

成均館法學

第29卷 第1號



法學研究所

2017

발 간 사

새 학기가 시작되어 신입생들이 들어오면 학교가 조금 더 밝아지는 느낌입니다. 새싹이 돋아나고 날씨도 점점 좋아지고 있습니다. 그러나 미세먼지로 봄기운을 만끽하기 어렵습니다. 환경 개선을 위한 노력이 조만간 결실을 맺기를 바랍니다.

성균관 법학을 아껴주시는 여러 선생님들의 투고와 격려 덕분에 이번 제29권 제1호도 상정하게 되었습니다. 먼저 옥고를 기고해 주신 많은 분들께 감사의 말씀을 드립니다. 다양한 주제로 교내외 선생님들이 총 18편의 옥고가 도달하였습니다. 심사위원님들의 엄격한 심사를 거쳐 그 중 14편의 논문을 신게 되었습니다. 우수한 논문을 투고하였음에도 불구하고 이번 호에 게재되지 못한 필자 여러분께 죄송한 마음과 함께 앞으로도 변함없는 관심과 애정을 부탁드립니다.

이번 성균관법학 제29권 제1호는 원래 최준선 교수님의 정년 기념호로 준비하려 하였으나 최 교수님께서 고사하시어 일반호로 상정되었습니다.

명예로운 정년을 하시고 연구와 저술 등을 활발하게 하시는 최준선 교수님의 앞날에 축복이 가득하기를 기원합니다.

아울러 귀중한 시간을 내어 논문심사를 맡아주신 심사위원 여러분께 감사드립니다. 심사의견서를 바탕으로 쉽지 않은 편집회의를 하신 편집위원장님과 여러 편집위원님들께 감사드립니다.

2017. 3. 31.
법학연구소장
배 병호

目 次

[研究論文]

• 경찰차벽의 법적 근거에 관한 고찰 - 헌재 2011. 6. 30 선고, 2009헌마406 결정을 중심으로 -	김재광	1
• 규제완화에 대한 법적 검토	이제희	29
• 나고야 의정서 이행과 관련한 법적 쟁점	이창열	61
• 위치측위기술(LBT) 발전에 따른 개인위치정보 보호방안에 관한 고찰	장인호	85
• 취소소송의 대상에 대한 의문과 재검토 - 인용재결이 있는 경우의 논의 현황을 중심으로 -	정연부	119
• 거짓·과장의 표시·광고에 있어서 부당성 판단	이선희	147
• 부당이득의 보충성에 대한 서론적 고찰 - 비교법적 고찰을 기초로 -	이승현	175
• 부진정연대채무에 관련된 몇 가지 문제점과 유형화 시도	임건면	211
• 대리권 남용행위의 유형분석에 따른 법률관계 재검토	정상현	243
• 연금분할청구권과 국민연금법의 개정방향	현소혜	291
• 저작권 귀속법리와 인공지능 창작물에 대한 고찰	김현경	331
• 특허발명의 진보성 결여 증명책임	정차호	375
• 인터넷전문은행의 설립에 따른 법적 과제	고동원	405
• 부동산의 임의처분과 형사처분에 관한 연구	정다희	453

CONTENT

Articles

- | | | |
|---|-----------------|-----|
| • A Study on the Legal Basis to Police Action Blocking Passage with Vehicles—Wall
—Focused on the 2009Hun—Ma406, June 30, 2011 — | Kim, Jae Kwang | 1 |
| • Review of deregulation policies in Korea | Lee, Je Hee | 29 |
| • Legal Issues regarding the implementation of Nagoya Protocol | Lee, Chang Youl | 61 |
| • A Study on the Protection of Personal Location Information according to the Development of Location Based on Technology | Chang, In Ho | 85 |
| • The Object for Revocation Litigation When Adjudication Exists | Joung, Youn Boo | 119 |
| • Judgment of unfairness in false or exaggerated labeling or advertising | Lee, Sun Hee | 147 |
| • A study on Subsidiarity of Unjust Enrichment
—based on comparative legal approach— | Lee, Seung Hyun | 175 |
| • Problems Related to Untrue Joint and Several Obligation & Its Categorization | Im, Geon Myeon | 211 |
| • Die Analyse des Missbrauches der Vertretungsmacht | Jung, Sang Hyun | 243 |
| • Claims for Pension Split and the Revision of National Pension Act | Hyun, So Hye | 291 |
| • Study on the Copyright Authorship and the Works Created Using Artificial Intelligence | Kim, Hyun Kyung | 331 |
| • Burden to Prove Deficiency of Inventive Step of a Patented Invention | Jung, Cha Ho | 375 |
| • Legal Analysis for Establishment of an Internet Primary Bank in Korea | Ko, Dong Won | 405 |
| • The Study of criminal Responsibility about Disposal of Real Estate | Chung, Da Hee | 453 |

경찰차벽의 법적 근거에 관한 고찰

- 현재 2011. 6. 30. 선고, 2009헌마406 결정을 중심으로 -

김재광*

【목 차】

- I. 머리말
- II. 경찰차벽에 대한 헌법재판소 결정의 법적 함의
- III. 경찰차벽의 법적 근거에 관한 고찰
- IV. 결론

【국 문 요 약】

국가중요시설에 대한 진입 저지, 불법적 도로점거, 경찰관에 대한 폭행이 있거나 명백하게 예상될 때 차벽 설치를 하고 있다. 차벽 설치의 공공의 위험이 발생하는 것을 방지하기 위해 부득이 취한 조치라고 보아야 한다. 헌법재판소도 “통행제한행위는 서울광장에서 개최될 여지가 있는 일체의 집회를 금지하고 일반시민들의 통행조차 금지하는 전면적이고 광범위하며 극단적인 조치이므로 집회의 조건부 허용이나 개별적 집회의 금지나 해산으로는 방지할 수 없는 급박하고 명백하며 중대한 위험이 있는 경우에 한하여 비로소 취할 수 있는 거의 마지막 수단에 해당하므로, 과잉금지원칙을 위반하여 청구인들의 일반적 행동자유권을 침해한 것이라고 판시하였다(헌재결 2011. 6. 30, 2009헌마406). 즉 경찰차벽 설치의 급박하고 명백하며 중대한 위험이 있는 경우에 한하여 비로소 취할 수 있는 경찰의 마지막 수단으로써 적법하고도 타당한 조치라고 판시하였다.

경찰차벽의 법적 근거로서 개별적 수권조항으로서 「집회 및 시위에 관한 법률」(제13조제1항), 「경찰관 직무집행법」 제5조(위험발생의 방지 등), 제6조(범죄의 예방과 제지) 등을 들 수 있다고 본다. 그리고 「경찰관 직무집행법」상 일반적 수권조항의 존재 여부와 관련해서 종래에는 제2조제7호(그 밖의 공공의 안녕과 질서유지)를 중심으로 집중적으로 논의하였으나, 최근 들어 제5조제1항제

* 법학박사, 선문대학교 법·경찰학과 교수

3호(위험발생의 방지 등), 제6조(범죄의 예방과 제지), 제2조·제5조·제6조의 결합을 통한 유추해석 등 다양한 논의가 되고 있다. 제2조제7호는 직무규정에 불과하여 일반적 수권조항으로 볼 수 없다(부정설). 그리고 법제5조제1항제3호는 일반적 수권조항의 성격을 가지긴 하나 개인적 법익에 한정되는 한계를 가지고 있다. 따라서 입법론으로는 예기치 못한 공중위해발생의 가능성이 높아지고 이에 대해 경찰권이 능동적으로 대처하고 경찰작용의 명확화와 법적 근거의 마련이라는 측면에서 개별적 수권조항 이외에 가장 일반적이고 광범위한 수권규범인 일반적 수권조항을 명문화할 필요가 있다.

I. 머리말

경찰이 불법·폭력 집회나 시위를 개최하는 것을 막기 위해 경찰버스들로 이른바 차벽(車壁)을 만드는 방법으로 시민들의 출입을 제지한 경찰조치에 대한 법적 허용성을 둘러싼 문제가 제기되고 있다. 이른바 경찰차벽이란 경찰이 경찰버스를 이용해 일정 지역을 빙 둘러싸서 국가중요시설에 대한 진입 저지, 불법적 도로점거, 경찰관에 대한 폭행이 있거나 명백하게 예상될 때 설치하는 공권력 행사이다.

경찰차벽과 관련한 중요한 결정이 현재 2011. 6. 30. 선고, 2009헌마406 결정(서울광장 통행제지행위 사건)이다. 헌법재판소는 경찰버스로 광장을 둘러싸 일체의 통행을 제지한 행위는 “과잉금지원칙을 위반하여 청구인들의 일반적 행동자유권을 침해한 것이다”라며 위헌 선언하였다. 이 결정의 배경은 다음과 같다. 경찰청장이 노무현 전 대통령의 서거 직후 경찰차벽을 설치하여 시민들이 서울광장을 통행하지 못하도록 한 이래 2009년 5월 29일 하루 동안 고인에 대한 국민장 노제(路祭)가 열릴 수 있도록 경찰버스들을 철수해 서울광장에의 출입을 허용한 외에는 2009년 6월 4일 차벽 통행제지행위를 중지할 때까지 시민들이 서울광장에 출입하거나 통행하는 것 일체를 제지했다. 민OO씨 등 서울시민들은 2009년 6월 3일 서울광장을 가로질러 통행하려고 하다가 서울광장을 둘러싼 경찰차벽에 의해 통행하지 못하게 됐다. 이에 통행제지행위를 받은 시민들은 경찰청장의 차벽 통행제지행위가 일반적 행동자유권 등 헌법상 기본권을 침해한다고 주장하면서 2009년 7월 21일 위헌확인을 구하는 헌법소원심판을 청구한 것에

따른 결정이다. 헌법재판소는 이 결정에서 경찰차벽 설치의 집회의 조건부 허용이나, 개별적 집회의 금지나 해산으로는 방지할 수 없는 급박하고 명백하며 중대한 위험이 있는 경우에 한하여 비로소 취할 수 있는 마지막 수단에 해당하는 것이라고 하여 경찰차벽 설치의 법적 허용성과 설치기준을 명확하게 제시한 것은 헌법상 일반적 행동자유권의 보장과 실효적인 경찰권 행사의 조화를 모색했다는 점에서 중요한 법적 함의를 가진다고 할 수 있다.

‘서울광장 통행제지행위 사건’에서는 차벽설치의 법적 근거와 관련하여 「경찰관 직무집행법」 제5조 제2항, 같은 법 제6조 제1항(현행은 제6조), 경찰법 제3조, 「경찰관 직무집행법」 제2조가 문제되었다. 따라서 본고에서는 헌법재판소의 2011. 6. 30. 선고, 2009헌마406 결정을 토대로 하여 경찰차벽의 법적 근거를 고찰하고자 한다.

II. 경찰차벽에 대한 헌법재판소 결정의 법적 함의

1. 헌법재판소 2011. 6. 30. 선고, 2009헌마406 결정의 취지

헌법재판소 2011. 6. 30. 선고, 2009헌마406 결정의 취지는 다음과 같다. “1. 거주·이전의 자유는 거주지나 체류지라고 볼 만한 정도로 생활과 밀접한 연관을 갖는 장소를 선택하고 변경하는 행위를 보호하는 기본권인바, 이 사건에서 서울광장이 청구인들의 생활형성의 중심지인 거주지나 체류지에 해당한다고 할 수 없고, 서울광장에 출입하고 통행하는 행위가 그 장소를 중심으로 생활을 형성해 나가는 행위에 속한다고 볼 수도 없으므로 청구인들의 거주·이전의 자유가 제한되었다고 할 수 없다. 2. 이 사건 통행제지행위는 서울광장에서 개최될 여지가 있는 일체의 집회를 금지하고 일반시민들의 통행조차 금지하는 전면적이고 광범위하며 극단적인 조치이므로 집회의 조건부 허용이나 개별적 집회의 금지나 해산으로는 방지할 수 없는 급박하고 명백하며 중대한 위험이 있는 경우에 한하여 비로소 취할 수 있는 거의 마지막 수단에 해당한다. 서울광장 주변에 노무현 전 대통령을 추모하는 사람들이 많이 모여 있었다거나 일부 시민들이 서울광장 인근에서 불법적인 폭력행위를 저지른 바 있다고 하더라도 그것만으로 폭력행위일로부터 4일 후까지 이러한 조치를 그대로 유지해야 할 급박하고 명백한 불법·폭력 집회나 시위의 위험성이 있었다고 할 수 없으므로 이 사건 통행제지행위는 당시 상황

에 비추어 필요최소한의 조치였다고 보기 어렵고, 가사 전면적이고 광범위한 집회방지구치를 취할 필요성이 있었다고 하더라도, 서울광장에의 출입을 완전히 통제하는 경우 일반시민들의 통행이나 여가·문화 활동 등의 이용까지 제한되므로 서울광장의 몇 군데라도 통로를 개설하여 통제 하에 출입하게 하거나 대규모의 불법·폭력 집회가 행해질 가능성이 적은 시간대라든지 서울광장 인근 건물에의 출근이나 왕래가 많은 오전 시간대에는 일부 통제를 푸는 등 시민들의 통행이나 여가·문화 활동에 과도한 제한을 초래하지 않으면서도 목적을 상당 부분 달성할 수 있는 수단이나 방법을 고려하였어야 함에도 불구하고 모든 시민의 통행을 전면적으로 제지한 것은 침해의 최소성을 충족한다고 할 수 없다. 또한 대규모의 불법·폭력 집회나 시위를 막아 시민들의 생명·신체와 재산을 보호한다는 공익은 중요한 것이지만, 당시의 상황에 비추어 볼 때 이러한 공익의 존재 여부나 그 실현 효과는 다소 가상적이고 추상적인 것이라고 볼 여지도 있고, 비교적 덜 제한적인 수단에 의하여도 상당 부분 달성될 수 있었던 것으로 보여 일반 시민들이 입은 실질적이고 현존하는 불이익에 비하여 결코 크다고 단정하기 어려우므로 법익의 균형성 요건도 충족하였다고 할 수 없다. 따라서 이 사건 통행제지행위는 과잉금지원칙을 위반하여 청구인들의 일반적 행동자유권을 침해한 것이다.”고 판시하였다.

생각건대, 서울광장 통행제지행위 사건과 관련한 경찰차벽에 대한 헌법재판소 결정은 크게 두 가지로 정리할 수 있다. 첫째, 차벽설치는 집회의 조건부 허용이나, 개별적 집회의 금지나 해산으로는 방지할 수 없는 급박하고 명백하며 중대한 위험이 있는 경우에 한하여 비로소 취할 수 있는 거의 마지막 수단에 해당하는 것이라고 하여 차벽설치의 기준을 제시하였다. 둘째, 재판관 김종대, 재판관 송두환의 보충의견은 「경찰관 직무집행법」 제5조 제2항, 같은 법 제6조 제1항(현행은 제6조), 경찰법 제3조, 「경찰관 직무집행법」 제2조는 이 사건 통행제지행위의 합헌적인 법률적 근거로 볼 수 없다고 본 반면, 재판관 이동흡, 재판관 박한철의 반대의견은 경찰 임무의 하나로서 ‘그 밖의 공공의 안녕과 질서유지’를 규정한 경찰법 제3조 및 「경찰관 직무집행법」 제2조는 일반적 수권조항으로써 경찰권 발동의 법적 근거가 될 수 있다고 하여 상반된 주장을 하고 있다.

이하에서 재판관 김종대, 재판관 송두환의 보충의견과 재판관 이동흡, 재판관 박한철의 반대의견을 구체적으로 살펴보자.

2. 재판관 김종대, 재판관 송두환의 보충의견

먼저 재판관 김종대, 재판관 송두환의 보충의견은 다음과 같다. “경찰관직무집행법 제5조 제2항의 ‘소요사태’는 ‘다중이 집합하여 한 지방의 평화 또는 평온을 해할 정도에 이르는 폭행·협박 또는 손괴행위를 하는 사태’를 의미하고, 같은 법 제6조 제1항의 ‘급박성’은 ‘당해행위를 당장 제지하지 아니하면 곧 범죄로 인한 손해가 발생할 상황이라서 그 방법 외에는 결과를 막을 수 없는 절박한 상황일 경우’를 의미하는 것으로 해석되는바, 경찰청장이 청구인들에 대한 이 사건 통행제지행위를 한 2009. 6. 3. 당시 서울광장 주변에 ‘소요사태’가 존재하였거나 범죄발생의 ‘급박성’이 있었다고 인정할 수 없으므로 위 조항들은 이 사건 통행제지행위 발동의 법률적 근거가 된다고 할 수 없다. 경찰의 임무 또는 경찰관의 직무 범위를 규정한 경찰법 제3조, 경찰관직무집행법 제2조는 그 성격과 내용 및 아래와 같은 이유로 ‘일반적 수권조항’이라 하여 국민의 기본권을 구체적으로 제한 또는 박탈하는 행위의 근거조항으로 삼을 수는 없으므로 위 조항 역시 이 사건 통행제지행위 발동의 법률적 근거가 된다고 할 수 없다. 우선 우리 헌법이 국민의 자유와 권리를 제한하는 경우 근거하도록 한 ‘법률’은 개별적 또는 구체적 사안에 적용할 작용법적 조항을 의미하는 것이지, 조직법적 규정까지 포함하는 것이 아니다. 다음으로 이를 일반적 수권조항이라고 보는 것은 각 경찰작용의 요건과 한계에 관한 개별적 수권조항을 자세히 규정함으로써 엄격한 요건 아래에서만 경찰권의 발동을 허용하려는 입법자의 의도를 법률해석으로 뒤집는 것이다. 또한 국가기관의 임무 또는 직무에 관한 조항을 둔 다른 법률의 경우에는 이를 기본권제한의 수권조항으로 해석하지 아니함에도 경찰조직에만 예외를 인정하는 것은 법치행정의 실질을 허무는 것이다. 마지막으로 만약 위 조항들이 일반적 수권조항에 해당한다고 인정하더라도 명확성의 원칙 위반이라는 또 다른 위헌성을 피할 수 없으므로 결국 합헌적인 법률적 근거로 볼 수 없게 된다. 따라서 경찰청장의 이 사건 통행제지행위는 법률적 근거를 갖추지 못한 것이므로 법률유보원칙에도 위반하여 청구인들의 일반적 행동자유권을 침해한 것이다.”

3. 재판관 이동흡, 재판관 박한철의 반대의견 검토

다음으로 재판관 이동흡, 재판관 박한철의 반대의견은 다음과 같다. “시의적절하고 효율적인 경찰권 행사를 위한 현실적 필요성이 있다는 점과 경찰권 발동의

근거가 되는 일반조항을 인정하더라도 경찰권 발동에 관한 조리상의 원칙이나 법원의 통제에 의해 그 남용이 억제될 수 있다는 점을 종합해 보면, 경찰 임무의 하나로서 ‘기타 공공의 안녕과 질서유지’를 규정한 경찰법 제3조 및 경찰관직무집행법 제2조는 일반적 수권조항으로서 경찰권 발동의 법적 근거가 될 수 있다고 할 것이므로, 위 조항들에 근거한 이 사건 통행제지행위는 법률유보원칙에 위배된 것이라고 할 수 없다. 시민분향소가 위치한 덕수궁뿐만 아니라 중요한 공공기관과 가까운 서울광장 주변 곳곳에서 소규모 추모집회가 열리고 있던 상황에서 서울광장에 대규모 군중이 운집할 경우 자칫 불법·폭력 집회나 시위로 나아갈 수 있고, 그 경우 사회에 미치는 혼란과 위험이 상당히 클 것이므로 이와 같은 위험을 사전에 예방하여 시민들의 생명·신체와 재산을 보호하기 위하여 한 이 사건 통행제지행위를 현저히 불합리한 공권력 행사로 보기 어렵다. 나아가 이 사건 통행제지행위는 서울광장이라는 한정된 곳에서 일시적으로 일반이용을 제한한 것에 불과하고, 우회로를 통행하거나 다른 공간에서의 여가활동을 막는 것도 아니었으며, 향후 그 제한의 범위가 확대될 가능성도 없었으므로 이를 과도한 제한이라고 보기 어렵다. 다수의견의 주장대로 조건부 또는 개별적으로 집회를 허용할 경우, 집회 참가자들의 배타적 사용으로 일반시민들의 일반적 행동자유권은 마찬가지로 제한될 것이고, 일부 통로를 개설하여 개별적인 통행이나 여가활동을 허용할 경우, 불법 집회의 목적을 가진 자들이 그 출입 목적을 속여 서울광장을 이용할 가능성도 있어 당초의 경찰권 행사의 목적을 달성할 수 없게 될 것이며, 특정 시간대에 통행을 허용하는 것은 상시적으로 대규모 불법·폭력 집회가 발생할 위험이 존재하던 당시 상황에서는 현실성 있는 대안으로 보기 어려우므로, 이들을 보다 덜 침해적인 수단으로 보아 최소침해성 원칙에 위반된다고 보는 것은 타당하지 않다. 나아가 불법·폭력 집회로부터 시민의 생명과 신체, 재산을 보호하려는 공익에 비해 일시적으로 서울광장에서 여가활동이나 통행을 하지 못하는 불편함이 크다고 할 수 없어 법익 균형성도 갖추었다고 할 것이다. 따라서 이 사건 통행제지행위는 청구인들의 일반적 행동자유권을 침해한 것이라 볼 수 없으므로 청구인들의 이 사건 심판청구는 기각되어야 할 것이다.”

4. 소결

생각건대, 헌법재판소 2011. 6. 30. 선고, 2009헌마406 결정은 집회나 시위를

주최하거나 참가하는 측이 아니라 일반시민이 청구인으로서 경찰청장이 2009. 6. 3. 경찰버스들로 서울특별시 서울광장을 둘러싸 통행을 제지한 행위가 청구인들의 거주·이전의 자유 등을 제한하는지 여부에 관한 헌법소원 사건에 관한 것이었다. 이 결정은 당시 서울광장에서 개최하려던 노무현 전 대통령의 사망에 관한 규탄 집회·시위를 원천적으로 봉쇄하려고 한 경찰의 경찰차벽 설치에 관한 것이다. 결국 경찰차벽 설치에 관한 헌법재판소의 위헌 결정은 일반 공중에게 개방된 장소인 서울광장을 개별적으로 통행하거나 서울광장에서 여가활동이나 문화활동을 하는 청구인들의 일반적 행동자유권이 침해된다고 판단하였을 뿐이고, 당시 시위를 주도하거나 참여하는 단체나 사람들의 집회나 시위의 자유가 침해된다는 판단은 아니라고 볼 수 있다. 그리고 헌법재판소는 이 결정에서 차벽설치는 집회의 조건부 허용이나, 개별적 집회의 금지나 해산으로는 방지할 수 없는 급박하고 명백하며 중대한 위험이 있는 경우에 한하여 비로소 취할 수 있는 마지막 수단에 해당하는 것이라고 하여 차벽설치의 합헌성을 확인하였고 차벽을 설치할 수 있는 기준도 명백히 제시하였다는 평가를 할 수 있다.

그리고 차벽설치의 법적 근거와 관련하여 재판관 김종대, 재판관 송두환의 보충의견은 「경찰관 직무집행법」 제5조 제2항, 같은 법 제6조 제1항(현행은 제6조), 경찰법 제3조, 「경찰관 직무집행법」 제2조는 이 사건 통행제지행위의 합헌적인 법률적 근거로 볼 수 없다고 본 반면, 재판관 이동흡, 재판관 박한철의 반대의견은 경찰법 제3조 및 「경찰관 직무집행법」 제2조는 일반적 수권조항으로써 경찰권 발동의 법적 근거가 될 수 있다고 하여 상반된 주장을 하고 있어 경찰차벽의 법적 근거를 경찰특별법 및 경찰일반법상 개별적 수권조항과 경찰일반법상 일반적 수권조항을 대상으로 구체적으로 검토하여 명확히 밝힐 필요가 있다고 본다.

Ⅲ. 경찰차벽의 법적 근거에 관한 고찰

1. 경찰작용에 대한 법률의 수권방식

경찰활동은 일반적으로 침해행정으로서 법률유보의 원칙이 적용되는데, 법률유보의 원칙은 기본권과 법치국가를 그 근거로 하고 있다.²⁾ 즉 공공의 안녕과 질서

2) Dieter Kugelmann(서정범·박병욱 역), 「쿠젤만의 독일경찰법」, 세창출판사, 2015, 177면

에 대한 위해를 방지하고 장애를 제거하기 위하여 행하여지는 경찰작용은 주로 권력적이고 침해적인 수단을 사용하며, 이에 수반하여 개인의 자유와 재산을 침해하는 경우가 빈번히 발생된다. 따라서 경찰권발동에는 법적 근거를 필요로 한다.³⁾

경찰차벽의 법적 근거의 방식으로 법기술상 ① 경찰특별법상의 개별적 수권에 의한 방식, ② 일반경찰법상 개별적 수권에 의한 방식, ③ 경찰일반법상 일반적 수권조항에 의한 방식 등을 들 수 있다.⁴⁾ 이 세 가지 수권조항간의 구별은 법이론적으로나 실무적으로도 중요한 의미를 갖는다. “특별법은 일반법에 우선한다”는 원칙에 따라 경찰특별법상 개별적 수권조항이 경찰일반법상 개별적 수권조항보다 우선적용되며, 경찰일반법상의 개별적 수권조항은 경찰일반법상 일반적 수권조항보다 우선적용된다.⁵⁾

2. 경찰차벽의 개별적 수권규정 검토

가. 경찰특별법상의 개별적 수권조항 검토

1) 질서유지선의 의미

「집회 및 시위에 관한 법률」 제13조는 ‘질서유지선의 설정’에 대해 규정하고 있다. 질서유지선이란 관할 경찰서장이나 지방경찰청장이 적법한 집회 및 시위를 보호하고 질서유지나 원활한 교통소통을 위해 집회 또는 시위의 장소나 행진 구간을 일정하게 구획하여 설정한 띠, 방책(防柵), 차선(車線) 등의 경계 표지(標識)를 말한다(제2조 제5항).

한편 법 제13조 제1항은 “제6조제1항에 따른 신고를 받은 관할경찰관서장은 집회 및 시위의 보호와 공공의 질서 유지를 위하여 필요하다고 인정하면 최소한의 범위를 정하여 질서유지선을 설정할 수 있다.”고 규정하고 있다. 「집회 및 시위에 관한 법률」은 질서유지선 설정을 관할경찰관서장의 재량사항으로 규정하고 있다.

3) 관습법 또는 조리를 근거로 경찰권을 발동할 수 없다는 견해로는 최영규, 「경찰행정법」, 법영사, 2013, 181면

4) 정하중, 「행정법개론」, 법문사, 2013, 1136면 참조

5) 손재영, 「경찰법」(제2판), 박영사, 2014, 49-50면

2) 차벽의 법적 근거

「집회 및 시위에 관한 법률」은 관할경찰관서장에게 질서유지선을 설정할 수 있는 재량권을 부여하고 있으며 질서유지선을 설정하기 위한 경계표지로 ‘띠, 방책, 차선 등’을 예시적으로 규정하고 있다(법 제2조 제5항). 질서유지선을 설정하는 것이 본래 ‘적법한’ 집회 및 시위를 전제로 하는 것임은 법 제2조 제5호에 분명히 나타나 있다.

‘적법한’ 집회 및 시위의 경우에 ‘띠, 방책, 차선’의 질서유지선이 필요하다면 ‘불법적인’ 집회 및 시위의 경우에는 ‘띠, 방책, 차선’ 이외의 보다 실효적인 경계표지를 사용할 수 있다고 해석할 수 있다. 왜냐하면 띠, 방책, 차선 ‘등’이라고 규정하고 있기 때문이다. 그런 측면에서 차벽도 경계표지로 사용할 수 있다.

따라서 「집회 및 시위에 관한 법률」 제13조 제1항은 경찰차벽의 법적 근거로 볼 수 있는 경찰특별법상의 개별수권조항이라 할 수 있다.

우리 헌법상 집회·시위의 자유에 의하여 보호되는 것은 오로지 ‘평화적’ 또는 ‘비폭력적’ 집회·시위에 한정되는 것이므로, 집회·시위의 자유를 빙자한 폭력행위나 불법행위 등은 헌법적 보호범위를 벗어난 것인 만큼, 형법, 「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」, 도로교통법 등에 의하여 형사처벌되거나 민사상의 손해배상책임 등에 따라 제재될 수 있다.⁶⁾

나. 경찰일반법상 경찰차벽의 개별적 수권조항 검토

경찰일반법으로는 「경찰관 직무집행법」을 들 수 있다. 「경찰관 직무집행법」상 경찰차벽의 법적 근거로 검토할 수 있는 것은 제5조(위험 발생의 방지 등), 제6조(범죄의 예방과 제지) 및 제10조(경찰장비의 사용)를 들 수 있다.

1) 경찰에 의한 위험발생의 방지 등

「경찰관 직무집행법」 제5조는 ‘위험 발생의 방지 등’에 대해 규정하고 있다.⁷⁾

6) 김재광, “바람직한 집시법 개정의 방향” 「집시법 제10조 효력상실 5년, 바람직한 개정방향」 토론회(주최: 국회의원 조원진, 바른사회시민회의, 2015. 6. 22, 국회의원회관 제1소회의실) 23면 이하 참조

7) 제5조 제1항은 “경찰관은 사람의 생명 또는 신체에 위해를 끼치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 천재(天災), 사변(事變), 인공구조물의 파손이나 붕괴, 교통사고, 위험물의 폭발, 위험한 동물 등의 출현, 극도의 혼잡, 그 밖의 위험한 사태가 있을 때에는 다음 각 호(1. 그 장소에 모인 사람, 사물(事物)의 관리자, 그 밖의 관계인에게 필요한 경고를 하는 것, 2. 매우 긴

위험발생의 방지조치란 인명 또는 신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 위험한 사태가 있을 때에 그 위험을 방지하기 위하여 취하는 조치를 말한다.

「경찰관 직무집행법」 제5조 제1항 제3호는 경찰관은 위험사태가 발생한 경우 스스로 그 조치를 취할 수 있다고 규정하고 있는데, 위험방지조치의 내용을 특정하지 않고 개괄적으로 규정하고 있는 점에 특징이 있다(개인적 법익에 대한 일반적 수권조항).⁸⁾ 즉 「경찰관 직무집행법」 제5조 제1항은 경찰작용을 위한 전제조건으로서 ‘그 밖의 위험한 사태’와 같은 포괄적 개념을 사용하고 있고, 또한 이러한 요건이 충족된 경우에는 제3호에서 ‘위해방지상 필요하다고 인정되는 조치’를 취할 수 있다고 규정하여 경찰이 취할 수 있는 조치를 특정하고 있기 때문이다.⁹⁾

「경찰관 직무집행법」 제5조 제1항이 보호하려는 법익의 종류는 이미 법문에도 나타나 있듯이 (그 밖의 위험한 사태) 열거적인 것이 아니라 예시적인 것으로 보아야 한다는 견해가 있다.¹⁰⁾ 즉 ‘그 밖의 위험한 사태’란 개인적 법익 이외에 국가적 법익과 사회적 법익, 나아가 공공의 질서에 대한 위험한 사태를 의미하기 때문이라고 한다. 경찰이 ‘재산’과 같은 개인적 법익에 대한 위험이 존재하는 경우에는 「경찰관 직무집행법」 제5조 제1항 제3호에 근거하여 위해방지에 필요한 조치를 취할 수 있는 것에 반하여 ‘국가의 존속’이나 ‘객관적 법질서’ 등과 같이 재산보다 더 중요하다고 볼 수 있는 보호법익에 대한 위험이 존재하는 경우에는 당연히 동 조항에 근거하여 위해방지조치를 취할 수 있다는 것이다.¹¹⁾ 그러나 동 조항은 일반적 수권조항의 성격을 갖지만 개인적 법익의 보호만이 그 대상이 되고 공동체적 법익의 보호는 그 대상이 되지 않는다고 보아야 한다.¹²⁾

급한 경우에는 위해를 입을 우려가 있는 사람을 필요한 한도에서 억류하거나 피난시키는 것, 3. 그 장소에 있는 사람, 사물의 관리자, 그 밖의 관계인에게 위해를 방지하기 위하여 필요하다고 인정되는 조치를 하게 하거나 직접 그 조치를 하는 것)의 조치를 할 수 있다. 제2항은 “경찰관서의 장은 대간첩 작전의 수행이나 소요(騷擾) 사태의 진압을 위하여 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에는 대간첩 작전지역이나 경찰관서·무기고 등 국가중요시설에 대한 접근 또는 통행을 제한하거나 금지할 수 있다.”고 규정하고 있다.

8) 박균성·김재광, 「경찰행정법입문」, 박영사, 2014, 189면 참조; 경찰권 발동요건으로 ‘그 밖의 위험한 사태’를, 발동내용으로 ‘위해방지상 필요하다고 인정되는 조치’를 명시하고 있다는 점에서 거의 완벽한 일반적 수권조항이라고 할 수 있다는 견해로는 박정훈, 「행정법의 체계와 방법론」(행정법연구 I), 박영사, 2005, 392면

9) 손재영, 앞의 책, 79면

10) 손재영, 앞의 책, 79면

11) 손재영, 앞의 책, 80면

12) 박균성, 「행정법강의」, 박영사, 2015, 1237면

생각건대, ‘그 밖의 위험한 사태’를 국가중요시설에 대한 시위대의 접근을 차단하려는 경찰과 진출하려는 시위대가 충돌해 일반시민들의 재산상, 생명·신체상 손해가 발생할 위험이 있는 경우로 해석한다면, 「경찰관 직무집행법」 제5조 제1항은 경찰차벽의 법적 근거가 될 수 있다고 해석하는 것이 타당할 것이다.

그리고 「경찰관 직무집행법」 제5조 제2항은 “경찰관서의 장은 대간첩 작전의 수행이나 소요(騷擾) 사태의 진압을 위하여 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에는 대간첩 작전지역이나 경찰관서·무기고 등 국가중요시설에 대한 접근 또는 통행을 제한하거나 금지할 수 있다.”고 규정하고 있다.

재판관 김종대, 재판관 송두환의 보충의견은 “경찰관 직무집행법 제5조 제2항의 ‘소요사태’는 ‘다중이 집합하여 한 지방의 평화 또는 평온을 해할 정도에 이르는 폭행·협박 또는 손괴행위를 하는 사태’를 의미하는 것으로 해석되는바, 경찰청장이 청구인들에 대한 이 사건 통행제지행위를 한 2009. 6. 3. 당시 서울광장 주변에 ‘소요사태’가 존재하였다고 인정할 수 없으므로 위 조항은 이 사건 통행제지행위 발동의 법률적 근거가 된다고 할 수 없다”고 주장하였다. 생각건대, 「경찰관 직무집행법」 제5조 제2항의 ‘소요사태’는 무질서한 다수 군중에 의해 한 지역의 평온이 위협받고 있는 상태¹³⁾로 해석하는 것이 옳다고 본다. 그런 측면에서 재판관 김종대, 재판관 송두환의 보충의견의 ‘소요사태’에 대한 해석은 지나치게 엄격하다고 볼 수 있다.

「경찰관 직무집행법」은 소요사태를 진압할 때에 소요군중으로부터 일반인을 분리시키고, 특정중요지역을 보호하기 위한 소요군중의 진입저지선을 설정할 수 있도록 하며, 소요사태의 진압과정에서 파생될 우려가 있는 일반국민의 피해를 막고 무기탈취나 국가중요기관의 피습을 방지하여 진압의 효율적 수행을 보장할 수 있도록 함으로써 대규모 피해상황을 방지하기 위한 초기단계의 경찰조치라 할 수 있다.¹⁴⁾

따라서 소요사태가 발생한 경우에 소요사태를 진압하기 위하여 국가중요시설에 대한 접근 또는 통행을 제한하거나 금지할 수 있기 때문에 경찰차벽을 설치하는 것은 마땅히 인정되고 그런 측면에서 「경찰관 직무집행법」 제5조 제2항도 경찰차벽의 법적 근거가 될 수 있다고 해석하는 것이 타당하다.

13) 경찰청, 「경찰관 직무집행법」, 2001, 73면

14) 김재광, 「경찰관직무집행법」, 학림, 2012, 89면

2) 경찰에 의한 범죄의 예방과 제지

「경찰관 직무집행법」 제6조는 ‘범죄의 예방과 제지’에 대해 규정하고 있다.¹⁵⁾ 재판관 김종대, 재판관 송두환의 보충의견은 “경찰관 직무집행법 제6조 제1항의 ‘급박성’은 ‘당해 행위를 당장 제지하지 아니하면 곧 범죄로 인한 손해가 발생할 상황’이라서 그 방법 외에는 결과를 막을 수 없는 절박한 상황일 경우’를 의미하는 것으로 해석되는바, 경찰청장이 청구인들에 대한 이 사건 통행제지행위를 한 2009. 6. 3. 당시 서울광장 주변에 범죄발생의 ‘급박성’이 있었다고 인정할 수 없으므로 위 조항들은 이 사건 통행제지행위 발동의 법률적 근거가 된다고 할 수 없다”고 주장하였다.

「경찰관 직무집행법」 제6조는 ‘범죄의 예방’과 ‘범죄의 제지’를 함께 규정하고 있다. 먼저 범죄의 예방에 관한 규정은 “범죄행위가 목전(目前)에 행하여지려고 하고 있다고 인정될 때에는 이를 예방하기 위하여 관계인에게 필요한 경고를 하고” 부분이다. 다음으로 범죄의 제지에 관한 규정은 “그 행위로 인하여 사람의 생명·신체에 위해를 끼치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 긴급한 경우에는 그 행위를 제지할 수 있다.”는 부분이다.

「경찰관 직무집행법」 제6조 전단은 국민에게 사실상 불이익을 줄 수 있는 임의활동으로 보아야 하고,¹⁶⁾ 제6조 후단은 경찰상 즉시강제에 해당하는 조치로 보아야 한다.¹⁷⁾ 제6조 전단의 ‘경고’는 범죄의 예방을 위하여 범죄행위로 나아가려고 하는 것을 중지하도록 통고하는 것을 말하는데, 경고의 대상은 관계인이다. 따라서 범죄를 행하고 있는 자, 범죄에 의해 피해를 받는 자가 주된 대상이나 이들이 보호를 요하는 자인 경우에는 그 보호자들도 경고의 대상이 될 수 있다.¹⁸⁾

제6조 후단의 ‘제지’란 실력의 행사에 의한 범죄예비행위 및 범죄에 밀접하게 접근된 행위를 저지하는 것을 말한다. 제지의 대상은 인명, 신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 행위이다. 현실적으로 제지의 효력이 미치는 자는 목전의 범죄를 행하려는 자가 될 것이다.¹⁹⁾

15) 제6조(범죄의 예방과 방지) “경찰관은 범죄행위가 목전(目前)에 행하여지려고 하고 있다고 인정될 때에는 이를 예방하기 위하여 관계인에게 필요한 경고를 하고, 그 행위로 인하여 사람의 생명·신체에 위해를 끼치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 긴급한 경우에는 그 행위를 제지할 수 있다.”

16) 김재광, 앞의 책, 186쪽 참조

17) 김재광, 앞의 책, 99쪽 참조

18) 김재광, 앞의 책, 186쪽 참조

19) 김재광, 앞의 책, 100쪽 참조

재판관 이동흡, 재판관 박한철의 반대의견이 주장한 바처럼 시민분향소가 위치한 덕수궁뿐만 아니라 중요한 공공기관과 가까운 서울광장 주변 곳곳에서 소규모 추모집회가 열리고 있던 상황에서 서울광장에 대규모 군중이 운집할 경우 자칫 불법·폭력 집회나 시위로 나아갈 수 있고, 그 경우 사회에 미치는 혼란과 위험이 상당히 클 것이므로 이와 같은 위험을 사전에 예방하여 시민들의 생명·신체와 재산을 보호하기 위하여 한 이 사건 통행제지행위를 현저히 불합리한 공권력 행사로 보기 어렵다.

따라서 「경찰관 직무집행법」 제6조 후단의 ‘범죄의 제지’는 실력의 행사에 의한 범죄예비행위 및 범죄에 밀접하게 접근된 행위를 저지하는 것을 말하는 것이기 때문에 경찰차벽의 법적 근거가 될 수 있다고 해석하는 것이 타당하다.

3) 경찰장비의 사용

「경찰관 직무집행법」 제10조는 ‘경찰장비의 사용’에 대해 규정하고 있다.²⁰⁾ 경찰장비란 경찰관이 직무를 수행하기 위하여 사용할 수 있는 물건을 말하는데, 무기, 경찰장구(警察裝具), 최루제(催淚劑)와 그 발사장치, 살수차, 감식기구(鑑識機具), 해안 감시기구, 통신기기, 차량·선박·항공기 등 경찰이 직무를 수행할 때 필요한 장치와 기구를 말한다고 규정하고 있다. 여기서 ‘…차량·선박·항공기 등 경찰이 직무를 수행할 때 필요한 장치와 기구’라고 하여 ‘차량’을 예시하고 있는데, 이를 경찰차벽의 법적 근거로 볼 여지가 있다.

그러나 여기서의 ‘차량’은 순찰 등에 사용되는 일반적인 경찰차량을 의미하는 것으로 보아야 할 것이다. 만일 ‘경찰직무 수행’에 중점을 두어 국가중요시설에 대한 침투가 예상되는 시위대의 통행제지 기능을 하는 경찰차벽도 「경찰관 직무집행법」 제10조 제2항의 경찰장비 중 ‘차량’에 해당한다고 적극적으로 해석하는 것은 법해석의 범위를 넘어선다고 할 수 있다.

20) 제10조 제1항은 “경찰관은 직무수행 중 경찰장비를 사용할 수 있다. 다만, 사람의 생명이나 신체에 위해를 끼칠 수 있는 경찰장비(이하 이 조에서 “위해성 경찰장비”라 한다)를 사용할 때에는 필요한 안전교육과 안전검사를 받은 후 사용하여야 한다.”고 규정하고 있고, 제2항은 “제1항 본문에서 “경찰장비”란 무기, 경찰장구(警察裝具), 최루제(催淚劑)와 그 발사장치, 살수차, 감식기구(鑑識機具), 해안 감시기구, 통신기기, 차량·선박·항공기 등 경찰이 직무를 수행할 때 필요한 장치와 기구를 말한다.”고 규정하고 있으며, 제3항은 “경찰관은 경찰장비를 함부로 개조하거나 경찰장비에 임의의 장비를 부착하여 일반적인 사용법과 달리 사용함으로써 다른 사람의 생명·신체에 위해를 끼쳐서는 아니 된다.”고 규정하고 있고, 제4항은 “위해성 경찰장비는 필요한 최소한도에서 사용하여야 한다.”고 규정하고 있다.

3. 경찰일반법상 일반적 수권조항 검토

공공의 안녕이나 공공의 질서에 위해 또는 장애가 존재하여 이를 예방하거나 제거할 필요가 있는 경우에도 이에 관하여 개별조항에 의해 경찰권 발동의 근거가 규정되어 있는 경우에는 일반적 수권조항에 근거한 경찰권 발동이 인정될 수 없다.

‘서울광장 통행제지행위 사건’에서 차벽설치의 법적 근거와 관련하여 재판관 김종대, 재판관 송두환의 보충의견은 「경찰관 직무집행법」 제5조 제2항, 같은 법 제6조 제1항(현행은 제6조), 경찰법 제3조, 「경찰관 직무집행법」 제2조는 이 사건 통행제지행위의 합헌적인 법률적 근거로 볼 수 없다고 본 반면, 재판관 이동흡, 재판관 박한철의 반대의견은 경찰법 제3조 및 「경찰관 직무집행법」 제2조는 일반적 수권조항으로써 경찰권 발동의 법적 근거가 될 수 있다고 하여 상반된 주장을 하였다. 따라서 일반적 수권조항이 경찰차벽의 설치에 대한 경찰권 발동의 법적 근거가 될 수 있는지를 구체적으로 검토할 필요가 있다.

가. 일반적 수권조항의 의의와 필요성

경찰상의 일반적 수권조항의 고전적인 형태는 1931년의 프로이센 경찰행정법 제14조 제1항에서 찾아볼 수 있다. “경찰행정청은 현행법의 범위 안에서 공공의 안녕 또는 질서를 위협하는 위험으로부터 공중 또는 개인을 보호하기 위하여 의 목적합적 재량에 따라 필요한 조치를 취하여야 한다”. 오늘날의 독일의 경찰-질서법 또한 이같은 규정방식에 따르고 있다.²¹⁾

일반적 수권조항이란 경찰권의 권한을 규정한 조항으로서 그 내용이 개별적인 권한 내용을 구체화하고 있는 것이 아니라, 일반적인 위해방지를 위한 추상적인 내용으로 규정되어 있는 것을 말한다.²²⁾ 일반적 수권조항은 개별적 수권조항이 존재하지 않는 경우에 경찰에게 위험방지구조를 수권하는 법률조항을 말한다.²³⁾ 일반조항, 개괄조항, 개괄적 수권조항이라고도 한다. 일반적 수권조항은 가장 일반적이고 광범위한 수권규범이다.²⁴⁾

21) Wolf-Rüdiger Schenke(서정범 역), 「독일경찰법론」, 세창출판사, 1998, 26면

22) 류지태·박종수, 「행정법신론」(제16판), 박영사, 2016, 1025면

23) 손재영, 앞의 책, 63면 참조

24) 일반적 수권조항의 적용에는 일정한 한계가 존재한다. 즉, 일반적 수권조항이 원칙적으로 경찰권 발동에 대한 수권근거가 될 수 있다고 해서 동조항이 개인의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 '모든' 경찰권발동에 대한 수권근거가 될 수 있음을 의미하지는 않는다고 한다. 예컨대,

일반적 수권조항은 경찰조치의 형태, 방법 또는 내용을 제한함이 없이 필요한 모든 조치에 대한 권한을 부여하며, 따라서 경찰행정청에 광범위한 활동영역을 부여한다. 일반적 수권조항에 따라 경찰권을 발동하기 위한 전제조건은 단지 하나, 즉 공공의 안녕 또는 질서에 대한 위험이 존재한다는 것이고, 따라서 보호법익을 확정하는 것이 경찰작용의 적법성판단에 있어 결정적이다.

일반적 수권조항에 따라 경찰권을 발동하기 위하여 특별히 강화된 위험을 요하지는 않으며, 구체적 위험이 존재하는 것으로 충분하다(독일연방경찰법 제14조 제2항 제1문). 일반적 수권조항은 예측할 수 없는 사례유형을 포괄하여 비전형적인 위험상황에서도 경찰행정청이 그에 효율적으로 개입할 수 있도록 하는 것을 그 목적으로 한다. 일반적 수권조항은 보충적으로만 적용된다. 그리고 일반적 수권조항으로의 도피는 허용되지 않는다.²⁵⁾

경찰권의 행사와 관련되는 규범은 직무규범과 수권규범²⁶⁾으로 나뉜다. 오늘날의 일반적인 법치국가적 원칙은 양자를 명확하게 구별한다. 즉 위해방지의 목적이 경찰의 직무로 인정된다고 하여, 이러한 직무규범으로부터 위해방지를 위한 개별적인 행위인 당사자의 권리제한이나 불이익을 야기할 수 있는 경찰수단 발동 권한이 당연히 인정되는 것은 아니다.²⁷⁾

한편 법률유보원칙에 따르면 일정한 행정권 행사에는 법률의 수권이 있어야 한다. 즉, 경찰권의 행사는 개인의 자유와 권리를 제한하고 의무를 부과하는 등의 침해적 성격을 가지는 행정작용이므로 법률유보의 최소한의 원칙인 침해유보설의 입

기본권에 중대한 제한이 존재하는 경우, 특히 관련된 기본권이 단지 강화된 실질적 요건과 절차적 요건하에서만 제한될 수 있는 경우에는 일반적 수권조항의 적용은 제한될 수 있다는 것이다. 순재영, 앞의 책, 70-72면 참조; 일반적 수권조항을 근거로 신체적 행동의 자유를 제한하는 것은 허용되지 않는다는 독일의 논의로는 Dieter Kugelmann(서정범·박병욱 역), 「쿠겔만의 독일경찰법」, 181-182면 참조. 그 이유로 절차와 법관유보(Richtervorbehalt)에 관한 기본법 제104조① 신체의 자유는 형식적 법률에 근거해서만 그리고 거기에 규정된 방식에 따라서만 제한될 수 있다. 구금된 자는 정신적으로나 육체적으로 확대되어서는 아니된다. ② 자유박탈의 허용과 계속은 법관만이 결정한다. 법관의 지시에 따르지 않은 모든 자유박탈은 지체없이 법관의 결정을 받아야 한다. 경찰은 자기의 절대적 권력으로 누구도 체포 익일(翌日)이 종료한 후까지 구금할 수 없다. 상세한 것은 법률로 정한다. ③과 ④는 생략)의 규정이 준수되어야 하기 때문이며, 경찰상 보호조치에 관한 특별한 전제조건을 회피하여서는 아니된다고 보고 있다.

25) Dieter Kugelmann(서정범·박병욱 역), 앞의 책, 179-181면 참조; 서정범·김연태·이기춘, 「경찰법 연구」(제2판), 세창출판사, 2012, 67면 이하 참조

26) 수권규범 대신에 권한규범을 사용하는 경우가 많다. 생각건대, 권한규범이라는 용어보다는 수권규범이라고 하는 것이 타당하다고 본다. 일반적으로 행정법에서 권한이라 하면 행정기관의 조직법상 권한을 말하기 때문이다. 행정기관의 조직법상의 권한은 행정기관의 대외적 활동의 일반적인 한계를 의미한다.

27) 류지태·박종수, 앞의 책, 1024면

장에서도 보아도 당연히 법적 근거를 요한다. 또한 헌법 제37조 제2항에 의한 질서 유지의 차원에서 이루어지는 기본권침해행위에 대하여 헌법은 법률적 근거를 요구하고 있다. 따라서 경찰권의 발동에 있어서는 이러한 법률유보의 원칙이 충족되어야 한다.²⁸⁾ 행정권의 수권은 원칙적으로 개별적 수권을 말한다. 그런데 경찰행정에 있어서는 경찰행정의 특수성에 비추어 일반수권도 가능하다는 견해가 제기되고 있다. 그리고 경찰실무에서 일반적 수권조항은 결코 포기될 수 없는 수단인 것으로 여겨지고 있다. 왜냐하면 아무리 완벽에 가까운 입법자라 하여도 모든 위험상황을 미리 예측하여 이를 개별적 수권조항에 상세히 규정한다는 것은 불가능하며, 또한 바람직하지도 않기 때문이다.²⁹⁾ 즉 기술수준의 변화, 사회적 사정의 변화 등으로 인해 입법자가 예상할 수 없는 경찰상의 위해가 발생하는 경우에는, 미리 규정된 개별적인 수권규정에 의하여 해결되지 못하는 경우가 존재한다. 이러한 경우에 대비하고자 하여 인정되는 것이 일반적 수권조항이기 때문이다.³⁰⁾ 즉, 공공의 안녕과 질서에 대한 위해는 사회생활관계의 복잡성과 과학기술의 발전으로 인하여 일일이 그 유형을 법률로 규정하는 것을 사실상 불가능한 것으로 만들고 있다. 따라서 공공의 안녕과 질서에 대한 위해나 이미 발생한 장애에 대하여 경찰권을 발동할 수 있는 일반조항을 두는 것은 어느 정도 불가피하다는 것³¹⁾이 일반적인 견해이다.

나. 일반적 수권조항의 인정 여부

공공의 안녕과 질서를 유지하기 위하여 경찰권을 발동하여야 할 필요가 있는 경우에 법률에 개별적인 수권규정이 없는 경우에 일반적 수권규정이 경찰권 발동의 근거가 될 수 있는지에 대하여 견해가 대립되고 있다. 우리나라에서 일반적 수권조항의 논의는 두 차원, 즉 입법론과 해석론의 차원에서 행해지고 있다. 즉 일반적 수권조항을 규정하는 것이 우리 헌법질서상 가능한가 하는 논의(입법론)와 「경찰관 직무집행법」상 제2조 제7호, 제2조 제7호와 제5조 제1항 제3호의 유추해석, 제5조 제1항 제3호의 유추해석, 제2조·제5조·제6조의 결합을 통한 유추해석 등이 경찰권 행사의 일반적 수권조항이 되는 것으로 해석될 수 있는가 하는 논의(해석론)가 그것이다.³²⁾

28) 김성수, 「개별행정법」(제2판), 법문사, 2004, 459면

29) 손재영, 앞의 책, 48면

30) 류지태·박종수, 앞의 책, 1025면

31) 김성수, 앞의 책, 460면

1) 일반적 수권조항의 합헌성 여부에 관한 논의

경찰권행사의 특수성에 따라 경찰행정법에서 독일³³⁾과 같이 일반적 수권조항을 적법한 수권조항으로 인정하여야 한다는 견해가 과연 헌법상 인정될 수 있는가 하는 문제가 제기된다.

일반적 수권조항 합헌설은 첫째, 경찰권 발동상황의 다양성과 경찰권 발동이 필요한 상황의 예측불가능성에 비추어 경찰분야에서는 일반적 수권조항이 필요하고, 둘째, 일반적 수권조항도 법률에 따라 규정되는 것이므로 헌법 제37조 제2항(법률유보의 원칙)에 정면으로 위배되는 것은 아니라고 한다. 셋째, 일반적 수권조항의 불확정개념은 학설과 판례에 의해 그 내용이나 목적 또는 범위가 충분히 세밀하게 논의될 수 있으므로 헌법상 명확성을 갖는다고 한다.³⁴⁾

이에 대하여 일반적 수권조항 위헌설은 첫째, 우리 헌법상의 법률유보의 원칙은 행정권의 발동에 있어서의 법률의 수권은 개별적 수권이어서 한다고 보는데 근거하고 있다.³⁵⁾ 둘째, 일반적 수권조항을 인정하게 되면 경찰권의 행사에 관하여 백지의 포괄적 재량권을 부여하는 것이 되어 경찰권의 남용으로 국민의 기본권이 침해될 우려가 크다고 한다.

다음과 같은 이유에서 일반적 수권조항합헌설이 타당하다. 첫째, 경찰행정의 특성, 즉 경찰권 발동상황의 다양성과 경찰권 발동의 필요상황을 모두 예측하는 것이 불가능하다. 일반적 수권조항은 예측할 수 없는 사례유형을 포착하여 비전형적인 위험상황에서도 경찰이 그에 효율적으로 개입할 수 있도록 하는 것을 그 목적으로 한다.³⁶⁾ 이는 고도위험사회의 본격적인 전개와 더불어 위험의 비정형성이 증대·심화되고 있는 것과 궤를 같이 하고 있다.³⁷⁾ 국가의 기본적 책무는 질서유지에 있다. 따라서 구체적인 경우에 공공의 안녕이나 질서에 대한 현존하는 구체적인 위험을 방지하기 위하여 필요한 조치를 취할 수 있어야 한다. 그것은 법치국가의 요청이기도 하다. 둘째, 일반적 수권조항의 경우에도 법률의 수권이 있는 점에 비추어 일반적 수권조항이 법률유보의 원칙에 반드시 위반되는 것으로 볼 수는

32) 박균성·김재광, 「경찰행정법입문」, 87면

33) 물론 독일의 경우에도 헌법상의 법치국가원리에 따른 명확성의 원칙에 근거하여 부정적인 입장을 취하는 견해도 없지 않다.

34) 홍정신, 「기본경찰행정법」, 박영사, 2013, 158면

35) 박윤훈, 「최신 행정법강의(하)」, 박영사, 2004, 322-323면

36) Dieter Kugelmann(서정범·박병욱 역), 앞의 책, 180면

37) 서정범·박병욱, “경찰법상의 위험개념의 변화에 관한 법적 고찰 - 전통적 위험개념의 작별(?) -” 「안암법학」(통권 제36호, 2011. 9), 99면.

없다.³⁸⁾ 셋째, 경찰작용의 특수성을 고려하여 개별수권조항에서 예상하거나 처리하기 어려운 경찰책임상태가 발생하였을 경우 이에 대한 경찰권행사를 인정하는 조항이 어떠한 형태로든 필요한 것이 현실이고 일반적 수권조항은 예상하기 어렵고 대처하기 어려운 위해의 방지를 위하여 “조리상 또는 자연법적 경찰권발동”이라는 초법적인 근거를 정당화하는 논리보다는 보다 개선된 입법형식으로 평가할 수 있다는 견해도 일반적 수권조항합헌설을 뒷받침한다고 볼 수 있다.³⁹⁾

2) 「경찰관 직무집행법」 상 일반적 수권조항의 존재 여부

「경찰관 직무집행법」 상 일반적 수권조항의 존재 여부와 관련해서 긍정설과 부정설의 대립이 있다. 먼저 긍정설은 일반적 수권조항의 합헌성과 필요성을 긍정하면서 우리나라의 현행법상으로도 일반적 수권조항이 존재한다고 보는 견해이다. 긍정설에는 ① 제2조 제7호를 일반적 수권조항으로 보는 견해,⁴⁰⁾ ② 제2조 제7호와 제5조 제1항 제3호의 유추해석에 의해 인정하는 견해,⁴¹⁾ ③ 제5조 제1항 제3호의 유추해석에 의해 인정하는 견해,⁴²⁾ ④ 제2조·제5조·제6조의 결합을 통한 유추해석에 의해 인정하는 견해⁴³⁾ 등이 있다.

38) 박균성, 「행정법론(하)」(제13판), 박영사, 2015, 582면

39) 김성수, 앞의 책, 460-461면

40) 이 견해에는 전면적 긍정설과 부분적 긍정설이 있다. 먼저 전면적 긍정설로는 류지태·박종수, 앞의 책, 1026면. 제2조제7호를 일반조항으로 보고 이에 따른 경찰작용을 인정하더라도, 경찰권행사의 일반적 한계인 비례성의 원칙 등이 인정되고 있으므로, 개별적인 수권에 의한 경우보다 남용될 소지는 적다고 보아야 할 것이라고 주장한다. 다음으로 부분적 긍정설로는 홍정선, 「기본경찰행정법」, 박영사, 2013, 157-158면. 이 학설은 침해작용의 경우에는 권한규범(수권규범)과 임무규정을 엄격히 구분하여야 하고, 침해적 경찰권의 발동에는 작용법적 수권규정의 근거가 있어야 하는데, 「경찰관 직무집행법」 제2조제7호는 권한규범(수권규범)이 아니라 임무규정에 불과하며 사인에 대한 침해까지 가능하게 하는 규정으로 보아서는 아니되며, 일반조항을 두는 입법조치가 필요하다고 본다. 그러나 비침해예방작용에서 법적 근거는 임무규정만으로 족하다고 본다. 다만, 이러한 작용의 경우에도 개인의 권리·이익을 침해하기 위해서는 권한규범의 근거를 요한다고 본다.

41) 이기우, “경찰작용법의 체계” 「수사연구」 1990. 2, 98면; 손재영, 앞의 책, 83면

42) 서정범, “경찰권발동의 근거 - 개괄적 수권조항을 중심으로 -”, 「중앙법학」 제8집제1호(중앙법학회, 2006), 175-176면; 김성태, 「위험방지작용의 이해」(홍익대학교 출판부, 2007), 38면; 홍준형, 「경찰통합법에 관한 연구」(치안연구소, 1997), 197면 등. 이 견해에 대해서는 제5조제1항제3호를 완전한 의미의 일반적 수권조항이라고 할 수 없으며, 제5조제1항제3호가 일반적 수권조항으로써 일반법으로 적용되는 것은 시기상조이며, 보호이익 측면과 수범자 측면, 비용상환 및 손실보상 측면 등의 법개정을 통해 보완될 때까지 유보되어야 할 것이라는 비판적인 견해도 있다. 이기춘, “경찰관직무집행법 제5조제1항과 독일경찰질서법상 개괄적 수권조항과의 비교” 「JURIST」 393호(2003. 6) 참조

43) 박정훈, 「행정법의 체계와 방법론」(행정법연구 I)(박영사, 2005), 391-394면; 경찰관직무집행법 제2조제7호를 일반적 수권조항으로 우선적으로 고려하여야 하나 동조항의 임무규범으로써의

다음으로 부정설은 「경찰관 직무집행법」 제2조는 수권규범이 아니라 임무규범으로서 경찰권 발동의 근거가 될 수 없고, 따라서 우리나라에는 경찰권의 일반적 수권조항이 존재하지 않는다고 본다. 그리고 일반적 수권조항의 필요성 유무에 관해서는 다시 견해가 갈린다.⁴⁴⁾ 입법필요설(필요성 긍정설)⁴⁵⁾과 입법불필요설(필요성 부정설)⁴⁶⁾ 등이 제기되고 있다.⁴⁷⁾

아직 판례가 확립된 것이라고 볼 수는 없지만, 청원경찰의 불법개축행위 단속을 정당한 공무집행에 속한다고 보아 「경찰관 직무집행법」 제2조에 근거하여 경찰권이 발동될 수 있다고 본 대법원 판결이 있다.⁴⁸⁾ 이에 대해 긍정설을 주장하는 학자들은 판례가 「경찰관 직무집행법」 제2조를 일반수권조항으로 보고 있다고 이해하나, 판례는 단순히 불법건축행위의 단속이 청원경찰의 직무범위에 속한다는 것을 판시하였을 뿐 구체적으로 어떤 수권규정에 근거하고 있는지는 언급하지 않았다는 점에서 「경찰관 직무집행법」 제2조를 일반수권조항으로 보는 입장이라고 할 수 없다는 반론이 있다.⁴⁹⁾ 한편 헌법재판소는 경찰법 제3조와 「경찰관 직무집행법」 제2조를 경찰권 발동의 일반적 수권조항으로 본다.⁵⁰⁾ 경찰차벽

성질이 강조되는 한, 제5조제1항, 제6조가 보완적인 역할을 하여야 한다는 견해가 있다. 이 견해는 일반적 수권조항을 인정한다고 하더라도 이것이 경찰관직무집행법을 전제로 하는 이상, 이는 제도적 의미의 경찰 외에 일반행정기관에는 적용되기 어려울 것이라고 한다. 따라서 이에 대해서는 입법을 통해 보완할 필요가 있을 것이라고 주장한다. 이승민, 「프랑스법상 경찰행정에 관한 연구」(서울대학교 대학원 법학과 박사학위논문, 2010. 2), 152면 참조

44) 최영규, 앞의 책, 186쪽 참조

45) 입법필요설에 대해서는 김남철, 앞의 책, 1077면; 김동희, 「행정법강의」, 박영사, 2013, 811면; 홍정선, 앞의 책, 157-158면 참조. 김동희교수님은 현행 「경찰관 직무집행법」 상의 개괄적 수권조항들은 경찰상의 위협에 해당하는 경우를 포괄하고 있고, 특히 제5조제1항은 다른 규정에서 규정하고 있지 않은 공백상태를 상당부분 규율하고 있어서 실무상 일반적 수권조항의 필요성이 그리 큰 것은 아니라고 지적하고 있다.

46) 입법불필요설은 현행법상 개괄조항이 존재하지 않을 뿐만아니라 경찰권 발동의 근거조항은 개별적 근거조항이어야 하고, 경찰권의 일반적·포괄적 수권은 법치주의에 반하는 것으로서 허용될 수 없다고 주장한다. 최영규, 앞의 책, 86면 참조

47) 학설에 대한 구체적인 설명은 박균성·김재광, 「경찰행정법」(제3판), 박영사, 2016, 170-172면 참조

48) 대판 1986. 1. 28, 85도2448: 군도시과 단속계 요원인 청원경찰관이 경찰관직무집행법 제2조에 따라 허가없이 창고를 주택으로 개축하는 것을 단속하는 것은 정당한 공무집행에 속한다는 판례; 반대 견해로는 손재영, 앞의 책, 82면. 이유는 판례는 위법건축물을 단속하는 행위는 경찰관직무집행법 제2조에 의거할 때 청원경찰의 직무에 속한다는 것을 판시하였을 뿐, 청원경찰의 단속행위가 어떤 법률조항에 근거하여 행해질 수 있는지를 구체적으로 언급하지 않았기 때문이라고 한다. 한편 판례가 제2조제7호의 입장을 취하는 것으로 보고 있는 견해로는 류시대·박종수, 앞의 책, 1027면

49) 정하중, 앞의 책, 1138면

50) 헌재 2005. 5. 26, 99헌마513. 경찰청장이 명문의 규정이 없이 지문정보를 보관하는 행위가 법률유보의 원칙에 위배되는 것이라고 볼 수 없다고 한 사례

과 관련한 헌법재판소 2011. 6. 30. 선고, 2009헌마406 결정에서 재판관 이동흡, 재판관 박한철의 반대의견도 이러한 입장을 취하고 있다.⁵¹⁾ 그러나 재판관 김종대, 재판관 송두환의 보충의견은 “경찰의 임무 또는 경찰관의 직무 범위를 규정한 경찰법 제3조, 「경찰관 직무집행법」 제2조는 그 성격과 내용 및 일반적 수권조항이라 하여 국민의 기본권을 구체적으로 제한 또는 박탈하는 행위의 근거조항으로 삼을 수는 없다”고 하여 부정적인 입장을 취하고 있다.⁵²⁾

생각건대, 「경찰관 직무집행법」 제2조 제7호는 경찰의 임무규정일 뿐이며 수권규정이라고 할 수 없다. 그리고 같은 법 제5조 제1항 제3호는 일반적 수권조항의 성격을 갖는다고 볼 여지가 있으나 개인적 법익의 보호만이 그 대상이 되며 공동체적 법익의 보호는 그 대상이 되지 않는다는 점에서 한계가 있다.⁵³⁾ 따라서 부정설(입법필요설)이 타당하다.

IV. 결론

국가중요시설에 대한 진입 저지, 불법적 도로점거, 경찰관에 대한 폭행이 있거나 명백하게 예상될 때 경찰차벽 설치를 하고 있다. 경찰차벽 설치는 급박하고 명백하며 중대한 공공의 위협이 발생하는 것을 방지하기 위해 부득이 취하는 경찰조치라고 보아야 한다. 헌법재판소도 경찰차벽 설치는 급박하고 명백하며 중대한 위협이

51) “시의적절하고 효율적인 경찰권 행사를 위한 현실적 필요성이 있다는 점과 경찰권 발동의 근거가 되는 일반조항을 인정하더라도 경찰권 발동에 관한 조리상의 원칙이나 법원의 통제에 의해 그 남용이 억제될 수 있다는 점을 종합해 보면, 경찰 임무의 하나로서 ‘그 밖의 공공의 안녕과 질서유지’를 규정한 경찰법 제3조 및 경찰관직무집행법 제2조는 일반적 수권조항으로써 경찰권 발동의 법적 근거가 될 수 있다고 할 것”이라고 주장하고 있다.

52) ”그 성격과 내용 및 아래와 같은 이유로 ‘일반적 수권조항’이라 하여 국민의 기본권을 구체적으로 제한 또는 박탈하는 행위의 근거조항으로 삼을 수는 없으므로 위 조항 역시 이 사건 통행제지행위 발동의 법률적 근거가 된다고 할 수 없다. 우선 우리 헌법이 국민의 자유와 권리를 제한하는 경우 근거하도록 한 ‘법률’은 개별적 또는 구체적 사안에 적용할 작용법적 조항을 의미하는 것이지, 조직법적 규정까지 포함하는 것이 아니다. 다음으로 이를 일반적 수권조항이라고 보는 것은 각 경찰작용의 요건과 한계에 관한 개별적 수권조항을 자세히 규정함으로써 엄격한 요건 아래에서만 경찰권의 발동을 허용하려는 입법자의 의도를 법률해석으로 뒤집는 것이다. 또한 국가기관의 임무 또는 직무에 관한 조항을 둔 다른 법률의 경우에는 이를 기본권제한의 수권조항으로 해석하지 아니함에도 경찰조직에만 예외를 인정하는 것은 법치행정의 실질을 허무는 것이다. 마지막으로 만약 위 조항들이 일반적 수권조항에 해당한다고 인정하더라도 명확성의 원칙 위반이라는 또 다른 위헌성을 피할 수 없으므로 결국 합헌적인 법률적 근거로 볼 수 없게 된다. 따라서 경찰청장의 이 사건 통행제지행위는 법률적 근거를 갖추지 못한 것이므로 법률유보원칙에도 위반하여 청구인들의 일반적 행동자유권을 침해한 것이다.”라고 주장하고 있다.

53) 박근성, 앞의 책, 1237면

있는 경우에 한하여 비로소 취할 수 있는 경찰의 마지막 수단으로써 적법하고도 타당한 조치라고 판시하였다(헌재 2011. 6. 30. 선고, 2009헌마406 결정).

경찰차벽의 법적 근거로서 개별적 수권조항으로서 「집회 및 시위에 관한 법률」, 「경찰관 직무집행법」 제5조(위험발생의 방지 등), 제6조(범죄의 예방과 제지), 제10조(경찰장비의 사용), 그리고 일반적 수권조항의 존재 여부에 대한 논의 등에 대해 살펴보았다.

(1) 먼저 질서유지선을 설정하는 것이 본래 ‘적법한’ 집회 및 시위를 전제로 하는 것임은 「집회 및 시위에 관한 법률」 제2조 제5호에 분명히 나타나 있다. 따라서 ‘적법한’ 집회 및 시위의 경우에 ‘띠, 방책, 차선 등’의 질서유지선이 필요하다면 ‘불법적인’ 집회 및 시위의 경우에는 ‘띠, 방책, 차선’ 이외의 경찰차벽 등 보다 실효적인 경계표지를 사용할 수 있다고 해석하는 것이 타당하다. 따라서 「집회 및 시위에 관한 법률」 제13조 제1항은 경찰차벽의 법적 근거로 볼 수 있는 경찰특별법상의 개별수권이라 할 수 있다.

(2) 「경찰관 직무집행법」 제5조 제1항은 경찰작용을 위한 전제조건으로서 ‘그 밖의 위험한 사태’와 같은 포괄적 개념을 사용하고 있고, 또한 이러한 요건이 충족된 경우에는 제3호에서 ‘위해방지상 필요하다고 인정되는 조치’를 취할 수 있다고 규정하여 경찰이 취할 수 있는 조치를 특정하고 있다. 생각건대, ‘그 밖의 위험한 사태’는 국가중요시설에 대한 시위대의 접근을 차단하려는 경찰과 진출하려는 시위대가 충돌해 일반시민들의 재산상, 생명·신체상 손해가 발생할 위험이 있는 경우로 보아야 하므로, 「경찰관 직무집행법」 제5조 제1항은 경찰차벽의 법적 근거가 될 수 있다고 해석하는 것이 타당할 것이다.

그리고 「경찰관 직무집행법」 제5조 제2항의 ‘소요사태’는 무질서한 다수 군중에 의해 한 지역의 평온이 위협받고 있는 상태로 해석하는 것이 옳다고 본다. 그런 측면에서 재판관 김종대, 재판관 송두환의 보충의견의 ‘소요사태’에 대한 해석은 지나치게 엄격하다고 볼 수 있다. 따라서 ‘소요사태’가 발생한 경우에 소요사태를 진압하기 위하여 국가중요시설에 대한 접근 또는 통행을 제한하거나 금지할 수 있기 때문에 경찰차벽을 설치하는 것은 마땅히 인정되고 그런 측면에서 「경찰관 직무집행법」 제5조 제2항도 경찰차벽의 법적 근거가 될 수 있다고 해석하는 것이 타당하다.

(3) 「경찰관 직무집행법」 제6조는 ‘범죄의 예방’과 ‘범죄의 제지’를 함께 규정하고 있다. 범죄의 제지에 관한 규정은 “그 행위로 인하여 사람의 생명·신체에

위해를 끼치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 긴급한 경우에는 그 행위를 제지할 수 있다.”는 부분이다(제6조 후단). 범죄의 제지는 실력의 행사에 의한 범죄예비행위 및 범죄에 밀접하게 접근된 행위를 저지하는 것을 말하는 것이기 때문에 경찰차벽의 법률적 근거가 될 수 있다고 해석하는 것이 타당하다.

(4) 경찰직무 수행에 중점을 두어 국가중요시설에 대한 침투가 예상되는 시위대의 통행제지 기능을 하는 경찰차벽도 「경찰관 직무집행법」 제10조 제2항의 경찰장비 중 ‘차량’에 해당한다고 적극적으로 해석하는 것은 가능한 법해석의 범위를 넘어선다고 할 수 있다.

(5) 일반적 수권조항의 합헌성 논의와 관련하여 경찰행정의 특성, 즉 경찰권 발동상황의 다양성과 경찰권 발동의 필요상황을 모두 예측하는 것이 불가능한 점 및 일반적 수권조항의 경우에도 법률의 수권이 있는 점에 비추어 일반적 수권조항이 법률유보의 원칙에 반드시 위반되는 것으로 볼 수는 없다(일반적 수권조항 합헌설). 「경찰관 직무집행법」상 일반적 수권조항의 존재 여부와 관련해서 종래에는 제2조 제7호(그 밖의 공공의 안녕과 질서유지)를 중심으로 집중적으로 논의하였으나, 최근 들어 제2조 제7호와 제5조 제1항 제3호(위험발생의 방지 등)의 유추해석에 의해 인정하는 견해, 제5조 제1항 제3호(위험발생의 방지 등)의 유추해석에 의해 인정하는 견해, 제2조·제5조·제6조(범죄의 예방과 제지)의 결합을 통한 유추해석에 의해 인정하는 견해, 부정설(입법필요설과 입법불필요설) 등 다양한 논의가 전개되고 있다. 생각건대, 「경찰관 직무집행법」 제2조 제7호는 직무규정에 불과하여 일반적 수권조항으로 볼 수 없다. 그리고 같은 법 제5조 제1항 제3호는 일반적 수권조항의 성격을 갖는 것으로 볼 여지가 있으나 개인적 법익의 보호만이 그 대상이 되며 공동체적 법익의 보호는 그 대상이 되지 않는다는 점에서 한계가 있다. 학설로는 부정설 중 입법필요설이 타당하다.

(6) 따라서 입법론으로는 예기치 못한 공중위해발생의 가능성이 높아지고 이에 대해 경찰권이 능동적으로 대처하고 경찰작용의 명확화와 법적 근거의 마련이라는 측면에서 개별적 수권조항 이외에 개괄적인 수권규범인 일반적 수권조항을 명문화할 필요가 있다.⁵⁴⁾ 즉, 경찰은 이 법이 다른 규정을 두고 있지 않는 한, 개

54) 김재광, 앞의 책, 207면; 독일 통일경찰법모범초안 개정시안(Vorentwurf-MEPolG)도 제1장 <직무와 총칙> 제1조에서 경찰의 직무를 규정하고, 제2장 <경찰의 권한> 제8조(일반적 권한)에서 “① 경찰은 제9조부터 제24조까지가 경찰의 권한을 특별히 규율하지 않는 한, 구체적인 경우에 존재하는 공공의 안녕 또는 질서에 대한 위험을 방지하기 위하여 필요한 조치를 취할 수 있다. ② 다른 법률에 의하여 경찰에게 부여된 직무의 수행을 위하여(제1조 제4항) 경찰은 그

개의 경우 현존하거나 발생할 우려가 있는 공공의 안녕과 질서에 대한 위협을 방지하고 제거하기 위하여 필요한 조치를 할 수 있다는 규정과 경찰은 다른 법령이 부여한 임무를 수행하기 위하여 그 법률이 규정한 권한을 행사하며 그러한 법령이 경찰의 권한을 규정하지 아니한 경우에는 이 법에 따라 구속되는 권한을 행사한다는 규정을 신설할 필요가 있다.⁵⁵⁾

(7) 결론적으로 경찰차벽의 법적 근거로는 경찰특별법상의 개별수권으로 「집회 및 시위에 관한 법률」 제13조 제1항, 경찰일반법상의 개별수권으로 「경찰관 직무집행법」 제5조 제1항 및 제2항, 「경찰관 직무집행법」 제6조 등을 들 수 있다. 그리고 일반적 수권조항에 대한 긍정설에서 제시하고 있는 「경찰관 직무집행법」 제2조 제7호를 비롯한 규정들도 법적 근거가 될 수 있을 것이다.

곳에 규정된 권한을 갖는다. 그러한 법규가 경찰의 권한을 규율하지 않는 한, 경찰은 이 법률에 따라 그에게 귀속되는 권한을 갖는다.”고 규정하고 있다.

55) 김재광, 앞의 책, 208면

(논문투고일 : 2017.02.25, 심사개시일 : 2017.02.28, 게재확정일 : 2017.03.17)



▶ 김 재 광

경찰차벽, 집회시위의 자유, 일반적 수권조항, 개별적 수권조항, 경찰
관 직무집행법

【참고문헌】

- 경찰청, 「경찰관직무집행법」, 2001
- 김남진·김연태, 「행정법Ⅱ」, 법문사, 2015
- 김동희, 「행정법강의」, 박영사, 2013
- 김성태, 「위험방지작용의 이해」, 홍익대학교 출판부, 2007
- 김재광, 「경찰관직무집행법」, 학림, 2012
- 김재광, “바람직한 집시법 개정의 방향” 「집시법 제10조 효력상실 5년, 바람직한 개정방향」, 토론회(국회의원 조원진·바른사회시민회의 공동주최, 2015. 6. 22, 국회의원회관 제1소회의실)
- 류지태·박중수, 「행정법신론」(제16판), 박영사, 2016
- 박균성·김재광, 「경찰행정법」(제3판), 박영사, 2016
- 박균성·김재광, 「경찰행정법입문」, 박영사, 2014
- 박균성, 「행정법론강의」(제12판), 박영사, 2015
- 박균성, 「행정법론(하)」(제13판), 박영사, 2015
- 박운훈, 「최신 행정법강의(하)」, 박영사, 2004
- 박정훈, 「행정법의 체계와 방법론」(행정법연구 I), 박영사, 2005
- 손재영, 「경찰법」, 박영사, 2014
- 서정범, “경찰권발동의 근거 - 개괄적 수권조항을 중심으로 -”, 「중앙법학」 제8집제1호(중앙법학회, 2006
- Dieter Kugelmann(서정범·박병욱 역), 「쿠겔만의 독일경찰법」, 세창출판사, 2015
- 서정범·김연태·이기춘, 「경찰법연구」(제2판), 세창출판사, 2012
- 이기춘, 「위험방지를 위한 협력의무로서 경찰책임의 귀속에 관한 연구」, 고려대학교 대학원 법학과 박사학위논문, 2002. 12
- 이기춘, “경찰관직무집행법 제5조제1항과 독일경찰질서법상 개괄적 수권조항과의 비교”, 「JURIST」 393호
- 이승민, 「프랑스법상 경찰행정에 관한 연구」, 서울대학교 대학원 법학과 박사학위논문, 2010. 2
- 장명민·박기석, 「경찰관직무집행법에 관한 연구」, 한국형사정책연구원, 1995
- 정하중, 「행정법개론」, 법문사, 2013

최영규, 「경찰행정법」, 법영사, 2013

홍정선, 「기본경찰행정법」, 박영사, 2013

홍정선, 「경찰행정법」, 박영사, 2010

Abstract

**A Study on the Legal Basis to Police Action Blocking
Passage with Vehicles-Wall**

- Focused on the 2009Hun-Ma406, June 30, 2011 -

Kim, Jae Kwang

On May 23, 2009, that former President Roh, Moo-Hyun passed away, the Chief of the National Policy Agency blocked the passage of citizens to Seoul Plaza by setting up a blockade with police buses, so called vehicles-wall, surrounding it, in order to protect such unlawful and violent rallies or protest in Seoul Plaza by the citizens for a memorial altar being set up at across Deoksugung Daehanmun.

In response, some citizens(the complaints) filed a constitutional complaint on July 21, 2009 seeking a decision of unconstitutionality of such police action, arguing that the passage blockade by vehicles-wall infringed on their right to general freedom of action. In conclusion, Constitutional Court decided that the passage blockade violated the principle against excessive restriction and infringed on the complaints' general freedom of action(2009Hun-Ma406, June 30, 2011). And he added that setting up the vehicles-wall by police could be admitted as the legal action and the last means to respond to only urgent, unequivocal and serious danger.

The vehicles-wall by police are based on the Article 13(1) of the Assembly and Demonstration Act, Article 5 of the Act on the Performance of Duties by Police Officers(Prevention, etc., of Occurrence of Danger), and Article 6 of the same act(Prevention and Control of Crimes) etc. as the individual enabling provisions.

Besides, the Article 2, 5, and 6 under the Act on the Performance of Duties by Police Officers etc. were discussed in various interpretation whether they could be the general enabling provisions. The Article 2⑦ of the same Act also can not be the general enabling provision because of only the office regulation. Therefore, in the legislative approach, the general enabling provisions besides the individual enabling provisions for the clarity of police enforcement and legal basis should be stipulated in order to secure the active police power responding to the high possibility of a unpredictable danger to the public.



▶ **Kim, Jae Kwang**

Vehicles-wall by the police, right of rallies and protest, General enabling provisions, Individual enabling provisions, Act on the Performance of Duties by Police Officers.

규제완화에 대한 법적 검토

이 제 회*

【목 차】

I. 서론	III. 규제완화 정책에 대한 검토
II. 규제개혁과 규제완화	1. 규제 수의 감축
1. 규제의 개념	2. 규제영향분석제도
2. 규제개혁과 규제완화의 혼동	3. 규제비용의 감축
3. 규제완화의 목적	4. 네거티브 규제체계
4. 규제완화 대상의 판단	5. 허가제에서 신고제로의 전환
5. 규제완화의 한계	6. 규제일몰제
	IV. 결론

【국 문 요 약】

규제개혁은 불합리한 규제를 개선하여 국가 전체의 편익을 증가시키는 행위인 만큼 규제완화는 물론 사회에 필요한 규제를 도입하는 규제강화도 포함한다. 규제개혁이 정당성을 갖기 위해서는 규제개선 검토 및 운영성과에 대한 투명성이 확보되어야 한다.

역사적으로 경제적 규제에서 주로 논의된 규제완화는 규제대상의 축소, 규제비용의 절감, 비규제적 수단으로의 전환 등을 의미한다. 규제완화는 무조건적인 탈규제화가 아니라 불필요한 규제부담을 감축하는 것이다. 규제완화는 헌법이 보장한 자유권의 회복인 만큼 규제강화보다 상대적으로 허용범위가 넓다. 다만 규제완화가 제3자의 권리를 침해하는 제3자적 규제의 경우, 제3자의 본질적 권리를 침해하지 않는 범위 내에서 최소한의 수단으로 이루어져야 한다. 또한 제3자의 권리 침해에 상응하는 보상규정을 마련하여 공익과 사익 사이 합리적 비례관계를 마련해야 한다.

규제완화를 위한 다양한 정책이 추진되고 있다. 규제등록제도에 기초한 등록규

* 전국경제인연합회 책임연구원, 법학박사

제 수의 감축은 모든 규제를 등록할 수 없다는 본질적 한계와 더불어 규제를 동등하게 평가하는 등가성의 오류를 갖는다. 규제 수가 규제완화의 판단 기준인 만큼 피규제자가 체감하는 규제완화와 동떨어질 우려가 있다. 이를 극복하기 위해 규제비용관리제가 도입되어 규제부담을 화폐화하여 규제비용의 감축이 추진된다. 동 제도가 효과적으로 추진되기 위해서는 규제비용 산출에 대한 객관성이 확보되어야 한다. 사전적인 규제개혁을 위해 네거티브 규제와 규제일몰제가 활용된다. '원칙 허용, 예외 금지'의 네거티브 규제는 법령 규제사항 이외에는 피규제자에게 원칙적 자유가 보장되는 만큼 신산업과 융·복합 산업의 등장을 촉진한다. 한미 FTA 등 국제협약에서도 네거티브 규제가 도입되어 있다. 네거티브 규제의 예외 범위를 최소화하기 위한 현재유보의 경우, 역진방지 매커니즘에 따라 국가의 규제권이 항구적으로 제약되는 만큼 신중한 도입이 필요하다. 이 외에 규제완화 수단으로 허가제의 신고제 전환이 활용된다. 신고제는 자기완결적 신고가 원칙이지만 규제개혁 성과의 홍보와 부처의 규제 권한 유지를 위해 수리를 요하는 신고로 규정되기도 한다. 형식적 규제완화를 위해 허가제를 무조건적인 신고제로 전환하기보다 중대한 공익의 보호가 필요한 경우, 허가제를 존속시키는 것도 규제개혁이라는 점을 명심해야 한다.

규제완화를 포함한 규제개혁 정책이 성공하기 위해서는 국민의 신뢰가 필요하다. 사회의 빠른 변화가 기존 규제를 불합리하게 만들지만 새로운 규제의 도입도 요구한다는 균형 잡힌 시각이 필요한 때이다.

I. 서론

규제는 기업과 국민에게 일정한 활동의 제약을 부여하는 법적·행정적 조치이며, 규제도입에 따른 규제비용은 피규제자에게 숨겨진 세금으로 인식되기도 한다.¹⁾ 역대 정부가 ‘규제개선’보다 ‘규제개혁’의 슬로건을 선호한 이면에는 규제가 기업의 창의성을 제약하고, 국민에게 불필요한 행정부담을 부과한다는 부정적 인식이 자리 잡고 있다. 규제는 국민의 안전과 생명을 지키고, 시장에서의 공정한 경쟁 환경을 조성하는 등 긍정적 역할도 수행한다. 규제개혁은 규제의 감축만을 의미하는 ‘적은 규제’(less regulation)를 넘어 규제의 품질을 높이는 ‘규제개선’(better regulation)도 포함하는 만큼 규제개혁을 규제완화와 동일시해서는 안 된다.

한국에서 시스템적인 규제개혁의 시작은 「행정규제기본법」이 제정된 1998년이다.²⁾³⁾ 「행정규제기본법」에 따라 규제의 신설·강화에 대한 본격적인 심사가 이루어졌고, 행정규제를 규제개혁위원회에 등록하도록 하여 규제를 데이터베이스화 하였다. 역대 정부는 기업경영 환경의 개선과 행정 효율화의 수단으로 규제완화를 적극 추진하였다. 정부와 국회의 규제완화 노력에도 기업은 여전히 규제 애로를 호소한다.⁴⁾ 기업은 자유로운 경영활동을 저해하는 모든 정책을 규제로 인식하지만 그 동안의 규제완화 정책이 규제 수 감소 등의 외형적 성과를 넘어 기업이 체감하는 규제개혁으로 이어지는지 생각해볼 필요가 있다. 종전의 규제완화는 규제 수의 감축을 목표로 삼으며 규제의 질적(quality) 측면이 아닌 양적(quantity) 측면을 중시하였다. 규제가 피규제자에게 미치는 영향을 고려하기보다 규제자의 입장에서 규제완화를 바라본 것이다. 이와 같은 규제 수 감축 정책의 문제를 인식하고, 2014년부터 규제비용관리제를 시범 도입하여 피규제자의 규제 부담을 감축하고 있다. 이 외에 네거티브 규제 도입, 허가제의 신고제 전환, 규제

1) Wendy L. Gramm, “Regulatory Review Issues, Oct.1985-FEB.1988”, Administrative Law Review Vol. 63, American Bar Association (2011) 34면.

2) 최병선/이혁우, “한국 규제개혁시스템의 혁신방안”, 규제연구 제23권 (한국경제연구원, 2014) 6면.

3) 1993년 「기업활동 규제완화에 관한 특별조치법」이 제정되어 기업활동에 관한 행정규제의 완화 및 특례에 관한 사항을 규정하였지만, 동법은 창업·공장설립 규제의 완화에 중점을 둔만큼 전반적인 규제개혁 시스템으로 보기는 어려워 보인다.

4) 정부의 규제개혁 정책에 대한 기업의 만족도는 높지 않다. 기업의 규제개혁 정책 만족도 평균 점수는 보통(3점)에 못 미치는 2.92점으로 조사되었다(KDI 규제연구센터, 2015년 대한상공회의소 코참비즈 소속 300개 기업 대상 조사).

일몰제 등의 다양한 규제완화 정책이 추진되고 있다.

지금까지 규제개혁이라는 슬로건 아래 규제완화 정책에 대한 검토가 미흡한 점도 존재한다. 이하에서는 규제의 개념을 살펴보고, 규제완화의 목적과 한계를 도출하고자 한다. 규제완화의 한계를 밝히는 것이 오히려 규제완화를 촉진할 수 있다. 이를 바탕으로 우리 법제에 도입된 규제완화 정책을 검토하고자 한다.

II. 규제개혁과 규제완화

1. 규제의 개념

가. 규제의 정의

일반적으로 규제는 법령을 기초로 행정작용을 통해 구체화되는 만큼 행정규제로 이해된다. 규제의 개념은 협의, 광의, 최광의로 분류된다. 협의는 ‘국가가 기업과 국민에게 일정한 활동의 제약을 가하는 행정조치’, 광의는 협의의 개념에 민간의 자율규제(private self-regulation)와 정부 내부규율을 포함하며, 최광의는 ‘정부의 기능을 수행하기 위한 모든 수단’으로 정의된다.⁵⁾ 규제의 개념을 도출하기 위해서는 규제를 수립주체와 적용 대상의 측면에서 살펴보아야 한다. 특히, 규제의 적용 대상 측면에서 피규제자인 국민과 기업의 규제부담 여부도 규제를 정의하는 중요한 요소이다.

최광의 규제개념은 정부가 수행하는 모든 정책수단을 규제로 인식하여 국민에게 영향을 미치지 않는 정책도 규제로 이해하는 단점을 가진다. 협의 및 광의의 규제개념은 자율규제와 정부 내부규율을 규제로 보는지에 따라 구분된다. 행정규제의 대안으로 논의되는 자율규제는 정부기관이 아닌 기업이나 전문단체가 자율적으로 구성원의 행위를 통제하는 것이다. 자율규제는 정부의 개입 여부를 기준으로 기업·단체의 자율에 따라 규제가 이루어지는 임의자율규제와 자율규제의 시행에 앞서 정부의 승인 등을 필요로 하는 위임자율규제로 나뉜다.⁶⁾ 위임자율규제는 규제에 대한 정부의 감독권이 인정되는 만큼 규제수립의 주체가 사인일지라도 규제의 성격을 갖는다. 정부 내부규율도 원칙적으로 규제가 아니지만 행정기관의 내부규율이 국민의 권리·의무에 영향을 미치는 경우, 규제로 보아야 하는 만큼 협

5) 최유성 외, 「규제등록 및 개선방안에 관한 연구」 (한국행정연구회, 2006) 17~18면.

6) 김유환, “정부규제의 대안과 대체질서”, 행정법연구 제29권 (행정법이론실무학회, 2011) 47~48면.

의의 규제개념이 타당하다. 규제는 국가가 특정한 행정목적을 위해 직·간접적인 행정수단으로 국민과 기업의 권리를 제한하고, 의무를 부과하는 일체의 행정조치로 이해할 수 있다.

나. 규제의 분류

규제는 수립 주체, 대상, 내용, 형식을 기준으로 살펴볼 수 있다. 규제의 수립 주체는 규제수립 권한을 가진 모든 국가기관이다. 이들 기관의 업무를 사인에게 위탁하는 경우, 사인도 업무의 수탁 범위 내에서 규제수립의 주체가 된다. 규제의 대상은 국민, 기업, 공기업 등이며, 규제내용은 기업과 국민의 활동을 제약하는 것으로 이들의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 일체의 규정을 포함한다. 규제형식은 법률, 시행령, 시행규칙은 물론 조례, 고시도 포함된다. 「행정규제기본법」도 제2조에서 규제를 “국가나 지방자치단체가 특정한 행정 목적을 실현하기 위해 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 것으로서 법령, 조례·규칙에 규정되는 사항”이라고 정의한다.

규제는 목적에 따라 경제적 규제와 사회적 규제로 나눌 수 있다. 경제적 규제는 공정경쟁 조성, 산업 효율화, 중소기업 지원, 소비자 보호 등을 목적으로 하는 경제영역의 규제를 의미하며, 사회적 규제는 보건, 안전, 환경 등의 보호를 목적으로 도입된 규제이다. 경제적 규제는 규제 강도에 따라 특정 시장의 진입을 제한하거나 금지하는 진입규제(entry regulation), 공급·재판매 가격 등을 규제하는 가격규제(price regulation), 거래행태와 조건 등을 규율하는 거래규제(transaction regulation)로 구분할 수 있다.⁷⁾ 사회적 규제는 규제대상에 따라 환경규제, 안전규제, 노동규제 등으로 구분된다. 일부 규제는 경제적 규제와 사회적 규제의 성격을 중첩적으로 갖는다. 예를 들어, 「화재예방, 소방시설 설치·유지 및 안전관리에 관한 법률」 제39조의 소방용품 인증제도는 소방용품의 품질 관리를 통한 소비자 보호와 동시에 안전규제의 성격도 갖는다. 이 외에 중소기업 적합업종제도 역시 경제적 규제와 사회적 규제의 성격을 동시에 갖는다. 경제적 규제와 사회적 규제의 분류는 중복적 영역이 존재하며,⁸⁾ 경제적 문제가 사회적

7) 경제적 규제를 진입규제, 가격규제, 품질규제, 물량규제로 구분하기도 한다(최유성 외, 앞의 책, 26면).

8) 경제적 규제와 사회적 규제가 모든 규제를 포괄하지 못하는 망라성의 문제를 해소하기 위해 OECD는 경제적·사회적 규제 외에 행정상 요식행위 등을 의미하는 ‘행정적 규제’로 분류하기도

문제로 파악되는 등 상호간의 연관성으로 인해 양자의 구별이 모호한 측면도 있다. 그러나 대부분의 규제가 경제적·사회적 규제로 분류되며, 위 분류가 규제완화 한계에 있어 의미를 갖는 만큼 경제적 규제와 사회적 규제의 분류는 유의미하다.

2. 규제개혁과 규제완화의 혼동

규제는 시장의 보호·촉진, 국민의 건강과 안전 보장 등 특정한 목적을 위해 수립된다. 그러나 정부의 역할 확대로 과도한 규제가 도입되거나, 규제도입 이후, 변화된 경제·사회적 환경에 따라 도입 목적과 다른 부작용이 발생하기도 한다. 일부 규제는 특정 이해집단에 포획되어 규제 자체가 적정하지 않은 경우도 존재한다. 이와 같은 불합리한 규제를 국가가 개선하여 국가 전체의 편익을 증가시키는 행위가 규제개혁이다.

규제개혁은 비대해지고, 비효율적인 정부를 개혁하기 위한 행정개혁의 한 분야에서 출발하였다.⁹⁾ 개혁의 사전적 의미가 “제도나 기구 따위를 새롭게 뜯어고침”임을¹⁰⁾ 고려하면 규제개혁의 문언에는 정부의 시장개입에 대한 비판적 인식이 자리 잡고 있음을 알 수 있다. 규제의 수립 주체인 정부의 개입이 자원배분의 비효율성을 유발하여 정부실패(government failure)로 이어진다는 입장에서는 규제의 확대에 부정적이며, 규제개혁을 규제완화로 이해한다. 그러나 정부실패가 무조건적인 시장으로의 회귀를 의미하지는 않는다. 완전경쟁시장은 존재하지 않으며, 현실의 시장은 정보의 비대칭성, 불완전경쟁, 외부효과 등의 한계를 갖기 때문이다.¹¹⁾ 규제개혁은 규제개선을 통한 편익 증가인 만큼 규제완화는 물론 규제강화도 포함한다. 규제개혁을 위해서는 규제영향의 객관적 분석 등 규제과정의 투명성이 뒷받침되어야 하는 만큼 규제개혁은 규제완화 및 강화, 규제과정의 투명성을 모두 포함하는 개념으로 이해된다.

규제강화는 사회·경제적 변화, 국제협약의 수용, 국민 의식의 변화 등에 기초해 규제의 범위·강도를 현 수준보다 강화하는 것이다. 예를 들어, 자동차의 배기가스

한다. 구체적인 내용은 최유성, 「행정적 규제의 유형 분류 및 실태 분석에 관한 연구」(한국행정연구원, 2014) 30면 이하 참조.

9) 조성한, “정책도구로서의 규제”, 2006년 하계공동학술대회 발표논문집(한국거버넌스학회, 2006) 508면.

10) 국립국어원 표준국어대사전.

11) Dan Awrey 외, “Between Law And Markets: Is There A Role For Culture And Ethics In Financial Regulation?”, Delaware Journal of Corporate Law Vol. 38 (2013) 197면.

배출기준 강화, 신종 전염병 예방조치 강화 등이 규제개혁을 위한 규제강화에 해당한다.¹²⁾ 규제완화(deregulation)는 규제대상의 축소, 규제비용의 절감, 비규제적 수단으로의 전환 등을 의미한다. 규제과정의 투명성은 규제도입 뿐만 아니라 운영과정에서의 투명성도 포함한다. 규제 검토과정에서 이해관계자, 사회 구성원의 의견이 반영되어야 하며, 규제영향분석 등을 통해 규제개선 목적이 효과적으로 달성될 수 있는지 검토되어야 한다. 규제개선 이후에도 규제운영의 성과가 투명하게 공개되어야 한다. 규제과정의 투명성을 통해 규제에 대한 법적·사회적 감시가 가능하며, 규제의 정당성도 확보할 수 있다.

3. 규제완화의 목적

가. 규제완화의 흐름

현대 행정국가에서 과학기술의 발달 등에 따라 새로운 산업과 서비스가 생기고, 이에 따른 법적 문제를 법치주의 관점에서 해소하기 위해서는 새로운 규제의 도입이 불가피하다.¹³⁾ 새로운 규제의 증가에 대응해 기존 규제가 완화되지 않는다면 우리 사회가 규제의 홍수에 이를 것은 자명하다. 어느 분야의 규제를 완화할 것인가는 국가의 정책적 판단에 달려있다.

역사적으로 규제완화는 경제적 규제의 영역에서 주로 논의되었다. 미국에서의 규제완화는 시민의 삶에 대한 정부의 광범위한 개입을 축소하기보다 특정 산업에 대한 정부 조정권한의 폐지·축소로 이해된다. 미국은 1970년대 후반, 「항공사 규제완화법」(Airline Deregulation Act 1978)을 통해 이루어진 항공노선과 운임의 자율화 정책이 대표적인 규제완화 사례로 논의된다.¹⁴⁾ 정부는 항공운송산업에 신규진입을 허용하고, 항공운임을 자율화하여 항공운임의 인하는 물론 이용객의 증가를 가져왔다. 영국도 경제적 영역의 규제를 중심으로 규제완화가 이루어졌다. 1994년 「계약과기규제완화법」(Deregulation and Contracting Out Act 1994)을 제정하여 기업경영·무역 등과 관련된 규제부담을 감축하고자 하였다. 「규제완화법」(Deregulation Act 2015)에서는 국민과 기업의 경제적 활동(주

12) 이용희, 「위기의 한국경제 그 기회를 말하다」 (한국리더스포럼, 2016) 106~107면.

13) 배병호, “행정법령의 경과규정 흠결사례에 대한 해석”, 행정법연구 제19호 (행정법이론실무학회, 2007) 126면.

14) Richard A. Posner, “The Effects Of Deregulation On Competition: The Experience Of The United States”, Fordham International Law Journal Vol. 7 (2000) 7~8면.

택, 운송, 통신, 신탁기금 등)에 대한 규제부담 감축을 목표로 하여 규제완화는 주로 경제적 영역에서 의미를 갖는다.¹⁵⁾ 한국은 「행정규제기본법」을 제정하며 규제완화를 본격 추진하였다. 당시 규제완화는 공기업 민영화, 기업규제 완화 등 경제적 규제의 완화에 중점을 두었다.

금융위기 이전, 대부분의 경제학자는 규제완화가 효율성을 증가시키고, 소비자의 후생을 증가시킨다는데 동의하며, 여전히 다수를 차지한다.¹⁶⁾ 예컨대, 금융규제의 완화에 따라 은행의 효율성이 높아지고, 이에 따른 운영비용의 감소가 대출자에게 금리 인하의 혜택으로 이어진다는 것이다.¹⁷⁾ 규제완화의 흐름은 금융위기를 계기로 다소 변화되었다. 금융위기의 원인으로 대리인 문제, 금융상품의 세계화 등과 더불어 규제완화가 지적되었다. 상업은행의 장부와 자산과 투자은행을 규제 감시 대상에서 제외하는 등의 규제완화 조치가 금융위기의 원인이라는 것이다.¹⁸⁾ 금융위기 이후의 규제완화는 무조건적인 탈규제화가 아니라 불필요한 규제 부담을 감축하는 것으로 이해되었다. 규제완화와 규제도입은 상호 조정의 관계이다. 규제완화에 따른 부작용은 규제도입으로 이어지고,¹⁹⁾ 다시 규제강화에 따른 효율성 저하는 규제완화로 이어진다. 이를 통해 사회 전반의 불필요한 규제가 해소되며, 규제의 질이 개선되는 것이 규제완화의 매커니즘이다.

나. 규제완화의 수단

규제완화는 국민의 건강과 안전 등 본질적 가치를 해치지 않는 경우, 시장의 효율성을 활용할 수 있다. 시장의 자율기능과 자정기능을 통해 시장 참여자의 효율적인 활동을 기대하는 것이다. 규제완화는 규제폐지, 규제의 대상·강도·적용기간 등을 축소하는 방법으로 이루어진다. 규제폐지는 해당 규제를 폐지하거나 임의자율규제로 전환하여 규제를 통한 국가 통제권을 폐지하는 것이다. 규제 대신 인센

15) 「규제완화법」(Deregulation Act 2015)의 서문에서 동법은 법령으로부터 발생하는 기업, 개인 등의 부담 감축을 목적으로 한다고 규정하며 규제완화를 간접적으로 정의하고 있다.

16) Richard A. Posner, 앞의 글, 18면.

17) Jith Jayaratne/Philip E. Strahan, "The Benefits of Branching Deregulation", FRBNY Economy Policy Review Vol.3, Federal Reserve Bank of New York (1997) 13면.

18) Davide Furceri/Annabelle Mourougane, "Financial Crises: Past Lessons And Policy Implications", OECD (2009) 12면.

19) 미국은 금융위기 이후, 2009년 「도드-프랭크 월가 개혁 및 소비자보호법」(Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act)을 제정하여 금융안전감시위원회(Financial Stability Oversight Council, FSOC)를 통해 금융회사에 대한 규제와 감독을 강화하였다.

티브 제도를 도입해 시장 참여자의 행위를 유도하는 것도 규제완화에 해당한다. 규제대상의 축소는 규제형식을 네거티브 방식으로 전환하거나 규제대상을 세분화하여 적용하는 것을 의미한다. 규제강도의 축소는 규제 불이행에 따른 법적 제재의 완화, 허가제의 신고제 전환, 중복규제 해소 등의 조치를 의미한다. 이외에 규제 적용기간 축소는 규제신설 시, 일몰조항을 통해 규제의 존속·재검토키한을 설정하여 규제의 효력기간을 단축하는 것이다. 한시적 규제유예제도 역시 규제 적용기간의 축소에 해당한다. 동 제도는 규제의 필요성은 인정되지만 피규제자의 대내외적 환경으로 인해 계속 적용하는 것이 피규제자에게 경제적 부담 등을 주는 경우, 한시적으로 규제를 완화하는 제도이다.²⁰⁾

경제적 규제의 완화는 시장의 역할을 강조하며 시장의 경쟁을 촉진한다. 반면 사회적 규제는 공익보호 목적 등이 큰 만큼 경제적 규제보다 규제완화의 영역이 좁으며, 보다 엄격한 심사가 이루어진다. 사회적 규제 영역의 규제완화는 국가의 규제적 통제 대신 금전적 인센티브 등을 통해 규제 본래의 목적을 달성하기도 한다.²¹⁾

4. 규제완화 대상의 판단

규제완화는 불필요한 규제부담을 줄이는 정책인 만큼 불합리한 규제의 발굴이 우선되어야 한다. 적정한 규제가 무엇인지를 통해 규제 본연의 목적에 맞지 않는 규제를 역으로 유추할 수 있다. 규제수립의 원칙은 규제의 품질을 높여 규제 본연의 목적을 달성하고, 규제도입에 따른 부작용을 최소화하기 위한 요건으로 이해할 수 있다. OECD는 2007년 규제의 질을 높이기 위해 ‘규제의 질에 관한 원칙’(principles of regulatory quality)을 마련하였다.²²⁾ 동 원칙에서 규제수립 시, 준수해야 할 요건으로 ① 목적 달성을 위해 최소한의 규제가 요구되며, 규제 준수를 위해 최소한의 부담이 요구됨, ② 규제는 문제 해결에 효과적이어야 하

20) 박용주 외, 「정부 규제개혁 평가」(국회예산정책처, 2011) 35면.

21) Jacint Jordana/David Levi-Faur 외, 「The Politics of Regulation: Institutions and Regulatory Reforms for the Age of Governance」, Edward Elgar Publishing (2004) 39면.

22) 이에 앞서 APEC과 OECD는 2005년 공동으로 규제개혁 통합점검표(Integrated Checklist on Regulatory Reform)를 작성하여 회원국의 규제개혁 노력을 평가하고자 하였다. 통합점검표는 규제 관련 통합정책(integrated policies), 규제정책(regulatory policy), 경쟁정책(competition policy), 시장개방정책(market openness policies)으로 구성되어 있다. 자세한 내용은 APEC/OECD, “APEC-OECD Integrated Checklist on Regulatory Reform” (2005); 조성환, 앞의 글, 510~511면 참조.

며, 최소한의 비용으로 목적을 달성할 수 있는 효과적인 방법이어야 함, ③ 새로운 규제는 기존 규제와 일관성을 가져야 함, ④ 규제는 유연하게 규정되어야 하며, 지속해서 개선·향상되어야 함, ⑤ 규제는 투명하고, 이해관계자가 쉽게 접근할 수 있어야 함, ⑥ 규제과정은 이해관계자의 의견 반영 등 개방성과 신뢰성의 문화를 촉진해야 함, ⑦ 규제는 헌법과 법의 요구사항을 준수해야 함, ⑧ 규제는 적절한 목표로 설정되고, 강제력을 가져야 한다고 규정하고 있다.²³⁾ 즉, 규제는 투명한 규제수립 과정을 통해 피규제자에게 최소한의 부담을 주는 방식으로 법적 범위 내에서 수립되어야 한다.

「행정규제기본법」도 규제수립의 원칙을 규정하고 있다. 동법 제5조에서 국가는 규제수립에 있어 국민의 자유와 창의를 존중하고, 본질적 내용을 침해해서는 안되며, 국민의 생명·인권·보건·환경 등의 보호와 식품·의약품의 안전에 있어 실효성 있는 규제를 수립해야 한다고 규정하고 있다. 규제는 목적 실현에 필요한 최소한의 범위에서 객관성·투명성·공정성이 확보되어야 하며, 국민의 권리와 의무에 영향을 미치는 만큼 법률에 직접 규정하도록 하여 규제법정주의를 채택하고 있다. 다만 세부적인 내용은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임할 수 있다. 전문적이거나 기술적인 사항으로 업무의 성질상 위임이 불가피한 경우, 규제는 고시 등에서 규정될 수 있다.

규제에 따라 도입 목적과 이해관계자가 다양하며, 규제수단에 따라 제한되는 권리도 다른 만큼 규제수립의 원칙은 규제도입의 판단에 있어 한계를 갖는다. 예를 들어, 글로벌 금융위기의 원인을 시장 참여자간 정보의 비대칭성으로 가정하면, 정부는 이를 해결하기 위해 다음 세 가지 규제 방안을 검토할 수 있다.²⁴⁾ 첫째, 시장참여자의 정보공개 의무화 방안, 둘째, 이해관계자의 이익을 위해 금융중개인 등에게 일정한 의무를 부과하는 방안, 셋째, 정보가 부족한 취약대상을 위험성이 큰 특정 금융시장에 참여하지 못하도록 제한하는 방안 등이다. 정보공개 의무화는 복잡한 금융시장에서 과도한 규제비용을 초래하며, 금융 중개인 등에게 일정한 의무를 부여하는 것은 계약자유 원칙을 제한하고, 취약대상의 특정시장 참여를 금지하는 방안도 사전에 취약대상을 선정하는 어려움이 존재한다. 이와 같이 하나의 현안에 대해 다양한 규제수단이 존재하며, 각기 다른 장·단점이

23) Stéphane Jacobzone 외, "Indicators of Regulatory Management Systems", OECD Working Papers on Public Governance 2007/4 (2007) 8면.

24) Dan Awrey 외, 앞의 글, 198~201면.

있는 만큼 규제수립에 대한 국가의 재량영역이 존재한다. 규제수립의 원칙은 국가 재량영역의 범위를 확정한다. 국가 재량영역에서의 정책결정은 사회·정치적 선택이며, 재량영역 내에서의 규제는 적법한 것으로 인정된다. 규제의 적정성은 규제도입 이후, 운영 결과에 따라 사후적으로 판단할 수 있다.

5. 규제완화의 한계

가. 헌법상 경제질서의 준수

국가는 규제를 통해 기업과 국민의 활동을 제약하지만 규제가 헌법과 법의 테두리 내에서 이루어지고, 규제로 인해 얻게 되는 공동체 이익이 큰 경우, 규제는 정당성을 갖는다. 규제의 정당성을 경제적 규제와 사회적 규제로 나누어 살펴보면, 사회적 규제는 보건·환경·안전 등과 관련된 만큼 인간의 존엄과 행복을 추구할 권리를 보장하는 헌법적 가치를 충족하기 쉬우며, 사회 구성원 간 규제정책에 비교적 일치된 의견이 도출된다. 경제적 규제는 규제강화·완화 효과가 기업-국민, 대기업-중소기업, 공기업-사기업, 국내기업-외국기업 등 경제주체 간 상반된 이해관계로 이어지기도 한다. 이와 같은 경제적 규제의 특수성이 존재하는 만큼 경제적 규제를 중심으로 헌법상 경제질서에 따른 규제완화의 한계를 살펴볼 필요가 있다.

헌법은 전문에서 “정치·경제·사회·문화의 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고, 능력을 최고도로 발휘하게 하며, 자유와 권리에 따르는 책임과 의무를 완수하게 하여...”라고 규정하여 기회와 평등과 개인의 창의를 보장하고 있다. 헌법 제119조는 개인과 기업의 경제상 자유와 창의를 존중을 기본으로 하며, 균형 있는 국민경제의 성장 및 안정, 적정한 소득의 분배 유지, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하기 위한 국가의 규제와 조정을 인정하고 있다. 이외에 헌법 제10조의 행복추구권, 제23조의 사유재산제 등을 통해 헌법상 경제질서를 ‘사회적 시장경제질서’로 이해할 수 있다.²⁵⁾²⁶⁾ 헌법재판소도 “헌법 제119조 제1항에

25) 헌법상 경제질서를 ‘사회적 시장경제질서’로 이해하는 견해로 성낙인, 「헌법학」(법문사, 2014) 281면.; 정재황, 「헌법 입문」(박영사, 2014) 171면.; 한수용, 「헌법학」(법문사, 2015) 312면.; 허영, 「한국헌법론」(박영사, 2015) 170면. 등을 들 수 있다.

26) 헌법상 경제질서를 시장의 기능과 정부의 계획이 혼용되는 ‘혼합경제질서’로 보는 견해도 있다. 동 견해는 헌법 제119조 제2항에서 광범위한 정부규제권한이 부여된 점 등을 혼합경제질서의 근거로 들고 있다(김형성, “경제헌법과 경제정책의 헌법적 한계”, 저스티스 제79호(한국법학원, 2004) 12~13면).

서 대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다고 규정하여 사유재산제도, 사적 자치의 원칙, 과실책임의 원칙을 기초로 하는 자유시장 경제질서를 기본으로 한다.”²⁷⁾ 고 판시하며 사회적 시장경제질서를 헌법의 경제질서로 보고 있다.

사회적 시장경제질서는 개인의 자유와 창의를 기초로 한 자유주의적 시장경제질서 위에 사회적 정의와 공공의 이익을 위해 국가의 규제를 허용한다.²⁸⁾ 경제적 규제의 완화는 헌법이 보장한 자유의 회복이지만 사유재산제, 시장에서의 자율적 가격결정 구조 등 시장경제의 본질적 가치를 준수해야 하며 소비자 보호, 직업선택의 자유 등 헌법적 가치를 훼손해서는 안된다는 헌법적 한계를 갖는다.

나. 규제완화 정책의 정당성 입증

규제완화는 기본적으로 국민과 기업의 자유 회복을 의미하는 만큼 규제도입보다 상대적으로 허용 범위가 넓을 수밖에 없다. 경제학적 관점에서 살펴보면 고전학파는 시장의 기능을 중시하고, 정부가 최소한의 역할을 수행해야 한다는 입장에서 규제완화를 시장기능의 회복으로 이해한다. 이들은 규제완화가 시장에서의 효율적 자원배분에 기여한다고 생각하는 만큼 규제완화의 한계를 논할 실익은 크지 않다. 구조주의(structuralism)로 불리는 하버드학파는 시장구조나 기업행동에 대한 규제의 필요성을 강조한 만큼 고전학파보다 규제완화에 소극적 태도를 보인다. 시장을 바라보는 입장에 따라 규제완화의 유연성은 다르지만 규제완화가 정당성을 갖기 위해서는 규제완화로 경제적 효용이 증가한다는 것을 규제자는 입증해야 한다.

규제완화의 입증 정도는 경제적 규제와 사회적 규제가 다소 다르다. 경제적 규제에 대한 규제완화는 헌법이 보장한 자유의 회복인 만큼 규제완화가 사회적 편익을 감소시키지 않는다는 것을 입증하는 것만으로 충분하다. 사회적 규제는 헌법이 보장한 국민이 인간다운 삶을 누릴 수 있는 경제·사회·문화·환경적 측면의 국가 의무를 실현하기 위한 정책이다. 사회적 규제의 완화는 헌법이 부여한 조성적 의무의 축소인 만큼 규제완화로 사회적 편익이 증가한다는 것을 국가는 입증해야 한다.

27) 헌재 2002. 7. 18. 2001헌마605.

28) 강현호, “금융 및 경제위기의 공법적 대응방안”, 성균관법학 제25권 제3호 (성균관대학교 법학연구소, 2013) 90면.

다. 편익과 부담의 불일치

규제완화에 따른 편익과 부담의 불일치는 제3자를 위한 규제에서 주로 논의된다. 제3자를 위한 규제에서 제3자의 권리는 경쟁자·경원자·이해관계자 등의 관계에서 나타난다. 규제완화의 경제적 한계가 자유시장 경제질서에 따른 효율성에서도 출되는 반면 편익과 부담의 불일치에 따른 규제완화의 한계는 사회적 형평성의 관점에서 도출된다.

헌법재판소는 “헌법은 사회국가원리를 명문으로 규정하고 있지는 않지만, 헌법의 전문, 사회적 기본권의 보장(헌법 제31조 내지 제36조), 경제 영역에서 적극적으로 계획하고 유도하고 재분배하여야 할 국가의 의무를 규정하는 경제에 관한 조항(헌법 제119조 제2항 이하) 등과 같이 사회국가원리의 구체화된 여러 표현을 통하여 사회국가원리를 수용하였다.”라고 판시하였다.²⁹⁾ 즉, 규제완화가 제3자의 본질적 권리를 침해하지 않는 범위 내에서 최소한의 수단으로 사회국가의 원리 등 중요한 공공의 목적을 달성하는 경우, 규제완화는 법적 정당성을 갖는다. 국가는 규제완화 시, 제3자의 권리 침해 정도에 상응하는 적절한 보상 또는 지원 규정을 마련하여 공익과 사익 사이의 합리적 비례관계를 조성해야 한다.

규제완화로 제3자의 권리가 침해받는 경우, 제3자는 침해된 권리가 주관적 공권으로 인정되면 행정소송을 통해 구제받을 수 있다. 제3자의 권리가 개인이 우연히 간접적으로 얻게 되는 반사적 이익인 경우, 행정소송의 원고적격이 부인되어 법적 구제가 어렵다. 그러나 제3자의 권리는 주관적 공권과 반사적 이익의 구분이 아닌 이익 자체의 중요성에 기초해 법적 보호가 이루어져야 한다.³⁰⁾

Ⅲ. 규제완화 정책에 대한 검토

1. 규제 수의 감축

가. 규제등록의 법제화

규제 수를 감축하기 위해서는 먼저 모든 규제를 파악하고, 이를 등록해야 한다. 1998년 제정된 「행정규제기본법」은 대통령 직속으로 규제개혁위원회를 설

29) 헌재 2002. 12. 18. 2002헌마52.

30) 강현호, 「국가경영행정법(상)」(디비북스, 2012) 82면.

치하고, 모든 행정규제를 규제개혁위원회에 등록하도록 규정하였다. 규제개혁위원회는 등록된 규제사무목록을 국회에 제출하도록 하여, 규제 수의 증가에 대한 국회의 감독도 이루어진다. 규제개혁위원회는 부처의 규제등록 미비를 보완하기 위해 미등록 규제를 조사하여 부처에 규제등록을 요구하거나 해당 규제의 폐지 계획을 제출하도록 요구할 수 있다(제6조).

규제 수의 감축은 규제개혁을 손쉽게 수치화하여 규제개혁의 성과로 홍보할 수 있다는 장점이 있다. 역대 정부에서도 규제 수의 감축을 주요 규제개혁 정책으로 활용하였다. 김대중 정부는 재임 동안 규제 수를 50% 감축하였고,³¹⁾ 노무현 정부는 규제 수의 증가를 억제하기 위해 규제총량제를 도입하였다.³²⁾ 반면 이명박 정부는 누락된 미등록 규제를 발굴하고, 규제를 세부 사업내용별로 분리 등록하여 외형상 규제 수는 증가하였다.³³⁾

나. 규제 수 감축의 한계

현실적으로 모든 규제를 등록하기는 쉽지 않다. 규제가 오랜 관행에 따라 법령에 기초하지 않거나 국민과 기업의 자율을 보장하기 위해 권고 등의 형식을 취하지만 실제 피규제자에게 규제로 작용하기 때문이다. 규제등록제도가 모든 규제를 포괄할 수 없는 만큼 규제등록제도는 본질적인 한계를 가질 수밖에 없다. 그러나 규제의 체계적 관리를 위해 규제를 데이터베이스화하여 공개하는 것은 규제개혁 정책의 시작이다. 모든 규제를 등록할 수 없을지라도 어떤 규제가 존재하는지 모르는 상황에서 규제개혁을 추진할 수 없기 때문이다.

규제등록제도가 규제개혁의 시작이지만 목표가 될 수는 없다. 규제등록제도에 기초해 규제등록 수를 줄이는 규제정책 역시 다음의 한계를 갖는다. 첫째, 규제 수가 규제개혁의 기준인 만큼 모든 규제를 동일하게 파악하는 규제 등가성의 오류를 갖는다. 규제 수의 감축을 규제완화의 목표로 삼는 것은 모든 규제를 동등하게 파악하는 만큼 규제 수의 감축이 체감하는 규제개혁과 비례하지 않는다. 둘째, 다부처 규제, 진입규제 등의 핵심규제보다 절차적 규제의 개선을 중심으로 규제완화가 추진될 수 있다. 부처 간 이해관계가 상충하거나 다른 부처와 협의가

31) 최병선/이혁우, 앞의 글, 11면.

32) 노무현 정부의 규제개혁에 대해 김대중 정부에서의 규제 수 50% 감축으로 인해 양적 규제감소는 의미가 없다고 판단해 질적 규제개선에 집중하였다는 평가도 존재한다(국무총리실/산업연구원, 「2011 경제발전경험 모듈화사업 : 규제개혁과 경제발전」 (2012) 43면).

33) 국무총리실, 보도해명자료(2012년 10월 8일자).

필요한 다부처 규제를 개선하기보다 상대적으로 규제개선이 쉬운 절차 개선에 집중하기 쉽다. 반면, 진입규제의 완화는 규제완화의 효과가 크지만 관련 이해당사자와의 협의에 상당한 노력을 요하는 만큼 이들 규제에 대한 개선은 소홀할 수 있다. 셋째, 규제 수 감축이 규제부담의 증가로 이어지는 역효과의 가능성도 존재한다. 피규제자에 대한 규제부담을 규제 수로 판단하여 신규규제보다 폐지규제의 수가 많더라도 신규규제의 범위·강도가 폐지규제보다 큰 경우, 전체 규제부담은 오히려 증가한다. 이와 같은 규제 수 감축정책을 보완하기 위해 도입된 것이 이하의 규제영향분석제도와 규제비용관리제도이다.

2. 규제영향분석제도

가. 규제영향분석제도의 역할

규제영향분석제도는 규제 도입 전, 소관부처와 제3의 독립기관에서 규제도입의 적정성을 심사하도록 하여 불필요한 규제의 증가를 막음으로써 소극적 규제완화의 효과를 갖는다. 소관부처는 규제도입에 따른 피규제자의 규제부담과 사회 전체의 편익 등을 비교하여 규제도입의 필요성을 검토한다. 규제영향분석은 규제도입의 필요성에 대한 기술, 비규제적 수단 등 대안의 검토, 규제도입의 비용과 편익 평가에 기초해 이루어진다.³⁴⁾ 규제가 비수량적 요소를 포함하는 경우, 규제영향을 수치화하는 것이 어려운 만큼³⁵⁾ 정교한 분석모델을 통해 객관성을 확보하고, 부처별 균등한 규제분석 역량을 유지하는 것이 필요하다.

규제영향분석은 규제의 도입·강화 등 피규제자에게 규제부담을 주는 경우에 한해 이루어져야 한다고 생각하기 쉽다. 이는 규제도입은 규제부담의 증가, 규제완화는 규제부담의 감소라는 고정관념에 기초한다. 규제완화에 대해 규제영향분석을 시행하지 않는 것이 규제완화를 촉진할 수 있지만 동시에 제3자 이익 침해에 대해 사전적 검토기회를 상실할 수 있다. 경제주체 간 상반된 이해관계를 가지거나 국민의 안전 등과 관련된 규제를 완화하는 경우, 피규제자의 규제부담은 감축되지만 피규제자 외 제3자의 이익은 침해될 수 있다. 정부는 규제개혁의 성과를 측정하기 위해 기업에 직접 영향을 미치는 규제완화에 한해 규제비용 절감액을 산출하고 있다. 합리적 규제완화 정책을 도출하기 위해서는 규제완화에 대한 규

34) Maeve P. Carey, "Cost-Benefit and Other Analysis Requirements in the Rulemaking Process", Congressional Research Service (2014) 6면.

35) 국무총리실/산업연구원, 앞의 책, 68면.

제영향분석을 확대해야 한다. 다만 이를 의무화할 경우, 부처는 규제완화에 소극적으로 대처할 우려가 있는 만큼 행정적 부담을 최소화할 수 있는 대안이 마련되어야 한다.

나. 규제영향분석제도의 운영

「행정규제기본법」을 통해 신설·강화규제에 대한 사전심사제도가 도입되었다. 소관부처는 행정규제를 신설·강화 또는 기존 규제의 존속기한을 연장하는 경우, 규제영향분석을 통해 규제신설·강화의 타당성을 자체 심사하고,³⁶⁾ 규제개혁위원회가 부처 심사의 적정성 여부를 판단한다. 사전심사제도의 핵심인 규제영향분석 제도는 「행정규제기본법」에서 “규제로 인하여 국민의 일상생활과 사회·경제·행정 등에 미치는 여러 가지 영향을 객관적이고 과학적인 방법을 사용하여 예측·분석함으로써 규제의 타당성을 판단하는 기준을 제시하는 것”이라고 정의된다(제2조).

소관부처는 규제영향분석 시, 규제도입의 필요성 및 실현 가능성, 비규제적 수단 도입 검토, 피규제자와 국민이 부담해야 할 비용과 편익, 중소기업에 미치는 영향, 경쟁제한적 요소, 규제신설 등에 따른 행정기구·인력·예산의 소요 등을 종합적으로 고려하여 최적의 대안을 도출해야 한다(제7조 제1항). 정부는 웹 기반의 규제비용·편익 자동산정시스템을 구축하여 규제영향분석 절차를 간소화하였고, 규제의 과급효과가 경미한 사안에 대해서는 간편심사제를 통해 업무부담을 최소화하고자 하였다.³⁷⁾ 부처는 규제도입에 대한 국민의 의견 수렴을 위해 입법 예고기간 동안 규제영향분석서를 공표해야 한다.

국회발의 법안에 대해서는 규제영향분석이 시행되지 않는다. 정부는 의원입법을 통한 우회 발의를 통해 입법예고를 통한 의견 수렴, 규제 심사, 법제처 심사 등의 법안 검토절차를 회피하는 경우도 존재한다. 규제영향분석제도의 실효성을 높이고, 의원입법에 대한 사전심사를 위해 의원입법에 대해 규제영향분석이 이루어져야 한다.³⁸⁾ 의원입법에 대한 규제영향분석은 의원발의 법안의 질을 높일 수

36) 기존규제를 폐지·완화하는 경우, 소관부처는 이해관계인·전문가 등의 의견을 수렴해야 하며, 규제완화 후, 개선결과를 규제개혁위원회에 제출해야 한다(제19조).

37) 규제개혁위원회, 「2015 규제개혁백서」(2016) 156면.

38) 의원발의 법안에 대해 규제영향분석이 필요하다는 견해는 김주찬, “입법영향분석제도 도입에 관한 연구 : 규제영향분석을 중심으로”, 정책연구용역보고서 (국회입법조사처, 2010) 21면 이하; 고문현, “국회입법기능의 정상화와 역할 강화방안”, 법학논고 제46호 (경북대학교 법학연구

있지만 법안발의 이후, 국회 심의과정에서 규제영향 등에 대한 논의가 가능한 측면도 존재하는 만큼 의원입법에 대한 규제영향분석의 구체적인 방법은 별도의 연구가 필요하다.

3. 규제비용의 감축

가. 규제비용의 평가

규제 수 감축을 통한 규제개혁의 문제점을 극복하고, 규제영향분석을 피규제자의 관점에서 보완한 제도가 규제비용관리제도이다.³⁹⁾ 피규제자의 규제부담을 완화하여 규제비용 감축을 규제개혁의 목표로 설정한다. 규제비용을 기준으로 규제개혁 성과를 평가할 경우, 부처는 파급효과가 큰 규제의 개선에 집중할 수 있으며, 국민과 기업은 규제개혁의 효과를 규제비용을 통해 체감할 수 있다.

규제개혁 성과를 규제비용으로 측정하기 위해서는 신설·강화규제와 완화규제 모두에 대해 규제비용평가가 이루어져야 한다. 규제비용의 산출은 규제개혁의 정당성을 부여하고, 규제개혁 평가의 기준이 되는 만큼 객관적으로 이루어져야 한다. 부처가 산출한 규제비용만으로 규제개혁의 성과를 판단할 경우, 규제폐지에 대해 규제비용을 과다 산출하고, 규제도입은 과소 산출할 우려가 있다. 규제비용 관리제도를 도입한 주요국은 규제비용 산출의 객관성 확보를 위해 1차적으로 부처에서 규제비용을 산출하고, 별도의 기관에서 규제비용 산출의 적정성을 검증한다. 영국은 부처에서 규제비용을 분석하고, 규제완화위원회(Reducing Regulation Committee)에서 이에 대한 적정성을 심사한다.⁴⁰⁾ 호주도 부처의 규제비용 심사를 총리 직속의 규제합리화실(Office of Best Practice Regulation)에서 검토한다.⁴¹⁾

규제개혁을 통한 규제비용감축의 성공사례로 언급되는 국가는 영국이다. 영국은 One-In, One-Out(OIOO) 방식의 규제비용관리제도를 2010년 도입하였다.⁴²⁾ OIOO 방식의 규제비용관리제도는 전체 규제의 총량 유지를 위해 규제도입·강화로 규제비용이 증가하는 경우, 이에 상응하는 기존규제비용을 감축해야 한다.⁴³⁾

원, 2014) 138면 이하 참조.

39) 정부는 규제비용감축을 위해 2014년 ‘규제비용총량제’(Cost-In, Cost-Out)를 도입하였고, 2016년 7월 ‘규제비용관리제’로 명칭 변경하였다.

40) 최유성 외, 「주요 선진국의 규제개혁 동향에 관한 연구」 (한국행정연구원, 2013) 140면.

41) Australian Government, “The Australian Government Guide to Regulation” (2014) 10면.

42) HM Government, “The Coalition: our programme for government” (2010) 9면.

국가 전체의 규제비용을 감축하기 위해 규제비용관리제도를 One-In, Two-Out(OITO) 방식으로 2013년 변경하였다.⁴⁴⁾ 신규규제 도입으로 규제비용이 발생하는 경우, 이의 두 배에 해당하는 기존규제비용을 의무적으로 감축하도록 하여 규제를 도입할수록 전체 규제총량이 감소되도록 제도를 설계하였다. 영국 정부는 2016년부터 정부입법으로 규제가 강화되는 경우, 규제강화에 따른 규제비용의 3배에 해당하는 기존 규제비용을 감축하도록 제도를 강화하였다 (One-In, Three-Out).⁴⁵⁾

나. 규제비용관리제의 제도화

정부는 2014년 제1차 규제개혁장관회의에서 규제비용관리제를 시범 도입하였다. 동 제도는 2004년부터 2005년까지 시행된 규제총량제(부처별 신설규제 건수를 연간 2%로 제한)가 성과를 거두지 못한 만큼 ‘비용’을 기준으로 규제개혁을 추진하였다.⁴⁶⁾ 규제비용관리제는 「행정규제기본법」의 규제 중, 기업에 직접적으로 영향을 미치는 규제를 대상으로 한다. 즉, 기업에 영향을 주는 규제가 도입되면 이의 규제비용에 상응하는 기존 규제가 완화·폐지되어야 한다. 규제비용관리제의 규제비용은 기업에 대한 직접적인 규제비용을 의미하며, 사회적 비용은 고려되지 않는다. 다만 국가 위기상황과 관련된 규제, 조약·국제협정 등의 이행을 위한 규제, 국가 질서유지 및 국민의 생명·안전과 직접적으로 연관된 규제, 금융·환경위기를 대응하기 위한 규제로 사회적 편익이 매우 큰 규제, 1년 이내 일몰이 적용되는 규제 등은 기업에 직접적인 영향을 미치는 경우에도 규제비용관리제가 적용되지 않는다.⁴⁷⁾

정부는 「행정규제기본법」 개정안을 발의하여 규제비용관리제의 법제화를 추진하였고, 국회에서도 이와 유사한 「규제개혁특별법」 제정안이 발의되었다. 국회에서 관련 법안이 통과되지 않자 정부는 2016년 총리훈령인 「국민부담 경감을 위한 행정규제 업무처리 지침」을 통해 규제비용관리제를 전 부처로 확대하였

43) 영국의 규제비용관리제도는 기업과 시민사회조직에 영향을 미치는 규제를 대상으로 하며, EU 규칙(regulation)·지침(directive), 국제협약 등은 적용 대상에서 제외된다(HM Government, “One-In, One-Out(OIOO) Methodology” (2011) 5면).

44) Better Regulation Executive, “The Ninth Statement of New Regulation” (2014) 13면.

45) Better Regulation Executive, “Business Impact Target : First Annual Report 2015-2016” (2016) 8면.

46) 규제개혁위원회, 앞의 책, 145면.

47) 한국개발연구원/한국행정연구원/국무조정실, “규제비용총량제 매뉴얼” (2014) 5~6면.

다. 규제비용관리제도가 지속적으로 유지될 수 있는 법적 기반을 마련하기 위해서는 규제비용관리제를 법률에 규정하는 것이 바람직하다.

< 「행정규제기본법」 개정안과 「규제개혁특별법」 제정안 비교 >

	행정규제 기본법 개정안 ⁴⁸⁾	규제개혁 특별법 제정안 ⁴⁹⁾	현행 행정규제기본법과의 비교
규제비용관리제	○	○	(신설) 규제 신설·강화 비용에 상응하는 기존 규제를 폐지·완화
원칙허용· 예외금지	○	○	(신설) 시장진입·사업 활동 제한규제에 적용
규제일몰제	○	○	(강화) 원칙적으로 존속기한 설정
규제개선청구제	○	○	(강화) 누구든 규제개선 청구 가능 -행정규제기본법: 기존규제 -규제개혁특별법: 기존규제, 행정지도
규제의 탄력적용	○	○	(신설) 기술발전·융합 등 경제·사회적 여건 변화 시, 규제 적용 유무 질의 및 규제의 면제·완화·유예 등 탄력적 적용 요청
국회의 규제심사	-	○	(신설) 국회의 규제심사기구 설치 등 규제개선 조치 수행
제도개선 제안	-	○	(강화) 규제개혁위원회는 대통령, 국회, 지자체에 제도개선 의견 제출
감사요구권	-	○	(신설) 중앙부처의 규제개선 권고 불이행 시, 감사원에 감사요구

48) 정부 발의: 행정규제기본법 일부개정법률안 (의안번호 1911483).

49) 국회 발의: 국민행복과 일자리 창출·국가경쟁력 강화를 위한 규제개혁특별법안 (의안번호

4. 네거티브 규제체계

가. 네거티브 규제의 의미

규제의 대상·행위 등을 규율하는 방식에 따라 네거티브(negative) 규제체계와 포지티브(positive) 규제체계로 나눌 수 있다. 네거티브 규제는 ‘원칙 허용, 예외 금지’, 포지티브 규제는 ‘원칙 금지, 예외 허용’으로 정의된다. 네거티브 규제와 포지티브 규제는 각각의 장·단점이 존재한다. 네거티브 규제의 경우, 법령에 규정된 사항 이외에는 피규제자에게 원칙적인 자유가 보장되는 만큼 규제부담이 포지티브 규제에 비해 작다. 또한, 새로운 산업과 서비스의 출시가 자유로워 4차 산업혁명 등에 따른 신산업과 융·복합 산업의 등장을 촉진할 수 있다. 다만 네거티브 규제가 과도한 규제완화로 이어져 사회적 혼란을 야기할 있으며,⁵⁰⁾ 사후적 규제가 도입되기 전까지 규제공백이 발생할 수 있다는 문제가 있다. 포지티브 규제는 규제의 명확성으로 인해 단일산업이 주를 이루는 경우, 네거티브 규제보다 유효하게 작동할 수 있다. 그러나 포지티브 규제가 산업과 시장을 제한함에 따라 창의적 아이디어에 기초한 새로운 사업의 출현이 제한되고,⁵¹⁾ 신산업 등이 규정 미비로 사업화되지 못하는 문제가 발생한다.

네거티브 규제의 도입은 규제대상을 최소화하고, 시장의 기능을 적극 활용한다는 점에서 효과적인 규제완화 수단이며, 헌법이 보장한 자유권 확대에 기여한다. 헌법 제37조 제2항에서 국민의 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지·공공복리를 위해 필요한 경우에 한하여 법률로 제한하며, 그 경우에도 본질적인 내용은 침해할 수 없다고 규정한다. 이는 기본권 제한에 있어 최소한의 제한을 원칙으로 하며, 법률에서 명문으로 규정하지 않은 부분은 원칙적으로 보장되어야 함을 의미한다.⁵²⁾ 또한, 헌법 제15조의 직업선택의 자유와 동조에서 도출되는 기업활동의 자유를 보장하기 위해서는 네거티브 규제가 효과적이다. 다만 규제의 성격만을 기초로 경제적 규제는 네거티브 방식을 적용하고, 사회적 규제는 포지티브 방식을 적용하는 오류를 범해서는 안된다.⁵³⁾ 규제완화가 경제적 분야를 중심으로 추

2000025).

50) 최승필, “규제완화에 대한 법적 고찰 - 인허가 및 신고, 등록제도와 네거티브 규제를 중심으로”, 공법학연구 제12권 제1호 (한국비교공법학회, 2011) 332면.

51) 심영섭, “창의와 융합 활성화를 위한 규제개혁 방향”, 규제연구 제22권 (한국경제연구원, 2013) 22면.

52) 김상겸, “법치국가원리와 네거티브법제의 구축”, ‘법체계를 바꾸자’ 연속세미나 발제자료 (자유경제원, 2016) 7면.

진되었고, 사회적 규제에 비해 상대적인 재량의 범위가 넓은 것은 사실이다. 그러나 경제적 규제도 국민의 생명·안전과 연관될 수 있는 만큼 보다 규제별 성격에 따라 네거티브 규제 도입의 적정성을 판단하여야 한다. 네거티브 규제에 따른 문제 발생 시, 네거티브 규제 안에서 사후적 규제의 적절한 도입을 통해 규제의 공백을 해소하고, 피규제자의 자유를 보장해야 한다.

나. 네거티브 규제체계의 현황

1) 법령에서의 네거티브 규제

법령에서의 네거티브 규제는 사업 분야, 인·허가 분야, 행위규제 등에 규정되어 있다. 예를 들어, 사업 분야의 경우, 학교기업의 업종규제는 네거티브 규제 형식이다. 「산업교육진흥 및 산학협력촉진에 관한 법률」에 따라 산업교육기관은 개발된 기술을 민간부문에 이전하여 사업화를 촉진할 수 있도록 학교기업을 들 수 있다(제36조). 동법 시행령에서 학교기업의 사업금지 업종으로 19개 업종(여관업, 일반유희 주점업 등)을 규정하여 학교기업은 이들 업종을 제외한 전 업종을 영위할 수 있다. 인·허가와 관련하여 「온천법」에서 시장·군수의 온천 이용허가 조건을 규정하고 있다. 신청인이 해당 온천의 온천우선이용권자가 아닌 경우 등 불허 조건을 열거하고, 지방자치단체장은 이를 제외한 경우, 의무적으로 온천 이용을 허가해야 한다(제16조).

동일한 법령 내에서 규제대상을 달리하여 일부는 네거티브 규제가 적용되기도 한다. 「항공안전법」 시행규칙은 드론과 같은 초경량 비행장치(자체 중량 115kg 이하) 중, 최대이륙중량 25킬로그램 이하인 무인비행기는 원칙적으로 비행승인을 필요로 하지 않으며, 그 외 초경량 비행장치는 국토교통부장관으로부터 비행승인을 받도록 규정하여(제66조) 대상별 규제를 차등 적용한다. 포지티브 형식으로 규정되지만 실질적으로 네거티브 규제의 성격을 갖기도 한다. 초경량 비행장치를 활용한 사업 범위는 「항공법」 시행규칙에서 열거하고 있지만 그 대상을 공공의 안전과 국가 안보를 저해하지 않는 그 밖의 사업으로 규정하여 실질적인 네거티브 규제의 성격을 갖는다.⁵⁴⁾

53) 최승필, 앞의 글, 321면.

54) 「항공법」 시행규칙 제16조의3 제2항.

법 제2조 제44호에서 "농약살포, 사진촬영 등 국토교통부령으로 정하는 업무를 하는 사업"이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사업을 말한다.

1. 비료 또는 농약 살포, 씨앗 뿌리기 등 농업 지원 사업

2) 국제협약에서의 네거티브 규제

국제협약에서도 네거티브 규제가 활용되며, 특히 국가 간 상품·서비스 시장개방 등을 목적으로 하는 FTA에서는 적용 범위가 넓다. 한국이 체결한 FTA의 표준 모델인 한미 FTA는 서비스와 투자 분야를 네거티브 방식으로 규정하고 있다. 서비스와 투자 분야는 상대국에 대해 원칙적으로 개방되며, 별도로 작성된 유보 분야에 한해 협정상 예외를 인정한다.⁵⁵⁾ 서비스 분야의 경우, 당사국은 원칙적으로 상대국의 서비스 공급자에 대한 ① 내국민 대우(National Treatment, NT), ② 최혜국 대우(Most Favored Nation Treatment, MFN), ③ 시장접근(Market Access, MA) 제한 금지, ④ 현지주재(Local Presence, LP) 의무 부과 금지 의무를 준수해야 한다. 다만, 협정문 제12.6조의 비합치조치(Non-Conforming Measures)에 따라 별도로 작성된 유보분야에 대해서는 위의 의무가 적용되지 않는다. 투자 분야의 유보분야에 대해서는 내국민 대우, 최혜국 대우, 이행요건(Performance Requirements, PR) 부과 금지, 고위경영진 및 이사회(Senior Management and Boards of Directors, SMBD) 국적 요구 금지 의무가 적용되지 않는다.

국제협정에서는 유보분야에 일정한 한계를 부여하여 협정의 적용제의 범위를 최소화한다. 한미 FTA의 유보분야는 현재유보(Annex I)와 미래유보(Annex II)로 구분된다. 현재유보 분야는 역진방지 매커니즘(ratchet mechanism)에 따라 현행 규제를 완화(자유화)할 수 있지만, 완화 이후에는 이를 강화(후퇴)하는 방향으로 개정할 수 없다. 반면 미래유보 분야는 규제의 완화·강화가 자유롭다. 현재유보 분야의 경우, 체결국은 상대국에 대한 규제강화 권한이 존재하지 않는 만큼 유보조항은 규제정책의 법적 한계로 작용한다.

2. 사진촬영, 육상·해상 측량 또는 탐사 사업

3. 산림 또는 공원 등의 관측 또는 탐사 사업

4. 조종교육 사업

5. 그 밖의 사업으로서 다음 각 목의 어느 하나에 해당하지 아니하는 사업

가. 국민의 생명과 재산 등 공공의 안전에 위해를 일으킬 수 있는 사업

나. 국방·보안 등에 관련된 사업으로서 국가 안보에 위협을 가질 수 있는 사업

55) 강현호/이제희, “중소기업 적합업종제도에 대한 법적 연구 - 한미 FTA에 따른 분쟁 가능성과 관련하여”, 토지공법연구 제67집 (한국토지공법학회, 2014) 262면.

5. 허가제에서 신고제로의 전환

가. 신고제를 통한 규제완화

허가는 법령에 의한 금지사항을 요건 충족 시 해지하여 신청자의 대상행위가 적법하도록 허용하는 것으로 사전적인 국가개입형태이다.⁵⁶⁾ 허가제를 피규제자의 신고만으로 적법한 행위로 인정하는 신고제로 전환하는 것은 국민과 기업의 규제 부담을 감소시킬 수 있다. 신고는 행정청에 신고만으로 법적 효과가 발생하는 자기완결적 신고와 행정청의 수리가 있어야 효과가 발생하는 수리를 요하는 신고로 구분된다.⁵⁷⁾⁵⁸⁾ 「행정절차법」은 형식적 요건을 갖춘 신고서가 접수기관에 도달된 때, 신고 의무가 이행된 것으로 본다고 규정하여(제40조 제2항) 자기완결적 신고를 원칙으로 한다.⁵⁹⁾ 자기완결적 신고의 경우, 행정청은 형식적 요건에 대한 심사만 가능하다. 행정청은 형식적 요건을 갖추지 못한 신고서가 제출된 경우, 상당한 기간을 정해 보완을 요구하도록 하여 신고인을 보호하고 있다.

허가제에서 신고제로의 전환은 헌법상 기본권인 자유권을 보장하는 동시에 행정청이 행정 목적상 필요한 정보를 파악·관리하기 위한 범위 내에서 최소한의 규제 부과를 목적으로 한다.⁶⁰⁾ 허가제에서는 심사와 처분을 거쳐야 하지만 자기완결적 신고제에서는 형식적 요건만 충족하면 자동으로 법적 효과가 발생하여⁶¹⁾ 행정청은 실제적 사유를 이유로 신고의 수리를 거부할 수 없다.⁶²⁾

방송통신위원회는 사물위치정보사업을 허가제에서 신고제로 전환하기 위해 2016년 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」 개정안을 마련하였다.⁶³⁾

56) 김중권, 「행정법」(법문사, 2016) 225면.

57) 판례가 인정하는 수리를 요하는 신고로 대규모점포의 개설 등록(대법원 2015. 11. 19. 선고 2015두295 판결), 납골당 설치신고(대법원 2011. 9. 8. 선고 2009두6766 판결), 인허가의제 효과를 수반하는 건축신고(대법원 2011. 1. 20. 선고 2010두14954 판결), 수산어법상 어업신고(대법원 2000. 5. 26. 선고 99다37382 판결) 등이 있다.

58) ‘수리를 요하는 신고’와 ‘허가’를 적극 구분하는 입장은 적법한 신고에 대해 수리가 없어도 신고가 된 것으로 보며, ‘수리를 요하는 신고’는 ‘수리행위가 있는 신고’로 지칭하는 것이 타당하다고 본다(박균성/윤기중, “수리를 요하는 신고의 구별기준에 관한 연구”, 경희법학 제48권 제4호(경희법학연구소, 2013) 502면.

59) 판례는 신고의 수리가 행정청이 신고를 유효하다고 판단하고, 법령에 따라 처리할 의사로 신고를 수령하는 수동적 행위인 만큼 수리행위에 신고필증 교부 등이 필요하지 않다고 본다(대법원 2011. 9. 8. 선고 2009두6766 판결).

60) 대법원 2011. 1. 20. 선고 2010두14954.

61) 최승필, 앞의 글, 327면.

62) 대법원 2011. 7. 28. 선고 2005두11784 판결; 대법원 1997. 8. 29. 선고 96누6646 판결.

63) 이와 유사한 내용의 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」 일부개정법률안이 2017년 2월 28일 국회 발의됨(의안번호 2005843).

동법 제5조 제1항에 “개인위치정보를 대상으로 하지 않는 위치정보사업을 하고자 하는 자는 방송통신위원회에 신고하여야 한다.”는 단서 규정을 마련하여 개인 위치정보가 아닌 사물위치정보를 수집하는 사업의 진입규제를 완화하고자 하였다. 개정안과 같이 허가제의 신고제 전환은 진입장벽을 완화하여 사업자의 시장 참여를 촉진하는 효과가 있다.

나. 허가제에서 수리를 요하는 신고로의 전환

허가 규정을 자기완결적 신고 규정으로 개정할 경우, 신고는 형식적 요건만 충족하면 된다. 허가 규정을 수리를 요하는 신고 규정으로 전환한 경우에도 이를 규제완화로 볼 수 있는지 의문이다. 규제완화가 피규제자의 규제부담 감축을 의미하는 만큼 수리를 요하는 신고가 피규제자에게 미치는 행정적 부담을 살펴볼 필요가 있다.

수리를 요하는 신고의 경우, 자기완결적 신고와 달리 행정청은 실질적 요건에 대한 심사가 가능하며 행정청의 수리가 있어야 적법한 행위가 되는 만큼 실질적으로 허가제와 유사한 효과가 있다.⁶⁴⁾ 대법원도 “인·허가의제 효과를 수반하는 건축신고는 일반적인 건축신고와 달리, 특별한 사정이 없는 한 행정청이 그 실질적 요건에 관한 심사를 한 후 수리하여야 하는 ‘수리를 요하는 신고’로 보아야 한다.”고 판시하여⁶⁵⁾ 행정청의 실질적 요건에 대한 심사가 적법하다고 본다. 행정청의 실질적 요건에 대한 심사는 신고 근거법령뿐만 아니라 관련법령의 요건도 포함하는 만큼⁶⁶⁾ 피규제자가 체감하는 규제부담은 허가와의 큰 차이를 보이지 않는다.

규제완화를 위해 허가제를 신고제로 전환하지만 대상 행위가 사회에 미치는 영향 등을 고려하면 모든 허가 규정을 자기완결적 신고로 전환할 수는 없다. 규제개혁의 성과를 위해 허가제가 적합한 규제도 무조건적인 규제완화를 위해 수리를 요하는 신고로 전환하는 것은 피규제자의 규제부담을 감소시키지 않을 뿐만 아니라 법령 해석의 혼란을 야기할 수도 있다. 신고자는 신고의 문언적 의미에 기초해 별도의 심사 없이 행정청의 수리가 이루어질 것이라는 기대감을 갖기 때문이다. 규제완화의 성과에 매몰되어 신고가 부적합한 규제를 신고제로 전환하는

64) 최계영, “건축신고와 인·허가의제”, 행정법연구 제25호 (행정법이론실무학회, 2009) 168면.

65) 대법원 2009.6.11. 선고 2008두18021 판결.

66) 박균성/윤기중, 앞의 글, 510~511면.

것은 국민을 위한 규제완화가 아니다. 예를 들어, 납골당 설치신고는 수리를 요하는 신고의 성격을 갖는다.⁶⁷⁾ 이는 납골당이 주거, 경관, 보건위생 등 인근 주민에게 미치는 영향을 고려한 규정이다. 중대한 공익 보호의 필요성이 존재하고, 피규제자와 제3자간 이해가 충돌하는 경우, 행정청에 대한 명확한 심사의무 부과와 피규제자의 수리 여부에 대한 기대 가능성 등을 고려해 신고가 아닌 허가로 규정하는 것도 검토할 필요가 있다.

6. 규제일몰제

가. 규제일몰제의 의미 및 유형

규제일몰제는 규제의 존속 또는 재검토키한을 설정하여 기한 도래 시, 해당 규제를 폐지·개선하는 제도로 규제의 운영 경험을 기초로 변화된 경제·사회 환경에서 해당 규제가 필요한지를 재검토한다. 일몰조항(sunset clause)은 해당 조항에 대한 추가적인 승인이 이루어지지 않는 경우, 효력이 상실된다.⁶⁸⁾ 규제일몰제는 규제의 적용 기간을 설정하고, 사후적으로 규제의 적정성을 평가한다는 점에서 사전적인 규제개혁 정책과 다르다. 재검토키한이 설정된 재검토허형 규제는 장래에 규제의 존속 여부가 결정된다는 점에서 일정기간 동안 규제적용을 유예하는 한시적 유예제도와 다르다.

규제일몰제는 일몰의 의미상 유효기간이 경과하면 효력이 상실되는 효력상실형 규제가 원칙이지만 재검토허형 규제가 적극 활용되고 있다. 재검토허형 규제는 설정된 재검토키한 도래 시, 규제의 타당성을 검토하여 규제의 존속·폐지·수정 여부를 결정한다. 효력상실형 규제가 규제완화에 효과적이지만 소관부처는 규제에 대한 통제권이 상실되는 만큼 재검토허형 규제를 선호한다.

규제일몰제는 규제의 적시성을 높일 수 있지만 다음과 같은 문제가 지적된다. 첫째, 일몰제 적용이 적합하지 않은 규제영역이 존재하며, 둘째, 향후 규제의 폐지 가능성을 이유로 불필요한 규제가 증가할 수 있으며, 셋째, 규제의 유지 등에 대한 재검토허의 객관성 유지가 어려우며, 넷째, 입법자에게 향후 재검토허할 기회를 부여하여 규제·법령의 질이 낮아질 우려가 있다는 것이다.⁶⁹⁾ 모든 규제에 규제일

67) 대법원 2011. 9. 8. 선고 2009두6766 판결.

68) John E. Finn, "Sunset Clauses And Democratic Deliberation: Assessing The Significance Of Sunset provisions In Antiterrorism Legislation", Columbia Journal of Transnational Law Vol. 48 (2010) 445~447면.

물제를 의무적으로 적용하고, 재검토를 통해 일몰 기한을 연장하는 것은 불합리하다. 다만 빠르게 변화하는 정책 환경을 고려할 때, 규제에 대한 사후적 검토는 필요하다. 규제일몰제의 문제로 지적되는 규제 재검토에 대한 객관성 결여는 규제심사의 투명성과 내실화를 통해 보완할 수 있으며, 불필요한 규제의 증가와 규제의 질적 하락은 규제영향분석, 규제비용관리 등을 통해 해소할 수 있는 만큼 규제일몰제의 근본적 문제는 아니다.

나. 규제일몰제의 현황

중앙행정기관의 장은 규제 신설·강화 시, 존속시켜야 할 명백한 사유가 없는 규제에 대해 최대 5년의 범위 내에서 존속기한 또는 재검토키한을 설정해야 한다(「행정규제기본법」 제8조). 기존규제의 경우, 중앙행정기관 장은 기존규제 점검결과 존속시켜야 할 명백한 사유가 없으면 존속기한 또는 재검토키한을 설정해야 한다(제19조 제1항). 소관부처가 법률에 규정된 규제의 존속기한 또는 재검토키한을 연장하는 경우, 위 기간의 만료 3개월 전까지 국회에 해당 법률의 개정안을 제출해야 한다. 시행령 등 하위 법령에 규정된 규제의 존속기한 또는 재검토키한을 연장하는 경우, 위 기한의 만료 6개월 전까지 규제개혁위원회에 심사를 요청해야 한다.

정부는 2016년 하반기 규제개혁위원, 민간전문가, 부처담당자 등으로 구성된 14개 TF를 구성하여 재검토키한이 도래하는 일몰규제 2,437건을 재검토하였다. 이 중, 정책목적의 달성, 비규제적 대안 도입 등으로 폐지된 규제는 133건(5.5%), 개선된 규제는 791건(32.5%)으로 나타나 재검토키한이 설정된 규제의 5.5%만이 폐지되었다.⁷⁰⁾ 규제개혁이 규제완화만을 의미하지 않는 만큼 재검토키한 규제에 대한 폐지 비율만으로 규제개혁의 성과를 평가할 수는 없다. 다만, 일몰 규제의 검토 과정을 투명하게 공개하여 규제 재검토의 객관성을 확보해야 한다.

IV. 결론

규제개혁은 규제개선을 통한 국가 전체의 편익 증가인 만큼 규제완화는 물론 규제의 신설·강화도 포함한다. 그러나 여전히 규제개혁은 규제완화로 인식되고,

69) 박영도, 「규제일몰제 확대 도입에 따른 법제개선방안」 (한국법제연구원, 2011) 40~43면.

70) 국무조정실 보도자료(2016년 11월 3일자).

정부의 정책도 규제완화 정책에 집중되어 때로 필요한 규제를 도입하는 경우에도 소극적 입장을 보이기도 한다. 규제에 대한 부정적 인식은 규제도입에 대한 면밀한 검토 없이 규제를 민간의 통제 수단으로 활용한 관행과 부처별 중복 규제 등에 기초한다. 또한 과거의 규제개혁도 규제자의 시각에서 접근하여 피규제자가 체감하는 규제개혁으로 이어지지 못한 점도 원인이다. 규제영향평가제도, 규제비용관리제도, 규제일몰제 등 규제의 품질을 높이는 노력이 지속되는 만큼 향후 규제에 대한 부정적 인식이 개선되어 규제개혁이 규제완화라는 고정관념에서 탈피할 수 있을 것으로 보인다.

규제수준은 국민의 삶과 기업의 경영에 영향을 미치며, 국민의 일자리, 국가경제 발전과 연관된다. 세계 각국은 규제경쟁력이 국내기업은 물론 해외기업의 직접투자를 결정하는 주요 요인인 만큼 규제완화에 적극 나서고 있다. 기존 규제의 상당수가 면밀한 검토 없이 도입된 점을 고려하면 규제완화는 필요하다. 그러나 규제완화가 국민이 아닌 기업만을 위한 정책이라는 부정적 인식도 해소되어야 한다. 이는 규제완화의 효과에 대한 국민의 불신과 더불어 국민의 안전을 위협하는 규제완화 사례가 존재하기 때문이다. 규제완화는 헌법적 가치 내에서 이루어져야 하며, 경제적 규제도 국민의 생명·안전에 영향을 미칠 수 있는 만큼 경제적 규제를 무조건적인 규제완화 대상으로 이해하는 오류를 범해서는 안된다. 또한 규제완화에 따른 편익과 부담의 불일치가 제3자의 본질적 권리를 침해로 이어져서는 안되며, 권리 침해에 상응하는 보상도 이루어져야 한다.

규제개혁 정책이 성공하기 위해서는 국민의 신뢰와 지지가 필요하다. 우리는 이미 규제완화를 위한 다양한 정책을 도입하였다. 규제완화 정책의 장·단점을 명확히 밝히고, 문제점을 최소화하는 대안을 마련하는 것이 규제완화의 진정성을 보이는 길이다. 사회의 빠른 변화가 기존 규제를 불합리하게 만들지만 새로운 규제의 도입도 요구한다는 균형 잡힌 시각이 필요한 때이다.

(논문투고일 : 2017.02.26, 심사개시일 : 2017.02.28, 게재확정일 : 2017.03.17)



▶ 이 제 희

규제개혁, 규제완화, 규제영향분석, 규제비용관리, 네거티브 규제

【참 고 문 헌】

I. 단행본

- 강현호, 「국가경영행정법(상)」 (디비북스, 2012)
- 국무총리실/산업연구원, 「2011 경제발전경험 모듈화사업 : 규제개혁과 경제발전」 (2012)
- 규제개혁위원회, 「2015 규제개혁백서」 (2016)
- 김중권, 「행정법」 (법문사, 2016)
- 박영도, 「규제일몰제 확대 도입에 따른 법제개선방안」 (한국법제연구원, 2011)
- 박용주 외, 「정부 규제개혁 평가」 (국회예산정책처, 2011)
- 이용희, 「위기의 한국경제 그 기회를 말하다」 (한국리더스포럼, 2016)
- 최유성, 「행정적 규제의 유형 분류 및 실태 분석에 관한 연구」 (한국행정연구원, 2014)
- 최유성 외, 「주요 선진국의 규제개혁 동향에 관한 연구」 (한국행정연구원, 2013)
- 최유성 외, 「규제등록 및 개선방안에 관한 연구」 (한국행정연구회, 2006)
- Jacint Jordana/David Levi-Faur 외, 「The Politics of Regulation: Institutions and Regulatory Reforms for the Age of Governance」, Edward Elgar Publishing (2004)

II. 논문

1. 국내 문헌

- 강현호, “금융 및 경제위기의 공법적 대응방안”, 성균관법학 제25권 제3호 (성균관대학교 법학연구소, 2013)
- 강현호/이제희, “중소기업 적합업종제도에 대한 법적 연구 - 한·미 FTA에 따른 분쟁 가능성과 관련하여”, 토지공법연구 제67집 (한국토지공법학회, 2014)
- 고문현, “국회입법기능의 정상화와 역할 강화방안”, 법학논고 제46호 (경북대학교 법학연구원, 2014)
- 김상겸, “법치국가원리와 네거티브법제의 구축”, ‘법체계를 바꾸자’ 연속세미나 발제자료 (자유경제원, 2016)

- 김유환, "정부규제의 대안과 대체질서", 행정법연구, 제29권 (행정법이론실무학회, 2011)
- 김주찬, "입법영향분석제도 도입에 관한 연구 : 규제영향분석을 중심으로", 정책연구용역보고서 (국회입법조사처, 2010)
- 김형성, "경제헌법과 경제정책의 헌법적 한계", 저스티스 제79호 (한국법학원, 2004)
- 박군성/윤기중, "수리를 요하는 신고의 구별기준에 관한 연구", 경희법학 제48권 제4호 (경희법학연구소, 2013)
- 배병호, "행정법령의 경과규정 흠결사례에 대한 해석", 행정법연구 제19호 (행정법이론실무학회, 2007)
- 심영섭, "창의와 융합 활성화를 위한 규제개혁 방향", 규제연구 제22권 (한국경제연구원, 2013)
- 조성한, "정책도구로서의 규제", 2006년 하계공동학술대회 발표논문집 (한국거버넌스학회, 2006)
- 최계영, "건축신고와 인·허가의제", 행정법연구 제25호 (행정법이론실무학회, 2009)
- 최병선/이혁우, "한국 규제개혁시스템의 혁신방안", 규제연구 제23권 (한국경제연구원, 2014)
- 최승필, "규제완화에 대한 법적 고찰 - 인·허가 및 신고, 등록제도와 네거티브 규제를 중심으로", 공법학연구 제12권 제1호 (한국비교공법학회, 2011)
- 한국개발연구원/한국행정연구원/국무조정실, "규제비용총량제 매뉴얼" (2014)

2. 해외 문헌

- APEC/OECD, "APEC-OECD Integrated Checklist on Regulatory Reform" (2005)
- Australian Government, "The Australian Government Guide to Regulation" (2014)
- Better Regulation "Executive, Business Impact Target : First Annual Report 2015-2016" (2016)
- Better Regulation Executive, "The Ninth Statement of New Regulation" (2014)

- Dan Awrey 외, "Between Law And Markets: Is There A Role For Culture And Ethics In Financial Regulation?", Delaware Journal of Corporate Law Vol. 38 (2013)
- Davide Furceri / Annabelle Mourougane, "Financial Crises: Past Lessons And Policy Implications", OECD (2009)
- HM Government, "One-In, One-Out(OIOO) Methodology" (2011)
- HM Government, "The Coalition: our programme for government" (2010)
- Jith Jayaratne/Philip E. Strahan, "The Benefits of Branching Deregulation", FRBNY Economy Policy Review Vol.3, Federal Reserved Bank of New York (1997)
- John E. Finn, "Sunset Clauses And Democratic Deliberation: Assessing The Significance Of Sunset provisions In Antiterrorism Legislation", Columbia Journal of Transnational Law Vol. 48 (2010)
- Maeve P. Carey, "Cost-Benefit and Other Analysis Requirements in the Rulemaking Process", Congressional Research Service (2014)
- Richard A. Posner, "The Effects Of Deregulation On Competition: The Experience Of The United States", Fordham International Law Journal Vol. 7 (2000)
- Stéphane Jacobzone 외, "Indicators of Regulatory Management Systems", OECD Working Papers on Public Governance 2007/4 (2007)
- Wendy L. Gramm, "Regulatory Review Issues, Oct.1985-FEB.1988", Administrative Law Review Vol. 63, American Bar Association (2011)

Abstract

Review of deregulation policies in Korea

Lee, Je Hee

Regulatory reform concerns an improvement to the quality of regulation. From this perspective, regulatory reform includes both deregulation and strengthening of existing regulations. Additionally, the integrity of regulation is based on the transparency of the regulatory process from legislation to application.

Deregulation is not an unconditional abolishment of regulation; instead, it just reduces the regulatory burden. Deregulation is aimed to restore the right of freedom – the most important fundamental right guaranteed by the constitution. The nation has a wide range of authority to reduce regulation within the law. Social regulation is easily approached to be legislated with social consultation. In contrast, economic regulation sometimes causes conflict of interests between large businesses and small and medium-sized enterprises (SMEs), as well as between private enterprise and public enterprise. In these cases, deregulation is based on a strict observance of the constitution and the principle of proportionality.

There are several policies for regulatory reform. First, when legislators consider reducing the regulatory burden, the government calculates the compliance costs of following the regulatory norms. Moreover, government is compelled to keep down the regulatory burden volume, making it necessary to assess the regulatory burden, measuring it objectively thinking in terms of the regulated to feel the regulatory reform. Second, negative regulation methods and sunset clauses are introduced as a

regulatory reform prior to the pertinent new legislation being passed by the government. Under negative regulation systems, people can act as desired unless prohibited by the law, which more often than not accelerates individual creativity, and promotes industry innovation. Negative regulation systems also ruled the Korea-US free trade agreement. Especially cases of “ratchet clauses,” which are legislated as one negative regulation system; meaning current levels of privatization would be locked in. Government needs to be careful to bring in ratchet clauses, and restricting authority of making new rules. Third, government could try to change the permission clauses for reporting. Finally, reporting without need of authorities’ acceptance is a useful policy for deregulation. Reporting without acceptance becomes effective once the report arrives at the receiving government. Under the current system, government prefers the need of reporting before acceptance, in order not to lose regulatory authority. Reporting with need of acceptance is not reducing the regulatory burden because people still ask for permission.

Deregulation is not always the best regulatory reform. There are cases that regulation has to be maintained to not undermine public safety or welfare. Government needs to know regulatory reform means not only deregulation, but also introducing new regulation.



▶ **Lee, Je Hee**

Regulatory reform, Deregulation, Regulatory burden,
Negative regulation method, Sunset clause

나고야 의정서 이행과 관련한 법적 쟁점*

이 창 열**

【목 차】

I. 서론	III. 나고야 의정서 이행과 관련한 법적 쟁점
II. 나고야 의정서의 채택 배경과 주요 이슈	1. 적용범위와 파생물
1. 나고야 의정서의 채택 배경	2. 적용시점과 소급효
2. 나고야 의정서의 주요 이슈	3. 전통지식과 주체
3. 나고야 의정서 관련 현황	IV. 결론

【국 문 요 약】

1992년에 채택된 생물다양성협약은 유전자원의 이용으로부터 발생하는 이익의 공정하고 형평한 공유를 규정하였다. 그런데 이익의 공유에 관한 협약의 규정이 구체적이지 않아, 협약의 이행을 위한 새로운 협정의 필요성이 요청되었다. 이에 따라 2010년 제10차 당사국총회에서 유전자원에 대한 접근 및 그 이용으로부터 발생하는 이익의 공정하고 형평한 공유에 관한 나고야 의정서가 채택되었다. 나고야 의정서는 사전통고승인과 상호합의조건의 구성요소를 구체화하였고, 금전적 이익과 비금전적 이익의 유형을 제시하여 협약보다 한 단계 발전한 모습을 보여 주었다.

그러나 나고야 의정서는 일부 중요한 쟁점에 대하여 완전한 합의를 하지 못하여 여전히 모호한 규정을 두고 있다. 첫 번째로 나고야 의정서는 정의 조항에 파생물에 대한 정의를 포함하고 있지만, 파생물의 이용이 이익공유의 범위에 포함되는지에 대한 명확한 규정을 두고 있지 않다. 또한 파생물과 유전물질을 구분하는 유전의 기능적 단위가 무엇인지에 대하여도 언급이 없다. 두 번째로 나고야

* 이 논문은 2016년 10월 대한국제법학회에서 발표한 내용을 수정 및 보완한 연구이며, 한국해양과학기술원의 공식적 입장과는 관련이 없는 개인적인 견해입니다.

** 한국해양과학기술원 선임연구원

의정서는 적용시점에 대한 규정을 두고 있지 않아 나고야 의정서가 채택되기 이전에 접근한 유전자원의 이용으로부터 발생하는 이익이 나고야 의정서의 적용을 받는 것인지 유무에도 혼란이 있다. 마지막으로 나고야 의정서는 전통지식을 이익 공유의 대상으로 규정하고 있지만, 전통지식의 주체에 관하여 해석의 여지를 남겨두고 있다.

이 논문은 위와 같은 법적 쟁점에 관하여 나고야 의정서의 조항과 관련국의 입장을 중심으로 분석하고자 한다.

I. 서론

지구의 생물자원의 중요성에 대한 지구적인 공감의 결과 국제사회는 1992년 생물다양성협약(The Convention on Biological Diversity, 이하 ‘협약’)을 채택할 수 있었다. 동 협약 제1조는 생물다양성협약의 목적에 대하여 유전자원에 대한 적절한 접근과 관련 기술의 적절한 이전 및 적절한 자원제공을 통하여 생물다양성의 보존, 그 구성요소의 지속가능한 이용과 그 이용으로부터 발생하는 이익의 공정하고 형평한 공유로 규정하고 있다.

협약 본문의 주요 조항 또한 협약의 목적에 부합하여 다른 국가의 생물유전자원에 대한 접근, 상호합의를 조건으로 하는 기술에 대한 접근 및 기술 이전, 정보의 교환, 유전자원에 근거한 생명공학으로부터 발생한 결과와 이익에 대한 접근 등에 대하여 규정하고 있다. 그러나 생물다양성협약은 생물유전자원의 접근 및 이용으로부터 발생하는 이익의 공유에 대하여 구체적인 내용을 규정하지 못하고 있어 실제 실행을 위한 규정으로 이용하기에 한계가 있었다. 이에 따라 일부 국가들은 생물유전자원의 접근 및 이용에 관한 새로운 합의가 필요하다고 지속적으로 주장해 왔다.

이들의 노력은 2010년 제10차 당사국총회에서 유전자원에 대한 접근 및 그 이용으로부터 발생하는 이익의 공정하고 형평한 공유에 관한 나고야 의정서(The Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization to the Convention on Biological Diversity, 이하 ‘나고야 의정서’) 채택으로 결실을 맺는다. 이러한 나고야 의정서는 이익 공유에 관한 내용의 구체화를 통하여 생물다양성 협약을 보

충하였다는 의미에서 의의를 가진다고 할 수 있다.

나고야 의정서는 기술적이고 매우 광범위한 문제를 다루고 있으므로 다양한 주제와 관련을 가지고 있다. 이에 따라 나고야 의정서의 적용에 관한 특정 영역의 법해석 문제를 다룬 연구들이 있다. 예들 들어 국제통상법과의 관계에서 발생할 수 있는 법적 충돌의 문제에 관한 연구¹⁾, 다른 국제조약 및 문서와의 관계 연구²⁾ 등이 있다. 이번 연구는 이러한 특정 분야와 관련하여 발생할 수 있는 법적 문제 보다는 나고야 의정서를 적용함에 있어 발생할 수 있는 총칙적인 부분과 관련한 법 해석의 문제에 초점을 맞추고자 한다.

나고야 의정서가 발효되기 이전에도 유전자원의 접근 및 이익의 공유에 관한 권리와 의무는 협약 당사국에 존재하였으나 이용국은 물론 제공국도 이행에 관한 뚜렷한 청사진이 없어 실효성이 문제되었다. 그러나 이제 협약의 이행에 관한 나고야 의정서가 채택됨으로써 당장 연구 또는 산업계의 관련자들이 유전자원을 이용한 연구와 개발에 어떠한 영향을 미칠 수 있을지에 대한 고민을 해야 하는 상황에 이르렀다. 특히 연구 또는 산업계 종사자들은 어떤 범위까지 나고야 의정서의 적용을 받는 것인지, 유전자원의 접근 이후 상업화까지는 많은 시간이 소요되는데 이익 공유의 의무는 언제 발생하는 것인지, 의정서가 발효되기 이전에 제공국의 허가 없이 접근하였던 유전자원을 이용한 상업적 이익은 공유의 대상인지, 전통지식은 무엇이고 그 주체는 누구인지와 같은 나고야 의정서의 적용범위와 적용시점, 그리고 전통지식에 관한 문제에 대하여 의문을 갖고 있다.

그러나 나고야 의정서는 위와 같은 문제에 대하여 분명한 조항을 두고 있지 않다. 이는 제10차 당사국총회에서 나고야 의정서가 채택될 당시 당사국들이 중요한 쟁점에 대하여 합의를 이루지 못하고 다음 회기로 결정을 연기한 상태였는데, 당시 의장국이었던 일본의 노력으로 회기 종료 자정 전에 민감한 사항을 협정문에서 제외하는 형태로 최종 문안이 합의되었다는 채택 배경과 무관하지 않다. 다음에서는 나고야 의정서의 채택배경과 주요 이슈에 대하여 간단히 소개하고, 나고야 의정서의 적용범위, 적용시점, 그리고 전통지식의 주체와 관련하여 법적 쟁점에 대하여 개인적인 견해를 밝히고자 한다.

1) 최원목, “유전자원 접근 및 이익 공유를 위한 나고야의정서와 국제통상법간의 충돌과 조화”, 이화여자대학교, 「법학 논집」 제19권 제2호(2014) 참조.

2) 오선영, “유전자원 접근 및 이익공유(ABS)체제 구축을 위한 나고야의정서와 다른 국제조약 및 문서와의 관계 연구” 「국제법평론」 통권 제40호(2014).

II. 나고야 의정서의 채택 배경과 주요 이슈

1. 나고야 의정서의 채택배경

협약 당사국들이 유전자원에 대한 접근 및 이익 공유에 대한 협약의 내용을 구체화할 필요가 있다는 의견을 지속적으로 제기함에 따라, 1998년 5월 4일부터 15일까지 슬로바키아 브라티스라바에서 개최된 제4차 당사국총회에서 접근과 이익 공유에 관한 원칙과 개념의 명확화를 위하여 접근과 이익 공유에 관한 전문가 패널(Panel of Expert on Access and Benefit-sharing)을 설치하였다.³⁾ 이 패널은 1999년 10월 코스타리카 산호세와 2001년 3월 캐나다 몬트리올에서 두 번 개최되었는데, 사전통고승인, 상호합의조건, 이익의 공유, 능력배양, 접근 및 이익 과정의 이해관계자 등에 관한 논의와 권고가 이루어졌다.⁴⁾

전문가 패널과 별도로 2000년 5월 15일부터 26일까지 케냐 나이로비에서 개최된 제5차 당사국총회는 협약의 유전자원 접근 및 이익 공유의 이행을 위한 지침과 방법을 개발하기 위하여 접근 및 이익 공유에 관한 작업반(Ad Hoc Open-ended Working Group on Access and Benefit-sharing)을 설치하기로 결정하였다.⁵⁾ 이 결정에 따라 2001년 10월 22일부터 26일까지 독일 본에서 첫 번째 작업반이 개최되었고, 이 회의에서 접근과 이익 공유에 관한 지침 초안을 개발하였다. 그리고 다음해인 2002년 4월 7일부터 19일까지 네덜란드 헤이그에서 개최된 제6차 당사국총회에서 2001년에 작업반이 개발한 지침을 채택하였다. 이른바 본 지침(Bonn Guidelines)이었다. 본 지침은 제공국의 사전통고동의의 의무화하는 접근과 이익 공유 절차의 단계, 상호합의조건에 포함되어야 할 기본 요건, 이용국과 제공국의 역할과 의무, 모든 이해관계자 참여의 중요성 강조, 검증과 분쟁해결을 위한 수단, 물질이전협정의 구성요소, 금전적 및 비금전적 이익의 예시 등을 포함하고 있다.⁶⁾

그러나 본 지침은 권고적 성격의 문서로써 법적 구속력이 없었기 때문에 2002년 지속가능한 개발에 관한 세계정상회의(World Summit on Sustainable

3) <https://www.cbd.int/abs/background/default.shtml> 참조.

4) *Ibid.*

5) *Ibid.*

6) Secretariat of the Convention on Biological Diversity, *Bonn Guidelines on Access to Genetic Resources and Fair and Equitable Sharing of the Benefits Arising out of their Utilization*(2002), p. 4.

Development)에서 추가 협상에 대한 요청이 있었고, 당사국 총회는 협약 제15조와 제8조 (j)항의 효과적인 이행을 위한 문서를 채택할 것을 목적으로 하는 국제 체제에 관하여 유전자원의 접근 및 이익의 공유에 관한 작업반에서 계속하여 논의하도록 결정하였다.⁷⁾ 이후 2005년부터 2010년까지 총 11번의 작업반 회의가 개최되었는데, 2010년 3월 22일부터 28일까지 콜롬비아 칼리에서 개최된 제9차 작업반 회의에서 협상의 기초로써 콜롬비아 Fernando Casas와 캐나다 Timothy Hodges 공동의장이 작성한 초안을 사용하는데 동의하였으나, 최종안으로 확정하는데 합의가 이루어지지 않았다.⁸⁾ 2010년 7월 10일부터 16일까지 캐나다 몬트리올에서 두 번째 제9차 작업반 회의가 재개되었고, 이 회의에서 당사국들은 준수, 접근, 파생물을 포함한 이익의 공유, 다른 문서와 의정서의 관계와 같은 핵심 이슈에 대한 합의점을 찾았으나, 제10차 당사국총회에 제출할 의정서 초안의 최종문언 작성에는 실패하였다.⁹⁾ 2010년 9월 18일부터 21일까지 캐나다 몬트리올에서 세 번째 제9차 작업반회의를 다시 재개하였지만 의정서 최종 초안을 합의하지 못하였다가 일본 나고야에서 개최된 작업반의 마지막 회의인 2010년 10월 16일에 의정서 초안이 제출되었다.¹⁰⁾

이후 2010년 10월 18일부터 29일까지 일본 나고야에서 개최된 제10차 당사국총회에서 여러 논의 끝에 의정서가 정식으로 채택되었다. 의정서가 채택되기까지 1998년 처음으로 논의를 시작한 것을 기점으로 12년이 소요되었다. 생물다양성협약이 발효된 해를 기준으로 하면 17년이 소요된 셈이다.

2. 나고야 의정서의 주요 이슈

나고야 의정서는 협약과 달리 유전자원의 이용과 파생물에 대한 정의를 포함하고 있다. 유전자원의 이용과 파생물의 정의는 이익 공유의 범위와도 밀접한 관련이 있기 때문에 유전자원의 이용국과 제공국 간 입장이 가장 두드러지는 부분 중의 하나였다. 특히 이용국은 가능한 이익 공유의 범위를 좁히기 위하여 파생물을 유전자원의 이용에서 제외하려 하였고, 제공국은 파생물을 포함하려고 하였다.¹¹⁾ 그러나 나고야 의정서는 유전자원의 이용에 파생물이 포함되는지 여부에

7) <https://www.cbd.int/abs/background/default.shtml> 참조.

8) *Ibid.*

9) *Ibid.*

10) *Ibid.*

대하여 명확하게 규정하지 않고, 파생물의 정의 조항만을 삽입한 하여 법 해석의 문제를 야기하고 있다. 이와 관련한 문제는 추후 자세히 설명하기로 한다.

나고야 의정서의 다른 주요 이슈 중의 하나는 의정서가 발효된 시기 이전에 유전자원을 취득한 경우 나고야 의정서의 적용을 받을 것인가에 대한 문제였다. 그러나 대부분의 이용국들은 이미 유전자원 표본을 채집해 둔 상태이기 때문에 특히 문제가 될 수 있는 부분인데, 나고야 의정서의 발효 이전에 취득한 유전자원을 포함해야 한다는 제공국들의 강력한 주장에도 불구하고 이는 논의조차 되지 않았다고 한다.¹²⁾ 이와 관련된 문제 역시 이후 자세히 설명하도록 한다.

나고야 의정서는 유전자원뿐만 아니라 유전자원과 관련한 전통지식을 보호 대상으로 하고 있으며, 다른 국가의 유전자원에 접근하기 위해서는 사전통고승인을 얻도록 하고 있다. 또한 사전통고승인을 하는 과정에서 상호합의조건이라는 계약의 형태로 공정하고 형평한 이익 공유에 대하여 구체적인 내용의 합의할 것을 요구하고 있다. 그러나 나고야 의정서는 공정하고 형평한 이익의 공유가 어떤 내용인지 말하고 있지 않으며, 통일된 계약 형식을 요구하고 있지 않기 때문에 이행에 있어 한계를 갖는다.¹³⁾ 또한 이와 관련하여 이용국은 자국의 관할권 내에서 나고야 의정서의 규정을 이행하기 위한 입법적, 행정적, 또는 정책적 조치를 취할 의무를 가질 뿐 제공국이 나고야 의정서를 이행을 확보할 수 있는 수단이 규정되어 있지 않다는 것도 한계라고 할 수 있다.

나고야 의정서와 다른 조약과의 관계도 주요 이슈중 하나다. 나고야 의정서는 제4조에 기존의 국제협정의 권리와 의무에 영향을 미치지 않으며, 당사국이 나고야 의정서의 목적과 배치되지 않는 한 다른 관련 국제조약을 체결할 수 있도록 하고, 특히 나고야 의정서와 관련 있는 국제문서와 관련 국제기구에서 진행되는 작업이나 관행을 적절하게 고려할 것을 규정하고 있다. 생물다양성협약 사무국은 식량농업식물유전자원에 대한 국제협약, 식량과 농업유전자원에 대한 유엔식량농업기구 위원회, 국제연합 무역개발회의, 유엔국제해양법, 유엔환경회의, 세계지적재산기구 등과 협력을 논의 중에 있다.¹⁴⁾

11) 박원석, “나고야 의정서의 협상과정 및 핵심쟁점에 관한 연구”, 중앙법학회, 「중앙법학」 제13집 제4호, p. 599.

12) *Ibid.*, p. 601.

13) 박노형·정명현·이선, “유전자원 접근 및 이익 공유에 관한 나고야 의정서의 주요과제에 대한 법적 분석”, 「안암법학」 제47권(2015), pp. 117~120.

14) 오선영, 전계논문, pp. 82~83.

3. 나고야 의정서 관련 현황

나고야 의정서의 당사국 수는 작년 2015년 9월 기준 62개국¹⁵⁾이며 비준한 국가는 69개국으로 많지 않았으나, 이후 새로 당사국이 된 국가¹⁶⁾를 더하면, 2016년 10월 현재 당사국은 유럽연합을 포함하여 총 78개국이며, 비준하였지만 절차상 아직 당사국의 지위를 얻지 못한 국가 9개국¹⁷⁾을 합하면 87개국이다.¹⁸⁾ 2015년 기준으로 당사국의 수는 많지 않았으며 생물유전자원 이용국가에 해당하는 선진국과 유럽 및 북미 국가들의 참여가 저조한 상태였다. 나고야 의정서의 당사국인 OECD 국가들은 6개국으로 나고야 의정서 가입국 전체 수 대비 약 10%에 해당하였다. 반면 아프리카 국가가 30개국, 아시아 및 중동 국가가 15개국으로 이들의 합은 나고야 의정서 당사국 전체 수 대비 약 72%에 해당하였다.

그러나 2015년 9월과 2016년 10월 사이 당사국 기준으로 16개국이 늘어났으며, 비준하였지만 절차상 당사국으로 아직 등록되어 있지 않은 국가까지 합하면 25개국이 늘어났다. 또한 작년 대비 선진국과 유럽 및 북미 국가들의 참여가 현저히 증가하였다는 것이 또 하나의 특징이다. 현재 OECD에 속하는 당사국은 15개국으로 절반의 OECD 회원국이 나고야 의정서의 당사국이 된 상태이며, 의정서 비준국 전체 수 대비 17%로 증가하였다. 이러한 상황은 기존에 나고야 의정서의 문제점으로 지적되었던 당사국의 부족과 유전자 제공국 위주로 구성된 체제라는 문제를 상당 부분 해소한 것으로 평가할 수 있다.

우리나라는 2011년 9월 20일 나고야 의정서에 서명하였으나 2016년 10월 기준으로 현재까지 비준하지 않은 상태이며, 비당사국의 지위로 접근 및 이익 공유 정보센터 국가연락기관(national focal point) 정보만 제출하였다.

15) 알바니아, 벨라루스, 베닌, 부탄, 보츠나와, 부르키나 파소, 부룬디, 캄보디아, 코모로스, 콩고, 코트디부아르, 콩고공화국, 덴마크, 도미니카 공화국, 이집트, 에티오피아, 유럽연합, 피지, 가봉, 감비아, 과테말라, 기니아, 기니아비소, 가나, 온두라스, 헝가리, 인도, 인도네시아, 요르단, 카자흐스탄, 케냐, 키르기스스탄, 라오스, 레소토, 마다가스카르, 말라위, 마셜제도, 모리셔스, 멕시코, 마이크로네시아 연방, 몽골, 모잠비크, 미얀마, 나미비아, 니제르, 노르웨이, 파나마, 페루, 르완다, 사모아, 세이셸, 남아프리카, 스페인, 수단, 스위스, 시리아, 타지키스탄, 우간다, 아랍에미리트연합, 우루과이, 바누아투, 베트남(2015. 9. 기준).

16) 중국, 크로아티아, 쿠바, 체코, 지부티, 핀란드, 독일, 리베리아, 모리타니아, 파키스탄, 필리핀, 세네갈, 슬로바키아, 토고, 영국, 잠비아(2016. 10. 기준).

17) 벨기에, 볼리비아, 불가리아, 프랑스, 말리, 네덜란드, 몰도바, 스위스, 스웨덴(2016. 10. 기준).

18) 나고야 의정서 홈페이지의 비준 날짜와 당사국 날짜가 다른 국가의 경우를 구분하여 고려하였음.

Ⅲ. 나고야 의정서 이행과 관련한 법적 쟁점

1. 적용 범위와 파생물

나고야 의정서의 적용범위와 관련하여 의정서 제3조는 본 의정서가 협약 제15조가 적용되는 유전자원과 그러한 자원의 이용에 따른 이익, 그리고 유전자원 관련 전통지식과 그러한 지식의 이용에 따른 이익에 적용된다고 기술하고 있다.

유전자원의 이용과 관련하여 의정서 제2조는 유전자원의 이용을 “협약 제2조에 정의된 바와 같이 생명공학기술의 응용을 통한 것을 포함하여 유전자원의 유전적 그리고/또는 생화학적 조성에 관한 연구 및 개발을 수행하는 것”이라고 정의하고 있다. 협약 제2조는 유전자원을 “실질적 또는 잠재적 가치를 가진 유전물질”로 정의하고 있고, 유전물질을 “유전의 기능적 단위를 포함하는 식물, 동물, 미생물 또는 그 밖의 기원 물질”로 정의하고 있다. 반면 의정서는 유전자원 관련 전통지식의 이용에 관한 정의를 별도로 두고 있지 않다.

의정서 제2조와 협약 제2조는 생명공학에 대하여 “특정용도를 위하여 제품이나 공정을 개발하거나 변형시키기 위하여 생물계, 생물체, 또는 그 파생물을 이용하는 기술적 응용”으로 정의하고 있다.

의정서의 정의 조항이 협약의 정의 조항과 구별되는 점은 유전자원의 이용에 관한 정의와 파생물에 대한 정의를 두고 있다는 점이다. 의정서 제2조는 파생물을 “생물자원 또는 유전자원의 유전자원 발현 또는 대사 작용의 결과로 발생하는 자연에 존재하는 생화학적 화합물로서 유전자원의 기능적 단위를 갖지 않는 것을 포함한다.”라고 규정한다. 파생물은 일반적으로 유전의 기능적 단위를 포함하지 않는 생물의 합성물로 향기, 세포 안의 생화학물질, 수지, 뱀독과 같은 것이 그 예다. 이러한 합성물은 의약품에서부터 음식과 화장품 원료까지 상품에 매우 광범위하게 쓰인다.¹⁹⁾

또한 이러한 파생물에는 유전의 기능적 요소를 포함하지 않는 질소를 함유하는 염기성 유기화합물인 알칼로이드, 전통적 개념상 생물학적으로 자체적인 유전의 기능적 단위를 포함하지 않는 RNA, 그리고 단백질도 포함될 수 있다.²⁰⁾ 그러

19) IUCN, *An Explanatory Guide to Nagoya Protocol on Access and Benefit-Sharing*, IUCN Environmental Policy and Law Paper No. 83(2012), p. 66

20) Elisa Morgera, *Elsa Tsioumani and Matthias Buck, Unraveling the Nagoya Protocol-A commentary on the Nagoya protocol on Access and Benefit-sharing to the Convention on Biological*

나 Bevis Fedder에 의하면 의정서의 파생물에 대한 정의는 유전의 기능적 단위가 무엇인가에 대하여는 상세히 다루고 있지 않아 유전의 기능적 단위가 파생물의 법적 기준이 되기 어려운 문제가 발생한다.²¹⁾ 박원석 교수도 파생물을 이용하는 것이 이익공유의 대상에 포함되는가 여부가 나고야 의정서의 채택과정에서 논쟁이 되었던 문제였는데, 의정서에 파생물에 대한 간단한 정의만 있을 뿐 의정서 본문에 파생물이라는 용어에 대하여 자세히 다루고 있지 않은 점을 문제로 지적하였다.²²⁾

Bevis Fedder는 유전의 기능적 단위를 다음과 같이 개별적으로 분석한다. ‘유전(heredity)’은 광범위한 개념으로 유전정보(genetic information)의 저장, 전송, 그리고 발현 모두를 포함하고, 유전정보는 DNA 또는 RNA와 같은 핵산(nucleic acid)의 단위 안에 암호화 되어 저장된 명령이다.²³⁾ 이러한 유전의 기능적 단위를 유전자(gene)라 하며, 이러한 단위에 저장된 유전정보의 발현이 구조적 또는 생화학적 기능을 위한 단백질을 만드는 기능적 부분에 해당한다.²⁴⁾ 이러한 유전자는 DNA의 한 부분을 이룬다.

이러한 과학적 정보에 기초하여 과학자와 법학자들은 유전자를 유전의 기능적 단위로 이해하고 있으나, Bevis Fedder가 제시하는 현대의 미생물학 지식과 과학적 현실에 비추어 볼 때, 그 한계를 정하는 것이 쉽지 않다.²⁵⁾ 그의 견해를 필자가 이해한 것을 바탕으로 풀어쓰면, 현대의 기술은 미세한 단위의 유전자 실험이 가능해졌고, 그로부터 유전정보의 흐름이 한 방향으로만 흘렀던 과거와 달리 현재는 유전정보가 반대로 흐르기도 할 수 있으며, 변하지 않는다고 생각했던 DNA가 여러 유형의 단백질의 재구성에 따라 변화가 가능해 짐에 따라 유전정보의 배열이 달라지고 그로부터 발현되는 기능이 달라지는 수준에 이르렀다. 이에 따라 과거에는 유전의 기능적 단위를 담당한다고 할 수 없었던 부분도 현대 기술에 의하여 유전의 발현과 유사한 효과를 얻을 수 있게 되었다.

Diversity(Brill, 2010), p. 60. 전통적 과학에 의하면 유전 정보를 가지고 있는 DNA와 달리 RNA는 DNA의 유전정보 또는 아미노산을 전달하는 역할을 하며, DNA에서 일부 유전정보가 전사되어 RNA가 이를 전달하고 정보에 따라 아미노산을 가져와서 단백질을 합성한다. 그러나 바이러스의 경우 일부 RNA에 유전정보를 저장하기도 한다.

21) Bevis Fedder, *Marine Genetic Resources, Access and Benefit Sharing: Legal and Biological Perspectives*(2013), pp. 35~36.

22) 박원석, 전계논문, pp. 598~600.

23) Bevis Fedder, *op. cit.*, p. 35.

24) *Ibid.*

25) *Ibid.*, pp. 35~36.

결과적으로 유전의 기능적 단위에 대하여 합의된 견해가 아직 존재하지 않으며, 따라서 유전의 기능적 단위에 관한 최종적이고 확정적인 합의는 불가능하므로 나고야 의정서의 적용에 있어 중요한 것은 유전의 기능적 단위를 가지는 것과 그렇지 않는 것의 범주를 임의로 정해야 한다는 것이 Bevis Fedder의 결론이다. 이러한 결론은 파생물의 기술적 응용을 포함하는 나고야 의정서의 생명공학의 정의 규정과도 밀접한 관련을 가진다.

이와 관련하여 조약법에 관한 비엔나 협약 제31조에 따라 조약의 통상적 의미에 따라 협약과 의정서를 해석하면, 의정서 제2조에 따라 유전자원의 이용은 이익 공유의 대상이 되며, 유전자원의 이용은 생명공학기술의 응용을 통한 것을 포함하며 의정서 제2조와 협약 제2조에 따라 생명공학은 파생물을 이용하는 기술적 응용을 포함한다. 이에 따르면 파생물을 이용하는 기술적 응용을 통한 것은 유전자원의 이용에 포함되고, 유전자원의 이용으로부터 발생하는 이익은 상호합의조건에 따라 공유해야 하므로 파생물을 이용하는 기술적 응용을 통한 것은 이익 공유의 대상에 포함된다고 할 수 있다.

IUCN에서 발간한 「접근 및 이익 공유에 관한 나고야 의정서의 설명지침」에서도 위와 같은 논리로 파생물의 이용은 나고야 의정서에 의하여 포함된다고 기술하고 있다.²⁶⁾ 또한 동 설명지침은 협약에 이미 규정되어 있는 생명공학기술에 관한 정의를 의정서에서 다시 규정하고 있는 것은 생명공학기술에 관한 정의가 유전자원의 이용에 관한 정의와 파생물에 관한 정의 간의 관계를 명확하게 말하고 있다고 보았다.²⁷⁾ 따라서 파생물의 직접적인 이용을 통한 이익을 공유의 대상이라고 하는 것에는 이견이 있을 수 있지만, 생명공학기술의 응용을 통한 파생물의 이용으로부터 발생하는 이익의 공유는 의정서의 적용을 받는다고 말할 수 있다.²⁸⁾ 이러한 해석은 구속력 있는 합의는 아니었지만 2002년 본 가이드라인 제 44조(i)가 상호합의조건을 체결해야 하는 사항으로 유전자원, 파생물, 그리고 산물에 관한 상업적 그리고 다른 이용으로부터 발생하는 이익의 공유를 언급하고 있다는 점과도 일치한다.

이러한 해석은 가능한 이익 공유의 범위를 넓히려고 하는 유전자원의 제공국

26) IUCN, *op. cit.*, pp. 64~67.

27) *Ibid.*, p. 65.

28) 생명공학기술을 이용한 파생물의 예로는 유전적 정보를 가진 유전물질을 이용하여 만들어낼 수 있는 유전적 정보를 가지지 않은 RNA, 단백질, 물질대사 등을 들 수 있을 것이다.

의 입장과 정확히 일치하는 반면, 이익 공유의 범위를 가능한 좁혀야 하는 이용국에는 매우 불리한 해석의 결과다. 이용국은 나고야 의정서 체결과정에서 파생물을 이익 공유의 범위에 포함시킬 것인지에 대한 논의가 합의된바 없으며 나고야 의정서의 본문에서 언급이 없기 때문에 유전의 기능적 단위를 가진 포함하는 유전물질만이 이익 공유의 대상이라고 하고 있다.²⁹⁾ 이 경우에도 이용국의 입장은 Bevis Fedder 견해에 기초할 경우 다시 유전의 기능적 단위를 가지는 범위의 한계를 정해야하는 문제를 안고 있다.

이와 관련하여 나고야 의정서 또한 협약의 한계를 벗어나지 못한 면이 있는데, 협약과 나고야 의정서 모두 이익 공유와 관련하여 당사국간 상호합의조건을 체결하도록 하고 있으면서 그 내용에 대하여는 모두 당사국에 전적으로 일임하고 있다는 것이다. 즉 협약과 의정서의 해석상 이익을 공유해야할 대상인지 아닌지 여부와 관계없이 당사국이 상호합의조건을 어떻게 체결하는가에 따라 그 대상과 범위가 결정될 수 있다는 것이다. 물론 나고야 의정서의 해석에 따라 유전자원 제공국과 이용국 간 협상에 영향을 줄 수는 있겠지만, 실제로 사전통고승인의 열쇠를 쥐고 있는 유전자원 제공국이 협상에 우위를 점할 수밖에 없을 것이다.

2. 적용 시점과 소급효

적용 시점과 관련한 문제는 이용국의 의무가 최초의 유전자원에 대하여 접근한 시기에 발생하는 것인지, 상업적인 이용을 한 시기에 발생하는 것인지를 관련을 가진다. 실제로 의정서의 발효 이전에 취득된 유전자원에 대한 상업적 실현은 대부분 의정서의 발효 이후에 실현될 가능성이 높다. 그러나 이와 관련하여 생물 다양성협약의 경우 적용 시점에 관한 규정이 없다. 의정서도 채택 과정에서 제3조 본문에 적용 시점에 대한 내용을 추가하려는 논의가 있었으나 결국 합의가 이루어지지 못하여 적용 시점에 관한 내용이 누락되었다. 협약과 나고야 의정서가 채택되기 이전에 많은 이용국이 이미 다른 나라의 유전자원과 전통지식을 이용하여 상업적 이익을 실현하고 있었기 때문에 제공국들은 가능한 이익 공유의 시점을 과거로 확장하고 싶어 하였다. 그러나 이용국은 이미 접근한 유전자원의 새로운 이용으로부터도 이익을 공유하지 않으려는 입장이었기 때문에 쉽게 합의가 이루어질 수 없었다.

29) 박원석, 전제논문, p. 599.

따라서 나고야 의정서의 적용시점에 관한 문제는 일반적인 조약의 해석방법에 따를 수밖에 없다. 적용시점과 관련된 문제는 나고야 의정서가 발효된 2014년 10월 12일 이전에 접근하여 획득한 유전자원과 관련 전통지식에 어떤 법제가 적용될 수 있는가 여부다. 그런데 1993년 12월 29일에 발효된 생물다양성협약 또한 유전자원에 대한 접근 및 이익 공유에 관한 규정을 두고 있기 때문에 이 문제는 협약의 발효시기도 함께 고려해 볼 필요가 있다. 세부적으로 살펴보면, 협약의 발효 이전에 획득한 유전자원과 관련 전통지식, 협약 발효 이후이면서 의정서 발효 이전에 획득한 유전자원과 관련 전통지식의 이익 공유 문제로 나누어 볼 수 있다.

먼저 조약법에 관한 비엔나 협약 제28조는 조약 당사국들이 관련 조약에 소급효를 적용한다는 별도의 규정을 두고 있지 않는 한 그 조약은 발효 이전에 당사국과 관련하여 발생한 행위나 사실 또는 없어진 상황에 대하여 당사국을 구속하지 못하도록 불소급 원칙을 규정하고 있다. 이에 따라 우선 유전자원의 이용에 관한 이익 공유를 처음으로 규정한 생물다양성협약이 발효되기 이전에 유전자원과 관련 전통지식에 접근한 경우 생물다양성협약의 발효에 의하여 비로소 이익 공유에 관한 의무가 발생하였으므로 이익 공유에 관한 문제가 발생하지 않는다. 이는 기본적으로 의정서의 경우도 마찬가지다.³⁰⁾

다음으로 생물다양성협약이 발효된 이후와 나고야 의정서가 발효되기 이전 사이에 획득한 유전자원과 관련 전통지식의 경우를 살펴보도록 한다. 생물다양성협약 발효 이후 획득한 유전자원과 관련 전통지식이 협약 제15조 범위 내에서 이익 공유의 적용을 받는다는 것에는 이론이 없다. 생물다양성협약 제15조(5)는 유전자원을 이용을 위하여 사전통고승인을 요하고, 협약 제15조(7)은 유전자원의 상업적 또는 다른 이용으로부터 발생하는 이익과 연구와 개발의 결과에 관한 이익 공유를 규정하고 있으므로 의정서가 발효되기 이전에 획득한 유전자원과 관련 전통지식이더라도 협약 제15조(5)와 (7)에 따라 사전통고승인과 이익 공유가 이루어져야 한다.

그러나 이 경우 협약의 규정과 달리 나고야 의정서의 발효로 인하여 새로 생긴 구체적 규정들은 소급효 금지에 따라 적용될 수 없을 것이다. 이와 관련하여 의정서의 발효 이후 가입국들은 의정서의 이행을 위한 법률을 제정하였는데, 적

30) Margo A. Bagley and Arti K. Rai, "The Nagoya Protocol and Synthetic Biology Research: A Look at the potential Impacts", Woodrow Wilson International Center for Scholars(2013), p. 18.

용 시점에 관한 일부 국가들의 입법례는 다음과 같다. EU의 경우 2014년 5월 20일 유전자원의 접근 및 이용에 관한 의정서에 따른 이용자의 이행조치에 관한 규정을 제정하였다. EU 규정 제2조 제1항은 의정서의 발효 이후에 접근된 유전자원과 관련 전통지식에 적용한다고 명시하고 있다.³¹⁾ 스위스는 2012년 5월 16일에 자연과 문화유산의 보호에 관한 연방 법률을 제정하면서 제3절 제25조 제4항에 의정서의 의무는 의정서 발효 이후 유전자원 및 관련 전통지식의 접근에 대하여만 적용한다고 규정하고 있다.³²⁾

그러나 이 경우에도 의정서의 적용의 대상이 되는 경우와 그렇지 않은 경우로 나누어 볼 수 있다. 첫 번째는 의정서의 발효 이전에 접근하였고 상업적 이익도 그 시점에서 발생하여 의정서가 발효된 이후에도 계속하여 상업적 이익이 발생하는 경우에는 협약의 규정만 적용된다. 왜냐하면 적용 대상의 발생 시점이 의정서 발효 이전이므로 이에 대한 의정서의 적용은 소급적용에 해당하기 때문이다. 이러한 해석은 협약 발효 전에 획득하여 그 시점에 발생한 이익의 경우 협약을 적용할 수 없는 것과 같다. 두 번째, 의정서의 발효 이전에 접근하였지만, 의정서 발효 이후에 연구개발 또는 상업화에 성공하여 이익이 발생하였을 경우는 그 이용 시점이 의정서 발효 이후이므로 그로 인하여 이익이 발생한 경우라면 의정서의 적용을 받는다고 할 수 있다.³³⁾ IUCN 보고서는 이러한 해석을 지지하고 있으며 새로운 사실로부터 의무가 발생하는 것이므로 의정서의 소급 적용이 아니라고 보고 있다.³⁴⁾ 이러한 해석은 이익 공유의 범위를 과거로 지나치게 확대시키지도 않으며, 과거에 취득한 유전자원의 경우에도 새로운 이용인 경우에는 이익 공유에 포함시킴으로써 이용국과 제공국의 이익에 균형을 유지하고 있다고 평가할 수 있다. 이러한 문제는 선 접근 후 이익 공유의 문제라는 점에서 관할권 이원의 유전자원 및 관련 전통지식에 대한 접근 및 이익의 공유에 관한 문제와도 밀접한 관련을 가진다. 그러나 의정서 발효 이전에 획득한 유전자원과 관련 전통지식을 계속하여 이용하거나 새로운 용도로 사용하는 경우 의정서의 적용대상이 되는가

31) Regulation (EU) No 511/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014, on compliance measures for users from the Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization in the Union

32) Federal Act on the Protection of Nature and Cultural Heritage (NCHA), Section 3(c), Art. 25(d), draft of 16 May 2012.

33) Maria Julia Oliva, "Nagoya Protocol on Access and Benefit Sharing-Technical Brief", Union for Ethical Bio Trade(2010), p. 3

34) IUCN, *op. cit.*, pp. 72~73.

라는 의제는 논의조차 되지 않아 이 문제는 계속하여 논란의 대상이 될 것이라는 견해도 있다.³⁵⁾

적용시점의 범위와 관련하여 한 가지 유의할 것은 이익 공유에 관한 의정서 제5조(1)은 의정서의 당사국이 유전자원의 이용뿐만 아니라 후속적 응용과 상업화로부터 발생하는 이익을 유전자원을 제공한 당사국과 공정하고 형평한 방법으로 공유하도록 규정하고 있다는 사실이다. 이는 제공국의 입장이 반영된 규정인데 이용국과 완전한 합의가 이루어지지 않아 그 한계가 불분명하다. 후속적 응용과 상업화의 예는 여러 형태가 가능하다. 어떤 한 유전자원으로부터 유용한 물질을 개발하여 상업화에 성공하였는데, 이 이후 그 물질을 바탕으로 상품을 개발하여 또 다른 이익을 실현하는 경우가 있으며, 그 물질에 대한 연구개발을 지속하여 그로부터 또 다른 유용한 물질을 개발하여 상업화에 성공한 경우가 있을 수 있다. 이 경우 가지 수가 무한대로 늘어날 수도 있어 일정한 법적인 한계를 제시할 필요가 있다. 의정서는 후속적 응용과 상업화에 대하여 명확하게 규정하고 있지 않기 때문에 어떤 범위까지 이익을 공유해야 하는 후속적 응용과 상업화로 볼 수 있을 것인가에 대한 논란이 있을 수 있다.

정리하면 첫째, 의정서는 의정서의 발효 이후에 획득한 유전자원과 관련 전통 지식과 그 이용에 적용된다. 둘째, 협약과 의정서는 생물다양성협약 발효 이전에 획득한 유전자원과 관련 전통 지식 및 그 이용에 적용하지 않는다. 셋째, 생물다양성협약 발효 이후에 획득한 유전자원과 관련 전통 지식과 그 이용은 협약의 적용만 받지만, 의정서 발효 이후의 새로운 이용은 의정서의 적용범위에 속한다. 넷째, 의정서는 후속적 응용과 상업화로부터 발생한 이익의 경우도 의정서의 적용을 받는다고 하고 있지만, 그 한계가 명확하지 않다. 다섯째, 협약 및 의정서의 이익 공유 의무의 적용대상이 되기 위해서는 이익의 발생 시점이 협약 및 의정서의 발효 이후이어야 한다.

3. 전통지식과 주체

의정서 제5조는 “indigenous and local communities”가 가지고 있는 유전자원과 관련 전통지식의 이용으로부터 발생하는 이익을 이들과 공정하고 형평하게 공유할 수 있도록 할 의무를 부여하고 있다. 이와 관련하여 “indigenous and

35) 박원석, 전계논문, p. 601.

local communities”를 해석함에 있어 국내적으로 약간의 차이가 발생하고 있다. 하나는 “토착지역공동체”로써 합성명사로 해석하는 입장³⁶⁾이고 다른 하나는 “토착 및 지역 공동체”로써 두 가지 명사로 나누어 해석하는 입장³⁷⁾이다. 국내에는 전자의 입장이 후자의 입장보다 다수로 파악된다. 두 입장의 차이는 전자는 전통 지식의 주체를 토착민으로 구성되는 공동체로 한정하는 반면, 후자는 토착민으로 구성되는 공동체 이외에 토착민과 별도로 지역사회 사람들로 구성되는 공동체도 전통지식의 주체로 보는 것이다.

“indigenous and local communities”의 용어 해석에 대하여 비교적 자세한 설명을 하고 있는 연구 논문 중에서 류예리 교수는 “indigenous and local communities”를 두 용어로 분리하여 해석할 경우 중국과 같이 다수의 지역공동체를 가진 국가의 경우 의정서의 적용 범위가 확대될 우려가 있으며, 2014년 10월에 개최된 제12차 생물다양성협약 당사국총회에서 향후 협약 결정문과 부속 협상문서에 “indigenous and local communities”를 “indigenous peoples and local communities”라는 용어로 사용하기로 결정³⁸⁾하면서도 이러한 결정이 생물다양성협약의 해석이나 적용에 고려되어서는 안 된다고 하였음을 근거로 들어 분리하여 해석하는 것을 경계하였다.³⁹⁾

이 문제를 우리나라 입장에서 살펴보면 두 가지 해석이 가능하다. 우선 우리나라에는 의정서의 토착민 개념에 해당하는 주체가 없다. 따라서 만약 “indigenous and local communities”를 토착지역공동체로 한정하여 해석한다면 이와 관련된 규정은 우리나라에 의무만을 부여하는 조항이 된다. 유전자원에 관한 우리나라 지역사회의 전통지식과 관련하여 이익이 존재할 경우 이에 대한 국제협약상 보호를 기대할 수 없게 된다. 의정서 상의 전통지식이란 의정서가 발효되기 이전에

36) 류예리, “전통지식에 대한 국제적 규제동향에 관한 연구- 중국의 전통지식에 관한 법령을 중심으로-”, 「중국법연구」 제23집(2015), p. 177; 오선영, “유전자원 관련 전통지식의 접근 및 이익 공유를 위한 페루 정부의 관련법제 분석 및 정책적 시사점”, 「환경법연구」 제37권 제2호(2015), p. 299; 김두수, “EU법상 나고야의정서 이행에 있어서의 쟁점 분석 및 시사점”, 「국제경제법연구」 제12권 제3호(2014), p. 126; 김기현, 박수진, “나고야의정서의 글로벌 다자 이익 공유체제(GMBSM)의 해석과 적용에 관한 고찰”, 「국제법학회논총」 제60권 제1권(2015), p. 16.

37) 고광국, “나고야의정서가 전통지식보호에 미치는 영향과 그 대응책- 한의약에 관한 전통지식을 중심으로-”, 「과학기술법연구」 제19집 제1호(2013), p. 309; 오윤석, “국제기구에서의 유전자원과 전통지식의 보호에 관한 논의 동향”, 「과학기술법연구」 제21집 제2호(2015), p. 91; 생물다양성협약의 외교부 공식 번역본은 “원주민 사회 및 현지 사회”로 번역하고 있다.

38) UNEP, *Drat decision submitted by the Chair of Working Group II*, in Twelfth Meeting of the Conference of the Parties to CBD(UNEP/CBD/COP/12/L/.26, 2014), pp. 1~2.

39) 류예리, 전계논문, p. 193.

존재하였던 것만 보호하는 것이 아니므로 미래에도 얼마든지 발생할 수 있다는 점을 상기한다면 일반 사람들로 구성된 공동체가 보유하는 유전자원 관련 전통지식의 보호 이익의 필요성이 제기될 수도 있다. 다른 한편, 우리나라에 의무만을 부여하는 규정이 될 수 있음에도 불구하고 의정서를 적용하여 보호할 만한 지역 사회의 전통지식이 우리나라에 없거나 미래에도 발생할 확률이 낮다고 판단되는 경우, 류에리 교수의 견해처럼 전통지식의 주체에 관한 범위를 최대한 줄여 우리나라가 부담하게 될 이익 공유의 의무를 최소화하는 방향도 고려할 필요가 있다.

이 문제와 관련하여 저자는 정책적 판단을 배제할 경우 “indigenous and local communities”를 토착지역공동체로 해석하는 것에 대하여 다음과 같은 의문을 제기할 수 있다고 생각한다. 첫째, 유전자원 관련 전통지식의 이용으로부터 발생하는 이익을 공유하는 이유는 소수권자인 토착민의 전통지식에 대한 권리를 보호하고자 측면이 있다. 이러한 점에서 볼 때, 특정 지역사회만이 가지고 있는 유전자원 관련 전통지식에 대하여 토착민이 아니라는 이유로 권리를 보호받을 수 없다면 이는 형평한 이익 공유에 부합한다고 말하기 어렵다는 문제가 발생한다. 둘째, 전통지식과 관련하여 류에리 교수는 나고야 의정서가 이익공유의 주체를 전통지식을 보유하고 있는 토착지역공동체로 한정하고 있는데 반하여 생물다양성 협약 제8조(j)은 전통지식, 기술, 관행 “보유자들(holders)”이라는 용어를 사용하고 있으므로 상황에 따라 사면이나 농부와 같은 개인도 이익공유의 주체가 될 수 있다고 보고 있다.⁴⁰⁾ 이에 따르면 의정서의 “indigenous and local communities”를 토착지역공동체로 제한적으로 해석하는 경우 의정서의 상위 규범인 협약이 개인에 대하여도 전통지식에 대하여 권리를 인정하면서 협약을 구체적으로 실행해야 하는 의정서가 토착지역공동체로 권리 주체를 한정하는 것은 논리적으로 일치하지 않는다는 문제가 제기될 수 있다.

이밖에 유전자원 관련 전통지식은 유전자원처럼 유형화되어 있는 물질을 대상으로 하는 것이 아니므로 그 형태가 정형화되어 있지 않다는 특징을 가진다. 전통지식에 대한 접근은 주로 유전자원 관련 무형의 정보를 습득하는 것이므로 전통지식에 있어 사전통고승인제도는 미지의 전통지식에 대한 연구를 위한 접근이 아니라면 접근이 쉽다는 문제가 있다. 무형의 지식은 다양한 형태로 전수 될 수 있기 때문이다. 또한 현실적인 문제로서, 유전자원 관련 전통지식의 이익 공유

40) 류에리, 전개논문, pp. 178~179; 저자는 해석에 따라 보유자들은 앞서 기술하는 토착지역공동체 또는 토착민 및 지역공동체 구성원들을 의미하는 것으로 해석할 수도 있다고 본다.

주체는 토착 및 지역공동체로 정하고 있으나 실제로 공동체의 범위를 한정하기 어려울 수도 있다는 문제가 제기되고 있다.⁴¹⁾

IV. 결론

지금까지 나고야 의정서의 적용과 관련한 여러 쟁점 중에서 파생물을 중심으로 하는 의정서의 적용범위, 소급효 문제와 적용 시점, 그리고 전통지식의 주체에 관하여 살펴보았다.

의정서의 적용범위와 관련하여 파생물이 의정서의 본문에서 언급되고 있지 않기 때문에 의정서의 적용범위에 포함되는가의 문제는 여전히 논쟁의 여지가 있을 수 있다. 그러나 의정서의 본문에 언급되고 있지 않더라도 의정서의 정의 조항에 비추어 볼 때, 생명공학기술을 적용한 파생물의 이용은 의정서의 적용대상이 될 가능성이 충분하다. 이와 관련하여 우리는 두 가지를 생각해 볼 수 있다. 만약 우리나라가 유전자원의 이용국 입장에서 정책을 추진하려 한다면 의정서의 적용범위를 가능한 축소해야 할 것이다. 위에서 살펴보았듯이 파생물의 주요 구성요소에 해당하는 ‘유전의 기능적 요소’는 현대 생명공학기술의 측면에 볼 때 유전자원과 파생물을 나누는 기준으로 부족하다는 것을 보여주었다. 따라서 우리는 파생물의 범위가 현저하게 넓어질 수 있으므로 생명공학기술을 이용한 파생물의 범위를 인위적으로 제한함으로써 적용 범위를 축소할 수 있을 것이다. 반대로 우리나라가 유전자원의 제공국 입장이라면 정의 조항에 비추어 유전자원 이외에 파생물의 이용도 포함될 수 있음을 주장해야 할 것이다.

의정서의 적용 시점과 관련하여 생물다양성협약이 발효되기 이전에 해외 유전자원에 접근 및 이용하여 그로부터 계속하여 이익을 창출하고 있다면 기존의 사실로부터 발생한 이익이므로 이익 공유를 할 법적 의무가 발생하지 않는다고 봐야 할 것이다. 그러나 생물다양성협약 발효 이전에 접근한 유전자원이더라도 협약의 발효 이후의 새로운 이용으로 인하여 이익이 발생한 경우에는 협약상 이익 공유를 할 법적 의무를 발생시키며 이는 소급효의 금지에 해당한다고 할 수 없다. 마찬가지로 의정서 발효 이전에 접근한 유전자원이더라도 의정서 발효 이후에 이익이 발생하였다면 협약상의 이익 공유 의무는 물론 의정서상 이익 공유 의무를

41) 고헌국, 전계논문, p. 320.

발생시킨다고 할 것이다. 그러나 의정서에서 새롭게 규정하고 있는 후속적 응용과 상업화로부터 발생하는 이익의 공유는 그 한계가 명확하지 않다.

마지막으로 전통지식의 소유 주체를 토착지역공동체로 한정할 경우 국내에서 보호 받지 못하는 유전자원 관련 전통지식을 국내법상 보호할 수 있는 입법적 제도장치가 필요할 수 있다. 이와 관련하여 유전자원 관련 전통지식의 경우 현재의 특허법상 신규성의 요건을 충족하기 어려우며, 저작권은 저작물에 대한 보호를 대상으로 하므로 적용이 어렵다는 문제가 있다. 그 밖에 실용신안 또는 영업비밀과 같은 지적재산권 관련 국내법규도 유전자원 관련 전통지식에 그대로 적용하기 어려운 실정이기 때문에 지역공동체의 전통지식의 국내적 보호에 한계가 있다.

결론적으로 나고야 의정서는 쟁점 사항에 대하여 구체적인 법적 기준을 제시하지 못하였다는 평가를 내릴 수 있다. 그러나 의정서는 이러한 부분을 당사국들의 합의에 기초한 방식으로 해결하고 있다. 의정서 제5조는 공정하고 형평한 방식으로 공유해야 한다는 법적 당위성을 재확인하였고, 제6조와 제18조는 상호합의조건의 형식과 필수적으로 포함되어야 할 내용을 제시하면서 구체적인 사안들은 유전자원 등의 제공국과 이용국이 합의하여 결정하도록 하고 있기 때문이다. 또한 제15조~제17조는 유전자원의 접근 및 이용과 관련하여 의정서의 이행에 대한 준수 및 감시를 위한 내용을 규정하고 있지만 당사국의 국내적 조치를 통한 이행을 규정하고 있다. 결국 의정서에서 분명하게 정하지 못한 내용과 법적 쟁점에 대한 한계는 당사국들의 해석과 추후 관행에 의하여 정립될 수 있을 것으로 생각된다.

나고야 의정서가 기존의 생물다양성협약에 비하여 유전자원의 이용 및 이익 공유에 관하여 상대적으로 구체적인 내용을 규정하고 있다는 점에는 긍정하나 이미 생물다양성협약이 사전통고승인 제도와 상호합의조건 제도를 규정하고 있었다는 점에서 관련 의무가 강화되었다고 볼 수는 없다. 또한 이용국 입장에서 나고야 의정서에 가입하고 있지 않더라도 원산지국 또는 제공국이 가입국인 이상 사전통고승인과 상호합의조건 단계에서 나고야 의정서 수준의 의무를 요청하는 경우 거절하기 쉽지 않을 것이다. 즉 원산지국 또는 제공국의 승인이 있어야 비로소 접근 및 이용을 할 수 있는 이용국 입장에서 나고야 의정서는 가입하지 않아도 가입한 것에 준하는 법적 효력을 발생시킨다. 따라서 우리나라는 의정서의 비준에 비중을 두기 보다는 유전자원에 관련하여 이용국의 입장인지 제공국의 입장인지를 파악하여 그에 따른 국내적 제도를 정비시키는 일을 서둘러야 할 것이다.

(논문투고일: 2017.01.26 , 심사개시일: 2017.02.28, 게재확정일: 2017.03.17)



▶ 이 창 열

나고야 의정서, 유전자원의 이용, 생명공학, 파생물, 토착 및 지역 공동체

【참 고 문 헌】

I. 국내 문헌

- 고광국, “나고야의정서가 전통지식보호에 미치는 영향과 그 대응책- 한의약에 관한 전통지식을 중심으로-”, 「과학기술법연구」 제19집 제1호(2013)
- 김기현, 박수진, “나고야의정서의 글로벌 다자 이익공유체제(GMBSM)의 해석과 적용에 관한 고찰”, 「국제법학회논총」 제60권 제1권(2015)
- 김두수, “EU법상 나고야의정서 이행에 있어서의 쟁점 분석 및 시사점”, 「국제경제법연구」 제12권 제3호(2014)
- 오윤석, “국제기구에서의 유전자원과 전통지식의 보호에 관한 논의 동향”, 「과학기술법연구」 제21집 제2호(2015)
- 오선영, “유전자원 접근 및 이익공유(ABS)체제 구축을 위한 나고야의정서와 다른 국제조약 및 문서와의 관계 연구”, 「국제법평론」 통권 제40호(2014)
- 오선영, “유전자원 관련 전통지식의 접근 및 이익 공유를 위한 페루 정부의 관련 법제 분석 및 정책적 시사점”, 「환경법연구」 제37권 제2호(2015)
- 박원석, “나고야 의정서의 협상과정 및 핵심쟁점에 관한 연구”, 중앙법학회, 「중앙법학」 제13집 제4호
- 류예리, “전통지식에 대한 국제적 규제동향에 관한 연구- 중국의 전통지식에 관한 법령을 중심으로-”, 「중국법연구」 제23집(2015)
- 최원목, “유전자원 접근 및 이익공유를 위한 나고야의정서와 국제통상법간의 충돌과 조화”, 이화여자대학교, 「법학논집」 제19권 제2호(2014)

II. 외국논문

- Bevis Fedder, Marine Generic Resources, Access and Benefit Sharing: Legal and Biological Perspectives(2013)
- Elisa Morgera, Elsa Tsioumani and Matthis Buck, Unraveling the Nagoya Protocol-A commentary on the Nagoya protocol on Access and Benefit-sharing to the Convention on Biological Diversity(Brill, 2010)
- IUCN, An Explanatory Guide to Nagoya Protocol on Access and Benefit-Sharing, IUCN Environmental Policy and Law Paper No.

83(2012)

Margo A. Bagley and Arti K. Rai, “The Nagoya Protocol and Synthetic Biology Research: A Look at the potential Impacts”, Woodrow Wilson International Center for Scholars(2013)

Maria Julia Oliva, “Nagoya Protocol on Access and Benefit Sharing–Technical Brief ”, Union for Ethical Bio Trade(2010)

Ⅲ. 기타자료

Federal Act on the Protection of Nature and Cultural Heritage (NCHA),
Section 3(c), Art. 25(d), draft of 16 May 2012

Regulation (EU) No 511/2014 of the European Parliament and of the Council
of 16 April 2014, on compliance measures for users from the
Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and
Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization in the
Union

UNEP, Draft decision submitted by the Chair of Working Group II, in Twelfth
Meeting of the Conference of the Parties to
CBD(UNEP/CBD/COP/12/L/.26, 2014)

Abstract

Legal Issues regarding the implementation of Nagoya Protocol

Lee, Chang Youl

The Convention on Biological Diversity adopted in 1992 includes the articles on the fair and equitable sharing of the benefit arising out of the utilization of genetic resources. By the way, a new arrangement was needed to implement the regulations of the Convention on the benefit sharing since its provisions on the benefit sharing was not clear. Thus, The Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing Arising from their Utilization to the Convention on Biological Diversity was adopted by the tenth meeting of the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity in 2010.

Nagoya Protocol gave body to the element of the prior informed consent and mutually agreed terms of the Convention on Biological Diversity, and showed the one step forward by exemplifying the type of the monetary and non-monetary benefits.

Nagoya Protocol, however, has still some vague provisions on the critical issues because the Parties to the Convention could not completely agree with them. First of all, Nagoya Protocol includes the definition of the derivatives, but it fails to clear whether the utilization of derivatives are in the scope of the benefit sharing. Besides, it does not have a definite provision on what functional units of heredity are. Second, Nagoya Protocol does not provide on a temporal scope. It has some questionable issue that occurring the sharing benefits from the utilization

of the genetic resources before adapting Nagoya Protocol is applied by Nagoya Protocol or not.

Finally, Nagoya Protocol regulates the sharing of benefits arising from the utilization of traditional knowledge associated with genetic resources. It, however, leaves a room for interpretation on the subject of the traditional knowledge.

This paper will analyze the above legal issues based on the articles of the Nagoya Protocol and relevant States' positions.



▶ **Lee, Chang Youl**

Nagoya Protocol, Utilization of Generic Resources, Biotechnology,
Derivative, Indigenous and Local Community

위치측위기술(LBT) 발전에 따른 개인위치정보 보호방안에 관한 고찰

장 인 호*

【목 차】

I. 문제제기	1. 국외동향
II. 위치측위기술(LBT) 발전의 의미와 기본적 인권 침해위험성	2. 국내입법실태
1. 위치측위(LBT)기술의 개념정의와 적용분야	3. 현행법도상의 문제점
2. 위치측위기술(LBT) 발전에 따른 기본적 인권 침해위험성	4. 개인위치정보 보호를 위한 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」의 개선필요성 증대
3. 위치측위기술(LBT) 발전에 따른 개인위치정보 침해방지를 위한 헌법적 보장	IV. 위치측위기술(LBT) 발전에 따른 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」 개선의 방향과 내용 검토
4. 위치측위기술(LBT) 발전에 따른 개인위치정보 침해방지를 위한 국가의 의무	1. 개선방향
III. 위치측위기술(LBT) 발전에 따른 개인위치정보 보호에 관한 국내외동향분석과 현행 법률상 문제점 분석	2. 세부원칙
	3. 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」 개선방안의 세부내용
	4. 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」 개선을 통한 개인위치정보 보호강화와 인간존엄성· 사생활 비밀자유 등 헌법적 가치 실현
	V. 결론

【국 문 요 약】

최근 위치측위기술(Location based Technology)이 비약적으로 발전하면서 다양한 분야에서 그 이용이 급증하고 있다. 예를 들어 ‘포켓몬 고(Pokemon go) 등과 같은 게임 분야를 비롯한’ 수많은 분야에서 위성항법시스템(Global Positioning System), 블루투스(Bluetooth), 초음파(Ultrasonic Sound), 무선네트워크(Wireless Local Area

* 경찰대학 조교수, 법학박사.

Network), 비콘(Beacon), 실내지도서비스(GloPos), 초광대역통신(Ultra Wide Band) 등과 같이 위치측위기술(LBT)이 적용된 사례가 갈수록 점증하고 있다.

이러한 가운데 최근 몇 년간 ‘개인위치정보’에 관한 개별법인 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」을 위반한 수가 약 수백 건을 넘을 정도로 개인위치정보를 침해하는 위치정보법의 위반사례가 급증하는 추세를 보이고 있다. 이와 같이 여러 분야에서 개인의 사적 개인정보 중 하나인 개인위치정보가 무분별하게 수집·저장·유출·악용 등이 될 가능성이 더욱 상승하고 있는 것이 최근의 현실이다.

이러한 상황에서 개인이 생활하면서 발생하는 현재와 과거의 개인위치자 개인이 이동하는 동선(動線)과 관련된 개인의 내밀하고 사적인 사항인 개인위치정보가 무분별하게 침해될 수 있는 위험성이 높아짐에 따라 우리 「헌법」 제17조 등을 근거로 보장되고 있는 국민 개개인의 사생활의 비밀과 자유 등과 같은 헌법적 가치가 무분별하게 침해될 수 있는 기본권침해위험성이 현저하게 증대된 것이다.

그러나 현재 개인위치정보 보호와 관련하여 「개인정보보호법」, 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」 등이 입법되어 운영되고 있음에도 불구하고 위치측위 기술(LBT)의 빠른 발전 속에서 개인위치정보의 무분별한 유출·침해 등과 같이 헌법적 가치가 침해될 위험성에 적절하게 대응하기가 용이하지 않은 상황이다.

따라서 앞으로 다양한 분야에서 위치측위기술(LBT)이 활용될 가능성이 더욱 점증되고 있는 상황에서 사적이고 민감한 개인위치정보를 더욱 안전하게 보호하기 위해서는 관련된 법과 제도에 대한 개선 또는 정비가 이루어야 할 필요성이 크다.

무엇보다 개인위치정보는 민감하고 사적인 동시에 내밀한 개인의 중요한 정보인 만큼 한번 침해되어 사이버공간 등과 같은 인터넷에서 무분별하게 공개될 경우 「대한민국헌법」에서 보장한 국민 개개인의 사생활의 비밀과 자유가 침해될 뿐만 아니라 인간존엄성과 가치, 개인 사생활의 자유와 비밀 등과 같은 헌법적 가치마저 심각하게 침해·유린될 수밖에 없다. 더욱이 무분별하게 침해된 개인위치정보가 범죄 등에 악용될 경우 제2·제3 등의 침해가 발생될 위험성마저 매우 크다.

그러므로 본 연구에서는 위치측위기술(LBT)이 비약적으로 발전하고 있는 현재와 같은 헌법현실변화 속에서 우리 헌법에서 보장하고 있는 헌법적 가치인 국민 개개인의 사생활의 비밀과 자유, 인간존엄성 등과 같은 헌법적인 가치가 실질적으로 보호될 수 있도록 하기 위해서 「개인정보보호법」, 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」 등 개인위치정보와 관련된 현행 법제도의 실태 및 문제점을 검토하고 합리적으로 개선함으로써 개인위치정보의 보호를 더욱 강화하고자 한다.

I. 문제제기

오늘날 전 세계적으로 다양한 분야에서 위성항법시스템(Global Positioning System)·블루투스(Bluetooth)·초음파(Ultrasonic Sound)·무선네트워크(Wireless Local Area Network)·비콘(Beacon)·실내지도서비스(GloPos)·초광대역통신(Ultra Wide Band) 등을 기준으로 실외·실내이용자위치를 실시간으로 파악하고 이를 내장된 지도와 비교해 이용자위치를 기반으로 각종서비스를 제공할 수 있는 위치측위기술(Location Determination Technology)이 발전하면서 그 이용도 급증했다.

예를 들어 최근 미국 나이엔틱과 일본 캐릭터게임관련주식회사 포켓몬이 공동으로 연구·개발한 모바일용게임인 ‘포켓몬 고(Pokemon Go)’는 위치정보를 기반으로 가상과 현실의 조합 속에서 현실세계의 지형·위치·공간 등을 기반으로 포켓몬이라는 게임 속 캐릭터를 육성·포획·교환·배틀 등을 진행한 게임이다. 이러한 포켓몬 고 게임의 사례를 살펴보면, 게임이용자의 여러 개인정보들 중 하나인 개인위치정보가 무분별하게 유출될 수 있는 기본권침해위험성이 급증했음을 알 수 있다.

이와 같이 게임 등 다양한 분야에서 위치측위기술(LBT)이 비약적인 속도로 발전하면서 위치정보사업 또는 위치기반서비스사업의 활용과정에서 개인이 현재 어디에 있는 지의 여부와 그 위치를 중심으로 활동하는 동선(動線) 등과 관련 있는 수많은 개인위치정보가 실시간으로 손쉽게 언제 어디서든 부지불식(不知不識)간에 파악·유출·저장·악용 등이 용이하게 되면서 국민 개개인의 사적 비밀과 사생활의 자유가 무분별하게 침해될 위험성과 사례¹⁾가 더욱 점증되고 있는 것이 현실이다.

그리고 최근 위치측위기술의 연구·개발 및 발전에 따라 휴대폰 등의 GPS를 이용해 실외의 개인위치정보 파악이 용이해진 것 이외에도 스마트폰·태블릿 등 상업 단말보급증가와 위치기반서비스의 이용확산으로 인해 실내 개인위치정보를 손쉽게 파악할 수 있게 되었다. 아울러 위치측위기술 발전으로 민간분야에서의 상업목적 뿐만 아니라 공공분야에서의 공공목적을 위해서도 개발·발전되면서 민간분야와 공공분야 양 분야 모두에서 개인위치정보의 침해위험성이 점증하고 있는 상황이다. 또한 위치측위기술 발전으로 실외 또는 실내를 구분하지 않고 많은 정부주체의 사적이고 민감한 개인위치정보가 무분별하게 파악·수집·저장·유출·악용 등이 됨으로

1) 뉴시스, “위치정보법 위반 범죄 고도화…5년간 432명 적발”, 뉴시스, 2016. 10. 03. ; “최근 5년간 위치정보법 위반 검거건수가 234건, 검거인원은 432명에 달하는 것으로 나타났으며, 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」 위반이 급증하는 추세를 보이고 있다”고 한다.

써 개인위치정보 등과 같은 기본적인 인권의 침해위험성이 급증하게 되었다.

이러한 점에서 위치측위기술(LBT)의 급격한 발달로 인해서 위치정보사업과 위치기반서비스사업에 위치측위기술이 적용된 위치정보시스템을 이용하여 민간분야·공공분야·실외·실내 등의 다양한 분야 또는 실내외공간을 구분하지 않고 무분별하게 언제 어디서든지 손쉽게 이용이 가능하게 되면서 개인정보 중에서도 중요한 의미를 갖고 있는 개인위치정보가 침해되는 것을 방지해야 할 필요성이 증대하였다.

그러나 현재 개인위치정보의 보호와 관련된 법규로는 「개인정보보호법」, 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」 등이 제정·운영되어 있음에도 불구하고 최근 급격하게 발달하고 있는 위치측위기술(LBT)에 대한 대응이 사실상 충분하게 이루어지지 못함으로써 개인위치정보가 무분별하게 침해될 위험성이 증대되었다.

이러한 상황에서 오늘날과 같은 첨단과학기술사회에서 위치측위기술(LBT) 등과 같은 新기술이 급격하게 발달하면 나타나는 위치정보사업과 위치기반서비스사업의 확산과정에서 다양한 분야에서 종사하는 많은 개개인의 위치정보가 실시간으로 침해될 수 있는 위험성이 증대된 만큼 관련법제도의 개선 및 정비가 요망된다.

따라서 국민 개개인이 민간분야 또는 공공분야 양 분야에서 국가기관 또는 민간단체 등에 의하여 자신의 민감하고 사적인 개인의 중요한 정보인 개인위치정보가 무분별하게 파악·수집·저장·유출·악용 등이 될 수 없도록 법제도적인 측면에서 안전장치가 실질적으로 마련되지 않는다면 공공질서의 파괴뿐만 아니라 최고법이자 근본규범인 「헌법」에서 보장된 국민 개개인의 민감한 사생활에 대한 비밀과 자유라는 가치와 등과 같은 국민의 기본적 인권이 무참하게 침해될 수밖에 없다.

그러므로 본 연구는 첨단과학기술시대에 위치측위기술(LBT)의 급격한 발전에 따라 개인위치정보가 무분별하게 침해될 수 있는 기본적 인권의 침해위험성이 현저하게 증대된 상황에서 개인위치정보를 효과적으로 보호할 수 있는 방안을 살펴봄으로써 「헌법」 제17조에서 보장하고 있는 사생활의 비밀과 자유 등의 헌법적 가치가 실질적으로 보장될 수 있도록 함이 목적이다. 이러한 연구목적을 실현을 위하여 본 논문을 통해 「헌법」 제17조에서 밝힌 개인사생활의 비밀과 자유라는 기본권을 보호하기 위해 구체화된 법률인 「개인정보보호법」·「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」 등을 살펴보고 개인위치정보와 관련된 법제도의 개선방안을 검토하고자 한다. 이를 통해 사적이고 민감한 개인정보인 개인위치정보가 실질적으로 보호될 수 있도록 개인위치정보와 관련된 법제도를 합리적으로 개선·운영함으로써 헌법친화적인 개인위치정보이용환경을 조성하는데 기여하고자 한다.

II. 위치측위기술(LBT) 발전의 의미와 기본적 인권 침해위험성

1. 위치측위기술(LBT)기술의 개념정의와 적용분야

가. 위치측위기술(LBT)의 개념과 특징

‘위치측위기술(Location Determination Technology)’의 정의를 살펴보면, 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」 제2조 제2호에 따르면, ‘개인위치정보’라 함은 “특정 개인의 위치정보²⁾를 의미한다”고 명시하였다. 아울러 「전과 범시행령」 제2조 제16호에 의하면, ‘무선측위’란 “전파의 전파특성을 이용해 위치·속도 및 기타 사물의 특징에 관한 정보를 취득하는 것을 말한다”고 규정하였다. 또한 ‘위치측위기술’을 “GPS 또는 무선네트워크의 기지국위치를 활용해 서비스요청단말기의 정확한 위치와 주요활동반경을 파악하는 기술”³⁾을 의미한다고 했다.

따라서 ‘위치측위기술(LBT)’이라 함은 전기통신을 하기 위한 기계·기구·선로 또는 그 밖에 전기통신에 필요한 설비인 전기통신설비와 전기통신설비 중 전기통신을 행하기 위한 송신·수신·장소 간 통신로구성설비로서 전송설비·선로설비 및 이것과 일체로 설치되는 교환설비와 이들의 부속설비인 전기통신회선설비를 이용해 휴대폰단말기 등의 이동성이 있는 물건 또는 개인이 특정시간에 존재하거나 존재하였던 장소를 알 수 있거나 알 수 없는 경우에도 다른 정보와 용이하게 결합하여 특정개인위치를 알 수 있도록 공적 목적 또는 상업적 활용을 위해 특정개인에 대해 제작되어진 민감하고 사적인 특수성⁴⁾을 가진 위치정보기술임을 알 수 있다.

나. 위치측위기술(LBT)의 적용분야와 발전전망

최근 RUWB·RFID·초음파 등 무선통신기술을 적용된 위치측위기술(LBT)이 발

2) 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」 제2조 제1호에 따르면, ‘위치정보’는 “이동성이 있는 물건 또는 개인이 특정시간에 존재하거나 존재했던 장소에 관한 정보로 「전기통신사업법」 제2조제2호·제3호에 따른 전기통신설비와 전기통신회선설비를 이용해 수집된 것이다”고 명시했다.

3) 네이버ITS용어사전 참조 ; “위치측위기술(Location Determination Technology)은 단말기방식, 네트워크방식 그리고 이들을 혼합한 하이브리드방식 등으로 분류가 된다”고 언급하고 있다.

4) 함인선, “정보사회에서의 개인위치정보의 보호와 이용에 관한 법적 고찰”, 「선진상사법률연구」 제44호, 법무부 상사법무과, 2008, 5-7면 ; “개인위치정보는 제작된 정보, 동적 정보, 민감정보, 공적 목적 및 산업에서의 활용가능성이 큰 정보이다”고 한다.

전하면서 초기군용·항해용 등 특정분야에서 뿐만 아니라 민간·상업 분야 등 다양한 분야로 확대되는 동시에 실내·외⁵⁾를 구분하지 않고 활용⁶⁾될 수 있게 되었다.

특히 위치측위기술(LBT)은 새로운 성장동력산업에 이용될 가능성이 증대하면서 각종 분야에서 크게 주목받고 있는 기술로 공공분야와 민간분야를 양 분야에서 모두 그 적용이 확산되는 동시에 그 이용자와 개인위치정보처리자도 함께 급증할 뿐만 아니라 국가적인 지원과 관심 속에서 큰 발전을 이룰 것으로 전망되고 있다.

2. 위치측위기술(LBT) 발전에 따른 기본적 인권 침해위험성

가. 위치측위(LBT)기술 발전에 따른 新유형의 기본적 인권 침해위험성 급증

1) 위치측위기술(LBT) 발전에 따른 개인위치정보 침해위험성 급증

오늘날과 같은 첨단과학기술시대에 위치측위기술(LBT) 등과 같은 첨단기술의 개발과 적용확산은 정보화기술(IT)·생명공학기술(BT)·나노기술(NT) 등과 함께 편리성을 더욱 향상시키는 동시에 국민 삶의 질 향상뿐만 아니라 상업적 이익을 극대화시킴으로써 사회패러다임의 변화와 국가의 경제·산업발전에도 기여할 수 있다.

반면에 첨단과학기술인 위치측위기술(LBT) 활용과정에서 언제 어디서나 무분별하게 개인위치정보가 침해될 수 있는 위험성을 안정적으로 배제할 수 없다면 국민 삶의 질이 저하되고 경제적 이익과 발전에도 부정적 영향을 미칠 수밖에 없다.

그 결과 첨단기술인 위치측위기술(LBT)의 급격한 발전에 따라 민감하고 사적인 개인위치정보가 무분별하게 파악·수집·유출·악용 등이 될 수 있는 새로운 기본권위협성⁷⁾이 발생·급증했으며, 이는 곧 우리 「헌법」에서 보장된 개인 사생활⁸⁾의 자

5) 현재 위치측위기술(LBT)이 GPS를 중심으로 실외개인위치정보 파악에 주로 사용되지만 앞으로는 실외와 실내를 구분하지 않고 언제 어디서든 개인특정위치의 파악·분석·추적 등이 가능하게 됐다.

6) 조영수/조성윤/이성호/김재철/최완식, “실내의 연속측위 기술 동향”, 「전자통신동향분석」 제22권 제3호, 2007, 20면-22면 ; “차량의 위치기반서비스(LBS)를 제공하기 위한 측위·서버·단말·통신 등의 기술이 통합된 산업인 텔레매틱스(TELEMATICS: TELEcommunications and informatics)는 8대 신규서비스와 9대 신성장동력에 포함되는 IT산업이다. 위치기반서비스는 차량뿐 아니라 보행자를 위한 서비스로 확대되고 군용·항해용에 한정되던 LBS기술이 상업용으로 전환되고 있다”고 한다.

7) 한수용, 「헌법학」, 법문사, 689-690면 ; “첨단과학기술 발달에 따라 새로운 통신기술이 출현함에 따라, 사생활 영역에 대한 침해가능성의 양과 질이 크게 증가함으로써 개인사생활 보호는 새로운 국면을 맞이하게 되었다. 완전히 새로운 형태의 기본권의 침해가능성을 열어 놓았다”고 한다.

8) 허영, 「한국헌법론」, 박영사, 2009, 380-381면 ; “사생활비밀·자유는 인간행복의 최소한의 조건이다. 따라서 사생활내용에 대해 외부간섭을 받고, 나만의 영역이 타인에 의해 외부에 공표될 경우 사람은 누구나 인간으로서 존엄성침해와 인격적 수모를 느낀다. 사생활비밀·자유를 존중·보장하는 것이 인간존엄성과 행복추구권과 불가분의 관련이 있다고 하는 이유도 그 때문이다”고 한다.

유로운 형성과 비밀보호 등의 기본권은 물론 인간존엄성과 행복추구권 등의 헌법적인 가치가 심각하게 침해될 수 있는 위험성이 큰 폭으로 상승함을 의미한다.

2) 공공·민간분야에서 國家와 私인에 의한 침해와 제2차 피해발생위험성 급증

초기에 위치측위기술은 군용·항해용 등과 같은 군사목적 등과 같은 특정목적에 위해 한정적으로 이용되었지만 최근에는 군사목적 등의 공공분야에서의 목적 이외에도 ‘포켓몬 게임’ 등과 같은 민간분야에서 상업적 목적을 위해서 활용되고 있다.

이러한 점에서 개인정보가 전산화되어 기록·저장되는 정보화시대에서 위치측위기술이 적용되는 공공분야의 공공기관⁹⁾은 물론 민간분야에서도 국가기관 이외의 법인·단체 등의 사인¹⁰⁾에 의하여 개인위치정보가 침해될 위험성 급증하게 되었다.

특히 오늘날과 같이 정보기술이 고도로 발달되고 사이버공간상 활동이 일상화된 정보사회에서 위치측위기술이 적용된 위치정보사업·기반서비스사업 등이 제공·이용되는 과정에서 개인위치정보가 인터넷에 유출될 경우 개인의 민감하고 사적 정보가 국가기관의 통제수단¹¹⁾으로 전락하거나 상업적으로 악용될 위험성이 있다.

나. 위치측위기술(LBT) 발전에 따른 국내의 개인위치정보 침해위험성 급증

국내는 물론 국외에서도 위치측위기술이 급격하게 발전¹²⁾하면서 언제어디서나 위치정보사업·위치기반서비스사업 등에서 위치정보가 수집·저장·분석·이용·제공 등이 될 수 있는 위험성이 상승되고 개인위치정보가 침해되는 사례들이 급증하였다.

9) 「개인정보보호법」 제2조 제6호상 국회·법원·헌법재판소·중앙선거관리위원회행정사무처리기관·대통령소속기관·국무총리소속기관을 포함한 중앙행정기관·소속기관, 지방자치단체, 국가기관·공공단체 중 대통령령으로 정하는 기관 등 ‘공공기관’은 공공 분야에서 공적 업무를 목적으로 개인위치정보 등의 개인정보를 처리하는 「개인정보보호법」상 개인정보처리자이다.

10) 장영수, 「헌법학」, 홍문사, 2015, 486-487면 ; “현실변화로 인해 사인상호간에도 기본권을 적용해야 할 필요성이 생기게 되었다. 종래에는 기본권을 침해하던 것이 국가였지만 근대 이후 국가권력의 통제메커니즘이 고도로 발달되고 민주주의가 관철되면서 국가권력이 국민기본권을 침해하는 일은 현저히 감소했다. 반면에 산업사회가 발달되면서 사적 집단의 힘이 점차 커졌고, 이들에 의한 기본권침해도 증대되어 더 이상은 간과될 수 없는 상태에 이른 것이다”라고 한다.

11) 전광석, 「한국헌법론」, 집현재, 2014, 326-328면 ; “오늘날과 같은 고도의 정보사회, 그리고 국가의 계획활동에 비중을 둔 시대에는 ...정보수집 및 처리기술이 비약적으로 발전하면서 이는 개인의 정보수요를 충족시키지만, 바로 같은 방법을 통하여 개인의 신상에 관한 정보가 수집·배포되고, 또 자신 정보가 의도하지 않는 방법·목적으로 사용되는 위험에 처하게 되었다”고 한다.

12) 한국전자통신연구원, 위치정보서비스(LBS) 기술 및 시장동향 분석 연구, 2015, 22-24면 ; “GPS 사용 가능한 스마트폰 사용의 증가가 LBT관련시장 성장에 기여하였고, 2019년까지 LBS시장은 414.억 달러에 이를 것으로 예상된다”고 한다.

이러한 가운데 우리나라에서도 공공분야와 민간분야에서 위치측위기술이 적용·이용 등이 급속히 보편화·상용화되면서 개인위치정보의 침해위험성이 증대된 결과 개인이 자기의사에 반해 사생활비밀이 공개당하지 않고 자신의 정보를 통제할 수 없게 되어 개인의 인격자율영역에 대한 심각한 침해가 급격히 증가하는 추세이다.

3. 위치측위기술(LBT) 발전에 따른 개인위치정보 침해방지를 위한 헌법적 보장

가. 개인위치정보보호의 헌법적 근거

위치측위기술(LBT)이 발전함에 따라 개인위치정보 침해위험성이 급증한 가운데 내밀하고 민감한 사생활과 관련된 개인위치정보는 인간존엄성¹³⁾과 국가에게 개인이 가지는 불가침의 기본권보장의무가 있음을 천명한 「헌법」 제10조, 사생활의 비밀과 자유에 관한 「헌법」 제17조 등 헌법에 명문화된 조항을 근거로 보장된다.

특히, 우리 「헌법」에서는 살아 있는 개인에 관한 정보로서 위치라는 정보만으로 특정 개인을 알아 볼 수는 없더라도 다른 정보와 쉽게 결합하여 개인을 알아 볼 수 있는 개인정보 중 하나인 개인위치정보에 대해 구체적으로 명시하고 있지 않지만, 「헌법」 제17조에서 모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다고 천명함으로써 헌법이 보장된 사생활의 비밀과 자유 보호를 위해 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」에 개인위치정보의 개념을 명시하고 있다.

「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」 제2조 제1호에 따르면, ‘위치정보’¹⁴⁾이라 함은 이동성이 있는 물건 또는 개인이 특정한 시간에 존재하거나 존재하였던 장소에 관한 정보로서 「전기통신사업법」 제2조제2호 및 제3호에 따른 전기통신설비 및 전기통신회선설비를 이용하여 수집된 것들을 의미한다고 규정했다.

13) 김백유, 「헌법학(II)」, 한성, 2016, 415-416면 ; “인간존엄성은 양도·포기할 수 없으며 자연법 사상에 근거한 초국가적 권리로 특히 세계2차 대전을 통해 대량학살·강제노동·인간에 대한 생체실험 등의 비인간적 만행에 대해 인간성회복 자각이 싹트게 되면서 세계인권선언·유럽인권고약·국제인권선언 등의 국제규범에서 그 내용을 규정하고 각국에서 실현을 지향하고 있다”고 한다.

14) 한국정보보호진흥원, “위치정보 프라이버시 보호를 위한 기술적 방안 연구”, 한국정보보호진흥원, 2006. 5면-6면 ; 유럽연합(EU)의 「개인정보 처리와 프라이버시 보호에 관한 유럽연합 지침」에 의하면, ‘위치정보’란 “전자통신서비스 이용자의 단말장치의 지리적인 위치를 표시하는 전자통신망 내에서 또는 전자통신서비스에 의하여 처리되는 정보이다”라고 정의하였다.

나. 헌법상 개인의 사적인 내밀한 보호영역으로서 개인위치정보 보호

「개인정보보호법」 제2조에서 명시적으로 밝히고 있듯이, GPS·블루투스(Bluetooth)· 초음파(Ultrasonic Sound)·무선네트워크(Wireless Local Area Network), Beacon 등의 위치측위기술(LBT)가 발달되고 그 이용이 확산되면서 침해될 위험성이 상승한 ‘개인위치정보’는 주민등록번호·주소 등과 같이 개인을 용이하게 식별할 수 있거나 그 이외의 각종 정보와 결합해 개인을 식별할 수 있는 사적이고 민감한 개인정보이다.

따라서 개인이 자신의 개인위치정보를 자신의 의사대로 스스로 통제¹⁵⁾하지 못하고 개인의 의사와 관계없이 국가기관 또는 민간인·민간단체 등과 같은 제3자에 의해 무분별하게 침해·유출·악용 될 경우 우리 헌법상 보장되고 있는 개인 사생활과 비밀이라는 기본적 인권과 헌법적 가치는 무참하게 침해·유린될 수밖에 없다.

이러한 점에서 개인에게 민감한 개인위치정보에 대한 실질적인 보호가 이루어질 수 있도록 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」¹⁶⁾ 등에 대한 법제도적 차원에서 입법적 보완 등과 같은 헌법적 보장이 수반되어야 할 필요성이 크다.

4. 위치측위기술(LBT)기술 발전에 따른 개인위치정보 침해방지를 위한 국가의 의무

다양한 분야에서 위치측위기술(LBT)의 이용이 급격하게 증대되고 있는 상황에서 모든 국민이 인간으로서 존엄과 가치를 가진다고 하는 점과 국가는 국민 개개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인·보장할 의무가 있음을 명시적으로 천명한 「헌법」 제10조에 따라 국가는 최고법이자 근본법인 헌법상 보장된 개인의 기본적인 인권이 입법부·행정부·사법부 등과 같은 국가기관들 또는 국가기관 이외인 제3자인 개인·민간단체 등과 같은 타인이 개인의 민감하고 사적인 정보인 개인 위치정보를 무분별하게 침해하지 않도록 보장해야 할 의무가 있음을 알 수 있다.

따라서 헌법의 규범력이 실질적으로 실현되는 데 있어서, 첫 번째 의무¹⁷⁾를 갖

15) 양 건, 「헌법강의」, 법문사, 2009, 383-385면 ; “사생활의 비밀을 침해받지 않을 권리는 본래 소극적인 자유권의 성격을 갖는 것이다. 그런데 행정기관이나 사적 기관이 개인에 관한 여러 정보를 방대하게 수집, 관리하는 현대의 정보사회에 있어서 사생활의 권리는 더 적극적인 자기정보 통제권 즉 자기에게 관한 정보를 스스로 통제할 수 있는 권리로 확대되고 있다”고 하였다.

16) 성낙인, 「헌법학」, 법문사, 2007, 1219면 ; “정보과학기술의 발전에 따라 위치정보의 정확한 파악이 가능해졌다. 반면에 개인의 위치정보에 대한 침해의 우려가 매우 높다. 이에 개인위치정보의 권리 등을 보호하고 있다”라 한다.

17) 정중섭, 「헌법학원론」, 박영사, 2015, 57-58면 ; “헌법의 규범력을 보장함에 있어 제1차적 의무를

는 입법기관·행정기관¹⁸⁾ 및 사법기관 등 국가기관 또는 개인·민간단체 등과 같은 私人에 의하여 개인위치정보가 무분별하게 침해되는 것을 방지함으로써 「헌법」 제10조에 천명한 인간의 존엄성과 가치는 물론 「헌법」 제17조상 사생활의 비밀과 자유라는 기본적 인권이 실질적으로 보장되도록 노력해야 할 보호의무가 있다.

Ⅲ. 위치측위기술(LBT) 발전에 따른 개인위치정보 보호에 관한 국내의 동향분석과 현행 법률상 문제점 검토

1. 국외동향

가. 국제사회에서 개인위치정보 보호 필요성 증가와 동향

최근 위치측위기술(LBT)이 급격하게 발전하고 있는 가운데 국제사회에서 개인 위치정보와 같은 개인의 사적이고 민감한 정보는 개인의 사생활과 자유는 물론 인간존엄성과 인격과도 직·간접적으로 많은 미치기 때문에 일부국가에서만 보호되어야 할 가치가 아니라 범세계적으로 보호해야 할 인류의 중요한 가치로 인정된다.

따라서 국제사회는 1948년 「세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights)」 제12조, 1966년 「시민·정치적 권리에 관한 국제규약 (International Covenant on Civil and Political Rights)」 제17조, 유럽연합일반정보보호규정 (General Data Protection Regulation) 등 법규마련을 통해 첨단기술발전 속에서 성장잠재력¹⁹⁾과 경제적 이익에만 초점²⁰⁾이 맞춘 것이 아니라 개인위치정보 등 다양한 개인정보가 보호되고 불가침²¹⁾되어야 할 보편적 인권으로 보고 관심을 갖고

지고 그 역할을 수행하는 것은 당연히 국가이며, 국가는 구체적으로 ...입법권...을 통해 헌법의 규범력을 유지·보장...헌법의 규범력을 보장하여 입헌주의와 헌법국가를 실현시킨다”고 한다.

- 18) 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」 제3조에 따르면, “방송통신위원회는 관계중앙행정기관장과 협의를 거쳐 위치정보의 안전한 보호와 건전한 이용 등을 위해 위치정보보호이용시책기본방향, 위치정보보호사항, 공공목적을 위한 위치정보이용사항, 위치정보사업·위치기반서비스사업의 안전성·신뢰성향상사항등의 사항이 포함된 시책을 마련하여야 한다”라고 명시하고 있다.
- 19) 박창민, “위치정보의 서비스 동향과 패러다임의 변화”, 「Internet & Security Focus」 5월호, 2013, 24-25면 ; “위치기반서비스(LBS)는 2010년 이후 급속하게 성장을 이루고 있는 스마트폰 시장과 맞물려 성장하고 있으며, 개인위치정보와 엔터테인먼트가 결합하고 ...위치측위가 가능한 단말의 보급확산과 스마트폰 위치측위 플랫폼 개발로 위치기반서비스가 빠르게 발전하고 있다”고 한다.
- 20) 위치측위기술(LBT)가 적용되는 시장규모가 급증하고 있을 뿐만 아니라 다양한 분야로 확대·적용될 수 있는 큰 잠재력에만 주목하다보니 그로 인한 사생활 비밀과 자유의 침해라는 부정적인 측면은 간과하고 있었던 가운데 개인위치정보 침해 등과 같은 기본적 인권침해의 우려도 제기되고 있다.
- 21) 김학성, 「헌법학 강의」, 성민사, 2001, 395-397면 ; “인간존엄성과 불가분의 관계에 있는 사생활의 평온한 유지와 자유로운 형성이 침해당해서는 안 된다는 권리인 사생활비밀과 자유에 대한 불

각국 법제도에 수용²²⁾하기에 이르렀으며, 이처럼 국제사회는 법적 측면에서 개인 위치정보의 보호와 강화를 위한 방향을 제시하고 있다.

나. 국제사회에서의 개인위치정보 보호의 기준과 방향

1) 국제연합(UN)의 「개인정보파일의 규율에 관한 지침」

국제연합(UN)에서 마련·제시한 「컴퓨터화된 개인정보파일의 규율에 관한 지침(Guidelines for the Regulation of Computerized Personal Data Files)」²³⁾은 정확성원칙, 목적구체성원칙²⁴⁾, 관련개인접근원칙²⁵⁾, 보안원칙, 감독·제재 등을 명시하고 있다.

따라서 국제연합에서 마련·제시한 「컴퓨터화된 개인정보파일의 규율에 관한 지침」상 원칙들과 내용은 위치측위기술이 적용된 다양한 분야에서의 기기 등의 이용과 적용이 급증하고 있는 전 세계 여러 국가들에서 개인의 민감하고 사적인 정보인 개인위치정보를 실질적으로 보호하는 데 있어 지켜져야 할 필요성이 크다.

2) 경제협력개발기구(OECD)의 「사생활보호와 개인정보의 국제유통에 관한 가이드라인」

1980년 「사생활 보호와 개인정보의 국제적 유통에 관한 지침(OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data)」를 통하여 공공부문과 민간부문 총망라한 개인의 민감한 사적정보에 대한 국제적 유통현황과 문제를 경제·사회적·법적 측면에서 분석하고 개인정보를 위한 기본사항·지침을 제시했다.

이와 같이 경제협력개발기구(OECD)에서 제시·마련한 「사생활보호와 개인정보의 국제유통에 관한 가이드라인」은 개인참가원칙²⁶⁾·책임원칙·수집제한원칙·이용제

가침에 따라 개인자신의사에 따라 자기생활을 영위하는 것이 위협·침해되어서는 안 된다”고 한다.

22) 국제사회에서 마련된 국제연합의 「컴퓨터화된 개인정보파일의 규율에 관한 지침」, 경제협력개발기구의 「사생활보호와 개인정보의 국제유통에 관한 가이드라인」 등의 원칙과 내용은 미국·프랑스·독일 등 각국에서 개인위치정보보호 관련 법제도에 직·간접적으로 수용되기에 이르렀다.

23) 1990년 UN은 개인정보에 관련된 파일을 보호하기 위하여 「컴퓨터화된 개인정보파일규율에 대한 지침(Guidelines for the Regulation of Computerized Personal Data Files)」을 마련·채택했다.

24) ‘목적구체성원칙(Principle of Purpose-specification)’에 따라 수집·저장이 되는 개인정보는 구체적 목적·개인동의 없이 그 이외의 용도로 이용·공개되거나 일정기간경과 후 저장되어서는 안 된다.

25) ‘관련개인접근원칙(Principle of Interested-person Access)’에 따르면, 개인정보가 수집·저장될 경우 당사자는 개인정보가 어떻게 처리되는지 알아야 하며 잘못된 정보를 삭제할 수 있어야 한다.

26) ‘개인참가원칙(Individual Participation Principle)’에 따르면, 정보관리자로 부터 자신에 관한 개인적 정보를 확인할 수 있어야 하고, 자신의 정보가 어떻게 처리되는 지에 대해 통지받을 수 있어야 한

한원칙·안전성확보원칙·책임원칙·공개원칙 등이 있으며, 이러한 원칙들과 여러 내용은 각국에서의 개인위치정보 보호를 위한 지침이자 방향으로서 의미가 있다.

다. 각국 동향

1) 미국

미국에서는 GPS·RFID²⁷⁾ 등의 위치측위기술(LBT)이 군사목적·항공목적 등과 같은 공공 분야에서의 특정한 목적 이외에도 게임 등 민간분야를 포함한 다양한 분야에서 활용되면서 그 이용이 급증하고 있다. 그리고 미국을 비롯한 각국에서 더욱이 스마트폰 등과 같은 여러 장치에 위치측위기술이 적용된 GPS·WiFi 등이 장착되는 경우와 같이 혼합형측위기술의 경쟁이 높아지고 관련시장의 규모²⁸⁾가 급증하였다. 또한 GPS를 기반으로 하여 실외측위기술에 초점이 맞추어졌던 과거와는 달리 앞으로는 실외측위기술과 함께 실내측위기술도 급격히 발전할 것이다.

이러한 가운데 미국에서 「미국연방헌법」의 프라이버시·통신자유 등을 근거로 보호되고 있는 개인위치정보가 무분별하게 수집·유출·저장·악용 등이 될 위험성²⁹⁾이 증대됨에 따라 개인위치정보의 침해문제가 급증하고 개인위치정보 보호 필요성이 점점되고 있는 상황이다. 이에 따라 미국은 개인위치정보 등의 보호를 통해 개인의 자유로운 행위를 보장하고 국제사회에서 제시한 지침을 수용·이행했으며, 이를 위하여 「무선프라이버시보호법안(Wireless Privacy Protection Act)」·「개인위치정보보호법안(Location Privacy Protection Act)」 등이 마련·운영되었다.

2) 유럽

유럽의 각국에서도 다양한 분야에서 위치측위기술(LBT)의 적용과 이용이 급증

다. 이런 요구와 함께 자신의 개인정보의 과기·정정·보완을 요구할 수 있는 권리를 가진다.

27) 주원이/김효선/정영아/홍연찬, “RFID를 이용한 개선된 실내위치 추적”, 「한국산학기술학회논문지」 제18권 제1호, 한국산학기술학회, 2017, 426-428면 ; “미국과 영국에서도 실내 위치추적을 위한 기술로 비접촉식으로 바코드에 비해 인식속도가 빠른 특징을 갖고 있는 RFID기술의 사용이 대두되었다. 이에 따라 실내 위치인식시스템에 대한 많은 연구가 진행·발표되었다”고 한다.

28) 한국전자통신연구원, “위치정보서비스(LBS) 기술 및 시장동향 분석 연구”, 한국전자통신연구원, 2015, 26면 ; “미국은 2012년을 기준으로 이미 스마트폰이용자의 약74%가 위치정보기술이 적용된 위치기반서비스를 사용하는 것으로 분석되었으며, 2014년 미국의 위치정보기술(LBT)와 관련된 위치정보서비스(LBS)시장의 규모는 약38.6억 달러이며, 연평균성장률이 무려 약29.04%로 가파르게 성장하고 있으며, 2019년에는 약138.1억 달러에 이를 것으로 전망되고 있다”라고 한다.

29) 조용혁, “개인위치정보의 보호에 관한 법률적 고찰”, 「정보화정책 제12권 제2호」, 한국정보사회진흥원, 2005, 123-124면 ; “1999년 미국 New Hampshire에서는 인터넷사이트를 이용해 직장 위치를 알아낸 스토커에 의해 여성이 살해되는 사건(Remsburg v. Docusearch)이 발생했다”고 한다.

대하고 있는 만큼 국제연합(UN)과 경제협력개발기구(OECD)에서 제시한 「컴퓨터화된 개인정보파일의 규율에 관한 지침」, 「사생활보호와 개인정보의 국제유통에 관한 가이드라인」 등에서 마련·제시된 원칙과 내용들은 유럽 각국들의 개인위치정보와 관련된 법제도에 지침과 방향을 제시하는 등의 영향을 미칠 수밖에 없다.

유럽연합에서 ‘위치정보’란 통신망 내에서 전자통신서비스이용자에 관한 단말장치에서 지리적인 위치를 확인할 수 있는 네트워크에서 처리되는 정보라고 규정하면서, 「전자통신 분야의 개인정보보호에 관한 규칙(European Parliament and the Council concerning the Processing of Personal Data and the Protection of Privacy in the Telecommunications Sector)」을 마련하였으며, 유럽연합에서 사적이고 민감한 개인위치정보 등의 개인정보의 실질적인 보호를 위해 합의된 원칙들³⁰⁾도 제시되었다.

아울러, 2016년 유럽연합(EU)은 개인정보보호일반규정(GDPR)³¹⁾을 마련함으로써 개인의 사적인 취향·견상 등뿐만 아니라 사용자들의 민감한 개인위치정보가 침해되지 않도록 관리와 감독을 강화함으로써 개인위치정보 등의 다른 정보와 식별하기가 용이한 개인위치정보의 보호를 통하여 개인이라는 정보주체의 사생활과 비밀 자유를 보장하는 동시에 인간존엄성·가치를 보호하기 위하여 노력하고 있다.

라. 우리나라에의 시사점

우선, 국제사회에서 개인 사생활의 비밀과 자유를 실질적으로 보호하기 위해 개인위치정보 등의 개인정보 보호에 관한 「컴퓨터화된 개인정보파일의 규율에 관한 지침」·「사생활보호와 개인정보의 국제유통에 관한 가이드라인」 등을 마련·채택했다. 이러한 국제규범의 원칙과 내용은 각국의 다양한 분야에서 위치정보기술(LBT) 발달한 상황에서 개인위치정보 관련법과제도의 방향과 지침이 될 수 있음을 알 수 있다.

30) 이영대/최경규, “위치정보 규제와 개인정보 보호”, 「규제연구」 제13권 제2호, 한국경제연구원, 2004, 184-186면 ; “유럽연합차원에서는 「프라이버시 보호 및 개인정보의 유통가이드라인(Guidelines Governing the Protection of Privacy and Transborder Data)」와 「개인정보 자동처리에 있어서의 보호 협약(Convention for the Protection of Individuals with regard to the Automatic Processing of Personal Data)」이 규준이 되자 동 협약에서 정보의 공정한·적법한 보유, 보안유지, 목적이 달성된 정보폐기, 본래특정목적 정보이용, 시간에 따른 갱신 등이 제시됐다”고 한다.

31) 일반정보보호규정(General Data Protection Regulation)에 따라 유럽연합회원국들 간 개인정보·의료정보·금융정보 등 중요한 개인정보가 저장·전송되는 위치를 비롯해 방법·관련정보접근 시 정책·감사를 관리·감독해야 한다. 이에 따라 유럽연합회원국들과 교류하는 모든 국가는 개인위치정보의 저장과 전송 등과 관련하여 보안을 위한 관리와 감독을 위한 대비가 필요한 상황이다.

둘째, 위치측위기술(LBT) 발전 속도가 비약적으로 이루어지고, 그 적용범위가 급속히 확산되고 있음은 물론 정보통신 등 여러 기술과 융합³²⁾되면서 관련법제도가 이에 적절하게 대응하지 못하고 있다 이러한 상황은 우리나라에도 마찬가지로 나타나고 있으며 위치측위기술(LBT)의 발전·급격한 이용확산에 따른 개인위치정보와 관련 법제도가 적절하게 대응하는지 확인해야할 필요성이 큼을 알 수 있다.

셋째, 세계 각국에서 위치측위기술(LBT) 관련시장이 급격하게 발전하는 가운데 사생활비밀·자유 침해방지논의 보다는 시장창출·산업이 주목받으며 위치측위기술의 규제가 용이하지 않은 것이 현실이다. 이에 따라 장기적인 안목에서의 개인위치정보 발전은 물론 보호시스템도 균형적으로 함께 마련되어야 함을 알 수 있다.

넷째, 정보사회에서 개인위치정보가 사이버공간상에 유출되면 원상회복하기 위해서는 막대한 시간·인력·장비·재정이 소요됨은 물론 원상회복하기가 사실상 용이하지 않기 때문에 사후적 구제 보다는 사전예방적인 대응이 필요함을 알 수 있다.

마지막으로, 유럽연합의 「개인정보보호일반규정(GDPR)」 등의 사례에서 알 수 있듯이, 전 세계 각국에서 개인위치정보의 보호·관리·감독 강화를 위한 입법마련·입법개선 등이 촉구되고 있음에도 불구하고 법제도적 측면에서의 대비가 미흡한 실정이다. 따라서 국제사회에서 제시한 개인위치정보 보호추세에 적절하게 대응하기 위하여 우리나라에서도 개인위치정보 등의 개인정보에 관한 「컴퓨터화된 개인정보파일의 규율에 관한 지침」·「사생활보호와 개인정보의 국제유통에 관한 가이드라인」·「개인정보보호일반규정(GDPR)」 등에서 마련·제시한 국제적 기준인 원칙과 내용을 따라 민감하고 사적인 개인위치정보 보호와 관련된 「개인정보보호법」·「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」 등을 합리적으로 개선해야할 필요성이 증대됐음을 알 수 있다.

2. 국내입법실태

가. 관련 입법현황

국외에서 위치측위기술(LBT)의 이용확산에 따라 개인위치정보가 무분별하게 유출되면서 그 보호필요성이 점증되는 가운데 우리 「헌법」 제17조는 모든 국

32) 박창민, 앞의 논문, 24-25면 ; “스마트폰은 기지국(Cell-ID), GPS, Wi-Fi 등을 기반으로 한 위치측위 기술과 정밀항법을 이용한 위치측위메커니즘, Google Map, Apple Map 등 지도와 결합해 종합적으로 활용할 수 있다. 서비스관점으로는 위치측위기술을 기반으로 소셜네트워크서비스, 증강현실(AR, Augmented Reality), 모바일게임·광고 등 각종 서비스와 연계한 위치기반서비스가 가능하게 되고 위치정보를 활용한 긴급구조 등 사회안전망으로서도 그 활용성이 커졌다”고 한다.

민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다고 천명함으로써 사적이고 민감한 개인위치정보가 무분별하게 침해되지 않고 충분히 보호될 수 있도록 법제도적 장치를 마련하기 위한 구체적 입법마련을 명령하고 있다. 이처럼 최고법이자 근본법인 「헌법」 상 보장된 개인사생활의 자유·비밀의 보호 필요성이 큰 상황에서 국내에서도 여러 개인정보 중 하나인 개인위치정보 보호와 관련된 법률로 「개인정보보호법」, 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」 등이 입법되기에 이르렀다.

나. 「개인정보보호법」

「개인정보보호법」은 정보주체인 개인위치정보 등 개인정보의 처리·보호사항을 명시함으로써 개인의 자유와 권리를 보호하고, 나아가 개인존엄의 보호·구현함을 목적으로 제정되었다. 동법은 개인정보보호원칙을 비롯해 개인위치정보 등과 같은 개인정보보호 관련 정책수립·처리·벌칙 등에 관한 구체적 내용들을 포함하고 있다. 이러한 「개인정보보호법」 상 원칙과 내용들은 개인정보들 중 하나인 개인위치정보에도 적용된다.

다. 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」

「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」³³⁾은 개인위치정보의 유출·오용·남용으로부터 개인일상생활 중 상시적으로 발생하는 위치정보의 안전한 이용환경을 조성해 위치정보의 이용을 활성화함으로써 국민생활 향상과 공공복리 증진에 이바지함을 목적으로 마련됐다. 2016년에 위치정보의 사회환경변화에 대응하기 위하여 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」의 일부내용³⁴⁾을 개정되었다.

33) 2005년 위치정보라는 민감하고 사적인 개인정보를 보호함으로써 국민의 사생활을 보호하고 위치정보의 안전한 이용환경조성을 목표로 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」이 입법됐다.

34) 개정을 통해 사물위치정보사업상 허가제를 신고제로 완화하고, 소규모사업자를 위한 신고간주제도 도입, 동의규제 관련 소유자사전동의 없이 사물위치정보처리가능 등이 이루어지게 되었다. 위치정보서비스를 이용하는 사용자피해구제를 강화하고 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」 상 위반행위의 규제실효성을 확보하고자 「정보통신망법」 등에서 도입한 법정손해배상제도와 징벌적 손해배상제도를 마련하고 형사처벌 이외 시정조치·과징금규정 등을 추가하였다.

3. 현행 법제도상 문제점

가. 현행 법제도상 개인위치정보 보호여부

위치측위기술(LBT)의 급격한 발전으로 인해 기존에는 GPS를 중심으로 실외의 개인위치정보 침해가 주로 문제되었지만 앞으로는 실외개인위치정보뿐만 아니라 방문한 건물내부에서 어떻게 움직이고 생활하는지와 관련된 실내의 개인위치정보가 여실히 침해될 위험성도 증대됐다. 그리고 개인정보 보호를 위한 기본법인 「개인정보보호법」 이외에도 개인위치정보와 관련해 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」이라는 별도의 법규를 마련함으로써 개인위치정보를 보호하고 있었지만 2016년 동법에 따라 동의 없이 사물위치정보를 처리할 수 있게 되었다.

그러나 사물위치정보를 통하여 개인위치정보가 여실히 파악될 수 있는 가능성이 큰 상황이지만 관련법제도는 미흡한 것이 현실이다. 예를 들어 ‘정의’에 관한 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」 제2조에서는 ‘위치정보’³⁵⁾와 ‘개인위치정보’³⁶⁾를 다른 개념으로 구분하여 그 정의를 명시했지만, 동법·동시행에서 양 개념을 혼재해 이용하여 혼동이 적지 않는 등의 문제점들³⁷⁾이 나타나고 있다.

아울러, 최근에 매년 위치기반서비스사업을 제공하는 외국기업들이 국내에서 활동하는 사례가 갈수록 급증하는 가운데 다양하고 다량의 개인정위치정보 등의 개인정보가 국외로 이전하는 경우가 급증하고 있지만 적절한 대응이 미흡한 실정이다.

더욱이 개인위치정보에 관한 법률인 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」상 개인위치정보와 사물위치정보가 다른 개념이지만 사물위치정보가 개인위치정보와 마찬가지로 엄격한 신고절차·소유자사전 동의 등의 엄격한 규제를 받고 있어 신규서비스지연 등으로 인하여 자율자동차·증강현실게임·드론택배사업·사물인터넷 등과 같은 위치정보기반 관련시장이 위축될 수 있다는 문제가 제기되었다.

35) 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」 제2조 제1호에 따르면, ‘위치정보’는 “이동성 있는 물건 또는 개인이 특정시간에 존재하거나 존재했던 장소관련정보로 「전기통신사업법」 제2조 제2호·제3호에 따른 전기통신설비·전기통신회선설비를 이용해 수집된 것을 말한다”고 명시했다.

36) 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」 동조 제2호에 의하면, ‘개인위치정보’이란 “특정 개인의 위치정보를 의미하는 것으로 위치정보만으로는 특정 개인의 위치를 알 수 없는 경우에도 다른 정보와 용이하게 결합해 특정 개인의 위치를 알 수 있는 것을 포함한다”고 규정하고 있다.

37) 업윤령, “위치정보보호법의 입법론적 개선방안 검토”, 「연세의료과학기술과 법」 제5권 제2호, 연세대학교 법학연구원 의료과학기술과 법센터, 2014, 62-63면 ; “현행 위치정보 개념의 포괄성과 기준의 불분명성 등이 지적되고 있으며, 개인위치정보의 수집·이용·제공의 허용조건으로서 기능하는 동의의 범위 내지 방식 역시 구체적이지 못하다는 비판이 있다”고 한다.

나. 위치측위기술(LBT)의 동의·수집단계상 문제점

최근 위치측위기술(LBT)이 군사목적·항공목적 등 공공분야에서의 특수목적 이외에도 게임 등 상업목적을 위해 민간분야에서 그 이용이 급증하고 있는 상황에서 개인위치정보는 주소 등의 통상의 개인정보와는 다르게 실시간으로 개인의 실시간 위치를 파악할 수 있는 민감한 정보이고 위치측위기술(LBT)을 통해 자동적으로 많은 양의 위치정보가 수집될 수 있다는 점에서 기존의 허가제를 신고제³⁸⁾로 전환함으로써 동의 없이 사물위치정보 처리가 가능하도록 하여 법적 규제를 감소시켰지만 위치측위기술의 급격한 발전에 대한 충분한 관리·감독방안이 미흡하다.

아울러, “긴급구조를 위한 개인위치정보 이용”에 관한 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」에 따라, 일정경우³⁹⁾ 긴급구조기관은 급박한 위험으로부터 국민의 생명·신체보호를 위해 「경찰법」 제2조에 따른 경찰청·지방경찰청은 위치정보사업자에게 특정사항특정사항⁴⁰⁾에 해당하는 개인위치정보제공 요청이 가능하다.

이러한 가운데 매년 국가기관에 의한 개인위치정보 조회가 급증함으로써 긴급구조를 위해 제공되는 개인위치정보가 남용되는 것 아니냐는 지적⁴¹⁾도 있으며, 이 경우 전 국민의 개인정보가 긴급구조를 이유로 국가기관에 의하여 개인위치정보가 무분별하게 유출·수집 등이 될 수 있는 대상이 되어 개인위치정보라는 기본적인 인권 침해수단 및 국가통제수단으로 전락할 수 있는 위험성이 큰 것으로 지적되고 있다.

38) 김철수, 「헌법학개론」, 박영사, 2007, 730-732면 ; “사생활의 비밀의 보호를 철저히 하기 위해서는 개인정보시스템을 설치할 때 일정기관에 의한 허가제도 한 방법일 수 있다. 그러나 공적 부분의 행정이나 사적 부분의 능률화·효율화라는 관점에서 허가제가 번거로운 경우 등록제로 하면서 필요한 최소한의 법적 규제를 통해 철저히 감독하는 방법도 생각할 수 있다”고 한다.

39) 개인위치정보주체와 개인위치정보주체의 배우자, 개인위치정보주체의 2촌 이내친족 또는 「민법」 제928조에 따른 미성년후견인의 긴급한 구조에 대한 요청이 제기된 경우에는 긴급하게 구조해야 하는 상황에 대한 여부를 판단하여 위치정보사업자에게 개인위치정보제공을 요청할 수 있다.

40) 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」 제29조 제2항 제1호·제2호 및 제3호에 따라 경찰은 “생명·신체 위협하는 급박한 위험으로부터 자신 또는 다른 사람 구조필요 자 보호를 위한 구조요구 시 구조요구자의 개인위치정보”, “구조 받은 사람이 다른 사람에게 구조요구 시 구조 받게 될 자의 개인위치정보”, “실종아동 등의 보호 및 지원에 관한 법률」 제2조제2호에 따른 실종아동 등의 생명과 신체의 보호를 위하여 동법 제2조제3호에 따른 보호자가 실종아동의 긴급한 구조가 요청될 시 실종아동의 개인위치정보” 등 경우에 개인위치정보제공요청이 가능하다.

41) 김성수의원 위치정보조회관련 자료(http://blog.naver.com/kss_0909/220818313727) ; “김성수 의원실에 따르면 ‘신속하고 정확한 긴급구조를 위하여 제공이 되는 여러 통신사들의 개인위치정보가 2015년 우리 국민 약6명 중 약1명 꼴로 국가기관 제공되고 있는 것으로 드러나 국가기관의 개인위치정보 오남용에 따른 인권침해가 우려되며, 소방방재청·해양경찰청·경찰관서 등 국가기관에서 이루어진 개인위치정보 조회는 2012년 약5,988,838건, 2013년 약7,379,799건, 2014년 약7,229,252건, 2015년 약8,541,638건, 2016년 상반기 약4,753,275건 등으로 매년 증가하고 있다”고 언급했다.

다. 위치측위기술(LBT)의 이용·제공단계상 문제점

급격히 발전한 위치측위기술(LBT)의 이용확산에 따라 GPS를 중심으로 하는 실외의 개인위치정보는 물론 실내에서 특정시간에 존재했던 장소와 동선에 관한 정보인 실내의 개인위치정보도 파악이 용이해진 상황에서 개인위치정보의 이용·제공단계상에서 보안·관리·감독 등의 통제가 현실적이지 않다는 문제점⁴²⁾이 나타났다.

현재 국내에 개인위치정보를 수집하고 관련서비스를 제공하는 업체는 국내업체는 물론 포켓몬스터 고라는 게임을 출시한 나이엔틱 등 활동하는 상황에서 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」 제5조에 따르면, 개인위치정보사업자허가와 관련해 국내의 개인위치정보수입·관련서비스제공업체는 방송통신위원회에 위치정보사업자·위치기반사업자로 신고·허가를 받아야지만 일부사업자는 사업자신고 등 현행법인 식도 미흡해 신고조차 하지 않은 경우⁴³⁾도 있어 개인위치정보침해⁴⁴⁾가 우려된다.

라. 위치측위기술(LBT)의 관리·감독단계상 문제점

위치측위기술(LBT)의 발전과 이용급증 속에서 앞으로 더욱 공공분야와 민간분야의 양 분야에서 개인위치정보가 수집·저장·유출·악용 등이 될 수 있는 기본권 침해위험성이 현저하게 상승했지만 관리감독인원부족 등 통신사의 “개인위치정보의 요청 및 방식 등”에 관한 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」 제30조 제1항·제2항 및 제3항 위반⁴⁵⁾ 등에 대한 관리·감독 및 통제가 불충분⁴⁶⁾하다.

42) 과거에 GPS를 통한 실외 개인위치정보에 중점을 둔 위치정보사업과 위치기반서비스사업이 대부분이었지만, 위치측위기술(LBT) 발전에 따라 앞으로는 실외 개인위치정보는 물론 실내 개인위치정보의 이용·제공문제가 증대될 것이지만 이에 대한 법제도차원에서의 대응이 미흡한 실정이다.

43) 아이뉴스24뉴스, “위법 논란 포켓몬고 부라부라 위치기반사업자 신고” 아이뉴스24뉴스, 2017. 02. 03. ; “포켓몬고는 위치기반사업자로 신고되지 않았다는 사실이 알려지면서 위법논란을 낳았다. 정부는 현행법상 위치기반사업자로 신고하지 않고 영업하는 업체에 최대 3회까지는 빨리 신고하라는 개선권고를 내린다. 나이엔틱은 방송통신위원회의 개선권고 3회 한도 안에 사업자신고를 했기 때문에 법적 제재는 받지 않을 전망이다. 방송통신위원회의 관계자는 3회까지 개선권고를 내릴 수 있는데 이안에 나이엔틱이 사업자 신고를 해서 법적 책임을 묻기 어렵다”고 한다.

44) 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」 제5조를 위반 시 위치정보사업자는 5년 이하 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처해진다. 또한 동법에 따라 위치기반사업자는 3년 이하 징역 또는 3천만원 이하 벌금에 처해지지만 해당 사업자들이 사업을 개시한 이후에 개선권고를 할 경우에는 법적인 책임과 제재를 하기가 용이하지 않아 개선권고 전 까지 범규위반이 발생할 가능성과 위험성이 적지 않다. 이러한 경우에 합법적이지 않은 위치기반사업자 또는 위치정보사업자 등 서비스이용자의 많은 개인위치정보가 무분별하고 침해될 수 있는 위험성이 높다.

45) 예를 들어, “개인위치정보의 요청 및 방식 등”에 관한 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」 제30조 제1항·제2항 및 제3항에 따르면, 긴급구조기관·경찰관서 등의 국가기관은 국회안전행정위원회와 위치정보사업자는 국회미래창조과학방송통신위원회에게 개인위치정보의 제공건수·제공일시 등의 개인위치정보 관련 자료를 반기별로 보고해야 하지만 통신사가 이를 지키지 않고 있지만, 방송통신위에서 개인위치정보의 무분별한 침해방지를 위한 인원이 약8명밖에 없어 급증한 개

그럼에도 불구하고 보고의무를 이행하지 않은 통신사에 대한 법적 책임 근거가 없어 통신사에 대한 제재수단과 관리·감독이 소홀하여 국가기관의 개인위치정보 수집통제를 위한 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」의 실효성이 낮다.

특히, 개인위치정보가 무분별하게 유출·거래⁴⁷⁾될 경우 보이스피싱·스팸메일·명의 도용·메신저피싱 등으로 인한 금전적·정신적 피해가 막대하게 발생할 수밖에 없으므로 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」상의 규정을 위반하여 개인위치정보를 침해할 경우에 징역·벌금 등의 벌칙을 지금보다 더욱 강화해야 한다.

4. 개인위치정보 보호를 위한 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」의 개선필요성 증대

가. 위치추위기술(LBT) 발전에 따른 개인위치정보 보호필요성 급증

최근 위치추위기술(LBT)의 급격한 발전과 다양한 분야에서의 이용확산에 따라 개인위치정보가 심각히 침해될 위험성이 큰 가운데 개인의 사적이고 내밀한 정보인 개인위치정보가 무분별하게 침해되지 않도록 방지함으로써 부정적 측면을 최소화하고 긍정적 측면을 최대화하기 위한 개인위치정보 보호필요성⁴⁸⁾이 급증했다.

나. 개인위치정보 보호를 위한 위치추위기술(LBT) 관리·감독강화와 입법적 개선의 필요성 요망

위치추위기술(LBT)의 발전에 따라 나타날 수 있는 위험성을 방지·예방함으로써 헌법상 가치인 사생활의 비밀과 자유 등이 실질적으로 보장될 수 있도록 하기 위해서는 개인위치정보에 대한 관리와 감독 등을 강화하고 법제도적인 측면에서의 보완을 위한 입법적 개선이 기술개발 속도에 적절하게 대응하며 이루어져야 한다.

무엇보다 위치추위기술(LBT)의 급속한 발전 속에서 안전한 개인위치정보이용환경을 조성함으로써 우리 「헌법」에서 보장한 개인의 자유와 권리가 실질적으로 보

인위치정보 유출 등 개인정보침해 관리·감독·방지·예방 등을 실행하기는 충분치 않다.

46) 뉴스위치, “SKT·LGU+ 「위치정보법」 위반 확인”, 뉴스위치, 2016. 09. 22 ; “뿐만 아니라 일부 통신사는 개인위치정보와 관련된 자료를 보고해야 한다는 사실조차 알지 못한 것으로 나타났다”

47) 경기신문, “심부름센터, 휴대전화 정보 빼내 위치추적”, 경기신문, 2015. 12. 30. ; “휴대전화가입자 개인정보 빼내 위치추적에 사용해 온 불법심부름센터업자와 직원이 경찰에 적발됐다. 이들에게 개인정보 넘긴 통신사대리점직원과 개인정보조화를 의뢰한 이들도 무더기 입건됐다”고 한다.

48) 개인위치정보가 한번 유출되게 된다면 다른 개인정보들과 결합해 특정개인의 위치는 물론 사적이고 민감한 부분까지 손쉽게 언제 어디서든 수집·저장·유출·악용 등이 되어 한 개인의 전체적 또는 부분적 인격형성의 자유로운 발현에 부정적 영향을 미칠 수밖에 없다.

호되고, 나아가 개인의 인간존엄성⁴⁹⁾, 개인사생활의 비밀과 자유 등 헌법상에서 보장되는 기본적인 인권들이 현실에서도 실질적으로 보호·실현될 수 있어야 한다.

따라서 입법부는 개인의 사적·민감한 영역으로 특정시간과 장소에 있는 개인의 위치에 관한 내밀한 정보인 개인위치정보를 보호함으로써 「헌법」 제17조상 사생활의 비밀과 자유라는 헌법적 가치를 보장해야 하며, 개인위치정보의 실질적 보호에 관한 관련법제도에 대한 개선·정비·관찰 등 입법부의 의무⁵⁰⁾를 이행해야 한다.

이런 점에서 입법부는 우리 헌법상 보장된 인간존엄, 사생활의 비밀과 자유 등과 같은 헌법적 가치가 실질적으로 보호될 수 있도록 해야 하며, 국가기관과 여러 지방자치단체는 개인위치정보를 보호하기 위해 입법적 제정 또는 입법적 개선을 토대로 관련 계획⁵¹⁾을 충실히 마련·운영함으로써 개인위치정보를 보호해야 한다.

이를 위해 입법부는 국제사회에서 개인정보의 안전한 보호를 위해 마련·제시한 국제연합(UN)의 「컴퓨터화된 개인정보파일의 규율에 관한 지침」, 경제협력개발기구(OECD)의 「사생활보호와 개인정보의 국제유통에 관한 가이드라인」, 유럽연합 일반정보보호규정 등과 「개인정보보호법」상 원칙과 내용을 고려해 개인위치정보 관련 법률인 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」을 개선해야 한다.

IV. 위치측위기술(LBT) 발전에 따른 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」 개선의 방향과 내용 검토

1. 개선방향

오늘날과 같은 첨단과학기술시대에 국내외에서 위치측위기술(LBT)이 과거와 달리 군사목적 등 특수목적·항공목적 뿐만 아니라 민간분야에서의 상업목적 등을 위해 활발하게 이용될 가능성이 급증한 상황에서 국제사회에서 개인정보의 안전한 보호를 위해 마련·제시한 국제연합(UN)의 「컴퓨터화된 개인정보파일의 규율에 관한 지침」,

49) 헌재결 2002. 7. 18, 2000헌마327 ; “헌법재판소는 인간의 존엄과 가치를 모든 기본권의 종국적 목적이자 기본이념이라고 하면서, 인간의 존엄과 가치는 인간의 본질적이고도 고유한 가치로서 모든 경우에 최대한 존중되어야 하는 것이다”고 한다.

50) 홍완식, 「입법학연구」, 피엔씨미디어, 2014, 308-310면 ; “국가가 기본권보호의무를 지니지만 이 법조자가 사회현상을 잘못 진단하거나 변화된 사회환경으로 인해 이런 의무를 적절히 수행하지 못해 기본권을 침해하는 법률이 존재할 경우 법률교정의무나 법률개선의무가 있다고 할 것이다. 또한 아직 기본권침해에는 이르지 않았지만 헌법에 의한 입법의무를 하지 않음으로 인해 기본권침해 가능성이 현존하는 경우에는 우선 법률관찰의무가 있다고 보아야 할 것이다”고 한다.

51) 「개인정보보호법」 제5조 제2항.

경제협력개발기구(OECD)의 「사생활보호와 개인정보의 국제유통에 관한 가이드라인」 등은 우리나라에서의 개인위치정보 보호를 위한 원칙과 개선방향이 된다.

아울러, 국내에서 개인정보처리·보호사항에 관한 기본법인 「개인정보보호법」 상 원칙과 내용도 개인위치정보 보호를 위한 합리적인 개선방안의 방향이 될 수 있다.

따라서 위치측위기술(LBT) 이용확대 속에서 민감하고 사적인 개인위치정보의 무분별한 침해를 방지하기 위하여 마련된 「컴퓨터화된 개인정보파일의 규율에 관한 지침」, 경제협력개발기구의 「사생활보호와 개인정보의 국제유통에 관한 가이드라인」, 「개인정보보호법」 등 국내외규범상 원칙과 내용들은 개인위치정보에 관한 개별법인 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」의 원칙⁵²⁾을 제시·적용된다.

2. 세부원칙

위치측위기술(LBT)의 급격한 이용확대가 이루어지는 헌법현실의 변화 가운데 개인위치정보에 대한 보호방안은 「컴퓨터화된 개인정보파일의 규율에 관한 지침」, 경제협력개발기구(OECD)의 「사생활보호와 개인정보의 국제유통에 관한 가이드라인」, 「개인정보보호법」 등의 세부원칙·기준 및 내용 등에 터 잡아 이루어져야 할 것이다.

따라서 국제연합(UN)의 「컴퓨터화된 개인정보파일의 규율에 관한 지침」 상 정 확성원칙·목적구체성원칙·관련개인접근원칙·보안원칙 등도 개인위치정보보호를 위 한 중요한 세부원칙이 되어야 한다. 아울러, 경제협력개발기구(OECD)의 「사생활 보호와 개인정보의 국제유통에 관한 가이드라인」 상 개인참가원칙·책임원칙·수집제한원칙·이용제한원칙·안전성확보원칙·개인참가원칙·책임원칙·공개원칙 등과 같은 여 러 가지 세부원칙들에 터 잡아 개인위치정보의 보호방안들이 마련되어야 한다.

그리고 「개인정보보호법」 제3조에서 밝힌 개인정보보호원칙도 개인위치정보에 관한 법과 제도의 중요한 세부원칙이므로 동법 동조 제1항부터 제8항까지의 원칙

52) 특정개인의 위치에 관한 정보인 개인위치정보가 위치측위기술(LBT)의 발달과 이용확대과정에서 유출·오용·남용 등과 같이 무분별하게 이루어질 경우 국민 사생활의 비밀과 자유 등의 헌법적 가치가 침해될 수밖에 없다. 따라서 「컴퓨터화된 개인정보파일의 규율에 관한 지침」, 경제협력개발기구(OECD)의 「사생활보호와 개인정보의 국제유통에 관한 가이드라인」, 「개인정보 보호법」 등의 원칙과 기준에 터 잡아 개인위치정보와 관련된 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」 등의 법제도를 합리적으로 개선함으로써 국민의 사적이고 내밀한 개인정보인 개인 위치정보가 심각하게 침해되지 않고 보호될 수 있는 개인위치정보의 안전한 이용환경을 조성하여 위치정보의 이용을 활성화하는 동시에 국민생활의 향상 및 공공복리 증진에도 이바지해야 해야 한다.

은 개인위치정보라는 개인의 자유와 권리를 보호하는 개선방안의 바람직한 방향이 된다.

따라서 「개인정보보호법」 제3조⁵³⁾ 제1항에 따르면, 개인위치정보처리자⁵⁴⁾는 개인위치정보처리목적에 명확히 하고, 그 목적에 필요한 범위에서 최소한의 개인위치정보만을 적법하고 정당히 수집해야 한다. 동법 동조 제2항에 의하면, 개인위치정보처리자는 개인위치정보처리목적에 필요한 범위에서 적합하게 개인위치정보를 처리하고, 목적 외 용도로 활용해서는 안 된다. 또한 동법 동조 제3항에 따르면, 개인위치정보처리자는 개인위치정보처리목적에 필요한 범위에서 개인위치정보의 정확성·완전성·최신성 등이 보장되도록 해야 한다.⁵⁵⁾

3. 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」 개선방안의 세부내용

가. 원칙과 개념 관련 개선방안

「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」에 적용될 원칙과 관련해, 개인위치정보 보호에 있어서 사전예방원칙⁵⁶⁾ 등의 원칙에 터 잡은 개인위치정보의 보호가 필요하다. 따라서 개인위치정보는 사전예방원칙에 따라 보호되어야 한다는 규정 즉 사전예방원칙을 「개인정보보호법」 제3조에 명문으로 포함시켜야 할 필요가 있다.

「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」 제2조에 명문화된 ‘위치정보’와 ‘개인위치정보’가 전체규정에 언급된 가운데 양 개념의 구별을 명확하게 해야하며,

53) 「개인정보보호법」 제3조 제5항에 따르면, 개인정보처리자는 개인정보처리방침 등 개인정보처리 관한사항을 공개해야 하며, 열람청구권 등 정보주체권리를 보장해야 한다. 동법 동조 제6항 따라 개인정보처리자는 정보주체의 사생활침해를 최소화하는 방법으로 개인정보를 처리해야 한다. 동법 동조 제7항에 따르면, 개인정보처리자는 개인정보의 익명처리가 가능한 경우 익명에 의해 처리되도록 해야 한다. 동법 동조 제8항에 의하면, 개인정보처리자는 이 법 및 관계법령에서 규정하고 있는 책임과 의무를 준수하고 실천함으로써 정보주체신뢰를 얻기 위해 노력해야 한다.

54) 「개인정보보호법」 제2조 제5호에 따르면, ‘개인위치정보처리자’란 “업무를 목적으로 개인정보파일을 운용하기 위하여 스스로 또는 다른 사람을 통하여 개인정보를 처리하는 공공기관·법인·단체 및 개인 등을 말한다”고 명시하고 있다.

55) 동법 동조 제4항에 의하면, 개인위치정보처리자는 개인위치정보처리·방법 및 종류 등에 따라 정보주체권리가 침해받을 가능성·위험정도를 고려해 개인위치정보를 안전하게 관리해야 한다.

56) 김일환, “정보사회에서 기본권제한개념의 확대필요성에 관한 고찰”, 「헌법학연구」 제9권 제3호, 한국헌법학회, 2003, 181면 이하 ; “첨단과학기술은 단시간에 전 세계적으로 엄청난 속도의 파급효과를 초래하는 바, 이에 대한 사전적 절차통제가 이루어지지 않은 상황 하에서 이러한 기술들이 시행되고 작동된 후에 국가기관을 통한 사후통제나 몇 몇 개인의 사후적 권리구제를 통하여 이에 효과적으로 대응한다는 것은 처음부터 불가능하다”고 한다.

특히 ‘개인위치정보’와 ‘사물위치정보’의 규제 있어 동일시하지 않고 규제의 엄격성에 있어 개인위치정보 보다 사물위치정보에 대한 규제를 완화하여 드론·증강현실 게임·사물인터넷·드론 등 위치기반·사물위치정보사업을 더욱 활성화해야 한다.

이러한 노력을 통하여 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」의 입법목적에서 밝힌 바와 같이 위치정보의 안전한 이요환경 조성뿐만 아니라 국가가 개인위치정보 침해를 예방⁵⁷⁾함으로써 위치정보의 이용의 활성화도 이루어야 한다.

이를 위하여 입법적 차원에서 사물위치정보사업의 허가제를 신고제로 완화하고 개인위치정보가 포함되지 않은 사물위치정보에 한해 소유자의 사전동의가 필요 없게 하는 등의 개선을 통해 개인위치정보와 개인사물위치정보가 안전하게 활용될 수 있도록 있어야 한다. 단, 경우에 따라 사물위치정보가 곧 개인위치정보가 될 수 있는 경우도 발생할 수 있으므로 사물위치정보를 통하여 개인위치정보와 직접 또는 간접적으로 알 수 있도록 함으로써 사물위치정보가 수집·유출 등이 될 경우 개인의 사적이고 민감한 영역이 무분별하게 침해될 수 있는 경우에는 사물위치정보도 개인위치정보에 준하는 엄격한 통제와 규제가 수반되도록 해야 한다.

나. 개인위치정보사업 허가과 개인위치정보 보호 관련 개선방안

1) 개인위치정보사업 허가

「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」 제5조에 따르면, 개인위치정보사업자 허가과 관련하여, 국내에서 위치정보를 수입하고 관련서비스를 제공하는 업체는 방통위에 위치정보사업자나 위치기반사업자로 신고해 허가를 받아야 하며, 받지 않을 경우에 위치정보사업자는 5년 이하 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처해지고, 위치기반사업자는 3년 이하 징역 또는 3천만원 이하 벌금을 내야 한다. 이 경우 방송통신위원회는 3회까지 개선권고를 내릴 수 있다. 이로 인하여 개선권고에 따라 정부신고가 이루어지더라도 법적으로 책임을 전혀 묻지 못한다. 따라서 개인위치정보사업자와 위치기반사업가 사업신고를 하지 않고 사업을 개시한 시점부터 개선·권고까지 발생할 수 있는 개인위치정보가 침해될 위험성이 적지 않다.

이런 점에서 한번 수집·저장·유출 등이 된 개인위치정보를 원상회복하기란 불가

57) 정혜영, “기본권보호의무와 재산권”, 「헌법학연구」 제19권 제4호, 한국헌법학회, 2013, 245-246면 “보호의무는 기본권적으로 보호되는 제3자의 법익에 대한 사인의 침해를 방어하고 그러한 위험을 예방⁵⁷⁾하는 국가의 의무이다. 국가는 원칙적으로 위험을 예방할 의무가 있다. 나아가 국가는 과학기술의 발전에 따라 관련 법규를 개정할 의무가 있다. 따라서 입법자는 변화된 상황에 법률이 적합하도록 재규정하고 감시할 의무가 있다”고 한다.

능하고 시간·인력·장비·재정 측면에서 그 피해가 막대하고 개인위치정보사업자라는 특성상 대량으로 개인위치정보가 침해되므로 사전예방적인 측면에서 개인위치정보가 보호되기 위해서는 3회라는 개선권고 없이 신고·허가를 받지 않은 위치기반사업자와 위치정보사업자에게 바로 징역 또는 벌금을 내리고 강화⁵⁸⁾해야 한다.

2) 개인위치정보 수집·이용·제공·파기

「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」상의 개인위치정보는 개인·시간⁵⁹⁾·장소⁶⁰⁾에 관하여 수집⁶¹⁾된 정보이라는 개인위치정보의 특성, 위치측위기술(LBT)의 기능과 특징 등을 종합적으로 고려하여 수많은 개인위치정보의 수집·이용·제공·파기 등에 관련된 규정을 법제도적인 측면에서 합리적으로 개선해야 할 것이다.

다. 개인정보처리자와 긴급구조를 위한 개인위치정보 이용 관련 개선방안

1) 개인정보처리자

다양한 분야에서 개인위치정보의 취급이 확대는 상황에서 앞으로 위치측위기술(LBT)이 급격하게 발전함에 따라 대량의 개인위치정보의 수집·저장 등이 간편하게 될 위험성이 증대됨에 따라 유출될 수 있는 개인위치정보의 양이 급증하였다.

이러한 가운데 업무를 목적으로 처리되는 개인위치정보에 의해 알아 볼 수 있는 사람인 개인위치정보주체의 개인위치정보를 운용하기 위해 스스로 또는 다른 사람을 통하여 개인정보를 처리하는 공공기관·법인·단체 및 개인 등이 집적된 대량의 개인위치정보 즉 전 국민 또는 상당수 국민의 수많은 개인위치정보를 다룰 수밖에 없는 상황에서 사전예방적인 차원에서 관리·감독이 이루어져야 해야 한다.

더욱이 개인정보처리자는 국내법인뿐만 아니라 외국법인의 활동도 급증하고 있으며, 외국법인에 의한 국민의 개인위치정보가 무분별하게 수집·유출·악용 등이 될

58) 수집 또는 수백만의 개인위치정보가 실사가 유출·침해될 수 있는 중대한 사안이고 해당사업자가 해당서비스를 통해 취득하는 경제적 이익이 큰 만큼 위반 시 징역과 벌금은 더욱 강화해야 한다.

59) 한국정보보호진흥원, 앞의 보고서, 2006, 3-4면 ; “개인위치정보는 시간흐름에 따라 계속 변화하는 동적 정보로 위치정보의 변경여부·변경량·변경시간·변경이력 등 동적 요소가 중요한 의미를 내포하며, 위도·경도·고도는 물론 그런 지리적 위치가 수집된 시점을 구성요소로 한다”고 한다.

60) 한국정보보호진흥원, 위의 보고서, 2006, 3-4면 ; “개인위치정보 관련 장소의 특성은 위·경도 값과 같은 지리적 좌표 값으로 표현되며, 서울시 종로구 세종로 1번지와 같은 행정정보 또는 청와대의 지형·지물·지명으로 표현되며, 현재시점의 고정적 지리정보에 한정치 않고, 위도·경도·고도 등 특정 시각지리위치와 함께 방향성·속도를 포함하므로 미래위치정보까지 유출하는 특성이 있다”고 한다.

61) 한국정보보호진흥원, 위의 보고서, 2006, 3-4면 ; “개인위치정보는 전기통신설비와 전기통신회선설비를 모두 이용하여 수집된 정보이다”고 한다.

가능성이 증대되고 있기 때문에, 대량의 개인위치정보가 유출될 경우 처벌 등을 실질적으로 할 수 있도록 외국기관과의 수사공조 등의 협력이 강화되어야 한다. 또한 개인정보처리자가 국가기관일 경우는 개인위치정보가 국가통제수단으로 전락하는 것을 방지하기 위해 공공기관에 의한 개인위치정보에 대한 이용을 엄격히 제한해야 하며, 사전예방적인 방법과 사후구제 등의 모든 방법을 고려해야 한다.

2) 긴급구조를 위한 개인위치정보 이용에 대한 통제

“긴급구조를 위한 개인위치정보 이용”에 관한 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」에 따라, 급박한 위험으로부터 국민의 생명·신체를 보호하기 위하여 긴급구조요청 시 긴급구조기관이라는 국가기관은 긴급구조상황여부를 판단하여 위치정보사업자 등에게 사적이고 민감한 개인위치정보의 제공을 요청할 수 있다.

그러나 매년 경찰서·소방방재청 등의 국가기관에 의한 개인위치정보 조회가 급증함으로써 긴급구조를 위해 제공되는 대량의 개인위치정보가 유출되는 위험성이 적지 않은 가운데 현재 언제 어떤 종류의 개인위치정보 또는 얼마나 많은 양의 개인위치정보가 유출되고 있는 지 정보주체당사자가 알 수 없으므로 이를 언제나 용이하게 알 수 있도록 법과 제도적인 차원에서 통제장치를 고려·마련해야 한다. 즉, 개인위치정보의 제공을 요청할 수 있는 국가기관이 개인위치정보에 대한 수집·추적 등에 있어 남용하는 경우가 발생할 경우 강화된 제재가 마련되어야 한다.

특히, 국가기관에 의해 긴급구조목적으로 개인위치정보가 무분별하게 이용됨으로써 개인위치정보가 국가에 의한 국민의 강력한 통제수단으로 전락되어 종국적으로 국민의 소중한 개인정보와 기본적 인권이 무분별하게 침해되는 것 즉 과도한 개인위치정보의 활용을 예방·방지 등의 통제와 규제할 수 있는 제도적 측면에서의 고려를 통한 개인위치정보 보호 등 기본권 보호가 이루어져야 할 것이다.

다. 개인정보침해 조사와 벌칙 개선방안

1) 개인정보침해조사

최근 지속적으로 개인정보침해사태가 계속 발생하고 있으며 그 수법 역시 더욱 교묘해지고 있는 가운데 원인분석과 시정조치까지 적지 않은 시간이 산적하여 관련업무전반에 관해 부족한 인력이 담당하고 있어서 물리적·시간적 등의 측면에서 개인위치정보이용기반 조성에서 중요한 개인정보침해 조사가 충분하기가 용이하지 않으므로 해당인력을 비롯하여 재정 등을 확충하는 방안들을 마련해야 한다.

2) 징역과 벌금

위치기반사업자와 위치정보사업자가 사업을 진행하는 과정에서 수집·유출·저장 등하는 개인위치정보의 수는 수백·수천 개이기보다는 수십 또는 수백만이 넘는 경우가 적지 않아 개인의 실외 또는 실내에서의 활동반경 내지 생활동선과 관련된 개인위치정보가 유출될 경우 이를 원상회복하기가 용이하지 않고 시간·재정·인력 등이 막대하게 소요되는 만큼 위반사항에 대한 벌칙을 현재 보다 강화해야 한다.

무엇보다 개인위치정보와 관련해서 유출·침해될 경우 보이스피싱·명의로용·금전 피해 등과 같은 범죄에 되는 동시에 개인에게 민감한 사생활비밀, 인간의 존엄성 등의 헌법적 가치가 훼손되는 중대한 사안이기 때문에 해당사업자가 해당서비스를 통하여 발생할 수 있는 기본권침해가 큰 만큼 신고의무·동의 없는 위치정보수집 금지의무 등 위반할 경우 징역·벌금은 현재보다 더 강화되어야 할 필요가 크다.

라. 그 밖의 개선사항

개인위치정보에 관한 개별법인 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」에 대한 사업자신고 등의 홍보가 강화되어야 한다. 예를 들어 포켓몬 고(Pokemon Go) 서비스사업을 진행하는 나이엔틱이 사업자신고를 하지 않고 위치정보서비스를 시작하는 등의 경우를 최소화하기 위하여 관련기관의 홍보가 확대되어야 한다.

그리고 개인위치정보 침해방지·예방 등의 홍보와 함께 개인위치정보를 실질적으로 보호하기 위해 국가기관만의 관리감독에만 의존할 수 없으므로 개인·민간단체는 물론 국내에 진출한 위치정보사업자의 효율적인 관리·감독을 위한 국제협력⁶²⁾도 증진할 수 있는 방안을 마련해야 한다. 또한 개인위치정보의 보호와 침해방지실태에 대한 정기적인 개인위치정보영향평가 등도 법제도적으로 고려되어야 한다.

62) 정상조, “위치기반서비스 규제에 관한 연구”, 『Law&Technology』 제12권 제1호, 서울대학교 기술과법센터, 2016, 36-38면 ; “개인정보의 국외이전도 급증함에 따라 개인정보보호원칙에 관한 규범간 조화와 국외이전 및 법집행에 관한 정부간 협력의 중요성도 커지고 있다. 외국의 관련 규범과의 조화 및 상호운용성은 소비자의 개인정보보호수준을 높이고 기업에게 국가 간 상충하는 규범으로 인해 발생하는 불필요한 비용을 절약할 수 있게 해주기 때문에 절실한 과제이다”고 한다.

4. 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」 개선을 통한 개인위치 정보 보호강화 및 개인존엄성·사생활비밀자유 등 헌법적 가치 실현

가. 개인위치정보 보호방안 마련과 개인정보보호 강화

최근 위치측위기술(LBT)의 발전은 공공분야와 민간분야를 구분하지 않고 모든 분야의 실외와 실내 모든 공간에서 개인위치정보를 파악하기 용이할 수 있게 하여 과거와는 달리 개인위치정보가 무분별하게 침해될 기본권침해위험성이 증대된 만큼 입법기관은 입법작용을 통해 개인위치정보의 개별법인 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」 개선 등과 같은 성문법규범의 정립⁶³⁾을 거쳐 법제도적인 차원에서 국민의 권리에 막대한 영향을 미치는 개인위치정보 보호방안을 실질적으로 마련해 개인위치정보 침해방지를 위해 간섭·통제⁶⁴⁾를 강화해나가야 한다.

나. 헌법친화적인 개인위치정보 이용환경조성과 개인존엄성·사생활비밀자유 등 헌법적 가치 실현

개인위치정보의 유출·오용 및 남용으로부터 사생활비밀을 보호하고 개인위치정보를 안전하게 이용할 수 있는 환경을 조성하여 사적이고 민감한 개인위치정보의 이용을 활성화함으로써 국민생활의 향상과 공공복리의 증진에 이바지해야 한다.

그러므로 위치측위기술(LBT) 발전에 따라 개인위치정보 침해위험성이 상승한 위 기⁶⁵⁾ 속에서 개인에게 자유롭고 자율적인 활동을 보장⁶⁶⁾하기 위한 입법적 개선을 통해 국가기관 또는 개인·민단단체 침해를 방지함으로써 국민의 개인위치정보와 사생활이 침해되지 않으면서 위치측위기술과 개인위치정보를 안전하게 이용할 수 있는 환경을 조성하여 헌법친화적인 위치측위기술 이용사회와 헌법국가를 실현해야 한다.

63) 김백유, 「헌법학(Ⅰ)」, 한성, 2016, 1522-1533면 ; “입법용은 국가기관에 의한 일반적이고 추상적인 성문법규범의 정립작용으로 파악하여야 한다”고 한다.

64) 김일환, “첨단과학기술사회에서 헌법의 역할과 기능에 관한 이론적 고찰”, 「토지 공법연구」 제37권 제2호, 한국토지공법학회, 2007, 300-302면 ; “새로운 과학기술의 적용이 국민의 기본권실현을 위협한다면 국가는 이를 허용할 것이 아니라 간섭하면서 통제해야만 한다”고 한다.

65) 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 1997, 399-400면 ; “정보사회화가 발전함으로써 정보가 개인정보까지도 수집·정리·보관·전파의 대상이 된다. 개인이 공개되기를 거리는 자기만의 사적 영역의 정보도 부득이 공개되거나 타인에 의하여 수집·관리되는 경우가 있게 마련이다. 이처럼 사회의 정보화가 급속히 진행되면서 개인의 사생활은 중대한 위기를 맞이하게 되었고 이러한 배경 하에서 대다수 국가들이 사생활을 법률 혹은 헌법의 차원에서 보호하기에 이르렀다”고 한다.

66) 김철수, 「헌법과 법률이 지배하는 사회」, 진원사, 2016, 11-13면 ; “기본권보장은 법치주의와 함께 입헌주의의 중심이 되는 내용이다. 입헌주의에서는 국가권력의 침해로부터 자유권적 기본권의 보호가 중심이 되었다”고 한다.

V. 결론

오늘날과 같은 첨단과학기술시대에 위치측위기술(LBT)이 발전되면서 해당기술이 적용된 각종 기기들이 급격하게 다양한 분야에서 점차 확산되기에 이르렀다. 그 결과 포켓몬 고(Pokemon Go) 등의 게임을 비롯해 수많은 분야에서 위치측위를 이용한 위치정보서비스가 등장하면서 개인의 사적이고 민감한 개인정보인 개인위치정보와 사생활 정보가 심각하게 침해될 새로운 위험성마저 나타게 되었다.

이와 같이 위치측위기술(LBT)이라는 첨단과학기술이 급격한 발전으로 인하여 생활의 편리성이 향상되었지만 개인위치정보의 유출·불법수집·악용 등과 같은 부정적인 경우가 발생될 위험성이 증대되면서 개인의 내밀한 영역이자 사적인 개인위치정보가 무분별하게 침해되는 동시 막대한 양의 개인위치정보가 보이스피싱·사용자계정 탈취·명의도용·스팸메일 등과 같은 범죄에 악용됨으로써 막대한 금전적인 피해 뿐만 아니라 정신적 피해마저 발생할 침해가능성마저 점증되고 있는 것이 현실이다.

더욱이 사업과 시장을 기반으로 하는 서비스형태에서 개인위치정보가 다루어지다 보니 한번 유출될 경우 수백·수천건이 아닌 수백만·수천만 정도의 개인정보가 대량으로 유출되는 초대형의 개인위치정보침해가 발생할 가능성이 현저하게 높다.

이러한 상황에서 현재 우리나라에서는 개인위치정보·개인영상정보 등과 같은 개인정보의 기본법인 「개인정보보호법」과 개인위치정보이라는 개인정보에 관한 개별법인 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」이 입법·운영되고 있는 중이다.

그러나 위치측위기술(LBT)의 비약적 발전에 따라 개인위치정보 보호와 관련해 「개인정보보호법」·「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」 등이 입법됐지만 개인위치정보의 무분별한 유출·침해 등 위험성에 적절히 대응하기가 용이하지 않다.

그 결과 우리나라를 비롯해 전 세계 각국의 다양한 분야에서 위치측위기술(LBT)의 발달과 이용확대가 가능성이 급증하면서 개인에 관한 민감한 정보이자 동적인 정보이며 공공분야·민간분야에서 경제적 가치가 큰 개인위치정보를 충실히 보호하기 위해 관련법제도의 개선 또는 정비가 이루어져야 하며, 특히 개인위치정보에 관한 개별법인 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」의 입법적 보완이 필수적이다.

무엇보다 우리 헌법이 보장하고 있는 개인의 사생활의 비밀과 자유란 개인의 사적이고 민감한 영역에 대한 불가침을 전제로 한 것으로 개인 자신의 인격의 자유로운 발현과 인간으로서 존엄성을 유지하는데 매우 중요한 헌법적 가치이므로 민간하

고 사적인 개인영역에 관한 사항인 개인위치정보가 무분별하게 침해될 경우 우리 「헌법」이 국민에게 보장하고 있는 사생활의 비밀과 자유, 인간의 존엄성과 가치 등의 헌법적 가치가 심각하게 침해될 수밖에 없다. 뿐만 아니라 위치정보를 안전하게 이용할 수 있는 환경이 저해·파괴되고 위치정보의 이용도 활성화되지 않고 저하될 수밖에 없어 국민생활 향상과 공공복리증진에도 악영향을 미칠 수밖에 없다.

더욱이 개인위치정보에 의해서 심각하게 훼손될 수 있는 인간의 존엄성, 사생활의 비밀과 자유 등과 같은 헌법적 가치를 실현하고 국민에게 봉사하기 위하여 입법기관을 포함한 모든 국가기관이 존재하고 공권력행사를 행사할 수 있으므로 개인위치정보에 대한 실질적인 보호를 통해 헌법적 가치가 침해되지 않고 최대한으로 보장될 수 있도록 위치측위기술(LBT)의 발전에 적절하게 대응하여 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」에 대한 입법적 개선이 선제적으로 이루어져야 한다.

그러므로 위치측위기술(LBT)이라는 첨단과학기술이 급격하게 발전하는 상황 즉 개인위치정보를 둘러싼 헌법현실의 급격한 변화 속에서 우리 「헌법」이 천명한 국민 개개인에게 보장한 자유로운 사적인 활동을 영위할 수 있는 자유인 사생활의 비밀과 자유라는 헌법적 가치가 헌법현실과 유리되지 않고 실질적으로 보호될 수 있도록 개인위치정보에 관한 직접적인 법률인 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」이 합리적으로 운영될 수 있도록 나타난 문제점을 개선함으로써 헌법의 규범력이 실효적으로 유지·실현되어 될 수 있도록 개인위치정보가 안전하게 이용되는 헌법친화적인 개인위치정보이용사환경·헌법국가를 구현해야 나아가야 할 것이다.

(논문투고일 : 2017.02.28, 심사개시일 : 2017.2.28, 게재확정일 : 2017.3.17)



▶ 장 인 호

위치측위기술, 개인정보, 위치정보, 개인위치정보, 개인위치정보 보호, 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」 헌법친화적인 기술이용사회, 인간존엄성.

【참 고 문 헌】

I. 단행본

- 김백유, 「헌법학(I)」, 한성, 2016.
_____, 「헌법학(II)」, 한성, 2016.
김철수, 「헌법학개론」, 박영사, 2007.
_____, 「헌법과 법률이 지배하는 사회」, 진원사, 2016.
김학성, 「헌법학 강의」, 성민사, 2001.
권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 1997.
성낙인, 「헌법학」, 법문사, 2015.
양 건, 「헌법학 강의」, 법문사, 2009.
장영수, 「헌법학」, 홍문사, 2015.
전광석, 「한국헌법론」, 집현재, 2014.
정종섭, 「헌법학원론」, 박영사, 2015.
허 영, 「한국헌법론」, 박영사, 2009.
한수웅, 「헌법학」, 법문사, 2015.
홍완식, 「입법학연구」, 피엔씨미디어, 2014.

II. 논문

- 김일환, “첨단과학기술사회에서 효율적인 기본권보호에 관한 예비적 고찰”, 「헌법학연구」 제1권 제2호, 한국헌법학회, 2011.
_____, “첨단과학기술사회에서 헌법의 역할과 기능에 관한 시론적 고찰”, 「토지 공법연구」 제37권 제2호, 한국토지공법학회, 2007.
_____, “정보사회에서 기본권제한개념의 확대필요성에 관한 고찰”, 「헌법학연구」 제9권 제3호, 한국헌법학회, 2003,
박창민, “위치정보의 서비스 동향과 패러다임의 변화”, 「Internet & Security Focus」 5월호, 2013.
엄윤령, “위치정보보호법의 입법론적 개선방안 검토”, 「연세의료과학기술과 법」 제5권 제2호, 연세대학교 법학연구원 의료과학기술과 법센터, 2014.
이영대/최경규, “위치정보 규제와 개인정보 보호”, 「규제연구」 제13권 제2호, 한국경제연구원, 2004.

- 조용혁, “개인위치정보의 보호에 관한 법률적 고찰”, 「정보화정책 제12권 제2호」, 한국정보사회진흥원, 2005.
- 주원이/김효선/정영아/홍연찬, “RFID를 이용한 개선된 실내위치 추적”, 「한국산학기술학회논문지」 제18권 제1호, 한국산학기술학회, 2017.
- 정상조, “위치기반서비스 규제에 관한 연구”, 「Law&Technology」 제12권 제1호, 서울대학교 기술과법센터, 2016.
- 정혜영, “기본권보호의무와 재산권”, 「헌법학연구」 제19권 제4호, 한국헌법학회, 2013.
- 조영수/조성윤/이성호/김재철/최완식, “실내외 연속측위 기술 동향”, 「전자통신동향분석」 제22권 제3호, 2007.
- 한국전자통신연구원, “위치정보서비스(LBS) 기술 및 시장동향 분석 연구”, 한국전자통신연구원, 2015.
- 한국정보보호진흥원, “위치정보 프라이버시 보호를 위한 기술적 방안 연구”, 한국정보보호진흥원, 2006.
- 함인선, “정보사회에서의 개인위치정보의 보호와 이용에 관한 법적 고찰”, 「선진상사법률연구」 제44호, 법무부 상사법무과, 2008.

Abstract

A Study on the Protection of Personal Location Information according to the Development of Location Based on Technology

Chang, In Ho

In many countries all over the world, the recent development of science and technology such as LBT(Location based on Technology) will improve our lives to a certain point, but there will also be negative side effects like the infringement of personal location information. Like most other countries, LBT short for “Location based on Technology” is spreading rapidly throughout South Korea. And the risk and danger of specific personal data such as personal location information infringement is expected to go up exponentially. For example, personal information especially personal location information could be collected by “Pokemon Go” game company in real time when people use “Pokemon Go” Game. But the lack of protection of personal location data, constitutional rights such as privacy and secrecy, humag dignity etc. could be in danger all the time. Likewise, the fact that there is adequate protection laws and system for personal location information. In this situation, nation should take appropriate steps to protect the personal location information in many diverse area. Therefore national organization and people should try to come up with solution to any of the harmful side effects and to realize the secure environment to use LBT. Above all, personal location information which is any data processed in an electronic communication system indicating the

geographical situation of user of communication service or network such as longitude·altitude·direction·latitude etc. are based on fundamental rights such as the freedom of privacy and secrecy and human dignity. It means that infringement of personal location information is a matter of privacy and human dignity. As a result, nation should stop violation of personal location information by improving individual location information related laws and system. Therefore recent law and system for personal location information should be improved to prevent infringement of fundamental human rights like individual location data. Furthermore the legislative branch should make legal system regarding personal location information like 「Act on Protection and Use of Location Information」 · 「Personal Information Protection Act」 ·etc better. to guarantee the constitutional rights such as freedom of privacy and realize constitution-friendly science technology society based on the value of human dignity.



▶ **Chang, In Ho**

Location based on Technology, Personal Information, Location Information, Personal Location Information, Personal Location Information Protection, 「Act on Protection and Use of Location Information」 Constitution-friendly Technological Society, Human Dignity.

취소소송의 대상에 대한 의문과 재검토

- 인용재결이 있는 경우의 논의 현황을 중심으로 -

정 연 부*

【목 차】

- I. 논의를 시작하며
- II. 인용재결이 있는 경우 취소소송의 대상에 대한 논의 현황 및 의문점
- III. 취소소송 대상 설정의 기준 모색
- IV. 취소소송 대상에 대한 행정소송법 제19조의 의미
- V. '재결의 고유한 위법'의 체계적 지위 및 재결이 있는 경우 대상적격
- VI. 논의를 마치며: 재결이 있는 경우 소의 적법성에 대한 管見

【국 문 요 약】

취소소송의 대상적격을 직접 규정하고 있는 대표적인 조항은 「행정소송법」 제19조이다. 동조는 “취소소송은 처분등을 대상으로 한다. 다만, 재결취소소송의 경우에는 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에 한한다”고 규정하고 있다. 동조에 대한 일반적인 해석은 동조가 원처분주의를 취하고 있으며, 재결은 그 자체의 고유한 위법이 있는 경우에 한하여 소송의 대상이 될 수 있다고 이해한다. 그러나 인용재결이 있는 경우 소의 대상을 확정하는 구체적인 논의에서는 이러한 일반론이 그 역할을 충분히 해내지 못하고 있는 것으로 보인다. 행정심판의 재결이 있는 경우 취소소송의 대상을 확정하기 위한 논의는 대체로 두 단계로 이루어지고 있다. 먼저, 「행정소송법」 제19조의 의미와 관련하여 원처분주의와 재결주의에 대한 논의가 이루어진다. 다음으로, 재결의 유형에 따라 대상적격에 대한 구체적인 논의가 이루어진다. 구체적인 논의는 각하재결, 기각재결, 인용재결의 경우에 재결의 고유한 하자를 인정할 수 있는지 여부에서부

* 원광대학교 법학전문대학원 부교수, 법학박사.

터 시작된다. 특히, 인용재결에 대해서는 형성재결·명령재결 등을 비롯하여 다양한 인용재결의 내용에 따라 개별적으로 취소소송의 대상적격이 논의된다. 그런데 이 과정에서 논의는 원처분주의 또는 재결주의와는 그다지 밀접한 관계가 없이 진행되는 것처럼 보인다. 오히려 논의의 평면이 ‘원처분과 재결의 관계’뿐만 아니라, ‘재결과 후속처분과의 관계’ 및 ‘원처분과 후속처분과의 관계’로 확장되며, 더 나아가 조세소송에서의 소의 대상을 확정하기 위한 이론이 적용되기도 한다.

이에 본 연구는 「행정소송법」 제19조를 통해 재결이 있는 경우 소의 대상을 확정하는 과정에 몇 가지 의문점을 갖고 이를 분석하였다. 그리고 의문점을 해결하기 위해 취소소송의 대상설정의 기준을 모색하고, 「행정소송법」 제19조의 의미에 대한 재해석을 시도하였다. 최종적으로 재결이 존재하는 경우 취소소송의 대상을 확정하기 위해, 「행정소송법」 제19조 단서의 “재결 자체에 고유한 위법이 있음”의 체계적 지위를 재정립하였다. 재결이 있는 경우 대상적격을 확정함에 있어 본 연구는 항고소송의 대상적격을 확정하는 가장 기본적인 기준인 ‘처분성’을 관철하고자 하였고, 대상적격 논의에서 간과되는 문제점을 다른 소의 적법요건 및 행정소송상의 절차나 판결의 효력을 고려해 보완하려는 태도를 취하였다.

I. 논의를 시작하며

「행정소송법」 제19조는 취소소송의 대상이라는 조문명 하에 “취소소송은 처분등을 대상으로 한다. 다만, 재결취소소송의 경우에는 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에 한한다”고 규정하고 있다. 따라서 원칙론적으로는 재결이 있는 경우 소송의 대상은 동 조에 따라 확정될 수 있어야 한다. 그러나 동조의 기능에 대한 회의적인 시각은 일찍부터 존재하여 왔다. 재결이 있는 경우 취소소송의 대상에 대한 논의가 여전히 어려운 주제로 남아있는 현실도 이를 반증하는 것이라 할 수 있다.

인용재결이 있는 경우 취소소송의 대상이 무엇인가에 대한 논의는 언뜻 평은한 듯 보이지만, 실제로는 그렇게 보기 곤란하다. 일반적으로 「행정소송법」 제19조가 원처분주의와 재결주의 중에서 원처분주의를 취하고 있다고 본다. 그러나 재결이 있는 경우 구체적인 소의 대상을 확정함에 있어서는 그 의미를 충분히 발휘하지 못하고 있다. 오히려 인용재결이 있는 경우 소의 대상에 대한 논의는 마

치 「행정소송법」 제19조가 원처분주의 혹은 재결주의라는 것과는 상관없이 진행되는 듯한 모습을 보인다.

본 연구는 「행정소송법」 제19조에 대한 구체적인 논의 현황 및 의문점을 본문에서 제시하기로 한다(II). 이어서 제기된 의문점을 극복하고 재결이 있는 경우 취소소송의 대상을 확정하기 위한 방법을 모색하고자 한다. 이를 위해 먼저 취소소송 대상 설정의 기본적인 기준을 검토한다(III). 다음으로 도출된 기준을 바탕으로 취소소송 대상에 대한 「행정소송법」 제19조의 의미를 파악한다(IV). 또한, 「행정소송법」 제19조 단서의 ‘재결의 고유한 위법’에 대해서는 그 체계적 지위를 검토하고, 이를 통해 정리된 「행정소송법」 제19조의 의미에 따라 재결이 있는 경우 대상적격을 확인한다(V). 이상은 대상적격에 국한된 논의였으므로, 그에 따라 간과된 문제를 대상적격 이외의 소의 적법요건 및 소송절차 전반을 고려하여 그 보완가능성을 언급하는 것으로 결론을 삼기로 한다(VI).

II. 인용재결이 있는 경우 취소소송의 대상에 대한 논의 현황 및 의문점

1. 개설

행정심판의 재결이 있는 경우 취소소송의 대상을 확정하는 것에 대한 한국에서의 논의는 일반적으로 크게 두 단계로 이루어지고 있다.

첫째, 「행정소송법」 제19조의 의미와 관련하여 원처분주의와 재결주의에 대한 논의가 이루어진다. 일반적인 견해에 따르면, 우리 행정소송법은 원처분주의를 취하고 있다고 본다. 재결은 그 자체의 고유한 위법이 있는 경우에 소의 대상이 될 수 있다고 한다.

둘째, 재결의 유형에 따라 대상적격에 대한 구체적인 논의가 이루어진다. 구체적인 논의는 먼저 각하재결, 기각재결, 인용재결의 경우에 재결의 고유한 하자를 인정할 수 있는지 여부에서부터 시작된다. 기각재결은 원처분이 그대로 유지되는 것이므로 사정재결이 아닌 한 원칙적으로 재결 자체의 고유한 위법이 인정되지 않는 것으로 본다.¹⁾ 반면, 각하재결이나 인용재결에는 재결자체의 고유한 위법이

1) 이는 일반적인 태도이나, 사건으로는 “기각재결의 경우에는 기각재결을 다투는 것보다 원처분을 다투는 것이 청구인의 권리보호에 더 충실할 수 있다는 점에서 굳이 재결자체의 위법유무를 논

인정된다고 본다. 특히, 인용재결에 대해서는 형성재결·명령재결 등을 비롯하여 인용재결의 다양한 내용에 따라 개별적으로 취소소송의 대상적격이 논의된다.

본 연구는 인용재결이 있는 경우 취소소송의 대상에 대한 논의를 ‘원처분과 재결의 관계’, ‘재결과 후속행위와의 관계’, ‘원처분과 후속행위와의 관계’로 정리하여 살펴보기로 한다. 이는 인용재결이 있는 경우 대상적격 논의의 객체가 되는 행정작용을 기준으로 존재 가능한 관계를 유형화한 분류이다.

2. 인용재결이 있는 경우 취소소송의 대상에 대한 논의 현황

(1) 원처분과 재결의 관계

재결이 있는 경우 소의 대상에 대한 종래의 논의 주제 중에서 ‘일부인용재결이 나 수정재결이 있는 경우 소의 대상’에 대한 논의는 원처분과 재결의 관계를 기초로 한다.²⁾ 학설은 ① 일부취소되거나 수정되고 남은 원처분이 소송의 대상이 된다는 견해, ② 재결이 소송의 대상이 된다는 견해, ③ 일부인용재결과 수정재결을 구분하는 견해로 나누어진다. 일부인용재결과 수정재결을 구분하는 견해에 따르면, 일부인용재결이 있는 경우 남은 원처분이 소의 대상이 되고, 수정재결의 경우에는 재결을 소의 대상으로 삼아야 한다고 본다.³⁾ 한편, 판례는 일부인용재결이 있는 경우 남은 원처분이 소의 대상이 된다고 본다.⁴⁾ 수정재결이 있는 경우에 대해서는 명시적인 판례가 없다. 이처럼 ‘일부인용재결이 나 수정재결이 있는 경우 소의 대상’에 대한 학계와 판례의 논의 평면은 ‘원처분과 재결의 관계’이다.⁵⁾

할 필요가 없다”는 익명의 심사자의 지적에 동의한다. 다만, 어느 이유에서든지 결과적으로 본 연구는 기각재결에 대해서는 특별히 논하지 않기로 한다.

2) 여기서 일부인용재결은 일부취소재결로, 수정재결은 적극적 변경재결로 이해할 수 있다.

3) 박균성, 행정법강의, 박영사, 2016, 720면.

4) 대법원 1993.08.24. 선고 93누5673 판결: “원고에 대한 감봉 1월의 징계처분을 견책으로 변경한 피고의 이 사건 소청결정 중 원고를 견책에 처한 조치는 재량권의 남용 또는 그 범위를 일탈한 것으로서 위법하다는 사유는 이 사건 소청결정 자체에 고유한 위법을 주장하는 것으로 볼 수 없어, 이는 이 사건 소청결정의 취소사유가 될 수 없는 것이라 할 것이다”

5) ‘제3자가 제기한 행정심판에 대해 인용재결이 있는 경우 원처분의 상대방이 인용재결의 취소를 다투는 사안(소위 인용재결로 인하여 비로소 권익을 침해받는 자가 있는 경우)’도 원처분과 재결의 관계가 문제되는 것으로 볼 여지가 있다. 대표적인 사안으로는 행정청이 골프장 사업계획 승인을 얻은 자의 사업시설 착공계획서를 수리한 것에 대하여 인근 주민들이 그 수리처분의 취소를 구하는 행정심판을 청구하자 재결청이 그 청구를 인용하여 수리처분을 취소하는 형성적 재결을 한 경우(대법원 2001.05.29. 선고 99두10292 판결)를 들 수 있다. 제3자가 제기한 행정심판에 대해 인용재결이 있는 경우 원처분의 상대방이 제기하는 취소소송의 대상에 대해 학계의 논의는 크게 처분취소소송설과 재결취소소송설로 구분된다. 처분취소소송설은 원처분의 상대방

(2) 재결과 후속행위의 관계

재결과 후속행위와의 관계에서 취소소송의 대상이 논의되는 경우는 ‘형성재결’과 ‘명령재결’의 경우이다. 형성재결란 행정심판위원회의 재결이 있으면 그에 따라 직접 법률관계가 변동되는 재결을 말한다. 따라서 형성재결에 따른 처분청의 후행행위는 사실행위에 지나지 않으므로 취소소송의 대상이 되지 않는다는 것이 일반적인 설명이다. 판례의 태도도 이와 같다.⁶⁾ 반면, 명령재결이 있으면 행정청이 그 명령에 따른 처분을 하게 된다. 이에 대해 재결에 따른 행정청의 처분소외 대상이 된다는 견해, 명령재결이 소외 대상이 된다는 견해, 명령재결과 그에 따른 처분이 모두 소외 대상이 된다는 견해 등이 있다. 판례는 명령재결과 그에 따른 행정청의 처분이 모두 소외 대상이 된다고 본다.⁷⁾ 이와 같이 학설과 판례는 ‘형성재결’이나 ‘명령재결’이 있는 경우 소외 대상에 대해 ‘재결과 후속행위와의 관계’ 평면에서 논의하고 있다.

(3) 원처분과 후속행위의 관계

원처분과 후속행위와의 관계에서 취소소송의 대상이 논의되는 경우는 ‘변경명

이 다투는 인용재결을 실질적으로 원처분의 상대방에 대한 최초의 처분으로 보고, 이는 「행정소송법」 제19조 본문에 의한 취소소송으로 본다. 반면, 재결취소소송설은 원처분의 상대방이 다투는 인용재결은 원처분에 대한 재결로 보고, 이는 「행정소송법」 제19조 단서에 의한 것으로 본다. 그런데 이와 같은 논의는 소송의 대상이 되는 ‘객체’를 다르게 설정하는 것이 아니라, 소송의 대상이 되는 동일한 객체의 ‘의미’만을 다르게 파악하는 것이다. 즉, 두 학설 모두 ‘원처분에 대해 제3자가 제기한 행정심판의 인용재결’을 소송의 대상이 되는 객체로 본다는 점에서는 동일하지만, 그 인용재결의 ‘의미’ 파악에 있어서 차이가 있는 것이다. 처분취소소송설은 원처분의 상대방 입장에서 인용재결의 의미를 실질적으로는 새로운 ‘원처분’으로 파악한다. 반면, 재결취소소송설은 원처분의 상대방 입장에서도 여전히 재결로 파악한다. 이처럼 ‘제3자가 제기한 행정심판에 대해 인용재결이 있는 경우 원처분의 상대방이 인용재결의 취소를 다투는 사안(소위 인용재결로 인하여 비로소 권익을 침해받는 자가 있는 경우)’에 대한 논의는 소외 대상이 되는 객체의 ‘의미’에 대한 논의로써, 본 연구에서 다루고자 하는 논의의 평면이 달라지는 경우가 아니므로 이하에서는 다루지 않기로 한다.

- 6) 대법원 1998.04.24. 선고 97누17131 판결: “당해 의약품제조품목허가처분취소재결은 보건복지부장관이 재결청의 지위에서 스스로 제약회사에 대한 위 의약품제조품목허가처분을 취소한 이른바 형성재결임이 명백하므로, 위 회사에 대한 의약품제조품목허가처분은 당해 취소재결에 의하여 당연히 취소·소멸되었고, 그 이후에 다시 위 허가처분을 취소한 당해 처분은 당해 취소재결의 당사자가 아니어서 그 재결이 있었음을 모르고 있는 위 회사에게 위 허가처분이 취소·소멸되었음을 확인하여 알려주는 의미의 사실 또는 관념의 통지에 불과할 뿐 위 허가처분을 취소·소멸시키는 새로운 형성적 행위가 아니므로 항고소송의 대상이 되는 처분이라고 할 수 없다”.
- 7) 대법원 1993.09.28. 선고 92누15093 판결: “재결은 행정청을 기속하는 효력을 가지므로 재결청이 취소심판의 청구가 이유 있다고 인정하여 처분청에게 처분의 취소를 명하면 처분청으로서 그 재결의 취지에 따라 처분을 취소하여야 하지만, 그렇다고 하여 그 재결의 취지에 따른 취소처분이 위법할 경우 그 취소처분의 상대방이 이를 항고소송으로 다퉴 수 없는 것은 아니다”.

령재결'의 경우이다. '변경명령재결'이 있는 경우 취소소송의 대상에 대한 학설에는 변경된 원처분이 소의 대상이 된다는 견해, 변경명령재결에 따른 행정청의 후속행위가 소의 대상이 된다는 견해, 변경된 원처분과 행정청의 후속행위가 모두 소의 대상이 된다는 견해가 있다. 한편, 판례는 변경된 원처분이 소의 대상이 된다고 본다.⁸⁾ 이처럼 '변경명령재결'이 있는 경우 취소소송의 대상에 대한 논의 평면은 '원처분과 후속행위의 관계'이다.

경정처분이 있는 경우 조세행정소송에서의 소의 대상에 관한 논의도 원처분과 후속행위와의 관계에서 소의 대상이 논의되는 예로 들 수 있다. 일부 견해는 변경명령재결이 있는 경우 소의 대상을 확정하기 위해 조세행정소송에서의 소의 대상에 관한 논의를 활용하기도 한다. 이와 관련해서는 아래의 '그 밖의 논의 현황'에서 살펴보기로 한다.

(4) 그 밖의 논의 현황

재결이 있는 경우 대상적격의 확정에 관한 논의가 복잡하다는 것을 보여주는 부차적인 예 중 하나는 사법고시나 변호사시험 등을 매개로 한 논의에서 찾아 볼 수 있다. 인용재결이 있는 경우 소의 대상에 대한 논의가 이루어지는 가장 전형적인 형식은 당연히 학계의 논문과 저술이다. 그러나 이러한 형식 외에도 사법고시 또는 변호사시험 등을 매개로 견해를 제시하는 경우도 적지 않다. 물론 그러한 논의 경로 자체가 재결이 있는 경우 대상적격의 확정에 관한 논의를 복잡하게 만드는 원인은 아니다.⁹⁾ 다만, 그 경로로 표출되는 다양한 견해에서 관련 논의가 복잡함을 보여주는 부차적인 예를 찾아볼 수 있다. 특히, 주목할 것은 경정처분이 있는 경우 조세소송에서의 소의 대상에 관한 논의를 변경명령재결에 따른 변경처분이 있는 사례에 적용하는 것으로 보이는 견해¹⁰⁾가 있다는 점이다.

8) 대법원 2007.04.27. 선고 2004두9302 판결: "행정청이 식품위생법령에 기하여 영업자에 대하여 행정제처분을 한 후 그 처분을 영업자에게 유리하게 변경하는 처분을 한 경우(이하 처음의 처분을 '당초처분', 나중의 처분을 '변경처분'이라 한다), 변경처분에 의하여 당초처분은 소멸하는 것이 아니고 당초부터 유리하게 변경된 내용의 처분으로 존재하는 것이므로, 변경처분에 의하여 유리하게 변경된 내용의 행정제처가 위법하다 하여 그 취소를 구하는 경우 그 취소소송의 대상은 변경된 내용의 당초처분이지 변경처분은 아니고, 제소기간의 준수 여부도 변경처분이 아닌 변경된 내용의 당초처분을 기준으로 판단하여야 한다".

9) 법학은 이론과 실무가 긴밀하게 교류하여야 하는 분야이고, 사법고시 및 변호사시험은 실무를 양성하기 위한 가장 중요한 제도라는 점에서 이들을 매개로한 학계의 견해도 법학의 발전을 위한 소중한 자원이라 할 것이다. 따라서 사법고시 및 변호사시험을 매개로 제시된 견해라 할지라도 이를 분석 정리하는 것이 필요한 것으로 보인다.

10) 김남철, 행정법강론, 박영사, 2014, 744면; 김래영, 제3회(2014년) 변호사시험 사례형 기출문제

경정처분이 있는 경우 조세소송에서의 소의 대상과 관련하여, 학설은 당초처분은 경정처분에 흡수되므로 경정처분만이 소의 대상이 된다는 흡수설, 경정처분은 당초처분에 흡수되어 경정처분에 의해 수정된 당초처분이 소의 대상이 된다는 역흡수설, 당초처분과 경정처분은 별개의 처분이므로 모두 소의 대상이 된다는 병존설, 당초처분과 경정처분의 효력은 그대로 유지되지만 경정처분만이 소의 대상이 된다는 병존적흡수설, 당초처분과 경정처분은 결합하여 효력을 유지하지만 당초처분만이 소의 대상이 된다는 역흡수병존설 등이 있다.¹¹⁾ 다수설은 감액경정처분과 증액경정처분을 구분하여 대상적격을 판단한다. 감액경정처분의 경우에는 경정처분은 당초처분에 흡수되어 경정처분에 의해 수정된 당초처분이 소의 대상이 된다는 역흡수설을 취하고 있다. 이와 달리, 증액경정처분의 경우에는 당초처분은 경정처분에 흡수되므로 경정처분만이 소의 대상이 된다는 흡수설을 취하고 있다.¹²⁾ 판례의 태도도 다수설과 같다.¹³⁾

위와 같은 조세소송에서의 소의 대상에 대한 논의를 변경명령재결에 따른 변경처분이 있는 사례에 적용하는 것으로 보이는 견해는 ‘2014년 변호사시험 제1문’ 사례에 위 논의를 적용하고 있다.¹⁴⁾ 2014년 변호사시험 제1문 사례에 등장하는 행정작용은 ① 석유판매업등록을 취소하는 처분(당초처분), ② 당초처분을 사업정지 3개월로 변경하라는 내용의 변경명령재결, ③ 당초처분을 사업정지 3개

해설(1), 고시제, 2014. 2, 17-19면.

11) 김남철, 앞의 책, 2014, 744면; 김래영, 앞의 연구자료, 17-19면; 장태주, 행정법개론, 법문사, 2011, 757면. 정하중, 행정법개론, 법문사, 2016, 1413-1414.

12) 정하중, 앞의 책, 1413-1414면.

13) 법원 1991.09.13. 선고 91누391 판결: “과세관청이 조세부과처분을 한 뒤에 그 불복절차과정에서 국세청장이나 국세심판소장으로부터 그 일부를 취소하도록 하는 결정을 받고 이에 따라 당초 부과처분의 일부를 취소, 감액하는 내용의 경정결정을 한 경우 위 경정처분은 당초 부과처분과 별개 독립의 과세처분이 아니라 그 실질은 당초 부과처분의 변경이고, 그에 의하여 세액의 일부 취소라는 납세자에게 유리한 효과를 가져오는 처분이라 할 것이므로 그 경정결정으로도 아직 취소되지 않고 남아 있는 부분이 위법하다고 하여 다투는 경우에는 항고소송의 대상이 되는 것은 당초의 부과처분 중 경정결정에 의하여 취소되지 않고 남은 부분이 된다 할 것이고, 경정결정이 항고소송의 대상이 되는 것은 아니라 할 것이므로, 이 경우 제소기간을 준수하였는지 여부도 당초처분을 기준으로 하여 판단하여야 할 것이다”; 대법원 2013.04.18. 선고 2010두11733 전원합의체 판결: “과세표준과 세액을 증액하는 증액경정처분은 당초 납세의무자가 신고하거나 과세관청이 결정한 과세표준과 세액을 그대로 둔 채 탈루된 부분만을 추가로 확정하는 처분이 아니라 당초신고나 결정에서 확정된 과세표준과 세액을 포함하여 전체로서 하나의 과세표준과 세액을 다시 결정하는 것이므로, 당초신고나 결정에 대한 불복기간의 경과 여부 등에 관계없이 오직 증액경정처분만이 항고소송의 심판대상이 되는 점, 증액경정처분의 취소를 구하는 항고소송에서 증액경정처분의 위법 여부는 그 세액이 정당한 세액을 초과하는지 여부에 의하여 판단하여야 한다”.

14) 김남철, 앞의 책, 2014, 744면; 김래영, 앞의 연구자료, 17-19면.

월로 변경한다는 내용의 처분(변경처분)이다. 이에 대해 재결에 따른 변경처분인 후행처분과 변경된 원처분의 관계에서 검토하는 견해도 있으며¹⁵⁾, 변경된 원처분과 재결의 관계에서 검토하는 견해도 있다.¹⁶⁾ 한편, 판례는 2014년 변호사시험 제1문 사례와 유사한 사안인 ‘2004두9302’에서 대상적격을 변경처분인 후행처분과 변경된 원처분의 관계에서 검토한 바 있다.¹⁷⁾

3. 의문점의 제기

(1) 논의 평면의 혼란에 대한 의문

재결이 있는 경우 취소소송의 대상과 관련된 현재 논의 현황에서 가장 직접적으로 제기되는 의문은 논의유형에 혼란이 있는 것이 아닌가 하는 점이다. 위에서 살펴본 바와 같이, 현행 관련 논의는 대체로 일부인용재결이나 수정재결이 있는 경우, 형성재결이 있는 경우, 명령재결이 있는 경우, 변경명령재결이 있는 경우 등으로 구분하여 진행되고 있다. 그런데 여기서 일부인용재결이나 수정재결은 형성재결이고, 변경명령재결은 명령재결에 해당한다. 그러나 형성재결 중에서 일부인용재결이나 수정재결을 구분하여 논하는 이유 및 명령재결 중에서 변경명령재결을 구분하여 논하는 이유는 명확하지 않다.

이들을 구분하여 논하게 될 경우, 위에서 살펴본 바와 같이 논의의 대상이 되는 평면이 완전히 달라지게 된다. 예를 들어 형성재결에 대한 논의 평면은 재결과 후속행위의 관계인데 반해, 형성재결에 해당하는 일부인용재결이나 수정재결의 논의 평면은 원처분과 재결의 관계이다. 이와 같이 취소소송의 대상이 되는 작용의 평면이 달라지게 되는 만큼 구분하여 논하는 이유가 명확해야 할 것이다. 논의유형의 혼란에 대한 의문은 2014년 변호사시험 제1문 사례에 나타난 견해에서도 찾을 수 있다. 특히, 이와 관련해서는 변경명령재결에 따른 변경처분이 있는 사례에 대해 조세소송에서의 소의 대상에 관한 논의를 적용함이 없이, 행정소송법의 해석에 기

15) 박근성, 앞의 책, 2016, 721면.

16) 홍정신, 행정법특강, 박영사, 2016, 704-705면.

17) 대법원 2007.04.27. 선고 2004두9302 판결: “행정청이 식품위생법령에 기하여 영업자에 대하여 행정제재처분을 한 후 그 처분을 영업자에게 유리하게 변경하는 처분을 한 경우(이하 처음의 처분을 ‘당초처분’, 나중의 처분을 ‘변경처분’이라 한다), 변경처분에 의하여 당초처분은 소멸하는 것이 아니고 당초부터 유리하게 변경된 내용의 처분으로 존재하는 것이므로, 변경처분에 의하여 유리하게 변경된 내용의 행정제재가 위법하다 하여 그 취소를 구하는 경우 그 취소소송의 대상은 변경된 내용의 당초처분이지 변경처분은 아니고, 제소기간의 준수 여부도 변경처분이 아닌 변경된 내용의 당초처분을 기준으로 판단하여야 한다”.

초하여 대상적격을 확정하는 일반론의 모색이 불가능한 것인지 의문이다.

(2) 현행법의 공백에 대한 의문

다양한 평면에서 이루어지는 재결이 있는 경우 취소소송의 대상에 대한 논의의 출발점은 「행정소송법」 제19조이다. 그런데 동조는 “취소소송은 처분등을 대상으로 한다. 다만, 재결취소소송의 경우에는 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에 한한다”고 규정하여, ‘원처분과 재결의 관계’를 전제로 소의 대상을 규정하고 있다. 그러나 위에서 살펴본 바와 같이 재결이 있는 경우 취소소송의 대상에 대한 논의에는 ‘재결과 후속행위의 관계’와 ‘원처분과 후속행위의 관계’도 포함되어 있다. 여기서 ‘재결과 후속행위의 관계’와 ‘원처분과 후속행위의 관계’에 대한 논의는 재결이 있는 경우 취소소송의 대상에 대한 현행법의 공백을 보충하는 논의로 이해하는 것이 타당할 것이다. 그렇다면 이는 결국 「행정소송법」 제19조를 원처분주의로 이해하는 것만으로는 재결이 있는 경우 취소소송의 대상을 확정하는 데 충분하지 못하다는 사실을 반증하는 것이 아닌지 의문이다.¹⁸⁾ 또한, 위에서 지적한 바와 같은 논의 유형의 혼란에 대한 의문은 ‘재결과 후속행위의 관계’와 ‘원처분과 후속행위의 관계’에 대해서도 여전히 존재한다.

(3) 현행법의 해석에 대한 의문

설령 재결이 있는 경우 취소소송의 대상에 대해 「행정소송법」 제19조에는 공백이 없다고 보더라도, 「행정소송법」 제19조가 규정하고 있는 ‘원처분과 재결의 관계’에 대해 여전히 의문이 있다. 동조 단서는 재결이 취소소송의 대상이 되기 위한 조건으로 “재결 자체에 고유한 위법이 있음”을 규정하고 있다. 그런데 “재결 자체에 고유한 위법이 있음”이 대상적격을 판단함에 있어 요구되거나 판단 가능한 사항인지, 아니면 본안판단 사항으로 요구되며 본안판단에서 판단해야 할 사항인지 의문이다.

물론 이는 종래부터 논의되어 오던 전통적인 논점이다. 그러나 본 연구가 새롭게 제기한 의문들과도 논리적으로 관련된 문제이다. 만약 앞서 제기한 의문과 관

18) 「행정소송법」 제19조를 원처분주의로 이해하면서도 여전히 해석론적으로 불명확하고 미해결인 부분이 적지 않다는 지적(김용섭, 取消訴訟의 對象으로서의 行政審判의 裁決-行政判例의 分析을 中心으로-, 행정법연구 제3호, 행정법이론실무학회, 1998, 208면)이 있다.

런하여, 원처분과 인용재결의 대상적격을 처분성 그 자체만을 기준으로 판단하는 입장을 취한다면, 재결 자체에 고유한 위법이 있는지 여부는 소의 대상을 확정하는 데 아무런 의미가 없는 요소가 될 수도 있다. 따라서 본 연구에서도 다시 한번 이를 재검토하지 않을 수 없다.

(4) 소결

이상과 같이 재결이 있는 경우 취소소송의 대상을 확정하는 데 있어서는 논의 평면의 혼란, 현행법의 공백, 현행법의 해석상 의문 등 불명확성이 존재하고 있다. 또한, 원처분주의가 완벽하다면, 재결의 고유한 위법이 없는 한 어느 논의에서도 취소소송의 대상은 원처분이 되어야 한다. 그러나 그와 같은 일관성도 보이지 않는다. 이는 법규정의 틀 속에서 대상적격을 확대하려는 노력이 만들어낸 현상일 것이다. 그리고 지금까지 그 핵심에는 원처분주의가 자리하고 있었다.

종래의 논의 현황에는 여러 가지 의문이 존재하고 있는 만큼 새로운 방법의 탐색이 요구된다. 물론 새로운 방법 역시 현행법을 준수하면서 현행 논의의 문제점을 극복하여야 할 것이다. 무엇보다도 논리적이고 명확하게 재결이 있는 경우의 소의 대상을 확정하는 데 기여할 수 있어야 할 것이다. 이는 대상적격 확정과 관련된 방향성, 현행법의 태도 및 해석, 처분성 등에 대한 검토 과정을 거쳐 그 실마리를 찾을 수 있을 것이다.

III. 취소소송 대상 설정의 기준 모색

1. 행정소송의 대상에 관한 입법주의 및 그 방향성

행정소송의 대상을 규정하는 방식에는 열기주의와 개괄주의가 있다.¹⁹⁾ 열기주의는 법률이 특정한 사항에 대해서만 행정소송의 제기를 허용하는 제도를 말한다. 열기주의에서 행정사건관할법원은 입법자가 개별적으로 나열하는 사항에 대해서만 관할권을 갖는다. 즉, 법률에 규정된 사항이 아닌 행정작용에 대해 국민들은 행정사건관할법원에 소를 제기할 수 없다. 따라서 열기주의는 행정의 통제

19) 그 밖에도 개괄적 열기주의, 개별적 개괄주의 등 열기주의와 개괄주의의 중간형태의 입법주의도 있다. ‘개괄적 열기주의’란 단일 법률로써 행정소송 제기 사항을 개괄적으로 열기하는 입법주의를 말한다. ‘개별적 개괄주의’란 특정한 법률에 기한 행정행위 일반에 대하여 행정소송을 제기할 수 있도록 하는 방법을 말한다.(김백유, 행정구제법, 동방문화사, 2012, 474면)

와 권리구제에 충실하지 못하다. 반면, 개괄주의는 행정소송의 대상을 개별적인 사항에 제한하지 않고, 위법한 행정작용 일반을 행정소송의 대상으로 허용하는 제도를 말한다. 개괄주의에서 행정사건관할법원은 모든 행정법상 분쟁에 대하여 관할권을 갖는다. 따라서 국민들은 모든 위법한 행정작용에 대해 행정사건관할법원에 소를 제기할 수 있다. 이는 행정의 통제와 권리구제에 충실한 방법이다.

열기주의는 세계 제2차 대전까지 프랑스를 제외한 독일 등 행정재판제도를 취하고 있던 대륙법계 국가들의 지배적인 견해였다. 그러나 세계 제2차 대전이후 이들 국가는 개괄주의로 전환하였다. 즉, 행정소송의 대상에 대한 입법주의의 역사적 전개는 행정의 통제와 권리구제를 강화하는 방향으로 진행되었다. 이와 같은 입법주의의 역사적 방향성은 취소소송 대상의 범위에 대한 다툼이 있을 경우, 가장 근본적인 기준으로 적용되어야 할 것이다.

우리나라도 현재 개괄주의를 취하고 있다. 그러나 개괄주의라고 하여 모든 행정작용이 행정소송의 대상이 되는 것은 아니다.²⁰⁾ 소송의 대상이 되는 ‘행정작용의 개념’ 설정과 ‘소송 유형’을 어떻게 정하느냐에 따라, 실질적인 소송대상의 범위는 달라진다. 우리 행정소송법은 항고소송의 유형으로 취소소송, 무효등 확인소송, 부작위위법확인소송 등을 규정하고 있다. 그리고 개정론으로 의무이행소송이나 예방적부작위소송 등 무명항고소송이 논의되고 있다. 다만, 본 연구는 그 주제에서 이미 연구범위에 해당되는 소송유형을 취소소송으로 상정하고 있으므로, 소송유형에 대한 논의는 일단 확정되었다. 따라서 문제의 초점은 ‘행정소송의 대상이 되는 행정작용의 개념’에 맞추어진다.

2. 처분의 개념에 대한 논의 및 그 방향성

(1) 소의 대상에 대한 정의규정의 의의와 한계

「행정소송법」 제4조 제1호는 ‘취소소송이란 행정청의 위법한 처분등을 취소 또는 변경하는 소송을 말한다’고 규정하고 있다. 또한 동법 제19조 본문에서는 ‘취소소송은 처분과 재결을 대상으로 한다’고 규정하고 있다. 따라서 현행 행정소송법상 처분과 재결이 취소소송의 대상임에는 이론의 여지가 없다. 문제는 처분과 재결의 개념 범위에 따라, 취소소송 대상의 실질적인 범위가 넓게 확장될 수도 있고 반대로 좁게 형성될 수도 있다는 점이다. 이를 극복하기 위해 행정소송

20) 홍정선, 앞의 책, 661면.

법은 취소소송의 대상인 처분등에 대해 정의규정을 두고 있다. 「행정소송법」 제2조 제2호에 따르면, ‘처분’이란 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용을 말한다. 그리고 처분등에서 ‘등’이란 행정심판에 대한 재결을 말한다.

행정소송법에서 취소소송의 대상에 대한 정의규정을 둔 이유는 소송의 대상을 확정하는 데 드는 노력과 시간을 줄이기 위한 것이라는 견해가 있다.²¹⁾ 이 견해에 따르면, 정의규정의 의의 및 효용은 어떠한 행정작용이 취소소송의 대상이 되는지 여부를 판단함에 있어 정의규정의 적용을 통해 같은 일을 되풀이 하는 것을 생략하는 데 있다고 한다.²²⁾ 생각건대, 행정소송 대상에 대해 개괄주의를 취하고 있는 현행법 하에서, 소송의 대상에 대한 정의규정이 소의 대상을 확정하는 데 기준이 된다는 점은 분명하다. 그럼에도 취소소송의 대상에 대한 논란이 여전히 계속되고 있는 것이 현실이다. 앞서 살펴본 견해도 일찍이 정의규정의 적용상 문제점을 지적한 바 있다.²³⁾ 최근 판례에서도 이러한 현실을 확인하는 것은 어렵지 않다. 판례가 종래에는 자기완결적 신고로 보아 처분성을 부정하던 건축신고수리 거부에 대해 최근에는 그 처분성을 인정한 것도 그러한 예 중 하나이다.²⁴⁾

만약 현실적인 한계를 이유로 취소소송 대상에 대한 논의를 포기한다면, 행정소송법상 취소소송의 대상에 대한 정의규정은 미완으로 방치된다. 이를 방지하기 위해서는 처분과 재결의 개념에 대한 종래의 논의를 다시 살펴볼 필요가 있다. 특히, 본 연구는 관련 논의 중에서도 처분 개념 설정의 방향성 모색에 중점을 두고자 한다. 처분 개념 설정의 ‘방향성’은 고정적이며 완결된 개념 설정이 불가능한 현실적인 어려움을 보완하면서도, 동시에 그 방향성은 소의 대상을 확정하기 위한 기준으로 활용될 수 있다. 따라서 본 연구는 처분의 개념 설정에 대한 논의의 방향성을 재결이 존재할 경우 소의 대상을 확정하기 위한 기준 중 하나로 활용하고자 한다.

(2) 처분의 개념에 대한 논의 및 그 방향성

소송의 대상에 대한 다양한 논의 중, 취소소송의 대상 확정의 기준을 살펴보는

21) 김남진, 취소소송의 대상, 공법연구 제19집, 한국공법학회, 1991, 143면.

22) 김남진, 앞의 논문, 143면.

23) 자세한 내용은 ‘김남진, 앞의 논문, 143면-144면’ 참조.

24) 대법원 2010.11.18. 선고 2008두167 전원합의체 판결.

데 가장 적절한 것은 처분의 개념에 대한 논의이다. 그 이유는 크게 두 가지를 들 수 있다. 우선, 처분은 가장 대표적이고 전형적인 취소소송의 대상이다. 따라서 처분의 개념 설정에 관한 논의는 취소소송의 대상 확정을 위한 기준의 내용적인 중심부를 차지한다. 다음으로, 처분 개념에 관한 논의의 출발점은 처분에 대한 정의규정이다. 이는 정의규정의 현실적 한계를 극복하기 위해 취소소송의 대상 확정 기준에 집중하는 본 연구의 조건에 부합한다.

처분의 개념에 대한 논의는 「행정소송법」 제2조 제1항 제1호에 규정된 처분의 개념과 강학상 행정행위와의 관계에서 주로 논의된다. 주요 학설로는 실체법적 개념설, 쟁송법적 개념설, 형식적 행정행위론 등이 있다. 이들 학설의 관계 특히, 형식적 행정행위론의 체계적 지위에 대한 학계의 태도는 다양하게 나누어져 있다. 위 세 학설을 각각 별도로 설명하는 태도²⁵⁾, 쟁송법적 개념설과 형식적 행정행위론을 이원설로 분류하면서 이원설 내에서 양자를 구분하는 태도²⁶⁾, 쟁송법적 개념설에 형식적 행정행위론의 내용을 포함하여 서술하는 태도²⁷⁾ 등이 있다. 또한, 형식적 행정행위론의 체계적 지위와는 별도로 형식적 행정행위론의 무용론을 주장하는 견해도 적지 않다.²⁸⁾

본 연구는 처분 개념 설정의 방향성 확인에 맞추어 처분의 개념에 대한 논의를 단순화하고자 한다. 처분 개념 설정에 관한 논의는 다양한 쟁점을 포함하고 있다. 그러나 본 연구는 개념 설정의 방향성을 확인하기 위해 ‘강학상 행정행위 개념에 비해 처분의 개념을 넓게 볼 것인가’에 초점을 맞추어 관련 논의를 살펴보기로 한다. ‘강학상 행정행위 개념에 비해 처분의 개념을 넓게 볼 것인가’를 기준으로 처분의 개념에 대한 논의를 분석한다면, 해당 논의는 일원설과 이원설의 대립으로 귀결될 수 있다.

일원설은 행정소송법상의 처분의 개념을 행정행위와 동일한 것으로 본다. 이를 실체법적 개념설이라고도 한다. 이 견해의 논거는 다음과 같다.²⁹⁾ 첫째, 취소소

25) 김남철, 앞의 책, 2014, 122-124면; 석중현/송동수, 일반행정법(상), 삼영사, 2011, 192-194면; 한건우, 현대행정법신론1, 세창출판사, 2014, 231-232면.

26) 김백유, 앞의 논문, 527-529면; 박균성, 앞의 책, 2016, 696-697면; 장태주, 앞의 책, 186-188면; 조정환, 행정법개론, 진원사, 2013, 292-295면.

27) 박윤환/정형근, 행정법강의(상), 박영사, 2009, 801-804면; 홍정선, 앞의 책, 683면 및 689면; 홍준형, 행정법, 법문사, 2011, 110-120면.

28) 김남철, 앞의 책, 2014, 122-124면; 류지태/박종수, 행정법신론, 박영사, 2009, 645-656면; 석중현/송동수, 앞의 책, 192-194면; 장태주, 앞의 책, 186-188면; 조정환, 앞의 책, 292-295면; 한건우, 앞의 책, 231-232면; 홍정선, 앞의 책, 184면; 홍준형, 앞의 책, 110-120면.

29) 김남진, 행정법 I, 법문사, 2002, 674-675면 참조(같은 책 제4판(1992년)까지 일원설을 취했던

송의 기능은 행정행위에 하자가 있음에도 유효한 것으로 통용되는 행정행위의 공정력을 배제하는 것이라고 본다. 둘째, 실질적인 행정작용을 묶어서 새로운 개념으로 구성하는 것은 종래의 학문적 성과로 형성된 행정행위에 대한 이론을 무의미하게 만들 우려가 있다고 한다. 셋째, 취소소송 이외의 여러 소송유형을 통해 다양한 행정작용에 대한 구제수단을 확보하는 것이 권리구제에 기여할 수 있다고 본다.

한편, 이원설은 행정소송법상의 처분의 개념을 행정행위 보다 넓은 것으로 본다.³⁰⁾ 즉, 처분을 행정소송법의 독자적인 개념으로 이해한다. 이를 쟁송법적 개념설이라고도 한다.³¹⁾ 이 견해의 논거는 다음과 같다. 첫째, 취소소송의 기능은 행정행위의 위법을 확인하여 위법상태를 시정하는 것으로 본다. 둘째, 쟁송법상 처분의 개념을 실체법상 행정행위의 개념과 달리 본다고 하여 실체법상 규율을 부정하는 것이 아니며, 쟁송법상 개념과 실체법상 개념은 달리 할 수 있다고 한다. 셋째, 취소소송을 중심으로 구제수단이 규정되어 있는 현행 행정소송법에서는 다양한 소송유형이 마련되어 있지 않으므로, 처분의 개념을 실체법상 행정행위 개념에 한정하게 되면 권리구제에 충실하지 못한 결과가 된다고 본다.

일원설과 이원설 중에서 전통적인 통설적 견해는 일원설이었다. 그러나 최근에는 이원설을 다수설로 평가하는 견해가 적지 않다.³²⁾ 생각건대, 실체법적 개념설을 취하고 있는 견해³³⁾도 여전히 적지는 않으므로 어느 학설이 다수설이라고 단정하기는 아직 어려운 것으로 보인다.³⁴⁾ 다만, 처분 개념에 대한 학설의 방향성

김남진 교수는 현행법상의 처분 개념을 고려해 이원설로 태도를 변경하였다; 박윤훈/정형근, 앞의 책, 802-804면; 정하중, 앞의 책, 166-167면.

30) 同旨 김남진, 앞의 논문, 146면; 김해룡, 국가기관간의 법적 행위의 행정처분성에 관한 고찰-대법원 2013. 7. 25일자 판결(2011두1214)에 대한 평석-, 외법논집 제39권 제1호, 한국의국어대학교 법학연구소, 2015, 160면.

31) 김동희, 행정법 I, 박영사, 2016, 759-761면[소극적 부정: 형식적 행정행위의 관념이 의미는 있으나 구체적인 내용을 가진 것은 아니라고 본다]; 박균성, 앞의 책, 2016, 698면[형식적 행정행위를 예외적·제한적으로 인정하고 있다. 이러한 태도는 형식적 행정행위를 제한적으로 부정한다고 볼 수 있을 것이다]; 석종현/송동수, 앞의 책, 192면-193면.

32) ‘김동희, 앞의 책, 758면’에서는 쟁송법적 개념설이 “현재의 다수설”이라고 한다. 또한, ‘박균성, 앞의 책, 2016, 697면’에서도 쟁송법적 개념설이 “다수설”이라고 표현하고 있다. ‘정하중, 앞의 책, 166면’에서는 쟁송법적 개념설에 대해 “상당수의 학설”이라고 표현하고 있다. ‘박윤훈/정형근, 앞의 책, 801면’에서는 “전통적으로 실체법상 개념설이 통설적 견해였으나, 오늘날에는 처분성의 확대를 주장하는 쟁송법상 개념설이 주장되고 있다”고 한다.

33) 박윤훈/정형근, 앞의 책, 802면-804면; 정하중, 앞의 책, 166-167면; 장태주, 앞의 책, 187-188면; 홍정선, 앞의 책, 184면, 689면.

34) 정연부, 행정법논강, 대학로, 2016, 180면 각주 127 참조.

이 일원설에서 이원설로 이동하고 있는 것으로 판단할 수는 있을 것이다. 즉, 처분 개념의 논의는 처분의 범위를 확대하는 방향으로 진행되고 있다고 볼 수 있다. 이는 권리구제의 실효성 강화를 그 지향점으로 하고 있는 것이다. 이러한 방향성은 2002년부터 현재까지 지속적으로 추진되고 있는 행정소송법 개정에 대한 노력에서도 확인할 수 있다.³⁵⁾

한편, 한국의 논의 현황에 대한 의문을 다루는 본 연구의 범위와 직접적인 관련은 없으나 일본의 예를 참조해 보면, 일본의 경우에도 권리구제의 실효성을 강화하기 위하여 처분성을 확장하는 추세이다.³⁶⁾ 취소소송의 대상이 되는 재결의 범위와 관련해서도 일본이 한국보다 더욱 넓게 규정되어 있다. 한국 「행정소송법」 제2조 제1호는 “행정심판에 대한 재결”만을 규정하고 있는 것에 반해, 일본 「行政事件訴訟法」 제3조 제3항은 “이 법률에서 재결취소소송이란 심사청구·기타불복신청에 대한 행정청의 재결·결정·기타행위의 취소를 구하는 소송을 말한다”고 규정하고 있다.³⁷⁾ 또한, 일본에서는 확인소송을 활용하여 ‘처분성 확장의 한계’를 보완하는 방법도 활용되고 있다. 일본의 확인소송 활용론에 기초하여, 한국의 경우에는 당사자소송으로서의 확인소송을 활용해 항고소송의 대상적격 한계를 극복하는 방법을 제시하는 견해도 있다.³⁸⁾ 비록 방법상의 차이는 있으나, 확인소송을 활용하는 방법 역시 그 근거(根柢)가 ‘권리구제의 실효성 강화’라는 점에서 처분성을 확대하는 방법과 궤를 같이 하고 있다 할 것이다.

IV. 취소소송 대상에 대한 행정소송법 제19조의 의미

(1) 원처분주의와 재결주의

‘원처분주의’란 행정청의 처분에 대해 행정심판의 재결을 거친 후 항고소송에서 다시 다투고자 하는 경우, 원처분과 재결 중 어느 것에 대해서도 소송을 제기할 수 있으나, 원처분의 고유한 하자는 원처분에 대한 소송에서만 주장할 수 있

35) 이준복, 행정소송제도의 개혁방안에 관한 법적 연구-헌법상, 국민안전보장의무에 대한 논의를 중심으로-, 세계헌법연구 제21권 제1호, 세계헌법학회, 2015, 81-83면 참조.

36) 榎原秀訓, 日本における抗告訴訟の処分性の動向-裁判所の処分性拡張路線と新司法試験-, 서강법학 제12권 제1호, 서강대학교 법학연구소, 2010, 44-49頁.

37) 宇賀克也, 行政法, 有斐閣, 2012, 208頁.

38) 김현준, 處分性 없는 行政作用에 대한 行政訴訟으로서의 確認訴訟-2004년 일본 행소법 개정상황에서의 확인소송 활용론을 단초로 하여-, 공법연구 제37집 제3호, 2009, 335면 이하.

고, 재결의 고유한 하자는 재결에 대한 소송에서만 주장할 수 있도록 하는 제도를 말한다.³⁹⁾

반면, ‘재결주의’란 행정청의 처분에 대해 행정심판의 재결을 거친 후 항고소송에서 다시 다투고자 하는 경우, 원처분에 대해서는 소송을 제기할 수 없고 재결에 대해서만 소송을 제기할 수 있으나, 재결에 대한 소송에서 재결 자체의 위법뿐만 아니라 원처분의 위법도 주장할 수 있도록 하는 제도를 말한다.⁴⁰⁾

(2) 현행법과 판례의 태도

「행정소송법」 제19조는 “취소소송은 처분등을 대상으로 한다. 다만, 재결취소소송의 경우에는 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에 한한다”고 규정하고 있다. 동조를 문리해석하면, 취소소송의 대상은 처분과 재결이다. 다만, 재결은 「행정소송법」 제19조 단서에 따라 재결 자체에 고유한 위법이 있는 경우 소송의 대상이 된다. 이와 같은 행정소송법 제19조의 태도에 대해 학설은 원처분주의를 취하고 있다고 본다.

한편, 판례도 “행정소송법 제19조에 의하면 행정심판에 대한 재결에 대하여도 그 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에는 항고소송을 제기하여 그 취소를 구할 수 있다”⁴¹⁾고 보고 있으므로, 행정소송법 제19조를 원처분주의로 이해하고 있는 것처럼 보인다. 그러나 판례는 “인용재결의 취소를 구하는 당해 소송은 그 인용재결의 당부를 그 심판대상으로 하고 있고, 그 점을 가리기 위하여는 행정심판청구인들의 심판청구원인 사유에 대한 재결청의 판단에 관하여도 그 당부를 심리·판단하여야 할 것이므로, 원심으로서의 재결청이 원처분의 취소 근거로 내세운 판단사유의 당부뿐만 아니라 재결청이 심판청구인의 심판청구원인 사유를 배척한 판단 부분이 정당한가도 심리·판단하여야 한다”⁴²⁾고 하여, 인용재결이 소의 대상이 되는 경우 원처분의 위법성도 판단하는 것으로 보고 있

39) 김동희, 앞의 책, 757면; 김용섭, 앞의 논문, 208면; 김철용, 행정법, 고시계사, 2013, 572면; 박균성, 앞의 책, 2016, 720-721면; 이일세, 행정심판의 재결에 대한 행정소송-원처분주의를 중심으로-, 강원법학 제44권, 강원대학교법학연구소, 2015, 564-565면; 장태주, 앞의 책, 764-765; 정하중, 앞의 책, 752-753.

40) 김동희, 앞의 책, 757면; 김용섭, 앞의 논문, 208면; 김철용, 앞의 책, 572면; 박균성, 앞의 책, 2016, 720-721면; 이일세, 앞의 논문, 565면; 장태주, 앞의 책, 764-765; 정하중, 앞의 책, 752-753.

41) 대법원 2001.07.27. 선고 99두2970 판결.

42) 대법원 1997.12.23. 선고 96누10911 판결.

다.⁴³⁾ 이러한 태도는 재결에 대한 소송에서 재결 자체의 위법뿐만 아니라 원처분의 위법도 주장할 수 있도록 하는 재결주의에 가깝다.

(3) 소결

「행정소송법」 제19조를 원처분주의로 이해하는 것이 학계의 일반적인 태도이다. 동조가 원처분주의를 취하고 있다고 본다면, 원처분의 고유한 하자는 원처분에 대한 소송에서만 주장할 수 있어야 한다. 예를 들어 일본 「행정사건소송법」 제10조 제2항을 살펴보면, 동항은 “처분취소소송과 그 처분에 대한 심사청구를 기각한 재결취소소송을 제기할 수 있는 경우, 재결취소소송에 있어서는 처분의 위법을 이유로 취소를 구할 수 없다”고 규정하고 있다.⁴⁴⁾ 이 조항이 원처분주의를 선언하고 있음은 명확하다.⁴⁵⁾ 이에 비해, 한국 「행정소송법」 제19조 단서는 “재결취소소송의 경우에는 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에 한한다”라고 규정하고 있어, 상대적으로 원처분주의에 대한 명확성이 떨어진다. 특히, 판례는 인용재결의 하자에 대한 소송에서 원처분의 하자도 심리범위에 포함되는 것으로 본다. 이와 같은 규정의 불명확성과 판례의 태도를 고려한다면, 「행정소송법」 제19조를 온전하게 원처분주의로만 이해하기는 어렵다. 그렇다고 「행정소송법」 제19조를 재결주의로 보는 것은 더욱 곤란하다. 「행정소송법」 제19조는 본문에서 “취소소송은 처분등을 대상으로 한다”, 그 단서에서 “다만, 재결취소소송의 경우에는 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에 한한다”고 규정하고 있으므로, 그 문언상 이를 재결주의라고 볼 수는 없다.

생각건대, 「행정소송법」 제19조의 이러한 상태는 원처분주의이지만 엄격한 원처분주의는 아니라고 보아야 한다. 일부 견해에서 사용하는 ‘원처분중심주의’라는 표현으로 이해하는 것이 유용할 것으로 보인다.⁴⁶⁾ 다만, 이 견해가 원처분중

43) 同旨 대법원 1991.02.12. 선고 90누288 판결(“행정소송에서는 이의 재결 자체의 고유한 위법 사유뿐 아니라 이의신청사유로 삼지 않은 수용재결의 하자도 주장할 수 있다”); 박균성, 앞의 책, 2016, 725면.

44) 行政事件訴訟法 第十条 取消訴訟においては、自己の法律上の利益に関係のない違法を理由として取消しを求めることができない。
2 処分の取消しの訴えとその処分についての審査請求を棄却した裁決の取消しの訴えとを提起することができる場合には、裁決の取消しの訴えにおいては、処分の違法を理由として取消しを求めることができない(밑줄: 필자).

45) 宇賀克也, 前掲書, 269-270頁; 行政事件訴訟実務研究会, 行政訴訟法の実務, ぎょうせい, 2008, 204-205, 頁; 宮田三郎, 行政訴訟法, 信山社, 2007, 80頁.

심주의라는 표현을 원처분주의와 구분하는 의미에서 사용한 것인지는 명확하지 않다.⁴⁷⁾ 본 연구는 원처분주의와 구분되는 개념으로 원처분중심주의라는 표현을 차용하는 것이 적절하다고 본다. 그러나 원처분중심주의를 주장하는 위 견해가 ‘재결의 고유한 위법이 있는 경우에 한하여 예외적으로 재결을 소의 대상’이 되는 것으로 보는 태도와는 달리, 본 연구는 원칙적으로 원처분이 소의 대상이지만 효과적인 구제의 실익이 있다면 재결도 소의 대상이 된다고 본다. 즉, 실질적으로 재결도 소의 대상이 되는 데에는 원처분과 차이가 없다고 본다.⁴⁸⁾ 다만 원처분과 재결은 소의 이익에서 차이가 있다고 보고, 「행정소송법」 제19조 단서는 이 점에 의의가 있다고 본다. 「행정소송법」 제19조 단서에 대해서는 아래에서 자세히 살펴보기로 한다.

V. ‘재결의 고유한 위법’의 체계적 지위 및 재결이 있는 경우 대상적격

1. ‘재결의 고유한 위법’의 체계적 지위

「행정소송법」 제19조를 원처분중심주의로 이해하는 경우 「행정소송법」 제19조 단서의 “재결 자체에 고유한 위법이 있음”의 체계적 지위를 어떻게 볼 것인지가 문제된다. 앞서 살펴본 원처분중심주의를 주장하는 견해는 ‘재결의 고유한 위법이 있는 경우에 한하여 예외적으로 재결을 소의 대상’이 되는 것으로 보고 있다. 이 설명에만 기초해 본다면, 재결의 고유한 위법은 대상적격의 요건이

46) ‘홍정선, 앞의 책, 694면’은 「행정소송법」 제19조는 행정청의 처분에 대해 행정심판의 재결을 거친 후 이를 소송으로 다투고자 하는 경우 원칙적으로 원처분을 소의 대상으로 하고, 재결의 고유한 위법이 있는 경우에 한하여 예외적으로 재결을 소의 대상으로 하므로, 이를 ‘원처분중심주의’라고 한다.

47) 위 견해가 재결의 고유한 위법이 없음에도 재결에 대해 취소소송이 제기된 경우 법원은 기각 판결을 하여야 한다는 입장(홍정선, 앞의 책, 696면)을 취하고 있는 점을 고려하면, 원처분주의와 원처분중심주의를 구분하고 있는 것으로 이해할 수도 있을 것이다.

48) 원처분, 재결, 후속행위를 모두 소의 대상으로 인정할 경우 판결의 저촉이 우려될 수 있다(이와 관련된 자세한 지적은 ‘김향기, 재결 및 재결통지의 처분성여부, 고시계 통권 제568호, 2004, 127면’ 참조). 다만, 소송상의 제 요소들을 종합적으로 고려한다면 판결의 저촉을 피할 수 있을 것으로 보인다. 우선, 소의 적법성이 인정되기 위해서는 대상적격 외에도 협의의 소익이 인정되어야 하므로 협의의 소익을 통하여 중복적인 제소를 조절할 수 있을 것이다. 다음으로 본안 판단에서 원처분, 재결, 후속행위에 각각 존재하는 고유한 하자를 해당 행위에 대한 소송의 본안판단사항으로 본다면 판결의 중복을 피할 수 있다. 이 뿐만 아니라, 판결의 효력으로서 기판력까지 고려한다면 판결 간의 저촉 문제점은 보완이 가능할 것으로 보인다.

된다. 그러나 위 견해는 재결의 고유한 위법이 없음에도 재결에 대해 취소소송이 제기된 경우 법원은 기각판결을 내려야 한다고 본다.⁴⁹⁾ 관례의 태도도 이와 같다.⁵⁰⁾ 이처럼 재결의 고유한 위법이 없음에도 재결에 대해 취소소송이 제기된 경우 법원은 기각판결을 내려야 한다는 입장은 재결의 고유한 위법을 본안판단의 요소로 보는 태도이다.⁵¹⁾

그렇다면 ‘재결의 고유한 위법’을 대상적격 요소로 보지 않고 본안판단 요소로 보는 것은 타당한 것인지 살펴볼 필요가 있다. 「행정소송법」 제19조 단서는 분명 “다만, 재결취소소송의 경우에는 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에 한한다”고 규정하고 있다. 그러나 여기서 위법성은 재결이 객관적으로 위법하다는 의미의 위법성을 말하는 것으로 이해되어서는 안 될 것이다. 대상적격을 비롯한 소의 적법요건은 소송의 개시를 위한 요건이므로 본안판단에서 승소하기 위한 요건인 위법성과는 구분되어야 한다.⁵²⁾ 이와 관련하여 본 연구는 “행정소송법 제19조가 재결취소소송의 경우에는 「재결자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우」에 한한다고 규정하는 것은 재결이 취소소송의 대상이 되는 경우를 한정하는 것이지, 개념상 재결의 객관적 위법성을 취소소송 제기요건의 하나인 ‘처분성’의 요소로 본 것은 아니다”⁵³⁾라는 주장에 동의한다.

또한, 소의 적법요건에 위법성 요소를 포함시키게 되면 소의 적법성 판단에서 본안판단이 모두 선회되어 버리는 문제가 발생한다. 즉, 재결에 대한 취소소송은 본안판단 없이 소의 적법성 판단만으로 종결되어 버리게 된다.

특히, 재결취소소송에 대한 집행정지를 판단함에 있어서는 본안판단의 문제인 ‘재결의 위법성’이 보전소송인 집행정지에서 선회되어 버릴 가능성이 더욱 크다. 집행정지의 대상은 본안소송의 대상과 원칙적으로 동일하다.⁵⁴⁾ 일부 견해는 ‘재

49) 홍정선, 앞의 책, 696면.

50) 대법원 1994.01.25. 선고 93누16901 판결(행정소송법 제19조는 취소소송은 행정청의 원처분을 대상으로 하되(원처분주의), 다만 "재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우"에 한하여 행정심판의 재결도 취소소송의 대상으로 삼을 수 있도록 규정하고 있으므로 재결취소소송의 경우 재결 자체에 고유한 위법이 있는지 여부를 심리할 것이고, 재결 자체에 고유한 위법이 없는 경우에는 원처분의 당부와는 상관없이 당해 재결취소소송은 이를 기각하여야 한다).

51) 한편, 재결 자체에 고유한 위법이 없음에도 재결을 대상으로 소송이 제기된 경우에는 대상적격에 문제가 있고, 또한 처분청이 피고가 되어야 함에도 재결청을 상대로 소송을 제기하여 피고적격에도 문제가 있으므로 법원은 각하판결을 해야 한다는 견해(이영무, 수경재결이 이루어진 경우 소송의 대상과 피고적격-특히 공무원에 대한 불이익처분에 관련하여-, 법조 제56권 제8호, 법조협회, 2007, 197면)도 있다.

52) 同旨 홍준형, 행정구제법, 한울, 2001, 532면.

53) 홍준형, 행정구제법, 한울, 2001, 532면.

결취소소송은 재결 자체에 고유한 위법이 있는 경우에 가능하기 때문에, 재결취소소송의 집행정지도 그 범위 내에서 가능하다'고 본다.⁵⁵⁾ 그런데 재결 자체의 고유한 위법을 재결소송의 대상적격 요건에 포함시키면서, 동시에 집행정지의 소극적 요건으로 '본안청구가 이유 없음이 명백하지 않을 것'을 요구한다면, 집행정지 요건충족 여부를 판단함에 있어 사실상 재결의 위법성이 모두 판단되어 버리게 될 위험이 있다. 이러한 이유에서도 재결의 객관적 위법성의 체계적 지위는 본안판단 사항으로 되어야 한다.

2. 재결이 있는 경우 대상적격

재결의 객관적 위법성의 체계적 지위를 본안판단 사항으로 본다면, 취소소송의 대상을 규정하고 있는 「행정소송법」 제19조 단서의 “재결 자체에 고유한 위법이 있음”은 객관적 위법성 이외의 다른 의미로서 해석되어야 한다. 대상적격 관점에서 객관적 위법성 이외의 의미를 도출한다면, 그 의미는 재결에 하자가 있다고 생각되는 경우에는 재결에 대해 취소소송을 제기할 수 있다는 정도로 이해할 수 있을 것이다. 이러한 해석에 따르면, 「행정소송법」 제19조 단서의 의의는 취소소송의 대상적격에 대한 「행정소송법」 제4조 및 제19조 본문을 확인하고, 재결이 취소소송의 대상이 됨을 강조하는 데서 찾을 수 있을 것이다.

만약 「행정소송법」 제19조 단서를 대상적격에 대한 규정으로 한정하지 않고 중립적으로 해석한다면, 본안판단 요소인 객관적 위법성을 규정하고 있는 동 단서 조항은 ‘재결이 소송의 대상이 된 경우라면 재결의 고유한 위법이 있어야만 법원이 재결의 위법을 선언할 수 있다’는 의미로 이해된다. 즉, 원처분의 위법으로는 재결의 위법을 선언할 수 없다는 실질적 의의를 지니게 될 것이다. 그렇다면, 「행정소송법」 제19조 단서의 ‘실질적 의의’는 취소소송의 대상적격을 판단함에 있어서 고려될 내용이 아니다.

「행정소송법」 제19조 단서의 “재결 자체에 고유한 위법이 있음”에서 재결의 객관적 위법성을 본안판단 요소로 귀속시키고 나면, 재결이 취소소송의 대상이 될 것인지 여부는 결국 일반적인 ‘처분성’ 문제로 귀결된다. 그런데 재결은 굳이 그 처분성에 대해 검토하지 않더라도 현행 행정소송법 하에서 당연히 취소소송의

54) 김철용, 행정법 I, 박영사, 2010, 717면.

55) 강수정, 행정소송상 집행정지의 대상적격, 원광법학 제27권 제3호, 2011, 229면.

대상이 된다. 「행정소송법」 제4조 제1호는 취소소송에 대해 행정청의 위법한 처분등을 취소 또는 변경하는 소송으로 정의하고 있다. 또한, 동법 제19조 본문은 “취소소송은 처분등을 대상으로 한다”고 규정하고 있다. 그리고 동법 제2조 제1호는 “처분등이라 함은 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용 및 행정심판에 대한 재결을 말한다”고 규정하고 있다. 따라서 재결이 취소소송의 대상이 된다는 사실에는 이론이 있을 수 없을 것이다.

이처럼 재결이 취소소송의 대상이 되는 것이 법문언상 당연한 결론임에도 불구하고, 재결이 있는 경우 소의 대상에 대한 논의가 복잡해진 이유는 이미 살펴본 바와 같이 「행정소송법」 제19조 단서가 “재결취소소송의 경우에는 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에 한한다”고 규정하고 있는 데서 비롯된다. 그런데 “재결 자체에 고유한 위법이 있음”에 대한 해석에서 객관적 위법성의 의미는 대상적격 판단에서 배제되어야 한다. 그러므로 재결이 있는 경우 소의 대상에 대한 논의는 「행정소송법」 제2조, 제4조, 제19조에 따라 판단하면 될 것이다.

결국, 처분과 재결은 모두 취소소송의 대상이 되는 것이고, 어떠한 행정작용이 소의 대상이 되는지 여부가 문제될 경우에는 해당 행정작용이 처분이나 재결에 해당하는지 여부로 판단하면 충분하다. 재결이 있는 경우 소의 대상에 대해 현재 논의되고 있는 다양한 평면에도 ‘해당 행정작용이 처분이나 재결에 해당하는지 여부’의 기준을 적용하여 대상적격을 확정하면 될 것이다. 현재의 관련 논의에서 소의 대상으로 검토되는 행정작용은 원처분, 재결, 후속행위이다. 따라서 이들 행정작용이 처분 또는 재결로서의 성질을 갖고 있다면 모두 취소소송의 대상이 된다고 보아야 할 것이다.

반면, 본안판단의 심리범위 및 행정작용의 위법성을 인정하기 위한 요소 등 본안판단에 대한 논의는 대상적격에 대한 논의와는 별도로 검토되어야 할 것이다. 예를 들어, 재결에 대한 취소소송에서 원처분의 위법성도 심리범위에 포함될 수 있는지 여부 및 원처분의 위법을 이유로 재결의 위법성을 인정할 수 있는지 여부는 대상적격에서 고려되어야 할 사항이 아니라고 보는 것이 타당하다.⁵⁶⁾

56) 생각건대, 원처분·재결·후속행위가 모두 소의 대상이 될 수 있다고 한다면, 각 행정작용에 대한 소송의 소송물은 각 행정작용의 위법성이어야 한다. 물론 선행 행정작용의 위법성을 간접적으로 고려할 수는 있겠지만, 각 소송에서는 해당 행정작용의 위법성에 대하여만 심리하여야 할

VI. 논의를 마치며: 재결이 있는 경우 소의 적법성에 대한 管見

대상적격을 판단함에 있어, 고유한 하자가 있는 경우 재결을 대상으로 소를 제기하도록 규정하고 있는 「행정소송법」 제19조 단서가 객관적 위법성을 규정하고 있다고 보아서는 안 될 것이다. 객관적 위법성은 원칙적으로 소의 적법성에서 고려될 요소가 아니다. 또한, 원처분주의를 취할 것인가 재결주의를 취할 것인가는 입법정책적 사항이며, 어떠한 처분에 고유한 하자가 있다면 그 처분을 대상으로 소송을 제기할 수 있어야 하는 것은 당연하다. 따라서 처분 내지 재결로서의 성격이 인정된다면 원처분, 재결, 후속행위 모두 소의 대상이 될 수 있다. 만약, 고유한 하자가 없음에도 재결이나 재결에 따른 후속행위에 대해 취소소송이 제기되었다면, 각하판결이 아니라 기각판결이 내려져야 할 것이다. 고유한 하자의 유무는 본안판단 사항이기 때문이다.

한편, 「행정소송법」 제19조 단서의 의미 중에서 본안판단 요소인 객관적 위법성의 의미를 제외한다고 하더라도, 동조의 본문이 대상적격을 규정하고 있음은 분명하다. 이와 같은 동조 단서의 취지는 대상적격과 마찬가지로 ‘소의 이익 확보’라는 기능을 갖는 협의의 소익을 통해 보완될 수 있다. 「행정소송법」 제19조 단서를 소의 적법성 단계에서 고려해야 한다면, 이는 간접적이거나 구제의 실효성을 규정한 것으로 볼 여지가 있다. 구제의 실효성이란 광의의 소익을 의미한다. 광의의 소익은 대상적격, 원고적격, 협의의 소익이 포함되는 개념이다.⁵⁷⁾ 따라서 대상적격과 협의의 소익은 ‘구제의 실효(소의 이익 확보)’라는 공통적인 분모를 지니고 있다. 즉 「행정소송법」 제19조 단서의 의미를 구제의 실효성 측면에서 고려한다면, 그 취지는 소의 적법요건 중에서 협의의 소익을 통하여 간접적으로 반영될 수 있을 것이다.

예를 들어, 재결이나 그에 따른 후속행위의 처분성이 인정된다고 하더라도 ‘보다 용이한 구제수단’이 존재하여 재결이나 재결에 따른 후속행위를 다투는 소송에 협의의 소익이 없는 경우라면, 보다 용이한 구제 수단으로서 협의의 소익이 인정되는 원처분이나 재결(재결에 따른 후속행위에 대한 소송의 이익이 없는 경우)에 대한 소송이 적법한 소가 될 것이다. 반대로, 원처분이나 재결에 대한 소송

것이다. 심리범위에 대한 이러한 태도는 원처분주의와 유사한 입장이다.

57) 김성원, 소의 이익에 관한 소고-판례를 중심으로-, 원광법학 제20집, 원광대학교법학연구소, 2004, 30면 이하 참조.

에서 협의의 소익이 인정되는 경우라도 원처분이나 재결에 대한 취소소송의 제소기간이 경과하였다면, 보다 용이한 구제수단이 존재하지 않으므로 재결(원처분에 대한 취소소송의 제소기간이 경과한 경우)이나 재결에 따른 후속행위에 대한 취소소송에도 협의의 소익이 인정될 수 있을 것이다.⁵⁸⁾ 이처럼 소의 적법성 단계에서의 협의의 소익은 심리과정에서 관련청구소송의 병합, 판결의 효력으로서 기관력 등과 함께 처분·재결·후속행위 모두에 대해 대상적격이 인정됨으로서 발생할 수 있는 소송경제, 판결의 저축 등 문제점을 방지하는 데 기여할 수 있을 것이다.⁵⁹⁾

58) 재결이 있는 경우 제소기간의 기산점에 대해 문제점을 지적하는 견해가 있다. 이 견해(류광해, 행정심판 재결과 항고소송 제소기간의 기산점, 서울법학 제22권 제1호, 서울시립대학교 법학연구소, 2014)는 명령재결의 경우 제소기간의 기산점을 후속처분을 기준으로 삼지 않는 경우 행정법관계의 조속한 안정을 도모하려는 제소기간의 취지에 맞지 않는다고 한다(류광해, 앞의 논문, 147-153면). 원처분주의를 전제로 제소기간을 기산한다면, 위 견해의 지적은 타당하다. 한편, 본 연구와 같이 원처분·재결·후속행위 모두에 대해 처분성 이론을 기준으로 소의 대상적격을 판단하면서 협의의 소익의 법리를 적용한다면, 후속행위 역시 제소기간의 기산점이 될 수 있으므로 제소기간으로 인한 권리구제의 한계를 보완할 수 있을 것으로 보인다. 위 견해도 소송의 대상을 후속행위로 보아 ‘재처분이 있는 날’ 또는 ‘재처분이 있음 안 날’을 제소기간의 기산점으로 삼아야 한다고 주장한다(류광해, 앞의 논문, 159-160면).

59) 원처분과 재결을 모두 소송의 대상으로 인정할 경우 판결의 모순이나 소송경제에 문제점이 있음을 지적하는 견해(이영무, 앞의 논문, 177면)가 있다.

(논문투고일 : 2017.2.25, 심사개시일 : 2017.2.28 게재확정일 : 2017.3.17)



▶ 정 연 부

재결취소소송, 대상적격, 행정소송법 제19조, 원처분주의,
재결주의

【참 고 문 헌】

- 김남진, 행정법 I, 법문사, 2002.
- 김남철, 행정법강론, 박영사, 2014.
- 김백유, 행정구제법, 동방문화사, 2012.
- 김철용, 행정법, 고시계사, 2013.
- 김철용, 행정법 I, 박영사, 2010.
- 류지태/박중수, 행정법신론, 박영사, 2009.
- 박균성, 행정법강의, 박영사, 2016.
- 박윤흔/정형근, 행정법강의(상), 박영사, 2009.
- 석종현/송동수, 일반행정법(상), 삼영사, 2011.
- 장태주, 행정법개론, 법문사, 2011.
- 정연부, 행정법논강, 대학로, 2016.
- 정하중, 행정법개론, 법문사, 2016.
- 조정환, 행정법개론, 진원사, 2013.
- 한건우, 현대행정법신론1, 세창출판사, 2014.
- 홍정신, 행정법특강, 박영사, 2016.
- 홍준형, 행정구제법, 한울, 2001.
- 강수정, 행정소송상 집행정지의 대상적격, 원광법학 제27권 제3호, 2011.
- 김남진, 취소소송의 대상, 공법연구 제19집, 한국공법학회, 1991.
- 김래영, 제3회(2014년) 변호사시험 사례형 기출문제 해설(1), 고시계, 2014.
- 김성원, 소의 이익에 관한 소고-판례를 중심으로-, 원광법학 제20집, 원광대학교 법학연구소, 2004.
- 김용섭, 取消訴訟의 對象으로서의 行政審判의 裁決-行政判例의 分析을 中心으로 -, 행정법연구 제3호, 행정법이론실무학회, 1998.
- 김해룡, 국가기관간의 법적 행위의 행정처분성에 관한 고찰-대법원 2013. 7. 25 일자 판결(2011두1214)에 대한 평석-, 외법논집 제39권 제1호, 한국의 국어대학교 법학연구소, 2015,
- 김향기, 재결 및 재결통지의 처분성여부, 고시계 통권 제568호, 2004.
- 김현준, 處分性 없는 行政作用에 대한 行政訴訟으로서의 確認訴訟-2004년 일본 행소법 개정상황에서의 확인소송 활용론을 단초로 하여-, 공법연구 제

37집 제3호, 2009.

류광해, 행정심판 재결과 항고소송 제소기간의 기산점, 서울법학 제22권 제1호, 서울시립대학교 법학연구소, 2014.

이영무, 수정재결이 이루어진 경우 소송의 대상과 피고적격-특히 공무원에 대한 불이익처분에 관련하여-, 법조 제56권 제8호, 법조협회, 2007.

이일세, 행정심판의 재결에 대한 행정소송-원처분주의를 중심으로-, 강원법학 제44권, 강원대학교법학연구소, 2015.

이준복, 행정소송제도의 개혁방안에 관한 법적 연구-헌법상, 국민안전보장의무에 대한 논의를 중심으로-, 세계헌법연구 제21권 제1호, 세계헌법학회, 2015.

榎原秀訓, 日本における抗告訴訟の処分性の動向-裁判所の処分性拡張路線と新司法試験-, 서강법학 제12권 제1호, 서강대학교 법학연구소, 2010.

宇賀克也, 行政法, 有斐閣, 2012.

行政事件訴訟実務研究会, 行政訴訟法の実務, ぎょうせい, 2008.

宮田三郎, 行政訴訟法, 信山社, 2007.

Abstract

The Object for Revocation Litigation When Adjudication Exists

Joung, Youn Boo

The main clause is Article 19 of the Administrative Litigation Act to regulate an object for revocation litigation. This provision states, “The disposition, etc. shall be subject to a revocation litigation: Provided, That in case of a litigation instituted to seek the revocation of an adjudication, it is permitted only when a reason exists that the adjudication itself has a proper illegality.”

The prevailing opinion on Article 19 is the rule of the initial administrative action. Whereas Adjudication could only become an object for revocation litigation when there is its own illegality. However, it seems that the dominant opinion on Article 19 cannot play an adequate role in the concrete discussion on the problems of the object for revocation litigation in the case of Adjudication existing.

This paper analyzes the processes to confirm the object for revocation litigation under a situation in which adjudication exists. To solve the doubtful points, this study attempts to seek standards to define the object for revocation litigation, and try to reinterpret the meaning of Article 19. It especially reestablishes the status of the meaning of “only when a reason exists that the adjudication itself has a proper illegality” of Article 19 to finally confirm the object for revocation litigation in the case of Adjudication existing.

This study also seeks to carry through the basic standard, Administrative

Disposition, to decide the object when Adjudication exists and take the position to supplement the imperfections in the discussion of the object by using legal requirements for a lawsuit, litigation procedures, and effect of judgement.



▶ **Joung, Youn Boo**

Revocation Litigation about Adjudication on the Administrative Appeal,
Disposition, Adjudication, Article 19 of Administrative Litigation Act,
Object for Revocation Litigation

거짓·과장의 표시·광고에 있어서 부당성 판단*

이 선 희**

【목 차】

I. 序	III. 소비자오인성
II. 거짓·과장성	1. 의의
1. 개설	2. 소비자오인성의 기준
2. 거짓·과장성의 의미	3. 오인유발에 대한 사업자의 귀책
3. 거짓·과장의 입증책임과 표시·광고실증제	IV. 공정거래저해성
4. 소비자오인성 및 공정거래저해성의 관계	1. 의의
5. 입법론	2. 거짓·과장성, 소비자오인성과의 관계
	V. 결

【국 문 요 약】

본고는 우리나라 표시·광고법상 부당한 표시·광고의 대표적 유형인 거짓·과장의 표시·광고에 있어서 부당성 판단기준에 대하여 다루었다.

거짓·과장의 표시·광고는 거짓·과장성 및 소비자오인성과 공정거래저해성이 구비될 것을 요구한다. 다만, 특정한 표시·광고에 거짓·과장성과 소비자오인성이 인정된다면 공정거래저해성은 그다지 문제되지 않는 다. 결국 거짓·과장성과 소비자오인성이 부당성 판단에 있어서 쟁점이 된다.

그런데 거짓·과장의 표시·광고에 있어서 거짓 여부의 판정은 사실인정의 문제임에도 불구하고, 우리나라 판례는 거기에 사회통념과 같은 가치판단을 개입하거나, 거짓·과장성과는 별개의 요건인 소비자오인성이나 부당한 표시·광고의 또 다

* 2016. 11. 17. 서울대학교 경쟁법센터 2016년도 제2차 법·정책 세미나에서의 발표내용을 수정·보완한 것이다.

** 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사, 변호사.

른 유형인 기만적인 표시·광고의 요소인 기만성을 포함하기도 한다.

이에 필자는 우리나라 표시·광고법이 규제대상을 4가지 유형으로 준별하고, 특히 거짓·과장의 표시·광고에 있어서 거짓·과장성과 소비자오인성의 요건을 구분하는 태도에 대하여 근본적인 의문을 제기하였다. 그리고 미국의 Lanham 법과 같이 “거짓 또는 오인을 유발하는” 표시·광고를 규율하거나, 소비자오인성을 중심 개념으로 하면서 현재 우리나라의 표시·광고법이 규정하고 있는 4가지 유형을 예시규정으로 개정할 것을 제안하였다.

그리고 표시·광고실증제의 운용에 있어서 입증의 대상을 명확하게 하거나 나아가 제도의 의의를 재검토할 필요가 있음을 제안하였다.

I. 序

우리나라에서 가슴기 살균제의 유해성으로 인한 사망 등 사건은 사회적으로 큰 파장을 일으켰다. 그 손해배상청구소송은 아직 진행 중이지만, 표시·광고의 공정화에 관한 법률, 이하 ‘표시·광고법’ 또는 ‘법’이라 한다) 위반행위와 관련하여 공정거래위원회(이하 ‘공정위’라 한다)의 행정처분은 확정되었다. 행정처분인 시정명령 및 과징금부과처분이 내려진 주요 4개 업체 중 유한회사 옥시레킷벤키저, 홈플러스 주식회사가 공정위 처분에 불복하여 각각 행정소송을 제기하였으나, 모두 원고의 청구를 기각하는 판결이 확정된 것이다.¹⁾

위 행정소송에서 위 가슴기 살균제의 “인체에 안전한 성분을 사용하여 안심하고 사용할 수 있습니다”는 표시가 문제되었다. 대법원은 "(제품) 주성분의 안전성이 객관적으로 검증되지 않았음에도 인체에 안전한 성분을 사용했다고 사실과 다르게 표시”를 하였고, “보통의 주의력을 가진 일반 소비자가 이 사건 표시로 인해 이 사건 제품이 인체에 안전하다고 오인할 우려”가 있으므로 “공정한 거래질서를 저해”할 수 있는 허위·과장의 표시로 인정된다고 판단하였다.²⁾

표시·광고법 제3조3)의 규정으로부터, 부당한 표시·광고가 성립하려면 i) 표시

1) 대법원 2014. 12. 24. 선고 2014두11977 판결, 서울고등법원 2014. 8. 13. 선고 2012누28287 판결; 대법원 2013. 12. 12. 선고 2013두17787 판결(심리불속행 기각), 서울고등법원 2013. 7. 26. 선고 2012누28171 판결.

2) 위 2014두11977 판결(未公刊).

3) 제3조(부당한 표시·광고 행위의 금지)

① 사업자들은 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 표시·광고 행위

또는 광고행위가 존재하여야 하고 ii) 표시·광고법이 열거하고 있는 4가지 유형, 즉 거짓·과장된 표시·광고이거나 기만적 표시·광고, 부당한 비교 표시·광고, 비방 표시·광고 중 하나에 해당하여야 하며 iii) 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있고 iv) 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있어야 한다고 이해된다. 이 중 표시·광고의 부당성과 관련되는 부분은 ii) 내지 iv)의 요건이다. 그런데 가슴기 살균제 사건과 같은 거짓·과장의 표시·광고에 있어서 부당성의 요건을 이루는 거짓·과장의 의미와 소비자오인성 그리고 공정거래저해성은 무엇인가? 그리고 이들 상호간에 어떤 관계를 가지는 것일까?

본고는 표시·광고의 규제에 대한 논의가 활발한 미국법을 참고하여, 부당한 표시·광고행위의 가장 대표적인 유형인 거짓·과장의 표시·광고의 부당성 판단기준에 대하여 고찰하기로 한다.

II. 거짓·과장성

1. 개설

소비자보호관련 법률위반행위의 유형별 시정실적을 분석한 통계⁴⁾에 따르면 표시·광고법 위반의 전체 유형 중 거짓·과장의 표시·광고가 차지하는 비율이 압도적으로 높다. 최근의 통계(2015년의 경우)에 의하면, 부당한 표시·광고사건에 대하여 시정조치가 내려진 151건 중 106건(약 70%)이 이에 해당하고, 표시·광고법이 제정된 1999년부터 2015년까지의 기간을 통틀어서 보면 4,608건 중 4,127건(89.6%)이다.

표시·광고의 개념은 표시·광고법 제2조 제1호와 제2호 및 동법 시행령 제2조에 규정하고 있다. 양자는 내용상 구분되는 것이 아니라 형식에 의하여 구분된다. 대체로 당해 상품의 용기·포장 등에 쓰거나 붙인 문자·도형 등은 표시에 해당하고, 당해 상품 이외의 다른 상품, 기타 이와 유사한 매체 또는 수단을 이용하는 방법으로 소비자에게 널리 알리거나 제시하는 것은 광고에 해당한다.

로서 공정한 거래질서를 해칠 우려가 있는 다음 각 호의 행위를 하거나 다른 사업자등으로 하여금 하게 하여서는 아니 된다.

1. 거짓·과장의 표시·광고 2. 기만적인 표시·광고 3. 부당하게 비교하는 표시·광고
4. 비방적인 표시·광고

② 제1항 각 호의 행위의 구체적인 내용은 대통령령으로 정한다.

4) 공정위, 2015년도 통계연보, 2016, 69면 참조.

본고에서는 부당한 표시·광고의 나머지 요건인 ‘부당성’과 관련하여, 대표적인 유형인 거짓·과장의 표시·광고에 있어서 부당성의 요건과 내용을 차례로 살펴보기로 한다.

2. 거짓·과장성의 의미

거짓·과장의 표시·광고⁵⁾는 사실과 다르게 표시·광고하거나 사실을 지나치게 부풀려 표시·광고하는 것을 말한다(법 시행령 제3조 제1항).

가. 1차적 요건

부당한 표시·광고행위가 되기 위한 부당성 판단기준은 1차적으로는 표시·광고의 진실성 여부이고, 2차적으로 소비자오인성과 공정거래저해성이라고 한다.⁶⁾ 판례 중에도 거짓·과장의 표시·광고와 관련하여, 표시·광고의 내용이 거짓이거나 사실을 과장한 것이어야 하고, 그러한 표시·광고가 소비자를 오인시킬 우려가 있어야 하며, 나아가 그러한 표시·광고가 공정한 거래를 저해할 우려가 있어야 한다고 판시한 것이 있어⁷⁾ 거짓·과장의 부당한 표시·광고에 있어서는 거짓·과장성이 1차적 성립요건임을 전제하고 있는 것으로 보인다.

이와 같은 태도에 의하면, 표시·광고가 진실하다면 소비자오인성이나 공정거래저해성에 대해서는 나아가 살펴볼 필요 없이 거짓·과장의 표시·광고는 성립하지 않게 된다. 표시·광고가 진실한 것임에도 불구하고 소비자의 오인을 유발하여 부당한 표시·광고로 되는 경우가 있을 수 있다는 견해도 있으나,⁸⁾ 적어도 우리나라 표시·광고법이 규율하는 거짓·과장광고에는 적용되지 않는다고 할 것이다.

5) 종전의 표시·광고법은 이를 ‘허위·과장’의 표시·광고라고 표현하였으나 2011. 9. 법 개정으로 현재와 같이 규정하였다. 이는 어려운 용어를 한글로 바꾼다는 취지에서 표현이 변경되었을 뿐, 그 의미는 동일하다. 이하 본고에는 편의상 법 개정 전후를 불문하고 ‘허위’ 대신에 ‘거짓’이라는 표현으로 통일하여 기술하기로 한다.

6) 박수영, “부당한 표시·광고행위의 성립요건과 유형”, 기업법연구 13권(2003. 6.), 한국기업법학회, 277~278면; 정원준, “표시·광고행위의 부당성판단기준”, 법학논총 제38권 제4호(2014. 12.), 단국대학교, 398면.

7) 대법원 2002. 6.14. 선고 2000두4187 판결 참조. 한편 대법원은 “허위·과장의 광고는 사실과 다르게 광고하거나 사실을 지나치게 부풀려 광고하여 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 광고행위로서 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있는 광고”라고 정의하는 데(대법원 2003. 6. 27. 선고 2002두6965 판결, 대법원 2008. 11. 13. 선고 2008두6646 판결, 대법원 2010. 7. 22. 선고 2007다59066 판결, 대법원 2013. 9. 26. 선고 2011두7632 판결 등) 이로써 거짓·과장성과 소비자오인성을 결합하여 이를 1차적 요건으로 하고, 2차적 요건을 공정거래저해성으로 삼고 있다고 볼 여지를 두고 있다.

8) 박수영, 278면.

나. 거짓과 과장의 구별

거짓은 객관적 사실과 다르다는 것이다. 이는 사실인정의 문제이고 증명의 대상이 된다. 반면 과장은 특정사실에 기초하거나 객관적인 근거는 있으나 지나치게 부풀린 것을 말한다. 증명된 객관적 사실을 기초로 사회통념에 기하여 판단하게 된다.

그런데 일반적으로는, 표시·광고의 거짓·과장을 판단함에 있어서 양자를 구분하지 않은 채 사회통념을 기준으로 하며, 자연과학적인 엄밀성을 요구하지 않는다고 한다. 그리고 표시·광고의 진실성 여부를 판단할 때에는 문구의 명료성, 글자 및 도안의 상대적인 위치와 크기 또는 색상, 보통의 소비자에게 전달되는 의미 등 표시·광고의 전체를 종합적으로 판단하여야 한다고 한다.⁹⁾

그러나 객관적 사실의 진위가 문제되는 ‘거짓’의 표시·광고에도 위와 같이 사회통념에 기초하여 판단한다는 것은 개념상의 혼란을 가져온다. 아마도 실제 사례에 있어서 양자를 구분하기 어렵고 한계가 모호하여, 표시·광고법 및 동법 시행령도 양자를 구분하지 않은 채 묶어서 하나의 유형으로 규정하고 있기 때문이 아닌가 하고 생각된다.¹⁰⁾

다. 기만성, 소비자오인성 등과의 구별

거짓·과장 여부는 표시·광고 자체가 판단대상이라는 점에서 표시·광고주의 태도에 중점을 두는 기만성과 구별되고, 소비자의 인식에 중점을 소비자오인성 과도 구별된다.¹¹⁾ 또한 표시·광고 자체의 진실성 여부만 묻는 것으로서 사업자 스스로 표시·광고내용이 진실한 것으로 믿었는지 여부는 거짓·과장성의 인정에 영향을 끼치지 않는다고 할 것이다.

우리나라의 학설 및 판례는 및 표시·광고의 부당성판단에 있어서 소비자오인성을 가장 중요한 개념으로 삼고, 표시·광고가 부분적으로 진실이라고 하더라도 광고물을 전체적으로 보아 소비자를 오인시킬 우려가 있는 경우에 거짓·과장의 표시·광고에 해당한다고 한다.¹²⁾ 그런데 다음 판결례를 보면 거짓·과장성을 인정함

9) 정원준, 406면.

10) 손수진, “부당광고의 규제에 관한 연구 : 독점규제 및 공정거래에 관한 법률을 중심으로”, 한양대학교(박사학위논문), 1996, 4면; 이병규, “미국법상 부당광고의 법리에 관한 연구”, 법조 통권 649호(2010. 10.), 253면도 同旨.

11) 박수영, 281면.

12) 이호영, 「소비자보호법(제3판)」, 홍문사, 2015, 66, 74면; 대법원 2005. 2.18 선고 2003두8203

에 있어서 기만성이나 소비자오인성과 개념이 혼용되고 있음을 알 수 있다.

1) 천연사이다 광고사건¹³⁾

이 사건에서 사업자의 문제된 표시·광고행위는 다음과 같다.

① 상품명을 "천연사이다"로 한 청량음료제조업허가를 받고 "천연"이란 연합상표등록을 받아 그 상품을 "천연사이다"라고 표시하여 광고하였다. ② 그리고 상품용기인 유리병에 한글로 크게 "천연사이다"라고 표시하면서 한글 '천연' 다음에 바로 한자 泉然을 써 넣지 않고 다른 줄에 작은 한문자로 '泉然'이라고 표시하였다. ③ 또한 "천연사이다시대 개막선언"이란 표제의 신간광고를 하였다.

대법원은, 위 ①의 광고는 상표권의 정당한 권리행사가 될 수 있으나, ②는 천연적으로 생산된 사이다라고 오해되기를 바라고 한 것이라고 볼 여지가 충분하고, 그 뒤편에 영문자로 MINERAL WATER와 CIDER를 각각 분리 표시한 것도 그 제품을 광천수로 보이게 하려는 의도가 없다고 보기 어렵다고 보았다. 거기에 ③의 광고표제는 보는 사람으로 하여금 지금부터 천연적으로 생산되는 사이다가 나오는 시대가 되었다는 뜻으로 받아들여질 염려가 충분한 것으로 생각된다고 하였다. 따라서 위 일련의 상품선전 내지 광고행위는 특단의 사정이 없는 한 거짓·과장 광고행위에 해당하지 아니한다고 하기 어렵다고 판단하였다.

여기에서 대법원이 거짓·과장광고라고 인정한 것은, 앞서 본 거짓의 의미 즉 객관적 사실이 진실과 부합하지 않다는 점에 기초하였다고 보기는 어렵다. ①은 그 자체로 어떠한 거짓이 있었다고 보기 어렵고, ②는 광고주의 의도를 문제 삼고 있어 기만성과 연관되며, ③은 소비자오인성에 대한 내용이다.

그렇다면 이 경우는 광고내용은 진실하지만 소비자오인성이 있는 경우인가? 그러나 대법원은 ②, ③의 점을 강조하면서 ①부터 ③까지 일련의 광고행위에 거짓·과장성이 있다고 판단하였다. 이 판결의 예를 보면, 거짓·과장성을 판단함에 있어서 단순히 광고 자체가 객관적 사실에 부합하는지를 보는 것이 아니라, 광고주의 의도 및 소비자오인성 등의 요소를 복합적으로 고려한 종합적 판단을 하고 있음을 알 수 있다.

판결(밀리오레 상가임대분양광고 사건) 및 대법원 1990. 9. 25. 선고 89누8200 판결(파스퇴르우유 광고사건) 등

13) 대법원 1990. 2.9. 선고 89누6860판결.

2) 연수기(軟水器)¹⁴⁾ 광고사건¹⁵⁾

문제된 광고는 소비자의 체험후기를 게시하여 제품을 사용하기 이전과 사용후의 상태를 비교한 사진과 그 사진 아래에 간략하게 개선내용(아토피증상 개선, 가려움, 짓무름 개선, 성인어른 탈모 개선 등)을 기술하여 보여주었다. 이로써 광고에 소비자가 본인의 사용 경험에 근거하여 당해 상품을 효능, 효과, 성능 등의 면에서 좋은 상품으로 평가·보증하거나 당해 상품의 구매·사용을 추천하는 내용이 포함되어 있었다.

이와 관련하여 대법원은 위 내용이 추천자의 개인적 경험을 넘어 일반 소비자들에게도 가능한 사실로 받아들여지는 경우라는 전제 하에, 그러한 경우에는 그 추천·보증의 내용이 추천자가 실제로 경험한 사실에 부합한다고 하더라도 추천자의 경험내용이나 판단내용이 일반 소비자들에게 보편적으로 발생하는 현상이 아니거나 학계 등 관련 전문분야에서 일반적으로 받아들여지고 있는 견해가 아니라면 광고행위를 한 사업자가 그 소비자가 추천·보증하는 내용이 진실임을 입증할 책임이 있다고 판시하였다. 그런데 사업자가 이러한 내용을 입증하지 못한 채, 객관적으로 확인될 수 없거나 확인된 사실이 없음에도 불구하고 제품의 사용으로 아토피성 피부염, 가려움증, 짓무름, 성인어른 탈모 증상 등이 개선되는 효과가 ‘확실하게’ 나타나는 것처럼 광고한 행위는 사실과 다르거나 사실을 지나치게 부풀린 것으로서 거짓·과장성이 인정된다고 하였다.

여기서 판례는 위 광고로 사용된 추천자의 개인적 경험이 진실에 부합한다고 하더라도 그것으로 광고의 진실성이 입증된 것이 아니라는 태도를 취한다. 그리고 그 추천·보증내용을 보는 일반 소비자들의 입장에서는 자신에게도 가능한 사실로 받아들여진다고 전제한 다음, 일반 소비자들에게도 추천·보증내용이 ‘확실하게’ 적용됨을 입증하여야 한다는 취지이다. 광고내용을 인식하는 일반 소비자를 상정한다는 점에서 광고 자체가 아닌 소비자의 인식에 중점을 둔 소비자오인성과 연결되고, 광고실증제에 의하여 진실성을 입증하여야 하는 대상이 광고의 내용을 이루는 추천자의 개인적인 경험이 아닌 추천·보증내용의 보편성이라는 점에서 일반적인 거짓·과장의 대상과 차이가 있다.

14) 보통의 물에 들어 있는 칼슘, 마그네슘 등과 같은 양이온을 제거하여 광물질을 함유하지 않은 물로 만드는 기구를 말한다.

15) 대법원 2013. 9.26. 선고 2011두7632 판결.

라. 미국법으로부터의 시사점

부당광고에 대한 미국법의 法源으로는 보통법, 주법, 연방법이 논의되고 있다. 연방법으로는 연방상표법인 Lanham법¹⁶⁾ 등이 있고, 연방거래위원회법(이하 'FTC법'이라 한다)이 있다. 한편 표시를 규제하는 법률로는 공정포장 및 라벨법(Fair Packaging and Labeling Act)이 있다.¹⁷⁾

미국법은 부당광고를 크게 거짓 또는 오인을 유발하는 광고와 비방광고의 2가지로 구별하는데, 좁은 의미의 부당광고는 전자만을 말하고 비방광고는 이와는 조금 다른 법리로 규율되고 있다고 한다.¹⁸⁾ 우리 표시·광고법상의 거짓·과장광고와 기만광고는 모두 전자에 포괄된다고 볼 수 있다.

Lanham법 제43조 (a)항¹⁹⁾은 상업광고 또는 관측활동에 있어서 거짓이거나 또는 오인을 유발하는(false or misleading) 사실의 표시 또는 표현(description or representation of fact)이 혼동이나 오인을 일으키거나 속일 염려가 있을 때 규제한다. 위 법은 부당광고의 성립요건에 손해의 발생을 요하고, 구제수단으로 금지명령과 손해배상을 두고 있다. 경쟁자와 소비자를 모두 보호하기 위한 법이지

16) 1946년에 제정되었으나 1954년 L'Aiglon 판결(L'aiglon Apparel, Inc. v. Lana Lobell, Inc, 214 F.2d 649 (3d Cir. 1954)) 이후 1989년 개정된 제43조 (a)항이 보통법상의 유일출처의 원칙(sole source rule)을 넘어서 적용범위를 확대해석한 연방법원의 판례들을 성문화한 것으로서 의미가 있다. Lanham법은 기본적으로 상표에 관한 법이지만 허위표시 등에 관한 제43조 (a)에 관한 한, 상표와 관련된 것에 국한되지 않고 광고상 다양한 종류의 표현에 적용된다. - Graeme B. Dinwoodie & Mark D. Janis, Trademarks and Unfair Competition : Law and Policy(3rd Ed.), Aspen Publishers, 2011, pp. 803~805; Mark Janis, Trademark and Unfair Competition in a Nutshell, West, 2013, pp. 335~337; Charles R. McManis, Intellectual Property and Unfair Competition in a Nutshell(6th Ed.), Thomson/West, 2009, pp. 418~420; Margreth Barrett, Intellectual Property - Cases and Materials(4th Ed.), West, 2007, pp. 1014~1015; Roger E. Schechter, Intellectual Property(3rd), Thomson/West, 2006, pp. 333~334; 이병규, 236면.

17) 이병규, 228~229, 236~240, 252~253면.

18) 이병규, 228면.

19) (1) Any person who, on or in connection with any goods or services, or any container for goods, uses in commerce any word, term, name, symbol, or device, or any combination thereof, or any false designation of origin, false or misleading description of fact, or false or misleading representation of fact, which—

(A) is likely to cause confusion, or to cause mistake, or to deceive as to the affiliation, connection, or association of such person with another person, or as to the origin, sponsorship, or approval of his or her goods, services, or commercial activities by another person, or

(B) in commercial advertising or promotion, misrepresents the nature, characteristics, qualities, or geographic origin of his or her or another person's goods, services, or commercial activities,

shall be liable in a civil action by any person who believes that he or she is or is likely to be damaged by such act.

만²⁰⁾ 소비자에 의한 직접적인 구제청구를 허용하는 것은 아니고,²¹⁾ 주로 경쟁사업자에게 거짓광고에 대한 금지청구나 손해배상청구를 허용함으로써 간접적으로 소비자를 보호하는 효과를 도모한다.²²⁾

반면 FTC법 제5조는 불공정하거나 기만적인 행위나 관행(unfair or deceptive acts or practices)을 위법하다고 선언하고, 이러한 위법행위에 대하여 FTC가 직접 광고중지명령 등의 행정조치를 취하거나 직접 법원에 소를 제기할 수 있는 권한을 부여한다.²³⁾ 그러나 위와 같이 위법한 행위로 인하여 소비자들에게 피해가 발생하였을 것을 요건으로 하지 않고, 피해를 입은私人이 위 법에 기하여 구제를 청구할 수는 없다.²⁴⁾

한편 공정포장 및 라벨법은 표시를 ‘소비자에 부착되거나 소비자에 부착된 용기에 부착되는 문서, 인쇄, 그림 등을 말한다’고 정의하고, 불공정하고 기만적인 표시는 FTC법 제5조에 의하여 규율한다고 규정한다.²⁵⁾

이하 1)에서는 미국법상 부당광고의 대표적인 유형인 거짓 또는 오인을 유발하는 광고를 Lanham법을 중심으로 살펴보고, 2)에서는 FTC법에 특유한 부분을 살펴보기로 한다.

1) Lanham 법

Lanham 법 및 그 판례에 의할 때 부당광고는 i) 사업자가 광고에서 그 제품에 관하여 거짓의 또는 오인을 야기하는 진술(false or misleading statement of fact)을 할 것 ii) 그 진술이 실제로 상당수의 청중(audience)을 속였거나 속일 가능성(deceptiveness)²⁶⁾이 있을 것 iii) 그러한 가능성 등이 소비자의 구매의사 결정에 영향을 미칠 정도로 중요성한 것일 것(materiality) 등을 요건으로 한다.²⁷⁾

20) J. Thomas McCarthy, Trademarks and Unfair Competition(2nd Ed.), Vol 2, Lawyers Co-operative Pub. Co., 1984, § 27:4.

21) Colligan v. Activities Club of New York, Ltd., 442 F.2d 686, 692(2d Cir., 1971); Schechter, p. 380; McManis, pp. 414~415.

22) Schechter, pp. 336~337; 이병규, 241면.

23) Schechter, p. 369.

24) Barrett, p. 1029; Schechter, pp. 380~381; 이병규, 246면.

25) 15 U.S. Code § 1456, § 1459.

26) 이를 기만성으로 번역하는 것이 보통이나 우리나라 표시·광고법상의 기만적 표시·광고와 혼동될 우려가 있어서 속이거나 속일 가능성이라고 풀어쓰기로 한다.

위 i) 요건에 있어서, ‘거짓’은 명시적이고 모호하지 않은 진술(explicit and unambiguous)을 말하는데, 문자 자체로 명백하게(express/literally or explicitly) 거짓인 경우도 있지만 암시적으로(by necessary implication) 전달하는 메시지가 거짓인 경우도 있다.²⁸⁾ 그리고 거짓이 아니라고 하더라도 ‘소비자를 오인을 야기하는 것’이라면 i)의 요건을 구비한다.²⁹⁾ 이 점이 우리나라의 표시·광고법과 뚜렷하게 다른 점이다. 소비자의 오인을 야기한다는 것은, 문자 그대로는(literally) 사실일 수도 있지만 광고에서 전달하는 문구가 모호하거나 일부 내용의 생략으로 인해서 고객의 오인을 유발하는 경우를 말한다.³⁰⁾ 이는 우리나라 표시·광고법상 기만적 광고³¹⁾에도 해당할 수 있다.³²⁾

‘거짓’과 ‘오인을 야기하는’ 진술의 차이는 ii)의 요건과 관련한 입증의 정도에 있다. 전자의 경우는 거짓임이 입증되면 대부분의 법원은 소비자들이 실제로 속았다고 추정하여 그 이상의 입증을 요구하지 않지만, 후자의 경우는 소비자의 반응에 대한 증거를 필요로 한다.³³⁾ 그러나 ‘거짓’(특히 묵시적이거나 간접적인 경우)과 거짓은 아니지만 소비자의 ‘오인을 야기하는’ 경우의 구별이 쉽지 않은 경우도 있다.³⁴⁾ 우리나라 표시·광고법상 소비자오인성은 위 i)에서의 ‘오인을 야기하는’ 것에 ii)의 요건을 결합한 것으로 이해하여야 할 것이다.

한편 우리 법과는 달리, 과장광고는 위 법에 의하여 금지되는 행위가 아니다.³⁵⁾ 미국헌헌에서는 “amazing”, “change your life forever” 등을 과장광고의 전형적인 예로 보고 있는데, 명백한 과장광고는 부당광고에 해당하지 않는다는 학설 및 판례의 태도가 확립되어 있다. 명백한 과장광고를 부당하지 않다고 보는

27) Janis, p. 337; Dinwoodie & Janis, pp. 803~804; Barrett, pp. 1026~1027; Schechter, pp. 337~338; 이병규, 237면.

28) Janis, pp. 346~347; Barrett, p. 1027; Schechter, p. 338.

29) Janis, pp. 346~347; Dinwoodie & Janis, p. 812; 나종갑, 356면.

30) Janis, p. 337; 나종갑, 「미국 상표법연구」, 한남대학교 출판부, 2006, 357면은 이를 직접적인(direct) 허위사실과 간접적인(indirect) 허위사실로 나눈다. 이병규, 238면은 명시적 허위와 묵시적 허위로 구분하지만, ‘묵시적 허위’와 ‘허위는 아니지만 오인을 유발하는 경우’에 대한 설명을 명백히 구분하지 않고 있다.

31) 앞서 본 통계에 의할 때 표시·광고법이 제정된 1999년부터 2014년까지 전체 사건의 4.3%에 해당하며, 거짓·과장광고에 이어 두 번째로 높은 비율을 차지한다.

32) 이병규, 252면.

33) Coca-Cola Co. v. Tropicana Products, Inc., 690 F.2d 312, 317(2d Cir., 1982); Janis, p. 346; Dinwoodie & Janis, p. 804; Schechter, p. 338; 나종갑, 356~357면; 이병규 238~239면.

34) 나종갑, 358면.

35) 나종갑, 367면.

이유는 소비자들이 무관심하거나 냉소적으로 대하므로 결국 그들이 기만당했다고 볼 수 없고 소비자의 의사결정에도 별 영향을 미치지 않는다고 보기 때문이다.³⁶⁾ 위 iii)의 요건에 대하여 법원이 일반적인 기준을 명시한 바 없고, 실제 사건에서 쟁점이 되는 경우도 드물다.³⁷⁾ 그러나 명백한 과장광고가 위 법상 부당한 광고에서 제외되는 이유는 위 요건으로 설명할 수 있을 것이다.

2) FTC법

FTC법 제5조가 규정하고 있는 ‘불공정하거나 기만적인 행위나 관행’은 부당한 표시·광고를 규제하는 근거로서 작용한다. 앞서 본 Lanham 법상 부당광고의 요건에 대한 설명은 FTC법 제5조에 의한 부당한 광고에도 대체로 타당하다.

특히 광고가 소비자의 이익을 해치는 ‘기만적인 행위나 관행’에 해당하는 경우에는 경쟁에 대한 부정적인 영향이 입증되지 않더라도 규율이 가능하다. 그리고 FTC법 제15조 (a)(1)은 거짓광고(false advertisement)를, 표시(label) 이외의 것으로서 주요한 점에 있어서 오인을 야기하는 광고를 의미한다고 정의하는데, 반드시 거짓이 입증되어야 하는 것은 아니고 소비자의 오인성만으로도 족하다.³⁸⁾

이와 같이 미국법은 우리 법과는 달리 표시·광고가 거짓 “또는” 소비자의 오인을 야기하는 경우에 규제대상으로 하고 있다. 앞서 본 우리나라 판례에서 표시·광고의 거짓 여부 판단에 표시·광고주의 의도나 소비자오인성 등의 요소를 고려한 종합적 판단을 하고 있는 것은, 거짓과 소비자오인성을 별도의 요건으로 하는 우리 표시·광고법의 문언에도 불구하고, 미국법의 해석론으로부터 영향을 받지 않았나 하는 생각이 든다.

3. 거짓·과장의 입증책임과 표시·광고실증제

가. 입증책임의 중요성

거짓·과장의 표시·광고가 성립하기 위한 앞서 본 ii)내지 iv)의 요건 중 ii)의 거짓·과장성이 인정되지 않는다면 나머지 iii), iv)의 판단에 나아갈 필요가 없다는 점에서,³⁹⁾ 표시·광고의 거짓·과장성의 입증은 중요하다.

36) Janis, p. 337; 이병규, 254면 등.

37) Schechter, p. 338; 이병규, 240면.

38) U.S. Retail Credit Ass'n v. FTC, 300 F.2d 212(4th Cir, 1962).

39) 다만, 앞서 본 박수영, 278면의 견해와 같이 진실이라도 소비자오인성이 있다면 거짓·과장광고가 성립된다고 하는 입장은 별론으로 한다.

특히 과학기술이나 식품보건 분야에서 표시·광고의 거짓·과장성 판단은 상대적으로 용이하지 않아 입증책임을 다하였는지에 관한 판단은 실무상 중요한 의미가 있다.⁴⁰⁾

나. 표시·광고실증제

(1) 일반론 - 미국법과의 비교

우리나라는 1999년 표시·광고법을 제정하면서 과거 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 ‘공정거래법’이라 한다)이나 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하 ‘부정경쟁방지법’이라 한다)에는 없었던 표시·광고 실증제를 도입하였다. 이는 사업자등으로 하여금 자기가 한 표시·광고 중 사실과 관련한 사항에 대하여는 실증하도록 함으로써(법 제5조 제1항), 합리적·객관적 근거 없는 사실을 이용한 부당한 표시·광고행위를 방지하는 데에 의미가 있다.⁴¹⁾ ‘표시·광고의 실증에 관한 운영고시’(2015.10.23. 공정위 고시 제2015-15호, 이하 ‘고시’라 한다)에 의하면, 인체에 직접적으로 영향을 미친다는 내용인 경우, 안전 또는 환경과 관련된 내용인 경우,⁴²⁾ 성능·효능·품질에 관한 내용인 경우, 기타 소비자의 구매선택 및 거래절서에 중대한 영향을 미치는 내용인 경우에 한정하여 실증자료를 요청할 수 있도록 하고 있다. 그리고 합리적인 근거로 인정할 수 있는 실증자료는 시험결과, 조사결과, 전문가(단체/기관)의 견해, 학술문헌, 기타 과학적이고 객관적이라고 인정할 수 있는 자료로 5가지 유형을 제시하고 있다.⁴³⁾

위 표시·광고실증제는 공정위가 표시·광고내용의 진위여부를 판단함에 많은 시간과 노력 및 비용이 소모되고, 특히 전문적인 표시·광고의 경우 거짓임을 입증하는 것이 사실상 어려우므로 공정위의 이러한 입증책임을 덜어주기 위하여 표시·광고내용 중 사실과 관련된 사항에 한하여 입증책임을 사업자에게 전환한 것이다.⁴⁴⁾ 이로써 부당한 표시·광고심의의 효율성과 신속성이 제고될 뿐 아니라 소

40) 정재훈, “표시·광고법상 거짓·과장광고·보람상조사건”, 경쟁저널 171호(2013. 11.), 공정경쟁연합회, 98~99면.

41) 대법원 2013. 9. 26. 선고 2011두7632 판결 등 참조.

42) 앞서 본 가슴기살균제 표시가 이에 해당할 것이다.

43) 우리나라의 표시·광고법상 표시·광고실증제의 실증방법 및 절차에 관한 상세는 고희석, 「소비자보호법(제2판)」, 세창출판사, 2008, 128~132면 및 박성용, “표시·광고실증제도에 관한 연구”, 소비자문제연구 제44권 3호(2013), 47~50면 참조.

44) 과거에는 공정위의 지침으로 입증책임을 전환을 규정하여 위임입법의 한계를 일탈하였다는 문제(대법원 2000. 9. 29. 선고 98두12772 판결)가 있었다.

비자에 대한 정보제공의 측면에서도 의의가 있다.⁴⁵⁾

위 표시·광고실증제는 미국의 광고실증제를 참고한 것으로 보이지만,⁴⁶⁾ 구체적인 내용에는 약간의 차이가 있다. FTC법에 근거를 둔 미국의 광고실증제는, 거짓을 입증하기는 어렵지만 진실한지 여부가 의심스러운 광고의 경우에, 광고주가 광고상의 주장에 대하여 객관적이고 합리적인 근거를 가지고 있었는지 여부를 평가한다. 그리하여 FTC는 합리적 근거를 가지지 않고 광고에서 적극적인 주장을 하는 광고와 그러한 광고주의 행위자체를 제5조 소정의 불공정한 관행과 행위로 간주하여 행정조치를 발할 수 있다.⁴⁷⁾ 이로써 사업자로 하여금 미실증의 책임(charge)을 반박(rebut)하기 위하여 주장이 진실함을 증명하도록 하는 효과가 있다.⁴⁸⁾ 그러나 당해 내용이 사후적으로 진실임이 밝혀지더라도, 적절한 행정명령의 수준에는 영향을 미칠 수 있지만, 미실증광고로서 여전히 규제대상이 된다.⁴⁹⁾ 이와 같이 미국의 광고실증제는 사전적 규제제도로서 역할을 한다는 점에 특징이 있다.⁵⁰⁾

반면, 우리나라의 표시·광고실증제는 기본적으로 사후적 규제제도이다.⁵¹⁾ 2005년 법 개정으로 공정위가 일정한 요건 하에 사업자 등이 실증자료를 제출할 때까지 그 표시·광고행위의 중지를 명할 수 있는 권한을 부여하기는 하였지만,⁵²⁾ 정당한 사유가 있는 경우에는 제출기한의 연장이 가능하고, 실증자료가 제출되지 않은 경우에도 표시·광고법 제20조 제1항 제2호에 의하여 과태료 부과대상이 될 뿐, 사후에 진실임이 밝혀지는 경우에는 미실증 표시·광고라는 이유로 규제할 근

45) 손수진, “표시·광고의 공정화에 관한 법률상의 광고실증제에 관한 연구”, 한양법학 제10집, 1999, 291면; 박성용, 47면; 정원준, 392면.

46) 우리나라에서 위 제도 도입당시 미국을 제외하고는 거의 대부분의 국가에서 위 제도를 도입한 바 없었다. 일본은 2003년 부당 경쟁류 및 부당 표시 방지법에 실증제도를 도입하였다.

47) FTC 법 제5조 (a), (b) 및 제6조 (a), (b), (f) 참조.

48) Schechter, pp. 365-366.

49) 손수진(주 45), 288~299면; 박성용, 52면; 박해식, “광고실증제도와 입증책임의 전환”, 대법원판례해설 44호(2003 상반기), 법원도서관, 2004, 447~448면. 그러나 Schechter, p. 365에 의하면, 미실증주장이 진실임이 밝혀진다면 FTC는 위 주장을 문제삼지 않을 확률이 높을 것이라고 한다.

50) 미국 광고실증제의 상제는 FTC Policy Statement Regarding Advertising Substantiation(1983, <https://www.ftc.gov/public-statements/1983/03/ftc-policy-statement-regarding-advertisin-substantiation>에서 검색 가능); Schechter, pp. 364-366; 손수진(주 45), 287~306면; 박성용, 52~57면.

51) 손수진(주 45), 298~300면; ; 박해식, 451~452면. 박성용, 53면은 우리법상 명문의 규정은 없지만, 실증자료의 제출기간이 짧다는 점을 고려할 때 실질적으로는 사전실증의 성격을 가지고 있다고 파악한다.

52) 제5조 제5항(위 조항은 2005.12.29. 법 개정으로 비로소 도입되었다). 그러나 공정위가 위 조항에 기하여 임시중지명령을 내린 경우는 199년과 2002년에 각 1건을 한 외에는 전혀 없다(앞서 본 2015년 통계연보 기준).

거는 없기 때문이다.⁵³⁾ 따라서 거짓·과장의 표시·광고를 방지하는 데에도 다소 미흡함이 있다. 실제로 공정위에서 위 제도를 운용한 실적은 매우 미미하다. 1999년도에 위 제도가 시행된 이래 2015년까지 공정위가 사업자에게 실증을 요청한 건수는 79건으로 부당한 표시·광고에 대한 시정실적 사건 수에 대비하여 1%에도 미치지 못하고, 특히 최근 2014년과 2015년에는 단 한건도 없다.⁵⁴⁾

(2) 가습기살균제 표시사건⁵⁵⁾의 경우

위 사건에서 대법원은, 표시·광고행위에 있어서 표시·광고행위를 한 사업자 등에게 표시·광고에서 주장하는 내용 중 사실과 관련한 사항이 진실임을 합리적·객관적 근거에 의해 입증할 책임이 있다고 전제한 다음, 원고인 사업자가 제품 주성분의 안전성이 객관적으로 검증되지 않았음에도 인체에 안전한 성분을 사용했다고 사실과 다르게 표시를 하였다는 원심의 판단이 정당하다고 판시하였다. 위 판결에서 표시·광고실증제에 의하여 사업자에게 입증책임이 있는 표시·광고상 사실과 관련된 사항이 제품에 사용한 성분의 안전성인지, 안정성에 대한 객관적인 근거인지는 명백하지는 않지만, 문언상으로는 전자로 보여진다.

또한 위 사건의 원심법원은, 제품 표시 당시 그 주성분 내지 PHMGP의 유해성이 과학적으로 명백하게 증명되지 않았으므로 그것이 안전하다는 표시를 한 것은 정당하다는 취지의 원고의 주장에 대하여, 표시 당시 주성분의 안전성이 증명되지 않은 상태였음에도 불구하고, 원고가 ‘확정적으로’ 인체에 안전하다고 표시한 것은 거짓·과장으로 평가된다고 하였다. 그리고 이 사건 제품을 소비자에게 공급하는 원고로서는 제품의 안전성 여부, 특히 에어로졸 형태의 흡입독성에 관해 좀 더 면밀하게 점검한 뒤 이 사건 표시를 할 필요가 있었음에도⁵⁶⁾ 별도의 실험 등 검증절차를 거치지 않았다는 점에서, 위 표시 당시 그 주성분 내지

53) 손수진(주 45), 298~300면; 박성용, 56면.

54) 앞서 본 2015년 통계연보, 70면 참조.

55) 앞서 본 2014두11977 판결.

56) 위와 같은 필요를 인정할 근거가 된 사실은, ① 호주보건부의 광고 내용에 따르면 위 제품 주성분이 분진형태로 흡입되는 경우 매우 위험하다는 것이므로 가습기를 통해 에어로졸의 형태로 흡입되는 경우에도 위험성을 의심할 여지가 충분했던 점, ② 원고가 이것을 가습기 수준의 살균 세정제로 판매한 것은 제품 개발 당시 주목하지 않은 새로운 용도로서 이 경우 필연적으로 PHMGP가 가습기에서 분출되는 수증기에 에어로졸 형태로 분산돼 사용자에게 흡입될 것이 예상됨에도 불구하고 이런 흡입독성에 관해 본격적인 실험이 이루어졌다고 볼 아무런 자료도 없는 점, ③ 더구나 주로 면역력이 약한 어린이·노약자·임산부·환자 등이 밀폐된 공간에서 호흡기를 통해 흡입하게 되는 이 사건 제품의 특성과 우리나라 외에 전 세계적으로 가습기살균제를 널리 사용하는 사례가 없어 그 안전성 여부를 판단할 연구자료 등이 부족했던 사항이었던 점이다.

PHMGP의 유해성이 과학적으로 명백하게 증명되지 않았다는 사정이 원고에게 위 표시를 탓할 수 없는 정당한 사유가 인정된다고 볼 수 없다고 판시하였다. 여기에서 사업자가 표시내용이 진실하다고 믿은 정당한 이유의 유무는 거짓·과장성의 여부에 영향을 끼치지 못하는 것임에도 불구하고 원심법원이 이 점을 굳이 판단한 점이 눈에 띈다. 아마도 당사자가 치열하게 주장하였기 때문인 것으로 보이지만, 표시·광고실증체에 의하여 표시·광고주가 입증하여야 하는 사항이 제품에 사용한 성분의 안전성이라고 본 것이 이러한 판단을 한 이유 중 하나가 된 것이 아닌가 생각된다.

위 사건에서는 공정위가 사전에 표시·광고실증체에 의하여 실증자료를 요구한 바는 없는 것으로 보인다. 따라서 위 사건에서 위 제도는 표시의 허위 여부에 대한 입증책임을 전환하는 의미를 가진다.

사건으로는, 위 사건에서 제품이 ‘안전’하다는 것은 사실이 아닌 주장이고, 우리 표시·광고실증체의 모델이 된 미국 광고실증체의 취지에 비추어 볼 때, 사업자가 입증하여야 할 사항은 위 안전하다는 주장을 뒷받침할 객관적인 근거가 아닌가 생각된다.⁵⁷⁾ 그런 점에서 보면 그와 같은 객관적인 근거가 없음에도 위 제품이 안전하다고 표시하였다는 점에서 위 표시는 거짓에 해당한다는 결론을 도출하는 것이 타당하였을 것이다.

4. 소비자오인성 및 공정거래저해성과의 관계

표시·광고법의 문언상 표시·광고가 진실하다면 소비자오인성이나 공정거래저해성에 대해서는 나아가 살펴볼 필요 없이 거짓·과장의 표시·광고는 성립하지 않음은 앞서 본 바와 같다. 그렇지만 표시·광고의 진실성이 입증되지 못하더라도 바로 거짓 표시·광고로 규제할 수 있는 것은 아니다.⁵⁸⁾ 앞서 본 바와 같이 거짓·과장성은 부당한 표시·광고행위에 해당하기 위한 1차적 조건에 불과하고, 부당한 표시·광고의 또 다른 요건으로서 소비자오인성, 공정거래저해성이 있기 때문이다.

이런 점에서 거짓·과장성의 요건을 충족한다고 하여 소비자오인성이나 공정거래저해성이 추정된다는 논의가 일반론으로는 타당하지 않다.⁵⁹⁾

57) Schechter, p. 365에서는 광고주가 특정한 주장을 할 합리적인 근거를 가졌는지 여부는 산업표준, 더 나은 데이터를 개발하기 위하여 광고주에게 드는 비용, 광고로부터 소비자가 얻게 되는 정보의 가치와 같은 요소들에 달려있는 사실의 문제(factual question)로 다루어진다고 설명한다.

58) 정원준, 392면, 398면.

사실에 부합하지 않지만 소비자오인성이 없는 경우에 해당하는 예로는 일명 허풍 또는 부풀리기(puffing, blow-up)를 들 수 있다. 예컨대, PCS광고에서 “소리가 보인다”는 표현이나 사이다 광고에서 “가슴속까지 시원한 사이다”는 표현 등이 이에 해당한다.⁶⁰⁾ 이와 같이 사실에 부합하지 않을 때에도 소비자오인성이 없으면 규제의 대상이 되지 않는다. 영국의 거래명세법(Trade Descriptions Act) 제3조는 표시가 중대한 정도로 사실에 반한 때에 한하여 거짓표시로 하고 있으며, 미국 FTC법 제15조 (a)는 실질적 요소 즉 소비자의 구매의사결정에 실질적인 영향을 주는 경우에만 규제하고 있다. 미국법상 명백한 과장광고를 부당하지 않다고 보는 이유는 소비자들이 기만당했다고 볼 수 없고 소비자의 의사결정에도 별 영향을 미치지 않는다고 보기 때문임은 앞서 본 바와 같다.

반면 사실에 부합하지 않지만 공정거래성이 없는 경우에 해당하는 예는 대법원이 이에 해당한다고 판시한 상조업체의 약관에 관한 사건⁶¹⁾이 있다. 이에 대해서는 뒤의 공정거래저해성에서 보기로 한다.

한편, 표시·광고가 사실에 부합하는 것임에도 불구하고 소비자의 오인을 유발하여 부당한 표시·광고로 되는 경우가 있을 수 있다는 견해가 있다.⁶²⁾ 우리나라 표시·광고법상 기만적인 광고가 이에 해당할 수 있을 것이나, 거짓·과장광고와 관련하여서는 타당한 서술이라고 볼 수 없다.

5. 입법론

어떤 표시·광고가 거짓인지 아니면 사실과 부합하지만 다소 과장이 포함된 것인지를 명확히 구분하는 것을 쉽지 않다. 그리고 객관적 진실과의 부합여부를 문제 삼는 표시·광고의 거짓 여부를 소비자오인성과 구분하여 판단하는 것도 쉬운 일은 아니다.

그런 이유에서인지 우리 판례는 거짓 여부의 판정에 사회통념과 같은 가치판단을 개입하는가 하면, 법문에도 불구하고, 별개의 요건인 소비자오인성이나 기

59) 예를 들어 박해식, 449면은 광고내용이 절대적 비교광고(특정사업자를 지명하지 않고 ‘가장’ 또는 ‘제일’이라는 단어를 사용함으로써 확연히 경쟁사의 제품 등과 비교하는 광고)인 경우, 당해 광고의 허위성이 입증되면 소비자오인성과 공정거래저해성의 요건은 사실상 추정된다고 하여, 이러한 유형이 있을 가능성을 열어두고 있다.

60) 조성국, “부당한 표시·광고의 규제에 관한 연구”, 법학논문집 제33집 제1호, 중앙대학교, 2009, 175면; 박수영, 278면; 정원준, 397면.

61) 대법원 2013. 6. 14. 선고 2011두82 판결.

62) 박수영, 278면.

만적인 표시·광고의 요소인 기만성을 포함하기도 한다.

그렇다면 차라리 입법론으로서 거짓·과장성과 소비자오인성의 요건을 통합하여 미국법과 같이 “거짓 또는 소비자의 오인을 유발하는”이라고 규정하는 것이 바람직하지 않은가 생각한다.⁶³⁾

그리고 우리나라 표시·광고법이 앞서 본 4가지 유형의 부당한 표시·광고를 준별하고 있는 태도에 대하여 근본적인 의문이 든다. 우리나라 현행법의 태도가 표시·광고에 있어서 규제에 대한 예측가능성을 부여한다는 측면은 있지만, 표시·광고법의 주된 기능이 소비자보호에 있는 것을 고려한다면 예측가능성의 문제를 지나치게 강조할 필요는 없을 것이다. 부당한 표시·광고의 규제에 있어서 소비자오인성을 중심개념으로 하면서 현재 우리나라의 표시·광고법이 규정하고 있는 4가지 유형을 예시규정으로 개정하는 것을 고려할 필요가 있다고 생각한다.

또한 표시·광고실증제의 운용에 있어서 입증의 대상을 명확히 하거나 나아가 제도의 의의를 재검토할 필요가 있다고 생각된다. 위 제도는 거짓·과장과 관련한 입증책임을 전환하는 기능을 하고, 입증의 대상은 표시·광고 중 사실에 관한 사항이라고 설명된다. 그러나 표시·광고의 내용이 ‘안전’과 같이 단순한 사실에서 더 나아가 추상적인 개념과 관련지어지는 것이라면, 사업자가 입증하여야 하는 것은 표시·광고상의 주장에 대한 객관적이고 합리적인 근거로 보아야 할 것이다. 이와 같이 해석함으로써 사업자가 입증하여야 할 대상이 좀 더 명확해 지고, 과학기술의 한계에 의하여 거짓 여부를 판명할 수 없더라도 객관적 근거에 의하지 않은 표시·광고를 규제할 수 있는 장점이 있다. 그리고 거짓·과장의 표시·광고를 효과적으로 방지하기 위하여 표시·광고실증제를 기본적으로 사전적 규제제도로 전환함이 타당하다고 생각한다.

III. 소비자오인성

1. 의의

부당한 표시·광고의 요건 중 ‘소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려’는 약술하여 소비자오인성이라고 일컬어지는데, 학설, 판례상 부당성판단

63) 참고로 건강기능식품에 관한 법률 제18조 제1항은 ‘허위·과대의 표시·광고’에 관하여 제2호에서 ‘사실과 다르거나 과장된 표시·광고’를, 제3호에서 ‘소비자를 기만하거나 오인·혼동시킬 우려가 있는 표시·광고’를 열거함으로써 ‘허위·과장’ 광고와 ‘소비자를 오인·혼동시킬 우려’가 있는 광고를 구별하고 있다.

기준으로서 가장 중요한 것으로 취급된다.

우리 표시·광고법에 대한 학설 및 판례는 소비자가 실제로 오인할 것을 요하지는 않고, 오인의 위험성 또는 혹은 개연성만 있으면 족하다고 한다.⁶⁴⁾ 그런데 미국에서는 묵시적인 거짓인 경우와 ‘사실에 부합하지만 소비자를 오인시킬 가능성이 있는 경우’를 구별하여 양자에 있어서 입증의 정도에 차이를 두고 있다는 점은 앞서 본 바와 같다.

2. 소비자오인성의 기준

소비자오인성은 보통의 주의력을 가진 일반소비자가 그 표시·광고를 받아들이는 전체적·궁극적 인상을 기준으로 객관적으로 판단하여야 한다. 일반 소비자는 표시·광고에서 직접적으로 표현된 문장, 단어, 디자인, 도안, 소리 또는 이들의 결합에 의하여 제시되는 표현뿐만 아니라 거기에서 간접적으로 암시하고 있는 사항, 관계적이고 통상적인 상황 등도 종합하여 전체적·궁극적 인상을 형성하므로, 표시·광고가 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는지는 보통의 주의력을 가진 일반 소비자가 그 표시·광고를 받아들이는 전체적·궁극적 인상을 기준으로 하여 객관적으로 판단하여야 한다.

일반적인 소비자의 주의력을 기준으로 한다는 것은 관련분야 전문가의 주의력 기준으로 하는 것이 아니라는 의미이다. 전문가들이 사용하는 용어나 표현 중에는 일반인들이 이해하는 것과 상이한 것이 적지 않다. 특히, 금융이나 보험, 의학분야 등에서 사용하는 용어나 표현 중에는 일반인들의 시각과 다른 것이 많다. 따라서 이러한 경우는 일반적인 소비자의 인식을 기준으로 판단하여야 하는데, 미국의 FTC나 우리나라의 공정거래위원회는 소비자 인식조사를 위해 여론조사를 활용하곤 한다.⁶⁵⁾

미국의 FTC법이나 일본의 부당경품류 및 부당표시·광고법, 영국의 거래명세법 등도 합리적 소비자를 기준으로 하고 있어 우리나라의 경우와 유사하다.

대법원도 소비자오인성은 보통의 주의력을 가진 일반 소비자가 당해 광고를 받아들이는 전체적·궁극적 인상을 기준으로 하여 객관적으로 판단하여야 한다고 판시하였다.⁶⁶⁾ 특히 상조회사의 광고에 관한 대법원 2013. 6.14. 선고 2011두82 판결에

64) 대법원 2003. 6. 27. 선고 2002두6965 판결 등; 박수영, 280면; 정원준, 398면.

65) Schechter, p. 338; 조성국(주 60), 176면. 그런데 실제로 공정거래위원회가 소비자인식을 알아보기 위해 여론조사를 하는 경우가 많지는 않다. 경우에 따라서는 표시·광고자문회의를 열어 관련 분야 전문가의 의견을 듣기도 하고 소비자단체나 시민단체의 기존 조사를 활용하기도 한다.

서, 상조보증제도라는 용어를 직접 사용하지는 않았다고 하더라도, 이를 접한 일반 소비자에게 전체적·궁극적으로 회사 등이 폐업한 후에도 상조보증제도를 통하여 정상 영업을 하고 있던 경우와 마찬가지로 상조서비스의 이행이 보장되는 것처럼 사실과 다른 인상을 형성하게 함으로써 상조서비스 제공 상품을 구매하려는 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있다는 이유로 소비자오인성을 충족하는 것으로 보았다.

가습기살균제 사건에서 대법원은 “보통의 주의력을 가진 일반 소비자가 이 사건 표시로 인해 이 사건 제품이 인체에 안전하다고 오인할 우려”가 있다는 이유로 소비자오인성을 인정하였다. 그 원심인 고등법원은 그 이유를 상술하고 있는데, 제품 표시에 사용된 ‘인체에 안전한 성분; 안심하고 사용’ 등의 표현은 보통의 주의력을 가진 일반 소비자에게 이 사건 제품에 부작용이 전혀 없거나 그 사용에 있어 더 이상의 안전예방조치를 필요로 하지 않는다는 인상을 주어, 이 사건 제품이 인체에 안전하다고 잘못 알게 할 우려가 있다는 것이다. 위와 같은 판단은 정당하다고 여겨진다.

3. 오인유발에 대한 사업자의 고의, 과실 필요여부

소비자오인 요건에 있어서 소비자의 오인을 유발시킨 것에 대한 사업자의 고의, 과실이 필요한가? 법문상 고의나 과실을 요건으로 하지 않은 점, 행위자의 고의나 과실 유무에도 불구하고 이로 인한 소비자의 피해를 방지하기 위해 표시·광고법이 규정하고 있는 시정조치 등을 명할 필요가 인정되는 점, 표시·광고법이 손해배상책임에 대해서 규정하면서도 고의 과실이 없음을 이유로 그 책임을 면할 수 없다고 함으로써 무과실책임을 부과하고 있는 점(법 제10조 2항) 등을 고려하면, 요구되지 않는 것으로 해석하는 것이 타당할 것이다.⁶⁷⁾

공정위는 (주) 필립스 전자의 전동칫솔 광고사건⁶⁸⁾에서 소비자의 오인유발에 대한 사업자의 고의, 과실은 필요하지 않다고 하였다.

66) 대법원 1998. 3. 27. 선고 96누5636 판결(파스퇴르 고름우유 사건), 대법원 2003. 2. 28. 선고 2002두6170 판결(한국투자신탁의 금융상품 사건), 대법원 2003. 4.11 선고 2002두806(학원가맹 점모집광고와 학원유치부 모집광고 사건), 대법원 2003. 6.27 선고 2002두6965 판결(비료광고 사건), 대법원 2005. 2.18 선고 2003두8203 판결(밀리오레 상가임대분양광고 사건) 등.

67) 이호영, 75~76면; 박수영, 281면; 정원준, 399면.

68) 공정위 의결 제2009-103호, 2009. 5. 6.

IV. 공정거래저해성

1. 의의

가. 부당한 표시·광고에 있어서 공정거래저해성의 의미

표시·광고법 제1조는, 상품 또는 용역에 관한 표시·광고를 할 때 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 하는 부당한 표시·광고를 방지하고 소비자에게 바르고 유용한 정보의 제공을 촉진함으로써 공정한 거래질서를 확립하고 소비자를 보호함을 목적으로 한다고 규정하고 있다.

위 문언상 공정한 거래질서의 확립은 소비자를 오인시킬 수 있는 부당한 표시·광고를 방지하고 소비자에게 바르고 유용한 정보의 제공을 촉진함으로써 가능할 것이라는 구조를 띄고 있어, 소비자의 선택권 침해가 바로 공정거래저해성이라고 볼 여지가 있다.

그런데 이러한 문언에도 불구하고, 위 공정거래저해성은 공정하고 자유로운 경쟁의 유지·촉진에 반하는 행위 “내지” 소비자의 합리적인 선택을 방해할 추상적 위험성을 의미한다는 등으로, 전자는 경쟁질서적인 측면, 후자는 소비자보호의 측면이라고 병렬적으로 이해하기도 한다.⁶⁹⁾ 부당한 표시·광고의 규제는 사업자와 소비자 간의 정보비대칭성을 완화시키고 거짓·기만적인 정보의 시정을 통해 소비자가 합리적인 선택을 하여 시장경제가 원활하게 작동할 수 있도록 기능한다. 그리고 부당한 표시·광고행위로 인하여 소비자가 왜곡된 정보를 제공받을 상품·용역의 올바른 선택을 할 수 없게 되면, 사업자 또한 가격과 품질경쟁보다는 거짓·과장의 표시·광고를 통한 고객유인에 치중하는 등 시장경제의 실패요인이 될 수 있다.⁷⁰⁾ 이러한 점에서, 부당한 표시·광고의 규제는 소비자로 하여금 합리적인 상품·용역의 선택을 가능하도록 하여 소비자보호에 이바지하는 한편, 부당한 표시·광고가 경쟁 사업자에게 미치는 부정적인 영향에 비추어 볼 때 공정한 거래질서도 보호한다고 보는 것이다.

다만, 여기에서 공정한 거래질서는 공정한 경쟁보다 넓은 개념으로 경쟁수단 및 방법의 공정성 뿐만 아니라 거래조건 of 공정성까지 포함하는 개념으로 파악한다.⁷¹⁾ 이는 불공정거래행위의 공정거래성과 마찬가지로, 표시·광고가 불공정한

69) 정원준, 395면; 정재훈, 101면

70) 조성국(주 49), 171면; 정원준, 382면.

법률행위의 한 유형으로 규율되기 시작하였다는 점에서 연유한다. 부당한 표시·광고는 1980년 공정거래법을 제정할 당시 제15조에서 불공정한 거래행위로 규율하였는데, 1981. 5. 13. 고시한 불공정거래행위 지정고시 7호에서 부당표시를, 12호에서 거짓·과장광고 및 기만행위를 규정하였다가 1995. 8. 7. 개정된 고시에서 9호로 통합하여 현재 법률과 같이 4가지 유형을 규정하였으며, 1999년에 공정거래법에서 분리되어 표시·광고법이 제정되기에 이른 것이다.

나. 미국의 경우

연혁적으로, FTC법 제5조는 불공정한 경쟁방법(unfair method of competition)을 규율하는 것이었기 때문에 경쟁에 대한 부정적인 영향(adverse impact on competition)이 입증되지 않는 한, 기만적인 행위 등은 위 조항에 따라 위법한 것으로 규율할 수 없었다.⁷²⁾

그래서 의회는 1938년 소비자의 이익을 보호하기 위해 Wheeler-Lee Act⁷³⁾ 제12조에 의하여 반드시 경쟁에 대한 부정적인 영향을 입증되지 않더라도 소비자의 이익을 해치는 ‘불공정하거나 기만적인 행위 또는 거래관행(unfair or deceptive acts or practices)’에 대하여 FTC법 제5조를 폭넓게 적용할 수 있게 하였다.⁷⁴⁾ 이러한 맥락에서 연방대법원은 FTC v. Sperry & Hutchinson 사건에서 FTC는 경쟁에 미치는 영향에 관계없이 불공정하거나 기만적인 행위가 무엇인지 규정할 수 있는 권한이 있다고 판시하였다.⁷⁵⁾

결국 미국에서 불공정한 표시·광고는 경쟁기업, 소비자 나아가 국가경제 전체에 영향을 미치는 것으로 파악한다.⁷⁶⁾

71) 조성국(주 49), 178면 참조. 박수영, 276~277면, 285면은 부당한 표시·광고에 있어서 부당성을 불공정거래행위의 부당성과 같은 것으로 보아야 하지만, 공정거래해설은 소비자의 합리적 선택을 침해하는 것까지 포함시켜야 한다고 주장한다.

72) FTC v. Raladam Co. 283 U.S. 643 (1931); Schechter, p. 352.

73) Wheeler-Lee Act is a United States federal law that amended Section 5 of the Federal Trade Commission Act to proscribe “unfair or deceptive acts or practices” as well as “unfair methods of competition”.

74) Schechter, pp. 352; McManis, p. 428; 정원준, 389면 등.

75) 405 U.S. 233, 244(1972). 다만, 근래 미국 FTC의 법집행경향을 살펴보면, FTC법 제5조의 전단인 불공정한 경쟁방법(unfair method of competition)의 집행에 있어서는 Sherman 법과 유사하게 경쟁제한성을 요구하는 경향이 강하다. 그래서, FTC법 5조 전단은 경쟁법, 후단은 소비자법이라고 부를 수 있다. 조성국, “시장지배적 지위 남용에 대한 위법성판단기준에 관한 연구”, 경쟁법연구 제19권(2009.5), 378~379면 참조.

76) Schechter, p. 330.

다. 사건

우리 표시·광고법의 문언상으로는 소비자의 합리적 선택권이 침해와 관련 없는 공정거래저해성은 생각하기 어렵다. 그러나 연혁적·비교법적으로 보면 표시·광고에 있어서 경쟁자를 포함한 경쟁질서의 보호가 소비자의 합리적 선택권의 보장보다 우선하였다. 우리나라에서 표시·광고법이 제정되기 전에는 공정거래법이 부당한 표시·광고를 규율하였는바, 경쟁촉진법으로서의 성격을 가진 공정거래법의 성격상 부당성의 요건에 공정거래저해성이 포함되었다고 할 수 있다.⁷⁷⁾ 미국에서도 Lanham 법 초기에는 허위광고에 의하여 실제로 고객을 상실하였음이 입증되는 경쟁자가 아니면 소를 제기할 수 없다고 보았고,⁷⁸⁾ 앞서 본 바와 같이 Wheeler-Lee Act에 의하여 FCT법 제5조가 개정되기 전에는 경쟁질서에 대한 영향이 입증되지 않는 한 기만적인 관행이라는 이유만으로는 규제를 할 수 없었다. 그러한 점에서 부당한 표시·광고로 손해를 입은 사업자보호 등 경쟁질서의 보호도 소비자선택권의 침해와 더불어 공정거래저해성의 내용을 이루는 것이라고 할 것이다. 따라서 법문에도 불구하고 공정거래저해성을 소비자보호의 측면과 경쟁질서의 측면으로 병렬적으로 이해하는 견해에 찬성한다.

다만, 우리나라에서는 표시·광고법의 제정 전에도 위 공정한 거래질서가 공정한 경쟁보다 넓은 개념으로 파악되었고, 더욱이 미국의 판례 및 입법의 변천, 그리고 우리나라에서 표시·광고법의 제정으로 공정거래저해성의 본질에 대한 논쟁은 거의 무의미하다고 생각된다. 최근 공정위의 심결례를 분석해 본 결과, 공정거래저해성을 형식적으로 언급할 뿐 구체적 판단을 내리지 않고 있었으며 심지어 언급을 하지 않은 경우도 상당히 있었다.⁷⁹⁾ 그렇다면 공정거래저해성이 부당한 표시·광고에 있어서 가지는 위치는, 소비자선택이나 경쟁질서에 미치는 영향이 적을 경우에 굳이 부당한 표시·광고로 보지 않는다는 소극적인 기능을 수행하는 것에 지나지 않는다고 볼 수 있다.

2. 거짓·과장성, 소비자오인성과의 관계

표시·광고의 공정거래저해성은 거짓·과장성과는 별개의 요건이다. 표시·광고의

77) 손수진(주 45), 288~289면 참조.

78) Janis, pp. 339~342; McCarthy, § 27:4; Roger E. Schechter & John R. Thomas, Intellectual Property: The Law of Copyrights, Patents and Trademarks(Hornbook), Thomson/West, 2003, pp. 684~687.

79) 조성국(주 60), 178면; 정원준, 400면.

거짓·과장성이 인정된다고 하더라도, 공정거래성을 공정위가 입증하지 못하는 한, 표시·광고법상의 규제대상인 부당한 표시·광고에 해당하지 않는다.

이 점을 명백히 한 판결이 보람상조사건이다. 위 사건에서 대법원은 공정거래저해성에 대한 판단기준을 제시하였다. 즉 원고들이 표준약관과 부분적으로 다른 내용의 약관을 두면서 “표준약관준수”라고 광고한 것은 세부사항에 관하여 사실과 일부 다른 내용을 광고한 것으로 볼 수 있기는 하지만, 이로 인하여 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있다고 보기 어렵다고 판시하였다.⁸⁰⁾ 즉, 위 약관이 사실과 일부 차이가 있어서 거짓·과장성이 인정될 여지가 있더라도 경쟁자 간의 공정하고 자유로운 경쟁의 유지·촉진이라는 경쟁질서 확립과는 거리가 있는 조항인데다가, 소비자의 결정에 영향을 미친다고 보기도 어려워 공정거래저해성이 인정되지 않는다고 본 것이다.

그러나 공정거래저해성이 소비자오인성과 뚜렷이 구별되는 기능을 가지는 것으로는 보이지 않는다. 표시·광고에 있어서 공정거래성이 가지는 1차적인 의의가 소비자보호에 있다고 할 때, 일반적으로 소비자오인성이 있는 표시·광고는 공정거래저해성이 인정된다고 할 것이다.⁸¹⁾

가습기살균제 사건에서 대법원은 "(제품) 주성분의 안전성이 객관적으로 검증되지 않았음에도 인체에 안전한 성분을 사용했다고 사실과 다르게 표시"를 하였고, “보통의 주의력을 가진 일반 소비자가 이 사건 표시로 인해 이 사건 제품이 인체에 안전하다고 오인할 우려”가 있으므로 “공정한 거래질서를 저해”할 수 있는 거짓·과장의 표시로 인정된다고 판단하였다. 이는 소비자오인성이 있는 표시·광고에 일반적으로 공정거래저해성이 인정된다는 취지로 볼 수 있다.

V. 결

우리나라 표시·광고법상 부당한 표시·광고의 대표적 유형인 거짓·과장의 표시·광고는 거짓·과장성에 소비자오인성과 공정거래저해성이 구비될 것을 요구한다. 다만, 특정한 표시·광고에 거짓·과장성과 소비자오인성이 인정된다면 공정거래저해성은 그다지 문제되지 않는다. 결국 거짓·과장성과 소비자오인성이 거짓·과장의

80) 앞서 본 2011두82 판결.

81) 정원준, 400면도 同旨.

표시·광고에 있어서 부당성 판단의 쟁점이 된다.

그런데 거짓·과장의 표시·광고에 있어서 거짓 여부의 판정은 사실인정의 문제임에도 불구하고, 우리나라 판례는 거기에 사회통념과 같은 가치판단을 개입하거나, 별개의 요건에 해당하는 소비자오인성이나 부당한 표시·광고의 또 다른 유형인 기만적인 표시·광고의 요소인 기만성을 포함하기도 한다. 그렇다면 우리나라 표시·광고법이 규제대상을 4가지 유형으로 준별한다든지, 특히 거짓·과장의 표시·광고에 있어서 거짓·과장성과 소비자오인성의 요건을 구분할 필요가 있는지에 대한 근본적인 의문이 든다. 미국의 Lanham 법을 참조하여 거짓·과장의 표시·광고와 기만적인 표시·광고를 통합한 ‘거짓 또는 오인을 유발하는’ 표시·광고를 규율하거나, 소비자오인성을 중심개념으로 하면서 현재 우리나라의 표시·광고법이 규정하고 있는 4가지 유형을 예시규정으로 개정하는 것을 고려할 필요가 있다.

그리고 표시·광고실증제의 운용에 있어서 입증의 대상을 명확히 하거나 나아가 제도의 의의를 재검토할 필요가 있다고 생각된다. 표시·광고의 내용이 단순한 사실에서 더 나아가 추상적인 개념과 관련지어지는 것이라면, 사업자가 입증하여야 하는 것은 표시·광고상의 주장에 대한 객관적이고 합리적인 근거로 보아야 할 것이다. 그리고 거짓·과장의 표시·광고를 효과적으로 방지하기 위하여 표시·광고실증제를 기본적으로 사전적 규제제도로 전환함이 타당하다고 생각한다.

(논문투고일 : 2017.02.14, 심사개시일 : 2017.02.28, 게재확정일 : 2017.03.17)



▶ 이 선 희

표시·광고, 거짓, 오인유발, 기만성, 표시·광고실증제

【참 고 문 헌】

- 고형석, 「소비자보호법(제2판)」, 세창출판사, 2008.
- 나종갑, 「미국 상표법연구」, 한남대학교 출판부, 2006.
- 이호영, 「소비자보호법(제3판)」, 홍문사, 2015.
- 박성용, “표시광고실증제도에 관한 연구”, 소비자문제연구 제44권 3호(2013)
- 박수영, “부당한 표시·광고행위의 성립요건과 유형”, 기업법연구 13권(2003. 6.), 한국기업법학회.
- 박해식, “광고실증제도와 입증책임의 전환”, 대법원판례해설 44호(2003 상반기), 법원도서관, 2004.
- 정원준, “표시·광고행위의 부당성판단기준”, 법학논총 제38권 제4호(2014. 12.), 단국대학교.
- 손수진, “부당광고의 규제에 관한 연구 : 독점규제 및 공정거래에 관한 법률을 중심으로”, 한양대학교(박사학위논문), 1996.
- 一, “표시·광고의 공정화에 관한 법률상의 광고실증제에 관한 연구”, 한양법학 제10집, 1999.
- 이병규, “미국법상 부당광고의 법리에 관한 연구”, 법조 통권 649호(2010. 10.).
- 정재훈, “표시·광고법상 거짓·과장광고:보람상조사건”, 경쟁저널 171호(2013. 11.), 공정경쟁연합회.
- 조성국, “부당한 표시·광고의 규제에 관한 연구”, 법학논문집 제33집 제1호, 중앙대학교, 2009.
- 一, “시장지배적 지위 남용에 대한 위법성판단기준에 관한 연구”, 경쟁법연구 제19권(2009.5).”
- Margreth Barrett, Intellectual Property - Cases and Materials(4th Ed.), West, 2007.
- Graeme B. Dinwoodie & Mark D. Janis, Trademarks and Unfair Competition : Law and Policy(3rd Ed.), Aspen Publishers, 2011.
- Mark Janis, Trademark and Unfair Competition in a Nutshell, West, 2013.
- J. Thomas McCarthy, Trademarks and Unfair Competition(2nd Ed.), Vol 2, Lawyers Co-operative Pub. Co. & Bancroft-Whitney Co., 1984.

Charles R. McManis, Intellectual Property and Unfair Competition in a Nutshell(6th Ed.), Thomson/West, 2009.

Roger E. Schechter, Intellectual Property(3rd), Thomson/West, 2006.

Roger E. Schechter & John R. Thomas, Intellectual Property: The Law of Copyrights, Patents and Trademarks(Hornbook), Thomson/West, 2003.

Abstract

**Judgment of unfairness in false or exaggerated
labeling or advertising**

Lee, Sun Hee

In Korea 's Act of Labeling and Advertising, a representative type of unfair labeling and advertising – false, exaggerated labeling and advertising – requires falsity or exaggeration and then consumer perceptibility, fair trade inhibition. Of three requirements falsity or exaggeration and consumer perception are important.

In cases of Korean Courts, although the judgment of falsity is theoretically a matter of fact recognition, in that judgement sometimes social norms are involved and, more often, factors related to the other requirement such as misleadingness of consumers are included. From these cases, I become to ask a fundamental question as to whether the Act should classify unfair labeling and advertising into four types, and, in particular, whether the requirement of falsity should be distinguished from the requirement of misleadingness. Therefore, I propose to revise the present regulation of the false or exaggerated(1st type), deceptive(2nd type) labeling and advertising prescribed by the Act into the ‘false or misleading’ ones – such as the Lanham Act of the United States does, or all four types of the Act to be examples with the central concept of consumer perceptibility.

I think that it is necessary to clarify the object of proof in the substantiation program of the Act and to review significance of the system further. If the content of a labeling and advertising is related to an abstract concept, rather than a simple fact, what should be proved is an objective and

reasonable basis for the claim on the labeling or advertising. In addition, I believe that it is reasonable to switch the present substantiation program to the pre-regulatory one to effectively prevent false labeling and advertising.



▶ **Lee, Sun Hee**

Labelling and advertising, Falsity, Misleadingness, Deceptiveness,
Substantiation program

부당이득의 보충성에 대한 서론적 고찰

-비교법적 고찰을 기초로-

이 승 현*

【목 차】

I. 서 설	III. 우리민법상 부당이득의 보충성에 대한 논의
II. 부당이득의 보충성 문제에 대한 각국의 법상황	1. 의 의
1. 보충성 개념	2. 학설 및 판례의 입장
2. 부당이득의 보충성 인정 여부	3. 검토 및 사건
	IV. 결 어

【국 문 요 약】

우리민법 제741조는 “법률상 원인없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 손해를 가한 자는 그 이익을 반환해야 한다”고 규정함으로써 부당이득의 일반적인 성립요건을 매우 추상적으로 규정하고 있다. 이에 따라 부당이득과 다른 법제도상의 청구권의 관계 내지 다른 제도와의 충돌문제는 어떻게 이해해야 할 것인지가 문제된다.

본고에서는 우선 부당이득의 보충성에 대한 각국의 논의상황을 살펴보았는 바, 이를 통하여 우리나라는 부당이득의 보충성에 대한 독일이나 일본에서의 논의상황을 이어받았음을 알 수 있었다. 그리고 이러한 고찰을 참고로 하여 우리민법상 부당이득의 보충성에 대한 학설 및 판례의 입장을 살펴보고 이에 대한 타당성 여부를 검토해 봄으로써, 우리민법상 부당이득의 보충성 문제를 어떻게 이해해야 하는지에 대한 필자 나름대로의 결론을 제시해 보았다. 그 결과를 요약하면 다음과 같다.

첫째, 부당이득의 보충성 개념은 각국의 법상황에 따라서 여러 가지 의미로 이해될 수 있지만, 우리민법 하에서 부당이득의 보충성 문제를 논의하기 위해서는 그 개념을 절대적 보충성, 상대적 보충성으로 구분하여 고찰하는 것이 우리나라의 법상황

* 가천대학교 법과대학 강사 · 법학박사

에 부합된다고 보았다.

둘째, 부당이득의 보충성을 인정할 것인지 여부에 대해서는 비교법적 고찰에 비추어 볼 때, 현재로서는 절대적 보충성을 긍정하는 견해는 없으며, 상대적 보충성을 인정하는 입장과 보충성 자체를 부정하는 입장으로 나누어져 있음을 알 수 있었다. 그런데 이에 대한 우리나라의 논의상황을 보면, 문언상으로는 절대적 보충성을 취하는 것처럼 보이면서도 실제 운용상으로는 상대적 보충성의 결과를 피하거나, 부당이득의 민법상 지위에 대한 이해뿐만 아니라 부당이득의 보충성이 논의되는 전제사항을 혼동하는 등 다소 오류가 발견되었다. 이에 따라 필자는 이러한 오류를 다소나마 시정하기 위하여 우리민법상 부당이득은 다른 구체제도와 마찬가지로 실정법상 고유한 요건과 효과를 갖춘 독자적 제도로서의 지위를 차지하고 있으며, 나아가 이를 기초로 할 때 부당이득과 다른 불특정 다수의 실정법상의 청구권이 경합되는 현상을 보다 간명하게 설명할 수 있는 토대를 마련하기 위해서는 부당이득의 보충성 자체를 부정하는 것이 타당하다고 판단하였다.

그런데 이러한 결론은 부당이득의 보충성 문제에 대한 서론적 고찰에 불과하며, 이를 보다 구체화시키는 작업이 필요하다. 즉 우리민법상 부당이득의 보충성을 부정한다면 구체적으로 부당이득과 다른 권리의 경합이 문제되었을 때, 그 경합의 구체적 태양을 규명하는 작업이 이루어져야 할 것이다. 이는 실체법적 규범 조정의 구체화 과제임과 동시에 필자의 장래 연구과제가 될 것이다.

I. 서 설

부당이득은 법률상 원인없이 타인의 재산이나 노무로 인하여 얻은 이득으로, 급부자의 수익자에 대한 부당이득반환청구권을 발생시키는 법정채권관계의 발생 원인이다.¹⁾ 즉 재화가 정당한 권리자에게 귀속되지 않는 경우에 그 부당성을 시정하기 위한 일반적 제도가 부당이득이라고 할 수 있다.²⁾ 이러한 부당이득은 법

1) 우리민법전의 제정에 많은 영향을 끼친 독일에서도 부당이득법은 독일민법 제2편 제8장 끝에 규정되어 있으며, 그것은 계약법 및 불법행위법과는 독립된 '개별적 채권채무관계'로서의 지위를 차지하고 있다(Gerhard Wagner, Gesetzliche Schuldverhältnisse, in: Dietmar Willoweit (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert: Mit Beiträgen zur Entwicklung des Verlages C.H.Beck, 2007, S.181 참조).

2) 지원림, 민법강의, 제15판, 홍문사, 2017, 1595면. 그 밖에 재화의 정당하지 못한 귀속을 시정하기 위한 개별적 제도의 예로 점유자와 회복자 사이의 법률관계에 관한 제201조 내지 제203조,

물사실 중 사건에 해당하며³⁾, 이는 법률행위에 기하여 이득이 생긴 때에도 마찬가지이다. 이에 관하여 우리민법 제741조는 “법률상 원인없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 손해를 가한 자는 그 이익을 반환해야 한다”고 함으로써⁴⁾, 부당이득의 일반적인 성립요건을 매우 추상적으로 규정하고 있다.⁵⁾ 물론 사안에 따라서는 부당이득반환청구권을 인정하지 않더라도 다른 청구권에 의해서 해결될 수도 있다. 예컨대 물권적 청구권, 계약에 의한 이행청구권 또는 불법행위에 기한 손해배상청구권에 의한 해결 등이 그것이다. 이에 따라 부당이득과 다른 법제도상의 청구권의 관계 내지 다른 제도와의 충돌문제는 어떻게 이해해야 할 것인지가 문제된다. 즉 부당이득반환청구권은 다른 법제도상의 청구권이 성립하지 아니하거나 그 청구권을 행사할 수 없는 경우에 한하여 보충적으로 인정되는지, 그렇지 않으면 다른 청구권을 행사할 수 있는 경우에도 부당이득관계를 충족하면 다른 청구권과 부당이득반환청구권의 경합 내지 병존적 행사를 허용할 것인지가 문제될 수 있다.⁶⁾ 이것이 ‘이른바 부당이득 내지 부당이득반환청구권의 보충성 문제’(Subsidiarität des Bereicherungsrechts)이다.⁷⁾

계약해제에 따른 원상회복관계를 규정하는 제548조 등을 들 수 있다.

- 3) 박윤직, 채권각론, 제6판, 박영사, 2003, 346면; 김주수, 채권각론, 제2판, 삼영사, 1997, 554면; 노종천, 채권법, 동방문화사, 2015, 607면; 송덕수, 신민법강의, 제10판, 박영사, 2017, 1580면; 윤철홍, 채권각론, 전정2판, 법원사, 2015, 414면; 임한흠, 주석민법 제3판, 채권각칙(5)(편집대표 박준서), 한국사법행정학회, 1999, 433면; 지원림, 전개 민법강의, 1595면 등. 그러나 김상용, 채권각론, 제2판, 화산미디어, 2014, 515면은 비급부부당이득은 사건이나, 급부부당이득은 급부자의 의식적이고 의도적인 타인재산의 증대행위에 의하여 발생하므로, 사건이라고 단정할 수 없다고 한다.
- 4) 규정형식의 측면에서 독일민법과 우리민법에서는 차이가 발견된다. 즉 우리민법 제741조는 부당이득발생의 상세한 과정을 전혀 언급하지 않고 있음에 비해, 동조에 상응하는 독일민법 제812조 제1항은 급부에 의한 부당이득과 비급부에 의한 부당이득을 구분하는 형식을 취하고 있다(박세민, 삼각관계상의 부당이득-지시사례를 중심으로-, 서울대학교 박사학위논문, 2007.2, 2-3면 참조). 이러한 점을 근거로 최윤석, “부당이득의 체계-독일 부당이득법 입법과정을 통해 바라본 한국 부당이득법-”, 재산법연구 제31권 제1호, 한국재산법학회, 2014.5, 176면은 우리민법은 독일민법보다 더 일반적이고 추상적인 부당이득조문을 가지므로, 비통일론을 설명할 실정법적 근거는 우리민법 하에서는 발견되지 않는다고 한다.
- 5) 이용박, “부당이득의 보충성-문제점과 개선방안-”, 비교사법 제10권 제3호, 한국비교사법학회, 2003.9, 259-260면은 ‘재산 또는 노무로 인한 이득과 이로 인한 손해의 발생’이라는 부당이득의 성립요건은 문언 그대로 해석하면 거의 모든 재산법제도가 부당이득관계로 환원될 수 있음을 의미한다고 한다.
- 6) 이는 다른 법적 관점과 함께 1개의 청구를 근거짓기 위하여 부당이득이라는 법적 관점을 증거로 삼을 수 있는지, 그렇지 않으면 부당이득은 다른 법적 관점(혹은 청구근거)이 존재하지 않는 경우에만 고려되는 것인지 여부의 문제를 의미한다(Rolf Schmitt, Die Subsidiarität der Bereicherungsansprüche, E. und W. Giesecking, 1969, S.18f. 참조).

이 문제에 대해서 우리나라의 일반적 학설⁸⁾ 및 판례⁹⁾는 부당이득반환청구권을 독립적인 법정채권으로 이해하면서도 부당이득의 보충성 문제에 대해서는 다른 법제도상의 청구권이 성립하지 아니하거나 그 청구권을 행사할 수 없는 경우에 한하여 부당이득반환청구권을 보충적으로 인정하고 있다. 그러나 이는 부당이득의 현주소를 규명하기 위한 중요한 문제로서, 이에 대한 논의를 간단하게 일단락 지어야 할 성질의 것은 아니라고 생각한다. 왜냐하면 부당이득의 보충성 문제는 계약법이나 불법행위법과의 관계에서 부당이득규정의 적용범위를 어떻게 확정할 것인지에 대한 문제와 연결되며, 궁극적으로는 민법상 부당이득에 어떠한 지위를 부여할 것인가라는 문제로도 이어질 수 있기 때문이다. 이와 관련하여 우리민법의 제정에 영향을 미친 독일, 프랑스, 일본 등에서는 각국의 법상황에 따라서 부당이득의 보충성 개념을 정의하는 것부터 시작하여 그 인정 여부에 대해서까지도 비교적 상세한 고찰이 이루어지고 있다. 이들 국가의 논의에 비하여 상대적으로 부당이득의 보충성에 대한 연구가 미흡한 우리민법의 상황에서는 이러한 외국의 법상황을 살펴보는 것만으로도 이 문제를 보다 합리적으로 이해하는 데에 적지 않은 도움을 받을 수 있을 것으로 여겨진다.

이에 따라 본고에서는 우선 부당이득의 보충성에 대한 각국의 논의상황을 소개한다. 다만 이와 관련하여 유념해야 할 것은 부당이득의 보충성 문제에 대한 독일 민법이나 일본민법에서의 논의와 프랑스법에서의 논의의 배경은 다르며, 우리민법은 부당이득의 보충성에 대한 독일민법이나 일본민법에서의 논의상황을 이어받은 점이다.¹⁰⁾ 이러한 점을 고려하여 이하에서 각국의 법상황을 살펴봄에 있어서도 가급적 독일이나 일본에서의 논의, 프랑스에서의 논의로 구분하여 고찰하는 것으로 한다. 그 후 이러한 비교법적 고찰을 토대로 하여 우리민법상 부당이득의 보충성에 대한 학설 및 판례의 입장을 살펴보고 이에 대한 타당성 여부를 검토한다. 그리고 위와 같은 작업을 통하여 우리민법상 부당이득의 보충성 문제를 어떻게 이해하는 것이 합리적인가에 대해서 필자 나름대로의 결론을 제시하는 것으로 한다.

7) 박윤직, 전계 채권각론, 347면 참조.

8) 예컨대 박윤직, 전계 채권각론, 347면; 송덕수, 전계 신민법강의, 1580면 이하; 임한흠, 전계 주석민법, 434면 등.

9) 대법원 1978.10.10. 선고 78다1685 판결; 대법원 2005.4.15. 선고 2004다49976판결 등 참조.

10) 프랑스민법에서는 부당이득이라는 개념이 주로 전용물소권에 대한 것이며, 부당이득의 보충성 문제에 대한 논의 역시 전용물소권의 보충성을 염두에 두고 이루어졌다(줄고, 전용물소권에 관한 연구, 성균관대학교 박사학위논문, 2016.8, 210면 참조).

II. 부당이득의 보충성 문제에 대한 각국의 법상황

1. 보충성 개념

(1) 독일 및 일본

1) 부당이득의 보충성 개념은 역사적으로는 독일보통법에서의 ‘보충성(Subsidiarität)’ 관념에서 유래되었다.¹¹⁾ 즉 이 관념은 독일보통법 하에서는 소권경합의 한 유형으로서 제1소권이 충분히 목적을 달성하지 못하는 경우에 행사될 수 있는 제2소권¹²⁾을 의미하는 것으로 이해되었다.¹³⁾ 그런데 19세기에 이르러서는 그 개념이 전용되어서 동일한 결과를 발생시키는 다른 소권이 존재하지 않는 경우에 제기할 수 있는 소권의 성격을 부여하는 데에 이 개념이 사용되었다. 이에 따라 보충성 개념은 소권과기사유로서의 의미를 가지게 되었으며, 오늘날 독일과 일본에서는 일반적으로 이러한 의미로 사용되고 있고¹⁴⁾, 이는 우리민법에서 부당이득의 보충성 개념에 대한 이해에도 영향을 미쳤다.

2) 이러한 역사적 배경에 따라서 독일 및 일본에서의 보충성 개념은 부당이득 반환청구권과 이와 동일한 결과를 발생시킬 수 있는 다른 청구권이 존재하는 경우에는 전자의 권리를 인정할 수 없다는 의미로 이해된다. 나아가 이러한 개념 이해에는 부당이득반환청구권과 다른 제도의 경합 문제, 즉 부당이득과 다른 제도의 관계 설정에 대한 문제와 직접적으로 관계가 있다는 시각도 반영되었다.¹⁵⁾

11) 로마법시대의 경우 부당이득반환소권은 비체의 부당이득반환소권(*condictio indebiti*), 목적부도달로 인한 이득반환소권(*condictio causa data non secuta*), 불법한 원인으로 인한 부당이득반환소권(*condictio ob trudem vel iniustam*), 원인없는 부당이득반환소권(*condictio sine causa*) 등 개별적 소권의 형태로 인정되었을 뿐 로마인들 사이에 보충성 개념이 명시적으로 사용된 적은 없었다.

12) 이에 대한 예로는 제1소권으로 유산분할 실행을 한 후에도 공유물로 잔존하는 물건을 제2소권으로 분할청구하는 경우를 들 수 있다. 부당이득의 보충성의 연혁에 대한 보다 자세한 내용은 加藤雅信, “第30章 不当利得返還請求權の補充性”, 現代民法学の展開, 有斐閣, 平成5年, 511頁 이하 참조.

13) 그런데 독일보통법시대에는 일반적으로 동일한 결과를 발생시키는 다른 소권이 존재하지 않는 경우에 인정된다는 의미에서의 보충성 관념과 전용물소권이 결합되었지만, 현행 부당이득법의 근원이 되는 *condictio* 법은 다른 소권과의 관계에서 보충성 관념과 결합되어 있었던 것은 아니며, 단지 *condictio* 상호 간에만 보충성이 문제되었음에 불과하였다고 한다(Schmitt, Die Subsidiarität der Bereicherungsansprüche, S.83ff. 참조).

14) 加藤雅信, 財産法の体系と不当利得法の構造, 有斐閣, 昭和61年(1986), 641頁 참조. 이와 관련하여 加藤雅信은 일본에서 “보충성”이라는 논의는 특수부당이득법에서의 논의라고 한다. 즉 독일보통법의 역사까지 안목을 넓힌다면 유산분할과 공유분할관계 등에 대해서도 보충성 문제가 논의되었지만, 현행 일본민법 하에서는 부당이득에 대해서만 “보충성”론이 존재하고 있다고 보아야 한다고 한다(同, 전계 “第30章 不当利得返還請求權の補充性”, 506頁 참조).

그런데 이러한 의미에서의 보충성 개념은 세부적으로 다시 두 가지 의미로 구분하여 사용되고 있다.¹⁶⁾ 즉 하나는 동일한 목적에 향하여진 다른 청구권이 존재하는 한도에서 부당이득반환청구권은 인정되지 않는다는 의미(이른바 ‘절대적 보충성’)이고, 다른 하나는 부당이득반환청구권과 특정한 청구권의 관계에서 후자의 권리를 인정할 수 있는 한도에서는 전자의 권리는 인정되지 않는다는 의미(이른바 ‘상대적 보충성’)가 그것이다.

3) 전자의 의미에 따른다면 부당이득반환청구권과 다른 청구권의 경합을 부정하게 되므로¹⁷⁾, 부당이득은 최후적·보충적 제도로 이해될 것이다. 그리고 후자의 의미에 따른다면 부당이득반환청구권과 다른 청구권의 경합을 전혀 인정할 수 없는 것은 아니지만, 여전히 부당이득반환청구권은 특정한 청구권에 의해서는 배제되는 것이므로, 부당이득법과 각각의 청구권 규범의 관계를 개별적으로 검토하게 될 것이다.¹⁸⁾ 요컨대 독일 및 일본에서의 부당이득 보충성 개념은 부당이득반환청구권의 성립요건 측면에서 논의되는 것이 아니라 부당이득반환청구권의 성립요건이 충족됨을 전제한 후에 다른 청구권과의 경합 문제 내지 다른 청구권과의 관계에서 부당이득이 민법상 어떠한 지위에 있는가의 차원에서 논의된 것이라고 할 수 있다.

(2) 프랑스

1) 프랑스에서는 독일민법이나 일본민법과 달리 민법전에 부당이득에 대한 일반적 규정을 두고 있지 않으며, 준계약¹⁹⁾ 안에 사무관리(gestion d'affaires

15) 四宮和夫, 請求權競合論, 一粒社, 昭和53年(1978), 175頁.

16) Schmitt, Die Subsidiarität der Bereicherungsansprüche, S.91f.; 加藤雅信, 전계 財産法の体系と不当利得法の構造, 643頁; 浜上則雄, “不当利得返還請求權の「補助性」”, 不当利得·事務管理の研究 3(谷口知平教授還曆), 有斐閣, 昭和47(1972), 2頁.

17) 이와 관련하여 四宮和夫, 전계 請求權競合論, 176頁은 절대적 보충성 개념 하에서는 부당이득 반환청구권은 애당초 경합능력(가능적 청구권 능력)이 부정되는 바, 이는 부당이득반환청구권과 그 밖의 다른 청구권의 경합문제에도 공통적인 전제가 된다고 한다.

18) 즉 부당이득의 상대적 보충성에 따른다면, 부당이득반환청구권과 다른 청구권의 경합은 인정될 수 있다. 다만 부당이득반환청구권이 특정한 청구권과의 관계에서 배제되는 경우에는 법조경합과 유사한 결과가 되며, 이를 명확하게 설명하기 위하여 양 청구권 규범의 관계를 검토해야 하는 문제가 발생하게 된다.

19) Jean Beauchard, *Etudes sur l'enrichissementsans cause : la faute de l'appauvri, L'enrichissement sans cause: La classification des sources des obligations*. Université de Poitiers, Collection de la faculté de droit et des sciences sociales. Etudes réunies par Vincenzo Mannino et Claude Ophèle, L.G.D.J., 2007, n°s71-72는 준계약은 실무상 이익보다는 확실상 이익을 나타내는 것으로 보아야 하며, 관례에 의한 초법규적인(extra legem) 자연법상 원칙의 공인이었지만, 타인의 희생으로 인한 이득을 금지한다는 준칙 자체는 자본주의와 사회주의 사상이 상관적으로 발전하고 있었던 시기에는 한층 더 폭발적인 잠재능력을 간직하고 있었다고 한다.

d'autrui)와 함께 비채변제(paiement indu; répétition de l'indu) 규정(제1376조 내지 제1381조)만이 두어져 있을 뿐이다.²⁰⁾ 그러나 이러한 규정만으로는 부당이득이 문제될 수 있는 다양한 사례를 모두 규율할 수 없었기 때문에²¹⁾ 비채변제 이외의 전용물소권으로 대표되는 일반적 부당이득법은 판례에 의해서 형성 및 발전되었다. 즉 부당이득을 이유로 하는 이득반환청구(이는 전용물소권의 경우에 한정되지 않고, 일반적으로 'actio de in rem verso'로 불리어지고 있다)는 1892년 6월 15일 파기원 심리부 판결(이른바 부디에(Boudier) 판결²²⁾) 이래로 형평을 기초로 하여 광범위하게 인정되었다.

2) 그러나 이에 대해서는 이를 넓게 인정하는 것은 실정법 질서를 위태롭게 한다는 이유로 학설에 의해서 강한 비판을 받게 되었고²³⁾, 그 후 이에 영향을 받은 프랑스 판례도 전용물소권에 대해서 그 적용범위를 한정하기에 이르렀다. 이러한 판례의 지향점은 전용물소권으로 대표되는 부당이득반환소권의 성립요건을 제한하는 방향으로 나타나게 되었다.²⁴⁾ 특히 그러한 지향점은 부당이득의 성립요건 중 법적 요건의 제한으로 나타났으며²⁵⁾, 그 제한 중 하나가 바로 부당이득의

20) 물론 프랑스에서도 개별적으로는 물건으로부터 산출된 것에 대한 증익(增益)권에 관한 제548조, 부동산에 대한 증익(增益)권에 관한 제555조, 부부재산제와 관련하여 공동재산 및 개인재산의 관리에 관한 제1433조 내지 제1437조 등 부당이득으로 설명할 수 있는 규정이 존재한다.

21) 박세민, 전계 박사학위논문, 257면; 양창수, 민법주해 XVII권, 채권(10) (편집대표 곽윤직), 박영사, 2005, 128면은 비채변제 반환에 관한 프랑스민법 제1376조 이하의 규정만으로는 급부이득 사례, 원인없이 급부된 노무의 가액반환청구, 목적인 결과의 불발생으로 인한 반환청구, 침해이득의 경우, 원고가 처음에는 중간자에게 급부하였고 중간자에 의하여 그것이 피고에게까지 이른 소위 '전용사례' 등을 처리할 수 없었다고 한다.

22) Cass. Req. 15 juin 1892, S. 1893. 1. 281, D. P. 1892. 1. 596 note J. E. Labbé

23) Marcel Planiol et Georges Ripert, Traité pratique de droit civil français, t.VII, Obligations, 2^e partie, 2^e éd., par P. Esmein, J. Raduant et G. Gabolde, L.G.D.J., 1954, n°752.

24) 프랑스에서의 부당이득반환소권의 성립요건은 사실적 요건으로 피고의 이득, 원고의 손실, 이득과 손실 사이의 상관관계가, 법적 요건으로 원인의 부존재, 보충성이 있다(荻野奈緒, “フランスにおける「原因なき利得(enrichissement sans cause)」の概要”, 民商法雑誌 145卷 4・5号, 平成24年(2012) 2月 15日, 424頁 이하 참조).

25) 즉 프랑스에서는 부당이득을 한정하기 위한 요건으로 이 두 가지를 드는 것이 일반적이다(Planiol/Ripert, Traité pratique de droit civil français, t.VII, n°752; 정태윤, “전용물소권에 관한 일고찰”, 비교사법 제9권 제1호, 한국비교사법학회, 2002.4, 197면 참조). 그러나 Chevallier는 법률상 원인의 흠결만을 범질서와의 양립을 도모하기 위한 요건으로 든다(Jean Chevallier, *Observations sur la répétition des enrichissements non causés*, Le Droit privé français au milieu du XX^e siècle ; études offertes à Georges Ripert, membre de l'Institut, ancien doyen de la Faculté de droit de Paris, professeur honoraire à la Faculté de droit d'Aix, t.II, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950, p.240 à 242). Chevallier가 이 요건을 내세우는 이유에 대해서는 그가 보충성 요건을 한정적으로 해석함으로써 다른 실정 법규를 잠탈하지 않을 것도 '법률상 원인'의 내용으로 파악하는 점에 그 원인이 있다고 분석하는 견해가 있다(加藤雅信, 전계 財産法の体系と不当利得法の構造, 764頁 및 768頁 참조). 더 나아가 정태윤, “제3자에

보충성에 의한 제한이었다. 결국 프랑스에서는 부당이득의 보충성이 부당이득반환소권의 성립요건 단계에서 등장하게 되었다.

3) 이러한 배경에 따라 부당이득반환소권의 성립요건으로 등장한 부당이득의 보충성 개념은 손실자가 이득자에 대해서 계약, 준계약, 불법행위에 의해서 발생하는 다른 일체의 소권을 갖지 않는 경우에만 손실자는 이득자에 대해서 부당이득반환소권을 행사할 수 있다는 의미로 이해된다. 이는 파기원 민사부 1914년 5월 12일 판결²⁶⁾ 및 동 1915년 3월 2일 판결²⁷⁾에 의해서 나타났으며, 학설상으로도 부당이득반환소권이 실정법 질서를 해쳐서는 안된다는 고려가 강하게 작용함으로써, 이러한 보충성 개념은 대체로 지지를 받고 있다. 요컨대 프랑스에서의 부당이득의 보충성 개념은 부당이득반환청구권의 성립요건 단계에서 논의된 것으로서, 전술한 독일 및 일본의 경우와는 다른 차원에서 인정되었던 것이라고 할 수 있다.²⁸⁾

2. 부당이득의 보충성 인정 여부

(1) 독일

1) 독일의 경우 현행민법전이 시행된 후 판례의 입장에 대해서는 부당이득의 보충성이 문제되는 경우가 그다지 많지 않았으며, 설사 그것이 문제되는 경우라도 판례에 대한 평가가 논자에 따라서 가지각색이기는 하지만, 어쨌든 판례가 부당이득반환청구권의 보충성을 인정한 경우는 없다고 한다.²⁹⁾ 독일 학계의 경우

대한 계약의 대항력(프랑스에서의 해석론을 중심으로)”, 법학논집 제15권 제3호, 이화여자대학교 법학연구소, 2011, 151-152면은 부디에 판결이 프랑스민법 제1165조에 규정된 계약의 상대효의 의미를 밝히는 데에도 적지 않은 기여를 하였다고 하면서, 오늘날 프랑스 파기원의 판례 및 학설은 이를 계약의 대항성(l'opposabilité du contrat)으로 설명하고 있다고 한다. 계약의 대항성(l'opposabilité du contrat)에 대한 자세한 내용은 김옥곤, “계약의 효력”, 민법학의 기본문제, 삼지원, 2005, 407-412면 및 정태윤, 전제 “전용물소권에 관한 일고찰”, 197-199면 참조.

26) Cass. civ. 12 mai 1914, S. 1918. 1. 41 note Naquet.

27) Cass. civ. 2 mars 1915, D. 1920. 1. 102.

28) 참고로 Lionel Smith, “Property, subsidiarity and unjust enrichment”, in David Johnston/Reinhard Zimmermann(eds.), Unjustified Enrichment : Key Issues in Comparative Perspective, Cambridge University Press, 2002, p.596 and seq.는 비교법적으로 보충성 원칙과 관련하여 법적 지위 사이의 관계로 하나가 적용되면 다른 것은 아예 적용이 배제되는 강한 보충성(strong subsidiarity, 예컨대 계약법과의 관계)과 청구권 사이의 적용순서로서 하나가 적용되지 않으면 다른 것이 순차적으로 적용되는 약한 보충성(weak subsidiarity)으로 구분하여 설명하고 있다. 이에 따르면 프랑스에서의 보충성 원칙은 약한 보충성을 의미하게 될 것이다(이상훈, 유럽민사법 공통참조 기준안(DCFR) 부당이득편 연구, 서울대학교 박사학위논문, 2016.8, 11-12면 주37 참조).

29) Schmitt, Die Subsidiarität der Bereicherungsansprüche, S.89f.

현행민법전이 시행되어서부터 30년 정도 경과할 때까지 대부분의 학설은 부당이득의 보충성을 부정하였지만³⁰⁾, 긍정하는 견해도 일부 존재하였다.³¹⁾ 다만 보충성을 인정하는 견해는 세부적으로 다시 부당이득의 절대적 보충성을 인정하는 입장과 상대적 보충성을 인정하는 입장으로 나누어졌다.

2) 우선 절대적 보충성을 인정하는 입장은 그 인정근거에 따라 다시 두 가지 견해로 나누어졌다.

하나는 부당이득의 기초가 형평에 있다는 부당이득의 목적에서 절대적 보충성을 도출하는 견해로서, 독일에서도 비교적 오래 전에 주장된 것이었다.³²⁾ 이 입장은 부당이득이 형식적인 법률상태와 실질적인 형평의 요구의 모순을 조정하는 것에 그 제도적 목적이 있다는 시각에서 부당이득반환청구권을 다른 실정법상의 청구권이 존재하지 않는 경우에만 행사될 수 있는 최후의 구제수단으로 이해한다. 다시 말하면 이 견해는 부당이득의 본질을 형평설적으로 파악한다. 그러나 이를 철저히 관철하면 형평의 개념이 광범위하게 확대되어 다른 법제도가 잠탈될 우려가 있으므로³³⁾, 이러한 위험을 방지하기 위하여 절대적 보충성을 인정한다.³⁴⁾

다른 하나는 부당이득반환청구권뿐만 아니라 다른 청구권도 존재하는 경우에는 부당이득반환청구권의 성립요건이 충족되지 않기 때문에 절대적 보충성을 인정하는 견해이다.³⁵⁾ 즉 다른 청구권에 의해서 이득을 반환해야 하는 이상 피청구

30) 학설의 자세한 내용은 Schmitt, Die Subsidiarität der Bereicherungsansprüche, S.88 Anm.18 참조. 이와 관련하여 어떤 요건이 다른 요건에 대해서 우월적 의의를 가진다는 것은 매우 불확실한 기준에 의한 것이고, 따라서 그러한 불확실한 기준을 실제로 적용하는 것은 거의 불가능한 점을 이유로 보충성을 부정하는 견해도 있었다(Rudolf Schmidt, Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht, C.H.Beck, 1915, S.16. 참조).

31) Justus Wilhelm Hedemann, Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd.3, 2.Aufl., Walter de Gruyter&Co.Berlin, 1950, S.425f.; Robert von Mayr, Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechts, Leipzig, 1903, S.358; Erich Jung, Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des "rechtlichen Grundes", Heidelberg, 1902, S.43; Fritz Schulz, *System der Rechte auf den Eingriffserwerb*, AcP 105, 1909, S.481.

32) 加藤雅信, 전계 “第30章 不当利得返還請求權の補充性”, 507頁은 이 견해에 대해서 부당이득반환청구권의 성격론으로부터 부당이득의 보충성을 이끌어내는 사고방식이라고 한다.

33) Rudolf Freund, Der Eingriff in fremde Rechte als Grund des Bereicherungsanspruchs, Breslau 1902, S.12.

34) Hedemann, Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd.3, S.425f. 이 견해에 대해서 四宮和夫는 독일의 물권행위의 무인성을 배경으로 함과 동시에 실정법과는 차원을 달리하는 형평에 기초하는 제도로 부당이득을 파악하는 것에서 비롯된 주장이라고 이해한다(同, 전계 請求權競合論, 177頁 참조).

35) 加藤雅信, 전계 “第30章 不当利得返還請求權の補充性”, 507頁은 이 견해에 대해서 부당이득반환청구권의 요건론으로부터 부당이득의 보충성을 이끌어내는 사고방식이라고 한다.

자에게 ‘수익’이 없거나³⁶⁾ 다른 청구권에 의해서 이득의 반환을 구할 수 있는 이상 청구자에게 ‘손실’이 없다는 것이다.³⁷⁾

그러나 독일에서는 1930년대 Hedemann의 견해를 마지막으로 절대적 보충성을 긍정하는 학설은 자취를 감추고 말았다.³⁸⁾ 그렇다면 독일에서 절대적 보충성을 긍정하는 견해는 어느 한 시기의 일부 학자에 의해서 주장된 학설일 뿐, 오늘날까지 의미가 있는 것으로는 볼 수 없을 것이다.³⁹⁾

3) 한편 부당이득의 상대적 보충성을 인정하는 견해에 의하면 부당이득반환청구권과 다른 청구권의 경합은 이를 전면적으로 부정하거나 긍정하는 것이 아니라, 일정한 청구권과의 관계에서만 부정하게 된다. 따라서 이 입장에 의하면 청구권경합이 문제될 수 있는 각각의 청구권에 대한 성격을 개별적으로 고려하는 작업이 필요하게 된다. 그러나 그러한 작업은 논자에 따라 해석론이 다르게 나타날 수 있고, 따라서 그 결론도 통일적일 수 없다. 게다가 부당이득반환청구권과 다른 청구권의 경합이 문제되는 경우는 그 조합이 매우 많고 다양하기 때문에 이를 모두 검토하는 것은 거의 불가능에 가깝다. 이러한 사정에 따라 독일에서 부당이득의 상대적 보충성을 주장하는 견해는 전형적으로 문제될 수 있는 청구권들만을 추출하여 개별적 분석을 하고 있다. 예컨대 부당이득과 물건적 반환청구권(독일민법 제985조) 내지 제987조 이하의 규정(우리민법 제201조 이하(과실취득권 문제 등)에 상응한다)의 관계, 부당이득과 계약상 청구권의 관계, 부당이득과 불법행위에 의한 손해배상청구권의 관계, 부당이득과 점유회복청구권 기타(제861조, 제1007조)의 관계, 부당이득과 사무관리의 관계 등이 전형적인 예로 채택되어 논의되고 있는 실정이다.⁴⁰⁾

4) 그러나 현재 독일에서는 절대적이든 상대적이든 부당이득의 보충성이 인정되지 않으므로, 부당이득반환청구권은 원칙적으로 다른 권리와 경합하는 것으로 일응 파악할 수 있다. 다만 이에 대해서는 일정한 경우에 예외가 인정된다. 예컨대 독일민법 제993조는 “선의점유자의 책임(Haftung des redlichen Besitzers)”

36) von Mayr, Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechts, S.358.

37) Jung, Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des “rechtlichen Grundes”, S.43.

38) 다만 스위스에서는 여전히 부당이득의 성립요건(즉 수익이나 손실)이 충족되지 않는 점을 근거로 실질적으로 부당이득반환청구권의 보충성을 인정하는 견해가 존재한다고 한다(Schmitt, Die Subsidiarität der Bereicherungsansprüche, S.118ff. 참조).

39) 동지 加藤雅信, 전계 財産法の体系と不当利得法の構造, 645頁.

40) 이에 대한 소개로 Schmitt, Die Subsidiarität der Bereicherungsansprüche, 1969, S.102ff.; 浜上則雄, 전계 “不当利得返還請求權の「補助性」”, 16頁 이하 참조.

이라는 표제 하에 제1항에서 “제987조 내지 제992조에 정하여진 요건이 충족되지 아니한 경우에는 점유자는 수취한 과실을 그것이 정상적인 경영의 규칙에 따라 물건의 수득으로 인정될 수 있는 것이 아닌 한 부당이득의 반환에 관한 규정에 따라 반환하여야 한다; 그 외에 그는 수익반환이나 손해배상의 의무를 지지 아니한다”고 포괄적으로 규정함으로써⁴¹⁾ 선의유상의 점유자를 보호하기 위하여 소유자·점유자관계법을 규율하고 있다.⁴²⁾ 또한 독일에서는 부당이득의 유형 사이에도 보충성이 인정된다. 즉 급부부당이득은 원칙적으로 비급부부당이득에 우선한다는 “비급부부당이득의 보충성” 내지 “침해부당이득의 보충성” 원리가 채용된다.⁴³⁾

41) 독일민법 제993조 제1항의 내용은 양창수 역, 독일민법전 2015년판, 박영사, 2015, 691면을 인용하였다.

42) Christian von Bar and Stephen Swann, Study Group on European Civil Code, Principles of European Law : Unjustified Enrichment (PEL unj. enr.). Vol. 8, sellier, Stämpfli and Bruylant, 2010, p.102 and seq.

43) 이 원리는 급부부당이득이 존재하는 한도에서는 비급부에 의한 부당이득이 성립하지 않는다는 것을 의미하는 바, 이에 따라서 급부자의 급부로 인하여 무엇인가를 이득한 수익자는 급부자에 대해서만 부당이득반환의무를 부담하지만, 수익자가 비급부부당이득을 이유로 계약 외 제3자에 대해서는 책임을 부담하지 않게 된다(BGHZ 40, 272, 278; BGHZ 56, 228, 240; Karl Larenz und Claus-Wilhelm Canaris, Lehrbuch des Schuldrecht, Bd.II, Teillband2, Besonderer Teil, 13.Aufl., München, 1994, S.140; Dieter Reuter und Michael Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, Handbuch des Schuldrechts, Bd.4, J.C.B.Mohr, 1983, S.399; von Bar/Swann, Principles of European Law : Unjustified Enrichment, p.103 참조). 독일에서 이 원리는 부당이득의 보충성에서 파생되는 문제로서 계약관계에 있지 않은 제3자가 존재하는 ‘다수관여자 사이의 부당이득 관계’의 경우에 직접적으로 나타나는 문제라고 할 수 있다. 즉 부당이득발생과 관련된 자가 수익인 경우에는 그 중 1인의 급부행위에 기한 수익자의 부당이득이 나머지 다른 자에 대해서는 침해행위에 기한 부당이득으로 관념될 수 있으며(Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, Handbuch des Schuldrechts, S.399; Reinhard Ellger, Bereicherung durch Eingriff : das Konzept des Zuweisungsgehalts im Spannungsfeld von Ausschließlichkeitsrecht und Wettbewerbsfreiheit, Mohr Siebeck, 2002, S.237 참조), 이러한 경우에는 급부부당이득과 침해부당이득의 관계가 문제될 수 있다. 그런데 독일에서는 이 원리의 수용 여부에 대해서 학설상 견해의 대립이 있다. 예컨대, 목적적 급부개념이 허용하려고 하지 않았던 계약 외 제3자에 대한 직접적 반환청구가 비급부부당이득반환이라는 우회로를 통하여 허용될 소지를 차단해야 한다는 관점에서 이 원리의 수용을 적극적으로 긍정하는 견해도 있지만(Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, Handbuch des Schuldrechts, S.401; Friederike Wallmann, Die Geltung des Subsidiaritätsgrundsatzes im Bereicherungsrecht, Peter Lang, 1996, S.70ff. 등), 보충성 원리는 두 당사자 사이의 관계에서만 적용될 뿐, 다수관여자 사이의 관계에서는 급부반환청구권과 비급부반환청구권의 상호배제관계를 부정하는 견해(Dieter Medicus und Jens Petersen, Bürgerliches Recht, 25.Aufl., Verlag Franz Vahlen München, 2015, S.367ff.), 보충성의 근거 문제는 전용물소권의 성격을 갖는 직접적 청구를 배제하려는 독일민법에서의 가치있는 법학적 결단의 문제라는 견해(Hans Josef Wieling, Bereicherungsrecht, 4.Aufl., Springer, 2007, S.96ff.) 등이 있다. 이와 관련하여 안병하, “부합과 부당이득-대법원 2009.9.24. 선고 2009다15602 판결에 대한 짧은 소견-”, 법학연구 제25권 제1호, 연세대학교 법학연구원, 2015.3, 166면은 급부자와 수익자라는 2자 관계에서만 부당이득이 문제되는 경우에 부당이득의 비통일론(유형론)에 따르면 이들 사이에서 어떠한 부당이득이 급부행위에 기한 것임과 동시에 비급부행

(2) 일본

1) 일본의 경우에도 부당이득의 보충성 문제에 대한 논의상황은 전술한 독일의 그것과 대체로 동일하다. 즉 일본의 경우에도 과거에 부당이득의 보충성을 논의하는 학자가 소수이지만 존재하고 있었다. 그리고 부당이득의 보충성에 대한 학설상 논의의 초점은 절대적 보충성을 인정하는지 여부, 절대적 보충성을 부정한다면 상대적 보충성은 인정할 수 있는지, 그렇지 않으면 보충성 자체를 부정해야 하는지 여부에 있었다. 이하 이에 대한 학설 및 판례의 동향을 살펴보면 다음과 같다.

2) 일본에서 부당이득의 보충성 문제에 대한 논의는 中島玉吉의 논문⁴⁴⁾을 통하여 비로소 이루어지기 시작하였다고 볼 수 있다. 왜냐하면 비록 그가 자신의 논문에서 부당이득의 보충성 내지 보조성이라는 용어를 직접적으로 사용하지는 않았지만, 급부자에게 “다른 구제수단이 존재하는 경우”에는 수익자가 “아직 이득을 하였다고 볼 수 없”다고 함으로써 부당이득의 요건론 측면에서 결과적으로 부당이득의 보충성을 인정한 것으로 보이기 때문이다. 이러한 그의 논문의 문언만을 철저히 따르다면 부당이득의 절대적 보충성을 인정하는 것이 되지만, 실제로는 다른 구제수단이 존재하는 경우의 이득 유무는 “경우에 따라 개별적으로 결정해야 한다”고 함으로써 상대적 보충성을 인정하였다.

3) 그 후 일본에서는 형평설이 일반적 학설의 지위를 차지하게 되었고, 이러한 배경 하에 谷口知平이나 松坂佐一은 부당이득 반환청구권으로 인하여 다른 법제도가 잠탈 내지 회피되어서는 안된다고 함으로써 부당이득의 절대적 보충성을 승인한 것으로 보였다. 그러나 이들은 모두 구체적 상황에 따라서 부당이득 반환청구권이 다른 청구권에 비해서 열후한지 여부를 고찰함으로써 실질적으로는 부당이득의 상대적 보충성을 인정하였다.⁴⁵⁾ 그리고 我妻榮은 “부당이득제도가 사법질서

위에 기한 것일 수는 없으므로 그 개념상 급부부당이득과 침해부당이득으로 대표되는 비급부부당이득은 선택적 관계에 있고, 따라서 이 경우에는 급부부당이득에 대한 비급부부당이득의 보충성 원칙이 문제될 여지가 없다고 한다. 한편 우리나라에서도 이 원리의 도입 여부에 대해서 학설상 논의가 있지만, 본고에서 다루는 것은 청구권 경합 여부와 관련이 있는 부당이득의 보충성 문제이다. 그런데 독일의 이 원리는 본고의 보충성 문제와 논의의 영역이 다르다. 왜냐하면 이 원리는 실제로 수익자 및 급부자 이외에 제3자가 개입되어 있는 다수관여자 사이의 법률관계에서 그 도입여부가 문제가 되며, 급부자의 중간자에 대한 계약상 청구권 내지 급부부당이득 반환청구권과 급부자의 수익자에 대한 비용급부부당이득(예컨대 침해부당이득) 반환청구권은 당사자가 다르므로 청구권경합 문제가 아니기 때문이다. 그러므로 이 원리의 도입여부에 대한 고찰은 장래의 연구과제로 남겨두고 본고에서는 이 문제에 대해서 따로 검토하지 않는다.

44) 中島玉吉, “不当利得ヲ論ス”, 民法論文集, 岩波書店, 大正11(1922), 103頁 이하.

45) 谷口知平, 不当利得の研究, 有斐閣, 昭和40年(1965), 12頁 및 39頁 이하; 松坂佐一, 事務管理·

체계에 있어서의 윤회유인 점은 반드시 그 제도로 하여금 다른 청구권이 존재하지 않는 경우 최후의 보충적 제도가 된다고 볼 수 없다⁴⁶⁾”고 하였다. 즉 그는 일반론으로서는 부당이득의 보충성 인정여부에 대해서 다소 부정적 표현을 하면서도 계약상 청구권과의 경합의 경우에 “이득”·“손실” 요건을 충족하지 않는다는 이유로 계약상 청구권에 대한 부당이득반환청구권의 열후성을 승인하고 있다. 이러한 그의 견해 역시 실질적으로는 상대적 보충성론과 큰 차이가 없는 것으로 보인다.

4) 전술한 바에 비추어 부당이득의 보충성 인정여부에 대해서 종래 일본의 일반적 학설은 절대적 보충성을 인정한 것이 아니라, 상대적 보충성을 인정하였던 것으로 판단된다. 그런데 이에 대해서는 부당이득의 보충성 자체를 인정해서는 안된다는 반대견해도 주장되었다(이른바 ‘부당이득의 보충성 부정설’).⁴⁷⁾ 그 근거로 제시되는 것들은 다음과 같다.

첫째, 현행 일본민법전이 제703조라는 부당이득의 일반적 규정을 가지고 있는 점을 고려한다면, 종래 논의되어 온 “보충성”은 어떤 의미에서는 역사적 잔재에 불과할 뿐만 아니라⁴⁸⁾, 오늘날 부당이득법은 결코 형평설적인 “법과 도덕이 교착(交錯)된 법영역”이 아니며 오히려 요건에 대한 판단기준에 관하여 매우 구체적인 실정규범으로서의 내용을 가지므로⁴⁹⁾, 일반적인 경합 문제로 다루면 충분하다.⁵⁰⁾

둘째, 부당이득반환청구권과 불법행위에 기한 손해배상청구권의 경합이 문제될

不当利得 [新版], 法律学全集 22-I, 有斐閣, 平成2年(1990), 65頁 이하; 玉田弘毅, “不当利得における悪意受益者の「責任」について-民法七〇四条第二文の体系的地位の検討-”, 明治大学法制研究所紀要 2号, 昭和34年(1959), 51頁 이하도 형평설을 기초로 하여 원칙적으로 부당이득의 보충성을 승인한 뒤에 넓은 범위에 걸쳐서 부당이득반환청구권이 다른 청구권에 비해서 열후한 지위에 있어야 한다고 한다.

46) 我妻榮, 債權各論下卷一(民法講義V4), 岩波書店, 1972, 944頁.

47) 四宮和夫, 전계 請求權競合論, 176頁 이하; 浜上則雄, 전계 “不当利得返還請求權의「補助性」”, 5頁 이하.

48) 加藤雅信, 전계 財産法の体系と不当利得法の構造, 40-41頁은 부당이득반환청구권의 보충성이라는 개념은 법전편찬기에 일반부당이득법의 형성에 있어서 특수부당이득(*condictio sine causa specialis*)에 관한 논의와 일반부당이득(*condictio sine causa generalis*)에 관한 논의가 혼동된 결과 생긴 것으로, 오늘날 부당이득법의 경우에 합리적 의미를 가지는 것은 아니라고 한다.

49) 재산 등의 이전을 기초짓는 구체적 법률관계가 존재하지 않는 경우에 “법률상 원인”이 없다.

50) 加藤雅信, 전계 “第30章 不当利得返還請求權의補助性”, 513-514頁 참조. 이와 관련하여 同, 전계 財産法の体系と不当利得法の構造, 647頁은 전용물소권에 관해서는 계약소권에 대한 열후성을 명확하게 하기 위하여 보충성을 관념하는 것이 의미가 없지는 않지만, 다른 일반적인 부당이득법에 대해서는 보충성을 관념하는 것은 쓸데없는 논의를 초래할 뿐이며, 특별하게 의미를 가지지 않는다고 한다.

경우, 양자는 시효기간 등이 다르기 때문에 양자의 청구권경합을 인정하는 것이 오히려 실익이 있고, 따라서 일반적으로 절대적 보충성을 인정할 필요는 없다. 그리고 상대적 보충성은 각각의 청구권과 각각의 부당이득 유형의 관계를 검토하면서 양자의 조정을 도모하는 것으로 충분하다. 또한 유형론에 따르면 계약상 청구, 물권적 청구권 등과 각각의 부당이득반환청구권의 관계는 체계적으로 정리되어 있다.⁵¹⁾

셋째, 부당이득의 기초가 형평에 있다는 부당이득의 목적에서 절대적 보충성을 도출하는 견해는 독일민법 하의 물권행위의 무인성을 배경으로 하여 나타난 것인바, 그 한도에서는 물권행위의 유인성을 취하고 있는 일본민법 하에서 적용되기 곤란하다. 이와 함께 이 입장은 부당이득을 실정법과는 차원을 달리하는 형평에 기초하는 제도로 파악하는 것에서 주장된 것이지만, 오늘날 부당이득반환청구권은 제703조 내지 제704조를 통하여 한정된 구성요건을 가진 권리로서 불법행위나 사무관리 등 다른 청구권과 어깨를 나란히 하는 실정법적 청구권으로 보아야 한다.⁵²⁾

넷째, 독일에서 주장된 부당이득반환청구권뿐만 아니라 다른 청구권도 존재하는 경우에는 부당이득반환청구권의 성립요건이 충족되지 않으므로 절대적 보충성을 인정해야 한다는 견해는 부당이득반환청구권과 다른 청구권 중 후자의 권리가 먼저 적용된 것을 전제로 한 것이지만, 양자의 권리는 동시에 적용된다고 보아 법률상 원인을 흠결하는 수익이 있으면 “손실” 요건은 당연히 충족되어서 부당이득반환청구권이 성립한다고 보아야 한다. 나아가 실질적 측면에서 보아도 병존해서 성립해야 할 양자의 권리 중 어느 일방만을 배제할 이유는 없다. 왜냐하면 다른 청구권이 부당이득반환청구권과 병존하더라도 양 권리가 동일한 급부에 향하여져 있는 한 설사 청구권경합 방식에 의하더라도 권리자는 1회의 권리행사로 만족을 받을 수 밖에 없고, 따라서 당사자 사이에는 경제적으로 1개의 청구권이 존재하는 것에 불과한 것으로 볼 수 밖에 없기 때문이다.⁵³⁾

다섯째, 어떤 청구권이 “보충성”을 가지는지 여부는 그 청구권의 목적규정에 의해서 정하여진다. 그리고 법질서가 청구권의 요건을 엄격하게 규정하지 않고 전적으로 일반적 규정에 의해서 청구권을 인정하고 있는 때에는 그러한 일반적

51) 藤原正則, 不当利得法, 信山社, 2002(平成14年), 31-32頁 注44 참조.

52) 四宮和夫, 전계 請求權競合論, 177頁 참조.

53) 四宮和夫, 전계 請求權競合論, 176-177頁 참조.

규정은 무제한으로 적용범위가 확대되어 다른 규정의 적용이 회피되는 위험이 있고, 이 경우에 “보충성”은 제정법 규정의 회피와 법질서의 무용화를 저지하는 효과를 기대할 수 있지만, 어느 청구권이 엄밀하게 확정되어 있는 적용영역을 가지고 있는 때에는 그 청구권의 ‘보충성’을 문제삼을 필요가 없다. 나아가 프랑스민법과 달리 부당이득의 요건이 상당히 엄격하게 정하여져 있는 일본민법 하에서 부당이득반환청구권의 ‘보충성’을 시인할 필요는 없다.⁵⁴⁾

이러한 논거 하에 주장된 이른바 ‘부당이득의 보충성 부정설’은 점차 그 세력을 확장하였고, 결국 오늘날 일본의 학설⁵⁵⁾ 및 판례⁵⁶⁾는 부당이득반환청구권에 대해서 다른 청구권과의 경합을 인정함으로써 부당이득의 보충성을 부정하고 있다.

(3) 프랑스

전술한 바와 같이 프랑스 판례에 의해서 부당이득반환소권의 적용범위는 이를 점차 제한하는 방향으로 나아갔는 바, 그 모습은 부당이득반환소권의 성립요건 중 법적 요건의 제한으로 나타났다. 그 중 본고와 관련된 부당이득의 보충성 개념은 손실자가 이득자에 대해서 계약, 준계약, 불법행위에 의해서 발생하는 다른 일체의 소권을 갖지 않는 경우에만 손실자는 이득자에 대해서 부당이득반환소권을 행사할 수 있다는 의미로 이해되고 있으며, 이는 현재까지도 판례 및 일반적 학설의 지지를 받고 있다. 다만 프랑스에서 이러한 보충성 개념은 세부적으로 세 가지 의미로 나누어져 이해되는 바, 각각의 의미에 따라서 부당이득반환소권이 인정되지 않는 경우도 세 가지로 정리될 수 있다.⁵⁷⁾

54) 浜上則雄, 전계 “不当利得返還請求權の「補助性」”, 5頁 이하.

55) 我妻榮·有泉亨·清水誠·田山輝明 著, 我妻·有泉コンメンタル民法-総則・物権・債権-, [第2版], 日本評論社, 2008, 1240頁; 田山輝明, 事務管理・不当利得・不法行為, 債権各論下卷, 民法要義 6, 成文堂, 2006, 45頁 注38은 부당이득반환청구권과 다른 청구권의 경합을 있을 수 있지만 일본민법전의 규범구조(유형론의 입장에서는 재화귀속질서와 재화이전질서)와의 관련에서 어느 청구권이 우선하는가 등에 대한 고찰은 해야 한다고 한다.

56) 日大判 昭和15年 3月 9日 評論 29卷 民法 669頁(“부당이득반환청구권에 다른 청구권에 대한 보충적 권리를 부여하는 것으로 해석하기 어려우므로 부당이득 요건을 구비한 이상 이에 기초하는 반환청구권은 다른 청구권과 경합하는 것이어야 하며 후자의 존재가 굳이 전자의 발생을 저지해야 하는 것은 아니라고 해석함이 상당하고...”) 참조.

57) 이하의 내용은 J. Flour, J. L. Aubert et É. Savaux, Les obligation/2. Le fait juridique, 14^eéd., Sirey, 2011, n°52 et suiv. 참조. 이를 소개한 일본문헌으로 荻野奈緒, 전계 “フランスにおける「原因なき利得(enrichissement sans cause)」の概要”, 429頁 이하, 加藤雅信, 전계 財産法の体系と不当利得法の構造, 740頁 이하, 浜上則雄, 전계 “不当利得返還請求權の「補助性」”, 7頁 이하, 稻本洋之助, “フランス法における不当利得制度”, 不当利得・事務管理の研究 1(谷口知平教授選

첫째, 손실자가 이득자에 대해서 실제로 부당이득반환소권과는 별개의 소권을 가지는 경우이다. 이 경우에 부당이득반환소권의 행사를 인정하면, 별개의 소권에 관한 법률규정 또는 계약의 적용을 회피할 수 있게 되지만, 그러한 사태는 허용되지 않는다.⁵⁸⁾ 이러한 의미에서의 보충성 개념은 프랑스에서는 불법행위책임과 계약책임의 비경합 원칙과 유사한 것으로 볼 수 있다.⁵⁹⁾

둘째, 손실자가 이득자에 대해서 행사할 수 있었던 소권이 법률에 의해서 인정되지 않는 경우이다. 이 경우에도 부당이득반환소권에 의해서 실정법상 특별한 준칙을 회피할 가능성이 있다는 점이 문제가 되고 있다. 다만 이 경우에 파기원은 보충성 원칙을 엄격하게 적용하지 않는다.⁶⁰⁾

셋째, 손실자가 이득자 이외의 자에 대해서 소권을 가지는 경우로서 이는 전용물소권과 관련된다. 즉 간접적인 이득이 문제가 된 사례에서 급부자는 자신과 계약관계에 있는 중간자가 변제불능이기 때문에 만족을 얻지 못한 경우에 비로소 수익자에 대해서 부당이득반환소권(전용물소권)을 행사할 수 있는 것을 의미한다. 이는 1940년 9월 11일 파기원 심리부 판결에 의해서 나타났다.⁶¹⁾

다만 최근에는 부당이득의 보충성에 대한 프랑스의 판례 및 일반적 학설에 대해서 실제로 부당이득의 보충성은 너무나 빈번하게 이득원인의 부존재라는 법적

曆), 有悲閣, 昭和45年(1970), 92頁 등 참조.

58) 예컨대 원고와 피고가 계약을 체결한 경우, 원고는 피고에 대해서 계약상 소권 대신에 부당이득반환소권을 행사하거나 원고가 피고와의 계약에 기초하여 가지는 권리 이상의 것을 얻기 위하여 계약상 소권과 부당이득반환소권이라는 2개의 권리를 병행하여 행사할 수 없다(Philippe Remy, *Le Principe de Subsidiarité de l'action de in rem verso en droit français*, L'enrichissement sans cause: La classification des sources des obligations. Université de Poitiers, Collection de la faculté de droit et des sciences sociales. Etudes réunies par Vincenzo Mannino et Claude Ophéle, L.G.D.J., 2007, n°61 참조).

59) 이는 가장 일반적인(혹은 채권자에게 가장 유리한) 소권이 특별한 소권을 배제하는 것을 차단하며, 그 점에서 계약의 내적 구조 및 채무자의 예견이 교란되는 것을 방지한다는 기능을 가지고 있음을 의미한다. 결국 이러한 부당이득의 역할은 계약에 의해서 행하여지는 위험 분배를 수정하는 것에 있지 않다(Remy, *Le Principe de Subsidiarité de l'action de in rem verso en droit français*, n°61 참조).

60) 예컨대 경매집행관이 사후(事後)에 위조품으로 판명된 동산의 매도인에 대하여 그 보상을 청구한 사안에서, 파기원 제1민사부 1997년 6월 3일 판결은 피고의 과오(faute)가 증명되지 않았음을 이유로 원고가 피고에 대해서 손해배상책임을 물을 수 없다고 하였지만, 부당이득반환소권에 기초하는 청구를 인용한 항소원 판결은 보충성 원칙을 손상하지 않는다는 이유로 용인하였다(Cass. civ. 3^e, 3 juin 1997, Bull. n°182; J. C. P. 1998. II. 10102 note Viney; RTD civ. 1997. 657 obs. Mestre. 참조). 이러한 판례의 입장은 부당이득반환소권이 부정되는 것은 동 소권의 행사가 임법자의 의도에 명백하게 반하여 문제가 된 상황에 통상 적용되는 준칙을 회피하는 경우로 한정된다는 설명으로 정당화될 수 있다(J. Mestre, obs. sous com. 16 mai 1995 et 14 mars 1995, RTD civ. 1996. 160 참조).

61) Cass. Req. 11 sept. 1940, D. H. 1940. 150; S. 1941. I. 121 note Esmin.

요건과 중복되어 있다는 점을 근거로 유용성의 측면에서 의문을 제기할 뿐만 아니라 실제로 법적질서를 혼란시키지 않는 경우에도 보충성 요건이 적용됨으로써 오히려 부당이득반환소권의 형평적 기능을 훼손하는 경우도 발생하는 점을 근거로 보충성의 유해성을 지적하는 견해도 주장되고 있다.⁶²⁾

III. 우리민법상 부당이득의 보충성에 대한 논의

1. 의 의

우리나라에서는 독일이나 일본과 같이 부당이득의 보충성 문제를 다른 법제도상의 청구권이 성립하지 아니하거나 그 청구권을 행사할 수 없는 경우에 한하여 부당이득반환청구권이 보충적으로 인정되는지 여부의 문제로 파악하는 것이 일반적이지만⁶³⁾, 부당이득의 보충성 개념에 대해서는 독일이나 일본처럼 절대적 보충성과 상대적 보충성으로 명확하게 구분하여 논의하고 있지는 않다.⁶⁴⁾

그런데 전술한 독일이나 일본의 법상황을 기본적으로 계수한 우리나라의 법상황에 비추어 본다면 이러한 이해는 엄밀하게는 부당이득의 절대적 보충성을 인정할 것인가에 대한 문제에 해당되는 것이다. 그러므로 우리나라에서도 기본적으로는 독일 및 일본에서의 논의와 마찬가지로 부당이득의 절대적 보충성을 인정할 수 있는지 여부를 논의의 출발점으로 삼아야 할 것이다. 그럼에도 불구하고 우리나라의 일반적 학설은 적어도 문언상으로는 부당이득의 절대적 보충성 인정여부에 대한 문제로 표현하면서도 실제로는 부당이득의 상대적 보충성을 인정하는 것과 같은 결과를 인정하고 있다. 이러한 사실은 우리민법상 부당이득의 보충성 문제를 논의함에 있어서 항상 염두에 두어야 할 것이다. 이하에서는 이러한 문제의

62) Remy, *Le Principe de Subsidiarité de l'action de in rem verso en droit français*, n°59-69. 이 견해의 구체적 내용에 대한 소개는 졸고, 전계 박사학위논문, 102-106면 참조.

63) 곽윤직, 전계 채권각론, 347면; 김기선, 한국채권법각론, 제2전정판, 법문사, 1982, 359면; 김석우, 채권법각론, 박영사, 1978, 533면; 김현태, 신고 채권각론, 일조각, 1969, 328면; 김준호, 채권법-이론·사례·판례-, 제8판, 법문사, 2017, 745면 이하; 송덕수, 전계 신민법강의, 1580면; 양형우, 민법의 세계, 제8판, 피앤씨미디어, 2016, 1554면 이하; 지원림, 전계 민법강의, 1596면; 남윤봉, “부당이득반환에 관한 소고”, 재산법연구 제8권 제1호, 한국재산법학회, 1991, 131면; 이용박, 전계 “부당이득의 보충성-문제점과 개선방안-”, 260면 등.

64) 그 원인이 무엇인지를 추단할 수 있는 자료는 어디에도 찾아 볼 수 없었고, 따라서 이를 명확하게 규명하는 것 역시 현재로서는 주저되는 바이다. 그럼에도 굳이 그 이유를 찾는다면, 이는 아마도 독일이나 일본에 비해서 단기간에 걸쳐서 민법전이 제정되고 시행되었던 우리민법의 짧은 역사에 그 원인이 있는 것으로 판단된다.

식을 기초로 우리민법상 부당이득의 보충성에 대한 학계의 논의상황 및 판례의 입장을 살펴본 다음, 사건을 제시하는 것으로 한다.

2. 학설 및 판례의 입장

부당이득의 보충성 문제에 대해서 우리나라의 일반적 학설은 동일한 결과를 발생시키는 부당이득반환청구권과 다른 청구권이 존재하는 경우에 부당이득반환청구권의 성립요건은 충족되어 있음을 전제한 다음에 절대적 보충성은 부정하지만, 상대적 보충성은 인정하고 있다. 그런데 그 구체적 근거에 대해서는 우리민법상 다른 청구권과의 관계에서 부당이득의 지위에 대한 이해의 차이에 따라서 각각 다른 관점이 제시되고 있다. 이를 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

우선 제1설은 민법상 부당이득법의 지위를 기타의 실정법상의 청구권이 존재하지 않는 경우에 공평의 원리를 기초로 하는 최후의 구제수단으로 본다. 즉 부당이득의 보충성 문제에 대해서 청구권의 경합을 인정하더라도 개개의 청구권의 존재이유와 그때그때의 사정을 고려하여 개별적으로 청구권의 경합여부를 결정해야 할 것이나, 원칙적으로는 다른 제도에 의하여 완전하게 규율되어 있는 경우에는 그것과 별개로 부당이득반환청구권을 인정해서는 안된다고 이해한다.⁶⁵⁾

그리고 제2설은 오늘날의 부당이득제도는 ‘이익’·‘손실’·‘인과관계’·‘법률상 원인이 없을 것’ 등 일정한 요건을 갖춘 경우에 부당이득반환청구권을 인정하는 것이므로, 다른 구제제도(예컨대, 불법행위)와 마찬가지로 실정법상 고유한 요건과 효과를 갖춘 제도로서 평가되어야 함⁶⁶⁾을 전제로 부당이득의 상대적 보충성을 긍정한다.⁶⁷⁾

65) 박윤직, 전계 채권각론, 347면; 김기선, 전계 한국채권법각론, 359면; 김석우, 전계 채권법각론, 533면; 김현태, 전계 신고 채권각론, 328면; 김준호, 전계 채권법-이론·사례·판례-, 745면 이하; 송덕수, 전계 신민법강의, 1580면; 양형우, 전계 민법의 세계, 1554면 이하; 지원립, 전계 민법강의, 1596면 등.

66) 남윤봉, 전계 “부당이득반환에 관한 소고”, 131면은 부당이득의 상대적 보충성을 인정하면서, 그 논거로 부당이득제도는 사법질서 체계에서 이른바 윤희유역의 역할을 담당한다고 한다. 즉 사법체계에서 윤희유역이라는 것은 반드시 그 제도가 다른 청구권이 존재하지 않는 경우에 있어서 최후의 보충적 제도라는 데에 한정되지 않고, 결국 재산적 가치의 이동에 관해 일반적·형식적 기준과 상대적·실질적 기준의 모순은 그것을 시정하는 다른 법적 수단이 인정되는 때에도 발생한다고 한다. 이와 관련하여 양창수, 전계 민법주해, 102면은 ‘부당이득’이 독자적이면서 통일적인 채권발생원인으로 인정된 것은 장기간에 걸친 역사적 발전의 결과이고, 특히 계약 및 불법행위와 어개를 나란히 하여 독자적인 채권발생원인으로 민법전에 규정된 것은 유럽대륙의 독일법계에 고유한 것으로서 비교적 근자의 일이라고 한다.

67) 김형배, 사무관리·부당이득[채권각론 II], 박영사, 2003, 64면 이하; 남윤봉, 전계 “부당이득반

마지막으로 제3설⁶⁸⁾은 부당이득과 다른 제도의 관계는 다른 차원에서 접근해야 한다는 시각을 전제로 하여, 우리민법의 부당이득규정은 극히 추상적인 내용으로 규정되어 있어서 모든 재산법제도가 부당이득에 해당한다고 볼 수 밖에 없으므로, 이 문제는 구체적인 내용을 갖는 다른 법제도가 있는 경우에는 일반원칙에 불과한 부당이득규정을 적용할 것이 아니라 마치 일반법과 특별법의 관계에서처럼 구체적 타당성 있는 법적 판단을 위하여 개별적 법제도를 우선적으로 적용해야 한다는 견해이다.

한편 대법원 판례는 “계약당사자 사이에서 그 계약의 이행으로 급부된 것은 그 급부의 원인관계가 적법하게 실효되지 않는 한 부당이득이 될 수 없는 것이고, 한편 계약에 따른 어떤 급부가 그 계약의 상대방 아닌 제3자의 이익으로 된 경우에도 급부를 한 계약당사자는 계약상대방에 대하여 계약상의 반대급부를 청구할 수 있을 뿐이고 그 제3자에 대하여 직접 부당이득을 주장하여 반환을 청구할 수 없다”고 판시함으로써 제1설을 취하고 있는 것으로 판단된다.⁶⁹⁾

3. 검토 및 사견

(1) 검토

부당이득의 보충성 문제에 대해서 우리나라의 일반적 학설은 문언상으로는 절대적 보충성의 인정 여부를 묻는 것으로 소개하면서도 그 실질적 내용을 살펴보면 이 문제에 대해서 명확한 대답을 하지 않은 채 상대적 보충성을 인정하고 있음을 알 수 있다. 그러나 이는 부당이득의 보충성 문제에 대한 체계적 사고의 구축에 혼란을 줄 뿐만 아니라 부당이득의 보충성이라는 개념과 실제 운용이 모순

환에 관한 소고”, 131면; 이은영, 채권각론, 제5판, 박영사, 2007, 681면 이하; 김상용·박수근, 민법개론, 화산미디어, 2015, 1790면 이하; 최문기, 채권법 각론, 세종출판사, 2014, 515면; 황충현, 부당이득에 관한 연구-유형론의 관점에서 본 대법원 판례를 중심으로-, 경희대학교 박사학위논문, 2015.2. 13면; 이근영, “소유물반환청구권과 부당이득반환청구권의 경합 여부와 과실반환문제”, 민사법의 이론과 실무 제19권 2호, 민사법의 이론과 실무학회, 2016.4. 9면은 “부당이득제도의 보충성을 부정하여 청구권이 경합할 수 있다는 것과 실제로 경합한다는 것은 별개의 문제”라고 하는데, 그 의미를 필자로서는 분명하게 이해하기 어렵다.

68) 이용박, 전계 “부당이득의 보충성-문제점과 개선방안-”, 260면.

69) 대법원 2005.4.28. 선고 2005다3113 판결(상가분양계약의 수분양자가 위 계약의 인수약정에 명시적으로 부동의함으로써 수분양자와 계약인수인 사이에는 직접적으로 어떤 법률관계도 성립되어 있지 아니한 상태이고, 위 분양계약이 적법하게 실효되었다고 볼 만한 사정도 없으므로, 수분양자는 계약인수인을 상대로 직접 분양대금 상당액 등의 부당이득반환청구를 할 수 없다고 한 사례) 참조. 그 밖에 대법원 1978.10.10. 선고 78다1685 판결; 대법원 1992.5.12. 선고 91다28979 판결 등도 참조.

된다는 비난을 피할 수 없다고 생각한다. 이러한 문제점이 전형적으로 노출되는 것이 제1설이다. 즉 제1설은 부당이득의 보충성 문제를 부당이득반환청구권의 절대적 보충성의 인정여부를 묻는 것으로 이해하고 이에 대해서 부당이득반환청구권은 다른 실정법상의 청구권이 존재하지 않는 경우에만 인정되어야 한다고 주장함으로써 문언상으로는 부당이득의 절대적 보충성을 인정하는 것으로 보인다. 그러나 구체적이고 개별적인 실제 사례에서 청구권이 경합하는 경우를 인정하고 있다. 결국 이 견해에 의하면 부당이득의 보충성 문제에 대한 설명에 혼란을 초래함으로써 부당이득과 다른 청구권의 경합이 발생하는 현상 역시 제대로 설명할 수 없게 된다.⁷⁰⁾

이러한 문제를 다소나마 시정하기 위해서는 독일이나 일본처럼 부당이득의 보충성 문제를 절대적 보충성과 상대적 보충성으로 구분하여 접근할 필요가 있다. 즉 부당이득의 보충성 문제는 우선 그 문언에 충실하게 절대적 보충성의 인정여부 문제로 파악하여 그에 대한 대답을 내린 다음에 상대적 보충성을 인정할 것인지 여부의 문제로 넘어가서 검토되어야 한다. 물론 이에 대해서는 오늘날 독일 및 일본의 법상황이나 이를 기본적으로 계수한 우리민법 하에서 상대적 보충성 인정여부가 부당이득의 보충성 문제로 일반적으로 이해되므로, 굳이 절대적 보충성과 상대적 보충성으로 구분할 필요가 없다는 반론이 제기될 수도 있다. 그러나 부당이득의 보충성 문제를 자세하게 살펴보면 부당이득과 다른 청구권의 경합을 인정할 것인지 여부에 대한 것(절대적 보충성 인정 여부에 대한 문제)과 부당이득과 다른 청구권의 경합은 인정하되 특정한 청구권과의 관계에서 부당이득이 배제되는 때에는 법조경합과 유사한 결과가 되고 이 경우 양 청구권 규범 사이의 관계를 해명해야 하는 것(상대적 보충성 인정 여부 문제)은 엄연히 차원을 달리 하는 문제임을 감안한다면 여전히 구분하여 논의되어야 할 실익이 있다. 그리고 이러한 접근방법이 부당이득의 보충성 문제에 대한 체계적 이해에 보다 도움이 될 뿐만 아니라 우리나라의 법상황에도 부합되는 것으로 보인다.

또한 제3설의 경우에는 다음과 같은 비판이 가능하다고 생각한다. 우선 이 견해에 따르면 부당이득의 보충성 문제 자체에 대한 논의의 기반을 잃게 될 뿐만

70) 예컨대 광윤직, 전계 채권각론, 347면은 부당이득의 보충성을 설명하면서 원칙론을 제시하기 전에 구체적인 사례에서 개개의 청구권의 존재 이유와 그때그때의 사정을 고려하여 구체적으로 정해야 할 것이라고 설명함으로써, 이러한 오류를 구체적 타당성에 입각한 해결을 통한 추상적인 이론구성에 맡기고 있다.

아니라 그 논의의 전제도 타당하지 않게 된다. 그 이유는 다음과 같다. 즉 제3설이 주장하는 ‘특별법우선적용원칙’이라는 법적용의 일반원칙이 적용되는 영역이라면 이는 이러한 일반원칙으로 해결하면 되므로, 부당이득의 보충성에 대하여 논의할 필요가 없다.⁷¹⁾ 그런데 부당이득의 보충성 문제는 부당이득반환청구권과 다른 청구권의 관계가 명확하지 않은 경우, 즉 일반법과 특별법의 관계에 있는지 여부가 명확하지 않은 경우에 논의되는 것이므로⁷²⁾ 그 주장의 전제 자체에도 오류가 있다. 또한 우리민법에 존재하는 수많은 제도 모두를 제3설처럼 일반법과 특별법의 관계로 그 적용순위를 정할 수 있는지도 의문이다. 오히려 오늘날 부당이득의 민법상 지위와 관련된 외국의 법상황을 살펴보면 부당이득을 다른 법제도와 차원이 다른 것으로 파악하기보다는 실정법상 고유한 요건과 효과를 갖춘 제도로 이해하는 것이 일반적이다. 그리고 우리민법에서도 분명하게 법정채권관계의 독립적 발생원인의 하나로 부당이득을 규정하고 있으므로, 가급적 이를 존중하고 부당이득의 독자적 존재 의의를 탐색해 나가는 방향으로 부당이득에 민법상의 지위를 부여해야 한다고 생각한다. 그렇다면 선불리 부당이득을 다른 법제도의 일반법으로 단정해서는 안될 것이다.

한걸음 양보하여 만약에 제3설처럼 부당이득과 다른 제도의 관계를 일반법과 특별법의 관계로 접근해야 한다는 시각을 인정한다면, 우리민법의 부당이득규정은 항상 일반원칙에 불과한 일반법이 되고 다른 법제도는 구체적인 내용을 갖는 특별법이 될 것이다. 이에 따라 부당이득과 다른 개별적 법제도의 경합은 항상 부정되므로, 제1설보다 더욱더 철저하게 부당이득의 절대적 보충성을 취하는 것과 같은 결과가 일관되게 인정되어야 하는 것이 논리적일 것이다. 그럼에도 이 견해는 다른 한편으로 계약상의 채무불이행과 부당이득의 관계에서는 급무할 물건의 소유권이 아직 채무자에게 있다는 것이 일반적·형식적인 법의 결과이고 상대적·실질적인 법에 의하면 소유권이 이전되어야 한다고 볼 수 있기 때문에 부당이득문제가 도대체 생기지 않는다고 단정할 수 없다⁷³⁾고 함으로써 논리적으

71) 예컨대 일반적 학설 및 판례에 의하면 계약해제로 인한 원상회복의무를 규정한 제548조 제1항은 부당이득에 관한 특칙으로 이해되므로, 이 경우에는 일반법과 특별법의 관계로 이해하여 제548조 제1항만이 적용된다(예컨대 곽윤직, 전계 채권각론, 104면; 송덕수, 전계 신민법강의, 1353면 이하; 대법원 2013.12.12. 선고 2013다14675 판결; 대법원 2014.3.13. 선고 2013다34143 판결 등). 이러한 결과는 부당이득의 보충성을 인정해서가 아니라 ‘특별법우선적용원칙’이라는 법적용의 일반원칙을 적용하였기 때문에 인정된 것이다.

72) 加藤雅信, “第33章 請求權競合論, 法條競合論, 統一的請求權論-物權的請求權と債權的請求權の競合を素材として-”, 現代民法学の展開, 有斐閣, 平成5年, 543頁 참조.

로 모순된 태도를 취한다. 따라서 제3설도 타당하지 않다.

한편 제2설은 부당이득을 다른 구제제도(예컨대 불법행위)와 마찬가지로 실정법상 고유한 요건과 효과를 갖춘 제도로 이해하고 있다. 이러한 이해는 전술한 부당이득의 보충성에 대한 각국의 법상황이나 현재 우리민법상 부당이득법이 차지하는 지위 설정에 대해서 재고할 수 있는 계기를 준다는 측면에서 볼 때, 다른 견해에 비해서 비교적 높이 평가된다. 다만 제2설이 인정하는 상대적 보충성 개념을 이론적으로는 상정할 수 있더라도 그것이 실제로 인정되기 위해서는 어떠한 이유로 부당이득반환청구권이 특정한 청구권과의 관계에서만 보충적이어야 하는지를 해명해야 하는 과제가 남는다. 그러나 현행민법상 부당이득 이외에 다른 법제도는 셀 수 없이 많으며, 이에 따라 이들 법제도와 부당이득의 관계 역시 일일이 해명이 필요한 문제이지만, 이를 모두 규명하는 것은 현실적으로 불가능에 가깝다고 생각한다.⁷⁴⁾ 설사 그것이 가능하더라도 논자에 따라서 각각의 경우에 해석론 내지 결론이 달라질 수 있는 가능성이 다분하여 통일적 해석에 지장을 줄 우려가 있다. 결국 이 견해 역시 타당하다고 할 수 없다.

(2) 사 견

생각건대 어떠한 청구권이 보충성을 가지는가는 그 청구권의 목적규정(Zweckbestimmung)에 의해서 정해진다. 왜냐하면 어떠한 청구권이 다른 구제수단이 없는 때에만 보충적으로 인정되는 것인지 여부는 그 청구권의 목적에 따라서 결정되기 때문이다.⁷⁵⁾ 물론 과거 프로이센 일반라트법의 전용물소권과 같은 일반적 규정은 무한정적으로 그 적용범위가 확대되어 다른 규정의 적용이 회피된다는 위험을 가지고 있었으며, 그러한 경우에 보충성은 제정법 규정의 회피와 법질서의 무용화를 방지하는 효과를 발휘할 수 있었다. 그런데 이와 달리 어떠한 청구권의 적용범위가 엄격하게 확정되어 있는 때에는 그 청구권의 보충성이 문제될 필요가 없다. 우리민법에서는 프랑스민법과 달리 부당이득의 성립요건이 상대적으로 엄격하고 명확하게 정해져 있으므로, 부당이득반환청구권의 보충성을 인

73) 그러면서 계약상의 채무불이행도 제741조의 부당이득의 성립요건을 충족시킬 수 있다는 주장이 오히려 법문에 충실한 해석이라고 한다(이용박, 전제 “부당이득의 보충성-문제점과 개선방안-”, 260면 주34 참조).

74) 이러한 난점은 전술한 바와 같이 독일이나 일본에서 상대적 보충성을 인정하는 입장에서도 동일하게 나타난다. 이에 따라 독일이나 일본에서 부당이득의 상대적 보충성을 인정하는 견해도 전형적으로 문제될 수 있는 청구권들만을 추출하여 개별적 분석을 하고 있다.

75) Schmitt, Die Subsidiarität der Bereicherungsansprüche, S.23.

정하지 않아도 무방하다고 생각한다. 이와 함께 우리나라와 논의상황이 비슷한 독일이나 일본에서도 부당이득반환청구권의 보충성 자체를 부정하는 견해가 다수 설인 점도 염두에 두어야 할 것이다.⁷⁶⁾ 이와 함께 부당이득이 우리민법에서 차지하는 법적 지위에 대한 재정립도 필요하다고 생각한다. 즉 부당이득에 공평의 원리에 입각한 최후적인 수단으로서의 지위나 다른 법제도와 차원이 다른 법제도로서의 지위를 부여해서는 안된다. 오늘날 부당이득청구권은 ‘이득’·‘손실’·‘인과관계’·‘법률상 원인이 없을 것’ 등 일정한 요건 하에 인정되므로, 다른 구제제도(예컨대 불법행위)와 마찬가지로 실정법상 고유한 요건과 효과를 갖춘 제도로 보아야 한다. 그리고 상대적 보충성을 인정하는 견해를 취함으로써 특정 청구권과의 경합이 부정되는 이유를 일일이 해명하는 수고로움을 겪는 것보다는 일단은 각각의 청구권과 부당이득반환청구권의 경합의 인정을 전제로 삼되, 경합 여부 내지 경합의 태양이 문제되는 사례를 구체적으로 고찰하여 결론을 내리면 충분하다고 생각한다. 그러한 구체적 고찰방법으로는 양자의 조정을 피하거나⁷⁷⁾ 어느 한 청구권의 요건성립의 결여를 이유로 애당초 보충성 문제가 아닌 것으로 판단하는 방법⁷⁸⁾ 등을 생각해 볼 수 있을 것이다. 물론 상대적 보충성을 인정하는 견

76) 그 밖에 최근 유럽사법의 통일화를 위한 공통의 관련틀 내지 참조틀의 학문적 시안인 공통참조기준초안(Draft Common Frame of Reference, 이하 ‘DCFR’이라고 한다)에서는 제1:101조를 통하여 부당이득에 다른 법규범과 동등하면서도 독립적인 지위를 부여하는 점에서 일반적으로 부당이득의 보충성이 부정되며, 이에 따라 원칙적으로 부당이득반환청구권과 다른 청구권의 경합이 인정되고 있다. 다만 예외적으로 경합하는 권리가 부당이득법에 의한 보다 무거운 책임을 명시적으로 배제하고 있는 경우에만 이와 다른 해결방법이 채용된다고 한다(von Bar/Swann, Principles of European Law : Unjustified Enrichment, p.92 참조). 이에 대해서 이상훈, 전계 박사학위논문, 11-12면은 DCFR이 보충성 원칙을 채택하지 않는 것은 우선 프랑스법에서와 같은 보충성 원칙을 배제하겠다는 의미로 풀이되며, 부당이득반환청구의 요건이 충족되는 한 자유경합을 인정하면서 이중회복(double recovery) 금지에 관한 규정을 두는 입장을 취한 것이라고 이해한다. 또한 영미법계 국가인 영국에서도 2012년 Andrew Burrows의 주도로 출간된 영국부당이득법 리스테이트먼트(A Restatement of the English Law of Unjust Enrichment) 제1편 총칙 제1조의 주석에 의하면 리스테이트먼트의 존재의의는 부당이득이 독자적 소송원인(cause of action)의 지위에 있음을 알리는 데에 있다는 사실이 제1조 제3항을 통하여 분명해진다고 함으로써 부당이득의 보충성이 인정되지 않는다(Andrew Burrows, Assisted by an Advisory Group of Academics, Judges and Practitioners, *A Restatement of the English Law of Unjust Enrichment*, Oxford University Press, 2012, p.26 참조).

77) 예컨대 사무관리가 성립하면 사무관리를 보완하는 비용부당이득은 성립하지 않는 것으로 볼 수 있다.

78) 예컨대 매매와 같은 계약관계에 있는 매도인과 매수인 사이에 있어서 매도인만 목적물인도의무를 이행하고 매수인은 대금을 지급하지 않는 경우, 계약상 청구권이 부당이득반환청구권보다 우위에 있다고 판단하여(이른바 계약법의 우위) 후자의 권리를 인정하지 않을 수도 있지만, 매매계약이 법률상 원인을 이루는 것으로 구성하여 매수인의 채무불이행이 있더라도 매매계약은 여전히 존속하고, 따라서 매수인은 법률상 원인없이 목적물을 취득한 것은 아니기 때문에 부당이득이 성립하지 않아서 애당초 전자의 권리만 인정되어 보충성이 문제되지 않는다고 판단할

해에 의하더라도 주요 사례에서 보충성을 부정하는 해석론과 그 결론이 동일할 수는 있다.⁷⁹⁾ 그러나 동일한 결론에 이를 수 없는 예측불가능하고 불특정한 사례에서는 부당이득과 다른 청구권의 경합에 대한 인정 여부를 판단함에 있어서 상대적 보충성을 인정함을 전제로 해석론을 전개하는 것보다는 상대적 보충성도 부정함을 전제로 해석론을 전개하는 것이 보다 간명한 것으로 보인다.

결국 보충성을 부정하는 해석론에 따를 때 기대되는 이점은 다음과 같다. 즉 일반적으로 부당이득반환청구권과 다른 청구권의 경합이 기존의 학설에 비해서 용이하게 인정될 수 있다. 그리고 절대적 보충성이나 상대적 보충성이 갖는 난점도 피할 수 있다. 물론 절대적·상대적 보충성을 부정하더라도 경합이 문제되는 각 제도와의 관계가 청구권경합인지, 법조경합인지 등을 결정하기 위한 조정이 이루어질 필요는 있으므로⁸⁰⁾, 부당이득반환청구권은 다른 법제도와 일정한 긴장관계는 있다고 여겨진다. 요컨대 우리민법상 부당이득에 다른 구체제도(예컨대 불법행위)와 마찬가지로 실정법상 고유한 요건과 효과를 갖춘 독자적 제도로서의 지위를 부여하면서도 다른 실정법상의 청구권과 경합되는 현상을 다른 학설에 비해서 보다 간명하게 설명할 수 있는 기초가 마련되므로, 부당이득반환청구권의 보충성 자체를 인정하지 않는 것이 타당하다.

수도 있을 것이다.

79) 예컨대 불법행위로 인한 손해배상청구권과 부당이득반환청구권의 관계에 대해서 학설 및 판례는 양 제도의 제도적 취지가 다르다는 점을 이유로 양 청구권의 경합을 인정한다(김준호, 전거 채권법-이론·사례·판례-, 746면; 송덕수, 전거 신민법강의, 1582면; 지원람, 전거 민법강의, 1602면; 대법원 1993.4.27. 선고 92다56087 판결; 대법원 2013.9.13. 선고 2013다45457 판결; 대법원 2014.7.16. 선고 2011다76402 전원합의체 판결; 대법원 2014.9.4. 선고 2013다3576 판결 등). 이러한 결론은 부당이득의 보충성을 부정하는 사건에 의하더라도 마찬가지이다.

80) 부당이득반환청구권의 '보충성'을 부정하는 것은 부당이득반환청구권과 다른 청구권의 경합, 즉 청구권경합을 인정하는 것이므로 이러한 '보충성' 문제는 청구권경합(또는 법적 관점의 경합) 문제 중 한 가지 경우이다. 다만 '보충성'을 인정하는 것은 청구권경합을 부정하는 것이지만 '보충성'이 경합의 또 한 가지 경우인 법조경합인지 여부에 대해서는 견해가 일치하지 않는다. 즉 이에 대해서 학설상으로는 보충성은 법조경합이 아니라 특별한 지위를 가지고 있다는 견해, 경합형식으로서의 보충성을 완전히 부정하는 견해, 보충성을 특별관계, 흡수관계(Konsumtion)와 함께 법조경합의 한 아종으로 생각하는 견해 등으로 나누어져 있다. 그 밖에 보충성이 법조경합인지 여부에 대한 자세한 내용은 浜上則雄, 전거 “不当利得返還請求權の「補助性」”, 3頁 이하 참조.

IV. 결 어

부당이득의 보충성은 부당이득반환청구권이 다른 법제도상의 청구권이 성립하지 아니하거나 그 청구권을 행사할 수 없는 경우에 한하여 보충적으로 인정되는지, 그렇지 않으면 다른 청구권을 행사할 수 있는 경우에도 부당이득관계를 충족하면 다른 청구권과 부당이득반환청구권의 경합 내지 병존적 행사를 허용할 것인지에 대한 문제이다. 이 문제에 대해서 우리나라에서는 그 논의도 활발하지 않을 뿐만 아니라, 논의를 하더라도 다소 간단하게 그 결론을 내리고 끝내는 느낌을 지울 수 없었다. 그러나 전술한 비교법적 고찰을 통하여 살펴본 결과 이 문제는 궁극적으로 우리민법상 부당이득의 지위를 어떻게 규명할 것인가와도 연결되는 중요한 문제이므로, 이를 보다 자세하게 고찰할 필요가 있다고 생각한다. 그리하여 필자는 우리민법의 제정에 영향을 미친 독일이나 일본, 프랑스의 법상황을 살펴보고, 이들 국가의 논의에 대한 고찰을 바탕으로 하여 우리민법에서 부당이득의 보충성 문제를 어떻게 판단해야 할 것인지에 대해서 일응의 결론을 내렸다. 이를 요약하면 다음과 같다.

첫째, 부당이득의 보충성 개념은 각국의 법상황에 따라서 여러 가지 의미로 이해될 수 있지만, 우리민법 하에서 부당이득의 보충성 문제를 논의하기 위해서는 독일이나 일본에서의 논의상황과 같이 그 개념을 절대적 보충성, 상대적 보충성으로 구분해서 고찰해야 한다. 왜냐하면 이러한 접근방법은 절대적 보충성 문제와 상대적 보충성 문제가 다른 차원의 논의임을 보다 분명하게 나타낼 수 있으며, 부당이득의 보충성 문제에 대한 체계적 이해에 보다 도움이 될 뿐만 아니라 우리나라의 법상황에도 부합되는 것으로 보이기 때문이다.

둘째, 부당이득의 보충성을 인정할 것인지 여부에 대해서는 비교법적 고찰에 비추어 볼 때, 현재 절대적 보충성을 긍정하는 견해는 없으며, 상대적 보충성을 인정하는 입장과 보충성 자체를 부정하는 입장으로 나누어져 있음을 알 수 있었다. 그런데 이에 대한 우리나라의 논의상황을 보면, 문언상으로는 절대적 보충성을 취하는 것처럼 보이면서도 실제 운용상으로는 상대적 보충성의 결과를 피하거나, 부당이득의 민법상 지위에 대한 이해뿐만 아니라 부당이득의 보충성이 논의되는 전제사항을 혼동하는 등 다소 오류가 발견되었다. 그리하여 필자는 이러한 오류를 다소나마 시정하기 위하여 우리민법상 부당이득은 다른 구제제도와 마찬가지로

가지로 실정법상 고유한 요건과 효과를 갖춘 독자적 제도로서의 지위를 차지하고 있으며, 이를 기초로 하여 부당이득과 다른 불특정 다수의 실정법상의 청구권이 경합되는 현상을 보다 간명하게 설명할 수 있는 토대를 마련하기 위해서는 부당이득의 보충성 자체를 인정하지 않는 것이 타당하다고 판단하였다.

그런데 이러한 결론은 부당이득의 보충성 문제에 대한 서론적 고찰에 불과하며, 이를 보다 구체화시키는 작업이 필요하다.⁸¹⁾ 즉 우리민법상 부당이득의 보충성을 부정한다면 구체적으로 부당이득과 다른 권리의 경합이 문제되었을 때, 그 경합의 구체적 태양을 규명하는 작업이 이루어져야 할 것이다.⁸²⁾ 이는 실체법적 규범조정의 구체화 과제임과 동시에 필자의 장래 연구과제가 될 것이다.

81) 이하의 내용은 加藤雅信, 事務管理 不当利得, 三省堂, 1999, 183頁 이하에서 교시를 받았다.

82) 다시 말하면 부당이득과 다른 제도의 관계가 청구권경합인지, 법조경합인지 등을 결정하기 위한 보다 면밀한 검토와 그에 따른 조정이 필요하다.

(논문투고일: 2017.02.26, 심사개시일 : 2017.02.28, 게재확정일 : 2017.03.17)



▶ **이 승 현**

부당이득, 절대적 보충성, 상대적 보충성, 청구권의 경합, 부당이득의 보충성

【참 고 문 헌】

I. 국내문헌

1. 단행본

- 곽윤직, 채권각론, 제6판, 박영사, 2003.
- 김기선, 한국채권법각론, 제2전정판, 법문사, 1982.
- 김상용, 채권각론, 제2판, 화산미디어, 2014.
- 김상용·박수곤, 민법개론, 화산미디어, 2015.
- 김석우, 채권법각론, 박영사, 1978.
- 김주수, 채권각론, 제2판, 삼영사, 1997.
- 김준호, 채권법-이론·사례·판례-, 제8판, 법문사, 2017.
- 김현대, 신고 채권각론, 일조각, 1969.
- 김형배, 사무관리·부당이득[채권각론 II], 박영사, 2003.
- 노종천, 채권법, 동방문화사, 2015.
- 송덕수, 신민법강의, 제10판, 박영사, 2017.
- 양창수, 민법주해 XVII권, 채권(10) (편집대표 곽윤직), 박영사, 2005.
- 양창수 역, 독일민법전 2015년판, 박영사, 2015.
- 양형우, 민법의 세계, 제8판, 피앤씨미디어, 2016.
- 윤철홍, 채권각론, 전정2판, 법원사, 2015.
- 이은영, 채권각론, 제5판, 박영사, 2007.
- 임한흠, 주석민법 제3판, 채권각칙(5)(편집대표 박준서), 한국사법행정학회, 1999.
- 지원립, 민법강의, 제15판, 홍문사, 2017.
- 최문기, 채권법 각론, 세종출판사, 2014.

2. 논 문

- 김옥곤, “계약의 효력”, 민법학의 기본문제, 삼지원, 2005.
- 남운봉, “부당이득반환에 관한 소고”, 재산법연구 제8권 제1호, 한국재산법학회, 1991.
- 안병하, “부합과 부당이득-대법원 2009.9.24. 선고 2009다15602 판결에 대한 짧은 소견-”, 법학연구 제25권 제1호, 연세대학교 법학연구원, 2015.3.
- 이근영, “소유물반환청구권과 부당이득반환청구권의 경합 여부와 과실반환문제”, 민사법의 이론과 실무 제19권 2호, 민사법의 이론과 실무학회, 2016.4.

- 이용박, “부당이득의 보충성-문제점과 개선방안-”, 비교사법 제10권 제3호, 한국 비교사법학회, 2003.9.
- 정태운, “전용물소권에 관한 일고찰”, 비교사법 제9권 제1호, 한국비교사법학회, 2002.4.
- , “제3자에 대한 계약의 대항력(프랑스에서의 해석론을 중심으로)”, 법학논집 제15권 제3호, 이화여자대학교 법학연구소, 2011.
- 최윤석, “부당이득의 체계-독일 부당이득법 입법과정을 통해 바라본 한국 부당이득법-”, 재산법연구 제31권 제1호, 한국재산법학회, 2014.5.

3. 학위논문

- 박세민, 삼각관계상의 부당이득-지시사례를 중심으로-, 서울대학교 박사학위논문, 2007.2.
- 이상훈, 유럽민사법 공통참조기준안(DCFR) 부당이득편 연구, 서울대학교 박사학위논문, 2016.8.
- 이승현, 전용물소권에 관한 연구, 성균관대학교 박사학위논문, 2016.8.
- 황충현, 부당이득에 관한 연구-유형론의 관점에서 본 대법원 판례를 중심으로-, 경희대학교 박사학위논문, 2015.2.

II. 외국문헌

- 加藤雅信, 財産法の体系と不当利得法の構造, 有斐閣, 昭和61年(1986).
 , 事務管理 不当利得, 三省堂, 1999.
- 谷口知平, 不当利得の研究, 有斐閣, 昭和40年(1965).
- 藤原正則, 不当利得法, 信山社, 2002(平成14年).
- 四宮和夫, 請求權競合論, 一粒社, 昭和53年(1978).
- 松坂佐一, 事務管理・不当利得 [新版], 法律学全集 22-I, 有斐閣, 平成2年(1990).
- 我妻榮, 債權各論下卷一(民法講義V4), 岩波書店, 1972.
- 我妻榮・有泉亨・清水誠・田山輝明 著, 我妻・有泉コンメンタール民法-総則・物權・債權-, [第2版], 日本評論社, 2008.
- 田山輝明, 事務管理・不当利得・不法行為, 債權各論下卷, 民法要義 6, 成文堂, 2006.
- 加藤雅信, “第30章 不当利得返還請求權の補充性”, 現代民法学の展開, 有斐閣, 平

成5年.

, “第33章 請求権競合論, 法条競合論, 統一的請求権論-物権的請求権と債権的請求権の競合を素材として-”, 現代民法学の展開, 有斐閣, 平成5年.
稲本洋之助, “フランス法における不当利得制度”, 不当利得・事務管理の研究 1(谷口知平教授還暦), 有斐閣, 昭和45年(1970).

浜上則雄, “不当利得返還請求権の「補助性」”, 不当利得・事務管理の研究 3(谷口知平教授還暦), 有斐閣, 昭和47(1972).

荻野奈緒, “フランスにおける「原因なき利得(enrichissement sans cause)」の概要”, 民商法雑誌 145巻 4・5号, 平成24年(2012) 2月 15日.

玉田弘毅, “不当利得における悪意受益者の「責任」について-民法七〇四条第二文の体系的地位の検討-”, 明治大学法制研究所紀要 2号, 昭和34年(1959).

中島玉吉, “不当利得ヲ論ス”, 民法論文集, 岩波書店, 大正11(1922).

Dieter Medicus und Jens Petersen, Bürgerliches Recht, 25.Aufl., Verlag Franz Vahlen München, 2015.

Dieter Reuter und Michael Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, Handbuch des Schuldrechts, Bd.4, J.C.B.Mohr, 1983.

Erich Jung, Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des “rechtlichen Grundes”, Heidelberg, 1902.

Friederike Wallmann, Die Geltung des Subsidiaritätsgrundsatzes im Bereicherungsrecht, Peter Lang, 1996.

Gerhard Wagner, Gesetzliche Schuldverhältnisse, in: Dietmar Willoweit (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert: Mit Beiträgen zur Entwicklung des Verlages C.H.Beck, 2007.

Hans Josef Wieling, Bereicherungsrecht, 4.Aufl., Springer, 2007.

Justus Wilhelm Hedemann, Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd.3, 2.Aufl., Walter de Gruyter&Co.Berlin, 1950.

Karl Larenz und Claus-Wilhelm Canaris, Lehrbuch des Schuldrecht, Bd.II, Teillband2, Besonderer Teil, 13.Aufl., München, 1994.

Reinhard Ellger, Bereicherung durch Eingriff : das Konzept des Zuweisungsgehalts im Spannungsfeld von Ausschließlichkeitsrecht

- und Wettbewerbsfreiheit, Mohr Siebeck, 2002.
- Robert von Mayr, Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechts, Leipzig, 1903.
- Rolf Schmitt, Die Subsidiarität der Bereicherungsansprüche, E. und W. Giesecking, 1969.
- Rudolf Freund, Der Eingriff in fremde Rechte als Grund des Bereicherungsanspruchs, Breslau 1902.
- Rudolf Schmidt, Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht, C.H.Beck, 1915.
- Fritz Schulz, System der Rechte auf den Eingriffserwerb, AcP 105, 1909.
- Jean Beauchard, Etudes sur l'enrichissementsans cause : la faute de l'appauvri, L'enrichissement sans cause; La classification des sources des obligations. Université de Poitiers, Collection de la faculté de droit et des sciences sociales. Etudes réunies par Vincenzo Mannino et Claude Ophèle, L.G.D.J, 2007.
- Jean Chevallier, Observations sur la répétition des enrichissements non causés, Le Droit privé français au milieu du XXe siècle ; études offertes à Georges Ripert, membre de l'Institut, ancien doyen de la Faculté de droit de Paris, professeur honoraire à la Faculté de droit d'Aix, t.II, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950.
- J. Flour, J. L. Aubert et É. Savaux, Les obligation/2. Le fait juridique, 14eéd., Sirey, 2011.
- Marcel Planiol et Georges Ripert, Traité pratique de droit civil français, t.VII, Obligations, 2epartie, 2eéd., par P. Esmein, J. Raduant et G. Gabolde, L.G.D.J., 1954.
- Philippe Remy, Le Principe de Subsidiarité de l'action de in rem verso en droit français, L'enrichissement sans cause; La classification des sources des obligations. Université de Poitiers, Collection de la faculté de droit et des sciences sociales. Etudes réunies par Vincenzo Mannino et Claude Ophèle, L.G.D.J., 2007.

Andrew Burrows, Assisted by an Advisory Group of Academics, Judges and Practitioners, A Restatement of the English Law of Unjust Enrichment, Oxford University Press, 2012.

Christian von Bar and Stephen Swann, Study Group on European Civil Code, Principles of European Law : Unjustified Enrichment (PEL unj. enr.). Vol. 8, sellier, Stämpfli and Bruylant, 2010.

Lionel Smith, "Property, subsidiarity and unjust enrichment", in David Johnston/Reinhard Zimmermann(eds.), Unjustified Enrichment : Key Issues in Comparative Perspective, Cambridge University Press, 2002.

Abstract

A Study on Subsidiarity of Unjust Enrichment **-based on comparative legal approach-**

Lee, Seung Hyun

This study challenges subsidiarity of unjust enrichment and provides solution for Korean Civil Act system based on comparative studies. Korean Civil Act defines general requirement of unjust enrichment ambiguously under Article 741 by stating that “A person who without any legal ground derives a benefit from the property or services of another and thereby causes loss to the latter shall be bound to return such benefit.” So, the understanding of conflict between unjust enrichment and right of claim in other legal system can be issued. To be more specific, compensation for unfair profits gained by the infringer is problematic because whether it is narrowly acknowledged when there is no right of claim in other legal system, or it could be admitted even when other right of claim can exercise. This is so-called Subsidiarity of Unjust Enrichment.

Compensation for unjust enrichment can be understood as an independent statutory claim under Korean legal system and cases. However, in the case of subsidiarity of unjust enrichment can be admitted complementally when right of claim in other legal system cannot establish or exercise. I think this issue is crucial part to find origin of unjust enrichment, so discussion of it shouldn't be cut short. This is because subsidiarity of unjust enrichment is connected to application scope of unjust enrichment status, and could be extended to the question of what authorization can invest. In this context, there has been detailed theoretical studying ranging from

concept of subsidiarity to its recognition in Germany, France, and Japan legal system which affects Korean Civil Act.

I think it will be really helpful for Korean legal system to review these foreign legal systems on the grounds that study regarding subsidiarity of unjust enrichment in Korea is insufficient compared to others. For this reason, this study suggests that Korean Civil Act inherited significant point from Germany Civil Act and Japan Civil Act about subsidiarity of unjust enrichment through examining different countries discussion.

This study examines theories and court cases about subsidiarity of unjust enrichment, and consider the validity of different perspective for this. I conclude to the issue like this:

First, although subsidiarity of unjust enrichment can be understood in the different ways based on several foreign legal systems, making a division into absolute principle of subsidiarity and relative principle of subsidiarity is more accord with Korean Civil Act and its legal system.

Secondly, there is no positive opinion about absolute subsidiarity in the field. Rather, majority opinion divide into relative subsidiarity and negative opinion for subsidiarity itself. On the other hand, there is many errors in Korean Civil cases since absolute subsidiarity was adopted in written studies, but court judged relative subsidiarity and sometimes they seemed confused understanding of premises for subsidiarity of unjust enrichment

Therefore, I conclude that unjust enrichment in Korean Civil Act take its own independent requirement and effect like other remedies. Then, I lead to conclusion that subsidiarity of unjust enrichment shouldn't be admitted in Korean Civil Act system in order to make groundwork for explaining other unspecific right of claim and its competition. This conclusion is simple consideration for subsidiarity of unjust enrichment. If there is conflict between unjust enrichment and other rights, more study specifying substantial law should be conducted. This will be my future study.



▶ **Lee, Seung Hyun**

Unjust enrichment, Absolute subsidiarity, Relative subsidiarity,
Competition of right of claims, Subsidiarity of unjust enrichment

부진정연대채무에 관련된 몇 가지 문제점과 유형화 시도

임 건 면*

【목 차】

I. 서론	
II. 부진정연대채무의 의의 및 유형화	
1. 부진정연대채무의 의의	
2. 부진정연대채무의 유형화	
III. 부진정연대채무의 유형에 따른 다액채무자의 일부변제의 효과	IV. 부진정연대채무의 유형별 구상관계
1. 일부변제와 소멸하는 채무의 범위	1. 구상관계와 구상채무의 법적 성질
2. 유형에 따른 일부변제의 효과	2. 부진정연대채무의 유형에 따른 구상관계
	V. 결론

【국 문 요 약】

우리민법은 부진정연대채무에 관한 규정을 두고 있지 않지만, 통설과 판례는 부진정연대채무의 개념을 인정하고 있다. 그러나 부진정연대채무를 둘러싼 몇 가지 문제점에 관하여는 아직도 논의가 계속되고 있는 실정이다. 예를 들면 부진정연대채무의 개념의 인정 여부, 부진정연대채무자의 과실평가 방법, 다액의 부진정연대채무자가 일부변제한 경우에 다른 소액의 채무자에게 미치는 영향, 구상권의 성립 및 구상채무의 법적 성질 등이 그것이다.

부진정연대채무를 인정하는 견해는 연대채무의 경우에는 절대적 효력이 인정되는 범위가 넓어 채권자의 보호에 소홀하게 될 수 있으므로 이를 보완하여 채권자를 좀 더 두텁게 보호하자는 취지에서 부진정연대채무를 인정하고 있는 것이다.

그러나 판례에 나타난 사안들을 검토·분석해 보면 위에서 언급한 문제점들을 일률적으로 해결하기에는 많은 어려움이 있으며, 선행연구에서 제시된 방안에도

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

각기 장·단점이 내포되어 있어, 경우에 따라서는 정책적으로 해결해야 할 경우도 있다.

본고에서는 부진정연대채무를 특히 발생원인을 기준으로 하여 ‘공동불법행위를 원인으로 한 경우(제1유형)’, ‘동일한 사실관계에 기인하고 책임단일체를 이루는 경우(제2유형)’, ‘발생원인은 다르지만 경제적으로 동일한 목적을 가진 부진정연대채무관계가 형성된 경우(제3유형)’ 등으로 유형화하였고, 유형화에 따라 과실의 평가, 일부변제, 구상채무의 법적 성질 등에 관한 문제의 해결방안을 제시하였다.

I. 서론

우리민법은 다수의 채무자가 채권자에 대하여 채무를 부담하는 다수당사자의 채무관계를 분할채무, 불가분채무, 연대채무, 보증채무 등으로 구분하고 있으나, 그 밖에도 부진정연대채무를 인정하고 있음은 주지의 사실이다. 통상 법률서적에는 공동불법행위가 부진정연대채무의 대표적인 사례로 소개되어 있고, 공동불법행위를 부진정연대채무의 기본적인 형태로 삼고 있다. 그러나 부진연대채무를 인정하는 학설은 물론 판례는, “부진정연대채무 관계는 서로 별개의 원인으로 발생한 독립된 채무라 하더라도 동일한 경제적 목적을 가지고 있고 서로 중첩되는 부분에 관하여 일방의 채무가 변제 등으로 소멸할 경우 타방의 채무도 소멸하는 관계에 있으면 성립할 수 있”다고 봄으로써 공동불법행위 이외의 경우에도 얼마든지 부진정연대채무관계가 성립할 수 있음을 인정하고 있다.¹⁾ 더 나아가 부진정연대채무가 성립하기 위해서는 채무의 액수 등이 동일해야 하는 것도 아니다.²⁾ 즉 부진정연대채무는 발생원인이 다르거나 일부 채무자만이 과실상계를 주장할 수 있어 각 채무자가 부담하는 채무의 액수가 다른 경우에도 성립하게 된다.

일반적으로 연대채무와 부진정연대채무는 수인의 채무자가 각자 독립해서 전부의 급부를 하여야 할 채무를 부담하기 때문에 대외적 관계에 있어서는 차이가 없지만, 부진정연대채무의 경우에는 채무자 1인에게 생긴 사유 중 변제와 같은

1) 가장 최근의 판례로는 대법원 2016. 5. 27. 선고 2014다7971·7988 판결을 들 수 있는데, 이 사안에서는 채무자의 임대차계약상의 채무불이행책임 또는 불법행위책임과 또 다른 채무자의 제작물공급계약상의 채무불이행책임 내지 민법 제580조 등에 따른 하자담보책임이 문제되었다.

2) 대법원 2009.3.26. 선고 2006다47677 판결.

목적달성 이외의 것은 다른 채무자에게 영향을 미치지 않아 절대적 효력의 사유가 좁다는 면에서 차이를 보인다.

주관적 공동관계의 준부가 양자를 구별하는 기준이 되기도 한다. 학설은 통상 주관적 공동관계가 없는 부진정연대채무자 상호간에는 원칙적으로 부담부분이 없기 때문에 구상권은 발생하지 않는 것으로 보고 있다. 그러나 판례는 공동불법행위와 관련하여 공동불법행위자들 사이에는 과실의 정도에 따라 일정한 부담부분이 존재할 수 있고, 따라서 그들 사이에 구상관계가 성립할 수 있는 것으로 보고 있으며³⁾, 특히 과실상계와 관련하여 가해자들의 행위를 평가함에 있어 전체평가설을 취하고 있다.⁴⁾

그렇다면 공동불법행위를 원인으로 하지 않은 다른 유형의 부진정연대채무의 경우에는 부진정연대채무자 상호간에는 전혀 부담부분이 없으며, 이에 따른 구상권이 성립하지 않는 것인가 하는 의문이 제기된다. 또한 과실의 평가와 관련하여 전체평가설이 공동불법행위를 원인으로 하지 않은 다른 부진정연대채무의 경우에도 그대로 적용되는가 하는 의문이 제기된다.

그 이외에도 판례는 부진정연대채무자 중 1인이 일부변제한 경우 다른 채무자의 책임범위와 관련하여 공동불법행위에 의한 부진정연대채무의 경우와 피용자의 불법행위책임과 사용자책임이 경합하여 부진정연대채무관계를 이루는 경우에는 과실비율설에 따라 문제를 해결하고 있으며, 채무불이행책임과 불법행위책임(또는 채무불이행책임)이 경합하는 경우에는 외측설을 취함으로써 부진정연대채무의 발생행태에 따라 다른 방법으로 문제를 해결하고 있으나, 그러한 해결방안의 타당성 여부와 그 근거는 대해서는 아직 의견의 일치를 보지 못하고 있는 실정이다.

이러한 논의를 위하여 본고에서는 우선 부진정연대채무의 의미를 살펴보고 판례에 나타난 사안을 중심으로 유형화를 시도하고(II), 그 유형화에 따른 다액채무자의 일부변제와 관련한 법리를 검토한다(III). 또한 주관적 공동관계가 결여된 부진정연대채무에서 채무자 1인이 변제한 경우에 다른 채무자에게 구상권을 행사할 수 있는지의 여부와 그 구상채무의 성질을 유형별로 검토하기로 한다(IV).

3) 대법원 1967. 12. 29 선고 67다2034·2035 판결.

4) 대법원 1991. 5. 10. 선고 90다14423 판결; 대법원 1998. 11. 10. 선고 98다20059 판결; 대법원 2000. 4. 11. 선고 99다34055 판결 등.

II. 부진정연대채무의 의의와 유형

1. 부진정연대채무의 의의

우리민법에는 부진정연대채무에 관한 규정을 두고 있지는 않다. 그러나 학설의 다수와 판례는 부진정연대채무의 개념을 인정하고 있으며, 수인의 채무자가 동일한 급부에 대하여 각각 독립하여 전부를 급부할 의무를 부담하고, 채무자 중 1인의 변제하면 모든 채무자의 채무자가 소멸하는 다수당사자의 채무로서, 민법의 연대채무⁵⁾에 속하지 않는 채무라고 설명한다. 즉 부진정연대채무는 다수의 채무자 상호 간에 공동목적에 의한 주관적인 관련이 존재하지 않아 연대채무의 개념에 이를 포함시키는 것이 부적절한 경우에 인정된다.

부진정연대채무를 좀 더 명확히 이해하기 위해서는 부진정연대채무 개념의 역사적 발전과정⁶⁾을 살펴볼 필요가 있다. 부진정연대채무는 19세기 독일 보통법의 연대채무의 이분설에 기인한다고 한다. 이 이분설에 의하면 연대채무는 공동연대(Korrealität)와 단순연대(Solidarität)로 구별되는데, 전자는 복수의 주체가 있는 단일한 채무이지만, 후자는 공동의 목적을 위하여 결합된 독립의 복수채무라고 보았다. 그 후 공동연대의 경우에도 복수채무가 존재할 수 있으며, 다만 채무자 사이에 긴밀한 관계가 존재함에 불과하다는 채무복수설이 유력하게 대두되었다. 독일민법전은 이 법리에 따라 단순연대의 입장에서 연대채무를 규정하고 있지만, 공동불법행위에 의하여 수인이 동일한 급부를 부담하게 되는 채무와 같이 공동관계가 존재하지 않아 다수채무자간에 공동의 목적을 인정하기 어려운 경우가 문제되었고, 이를 해결하기 위하여 부진정연대채무(unechte Gesamtschuld) 개념을 인정하게 되었다고 한다.⁷⁾

5) 특히 연대채무란 수인의 채무자가 각각 채무 전부를 이행할 의무를 부담하되, 그 중 1인이 변제하면 다른 채무자도 그 의무를 면하게 되는 다수당사자의 채권관계를 말한다(민법 제413조). 이러한 점에서 보면 연대채무는 두 가지 특징을 갖는다. 그 하나는 채무자 각각이 채무 전부에 대하여 책임을 진다는 점인데, 이는 채권자가 가지는 추심의 불편함과 어느 연대채무자의 무자력의 위험을 덜어 주기 위한 것이다. 이에 연대채무는 보증책임과 같은 인적 담보의 기능이 있는 것으로 이해된다(차한성/민법주해X, 1995, 67면). 다른 하나는 어느 연대채무자라도 채무를 이행하면 그 한도 내에서는 다른 연대채무자도 채권자에 대한 관계에서 채무를 면하게 된다는 점인데, 이는 연대채무가 채권자로 하여금 여러 채무자로부터 본래의 채권의 범위를 넘어서 여러 번 만족을 얻을 수 없도록 하기 위함이다(박영규, “부진정 연대채무”이론 비판, 민사법학 제48호, 2010, 284면).

6) 이에 관한 상세한 것은 Selb, Mehrheiten von Gläubiger und Schuldner, 1984, § 5 II; 이상욱, “부진정연대채무론에 관한 판례 법리에 대한 비판적 검토”, 영남법학 제40집, 2015, 158면 참조.

공동연대는 계약 등에 의하여 발생하는 것으로서 단체성이 강하므로 절대적 효력 사유를 매우 폭넓게 인정한 반면, 단순연대는 불법행위 등에 의하여 발생하는 것으로 단체성이 약하기 때문에 채무자 1인에 발생한 사유에 대하여 주로 상대적 효력을 인정할 수밖에 없었다. 이처럼 공동연대에서 절대적 효력이 발생하는 것은 단일채무이기 때문이고, 단순연대에서 상대적 효력이 주로 문제되는 것은 채무의 복수성 때문이라고 한다.⁸⁾

단순연대형을 채택한 독일민법⁹⁾의 경우와는 달리, 특히 우리 민법상 연대채무는 공동연대형으로 규정되어 절대적 효력을 인정하는 범위가 넓어 채권의 효력을 약화시키고 채권자의 보호에 소홀하다는 이유에서 부진정연대채무를 광범위하게 인정하고 있는 실정이다.¹⁰⁾

2. 부진정연대채무의 유형화

부진정연대채무는 채무자들 사이에 주관적 공동관계가 없을 뿐만 아니라, 다양한 원인에 의하여 성립할 수 있기 때문에, 그 내부관계도 다양하다. 판례가 인정하고 있는 부진정연대채무관계는 ① 공동불법행위에 기한 가해자들의 손해배상채무, ② 피용자가 사무집행에 관하여 불법행위를 한 경우에 피용자의 손해배상채무와 사용자의 사용자책임에 기인한 손해배상채무(민법 제756조)¹¹⁾, ③ 책임무능력자의 불법행위에 대한 법정감독자의 손해배상의무와 대리감독자의 손해배상의무 상호간(민법 제755조 참조), ④ 법인의 대표기관이 그 직무에 관하여 불법행위를 한 경우에 법인의 손해배상의무와 이사 개인의 불법행위책임(민법 제35조), ⑤ 불법쟁의행위에 기한 노동조합간부 개인의 손해배상책임과 노동조합 자체의 손해배상책임 상호간¹²⁾, ⑥ 이행보조자의 과책에 기인한 채무자의 채무불이행책임과 이행보조자의 불법행위책임¹³⁾ ⑦ 채무자가 부담하는 채무불이행으로

7) 강봉석, “부진정연대채무자들이 부담하는 구상채무의 법적 성질”, 민사판례연구 XXVI, 2004, 132면 참조.

8) 이상욱, 앞의 논문(주 6), 160면.

9) Mudgan II, S. 85.

10) 부진정연대채무 개념인정에 대하여는 다양한 비판이 제기되기도 한다(특히 이상욱, 앞의 논문, 166면 이하 비교). 그러나 연대채무의 경우 1인에게 생긴 사유의 절대적 효력을 넓게 인정하고 있는 우리 민법을 고려하여 볼 때, 채권 담보력의 강화를 통한 채권자 보호의 필요성이 상대적으로 높다는 것은 부인하기 어려울 것이다(홍성주, “부진정연대채무에서의 구상관계의 성질”, 판례연구 제19집, 부산판례연구회, 2008, 12면)

11) 대법원 1975. 12. 23. 선고 75다1193; 대법원 2000. 3. 14. 선고 99다67376 판결

12) 대법원 2006.09.22. 선고 2005다30610 판결

인한 손해배상채무와 제3자가 부담하는 불법행위로 인한 손해배상책임의 원인이 동일한 사실관계에 기한 경우에 배상채무 상호간¹⁴⁾, ⑧ 하자있는 물건을 제작 공급한 자의 하자담보책임과 그 목적물을 입차한 입차인이 목적물의 관리소홀로 인한 채무불이행책임¹⁵⁾ ⑨ 설계용역계약상의 채무불이행으로 인한 손해배상채무와 공사도급계약상의 채무불이행으로 인한 손해배상채무¹⁶⁾ ⑩ 임치물을 도난당한 수치인의 손해배상의무와 절취자의 불법행위에 기인한 손해배상의무¹⁷⁾ ⑪ 금융기관이 회사임직원의 대규모 분식회계로 인하여 회사의 재무구조를 잘못 파악하고 회사에 대출을 해 준 경우에, 회사의 금융기관에 대한 대출채무와 회사 임직원의 분식회계행위로 인한 금융기관에 대한 손해배상채무¹⁸⁾ 등 상당히 많은 예를 들 수 있다.

이처럼 판례에 나타난 부진정연대채무관계의 사안은 그 발생원인을 기준으로 하여 유형화할 수 있으며, i) 공동불법행위자들의 손해배상책임(이하에서는 ‘제1유형’이라고 함, ①의 사안), ii) 동일한 사실관계에 있는 손해배상채무와 같이 책임단일

-
- 13) 대법원 1994.11.11. 선고 94다22446 판결(임대인과 그의 이행보조자가 입차물인 점포의 출입을 봉쇄하고 내부시설공사를 중단시켜 입차인으로 하여금 이를 사용·수익하지 못하게 한 행위에 대하여 임대인의 채무불이행책임과 이행보조자의 불법행위책임은 동일한 사실관계에 기한 것으로 부진정연대채무관계에 있다고 본 사안).
- 14) 대법원 2006.09.08. 선고 2004다55230 판결(부품거래계약에 의하여 특정기업에게 물품을 공급하기로 약정한 기업이, 제3자가 그 특정기업과의 독점판매계약을 통하여 그 물품의 독점적 판매권을 취득한 사정을 알면서도 제3자를 위 물품의 유통망에서 배제하기 위하여 위 특정기업에 대한 물품의 공급을 중단한 경우, 이는 거래의 공정성과 건전성을 해하는 위법한 행위로서 제3자에 대하여 불법행위를 구성한다고 보면서 채무자가 부담하는 채무불이행으로 인한 손해배상채무와 제3자가 부담하는 불법행위로 인한 손해배상채무가 원인이 동일한 사실관계에 기한 경우에 부진정연대채무관계를 인정한 사안).
- 15) 대법원 2016. 5. 27 선고 2014다7971 판결(크레인 제작사의 제작상의 과실로 인한 손해배상채무는 제작물공급계약상의 채무불이행책임 내지 민법 제580조 소정의 하자담보책임이고, 이 크레인을 입차한 입차인의 트레인 관리·운영상의 과실로 인한 손해배상채무는 불법행위책임 내지 임대차계약상의 채무불이행책임으로서 각각 별개의 원인으로 발생한 독립된 채무이고, 이들 채무가 동일한 손해의 전보를 목적으로 중첩되는 이상 부진정연대의 관계에 있다고 본 사안).
- 16) 대법원 2015.02.26. 선고 2012다89320 판결(설계용역계약상의 채무불이행으로 인한 손해배상채무와 공사도급계약상의 채무불이행으로 인한 손해배상채무는 서로 별개의 원인으로 발생한 독립된 채무이나 동일한 경제적 목적을 가진 채무로서 서로 중첩되는 부분에 관하여 부진정연대의 관계를 인정한 사안).
- 17) 대법원 2006.01.27. 선고 2005다19378 판결(원고의 경비용역계약상 채무불이행으로 인한 손해배상채무와 피고들의 절도라는 불법행위로 인한 손해배상채무는 서로 별개의 원인으로 발생한 독립된 채무이나 동일한 경제적 목적을 가진 채무로서 부진정연대채무의 관계가 성립하는 것으로 본 사안).
- 18) 대법원 2008.01.18. 선고 2005다65579 판결(회사의 금융기관에 대한 대출금채무와 회사 임직원의 분식회계 행위로 인한 금융기관에 대한 손해배상채무는 서로 법률적으로 발생원인을 달리 하는 별개의 채권으로서 동일한 경제적 목적을 가진 채무로서 부진정연대의 관계에 있다고 본 사안).

체(이에 관하여는 후술)를 이루는 경우(이하에서는 ‘제2유형’이라고 함, ② ~ ⑦의 사안)¹⁹⁾ 그리고 iii) 발생원인은 다르지만 동일한 경제적 목적을 가진 채무를 지는 경우(이하에서는 ‘제3유형’이라고 함, ⑧ ~ ⑪의 사안) 등이 그것이다.²⁰⁾

(1) 유형화의 필요성

유형화와 관련하여 우선 문제가 되는 것은 과연 유형화의 필요성 내지는 실익이 있는가이다. 일단 사실관계에 따라 부진정연대채무관계가 인정되면 구태여 유형화할 필요가 없다고 생각할 수도 있지만, 그러나 같은 부진정연대채무라고 하더라도 그 원인이 무엇인가에 따라 채무의 중국성이 다르고, 이에 따라 특히 내부관계가 달라지게 된다.²¹⁾

유형화의 필요성은 특히 채권자와 관계에 있어서 부진정연대채무자의 과실의 평가방법(전체평가설 또는 개별평가설)과 부진정연대채무자 상호간의 구상권 인정여부와 그 범위 등에서 찾을 수 있을 것이다. 과실의 평가방법은 주로 채권자와의 관계(대외적 관계)에서 과실상계 여부를 포함한 손해배상의 범위가 문제되는 반면에, 구상권은 부진정연대채무자 상호간의 관계(내부적 관계)에서 문제된다. 우선 채권자 입장에서는 손해의 발생원인이 중요한 것이 아니라, 누구에게 얼마만큼의 책임을 물을 수 있느냐가 중요한 일일 것이다. 이는 부진정연대채무를 인정하는 근본취지가 채권자의 보호라는 점과도 일치한다. 이와는 달리 부진정연대채무자들 간의 내부적 관계에서는 부진정연대채무자들 중 누가 얼마만큼의 책임을 부담할 것인가의 문제가 매우 중요한데, 이는 발생원인이 무엇인가에 따라 달라지며, 이와 관련해서 부진정연대채무자의 책임범위와 구상권의 문제가 대두된다. 채권자의 입장에서는 부진정연대채무의 효과가, 채무자의 입장에서는 손해의 발생원인이 중요한 쟁점이 되는 것이다. 부진정연대채무자 1인의 변제에 의하여 채권자가 만족을 받게 되면, 이제는 채무자들 사이에 이를 어떻게 분배할 것인가의 문제가 발생하는 것이다. 이때 손해의 발생원인과 손해발생에 기여한 과실의 정도에 따라 책임범위와 구상권의 행사여부가 달라지는 것이다.

19) 이 유형은 법정책임이 인정되는 유형과 동일한 사실관계에 의한 유형으로 세분화할 수도 있겠지만, 그 구분기준이 불명확할 뿐만 아니라, 결과에 있어서도 별다른 차이가 없어, 본고에서는 같은 유형으로 보았다.

20) 이 유형은 채무불이행책임과 채무불이행책임이 경합하는 경우와 계약책임과 불법행위책임이 경합하는 경우를 포함한다.

21) 홍성주, 앞의 논문(주 10), 21면.

부진정연대채무를 유형화하지 않고 모든 부진정연대채무를 동일하게 취급하게 되면, 예를 들어 공동불법행위의 외연을 넓혀 제2유형의 피용자와 사용자를 공동불법행위자로 취급하여 제1유형으로 보거나, 채무불이행책임과 불법행위책임이 경합(제3유형)하는 경우에도 공동불법행위가 성립한 것처럼 취급한다면 그 내부관계에 이질적인 채무자가 혼재하게 되고 이는 내부관계에 관한 통일적인 규율을 어렵게 하여 원칙에 대한 예외, 다시 그에 대한 예외를 인정할 수밖에 없게 되는 결과를 야기할 수 있다.²²⁾ 바로 이러한 이유에서 유형화의 실천적 의미는 상당히 크다고 할 수 있다.

이하에서는 우선 부진정연대채무의 유형에 따른 특성을 살펴보기로 한다.

(2) 공동불법행위를 원인으로 부진정연대채무가 성립한 경우(제1유형)

1) 공동불법행위의 성립

제1유형인 (협의의) 공동불법행위자들의 부진정연대채무²³⁾와 관련하여 판례는 객관적 관련공동설에 입각하여 “공동불법행위의 성립에는 공동불법행위자 상호간에 의사의 공통이나 공동의 인식이 필요하지 아니하고 객관적으로 그들의 각 행위에 관련공동성이 있으면”, 공동불법행위가 성립한다고 판시한다.²⁴⁾ 즉 판례는 연대채무자간의 결합관계를 주관적 결합관계로 파악하고, 공동불법행위자들 사이에는 이러한 주관적 결합관계가 결여²⁵⁾되어 있기 때문에 부진정연대채무로 보고

22) 홍성주, 앞의 논문(주 10), 21면.

23) 제760조에 규정된 “연대하여”의 해석과 관련하여 연대채무설과 부진정연대채무설로 견해의 대립이 있다. 연대채무설은 “연대하여”란 연대채무를 의미한다고 보는 반면에(이상욱, 앞의 논문(주 6), 157면 이하; 문진규, “공동불법행위책임론”, 영남법학 제4권 1.2호, 1998, 436면), 부진정연대채무설은 “연대하여”란 단순히 각자가 전부에 관한 배상의무를 부담한다는 뜻을 나타내기 위한 표현에 불과한 것으로 보고 공동불법행위 책임은 성질상 부진정연대채무라고 해석해야 한다고 주장한다. 특히 부진정연대채무설은 제760조의 취지는 피해자를 두텁게 보호하기 위하여 책임의 연대성을 인정하는 것이기 때문에, 공동불법행위책임을 채권의 효력이 약하게 되는 연대채무라고 하기 보다는 채권의 효력이 보다 강한 부진정연대채무로 하는 것이 피해자에게 유리하고 제760조의 취지에도 부합한다고 한다(곽윤직, 채권각론 6판, 2003, 427면; 정태운/민법주해 XIX, 198면 이하, 특히 205면).

또한 진정연대채무와 부진정연대채무의 이분설이 주장되기도 하는데, 이 견해에 의하면 진정연대채무와 부진정연대채무의 본질적 차이점은 상호간에 주관적 공동관계가 존재하는가의 여부이지, 부진정연대채무에서 채무자 1인에 관한 사유가 상대적 효력밖에 생기지 않고 따라서 채권자에게 유리하다고 하는 것은 그 결과에 지나지 않는다고 하면서 주관적 공동성이 있을 것을 요건으로 하는 민법 제760조 제1항과 제3항의 공동불법행위책임의 법적 성질은 진정연대채무로, 이와는 달리 주관적 공동성을 요하지 않는 경우인 같은 조 제2항의 가해자불명의 공동불법행위책임의 법적 성질은 부진정연대채무로 보아야 한다고 주장한다(이대재, 채권각론신강, 1967, 510면).

24) 대법원 1998.09.25. 선고 98다9205 판결.

있는 것이며, 공동불법행위책임의 성립요건으로 객관적 관련공동성만을 요구하고 있는 것이다.²⁶⁾ 공동불법행위는 공동불법행위자 간에는 반드시 의사의 공통이나 공동의 인식이 필요한 것이 아니고 객관적으로 권리침해가 공동으로 행하여진 것이라고 보이는 경우에는 성립할 수 있기 때문에, 피해자에게 가해진 동일한 손해의 발생에 그 원인이 될 수 있는 수개의 행위가 관여하고 있는 경우에 성립한다.²⁷⁾

더욱이 공동불법행위가 성립하기 위해서는 불법행위자 각자의 행위는 각각 독립하여 불법행위 요건을 갖추고 있어야 하고, 객관적으로 관련되고 공동으로 위법하게 피해자에게 손해를 가하여야 한다. 따라서 각자 행위의 독립성은 물론이고, 각자에 관하여 고의·과실, 책임능력, 인과관계 등이 존재하여야 한다. 이처럼 각자의 행위는 독립된 행위로서 평가되어야 하기 때문에 피용자의 불법행위에 대하여 사용자 책임이 성립하는 경우에, 비록 피용자와 사용자는 피해자에 대하여 부진정연대채무를 부담한다고 하더라도 그 사용자와 피용자는 공동불법행위자가 되는 것은 아니다.²⁸⁾

2) 공동불법행위자의 과실에 대한 평가

공동불법행위책임은 가해자(부진정연대채무자) 각 개인의 행위에 대하여 개별적으로 그로 인한 손해를 구하는 것이 아니라, 그 가해자들이 공동으로 가한 불법행위에 대하여 그 책임을 추궁하는 것이다. 판례²⁹⁾ 역시 이러한 전제하에 “공동불

25) 공동불법행위의 경우에 당사자 간에 주관적 관련이 있는 경우에 이를 연대채무로 보는 견해도 있지만, 공동불법행위에 있어서의 ‘주관적 관련공동성’과 연대채무에서의 ‘주관적 공동목적’을 동일한 차원에 있는 개념으로 볼 수 있을지는 의문이다(같은 취지로는 강봉석, 앞의 논문, 137면).

26) 그러나 공동불법행위책임에 대해서는 공동불법행위자 각자 모두가 피해자에게 그 전부를 이행하여야 한다는 점에서 주관적인 공동관계의 존재를 인정할 수 있다고 보는 견해(이상욱, 앞의 논문, 167면)도 있으나, 이는 공동불법행위의 성립요건과 효과를 구별하지 않고, 단지 공동불법행위자들의 공동책임이라는 효과에만 치중하여 파악한 것이 아닌가 생각된다. 공동불법행위의 성립 여부는 불법행위자들이 공동으로 불법행위를 했느냐의 문제인 것이다. 이상욱교수는 “공동불법행위자들은 피해자에게 발생한 손해 전액을 배상하여야 한다는 점에서 피해자에 대한 손해의 전보 내지 피해자의 만족이라는 공동목적은 가지게 된다”고 보고 있으나, 이는 공동불법행위의 성립요건으로서의 공동목적과는 구별되어야 할 것이다.

27) 대법원 1969.08.26. 선고 69다962 판결.

28) 예를 들어 피용자와 사용자의 관계 또는 직접적인 불법행위자와 자동차손해배상보장법 제3조에 의하여 운전자로서 승객에 대하여 무과실책임을 지는 자의 관계를 공동불법행위자로 보는 견해(김상용, 공동불법행위, 저스티스 제29권 제1호, 1996, 156면)도 있지만, 이들이 공동불법행위자로서의 요건을 갖추었다고 보기 어려울 뿐만 아니라, 이들을 공동불법행위자라고 보아야 할 필요성도 없으며, 이들은 단지 피해자의 보호차원에서 부진정연대채무자라고 보는 것이다(같은 취지로는 홍성주, 앞의 논문(주 10), 20면 비교).

법행위의 경우 법원이 피해자의 과실을 들어 과실상계를 함에 있어서는 피해자의 공동불법행위자 각인에 대한 과실비율이 서로 다르더라도 피해자의 과실을 공동불법행위자 각인에 대한 과실로 개별적으로 평가할 것이 아니고 그들 전원에 대한 과실로 전체적으로 평가하여야 한다”고 하면서 전체평가설을 취하고 있다.³⁰⁾ 이처럼 판례는 특히 공동불법행위를 원인으로 한 부진정연대채무의 경우(제1유형)에는 공동불법행위자에 대하여 개별적으로 과실상계 내지 책임제한을 할 수 없고, 공동불법행위자 전원을 기준으로 하여 그 책임을 평가하여야 한다는 점을 명백히 하고, 공동불법행위자 각자가 피해자에게 발생한 손해액의 전부에 대한 책임을 부담하는 것이기 때문에 공동불법행위자의 1인이 다른 공동불법행위자에 비하여 불법행위에 가공한 정도가 경미하다고 하더라도 피해자에 대한 관계에서 그 가해자의 책임 범위가 손해배상액의 일부로 제한되는 것은 아니라는 것을 강조하고 있다.³¹⁾

물론 공동불법행위의 경우(제1유형)에도 일부 공동불법행위자가 과실상계를 주장할 수 있거나 개별평가설을 취하는 경우에는 공동불법행위자들의 채무액이 달라질 수 있겠지만³²⁾, 공동불법행위를 원인으로 한 부진정연대채무의 경우에 각각의 공동불법행위자들의 책임범위를 달리 인정한 판례는 아직 보이지 않는다.

이처럼 판례가 제1유형의 부진정연대채무를 다른 유형의 부진정연대채무와 달리 취급하는 이유는, 책임을 추궁하는 대상 자체가 가해자들의 공동행위이므로 그 행위를 하나로 평가하고 있기 때문이다. 또한 이와 같이 해석함으로써 피해자를 두텁게 보호할 수 있고, 만약 공동불법행위자들 사이에 내부적으로 부담부분이 인정된다면 할지라도³³⁾ 과실의 전체적 평가에 따른 공동불법행위자들 사이의 불공평은 내부적인 구상관계로 해결할 수 있기 때문이다.

29) 대법원 2007. 6. 14. 선고 2005다32999 판결; 대법원 2000.09.08. 선고 99다48245 판결.

30) 그러나 개별평가설에 취한 판례도 있는데, 건축신축공사장에서 비계공이 비계해체공사 중 고압선에 감전되어 추락한 사안에 대하여 대법원(1992. 2. 11. 선고 91다 43233 판결)은 고압선관리자인 한국전력주식회사와 건설회사는 공동불법행위자임을 인정하면서 참작할 피해자의 과실비율을 공동불법행위자별로 다르게 인정하였다. 그러나 이 사안을 엄밀히 살펴보면 건설회사는 계약상의 안전조치의무를 위반한 것이고, 피해자와 계약관계가 없는 한국전력주식회사는 부작위 불법행위에 대한 책임을 지는 것이기 때문에 제1유형인 공동불법행위를 원인으로 한 부진정연대채무가 성립한 것으로 보기에 무리가 있다.

31) 대법원 2000. 9. 29. 선고 2000다13900 판결.

32) 앞의 주 30) 참조.

33) 대법원 2002. 9. 24. 선고 2000다 69712 판결; 대법원 2005. 7. 8. 선고 2005다8125 판결.

(3) 동일한 사실관계를 원인으로 부진정연대채무가 성립한 경우(제2유형)

제2유형인 동일한 사실관계를 원인으로 하여 부진정연대채무가 성립하는 제2유형의 가장 전형적인 예로는 사용자책임을 들 수 있다.

통상 학설과 판례는 피용자의 업무집행 중의 불법행위책임과 사용자책임을 (업무집행이라는) 동일한 사실관계에서 발생한 채무로 보고 이에 대하여 부진정연대채무관계를 인정한다. 또한 채무자의 채무불이행책임과 이행보조자의 불법행위책임 역시 이러한 유형에 속하는 것으로 보아야 한다. 예를 들면 임대인의 이행보조자가 임차인으로 하여금 임차목적물을 사용·수익하게 하지 못하게 함으로써 임차인에게 손해가 발생한 경우이다.³⁴⁾

사용자는 피용자가 손해배상을 지는 범위 내에서 피해자에 대하여 책임을 지며, 피용자 이외의 다른 공동불법행위자에 대하여 구상권을 행사하거나 구상의무를 부담한다.³⁵⁾ 바로 이러한 이유에서 피용자와 사용자는 공동책임관계에 있는 것이다. 판례도 이러한 태도를 견지하고 있는데, 대법원³⁶⁾은 피용자와 제3자가 공동불법행위로 피해자에게 손해를 가한 사안에서 사용자의 피해자에 대한 책임의 성격을 대위책임으로 파악하면서, 피용자와 제3자는 공동불법행위자로서 서로 부진정연대관계에 있고, 사용자도 제3자와 부진정연대관계에 있는 것으로 보고 있다.

제2유형이 제1유형과 다른 점은 제1유형의 공동불법행위를 원인으로 부진정연대채무가 성립한 경우 - 위에서 언급한 바와 같이 - 피해자에 대한 관계에서 공동불법행위자(가해자)들 행위를 전체적으로 함께 평가하여 정하고, 그 손해배상액에 대하여는 가해자 각자가 그 금액의 전부에 대한 책임을 부담하는 반면에, 제2유형의 경우 피해자와의 관계에서 피용자의 과실비율과 사용자의 과실비율이 달라질 수 있고, 그에 따라 책임범위가 달라질 수 있다는 점이다.³⁷⁾ 부진정연대

34) 대법원 1994. 11. 11. 선고 94다22446 판결.

35) 사용자가 피용자와 제3자의 책임비율에 의하여 정해진 피용자의 부담부분을 초과하여 피해자에게 손해를 배상한 경우에 그는 제3자에 대하여도 구상권을 행사할 수 있으며, 그 구상의 범위는 제3자의 부담부분에 국한된다.

36) 대법원 1992. 6. 23. 선고 91다33070 전원합의체 판결.

37) 사용자책임을 성질을 대위책임 또는 대체적 책임으로 파악한다고 해서 사용자의 책임범위가 피용자의 책임범위와 일치해야 하는 것은 아니다. 그 이유는 피용자의 불법행위가 바로 사용자 자신의 불법행위가 되는 것은 아니며, 더욱이 사용자는 피용자와는 별개로 손해배상의무를 부담하는 주체이므로 손해의 공평한 부담이라는 과실상계제도의 의의를 고려하여 볼 때, 과실의 비율을 달리 정하는 것은 합당하기 때문이다(김영태, “가. 사용자책임과 피용자 본인의 책임과의 관계, 나. 피용자 본인이 손해의 일부를 변제한 경우 사용자의 손해배상의 범위”, 대법원판례해설 제21호, 1994. 195면).

채무의 범위가 달라지는 것이 과실상계를 이유로 발생하는 경우³⁸⁾가 대부분이다.

판례 역시 사용자의 피해자에 대한 책임범위와 관련하여 부진정연대채무자별로 책임의 범위가 달라질 수 있음을 명백히 하고 있다. 즉 대법원은 “고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 직접 손해를 가한 피용자 자신의 손해배상의무와 사용자의 손해배상의무는 별개의 채무일 뿐만 아니라³⁹⁾, 불법행위로 인한 손해의 발생에 관한 피해자의 과실을 참작하여 과실상계를 한 결과 피용자와 사용자가 피해자에게 배상하여야 할 손해배상의 범위가 달라질 수 있”음을 인정하고 있다.⁴⁰⁾ 이는 주로 피용자는 과실상계를 주장할 수 없으나, 사용자는 과실상계를 주장할 수 있는 경우에 나타난다. 예를 들어 사용자가 피용자의 고의불법행위로 인하여 피해자에게 발생한 손해에 대하여 책임을 부담하는 경우에 피해자에게도 그 손해의 발생과 확대에 기여한 과실이 있다면 사용자책임의 범위를 정함에 있어서 이러한 피해자의 과실을 고려하여 그 책임을 제한할 수 있다.⁴¹⁾

이와 관련하여 대두되는 다액채무자의 일부변제로 인한 문제에 대해서는 후술한다(III).

(4) 발생원인은 다르지만 동일한 경제적 목적이 있는 부진정연대채무가 성립한 경우(제3유형)

부진정연대채무 관계는 서로 별개의 원인으로 발생한 독립된 채무라 하더라도 동일한 경제적 목적을 가지고 있고 서로 중첩되는 부분에 관하여 일방의 채무가 변제 등으로 소멸할 경우 타방의 채무도 소멸하는 관계에 있으면 부진정연대채무가 성립할 수 있고, 반드시 양 채무의 발생원인과 채무액 등이 서로 동일한 것을 요하지 않는다.⁴²⁾ 이는 공동불법행위를 원인으로 하지 않는 유형의 부진정연대채무의 성립요건과 효과와 관련하여 매우 중요한 의미를 갖는다. 제3유형의 부진정

38) 그러나 과실상계와 상관없이 부진정연대채무액이 달리질 수 있다. 즉 채무불이행을 원인으로 하는 손해배상액이 예견가능한 경우에는 특별손해가 포함되지만 불법행위를 원인으로 채무액에는 예견가능성이 인정되지 않아 특별손해가 포함되지 않아 채무액이 달라질 수 있으며, 배상액의 산정시기가 다른 경우와 계약해제시 채권자가 신뢰손해를 주장하는 경우에는 불법행위에 의한 손해배상액과 달라질 수 있다고 하지만(서종희, “부진정연대채무자에서 다액(多額)채무자의 일부 변제의 효과 - 외측설에 의한 일원화된 해결방법의 모색 -”, 저스티스 통권 136호, 2013, 69면 이하 참조), 이는 주로 제3유형의 부진정연대채무관계에서 나타나는 것으로 보인다.

39) 대법원 1975. 12. 23. 선고 75다1193 판결

40) 대법원 1994. 2. 22. 선고 93다53696 판결.

41) 대법원 2002. 12. 26. 선고 2000다56952 판결.

42) 대법원 2009. 3. 26. 선고 2006다47677 판결.

연대채무관계는 손해배상채무의 발생원인을 중시하여 그 책임의 성질을 파악하는 것이 아니라, 어떠한 사유에서든지 다수인에게 배상책임이 발생하였다는 결과를 중시하고 있다는 점이다.

부진정연대채무의 발생원인이 다른 경우는 채무불이행책임과 불법행위책임이 경합하는 경우를 그 대표적인 예로 들 수 있으며, 또한 채무불이행책임과 채무불이행책임이 경합하는 경우와 채무불이행책임과 담보책임이 경합하는 경우도 이에 해당하는 것으로 볼 수 있다.

이 유형의 특이점은 부진정연대채무가 성립하는 범위이다. 부진정연대채무를 부담하는 다수의 채무자 사이에서는 발생원인과 과실상계 등으로 인하여 채무액이 달라질 수 있고, 이에 따라 부진정연대채무자들의 채무는 채권자에 대한 관계에서 공동으로 부담하는 부분과 각자가 단독으로 부담하는 부분으로 구별된다. 그 결과 부진정연대채무자들은 각자 고유의 부담부분에 대하여서는 단독으로 책임을 부담하게 되며, 부진정연대채무는 공동의 부담부분에 대해서만 성립한다. 즉 채무자들의 책임이 비록 부진정연대채무 관계에 있다고 하더라도 연대하여 책임을 지는 범위는 중첩되는 부분에 한정하게 된다.⁴³⁾ 그렇다면 제3유형의 경우는 무엇을 기준으로 각 부진정연대채무자의 책임범위를 판단할 것인가의 문제와 중첩되는 부분을 어느 범위까지로 판단할 것인가의 문제가 발생되는데, 이는 어느 부진정연대채무자가 채권자(피해자)가 입은 손해의 어느 부분까지 1차적 책임을 부담하고 이를 다른 부진정연대채무자에게 구상하도록 할 것인가를 정하는 책임의 경제적 귀속 문제와 직결된다. 따라서 부진정연대채무가 성립한다고 하더라도 모든 채무자들의 책임범위가 일괄적으로 판단되어야 하는 것은 아니며, 오히려 채무불이행의 발생원인 등 제반사정을 고려하여 구체적·개별적으로 판단하여야 부당한 결과의 발생을 방지할 수 있을 것이다.

III. 부진정연대채무의 유형에 따른 다액채무자의 일부변제의 효과

부진정연대채무자의 책임범위는 유형에 따라 달라질 수 있으며, 부진정연대채무의 발생원인과 채무액은 반드시 동일해야 하는 것은 아니기 때문에, 부진정연대채무자별로 책임범위가 달라질 수 있음은 위에서 언급한 바와 같다. 채권자는

43) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2012다89320 판결; 대법원 2010. 2. 25. 선고 2009다87621 판결.

부진정연대채무의 경우 모든 채무자에게 채무의 이행 또는 변제를 청구할 수 있고, 채권 전부에 대하여 만족을 얻은 경우에 채권은 소멸한다. 채권자가 각 부진정연대채무자들을 상대로 이행을 청구하는 경우에 그들에 대한 청구가 서로 법률상 양립할 수 없는 것은 아니다.⁴⁴⁾

이와 관련하여 채무액이 각기 다른 수인의 부진정연대채무자 중 1인이 일부변제⁴⁵⁾한 경우 그 일부변제의 효과는 다른 부진정연대채무자에게 어떤 영향을 미치는가의 문제가 발생한다. 채무액이 적은 채무자가 일부 또는 전부를 변제하거나 채무액이 많은 채무자가 채무액 전부를 변제하는 경우에는 절대적 효력이 인정되기 때문에 특별한 문제가 발생하지 않는다.

이하에서는 다액채무자가 일부변제한 경우 다른 부진정연대채무자의 채무가 소멸하는 범위를 중심으로 살펴본다.

1. 일부변제와 소멸하는 채무의 범위

부진정연대채무에서 소액채무자의 채무범위는 다액채무자가 일부변제한 경우에 공동부담부분과 단독부담부분 중 어느 부분이 소멸하는가에 따라 달라지게 된다. 이에 대하여 학설은 내측설⁴⁶⁾, 안분설⁴⁷⁾, 외측설⁴⁸⁾과 과실비율설⁴⁹⁾로 그

44) 대법원 2009. 3. 26. 선고 2006다47677 판결은 특히 “부진정연대채무자들을 공동피고로 하여 이행의 소가 제기된 경우 그 공동피고에 대한 각 청구가 민사소송법 제70조 제1항의 예비적·선택적 공동소송에 해당하지 않는다”고 판시하고 있다.

45) 판례는 부진정연대채무자 중 1인의 일부변제의 절대적 효력을 인정한다(대법원 2010. 2. 25. 선고 2009다87621; 1981. 8. 11. 선고 81다298).

46) 내측설은 일부변제한 범위 내에서 공동부담부분이 먼저 소멸한다는 견해이다. 그러나 이에 대하여 우리민법에 규정이 없음에도 불구하고 부진정연대채무를 인정하는 이유는 채권자의 채권만족을 확실히 보장하려는 것인데, 내측설에 의하면 다액채무자의 무자력의 위험을 채권자에게 전가하게 되는 결과를 가져와 채권자보호에 소홀하게 되며, 변제를 받는 채권자와 변제를 하는 다액의 채무를 부담하는 부진정연대채무자의 의사와 부합하지 않을 뿐만 아니라, 채권자로 하여금 채권 전액의 만족받지 못할게 하여 부진정연대채무를 인정할 근본취지에 반한다는 비판이 제기된다(서종희, 앞의 논문(주 38), 72면; 손철우, “다액의 채무를 부담하는 부진정연대채무자가 일부변제한 경우 그 변제의 효력”, 민사판례연구 XXV, 2003, 104면).

47) 법정변제충당에 관한 민법 제477조 제4호에 근거하여 단독부담부분과 공동부담부분의 채무액의 비율에 따라 안분하여 소멸한다는 견해이다(제철웅, “부진정연대채무 및 일부보증에서 채무자의 일부변제와 변제충당”, 법조 제597호(2006, 6.), 162면. 그러나 이에 대하여 법정변제충당에 관한 규정은 하나의 채권채무 관계에 적용되는데, 서로 다른 복수의 채권채무관계에 그대로 적용되는가는 의의이며, 1개의 채무의 일부에 관해서만 부진정연대의 관계에 있는 경우에 일부변제로 인하여 채무의 어느 부분이 소멸하는가의 문제는 변제충당의 문제와는 구별되어야 하므로 민법 제477조 제4호를 부진정연대채무관계의 일부변제의 문제에 적용하는 것은 무리라는 비판이 제기된다(손철우, 앞의 논문(주 46), 105면).

48) 다액채무자의 단독부담부분이 먼저 소멸하고 변제액 중 남는 부분이 있으면 공동부담부분도

견해가 나누어져 있으며⁵⁰⁾, 판례는 과실비율설⁵¹⁾을 취한 경우도 있으며, 외측설⁵²⁾에 따라 판시한 경우도 있다.

판례가 과실비율설을 취하는 경우는 주로 제2유형인 피용자와 사용자가 부진정연대채무를 지는 경우⁵³⁾이다. 특히 피용자의 불법행위책임과 사용자의 사용자책임은 중첩되는 부분에 대해서 부진정연대채무관계가 성립하고 각 채무가 동질적인 성질을 가지며, 또 일반적인 부진정연대채무와 달리 부진정연대채무자 사이에 구상권이 인정되는 특성을 보인다.⁵⁴⁾ 판례는 다액채무자가 일부변제한 후 무자력이 되는 경우, 소액채무자와 채권자로 하여금 그 무자력의 위험을 분산시켜야 할 필요가 있는 경우에, 손해의 공평 타당이라는 근거로 과실비율설을 따르는 것으로 생각된다.⁵⁵⁾

이와는 달리 판례가 외측설을 취한 사안은 채무불이행책임과 불법행위책임이 중첩되는 제3유형의 부진정연대채무의 경우이다. 이 경우 계약상의 책임과 불법행위책임은 발생원인이 다르기 때문에 이질적인 성질을 가지며, 특별한 사정이 없는 한 부진정연대채무자 사이에 구상권이 인정되지 않는다.⁵⁶⁾ 판례는 대출계약상의 채무자와 대출관련 불법행위책임을 부담하는 자의 책임범위가 다른 사안⁵⁷⁾

소멸한다는 견해이다(손철우, 앞의 논문(주 46), 104면 이하.

49) 과실비율설은 공동부담부분이 변제액 중 채무자의 과실비율에 상응하는 만큼 소멸한다는 견해이다(박재윤, “피용자 본인이 손해의 일부를 변제한 경우 사용자의 손해배상의 범위”, 재판의 한길, 김용준 헌법재판소장 화갑기념논문집, 1998, 431면, 431면;

50) 학설에 관한 상세한 것은 서종희, 앞의 논문(주 38), 72면 이하 참조.

51) 판례가 과실비율설에 따라 판결한 사안은 피용자의 불법행위와 사용자의 사용자책임이 경합하는 경우(제2유형)에 피용자가 일부변제했을 때 사용자의 책임범위가 문체된 경우이다(대법원 1994. 2. 22. 선고 93다53696 판결; 대법원 1999. 2. 12. 선고 98다55154 판결; 대법원 2001. 11. 13. 선고 2001다12362 판결; 대법원 2004. 3. 26. 선고 2003다34045 판결; 대법원 2012. 6. 28. 선고 2010다73765 판결).

52) 대법원 1999. 11. 23. 선고 99다50521 판결; 대법원 2000. 3. 14. 선고 99다67376 판결; 대법원 2007. 10. 25. 선고 2007다49748 판결; 대법원 2010. 2. 25. 선고 2009다87621 판결.

53) 판례는 이사와 법인이 부진정연대채무를 부담하는 사안에 대해서도 과실비율에 따르고 있다(대법원 2004. 3. 26. 선고 2003다34045 판결; 대법원 2001. 11. 13. 선고 2001다12362). 이에 관해서는 김성식, “부진정연대채무의 일부변제 등에 관한 법리의 검토 - 대법원 2012. 2. 9. 선고 2009다72094 판결 등 판례에 나타난 손액채무 또는 부채채무의 일부변제로 인한 효과를 중심으로 -”, 저스티스 통권 제138, 2013. 50면, 주 29 참조.

54) 손철우, 앞의 논문(주 46), 101면.

55) 대법원 1994. 2. 22. 선고 93다53696 판결.

56) 손철우, 앞의 논문(주 46), 101면.

57) 원고가 대출신청자 甲이 담보로 제공한 부동산의 감점을 피고에게 의뢰하고 감정평가서를 직접 원고에게 송부하여 줄 것을 요구하였음에도 불구하고, 甲이 피고를 기망하여 감정평가서를 제출받은 후 이를 위조하여 초과 대출받았고, 그 후 갑이 부도난 후 경락되어 원고는 대출금의 일부를 변제받지 못하는 손해를 입게 되었다. 원심은 피고의 과실을 30%로 인정하였고, 대법

에서 “금액이 다른 채무가 서로 부진정연대의 관계에 있을 때 금액이 많은 채무의 일부가 변제 등으로 소멸하는 경우 그 중 먼저 소멸하는 부분은 당사자의 의사와 채무 전액의 지급을 확실히 확보하려는 부진정연대채무제도의 취지에 비추어 볼 때 다른 채무자와 공동으로 채무를 부담하는 부분이 아니라 단독으로 채무를 부담하는 부분으로 보아야 한다”고 판시하고 있다.⁵⁸⁾

이처럼 판례는 다액채무자가 일부변제한 경우, 피용자의 불법행위책임과 사용자책임이 중첩되는 경우(제2유형)와 채무불이행책임과 불법행위책임이 중첩되는 경우(제3유형)를 구별하고 있다. 제2유형의 경우 사용자책임과 피용자의 책임은 동질적 채무에 해당하는 것으로 보고 이때에는 과실비율설에 의하여, 제3유형은 발생원인이 상이한 독립적이고 이질적인 채무이지만 동일한 경제적 목적을 가졌기 때문에 채무가 중첩될 수 있는 부진정연대채무의 경우에는 외측설에 따라 문제를 해결하고 있는 것이다.

그러나 이러한 판례의 태도에 대하여 많은 비판이 가해졌다. 우선 과실비율설에 대해서는 채권자가 누구에게 먼저 변제를 받느냐와 변제한 자의 구상권 행사에 따라 구상금의 실질적인 부담범위가 달라지기 때문에 합리적이지 않다는 주장⁵⁹⁾에서부터 외측설에 의하거나 또는 안분설에 의한 통일된 해결방안이 모색되기도 하였다⁶⁰⁾.

원은 갑이 원고에게 일부를 변제(배당금액)하였음에도 불구하고 피고의 채무액은 전혀 감축되지 않고 여전히 그대로 남아 있는 것이라고 판시하였다.

58) 대법원 2010.02.25. 선고 2009다87621 판결; 대법원 2000. 3. 14. 선고 99다67376 판결; 대법원 1999. 11. 23. 선고 99다50521 판결.

59) 김성용(“많은 손해배상의무자의 일부변제로 인하여 소멸하는 적은 손해배상의무자의 채무의 범위”, 법조 제473호, 1996.2., 163면)은 사용자의 피용자에 대한 구상권이 제한될 수 있다는 전제하에, 피용자 본인이 손해액의 일부를 변제한 경우에 그 변제금 중 “사용자의 과실비율에 상응하는 만큼”이 사용자가 배상하여야 할 손해액의 일부로 변제되는 것이 아니라, “사용자가 피해자에게 자신이 배상해야 할 손해액 전부를 변제한 경우에 피용자에 대한 관계에서 구상할 수 있는 금액이 그에 피해자가 피용자에 대하여 청구할 수 있는 나머지 금액을 더한 금액에서 차지하는 비율에 상응하는 만큼”만이 사용자가 배상하여야 할 손해액의 일부로 변제된 것으로 보아야 한다는 수정된 안분설을 주장한다.

60) 외측설에 의한 해결방안의 모색에 대해서는 서종희, 앞의 논문(주38), 79면 이하; 손철우, 앞의 논문(주 46), 104면 이하 참조; 변제충당에 관한 규정을 유추적용하여 통일된 방향의 모색을 시도한 견해로는 제철웅, 앞의 논문(주 47), 83면 이하; 과실비율설을 제2유형의 부진정연대채무의 경우까지 확대 적용하자는 견해로는 김봉수, “부진정연대채무에 있어서 다액 채무자의 일부변제에 의한 소액 채무자의 면책 범위”, 아주법학 제8권 4호, 2015, 247면 이하, 특히 253면 참조.

2. 유형에 따른 일부변제의 효과

대법원(1995. 7. 14. 선고 94다19600; 1995. 3. 10. 선고 94다5731 판결 등)은 공동불법행위(제1유형)의 경우, “부진정연대채무자들이 부담하는 손해배상 채무액이 동일하고 공동불법행위자 1인이 그 손해액의 일부를 변제한 경우 변제의 절대적 효력에 따라 다른 불법행위자의 채무도 변제 금액에 해당하는 부분은 소멸한다. 그러나 불법행위자의 피해자에 대한 과실비율이 달라 배상할 손해액의 범위가 달라지는 경우에는 누가 그 채무를 변제하였느냐에 따라 소멸되는 채무의 범위가 달라진다. 즉 적은 손해액을 배상할 의무가 있는 자가 불법행위의 성립 이후에 손해액의 일부를 변제한 경우에는 많은 손해액을 배상할 의무 있는 자의 채무가 그 변제금 전액에 해당하는 부분이 소멸하는 것은 물론이나 많은 손해액을 배상할 의무가 있는 자가 손해액의 일부를 변제하였다면 그 중 적은 범위의 손해액을 배상할 의무가 있는 자의 채무는 그 변제금 전액에 해당하는 채무가 소멸하는 것이 아니라 적은 범위의 손해배상 책임만을 부담하는 쪽의 과실비율에 상응하는 부분만큼만 소멸하는 것으로 보아야 할 것”이라고 하면서, “이러한 이치는 사용자의 손해배상책임에 있어서 피용자 본인이 손해액의 일부를 변제한 경우에도 동일하다”고 판시하고 있다. 이 판례의 내용에 의하면 마치 제1유형의 경우에도 과실비율설에 의하여 다액채무자의 일부변제의 문제를 해결하고 있는 듯하다.

판례의 이러한 태도에 대하여 공동불법행위자들은 자기책임을 지는 반면에 사용자책임은 대위책임의 성질을 가지고 있기 때문에, 과실비율설을 공동불법행위에 그대로 적용하기에는 무리가 있다고 보는 견해도 있다.⁶¹⁾ 또한 실제로 위에서 언급한 사안에서 문제된 것은 피해자가 공동불법행위자 중의 1인을 상대로 손해배상을 구하고 있는 제1유형에 해당하는 것이 아니라, 피해자가 가해자의 사용자를 상대로 손해배상을 구하는 제2유형에 해당하는 경우이다.

실제 공동불법행위를 원인으로 부진정연대채무가 성립한 제1유형의 경우 - 과실상계와 관련하여 전체평가설에 따르는 한 - 일부변제의 문제는 발생할 가능성이 거의 없는 것으로 생각된다.⁶²⁾ 이 제1유형의 부진정연대채무에 대해서도 과실비율설이 적용될지는 의문이며, 이 유형과 관련한 일부변제의 문제를 다룬 판

61) 서종희, 앞의 논문(주 38) 81면.

62) 같은 취지로는 김성용, 앞의 논문(주 59), 175면 참조.

례는 아직 없는 것으로 보인다. 물론 개별평가설을 취한 1992. 11. 11선고 91다 34233판례가 있기는 하지만, 위에서 언급한 바와 같이 이 판례는 제3유형에 해당하는 사안을 다룬 경우이다.

다액채무자의 일부변제 문제는 부진정연대채무자들이 부담하는 채무액이 다르다는 것을 전제로 하기 때문에 특히 문제가 되는 것은 제2유형과 제3유형이다.

판례는 피용자의 불법행위책임과 사용자의 사용자책임을 문제된 제2유형의 경우에 “피용자 또는 피용자와 공동불법행위의 관계에 있는 다른 불법행위자가 불법행위의 성립 이후에 피해자에게 손해액의 일부를 변제하였다면, 그 변제금 중 사용자의 과실비율에 상응하는 만큼은 사용자가 배상하여야 할 손해액의 일부로 변제된 것으로 보아 사용자의 손해배상책임이 그 범위 내에서는 소멸”한다고 판시⁶³⁾하여 과실비율설을 취함을 분명히 하면서 그 근거로 피용자의 무자력에 대한 위험을 피해자와 사용자와의 사이에 그로 인한 손해를 분담시키기 위함이라는 것을 들고 있다.

이와는 달리 제3유형인 채무불이행책임과 불법행위책임이 결합된 부진정연대채무의 경우에는 “금액이 다른 채무가 서로 부진정연대의 관계에 있을 때 금액이 많은 채무의 일부가 변제 등으로 소멸하는 경우 그 중 먼저 소멸하는 부분은 당사자의 의사와 채무 전액의 지급을 확실히 확보하려는 부진정연대채무제도의 취지에 비추어 볼 때 다른 채무자와 공동으로 채무를 부담하는 부분이 아니라 단독으로 채무를 부담하는 부분으로 보아야 한다”고 판시⁶⁴⁾함으로써 외측설에 의하여 문제를 해결하고 있으며, 외측설의 근거로는 당사자의 의사와 채무전액의 지급을 확실히 확보하여 채권자를 좀 더 두텁게 보호하려는 부진정연대채무제도의 취지를 들고 있다.

이처럼 제2유형과 제3유형에 따라 일부변제의 효과를 달리 인정하는 근거는 - 판례는 명확히 그 근거를 제시하고 있지는 않지만 - 책임의 성질, 발생원인 그리고 구상권의 성립 여부 등에서 찾아 볼 수 있을 것이다. 우선 책임의 성질과 관련하여서는 제2유형의 사용자책임은 대위책임인 반면에, 제3유형의 채무불이행책임과 불법행위책임(또는 담보책임 또는 채무불이행책임)의 경우에는 각자 자기책임을 진다.⁶⁵⁾ 또한 제2유형의 경우에는 부진정연대채무의 발생원인이 동일하지

63) 대법원 2012. 6. 28. 선고 2010다73765 판결; 대법원 2004. 3. 26. 선고 2003다34045 판결 등.

64) 대법원 2010. 2. 25. 선고 2009다87621 판결; 대법원 2000. 3. 14. 선고 99다67376 판결 등;

만, 제3유형의 경우 그 발생원인을 달리한다. 구상권과 관련하여서는 제2유형의 경우에는 민법 제756조 제3항에 의하여 구상권이 인정되는 반면에, 제3유형의 경우에는 원칙적으로 구상권이 인정되지 않는 등 차이를 보인다.

또한 이들 유형은 구조상의 차이를 보인다. 즉 제2유형의 경우 구상권은 사용자가 피해자에게 손해를 변제한 후 행사할 수 있게 되는 것에 반하여, 제3유형의 경우에는 어느 1인의 부진정연대채무자의 변제 여부와는 상관없이 다른 부진정연대채무자에 대하여 채무의 변제를 청구할 수 있는 것이다. 예를 들어 A 소유의 부동산을 甲이 관계서류를 위조하여 마치 자기 소유의 부동산인 것처럼 乙에게 매도하고, 乙이 다시 이 부동산을 丙에게 전매하였으나, A의 반환청구에 丙이 이를 반환한 경우, 丙에 대해서 甲은 불법행위책임을, 乙은 담보책임을 지게 되며, 乙과 丙은 부진정연대채무관계에 있게 된다.⁶⁵⁾ 이때 乙이 甲에 대해서 행사할 수 있는 청구권은 丙에 대한 손해배상채무를 변제한 후에 비로소 발생하는 것은 아니기 때문에, 구상권과는 본질적으로 그 성질을 달리하는 것이다.

물론 제2유형의 부진정연대채무에서의 일부변제의 문제를 과실비율설에 의하여 해결하는 경우에는 피용자의 무자력에 대한 위험을 피해자에게 전가하게 되는 결과를 가져오게 되고, 피용자의 무자력으로 인하여 사용자가 구상권을 행사할 수 없게 되는 사정까지 고려하는 것은 사용자와 피용자의 내부관계에 지나치게 관여하게 되어 피해자의 보호에 소홀할 수 있다는 단점을 부정할 수는 없을 것이다.⁶⁷⁾ 또한 만약 제2형의 부진정연대채무를 외측설에 의하여 해결한다면 채권자는 과실이 있음에도 불구하고 과실비율에 따른 책임을 분담되지 않게 되어 과실상계의 취지를 몰각케 하는 결과를 가져 올 수도 있다. 이와 같이 어떤 법리를 취하든지 그 나뉠이 장·단점이 있는 경우에 유형에 따른 특성을 고려하지 않고 모든 문제를 일률적으로 해결하는 것이 과연 합리적이며 타당한 결과를 도출해 낼 수 있을지는 의문이다.

65) 물론 제1유형인 공동불법행위의 경우에도 각자 자기책임을 지면서 부진정연대채무관계에 놓이기는 하지만, 앞에서 언급한 바와 같이 공동불법행위의 경우에는 일부면제로 인한 문제는 거의 발생한 여지가 없다.

66) 김성용, 앞의 논문 (주 59), 175면 이하에 언급한 사례 참조.

67) 서종희, 앞의 논문 (주 38), 79면 이하, 특히 91면.

IV. 부진정연대채무의 유형별 구상관계

부진정연대채무는 그 채무자들 사이에 주관적 공동관계가 없으므로 다양한 원인에 의하여 성립하며, 그 내부관계도 다양하다.

이하에서는 부진정연대채무자들의 내부관계에서 문제되는 구상채무의 성질을 살펴 본 후, 유형별로 세분하여 검토하기로 한다.

1. 구상관계와 구상채무의 법적 성질

학설의 다수설은 연대채무와는 달리⁶⁸⁾, 부진정연대채무에서는 주관적 공동관계가 존재하지 않기 때문에, 채무자들 사이에 특별한 법률관계가 존재하지 않는 한 그들 사이에 부담부분 또는 구상관계가 당연히 발생하지 않는다고 한다.⁶⁹⁾ 그러나 이는 부진정연대채무관계에서 구상관계가 있을 수 없다는 것을 의미하는 것이 아니라, 단지 구상관계가 부진정연대채무의 본질을 이루는 것이 아니라는 것을 의미한다. 따라서 부진정연대채무관계의 구상관계는 일률적으로 파악할 것이 아니라, 그 채무자들 사이의 내부적 법률관계에 따라 개별적으로 처리해야 하는 것이다. 즉 부진정연대채무의 내부관계에 관해서는 명문의 법 규정이 있거나⁷⁰⁾ 당사자 사이에 약정이 있는 경우도 있을 수 있는데, 이러한 경우에는 그 규정이나 약정에 따라서 규율되며, 만약 이러한 경우에 해당하지 않는 경우에는 일반법리에 따라서 해결하여야 할 것이다. 내용에 있어서도 어느 일방만 구상할 수 있는 경우(일방적 구상관계)가 있고 상호간 구상할 수 있는 경우(상호적 구상관계)도 있을 수 있을 뿐만 아니라, 이 두 경우가 결합하여 혼재된 경우도 있을 수 있다.⁷¹⁾

68) 연대채무는 일반적으로 계약관계를 원인으로 발생하고 그러한 연대채무자들 사이에는 변제 또는 이행을 공동으로 한다는 주관적 공동관계가 존재하므로, 연대채무자 각자는 대외적으로는 전액의 변제무를 부담하지만 대내적으로는 부담부분의 범위 내에서 부담할 것을 명시적 또는 묵시적으로 합의하고 있으므로 구상권은 연대채무의 성질상 당연한 것으로 이해되고 있다(곽윤직, 채권총론, 290면)

69) 이와는 달리 부진정연대채무의 경우에도 원칙적으로 구상관계를 인정하는 견해도 있다(강봉석, 앞의 논문(주 7), 139면).

70) 예를 들면 피용자의 사무집행상 불법행위에 의한 손해배상책임에 있어서의 사용자의 피용자에 대한 구상권(민법 제756조 제3항)과 공무원의 직무상 불법행위에 의한 손해배상책임에 있어서의 국가의 공무원에 대한 구상권(국가배상법 제2조 제2항)이 법률규정에 의한 경우에 해당한다. 또한 보험을 체결한 피보험자의 불법행위에 의한 손해배상책임에서 피보험자와 보험자 사이에는, 그 보험계약의 내용에 의하여 구상관계도 규율되는 경우로서 이에 의하면 피보험자 쪽에서 보험자 쪽으로의 구상만 인정된다.

부진정연대채무의 경우 구상권이 당연히는 발생하지 않는다고 하지만, 채무의 발생원인에 따라 내부관계가 다양하기 때문에, 구상권의 발생가능성은 부정하기 어렵다.

부진정연대채무를 부담하는 자 중 1인이 채권자에게 채무를 변제 또는 이행한 경우 다른 부진정연대채무자에 대하여 구상권을 행사할 수 있으며, 이때 구상의 무자들은 분할채무를 부담한다. 이러한 분할채무가 구상관계의 원칙적인 모습이며, 특히 이러한 원칙은 제1유형인 공동불법행위를 원인으로 한 부진정연대채무의 경우에 그대로 적용된다. 부진정연대채무자인 공동불법행위자 1인이 변제하여 공동면책된 다른 공동불법행위자가 수인인 경우 그들 부진정연대채무자는 구상권자에 대하여 각자의 부담부분에 따른 분할채무관계에 있게 된다.⁷²⁾

이처럼 부진정연대채무관계에서 구상채무의 성질을 원칙적으로 분할채무로 보는 이유는 구상의 순환을 방지하고, 피해자에 대하여 배상이 이루어진 후에는 그 부진정연대관계가 해소되는 것으로 보는 것이 타당하고, 부담부분에 따른 구상을 위한 소송을 방지하여 소송경제와도 부합되기 때문이라고 한다.⁷³⁾ 또한 우리 민법은 다수당사자의 채권관계를 원칙적으로 분할채권관계로 보고 있기 때문에(민법 제480조), 부진정연대채무자들이 부담하는 구상채무도 분할채무로 보는 것은 당연한 것으로 생각된다.⁷⁴⁾

그러나 이에 대하여 다음의 두 가지의 경우에 예외가 인정되고 있는데, 그 하나는 변제한 부진정연대채무자에게 내부적으로 부담부분이 없는 경우이며, 다른 하나는 구상의무자간에 책임공동체 또는 책임단일체(Haftungseinheit)가 성립하는 경우이다.

전자의 경우, 즉 내부적 부담비율이 없음에도 불구하고 변제한 부진정연대채무자는 다른 부진정연대채무자에 대하여 면책청구권을 행사할 수 있기 때문에 이때에는 분할채무의 원칙이 인정되지 않으며, 공동면책된 다른 부진정연대채무자에게 전부를 구상할 수 있어야 공평한 결과를 가져 오게 된다.⁷⁵⁾ 즉 내부구상관계

71) 홍성주, 앞의 논문(주 10), 23면.

72) 대법원 2008. 2. 29. 선고 2007다89494 판결; 대법원 2002. 9. 27. 선고 2002다15917 판결.

73) 이상욱, 앞의 논문(주 6), 174면; 최진갑, “복수공동불법행위자 상호간의 구상채무의 성질”, 판례연구 제12집, 부산관례연구회, 2001, 903면; 홍성주, 앞의 논문(주 10), 24면 참조.

74) 강봉석, 앞의 논문(주 7), 147면.

75) 이는 연대채무와 관련한 독일의 이론이다. 즉 독일의 경우 연대채무에 있어서 연대채무자 1인이 변제 기타 자기의 출제로 총채무자를 공동면책케 한 때에는, 다른 연대채무자에 대하여 구상권을 행사할 수 있는데, 이 경우 다른 연대채무자들이 부담하는 구상채무는 면책케 한 연대

에서 원칙적으로 분할채무를 인정하는 것은 구상의 순환을 방지하기 위함인데, 구상의 순환이 발생하지 않는 경우에는 부진정연대채무가 인정되어 전부구상할 수 있게 되는 것이다.⁷⁶⁾

두 번째의 예외가 인정되는 경우는 구상채무자들 사이에 책임공동체가 성립하는 경우이다. 책임단일체를 구성하고 있는 구상채무자들은 구상권자에 대하여 전체로서 부진정연대채무를 부담하며, 이들은 피해자에 대한 관계에서 책임단일체가 되어 하나의 그룹을 형성하며 구상범위를 결정함에 있어서 한 사람인 것으로 평가된다고 한다.⁷⁷⁾

책임단일체는 소위 법적인 책임단일체(rechtliche Haftungseinheit)와 사실상의 책임단일체(tatsächliche Haftungseinheit)로 구분된다. 법적인 책임단일체는 어떤 사람의 행위의 결과를 타인에게 귀책 시킬 수 있는 법률상의 근거가 있는 경우를 말하며, 반면 사실상의 책임단일체란 특히 공동불법행위와 관련하여 손해의 발생에 관여한 사람들 중에 일부의 사람들의 기여행위가 손해가 발생하기 이전에 손해발생의 기초가 된 단일한 상황 속에 융합되어 버린 경우를 말한다.⁷⁸⁾

책임공동체를 구성하는 경우는 특히 피해자와의 관계에서 일체로서 책임을 지

채무자에 대하여 다시 연대채무가 되는 것이 아니라 각자의 부담부분에 따른 분할채무(Teilschuld)가 된다고 해석하는 견해가 통설이며(MünchKomm/Bydlinski, 7. Aufl., 2016, Rdn. 29 § 426; Palandt-Grüneberg, 76. Aufl., 2017, Rdn 8 zu § 426), 이는 연대채무자가 원칙적으로 상호간 균등한 비율로 의무를 진다고 규정하고 있는 독일민법 제426조 제1항에서 그 근거를 찾을 수 있다고 한다. 즉 연대채무자들은 명시적 또는 묵시적 의사표시로 연대의 약정을 함으로써 연대채무가 성립되는데, 연대의 약정시 연대채무자 각자는 채권자에 대하여는 채무 전부를 이행할 의무를 부담하지만 자신이 최종적으로 지게 될 부담부분을 정하는 것이 일반적이므로 구상관계에 있어서도 원래 자신들이 부담하기로 했던 부담부분만을 지급할 의무를 지며, 따라서 이들이 부담하는 구상채무는 분할채무가 성립한다는 것이다. 그런데 연대채무자들이 부담하는 구상채무가 연대채무가 아닌 분할채무라고 하는 것이 반드시 논리필연적인 것은 아니다. 즉 채권자가 어느 연대채무자로부터 먼저 변제를 받느냐 하는 것은 우연에 의하여 결정되며, 변제를 한 연대채무자가 이제는 구상을 위하여 다른 모든 연대채무자에게 청구를 하여야만 한다는 것이 반드시 정당하다고만 할 수 없다. 즉 각각의 연대채무자가 채권자의 청구가 있는 경우 전액을 지급하였어야 하고, 그 후 자신이 다른 연대채무자에게 구상을 위한 분할채권만을 가진다면 결국 우연히 채권자로부터 청구를 받은 연대채무자만이 수많은 청구를 하여야 하는 불편을 겪을 수 있게 되는 것이다. 따라서 연대채무자들이 부담하는 구상채무가 연대채무라고 이해하는 것이 타당하다는 견해가 있다. 이 견해에 의하면 구상청구를 받은 연대채무자가 전체 채무액에서 원래의 구상채권자가 부담하는 부담부분을 제외한 나머지 금액을 지급하고 난 후에 다시 그는 나머지 다른 연대채무자에게 자신이 지급한 금액에서 자기의 부담부분을 제외한 나머지 금액을 연대채무자 중 1인에게 전액 구상할 수 있다고 한다(강봉석, 앞의 논문 (주 7), 140면 참조).

76) 제철웅, “부분구상과 전부구상의 구별기준”, 민사판례연구 XXVI, 2004, 88면 이하.

77) 강봉석, 앞의 논문 (주 7), 142면.

78) Palandt-Grüneberg, Rdn. 15 zu § 426 비교.

도록 하는 법률규정이 있는 경우이다. 이에 해당하는 것으로는 사용자책임에서의 사용자와 피용자(민법 제756조) 이외에, 책임능력 있는 미성년자의 불법행위의 경우 부와 미성년자(민법 제755조), 법인의 대표자의 불법행위의 경우 법인과 대표자(민법 제35조) 그리고 공무원의 불법행위에 있어서의 국가와 공무원(국가손해배상법 제2조) 등이다. 이들 각 책임주체는 상호간을 규율하는 일정한 법적 관계에 의하여 사회통념상 책임법적 의미에서 동일체로 볼 수 있는 것이다. 그러나 법률상의 책임단일체를 구성하는 경우 부진정연대채무를 인정하는 데에는 별 어려움이 없으나, 문제는 책임단일체를 인정하는 법률규정이 없지만, 하나의 사실에 기한 것으로 손해의 발생에 대한 인과관계를 같이 하고 있다고 인정되는 경우에 사실상의 책임단일체를 인정하여 이들이 부담하는 구상채무도 부진정연대채무를 구성하는 가인데, 이에 대하여 인정한계가 불확실할 뿐만 아니라, 이를 인정하게 되면 법적 안정성을 해할 우려가 있다고 하면서 이를 부정하는 견해도 있다.⁷⁹⁾ 특히 우리 민법은 다수당사자의 채권관계에 관하여 원칙적으로 분할채무로 규정하고 있으므로(제408조) 이에 따라 책임단일체를 인정하는 규정이 없는 경우에는 분할채무로 보는 것이 타당하지 않을까 생각된다. 그러나 해당 조항이 책임단일체를 발생시키는 경우에 해당하는지의 여부는 구상권을 인정하는 내용만으로 충분하지 않고, 사회통념상 문제되는 개별주체들을 책임법적 의미에서 동일체로 볼 수 있는가라는 점이라 것에 유의해야 한다.

2. 부진정연대채무의 유형에 따른 구상관계

(1) 공동불법행위를 원인으로 한 부진정연대채무(제1유형)

부진정연대채무에 있어서는 채무자 상호간에 주관적 공동관계가 없어 부담부분도 없고, 따라서 구상관계도 그 본질 내지는 개념적 속성에 포함되지는 않지만, 그렇다고 하여 공동불법행위자 중 1인이 손해 전부를 배상하였음에도 불구하고 다른 공동불법행위자에게 전혀 구상할 수 없다면 불공평하고 불합리한 결과를 가져온다. 공동불법행위자 각자 피해에 대한 기여한 바에 따라 내부에서는 부담부분이 인정될 수 있고,⁸⁰⁾ 그에 따라 구상관계가 인정되는 것이다. 만약 피해에

79) 강봉석, 앞의 논문(주 7), 147면.

80) 구상관계의 차이는 채무준위(債務準位)에 의하여 결정된다고 하면서, 공동불법행위의 경우 고의 과실의 유무를 결정기준으로 보는 견해도 있다. 이 견해에 의하면 경합된 과실행위 등에 의하여 손해가 새로이 생기거나 확대된 경우와 같은 특별한 사정이 없는 한 고의책임, 과실책임 그리고 무과실책임 사이에는 그 순서대로 채무준위에 차이가 있다고 한다(홍성주, 앞의 논문(주

대한 기여부분이 불분명한 경우에는 부담부분은 원칙적으로 동일한 것으로 보아야 할 것이다.

주의해야 하는 것은 공동불법행위로 인한 채무의 경우에는 계약상의 연대채무와는 달리 공동분담이라는 주관적 관계가 없고, 각자의 채무는 독립되어 있으므로, 구상권을 행사하기 위해서는 공동불법행위자 중 1인이 전부배상을 하였거나 일부배상이라고 하더라도 그의 부담부분을 넘는 배상을 하였어야 한다. 공동불법행위자 1인이 변제한 후에는 더 이상 채권자를 보호할 필요가 없게 되고, 이때에는 내부관계만이 문제되는데, 그 이유는 피해자가 만족을 얻은 후에는 부진정연대관계가 해소되기 때문이다. 판례 역시 “공동불법행위자는 채권자에 대한 관계에서는 연대책임(부진정연대채무)을 지되, 공동불법행위자들 내부관계에서는 일정한 부담 부분이 있고, 이 부담 부분은 공동불법행위자의 과실정도에 따라 정하여지는 것으로서 공동불법행위자 중 1인이 자기의 부담 부분 이상을 변제하여 공동의 면책을 얻게 하였을 때에는 다른 공동불법행위자에게 그 부담 부분의 비율에 따라 구상권을 행사할 수 있는” 것으로 보고 있다. 내부관계에서의 부담부분은 각 불법행위자의 관여도에 따라 결정되고 구상권을 인정함으로써 공동불법행위책임에 대한 관여도에 따른 책임이 내부적으로 분담되는 기능을 하게 된다.

특히 부담부분의 판단과 관련하여 판례는 “불법행위 및 손해와 관련하여 그 발생 내지 확대에 대한 각 부진정연대채무자의 주의의무의 정도에 상응한 과실의 정도를 비롯한 기여도 등 사고 내지 손해와 직접적으로 관련된 대외적 요소를 고려하여야 함은 물론, 나아가 부진정연대채무자 사이에 특별한 내부적 법률관계가 있어 그 실질적 관계를 기초로 한 요소를 참작하지 않으면 현저하게 형평에 어긋난다고 인정되는 경우에는 그 대내적 요소도 참작하여야”한다고 판시하여 그 기준을 제시하고 있다.⁸¹⁾ 다만 일정한 경우에는 구상권의 제한을 인정하고 있는데, 제반 사정을 고려하여 손해의 공평한 분담이라는 견지에서 신의칙상 상당하다고 인정되는 한도 내에서만 구상권을 행사하도록 제한하고 있다.⁸²⁾

그렇다면 공동불법행위자 중 1인의 변제에 의하여 다른 공동불법행위자가 공동면책된 경우, 이들은 구상의무를 지게 되는데, 이 구상의무의 법적 성질이 무

10), 30면 참조).

81) 대법원 2001.1.19. 선고 2000다33607 판결.

82) 대법원 2001.1.19. 선고 2000다33607 판결.

엇인가 하는 문제가 남는데, 이는 위에서 언급한 원칙과 예외가 그대로 적용된다. 공동면책된 수인의 공동불법행위자가 부담하는 구상의무는 변제한 공동불법행위자에게 부담부분이 있느냐의 여부에 따라 분할채무의 성질 또는 부진정연대채무의 성질을 갖는데, 일반적으로 다른 특별한 사정이 없는 한 다수 당사자 사이의 분할채무 원칙이 적용되어 각자의 부담 부분에 따른 분할채무를 부담한다. 판례 역시 이러한 법리에 따라 공동불법행위자 중 1인에 대하여 구상의무를 부담하는 다른 공동불법행위자가 수인인 경우에는 특별한 사정이 없는 이상 그들의 구상권자에 대한 채무는 각자의 부담 부분에 따른 분할채무로 보는 반면에, 구상권자인 공동불법행위자 측에 과실이 없는 경우, 즉 내부적인 부담 부분이 전혀 없는 경우⁸³⁾에는 이와 달리 그에 대한 수인의 구상의무 사이의 관계를 부진정연대관계로 보고 있다.⁸⁴⁾ 내부적 부담부분이 없는 공동불법행위자의 변제는 바로 첫 번째의 예외에 해당하는 것이다.

(2) 동일한 사실에 기인한 부진정연대채무의 경우(제2유형)

이는 공동책임이 성립하는 제2유형이다. 이 제2유형의 구상관계에 관해서는 두 가지로 나누어 살펴 볼 필요가 있다. 그 하나는 피용자와 사용자와 관계이며, 이때에는 제2유형만이 문제되고, 다른 하나는 피용자가 다른 공동불법행위자와 함께 불법행위를 한 경우인데, 이때에는 제1유형과 제2유형이 결합된 형태로 나타난다.

첫 번째의 경우, 예를 들어 사용자가 채무 전부를 변제한 경우 사용자는 피용자를 상대로 민법 제756조 제3항에 의하여 구상권을 행사할 수 있다. 즉 사용자는 법률규정에 의하여⁸⁵⁾ 구상권을 행사할 수 있다. 그러나 부진정연대채무자 상

83) 예를 들면 정상적으로 운행하던 택시(A)를 마주오던 차량(B)이 중앙선을 넘어 충돌하였거나 안전거리를 확보하지 않은 차량(C)이 뒤에서 추돌한 한 경우 자동차손해배상보장법상 운행자는 동법 제3조에 의하여 승객에 대한 인사사고에 대해서는 무과실책임을 지며, 이때 운행자의 책임은 일반불법행위책임과는 구별된다. 비록 무과실의 운행자(A)와 다른 불법행위자(B와 C)는 공동불법행위자는 아니지만, 피해자 보호차원에서 부진정연대책임을 지는 것에 불과하다(강봉석, 앞의 논문(주 7), 144면; 홍성주, 앞의 논문(주 10), 20면).

84) 대법원 2005.10.13. 선고 2003다24147 판결.

85) 그러나 구상권에 관한 규정이 있다고 당연히 책임공동체가 되는 것은 아니라고 한다. 예를 들어 국가배상법 제5조 제1항에 의하여 국가나 지방자치단체가 도로·하천, 그 밖의 공공의 영조물의 설치나 관리의 하자가 있기 때문에 타인에게 손해를 배상한 경우에, 제2항에 의하여 손해의 원인에 대하여 책임을 질 자가 따로 있는 경우에는 구상권을 행사할 수 있는데, 손해의 원인에 대하여 책임을 질 자가 없을 때에는 구상할 수 없고 제1항의 책임만이 발생하기 때문에, 이는 당연한 규정이며, 책임단일체의 근거를 규정하는 조항은 아니라고 한다(강봉석, 앞의 논문(주 7), 149면).

호간의 내부관계에서 최종적으로 전부의 책임을 부담하여야 할 채무자, 즉 피용자가 변제한 경우에는 다른 부진정연대채무자인 사용자에게 구상권을 행사할 수 없다.

두 번째는 사용자가 피용자와 대체적 책임관계 또는 이와 유사한 관계가 있는 경우인데, 이때 피용자와 사용자는 하나의 책임단위를 이루게 된다. 즉 이 경우 피용자와 사용자는 자신들의 부담부분에 대하여 개별적이 아닌 단일체로서 책임을 부담하는 책임단일체를 구성하게 되어 구상관계에서 1인으로 취급된다.⁸⁶⁾ 예를 들어 甲과 乙의 공동불법행위자로서 책임을 지는데, 丙이 甲의 사용자로서 사용자책임을 부담하는 경우이다.

만약 乙이 피해자에게 자신의 부담부분을 넘어 배상하게 되면 제3자는 피용자와 사용자에게 구상권을 행사할 수 있는데, 이 경우 피용자 甲과 사용자 丙이 부담하는 채무의 성질은 분할채무가 아니라, 부진정연대채무이다. 따라서 乙은 甲(피용자)과 丙(사용자)에 대하여 각각의 부담부분을 개별적으로 주장·입증할 필요가 없으며, 피용자의 무자력으로 인한 위험부담은 사용자에게 귀속되는 결과를 가져오게 된다는 것이다.⁸⁷⁾ 피용자 甲과 사용자 丙 사이의 구상관계는 별개의 것으로 취급된다.

(3) 발생원인은 다르지만 동일한 경제적 목적이 있는 부진정연대채무가 성립한 경우(제3유형)

일반적으로 학설은 부진정연대채무의 경우에는 주관적 공동관계가 없기 때문에 채무자 사이에 부담부분 또는 구상관계가 당연히 발생하는 것으로 보고 있다. 그러나 주관적 공동관계가 없다고 하더라도 채권자가 부진정연대채무자 중 1인에게 먼저 청구권을 행사하고 변제를 받느냐에 따라 그 자만이 책임을 전적으로 부담하고, 그 변제한 자가 다른 부진정연대채무자에게 아무런 구상을 하지 못한다면 불합리한 결과를 초래할 수 있음은 위에서 언급한 바와 같다. 즉 부진정연대채무를 궁극적으로 누가 부담하느냐의 문제를 채권자의 자의에 맡겨 결정하도록 한다면 이는 형평관념에 어긋나는 결과를 초래할 수 있을 것이다.⁸⁸⁾ 따라서 부진정연대채무자 상호간에 손해의 분담을 산정할 수 있는 특별한 관계가

86) 강봉석, 앞의 논문(주 7), 145면.

87) 홍성주, 앞의 논문(주 10), 27면.

88) 강봉석, 앞의 논문(주 7), 144면.

존재하는 경우에는 이에 따라 구상권을 인정하여야 할 것이다.⁸⁹⁾

판례⁹⁰⁾도 “용역계약상 채무불이행으로 인한 손해배상채무와 피고들의 절도라는 불법행위로 인한 손해배상채무는 서로 별개의 원인으로 발생한 독립된 채무이나 동일한 경제적 목적을 가진 채무로서 부진정연대채무의 관계에 있는 복수의 책임주체 내부관계에 있어서는 형평의 원칙상 일정한 부담 부분이 있을 수 있으며, 그 부담 부분은 각자의 고의 및 과실의 정도에 따라 정하여지는 것으로서 부진정연대채무자 중 1인이 자기의 부담 부분 이상을 변제하여 공동의 면책을 얻게 하였을 때에는 다른 부진정연대채무자에게 그 부담 부분의 비율에 따라 구상권을 행사할 수 있다”고 판시함으로써, 공동불법행위의 경우에만 한정해서 구상권을 인정하는 것이 아니라, 채무불이행책임과 불법행위 책임이 경합하는 제3의 유형에 대해서도 부진정연대채무자 중 1인이 자기의 부담부분 이상을 변제하여 공동면책을 얻게 하였을 때에는 다른 부진정연대채무자에게 그 부담부분의 비율에 따라 구상권을 행사할 수 있는 것으로 보고 있다.

이 제3유형의 경우 채무는 부진정연대채무자 각자 단독으로 부담하는 부분이 공동으로 부담하는 부분으로 구별될 수 있고, 부진정연대채무관계가 성립되는 부분은 “중첩되는 부분”내에서만 가능하기 때문에, 구상권의 범위도 이 범위 내에서만 가능하게 된다.

V. 결론

우리민법에는 부진정연대채무에 관한 규정을 두고 있지 않지만, 학설과 판례는 이를 폭넓게 인정하고 있다. 그러나 부진정연대채무와 관련하여 다액채무자가 일부변제한 경우에 다른 소액의 부진정연대채무의 소멸범위와 구상권의 성질 등에 관한 문제는 아직도 학설과 판례가 의견의 일치를 보지 못하고 있는 듯하다. 일부변제의 문제와 관련하여서는 크게 외측설과 과실비율설이 대두되고 있으며, 그 해결방안도 다양하게 제기되고 있는 실정이다. 구상권과 관련하여서도 구상권의 인정 여부와 그 성질 및 범위에 관하여 많은 논의가 진행 중이다.

본고에서는 판례를 검토·분석하여 부진정연대채무를 그 발생원인에 따라 다음

89) 강봉석, 앞의 논문(주 7), 144면.

90) 대법원 2006.1.27. 선고 2005다19378 판결.

의 3가지로 유형화하였다. 즉 공동불법행위(제1유형), 동일한 사실관계에서 발생하는 채무로써 책임단일체를 이루는 경우(제2유형) 그리고 발생원인은 다르지만 동일한 경제적 목적을 가진 경우(제3유형)가 그것이다.

이러한 유형화의 필요성은 특히 채권자와 관계에 있어서 과실의 평가방법(전체 평가설과 개별평가설)과 부진정연대채무자 상호간의 구상권 인정여부와 구상권의 범위 등에서 찾을 수 있다.

물론 일부변제와 관련된 여러 이론은 각각의 장단점을 갖고 있어, 이 일부변제의 문제를 일률적으로 해결하기 어려울 수도 있어 정책적 판단이 필요한 경우도 있겠지만, 이를 유형화하여 유형별로 통일된 기준에 따라 문제를 해결하는 것도 의미가 있는 일일 것이다.

(논문투고일: 2017.2.24, 심사개시일: 2017.3.3, 게재확정일: 2017.3.17)



▶ 임 건 면

부진정연대채무, 일부변제, 과실비율설, 외측설, 구상, 유형화

【참 고 문 헌】

- 강봉석, “부진정연대채무자들이 부담하는 구상채무의 법적 성질”, 민사판례연구 XXVI, 민사판례연구회, 2004.
- 곽윤직, 채권각론 6판, 2003.
- 곽윤직(편집대표), 민법주해 X (1995), XIX (1995). (인용: 필자/민법주해)
- 김동욱, “피용자 본인이 손해의 일부를 변제한 경우 사용자의 손해배상채무의 소멸범위”, 판례연구 제11집, 부산판례연구회, 2000.
- 김봉수, “부진정연대채무에 있어서 다액 채무자의 일부변제에 의한 소액 채무자의 면책 범위”, 아주법학 제8권 4호, 2015.
- 김성용, “많은 손해배상의무자의 일부변제로 인하여 소멸하는 적은 손해배상의무자의 채무의 범위”, 법조 제473호, 1996.2.
- 김성식, “부진정연대채무의 일부변제 등에 관한 법리의 검토 - 대법원 2012. 2. 9. 선고 2009다72094 판결 등 판례에 나타난 손액채무 또는 부대채무의 일부변제로 인한 효과를 중심으로 -”, 저스티스 통권 제138, 2013.
- 김영태, “재판연구관 세미나 자료”, 대법원판례해설 1994년 상반기, 통권 제21호, 법원행정처, 1994
- 김학세, “사용자의 피용자에 대한 구상권의 범위”, 사법논집 제12권, 법원행정처, 1981
- 문진규, “공동불법행위책임론”, 영남법학 제4권 1, 2호, 1998.
- 박영규, “‘부진정 연대채무’ 이론 비판”, 민사법학 제48호, 한국민사법학회, 2010.3.
- 박재윤, “피용자 본인이 손해의 일부를 변제한 경우 사용자의 손해배상의 범위”, 재판의 한길, 김용준 헌법재판소장 화갑기념논문집, 1998.
- 배성호, “부진정연대채무자 중 일인의 일부변제의 효과”, 동아법학 제67권, 2015
- 서종희, “부진정연대채무에서 다액(多額)채무자의 일부변제의 효과 - 외측설에 의한 일원화된 해결방법의 모색 -”, 저스티스 통권 제136, 2013. 6.
- 손철우, “다액의 채무를 부담하는 부진정연대채무자가 일부 변제한 경우 그 변제의 효력”, 민사판례연구 제25권, 박영사, 2003.
- 이상욱, “부진정연대채무론의 판례 법리에 대한 비판적 검토”, 영남법학 제40집,

2015.6.

제철웅, “부진정연대채무 및 일부보증에서 채무자의 일부변제와 변제충당”, 법조 제597호, 2006.6.

제철웅, “부분구상과 전부구상의 구별기준”, 민사판례연구 XXVI, 2004.

최진갑, “복수공동불법행위자 상호간의 구상채무의 성질”, 판례연구 제12집, 부산판례연구회, 2001

한진수, “부진정연대의 관계에 있는 금액이 다른 채무 중 금액이 많은 채무의 일부가 변제 등으로 소멸하는 경우의 법률관계, 서울지방법원 판례연구회, 200년도 제3차 세미나 발표문.

홍성주, “부진정연대채무에서의 구상관계의 성질”, 판례연구 제19집, 부산판례연구회, 2008.

Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, 7. Aufl., 2016 (인용: MünchKomm/집필자)

Palandt Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, 76. Aufl., 2017 (인용: Palandt-집필자)

Selb, Mehrheiten von Gläubiger und Schuldner, 1984.

Abstract

Problems Related to Untrue Joint and Several Obligation & Its Categorization

Im, Geon Myeon

Our Korean civil law does not have a provision about "untrue joint and several obligation", however, there is such notion in cases and theories. There are on going discussion about several problems related to untrue joint and several obligation. The following questions are examples; whether to endorse such notion, how to decide the obligor's negligence, the effect on the obligor(whose the amount of obligation in value is less than the other obligor) where the other obligor(whose the amount of obligation in value is more than the other obligor) made partial performance, formation of recourse & legal characteristics of obligation due to recourse, etc.

According to the scholars who are pro in endorsing the notion, for the joint and several obligation, it does not provide enough protection for the creditor because there are more cases where one obligor can argue the absolute effect so by endorsing such notion it can protect creditors better.

However, by analyzing cases, it is noted that there are many difficulties in solve the above problems. Furthermore, there are cases which should be decided by the policy reason since the solution, which are suggested by the previous studies, also has advantages and disadvantages.

This paper categorized relevant cases into three groups by the criterion

of the basis of the obligation, that is, cases where such obligations arise due to joint tort, cases where the obligations arise from the same facts and form a kind of unity, and cases where the obligations have different grounds but pursue same economic effect. This paper proposes solutions to the problem of evaluation of negligence, partial performance, and legal characteristic of recourse obligation by this categorization.



▶ **Im, Geon Myeon**

Untrue Joint and Several Obligation, Comparative Negligence,
Partial Performance, Fault Ration Theory, Outer Perish Theory,
Recourse, Categorization

대리권 남용행위의 유형분석에 따른 법률관계 재검토*

정 상 현(鄭相鉉)**

【목 차】

- | | |
|------------------------|----------------------|
| I. 서 설 | III. 공모에 의한 대리권 남용행위 |
| II. 대리권 남용행위에 대한 규율 | 1. 반사회적 무효 |
| 1. 대리권 남용행위 제한의 이론적 근거 | 2. 판례의 태도 |
| 2. 판례에서 나타나는 구체적 유형 | 3. 법률관계의 규율 |
| 3. 외국법의 이론적 근거 | IV. 결 어 |
| 4. 학설·판례의 검토와 법률관계 재구성 | |

【국 문 요 약】

대리행위의 성립요건과 유효요건이 모두 충족되었음에도 대리인의 대리권 남용행위에 대하여 본인에 대한 효과귀속을 차단하는 법리가 ‘대리권 남용이론’(Die Lehre des Missbrauches der Vertretungsmacht)이다. 대리인이 본인에게 효과를 귀속시킬 대리의사를 갖고 자신의 대리권 범위 내에서 대리행위를 하였으나, 그 속내가 본인이 아닌 대리인 자신 또는 상대방의 이익을 꾀하기 위한 것이고, 그러한 대리인의 배임적 의도를 상대방이 ‘알았거나 알 수 있었던’ 경우에는 본인에게 대리행위의 효과를 귀속시킬 수 없다는 것이다. 대리권이 없거나 그 범위를 넘은 무권대리(제135조)가 아니므로 대리행위의 효과는 본인에게 귀속되어야 하지만, 상대방의 악의 또는 (중)과실을 근거로 본인에 대한 대리행위의 효과귀속 자체를 차단시키기 위한 법률구성으로, 우리 민법학계의 공통된 인식에 근거하고 있다.

* 이 논문은 성균관대학교의 2015학년도 성균학술연구비에 의하여 연구되었음

** 성균관대학교 법학전문대학원 교수·법학박사

대리권 남용행위는 대리인이 배임적 의사를 갖고 본인을 위한 대리행위를 하면서 상대방과 배임행위를 공모 내지 결탁(Kollusion)한 경우와 그러한 공모나 결탁이 없는 경우로 나눌 수 있다. 특히 후자와 관련하여 대리권 남용행위를 통한 대리인의 배임행위와 그에 대한 상대방의 관여에 근거하여, 대리행위의 법적 효과를 본인에게 귀속시키지 않으려는 이론적 시도는 의미가 있다. 그러나 이러한 법리개발의 필요성 논의가 도외시된 상태에서, 당사자 사이의 이해관계나 관여자의 책임 정도, 다른 제도와와의 관련성 등을 면밀하게 검토하지 않은 채, 대리권 남용론의 정해진 결론에 따라 제시된 근거들은 합리적이고 적절한 평가를 받지 못하였다.

대리권 남용행위의 효과발생을 제한해야 하는 이유는 대리인이 본인의 신뢰를 배반하였다는 사실이 본질적이고, 대리인의 그러한 배신행위를 상대방이 알았거나 알 수 있었음에도 동조하였다는 사실이 그 다음 요인이며, 나아가 배신할 만한 대리인을 본인이 선임하였거나 지속적인 감독을 소홀히 한 사실 역시 요인 중의 하나로 고려되어야 할 것이다. 이와 같이 대리인, 상대방 그리고 본인 모두에게 다소 정도가 다른 책임요인이 있다면, 대리권 남용행위로 인한 법률관계는 이들 사이의 이해관계를 서로 조정하는 방식으로 해결하는 것이 바람직하다. 그러나 기존의 대리권 남용이론은 이들 관련자의 행위태양도 고려하지 않고 그에 따른 대리권 남용행위의 유형에 관계없이, 일률적으로 본인에 대한 효과귀속의 차단, 즉 본인에게 효과를 귀속시킬 것인지 그렇지 않을 것인지, 전부 아니면 무(All or Nothing)의 방법으로 해결해 왔다.

한편 대리권 남용행위 중에는 대리인의 배임행위를 공모하거나 선동, 교사함으로써 대리인 보다 적극적으로 가담한 상대방의 비난성이 증하게 고려되어야 할 유형도 있다. 이러한 유형의 대리권 남용행위는 대리인의 본인에 대한 신뢰를 배반하고 그러한 배임행위에 상대방이 적극적으로 관여하는 구조를 지녔다는 점에서 부동산 이중매매와 유사하다. 그러므로 이러한 유형의 대리권 남용행위는 반사회적 법률행위로서 무효라고 해석해야 하고, 판례 역시 이미 그러한 결론을 나타내고 있다. 물론 반사회적 법률행위의 무효로 인한 불법원인급여의 적용이나 계약의 무효로 인한 신뢰이익의 배상책임 문제는 일반론과 달리 해석해야 할 것이다.

I. 서 설

본인이 대리인을 통하여 법률행위를 하는 경우, 의사표시를 직접 하거나 이를 수령하는 자는 대리인이지만, 그 의사표시의 효과가 귀속되는 자는 본인이다. 우리 민법상 대리행위를 통한 의사표시의 효력이 본인에게 귀속되기 위해서는 대리인이 ‘대리권의 범위 내’에서 ‘본인을 위한 것임을 표시’하여야 한다(제114조 제1항). 이른바 대리권의 존재와 현명이 대리인에 의한 의사표시의 효력을 본인에게 귀속시키는 법률상의 요건이다. 그 외 일반적인 법률행위의 요건으로 당사자의 능력, 의사와 표시의 일치 및 무하자, 목적의 확정·가능·적법·사회적 타당성, 나아가 당사자의 약정이나 법령에서 특별히 정한 요건 역시 충족되어야 하는 것은 대리행위의 경우에도 마찬가지이다.

그런데 이러한 요건이 모두 충족되었음에도 대리인의 대리권에 대한 부적절한 행사를 원인으로 본인에 대한 효과귀속을 차단하는 법리가 있다. 학설과 판례는 이를 ‘대리권 남용이론’(Die Lehre des Missbrauches der Vertretungsmacht)의 범주에서 다루고 있다. 즉 대리인이 본인에게 효과를 귀속시킬 대리의사를 갖고 자신의 대리권 범위 내에서 대리행위를 하였으나, 그 속내가 본인이 아닌 대리인 자신 또는 상대방의 이익을 꾀하기 위한 것이고, 그러한 대리인의 배임적 의도를 상대방이 ‘알았거나 알 수 있었던’ 경우에는 본인에게 대리행위의 효과를 귀속시킬 수 없다는 것이다. 이러한 점에서 대리권이 없는 무권대리 내지 표현대리와 구별된다.¹⁾

대리권 남용행위의 대표적인 예로 금전대차에 대하여 대리권을 가진 대리인이 차용한 금전을 유용할 목적으로 금융기관과 소비대차계약을 체결하는 경우나 토지매수에 대한 대리권을 가진 대리인이 매도인에게 이익이 되도록 턱없이 비싼

1) 우리민법은 법규정의 제목에서 ‘대리권 없는 자가 타인의 대리인’이 된 경우를 ‘무권대리’라고 하고(제130조), 대리권 없이 ‘다른 자의 대리인으로서 계약을 맺은 자’를 ‘무권대리인’이라고 한다(제135조). 그런데 이러한 무권대리 또는 무권대리인의 개념이 정확한 단어의 용법인지는 의문이다. 왜냐하면 ‘무권’이라는 단어와 ‘대리’ 또는 ‘대리인’이라는 단어는 상호 대립적 의미를 갖는 것이어서 하나의 용어로 결합될 수 없기 때문이다. 대리인은 대리권을 가지고 현명을 통하여 타인의 법률행위를 대신함으로써 그 대리행위의 효과를 타인과 상대방 사이에 발생시킬 수 있는 자격을 갖춘 자를 의미한다. 그러므로 대리인은 본질적으로 그 자체가 유권대리인을 의미하고 무권대리인은 대리인이 될 수 없으며, 이러한 점에서 무권대리(인)을 ‘대리권이 없는 대리(인)’이라는 의미로 사용하는 것은 용어사용의 모순이라고 생각한다. 물론 앞서 본 민법조문의 제목이 어떠한 구속력과 상징성을 가지는 지에 대해서는 별도의 논의가 필요할 것이다.

가격으로 매매계약을 체결하는 경우를 들 수 있다. 이러한 행위 자체는 대리권이 없거나 그 범위를 넘은 무권대리(제135조)가 아니므로, 그 대리행위의 효과는 본인에게 귀속되어야 하는 ‘대리권 남용행위’이다. 그에 반하여 ‘대리권 남용이론’은 이러한 대리권 남용행위에 대하여 상대방의 악의 또는 (중)과실을 근거로 본인에 대한 대리행위의 효과귀속을 차단시키기 위한 법률구성이다. 따라서 ‘대리권 남용행위’에 해당하는 것과 그에 대한 ‘대리권 남용이론의 적용’은 별개의 문제이다. 그리고 대리권의 남용은 대리권의 본질에 대한 시각에 따라 다르지만 일반적인 권리남용과 구별되어야 한다. 즉 대리권은 대리인이 본인의 이름으로 의사표시를 하거나 받음으로써 직접 본인에게 그 법률효과를 귀속시킬 수 있는 법률상 ‘지위’ 내지 ‘자격’(Legitimation)일 뿐 본래적 의미의 ‘권리’가 아니라는 견해가 다수를 차지한다.²⁾ 그 외 대리권은 실체가 없는 것(무실체성설)이라고 하거나³⁾, 부차적인 권한(sekundäre Zuständigkeit)일 뿐이라는 견해⁴⁾에 비추어 보더라도, ‘대리권의 남용’이 민법 제2조 제2항에서 규정하는 ‘권리의 남용’과는 다르다.

대리권 남용행위는 대리인과 상대방 사이의 관계에 따라 몇 가지 유형으로 나눌 수 있고, 그에 따라 법적 규율방안도 달라진다. 우선 대리인이 배임적 의사를 갖고 본인을 위한 대리행위를 하면서 상대방과 배임행위를 공모 내지 결탁(Kollusion)한 경우와 그러한 공모나 결탁이 없는 경우로 나눌 수 있다. 전자의 경우는 상대방이 대리인의 배임적 의사에 대하여 악의일 것이고, 후자의 경우는 상대방이 악의일 수도 있고, 선의이지만 과실의 정도에 따라 중대한 과실이 있는 경우와 경과실인 경우, 그리고 과실조차 없는 경우로 나눌 수 있을 것이다.

대리권 남용이론은 상대방이 알았거나 알 수 있는 대리인의 배임적 의도에 따른 대리행위의 효과를 본인에게 귀속시켜서는 안 된다는 우리 민법학계의 공통된 인식에 근거하고 있다. 즉 대리관계에 있어서 상대방 보호는 대리권에 대한 신뢰에 기초하므로 이러한 신뢰가 결여된 경우 그 보호도 박탈된다.⁵⁾ 이러한 법리는

2) 곽윤직, 민법총칙, 박영사, 1999, 369면 ; 김증한, 민법총칙, 박영사, 1983, 275면 ; 이태재, 민법총칙, 법문사, 1981, 283면 ; 장경학, 민법총칙, 법문사, 1995, 533면 ; 황적인, 현대민법론I, 박영사, 1985, 212면 ; 김주수, 민법총칙, 삼영사, 2004, 408면 ; 김기선, 한국민법총칙, 법문사, 1991, 285면 ; 김상용, 민법총칙, 법문사, 2000, 553-554면 ; 고상룡, 민법총칙, 법문사, 2003, 476면 ; 이은영, 민법총칙, 박영사, 2000, 596면 ; 김증한·김학동, 민법총칙, 박영사, 2001, 390면 ; 곽윤직·김재형, 민법총칙, 박영사, 2012, 333면 ; 정기웅, 민법총칙, 법문사, 2009, 433면 ; 강태성, 민법총칙, 대명출판사, 2003, 544면 ; 홍성재, 민법총칙, 대영문화사, 2013, 272면 ; 윤형렬, 민법총칙, 법영사, 2009, 599면 ; 양형우, 민법의 세계, 진원사, 2016, 257면.

3) 이영준, 민법총칙, 박영사, 2007, 520면.

4) 백태승, 민법총칙, 법문사, 2000, 459면.

임의대리와 법정대리를 구분하지 않으며, 법인의 대표자에게도 동일하게 적용된다.⁶⁾ 즉 법인의 대표자는 법인실체설에 의할 경우 대리인과 달리 법인의 기관으로서 업무를 수행하지만, 우리민법이 법인의 대표자에 대하여 대리에 관한 규정을 준용하므로(제59조 제2항), 대표기관의 대표행위를 대리행위와 달리 취급할 이유는 없다.

II. 대리권 남용행위에 대한 규율

1. 대리권 남용행위 제한의 이론적 근거

일반적인 유형의 대리권 남용행위는 대리행위의 요건을 모두 충족한 상태이므로 본인에 대한 법률효과의 귀속을 부정할 수 없지만, 상대방이 대리인의 남용행위를 알았거나 알 수 있었던 경우까지 유효한 효과를 인정하면, 본인에게 돌아갈 수 없는 손해를 끼칠 수 있으므로 그 효과의 귀속을 제한할 필요가 있다. 그 이론적 근거로서는 크게 비진의표시의 효과를 유추적용하거나 신의칙 내지 권리남용금지원칙 위반, 나아가 무권대리의 의제 내지 대리권의 제한, 그리고 이들의 결합설 등이 제시되고 있다.

(1) 비진의표시의 효과 유추적용설

이 견해는 대리권 남용행위를 비진의표시의 외양과 유사하게 파악하여, 대리인이 본인의 이익이 아니라 대리인 자신이나 상대방의 이익을 꾀하기 위하여 대리행위를 한 경우, 그 대리행위로서는 유효하게 성립하지만, 대리인의 사익추구에 대한 배임적 의사를 상대방이 알았거나 알 수 있었을 때에는 민법 제107조 제1항 단서의 취지를 유추하여 대리행위의 효력을 부정한다. 우리나라의 다수설이다.⁷⁾ 이 견해의 구조적 설명은 본인을 위한다는 대리인의 현명에는 본인의 이익

5) Hans Brox, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 8.Aufl., Carl Heymanns Verlag, 1984, Rn.530, S.228 ; Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2.Bd., Das Rechtsgeschäft, 3.Aufl., Springer Verlag, 1979, S.791 ; Dieter Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 10.Aufl., C. F. Müller, 2010, §57 IV 3, Rn.965, S.399.

6) 지원립, 민법강의, 홍문사, 2016, 279면 ; 김상용·박수근, 민법개론, 화산미디어, 2015, 264면 ; 양형우, 전계서, 269면 ; 고상룡, “대리권의 남용과 민법 제107조 제1항 단서의 유추적용”, 사법행정 제25권 제2호, 한국사법행정학회, 1984.2, 61면 ; 손지열, “대표권의 남용”, 민사판례연구 [XI], 박영사, 1991, 3-4면 ; 송덕수, “대리행위와 민법 제107조”, 고시연구 제17권 제7호, 1990.7, 115면.

을 위하여 법률행위를 한다는 의사와 본인에 대한 효과귀속의사가 함께 요구되는데, 대리권 남용행위는 전자의 의사가 빠져 있는 것으로 그 효력을 인정할 수 없기 때문이라고 하면서, 자기계약이나 쌍방대리의 금지(제124조) 역시 같은 취지에서 규정된 것이라고 해석한다.⁸⁾

(2) 권리남용설 내지 신의칙위반설

이 견해는 대리인의 권한남용으로 인한 위험을 누구에게 부담시키는 것이 신의성실의 원칙이나 권리남용금지의 원칙에 부합하는 지를 전제로 한다. 독일에서 전통적으로 인정되었던 악의의 항변(exceptio doli)과 유사한 법리이다. 즉 대리권은 본인의 지배권과 이익권의 범위에 속하고 상대방이 대리인의 권한남용 여부를 조사한다는 것은 기대할 수 없으므로, 대리인의 권한남용으로 인한 위험은 본인이 부담해야 하며, 따라서 대리인의 대리권 남용행위라도 원칙적으로는 유효하다고 전제한다. 그러나 본인에 대한 대리인의 배임적 의사를 상대방이 알았거나 알지 못함에 중과실이 있는 경우까지 본인에 대한 대리행위의 효과귀속을 주장할 수 있도록 하는 것은 신의성실의 원칙에 반하며, 더욱이 상대방이 본인에 대한 효과귀속에 근거하여 이행청구권을 행사하는 것은 권리의 남용이므로 허용되어서는 안된다는 것이다.⁹⁾ 나아가 본질적으로는 이러한 견해와 동일하지만, 상대방이 악의인 경우에 한하여 본인에 대한 효과귀속을 차단하여야 한다는 견해도 있고¹⁰⁾, 악의 또는 이에 준하는 것으로 판단할 수 있을 정도의 명백한 남용이 존재하는 경우로 제한하는 견해도 있다.¹¹⁾

7) 김용한, 민법총칙론, 박영사, 1986, 286면 ; 주재황·김증한편, 주석민법총칙(하), 한국사법행정학회, 1983, 320면 ; 곽윤직, 전계서, 381면 ; 김증한, 전계서, 282면 ; 장경학, 전계서, 555-556면 ; 정기용, 전계서, 445면 ; 윤형렬, 전계서, 620-621면 ; 이용훈, “은행대리의 대리회사총결과 예금계약의 성립”, 민사판례연구[X], 박영사, 1988, 124면 ; 이기용, “대리권의 남용”, 비교사법 제2권 제2호, 한국비교사법학회, 1995, 327면 ; 장재현, “제3자를 위한 대리권행사”, 법학논고 제27집, 경북대학교출판부, 2007.12, 421면 ; 문홍안, “대리권의 남용”, Jurist 제409호, 청림인터랙티브, 2006.2, 386면.

8) 정해상, “대리권남용에 대한 당사자의 책임이론”, 중앙법학 제4집 제2호, 중앙법학회, 2002.9, 260면.

9) 명순구, 민법총칙, 법문사, 2005, 448면 ; 고상룡, 전계서, 501면 ; 홍성재, 전계서, 283면 ; 강태성, 전계서, 597-598면 ; 정동윤, “대표이사의 대리권남용행위의 효력”, 법률신문 1989.1.12.자, 10면 ; 이동홍, “대표이사의 대리권남용행위”, 재판자료 제38집, 회사법상의 제문제, 법원행정처, 1987, 124면 ; 최문기, “법인의 불법행위책임에 관한 소고”, 경성법학 제12호, 경성대학교법학연구소, 2003.10, 66면.

10) 송덕수, 신민법강의, 박영사, 2017, 216면.

11) 하경효, “대리권 남용시의 대리효과 부인의 근거와 요건”, 한국민법이론의 발전(I), 총칙·물권

(3) 무권대리설 내지 대리권제한설

이 견해는 대리권의 남용에 관한 법리를 의사표시이론으로서 비진의표시유추 적용이나 일반원칙으로서 권리남용금지원칙 내지 신의칙 위반의 문제로 해결하지 않고, 대리법 자체의 내부적 해결을 도모해야 한다는 입장이다.¹²⁾ 그리하여 대리권을 남용한 대리행위가 그 범위에서는 일단 무권대리가 된다고 하면서, 대리에 관한 규정 및 대리제도의 목적으로부터 배임대리인의 대리권을 부정할 근거를 찾아야 한다는 태도를 견지한다.¹³⁾

① 첫 번째 견해는 대리권이 대리인의 배임행위를 실현하는데 악용되어 대리권의 독립성과 존재의의에 반하게 되는 경우, 대리권은 그 남용으로 인하여 부정되고 대리인의 대리행위 역시 무권대리가 된다고 하면서, 대리권의 독립성에 존재하는 내재적 한계를 근거로 제시한다. 그러면서 대리권 남용이 되기 위한 요건으로서, 객관적으로는 대리인의 배임행위, 즉 대리인이 자신이나 상대방의 이익을 피하기 위한 행위가 있어야 하고, 주관적으로는 상대방이 대리인의 배임적 의사를 알았거나 정당한 이유 없이 알지 못한 경우여야 하며, 대리인의 고의 또는 과실은 그 요건이 아니라고 한다. 다만 이성적인 일반인의 기준에서 민법 제126조의 표현대리와 관련하여 규정된 ‘정당한 이유’가 있을 때, 즉 상대방이 이성적인 사람이라도 대리인의 배임행위가 있음을 알지 못한 경우에는 표현대리를 매개로 유권대리가 되고, 상대방에게 정당한 이유가 없을 때, 즉 대리행위가 의심스러워 이성적인 사람이라면 그 법률행위를 하지 않았을 것으로 인정되는 경우에는 무권대리로 남는다. 이를 대리권부인설¹⁴⁾이라고 한다.¹⁵⁾

② 두 번째 견해는 위 첫 번째 견해와 달리 대리권의 내재적 한계 등에 대한 언급 없이, 대리권의 남용에 대한 민법 규정의 부재를 보충하기 위하여 이와 가

편, 박영사, 1999, 143-144면. 사실 이 견해는 비진의표시유추적용설과 무권대리설을 비판하면서 이러한 입장을 피력하지만, 후술하는 독일 Flume의 견해와 유사한 것으로, 명확히 권리남용설 내지 신의칙위반설에 해당하는지 불분명하다. 어떤 입장에서는 이를 무권대리설의 하나로 분류한다(홍성재, 전게서, 282면).

12) 엄영진, “대리권 남용론”, 고시계 제35권 제2호, 1990.2, 59면.

13) 이를 ‘대리제도의 본질론’으로 이해하면서 대리권이 남용된 경우 무권대리로 구성해서는 안된다는 견해도 있다. 김준호, 민법강의, 법문사, 2017, 302면.

14) 이영준, 전게서, 553-554면 ; 김주수, 전게서, 419면 ; 이은영, 전게서, 621-622면 ; 김상용, 전게서, 571면 ; 김중환·김학동, 전게서, 408면 ; 양형우, 전게서, 267면.

15) 이 이론에 대한 찬동여부와 관계없이 이를 무권대리설이라고도 하고(이기용, 전계논문, 309면), 내재적 한계설이라고도 하며(하경호, 전계논문, 134면), 정당한 이유기준설이라고도 한다(홍성재, 전게서, 281-282면).

장 유사한 표현대리에 관한 규정을 대리권남용에도 적용하여야 한다는 견해이다. 즉 대리권 남용행위의 이해관계자로서 본인과 대리인 그리고 제3자인 상대방의 이익조정 문제가 본질적으로 마치 표현대리에서의 그것과 같은 양상이라고 전제한다. 그리하여 대리인이 대리권을 남용하여 자기 또는 상대방의 이익을 꾀하기 위하여 행한 배임적 대리행위는 무권대리로서 본인에게 그 효과를 귀속시킬 수 없고, 무권대리에 관한 관련규정(제130조 내지 제136조)을 적용한다. 그런데 대리인이 대리권을 남용한다는 사실을 상대방이 알았거나 과실로 알지 못한 경우에는 표현대리가 되지만, 이로써 본인에게 효과가 바로 귀속되는 것이 아니라, 표현대리에 관한 일반규정에 따라 상대방이 대리권의 행사가 정상적인 것이라고 믿을 만한 정당한 이유가 있는 때, 즉 상대방이 대리권남용 사실에 관하여 선의·무과실인 경우에는 대리행위로서 유효하게 되어 본인에게 법률효과가 귀속된다고 한다. 이를 대리권제한설¹⁶⁾이라고 한다.¹⁷⁾

③ 세 번째 견해는 대리권 남용이론이 본인의 보호를 목적으로 하는 반면 표현대리제도는 상대방 보호를 목적으로 하는 것으로 이들은 그 근본취지를 달리하므로 대리권의 남용행위는 무권대리이지만 이에 대하여 표현대리규정을 원용할 것이 아니라, 대리인의 배임적 의사에 대한 상대방의 공모 내지 악의 또는 배임행위의 명백성을 근거로 본인에 대한 대리행위의 효과귀속을 차단해야 한다는 견해¹⁸⁾이다.¹⁹⁾

(4) 결합설

이 견해는 신의칙설과 무권대리설을 결합하여, 대리권 남용행위임을 상대방이 아는 경우에 상대방에게 유효한 대리행위의 효력을 부여하는 것은 형평에 반하므로 상대방은 본인에게 대리인의 유효한 대리권을 주장하는 것은 신의칙에 반하여 권리남용이라고 한다. 이 때 본인은 대리권남용행위에 대하여 추인권을 가지며(제130조), 무권대리에 관한 민법규정들이 유추적용되어 상대방은 최고권(제131조)과 거절권(제134조)을 행사할 수 있고, 본인의 추인이 없는 경우 상대방의 선택에 따라 무권대리인은 이행책임 또는 손해배상책임(제135조)을 진다는 견해이다.²⁰⁾

16) 손지열/편집대표 광윤직, 민법주해[III], 총칙(3), 박영사, 2002, 46-47면; 지원림, 전게서, 287면.

17) 이 이론에 대한 찬동여부와 관계없이 이를 표현대리설이라고도 한다(하경효, 전게논문, 135면).

18) 백태승, 전게서, 475-476면.

19) 이 견해의 지지 여부와 관계없이 이를 명백설이라고도 한다(홍성재, 전게서, 282면).

20) 김재범, “은행지점장에 의한 배임적 대리행위의 효력”, 대구법학 제2호, 대구대학교법과대학,

2. 판례에서 나타나는 구체적 유형

판례 역시 앞서 살펴 본 이론적 근거 중 하나에 따라 그 태도의 변화를 거쳐 왔다. 주로 비진의표시를 유추적용한 판례가 대다수를 차지하고, 권리남용금지원칙이나 신의칙 위반을 적용한 판례는 대표권 남용에서 일부 나타난다.

(1) 비진의표시의 유추적용 판례

① 본인에 대한 대리효과의 귀속 인정

대리권남용에 관한 본격적 논의가 있기 이전에 판례는 대리인이 대리권의 범위 내에서 개인적 이익을 도모하기 위하여 대리행위를 한 경우에 본인에 대한 대리효과의 귀속을 인정하였다. 물론 그 논의가 시작될 때 주로 문제가 된 것은 대표권의 남용에 관한 것이었으며, 이것이 점차 대리권의 남용으로 확산되었다. 즉 피고 회사의 대표이사가 자신의 아들이 저지른 범죄처벌 무마와 손해배상책임 면제를 위하여 회사 이름으로 원고에 대한 채무를 인수하고 수표를 발행한 사안에서, 대법원은 “채무인수는 적어도 피고 회사의 목적사업을 수행함에 필요한 행위로서 회사의 목적범위 내의 행위라고 할 것이고 이를 피고 회사의 목적범위 외의 행위로서 무효라고 할 수 없다”고 판시하였다.²¹⁾ 당시의 판례는 현재의 시각에서 볼 때 엄연히 대표권 남용에 관한 사례이지만, 결과적으로 대표권의 남용행위라거나 비진의표시 등에 대한 언급 없이, 마치 대표권의 범위와 관련된 문제로 파악한 것으로 보인다. 이러한 태도는 당초 일본을 통하여 우리민법에 도입된 것으로, 대리권 남용에 대한 논의가 시작될 무렵 상당수의 학자나 실무자들은 대리권 남용이 마치 대리권의 범위를 벗어난 범주의 행위에 해당하는 것으로 오해하고 있었기 때문이다.

② 대리권 남용행위의 비진의표시에 대한 검토 부재

대리권 남용에 대한 법리구성의 초기 판례는 비진의표시에 관한 민법 제107조 제1항 단서를 본인에 대한 효과귀속 차단의 근거로 제시하였다. 즉 소외 조합의 이사장 직무대행자 A가 원고 甲 은행으로부터 금전을 차용하면서 표면상으로는 조합의 대표자 형식을 취하였지만 실제로는 차용한 금전을 유용하기 위한 것이었고, 두 차례에 걸친 대차행위 중 甲 은행의 대출담당자 B는 A의 배임적 의도를

2000, 238-239면.

21) 대법원 1968. 5. 21. 선고 68다461 판결.

이미 알고 있었으며, 이를 감독하는 업무부장 C 역시 대출행위의 적부를 심사하지 않는 등 A의 배임적 의도를 알지 못한데 중대한 과실이 있는 상태에서, 원고 甲 은행이 위 조합채무를 연대보증한 피고 乙 외 12인을 상대로 대여금청구소송을 제기한 사안이었다. 이에 대법원은 원심법원판결²²⁾을 그대로 인용하면서, 소외 A의 ‘대리권 남용’이나 ‘비진의표시’ 등을 직접적으로는 언급하지 않고, A가 “소외 조합을 위하여 차용하는 것이 아니라는 점을 원고 은행이 주의하였다더라면 알 수 있었을 경우에 해당”하고, “민법 107조 단서(제1항 단서의 오기로 추정, 필자 부기)를 유추하여 이 건 대차계약은 그 효력을 발생할 수 없다”고 판시한 후, 그렇다면 위 “조합의 채무에 대하여 원고 은행에 대한 채무를 연대보증하기로 한 피고들에게 이 건 대여금의 변제 의무가 없음은 자명한 일”이라고 결론지었다.²³⁾ 이 판례를 보면 법원은 대표자 A의 의사표시가 비진의로서 불일치한 것인지에 대한 판단 없이 민법 제107조 제1항 단서의 적용 여부를 판단하고 있음을 알 수 있다.

③ 대리권 남용행위의 비진의표시 전제

초기와 달리 현재에는 대리권 남용행위를 비진의표시로 전제하고 제107조 제1항 단서를 유추적용하는 판례가 주류를 이루고 있다. 즉 원고가 소외 대리인에게 피고 신용협동조합에 예탁해 달라면서 수차례에 걸쳐 금전을 맡겼는데, 그 대리인이 이를 입금하지 않은 채 자신이 경영하던 회사의 운영자금으로 유용하고, 이자는 자기 돈으로 피고 조합의 금리보다 높은 이율로 계산하여 지급하였으며, 원고에게는 마치 예탁금이 입금된 것처럼 수기식 정기예탁금 증서를 작성하여 교부하였다. 이에 원고가 피고를 상대로 예탁금 반환청구소송을 제기하자, 법원은 “진의 아닌 의사표시가 대리인에 의하여 이루어지고 그 대리인의 진의가 본인의 이익이나 의사에 반하여 자기 또는 제3자의 이익을 위한 배임적인 것임을 그 상대방이 알았거나 알 수 있었을 경우에도 민법 제107조 제1항 단서의 유추해석상 그 대리인의 행위에 대하여 본인은 아무런 책임을 지지 않는다”고 하면서, “상대방이 대리인의 의사표시가 진의 아님을 알았거나 알 수 있었는가의 여부는 표의자인 대리인과 상대방 사이에 있었던 의사표시 형성과정과 그 내용 및 그로 인하여 나타나는 효과 등을 객관적인 사정에 따라 합리적으로 판단하여야 한다”고 판시하였다.²⁴⁾

22) 서울고등법원 1974. 6. 28. 선고 72나1474 판결.

23) 대법원 1975. 3. 25. 선고 74다1452 판결.

그 외 예금주인 원고의 대리인이 피고 금융기관과 예금계약을 체결한 사안에 대해서도 동일한 결론으로 판시하였고²⁵⁾, 증권회사 직원이 고객으로부터 채권과 채권매수대금을 교부받아 증권회사의 계좌에 입금하지 않고 임의로 운용한 사안에 대해서도 마찬가지로 판단하였다.²⁶⁾ 또한 원고 은행 지점의 영업에 관하여 포괄적인 대리권한을 갖고 있는 소외 지점장이 자신의 업무범위에 속하는 양도성예금증서(CD, Certificate of Deposit)를 발행금리보다 높은 이자율로 피고에게 교부하여 할인한 대금을 유용한 사례²⁷⁾와 은행직원이 회사를 인수하려는 자로부터 부정한 청탁과 함께 대가를 지급받기로 하고 인수대상 회사가 매입한 양도성예금증서의 보호예수계약²⁸⁾을 체결한 후 그 증서를 인수인에게 불법적으로 인출하여 이를 담보로 금융기관 대출을 받아 인수자금으로 사용한 사례²⁹⁾, 그리고 피고 상품권유통회사의 영업소장이 원고 회사와 상품권의 구매 관련 계약을 체결한 후 상품권을 유용한 사례³⁰⁾ 등에서도 위와 동일한 근거에 따라 본인에 대한 대리행위의 효과귀속을 부정하였다.³¹⁾

이들 판례들은 초기와 달리, ‘진의 아닌 의사표시가 대리인에 의하여 이루어진 것과 ‘대리인의 진의가 본인의 이익이나 의사에 반하여 자기 또는 제3자의 이익을 위한 배임적인 것’임을 전제로, ‘상대방이 알았거나 알 수 있었을 경우에 민법 제107조 제1항 단서의 유추해석’을 시도하고 있다.

24) 대법원 1999. 1. 15. 선고 98다39602 판결. 물론 이 경우에 대리인의 행위는 외형적·객관적으로 보아 대리인의 직무행위와 관련을 가지는 행위라 할 것이므로 신용협동조합은 대리인의 불법행위로 인한 손해를 배상할 책임이 있다고 하여 사용자책임을 인정하였다.

25) 대법원 1996. 4. 26. 선고 94다29850 판결 ; 대법원 1997. 12. 26. 선고 97다39421 판결 ; 대법원 1998. 2. 27. 선고 97다24382 판결.

26) 대법원 2001. 1. 19. 선고 2000다20694 판결.

27) 대법원 1999. 3. 9. 선고 97다7721·7738 판결.

28) 증권예탁원이나 증권회사 등 금융권이 고객의 유가증권이나 귀중품, 중요 문서 등을 고객 명의로 보관하는 업무로서, 주로 투자자 소유의 유가증권을 유통시키지 않고 별도로 보관하여 주권의 매도가 편리하도록 하는 제도이다. 일반적인 예탁과는 달리 혼합보관을 하지 않고 의뢰인별로 구분하여 별도로 보관하며 의뢰인의 신청시에 반환한다. 대상물의 내용을 명시하고 보관하는 개봉예수와 내용을 밝히지 않고 함에 봉한 채 보관하는 봉함예수로 구분된다. 증권거래소의 경우 신규로 상장하려는 발행회사의 최대주주의 증권거래소 상장 후 6개월간 증권예탁원에 의무보호예수를 해야 한다. 코스닥시장의 경우는 코스닥 등록 후 2년 동안 증권예탁원에 증권을 의무적으로 보호예수하고 1년이 경과하면 매월 최초 보유주식 등의 100분의 5에 상당하는 부분까지 반환하여 매각이 가능하다. 벤처캐피탈은 투자기간이 1년 이상인 경우 코스닥 등록일로부터 3개월간 증권예탁원에 의무적으로 보호예수하고, 투자기간이 1년 미만인 경우에는 6개월간 의무적으로 보호예수하여야 한다.

29) 대법원 2009. 6. 25. 선고 2008다13838 판결.

30) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2006다43767 판결.

31) 대법원 2007. 4. 12. 선고 2004다51542 판결.

한편 우리 판례 중에는 민법 제126조의 권한을 넘은 표현대리가 성립한 경우에도 대리권 남용의 법리를 적용하여 본인에 대한 법률효과의 귀속을 차단한 사례가 있다. 즉 피고 乙은행의 당좌담당대리인 A가 원고 甲과 체결한 예금계약에 관하여, A는 예금업무에 관하여 乙은행을 대리할 권한이 없다고 하더라도 상대방인 乙로서는 A에게 예금계약체결에 관한 권한이 있는 것으로 믿은 데에 정당한 이유가 있다고 보여지므로 위 예금계약은 일응 乙은행에게 그 효력이 귀속되지만, A의 대리행위가 본인인 乙은행의 의사나 이익에 반하여 예금의 형식을 빌어 사채를 끌어 모아 A의 지인 B의 사업자금을 마련함으로써 자기와 B의 이익을 도모하려 한 것이고, 甲이 A의 예금계약의사가 진의 아님을 알았거나 이를 알 수 있었다면 A의 예금계약은 乙은행의 대리행위로서 성립한 것이 아니므로 乙은행은 이에 대하여 아무런 책임이 없다고 판시하였다.³²⁾

(2) 권리남용금지원칙 내지 신의칙 위반 판례

다수의 일반적인 판례와 달리, 법인 대표자의 대표권 남용행위에 대하여 상대방의 악의를 전제로 권리남용금지원칙 내지 신의성실원칙의 위반을 근거로 법인에 대한 상대방의 권리행사를 부정하는 판결이 일부 있다. 즉 피고 투자금융회사의 대표이사인 소외 A는 소외 B 건설회사가 원고로부터 금전을 차용하면서 발행한 어음에 그 지급을 담보하기 위하여 배서를 하였고, 이러한 A의 배서는 오로지 B의 자금조달에 대한 편의를 주기 위한 것이었는데, 원심법원은 원고의 피고에 대한 어음금지급청구를 인용하였고, 피고가 소외 A의 대표권 남용을 근거로 상고하였다. 이에 대법원은 “주식회사의 대표이사가 그 대표권의 범위 내에서 한 행위는 설사 대표이사가 회사의 영리목적과 관계없이 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 그 권한을 남용한 것이라 할지라도 일응 회사의 행위로서 유효하고, 다만 그 행위의 상대방이 그와 같은 정을 알았던 경우에는 그로 인하여 취득한 권리를 회사에 대하여 주장하는 것이 신의칙에 반하므로 회사는 상대방의 악의를 입증하여 그 행위의 효과를 부인할 수 있을 뿐”이라고 판시하여, 상고를 기각하였다.³³⁾ 또한 피고 회사의 대표이사가 자신의 개인채무를 변제하기 위하여 피고 회사의 대표이사 명의로 원고들에게 약속어음을 발행하여 교부한 행위에 대해서, 대법원은 “상대방이 대표이사의 진의를 알았거나 알 수 있었을 때에는 그

32) 대법원 1987. 7. 7. 선고 86다카1004 판결.

33) 대법원 1987. 10. 13. 선고 86다카1522 판결.

로 인하여 취득한 권리를 회사에 대하여 주장하는 것은 신의칙에 반하는 것이므로 회사는 상대방의 악의를 입증하여 그 행위의 효력을 부인할 수 있다”고 판시하였다.³⁴⁾

이들 판례를 보면, 첫 번째 판례는 법원이 피고 회사 대표이사의 어음배서행위가 대표권의 범위를 넘어서지 않는다는 판단에 집중하고 있지만, 이러한 행위가 대표이사 자신이나 상대방인 원고의 이익을 위한 것이 아니라 원고의 채무자인 소외 건설회사의 자금조달에 대한 편의를 위한 것임을 명확히 하고 있음에도, 원고가 ‘악의’라는 이유로 피고에 대한 어음금지급청구를 기각하였고, 두 번째 판결은 대표이사 자신의 이익을 위하여 대표행위를 한 것이고, 신의칙위반을 근거로 효력을 부인하기 위해서는 원고의 ‘악의’ 뿐만 아니라 ‘선의에 대한 과실’도 포함하고 있어서, 판시내용에 다소 차이가 있다.

물론 대표권남용의 경우에도 대다수의 판례는 비진의표시를 유추적용하고 있다. 즉 피고 은행에 예금을 갖고 있던 원고 공제조합의 대표자인 이사장이 공제조합의 영리목적과는 관계없이 이사장 자신의 이익을 도모할 목적으로 공제조합 명의로 예금담보대출을 받은 사안에서, 원고 공제조합이 피고 은행을 상대로 예금반환청구소송을 제기하자, 법원은 “대표이사가 대표권의 범위 내에서 한 행위는 설사 대표이사가 회사의 영리목적과 관계없이 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 그 권한을 남용한 것이라 할지라도 일단 회사의 행위로서 유효하고, 다만 그 행위의 상대방이 대표이사의 진의를 알았거나 알 수 있었을 때에는 회사에 대하여 무효가 되는 것이며, 이는 민법상 법인의 대표자가 대표권한을 남용한 경우에도 마찬가지”라고 판시하였다.³⁵⁾ 그 외에도 피고 회사의 대표자가 어음을 담보로 원고에게 대출을 하면서 대출금의 일부를 유용한 사례³⁶⁾와 피고 회사의 대표이사가 자신의 아들을 위하여 연대보증계약을 체결한 사례³⁷⁾, 주식회사의 대표이사가 권한을 남용하여 채무를 부담한 사례³⁸⁾나 근저당권을 설정한 사례³⁹⁾ 등에서도 동일하게 판시하였다.

34) 대법원 1990. 3. 13. 선고 89다카24360 판결.

35) 대법원 2004. 3. 26. 선고 2003다34045 판결.

36) 대법원 1988. 8. 9. 선고 86다카1858 판결.

37) 대법원 1993. 6. 25. 선고 93다13391 판결.

38) 대법원 1997. 8. 29. 선고 97다18059 판결.

39) 대법원 2008. 5. 15. 선고 2007다23807 판결.

3. 외국법의 이론적 근거

(1) 독일민법상의 근거

독일민법상 대리권의 범위를 넘은 대리행위는 그 법률효과가 본인에게 귀속되지 않고 그 효력이 인정되는 것은 대리권의 범위 내에서 한 대리행위에 한정된다(BGB §166 ①, §177). 대리권 남용행위에 대한 독일법상의 규율은 판례에 의하여 선도되었는데, 주로 초기의 독일제국법원(Reichsgericht) 판례는 대리인과 상대방의 공모에 의한 경우 본인에게 악의의 항변(exceptio doli)을 인정하여 대항할 수 있게 했고, 그 밖의 경우에는 기초적 내부관계와 대리권에 대한 무인성에 따라 본인에 대한 대리효과의 귀속을 인정하였다.⁴⁰⁾

그 후 대리인과 상대방이 공모하지 않았더라도 대리인의 남용행위가 본인의 의사에 반하는 것을 상대방이 알았거나 알 수 있었던 경우(kannte oder hätte erkennen können)에도 악의의 항변을 인정하였는데⁴¹⁾, 대표적인 판례는 1909년에 등장하였다. 즉 어머니가 자신의 사무를 포괄적으로 대신할 수 있는 대리권을 아들에게 수여하였는데, 그 아들이 자신의 채무를 보증하기 위하여 어머니를 대리하여 보증계약을 체결한 사안이었다. 이에 법원은 아들에 의하여 어머니의 이익에 반하는 대리행위가 행해지고, 그 대리권 남용행위에 대하여 상대방인 채권자가 이를 명백하게 인식 가능하였다면(erkennbar), 본인이 상대방에 대하여 악의의 항변으로 대항할 수 있다고 판시하였다.⁴²⁾ 즉 이 판례는 본인과 상대방 사이의 이익충돌(Interessenkollision)이 있는 경우 대리권을 남용함으로써 발생하는 위험은 상대방이 부담해야 하므로 본인에 대한 효과의 귀속을 주장할 수 없다는 것이다. 나아가 대리인과 상대방 사이의 관계가 대리행위의 효과에 미치는 영향이 있음을 인정하였지만, 구체적으로 어떠한 사유에 근거하여 본인과 상대방 사이의 법률효과를 부정하는 것인지는 명확하게 밝히지 않았다.

이에 대한 구체적 사유는 1911년의 판결에 이르러 윤곽이 나타났다. 즉 유언행위자가 상속인을 대리하여 저당권부채권을 양도한 사안에서, 법률은 정당한 거래이익(Verkehrsinteresse)을 보호하며 대리행위에서는 상대방뿐만 아니라 본인의 이익도 보호되어야 하는데, 대리권과 그 원인행위로서의 위임이 서로 구별되

40) RG 1882. 9. 16., RGZ 9, 148 ; Clausdieter Schott, Der Missbrauch der Vertretungsmacht, Acp 171, 1971, S.390.

41) RG 1902. 6. 28., RGZ 52, 96 ; RG 1904. 6. 30., RGZ 58, 356.

42) RG 1909. 6. 14., RGZ 71, 219, 222

지만, 위임계약상 대리인은 본인의 이익을 위하여 위임사무를 처리해야 할 법률상의 지위에 있음에도 이를 위반하여 남용행위를 하게 되면 그것은 대리권에도 영향을 미친다고 보았다. 그리하여 대리인이 본인의 불이익을 알면서 의식적으로 대리권 남용행위를 하고 상대방이 이를 알았거나 알 수 있었어야 할 경우에는 상대방은 대리인과 체결한 법률행위로부터 본인에 대한 권리를 찾을 수 없다고 판시하였다.⁴³⁾ 이 판례는 대리권 수여행위의 원인행위로서 위임계약상 수임인의 위임인에 대한 거래상 이익보호의무를 위반하는 것은 대리인의 대리권에도 영향을 미치게 되고, 이러한 사정을 상대방이 알았거나 알 수 있었던 경우에는 결국 대리권을 남용한 대리인에게 무권대리와 같은 취급을 하게 된다는 의미를 내포하고 있다.

그 후 대리인과 상대방이 공모한 경우에는 본인에게 ‘허용되지 않는 권리취득의 항변’(exceptio doli praeteriti)이 인정되고, 공모하지는 않았지만 상대방이 거래상 요구되는 주의를 했다면 알 수 있었던 경우에는 ‘허용되지 않는 권리행사의 항변’(exceptio doli praesentis)이 인정된다는 일반원리가 정립되었다.⁴⁴⁾

대표권 남용과 관련해서도 초기의 독일판례는 상대방의 인식 여부는 고려하지 않고 대표권 범위 내의 행위에 대해서는 법인에 대한 효력발생을 인정하였다. 즉 시(市)가 운영하는 은행의 대표자로서 시장이 은행을 위하여 상대방으로부터 금전을 차용한 후 송금받은 금전을 은행에 입금하지 않고 개인적으로 유용한 사안에서 은행의 변제책임을 인정하였다.⁴⁵⁾ 그 후 1930년대에 이르러 대표권 남용행위에 대한 상대방의 인식에 따라 그 효과의 귀속을 달리 인정하는 판례이론이 확립되었다. 즉 법인 대표자의 대표권 남용행위에 대하여 상대방이 거래상의 주의를 했더라면 이를 알았거나 알 수 있어야 할 경우에는 법인에게 그 이행책임이 없다는 입장을 취하게 되었다.⁴⁶⁾

독일연방법원(Bundesgerichtshof) 역시 이러한 태도를 이어받아 상대방이 거래상 요구되는 주의(im Verkehr erforderliche Sorgfalt)를 하지 않아 대리인의 배임행위를 알지 못한 경우나 단순한 과실(einfach Fahrlässigkeit)로 알지 못한 경우에도 악의의 항변(Arglistenrede)을 인정하고 있다.⁴⁷⁾ 그 근거는 신의칙에

43) RG 1911. 2. 15., RGZ 75, 299 ; RGZ 134, 67, 72 ; RGZ 143, 196, 201.

44) RGZ 145, 311, 315.

45) RG 1913. 3. 6., JW 1913, 587 ; RG 1917. 2. 13., JW 1917, 594.

46) RGZ 75, 229 ; RG 1934. 11. 5., RGZ 145, 311f. ; RG JW 1931, 2229 ; 1935, 1084.

47) BGHZ 50, 11 ; BGH WM 64, 509. BGH WM 1966, 491은 은행 관련 최초의 판례인데, 1968년 3

관한 독일민법 제242조⁴⁸⁾에서 찾고 있으며, 본인이 통제 의무(Kontrollpflicht)를 다하지 못한 때에는 제254조⁴⁹⁾를 적용하여 상대방의 책임을 완화하고 있다.⁵⁰⁾

월 25일 칼스루에(Karlsruhe)의 독일연방법원 민사 제2부 판결의 사실관계는 다음과 같다. 베를린의 한 사설 은행가(Privatbankier)가 소지하고 있던 22매의 어음을 제시하면서 165만 마르크(한화 약 8억 5천만원)의 지급을 소구권행사의 형태로 피고에게 그 상환을 청구하였다. 피고는 상기 어음의 배서인 중 하나인 티센(Thyssen)은행이었는데, 이 어음에 대한 피고은행의 배서는 이 은행의 베를린지점 지점장에 의하여 대리권남용 하에 이뤄졌고 이러한 사정은 원고 역시 인식 가능하였다. 피고는 원고가 지점장의 배입적 어음배서에 악의적으로 동참하였거나 최소한 과실로 배입적 용태를 알지 못하였다고 주장하면서 소구책임을 부정하였다. 베를린 지방법원은 원고 승소판결을 하였고 제2심 법원에서조차 결과는 동일하였다. 피고는 상고하였고 연방대법원은 독일 민사소송법 제597조 제2항에 따라 문서소송(Urkundenprozess)상 적법한 증거방법의 결여를 이유로 각하하였다. 연방대법원은 지배권(Prokura)과 같은 포괄정형적 대리권의 경우 지배인이 의도적으로 영업주에 대하여 배입적이었고 거래 상대방이 거래상의 주의의무를 해태하여 이러한 배입사실을 알지 못하였다면 본인에 대한 이행청구를 할 수 없다고 판시하였다. 그러나 동 법원은 만약 본인이 대리인에 대한 기대가능한 통제조치를 취하지 못하여 대리권의 남용에 이르게 되었다면, 신의칙에 따라 본인의 권리남용에 대한 항변가능성도 재차 그 법적 근거를 상실할 수밖에 없다고 하였다. 이런 경우 제3자와 본인 사이에 과실상계의 법리에 따른 위험분담이 불가피하며 거래 상대방의 본인에 대한 이행청구는 부분적으로 인용가능하다고 보았다. 이 판례는 후속된 평석들에 의하여 단순한 과실(경과실 포함)로 대리인의 배입사실을 알지 못한 거래 상대방에 대해서도 권리남용의 항변을 인정한 것이 지나치게 본인보호에 치중하였다는 비판을 면할 수 없었다. 그 후의 독일 대법원판례는 결국 거래 상대방에게 최소한 중과실의 비난을 가할 수 있을 때에만 권리행사를 제한시키는 쪽으로 발전되었다. 나아가 학계의 많은 비판을 받았던 부분은 본인이 대리인의 대리권 남용행위를 적절한 감시감독을 해태함으로써 유발시킨 경우, 판례가 독일민법 제254조를 끌어들이 본인과 거래 상대방 사이의 이해조절을 피하면서 그 타협점을 찾으려했던 부분이었다. 즉 독일연방법원은 본인의 과실부분을 계산하여 상대방의 이행청구권의 일부를 인용하는 문언을 취하였다. 이러한 판시내용은 곧 학설에 의하여 상대방이 가질 이행청구와 본인의 손해배상의무를 공동과실의 법리 속에서 부적절하게 타협시킨 결과라는 비난을 받았다. 이 판례는 그 사안내용이 전반적으로 우리나라의 명성수기통장사건(대법원 1987. 10. 13. 선고 86다카1522 판결)과 대단히 흡사하였다. 단지 독일 사안에서는 남용된 대리권이 지배권이었고, 명성사건의 경우는 부분적 포괄대리권을 가진 사용인이었다는 차이는 있었으나, 은행업무상의 배입은 공통된 것이었다. 김정호, “대리권남용의 법리구성”, 법학논집 제33집, 고려대법학연구소, 1997, 613-615면 참조.

48) BGB §242(Leistung nach Treu und Glauben) Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. 독일민법 제242조(신의성실에 좇은 급부) 채무자는 신의성실이 거래관행으로 고려하여 요구하는 대로 급부를 이행할 의무를 진다.

49) BGB §254(Mitverschulden) (1)Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatze sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teile verursacht worden ist. (2)Dies gilt auch dann, wenn sich das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt, daß er unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte noch kennen mußte, oder daß er unterlassen hat, den Schaden abzuwenden, oder zu mindern. Die Vorschrift des §278 findet entsprechende Anwendung. 독일민법 제254조(공동과책) (1)손해의 발생에 피해자의 과책이 공동으로 작용한 경우 배상의무 및 배상범위는 여러 사정에 따라, 특히 어느 당사자가 어떠한 범위에서 주로 손해를 야기하였는가에 따라 정해진다. (2)피해자의 과책이 채무자로 하여금 채무자가 알지 못하고 또한 알아야 했던 것이 아닌 비상하게 높은 손해위험에 대하여 주의하도록 하지 아니한 것 또는 피해자가 손해를 회피하거나 경감하지 아니

대리권남용에 관한 독일의 판례이론은 학설에도 영향을 미쳤다.⁵¹⁾ 이 문제를 이론적으로 설명하기 시작한 것은 테오도르 킵(Theodor Kipp)이었는데, 1900년대 초의 판례가 대리권남용을 양속위반 혹은 악의의 항변이라고 하는 대리법 영역 외의 원리에 따라 해결함에 대하여, 그는 대리법의 영역 내에서의 해결을 역설하였다. 그리하여 대리인의 대리권 남용행위는 상대방이 대리인의 대리권 남용을 알 수 있거나 알아야 하는 경우(erkennen können und müssen)에는 이를 무권대리행위로 이해하고, 본인에 대한 효과의 귀속 여부는 본인의 추인에 따라야 하므로 본인이 대리행위의 유효를 원함에도 상대방이 그 무효를 주장하는 것은 형평에 반한다고 주장하였다.⁵²⁾ Kipp가 대리권 남용행위를 본인의 거래상 이익에 반하는 행위로 파악하자, 그 뒤를 이어 아우구스트 에거(August Egger)는 이로부터 진일보하여, 대리권 남용행위를 대리행위의 대내관계로부터 발생하는 대리인의 의무위반행위로 보면서 본인이 대리권 남용행위임을 근거로 그 법률효과의 귀속을 부정할 수 있는 기준으로서 상대방의 중과실을 제시하였다.⁵³⁾ 한편 볼프강 지베르트(Wolfgang Siebert)와 게르트 린크(Gerd Rinck) 역시 대리인이 본인에 대한 충실의무(Treupflicht)에 위반하는 대리행위임을 상대방이 알 수 있거나 알아야 하는 경우에, 본인의 이익보호를 위하여 무권대리로 취급하는 점에서 Kipp의 이론을 수용하였다.⁵⁴⁾ 함멜과 알버만 역시 같은 취지를 갖고 있었다.⁵⁵⁾

그에 반하여 대리권 남용행위도 대리권이 존재하는 것이므로 이를 유효한 것으로 취급하고, 다만 본인에게 발생한 손해에 대하여 상대방에게 계약체결상의

한 것에 한정되는 경우에도 또한 같다. 제278조는 이에 준용된다.

50) BGHZ 50, 112, 115 ; BGH NJW 1966, 1911.

51) 伊藤進, “ドイツにおける代理の法的構成-Müller-Freienfels代理論以降の諸見解の再検討”, 明大法科大学院論集 第4号, 2008.3, 221頁 이하

52) Theodor Kipp, Zur Lehre von der Vertretung ohne Vertretungsmacht, Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50-Jährigen Bestehen des Reichsgerichts, hrsg. von Otto Schreiber, Bd.2, Berlin, Leipzig, 1929, S.287.

53) August Egger, Mißbrauches der Vertretungsmacht, Beiträge zum Handelsrecht, Festgabe zum 70. Geburtstag von Carl Wieland, Basel, 1934, S.58f.

54) Wolfgang Siebert, Zur Lehre vom Mißbrauch der Vertretungsmacht, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Bd.95, Mohr Siebeck 1934, S.642f. ; Gerd Rinck, Pflichtwidrige Vertretung, Insihgeschäfte und sonstiger Vollmachtmißbrauch nach Deutschen und Englischem Recht unter besonderer Berücksichtigung der Umgehungsfälle, Neue Deutsche Forschungen, Bd.92, Junker und Dünnhaupt, 1936, S.115.

55) Ernst Hammel, Wann wirkt bei der Vertretungsmacht die blosse Überschreitung des zwischen Vertreter und Vertreten bestehenden Innenverhältnisses aus das Aussenverhältnis zwischen Vertretenen un Dritten ein?, JW 1933, S.1877 ; Paul Albermann, Der Missbrauch der Vertretungsmacht, Dissertation Köln, 1935, S.28ff.

과실책임을 묻는 것으로 해석해야 한다는 견해도 주장되었다. 하인리히 레에만(Heinrich Lehmann)⁵⁶⁾과 귄터 조켈(Günter Jöckel)⁵⁷⁾이 이러한 견해를 취하였고, 하인리히 슈톨(Heinrich Stoll) 역시 이러한 입장을 승계하였다. 나아가 Stoll은 대리권 남용행위를 무권대리로 이해하면서, 적용영역에서 법정대리를 제외하고 임의대리만을 대상으로 해야 한다는 입장을 취하면서, 대리권 남용행위의 유형을 의무위반행위와 목적위반행위, 보호의무위반행위로 나누고, 대리인이 처음부터 상대방과 공모하여 의무위반행위를 한 경우에는 반사회적 법률행위로서 독일민법 제138조⁵⁸⁾에 근거하여 무효로 보고, 공모는 없었지만 상대방이 그러한 의무위반사실이나 목적위반사실에 관하여 알고 있었던 경우에는 무권대리행위로 보아 그 법률행위의 효과귀속을 부정하며, 보호의무를 위반하는 정도에 그치는 경우에는 대리행위의 효과를 인정하되 상대방에게 본인에 대한 손해배상책임을 지운다.⁵⁹⁾

한편 클라우디터 쏫트(Claudierter Schott)는 위 Stoll의 유형을 수정하여 지시위반행위, 이해위반행위, 명백한 이해위반행위로 구분한 후, 지시위반은 거래보호의 요청이 우선하므로 외부관계에 영향을 미치지 않아 대리권남용으로 인한 위험은 본인이 부담하고, 이해위반의 경우는 상대방이 남용사실을 알았거나 중대한 과실로 알지 못한 경우에 본인의 항변을 인정하며, 명백한 이해위반의 경우는 상대방의 보호의무가 제한되어 본인의 이익이 거래이익보다 우선하므로 상대방의 인식과 관계 없이 본인에 대한 효과는 발생하지 않는다고 한다.⁶⁰⁾ 또한 게르하르트 프롯츠(Gerhard Frotz)는 대리권 남용행위를 Stoll이 분류한 행위 중 의무위

56) Heinrich Lehmann, Anmerkung zum Urteil des Reichsgerichtes v. 17. 1. 1934 JW 1934, S.683.

57) Günter Jöckel, Die Rechtsfolgen bei Missbrauch und Überschreitung der Vertretungsmacht, insbesondere unter Berücksichtigung eines Mitverschuldens des Vertretenen, Dissertation Goethe-Universität, 1975, S.157f.

58) BGB §138(Sittenwidriges Rechtsgeschäft ; Wucher) (1)Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig. (2)Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren läßt, die in einem auffälligen Mißverhältnis zu der Leistung stehen. 독일민법 제138조(선량한 충속위반의 법률행위 ; 폭리) (1)선량한 풍속에 반하는 법률행위는 무효이다. (2)타인의 궁박, 무경험, 판단능력의 결여 또는 현저한 의지박약을 이용하여 어떠한 급부의 대가로 자신에게 또는 제3자에게 그 급부와 현저히 불균형한 재산적 이익을 약속하게 하거나 공여하게 하는 법률행위는 무효이다.

59) Heinrich Stoll, Der Mißbrauch der Vertretungsmacht, Festschrift für Heinrich Lehmann zum 60. Geburtstag 20. Juli 1936, Weidmann, 1937, S.137.

60) Schott, a. a. O., S.394-398.

반행위로 파악하면서, 법정대리는 손해배상법에 의하여 처리하고 임의대리는 대리법 내에서 해결하는 방법론을 제시하였다. 즉 법정대리인의 의무위반행위는 상대방이 선의이더라도 대리행위의 효과가 발생하지 않으며 본인은 선의의 상대방에게 손해배상책임을 부담하고, 임의대리인의 의무위반행위는 본인이 위험의 발생을 예방하거나 배제하는 것이 가능함에도 그것을 해태한 것이라면 본인에게 그 위험을 부담시키는 것이 합리적이라고 하면서, 상대방이 대리인의 의무위반행위를 알았거나 알지 않으면 안되는 경우는 상대방을 보호할 필요도 없고 그 가치도 없다고 한다.⁶¹⁾ 나아가 베르너 플루메(Werner Flume)는 사적 자치의 원칙상 대리의 본질에 관하여 본인행위설을 취하면서, 대리권 남용행위의 효과와 관련하여 상대방의 악의를 판단하는 기준으로 남용의 명백성(Evidenz des Missbrauch)을 제시하였다. 즉 일반적으로 상대방이 대리권남용을 알았거나 알지 않으면 안 되는 경우(kennenmüssen)에 대리행위의 효과를 부정하고 있으나 그것만으로 대리권이 제거되는 결정적 기준은 될 수 없으며, 적어도 합리적인 사람이라면 대리권의 남용을 알았거나 대리인의 행위가 의심스러워 그 행위에 관여하지 않을 정도이면 남용은 명백한 것으로 볼 수 있다고 한다.⁶²⁾

이러한 독일의 대리권 남용이론에서 대리인의 대리권 남용사실을 상대방이 알았거나 알지 않으면 안 되는 경우에는 상대방의 이익을 보호할 가치가 없으므로 본인에게 대리의 효과는 발생하지 않는다.⁶³⁾ 보다 구체적으로 대리권의 남용이 명백한 경우에는 대리법의 내부적 해결방법으로 대리권의 부인(Verneinung der Vertretungsmacht) 내지 무권대리가 된다고 하고⁶⁴⁾, 명백하지 않은 경우에는 외부적 해결방법으로 권리남용에 따른 항변으로 해결하는데, 대리인이 상대방과 공모한 경우에 본인은 ‘허용되지 않는 권리취득의 항변’(exceptio doli praeteriti)을, 공모하지 않았으나 상대방이 알았거나 알지 않으면 안되는 경우에는 ‘허용되지 않는 권리행사의 항변’(exceptio doli praesentis)을 할 수 있는 것으로 파악

61) Gerhard Frotz, Verkehrsschutz im Vertretungsrecht, Zugleich ein Beitrag zur sozialen Verantwortung als Korrelat privatautonomer Gestaltungsfreiheit, Athenäum, 1972, S.606-622.

62) Flume, a. a. O., S.789f.

63) Ernst Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Carl Heymann Verlag, 1976, S.450 ; Heinz Hübner · Heinrich Lehmann, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 15.Aufl., Lehrbücher und Grundrisse der Rechtswissenschaft, Bd.1, Walter de Gruyter, 1966, §36 VI 3, S.328 ; Heinrich Lange · Helmut Köhler, BGB Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch, 17.Aufl., C. H. Beck, 1980, §48 V 2 a), S.346 ; Medicus, a. a. O., §57 IV 3, Rn.967, S.399.

64) Karl Larenz · Manfred Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, C. H. Beck, 1997, §46 Rn.148, S.896 ; Medicus, a. a. O., §57 IV 3, Rn.967, S.399 ; 김상용, 전거서, 569-570면.

하고 있다. Schott는 악의의 항변에 의한 대리권 남용행위의 금지방법을 외래적 해결책(exogene Lösung)이라 하고, 무권대리로 이해하여 규율하는 태도를 내생적 해결책(endogene Lösung)이라고 하였다.⁶⁵⁾

(2) 독일 외 서구법계의 근거

독일법계의 일부로 평가받는 스위스 역시 대리권 남용행위에 관하여 독일에서와 마찬가지로 상황이 전개되었다. 대리권 남용이 성립하는 경우 본인에게는 상대방에 대하여 악의의 항변권(exceptio doli)이 인정되었다.⁶⁶⁾ 물론 이러한 효과를 상대방의 중과실로 한정할 것인지 아니면 경과실도 포함할 것인지에 대하여 논의가 있지만, 대리인의 명백한 대리권 남용행위에 대해서는 상대방의 보호보다 본인의 이익을 우선시켜야 한다는 것이 일반적인 태도이다.⁶⁷⁾ 오스트리아 역시 유사한 논의가 있고, 대리권 남용에 대한 상대방의 인식가능성(Erkennbarkeit)을 기준으로 하지만, 대체로 중과실인 경우에만 남용을 인정하자는 견해가 유력하다.⁶⁸⁾ 한편 프랑스는 이른바 표현위임(mandat apparent)에서 확장된 제3자 보호법리가 발전되었는데, 여기에 협의의 무권대리(absence de mandat regulier), 월권대리(exces de pouvoir)뿐만 아니라 대리권 남용(abus de pouvoir)도 포함되는 것으로 이해하였다. 이에 따라 권리외관이 존재하지 않는 한 대리권 남용은 본인에게 효력이 없다고 보았으나, 그러한 권리외관의 존재에 대한 요건은 독일의 경우와 마찬가지로 상대방이 알았거나 알 수 있어야 하는 것으로 이해하였다.⁶⁹⁾ 최근 프랑스 법무부(Ministère de la Justice)는 행정명령 제2016-131호를 통하여 민법의 개정 법률안으로 제안한 보고서를 공표하였고⁷⁰⁾, 이를 통한 개정 채무법은 2016년 10월 1일부터 시행되었다. 대리권남용과 관련하여 개정 프

65) Schott, a. a. O., S.394.

66) BGE 77 II 142.

67) Schott, a. a. O., S.399.

68) Schott, a. a. O., S.399f.

69) Schott, a. a. O., S.400f.

70) 프랑스 법무부(Ministère de la Justice)는 재판절차와 법률규정의 현대화 및 간소화를 위한 민법개정 논의의 결과, 2016년 2월 10일 계약, 일반규정, 채무증거 관련 법률개정을 반영한 행정명령 제2016-131호(Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations)를 공표하였다(Ministère de la Justice, Décrets, arrêtés, circulaires, Journal officiel de la République Française, Texte 25 sur 113, 2016.2.11.). 자세한 것은 남효순, “프랑스채권법의 개정과정과 계약의 통칙 및 당사자 사이의 효력에 관하여”, 민사법학 제75호, 한국민사법학회, 2016.6, 97면 이하 ; 김현진, “개정 프랑스 채권법상 계약의 해제·해지”, 민사법학 제75호, 한국민사법학회, 2016.6, 281면 이하 참조

랑스민법은 제1157조에서 “대리인이 본인을 희생시켜 그의 권한들을 남용하는 경우, 본인은 만일 상대방이 그 남용을 알았거나 알았어야 했다면 그 행위의 무효를 원용할 수 있다.”고 규정하였다.⁷¹⁾ 영미법은 대리인의 신의위반행위를 무권대리로 이해하고 본인에 대한 법률효과의 귀속을 부정한다. 물론 그러한 법리가 성립하기 위한 요건으로 거래 당시 상대방의 선의(good faith) 여부가 제시되므로, 이는 상대방의 중과실을 기준으로 하는 것과 내용적으로 동일하게 평가될 수 있다.⁷²⁾

(3) 일본민법상의 근거

일본에서는 우리와 마찬가지로 대리권 남용행위도 형식적으로는 대리권의 범위 내에서 이루어진 대리행위이므로 본인에 대한 법률효과는 귀속되어야 하지만, 상대방이 대리인의 배임적 의도를 알았거나 알 수 있었을 때에는 그 효과의 귀속을 차단하기 위한 이론구성을 시도하였다. 판례와 다수설은 독일에서 주장되지 않은 이른바 심리유보(비진의표시)를 유추하여 대리권 남용행위의 효력을 부정하는 법리를 창안하였다. 이 견해는 대리인이 본인을 위하여 대리행위를 해야 한다는 현명의 의미에 있어서 진의 아닌 의사표시가 있음을 전제로 한다. 즉 일본민법 제99조 제1항(우리민법 제114조 제1항)⁷³⁾의 현명주의에 비추어 ‘본인을 위한

71) Code Civil Article 1157(Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016-art.2) Lorsque le représentant détourne ses pouvoirs au détriment du représenté, ce dernier peut invoquer la nullité de l'acte accompli si le tiers avait connaissance du détournement ou ne pouvait l'ignorer. 프랑스는 2004년 민법 제정 200주년을 맞아 민법개정을 위한 초안작성이 시작되었는데, 그 대표적인 것이 2005년 삐에르 까탈라의 초안(Pierre Catala, Avant-projet de réforme du droit des obligation et de la prescription)과 2008년(계약법), 2011년(책임법), 2013년(채권법일반과 시효법)의 프랑스와 테레 초안(François Terré, Avant-projet de Terré)이다. 프랑스법무부는 2013년 테레 초안을 기본으로 하고 까탈라 초안을 참조하여 2013년 10월 23일 계약법초안(Avant-projet de contrats), 책임법초안(Avant-projet de responsabilité), 채권법초안(Avant-projet de régime des obligations)을 마련하였다. 당초 카탈라초안은 제1119-3조에서 “대리인에 의하여 행해진 권한 외의 행위는 무효로 한다. 다만 본인은 그에 대한 능력을 가진 경우 이를 승인할 수 있다. 본인을 해하는 권한남용행위에 의하여 대리인이 책임을 부담하는 경우에도 동일하다. 다만 제3자가 선의로 계약을 한 때에는 그러하지 아니하다.”고 제안된 바 있고, 이에 따라 법무부 초안은 제41조에서 “대리인이 본인을 해하기 위하여 그 권한을 남용한 때에는 제3자가 알았거나 알 수 있는 상황이었던 경우에는 본인은 그 행위의 무효를 주장할 수 있다.”고 제안되었다.

72) G. H. L. Fridman, The Law of Agency, 2nd, ed., Butterworths, 1966, p.61 et seq. ; Raphael Powell, The law of Agency, Sir Isaac Pitman & Sons, 1961, p.53 et seq. ; Schott, a. a. O., S.401.

73) 우리민법 제114조(대리행위의 효력) 제1항 대리인이 그 권한 내에서 본인을 위한 것임을 표시한 의사표시는 직접 본인에 대하여 효력이 생긴다. 日本民法 第九十九條(代理行爲の要件及び效果) 第一項 代理人がその權限内において本人のためにすることを示してした意思表示は本人に對して直接にその效力を生ずる。

것임을 표시'(本人のためにすることを示)한다는 것은 본인에게 법률효과를 귀속시킬 의사로 보지만, 그러한 의사의 구체적 내용에 '본인의 이익을 위한 표시'를 포함하는 것으로 해석한다. 그리하여 대리권 남용행위는 본인의 이익을 위한다는 표시로서 현명을 하였지만, 진의는 본인 이외의 자의 이익을 위한 것이므로 이들 사이의 불일치에서 심리유보 유추의 가능성을 발견한 것이다. 따라서 그러한 진의와 표시의 불일치, 즉 대리인의 배임적 의도를 상대방이 알았거나 알 수 있었다면, 일본민법 제93조 단서(우리민법 제107조 제1항 단서)⁷⁴⁾를 유추적용하여 대리행위의 효과를 부정할 수 있다는 견해이다.⁷⁵⁾

일본의 판례는 이러한 심리유보의 유추에 근거한 법리를 대표권 남용에 적용하다가 대리권 남용의 경우로 그 적용을 확대하였다. 일본의 초기판례는 대표권 남용이 있더라도 대표권한의 범위 내에서 행해진 대표행위는 유효하므로 그 효과는 본인에게 귀속되고⁷⁶⁾, 그것이 내부적인 의무위반행위에 의하여 이루어지더라도 마찬가지라고 판시하였다.⁷⁷⁾ 그 후 회사의 청산인이 회사를 대표하여 금원을 차용하고 이를 유용한 사안에서, 원칙적으로는 회사의 책임을 인정하지만 상대방이 대표자의 배임적 의사를 알았거나 알 수 있었음을 회사가 증명하면 회사에 대한 효과귀속을 부인할 수 있다는 논리를 처음으로 제시하였다.⁷⁸⁾ 다만 이 판례가 대리인의 배임행위에 대한 상대방의 인식이나 인식가능성을 전제로 하지만, 본인에 대한 대리효과의 귀속을 차단하는 구체적인 근거를 제시하지는 못하였다. 이러한 근거는 1941년 판례에서 구체화되었는데, 대표이사가 자신의 이익을 꾀할 목적으로 회사 명의의 약속어음을 발행하고 상대방이 그러한 배임적 의도를 알고 있었던 경우에 이른바 심리유보의 법리에 근거하여, 즉 비진의표시의 유추적용을 통하여 대리효과의 귀속을 차단하는 이론적 근거를 제시하였다.⁷⁹⁾ 그 후 1963년 최고재판소 최초의 판결⁸⁰⁾에서도, 회사를 사임한 대표이사가 자신의 이익을 도모

74) 우리민법 제107조(진의 아닌 의사표시) 제1항 의사표시는 표의자가 진의 아님을 알고 한 것이라도 그 효력이 있다. 그러나 상대방이 표의자의 진의 아님을 알았거나 알 수 있었을 경우에는 무효로 한다. 日本民法 第九十三條(心裡留保) 意思表示は表意者がその眞意ではないことを知っていたときであつてもそのためにその效力を妨げられない。ただし相對方が表意者の眞意を知り又は知ることができたときはその意思表示は無効とする。

75) 我妻榮, 民法總則, 岩波書店, 1981, 345頁; 星野英一, 民法判例研究 第二卷 I, 有斐閣, 1971, 51頁.

76) 日本大審院判決 1905. 6. 10., 民錄 11・919.

77) 日本大審院判決 1906. 3. 20., 民錄 12・47.

78) 日本大審院判決 1915(大正4). 6. 16., 民錄 21・953.

79) 日本大審院判決 1941. 5. 1., 新聞 4921・14.

80) 張暉根, 前後日本の民事判例動向, 단국대학교출판부, 1982, 35면.

할 목적으로 그 등기 전에 대표이사의 명의로 회사의 물건을 매각한 사안에서, “주식회사의 대표이사가 자기의 이익을 위하여 표면상 회사의 대표자로서 법률행위를 한 경우에, 상대방이 그 대표이사의 진의를 알았거나 알 수 있었을 경우에는 민법 제93조 단서를 유추하여 그 법률행위의 효력이 발생하지 않는다”고 판시하였다.⁸¹⁾

이러한 판례법리는 대표권 남용뿐만 아니라 대리권 남용의 경우에도 동일하게 인정되고 있다. 즉 A회사의 물품구매에 관하여 대리권을 가진 사원 甲이 다른 사원 乙의 이익을 위하여 B회사로부터 A회사 명의로 원료를 구입하여 C회사에 매각하였는데, C회사의 대표이사 丙이 甲의 의도를 알고 있었던 사안에서, 일본 최고재판소는 위 1963년의 판결을 인용한 후 “대리인이 자기 또는 제3자의 이익을 피하기 위하여 권한 내의 행위를 한 때에는 상대방이 대리인의 위 의도를 알았거나 알 수 있었을 경우 민법 제93조 단서규정을 유추하고 본인은 그 행위에 관하여 책임이 없다”고 판시하였다.⁸²⁾ 이는 대리권 남용에 관한 일본 최고재판소 최초의 판결이며⁸³⁾, 대표권 남용과 대리권 남용에 공통적으로 적용되는 일반명제로서 현재까지 유지되고 있는 태도이다.

일본의 학설 역시 독일과 마찬가지로 대리권 남용에 관한 판례이론을 검토하면서 등장하였다. 압도적인 다수설은 앞서 본 바와 같은 심리유보유추설이고, 그 외 다음과 같은 견해가 주장되고 있다. 우선 권리남용 내지 신의칙위반설은 우리나라의 그것과 동일한 내용인데, 악의의 상대방이 계약상의 권리를 행사하는 것은 법의 보호목적을 일탈한 권리남용 내지 신의칙 위반행위로서 허용되지 않는다고 한다.⁸⁴⁾ 무권대리직접형성설은 상대방이 대리인의 남용사실을 알았거나 알 수 있었던 경우는 대리행위가 수권행위로부터 독자성의 제한, 즉 유인적이어서 대리권의 남용이 인정되는 한 무권대리가 된다는 것이며, 그 외 표현대리설⁸⁵⁾이나 자기계약 내지 쌍방대리에 관한 규정을 유추하는 견해⁸⁶⁾도 주장되고 있다.

81) 日本最高裁判所判決 1963(昭和38). 9. 5., 民集 17・8・909, 最高裁判所 昭和35年(オ) 第1388號.

82) 日本最高裁判所判決 1967(昭和42). 4. 20., 民集 21・3・697, 最高裁判所 昭和39年(オ) 第1025號.

83) 浜上則雄, “代理人の權限濫用”, 民法の判例, 第3版, JURIST增刊號, 有斐閣, 1979, 31頁; 高橋三知雄, “代理人の權限濫用と民法第93條(判批)”, 民商法雜誌 第57卷 第5號, 1968, 105頁.

84) 浜上則雄, 전개논문, 30頁.

85) 川島武宜, 民法總則, 法律學全集17, 有斐閣, 1982, 380頁.

86) 谷口知平, “權利濫用の效果”, 權利の濫用(上), 末川博古稀記念論文集, 有斐閣, 1962, 107頁. 이에 대해서는 자기계약을 할 수 있는 권한을 본인이 수여할 가능성이 없으므로 그러한 권한의 남용도 현실성이 없다는 비판이 존재한다. 高橋三知雄, 代理理論の研究, 有斐閣, 1976, 206頁.

한편 최근 일본민법의 개정과정에서 대리권남용과 관련된 규정이 개정안에 포함되었다. 명치 31년(1898년) 시행된 일본민법은 수차례에 걸쳐 부분적으로 개정된 바 있었고⁸⁷⁾, 2000년대 초반을 기점으로 기존의 민법조문과 관련한 새로운 문제의 등장에 따라 채권법을 현대화하고, 독일채무법의 개정(2002년) 등 외국법이나 국제조약 내지 모델법의 등장으로 국제적 거래사회에 합치되는 민법전을 재편할 필요가 있다는 주장이 팽배하였다.⁸⁸⁾ 이러한 취지에 따라 2009년 10월 법무대신이 자문기구인 ‘法制審議會’에 민법개정을 자문한 것이 계기가 되어, 2009년 11월 24일 법무성 산하의 ‘民法(債權關係)部會’가 설치되어 개정작업을 시작하였다. 부회는 2010년 6월 29일 제11회 회의에서, 대리권 남용에 관한 규정의 신설을 제안하면서 최근 개정된 프랑스민법의 당시 초안 등을 소개하고 있다.⁸⁹⁾ 이로부터 5년여의 개정작업을 통하여 2015년 3월 31일 법무성 제안의 ‘民法一部改正案’을 확정하였고, 개정안에서 대리권 남용규정의 신설을 제안하였다. 즉 개정안 제107조는 “대리인이 자기 또는 제3자의 이익을 피할 목적으로 대리권 범위 내의 행위를 한 경우에, 상대방이 그 목적을 알았거나 알 수 있었을 때에는 그 행위는 대리권을 가지지 않은 자의 행위로 본다.”⁹⁰⁾고 규정하였다.⁹¹⁾ 이러한

87) 비교적 중요한 개정으로서 1962년(昭和37) 집합주택에서의 권리의무관계를 명확히 할 목적으로 민법에서의 관련 규정을 삭제하고 ‘건물의 구분소유 등에 관한 법률’ 제정, 1971년(昭和46) 근저당권제도 신설(제398조의 2 내지 제398조의 22), 1987년(昭和62) 특별양자제도 추가(제817조의 2 내지 제817조의 11), 1999년(平成11) 후견, 보좌제도의 개정과 보조제도 신설(제7조 내지 제21조, 제839조 내지 제876조의 10), 2004년 재산법 분야를 카타카나(カタカナ)에서 히라가나(ひらがな)로 변경, 2006년(平成18) 민법의 법인에 관한 규정(제33조 이하)을 거의 삭제하고 ‘일반사단법인 및 일반재단법인에 관한 법률’ 및 ‘공익사단법인 및 공익재단법인의 인정 등에 관한 법률’ 제정 등을 들 수 있다.

88) 학계를 중심으로 한 민간차원의 민법개정 관련 연구로서, 2005년 10월 시작된 가토 마사노부(加藤雅信)교수에 의한 ‘民法改正研究會’와 2006년 10월 7일 시작된 우치다 타카시(内田 貴)교수에 의한 ‘民法(債權法)改正檢討委員會’가 있다. 특히 후자는 채권편 중심의 민법개정 준비작업과 개정시안의 작성을 위한 모임으로서, 2008년 11월 15일 제9회 전체회의에서 민법안의 ‘II-3-23(代理權의 濫用)’을 규정하여 대리권 남용행위를 취소할 수 있는 법률행위로 하고, ‘II-3-24(利益相反行爲・代理權濫用에서의 取消權者)’에서 그 취소권자를 규정하는 것으로 제안하였는데(民法(債權法)改正檢討委員會, 參考資料 民法典の編成(法律行爲關係)イメージ, 第1案 18頁, 第2案 7-8頁, 第3案 10頁, 남용되거나 취소되는 대상을 第1案에서는 ‘契約’, 第2案에서는 ‘行爲’, 第3案에서는 ‘法律行爲’로 수정하였을 뿐 내용은 동일하였다.), 이것은 ‘民法(債權法)改正委員會’가 2009년 1월 24일 전체회의에서 제안한 ‘안 II-3-18(代理權의 濫用)’에서는 대리권 남용행위를 무효인 법률행위로 규정하면서 취소권자에 관한 규정은 삭제되었고(法務省民事局參事官室, 民法(債權法)改正委員會 全體會議, 第5章 「法律行爲」 第3節 「代理及び授權」, 2009. 1. 24, 提案 14頁 이하, 參考資料 43頁 이하), 이를 향후 法務省 차원의 ‘法制審議會 民法(債權關係)部會’에서 논의의 기초자료로 삼았다.

89) 民法(債權關係)の改正に關する檢討事項(8) 詳細版, 民法(債權關係)部會資料 13-1, 13-14頁, 民法(債權關係)部會資料 13-2, 89-91頁.

90) 民法の一部を改正する法律 第百七條(代理權의 濫用) 代理人が自己又は第三者の利益を図る目的

일본의 민법 개정안은 현재 일본국회의 심의를 기다리고 있다.⁹²⁾

한편 우리민법은 1999년 법무부 법무자문위원회에 설치된 민법(재산법)개정특별 분과위원회에 의하여 2001년 11월 민법개정시안이 만들어졌고, 같은 해 12월 공청회를 거친 개정시안을 기초로 2004년 10월 정부안으로 확정된 ‘민법중개정법률(안)’(이하 2004년 개정안)이 국회에 제출되었다가 국회의 임기만료에 의하여 자동폐기된 바 있다. 그 후 민법시행 50주년을 목전에 둔 2009년 2월 4일 법무부에 민법개정위원회가 다시 설치되었다. 동 위원회에서는 아직 학설과 판례가 대리권남용에 대한 근거나 요건 등에 대하여 일치되지 않았음에도 개정안에 포함시킬 것을 전제로 논의하였다. 구체적인 규정 위치와 관련하여 제114조에 포섭하는 방안⁹³⁾, 제114조의 2로 신설하는 방안⁹⁴⁾, 새로이 신설하는 방안⁹⁵⁾ 등이 제시된 바 있으며, 이에 대한 논의가 진행 중이다.

で代理權の範圍内の行爲をした場合にをいて相手方がその目的を知り又は知ることができたときはその行爲は代理權を有しない者がした行爲とみなす。

- 91) 2015년 3월 31일 제안된 民法の一部を改正する法律, 9頁 ; 民法の一部を改正する法律案新舊對照條文, 10-11頁.
- 92) 法制審議會 民法(債權關係)部會의 개정작업은 2011년 2월 8일 제22회 회의에서 중간 논점정리를 위한 논의(부회자료 23)를 거쳐, 2011년 4월 12일 제26회 회의에서 ‘民法(債權關係)의改正에 관한 中間的인 論點整理案’을 발표하였고, 2011년 10월 11일 33회 회의 제2독회(4)의 논의(부회자료 29), 2012년 12월 4일 중간시안 작성을 위한 제64회 회의(부회자료 53)를 거쳐, 2013년 2월 26일 제71회 회의에서 ‘中間試案’을 공표하였다. 2013년 9월 10일 제76회 제3독회(3)에서 요강안을 위한 검토(부회자료 66A), 2014년 6월 10일 제90회 제3독회(17)의 논의(부회자료 79-1, 2), 2014년 8월 5일 제95회 제3독회(22) 논의(부회자료 82-1)를 통하여, 2014년 8월 26일 제96회 회의 제3독회(23)에서 ‘要綱假案’의 결정으로 부회에서의 민법개정 논의가 일단락 되었다. 이후 구체적인 조문안의 표현과 추가적인 논제의 심의를 거쳐 2015년 2월 10일 ‘要綱案’을 확정, 같은 달 24일 法制審議會 總會에서 원안대로 통과되었다. 이 요강안이 ‘民法一部改正案’으로 확정된 것이다.
- 93) 민법 제114조(대리행위의 효력)에 제3항과 제4항을 신설하는 방법으로 ①현재와 동일, ②현재와 동일, ③대리인이 그 권한 내에서 본인의 이익에 반하여 자기 또는 타인의 이익을 위하여 의사표시[법률행위]를 한 경우에도 제1항과 같다. 단, 상대방이 그 사정을 알았거나 알지 못함에 중대한 과실이 있을 때에는 그러하지 아니하다. ④전항의 경우에 제3자가 권한남용의 사실에 대해 선의이고 또한 중대한 과실이 없었을 때에는, 본인은 전항 단서에 의하여 대리행위의 효력이 생기지 않음[무효]을 그 제3자에게 대항할 수 없다.
- 94) 민법 제114조의 2(대리권의 남용) ①대리인이 그 권한 내에서 본인의 이익에 반하여 자기 또는 타인의 이익을 위하여 의사표시를 한 경우에, 상대방이 그 사정을 알았거나 중대한 과실로 알지 못한 때에는 그 의사표시는 본인에 대하여 효력이 생기지 아니한다. ②본인은 제1항에 의한 대리행위의 무효를 선의의 제3자에게 대항할 수 없다.
- 95) 민법 제○○○조(대리권의 남용) ①대리인이 그 권한 내에서 본인의 이익에 반하여 자기 또는 타인의 이익을 위하여 의사표시[법률행위]를 한 경우에, 상대방이 그 사정을 알았거나 알지 못함에 중대한 과실이 있을 때에는 그 의사표시[법률행위]는 본인에 대하여 효력이 생기지 않는다. ②전항의 경우에 제3자가 대리권 남용의 사실에 대하여 선의이고 또한 중대한 과실이 없었을 때에는, 본인은 전항에 의하여 대리행위의 효력이 생기지 않음[무효]을 그 제3자에게 대항할 수 없다.

4. 학설·판례의 검토와 법률관계 재구성

우리 민법상 학설과 판례의 전개는 일본민법의 상황과 매우 유사하고, 그 구체적인 이론구성은 독일민법과도 맥락을 같이 한다. 이하에서는 국내에서 논의되는 해석론을 재검토하고 그 결론에 따라 구체적인 법률관계를 재구성해 본다.

(1) 대리권 남용이론에 대한 검토

① 비진의표시유추적용설은 대리권남용의 외형적 구조가 비진의표시와 유사하다는 점에 착안하여 비진의표시의 법리를 끌어들이 문제를 손쉽게 해결하려는 이론적 시도로 보인다.⁹⁶⁾ 그러나 이 견해는 대리의 문제를 대리법 이외의 의사표시 영역에서 해결한다는 약점이 있다.⁹⁷⁾ 물론 대리의 본질에 관하여 본인행위설에 따른다면 대리인의 의사가 본인의 의사와 달리 표시된 것이므로 비진의표시에 유사한 것으로도 해석될 수 있다. 그리고 이 견해는 민법 제107조 제1항 단서를 적용하므로 결국 대리행위 자체의 무효를 야기하게 되고, 그렇다면 그 행위의 무효를 전제로 하는 제107조 제2항도 유추적용될 수 있을 것이므로 선의의 제3자 역시 보호가 가능하게 된다.⁹⁸⁾ 그러나 대리의 본질에 대하여 일반적인 입장은 대리인행위설이고, 이에 의한다면 의사와 표시의 불일치를 판단하는 것은 대리인을 기준으로 해야 한다(민법 제116조). 그런데 대리권 남용행위는 본인의 이익을 위한 것이 아니라 대리인 자신이나 상대방을 위한 것이고, 상대방과의 대리행위에 있어서도 대리인은 적법한 대리권에 근거하여 유효한 법률행위를 체결하려는 의사를 가졌으며, 또 현명을 통하여 그 대리행위의 효과를 본인에게 귀속시키려는 의사를 분명히 표시하였기 때문에, 이러한 대리행위에는 의사와 표시에 불일치가 있는 것은 아니어서 이를 비진의의사표시라고 보기는 어렵다.⁹⁹⁾ 그러므로 엄격한 의미에서 이 견해는 비진의표시에 대한 준용도 아니고 유추적용도 아닌 단지 결

96) 송덕수, 전계논문, 118면.

97) 송덕수, 전계논문, 119면 ; 高橋三知雄, 전게서, 232-234頁.

98) 송덕수, 전계논문, 120면.

99) 朴址東, “代理權濫用과 非眞意表示”, 사회과학연구 제4집 제1권(통권 제6호), 영남대학교, 1984.4, 40면 ; 최봉경, “민법에서의 유추와 해석-판례를 거울삼아-”, 법철학연구 제12권 제2호, 2009, 157면 이하 ; 이은영, 전게서, 622면 ; 김증한·김학동, 전게서, 408면 주39 ; 하경효, 전계논문, 143-144면 ; 송덕수, 전계논문, 119면 ; 백태승, 전게서, 475면 ; 지원림, 전게서, 280면 ; 손지열, 전게서, 45면 ; 홍성재, 전게서, 281면 ; 강태성, 전게서, 597면 ; 광윤직·김재형, 전게서, 341면 ; 고상룡, 전계논문, 65면 ; 김재범, 전계논문, 236면 ; 稻本洋之助, “代理權의濫用”, 民法學 I(總論의重要問題), 1976, 233頁.

론적인 명제만을 빌린 표현에 지나지 않는다.¹⁰⁰⁾ 일본에서는 이러한 비판을 달리 표현하여 비진의표시에 대한 ‘가탁’(假託)이라고 한다.¹⁰¹⁾ 만일 대리인과 상대방의 대리행위가 비진의표시라고 전제하더라도 이를 상대방이 알았거나 알 수 있었다면 민법 제107조에 의하여 ‘당연히 무효’가 되므로, 비진의표시의 ‘유추’를 언급하지 않더라도 본인에 대한 효과귀속은 차단될 수 있다. 또한 이 학설에 따르면 상대방이 대리인의 배임사실을 안 경우뿐만 아니라 알 수 있었던 경우에도 대리행위의 효과를 부인하게 되는데, 이는 상대방에게 대리인의 배임사실 여부에 대한 조사사무를 부과하는 셈이 되어 거래의 안전이라는 대리제도의 존재기반을 저해하게 된다.¹⁰²⁾ 비진의표시에 관한 민법 제107조 제1항은 유효이고 단서는 상대방의 악의 또는 경과실 있는 선의에 근거하여 무효임을 규정하지만, 독일의 경우 비진의표시에 대한 제116조 제1문은 유효이고 제2문은 상대방의 악의를 전제로 무효로 규정하고 있으며¹⁰³⁾, 이 규정에 대한 학자들의 평가가 엇갈리고 있다.¹⁰⁴⁾ 나아가 현명의 의미에 비추어 보아도, 대리인이 대리행위를 할 때 ‘본인을 위하여’라고 현명하는 것(제114조)은 본인에 대한 효과귀속의사를 의미할 뿐 본인의 이익을 위한 것은 아니다.¹⁰⁵⁾ 대리인이 자신 또는 상대방의 이익을 위한다는 것은 단지 동기에 불과할 뿐이며, 이에 따라 대리인사 자체가 비진의표시로 되는 것은 아니다.¹⁰⁶⁾ 만일 현명의 의미를 본인의 이익을 위한다는 의사와 본인에 대한 효과귀속의사를 포함하는 것으로 이해한다면, 대리권 남용행위는 본인의 이익을 위한다는 의사가 빠져 있는 것이므로 결국 현명 자체가 없는 것이나 마찬가지이고, 그렇다면 본인에 대한 효과는 발생하지 않으며 대리인과 상대방 사이에서만 유효한 법률행위인 것으로 다루어져야 할 것이다(제115조).

② 권리남용금지원칙 내지 신의칙 위반설에 관해서는 다음과 같은 비판이 있

100) 고상룡, 전계논문, 65면.

101) 高橋三知雄, 전계서, 776頁.

102) 이영준, 전계서, 504면 ; 하경효, 전계논문, 133면 ; 김증한·김학동, 전계서, 408면 주39.

103) BGB §116(Geheimer Vorbehalt) Eine Willenserklärung ist nicht deshalb nichtig, weil sich der Erklärende insgeheim vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen. Die Erklärung ist nichtig, wenn sie einem anderen gegenüber abzugeben ist und dieser den Vorbehalt kennt. 독일민법 제116조(비진의표시) 의사표시는 표의자가 표시된 바를 의욕하지 아니함을 내심에 유보하였다는 이유로 무효가 되지 않는다. 타인에 대하여 행해지는 의사표시의 경우에 상대방이 그 유보를 알고 있는 때에는 의사표시는 무효이다.

104) Larenz는 이 규정이 잘못된 것이라고 하고(Larenz·Wolf, a. a. O., §28 Rn.10, S.534f.), Flume, Medicus는 괜찮은 규정이라 평가한다.

105) 강태성, 전계서, 597면.

106) 고상룡, 전계서, 476면 이하 ; 김증한·김학동, 전계서, 408면 주39 ; 이영준, 전계서, 551면.

다. 신의칙위반 내지 권리남용금지 기준이 불명확하고 상대방이 대리권의 남용 사실을 과실로 알지 못한 경우에도 보호한다는 점에서 논리적이지 않다는 비판이 있다.¹⁰⁷⁾ 즉 상대방이 대리인의 대리권남용 사실을 알았다는 사실만으로 그러한 권리남용이나 신의칙위반을 인정할 수 있는지 의문이고, 나아가 상대방이 단지 그러한 사실을 알 수 있었던 경우에는 더욱 그러하다. 또한 이 견해 역시 비진의 표시유추적용설과 마찬가지로 대리의 문제를 대리법 이외의 원리로 설명하는 것일 뿐이고¹⁰⁸⁾, 결국 일반조항의 원용이 되어 바람직하지 못하다.¹⁰⁹⁾ 즉 일반조항은 통상적인 법해석의 결과로서는 어떤 권리의 발생을 부정할 방법이 없음에도 그 권리행사가 신의칙에 반하는 경우에 예외적으로 적용되는 것이며, 조리에 입각한 통상적인 법해석의 방법으로 당해 권리발생이 저지될 수 있는 경우라면 일반조항의 원용은 불필요하며 부적절하다.¹¹⁰⁾ 나아가 권리남용금지원칙 내지 신의칙 위반의 경우에 그 효과로서 권리를 박탈하는 것이 가능한지도 의문이다. 친권을 남용한 경우 친권을 박탈하는 경우에 대해서는 명문의 근거규정(제924조)이 있지만, 대리권남용의 경우에는 그러한 명문규정이 없기 때문이다. 그리고 일단 적법한 대리권의 행사라고 하여 법률행위의 유효한 성립을 인정할 다음 그 법률행위로 취득한 권리의 행사가 권리남용으로 허용되지 않는다고 하는 것은 방법론 상으로도 적절하지 않다.¹¹¹⁾ 이 견해에 따라 상대방이 본인에 대하여 자신의 급부청구권을 행사하는 것이 신의칙에 반하거나 권리남용이라고 한다면, 그 급부청구권의 근거로서 대리인과 상대방 사이의 대리행위는 유효해야 하는데, 그렇다면 상대방이 본인에게 이행청구를 할 때 본인이 이를 거절하는 것은 가능하더라도, 본인이 이행을 한 후에 그 이행한 급부의 반환을 청구할 수 있도록 해야 할 텐데 이것은 어떠한 근거에 따른 것인지 명확한 해답을 제시하지 못한다.¹¹²⁾ 물론 법률행위가 무효인 경우에 준하여 부당이득으로 반환청구를 해야 하는 것으로 해석하는 견해가 있지만¹¹³⁾, 무효가 아님에도 무효에 ‘준하는’ 근거는 무엇인지, 이러한 해석 역시 의제에 따른 결과는 아닌지 의문이다. 적어도 대리권 남용의 경우

107) 지원림, 전게서, 280면.

108) 이영준, 전게서, 502면 ; 송덕수, 전계논문, 119면 ; 하경효, 전계논문, 134면.

109) 송덕수, 전계논문, 119면 ; 손지열, 전게서, 46면 ; 김재범, 전계논문, 237면.

110) 손지열, 전게서, 46면.

111) 손지열, 전게서, 46면.

112) 松本恒雄, “代理權濫用と表見代理”, 判例タイムズ 第435號, 1981, 19頁.

113) 송덕수, 전게서, 216면 ; 高橋三知雄, 전게서, 235頁.

대리행위는 신의칙에 위반하므로 무효라고 하는 정도의 견해는 인정될 수 있겠지만, 이를 상대방의 권리남용으로 해석하게 되면 위와 같은 비판을 면하기 어려울 것으로 보인다. 나아가 이 견해의 해석으로는 제3자 보호규정이 없으므로 선의의 경우에도 제3자를 보호할 수 없다. 그리고 상대방이 악의인 경우로 한정하면서 이 이론을 적용하는 견해는 적용범위가 좁아 대리권남용의 폐단을 적절히 통제할 수 없다는 비판도 있다.¹¹⁴⁾ 한편 대리권은 엄격한 의미에 있어서 ‘권리’가 아니라 단지 자격이나 지위를 의미할 뿐이므로 ‘권리’남용의 법리를 직접적으로 적용할 수 없다는 비판이 있다.¹¹⁵⁾ 그런데 이러한 비판은 권리남용으로 금지되거나 신의칙위반으로 되는 대상은 대리인이 대리권을 남용하였기 때문이 아니라 배임행위에 가담한 상대방이 자신에게 발생한 이행청구권을 행사하는 것이 권리남용이라는 것이므로 적절하지 않은 비판으로 보인다.

③ 무권대리설은 대리권을 남용한 경우 본질상 대리인에게 대리권이 존재하는 유권대리임에도, 그 효과에 있어서 상대방이 그 대리권의 남용을 알았거나 알 수 있었다면 본인에게 효과를 귀속시켜서는 안된다는 이유에서 이를 무권대리로 이해한다. 그러나 이와 같이 대리권의 존재여부를 상대방의 인식여부에 따라 결정하게 되므로 동일한 대리행위가 어떤 경우에는 유권대리가 되고 또 어떤 경우에는 무권대리가 되는 결과는 근거 없는 의제에 지나지 않는다고 생각한다.¹¹⁶⁾ 그리고 이를 무권대리로 해석하여 본인의 추인, 상대방의 무권대리인에 대한 책임 추급 등으로 다루는 방법은 상대방의 보호라는 측면에서도 받아들이기 어렵다.¹¹⁷⁾ 무권대리로 구성하는 경우에 계약의 효력은 본인의 추인 여부에 달려 있는데, 이는 신의칙상 허용될 수 없는 권리행사라는 본인의 항변가능성을 인정하는 것과 마찬가지로 결과이고, 민법에는 상대방이 대리권 없음을 알았거나 알 수 있었을 경우 상대방의 무권대리인에 대한 책임을 물을 수 없도록 규정되어 있기 때문에(제135조 제2항), 대리권 남용으로 본인에 대한 효과를 귀속시킬 수 없게 된 경우에 상대방의 대리인에 대한 무권대리 책임 역시 물을 수 없게 될 것이

114) 이영준, 전게서, 552면 ; 윤형렬, 전게서, 619면.

115) 김증한·김학동, 전게서, 408면 주39 ; 김학동, “대리권의 남용”, 법률행위론의 사적 전개와 과제(이호정교수화갑기념논문집), 박영사, 1998, 313면.

116) 홍성재, 전게서, 282-283면 ; 강태성, 전게서, 597면 ; 고상룡, 전게논문, 511면 ; 이용훈, 전게논문, 124면 ; 하경효, 전게논문, 144면 ; 송덕수, 전게논문, 119면 ; 김재범, 전게논문, 237면 ; 김정호, 전게논문, 618면.

117) 홍성재, 전게서, 280면.

다.¹¹⁸⁾ 물론 이 때 제3자 보호규정이 없으므로 선의의 경우에도 제3자를 보호할 수 없다.¹¹⁹⁾ 그리고 대리인이 자신이나 상대방의 이익을 위하여 대리권을 남용한 것은 내부관계의 설정을 위한 계약상의 의무를 불이행한 것에 지나지 않는데, 그에 대한 의무불이행으로 대리권이 부인된다는 것은 대리행위가 원칙적으로 무인행위라는 점과 조화되지 않는다는 비판도 있다.¹²⁰⁾ 한편 무권대리설은 그 구체적인 내용에 따라 세부적인 설명에 다소 차이가 있는데, 앞서 본 제1설과 제2설이 대리권 남용을 무권대리로 이해하면서, 표현대리에 관한 규정을 적용하는 점과 본인의 보호범위 역시 상대방의 악의나 과실을 모두 포함하고 있는 점에서 유사하지만, 제1설은 대리권의 독립성과 대리인의 효과의사에 존재하는 내재적 한계를 근거로 제시하는 반면, 제2설은 이러한 언급 없이 표현대리규정을 원용한다는 점에서 차이가 있다. 제3설은 대리권남용을 무권대리로 이해하는 점에서는 제1설이나 제2설과 유사하지만, 상대방의 주관적 인식에 따라 표현대리규정을 원용하는 것이 아니라 상대방의 공모나 악의 또는 이에 준하는 배임적 의사의 명백성을 기준으로 본인을 보호하고자 하므로 제1설이나 제2설에 비하여 본인의 보호범위가 다소 좁다. 그러나 대리권의 남용은 엄연한 유권대리에 관한 것이고, 표현대리는 우리민법상의 다수설과 관례에 의할 때 무권대리를 전제로 하므로, 그 기본적인 논의의 출발점이 상이함에도 표현대리설은 이러한 차이를 고려하지 않은 채, 대리권의 남용에 있어서도 표현대리에 관한 규정을 그대로 적용하는 문제점이 있다.¹²¹⁾ 표현대리는 기본적으로 상대방을 보호하는 제도인데, 이를 대리권남용에 적용하여 본인과 상대방 사이의 효과발생을 배척하는 법리로서 원용하는 것은 제도의 본질과 부합하지 않는다.¹²²⁾ 설령 이 견해와 같이 대리권을 남용한 자가 무권대리라고 가정하더라도, 본인이 대리권을 수여한 것은 분명하고 상대방에게 위임장 등을 제시했을 것이므로, 상대방에게는 그 대리권의 존재를 믿는데 대하여 정당한 사유가 있을 가능성이 크다. 그런데 여기에 표현대리규정을 적용하면 매우 모순적인 결론에 도달한다. 즉 대리권 남용행위를 무권대리로 이해하더라도 이 때 상대방이 적법한 대리행위라고 생각한데 대하여 정당한 사유가 있

118) 송덕수, 전게서, 216면 ; 지원림, 전게서, 281면 ; 홍성재, 전게서, 283면 ; 하경효, 전계논문, 144면.

119) 송덕수, 전계논문, 120면.

120) 강태성, 전게서, 597면.

121) 박윤직·김재형, 전게서, 341면 ; 하경효, 전계논문, 135면 ; 稻本洋之助, 전계논문, 232頁.

122) 홍성재, 전게서, 283면.

는 경우는 표현대리가 되고 정당한 사유가 없으면 협의의 무권대리가 될 것이다. 그런데 일반적으로 대리인의 대리권 남용행위에 앞서 본인은 대리인에게 대리권을 수여하고 위임장을 교부했을 것이므로, 그렇다면 이러한 외관을 가진 대리인의 상대방에게는 그 대리인을 유권대리라고 믿을 만한 정당한 사유가 있을 것이고, 따라서 대리권을 남용한 대리인도 협의의 무권대리가 아닌 제125조의 표현대리에 가까운 결과가 될 것이다. 그렇다면 대리권 남용행위이론이 본인에 대한 대리행위의 효과귀속을 차단하는 법리구성입에 반하여, 오히려 민법 제125조의 적용에 따라 본인에게 효과가 귀속됨으로써, 제125조를 전제로 한 무권대리론은 이론구성의 모순에 빠질 수 밖에 없다. 다시 말해, 대리권 남용행위는 무권대리가 되고, 무권대리 중에는 표현대리(제125조)가 성립할 가능성이 크며, 그 결과 유권대리와 같이 본인에 대한 효과가 귀속되어야 하고, 그 효과귀속을 다시 부정해야 하는 모순적인 순환논리에 빠지는 것이다. 독일의 경우에는 우리민법 제125조와 같은 표현대리규정이 없기 때문에 무권대리론에 의한 설명에 문제가 없지만 우리민법의 경우에는 위와 같은 모순이 발생한다. 한편 명백설은 어떠한 배임행위가 명백한 것인지 그 판단기준이 모호하고, 상대방에게 중과실이 없더라도 대리인의 배임행위가 명백하면 대리권이 부정되므로 상대방에게 가혹한 결과가 된다.¹²³⁾

④ 결합설은 신의칙설을 취하는 경우 대리행위 자체는 유효한 상태가 되므로 본인이 만일 그에 따라 이행을 한 후의 반환문제가 취약점으로 등장하자 이를 해결하기 위한 방법으로 주장된 견해로 보인다. 그리하여 일단 신의칙을 견지하지만, 본인과 상대방 사이의 법률효과 발생을 부정하기 위하여 무권대리설을 결합한 것이다. 그러나 하나의 법률행위에 대하여 그 규율을 이중으로 하는 방법이 적절한 것인지 의문이다. 상대방이 안 경우에는 유권대리이지만 상대방의 이행청구가 권리남용이 된다고 하면서, 이 때 상대방의 지위는 무권대리인의 상대방과 동일하게 취급한다고 하는 것이 과연 논리적으로 일관성이 있는지 의문이다. 그리고 무권대리로 보게 된다면 본인의 추인 등이 문제될 텐데, 본인이 추인할 가능성이 없으므로 그 실익이 없다.

123) 홍성재, 전게서, 283면.

(2) 판례의 검토

우리 판례의 대다수는 대리권 남용행위에 대하여 비진의표시임을 전제로 민법 제107조 제1항 단서를 유추적용하고 대리행위의 무효를 선언한다. 그러나 앞서 본 바와 같은 많은 비판이 따르는 것처럼 대리권 남용행위는 의사와 표시가 일치하는 것으로 본질상 비진의표시라고 할 수 없다. 그리고 판례 중에는 제126조의 표현대리가 인정된 사안에 대하여도 대리권 남용이론 중 비진의표시를 유추적용하여 본인에 대한 효과귀속을 차단하고 있다. 물론 표현대리를 유권대리로 보는 견해가 없는 것은 아니고, 표현대리를 무권대리라고 하더라도 일단 법률의 규정에 따라 본인에 대한 효과의 귀속을 인정하는 점에서 유권대리와 동일한 취급을 하고 있다. 그러나 표현대리는 그 본질상 무권대리로 이해되고 있는 것이 확실과 판례의 일반적 태도이므로, 유권대리를 전제로 이해되고 있는 대리권 남용이론을 표현대리에 적용하는 것은 본질의 전도(顛倒)를 야기한다.

(3) 법률관계 재구성

앞서 본 바와 같이 대리권 남용이론으로 제시되는 구체적 근거원리는 모두 타당한 결론의 도출에 실패하였다. 이러한 원리를 개발하게 된 배경은 대리인이 본인에 대한 신뢰를 파괴하고 이를 상대방 역시 알았거나 알 수 있었음에도 본인에 대한 대리행위의 효과를 귀속시키는 것은 본인에게 불측의 손해를 발생시킬 수 있기 때문이라는 결과론적인 부당성을 전제로 한다. 나아가 대리권 남용이론의 등장초기에는 대리권의 남용행위를 무권대리행위와 유사하게 파악하였다는 역사적 측면도 한 몫을 하였다. 그러나 체계적으로 구축된 현대민법이론에서 대리권 남용행위와 무권대리가 엄연히 구별된다는 것 역시 논리적 한계를 더하는 요인이다. 대리권 남용행위에 대한 규율에서 대리인과 상대방에 대한 비난가능성이 큰 것은 사실이지만, 비록 임의대리인에 한정되더라도 믿지 못할 대리인을 선임하고 일을 맡긴 본인에게 잘못이 없다고 단정할 수는 없다. 무엇보다 유권대리인 대리권 남용행위에 대하여 대리행위의 효과를 본인에게 귀속시키지 않을 논리적이고 이론적인 근거가 없다는 것이 가장 본질적인 비판요소이다.

그러므로 대리권 남용행위가 엄연한 유권대리행위이며 현명을 포함하여 법률 행위로서 대리행위의 일반적 요건에 흠결이 없다면, 본인에 대한 효과발생을 차단할 논리적 이론전개는 쉽지 않다. 그렇다면 오히려 본인에 대한 효과귀속은 인정하되, 대리인이 대리권 남용행위를 한 점과 상대방이 이를 알았거나 알 수 있

있다는 점에 대한 유책성에 근거하여 이들의 법률관계를 재구성하는 편이 나올 것이라고 생각한다. 대리권 남용행위로 인한 대리행위의 효과를 본인에게 귀속시킨다는 전제라면 본인이 그로 인하여 손해를 입을 것임은 자명하다. 이러한 본인의 손해를 전보하기 위하여, 대리인에 대해서는 기초적인 내부관계로서 위임 등의 계약에 위반한 채무불이행책임과 불법행위에 근거한 손해배상책임을 지우고, 상대방에 대해서도 불법행위에 기한 손해배상책임을 지울 수 있을 것이다. 물론 이들은 공동불법행위자로서 부진정연대채무를 지게 된다.

물론 기존의 대리권 남용이론에 따라 본인에 대한 효과귀속을 차단하게 되면 본인은 아무런 손해를 입지 않으므로 대리인이나 상대방에 대한 손해배상책임을 지우기 어려울 것이다. 그러나 배임적 대리행위에 의하여 본인에게 이미 급부가 완료된 경우에는 이로 인하여 본인이 이익을 얻을 수도 있다. 우리 판례에서 나타난 사례를 보면, 새마을금고의 이사장과 상무가 농업협동조합중앙회로부터 새마을금고의 업무상 필요한 자금 2억 5,000만 원을 대출받아 새마을금고의 계좌에 보관하면서 이를 개인적인 용도로 사용한 경우, 새마을금고는 법률상 원인이 이익을 얻고 이로 인하여 농업협동조합중앙회에 손해를 가하였으므로 악의의 수익자로서 대출금 상당액의 부당이득을 반환할 의무가 있다고 한 판결이 있다.¹²⁴⁾ 이것은 대리권 남용행위에 의하여 본인에 대한 효과귀속을 부정하더라도 상대방으로부터 이미 금전을 받은 한 사실적인 이득을 취한 것은 틀림이 없으므로 그 부당이득반환을 인정한 것이고, 그 결과 본인은 실제 얻은 이익이 없음에도 부당이득을 반환하여 손해를 입었으므로 대리인에 대하여 나아가 상대방에 대하여 손해배상을 청구할 가능성이 있게 된다.

독일의 경우에도 상대방의 이행청구에 대해서는 본인이 악의의 항변을 하여 본인에 대한 효과귀속을 차단할 수 있음은 앞에서 본 바이다. 그 외 본인이 입은 손해가 있다면 상대방에 대하여 독일민법 제826조¹²⁵⁾에 근거한 불법행위책임을 물을 수 있으며, 대리인에 대해서는 대리의 기초적 내부관계상 위임이나 고용 등의 의무위반책임과 더불어 불법행위책임을 물을 수도 있다.¹²⁶⁾ 손해배상책임의

124) 대법원 2002. 2. 5. 선고 2001다66369 판결.

125) 독일민법 제826조(선량한 풍속위반의 고의적 가해) 선량한 풍속에 위반하여 타인에게 고의로 손해를 가한 자는 그 타인에게 손해를 배상할 책임이 있다. BGB §826(Sittenwidriger vorsätzliche Schädigung) Wer in einer gegen die guten Sitten verstößenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet.

126) Karl-Heinz Schramm, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.I, Allgemeiner Teil, 1.Halbbd, 5.Aufl., C. H. Beck, 2006, 113 zu §164 ; Flume, a. a. O., S.789.

내용 중에는 신뢰이익의 손해(Vertrauensschaden)에 대한 배상책임도 포함될 것이고¹²⁷⁾, 상대방과 대리인은 독일민법 제840조 제1항¹²⁸⁾에 기한 공동불법행위책임을 진다.¹²⁹⁾

III. 공모에 의한 대리권 남용행위

1. 반사회적 무효

대리권 남용행위에 대한 상대방의 악의 내지 과실 여부를 넘어 대리인이 본인에게 해를 끼칠 의도나 목적으로 대리권 남용행위 자체를 상대방과 공모한 경우에는 앞서 본 대리권 남용이론의 적용보다 더욱 강한 법적 제재가 필요하다. 예를 들어 토지매수권한을 가진 대리인이 본인이 필요로 할 만한 토지를 소유하고 있는 자신의 친구에게 미리 주변시세보다 높은 가격의 지급과 초과이익의 분배를 제시하고 서로 공모하여 매매계약을 체결한 경우가 이에 해당한다. 이 유형에 대한 제재의 본질은 대리인과 상대방이 대리권 남용행위를 공모했다는 측면보다는 본인에 대하여 신임관계(fiduciary relation)에 있는 대리인이 본인에 대한 배신행위를 하였고, 이에 상대방이 적극적으로 가담하였다는 데에 있다. 물론 대리인이 상대방과 통모하여 배임적 대리행위를 하였다는 것은 본인의 이익에 반하는 것이고, 대개 상대방으로서는 이미 급부를 받았거나 권리를 취득하였을 것이며, 본인이 무효를 주장하고 이에 대하여 상대방은 행위의 유효를 주장할 것이므로 별다른 논의의 실익이 없다는 견해도 있다.¹³⁰⁾ 그러나 상대방과 공모에 의한 대리권 남용행위라고 하여 이미 급부를 받았거나 권리를 취득하였으리라는 것은 추론일 뿐 모든 경우에 그렇다고 단정할 수 없으며, 무효 또는 유효의 주장자와 논의의 실익과는 무관한 것으로 생각된다.

상대방과 공모하거나 결탁한 대리권 남용행위는 본인에 대한 신뢰를 저버린 대리인의 배임행위에 대하여 상대방이 적극 가담한 모양새가 되므로, 정의관념에

127) Ulrich Leptien, Hans Theodor Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.I, Allgemeiner Teil §§1-240, Verlag W. Kohlhammer, 1988, 19 zu §177, S.1376.

128) 독일민법 제840조(수인의 책임) 제1항 하나의 불법행위로 발생하는 손해에 대하여 수인이 각자 책임을 지는 때에는 그들은 연대책무자로서 책임을 진다. BGB §840(Haftung mehrerer) (1) Sind für den aus einer unerlaubten Handlung entstehenden Schaden mehrere nebeneinander verantwortlich, so haften sie als Gesamtschuldner.

129) Brox, a. a. O., S.228, Rn.531.

130) 김명숙, “타인의 이름을 사용한 법률 행위-판례를 중심으로-”, 안암법학 제27호, 2008.9, 213면.

반하는 반사회적 법률행위로서 민법 제103조에 따라 무효로 해석해야 할 것이다. 물론 이와 같은 견해가 일반적이지만¹³¹⁾, 대리권 남용에 상대방이 함께 모의하는 등 적극 개입한 경우에는 대리권 남용이론을 근거로 하여 대리의 효과를 부인할 수 있을 것이라고 하면서도, 대리권 남용에 대한 위협의 본인부담원칙의 일반적 한계기준으로 제103조를 원용하는 것은 타당하지 않다고 하는 견해도 있다.¹³²⁾ 다만 대리인이 상대방과 공모한 대리권 남용행위에 있어서 상대방이 무효를 주장할 수 있는지와 관련하여 견해의 차이가 나타날 수 있지만, 본인이 선의이고 무과실이라면 상대방은 본인에 대하여 무효를 주장할 수 없다고도 한다.¹³³⁾

독일의 경우에도 대리인이 상대방과 공모하여(Kollusion) 의도적으로 본인을 불이익하게 하는 것은 공서양속에 반하는 법률행위로서 무효(§138 BGB)라는 데에 이론이 없다.¹³⁴⁾ 대리인과 상대방 사이의 부가적 합의의 반사회성은 당사자 사이의 주된 행위에도 영향을 미쳐 오히려 본인의 부담이 된다.¹³⁵⁾

2. 판례의 태도

대리인과 상대방의 공모에 의한 대리권 남용행위에 관하여 우리 민법학계의

131) 안춘수, “대리권 남용”, 법학연구 제5권, 연세대학교 법학연구소, 1995, 156면 ; 김상용, 전게서, 571면 ; 이영준, 전게서, 552면 ; 양형우, 전게서, 268면.

132) 이영준, 전게서, 552면 ; 하경효, 전계논문, 144-145면.

133) 곽중훈, “명의대여에 의한 대출약정과 통정허위표시”, 민사재판의 제문제 제12권, 2003, 222-223면.

134) Heinz Hübner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, Walter de Gruyter, 1985, §47 C Rn.672, S.503 ; Eberhard Schilken, Julius von Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch.1, Allgemeiner Teil, §§164-240, Sellier de Gruyter, 2001, 100 zu §167, S.126 ; Markus Stoffels, Nomos Kommentar BGB, Allgemeiner Teil, Bd.1, 2.Aufl., Nomos, 2012, 85 zu §164, S.1195 ; Brigitte Frensch, Prütting · Wegen · Weinreich BGB Kommentar, 4.Aufl., Luchterhand, 2009, 69 zu §164, S.237 ; Florian Faust, Bürgerlichen Gesetzbuch Allgemeiner Teil, 3.Aufl., Nomos, 2012, §28, Rn.24, S.245 ; Markus Gehrlein, Juris Praxis Kommentar BGB, Bd.1, Allgemeiner Teil, 2.Aufl., Juris GmbH Saarbrücken, 2005, 24 zu §164, S.934 ; Stefan Habermeier, Bamberger · Roth Kommentar zum BGB, Bd.1, C. H. Beck, 2003, 47 zu §167, S.539 ; Heinz Palm, Ermann Handkommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, 13.Aufl., Verlag Otto Schmidt, 2011, 47 zu §167, S.484 ; Georg Bitter · Philipp Maurer · Sebastian Röder, BGB Allgemeiner Teil, 2.Aufl., Verlag Franz Vahlen, 2013, §226, S.156 ; Johannes Wertebuch, BGB Allgemeiner Teil, C. H. Beck, 2010, §28 Rn.31, S.265 ; Manfred Wolf · Jörg Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10.Aufl., C. H. Beck, 2012, §49 Rn.107, S.603 ; Schramm, Münchener Kommentar, 107 zu §164 ; Leptien, Soergel Kommentar, 21 zu §177, S.1377 ; Larenz · Wolf, a. a. O., §46 Rn.148, S.896 ; Medicus, a. a. O., §57 IV 3, Rn.966, S.363 ; Brox, a. a. O., Rn.531, S.228 ; RGZ 130, 131, 142 ; 136, 359, 360 ; BGHZ 141, 357 ; BGH NJW 1954, 1159 ; 1966, 1911 ; 1989, 26 ; 2000, 2896 ; WM 2003, 2456 ; OLG Düsseldorf NJW-RR 1997, 737, 238.

135) BGH NJW 1989, 26, 27.

본격적인 논의가 전개되지는 않지만, 판례 중에는 이를 반사회적 법률행위로 파악하여 그 무효를 선언한 경우가 있어 주목된다.

아파트 건설회사인 피고 乙은 소외 대리인 A와 신축 중인 아파트 600여세대의 분양위임계약을 체결하면서, A에게 직원채용과 분양광고 및 홍보, 분양계약체결, 분양대금납입, 분양일지 작성 및 보고 등의 권한을 수여하였다. 그로부터 약 3개월 후 A는 오래 전부터 알고 지내던 소외 B로부터 분양대상 아파트를 외상으로 분양해 주면 다른 부동산과의 교환형식으로 분양대금을 지급하고 이를 통하여 아파트의 분양 실적을 올리는 동시에 아파트와 교환한 부동산의 가격 상승에 따른 시세 차익으로 분양대금 이외의 자금을 조달하여 스포츠타운사업을 함께 할 수 있다는 제의를 받고 이를 수락하였다. A는 위 아파트 중 63세대를 분양대금도 받지 않은 채 B에게 분양하면서 수분양자란과 동·호수란이 백지로 되어 있는 乙명의로의 분양계약서와 분양대금 완납영수증 각 63매에 乙회사의 법인인감을 날인하여 교부하였고, 며칠 뒤 전화로 그 중 34세대에 대하여 동·호수를 지정해 주었다. 한편 B는 자신의 채권자 소외 C의 명의를 빌려 그 대리인으로서 원고 甲과 사이에, 甲소유인 3억 2,000만 원 상당의 토지 및 건물을 넘겨받고, 그 대가로 분양가 2억 4,600여만 원 상당의 본 건 아파트 6세대를 넘겨주기로 하는 교환계약을 체결하였다. 그 후 甲소유의 토지 및 지상 건물은 C의 명의로 소유권이전등기가 되었으나, 본 건 아파트 6세대에 관하여 乙명의로 소유권보존등기가 된 후, 그 중 5세대는 소외 E 명의로, 나머지 1세대는 소외 F 명의로 각각 소유권이전등기가 경료되었다.

이에 원고 甲은 피고 乙을 상대로 위 아파트 6세대의 소유권이전등기를 청구하였으나, 乙은 B와 甲 사이의 분양계약 무효를 근거로 이행을 거절하였고, 이미 위 아파트는 소외 E와 F의 명의로 소유권이전등기가 경료되어 이행불능이라고 주장하였다. 그러자 甲은 B와 분양계약을 체결한 A의 행위가 대리권의 범위를 넘는 것이라 하더라도 B는 A에게 대리권이 있다고 믿을 만한 정당한 사유가 있으므로, A의 분양대행행위는 권한을 넘은 표현대리에 해당되어 유효하고, 따라서 그 분양계약의 해제와 분양대금 상당액의 대금반환을 청구하였다.

제1심법원은 A의 대리행위는 乙의 대리권 범위를 넘어선 것이며 A에게 대리권이 있다고 믿을 만한 정당한 사유 역시 인정할 수 없으므로, 甲과 乙 사이에 위 아파트에 대한 분양계약이 체결된 것은 아니라고 하면서, 원고 甲의 청구를 기각하였다.¹³⁶⁾ 이에 원고 甲이 항소하였다.

원심법원은 소외 B가 A와 체결한 아파트 63세대의 외상 분양계약은 효력이 없지만, B와 甲 사이에 교환계약의 형식으로 체결한 6세대의 분양계약은 유효하고, 피고 乙이 이들의 배임적 행위와 甲의 인식을 근거로 민법 제107조 제1항 단서에 따른 무효를 주장하였으나 이를 배척하였다. 결국 乙이 위 아파트 6세대를 소외 E와 F에게 양도함으로써 甲에 대한 소유권이전등기의무가 불능이 되었고, 이를 근거로 甲이 B와의 분양계약을 해제하고 불능 당시 시가에 해당하는 분양대금 상당액의 손해배상금지급¹³⁷⁾을 청구하는 것은 허용된다고 하면서, 제1심 법원의 판결을 취소하고 원고의 청구를 인용하였다.¹³⁸⁾

이에 대하여 대법원은 아파트 분양위임계약에 의하여 A가 乙로부터 일정한 대리권을 수여받았지만, A는 B의 제안에 따라 전매차익을 노린 나머지 그에게 아파트 63세대를 외상으로 분양하면서 그 분양대금이 완납된 것처럼 분양계약서 및 영수증을 교부하였으며, B는 이처럼 외상으로 분양받은 아파트 중의 일부인 본 건 아파트 6세대를 甲에게 교환 목적물로 제공한 것이므로, 이러한 A의 행위는 乙의 '위임 취지에 반하는 배임행위에 해당'하고, B는 '그에 적극 가담한 공범임이 명백'하여 그 두 사람 사이의 '아파트 외상분양은 사회질서에 반하는 법률행위로서 무효'이고, 이러한 무효의 분양계약을 전제로 하여 B와 甲 사이에 이루어진 아파트 6세대의 수분양권 양도행위도 특별한 사정이 없는 한 무효일 수밖에 없다고 하면서, 원심판결을 파기·환송하였다.¹³⁹⁾

3. 법률관계의 규율

(1) 대리권남용이론의 비적용

상대방과 공모 내지 결탁한 유형의 대리권 남용행위는 그 자체가 반사회적 법률행위로서 무효이며 본인에게 대리행위의 효과가 귀속되지 않으므로 대리권 남

136) 대전지방법원 천안지원 1996. 11. 13. 선고 96가합1033 판결.

137) 분양계약의 해제로 인한 부당이득반환이 아니라 손해배상청구를 한 이유는 B와 甲 사이에 체결된 분양계약이 B가 채무를 부담하고 있던 C의 대리인으로서 한 것으로 분양계약의 이행행위는 甲이 본 건 아파트의 소유권이전을 받지 못한 반면, 甲은 자신의 소유인 토지와 지상건물의 소유권을 C에게 이전하였기 때문이다. 만일 甲이 부당이득반환을 청구한다면 C를 상대로 하여야 할 것이지만, 어떤 다른 사정으로 C에게 부당이득반환을 청구할 수 없는 사정이 있었으므로, B와 甲 사이의 분양계약에 관여한 D를 乙의 대리인으로 하여 乙에게 효과를 귀속시키고 그 계약의 해체에 근거한 손해배상청구로서 乙을 상대로 한 것이다.

138) 대전고등법원 1997. 11. 14. 선고 97나25 판결.

139) 대법원 1999.9.3. 선고 97다56099 판결.

용이론의 적용과는 관련이 없다.¹⁴⁰⁾ 물론 이 때 대리인은 여전히 유권대리의 지위를 유지하고 있으므로 그 대리행위가 상대방과의 공모에 의하여 반사회적 법률행위가 되었다고 하더라도, 상대방의 본인에 대한 추인의 최고권(제131조)이나 본인의 추인권(제130조) 또는 추인거절권(제132조), 상대방의 철회권(제134조), 대리인의 상대방에 대한 이행책임 또는 손해배상책임(제135조)은 부정되어야 한다. 물론 반사회적 법률행위로서 무효가 된 것이기 때문에 본인이 추인하더라도 유효한 법률행위가 될 수는 없다.¹⁴¹⁾

(2) 불법원인급여의 관계

대리인의 본인에 대한 배임행위에 상대방이 공모하는 등과 같이 적극적으로 가담한 경우 반사회적 법률행위로서 무효라면, 그 결과 본인과 상대방 사이에 미이행급부는 이행할 필요가 없고, 이미 이행한 급부는 부당이득에 따라 반환청구를 할 수 있다(제741조). 그러나 다수설과 판례에 의하면 제103조 위반의 반사회적 법률행위로 인한 급부는 이른바 불법원인급여에 해당하여 그 반환청구가 배척된다(제746조 본문). 물론 급여자와 수익자 사이의 불법성을 비교하여 반환청구를 인정하는 예외도 존재한다(제746조 단서의 탄력적 해석). 다만 의사의 흠결이나 사기, 강박, 악의, 과실 여부로 인한 법률행위의 효력은 대리인을 표준으로 결정하지만(제116조 제1항), 급부의 반사회성은 대리인과 상대방에 의한 것일 뿐 본인에 의한 것은 아니므로, 급부관계의 당사자인 본인과 상대방 사이에서 본인이 급부의 부당이득반환을 청구하는 것은 가능하다고 보아야 할 것이다.

(3) 본인의 손해배상청구권

법률행위가 반사회적이어서 무효이면 본인에 대한 효력이 발생하지 않고, 이미 이행한 급부는 부당이득으로 반환청구를 할 수 있으므로 본인에게 급부이익의 손해는 발생하지 않는다. 다만 본인의 입장에서는 법률행위가 유효할 것이라고 믿음으로 인한 신뢰이익의 손해가 발생할 가능성은 있다. 물론 반사회적 법률행위로서 무효인 경우에는 당사자 사이에 신뢰배상책임이 부정되지만, 이 경우 역시 대리인과 상대방의 반사회성이 문제된 것이지 본인의 반사회성에 따른 것은 아니므로 본인에게 발생한 신뢰이익의 손해가 있는 경우 대리인과 상대방에 대하여

140) 안춘수, 전제논문, 157면.

141) 대법원 2002.3.15. 선고 2001다77352·77369 판결.

그 배상을 청구할 수 있을 것이다.

본인은 대리인에 대하여 그들 사이의 기초적 내부관계에 의한 의무위반을 근거로 손해배상청구가 가능할 뿐만 아니라 불법행위를 근거로 한 손해배상도 청구할 수 있으며, 이들은 경합적으로 인정될 것이다. 대리인이 2인 이상이거나 복대리인이 존재하는 경우에는 이들의 공동불법행위가 성립할 것이다. 한편 상대방이 대리인의 배임행위에 적극적으로 가담함으로써 본인에 대한 손해를 발생시키는 원인이 되었다면, 본인은 상대방에 대해서도 불법행위에 근거한 손해배상청구가 가능할 것이다. 물론 본인에 대한 대리인과 상대방의 손해배상책임은 상대방의 관여형태에 따라 방조, 교사 등 공동불법행위(제760조)가 성립하게 될 것이고, 책임의 본질은 부진정연대채무에 해당할 것이다. 물론 본인에게 대리인의 선임 등에 대한 과실이 있는 경우 과실상계가 인정될 것이고, 법정대리와 임의대리의 경우 대리인 선임절차가 다르므로 본인의 책임이 달리 평가될 수도 있을 것이다.

이와 관련하여 상대방은 이미 이루어진 급부에 대하여 본인이나 법인을 상대로 부당이득의 반환을 구하거나 본인의 사용자책임 또는 법인의 불법행위책임을 묻게 될 것이라는 주장도 있는데¹⁴²⁾, 대리인과 공모하여 본인에게 불이익을 입힐 가능성이 높은 상대방이 오히려 본인을 상대로 부당이득반환을 청구(제741조)하거나 본인에게 사용자책임(제756조) 또는 법인의 불법행위책임(제35조 제1항)을 물을 수 있다는 것은 이해되지 않는다.

독일도 어떤 경우든 이행청구가 본인의 악의의 항변에 대항받음으로 인하여 발생한 손해에 대하여 대리인과 상대방은 독일민법 제826조와 제840조에 따른 적극적인 손해배상책임을 지고¹⁴³⁾, 이들의 책임은 연대채무(Gesamtschuldner)라고 한다.¹⁴⁴⁾

142) 김명숙, 전제논문, 213면.

143) Schilken, Staudinger Kommentar, 105 zu §167, S.127 ; Schramm, Münchener Kommentar, 107 zu §164 ; Leptien, Soergel Kommentar, 21 zu §177, S.1377 ; Flume, a. a. O., S.788 ; Hübner, a. a. O., §47 C, Rn.672, S.503 ; Brox, a. a. O., S.531, S.228 ; Schott, a. a. O., S.385f., 389.

144) Stoffels, Nomos Kommentar, 85 zu §164, S.1195 ; Schramm, Münchener Kommentar, 107 zu §164.

IV. 결 어

대리권 남용행위를 통한 대리인의 배임행위와 그에 대한 상대방의 관여에 근거하여, 대리행위의 법적 효과를 본인에게 귀속시키지 않으려는 이론적 시도는 의미가 있다. 그러나 과연 이러한 법리개발의 필요성이 있는가에 대한 논의는 전혀 도외시 되었고, 나아가 대리제도의 특성이나 당사자 사이의 이해관계, 대리권 남용행위에 대한 관여자의 책임 정도, 다른 제도와의 관련성 등을 면밀하게 검토하지 않은 채, 정해진 결론을 위하여 제시된 근거들은 결국 합리적이고 적절한 결론에 이르지 못한 것으로 평가되었다. 비진의표시유추적용설은 의사와 표시가 일치하는 대리권 남용행위를 그것이 불일치하는 비진의표시로 전제하였고, 권리 남용금지원칙 내지 신의칙 위반설은 대리권 남용행위를 유효하게 인정하지만 그 효과의 귀속을 법의 일반원칙에 따라 제한함으로써 이미 이루어진 이행행위는 어떻게 제한할 것인지에 대한 대답을 하지 못하며, 무권대리설은 엄연히 본인으로부터 대리권을 수여받은 유권대리이고 그 대리권의 범위 내에서 현명을 통하여 한 대리행위를 무권대리라고 전제하는 오류를 범하고 있다.

대리권 남용행위의 효과발생을 제한해야 하는 이유는 대리인이 본인의 신뢰를 배반하였다는 사실이 본질적이고, 대리인의 그러한 배신행위를 상대방이 알았거나 알 수 있었음에도 동조하였다는 사실이 그 다음 요인이며, 나아가 배신할 만한 대리인을 본인이 선임하였거나 지속적인 감독을 소홀히 한 사실 역시 요인 중의 하나로 고려되어야 할 것이다. 이와 같이 대리인, 상대방 그리고 본인 모두에게 다소 정도에 차이가 있더라도 그에 대한 책임요인이 있다면, 대리권 남용행위로 인한 법률관계는 이들 사이의 이해관계를 서로 조정하는 방식으로 해결하는 것이 합리적이고 바람직할 것이다. 그러나 기존의 대리권 남용이론은 이들 관련자의 행위태양도 고려하지 않은 채, 그에 따른 대리권 남용행위의 유형에 관계없이 일률적으로 본인에 대한 효과귀속의 차단, 즉 본인에게 효과를 귀속시킬 것인지 그렇지 않을 것인지, 전부 아니면 무(All or Nothing)의 방법으로 해결해 왔고, 앞에서 본 바와 같이 그 타당성을 인정하기는 어렵다.

한편 대리권 남용행위 중에는 대리인의 배임행위를 공모하거나 선동, 교사함으로써 대리인 보다 적극적으로 가담한 상대방의 비난성이 중하게 고려되어야 할 유형도 있다. 이러한 유형의 대리권 남용행위는 본인에 대한 신뢰를 배반하고 그

러한 배임행위에 상대방이 관여하는 구조를 지녔다는 점에서 부동산 이중매매와 유사하다. 부동산 이중매매에서 매도인의 배임행위는 대리인의 대리권 남용행위이고 제2매수인이 적극적으로 가담한 경우는 상대방이 대리인의 배임행위에 공모하는 것이므로, 이 경우 제2매매계약과 대리인의 대리권 남용행위는 반사회적 법률행위로서 무효라고 해석해야 하고, 앞서 본 바와 같이 판례는 이미 이러한 결론을 나타내고 있다. 물론 반사회적 법률행위의 무효로 인한 불법원인급여의 적용이나 계약의 무효로 인한 신뢰이익의 배상책임 문제는 일반론과 달리 해석되어야 할 것이다.

공모가 없는 대리권 남용행위는 일반적인 기준의 대리권 남용행위이론과 달리 유효한 대리행위로서 본인에 대한 효과의 귀속을 인정해야 할 것이다. 다만 본인과 대리인, 그리고 상대방의 관여 정도에 따라 책임을 분산하는 방법으로, 본인과 상대방 사이의 급부이행으로 발생한 이익의 불균형을 조정하기 위하여 손해배상논리가 필요할 것이다. 그리하여 주로 급부불균형의 손해가 발생하는 본인 측에서 기초적 내부관계로 인한 계약상의 의무를 위반한 대리인과 대리권 남용행위에 관여한 상대방에 대하여 손해배상을 청구하여 해결하는 방법론을 제시하고자 한다. 물론 대리인의 계약상 책임과 불법행위책임의 경합, 상대방의 불법행위책임, 그리고 이들의 공동불법행위와 부진정연대채무의 법률관계도 새롭게 이해되어야 할 것이다.

(논문투고일: 2017.2.17, 심사개시일: 2017.2.28, 게재확정일: 2017.3.17)



▶ 정상현

대리권남용, 허용되지 않는 권리취득의 항변, 허용되지 않는 권리행사의 항변, 공모, 거래이익, 이익충돌

【참 고 문 헌】

1. 국내문헌

- 고상룡, “대리권의 남용과 민법 제107조 1항 단서의 유추적용”, 사법행정 제25권 제2호, 한국사법행정학회, 1984.2
- 곽윤직, 민법총칙, 박영사, 1999
- 곽종훈, “명의대여에 의한 대출약정과 통정허위표시”, 민사재판의 제문제 제12권, 2003
- 김명숙, “타인의 이름을 사용한 법률 행위-판례를 중심으로-”, 안암법학 제27호, 2008.9
- 김재범, “은행지점장에 의한 배임적 대리행위의 효력”, 대구법학 제2호, 대구대학교법과대학, 2000
- 김정호, “대리권남용의 법리구성”, 법학논집 제33집, 고려대법학연구소, 1997
- 김준호, 민법강의, 법문사, 2017
- 김증한, 민법총칙, 박영사, 1983
- 김학동, “대리권의 남용”, 법률행위론의 사적 전개와 과제(이호정교수화갑기념논문집), 박영사, 1998
- 김현진, “개정 프랑스 채권법상 계약의 해제·해지”, 민사법학 제75호, 한국민사법학회, 2016.6
- 남효순, “프랑스채권법의 개정과정과 계약의 통칙 및 당사자 사이의 효력에 관하여”, 민사법학 제75호, 한국민사법학회, 2016.6
- 문흥안, “대리권의 남용”, Jurist 제409호, 청림인터랙티브, 2006.2
- 朴址東, “代理權濫用과 非眞意表示”, 사회과학연구 제4집 제1권(통권 제6호), 영남대학교, 1984.4
- 손지열, “대표권의 남용”, 민사판례연구[XI], 박영사, 1991
- 손지열/편집대표 곽윤직, 민법주해[III], 총칙(3), 박영사, 2002
- 송덕수, “대리행위와 민법 제107조”, 고시연구 제17권 제7호, 1990.7
- 안춘수, “대리권 남용”, 법학연구 제5권, 연세대학교 법학연구소, 1995
- 이기용, “대리권의 남용”, 비교사법 제2권 제2호, 한국비교사법학회, 1995
- 이동흡, “대표이사의 대리권남용행위”, 재판자료 제38집, 회사법상의 제문제, 법원행정처, 1987

- 이영준, 민법총칙, 박영사, 2007
- 이용훈, “은행대리의 대리회사흡결과 예금계약의 성립”, 민사판례연구[X], 박영사, 1988
- 이태재, 민법총칙, 법문사, 1981
- 張暲根, 前後日本の民事判例動向, 단국대학교출판부, 1982
- 장재현, “제3자를 위한 대리권행사”, 법학논고 제27집, 경북대학교출판부, 2007.12
- 정해상, “대리권남용에 대한 당사자의 책임이론”, 중앙법학 제4집 제2호, 중앙법학회, 2002.9
- 지원립, 민법강의, 홍문사, 2016
- 최문기, “법인의 불법행위책임에 관한 소고”, 경성법학 제12호, 경성대학교 법학연구소, 2003.10
- 최봉경, “민법에서의 유추와 해석-판례를 거울삼아-”, 법철학연구 제12권 제2호, 2009
- 하경효, “대리권 남용시의 대리효과 부인의 근거와 요건”, 한국민법이론의 발전 (I), 총칙·물권편, 박영사, 1999

2. 일본문헌

- 高橋三知雄, “代理人の權限濫用と民法第93條(判批)”, 民商法雜誌 第57卷 第5號, 1968
- 高橋三知雄, 代理理論の研究, 有斐閣, 1976
- 谷口知平, “權利濫用の效果”, 權利の濫用(上), 末川博古稀記念論文集, 有斐閣, 1962
- 稻本洋之助, “代理權の濫用”, 民法學 I(總論の重要問題), 1976
- 浜上則雄, “代理人の權限濫用”, 民法の判例, 第3版, JURIST 增刊號, 有斐閣, 1979
- 星野英一, 民法判例研究 第二卷 I, 有斐閣, 1971
- 松本恒雄, “代理權濫用と表見代理”, 判例ダイムツ 第435號, 1981
- 我妻榮, 民法總則, 岩波書店, 1981
- 川島武宜, 民法總則, 法律學全集17, 有斐閣, 1982

3. 서구문헌

- August Egger, Mißbrauches der Vertretungsmacht, Beiträge zum Handelsrecht, Festgabe zum 70. Geburtstag von Carl Wieland, Basel, 1934
- Brigitte Frensch, Prütting · Wegen · Weinreich BGB Kommentar, 4.Aufl., Luchterhand, 2009
- Clausdieter Schott, Der Missbrauch der Vertretungsmacht, Acp 171, 1971
- Dieter Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 10.Aufl., C. F. Müller, 2010
- Eberhard Schilken, Julius von Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch.1, Allgemeiner Teil, §§164-240, Sellier de Gruyter, 2001
- Ernst Hammel, Wann wirkt bei der Vertretungsmacht die blosse Überschreitung des zwischen Vertreter und Vertretenen bestehenden Innenverhältnisses aus das Aussenverhältnis zwischen Vertretenen und Dritten ein?, JW 1933
- Ernst Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Carl Heymann Verlag, 1976
- Florian Faust, Bürgerlichen Gesetzbuch Allgemeiner Teil, 3.Aufl., Nomos, 2012
- G. H. L. Fridman, The Law of Agency, 2nd, ed., Butterworths, 1966
- Georg Bitter · Philipp Maurer · Sebastian Röder, BGB Allgemeiner Teil, 2.Aufl., Verlag Franz Vahlen, 2013
- Gerd Rinck, Pflichtwidrige Vertretung, Insihgeschäfte und sonstiger Vollmachtmißbrauch nach Deutschen und Englischem Recht unter besonderer Berücksichtigung der Umgehungsfälle, Neue Deutsche Forschungen, Bd.92, Junker und Dünnhaupt, 1936
- Gerhard Frotz, Verkehrerschutz im Vertretungsrecht, Zugleich ein Beitrag zur sozialen Verantwortung als Korrelat privatautonomer Gestaltungsfreiheit, Athenäum, 1972
- Günter Jöckel, Die Rechtsfolgen bei Missbrauch und Überschreitung der Vertretungsmacht, insbesondere unter Berücksichtigung eines Mitverschuldens des Vertretenen, Dissertation Goethe-Universität, 1975

- Hans Brox, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 8.Aufl., Carl Heymanns Verlag, 1984
- Heinrich Lange · Helmut Köhler, BGB Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch, 17.Aufl., C. H. Karl Larenz · Manfred Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, C. H. Beck, 1997
- Heinrich Lehmann, Anmerkung zum Urteil des Reichsgerichtes v. 17. 1. 1934 JW 1934
- Heinrich Stoll, Der Mißbrauch der Vertretungsmacht, Festschrift für Heinrich Lehmann zum 60. Geburtstag 20. Juli 1936, Weidmann, 1937
- Heinz Hübner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, Walter de Gruyter, 1985
- Heinz Hübner · Heinrich Lehmann, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 15.Aufl, Lehrbücher und Grundrisse der Rechtswissenschaft, Bd.1, Walter de Gruyter, 1966
- Heinz Palm, Ermann Handkommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, 13.Aufl., Verlag Otto Schmidt, 2011
- Johannes Wertenbruch, BGB Allgemeiner Teil, C. H. Beck, 2010
- Karl-Heinz Schramm, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.I, Allgemeiner Teil, 1.Halbbd, 5.Aufl., C. H. Beck, 2006
- Manfred Wolf · Jörg Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10.Aufl., C. H. Beck, 2012
- Markus Gehrlein, Juris Praxis Kommentar BGB, Bd.1, Allgemeiner Teil, 2.Aufl., Juris GmbH Saarbrücken, 2005
- Markus Stoffels, Nomos Kommentar BGB, Allgemeiner Teil, Bd.1, 2.Aufl., Nomos, 2012
- Paul Albermann, Der Missbrauch der Vertretungsmacht, Dissertation Köln, 1935
- Raphael Powell, The law of Agency, Sir Isaac Pitman & Sons, 1961
- Stefan Habermeier, Bamberger · Roth Kommentar zum BGB, Bd.1, C.H.Beck, 2003

Theodor Kipp, Zur Lehre von der Vertretung ohne Vertretungsmacht, Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50-Jährigen Bestehen des Reichsgerichts, hrsg. von Otto Schreiber, Bd.2, Berlin, Leipzig, 1929

Ulrich Leptien, Hans Theodor Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.I, Allgemeiner Teil §§1-240, Verlag W. Kohlhammer, 1988

Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2.Bd., Das Rechtsgeschäft, 3.Aufl., Springer Verlag, 1979

Wolfgang Siebert, Zur Lehre vom Mißbrauch der Vertretungsmacht, Zeitschrift für die gesamte Staatwissenschaft, Bd.95, Mohr Siebeck, 1934

[Zusammenfassung]

Die Analyse des Missbrauches der Vertretungsmacht

Jung, Sang Hyun

Bei Missbrauch der Vertretungsmacht können aus Rechtshandlungen eines Vertreters keine Rechte gegen den Vertretenen hergeleitet werden, wenn der Vertreter bewusst die Vollmacht zum Nachteil des Vertretenen missbraucht hat und der Dritte diesen Missbrauch gekannt hat oder hätte erkennen müssen. Die Einräumung einer bestimmten Vertretungsmacht, sei es durch den Vertretenen selbst, sei es durch die Satzung einer Körperschaft, sei es unmittelbar durch die Rechtsordnung in den Fällen der gesetzlichen Vertretung, soll den Vertreter dazu in den Stand setzen, die Interessen des Vertretenen, in einigen Fällen auch Interessen Dritter, im rechtsgeschäftlichen Verkehr mit Wirkung für den Vertretenen wahrzunehmen. Indessen kennt das Gesetz keine allgemeine Beschränkung der Vertretungsmacht dahingehend, dass diese jeweils nur so weit reicht, als der Vertreter von ihr einen pflichtgemässen Gebrauch macht.

Anders als bei der Überschreitung der Vertretungsmacht hält sich der Vertreter bei ihrem Missbrauch im Rahmen der ihm erteilten Vertretungsmacht, beachtet jedoch nicht die ihm im Innenverhältnis zum Vertretenen für ihre Ausübung gezogenen Grenzen. Der Missbrauch der Vertretungsmacht setzt voraus, dass die pflichtwidrige Nichtbeachtung der im Innenverhältnis bestehenden Bindung die Vertretungsmacht grundsätzlich unberührt lässt. Der Vertretene trägt grundsätzlich das Risiko eines pflichtwidrigen Verhaltens des Vertreters. Eine gesetzliche Regelung fehlt. Durch die Grundsätze über den Missbrauch der Vertretungsmacht wird versucht, diese einseitige Riskobelastung im Rahmen einer sachgerechten Abwägung der Interessen des Geschäftsgegners und des Vertretenen unter Berücksichtigungen der

beiderseits zurechenbaren Risiken gerecht zu verteilen. Über dies Ziel besteht Einigkeit. Trotzdem sind die Auffassung im Einzelnen kontrovers und uneinheitlich.

Unumstritten ist der Fall der Kollusion. Wenn Vertreter und Geschäftsgegner bewusst zum Nachteil des Vertretenen zusammenwirken, ist das Rechtsgeschäft gemäß §103 KBGB nichtig. Die Sittenwidrigkeit von kollusionen Zusatzabsprachen des Vertreters mit dem Geschäftsgegner, die hinter dem Rücken und zu Lasten des Vertretenen getroffen werden, wird in der Regel auch das Hauptgeschäft zwischen den Vertragsparteien erfassen. Vertreter und Geschäftspartner haften den Vertretenen jedenfalls gemäss §§750, 760 KBGB auf Schadensersatz, so dass einem Erfüllungsanspruch die Arglisteinrede entgegenstehe. Daneben kommen Ansprüche positiver Forderungsverletzung im Betracht.



▶ **Jung, Sang Hyun**

Missbrauches der Vertretungsmacht, *exceptio doli praeteriti*, *exceptio doli praesentis*, Kollusion, Interessenkollision, Verkehrsinteresse

연금분할청구권과 「국민연금법」의 개정방향*

-헌법재판소 2016.12.29. 선고 2015헌바182 결정을 중심으로-

현 소 혜**

【목 차】

[대상판결]	
[사실관계]	III. 입법론 (1): 개별법령 개정의 관점에서
[소송의 경과]	1. 실질적 혼인기간의 요건 신설
[청구인의 주장]	2. 분할연금청구권과 재산분할청구권과의 관계 정립
[헌법재판소의 판단]	IV. 입법론 (2): 통합법률 제정의 관점에서
[재판관 김창중의 별개의견]	1. 통합법률 제정의 필요성
I. 서론	2. 법률제정의 기본원칙
II. 헌법재판소 결정이유의 타당성	3. 법률안
1. 연금분할청구권의 법적 성격	V. 결론
2. 재산분할청구권 행사의 강제	

【국 문 요 약】

헌법재판소는 2016.12.29. 국민연금법 제64조에 관하여 헌법불합치결정을 선고하였다. 위 조문은 부부사이에 실질적 혼인관계가 없었던 기간에 대해서까지 연금분할을 허용하는 결과 이혼한 배우자의 재산권을 침해한다는 것이다. 본 논문은 위 헌법재판소 결정이유의 문제점을 논증하고, 국민연금법 개정을 위한 올바른 방향을 제시하며, 모든 연금분할 관련 법규의 통합을 위한 기본적인 정책 방향을 설계하는 것을 목적으로 작성되었다. 법 개정시 입법자는 연금분할청구권이 단순히 사회보장적 성격의 공법상 청구권에 불과한 것이 아니라, 재산분할청구권의 연장형으로서 사법상 청구권의 성격을 겸유하고 있으며, 따라서 국민연금법상 연금분할청구권은 민법상 재산분할청구권의 유무와 별개로 판단할 수 없음

* 본 논문은 2017.2.8. 한국가정법률상담소에서 개최된 가족법개정자문위원회에서 발표한 자료를 바탕으로 작성한 것이다. 당시 원고를 읽고 조언해 주신 여러 교수님들과 변호사님들께 감사드린다.

** 성균관대학교 법학전문대학원 부교수

을 염두에 둘 필요가 있다. 통합 법률을 제정함에 있어서 현행 국민연금법과 같은 엄격한 법정 연금분할 제도를 폐지하고, 당사자의 합의 또는 법원의 심판에 의한 유연한 연금분할 제도로 전면적으로 전환하여야 할 것이며, 그 과정에서 이혼 부부의 법률관계가 가능한 조속히 확정되고, 당사자의 상황과 수요에 맞는 다양한 형태의 분할방법이 제공되며, 노령빈곤의 위험에 처한 배우자의 생존권이 충분히 보장될 수 있도록 집행의 문제를 해결할 필요가 있다.

[대상판결] 헌법재판소 2016.12.29. 선고 2015헌바182 결정

[사실관계]

1. 청구인(이하 'X'라고 한다.)은 1975.8.15. Y와 혼인하였으나, 2004.4.21. Y와의 사이에 이혼조정이 성립하였다.
2. X는 1988.1.1.부터 2008.12.31.까지 국민연금 가입자 자격을 유지하던 중 2010.6.14. 조기노령연금 수급권을 취득하여 2010.7.부터 국민연금공단으로부터 노령연금을 받아 왔다.
3. Y는 2014.4.24. 국민연금공단에 X가 수령 중인 노령연금에 관하여 분할연금의 지급을 청구하였고, 이에 국민연금공단은 2014.6.2. Y에 대해 분할연금 지급결정을 하는 한편, 2014.6.23. X에게 X의 노령연금액을 774,440원에서 491,620원으로 감액하는 내용의 연금수급권 내용변경 통지(이하 '이 사건 처분'이라고 한다.)를 하였다.

[소송의 경과]

1. X는 2014.11.13. 국민연금공단을 상대로 이 사건 처분의 취소를 구하는 내용의 행정소송을 제기하는 한편(청주지방법원 2014구합1272), 그 소송 계속 중 분할연금에 관해 규정하고 있는 국민연금법 제64조에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였다(청주지방법원 2015아7).
2. 청주지방법원은 X의 위헌법률심판제청신청을 기각하였고, 이에 X는 2015.5.4. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

[청구인의 주장]

1. X는 국민연금법 제64조가 법률상 혼인관계만 존재하고 실질적인 혼인관계가 존재하지 않아 연금 형성에 아무런 기여를 하지 않은 이혼배우자에게도 분할연금 지급권을 인정하고 있는 것은 노령연금 지급권자의 재산권을 과도하게 제한한다고 주장하였다.
2. X는 국민연금법이 5년 이상의 사실혼 관계가 있는 경우에도 분할연금수급권을 인정하면서 실질적인 혼인관계가 존재하지 않는 경우에도 분할연금수급권을 인정하는 것은 평등의 원칙에 반한다거나, 이 사건 처분 당시 공무원연금법 및 사립학교교직원 연금법은 분할연금제도를 도입하고 있지 않은데 반해 국민연금법만 분할연금제도를 도입한 것은 평등원칙에 위반된다는 주장도 함께 하였으나, 본 논문에서는 따로 검토하지 않는다.

[헌법재판소의 판단]

1. 헌법재판소는 국민연금 가입자가 노령연금을 받을 권리는 재산권의 보호대상인데, 이혼배우자 일방에게 분할연금수급권을 인정하는 것은 노령연금의 감액을 가져오므로, 국민연금법 제64조는 노령연금 지급권자의 재산권을 제한한다는 것을 전제로 현행 국민연금법 제64조가 헌법에 위반하여 국민연금 가입자의 재산권을 침해하는지 여부를 검토하였다.
2. 이 때 헌법재판소가 판단기준으로 삼은 것은 헌법 제37조제2항에서 정한 과잉금지원칙이 아니다. 노령연금 지급권 및 노령연금 지급권을 기초로 발생하는 분할연금 지급권은 모두 공적 연금의 지급권에 해당하므로, 그 구체적인 내용을 법률로 형성함에 있어 입법자는 광범위한 형성의 자유를 가진다는 것이다. 따라서 입법자가 이혼한 배우자가 혼인기간 중 재산형성에 기여한 부분을 청산 분배해야 하는 재산권적 성격과 이혼배우자의 노후를 보장하는 사회보장적 성격 중 어느 요소를 더 중시할지는 입법자의 재량에 맡겨져 있다.
3. 다만, 입법자에게 입법형성권의 재량이 인정된다고 하더라도 입법자는 분할연금제도를 형성함에 있어서 위 두 요소 중 어느 하나를 완전히 무시하여서는 안 되는데, 분할연금 제도의 재산권적 성격은 노령연금 지급권 형성에 대한

이혼 배우자의 기여, 즉 부부공동생활 중에 역할분담의 차원에서 이루어지는 가사·육아 등에 기초하고 있는 것이므로, 실질적인 혼인관계가 해소되어 분할연금의 기초가 되는 노령연금 수급권의 형성에 아무런 기여가 없었다면 실질적인 혼인관계가 존재하지 않았던 기간에 대하여는 노령연금의 분할을 청구할 전제를 갖추었다고 볼 수 없음에도 불구하고, 법률혼 관계에 있었지만 별거·가출 등으로 실질적인 혼인관계가 존재하지 않았던 기간을 일률적으로 혼인 기간에 포함시켜 분할연금을 산정하도록 하고 있는 국민연금법 제64조는 분할연금제도의 재산권적 성격을 몰각시키는 것이어서 그 입법형성권의 재량을 벗어난 것이라고 판시하였다.

4. 2015년 국민연금법의 개정에 의해 민법상 재산분할청구제도에 따라 연금분할에 관한 별도의 결정이 있는 경우에는 이에 따를 수 있도록 하는 내용의 국민연금법 제64조의2가 신설되기는 하였으나, 헌법재판소는 사법적인 민법상 재산분할청구제도와 사회보험법적인 국민연금법상 분할연금제도는 그 제도의 성격 및 취지를 달리할 뿐만 아니라, 재산분할청구권을 행사할지 여부는 임의적인 것에 불과한 것임에도 불구하고 사실상 노령연금 수급권자로 하여금 먼저 재산분할청구권을 행사하도록 강제한다는 이유로 국민연금법 제64조의2와 무관하게 국민연금법 제64조는 X의 재산권을 침해한다고 판시하였다.
5. 다만, 국민연금법 제64조에 대해 단순위헌결정을 하여 그 효력을 즉시 상실시킨다면 분할연금 수급권의 근거규정이 사라지는 결과가 될 뿐만 아니라, 입법자는 위 조문의 위헌성을 제거하기 위해 실질적 혼인관계의 존재여부에 대한 판단기준 및 그 판단을 위한 구체적인 절차나 방법 등에 관해 광범위한 입법 재량을 가지고 있다는 이유로 헌법재판소는 국민연금법 제64조에 대해 헌법불합치결정을 선고하되, 입법자에게 2018.6.30.까지 개선입법을 마련할 것과 그 때까지 위 조문을 잠정적용할 것을 명하였다.

[재판관 김창종의 별개의견]

위와 같은 다수의견에 대해 재판관 김창종의 별개의견이 있었다. 별개의견은 국민연금법 제64조가 헌법에 위반된다는 점 및 헌법불합치 결정을 선고해야 한다는 점에 대해서는 다수의견과 결론을 같이하나, 국민연금법 제64조의2의 시행

에 의해 국민연금법 제64조의 위헌성은 제거되었다고 보는 점에서 다수의견과 차이가 있다. 배우자가 국민연금법 제64조에 따른 분할연금을 지급받는 것에 대해 이의가 없거나 재산분할청구가 자신에게 오히려 불리한 결과를 가져올 우려가 있다고 생각하는 노령연금 수급권자는 얼마든지 재산분할청구를 하지 않을 수 있으므로, 위 조문이 노령연금수급권자에게 재산분할청구권의 행사를 강제하는 것은 아니라는 것이다. 다만, 국민연금법 제64조의2는 공포일로부터 1년이 경과한 2016.12.29. 후 최초로 분할연금 지급사유가 발생한 경우에만 적용되므로(부칙 제1조), 이 사건 청구인의 경우에는 위 조문에 따른 보호를 받을 여지가 없어 그를 위한 개선입법이 필요하다고 보았다.

I. 서론

위 헌법재판소 결정은 오래 전부터 논란이 되어 왔던 「국민연금법」 제64조의 위헌 여부에 대해 판단하고 있다. 연금의 분할은 부부 쌍방의 협력으로 이룩한 재산을 청산·분배하기 위한 제도¹⁾이므로, 연금의 형성에 다른 일방이 기여한 바가 없다면 이를 분할할 필요가 없다는 점에 대해서는 다툼의 여지가 없다. 이는 연금의 분할 뿐만 아니라, 재산분할 전체에 적용되는 원칙이다.²⁾ 위 헌법재판소 결정의 취지도 이 점을 강조한 것으로 결론에 있어서는 지극히 타당하다.

문제는 연금의 형성에 다른 일방이 기여한 바가 있는지 여부를 어떻게 판단할 것인가에 있다. 종전의 「국민연금법」 제64조제1항 및 제2항은 이에 대해 정한 바가 전혀 없이 ① 배우자의 가입기간 중 혼인기간이 5년 이상이었을 것, ② 배우자와 이혼하였을 것, ③ 배우자였던 사람이 노령연금 수급권자일 것, ④ 60세가 되었을 것이라는 네 가지 요건만 갖추면 일률적으로 배우자였던 자의 노령연금액 중 혼인기간에 해당하는 연금액을 균등하게 나눈 금액을 청구할 수 있도록 규정하고 있었으므로, 구체적 사안의 특수성을 전혀 반영하지 못한다는 점에 대해 비판³⁾이 있었다.

1) 대법원 2014.7.16. 선고 2012므2888 판결(全); 대법원 2014.7.16. 선고 2013므2250 판결(全).

2) 혼인관계가 파탄된 이후 변론종결일 사이에 변동된 재산관계는 재산분할의 대상이 될 수 없다는 취지의 판결로 2013.11.28. 선고 2013므1455 판결 참조.

3) 대표적으로 김태진, “국민연금법상 분할연금제도에 대한 소고 -분할비율 결정에 관한 문제점 및 개선방안”, 사회보장법연구 제5권 제2호, 2016, 147-173면; 裴寅九, “연금의 재산분할 대상성에 관한 검토 -비교법적 고찰을 중심으로-”, 사법논집 제50집, 2011, 263면; 최문기, “이혼시 재산분할청구권에 관한 판례의 동향”, 사회과학연구 제26권 2호(2010), 12면 등.

이러한 비판을 반영하여 2015.12.29. 개정된 「국민연금법」은 제64조의2를 신설하여 “제64조제2항에도 불구하고 「민법」 제839조의2 또는 제843조에 따라 연금의 분할에 관하여 별도로 결정된 경우에는 그에 따른다.”고 규정하였고, 위 규정은 공포일로부터 1년이 경과된 후인 2016.12.30.부터 시행 중이다. 그런데 위 헌법재판소 결정은 흥미롭게도 개정 「국민연금법」 제64조의2에도 불구하고 같은 법 제64조가 헌법에 위반된다고 선언하였다.

이에 대해서는, 위 결정의 별개의견이 이미 지적하고 있는 바와 같이, 과연 「국민연금법」 제64조의2가 당해 사건에 적용될 여지가 있는지 여부, 따라서 이 사건에서 「국민연금법」 제64조의 위헌성을 논함에 있어 「국민연금법」 제64조의2의 존재 여부를 검토할 필요가 있는지 여부에 대해 의심스러운 부분이 있다. 그러나 본 논문은 헌법을 주된 연구대상으로 삼고 있지 않으므로, 위 쟁점에 대해서는 더 이상 논하지 않기로 한다.

본 논문의 주된 관심사는 헌법재판소가 「국민연금법」 제64조의2의 신설에도 불구하고 「국민연금법」 제64조가 헌법에 위반된다고 판단한 이유와 그 타당성(II.), 헌법재판소의 헌법불합치 결정에 따라 2018.6.30.까지 이루어져야 하는 개선입법의 방향(III.)을 검토하는데 있다. 「공무원연금법」 제46조의3과 제46조의4, 「사립학교교직원연금법」 제42조 및 「별정우체국법」 제25조의10과 제25조의11도 「국민연금법」과 동일한 구조의 분할연금 제도를 가지고 있으므로, 위 결정은 위 각 법의 위헌 여부 및 개정방향을 정하는 데에도 영향을 미칠 수밖에 없어 사회적 파급력이 크기 때문이다.

II. 헌법재판소 결정 이유의 타당성

헌법재판소가 「국민연금법」 제64조의2의 신설에도 불구하고 같은 법 제64조가 헌법에 위반된다고 판단한 이유는 다음의 두 가지이다. 첫째, 사법적인 민법상 재산분할청구제도와 사회보험법적인 국민연금법상 분할연금제도는 그 제도의 성격 및 취지를 달리한다. 둘째, 재산분할청구권을 행사할지 여부는 임의적인 것에 불과한 것임에도 불구하고, 「국민연금법」 제64조의2는 사실상 노령연금 수급권자로 하여금 먼저 재산분할청구권을 행사하도록 강제하고 있으므로 부당하다. 위 각 논거의 타당성을 차례로 살펴본다.

1. 연금분할청구권의 법적 성격

「민법」 제839조의2 또는 제843조에 따른 재산분할청구권이 사법적 성격, 즉 재산권적 성격을 갖는다는 점은 명백하다. 하지만 「국민연금법」 제64조에 따른 분할연금청구권의 법적 성격은 사법상 청구권인가, 공법상 청구권인가. 이에 대해서는 아직 국내에 별다른 논의가 없지만, 공법상 청구권으로서의 성격과 사법상 청구권으로서의 성격을 겸유한다고 보아야 할 것이다.

가. 공법상 청구권으로서의 성격

헌법재판소는 분할연금제도가 사회보험적 성격을 갖는다고 보면서 사법상의 재산분할청구제도와는 그 성격을 달리한다고 판시하고 있다. 분할연금 청구권이 공법상 청구권으로서의 성격을 갖는다고 보는 것이다. 실제로 분할연금청구권은 이러한 성격을 분명히 가지고 있다. 공법상 청구권으로서의 특수성은 주로 다음과 같다.

첫째, 「국민연금법」상 분할연금청구권은 민법상 재산분할청구권과는 별도로, 당사자의 간이한 권리구제를 위해 국가가 법률로 인정한 고유의 공법상의 권리이다. 대법원이 연금을 장래의 재산으로 보아 아직 재산분할의 대상으로 삼지 않았던 1999년에 이미 「국민연금법」은 연금분할제도를 도입하였다. 만약 혼인관계가 존속 중이었다면 ‘과생적 수급권’⁴⁾의 형태를 통해 배우자가 수령해 온 연금을 공동으로 향유할 수 있었던 배우자가 이혼과 동시에 이를 상실하게 된다면, 연금 가입자격이 없는 배우자의 경우에는 결국 영구히 자력으로 해소가 불가능한 노령 빈곤의 상태로 전락하게 될 것이라는 우려를 반영한 것이다. 따라서 연금분할은 본질적으로 배우자의 과생적 수급권을 이혼과 동시에 분할연금청구권의 형태로 전환시키는 제도로서의 성격을 갖는다.

둘째, 만약 분할연금청구권이 사법상의 청구권에 불과하다면, 그 청구의 상대방은 마땅히 이혼한 배우자여야 할 것이다. 하지만 「국민연금법」은 국가(보다 정확히는 국민연금관리공단)를 상대로 그 권리를 행사할 수 있도록 하고 있다. 그 결과 「국민연금법」 제64조에 따른 분할연금을 받지 못한 자는 전 배우자가

4) ‘과생적 수급권’이란 경제활동을 통해 연금제도에 가입함으로써 자력으로 확보하는 독자적 수급권과 달리, 연금제도 가입자의 피부양자 지위에서 배우자의 연금급여를 공동으로 활용하는 한편, 배우자가 사망한 경우 유족연금을 청구할 수 있는 권리를 말하다. 이정우, “이혼여성을 위한 연금분할제도의 개선방안”, 사회보장연구 제19권2호(2003), 65-66면.

아닌 국가를 상대로 행정소송을 제기하여 분할연금 불지급 결정 처분을 다투어야 한다.

셋째, 분할연금청구권을 사법상의 청구권으로 파악한다면 청구권자가 분할 받은 연금은 이혼과 동시에 지급받을 수 있도록 해야 할 것이다. 연금을 재산분할 청구권의 대상으로 삼은 이유는 이혼을 계기로 부부 쌍방이 협력하여 형성한 재산을 청산하기 위함이기 때문이다. 그런데 「국민연금법」 제64조에 따른 분할연금은 전 배우자가 노령연금 수급을 개시할 것을 요구하고 있을 뿐만 아니라, 청구권자 스스로도 60세에 달할 것을 요구하고 있다. 「국민연금법」 제64조의3은 이혼의 효력이 발생한 때로부터 3년 내에 분할연금을 미리 청구할 수 있지만(분할연금 선청구 제도), 위 청구를 한 때에도 실제 분할연금을 지급받는 것은 선청구자가 60세에 달한 후에야 가능하다. 분할연금 제도를 단순한 청산의 목적을 넘어 노령에 달한 청구권자 자신의 노후생활 안정을 도모하기 위한 사회복지체계의 일부로 인식하고 있음을 보여주는 조문들이다.

넷째, 「국민연금법」에 따른 분할연금청구권은 그 자체로 「국민연금법」에 따른 노령연금의 일종으로 취급된다. “분할연금 수급권자는 제72조제1항에 따른 유족연금을 지급할 때 노령연금 수급권자로 보지 아니한다.”고 규정하고 있는 「국민연금법」 제65조제3항의 반대해석상 이는 명백하다. 따라서 분할연금청구권은 이를 양도·압류하거나 담보로 제공할 수 없으며(「국민연금법」 제58조 제1항), 이미 청구권자가 국민연금관리공단으로부터 지급받은 급여라도 150만원 이하의 급여 및 「국민연금법」 제54조의2에 따른 급여수급전용계좌에 입금된 급여와 이에 관한 채권은 압류할 수 없다(「국민연금법」 제58조제2항, 제3항 및 「민사집행법 시행령」 제2조). 공무원 퇴직연금 분할에 관한 것이기는 하지만, 대법원 역시 “재산분할에 의하여 분할권리자가 분할의무자에 대하여 가지게 되는 위와 같은 정기금채권은 비록 공무원 퇴직연금수급권 그 자체는 아니더라도 그 일부를 취득하는 것과 경제적으로 동일한 의미를 가지는 권리인 점(…) 등을 고려하면, 분할권리자의 위와 같은 정기금채권 역시 제3자에게 양도되거나 분할권리자의 상속인에게 상속될 수 없다고 봄이 상당하다.”고 판시한 바 있다.⁵⁾

5) 대법원 2014.7.16. 선고 2012므2888 전원합의체 판결. 홍남희, “이혼시 퇴직금과 연금의 분할 문제에 대한 고찰”, 법학논고 제49집(2015), 323-324면은 대법원이 위 판결로서 압류금지채권을 창설하였다고 비판하나, 판결이 과연 그러한 취지인지는 의문이다.

나. 사법상 청구권으로서의 성격

하지만 분할연금청구권을 오로지 공법상의 청구권으로만 보는 것은 적절하지 않다.

첫째, 분할연금청구권은 단순히 국가가 국민의 노후를 보장하기 위해 시혜적으로 보장해주는 권리가 아니다. 청구권자는 자신의 협력을 바탕으로 전배우자가 국가에 대해 취득한 사회보장 수급권에 대해 자신의 기여한 바를 청산해달라고 요구하는 것이다. 2014년의 대법원 전원합의체 판결은 이혼한 배우자 사이의 연금분할은 이혼 후 부양의 문제가 아닌 ‘청산’의 문제임을 분명히 하였다.⁶⁾ 분할연금청구권은 사법상 재산분할청구권의 ‘연장형’일 뿐이며, 그 자체로 국가가 사회보장적 차원에서 창설한 권리라고는 할 수 없다.⁷⁾ 재산분할청구권을 행사할 수 없는 자는 분할연금청구권 역시 행사할 수 없도록 해야 하는 이유는 바로 이러한 권리의 의존관계에서부터 출발한다. 이혼으로 인해 파생적 수급권을 상실하였다는 것만으로 당연히 연금분할 제도의 보호영역 안에 들어온다고 단정할 수는 없다. 누군가에게 분할연금청구권이 있는지 여부는 국가가 자의적으로 결정할 수 있는 것이 아니며, 사법상 재산분할청구권 유무에 좌우될 수밖에 없다. 분할연금청구권은 국가의 재정투입에 바탕을 둔 사회복지제도가 아니라, 전 배우자의 출연과 손실을 전제로 인정되는 권리이기 때문이다.

둘째, 분할연금청구권을 순수한 공법상의 권리라고 본다면, 국가를 상대로 그 권리의 행사를 포기할 수 있을 뿐이며 당사자와의 사이에서 그 권리의 내용을 임의로 변경·처분하는 것은 허용될 수 없다. 하지만 실제로는 당사자 사이에 협의 또는 심판에 의해 연금의 분할비율을 달리 정하는 것이 얼마든지 가능하며, 「국민연금법」 제64조의2 자체가 이를 인정하고 있다. 「민법」 제839조의2 또는 제843조에 따라 연금분할에 관하여 별도로 결정된 경우에는 그에 따르도록 한 것이다. 따라서 당사자들은 협의에 의해 정한 분할비율을 국민연금관리공단에 신고

6) 대법원 2014.7.16. 선고 2012므2888 판결(全); 대법원 2014.7.16. 선고 2013므2250(全).

7) 대법원 역시, 舊 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」에 따라 세입자에게 부여되는 주거이전비 보상청구권은 “당해 공익사업 시행지구 안에 거주하는 세입자들의 조기이주를 장려하여 사업추진을 원활하게 하려는 정책적인 목적과 주거이전으로 인하여 특별한 어려움을 겪게 될 세입자들을 대상으로 하는 사회보장적인 차원에서 지급되는 금원이므로 공법상 권리라고 판시한 반면(대법원 2006.5.18. 선고 2004다6207 전원합의체 판결), 舊 「수산업법」에 따라 허가어업을 제한하는 등의 처분을 받았거나 어업면허 유효기간의 연장이 허가되지 않은 자에게 부여되는 보상청구권은 사법상의 권리인 어업권에 대한 손실을 본질적 내용으로 하고 있는 것이므로 사법상 권리라고 판시한 바 있다(대법원 1998.2.27. 선고 97다46450 판결).

하고, 그 익월부터 그 비율에 따른 금액을 지급받을 수 있다(「국민연금법」 시행규칙 제22조 제5항). 당사자 쌍방의 의사에 따라 국가의 지급의무 내용이 결정되는 내용의 권리를 공법상 청구권이라고 할 수는 없을 것이다.

셋째, 분할연금청구권의 포기도 마찬가지이다. 재산분할의 실무상 이혼 당시 일시금으로 고액의 재산분할을 받으면서 장래의 분할연금청구권은 포기하거나, 부부 쌍방이 서로 간에 분할연금청구권을 행사하지 않기로 약정하는 경우 등이 종종 발견되고 있다. 이는 당사자 사이의 합의에 불과하므로, 국가는 이에 구속되지 않아야 할 것이다. 「국민연금법」 제64조의4 제1항도 마치 분할연금수급권의 포기는 분할의무자인 배우자와 재혼한 경우에만 가능한 것처럼 규정하고 있다. 하지만 당사자는 「국민연금법」 제64조의2에 따라 분할비율을 0%로 신고하는 것도 가능하며, 이 경우에 국가는 당사자의 포기의 의사표시에 구속된다.

넷째, 만약 분할연금청구권을 ‘파생적 수급권’의 전환형이라고 파악한다면 이혼한 배우자의 분할연금청구권은 분할의무자 쪽의 사정에 따라 그 내용이 변경될 수 있다. 가령 전 배우자의 장애 또는 사망으로 인해 노령연금이 장애연금이나 유족연금을 변경된 경우에 분할청구권자는 더 이상 노령연금을 청구할 수 없을 것이다. 그가 혼인 중이었다라도 노령연금을 더 이상 공동으로 향유할 수 없는 상황이기 때문이다. 하지만 「국민연금법」 제65조 제1항은 “분할연금수급권은 그 수급권을 취득한 후에 배우자였던 자에게 생긴 사유로 노령연금 수급권이 소멸·정지되어도 영향을 받지 아니한다.”라고 규정하고 있다. 분할연금청구권을 재산분할청구권의 연장형으로 본 결과 전 배우자에게 어떠한 사정이 생기더라도 청구권자가 청산의 목적을 달성할 수 있도록 하기 위함이다.⁸⁾

다섯째, 만약 분할연금청구권이 파생적 수급권의 전환형에 불과하다면 연금분할청구권자에게 부양의 필요성이 없어진 경우에도 분할연금청구권을 박탈하여야 할 것이다. 연금분할청구권자가 재혼하거나 사망하는 경우가 대표적이다. 하지만 우리 「국민연금법」은 배우자의 재혼을 이유로 분할연금청구권을 박탈하는 규정을 두고 있지 않다. 분할연금청구권의 본질은 이혼 후 부양에 있는 것이 아니라, 혼인 중 기여에 대한 청산에 있음을 전제로 한 것이다. 물론 연금분할청구권자가 사망하는 경우에 그 권리가 상속되거나 유족연금으로 전환되지 않는다는 특수성

8) 이와 유사한 취지에서 분할연금청구권은 재산권으로서의 성격을 가지고 있으므로, 상대방 배우자에게 발생한 상황의 변화에 상관없이 독자적 권리로 인정되어야 한다는 견해로 이정우(2003), 71면 참조.

이 있기는 하지만, 연금분할청구권자의 사망에도 불구하고 분할의무자의 연금수급액이 회복되지 않는다는 점은 부양의 필요성과 연금분할이 무관함을 여실히 보여준다.

이상에서 살펴본 바와 같이 「국민연금법」상 분할연금청구권은 공법상 청구권으로서의 성격과 사법상 청구권으로서의 성격을 모두 가지고 있으며⁹⁾, 특히 재산분할청구권의 존재와 내용에 의존한다. 사법적인 민법상 재산분할청구제도와 사회보험법적인 국민연금법상 분할연금제도는 전혀 별개의 것이므로, 별도의 재산분할심판이 가능하다고 하여 분할연금제도의 위헌성이 제거되는 것은 아니라고 판시한 헌법재판소 결정은 이와 같은 분할연금청구권의 고유한 성격을 간과하였다는 문제가 있다.

2014년 대법원 전원합의체 판결 전의 분할연금청구권은 이혼과 동시에 파생적 수급권을 완전히 상실할 위기에 놓인 배우자의 노후 생활안정과 복리향상에 기여하기 위한 공법상 청구권에 불과하였는지 모르나¹⁰⁾, 위 판결과 그 취지를 반영하여 신설된 「국민연금법」 제64조의2에 의해 이제 분할연금청구권은 이혼한 배우자의 재산분할청구권을, 그의 노후보장을 목적으로 공법의 영역에서 보다 손쉽게 실현할 수 있도록 조력하는 제도로 전환되었음이 명백하다.

2. 재산분할청구권 행사의 강제

다음으로 헌법재판소는 재산분할청구권을 행사할지 여부는 임의적인 것에 불과한 것임에도 불구하고, 「국민연금법」 제64조의2는 사실상 노령연금 수급권자로 하여금 먼저 재산분할청구권을 행사하도록 강제하고 있다는 점을 지적한다. 하지만 위 조문은, 위 결정의 별개의견이 적절하게 지적하고 있는 바와 같이, 부당하게 노령연금이 감액될 처지에 놓이게 된 전 배우자를 구제하기 위한 제도이지, 그에게 재산분할청구권의 행사를 강제하기 위해 만들어진 제도가 아니다. 분

9) 공무원연금법에 따른 연금수급권에 관한 것이기는 하지만 헌법재판소 스스로도 연금수급권은 “사회보장수급권과 재산권이라는 양 권리의 성격이 불가분적으로 혼재되어 있다”고 판시한 바 있다. 대표적으로 헌법재판소 1999.4.29. 선고 97헌마333 결정.

10) “국민연금법상 노령연금의 경우 이혼배우자를 배려하는 조항이 있다고 하여, 퇴직연금이 반드시 재산분할대상이 되어야 한다고 볼 수 없다.”고 판시하였던 대법원 1997.3.14. 선고 96므1533 등 판결은 과거 연금분할청구권을 오로지 사회보장적 차원에서만 파악하였던 대법원의 태도를 선명하게 보여준다.

할의무자는 여전히 재산분할청구권을 행사하여 상대방 배우자의 분할연금청구권을 감축시킬 것인지, 혹은 자신의 노령연금이 감액되는 것을 감수할 것인지 여부를 결정할 수 있다.

가. 입법자의 재량

물론 일반적인 재산분할 사건이라면 분할청구권자가 분할의무자를 상대로 재산분할심판청구를 해야 하는 것이 원칙이다. 따라서 현행 「국민연금법」과 같이 일단 분할청구권자에게 권리를 주고, 분할의무자에게 자신의 의무를 면하기 위해 이를 다룰 것을 요구하는 것은 다소간 상황이 역전된 것이라고 볼 수도 있다. 하지만 이를 가지고 부당하다고 할 수는 없을 것이다. 두 당사자의 이익이 충돌하는 경우에 어느 쪽을 기준으로 삼아 제도를 설계할 것인지는 입법자의 재량에 속하기 때문이다.

위조된 혼인신고가 수리되어 무효인 혼인이 가족관계등록부에 기재될 위험이 있는 사안에서, 국가가 혼인신고에 관해 실질심사주의를 도입하여 위조된 혼인신고가 수리될 여지를 처음부터 봉쇄할 것인지, 또는 일단 혼인신고를 수리한 다음 위조당한 사람으로 하여금 혼인무효의 소를 제기하여 이를 제거하도록 할 것인지를 선택할 수 있는 것처럼, 부당한 연금분할이 이루어질 위험이 있는 사안에서 연금형성에 기여한 바 없는 배우자가 분할연금을 신청할 가능성을 처음부터 봉쇄할 것인지 또는 일단 분할연금을 신청하도록 한 다음 상대방으로 하여금 재산분할청구권을 행사하여 그에게 분할연금이 지급되는 것을 막도록 할 것인지는 입법자가 선택할 수 있는 영역인 것이다.

2015년 「국민연금법」 개정 당시 「국민연금법」 제64조의2가 신설된 것은, 당사자가 가정법원으로부터 「국민연금법」 제64조에 따른 연금분할이 타당하지 않음을 이유로 비율을 달리 정하라는 취지의 심판을 받은 경우에는 제64조보다 이를 우선하도록 하는 것이 제64조가 야기하는 문제를 해결하기에 가장 효과적인 수단이라는 입법자의 판단이 있었기 때문이었다. 그럼에도 불구하고 헌법재판소는 이러한 해결방식을 정면으로 비난하였는바, 헌법재판소의 입장을 그대로 입법에 반영한다면 가정법원의 판단을 통해 「국민연금법」 제64조에 의한 분할연금청구권의 감액 여부를 결정하는 방식으로 「국민연금법」을 개정[보다 정확히는 개정하지 않고 현행 유지]하는 것이 불가능하게 된다. 결국 입법자는 「국민연금법」 제64조에 법률혼 관계에 있었지만 별거·가출 등으로 실질적인 혼인관계

가 존재하지 않았던 기간은 혼인 기간에 포함되지 않는다는 취지를 명문으로 적시하는 수밖에 없을 것이다.

나. 조문화의 문제점

그런데 ‘실질적 혼인관계의 존재’ 자체를 「국민연금법」 제64조의 요건으로 적시하는 것은 다음과 같은 세 가지 문제를 가져온다.

첫째, 국민연금관리공단은 분할연금 신청이 있을 때 법률에서 정한 요건의 구비 여부를 심사하여 지급 여부를 결정하여야 한다. 하지만 국민연금관리공단에게 이미 이혼한 부부 사이에 실질적 혼인관계가 언제까지 존재하였는지 여부에 대해 심사할만한 권한이 있는지, 설령 권한이 있다고 하더라도 그러한 권한을 공단에 부여하는 것이 적절한지는 상당히 의문이다. 그 조사에 따른 지급 또는 불지급의 처분이 내려진 경우에 당사자는 이를 다투기 위해 행정소송을 제기해야 한다는 문제가 뒤따르기 때문이다. 본래 분할연금청구권은 ‘재산분할청구권의 연장형’으로서의 성격을 갖는 것이므로, 그 성립 여부 및 구체적인 내용에 대한 판단은 가정법원의 전속관할에 속한다. 그럼에도 불구하고 이혼한 부부 사이에 실질적 혼인관계 존속 여부에 행정법원이 심리·판단하는 것은 사건의 적정한 처리를 위해 바람직하지 않다.

둘째, 「국민연금법」 제64조를 개정하더라도 여전히 같은 법 제64조의2가 남아 있으므로, 당사자 또는 가정법원은 연금에 관해 재산분할협의 또는 심판을 할 수 있다. 그런데 이러한 협의나 심판을 할 때에는 전체 가입기간 중 “실질적 혼인기간이 차지하는 비율, 당사자의 직업 및 업무내용, 가사 내지 육아 부담의 분배 등 상대방 배우자가 실제로 협력 내지 기여한 정도 기타 제반 사정을 종합적으로 고려”¹¹⁾하여 그 분할비율을 정하도록 되어 있다. 결국 실질적 혼인기간은 「국민연금법」 제64조에 따라 분할의 대상이 되는 연금액을 정할 때와 같은 법 제64조의2에 따라 분할 비율을 정할 때에 중복하여 고려되는 셈이다. 물론 「국민연금법」 제64조가 개정되면 그에 따라 법원이 기여도 산정시 더 이상 ‘실질적 혼인기간이 차지하는 비율’을 고려하지 않을 가능성도 있다.¹²⁾ 하지만 법원의 판

11) 대법원 2014.7.16. 선고 2012므2888 전원합의체 판결.

12) 「국민연금법」과 무관하게 본래 실질적 혼인기간이 차지하는 비율은 분할재산의 대상을 결정하는 요인일 뿐이므로 분할비율 산정에 있어서 고려되어서는 안 된다는 견해로 이지는, “이혼시 퇴직연금에 대한 재산분할비율”, 민사법학 제70호(2015), 398면 참조.

단이 국민연금관리공단을 구축하지 못하는 점을 생각하면 양 기관의 판단이 배치될 경우에 대비하여 실질적 혼인기간의 장단을 오히려 적극적으로 분할비율에 반영하는 방향으로 나아갈 가능성도 배제할 수는 없다.

셋째, 제척기간의 차이도 문제이다. 민법상 재산분할청구권은 이혼한 날부터 2년을 경과하면 당연히 소멸한다. 반면 분할연금청구권은 「국민연금법」 제64조제1항 각 호의 요건을 모두 갖추게 된 때부터 5년 이내에만 청구하면 된다(「국민연금법」 제64조제3항). 민법상 제척기간 내에 재산분할청구권을 전혀 행사하지 않은 사람도 전 배우자가 노령연금을 지급받기 시작하고, 자신이 60세가 된 때에는 5년 내에 분할연금을 청구할 수 있는 것이다. 본래 재산분할의 제척기간을 2년의 단기로 구성한 것은 이혼을 둘러싼 법률관계를 조속히 확정하기 위한 것이다. 그런데 이혼한 지 수십년이 지난 후 다시 분할연금 지급여부를 결정하기 위해 해묵은 혼인관계의 실질을 심사하는 것은 법률관계의 불안정을 가져온다. 또한 분할연금 수급권자의 입장에서는 가입기간 중 실질적 혼인기간의 비율은 낮은 반면, 실질적 혼인기간 중 기여도는 높을 수도 있는 것인데, 이혼 성립일로부터 2년이 경과한 후에 분할연금 지급청구가 있는 경우에 전자는 분할연금액에 반영되는 반면 후자는 전혀 고려되지 않는 불균형에 처하게 된다.

III. 입법론 (1): 개별법령 개정의 관점에서

II.에서 살펴본 바와 같이 헌법재판소 결정은 몇 가지 문제점을 가지고 있다. 그럼에도 불구하고, 일단 헌법불합치결정이 내려졌으므로 이에 따라 2018.6.30.까지 「국민연금법」의 개정작업이 완료되어야 할 것이다. 이하에서는 향후의 개정방안에 대해 논의해보고자 한다.

1. 실질적 혼인기간의 요건 신설

개정 작업에서 가장 우선되어야 할 것은 헌법재판소가 요구한 바와 같이 이혼 성립 전에 이미 실질적인 혼인관계가 해소되어 분할연금의 기초가 되는 노령연금 수급권의 형성에 아무런 기여가 없었던 부분에 대해서는 분할연금의 청구가 불가능함을 법조문에 명시하는 것이다. 아래와 같이 축조하면 무리가 없을 것이다.¹³⁾

13) 2017.2.13. 정춘숙의원이 대표발의한 국민연금법 일부개정법률안의 내용도 대체로 이와 같다.

현행	개정안
<p>국민연금법 제64조(분할연금 수급권자 등) ② 제1항에 따른 분할연금액은 배우자였던 자의 노령연금액(부양가족연금액은 제외한다) 중 혼인 기간에 해당하는 연금액을 균등하게 나눈 금액으로 한다.</p>	<p>국민연금법 제64조(분할연금 수급권자 등) ② 제1항에 따른 분할연금액은 배우자였던 자의 노령연금액(부양가족연금액은 제외한다) 중 혼인관계가 실제로 존속하고 있었던 기간에 해당하는 연금액을 균등하게 나눈 금액으로 한다.</p>

다만, 실질적 혼인관계가 존속하는 것을 전제로 분할연금액을 결정하는 경우에 당해 요건의 구비 여부를 실제로 조사하는 것은 불가능에 가깝다. 위에서 서술한 바와 같이 국민연금관리공단으로서 이를 조사할 수 있는 권한도 가지고 있지 않기 때문이다. 따라서 형식적 심사만으로도 실질적 혼인기간의 계산이 손쉽게 가능하도록 실무상 법적 근거를 함께 마련할 필요가 있다. 「국민연금법 시행규칙」 제22조 제2항을 개정하여 분할연금지급청구서에 ‘혼인관계의 실질적 존속기간에 관한 분할연금 수급권자의 진술서’를 추가하도록 하는 방안을 생각해 볼 수 있을 것이다.

물론 분할연금 수급권자가 허위로 진술할 위험이 없는 것은 아니다. 따라서 이러한 경우에 대비하여 진술서 제출시 허위진술은 「국민연금법」 제57조 제1항 제1호에 따라 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 급여를 받은 경우’에 해당하여 그 급여가 환수될 수 있음을 경고할 필요가 있다. 문제는 혼인관계의 실질적 존속기간에 대해 당사자 사이에 다툼이 있는 경우이다. 이 때 분할연금 수급권자 일방의 주장에 따라 분할연금이 지급되는 경우에 배우자였던 자는 그에 따른 자신의 노령연금 감액처분을 다룰 수 있는가. 이 문제를 해결하기 위해서는 분할연금청구와 재산분할청구 간의 관계를 먼저 정립할 필요가 있다.

2. 분할연금청구권과 재산분할청구권과의 관계 정립

위에서 살펴본 바와 같이 헌법재판소는 현행 「국민연금법」 제64조의2와 같이

http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_K1X7P0W2K1M3T1C5F3B1E4V3B8H6G7 참조(최종방문일자 2017.2.18.).

재산분할청구를 통해 배우자였던 자 측이 스스로 혼인관계의 실질적 존속기간을 다투도록 하는 방식의 입법형태를 비판한바 있다. 하지만 다행히도 입법자는 이러한 헌법재판소의 실시 내용에 구속되지 않는다. 헌법재판소의 결정 주문뿐만 아니라 결정이유에까지 기속력이 미치는지 여부에 대해서는 여러 가지 논의가 있지만¹⁴⁾, 아직 헌법재판소의 태도는 명확하지 않다. “결정주문뿐 아니라 결정이유에까지 기속력을 인정할지 여부는 헌법재판소의 헌법재판권 내지 사법권의 범위와 한계, 국회의 입법권의 범위와 한계 등을 고려하여 신중하게 접근할 필요가 있다. 설령 결정이유에까지 기속력을 인정한다고 하더라도, 결정주문을 뒷받침하는 결정이유에 대하여 적어도 위헌결정의 정족수인 재판관 6인 이상의 찬성이 있어야 할 것[이다.]”¹⁵⁾이라고 판시한 바 있을 뿐이다. 대상결정의 경우 위헌결정의 정족수인 6인 이상의 찬성이 있기는 하였으나, 「국민연금법」 제64조의2에 관한 실시 부분은 방론에 불과하며, 결정주문을 뒷받침하는 중요이유라고까지는 보이지 않는다. 따라서 일단 가장 주된 위헌 이유, 실질적인 혼인관계가 존재하지 않았던 기간에 대해서는 분할연금이 지급되어서는 안 된다는 취지를 법문에 명시한 이상, 「국민연금법」 제64조의2를 다른 방법으로 활용하는 것은 허용될 수 있을 것이다.

「국민연금법」 제64조의2는 매우 중요한데, 그것이 현재의 취지를 그대로 조문화하는 경우에 발생할 수 있는 각종의 문제점을 해결하는데 가장 효과적인 방법을 제공해주기 때문이다. 현재 「국민연금법」 제64조의2가 가지고 있는 가장 큰 문제점은 분할연금청구권과 재산분할청구권이 서로 매우 밀접한 관계에 있음에도 불구하고, 양 제도간의 시간적 선후에 관해 아무런 규정이 없다는 데에서부터 출발한다. 당사자는 먼저 재산분할협의를 하거나 심판을 받은 후에 분할연금청구를 하는 경우도 있고, 분할연금청구를 한 후에야 재산분할절차에 들어가는 경우도 있다.

전자의 경우에는 별다른 문제가 생기지 않을 것이다. 재산분할협의 또는 심판의 내용에 따라 연금의 분할비율이 정해지기 때문이다. 당사자는 협의 또는 심판에 따라 정해진 비율을 「국민연금법」 제64조의2 제2항에 따라 공단에 신고하면 된다. 분할연금 지급청구 전에 연금분할 비율 별도결정 신고서¹⁶⁾가 먼저 제출되

14) 이와 관련된 대부분의 논의를 종합하고 있는 문헌으로 “헌법재판소의 위헌결정에 따른 동일규범반복제정금지의무와 헌법재판소결정존중의무”, 헌법재판연구원, 2014, 39-54면 참조.

15) 현재 2008.10.30. 선고 2006헌마1098 등 결정 참조.

기 때문에 국민연금관리공단은 법원에서 정한 비율에 따라 분할연금을 산정하여 지급하면 된다.

재산분할청구에 앞서 분할연금청구를 해 분할연금을 지급받고 있는 중에 비로소 연금분할에 관한 재산분할의 협의 또는 심판이 있었던 경우는 어떠한가. 「국민연금법 시행규칙」은 이 경우에도 일단 재산분할의 협의 또는 심판에 따른다는 입장이다. 위 시행규칙 제22조 제3항 단서에 따르면 분할연금의 지급이 청구된 후에 분할 비율이 별도로 결정된 경우에는 그 별도 결정일부터 30일 내에 연금분할비율 별도 결정 신고서를 제출하도록 되어 있고, 이 때 새로운 분할비율은 분할 비율 별도결정일이 속하는 달의 다음 달부터 적용된다(위 시행규칙 제22조 제5항).

그 사이에 분할연금수급권자가 균등한 비율로 수령해 왔던 분할연금과 별도로 결정된 분할비율에 따른 분할연금액 사이의 차액은 부당이득으로 반환해야 하는가. 현재의 법리상으로는 부정하는 수밖에 없다. 재산분할청구권은 협의 또는 심판에 의하여 그 구체적 내용이 형성되기까지는 그 범위 및 내용이 불명확·불확정하여 구체적으로 권리가 발생하였다고 할 수 없기 때문에¹⁶⁾, 뒤늦게 분할비율을 달리 정하는 심판이 있었다고 하여 분할연금수급권자가 그 동안 「국민연금법」 제64조에 따라 수령해 왔던 분할연금이 소급하여 법률상 원인 없는 것으로 전환되는 것은 아니다. 따라서 가정법원은 분할연금수급권자가 그 동안 수령해 온 분할연금의 액수를 고려하여 재산분할심판을 할 필요가 있다.

분할연금의 지급이 개시된 후 뒤늦게 그 비율이 부당하다고 생각하여 재산분할청구를 하고자 하지만, 그것이 허용되지 않는 경우도 있다. 이미 재산분할청구권의 제척기간이 도과한 경우가 그러하다. 이 때 배우자였던 자는 더 이상 혼인관계의 실제 존속기간이나 분할비율을 다룰 수 없으므로, 무조건 가입기간 중 혼인기간 전체에 관하여 균등액을 배분해 주어야 한다. 사실 「국민연금법」 제64조의 진정한 위헌성은 바로 이 부분, 더 이상 재산분할청구로도 이를 교정할 방법이 없게 된 때에 있다.

이 문제를 해결하기 위한 방법은 두 가지로 생각해 볼 수 있는데, 하나는 이러한 경우에는 예외적으로 재산분할청구가 가능하도록 하는 것이고, 다른 하나는 위와 같은 사태를 미연에 방지하기 위해 분할연금 청구 전에 무조건 재산분할절

16) 「국민연금법 시행규칙」 별지 제15호의2 서식.

17) 대법원 1999.4.9. 선고 98다58016 판결.

차가 선행되도록 하는 것이다. 사건으로는 후자를 지지한다. 이혼 후 장기간이 도과한 상태에서 분할연금청구가 있는 경우에 다시 재산분할청구권의 행사를 허용하는 것은 clean-break의 정신에 어긋나기 때문이다. 제척기간 내에 얼마든지 재산분할청구권을 행사할 수 있었음에도 불구하고 이를 하지 않고 있다가 뒤늦게 자신의 권리를 찾고자 하는 사람을 구제할 필요는 없다. 또한 이 때 재산분할청구권의 행사를 허용하게 되면, 노령연금감액처분에 대한 행정소송과 연금분할 비율에 대한 가사소송이 경합하게 되어 판결 간에 모순·저촉이 발생할 우려도 있다. 따라서 향후 연금분할이 문제될 수 있는 모든 사건에서 먼저 제척기간 내에 재산분할절차가 선행되도록 하고, 재산분할협의서 또는 심판정본이 제출되지 않은 경우에는 더 이상 「국민연금법」상 분할연금도 신청할 수 없도록 하여야 할 것이다.

이와 같이 분할연금청구를 위해 재산분할절차를 먼저 거칠 것을 요구하는 것은 다음과 같은 장점이 있다. 첫째, 이미 법원에 의해 실질적 혼인기간과 이를 반영한 적절한 분할비율이 산정되어 있는 상태이므로, 국민연금관리공단에서 이를 심사하기 위한 별도의 절차를 거치거나 당사자에게 진술서 등을 요구할 필요가 없어진다. 둘째, 분할연금 청구시 당사자 사이에 혼인관계의 실질적 존속기간을 둘러싼 다툼이 이미 종결되었으므로, 행정소송으로 이를 다시 다툴 이유가 없어진다. 셋째, 실질적 혼인기간이 재산분할절차와 분할연금 지급 절차에서 중복하여 고려될 가능성이 배제된다. 넷째, 재산분할청구권의 제척기간이 도과한 후에 당사자가 실질적 혼인기간에 관해 다투는 것이 불가능해진다. 독일이나 영국, 미국, 스웨덴도 당사자의 합의 또는 법원의 심판을 법률의 규정에 앞세우고 있다.¹⁸⁾

물론 미리 재산분할청구를 하지 않은 당사자는 분할연금청구를 할 수 있는 기회를 영구히 상실하는 것이므로 지나치게 가혹하다는 인상을 줄 수도 있다. 특히 분할연금청구권의 사회보장적 성격을 고려하면 더욱 그러하다. 하지만 이는 적극적인 홍보를 통해 어느 정도 해결가능한 문제일 뿐만 아니라, 분할연금청구권 자체가 본질적으로 재산분할청구권의 유무에 의존하는 관계에 있다는 점, 그럼에도

18) 독일과 스웨덴에 관해서는 이정우(2003), 77, 81면; 영국에 관해서는 홍남희(2015), 318-321면; 미국에 관해서는 閔裕淑, “財産分割 對象이 되는 財産의 確定에 관한 몇 가지 問題點 -比較法的 考察을 中心으로-”, 법조 제534호(2001), 107-120면; 차선자, “이혼시 연금분할을 위한 입법적 제언”, 법학논총 제32집 제1호(2012), 224-231면 참조.

불구하고 우리 판례가 그간 연금을 재산분할의 대상으로 삼지 않은 결과 「국민연금법」이 이를 구제하기 위해 공법적 청구권으로 구성해 왔을 뿐이라는 점, 하지만 이제 판례변경에 의해 종전의 「국민연금법」 제64조는 그 사명을 다하였다는 점 등을 상기할 필요가 있다. 재산분할에 대한 협의는 제척기간의 제한 없이 가능하므로, 그 제한이 과도하다고도 할 수 없다. 물론 이미 재산분할청구권의 제척기간이 도과한 당사자들을 위한 부칙 규정은 따로 마련하여야 할 것이다. 중국적으로는 전업주부의 국민연금 가입률을 높이거나, 전국민 기초연금 제도를 도입하는 등 연금 제도 자체의 개선을 통해 이혼 후 부양의 문제를 해결하는 것이 바람직하다.

따라서 현행 「국민연금법」 제64조 및 제64조의2 간의 관계를 보다 명확히 하기 위해 위 각 조문을 다음과 같이 개정할 것을 함께 제안한다.

현 행	개정안
<p>국민연금법 제64조(분할연금 수급권자 등) ② 제1항에 따른 분할연금액은 배우자였던 자의 노령연금액(부양가족연금액은 제외한다) 중 혼인 기간에 해당하는 연금액을 균등하게 나눈 금액으로 한다.</p>	<p>국민연금법 제64조(분할연금 수급권자 등) ② 제1항에 따른 분할연금액은 배우자였던 자의 노령연금액(부양가족연금액은 제외한다) 중 혼인관계가 실제로 존속하고 있었던 기간에 해당하는 연금액을 제64조의2에 의해 정해진 바에 따라 나눈 금액으로 한다.</p>
<p>국민연금법 제64조의2(분할연금 지급의 특례) ① 제64조제2항에도 불구하고 「민법」 제839조의2 또는 제843조에 따라 연금의 분할에 관하여 별도로 결정된 경우에는 그에 따른다.</p> <p>② 제1항에 따라 연금의 분할이 별도로 결정된 경우에는 분할 비율 등에 대하여 공단에 신고하여야 한다.</p> <p>③ 제2항에 따른 신고 방법 및 절차 등 신고에 필요한 세부사항은 보건복지부령으로 정한다.</p>	<p>국민연금법 제64조의2(재산분할청구와의 관계) ① 제64조 제1항에 따른 분할연금을 청구하려는 자는 미리 혼인관계가 실제로 존속하고 있었던 기간, 분할비율 그 밖에 연금의 분할에 관한 사항을 협의하여야 한다.</p> <p>② 연금의 분할에 관하여 협의가 되지 않거나 협의할 수 없는 때에는 「민법」 제839조의2 또는 제843조에 따라 가정법원에 재산분할을 청구하여야 한다.</p>

	<p>③ 제1항 및 제2항에 따라 결정된 연금의 분할에 관한 사항은 공단에 신고하여야 한다.</p> <p>④ 제3항에 따른 신고 방법 및 절차 등 신고에 필요한 세부사항은 보건복지부령으로 정한다.</p>
--	---

IV. 입법론(2): 통합법률 제정의 관점에서

1. 통합법률 제정의 필요성

가. 개별법령의 현황

장래의 퇴직급여 및 퇴직연금에 대해 재산분할청구를 허용한 두 건의 대법원 전원합의체 판결 이후 분할연금 청구에 관한 근거규정들이 각종의 개별법령에 신설되었다. 그 요건 자체는 ① 배우자의 가입기간 중 혼인기간이 5년 이상일 것, ② 배우자와 이혼하였을 것, ③배우자였던 사람이 연금수급권자가 되었을 것으로 동일하다. 「국민연금법」은 분할연금수급권자의 연령이 60세에 달하였을 것을 요구하는 반면, 「공무원연금법」과 「사립학교교직원연금법」, 「별정우체국법」은 65세에 달하였을 것을 요구한다는 차이가 있을 뿐이다.¹⁹⁾

분할연금액 역시 배우자였던 사람이 받는 노령연금액 또는 퇴직연금액 중 혼인기간에 해당하는 연금액을 균등하게 나눈 금액으로 한다는 점²⁰⁾, 다만, 「민법」 제839조의2 또는 제843조에 따라 연금분할이 별도로 결정된 경우에는 그에 따르도록 한 점도 동일하다.²¹⁾ 분할연금 수급권 취득 후 배우자였던 자에게 생긴 사유가 분할연금수급권에 영향을 미치지 않도록 하는 취지의 규정을 둔 것, 분할연금 수급권자에게 2개 이상의 분할연금수급권이 생기거나 고유의 연금수급

19) 「국민연금법」 제64조 제1항 제3호, 「공무원연금법」 제46조의3 제1항 제3호 및 「사립학교교직원연금법」 제42조 제1항에 의한 「공무원연금법」 제46조의3의 준용, 「별정우체국법」 제25조의10 제1항 제3호 참조.

20) 「국민연금법」 제64조 제2항, 「공무원연금법」 제46조의3 제2항, 「사립학교교직원연금법」 제42조에 의한 「공무원연금법」 제46조의3의 준용, 「별정우체국법」 제25조의10 제2항 참조.

21) 「국민연금법」 제64조의2 제1항, 「공무원연금법」 제46조의4, 「사립학교교직원연금법」 제42조에 의한 「공무원연금법」 제46조의4의 준용, 「별정우체국법」 제25조의11 참조.

권이 발생한 경우에는 이를 합산하여 지급할 수 있도록 한 것, 유족연금과 관련하여서는 분할연금 수급권자를 노령연금 수급권자로 보지 않는 점²²⁾ 등도 모두 동일하다.

분할연금의 청구는 요건을 모두 갖춘 때부터 3년 이내에 청구해야 한다는 점도 본래 모든 법이 동일하였으나, 2016.5.29.자 「국민연금법」 개정에 따라 국민연금법상 분할연금청구권은 5년 이내에 행사할 수 있게 되었다. 그 밖에도 「국민연금법」은 다른 법과 다른 두 가지 특이한 제도를 가지고 있는데, 하나는 분할연금 신청구 제도이고, 다른 하나는 분할연금 수급권의 포기 제도이다. 먼저 분할연금 신청구 제도는 분할연금 청구권자가 분할연금 수급연령(60세)에 도달하기 전에 이혼하는 경우에는 이혼의 효력이 발생하는 때부터 분할연금을 미리 청구할 수 있도록 하는 제도인데, 신청구를 하더라도 실제 분할연금의 지급은 60세에 달하여야 가능하다(「국민연금법」 제64조의3). 다음으로 분할연금 수급권 포기 제도는 분할연금 수급권자가 배우자였던 사람과 재혼한 경우 분할연금 수급권의 포기를 신청할 수 있도록 하는 제도로, 포기를 신청한 날부터 그의 배우자가 분할연금 발생 전의 노령연금을 지급받게 된다(「국민연금법」 제64조의4).

한편 「공무원연금법」, 「사립학교교직원연금법」 및 「별정우체국법」은 분할연금 수급권자와 그 배우자였던 사람이 모두 연금 수급권자인 경우에는 당사자들의 합의에 따라 각각 분할연금을 지급하지 않을 수 있도록 하였다(점²³⁾), 형벌 등의 사유로 배우자였던 사람의 연금액이 감액되거나 정지된 경우에는 분할연금도 감액되도록 하고 있다는 점²⁴⁾에서 특수성이 있다.

나. 차별의 문제

이와 같이 분할연금제도가 각 개별법령별로 산재되어 있는 것은 각 직역별 연금의 특수성을 반영할 수 있다는 점에서는 실익이 있지만, 실제로는 국민의 불평과 불평등을 야기한다. 공무원인 국민과 일반 국민이 이혼한 경우에 공무원인 배우자는 요건 충족 후 5년 안에만 분할연금을 청구하면 되는데 반해 일반인인 배

22) 「국민연금법」 제65조, 「공무원연금법」 제46조의5, 「사립학교교직원연금법」 제42조에 의한 「공무원연금법」 제46조의5의 준용, 「별정우체국법」 제25조의12 참조.

23) 「공무원연금법」 제46조의5 제6항, 「사립학교교직원연금법」 제42조에 의한 「공무원연금법」 제46조의5의 준용, 「별정우체국법」 제25조의12 제6항 참조.

24) 「공무원연금법」 제46조의5 제1항 단서, 「사립학교교직원연금법」 제42조 및 「별정우체국법」 제25조의12 제1항 참조.

우자는 3년 안에 분할연금을 청구해야 한다거나, 공무원인 배우자는 분할연금 선 청구 제도를 이용할 수 있는데 반해 일반인인 배우자는 이용할 수 없다는 등의 문제가 발생하는 것이다.

무엇보다 큰 문제는 모든 종류의 연금에 분할연금 제도가 도입된 것은 아니라는 점이다. 가령 「군인연금법」에는 아직 연금분할과 관련된 조문이 마련되어 있지 않다.²⁵⁾ 그 결과 군인과 혼인한 일반 국민, 공무원, 사립학교교직원 등은 군인연금지급기관을 상대로 직접 연금분할을 청구할 수 없고, 법원의 심판에 따라 전배우자를 상대로 그가 지급받는 연금 중 일정 비율을 다시 자신에게 지급하여 줄 것을 청구할 수 있을 뿐이다. 따라서 퇴직연금을 수령한 배우자가 그 분할채무를 이행하지 않는 경우에 집행의 어려움에 봉착한다. 퇴직연금 자체는 압류가 불가능하기 때문이다.

「근로자퇴직급여보장법」에도 연금분할을 인정하는 조문이 존재하지 않는다. 그 결과 공무원이나 사립학교교직원과 혼인한 일반 국민은 이혼시 일정한 요건을 충족하기만 하면 상대적으로 높은 액수의 연금을 손쉽게 분할받을 수 있는 반면, 그의 배우자인 공무원이나 사립학교교직원은, 저액에 불과한 국민연금은 손쉽게 분할받을 수 있으나, 정작 배우자였던 자가 「근로자퇴직급여보장법」에 기초하여 회사나 금융기관을 통해 받는 고액의 퇴직연금은 가정법원으로부터 별도로 분할심판을 받은 경우에만 분할을 받을 수 있다. 금융기관을 상대로 자신에게 직접 지급을 청구할 수 없음은 물론이다. 지역별로 합리적 이유 없는 차별이 발생하고 있는 셈이다.

다. 중복의 문제

동일한 내용이 각 개별법령에 중복해서 규정되고 있는 것도 문제이다. 그 중 하나의 내용을 개정할 필요가 있을 때마다 관계법령이 모두 따로따로 개정되어야 하는 번잡함이 뒤따르기 때문이다. 금 번 헌법불합치 결정에 따른 개정 작업이 대표적이다. 위 헌법불합치 결정은 「국민연금법」만을 대상으로 삼고 있지만, 실질적인 혼인관계의 존속을 연금분할의 요건으로 규정하고 있지 않은 문제점은 「공무원연금법」, 「사립학교교직원연금법」 및 「별정우체국법」에서도 동일하

25) 2012. 11. 23. 유승희 의원은 군인연금법에 분할연금제도를 도입하는 내용의 「군인연금법」을 대표발의하였으나, 임기만으로 폐기되었다.

http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_D1P2D1B1D2V3I1I6H1A7M5M6N9Z5C5 참조(최종방문일자 2017.2.4.).

게 발견되므로, 위 각 법률의 개정도 조속한 시일 내에 이루어져야 할 것이다.

분할연금 신청구 제도나 분할연금 포기제도 등의 경우도 마찬가지이다. 이러한 제도들은 아직은 「국민연금법」에 한해 도입되어 있을 뿐이지만, 그 제도의 필요성이나 실익에 비추어 볼 때 다른 관계법령에도 마땅히 도입되어야 할 것이다. 그럼에도 불구하고 분할연금 관련 법령이 모두 흩어져 있는 결과 필요한 제도가 동시에 도입되지 못하고, 순차적으로 개정되어 당해 제도의 이용 가능성에 대해 국민의 혼란을 증폭시킬 우려가 있다.

그러므로 가능하다면 모든 유형의 공적·사적 연금의 분할을 아우르는 통합 법률을 제정하여 헌법불합치 결정에 따른 입법개선을 할 뿐만 아니라, 위와 같은 문제도 일거에 해결하는 것이 바람직할 것이다. 독일 역시 종래 「민법」, 「연금청산에 있어서의 가혹규율에 관한 법률(Gesetz zur Regelung von Härten im Versorgungsausgleich)」 및 「연금청산 영역에 관한 계속적 조치에 대한 법률(Gesetz über weitere Massnahmen auf dem Gebiet des Versorgungsausgleichs)」에 흩어져 있던 연금분할 관련 조문들을 통합하여 2009년 「연금청산의 구조개혁을 위한 법률(Gesetz zur Strukturreform des Versorgungsausgleichs)」을 제정한 바 있다.²⁶⁾

2. 법률 제정의 기본원칙

연금분할에 관한 통합 법률을 어떠한 방향으로 제정할 것인가에 대해서는 논자에 따라 의견이 달라질 수 있을 것이나, 본 논문에서 크게 두 가지 원칙을 제시하고자 한다. 하나는 재산분할청구권의 이념이 보다 충실하게 실현될 수 있는 방안으로 법률을 구성해야 한다는 것이고, 다른 하나는 노령연금수급권자와 분할연금수급권자의 생활이 모두 보장될 수 있도록 해야 한다는 것이다.

가. 수급권 양도 방식에 의한 분할 제도 도입

연금분할이 재산분할청구권의 연장형으로서 청산기능을 다할 수 있기 위해서는 무엇보다도 그 집행이 확보되어야 한다. 하지만 현행법과 관례상으로는 그것이 쉽지 않다. 특히 「군인연금법」과 「근로자퇴직급여보장법」상 연금이 그러하

26) 독일의 법개정 상황에 대해 자세히는 裴寅九(2011), 246-261면 참조.

다. 위 각 법에는 현재 관련 조문이 마련되어 있지 않으므로, 법률에 따른 분할연금청구권을 행사할 수 없다. 당사자의 협의 또는 심판에 의해 이를 할 수 있을 뿐이다. 그런데 대법원은 이미 수령 중인 퇴직연금에 대해 정기금 채권 형태의 대상분할을 인정하였을 뿐이며²⁷⁾, 그 밖에 장래의 연금에 대한 구체적인 분할방법에 대해 실시한 바 없다.

대법원이 예정하고 있는 정기금 채권 형태의 대상분할(이하 ‘정기금 지급방식’이라고 한다.)은 분할의무자가 분할청구권자에게 연금수령액 중 일정 비율 상당액을 지급하라는 취지의 주문을 취하게 되므로, 분할의무자가 자발적으로 그 채무를 이행하지 않으면 분할청구권자가 분할의무자를 상대로 별도의 집행절차를 거쳐야 한다. 문제는 분할의무자에게 연금 외에 별다른 자산이 없는 경우이다. 이 때 분할청구권자는 분할의무자의 연금수급권에 대해 압류 및 추심절차를 밟아야 하는데, 현행법상으로는 군인연금과 퇴직급여 채권 모두 압류가 금지되어 있으므로, 사실상 집행 불능상태가 된다. 따라서 이와 같은 정기금 채권 형태의 대상분할 외에 재산분할심판 확정과 동시에 집행이 가능한 현물분할이 가능함을 법에 명시할 필요가 있다.²⁸⁾

이 때 현물분할방식의 연금분할이란 분할의무자의 연금채권을 분할하여 분할청구권자에게 양도하고, 이를 연금지급주체에게 통지하는 방식의 연금분할을 말한다. 보다 엄밀히 말하면 아직 분할의무자의 연금채권은 그 기한이 도래하지 않은 상태이므로, 분할의무자가 지금까지 보험료를 납입하여 쌓아 놓은 가입기간 자체의 분할을 허용해야 하는 것이 원칙이며, 독일이나 일본, 캐나다 등도 이와 같은 입법체계를 가지고 있다.²⁹⁾ 우리나라에서도 이와 같이 가입기간을 분할하는 방식의 개정안이 발의된바 있다.³⁰⁾ 이는 사실상 가입기간을 credit과 같이 운용

27) 대법원 2014.7.16. 선고 2012므2888 전원합의체 판결.

28) 필자는 이미 현물분할방식의 연금분할이 필요하며, 그것이 해석론상 가능함을 현소해, “장래의 퇴직급여와 재산분할”, 법학논총 제21집 제2호(2014), 331-336면에서 논증한바 있다. 그러나 이러한 태도가 대법원에서 아직 받아들여지지 않았으므로, 입법론으로 제차 동일한 주장을 반복하는 바, 본 논문의 서술이 위 논문의 서술과 일부 중복되는 부분에 대해 독자의 양해를 구한다.

29) 독일에 관해서는 裴寅九(2011), 246-261면; 일본에 관해서는 홍남희(2015), 314-318면; 캐나다에 관해서는 송재우, “이혼후 연금분할 제도의 비교법적 검토 -캐나다의 연금분할제도를 중심으로”, 법학연구 제56권1호(2015), 296-297면 참조.

30) 2014. 3. 17. 신경립의원이 제출한 국민연금법 일부개정법률안이 그것이나, 대안반영폐기되었다. 이러한 내용의 개정에 찬성하는 견해로 송재우(2015), 305면 참조.

http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_E1M4F0N3N1G7U1U6N1M9O2T5V1U3F0

(최종방문일자 2017.2.6.)

하는 것으로 이를 이용하면 진정한 의미의 현물분할이 가능하다고 할 것이나, 우리나라는 아직 전국민을 위한 기초연금제도를 가지고 있지 않고, 전업주부의 국민연금 가입도 2016년에야 비로소 허용되었으므로, 가입기간의 분할만으로는 현물분할을 받을 수 없는 경우가 많다. 다른 직역 연금과의 연계도 문제이다. 따라서 본 논문에서는 부득이 이혼과 동시에 분할된 부분의 연금채권을 행사할 수 있는 것을 전제로 법리를 구성하였다. 이하에서는 이러한 방식의 연금분할을 ‘수급권양도방식’이라고 칭하기로 한다.³¹⁾

수급권양도방식은 분할의무자에게 다른 재산이 없는 경우라도 채권을 양도받은 분할청구권자는 채무자인 연금지급주체로부터 바로 분할연금을 지급받을 수 있으므로, 분할의무자의 무자력으로 인한 위험을 회피할 수 있다는 장점이 있다. 다만, 수급권양도방식에서 지급시기를 이혼과 동시에 할 것인가(즉시지급형), 분할청구권자의 연금수급 자격 연령 도달시점으로 할 것인가(지급유예형)에 대해서는 당사자 또는 법원이 선택할 수 있다고 보아야 할 것이다. 현물분할에 따른 연금분할채무의 이행을 노령연금수급개시 시점으로 미룸으로써 연금분할이 분할청구권자의 노후 생활을 보호할 수 있는 수단으로서도 기능할 수 있도록 하기 위함이다.

지급시기를 유예하는 경우에는 일시금으로 지급받을 것인지 또는 정기금으로 지급받을 것인지를 분할청구권자가 선택할 수 있을 것이나, 이혼과 동시에 지급받는 경우에는 일시금 지급만 청구할 수 있도록 해야 하는데, 그렇지 않을 경우 공적 연금지급주체는 관계법령에 위반하여 아직 수급연령에 도달하지 않은 자에게 정기적으로 노령연금을 지급하는 결과가 되기 때문이다. 또한 지급시기를 유예한 경우에 그 유예기한은 오로지 분할청구권자의 연금수급 자격 연령 도달시(60세 또는 65세)를 기준으로 해야 할 것이며, 현행법과 같이 배우자였던 자가 노령연금 수급권자가 되었을 것을 요구할 필요는 없다. 연금분할의 본질은 본래 재산분할에 있는 것이며, 지급유예를 통해 부수적으로 당사자 자신의 노후보장을 도모할 뿐인 것이므로, 파생적 수급권으로서의 성격을 고려하여서는 안 되기 때문이다. 물론 근로자퇴직급여의 경우에는 별도의 자격 규정이 없으므로, 근로자퇴직시를 기준으로 지급유예시점을 설정하는 수밖에 없다.

31) 이러한 방식의 제도 도입에 찬성하는 견해로 홍남희(2015), 328-329면 참조.

나. 일시금지급방식에 의한 분할제도 도입

「국민연금법」, 「공무원연금법」, 「사립학교교직원연금법」 및 「별정우체국법」의 경우에는 사실상 수급권양도방식의 연금분할이 인정되는 셈이다. 분할청구권자는 분할의무자가 아닌 연금지급주체를 상대로 직접 그 분할연금의 지급을 청구할 수 있기 때문이다. 하지만 그렇다고 하여 집행의 문제가 완전히 해결되는 것은 아니다. 위 각 법에 따른 분할연금은 분할연금청구권자 자신이 60세에 달하는 때에야 비로소 성립하기 때문에, 그 성립 전에 발생한 사정으로 인해 배우자였던 사람이 노령연금을 수급하지 못하는 경우에 그 위험은 모두 분할연금청구권자가 부담하게 된다.³²⁾ 배우자였던 사람이 노령연금 지급 개시 전에 사망한 경우, 장애연금으로 전환된 경우 또는 일시금으로 미리 수령해 간 경우 등이 이에 해당한다. 부부간의 연령차이가 클수록 이러한 위험이 높아진다. 이러한 사태가 발생하여 분할청구권자가 청산의 목적을 달성하지 못하게 되는 결과를 막기 위해 현물분할이나 정기금 채권 형태의 대상분할 외에 일시금 지급 형태의 대상분할 제도도 함께 도입할 필요가 있다.³³⁾

일시금 지급 형태의 대상분할이란 이혼재판의 사실심 변론종결시를 분할의무자의 퇴직시점으로 가정하여 퇴직급여 채권의 가치를 현금으로 환산하고, 그 중 분할청구권자의 기여분에 해당하는 부분을 일시금으로 분할청구권자에게 지급할 것을 명하는 방식을 말한다.³⁴⁾ 자산이 충분한 배우자인 경우에 이혼 종료와 동시에 연금에 대한 청산도 한 번에 종결될 수 있도록 하는 것이다. 이하 이러한 방식의 연금분할을 ‘일시금지급방식’이라고 칭한다. 이는 분할의무자인 배우자가 연금지급개시일에 달했을 때 자신의 노령연금을 전액 확보할 수 있도록 해준다는

32) 비슷한 이유로 60세에 달해야 비로소 분할연금을 청구할 수 있는 「국민연금법」의 태도를 비판하는 문헌으로 차선자(2012), “이혼시 연금분할을 위한 입법적 제언”, 법학논총 제32집 제1호(2012), 240면; 류건식, “이혼시 분할연금제도의 개선방향”, KIRI Weekly 207호, 2012, 5-6면 (http://www.kiri.or.kr/pdf/전문자료/KIRI_20121109_2232.pdf); 이정우(2003), 73면.

33) 배우자였던 사람이 일시금으로 받아간 경우에 대비하여 분할일시금을 받아갈 수 있도록 하는 취지의 개정안이 2012.11.23. 유승회의원에 의해 대표발의된 바 있으나, 대안반영폐기되었다. http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_V1A2R1O1M2T3Y1B6C2F3E2X9B4S9D8 (최종방문일자: 2017.2.6.)
또한 배우자였던 사람이 사망하거나 장애가 발생하여 노령연금을 수급할 수 없게 되는 경우에 대비해 해당 기간 만큼의 연금보험료를 일시금으로 지급하도록 하는 취지의 개정안이 2013.12.2. 양승조의원에 의해 대표발의되었으나, 역시 대안반영폐기되었다. http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_R1D3S1B2C0T2A1G7Y1C7P4E7Y6K4T0 (최종방문일자: 2017.2.6.)

34) 일시금 지급방식의 연금분할의 구체적 내용에 대해 자세히는 현소혜(2014), 336-339면 참조.

점에서 의미는 있지만, 분할청구권자 쪽에서도 기여분을 미리 청산받아 이를 바탕으로 자신의 노후 재정 계획을 주도적으로, 그리고 보다 장기적으로 형성할 수 있다는 점에서도 중요한 의미를 갖는다. 무엇보다도 배우자에게 이혼 당시 충분한 자력이 있어 당사자가 일시금 지급을 원한다면, 국가가 이를 막을 이유가 없다.

그러므로 통합 법률은 다음과 같은 다양한 유형의 연금분할이 모두 가능한 형태로 제정되어야 한다.³⁵⁾ 영국 역시 당사자의 의사와 필요에 따라 연금분할의 방식을 선택할 수 있는 방향으로 연금 분할 관련 법률을 발전시켜왔다(「Welfare Reform and Pension Act 1999」).³⁶⁾

유형	지급의무자	지급시기	지급형태	활용유형
일시 금지 급방 식	배우자	즉시지급	일시금	·이혼 당시 배우자에게 자력이 있고, 이혼 이후 사정변경의 위험 회피를 원하는 경우 ·당사자에게 자율적인 연금수립계획이 있는 경우 ·연금수급시점까지 기간이 오래 남은 경우
정기 금지 급방 식 (즉시 지급 형)	배우자	즉시지급	정기금	·이미 연금지급이 개시되었고, 배우자에게 자발적 이행의사가 있는 경우 ·일시금지급방식을 원하지만, 일회에 지급하기에는 자력이 부족한 경우
정기	배우자	수급연령	정기금	·아직 연금지급이 개시되지 않았

35) 내용에는 차이가 있으나 결론적으로는 다양한 형태의 분할방법을 병행해야 한다는 견해로 차선자(2012), 244면.

36) 영국의 입법례에 대해서는 김명숙, “부부재산관계에 대한 검토-부부공동생활의 실태와 새로운 부의 창출에 대응하여”, 고려법학 제56호(2010), 248-249면; 홍남희(2015), 318-321면 참조.

금지 급방 식 (지급 유예 형)		도달시		지만, 배우자에게 자발적 이행의 사가 있는 경우 ·현재는 배우자에게 자력이 없지 만, 향후 재무상황의 개선이 예 측되는 경우 ·당사자에게 자율적인 연금수립계 획이 없는 경우
수급 권양 도방 식 (즉시 지급 형)	연금 지급주체	즉시지급	일시금	·이혼 당시 배우자에게 자력이 없 는 경우 ·당사자에게 자율적인 연금수립계 획이 있는 경우
수급 권양 도방 식 (지급 유예 형)	연금지급주 체	수급연령 도달시	일시금	·이혼 당시 배우자에게 자력이 없 고, 자발적 이행의사도 없는 경 우 ·당사자가 목돈을 필요로 하는 경 우
			정기금	·이혼 당시 배우자에게 자력이 없 고, 자발적 이행의사도 없는 경 우 ·당사자에게 자율적인 연금수립계 획이 없는 경우

다. 통지 제도의 마련

고려해야 하는 또 하나의 쟁점은 이혼 당시 배우자에게 자력이 충분하지 않아 수급권양도방식을 택하면서도 당사자 스스로 연금분할을 자신의 노후대책으로 삼기를 위해 지급유예형으로 이를 선택한 경우에 당사자를 어떻게 보호할 것인가의 문제이다. 이러한 경우에도 분할청구권자는 이혼 성립 후 발생하는 다양한 사정

변경에 의해 자신의 분할연금청구권의 존부와 내용이 좌우되는 결과가 발생한다. 이에 대비해 일시금 지급방식을 마련해 놓았으나, 이혼 당시 배우자에게 자력이 없는 경우에는 이를 선택하는 것이 사실상 무의미하다. 따라서 이 경우에도 사정 변경의 위험으로부터 그를 보호할 필요가 있다.³⁷⁾

현행 「국민연금법」 등은 분할연금수급권을 취득한 후, 즉 분할연금청구권자가 스스로 60세에 달해 그 연금을 지급받기 시작한 이후에 발생한 사정은 영향을 미치지 않는다고 규정하고 있으나, 이로는 충분하지 않다. 분할의무자 측이 악의적으로 자신의 연금수급권을 소멸시킨 경우에는 더욱 그러하다. 이 때 분할청구권자를 보호하기 위한 보완책을 따로 마련하지 않을 경우에 분할청구권자 측은 일시금 지급방식을 고집하면서 자력이 없는 분할의무자에게 그 채무의 이행을 위해 퇴직이나 조기 수령, 대출 등을 강요할 우려가 있으므로, 적절한 대책을 마련하는 것은 분할의무자에게도 중요한 의미를 갖는다.

그러므로 일단 수급권양도방식을 택한 경우에는 그 양도사실을 연금지급주체에게 통지하고, 연금지급주체가 통지를 받거나 수급권양도를 승낙한 때 이후에 양도인과의 사이에 발생한 사정으로는 양수인에게 대항할 수 없음을 명시하여 사정변경에 따른 위험을 최소화하는 방법을 도입할 필요가 있다.

라. 청구권 보전을 위한 특칙 신설

정기금 지급방식에서 지급유예형을 택한 당사자의 보호도 문제이다. 선택 당시에는 배우자에게 자발적 이행의사가 있어 수급권양도방식을 택하지 않았지만, 그 후 배우자였던 자가 변심하여 이행을 거부할 기세를 보이는 경우도 얼마든지 있을 수 있기 때문이다. 아직 재산분할이 확정되지 않은 경우에는 더욱 문제이다. 연금분할을 위해 재산분할심판청구를 준비 중이거나 혹은 심리 중인 상태에서 배우자가 이를 일시금으로 수령해 버리거나 퇴직연금을 중간정산받는 경우에 당사자는 어떠한 종류의 보호도 받지 못하게 된다. 실체법상으로는 이러한 경우에 대비하여 각종의 가압류·가처분 제도를 마련하고 있을 뿐만 아니라, 「민법」 제 839조의3에 따른 재산분할청구권 보전을 위한 사해행위 취소까지 할 수 있으나, 그 대상이 연금일 때에는 양도 금지 규정으로 말미암아 그 모든 것이 불가능하기 때문이다. 이는 어떠한 방식의 연금분할방식을 택하더라도 피할 수 없는 문제이

37) 같은 취지로 차선자(2012), 244-245면.

다. 부부 상호 간에는 각종 수급권에 대한 양도 및 압류 금지 조문이 적용되지 않는다고 보는 것은 분쟁의 간이한 해결을 가능하게 해준다는 장점도 있다. 상호 간에 연금수급액에 큰 차이가 없는 경우에 상계를 하는 것이 가능해지기 때문이다.

그러므로 이러한 경우에 대비하여 적어도 재산분할청구권을 행사할 수 있는 자를 위해서는 상대방 배우자가 수령하고 있거나 장래 수령할 수급권에 관하여 양도 및 압류 금지 조문이 적용되지 않는다는 취지의 특례규정을 두어야 할 것이다.³⁸⁾ 물론 연금 수급권은 국민과 국가 간의 관계에서는 공법적 청구권으로서의 성격을 갖고, 제3자와의 사이에서는 수급권자의 최소한의 생존을 위해 보장받아야 할 인권으로서의 성격을 갖는다. 각종의 연금 관련 개별법령이 압류금지 조문을 두고 있는 것은 이러한 이유 때문이다.³⁹⁾ 하지만 동일한 연금수급권이라도 부부 상호간에는 재산분할청구의 대상이 되는 재산일 뿐이다. 연금은 이를 직접 수령하는 개인 뿐만 아니라, 그와 동일한 가구를 형성하여 생활하고 있는 배우자의 생활안정과 복리향상을 위한 것이기도 한 이상, 그 이익을 함께 향유하고 있는 배우자와의 사이에서는 압류금지 조문이 적용될 여지가 없다. 다만, 이것이 공적 연금수급권의 상속까지 허용되어야 한다는 취지는 아니다.

마. 기타

현행법에 따른 연금분할 제도는 모두 법률혼이 해소된 경우를 전제로 하고 있다. 하지만 연금분할의 본질은 재산분할이며, 재산분할은 사실혼 관계가 해소된 때에도 동일하게 이루어지므로, 통합 법률은 사실혼관계 해소에 따른 연금분할 제도도 함께 도입하여야 할 것이다.⁴⁰⁾ 그 밖에 당사자에 의한 재산분할의 협의나

38) 2016.6.13. 김삼화의원은 이와 같은 취지를 담고 있는 「공무원연금법」 일부개정안을 발의하여 현재 위원회 계류 중이다.

http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_F1C6Z0G6V1N3L1W3F4R0J5L4U8Y2Z2
(최종방문일자: 2017.2.6.)

39) 헌법재판소 2000.3.30. 선고 89헌마401 등 결정: “공무원연금법상의 각종 급여는 기본적으로 사법상의 급여와는 달리 퇴직공무원 및 그 유족의 생활안정과 복리향상을 위한 사회보장적 급여로서의 성격을 가지므로, 본질상 일신전속성이 강하여 권리자로부터 분리되기 어렵고, 사적 거래의 대상으로 삼기에 적합하지 아니할 뿐만 아니라, 압류를 금지할 필요성이 훨씬 크다. 공무원 연금제도의 목적인 공무원 및 그 유족의 생활안정과 복리향상에 기여하기 위하여서는 수급권자가 실제로 직접 그 이익을 받아야 하며, 타인이 그 이익을 받는 것은 수급권자를 보호하고자 하는 입법목적과 배치되기 때문이다. 이와 같은 이유로 사회보장법률들을 거의 각종 급여수급권 전액에 대하여 그 양도나 담보제공 등의 사적 처분을 제한하고 있을 뿐만 아니라 압류를 금지하고 있다.”

법원에 의한 심판이 선행되어야 비로소 연금분할이 가능하도록 해야 한다는 점, 이혼을 둘러싼 법률관계의 조속한 안정을 위해 2년의 제척기간 내에 권리를 행사하도록 해야 한다는 점은 II.에서 이미 밝힌 바와 같다.

3. 법률안

이상의 내용을 담은 가칭 ‘연금 등 분할에 관한 법률’의 대강을 제안해 보면 다음과 같다.

가칭 「연금 등 분할에 관한 법률」

제1조(목적) 이 법은 이혼시 연금 등 분할 제도를 마련하여 혼인 중 공동으로 형성한 연금 기타 급여의 공평한 청산을 도모하고, 이혼한 배우자의 생활안정 및 복지증진에 이바지하는 것을 목적으로 한다.

제2조(정의규정) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “급여”란 제3조에 따라 이 법의 적용대상이 되는 연금 또는 일시금을 말한다.
2. “수급권”이란 제3조에서 정한 급여를 받을 권리를 말한다.
3. “수급권자”란 제3조에서 정한 급여의 지급을 청구할 권리를 가진 자를 말한다.
4. “수급자”란 제3조에 따라 이 법의 적용대상이 되는 연금을 지급받고 있는 자를 말한다.
5. “지급주체”란 「국민연금법」 제50조, 「공무원연금법」 제26조, 「군인연금법」 제10조, 「사립학교교직원연금법」 제4조, 「별정우체국법」 제26조 및 「근로자퇴직급여 보장법」 제29조에 따라 수급권자에게 제3조에 따른 급여를 지급하는 주체를 말한다.

40) 일본의 후생연금보험법 시행규칙 제78조 역시 사실혼 해소시 연금 분할을 인정하고 있다. 자세한 내용은 홍남희(2015), 317면 참조.

2016.6.13. 김삼화의원외이 발의한 「공무원연금법」 일부개정안도 같은 내용을 담고 있다.
http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_F1C6Z0G6V1N3L1W3F4R0J5L4U8Y2Z2
 (최종방문일자: 2017.2.6.)

6. “가입기간 등”이란 「국민연금법」 제17조에 따른 가입기간, 「공무원연금법」 제23조에 따른 재직기간, 「군인연금법」 제16조에 따른 복무기간, 「사립학교교직원연금법」 제31조에 따른 재직기간, 「별정우체국법」 제34조에 따른 재직기간을 말한다.

제3조(적용범위) 이 법에서 분할의 대상이 되는 급여는 다음 각 호와 같다.

1. 「국민연금법」 제49조 제1호에 따른 노령연금
2. 「공무원연금법」 제42조 제1호 가목 내지 라목에 따른 퇴직연금, 퇴직연금 일시금, 퇴직연금공제일시금 및 퇴직일시금
3. 「군인연금법」 제6조 제1호 내지 제4호에 따른 퇴역연금, 퇴역연금일시금, 퇴역연금공제일시금, 퇴직일시금
4. 「사립학교교직원연금법」 제42조 제1항에 의해 준용되는 「공무원연금법」 제42조 제1호 가목 내지 라목에 따른 퇴직연금, 퇴직연금일시금, 퇴직연금공제일시금 및 퇴직일시금
5. 「별정우체국법」 제24조 제2항 제1호 가목 내지 라목에 따른 퇴직연금, 퇴직연금일시금, 퇴직연금공제일시금 및 퇴직일시금
6. 「근로자퇴직급여보장법」 제2조 제5호에 따른 급여

제4조(연금 등 분할청구권) ① 이혼한 자의 일방(이하 ‘분할청구권자’라고 한다.)은 다른 일방(이하 ‘분할의무자’라고 한다.)에 대하여 수급권의 분할을 청구할 수 있다.

② 사실혼 관계가 해소된 경우에도 제1항과 같다.

제5조(협의를 의한 연금 등 분할) 연금 등 분할의 액수와 방법은 당사자 사이의 협의에 의해 정한다.

제6조(심판에 의한 연금 등 분할) 연금 등 분할에 관하여 협의를 되지 아니하거나 협의할 수 없는 때에는 가정법원은 당사자의 청구에 의하여 혼인기간, 혼인기간 중 재산형성에 대한 기여도, 이혼 당시 급여가 전체 재산에서 차지하는 비율 등을 고려하여 분할의 액수와 방법을 정한다.

제7조(연금 등 분할의 방법) ① 제5조 및 제6조에 따른 연금 등 분할은 다음 각 호 중 하나 또는 수 개의 방법에 따른다.

1. 일시금지급방식
2. 정기금지급방식
3. 수급권양도방식

② 제1항 제2호에 따른 정기금지급방식으로 연금을 분할할 때에는 분할의무자가 장래 매월 지급받을 연금액 중 일정 비율에 해당하는 금액을 분할청구권자에게 정기적으로 지급하는 방식을 택할 수 있다.

제8조(분할 대상 가액의 산정기준) 제7조 제1항 제1호에 따른 일시금지급방식 또는 같은 항 제2호에 따른 정기금지급방식으로 수급권을 분할하는 경우 분할의 대상이 되는 수급권의 가액은 협의이혼 성립 당시 또는 이혼 소송의 사실심 변론종결시를 기준으로 그 시점에 즉시 퇴직할 경우 수령할 수 있을 것으로 예상되는 급여 상당액으로 환산하여 계산한다.

제9조(압류 등에 관한 특칙) 분할청구권자는 「국민연금법」 제58조, 「공무원연금법」 제32조, 「군인연금법」 제7조, 「사립학교교직원연금법」 제40조, 「별정우체국법」 제31조 및 「근로자퇴직급여보장법」 제7조에도 불구하고 수급권을 양도·압류하거나 담보로 제공할 수 있다.

제10조(수급권양도방식에 관한 특칙) ① 제7조 제1항 제3호에 따른 수급권양도방식으로 수급권을 분할하는 경우 분할의무자는 당사자의 협의 또는 가정법원의 심판에 의해 정해진 분할의 액수 또는 비율을 지급주체에게 통지하여야 한다.

② 지급주체는 분할청구권자의 신청에 의해 제1항에 따라 통지받은 액수 또는 비율에 상응하는 금액을 분할청구권자에게 일시금으로 지급하여야 한다.

③ 분할청구권자가 제2항에 따른 일시금을 지급받는 대신 새롭게 임의가입한 국민연금 또는 이미 가입하고 있었던 국민연금이나 직역연금으로 연계하고자 하는 경우에는 「국민연금과 직역연금의 연계에 관한 법률」에 따른 연계신청을

할 수 있다. 연계신청의 시기, 절차, 효과 그 밖의 자세한 사항은 대통령령으로 정한다.

④ 지급주체는 제1항에 따른 통지 이후에 발생한 분할의무자의 사망, 장애 그 밖의 사정으로 분할청구권자에게 대항할 수 없다. 지급주체가 수급권양도방식에 의한 수급권 분할을 승낙한 경우에도 같다.

⑤ 제2항 및 제3항에 따른 지급이 있었던 경우 지급주체는 분할의무자의 급여액을 결정함에 있어 분할청구권자에게 이미 지급된 금액을 공제하여야 한다.

⑥ 제2항에 따른 분할청구권자의 신청 및 지급주체의 지급 시기, 방법 그 밖의 절차에 대한 자세한 사항은 대통령령으로 정한다.

제11조(연금 등 분할청구권의 소멸) 연금 등 분할청구권에 관해서는 「민법」 제839조의2 제3항을 준용한다.

V. 결론

이상과 같이 대상 결정의 문제점과 이에 따른 「국민연금법」의 개정 방안, 그리고 장기적인 과제로 각종의 연금 분할제도를 통합하는 방안을 제시하여 보았다. 본 논문의 주된 관심은 주로 현행법상의 획일적인 법정연금분할 제도에 갈음하여 당사자의 합의 또는 가정법원의 심판에 의한 유연한 연금분할이 가능하도록 하되, 당사자들의 법률관계를 조속히 확정하는 한편, 당사자의 상황과 필요에 따라 다양한 형태의 연금분할 방식을 선택할 수 있도록 하여 청산과 생활보장을 동시에 추구하는데 있다.

물론 본 논문에서 본격적으로 다루지 못한 주제도 여럿 남아 있다. 연금분할 청구권자가 최종적으로 받을 수 있는 퇴직급여 액수의 정교한 산정방법이나 연금 분할사건을 재산분할사건으로부터 분리하여 별개의 사건으로 처리하기 위한 가사소송법 개정 문제⁴¹⁾와 같은 작은 문제부터 혼인 중 재산분할제도의 도입과 연계

41) 현재는 연금분할이 재산분할사건의 일부로 함께 처리되고 있기 때문에, 퇴직급여채권에 대해서만 개별적 분할 비율을 정하도록 하는 것에 대해 비판이 있다. 대법원 2002.9.4. 선고 2001므718 판결은 “재산분할비율은 개별재산에 대한 기여도를 일컫는 것이 아니라 기여도 기타 모

되어 있는 혼인 중 연금분할 제도의 도입⁴²⁾, 진정한 의미의 현물분할이 가능하도록 하기 위한 소득점수 제도로의 개편 문제, 이혼한 배우자가 단독으로 미성년 자녀를 양육하고 있던 중 비양육친인 배우자가 사망한 경우에 양육친의 지위에서 유족연금을 받아 양육비에 갈음할 수 있도록 하는 양육연금 제도의 도입⁴³⁾, 연금분할이 양쪽 당사자를 모두 노령빈곤의 상황으로 몰아넣는 결과가 되지 않도록 하기 위한 전국민 기초연금제도의 도입 등이 그것이다.

연금분할은 공법과 사법, 양쪽 모두의 영역에서 다양한 관점으로 접근할 수 있는 흥미로운 주제이나, 아직까지 우리나라에서의 논의는 초보적인 단계에 불과하다. 본 논문 역시 당장의 시급한 문제를 해결하기 위해 임시방편의 해결책을 제시해 본 것에 불과하다. 향후 해당 주제에 대한 학문적 성과가 쌓여 당사자들의 권리가 보다 간이하고 온전하게 실현될 수 있기를 기대해 볼 뿐이다.

든 사정을 고려하여 전체로서의 형성된 재산에 대하여 상대방 배우자로부터 분할 받을 수 있는 비율을 일컫는 것이라고 봄이 상당하므로, 법원이 합리적 근거 없이 분할대상 재산들을 개별적으로 구분하여 분할비율을 달리 정하는 것은 허용될 수 없다고 관시한 바 있기 때문이다. 이진기, “재산분할의 대상으로서 [장래의] 퇴직급여채권”, 가족법연구 제28권 3호(2014), 406-407면.

42) 이러한 제도의 도입에 찬성하고 있는 문헌으로 송재우(2015), 306면 참조.

43) 양육연금 제도의 도입에 대해 논하고 있는 문헌으로 이정우(2003), 77-78면 참조. 차선자(2012), 249면은 양육연금 제도의 도입을 전제로 한 법개정안을 제시하고 있다.

(논문투고일: 2017.2.19, 심사개시일: 2017.2.28, 게재확정일: 2017.3.17)



▶ 현 소 혜

국민연금법, 헌법불합치결정, 연금분할청구권, 재산분할청구권, 파생적
수급권

【참 고 문 헌】

I. 단행본

「헌법재판소의 위헌결정에 따른 동일규범반복제정금지의무와 헌법재판소결정준
중의무」, 헌법재판연구원, 2014

II. 논문

- 김명숙, “부부재산관계에 대한 검토-부부공동생활의 실태와 새로운 부의 창출에
대응하여”, 고려법학 제56호(2010)
- 김태진, “국민연금법상 분할연금제도에 대한 소고 -분할비율 결정에 관한 문제점
및 개선방안”, 사회보장법연구 제5권 제2호(2016)
- 류건식, “이혼시 분할연금제도의 개선방향”, KIRI Weekly 207호(2012)
- 閔裕淑, “財産分割 對象이 되는 財産의 確定에 관한 몇 가지 問題點 -比較法的
考察을 中心으로-”, 법조 제534호(2001)
- 裴寅九, “연금의 재산분할 대상성에 관한 검토 -비교법적 고찰을 중심으로-”, 사
법논집 제50집(2011)
- 송재우, “이혼후 연금분할 제도의 비교법적 검토 -캐나다의 연금분할제도를 중심
으로”, 법학연구 제56권1호(2015)
- 이정우, “이혼여성을 위한 연금분할제도의 개선방안”, 사회보장연구 제19권2호
(2003)
- 이지은, “이혼시 퇴직연금에 대한 재산분할비율”, 민사법학 제70호(2015)
- 이진기, “재산분할의 대상으로서 [장래의] 퇴직급여채권”, 가족법연구 제28권 3
호(2014)
- 차선자, “이혼시 연금분할을 위한 입법적 제언”, 법학논총 제32집 제1호(2012)
- 최문기, “이혼시 재산분할청구권에 관한 판례의 동향”, 사회과학연구 제26권 2호
(2010)
- 현소혜, “장래의 퇴직급여와 재산분할”, 법학논총 제21집 제2호(2014)
- 홍남희, “이혼시 퇴직금과 연금의 분할 문제에 대한 고찰”, 법학논고 제49집
(2015)

Abstract

Claims for Pension Split and the Revision of National Pension Act

Hyun, So Hye

The Constitutional Court has declared the Article 64 of the National Pension Act unconstitutional on 29 December 2016 on the ground that it infringes the property rights of the divorced spouses by allowance for the split of pension even when there has been no actual marital relationship. The main purpose of this article is to demonstrate the defects of its ratio decidendi; to propose the right direction of the revision of the National Pension Act; and to design a basic policy for the integration of all relevant legislation on pension split. Legislators should remember that the pension split claim has not only a public character for social security, but also a private one as an extension of the judicial claim of property division, so that it cannot be decided separately from a property division claim. The statutory pension split system like the current National Pension Act should be abolished under the integrated law system, and completely replaced with the flexible pension split by the agreement of the parties or by the judgement of the court, determining the scope of the divorced couple's right as soon as possible, ensuring a variety of options according to the situation and demand of the parties, and providing ways of enforcement for prevention of old age poverty.



▶ **Hyun, So Hye**

the National Pension Act, decision on unconstitutionality, claims for pension split, claims for property division, derivative pension entitlement

저작권 귀속법리와 인공지능 창작물에 대한 고찰

김 현 경*

【목 차】

I. 서론	3. AI 자체
II. 저작권 귀속법리	4. 공동저작자
1. 창작의 본질	5. 공유(公有, Public Domain)
2. 저작권 귀속근거	IV. 인공지능 창작물의 저작권법상 권리 귀속문제의 해결
3. 소결 : 권리귀속의 판단요소들	1. 현행법제의 적용과 한계
III. 인공지능 창작물의 권리귀속관련자들	2. AI 창작물에 대한 권리귀속
1. 프로그래머	V. 결론
2. AI 사용자	

【국 문 요 약】

최근 시, 음악, 영화극본, 신문기사 등 그 유형을 막론하고 수많은 창작물이 인간이 아닌 인공지능을 통해 양산되고 있다. 그러나 ‘이러한 창작물들이 모두 저작권법상 보호대상에 해당되는가, 해당된다면 그러한 창작물을 대상으로 하는 권리는 누구에게 귀속되어야 하는가’의 문제는 여전히 난제(難題)이다. 현행법상 저작권은 저작자에게 귀속되며 저작자는 저작물을 창작한 자를 의미한다. 인공지능이 만들어낸 창작물에 대한 권리 귀속문제를 판단하기 위해서는 일차적으로 우선 누가 저작자가 될 수 있는가를 검토하여야 하고 그에게 창작물에 대하여 독점배타적 권리를 부여하는 것이 정당한가라는 저작권 귀속법리에 대한 논의가 이루어져야 한다. 따라서 본 논문에서는 우선 저작자가 누가 되어야 하는지를 판단하기 위한 요인들로 ‘독창성’, ‘개성’, ‘창작의도’, ‘투자’, ‘노동력’ 등을 도출하였다. 이러한 요인들은 저작권의 본질론으로서 낭만주의적 작가관, 자연권론, 실정권론 등의 검토를 통해 도출하였다. 그리고 이러한 판단기준들을 각각 인공지능 창작물의 관련자들에게 적용하여 그 권리 귀속의 타당성에 대하여 검토하였다.

* 서울과학기술대학교 IT정책전문대학원 조교수, 법학박사.

I. 서론

17세기 철학자 르네 데카르트(René Descartes)는 인간이 다른 사람에게 자신의 생각을 표현하기 위해 사용하는 문자, 수식 등의 기호는 기계가 결코 모방할 수 없다고 단언하였다. 그러나 데카르트의 이러한 단언은 더 이상 유효하지 않은 것 같다. 인간의 의사표현 도구인 언어, 그림 기타 기호 등을 사용한 수많은 창작물들이 인간이 아닌 인공지능(artificial intelligence, 이하 "AI"라 한다)을 통해 양산될 수 있기 때문이다. 시, 음악, 영화극본, 신문기사 등 그 유형도 다양하다. 일례로 2016년 8월 10일 경기필하모닉은 ‘모차르트 VS 인공지능’이라는 주제로 AI 에밀리 하웰(Emily Howell)¹⁾이 작곡한 오케스트라 곡을 선보였다. 현재까지 에밀리 하웰이 작곡한 곡은 바로크 음악부터 현대음악까지 다양하며, 아이튠즈, 아마존 등에서 유통되고 있고 2010년 '프롬 다크니스, 라이트' 2012년 '브레스리스'(breathless) 등으로 정식 발매되었다.²⁾ 또한 구글의 AI엔진은 뉴럴 네트워크의 기능을 활용하여 수많은 로맨스 소설들을 읽고, 그 소설들로부터 배운 단어들을 조합하여 새로운 소설을 작성하였다.³⁾ ‘하코다테 미래대학’의 마쓰바라 진(松原仁) 교수는 니혼게이사이 신문이 주최하는 ‘호시 신이치 공상과학(SF) 문학상’에 AI가 쓴 단편소설을 총 4편 출품하였고, 이 소설 중 ‘컴퓨터가 소설을 쓰는 날(コンピュータが小説を書く日)’이라는 제목의 소설로 공모전 1차 심사를 통과하였다.⁴⁾

현행법상 저작권은 저작자에게 귀속되며 저작자는 저작물을 창작한 자를 의

-
- 1) 텔레그래프는 Emily Howell이라는 클래식 음악을 작곡할 수 있는 컴퓨터 프로그램을 소개한바 있다. 이 프로그램은 캘리포니아 음악 교수인 David Cope에 의해 만들어졌고, 단순히 기존의 음악을 모방하는 것뿐만 아니라, 그 스스로의 스타일대로 창작할 수 있도록 구성되었다.
<http://www.telegraph.co.uk/culture/music/music-news/6404737/Emily-Howell-the-computer-program-that-composes-classical-music.html>, 2016년 10월 23일 확인.
 - 2) 아시아경제, “경기필하모닉, AI 작곡가 곡으로 공연…알고리즘 작곡가 김택수도 참여”, 2016. 7. 31 (<http://view.asiae.co.kr/news/view.htm?idxno=2016073115331132658>), 2016년 10월 23일 확인
 - 3) 버즈피드, “Google Is Feeding Romance Novels To Its Artificial Intelligence Engine To Make Its Products More Conversational”, 2016. 5. 4,
https://www.buzzfeed.com/alexkantowitz/googles-artificial-intelligence-engine-reads-romance-novels?utm_term=.mbEAnp8Gv#.cgwNwAID7 2016년 10월 23일 확인
 - 4) 팩트올, “앞으로는 AI가 당신을 고소할 수 있다 ⇨ 일본 ‘AI 저작권’ 법제화 검토”, 2016.05.10 (http://factoll.com/page/news_view.php?Num=3184 2016. 10. 23 확인).

미한다.⁵⁾ 대부분의 경우 실제 저작자가 저작권을 보유하기 보다는 결과적으로 거대기업이나 출판사에 저작권이 귀속되며, 실제 창작을 한 저작자보다 기업이 저작권의 주된 수혜자가 됨에도 불구하고 현행법상 저작권은 저작물을 창작한 저작자에게 귀속됨을 원칙으로 규율하고 있다.⁶⁾ 즉 인공지능이 만들어낸 창작물에 대한 권리의 귀속문제를 판단하기 위해서는 일차적으로 우선 누가 저작자가 될 수 있는가를 검토하여야 하고, 그에게 창작물에 대하여 독점배타적 권리를 부여하는 것이 정당인가라는 권리 귀속법리에 대한 논의가 이루어져야 한다. 따라서 이하에서는 저작자 및 저작권 귀속에 대한 논의를 바탕으로 인공지능이 만든 창작물에 대한 권리의 귀속 문제의 해결방안에 대하여 검토하고자 한다.

II. 저작권 귀속법리

1. 창작의 본질

‘창작’은 예술영역에서 가장 보편적이고 중요한 요소로 작용하지만, 비단 예술영역뿐만 아니라 우리 삶의 곳곳에서 태고부터 존재해 왔다. 원시시대의 동굴이나 고분벽화 등에서 발견된 생존의 욕구를 의미하는 주술적 표현에서부터 현대의 팝아트에 이르기까지 ‘창작’은 인류의 역사와 함께 인간의 삶의 모든 영역에 녹아 있다. 그러나 제도로서의 저작권에 내포되어 있는 ‘창작’이란 주로 ‘예술·학문 등의 영역’에서의 창작을 의미한다. 따라서 예술영역에 있어서 ‘창작’의 관점을 검토하는 것은 ‘저작권’의 본질을 밝힘에 있어서 중요한 단초가 될 수 있다.

예술에 있어서 현실을 모방(mimesis)⁷⁾한다는 생각은 인류역사의 초기 단계에

5) 업무상저작물, 영상제작자의 권리 등 예외적 경우는 별론으로 한다.

6) Lemley Mark A., Roman Authorship and Retic of Property, 75Tex.L.Rev., 1996 at 882.

7) 미메시스(mimesis)는 미무스(mimus)에서 유래된 말이다. 미무스는 고대 그리스에서 특정한 신분이나 직업을 가진 전형적인 인물을 내세워 배우들의 제스처어나 대중적이고 즉흥적인 일상어 등을 통해 이들을 풍자한 풍자극으로 여기서 서구 리얼리즘 최초의 맹아를 보기도 한다. 이 미무스에서 mimeisthai, mimesis, mimema, mimetes, mimetikos 등 모방, 재현 혹은 묘사를 뜻하는 다양한 어근이 파생한 것으로 보인다. 미메시스의 개념에 대해선 강손근, 예술모방설에 대한 반성, 철학세계 제4집, 부산대학교 철학연구회, 1993. 참조.

서부터 있어 왔다. 플라톤은 예술을 일종의 모방기술(mimetike)로 보고 예술작품을 다른 종류의 현상으로부터 구별하여 특징짓기 위하여 이 말을 썼다. 고대 그리스 시대에 근대적 의미의 ‘예술’(art)⁸⁾이라는 개념은 존재하지 않았다. 플라톤에게 있어서 예술가에 의한 모방은 사물의 겉모습만을 그럴듯하게 흉내 내는 열등한 기술에 지나지 않았다. 이는 플라톤의 ‘국가’편 제10권의 ‘시인추방론’에서 잘 설명된다.⁹⁾

반면 아리스토텔레스는 모방을 사물의 본질에 대한 주체적·실천적 반영으로 보았으며 이러한 아리스토텔레스의 모방설은 현대 미적 반영론의 원리적 토대를 제공했다.¹⁰⁾ 토마스 메츨(T. Metsch)는 아리스토텔레스에 있어서 예술을 ‘행위 하는 인간의 모방적 표현, 미적 대상화’로 규정하면서 ‘시학’이 갖는 본질적 의미를 다음과 같이 파악하였다. “첫째, 아리스토텔레스는 예술의 모사이론을 인식론적 체계로 정초하였으며 여기서 예술의 사회적 의미는 그것의 모사적 성격 속에서 확장되었다. 둘째, 예술의 실천과의 결합, 그리고 이 실천을 매개로 한 행복과의 결합은 과학적 예술이론에 있어서 하나의 본질적이고도 내용적인 계기를 마련하였다. 이것은 바로 예술과 휴머니즘적 당파성과의 결합”이라고 해석했다.¹¹⁾ 이런 사실에 의할 때 아리스토텔레스는 모방의 개념을 현실에 대한 기계적·수동적 모방이 아니라 능동적이고도 진취적인 실천적 반영으로 파악했음을 알 수 있다.

이후 낭만주의적 작가관에 입각하여 작가의 배타적 권리를 주장하였던 낭만주의적 정당화 근거는 작가가 자신의 노동의 성과물인 작품에 대해 소유권을 주장하기 위해서는 작가가 생산한 작품이 명백히 다른 것과 비교할 수 있도록 경계지을 수 있어야 하고, 그것은 소유가능 한 것일 뿐만 아니라 작가의 행위가 모방이 아님을 논증해야 한다.¹²⁾ 낭만주의적 정당화 논거에 있어서 작가는

8) art는 라틴어 ars에서 유래하며 ars는 그리스어 techne를 옮긴 말이다. 테크네는 기술일반(skill)을 의미하는데 여기엔 오늘날의 조형예술을 물론이고 의술, 전략술, 조타술, 건축술, 변론술, 요술까지도 포함되었다.

9) Plato, *Gorgias*, trans., Lane Copper, Oxford University Press, Republic, vol. 10, 1938, 596C~607C; 김현돈, 예술모방설과 예술표현설에 관한 비교연구, 인문학 연구 제3집, 143면.

10) 김현돈, 미학적 범주로서의 전형성과 총체성, 시대와 철학, 제12호, 한국철학사상연구회, 1996

11) T. Metsch *Asthetik als Abbildtheorie*(이춘길 번역), 리얼리즘 미학그이 기초이론, 한길사, 1985, 84면.

12) Edward Young, "Conjectures on Original Composition : in a Letter to the Authors of Sir Charles Grandison(1759)", James H. Smith and Edd W. Parks(ed.), *The Great Critics : An Anthology of*

예술작품과 작품 전체 의미의 결정적이고 고정적인 중심이며 창조성의 원천으로 간주되며 작품은 작가가 자신의 천재성을 통하여 창조해낸 독창적 표현으로 여겨진다.¹³⁾ 이러한 낭만주의적 작가관에 입각하여 작가의 배타적 권리를 주장 하였던 논거는 ‘작가의 아이디어는 단순한 아이디어가 아닌 독창적인 것이며 작품의 본질은 작가의 독창성이 표현된 형식에 있다’는 것이다. 이에 대한 가장 대표적인 예가 영국의 에드워드 영(Edward Young)이었으며, 독일의 경우 영의 이론을 수용하여 작가의 소유권을 이론화하였던 요한 고트리프 피히테(Johann Gottlieb Fichte)였다.¹⁴⁾ 이러한 낭만주의 작가관에 기반한 정당화 논거는 오늘날 저작권법에 있어 핵심적 이론인 창작성이론 및 아이디어·표현 이분법을 낳았으며, 독일의 경우 영의 이러한 입장에 영향을 받은 피히테, 칸트 및 헤겔 등에 의해 저작인격권이라는 관념이 형성되었다.¹⁵⁾

낭만주의가 천재적 작가와 그에 의해 창조된 독창적 작품에 초점을 맞추었다면, 크로체의 미학적 표현주의(예술표현설)는 작가가 어떠한 과정을 거쳐 표현을 하며, 그 표현의 본질은 무엇인지에 대해 탐구하였다.¹⁶⁾ 예술표현설은 적어도 근대 이전까지 서양의 예술사를 지배해 온 모방설에 대한 중대한 도전이요, 철저한 거부로서 모든 모더니즘 예술의 이론적 토대를 제공하였다.¹⁷⁾ 크로체의 철학에서 오직 실재하는 것은 정신뿐이며 정신 외부의 물질적 세계는 인정되지 않는다. 외부의 실재는 정신에 의해 형성된다. 이러한 주관적 관념론(표현주의

Literary Criticism, 3rd(W.W. Norton, 1967) pp. 409~410; 이현석, “저작권, 독창성, 문학” 영미문학연구회, 영미문학연구 제2권, 1997, 107~108면.; Mark Rose, Authors and Owners : The Invention of Copyright, Harvard Univ. Press, 1993, pp. 113~120.

13) Ryan Littrell, Notes : Toward a Stricter Originality Standard for Copyright Law , Boston C. L. Rev. 43, 2001, p. 209.

14) 신동룡, 저작권법제도의 정당성에 대한 비판적 고찰-미하일 바르친의 대화주의를 중심으로, 연세대학교 대학원 법학과 박사학위논문, 2004, 31면.

15) 저작인격권에 대하여는 Neil Netanel, Copyright Alienability Restrictions and the Enhancement of Author Autonomy ; A Normative Evaluation, Rutgers L. J. 24, 1993, pp. 375-380.

16) 낭만주의의 경우 피히테의 주장을 통해 저작권법 담론에 직접 개입되었음을 확인할 수 있으나, 미학적 표현주의의 직접적 관련성 여부는 저자의 노력으로는 확인된 바 없다. 다만 신동룡 박사가 ‘저작권법에 있어서 2차적 저작권의 사건성-미학적 표현주의와 신고전과 경제이론을 중심으로-’라는 논문을 통해 베네데토 크로체(Benedetto Croce, 1866-1952)의 주저인 표현학 및 일반 언어학으로서의 미학(Etheica come scienza dell'espressione e linguistica generale)이 1902년에 출간되었고 최초의 영문판도 1909년에 출판된 점에 비추어당시 20세기 초에 존재하였던 담론구성체 안에서 크로체적 미학 담론과 저작권법 담론이 상호영향적 관계에 있었다고 추론을 전제로 논의를 전개한 바 있다.

17) 김현돈, 앞의 논문(주10), 148면

자들의 공통적인 세계관은 주관적 관념론이다)에 따라 크로체는 예술을 인간 정신의 주요한 형식 가운데 하나로서 미학적 측면에서 정신의 구성활동으로 본다. 크로체에 따르면 직관이란 실재하는 것에 대한 지각과 가능한 것에 대한 단순한 이미지가 서로 구별되지 않은 채 통합되어 있는 상태를 말한다. 직관과 뒤섞이고 직관 속에 용해되어 있는 개념들은 독자성과 자율성을 잃었기 때문에 더 이상 개념이라고 할 수 없고 이제는 단순히 직관의 요소가 되어 버린 것이다.¹⁸⁾ 크로체가 볼 때 모든 진정한 직관은 곧 표현이었다. 표현 속에 자기 자신을 객관화시키지 못하는 것은 직관이나 표상이 아니라 감각이며, 단순한 본능적 사실일 뿐이다. 정신은 형성하고 형상화하고 표현함으로써만 직관한다.¹⁹⁾ 그림이든 언어든 음악이든 어떠한 형태로 나타나건 간에 그 형태의 한 요소로서 직관을 결여하고 있는 표현은 있을 수 없다. 표현은 직관의 분리할 수 없는 한 부분이다. 인식의 과정 중에 직관과 표현은 동시에 나타난다. 이러한 직관적 혹은 표현적 지식이 곧 미적인 것 혹은 예술적인 것이다.

그렇다면 모방과 표현(직관)은 양립될 수 없는 개념인가? 예술에서 표출된 작가 내면의 사상이나 감정은 순수한(완전히) 개인적(독창적)인 것에 한정될 수는 없으며 어느 정도 보편성을 가질 수밖에 없다. 즉 베토벤의 ‘9번 교향곡’은 억압과 고통, 희망과 걱정, 투쟁과 좌절 등 작곡가 개인의 감정 표현이지만 이것은 당시의 시대적 현실이 작곡가의 의식 속에 반영된 보편적인 감정이며, 마찬가지로 예술가의 의식 속에 반영된 현실은 예술가 개인 감정의 여과를 거쳐 작품으로 표현된 것이다. 따라서 넓은 의미에서 예술은 현실의 모방이라고 볼 수 있으며 ‘모방’은 플라톤류의 자연주의적 복제가 아닌, 아리스토텔레스와 같이 적극적·능동적·실천적 의미로 해석한다면 예술 작품 속에서 모방과 표현은 상호 대립을 지양하며 융합할 수 있고 양립 가능한 개념이 될 수 있다.²⁰⁾

“예술(저작)”의 본질을 모방, 즉 사물의 겉모습만을 그럴듯하게 흉내 내는 열등한 기술로 본 고대의 관점이라면 그 창작성 인정의 폭은 넓게 인정될 것이다 (다만 아리스토텔레스 식의 적극적·능동적·실천적 관점에 의할 때 창작성 인정

18) B. Croce, *Aesthetic as Science of Expression and General Linguistics* Cambridge, 1992(이해완 옮김), 크로체의 미학, 예전사, 1994, 25~27면.

19) 위의 책, 36~37면.

20) 김현돈, 앞의 논문(주10), 159면.

의 척도는 더 높아질 수 있다). ‘창작’의 근원을 ‘모방’으로 보기 때문에 AI의 창작물 역시 대부분 예술로 인정될 수 있으며 저작자가 누구인지는 그다지 중요한 문제가 아니다. 그러나 작가의 행위를 모방이 아닌 천재성을 통하여 창조해낸 독창적 표현이라고 보는 낭만주의적 정당화 근거에 따른다면 작가는 예술 작품과 작품 전체 의미의 결정적이고 고정적인 중심이며 창조성의 원천이다. 따라서 작품은 작가의 인격 즉 자신의 천재성을 통하여 창조해낸 독창적 표현이므로 인격을 파악할 수 없는 AI가 만든 창작물에 대하여는 저작권 자체가 인정될 여지가 희박하다. 한편 직관적 혹은 표현적 지식을 곧 미적인 것 혹은 예술적인 것으로 보는 크로체의 표현주의에 의할 경우 예술(저작물성)의 인정여부는 매우 넓어지게 된다. 다만 크로체는 예술을 인간 정신의 주요한 형식 가운데 하나로서 미학적 측면에서 정신의 구성활동으로 간주하므로 AI가 만든 창작물은 ‘직관’의 요소를 결하게 된다.

결국 근대 배타적 권리 중심의 저작권제도의 형성에 영향을 준 주된 사상이 로크의 자연권론과 낭만주의적 작가관임에 비추어 볼 때, 특히 로크의 자연권론의 한계의 극복으로서 낭만주의적 작가관의 정당성이 제기된 점 등에 비추어 볼 때²¹⁾ AI의 창작물에 대한 권리귀속의 판단에 있어서 “작가의 독창성”은 여전히 매우 중요할 수밖에 없다.

2. 저작권의 귀속근거

저작물을 창작한 저작자에 권리를 부여하는 근거는 무엇인가는 저작자가 저작물을 창작하는 행위를 어떻게 보느냐, 또한 저작자에게 주어지는 권리를 어떻게 보느냐에 따라 다양한 이론구성이 가능하다. 저작권 보호의 근본적 이유와 정책적 논거로 창작자에 대한 도덕적으로 정당한 대가의 지급이라는 독일, 프랑스 등 대륙법계 국가의 자연권론적 입장과, 일반 수요자, 즉 공공의 복리증진을 위한 수단으로서의 경제적 인센티브의 제공이라는 영미법계 국가의 공리주의적 입장을 대변하는 실정권론 입장으로 나누어 살펴보기로 한다.

21) 신동룡, 자유주의적 저작권담론의 성과와 한계에 대한 고찰, 법철학연구 제8권제1호, 한국법철학회, 2005, 122-130면.

가. 자연권론

영국의 철학자 존 로크(John Locke)는 개인이 그의 육체에 대하여 생래적인 소유권을 가지는 것처럼, 그 노동의 결과로 얻어진 열매에 대해서도 소유권을 가진다고 주장하였다. 즉 로크에 의하면, 신체의 소유권에 근거하여 자신의 노동의 소유가 도출되고, 자신의 소유인 노동이 가해짐은 노동이 가해진 대상의 소유를 정당화한다. 로크의 자연권이론은 유체재산권을 중심으로 이루어졌을 뿐, 저작권을 정당화하기 위해 전개된 것은 아니다. 로크가 1680년대 후반에 인쇄, 출판과 관련된 사항을 언급하였지만 재산으로서의 저작권을 옹호한 것이 아니라 당시의 검열법(Licensing Act)에 의해 이루어졌던 사전검열반대와 인쇄출판업자들의 과도한 독점에 대한 반대를 위해 주장되었다고 설명된다.²²⁾ 그러나 로크 자신이 비록 자신의 자연법 이론을 저작물에 직접적으로 적용하지 않았을 지라도 로크의 자연권이론은 18세기 이래지적 대상에 대한 작가의 배타적 권리를 인정하기 위한 기본적 근거로 사용되어 왔다. 예를 들어 앤여왕법(Statute of Anne, 1710) 제정 이후 저작권의 본질이 쟁점이 되었던 *Miller v. Talyer* 사건에서²³⁾ 애스톤(Richard Aston) 판사는 로크의 자연권이론을 토대로 저작권을 작가의 보통법상의 영구적인 배타적 재산권으로 명확히 한 바가 있다.²⁴⁾ 「사람은 자연법에 따라 자신의 신체, 생명, 명예, 노동에 대하여 재산권을 가진다는 이유로 작가는 자신의 노동을 통해 생산한 작품에 관하여 자연권적인 재산권을 가진다」는 판시사항은 이에 대한 예이다. 또한 미국의 독립 이전 대륙회의(Continental Congress)에서 「연구의 열매보다 더 적절한 인간의 소유물은 없다」는 언급도 로크의 자연권이론과 맥을 같이 한다.²⁵⁾

따라서 초기 자연권론에 따르면 저작자는 다른 노동자와 마찬가지로 그의 노력의 결실에 대해 권리를 가지며 그에게 지급되는 대가는 그의 지적 노동(intellectual labor)에 대한 임금으로 보았다.²⁶⁾ 즉 저작자가 자신의 저작물에 대한 이익을 확보하고 자신의 노동에 대한 정당한 보상을 받을 수 있도록 하기

22) Mark Rose, *Authors and Owners: The Invention of Copyright*, Harvard Univ. Press, 1993, pp.32-34.

23) *Miller v. Talyer*, 4 Burr 2303, 98 ER 201(1769).

24) Mark Rose, *Authors and Owners : The Invention of Copyright*, Harvard Univ. Press, 1993, p.79.

25) Bruce W. Bugbee, *Genesis of American Patent and Copyright Law*, Public Affairs Press, 1967, p. 113.

26) M. Stewart Stephen, *International Copyright and Neighbouring rights*, 2nd ed., Butterworths, 1992, p. 3.

위하여 일정한 내용의 배타적 권리가 부여되어야 한다고 본 것이다. 그러나 저작자는 노동만을 하는 것이 아니므로 로크의 가정은 이러한 점에 한계를 가지며 이를 보완하기 위해 등장한 것이 헤겔적 정당화이다. 독일의 철학자 헤겔(Hegel)은 정신적 창작물은 개성 또는 인격의 자기발현으로서 수단을 넘어선 자기목적으로서의 성격을 가진다고 주장하였다. 헤겔도 노동이 가해진 대상에 노동주체의 소유를 인정하였다. 그러나 헤겔은 노동개념이 수행하는 역할을 로크와는 달리 보았다. 헤겔에 있어 노동은 자유로운 인격체로서의 인간의 자기표현이요 자기실현 과정이라는 점에서 그것은 단순히 수단을 넘어 자기목적적 성격을 가지며, 따라서 재산도 단순한 욕구충족 수단이라는 성격을 넘어 자유의 실현이라는 보다 형이상학적인 성격을 가지게 되었다.²⁷⁾ 이러한 로크와 헤겔의 입장들은 모두 지적 재산에 대한 자연권론을 형성하는 데에 중요한 기반이 되었다. 이러한 자연권론은 자신의 노동을 물건에 혼합시킨 사람은 인격적으로 그 물건에 재산권을 가질 자격이 생기게 된다고 보았다.

한편 독일에서는 자연권론에 근간을 두고 저작권의 재산적 성격뿐만 아니라 인격권적 요인을 강조하면서 저작권의 본질을 발전시켜 왔다. 일례로 정신적 소유권설(Die Theorie des geistigen Eigentums)은 저작권은 무체물인 저작물의 배타적 지배권이라는 의미에서 소유권의 일종이나, 그 객체가 무체물인 정신적 재화이므로 저작권은 정신적 소유권이라 한다.²⁸⁾ 또한 무체재산권설(Theorie des Immaterialgüterrechts)은 물적 소유권이 유체물로부터 경제적 이익을 얻을 수 있는 권리인 반면에 저작권은 무체물로부터 경제적 이익을 얻을 수 있는 권리라고 파악하면서,²⁹⁾ 저작자의 정신적 보호를 위하여 저작권과는 별도로 인격적 이익의 전부에 관하여 저작자의 완전한 이용과 향수를 보장하는 단일의 권리인 개인권이라는 개념을 상정하고, 저작권과는 다른 영역에 속한다고 보았다.³⁰⁾ 그 밖에 정신적재화경합설(Die Theorie des Geistesgutwettbewerbsrechts)은 그 내용적 성분이 인격권적 성분, 재산권적 성분 및 경합권적 성분 등으로 구성된 3면적 권리라고 보았으며,³¹⁾ 인격권설(Personlichkeitsrechtstheorie)은 인격을 법에 의하

27) 김남두 역, 재산권 사상의 흐름, 도서출판 천지, 1993, 90~133면.

28) 장인숙, 저작권법원론, 보진재출판사, 1989, 45~46면.

29) J. Köhler, Urheberrecht an schriftwerken und Verlagsrecht", Stuttgart, 1907. S. 1.

30) 허희성, 저작인격권의 이론과 효용에 관한 연구, 국민대학교 대학원 박사학위논문, 1995, 69면.

여 승인하는 권리의 원천으로서 강조하는 19세기 독일 사법의 인격권론에 따라 저작권을 인격권으로 보았다. 특히 인격권설에 따르면 저작물은 인간의 정신활동의 소산으로 저작자의 개성과 인격적 표현 또는 재생이라 할 수 있는 것이므로 저작자와 그 저작물은 서로 불가분의 관계에 있다. 따라서 저작권도 저작자의 인격권의 일종으로서 일신에 전속하는 성질을 가지며, 저작물을 이용하는 이용권은 인격권으로부터 파생한 종적 권리에 불과하며 별도의 이전성을 가질 수 없다고 한다.³²⁾

나. 실정권론

저작권의 본질에 관한 실정권적 입장은 저작권의 정책적 성격, 특히 그 도구적 성격을 강조한다. 저작권은 저작물의 생산과정에서 그 생산자인 저작자에게 논리 필연적으로 당연히 생겨나는 일종의 자연권이 아니라, 문화발전의 증진이라는 공익을 달성하기 위한 도구로서 주어지는 실정권에 불과하다는 것이다. 이러한 권리를 부여할 때 비로소 저작자들은 저작물을 생산하고 이를 시장에 내놓을 동기를 부여받게 되고, 이를 통하여 저작물이 사회에 유통됨으로써 전체의 공익이 높아진다는 것이다. 즉 이러한 동기부여 수단으로서의 창작유인을 저작권제도의 본질로 본다. 이와 같은 유인론은 실정권론의 본질이라고 할 수 있다. 유인론은 저작권을 경제학적 측면에서 판단한다. 유인론에서 저작권은 사회적 가치를 지닌 저작물을 저작자가 창작하고 배포하도록 유인을 제공하는 것, 즉 창작물의 생산에 필요한 경제적 유인을 제공하기 위해서 존재한다고 보므로, 저작권을 도구적으로 정당화 한다. 이러한 관점에서 볼 때 저작권은 배타적인 권리인 저작권이라는 인센티브가 주어짐으로써 저작자들로부터 보다 높은 수준의 저작물이 보다 많이 도출되고, 그에 따라 국가 전체의 문화발달이 가능하게 된다는 논리이다. 저작권이 없으면 저작자의 저작물을 이용하는 데 이해관계를 가진 사람들이 그 저작물을 저작자로부터 구매하는 대신 복제만 하게 되는데, 이렇게 되면 저작자는 생산을 하지 않게 되고 이것은 결국 사회 전체적으로 볼 때 바람직하지 않다는 것이다. 유인론은 이러한 비효율적 시장실패

31) 황적인·정순희·최현호 공저, 저작권법, 법문사, 1988, 153면.

32) 장인숙, 저작권법원론, 보진재출판사, 1989, 46면.

를 결과하지 않기 위해서 저작권이 필요하다는 것이다.³³⁾

그러나 저작권은 창작활동에서 이끌어낸 혜택에 대한 교환으로 불가피하게 사회에 비용을 과하게 된다.³⁴⁾ 저작권자는 저작물에 독점가격을 부과하여 그 저작물에 접근하는 사람의 수를 감소시키고, 기존 저작물을 이용하는 것을 금지하여 잠재적 저작자의 창작을 더욱 어렵게 하기 때문에 장래 저작물의 생산 비용을 증가시킨다.

그래서 유인론에서는 저작권법의 핵심문제는 비용과 유인의 형량이라고 이해한다. 즉, 경제적 효율성을 촉진하기 위해 저작권법은 접근제한 및 관리 등의 비용을 제외한 창작활동으로부터의 혜택을 극대화하는 것을 기본적 법원칙으로 하여야 한다고 한다.³⁵⁾ 이와 같이 유인론은 본질적으로 부의 극대화라는 명제에 집착하게 되는데, 어떤 정책이 비용과 유인의 형량을 통해 많은 혜택을 줄 것인지 대해 묻게 된다. 이에 따라 만약 저작권자의 보호가 사회가 감내하여야 하는 손실비용(*deadweight loss*)을 초과할 만한 충분한 유인을 생산하지 못할 경우라면, 법원은 그 보호를 거절하여야 한다고 주장되기도 한다.³⁶⁾ 그러나 이러한 부의 극대화에만 집착할 경우 발생할 수 있는 문제에 대해서도 지적한다. 즉, 부의 극대화에만 집착할 경우 배분적 정의나 경제적으로 측정될 수 없는 가치의 측정 등을 고려하는 것을 실패한다는 것이다. 총효용이 큰 행위들이 모두 바람직하다고 하는 것은 개인에 대한 영향을 무시하는 것으로 정당화될 수 없다는 것이다.³⁷⁾

어쨌든 이러한 유인론에 의하면 저작권은 사회적 가치를 지닌 저작물을 저작자가 창작하고 배포하도록 유인을 제공하는 것이라고 본다. 즉 비용과 유인의 형량을 통해 최대의 사회적 혜택을 끌어내는 것을 저작권법의 핵심문제라고 이해한다. 즉 이러한 실정권적 입장에 의하면 개인의 권리보호는 그 자체가 목적

33) William M. Landes, & Richard A. Posner, "An Economic Analysis of Copyright Law", 18 J. Legal Stud. 325, 1989, p. 328.

34) Alfred C. Yen, "The Interdisciplinary future of Copyright Theory", 10 Cardozo Arts & Ent. L. J. 423, 1992, p. 425.

35) William M. Landes, & Richard A. Posner, *supra* note 33, at 326; William W. Fisher III, "Reconstructing the Fair Use Doctrine", 101 Harv. L. Rev. 1659, 1988. p.1717.

36) William W. Fisher III, *supra* note 35, at 1698~1744.

37) The Challenges of Consistency, Consent, and Encouragement Theory", 41 Stan. L. Rev. 1343, July 1989, pp. 1439~1440.

이 아니라 도구에 불과하므로 저작권의 사회적합성 쪽에 더 무게중심을 두게 된다. 그러나 이에 대하여는 저작권 제도의 필요성을 설명하는 유용한 도구일 수는 있어도, 저작권의 본질을 설명하는 데는 부족하다는 비판이 가능하다. 특히 저작물의 인격적·정신적 요소가 충분히 고려되지 않았다는 지적이 있을 수 있다.

3. 소결: 권리귀속의 판단요소들

저작자에게 저작권을 부여한다는 것이 현재는 당연한 명제로 인정되고 있으나 이는 사실 본래부터 당연한 문제는 아니었다. 사실 왜 저작자에게 저작권이 인정되어야 하는가 하는 논의는 결국 출판업자들에게 부여된 인쇄독점권, 혹은 왕권/신권에 결부되어 있는 저작자의 창작물에 대한 권리를 저작자에게 되돌려 주고자 하는 타당성 및 필요성의 근거를 추구하고자 하는 것이며, 이는 결국 근대시민사회의 형성이 전제되어있다.

그러나 어느 본질론에 의하더라도 그 근거에는 저작물에 대한 권리는 일차적으로 당연히 저작자에게 부여됨을 전제로 하고 있으며, 결국 AI 창작물의 권리자가 누구인가를 탐구하는 것은 창작물의 타당한 권리자가 누구인가를 탐구하는 것과 동일한 문제이다.³⁸⁾ 저작권 본질론에 비추어 볼 때 누가 저작자인가 하는 것을 결정하기 위해서는 다음과 같은 특성들이 고려됨을 알 수 있다.

가. 독창성(Originality)

저작자는 독창적인 것을 만들어낸 자이다. 대부분의 국가의 법에서 요구하는 일반적인 저작자로서의 요건 역시 “독창성”이다. 저작권 제도는 인쇄기술, 시장경제, ‘소유적 개인주의(possessive individualism)’를 기반으로 하는 고전적 자유문화에 의해 탄생된 제도라고 할 수 있다. 저작자가 무(無)에서 뭔가를 창조하였다는 개념인 ‘독창성’을 근간으로 하고 있다.³⁹⁾

특히 낭만주의적 작가관에 의할 때 작가의 ‘낭만적 상상력’ 또는 ‘독창적 능

38) Pamela Samuelson, "Allocating Ownership Right in Computer-Generated Works, 47U.Pitt.L.Rev. 1985 at 1190; Samuelson은 이 논문에서 컴퓨터 창작물의 저자가 누구인가 라는 표현을 사용하였다.

39) Mark Rose, Authors and Owners : The Invention of Copyright, Havard UP, 1993, at 142.

력'은 예술작품과 작품 전체의 의미를 결정짓고 창조하는 원천으로 간주된다.⁴⁰⁾ 작품의 본질이 독창적 표현형식이라고 할 때 단순한 모방과 구분함으로서 배타적 권리를 정당화 할 수 있다. 이러한 독창적 표현은 결국 작가의 인격에서 비롯된다. 자연권론에 의할 경우 헤겔은 지식재산의 본질에 대하여 단순한 노동을 뛰어넘어 '자유로운 인격체로서의 인간의 자기표현이요 자기실현 과정'이라고 함에 비추어 볼 때 독창성은 인격적 발현을 의미하는 것으로 해석될 수 있다. 이는 앞서 검토한 저작권의 인격적 이익을 강조한 독일의 논의를 통해서도 나타난다. 결국 저작권의 보호대상으로서 '독창성의 발현'은 저작자의 인격에서 비롯된다고 본 것이라 할 수 있다. 즉 자연권론적 입장에 의하면 저작권은 작품에 표현된 저작자의 개성을 보호하는 것이므로 독창성에는 이러한 부분이 반영되어야 한다.

실정권론에 의할 경우 저작권은 사회적 가치를 지닌 저작물을 저작자가 창작하고 배포하도록 유인을 제공하는 것, 즉 비용과 유인의 형량을 통해 최대의 사회적 혜택을 끌어내는 것이 저작권의 핵심이다. 따라서 '독창성'은 비용과 유인 형량의 기준으로 작용하게 된다. 유인을 위한 사회적 효용의 수준에 부합하는 작품에 '독창성'을 인정하며 그렇지 않은 경우 독창성을 배제하게 된다. 18-19세기의 저작자에 대한 개념은 저작권의 범위를 확정하기 위한 것이므로 결국 이러한 논의는 자연스럽게 저작권으로부터 배제되는 것이 무엇인 밝힐 수 밖에 없게 된다.⁴¹⁾

현재 저작권 부여의 기준으로 독창성의 개념은 그리 높지 않다. 이러한 기준으로 독창성의 획득을 너무 어렵게 한다면 사람들은 독창성 기준을 통과하지 못할 것이라고 예상하게 되고 이는 곧 저작권 제도의 근간인 창작 인센티브에 부정적 영향을 미치게 될 것이기 때문이다. 독창성은 저작자와 그의 작품간의 관계에 밀접한 연관이 있으며, 저작자여부를 판단하는 기준이 된다.

40) 김종철, 낭만주의, 이선영 엮음, 문예사조사 : 고전주의에서 포스트모더니즘까지, 민음사, 1997, 124면.

41) Dan L. Burk, Method and Madness in Copyright Law, Utah Law Review, Vol 2007, No 3, at 687, 605.

나. 저작자의 개성(Personality)

법적 상상력에 여전히 영향력을 미치고 있는⁴²⁾ 낭만주의적 관점에서 정의하자면,⁴³⁾ 저작자는 그의 작품에 그의 개성을 표출한 천재이다. 개성은 누가 저작자인지를 정의 내리는데 있어서 중요한 개념이다. 유일무이(唯一無二)한 개인은 저작권제도가 설립된 기본 개념이며, 이러한 개인만이 독창적인 것을 만들어 낼 수 있고, 노동으로부터 이익보상을 받을 권리가 부여된 것이다.⁴⁴⁾ 저작자의 개성은 그 작품 안에 내장되어 있으며, 그렇지 않을 경우 적어도 소재의 배열이나 선택에 저작자의 선택이 반영되어 있다.⁴⁵⁾ 그러나 이에 대하여는 대부분의 글들이 실제로는 협력적 작업을 통해 이루어짐을 주장하면서 이러한 낭만주의 작가관에 대하여 의문을 제기하는 견해도 있다.⁴⁶⁾ 그러나 이러한 협력적 활동 역시 결국은 개인주의적 접근에 기반 할 수밖에 없다. 결국 저작자들은 개개의 저작자들의 그룹이며 그들 간 상호교류를 통해 그들의 개성이 드러나는 것이기 때문이다. 한편 이러한 개성에 기반 한 이론은 현재의 저작권제도를 정당화하는데 여전히 충분하지 못하다고 하면서 저자와 저작물은 사회적 산물임을 강조하는 견해도 제기된다.⁴⁷⁾ 이러한 견해에 의하면 “공유저작자(Public Authorship) 모델”을 제안하면서, 저작물은 공공과 저작자의 협력적 산물이므로 저작물은 배타적 사권(私權)으로 간주되어서는 안 된다고 한다. 저자와 저작물은 사회적 구성물이며, 저작물로부터의 이익은 중요한 공헌(public contribution)에 해당되므로 저작권은 공공과 저작자 모두 함께 보유하여야 한다.⁴⁸⁾ 그러나 이에 대하여는 우선 그러한 공동저작자를 정당화할만한 법적 기초가 없으며, 특히나 더 중요한 것은 공공이 특정 작품과 관련하여 저작자로서

42) Peter Jaszi, Toward a Theory of Copyright : The Metamorphoses of 'Authorship', Duke L.J. 19, 1991, at 463

43) 이러한 낭만주의적 작과관은 18세기 철학적·경제적 추론의 산물이라고 할 수 있다. 이는 개인의 인격으로부터 저작권을 정당화를 이끌어 냄으로서 근본적으로 칸트와 헤겔 철학으로부터 비롯된다. Jane C. Ginsburg, Creation and Commercial Value: Copyright Protection of Works of Information, Columbia Law Review Vol. 90, No. 7 (Nov., 1990), at 1865-1867

44) Rose, supra note 39, at 2.

45) Ginsburg, supra note 42 at 1865-1867.

46) Martha Woodmansee and Peter Jaszi, The Construction of Authorship: Textual Appropriation in Law and Literature, Duke UP, 1994 at 9.

47) Lior Zemer, On the Value of Copyright Theory, August 12, 2006 at 55.

48) Lior Zemer, The Idea of Public Joint-Authorship in Copyright, 43Osgoode Hall L.J. 2005 at 508.

내릴 수 있는 어떠한 결정도 할 수 없다는 비판이 제기된다.⁴⁹⁾ 결국 저작자의 개성은 인격을 통해 발현된 것으로서 저작권 보호를 결정하는 요인이며 독창성 여부의 판단에 있어서도 중요한 요인이다.

다. 노동(Labour)

앞서 언급하였듯이 로크의 노동이론은 저작권 이론에 있어서 매우 중요한 기초를 제공하였다. 우선 모든 사람들은 그의 노동이 투입된 것에 대한 재산적 권리를 가진다는 것과 이는 자연권이라는 것이다.

로크의 노동이론의 정당화는 지적 공유물(Intellectual Commons)⁵⁰⁾에 자신의 노동을 혼합할 경우 배타적 저작권이 발생한다고 설명한다. 그러나 공유물에 노동을 혼합하였다고 해서 그것만으로 결코 배타적 저작권이 발생할 수 없다.⁵¹⁾ 18세기 앤여왕법 제정 당시의 재산권 관념에 의하더라도 만약 노동을 투여한 사람이 노동의 열매를 영구적으로 점유할 수 있다면 그에 대한 권리를 인정할 수 있지만, 바다, 공기 또는 빛과 같이 지속적 점유가 불가능한 경우 노동자는 재산권이 아니라 일시적인 이용권만 갖게 된다.⁵²⁾ 즉 지적 공유물(Intellectual Commons)은 아이디어라는 공유 영역으로 여기에 단순히 노동을 부여하였다고 해서 배타적 권리가 정당화 될 수 없다. 이러한 로크의 노동이론의 한계를 해결할 수 있는 이론적 근거로 제시된 것이 낭만주의적 작가관이다. 낭만주의적 작가관에 의할 경우 단순히 노동의 집적에 의해 배타적 권리를 경계지을 수 없으나, 독창적 표현형식에 의해 배타적 권리의 경계를 확정지을 수 있다.⁵³⁾ 영국에서도 이를 입법에 반영하였는데, 이에 대하여 블랙스톤도 “스타일과 감정은 문학적 저작물의 본질이다. 이것들만이 유일하게 문학적 저작물의

49) Roberta Rosenthal Kwall, The Author as Steward 'For Limited Times': A Review of The Idea of Authorship in Copyright, , BOSTON UNIVERSITY LAW REVIEW Vol88, 2008 at 685-708.

50) 로크의 자연권이론을 저작권에 적용하는 학자들은 지적 공유물을 아이디어라고 한다. 아이디어는 물리적 대상과 달리 실질적으로 점유할 수 없으며, 경계를 확정지을 수도 없기 때문에 그 자체 사적 소유가 불가능하다. 따라서 아이디어는 본질적으로 지적 커먼스에 해당할 수 있다. Justine Hughes, The Philosophy of Intellectual Property, Georgetown L.J.77, 1988 at 315.

51) Peter Drahos, A Philosophy of Intellectual Property, Dartmouth, 1996, 47~53.

52) Alfred C .Yen, Restoring the Natural Law : Copyright as Labor and Possession", Ohio St.L.J. 51, 1990, pp.523-524.

53) Jaszi, supra note 43 pp. 466~471.

정체성을 구성한다. 종이와 인쇄기는 스타일과 감정을 여러 사람에게 전달할 수 있는 수단에 불과하다. 문학적 텍스트(작품)를 아무리 많이 복제하더라도 만약 그것이 동일한 스타일과 감정을 가지고 있다면 모든 복제품들은 모두 작가의 노동에 의해 생산된 동일한 작품이다”⁵⁴⁾라고 언급하고 있다. 즉 독창성이 전제되지 않는 단순한 노동에 대하여는 저작자로서의 지위를 인정하지 않으며⁵⁵⁾ 따라서 독창성이 결여된 노동은 저작자의 지위를 결정하는 요소가 될 수 없다.

라. 의도(Intent)

저작자에게는 청중에게 본인의 정신적 효과⁵⁶⁾를 보여주고자 하는 의도를 반영하는 창작의지가 내포되어 있다고 하면서, 저작자여부를 판단함에 있어서 이러한 의도가 중요한 요소가 된다는 견해도 제기된다.⁵⁷⁾ 이러한 견해에 의하면 사람들은 어떠한 행동을 취할 때 그러한 행동을 하고자 하는 의도를 가지며 그들의 의도는 다른 사람들에 의해 확인될 수 있다. 이는 “고의”에 의한 특정한 행위를 다른 행위와 구분하여 법적 취급을 달리하고 있는 기존의 법제에서도 일반적으로 적용되는 법원칙인 바 지식재산법에도 당연히 적용된다.⁵⁸⁾ 저작자가 누가 되는지 밝히는 데 있어서 중요한 의도는 범주화된 의도(categorical intentions)이다. 범주화된 의도라 함은 이러한 용어가 지닌 의미에 의해 추측할 수 있듯이, 어떠한 종류의 작품을 창조할 것인지에 관한 것이다. 저작권법의 목적상 저작자는 청중에게 저작물을 통하여 정신적 효과를 만들어낼 의도가 있어

54) Mark Rose, *Authors and Owners : The Invention of Copyright*, Garvard University Press, 1993, p. 89.

55) 노동은 이마위의 땀이론(the sweat of the brow doctrine)과 밀접한 관련을 가지나 이미 *Feist Publications Inc. v. Rural Tel. Serv. Co.* 판결(499 U.S.340(1991))을 통해 이러한 이론은 저작자 인정에 있어서 주요 요인이 되지 못하게 되었다고 보여 진다.

56) 저작물은 어떠한 정신적 효과(mental Effects)를 불러일으킨다. 반면에 지식재산권의 또 다른 유형인 특허를 그러하지 아니하다. 저작물은 인간의 정신세계에 생각, 느낌, 감정 등을 불러일으키면서 정신적 영향을 미친다. 특허발명품은 그것을 사용함으로써 더 강력하거나, 약하거나 빠르거나 효율적이거나 쉽게 만들지만 즉 더 빨라진 컴퓨터의 프로세싱이 인간을 편리하게 만들지만 그러한 발명에 의해 직접적으로 어떠한 감정적 혹은 정신적 상태가 발생하지는 않는다. Chistopher M. Newman, *Transformation in Property and Copyright*, 56 VILL. L. REV. (2011). p. 292.

57) Christopher Buccafusco, *A Theory of Copyright Authorship*, *Virginia Law Review* (forthcoming 2016) pp. 26-30.

58) 사람들은 어떠한 의도를 가지고 그러한 의도에 따라서 행동함을 전제로 지적재산권법은 “고의”에 의한 특정한 행위를 다른 행위와 구분하고 있다.

야 한다고 한다.⁵⁹⁾ 예를 들어 A, B, C 모두 3차원으로 된 물체들을 가지고 무엇인가를 만든다고 가정해 보자. A는 자신이 만든 것을 다른 사람들이 보거나 만지는 등의 방법으로 교류할 때 특별한 감정, 생각 및 감각을 경험할 수 있게 하려는 의도를 가지고 무언가를 만들어 낸다. B는 A와 동일한 재료를 주택의 일부로 사용할 의도로 사용하였다. 그것이 주택의 일부로 설치되었을 때 누구도 그것을 보거나 느끼는 방식으로 상호 작용하지 않는다. C 역시 비슷한 물건을 만든다. C는 그 물건이 꽃을 보관하는 데 사용될 뿐만 아니라 사람들이 그것을 볼 때 특별한 느낌, 생각, 그리고 감각을 경험하기를 의도하며 만든다. 이러한 경우 A와 C는 저작자에 해당되고 B는 그렇지 않다. 또한 B는 자신의 물건을 다른 사람이 아름답다고 판단하고 부엌 테이블의 중심으로 사용한다고 할 지라도 저작자가 되지 않는다. B는 자신이 만들고자 하는 물건이 어떠한 감정을 발생시킨다는 범주적 의도 즉 ‘저자라는 정신적 상태(mental state for authorship)’를 결하고 있기 때문이다.⁶⁰⁾

일반적인 경우를 보더라도 대부분의 사람들은 스스로 저자라고 의도하지 않는 자를 저작자라고 부르지는 않는다.⁶¹⁾ 원숭이가 우연히 스마트폰에서 귀여운 "셀카"를 찍을 수도 있고 토스터기가 성모 마리아와 비슷한 모습을 만들어 낼 수도 있지만 대부분의 사람들은 원숭이 또는 토스터 "저작자"라고 부르지는 않는다.

그러나 누가 저작자가 될 수 있는지를 결정함에 있어서 ‘의도’ 라는 요소는 그 기준으로 사용될 수 있을 뿐만 아니라 누가 저작자가 아닌가를 구분함에도 사용되어질 수 있다. 이는 저작권제도를 창안한 본질과 목적에도 부합하다. 즉 ‘창작유인’이라는 것은 저작권 제도의 중요한 본질로 이미 확립되어 왔다. 사람들이 그들의 창작물에 대하여 저작자로 인정되지 못한다면 굳이 그러한 창작물을 만들지 아니할 것이다. 창작유인의 기반이 되는 의도가 없는 사람들에게까지 저작권을 부여하는 것은 창작유인의 혜택 없이 오직 사회적 비용만 발생

59) Buccafusco, supra note 57, at 26-30

60) Id at 28.

61) David Nimmer, Copyright in the Dead Sea Scrolls: Authorship and Originality, 38 HOUS. L. REV. 1, 13 (2001) at 204 (“...it would seem that intent is a necessary element of the act of authorship.”)

시키게 된다. 이들에게 권리를 부여하는 것은 결국 저작권이 “창작유인”이 없는 창작과 창작자들에게까지 확대되므로 이는 타당하지 않다.⁶²⁾ 따라서 저작자로 추정되는 자의 의도는 창작 당시에 평가되어야만 한다.

많은 상황에 있어서, 인간의 ‘범주적 의도’를 결정하는 것은 그리 복잡하지 않다. 작곡가들은 일반적으로 그 음악을 들을 사람들의 마음에 그가 창작하는 음표와 멜로디가 어떠한 효과를 창출할 것을 의도하며, 이는 시인, 사진작가 등에도 동일하게 적용된다. 그러나 기계부품의 제조자들은 다르다. 기계의 부품들은 거의 사람들이 볼 수 없으므로 그러한 부품들은 사람들에게 어떠한 정신적 효과를 불러일으키지 않는다. 예를 들어 CD의 원지름은 그 디스크를 작동시키는 하드웨어에 의해서 결정되기 때문에 그 CD의 제작자는 그 CD의 길이·모양 등을 결정함에 있어서 CD를 보는 청중에게 특별한 정신적 효과를 불러일으키도록 하는 의도를 가지고 있지 않다. 어떠한 디자인을 만듦에 있어서 수많은 선택가능성 또는 자유로이 선택할 수 있는 폭이 넓을 때, 그러한 디자인은 외부적 제약이 아닌 정신적 효과를 창출하고자 하는 의도에 기반 하여 만들어지게 된다. 그림을 창작하는 경우 수많은 선택의 가능성이 존재하나, 테니스 라켓을 만드는 경우 그 선택의 폭은 지극히 제한적이다. 궁극적으로 누가 저작자인지 판단함에 있어서 그 작품이 청중에게 어떠한 정신적 효과를 불러일으키기 위하여 의도적으로 선택된 것인지를 판단하여야 한다.⁶³⁾

마. 투자(investment)

‘저작자’의 지위는 후원의 족쇄에서 자유롭게 되었을 때 비로소 직업(profession)이 되었다.⁶⁴⁾ 실정권론에 의할 경우 혁신과 지적 생산성을 주장함으로써 지적재산권의 인정을 정당화한다. 배타적 권리를 부여하지 않는 한 혁신가들은 사회적 혁신에 투자할만한 어떠한 인센티브를 가지지 않게 된다. 여기에 ‘툴 메이커(tool-maker)’와 ‘툴 유저(tool-user)’간의 차이는 매우 중요하다. 인간의 개입 없이 단순히 버튼을 누르는 것에 불과한 자에게 저작자로서의 지위를 인정하는 것은 어떠한 창작인센티브 효과도 없다.⁶⁵⁾

62) Buccafusco, supra note 57, at 26-30.

63) Id.

64) Andrew Bennet, *The Author*, Routledge 2005 at 40.

누가 투자했는지는 저작자 여부를 판단함에 있어서 참조할 만한 요소는 될 수 있으나 결정적 판단요인은 아니다. 혹자는 고용계약에 의해 업무상 저작물에 대하여 고용주에게 저작자로서의 지위를 부여하는 것이 각 국가의 관할권 하에 가능함을 근거로 ‘투자’를 저작자 판단요소를 제안할 수 있다. 그러나 이러한 입법취지는 사용자가 저작자임을 전제로 하는 것이 아니라, 저작물의 상업적 이용을 용이하게 하자는 취지이다. 오히려 더 창작자 중심의 입법체계를 취하고 있는 체계 하에서는 고용계약을 통해 저작자의 지위를 상실하지 못하도록 특별히 규율하고 있는 경우도 있다.⁶⁶⁾

실정권론에 바탕 한 공리주의자들은 개별 창작자의 권리보다는 일반적인 공공선을 증진시키는데 중점을 둔다. 따라서 저작권은 시장에서 보상을 획득하기 위한 기회이다. 그러나 이러한 공리주의적 견해는 공리주의 주장의 핵심에 놓여있는 창작성, 사회적 교류, 문화 상호작용 등의 사회적 목표를 강화하는데 기여하고 있는가에 대하여는 여전히 의문이다.⁶⁷⁾ 저작권은 단순히 ”돈“에 대한 문제만이 아니라 예술적 존엄성에 대한 문제이다.⁶⁸⁾ 저작권에 대하여 경제적 고려만이 이루어 질 때, 즉 “투자”만이 중요하게 부각될 때 저작권이 지니는 문화적, 사회적 그리고 정치적 함의를 간과하게 된다. 따라서 저작권법의 본질적 정당화 요소는 “투자”를 보호하는 것이 아니며, 투자를 보호하는 방향으로 제도의 본질이 변질되어서도 안 된다.

65) Mark Perry and Thomas Margoni, 'From Music Tracks to Google Maps : Who Owns Computer-Generated Work?', 2010 CLSR26.

66) Jane C. Ginsburg, The Concept of Authorship in Comparative Copyright Law, 52 DePaul L. Rev. 1063 (2003) at 1087,1088.

67) Zember Lior, On the Value of Copyright Theory, Intellectual Property Quarterly1, 2006 at 55.

68) Jane C. Ginsburg, The Author's Place in the Future of Copyright, Forthcoming in Ruth Okediji, ed., COPYRIGHT IN AN AGE OF EXCEPTIONS AND LIMITATIONS (Cambridge University Press 2015), pp.18-23.

Ⅲ. 인공지능 창작물의 권리귀속 관련자들

1. 프로그래머

인공지능을 개발한 프로그래머는 자신이 인공지능을 개발함으로써 이미 인공지능 창작물에 대한 창작의 실행에 들어간 것이며 그로 인해 창작물의 개발이 가능해 진 것이라고 주장할 수 있다. 프로그래머의 창의성이 없었더라면 그러한 창작물은 세상에 존재하지 못했을 것이다. 창작물에 대한 지적·창작적 기여도 측면에서 볼 때 단순히 버튼을 누르고 몇 가지 명령어를 타이핑하는 제한된 행위에 불과한 프로그램사용자의 입력 보다는 프로그램 자체가 기여하는 바가 더 크다. 이렇게 볼 때, 창작물에 대한 권리는 프로그래머에게 부여되어야 한다는 주장이 일응 타당할 수 있다.

그러나 프로그래머에게 그러한 권리가 부여되어야 한다는 것은 다음과 같은 몇 가지 이유에서 그 타당성에 의문이 제기될 수 있다. 인공지능 창작물에 프로그래머의 아이디어가 표현되었는가 하는 점이다. 또한 그 프로그래머가 충분한 창작적·지적 노력을 기여한 유일한 사람인가 하는 점이며, 그 프로그래머에게 권리를 부여하는 것이 문화발전을 위한 인센티브로 작용하여 그러한 창작물이 끊임없이 만들어 지는 것을 증진시키고 독려할 수 있는가 하는 점이다.⁶⁹⁾ 또한 프로그래머에게 저작권을 부여할 경우 프로그램 사용자는 다른 저작물을 만들기 위해 그 프로그램을 사용할 때마다 사전에 프로그래머에게 알리고 사용료를 지불할 수 있는가라는 실질적 권리 집행가능성에 대한 고려도 필요하다.⁷⁰⁾ 한편 AI는 기초 알고리즘(foundation algorithm)없이 존재할 수 없으므로 AI에 의해 만들어진 창작물은 그러한 기초 알고리즘의 파생물(2차적 저작물)로 간주될 수 있다. 그러나 AI는 스스로 생각하며 프로그래머와 더 이상 창작물 아이디어나 내용에 대하여 연계되지 않는다. 그러므로 프로그래머는 그러한 2차적 저작물의 저작자가 될 수 없다.⁷¹⁾

69) Evan H. Farr, 'Copyrightability of Computer-Generated Works', 15Rusters Computer & Tech. L.J. 1989, at 80.

70) Andrew J. Wu, From Video Games to Artificial Intelligence : Assigning Copyright Ownership to Works Generated by Increasingly Sophisticated Computer Programs, 25AIPLA Q.J.131, 1997, at 173-174.

프로그래머는 ‘창작의 가능성’을 만드는 것일 뿐, 실질적으로 창작물을 만들지 않는다. AI는 사용자가 작동하는 수단으로 간주될 수 있으며, 그러한 프로그램은 극단적으로는 워드프로세서 또는 카메라에 비유될 수 있다. 워드프로세서 프로그램을 사용한 창작물에 대하여 또는 카메라를 이용한 사진저작물에 대하여 각각 워드프로세서 개발자나 카메라 제조자에게 저작권을 부여하지는 않는다.⁷²⁾

2. AI 사용자

프로그램이 단순히 사용자의 창작성을 발현시키기 위한 단순도구 역할만 하였다면 사용자는 당연히 유일한 저작자가 될 수 있다. 프로그램을 실행시키는 사용자가 그 프로그램을 적용해서 저작물을 창작한다는 명확한 의도를 가지고 있으며 그 결과 그러한 의도를 만족시키는 경우이다. 사용자는 프로그램을 통해 일정한 지시를 내리고 그러한 지시 결과 만들어진 작품 등이 상업적으로 가치 있는 형태로 모양을 갖추도록 돕는다. 사용자는 프로그래머가 예측할 수 없는 창작적 방법으로 그러한 프로그램을 사용할 수 있다. 이러한 경우에 프로그래머는 사용자가 그의 창작성을 표현하기 위해 작동하는 도구를 제공한 것에 불과하다.⁷³⁾ 프로그래머는 그 프로그램을 만들지 여부에 대한 결정만 내리며 그 결과에 따라 그 프로그램 자체에 대한 저작권만 보유하게 된다. 그러나 사용자는 본인의 개성이 표현된 창작물을 만들지 여부에 대하여 결정을 내리는 것이다.

누군가가 어떠한 작품에 대하여 생각하고 실행에 대한 통제권을 행사할 수 있다면 그는 단순히 명령을 따르는 자가 아니라 저작자이다. 저작자로서의 지위 획득에 있어서 요구되는 지적 노력의 판단은 저작물의 생성에 있어서 자료를 모으거나 선택하거나 만들어내는데 있어서의 자율성이 얼마나 존재하는가 하는 점이다. 이는 기계의 조력을 받은 창작물에 대한 저작권이 누구에게 귀속

71) Emily Dorotheou, Reap the benefits and avoid the legal uncertainty : who owns the creations of artificial intelligence?, Computer and Telecommunications Law Review 21(4) 2015 ; Glasser, Copyrights in Computer Generated Works, Duke L. & Tech Rev. 0024, 2001.

72) Tuomas Sorjamaa, I, Author-Authorship and Copyright in the Age of Artificial Intelligence, Hanken School of Economics(Department of Accounting and Commercial Law), 2016 at 47.

73) Wu, supra note 70, at 175.

되는가를 결정함에 있어서 적용된다.⁷⁴⁾ 그러나 사용자의 역할이 사소하거나 그다지 중요하지 않다면, 즉 단순히 버튼을 누르는 정도에 그친다면 그러한 사용자에게 저작자로서의 지위를 인정하고 법적 권리를 부여하는 것은 곤란하다.⁷⁵⁾

그렇다면 사용자가 매우 초기단계적 지시만 하고 AI가 자동적으로 자세한 지시사항을 만들어 나간다면 여전히 사용자를 저작자라고 할 수 있는가? 개념적으로 볼 때 사용자의 기여도가 지극히 최소한이라 할지라도 사용자에게 저작자로서의 지위를 인정하는 것이 정책적으로 혹은 논리적으로 타당할 수도 있다고 한다. 왜냐하면 창작의지를 고려해 볼 때 사용자에게 그러한 권리를 부여하는 것이 프로그램을 작동시켜 새로운 창작물을 생성할 만한 유인책을 제공하는 것이라고 볼 수 있기 때문이다.⁷⁶⁾

그러나 경제적 관점에서 볼 때 이러한 사용자에게 저작권을 부여하는 것은 프로그래머의 이익을 희생시킴으로서 사용자의 무임승차를 부추길 수 있다. 프로그래머와 AI의 창작물에 대하여 이들과 유사한 수준의 노력 없이 사용자들은 이익을 얻게 되고 결국 관련 기술발전과 관련 산업의 투자가 오히려 억제될 것이라고 한다.⁷⁷⁾ AI 사용자에게 AI가 만든 창작물에 대한 권리를 부여하는 것은 AI기술투자에 오히려 역행하게 된다.

3. AI 자체

일정한 요건이 충족되는 경우 AI에게 저작자로서의 지위를 인정할 수 있다는 주장도 제기될 수 있다. AI는 반복가능하지도, 예측가능하지도 않은 독창적인 창작물을 만들 수 있으며, 사용자 없이 독립적으로 작동될 수 있다. AI는 미래의 작품을 만들지 여부를 결정하는 재량도 가지고 있다.⁷⁸⁾ 그러나 컴퓨터가 저작자가 될 수 없다는 것은 현재 학자들 간에 거의 일치된 견해이다.⁷⁹⁾ AI에게

74) Ginsburg, supra note 66 at 11-12.

75) Samuelson, supra note 38 at 1204; Dorotheou, supra note 71 at 85-93.

76) Samuelson, supra note 38 at 1204.

77) Perry Mark and Thomas Margoni, From Music Tracks to Google Maps : Who Owns Computer-Generated Works?", CLSR 26, 2010.

78) Wu, supra note 70, at 175-6.

79) James Grimmelman, Copyright for Literate Robots, Iowa Law Review, Forthcoming ; U of Maryland Legal Studies Research Paper No.2015-16, 2015, at 21.

저작자로서의 지위와 저작권을 부여한다는 것은 현행법상 법인격 없는 존재에게 법적 권리와 책임을 지우는 것을 의미한다. AI를 물건 혹은 상품이 아니라 대리인이나 피용자로 볼 수 있는가 하는 점은 매우 심오한 법철학적 문제이다.⁸⁰⁾

4. 공동저작자

창작과정은 기존의 문맥에 어느 정도 의존하는지에 따라 항상 협력적이고 누적적으로 이루어져 왔다. 공동저작자 문제는 매우 민감한 문제이다. 프로그래머와 사용자가 하나의 창작물에 대하여 일정부분 기여할 의도를 가지고 사용자가 프로그램이 만든 결과물에 일정한 지분을 가지고 있다고 가정해 볼 때, 프로그래머와 사용자는 창작에 대한 공동권리자로서의 지위를 득할 수 있다. 그러나 전통적으로 저작권법은 공동창작(collective creatorship)의 개념을 수용하는데 있어서 어려움을 겪어 왔다. 개개의 창작자와 그들의 기여도가 통상적으로 명확히 인식되어야 하나, 많은 유형의 협력적 형태의 공동창작물에 있어서 이러한 인식은 비현실적이다. AI가 공동저작자로 간주된다고 할 수 있는가라는 문제는 그러한 ‘의도’가 있는가의 문제라고 할 수 있다. ‘의도’는 저작자 여부를 결정하는 주요 요인이다.⁸¹⁾ 공동저작자가 되기 위해서 AI는 창작물에 기여한다는 의도를 가질 수 있는 능력을 보유하고 있어야 한다.⁸²⁾ 그러나 공동저작자들의 기여도를 각각 구분하는 것이 불가능하거나 그 의도를 측정하는 것이 불가능한 경우에도 공동저작 관계가 존재하는 경우도 종종 있다. 예를 들어 위키(wikis)부터 매시업, 팬진(fanzines),⁸³⁾ 운동 그래픽(kinetic graphics), 블로그 등 디

80) Dorotheou, supra note 71 at 85-93.

81) Lawrence C. Becker, 'Desrving to Own Intellectual Property, 68Chi.-Kent.L.Rev. 1992, 609, 613; David Nimmer, Copyright in the Dead Sea Scrolls : Authorship and Originality, 38Hous.L.Rev.1, 2001.

82) Wu, supra note 70, at 175-6

83) fanzine(fan과 magazine의 합성어)은 팬이 제작 한 비전문적이고 비공식적 인 발행물 이다. 관심사를 공유한 사람들이 그러한 관심사를 공유하기 위해 만들어낸 특정 문화 현상(예 : 문학 또는 음악 장르)이라고 할 수 있다. 이 용어는 Russ Chauvenet의 1940 년 10 월 과학 소설 팬진에서 만들어졌으며 다른 사람들이 채택한 공상 과학 소설에서 대중화되었다. 일반적으로 간행인, 편집자 및 기사 또는 삽화를 팬진에 기고하는 사람은 재정적 보상을 받지 않는다. Fanzines는 전통적으로 무료로 배포되나, 비용을 받는 경우에도 그 금액은 최소한의 우송료 또는 생산 비용을 충당하기위한 명목이다. (위키피디아. <https://en.wikipedia.org/wiki/Fanzine> 2017.1.15. 확인)

지털 미디어는 새로운 종류의 여러 저작자를 등장시키고 있다. 즉 저작 행위에 참여하는 사람들의 수를 크게 늘리고 있는데 이들 간의 기여도를 측정 혹은 구분한다는 것은 지극히 곤란하다. Ginsburg는 이를 소위 ‘테크노 포스트스 모더니스트 참여자(techno postmodernist participant)’라고 지칭하며 소유권 형태의 저작자시스템의 문제를 제기한다. 첫 번째 문제로 창작성이 흩어져 있다면 저작자의 권리를 주장하는 것이 불가능하다는 것이다. 즉 창작자가 누군지 정확히 지목할 수 없다면 그 누구도 저작권을 가질 수 없다는 것이다. 두 번째로 공동 창작 자체가 저작권 부여를 위한 유인이론을 약화시킨다는 것이다.⁸⁴⁾ 한편 Samuelson은 오히려 몇 가지 실질적 고려사항을 지적한다. 권리를 통합하기 보다는 공동저작자들의 권리를 나누는 것이 현실적이라고 한다. 그러나 프로그래머가 보상받는다면 그러한 코드를 창작하는데 기여한 하드웨어의 창작자 역시 보상을 받아야 하는 것이 아닌가라는 의문을 제기하며, 결국 이러한 추론의 연결고리는 끝없이 이어져 순환론적으로 공동저작자의 범위를 무한 확장할 수밖에 없다고 한다.⁸⁵⁾ 혹자는 ‘가상저자이론(The Fictional Human Author Theory)’을 제안하기도 한다.⁸⁶⁾ 이러한 이론에 의하면 저작권은 AI프로그래머, 하드웨어 소유자, 사용자에게 각각 분할되어 할당되어야 한다고 한다. 이러한 이론은 저작자의 권리를 사용자, 프로그래머 또는 컴퓨터 소유자에게 할당함으로써 저작권제도에 있어서 인센티브 이론의 중요성을 인식하고 있다는데서 그 의의를 찾을 수 있다. 또한 AI에게 어떠한 법인격을 인정하여야 하는가와 관련된 철학적 윤리적 논쟁을 피할 수 있다. 다만 이 이론의 중요한 결점은 그러한 가상의 저작자를 만들어냄에 있어서 어떠한 법적 정당성도 밝혀내지 못하였다는 것이다.⁸⁷⁾ 그러나 이러한 이론은 필수적 소송(the necessary litigation)을 누가 주도해야 하는지 특정하기 곤란하며 저작권은 단순히 권리를 소유하는데 그치는 것이 아니라 그러한 권리를 실행하는 측면을 간과하였다는 비판을 받는다.⁸⁸⁾

AI가 만든 창작물의 관계자는 프로그래머, AI사용자, AI자체 등 다양하지만

84) Ginsburg, super note 68 at 7.

85) Samuelson, supra note 38 at 1222

86) Timothy L. Butler, Can a Computer Be an Author? Copyright Aspects of Artificial Intelligence, Dorotheou4 Comm/Ent L.S. 707 (1981-1982) at 744-7.

87) Wu, supra note 70, at 177.

88) Farr, supra note 69 at 79.

이들의 기여도를 일일이 측정할 수 없다. 또한 공동저작자라는 ‘의도’가 공동저작자라고 불리우는 누구에게도 추정될 수 없다. Samuelson의 견해대로라면 AI 하드웨어 개발자, 더 깊숙이 들어가면 AI알고리즘의 기반이 된 콘텐츠 즉 ‘빅데이터’를 이루는 개별 데이터의 저작자가 모두 공동저작자가 될 수 있으며 이는 저작자의 범위를 무제한 확대시키게 된다.

5. 공유(公有, Public Domain)

대다수의 저작권이론들은 아이디어는 인간으로부터 비롯되었음을 전제로 하고 있다. 역사적으로도 인류는 창작성의 원천으로 인식되어 왔다. 대부분의 지식재산 관련 법률들이 저자를 인간 즉 자연인으로 가정하고 있는 이유이다. 컴퓨터가 만들어낸 것들에 대하여 어떠한 보호를 부여해야 하는가와 관련하여 몇몇 의문을 제기하였을 뿐이다.⁸⁹⁾

저작자는 자연인만이 가능하다고 가정하는 한 컴퓨터가 만들어낸 창작물은 당연히 공유영역에 존재하며 권리를 부여할 필요도, 저작자를 굳이 인정할 필요도 없다. 여기서 중요한 이슈는 ‘창작동기’ 즉 ‘의도’이다. 저작권시스템은 창작을 한 저작자에게 그러한 창작물에 대한 배타적 권리를 부여하여야 창작유인이 부여되고 결국 이러한 창작유인이 사회에 이롭게 작용할 것임을 전제로 하고 있다. 즉 그 누구도 창작 인센티브를 득하지 못한다면 또는 창작물이 공유라면 결국 사회에 해악이 된다는 논리가 전제되어 있는 것이다. 결국 AI가 창작한 창작물에 권리를 부여하지 아니하여도 인간의 창작인센티브에 전혀 영향을 미치지 못한다면 구지 권리를 인정할 필요가 없게 된다.

IV. 인공지능 창작물의 저작권법상 권리 귀속문제의 해결

1. 현행법제의 적용과 한계

가. 국내법의 적용

현행법상 저작물이라 함은 “인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물”을 의미

89) Sam Ricketson, *People or Machine : The Berne Convention and the Changing Concept of Authorship*, 16Colum.-J.L.& Arts, 1991 at 29.

하며(저작권법 제2조제1호), 저작자는 “저작물을 창작한 자”를 말한다(동법 제2조제2호). 그리고 저작자 즉 “저작물을 창작한 자”는 저작인격권과 저작재산권을 가진다(동법 제10조제1항).

‘인간의 사상 또는 감정’의 표현이므로 침팬지가 그린 그림, 자연적으로 만들어진 수석(壽石)이나 관상수는 저작물이 아니다. 또한 ‘사상 또는 감정’이란 표현의 대상 자체가 아니라 그 표현대상을 구체적으로 표현하는 과정에 있어서 작가의 사상 또는 감정이 이입되고 그 결과로서 구체적으로 표현된 것에 나타나 있는 사상 또는 감정을 의미하는 것이다.⁹⁰⁾ 결국 저작물로 성립하기 위하여 중요한 것은 표현하고자 하는 대상이나 소재 자체가 아니라 그 대상이나 소재로부터 구체적인 표현물에 이르기까지 어떠한 사상이나 감정이 이입되어 그 결과 표현물에 그 사상 또는 감정이 나타나 있는가 하는 점이다.⁹¹⁾

AI가 만든 창작물, 예를 들어 사람이 최소한 동작만을 해 주면(전원스위치를 넣거나, 아니면 폴카, 미뉴에트 등 곡의 형식만을 지정해 주면) AI를 가진 컴퓨터가 자동적으로 매번 다른 악곡을 작곡해 출력해 주는 경우 그 악곡을 저작물로 볼 수 있을 것인지는 논란의 여지가 있을 수 있다. 저작권을 부여하는 목적은 인간의 창작의욕을 고취하고자 하는 것이므로 인간의 정신적인 노력과 아무런 관련이 없는 작품은 저작권법이 보호하는 사상과 감정의 표현이라고 볼 수 없다. 따라서 이와 같은 컴퓨터가 작성한 작품들은 저작물로 보호받지 못한다고 하는 것이 현재에 있어서 유력한 견해이다.⁹²⁾ 즉 현행법상 ‘사상이나 감정’을 표현하는 주체가 될 수 있는 자격요건으로서 정신적 노력을 할 수 있는 사람을 전제로 하고 있으며 AI가 만든 창작물은 이러한 요건을 충족하지 못하므로 저작물로 볼 수 없고 따라서 저작권법상 보호대상이 되지 않는다.

나. 국외 입법 분석

베른협약은 AI에 의해 만들어진 창작물의 저작권 귀속에 대하여 명백한 답을 제시하지 못하고 있다. 어떤 학자들은 베른협약이 저작자는 반드시 인간임을

90) 中山信弘, 著作権法(윤선희 편역), 법문사, 2008, 30-31면.

91) 오승중, 저작권법, 박영사, 2016, 69면.

92) Paul Goldstein, Copyright, 2d ed., Little Brown and Company, 1996, at 2; 박성호, 저작권법, 박영사, 2014, 35면.; 오승중, 전거서, 51면.

요구하지 않는다고 주장하기도 하고,⁹³⁾ 또 다른 견해는 베른협약에 따라 저작권 보호의 요건을 충족하기 위해서는 저작자는 반드시 ‘인간’이어야 한다고 주장하기도 한다.⁹⁴⁾ 베른협약의 가이드에 의하면 저작자는 특정되지 않는다고 기술하고 있을 뿐이다.⁹⁵⁾ 1982년에 WIPO와 UNESCO는 컴퓨터관련 저작권에 대하여 권고안을 통해 간략히 언급한 바 있다. 이러한 권고안에 의하면 해당 프로그램의 사용자에게 저작권을 부여하며, 프로그래머는 창작물에 대한 그의 창작적 기여가 인정된 경우에만 저작자 또는 공동저작자로서 고려될 수 있다.⁹⁶⁾

미국의 경우 컴퓨터 저작은 저작권법에 있어서 오랫동안 논의되었던 사안이다. 이러한 논의는 컴퓨터 초기로 거슬러 올라간다. 1956년 Martin Klein과 Douglas Bolitho라는 두 명의 수학자가 Tat Pan Alley⁹⁷⁾ 노래를 작곡하기 위해 Datatron이라는 디지털 컴퓨터를 프로그래밍 했다. Klein 박사는 라디오 전자 잡지(Radio Electronics Magazine)의 1957년 6월호에 "우리는 인간이 한 시간 동안 만들 수 있는 대중음악을 비록 그 질적 수준은 낮지만 비슷한 수준으로 더 많이 더 빠른 속도로 만들 수 있다"고 언급한 바 있다. Datatron은 한 시간 동안 4천곡을 썼다고 한다.⁹⁸⁾ 그러나 미국 저작권청(Copyright Office)은 Datatron의 여러 작곡 중 하나인 "Push Button Bertha"에 대한 등록을 거부했다. 그 당시 저작권청이 등록을 거부한 이유는 그 누구도 기계에 의해 만들어진 음악을 등록하려 한 바 없다는 것이었다. 저작권청이 이러한 거절에 있어서 어떠한 법적 기초를 제공하지 못하였다는 것은(제공할 수 없었을지도 모른다), 필연적으로 저작자는 인간일 수밖에 없다는 암묵적 가정이 깊이 자리 잡고 있음을 보여준다.⁹⁹⁾

93) Anniina Huttunen and Anna Ronkainen, Translation Technology and Copyright, Nordic Intellectual Property Review, 2012 at 330.

94) Ricketson, supra note 89 at 21-22.

95) World Intellectual Property Organization' Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, 1978.

96) UNESCO and WIPO, 'Recommendation for Settlement of Copyright Problems Arising from the Use of Computer Systems for Access to or the Creation of Works', 13 August 1982.

97) 양적·질적 그리고 역사적으로 미국의 대중 음악 대부분을 출판하고 있는 대중 음악 출판계의 중심지인 뉴욕 지역을 말한다. 또 의미가 조금 바뀌어서 전문가적인 대중 음악 작곡가 그룹도 틴 팬 앨리라고 부르기도 한다. [네이버 지식백과] 틴 팬 앨리 [Tin Pan Alley] (파퐁리음악용어사전 & 클래식음악용어사전, 2002. 1. 28., 상호뮤직).

98) Martin L. Klein, Syncopation in Automation, RADIO-ELECTRONICS, June 1957, at 36.

99) Annemarie Bridy, The Evolution of Authorship: Work Made by Code, 39 COLUM. J.L & ARTS 395 (2016) at 395,396.

1973년까지 미국 저작권청의 관행에 대한 개요를 담은 ‘Compendium of U.S. Copyright Office Practices’에 의하면 이러한 가정을 명확히 보여주고 있다.¹⁰⁰⁾ 1974년 창설된 미국 의회 소속 ‘The National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Work(이하 “CONTU”라 한다)에서 나온 최종 보고서에 의하면 컴퓨터는 컴퓨터를 이용해서 만든 창작물의 저작자가 될 수 없으며, 컴퓨터 프로그램의 사용자가 저작임을 밝힌 바 있다.¹⁰¹⁾ CONTU는 1978년 발간한 최종 보고서에서 “컴퓨터에 의해 만들어진 새로운 창작물을 저작권법에 저작물로 추가할 필요가 없다”고 하면서¹⁰²⁾ 인간으로부터 완전히 독립하여 컴퓨터에 의해서만 창작물이 만들어 질 수 있다는 가능성에 대하여 인정하지 않았다. 즉 컴퓨터는 창작의 도구이며, 인공지능의 개발은 너무나 기만적이어서 컴퓨터를 이용하여 만든 창작물에 저작자로서의 지위를 부여할만한 합리적 기반이 존재하지 않는다고 하였다.¹⁰³⁾ 그러나 이 당시 컴퓨터는 AI를 전제로 한 것이기 보다는 창작의 도구로서 사용되는 프로그램이 구동되는 컴퓨터를 의미하는 것으로 AI에 적용하기에는 한계가 있다. 1986년, 미 의회의 기술평가국(Office of Technology Assessment, 이하 “OTA”라 한다)은 컴퓨터 저작자에 대한 문제를 재검토 하였다.¹⁰⁴⁾ OTA의 보고서는 컴퓨터가 카메라 또는 타자기와 같이 창조에 있어서 단순한 도구라는 CONTU의 결론에 비판적이다.¹⁰⁵⁾ OTA는 컴퓨터 프로그램이 더 정교해지고 상호작용적 특성이 고도화되고 있음을 강조하면서, 특정한 경우에는 컴퓨터가 공동 창작자로 간주되어야 한다는 의견을 제시하였다.¹⁰⁶⁾ 어쨌든 현재까지 미국저작권법은 “이 법에 의해 보호되는 저작물에 대

100) U.S. COPYRIGHT OFFICE, COMPENDIUM OF COPYRIGHT OFFICE PRACTICES (FIRST) § 2.8.3 (1st ed. 1973) (stating that works are not copyrightable if they do not “owe their origin to a human agent”).

101) Ralph D. Clifford, 'Intellectual Property in the Era of the Creative Computer Program : Will the True Creator Please Stand Up?', 71 Tulane Law Review, 1997 at 1684.

102) NAT'L COMM'N ON NEW TECHNOLOGICAL USES OF COPYRIGHTED WORKS, FINAL REPORT 44 (1978), <http://eric.ed.gov/PDFS/ED160122.pdf> [<https://perma.cc/9ASG-HNDF>].

103) Id.

104) U.S. OFFICE OF TECH. ASSESSMENT, INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS IN AN AGE OF ELECTRONICS AND INFORMATION (1986), <https://www.princeton.edu/~ota/disk2/1986/8610/8610.PDF> [<https://perma.cc/RN5U-HY3H>].

105) Id. at 72

106) Id. at 70.

한 권리는 그러한 저작물의 저작자에게 부여된다”¹⁰⁷⁾고 규정하고 있을 뿐, ‘저작자’에 대하여는 특별히 개념정의 내리고 있지 않다. 그러나 ‘저작자’에 대하여 특별히 개념정의하고 있지 않음에도 불구하고 그러한 용어는 인간 저작자를 의미하는 것으로 사용되어지고 있으며, 따라서 미국 저작권법은 ‘非인간 저작자’를 인정하지 않고 있다.¹⁰⁸⁾

영국의 경우 ‘1988년의 저작권, 디자인 및 특허법(The UK Copyright, Designs and Patents Act 1988)’은 ‘컴퓨터 생성 저작물(computer-generated work)’에 대하여 특별한 규정을 두고 있다. 컴퓨터생성저작물의 저작자는 그 저작물의 창작을 위해 필수적인 배열/각색(arrangement)을 한 자임을 규정하고 있다.¹⁰⁹⁾ 여기서 “컴퓨터 생성(computer-generated)”이라 함은 ‘그 저작물에 대한 어떠한 인간저작자가 없는 환경에서 컴퓨터에 의하여 그러한 저작물이 생성되었음’을 의미한다고 규정하고 있다.¹¹⁰⁾ 뉴질랜드,¹¹¹⁾ 홍콩, 인도 등에서도 이와 유사한 규정을 두고 있다.¹¹²⁾ 이는 불문법 체계(Common Law)를 취하고 있는 국가에서 보여주는 경향인 듯하다. 대부분의 성문법국가인 대륙법계의 경우 예를 들어 프랑스, 독일 등은 저작자를 당연히 인간 저작자만 인정한다.¹¹³⁾ 그러나 이러한 영국의 규정에 대하여는 그 모호함에 대한 비판이 제기된다. ‘컴퓨터의 조력을 받아 만들어진 창작물(computer-aided works)’과 ‘컴퓨터가 만든 창작물(computer-generated work)’의 경계를 확정하는 것이 곤란하고, 저작자가 누구인지도 모호하다. 또한 그 작품의 창작을 위해 필수적인 배열/각색을 한 자가 도대체 누구인지도 다분

107) 17 U.S.C §201(a)(US): Copyright in a work protected under this title vests initially in the author or authors of the work.

108) Ralph D. Clifford, 'Intellectual Property in the Era of the Creative Computer Program : Will the True Creator Please Stand Up?', 71 Tulane Law Review, 1997 at 1684.

109) Copyright, Designs and Patents Act 1988, Section 9(3): the author of a compute-generated work shall be taken to be the person by whom the arrangements necessary for the creation of the work are undertaken.

110) Copyright, Designs and Patents Act 1988, Section 178: the work is generated by computer in circumstances such that there is no human author of the work

111) Copyright Act 1994 cl 5(2)(a) (N.Z.), <http://www.legislation.govt.nz/act/public/1994/0143/latest/DLM345899.html> [<https://perma.cc/8NCF-567P>].

112) Copyright Ordinance, (2007) Cap. 528, § 11(3) (H.K.); Indian Copyright Act, 1957, § 2(d)(vi), Acts of Parliament, 1957 (India).

113) CODE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE [C.P.I.] art. L113 (Fr); URHEBERRECHTSGESETZ [UrhG] [COPYRIGHT ACT], Sept. 9, 1965, BUNDESGESETZBLATT [BGBl] 1 at 1273 (Ger.)

히 모호하다.¹¹⁴⁾

일본은 2016년 1월 ‘지식재산전략본부(知的財産戰略本部) 차세대지식재산시스템검토위원회’를 통해 AI 창작물에 대한 저작권 여부를 검토하겠다고 발표했으며,¹¹⁵⁾ 2016년 4월 18일 ‘차세대 지식재산시스템검토위원회 보고서’를 공개했다.¹¹⁶⁾ 위원회는 현행 일본의 저작권법상 AI 창작물은 권리의 대상이 아니지만, 인간이 단지 AI를 도구로 이용하여 저작물을 창작한 경우라면 권리가 발생한다는 것이 일반적인 견해라고 밝혔다. 이는 우리나라나 미국 역시 동일하다. 본 보고서에서는 AI가 만든 저작물을 저작권으로 보호하면 보호 과잉의 문제가 생길 수 있으나, 다만 창작을 하는 인공지능에 대한 투자나 적극적인 이용을 도모한다는 관점에서 AI 창작물의 보호방안을 강구할 필요가 있다고 평가하였다. 또 AI 창작물에 관해서는 AI창작에 관여하는 당사자의 인센티브라는 관점에서 접근할 필요가 있으며 저작권 제도상 신중한 취급이 필요하다는 점도 밝혔다.

다. 한계

AI창작물에 대하여 누가 권리를 보유할 수 있는가에 대한 규율은 국내외 불문하고 현행법상 불명확하다. AI가 만든 저작물에 대하여 프로그래머, 사용자, AI자체 등이 저작자와 유사한 권리를 가질 수 있는가와 관련하여 미국과 일본 그리고 우리나라의 현행법은 부정하는 것으로 보이나, 영국법의 경우 프로그래머가 저작자가 될 수 있는 여지도 있다. 이러한 상황의 불명확과 모호성에 대하여 EC도 “정확히 ‘컴퓨터 생성 저작물(computer-generated work)’이 무엇인지, 누가 그러한 저작물의 저작자가 되는지, 지적 창작에 대한 권리의 기준을 컴퓨터생성 저작물에 어떻게 적용할 것인지”에 대하여 연구가 필요하다는 입장을 밝히고 있다.¹¹⁷⁾

AI가 만든 저작물과 관련하여 그 권리의 인정여부가 관련되는 자들은 앞서

114) Gerald Dworkin and Richard D. Taylor, Blackstone's Guide to the Copyright, Designs & Patents Act 1988, Blackstone, 1989 at 186

115) 장유미(2016. 4. 15.), “일본: 정부, 인공지능이 제작한 저작물에 대한 저작권 인정 여부를 검토”, <저작권 동향>, 2016년 제4호, 20-22면.

116) 권용수, “日 지식재산전략본부, 인공지능 저작물의 저작권 보호 검토”, 한국저작권단체연합회 저작권보호센터, <해외 저작권 보호 동향>, 2016.

117) Erica Palmerini et al., Regulating Emerging Robotic Technologies in Europe : Robotics facing Law and Ethics, 22 September 2014.

언급하였듯이 프로그래머, AI사용자, AI자체, 공동저작자 등 다양하다. 저작자가 누구인지 판단하는 기준도 저작권제도의 본질론에 비추어 볼 때 ‘개성’, ‘독창성’, ‘의도’, ‘노동’, ‘투자’ 등 여러 요인들이 있다. 다만 AI가 만든 창작물에 대한 권리귀속을 밝히기 위하여 창작 관련자들과 요인들을 적용함에 앞서 선결되어야 하는 문제는 AI자체에 권리를 부여할 수 있는가 하는 점이다. AI가 만든 창작물과 가장 밀접한 관련이 있는 작품형성의 주체가 AI자체라는 것은 부인할 수 없는 사실이다. AI의 창작결과는 프로그래머의 의도된 예측 범위 즉 프로그래머의 사상과 감정의 범위를 벗어나는 결과이며, 사용자 역시 마찬가지이다. 이는 비단 저작권에 한정된 문제가 아니라 AI가 적용되는 사회 각 영역에 있어서 지속적으로 제기될 쟁점이다.

따라서 AI자체의 법인격 혹은 권리주체성 여부에 대한 심오한 철학적 논의는 차치하고라도 저작권 제도의 정당성을 지지하는 본질론적 차원에서 AI 자체가 창작물에 대한 권리의 귀속주체가 될 수 있는지 여부를 밝힐 필요는 있다. 다음으로 저작권제도의 근본취지에 부합하도록 AI를 제외한 관계자들 간의 이해관계의 정당한 조율방안을 실정법상 규범화할 필요가 있다. 따라서 이러한 쟁점을 다음에서 검토하고자 한다.

2. AI 창작물에 대한 권리귀속

가. 권리의 귀속주체로서 AI

「민법」 제3조는 '사람은 생존한 동안 권리와 의무의 주체가 된다.'라고 규정하여 사법상 법률관계에서 권리주체는 '사람'이라는 것을 분명히 밝히고 있다. 물론 법률에 의해 인격이 창설되는 이른바 '법인'도 권리의 주체가 될 수 있다. 하지만 법인에게 법인격을 부여한 것은 단체의 구성원 모두가 법률관계에 참여해야하는 번거로움을 피하고, 구성원 개인의 재산과 단체의 재산을 구분함으로써 거래 상대방을 보호하려는 것이다. 법인은 사람의 법률행위를 편하게 하기 위하여 창설한 제도이다. 따라서 진정한 의미의 권리주체는 '인간'이다. 「민법」 뿐만 아니라 대부분의 법령 역시 법령의 수범자 또는 행위주체(권리주체)를 '.....하는 자', '.....하는 사람' 등으로 표현하여 '사람'이 주체임을 분명히 하고 있다. 하지만 법령의 표현 중에는 '.....하는 때에는', '.....할 경우에는' 등

과 같이 권리주체나 행위주체에 대한 표현을 생략하고 행위나 권리의 요건만을 규정하는 경우도 상당히 존재한다. 이러한 경우에도 지금까지는 ‘사람’이 주체가 된다는 것에 대해 의문이 없었다. 그러나 AI는 이러한 ‘인간’만이 권리주체가 될 수 있다는 명제를 흔들고 있다. 사법관계에서의 문제뿐만 아니라 AI를 기반으로 하는 로봇 등 기계에게 「형법」 상 행위책임을 물을 수 있는 것인지 또는 「행정법」 상 행정객체로서 행정명령 등의 수령자가 될 수 있는 것인지 등의 문제도 발생할 수 있다.

지난 2007년 미국 뉴욕에서는 헬슬리(Leona Helmsley)라는 사람이 자신의 애완견에게 1천200만 달러를 상속하는 유언장이 공개되어 세상의 이목을 집중시킨 적이 있었다. 물론 이후 소송을 통해 실제 상속은 200만 달러로 조정되었지만 그래도 ‘사람’이 아닌 ‘동물’이 상속 및 소유권의 주체가 되었다는 점에 주목할 필요가 있다.

AI자체에 저작권이 인정될 경우 인간은 사후 저작권을 자신의 창작활동을 도와준 AI에게 상속할 수 있는가라는 문제가 충분히 제기될 수 있다. 물론 현행 민법은 상속인의 범위를 한정하고 있다.¹¹⁸⁾ 하지만 상속권을 주장하는 자가 없는 때에는 가정법원은 피상속인과 생계를 같이 하고 있던 자, 피상속인의 요양간호를 한 자 기타 피상속인과 특별한 연고가 있던 자의 청구에 의하여 상속재산의 전부 또는 일부를 분여할 수 있다.¹¹⁹⁾ 그렇다면 피상속인의 요양간호를 하던 AI로봇에게 상속이 가능한 것인가? 법문언은 ‘...한 자’라고 규정되어 있으므로 ‘사람’을 전제한 것임에 틀림없다. 하지만 ‘자’의 의미가 ‘인간’만을 의미한다는 명백한 증거 역시 없다. 지금까지 사람과 기계(도구)의 구분이 분명할 수 있었던 것은 기계는 독자적 ‘인식’과 ‘판단’을 할 수 없었기 때문이다. 만약 기계(로봇이나 프로그램 등) 독자적 인식과 판단을 한다면 문제는 달라진다. 따라서 AI를 기반으로 하는 로봇 등 기계의 권리주체성에 대한 문제제기가 충분히 있을 수 있다.¹²⁰⁾

전통적으로 저작권은 인간을 위하여 인간이 쓴 작품을 보호하기 위한 것으로

118) 「민법」 제1000조.

119) 「민법」 제1057조의2.

120) 김민호 외, 지능정보사회의 규범설정 기본원칙에 대한 고찰, 성균관법학 第28卷 第3號 (2016.09), 308-309면.

이해되어져 왔다.¹²¹⁾ 그러나 앞서 언급한 기술의 발전과 함께 이러한 전제가 다시 면밀히 재검토되어야 하는가가 문제되고 있다. 그러나 여전히 ‘저작자를 밝히는 문제’는 뿌리 깊게 인간의 특성으로서 이해되고 있다. 창작과정에 있어서 기계의 참여가 저작자 문제를 다룸에 있어서 인간 창작자를 실격시키지 않는다. 그러나 기계의 역할이 더 커지면 커질수록 인간의 저작자로서의 지위에 대한 도전 역시 더 커질 수밖에 없다. 사진의 저작물성은 창작과정에서 기계의 개입에 대하여 법원이 무엇을 고려해야만 하는가를 고민하여야 했던 최초의 도전과제 중 하나였다. 창작과정에 있어서 기계적 수단의 실행만으로는 충분하지 않으며 작품에 창작자 자신의 지적 창작이 부여되어야만 저작자로서 인정될 수 있었다. 이는 곧 창작자가 저작자가 되기 위해서는 창작된 작품이 ‘독창적’이어야만 한다는 것을 의미한다.¹²²⁾ Painer사건¹²³⁾에서 유럽사법재판소는 사진의 저작자가 누구인가를 판단하는 과정에 있어서 “지적 창작이 저작자의 자신의 개성을 반영한다면 그의 권리가 인정 될 수 있으며 저작자는 작품에 자유로이 창작적 선택을 함으로서 그의 창작 역량을 표현할 수 있다”고 판시하였다.¹²⁴⁾

권리귀속여부의 판단요소들을 비추어 볼 때 인격의 발현으로서의 ‘개성’은 결국 인간만이 가질 수 있는 특성이다. AI의 학습에 있어서 필수적인 것은 빅데이터(big data)를 활용하는 딥러닝(deep learning)이다. 이러한 과정에서 AI는 다양한 저작물을 데이터로 활용할 수밖에 없다.¹²⁵⁾ AI에 의해 창작된 작품도 결국 수많은 인간의 ‘개성’이 담긴 작품들이 알고리즘을 통해 분석, 재가공되어 표현된 것이라 할 수 있다. AI에 의해 창작된 작품 속 개성은 선대의 누적·집적된 인간의 개성을 전제로 하는 것이며 다만 그 보호되어야 하는 ‘인간 개

121) Grimmelman, supra note 79 at 5.

122) Ginsburg, supra note 66 at 13-16.

123) Painer, C-145/10, EU:C:2011:798. 이 사건에서 유럽사법재판소는 사진 촬영 준비 단계에서 사진작가는 배경 피사체의 포즈와 조명을 선택할 수 있으며 초상 사진을 촬영하는 경우에도 사진작가는 배경, 포즈, 각도와 분위기에 관하여 자유롭게 창조적인 선택을 할 수 있으므로 초상 사진도 ‘저작권과 저작인접권의 보호 기간에 관한 유럽연합 지침’에 따라 사진 저작물로 보호받을 수 있다고 판시하였다.

124) Case C-145/10 Eva- Maria Painer v. Standard VerlagsGmbH and others(2011).

125) AI가 딥러닝(deep learning) 과정에서 무수한 타인의 저작물을 빅데이터(big data)로 활용하는 것이 저작권법상 이용에 포함될 수 있는 지 여부에 대하여는 본 고에서는 다루지 않는다. 이와 관련하여서는 Harry Surden, “Machine Learning and Law”, Washington Law Review, Vol. 89, No. 1, 2014. 참조할 수 있다.

성'이 무수한 데이터 안에서 특정될 수 없을 뿐이다. '독창성'은 이러한 인간의 인격적 발현, 즉 개성에서 발현되는 것이다. 결국 AI가 만든 창작물의 소재가 되는 데이터는 인류가 수천 수백만 년 동안 쌓아온 집적된 아이디어이며 알고리즘과 데이터로 이루어진 AI를 통해 발현되는 것이다.

본질론에 입각하여 자연권론에 의할 경우 저작자의 인격적 권리로부터 재산권이 비롯됨을 알 수 있다. 즉 인공지능 창작물의 경우 저작자의 인격이 발현되었다고 볼 수 없으므로 인격적 보호법익이 존재한다고 할 수 없으며 따라서 저작권법상 권리귀속이 정당화 될 수 없다. 실정권론에 의한다 할지라도 창작자에게 권리를 부여하는 목적은 그들로 하여금 창작에 대한 인센티브를 부여하기 위함이다. 그러나 AI는 이러한 인센티브를 부여하지 않아도 얼마든지 창작물을 양산해 낸다.¹²⁶⁾ 사실 인간인 저작자에게 유용하게 요구되는 경제적 혹은 그 밖의 다른 이유로 인한 창작인센티브를 AI는 요구하지 않는다. 따라서 AI는 저작권을 부여하는 가장 근본적 정당화로서 요소인 '창작유인' 효과를 기대할 수 없으므로 저작권법상 창작물에 대한 권리의 귀속주체가 될 수 없다.

나. AI창작물 관련자들과 권리귀속

결국 누가 창작물에 대한 일차적 권리자가 될 수 있는가의 문제는 저작권 본질론에 비추어 보았을 때, 작품에 드러난 '개성'의 인격적 발현으로서의 '독창성'과 창작유인의 근원이 되는 '저작자의 의도'가 중요하다. 다만 창작물에 투여된 '노동'과 '투자'는 참조할만한 요인은 되나, 누가 권리자임을 밝히는데 있어서 결정적 요인은 될 수 없다. 그밖에 창작물의 배타적 지배권이 누구에게 있는지, 창작물의 작성에 대하여 누가 얼마나 자율성을 가지고 있는지 등의 사항들이 개별 창작자의 아이디어와 관련하여 함께 파악되어 질 수 있다. 인격적 발현의 특성에 기반 하는 것이 '저작인격권'이다. '저작자의 의도'는 '창작유인'이라는 저작권제도의 본질과 밀접하게 관련되며 저작물에 대한 재산적 권리 인정의 정당화 근거이다. 따라서 AI창작물의 권리 귀속과 관련하여서는 이러한 저작권 제도에서 규율하고 있는 인격권과 재산권의 귀속이 정당한지에 대하여 면밀히 검토될 필요가 있다.

126) Samuelson, supra note 38 at 1199.

우선, AI를 만든 프로그래머는 AI가 무엇을 창작할지 알 수가 없다. AI가 최종 창작물의 형태를 결정한다. 또한 프로그래머가 AI를 창작하는데 노동력을 비롯한 여러 자원들을 투자함에도 불구하고 이러한 투자가 최종적으로 AI창작물에 어느 정도 포함되어 지는지에 대하여는 의문이다.¹²⁷⁾ 즉 AI가 만든 창작물에 발현되어 있는 것은 프로그래머의 개성이 발현된 독창성이 아니므로 작품에 대한 인격적 권리를 프로그래머에게 부여하는 것은 타당하지 않다. 프로그래머의 의도는 창작물을 양산하는 프로그램을 만든다는 의도이며 이러한 의도를 AI의 창작물에 대한 창작의도까지 확장할 수 없다. 즉 '작품을 통해 청중에게 어떠한 정신적 효과를 미치고자 하는 의도'를 프로그래머에게 확인할 수 없다.

한편 프로그래머가 AI를 창작하는데 노동력을 비롯한 여러 자원들을 투자한다. 즉 AI를 만들에 있어서 프로그래머는 상당한 투자를 하게 되고 그에 합당한 보상을 받아야 함은 타당하다. 그래서 이러한 보상의 일환으로 프로그래머는 AI가 창작한 저작물에 대한 저작자로서의 지위를 요구할 수 있다. 그러나 프로그래머는 이미 AI에 대한 합당한 보상을 받았다. 프로그래머는 우선 AI를 판매하지 아니하고 AI가 만들어 낸 모든 창작물에 대하여 권리를 득할 수 있으며, 그렇지 않을 경우 AI자체를 판매하여 그 보상을 받을 수 있다. 따라서 프로그래머에게 AI가 만들어낸 창작물에 대한 저작권을 인정하는 것은 이중보상이 될 수 있다.¹²⁸⁾ 즉 AI자체의 창작에 대한 인센티브는 AI에 대한 시장 형성가격을 통해 보상받는 것이다. 성능이 더 좋은 카메라를 개발한 개발자는 그 카메라를 매매등의 방식으로 양도하였을 때 그 카메라에 대한 보상을 받은 것이며, 그 카메라를 사용해 찍은 사진저작물에 대한 저작권이 카메라 개발자에 귀속되는 것은 아니다. 따라서 프로그래머를 저작자로 취급하는 것은 기존의 저작자의 개념을 확장함으로써 지적창작물의 보호범위를 부당하게 확장하는 결과를 초래하게 된다.

다음으로 AI를 구매하여 사용하는 자가 AI창작물의 권리를 누리는 것이 타당한가를 검토해 볼 필요가 있다. 그가 어떠한 작품에 대하여 생각하고 실행에 대한 통제권을 행사할 수 있다면 그는 단순히 명령을 따르는 자가 아니라 저작자라고 할 수 있다. AI를 통해 자료를 모으거나 선택하거나 만들

127) Dorotheou, *supra* note 71 at 85-93.

128) Samuelson, *supra* note 38 at 1207.

어 내는 데 있어서의 사용자의 자율성이 부여된다면 이는 사용자의 개성이 발현된 독창성을 인정할 수 있는 여지가 있다. 그러나 통상 AI창작물이라 할 때 AI사용자의 통제권과 자율권의 범위는 버튼을 누르는 수준에 그친다. 이러한 경우 AI창작물에 AI사용자의 ‘개성’이 인격적으로 발현되어졌다고 할 수 없으며, 이러한 개성의 발현으로서의 ‘독창성’을 기대할 수 없다. 따라서 마땅히 저작권이 인정될 수 없다. 다만 사용자의 기여도가 지극히 최소한이라 할지라도(단순히 버튼을 누르는 것에 불과할지라도) 창작의지를 고려해 볼 때 사용자에게 제한적이라 할지라도 일정한 권리를 부여하는 것이 프로그램을 작동시켜 새로운 창작물을 생성할 만한 유인책을 제공하는 것이라고¹²⁹⁾ 볼 수도 있다. 그래야 AI의 사용자로 하여금 이를 사용하게끔 하는 인센티브가 존재하고 이로 인해 AI사용이 활성화된다. 그 결과 AI자체의 성격형성에 긍정적 영향을 미치게 되며 창작물을 만드는 AI에 대한 투자로 이어질 수 있다는 주장도 가능하다. 그러나 이는 사용자가 무언가 독창성 있는 것을 창작하였기 때문에 부과되는 인센티브가 아니다. 따라서 이러한 종류의 권리는 저작권이 아닌 투자나 노력을 보호하는 법제 즉 부정경쟁방지 등 다른 법체계에서 논의되어야 하는 사항이다. 따라서 AI사용자는 AI창작물에 대하여 저작권법상의 권리의 귀속 주체가 될 수 없다.¹³⁰⁾

마지막으로 프로그래머와 사용자가 공동저작자가 될 수 있는가 하는 문제를 검토해 볼 필요가 있다. 우선 각각이 저작자로서의 요건을 충족하되, 저작물을 분리하여 이용할 수 없는 경우에 공동저작자로서의 지위를 인정하는 것이다. ‘개성’, ‘독창성’, ‘의도’ 등의 저작자의 개념적 요소에 비추어 볼 때, 또한 본질론에 입각한 ‘창작유인’에 비추어 볼 때 프로그래머와 사용자 모두 저작자로 인정할 수 없으므로 공동저작자 개념은 타당하지 않다. 다만 저작권이 아닌 이들의 투자와 노력을 보호하기 위한 어떠한 실정법상이 권리가 논의될 때 그러한 권리의 공동보유자로서의 지위는 논할 수 있으리라 본다.

129) Id at 1204.

130) 이러한 경우 데이터베이스제작자의 권리와 같은 권리를 통하여 투자 보호 내지 투자 유인의 역할이 가능하다는 견해도 제기될 수 있다. 그러나 이러한 논의는 데이터베이스제작자의 권리가 투자나 노력을 보호하는 부정경쟁방지적 성격의 제도인지, 저작인접권의 일환인지, 혹은 저작인접권이라면 이를 저작권제도내에서 보호하는 것이 타당한지, 부정경쟁방지법제에서 다루어지는 것이 타당하지에 대한 별도의 논의를 통한 논증이 필요한 부분이다. 본 고에서는 저작권의 귀속법리에 한정하여 논의의 초점을 맞추고자 하므로 이 부분에 대하여는 후일 별도의 연구를 통해 다루는 것이 바람직하다고 사료된다.

AI프로그래머, 하드웨어 소유자, 사용자에게 저작권이 각각 분할되어 사용되어야 한다는 이론 역시 이들에게 저작권 귀속 자체의 타당성이 인정된 뒤의 문제이므로 그러한 정당성이 인정되지 않는 한 타당하지 않다. 결국 부정 경쟁방지나 그밖에 다른 특수한 유형의 권리인정 필요성에 대한 부분은 논외로 하더라도, AI가 만든 창작물에 대한 저작권의 정당한 귀속주체는 저작권 본질론에 비추어 볼 때 존재하지 않는다. 이러한 경우 그러한 창작물은 누구나 자유로이 사용하여 새로운 창작의 기반이 되는 공유(公有, public Domain)의 영역으로 귀속되는 것이 타당하다.

V. 결론

1948년에 출판된 「자동작문기계(The Great Automatic Grammatizator)」¹³¹⁾라는 소설에서 Roald Dahl¹³²⁾은 자동으로 글을 써주는 기계가 작동된 지 1년 만에 영어로 출판된 모든 소설과 이야기들 중 적어도 반 정도가 이러한 기계에 의해 만들어졌다는 내용을 기술하고 있다. Roald Dahl의 소설과는 달리, 아직까지 AI에 의해 만들어진 책이 반을 차지하지는 못하고 있는 것 같다. 그러나 AI는 점점 더 많은 책을 만들어내고 결국 입법자들과 법학자들, 법률가들은 지속적으로 이러한 창작물의 저작권을 누가 보유하여야 하는가에 대하여 끊임없이 의문을 제기할 것이다. 새로운 기술에 의해 만들어진 새로운 창작은 전통적 수익모델을 위협할 것이다. 즉 새로운 유형의 문화적 창작과 창의성은 저작권의 경제적 측면에 의문을 제기할 것이다.¹³³⁾

이러한 혼란과 의문 속에서 가장 중요한 것은 제도의 본질을 망각하지 않는 것이다. 우리 「헌법」 제10조에는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리를 가진다.”라고 규정하고 있다. 여기서 말하는 ‘인간’이란 고립된 개체로서의 개인주의적 인간이나 국가권력의 객체로서의 인간을 의미하는 것이 아니라 개인 대 사회라는 관계에서 인간 고유의 가치를 휘

131) ‘자동으로 글을 써 주는 기계’라는 SF소설이나 나올 법한 소재를 바탕으로 돈벌이에 눈이 먼 소설가들 모습을 풍자한 소설로 1948년 처음 출판되었다.

132) 노르웨이계 영국인 소설가, 시인, 시나리오 작가로 『찰리와 초콜릿 공장』, 『마틸다』 등의 인기 작품을 다수 발표했다.

133) Ginsburg, supra note 68 at 3.

손당하지 않으면서 사회관계를 가지며 사회에 소속된 인간을 의미한다. 인간의 ‘존엄’은 인간을 인간으로 만드는 인격 그 자체, 즉 ‘인격 주체성’을, 인간의 ‘가치’란 인간의 인격과 평가, 즉 ‘인격의 내용을 이루는 윤리적 가치’를 말한다. 주체성이란 자신의 의식과 결단으로 자신 스스로를 규율하고 사회관계를 형성하는 능력을 의미한다. 기술은 인간의 행복추구활동의 도구일 뿐, 기술이 인간의 주체성을 대체할 수는 없다.¹³⁴⁾ 이러한 인간의 주체성과 특히나 깊은 관련을 지니는 영역이 지식재산 영역이다. 기본적으로 저작권체계는 ‘인간 즉 자연인의 감성과 사고의 발현으로서 창작성’에 기초하고 있다. 저작자는 ‘인간 즉 자연인’을 전제로 하고 있음을 의미한다. 이 논문은 AI가 만들어낸 창작물에 대한 저작권법상 권리의 귀속문제를 판단하기 위해서 일차적으로 우선 누가 저작자가 될 수 있는가를 검토하였다. 저작권제도를 정당화 시키는 본질적 요소를 탐구하고자 낭만주의적 작가관, 자연권론, 실정권론을 분석하였다. 이러한 본질론들을 통해 저작자가 누가 되어야 하는지를 판단하기 위한 요인들로 ‘독창성’, ‘개성’, ‘창작의도’, ‘투자’, ‘노동력’ 등을 도출하였다. 그리고 이러한 판단기준들을 각각 인공지능 창작물의 관련자들에게 적용하여 저작권법상의 권리 귀속의 타당성에 대하여 검토하였다. 저작자의 인격적 권리로부터 재산권이 비롯되었다는 점, ‘창작유인’을 통해 문화를 발전시킴으로서 궁극적으로 인류를 이롭게 하고자 하는 저작권제도의 근본이념에 비추어 볼 때 AI자체에 대한 권리 부여는 타당하지 않다. 또한 AI프로그램개발자, AI사용자 등의 경우에도 이들의 ‘개성’이 인격적으로 작품에 발현되어졌다고 할 수 없으며, 이들의 ‘독창성’이 작품 속에서 표현되었다고 볼 수 없다. 따라서 마땅히 저작인격권이 인정될 수 없으며, 일부 ‘투자’나 ‘노동’을 통해 창작유인으로 작동할 수 있는 요인들은 저작권제도가 아니라 부정경쟁이나 투자보호를 위한 별도의 제도 안에서 논의되어야 한다. 즉 이들에게 저작권법상 창작에 대한 권리를 인정하는 것은 저작권제도의 본질에 비추어 타당하지 않다.

134) 김민호외, 전계논문(주120), 307-308면.

(논문투고일 : 2017.02.18, 심사개시일 : 2017.02.28, 게재확정일 : 2017.03.17)



▶ 김 현 경

인공지능, 저작권 제도의 본질, 창작유인, 저작자, 저작권법

【참 고 문 헌】

I. 단행본

- 김남두 역, 재산권 사상의 흐름, 도서출판 천지, 1993.
오승중, 저작권법, 박영사, 2016.
장인숙, 저작권법원론, 보진재출판사, 1989.
B. Croce, Aesthetic as Science of Expression and General Linguistics
Cambridge, 1992(이해완 옮김), 크로체의 미학, 예전사, 1994.
中山信弘, 著作權法(윤선희 편역), 법문사, 2008.

II. 논문

- 강순근, 예술모방설에 대한 반성, 철학세계 제4집, 부산대학교 철학연구회, 1993.
권용수, “日 지식재산전략본부, 인공지능 창작물의 저작권 보호 검토”, 한국저작권
재단체연합회 저작권보호센터, 〈해외 저작권 보호 동향〉 2016.
김민호 외, 지능정보사회의 규범설정 기본원칙에 대한 고찰, 성균관법학 第28卷
第3號(2016.09).
김현돈, 예술모방설과 예술표현설에 관한 비교연구, 인문학 연구 제3집.
김종철, 낭만주의, 이선영 엮음, 문예사조사 : 고전주의에서 포스트모더니즘까지,
민음사, 1997.
신동룡, 저작권법제도의 정당성에 대한 비판적 고찰-미하일 바르친의 대화주의를
중심으로, 연세대학교 대학원 법학과 박사학위논문, 2004.
신동룡, 자유주의적 저작권담론의 성과와 한계에 대한 고찰, 법철학연구 제8권제
1호, 한국법철학회, 2005.
이현석, “저작권, 독창성, 문학” 영미문학연구회, 영미문학연구 제2권, 1997.
장유미(2016. 4. 15.), “일본: 정부, 인공지능이 제작한 저작물에 대한 저작권 인
정 여부를 검토”, 〈저작권 동향〉, 2016년 제4호.

III. 외국문헌

- Alfred C. Yen, "The Interdisciplinary future of Copyright Theory", 10
Cardozo Arts & Ent. L. J. 423, 1992.
Alfred C .Yen, Restoring the Natural Law : Copyright as Labor and

- Possession", *Ohio St.L.J.* 51, 1990.
- Andrew Bennet, *The Author*, Routledge 2005.
- Andrew J. Wu, *From Video Games to Artificial Intelligence : Assigning Copyright Ownership to Works Generated by Increasingly Sophisticated Computer Programs*, 25*AIPLA Q.J.*131, 1997.
- Annemarie Bridy, *The Evolution of Authorship: Work Made by Code*, 39 *COLUM. J.L & ARTS* 395, 2016.
- Anniina Huttunen and Anna Ronkainen, *Translation Technology and Copyright*, *Nordic Intellectual Property Review*, 2012
- Bruce W. Bugbee, *Genesis of American Patent and Copyright Law*, Public Affairs Press, 1967.
- Christopher Buccafusco, *A Theory of Copyright Authorship*, *Virginia Law Review* (forthcoming 2016)
- Chistopher M. Newman, *Transformation in Property and Copyright*, 56 *VILL. L. REV.* 2011.
- David Nimmer, *Copyright in the Dead Sea Scrolls: Authorship and Originality*, 38 *HOUS. L. REV.* 1, 13, 2001.
- Dan L. Burk, *Method and Madness in Copyright Law*, *Utah Law Review*, Vol 2007, No 3.
- Emily Dorotheou, *Reap the benefits and avoid the legal uncertainty : who owns the creations of artificial intelligence?*, *Computer ad Telecommunications Law Review* 21(4) 2015.
- Evan H. Farr, *'Copyrightability of Computer-Generated Works'*, 15*Rusters Computer & Tech. L.J.* 1989.
- Glasser, *Copyrights in Computer Generated Works*, *Duke L.& Tech Rev.* 0024, 2001.
- Harry Surden, "Machine Learning and Law", *Washington Law Review*, Vol. 89, No. 1, 2014.
- James Grimmelman, *Copyright for Literate Robots*, *Iowa Law Review*, Forthcoming ; *U of Maryland Legal Studies Research Paper No.2015-16*, 2015.

- Jane C. Ginsburg, Creation and Commercial Value: Copyright Protection of Works of Information, *Columbia Law Review* Vol. 90, No. 7 (Nov., 1990).
- Jane C. Ginsburg, The Concept of Authorship in Comparative Copyright Law, 52 *DePaul L. Rev.* 1063, 2003.
- Jane C. Ginsburg, The Author's Place in the Future of Copyright, Forthcoming in Ruth Okediji, ed., *COPYRIGHT IN AN AGE OF EXCEPTIONS AND LIMITATIONS* (Cambridge University Press 2015).
- Justine Hughes, *The Philosophy of Intellectual Property*, Georgetown L.J.77, 1988.
- Lemley Mark A., Roman Authorship and Retoric of Property, 75*Tex.L.,Rev.*, 1996.
- Lior Zemer, On the Value of Copyright Theory, August 12, 2006
- Lior Zemer, The Idea of Public Joint-Authorship in Copyright, 43*Osgoode Hall L.J.* 2005.
- Lior Zember, On the Value of Copyright Theory, *Intellectual Property Quarterly*1, 2006.
- Mark Rose, *Authors and Owners : The Invention of Copyright*, Harvard Univ. Press, 1993.
- M. Stewart Stephen, *International Copyright and Neighbouring rights*, 2nd ed., Butterworths, 1992.
- Neil Netanel, Copyright Alienability Restrictions and the Enhancement of Author Autonomy ; A Normative Evaluation, *Rutgers L. J.* 24, 1993.
- Pamela Samuelson, "Allocating Ownership Right in Computer-Generated Works, 47*U.Pitt.L.Rev.* 1985.
- Paul Goldstein, *Copyright*, 2d ed., Little Brown and Company, 1996.
- Perry Mark and Thomas Margoni, From Music Tracks to Google Maps : Who Owns Computer-Generated Works?", *CLSR* 26, 2010.
- Peter Drahos, *A Philosophy of Intellectual Property*, Dartmouth, 1996.

- Peter Jaszi, Toward a Theory of Copyright : The Metamorphoses of 'Authorship', Duke L.J. 19, 1991.
- Roberta Rosenthal Kwall, The Author as Steward 'For Limited Times': A Review of The Idea of Authorship in Copyright, , BOSTON UNIVERSITY LAW REVIEW Vol88, 2008.
- Ryan Littrell, Notes : Toward a Stricter Originality Standard for Copyright Law , Boston C. L. Rev. 43, 2001.
- Sam Ricketson, People or Machine : The Berne Convention and the Changing Concept of Authorship, 16Colum.-J.L.& Arts, 1991.
- T. Metsch Asthetik als Abbildtheorie(이춘길 번역), 리얼리즘 미학그이 기초이론, 한길사, 1985.
- Timothy L. Butler, Can a Computer Be an Author? Copyright Aspects of Artificial Intelligence, Dorotheou4 Comm/Ent L.S. 707 (1981-1982)
- Tuomas Sorjamaa, I, Author-Authorship and Copyright in the Age of Artificial Intelligence, Hanken School of Economics(Department of Accounting and Commercial Law), 2016.
- William M. Landes, & Richard A. Posner, "An Economic Analysis of Copyright Law", 18 J. Legal Stud. 325, 1989.
- William W. Fisher III, "Reconstructing the Fair Use Doctrine", 101 Harv. L. Rev. 1659, 1988.

Abstract

Study on the Copyright Authorship and the Works Created Using Artificial Intelligence

Kim, Hyun Kyung

Recently, many kinds of creatives, such as poetry, music, movie screenplays, newspaper articles, etc., are being mass-produced through artificial intelligence, not human. However, the question of "whether all of these works are copyrighted under the copyright law, and if so, to whom should the rights of such works be attributed" remains a difficult problem. At present, the basic principle of attribution of copyright is 'author'. In order to judge the copyright attribution problem of the artificial intelligence creation, first of all, it should be discussed who is author and whether it is justified to give him the exclusive right, copyright. Therefore, in this paper, I derive 'originality', 'personality', 'creative intention', 'investment', 'labor power' as factors for judging who should become authors. These factors were derived from the examination of the essence of copyright as romantic authorship, natural rights theory, and incentive theory. And these criteria were applied to the related persons of artificial intelligence creations respectively, and the validity of the copyright attribution was examined.



▶ **Kim, Hyun Kyung**

Artificial Intelligence, Theories of Copyright, Incentives for Creation, Copyright Authorship, Copyright Law

특허발명의 진보성 결여 증명책임*

대법원 2016. 1. 14. 선고 2013후2873, 2013후2880 병합 판결

정 차 호**

【목 차】

I. 서론	6. 직권탐지 및 직권심리 법리와 진보성 결여 증명책임
II. 대상 판결의 개요	7. 정정발명의 진보성 증명책임
1. 대상 특허발명	IV. 몇 가지 질문(토론)에 대한 답변(설명)
2. 특허심판원 심결	1. 심판관의 심증형성 과정: 평야전 v. 공성전(功城戰)
3. 특허법원 판결	2. 특허유효추정의 원칙이 법령이나 판례에서 승인된 법리가 아니라는 점
4. 대법원 판결	3. 증명책임의 분배
III. 특허발명의 진보성 결여 증명책임	4. 미국 무효심판에서의 우월적 증거와 지방법원에서의 명백한 증거
1. 진보성 결여 증명책임 개요	5. 대상 판결의 의도 확장?
2. 증명책임의 수준(level)	6. 심판전치에 관한 특허법 제186조 제6항의 의미
3. 증명책임 = 용이도출 여부에 대한 명확한 논증의 제시 책임	V. 결론
4. 특허무효심판에서의 증명책임 및 심판원의 판단의 대상	
5. 진보성 증명책임 관련 심결취소소송에서의 특허법원의 판단의 대상	

【국 문 요 약】

이 글은 대법원 2016. 1. 14. 선고 2013후2873, 2013후2880 병합 판결을 통하여 특허발명의 진보성 결여에 대한 증명책임이 특허무효심판 청구인에게 있다는 점 및 특허유효추정 원칙을 강조하고자 한다. 그 두 법리에도 불구하고 특허

* 이 글은 2017년 2월 25일 한국특허법학회가 개최한 “2016 TOP 10 특허판례 세미나”에서 발표된 내용에 두 토론자(한동수 변호사, 신혜은 교수)의 질문·의견 및 저자의 답변·설명을 추가하여 작성된 것이다. 빛나는 토론을 하여 주신 두 분에게 크게 감사드린다. 아울러, 훌륭한 심사를 하여 주신 (이름을 알 수 없는) 세 명의 심사위원에게도 감사드린다.

** 성균관대학교 법학전문대학원 교수.

심판원, 특허법원 및 대법원이 특허발명의 진보성 결여 여부를 직접 판단하고 있는 것이 실무라고 판단된다. 대상 판결에서도 대법원은 “통상의 기술자가 해당 발명을 용이하게 도출할 수 있는지를 판단하여야 한다”고 실시하고 있다. 그러나, 위 두 법리를 정확하게 적용하면, 특허심판원은 무효심판 청구인이 대상 특허발명의 진보성 결여에 대하여 증명하는 책임을 다하였지 여부를 판단하여야 한다. 즉, 판단의 대상이 ‘진보성 결여 여부’가 아니라 ‘청구인의 증명책임 성공 여부’가 되어야 한다. 심결취소소송에서 특허법원이 판단하여야 할 것도 진보성 결여 여부가 아니라 특허심판원이 청구인이 증명책임을 다하였는지 여부를 제대로 판단하였는지 여부이다. 하나의 특허를 두고 무효심판 청구인이 공격하고 특허권자가 방어한다고 보면 특허무효심판은 공방전(攻防戰)이다. 판단자가 진보성을 직접 판단하는 현재의 실무는 그 공방전이 평평한 평야에서 이루어지는 ‘평야전(平野戰)’으로 보아 청구인의 주장이 특허권자의 주장보다 조금이라도 더 우세하면 진보성이 결여된 것으로 본다. 그런데 무효심판을 그러한 평야전으로 보는 관점은 특허유효추정원칙 및 증명책임 법리를 무의미하게 만든다. 즉, 그 두 법리가 특허권자에게 아무런 유리함을 주지 않고 그 두 법리가 없는 경우와 있는 경우의 차이가 없게 된다. 특허유효추정원칙 및 증명책임 법리는 그 공방전을 ‘공성전(攻城戰)’으로 보게 한다. 즉, 특허무효심판을 특허권자는 성 안에서 특허를 방어하고 무효심판 청구인이 그 성을 공격하는 싸움으로 보아야 한다. 그래서, 특허심판원은 양측의 주장이 대등한 정도인 경우 또는 청구인의 주장에 충분히 설득되지 않는 경우, 청구인이 성을 함락하지 못하였다고 보고 청구인이 증명책임을 다하지 못하였다고 판단하여야 한다. 이렇게 특허유효추정원칙 및 증명책임 법리를 엄격하게 적용하게 되면 그 법리들을 제대로 적용하지 않고 있는 지금보다 특허가 무효되는 비율, 즉, 특허무효율이 조금이라도 더 낮아질 것이 예상된다.

I. 서론

대법원 2016. 1. 14. 선고 2013후2873, 2013후2880 병합 판결(이하 ‘대상 판결’)은 대상 특허발명의 진보성이 부정되는지를 판단함에 있어서 ① 필요한 경우 제시된 선행기술의 특정된 부분 외에 다른 부분도 살펴야 한다는 점 및 ② 필

요한 경우 제시되지 않은 다른 선행기술도 살펴야 한다는 점을 명확하게 하였다 는 점에 의의가 있다. 진보성 결여를 주장하는 자(무효심판 청구인)가 진보성 부 정에 도움이 되는 부분만을 선택하여 선행기술로 제시한 경우 특허권자가 그 문 헌의 다른 부분 또는 다른 문헌을 제시할 수 없다고 보기는 어려워 보인다. 진보 성 결여를 주장하는 자가 그 주장을 뒷받침 하는 증거를 선택하여 제시할 수 있 지만, 특허심판원 및 법원의 직권탐지 및 직권심리를 허용하는 특허법 제157조 제1항,¹⁾ 제159조 제1항²⁾ 및 행정소송법 제26조에³⁾ 따라 다른 증거도 심리할 수 있음이 명확해 보인다. 또, 진보성 결여를 주장하는 자가 일응의 진보성 결여 를 증명한 경우에도 특허권자가 그 점을 반박하는 증거를 제출할 수 있다는 점을 감안하여도 그러하다.⁴⁾

이 글은 대상 판결의 다른 점, 즉, 특허발명의 진보성 결여 증명책임 법리에 주목한다. 대상 판결은 특허발명의 진보성을 다룬 것인데, 특허는 유효한 것으로 추정되고 무효를 주장하는 자가 특허무효심판에서 무효사유의 존재를 주장, 증명 하여야 할 것인데, 대상 사건에서 특허심판원, 특허법원 및 대법원은 그러한 증 명책임 법리를 무시하고 스스로 진보성 결여 여부를 판단하는 오류를 범하고 있 다. 이하, 진보성 결여 증명책임 법리에 대하여 살펴본다.

II. 대상 판결의 개요

1. 대상 특허발명

대상 특허발명은 명칭을 “통증 치료용 이소부틸가바 및 그의 유도체”로 하는 프레가발린의 통증치료에 관한 용도발명인데, 이 글의 전개에 있어서 발명의 기 술적 내용이 무관하므로 그 기술에 대한 소개는 생략한다.

-
- 1) “심판에서는 당사자, 참가인 또는 이해관계인의 신청에 의하여 또는 직권으로 증거조사나 증거 보전을 할 수 있다.”
 - 2) “심판에서는 당사자 또는 참가인이 신청하지 아니한 이유에 대해서도 심리할 수 있다.”
 - 3) 행정소송법 제26조(“법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있고, 당사자 가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있다.”).
 - 4) *Takeda Chemical Ind. Ltd. v. Alphapharma Pty., Ltd.*, 492 F.3d 1350, 1354 (Fed. Cir. 2007) (“The court continued its analysis and found that even if Alphapharm succeeded in making a *prima facie* showing, Takeda would still prevail because any *prima facie* case of obviousness was rebutted by the unexpected results of pioglitazone’s nontoxicity.”).

2. 특허심판원 심결(이하 ‘대상 심결’)⁵⁾

한미약품 등이 대상 특허를 대상으로 청구한 특허무효심판에서 심판원은 특허발명이 선행기술 4 내지 7의 결합에 의해서 용이하게 도출될 수 없는 것이어서 진보성이 부정될 수 없다고 판단하였다.⁶⁾

3. 특허법원 판결

후속 심결취소소송에서 원고들(무효심판 청구인)이 진보성 결여를 주장하였고, 특허법원은 선행기술로부터 특허발명의 진통효과를 도출하는 것이 쉽지 않다고 판단하고(판결문 8면), 그 외 원고들의 여러 주장에 대해 “받아들이기 어렵다”거나(10면, 13면 등), “단정하기는 어렵다”고(12면) 본 후, 결론적으로 해당 선행기술로부터 대상 발명을 도출하는 것이 쉽지 않았을 것으로 판단하고(15면), 대상 발명의 진보성이 부정되지 않는다고 본 후(20면), 특허심판원의 심결이 적법하다고 결론 내렸다(20-21면).

4. 대법원 판결

“제시된 선행문헌을 근거로 어떤 발명의 진보성이 부정되는지를 판단하기 위해서는 진보성 부정의 근거가 될 수 있는 일부 기재만이 아니라 그 선행문헌 전체에 의하여 그 발명이 속하는 기술분야에서 통상의 지식을 가진 사람(이하 ‘통상의 기술자’라고 한다)이 합리적으로 인식할 수 있는 사항을 기초로 대비 판단하여야 한다. 그리고 위 일부 기재 부분과 배치되거나 이를 불확실하게 하는 다른 선행문헌이 제시된 경우에는 그 내용까지도 종합적으로 고려하여 통상의 기술자가 해당 발명을 용이하게 도출할 수 있는지를 판단하여야 한다.”

대법원은 위와 같이 관련 법리를 실시한 후(판결문 2면), 선행기술로부터 특허발명의 진통효과를 도출하는 것이 쉽지 않다고 판단하고(3면, 5면), 원심의 판단이 정당하다고 보았다(5면).

5) 특허심판원 2012. 10. 31. 2011당1157, 1369, 490, 1318, 3024, 2836, 2127 병합 심결 및 2012. 11. 6. 2012당170 심결.

6) 대상 심결, 심결문 37면.

III. 특허발명의 진보성 결여 증명책임

1. 진보성 결여 증명책임 개요

발명자는 ‘특허를 받을 수 있는 권리’를 원시적으로 취득하고⁷⁾ 그 또는 그 권리의 승계인이 그 권리에 근거하여 특허출원을 하면 해당 출원발명의 진보성 결여에 대하여는 심사관이 증명하여야 한다.⁸⁾⁹⁾ 즉, 출원발명의 진보성 ‘충족’에 대하여 출원인이 증명하는 것이 아니라 진보성 ‘결여’에 대하여 심사관이 증명하여야 한다.¹⁰⁾¹¹⁾ 해당 출원발명이 특허된 후의 특허발명에 대하여는 특허무효심판 청구인이 진보성 결여를 증명하여야 한다.¹²⁾ 행정청(특허청 심사관)의 행정행위(특허결정)를 신뢰한 특허권자의 신뢰이익을 보호하여야 하므로 특허는 쉽게 무효되지 않도록 할 필요가 있다.¹³⁾¹⁴⁾ 진보성이 권리장애사실이라는 점에서도 그

-
- 7) 특허법 제33조 제1항(“발명을 한 사람 또는 그 승계인은 이 법에서 정하는 바에 따라 특허를 받을 수 있는 권리를 가진다.”).
- 8) 신혜은, “최근 진보성 관련 판례동향 및 객관적 판단기준을 위한 제안”, 「법학논총」 제30권 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2010, 191-192면(“특허출원에 대하여, 심사관은 거절의 이유를 발견하지 못한 때에는 특허결정을 하여야 하기 때문에(특허법 제66조) 거절이유로서의 진보성을 결한 것이라는 사실은 심사관(소송에 있어서는 특허청장 또는 무효심판청구인)이 이를 주장·입증하여야 한다.”); 정차호, 「특허법의 진보성」, 박영사, 2014, 144면(“일반적으로, 특허법 제62조가 규정하는 거절이유에 대하여는 심사관이 주장, 증명책임을 부담한다.”).
- 9) 해당 발명의 성립성(특허적격성)의 증명책임을 누가 부담하는지에 대하여는 이견이 있을 수 있다. 이에 관한 후속 연구를 다집한다.
- 10) 미국도 유사한 법리를 운영한다. John R. Thomas, *Collusion and Collective Action in the Patent System: A Proposal for Patent Bounties*, 2001 U. Ill. L. Rev. 305, 325 (2001) (“Long-established practice places the burden of persuasion and initial burden of production upon examiners to generate rejections.”).
- 11) 출원발명의 신규성 결여에 대하여도 심사관이 증명하여야 한다. 항상 그러한가? 예를 들어, 미국에서, 어떤 청구항이 구조적 요소(structural limitations) 및 기능적 요소(functional limitations)를 모두 가지고 있고, 하나의 선행기술이 구조적 요소를 개시하고 있고, 그 선행기술이 기능적 요소를 내재적으로 가르치고(inherently teaches) 있음에 대하여 심사관이 믿을 수 있는 이유가 존재하는 경우 해당 기능적 요소가 그 선행기술에서 개시되지 않았음에 대하여 출원인이 증명하도록 책임이 전환된다. *In re Schreiber*, 128 F.3d 1473, 1478 (Fed. Cir. 1997).
- 12) 정차호, “특별행정심판인 특허무효심판에서의 무효사유증명책임”, 「헌법판례연구」 제13권, 박영사, 2013, 153-154면(“앞에서 살펴본 바와 같이, 심사 단계에서 심사관이 거절이유를 증명할 책임을 부담하는데, 등록 후 무효심판 단계에서는 무효심판 청구인이 무효사유를 주장, 증명할 책임을 부담하여야 함은 당연하고, 나아가 그 단계에서는 그러한 필요성이 다음과 같은 이유로 더 높아진다. 첫째, 특허결정이라는 행정처분을 신뢰한 특허권자의 신뢰이익을 보호할 필요성이 있다. 둘째, 특허가 등록됨으로 인하여 그를 기초로 다른 법률관계가 발생하게 되는 바 그러한 법률관계의 안정성을 도모할 필요가 있다. 셋째, 전문행정기관인 특허청의 전문성을 인정할 필요성이 있다. 넷째, 특허등록된 재산권에 대하여 그 등록은 적법한 것으로 추정된다. 다섯째, 행정처분인 특허를 무효시키기 위해서는, 행정법 이론에 따르면, 그 행정처분의 하자가 중대하고 명백한 것이어야 한다.”).

요건사실의 효과를 다투는 무효심판 청구인에게 증명책임을 부담케 하는 것이 타당하다.¹⁵⁾

우리 대법원도 간혹 진보성 결여 증명책임에 입각한 설시를 하고 있다. 예를 들어, 대법원 2007. 8. 24. 선고 2006후138 판결은 “원심 판시의 비교대상발명 1의 위 구성으로부터 통상의 기술자라면 마땅히 위 구성요소 4를 생각해낼 수밖에 없을 것이라는 사정을 인정할 아무런 증거가 없는 이 사건에서, 이 사건 특허 발명의 명세서에서 개시된 내용을 알고 있음을 전제로 하여 사후적으로 판단하지 않는 한 ... 용이하게 발명할 수 있다고는 할 수 없을 것인데 ...”라고 판시하면서 진보성을 다투는 자가 진보성 결여를 증명할 책임이 있음을 (비록 직접적은 아니지만) 설시한 바 있다.¹⁶⁾ 하지만, 우리 대법원이 그러한 증명책임을 엄격하게 적용하지 않고 그 스스로 진보성 결여 여부에 대하여 판단하는 사례가 일반적이라고 생각한다.

특허유효추정에 따른 증명책임의 법리는 다른 국가에서도 유사하게 적용된다. 미국 특허법 제282조는 특허는 유효한 것으로 추정되며, 무효를 주장하는 자가 무효를 증명할 책임을 부담한다고 명시적으로 규정한다.¹⁷⁾ 지방법원 절차에서 특허무효를 주장하는 경우 그 주장하는 자는 해당 특허가 무효임을 명백한 증거로 증명하여야 한다.¹⁸⁾¹⁹⁾ 그 후 연방관할항소법원(CAFC)이 지방법원의 판단에 오

13) 심연주·허인, “특허유효성 추정 규정 도입에 관한 소고”, 「과학기술법연구」 제20집 제2호, 한남대학교 과학기술법연구원, 2014, 184면(“어떠한 발명이 특허청 심사를 통해 등록이 되면 그 특허는 행정청의 행정행위 즉 심사관의 결정을 존중하여야 하고, 또한 행정청의 행정행위를 신뢰한 특허권자의 신뢰이익을 보호하여야 하므로 특허권은 쉽게 무효가 되지 않도록 할 필요성이 있기 때문이다.”).

14) 행정법은 행정청의 행정처분이 쉽게 무효되는 것을 방지하기 위하여 행정처분을 무효로 하는 경우를 그 처분에 중대하고 명백한 잘못이 있는 경우로 한정하며, 그 이론을 ‘중대명백설’이라고 칭한다.

15) 대법원 1985. 5. 14. 선고 84누786 판결(“입증책임은 당사자에게 분배되는 것이 원칙이고 실제 법상 법률효과의 발생에 장애가 되는 규정 즉, 권리장애규정의 요건사실에 관하여는 그 효과를 다투는 당사자에게 입증책임이 돌아가는 것”).

16) 또, (명확하지는 않지만) 진보성 결여 증명책임 법리를 실시한 다른 판례도 있다. 대법원 2007. 9. 6. 선고 2005후3284 판결 또한 “여러 선행기술문헌을 인용하여 특허발명의 진보성을 판단함에 있어서는 그 인용되는 기술을 조합 또는 결합하면 당해 특허발명에 이를 수 있다는 암시·동기 등이 선행기술문헌에 제시되어 있거나, 그렇지 않더라도 당해 특허발명의 출원 당시의 기술수준, 기술상식, 해당 기술분야의 기본적 과제, 발전경향, 해당 업계의 요구 등에 비추어 보아 그 기술분야에 통상의 지식을 가진 자가 용이하게 그와 같은 결합에 이를 수 있다고 인정할 수 있는 경우에는 당해 특허발명의 진보성은 부정된다”고 판시한 바 있다.

17) 35 U.S.C. § 282 (2014) (“A patent shall be presumed valid. The burden of establishing invalidity of a patent or any claim thereof shall rest on the party asserting such invalidity.”).

18) *Schumer v. Lab. Computer Sys., Inc.*, 308 F.3d 1304, 1315 (Fed. Cir. 2002) (“To overcome

류가 있었는지 여부를 판단한다.²⁰⁾ 독일에서도 특허효가 추정되며,²¹⁾ 영국에서도 그러하다.²²⁾²³⁾ 그래서 대만의 최고행정법원은 모든 국가가 특허효추정의 원칙을 가진 것으로 설명한다.²⁴⁾ 필자는 이처럼 당연하고 확고한 법리가 우리나라 실무에서는 외면당하고 있다는 점을 대상 판결을 통하여 비판하고자 한다.

2. 증명책임의 수준(level)

특허발명의 진보성 결여를 증명할 책임을 특허무효를 주장하는 자가 부담한다는 법리는 (위에서 살펴본 바와 같이) 다른 나라에서도 유사하게 운용된다. 그러나, 그 증명의 수준(level)은 동일하지 않다. 영국에서는 무효(revocation)를 주장하는 자가 무효사유를 증명할 책임을 부담하고, 그 자가 증명우위의 원칙에 따라 (on the balance of probabilities) 무효사유를 증명하지 못하는 경우 그 청구는 기각된다.²⁵⁾²⁶⁾ 그러한 증명책임에 따라 청구인은 무효사유의 상세(details)를 적

th[e] presumption of validity, the party challenging a patent must prove facts supporting a determination of invalidity by clear and convincing evidence.”); *Novartis Pharm. Corp. v. Watson Labs., Inc.*, 611 F.App'x 988, 993 (Fed. Cir. 2015) (“The [district] court therefore held that Watson failed to prove obviousness by clear and convincing evidence.”).

- 19) 미국의 특허효추정원칙에 관한 전반적인 설명은 다음 글 참고: Etan S. Chatlyne, *The Burden of Establishing Patent Invalidity: Maintaining A Heightened Evidentiary Standard Despite Increasing “Verbal Variances”*, 31 *Cardozo L. Rev.* 297 (2009).
- 20) *Novartis Pharm.*, 611 F.App'x at 995 (“We agree with Novartis that the district court did not err in concluding that Watson failed to prove that the asserted claims are invalid as obvious.”); at 997 (“In view of the foregoing, we therefore affirm the district court's holding that Watson failed to prove by clear and convincing evidence that the asserted claims of Novartis's '023 and '031 patents are invalid as obvious.”).
- 21) CIPA, *European Patents Handbook*, Sweet & Maxwell, 2016, at 30.10 (“In principle, patent proprietors are permitted to threaten proceedings and, as long as a disputed patent has not been declared invalid, reliance can be placed on the presumption of patent validity and that its use by a third party is an act of infringement (*Grisser AG v Traber AG* (1984) 15 I.I.C. 655).”).
- 22) Wilhelm Schröder, *Pay-for-delay settlements in the EU: did the Commission go too far?*, E.I.P.R. 2016, 38(12), 726, 728 (“Now, it should be noted that all patents are ‘potentially invalid’, but the presumption of validity instructs treating them as valid until otherwise proven.”).
- 23) *Generics (UK) v Commission*, (General Court Sept. 8, 2016), para. 105 (“Whilst patents are indeed presumed valid until they are expressly revoked or invalidated by a competent authority or court, that presumption of validity cannot be equated with a presumption of unlawfulness of generic products validly placed on the market which the holder of a patent considers to be infringing.”).
- 24) 대만 최고행정법원 판결문(“특허효성의 판단을 말하자면, 행정기관(지혜재산국智慧財產局)의 전문(專業, 전문성) 및 그의 재량을 존중하여야 하므로, 각국마다 특허효추정원칙을 적용한다.”).
- 25) CIPA, *supra*, p. 800 (“An applicant for revocation bears the onus of proof. The application for revocation will therefore be dismissed if he applicant fails, on the balance of probabilities, to

시하여야 한다.²⁷⁾ 미국에서도 당연히 무효를 주장하는 자가 무효사유의 존재를 증명할 책임을 부담하는데, 다만 침해소송 법원에서 무효를 주장하는 경우에는 명백한(clear and convincing) 증거로 증명하게 하여 증명책임의 수준을 높이고 있다. 이처럼 특허무효를 명백한 증거로 증명하게 하는 사례는 대만에서도 발견되며, 최근 대만 최고행정법원(Supreme Administrative Court)이 미국의 이러한 명백한 증거 법리를 따르는 판결을 한 바 있다.²⁸⁾²⁹⁾ 요약하면, 특허무효를 주장하는 자가 ‘명백한’ 증거에 따라 증명하도록 요구하는 사례는 미국, 대만에서 발견되고 그 외의 국가에서는 일반 증명우위의 원칙에 따라 증명하도록 요구한다.³⁰⁾

3. 증명책임 = 용이도출 여부에 대한 명확한 논증(explicit reasoning)의 제시 책임

청구인이 특허발명의 진보성과 관련하여 증명책임을 부담한다는 점은 사실 선행기술로부터 해당 특허발명을 도출하는 것이 용이하였다는 점에 대하여 명확히 설명하여야 하는 책임을 말할 것이다. 예를 들어, 미국의 *PersonalWeb* 사건을 살펴본다. Apple이 *PersonalWeb*이 보유한 특허를 대상으로 특허무효심판(IPR)을 청구한 사건에서, 미국특허상표청의 특허심판원(PTAB)은 통상의 기술자가 제시된 두 개의 선행기술을 결합할 동기(motivation)가 존재하였다고 판단하였다.

discharge that onus . . .”).

26) Phillip Johnson, Ashley Roughton, Trevor Cook, *The Modern Law of Patents*, 3d ed., LexisNexis, 2014, p. 859 (“The person alleging invalidity bears the burden of proving it and, it has been said, once granted the patent is prima facie valid.”) (citing *Molnlycke Heath Care AB v Brightwake Ltd* [2012] EWCA Civ 602 at [33]).

27) *Id.* (“ . . . the particulars must specify details of the matter in the state of the art on which the party relies.”).

28) 대만 最高行政法院 2016年(中華民國 105年) 6月 24日 判決 105年度判字第333號.

29) 陳佳菁, “智慧財產法院專利侵權民事訴訟審理新制”, 理律法律雜誌雙月刊, 104年 1月號, 2015, 2頁(“過往審理實務最常被告病者, 即判決多有以被告未抗辯之專利無效主張為判斷基礎, 造成專利無效率居高不下。為此, 審理新制明揭法院審查專利有效性時應僅就當事人之主張及舉證為判斷, 不再自行調查當事人所未聲明之證據, 即恪遵當事人進行主義。針對主張專利無效之當事人之舉證責任標準, 過往並無一致之標準, 審理新制明確採主張專利無效者, 應負舉證責任且舉證責任須達清楚且令人信服之程度。倘舉證不足, 法院即應判定專利有效。”)。

30) 미국 및 대만에서 특허법에 명백한 증거 원칙을 규율하는 규정이 없는데도 불구하고 (행정법 원리에 의거하여) 법원이 명백한 증거 원칙을 적용하였다. James W. Dabney, *KSR: It Was Not a Ghost*, 24 Santa Clara Computer & High Tech. L.J. 131, 161 n.182 (2007) (“The statute [35 U.S.C. § 282] makes no reference to ‘clear and convincing evidence.’”). 우리나라에서도 명문의 규정이 없는데도 불구하고 명백한 증거 원칙을 적용할 수 있는가?

심결취소소송에서 CAFC는 심판원이 결합의 동기를 적절히 설명하는 데 실패하였다고 판단하며 사건을 심판원으로 환송하였다.³¹⁾³²⁾ 환송된 사건에서 청구인은 통상의 기술자가 두 선행기술을 결합하였을 개연성에 대하여 명확한 논증(explicit reasoning)을 제시하여야 한다.³³⁾ 만약, 그러한 명확한 논증을 제시하지 못하는 경우 청구인은 증명책임을 다하지 못하는 것이 되고 청구는 기각된다. 심판원이 명확한 논증을 스스로 만들어 내기 위하여 노력할 필요가 없다.³⁴⁾ 심판원은 단순히 청구인이 제시한 논증이 명확한지 여부에 대하여 판단하고, 그러하지 못하면 청구인이 증명책임을 다하지 못하였다고 판단하면 된다.

4. 특허무효심판에서의 증명책임 및 심판원의 판단의 대상

특허무효심판에서 특허발명의 진보성 결여에 대하여 무효심판 청구인이 증명책임을 부담하므로, 심판원은 (진보성 결여 여부를 직접 판단하는 것이 아니라) 청구인이 그 증명책임을 다하는 데 성공하였는지 여부를 판단하여야 한다. 그러므로, 심판원이 ① 특허발명의 진보성을 판단한다, ② 특허발명의 “유효성을 판단한다”,³⁵⁾ ③ 특허발명이 진보성을 충족한다고 판단한다, ④ 특허발명이 진보성을 결여하였다고 판단한다, ⑤ 특허발명을 용이하게 도출할 수 있는지를 판단한다³⁶⁾ 등의 표현은 모두 적절하지 않은 것이다. 또, 같은 맥락에서, 대상 선행기술의 결합에 각별한 곤란성이 인정되지 않아서 진보성을 부정한다는 표현도³⁷⁾ (증명책임을 고려하지 않은) 적절하지 않은 것이다.³⁸⁾

31) PersonalWeb Techs., LLC v. Apple, Inc., 848 F.3d 987 (Fed. Cir. 2017).

32) CAFC는 PTAB의 심결을 속심적인 것으로 보아 사건을 PTAB로 환송한다. 우리 특허법원도 심결취소소송에서 사건을 특허심판원으로 환송할 수 있어야 한다. 헌법도 행정심판의 속심적 성격을 인정하고 있다. 헌법 제107조 제3항(“재판의 전심절차로서 행정심판을 할 수 있다. 행정심판의 절차는 법률로 정하되, 사법절차가 준용되어야 한다.”).

33) *In re Van Os*, 844 F.3d 1359, 1361 (Fed. Cir. 2017) (“Since *KSR*, we have repeatedly explained that obviousness findings ‘grounded in ‘common sense’ must contain explicit and clear reasoning providing some rational underpinning why common sense compels a finding of obviousness.”).

34) 우리 심판원은 이러한 (요구되지 않는) 노력을 하며 행정력을 낭비하고 있다.

35) 심연주·허인, 앞의 논문, 214면(“우리나라는 특허유효성 판단과 침해판단을 이원화하여 특허유효성 판단은 특허심판원의 심판절차를 통해 진행되고 ...”).

36) 대상 판결, 판결문 2면.

37) 대법원 2001. 10. 30. 선고 99후710 판결(“선행기술인 인용발명들을 수집·종합하는데 있어 각별한 어려움이 있다가나 이로 인한 작용효과가 공지된 위 선행기술로부터 예측되는 효과 이상의 새로운 상승효과가 있다고 보여지지 아니하고 ...”).

38) 정차호, “진보성 법리 및 용이도출(obvious extraction)의 판단에 관한 오해”, 「법제연구」 제50호, 한국법제연구원, 2016, 149면(“선행기술의 결합에 ‘각별한 곤란성(special difficulty)’ 또는

미국에서는 이러한 법리가 명확하게 정립되어 있어서, 심판원 또는 법원은 (진보성 결여 여부를 직접 판단하지 않고) 무효를 주장하는 자가 증명책임을 다하는데 성공하였는지 여부를 판단한다. 증명책임을 어떤 경우에도 특허권자에게 전환되지 않는다.³⁹⁾ 미국특허상표청의 특허심판원(PTAB),⁴⁰⁾ 국제무역위원회(ITC),⁴¹⁾ 연방 지방법원의⁴²⁾ 많은 심결 및 판결들이 그러한 법리를 일관되게 실시하고 있다.

우리 특허심판원은 이러한 증명책임 법리를 정확히 인식하지 못하고 있거나 또는 적어도 외면하고 있고, 그래서, 심판원이 직접 진보성 결여 여부를 판단하는 잘못된 실무가 반복되고 있다. 대상 심결에서도 심판원이 특허발명의 진보성이 부정되지 않는다고 직접 판단하였다.⁴³⁾

5. 진보성 증명책임 관련 심결취소소송에서의 특허법원의 판단의 대상

특허법 제186조 제6항이 “심판을 청구할 수 있는 사항에 관한 소는 심결에 대

‘각별한 어려움’이 인정되어야 하는 것이 아니다. 이러한 판단은 적어도 두 가지 측면에서 잘못된 것이다. 첫째, 대상 발명이 진보성을 결여함에 대하여는 심사관 또는 무효심판 청구인이 주장, 증명을 하여야 하고, 심사관 또는 무효심판 청구인은 그 증명책임 아래에서 통상의 기술자가 선행기술로부터 대상 발명을 도출하는 것이 ‘용이하다(obvious)’는 것을 증명하여야 한다.”).

39) Cary Miller, *In an IPR, the Burden of Persuasion in an Obviousness Challenge Never Shifts to Patentee*, March 15, 2017 (미국 특허심판원에서 DuPont이 특허권자인 Furanix Tech.를 상대로 청구한 무효심판(IPR)의 심결(IPR2015-01838)을 인용). <<http://www.lexology.com>>.

40) *Holt's Cigar Holdings, Inc.*, 2017 WL 378636, at 5 (PTAB, Jan. 3, 2017) (“Accordingly, Petitioner's failure to prove by a preponderance of the evidence that Saari teaches or suggests this limitation also means that Petitioner has failed to prove by a preponderance of the evidence that claims 15 and 17-22 are unpatentable under 35 U.S.C. § 103 as obvious over Saari.”).

41) *In the Matter of Certain Ceramic Capacitors & Prod. Containing Same Order No. 28: Denying Motion by Respondents for Summary Determination of Invalidity of All Asserted Claims of U.S. Patent No. 6,377,439, USITC Inv. No. 337-TA-692* (May 21, 2010), at 9 (“For the reasons discussed above, the Administrative Law Judge finds that Samsung and the Staff have failed to prove by clear and convincing evidence that the asserted claims of the '439 patent are invalid as either anticipated or obvious.”); *In the Matter of Certain Encapsulated Integrated Circuit Devices & Prod. Containing Same Supplemental Initial Determination on Violation of Section 337, USITC Inv. No. 337-TA-501* (Mar. 22, 2010) at 13 (“Thus, the undersigned finds that Carsen has failed to prove that one of ordinary skill in the art would find claim 1 of the '277 patent obvious in light of the ASAT Invention in view of the JP284 reference.”).

42) *Allergan, Inc. v. Sandoz Inc.*, 726 F.3d 1286, 1291 (Fed. Cir. 2013) (“In finding that Sandoz failed to prove the asserted claims obvious, the district court made a series of findings that are relevant to the obviousness analysis.”).

43) 대상 심결, 심결문 37면(“이 사건 제1항 정정발명은 인용발명 4 내지 7의 결합에 의해서 용이하게 도출될 수 없는 것이라고 하겠다. 따라서 이 사건 제1항 정정발명은 인용발명 4 내지 7의 결합에 의해서도 진보성이 부정될 수 없고 ...”).

한 것이 아니면 제기할 수 없다”고 규정한다. 동 규정에 따라, 심결취소소송에서 특허법원은 ‘심결’의 타당함 여부에 대하여 판단하게 된다.⁴⁴⁾ 즉, 무효심판 청구인이 진보성 결여에 대한 증명책임을 다하였는지 여부에 대하여 해당 심판부가 제대로 판단하였는지 여부를 판단하게 되는 것이다. 이런 견지에서 심결취소소송에서도 무효심판 청구인이 (원고이든 피고이든 불문하고) 여전히 진보성 결여를 증명할 책임을 부담한다.⁴⁵⁾ 심결취소소송에서 특허법원이 특허심판원의 심결이 타당한지 여부를 판단하기 위해서는 그 심결은 판단의 논리를 충분히 명확하게 설명하여야 할 것이다.⁴⁶⁾

참고로, 미국의 법리에 따르면 지방법원 절차에서 특허무효를 주장하는 경우 그 주장하는 자가 해당 특허가 무효임을 ‘명백한 증거’로 증명하여야 한다.⁴⁷⁾ 그 후 CAFC는 지방법원의 판단에 오류가 있었는지 여부를 판단한다.⁴⁸⁾ CAFC가 진보성 결여 여부에 대하여 직접 판단하는 것이 아니라 지방법원의 판단이 옳았는지 여부에 대하여만 판단하고 지방법원의 판단의 대상은 무효를 주장하는 자가 증명책임을 다하였는지 여부가 되는 것이다. 참고로, 미국특허상표청 특허심판원의 무효심판(IPR) 절차에서는 청구인이 무효사유를 우월적 증거(preponderance of evidence)로 증명하여야 하고, 그 후 CAFC는 심판원의 판단에 오류가 있었는지 여부를 판단한다.⁴⁹⁾

44) 노갑식, “심결취소소송에 있어서의 주장·입증책임(소송유형별 검토)”, 「특허소송연구」 제4집, 특허법원, 2008, 1면(“심결은 행정청인 특허심판원의 처분에 해당하므로 심결취소소송은 행정 처분인 심결의 취소를 구하는 행정소송에 해당한다.”).

45) 심결취소소송에서 무효를 주장하는 자가 권리장애사실을 증명하여야 한다. 노갑식, 앞의 논문, 7면(“심결취소소송에서의 입증책임의 분배 역시 통설, 관례의 입장인 법률요건분류설에 따르면 권리의 존재를 주장하는 자가 권리발생사실을 입증하여야 하고, 권리의 무효나 부존재를 주장하는 자가 권리장애사실을 입증하여야 한다.”).

46) *In re Lee*, 277 F.3d 1338, 1343 (Fed. Cir. 2002) (“For judicial review to be meaningfully achieved within these strictures, the agency tribunal must present a full and reasoned explanation of its decision. The agency tribunal must set forth its findings and the grounds thereof, as supported by the agency record, and explain its application of the law to the found facts.”).

47) *Schumer*, 308 F.3d at 1315 (“To overcome th[e] presumption of validity, the party challenging a patent must prove facts supporting a determination of invalidity by clear and convincing evidence.”); *Novartis Pharm.*, 611 F.App'x at 993 (“The [district] court therefore held that Watson failed to prove obviousness by clear and convincing evidence.”).

48) *Novartis Pharm.*, 611 F.App'x at 995 (“We agree with Novartis that the district court did not err in concluding that Watson failed to prove that the asserted claims are invalid as obvious.”); at 997 (“In view of the foregoing, we therefore affirm the district court's holding that Watson failed to prove by clear and convincing evidence that the asserted claims of Novartis's '023 and '031 patents are invalid as obvious.”).

우리 특허법원은 특허심판원의 심결이 옳았는지 여부를 판단하지 않고, 대상 특허발명이 진보성을 결여하였는지 여부에 대하여 직접 판단하여 (심결취소소송의 대상이 ‘심결’임을 규정한) 특허법 제186조 제6항을 위반하고 있다.⁵⁰⁾ 대상 사건에서도 특허법원은 선행기술로부터 대상 발명의 진통효과를 도출하는 것이 쉽지 않다고 판단하고(판결문 8면), 결론적으로 해당 선행기술로부터 대상 발명을 도출하는 것이 쉽지 않았을 것으로 판단하고(15면), 대상 발명의 진보성이 부정되지 않는다고 본 후(20면), 특허심판원의 심결이 적법하다고 결론 내렸다(20-21면). 형식적으로 마지막에서 특허심판원의 심결이 적법하다고 결론을 내렸으나 진보성 결여 여부에 대하여 직접 판단한 후 결과적으로 진보성이 부정되지 않는다는 결론이 서로 동일하다는 이유로 심결이 적법하다고 판단하였다. 즉, 심결의 내용이 옳았는지 여부를 판단한 것이 아니라 심결의 결론이 타당하였는지 여부를 판단한 것이다. 이러한 법리는 특허법 제186조 제6항에 반하는 것이다. 동 규정은 심결의 결론이 ‘결과적으로’ 타당하였는지 여부를 판단하라고 요구하는 것이 아니라 심결의 ‘내용 및 실체’가 타당하였는지 여부를 판단하라고 요구하는 것이다.⁵¹⁾

6. 직권탐지 및 직권심리 법리와 진보성 결여 증명책임

심판원이 직권으로 증거를 조사할 수 있다는 소위 직권탐지 법리(특허법 제157조 제1항)⁵²⁾ 및 심판원이 직권으로 심리할 수 있다는 소위 직권심리 법리(특허법 제159조 제1항)⁵³⁾ 따르면, (무효심판 청구인의 증명책임과 무관하게) 심판원이 대상 특허발명의 진보성 결여 여부를 직접 판단할 수 있다는 주장이 제기될 수 있다. 그러나, 다음과 같은 이유로 그 주장은 받아들이기 어렵다.

가. 직권탐지주의의 한계

“직권탐지주의는 법원이 판결에 중요한 사실을 당사자의 신청 여부와 관계없

49) Yasser El-Gamal, Ehab M. Samuel, Peter D. Siddoway, *The New Battlefield: One Year of Inter Partes Review Under the America Invents Act*, 42 AIPLA Q.J. 39, 59 (2014) (“In an IPR, the petitioner has the burden to show invalidity by preponderance of evidence.”).

50) 논쟁을 초대하는 주장이다. 논쟁이 필요하다.

51) 확정 심결에 일사부재리 효과를 인정하기 위해서는 심결에서 다루어진 심결물과 후속 심결취소소송에서 다루어진 소송물이 동일하여야 한다.

52) “심판에서는 당사자, 참가인 또는 이해관계인의 신청에 의하여 또는 직권으로 증거조사나 증거보전을 할 수 있다.”

53) “심판에서는 당사자 또는 참가인이 신청하지 아니한 이유에 대해서도 심리할 수 있다.”

이 직접 조사할 수 있는 원칙을 말한다. [그에 반해] 변론주의란 판결에 기초가 되는 사실과 증거의 수집을 당사자의 책임으로 하는 원칙을 말한다.”⁵⁴⁾ 직권탐지주의는 원칙적인 법리가 아니라 변론주의에 대한 예외적인 법리이며, 심판원 및 법원은 증명책임을 부담하는 당사자가 주장한 사실을 판단하고 기록상 현출되어 있는 사항에 관하여만 직권으로 증거조사를 하고 그를 기초로 하여 판단할 수 있을 뿐이다.⁵⁵⁾ 증명책임이라 함은 소송상 어느 요증(要證)사실의 존부가 확정되지 않을 때에 해당 사실이 존재하지 않는 것으로 취급되어 법률판단을 받게 되는 당사자 일방의 위험 또는 불이익을 말한다.⁵⁶⁾ 이러한 증명책임 법리는 진위 여부가 문제되는 경우에 적용되는 것이고, 변론주의뿐만 아니라 직권탐지주의에 의한 절차에서도 문제된다.⁵⁷⁾ 즉, 직권탐지주의에도 불구하고 무효심판 청구인은 대상 특허발명의 진보성 결여를 증명하기 위하여 선행기술 및 용이도출의 이유를 제시하여야 하고, 심판원 및 법원은 일반적으로 그 증거에 기초하여 청구인이 증명책임을 다하였는지 여부를 판단하고, 그 증거와 관련된 사항을 직권으로 조사할 수 있는 것이다.

나. 대만의 법리

대만이 최근 위 법리를 명확하게 한 바 있다. 대만 최고행정법원은 무효심판 절차에서의 증명책임과 관련하여 다음과 같은 법리를 실시하였다: 첫째, 법원은 무효를 청구하는 자가 제출한 무효사유 및 증거(‘최초 증거’)만을 검토할 수 있다;⁵⁸⁾ 둘째, 제출된 최초 증거의 신뢰성(credibility), 관련성(relevance) 등에 의

54) 홍정선, “직권탐지주의와 변론주의 : 세방관광 부당해고사건”, 「행정법판례특강」 제2판, 박영사, 2012, 318면.

55) 대법원 1994. 4. 26. 선고 92누17402 판결(“행정소송법 제26조가 규정하는 바는 행정소송의 특수성에서 연유하는 당사자주의, 변론주의에 대한 일부 예외규정일 뿐 법원이 아무런 제한 없이 당사자가 주장하지 아니한 사실을 판단할 수 있는 것은 아니고, 기록상 현출되어 있는 사항에 관하여서만 직권으로 증거조사를 하고 이를 기초로 하여 판단할 수 있을 따름이다.”).

56) 이시윤, 「신민사소송법」 제3판, 박영사, 2007, 478면.

57) 조명래·황인호, “행정소송상의 주장책임과 입증책임”, 「사회과학연구」 제13권 제1호, 건국대학교 사회정책연구소, 2000, 면수 미기재(“따라서 이러한, 진위불명의 사태에 대처하여 당사자의 어느 일방에 대해 불이익을 부담시켜서 판결을 가능하게 하는 것이 입증책임의 문제이다. 이러한 사실존부의 불명상태는 변론주의뿐만 아니라 직권심리주의 아래에서도 문제될 수 있기 때문에 입증책임도 변론주의뿐만 아니라 직권심리주의 하에서도 문제된다.”).

58) 대만 最高法院 2016年(中華民國 105年) 1月 28日 判決 105年度判字第41號, 6頁(“又按核准時專利法第67條雖規定, 違反同法第22條規定者, 專利專責機關應依舉發或依職權撤銷其發明專利權, 故於專利舉發事件, 基於處分權主義, 行政院固應僅就舉發人所主張之舉發理由及其所提之舉發證據加以審查, 以判斷系爭專利應否撤銷. 然此並非謂法院審理時, 除了舉發證據之外, 不能

문이 제기되는 경우 법원은 직권으로(*ex officio*) 그 최초 증거와 관련된 보조증거(auxiliary evidence) 또는 보강증거(supporting evidence)를 조사할 수 있다;⁵⁹⁾⁶⁰⁾ 셋째, 법원은 최초 증거에서 개시되지 않은 기술적 특징이 주지기술(通常知識)임을 증명하기 위하여 직권으로 보조증거를 조사할 수 있다.⁶¹⁾⁶²⁾ 대상 사건에서 법원은 최초 증거와 그렇게 조사된 보조증거로서의 주지기술에 근거하여 대상 특허발명의 진보성을 부정하였다. 동 판례에 의하면 법원은 최초 증거만을 검토할 수 있되, 그 최초 증거의 범위 내에서 보조증거를 조사할 수 있는 것이고, 최초 증거와 무관한 다른 증거는 검토할 수 없는 것이다. 즉 최초 증거를 검색, 제시할 책임은 무효심판 청구인에게 있고, 심판원 및 법원은 그 증거와 관련된 사항을 직권으로 조사, 심리할 수 있을 뿐이다. 우리도 이러한 법리를 명확하게 하여야 할 것으로 생각된다.⁶³⁾ 대법원 1995. 2. 14. 선고 94누5069 판결도

再就基於同一基礎事實之關連性輔助證據加以調查。”).

- 59) 상동, 6-7頁(“蓋專利行政訴訟寓有促進產業發展之公益目的, 專利權應否撤銷非限於私利之考量; 而輔助證據係用以補充證明原有舉發證據之證據能力或證明力之用; 倘舉發證據之可信度尚有不足, 致法院無法獲得明確之心證時, 基於公益之考量, 法院非不得依職權調查與舉發證據相關連之輔助證據, 以期發現真實。”).
- 60) 대만 最高法院 2016年(中華民國 105年) 6月 24日 判決 105年度判字第333號, 21頁(“原判決認以Wayback machine查得之網頁資料, 可能受Flash影響, 有失正確性, 惟其並未指出據以如此判斷之依據, 且未說明何以使用Firefox瀏覽器檢視上開網址, 即可判斷證據5、6網頁資料上方之防水閘門施工圖片之區塊為Flash, 又不同區塊之Flash資料彼此間亦未必相互具有關聯性, 原判決以證據5、6中關於北京營造公司聯絡電話之Flash區塊或有不正確之情事, 經自推論另一防水閘門施工圖片區塊亦難認為真正, 推論顯有違誤, 被上訴人倘認為區塊資料內容不正確自應負舉證責任, 原判決逕認證據5、6無證據能力, 認事用法顯有違誤.”).
- 61) 대만 最高法院, 上 第41號 判決, 7頁(“復按進步性之判斷, 依據前述核准時專利法第22條第4項規定, 係以發明所屬技術領域中具有通常知識者, 依據引證文件所揭露之先前技術, 並參酌申請時的通常知識, 是否能將該先前技術以轉用、置換、改變或組合等方式, 而輕易完成系爭專利為斷。故所謂之先前技術, 並非僅限於舉發人所提之引證文件, 尚包括系爭專利申請前, 所屬技術領域者所具有之通常知識.”).
- 62) 대만 最高法院, 上 第333號 判決, 19-20頁(“本院按: …又新型為其所屬技術領域中具有通常知識者已申請前之先前技術顯能輕易完成時, 不得申請取得新型專利, 同法第94條第4項定有明文。新型有違反同法第94條第4項規定者, 任何人得附具證據, 向專利專責機構舉發之(同法第107條第2項規定參照)。準此, 系爭專利有無違反同法第94條第4項所定情事而應撤銷其新型專利權, 依法應由舉發人附具證據證明之。又按進步性之判斷, 應就所申請自專利整體觀之, 非針對個別或部分技術特徵審究, 若該發明所屬技術領域中具有通常知識者依據先前技術, 並參酌申請時之通常知識, 顯然可能促使其組合、修飾、置換或轉用先前技術而完成申請之專利者, 應認該申請不具進步性.”).
- 63) 심판원이 (무효심판 청구인이 제시한 선행기술 외에) 다른 선행기술을 직접 검색하여 추가할 수 있는가? 참고로, 미국의 *Cuozzo* 사건에서 특허심판원이 청구인이 제시한 선행기술 외에 다른 선행기술을 추가하여 절차개시를 허가하고 그 후 전체 선행기술에 근거하여 특허발명의 진보성을 부정하였다. *Garmin Int'l, Inc.*, 2013 WL 6355081 (PTAB, Nov. 13, 2013). 특허권자는 청구인(Garmin)이 IPR 신청서에서 제시하지 않은 선행문헌들에 근거하여 심판원이 절차개시를 허가한 것은 위법이라고 주장하였으나, CAFC는 특허청장의 IPR 개시 여부에 대한 결정은 ‘최

“기록에 나타난 자료를 기초로 하여 직권으로 심리조사하고 이를 토대로 판단할 수 있다”고 실시하였고, 이 실시가 위 대만의 법리와 상응한다고 생각한다. 주장·증명책임을 부담하는 자가 주장하지 않은 사실, 제출하지 않은 주요사실은 비록 법원이 직권조사로 심증을 얻더라도 판단자료로 쓸 수 없다.⁶⁴⁾

다. 양 당사자 절차인 특허무효심판의 특성

직권탐지주의는 행정청과 민원인이 다투는 장면에서 정보와 지식이 부족한 민원인이 제대로 주장, 증명하지 못하는 상황을 염두에 둔 제도이다. 즉, 행정심판 및 행정소송에서 행정청에게 유리하게 기울어진 운동장을 약간이라도 더 평평하게 만들기 위한 제도이다.⁶⁵⁾ 그럼에도 불구하고 우리 대법원은 행정심판 및 행정소송에서도 변론주의가 원칙이며 직권탐지주의는 예외적, 보충적으로 적용된다고 판시하였다.⁶⁶⁾ 그런데, 특허무효심판은 행정청인 특허청과 민원인인 청구인이 다투는 것이 아니라 청구인과 특허권자가 다투고 행정청인 특허심판원이 준사법적 기관으로서 청구인의 증명책임 달성 여부를 판단하는 것이다. 그런 견지에서 특허무효심판은 다른 행정심판과 다르게 일반 민사소송과 유사하게 볼 필요성이 더 강하다.⁶⁷⁾ 그러므로, 특허무효심판에서의 직권탐지는 다른 행정심판에서보다 더 강하게 자제되어야 하고 청구인의 증명책임이 더 강조되어야 한다. 참고로, 이 점에 관하여 대만에서는 특허무효 여부를 심리할 때 당사자 진행 주의를 철저히 준수하여야 한다는 점과 당사자의 주장·증명책임을 강조하고 있다.⁶⁸⁾

중적'인 것이며 항소할 수 없다고 규정하고 있는 미국 특허법 제314(d)조에 따라 동 쟁점은 항소의 대상이 될 수 없다고 판단하였다. 특허권 침해소송에서 피고가 제시한 선행기술 외에 법원이 다른 선행기술을 직접 검색하여 추가할 수 있는가?

- 64) 최선웅, “행정소송에서의 변론주의와 직권탐지주의: 행정소송법 제26조를 중심으로”, 서울대학교 법학박사학위 논문, 2004, 83-84면(“주장책임의 결과 당사자가 변론에서 주장하지 않은 주요사실은 비록 법원이 증거조사로 심증을 얻더라도 판단자료로 쓸 수 없다. ... 증거자료를 합부로 판결의 기초로 한다면 상대방은 제대로 방어를 못한 채 뜻밖의 재판을 받게 되기 때문이다.”).
- 65) 최선웅, 위 논문, 53-54면(“독일 행정소송에서도 국민은 공권력에 대항하는 것이므로 평등권의 원칙상 무기대등의 원칙이 행정소송에 인정될 필요성이 있다고 한다. 독일 헌법 제19조 제4항에 의한 권리구제는 기회균등의 형식으로서 ‘무기평등’을 전제로 한다고 한다. 이러한 무기평등은 특히 행정청이 시민에 비하여 전문지식과 정보량면에서 우월적인 지위에 있기 때문에, 직권탐지주의에 정향된 절차에 의해서만 보장된다고 한다.”).
- 66) 최선웅, 앞의 논문, 83면(“본래 직권증거조사는 보충적이고 예외적인 수밖에 없기 때문이다.”).
- 67) 노갑식, 앞의 논문, 2면(“심결취소소송 중에서 결정계 심결에 대한 취소소송은 일반적인 행정소송과 본질적으로 다를 바가 없으나, 당사자계 심결에 대한 취소소송은 양 당사자 모두 행정청이 아닌 점에서 일반적인 행정소송과 다르다.”).
- 68) 「대만 지혜재산법원은 2008년부터 설립된 후, 지혜재산법원 심리과정에 대해 큰 변화가 없지만, 2014년 12월 27일 지혜재산법원 蔡惠如 재판장이 「2014 대만전리심사 및 소송실무의 검

7. 정정발명의 진보성 증명책임

정정청구 또는 정정심판을 통하여 확정된 특허발명의 진보성 결여에 대하여는 무효심판 청구인이 증명책임을 부담하여야 할 것으로 생각된다. 한편, 정정청구 또는 정정심판에서 새로이 제시된 미확정 정정발명의 경우 그 정정발명의 진보성 결여 또는 충족에 대하여는 심판관 또는 특허권자 중 누가 증명책임을 부담하는가?

특허발명의 범위를 감축하거나 잘못 기재된 것을 정정하는 경우에는 정정이 청구되는 발명이 특허출원을 한 당시를 기준으로 특허를 받을 수 있는 것이어야 한다.⁶⁹⁾ 이러한 요건을 소위 ‘독립특허요건’이라고 부른다.⁷⁰⁾⁷¹⁾ 달리 말하면 정정이 청구되는 발명은 독립특허요건을 준수하여야 하고 그 요건 중 하나인 진보성 요건도 준수하여야 한다. 정정이 소급효를 가지므로 정정이 청구되는 발명이 출원 당시에 심사받는 상황을 상정하여야 한다고 보면,⁷²⁾ 그 발명의 진보성 결여에 대하여도 심판관이 증명하여야 할 것으로 생각된다. 또, 특허법 제136조 제5항이 심판관에게 정정불인정 이유를 통지할 의무를 규정하고 있으므로⁷³⁾ 그 의무에 따라 심판관이 진보성 결여에 대하여도 증명하여야 한다고 볼 수 있다.⁷⁴⁾ 또, 심결문들에서도 “진보성이 부정되지 아니한다”는 이유로 정정을 인정하고 있다.⁷⁵⁾⁷⁶⁾

토(2014臺灣專利審查與訴訟實務之檢討) 회의에서 ‘지혜재산법원전리권침해민사소송심리신체계획(智慧財產法院專利侵權民事訴訟審理新制)’에 대해서 설명하고 현행 절차와 큰 차이점이 있다고 한다. “특허유효성 판단에 대하여 당사자 진행 주의를 철저히 준수하여야 한다. 당사자 입증책임과 진보성 판단기준을 명확하게 하여야 한다. 이유는 과거 심리실무에서 가장 비판받은 점은 판결문에서 다수 피고가 특허무효주장을 항변하지 않은 것을 판단의 기초로 삼았기 때문에 높은 특허 무효율을 보였다. 그래서 지혜재산법원전리권침해민사소송심리신계에서는 법원이 특허유효성을 심사할 때 당사자의 주장과 입증만 판단하여야 한다.”.

- 69) 특허법 제136조 제4항(“제1항에 따른 정정 중 같은 항 제1호 또는 제2호에 해당하는 정정은 정정 후의 청구범위에 적혀 있는 사항이 특허출원을 하였을 때에 특허를 받을 수 있는 것이어야 한다.”).
- 70) 대법원 2007. 8. 24. 선고 2006후138 판결(특허무효)(“같은 법 제136조 제4항이 요구하는 독립특허요건을 갖추지 못하게 됨으로써 이 사건 정정 청구는 전체로서 허용될 수 없다고 판단하였다.”)
- 71) 권동주, “구 특허법 제47조 제4항 제2호(독립특허요건)의 규정 취지 및 적용범위”, 「대법원판례해설」 90호, 법원도서관, 2011.
- 72) 강동세, “특허청구범위의 정정에 있어서 실질적 변경 여부의 판단기준”, 「대법원 판례해설」 39호, 2001, 352면.
- 73) 특허법 제136조 제5항(“심판관은 제1항에 따른 심판청구가 다음 각 호의 어느 하나에 해당한다고 인정하는 경우에는 청구인에게 그 이유를 통지하고, 기간을 정하여 의견서를 제출할 수 있는 기회를 주어야 한다. ...”).
- 74) 김승조 변리사(울촌)의 의견.

한편, 미국의 무효심판 절차에서는 특허권자가 정정이 청구되는 발명이 선행기술과 대비하여 특허성을 구비함에 대하여 증명하여야 하며, 그 선행기술은 출원서류철에 포함된 선행기술 및 무효심판 절차에서 제시된 선행기술에 한정된다.⁷⁷⁾⁷⁸⁾ 일반적인 청구(motion)에서 청구인(movant)에게 증명책임을 부담케 하는 체계에 따라 정정청구에서도 청구인이 해당 발명의 진보성을 증명하도록 하고 있다.⁷⁹⁾⁸⁰⁾ 이러한 미국의 법리에 따르면 우리의 정정에서도 정정이 청구되는 발명의 진보성 충족에 대하여 특허권자가 증명책임을 부담하여야 하는지에 대하여 검토할 필요가 있다. 만약, 우리가 독립특허요건 법리를 (일본을 통하여) 미국으로부터 수입한 것이라면 그러한 검토의 필요성은 더욱 높다. 또, 우리는 정정의 소급효를 인정하므로⁸¹⁾ 정정의 영향력이 (정정의 소급효를 인정하지 않는) 미국보다⁸²⁾ 더 크므로 정정발명이 진보성을 충족함을 정정청구인에게 증명하도록 할 필요성이 더 높다고 볼 수도 있다.

IV. 몇 가지 질문(토론)에 대한 답변(설명)

이 글의 초안이 한국특허법학회의 공개세미나에서 발표되었고, 그 세미나에서 여

75) 특허심판원 2016. 2. 19. 선고 2015정59호 심결.

76) 한편, 정정이 청구되면 그 정정이 정정요건을 충족하는지에 따라 그 청구를 인정한다는 개념으로 보면 심판관이 인정해주기 위해서 특허권자가 정정요건을 충족함에 대하여 증명하여야 한다고 보는 것이 타당하다. 아래에서 살펴보는 미국 법리가 이러한 논리에 기초하는 것으로 생각된다.

77) Robert A. Matthews, Jr., 4 *Annotated Patent Digest* § 25:100.80 (“To amend a claim in an IPR proceeding, the patentee bears the burden of proving that the proposed amended claim is patentable over the prior art of record. This includes the prior art that has been made part of the IPR record and any prior art that is contained in the original prosecution history.”).

78) *In re Aqua Prods., Inc.*, 823 F.3d 1369, 1373-74 (Fed. Cir. 2016). 다만, 본 판결에 대한 전원합의체 심리가 허가되었고, 2017년 상반기 중 판결이 선고될 것으로 예상된다.

79) Robert A. Matthews, Jr., *supra*, § 25:100.80 (“Because PTO regulations place the burden for any motion on the movant, see 37 C.F.R. § 42.20(c), the Board has interpreted § 42.121 as placing the burden on the patentee to show that the proposed amendments would make the claims patentable over the known prior art.”).

80) 37 C.F.R. § 42.20(c) (“The moving party has the burden of proof to establish that it is entitled to the requested relief.”).

81) 특허법 제136조 제8항(“특허발명의 명세서 또는 도면에 대하여 정정을 한다는 심결이 확정되었을 때에는 그 정정 후의 명세서 또는 도면에 따라 특허출원, 출원공개, 특허결정 또는 심결 및 특허권의 설정등록이 된 것으로 본다.”).

82) William Barrow, *Creating A Viable Alternative: Reforming Patent Reexamination Procedure for the Small Business and Small Inventor*, 59 Admin. L. Rev. 629, 640 (2007) (“Technically, a substantive amendment to a claim has no retroactive effect.”) (citing *Kaufman Co., Inc. v. Lantech, Inc.*, 807 F.2d 970, 976 (Fed. Cir. 1986) (“[T]he patentee has no rights to enforce before the date of reissue because the original patent was surrendered and is dead.”)).

러 토론, 질문이 제기되었다. 이하에서는 그 토론 및 질문에 설명 또는 답변하는 형식으로 관련 쟁점을 살펴본다.

1. 심판관의 심증형성 과정: 평야전 v. 공성전(攻城戰)

혹자는 진보성 부정에 대한 증명책임이 청구인에게 있고 특허권자가 반대의 증거를 제시하는 경우 심판관은 그 반대의 증거까지 고려하여 심증을 형성하게 된다고 설명하면서 그러한 심증형성의 과정 자체가 청구인이 진보성 결여를 제대로 증명하였는지 여부를 판단하는 것이라고 주장한다.

하나의 특허를 두고 무효심판 청구인이 공격하고 특허권자가 방어한다고 보면 특허무효심판은 공방전(攻防戰)이라고 볼 수 있다. 현재의 실무는 그 공방전이 평평한 평야에서 이루어지는 평야전(平野戰)으로 보아 청구인의 주장이 특허권자의 주장보다 조금이라도 더 우세하면 진보성이 결여된 것으로 보는 것으로 생각된다.⁸³⁾ 그런데 무효심판을 그러한 평야전으로 보는 관점은 특허유효추정원칙 및 증명책임 법리를 무의미하게 만든다. 즉, 그 두 법리가 특허권자에게 아무런 유리함을 주지 않고 그 두 법리가 없는 경우와 있는 경우의 차이가 없게 된다. 특허유효추정원칙 및 증명책임 법리를 유의미하게 만들기 위해서는 그 공방전을 ‘공성전(攻城戰, siege battle)’으로 보아야 한다.⁸⁴⁾ 즉, 특허무효심판을 특허권자는 성 안에서 특허를 방어하고 무효심판 청구인이 그 성을 공격하는 싸움으로 보아야 한다.⁸⁵⁾⁸⁶⁾ 그래서, 특허심판원은 양측의 주장이 대등한 정도인 경우 또는 청구인의 주장에 충분히 설득되지 않은 경우, 청구인이 성을 함락하지 못하였다고 보고 청구인이 증명책임을 다하지 못하였다고 판단하여야 한다.⁸⁷⁾ 이렇게 특

83) 최범서, 「야사로 보는 삼국의 역사1」, 가람기획, 2006, 89면(“은달은 평야전은 잘 싸웠으나 산악전에는 약했다.”).

84) 네이버 국어사전: 공성전(“성이나 요새를 빼앗기 위하여 벌이는 싸움. 제1차 몽고 침입 당시 처인성(處仁城)에서 승장 김윤후를 중심으로 관민이 뭉쳐 공성전을 벌였다.”).

85) 정선주, “법률요건분류설과 증명책임의 전환”, 「민사소송」 제11권 제2호, 한국사법행정학회, 2007, 133면(“소송당사자 사이의 증명책임분배는 소송에서 승패를 좌우할 수 있다는 결정적인 의미를 가지는 것이다.”).

86) 또는 특허권자가 산의 위쪽에서 방어하고 청구인이 산의 아래쪽에서 공격하는 고지전(高地戰, uphill battle)으로 볼 수도 있다.

87) 다만, 그 성의 성벽의 높이를 어느 정도로 설정할 것인지에 대하여는 각 국가가 다른 입장을 취할 수 있을 것이다. 명백한 증거 법리를 적용하는 미국의 성은 성벽이 높을 법리를 적용하지 않는 우리나라의 성의 성벽보다 더 높다. 그리고, 미국에서 이러한 성벽을 낮추어야 한다는 주장도 가능하다. Doug Lichtman & Mark A. Lemley, *Rethinking Patent Law's Presumption of Validity*, 60 Stan. L. Rev. 45 (2007).

허유효추정원칙 및 증명책임 법리를 엄격하게 적용하게 되면 그 법리들을 제대로 적용하지 않고 있는 지금보다 특허가 무효되는 비율, 즉, 특허무효율이 조금이라도 더 낮아질 것이 예상된다.⁸⁸⁾

2. 특허유효추정의 원칙이 법령이나 판례에서 승인된 법리가 아니라는 점

혹자는 특허유효추정의 원칙이 법령에 규정되어 있지도 않고 대법원 판례가 승인하지도 않은 것이라고 주장한다. 그러나, 특허는 특허결정이라는 행정처분에 따라 등록된 재산이라는 점,⁸⁹⁾ 행정처분의 공정력 이론에 따라 특허가 무효될 때까지 유효한 것으로 추정된다는 점,⁹⁰⁾ 일반 부동산이 등기되는 경우 등기원인이 적법한 것으로 추정되고 그 점을 다투는 자가 그 추정을 복멸할 수 있다는 점, (앞에서 살펴본 바와 같이) 미국, 독일, 영국 등에서 특허유효추정의 법리가 일반적으로 인정되고 있다는 점 등을 고려하면 특허도 유효한 것으로 추정이 되어야 한다. 사실, 특허무효심판 청구인이 무효사유를 증명하여야 하는 현행 실무도 특허유효추정원칙에 기인한 것이라고 생각된다.⁹¹⁾ 다만, 그 추정을 복멸하는 증거로 명백한 증거를 요구하느냐, 우월적 증거를 요구하느냐에 대한 선택이 다를 뿐이고, 미국 및 대만이 전자의 방식을 따르고 그 외의 많은 나라들은 후자의 방식을 따른다.

88) David L. Schwartz & Christopher B. Seaman, *Standards of Proof in Civil Litigation: An Experiment from Patent Law*, 26 Harv. J.L. & Tech. 429, 459 (2013).

89) 특허결정이 유효하였다고 추정한다. 이충훈, “특허의 무효와 특허실시계약의 효력에 관한 연구 -민법의 관점에서-”, 「법조」 제58권 제12호, 법조협회, 2009, 364면(“특허무효심판은 유효하게 등록된 특허가 특허법에서 정하고 있는 일정한 무효사유에 해당하는 경우 특허권의 효력을 소급적 또는 장래에 향하여 소멸시키는 행정처분을 말한다.”).

90) 정하중, “행정행위의 공정력, 구속력 그리고 존속력”, 「공법연구」 제26집 제3호, 한국공법학회, 1998, 324-325면(“이상규 변호사는 독일의 전통적인 견해에 따라 “행정행위의 공정력이란 실후 행정행위에 하자가 있는 경우에도 하자가 중대하고 명백하여 당연히 무효가 되는 경우가 아니라면 권한있는 기관(처분청, 감독청, 수소법원)에 의하여 취소·변경 될 때까지는 일응 적법한 것으로 추정되어 유효하게 통용되는 효력”으로 정의하고 있다. 또한 이상규 변호사는 이러한 행정행위의 공정력을 항고소송의 배타성에서 발생하는 반사적 효과로서 행정행위의 실제법적 효력인 구속력(Verbindlichkeit)을 승인시키는 절차법적 효력으로 이해하고 있다.”)(이상규, 「신행정법론(상)」, 1993, 403면 인용).

91) ① 우리나라에 증명책임 법리가 존재한다. 대법원 2007. 8. 24. 선고 2006후138 판결 등. ② 그리고, 그 법리는 특허유효추정의 원칙의 (같은 법리에 대한) 다른 측면의 이름이라고 생각된다. Chiron Corp. v. Genentech, Inc., 363 F.3d 1247, 1258-59 (Fed. Cir. 2004) (“[T]he presumption of validity and heightened burden of proving invalidity ‘are static and in reality different expressions of the same thing — a single hurdle to be cleared.’”) (citing Am. Hoist Derrick Co. v. Sowa Sons, Inc., 725 F.2d 1350, 1360 (Fed. Cir. 1984)). ③ 그렇다면 우리나라에 특허유효추정의 원칙도 존재하는 것이다.

3. 증명책임의 분배

혹자는 “증명책임의 분배는 특허권자의 신뢰이익을 보호할 필요성이나 특허의 유효성 원칙에 따른 것이 아니라, 심결취소소송의 기본구조 및 민사소송법의 법률요건분류설(法律要件分類說)에 따른 결과로 보는 것이 타당”하고, “심결취소소송은 행정소송의 일종이기는 하나 변론주의를 기본 구조를 하는 이상 증명책임의 분배 역시 민사소송에서와 같은 법률요건분류설에 따르는 것이 관례, 통설의 태도”라고 주장한다.

증명책임의 분배와 관련하여서는 법률요건분류설이 다수설이고, 대법원이 선택한 법리이다. 그러나, 그 설 외에 다른 설이 꾸준히 제기되고 있는 것은⁹²⁾ 그 설만으로는 다양한 상황을 항상 논리적으로 설명하지는 못하기 때문일 것이다.⁹³⁾ 특히, 행정소송에서는 법률요건분류설 외에 행정법 특유의 이유가 증명책임을 청구인에게 부담하게 하는 이유로 추가될 수 있다. 즉, 일반 민간인의 행위보다는 행정청의 행위가 더 신뢰성, 공정성이 있는 것으로 보아야 하고 그런 견지에서 특허가 유효한 것으로 추정되고 그에 따라 청구인이 진보성 결여에 대하여 증명하여야 하는 것이다.⁹⁴⁾

4. 미국 무효심판에서의 우월적 증거와 지방법원에서의 명백한 증거

미국에서 무효심판(IPR) 절차에서의 무효 증명책임의 수준에 비해 지방법원 절차에서의 증명책임의 수준을 높인 이유는 무엇인지, 그리고 그와 같은 미국의 법리를 우리도 참고할 필요가 있을 것인지에 대하여 질문이 있었다. 이하, 그 질문에 대한 답을 시도한다.

심사 중 심사관은 우월적 증거로 진보성 결여를 증명하는 것이 가능하다.⁹⁵⁾ 그리고, 미국의 무효심판(IPR) 제도는 재심사(reexamination) 제도가 변형된 것

92) 예를 들어, 권종철, 「입증책임분배에 있어서 법률요건분류설의 문제점에 관한 연구: 적극적 채권침해를 중심으로」, 연세대학교, 2008.

93) 정선주, 앞의 논문, 133면(“몇몇 특수한 경우에는 법률요건분류설에 따라 증명책임을 분배하면 오히려 형평에 어긋나는 불합리한 결과가 나올 수 있다는 사실을 인식하게 되었고, 이를 피하기 위해 일반적인 증명책임분배원칙과는 다르게 당사자 사이에 증명책임을 분배하는 예외가 인정되게 되었다.”).

94) 대만 최고행정법원 판결문(“특허유효성의 판단을 말하자면, 행정기관(지혜재산국智慧財產局)의 전문(專業, 전문성) 및 그의 재량을 존중하여야 하므로, 각국마다 특허유효추정원칙을 적용한다.”).

95) *In re Swanson*, 540 F.3d 1368, 1377 (Fed. Cir. 2008) (“In PTO examinations and reexaminations, the standard of proof—a preponderance of evidence—is substantially lower than in a civil case . . .”).

이므로,⁹⁶⁾ 재심사가 심사의 연장이라는 측면에서⁹⁷⁾ 우월적 증거의 법리를 적용하는 것으로 보인다. 그러나, 침해소송 법원에서는 특허청의 전문성을 인정한다는 견지에서 명백한 증거의 법리를 적용하는 것이다.⁹⁸⁾ 즉, 특허법에 별도의 규정이 없는데도 불구하고,⁹⁹⁾ 행정법 법리에 따라 전문행정기관(심사관)의 판단(특허결정)을 존중하고, 그 결정에 신뢰성, 안정성을 부여하기 위해 명백성 증거의 원칙을 적용하는 것이다. 우리나라에는 아직 명백성 증거의 법리가 도입되지 않은 것으로 이해되는데, 최근 대만이 명백한 증거의 법리를 도입한 점에 근거하면 우리도 동 법리를 충분히 도입할 수 있다고 생각한다. 물론, 관련 논의가 선행되어야 할 것이다.

5. 대상 판결의 의도 확장?

혹자는 판결이유 중 “해당 발명을 용이하게 도출할 수 있는지를 판단하여야 한다”는 문구로부터 특허유효추정원칙의 인정 여부나 증명책임의 소재 내지 증명의 정도에 관한 논의로 확장할 수 있는지 다소 의문이라고 지적한다. 이 글은 대부분 또는 모든 심결 및 판결이 특허발명의 진보성 결여 여부에 대하여 직접 판단하는 바를 지적한다. 필자는 “무효심판 청구인이 진보성 결여에 대한 증명책임을 다하지 못하였고 판결되며 그러므로 청구를 기각한다”고 기재된 심결문 또는 판결문을 본 적이 없

96) Patrick H.J. Hughes, *Stay for inter partes review of captioning patents denied* (W.D.Wis.), 2013 WL 6150954 (2013) (“In 2012, the America Invents Act replaced *inter partes* reexaminations with an *inter partes* review process . . .”).

97) Mark D. Janis, *Rethinking Reexamination: Toward A Viable Administrative Revocation System for U.S. Patent Law*, 11 Harv. J.L. & Tech. 1, 64 (1997) (“According to the court, the applicant has a similar opportunity in reexamination, leading to the conclusion that reexamination is like examination . . .”); Eric B. Chen, *Applying the Lessons of Re-Examination to Strengthen Patent Post-Grant Opposition*, 10 Computer L. Rev. & Tech. J. 193, 196 (2006) (“*Inter partes* reexamination is similar to initial examination, but affords greater participation by a third-party requester . . .”); Susan Perng Pan, *Considerations for Modifying Inter-Partes Reexam and Implementing Other Post-Grant Review*, 45 IDEA 1, 6 (2004) (“A reexamination proceeding substantively follows the original examination procedure once a reexamination is ordered by the Patent Office.”).

98) Kristen Osenga, *The Shape of Things to Come: What We Can Learn from Patent Claim Length*, 28 Santa Clara Computer & High Tech. L.J. 617, 649, fn. 101 (2012) (“Because of the expertise of the Patent Office, a granted patent is presumed valid and must be overcome by clear and convincing evidence.”).

99) David S. Welkowitz, *Fault Lines in Trademark Default Judgments*, 22 J. Intell. Prop. L. 101, 125 (2014) (“However, in *Octane Fitness, Inc. v. ICON Health & Fitness, Inc.*, the Supreme Court held that a clear and convincing standard was not required by the patent statute.”).

다. 그런 견지에서 유독 대상 판결만이 문제를 가진 것은 아니지만, 어느 한 판결을 중심으로 논하는 세미나에서 대상 판결이 쟁점이 된 것이다.

6. 심판전치에 관한 특허법 제186조 제6항의 의미

혹자는 “특허법 제186조 제6항은 법원의 소송물이나 심리범위에 관한 규정이 아니라 심판을 거치지 않고 곧바로 특허법원에 소를 제기할 수 없다고 하는 심판전치(審判前置)를 규정한 조항일 뿐”이고 심결취소소송에서의 심리범위 “무제한 설에 의할 경우 특허법원이 사후심과 같이 특허심판원의 심판부가 심판청구인이 진보성 결여의 증명을 성공하였는지를 제대로 판단하였는지만을 심리, 판단의 대상으로 삼는 것이 타당한가 하는 반론이 제기될 수 있을 것”이라고 지적한다.

제186조 제6항이 단순히 심판전치주의만을 규정한 것인지, 그래서 심판을 거치기만 하면 된다는 것인지, 아니면 절차적, 형식적으로만 심판을 거치는 것이 아니라 내용적, 실체적으로도 심판을 거쳐야 한다는 것인지 의문이다. 필자는 후자가 타당하다고 생각하며, 지금까지 법원은 전자의 입장을 택하였다고 생각된다. 이러한 논의는 심결취소소송에서의 심리범위와 관련되어 논쟁을 유도할 것으로 생각되며, 사실 그러한 논쟁을 유도하는 것이 필자의 의도이다. 끊임없는 논쟁이 관련 법리를 발전시킬 것이라고 믿는다.

V. 결론

이 글은 특허무효심판에서 청구인이 대상 특허발명의 진보성 결여에 대하여 증명책임을 부담한다는 점을 환기, 강조한다. 특허무효심판 및 후속 심결취소소송에서 특허발명의 진보성을 심판원 또는 법원이 인정하는 것이 아니다.¹⁰⁰⁾ 심판

100) 대법원 2008. 5. 29. 선고 2006후3052 판결(특허무효)(“특허등록된 발명이 공지공용의 기존 기술과 주지공용의 기술을 수집 종합하여 이루어진 데에 그 특징이 있는 것인 경우에 있어서는 이를 종합하는 데 각별한 곤란성이 있다거나, 이로 인한 작용효과가 공지된 선행기술로부터 예측되는 효과 이상의 새로운 상승효과가 있다고 볼 수 있는 경우가 아니면 그 발명의 진보성은 인정될 수 없다고 볼 것이고(대법원 2001. 7. 13. 선고 99후1522 판결 참조) ...”); 대법원 1997. 5. 30. 선고 96후221 판결(특허무효)(“특허발명이 공지공용의 기존 기술을 수집 종합하고 이를 개량하여 이루어진 경우에 있어서, 이를 종합하는 데 각별한 곤란성이 있다거나 이로 인한 작용효과가 공지된 선행기술로부터 예측되는 효과 이상의 새로운 상승효과가 있다고 인정되고, 그 분야에서 통상의 지식을 가진 자가 선행기술에 의하여 용이하게 발명할 수 없다고 보여지는 경우 또는 새로운 기술적 방법을 추가하는 경우가 아니면 그 발명의 진보성은 인정될 수 없는 것이고(대법원 1996. 7. 26. 선고 95후1197 판결 참조), 그러한 발명은 비록 등록이 되었다 하더라도 그 등록은 무효라고 할 것이다.”); 특허법원 2009. 10. 16. 선고

단계에서는 무효심판 청구인이 발명의 진보성 결여를 제대로 증명하였는지 여부를 심판관이 판단하는 것이고, 특허법원 단계에서는 심결의 판단, 즉, 무효심판 청구인이 발명의 진보성 결여를 제대로 증명하였는지 여부에 대한 심판원의 판단의 타당함에 대하여 판단하는 것이다. 대상 사건에서 특허심판원, 특허법원, 대법원은 대상 특허발명이 제시된 선행기술로부터 용이하게 도출될 수 있었는지 여부를 직접 판단하고 그 후 그 판단에 따라 진보성이 부정되는지에 대하여 결론을 내렸는데, 그러한 실무가 증명책임 법리를 외면하고 있다고 생각된다. 대상 심결, 대상 특허법원 판결, 대상 대법원 판결도 대상 특허발명의 진보성을 직접 판단하는 오류를 범하고 있다.

우리 특허심판원 및 법원이 진보성 증명책임 법리에 대하여 오해하고 있는 다른 장면도 예시된다. 대법원이 발명의 효과가 있는 경우에 한하여 진보성이 부정되지 않는다고 실시한 바 있는데,¹⁰¹⁾ 그 실시는 효과가 있음이 증명되어야 진보성이 부정되지 않는다는 것과 다르지 않으며 그렇다면 그 실시는 증명책임의 법리에 대한 오해가 된다. 결정형 발명을 포함한 ‘모든’ 발명에 대하여는 심사관 또는 무효심판 청구인이 진보성 결여를 증명하여야 하고 필요하면 해당 발명의 효과가 없음을 증명하여야 하는 것이다. 출원인 또는 특허권자가 효과가 있음을 증명하여야 하는 것이 아니다. 물론, 심사관 또는 무효심판 청구인이 진보성 결여를 주장하는 장면에서 그 주장을 반박하기 위하여 출원인 또는 특허권자가 대상 발명의 효과를 증명할 수 있으나 그 효과의 증명은 진보성의 존재를 증명하기 위한 것이 아니라 심사관 또는 무효심판 청구인의 주장을 반박하기 위한 것이다.

무효심판 청구인이 증명책임을 부담한다는 점은 진보성 결여 여부가 확정적이지 않을 때에 그 청구인이 위험 또는 불이익을 감수한다는 것이고 특허무효심판 청구가 기각된다는 것을 말한다.¹⁰²⁾ 그러므로, 특허심판원 및 법원이 특허유효추정의

2009허351 판결(특허무효)(“결국, 이 사건 제8항 발명은 비교대상발명 1과 기술분야 및 목적이 동일하고, 그 구성요소들이 위 비교대상발명과 공지기술로부터 용이하게 도출될 수 있으며, 구성요소들의 결합에 기술적 곤란성이 없고, 그 효과도 일반적으로 예상되는 정도에 그치므로 진보성이 인정되지 아니한다.”).

101) 대법원 2011. 9. 8. 선고 2010후3554 판결(거절결정(특)) (“따라서 의약화학물 분야에서 선행발명에 공지된 화합물과 결정 형태만을 달리하는 특정 결정형의 화합물을 특허청구범위로 하는 이른바 결정형 발명은, 특별한 사정이 없는 한 선행발명에 공지된 화합물이 갖는 효과와 질적으로 다른 효과를 갖고 있거나 질적인 차이가 없더라도 양적으로 현저한 차이가 있는 경우에 한하여 그 진보성이 부정되지 않는다.”).

102) 정차호, 앞의 책, 144면(“증명책임이라 함은 소송상 어느 요증사실의 존부가 확정되지 않을 때에 당해사실이 존재하지 않는 것으로 취급되어 법률판단을 받게 되는 당사자 일방의 위험 또는 불이익을 말한다.”)(이시윤, 앞의 책, 478면 인용).

법리 및 무효사유 증명책임 법리를 엄격하게 적용하면 무효심판 청구인이 증명책임을 다하지 못하였다고 판단하는 그래서 특허무효심판 청구를 기각하는 사건의 비율이 현재보다 더 높아질 것이다.¹⁰³⁾ 특허가 무효되는 비율이 적정선을 초과하였다는 비판이 존재한다.¹⁰⁴⁾ 특허유효추정의 원칙 및 무효사유 증명책임 법리의 엄격한 적용으로 특허무효율이 현재보다 조금이라도 더 낮아지기를 기대한다.¹⁰⁵⁾¹⁰⁶⁾

한편, 위 두 법리의 엄격한 적용은 애초 특허되지 않았어야 할 것이 잘못 특허된 특허, 소위 ‘나쁜 특허(bad patent)’가 무효되는 것을 어렵게 하는 부작용을 초래한다.¹⁰⁷⁾ 나쁜 특허가 특허제도에 미치는 부작용에 대한 우려는 많다.¹⁰⁸⁾ 그러한 부작용 또는 우려를 최소화 또는 불식시키기 위해서 심사품질을 높이는 문제¹⁰⁹⁾ 및 명세서 품질을 높이는 문제를¹¹⁰⁾ 다각도로 강구하여야 한다. 사실 그 두 품질을 높이는 것이 특허청의 최대의 목표이기도 하다.¹¹¹⁾ 다른 한편, 나쁜 특허를 쉽게 죽일 수 있도록 하는 체계는 좋은 특허도 덩달아 쉽게 죽일 수 있도록 한다는 점을 명심하여야 한다.¹¹²⁾

-
- 103) 노갑식, 앞의 논문, 11-12면(“등록무효심판은 일반적으로 사인인 이해관계인과 권리자 사이의 다툼에 불과하므로, 실제의 사실관계와 달리 심결취소소송에 응소하지 아니한 심판청구인에게 불이익한 결론이 내려진다고 하여 반드시 부당하다고 할 수 없다.”).
- 104) 이광형, “특許(특허) 허브 국가의 꿈”, 2014. 12. 4.(“그런데 국내에서는 '특허 무용론(無用論)'이 회자되고 있다. 한국에서는 특허를 출원해봤자 소송이 없다는 말이다. 실제로 국내에서 특허 분쟁이 생기면 법원에서 무효 판정을 받는 비율이 70%에 이른다.”).
- 105) David L. Schwartz & Christopher B. Seaman, *supra*, at 459 (실제로 무효율이 낮아진다는 점에 대한 실험).
- 106) 필자가 특허무효율이 낮아지면 특허유효추정의 원칙이 필요하지 않다고 인정하는 것이 아니다. 동 원칙은 특허무효율의 높고 낮음과 상관없이 당연히 존재하여야 하는 것이지만 특허무효율이 높을 때에는 더욱 강조되어야 할 뿐이다.
- 107) 박길채 변리사(태평양)의 세미나 현장에서의 의견.
- 108) Justin Pats, *Preventing the Issuance of “Bad” Patents: How the PTO Can Supplement Its Practices and Procedures to Assure Quality*, 48 IDEA 409, 410 (2008).
- 109) Mark A. Lemley, Can the Patent Office Be Fixed?, 15 Marq. Intell. Prop. L. Rev. 295, 297-304 (2011).
- 110) Stephen Yelderman, *Improving Patent Quality with Applicant Incentives*, 28 Harv. J.L. & Tech. 77, 79 (2014) (심사품질에는 많은 관심이 투여되었으나 정작 명세서 품질에 대한 관심은 부족하였다는 지적).
- 111) 인공지능(AI)의 활용이 심사품질을 높이는 중요한 전환점이 될까? 일본특허청은 2017년부터 심사에 인공지능을 활용하겠다는 계획을 발표한 바 있다.
- 112) Edward Van Gieson, Paul Stellman, *Killing Good Patents to Wipe Out Bad Patents: Bilski, the Evolution of Patentable Subject Matter Rules, and the Inability to Save Valuable Patents Using the Reissue Statute*, 27 Santa Clara Computer & High Tech. L.J. 403 (2011).

(논문투고일: 2017.2.26, 심사개시일: 2017.3.3, 게재확정일: 2017.3.17)



▶ 정 차 호

진보성, 특허발명, 증명책임, 유효추정, 출원발명

【참 고 문 헌】

I. 국내 자료

- 강동세, “특허청구범위의 정정에 있어서 실질적 변경여부의 판단기준”, 「대법원 판례해설」 39호, 2001.
- 권동주, “구 특허법 제47조 제4항 제2호(독립특허요건)의 규정 취지 및 적용범위”, 「대법원판례해설」 90호, 법원도서관, 2011.
- 권종철, 「입증책임분배에 있어서 법률요건분류설의 문제점에 관한 연구: 적극적 채권침해를 중심으로」, 연세대학교, 2008.
- 노갑식, “심결취소소송에 있어서의 주장·입증책임(소송유형별 검토)”, 「특허소송 연구」 제4집, 특허법원, 2008.
- 신혜은, “최근 진보성 관련 판례동향 및 객관적 판단기준을 위한 제안”, 「법학논총」 제30권 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2010.
- 심연주·허인, “특허유효성 추정 규정 도입에 관한 소고”, 「과학기술법연구」 제20집 제2호, 한남대학교 과학기술법연구원, 2014.
- 이광형, “‘特許(특허) 허브 국가’의 꿈”, 2014. 12. 4.
- 이시윤, 「신민사소송법」 제3판, 박영사, 2007.
- 이충훈, “특허의 무효와 특허실시계약의 효력에 관한 연구 -민법의 관점에서-”, 「법조」 제58권 제12호, 법조협회, 2009.
- 정선주, “법률요건분류설과 증명책임의 전환”, 「민사소송」 제11권 제2호, 한국사법행정학회, 2007.
- 정차호, “특별행정심판인 특허무효심판에서의 무효사유증명책임”, 「헌법판례연구」 제13권, 박영사, 2013.
- 정차호, 「특허법의 진보성」, 박영사, 2014.
- 정차호, “진보성 법리 및 용이도출(obvious extraction)의 판단에 관한 오해”, 「법제연구」 제50호, 한국법제연구원, 2016.
- 정하중, “행정행위의 공정력, 구속력 그리고 존속력”, 공법연구 제26집 제3호, 한국공법학회, 1998.
- 조명래·황인호, “행정소송상의 주장책임과 입증책임”, 「사회과학연구」 제13권 제1호, 건국대학교 사회정책연구소, 2000.
- 최범서, 「야사로 보는 삼국의 역사1」, 가람기획, 2006.

- 최선웅, “행정소송에서의 변론주의와 직권탐지주의: 행정소송법 제26조를 중심으로”, 서울대학교 법학박사학위 논문, 2004.
- 홍정선, “직권탐지주의와 변론주의 : 세방관광 부당해고사건”, 「행정법판례특강」 제2판, 박영사, 2012.

II. 해외 자료

- CIPA, *European Patents Handbook*, Sweet & Maxwell, 2016.
- David L. Schwartz & Christopher B. Seaman, *Standards of Proof in Civil Litigation: An Experiment from Patent Law*, 26 Harv. J.L. & Tech. 429 (2013).
- David S. Welkowitz, *Fault Lines in Trademark Default Judgments*, 22 J. Intell. Prop. L. 101 (2014).
- Doug Lichtman & Mark A. Lemley, *Rethinking Patent Law's Presumption of Validity*, 60 Stan. L. Rev. 45 (2007).
- Edward Van Gieson, Paul Stellman, *Killing Good Patents to Wipe Out Bad Patents: Bilski, the Evolution of Patentable Subject Matter Rules, and the Inability to Save Valuable Patents Using the Reissue Statute*, 27 Santa Clara Computer & High Tech. L.J. 403 (2011).
- Eric B. Chen, *Applying the Lessons of Re-Examination to Strengthen Patent Post-Grant Opposition*, 10 Computer L. Rev. & Tech. J. 193 (2006).
- Etan S. Chatlynne, *The Burden of Establishing Patent Invalidity: Maintaining A Heightened Evidentiary Standard Despite Increasing “Verbal Variances”*, 31 Cardozo L. Rev. 297 (2009).
- James W. Dabney, *KSR: It Was Not a Ghost*, 24 Santa Clara Computer & High Tech. L.J. 131 (2007).
- John R. Thomas, *Collusion and Collective Action in the Patent System: A Proposal for Patent Bounties*, 2001 U. Ill. L. Rev. 305 (2001).
- Justin Pats, *Preventing the Issuance of “Bad” Patents: How the PTO Can Supplement Its Practices and Procedures to Assure Quality*, 48 IDEA 409 (2008).

- Mark A. Lemley, *Can the Patent Office Be Fixed?*, 15 Marq. Intell. Prop. L. Rev. 295 (2011).
- Mark D. Janis, *Rethinking Reexamination: Toward A Viable Administrative Revocation System for U.S. Patent Law*, 11 Harv. J.L. & Tech. 1 (1997).
- Patrick H.J. Hughes, *Stay for inter partes review of captioning patents denied* (W.D.Wis.), 2013 WL 6150954 (2013).
- Phillip Johnson, Ashley Roughton, Trevor Cook, *The Modern Law of Patents*, 3d ed., LexisNexis, 2014.
- Robert A. Matthews, Jr., 4 *Annotated Patent Digest* § 25:100.80.
- Stephen Yelderman, *Improving Patent Quality with Applicant Incentives*, 28 Harv. J.L. & Tech. 77 (2014).
- Susan Perng Pan, *Considerations for Modifying Inter-Partes Reexam and Implementing Other Post-Grant Review*, 45 IDEA 1 (2004).
- Vilhelm Schröder, *Pay-for-delay settlements in the EU: did the Commission go too far?*, E.I.P.R. 2016, 38(12), 726.
- William Barrow, *Creating A Viable Alternative: Reforming Patent Reexamination Procedure for the Small Business and Small Inventor*, 59 Admin. L. Rev. 629 (2007).
- Yasser El-Gamal, Ehab M. Samuel, Peter D. Siddoway, *The New Battlefield: One Year of Inter Partes Review Under the America Invents Act*, 42 AIPLA Q.J. 39 (2014).
- 대만 最高行政法院 2016年(中華民國 105年) 1月 28日 判決 105年度判字第41號.
- 대만 最高行政法院 2016年(中華民國 105年) 6月 24日 判決 105年度判字第333號.
- 陳佳菁, “智慧財產法院專利侵權民事訴訟審理新制”, 理律法律雜誌雙月刊, 104年 1月號, 2015.

Abstract

Burden to Prove Deficiency of Inventive Step of a Patented Invention

Jung, Cha Ho

Through a supreme court consolidated decision, 2013hu2873 and 2013hu2880 held on Jan. 14, 2016, this paper tries to emphasize firstly the fact that the petitioner of an invalidation trial bears burden to prove deficiency of inventive step of a patented invention and secondly principle of presumption of patent validity. Notwithstanding the two jurisprudence, it is current practice that the Patent Trial & Appeal Board, the Patent Court and the Supreme Court decide directly deficiency of inventive step of a patented invention. In the case on which this paper reviews, the Supreme Court explains that “it is judged whether the ordinary person in the art would have easily extracted the invention.” However, if said two principles are correctly applied, the Patent Trial & Appeal Board must decide whether the petitioner fails or succeeds to prove deficiency of inventive step of a patented invention. In other words, target of decision is not deficiency of inventive step but the petitioner’s failure or success to prove. If considered that the petitioner attacks a patent and the patentee defends it, a patent invalidation trial could be regarded as an attack-and-defense battle. Current practice seems to consider the battle as a flat-ground battle, and if the petitioner’s proclaim even a little prevails the patentee’s, inventive step is regarded to be deficient. However, the viewpoint to consider an invalidation trial as a flat-ground battle makes principles of validity presumption and burden of proof

meaningless. In other words, the two principles do not give any advantage to the patentee and there is no difference between having the two principles and not having them. The two principles of validity presumption and burden of proof urge us to consider the attack-and-defense battle as a “siege battle.” In other words, a patent invalidation trial is regarded as a battle where the patentee defends the patent in a castle and the petitioner attacks the castle. Therefore, if persuasive levels from both sides are similar to each other or the Board is not enough persuaded by the petitioner, the Board must regard that the petitioner fails to attack the castle and fails to bear the burden of proof. If the two principles are correctly and precisely applied, it is expected that patent invalidation rate would be somewhat lowered.



▶ **Jung, Cha Ho**

Inventive Step, Obviousness, Patented Invention, Burden of Proof,
Presumption of Validity, Claimed Invention

인터넷전문은행의 설립에 따른 법적 과제*

고 동 원**

【목 차】

I. 머리말	3. 은행법 개정안 및 특례법안
II. 외국의 입법례	4. 인터넷전문은행의 현황과 영업 전략
1. 미국	IV. 법적 쟁점 분석과 과제
2. 일본	1. ‘銀産 分離’ 원칙의 유지 여부 쟁점: ‘銀産 分離’ 정책의 유지 필요
III. 인터넷전문은행 제도의 도입 배경 및 도입 방안	2. 기타 쟁점
1. 도입 배경	V. 맺음말
2. 금융위원회의 도입 방안	

【국 문 요 약】

2016년 12월 14일 국내 최초의 인터넷전문은행인 ㈜케이뱅크은행이 금융위원회로부터 은행업 영위 인가를 받음으로써 우리나라도 이제 인터넷전문은행 시대가 열렸다. 인터넷전문은행은 영업점이 아예 없거나 소수의 영업점을 두어 은행업을 영위하는 은행을 말한다. 최근 금융에 기술을 접목한 ‘금융기술’(FinTech)이 관심을 끌면서 인터넷전문은행도 주목을 받고 있다. 이 글은 인터넷전문은행 제도의 도입과 관련한 법적 과제를 살펴보는 데 있다. 이 글이 주장하는 내용은 다음과 같다. 첫째, ‘산업자본’인 정보통신기술 기업이 인터넷전문은행의 대주주가 되도록 허용해서는 안 된다. 즉 ‘은산(銀産) 분리’ 원칙이 유지되어야 한다는 점을 강조하고 있다. 자금 수요자인 정보통신기술 기업이 인터넷전문은행의 대주주가 되면 사금고화 현상이 나타날 가능성이 커서 은행의 건전성 및 금융 제도를 불안하게 할 가능성이 있는 등 폐해가 크기 때문이다. 인터넷전문은행도 ‘은행

* 이 논문은 2015년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-2015S1A5A2A01012608).

** 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사. 외국 법제 자료 정리에 도움을 준 성균관대학교 법학전문대학원 박사 과정의 이정민 양 및 전문석사 과정의 임진빈 군에게 감사드린다.

업'(즉 예금 및 대출 업무)을 영위하는 '은행'이라는 점을 더 강조할 필요가 있으며, 그런 점에서 정보통신기술보다는 여신 관리 등 은행의 영업 전략을 더 중시할 필요가 있다. 둘째, 인터넷전문은행의 정의와 관련하여 고객에게 영업점을 통한 대면(對面) 영업이 필요할 수 있으므로 제한적으로 소수(少數)의 영업점 설치를 허용할 필요가 있다. 셋째, 금융당국이 비대면 실명 확인 방법을 지정하는 것보다는 은행이 자율적으로 비대면 실명 확인 방법을 개발할 수 있도록 하는 방법이 타당하고, 유권 해석에 의하는 것보다는 비대면 실명 확인 방법에 관한 근거 조항을 관련 법령에 추가하는 것이 필요하다. 넷째, 인터넷전문은행의 업무 범위는 일반 은행과 동일하게 허용해줄 필요가 있다. 즉 고유업무, 겸영업무 및 부수업무에 있어서 차별을 둘 필요가 없으며, 겸영업무를 영위하는데 있어 법적 장애요소가 되는 것을 없애기 위한 관련 법령의 정비가 필요하다. 다섯째, 인터넷전문은행의 최저 자본금은 인하해 줄 필요가 있다. 인터넷전문은행은 소수의 영업점을 두고 작은 규모의 은행이 되므로 많은 영업점을 보유하고 있는 일반 은행과 동일한 기준을 적용할 필요는 없다. 여섯째, 비대면 거래라는 인터넷전문은행의 특성을 고려한 인가 심사 및 감독 기준을 제정하여 운영할 필요가 있다. 일곱째, 인터넷전문은행의 주주들이 합의나 계약 등으로 의결권을 공동으로 행사하게 되면 비금융주력자인 '동일인'이 되어 금융주력자인 주주들이 주식을 처분해야 하는 상황이 발생할 수 있으므로 의결권을 공동으로 행사하지 않도록 할 필요가 있다. 전반적으로 평가하면, 인터넷전문은행의 출현은 과점(寡占) 상태에 있는 현재의 은행 산업에 경쟁력을 불러일으킬 수 있는 좋은 기회가 될 것이므로 긍정적이지만, '은산 분리' 규제 완화 움직임에 대해서는 신중한 검토가 필요하다는 점을 강조하고 있다.

I. 머리말

우리나라도 드디어 인터넷전문은행 시대가 시작되었다. 금융당국인 금융위원회는 2016년 12월 14일 국내 최초의 인터넷전문은행인 (주)케이뱅크은행에게 은행업 영위 본인가를 해주었으며,¹⁾ 두 번째 인터넷전문은행인 (주)한국카카오은행은

1) 금융위원회, “(주)케이뱅크 은행(제1호 인터넷전문은행) 은행업 인가,” 보도자료, 2016. 12. 14, 1면. (주)케이뱅크은행은 2015년 11월 29일 금융위원회로부터 은행업 영위 예비 인가를 받고, 2016년 9월 30일 본인가 신청을 하였다. 위의 보도자료, 5면.

2017년 1월 6일 금융위원회에 은행업 영위 본인가를 신청했다.²⁾ 금융위원회가 2015년 6월 18일 인터넷전문은행 제도의 도입 방안을 발표한 지 1년 6개월 만이다. 인터넷전문은행이라 함은 지점망이 없이 또는 소수(少數)의 영업점을 갖고서 인터넷(internet)이나 모바일(mobile) 등 정보통신망(on-line)을 통하여 은행업을 영위하는 은행을 말한다. 그래서 영어로 전자를 “Internet Only Bank,” (영업점이 없는 경우) 후자를 “Internet Primary Bank” (영업점이 있는 경우)라고 표현하기도 한다.

미국, 영국, 독일, 일본 등 주요 국가들에서는 이미 인터넷전문은행이 영업 활동을 시작한 지 오래되며, 우리나라도 2008년에 인터넷전문은행 제도의 도입을 시도했다가 2008년 하반기 세계적 금융 위기가 발생하면서 중단된 바 있다. 2015년 6월 금융위원회는 금융과 기술이 결합된 ‘금융기술’(FinTech)³⁾이 발전하면서 인터넷전문은행 제도의 도입 필요성을 인정하고 도입 방안을 발표하였다. 이에 따라 금융위원회는 2015년 11월 29일 (주)한국카카오은행과 (주)케이뱅크은행에게 은행업 예비 인가를 해준 바가 있고,⁴⁾ (주)케이뱅크은행은 은행업 본인가를 받아 영업 준비 중에 있고, (주)한국카카오은행은 본인가를 신청한 상태에 있다.

인터넷전문은행 제도의 도입과 관련하여 해결해야 할 법적 과제가 많다. 우선 가장 논란이 되는 것은 ‘은산(銀産) 분리’⁵⁾ 규제의 문제이다. 즉 「은행법」은 ‘산업자본’이라고 불리는 비금융 기업 내지 기업집단(「은행법」 상은 ‘비금융주력자’⁶⁾로 정의된다)이 은행의 대주주가 되는 것을 금지하고 있는데, 이것이 바로

2) 금융위원회, “카카오뱅크, 1월 6일 인터넷전문은행 본인가 신청,” 보도자료, 2017. 1. 6, 1면. (주)한국카카오은행은 2015년 11월 29일 금융위원회로부터 은행업 영위 예비 인가를 받은 바 있다. 위의 보도자료, 1면.

3) 보통 ‘핀테크’라고 많이 쓰이나, 가급적 외래어를 사용하지 않기 위해서 이 글에서는 ‘금융기술’이라는 용어를 쓰기로 한다.

4) 금융위원회, “인터넷전문은행 예비인가 결과,” 보도자료, 2015. 11. 29, 1면.

5) ‘銀産 분리’라 함은 ‘은행자본’과 ‘산업자본’의 분리를 말하는데, 이 의미는 보통 비금융 기업이나 기업집단을 의미하는 ‘산업자본’(소위 ‘재벌’이라고 하는 기업집단을 말하기도 한다)이 은행을 소유해서는 안 된다는, 즉 은행의 대주주가 되어서는 안 된다는 원칙을 말한다. ‘금산(金産) 분리’ 원칙, 즉 ‘금융자본’과 ‘산업자본’의 분리 원칙이라고도 하는데, 이 의미는 ‘산업자본’이 은행을 포함한 증권회사나 보험회사 등 금융기관을 지배해서는 안 된다는 원칙을 말하는데, 현행 법령상 은행을 제외한 증권회사나 보험회사에 대해서는 ‘산업자본’이 그러한 금융기관의 대주주가 되는 것을 금지하고 있지 않으므로 엄격히 이야기하면 정확한 표현은 아닐 것이다. 다만 ‘금산 분리’ 원칙은 반대로 은행 등 금융기관인 ‘금융자본’이 ‘산업자본’을 지배하는 것도 금지하는 원칙(「금융산업의 구조 개선에 관한 법률」 제24조에서 규정하고 있다)을 포함하므로 이러한 의미에서는 ‘금산 분리’라는 용어가 적절할 것이다.

6) ‘비금융주력자’는 은행법상의 용어인데, ‘동일인’ 중 비금융업종 회사의 자본 총액이 전체 회사의 자본 총액 합계액의 25% 이상이거나 또는 동일인 중 비금융업종 회사의 자산 총액 합계액이 2

‘은산 분리’ 원칙이다. 금융위원회는 인터넷전문은행에 대해서는 이러한 ‘은산 분리’ 규제가 완화되어야 인터넷전문은행 제도가 성공할 수 있다고 주장하고 있으며, 이를 반영한 은행법 개정안과 특례법안 등 5개 법안이 국회에 발의되어 있는 중이다. 이에 대해서는 찬반 논쟁이 많은데, 이 글은 이에 관한 논의를 집중적으로 다루고자 한다. 이외에도 인터넷전문은행을 정의함에 있어 소수(少數)의 지점을 두는 것을 허용할지 아니면 전혀 지점망이 없는 인터넷전문은행을 허용할 것인지에 관한 논의도 있다. 그리고 인터넷전문은행의 최저 설립 자본금을 일반 은행보다 낮추어 진입 규제를 완화해야 할지도 검토해야 할 과제이다. 인터넷전문은행의 업무 범위를 일반 은행과 동일하게 허용할지도 생각해볼 과제이다. 인터넷전문은행에 대해서 인가 및 감독 기준을 달리 적용해야 하는지도 연구 과제이다. 이처럼 인터넷전문은행 제도를 도입하기 위해서 해결해야 할 법적 과제가 있는 것이다. 이 글은 이런 점에 초점을 맞추어 법적 쟁점을 분석하고 해결 방안을 제시하고자 한다.

이를 위해서 우선 II.에서는 인터넷전문은행이 이미 활발히 영업 활동을 하고 있는 미국과 일본의 입법례를 살펴보면서 시사점을 알아보고, III.에서는 인터넷전문은행 제도의 도입 배경과 정부의 도입 방안, 국회에 발의된 5개의 법률안의 내용, 인터넷전문은행의 현황과 영업 전략을 살펴봄으로써 인터넷전문은행의 이해를 도모하며, IV.에서는 인터넷전문은행 제도의 도입과 관련한 법적 쟁점을 분석하면서 해결 방안을 제시해본다.

II. 외국의 입법례

1. 미국

가. 서설

미국의 경우 첫 번째 인터넷전문은행인 Security First Network Bank가 1995년에 설립되어营业을 한 이후, 2014년 말 현재 24개의 인터넷전문은행이 营业을 하고 있다.⁷⁾ 미국에서 인터넷전문은행을 위한 특별법은 없고, 다만 인가

조원 이상인 경우 등에 해당하는 ‘동일인’을 말한다(은행법 제2조 제1항 제9호). ‘동일인’의 정의는 본인과 그 특수관계인을 말하는데(은행법 제2조 제1항 제8호), 특수관계인은 본인의 배우자, 6촌 이내의 혈족 및 4촌 이내의 인척뿐만 아니라 계열회사, 더 나아가 “본인과 합의 또는 계약 등으로 의결권을 공동으로 행사하는 자”까지 포함된다(은행법 시행령 제1조의4).

심사 절차에서 인터넷전문은행의 특성을 고려한 심사 기준을 적용한다는 점에서 일반 은행과 차이가 있다고 할 수 있다. 따라서 기본적으로 인터넷전문은행에 대해서는 일반 은행과 동일하게 취급을 한다고 이해할 수 있다. 그래서 ‘은산 분리’ 규제도 인터넷전문은행에 대해서 동일하게 적용되는 것이다.

미국의 은행은 크게 연방인가은행(national banks)⁸⁾과 주(州)인가은행(state banks)⁹⁾으로 나누어진다. 주인가은행과 연방인가은행은 규제의 면에서 큰 차이가 없다.¹⁰⁾ 그래서 연방인가은행에 대한 규제를 파악하게 되면 주인가은행에 대한 규제도 비슷하게 알 수 있다. 연방인가은행에 대한 설립 인가권은 통화감독청(OCC)¹¹⁾이 갖고 있다. 통화감독청은 2001년 「인터넷 연방인가은행 인가 지침」(The Internet and the National Bank Charter) (January 2001)(이하 “인가 지침”이라고 한다)을 발표한 바 있다. 이 지침은 인터넷전문은행에 대한 정의 및 인가 심사 기준 등을 규정하고 있다.

그래서 이하에서는 통화감독청 인가 지침상의 인터넷전문은행의 정의와 인가 심사 기준을 살펴보면서 우리에게 주는 시사점을 알아보고, 인터넷전문은행에 대하여서도 적용하고 있는 ‘은산 분리’ 규제의 내용을 살펴보기로 한다. 또한 정보통신망상에서 비대면 고객 확인 방법에 대하여도 알아보고, 특히 일부 주(州)에서 주 당국으로부터 인가를 받아 일반 상업은행(commercial bank)과 유사한 영업을 하고 있는 ‘산업대출회사’(industrial loan company)의 경우 ‘산업자본’이 ‘인터넷산업대출회사’의 대주주가 될 수 있어 이에 관한 내용도 살펴보기로 한다.

7) 이성복, “미국 인터넷전문은행의 진입·퇴출 특징 분석,” 자본시장리뷰, 2015년 가을호, 2015. 9. 110, 114면. 이 숫자는 ‘상업은행’과는 다른 ‘산업대출회사’(industrial loan company)인 대출회사(유타주에서 인가받은 산업대출회사는 ‘은행’이라는 상호를 사용할 수 있어 구분이 잘 되지 않는다)도 포함하는 것으로 보인다. 예를 들어, BMW Bank of America, Inc.는 유타주에서 인가받은 산업대출회사인 ‘산업은행’(industrial bank)에 해당하는데, 유타주의 경우는 ‘은행’이라는 상호를 사용할 수 있다. <<https://www.utah.gov/dfi/FinancialInstitutions.html>>.

8) ‘국법은행’이라고 번역되는 경우도 많으나, 의미가 명확하게 전달되지 않는다. ‘national bank’는 연방 감독기관으로부터 설립 인가를 받은 은행을 말하므로 그 뜻을 나타내는 ‘연방인가은행’이라고 쓰기로 한다.

9) ‘주립은행’이라고 번역되어 사용되는 경우도 있으나, 주 감독당국으로부터 설립 인가를 받은 은행을 의미하므로 여기서는 ‘주인가은행’이라고 쓰기로 한다.

10) 예를 들어, 업무 범위와 관련해서 주인가은행의 업무 범위는 연방인가은행과 같다(12 U.S.C. §335, §1831a(a)).

11) “Office of the Comptroller of the Currency”를 말하는데, 연방인가은행(national banks)의 설립을 인가하고 감독하는 금융감독기구로서 미국 재무부 산하에 설치된 조직이다.

나. 인터넷전문은행의 정의: 지점 설치가 가능

미국은 인터넷전문은행이 지점망을 두는 것을 허용하고 있다. 통화감독청의 인가 지침에 따르면, 3가지 유형의 인터넷은행(internet banks)을 인정하고 있는데, 첫 번째가 지점망이 전혀 없는 인터넷은행(internet-only bank), 두 번째가 소수의 영업점(limited branch)을 두거나 전화설치대(kiosk) 또는 현금자동입출금기(Automated Teller Machine: ATM) 등 지점이 아닌 설비를 갖고 있는 인터넷은행(limited facility bank), 세 번째가 전통적인 지점망을 갖고 있으면서 주로 인터넷 기반의 영업을 하는(substantial internet transactional web-based delivery channel) 인터넷은행으로 구분하고, 인가 신청자가 선택을 하도록 하고 있다.¹²⁾ 영업점 설치를 일부 허용하고 있다는 점에서 우리도 참고할 필요가 있다.

다. 인터넷전문은행의 특수성을 고려한 인가 심사 요소

통화감독청의 인가 지침에 따르면, 기본적으로 인터넷전문은행의 인가 절차는 일반 연방인가은행과 같으며, 그 특수성을 고려하여 인가 과정에서 일부 요건들에 대한 심사를 강화하거나 변경하여 운영하고 있다.¹³⁾

인가 지침상 감독당국이 인터넷전문은행의 인가 과정에서 특별히 중점을 두거나 고려해야 하는 사항을 살펴보면 다음과 같다. 즉 인터넷전문은행이 지점을 설치할 것인지의 여부 및 지점을 설치하지 않는 경우에 영업을 할 수 있는 방법(예를 들어, 현금자동입출금기 설치 등)이 적정한지 여부,¹⁴⁾ 영업을 하는 데 필요한 충분한 자본금을 확보하고 있는 지 여부(특별히 법령상 요구되는 최저 자본금은 없지만, 대략 10백만 달러에서 425백만 달러 정도에 이르고 있고, 영업 개시 후 최초 3년 동안 기본자본 비율(tier I capital ratio)이 8% 이상을 유지하도록 하여야 한다),¹⁵⁾ 영업에서 발생하는 유동성 위험을 어떻게 잘 관리할 수 있는 지 여부,¹⁶⁾ '비상 자금 확보 계획'(contingency funding plan)이 은행의 영업 위험, 영위하는 업무, 판매 상품 및 조직 등에 비추어 적정한지 여부,¹⁷⁾ 실제 영업 실

12) Office of the Comptroller of the Currency (OCC), *The Internet and the National Bank Charter, Comptroller's Corporate Manual*, January 2001, p. 1.

13) Id. at 2.

14) Id. at 9~10.

15) Id. at 11.

16) Id. at 12~13.

적이나 현황(이자율 수익, 자산 규모나 영업 비용 등)이 원래의 영업 계획과 상당히 달라졌을 때 시행되어야 하는 ‘종합적인 대체 영업 전략’(alternative business strategy)이 제대로 준비되어 있는지 여부,¹⁸⁾ 경영진이 인터넷전문은행의 특성상 기술 전문성을 보유하면서 경영 능력을 보유하고 있는지 여부, 은행이 최고기술책임자(chief technology officer)를 선임하는지 여부 등 경영진이 충분한 능력과 자격을 갖고 있는지 여부,¹⁹⁾ 인터넷전문은행이 좁은 특정 영역의 영업을 하는 경우(예를 들어, 특정 고객만을 대상으로 하는 영업의 경우)에 발생하는 특유한 위험(집중 위험, 유동성 및 자금 조달의 위험, 자본금 관련 위험, 고객 확인 및 전략적인 영업에 따른 위험 등)을 잘 관리할 수 있는지 여부,²⁰⁾ 전산 업무 등을 외부 업체에 위탁할 때 외부수탁업체의 선정이나 관리에 있어서 관련 법령을 제대로 준수할 수 있는 체계가 되어 있는지 여부,²¹⁾ 정보통신망에서 새로운 고객의 신원 확인(verification)과 기존 고객의 신원 인증(authentication)을 제대로 잘 할 수 있는 체계가 갖추어져 있는지 여부,²²⁾ 화재, 지진, 컴퓨터 장애 등 재난이 발생할 때 실시하여야 할 ‘영업 복구 비상 계획’(business resumption contingency plan)이 제대로 잘 준비되어 있는지 여부,²³⁾ 해외 영업을 할 때 (cross-border operation) 발생할 수 있는 추가적인 위험을 잘 관리할 수 있는지 여부,²⁴⁾ 임직원에게 부여하는 주식매수선택권(stock options) 등 ‘주식 혜택 계획’(stock benefit plan)이 적절한지 여부²⁵⁾ 등에 관한 사항이다. 이처럼 인터넷전문은행에게 특수하게 발생할 수 있는 여러 요소를 고려하여 감독당국이 인가 심사를 하고 있다는 점에서 우리도 참고할 필요가 있다.

라. 비대면 고객 신원 확인 방법

미국도 정보통신망상에서 비대면(非對面)으로 고객의 신원 확인을 할 수 있는 방법을 규정하고 있는데, 그것은 다음과 같다. 첫째, 비밀번호(password) 및 개

17) Id. at 13.

18) Id. at 14.

19) Id. at 14~15.

20) Id. at 15~16.

21) Id. at 16~17.

22) Id. at 18~19.

23) Id. at 20.

24) Id. at 20~21.

25) Id. at 21.

인인증번호(personal identification number), 둘째, ‘공개자물쇠구조’(public key infrastructure)를 이용한 전자증명서(digital certificates), 셋째, 다기능카드(smart card) 및 기타 증표물(token)과 같은 미세전자칩에 기반을 둔 장치(microchip-based devices), 넷째, 생체 인증(biometric identifier)의 방법이다.²⁶⁾ 이런 인증 방법은 정보통신망 거래의 보안이나 신뢰도 수준 및 거래 비용이나 복잡성에 따라 다르게 되며, 어느 확인 방법을 사용할 것인지는 제공하는 금융상품에 따른 위험도에 맞추어 선택하게 된다.²⁷⁾

마. 인터넷전문은행에게도 ‘은산 분리’ 규제 적용

‘은산 분리’ 규제를 하고 있는 대표적인 나라인 미국도 인터넷전문은행에 대하여 ‘은산 분리’ 규제를 적용하고 있다. 미국에서 ‘은산 분리’ 규제의 근거법은 「은행지주회사법」(Bank Holding Company Act of 1956)이다. 「은행지주회사법」은 은행을 ‘지배’(control)하는 회사를 ‘은행지주회사’로 정의하고,²⁸⁾ 은행지주회사는 “은행 및 기타 자회사를 관리하거나 경영하는 업무” 또는 “은행업과 밀접한 관련이 있는 업무”(to be closely related to banking as to be a proper incident)만을 영위할 수 있도록 하고 있다.²⁹⁾ ‘산업자본’인 비금융기업은 “은행업과 밀접한 관련이 있는 업무”를 영위할 수 없으므로 결국은 산업자본은 은행을 ‘지배’할 수 없게 되는 것이다.

결국 ‘지배’의 정의가 중요하다. 「은행지주회사법」은 ‘지배’를 다음과 같이 정의하고 있는데, 은행의 ‘대주주’ 내지 ‘주요주주’가 되는 것이라고 이해할 수 있다. 구체적으로 살펴보면, ‘지배’란 (i) 어느 한 회사가 은행이나 은행지주회사의 의결권 있는 주식 25% 이상을 직·간접적으로 또는 다른 자(들)(person(s))을 통하여 소유 또는 지배하거나 의결권 행사를 할 수 있는 권한을 갖고 있는 경우,

26) Federal Financial Institutions Examination Council, *E-Banking: IT Examination Handbook*, August 2003, p. 9.

27) Id. at 9.

28) 더 정확히 말하면, “은행이나 은행지주회사인 회사 또는 은행지주회사가 되려는 회사를 지배(control)하는 회사”를 ‘은행지주회사’라고 한다. 12 U.S.C. §1841(a)(1). “(1) Except as provided in paragraph (5) of this subsection, “bank holding company” means any company which has control over any bank or over any company that is or becomes a bank holding company by virtue of this chapter.”

29) 12 U.S.C. §1843(c)(8). 이와 같은 설명은 Carnell, Richard S., Jonathan R. Macey & Geoffrey P. Miller, *The Law of Financial Institutions*, Wolters Kluwer Law and Business, 2013, p. 416.

(ii) 어느 회사가 은행 또는 은행지주회사의 이사 과반수를 선임할 수 있는 경우, 또는 (iii) 연방준비제도이사회(FRB)가 청문 절차를 거친 후에 어느 회사가 은행 또는 은행지주회사의 경영이나 정책에 직·간접적으로 “지배적인 영향력”(controlling influence)을 행사한다고 판단하는 경우를 말한다.³⁰⁾ 한편 「은행지주회사법」은 어느 회사가 은행이나 은행지주회사의 의결권 있는 주식 5% 미만으로 소유하거나 지배 내지 의결권을 행사할 수 있는 권한을 갖고 있는 경우에는 명시적으로 ‘지배’로 간주하지 않고 있다.³¹⁾

즉, 5% 미만이면 지배하지 않는 것이고, 25% 이상이면 지배하는 것으로 인정되며, 그 사이인 5%에서 25% 미만까지는 연방준비제도이사회의 “지배적 영향력 행사” 여부에 대한 판단에 달려 있는 것이다. 연방준비제도이사회의 “지배적인 영향력 행사” 여부를 판단하는 데 있어서 여러 요소를 고려하는데, 다른 지배주주가 있는 지 여부, 은행 경영에 영향을 미치는 지 여부, 임원 선임에 영향을 미치는 지 여부, 해당 투자자와 은행과 주요한 거래관계가 있는 지 여부 등 여러 상황과 사실을 건(件) 별로 고려한다.³²⁾ 따라서 어느 회사가 은행의 의결권 있는 주식 25% 미만으로 소유하더라도 ‘지배’가 될 수 있다. 즉 ‘산업자본’이 은행 주식을 25% 미만으로 소유하는 경우에도 ‘지배’에 해당할 수 있는 데, 이렇게 되는 경우에는 ‘산업자본’은 은행을 ‘지배’해서는 안 되도록 해야 한다. 다시 말해서 산업자본은 은행의 의결권 있는 주식을 5% 초과해서 25% 미만을 항상 보유할 수 있는 것은 아닌 것이다.

이런 점에 비추어 보면, “산업자본은 [최대주주가 아니면] 25% 미만으로 보유 가능”³³⁾이라고 하거나 “[미국] 은행지주회사법은 산업자본의 은행 지분 보유 한

30) 12 U.S.C. §1841(a)(2). “(2) Any company has control over a bank or over any company if—
(A) the company directly or indirectly or acting through one or more other persons owns, controls, or has power to vote 25 per centum or more of any class of voting securities of the bank or company;
(B) the company controls in any manner the election of a majority of the directors or trustees of the bank or company; or
(C) the Board determines, after notice and opportunity for hearing, that the company directly or indirectly exercises a controlling influence over the management or policies of the bank or company.”

31) 12 U.S.C. §1841(a)(3). “(3) For the purposes of any proceeding under paragraph (2)(C) of this subsection, there is a presumption that any company which directly or indirectly owns, controls, or has power to vote less than 5 per centum of any class of voting securities of a given bank or company does not have control over that bank or company.”

32) Board of Governors of the Federal Reserve System, *Policy Statement on Equity Investments in Banks and Bank Holding Companies*, Sep. 22, 2008, pp. 5~6.

도를 25% 미만으로 규정하고 있음”³⁴⁾이라고 설명하는 것은 마치 산업자본이 ‘지배’에 상관없이 은행의 주식 의결권 있는 25% 미만으로 보유할 있는 것으로 이해될 수 있어 정확한 설명은 아닌 것이다.

바. 산업자본이 대주주가 될 수 있는 인터넷 전문 ‘산업대출회사’는 일반 인터넷 전문 ‘은행’에 해당하지 않아

미국에서 산업자본이 대주주가 될 수 있는 ‘산업대출회사’(industrial loan company)³⁵⁾는 제한적인 수신 업무를 하면서 대출 업무를 영위한다는 점에서 일반 ‘상업은행’(commercial bank)과 유사하지만, 정확히 이야기 하면 일반 상업은행은 아니다. ‘산업대출회사’는 유타주, 캘리포니아주, 네바다주, 콜로라도주, 미네소타주, 인디애나주, 하와이주 등 7개 주(州)에서 주 당국으로부터 인가를 받아 영업을 하는 대출회사를 말한다.³⁶⁾ 특히 유타주의 경우에는 ‘산업은행’(industrial banks)이라는 법적 용어를 사용하고, 상호에도 ‘은행’이라는 명칭을 쓸 수 있어³⁷⁾ 일반 ‘은행’으로 오해할 수 있는데, 엄밀하게 이야기하면 ‘상업은행’은 아닌

33) 국회 정무위원회 수석전문위원(전상수), “은행법 일부개정법률안/인터넷전문은행 설립 및 운영에 관한 특례법안 검토보고,” 2016. 11, 58면.

34) 임형석, “은산분리: 원칙인가? 족쇄인가?에 대한 토론문,” 카카오뱅크·K뱅크 등 인터넷전문은행 출범 문제 진단 토론회 발표집, 국회의원 이학영/국회의원 전해철/참여연대 경제금융센터 공동주최, 2017. 2. 2, 41면.

35) ‘산업대출회사’는 주(州)로부터 인가를 받은 대출회사로서 1900년대 초부터 은행으로부터 신용대출을 받을 수 없었던 산업 노동자에 대해 주로 대출하는 소규모의 대출회사로 출발을 했는데, 그 이후 급격한 성장을 하여 큰 규모의 산업대출회사가 나타나는 등 산업이 크게 성장하였다. United States Government Accountability Office, *INDUSTRIAL LOAN CORPORATIONS: Recent Asset Growth and Commercial Interest Highlight Differences in Regulatory Authority*, September 2005, p. 5.

36) <https://www.fdic.gov/regulations/examinations/supervisory/insights/sisum04/industrial_loans.html>.

37) 유타(Utah)주의 경우 2004년 법률상 ‘산업은행’이라는 용어가 법적 상태를 더욱 잘 반영한다는 이유로 ‘산업대출회사’(industrial loan corporations)라는 명칭을 ‘산업은행’으로 변경하여 유타주에서는 ‘산업은행’이라고 쓰이지만, 다른 주에서는 여전히 ‘산업대출회사’라는 용어를 쓴다. <<https://dfi.utah.gov/financial-institutions/industrial-banks/>> (“Industrial banks were also known as industrial loan corporations (ILCs) in Utah until 2004 when state law was amended to rename this class of institution to better reflect their legal status as fully fledged FDIC insured depository institutions. Outside of Utah, industrial banks are often still referred to as ILCs.”). 미국 유타주의 경우 1997년 이후 산업대출회사의 상호에 ‘은행’이라는 이름을 사용하는 것이 허용되었다(“In addition, since at least 1997, Utah ILCs have been permitted to use the term “bank” in their name.” United States Government Accountability Office, op. cit. at 25). 관련된 유타주법 조문은 다음과 같다. Utah Code Title 7 Financial Institutions Act Chapter 1 General Provisions Section 701 Representing and transacting business as financial institution restricted -- Restricted names -- Penalty. (Effective 5/13/2014) “(3) (a) Except as provided in Subsections (3)(b) through (d), only the following may transact business in this state under a

것이다. ‘산업대출회사’는 총자산이 1억 달러 이상이 되면 요구불예금(demand deposits)을 취급할 수 없고,³⁸⁾ 요구불예금을 취급하려면 자산을 1억 달러 미만으로 유지하여야 하므로³⁹⁾ 일반 상업은행에 해당하지 않는다.

일부 주(州)의 경우 ‘산업대출회사’는 연방예금보험공사(Federal Deposit Insurance Corporation: FDIC)의 예금보험제도에 가입해야 하는데,⁴⁰⁾ 이러한 예금보험제도 가입과 관련해서 ‘은산 분리’ 규제 논란이 제기된 적이 있었다. 미국의 대규모 유통업체인 월마트(Wal-Mart)가 산업대출회사를 설립하기 위해서 연방예금보험공사에 예금보험제도 가입 신청을 했는데, 이에 반대하는 비판적인 의견이 제기되면서(즉 산업자본이 소유하는 산업대출회사가 예금보험제도에 가입하게 되면 지급 결제 제도에 상당한 위험을 초래할 것이라는 주장이 제기되었는데, 이는 결국 ‘은산 분리’ 완화 문제라고 할 수 있다) 연방예금보험공사가 무려 18개월 동안 신청을 받아주지 않아 결국은 월마트가 예금보험제도 가입 신청을 철회하면서 산업대출회사를 설립하지 못한 사례가 있었다.⁴¹⁾⁴²⁾ 이만큼 미국에서도

name that includes "bank," "banker," "banking," "banque," "banc," "banco," "bancorp," "bancorporation," a derivative of these words, or another word or combination of words reasonably identifying the business of a bank: (i) a national bank; (ii) a bank authorized to do business under Chapter 3, Banks; (iii) a bank holding company; or (iv) an industrial bank.” <http://le.utah.gov/xcode/Title7/Chapter1/7-1-S701.html?v=C7-1-S701_2014040320140513>.

38) 산업대출회사는 요구불예금 수입 업무를 취급할 수는 없지만, 요구불예금과 비슷한 기능을 하는 ‘양도가능한 인출지시 계좌’(Negotiable Order of Withdrawal (NOW) accounts)를 취급할 수 있어서(다만 인출을 하려면 7일 전에 산업대출회사에 통지해야 한다) 사실상 요구불예금을 취급한다고 볼 수도 있다. United States Government Accountability Office, op. cit. at 6.

39) 12 U.S.C. §1841(c)(2)(H). “(H) An industrial loan company, industrial bank, or other similar institution which is— (i) an institution organized under the laws of a State which, on March 5, 1987, had in effect or had under consideration in such State’s legislature a statute which required or would require such institution to obtain insurance under the Federal Deposit Insurance Act [12 U.S.C. 1811 et seq.]— (I)which does not accept demand deposits that the depositor may withdraw by check or similar means for payment to third parties; (II)which has total assets of less than \$100,000,000; or (III)the control of which is not acquired by any company after August 10, 1987; or (ii) an institution which does not, directly, indirectly, or through an affiliate, engage in any activity in which it was not lawfully engaged as of March 5, 1987, . . .” 따라서 산업대출회사가 총자산이 1억 달러 이상이 되면서 요구불예금을 취급하게 되면, 은행지주회사법상의 ‘은행’이 되어 그러한 은행이 되는 ‘산업대출회사’를 지배하는 회사인 산업자본은 더 이상 은행지주회사법상의 은행지주회사 요건을 충족할 수 없어서 지배가 되지 않도록 주식을 처분해야 하는 것이다.

40) 12 U.S.C. §1841(c)(2)(H)(i). 연방예금보험공사의 예금보험제도에 가입하게 되면 연방예금보험공사의 감독을 받게 되며, 일부 주는 연방예금보험제도에 가입을 하는 것을 조건으로 산업대출회사를 인가해주시기도 한다.

<https://www.fdic.gov/regulations/examinations/supervisory/insights/sisum04/industrial_loans.html>.

41) Shooner, Heidi Mandanis & Michael W. Taylor, *Global Bank Regulation: Principles and Policies*, Elsevier, 2010, p. 116; 이에 관한 논의는 이병윤, “월마트의 은행업 진출 시도와 미국의 은산

‘은산 분리’ 문제는 항상 논란이 제기되는 것이다.

미국에서 산업자본이 대주주인 인터넷전문은행이 있다고 하는 것은⁴³⁾ 유타주의 경우에 ‘은행’이라는 상호를 사용할 수 있고 정보통신망으로 영업을 하는 ‘산업은행(industrial bank)’을 말하는 것으로 이해해야 하고, 이러한 산업대출회사는 일반 ‘상업은행’과 구별되어야 할 것이다.

사. 평가

미국은 기본적으로 인터넷전문은행에 대해서 일반 은행과 동일하게 취급을 하면서, 인가 심사에서 인터넷전문은행의 특성을 고려한 심사 기준을 운영하고 있음을 알 수 있다. 이러한 인가 심사 기준은 우리에게도 시사하는 바가 있다고 할 것이다. 그리고 지점이 없는 인터넷전문은행뿐만 아니라 일부 지점을 두는 인터넷전문은행 등 다양한 형태의 인터넷전문은행을 허용하고 있는 점도 참고할 필요가 있다. 특히 인터넷전문은행에게도 일반 은행과 마찬가지로 동일하게 ‘은산 분리’ 규제가 적용되고 있는 점은, 뒤에서 보는 것처럼, 우리나라의 경우 산업자본인 정보통신기술 기업에 대해서 인터넷전문은행의 대주주가 되도록 허용하자는 ‘은산 분리’ 규제 완화 논의와 관련하여 시사하는 바가 크다고 하겠다. 또한, 은행은 아니지만 은행과 비슷한 영업을 하는 ‘산업대출회사’의 경우 산업자본이 대주주가 되는 것을 허용하는 제도를 두고 미국에서도 ‘은산 분리’ 규제가 완화되어 있다고 평가하는 것은 정확한 이해는 아니라고 보며, 이를 근거로 해서 우리

분리,” 금융브리프 제15권 제19호, 한국금융연구원, 2006. 7. 15 ~ 7. 21, 10~11면. 이러한 논란을 계기로 2006년 2월 버냉키(Burnanke) 연방준비제도이사회(FRB) 의장은 미국 의회 청문회에서 ‘은산 분리’가 미국 금융법의 원칙 중 하나라는 점을 강조하고, 산업대출회사가 이러한 ‘은산 분리’ 규제를 회피하는 법적 허점(legal loophole)이 되고 있다고 하면서 의회가 이러한 법적 허점을 막는 입법을 해야 한다고 주장한 바 있다. 위의 글, 11면.

42) 유타주법에 따르면, 산업대출회사는 연방예금보험공사의 예금보험 제도에 가입해야 영업을 할 수 있어서 결국 윌마트는 산업대출회사를 설립하지 못한 것으로 보아야 할 것이다. Utah Code Title 7 Financial Institutions Act Chapter 8 Industrial Banks Section 3. Organization -- Authorization to conduct business -- Deposit insurance. “(4) (a) An industrial bank is authorized to receive and hold deposits. (b) An industrial bank may not conduct business under this chapter as an industrial bank unless the industrial bank obtains insurance from the Federal Deposit Insurance Corporation or a successor federal deposit insurance entity for any deposits received or held by the industrial bank.”

<http://le.utah.gov/xcode/Title7/Chapter8/7-8-S3.html?v=C7-8-S3_1800010118000101>.

43) 자동차 회사가 대주주인 BMW Bank of North America가 있다고 한다. 이성복, 앞의 글, 114면; 천대중, “미국 인터넷전문은행 제도 및 현황,” 주간 금융경제동향 제4권 제50호, 2014. 12. 24, 11면.

나라의 경우도 인터넷전문은행에 대해서 ‘은산 분리’ 규제가 완화되어야 한다는 주장은 더욱 경계할 일이다.

2. 일본

가. 서설

일본에서 인터넷전문은행은 2000년에 처음으로 설립되어 2014년 9월말 현재 8개의 인터넷전문은행이 영업을 하고 있다.⁴⁴⁾ 인터넷전문은행에 대해서도 기본적으로 일반 은행과 동일한 규제가 적용되나, 설립 인가 단계나 감독 단계에서 인터넷전문은행의 특수성을 고려한 차별화된 규제가 적용되고 있는 정도이다. 인터넷전문은행의 설립 근거법은 「은행법」이며, 감독당국인 금융청(金融廳)이 제정한 「감독 지침」에서 인가 심사나 감독 기준에 관한 사항을 두어 규제하고 있다. ‘은산 분리’ 문제와 관련해서는 「은행법」이 특별히 규제를 하고 있지 않으므로 산업자본도 인터넷전문은행의 대주주가 될 수 있다. 다만 의결권 있는 주식 20%를 초과해서 소유하는 ‘주요주주’(「은행법」상 ‘주요주주’라고 규정하고 있으나 대주주로 이해할 수 있다)가 되고자 하는 경우에는 「은행법」상 내각총리 대신의 승인을 얻도록 하고 있어(은행법 제52조의9), 소유 단계에서 감독당국의 통제가 있게 된다.

이하에서는 금융청의 「감독 지침」의 제정 및 변천 과정과 「감독 지침」이 규정하고 있는 인터넷전문은행의 특성을 고려한 인가 심사 및 감독 기준에 대하여 살펴보고, 이외에도 「은행법」상 은행 ‘주요주주’의 주식 취득 승인 등에 관한 내용과 산업자본의 인터넷전문은행 대주주 지위 취득 시 산업자본의 사업 위험 차단 장치 및 은행 경영의 독립성을 확보하기 위한 장치나 체계 구비 여부에 대한 인가 심사 및 감독 기준의 내용에 대하여 살펴본다.

44) 천대중, “일본 인터넷전문은행 제도 및 현황,” 주간 금융경제동향 제5권 제3호, 우리금융경영연구소, 2015. 2. 11, 7면. 세븐은행(Seven Bank)과 이온은행(Aeon Bank)은 상업시설과의 연계를 주제로 하는 은행이라는 점에서 다른 인터넷전문은행과 구분하여 보는 시각도 있다. 박선우, “일본 인터넷전문은행의 동향과 국내 인터넷전문은행에 미치는 시사점,” 정보통신방송정책 제28권 15호 통권 629호, 정보통신정책연구원, 2016. 8. 16, 37면. 정희수, “인터넷전문은행 도입에 따른 이슈 점검,” 하나금융포커스 제4권 제47호, 하나금융경영연구소, 2014. 12. 15~12. 21, 7면도 위의 2개 은행을 제외한 6개 인터넷전문은행에 대한 현황을 소개하고 있다. 한편, 로슨이 95%, 미쓰비시도쿄UFJ은행이 5%를 출자하여 2016년 11월 25일 자본금 5억엔인 로슨은행 준비법인이 설립되었으며 2018년에 영업을 개시할 예정에 있다.

(http://lawson.jp/en/news/detail/1285062_3566.html).

나. 인터넷전문은행의 설립 근거법 및 감독 지침

인터넷전문은행의 설립 근거법은 「은행법」이며, 인가 및 감독 기준에 관한 자세한 사항은 금융청이 제정한 「감독 지침」에 규정되어 있다. 이 지침의 변천 과정을 살펴보면 다음과 같다. 2000년 8월 3일 금융청이 「다른 업종에 의한 은행 참가 등 새로운 형태의 은행업에 대한 면허 심사·감독의 대응(운영상의 지침)」(「異業種による銀行業参入等新たな形態の銀行業に対する免許審査・監督上の対応(運用上の指針)」)을 제정하여, 산업자본, 즉 ‘사업회사’(지침에서는 ‘사업회사’라고 하고 있다)가 은행의 ‘주요주주’(「은행법」은 ‘주요주주’라고 하고 있다)가 되는 경우에 필요한 인가 심사 및 감독 기준을 정하고,⁴⁵⁾ 새로운 형태의 은행업인 인터넷전문은행에 대해서 인가 심사 및 감독을 할 때 그 특성을 고려한 유의할 점⁴⁶⁾을 규정하였다. 그러다가 이 운영 지침은 2002년 4월 4일 폐지되면서 같은 내용이 다소 수정되어 금융청이 제정한 「사무 가이드라인 제1편: 예금취급 금융기관 관계」(事務ガイドライン 第一分冊: 預金取扱い金融機関関係)에 제7장 ‘다른 업종에 의한 은행참가 등 새로운 형태의 은행’(7. 異業種による銀行参入等新たな形態の銀行)이 신설되면서 여기에 옮겨졌고,⁴⁷⁾ 2005년 10월 28일 이 사무 가이드라인이 폐지되면서⁴⁸⁾ 같은 내용이 「주요은행 등에 대한 종합 감독 지침」(主要行等向けの総合的な監督指針)의 ‘제7장 은행업에 신규 참여에 대한 취급’(銀行業への新規参入の取扱い)에 규정되어 현재에 이르고 있다.⁴⁹⁾

45) 은행이 대주주인 ‘사업회사’로부터 독립성을 확보하는 지 여부에 관한 사항(子銀行の事業親会社等からの独立性確保の観点), 대주주인 ‘사업회사’의 영업 위험을 차단하는 장치가 있는 지 여부에 관한 사항(事業親会社等の事業リスクの遮断の観点) 등을 인가 심사 및 감독 기준으로 규정하고 있었다.

46) 운영 지침 “5. 유인 점포를 갖지 않는 인터넷·ATM 등 비대면 거래를 전문으로 영위하는 경우의 고객 보호 등의 관점”(5. 有人店舗を持たずインターネット・ATM 等非対面取引を専門に行う場合の顧客保護等の観点)에 규정되어 있었다.

47) 일본 금융청, “사무가이드라인의 일부 개정에 관해서”(事務ガイドライン(「金融監督にあたっての留意事項について(第一分冊: 預金取扱い金融機関関係)」)の一部改正等について), 보도자료, 2002. 4. 4(平成14年4月4日)(<http://www.fsa.go.jp/news/newsj/13/ginkou/f-20020404-1.html>). (なお、平成12年8月3日付「異業種による銀行参入等新たな形態の銀行業に対する免許審査・監督上の対応(運用上の指針)」については、今回のガイドライン改正において「7 異業種による銀行参入等新たな形態の銀行」を新設することに伴い、廃止することとする。). 개정된 사무 가이드라인의 내용은 금융청의 위 2002. 4. 4. 보도자료에 첨부된 신규조문대비표(事務ガイドライン(第一分冊: 預金取扱い金融機関関係))에서 찾아볼 수 있다.

48) <<http://www.fsa.go.jp/common/law>>에서 찾을 수 있다(事務ガイドライン 第一分冊: 預金取扱い金融機関関係(平成17年10月28日廃止)).

49) 감독 지침은 <<http://www.fsa.go.jp/common/law>>에서 찾을 수 있다.

다. 인터넷전문은행의 특성을 고려한 인가 심사 및 감독 기준

금융청의 「감독 지침」은 정보통신망에서 비대면으로 영업을 하는 인터넷전문은행의 특성을 고려하여 금융소비자 보호에 초점을 맞추어 인가 심사를 하고 감독 기준을 설정하고 있다. 즉 인가 및 감독에 있어서 인터넷전문은행이 정보통신기술을 이용한 새로운 금융 서비스를 제공하므로 이용자가 안전하고 간편하게 은행 서비스를 이용할 수 있는 체계가 갖추어져 있는지에 중점을 둔다.⁵⁰⁾

이를 위하여 감독당국인 금융청은 인가 심사를 할 때뿐만 아니라 인가 후 감독을 할 때도 인터넷전문은행이 다음과 같은 사항에 적절하게 대응할 수 있는 체계가 되어 있는지 여부를 확인한다. 그러한 사항은 ① 고객의 불만 및 상담에 대한 대응, ② 전산 체계의 장애 발생 시 고객에 대한 대응, ③ 법령에 근거한 고객에 대한 설명 의무의 이행, ④ 공시(disclosure) 의무의 이행, ⑤ 자금 세탁 방지 등 조직 범죄에 대한 대응의 관점에서 은행 거래 시 고객 확인 의무 및 의심스러운 거래의 신고 의무 이행 등이다.⁵¹⁾ 이외에도 인터넷전문은행의 수익 전망에 관해서도 경쟁자의 진입 등 환경 악화에 따른 대응 방안이 수립되어 있는지, 그러한 환경 악화에도 일정한 수익을 낼 수 있는 계획이 있는지 여부를 확인한다.⁵²⁾ 또한 금리 등에 민감한 고객의 특성상 거래의 해지나 변경이 용이하게 될 수 있는지, 고객의 일시적인 대량 이탈에 대비하여 유동성 확보를 위한 방안이 확립되어 있는지를 심사한다.⁵³⁾ 그리고 전산 체계의 안전 및 보안 수준이 충분한지, 전산 체계의 안전 관리 체제 및 장애 발생 시 위기 관리 체제가 적절하게 강구되어 있는지 여부를 심사한다.⁵⁴⁾ 이러한 인가 심사 기준은 인가 후 감독을 할 때도 마찬가지로 적용된다.⁵⁵⁾ 이렇게 인터넷전문은행을 인가할 때 비대면 거래라는 특성을 반영하여 고객 보호를 위한 여러 가지 체계나 장치가 갖추어져 있는지를 중점적으로 심사하고, 인가 이후에도 감독 기준을 삼고 있다는 점이 특징적이라고 할 수 있다.

50) 金融庁, 「主要行等向けの総合的な監督指針」, 平成28年3月, 320~321頁.

51) 上掲 監督指針, 321頁.

52) 上掲 監督指針, 321頁.

53) 上掲 監督指針, 321頁.

54) 上掲 監督指針, 321頁.

55) 上掲 監督指針, 321頁.

라. 산업자본의 인터넷전문은행 대주주 허용과 감독 강화 조치

일본 「은행법」은 은행의 대주주인 ‘주요주주’를 은행의 의결권 있는 발행 주식 총수의 20% 이상을 보유한 자로 정의하고(제2조 제9항,⁵⁶⁾ 제10항⁵⁷⁾, 은행의 ‘주요주주’가 되고자 하는 자는 내각 총리대신의 인가를 받도록 하고 있다(제52조의9).⁵⁸⁾ 일본 「은행법」은 특별히 주요주주의 자격 요건에서 산업자본인 ‘사업회사’를 배제하고 있지 아니하므로 산업자본도 내각 총리대신의 인가를 얻으면 은행의 대주주가 될 수 있다. 다만 인가 과정에서 산업자본이 대주주로서 은행 경영을 잘 할 수 있는지에 대한 심사 과정은 거치게 될 것이므로 산업자본이 그러한 자격을 갖추고 있지 않다고 판단되면 인가를 해주지 않을 수도 있는 것이다. 이러한 「은행법」상의 인가 규정은 인터넷전문은행에게도 적용되므로 일본에서는 산업자본이 대주주가 된 인터넷전문은행이 영업 활동을 하고 있다.⁵⁹⁾

다만 산업자본이 인터넷전문은행의 대주주가 됨으로써 발생할 수 있는 여러 부작용을 고려하여 「감독 지침」은 대주주로부터 은행이 독립성을 유지할 수 있는 장치 및 대주주의 사업 위험을 차단하는 장치 등 여러 조치를 취하고 있다. 앞서 본 것처럼, 금융청은 2000년 8월 3일 「다른 업종에 의한 은행 참가 등 새로운 형태의 은행업에 대한 면허 심사·감독의 대응(운영상의 지침)」을 제정하면서, 산업자본이 은행의 주요주주가 되는 것을 허용했고, 이에 대응하여 이 지침

56) 銀行法 第二條 9 この法律において「主要株主基準値」とは、総株主の議決権の百分の二十(会社の財務及び営業の方針の決定に対して重要な影響を与えることが推測される事実が存在するものとして内閣府令で定める要件に該当する者が当該会社の議決権の保有者である場合にあっては、百分の十五)をいう。

57) 銀行法 第二條 10 この法律において「銀行主要株主」とは、銀行の主要株主基準値以上の数の議決権の保有者(他人(仮設人を含む。))の名義をもつて保有する者を含む。以下同じ。)であつて、第五十二条の九第一項の認可を受けて設立され、又は同項若しくは同条第二項ただし書の認可を受けているものをいう。

58) 銀行法 第五十二条の九 次に掲げる取引若しくは行為により一の銀行の主要株主基準値以上の数の議決権の保有者になろうとする者又は銀行の主要株主基準値以上の数の議決権の保有者である会社その他の法人の設立をしようとする者(国等並びに第五十二条の十七第一項に規定する持株会社になろうとする会社、同項に規定する者及び銀行を子会社としようとする銀行持株会社を除く。)は、あらかじめ、内閣総理大臣の認可を受けなければならない。

59) 산업자본이 대주주인 인터넷전문은행은 6개인데, 정보통신기술 기업이 대주주인 지분(Jibun)은행(일본의 2대 통신사인 KDDI가 50% 보유하고 나머지 50%는 도쿄미츠비시UFJ은행이 소유), 인터넷전자상거래업체인 야후(Yahoo)가 대주주(41.2%)인 채넌네트은행(나머지 41.2%는 스미토모미쓰이은행 소유), 인터넷·전자상거래 기업인 라쿠텐이 설립한 라쿠텐은행(100%), 유통업체인 세븐일레븐(38.1%)이 설립한 세븐은행, 유통업체 ㈜이온(41.2%)이 각각 설립한 이온은행, 전자제품제조 기업인 ㈜소니(60%)가 설립한 소니은행이 있다. 천대중, 앞의 글(일본 인터넷전문은행 제도), 7면.

은 ‘주요주주’로부터 은행의 독립성 확보 및 ‘주요주주’의 사업 위험 차단 장치를 둘 것을 요구하였고, 이 지침의 내용은 현재 「주요은행 등에 대한 종합 감독지침」에 반영되어 실시되고 있다. 이 지침이 규정하고 있는 독립성 확보 및 사업 위험 차단 장치에 대하여 살펴보면 다음과 같다.

「감독 지침」은 인터넷전문은행 경영의 독립성 확보에 관한 감독상의 기본적인 방향으로서 ‘주요주주’인 사업모회사의 경영 전략상의 요청에 의해서 은행의 건전성이 훼손되지 않도록 은행 경영의 독립성을 확보할 필요가 있음을 강조하고 있다.⁶⁰⁾ 보다 구체적으로 보면, 은행 경영진이 은행 경영의 건전성을 최우선적으로 독립적으로 판단할 경영 체제가 확보되어 있는지 여부(예를 들어, 은행의 임원이 사업모회사의 임원이나 직원을 겸임함으로써 은행 경영의 독립성 확보에 손상을 입힐 수 있는지 여부), 은행이 사업모회사의 점포를 공유하는 경우에 은행 업무의 일부를 사업모회사에 위탁하거나 사업모회사의 직원이 은행 직원을 겸직함에 따라 보안상 또는 위험 관리상 은행 업무의 건전성과 적절한 운영에 손상을 입힐 수 있는지 여부를 심사 및 감독 기준으로 설정하고 있다.⁶¹⁾

한편, 사업모회사의 사업 위험을 차단하기 위한 장치도 구비할 것을 요구하고 있는데, 은행 경영의 독립성이 확보되었다고 하더라도 사업모회사의 경영 악화 등의 위험이 발생하여 은행의 영업 기반이 무너질 가능성이 있기 때문에 거액 신용 공여 규제 및 ‘공정 거래 규칙’(arms-length rule)을 잘 준수하고 있는지 여부를 심사 기준으로 하는 기본적인 방향을 설정하고 있다.⁶²⁾ 보다 구체적으로 보면, 인가 심사 시에 다음과 같은 사항을 중점적으로 심사한다. 즉 ① 사업모회사의 경영이 악화된 경우에 해당 사업모회사에 대해 지원이나 대출 등을 하지 않도록 하는 방안이 있는지 여부, ② 사업모회사의 경영 악화, 사업모회사의 해당 은행 주식 매각, 예금 인출 등 사업모회사에 기인하는 다양한 위험(은행 주가 하락 및 예금 인출 등)을 미리 상정하고, 그러한 요인에 의하여 은행 경영의 건전성이 손상되지 않도록 하는 방안(수익원 확보, 자금 조달원 확보, 자본 충실 방안)이 있는지 여부, ③ 은행이 사업모회사의 영업 기반을 공유하는 경우에 사업모회사의 파산 등의 사유가 발생하더라도 은행 영업을 중단되지 않도록 하는 조치가 있는지 여부 등을 심사한다.⁶³⁾

60) 金融庁, 前掲 監督指針, 322頁.

61) 上掲 監督指針, 322頁.

62) 上掲 監督指針, 322~323頁.

마. 평가

일본의 경우 산업자본이 인터넷전문은행의 대주주가 되는 것을 허용하면서 사업모회사와 은행 사이에서 은행 경영의 독립성 확보와 사업모회사의 사업 위험을 차단하기 위한 장치와 체계를 요구하고 있다는 것을 알 수 있다. 그만큼 산업자본이 인터넷전문은행의 대주주가 되었을 때 발생할 수 있는 여러 문제점을 인식하고, 인가할 때나 인가 후에도 그러한 점에 중점을 두어 감독을 함으로써 부작용을 방지하고자 하는 취지라고 이해할 수 있다. 이렇게 산업자본이 인터넷전문은행의 대주주가 되는 것을 허용한 일본의 사례를 들어 우리도 ‘은산 분리’ 규제를 완화하여야 한다는 주장은 경계해야 한다. 왜냐하면 ‘은산 분리’ 원칙의 유지 여부는 각 나라의 경제 및 금융 환경 등 여러 요소를 고려하여 결정되어야 하는 것이지 다른 나라의 사례를 무조건 받아들일 수는 없는 것이다. 이외에도 일본에서 비대면 거래라는 인터넷전문은행의 특성을 고려하여 고객을 보호하기 위한 체계나 장치를 갖추고 있는지도 중점을 두어 인가 심사할 때뿐만 아니라 인가 후에도 감독의 기준을 삼고 있는 점은 우리가 인터넷전문은행의 인가 심사나 감독 기준을 설정할 때 참고할 수 있는 사항이라고 본다.

Ⅲ. 인터넷전문은행 제도의 도입 배경과 도입 방안

1. 도입 배경

2014년 7월까지만 해도 금융당국인 금융위원회는 인터넷전문은행 제도의 도입에 적극적인 태도를 보이지 않았다. 즉 금융위원회는 2014년 7월 24일 발표한 「금융규제개혁 제안과제 검토결과」 보고서에서 업계 등으로부터 제안된 인터넷전문은행 제도의 도입 건의에 대해 중장기 검토 과제로 분류했다.⁶⁴⁾ 그 이유로서 “IT발전과 지급결제수단의 변화흐름에 대응할 필요[가 있고], 외국의 사례 등을 참조하여 은행업 인가 단위의 적정성 및 실명확인 방법 개선 합리화 등과 연계하여 지속[적인] 검토”를 할 필요가 있다고 하였다.⁶⁵⁾ 그러다가 2015년 들어서서 정부가 ‘금융기술’(FinTech)의 활성화 정책이 추진되면서 인터넷전문은행 제도

63) 上掲 監督指針, 323頁.

64) 금융위원회, “금융규제개혁 제안과제 검토결과,” 보도참고자료, 2014. 7. 24, 88면.

65) 위의 보도참고자료, 88면.

도입 방향으로 선회하여,⁶⁶⁾ 2015년 6월 18일 인터넷전문은행 제도의 도입 방안이 발표된 것이다.

금융위원회는 인터넷전문은행 제도의 도입 배경으로서 “세계적으로 금융과 ICT부문간 융합을 통한 금융서비스 혁신이 급격히 진전됨에 따라 인터넷전문은행도 활발히 도입·운영 중[이고], ‘금융개혁’ 주요 과제로서 우리나라의 발달된 IT인프라 활용, 이용자 수요 충족 및 금융서비스 수준을 비약적으로 발전시키는 계기”를 만들 것이라고 하였다.⁶⁷⁾ 즉 인터넷전문은행은 정부가 추진한 ‘금융기술’(FinTech)의 활성화 정책의 일환으로 도입된 것이라고 할 수 있다.

2. 금융위원회의 제도 도입 방안

금융위원회의 인터넷전문은행 제도 도입 방안 중 중요한 것은 ‘은산 분리’ 규제를 완화하는 방안이다. 즉 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」상의 ‘상호출자제한기업집단’⁶⁸⁾을 제외한 ‘비금융주력자’에 대하여 인터넷전문은행의 의결권 있는 주식을 50%까지 허용하는 방안이다.⁶⁹⁾ 대신에 ‘은산 분리’ 규제의 완화에 따른 부작용이 발생하지 않도록 대주주와의 이해 상충 방지를 위한 규제는 강화하는 방안을 제시하였다. 즉 인터넷전문은행의 대주주에 대한 신용공여 한도를 강화하여 인터넷전문은행 자기자본의 10%로 축소하고, 인터넷전문은행이 대주주가 발행한 주식을 취득할 수 없도록 하는 방안이다.⁷⁰⁾ 한편, 인터넷전문은행의 법정 최저 자본금은 500억 원으로 하향 조정하여 진입 규제를 완화하는 방안을 제시하였고, 업무 범위는 일반 은행과 동일하게 허용하여 “다양한 업무 개발 가능성을 열어둠으로써 금융서비스 혁신 및 신시장 창출을 유도”하는 방안을 발표하였다.⁷¹⁾ 주요 건전성 규제 및 영업행위 규제의 경우 원칙적으로 일반 은행과 동일하게 적용하고, 다만 설립 초기에 과도한 부담으로 작용할 수 있는 사항은 일정 기간 예외를 인정하는 방안을 제시하였다.⁷²⁾ 또한, 설립 초기 비용 부담을

66) 금융위원회, “IT·금융 융합 지원방안,” 보도자료, 2015. 1. 27, 8면.

67) 금융위원회, “「인터넷전문은행」이 도입됩니다. 보다 다양한 금융서비스를 손쉽게 저렴하게 이용하실 수 있습니다.” 2015. 6. 18, 1면.

68) “해당 기업집단에 속하는 국내 회사들의 상호출자제한기업집단 지정 직전사업연도의 대차대조표상의 자산총액 . . . 의 합계액이 10조원 이상인 기업집단”을 말한다(「독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령」 제17조).

69) 위의 보도자료, 3면.

70) 위의 보도자료, 3면.

71) 위의 보도자료, 4면.

고려하여 정보기술 전문업체 등의 전산 설비를 폭넓게 활용할 수 있도록 전산 설비의 외부 위탁을 허용하는 방안도 포함되어 있다.⁷³⁾ 고객이 계좌 개설 시 대면 방식에 의한 실명(實名) 확인이 어려운 점을 고려하여 다양한 비대면(非對面)에 의한 실명 확인 방식으로 변경하는 방안을 발표하였다.⁷⁴⁾ 금융위원회는 단계별 인터넷전문은행 설립 인가 방향을 발표하여, 1단계로는 현행 「은행법」상의 ‘은산 분리’ 제도 하에서 1개 내지 2개의 인터넷전문은행을 시범적으로 인가하고, 「은행법」이 개정되어 ‘은산 분리’ 규제가 완화된 후에는 추가 인가를 하는 2단계 계획도 발표하였다.⁷⁵⁾

3. 은행법 개정안 및 특례법안

20대 국회도 인터넷전문은행 제도의 도입과 관련하여 5개의 관련 법률안을 발의하였다. 이 중 2개는 은행법 개정안이고, 3개는 ‘인터넷전문은행 설립 및 운영에 관한 특례법안’이다.⁷⁶⁾ 5개 법안은 인터넷전문은행의 정의, 인하된 최저 자본금 요건 등 인터넷전문은행의 도입에 필요한 여러 법적 근거 조항을 두고 있는데, 이 중에서 ‘은산 분리’ 규제의 완화가 핵심적인 내용이다. 즉 ‘비금융주력자’인 산업자본이 인터넷전문은행의 의결권 있는 주식 50% 또는 34% 이내에서 금융위원회의 승인 절차를 거쳐 은행 주식을 보유할 수 있도록 하면서 대주주와 거래 규제를 강화하는 장치를 두고 있다.⁷⁷⁾

72) 위의 보도자료, 5면.

73) 위의 보도자료, 6면.

74) 위의 보도자료, 6면.

75) 위의 보도자료, 11면.

76) 2016년 6월 16일 강석진 의원이 대표 발의한 은행법 개정안, 2016년 7월 8일 김용태 의원이 대표 발의한 은행법 개정안, 2016년 11월 4일 정재호 의원이 대표 발의한 특례법안, 2016년 11월 11일 김관영 의원이 대표 발의한 특례법안, 2016년 11월 16일 유의동 의원이 대표 발의한 특례법안이 있다.

77) ‘은산 분리’ 완화와 관련된 법률안의 내용을 살펴보면 다음과 같다. 강석진 의원의 은행법 개정안은 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」에 따른 동일인이 자연인인 ‘상호출자제한기업집단’을 제외한 ‘비금융주력자’가 인터넷전문은행의 의결권 있는 발행 주식 총수의 100분의 50 이내에서 금융위원회의 승인 절차를 거쳐 은행 주식을 보유할 수 있도록 하고 있다(안 제16조의2 제3항 제4호 신설). 김용태 의원의 은행법 개정안은 ‘비금융주력자’가 인터넷전문은행의 의결권 있는 발행 주식 총수의 100분의 50 이내에서 금융위원회의 승인 절차를 거쳐 은행 주식을 보유할 수 있도록 하면서(안 제16조의2 제3항 제4호 신설) 대주주와의 거래 규제를 강화하고 있다(안 제35조의2 제9항 신설). 대기업 내지 대기업 집단 등 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」상의 ‘상호출자제한기업집단’도 인터넷전문은행의 대주주가 될 수 있다는 점에서 폭넓게 ‘은산 분리’ 규제를 완화하고 있다. 정재호 의원의 특례법안은 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」에 따른 동일인이 자연인인 ‘상호출자제한기업집단’을 제외한 ‘비금융주력자’는 인터넷

5개 법률안의 제안 취지도 비슷한데, 정보통신기술을 이용한 인터넷전문은행 제도를 도입함으로써 금융서비스 이용의 편리성과 접근성을 높이고, 운영 비용 절감과 은행 간 경쟁 촉진으로 금리나 수수료의 인하가 가능하여 이에 따른 금융 비용의 절감을 가져옴으로써 금융소비자에게 혜택을 주고, 새로운 일자리 및 부가가치가 창출되는 긍정적인 효과가 있다는 것이다. 그리고 “빅데이터 기반의 새로운 신용평가 시스템을 도입하여 신용등급에 따라 적용금리가 양극화되어 있는 기존 대출시장에 중금리 대출 공급을 확대하는 역할을 할 것으로도 기대되고 있다[다]”는 평가도 있다.⁷⁸⁾ 따라서 이를 실현하기 위해서는 정보통신기술 기업이 인터넷전문은행을 주도하여야 하고, 이를 위해서는 정보통신기술 기업이 인터넷전문은행의 대주주가 되는 것을 허용해야 한다는 것이 이들 법률안의 핵심이다. 즉 인터넷전문은행에 한해서 ‘은산 분리’ 규제를 완화해야 한다는 것이다.

그러나, 뒤에서 자세히 논하는 것처럼, 반드시 정보통신기술 기업이 인터넷전문은행의 대주주가 되어 주도해야 인터넷전문은행 제도의 도입 취지를 달성하는 것은 아니라고 본다. 인터넷전문은행이 정보통신망 위주로 영업을 한다는 점에서 정보통신기술이 일부 활용된다고 하더라도 그것이 전부는 아니다. 인터넷전문은행도 예금과 대출 업무라는 ‘은행업’을 영위한다는 점에서 ‘은행’이라는 속성을 고려하여야 한다. 정보통신기술 기업이 아니더라도 인터넷전문은행을 설립하고 운영할 주체는 있다고 본다. 은행, 증권회사, 보험회사 등 금융기관인 ‘금융주력자’도 정보통신기술 인력을 갖고서 충분히 인터넷전문은행을 운영할 수 있다. 그럼에도 불구하고 정보통신기술 기업만이 인터넷전문은행을 주도해야 한다는 당위성을 설정하고, ‘산업자본’이라고 불리는 ‘비금융주력자’에게 인터넷전문은행의 대주주가 되도록 허용하는 법률안은 문제가 있다고 본다. 즉 인터넷전문은행에 대

문은행의 의결권 있는 발행 주식 총수의 100분의 34 이내에서 금융위원회의 승인 절차를 거쳐 은행 주식을 보유할 수 있도록 허용하면서(안 5조), 대주주와의 거래 규제는 강화하고 있다(안 제6조, 제7조). 김관영 의원의 특례법안은 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」에 따른 동일인이 자연인인 ‘상호출자제한기업집단’을 제외한 ‘비금융주력자’가 인터넷전문은행의 의결권 있는 발행 주식 총수 100분의 34 이내에서 금융위원회의 승인을 얻어 은행 주식을 보유할 수 있도록 하면서(안 제5조), 대주주와 거래 규제를 강화하고 있다(안 제6조, 제7조). 유의동 의원의 특례법안은 ‘비금융주력자’가 인터넷전문은행의 의결권 있는 발행 주식 총수의 100분의 50 이내에서 금융위원회의 승인 절차를 거쳐 은행 주식을 보유할 수 있도록 하고(안 제5조), 대주주와의 거래 규제를 강화하고 있다(안 제6조). 대기업 등 ‘상호출자제한기업집단’도 인터넷전문은행의 대주주가 될 수 있도록 하고 있어 ‘비금융주력자’의 범위를 다른 2개 특례법안보다 넓히고 있으며, 주식 보유 한도도 50%까지 높이고 있어 다른 2개 특례법안보다도 높은 한도를 유지하고 있다.

78) 국회 정무위원회, 앞의 심사보고서, 10면.

해서 ‘은산 분리’ 규제를 완화했을 때 그 폐해가 더 클 것이라고 본다. 발의된 법률안이 ‘비금융주력자’가 은행을 사금고화(私金庫化) 할 수 있는 가능성을 막기 위해서 신용공여 금지 내지 신용공여 한도 축소 등의 여러 조치를 마련한다고 해도 우리나라 감독 환경과 과거의 사례에 비추어 볼 때 그 폐해를 완벽하게 막기에는 한계가 있다. 이런 점에서 법률안에 대한 보다 심도 있는 논의가 필요하다고 본다.

4. 인터넷전문은행의 현황 및 영업 전략

금융위원회로부터 은행업 본인가를 받은 (주)케이뱅크은행과 금융위원회에 은행업 영위 본인가를 신청한 (주)한국카카오은행의 현황 및 영업 전략을 살펴보는 것도 인터넷전문은행을 이해하는데 도움이 될 것으로 보고 여기에서 간략히 소개를 한다.

우선 (주)케이뱅크은행의 설립 자본금은 2,500억 원이며, 이사회는 9인의 이사(사내이사 3명, 사외이사 6명)로 구성되며, 약 200여명의 임직원으로 출발한다.⁷⁹⁾ 주주는 케이티, 우리은행, NH투자증권, GS리테일, 한화생명보험, KG이니시스, KG모빌리언스, 에잇퍼센트, 다날, 포스코ICT, 한국관광공사, 압컴퍼니, DGB캐피탈, 모바일리더, 이지웰페어, 브리지텍, 한국정보통신, 인포바인, Alipay(Hong Kong) Investment Limited, 스마일게이트 엔터테인먼트, 민앤지 등 총 21개의 회사로 구성되어 있다.⁸⁰⁾ (주)케이뱅크은행의 핵심 영업 전략은 “중금리 개인 신용대출(빅데이터 기반), 간편 심사 소액대출(통신요금 납부정보 등 활용), 체크카드, 직불 간편결제 서비스, 킥송금 등”이며, 신용카드업, 보험대리점 업무, 집합투자증권 판매 업무는 설립 이후 별도로 인허가를 신청할 계획이다.⁸¹⁾ 이외에도 (주)케이뱅크은행은 24시간 상담 서비스와 “챗봇(Chatbot) 서비스”(머신러닝/인공지능을 활용한 챗봇(Chatbot) 서비스로 실시간 응답 서비스)를 통하여 고객 상담 서비스를 제공함으로써 영업점이 없는 한계를 극복할 예정이다.⁸²⁾

(주)한국카카오은행의 경우는 설립 자본금은 3,000억 원이고, 약 210여명의 임직원으로 출범하며, 주주는 한국투자금융지주회사, 카카오, 국민은행, 넷마블,

79) 금융위원회, “(주)케이뱅크 은행(제1호 인터넷전문은행) 은행업 인가,” 2016. 12. 14, 6면.

80) 위의 보도자료, 6면.

81) 위의 보도자료, 6면.

82) 위의 보도자료, 8면. (주)케이뱅크은행의 주요 상품과 서비스에 관해서는 위의 보도자료, 7~8면.

SGI서울보증, 우정사업본부, 이베이, YES24, Skyblue(텐센트) 등 9개 기관이다.⁸³⁾ (주)한국카카오은행은 중금리 신용대출 및 소상공인 대출 상품을 주력 상품으로 개발할 예정이며, 카카오톡 기반 간편 송금과 “금융봇”이라는 실시간 카톡 기반 금융 서비스도 제공할 계획이다.⁸⁴⁾

이처럼 인터넷전문은행은 24시간 금융 서비스 제공과 중금리 대출 시장을 주요 영업 전략으로 채택하고 있음을 알 수 있다. 중금리 대출 시장을 목표로 하는 것은 기존 일반 은행들이 할 수 없었던 분야를 개척한다는 점에서 긍정적이다. 이것은 영업점이 없고 많은 인력이 필요하지 않아 인건비 절감이 가능한 인터넷전문은행의 특성상 추구할 수 있는 적절한 영업 전략이라고 본다. 그런데 중금리 대출 상품이 성공을 거두기 위해서는 차입자에 대한 보다 정교하고 고도화된 신용 평가 기법을 개발하여야 한다. 정보통신기술 인력 못지않게 신용 평가 및 여신 관리 전문가가 필요한 이유이다.

IV. 법적 쟁점 분석과 과제

인터넷전문은행의 도입과 관련하여 제기되는 가장 큰 쟁점은 ‘은산 분리’ 규제의 완화 여부 문제이다. 이외에도 인터넷전문은행의 정의 문제, 비대면 고객 실명 확인 문제, 업무 범위의 제한 여부 문제, 최저 자본금 요건의 완화 여부 문제, 인가 심사 및 감독 기준의 차별화 여부 문제 등을 생각할 수 있다. 이 중 ‘은산 분리’ 규제의 완화 여부 문제가 제일 중요한 사항이므로 이 쟁점을 보다 자세히 다루고, 나머지 사항은 기타 쟁점으로 분류하여 다루기로 한다.

1. ‘銀産 分離’ 원칙의 유지 여부 쟁점: ‘銀産 分離’ 정책의 유지 필요

가. 서설

‘은산 분리’ 규제를 인터넷전문은행에 대해서만 완화할지 여부의 문제가 인터넷전문은행 제도 도입에 있어서 제일 중요한 쟁점 사항이 되었다. 앞서 본 것처럼

83) 금융위원회, “카카오뱅크, 1월 6일 인터넷전문은행 본인가 신청,” 보도참고자료, 2017. 1. 6. 1면. 주요 주주의 지분율을 보면, 한국투자금융지주회사 58%, 카카오 10%, 국민은행 10%, 우정사업본부 4%이다. 조대형, 인터넷전문은행 도입 현황과 개선과제, NARS 현안보고서 제300호, 국회입법조사처, 2016. 12. 29, 21면.

84) 금융위원회, “인터넷전문은행 예비인가 결과,” 보도자료, 2015. 11. 29, 14~16면.

럼, 정부는 ‘상호출자제한기업집단’을 제외한 ‘비금융주력자’에 대해서 인터넷전문은행의 의결권 있는 발행 주식 총수의 50%까지 소유하는 것을 허용하는 방안을 제시했고,⁸⁵⁾ 국회도 34% 내지 50%까지 완화하는 법률안을 발의한 상태이다.

‘은산 분리’ 규제 완화 또는 유지 문제에 대해서는 여러 가지 견해가 제시되고 있다. 우선 ‘은산 분리’ 규제를 완화하여야 한다는 입장을 살펴보자. ‘비금융주력자’에 대해 인터넷전문은행의 의결권 있는 주식 50%까지 소유하는 것으로 일괄적으로 허용하기 보다는 규모에 상응하여 주식 보유 제한을 차별하는 방안(즉 소규모 인터넷전문은행의 경우 비금융주력자의 지분에 대하여 규제를 완화하되, 규모가 큰 인터넷전문은행의 경우에는 지분 소유 규제를 엄격히 하는 방안)을 제시하는 견해,⁸⁶⁾ 비금융주력자의 보유 지분을 확대하는 것을 고려할 수 있겠으나 50% 지분은 과하다는 보는 견해,⁸⁷⁾ 비금융주력자의 인터넷전문은행 주식 취득 최고 한도를 두지 말고 비금융주력자의 주식 취득의 필요성, 경영 필요성, 재무 건전성 및 대주주 적격 요건 등을 엄격하게 심사하여 승인 여부를 결정하는 방안을 제시하는 견해,⁸⁸⁾ 인터넷전문은행을 통한 경제력 집중 문제가 악화되지 않는 범위 내에서 산업자본에 의한 인터넷전문은행 설립이나 지방은행에 준하는 정도(즉 15%의 한도)의 소유 구조를 허용할 필요가 있다는 견해,⁸⁹⁾ 산업자본의 인터넷전문은행에 대한 지분율을 25% 이하로 규제하고, 과반수 이상의 이사를 산업자본의 영향력에서 벗어난 독립적인 인사로 선출하는 방법을 제시하면서 비금융주력자의 인터넷전문은행 대주주 자격에 대한 엄격한 기준 마련이 필요하다는 견해⁹⁰⁾ 등은 대체로 ‘은산 분리’ 규제를 완화하자는 입장으로 정리할 수 있다.

반면에 ‘은산 분리’ 규제를 유지해야 한다는 입장도 있다. 은행의 경우 주주뿐만 아니라 예금주 등 다양한 이해관계자가 관련되어 있기 때문에 이해관계자 관

85) 정부는 별도의 은행법 개정 법률안을 국회에 제출하지는 않았다.

86) 안수현, “ICT기업의 지급결제서비스 관련 법적 이슈 검토,” 은행법연구 제8권 제2호, 은행법학회, 2015. 11, 130면.

87) 김경석, “인터넷전문은행 도입에 관한 소고 -법적 쟁점을 중심으로-,” 중앙법학 제18집 제3호, 중앙법학회, 2016. 9, 51~52면.

88) 이준희, “인터넷전문은행 관련 법률적 쟁점에 관한 소고,” 기업법연구 제30권 제1호, 한국기업법학회, 2015. 3, 90면.

89) 김병태, “인터넷전문은행 제도 도입의 법률적 과제,” 상사판례연구 제22집 제1권, 한국상사판례학회, 2009. 3, 144면.

90) 박상인, “인터넷전문은행 도입의 문제점과 개선 방안,” 정부의 인터넷전문은행 설립 방안 문제 진단과 개선 방안, 경제정의실천시민연합/국회의원 민병두 공동 주최 토론회 자료집, 2015. 7. 3, 15면.

점에서 은행의 소유 규제에 대한 접근이 필요하다는 견해,⁹¹⁾ ‘은산 분리’ 규제를 인터넷전문은행에 대해서도 유지해야 한다고 하면서 은행 등 금융기관이 자회사로 인터넷전문은행을 설립하는 것을 장려할 필요가 있다는 견해,⁹²⁾ 대주주가 과반수 지분을 보유하고 있으면 소수(少數)주주들의 견제가 어렵다는 점과 자본력이 상대적으로 부족한 정보통신기술 기업이 금융업을 영위하기 위해서 반드시 과반수의 주주가 되어야 하는지가 의문이라는 점 및 경영의 투명성이 확보되지 않은 상태에서는 우려가 된다는 점을 들면서 다소 부정적인 입장을 취하는 견해,⁹³⁾ 금융위원회가 강조하고 있는 ‘은산 분리’ 규제와 ‘금융기술’(FinTech)의 발전은 전혀 다르다고 하면서, ‘은산 분리’ 규제를 완화하게 되면 자금고화 등으로 인해 지급 결제 제도의 안전성을 훼손할 가능성이 크며, 특히 외국계 ‘금융기술’(FinTech) 기업이 국내 은행 시장을 잠식할 가능성을 배제할 수 없다는 견해,⁹⁴⁾ 미국의 입법례와 우리나라 상호저축은행 사태의 경험에 비추어볼 때 ‘은산 분리’ 규제의 완화 시 문제점이 있다고 지적하면서, 특히 외국 정보통신기술 기업이 국내 인터넷전문은행을 소유할 수 있다는 우려를 제시하는 견해,⁹⁵⁾ 2013년 ‘동양 사태’의 사례를 언급하면서 만약 ‘동양은행’이 있었다고 했을 때 동양그룹이 ‘동양은행’을 동원하여 계열회사를 지원하지 않았을 것이라고 확답할 수 있어야 ‘은산 분리’ 완화 규제 주장이 설득력을 얻을 수 있다고 하고, 산업자본이 은행을 지배할 때 은행의 동반 부실화 가능성의 문제점을 제기하는 견해⁹⁶⁾ 등은 현행 ‘은산 분리’ 규제를 유지하자는 입장으로 이해할 수 있다. 이외에도 인터넷전문은행에 한해 은산 분리 규제를 완화할 필요가 있으나, 전면적인 철폐는 시기

91) 조대형, 앞의 보고서, 34면. 이 견해는 “은산분리 규제 완화 논의는 대기업의 경쟁력 집중이 높고, 해당 기업을 사실상 지배하고 있는 소유주가 존재하며, 특히 소유와 경영이 분리되지 않은 우리나라의 특수한 기업 상황을 고려해야 [한다]”라고 한다. 위의 보고서, 34면.

92) 이동걸, “정부의 인터넷전문은행 설립 방안의 문제점에 대한 토론문,” 정부의 인터넷전문은행 설립 방안 문제 진단과 개선 방안, 경제정의실천시민연합/국회의원 민병두 공동 주최 토론회 자료집, 2015. 7. 3, 35면.

93) 김은수, “인터넷전문은행 도입에 관한 소고,” 상사판례연구 제28집 제3권, 한국상사판례학회, 2015. 9, 178면.

94) 김동환, 글로벌 규제개혁 동향과 과제-바람직한 규제체계의 모색, KIF 금융리포트 2017-01, 2017. 1, 74~75면.

95) 전성형, “은산 분리: 원칙인가? 족쇄인가?,” 카카오뱅크·K뱅크 등 인터넷전문은행 출범 문제 진단 토론회 발표집, 국회의원 이학영/국회의원 전해철/참여연대 경제금융센터 공동 주최, 2017. 2. 2, 16~23면.

96) 김성진, “토론문: 인터넷전문은행을 위한 은산분리 완화의 문제점,” 카카오뱅크·K뱅크 등 인터넷전문은행 출범 문제 진단 토론회 발표집, 국회의원 이학영/국회의원 전해철/참여연대 경제금융센터 공동 주최, 2017. 2. 2, 35~36면.

상조(時期尙早)로 보면서 사금고화를 막는 보완 장치를 더욱 강화할 필요가 있다는 견해⁹⁷⁾는 유보적 입장으로 이해할 수 있다. 이렇게 은산 분리 규제의 완화 문제에 대해서는 다양한 견해가 있음을 알 수 있다.

여기서 ‘은산 분리’ 규제를 완화해야 한다는 정부의 입장을 검토해보자. 금융위원회는 2015년 6월 인터넷전문은행 제도의 도입을 발표하면서, ‘은산 분리’ 규제가 완화되어야 하는 이유를 “인터넷전문은행의 성공 가능성을 높이기 위해서는 ICT기업 등을 비롯한 창의성·혁신성을 갖춘 잠재후보자의 진입이 불가피[하고], 외국 사례를 보더라도 대부분 ICT기업 등 모회사 플랫폼을 활용하여 상당수의 고객(critical mass)을 조기 확보하는 등 경쟁력 있는 수익모델을 구축한 경우에 주로 성공[했다]”⁹⁸⁾는 것을 들고 있다. 즉 정보통신기술 기업이 인터넷전문은행을 주도해야 하고 이렇게 되어야 인터넷전문은행이 정보통신기술에 바탕을 둔 새로운 금융 기법을 개발하여 기존 은행과 차별화 되고 경쟁력이 있는 인터넷전문은행이 출현하여 성공할 수 있다는 것이다.

과연 그러한가? 정보통신기술 기업이 아닌 기업, 즉 금융기관이 주도를 하면 인터넷전문은행이 성공할 수 없는 것인가? 우리은행의 ‘위비뱅크’나 신한은행의 ‘씨니뱅크’의 사례처럼, 사실상 인터넷전문은행의 업무라고 할 수 있는 은행의 ‘모바일 banking’ 업무를 주도하고 있는 금융기관의 사례는 어떻게 평가되어야 하는가? 물론 인터넷전문은행이 주로 정보통신망상으로 영업을 하기 때문에 정보통신기술이 중요할 수 있다. 그렇다고 해서 인터넷전문은행이 ‘은행업’(즉 예금 수입 및 대출 업무)을 영위한다는 속성을 무시해서는 안 된다. 정보통신기술도 중요하지만 ‘은행’이므로 오히려 영업 전략과 여신(與信) 관리 업무가 더 중요할 수 있다. 아무리 고객에게 편리한 금융 거래 기법을 개발하더라도 대출 업무 등 여신 관리에서 실패하면 인터넷전문은행은 성공할 수 없다. 정보통신기술 보다도 여신 관리 등 은행 영업을 더 중요하다고 할 수 있는 것이다. 금융기관이 정보통신기술이 필요하면 전문 인력을 채용하여 정보통신기술을 개발할 수 있고, 필요하면 정보통신기술 전문 기업에게 업무를 위탁할 수도 있다. 이런 점에서 정보통신기술 기업이 인터넷전문은행의 대주주가 되어야 할 필연적인 이유는 없는 것이다.

97) 정희수, “인터넷전문은행 도입의 법적 이슈와 영향,” 금융법연구 제12권 제3호, 한국금융법학회, 2015. 12, 18면.

98) 금융위원회, “별첨 2: IT·금융 융합 및 신성장동력 창출을 위한 인터넷전문은행 도입방안,” 보도자료, 2015. 6. 18, 4면.

정보통신기술 기업이 인터넷전문은행의 대주주가 되어야 한다는 주장은 ‘은행’ 업무의 본질을 간과한 주장이라고 본다. 외국의 사례를 들어 정보통신기술 기업이 인터넷전문은행을 주도해야 하는 주장도 정확한 사실이 아니다. 외국에도 은행, 증권회사, 보험회사 등 금융기관이 주도하는 인터넷전문은행이 활발히 영업을 하고 있다.⁹⁹⁾ 따라서 이하에서는 우선 ‘은산 분리’ 원칙을 규정하고 있는 「은행법」의 내용을 살펴보고, 왜 ‘은산 분리’ 원칙이 인터넷전문은행에도 유지되어야 하는 지에 관한 논거를 제시하고자 한다.

나. ‘은산분리’ 규제의 개관

「은행법」은 은행 주식 보유에 대해서 강한 규제를 하고 있다. 이는 은행이 그만큼 금융 산업 및 경제 전반에 미치는 영향이 크다는 점을 말한다. 「은행법」은 ‘금융주력자’와 ‘비금융주력자’에 대한 차별적인 은행 주식 보유 규제를 하면서 ‘비금융주력자’에 대해서는 보다 강한 소유 규제를 하고 있다. ‘산업자본’이라고 불리는 ‘비금융주력자’가 은행의 대주주가 될 때 발생할 수 있는 여러 문제점을 고려하여 정책적으로 강한 소유 규제를 하고 있다고 이해하면 될 것이다. 그리고 전국(全國)을 영업 구역으로 하는 은행(이하 “전국은행”이라 한다)과 전국을 영업 구역으로 하지 않는 은행(이하 “지방은행”이라 한다)을 구별하여 전국은행에 대해서는 지방은행보다 더 강한 소유 규제를 하고 있다. 이는 전국은행이 규모가 커서 그만큼 금융 시장에 미치는 영향이 크다는 점을 고려한 결과라고 이

99) 위의 보도자료, 2015. 6. 18, 18면에는 외국의 인터넷전문은행의 설립 사례를 우리금융연구소 자료를 인용하면서 [표]로 보여주고 있는데, 은행이나 증권회사, 보험회사, 카드회사 등 금융기관이 설립한 인터넷전문은행도 있다. 은행이 설립 주체가 된 인터넷전문은행의 사례는 WeBank(이태리), SBI Net Bank(일본), ComDirect(독일), Boursorama(프랑스), BforBank(프랑스), Fortuneo(프랑스)이고, 증권회사가 설립 주체가 된 인터넷전문은행은 Charles Schwab Bank(미국), Daiwa Next Bank(일본)이며, 보험회사가 설립 주체가 된 인터넷전문은행은 EGG Bank(영국), ING Direct(네덜란드), Skandia(스웨덴)이고, 신용카드회사가 설립 주체가 된 인터넷전문은행은 American Express Bank(미국), Discover Bank(미국)이다. 위의 보도자료, 18면, 미국의 경우도 2014년 말 현재 24개의 인터넷전문은행 중 20개가 은행, 증권회사 및 신용카드회사 등 금융기관이 설립한 은행이고, 나머지 4개는 가전회사, 유통회사 및 자동차회사가 설립한 은행이라는 자료도 있다. 이성복, 앞의 글, 114면. 또한 일본의 경우도 8개 인터넷전문은행 중 정보통신기술 기업이 대주주인 인터넷전문은행은 지분(Jibun)은행(일본의 2대 통신사인 KDDI가 50% 보유하고 나머지 50%는 도쿄미즈비시UFJ은행이 소유)뿐이며, 인터넷전자상거래업체인 야후(Yahoo)가 대주주(41.2%)인 재팬네트은행, 인터넷·전자상거래 기업인 라쿠텐이 설립한 라쿠텐은행(100%)이 있고, 나머지는 유통업체 및 은행이나 증권회사, 보험회사 등 금융기관이 대주주인 인터넷전문은행이라(천대중, 앞의 글(일본 인터넷전문은행 제도), 7면), 정보통신기술 기업이 주도하고 있다고 보기도 어렵다.

해할 수 있다.

관련 「은행법」 조항은 제15조와 제16조의2이다. 「은행법」은 ‘금융주력자’인 ‘동일인’¹⁰⁰⁾과 ‘비금융주력자’인 ‘동일인’에 대해서 차별적인 소유 규제를 하고 있으며, 전국은행과 지방은행에 대해서도 규제의 차이를 두고 있다. 우선 ‘금융주력자’인 동일인은 전국은행의 의결권 있는 발행 주식 총수의 10%를 초과해서 보유할 수 없는데, 그 10% 한도를 초과하여 전국은행의 주식을 보유하려면 일정한 요건을 충족하여 금융위원회의 승인을 얻어야 한다(법 제15조 제1항, 제3항).¹⁰¹⁾ 지방은행의 경우는 그 기준이 15%이다. 즉 15%까지는 아무런 승인이나 보고 없이 보유할 수 있고, 15% 초과하는 경우에는 일정한 요건을 충족해서 금융위원회의 승인을 얻어 100%까지 보유할 수 있다(제15조 제1항, 제2호, 제3항).

반면에 비금융주력자인 ‘동일인’은 전국은행의 의결권 있는 발행 주식 총수의 4%까지만 아무런 승인이나 보고 없이 보유할 수 있으나, 4% 초과해서 10%까지는 의결권을 행사하지 않는 조건으로 일정한 재무 건전성 요건을 충족하여 금융위원회의 승인을 얻어야 보유할 수 있다(법 제16조의2 제1항, 제2항). 그리고 10%를 초과해서 보유하는 것은 법이 정한 일정한 경우를 제외하고는 금지된다. 예를 들어, 금융주력자로 전환하려는 비금융주력자나 비금융주력자에 해당하는 연기금 등은 일정한 요건을 충족하고 금융위원회의 승인을 얻어 10%를 초과하여 보유할 수 있다(법 제16조의2 제3항). 즉 일반적으로 비금융주력자인 ‘동일인’의 경우에는 10%가 최대 보유 한도인 셈이다. 지방은행의 경우 그 기준은 15%이다. 즉 비금융주력자인 ‘동일인’은 금융위원회의 승인을 받을 필요 없이 지방은행의 의결권 있는 발행 주식 총수의 15%까지 보유할 수 있다. 다만 전국은행의 경우와 마찬가지로 금융주력자로 전환하려는 비금융주력자나 비금융주력자에 해당하는 연기금 등은 일정한 요건을 충족하고 금융위원회의 승인을 얻어 15%를 초

100) ‘동일인’의 정의는 본인과 그 특수관계인을 말하는데(은행법 제2조 제1항 제8호), 특수관계인은 본인의 배우자, 6촌 이내의 혈족 및 4촌 이내의 인척뿐만 아니라 계열회사, 더 나아가 “본인과 합의 또는 계약 등으로 의결권을 공동으로 행사하는 자”까지 포함된다(은행법 시행령 제1조의4).

101) 이렇게 해석이 되는 이유를 살펴보면 다음과 같다. 은행법 제15조 제1항은 “동일인은 은행의 의결권 있는 발행 주식 총수의 100분의 10을 초과하여 은행의 주식을 보유할 수 없다”라고 하고 있는데, 단서 조항이 지방은행의 경우는 15%를 기준으로 하고 있어서 은행법 제15조 제1항 본문에서 “은행”은 전국은행을 의미하는 것으로 해석이 되는 것이다. 그리고 비금융주력자인 ‘동일인’은 은행법 제16조의2를 적용받아 별도로 규제받기 때문에 은행법 제15조 제1항의 ‘동일인’은 비금융주력자가 아닌 동일인, 즉 금융주력자인 동일인만이 해당되게 되는 것이다.

과해서 보유할 수 있다(법 제16조의2 제3항).

따라서, 현행 「은행법」에 따르면, 전국은행으로 보아야 하는 인터넷전문은행의 경우, 산업자본인 ‘비금융주력자’는 금융위원회의 승인을 얻어 인터넷전문은행의 의결권 있는 발행 주식 총수의 10%까지만 보유할 수 있고, 4% 초과 10%까지는 의결권을 행사할 수 없게 되는 것이다. 다시 말해서, 산업자본인 비금융기업이 인터넷전문은행의 대주주가 되는 것은 사실상 어렵다고 할 수 있다.

다. 왜 ‘은산분리’ 정책이 유지되어야 하는가?

인터넷전문은행도 영업점이 없다 뿐이지(물론 소수의 영업점이 있을 수 있지만) 영위하는 업무가 예금 수입 및 대출 업무 등 기본적으로 기존 일반 은행과 다르지 않기 때문에 ‘은산 분리’ 원칙을 완화할 때 발생하는 폐해가 인터넷전문은행에게도 그대로 발생하게 된다. 그렇기 때문에 인터넷전문은행에게만 ‘은산 분리’ 원칙에 예외를 두는 것은 바람직하지 않다. 예외 허용이 결국은 은산분리의 큰 원칙을 훼손할 수 있는 것이다.

문제점을 구체적으로 살펴보면, 첫째, 인터넷전문은행의 대주주가 되는 정보통신기술 기업도 은행의 자금 수요자이어서 사금고화(私金庫化) 문제가 발생할 수 있다. 대주주인 정보통신기술 기업이 부실하게 되면 대주주로서 은행에 영향력을 행사하여 은행으로부터 자금을 지원받으려는 유혹이 항상 존재하게 되고, 인터넷전문은행의 부실 발생 가능성이 있게 된다. 물론 엄격한 차단벽을 설정하고 감독을 철저히 해서 그러한 사금고화 문제를 막을 수 있다고 주장할 수도 있지만, 그러한 차단 장치 작동이 잘 되지 않을 가능성이 존재한다. 차명 거래 등을 통하여 법망을 회피한 부실 대출의 발생 등 많은 문제점이 일어난 과거 사례에 비추어 볼 때 완전한 감독을 기대하는 것은 사실상 어렵다. 2011년 상호저축은행들의 파산 사태는 대주주가 상호저축은행을 사금고화 했다는 것을 여실히 증명하고 있으며, 2013년의 ‘동양 사태’에서 보듯이 (주)동양증권이 계열회사를 지원하기 위하여 금융상품의 불완전 판매를 했다는 사실은 우리나라에서 비금융기업이 은행을 포함한 금융기관의 대주주가 되어서는 안 된다는 것을 여실히 보여주고 있다. 그리고 대주주인 정보통신기술 기업이 부실화 되면, 그 영향에서 자유롭지 못한 인터넷전문은행도 부실로 연결될 가능성이 크다. 즉 은행의 건전성이 훼손될 수 있는 것이다. 이렇게 되면 그 피해는 고스란히 선량한 예금자에게 돌아가게 된다.

전체 금융 제도의 안정성에 위협이 되는 문제가 발생하는 것이다. 그래서 ‘은산 분리’ 원칙이 유지되어야 하는 것이다.

둘째, 인터넷전문은행은 여전히 ‘은행’이다. 즉 정보통신기술을 활용하여 은행업을 영위한다고 하지만 은행업의 보다 근본적이고 가장 중요한 것은 은행업에서 발생하는 위험(risk)을 얼마나 잘 관리하느냐가 중요한 것이다.¹⁰²⁾ 아무리 최신 금융기술 기법을 개발하여 영업을 하더라도 여신 관리를 제대로 하지 못하여 부실이 발생하면 인터넷전문은행 제도의 성공을 기대하기가 어렵다. 즉 인터넷전문은행에도 여신 관리 등 위험 관리 체계가 여전히 중요한 것이다. 은행 영업 전략이 더 중요한 것이다. 이런 점에서 보면 굳이 정보통신기술 기업이 인터넷전문은행의 대주주가 되어야 할 필요성은 없는 것이다.

셋째, 정보통신기술 기업이 아닌 금융기관(은행, 증권회사, 보험회사 등 ‘금융주력자’)도 정보통신기술 전문 인력을 채용하여 인터넷전문은행의 기술 혁신을 주도할 수 있다는 점에서 굳이 정보통신기술 기업에게 인터넷전문은행의 대주주 지위를 인정해줄 필요가 있는지도 의문이다. 이는 현재 은행이 ‘인터넷뱅킹’을 통하여 사실상 인터넷전문은행의 업무라고 할 수 있는 온라인 영업을 하고 있는 점¹⁰³⁾에 비추어 보아도 은행이나 금융업종 회사가 인터넷전문은행을 경영하지 못할 이유가 없다는 것을 보여주고 있다. 이런 점에서 보면 정보통신기술 기업이 반드시 인터넷전문은행의 대주주가 되어야 하는 당위성은 없는 것이다. 오히려 정보통신기술 기업이 인터넷전문은행의 대주주가 될 때 부작용이 더 커질 가능성이 있어서 문제인 것이다.

넷째, 정보통신기술 기업이 인터넷전문은행의 대주주가 될 때, 은행의 임원 선임에서 있어서 대주주의 영향력이 크게 미칠 수 있다. 그래서 정보통신기술업 근무 경력을 가진 사람이 은행장이나 임원으로 선임될 가능성이 있다. 왜냐하면 법적으로도 문제가 없기 때문이다. 은행의 경영지배구조에 적용되는 「금융회사의 지배구조에 관한 법률」에 따르면, 은행장이나 사내이사에게는 자격 요건으로서 금융에 관한 경험과 지식을 요구하고 있지 않고 있다.¹⁰⁴⁾ 이 경우 은행 경영에

102) 인터넷전문은행은 기본적인 위험 관리와 비용 관리에 충실해야 한다면, 금융노하우가 없는 정보통신기술 기업이 주도하여 설립되는 인터넷전문은행의 경우에는 철저한 위험 관리와 비용 관리가 더욱 중요하다고 하는 주장은 서병호/이수진/이윤석, 해외 인터넷전문은행의 사례 분석과 시사점, KIF 금융리포트 2016-01, 한국금융연구원, 2016. 10, 145면

103) ‘모바일뱅킹’인 우리은행의 ‘위비뱅크,’ 신한은행의 ‘씨니뱅크’의 성공 사례를 들 수 있다.

104) 반면에 은행 등 금융기관 사외이사에게는 “금융, 경제, 경영, 법률, 회계 등 분야의 전문지식이나 실무경험이 풍부한 사람”이라는 적극적 자격 요건을 요구하고 있다(「금융회사의 지배

경험이 없는 은행장이 전문성을 요하는 은행 경영을 잘 할 수 있는지가 의문이다. 물론 기업 경영의 경험이 은행 경영에 도움이 될 수 있고, 몇 년 동안 은행 경영의 경험을 쌓으면 문제가 없다고 주장할 수도 있으나, 은행 경영이 그렇게 쉬운 것은 아닐 것이다. 다년간의 은행 실무 경험이 필요한 것이다. 실제 사례로 증권회사 근무 경력을 가진 사람이 우리은행장으로 재임할 때 공격적인 경영으로 외형 성장 영업 전략을 무리하게 추구하다가 우리은행에게 엄청난 손실을 입힌 사례가 있다.¹⁰⁵⁾ 그만큼 은행 경영과 증권회사 경영은 다르다는 것을 이야기한다. 이런 점에서 은행 경영의 경험이 없는 비금융 기업 출신이 은행장이 되는 것은 문제가 있다고 본다. 최근 선임된 (주)케이뱅크은행과 (주)한국카카오은행의 은행장(대표이사)이 은행 경영의 경험이 없는 정보통신기술 기업 근무 경력자 또는 증권회사 근무 경력자이어서,¹⁰⁶⁾ 앞서 언급한 우려가 현실로 나타나고 있다. 특히 은행장이 대주주인 기업에서 근무한 사람이라 대주주의 영향력에서 더욱 자유로울 수가 없는 문제가 발생할 수 있다. 사금고화의 가능성이 더 커지는 것이다.

다섯째, 인터넷전문은행에 한해서 비금융주력자의 주식 보유 제한에 예외를 두게 되더라도, 이는 ‘은산 분리’ 원칙을 훼손하는 것이라 향후 일반은행에 대해서도 ‘은산 분리’ 원칙이 무너지게 되는 단초를 제공할 여지가 있다는 점에서 인터넷전문은행에 대해서만 예외를 두는 것은 바람직하지 않다.

대안은 은행이나 ‘금융주력자’인 증권회사 및 보험회사가 인터넷전문은행을 자

구조에 관한 법률」 제6조 제3항).

105) 우리은행의 제3대 은행장(2004. 3. 25. ~ 2007. 3. 25.)을 역임한 황영기 행장(우리금융지주회사 회장 겸임) 재임 시 우리은행은 무리한 외형 성장 전략의 추구 결과 위험이 높은 신용파생상품(CDO, CDS)에 투자했다가 투자 실패로 10조 원 이상의 투자 손실이 발생한 사례가 있는데, 이는 은행 경영 경험이 없고 주로 증권회사 근무 경험을 가진 황영기 행장이 재임 시 ‘공격적인 경영’을 추구하면서 발생한 실패 사례이다. 김홍달, 「은행 경영지배구조의 현황과 과제」 토론문, 「은행법연구」 제4권 제2호(은행법학회, 2011. 11), 100면; 금융위원회/금융감독원, “황영기 前우리은행장 관련 소송 결과,” 보도참고자료, 2011. 3. 11, 1면 참조. 이는 안정적인 자산 운용이 중요한 은행이 증권회사처럼 과도한 위험 추구 전략을 구사하다가 크게 손실이 발생한 사건으로서 그만큼 은행 경험이 풍부한 책임자가 은행장(대표이사)이 되어야 한다는 점을 시사한다고 할 수 있다.

106) (주)케이뱅크은행의 심성훈 은행장(대표이사)은 (주)케이티의 시너지경영실장을 역임한 (주)케이티 출신이다. 매경이코노미, “인터넷은행 연내 출범 가능할까,” 2016. 10. 4.자 기사. (주)한국카카오은행의 이용우 공동대표이사도 현대그룹 종합기획실, 동원증권 전략기획실장, 한국투자금융지주 전략기획실장, 한국투자증권 자산운용본부장, 한국투자자산탁운용 최고투자책임자(CIO) 등의 경력을 갖춘 증권회사 출신이고, 윤호영 공동대표는 대한화재, ERGO다음다이렉트 경영기획실장, 다음커뮤니케이션 경영지원부문장, 카카오 모바일뱅크 TFT 부사장을 맡은 경력이 있는 정보통신기술기업 출신이다. 전자신문, “한국카카오(카카오뱅크), 이사회 의장·공동 대표이사 선임,” 2017. 1. 14.자 기사(<http://www.etnews.com/20170104000356>). 공동대표이사를 둔 이유는 한국투자금융지주회사가 최대주주이기 때문으로 이해된다.

회사(子會社)로 두도록 하는 것이다. 다만 은행이 인터넷전문은행을 자회사로 두는 경우에 다음과 같은 법적 문제가 있다. 즉 은행이 금융지주회사의 자회사인 경우에는 「금융지주회사법」의 적용을 받아 손자회사로서 은행을 둘 수 없어서(금융지주회사법 제19조, 시행령 제15조 제1항 제3호 가목), 금융지주회사의 자회사로 둘 수밖에 없는 문제가 있다. 물론 금융지주회사의 자회사에 속하지 않는 은행의 경우에는 「은행법」상 자은행(子銀行)을 둘 수 있으므로(법 제37조 제5항)¹⁰⁷⁾ 인터넷전문은행을 자은행으로 두는 데 문제가 없다. 그런데 대부분의 은행은 금융지주회사의 자회사로 되어 있기 때문에 「금융지주회사법」을 개정하여 자회사인 은행이 손자회사로서 인터넷전문은행을 두는 것을 허용할 필요가 있다.

라. 소결

금융위원회는 인터넷전문은행이 ‘금융기술’(FinTech) 산업의 선도적인 역할을 할 것이라고 하는데, 물론 어느 정도 그러한 면은 있어도 정보통신기술 기업이 인터넷전문은행을 주도해야 한다는 것은 의문이다.

일본에서도 비금융 기업이 인터넷전문은행 설립에 참여하는 것을 허용할 것인지와 관련하여 논란이 제기되었다. 일본은 정보통신기술 기업이 인터넷전문은행의 지분 취득을 허용하기는 했지만, 대신에 엄격한 사업 위험 차단 장치(firewall)와 은행 경영에 있어서 대주주와의 독립성 확보를 인가 심사 및 감독 기준으로 정해 운영하고 있다는 점은 앞서 본 바와 같다. 이는 일본에서도 산업자본의 인터넷전문은행 지분 참여에 따른 문제점을 인식했다고 볼 수 있다. 일본의 사례를 들어 정보통신기술 기업이 인터넷전문은행에 지분 참여를 하는 것을 허용하자는 주장도 있는데, 아직도 ‘편법’이 이루어지고 있고 투명성이 미흡한 우리나라의 기업 행태상 산업자본이 인터넷전문은행의 대주주가 되는 것을 허용하는 방안은 문제가 많다고 본다. 아무리 차단벽을 잘 설치한다고 해도 완전한 감시는 어려운 일이다. 특히 감독 부실의 문제가 항상 제기되고 있는 현행 금융감독기구 체제에서는 그러한 문제점을 방지하는 것은 더욱 어려운 것이라고 본다.

금융위원회는 국회가 「은행법」 개정 법률안이나 특례법을 조속히 처리해줄 것을 ‘압박’하고 있다.¹⁰⁸⁾ 언론도 국회가 관련 법률안을 처리하지 않아서 ‘반쪽자

107) 은행법상 자은행의 기준은 은행이 다른 은행의 의결권 있는 발행 주식 총수의 15%를 초과하는 경우에 해당한다(은행법 제37조 제5항).

108) 금융위원회는 (주)케이뱅크은행에 대한 은행업 영위 본인가를 해주면서 금융위원회 위원장 당

리' 인터넷전문은행이 출범하고 있다고 하면서 비판적이다.¹⁰⁹⁾ 관련 법률안 개정 내지 제정 사항은 국회의 권한이다. 정부가 법률안을 제출할 수 있는 권한은 있지만 마치 국회가 일을 하지 않고 있는 것처럼 '압박'하는 것은 바람직하지 않다. '은산 분리' 원칙의 유지 여부는 중요한 문제이다. 인터넷전문은행에 대해서만 예외를 두는 것은 바람직하지 않다. 보다 신중한 논의가 필요한 이유이다.

2. 기타 쟁점

가. 인터넷전문은행의 정의 문제: 소수(少數)의 영업점 둘 필요 있어

우선 인터넷전문은행의 정의를 어떻게 할 것인가를 생각해보아야 한다. 다시 말해서 인터넷전문은행은 지점¹¹⁰⁾이나 영업소를 전혀 두지 않는 은행이어야 하는지, 아니면 아주 필요한 최소한의 영업점을 둘 수 있는 은행이어야 하는지 여부를 결정하여야 한다. 정보통신망으로만 영업을 한다는 인터넷전문은행의 정의에 충실하게 따른다면 지점이나 영업소를 두지 않는 것이 맞을 것이다. 그래서 "Internet Only Bank"라고 한다.

그러나 인터넷전문은행이라고 하더라도 불가피하게 고객을 대면하여 업무를 처리할 필요가 있을 것이다. 예를 들어, 고객의 불편을 직접 대면하여 해결할 필요성도 있을 것이고, 정보통신망으로 영업을 함에 있어서 불가피하게 발생하는 업무의 보안을 위해서도 일부 지점이나 영업점의 설치 필요성을 인정할 수 있을 것이다.¹¹¹⁾ 예를 들어, 대출 업무를 할 때 모집이나 대출 신청 및 여신 심사 단

부 말씀으로 "무엇보다 국회에서 인터넷전문은행 입법이 조속히 처리되어야 할 것임"이라고 하면서 "국민과 국민들에게 도움이 되는 방향으로 인터넷전문은행을 설계·규율하는 입법에 국회도 조속히 나서주실 것을 다시 한번 간곡히 당부드림"이라고 하였다. 금융위원회, "썬케이뱅크 은행(제1호 인터넷전문은행) 은행업 인가," 보도자료, 2016. 12. 14, 4면. 이러한 금융위원회의 '압박'이 국회의 입법권을 침해한 것이라는 주장이 있다. 전성인, 앞의 발표자료, 27면; 김성진, 앞의 토론문, 38~39면.

109) 대표적으로 아주경제신문, "국내 1호 인터넷전문은행 출범 압박했지만...관련법 개정 지연에 '반쪽자리' 우려," 2016. 10. 3; 조선비즈, "인터넷 전문은행·클라우드 펀딩... 규제 족쇄에 산으로 갈 판," 조선비즈, 2016. 11. 14; 세계일보, "'은산분리' 완화 좌초 조짐에 속타는 인터넷전문은행," 세계일보, 2016. 11. 9; 아주경제신문, "인터넷전문은행 활성화 위해 은산분리 규제 조속히 완화해야," 2016. 12. 1; 서울경제신문 사설, "정치 바람에 '인터넷은행'마저 주저 않나," 2017. 1. 31("국회는 더 많은 금융소비자가 혜택을 누리고 국내 금융산업 전반의 경쟁력이 높아지도록 인터넷은행 지분규제부터 과감히 풀어야 할 것이다").

110) 현금자동입출금기(Automated Teller Machine: ATM)가 지점으로 볼 수 있는지에 대한 논의도 있을 수 있으나, 물리적인 영업점인 지점으로 보기는 어렵다고 판단된다.

111) 미국 및 일본의 경우도 주요 인터넷전문은행이 지점을 두고 있다고 하면서 인터넷전문은행의 경우도 대면 상담 및 자문 기능의 필요성이 있다는 견해는 이수진, "인터넷전문은행의 진입

계에서 불가피하게 고객을 대면하여 업무를 처리할 필요가 있을 수 있다.¹¹²⁾ 외국에서 인터넷전문은행을 “Internet Primary Bank”라고 하는 것도 바로 일부 지점 설치를 허용한다는 의미로 이해할 수 있다. 미국의 경우에도 소수(少數)의 지점을 설치하는 것을 허용하고 있으며, 인터넷전문은행이 지점을 설치할 것인지의 여부는 은행이 자체적으로 결정하도록 하고 있다.

어느 방안을 택할 것인지는 입법 정책의 문제로 보이지만, 영업점 설치의 불가피성을 고려할 때 일부 영업점 설치를 허용하는 방안이 나올 것이라고 본다. 아니면 미국처럼 지점망이 없는 인터넷전문은행과 소수의 지점망이 있는 인터넷전문은행을 둘 다 허용하면서 인터넷전문은행으로 하여금 선택을 하게 하는 방법도 생각할 수 있다. 후자의 경우에는 영업점 숫자를 어떻게 할 것인지도 고민해보아야 하지만, 본점 영업소와 각 광역시 및 도(道)에 1개씩의 영업점을 설치하는 방법을 검토할 수 있을 것이다. 구체적인 범위는 시행령에 규정하도록 함으로써 탄력성 있게 운영할 필요가 있다.

그런데, 금융위원회는 최초 인터넷전문은행인 (주)케이뱅크은행에 대한 은행업 인가를 하면서 “은행업을 「전자금융거래법」 상 전자금융거래의 방법¹¹³⁾으로 영위해야 함”을 부대(附帶) 조건으로 부과¹¹⁴⁾하였기 때문에, 금융당국의 입장은 지점망이 없는 인터넷전문은행을 허용한 것으로 이해할 수 있다. 그러나 불가피하게 영업점을 둘 필요도 있기 때문에 소수의 영업점을 설치하는 인터넷전문은행을 허용할 필요가 있고,¹¹⁵⁾ 은행업 인가의 부대 조건으로 하여 운영하는 것보다는 은행법에 명확하게 규정하는 것이 좋을 것으로 본다.

나. 인터넷전문은행은 은행법상 ‘전국은행’으로 보아야

「은행법」은 전국은행과 지방은행으로 구분하여(법 제2조 제1항 제10호 가

규제 이슈,” 핀테크시대, 박영사, 2015. 12, 266면.

112) 비슷한 설명은 이준희, 앞의 논문, 98면(인터넷전문은행의 업무 범위와 관련하여 논의하고 있다).

113) 「전자금융거래법」 상 전자금융거래의 방법이라 함은 “은행이 전자적 장치(CD, ATM, 컴퓨터, 전화기 등)를 통하여 금융상품서비스를 제공하고, 이용자는 은행 종사자와 직접 대면하거나 의사소통하지 않고 자동화된 방식으로 금융상품서비스를 이용”하는 것을 말한다. 금융위원회, “(주)케이뱅크 은행(제1호 인터넷전문은행) 은행업 인가,” 보도자료, 2016. 12. 14, 2면.

114) 위의 보도자료, 2면.

115) 인터넷전문은행의 정의에서 일부 영업점의 설치를 인정해야 한다는 견해로 김희철, “인터넷전문은행 도입의 법적 논점 및 바람직한 도입 방안에 관한 고찰,” 안암법학 제28권, 안암법학회, 2009. 1, 408면.

목), 자본금 및 은행 주식 보유 한도 규제에서 차이를 두고 있다. 예를 들어, 전국은행의 법정 최저 자본금은 1,000억 원이고, 지방은행의 경우는 250억 원이다(법 제8조 제2항 제1호). 은행 주식 보유 규제에 있어서도 전국은행의 경우는 엄격하고 지방은행은 다소 완화되어 있다(법 제15조, 제16조의2). 특히 은행 주식 보유 규제는 ‘은산 분리’ 규제와 관련하여 전국은행이나 지방은행이나에 따라 차이가 크므로 그 구분이 중요하다.

「은행법」상 전국은행과 지방은행의 차이는 “전국을 영업 구역”으로 하느냐의 여부이므로(법 제2조 제1항 제10호 가목), 구분 기준은 우선 지점망이 전국적인 분포인지 아닌지로 판단할 수 있을 것이다. 그런데 문제는 인터넷전문은행은 원칙적으로 지점이 없고, 있다고 하더라도 아주 최소한의 영업점만 가질 것이기 때문에 지점망을 구분의 기준으로 삼는 것이 애매할 수 있다는 점이다. 결국은 “전국을 영업 구역”으로 한다는 의미를 거래 고객이 전국에 걸쳐 있는 지 여부를 판단 기준으로 삼는 것으로 해석해야 할 것이다. 이렇게 본다면 인터넷전문은행은 전국에 있는 고객을 거래 대상으로 할 것이기 때문에 전국은행으로 분류하는 것이 타당할 것이다.

금융위원회도 인터넷전문은행을 전국은행으로 보고 있다. 금융위원회는 (주)케이뱅크은행에 대한 은행업 영위 예비인가 시에 참여 주주에 대한 ‘비금융주력자’의 은행 주식 보유 한도(4%) 초과 승인을 해주었는데,¹¹⁶⁾ 이러한 4% 한도 초과 승인은 전국은행에게 적용되기 때문이다.

다. 비대면(非對面)에 의한 고객의 금융 실명 확인 문제: 실명 확인 방법은 은행이 자율적으로 결정해야

인터넷전문은행 제도의 도입과 관련하여 법적으로 중요한 쟁점 중의 하나는 「금융 실명거래 및 비밀보장에 관한 법률」(이하 “금융실명법”이라 한다)상의 고객 실명(實名) 확인 문제이다. 왜냐하면 인터넷전문은행의 경우 영업점이 없거나 있어도 최소한의 영업점만 두게 되므로 기본적으로 정보통신망상으로 고객의 실명 확인이 되어야 영업을 할 수 있기 때문이다.

고객의 실명 확인과 관련한 법령을 자세히 분석해보면, 금융실명법 제3조 제1항은 “금융회사 등은 거래자의 실지명의(이하 “실명”이라 한다)로 금융거래를 하

116) 금융위원회, “(주)케이뱅크 은행(제1호 인터넷전문은행) 은행업 인가,” 보도자료, 2016. 12. 14, 2면.

여야 한다”라고 하고, 실명 거래의 확인 방법 및 절차에 관한 사항은 대통령령에서 규정하고 있다(제3조, 제4조). 시행령상으로는 실명확인증표(주민등록증이나 운전면허증 등)를 반드시 대면으로 확인하도록 하는 명시적인 규정은 없다. 그러나 유권 해석권자인 구 재정경제부(현재의 금융위원회)는 대면 확인을 통한 실명확인증표의 실물 확인이 필요하다는 입장을 취하고 있었다.¹¹⁷⁾¹¹⁸⁾ 이러한 금융당국의 입장은 금융실명법이 시행된 1993년 이래 무려 22년 간 유지되고 있었는데, 2015년 12월 1일 금융위원회는 이러한 입장을 바꾸어 비대면 실명 확인 방법을 허용하였다.¹¹⁹⁾

과거에 금융당국이 대면 확인에 의한 실명 확인을 요구하는 입장을 취한 이유 중의 하나는 비대면 실명 확인을 허용할 경우에 소위 ‘대포통장’의 범람이나 서류의 위·변조 등 악용 사례의 증가 등 문제가 많이 발생할 수 있다는 것으로 이해된다. 그러나 2014년 금융실명법 개정에 의해 차명 거래 금지가 강화되어(법제3조 제3항) 이러한 문제점을 방지할 수 있다는 점에서 설득력이 약화되었다. 또한 생체 인식이나 지문 등 비대면에 의한 실명 확인 방법의 기술이 계속 발전하고 있어서 기술상의 문제점도 해결되고 있기 때문에 금융당국이 비대면 실명 확인을 허용하는 입장으로 바꾼 것은 정보 통신 시대에 타당한 결정이라고 할 수 있다.

금융위원회가 발표한 비대면 실명 확인 방법은 ① 신분증 사본 제출, ② 영상 통화, ③ 접근 매체 전달 시 확인, ④ 기존 계좌 활용, ⑤ 기타 이에 준하는 새로운 방식(손바닥정맥지도 등 생체 인증 등) 중 2가지를 의무적으로 하고, 추가적으로 ⑥ 다른 금융기관의 실명 확인 결과 활용(휴대폰 인증 등) 및 ⑦ 다수의 개인정보 검증까지 포함하여, 이미 선택한 2가지를 제외하고 ①에서 ⑦ 중 추가 확인을 권고하는 방식이다.¹²⁰⁾ 다시 말해서 ①에서 ⑤ 중에서 만약 ①과 ②를 선택

117) 이에 관한 명시적인 유권 해석은 찾아볼 수 없으나, 재정경제부, 금융실명제 종합편람-법령·예규편, 재정경제부, 1999. 5. 139면은 “실명확인은 성명과 주민등록 번호의 확인뿐만 아니라 실명확인증표에 첨부된 사진 등에 의하여 반드시 거래가 본인 여부를 확인(제시된 실명확인증표의 사진에 의하여 본인 여부를 식별이 곤란한 경우에는 다른 실명확인증표를 보완적으로 사용 가능)”이라고 하고 있고, 141면은 “신규 계좌 개설 시 실명확인증표 원본에 의하여 거래자의 실명을 확인하여야 하며 . . .”라고 하고 있어서, 이에 비추어 보면 대면 확인을 요구하는 것으로 이해할 수 있다. 같은 내용은 전국은행연합회, 금융실명거래 업무해설, 2002. 7. 5면 및 8면에서도 찾아볼 수 있다.

118) 같은 설명은 이준희, 앞의 논문, 92면.

119) 금융위원회, “임종룡 금융위원장, 국내 제1호 비대면 실명확인 통장 발급.” 보도자료, 2015. 12. 2, 1면.

했다면, 나머지 ③에서 ⑦ 중 하나(또는 그 이상)를 택하여 3중 확인을 하는 방식이다. 이러한 비대면 실명 확인 방법은 금융기관 실무에서 활용되고 있는 「금융실명거래 업무해설」(전국은행연합회 발간)(2016년 6월 개정)에 반영되어 있는데, 아래 방식 중 2가지 이상을 활용하여 비대면 실명 확인이 가능하도록 규정하고 있다. 즉 “① 거래자의 실명확인증표 사본을 제출받아 확인, ② 거래자와의 영상통화를 통해 확인, ③ 「전자금융거래법」 제2조 제10호에 따른 접근매체 전달업무 위탁기관 등을 통하여 실명확인증표 확인, ④ 금융실명법상 실명확인을 거쳐 거래자 명의로 금융회사에 이미 개설된 계좌와의 거래를 통한 확인, ⑤ 기타 ①~④에 준하는 새로운 방식을 통하여 확인(금융회사가 금융실명법상 실명확인을 거친 거래자의 동의를 받아 「전자금융거래법」 제2조 제10호 라목에 따른 생체 정보를 직접 등록받은 후 이와 대조하여 확인하는 방식도 ⑤에 해당)” 방식을 규정하고 있다.¹²¹⁾

정보통신망에 의한 비대면 실명 확인 방법이 허용되지 않으면 인터넷전문은행의 출범이 현실적으로 기대하기가 어렵다는 점에서 금융위원회의 유권 해석 변경은 불가피한 것이었다고 할 수 있다. 왜냐하면 대면 확인에 의한 실명 확인을 하려면, 다른 은행이나 금융기관과의 업무 제휴를 통해서 실명 확인을 하거나 직원이 직접 고객을 방문하여 실명 확인을 하여야 하는데, 이 경우에 발생하는 비용 문제를 고려할 때 인터넷전문은행이 사실상 영업을 할 수 없기 때문이다.

다만, 금융당국이 비대면 실명 확인 방법을 지정해주는 것은 바람직한 방안은 아니라고 본다. 왜냐하면 금융당국이 정해주게 되면 은행(다른 금융기관에게도 동일하게 적용될 것이다)이 자율적으로 비대면 확인 방법을 개발할 유인이 적어지기 때문이다. 물론 금융당국이 정해주지 않을 때 은행 스스로가 비대면 확인 방법을 선택하는 데 있어 혼란이 있을 수 있고, 금융당국이 은행이 자율적으로 선택하는 비대면 확인 방법을 신뢰하지 못한다는 점에서 이러한 방식을 택한 것이라고 이해할 수도 있다. 그러나 비대면 실명 확인의 방법은 다양할 수 있기 때문에 새로운 비대면 실명 확인 방법을 개발하는 유인을 주기 위해서라도 은행이 자율적으로 비대면 실명 확인 방법을 선택할 수 있도록 하는 것이 좋을 것으로 본다.¹²²⁾ 물론 은행에게 자율적으로 정할 수 있도록 하면서 비대면 실명 확인이

120) 위의 보도자료, 1면.

121) 전국은행연합회, 금융실명거래 업무해설, 2016. 6. 9면.

122) 같은 취지의 주장은 이준희, 앞의 논문, 94면. “금융회사가 자율적으로 실지명의의 방법을 선

제대로 되지 않을 때 책임을 묻는 제도적 장치도 함께 마련하여야 제도의 실효성이 있을 것이다.¹²³⁾ 더 나아가서 비대면 실명 확인 방법이 가능하다는 것을 금융 실명법이나 시행령에 반영하여 법적 확실성과 안정성을 높일 필요도 있다.¹²⁴⁾ 물론 법령에 반영할 때는 비대면 실명 확인 방법을 구체적으로 정할 필요는 없고, 그 근거에 관한 조항만을 두어 은행이 자율적으로 비대면 실명 확인 방법을 정할 수 있도록 하는 것이 좋을 것이다.

라. 업무 범위는 제한할 필요 없어

인터넷전문은행도 일반 은행과 마찬가지로 모든 은행 업무를 영위할 수 있도록 할 것인가? 「은행법」상 은행은 고유업무, 겸영업무 및 부수업무를 영위할 수 있다. 즉 은행은 예금 및 대출 업무인 고유업무, 다른 법령에서 인가나 허가를 받아 영위할 수 있는 업무 등의 겸영업무, 은행업에 부수한 부수업무를 영위할 수 있다(법 제27조, 제27조의2, 제28조). 인터넷전문은행도 이러한 업무를 제한 없이 영위할 수 있도록 허용할 것인가? 이에 대해서는 인터넷전문은행이 영업점 없이 영업을 한다는 특성을 감안하여 일반 은행과 업무 범위에 차이를 두어 제한적으로 허용해야 한다고 주장할 여지도 있다. 즉 은행의 고유업무에서는 차이를 두지 않지만, 그 이외의 겸영업무나 부수업무 면에서는 인터넷전문은행의 특성 및 경영 위험을 고려하여 선별적으로 허용해야 한다는 주장이 있다.¹²⁵⁾

그러나 그럴 필요가 있을까? 인터넷전문은행도 영업점이 없다는 것뿐이지 ‘은행’이므로 차이를 둘 필요는 없다고 본다. 물론 영업점이 없는 경우에는 실제 인터넷전문은행이 영위할 수 없는 업무도 있을 수 있다. 그렇다 할지라도 사전적으로 업무 범위를 제한할 필요는 없다고 본다. 인터넷전문은행에게도 일반 은행이 영위할 수 있는 업무를 전부 허용해주고, 실제 영위하는 지 여부는 인터넷전문은행에게 맡기는 방식이 더 합리적일 것이다. 인터넷전문은행이 자연스럽게 특화된 업무를 개발할 것이라는 점에서 사전 규제 of 실익이 없다. 금융위원회도 인터넷

택하도록 하되, 그 방법의 기술적, 관리적 문제점에 따른 결과에 대하여는 엄격한 책임을 묻는 방식으로 보완될 수 있을 것이다”라고 하고 있어서, 자율성을 부여하되 책임을 묻는 방식을 취할 것을 주장하고 있다.

123) 같은 취지의 주장은 위의 논문, 94면.

124) 같은 주장은 김경석, 앞의 논문, 53면.

125) 구분성, “인터넷전문은행의 도입 방안,” 정책토론회 발표 자료, 한국금융연구원, 2008. 7. 18, 18면; 김병태, 앞의 논문, 149면. 인터넷전문은행이 ‘틈새 은행(niche bank)으로서 역할을 할 수 있도록 업무 범위를 제한할 것을 제안하는 견해는 김희철, 앞의 논문, 421면.

전문은행에게 일반 은행과 동일한 업무를 허용해주겠다는 입장을 밝혔고,¹²⁶⁾ 실제 은행업 인가를 내줄 때 업무 범위를 제한하는 조건을 달지 않았다. 입장 정리가 된 셈이다.

다만, 겸영업무와 관련해서는 다른 법령에 따라 인가나 허가 또는 등록을 해야 하는 경우에는 그러한 인허가나 등록 요건을 충족해야 하는데, 그러한 법령에서 영업점을 전제로 하여 만들어진 요건에 대해서는 그 요건을 일부 변경하는 조치는 취해야 할 것이다. 예를 들어, 신용카드업 겸영의 경우이다. 은행은 겸영업무로서 신용카드업을 영위할 수 있다(은행법 시행령 제18조의2 제2항 제16호). 이 경우 은행은 신용카드업과 관련된 법률인 「여신전문금융업법」에 따라 신용카드업 겸영 허가를 받아야 하는데, 그 요건 중의 하나는 “신용카드업을 하는 데에 필요한 전산설비를 구축하고 점포 등을 확보할 것”과 “신용카드업에 관한 전문성을 갖춘 전문인력과 전산요원 등 필요한 인력을 갖추는 것”이다(여신전문금융업법 시행령 제6조의3 제1항). 자세한 요건은 금융위원회가 고시(告示)로 제정한 「여신전문금융업 인허가지침」에 규정되어 있는데, 30개 이상의 점포와 300명 이상의 임·직원을 확보해야 한다(지침 12. 다). 인터넷전문은행은 이 요건을 충족할 수 없다. 따라서 「여신전문금융업 인허가지침」의 개정이 필요하다.¹²⁷⁾

또한 보험대리점 겸영업무의 경우도 마찬가지이다. 은행은 겸영업무로서 「보험업법」 제91조에 따른 보험대리점 업무를 영위할 수 있는데(은행법 시행령 제18조의2 제2항 제14호), 「보험업법」상 보험대리점으로 등록해야 하고, 이 경우에는 보험업법령상의 영업 행위 규제를 받게 된다. 「보험업법 시행령」 제40조 제3항에 따르면, 보험대리점인 은행은 “점포 내의 지정된 장소에서 보험계약자와 직접 대면하여 모집하는 방법”이나 “인터넷 홈페이지를 이용하여 불특정 다수를 대상으로 보험상품을 안내하거나 설명하여 모집하는 방법”으로만 보험가입자를 모집할 수 있다. 인터넷전문은행의 경우 점포가 없으므로 전자의 방법은 불가능하고 결국 후자의 방법에 의해서만 보험가입자를 모집할 수밖에 없는데, 후자의 방법으로는 우편이나 전화 또는 전자우편 등의 방법으로 개별적인 연락을 통하여 보험가입자를 모집할 수는 없는 것이다. 이렇게 되면 인터넷전문은행의

126) 금융위원회, “「인터넷전문은행」이 도입됩니다. 보다 다양한 금융서비스를 손쉽게 저렴하게 이용하실 수 있습니다.” 보도자료, 2015. 6. 18, 4면.

127) 그래서 금융위원회는 「여신전문금융업법 인허가지침」을 개정할 것임을 밝힌 바 있다. 위의 보도자료, 6면.

경우에 사실상 보험대리점 업무를 할 수 없는 결과가 된다. 따라서 전화나 우편 또는 전자우편 등의 통신 수단을 이용한 개별 연락을 통해서 보험가입자 모집을 할 수 있도록 「보험업법 시행령」이 개정되어야 한다. 현재 보험대리점인 신용카드업자인 경우에는 “전화, 우편, 컴퓨터통신 등의 통신수단을 이용하여 모집하는 방법,” 즉 개별적인 연락 방법이 허용되어 있다는 점(보험업법 시행령 제40조 제3항 제3호)을 고려할 때, 허용하지 못할 이유는 없다.

정리하면, 은행의 겸영업무의 경우에는 해당 법령상의 인허가 또는 등록의 요건을 충족하여야 하고, 여러 가지 영업 행위 규제의 적용도 받으므로, 각 개별 겸영업무에 적용되는 법령이나 감독규정(規程)을 검토하여 인터넷전문은행이 겸영업무를 수행하는데 걸림돌이 되는 것을 정비하는 조치를 취할 필요가 있다.

마. 최저 자본금 요건은 낮출 필요가 있어

「은행법」은 은행 설립 인가 요건 중의 하나로서 최저 자본금을 규정하고 있다. 전국은행의 경우에는 1,000억 원, 지방은행의 경우는 250억 원이다(법 제9조, 제8조 제2항). 인터넷전문은행은 전국은행으로 보아야 하므로 최저 자본금은 1,000억 원이어야 한다. 인터넷전문은행의 경우에는 영업점이 없거나 최소한의 영업점만을 두게 되므로 점포 유지비 내지 인력 비용이 적게 소요된다는 점을 고려하여 이 요건을 완화해주어야 한다는 주장이 제기될 수 있다. 앞서 본 5개의 법률안도 최저 자본금 요건을 지방은행과 마찬가지로 250억 원으로 하고 있다.

최저 자본금 요건을 낮추어 진입 규제를 완화해주는 것은 필요하다고 본다.¹²⁸⁾ 설령 그렇다고 하더라도 실제 필요로 하는 자본금은 법정 최저 자본금을 훨씬 넘을 수밖에 없을 것이다. 왜냐하면 전산 설비 등 일반 은행보다 더 투자해야 할 부분이 있게 되고, 여차피 바젤(Basel) 자기자본 비율 규제¹²⁹⁾를 받게 되어 최저 비율 8% 이상을 충족하기 위한 자본금 확보가 필요할 것이기 때문에, 현실적으로는 최저 자본금 이상을 유지할 가능성이 높을 것이다. 그러할 지라도 법상으로는 높은 최저 자본금을 요구할 필요는 없다고 본다. 진입 규제 완화 차원에서도 최저 자본금 요건을 낮추는 것은 필요하다고 본다.¹³⁰⁾

128) 이러한 점에서 규모가 작은 상호저축은행으로 인터넷전문은행을 운영하는 방법도 고려될 수 있으나, 상호저축은행의 경우 영업 구역에서 제한이 된다는 점 및 업무 범위도 좁다는 점 등을 고려할 때 경쟁력을 확보할 수 있는 방안은 아니라고 본다.

129) 2008년 세계적 금융위기 이후 보다 강화된 자기자본 비율 규제인 Basel III가 시행되고 있다.

130) 반면에 인터넷전문은행은 지방은행과 달리 지역 제한이 없기 때문에 최저 자본금을 일반은행

바. 인터넷전문은행의 특성을 고려한 인가 심사 및 감독 기준이 필요

인터넷전문은행은 정보통신망상에서 고객과 비대면 거래를 한다는 특성을 갖고 있다. 따라서 일반 은행과는 다른 경영상의 위험과 특성을 갖고 있다. 그렇다면 인가 심사를 할 때뿐만 아니라 인가 후에도 감독을 함에 있어서 일반 은행과 다른 인터넷전문은행의 특성을 고려한 인가 심사 및 감독이 이루어질 필요가 있다. 앞서 본 미국이나 일본의 사례에서도 본 것처럼, 은행의 위험 관리, 은행 경영진의 자격 구비, 고객의 민원 처리, 전산 보안 체계, 고객의 대량 인출 발생 시 유동성 확보 방안, 전산 체계 장애 발생 시 위기 관리 체계 구축 등 인터넷전문은행의 특성을 고려하여 고객을 보호하기 위한 인가 심사 기준 및 감독 기준을 만들어 실시할 필요가 있다. 이러한 기준은 미국과 일본의 사례를 참고할 수 있을 것이다.

사. 주주는 의결권을 공동으로 행사하지 말아야

인터넷전문은행의 주주들이 합의나 계약 등에 의하여 의결권을 공동으로 행사하게 되면 그 주주들 전체가 「은행법」상 비금융주력자인 ‘동일인’이 되어 금융주력자인 주주들이 보유 주식을 처분해야 하는 상황이 발생할 수 있다. 은행법령상 ‘동일인’의 범위에는 “본인 및 대통령령이 정하는 특수관계인”을 포함한다(은행법 시행령 제1조의4). 그러한 특수관계인의 범위에는 “. . . 합의 또는 계약 등으로 은행의 발행 주식에 대한 의결권(의결권의 행사를 지시할 수 있는 권한을 포함한다)을 공동으로 행사하는 자”도 포함된다(은행법 시행령 제1조의4 제1항 제9호). 따라서 주주들이 합의나 계약 등에 의하여 의결권을 공동으로 행사하게 되면 그 주주들 전체가 ‘동일인’이 되는 것이다.

예를 들어, (주)한국카카오은행의 경우 금융주력자인 (주)한국투자금융지주회사가 58%, 비금융주력자인 (주)카카오가 10%를 보유하고 있는데, 만약에 주주총회에서 (주)한국투자금융지주회사와 (주)카카오가 합의나 계약 등에 의하여 의결권을 공동으로 행사하게 되면 (주)한국투자금융지주회사와 (주)카카오는 ‘동일인’이 된다. 그러면 ‘동일인’이 ‘비금융주력자’에 해당하는 지를 따져보아야 하는데, 「은행법」상 ‘동일인’ 중 비금융업종 회사의 자본총액의 합계액이 동일인 중 회사인 자의 전체 자본총액 합계액의 25% 이상인 경우 또는 동일인 중 비금융업종 회사의 자

과 동일하게 적용해야 한다는 주장은 정희수, 앞의 2015년 논문, 19면.

산총액 합계액이 2조원 이상인 경우에 해당하면 그 동일인은 비금융주력자가 된다(은행법 제2조 제1항 제9호). 이에 비추어볼 때, (주)한국투자금융지주회사와 (주)카카오로 구성되는 ‘동일인’은 비금융주력자에 해당할 가능성이 크게 된다. 이렇게 되면 비금융주력자에 해당하는 ‘동일인’은 (주)한국카카오은행의 의결권 있는 주식 4%까지만 보유할 수 있고, 금융위원회의 승인이 있으면 의결권을 행사하지 않는 조건으로 10%까지만 보유할 수 있게 된다(은행법 제16조의2). 결국 비금융주력자에 해당하게 되는 (주)한국투자금융지주회사는 보유 주식을 처분해야 하는 결과가 된다. 이러한 결과는 (주)케이뱅크은행의 (주)케이티와 우리은행의 경우에도 적용될 수 있다.

여기서 특히 논란이 될 수 있는 점이 사후적으로 의결권을 공동으로 행사한 결과가 되는 경우도 “의결권을 공동으로 행사하는 자”의 범위에 포함된다고 볼 것인지의 문제이다. 예를 들어, 甲이라는 사람을 이사로 선임하는 의안에서 (주)한국투자금융지주회사와 (주)카카오가 선임에 찬성하는 의결권을 행사한 경우이다. “합의 또는 계약 등으로”라는 전제 조건이 있으므로 그러한 합의나 계약이 없이 결과적으로 의결권을 공동으로 행사하게 된 것까지 포함된다고 보기에는 무리가 있어 보인다. 다만 여기서 “합의”의 의미에 명시적인 합의뿐만 아니라 묵시적인 합의도 포함할 것이냐는 해석상의 문제가 있지만, 묵시적인 합의도 포함된다고 보아야 할 것이고, 이렇게 본다면 결과적으로 의결권을 공동으로 행사하게 된 것과의 구분이 쉽지 않은 문제가 있게 될 수도 있다. 따라서 인터넷전문은행의 주주들이 주주총회에서 의결권을 행사할 때는 이러한 점을 유의해야 할 필요가 있다.

V. 맺음말

본문에서 논의한 내용을 정리해보면 다음과 같다. 첫째, ‘은산 분리’ 규제는 인터넷전문은행에게도 일반 은행과 마찬가지로 적용되어야 한다. 둘째, 인터넷전문은행에게도 일부 영업점이 필요하므로 이를 허용하는 내용으로 인터넷전문은행이 정의되어야 한다. 셋째, 비대면 실명 확인 방법도 은행이 자율적으로 정할 수 있도록 하여야 하고, 비대면 실명 확인에 대한 법적 근거를 마련하는 것이 필요하다. 넷째, 인터넷전문은행의 업무 범위는 일반 은행과 동일하게 허용하여야 하며,

이를 위해서 특히 겸영업무의 경우에는 장애가 되는 법적 요소를 검토하고 정비하여야 한다. 다섯째, 인터넷전문은행의 최저 자본금을 낮출 필요가 있지만, 자본 적정성 규제는 일반 은행과 동일하게 적용해야 한다. 여섯째, 정보통신망상에서 고객과 비대면 거래를 하는 인터넷전문은행의 특성을 고려한 인가 심사 및 감독 기준을 제정하여 운영할 필요가 있다. 일곱째, 인터넷전문은행의 주주들이 의결권 행사를 함에 있어서는 합의나 계약 등에 의하여 의결권을 공동으로 행사해서는 안 된다.

인터넷전문은행의 출범은 24년 만에 새로운 은행이 출현되었다는 점에서 의미가 깊다. 특히 과점(寡占) 상태에 있는 은행 산업이 저금리와 저성장의 경제 환경에서 경쟁력이 떨어지고 있는 시점에 새로운 은행의 출현은 은행 산업에 경쟁력을 불러일으킬 수 있다는 점에서 환영할 만한 일이다. 다만 ‘은산 분리’ 원칙을 무너뜨리면서 인터넷전문은행을 도입할 필요가 있는지는 의문이다. 그리고 인터넷전문은행 제도의 도입이 마치 금융 산업에 큰 ‘혁신’을 불러올 것처럼 평가하는 것도 너무 큰 기대일 수 있다. 금융당국인 금융위원회가 할 일은 그동안 진입 규제가 막혀 있는 은행 산업에 새로운 은행이 진입할 수 있도록 은행 설립 인가 허용 방침을 밝히는 일이다. 은행 산업이 발전하려면 진입과 퇴출이 자유롭게 되는 시장이 형성되어야 한다. 금융당국은 무려 24년 동안 은행의 신규 진입을 허용하지 않았다. 이것은 문제이다. 은행 산업이 경쟁력을 갖지 못하는 것도 이러한 진입 규제 정책에도 일부 기인한다고 할 수 있다. 인터넷전문은행 제도의 도입을 계기로 더 많은 은행이 나타날 수 있도록 정책 방향을 바꾸어야 한다. 국회도 ‘은산 분리’ 규제의 완화 시 발생할 수 있는 문제점에 대한 보다 심도 있는 논의를 하여 올바른 결정을 해야 할 것이다.

(논문투고일: 2017.02.19, 심사개시일: 2017.02.28, 게재확정일: 2017.03.17)



▶ 고 등 원

인터넷전문은행, 인터넷은행, 금융실명, 비대면실명확인, 산업자본, 은산분리, 금산분리, 핀테크, 정보통신기술, 산업대출회사, 산업은행

【참 고 문 헌】

I. 단행본

- 김동환, 글로벌 규제개혁 동향과 과제-바람직한 규제체계의 모색, KIF 금융리포트 2017-01, 2017. 1.
- 재정경제부, 금융실명제 종합편람-법령·예규편, 재정경제부, 1999. 5.
- 전국은행연합회, 금융실명거래 업무해설, 2002. 7.
- _____, 금융실명거래 업무해설, 2016. 6.
- 조대형, 인터넷전문은행 도입 현황과 개선과제, NARS 현안보고서 제300호, 국회 입법조사처, 2016. 12. 29.

II. 논문

- 구본성, “인터넷전문은행의 도입 방안,” 정책토론회 발표 자료, 한국금융연구원, 2008. 7. 18.
- 국회정무위원회 수석전문위원(전상수), “은행법 일부개정법률안/인터넷전문은행 설립 및 운영에 관한 특례법안 검토보고,” 2016. 11.
- 김경석, “인터넷전문은행 도입에 관한 소고 -법적 쟁점을 중심으로-,” 중앙법학 제18집 제3호, 중앙법학회, 2016. 9.
- 김병대, “인터넷전문은행 제도 도입의 법률적 과제,” 상사판례연구 제22집 제1권, 한국상사판례학회, 2009. 3.
- 김성진, “토론문: 인터넷전문은행을 위한 은산분리 완화의 문제점,” 카카오뱅크·K뱅크 등 인터넷전문은행 출범 문제 진단 토론회 발표집, 국회의원 이학영/국회의원 전해철/참여연대 경제금융센터 공동 주최, 2017. 2. 2.
- 김은수, “인터넷전문은행 도입에 관한 소고,” 상사판례연구 제28집 제3권, 한국상사판례학회, 2015. 9.
- 김희철, “인터넷전문은행 도입의 법적 논점 및 바람직한 도입 방안에 관한 고찰,” 안암법학 제28권, 안암법학회, 2009. 1.
- 박상인, “인터넷전문은행 도입의 문제점과 개선 방안,” 정부의 인터넷전문은행 설립 방안 문제 진단과 개선 방안, 경제정의실천시민연합/국회의원 민병두 공동 주최 토론회, 2015. 7. 3.
- 박선우, “일본 인터넷전문은행의 동향과 국내 인터넷전문은행에 미치는 시사점,”

- 정보통신방송정책 제28권 15호 통권 629호, 정보통신정책연구원, 2016. 8. 16.
- 안수현, “ICT기업의 지급결제서비스 관련 법적 이슈 검토,” 은행법연구 제8권 제2호, 은행법학회, 2015. 11.
- 이동걸, “정부의 인터넷전문은행 설립 방안의 문제점에 대한 토론문,” 정부의 인터넷전문은행 설립 방안 문제 진단과 개선 방안, 경제정의실천시민연합/국회의원 민병두 공동 주최 토론회, 2015. 7. 3.
- 이성복, “미국 인터넷전문은행의 진입·퇴출 특징 분석,” 자본시장리뷰 2015년 가을호, 2015. 9.
- 이병운, “월마트의 은행업 진출 시도와 미국의 은산분리,” 주간 금융브리프 제15권 제19호, 한국금융연구원, 2006. 7. 15~7. 21.
- 이수진, “인터넷전문은행의 진입규제 이슈,” 핀테크시대, 박영사, 2015. 12.
- 서병호/이수진/이윤석, 해외 인터넷전문은행의 사례 분석과 시사점, KIF 금융리포트 2016-01, 한국금융연구원, 2016. 10.
- 이준희, “인터넷전문은행 관련 법률적 쟁점에 관한 소고,” 기업법연구 제30권 제1호, 한국기업법학회, 2015. 3.
- 전성인, “은산 분리: 원칙인가? 족쇄인가?,” 카카오뱅크·K뱅크 등 인터넷전문은행 출범 문제 진단 토론회 발표집, 국회의원 이학영/국회의원 전해철/참여연대 경제금융센터 공동 주최, 2017. 2. 2.
- 정희수, “인터넷전문은행 도입의 법적 이슈와 영향,” 금융법연구 제12권 제3호, 한국금융법학회, 2015. 12.
- _____, “인터넷전문은행 도입에 따른 이슈 점검,” 하나금융포커스 제4권 제47호, 하나금융경영연구소, 2014. 12. 15~12. 21.
- 천대중, “미국 인터넷전문은행 제도 및 현황,” 주간 금융경제동향 제4권 제50호, 우리금융경영연구소, 2014. 12. 24.
- _____, “일본 인터넷전문은행 제도 및 현황,” 주간 금융경제동향 제5권 제3호, 우리금융경영연구소, 2015. 2. 11.
- Board of Governors of the Federal Reserve System, *Policy Statement on Equity Investments in Banks and Bank Holding Companies*, Sep. 22, 2008.
- Carnell, Richard S., Jonathan R. Macey & Geoffrey P. Miller, *The Law of*

- Financial Institutions*, Wolters Kluwer Law and Business, 2013.
- Shooner, Heidi Mandanis & Michael W. Taylor, *Global Bank Regulation: Principles and Policies*, Elsevier, 2010.
- United States Government Accountability Office, *INDUSTRIAL LOAN CORPORATIONS: Recent Asset Growth and Commercial Interest Highlight Differences in Regulatory Authority*, September 2005.
- United States Federal Financial Institutions Examination Council, *E-Banking: IT Examination Handbook*, August 2003.
- United States Office of the Comptroller of the Currency of the United States of America, *The Internet and the National Bank Charter, Comptroller's Corporate Manual*, January 2001.

Ⅲ. 보도자료

- 금융위원회, “금융규제개혁 제안과제 검토결과,” 2014. 7. 24.
- 금융위원회, “임종룡 금융위원장, 국내 제1호 비대면 실명확인 통장 발급,” 보도자료, 2015. 12. 2.
- 금융위원회, “(주)케이뱅크 은행(제1호 인터넷전문은행) 은행업 인가,” 보도자료, 2016. 12. 14.
- 금융위원회, “카카오뱅크, 1월 6일 인터넷전문은행 본인가 신청,” 보도자료, 2017. 1. 6.
- 금융위원회, “인터넷전문은행 예비인가 결과,” 보도자료, 2015. 11. 29.
- 금융위원회, “「인터넷전문은행」이 도입됩니다. 보다 다양한 금융서비스를 손쉽게 저렴하게 이용하실 수 있습니다.” 보도자료, 2015. 6. 18.
- 금융위원회, “별첨 2: IT-금융 융합 및 신성장동력 창출을 위한 인터넷전문은행 도입방안,” 보도자료, 2015. 6. 18.
- 금융위원회/금융감독원, “황영기 前우리은행장 관련 소송 결과,” 보도참고자료, 2011. 3. 11.

Abstract

Legal Analysis for Establishment of an Internet Primary Bank in Korea

Ko, Dong Won

This article is intended to review legal issues in relation to an introduction of an internet primary bank in Korea. An internet primary bank is defined as a bank without branches or offices or a bank with a few branches or offices. Because of this characteristic, more focus is so put on a technology in the business of an internet primary bank that this subject is so often discussed in relation to 'FinTech,' referring to a convergence of finance and technology. The Financial Services Commission ("FSC"), a relevant government commission, finally announced an introduction of an internet primary bank in June 2015. The FSC gave a final license to one applicant in December 2016, and another application is being reviewed by the FSC. The introduction of an internet primary bank in Korea is expected to enhance competitiveness to the banking industry, whose market is regarded as oligopoly.

This article analyzes the relevant legal issues and suggests some improvements. First, in relation to definition of an internet primary bank, this article suggests that an internet primary bank should be allowed to have a few branch offices to serve customers in person. Second, an internet primary bank should be permitted to choose the methods of non-face-to-face confirmation of customers' identification, rather than adopting the designation of non-face-to-face confirmation methods proposed by the FSC, and such methods should be inserted in the relevant law or enforcement decree. Third, as to a keen controversial issue on whether non-financial companies or group should be allowed to become a controlling shareholder of an internet primary bank, this article takes a strong position that such companies should not be a

major shareholder because such permission may lead to negative effects, including an abuse of their power in terms of credit extension to them because they are demanders of bank credits. Fourth, a minimum capital amount for the establishment should be decreased because it would be a small scale bank in terms of the size and staff. Fifth, in terms of the scope of banking business, this article argues that an internet primary bank should be permitted to engage in the same business as other commercial banks do, and legal obstacles for this should be cleared.

Finally, this article strongly suggests that the FSC should take a position to open entry barriers to establishment of a new commercial bank, in addition to an internet primary bank, for the purpose of promoting competitiveness in the banking industry.



▶ **Ko, Dong Won**

Internet Primary Bank, Internet Only Bank, Digital Bank, Real Name Transaction, Non Face-to-Face Real Name Verification, Separation of Finance and Commerce, Separation of Banking and Commerce, FinTech, Information Technology (IT), Industrial Loan Company, Industrial Bank

부동산의 임의처분과 형사책임에 관한 연구

정 다 희*

【목 차】

I. 문제제기	3. 중간생략등기와 매도인 악의의 계약명 의신탁의 경우
II. 명의신탁의 법리와 형사책임	4. 매도인이 계약형 명의신탁관계에 대해 선의인 경우
1. 서설	IV. 이중매매의 경우 배임죄 성부
2. 민법과 형사법의 교차	1. 문제제기
3. 소 결	2. 학설과 판례
III. 불법 명의신탁의 경우 횡령죄 성부	3. 검 토
1. 명의신탁의 의의와 유형	V. 총 결
2. 2자간의 명의신탁관계	

【국 문 요 약】

부동산의 명의신탁의 경우 법률상 허용되는 예외의 경우를 제외하고, 「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률(이하 ‘부동산실명법’이라 한다)」 제4조 제2항 본문에 의하여 명의수탁자 명의의 소유권이전등기는 무효가 된다. 그렇다면 명의수탁자가 자신의 명의가 있음을 기화로 명의신탁자의 의사에 반하여 신탁 재산을 임의로 처분해 버린 경우 형사처벌할 수 있는가 문제된다. 이를 논함에 있어서는 1)소유권의 귀속주체는 누구인지, 2)명의신탁자와 수탁자간의 보관자의 지위에 있는지, 3)또는 사실상 신탁관계가 법으로 보호할만한 것인지, 4)형사 처벌하는 것이 형법의 보충성에 비추어 합당한 것인지 등을 순차로 살펴볼 필요가 있다.

최근 판례가 중간생략등기형 명의신탁의 경우나 매도인이 악의인 계약형 명의신탁의 경우, 명의 수탁자는 신탁재산의 사실상 보관자의 지위에 있다는 점을 이유로 횡령죄를 인정해 온 종전 판례를 변경하여 이를 부정하였다. 마찬가지로 2자간 명의신탁의 경우에도 양자 간의 신탁계약은 무효이므로 보관자의 지위를 인

* 응지세무대학 교수

정하기 어렵다는 점에서 종전 판례 또한 유지하기 어려울 것으로 보인다. 나아가 계약형 명의신탁관계 중 매도인이 선의인 경우, 소유권은 대내외적으로 수탁자에게 귀속되므로 이를 임의 처분하더라도 횡령죄를 구성하지 않는다는 점에서 학설과 판례는 크게 다름이 없었다. 따라서 합법적인 명의신탁이 아닌 한 부동산실명법과 어느 정도 통일적인 해석이 가능해졌다는 점에서 최근 판례의 동향은 정당하다.

다만 이중매매의 경우에는 어떤가? 계약금과 중도금을 수령한 상태에서 잔금 수수와 동시에 등기를 이전해 줄 의무는 계약상의 의무에 불과한 것인지, 아니면 법률상 등기에 협력한 타인의 사무처리에 해당하는지 문제된다.

채무자인 피고인이 채권자에게 차용금을 변제하지 못할 경우 자신의 어머니 소유 부동산에 대한 유증상속분을 대물변제하기로 약정한 후 유증을 원인으로 위 부동산에 관한 소유권이전등기를 마쳤음에도 이를 제3자에게 매도함으로써 갑에게 손해를 입혔다고 하여 배임으로 기소된 사안에서, 피고인이 '타인의 사무를 처리하는 자'의 지위에 있다고 볼 수 없다고 하여 배임죄의 성립을 부정하였다. 단순히 채무불이행에 해당하기 때문이라고 한다.

나아가 동산의 이중매매의 매도인에게 배임죄를 적용한 기소한 사안에서도 동산의 인도채무이외 별도의 재산의 보호나 관리행위에 협력할 의무가 있다고 할 수 없다는 입장에서 배임죄의 적용을 부정하였다. 그렇다면 부동산의 이중매매는 어떤가? 부동산의 경우에도 동산과 등기이전이라는 공시방법이 다를 뿐 이러한 법 이론은 부동산의 경우에도 마찬가지라고 생각된다. 따라서 부동산의 이중매매의 매도인에게도 배임죄를 적용할 수 없다고 봄이 상당하고 그렇게 해석하는 것이 사적 거래영역에 대해 형벌에 의한 개입의 보충성, 최소화 원칙에도 부합하는 해석이라고 생각된다. 다만 부동산 실무의 급격한 변화에 따른 부작용을 해소하기 위한 보험제도, 신탁제도와 같은 제도적 보완이 필요하다.

I. 문제제기

최근 부동산의 임의 처분에 관한 형사책임과 관련하여 대법원은 종전의 판례의 태도를 버리고 몇 가지 의미 있는 판결을 내고 있다. 특히 명의신탁의 경우에는 「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」(이하 '부동산실명법'이라 한다)과

의 통일적인 해석이 가능하다는 긍정적인 평가를 하면서도 향후 부동산의 이중양도에 관해서까지 진전될 것인지는 의문이다.

먼저 판례의 동향을 살펴보면, 불법한 명의신탁과 관련하여, 명의 신탁자가 수탁자와 명의신탁약정에 따라 중간생략등기형으로 매도인으로부터 직접 명의수탁자에게 등기를 이전한 경우 신탁부동산의 소유권은 매도인에게 그대로 보유하고, 수탁자는 신탁자에 대한 관계에서 보관자의 지위에 있는 것이 아니므로 수탁자가 이를 임의 처분하더라도 횡령죄가 되지 않는다고 하였다.¹⁾

명의신탁자와 명의수탁자가 이른바 계약명의신탁약정을 맺고, 이에 따라 명의수탁자가 이러한 사실을 알지 못하는 매도인(선의)과 부동산 매매계약을 체결한 후 명의수탁자 명의로 소유권이전등기를 한 경우, 명의수탁자는 명의신탁자에 대한 관계에서도 유효하게 소유권을 취득하므로 명의신탁자에 대한 관계에서 타인의 재물을 보관하는 자라고 볼 수 없음은 명백하다.

이어서 매도인이 계약명의신탁약정이 있음을 알고 있었다면(악의) 명의수탁자 명의의 소유권이전등기는 무효이고, 부동산의 소유권은 매도인이 그대로 보유하고 있으므로, 명의수탁자는 부동산 취득을 위한 계약의 당사자도 아닌 명의신탁자의 재물을 보관하는 자의 지위에 있다고 볼 수 없다. 따라서 수탁자가 이를 임의로 처분하는 경우에도 횡령죄를 구성한다고 할 수 없다.²⁾

대물변제계약³⁾과 관련하여, 채무자인 피고인이 채권자 甲에게 차용금을 변제하지 못할 경우 자신의 어머니 소유 부동산에 대한 유증상속분을 대물변제하기로 약정한 후 유증을 원인으로 위 부동산에 관한 소유권이전등기를 마쳤음에도 이를 제3자에게 매도함으로써 甲에게 손해를 입혔다고 하여 배임으로 기소된 사안에서, 피고인이 '타인의 사무를 처리하는 자'의 지위에 있다고 볼 수 없다고 하여 배임죄의 성립을 부정한 바 있다.

반면 국세 관련해서 판례⁴⁾는 「3자 간 등기명의신탁의 경우 명의신탁약정과 그에 따른 수탁자 명의의 등기는 무효이나 매도인과 명의신탁자 사이의 매매계약은 여전히 유효하다고 하여, 명의신탁자는 매도인에게 매매계약에 기한 소유권이전등기를 청구할 수 있고, 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 매도인을 대

1) 대판 2016. 05. 19. 선고 2014도6992 전원합의체

2) 대판 2016. 08. 24. 선고 2014도6740 이 경우 명의수탁자가 전매매수인에게 사기죄등을 구성하느냐 문제는 별론으로 한다.

3) 대판 2014. 08. 21. 선고 2014도3363 전원합의체

4) 대판 2016. 10. 27. 선고 2016두43091

위하여 무효인 명의수탁자 명의 등기의 말소를 구할 수도 있다. 또한 매도인과 명의신탁자 사이의 매매계약이 유효한 이상 명의신탁자로부터 매매대금을 전부 수령한 매도인은 소득세법상 양도소득세 납세의무를 부담하게 되고, 이후 명의신탁자가 자신의 의사에 따라 부동산을 양도할 경우 양도소득에 대한 납세의무는 명의신탁자가 부담하여야 한다. 이와 같이 3자 간 등기명의신탁관계에서는 명의신탁자가 대상 주택을 지배·관리하면서 사실상 이를 처분할 수 있는 지위에 있고 처분에 따른 소득의 귀속주체가 된다는 점에서, 투기 목적의 주택 소유를 억제하려는 위 조항의 입법 취지 등을 고려할 때 위 조항의 적용에서는 명의신탁자가 대상 주택을 소유하는 것으로 봄이 옳다.」고 하고 있다.

그렇다면 명의신탁관계에서 계약은 부동산실명법에 의해 무효라고 하지만 명의신탁자가 사실상 이를 처분할 수 있는 지위에 있고, 소득의 귀속주체가 된다는 점에서 명의신탁자를 형법상으로도 사실상 소유자라고 할 것인가? 이에 대해서는 부동산실명법의 입법취지, 형법, 세법등 제법률과의 통일적인 해석의 필요성 등 원론적인 문제가 대두된다.

나아가 부동산의 이중매매의 경우에는 어떤가? 계약금과 중도금을 수령한 상태에서 잔금수수와 동시에 등기를 이전해 줄 의무는 계약상의 의무에 불과한 것인지, 아니면 법률상 등기나 재산권보전에 협력할 타인의 사무처리에 해당하는지 문제된다. 이하에서는 이러한 최근 판례의 동향에 대해 좀 더 구체적으로 살펴보고, 부동산의 이중매매에 대해 개별적인 의견을 언급하기로 한다.

II. 명의신탁의 법리와 형사책임

1. 서설

명의신탁이라 함은, 부동산에 관해서 대내적으로는 신탁자에게 소유권을 유보하면서 대외적으로 수탁자 명의로 등기를 하는 것을 말한다. 따라서 대내적으로 실소유자와 형식적인 소유자를 달리하는 취지의 계약을 명의신탁 약정이라고 한다. 이러한 명의신탁 약정은 부동산실명법 상 원칙적으로 무효이다, 즉, 부동산실명법 제3조제1항은 「누구든지 부동산에 관한 물권을 명의신탁약정에 따라 명의수탁자의 명의로 등기하여서는 아니 된다」고 하면서 제4조제1항에서는 「명의신탁약정은 무효로 한다」고 선언하고, 동조 제2항에서는 「명의신탁약정에 따른

등기로 이루어진 부동산에 관한 물권변동은 무효로 한다」고 규정하였다.

그러면서도 동조 단서에서는 「다만, 부동산에 관한 물권을 취득하기 위한 계약에서 명의수탁자가 어느 한쪽 당사자가 되고 상대방 당사자는 명의신탁약정이 있다는 사실을 알지 못한 경우에는 그러하지 아니하다」고 하고, 동 조 제3항에서는 급기야 「제1항 및 제2항의 무효는 제3자에게 대항하지 못한다」고 하여 마치 계약명의신탁의 경우 매도인이 선의인 경우는 물론 비록 악의인 경우에도 수탁자에게 소유권이 귀속되고, 수탁자가 자신의 명의를 기화로 이를 제3자에게 매도한 경우에는 제3자가 정당하게 소유권을 취득한다고 하여 대외적으로는 소유권의 이전 효력을 인정하는 것 같은 입법태도를 취하고 있다.

명의신탁계약이 무효라고 한다면 대내적인 관계에서 소유권을 주장할 수 없고(제1항), 대외적인 관계에서도 수탁자는 유효하게 물권을 취득한다고 할 수 없다고 하여야 한다(제2항). 물론 매도인의 경우 선의인 경우에는 예외를 규정(제2항 단서)할 수 있으나 그러면서도 수탁자가 제3자에게 매도해버린 경우에는 무효를 주장할 수 없다고 하여 대항요건으로 규정하고 있다. 이러한 입법태도는 위 세법상의 판례와 같이 형사법적으로도 해석상 논란의 여지를 초래하고 있다.

동 법률의 입법취지가 부동산에 관한 소유권과 그 밖의 물권을 실체적 권리관계와 일치하도록 실권리자 명의로 등기하게 함으로써 부동산등기제도를 악용한 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위를 방지하고 부동산 거래의 정상화와 부동산 가격의 안정을 도모하여 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 하고 있다.

그렇다면 이러한 입법취지를 심분 살리기 위해 명의신탁관계에 의한 법률관계에도 형사제재를 전면적으로 내세워 형사법적인 제재를 적용할 것인지 아니면 형법의 보충성 원칙에 따라 형사법적인 처벌을 자제하고, 민사·행정적인 해결에 중점을 둘 것인지에 대한 가치판단이 필요한 대목이다.

2. 민법과 형사법의 교차

흔히 민법과 형사법의 교차라 함은 일반사인의 거래상 행위나 기업 행위의 사회적 일탈행위를 억제하기 위해서 가해지는 제재방식으로서 민사적 제재로 족할 것인지, 아니면 형사법적인 제재를 수반할 것인지 하는 문제를 통틀어 일컫는 말이다. 사회적 일탈행위를 억제하기 위한 제재수단으로는 전통적인 의미의 형사제

재판이 아니고, 형벌이외에도 과징금, 과태료, 이행강제금이나 기타 민사상 손해 배상이나 행정징벌적인 행정제재 등 다양하게 존재하고 있다. 심지어는 법적 근거가 없는 이른바 각종 형태의 사회적 제재도 있다. 일반 사인은 물론 행위자가 특히 기업인 경우 이러한 사회적 신용을 저하시키는 사회적 제재 방법도 일정한 효과가 있다. 이러한 민·형사상 교차하는 부분에 대해 적절한 법적 제재방법은 무엇일까?

이를 판단함에 있어서 먼저 규제법규의 입법목적과 취지를 감안할 필요가 있다. 판례⁵⁾는, 소득세법과 관련하여 「3자 간 등기명의신탁관계에서는 명의신탁자가 대상 주택을 지배·관리하면서 사실상 이를 처분할 수 있는 지위에 있고 처분에 따른 소득의 귀속주체가 된다는 점에서, 투기 목적의 주택 소유를 억제하려는 위 조항의 입법 취지 등을 고려할 때 위 조항의 적용에서는 명의신탁자가 대상 주택을 소유하는 것으로 봄이 옳다.」고 하고 있다. 따라서 비록 명의신탁관계는 대내적으로 무효라고 하지만 세법상의 규제목적에 고려하여 명의신탁자가 사실상 소유권자라는 점에서 신탁자에게 거래세금을 부과한 것이다.

나아가 판례⁶⁾는 「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률이 규정하는 명의신탁약정은 그 자체로 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 경우에 해당한다고 단정할 수 없을 뿐만 아니라, 위 법률이 비록 부동산등기제도를 악용한 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위를 방지하는 것 등을 목적으로 제정되었다고 하더라도, 무효인 명의신탁약정에 기하여 타인 명의의 등기가 마쳐졌다는 이유만으로 그것이 당연히 불법원인급여에 해당한다고 볼 수 없다」고 하면서 명의신탁자의 수탁자에 대한 대위청구를 인정하여 민사상 권리구제를 도모하고 있다.

그렇다고 판례가 부동산실명법상 명의신탁계약의 무효를 이유로 신탁부동산에 대해 반드시 명의신탁자의 소유권을 부정하고, 수탁자의 권리를 인정하려 한 것은 아닐 것이다.⁷⁾ 부동산실명법은 제3자와의 관계에서 대항요건으로 규정하고 있을 뿐이어서 그 해석을 두고 다른 법률과의 관계에서 달리 해석할 여지는 여전히 남겨 두고 있다. 부동산실명법의 규제목적과 다른 법률의 보호법익과의 관계에서 반드시 통일적으로만 해석 할 것은 아니라는 점이다.

5) 대판 2016. 10. 27. 선고 2016두43091

6) 대판 2014. 7. 10. 선고 2013다74769

7) 강동범/이강민, “등기명의신탁과 수탁자의 형사책임”, 법학논고 제41집(경북대), 2013.2, 16면 참조, 나아가 명의신탁은 민법뿐만 아니라 형법상으로도 불법이므로 법질서의 통일성이라는 관점에서 신탁자의 수탁자에 대한 반환청구권을 인정할 수 없다고 해석한 것도 무리가 있다(동, 18면)

다음으로 명의신탁에 대한 제재수단으로서 형벌을 개입시킴에 있어서는 형법의 보충성의 원칙을 염두에 두어야 한다. 민법상의 손해배상은 원래 당사자 간의 이해조정을 목적으로 하는 것이어서 특수한 강제력에 의해 직접적으로 법익을 보호하는 형벌과는 성격이 다르지만 거래의 성실한 이행을 담보하기 위해 어느 정도 법적 제재 효과가 있다는 점을 간과할 수는 없다. 경우에 따라서는 엄청난 고액의 손해배상을 통해 위법행위의 억지수단으로서의 기능을 기대할 수 있기 때문이다.

민사상의 거래라고 하여 언제든지 민사상 손해배상책임에만 맡길 수는 없다. 손해배상 청구를 인용하기 위해서는 고의나 과실에 의한 손해의 결과가 발생하고, 그에 관한 인과관계를 원고가 입증하여야 한다. 이러한 입증책임을 다하기 어려운 경우가 많아 원고의 입장에서는 민사소송으로 해결하는 데는 일정한 한계가 있고, 나아가 그러한 위법행위가 당사자 간의 거래법 위반에 그치지 않고 사회적인 비난가능성이 크다면 형사제재를 할 수 있다. 즉 사적인 거래는 거래자유의 원칙에 따른 자주적인 규제에 맡기고 형벌권은 이러한 제재만으로는 부족하거나 시장 질서를 위태롭게 하는 중대한 위반행위에 대해서만 보충적이고, 최후의 수단으로서 법익보호에 개입하여야 한다.⁸⁾ 이를 형법의 보충성의 원칙이라고 한다.

그렇다고 하여 항상 최종적인 개입만이 허용되는 것이 아니라 특히 법위반 행위가 높은 불법성이나 책임성을 보이는 경우에는 사전에도 형벌권의 개입이 허용된다는 점에서 다른 제재수단과는 택일적 관계가 아닌 상호 보완적인 관계에 있다고 보아야 한다.

3. 소 결

명의신탁관계에서 부동산실명법 위반에 대해 단순히 과징금의 형태로 행정형벌이라는 제재수단에 맡길 것인지 아니면 형사법적인 개입을 할 것인지는 결국 법해석의 문제라고 할 수 있다. 부동산실명법이 명의신탁을 무효라고 한 취지는 신탁부동산에 대해 명의신탁자의 소유권을 부정하고, 수탁자의 권리를 인정하려는 입장에 있다고 할 수는 없다. 거래상의 신뢰보호를 위해 대항요건으로 규정하고 있을 뿐이다. 그렇다면 규제법률의 입법취지에 따라 개별적으로 해석의 여지를 남기고 있다. 다만 금지된 명의신탁관계의 사법상 효력은 부정되어야 한다는

8) 정성근/박광민, 형법총론, SKKUP, 2015, 31면

점에서는 최소한 통일적으로 해석 할 필요도 있다.

나아가 명의신탁관계에 대한 예방적인 제재 수단으로서 부동산실명법상의 과징금 규정(동 제5조)의 적용과 이행강제금을 부과하고 있다(제6조). 나아가 「부동산등기특별조치법」에서는 등기이전신청의무에 위반하거나 등기원인을 허위로 기재한 경우 형사처벌하고 있다(동법 제8조, 제9조). 이러한 제재만으로는 수탁자의 부동산에 대한 임의처분에 대해서 까지 충분한 제재 효과를 가진다고 보기는 어렵다. 그렇다고 하여 불법적인 부동산 명의신탁 관계를 형법으로 보호할만한 사실상 위탁관계라고 할 수는 없고, 그 전제가 되는 원인행위 자체 또한 법외보호의 필요성도 크다고 할 수 없다.

결국 학설의 입장 차이는 있지만 어떤 종류의 명의신탁이든 부동산실명법상의 불법적인 명의신탁의 경우에는 법률상 무효로 하되 직접적인 형사제재보다는 민사·행정적인 제재를 앞장세우고 불법성이 높은 예외적인 경우에 한해서 형법적 수단을 동원하는 것이 형법의 보충성의 원칙에도 부합할 것이다. 이러한 기본 입장에서 유형별로 나누어 살펴보기로 한다.

Ⅲ. 불법 명의신탁의 경우 횡령죄 성부

1. 명의신탁의 의의와 유형

명의신탁이라 함은, 부동산에 관해서 대내적으로는 신탁자에게 소유권을 유보 하면서 대외적으로 수탁자 명의로 등기를 하는 것을 말하고, 그러한 원인행위를 명의신탁 약정이라고 한다. 이러한 명의신탁 약정의 유형에는 크게 1) 신탁자 명의의 등기를 명의신탁 약정에 의해 수탁자의 명의로 등기를 이전하는 2자간의 명의신탁이 있고, 3자간의 관계에서 2) 매도인의 협조 하에 계약의 당사자인 매수인이 아닌 제3자인 수탁자 명의로 등기를 이전하는 중간생략등기형 명의신탁과 3) 명의 수탁자가 계약의 당사자가 되어 등기를 이전한 계약명의신탁으로 나누고 있다. 그리고 계약명의신탁의 경우에는 매도인이 그 사실을 아는지 모르는 지에 따라 법률효과를 달리 하고 있다.

이하에서는 이러한 유형별로 수탁자가 자신의 명의를 기화로 동 부동산을 임의 처분하는 경우 형사책임에 관한 판례의 입장과 학설을 입장의 차이를 확인하고, 나름대로 결론을 내고자 한다.

2. 2자간의 명의신탁관계

(1) 학설과 판례

2자간의 명의신탁은 명의신탁약정과 그에 기한 수탁자 명의로의 물건변동은 부동산실명법에 의하여 모두 무효가 된다(제4조 제1항, 제2항). 명의신탁약정과 그에 따라 행하여진 등기에 의한 부동산에 관한 물건변동이 무효가 되므로 명의신탁자는 더 이상 명의신탁해지를 원인으로 하는 소유권이전등기를 청구할 수 없다.⁹⁾ 명의 수탁자가 임의로 처분한 경우 상대방은 유효하게 소유권을 취득하게 된다(제3항). 이 경우 과연 명의수탁자는 형사 처벌되는가?

이에 대해서 학설은 명의신탁약정이 무효라 하더라도 횡령죄가 보호하여야 할 신임관계가 존재하므로 명의수탁자는 횡령죄가 성립된다는 입장¹⁰⁾과 명의수탁자에게 점유자로서의 지위를 인정할 수도 없지만 사실상의 신탁관계가 존재한다고 보아 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 신임관계까지 부정될 수는 없으므로 타인의 사무를 처리하는 지위에 있다고 할 것이어서 명의수탁자가 이러한 신뢰를 배반하여 명의신탁자에게 손해를 가하였다면 배임죄의 성립을 인정할 수 있다는 견해¹¹⁾가 있다. 한편 명의신탁의 약정은 무효이고, 그와 같이 무효인 명의신탁을 원인으로 하여 제공된 부동산은 민법 제746조의 불법원인급여물이 되어 명의신탁자의 명의수탁자에 대한 반환청구는 인정되지 않는 것이어서 명의수탁자가 이를 임의로 처분하더라도 횡령죄가 성립하지 않는다는 주장과¹²⁾ 위탁관계의 전제가 되는 원인행위 또는 위탁관계가 민사상 또는 부동산실명법상 불법을 구성하는 경우에는 보호할 가치가 없으므로 횡령죄가 성립할 수 없다는 점을 근거로 무죄라는 입장¹³⁾이 있다.

종전 판례¹⁴⁾는, 「부동산을 소유자로부터 명의수탁받은 자가 이를 임의로 처분하였다면 명의신탁자에 대한 관계에서 횡령죄가 성립하며, 그 명의신탁이 부동산

9) 대판 1999. 01. 26. 선고 98다1027

10) 이재상, 「형법각론」 제7판, 박영사, 2010, 399면; 임웅, 「형법각론」 제4정판, 법문사, 2012, 431면; 손동권, “명의신탁부동산을 임의처분한 경우의 형사책임”, 「형사법연구」 제15호, 한국형사법학회, 2001, 175면

11) 박홍식, “수탁자의 수탁부동산 처분행위와 횡령죄”, 「판례연구」 제주판례연구회, 1997, 318-319면.

12) 박상기, 「형법각론」 제8판, 박영사, 2011, 378면; 오영근, 「형법각론」 제2판, 박영사, 2009, 468면.

13) 천진호, “부동산실명법상 부동산명의수탁자의 형사책임”, 「형사재판의 제문제」 제5권, 이용우 대법관 퇴임기념 논문집, 박영사, 2005, 284면; 김일수, “미수의 불법귀속에 관한 연구”, 고려법학 제40호, 2003, 226-27면(횡령죄의 행위반가치는 존재하지만 결과반가치가 아주 낮아 횡령죄의 불능미수가 된다는 것이다)

14) 대판 2000. 02. 22. 선고 99도5227

산실권리자명의등기에관한법률 시행 전에 이루어졌고 같은 법이 정한 유예기간 이내에 실명등기를 하지 아니함으로써 그 명의신탁약정 및 이에 따라 행하여진 등기에 의한 물권변동이 무효로 된 후에 처분행위가 이루어졌다고 하여 달리 볼 것이 아니다」고 하여 횡령죄설의 입장에 따르고 있다.

(2) 검토

명의수탁자에게 횡령죄나 배임죄가 성립하기 위해서는 1)소유권의 귀속주체는 누구인지, 2)아니라면 명의신탁자와 수탁자간의 법적인 보관자의 지위관계는 있는 것인지, 3)그렇지 않다면 사실상 신임관계가 있다고 보아 이를 법으로 보호할 만한 가치는 있는지, 4) 끝으로 형사 처벌하는 것이 형법의 보충성에 비추어 합당한 것인지 등을 순차로 살펴볼 필요가 있다. 먼저, 2자간의 명의신탁관계에서 명의신탁은 무효이지만 신탁자는 소유권에 기한 반환청구권을 행사하여 등기를 말소하고 이전 등기를 할 수 있다는 점에서 소유권은 여전히 신탁자에게 있다고 할 수 있다.

반면 명의수탁자가 이를 임의로 처분하는 경우 상대방은 유효하게 소유권을 취득한다는 점에서 일응 부동산의 점유자라고 해석할 여지가 있다. 판례¹⁵⁾와 같이 횡령죄에 있어 부동산에 대한 보관자의 지위는 그 부동산에 대한 점유를 기준으로 할 것이 아니라 그 부동산을 유효하게 처분할 수 있는 권능이 있는지의 여부를 기준으로 하여 결정하여야 한다는 입장에서 보면 명의수탁자는 일응 부동산의 명의상 점유자라고 볼 수는 있을 것이다.

그러나 위 판결은 피고인이 상속인으로서 부동산의 수탁관리자로서의 지위를 포괄 승계한 것이어서 법률상 유효한 명의신탁관계를 전제로 한 당연한 결론이라고 할 수 있어서 이와 다른 불법적인 명의신탁관계에까지 확대 적용할 수는 없을 것이다. 비록 무효인 명의신탁관계에서 명의 수탁자가 임의로 처분한 경우 부동산실명법 제4조제3항이 무효를 주장할 수 없다고 하여 마치 수탁자에게 유효한 처분권을 인정하였다고 할 수는 없을 것이다. 거래 상대방의 신뢰를 보호하기 위한 부동산 등기의 부차적인 효력일 뿐 동 조항을 근거로 부동산 명의수탁자에게 유효한 처분권이 인정된다고 보아 명의수탁자를 점유자라고까지 볼 것은 아니다.

나아가 가치판단의 문제이지만 부동산실명법이 명의신탁을 무효라고 하여 법

15) 대판 1996. 01. 23. 선고 95도784 참조

물상 금지라고 하더라도 그 자체를 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 경우에 해당한다고 단정할 수도 없다. 부동산등기제도를 악용한 투기·탈세·탈법행위 등을 방지하기 위한 특별법 위반에 불과하고, 그에 기해 수탁자 명의로 등기를 마쳤다고 하여 당연히 불법원인급여에 해당한다고 볼 수는 없다.¹⁶⁾

결국 부동산 명의신탁관계는 횡령죄 성립을 위한 사무관리·관습·조리·신의칙에 기초한 위탁신탁관계가 있다고 할 수는 없고, 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 존재할 수 있는 사실상의 위탁관계라는 것도 형법상 보호할 만한 가치 있는 신탁관계라고 할 수 없다.¹⁷⁾ 나아가 부동산실명법과 부동산등기특별조치법상의 제재만으로 족하고 그 이후의 명의수탁자의 임의처분까지 형법이 개입할 것은 아니라는 점에서 이를 횡령죄로 처벌하고 있는 판례는 변경되어야 한다.

3. 중간생략등기와 매도인 악의의 계약명의신탁의 경우

(1) 학설과 판례

중간생략등기형 명의신탁은 매도인과 매수인 사이의 계약에 따라 제3자인 명의수탁자 명의로 등기를 이전하는 계약을 말한다. 원래 매수인 명의로 등기를 이전하고 제3자에게 전매등기를 하여야 함에도 매도인으로부터 제3자인 명의수탁자 명의로 바로 이전할 수 있었던 것은 대다수 매도인의 협력이 수반되었다고 볼 이 상당하다. 이 경우 매도인이 과연 악의인지 선의인지를 입증하는 것은 용이하지 않다. 판례도 중간생략등기형 명의신탁에 따라 명의수탁자 앞으로 등기가 이전되는 경우는 매도인이 계약명의신탁약정이 있다는 사실을 알고 있는 이른바 악의의 계약명의신탁에서 명의수탁자 앞으로 등기가 이전되는 경우와 유사하다고 하여 이 점을 잘 지적하고 있다.¹⁸⁾ 이 점에서 이하에서는 양자를 함께 논하기로 한다.

중간생략등기형 명의신탁 또는 매도인 악의의 계약형 명의신탁관계에 있는 경우 명의수탁자가 이를 기화로 명의신탁자의 의사에 반하여 임의로 부동산을 처분해 버리는 경우 과연 횡령죄 또는 배임죄를 구성하는가?

학설 중에는, 소유권은 여전히 명의신탁자이고, 명의수탁자는 제3자에게 이를 유효하게 처분할 수 있는 지위에 있으므로 보관자의 지위에 있다는 점을 들어 횡

16) 위 2013다74769 판결

17) 강수진, “중간생략등기형 명의신탁과 횡령죄”, 형법판례 150선, 박영사, 2016, 265면 참조

18) 위 2014도6992 전원합의체 판결

령죄의 성립을 긍정하면서도 횡령죄의 피해자는 매도인이라는 입장¹⁹⁾, 명의신탁 자라는 입장²⁰⁾, 매도인과 명의신탁자 모두라는 입장²¹⁾등으로 학설이 나뉘어져 있다. 이에 반해 박홍식 교수는 명의수탁자가 매도인과의 관계에서 재물의 보관 자라는 점을 비판하면서 명의신탁자에게 등기를 넘겨주어야 할 사무처리자로 보아서 명의신탁자에 대한 배임죄가 성립한다는 주장을 하고 있다.²²⁾

반면 천진호 교수²³⁾는 일찍부터 위탁관계의 전제가 되는 원인행위 또는 위탁 행위 자체가 범죄적 내용을 가지기 때문에 민사법과는 별개로 횡령죄의 주체로서의 자격인 신뢰에 기한 위탁관계가 성립되지 않으므로 횡령죄가 되지 않음은 물론 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 신임관계 또한 법적으로 보호되어야 할 신임 관계에 해당하지 아니하므로 배임죄도 성립하지 않는다고 하였다.

종전의 판결²⁴⁾은 「부동산을 그 소유자로부터 매수한 자가 자신 명의로 소유권이전등기를 하지 아니하고, 제3자와 맺은 명의신탁약정에 따라 매도인으로부터 바로 제3자 앞으로 중간생략의 소유권이전등기를 경료한 경우, 그 제3자가 그와 같은 명의신탁약정에 따라 자기 명의로 신탁된 부동산을 임의로 처분하면 신탁자와의 관계에서 횡령죄가 성립한다」고 하고 있다. 그 근거는 분명하지 않으나 대체로 명의신탁된 부동산을 유효하게 처분할 수 있는 보관자로서의 지위를 가지고 있다는 점을 근거로 삼는 듯하다.²⁵⁾

그러나 앞서본 바와 같이 최근 판례는, 「중간생략등기형 명의신탁의 경우--- 명의수탁자 명의의 소유권이전등기는 무효이고, 신탁부동산의 소유권은 매도인이 그대로 보유하게 된다. 따라서 명의신탁자로서는 매도인에 대한 소유권이전등기 청구권을 가질 뿐 신탁부동산의 소유권을 가지지 아니하고, 명의수탁자 역시 명의신탁자에 대하여 직접 신탁부동산의 소유권을 이전할 의무를 부담하지는 아니하므로, 신탁부동산의 소유자도 아닌 명의신탁자에 대한 관계에서 명의수탁자가 횡령죄에서 말하는 ‘타인의 재물을 보관하는 자’의 지위에 있다고 볼 수는 없

19) 이재상, 「형법각론」 제7판, 박영사, 2010, 400면; 임웅, 「형법각론」 제4정판, 법문사, 2012, 432면

20) 배종대, 「형법각론」 제7전정판, 홍문사, 2011, 532면; 장영민, “불법원인급여와 횡령죄”, 「형사판례연구」 제8권, 박영사, 2000, 38면.

21) 손동권, 앞의 논문, 176면.

22) 박홍식, “수탁자의 수탁부동산 처분행위와 횡령죄”, 제주관례연구회, 1997, 318면. 「관례연구」

23) 천진호, “부동산실명법상 부동산명의수탁자의 형사책임”, 「형사재판의 제문제」 제5권, 이용우 대법관 퇴임기념 논문집, 박영사, 2005, 274-288면.

24) 대판 2010. 09. 30. 선고 2010도8556

25) 대판 2007. 06. 28. 선고 2006다48632

다」고 하여 종전 판례를 번복하고, 횡령죄의 성립을 부정하고 있다.²⁶⁾

(2) 검토

중간생략등기형태이든 계약형 명의신탁의 경우이든 기본적으로 등기명의자가 아닌 명의신탁자가 소유권을 가지고 있다는 논리는 부동산실명법의 시행 이후에는 어렵게 되었다. 오히려 부동산을 매수한 명의신탁자가 자신의 명의로 소유권 이전등기를 하지 아니하고 명의수탁자와 맺은 명의신탁약정에 따라 매도인에게서 바로 명의수탁자에게 중간생략의 소유권이전등기를 마친 경우에는 부동산실명법 제4조제2항 본문에 의하여 명의수탁자 명의의 소유권이전등기는 무효이고 신탁 부동산의 소유권은 오히려 매도인이 그대로 보유하게 된다고 할 수 있다. 그렇다면 신탁부동산의 소유자도 아닌 명의신탁자에 대한 관계에서 명의수탁자가 횡령죄에서 말하는 ‘타인의 재물을 보관하는 자’의 지위에 있다고 볼 수는 없다는 점에서 횡령죄설은 설득력이 없다.

나아가 명의수탁자에 대한 관계에서 명의신탁자를 사실상 또는 실질적 소유권자라고 평가하고, 명의신탁자에게 등기를 넘겨주어야 할 사무처리자로서 사실상 신임관계를 이유로 형법상 배임죄에 해당한다고 평가하는 것은 부동산실명법이 명의신탁약정을 무효로 하고 있음에도 불구하고 무효인 명의신탁약정에 따른 소유권의 상대적 귀속을 인정하는 것과 다름이 없어서 부동산실명법의 규정과 취지에 명백히 반하므로 허용될 수 없다.²⁷⁾ 명의신탁자가 매매계약의 당사자로서 매도인을 대위하여 신탁부동산을 이전받아 취득할 수 있는 권리 기타 법적 가능성을 가지고 있기는 하지만, 명의신탁자가 이러한 권리 등을 보유하였음을 이유로 명의신탁자를 사실상 또는 실질적 소유권자로 볼 수 있다거나 이를 전제로 명의수탁자가 타인의 사무를 처리하는 지위에 있다고 평가할 수는 없다. 그렇게 되면 명의신탁에 대해 무효화를 통한 투기목적 등을 방지하려는 부동산실명법의 입법 취지에도 반하게 된다.²⁸⁾ 결국 명의수탁자가 제3자에게 처분하더라도 신탁자와의 관계에서 최소한 부동산의 점유자, 보관자이거나 사실상 신임관계에 있음을 전제로 한 형사처벌의 대상은 아니라는 점에서 비로소 부동산실명법과 통일적인 해석이 가능해지게 되었다.

26) 위 2014도6992

27) 위 2014도6992 전원합의체 판결

28) 강수진, 앞의 판례평석, 265면

4. 매도인이 계약형 명의신탁관계에 대해 선의인 경우

(1) 학설과 판례

매도인이 계약형 명의신탁에 의한 거래임을 모른 경우 학설은 법률행위가 무효인 명의신탁이라도 사실상 신탁관계가 인정된다면 배임죄로 처벌할 수 있다는 입장²⁹⁾과 부동산실명법 제4조 제2항 단서에 의하여 명의수탁자 명의로 한 등기는 유효하고, 명의수탁자는 소유권을 유효하게 취득하였다는 점을 전제로 횡령죄나 배임죄에 해당하지 않는다는 입장³⁰⁾이 있다. 후설에 의하면 명의수탁자가 부동산을 임의로 처분하더라도 매도인이나 명의신탁자에 대한 관계에서 채무불이행이나 불법행위책임을 지지 않는다고 한다.

판례 또한 이 경우 그 수탁자는 타인의 재물을 보관하는 자에 해당한다고 할 수 없다거나³¹⁾, 수탁자를 신탁자와의 신탁관계에 기하여 신탁자를 위하여 신탁 부동산을 관리하면서 신탁자의 허락 없이는 이를 처분하여서는 아니 되는 의무를 부담하는 등으로 신탁자의 재산을 보전·관리하는 지위에 있는 자에 해당한다고 볼 수 없어 수탁자는 타인의 사무를 처리하는 자의 지위에 있지 아니하다 할 것 이어서³²⁾ 횡령죄 또는 배임죄를 구성하지 않는다고 한다.

(2) 소결

앞서 살펴본 바와 같이 계약형 명의신탁의 정을 매도인이 모른 경우 소유권은 애당초부터 명의자인 명의수탁자에게 귀속되고, 명의 신탁자와는 사실상 위탁관계나 보관자의 지위에 있다고 할 수 없고, 법률상 보호할만한 신탁관계를 인정할 수도 없으므로 무죄설이 타당하다. 부동산실명법과의 통일적인 해석이 가능하다는 점에서 판례의 입장은 타당하다.

29) 이재상, 401면; 정성근/박광민, 형법총론, 452면; 장영민, 앞의 논문, 40면

30) 오영근, 앞의 책, 482면; 정영일, 앞의 책, 384면, 손동권, 앞의 논문, 179면

31) 대판 2006. 09. 08. 선고 2005도9733

32) 대판 2004. 04. 27. 선고 2003도6994

IV. 이중매매의 경우 배임죄 성부

1. 문제제기

부동산의 이중매매에는 계약의 내용과 이행정도에 따라 여러 가지 유형이 있을 수 있으나 대체로 1차 매수인에게 계약금과 중도금 또는 잔금의 일부를 수령하고도 이를 제3자에게 잔금과 동시에 소유권이전등기에 필요한 서류를 인도하여 등기를 경료하게 한 경우를 말한다. 이 경우 이중매도인에게 제1매수인에 대하여 과연 배임죄의 형사책임을 물을 수 있는지 여부가 문제 된다. 특히 최근 동산에 대한 이중매매자에 대한 배임죄 성립을 부정한 판례이론이 부동산의 이중매매의 경우에도 그대로 적용될 것인가?

2. 학설과 판례

부동산의 이중매매가 주로 형법상 문제되는 것은 먼저, 부동산의 거래의 금액이 거액이어서 실무상 계약금과 잔금의 지급기간이 장기간에 걸치고, 그 사이에 중도금 명목으로 상당한 금원이 지급된다는 점, 둘째 물권법상 소유권 이전의 공시방법으로 형식주의를 취하고 있으나 잔금이행과 동시에 등기이전에 필요한 서류의 이전은 물론 매수인 명의로 이전등기가 경료 될 때까지 특별히 협력의무가 필요하다는 점을 들 수 있다. 즉, 등기이전에 필요한 서류의 이전만으로는 법률상 소유권이 이전되었다고 할 수 없고, 매수인은 여전히 불안한 지위에 있다는 실무를 반영하고 있다. 그래서 이중매매를 비범죄화하면 부동산 시장에서 형성되어 온 매도인과 매수인 사이의 균형이 깨지고, 사회적 혼란을 초래할 수 있다고까지 경고하고 있다.³³⁾ 배임죄를 수증하는 입장에서는 주로 배임죄의 본질을 배신설의 입장에서 ‘타인의 신뢰를 저해하는 임무위배’라고 하여 이를 널리 인정하고 있다. 계약금과 중도금을 지급한 이후의 매도인은 일방적으로 해제할 수 없고, 잔금수수와 동시에 제1매수인이 소유권을 취득할 수 있도록 소유권이전등기에 협력할 의무가 있으므로 이에 위반하여 제2매수인에게 이중매매하면 반사회적 법률행위로서 배임죄를 구성한다는 것이다.³⁴⁾

33) 강수진, “부동산 이중매매를 배임죄로 처벌하는 것이 타당한가? -배임죄 불성립에 대한 검토를 중심으로” 형사법의 신동향 제49호, 대검찰청, 2015, 370-271면

34) 김준호, “반사회적 부동산이중매매에 관한 판례이론” 고시계 제35권 제2호, 고시계, 1990, 92면;

반면 배임죄의 행위주체인 ‘타인의 사무를 처리하는 자’의 해석을 둘러싸고 죄형법정주의의 관점에서 양도담보권자의 정산의무나 일반 채무자의 임무 위배행위와의 차이를 구분하기 어렵다거나 구별기준이 모호하다는 점을 들어 이중매매의 경우 배임죄의 처벌을 부정하려는 시각이 차츰 확장되고 있다.³⁵⁾

종래 판례³⁶⁾는, 「부동산의 매도인으로서 매수인에 대하여 그 앞으로의 소유권이전등기절차에 협력할 의무 있는 자가 그 임무에 위배하여 같은 부동산을 매수인 이외의 제3자에게 이중으로 매도하고 제3자 앞으로 소유권이전청구권 보전을 위한 가등기를 마쳐 주었다면, 이는 매수인에게 손해발생의 위험을 초래하는 행위로서 배임죄를 구성한다」고 하여 제1매수인으로부터 계약금 및 중도금 명목의 금원을 교부받은 경우에는 그 자에게 소유권이전등기절차에 협력할 의무가 있음을 전제로 배임죄를 긍정하였다.

반면 동산에 대한 이중매매자에 대한 배임죄 기소사안에서 판례³⁷⁾의 다수의견은 「매도인은 매수인에게 계약에 정한 바에 따라 그 목적물인 동산을 인도함으로써 계약의 이행을 완료하게 되고 그때 매수인은 매매목적물에 대한 권리를 취득하게 되는 것이므로, 매도인에게 자기의 사무인 동산인도채무 외에 별도로 매수인의 재산의 보호 내지 관리 행위에 협력할 의무가 있다고 할 수 없다. 동산매매계약에서의 매도인은 매수인에 대하여 그의 사무를 처리하는 지위에 있지 아니하므로, 매도인이 목적물을 매수인에게 인도하지 아니하고 이를 타에 처분하였다 하더라도 형법상 배임죄가 성립하는 것은 아니다」고 하여 배임죄의 성립을 부정하고 있다.

이에 대해 소수의견은 「동산매매에서 매도인의 목적물 인도는 한편으로 소유권이전 의무를, 다른 한편으로 많은 경우에 용익보장의무를 이행하는 것으로서, 엄밀하게 말하면 이중의 기능을 수행하게 된다. 여기서 전자의 측면은 부동산매도인의 소유권이전등기 의무에, 후자의 측면은 그의 용익보장의무의 한 내용으로서의 인도 의무에 대응한다. 따라서 동산매도인도 일정한 단계에 이르면 부동산매도인과 마찬가지로 매수인의 소유권 취득을 위하여 ‘그의 사무를 처리하는 자’의 지위에 있게 된다고 충분히 볼 수 있고, 또 그렇게 보아야 한다」 하여 배임죄

박인환, “부동산이중매매의 효력” 일감법학 제20권, 건국대학교법학연구소, 2011, 726-727면

35) 문형섭, 채무불이행과 배임죄“ 법학논총 제27권제2호, 전남대학교 법률행정연구소, 2007, 326-327면

36) 대판 2008. 07. 10. 선고 2008도3766

37) 대판 2011. 01. 20. 선고 2008도10479 전원합의체 판결

성립을 긍정하고 있다.

3. 검토

부동산 이중매매의 효력에 대해서도 민법과 형법이 교차하는 영역이라고 할 수 있다. 부동산 이중매매자를 제1매수인에 대한 배임죄로 형사 처벌하는 경우에는 물권적 합의와 공시의 방법까지 갖춘 제2매수인의 법적지위와도 충돌할 수 있다. 판례³⁸⁾는 「매도인이 매수인에게 목적부동산을 매도한 사실을 알고서 수증자가 매도인으로부터 증여를 원인으로 하여 소유권이전등기를 함으로써 매도인의 매수인에 대한 배임행위에 가담한 결과에 이르렀다면, 이는 실체관계에 부합하는 유효한 등기가 될 리가 없고 반사회질서의 행위로서 무효」라고 하여 이를 절충하고 있으나 여기서 ‘적극 가담’ 여부도 모호한 개념으로 명확한 처벌기준이 될 수 없고 자칫 확대해석의 여지마저도 있다.³⁹⁾

매매계약에 있어서 매도인의 의무 구조는 그 매매 목적이 부동산이든 동산이든 전혀 다를 바 없고, 다만 공시의 방법이 동산의 경우에는 점유의 인도이지만 부동산의 경우에는 소유권등기의 이전이라는 점에서 다를 뿐이다. 부동산매매계약에서 매도인에게 특별히 자기의 사무인 부동산등기이전채무 외에 별도로 매수인의 재산의 보호 내지 관리 행위에 협력할 의무가 있다고까지는 할 수 없다는 점에서 동산에 있어서 배임죄를 부정하는 것과 같이 부동산 거래에 있어서도 배임죄 성립을 부정하는 것이 논리적 일관성을 갖는다.

민·형사상 법률관계가 교차하는 부분에 대해서 민사상의 제재방법으로 그 위반행위의 억지나 예방이 어렵다는 사정만으로 강제적인 제재력을 갖는 형사처벌을 쉽게 끌어오는 것은 자칫 사적자치에 반하고, 형법의 최후수단성, 최소성에 반할 수도 있다.

다만 부동산의 이중매매에 대해서 배임죄 성립을 부정하게 되면 부동산거래 실무에 많은 영향을 줄 것으로 보인다. 계약금외 별도의 중도금형태의 금원의 지급 관행은 사라질 것으로 보인다. 부동산 실무의 이러한 급격한 변경은 자칫 부동산 거래시장을 위축시키고 거래안전을 위협할 우려도 있다. 거래의 안전을 확보하기 위해 보험제도, 신탁제도 등을 통해 보완하거나 위 2014도6992 판례

38) 대판 1983. 07. 12. 선고 82도180

39) 강동욱, “부동산 이중매매 매도인에 대한 형사책임의 인정에 관한 법정책적 검토”, 법학연구, 2016, 16-17면 참조

의 보충의견에서 「부동산매매에서 매도인의 다양한 채무불이행에 대하여 이를 일반적으로 배임죄로 의율한 바 없으며, 단지 부동산매매계약에서 중도금 지급 등으로 그 계약관계가 일정한 단계에 도달한 경우에 비로소, 그것도 매도인의 배신적 처분행위로 말미암아 매수인의 온전한 권리 취득이 아예 좌절되거나 그에 현저한 장애가 발생한 사안에 한정하여 배임죄를 긍정하여 왔을 뿐이다」라고 적절히 지적하듯이 좀 더 구체적인 적용기준과 한계를 설정하여 예외적으로 배임죄를 적용해 가는 것도 하나의 방향이라고 할 수 있다. 이에 대해서는 좀 더 많은 현황조사와 보완연구를 통해 부작용을 최소화해 갈 필요가 있다.

V. 총 결

법률상 허용되는 예외의 경우를 제외하고, 금지되는 부동산의 명의신탁의 경우에는 부동산실명법 제4조 제2항 본문에 의하여 명의수탁자 명의의 소유권이전등기는 민사상 무효가 된다. 그러면서도 같은 조 제2항 단서와 제3항에서는 「제3자에게는 이를 대항할 수 없다」고 하여, 제3자에 대한 관계에서 거래는 유효하게 된다. 따라서 명의수탁자가 자신에게 명의가 있음을 기화로 명의신탁자의 의사에 반하여 신탁 재산을 임의로 처분해 버린 경우 매수자인 제3자와의 관계에서는 아무런 영향이 없음에도 명의신탁자와의 관계에서 이를 형사 처벌할 것인지 여부가 문제된다.

본고에서는 판례의 입장을 검토함에 있어서 이 경우 1)소유권의 귀속주체는 누구인지, 2)명의신탁자와 수탁자간의 보관자의 지위에 있는지, 3)또는 양자간에 존재할 수 있는 사실상 신임관계가 법으로 보호할만한 가치가 있는지, 4)명의신탁관계 또는 명의수탁자의 임의처분행위를 형사 처벌하는 것이 형법의 보충성에 비추어 합당한 것인지 등을 순차로 검토하면서 판례의 최근 입장을 지지하였다. 나아가 2자간의 명의신탁의 경우는 물론 부동산의 이중매매의 매도인에게도 동산의 이중매매와 같은 법 이론을 그대로 적용하여 횡령죄 또는 배임죄의 성립을 부정하는 취지의 결론을 도출하였다.

구체적으로 살펴보면, 최근 판례가 중간생략등기형 명의신탁의 경우나 매도인이 악의인 계약형 명의신탁의 경우, 명의수탁자에 대해서 신탁재산의 사실상 보관자의 지위에 있다는 점을 이유로 횡령죄를 인정해 오던 종전 판례를 변경하여

횡령죄의 성립을 부정한 것은 타당하다. 마찬가지로 2자간 명의신탁의 경우에도 양자 간의 신탁계약은 무효이므로 더 이상 보관자의 지위를 인정하기 어렵다는 점에서 중전 판례 또한 유지하기 어려울 것으로 보인다.

나아가 계약형 명의신탁관계 중 매도인이 선의인 경우에는 애당초 소유권은 대내외적으로 수탁자에게 귀속되므로 명의수탁자가 이를 임의 처분하더라도 횡령죄를 구성하지 않고, 배임죄 또한 성립하지 않는다는 점에서 학설과 판례는 크게 다름이 없다.

결국 합법적인 명의신탁이 아닌 경우, 명의수탁자의 임의처분에 대해서는 어떠한 유형이든지 부동산실명법과 어느 정도 통일적인 해석이 가능해졌다는 점에서 최근 판례의 태도는 정당하다고 평가된다.

그렇다면 부동산의 이중매매의 경우에는 어떤가? 계약금과 중도금을 수령한 상태에서 잔금수수와 동시에 등기를 이전해 줄 의무는 계약상의 의무에 불과한 것인지, 아니면 법률상 등기에 협력하여야 할 타인의 사무처리의 지위에 있다고 해석할 것인지 문제된다.

판례는, 채무자인 피고인이 채권자에게 부동산에 대한 유증상속분을 대물변제하기로 약정한 후 이를 제3자에게 매도해버린 경우에도 '타인의 사무를 처리하는 자'의 지위에 있다고 볼 수 없다는 이유로 배임죄의 성립을 부정하였다. 단순히 민사상 채무불이행에 불과하기 때문이라고 한다.

나아가 동산의 이중매매의 매도인에게 배임죄를 적용한 기소한 사안에서도 동산의 인도채무이외 별도의 재산의 보호나 관리행위에 협력할 의무가 있다고 할 수 없다는 입장에서 배임죄의 적용을 부정하였다.

그렇다면 부동산의 이중매매는 어떤가? 부동산의 경우에도 동산과 등기이전이라는 공시방법이 다를 뿐 동산의 이중매매에 관한 법 이론은 부동산의 경우에도 마찬가지로 생각된다.

따라서 부동산의 이중매매의 매도인에게도 배임죄를 적용할 수 없다고 봄이 상당하고 그렇게 해석하는 것이 사적 거래영역에 대해 형벌에 의한 개입의 보충성, 최소화 원칙에도 부합하는 해석이라고 생각한다. 다만 부동산거래실무 중 중도금지급의 폐지 등 급격한 변화는 거래의 안전을 위협할 우려가 있으므로 보험제도, 신탁제도 등의 보충적인 제도개선이 뒤따라야 한다.

(논문투고일: 2017.02.26 , 심사개시일: 2017.02.28, 게재확정일 : 2017.03.17)



▶ 정 다 희

이중매매, 명의신탁, 횡령죄, 배임죄

【참 고 문 헌】

- 정성근/박광민, 형법총론, SKKUP, 2015
- 박상기, 「형법각론」 제8판, 박영사, 2011
- 배종대, 「형법각론」 제7전정판, 홍문사, 2011
- 오영근, 「형법각론」 제2판, 박영사, 2009,
- 이재상, 「형법각론」 제7판, 박영사, 2010
- 임 용, 「형법각론」 제4정판, 법문사, 2012
- 강수진, “중간생략등기형 명의신탁과 횡령죄”, 형법판례 150선, 박영사, 2016,
- 강수진, “부동산 이중매매를 배임죄로 처벌하는 것이 타당한가? -배임죄 불성립에 대한 검토를 중심으로” 형사법의 신동향 제49호, 대검찰청
- 강동범/이강민, “등기명의신탁과 수탁자의 형사책임”, 법학논고 제41집(경북대), 2013.2,
- 강동욱, “부동산 이중매매 매도인에 대한 형사책임의 인정에 관한 법정책적 검토”, 법학연구, 2016
- 김일수, “미수의 불법귀속에 관한 연구”, 고려법학 제40호, 2003
- 김준호, “반사회적 부동산이중매매에 관한 판례이론” 고시계 제35권 제2호, 고시계, 1990
- 문형섭, 채무불이행과 배임죄“ 법학논총 제27권제2호, 전남대학교 법률행정연구소, 2007
- 박인환, “부동산이중매매의 효력” 일감법학 제20권, 건국대학교법학연구소, 2011
- 손동권, “명의신탁부동산을 임의처분한 경우의 형사책임”, 「형사법연구」 제15호, 한국형사법학회, 2001,
- 장영민, “불법원인급여와 횡령죄”, 「형사판례연구」 제8권, 박영사, 2000,
- 박홍식, “수탁자의 수탁부동산 처분행위와 횡령죄”, 「판례연구」, 제주판례연구회, 1997
- 천진호, “부동산실명법상 부동산명의수탁자의 형사책임”, 「형사재판의 제문제」 제5권, 이용우 대법관 퇴임기념 논문집, 2005, 박영사

Abstract

**The Study of criminal Responsibility about Disposure
of Real Estate**

Chung, Da Hee

Other than a few legally allowed exceptions, usually in case of real estate trust agreement, trust's ownership transfers registration becomes invalid according to the Real Estate Real Name Act. Then, can a trustee whose name is on the ownership registration and has sold property against the will of the trust be charged with criminal punishment? To discuss this matter, we need to look at 1) who the actual owners are, 2) positions and rights between trust and trustee, 3) whether the service agreement is written to be legally protected, and 4) whether charge of criminal punishment is reasonable according to the Criminal Law.

Recently, in case of real estate trust agreement where middle registration is omitted, the court has ruled out the previous precedents that the trustee has obligations to manage trust's property and thus can be charged with malpractice. Even in the case of bilateral real estate trust agreement, the bilateral real estate trust agreement is invalid and thus the court cannot maintain the former precedent that acknowledges the position and obligation as the manager of the property. In addition, both precedents and academia agrees that in case of real estate trust agreement, even if the property is sold without consent, she/he is not to be charged with embezzlement because the ownership is usually given to trustees. Therefore, a recent precedent seems reasonable in the means that the ideals are somewhat parallel with that of the Real Estate Real Name Act.

Then how about the case of double dealing? There still is a controversy of whether the statement "receiving of remaining balance and ownership transfer

should be done at the same time” means no more than contractual obligations or means rights of the third party who has partake in the registration, after receiving down payment and middle payment,

Though, a defendant, or a debtor, has agreed to reimburse with his/her inheritance of his/her mother’s property on behalf of the unpaid balance in case he/she cannot pay back the loans, and though has completed the registration, the court has ruled that “the defendant is not in a position of the third party with this specific registration process” and has disapproved his/her charge of malpractice because the court believes above case applies to case of ‘default.’

Moreover, even in the case where a vendor of double dealing is charged with malpractice, the court ruled that other debt payment of movable property, a vendor does not have the obligation to manage nor partake with protection and management of the specific property. Then, how about the case for double dealing of real estate property? Other than different ways of official notice/announcement, common theories and ideals are similar in case of real estate property as well. Thus, interpretation that a vendor of double dealing cannot be charged with malpractice seems reasonable according to the principles of minimized involvement of criminal law in private deals.



▶ **Chung, Da Hee**

Double dealing, Nominal trust, Embezzlement, Breach of trust.

成均館法學

第29卷 第1號



法學研究所

2017

성균관대학교 「成均館法學」 편집위원회 운영규정

제1조 (목적) 이 규정은 법학연구소 규정 제13조에 따른 편집위원회의 구성 기타 운영에 관한 사항을 정함을 목적으로 한다.

제2조 (구성) 편집위원장 및 편집위원은 4년제 대학(법학전문대학원 포함)의 전임교원 및 법조실무가 가운데서 7인 이상을 소장이 위촉한다.

제3조 (편집위원의 임기) ① 편집위원장 및 편집위원의 임기는 2년으로 하며, 연임할 수 있다.

② 소장은 특별히 필요하다고 인정되는 경우에 임기가 종료되지 아니한 위원을 운영위원회의 동의를 얻어 해촉할 수 있다. 또한 소장은 해촉된 위원을 교체하기 위하여, 또는 사임한 위원을 승계하기 위하여, 기타 필요한 경우에 편집위원을 새로 선임할 수 있고, 그 임기는 퇴임한 위원의 잔여임기로 한다.

제4조 (편집위원회 업무 등) 편집위원회는 다음 각호의 사항을 처리한다.

1. 『성균관법학』에 게재를 신청한 원고의 심사를 위한 심사위원의 선임
2. 심사결과의 평가와 게재 여부의 결정
3. 심사결과에 대한 이의의 처리

제5조 (논문심사의 위촉) ① 투고된 원고는 원칙적으로 편집위원장을 통해 위촉된 심사위원에 의하여 1편당 3인에 의하여 심사된다.

② 심사위원은 원칙적으로 외부 심사위원 2인 이상으로 한다. 단, 부득이한 사정이 있는 경우 이러한 내·외부 심사위원의 비율을 변경할 수 있다.

③ 편집위원장은 당해 논문의 전공분야의 박사학위자 또는 당해 논문제목과 동일 또는 유사한 선행 논문을 발표한 전문가에게 심사를 위촉함을 원칙으로 한다.

④ 논문심사에 있어서 심사위원과 투고자의 인적사항은 밝히지 않는다.

제6조 (게재 결정) ① 편집위원회는 개별심사원의 의견을 종합하여 법학연구소 심사규칙 제4조 제1항 및 제2항에 따른 심사결과가 모두 “수정 후 게재” 이상인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 게재를 허용한다.

② 논문심사의 결과에 “대폭 수정 후 차호 재심사”가 들어있는 경우에는 재심사의 진행가능성 및 수정지시의 준수 여부 등을 고려하여 게재여부를 결정한다.

③ 법학연구소 심사규칙 제4조 제2항에 따른 심사결과가 일치하지 않는 경우 또는 심사결과에 “게재유보”가 포함되어 있는 경우 편집위원장은 당해 논문을 심사하지 않은 다른 1인의 심사위원에게 재심사를 의뢰할 수 있다.

④ 동일인(공동저자포함)은 동일호에 1편의 논문만을 투고/게재할 수 있다.

제7조 (게재결정에 대한 이의) ① 법학연구소 심사규칙 제4조에 의하여 “대폭 수정 후 차호 재심사” 또는 “게재유보”의 결정을 통고 받은 신청인은 통지를 받은 날로부터 3일 이내에 편집위원장에게 서면 또는 전자우편으로 이의를 제기할 수 있다.

② 제1항에 따른 이의가 제기된 경우 편집위원장은 편집위원회를 소집하여 이를 처리하여야 한다.

③ 편집위원장은 제2항에 따른 편집위원회의 결과를 지체 없이 신청인에게 통지하여야 한다.

제8조 (편집위원회의 운영) ① 편집위원장은 년4회 정기편집회의를 소집하여야 하며, 본 연구소의 소장이 요구할 경우 임시편집회의를 소집할 수 있다.

② 편집위원회는 재적 과반수 출석과 출석 과반수 찬성으로 의결한다.

③ 필요하다고 인정되는 경우 편집위원장은 서면결정으로 편집위원회에 갈음할 수 있다.

제9조 (비밀준수의무) 편집위원은 편집위원회의 업무에 관하여 얻은 정보를 공개하지 않을 의무가 있다.

- < 부 칙 > 본 규정은 1997년 3월 1일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규정은 2002년 3월 2일부터 시행된다.
- < 부 칙 > 본 규정은 2004년 6월 30일부터 시행된다.
- < 부 칙 > 본 규정은 2006년 12월 1일부터 시행된다.
- < 부 칙 > 본 규정은 2007년 8월 1일부터 시행한다. 2007년의 경우
제19권 제2호와 제3호를 8월 31일과 12월 31일에 각각 발간한다.
- < 부 칙 > 본 규정은 2010년 3월 2일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규정은 2011년 3월 2일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규정은 2011년 5월 1일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규정은 2011년 12월 1일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규정은 2012년 9월 1일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규정은 2014년 9월 1일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규정은 2014년 12월 11일부터 시행한다.

성균관대학교 「成均館法學」 연구윤리규정

제1조 (목적) 이 규정은 성균관법학에 투고된 글에 관하여 연구윤리위반에 대해 규정하고, 더 나아가 연구윤리의 확산과 부정행위 방지를 목적으로 한다.

제2조 (연구윤리위반의 종류) 연구윤리위반에는 아래의 행위가 포함된다.

1. 표절 등 타인의 저작권을 침해하는 행위
2. 논문의 작성에 실질적인 기여 없이 작성자로 기재하는 행위
3. 과거에 출판된 논문 등 저작물을 중복하여 출판하는 행위
4. 상당한 이유 없이 타인의 명예를 침해하는 표현을 사용하는 행위
5. 학계에서 통상적으로 용인되는 범위를 심각하게 벗어난 행위

제3조 (연구윤리위원회의 구성) ① 법학연구소규정 제15조에 따라 구성된 성균관대학교 법학연구소의 연구윤리위원회가 성균관법학 윤리위원회(이하 위원회라 한다)의 업무를 수행한다.

- ② 위원회는 연구윤리위원장을 포함하여 10인 이내의 위원으로 구성한다.
- ③ 연구윤리위원장과 연구윤리위원은 법학연구소장이 위촉한다.

제4조 (연구윤리위원의 임기) 연구윤리위원장과 연구윤리위원의 임기는 2년으로 하며, 연임할 수 있다.

제5조 (위원회의 권한) ① 위원회는 투고된 글의 연구윤리위반에 대해 심의하고 의결한다.

- ② 위원회는 연구윤리위반 사안을 검토하기 위해 조사위원을 선임할 수 있다.

제6조 (위원회의 회의) ① 위원장은 위원회를 소집하고 그 의장이 된다.

- ② 위원장은 투고된 글의 연구윤리위반에 관해 의심이 있을 때나 심의 요청이 접수된 때에 회의를 소집하여야 한다.
- ③ 회의는 위원 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다.
- ④ 당해 사안에 대해 공정성을 기대하기 어려운 사유가 있는 위원은 심의나 의결에

관여할 수 없다.

제7조 (조사위원의 권한과 의무) ① 조사위원은 당해 사안이 심의되는 위원회의 회의에 참석하여 발언할 수 있다.

② 조사위원은 당해 사안에 관해 조사보고서를 작성하여 위원회에 제출해야 한다.

제8조 (피조사자의 권한) ① 피조사자는 회의에 출석하여 진술할 권한을 가진다.

② 피조사자는 위원회의 결정이 있는 날로부터 15일 이내에 그 결정에 대해 통지를 받을 권한을 가진다.

③ 피조사자는 통지를 받은 날로부터 7일 이내에 재심을 청구할 권한을 가진다.

제9조 (연구윤리위반에 대한 조치) 위원회는 제2조의 연구윤리위반에 대하여 다음의 조치를 취한다.

1. 투고된 원고에 대한 게재 거부
2. 게재된 경우라면 성균관법학 논문목록에서 삭제
3. 투고자에 대하여 3년 이상 성균관법학에 논문투고 금지
4. 법학연구소 홈페이지에 위반사항 공고
5. 투고자의 소속 기관장에 위반사항 통보

제10조 (위원의 비밀유지의무) 위원장과 위원은 위원회의 직무와 관련하여 취득한 사항에 대하여 비밀을 유지하여야 한다.

제11조 (연구윤리에 대한 교육) 연구윤리위원장은 법학연구소장과 협의하여 연구윤리를 확산하고 부정행위를 방지하기 위한 교육을 정기적으로 실시한다.

제12조 (운영예산) 위원장은 위원회의 운영 및 조사에 필요한 예산을 책정하여 지급할 수 있다.

제13조 (타규정의 준용) 성균관대학교 '연구윤리 및 진실성 확보를 위한 규정'을 준용한다.

< 부 칙 > 이 규정은 2007년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 이 규정은 2014년 9월 1일부터 시행한다.

성균관대학교 「成均館法學」 투고규칙

제1조 (목적) 이 규칙은 성균관대학교 법학연구소에서 발행하는 성균관법학(이하 학술지)에 게재할 논문 투고에 관한 사항을 정하는 것을 목적으로 한다.

제2조 (투고자격) ① 투고 요청논문은 다음 각호에 해당하는 자에 한한다.

1. 성균관대학교 법학전문대학원 교수
 2. 성균관대학교 법학연구소 연구원
 3. 전국의 법과대학 및 법학전문대학원 교수, 판사, 검사, 변호사
 4. 법학 박사학위 과정 이상인 자
 5. 기타 편집위원회의 승인을 얻은 자
- ② 상기의 자격을 가진 자는 공동저술이 가능하며, 공동저자의 경우에는 제1저자가 주저자가 된다.

제3조 (투고원고) 학술지에 투고할 원고는 다음과 같다.

1. 발표논문 : 본 연구소 주최 학술모임에서 발표되고 제출된 논문
2. 일반논문: 학술지 게재를 위하여 따로 투고된 논문
3. 판례평석
4. 기타 편집위원회에서 학술적 가치가 있다고 인정한 번역물과 서평 등

제4조 (원고제출) ① 학술지에 논문을 게재하고자 하는 자는 원고를 각각 발간일 60일 전까지 원고파일을 온라인 논문 투고 및 심사 시스템 홈페이지 (<https://icls.jams.or.kr>)에 제출함을 원칙으로 한다. 단, 논문제출 마감일이 공휴일인 경우에는 원고제출은 그 다음날까지 할 수 있다.

- ② 투고자는 법학연구소가 제공한 논문투고 신청서 및 논문연구윤리 확인서 및 논문사용권 등 위임동의서를 제출하여야 한다. 이를 이행하지 아니한 자는 투고를 철회한 것으로 간주하며, 향후 2년간 성균관법학은 논문투고 신청을 거절할 수 있다.
- ③ 투고된 논문은 성균관법학 원고작성요령에 따라 제출되어야 한다.

제5조 (원고제출 기일의 연장) 법학연구소장은 논문제출 기일을 연장할 수 있다. 단, 이 기일의 연장은 법학연구소 홈페이지에 공지하여야 한다.

제6조 (심사료 및 게재료) ① 학술지에 원고를 제출할 때에는 심사비 6만원을 납부해야 한다. 게재가 결정된 원고에 대해서는 지정된 기일까지 게재료 20만원과 추가 부담금을 납부해야 하며, 추가부담금은 200자 원고지 150매를 초과하는 경우 원고지 1매당 2,000원으로 한다. 이를 이행하지 아니한 논문은 게재하지 아니한다.

② 투고된 논문의 공저인 경우에는 심사료 및 게재료는 인원수에 따라 분담한다. 본교 법학전문대학원의 교수는 제1항의 지급의무를 면제한다.

③ 본교 법학전문대학원의 교수는 제1항의 지급의무를 면제한다. 단, 공저인 경우 본교 법학전문대학원의 교수에 한하여 의무가 면제되며 그 외의 자는 그러하지 아니한다.

제7조 (논문게재예정증명서 및 논문게재확인서) 연구소장은 논문게재예정증명서 또는 논문게재확인서를 발급할 수 있다.

제8조 (저작권) 채택된 원고의 저작권은 채택과 동시에 성균관대학교 법학연구소에 귀속한다.

제9조 (규칙의 개정) 본 규칙은 연구소 편집위원회의 의결을 거쳐 개정할 수 있다.

제10조 (기타) 성균관법학의 논문투고와 관련하여 본 규칙에 명시되지 아니한 사항은 법학연구소 편집위원회의 결정에 따른다.

<부 칙 > 본 규칙은 1997년 3월 1일부터 시행한다.

<부 칙 > 본 규칙은 2002년 3월 2일부터 시행된다.

<부 칙 > 본 규칙은 2004년 6월 30일부터 시행된다.

<부 칙 > 본 규칙은 2006년 12월 1일부터 시행된다.

<부 칙 > 본 규칙은 2007년 8월 1일부터 시행한다. 2007년의 경우

제19권 제2호와 제3호를 8월 31일과 12월31일에 각각 발간한다.

- < 부 칙 > 본 규칙은 2010년 3월 2일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규칙은 2011년 3월 2일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규칙은 2011년 5월 1일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규칙은 2011년 12월 1일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규칙은 2012년 9월 1일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규칙은 2014년 9월 1일부터 시행한다.

성균관대학교 「成均館法學」 원고작성요령

1. 원고는 논문, 판례평석, 서평, 자료로 구별하여 작성합니다.
2. 원고의 표지에는 논문제목(국문 및 영문), 필자성명(국문 및 영문), 소속과 직위, 학위, 주소, 전화번호(사무실, 자택, 이동전화), 팩스번호 및 e-mail 주소를 기재하여야 합니다.
3. 원고의 분량은 200자 원고지 100매 내외(A4용지 15매)를 원칙으로 합니다. 다만, 원고가 150매 초과시에는 초과분에 대한 게재료를 추가로 부담하여야 합니다.(추가부담금은 200자 원고지 150매를 초과하는 경우 원고지 1매당 2,000원으로 합니다)
4. 제출하는 원고에는 반드시 목차, 국문요약(외국어 논문인 경우에는 외국어요약), 참고문헌, 외국어초록(외국어 논문인 경우에는 국문초록), 국문 및 외국어 5개 이상의 주제어를 첨부해야 합니다. 단, 2015년 3월호 게재될 논문의 외국어 초록과 외국어 주제어는 영문으로 작성해야 합니다.
5. 주석은 각주로 처리합니다.
6. 논문은 ‘아래한글’로 다음의 규격에 따라 작성합니다.
 - 가. 본문 : 왼쪽 여백 25, 오른 여백 25, 들여쓰기 5, 줄간격 170, 글꼴 바탕, 글자크기 10.5
 - 나. 각주 : 왼쪽 여백 3, 오른 여백 0, 들여쓰기 -3, 줄간격 150, 글꼴 바탕, 글자크기 9
7. 직접 인용할 때에는 “ ”를 사용하고 강조할 때는 ‘ ’, 방점 또는 밑줄을 사용합니다.
8. 출전은 필자, 논문명, 서명, 판수, (출판사, 간행 년도) 인용면수 순으로 표시합니다.
[예 : 김갑돌, “상법의 이념”, 「成均館法學」 제11호 (법학연구소, 1999) 1쪽]
외국출전은 그 나라의 표준적인 표시방법에 따라 표시할 수 있습니다.
[예 : Joe A. Kim, “Corporate Governance”, 27 A.A.L.Rev. 103, 107~109 (1997)]
9. 국문 또는 한자로 표기되는 저서는 「 」로, 논문은 “ ”로 표시합니다.

10. 국문 또는 한자로 표시되는 저서나 논문을 인용할 때는 쪽 또는 면으로, 로마자로 표시되는 저서나 논문을 인용할 때는 p. 또는 S. 로 인용면수를 표시합니다.
11. 국내 판결은 선고 법원, 선고일, 판결 또는 결정, 사건번호의 순으로 표시하고 [예 : 대법원 1995. 1. 1. 선고, 1994가1111 판결], 외국의 판결은 그 나라의 표준적인 인용방법에 따릅니다.
12. 외국 인명이나 지명은 우리말로 표기하고 명확히 하고자 할 때에는 ()안에 언어를 표시합니다. [예 : 화이트(James J. White)]
13. 공저자는 ‘/’를 사용하여 표기합니다. [예 : 김갑돌/이을순/박명희]
14. 면수나 연도 등에서 ‘부터 까지’를 나타내는 부호로 ‘-’이 아닌 ‘~’를 사용합니다.
15. 영문 성명, 논문명, 판결명 등에서 첫 자 이외에는 소문자로 표기합니다.
16. 일본어 논문명, 서명 등은 번역하지 않고 그대로 표기합니다.
17. 기념논문집은 「××× 기념논문집」 또는 「○○○-××× 기념논문집」으로 표기합니다.
18. 특별한 의미가 없는 한 각주에서 ‘참조’표시를 하지 않습니다.
19. 저자(필자)의 명칭은 본국에서 일상적으로 쓰는 순서대로 표기합니다.

성균관대학교 『成均館法學』 심사규칙

제1조 (목적) 이 규칙은 성균관대학교 법학연구소(이하 '연구소'라 한다)에서 간행하는 『성균관법학』에 게재하기 위하여 투고된 논문, 관례평석, 기타 원고 등의 심사절차를 정함으로써 공정한 심사기준을 마련함을 목적으로 한다.

제2조 (심사대상) 투고규칙 제3조에 따라 투고된 논문은 심사대상이 된다. 단, 번역물과 서평 등은 논문심사에서 제외할 수 있다.

제3조 (논문심사의 위촉과 심사절차) 논문심사의 위촉은 편집위원회 운영규정 제5조에 따른다.

제4조 (논문심사기준) ① 논문심사는 다음 각호의 기준에 따른다.

1. 논문의 독창성
2. 논문의 전문성
3. 논문의 형식
4. 논문의 해당분야 이론 및 실무의 관한 발전에 대한 기여도

② 논문에 대한 평가는 다음의 단계로 구분한다.

1. 수정이 필요 없을 경우 : “현행대로 게재”
2. 간단한 수정이 필요한 경우 : “수정 후 게재”
3. 전면적인 수정이 필요하며, 금번호에는 게재가 어려운 경우 : “대폭 수정 후 차호 재심사”
4. 게재가 가능하지 않는 경우 : “게재유보”

제5조 (개정) 이 규칙은 『성균관법학』 편집위원회의 의결을 거쳐 개정할 수 있다.

- < 부 칙 > 본 규칙은 1997년 3월 1일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규칙은 2002년 3월 2일부터 시행된다.
- < 부 칙 > 본 규칙은 2004년 6월 30일부터 시행된다.
- < 부 칙 > 본 규칙은 2006년 12월 1일부터 시행된다.
- < 부 칙 > 본 규칙은 2007년 8월 1일부터 시행한다. 2007년의 경우
제19권 제2호와 제3호를 8월 31일과 12월31일에 각각 발간한다.
- < 부 칙 > 본 규칙은 2010년 3월 2일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규칙은 2011년 3월 2일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규칙은 2011년 5월 1일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규칙은 2011년 12월 1일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규칙은 2012년 9월 1일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규칙은 2014년 9월 1일부터 시행한다.

성균관대학교 『成均館法學』 발행규칙

제1조 (목적) 이 규칙은 성균관대학교 『성균관법학』을 발행함에 있어 필요한 사항을 정함을 목적으로 한다.

제2조 (학술지명) 법학연구소는 국내학술지로 『성균관법학』 (SungKyunKwan Law Review)을 발행한다.

제3조 (발간시기) ① 성균관법학은 연4회 발간한다.

② 성균관법학의 발간일자는 매년 3월 31일, 6월 30일, 9월 30일, 12월 31일로 한다.

③ 성균관법학에 게재된 저작물에는 논문투고일자(2***년 *월 *일), 심사일자(2***, *월, *일, 게재확정일자(2***, *월, *일)를 표기한다.

④ 편집위원회의 결정에 의하여 기념호 또는 특집호를 발간할 수 있다.

제4조(별쇄본의 제작) ① 성균관법학에 게재가 확정된 논문에 대해서는 별쇄본을 제작하여 이를 각 논문제출자에게 무상으로 제공한다.

② 무상으로 제공되는 별쇄본은 10부로 한다. 다만, 논문제출자의 신청이 있으면 제출자의 비용부담으로 추가 제공할 수 있다.

< 부 칙 > 본 규칙은 1997년 3월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2002년 3월 2일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2004년 6월 30일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2006년 12월 1일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2007년 8월 1일부터 시행한다. 2007년의 경우

제19권 제2호와 제3호를 8월 31일과 12월 31일에 각각 발간한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2010년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 5월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 12월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2012년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2014년 9월 1일부터 시행한다.

法學研究所 운영위원회

- 연구소장 배병호
- 운영위원 김일환, 김천수, 박광민, 성재호, 임건면, 정호열, 최봉철

法學研究所 편집위원회

- 편집위원장 김일환(성균관대학교)
- 편집위원 강혁신(조선대학교), 권건보(아주대학교), 김재범(경북대학교), 김해원(부산대학교), 김홍식(안동대학교), 이경열(성균관대학교), 윤종민(충북대학교), 정경영(성균관대학교), 정차호(성균관대학교)

法學研究所 윤리위원회

- 윤리위원장 최봉철(성균관대학교)
- 윤리위원 노수환(성균관대학교), 오상현(성균관대학교), 이해완(성균관대학교), 정상현(성균관대학교), 정재황(성균관대학교), 패트리샤 게디(성균관대학교), 한석훈(성균관대학교)

- 연락처 : 서울시 종로구 성균관로 25-2 성균관대학교 법학관 303호 법학연구소
- 전 화 : (02) 760-1288 Fax : (02) 760-1289
- Homepage : <http://law.skku.edu/>
- E-mail : icls@skku.edu

이 학술지는 2016년도 정부 자원 (교육부)으로 한국연구재단의
지원을 받아 출판되었음.

This journal was supported by the National Research
Foundation of Korea Grant funded by the Korean Government
(MOE).

成均館法學

第29卷 第1號

1판 1쇄 인쇄 2017년 3월 31일

1판 1쇄 발행 2017년 3월 31일

발행인 : 배병호

발행처 : 성균관대학교 법학연구소

주소 : 110-745 서울특별시 종로구 성균관로 25-2

전화 : (02)760-1288

팩시밀리 : (02)760-1289

E-mail : icls@skku.edu

등록번호 : 1992년 12월 22일 제1-1469호

ISSN 1229-943X