 제시하였다. 이에 대해서 판결 이유가 충분치 않다는 등의 비판이 있지만, 실무적으

---

자의 귀책사유로 할 수 없는 경우 외에는 손실배상을 하여야 한다.

17) 隋彭生, “居間合同委托人的任意解除權及‘跳單’—以最高人民法院《指導案例1号》爲例”, 江淮論壇, 2012年(第4期), 第110頁, 第111頁.

18) Tianyi Wang, “Legal Regulations on ‘Bypassing’ in the Intermediation Contract”, China Legal Science(Vol. 6), 2018, p. 26, p. 36.

로 적지 않게 발생할 수 있는 계약 우회의 문제에 대해 통일된 인식이 없는 상태에서 지도성안례가 일응의 판단기준을 제시하였다는 점에서 의의가 있다. 특히 일반적으로 계약위반의 판단기준으로 제시되었던 본인의 악의보다는 본인이 상대방의 정보를 활용했는지 아닌지를 새로운 기준으로 제시한 점이 주목할 만하다.<sup>19)</sup>

이하에서는 중국재판문서망에서 검색 가능한 지도성안례 참조 법원의 안례를 지도성안례 1호를 적용한 안례와 적용하지 않은 안례로 구분하고, 심급별로 안례를 분석하고자 한다. 지도성안례를 적용하지 않은 안례는 기본적으로 당사자가 지도성안례의 적용을 주장하였는데 법관이 적용하지 않은 안례를 의미하는데, 지도성안례를 적용하지 않은 안례 중에서

---

19) 우리 하급심 판결 중 유사한 쟁점을 다룬 판결로는 부동산매물정보를 단순한 정보와 비밀로 구분하여 단순한 정보에 해당하는 경우에는 처벌 대상인 비밀의 침해에 해당하지 않는다고 판시한 다음의 판결(형사판결)을 참고할 만하다. 서울중앙지방법원은 「정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률」 제49조는 누구든지 정보통신망에 의하여 보관되는 타인의 '정보'를 훼손하거나 타인의 '비밀'을 침해·도용 또는 누설하여서는 아니 된다고 하여, 통신망에 보관되는 정보를 단순한 정보와 비밀로 구분하여 그 보호의 정도를 달리 하고 있으므로, 단순한 정보의 경우에는 침해·도용 또는 누설 등의 행위가 있더라도 훼손에 이르지 않으면 위 조항에 따라 처벌할 수 없다고 하였다. 위 조항에서 정한 '비밀'에 해당하려면 그 정보의 내용이 사회 통념상 단순한 정보의 정도를 넘어서 비밀로서 보호받아야 할 만한 내용을 포함하고 있어야 하는데, 피고인이 다운로드받은 부동산매물정보는 부동산 입지조건 등 단순한 부동산매물정보에 불과하다는 것이어서 그 정보가 위 조항에서 정한 '비밀'에 해당한다고 볼 수 없다고 판시한 것이다(서울지방법원 2003. 8. 22. 선고 2003고단4527 판결). 우리 하급심 판결이 정보를 단순한 정보와 비밀로 구분하여 보호의 정도를 구분하고 부동산정보업체의 매물정보는 비밀이 아니라고 보아 무죄로 판단한 점에 착안하여 보면, 지도성안례에서 중개회사가 제공하는 매물정보를 이용하려면 그 중개회사를 통해 주택매매계약을 체결해야 한다는 점은 긍정하면서도, 매수인이 다른 경로로 얻은 매물정보는 그 중개회사가 제공하는 매물정보가 아니므로 계약위반이 아니라고 본 점에서 양 안건은 논리 구조가 유사하다. 우리 하급심 판결에서 부동산정보업체의 매물정보가 비밀인지 여부가 유무죄를 가르는 관건이 된 것처럼, 지도성안례에서도 중개회사의 매물정보가 중개회사의 독점적인 정보, 즉 비밀인지 여부가 계약위반 여부를 가르는 관건이 되었고 결과적으로 양 안건에서 문제가 된 매물정보는 모두 '비밀'이 아니라고 판단되어 무죄라는(계약위반이 아니라는) 결론에 이르렀다.

는 구체적 사실관계에 차이가 있는 경우 외에도 지도성안례와 관련이 없다고 판단한 경우, 증거가 부족하다고 판단한 경우, 절차상 이유를 문제 삼은 경우 등 어떻게 보면 지도성안례의 재판요지와 크게 관련이 없는 경우도 상당하다. 지도성안례와 크게 관련이 없다고 보이는 이러한 안례에서 지도성안례를 참조하고 있는 이유는 사건당사자 등이 지도성안례를 변론 이유로 삼는 경우 《실시세칙》 제11조에 따라 담당판사는 반드시 재판이유에서 당해 지도성안례를 참조하였는지 여부를 밝히고 그 이유를 설명하여야 하기 때문으로 보인다. 이러한 점에서 내용상 지도성안례의 재판요지와 크게 관련이 없어보이는 안례더라도 형식상 지도성안례의 참조 방법을 준수하고 있는 안례로 평가할 수 있다는 점에서 함께 소개할 것이다.

#### 나. 지도성안례 1호를 적용한 안례 분석

##### (1) 1심법원 안례 분석<sup>20)</sup>

‘진청시(晋城市) 대지부동산관리유한회사와 자오야(趙雅) 사이의 중개계약 분쟁 사건’에서, 진청시 청구(城區) 인민법원은 “최고인민법원 지도성안례 1호를 참조하면, 매도인이 같은 집을 여러 중개회사를 통해 공개 판매할 경우, 매수인은 입찰가가 낮고 서비스가 좋은 중개회사를 선택해 부동산매매계약의 성사를 재촉할 권리가 있고, 그 행위는 종전에 매수인과 계약한 중개회사의 판매정보를 이용한 것이 아니므로 계약위반이 아니다.”라고 판시하였다.<sup>21)</sup> ‘이창시(宜昌市) 우자강구(伍家崗區) 용러형찬(永樂恒產) 주택중개서비스부와 동원(董文) 사이의 중개계약 분쟁

20) 참조안례에서 지도성안례가 어떠한 방식으로 참조되는지 분명하게 드러내기 위해 해당 부분에 필자가 밑줄을 그어 표시하였다. 이하 본 절에서 같다.

21) 산시성(山西省) 진청시(晋城市) 청구(城區) 인민법원 2018. 6. 1. 선고 (2018) 晋0502民初1510号 판결.

사건’에서, 이창시 우자강구 인민법원은 “최고인민법원 지도성안례 1호와 각지 인민법원의 기존 판결에 따라 용러형찬 주택중개서비스부의 소송청구를 기각한다.”라고 판시하였다.<sup>22)</sup>

이처럼 지도성안례 참조 법원의 판결문을 살펴보면, 지도성안례 참조 법원에서 관련 지도성안례를 검토하여 해당되는 지도성안례가 있는 경우 그 지도성안례의 번호와 판결내용을 인용하고, 해당 지도성안례를 좇아 본안 판결이 이루어졌음을 명확히 밝히고 있다는 점을 확인할 수 있다.

## (2) 2심법원 안례 분석

‘선전시(深圳市) 동화(東華) 부동산관리 유한회사와 천야오잉(陳曉英) 사이의 중개계약 분쟁 사건’에서, 피상소인(원심원고 선전시 동화 부동산관리 유한회사)은 지도성안례 1호는 본안과 무관하여 참조 적용할 수 없다고 항변하였으나, 선전시 중급인민법원은 “공평의 원칙은 법률과 사법해석이 명확하지 않은 경우에 적용되어야 하는데, 본안의 관련 사실에 대한 법률 적용에 관해 《규정》 제7조<sup>23)</sup>에 명확한 규정이 있음에도 불구하고 원심법원이 이를 따르지 않고 상소인(원심피고 천야오잉)이 피상소인에게 필요비용을 지급하라고 한 것은 사실인정이 불명확하고 법률 적용의 착오다.”라고 판시하여 상소를 인용하고 원판결을 파기하였다.<sup>24)</sup> ‘선위에(申悅)와 충칭(重慶) 천창(千蒼) 부동산중개 유한회사 사이의 중개계약 분쟁 사건’에서, 상소인(원심피고 선위에)은 지도성안례 1호에 따르면 매수인이 계약을 우회(跳單)했는지 여부를 판단하는 관건은 매수인이 당해 중개회사가 제공한 부동산의 정보와 기회 등의 조

22) 후베이성(湖北省) 이창시(宜昌市) 우자강구(伍家崗區) 인민법원 2019. 10. 30. 선고 (2019) 鄂0503民初1487号 판결.

23) 《규정》 제7조 최고인민법원이 공포한 지도성안례들은 이후 각급 인민법원이 유사안건(案例)을 심판할 때 반드시 참조하여야 한다.

24) 광둥성(廣東省) 선전시(深圳市) 중급인민법원 2013. 7. 29. 선고 (2013) 深中法房終字第1129号 판결.

건을 이용했는지 여부인데, 만일 매수인이 다른 공중도 얻을 수 있는 정당한 경로를 통해 같은 부동산에 관한 정보를 얻었다면 매수인에게는 입찰가가 낮고 서비스가 좋은 중개회사를 선택해 부동산매매계약성사를 재촉할 권리가 있다고 주장하였고, 충칭시(重慶市) 제1중급인민법원은 지도성안례 1호의 재판요지를 그대로 인용하면서, “본안은 상술한 지도성안례와 유사하며, 본안의 처리에 상술한 지도성안례의 재판요지를 참조할 수 있다.”라고 판시하여 상소를 인용하고 원판결을 파기하였다.<sup>25)</sup> ‘장인시(江陰市) 련싱(聯興) 부동산중개서비스부와 차이페이(蔡菲) 사이의 계약 분쟁 사건’에서, 상소인(원심원고 장인시 련싱 부동산중개서비스부)은 지도성안례 1호와 본안은 본질적으로 구별된다고 하면서, 본안 련싱 중개는 최초로 차이페이를 데리고 가 집을 본 것인데 비해 지도성안례의 중개회사의 경우는 제3자가 매수인을 데리고 가 집을 본 것이고; 지도성안례의 입찰가는 가격 차가 비교적 커 허위입찰이 있을 수 있는데 비해 본안에는 이러한 정황이 없다고 주장하였으나, 장수성(江蘇省) 우시시(無錫市) 중급인민법원은 “지도성안례 1호는 중개회사가 매수인을 데리고 가 집을 보는 순서를 중개회사가 제공한 부동산 정보와 기회를 이용했는지 여부를 인정하는 요소로 삼지 않았으면서, 본안에서 련싱 중개가 최초로 차이페이를 데리고 가 집을 보기는 했으나 부동산 정보는 공개된 것이므로, 중개회사가 제공한 정보이기만 하면 매수인이 이를 ‘이용’한 것이라 선불리 판단해서는 안 된다.”라고 판시하여 상소를 기각하고 원심판결을 유지하였다.<sup>26)</sup> ‘빈저우시(濱州市) 마야룽싱(瑪雅隆興) 무역 유한회사와 텐리보(田立波) 사이의 중개계약 분쟁 사건’에서, 상소인(원심원고 빈저우시 마야룽싱 무역 유한회사)은 원심판결이 지도성안례 1호에 따라 피상소인들의 행위가 “계약 우회”가 아니어서 계약

25) 충칭시(重慶市) 제1중급인민법원 2017. 12. 10. 선고 (2017)渝01民終7167号 판결.

26) 장수성(江蘇省) 우시시(無錫市) 중급인민법원 2018. 2. 23. 선고 (2017)蘇02民終4950号 판결. 원심판결(민사1심)은 장수성 장인시 인민법원 2017. 10. 13. 선고 (2017)蘇0281民初9829号 판결.

위반이 아니라고 확정한 것은 사실에 부합하지 않는다고 주장하였으나, 원심은 지도성안례 1호의 재판요지를 그대로 인용하면서 첫째 이 사안 주택정보는 원고의 고유한 정보가 아니고 둘째 피고가 원고의 주택정보를 이용한 것이 아니어서 피고가 계약을 위반한 게 아니라고 하면서 다만 원고가 부동산관리기구로서 매매계약성사를 위해 일정한 노력을 기울인 점을 인정해 피고가 원고에게 소정의 중개활동비용을 지급하도록 판시하였고, 산둥성 빈저우시 중급인민법원은 상소를 기각하고 원심판결을 유지하였다.<sup>27)</sup> ‘산밍시(三明市) 메이리에구(梅列區) 청공(誠功) 부동산관리 유한회사와 옌치우젠(嚴秋健) 사이의 중개계약 분쟁 사건’에서, 상소인(원심원고 산밍시 메이리에구 청공 부동산관리 유한회사)은 지도성안례 1호의 재판요지 중 계약 우회 금지약정이 합법적이고 유효하다는 부분을 인용하면서, 원심판결이 본안의 약정이 무효라고 판시한 것은 피상소인에 치우친 잘못된 판결이라는 점을 지적하였으나, 원심이 본안의 약정 중 피상소인과 매도인 사이의 사적 거래를 금지한 약정은 무효라고 판시한 데 대해 푸젠성(福建省) 산밍시 중급인민법원은 지도성안례 1호의 재판요지 중 피상소인이 다른 공중이 알 수 있는 정당한 경로로 매물정보를 얻어 주택매매계약을 성사시킬 권리가 있다는 부분을 인용하면서 상소를 기각하고 원심판결을 유지하였다.<sup>28)</sup> ‘자오모(趙某) 중개계약 분쟁 사건’에서, 원심은 지도성안례 1호 중 매도인이 다른 공중이 알 수 있는 정당한 경로로 매물정보를 얻어 주택매매계약의 성립을 성사시킬 권리가 있다는 부분을 인용하면서 원심원고(상소인 진청시(晉城市) 대지 부동산관리 유한회사)에 패소판결을 하였고, 산시성(山西省) 진청시 중급인민법원은 상소를 기각하고 원심판결을 유지하였다.<sup>29)</sup>

27) 산둥성 빈저우시(濱州市) 중급인민법원 2019. 4. 26. 선고 (2019) 魯16民終407号 판결.

28) 푸젠성(福建省) 산밍시(三明市) 중급인민법원 2019. 3. 25. 선고 (2019) 閩04民終447号 판결. 원심판결(민사1심)은 산밍시 메이리에구 인민법원 2018. 11. 22. 선고 (2018) 閩0402民初2676号 판결.

29) 산시성(山西省) 진청시(晉城市) 중급인민법원 2018. 11. 1. 선고 (2018) 晉05民終1173号 판결. 원심판결(민사1심)은 위 (가) 산시성 진청시 청구(城區)

‘주하이시(珠海市) 쌍휘(雙輝) 부동산 투자자문 유한공사와 왕젠안(王建安) 사이의 중개계약 분쟁 사건’에서, 광둥성 주하이시 중급인민법원은 지도성안례 1호 중 매도인이 다른 공중이 알 수 있는 정당한 경로로 매물정보를 얻어 주택매매계약의 성립을 성사시킬 권리가 있다는 부분을 인용하면서 원심판결의 사실인정은 명확하나 법률의 적용이 부당하여 처리가 타당하지 않다는 이유로 상소인(원심원고 왕젠안)의 상소를 인용하고 원판결을 파기하였다.<sup>30)</sup>

이처럼 2심 법원에서도 관련 지도성안례를 검토하여 해당 지도성안례의 번호와 판결내용을 인용하고, 해당 지도성안례를 좇아 판결하였음을 명확히 밝히고 있다는 점을 확인할 수 있다. 또한, 인민법원뿐 아니라 재판의 당사자(상소인이나 피상소인)가 관련 지도성안례의 내용을 재판에서 적극적으로 주장하거나 해당 지도성안례가 본안과 무관하여 적용할 수 없다고 항변 사유로도 원용하고 있는 점을 확인할 수 있다.

중국재판문서망에서 지도성안례 1호를 적용한 안례 중 재심법원 안례는 찾을 수 없었다. 이하에서는 지도성안례 1호를 적용하지 않은 안례를 소개하고자 한다.

## 다. 지도성안례 1호를 적용하지 않은 안례 분석

### (1) 1심법원 안례 분석

‘핑두시(平度市) 바이순(百順) 주택관리부(房屋經營部)와 왕위강(王玉剛) 사이의 중개계약 분쟁 사건’에서, 피고(왕위강)는 지도성안례 1호를 적용할 것을 주장했으나, 핑두시 인민법원은 “비록 최고인민법원의 지

---

인민법원 2018. 6. 1. 선고 (2018) 晋0502民初1510号 판결.

30) 광둥성 주하이시(珠海市) 중급인민법원 2016. 4. 10. 선고 (2015) 珠中法民二終字第373号 판결.



지도성안례는 기층법원에 대해 보편적으로 지도적 의의를 지니지만 중국은 결코 판례법을 채택하지 않았고, 기층법원 법관에게는 지도성안례의 대원칙을 좇는다는 전제하에 구체적인 안건을 결부시켜 서로 다른 사실을 구별해내 재판을 할 권한이 있다. …… 본원은 공평 공정의 원칙에 입각해 직업적 이익(行業利益)과 피고의 권리를 모두 고려하여, 피고가 경미하게 계약을 위반하였다고 판단하므로, 피고는 원고(핑둥시 바이순 주택관리부)에게 소정의 위약금을 지불해야 한다.”라고 판정하였다.<sup>31)32)</sup> ‘인촨시(銀川市) 하이테크개발구 팡보(房博) 부동산정보서비스부와 무젠화(穆建華)·양수취엔(楊淑娟) 사이의 중개계약 분쟁 사건’에서, 원고(인촨시 하이테크개발구 팡보 부동산정보서비스부)는 지도성안례 1호를 (계약 우회 금지약정이 합법적이고 유효하다는 취지의) 증거로 제출하였으나, 닝샤(寧夏) 회족(回族) 자치구 인촨시(銀川市) 진펑구(金鳳區) 인민법원은 “피고는 매도인과의 합의에 따라 매매계약을 체결하였으며 원고의 부동산정보를 이용한 것이 아니라는” 취지로 원고의 피고에 대한 위약금 등 소송 청구를 기각하였다.<sup>33)</sup>

지도성안례 1호는 중개 계약에서 계약당사자 간에 계약 우회를 금지하는 약정이 유효하다고 하면서도, 계약당사자가 다른 일반적인 경로를 통해 제삼자와 계약을 체결하는 것은 유효하다고 함으로써 다소 혼란스러울 수 있는 내용을 담고 있다. 지도성안례 1호의 이러한 특성은 이를 인용하는 지도성안례 참조 법원의 안례에서도 확인할 수 있는데, 지도성안례 1호를 적용하지 않은 1심법원 안례로서 핑둥시 인민법원과 인촨시 진펑구 인민법원의 사례를 살펴보면, 각 법원은 지도성안례 1호에서 유리

31) 산둥성(山東省) 핑둥시(平度市) 인민법원 2015. 10. 31. 선고 (2015) 平商初字第2460号 판결.

32) 劉克毅, “論指導性案例的效力及其體系化”, 法治現代化研究, 2017年(第5期), 第122頁, 第127-128頁.

33) 닝샤(寧夏) 회족(回族) 자치구 인촨시(銀川市) 진펑구(金鳳區) 인민법원 2018. 10. 24. 선고 (2018) 宁0106民初7304号 판결. 민사2심(닝샤 회족 자치구 인촨시 중급인민법원 2019. 3. 13. 선고 (2018) 宁01民終3980号 판결)에서 파기 환송됨.

한 부분만을 추출하여 인용함으로써 각 원고승소 및 원고패소로 서로 다른 결론에 도달하였다는 점이 흥미롭다.

특히 평두시 인민법원은 지도성안례에 보편적 지도적 의의가 있음을 실시하면서도 지도성안례 1호의 결론에 따르지 않았는데, 그 이유를 설득력 있게 밝혔다는 점에서 주목할 만하다. 대전제로 중국이 판례법 국가가 아니므로 지도성안례 참조 법원의 재판은 지도성안례 1호와 다른 결론에 도달할 수 있다고 판시하였고, 장래의 법원의 재판에서 원칙적으로 지도성안례를 좇을 것을 전제로 삼으면서도 구체적인 사안에 따라 지도성안례와 장래의 재판이 서로 ‘구별’될 수 있다는 점을 실시하였는데, 지도성안례의 지도력이 장래의 재판에서 어떠한 방식으로 구현되는지 이러한 대목에 잘 드러나 있다.

## (2) 2심법원 안례 분석

‘야오강(姚綱)과 통쯔현(桐梓縣) 위아이위자(我愛我家) 부동산중개서비스부 사이의 중개계약 분쟁 사건’에서, 상소인(원심피고 야오강)은 지도성안례 1호에 따르면 중개업자가 제공하는 정보를 이용할 수 없도록 한 것뿐 아니라 여러 중개 업체 중에서 입찰가가 낮고 서비스가 좋으며 매수인을 위해 제공하는 중개서비스를 선택할 수 있다는 점까지 포함하고 있으므로 이를 본안과 결합하면 상소인이 매수한 집이 여러 중개회사에 공개 매각 중이었고 상소인의 주택구매계약성사를 재촉한 중개회사가 입찰가가 낮고 서비스가 좋다면 소비자로서의 상소인은 결코 피상소인(원심원고 통쯔현 위아이위자 부동산중개서비스부)이 제공한 정보와 기회를 이용한 게 아니라고 하면서, 상소인은 계약을 위반하지 않았으므로 원심이 지도성안례 1호를 참조하지 않고 상소인의 계약위반을 인정하는데 법률 적용의 착오가 있다고 주장하였으나, 구이저우성(貴州省) 준이시(遵義市) 중급인민법원은 상소인의 계약위반을 인정하면서도 피상소

인에게도 계약상의무 미이행의 책임을 물어 원판결을 파기하고 상소를 일부 인용하여 상소인의 배상금을 7,700위안에서 2,000위안으로 감액하였다.<sup>34)</sup> ‘항저우 뤼켄(瑞肯)투자자문 유한회사와 항저우 개척자(拓路者) 복식(服飾) 유한회사 사이의 중개계약 분쟁 사건’에서, 상소인(원심 피고 항저우 개척자 복식 유한회사)은 지도성안례 1호에 따르면 매도인이 같은 집을 여러 중개 업체에 공개 매각하는 경우 매수인은 다른 공중이 알 수 있는 정당한 경로로 같은 부동산에 대한 정보를 얻었다면, 매수인이 입찰가가 낮고 서비스가 좋은 중개회사를 선택하여 부동산매매계약의 성립을 재촉할 권리가 있어 그 행위는 사전에 매수인과 계약을 체결한 중개회사의 부동산 정보를 이용한 것이 아니므로 계약위반이 아니어서 원심법원의 법률 적용에 착오가 있다고 주장하였으나, 저장성(浙江省) 항저우시(杭州市) 중급인민법원은 상소를 기각하고 공평 합리의 원칙을 따른 원심판결을 유지하였다.<sup>35)</sup> ‘지난(濟南) 서우신(首信) 투자자문 유한회사와 산둥성 차오푸(曹普) 공예 유한회사 사이의 중개계약 분쟁 사건’에서, 상소인(원심 원고 지난 서우신 투자자문 유한회사)은 지도성안례 1호를 제출하면서 중개 서비스는 정보와 기회를 제공하는 것에 불과하고 중개인에게 중개 서비스와 무관한 다른 의무를 제공할 것을 요구하지 않는다고 주장하며 중개서비스비용의 증액 등을 청구하였으나, 산둥성 지난시(濟南市) 중급인민법원은 지도성안례 1호의 재판요지를 그대로 인용하면서, “이에 따르면 당해 지도성안례는 기본적인 정황과 법률 적용에 있어 본안과 유사하지 않다.”라고 판시하여 상소를 기각하고 원심판결을 유지하였다.<sup>36)</sup> ‘리위(李彘)와 상하이(上海) 타이핑양(太平洋) 부동산서비스 유한회사 사이의 중개계약 분쟁 사건’에서, 상소인(원심피고

34) 구이저우성(貴州省) 준이시(遵義市) 중급인민법원 2016. 9. 20. 선고 (2016)黔03民終2541号 판결.

35) 저장성(浙江省) 항저우시(杭州市) 중급인민법원 2017. 8. 11. 선고 (2017)浙01民終3195号 판결.

36) 산둥성 지난시(濟南市) 중급인민법원 2018. 7. 24. 선고 (2018)魯01民終4294号 판결.

리위)은 지도성안례 1호의 재판요지에 따르면 자신은 계약위반을 하지 않았다고 주장하였으나, 상하이시(上海市) 제2 중급인민법원은 주장에 대한 증명이 부족하다며 상소를 기각하고 원심판결을 유지하였다.<sup>37)</sup> ‘상소인 난징(南京) 렌자(鏈家) 부동산관리 유한회사와 상소인 우핑(吳萍)·주단단(朱丹丹) 사이의 중개계약 분쟁 사건’에서, 상소인(원심 원고 난징 렌자 부동산관리 유한회사)은 지도성안례 1호의 재판이유 부분을 원심판결이 잘못 인용하였다고 하면서 두 안례의 차이점과 위약 책임에 관한 다른 규정, 나아가 본안에서 상대방이 바로 상소인을 통해 매물 정보를 취득한 사실을 살펴보지 않아 상대방이 계약을 위반하지 않았다는 잘못된 결론을 도출하였다고 주장하였고, 장쑤성(江蘇省) 난징시(南京市) 중급인민법원은 상소를 인용하면서 원판결을 파기하였다.<sup>38)</sup>

지도성안례 1호를 적용하지 않은 2심 법원의 안례 중 상소인이 지도성안례를 원용하고 있는 경우에는 일정한 패턴을 발견할 수 있는데, 먼저 상소인이 지도성안례 1호를 근거로 스스로 계약을 위반하지 않았음을 밝히는 등으로 해당 지도성안례를 참조하지 않은 원심에 법률 적용의 착오가 있음을 주장하나, 2심 법원은 관련 지도성안례를 검토하여 해당 지도성안례의 번호와 판결내용을 인용하는 등 해당 지도성안례를 참조하면서도 상소인의 계약위반을 인정하거나 당해 지도성안례가 본안과 유사하지 않다는 등의 사유를 들어 지도성안례에 승복하고 있지 않다는 점을 확인할 수 있다.

### (3) 재심법원 안례 분석

‘구이양(貴陽) 싱푸렌자(幸福戀家) 부동산관리 유한회사와 양샤오(楊

37) 상하이시(上海市) 제2 중급인민법원 2019. 5. 29. 선고 (2019) 滬02民終3894号 판결.

38) 장쑤성(江蘇省) 난징시(南京市) 중급인민법원 2015. 9. 11. 선고 (2015) 宁民終字第3770号 판결.

曉) 사이의 중개계약 분쟁 사건’에서, 재심 신청인(1심 원고, 2심 상소인 구이양 싱푸렌자 부동산관리 유한회사)은 지도성안례 1호가 “계약 우회” 금지 조항이 합법적이고 유효하다는 점을 명확히 하였으므로 1, 2심은 당해 지도성안례에 배치돼 법률 적용의 착오에 해당한다고 주장하면서 《민사소송법》 제200조 제2항 및 제6항<sup>39)</sup>에 따라 재심을 신청하였으나, 구이저우성 고급인민법원은 본안의 사실 관계가 지도성안례 1호와 구별된다고 하여 재심사유가 성립하지 않는다고 보아 《민사소송법》 제204조 제1항<sup>40)</sup>에 따라 재심 신청을 기각하였다.<sup>41)</sup> ‘펑러란(彭樂燃)과 우저우시(梧州市) 하오신싱(灑信行) 부동산대리 유한회사 사이의 중개계약 분쟁 사건’에서, 재심 신청인(1심 피고, 2심 상소인 펑러란)은 지도성안례 1호와 본안의 사실이 일치하나 판결의 결과가 판이하여 본안이 유사안건에서 재판기준의 통일 및 법률 적용의 통일 원칙을 위반했으며, 2심법원의 판결은 법률 적용의 착오라고 주장하면서 《민사소송법》 제200조<sup>42)</sup>에 따라 재심을 신청하였으나, 광시(广西) 장족(壯族)자치구 고급인민법원은 신청인의 재심사유는 주로 같은 조 제2항 및 제6항이나 원심법원이 판시한 대로 신청인의 행위가 계약위반을 구성하므로 재심사유가 해당 조문에 부합하지 않는다면 재심 신청을 기각하였다.<sup>43)</sup>

39) 《민사소송법》 제200조 당사자의 신청이 다음 중 하나에 부합하는 경우 인민법원은 재심하여야 한다. 제2항 원판결, 재정이 인정된 기본사실을 증명할 증거가 부족한 경우 제6항 원판결, 재정의 법률의 적용에 명백한 착오가 있는 경우

40) 《민사소송법》 제204조 제1항 인민법원은 재심 신청서를 받은 날로부터 3개월 내 심사하여 이 법의 규정에 부합하는 경우 재심의 재정을 해야 한다.; 이 법의 규정에 부합하지 않는 경우 재정으로 신청을 기각한다. 연장이 필요한 특수한 정황이 있는 경우 본원의 원장이 비준한다.

41) 구이저우성(貴州省) 고급인민법원 2018. 5. 10. 선고 (2018)黔民申600号 판결.

42) 《민사소송법》 제200조 당사자의 신청이 다음 중 하나에 부합하는 경우 인민법원은 재심하여야 한다. 제2항 원판결, 재정이 인정된 기본사실을 증명할 증거가 부족한 경우 제6항 원판결, 재정의 법률의 적용에 명백한 착오가 있는 경우

지도성안례 1호를 적용하지 않은 재심법원의 안례에서도 일정한 패턴을 발견할 수 있는데, 먼저 재심 신청인이 지도성안례 1호를 근거로 해당 지도성안례에 배치되는 원심에 법률 적용의 착오가 있다고 주장하나, 재심 법원은 해당 지도성안례를 참조하면서도 본안과 사실관계가 구별된다거나 재심 신청인의 계약위반을 인정하고, 그에 따라 재심사유가 성립하지 않는다고 보아 재심 신청을 기각함으로써 지도성안례를 무비판적으로 적용하고 있지는 않다는 점을 확인할 수 있다.

## 2. 지도성안례 8호: ‘린팡칭(林方清)이 창수시(常熟市) 카이라이(凱萊) 실업(實業) 유한회사와 다이샤오밍(戴小明)을 제소한 회사해산 분쟁 사건’(2012. 4. 9. 공포)

### 가. 개요 및 분석

지도성안례 8호에서는 회사해산이 문제되었다. 《회사법》 제183조에 따르면 “회사의 경영관리에 중대한 어려움이 발생”한 경우 주주가 회사해산의 소를 제기하는 조건 중 하나가 되는데, 지도성안례에서는 “회사의 경영관리에 중대한 어려움이 발생했는지 여부”를 판단하려면 회사 조직기구의 운영상황부터 종합적으로 분석해야 한다고 하였다. 그러면서 회사가 비록 이익을 보는 상태에 처해 있더라도 회사의 주주총회(股東會) 메커니즘이 장기간 작동하지 않아 내부 관리에 중대한 장애가 있어 회사가 이미 교착상태에 빠진 상태라면, 회사의 경영관리에 중대한 어려움이 발생한 것으로 인정할 수 있다고 하면서, 회사법 및 관련 사법해석 규정의 다른 조건에 부합하는 경우 인민법원은 법에 따라 회사해산 판결을 할 수 있다고 하였다.<sup>44)</sup>

43) 광시(广西) 장족(壯族)자치구 고급인민법원 2019. 9. 26. 선고 (2019) 桂民申907号 판결.

지도성안례 8호에 대해서는 회사의 운영 및 경영에 있어 마주칠 수 있는 중대한 어려움을 확인하기 위한 특정한 기준을 명시한 동시에 재판상 해산을 위한 다른 필요조건들을 확인하는 지대한 공헌을 하였다는 평가가 있다.

최고인민법원은 지도성안례가 참조되어 사법 판단을 지도하고, 주주의 법적 권한과 이익을 보호하며, 회사 지배구조를 규제하기를 바라고 있다. 지도성안례 8호의 당해 회사의 주주는 두 명으로 구성되고, 각자 50%의 주식을 보유하고 있었던 사례로서 매우 흔하다고는 볼 수 없으나 이러한 사례에서는 전형적으로 회사에 교착상태가 야기될 수 있다. 그러나 실제 많은 설립자가 회사 정관의 중요성을 깨닫지 못하고 이를 약식으로 작성하고 있다. 그 결과 회사 정관에 많은 문제가 남게 되고, 그러한 정관으로는 회사의 교착상태를 해결할 수 없게 된다. 이러한 점에서 지도성안례 8호는 예방과 극복 메커니즘의 수립을 포함한 회사 내부의 경영구조 개선을 돕는 데도 교훈을 주고 있다.<sup>45)</sup>

지도성안례 8호는 회사가 이익 상태에 있더라도 주주총회 메커니즘이 장기간 작동하지 않는 경우 등 회사에 교착상태가 야기된 경우에는 회사의 경영관리에 중대한 어려움이 발생한 것으로 인정할 수 있다고 함으로써 회사해산을 할 수 있는 경우를 구체적인 사례로 제시하였다는 점에 의의가 있다.

중국재판문서망에서 지도성안례 8호를 적용한 안례는 찾을 수 없었고, 지도성안례 8호를 적용하지 않은 안례 중에서도 다음 2심법원 안례가 유

---

44) 지도성안례 8호의 관련조문은 다음과 같다. 《회사법》 제183조 회사의 경영관리에 중대한 어려움이 발생하여 계속적인 존속이 주주의 이익에 중대한 손실을 초래할 것이고 다른 경로를 통해서도 해결할 수 없는 경우, 회사 전 부주주 표결권의 100분의 10 이상을 보유한 주주는 인민법원에 회사해산을 청구할 수 있다.

45) Ying Jiang, “Lin Fangqing v. Changshu Kailai Industry Co. Ltd. and Dai Xiaoming”, Case Study, China Legal Science(Vol. 1), 2013, p. 144, pp. 148-155.

일하게 검색 가능하였으므로, 이하에서는 해당 안례만 소개하고자 한다.

#### 나. 지도성안례 8호를 적용하지 않은 안례 분석(2심법원)

‘리우웨이카(劉維卡)와 선전시 메이성(美聲) 전자 과학기술(電子科技) 유한회사 사이의 해산 분쟁 사건’에서, 광둥성(廣東省) 선전시(深圳市) 중급인민법원은 “리우웨이카(원고)는 이 사안에 지도성안례 8호를 참조하여 회사해산판결을 해야 한다고 주장했으나, 이 사안은 회사경영 관리로부터 발생한 어려움의 존속 기간 면에서나 회사 정관 규정에서 유효한 주주총회결의의 표결 권한이 부여된 점 등 기본적인 사실 면에서 지도성안례 8호와는 명확하게 구별되므로, 기계적으로 유추 적용할 수 없다.”고 판시하였다.<sup>46)</sup>

3. 지도성안례 19호: ‘자오춘밍(趙春明) 등이 옌타이시(烟台市) 푸산구(福山區) 자동차운송(汽車運輸)회사와 웨이더핑(衛德平) 등을 제소한 자동차(機動車) 교통사고 책임 분쟁 사건’(2013. 11. 8. 공포)

#### 가. 개요 및 분석

지도성안례 19호에서는 번호판도용 자동차에 의해 발생한 사고에서 손해배상책임이 문제되었다. 지도성안례에서는 자동차의 소유자나 관리자가 자동차 번호판을 타인에게 빌려주어 불법으로(套牌) 사용하게 하거나 타인이 자신의 번호판을 불법으로 사용하는 것을 명백히 알고서도 이를 제지하지 않은 경우, 번호판도용 자동차에 의해 교통사고가 발생하여 타

46) 劉克毅, 위 논문, 第122頁, 第128頁.



인에게 손해를 끼치면 자동차의 소유자나 관리자는 변호판도용 자동차의 소유자나 관리자와 연대책임을 부담해야 한다고 판시하였다.<sup>47)</sup>

중국재판문서망에서 지도성안례 19호를 적용한 안례는 찾을 수 없었고, 지도성안례 19호를 적용하지 않은 안례 중에서도 다음 2심법원 안례가 유일하게 검색 가능하였으므로, 이하에서는 해당 안례만 소개하고자 한다.

#### 나. 지도성안례 19호를 적용하지 않은 안례 분석(2심법원)

‘진아이쥘(靳愛群)과 리이펑(李藝鵬)·중국 태평양 손해보험(財產保險) 주식 유한회사 이창센터 지점 사이의 자동차 교통사고 책임 분쟁 사건’에서, 상소인은 지도성안례 19호를 적용할 것을 주장했으나, 후베이성(湖北省) 이창시(宜昌市) 중급인민법원은 “상소인은 변호사 대리 비용 배상 문제에 있어 이 사안에 지도성안례 19호를 적용하여 변호사비용은 피고가 부담한다고 판결해야 한다고 주장하고 있으나, 지도성안례 19호를 적용하여 변호사비용을 판결하는 방법 및 소송 자료 타자 복사비용 문제에 관한 증명 없이 이 사안과 19호 안례의 변호사비용 부담 문제에 있어서 유사성과 피상소인의 소송 자료 복사비용 부담책임상의 의무를 설명하고 있는데, ‘주장하는 자가 증명한다(誰主張、誰舉証).’는 원칙에

47) 지도성안례 19호의 관련조문은 다음과 같다. 《권리침해책임법(侵權責任法)》 제8조 2인 이상이 공동으로 권리침해행위를 하여 타인에게 손해를 초래한 경우, 연대책임을 부담해야 한다. 《도로교통안전법》 제16조 어떠한 단위나 개인도 다음의 행위를 해서는 안 된다.

- (1) 자동차를 조립하거나 독단적으로 자동차의 등기된 열개(結構)·구조나 특징을 변경하는 행위;
- (2) 자동차의 모델번호(型号)·모터번호(發動機號)·프레임번호(車架號)나 차량식별기호(車輛識別代號)를 변경하는 행위;
- (3) 위조·변조된 자동차 등기증서·번호판·면허증·검사합격표지·보험표지를 위조·변조하거나 사용하는 행위
- (4) 다른 자동차의 등기증서·번호판·면허증·검사합격표지·보험표지를 사용하는 행위

따라 상소인이 증명 불능에 대한 법률책임을 부담해야 하므로 본원은 상소인의 상소청구를 인용하지 않는다.”고 판시하였다.<sup>48)</sup>

4. 지도성안례 24호: ‘룽바오잉(榮宝英)이 왕양(王陽)과 용청(永誠) 손해보험(財產保險) 주식유한회사 장인(江陰) 지점(支公司)을 제조한 자동차(機動車) 교통사고 책임 분쟁 사건’(2014. 1. 26. 공포)

#### 가. 개요 및 분석

지도성안례 24호에서는 교통사고의 피해자에게 과실이 없는 경우, 피해자의 건강사정(體質狀況)이 피해결과(損害后果)에 미친 영향은 가해자(侵權人)의 책임을 감경할 수 있는 법정 정황(法定情形)에 속하지 않는다고 판시하였다.<sup>49)</sup>

중국재판문서망에서 지도성안례 24호를 적용한 안례는 찾을 수 없었고, 지도성안례 24호를 적용하지 않은 안례 중에서는 다음 1심법원 및 2심법원 안례가 검색 가능하였으므로, 이하에서는 해당 안례만 소개하고

48) 劉克毅, 위 논문, 第122頁, 第128頁.

49) 지도성안례 24호의 관련조문은 다음과 같다. 《권리침해책임법(侵權責任法)》 제26조 권리침해를 당한 자가 손해의 발생에 과실이 있으면 권리침해자의 책임을 감경할 수 있다. 《도로교통안전법》 제76조 제1항 자동차 교통사고의 발생으로 인신의 사상·재산의 손실이 초래된 경우, 보험회사는 자동차 제3자 책임강제보험의 책임한도범위 내에서 배상한다.; 부족한 부분은 다음의 규정에 따라 배상책임을 부담한다.:

(2) 자동차와 자동차운전자가 아닌 자(非機動車駕駛人)·행인 사이에 교통사고가 발생한 경우, 자동차운전자가 아닌 자·행인에게 과실이 없는 경우 자동차 일방이 배상책임을 부담한다.; 자동차운전자가 아닌 자·행인에게 과실이 있음을 증명할 증거가 있는 경우 과실정도에 따라 자동차일방의 배상책임을 적당히 감경한다.; 자동차일방에게 과실이 없는 경우 100분의 10 미만의 배상책임을 부담한다.

자 한다.

## 나. 지도성안례 24호를 적용하지 않은 안례 분석

### (1) 1심법원 안례 분석

‘마윈지우(馬文久)와 허취메이(何旭梅)·중국 인민 손해보험(財產保險) 주식유한회사 주지(諸暨) 지점 등 사이의 도로 교통사고 인신 손해배상 분쟁 사건’에서, 저장성(浙江省) 주지사(諸暨市) 인민법원은 다음과 같이 판단하였다: “지도성안례 24호에서 권리침해를 당한 자는 좌측요골 말단골절(左橈骨遠端骨折)로 인해 상해를 입었는데, 좌측요골 말단골절은 교통사고로 직접 초래된 것이다. 즉 교통사고와 상해 사이에 직접적인 인과관계가 있다.

이 사안에서 원고의 병력기재 및 병원진단 등을 결합하여 보면, 원고 자신에게 잠재적 뇌경색 및 고혈압증(高血壓病) 등의 인자(因素)가 존재하고, 뇌경색 발생 고위험군에 속한다는 점을 확인할 수 있다. 이번 교통사고는 단지 원고의 좌측경골 평대 골절(左脛骨平台骨折), 경추손상 및 좌측 종아리 좌상·열상(左小腿挫裂傷)을 초래했는데, 이는 원고가 4급 장애인 뇌경색에 이르게 된 것과 직접적인 인과관계가 없다. 즉 교통사고 외상은 단지 장애의 유인 중 하나에 불과하고, 24호 안례에서 권리 침해자가 사고 발생에 대해 과실이 있고 직접적으로 권리침해를 당한 자의 장애를 초래한 정황과는 다르다. 이 사건에서 피고 허취메이는 비록 사고 발생에 대해 과실 책임을 전부 부담하나, 원고의 장애는 오히려 피고 허취메이의 과실 행위로 인해 직접 초래된 것이 아니어서, 양자 간에는 참조성이 없고, 원고가 이 안례를 참조하여 3명의 피고가 각 항의 비용을 전액 배상하라고 요구하는 소송청구에 대해서는 인용하지 않는다.”<sup>50)</sup>

## (2) 2심법원 안례 분석

‘칭다오(靑島) 등저우(東洲) 부동산관리 유한회사(物業管理有限公司)와 장바오첸(姜寶琛) 사이의 생명권, 건강권, 신체권 분쟁 사건’에서, 상소인은 다음과 같이 지도성안례 24호를 적용할 것을 주장하였다: “상소인은 1심에서 지도성안례 24호 안건을 제출하였다. 지도성안례 24호는 권리침해사고에서 권리침해를 당한 자 자신의 신체적 소질을 이유로 권리침해자의 배상책임을 감경해야 하는지 여부의 문제에 대해 경우에 맞고 합법적인 분석을 하였다. 지도성안례 24호 안건의 사정이 비록 이 사안의 사정과 다소 차이가 있으나 적용되는 법률관계와 심리원칙은 동일하다. 양자는 모두 자신의 신체적 소질을 이유로 배상 비율이 공제되어야 하는지 여부의 문제에 대한 것으로, 핵심적인 법률관계가 일치한다. 또한 최고인민법원 《규정》 제7조에 따르면 최고인민법원이 공포한 지도성안례는 각급 법원의 절대적 참조 사항이다. 그러나 1심 소송에서 상소인이 이미 지도성안례 24호를 제출하고 관련 의견을 밝혔음에도 불구하고, 1심판결서는 상소인의 이 합리적인 의견을 한 글자도 서술하지 않았다. 즉, 상소인이 제출한 지도성안례 24호를 명기하지 않았을 뿐 아니라 이 사건에서 지도성안례 24호를 참조했는지 여부에 대해서도 밝히지 않았다.”

이에 대해 칭다오시 중급인민법원은 다음과 같이 밝혔다: “중국은 판례법 국가가 아니고 인민법원은 사실과 법률을 근거로 안건에 대해 판결을 내린다. 최고인민법원이 공포한 지도성안례는 이 사건의 심리에 있어 참조적 의의만 가질 뿐이다. 이 사건은 법에 따른 사실 조사와 판명을 거친 기초에서 내린 판결이고 결과가 정확함을 본원은 심사를 거쳐 확인한다. 결론적으로 원심의 사실인정은 명확하고 적용 법률이 정확

50) 劉克毅, 위 논문, 第122頁, 第128-129頁.

하며, 상소인 장바오천의 상소 이유는 성립하지 않아 법원은 인용하지 않는다.”<sup>51)</sup>

### Ⅲ. 형사 분야 지도성안례 및 참조안례 사례연구

형사 분야 지도성안례는 총 16건으로(2018년 7월 기준), 그중 일반 형사사건이 15건, 형사소송사건이 1건이다. 이하에서는 지도성안례 14호, 28호를 살펴보고, 지도성안례 14호를 중심으로 살펴보고자 한다.

#### 1. 지도성안례 14호: ‘동(董) 모모와 송(宋) 모모의 강도 사건’(2013. 1. 31. 공포)

##### 가. 개요 및 분석

지도성안례 14호에서는 관제(管制)나 집행유예를 선고받은 미성년피고인에 대해서는 범죄의 구체적 정황 및 금지사항과 범행의 연관 정도에 따라 “금지명령(禁止令)”을 적용할 수 있다고 하면서, 미성년자의 인터넷 접속으로 범죄가 유발된 경우, 일정 기간 미성년자의 피시방 등 특정 장소 출입을 금지할 수 있다고 판시하였다.<sup>52)</sup>

지도성안례 14호에서는 미성년피고인에 대한 구체적 사안에서 새로 개정된 형법(2011)에 추가된 금지명령을 적용하여 판시하였다는 점에 의의가 있다.<sup>53)</sup>

51) 劉克毅, 위 논문, 第122頁, 第128頁.

52) 지도성안례 14호의 관련조문은 다음과 같다. 《형법》 제72조 제2항 집행유예를 선고한 경우 범죄의 정황에 따라 범죄자에 대해 집행유예기간(緩刑考驗期限) 내 특정 활동에의 종사, 특정 구역·장소에의 진입, 특정인 접촉을 금지할 수 있다.

중국재판문서망에서 지도성안례 14호를 적용한 안례 중에서는 다음 1심법원 안례만 검색 가능하였으므로, 이하에서는 1심법원 안례만 소개하고자 한다.

#### 나. 지도성안례 14호를 적용한 안례 분석(1심법원)

‘니우모(牛某), 왕모(王某)와 정모(鄭某)의 강도(搶劫) 사건’에서 네이멍구(內蒙古) 자치구 카이루현(開魯縣) 인민법원은 지도성안례 14호를 인용하여 자제력이 약한 미성년자 왕모에 대해 집행유예를 선고함과 동시에 금지명령의 적용을 결정하였다.<sup>54)</sup> ‘리우모(劉某)의 교통사고 사건’에서 네이멍구 커얼친(科爾沁) 주어이호치(左翼后旗) 인민법원은 지도성안례 14호를 참조하여 피고인 리우모가 형 집행 종료일로부터 3년에서 5년 동안 관련 직업에 종사하는 것을 금지하였다.<sup>55)</sup> ‘리모(李某)의 위험 운전 사건’에서 네이멍구 커얼친 주어이호치 인민법원은 지도성안례 14호를 참조하여 피고인 리모가 형 집행 종료일로부터 3년에서 5년 동안 관련 직업에 종사하는 것을 금지하였다.<sup>56)</sup> ‘리모모(李某某)의 위험 운전 사건’에서 네이멍구 커얼친 주어이호치 인민법원은 지도성안례 14호를 참조하여 피고인 리모모가 형 집행 종료일로부터 3년에서 5년 동안 관련 직업에 종사하는 것을 금지하였다.<sup>57)</sup> ‘둥모모(董某某)의 교통사고

53) Jinting Deng, “A Functional Analysis of China’s Guiding Cases”, China: An International Journal(Vol. 14 Number 2), May 2016, p. 44, p. 66; 劉銀龍, 刑事案例指導制度研究, 吉林大學博士學位論文, 2017, 第50頁.

54) 네이멍구(內蒙古) 자치구 카이루현(開魯縣) 인민법원 2016. 11. 28. 선고 (2016) 內0523刑初164号 판결.

55) 네이멍구 커얼친(科爾沁) 주어이호치(左翼后旗) 인민법원 2015. 12. 8. 선고 (2015) 后刑初字第239号 판결(선고형: 징역 1년에 집행유예 2년, 집행유예 만료일로부터 3년간 자동차운전금지).

56) 네이멍구 커얼친 주어이호치 인민법원 2015. 12. 16. 선고 (2015) 后刑初字第262号 판결(선고형: 구역(拘役) 6개월에 집행유예 1년, 벌금 6천 위안, 집행유예 만료일로부터 4년간 자동차운전금지).

57) 네이멍구 커얼친 주어이호치 인민법원 2015. 12. 8. 선고 (2015) 后刑初字

사건’에서, 네이멍구 커얼친 주어이호치 인민법원은 지도성안례 14호를 참조하여 피고인 동모모가 형 집행 종료일로부터 3년에서 5년 동안 관련 직업에 종사하는 것을 금지하였다.<sup>58)</sup>

중국재판문서망에서 지도성안례 14호를 적용하지 않은 안례 중에서는 다음 1심법원 안례가 유일하게 검색 가능하였으므로, 이하에서는 해당 안례만 소개하고자 한다.

#### 다. 지도성안례 14호를 적용하지 않은 안례 분석(1심법원)

‘위윈량(禹云亮)에 대한 충칭시(重慶市) 식품의약품 감독관리국 위베이구(渝北區) 지국의 처벌 결정 취소 사건’에서, 원고(위윈량)는 지도성안례 14호를 증거로 제시하여 행정기관이 공안기관에 안건을 이송한 후에는 일반적으로 행정상대방에 대해 행정처벌을 하지 않는다는 점을 증명하고자 하였으나, 충칭시 위베이구 인민법원은 당해 증거는 본안과 무관하다고 하여 채택하지 않았고 원고의 소송청구를 기각하였다.<sup>59)</sup>

## 2. 지도성안례 28호: ‘후커진(胡克金)의 노동보수 지급거부 사건’(2014. 6. 26. 공포)

---

第255号 판결(선고형: 구역 3개월, 벌금 3천 위안, 집행유예 만료일로부터 5년간 자동차운전금지).

58) 네이멍구 커얼친 주어이호치 인민법원 2015. 12. 4. 선고 (2015) 后刑初字第237号 판결(선고형: 징역 1년에 집행유예 2년, 집행유예 만료일로부터 3년간 자동차운전금지).

59) 충칭시(重慶市) 위베이구(渝北區) 인민법원 2017. 8. 17. 선고 (2017) 渝0112行初112号 판결(행정사건). 이후 2심에서 충칭시 제1중급인민법원은 합의정을 구성하여 본안에 대한 심리를 진행하였고, 심리 과정에서 상소인(원심 원고 위윈량)은 피상소인이 상소인에 대한 행정처벌 결정을 집행하지 않기로 하자 상소철회를 신청하고 피상소인의 동의를 거쳤다(충칭시 제1중급인민법원 2017. 12. 선고 (2017) 渝01行終551号 판결).

## 가. 개요 및 분석

지도성안례 28호에서는 노동보수 지급거부 문제에 대해 다음과 같이 판시하였는데, 첫째, 고용 주체로서 자격을 갖추지 못한 단위나 개인(包工頭: 노무공급 청부업자)이 불법 고용 및 노동보수 지급을 거부한 액수가 크고, 정부 유관부문으로부터 지급명령(責令支付)을 받고도 지급하지 않는다면 노동보수 지급거부죄로 형사책임을 추궁해야 하고, 둘째, 고용 주체로서 자격을 갖추지 못한 단위나 개인(노무공급 청부업자)이 노동보수의 지급을 거부한 경우, 설령 다른 단위나 개인이 당해 단위나 개인을 위해 형사 입안 전에 노동보수를 대지급(墊付) 하였다 하더라도, 당해 고용 단위나 개인(노무공급 청부업자)에 대한 노동보수 지급거부죄의 형사책임 추궁에는 영향을 미치지 않는다고 함으로써<sup>60)</sup> 노동보수 지급거부죄의 범죄 주체에 고용주체로서 자격이 없는 단위나 개인도 포함된다는 점을 지적하였다.<sup>61)62)</sup>

---

60) 지도성안례 28호의 관련조문은 다음과 같다. 《형법》 제276조의1(노동보수 지급거부죄) 제1항 재산이전·도피(逃匿) 등의 방법으로 노동자의 노동보수지급을 회피하거나 지급능력이 있음에도 노동자의 노동보수를 지급하지 않는 경우, 액수가 비교적 크고 정부 관련부문의 지급명령(責令)을 받고도 지급하지 않는 경우 3년 이하의 유기징역이나 단기징역(拘役)에 처하고, 벌금을 병과하거나 부과한다.; 심각한 결과를 초래하는 경우 3년 이상 7년 이하의 유기징역에 처하고, 벌금을 병과한다.

61) 劉銀龍, 위 학위논문, 第49頁.

62) 지도성안례 28호에서 쟁점이 된 노동보수 지급거부죄 범죄 주체의 범위와 관련하여 우리 대법원판결 중 유사한 쟁점을 다룬 판결로는 형식상으로는 회사의 대표이사직에서 사임하였으나 실질적으로는 회장으로서는 회사를 직접 경영하여 온 경우, 구 「근로기준법」 상의 '사용자'에 해당한다고 판시한 다음의 판결을 참고할 만하다. 대법원은 형식상으로는 그 회사의 대표이사 및 이 사직에서 사임하였으나 실질적으로는 회장으로서는 회사를 직접 경영하여 왔으며, 용역의 수주, 자금관리, 근로자들에 대한 임금 등의 지급업무는 회장과 관리사업담당 대표이사의 소관 사항이고, 직원의 채용, 승급, 급여계산 또한 회장의 결재사항이라는 것이므로, 회장은 구 「근로기준법」 소정의 사용자에 해당한다고 하였다(대법원 1997. 11. 11. 선고 97도813 판결). 우리 대법원 판결이 사용자로서의 실질에 주목하여 형식상 사용자가 아니더라도 실질적으로 사용자에게 해당한다고 보아 임금 등 체불의 죄책을 물은 점에 착안하여 보



중국재판문서망에서 지도성안례 28호를 적용하지 않은 안례는 찾을 수 없었고, 지도성안례 28호를 적용한 안례 중에서도 다음 1심법원 안례가 유일하게 검색 가능하였으므로, 이하에서는 해당 안례만 소개하고자 한다.

#### 나. 지도성안례 28호를 적용한 안례 분석(1심법원)

‘예권왕(叶君旺)과 헤이룽장성(黑龍江省) 쟈공그룹(建工集團) 유한책임공사 사이의 노동쟁의 사건’에서, 피고(헤이룽장성 쟈공그룹 유한책임공사)는 원고와 피고 사이에 노동관계가 존재하지 않는다고 주장하면서 최고인민법원 또한 건축시공 기업과 노무공급 청부업자가 고용한 노동자 사이에 노동관계가 존재하지 않는다는 점을 분명히 하였다고 하였다. 허난성(河南省) 정저우시(鄭州市) 진수이구(金水區) 인민법원은 지도성안례 28호의 재판요지를 인용하면서, 고용 주체로서 자격을 갖추지 못한 단위나 개인(包工頭: 노무공급 청부업자)은 자신이 채용한 인원의 노동보수 지급에 대해 직접 책임과 종국적인 책임을 지는 것이며, 설령 건축시공 기업이 노동보수를 대지급 하였더라도 전술한 의무책임의 부담에 영향이 없다고 하였고, 원고와 피고와의 사이에 사실상 노동관계가 존재한다고 인정할 근거가 부족하다고 하여 원고의 소송청구를 기각하였다.<sup>63)</sup>

---

면, 지도성안례에서 고용 주체로서의 실질에 주목하여 형식상 고용 주체로서 자격을 갖추지 못한 단위나 개인이더라도 실질적으로 고용 주체에 해당한다고 보아 노동보수 지급거부죄의 죄책을 물은 점에서 양 안건은 논리 구조가 유사하다. 우리 대법원판결에서 사용자로서의 실질이 유무죄를 가르는 관건이 된 것처럼, 지도성안례에서도 고용 주체로서의 실질이 유무죄를 가르는 관건이 되었고 결과적으로 양 안건에서 형식상으로 사용자가 아닌 자와 고용 주체로서 자격을 갖추지 못한 자는 모두 ‘실질적’으로 사용자(고용 주체)라고 판단되어 형사책임을 추궁당하였다.

63) 허난성(河南省) 정저우시(鄭州市) 진수이구(金水區) 인민법원 2018. 3. 7. 선고 (2018) 豫0105民初1855号 판결(민사사건). 이후 2심에서 허난성 정저우시

#### IV. 행정 분야 지도성안례 및 참조안례 사례연구

행정 분야 지도성안례는 총 19건으로(2018년 7월 기준), 그중 일반행정사건이 11건, 행정소송사건이 8건이다. 이하에서는 지도성안례 5호, 21호, 22호를 살펴보고, 지도성안례 5호를 중심으로 살펴보고자 한다.

1. 지도성안례 5호: ‘루웨이(魯濰)[푸젠(福建)] 염업(鹽業) 수출입 유한 회사 쭈저우(蘇州) 지사(分公司)가 장쑤성(江蘇省) 쭈저우시(蘇州市) 염업(鹽務) 관리국을 제소한 염업 행정처벌 사건’(2012. 4. 9. 공포)

##### 가. 개요 및 분석

지도성안례 5호에서는 법률·행정 법규와 지방성 법규(地方性法規)·지방정부 규장(規章)의 효력 관계에 대해 다음과 같이 판시하였다. 첫째, 염업 관리 법률·행정 법규에서 공업염(工業鹽) 수송허가증(准運証)이라는 행정허가를 설정하지 않고 있어, 지방성 법규나 지방정부 규장으로 공업염 수송허가증이라는 새로운 행정허가를 설정할 수 없다. 둘째, 염업 관리 법률·행정 법규에서 염업 회사 외의 다른 기업의 소금 도매사업 운영에 대해 행정처벌을 설정하지 않고 있어, 지방정부 규장으로 해당 행위에 대해 행정처벌을 설정할 수 없다. 셋째, 지방정부 규장이 법률 규정에서 설정한 허가·처벌에 위반되는 경우, 인민법원은 이를 행정심판에 적

---

중급인민법원은 상소인(원심원고 예권왕)과 피상소인(원심피고 헤이룽장성 첸공그룹 유한책임공사)과의 사이에 노동관계가 존재하지 않는다고 인정하고 상소인의 소송청구를 기각하였다(허난성 정저우시 중급인민법원 2018. 6. 20. 선고 (2018) 豫01民終5136号 판결).

용하지 않는다.<sup>64)</sup>

지도성안례 5호는 새로운 행정허가 및 벌금 설정에 있어 현지 행정기관의 권한을 제한함으로써 행정기관의 개입을 제한하였다는 데 의의가 있다. 소금 수송 및 판매의 현지 허가를 금지하기 위해 현지 행정기관이 새로운 행정허가를 설정할 수 있도록 규정하고 있는 《행정허가법》 제15조 및 새로운 벌금을 설정할 수 있도록 규정하고 있는 《행정처벌법》 제13조를 좁게 해석함으로써<sup>65)</sup> 국가 행정규제를 개선하였다.<sup>66)67)</sup>

64) 지도성안례 5호의 관련조문은 다음과 같다. 《행정허가법》 제15조 제1항 이 법 제12조에 열거된 사항에 관해 법률·행정법규가 제정되지 않은 경우, 지방성 법규로 행정허가를 설정할 수 있다.; 법률·행정법규와 지방성 법규가 제정되지 않은 경우 행정관리 상 필요로 인해 행정허가의 즉각 실시가 확실히 필요한 경우, 성·자치구·직할시 인민정부의 규장으로 임시행정허가를 설정할 수 있다. 임시행정허가 실시 만 1년이 되어 계속 실시할 필요가 있는 경우, 본급(本級)인민대표대회 및 그 상무위원회에 지방성 법규의 제정을 제청해야 한다.

제16조 제2항 지방성 법규로는 법률·행정법규가 설정한 행정허가사항의 범위 내에서, 당해 행정허가를 실시하는데 있어 구체적인 규정을 제정할 수 있다.

제16조 제3항 규장으로는 상위법이 설정한 행정허가사항의 범위 내에서, 당해 행정허가를 실시하는데 있어 구체적인 규정을 제정할 수 있다.

《행정처벌법》 제13조 제1항 성·자치구·직할시 인민정부와 성·자치구 인민정부 소재지의 시 인민정부 및 국무원의 비준을 받은 비교적 큰 시 인민정부가 제정한 규장으로는 법률·법규에 규정된 행정처벌의 행위·종류와 폭의 범위 내에서 구체적인 규정을 제정할 수 있다.

제2항 법률·법규가 제정되지 않은 경우, 전항에 규정된 인민정부가 제정한 규장으로 행정관리질서위반행위에 대해 경고나 일정량의 벌금을 부과하는 행정처벌을 설정할 수 있다. 벌금의 한도는 성·자치구·직할시 인민대표대회 상무위원회가 규정한다.

《행정소송법》 제53조 제1항 인민법원은 행정안건 심리 시 국무원 부·위의 근거 법률과 국무원의 행정법규·결정·명령으로 제정·공포된 규장 및 성·자치구·직할시와 성·자치구 인민정부 소재지의 시와 국무원의 비준을 받은 비교적 큰 시의 인민정부가 법률의 근거법률과 국무원의 행정법규로 제정·공포된 규장을 참조한다.

《입법법》 제79조 법률의 효력은 행정법규·지방성법규·규장보다 높다.; 행정법규의 효력은 지방성법규·규장보다 높다.

65) Jinting Deng, 위 논문, p. 44, p. 60.

66) Jinting Deng, 위 논문, p. 44, p. 68.

67) 우리 대법원판결 중 유사한 쟁점을 다룬 판결로는 법률의 위임 없이 주민

중국재판문서망에서 지도성안례 5호를 적용한 안례 중에서는 다음 1심 법원 안례만 검색 가능하였으므로, 이하에서는 1심법원 안례만 소개하고자 한다.

#### 나. 지도성안례 5호를 적용한 안례 분석(1심법원)

‘차오현(曹縣) 푸위엔(福源) 축산물 유한회사와 허쩌시(荷澤市) 염무국·허쩌시 인민정부 행정처벌·행정재의 사건’에서, 원고 차오현 푸위엔 축산물 유한회사는 지도성안례 5호를 증거로 제시하였고, 산둥성(山東省) 허쩌 경제개발구 인민법원은 피고 허쩌시 염무국이 그 행정구역 내 공업업을 포함한 염업 경영활동을 관리할 권한이 있고 법 집행 주체로서 자격은 가지나, 법률 및 행정법규인 국무원 《염업 관리조례(鹽業管理條例)》에서는 공업업의 경영허가제도를 설정하지 않았고 염업회사가 아닌 다른 경영주체의 공업업 구매행위에 대한 행정처벌 규정이 없으므로, 본안에서 규정된 경로로 염제품을 구매하지 않았다는 이유로 내린 행정처

---

의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항을 정한 조례는 그 효력이 없다고 판시한 다음의 판결을 참고할 만하다. 대법원은 지방자치단체가 조례를 제정할 때 그 내용이 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙인 경우에는 법률의 위임이 있어야 하므로, 법률의 위임 없이 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항을 정한 조례는 그 효력이 없다고 판시하였다(대법원 2017. 12. 13 선고 2014추644 판결). 우리 대법원판결이 법률의 위임 없이 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항을 정한 조례는 그 효력이 없다고 판단한 점에 착안하여 보면, 지도성안례에서 지방성 법규나 지방정부 규장으로 법률·행정 법규에 없는 새로운 행정허가나 행정처벌을 설정할 수 없다고 보아 지방정부 규장이 법률 규정에서 설정한 허가·처벌에 위반되는 경우 효력이 없다고 본 점에서 양 안건은 논리 구조가 유사하다. 우리 대법원판결에서 법률의 위임이 없는 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항인지 여부가 조례의 효력 유무를 가르는 관건이 된 것처럼, 지도성안례에서도 법률·행정 법규의 위임이 없는 새로운 행정허가나 행정처벌인지 여부가 지방정부 규장의 효력 유무를 가르는 관건이 되었고 결과적으로 양 안건에서 문제가 된 조례(지방정부 규장)는 모두 법률·행정 법규의 위임이 없어 효력이 없다는 결론에 이르렀다.

별 결정은 법률적 근거가 부족하고 법률 적용에 착오가 있다고 판시하여 취소하였다.<sup>68)</sup> ‘쓰보(淄博) 하이리통(海力通) 염화 유한회사와 가오칭현(高青縣) 염무국 염무 행정처벌 사건’에서, 원고 쓰보 하이리통 염화 유한회사는 이미 지도성안례 5호가 공업염 행정처벌허가에 관한 법률 문제를 명확히 하였음에도 피고가 여전히 하위법으로 상위법에 대항하는 것은 법률적용의 착오에 해당하므로 원고의 합법적인 권익을 보호하기 위해 피고의 행정처벌 결정에 대한 취소판결을 청구하였고, 피고는 지도성안례에서 쟁점이 된 법률적 근거는 지방정부 규장인데 본안에서는 지방성 법규이므로 비교 가능성이 없어 원고의 주장은 성립하지 않는다고 항변하였으나, 산둥성 가오칭현 인민법원은 피고가 한 구체적 행정행위는 법정 직권에 부합하고 사실인정이 명확하며 절차가 적법하나 《염업 관리조례》는 염업 회사가 아닌 다른 회사에 대해서는 행정처벌을 설정하지 않았으므로 피고 염무국이 원고에 대해 한 행정처벌은 법률·법규 적용의 착오에 해당한다고 하여 당해 행정처벌 결정을 취소하였다.<sup>69)</sup>

#### 다. 지도성안례 5호를 적용하지 않은 안례 분석

##### (1) 1심법원 안례 분석

‘저우커우시(周口市) 환산(环山) 사료 유한회사와 회양현(淮陽縣) 염업 관리국·회양현 인민정부 염업행정 관리·기타 사건’에서, 원고 저우커우시 환산 사료 유한회사는 지도성안례 5호를 증거로 제시했으나, 허난성(河南省) 루이현(鹿邑縣) 인민법원은 원고의 제소기간(행정재의(夏議) 결정

68) 산둥성(山東省) 허쩌(荷澤) 경제개발구 인민법원 2016. 5. 23. 선고 (2015)荷開行初字第48号 판결.

69) 산둥성 가오칭현(高青縣) 인민법원 2015. 4. 30. 선고 (2015)高行初字第3号 판결.

을 받은 날로부터 15일 내<sup>70)</sup> 도과를 이유로 원고의 소송청구를 기각하였다.<sup>71)</sup> ‘장젠권(張建軍)과 허쩌시(荷澤市) 염무국 행정처벌 사건’에서, 원고 장젠권은 지도성안례 5호를 증거로 제시하였으나, 산둥성 허쩌 경제개발구 인민법원은 원고의 행정재의 전치주의<sup>72)</sup> 위반을 이유로 원고의 소송청구를 기각하였다.<sup>73)</sup> ‘마웨이(馬威)와 허쩌시 염무국 행정처벌 사건’에서, 원고 마웨이는 지도성안례 5호를 증거로 제시하였으나, 산둥성 허쩌 경제개발구 인민법원은 원고의 행정재의 전치주의<sup>74)</sup>

70) 《행정소송법》 제45조 공민, 법인 또는 기타 조직이 재의 결정에 불복하는 경우에는 재의 결정서를 받은 날로부터 15일 이내에 인민법원에 소송을 제기할 수 있다. 재의 기관이 기한을 넘겨 결정하지 않으면 신청인은 재의 기한이 만료된 날로부터 15일 이내에 인민법원에 소송을 제기할 수 있다. 법률에 다른 규정이 있는 경우에는 예외로 한다.

71) 허난성(河南省) 루이현(鹿邑縣) 인민법원 2016. 7. 22. 선고 (2016) 豫1628 行初10号 판결.

72) 《행정소송법》 제44조 제2항 법률·법규에서 행정기관에 먼저 재의를 신청하고, 재의에 불복하는 경우에만 인민법원에 소송을 제기해야 한다고 규정하고 있는 경우, 법률·법규의 규정에 따른다.; 국무원 《염업관리조례》 제30조 당사자가 염업 행정 주관부문이 내린 행정처벌 결정에 불복하는 경우에는 처벌 결정을 받은 날로부터 15일 이내에 직상급(上一級) 염업 행정 주관부문에 재의를 신청할 수 있다. 신청인이 재의 결정에 불복하는 경우에는 재의 결정을 받은 날로부터 15일 이내에 인민법원에 제소할 수 있다.; 《산둥성 염업관리조례》 제47조 당사자가 염업 행정 주관부문이 내린 행정처벌 결정에 불복하는 경우에는 처벌 결정서를 받은 날로부터 60일 이내에 직상급(上一級) 염업 행정 주관부문이나 동급(本級)인민정부에 행정재의를 신청해야 한다. 행정재의 결정에 불복하는 경우에는 재의 결정서를 받은 날로부터 15일 이내에 인민법원에 소송을 제기할 수 있다.

73) 산둥성 허쩌 경제개발구 인민법원 2015. 6. 10. 선고 (2015) 荷開行初字第9号 판결.

74) 《행정소송법》 제44조 제2항 법률·법규에서 행정기관에 먼저 재의를 신청하고, 재의에 불복하는 경우에만 인민법원에 소송을 제기해야 한다고 규정하고 있는 경우, 법률·법규의 규정에 따른다.; 국무원 《염업관리조례》 제30조 당사자가 염업 행정 주관부문이 내린 행정처벌 결정에 불복하는 경우에는 처벌 결정을 받은 날로부터 15일 이내에 직상급(上一級) 염업 행정 주관부문에 재의를 신청할 수 있다. 신청인이 재의 결정에 불복하는 경우에는 재의 결정을 받은 날로부터 15일 이내에 인민법원에 제소할 수 있다.; 《산둥성 염업관리조례》 제47조 당사자가 염업 행정 주관부문이 내린 행정처벌 결정에 불복하는 경우에는 처벌 결정서를 받은 날로부터 60일 이내에 직상급(上一級) 염업 행정 주관부문이나 동급(本級)인민정부에 행정재의를 신청해야 한다. 행

위반을 이유로 원고의 소송청구를 기각하였다.<sup>75)</sup> ‘우한(武漢) 상다(湘大) 사료 유한회사의 후베이성(湖北省) 염무관리국 우한분국(武漢分局) 한커우(漢口)지국 염업 행정처벌 행위 제소 사건’에서, 원고 우한 상다 사료 유한회사는 지도성안례 5호를 증거로 제출하고 재판요지를 그대로 인용하면서 당해 지도성안례가 본안에서 지도적 역할을 한다고 주장하였으나, 후베이성 우한시 잉커우구(硤口區) 인민법원은 “증거의 진실성은 인정하되, 《후베이성 염업 관리조례》는 지방성 법규이지 지방규장이 아니므로 본안에는 적용이 없다.”라고 하여 원고의 소송청구를 기각하였다.<sup>76)</sup> ‘충칭(重慶) 량핑현(梁平縣) 보즈밍(博之鳴) 축산물 유한회사와 충칭시 염무관리국 량핑 지국의 행정 강제조치 불복 사건’에서, 원고 충칭 량핑현 보즈밍 축산물 유한회사는 지도성안례 5호를 증거로 제시하여 공업염 시장이 이미 개방되었음을 증명하고자 하였고, 피고는 지도성안례가 본안과 관련이 없다고 항변하였는데, 충칭시 량핑현 인민법원은 같은 이유를 들어 지도성안례를 증거로 채택하지 않았다. 다만 피고가 적법한 법 집행 주체로서 자격은 가지나 원고에 압류목록을 교부하지 않고 압류기한을 통지하지 않는 등 압류절차가 위법하고, 피고가 제시한 법률적 근거로는 압류 물품의 행정 강제조치행위를 규율할 수 없으므로 법률법규의 적용에 착오가 있다고 하여 피고의 행정 강제조치를 취소하였다.<sup>77)</sup>

‘푸젠(福建) 예양(湄陽) 법률사무소와 푸젠성 사법청의 행정재의(行政復議) 사건’에서, 원고 푸젠 예양 법률사무소는 《규정》과 지도성안례 5호를 증거로 제시하면서 지도성안례는 하급 인민법원이 유사안건 심

정재의 결정에 불복하는 경우에는 재의 결정서를 받은 날로부터 15일 이내에 인민법원에 소송을 제기할 수 있다.

75) 산둥성 허쩌 경제개발구 인민법원 2015. 6. 10. 선고 (2015) 荷開行初字第8号 판결.

76) 후베이성(湖北省) 우한시(武漢市) 잉커우구(硤口區) 인민법원 2015. 5. 6. 선고 (2015) 鄂硤口行初字第00006号 판결.

77) 충칭시(重慶市) 량핑현(梁平縣) 인민법원 2015. 3. 4. 선고 (2015) 梁法行初字第00003号 판결.

리 시 반드시 참조해야 하는 효력을 가지므로, 인민법원이 행정안전 심리 중 행정 규장을 참조하려면 적법성 심사를 반드시 거쳐야 하고 법률과 행정 법규에서 행정허가를 설정하지 않았다면 행정 규장으로는 행정허가를 설정할 수 없고 행정 규장에서 독단적으로 행정허가를 증설 하였다면 인민법원은 이를 행정심판에 적용해서는 안 되기에 원고의 소송청구를 인용해야 한다고 주장하였고, 피고는 당해 증거들은 본안과 관련이 없다고 항변하였는데, 푸저우시(福州市) 구러우구(鼓樓區) 인민법원은 같은 이유를 들어 지도성안례를 증거로 채택하지 않았고, 관련 규정에 따라 심사기관인 푸젠성 사법청은 원고에게 자료의 보충을 요구할 직권이 있다고 하여 원고가 관련 자료를 보충하지 않은 점을 인정 하였다. 한편 푸젠성 사법청이 제3자인 푸저우시 사법국 등에 대한 명령을 요구한 원고의 신청이 행정재의의 범위를 벗어났다고 판단하여 기각한 것은 적법하고 다만 구체적 행정행위 시 당사자에게 소권을 알리지 않은 하자가 있으나 당사자의 소권에 실질적인 영향을 미치지 않는 점을 고려하면 행정재의 결정을 취소하기까지는 부족하고, 사법부의 《법률사무소 연례심사방법(律師事務所年度檢查考核辦法)》(司法部第121号令)에 대한 원고의 적법성 심사 청구에 대해서는 법률적 근거가 없다고 하여 원고의 소송청구를 기각하였다.<sup>78)</sup>

‘정저우(鄭州) 하이왕(海王) 공업염 판매 유한회사가 중머우현(中牟縣) 염업(鹽務) 관리국에 불복한 행정처벌 사건’에서 법원은 다음과 같이 판단하였다. 지도성안례 5호에서 쑤저우 염업국이 내린 처벌의 근거는 지방성 규장(地方性規章)이고, 《행정처벌법》의 규정에 따르면, 지방성 규장에는 행정처벌을 설정할 권한이 없다; 그러나 이 사건 피고가 내린 처벌의 근거는 지방성 법규(地方性法規)이고, 지방성법규에는 행정처벌을 설정할 권한이 있다. 두 안건의 쟁점이 다르므로, 지도성안례 5호는 이 안건에 적용되지 않는다. 이 밖에도 법원은 법률관계의 차이,

78) 푸저우시(福州市) 구러우구(鼓樓區) 인민법원 2014. 7. 18. 선고 (2014) 鼓行初字第49号 판결.



안전 원인(案由)의 차이 등을 이유로 지도성안례를 참조하는 것을 거부(拒絕)하였다.<sup>79)</sup>

## (2) 2심법원 안례 분석

‘리량정(李良正)과 청두시(成都市) 공안국 교통관리국 6지국 행정공안 기타 사건’에서, 상소인(원심원고 리량정)은 원심법원에 지도성안례 5호를 증거로 제출하였으나, 쓰촨성(四川省) 청두시 중급인민법원은 《도로교통 안전법》 제5조 제1항의 “국무원 공안 부문이 전국의 도로교통 안전관리업무를 담당하고, 현급 이상 지방 각급 인민정부 공안기관 교통관리부문이 그 행정구역 내의 도로교통 안전관리업무를 담당한다.”라는 규정에 따라 교통경찰 6지국은 법에 따라 그 행정구역 내 도로교통 안전을 관리할 행정 직권을 가지며 본안의 행정처벌 주체로서의 자격이 있고, 관련 법령 위반으로 《도로교통 안전법》의 처벌규정에 따라 상소인에 대해 한 본안의 행정처벌은 부당하지 않다고 판시하여 상소를 기각하고 원판결을 유지하였다.<sup>80)</sup> ‘산둥 투어타이(拓泰) 상업무역(商貿) 유한회사와 린이시 염무국(鹽務局) 행정처벌 사건’에서, 상소인(원심원고 산둥 투어타이 상업무역유한회사)은 지도성안례 5호를 증거로 제시하여 최고법원이 판례로써 공업염은 행정허가의 범위에서 제외됨을 확인하고 본안과 정황이 같은 행정행위 안례를 위법으로 판단하였음을 증명하고자 하였으나, 산둥성 린이시(臨沂市) 중급인민법원은 상소인의 공업염 경영은 산둥성 염업 행정 주관부문의 비준을 받지 못하였고 《산둥성 염업관리조례》는 지방성 법규이지 지방정부 규장이 아니므로 그에 따른

79) 劉克毅, 위 논문, 第122頁, 第129頁.

80) 쓰촨성(四川省) 청두시(成都市) 중급인민법원 2015. 6. 2. 선고 (2015) 成行終字第308号 판결. 이후 행정심판 감독에서 재심 신청이 기각되고, 원판결이 유지되었다(쓰촨성 고급인민법원 2017. 12. 18. 선고 (2017) 川行申645号 재정).

피상소인의 행정처벌은 부당하지 않다고 판시하여 상소를 기각하고 원판결을 유지하였다.<sup>81)</sup> ‘푸젠(福建) 예양(擘陽) 법률사무소와 푸젠성 사법청의 행정재의(行政夏議) 사건’에서, 상소인(원심원고 푸젠 예양 법률사무소)은 지도성안례 5호를 증거로 제시하였으나, 푸젠성 푸저우시(福州市) 중급인민법원은 상소인이 관련 자료를 보충하지 않아 푸젠성 사법청이 상소인의 행정재의 신청을 기각한 결정은 부당하지 않다고 판시하여 상소를 기각하고 원판결을 유지하였다.<sup>82)</sup>

중국재판문서망에서 지도성안례 5호를 적용하지 않은 안례 중 재심법원 안례는 찾을 수 없었다. 이하에서는 지금까지 살펴본 지도성안례 5호의 지도성안례 참조안례에서 지도성안례 5호를 참조하는 양태를 종합적으로 분석하고자 한다.

## 라. 소결

지도성안례 5호는 법률·행정 법규와 지방성 법규·지방정부 규장의 효력 관계에 대해 지방성 법규나 지방정부 규장으로 법률·행정 법규에 없는 새로운 행정허가를 설정할 수 없고, 지방정부 규장으로 법률·행정 법규에 없는 행정처벌을 설정할 수 없다고 판시하였는데, 지도성안례 참조판결에서는 인민법원별로 판결내용을 유리한 방향으로 다르게 인용하고 있는 것을 확인할 수 있다.

구체적으로 지방성 법규가 쟁점이 된 사안 중 지도성안례 5호를 적용한 1심법원 안례에서는 피고가 지도성안례는 지방정부 규장을 문제 삼고 있으므로 당해 사안에 적용할 수 없다고 주장한 경우 지방성 법규도 행

81) 산둥성 린이시(臨沂市) 중급인민법원 2015. 1. 20. 선고 (2015) 臨行終字第14号 판결.

82) 푸젠성 푸저우시(福州市) 중급인민법원 2014. 12. 1. 선고 (2014) 榕行終字第399号 판결. 원심판결(행정1심)은 위 (가) 푸저우시 구러우구 인민법원 2014. 7. 18. 선고 (2014) 鼓行初字第49号 판결.

정처벌의 근거가 될 수 없다는 취지로 피고의 주장을 받아들이지 않은 반면, 동일하게 지방성 법규가 쟁점이 된 사안 중 지도성안례 5호를 적용하지 않은 1·2심법원 안례에서는 원고가 지도성안례의 지도적 역할을 주장한 경우 당해 사안에서 문제가 되는 것은 지방성 법규이지 지방정부 규장이 아니므로 지도성안례를 적용할 수 없다고 하여 원고의 주장을 받아들이지 않기도 하였으며, 특히 지도성안례에서 문제된 지방정부 규장에는 행정처벌을 설정할 권한이 없으나 당해 사안에서 문제가 된 지방성 법규에는 행정처벌을 설정할 권한이 있다고 한 사례도 발견된다.

## 2. 지도성안례 21호: ‘네이멍구(內蒙古) 치우스(秋實) 부동산개발유한책임회사가 후허하오터시(呼和浩特市) 인민방공사무실(防空辦公室)을 제소한 인민방공(人防) 행정징수 사건’(2013. 11. 8. 공포)

### 가. 개요 및 분석

지도성안례 21호에서는 건설단위에 방공지하실 건설 의무가 있으며, 이 사안의 경우 보장성 주택에 적용되는 비용 면제 규정이 적용되지 않는다고 판시하였다. 건설단위가 인민방공법과 관련 규정을 위반하여, 방공지하실을 건설해야 하는데도 건설하지 않은 것은 법정 의무를 불이행한 위법행위에 속하며, 건설단위는 법에 따라 방공지하실의 전지 건설비(易地建設費)를 납입해야 하고, 이 사안의 경우 저가 임대 주택(廉租住房)과 사회보장 주택(經濟適用住房) 등의 보장성 주택 건설프로젝트에 적용되는 “도시기반시설부대비용(城市基礎設施配套費) 등 각종 행정 사업성 비용(行政事業性收費) 면제”에 관한 규정은 적용되지 않는다고 하였다.<sup>83)</sup>

83) 지도성안례 21호의 관련조문은 다음과 같다. 《인민방공(防空)법》 제22조 도시에서 민간건축물을 신축하는 경우, 국가 관련 규정에 따라 전지 방공에

지도성안례 21호는 《인민방공법(人民防空法)》 제22조가 지하실을 건축할 것을 요구하고 제48조에서 그 요구 조건에 대한 예외를 설정하고 있으므로, 건축이 가능함에도 요구된 지하실을 건축하지 않은 것은 법률에 위반된다고 하였다. 또한, 두 조문의 의도는 불법행위를 보호하려는 것이 아님을 밝혔다.<sup>84)</sup>

중국재판문서망에서 지도성안례 21호를 적용한 안례 중에서는 다음 전문법원 안례가 유일하게 검색 가능하였으므로, 이하에서는 해당 안례만 소개하고자 한다.

#### 나. 지도성안례 21호를 적용한 안례 분석(전문법원)

‘중국 인민해방군 제5715공장과 뤄양시(洛陽市) 인민 방공관공실 사건’에서, 뤄양 철로운수법원 1심은 지도성안례 21호의 재판요지를 그대로 인용하면서 피상소인(원심피고 뤄양시 인민 방공관공실)의 행정처벌이 적법하다고 하여 상소인(원심원고 중국 인민해방군 제5715공장)의 소송청구를 기각하였다. 상소인은 1심판결의 법률 적용에 착오가 있는데, 최고인민법원의 판례를 재판 근거로 삼아서는 안 되고, 사회보장주택(經适用房: 經濟适用房) 전지 건설비 납부면제에 관한 법률 규정도 적용하지 않았다고 주장하였다. 뤄양시 정부는 건설단위는 법에 따라 방공지하실의 전지 건설비를 납입해야 하며, 저가 임대주택과 사회보장주택 등의 보장성 주택 건설프로젝트에 적용되는 “도시기반시설부대비용 등 각종 행정 사업성 비용 면제”에 관한 규정은 적용되지 않는다는 지

---

사용가능한 지하실을 건축(修建)한다.

제48조 도시에서 민간건축물을 신축하는 경우, 국가 관련 규정에 위반하여 전지 방공에 사용가능한 지하실을 건축(修建)하지 않은 경우, 현금 이상 인민정부 인민방공주관부문은 당사자에게 경고하고, 기한을 정해 건축할 것을 명령하며, 10만 위안 이하의 벌금을 병과할 수 있다.

84) Jinting Deng, 위 논문, p. 44, pp. 62-63.

도성안례의 재판요지를 인용하면서, 해당 규정의 적용대상에 위법건설 행위가 포함되어서는 안 된다는 의견을 밝히는 한편, 《실시세칙》 제9조의 “각급 인민법원은 안건 심리 시, 기본적인 사실관계와 법률의 적용에 있어서 당해 안건이 최고인민법원이 공포한 지도성안례와 유사한 경우, 관련 지도성안례의 ‘재판요지(裁判要點)’를 반드시 참조하여 재판하여야 한다.”는 규정을 들어 1심법원이 판결서에 인용한 최고인민법원 지도성안례 21호의 재판요지가 적법하다고 하였다. 정저우 철로운수중급법원은 원심이 최고인민법원 지도성안례의 재판요지를 참조하여 이사안 사실관계와 결합해 판결하였음이 인정되고, 이는 관련 규정에도 부합하므로 1심판결은 인정 사실이 명확하고 법률 적용이 정확하며 처리가 적절하여 유지되어야 한다고 판시하여 상소를 기각하고 원판결을 유지하였다.<sup>85)</sup>

#### 다. 지도성안례 21호를 적용하지 않은 안례 분석

##### (1) 1심법원 안례 분석

‘정저우시(鄭州市) 아이신 선샤인 시티(愛馨陽光城) 노인복지주택(老年公寓)과 정저우시 인민 방공관공실 사건’에서, 피고 정저우시 인민 방공관공실은 지도성안례 21호에 따르면 당사자가 방공지하실을 건축해야 함에도 건축하지 않으면 전지(易地) 건설비로 전환하여 납부해야 하는데, 원고의 방공지하실 건설 신고는 “지질, 지형 등 원인으로 건축이 어려운 등으로 인민 방공 주관 부문의 비준을 거쳐 건축비용을 전지 건설비로 전환하여 납부할 수 있는 경우”가 아니라고 주장하였으나, 허난성(河南省) 정저우시(鄭州市) 진수이구(金水區) 인민법원은 비영리 양로기구인

85) 정저우(鄭州) 철로운수중급법원 2017. 4. 18. 선고 (2017) 豫71行終44号 판결.

원고의 경우 관련 법령에 따른 전지 건설비 면제 대상이므로 피고의 법률 적용에 잘못이 있다고 하여 피고가 내린 행정처벌 결정을 취소하였다.<sup>86)</sup>

## (2) 2심법원 안례 분석

‘정저우시(鄭州市) 아이신 선샤인 시티(愛馨陽光城) 노인복지주택(老年公寓)과 정저우시 인민 방공관공실 사건’에서, 상소인(원심피고 정저우시 인민 방공관공실)은 1심에서 이 사안과 판박이인 지도성안례 21호를 제출했으나 원심법원이 주의를 기울이지 않았다고 주장하였으나, 허난성 정저우시 중급인민법원은 《행정처벌법》의 규정<sup>87)</sup>에 따라 위법행위를 2년 내 발견하지 못한 경우 법률에 별도의 규정이 없으면 행정처벌을 할 수 없는데, 상소인이 방공지하실 건설을 신고한 지 4년이 지나 내려진 이 사안 행정처벌은 소추시효(追訴時效)가 지났으므로 법률적용의 착오에 해당하여 취소되어야 한다고 하면서, 1심에서 상소인이 내린 행정처벌의 취소 사유는 부당하나 결과가 정확하므로 다시 재판할 필요가 없다고 판시하여 상소를 기각하고 원판결을 유지하였다.<sup>88)</sup>

중국재판문서망에서 지도성안례 21호를 적용하지 않은 안례 중 재심법원 안례는 찾을 수 없었다. 이하에서는 지금까지 살펴본 지도성안례 21호의 지도성안례 참조안례에서 지도성안례 21호를 참조하는 양태를 종합적으로 분석하고자 한다.

86) 허난성(河南省) 정저우시(鄭州市) 진수이구(金水區) 인민법원 2017. 1. 20. 선고 (2016) 豫0105行初342号 판결.

87) 《행정처벌법》 제29조 제1항 위법행위를 2년 내 발견하지 못한 경우 행정처벌을 할 수 없다. 법률에 별도의 규정이 있는 경우는 예외로 한다.

88) 허난성 정저우시 중급인민법원 2017. 7. 12. 선고 (2017) 豫01行終355号 판결. 원심판결(행정1심)은 위 (가) 허난성(河南省) 정저우시(鄭州市) 진수이구(金水區) 인민법원 2017. 1. 20. 선고 (2016) 豫0105行初342号 판결.

## 라. 소결

지도성안례 21호는 건설단위에 방공지하실 건설 의무가 있으며, 해당 사안의 경우 보장성 주택에 적용되는 비용 면제 규정이 적용되지 않는다고 판시하였는데, 지도성안례 21호를 적용한 전문법원 안례에서 지도성안례의 ‘재판요지(裁判要點)’를 반드시 참조하여 재판하여야 한다는 피고의 주장과 같이 지도성안례의 재판요지를 참조한 원심이 적절하다는 취지로 상소를 기각한 점이 인상적이다.

그 밖에 관련 법령에 따른 전지 건설비 면제 대상인 비영리 양로기구가 문제된 사안과 소추 시효가 지났음에도 행정 처벌한 사안에서 지도성안례 21호를 적용하지 않은 1·2심법원 안례가 당해 사안에서 지도성안례를 적용하지 않은 구체적인 사유를 밝히고 있는 점도 주목할 만하다.

### 3. 지도성안례 22호: ‘웨이융가오(魏永高)와 천서우즈(陳守志)가 라이안현(來安縣) 인민정부를 제소한 토지사용권 회수 회답(批復) 사건’(2013. 11. 8. 공포)

#### 가. 개요 및 분석

지도성안례 22호에서는 내부 행정행위에 대해서는 원칙적으로 소송을 제기할 수 없으나 행정상대방의 권리 의무에 영향을 주는 경우라면 소송을 제기할 수 있다고 판시하였다. 지방 인민 정부가 소속 행정 관리부문의 문의(請示)에 회답하는 것은 일반적으로 내부 행정행위에 속하여 이에 대해 소송을 제기할 수 없으나 행정 관리부문이 직접 당해 회답을 실행에 옮겨 행정상대방의 권리 의무에 실질적인 영향을 미친 경우, 행정상대방이 당해 회답에 불복하여 소송을 제기하면 인민법원은 법에 따라

수리해야 한다는 것이다.<sup>89)</sup>

지도성안례 22호는 《행정소송법》 제11조에서 권한을 부여받은 행정기관의 행위에 대한 사법심사를 확장하였다. 제11조에 열거된 사항만이 사법심사의 가능성을 결정하는 유일한 기준이 아니라, 행정기관의 결정이 실질적인 영향력을 갖는 경우 사법심사의 대상이 될 수 있게 된 것이다. 즉 지도성안례 22호는 정부의 철거과정에서 거주자의 재산권 보호라는 긴급한 필요에 대응한 것인데, 철거를 규제함으로써 극심한 대립을 방지하고 사회조화를 유지하고자 하였으며, 외부로 표출된 내부회답이 당사자의 이익에 실질적인 영향을 미치는 것을 배제하기 위해 행정법을 개선한 것으로 볼 수 있다.<sup>90)91)</sup>

---

89) 지도성안례 22호의 관련조문은 다음과 같다. 《행정소송법》 제11조 제1항 인민법원은 공민·법인이나 기타 조직이 다음의 구체적 행정행위에 불복하여 제기한 소송을 수리한다.:

- (1) 구류·벌금·허가증 및 면허 취소·조업중단(停産)·폐업(停業) 명령(責令)·재물몰수 등 행정처벌에 불복하는 경우;
- (2) 인신의 자유 제한이나 재산의 차압(查封)·압수(扣押)·동결(凍結) 등 행정강제조치에 불복하는 경우;
- (3) 행정기관이 법률에 규정된 경영자주권을 침범하였다고 판단하는 경우;
- (4) 법정조건에 부합한다고 판단하여 행정기관에 허가증 및 면허 발급을 신청하였는데 행정기관이 발급을 거절하거나 답변하지 않은 경우;
- (5) 행정기관에 인신권·재산권을 보호하는 법정직책의 이행을 신청하였는데 행정기관이 이행을 거절하거나 답변하지 않은 경우;
- (6) 행정기관이 위로금(撫恤金)을 법에 따라 교부하지 않았다고 판단하는 경우;
- (7) 행정기관이 의무의 이행을 위법하게 요구하였다고 판단하는 경우;
- (8) 행정기관이 기타 인신권·재산권을 침범하였다고 판단하는 경우.

제2항 전항의 규정을 제외하고, 인민법원은 법률·법규에 소송을 제기할 수 있다고 규정된 기타 행정안건을 수리한다.

90) Jinting Deng, 위 논문, p. 44, pp. 64-68.

91) 우리 하급심 판결 중 유사한 쟁점을 다룬 판결로는 행정청의 회신이 사실상의 거부행위라면 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다고 봄이 상당하다고 판시한 다음의 판결을 참고할 만하다. 서울행정법원은 당해 사안의 회신이 항고소송의 대상이 되는 '거부처분'에 해당하려면, 원고에게 법규상 또는 조리상의 신청권이 있어야 하고, 당해 사안의 회신이 원고의 신청에 대한 '거부'에 해당하여야 한다고 하면서, 원고에게 법규상 또는 조리상의 신청권이 있고, 당해 사안의 회신은 피고가 관계 법령상의 절차를 거쳐 계획을 알



## 나. 지도성안례 22호를 적용한 안례 분석

### (1) 1심법원 안례 분석

‘주하이시(珠海市) 시구(西區) 화창(華昌) 실업공사(實業公司)와 주하이시 인민 정부 자원(토지) 행정관리 사건’에서, 피고 주하이시 인민정부는 지도성안례 22호가 지방 인민 정부가 소속 행정기관의 문의(請示)에 회답하는 것은 일반적으로 내부 행정행위에 속하여 행정상대방에 대한 송달이 아니고, 행정상대방에 대한 권리 의무에 실질적인 영향이 없어 일반적으로 행정소송의 수리범위에 속하지 않는다는 점을 분명히 하였다고 주장하였다. 광둥성 주하이시 중급인민법원은 본안과 지도성안례 22호를 비교하면 같으면서 다른 점이 있다고 판시하였다. 지도성안례 22호의 재판요지를 그대로 인용하면서 지도성안례 22호는 특수한 상황에서 내부 행정행위의 제소가 가능하려면 필요조건으로서 내부 행정행위의 외부화를 강조하였는데, 본안의 회답은 외부화라는 필요조건이 결여되었으므로 지도성안례 22호를 참조하면 입안해서는 안 된다고 하여 원고 주하이시 시구 화창실업공사의 제소를 각하하였다.<sup>92)</sup>

---

린 것에 불과한 것이 아니라 원고의 신청에 대한 사실상의 거부행위로서 항고소송의 대상이 되는 ‘처분’에 해당한다고 봄이 상당하다고 판시하였다(서울 행정법원 2014. 7. 11. 선고 2013구합64967 판결). 우리 하급심 판결이 행정청 회신의 실질에 주목하여 사실상의 거부행위라면 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다고 본 점에 착안하여 보면, 지도성안례에서 행정청 회답의 실질에 주목하여 행정상대방의 권리 의무에 실질적인 영향을 미친 경우라면 제소요건을 충족한다고 본 점에서 양 안건은 논리 구조가 유사하다. 우리 하급심 판결에서 행정청 회신의 실질이 처분성 유무를 가르는 관건이 된 것처럼, 지도성안례에서도 행정청 회답의 실질이 제소요건의 충족 여부를 가르는 관건이 되었고 결과적으로 양 안건에서 행정청의 회신(회답)은 모두 ‘실질적’으로 제소요건을 충족한 것으로 판단되었다.

92) 광둥성 주하이시 중급인민법원 2017. 3. 15. 선고 (2017) 粵04行初5号 판결.

## (2) 2심법원 안례 분석

‘취둥(許東)과 쭈저우시(蘇州市) 인민 정부 행정비준 사건’에서, 상소인(원심원고 취둥)은 1심법원이 지도성안례 22호를 인정하지 않았음을 주장하였으나, 장쭈성 고급인민법원은 이 사안 내부보고 회답행위는 지도성안례가 갖추어야 하는 외부화 조건에 부합하지 않는다고 하여 상소를 기각하고 원판결을 유지하였다.<sup>93)</sup> ‘시안(西安) 산구(陝鼓) 공정기술유한공사와 네이멍구(內蒙古) 자치구 바오테우시(包頭市) 스펬이구(石拐區) 인민정부의 행정확인 사건’에서, 상소인(원심원고) 시안 산구 공정기술유한공사는 지도성안례 22호의 재판요지에 따라 피상소인(원심피고 네이멍구 자치구 바오테우시 스펬이구 인민정부)의 행정처벌이 상소인의 권리의무에 실질적인 영향을 끼쳤다고 주장하였는데, 네이멍구 자치구 고급인민법원은 현급 인민정부의 일반적인 사고조사보고에 대한 회답은 형식적으로는 상급행정기관이 하급행정기관에 대해 하는 것으로 보이나, 사고 책임을 인정하고 그러한 인정에 공정력과 구속력(約束力)이 있다면 공민, 법인이나 기타 조직의 합법적 권익에 불리한 영향을 미칠 수 있으므로 회답에 대한 제소가 가능하다고 판시하고, 피상소인의 행정처벌이 상소인의 권리의무에 실질적인 영향을 미쳤으므로 1심이 상소인의 제소를 각하한 것은 법률적용의 착오에 속한다고 하여 피상소인의 행정처벌을 취소하였다.<sup>94)</sup> ‘두안모(段某)와 타이위안시(太原市) 진위안구(晉源區) 인민정부의 기타 행정행위 사건’에서, 상소인(원심원고 두안모)은 지도성안례 22호에서 “내부 행정행위가 외부화되면 제소가 가능하다”는 규칙을 확립함으로써 종전에 각지 법원 심리에서 “회답” 등 “표면상 내부행위” 심리 시 기타 객관적 사실을 살피지 않고 일괄적으로 각

93) 장쭈성 고급인민법원 2015. 8. 14. 선고 (2015) 蘇行終字第00292号 판결.

94) 네이멍구 자치구 고급인민법원 2019. 8. 5. 선고 (2019) 內行終194号 판결.

하하던 잘못된 관행을 분명하게 바로잡았다고 주장하였는데, 산시성 고급인민법원은 이 사안 회답은 내부 행정행위에 그치지 않고 직접 시행되어 대외적으로 법률적 효력이 발생한 외부 행정행위로서 제소가 가능한 행정행위라고 하여, 1심법원이 이를 내부 행정행위로 보아 행정소송의 수리범위에 속하지 않는다고 한 점은 사실인정이 잘못되고 법률적용이 부당하여 바로잡아야 한다며 원심을 파기하였다.<sup>95)</sup> ‘신차이현(新蔡縣) 인민 정부와 신차이현 룡커우진(龍口鎮) 룡커우촌(村) 난터우그룹(南頭一組)의 토지 행정출양 사건’에서, 상소인(1심피고 신차이현 인민정부)은 지도성안례 22호의 재판요지를 들어 이 사안 상소인의 행정회답에 대해서는 제소할 수 없는 것이라고 주장하였으나, 허난성(河南省) 주마덴시(駐馬店市) 중급인민법원은 이 사안 회답은 계쟁토지를 국유 건설 용지로 명확하게 인정하여 공개 출양을 시행함으로써 피상소인(신차이현 룡커우진 룡커우촌 난터우그룹)의 권리에 실질적 영향을 미쳤으므로 이에 대해 제소가 가능하다고 하여 상소를 기각하고 원판결을 유지하였다.<sup>96)</sup>

중국재판문서망에서 지도성안례 22호를 적용한 안례 중 재심법원 안례는 찾을 수 없었다. 이하에서는 지도성안례 22호를 적용하지 않은 안례를 소개하고자 한다.

#### 다. 지도성안례 22호를 적용하지 않은 안례 분석

##### (1) 1심법원 안례 분석

95) 산시성 고급인민법원 2019. 4. 22. 선고 (2019) 晋行終143号 판결. 원심판결(행정1심)은 양취엔시(陽泉市) 중급인민법원 2018. 12. 26. 선고 (2018) 晋03行初440号 판결인데, 원심판결에서 제소를 각하함.

96) 허난성 주마덴시(駐馬店市) 중급인민법원 2014. 12. 2. 선고 (2014) 駐行終字第151号 판결.

‘왕스위(王思宇)와 타이안시(泰安市) 인민 정부 사건’에서, 원고 왕스위는 지도성안례 22호를 증거로 제시하며 정부가 국유토지 사용권의 회수를 비준하는 회답을 한 후 국토자원 행정 주관 부문은 원토지사용권자에게 국유토지사용권의 회수 통지를 해야 하는데, 본안에서 피고 타이안시 인민 정부는 원고에게 국유토지사용권 회수 통지를 송달하지 않았고 직접 원고의 가옥이 있는 토지를 출양하고 부동산증서를 폐기하였으며, 제3자에게 부동산증서를 발급하여 절차 위법이 심각하다고 주장하였으나, 산둥성 타이안시 중급인민법원은 피고의 처분이 적법하다고 하여 원고의 소송청구를 기각하였다.<sup>97)</sup> ‘장야리(張婭麗), 장이핑(張一平) 등과 뤼양시 인민 정부 자원(토지) 행정관리 사건’에서, 원고 장야리, 장이핑 등은 지도성안례 22호를 증거로 제출하여 행정기관의 회답이 실제 집행되었고 외부화되어 대외적으로 법률적 효력이 발생한 구체적 행정행위가 되었으므로 관리자의 권리 의무에 실질적 영향이 있다고 주장하였으나, 허난성 정저우시 중급인민법원은 원고의 국유토지사용권이 회수되었으므로, 원고는 이후 토지사용권의 출양 등 행위에 법률상 이해관계가 없는 등 원고적격이 없다고 하여 원고의 제소를 각하하였다.<sup>98)</sup> ‘광시(广西) 통스링(銅石嶺) 여행 발전그룹 유한공사와 베이류시(北流市) 인민 정부, 베이류시 응급관리국의 처벌 사건’에서, 원고 광시 통스링 여행 발전그룹 유한공사는 지도성안례 22호를 증거로 제시하며 행정 관리부문이 지방 인민 정부가 한 회답을 시행하고 행정상대방의 권리 의무에 실질적 영향을 미친 경우 해당 인민 정부의 회답은 행정소송의 수리 범위에 속한다고 주장하였으나, 광시(广西) 장족(壯族) 자치구 위린시(玉林市) 중급인민법원은 해당 회답은 제소할 수 없는 행정행위이므로 실질적인 합법성에 대해 심사 평판(審査評判)하지 않고 각하한다고 하면 서도, 베이류시의 처벌 결정은 사실인정이 불명확하고 주요 증거가 부족

97) 산둥성 타이안시(泰安市) 중급인민법원 2018. 4. 18. 선고 (2018) 魯09行初4号 판결.

98) 허난성 정저우시 중급인민법원 2017. 9. 1. 선고 (2016) 豫01行初162号 판결.

하며 법률적용에 착오가 있어 합법성을 갖추지 못하였다고 하여 베이류시 안전생산 감독관리국이 내린 행정처벌 결정을 취소하였다.<sup>99)</sup> ‘룽하이성(龍海盛)과 베이류시 안전생산 감독관리국, 루수이취엔(盧水全) 등 기타 사건’에서, 원고 룽하이성은 지도성안례 22호를 증거로 제시하며 행정 관리 부문이 지방 인민 정부가 한 회답을 시행하고 행정상대방의 권리 의무에 실질적 영향을 미친 경우 해당 인민 정부의 회답은 행정소송의 수리범위에 속한다고 주장하였으나, 광시(廣西) 장족(壯族) 자치구 위린시(玉林市) 중급인민법원은 해당 회답은 제소할 수 없는 행정행위이므로 실질적인 합법성에 대해 심사 평판(審査評判)하지 않고 각하한다고 하면서도, 베이류시의 처벌 결정은 사실인정이 불명확하고 주요 증거가 부족하며 법률적용에 착오가 있어 합법성을 갖추지 못하였다고 하여 베이류시 안전생산 감독관리국이 내린 행정처벌 결정을 취소하였다.<sup>100)</sup> ‘왕페이페이(王培培)와 신이시(新沂市) 인민 정부 사건’에서, 원고 왕페이페이는 지도성안례 22호를 증거로 제시하며 피고 신이시 인민 정부가 한 출양 확인 회답은 무효라 주장하며 취소를 청구하였으나, 장쑤성 쉬저우시 중급인민법원은 피고의 처분이 원고의 권익에 영향을 미치지 않는다고 하여 원고의 제소를 각하하였다.<sup>101)</sup> ‘왕후이(王輝)와 하얼빈시 국토자원국 행정결정 사건’에서, 원고 왕후이는 지도성안례 22호를 증거로 제시하여 인민법원이 같은 부류의 문제를 이미 수리했으므로, 행정기관 사이의 내부 행정행위가 외부화된 후에는 사법심사를 받아야 한다고 주장하였으나, 헤이룽장성 하얼빈시 난강구(南崗區) 인민법원은 피고 무란현(木蘭縣) 국토자원국이 발급한 심사의견은 원고의 권리 의무에 실질적인 영향이 없다고 하여 원고의 소송청구를

99) 광시(廣西) 장족(壯族) 자치구 위린시(玉林市) 중급인민법원 2019. 6. 13. 선고 (2019) 桂09行初1号 판결.

100) 광시(廣西) 장족(壯族) 자치구 위린시(玉林市) 중급인민법원 2019. 6. 13. 선고 (2019) 桂09行初2号 판결.

101) 장쑤성 쉬저우시 중급인민법원 2017. 11. 1. 선고 (2017) 蘇03行初261号 판결.

기각하였다.<sup>102)</sup>

## (2) 2심법원 안례 분석

‘레이지가오(雷吉高)와 시아오정친(肖正琴) 사건’에서, 상소인(원심원고 레이지가오, 시아오정친)은 지도성안례 22호의 재판요지를 주장하였으나, 윈난성 고급인민법원은 이 사안은 최고인민법원의 지도성안례와 기본적인 사실관계와 당사자의 권리 의무에 미치는 실질적 영향 등이 달라 참조 적용할 수 없으므로 상소인의 제소는 인민법원 행정소송의 수리범위에 부합하지 않는다고 하여 상소를 기각하고 원판결을 유지하였다.<sup>103)</sup> ‘펑위리(馮玉利)와 양저우시(揚州市) 인민 정부 사건’에서, 상소인(원심원고 펑위리)은 원심법원이 지도성안례 22호를 반드시 참조했어야 했음을 주장하였으나, 장쑤성 고급인민법원은 이 사안과 지도성안례 22호는 유형이 달라 원심법원이 지도성안례 22호를 참조하지 않은 것은 적법하다고 판시하고 상소를 기각하고 원판결을 유지하였다.<sup>104)</sup> ‘쿵칭웨이(孔慶偉)와 항저우시 샤오산구(蕭山區) 인민 정부 사건’에서, 상소인(원심원고 쿵칭웨이)은 지도성안례 22호를 들어 내부 행정 행위라 하더라도 행정관리 부문이 직접 해당 내부행위를 시행하면 법원은 해당 처분이 상대방의 권리 의무에 대해 실질적인 영향을 미쳤음을 인정해야 한다고 주장하였고, 피상소인(원심피고 항저우시 샤오산구 인민 정부)은 지도성안례 22호의 기본적인 사실관계와 법률의 적용이 이 사안과 현저히 다르므로 이 사안에 참조 적용할 수 없다고 주장하였는데, 저장성 고급인민법원은 1심법원이 상소인의 제소를 각하한 것은 적법하다고 하여 상소를 기각하고 원판결을 유지하였다.<sup>105)</sup> ‘저장 싱룬

102) 헤이룽장성 하얼빈시 난강구(南崗區) 인민법원 2016. 5. 24. 선고 (2016) 黑0103行初14号 판결.

103) 윈난성(云南省) 고급인민법원 2019. 12. 24. 선고 (2019) 云行終860号 판결.

104) 장쑤성 고급인민법원 2015. 4. 30. 선고 (2015) 蘇行終字第00195号 판결.

(興潤) 부동산회사(置業)와 닝보시(宁波市) 평화구(奉化區) 인민 정부 사건'에서, 상소인(저장 싱룬 부동산회사)은 지도성안례 22호의 사안과 본안이 같아 최고법원의 지도의견에 따라 인민법원은 이 사안을 입안 심리해야 한다고 주장하였으나, 저장성 고급인민법원은 이 사안 피상소인(닝보시 평화구 인민정부)이 회답에 따라 토지사용증을 말소한 행위는 상소인의 권리 의무에 실질적 영향을 미치지 않아 지도성안례 22호의 인정 사실과 전혀 같지 않으므로 상소인의 회답에 대한 취소요구는 인민법원 행정소송의 수리범위에 속하지 않는다고 하여 상소를 기각하고 원판결을 유지하였다.<sup>106)</sup> '왕자오홍(王兆洪)과 잉커우시(營口市) 라오벤구(老邊區) 인민 정부 토지징수 보상방안 취소 회답 사건'에서, 상소인(원심원고 왕자오홍)은 지도성안례 22호의 재판요지를 인용하여 행정관리 부문이 직접 당해 회답을 실행에 옮겨 행정상대방의 권리 의무에 실질적인 영향을 미친 경우, 행정상대방이 당해 회답에 불복하여 소송을 제기하면 인민법원은 법에 따라 수리해야 한다고 주장하였으나, 랴오닝성 고급인민법원은 이 사안 회답은 행정기관 간 내부 행정행위에 해당하여 상소인에 대한 권리 의무에 실질적으로 영향을 미치지 않아 행정소송의 수리범위를 벗어난다고 하여 상소인의 상소를 기각하고, 원판결을 유지하였다.<sup>107)</sup>

### (3) 재심법원 안례 분석

'왕샤오메이(王小妹)와 덩지상(丁吉祥)의 재심심사 및 심판 감독 사건'에서, 재심 신청인(1심원고, 2심상소인 왕샤오메이 등)은 원심의 사실인정이 불명확하고 법률적용에 착오가 있으며 지도성안례 22호가 이 사안

105) 저장성 고급인민법원 2016. 10. 23. 선고 (2016) 浙行終756号 판결.

106) 저장성 고급인민법원 2019. 7. 5. 선고 (2019) 浙行終996号 판결.

107) 랴오닝성 고급인민법원 2018. 8. 15. 선고 (2017) 遼行終19号 판결. 원심판결(행정1심)은 랴오닝성 잉커우시 중급인민법원 2016. 11. 1. 선고 (2016) 遼08行初27号 판결인데, 원심판결에서 제소를 각하함.

에 지도적 의의를 가지므로 이 사안은 입안조건에 부합한다고 주장하였으나, 최고인민법원은 이 사안 개발사업의 토지사용권 회수 및 토지공급방안 비준 통지는 행정기관의 내부 행정행위에 속하므로 인민법원 행정안건 수리범위에 속하지 않아 신청인의 권리 의무에 직접적인 영향이 없어 신청인에게 원고적격이 없고 제소가 제소조건에 부합하지 않아 원심법원이 제소를 입안하지 않은 것은 적법하다고 하여 재심 신청을 각하하였다.<sup>108)</sup> ‘스순건(施順根)과 쉬치우친(徐秋琴)의 재심심사 및 심판 감독 사건’에서, 재심 신청인(1심원고, 2심상소인 스순건, 쉬치우친)은 원심의 사실인정이 불명확하고 법률적용에 착오가 있으며 지도성안례 22호가 이 사안에 지도적 의의를 가지므로 이 사안은 인민법원의 수리범위에 속한다고 주장하였으나, 최고인민법원은 이 사안 개발사업 토지공급 비준 통지의 내용은 신청인 가옥의 징수나 철거에 관한 것이 아니므로 신청인의 실제적 권리에 직접적인 영향이 없고 신청인은 이 사안 통지에 법률상 이해관계가 없어 원고적격이 없고 행정소송의 제소조건에 부합하지 않은 제소이므로 원심법원이 제소를 입안하지 않은 것은 적법하다고 하여 재심 신청을 각하하였다.<sup>109)</sup>

## 라. 소결

지도성안례 22호는 행정상대방의 권리 의무에 영향을 주는 경우라면 내부 행정행위에 대해서도 소송을 제기할 수 있다고 판시하였다. 이 지도성안례를 적용한 안례 중에는 내부 행정행위는 원칙적으로 행정소송의 수리범위에 속하지 않는다는 점에 착안해 판단한 경우도 있으나, 다수의 지도성안례 참조안례에서는 내부 행정행위의 경우에도 상대방의 권리 의무에 영향을 주는 경우 예외적으로 제소가 가능하다는 점에 주목하여 재

108) 최고인민법원 2017. 12. 27. 선고 (2016) 最高法行申4086号 판결.

109) 최고인민법원 2017. 12. 29. 선고 (2016) 最高法行申4062号 판결.



판하였다.

지도성안례 22호를 적용하지 않은 안례를 살펴보면, 1심법원에서는 증거 부족 등을 이유로 행정처벌 결정을 취소한 경우도 있으나, 원고가 지도성안례를 제시하면서 피고의 회답이 상대방의 권리의무에 영향을 준다고 주장하는 경우 법원에서 피고의 처분이 적법하였다거나 원고의 권리의무에 영향이 없다는 사유로 원고의 청구를 기각하거나, 원고의 국유토지사용권이 이미 회수되었다거나 제소할 수 없는 행정행위라는 등의 사유로 각하 판결을 내렸다. 2심법원 안례에서는 상소인이 지도성안례를 주장하였으나, 법원에서 지도성안례와 본안은 사실관계나 상대방의 권리의무에 미치는 영향이 다르므로 참조할 수 없다고 실시하였다. 재심법원 안례에서 법원은 당해 사안의 통지가 내부 행정행위이므로 상대방의 권리의무에 영향이 없다는 이유로 재심신청을 각하하였다.

## V. 종합적 분석

이상과 같이 지도성안례를 민사, 형사, 행정 분야로 구분하고, 분야별로 지도성안례가 장래의 재판에서 인용되는 모습을 실증하였다. 그동안 지도성안례의 절대적 참조 효력이 판례법과 같이 지도성안례의 효력을 장래의 재판에 강제함으로써 사법부의 권한을 넘어서서 입법권을 침해하는 것은 아닌지 등의 우려가 중국 학계에서도 제기되어 왔다.

그러나 실증연구 결과에 따르면, 장래의 재판에서 지도성안례와의 사실관계를 구분하여 지도성안례를 적용하지 않은 경우가 많았고<sup>110)</sup>, 판사

110) 산둥성(山東省) 평두시(平度市) 인민법원 2015. 10. 31. 선고 (2015) 平商初字第2460号 판결, 산둥성 지난시(濟南市) 중급인민법원 2018. 7. 24. 선고 (2018) 魯01民終4294号 판결, 구이저우성(貴州省) 고급인민법원 2018. 5. 10. 선고 (2018) 黔民申600号 판결, 윈난성(雲南省) 고급인민법원 2019. 12. 24. 선고 (2019) 云行終860号 판결, 장쑤성 고급인민법원 2015. 4. 30. 선고 (2015) 蘇行終字第00195号 판결, 저장성 고급인민법원 2016. 10. 23. 선고 (2016) 浙行終756号 판결, 저장성 고급인민법원 2019. 7. 5. 선고 (2019) 浙行終996号 판결, 랴오닝성 고급인민법원

에게 지도성안례 적용 여부의 결정권이 있다는 점을 드러내기도 했으며<sup>111)</sup>, 지도성안례와 인과관계나 쟁점이 다르다거나<sup>112)</sup> 지도성안례에서 실시한 필요조건이 결여되었다거나<sup>113)</sup> 기본적 사실관계와 당사자의 권리 의무에 미치는 실질적 영향 등이 달라<sup>114)</sup> 적용할 수 없다는 등으로 구체적인 근거를 들어 명시적으로 지도성안례를 적용하지 않은 경우<sup>115)</sup>도 눈에 띈다. 이밖에 지도성안례를 적용하지 않은 안례의 유형으로 지도성안례와 관련이 없다고 판단한 경우<sup>116)</sup>, 증거가 부족하다고 판단한 경우<sup>117)</sup>, 제소기간 도과<sup>118)</sup>, 행정재의 전치주의 위반<sup>119)</sup>, 자료 미비<sup>120)</sup> 등의 절차

---

2018. 8. 15. 선고 (2017) 遼行終19号 판결, 최고인민법원 2017. 12. 27. 선고 (2016) 最高法行申4086号 판결, 최고인민법원 2017. 12. 29. 선고 (2016) 最高法行申4062号 판결.

111) 산둥성(山東省) 평두시(平度市) 인민법원 2015. 10. 31. 선고 (2015) 平商初字第2460号 판결.

112) 산둥성 가오칭현(高靑縣) 인민법원 2015. 4. 30. 선고 (2015) 高行初字第3号 판결.

113) 광둥성 주하이시 중급인민법원 2017. 3. 15. 선고 (2017) 粵04行初5号 판결.

114) 윈난성(雲南省) 고급인민법원 2019. 12. 24. 선고 (2019) 云行終860号 판결.

115) 닝샤(寧夏) 회족(回族) 자치구 인촨시(銀川市) 진핑구(金鳳區) 인민법원 2018. 10. 24. 선고 (2018) 宁0106民初7304号 판결, 광시(廣西) 장족(壯族)자치구 고급인민법원 2019. 9. 26. 선고 (2019) 桂民申907号 판결, 후베이성(湖北省) 우한시(武漢市) 잉커우구(硤口區) 인민법원 2015. 5. 6. 선고 (2015) 鄂硤口行初字第00006号 판결, 쓰촨성(四川省) 청두시(成都市) 중급인민법원 2015. 6. 2. 선고 (2015) 成行終字第308号 판결, 산둥성 린이시(臨沂市) 중급인민법원 2015. 1. 20. 선고 (2015) 臨行終字第14号 판결, 허난성(河南省) 정저우시(鄭州市) 진수이구(金水區) 인민법원 2017. 1. 20. 선고 (2016) 豫0105行初342号 판결, 헤이룽장성 하얼빈시 난강구(南崗區) 인민법원 2016. 5. 24. 선고 (2016) 黑0103行初14号 판결.

116) 충칭시(重慶市) 위베이구(渝北區) 인민법원 2017. 8. 17. 선고 (2017) 渝0112行初112号 판결, 충칭시(重慶市) 량평현(梁平縣) 인민법원 2015. 3. 4. 선고 (2015) 梁法行初字第00003号 판결, 푸저우시(福州市) 구러우구(鼓樓區) 인민법원 2014. 7. 18. 선고 (2014) 鼓行初字第49号 판결.

117) 상하이시(上海市) 제2 중급인민법원 2019. 5. 29. 선고 (2019) 滬02民終3894号 판결.

118) 허난성(河南省) 루이현(鹿邑縣) 인민법원 2016. 7. 22. 선고 (2016) 豫1628行初10号 판결.

119) 산둥성 허쩌 경제개발구 인민법원 2015. 6. 10. 선고 (2015) 荷開行初字第9号 판결, 산둥성 허쩌 경제개발구 인민법원 2015. 6. 10. 선고 (2015) 荷開行初字第8号 판결.

상 이유를 문제 삼은 경우<sup>121)</sup> 등으로 분류할 수 있다.

또한, 많은 판결에서 지도성안례를 증거로 채택하지 않은 점을 보면, 절대적 참조 효력이 오히려 문언과 같이 반드시 ‘참조’되는데 그칠 뿐 실제 장래의 재판에서는 합리적인 이유를 고려하여 지도성안례의 적용 여부를 결정하는 경우가 많음을 알 수 있다.

지도성안례와 상급심법원의 결정이 다른 경우, 최고인민법원은 하급심법원의 법관이 지도성안례를 따를 것으로 기대한다. 그러나 일부 하급심법원의 법관이 많은 사례에서 상소가 제기되거나 상급심법원에 의해 번복될 것을 우려해 지도성안례보다는 그들 관할 지역 상급심법원의 결정을 택하였다는 점은 흥미롭다.<sup>122)</sup>

본 절에서 살펴본 바에 의하면, 당사자들이 원판결이 ‘지도성안례에 배치된다’든가 ‘법률적용의 착오에 해당한다’라는 점을 상소 이유로 주장한 경우 법원에서 그 주장을 인용한 사례를 찾아볼 수 있었으나, 같은 내용을 재심사유로 주장한 경우 그 주장을 인용한 사례는 찾아볼 수 없었다.

---

120) 푸젠성 푸저우시(福州市) 중급인민법원 2014. 12. 1. 선고 (2014)榕行終字第399号 판결.

121) 허난성 정저우시 중급인민법원 2017. 9. 1. 선고 (2016)豫01行初162号 판결, 광시(广西) 장족(壯族) 자치구 위린시(玉林市) 중급인민법원 2019. 6. 13. 선고 (2019)桂09行初1号 판결, 광시(广西) 장족(壯族) 자치구 위린시(玉林市) 중급인민법원 2019. 6. 13. 선고 (2019)桂09行初2号 판결, 장쑤성 쉬저우시 중급인민법원 2017. 11. 1. 선고 (2017)蘇03行初261号 판결.

122) Zhiyu Li, “Innovation through Interpretation: How Judges make Policy in China”, *Tulane Journal of International and Comparative Law*, Spring 2018, p. 327, p. 376.

## 제 2 절 지도성안례의 영향력 연구

본 절에서는 지도성안례의 운용현황을 분석하여 지도성안례의 영향력을 검증하였다.<sup>123)</sup> 최고인민법원의 사건분류를 참조하여 지도성안례를 민사, 형사, 행정 및 세부분야로 범주화하고, 중국재판문서망을 이용하여 다른 판결에서 지도성안례를 인용한 건수를 직접 산출함으로써 중국 측 통계자료에 결여된 명확한 산출 근거를 제시하고 지도성안례의 영향력을 실증하였다.<sup>124)</sup> 분야별 논의에 들어가기에 앞서 지도성안례의 운용현황을 개관하였다.

### I. 개관

법률분야별, 선고법원별, 공포연도별 지도성안례건수는 [표 2]와 같다. 법률분야별로는 민사분야의, 선고법원별로는 최고인민법원의, 공포연도별로는 2019년의 지도성안례건수가 가장 많은 것을 확인할 수 있다. 특히 선고법원별 지도성안례건수와 관련하여, 기층인민법원에서 선고한 지도성안례건수는 총 23건으로, 전문인민법원 다음으로 적기는 하지만 그 수가 상당하다는 점에 주목할 필요가 있다.

---

123) 2018년 7월까지 공포된 총 96건의 지도성안례에 대한 검증이며, 이하 본 절에서 같다.

124) 본 절의 통계는 필자가 직접 중국재판문서망에서 “지도성안례+번호”로 검색하여 산출한 것으로, 중국재판문서망에 게재된 판례만을 대상으로 하였다는 점에 한계가 있으며, 조사 시점 등에 따라 통계수치가 달라질 수 있어 완전한 통계로 볼 수는 없다는 점을 밝혀 둔다.

[표 2] 법률분야별, 선고법원<sup>125)</sup>별, 공포연도별 지도성안례건수

법률분야별	지도성안례 건수	선고법원별	지도성안례 건수	공포 연도별	지도성안례 건수
민사	91	최고인민법원	46	2011년	4
형사	22	고급인민법원	32	2012년	8
행정	26	중급인민법원	37	2013년	10
		기층인민법원	23	2014년	22
		전문인민법원	1	2015년	12
				2016년	21
				2017년	15
				2018년	14
				2019년	33
총계		139			

기층인민법원에서 선고한 지도성안례 중에서는 민사안례가 6개, 형사안례가 8개, 행정안례가 9개로, 그중에서 민사안례의 쟁점은 부당해고(①②③⑤), 안전기준에 부합하지 않는 식품에 대한 배상범위(①②⑤), 보험자대위소송에서의 관할법원(②③⑤), 인공수정 출생자의 법적 지위(①②③⑤), 고지 없는 통신서비스 제한의 효력(①②③⑤), 광오염의 판단기준(①②④⑤)으로, 지도성안례의 다섯 가지 선정기준(① 사회적 관심 ② 원칙적 법률규정 ③ 전형적 안례 ④ 복잡하거나 새로운 유형 ⑤ 기타 지도적 역할)이 고루 적용되었다.

125) 지도성안례로 선정된 안례를 선고한 중심법원을 말한다.

그중에서 형사안례의 쟁점은 유독물질의 불법거래(②③⑤), 미성년피고인에 대한 금지명령(①②⑤), 불법고용 및 노동보수 지급거부죄(①②③⑤), 경쟁운전(追逐競駛)의 죄질(①②⑤), 강제의료에서 지속적 사회위해 가능성 판정기준(①②⑤), 판결·재정의 집행거부죄(②③⑤), 컴퓨터 정보 시스템 파괴죄의 판단기준(④⑤), 온라인 도박장개설죄(④⑤)로, 형사안례에서도 지도성안례의 다섯 가지 선정기준이 고루 적용되었다.

그중에서 행정안례의 쟁점은 지방정부규장으로 설정한 행정허가 및 행정처벌의 효력(①②③⑤), 네트워크시스템상 정부정보공개신청일의 기산점(①②④⑤), 구체적 행정행위와 법률적용의 착오(①②⑤), 행정소송의 수리범위(절차적 행정행위)(①②⑤), 행정소송의 수리범위(①②⑤), 새로운 성씨의 창설 가능범위(①②④), 산업재해 판단기준(①②③⑤), 환경행정공익소송의 심사기준(①②④⑤), 대기오염물질 배출에 대한 행정처벌기준(①②④⑤)으로, 형사안례에서도 지도성안례의 다섯 가지 선정기준이 고루 적용되었다.<sup>126)</sup>

2018년 7월까지 공포된 총 96건의 지도성안례 중 민사 분야 지도성안례는 총 61건, 형사 분야 지도성안례는 총 16건, 행정 분야 지도성안례는 총 19건이 선정되었다.<sup>127)</sup> 2017년 1월까지 공포된 총 77건의 지도성안례 중 약 80%는 하급심 판결 중에서 선정되었다.<sup>128)</sup> 법률분야별 지도성안례건수 및 참조안례건수는 [표 3]과 같다.

126) 기층인민법원 외의 법원에서 선고한 지도성안례의 쟁점 등에 관해서는 [부록 1] 지도성안례 분석 참고.

127) 2020년 1월까지 공포된 총 139건의 지도성안례 중 민사 분야 지도성안례는 총 91건, 형사 분야 지도성안례는 총 22건, 행정 분야 지도성안례는 총 26건이 선정되었다. 최고인민법원(<http://www.court.gov.cn/index.html>, 首頁> 審判業務> 指導案例, 2020. 6. 14. 최종접속).

128) Mo Zhang, “Pushing the envelope: Application of Guiding cases in Chinese Courts and Development of Case Law in China”, *Washington International Law Journal*, April 2017, p. 269, p. 296.

[표 3] 법률분야별 지도성안례건수 및 참조안례건수

법률분야	세부분야	지도성안례건수	참조안례건수
민사	국가배상	3	0
	일반민사	48	607
	민사소송	9	45
	해사소송	1	0
민사 분야 계		61	652
형사	일반형사	15	15
	형사소송	1	0
형사 분야 계		16	15
행정	일반행정	11	223
	행정소송	8	66
행정 분야 계		19	289
총계		96	956

※ 법률분야 및 세부분야는 최고인민법원의 사건분류에 따름.

※ 참조안례건수는 중국재판문서망(中國裁判文書網)에서 《실시세칙》 제11조에 따라 각 지도성안례번호를 적시한 안례 건수임(<http://wenshu.court.gov.cn/>, 검색일: 2018. 9. 15.). 이하 본 절에서 같음.

[표 3]에서 보듯이, 2011년 12월 최초로 4건의 지도성안례가 공포된 이래 선정된 총 지도성안례 건수(96건) 대비 이 지도성안례를 참조한 판결문 건수는 2018년 9월 기준 총 956건이다. 그중에서 민사 분야 지도성안례는 652건, 형사 분야 지도성안례는 15건, 행정 분야 지도성안례는 289건 참조되었다. 지도성안례 중 한 번도 참조되지 않은 지도성안례는 민사 분야 61건 중 28건, 형사 분야 16건 중 9건, 행정 분야 지도성안례 19건 중 7건으로 공포된 총 지도성안례 건수(96건) 대비 44건이며, 참조된

지도성안례와 참조되지 않은 지도성안례의 비율은 각 54.2%, 45.8%이다.<sup>129)</sup> 이하에서는 지도성안례 해당 법률분야별로 참조안례건수를 정리하고자 한다.

## II. 민사 분야 지도성안례 참조안례건수

민사 분야 지도성안례 61건 중 국가배상사건이 3건, 일반민사사건이 48건, 민사소송사건이 9건이고, 나머지 1건은 해사소송사건이다. 민사 분야 지도성안례 세부분야별 지도성안례번호, 키워드 및 참조안례건수는 [표 4]와 같다.

[표 4] 민사 분야 지도성안례 세부분야별 지도성안례번호, 키워드 및 참조안례건수

법률분야	연번	지도성 안례 번호	키워드(요약)	참조 안례 건수
국가배상	1	42	국가배상/형사배상/ 무죄체포/정신적 손해배상	0
	2	43	국가배상/사법배상/ 착오집행/집행회복(執行回轉)	0
	3	44	국가배상/형사배상/ 형사추징(追繳)/장물반환	0

129) 2017년 12월 기준 최고인민법원이 공포한 92건의 지도성안례 중 실무에서 응용된 지도성안례는 총 60건이고, 응용되지 않은 건은 32건으로, 각 65%와 35%라는 통계가 있음(郭叶·孫妹, “最高人民法院指導性案例司法應用情況2017年度報告”, 中國應用法學, 2018年(第3期), 第108頁, 第108頁). 이에 따르면 2016년 동기(37건) 대비 응용된 지도성안례의 수량은 23건이 증가했으며, 지도성안례를 인용한 안례는 총 1,571건으로, 2016년 동기(549건) 대비 1,022건이 증가하여 증가폭이 현저함. 이 통계자료에는 지도성안례번호를 적시하지 않은 경우가 포함되어 있는 등 본 논문과 조사방법 및 조사시점이 달라 수치에 차이가 있을 수 있음.



법률분야	연번	지도성 안례 번호	키워드(요약)	참조 안례 건수
국가배상 분야 지도성안례 참조안례건수 계				0
일반민사	1	1	민사/중개계약/ 중고주택매매/계약위반(違約)	10
	2	8	민사/회사해산/경영관리의 중대한 어려움/회사의 교착상태(僵局)	17
	3	9	민사/회사청산의무/연대청산(清償)책임	33
	4	10	민사/회사결의취소/사법심사의 범위	8
	5	15	민사/관련회사(關聯公司)/인격혼동/연대책임	112
	6	17	민사/매매계약/ 사기/가정용자동차(家用汽车)	22
	7	18	민사/노동계약/일방해제	0
	8	19	민사/자동차교통사고/ 책임/번호판도용(套牌)/연대책임	19
	9	20	민사/지식재산/침해/ 발명특허권/임시보호기간/후속행위	0
	10	23	민사/매매계약/식품안전/10배 배상	56
	11	24	민사/교통사고/과실책임	207
	12	29	민사/부정경쟁(不正當競爭)/ 타인기업명칭 무단사용(擅用)	5
	13	30	민사/상표권침해/ 부정경쟁(不正當競爭)/경쟁관계	1
	14	31	민사/선박 충돌 손해배상/ 항행규칙위반합의/책임인정	0

법률분야	연번	지도성 안례 번호	키워드(요약)	참조 안례 건수
	15	33	민사/계약 무효확인/ 악의 결탁(惡意串通)/재산반환	8
	16	45	민사/부정경쟁/네트워크서비스/ 신의성실의 원칙(誠信原則)	1
	17	46	민사/상표권침해/부정경쟁/상품통용명칭	2
	18	47	민사/부정경쟁/ 지명상품/특유포장·장식(裝潢)	2
	19	48	민사/컴퓨터소프트웨어저작권침해/ 번들판매/기술보호조치/권리남용	0
	20	49	민사/컴퓨터소프트웨어저작권침해/증명책 임/권리침해대비/결합적 특징(缺陷性特征)	0
	21	50	민사/상속/인공수정/ 혼인 중의 출생자(婚生子女)	0
	22	51	민사/항공여객운송계약/ 항공편 지연/고지의무/배상책임	0
	23	52	민사/해사/해상화물운송보험계약/ 전위험담보(一切險)/외부요인(外來原因)	0
	24	53	민사/금융대출계약/수익권 저당(質押)/ 질권설정등기(出質登記)/질권실현	3
	25	54	민사/집행이의의소/금전저당/ 특정(特定化)/점유이전(移交占有)	45
	26	55	민사/실용신형특허권 침해/보호 범위/ 기술용어(技術術語)/권리침해대비(侵權對比)	0
	27	57	민사/금융대출계약/최고액담보	7

법률분야	연번	지도성 안례 번호	키워드(요약)	참조 안례 건수
	28	58	민사/상표권침해/부정경쟁(不正当竞争)/ 전통상호(老字号)/허위선전(虚假宣传)	1
	29	64	민사/통신서비스계약/ 고지의무/유효기한/위약	1
	30	65	민사/사업주(业主)공유권/특별수선충당금 (专项维修资金)/법정의무/소송시효	1
	31	66	민사/이혼/이혼한 때(离婚时)/ 공동재산 무단처분	2
	32	67	민사/주권양도/할부(分期付款)/계약해제	0
	33	72	민사/주택매매계약/대출계약/ 채무상환/법률적 효력(法律效力)/심사	36
	34	73	민사/별제권/우선변제권(优先受偿权)/ 행사기한/기산점	1
	35	74	민사/보험대위구상권/재산보험계약/ 제3자의 보험목적물에 대한 손해/위약행위	3
	36	75	민사/환경오염 공익소송/환경보호 공익활동에 전문적으로 종사하는 사회단체(组织)	0
	37	78	민사/시장지배적 지위 남용/독점/관련 시장	0
	38	79	민사/번들판매/독점/시장지배적 지위/끼워팔기	0
	39	80	민사/저작권 침해/민간 문학예술 파생작품(民间文学艺术衍生作品)	1
	40	81	민사/저작권 침해/영상물(影视作品)/역사 소재(历史题材)/실질적 유사성(实质相似)	0
	41	82	권리남용	0

법률분야	연번	지도성 안례 번호	키워드(요약)	참조 안례 건수
	42	83	민사/발명특허권 침해/유효한 통지/ 필요 조치/네트워크 서비스 제공자/연대 책임	1
	43	84	민사/발명특허권 침해/약품제조(制备)방법발명특허/보호범 위/기술조사관/권리침해로 피소된 약품제조기술(工艺) 조사(查明)	0
	44	85	민사/외관디자인 특허 침해/디자인 특징/기능성(功能性) 특징/ 전체적인 시각효과(整体视觉效果)	2
	45	86	민사/식물 신제품권 침해/상호수권허가	0
	46	92	민사/식물 신제품권 침해/옥수수 품종 감정/DNA지문검측/유사품종/증명(举证)책임	0
	47	95	민사/금융대출계약/담보/최고액저당권	0
	48	96	민사/주주자격확인/최초의 정관(初始章程)/주주권양도제한/환매(回购)	0
일반민사 분야 지도성안례 참조안례건수 계				607
민사소송	1	2	민사소송/집행화해/상소취하(撤回上诉)/ 화해협의불이행/집행신청/1심판결	2
	2	7	민사소송/상소/ 신청취하(申请撤诉)/심사종결	0
	3	25	민사소송/보험인대위구상/관할	23
	4	34	민사소송/집행 재의(复议)/권리승계인/집행신청	13
	5	35	민사소송/집행 재의(复议)/위탁경매/악의	0

법률분야	연번	지도성 안례 번호	키워드(요약)	참조 안례 건수
			결탁(惡意串通)/경매 무효	
	6	36	민사소송/집행 재의(復議)/만기도래채권/협조이행	0
	7	37	민사소송/집행 재의(復議)/섭외 중재재결/집행관할/집행 기간 기산 신청	0
	8	56	민사소송/관할이의/재심기간	2
	9	68	민사소송/기업대출/허위소송(虛假訴訟)	5
민사소송 분야 지도성안례 참조안례건수 계				45
해사소송	1	16	해사소송/해사배상책임제한기금/ 해사배상책임한도액계산	0
해사소송 분야 지도성안례 참조안례건수 계				0
민사 분야 지도성안례(국가배상, 일반민사, 민사소송, 해사소송) 참조안례건수 계				652

※ 지도성안례를 법률분야별로 구분하여, 지도성안례번호가 순차적으로 나열되지 않을 수 있음.

[표 4]에서 보듯이, 2011년 12월 민사 분야에서는 최초로 2건(일반민사 사건 및 민사소송사건 각 1건)의 지도성안례가 공포된 이래 선정된 총 민사 분야 지도성안례 건수(61건) 대비 민사 분야 지도성안례를 참조한 판결문 건수는 총 652건이다. 그중에서 일반민사사건은 607건, 민사소송 사건은 45건 참조되었다.

지도성안례건수는 국가배상사건이 3건, 해사소송사건이 1건으로, 일반 민사사건이나 민사소송사건보다 참조대상이 되는 지도성안례건수인 모수

자체가 적어 참조될 여지가 적었으므로, 향후 국가배상 및 해사소송 분야 지도성안례의 증가에 따라 참조안례건수도 증가할 것으로 예상된다.

민사 분야 지도성안례 61건 중 한 번도 참조되지 않은 지도성안례는 국가배상 3건, 일반민사 20건, 민사소송 4건, 해사소송 1건으로 총 28건이다.

### Ⅲ. 형사 분야 지도성안례 참조안례건수

형사 분야 지도성안례 16건 중 일반형사사건은 15건, 형사소송사건은 1건이다. 형사 분야 지도성안례 세부분야별 지도성안례번호, 키워드 및 참조안례건수는 [표 5]와 같다.

[표 5] 형사 분야 지도성안례 세부분야별 지도성안례번호, 키워드 및 참조안례건수

법률분야	연번	지도성 안례 번호	키워드(요약)	참조 안례 건수
일반형사	1	3	형사/수뢰죄/“공동경영(合办)”회사수뢰/ 저가 주택구매(购房) 수뢰 이익도모(谋利) 승낙/수뢰액수 계산/수뢰세탁은폐(掩饰受贿退赃)	0
	2	4	형사/고의살인죄/결혼·연애로 분쟁 야기/자백하고 죄를 뉘우침(坦白悔罪)/사형집행유예/한정감형	0
	3	11	형사/횡령죄/직무상 편의(职务便利)/토지사용권 편취	1
	4	12	형사/고의살인죄/민간갈등야기(民间矛盾)	1

법률분야	연번	지도성 안례 번호	키워드(요약)	참조 안례 건수
			引发)/친족체포협조(亲属协助抓捕)/누범/ 사형집행유예/한정감형	
	5	13	형사/위험물질 불법거래·저장/유독물질	1
	6	14	형사/강도죄/미성년자범죄/금지명령(禁止令)	6
	7	27	형사/절도/사기/ 정보통신시스템(信息网络)이용	0
	8	28	형사/노동보수 지급거부죄/고용(用工)주체자격을 갖추지 못한 단위나 개인	3
	9	32	형사/위험운전(危险驾驶)죄/경쟁운전(追逐 竞驶)/죄질이 나쁨(情节恶劣)	0
	10	61	형사/미공개정보이용거래죄/법정형 인용/특히 심각한 정황(情节特别严重)	2
	11	62	형사/계약사기/ 금액범(数额犯)/기수/미수	1
	12	70	형사/독성·유해(有害) 식품 생산·판매죄/독성·유해한 비식품원료	0
	13	71	형사/판결·재정의 집행 거부죄/기산시간	0
	14	87	형사/등록상표위조죄/불법매출액/ 온라인판매/가짜상품평	0
	15	93	형사/고의상해죄/인신의 자유 불법제한/정당방위/과잉방위	0
일반형사 분야 지도성안례 참조안례건수 계				15
형사소송	1	63	형사소송/강제의료/지속적 사회위해가능성 있음(有继续危害社会可能)	0
형사소송 분야 지도성안례 참조안례건수 계				0

법률분야	연번	지도성 안례 번호	키워드(요약)	참조 안례 건수
형사 분야 지도성안례(일반형사, 형사소송) 참조안례건수 계				15

※ 지도성안례를 법률분야별로 구분하여, 지도성안례번호가 순차적으로 나열되지 않을 수 있음.

[표 5]에서 보듯이, 2011년 12월 형사 분야에서는 최초로 2건(일반형사 사건 2건)의 지도성안례가 공포된 이래 선정된 총 형사 분야 지도성안례 건수(16건) 대비 형사 분야 지도성안례를 참조한 판결문 건수는 총 15건이다. 그중에서 일반형사사건은 15건 참조되었다.

지도성안례건수는 형사소송사건이 1건으로, 일반형사사건보다 참조대상이 되는 지도성안례건수인 모수 자체가 적어 참조될 여지가 적었으므로, 형사소송 분야 지도성안례의 증가에 따라 참조안례건수도 증가할 것으로 예상된다.

형사 분야 지도성안례 16건 중 한 번도 참조되지 않은 지도성안례는 일반형사 8건, 형사소송 1건으로 총 9건이다.

#### IV. 행정 분야 지도성안례 참조안례건수

행정 분야 지도성안례 19건 중 일반행정사건은 11건, 행정소송사건은 8건이다. 행정 분야 지도성안례 세부분야별 지도성안례번호, 키워드 및 참조안례건수는 [표 6]과 같다.



[표 6] 행정 분야 지도성안례 세부분야별 지도성안례번호, 키워드 및 참조안례건수

법률분야	연번	지도성 안례 번호	키워드(요약)	참조 안례 건수
일반행정	1	5	행정/행정허가/행정처벌/규장(规章)참조/ 영업관리	12
	2	21	행정/인민방공(人防)/행정징수/방공지하실 (防空地下室)/전지건설비(易地建设费)	2
	3	26	행정/정부정보공개/인터넷신청(网络申请)/ 답변기한경과(逾期答复)	5
	4	40	행정산업재해인정/업무상 원인(工作原因)/ 업무장소/업무상 과실(工作过失)	4
	5	60	행정/행정처벌/ 식품안전기준/식품라벨(标签)/식품설명서	198
	6	76	행정/행정협의/계약해석/ 사법심사/법률적 효력(法律效力)	2
	7	88	행정/행정허가/기한/고지의무/ 행정절차/확인/위법판결	0
	8	89	행정/공안행정등기/성명권/ 공서양속/정당한 이유	0
	9	90	횡단보도 통과 중	0
	10	91	행정/행정배상/강제철거/ 증명책임/시장합리적가치	0
	11	94	행정/행정확인/산업재해간주(视同工伤)/정 의를 위해 용감히 나서다(见义勇为)	0
일반행정 분야 지도성안례 참조안례건수 계				223
행정소송	1	6	행정소송/행정처벌/거액(较大数额)의 재산몰수/청문절차(听证程序)	2
	2	22	행정소송/수리범위(受案范围)/회답(批复)	15

법률분야	연번	지도성 안례 번호	키워드(요약)	참조 안례 건수
	3	38	행정소송/증서발급/고등교육기관(高等学校)/ 수리범위/정당한 절차	2
	4	39	행정소송/학위/수여고등교육기관(高等学校)/ 학술자치	0
	5	41	행정소송/입증책임/구체적 법률조항 미인용(未引用具体法律条款)/법률 적용의 착오(适用法律错误)	19
	6	59	행정소송/수리범위/행정확인/소방검수/등 록(备案)결과통지	0
	7	69	행정소송/산업재해인정/절차적 행정행위/수리	2
	8	77	행정소송/고발·회답(举报答复)/ 수리범위(受案范围)/원고적격	26
행정소송 분야 지도성안례 참조안례건수 계				66
행정 분야 지도성안례(일반행정, 행정소송) 참조안례건수 계				289

※ 지도성안례를 법률분야별로 구분하여, 지도성안례번호가 순차적으로 나열되지 않을 수 있음.

[표 6]에서 보듯이, 2012년 4월 행정 분야에서는 최초로 2건(일반행정 사건 및 행정소송사건 각 1건)의 지도성안례가 공포된 이래 선정된 총 행정 분야 지도성안례 건수(19건) 대비 행정 분야 지도성안례를 참조한 판결문 건수는 총 289건이다. 그중에서 일반행정사건은 223건, 행정소송 사건은 66건 참조되었다.

지도성안례건수는 행정소송사건이 8건으로, 일반행정사건보다 참조대상이 되는 지도성안례건수인 모수 자체가 적어 참조될 여지가 적었으므로, 행정소송 분야 지도성안례의 증가에 따라 참조안례건수도 증가할 것

으로 예상된다.

행정 분야 지도성안례 19건 중 한 번도 참조되지 않은 지도성안례는 일반행정 5건, 행정소송 2건으로 총 7건이다.

## V. 종합적 분석

이상에서 살펴본 바와 같이, 지도성안례를 참조한 판결문 건수는 2018년 9월 기준 총 956건으로(민사 분야 지도성안례 652건, 형사 분야 지도성안례 15건, 행정 분야 지도성안례 289건), 선정된 총 지도성안례 건수(96건) 대비 10배 가량 참조되어 재판에 미치는 영향력을 실증하고 있다. 2014년 이후 법관이 적극적으로 인용한 참조율은 50% 이상을 유지하고 있다.<sup>130)</sup>

해당 법률분야별로 살펴보면, 선정된 총 민사 분야 지도성안례 건수(61건) 대비 민사 분야 지도성안례를 참조한 판결문 건수는 총 652건으로, 그중에서 일반민사사건은 607건, 민사소송사건은 45건 참조되었다([표 4] 참조). 선정된 총 형사 분야 지도성안례 건수(16건) 대비 형사 분야 지도성안례를 참조한 판결문 건수는 총 15건으로, 그중에서 일반형사사건은 15건 참조되었다([표 5] 참조). 선정된 총 행정 분야 지도성안례 건수(19건) 대비 행정 분야 지도성안례를 참조한 판결문 건수는 총 289건으로, 그중에서 일반행정사건은 223건, 행정소송사건은 66건 참조되었다([표 6] 참조).

다음 [표 7]에서는 지도성안례 참조안례건수를 법원등급별, 재판절차별, 재판연도별로 정리하였다.

---

130) 北大法宝, “最高人民法院指導性案例司法應用年度比較分析報告——以2011-2017年應用案例爲研究對象”(2018年第9期, 法宝總第20期)(<https://www.pkulaw.com/>, 北大法宝> 法宝周視点> 案例報告, 2020. 6. 13. 최종접속). 이 통계자료에는 지도성안례 번호를 적시하지 않은 경우가 포함되는 등 본 논문과 조사방법 및 시점이 달라 수치에 차이가 있을 수 있음.

[표 7] 법원등급별, 재판절차별, 재판연도별 지도성안례 참조안례건수

법원등급별	참조안례 건수	재판절차별	참조안례 건수	연도별	참조안례 건수
최고인민법원	9	1심	411	2013년	3
고급인민법원	68	2심	474	2014년	43
중급인민법원	486	재심	7	2015년	68
기층인민법원	393	재심심사 및 재판감독	28	2016년	186
		기타	4	2017년	502
				2018년	145
<b>총계</b>	<b>956</b>	<b>총계</b>	<b>924</b>	<b>총계</b>	<b>947</b>

※ 중국재판문서망(中國裁判文書網)에서 각 지도성안례번호별 범주정보를 찾아 정리함(<http://wenshu.court.gov.cn/>, 검색일: 2018. 9. 16., 2018년은 2018. 1. 1.부터 2018. 9. 16.까지).

※ [표 3]에서 보듯이 참조안례건수는 2018년 9월 기준 총 956건이나, 시스템상 재판절차별/연도별 범주화과정에서 일부 누락 부분이 발생해 총계에 오차가 발생한 것으로 보임.

2011년 연말 처음으로 선정된 지도성안례는 2013년 5월을 시작으로 최근까지 총 956건 참조되었고(2018년 9월 기준), 참조 건수는 해가 갈수록 늘어나는 추세다. 안례의 응용은 해가 갈수록 증가하고 있고, 증가속도도 비교적 빠르다.<sup>131)</sup>

131) 北大法宝, “最高人民法院指導性案例司法應用年度比較分析報告——以2011-2017年應用案例爲研究對象”(2018年第9期, 法宝總第20期)(<https://www.pkulaw.com/>, 北大法宝> 法宝周視點> 案例報告, 2020. 6. 13. 최종접속). 이 통계자료에는 지도성안례 번호를 적시하지 않은 경우가 포함되는 등 본 논문과 조사방법 및 시점이 달라 수치에 차이가 있을 수 있음.

법원등급별로는 중급인민법원에서 지도성안례를 486건 참조하여 가장 많이 참조하였고, 이어 기층인민법원, 고급인민법원, 최고인민법원 순으로 지도성안례를 참조하였다.

재판절차별로는 2심에서 지도성안례를 474건 참조하여 1심보다 그 참조 건수가 많았고, 이밖에 재심심사 및 재판 감독 절차나 집행 등 기타 절차에서도 지도성안례가 참조되고 있는 것을 알 수 있다.

일련의 실증적 연구는 이미 안례지도제도가 아직까지는 매우 괜찮은 참고적 효력을 갖추지는 못하였음을 지적하였다. 유사안건에서 지도성안례를 참조하지 않았을 뿐만 아니라 지도성안례의 공포 이후에도 재판결과는 여전히 달랐다. 법학자들은 지도성안례가 역할을 더욱 잘 발휘하도록 여러 가지의 제안을 하였는데, 예를 들면 “지도성안례의 인용률”을 내부 인사고과 체계의 한 요소로 채택하여 감독 및 장려제도를 수립하자는 것이다. 이러한 제안들은 모두 현재 사법제도 행정화의 행정적 수단을 이용하자는 것이다. 실질적으로, 오늘날의 제도 중에는 이미 많은 ‘비율’이 있는데, 예를 들면 사건 수리율, 1심 종결률, 조정(調解)종결률 및 집행 종결률이 그것이다.<sup>132)</sup> 법학자들은 “지도성안례 인용률”을 내부평가제도의 요소로 포함시키자는 제안을 했고, 최고인민법원은 이를 고려하고 있다.<sup>133)</sup>

아직 만족할 만한 수준은 아니지만 지도성안례는 각급법원의 판결문에 참조되며 지도적 역할을 수행해나가고 있다.<sup>134)</sup> 2015년 말 181개의 지도성안례 참조안례가 있었던 데 비해, 2016년 말에는 총 519개 지도성안례 참조안례에서 지도성안례를 명확하게 참조하였다.<sup>135)</sup> 지도성안례의 구체

---

132) 鄧矜婷 著, 指導性案例的比較與實証, 中國人民大學出版社, 2015, 第35頁.

133) Jinting Deng, 위 논문, p. 44, p. 85; 陳燦平, “案例指導制度中操作性難點問題探討”, 法學雜誌, 2006(03), 第101頁, 第102頁.

134) 강광문·김영미, 위의 책, 275면.

135) 熊美英, “中國指導性案例和美國判例(指導性案例研討會摘要)”, 斯坦福法學院, 2017, 第1頁, 第2頁(본 논문과 조사방법 및 조사시점이 달라 수치에 차이가 있을 수 있음).

적인 참조 방법(재판이유에 지도성안례번호 및 재판요지 적시)에 대해 규정하고 있는 《실시세칙》이 2015년 6월에서야 공포되었음을 감안하면, 향후 참조안례건수의 증대로 지도성안례가 중국의 사법 실무에서 더욱 적극적인 역할을 발휘해나갈 것으로 기대한다.<sup>136)</sup>

안례지도제도는 중국의 법치 건설의 발전과정에 중요한 의의가 있으나, 중국 특색의 안례지도제도의 수립은 아직 사회적으로 광범위한 공감대를 형성하지 못하였다.<sup>137)</sup> 안례지도제도는 중국 사법당국의 위계질서 하에서 확립되기 위해 분투해왔고, 아직은 걸음마 단계다.<sup>138)</sup> 법해석의 모호함과 판결의 일관성 문제는 전혀 새로울 것이 없으며, 법률 적용의 통일을 돕기 위한 판례법의 사용은 많은 법적 전통에서 중요한 역할을 해 왔다. 이러한 오랜 관행에도 불구하고, 아니면 아마도 그 관행 때문에, 중국의 새로운 안례지도제도에는 아직 많은 도전이 남아 있다. 지도성안례의 낮은 공포율과 사용률을 극복하려면 부단한 노력이 필요하다.<sup>139)</sup> 다만 현재 지도성안례의 형성과정에서 사법통일을 위해 단기적으로는 안례지도제도를 강조할 필요가 있지만, 지도성안례를 너무 강조하다 보면 장기적으로는 사법부 재판 자율성의 침해 우려가 있다는 점을 경계해야 하고, 오히려 지도성안례가 너무 많아지는 것도 보통의 안례와의 차이가 모호해질 수 있으므로 경계해야 할 것이다.

---

136) 강광문·김영미, 위의 책, 275면.

137) 左衛民·陳明國 主編, 中國特色案例指導制度研究, 北京大學出版社, 2014, 第 44-45頁.

138) Harvard Law Review Association, 위 논문, p. 2213, p. 2215.

139) See Harvard Law Review Association, 위 논문, p. 2213, p. 2234.

## 제 6 장 결론

### I. 요약

본 논문에서는 2010년 최고인민법원이 도입한 안례지도제도와 관련하여, 지도성안례의 법적 성격을 유사안건에 관한 장래의 재판에서 반드시 참조해야 하는 절대적 참조 사항으로서 법령 해석 적용의 지침으로 규명하였다. 이를 위해 지도성안례의 법적 성격을 우리의 판결이나 판례, 영미법계의 판례 및 중국의 사법해석과 비교 검토하고, 실증연구를 통해 이론적 주장을 뒷받침하였다.

논의의 배경으로 공산당의 영도를 핵심으로 하는 중국 사법제도의 특징을 살펴보고, ‘제한된 사법독립’이라고 평가할 수 있는 중국 사법제도의 특징으로 정법위원회를 중심으로 한 공산당의 영도와 심판위원회를 중심으로 한 법원 운영의 행정화에 주목하였으며, 공산당의 영도라는 특성에도 불구하고 중국의 사법통일을 어렵게 하는 변수로서 4급 2심 중심제의 심급제도, 지방보호주의와 법관의 자질 부족과 같은 문제점을 지적하고 이를 극복하기 위한 방법의 하나로 최고인민법원이 안례지도제도를 도입하였음을 살펴보았다.

우리나라에서 판례는 법령의 해석 적용에 관한 대법원의 의견 중 주론을 의미한다고 규정하고, 법원리론에 기초한 법해석론, 헌법상 평등의 요청과 신뢰보호의 원칙으로부터 판례의 일반적 준거력을 도출하였다. 심급제도의 구조상 상급심의 선례는 하급심의 법관들에게 사실상 강한 준거력이 있다는 점과 안건의 효율적인 처리를 위해 판결과정에서 경로 의존성이 작용한다는 점을 살펴보았다. 개별 판례의 준거력은 해석 적용대상 법령의 문언 자체 혹은 법령의 입법목적 등에서 비롯되며, 판례의 준

거력은 문언과 입법목적 등을 규범 조화적으로 해석함으로써 도출된다고 결론지었다.

법령은 태생적으로 불완전성을 지니고 있고, 생래적으로 법령 해석의 문제를 야기하는데, 특히 해석대상 법령이 원칙적 규정을 중심으로 구성되어 있는지, 개별 구체적 사례를 규율하는 세부사항을 중심으로 구성되어 있는지에 따라 해석의 여지가 달라진다는 점을 검토하였고, 법관의 법 형성은 법령의 불완전성에 기인하는 필연적인 결과이므로, 법관의 법 형성이 모든 경우에 의회의 입법권에 대한 침해가 된다고는 할 수 없음을 밝혔다.

판례변경과 관련해서는 영미법계의 선례구속의 원칙에 따르더라도, 하급심법원은 자신이 다루는 사건이나 적용할 법이 선례에 적용된 사실관계나 법과 다르다는 이유로 선례의 적용에서 벗어날(distinguishing) 수 있다는 점을 확인하였다.

지도성안례는 우리 판례와 마찬가지로 다른 안건에 대한 법률적 구속력은 없으나, 판례의 경우 하급심 법관이 인용 여부를 자유롭게 결정할 수 있는데 비해 지도성안례는 하급심 법관이 유사안건에서 반드시 참조하여야 하고, 생성 기재 상 주로 최고인민법원의 사법 외의 권력에 의존하여 법률과 같이 하향식으로 적용된다는 차이를 지적하였다. 사법해석은 법률적 구속력이 있으므로 사법해석의 효력은 지도성안례보다 강력하지만, 양자 모두 법률 적용의 통일과 법률의 흠결 보충이라는 동일한 목적을 가지고 상호 보완적인 기능을 수행한다는 점을 밝혔다.

지도성안례의 지도력에 관한 중국 학계의 인식을 살펴보고, 지도성안례의 일반적 지도력으로서 법원리, 헌법, 실정법, 지도성안례의 선정 절차, 개별적 지도력으로서 해석 적용대상 법령의 문언과 입법목적 등을 제시하였다. 특히 지도성안례의 실정법상 절대적 참조 효력과 관련하여, 지도성안례의 지도력은 법원리와 헌법, 심급제도 등에서 비롯되고 최고법원의 권위에 의해 강력한 힘을 부여받는다는 점에서는 영미법계의 선



례구속의 원칙 및 우리 판례의 준거력과 공통점이 있지만 지도성안례의 지도력은 장래의 유사한 재판에서 법관은 지도성안례를 반드시 참조하여야 하고, 후속 재판에서 당사자 등이 지도성안례를 변론 이유로 삼는 경우 반드시 지도성안례의 참조 여부 및 그 이유를 밝혀야 하는 절대적 참조사항으로, 기본적으로 선례에 구속될 것을 전제하는 영미법계의 선례구속의 원칙과도 다르고 법원성(法源性)을 인정하지 않고 있는 우리 판례의 준거력과도 다르다고 검토하였다.

지도성안례의 지도력은 우리 판례의 준거력과 달리 지도성안례의 선정 절차에서 비롯된다. 우리나라의 경우 대법원의 법령 해석 적용에 관한 의견만 판례가 되는데 비해 중국에서는 각급 법원의 법령 해석 적용에 관한 의견이 모두 지도성안례가 될 가능성이 있고, 각급 법원의 안례를 지도성안례로 선정하는 과정에서 안례에 대한 심사와 편집이 이루어지는데, 바로 이러한 지도성안례 선정 절차로부터 지도성안례의 지도력이 도출되며, 선정 절차에서 최고인민법원이 갖는 직권상 전속성, 소송절차 밖에서의 지도성안례 선정, 지도성안례 출처의 초심급성이 지도성안례의 지도력만의 특징이다.

한편 중국에서는 민주집중제의 원칙에 따라 모든 국가기관은 입법부라고 할 수 있는 최고권력기관으로부터 권한을 위임받고 그 통제하에서 활동하여야 하기 때문에 입법부 우위의 권력구조를 보이게 된다. 기본적으로 안례를 통한 법률해석은 법원이 사법해석을 행사하는 정당한 방법이며, 사법부는 이를 통해 법률해석 방법을 보급할 수 있다. 다만 입법권 침해 논의와 관련하여 최고인민법원이 자신이 심리한 일부 안례를 지도성안례로 선정하는 것은 문제될 것이 없으나 하급심법원 개별안건의 심리에는 참여하지 않으면서 하급심법원의 개별안건을 지도성안례로 선정하는 부분에 의문이 제기될 수 있는데, 현 상태에서 안례지도제도가 사법의 경계를 넘어 강제력을 갖는 입법의 영역으로 진입한 것은 아니라는 점을 살펴보았다.

지도성안례는 새로운 법률·행정 법규 또는 사법해석과 서로 충돌하거나 새로운 지도성안례로 인하여 대체되는 경우 지도력을 상실하게 되는데, 지금까지 지도성안례의 변경은 없었으므로, 지도성안례의 변경이 관례의 변경이나 선례의 변경과 같은 명시적인 방법으로 이루어질지 여부에 대해서는 아직 더 관찰이 필요하다.

장래의 재판에서 합리적인 이유를 고려하여 지도성안례의 적용 여부를 결정한 경우가 많다는 실증연구 결과를 바탕으로, 지도성안례의 절대적 참조 효력이 관례법과 같이 지도성안례의 효력을 장래의 재판에 강제함으로써 사법부의 권한을 넘어서서 입법권을 침해하는 것은 아니라는 점을 확인하였다. 본 논문은 다른 판결에서 지도성안례를 인용한 건수를 직접 산출함으로써 중국 측 통계자료에 결여된 명확한 산출 근거를 제시하고 지도성안례의 영향력을 실증하였는데, 안례지도제도에 따른 최근까지의 각급 인민법원의 지도성안례 참조안례건수는 총 956건이며(2018년 9월 기준), 그중에서 민사 분야 지도성안례는 652건, 형사 분야 지도성안례는 15건, 행정 분야 지도성안례는 289건 참조되었다.

## II. 결어

안례지도제도가 시행된 역사가 짧아 국내뿐 아니라 국외에서도 관련 선행연구가 풍부하지 않고, 국외자료에서는 안례지도제도를 주로 영미법계의 관례법제도와 대비하였으나 본 논문은 안례지도제도를 영미법계의 관례법제도 외에도 우리나라의 관례제도와 비교하고, 우리나라 관례의 준거력에 대한 검토를 바탕으로 지도성안례의 지도력을 규명해내었으며, 분야별로 지도성안례가 장래의 재판에서 인용되는 모습을 실증하여 명확한 산출 근거를 제시하고 지도성안례의 영향력을 검증하는 등 동 제도의 발전 경과를 독창적으로 조명하였다는 성과가 있다.

안례지도제도의 도입으로 유사안건에 대한 재판에서 어느 정도 유사한

결론을 도출할 수 있게 되었다. 하급심 재판에서 반드시 참조해야 하는 안례를 지도성안례로 선정함으로써 광활한 영토와 다양한 민족을 기반으로 일어나는 복잡다기한 사안에 대해 재판의 질을 일정 정도 조절할 수 있게 된 것으로, 안례지도제도는 4급 2심 중심제의 심급제도, 지방보호주의와 법관의 자질 부족의 문제를 극복하는 수단으로 연착륙할 것이다. 지도성안례의 지도력은 대륙법계에서 법원(法源)이 아닌 판례에 부여할 수 있는 최고의 효력이라고 생각된다. 향후에는 당사자 등이 변론 이유로 삼지 않더라도, 판결문에 지도성안례의 참조 여부를 반드시 적시하도록 하는 방법 등을 통해 그 지도력을 더욱 강화할 수 있을 것이다.

안례지도제도는 독특한 중국의 국가 제도 및 사법제도를 배경으로 이해하여야 한다. 영미법계에서 판례가 장래의 재판에서 자연스럽게 ‘선택’되어 판례로서 서서히 형성되어나가는 것과 달리, 최고인민법원이 다소 인위적으로 보이는 안례지도제도를 전격적으로 도입한 이면에는 중국 법원이 처한 제한된 사법독립의 상황 및 우리와 달리 4급 2심 중심제로 인해 하급심법원에 대한 적절한 통제가 어렵고 전국적으로 균질한 재판수준을 확보하기 어려운 등의 최고인민법원 나름의 사정이 있는 것이고 이러한 사정을 벗어나 안례지도제도 그 자체만 살피는 실수를 범해서는 안 될 것이다.

다만 중국 사법제도가 처한 현실이 상대적으로 절박하다고 해서 최고인민법원이 사법 외의 방법으로 지도성안례를 선정하는 데 대한 비판이 해소되는 것은 아니다. 우리나라 판례의 준거력은 자연스러운 사법절차 내에서 발생하고 장래의 재판에 영향을 미친다. 그런데 지도성안례의 지도력은 자생적으로 발생하는 것이 아니라 최고인민법원이 인위적으로 부여한다는 점에 큰 차이가 있다. 아직은 안례지도제도가 발전 단계에 있어 재판의 독립보다는 사법통일의 필요성에 더 큰 비중을 두는 것이겠지만, 장기적으로는 안례지도제도가 법관의 재량을 제한할 수 있다는 문제점이 부각될 것이다. 즉 안례지도제도가 사법통일의 문제를 해소하는 데는 기여할 것이나, 사법통일의 문제점이 극복되어 나감에 따라 그 반대

급부로 오히려 안례지도제도가 하급심 법관의 사법 재량을 제한할 수 있다는 문제점이 수면 위로 부상할 것이다.

중국의 안례지도제도는 재판에 대한 질적 통제를 시도하고 있다는 점에서 우리나라의 사법 실무에서도 영감을 얻을 만한 점이 있는지 살펴볼 여지가 있다. 무엇보다도 유사안건에 있어서 판결의 결과가 서로 달라지는 경우, 국민은 판결의 결과가 공평하지 못하다고 받아들여지게 되는데, 안례지도제도가 사법부에 대한 신뢰 회복 방법의 하나로서 유사안건에 대한 서로 다른 판결의 문제를 해소하기 위하여 도입되었다는 점에 주목할 만하다.

아직은 안례지도제도가 발전해나가는 단계이므로 지금으로서는 지도성안례의 절대적 참조 사항으로서의 지도력의 명확한 모습을 확인하기는 어려우나, 법령 해석 적용의 지침이 되는 지도성안례 지도력의 기본적인 법적 성질에 주목해보면, 이는 우리 법제에서 판례가 이미 수행하고 있는 기능인 것이고, 지도성안례는 아마도 기존 판례의 이러한 기능에 주목해 그 지도력을 더욱 강화해보고자 마련한 제도라고도 이해할 수 있다.

최고인민법원은 안례지도제도의 중국적 특색을 강조하고 있지만, 지도성안례의 지도력에 대한 논의도 기존의 영미법계 논의의 연장선에서 이해할 수 있듯이, 지도성안례의 지도력과 우리 판례의 준거력에는 유사한 점이 많다. 물론 지도성안례의 출처는 최고인민법원의 판례에 국한되지 않는다는 점, 독특한 선정 절차를 거침으로써 사법절차라기보다는 최고인민법원의 행정절차가 개입된다는 점, 무엇보다 이 모든 절차는 공산당의 영도를 받는다는 차이가 있다. 이러한 차이는 양 법계의 심급제도 등 사법제도의 차이에서 기인하는데, 특히 광활한 중국대륙에서 사법통일의 필요성이 컸다는 점도 고려하여야 한다. 상대적으로 절박하다고 볼 수 있는 사법통일의 목표를 이루기 위해 최고인민법원은 지도성안례의 ‘절대적 참조’ 효력으로 법관을 지도함으로써 각급 인민법원이 유사안건 재

판 시 지도성안례를 참조하도록 강제하는 방법을 통하여 지도성안례가 실무에서 지도적 역할을 수행해나가도록 하였다.

《인민법원조직법》 제10조가 이미 최고인민법원이 최고의 심판기관으로서 각급 인민법원의 심판사무를 감독한다고 규정하고 있었으나, 2018년 10월 같은 법 제18조 및 제37조 제2항에 최고인민법원의 법률응용에 대한 해석권과 지도성안례 공포권을 명시함으로써 최고인민법원의 최고 심판기관으로서의 위상이 한층 제고되고 최고인민법원의 각급 인민법원 감독사무의 구체화·실질화가 이루어질 것으로 보인다. 지도성안례는 판사와 소송 당사자로 하여금 지도성안례에 더 많은 주의를 기울이게 함으로써 최고인민법원으로부터 기대되는 더 많은 조치와 함께 중국 사법절차에서 점점 더 중요한 역할을 할 것이다. 구체적으로는 지도성안례의 재판 요지와 재판이유는 최소한 유사성을 지닌 사안들과 심지어 일반적인 사안들의 장래의 재판에서 막대한 영향을 미치게 될 것이다.

지도성안례는 사회의 광범위한 관심의 대상이 되어야 하고, 원칙적, 전형적이면서도 복잡하거나 새로운 법리를 담을 수 있어야 한다. 즉, 지도성안례는 유사안건에 있어 모범적인 선례로서, 법원에서 처리하는 새로운 사건을 지도하는 본보기가 된다. 지도성안례의 선정 요건에 포섭되는지 여부에 대한 판단이 어렵다는 점, 본안과 지도성안례와의 유사성을 판단하는 방법을 제시해달라는 점, 지도성안례의 추천 절차에 보완이 필요하다는 점, 지도성안례의 수량 부족에 대한 지적, 특히 지도성안례의 불명확한 효력 등 지도성안례의 제도개선에 대한 요청은 당장 해결할 수 있는 부분이라기보다는 시간이 지나면서 점차 제도의 운용과정에서 필요한 부분이 하나씩 하나씩 구체화해가면서 결국 해결되어 나갈 것이다.

적어도 본 논문을 통해 지도성안례가 향후 한중 간 분쟁 해결의 기준으로 필수적으로 고려됨으로써 우리 국민이 중국과의 교류에 있어서 벌어질 수 있는 문제 상황을 사전에 회피하고, 유사안건에서 분쟁 결과에 대한 예측 가능성을 높이게 되기를 기대한다. 그러기 위해서는 향후

에도 최고인민법원에서 공포하는 지도성안례 및 관련 규정에 대한 추적을 계속하여 지도성안례의 지도력을 끊임없이 탐구해나가야 할 것이다.

필자는 지도성안례를 둘러싼 후속 연구를 통해 개별 지도성안례의 구체적인 판결내용에 대한 평석 뿐 아니라 본 논문에서 주장한 안례지도제도와 최고인민법원의 사법권 강화와의 상관관계를 증명하고, 한중교류 및 우리 사법제도에 있어서 안례지도제도가 가지는 의의를 지속적으로 발굴해나가고자 한다.

## 참 고 문 헌

### 국문(國文) 문헌

#### <단행본>

- 강광문·김영미, 중국법강의, 박영사, 2017.
- 곽윤직·김재형, 민법총칙(민법강의 I)(제7판), 박영사, 2011.
- 김경찬·서주연, 중국 사법개혁 현황과 시사점, 한국형사정책연구원, 2015.
- 김증한 편, 법률학사전, 법문사, 1999.
- 김현범, 중국의 사법개혁에 관한 연구, 사법정책연구원, 2019.
- \_\_\_\_\_, 중국의 사법개혁에 관한 연구(별책), 사법정책연구원, 2019.
- 라렌츠·카나리스, 허일태 옮김, 법학방법론, 세종출판사, 2000.
- 로널드 드워킨, 장영민 옮김, 법의 제국, 아카넷, 2004.
- 문준영, 법원과 검찰의 탄생, 역사비평사, 2010.
- 사법연수원, 중국법, 2010.
- 사사키 아타루, 송태욱 옮김, 잘라라, 기도하는 그 손을 - 책과 혁명에 관한 닷새 밤의 기록, 자음과 모음, 2012.
- 성낙인, 헌법학(제13판), 법문사, 2013.
- 양창수, 민법입문(제5판), 박영사, 2009.
- 이동민, 영미법상 판례변경의 법리 - 법원칙 모델을 중심으로-, 서울대학교 법학박사 학위논문, 2012.
- 정 철, 중국의 사법제도, 경인문화사, 2009.
- \_\_\_\_\_, 중국 헌법상 사법제도에 관한 연구, 서울대학교 법학박사

학위논문, 2008.

조영남, 중국의 법원개혁, 서울대학교출판문화원, 2012.

존 하트 일리, 전원열 옮김, 민주주의와 법원의 위헌심사, 나남출판, 2006.

지원림, 민법강의(제9판), 홍문사, 2011.

### <논문>

가정준, “법학교육에서 Leading Case의 의미”, 민사법학(44), 2009.

姜光文, “현대 중국에서의 법 이해에 대한 고찰—중국의 법 개념의 원류(源流)를 추적하는 작업의 일환으로—”, 서울대학교 법학(제56권 제3호), 2015.

강신중, “중국의 사법제도”, 민사법연구(제10집 제1호), 2002.

고학수·최준규, “법경제학적 관점에서 본 판례의 변경”, 민사판례연구(36), 2013.

공두현, “우리 대법원 법해석론의 흐름: 법실증주의, 법현실주의, 법원리론”, 법철학연구(제22권 제2호), 2019.

권영준, “민사재판에 있어서 이론, 법리, 실무”, 서울대학교 법학(제49권 제3호), 2008.

김도균, “우리 대법원 법해석론의 전환: 로널드 드워킨의 눈으로 읽기 —법의 통일성(Law’s Integrity)을 향하여—”, 법철학연구(제13권 제1호), 2010.

김영미, “중국의 안례지도제도에 관한 연구”, 비교사법(제26권 제3호), 2019.

김종구, “미국 연방대법원의 법해석과 텍스트주의”, 미국헌법연구(제21권 제3호), 2010.

김주, “중국 사법해석제도에 관한 고찰”, 비교사법(제15권 제2호),



2008.

- 남종호, “중국 사회주의 체제하에서의 사법체계운용 연구”, 국제지역연구(제13권 제3호), 2009.
- \_\_\_\_\_, “중국 사회주의 체제에서의 사법체계 운용 연구 - 사법권 독립행사기능 여부와 사법 감독권을 중심으로-”, 중국연구(제51권), 2011.
- 盧靑錫·司英傑, 中國의 案例指導制度에 관한 연구, 저스티스(제116호), 2010.
- 박우동, “대법원·대법원판결”, 민사판례연구(1), 1979.
- 박종근·이금일, “중국 사법독립의 현황과 문제점 및 향후 대책”, 강원법학(제41권), 2014.
- 서정우, “판례연구의 목적”, 민사판례연구(1), 1979.
- 손열, “기술·제도·경로의존성”, 한국정치학회보(제40집 제3호), 2006.
- 송민경, “판례의 규범력에 관한 연구”, 저스티스(제167호), 2018.
- 심준보, “판례 변경의 의의”, 민사판례연구(36), 2013.
- 양승규, “판례연구와 법학교육”, 민사판례연구(1), 1979.
- 오영준, “판례변경의 실제”, 민사판례연구(36), 2013.
- 윤일영, “판례의 기능”, 민사판례연구(1), 1979.
- 윤진기·한상돈 외, “중국법 연구의 현황과 과제 - 1997~1994년의 기간을 중심으로”, 중국법연구(창간호), 1997.
- 윤진수, “독일법상 판례의 의미”, 법조(제51권 제1호), 2002.
- \_\_\_\_\_, “판례의 무게 —판례의 변경은 얼마나 어려워야 하는가?—”, 법철학연구(제21권 제3호), 2018.
- 이계정, “신탁의 경제적 분석”, 법조(제69권 제4호), 2020.
- 이동진, “판례변경의 소급효”, 민사판례연구(36), 2013.
- 전대규, “중국의 사법해석에 관한 연구”, 사법(14호), 2010.

- 전찬희, “사법권 독립과 책임에 관한 연구”, 법이론실무연구 5(1), 2017.
- 정승·김민호, “중국의 법치주의와 사법제도”, 성균관법학(제19권 제1호), 2007.
- 제철웅, “영국의 선례 변경”, 민사판례연구(36), 2013.
- 조동제·완리, “중국 사법해석과 지도성사례의 관계검토”, 법학논총(제31권 제3호), 2019.
- 조영남, “중국의 법원개혁과 사법독립: 제1, 2, 3차 법원개혁 요강 분석”, 국제정치논총(제51집 제2호), 2011.
- 최봉경, “민법에서의 유추와 해석 - 판례를 거울삼아-”, 법철학연구(제12권 제2호), 2009.
- 최봉철, “미국의 법률해석론 개관”, 저스티스(제176호), 2020.
- 허욱, “중국의 안례 지도 제도에 관한 고찰”, 중국법연구(제18집), 2012.
- 홍순욱, “양형기준의 제정과 한계”, 저스티스(제139호), 2013.
- 홍일표, “판례의 형성과 구속력의 범위”, 일감법학(제12권), 2007.

## 중문(中文) 문헌

### <단행본>

- 陳興良 主編, 中國案例指導制度研究, 北京大學出版社, 2014.
- 鄧矜婷 著, 指導性案例的比較与實証, 中國人民大學出版社, 2015.
- 胡道才 主編, 法官的智慧—最高人民法院指導性案例·公報案例選評, 法律出版社, 2015.
- 胡云騰 主編, 最高人民法院指導性案例參照与适用, 人民法院出版社, 2012.

- 江必新 主編， 最高人民法院司法解釋与指導性案例理解与适用(第1卷)， 人民法院出版社， 2013.
- ， 最高人民法院司法解釋与指導性案例理解与适用(第2卷)， 人民法院出版社， 2014.
- ， 最高人民法院司法解釋与指導性案例理解与适用(第3卷)， 人民法院出版社， 2015.
- ， 最高人民法院司法解釋与指導性案例理解与适用(第4卷)， 人民法院出版社， 2016.
- 姜麗萍·劉斌 主編， 最高人民法院指導性案例研究， 中國檢察出版社， 2015.
- 江勇·馬良驥 等， 案例指導制度的理論与實踐探索， 中國法律出版社， 2013.
- 梁慧星 著， 民法總論(第4版)， 法律出版社， 2011.
- 劉銀龍， 刑事案例指導制度研究， 吉林大學博士學位論文， 2017.
- 人民出版社， 中共中央關於全面推進依法治國若干重大問題的決定， 2014.
- 人民出版社， 中國共產黨第十八屆中央委員會第五次全體會議公報， 2015.
- 王利明等著， 民法學(第3版)， 法律出版社， 2011.
- 吳香香 著， 民法的演進： 以德國近代私法理念与方法為線索， 世界知識出版社， 2012.
- 張騏·胡興東 等， 中國司法先例与案例指導制度研究， 北京大學出版社， 2016.
- 朱景文 主編， 中國法律發展報告2010(下冊)， 中國人民大學出版社， 2011.
- 左衛民·陳明國 主編， 中國特色案例指導制度研究， 北京大學出版社， 2014.

## <논문 및 발표문>

- 曹三明, “中國判例法的傳統與建立中國特色的判例制度”, 法律適用, 2002年(第12期).
- 陳燦平, “案例指導制度中操作性難點問題探討”, 法學雜誌, 2006(03).
- 陳金釗, “案例指導制度下的法律解釋及其意義”, 蘇州大學學報, 2011年(第4期).
- 陳衛東, “司法機關依法獨立行使職權研究”, 中國法學, 2014年(第2期).
- 范長波·李林澤, “淺議中國案例指導制度”, 法制博覽, 法制園地, 2017·02(中).
- 顧敏康, “引入判例法, 促進司法改革”, 法學家, 2004年(第4期).
- 郭叶·孫妹, “最高人民法院指導性案例司法應用情況2017年度報告”, 中國應用法學, 2018年(第3期).
- 何海波·劉飛, “判例在德國公權力結構中的作用分析-成文法國家中判例法的意義追問”, 中國案例指導制度的權建和應用, 法律出版社, 2012.
- 胡云騰, “關於案例指導制度的幾個問題”, 光明日報, 2014年01月29日 16 版.
- , “中國特色的案例指導制度與指導性案例”, 人民司法, 2014.
- 雷磊, “指導性案例法源地位再反思”, 中國法學, 2015年(第1期).
- 李斌, “從指導性案例看司法者釋法”, 中國檢察官, 2014年(第1期).
- 李友根, “指導性案例為何沒有約束力-以無名氏因交通肇事致死案件中的原告資格為研究對象”, 法制與社會發展, 2010年(第4期).
- 劉克毅, “論指導性案例的效力及其體系化”, 法治現代化研究, 2017年(第5期).
- 劉兆燕, “我國案例指導制度構建的設想”, 司法天地, 法制與社會,

2007.

劉穎，“論構建中國行政判例法的必要性”，黑龍江省正法管理幹部學院學報，2011年(第2期).

劉作翔，“我國爲什麼要實行案例指導制度”，法律適用，2006年(第8期).

宋曉，“判例生成與中國案例指導制度”，法學研究，2011年(第4期).

隋彭生，“居間合同委托人的任意解除權及‘跳單’—以最高人民法院《指導案例1號》爲例”，江淮論壇，2012年(第4期).

孫光宇·焦寶乾，“邁向法治新常態下的法律方法論研究”，山東大學學報（哲學社會科學版），2016年(第4期).

孫謙，“建立刑事司法案例指導制度的探討”，中國法學，2010年(第5期).

王晨光，“制度構建與技術創新—我國案例指導制度面臨的挑戰”，國家檢察官學院學報，2012年(第1期).

汪世榮，“判例在中國傳統法中的功能”，法學研究，2016年(第1期).

王繼福·王秀玲，“中國宜建立适合自己國情的判例指導制度”，燕山大學學報，2005年(第1期).

王雪聰，“論刑事判例制度的本土化”，公民與法，2011年(第8期).

王振民·王玄瑋，“論案例指導制度與司法統一，”中國案例指導制度的構建和應用，法律出版社，2012.

武建敏，“司法公信力的判例法立場”，河北法學，2011年(第3期).

吳美來·陸歐麗，“我國‘有限判例制度’的構建”，法律適用，2004年(第5期).

武樹臣，“激活判例機制 提昇司法權威”，河北法學，2011年(第3期).

熊美英，“中國指導性案例和美國判例(指導性案例研討會摘要)”，斯坦福法學院，2017.

許江·羅勇，“論法的不確定性與判例法之引進”，江蘇行政學院學報，2004年(第3期).

臧德勝，“以案例指導制度規範量刑協商的思考”，案例論壇，法律適用，

2020年(第6期).

張騏, “建立中國先例制度的意義與路經:兼答‘判例法’質疑”, 法律與社會發展, 2004年(第6期).

張榕, “通過有限判例制度實現正義-兼評我國案例指導制度的局限性”, 廈門大學學報, 2009年(第5期).

趙明坤, “論我國案例指導制度的完善”, 法制博覽, 法制園地, 2017. 7. (上).

周江洪, “上海中原物業顧問有限公司訴陶德華居間合同糾紛案’評釋”, 浙江社會科學, 2013年(第1期).

周偉, “通過案例解釋法律:最高人民法院案例指導制度的發展”, 當代法學, 2009年(第2期).

朱建敏, “構建案例指導制度的幾個具體問題-基於效力定位的視覺”, 法治研究, 2008年(第7期).

庄玉, “案例指導制度對法官自由裁量權的規範作用”, 法制博覽, 法律經緯, 2019年 5月(中).

## 영문(英文) 문헌

### <단행본>

Melvin Aron Eisenberg, Foundational Principles of Contract Law, Oxford University Press, 2018.

\_\_\_\_\_, The Nature of the Common Law, Harvard University Press, 1991.

William Blackstone, Commentaries on the laws of England 1(4v), Clarendon Press, 1765-69[고문헌(디지털콘텐츠)].

John Chipman Gray, The Nature and Sources of the Law,

Columbia University Press, 1916.

Randall Peerenboom, *China's Long March Toward Rule of Law*,  
Cambridge University Press, 2002.

John Salmond, *Jurisprudence*, Sweet and Maxwell(6th ed), 1920.

<논문>

Björn Ahl, “Retaining Judicial Professionalism: The New Guiding Cases Mechanism of the Supreme People's Court”, 2014 CHINA Q, 2014.

Danny J. Boggs·Brian P. Brooks, “Unpublished Opinions and the Nature of Precedent”, 4 Green Bag 2d 17, 2000.

Stephen Breyer, “On the Uses of Legislative History in Interpreting Statutes”, 65 S. CAL. L. REV, 1992.

Jerome Alan Cohen, “Reforming China's Civil Procedure: Judging the Courts”, *American Journal of Comparative Law*, Fall 1997.

Jinting Deng, “The Guiding case system in Mainland China”, *Frontiers of Law in China*(Vol. 10 NO. 3), September 2015.

\_\_\_\_\_, “A Functional Analysis of China's Guiding Cases”, *China: An International Journal*(Vol. 14 NO. 2), May 2016.

William N. Jr. Eskridge, “All about Words: Early Understandings of the “Judicial Power” in Statutory Interpretation, 1776-1806”, 101(No. 5) *Columbia Law Review*, 2001.

\_\_\_\_\_, “Dynamic Statutory Interpretation”, 135 *U. Pa. L. Rev*, 1987.

- \_\_\_\_\_, “Nino’s Nightmare: Legal Process Theory as a Jurisprudence of Toggling between Facts and Norms”, 57 St. Louis U. L. J, 2013.
- \_\_\_\_\_, “Overruling Statutory Precedents”, 76 Geo. L. J, 1988.
- Daniel A. Farber, “Statutory Interpretation and Legislative Supremacy”, 78 Geo. L.J, 1989.
- Fengping Gao, “China’s Guiding cases system as the Instrument to improve China’s Case guidance system, which includes both Guiding cases and Typical cases”, International Journal of Legal Information, Winter 2017.
- Arthur L Goodhart, “Determining the Ratio Decidendi of a Case”, 40 Yale L. J, 1930–1931.
- Harvard Law Review Association, “Chinese common law? Guiding cases and judicial reform”, Harvard Law Review[Vol. 129(8)], 2016.
- Xiaoyi Jiang·Ling Shao, “The Guiding case system in China, China”, China Legal Science(Vol. 1), 2013.
- Ying Jiang, “Lin Fangqing v. Changshu Kailai Industry Co. Ltd. and Dai Xiaoming”, Case Study, China Legal Science(Vol. 1), 2013.
- Zhiyu Li, “Innovation through Interpretation: How Judges make Policy in China”, Tulane Journal of International and Comparative Law, Spring 2018.
- Jocelyn E.H. Limmer, “China’s new ‘Common Law’: using China’s Guiding cases to understand how to do Business in the People’s Republic of China”, Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution,



2013.

- Sida Liu, “Beyond Global Convergence: Conflicts of Legitimacy in a Chinese Lower Court”, *Law and Social Inquiry*, Winter 2006.
- Jonathan R. Macey, “The Internal and External Costs and Benefits of Stare Decisis”, 65 *Chi.-Kent L. Rev.*, 1989.
- James Wm. Moore·Robert Stephen Oglebay, “The Supreme Court, Stare Decisis and the Law of the Case”, 21 *Tex. L. Rev.*, 1943.
- Caleb Nelson, “Stare Decisis and Demonstrably Erroneous Precedents”, 87 *Va. L. Rev.*, 2001.
- Tahirih V. Lee, “Exporting Judicial Review from the United States to China”, *Columbia Journal of Asian Law*, 19(2005).
- Tianyi Wang, “Legal Regulations on ‘Bypassing’ in the Intermediation Contract”, *China Legal Science*(Vol. 6), 2018.
- Weiguo Wang, “Shanghai Zhongyuan Property Consultancy Co. Ltd. v. Tao Dehua”, *China Legal Science*(Vol. 1), 2013.
- Erica S. Weisgerber, “Unpublished Opinions: A Convenient Means to an Unconstitutional End”, 97 *Geo. L. J.*, 2009.
- Mo Zhang, “Pushing the envelope: Application of Guiding cases in Chinese Courts and Development of Case Law in China”, *Washington International Law Journal*, April 2017.
- Taisu Zhang, “The Pragmatic Court: Reinterpreting the Supreme People’s Court of China”, *Columbia Journal of Asian Law*, Winter 2012.

## [부록 1] 지도성안례 분석

※ 지도성안례의 선정기준<sup>1)</sup>: ① 사회적 관심 ② 원칙적 법률규정 ③ 전형적 안례 ④ 복잡하거나 새로운 유형 ⑤ 기타 지도적 역할

※ 지도성안례의 선고법원: 지도성안례로 선정된 안례를 선고한 중심 법원을 말함.

지도성 안례	공포 연도	구분	선고 법원	쟁점	선정기준
1	2011	민사	중급	중개회사의 매물정보 이용 여부 판단기준	①②③⑤
2	2011	민사	중급	화해 협의 불이행의 효력	④⑤
3	2011	형사	고급	수뢰죄에서의 직무상 편의 이용	①②③⑤
4	2011	형사	고급	사형에서 한정감형 판단기준	①②⑤
5	2012	행정	기층	지방정부 규장으로 설정한 행정허가 및 행정처벌의 효력	①②③⑤
6	2012	행정	중급	행정절차위반(청문회 미개최)	①②⑤
7	2012	민사	최고	신청 취하 시 절차의 종결	②③⑤
8	2012	민사	고급	회사 경영관리에 중대한 어려움의 인정기준 및 회사해산	②③⑤
9	2012	민사	중급	유한책임회사의 청산의무 이행 주체	②③⑤
10	2012	민사	중급	회사결의취소 분쟁에서 심사범위	②③⑤
11	2012	형사	고급	횡령죄에서의 직무상 편의 이용	①②③⑤
12	2012	형사	고급	사형에서 한정감형 판단기준	①②⑤

1) 지도성안례의 선정기준은 《최고인민법원 안례지도사무에 관한 규정(最高人民法院關於案例指導工作的規定)》 제2조에 규정되어 있으나, 지도성안례별 선정기준은 명시되어 있지 않아 필자의 판단에 따라 기재하였다.

지도성 안례	공포 연도	구분	선고 법원	쟁점	선정기준
13	2013	형사	기층	유독물질의 불법 거래	②③⑤
14	2013	형사	기층	미성년피고인에 대한 금지명령	①②⑤
15	2013	민사	고급	관련회사(關聯公司) 인격혼동에서 연대책임	①②③⑤
16	2013	민사	고급	해사 배상책임 제한기금 설립 신청 시 법원의 심사범위	②③⑤
17	2013	민사	중급	자동차 판매사기	①②③⑤
18	2013	민사	기층	부당해고	①②③⑤
19	2013	민사	중급	번호판도용 자동차에 의한 교통사고에서 연대책임	②③⑤
20	2013	민사	최고	특허권침해의 판단기준	②③⑤
21	2013	행정	중급	건설단위의 방공(防空)지하실 건설의무	②③⑤
22	2013	행정	고급	행정소송의 수리범위(내부 행정행위)	①②⑤
23	2014	민사	기층	안전기준에 부합하지 않는 식품에 대한 배상 범위	①②⑤
24	2014	민사	중급	교통사고 가해자의 책임감경 사유	①②③⑤
25	2014	민사	기층	보험자대위소송에서의 관할법원	②③⑤
26	2014	행정	기층	네트워크시스템상 정부 정보공개신청일의 기산점	①②④⑤
27	2014	형사	고급	절도죄 및 사기죄(허위링크 클릭 유도)	①④⑤
28	2014	형사	기층	불법 고용 및 노동보수 지급거부죄	①②③⑤
29	2014	민사	고급	부정경쟁행위의 판단기준(기업 명칭의 약칭 무단 사용)	②③⑤
30	2014	민사	고급	부정경쟁행위의 판단기준(타인에 대한 권익침해)	②③⑤
31	2014	민사	전문	선박 충돌사고 책임판정의 근거(국제규칙)	②③⑤
32	2014	형사	기층	경쟁 운전(追逐競駛)의 죄질	①②⑤

지도성 안례	공포 연도	구분	선고 법원	쟁점	선정기준
33	2014	민사	최고	재산 저가 양도계약의 효력	②③⑤
34	2014	민사	최고	집행 절차 전 채권양수인의 법적 지위	②③⑤
35	2014	민사	최고	무효인 경매의 판단기준	①②③⑤
36	2014	민사	최고	채무 청산 시 집행법원의 집행범위	①②③⑤
37	2014	민사	고급	섭외 중재재결 집행에서 중국법원의 집행관할권 및 강제 집행기간의 기산점	②③⑤
38	2014	행정	중급	법률 등에 위배되는 고등교육기관의 교칙 등의 효력	①②⑤
39	2014	행정	중급	학위 수여 여부 결정의 효력	①②
40	2014	행정	고급	산업재해 인정 범위	①②③⑤
41	2014	행정	기층	구체적 행정행위와 법률 적용의 착오	①②⑤
42	2014	민사	최고	인신의 자유권 침해에 따른 위자료 액수 확정	①③⑤
43	2014	민사	최고	제3자 권익을 침해한 원 집행행위 취소 및 피집행재산 회복 행위의 착오 집행 여부	②⑤
44	2014	민사	최고	반환 장물 반환 시 국가 배상책임	②
45	2015	민사	고급	네트워크 서비스사업자의 부정경쟁행위 판단기준	④⑤
46	2015	민사	고급	지역적 특성을 가진 상품의 통용명칭 판단기준	②③⑤
47	2015	민사	최고	지명상품 모방에서 부정경쟁행위 판단기준	②③
48	2015	민사	고급	저작권법의 보호 범위	④⑤
49	2015	민사	고급	권리침해의 증명책임	②③⑤
50	2015	민사	기층	인공수정 출생자의 법적 지위	①②③⑤
51	2015	민사	중급	항공편 지연으로 인한 손실 배상책임	①②③⑤

지도성 안례	공포 연도	구분	선고 법원	쟁점	선정기준
52	2015	민사	최고	외부요인에 의해 초래된 피보험화물 손실의 부담 주체	②③⑤
53	2015	민사	고급	특허경영권 수익권의 법적 성질	②③⑤
54	2015	민사	고급	보증금 특별계좌와 금전 질권의 성립	①②④
55	2015	민사	최고	권리침해인정에서 특허권의 보호 범위	②③⑤
56	2015	민사	최고	관할이의 제기 시점	②③⑤
57	2016	민사	중급	채권최고액 내 보증인의 담보책임	①②③⑤
58	2016	민사	고급	전통상호와 유사한 상호의 상표등록(부정경쟁)	①②③⑤
59	2016	행정	중급	행정소송의 수리범위(행정확인)	②⑤
60	2016	행정	중급	식품 라벨의 강조표시	①②⑤
61	2016	형사	최고	미공개정보 이용거래죄의 법정형 산정방법	②⑤
62	2016	형사	중급	기수와 미수의 처리방법	②⑤
63	2016	형사	기층	강제의료에서 지속적 사회 위해가능성(继续危害社会可能) 판정 기준	①②⑤
64	2016	민사	기층	고지 없는 통신서비스 제한의 효력	①②③⑤
65	2016	민사	중급	특별수선충당금의 납부의무자	①②③⑤
66	2016	민사	중급	이혼소송에서 부부공동재산의 분할	①②③⑤
67	2016	민사	최고	주주권 양도계약 해제의 법리	①②
68	2016	민사	최고	허위소송에 대한 제재	②⑤
69	2016	행정	기층	행정소송의 수리범위(절차적 행정행위)	①②⑤
70	2016	형사	중급	유해(有害) 비식품원료의 인정 범위	①②④⑤
71	2016	형사	기층	판결·재정의 집행거부죄	②③⑤
72	2016	민사	최고	주택매매계약의 법률적 효력(法律效力)	①③⑤
73	2016	민사	고급	도급인의 우선변제권 행사기한의 기산점	②③

지도성 안례	공포 연도	구분	선고 법원	쟁점	선정기준
74	2016	민사	고급	제3자의 보험목적물에 대한 손해 여부 판단 및 대위구상권 행사	②③⑤
75	2016	민사	최고	사회단체의 환경보호 관련 활동 인정 범위	②③⑤
76	2016	행정	중급	행정협약의 약정 해석의 법률적 효력(法律效力)	②③⑤
77	2016	행정	기층	행정소송의 수리범위	①②⑤
78	2017	민사	최고	인터넷 영역에서 관련 시장의 확정	②④
79	2017	민사	최고	케이블TV 송신업무 경영자의 시장지배적 지위 인정	②④
80	2017	민사	중급	민간 문학예술 파생작품 표현에서의 저작권	②③
81	2017	민사	최고	권리침해 여부 판단에서의 실질적 유사성	②③⑤
82	2017	민사	최고	권리남용을 이유로 한 청구기각(상표권침해)	②③⑤
83	2017	민사	고급	권리침해를 당한 자가 네트워크 서비스 제공자에게 한 통지의 효력	①④
84	2017	민사	최고	약품 제조방법 특허의 권리침해 판단 및 조사방법	②③④
85	2017	민사	최고	외관디자인의 유사성 추정 및 입증 책임	②③
86	2017	민사	고급	식물 신품종 보유 당사자에 대한 상호 수권 허가 명령	⑤
87	2017	형사	중급	등록상표위조죄로 인한 위법소득액의 산정방법	②③⑤
88	2017	행정	최고	행정허가기한의 고지의무 및 행정행위의 위법확인	②③⑤
89	2017	행정	기층	새로운 성씨의 창설 가능 범위	①②④
90	2017	행정	중급	횡단보도에서 자동차 운전자의 정차의무	①②③⑤
91	2017	행정	고급	주택 강제철거에서 손실 배상의 범위	②③⑤
92	2017	민사	고급	동일품종 여부의 판정방법과 입증 책임	②③

지도성 안례	공포 연도	구분	선고 법원	쟁점	선정기준
93	2018	형사	고급	정당방위와 과잉방위	①②⑤
94	2018	행정	기층	산업재해 판단기준	①②③⑤
95	2018	민사	고급	변경등기 수속을 마치지 않은 최고액 저당권의 효력	①②③⑤
96	2018	민사	고급	유한책임회사의 주주자격 확인	④⑤
97	2018	형사	중급	불법경행행위의 판단기준	①②⑤
98	2018	민사	중급	공익을 위한 행위에서 위법성과 인과관계 부정	①②⑤
99	2018	민사	중급	영웅 열사(英雄烈士)에 대한 명예훼손 책임	①②③⑤
100	2018	민사	최고	식물 신품종권(植物新品种权) 침해의 인정 범위	②④
101	2018	행정	중급	정부 정보공개에서 피고의 검색의무	①⑤
102	2018	형사	기층	컴퓨터 정보시스템 파괴죄의 판단기준	④⑤
103	2018	형사	중급	컴퓨터 정보시스템 파괴죄의 판단기준	④⑤
104	2018	형사	중급	컴퓨터 정보시스템 파괴죄의 판단기준	④⑤
105	2018	형사	기층	온라인 도박장 개설죄	④⑤
106	2018	형사	중급	온라인 도박장 개설죄	④⑤
107	2019	민사	최고	국제물품매매계약의 적용 범위	②⑤
108	2019	민사	최고	해상 화물 운송계약의 적용 범위	②⑤
109	2019	민사	최고	독립보증의 효력	②③
110	2019	민사	최고	국제 구호 협약의 적용 범위	②⑤
111	2019	민사	최고	선하 증권의 효력	②⑤
112	2019	민사	최고	해사 배상책임 제한의 법리	②⑤
113	2019	행정	최고	성명권(姓名权)의 보호 범위	①②
114	2019	행정	최고	상표 국제등록의 효력	②③⑤

지도성 안례	공포 연도	구분	선고 법원	쟁점	선정기준
115	2019	민사	최고	특허 침해 소송절차에서 침해증지 가처분	②③⑤
116	2019	민사	최고	집행행위착오와 국가배상	②③⑤
117	2019	민사	최고	채무 이행 여부의 판단기준	②③⑤
118	2019	민사	최고	채권자 취소소송에서 반환의무	①②③⑤
119	2019	민사	최고	강제집행과 이의신청	②③
120	2019	민사	최고	보증인 재산에 대한 집행기준	①②⑤
121	2019	민사	최고	재산보전 집행안건에서 보관비용의 지급 주체	②③⑤
122	2019	민사	최고	집행법원의 청산순서	②③⑤
123	2019	민사	최고	채광권(采矿权) 양도계약의 효력	②③⑤
124	2019	민사	최고	화해 협의 불이행의 효력	④⑤
125	2019	민사	최고	온라인 사법 경매의 적용법조	①②④⑤
126	2019	민사	최고	화해 협의 이행의 효력	②③⑤
127	2019	민사	고급	해양환경오염자의 환경침해책임	②③⑤
128	2019	민사	기층	광 오염(光汚染)의 판단기준	①②④⑤
129	2019	민사	고급	위험폐기물로 인한 환경침해책임	①②④⑤
130	2019	민사	중급	오염물처리업체의 관리의무 및 오염자책임의 범위	①②④⑤
131	2019	민사	중급	환경오염자에 대한 공익소송	①②④⑤
132	2019	민사	고급	오염자의 배상책임 감경기준	①②④⑤
133	2019	민사	중급	오염자의 배상책임 감경기준	①②④⑤
134	2019	민사	중급	환경 민사 공익소송에서 침해증지 및 환경영향평가 재시행 명령의 효력	①②④⑤
135	2019	민사	중급	환경 민사 공익소송에서 환경오염 사실 성립의 추정	①②④⑤



지도성 안례	공포 연도	구분	선고 법원	쟁점	선정기준
136	2019	행정	중급	환경 행정 공익소송과 환경 민사 공익소송의 심리방법	②④⑤
137	2019	행정	기층	환경 행정 공익소송의 심사기준	①②④⑤
138	2019	행정	중급	수질오염물질 배출에 대한 행정처벌 기준	①②④⑤
139	2019	행정	기층	대기오염물질 배출에 대한 행정처벌 기준	①②④⑤

## [부록 2] 지도성안례 표본

지도성안례 19호<sup>2)</sup>

자오춘밍(趙春明) 등이 옌타이시(煙台市) 푸산구(福山區)  
자동차운송(汽車運輸)회사와 웨이더핑(衛德平) 등을 제소한  
자동차(機動車) 교통사고 책임 분쟁 사건

(최고인민법원 심판위원회 토론을 거쳐 2013. 11. 8. 공포)

키워드 민사/자동차교통사고/책임/번호판도용(套牌)/연대책임

### 재판요지

자동차의 소유자나 관리자가 자동차 번호판을 타인에게 빌려주어 불법으로 사용하게 하거나 타인이 자신의 번호판을 불법으로 사용하는 것을 명백히 알고서도 이를 제지하지 않은 경우, 번호판도용 자동차에 의해 교통사고가 발생하여 타인에게 손해를 끼치면 자동차의 소유자나 관리자는 번호판도용 자동차의 소유자나 관리자와 연대책임을 부담해야 한다.

---

2) 본문에서 소개한 지도성안례 중, 지도성안례로 선정된 안례의 1, 2심 판결문의 전부 또는 일부가 미공간된 경우를 제외하고, 1, 2심 판결문이 모두 공간된 지도성안례 19호를 표본으로 선정하였다.

## 관련조문

《권리침해책임법(侵權責任法)》 제8조

《도로교통안전법》 제16조

## 기본적인 사실관계

2008년 11월 25일 5시 30분쯤 피고 린저둥이 번호판을 도용한 루 F41703 화물차를 운전하여 통산고속도로(同三高速公路) 구간을 달리던 중 같은 방향으로 달리던 피고 저우야핑이 운전하던 버스와 충돌하면서 버스가 전복되어 차 안의 승객 평융취가 현장에서 사망하였다. 교통경찰청은 화물차 운전자인 린저둥이 주요 책임을, 버스 운전자인 저우야핑이 이차적인 책임을 지고, 평융취는 사고 책임을 지지 않는다고 인정했다. 원고 자오춘밍, 자오모모, 평모모, 호우모모는 각 사망한 평융취의 남편, 아들, 부친과 모친이다.

루F41703호 번호판으로 차량관리부문에 등록된 화물차는 사고 차량이 아니고, 당해 번호판으로 등록된 화물차의 소유주는 피고 엔타이시 푸산구 자동차운송회사 (이하 “푸산회사”)이고, 실소유주는 피고 웨이더핑이며, 당해 화물차는 피고 영안 재산보험 주식유한회사 엔타이센터 지사(이하 “영안보험사”)의 자동차 제3자책임 강제보험에 가입되어 있다.

루F41703호 번호판을 도용한 화물차(사고를 낸 차량)의 실소유주는 피고 웨이광후이로, 린저둥은 웨이광후이가 고용한 운전자다. 차량관리부문 등록정보에 따르면 루F41703호로 등록된 화물차는 2004년 4월

26일부터 2008년 7월 2일까지 15차례에 걸쳐 파손이나 멸실을 이유로 번호판과 주행증(行駛証)의 재발급을 신청하였다. 2007년 8월 23일 웨이광후이가 신청한 주행증 재발급 신청서에는 푸산회사가 서명 날인하였다. 푸산회사는 사고 발생 후 교통경찰청에 사람을 보내 관련 업무를 처리하도록 했다. 웨이광후이는 재판에서 웨이더핑이 번호판도용 사실을 알고 돈을 받았으며, 사고 발생 후 웨이광후이는 심지어 웨이더핑에게 루F41703호로 등록한 화물차의 보험증권을 빌려주어 사고를 처리하게 했으며, 보험증권은 여전히 웨이광후이가 소지하고 있다.

사고가 난 버스의 등록 소유주는 피고인 주룽밍이지만, 당해 차량은 여러 차례 거래되어 현재 실소유주는 저우야핑이고, 주룽밍은 당해 버스의 운영을 지배할 수도 없고 당해 버스 운영으로 이익을 얻은 바도 없다. 피고인 상하이 텅페이 건설공정 유한회사(이하 “텅페이회사”)는 저우야핑의 고용주이나, 사고 당시 저우야핑은 직무수행 중이 아니었다. 이 버스는 중국 인민재산보험 주식회사 상하이시 지사(이하 “인보회사”)의 자동차 제3자책임 강제보험에 가입되어 있다.

## 재판결과

상하이시 바오산구(寶山區) 인민법원은 2010년 5월 18일, (2009) 宝民一(民) 初字第1128号 민사판결에서 “1. 피고 웨이광후이, 린저둥은 원고 4인에게 장례비, 정신적 손해에 관한 위자료, 사망배상금, 교통비, 일실손해, 숙박비, 피부양자 생계비와 변호사비 합계 39만 6,863위안을 배상하라; 2. 피고 저우야핑은 원고 4인에게 장례비, 정신적 손해에 관한 위자료, 사망배상금, 교통비, 일실손해, 숙박비, 피부양자 생계비와

변호사비 합계 17만 84위안을 배상하라; 3. 피고 푸산회사, 웨이더핑은 상술한 판결 주문 제1항의 배상의무에 대해 연대책임을 부담한다; 피고 웨이광후이, 린저둥, 저우야핑은 상술한 판결 주문의 제1, 2항의 배상의무에 대해 상호 연대책임을 부담한다; 4. 원고 4인의 나머지 소송 청구를 기각한다"라고 판결했다. 선고 후 웨이더핑은 상소를 제기했다. 상하이시 제2중급인민법원은 2010년 8월 5일 (2010)滬二中民一(民)終字第1353号 민사판결에서 상소를 기각하고 원심판결을 유지한다고 판결했다.

## 재판이유

법원은 교통사고 책임에 따라 화물차 운전사인 린저둥이 사고의 주요 책임을, 웨이광후이는 사고 화물차의 실소유주이자 린저둥의 고용주인 만큼 웨이광후이와 린저둥은 사고 피해에 대한 주요배상책임을 연대하여 부담해야 한다고 판단했다. 영안보험사가 보증하는 루F41703 화물차는 실제 사고 차량이 아닌 데다 루F41703 번호판이 사고 차량에 의해 도용된 것을 몰랐기 때문에 영안보험사는 이번 사고에 대한 배상 책임을 지지 않는다. 교통사고 책임에 따라 본안 버스 운전사인 저우야핑은 사고에 대한 이차적인 책임을 지고 있으며 저우야핑도 이 버스의 실소유주이기 때문에 본안 사고의 피해에 대해 이차적인 배상 책임을 져야 한다고 판단했다. 주룽밍은 당해 버스의 등록 소유주이나, 당해 버스는 이미 여러 차례 거래되어 주룽밍은 당해 버스의 운영을 지배할 수도 없고 당해 버스 운영으로 이익을 얻은 바도 없으므로 사고에 대한 책임을 지지 않는다. 저우야핑은 텡페이회사에 고용되었지만, 이 사건이 발생했을 당시 저우야핑은 텡페이회사를 위해 직무를 수행하고 있었던 것이 아니었기 때문에 텡페이회사는 본 건에 대해서

책임을 지지 않는다. 당해 버스를 보증하는 인보회사에 대해서는 사망자 평용취가 승객이고 법에 따라 자동차 교통사고 책임 강제보험을 적용하지 않으므로 인보회사는 본안에 대해 책임을 부담하지 않는다. 또 웨이광후이와 린저둥측, 저우야핑측이 각자 부담해야 할 책임비율은 다르지만 사고 발생은 쌍방의 공동권리침해행위에 의한 것으로 웨이광후이, 린저둥은 저우야핑에 대한 책임분담분, 저우야핑은 웨이광후이, 린저둥에 대한 책임분담분으로 서로 연대책임을 져야 한다.

루F41703 화물차의 등록 소유주인 푸산회사와 실소유주인 웨이더핑은 웨이광후이 등이 자신의 자동차 번호판을 도용한다는 사실을 알고도 이를 막지 않고 편의를 제공해 번호판도용 화물차의 도로 주행을 종용하였는데, 푸산회사와 웨이더핑의 행위는 이미 자동차 번호판을 다른 사람에게 빌려주어 사용하게 한 정황에 해당하고, 해당 행위는 《도로교통안전법》 등 자동차 관리에 관한 법률을 위반한 것이다. 자동차 번호판을 다른 사람에게 빌려주어 사용하게 하면 안전기술 기준에 맞지 않는 자동차의 번호판도용을 통한 도로 주행을 종용해 도로 교통의 위험성을 높이고 공공안전을 위태롭게 할 수 있다. 번호판도용 차량이 교통사고를 내어 손해를 끼치면, 번호판 대여자에게도 마찬가지로 잘못이 있으며 사고를 낸 번호판도용 차량 측이 부담해야 하는 배상책임에 대해 번호판 대여자도 연대책임을 져야 한다. 그러므로 푸산회사와 웨이더핑은 웨이광후이와 린저둥 측의 배상 책임분담분에 대해 연대책임을 져야 한다.

책임편집: 龍江楠

## [부록 3] 지도성안례([부록 2])로 선정된 안례 표본

### 1. 1심 안례[상하이시 바오산구(寶山區) 인민법원]

(2009) 宝民一 (民) 初字第1128号

원고 자오춘밍.

원고 평관장.

원고 호우수원.

원고 자오모모.

법정대리인 자오춘밍.

상술한 원고 4인의 공동위탁대리인 쉬정용, 상하이시 신타이허(申泰和)  
법률사무소 변호사.

상술한 원고 4인의 공동위탁대리인 핑쥘밍.

피고 옌타이시(烟台市) 푸산구(福山區) 자동차운송(汽車運輸)회사.

법정대표자 리우야오중.

위탁대리인 가오취둥, 창홍싱.

피고 린저둥.

피고 웨이더핑.

위탁대리인 장니엔퉁.

피고 웨이광후이.

피고 영안 재산보험 주식회사 옌타이센터 지사.

책임자 송잔이.

피고 상하이 텡페이 건설공정 유한회사.

법정대표자 텡쥬핑.

위탁대리인 지커화, 상하이 등하이 법률사무소 변호사.

피고 저우야핑.

피고 주룽밍.

위탁대리인 우웨이핑, 장쑤 광하오 법률사무소 변호사.

피고 중국 인민재산보험 주식회사 상하이시 지사.

책임자 주서우중.

원고 자오춘밍, 평관장, 호우수원과 자오모모가 피고 엔타이시 푸산 구 자동차운송회사(이하 "푸산회사"), 린저둥, 영안 재산보험 주식회사 엔타이센터 지사(이하 "영안재산보험엔타이지사"), 저우야핑, 중국 인민재산보험 주식회사 상하이시 지사(이하 "인보상하이지사")와 주룽밍을 제소한 도로 교통사고 인신 손해 분쟁사건은 본원이 2009년 2월 12일 입안 수리 후 상하이 텡페이 건설공정 유한회사(이하 "텡페이회사"), 웨이더핑과 웨이광후이를 공동피고로 법에 따라 추가했으며, 합의정을 구성해 공개적으로 법정을 열어 심리를 진행했다. 원고 자오춘밍, 평관장, 호우수원과 자오모모 및 그 공동위탁대리인 쉬정용, 평권밍, 피고 푸산회사의 위탁대리인 가오쉬둥, 창홍싱, 피고 웨이더핑의 위탁대리인 장니엔퉁, 피고 텡페이회사의 위탁대리인 지커화, 피고 주룽밍의 위탁대리인 우웨이핑이 법정에 출석해 소송에 참가했다. 피고 웨이광후이, 린저둥, 영안재산보험엔타이지사, 저우야핑, 인보상하이지사는 본원이 적법하게 소환하였으나 정당한 이유 없이 법정 출석을 거부했다. 본안은 현재 이미 심리가 종결되었다.



원고 자오춘밍, 평관장, 호우수원과 자오모모는 2008년 11월 25일 5시 30분쯤 피고 린저둥이 루F4XXXX 화물차를 몰고 통산고속도로(同三高速公路) 하행선을 따라 127KM+700M 지점까지 운행하다가 루F4XXXX 화물차 전방의 저속차로에서 피고 저우야핑이 같은 방향으로 운전하던 쭈ELXXXX 버스(피해자 평융취 탑승)를 만나 루F4XXXX 화물차 앞면이 쭈ELXXXX 버스의 왼쪽 뒷면을 접촉한 후 쭈ELXXXX 버스가 전복되며 두 차량이 함께 추락하였고, 쭈ELXXXX 버스의 뒷면이 루F4XXXX 화물차 좌측 차체 중간 밑에 깔려 평융취가 현장에서 사망하고 양 차량과 도로시설이 파손되었다고 공동으로 주장했다. 이후 칭다오시 교통경찰지대 통산고속도로대대를 통해 피고 린저둥은 사고의 주요 책임을, 피고 저우야핑은 사고의 이차적인 책임을 지고, 피해자는 사고 책임을 지지 않는다고 인정되었다. 피고 푸산회사는 루F4XXXX 화물차의 등록 소유주이고, 피고 영안재산보험엔타이지사는 루F4XXXX 화물차가 가입한 자동차 의무보험의 보험회사다. 피고 텅페이회사는 피고 저우야핑의 고용주이고, 피고 주룽밍은 쭈ELXXXX 버스의 등록소유주이며, 피고 저우야핑은 쭈ELXXXX 버스의 실소유주이고, 피고 인보상하이지사 는 쭈ELXXXX 버스가 가입한 자동차 의무보험의 보험회사다. 현재 원고 측은 피고 측이 장례비 인민폐 17,353.5위안, 사망배상금 472,460위안(23,623위안/年×20年), 피부양자 생계비 141,520위안(아들 26,535위안: 8,845위안/年×3年; 부친 56,018.33위안: 8,845위안/年×19年/3人, 모친 58,966.67위안: 8,845위안/年×20年/3人), 교통비 19,393.50위안, 숙박비 6,108위안, 일실손해 11,569위안(34,707위안/12月×4人×1个月), 시신 수습비 2,810위안, 정신적 손해에 관한 위자료 50,000위안, 변호사대리비 6,000위안을 배상할 것을 법원에 청구하였다. 그중 피고 영안재산보험엔타이지사, 인보상하

이지사는 자동차 의무보험의 범위 내에서 배상책임을 진다.

피고 푸산회사는 사고 경위와 책임인정에는 이견이 없지만 가해 차량은 변호판도용 차량으로 피고 소유 차량이 아니며, 법에 따라 변호판도용 차량의 실제 차주인 웨이광후이와 수혜자인 웨이더핑이 배상책임을 져야 한다고 주장했다.

구체적인 배상 항목 및 금액과 관련하여, 사망배상금은 상하이시 농촌주민 기준에 따라 배상하고, 장례비, 일실손해, 숙박비, 시신 수습비는 모두 인정할 수 없으며 피부양자 생계비는 피해자의 아들에 대해 원고의 계산기준에 따르지만, 계산 기간에 대해서는 이의가 있어 8,845 위안/年×2년 3일로 인정했다. 피해자의 부모에 대한 생계비는 인정할 수 없고, 교통비, 변호사비, 정신적 손해에 관한 위자료는 법에 따라 처리할 것을 법원에 청구하였으며, 숙박비는 인정할 수 없다.

피고 린저둥은 사고 당시 쉰ELXXXX 차량은 정지 상태였고, 원고 측은 산둥(山東) 자오저우(膠州)시에서 제조해야 하고 상하이시에서 제조해서는 안 되며, 자신은 피고 웨이광후이에게 고용된 후 사고 당시 세 번째로 차를 몰고 나간 것이라고 서면으로 주장했다. 구체적인 배상 항목 및 금액에 대해서는, 정신적 손해에 관한 위자료와 변호사비를 인정할 수 없으며 기타 항목은 법에 따라 처리할 것을 법원에 청구했다.

피고 웨이더핑은 사고 경위와 책임인정에는 이의가 없으나, 가해 차량인 루F4XXXX 화물차는 변호판도용 차량(차체 탁본 번호 뒤의 네 자리 숫자 사이의 간격이 다름)이고 실제 차주는 다른 사람이며 자신과 무관하고, 웨이더핑이 소유하고 있는 루F4XXXX 화물차는 자신의 아들인 웨이마오통이 2008년 10월 10일 소외인 자오쉬에쿤으로부터 구매한 것으로 상응하는 배상책임을 실제 차주가 져야 한다고 주장했다.

피고 린저등 또한 웨이더핑에게 고용된 것이 아니기 때문에 피고 웨이더핑은 원고 측에게 배상 책임을 져서는 안 되고, 구체적인 배상 항목과 금액에 대해서는, 사망배상금은 상하이시 농촌주민 기준에 따라 배상하며 장례비, 일실손해, 숙박비는 모두 인정할 수 없고 피부양자 생계비는 피해자의 아들에 대해 원고의 계산기준에 따르지만, 계산 기간에 대해서는 이의가 있어 8,845위안/年×2년 3일로 인정했다. 피해자의 부모에 대한 생계비는 인정할 수 없고, 교통비는 원고가 주장한 금액이 비교적 크다고 판단되므로 법에 따라 처리할 것을 법원에 청구하였다. 시신 수습비, 정신적 손해에 관한 위자료, 변호사비는 모두 법에 따라 처리할 것을 법원에 청구하였다.

피고 영안재산보험엔타이지사는 교통경찰 부문이 제시한 증거는 사고 차량이 피보험 차량이 아니라는 것을 나타내기 때문에 법에 따라 배상 책임을 지지 않아야 한다고 서면으로 주장했다.

피고 웨이광후이는 자신은 사고를 낸 화물차의 실소유주이고, 사고를 낸 화물차는 피고 웨이더핑 소유의 루F4XXXX 차량의 번호판을 도용하여 관련 절차를 밟았는데, 웨이더핑은 이러한 사정을 잘 알고 있었고 사고 발생 후 피고 웨이광후이가 피고 웨이더핑을 찾아 보험증권을 빌려주었으며, 웨이더핑은 웨이광후이를 웨이마오통에게 보내 이를 찾게 하여, 당해 보험증권은 지금까지 웨이광후이 자신이 소지하고 있다고 서면으로 주장했다. 이밖에 두 차량은 모두 이 마을의 같은 주차장에 주차돼 있어 피고 웨이더핑이 이를 몰랐을 리 없다고 했다.

피고 저우야핑은 자신은 쭈ELXXXX 버스의 실소유주이고 당해 차량은 사고 발생 며칠 전에 피고 텡페이회사가 자신에게 줄 3, 4만 위안의 공정대금이 밀려 있어 피고 저우야핑에게 저당 잡힌 것이며, 당시 차량이 이미 여러 차례 거래되어 차량의 명의변경 절차를 밟지 못

했고, 차량의 보험도 피고 텡페이회사가 구매한 것이라고 주장했다.

피고 텡페이회사는 사고 발생 시각, 장소, 책임인정에 이견이 없으나 피고 텡페이회사는 사고와 무관하며, 피고 저우야핑과는 2005년 11월부터 2006년 2월까지 고용 관계에 있었지만 사고 발생 당시 고용 관계가 이미 해소된 상태였으며, 사고 발생 당시 피고 저우야핑도 피고 텡페이회사를 위해 직무를 수행한 것은 아니었다고 주장했다. 구체적인 배상 항목과 금액에 대해서는 정신적 손해에 관한 위자료와 변호사비에는 모두 이의가 없고, 사망배상금에 대해서는 상하이시 농촌주민 기준에 따른 배상을 인정하며, 장례비, 일실손해, 숙박비, 시신 수습비는 모두 인정할 수 없다고 했다. 피부양자 생계비는 피해자의 아들에 대해 원고의 계산기준에 따르지만, 계산 기간에 대해서는 이의가 있어 8,845위안/年×2년 3일로 인정했다. 피해자의 부모에 대한 생계비는 인정할 수 없고, 교통비는 원고가 주장한 금액이 비교적 크다고 판단되므로 법에 따라 처리할 것을 법원에 청구하였다. 숙박비는 법에 따라 처리할 것을 법원에 청구하였다. 피고 주룽밍은 자신은 단지 쭈 ELXXXX 차량의 최초등록소유주이며, 이후 당해 차량은 소외인 타이창시 수처리유한책임회사에 변제되었고, 해당 회사는 2001년 5월 11일이 차를 소외인 중국 얼스예기계설비설치공정회사에 변제했으며, 후자는 다시 이 차를 피고 텡페이회사에 변제했고, 피고 텡페이회사는 최종적으로 이 차를 저우야핑에게 양도했다고 주장했다. 등록 절차는 변경되지 않았지만 피고 주룽밍은 이미 이 차에 대한 통제를 잃었기 때문에 배상책임을 지지 않아야 한다. 구체적인 배상 항목과 금액에 대해서는 숙박비와 시신 수습비, 정신적 손해에 관한 위자료 및 변호사비는 모두 법원이 법에 따라 처리하되, 나머지 배상 항목과 금액은 모두 인정할 수 없다고 했다.

피고 인보상하이지사는 피해자는 당해 회사가 보증하는 차량 쉰 ELXXXX 미니버스의 승객으로 제3자가 아니므로 법에 따라 당해 회사는 배상책임을 지지 않아야 한다고 서면으로 주장했다.

심리를 거쳐 다음과 같이 판명되었다.:

1. 2008년 11월 25일 5시 30분쯤 피고 린저동이 루F4XXXX 화물차를 몰고 통산고속도로 하행선을 따라 127KM+700M 지점까지 운행하다가 피고 저우야핑이 운전하던 쉰ELXXXX 버스(피해자 평용취 탑승)를 만나 화물차 전방 저속차로에서 같은 방향으로 운행하다가 화물차 앞면과 쉰ELXXXX 버스의 왼쪽 뒷면을 접촉한 후 쉰ELXXXX 버스가 전복되며 양 차량은 함께 추락하였고, 쉰ELXXXX 버스의 뒷면이 화물차 좌측 차체 중간 밑에 깔려 평용취가 현장에서 사망하고 양 차량과 도로시설이 파손되었다. 이후 칭다오시 교통경찰지대 통산고속도로대대(이하 “교통 경찰 부문”)를 통해 피고 린저동은 사고의 주요 책임을, 피고 저우야핑은 사고의 이차적인 책임을 지고, 피해자는 사고 책임을 지지 않는다고 인정되었다.

또한, 사고 발생 시 피고 린저동이 몰던 화물차는 루F4XXXX 번호판을 도용하여 관련 절차를 밟았는데, 실소유주는 피고 웨이광후이이고, 피고 린저동은 피고 웨이광후이에게 고용되었다. 당해 차량의 탁본번호는 루F4XXXX 화물차가 차량 관리 부문에 미리 남겨둔 원시 탁본번호와 일치하지 않는다. 루F4XXXX 화물차의 차량등록 소유주는 피고인 푸산회사로, 실소유주는 피고 웨이더핑이고, 피고 웨이더핑의 아들 웨이마오통이 2008년 10월 소외인 자오쉬에쿤으로부터 구매했다.

원 등록증 번호가 XXXXXXXXXXXXX인 루F4XXXX 차량은 2004년 4월 26일부터 2008년 7월 2일까지 15차례에 걸쳐 파손과 멸실을 이유로

번호판과 주행증을 재발급받았다. 그중 2004년 4월 26일부터 2006년 9월 18일까지 4회에 걸쳐 번호판을, 3회에 걸쳐 주행증을, 2007년 4월 23일부터 2008년 7월 2일까지 8회에 걸쳐 주행증과 검사합격증 재발급 받았는데 그중 최단 간격은 5일이다. 피고 웨이더핑이 본원에 제출한 2007년 8월 23일 피고 웨이광후이가 주행증을 재발급받기 위해 신청한 신청서와 2007년 12월 14일 소외인 자오취에쿤이 신청한 주행증 신청서에는 모두 피고 푸산회사의 서명날인이 들어 있었다.

쭈ELXXXX 버스의 등록 소유주는 피고 주룽밍이다. 2001년 5월 11일 소외인 타이창시 수처리유한책임회사는 이 차를 25만 위안의 가격에 소외인 중국 얼스예기계설비설치공정회사에 변제했다(공정대금으로 충당). 사고 발생 후 피고 저우야핑은 교통경찰 부문의 조사에서 자신이 이 차의 실소유주라 하고 피고 텡페이회사가 이 차를 피고 저우야핑에게 변제했다고 했다. 본안 심리에서 피고 저우야핑은 자신이 이 차의 실소유주라 했고, 피고 텡페이회사는 저우야핑에게 물건 대금을 미지급해 이 차를 할인하여 피고 저우야핑에게 양도했다.

2. 사고 발생 당일, 피해자 평융취는 현장에서 사망했다. 사고 발생 후 원고는 장례와 이번 사고, 소송 등을 처리하기 위해 일정액의 교통비와 숙박비를 지출했고 원고 등 가까운 친족에게 상응하는 일실손해를 초래했다.

심리 중에 원고는 푸산회사가 지급한 현금 5,000위안을 받은 적이 있다고 자인하였는데, 푸산회사는 이에 대해 인정하지 않았다.

3. 피해자 평융취는 타지역 농업호적자다. 평융취는 원고 자오춘밍과 부부 사이이며, 원고 자오모모(1992년 12월 1일생)는 두 사람이 낳은 아들이다. 원고 평관장과 호우수원은 각각 피해자의 부친과 모친이다.

피해자 평용취는 2007년 4월 4일 상하이시 바오산구 위에푸진에서 《실제 인구관리-임시 거주인구 정보 수집표》를 처리했는데, 임시거주지 주소는 "칭1-62-502", 임시거주 사유는 "사업", 전입 일자는 "2004. 5. 15.", 현 근무지 명칭은 "치파이실"로, 집주인과의 관계는 "세입자"로 기재돼있다.

2008년 11월 30일 상하이시 바오산구 위에푸진 칭안 1촌 XXX호 XXX호실 집주인과 소외인 쉬린둥은 증명서를 발급하여 평권밍과 아내 리핑, 누나 3인이 위에푸진 칭안 1촌의 당해 가옥을 공동으로 임차 중임을 증명했다. 같은 날 상하이시 바오산구 위에푸진 칭안 1촌 주민 위원회는 '증명서'를 발급해 피해자가 2004년 12월 9일 동생 평권밍, 올케 리핑과 함께 당해 단지 62문 502실에 세 들어 있었다는 사실을 확인했다.

넷째, 피고 저우야핑은 외지에서 온 노동자인데, 호적지는 장쑤성 리양시 베차오진 투안제촌 웨이거리 촌XXX호로, 2003년 10월 20일 구춘진에 《실제 인구관리-임시 거주인구 정보 수집표》를 등록하고 임시거주지 주소를 판징로 XXX호로 등록하였다.

2009년 7월 소외인 등후이방은 증명서를 발급하여 저우야핑이 2006년 6월 10일 청시1촌 양계장에 거주한다는 사실을 증명했고, 상하이시 바오산구 양상진 청시1촌 주민위원회에 의해 확인됐다.

본안 심리에서 피고 저우야핑은 2003년부터 2005년까지 판징로 XXX호에 거주하다가 이후 청시촌 양계장으로 이사했으나 공사를 수주해 2009년 3월 외지로 나갔다가, 상하이로 돌아와서는 줄곧 청시 양계장에 거주하고 있다고 밝혔다.

피고 텅페이회사는 2006년 2월 피고 저우야핑을 위해 상하이시 외래

종사자 입원 의료보험을 납부했다(단체피보험자목록)(연속납부 기한 4개월). 2006년 3월, 당해 회사가 납부한 상하이시 외래 종사자 산재보험 피보험자 목록에는 피고 저우야핑이 없다.

피고 저우야핑은 교통경찰 조사에서 사고 발생 당시 자신은 엔타이시에 공사대금을 독촉하러 갔으며, 당해 공사는 개인적으로 맡은 것이라고 밝혔다.

5. 사고 발생 후 피고 푸산회사는 해당 회사의 위징을 소개해 교통경찰 부문에 가 교통사고를 처리하게 하고, 배상 문제에 관해 조정신청을 하게 했다.

본안 심리에서 본원은 교통경찰 부문에 협조 조사를 요청하는 서한을 보냈고 그 회신은 본원에 있으며, 조사 결과 사고 차량인 루 F4XXXX의 탁본 모양과 엔타이시 차량관리소의 원시 탁본 모양이 서로 맞지 않았다.

피고 웨이광후이는 피고 웨이더핑이 변호판도용 사실을 알고 변호판도용료를 받았으며, 사고 발생 후 웨이광후이는 피고 웨이더핑에게 루 F4XXXX 차량의 보험증권을 빌려주어 사고처리를 하게 했고, 보험증권은 아직까지 피고 웨이광후이가 가지고 있다고 본원에 진술했는데, 이에 대해 피고 웨이더핑은 보험증권은 자신이 피고 웨이광후이에게 빌려주고 아직까지 돌려받지 못하였으나, 빌려 보라는 것이었지 빌려 쓰라는 것은 아니었고, 자신은 변호판도용 사실에 대해서는 전혀 모르고 있었다고 했다.

이상과 같은 사실은 양 당사자가 제공한 《교통사고 인정서》, 자동차 차량 정보와 보험증, 교통사고 시신 검사기록, 혼인신고서, 공안기관에서 작성한 조사기록, 《차량지입합의서》, 《실제 인구관리-임시



거주인구 정보 수집표》, 《자동차 등록증 재발급·교환 신청서》 및 조회 결과 목록, 자동차 구매 협의서, 차량 등록증, 자동차 주행증, 도로 통행증, 각 항목 수수료 영수증, 협의서, 상하이시 외래 종사자 입원 의료보험 단체피보험자목록, 상하이시 외래 종사자 산재보험 증명서, 관련 단위에서 발급한 증명서, 기업명칭 변경 사전승인통지서, 교통비영수증, 숙박비 영수증, 《상하이시 외래인 임시거주증》, 《상하이시 임시거주증》, 《호적부》 및 《호적증명》, 본원이 법에 따라 확인한 《교통사고 손해배상 조정신청서》, 피고 푸산회사가 발급한 소개장, 위정의 신분증 사본, 교통경찰 부문이 본원에 보낸 회신 및 각 당사자의 진술 등의 증거로 증거능력이 인정되고, 법정에서 대질심문하여 사실과 일치한다는 점을 본원은 확인한다.

본원은 국민이 과오로 타인의 인신, 재산을 침해한 경우 민사상 책임을 져야 한다고 생각한다. 국민 신체를 침해해 상해한 경우 피해자의 의료비 등 상응하는 손해를 배상해야 한다. 사망에 이른 경우 장례비, 사망자가 생전에 부양하던 자에게 필요한 생활비 등 비용을 지급해야 한다. 두 사람 이상이 공동으로 권리를 침해하여 타인에게 손해를 초래한 경우 반드시 연대책임을 져야 한다. 피고용인이 고용 활동에 종사하는 중에 타인에게 손해를 끼친 경우에는 고용주가 배상 책임을 져야 한다. 피고용인이 고의 혹은 중대한 과실로 타인에게 손해를 입힌 경우에는 반드시 고용주와 연대책임을 져야 한다. 자동차 교통사고로 인한 인명 사상, 재산 피해가 발생하면 보험사가 강제보험 한도 내에서 부담하지만, 탑승객에게는 강제보험이 적용되지 않는다.

사고 화물차인 루F4XXXX 차량의 배상 주체에 관해서는 본안 심리 중에 피고 웨이더핑이 제출하고 교통경찰 부문이 조사하였으며, 피고 린저둥이 운전한 화물차의 탁본 번호와 피고 웨이더핑이 실제 소유하

고 있는 피고 푸산회사 명의로 지입되어 있는 루F4XXXX화물차가 사전에 차량관리소에 남겨둔 원시 탁본 번호와 일치하지 않고, 피고 웨이더핑이 본원에 제출한 관련 증거를 종합하면, 피고 웨이광후이 또한 상술한 사실을 인정하고 있으므로 본원은 피고 웨이광후이가 피고 웨이더핑이 실제 소유한 루F4XXXX 화물차의 번호를 도용한 사실을 확인하였는바, 피고 웨이광후이가 사고 화물차의 실소유주다. 사고 인정에 따르면 피고 린저둥은 사고의 주요 책임을 지고 있으며, 피고 웨이광후이는 고용주이자 가해 차량의 실소유주로서 법에 따라 원고에게 배상 책임을 져야 하며, 피고 린저둥은 차량 운전자로서 자동차 안전기술의 성능에 대한 철저한 검사 및 안전운전의 의무를 지고도 법대로 이행하지 않아 중대한 과실이 인정되어야 하며, 법에 따라 피고 웨이광후이와 함께 연대배상 책임을 져야 한다. 피고 푸산회사에 관해서는 푸산회사는 지입 사실을 몰랐다고 주장하나, 본원은 피고 푸산회사가 차량의 지입 단위로서 법률과 계약에 따라 지입차량 자체 및 차량 운전자를 관리하고, 관리의 허점을 적시에 발견하여 위험에 대비해야 한다고 판단하였다. 본안과 관련된 루F4XXXX 화물차는 4년여의 짧은 기간 동안 15차례 번호판과 주행증을 재발급받고, 두 차례에 걸쳐 며칠 상간에 각각 번호판과 주행증을 재발급받았으며, 주행증을 재발급한 최소 간격은 5일밖에 되지 않는데, 설사 번호판도용 사실을 몰랐다고 하더라도, 이러한 상황은 경각심을 불러일으키고 관리를 강화하여 타인이 불법이득을 취하는 것을 방지하는 것이 마땅하나, 피고 푸산회사는 관리의무를 적절하게 이행하지 않았고, 사고 발생 후 회사직원을 교통경찰대에 보내 사고를 처리하고 조정을 진행하게 하였으며, 이러한 행위는 푸산회사가 지입 사실을 전혀 모른 것이 아니라는 점을 분명히 드러내므로, 본원은 푸산회사의 항변을 채택하지 않고, 차량의 지

입 단위로써 푸산회사는 피고 웨이광후이와 린저동의 배상의무에 대해 연대책임을 져야 한다. 피고 웨이더핑에 관해서는, 피고 웨이광후이는 피고 웨이더핑의 동의를 거쳐 변호판을 도용하고 매달 3,000위안의 변호판 도용료를 지급했으며, 두 대의 차량은 같은 주차장에 주차되어 있었으므로 피고 웨이더핑이 이를 모를 리 없다고 주장했고, 피고 웨이더핑은 이를 부인하면서도 자신이 피고 웨이광후이에게 보험증권을 넘기고 지금까지도 이 보험증권은 여전히 피고 웨이광후이에게 있다고 했는데, 본원은 차량의 보험증권은 본 차량용이고, 피고 웨이더핑은 여전히 자신이 소유한 루F4XXXX 화물차를 운영하고 있으므로 상식적으로 당해 보험증권은 장기간 피고 웨이광후이에게 남겨져 있어서도 안 되고 남겨져 있을 수도 없으며, 피고 웨이더핑의 소위 “빌려 보라”는 항변은 명백히 상식에 맞지 않으므로, 본원은 피고 웨이더핑이 변호판도용 사실을 몰랐다는 항변을 채택하지 않고, 피고 웨이더핑이 피고 린저동, 웨이광후이의 배상 의무에 대해 연대 책임을 질 것을 법에 따라 확정한다. 피고 영안재산보험엔타이지사에 관해서는, 강제보험을 든 보증 차량은 루F4XXXX 화물차이고 본안의 변호판도용 차량이 아니므로 본원은 영안재산보험엔타이지사는 배상 책임을 지지 않는다고 확정한다.

사고 버스 쉐ELXXXX의 배상 주체에 관해서는, 당사자가 제출한 관련 증거를 검토하고 당사자의 진술을 결합하면, 당해 미니버스는 연쇄 매매로 여러 손을 거쳤고, 사고 발생 시 피고 저우야핑이 사용했으며, 저우야핑이 당해 차량의 실소유주라고 자인했으므로 피고 저우야핑은 법에 따라 원고 측에 대한 배상 책임을 져야 한다는 점을 확정할 수 있다. 등록 차주 피고인 주룽밍에 관해서는, 본원은 관련 거래 상대방 모두 명의변경 절차를 거치지 않았다고 하더라도, 차량 인도 후 원

차주가 이 차의 운영을 지배할 수도 없고 이 차의 운영으로 이익을 얻을 수도 없어 원 차주는 자동차 교통사고로 인한 손해에 대해 책임을 지지 않는다고 판단하였으므로, 본원은 피고 주룽밍은 배상책임을 지지 않는다고 확정한다. 한편, 원고 측이 피고 저우야핑을 피고 텡페이 회사가 고용했다고 주장하더라도, 사고 발생 시 피고 텡페이회사를 위해 직무를 수행하였다는 충분한 증거를 제공하지 않아 본원은 그 주장을 채택하지 않으며, 피고 텡페이회사가 배상책임을 지지 않는다고 확정한다. 피고 인보상하이지사에는 관해서는, 피해자가 탑승객이어서 법에 따라 강제보험이 적용되지 않기 때문에 본원은 피고 인보상하이지사가 배상 책임을 지지 않는다고 확정한다.

종합하면, 본원은 사고로 인한 원고 측의 합리적 손해에 대해서는 피고 린저둥, 웨이광후이가 70%, 피고 저우야핑이 30%를 부담하도록 확정한다. 이 밖에 피해자 평용취의 사망은 피고 린저둥과 저우야핑의 공동관리침해행위에 기인한 것이므로, 본안에서 피고 웨이광후이, 린저둥, 저우야핑은 서로 연대배상 책임을 져야 한다.

원고가 주장하는 각항의 배상 비용에 관해서는: 1. 장례비 17,353.5위안, 정신적 손해에 관한 위자료 50,000위안, 변호사비 6,000위안은 모두 합리적인 배상 범위이고, 본원은 모두 지지한다. 2. 사망배상금. 피해자는 농업 호적에 속하지만, 원고 측이 제출한 관련 증명서, 《임시거주증》 등에 의하면 피해자의 사고 발생 전 상시 거주지와 주요 수입원이 모두 본 시성진(市城鎮)임을 증명할 수 있으므로, 2008년도 상하이 시 성진주민 1인당 평균 가처분소득인 23,623위안을 기준으로 계산하여 사망배상금을 472,460위안으로 확정된 원고 측 주장은 법률의 규정에 부합하고 본원은 이를 확인한다. 3. 교통비. 사고 발생 후 피해자의 친족이 장례를 치르고 이번 사고를 처리하기 위해 교통비가 발생하는

것은 사실이고, 피해자의 친족이 쓰촨에 많고, 사고가 또 산둥에서 발생하고 소송은 상하이에서 제기된 점을 고려하여 본원은 원고 측의 교통비로 4,000위안을 참작하여 지지한다. 4. 일실손해, 숙박비. 피해자가 이번 교통사고로 사망하여 그 친족이 장례를 치르고 이번 사고를 처리하느라 일실손해 및 숙박비 손실이 발생한 점이 인정된다. 일실손해와 관련하여 원고는 현재 상하이시 직원 월 평균 임금 기준에 따라 계산하는 것은 상응하는 근거가 없다고 주장하였고, 본원은 3인 계산에 의거하여 일실손해 4,320위안을 참작하여 지지하고, 숙박비와 관련하여 본원이 참작하여 60元/人/日에 따라 3인 각 20일로 계산하면 총 3,600위안이다. 5. 피부양자 생계비. 원고가 제공한 관련 증명서를 보면, 피해자의 아들인 원고 자오모모는 본안의 피부양자 자격에 부합하고, 법에 따라 반드시 만 18세까지 계산해야 하며, 원고는 2008년도 상하이시의 농촌 주민 1인당 연간 생활 소비 지출을 8,845위안/년으로 계산해야 한다고 주장하였는데, 이는 법률의 규정에 부합하고, 사고 발생 당시에는 원고 자오모모가 2년 6일이 부족해 만 18세 미만이었으므로, 본원은 부양의무자 2인, 25개월로 계산한 9,213.54위안을 법에 따라 확정한다. 원고가 주장하는 기타 피부양자 생계비는 지지하지 않는다. 6. 시신 수습비는 장례비 배상 범위 내이므로 별도의 청구를 본원은 지지하지 않는다. 상술한 각 항목의 비용은 총계 566,947.04위안이며, 그중 피고 린저둥, 웨이광후이가 70% 즉 396,863위안(단수처리)을 부담하고 피고 저우야핑이 30% 즉 170,084위안(단수처리)을 부담한다. 피고 푸산회사는 피고 린저둥, 웨이광후이의 배상의무에 대해 연대책임을 진다. 재판 중에 원고 측은 피고 푸산회사가 지급한 현금 5,000위안을 받은 적이 있다고 자인하였으나 피고 푸산회사가 확인하지 않았으므로 본안에서 처리하지 않는다. 종합하면 《민법통칙》 제106조 제2항, 제

119조, 제130조, 《도로교통안전법》 제76조 제1항, 최고인민법원 《인신손해배상안건 심리 시 법률적용의 약간의 문제에 관한 해석》 제3조, 제8조 제1항, 제9조 제1항, 《민사소송법》 제130조의 규정에 따라 다음과 같이 판결한다.:

1. 피고 웨이광후이, 린저둥은 본 판결의 발효일로부터 10일 이내에 원고 자오춘밍, 평관장, 호우수원, 자오모모에게 장례비, 정신적 손해에 관한 위자료, 사망 배상금, 교통비, 일실손해, 숙박비, 피부양자 생계비와 변호사비 총 396,863위안을 배상하라.
2. 피고 저우야핑은 본 판결의 발효일로부터 10일 이내에 원고 자오춘밍, 평관장, 호우수원, 자오모모에게 장례비, 정신적 손해에 관한 위자료, 사망 배상금, 교통비, 일실손해, 숙박비, 피부양자 생계비와 변호사비 총 170,084위안을 배상하라.
3. 피고 엔타이시 푸산구 자동차운송회사, 웨이더핑은 상술한 판결의 주문 제1항의 배상의무에 대하여 연대책임을 진다. 피고 웨이광후이, 린저둥, 저우야핑은 상술한 판결의 주문 제1, 2항의 배상의무에 대하여 서로 연대책임을 진다.
4. 원고 자오춘밍, 평관장, 호우수원, 자오모모의 나머지 소송청구에 대해서는 지지하지 않는다.

금전지급의무를 지고 있는 당사자가 본 판결에서 지정한 기간에 금전지급의무를 이행하지 않는다면 《민사소송법》 제229조의 규정에 따라 이행기 지연 채무 이자를 갑절로 지급하여야 한다.

본안의 안건 접수비는 10,927위안으로, 원고 자오춘밍, 평관장, 호우수원, 자오모모가 공동으로 1,457위안을 부담하고, 피고 웨이광후이, 린저둥, 엔타이시 푸산구 자동차운송회사, 웨이더핑이 공동으로 6,630위

안을 부담하며, 피고 저우야핑이 2,840위안을 부담한다. 공고비 520위안은 피고 린저둥이 260위안을, 원고 자오춘밍, 평관장, 호우수원, 자오모모가 공동으로 260위안을 부담한다.

본 판결에 불복할 경우 판결문 송달일로부터 15일 이내에 본원에 상소장을 제출하고 상대방 당사자 수대로 사본을 제출하여 상하이시 제2중급인민법원에 상소할 수 있다.

심판장 金 猷

대리심판원 張黎華

인민배심원 奚重政

2010년 5월 17일

서기원 張繼峰

## 2. 2심 안례(상하이시 제2중급인민법원)

(2010) 滬二中民一(民)終字第1353号

상소인(원심피고) 웨이갑.

위탁대리인 장모모.

피상소인(원심원고) 자오갑.

위탁대리인 쉬정용, 상하이시 신타이허 법률사무소 변호사.

피상소인(원심원고) 자오을.

법정대리인 자오갑.

위탁대리인 쉬정용, 상하이시 신타이허 법률사무소 변호사.

피상소인(원심원고) 평갑.

위탁대리인 평을(평갑의 아들)

委托代理人許正勇, 上海市申泰和律師事務所律師。

위탁대리인 쉬정용, 상하이시 신타이허 법률사무소 변호사.

피상소인(원심원고) 호우모모.

위탁대리인 평을(호우모모의 아들).

위탁대리인 쉬정용, 상하이시 신타이허 법률사무소 변호사.

원심피고 엔타이시 푸산구 자동차운송회사.

법정대표자 리우모모, 사장.

원심피고 린모모.

원심피고 웨이을.

원심피고 영안 재산보험 주식회사 엔타이센터 지사.

책임자 송모모, 사장.

원심피고 상하이 텅페이 건설공정 유한회사.

법정대표자 텅모모, 회장.

위탁대리인 지커화, 상하이 동하이 법률사무소 변호사.

원심피고 저우우모모.

원심피고 주갑.

위탁대리인 단모모.

원심피고 중국 인민재산보험 주식회사 상하이시 지사.

책임자 주을, 총지배인.



상소인 웨이갑은 도로 교통사고 인신 손해배상 분쟁으로 상하이시 바오산구 인민법원(2009)宝民一(民)初字第1128号民事판결에 불복해 본원에 상소했다. 본원은 접수 후 법에 따라 합의부를 구성하여 심리를 진행하였으며, 본 사건은 현재 심리를 종결하였다.

원심법원은 2008년 11월 25일 5시 30분쯤 린모모가 루F417XX 번호 판도용 화물차를 몰고 통산고속도로 하행선을 따라 127km+700m 지점까지 가다가 저우모가 몰던 쑤EL06XX 버스를 만나 화물차 전방 저속 차로에서 같은 방향으로 주행하다가 번호판도용 화물차 앞면이 쑤EL06XX 버스의 왼쪽 뒷면을 접촉한 후 쑤EL06XX 버스가 전복되며 두 차량이 함께 추락하였고, 쑤EL06XX 버스의 뒷면이 번호판도용 화물차 좌측 차체 중간 밑에 깔려 승객 평병이 현장에서 사망하였다는 사실을 심리를 거쳐 밝혀냈다. 이번 교통사고는 산둥성 칭다오시 교통경찰지대 통산고속도로대대를 통해 사고로 인정되었는데, 린모모가 사고의 주요 책임을, 저우모모가 사고의 이차적인 책임을 지고, 평병은 사고 책임을 지지 않는다. 사고 발생 후 엔타이시 푸산구 자동차운송회사(이하 “푸산회사”)는 직원 위모를 공안 경찰 부문으로 보내 교통사고를 처리하고 배상 문제에 대해 조정을 신청했다. 자오갑, 평갑, 호우모모, 자오을은 푸산회사가 루F417XX 화물차의 등록소유주이고, 루F417XX 화물차는 영안 재산보험 주식회사 엔타이센터 지사(이하 “영안재보엔타이지사”)에서 자동차 교통사고 책임 강제보험에 가입했으며, 상하이 텅페이 건설공정 유한회사(이하 “텅페이회사”)는 저우모모의 고용주이고, 주갑이 쑤EL06XX 버스의 등록소유주이며, 저우모모는 쑤EL06XX 버스의 실소유주이고, 쑤EL06XX 버스는 중국 인민재산보험 주식회사 상하이시 지사(이하 “인보상하이지사”)에서 자동차 교통사고 책임 강제보험에 가입한 것으로 보고 있다. 이들 단위와 개인은

모두 평정의 사망 결과에 대해 배상 책임을 져야 한다. 2009년 2월 원심법원에 소송을 제기하여 린모모, 저우모모, 푸산회사, 텡페이회사, 주갑은 장례비 인민폐(이하 동일화폐) 17,353.50위안, 사망배상금 472,460위안, 피부양자 생계비 141,520위안, 교통비 19,393.50위안, 숙박비 6,108위안, 일실손해 11,569위안, 시신 수습비 2,810위안, 정신적 손해에 관한 위자료 50,000위안, 변호사 대리비 6,000위안을 공동으로 배상하고, 영안재보엔타이지사, 인보상하이지사는 자동차 교통사고 책임강제보험의 책임한도에서 배상책임을 부담할 것을 요구했다. 심리 중에 원심법원은 법에 따라 웨이갑, 웨이을을 공동피고로 추가해 소송에 참가하게 했다.

원심법원은 또 루F417XX 번호판도용 화물차의 실소유주가 웨이을이며 린모모는 웨이을이 고용한 운전사라는 사실을 밝혀냈다. 루F417XX 화물차량의 탁본 번호는 루F417XX 화물차가 차량 관리 부문에 미리 남겨둔 원시 탁본과 일치하지 않았다. 루F417XX 화물차는 푸산회사에 등록돼 있으며 실소유주는 웨이갑으로 2008년 10월 소외인 자오병에게서 구매했다. 원래 등록증 번호가 370023372XX였던 루F417XX 화물차는 2004년 4월 26일부터 2008년 7월 2일까지 15차례에 걸쳐 훼손과 멸실을 이유로 번호판과 주행증이 재발급 신청됐다. 그중 2004년 4월 26일부터 2006년 9월 18일까지 번호판을 4회, 주행증을 3회 재발급받았고, 2007년 4월 23일부터 2008년 7월 2일까지 8회에 걸쳐 주행증 및 검사합격증을 재발급받았으며, 최소 간격은 5일이다. 2007년 8월 23일 웨이을이 신청한 주행증 재발급신청서와 2007년 12월 14일 자오병이 신청한 주행증 재발급신청서에는 모두 푸산회사의 서명날인이 있다. 쉘EL06XX 버스는 주갑의 이름으로 등록되어있고 실소유주는 저우모모로, 텡페이회사로부터 양도받은 것이다.

원심법원은 또 평병과 자오갑이 부부이고, 자오을이 평병, 자오갑의 아들이며, 평갑과 호우모모가 평병의 부모라는 사실을 밝혀냈다. 심리 중에 자오갑, 평갑, 호우모모, 자오을은 사고 발생 후 푸산회사로부터 현금 5,000위안을 받은 적이 있다고 인정하였으나, 푸산회사는 이를 부인했다.

심리 중에 웨이을은 웨이갑이 변호판을 도용한 사실을 알고 변호판 도용료를 받았으며 사고 발생 후 웨이을은 웨이갑에게 루F417XX 차량의 보험증권을 빌려주어 사고 수습에 나섰고 현재도 보험증권은 자신이 보관 중이라고 밝혔다. 이에 대해 웨이갑은 보험증권을 웨이을에게 빌려주기는 하였으나 변호판도용 사실에 대해서는 대해 전혀 모르고 있었다고 주장했다.

원심법원은 심리에서 웨이을은 루F417XX 변호판도용 화물차의 실소유주로 판단했다. 사고 인정에 따라 린모모는 사고의 주요 책임을, 웨이을은 그의 고용주이자 가해 차량의 실소유주로서 자오갑 등 원심 원고에게 배상 책임을 져야 한다. 린모모는 자동차 안전기술 성능 점검 및 안전운전 의무를 이행하지 않은 중대한 과오가 있어 웨이을과 연대해 배상 책임을 져야 한다. 본안에 관련된 루F417XX 화물차는 4년여 동안 15차례에 걸쳐 변호판과 주행증을 재발급받고, 두 차례에 걸쳐 며칠 상간에 각 변호판과 주행증을 처리했으며, 주행증 재발급에 걸린 최소 간격은 단지 5일이었고, 푸산회사가 밝힌 바와 같이 변호판도용 사실을 몰랐다고 해도 상술한 정황이라면 경각심을 갖고 타인이 불법적인 이익을 취하지 않도록 관리를 강화했어야 했다. 그러나 푸산회사는 관리 의무를 제대로 이행하지 않은 것은 물론 사고 발생 후에도 직원을 공안 교통경찰 부문에 보내 사고 처리를 위탁했다. 이에 따라 푸산회사는 루F417XX 화물차의 지입단위로서 웨이을, 린모모의 배

상 의무에 대해 연대 책임을 져야 한다. 웨이갑은 웨이을에 보험증권을 맡겼고 지금도 웨이을이 가지고 있는데, 보험증권은 자동차에 딸린 용도이고, 루F417XX 화물차는 계속 운행 중이어서 장기간 웨이을이 보관해서는 안 되고 보관할 수도 없다는 것이 상식이므로, 웨이갑이 번호판 도용 사실을 몰랐다는 주장은 받아들이지 않는다. 웨이갑은 린모모, 웨이을의 배상의무에 대해 연대책임을 져야 한다. 영안재보엔타이지사에 관해서는 자동차 교통사고 책임 강제보험을 든 보험 차량은 루F417XX 화물차이고 사고를 낸 번호판도용 차량이 아니므로 배상책임을 지지 않는다. 사고발생 당시 쭈EL06XX 버스는 주모모가 사용했으며 당해 차량의 실소유주임을 자인해 주오모모는 자오갑 등 원심원고에 대한 배상책임을 져야 한다. 주갑은 쭈EL06XX 버스의 등록 차주로서 이 차량의 운영을 지배할 수도 없고, 이 차량의 운영으로 이익을 얻은 바도 없기 때문에 배상책임을 지지 않는다. 자오갑 등 원심원고는 사고 발생 당시 저우모모가 텅페이회사를 위해 직무를 수행하고 있었다는 점을 증명할 충분한 증거를 제시하지 않았기 때문에, 텅페이회사 또한 배상책임을 지지 않는다. 인보상하이지사에는 평병이 승객이어서 법에 따라 자동차 교통사고 책임 강제보험을 적용하지 않으므로 인보상하이지사는 배상책임을 지지 않는다. 종합하면 사고피해자의 가족에게 초래된 합리적인 손해는 린모모, 웨이을이 70%의 배상책임을 부담하고, 저우모모가 30%의 배상책임을 부담한다. 이밖에 평병의 사망 결과는 린모모와 저우모모의 공동권리침해행위에 의한 것이므로, 웨이을, 린모모, 저우모모는 서로 연대하여 배상책임을 져야 한다. 본안의 배상 비용에 관해서는 구체적으로 다음과 같이 인정한다.

1. 장례비 17,353.50위안, 2. 정신적 손해에 관한 위자료 50,000위안, 3. 변호사비 6,000위안, 4. 사망배상금 472,460위안, 5. 교통비 참작 결정

4,000위안, 6. 일실손해 참작 결정 4,320위안, 7. 숙박비 참작 결정 3,600위안, 8. 피부양자 자오을의 생계비 9,213.54위안. 상술한 비용의 총계는 566,947.04위안으로 린모모, 웨이을이 70퍼센트 즉 396,863위안을 부담하고 저우모모가 30퍼센트 즉 170,084위안을 부담한다. 푸산회사는 린모모, 웨이을의 배상의무에 대해 연대책임을 진다. 재판 중에 자오갑 등 원심 원고는 푸산회사가 지급한 현금 5,000위안을 받은 적이 있다고 자인하였으나, 푸산회사가 확인하지 않아 처리하지 않았다. 이에 따라, 《민법통칙》 제106조 제2항, 제119조, 제130조, 《도로교통안전법》 제76조 제1항, 《최고인민법원 인신손해배상안건 심리 시 법률적용의 약간의 문제에 관한 해석》 제3조, 제8조 제1항, 제9조 제1항, 《민사소송법》 제130조의 규정에 근거하여 다음과 같이 판결한다.

1. 웨이을, 린모모는 본 판결 효력발생일로부터 10일 이내에 자오갑, 평갑, 호우모모, 자오을에게 장례비, 정신적 손해에 관한 위자료, 사망배상금, 교통비, 일실손해, 숙박비, 피부양자 생계비 및 변호사비 총 396,863위안을 배상하라. 2. 저우모모는 본 판결 효력발생일로부터 10일 이내에 자오갑, 평갑, 호우모모, 자오을에게 장례비, 정신적 손해에 관한 위자료, 사망배상금, 교통비, 일실손해, 숙박비, 피부양자 생계비와 변호사비 총 170,084위안을 배상하라. 3. 푸산회사, 웨이갑은 상술한 판결 주문 제1항의 배상 의무에 대해 연대 책임을 진다. 웨이을, 린모모, 저우모모는 상술한 판결문 제1, 2항의 배상 의무에 대해 서로 연대책임을 진다. 4. 자오갑, 평갑, 호우모모, 자오을의 나머지 소송 청구는 지지하지 않는다.

원심판결 후 웨이갑은 불복하여 본원에 상소를 제기하며 다음과 같이 주장하였다. 상소인이 차량을 구매하기 1년 전에 사고 차량은 이미 루F417XX번호판을 도용하였고, 상소인은 이에 대해 잘못이 없다. 상

소인이 변호판도용과 매월 3,000위안의 변호판 도용료를 받기로 합의했다는 웨이을의 진술은, 웨이을이 루F417XX 변호판도용 차량의 실소유주로서 본안과 직접적인 이해관계가 있으므로 받아들여서는 안 된다. 원심법원이 루F417XX 차량의 보험증권을 웨이을이 가지고 있다는 점에만 근거해 상소인이 변호판도용 사실을 알고 있다고 인정하고 상소인이 연대책임을 지라고 판결로 명령한 데는 사실적 근거가 없다. 원판결 제3항을 취소하고 판결을 뒤집어 자오갑, 평갑, 호우모모, 자오을의 소송청구를 기각해달라고 요청하였다.

피상소인 자오갑, 평갑, 호우모모, 자오을은 다음과 같이 주장했다. 사고 발생 후 웨이갑은 루F417XX 차량의 보험증권을 웨이을에게 제공해 교통사고 처리 용도로 사용하게 하였고, 웨이갑이 차량구매 후 웨이을이 F417XX 차량의 번호판을 계속 도용하는 데 동의했음이 증명된다. 따라서 웨이갑은 중대한 과오를 범했으며, 웨이을과 연대 책임을 져야 한다. 원판결을 유지할 것을 요구한다.

원심 피고 텡페이회사, 주갑, 영안재보엔타이지사는 원판결 유지를 요구했다.

원심 피고 푸산회사, 린모모, 웨이을, 저우모모, 인보상하이지사는 모두 법정에서 출석해 의견을 표시하지 않았다.

2심은 원심법원이 밝혀낸 법률적 사실이 틀림없음을 심리를 통해 밝혀냈다.

본원은 웨이을이 먼저 F417XX 차량 번호판을 도용하고 있었고 웨이갑이 루F417XX 화물차를 구매한 것이 나중이지만 두 사람은 같은 마을에서 개인 운송업무를 하고 있으며, 무엇보다 웨이을이 사고 발생 후 루F417XX 화물차의 보험증권을 가지고 공안 교통경찰 부문에 가

교통사고를 처리했다는 사실은 웨이갑이 웨이을의 루F417XX 차량 번호판 도용 행위에 대해 잘 알고 있었음을 증명한다고 보고 있다. 원심 법원이 이에 따라 웨이갑에게 웨이을의 배상의무에 대해 연대 배상책임을 지라고 판결로 명령한 것은 부당하지 않고 본원은 이를 유지한다. 웨이갑은 루F417XX 화물차의 보험증권이 왜 웨이을에게 있었는지에 대해 해명했지만 믿을 수 없어 본원은 받아들이지 않는다. 종합하면, 웨이갑이 웨이을의 번호판도용행위를 몰랐다는 이유로 연대 배상책임을 면제해달라고 요구하는 상소청구는 증거가 부족해 본원은 지지하지 않는다. 《민사소송법》 제153조 제1항 제1호에 따라 다음과 같이 판결한다.:

상소를 기각하고 원심판결을 유지한다.

2심 안전접수비는 인민폐 7,252.95위안으로 상소인 웨이갑이 부담한다.

본 판결은 종심 판결이다.

심판장 李伊紅

대리심판원 沈麗琍

대리심판원 趙俊

2010년 8월 5일

서기원 卞耀輝

## [부록 4] 최고인민검찰원 지도성안례 표본

董亮等四人詐騙案

동량 등 4인 사기 사건

(檢例第38号)

### 【키워드】

사기 자기거래 택시앱 보조금편취

### 【기본적인 사실관계】

피고인 동량, 남, 1981년 9월생, 일정한 직업 없음.

피고인 담신현, 남, 1984년 7월생, 일정한 직업 없음.

피고인 고흥, 남, 1974년 12월생, 일정한 직업 없음.

피고인 송서화, 여, 1977년 4월생, 원래 상하이양푸역(上海楊浦火車站) 직원.

2015년, 온라인 차량 플랫폼 등록 기사 동량, 담신현, 고흥, 송서화는 미실명으로 등록된 핸드폰 번호를 각각 구매·임대하여 온라인 차량 이용객으로 등록하고, 이용객 계좌에 택시비를 10~20위안을 미리 충전했다. 이후 이들은 각자 차량 이용 주문서를 허위로 작성해 본인이나 실제 통제하는 다른 운전자들의 계좌로 받아 갔다. 단거리 수요를 유발한 뒤 일부러 목적지를 변경해 승차거리를 연장하는 바람에 지급해야 할 요금이 크게 올랐다. 승객용 단말기에 예치된 택시비가 적어 요금을 전액 지불할 수 없자 온라인 차량 플랫폼회사는 시장점유율을 높



이기 위해 내부규정에 따라 회사가 요금을 대납하고 운전자에게 주문 보조금을 지원하였다. 피고인들은 이 수법으로 온라인 차량 플랫폼회사로부터 요금과 운전자보조금을 각각 불법으로 받았다. 동량은 40,664.94위안, 담신현은 14,211.99원, 고행은 38,943.01원, 송서화는 6,627.43위안을 받았다.

### **【소송과정 및 결과】**

본안은 상하이 푸타구(普陀區) 인민검찰원이 2016년 4월 1일 피고인 동량, 담신현, 고행, 송서화에 대해 상하이시 푸타구 인민법원에 사기죄로 공소를 제기하였다. 2016년 4월 18일 상하이시 푸타구 인민법원은 피고인 동량, 담신현, 고행, 송서화의 행위가 사기죄가 된다고 판결하였다. 피고인들이 죄를 사실대로 진술하여 법에 따라 가볍게 처벌할 수 있다는 점, 피고인들의 가족이 모두 장금을 전액배상하여 정상을 참작해 가볍게 처벌할 수 있다는 점을 종합적으로 고려하여 피고인 동량은 징역 1년과 벌금 1천 위안; 피고인 담신현은 징역 10개월에 벌금 1천 위안; 피고인 고행은 징역 1년에 벌금 1천 위안; 피고인 송서화는 징역 8개월에 벌금 1천 위안에 처하도록 판결하였다; 피고인들이 취득한 장금은 법에 따라 피해단위에 반환하였다. 1심 선고 후 네 명의 피고인들이 상소하지 않아 판결의 효력이 발생하였다.

### **【요지】**

불법 점유 목적으로 자기거래 방식을 채택하고 서비스 제공 사실을 허위로 꾸민 뒤 플랫폼 업체로부터 요금과 주문 보조금을 타낸 액수가 큰 행위는 사기죄로 인정해야 한다.

### **【지도의의】**

온라인 차량예약, 인터넷 주문 등 인터넷 경제의 새로운 형태가 속속 등장하고 있다. 일부 인터넷 회사는 시장 선점을 위해 주문 보조금을 주는 형식으로 고객의 참여를 유도하고 있다. 어떤 불법분자(不法分子)들은 위법한 수단을 써서 인터넷 회사가 주는 보조금을 사취하는데, 액수가 크면 사기죄가 될 수 있다.

온라인 차량예약에서 행위자가 불법 점유 목적으로 온라인 차량예약 플랫폼을 통해 온라인 차량예약 회사와 교류하여 허위의 차량 주문을 만들어냄으로써 그 온라인 차량예약 회사가 회사 보조금 규칙에 부합하는 주문으로 오인하고 잘못된 인식에 기초하여 행위자에게 요금 및 주문 보조금을 지급하게 한 행위는 사기죄의 본질적 특징에 부합하며 신종 사기죄에 해당한다.

### **【관련 법률 규정】**

《중화인민공화국형법》

제266조 공적, 사적 재산을 사취한 액수가 크면 3년 이하의 징역, 구류 또는 단속에 처하고, 벌금을 병과하거나 벌금에 처한다; 액수가 매우 크거나 기타 죄질이 심각한 경우에는 3년 이상 10년 이하의 징역에 처하고, 벌금을 병과한다; 액수가 특별히 매우 크거나 기타 죄질이 심각한 경우에는 10년 이상의 징역이나 무기징역에 처하고, 벌금을 병과하거나 재산을 몰수한다. 본 법에 다른 규정이 있는 경우 그 규정에 의한다.

책임편집: 劉淑娟

## [부록 5] 주요 중국법령(주요 조문)

### 《헌법》

제1조 중화인민공화국은 노동자 계급이 이끄는, 공농연맹(工農聯盟)에 기반을 둔 인민 민주 독재의 사회주의 국가이다.

사회주의 제도는 중화인민공화국의 근본 제도이다. 중국공산당 지도부는 중국 특색 사회주의의 가장 본질적인 특징이다. 어떤 조직이나 개인이 사회주의 제도를 파괴하는 것을 금한다.

제57조 중화인민공화국 전국인민대표대회는 최고의 국가 권력기관이다.

제79조 최고인민법원은 최고심판기관이다. 최고인민법원은 지방 각급 인민법원과 전문인민법원의 심판사무를 감독하고, 상급인민법원은 하급인민법원의 심판사무를 감독한다.

제131조 인민법원은 법률의 규정에 따라 심판권을 독립하여 행사하며, 행정기관, 사회 단체 및 개인의 간섭을 받지 않는다.

### 《각급 인민대표대회 상무위원회 감독법》

제31조 최고인민법원, 최고인민검찰원이 심판, 검찰사무에서 내린 법률의 구체적 응용에 관한 해석은 공포일로부터 30일 내 전국인민대

표대회 상무위원회에 보고하여 등록하여야 한다.

### 《민사소송법》

제170조 제2심 인민법원은 상소안건에 대해 심리를 거쳐 다음의 경우에 따라 분별 처리한다. 제2항 원판결, 재정의 사실인정에 착오가 있거나 법률 적용에 착오가 있는 경우, 판결, 재정의 방식으로 법에 따라 다시 판결, 파기하거나 변경한다.

제198조 제1항 각급 인민법원장은 당해 법원에서 이미 법률적 효력이 발생한 판결, 재정, 조해서(調解書)에 명백한 착오가 있음을 발견한 경우, 재심이 필요하다고 판단하면 심판위원회에 회부하여 토론 결정해야 한다. 제2항 최고인민법원은 지방 각급 인민법원에서 이미 법률적 효력이 발생한 판결, 재정, 조해서에 대해, 상급인민법원은 하급인민법원에서 이미 법률적 효력이 발생한 판결, 재정, 조해서에 대해, 명백한 착오가 있음을 발견한 경우, 재심을 제기하거나 하급인민법원에 재심을 명할 권한이 있다.

제199조 당사자는 이미 법률적 효력이 발생한 판결, 재정에 대해, 착오가 있다고 판단한 경우 직상급 인민법원에 재심을 신청할 수 있다.

제200조 당사자의 신청이 다음 중 하나에 부합하는 경우 인민법원은 재심하여야 한다. 제6항 원판결, 재정의 법률의 적용에 명백한 착오가 있는 경우

## 《인민법원조직법》

제18조 최고인민법원은 심판사무 중 법률의 구체적 응용에 속하는 문제에 대해 해석을 진행할 수 있다. 최고인민법원은 지도성안례를 공포할 수 있다.

제28조 최고인민법원은 최고의 심판기관이다. 최고인민법원은 지방의 각급인민법원과 전문인민법원의 심판사무를 감독한다.

제36조 제1항 각급 인민법원에는 심판위원회를 두며, 심판위원회는 원장, 부원장과 법관으로 구성되며, 구성원은 홀수여야 한다.

제37조 제1항 심판위원회는 다음의 기능을 수행한다.

1. 심판 경험을 총괄한다.
2. 중대하거나 어렵고 복잡한 안건에서 법률의 적용을 토론 결정한다.
3. 본원에 이미 법률적 효력이 발생한 판결, 재정, 조정서의 재심 여부를 토론 결정한다.
4. 기타 심판사무 관련 중대 문제를 토론 결정한다.

제2항 최고인민법원은 심판사무 중 법률의 구체적 응용에 속하는 문제에 대해 해석을 진행하고, 심판위원회 전체회의에서 토론 통과시켜야 한다.; 지도성안례의 공포는 심판위원회 전문위원회회의에서 토론 통과시킬 수 있다.

## 《최고인민법원 안례지도사무에 관한 규정》(全文)

심판 경험을 총괄하고, 법률 적용을 통일하며, 심판의 질을 제고하고, 사법공정을 수호하기 위하여 《인민법원조직법》 등 법률의 규정에 따라 안례지도사무를 전개해나가기로 하고 《최고인민법원 안례지도사무에 관한 규정》을 제정한다.

제1조 전국법원의 심판 및 집행사무에 대하여 지도적 역할을 하는 지도성안례는 최고인민법원이 확정하고 통일적으로 공포한다.

제2조 지도성안례는 법률적 효력이 발생한 재판으로서 다음의 조건에 부합하는 안례를 말한다.:

1. 사회의 광범위한 관심의 대상인 경우; 2. 법률 규정이 비교적 원칙적인 경우; 3. 전형성을 갖춘 경우; 4. 사안이 복잡하거나(疑難複雜) 새로운 유형인 경우; 5. 기타 지도적 역할을 하는 안례인 경우.

제3조 최고인민법원은 안례지도사무처를 설립하고 지도성안례의 선정, 심사 및 보고 사무를 담당한다.

제4조 최고인민법원의 각 심판사무 단위는 최고인민법원 및 지방 각급 인민법원에서 법률적 효력이 발생한 재판이 본 규정 제2조의 규정에 부합한다고 판단한 경우 이를 지도성안례 사무처에 추천할 수 있다.

각 고급인민법원, 해방군 군사법원은 당해 법원 및 관할구역 내의 인민법원에서 법률적 효력이 발생한 재판이 본 규정 제2조의 규정에 부

합한다고 판단한 경우 당해 법원 심판위원회의 토론·결정을 거쳐 이를 최고인민법원 지도성안례 사무처에 추천할 수 있다.

중급 인민법원 및 기층 인민법원은 당해 법원에서 법률적 효력이 발생한 재판이 본 규정 제2조의 규정에 부합한다고 판단한 경우 당해 법원 심판위원회의 토론·결정을 거친 후, 이를 고급인민법원에 보고하여 최고인민법원 지도성안례 사무처에 추천할 것을 건의할 수 있다.

제5조 인민대표, 정협위원(政協委員), 전문가, 학자, 변호사 및 기타 인민법원의 심판, 집행사무에 관심이 있는 사회 각계인사는 인민법원의 법률적 효력이 발생한 재판이 본 규정 제2조의 규정에 부합한다고 판단한 경우, 이를 당해 재판의 효력을 발생시킨 원심인민법원에 추천할 수 있다

제6조 지도성안례 사무처는 추천받은 안례에 대하여 즉시 심사의견을 제출하여야 한다. 추천받은 안례가 본 규정 제2조의 규정에 부합하는 경우, 이를 최고인민법원 심판위원회에 회부하여 토론·결정을 하도록 최고인민법원장이나 주관 부원장에게 보고하여야 한다.

최고인민법원 심판위원회가 토론하여 결정한 지도성안례는 통일적으로 《최고인민법원공보》, 최고인민법원 홈페이지 및 《인민법원보》에 공고의 형식으로 공포한다

제7조 최고인민법원이 공포한 지도성안례는 각급 인민법원이 유사안건(案例)을 심판할 때 반드시 참조하여야 한다.

제8조 최고인민법원 지도성안례 사무처는 지도성안례를 매년 편찬한다.

제9조 본 규정 시행 전에 최고인민법원이 이미 공포한 전국법원의 심판 및 집행사무에 있어 지도적 의의를 갖는 안례는 본 규정에 따라 정리·편찬한 후에 지도성안례로서 공포한다.

제10조 본 규정은 공포한 날부터 시행한다.

#### 《최고인민법원 안례지도사무에 관한 규정》 실시세칙(全文)

제1조 최고인민법원은 《최고인민법원 안례지도사무에 관한 규정》을 구체적으로 실시하고, 안례지도사무를 강화하고 규범화하며 촉진하며, 지도성안례가 심판사무에 있어서 지도적 역할을 충분히 발휘하고, 법률 적용의 기준을 통일하며, 사법공정을 수호하기 위하여 본 실시세칙을 제정하였다.

제2조 지도성안례는 법률적 효력이 발생한 재판으로서, 인정 사실이 명확하고, 적용 법률이 정확하며, 재판의 논리가 충분하고, 법률적 효과와 사회적 효과가 양호하며, 유사안건 심리에 있어서 보편적인 지도적 의의를 가진 안례이어야 한다.

제3조 지도성안례는 제목, 키워드, 재판 요지, 관련 조문, 기본적인 사실관계, 재판 결과, 재판이유 및 효력이 발생한 재판을 담당할 법관(審



判人員)의 성명을 포함하는 주석 등으로 구성된다. 지도성안례 체제의 세부사항은 별도로 정한다.

제4조 최고인민법원 지도성안례 사무처(이하 “안례지도사무처”라 함)에서는 지도성안례의 모집, 선정, 심사, 공포, 연구와 편찬 및 전국법원 안례지도사무에 대한 조율과 지도 등의 사무를 담당한다.

최고인민법원의 각 심판사무 단위는 지도성안례의 추천, 심사 등의 사무를 담당하고, 연락사무 전담자를 지정한다.

각 고급인민법원은 관할구역 내의 지도성안례의 추천, 리서치, 감독 등의 사무를 담당한다. 각 고급인민법원이 최고인민법원에 추천하는 지도성안례 후보는, 심판위원회의 토론·결정을 거치거나 심판위원회 과반수 위원의 심사·동의를 거쳐야 한다.

중급인민법원, 기층인민법원은 고급인민법원을 통하여 지도성안례 후보를 추천하여야 하고, 지도성안례 사무 전담자를 지정하여야 한다.

제5조 인민대표, 정협위원, 인민배심원, 전문가, 학자, 변호사 및 기타 인민법원의 심판, 집행사무에 관심이 있는 사회 각계인사는 지도성안례의 요건에 부합하는 안례를 당해 재판의 효력을 발생시킨 원심인민법원에 추천할 수 있고, 지도성안례 사무처에 제출할 것을 추천·건의할 수도 있다.

안례지도사무 전문가위원회 위원은 지도성안례의 요건에 부합하는 안례를 지도성안례 사무처에 제출할 것을 추천·건의할 수 있다

제6조 최고인민법원의 각 심판사무 단위 및 고급인민법원은 지도성안

레 사무처에 지도성안례 후보 추천 시 다음의 자료를 제출하여야 한다.:

1. 《지도성안례추천표》 ;
2. 규정에 따라 체제에 맞게 편집한 안례원본 및 그 편집에 대한 설명;
3. 관련 재판문서.

이상의 자료는 같은 내용으로 서면으로 3부 제출하고, 전자문서를 동봉하여야 한다.

추천법원은 안건의 심리 보고, 관련 신문 보도 및 연구자료 등을 제출할 수 있다.

제7조 지도성안례 사무처는 지도성안례 후보를 한층 더 연구할 필요가 있다고 판단한 경우, 관련 국가기관, 부문, 사회단체 및 안례지도사무 전문가위원회 위원, 전문가, 학자에게 자문을 구할 수 있다.

제8조 지도성안례 후보는 지도성안례 사무처가 절차에 따라 상부에 보고하여 심사를 거친다. 최고인민법원 심판위원회의 토론을 통과한 지도성안례는 각 고급인민법원에 인쇄 배포하고, 《최고인민법원공보》, 《인민법원보》 및 최고인민법원 홈페이지에 공포한다.

제9조 각급인민법원은 안건 심리 시, 기본적인 사실관계와 법률의 적용에 있어서 당해 사안이 최고인민법원이 공포한 지도성안례와 유사한 경우, 관련 지도성안례의 재판요지를 반드시 참조하여 재판하여야 한다.

제10조 각급 인민법원은 유사안건 심리 시 지도성안례를 참조하는 경우, 지도성안례를 반드시 재판이유에 인용하여야 하나, 이를 재판의 근거(裁判依據)로 인용해서는 안 된다.

제11조 안건의 처리 과정에서, 담당 판사(案件承辦人員)는 반드시 관련 지도성안례를 조회하여야 한다. 재판문서에서 관련 지도성안례 인용 시, 반드시 재판이유 부분에 지도성안례의 번호와 재판요지를 인용하여야 한다.

공소 기관, 안건당사자 및 그 변호인, 소송대리인이 지도성안례를 인용하여 변론 이유로 삼는 경우에는, 담당 판사는 반드시 재판이유에서 당해 지도성안례를 참조하였는지 여부를 석명(回應)하고 그 이유를 설명하여야 한다.

제12조 지도성안례는 다음의 어느 하나에 해당하는 경우, 더 이상 지도적 역할을 하지 못한다.:

1. 새로운 법률·행정 법규 또는 사법해석과 서로 충돌하는 경우;
2. 새로운 지도성안례로 인하여 대체되는 경우;

제13조 최고인민법원은 지도성안례의 문서파일과 전자데이터베이스를 구축하고, 지도성안례의 참조 적용, 조회, 검색 및 편찬을 위한 서비스를 제공하여야 한다.

제14조 각급 인민법원은 지도성안례 사무에서 특출한 성과를 낸 단위와 개인을 《법관법》 등의 규정에 따라 반드시 장려하여야 한다.

제15조 본 시행세칙은 인쇄 배포한 날부터 시행한다.

**최고인민법원 연구실 《지도성안례 체제 편집보고에 관한 의견》,  
《지도성안례 양식》 인쇄 배포에 관한 통지(全文)**

각 성, 자치구, 직할시 고급인민법원, 해방군군사법원, 신장위구르자치구 고급인민법원 생산건설병단分院(生産建設兵團分院):

《지도성안례 체제 편집보고에 관한 의견》, 《지도성안례 양식》을 인쇄 배포하니, 최고인민법원에 보고하여 추천하는 지도성안례 편집시 참조하십시오. 집행에 문제가 있으면 즉시 본원에 보고해주십시오.

첨부: 《지도성안례 체제 편집보고에 관한 의견》, 《지도성안례 양식》

**《지도성안례 체제 편집보고에 관한 의견》**

《최고인민법원 안례지도사무에 관한 규정》을 정확히 적용하고, 지도성안례의 역할을 충분히 발휘하기 위하여 지도성안례의 제정 발표 체제를 통일하고, 지도성안례 체제에 대하여 다음과 같은 의견을 제시합니다.:

지도성안례의 체제는 주로 제목, 키워드, 재판요지, 관련조문, 기본적인

사실관계, 재판결과, 재판이유의 7개 부분을 포함한다.

### 1. '제목'에 관하여

제목은 안건 당사자의 이름과 사건의 개요로 구성한다. 일반적으로 모모씨가 모모씨를 상대로 소송을 제기한 데에 사건의 개요를 더하는 형식을 채택하는데, 장삼이 이사를 상대로 상표권침해 소송을 제기한 분쟁 사건과 같이 한다. 형사안례는 피고인 성명과 사건의 개요로 구성하는데, 장모의 절도 사건과 같이 한다.

### 2. '키워드'에 관하여

키워드는 제목에서 한 줄 띄운 후 재판요지 위에 적고, 지도성안례에서 가장 중요한 법률 적용 문제나 기타 핵심내용을 단어나 합성어로 반영한다. 표시 순서는 키워드의 함의에 따라 큰 것에서 작은 것까지 배열되어야 하며, 두 개 이상의 주제가 있을 경우 중요성에 따라 큰 것부터 작은 것까지 배열해야 한다. 키워드는 보통 7자를 넘지 않고, 키워드 사이에 1자를 비운다.

### 3. '재판요지'에 관하여

재판요지는 원칙적으로 한 단락으로 귀결되는, 전체 지도성안례 요지의 개략적인 표현이다. 재판요지가 두 개 이상인 경우 재판요지의 중요성이나 논리적 관계에 따라 아라비아 숫자 번호로 단락을 구분하여 표시한다. 재판요지는 재판문서의 지도적 의의의 주요 부분을 직접 발췌해 작성하거나 요약할 수 있다.

재판요지에는 지도성안례에서 나타나는 지도적 의의가 있는 중요한 재

판규칙, 이념 또는 방법을 간단명료하게 요약해야 하며, 개괄적이고, 정확하고, 정제되고, 구성이 치밀하고, 표현이 간결하고, 의미도 확실하며, 유사안건의 재판에 대해 지도적이고 시사적인 의의를 가져야 한다.

#### 4. '관련조문'에 관하여

관련 조문에는 재판요지와 가장 밀접하게 관련된 법률 및 그 조문의 번호를 열거한다. 법률은 전칭에 《》를 더하여 표기하고, 조문 순번은 조문 원문의 순번을 사용하여 ‘《형법》 제50조’와 같이 한다; 같은 법률의 다른 조문의 경우 조문의 선후 차례에 따라 배열하되 중간에 쉼표(頓号)를 사용하여 ‘《합동법》 제8조, 제107조’와 같이 한다; 다른 법률의 경우 법률의 위계에 따라 순차적으로 시작하여 병렬로 배열한다. 재판요지가 두 개 이상 있고, 각각 가장 밀접하게 관련된 조문이 있는 경우에는 재판요지의 배열 순서에 따라 아라비아 숫자 번호로 대응하여 표시한다.

#### 5. '기본적인 사실관계'에 대하여

기본적인 사실관계는 일반적으로 변론 의견을 정확하게 개괄해 법원이 심리를 통해 밝혀낸 사실을 서술하고, 경우에 따라서는 직접 법원이 심리해 규명한 사실을 기술할 수도 있다. 그중 변론 의견과 구체적인 증거는 재판요지와 연계 여부에 따라 작성 여부를 결정할 수 있다. 재판요지와 관련된 사실, 상황과 법률의 적용 문제는 정확하고 상세하게 밝혀야 한다.

기본적인 사실관계는 안건의 기본 상황을 정확하고 개괄적으로 반영하므로, 반드시 조리가 명확하고, 주안점이 두드러지고, 상세하고, 적절하

고, 간단명료하고, 알기 쉽게 작성해야 한다.

#### 6. '재판결과'에 대하여

재판 결과에는 소송 경과와 결과를 약술하고, 안건의 재판법원, 재판시간, 안건번호와 재판주문을 기재한다.

재판결과는 판결 혹은 재정의 주문이므로, 법에 따르고, 정확하고, 공정해야 한다.

#### 7. '재판이유'에 관하여

재판이유는 안건사실, 법률, 사법해석, 정책정신과 법학이론통설에 근거해야 하고, 법리, 사리와 논리 등을 아우르며 사건 경위와 재판요지를 종합해 법원 재판의 정확성과 공정성을 상세하게 논술해야 한다. 지도성안례의 구체적 정황에 따라 변론 의견에 대한 논술이 가능하고, 재판요지에 관련된 문제에 대한 직접적인 논술이 가능하다. 재판문서의 논술 순서에 따라 재판문서의 이유에 충실할 수는 있지만, 재판문서와 논술이 모순돼서도 안 되고, 이유 중에 앞에서 서술하지 않은 사실이 나타나서도 안 된다. 1, 2심 등의 재판 이유가 불일치하는 경우 일반적으로 재판의 효력이 발생한 법원의 논술 이유만 적는다.

재판이유는 중점적으로 사건을 둘러싼 주요 문제점, 쟁점 또는 의견 불일치를 지적하고 안례의 지도적 가치를 충분히 천명해야 한다. 논리가 정확하고, 타당하고, 투철해야 하며, 서술의 기본적 정황이 일관되어야 하며, 지도성안례를 선정하게 된 사회적 배경과 밀접하게 결합되어 적확하고 설득력 있게 법적 효과와 사회적 효과의 통합을 확보해야 한다.

## 8. 기타 기술규범에 관하여

문자, 숫자, 문장 부호 등 기술규범은 재판문서의 관련 요구사항을 채택한다.

안례에 관련된 피해자, 증인, 제3자, 미성년자 등의 이름, 명칭, 주소 등의 구체적인 정보를 기술적으로 처리할 수 있다.

제목은 2호 송서체(二号宋体字)를 써서 굵게 하고, ‘키워드’ 중의 구체적인 내용은 3호 해서체로, 안례의 구성 부분을 표시하는 ‘키워드’, ‘재판요지’ 등에는 3호 흑서체를, 문서 전체에는 3호 방송서체를 채택한다. 지도성안례 인쇄 시, 적절한 방법으로 글꼴이나 글자크기를 조절할 수 있다.

### 《지도성안례 양식》

×××××안 (제목)

**키워드** ×× ×× ×× ×× ×××× (지도성안례에서 가장 중요한 법  
률 적용 문제나 기타 핵심내용을 단어나 합성어로 반영한다. 표시 순  
서는 키워드의 함의에 따라 큰 것에서 작은 것까지 배열되어야 하며,  
두 개 이상의 주제가 있을 경우 중요성에 따라 큰 것부터 작은 것까지  
배열해야 한다.)



## 재판요지

…… (재판요지에는 지도적 의의가 있는 중요한 재판규칙, 이념 또는 방법을 간단명료하게 요약해야 한다. 하나의 재판요지는 한 단락으로, 두 개 이상인 경우 재판요지의 중요성이나 논리적 관계에 따라 아라비아 숫자 번호로 단락을 구분하여 표시한다.)

## 관련조문

…… (재판요지와 가장 밀접하게 관련된 법률 및 그 조문의 번호를 열거한다.

법률은 전칭에 《》를 더하여 표기하고, 조문 순번은 조문 원문의 순번을 사용한다.)

## 기본적인 사실관계

×××청구하여 말하기를 : ……

×××답변하여 말하기를 : ……

(제소, 답변 의견과 그 주요 이유를 각 개괄하고, 경우에 따라서는 직접 법원이 심리해 규명한 사실을 기술할 수도 있으며, 변론 정황은 열거하지 않는다. 변론 정황을 열거할지 여부는 재판요지와 연계 여부에 따라 작성 여부를 결정할 수 있다.)

법원이 심리해 규명한 사실 : …… (심리해 규명한 사실을 정확히 기술하고 변론 의견을 열거하지 않으면서도 “법원이 심리하여 규명한다”는 문구를 생략한 채 사건을 직접 기술한다. 일반적으로 구체적 증거는

제시하지 않지만 재판요지와 밀접한 관련이 있는 경우 사실 규명을 거쳐 구체적인 증거를 제시한다. 재판요지와 관련된 사실, 상황과 법률의 적용 문제는 정확하고 상세하게 밝혀야 한다.)

### 재판결과

××××법원은××××년××월××일××××호 (안건번호 적시) 형사 (민사, 행정 등) 판결 (재정 등) …… (재판결과 적시) 을 선고하였다. 판결선고 후, ×××상소하여 (상소하지 않아, 판결에 법률적 효력이 발생하였다) .××××법원은××××년××월××일××××호 (안건번호 적시) 형사 (민사, 행정 등) 재정 (판결) 을 선고하였다. 상소를 기각하고, 원판결을 유지한다. (2심에서 파기환송하는 경우, 파기환송 요지와 정황을 적시한다. 재심하는 경우 재심 요지와 정황을 적시한다.)

### 재판이유

효력을 발생한 재판의 관할법원 (최고인민법원 중심재판의 효력이 발생한 경우 “최고인민법원”이라고 적는다.) 은 판단한다. : …… (법리, 사리와 논리 등을 아우르며 사건 경위와 재판요지를 종합해 재판이유를 상세하게 논술해야 하고, 법적 효과와 사회적 효과의 통합을 확보해야 한다. 안례의 구체적 정황에 따라 변론 의견에 대한 논술이 가능하고, 재판요지에 관련된 문제에 대한 직접적인 논술이 가능하다. 재판 문서의 이유에 충실할 수는 있지만, 재판문서와 논술이 모순돼서도 안 되고, 이유 중에 앞에서 서술하지 않은 사실이 나타나서도 안 된다. 1, 2심 등의 재판 이유가 불일치하는 경우 일반적으로 재판의 효력이 발생한 법원의 논술 이유만 적는다.)

摘 錄

## 關於指導性案例指導力的研究

金玲美

亞洲法

首爾大學法學院

2010年10月中華人民共和國最高人民法院為總結審判經驗，統一法律適用，提高審判質量，維護司法公正，根據《中華人民共和國人民法院組織法》等法律規定制定《最高人民法院關於案例指導工作的規定》展開案例指導工作。2018年10月《中華人民共和國人民法院組織法》中規定了最高人民法院可以發布指導性案例。

理解案例指導制度要考慮獨特的中國國家制度及司法制度。本論文關注了以共產黨的領導為核心的中國司法制度的特征—以政法委員會為中心的共產黨的領導和以審判委員會為中心的法院運營的行政化。中國司法制度雖然具有共產黨的領導這一特點，但四級二審終審制的審級制度、地方保護主義和法官素質不足等阻碍中國司法統一的困難仍然存在。作為克服這些問題的方法之一，最高人民法院實施了案例指導制度。

本論文對指導性案例的法律性質進行了與韓國的判決或判例、英美法界的判例及中國的司法解釋的比較研究和實証研究，將指導性案例的法律性質規定為作為今后在類似案件審判中必須參照的絕對參照事項的關於法令解釋適用的指南。

韓國的判例是大法院關於法令解釋適用的意見，而在中國各級法院的關於法令解釋適用的意見都能成為指導性案例。韓國判例的准據力在自然的司法程序內發生，影響將來的審判。但是指導性案例的指導力不是自然發生的，而是最高人民法院通過司法程序外的選定程序來賦予的，這跟韓國判例相比最大的差別。而且雖然指導性案例的指導力像英美法界的先例約束原則、韓國判例的准據力來源於法理和憲法、審級制度和最高法院的權威等，但指導性案例，各級人民法院審判類似案例時應當參照，當事人等引述指導性案例作為控（訴）辯理由的，案件承辦人員應當在裁判理由中回應是否參照了該指導性案例並說明理由。

本論文還對參照指導性案例的案例進行實証分析驗證了指導性案例的指導力，並對其進行數量分析導出了相關統計數據，從而得出了基於理論和實踐的綜合結論。

如果在類似案件中判決結果各不相同，人民就會認為判決結果不公平。最高人民法院為了消除對類似案件的不同判決問題作為恢復人民對司法府的信任的方法之一實施案例指導制度。從確保判決公正性的角度來看，案例指導制度試圖在類似案件中解決判決結果不公平問題也值得關注。

希望至少通過本論文人民在韓中交流中必需考慮指導性案例，從而

在類似案件中提高紛爭結果可預測性、預防在交流中可能出現的問題。

**關鍵詞：**指導性案例、中國案例指導制度、判例的准据力、應當參照、指導性案例的指導力

**學号：**2014-30756

## Abstract

# Theory on the Guiding Force of China's Guiding Cases

Youngmi Kim

Asian Law

Seoul National University School of Law

In 2010, the Supreme People's Court of the People's Republic of China introduced the 'Guiding Cases System' in order to summarize adjudication experiences, unify the application of law, enhance adjudication quality, and safeguard judicial impartiality, and in October 2018, the Supreme People's Court's right to interpret the application of the law and to promulgate the Guiding Cases were specified in the Organic Law of the People's Courts of the People's Republic of China.

This research is intended to present practical useful research results so that Guiding Cases can be considered as the basis for resolving disputes between Korea and China by clarifying

the guiding force of Guiding Cases based on existing theory of precedents in a situation where there is not much prior research done on the Guiding Cases System itself. The power structure of China is so different from that of Korea that it is difficult to compare countries' legal systems in fragmentary ways, but this paper can present a different view from reviewing the Western systems. In particular, this paper has drawn a comprehensive conclusion encompassing theory and practice by verifying the guiding force of Guiding Cases through empirical analysis, such as categorizing Guiding Cases in its own way and calculating relevant statistical data.

Given that the Guiding Cases system is attempting to control the quality of trials, there is room to see if there is anything to be inspired by the China's judicial practice. Most of all, if the outcome of the trial differs in similar cases, people will accept that the outcome of the trial is even less fair, and it is noteworthy that the Guiding Cases system was introduced to address the problem of different rulings on similar cases as one of the ways to restore trust in the judiciary.

Apart from China's national system, especially the judicial system, which is much different from Korea, human and material exchanges between the two countries will continue to increase in the future, considering geographical accessibility and international political dynamics. Ultimately, I expect this study to raise awareness of the guiding force of Guiding Cases in

Korea, thereby helping people avoid possible problems in their exchanges with China in advance(conflict prevention function), and to increase the predictability of the outcome of disputes in similar cases(conflict outcome prediction function). This is, after all, the purpose of studying the systems of China and China, which is close but unfamiliar to us, especially the Guiding Cases System.

**keywords : Guiding Cases, Guiding Cases system in China,  
Referent Power of Precedents, Should refer to,  
Guiding Force of Guiding Cases**

*Student Number : 2014-30756*