

# 대 법 원

## 제 1 부

## 판 결

사 건 2011다14428 손해배상(기)  
원고, 피상고인 별지 원고 목록 기재와 같다.  
피고, 상고인 대한민국  
원 심 판 결 서울고등법원 2011. 1. 12. 선고 2010나61528 판결  
판 결 선 고 2013. 4. 26.

## 주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

## 이 유

상고이유를 판단한다.

1. 법령의 개정에서 입법자의 광범위한 재량이 인정되는 경우라 하더라도 구 법령의 존속에 대한 당사자의 신뢰가 합리적이고도 정당하며 법령의 개정으로 야기되는 당사자의 손해가 극심하여 새로운 법령으로 달성하고자 하는 공익적 목적이 그러한 신뢰의 파괴를 정당화할 수 없다면 입법자는 경과규정을 두는 등 당사자의 신뢰를 보호할 적절한 조치를 하여야 하며 이와 같은 적절한 조치 없이 새 법령을 그대로 시행

하거나 적용하는 것은 허용될 수 없는바, 이는 헌법의 기본원리인 법치주의 원리에서 도출되는 신뢰보호의 원칙에 위배되기 때문이다(대법원 2006. 11. 16. 선고 2003두 12899 전원합의체 판결 등 참조).

그러나 입법자가 이러한 신뢰보호 조치가 필요한지를 판단하기 위하여는 관련당사자의 신뢰의 정도, 신뢰이익의 보호가치와 새 법령을 통해 실현하고자 하는 공익적 목적 등을 종합적으로 비교·형량하여야 할 것인데, 이러한 비교·형량에 관하여는 여러 견해가 있을 수 있으므로, 행정입법에 관여한 공무원이 입법 당시의 상황에서 다양한 요소를 고려하여 나름대로 합리적인 근거를 찾아 어느 하나의 견해에 따라 경과규정을 두는 등의 조치 없이 새 법령을 그대로 시행하거나 적용하였다면, 그와 같은 공무원의 판단이 나중에 대법원이 내린 판단과 같지 아니하여 결과적으로 시행령 등이 신뢰보호의 원칙 등에 위배되는 결과가 되었다고 하더라도, 이러한 경우에만까지 국가배상법 제2조 제1항 소정의 국가배상책임의 성립요건인 공무원의 과실이 있다고 할 수는 없다.

2. 원심이 원용한 제1심판결 이유 및 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거 등에 의하면, ① 피고 산하 특허청장이 시행하는 변리사 제1차 시험은 2000. 6. 27. 대통령령 제16867호로 변리사법 시행령이 개정되면서, 선발예정인원의 범위 안에서 합격자를 결정하던 종전의 '상대평가제'에서, 일정 점수(매과목 40점, 전과목 평균 60점) 이상을 득점한 응시자를 모두 합격시키는 '절대평가제'로 전환되었는데(제4조), 이는 규제개혁위원회가 1999. 7. 16. 변리사 등 전문자격사의 선발인원을 확대하기 위하여 일정 점수 이상의 득점자를 전원 합격시키는 자격검증시험제도로 전환하도록 의결함에 따른 것이었고, 다만 위 절대평가제는 준비기간을 두어 2002. 1. 1.부터 시행하도록 한 사실, ② 이에 따라 특허청장은 2002. 1. 10. 특허청 인터넷 홈페이지의 '공지사항'란에 위 시행

령 규정에 따라 절대평가제로 시행될 첫 시험인 제39회 변리사 제1차 시험(이하 '이 사건 시험'이라고 한다)을 같은 해 3. 31.에 시행하겠다는 이 사건 시험 일정을 발표한 사실, ③ 그러나 3일 만인 같은 해 1. 12. 위 발표문이 삭제되었고, 같은 해 1. 17. 효율적인 시험관리를 위하여 변리사 제1차 시험을 절대평가제에서 다시 상대평가제(매과목 40점, 전과목 평균 60점 이상을 득점한 자 중 시험성적과 응시자 수를 고려하여 전과목 총득점에 의한 고득점자 순으로 합격자 결정)로 변경한다는 내용의 변리사법 시행령 중 개정령(안)입법예고가 관보에 게재되었으며, 같은 해 3. 25. 변리사법 시행령 제4조 제1항이 위 입법예고와 동일한 내용으로 개정·공포된 사실(대통령령 제17551호), ④ 그런데 위 개정 시행령은 그 부칙에서 "이 영은 공포한 날로부터 시행한다"고 규정함으로써 위 절대평가제는 시행되지 못한 채 같은 해 5. 26. 실시된 이 사건 시험부터 종전의 상대평가제로 환원된 사실(이하 2002. 3. 25. 대통령령 제17551호로 개정된 시행령을 '개정 시행령', 그 부칙을 '이 사건 부칙', 그 개정 전의 시행령을 '개정 전 시행령'이라고 한다), ⑤ 원고들은 각 이 사건 시험에 응시하여 절대평가제에 의하면 합격점수인 매과목 40점, 전과목 평균 60점 이상을 득점한 사실, ⑥ 그러나 특허청장은 2002. 7. 25. 이 사건 시험의 합격자 1,047명의 명단을 발표하면서, 원고들의 득점이 상대평가제에 의한 합격기준인 평균 득점 66.88점에 미달한다는 이유로 원고들을 합격자 명단에서 제외하여 이 사건 시험의 불합격자로 처리한 사실(이하 '이 사건 처분'이라고 한다), ⑦ 원고들 중 원고 240 외 2인은 2002. 10. 22. 특허청장을 상대로 서울행정법원(2002구합35475호)에 이 사건 처분에 대한 취소의 소를 제기하여 패소판결을 선고받고 항소하였는데, 항소심인 서울고등법원(2003누4111호)에서 불합격처분취소판결을 선고받고, 2006. 11. 16. 대법원(2003두12899호)에서 제1차 시험의 상대평가

제를 규정한 개정 시행령을 이 사건 시험에 시행하는 것은 헌법상 신뢰보호의 원칙에 비추어 허용될 수 없으므로, 이 사건 부칙 중 개정 시행령을 즉시 이 사건 시험에 대하여 시행하도록 규정한 부분은 헌법에 위반되어 무효이고, 따라서 특허청장이 이 사건 시험에는 개정 시행령 제4조 제1항을 적용할 수 없음에도 이를 적용하여 위 원고들에게 한 이 사건 처분은 위법하다는 원심을 수긍하면서 특허청장의 상고를 기각함으로써 위 원고들의 승소판결이 확정되었으며, 이에 특허청장은 2006. 12. 20. 위 행정소송의 당사자인 위 원고들뿐만 아니라 나머지 원고들에 대하여도 모두 추가합격처분을 한 사실, ⑧ 한편 변리사시험은 1963년부터 시행되었고, 제1차와 제2차 시험의 구분이 없는 상태에서 그때부터 1983년 시험까지는 절대평가제로 실시되었는데, 1983. 11. 15. 변리사법 시행령의 개정으로 제1차, 제2차 시험으로 구분되어 제1차 시험에 합격하지 않으면 제2차 시험에 응시할 수 없도록 하면서 그 부칙에 따라 같은 날부터 시행되었고, 1992. 10. 27. 변리사법 시행령의 개정에 따라 제1차 시험에 대하여 상대평가제를 실시하면서 그 부칙에 따라 같은 날부터 시행되었는바, 즉 1963년부터 1992년 시험당시까지 약 30년간 절대평가제로 실시하던 것을 1992. 10. 27.부터 제1차 시험에 상대평가제를 도입하여 당일부터 시행되기도 한 사실 등을 알 수 있다.

3. 가. 위와 같은 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 보면, 우선 개정 시행령의 즉시 시행으로 인하여 원고들의 개정 전 시행령에 따라 이 사건 시험이 실시되리라는 신뢰이익에 대한 침해는 개정 시행령의 즉시 시행에 의하여 달성하려는 공익적 목적을 고려하더라도 정당화될 수 없을 정도로 과도하여, 제1차 시험의 상대평가제를 규정한 개정 시행령 제4조 제1항을 2002년의 이 사건 시험에 시행하는 것은 헌법상 신뢰보호의 원칙에 비추어 허용될 수 없다 할 것이므로, 개정 시행령 부칙 중 제4조 제1항을 즉시

이 사건 시험에 대하여 시행하도록 그 시행시기를 정한 부분은 헌법에 위반되어 무효라고 할 것이고, 따라서 특허청장이 이 사건 시험에 관하여는 개정 시행령 제4조 제1항의 규정을 원고들에게 적용할 수 없다고 할 것이므로, 특허청장이 이를 적용하여 원고들에게 한 이 사건 처분은 위법하다고 할 것이다.

나. 그러나 개정 시행령 및 이 사건 부칙의 입법에 관하여, ① 규제개혁위원회의 방침에 따라 제1차 시험의 상대평가제를 절대평가제로 변경하였다고 하더라도, 적어도 법적·제도적 관점에서 보면 그와 같은 변경으로 인하여 합격자 수가 반드시 증가한다고 볼 수 없을 뿐 아니라 또한 그 변경이 합격자 수의 증가를 법적으로 보장해 주는 것도 아니고, 변리사 등과 같은 전문자격사의 인원 확대라는 개정 전 시행령의 입법 취지는 궁극적으로 변리사 제2차 시험 합격자 수를 증가시킴으로써 달성할 수 있는 것이고 제1차 시험은 제2차 시험을 치를 자격을 부여하는 전 단계의 시험에 불과한 만큼, 제2차 시험에 응시할 수 있는 합리적인 숫자의 제1차 시험 합격자를 배출시키는 틀이 유지되고 합리적으로 운영되는 한 제1차 시험 합격자의 결정방법은 특허청장의 권한에 속하는 사항으로 보아야 하므로, 수험생들에게 개정 전 시행령에 따라 절대평가제로 2002년의 변리사 제1차 시험이 실시되고 시험난이도 수준도 종전의 수준으로 유지되리라는 기대 내지 신뢰가 형성되어 있었다고 하더라도 이는 수험생들의 주관적인 이해관계에 따른 사실상의 것에 불과할 뿐 법적 정당성을 지닌 합리적인 것으로서 특허청장이 반드시 이를 보호하여야 할 성질의 것은 아니라고 해석하는 견해도 충분히 상정할 수 있다고 보이고, ② 또한 변리사와 같은 전문자격사를 선발하기 위한 시험의 합격기준 및 합격자 결정방법은 입법정책의 변화에 따라 언제든지 변경될 수 있는 것이고, 실제로 변리사시험은 절대평가제에서 상대평가제로 전환되었다가 개정 전 시행

령에 의하여 다시 절대평가제로 전환되는 등 여러 차례에 걸쳐 변화를 거쳐 온 점에 비추어 2002년의 변리사 제1차 시험이 개정 전 시행령에 따라 절대평가제로 실시되리라는 수험생들의 기대와 신뢰는 상대적이고 가변적인 것에 지나지 않으며, 개정 시행령의 즉시 시행으로 인한 수험생들의 신뢰이익의 침해가 개정 시행령의 즉시 시행이 가지는, 시험운영관리의 적정성과 일정 수준 이상의 제1차 시험 합격자 선발이라는 공익적 목적을 정당화할 수 없을 정도로 과도하다고 보기는 어렵다는 견해도 충분히 상정할 수 있었다고 보이는데, 개정 시행령 및 이 사건 부칙의 입법에 관여한 공무원들은 입법 당시의 상황에서 위와 같은 다양한 요소를 고려하여 나름대로 합리적인 근거에 기초하여 위와 같은 견해를 취하여 개정 시행령에 관하여 경과규정 등의 조치 없이 당일부터 시행하였다고 할 것이므로, 비록 대법원 판결에서 이 사건 부칙 중 개정 시행령 제4조 제1항을 즉시 2002년의 변리사 제1차 시험에 대하여 시행하도록 그 시행시기를 정한 부분은 헌법에 위반된다고 판단함으로써 결과적으로 이 사건 부칙제정 행위가 위법한 것으로 되고 그에 따른 이 사건 처분 역시 결과적으로 위법하게 되어 위법한 법령의 제정 및 법령의 부당집행이라는 결과를 가져오게 되었다고 하더라도, 이러한 경우에까지 국가배상법 제2조 제1항 소정의 국가배상책임의 성립요건인 공무원의 과실이 있다고 단정할 수는 없다고 할 것이다.

다. 그럼에도 원심은 그 판시와 같은 이유를 들어 개정 시행령 및 이 사건 부칙의 제정과 이에 근거한 이 사건 처분의 담당공무원인 특허청장 등이 보통 일반의 공무원을 표준으로 하여 볼 때 객관적 주의의무를 결하여 그 직무의 수행이 객관적 정당성을 상실하였다고 인정될 정도에 이른 경우에 해당하여, 손해의 전보책임을 국가에 부담시켜야 할 실질적인 이유가 있는 경우에 해당한다고 판단하고 말았으니, 이러한 원심판

결에는 국가배상책임에서의 공무원의 직무상 과실에 관한 법리 등을 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

4. 그러므로 나머지 상고이유에 관한 판단을 생략하고 원심판결을 파기하여, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장	대법관	박병대
-----	-----	-----

	대법관	양창수
--	-----	-----

	대법관	고영한
--	-----	-----

주심	대법관	김창석
----	-----	-----

별지

## 원고 목록

생략