

明知法學

제22권 제2호



2024

명지대학교 법학연구소

設 立 精 神

하나님을 믿고 부모님께 효성하며 사람을 내 몸같이 사랑하고 자연을 애호 개발하는 기독교의 깊은 진리로 학생들을 교육하여 민족문화와 국민경제발전에 공헌케 하며 나아가 세계평화와 인류문화 발전에 기여하는 성실 유능한 인재를 양성하는 것이 학교법인 명지학원의 설립목적이며 설립정신이다.

주후 1956년 1월 23일

設 立 者 유 상 근

教 育 方 針

1. 성경을 바르게 교육하여 하나님의 능력과 진리에 대한 확고한 신앙을 길러주고 실천을 통하여 성실한 인간성의 도야를 선행한다.
2. 민족과 인류의 문화적 선(善) 전통을 바르게 가르치고 인간생활을 획기적으로 개선 발전케 하는데 실용가치있는 내용을 먼저 연구 교육하여 인류의 이상을 향하여 과감하게 개혁 전진하게 한다.
3. 교육방법은 청각 편중의 방법을 지양하고 가능한 한 실행 실습을 통한 방법으로 개선하여 획기적인 교육성과를 기한다.

理 事 長 현 세 용

刊 行 辭

안녕하십니까. 2024년 청룡의 해를 맞이하여 여러 분들의 가정과 직장 건강과 행복이 가득하기를 바라며, 뜻하시는 모든 소망이 이루어지기를 응원합니다.

명지법학이 이번 호로 제22권 제2호가 되었습니다. 오랜 기간 동안 명지법학이 중단 없이 출간될 수 있었던 것은 명지대학교의 여러 교수님들과 대학원생들, 그리고 외부에서 지속적으로 귀한 논문을 기고해주신 여러 분들 덕분입니다. 이 자리를 빌려 오랜 세월 명지법학의 발간을 위해 물심양면으로 노력해주신 여러 분들께 감사드립니다. 또한 바쁘신 중에도 투고 논문들을 성심껏 심사하여 주신 여러 심사위원들께도 감사드립니다.

이번 호에는 교내외의 여러 분들께서 많은 논문을 투고해주셨는데, 엄정한 심사를 통해 총 20편의 논문이 수록되게 되었습니다. 이번 기회에 최근 발간된 명지법학을 다시 한 번 살펴봤는데, 이번 호가 명지법학의 발간 이후 가장 많은 논문들이 수록된 호가 아닌가 싶습니다. 논문 편수 뿐만 아니라 수록 논문들의 주제도 실로 다양하여 법학의 거의 모든 분야를 망라하는 여러 분야의 논문들이 수록되었으며, 논문형태도 연구논문과 판례평석, 외국어 논문 등으로 다양하게 구성되어 있습니다. 수록된 논문들은 우리나라의 법학 발전에 소중하게 일조할 수 있을 것으로 생각합니다. 투고해 주신 여러 분들께 감사 말씀을 올립니다.

끝으로, 명지법학 제22권 제2호가 나오기까지 수고해주신 이윤제 논문편집위원장님과 편집과 출판 등 많은 시간이 소요되는 간사 업무를 훌륭하게 담당해주신 안수길 교수님, 여러 수고로운 일을 맡아주신 이재희 법학연구소 교육조교께 감사드립니다. 앞으로도 명지법학의 지속적인 발전을 응원하며, 올 한 해가 모든 분들에게 한 걸음 더 도약하는 귀한 시간이 되기를 기원합니다. 감사합니다.

2024년 1월 명지대학교 법학연구소장
최 세 련

목 차

[간 행 사]

[연구논문]

독일에서 직무발명 보상의 산정 및 그 기준

.....박 영 규 / 1

A Short Examination of the Measures to Protect a Commercial Building

Lessee's De Facto-Marriage Spouse After His or Her Death

.....김 서 기 / 23

디지털 시대 프라이버시권의 주요 쟁점에 대한 고찰

.....오 시 진 / 45

상표의 혼동가능성에 관련된 판례에 대한 고찰:

유럽연합 사법재판소의 최근 주요 판결을 중심으로

.....김 진 엽 / 77

아동에 대한 정서적 학대행위의 형사처벌에 관한 소고

-보호자 및 교원의 훈육행위와 관련하여-

.....강 동 욱 / 103

중국 사이버안보 패러다임 변화와 시사점

- 인공지능 시대의 바람직한 거버넌스 구축을 위한 제언-

.....이 상 우 / 127

백지문서와 민사소송법 제358조 추정

..... 김 창 희 / 157

민법상 조건과 불확정기한의 구별기준

-대법원 2023. 9. 21. 선고 2019다246016 판결(미간행)의 검토-

.....이 승 현 / 175

이스포츠 선수의 권리 강화를 위한 법제도적 방안 연구	정 현 / 211
변호사법 제31조 제1항 제1호 위반 소송행위의 효력 및 배제방법	고 준 성 / 229
하도급법상 기술자료 보호에 관한 연구 -삼성SDI 사건에 관한 공정거래위원회 심결을 중심으로-	홍 명 수 / 249
Borderlines of Home Privacy Against Warrantless Home Entries under the United States Criminal Procedure	최 영 란 / 269
투표보조인제도의 법적 쟁점과 개선 방안	기 현 석 / 297
점유취득시효가 완성된 부동산을 제3자에게 처분한 경우 점유취득시효 완성자와 원소유자의 법률관계	이 재 경 / 323
美 해외투자안보심사제도 도입의 주요 쟁점 및 전망 - 「국가핵심역량수호법(2022 NCCDA)」 개정안을 중심으로 -	조상현 · 류연승 / 349
CPTPP投資准入自由化條款研究	마 광 · 이청월 / 379
조달계약과 불공정 조달행위로 인한 부당이득 환수	김 영 두 / 393

행정구역 확정원리로서의 공유수면 매립지 경계확정 원리에 관한 일고찰 - 현재 2019.4.11. 2015헌라2에 대한 평석을 겸하여 -	김 주 영 / 421

라이프니츠(Gottfried Wilhelm Leibniz)의 법사상	송 시 섭 / 449

저작물의 새로운 이용 방법과 저작권의 귀속 - NFT 사례를 중심으로 -	김 창 화 / 469

[부 록]

「명지법학」 편집규정	481
「명지법학」 투고규정	484
「명지법학」 연구윤리 규정	486
「명지법학」 원고작성 지침	489

독일에서 직무발명 보상의 산정 및 그 기준

박 영 규*

논문요지

발명진흥법상 정당한 보상을 산정하는 기준으로 제시되고 있는 직무발명에 의하여 사용자 등이 얻을 이익과 그 발명의 완성에 사용자 등과 종업원 등이 공헌한 정도, 직무발명의 상업적 이용가능성, 기업체 내에서의 종업원의 직무 및 직위와 관련하여, 구체적인 사례에서 적용되어야 할 통일된 기준 혹은 명확한 기준은 아직 제시되지 못하고 있는 실정이다. 이에 본고는 독일에서의 실시료 유추 방법, 사용자 이익 방법, 단순한 추정 방법을 통한 발명의 가치 산정, 기여도, 보상의 산출 방법 및 지급에 대해 논의를 전개하였다.

독일에서도 여전히 직무발명 보상의 산정 방법이 지나치게 복잡하고 불확실하다는 점, 보상의 척도가 실제의 실시 실적이 아니라 상업상 실시가능성, 즉 발명의 가치를 기준으로 하고 있다는 점 등은 문제점으로 지적되고 있다. 그 대안으로 발명 신고 후 형식적인 최저 보상을 하고, 신고 후 단순히 저장 특허와 같이 실제로 활용됨이 없이 특허유지 비용 등이 소요될 뿐인 발명 등에 대해서는 보상하지 않는 방안 등이 제시되고 있다. 결론적으로 향후 국내에서도 사용자와 종업원의 이익 조정이라는 관점에서, 독일에서의 실시료 유추 방법, 사용자 이익 방법 혹은 단순한 추정 방법 등을 포함하여 보다 명확한 발명의 가치 산정 방법, 기여도 산정 등에 대한 구체적인 논의가 이어지기를 기대해 본다.

검색용 주제어: 직무발명, 발명의 가치, 기여도, 합리적 보상, 보상 지침

· 논문접수: 2023. 12. 01. · 심사개시: 2024. 01. 11. · 게재확정: 2024. 01. 25.

I. 서 론

전체 특허출원 중 대략 80% 전·후를 차지하는 직무발명¹⁾의 경우 사용자가 종업원을 고용하였을 뿐만 아니라 연구에 필요한 설비와 기기를 제공하였으므로, 발명완성에 따르는 혜택이 종업원에게만 주어질 수는 없다. 또한, 종업원이 발명 완성을 위하

* 명지대학교 법과대학 교수

1) <2020 - 2022년도 법인·개인의 출원 건수 및 그 비율>

여 기울인 노력과 타고난 능력을 경시하여 발명의 과실을 사용자에게만 귀속시킬 경우, 종업원의 발명 의욕이 저하되어 장기적으로는 기업과 산업의 발전을 기대할 수 없다. 이에 따라, 사용자가 연구개발투자 의욕을 잃지 않도록, 그리고 종업원이 창작 의욕을 잃지 않도록 적절한 선에서 조화를 이루도록 하는 것이 필요하다.

이러한 사용자와 종업원의 이익 조정을 위해 발명진흥법 제15조 제1항은 “종업원 등은 직무발명에 대하여 특허 등을 받을 수 있는 권리나 특허권 등을 계약이나 근무 규정에 따라 사용자 등에게 승계하게 하거나 전용실시권을 설정한 경우에는 정당한 보상을 받을 권리를 가진다.”라고, 동조 제6항은 “사용자 등이 제2항부터 제4항까지의 규정에 따라 종업원 등에게 보상한 경우에는 정당한 보상을 한 것으로 본다. 다만, 그 보상액이 직무발명에 의하여 사용자 등이 얻을 이익과 그 발명의 완성에 사용자 등과 종업원 등이 공헌한 정도를 고려하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 규정하고 있다.²⁾ 마찬가지로 발명과 기술적 개선의 제안에 대해 종업원과 사용자 간의 이익 조정을 도모하여 종업원의 발명의식을 고양하는 것을 목적으로 1957년 7월 25일 제정되어 운용되고 있는, 독일 종업원발명법 제9조 제1항은 “사용자가 직무발명에 대해 인도 청구를 하는 즉시, 종업원은 사용자에게 적절한 보상을 청구할 수 있다.”라고, 동조 제2항은 “보상은 직무발명의 완성에 사용자 측이 기여한 정도뿐만 아니라 직무발명의 상업적 이용가능성, 기업체 내에서 종업원의 직무와 직위를 주로 고려하여 산정한다.”라고 규정하고 있다.

하지만 발명진흥법상 정당한 보상을 산정하는 기준으로 제시되고 있는 직무발명에 의하여 사용자 등이 얻을 이익과 그 발명의 완성에 사용자 등과 종업원 등이 공헌한 정도, 직무발명의 상업적 이용가능성, 기업체 내에서의 종업원의 직무 및 직위와 관련하여, 구체적인 사례에서 적용되어야 할 통일된 기준 혹은 명확한 기준은 아직 제시되지 못하고 있는 실정이다. 이와는 달리 독일에서의 직무발명 보상은 국내에서보다는 좀 더 구체적으로 운영되고 있는 것으로 여겨진다. 이에 본고는 제Ⅱ절에서 직무발명 보상 지침, 외국에서 발명이 실시되는 경우 등에 대해 살펴보고, 제Ⅲ절에서는 직무발명 보상의 산정과 기준이라는 제목하에, 실시료 유추 방법, 사용자 이익 방법, 단순한 추정 방법을 통한 발명의 가치 산정, 기여도, 보상의 산출 방법 및 지급에 대해 논의를 전개한다. 이를 통해 궁극적으로 독일에서의 직무발명 보상 산정의 의미, 특색 그리고 시사점을 제시하고자 한다.

연도	특허						
	개인			법인			법인 출원 비율
	내국인	외국인	소 계	내국인	외국인	소 계	
2022	35,079	970	36,049	148,669	529,15	201,584	84.8%
2021	41,066	977	42,043	145,179	507,76	195,955	82.3%
2020	43,743	953	44,696	136,734	453,29	182,063	80.3%

출처 : 특허청, 지식재산통계서비스(<https://ipstat.kiip.re.kr/cmm/main/mainPage.do>, 2023. 11. 30 방문)

- 2) 국내에서의 상황에 대해서는 이지영, “직무발명보상금의 산정과 재판례 분석 - 2011~2020년간 제1, 2심 판례 분석”, 「사법」 제56호, 2021, 661면 이하; 이두형, 직무발명 보상에 관한 우리나라의 판례 분석, 직무발명보상제도 활성화를 위한 2012 직무발명 국제심포지움(주최 : 특허청), 참조.

II. 직무발명 보상과 관련된 규정 및 지침

1. 개 요

직무발명이 완성된 경우 종업원의 신고의무와 관련하여, 독일 종업원발명법 제5조 제1항은 “직무발명을 한 종업원은 이 사실을 지체 없이 문면방식을 통하여 사용자에게 신고하여야 하고, 또한 발명의 신고를 목적으로 한다는 점을 신고서에 명기하여야 한다. 2인 이상의 종업원이 발명의 완성에 관여한 경우에는 공동으로 신고서를 제출할 수 있다. 사용자는 신고의 접수 시점을 종업원에게 즉시 문면방식을 통하여 통지해 주어야 한다.”고 규정하고 있다. 아울러 동조 제2항에 의해, 종업원은 기술적인 과제, 해결 방안 및 직무발명에 이르게 된 경위를 신고서에 적시하여야 한다. 이러한 요건을 구비하지 못한 신고서에 대해 사용자가 2월 이내에 보완 혹은 보충하여야 할 부분에 대해 종업원에게 의사를 표시하지 않는 경우, 당해 종업원의 신고는 동조 제3항에 의해 요건을 갖춘 것으로 간주되고 있다. 다만, 현재 2월이라는 기간이 지나치게 짧아서 사용자뿐만 아니라 종업원에게도 불리한 규정으로 작용하고 있다는 비판이 제기되고 있다.³⁾

직무발명에 대한 종업원의 발명신고가 있는 후, 사용자는 직무발명에 대한 인도청구를 명확하게 할 것인지의 여부(제6조⁴⁾ 제1항), 요건을 구비한 신고의 도달 후 4월 이내에 직무발명에 대한 인도청구를 하지 않아, 즉 침묵하여 결과적으로 인도청구와 동일한 효과를 의도할 것인지의 여부(제6조 제2항), 직무발명에 대한 인도청구를 명확하게 포기하여 자유발명으로 전환하게 할 것인지의 여부를 자유롭게 결정할 수 있다(제8조). 다만, 이러한 인도청구의 결정과 관련하여, 직무발명에 대한 종업원의 신고 이전에 당사자 사이의 합의를 통해 독일 종업원발명법의 적용을 배척하는 것은 독일 종업원발명법 제22조에 의해 허용되지 않는다. 또한, 인도청구는 당사자들의 별다른 행위가 없어도 4개월이라는 기간이 경과하는 경우 인도청구의 효과가 발생하기 때문에, 사용자가 인도청구의 효과를 알지 못한 경우, 알았다면 인도청구를 하지 않았을 것이라는 사정에 관계없이 독일 종업원발명법 제6조 제2항에 의해 인도청구의 효과가 생긴다.

2. 직무발명 보상 지침

독일 종업원발명법 제11조는 독일 노동부장관으로 하여금 단체협약법 제12조에 규정된 사용자와 종업원 최고기관(Spitzenorganisation)의 청문을 거쳐 직무발명보상 지침을 공포하도록 하고 있다.⁵⁾ 이러한 규정에 따라, 노동부장관은 직무발명 보상 지

3) 김선정/김승균, 「선진국 직무발명보상제도 연구」, 지식재산권연구센터(2002. 12), 44-45면.

4) 제6조(인도청구) ① 사용자는 종업원에 대한 의사 표시를 통해 직무발명에 대해 인도청구할 수 있다.

② 제5조 제2항에 규정되어 있는 요건을 구비한 신고가 접수된 후 4월 이내에 사용자가 종업원에게 문면방식을 통해 직무발명을 포기하여 자유발명으로 전환하겠다는 의사 표시를 하지 않는 경우에는 직무발명에 대해 인도청구를 한 것으로 간주된다.

침의 취지에 대한 제1조와 제2조, 발명가치의 조사를 위한 방법에 관한 제3조 내지 제29조, 기여도 확정에 관한 제30조 내지 제38조, 보상의 산출 방법에 대한 제39조 내지 제43조로 구성된 직무발명보상 지침을 1959년에 마련하였다. 동 지침의 목적은 직무발명과 기술적 제안이 인도 청구된 경우 종업원에게 인정되는 적절한 보상을 산정하는데 있다. 이러한 지침은 구속력 있는 강행규정이 아니라 단지 보상에 대한 안내서로서의 역할을 담당하고 있다. 다만, 지금까지 개별 사례에서 종업원에게 유리하게 적용되었던 보상 규정 등의 내용을 사용자가 직무발명 보상 지침을 이유로 종업원에게 불리한 방향으로 변경하는 것은 인정되지 않고 있다.

또한, 독일 종업원발명법 제9조 제2항에 의해 특히 직무발명의 상업적 이용가능성, 기업체 내에서의 종업원의 직무 및 직위, 직무발명의 완성에 대한 사용자의 기여도를 핵심적으로 고려하여 직무발명의 보상이 산정되어야 하는데, 이를 위해서는 먼저 직무발명의 상업적 이용가능성(이하 ‘발명의 가치’를 동일한 의미로 병행하여 사용한다)이 결정되어야 한다. 이러한 발명의 가치는 자유발명이 아니라 기업체의 종업원에게 부과된 업무로부터 유래하거나 기업체에서의 업무 혹은 경험으로부터 주요 기인하는 직무발명을 대상으로 하고 있다는 점에서,⁶⁾ 기업체 내에서의 종업원의 직무와 직위, 직무발명의 완성에 대한 사용자의 기여도에 따라 비교되는 자유발명으로부터 공제하는 방식으로 진행된다. 현재 독일에서는 적절한 보상에 대한 다툼이 제소를 통해 해결되는 경우는 많지 않고 동 지침이 매우 널리, 예를 들어 특허청, 법원에서 활용되고 있는 것으로 평가받고 있다.⁷⁾

3. 외국에서 발명이 실시되는 경우

독일 종업원발명법은 직무발명 보상과 관련하여 국내 혹은 외국에서의 발명의 실시를 구별하고 있지 않고 따라서 직무발명 보상과 관련된 규정은 국내 혹은 외국에서의 실시에 대해서는 동일하게 적용되고 있다.⁸⁾ 직무발명 보상 지침은 직무발명이

5) Richtlinien für die Vergütung von Arbeitnehmererfindungen im privaten Dienst vom 20. Juli 1959(Beilage zum Bundesanzeiger Nr. 156 vom 18. August 1959), geändert durch die Richtlinie vom 1. September 1983(Bundesanzeiger Nr. 169, S. 9994)

6) 나아가 직무발명과 자유발명을 구분하는 기준으로서의 역할을 하는 ‘부과된 업무로부터 유래’ 혹은 ‘업무 혹은 경험으로부터 주로 유래’라는 모호하고 불명료한 개념으로 인해 권리의 귀속과 관련된 분쟁의 여지는 여전히 남아 있는 것으로 여겨진다(한국특허법학회편, 「직무발명제도 해설」, 박영사, 2015, 19면).

7) Sana Wolk, “Remuneration of Employee Inventors – Is There a Common European Ground? A Comparison of National Laws of Compensation of Inventors in Germany, France, Spain, Sweden and the United Kingdom”, 「International Review of Intellectual Property and Competition Law」, Vol. 42 No.3(201), p. 279.

8) 각국의 직무발명에 관한 법제는 매우 다양하며 준거법 결정에 대해서도 다양한 견해가 있지만, 직무발명의 준거법 결정과 관련하여 크게 보호국법설과 고용관계의 준거법설로 대별되고 있다. 일부에서는 보호국의 의미가 명확하지 않음을 이유로 직무발명에 관한 권리귀속을 포함한 지적재산권의 원시적 귀속문제는 권리부여국에 의하여야 한다는 입법론이 제시되고 있지만(일본의 큐슈대학을 중심으로 한 「일본법의 투명화」 프로젝트에 의한 입법제안 제305조는 “지적재산권의 준부, 원시적 귀속, 효력에 대해 당해 지적재산권을 부여하고 있는 나라의 법에 의한다. 이러한 사항에 관한 당사자의 법 선택 합의는 무효로 한다.”고 규정하고 있다(河野俊之編, 「知的財産権と渉外 民事訴訟」, 弘文堂, 2010, 317頁)), 여기에서 권리부여국법이 보호국법을 명확히 하는 것이라면 이 역시 지적재산권의 속지주의 원칙에 근거를 둔 것이라 할 수 있다(박영규, “직무발명에 대한 준거법의 결정”, 「창작과 권

독일 법에 의해 보호될 수 있는 경우만을 중심으로 보상에 대해 규정하고 있지만 다수의 견해는 직무발명이 독일 법률에 의해 보호되지 않은 경우,⁹⁾ 즉 국내에서 특허가 부여되지 않거나 거절되거나 무효로 되었다 할지라도 외국에서 특허가 부여된 경우에는 직무발명 보상 의무가 발생한다고 주장하고 있다.¹⁰⁾ 외국에서의 발명의 실시는 매우 다양한 형태로 이루어질 수 있는데 대표적으로 아래와 같은 6가지 형태로 정리할 수 있다:

- ① 국내에서 생산된 제품이 외국에서 판매된 경우, 이는 국내에서의 실시에 해당하고 따라서 보상해야 한다.¹¹⁾ 발명의 가치는 단지 국내에서의 영업, 즉 국내의 수요자에게 판매하는 것만을 의미하지는 않기 때문에, 매출액 혹은 생산액을 기준으로 하여 실시로 유추 방법을 통한 발명 가치가 산정되는 경우에도 외국에서 국내로 공급되는 매출 혹은 생산도 포함되어야 한다. 또한, 사용자 이익 방법에 의하는 경우, 외국에서 국내로 들어오는 이익도 포함되어야 한다. 외국에서 해당 특허권이 등록되어 있는 상태에서, 외국에서 추가적으로 이용되는 경우, 예를 들어 외국에서의 생산, 외국에서의 실시허락의 경우에도 발명의 가치는 그에 따라 증가된다.
- ② 국내에서 보호적격성이 인정되지 않아 특허가 존재하지 않음에 반해 외국에서 특허가 등록된 상황에서 판매 등이 이루어진 경우에도 보상의 의무가 발생한다.
- ③ 국내뿐만 아니라 외국에서도 특허가 부여된 직무발명을 국내가 아니라 외국에서 실시하는 경우 발명의 가치는 그에 비례하여 증가한다. 또한 특허가 부여된 외국에서 추가적으로 생산하여 이를 수출하는 경우, 실시허락을 하는 경우에도 마찬가지이다.
- ④ 외국에서 특허가 상업적으로 이용되지 않고, 국내에서만 실시되는 경우에는 발명의 가치에 영향을 미치지 않는다. 즉, 이러한 경우 발명의 가치는 증가하는 것은 아니다.

리」, 제78호(2015년 봄호), 29, 50면). 반대로, 직무발명 문제는 고용관계에 관한 문제로서 고용관계의 준거법에 의하여야 한다는 견해(田村善之, “職務發明に關する抵觸法上の課題”, 「知的財産法政策學研究5号」, 2005, 6頁; 小泉直樹, “特許法35條の適用範圍”, 「民商法雜誌128卷4・5号」, 2003, 574頁)도 있다. 또한, 고용관계를 전제로 하지 않는 경우와 고용관계를 전제로 하는 경우를 구분하여 준거법을 적용하자는 논의는 국제적으로도 매우 활발하다(Ulmer, *Intellectual Property Rights and the Conflict of Law*, Kluwer, 1978, pp. 36~39; Fawcett and Torremans, *Intellectual Property and Private International Law*, Oxford, 1998, pp. 152; The American Law Institute, *Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes*, Proposed Final Draft(March 30, 2007); The European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property(CLIP), *Principles on Conflict of Laws in Intellectual Property*, Final Text(1 December 2011)).

- 9) 유럽에서는 종업원이 완성한 발명에 대한 권리는 종업원이 소속된 기업이 아니라 종업원이 실제로 근무하고 있는 국가의 법률에 의해 일차적으로 결정된다는 점에서, 고용관계를 최우선적으로 고려하여 준거법을 결정해야 한다는 견해(Straus, “Die international-privatrechtliche Beurteilung von Arbeitnehmererfindungen im europäischen Patentrecht”, 「GRUR Int.」 1984, S. 1, 5; Straus, “Rechtsvergleichende Bemerkungen zum Begriff des Arbeitnehmererfinders”, 「GRUR Int.」 1984, S. 402, 404)도 있다.

10) Bl. f. PMZ 1987, S. 306.

11) BGH GRUR 1998, 689, 695 - Copolyester II.

- ⑤ 발명이 국내, 특허 부여된 외국에서 실시되지 않는 경우 특허청의 보상금산정위원회는 국내에서 실시되지 않고 있는 특허(저장 특허)에 대해 보상 금액을 20 - 25% 증액해야 한다는 입장을 견지하고 있다.
- ⑥ 사용자 혹은 종업원 모두 해외에서 특허권을 취득하지 않는 경우, 이는 특허의 자유지역으로 취급되고 따라서 해당 국가에서의 발명의 실시 혹은 제조된 제품의 판매에 대해서는 보상을 요구할 수 없다.

Ⅲ. 직무발명 보상의 산정과 기준

1. 개 요

사용자가 독일 종업원발명법 제6조 제1항에 의해 종업원에게 직무발명에 대해 인도청구 하겠다는 의사를 표시한 때에는, 종업원은 사용자에게 독일 종업원발명법 제9조¹²⁾ 제1항에 의해 적절한 보상을 청구할 수 있다. 이러한 보상은 독일 종업원발명법 제9조 제2항에 의해 사용자 측이 직무발명의 성립에 대하여 기여한 정도뿐만 아니라 직무발명의 상업적 이용가능성, 기업체 내에서의 종업원의 직무 및 직위를 주로 고려하여 산정된다. 즉, 직무발명에 대한 보상에는 사용자 측이 직무발명의 성립에 대하여 기여한 정도, 직무발명의 상업적 이용가능성, 기업체 내에서의 종업원의 직무 및 직위가 핵심적 역할을 담당하고 있다. 나아가, 보상액의 산정 및 확정 절차에 대해서는 독일 종업원발명법 제12조에 규정되어 있는데, 먼저 보상의 방법과 정도는 직무발명의 인도 청구 후 적절한 기간 내에 사용자와 종업원 간의 합의를 통하여 확정되고(제1항), 2인 이상의 종업원이 직무발명에 관여한 경우에 보상액은 각자에 대하여 분리하여 산정되어야 하고 사용자는 관련자에게 보상의 전체 금액 및 직무발명에 대한 개별적인 지분을 고지해야 한다(제2항).

만약 직무발명의 인도청구 후 보상에 관해 사용자와 종업원 간에 합의에 이르지 못하는 경우라면 사용자는 종업원에게 이유를 구비한 확인서를 통하여 보상액을 확정하고 이러한 확정에 따라 보상액을 지급하여야 한다(제3항). 종업원은 사용자의 의해 확정된 보상액을 수용할 수 없는 경우 2월 이내에 이러한 확정된 보상액에 대하여 문면방식을 통하여 이의를 제기할 수도 있다(제4항).¹³⁾ 나아가, 상당한 보상의 산정을 둘러싸고 다툼이 있는 경우에 당사자는 특허청의 보상금산정위원회에 조정을 신청하거나(제28조, 제29조) 법원에 제소할 수 있다. 위원회의 조정안이 통지되고 1개월이 지나도록 당사자의 이의가 없으면 조정안은 확정되어 계약에 갈음하는 구속력을 띠게 된다(제34조 제3항). 보상액 결정을 위해서는 먼저 발명의 가치가 평가되

12) 제9조(인도청구 시의 보상) ① 사용자가 직무발명에 대해 인도청구를 하는 즉시, 종업원은 사용자에게 적절한 보상을 청구할 수 있다.

② 보상은 직무발명의 완성에 사용자 측이 기여한 정도뿐만 아니라 직무발명의 상업적 이용가능성, 기업체 내에서 종업원의 직무와 직위를 주로 고려하여 산정한다.

13) 한국특허법학회편, 앞의 책, 19면.

어야 하는데, 이를 위해서는 먼저 실제로 실시된 발명과 상업적 혹은 차단 특허 등으로 이용되지 않았고, 나아가 실시계약, 이전, 교환 등을 통해서도 이용되지 않은 발명을 의미하는 실시되지 않은 발명은 구분되어야 한다.

2. 실시된 발명의 가치

(1) 개 요

실제로 실시된 발명의 경우 발명의 가치는 일반적으로 실시료 수입을 통해 추정하는 방법이 적용될 수 있다(이하 ‘실시료 유추 방법’을 같은 의미로 병행하여 사용한다). 여기에서, 실시료 수입을 통해 추정하는 방법의 경우, 실무적으로 폭 넓게 적용되고 있는 비교 가능한 자유발명에 대한 실시료를 기초로 하여 산정되고, 또한 백분율, 개당 또는 중량 단위를 기준으로 산정되는 실시료는 매출액 혹은 생산액과 관련될 수 있다는 점에서 이런 경우에는 매출액 혹은 생산액에 실시료율을 곱하여 산정된다. 다음으로, 직무발명을 실제로 실시하여 사용자가 얻은 이익을 통해 추정하는 방법(이하 ‘사용자 이익 방법’을 같은 의미로 병행하여 사용한다)을 통해 발명의 가치가 산정될 수 있다. 마지막으로, 위의 방법 어디에도 해당하지 않고 아울러 유사 사례가 없는 경우에는 추정 방법(이하 ‘단순한 추정 방법’을 같은 의미로 병행하여 사용한다)에 의해 발명의 가치가 평가될 수 있다. 이외에도 비교 가능한 자유발명에 대한 구매가격이 이미 알려진 경우, 실시료 유추 방법 대신에 이러한 구매가격을 기준으로 발명의 가치가 산정(이하 ‘구매가격 방법’을 같은 의미로 병행하여 사용한다)될 수도 있는데 실무에서는 거의 이용되지 않고 있다.

위에서 언급된 발명의 가치 산정 방법 중 어떤 방법을 적용할 것인지의 여부는 개별 사례에 따라 달라질 수 있는데, 만약 산업계에서 유사한 제품 혹은 방법을 구매합에서 있어 실시료 혹은 구매가격을 통상적으로 이용하는 경우에는 실시료 유추 방법이 적용될 수 있다. 직무발명을 실제로 실시하여 사용자가 얻은 이익을 통해 추정하는 방법은 발명의 실시를 통해 비용이 감소된 경우, 개량된 대상으로 인해 달성된 매출액이 발명의 가치 산정에 기초가 될 수 없을 때의 개량발명 등에 우선적으로 고려될 수 있을 것이다. 이외에도 내부에서만 사용된 제품, 기계 또는 장치에만 관련된 발명인 경우, 매출액에 크게 영향을 미치지 않지만 내부적으로 이용된 방법발명의 경우에도 적용될 수 있다. 다만, 직무발명을 실제로 실시하여 얻은 사용자 이익을 통한 발명 가치 산정 방법은 사용자가 얻은 이익을 산정하는 것이 어렵고, 이익의 산정을 검증하는 것도 어렵다는 점에서 한계가 있다. 이러한 점이 고려되어 많은 경우에 사용자의 이익은 더 저렴한 원자재, 임금, 에너지 또는 수리비용의 감소를 통해 혹은 생산량의 증가를 통해 계산되고 있다. 마지막으로 실시료 유추 방법, 직무발명을 실제로 이용하여 얻은 사용자 이익 방법, 구매가격 방법을 통해 발명의 가치를 산정하는 것이 불가능하거나 가능하지만 지나치게 많은 비용이 소요되는 경우에는 단순한 추정을 통한 발명 가치 산정 방법이 적용될 수 있다.

(2) 가치 산정 방법

가. 실시료 유추 방법

1) 원 칙

발명의 가치를 산정함에 있어 실시료 유추 방법은 가장 간단하게 적용될 수 있는 방법으로, 실무에서는 다른 두 가지의 방법보다 우선적으로 이용되고 있다. 이러한 방법을 적용하는 경우 발명의 가치 산정은 자유발명가였다면 자신의 발명에 대해 받을 수 있는 반대급부, 즉 실시료가 기준이다.¹⁴⁾ 즉, 사용자와 종업원 관계가 아닌 계약당사자들이 시장에서 발명을 자유롭게 거래하는 경우 실시료로 합의했을 금액이 어느 정도인지의 여부가 기준이다.¹⁵⁾ 실시료 유추 방법을 적용함에 있어 직무발명과 관련된 구체적인 실시료가 명확하지 않은 경우, 직무발명과 관련된 분야에서 비교 가능한 자유발명에 대해 지불되는 실시료를 통해 발명의 가치가 산정된다. 여기에서 개당 혹은 단위 중량 당 백분율, 일정 금액으로 표시된 매출액 혹은 생산량 등이 실시료의 기준으로 고려된다.

실시료 유추 방법을 통해 독일 종업원발명법 제9조 제1항에 규정된 적절한 보상을 산정하고자 하는 경우, 어느 범위까지 비교대상을 고려할 수 있는지의 여부에 대한 조사가 먼저 이루어져야 한다. 이때 실시료 금액에 영향을 미칠 수 있는 요소에 대한 합의가 있는지의 여부 및 있다면 그 합의의 범위가 고려되어야 한다. 또한, 이러한 방법의 경우에는 작동 모드, 구조의 형태, 무게, 요구되는 공간, 정확성, 작동 신뢰성, 생산 비용의 감소 또는 증가, 특히 재료 및 작업 시간 등이 개선되었는지의 여부 또는 악화되었는지의 여부 등을 고려하여 발명의 가치를 산정해야 한다. 마찬가지로, 이용가능성의 확대 혹은 축소뿐만 아니라 발명이 생산에 쉽게 적용될 수 있는지의 여부, 생산의 변경이 필요한지의 여부, 즉각적으로 이용될 수 있는지의 여부, 광범위한 시험·연구가 진행되어야 하는지의 여부 등도 발명의 가치를 산정하는데 고려되어야 한다.

이외에도 예상되는 판매의 증가, 일회성에서 지속적인 생산으로의 전환 가능성, 합리적인 가격, 발명의 보호범위, 해당 권리가 기술적, 경제적으로 영향을 미치는지의 여부 등도 발명의 가치를 산정하는데 고려되어야 한다. 나아가 통상 대기업의 매출이 중소기업보다는 크기 때문에, 대기업과 실시계약을 체결할 때보다 중소기업과 실시계약을 체결할 때 실시료율이 크다는 점도 고려되어야 한다. 만약, 매출액 혹은 생산액을 기준으로 발명의 가치를 산정할 때에는 실제로 달성한 매출액 혹은 생산액을 기준으로 하여야 하지만, 발명을 통해 얻은 매출액의 증가 혹은 상호 합의된 최소 매출액을 통해 발명의 가치를 산정하는 것도 가능하다. 해당 발명이 여러 구성 요소

14) BGH GRUR 1989, 411, 413 - Offenendspinnmaschine; BGH GRUR 1992, 432, 433 - Steuereinrichtung I; BGH GRUR 1995, 578, 579 - Steuereinrichtung II.

15) BGH GRUR 1998, 684, 687 - Spulkopf.

들로 이루어진 장치발명의 가치에 영향을 미치는 경우, 발명의 가치는 전체 장치의 가치 또는 해당 발명이 영향을 미친 부분만을 고려하여 산정될 수 있지만, 통상적으로 특허 부여된 구성 요소가 단독으로 이용되는지 혹은 단지 전체 장치에서만 이용되는지의 여부가 고려되어야 한다.

2) 구체적 혹은 추상적 실시료 유추 방법

실시료 유추 방법을 적용하는 경우, 실무에서는 일반적인 경우 아래와 같은 절차의 준수가 요구되고 있다:

- ① 보상을 해야 하는 직무발명에 대해 이미 실시계약이 체결된 경우(구체적 실시료 유추 방법), 이러한 실시계약에 의한 실시료가 우선적으로 보상의 기준으로 고려된다. 다만, 보상을 해야 하는 직무발명에 대해 이미 실시계약이 체결된 경우, 적절한 보상에 해당하는지의 여부를 판단함에 있어 매출액 혹은 생산량 등과 같은 계약의 대상뿐만 아니라 추가적인 노하우, 관련 특허 혹은 개량 발명 특허의 양도, 상표의 사용 권한 등과 같은 실시허락자인 사용자가 부담해야 하는 급부에 대해 분석이 이루어져야 한다. 나아가, 진정한 의미의 시장 가치 인지의 여부 혹은 우호적으로 할인된 가치인지의 여부를 판단하기 위해 실시권자가 누구인지의 여부에 대해서도 고려해야 한다.
- ② 보상을 해야 하는 직무발명에 대해 이미 실시계약이 체결되지 않은 경우, 즉 구체적 실시료 유추 방법이 적용될 수 없는 경우에는 추상적 실시료 유추 방법에 의해 발명의 가치가 산정된다. 먼저, 직무발명과 관련된 분야에서의 실시료를 적용하기에 앞서 해당 기업이 유사한 발명에 대해 실시계약을 체결하고 이를 통해 받은 실시료가 있는지가 조사되어야 한다.¹⁶⁾
- ③ 이마저도 어려운 경우, 직무발명과 관련된 분야에서의 실시료를 참고하여 발명의 가치가 산정되어야 한다. 이는, 실시료 유추 방법의 선택이 사용자에게 자유롭게 인정되기 보다는 개별 사례에서 적절한 것으로 인정될 수 있는 통상적인 실시료를 기준으로 발명의 가치가 산정되어야 한다는 점을 의미한다.

3) 복합제품의 경우

가) 개 요

실무적으로 실시료 상당액을 기준으로 손해배상을 산정하는 기준을 마련하는 것,

16) Hellebrand, "Wann ist bei der Ermittlung des Erfindungswerts nach der Lizenzanalogie zur Berechnung der Arbeitnehmererfindervergütung eine Abstufung bei hohen Umsätzen zulässig und geboten?", 「GRUR」 1993, S. 449, 454.

특히 비교 사례를 어렵지 않게 찾을 수 있는 저작권법 분야와는 달리 특허법 분야에서 실시료 상당액의 산정 기준을 마련하는 것은 쉽지 않은 상황이다.¹⁷⁾ 여러 이유로 인해, 특히 침해자는 실시료 비용을 절감했기 때문에 실시허락을 받은 실시권자의 제품보다는 저렴하게 가격을 책정하는 경우도 있다는 점 등에서 통상적인 실시료를 침해자에게 그대로 적용하는 것은 적절하지 않을 수도 있다. 다른 한편으로 실시료는 침해자가 이용하지 않은 권리자의 노하우와 관련될 수도 있기 때문에 실시계약상의 실시료를 손해액으로 그대로 인정하는 것도 한계가 있다. 또한 직무발명에 대해 실시계약이 체결되는 경우에는, 이미 사용자가 종업원에 대해 보상을 하였고 아울러 사용자 자신도 직무발명에 대해 일정 부분 경제적으로 기여¹⁸⁾하였다는 점을 고려할 때, 직무발명에 대한 실시료는 종업원에 대한 보상 금액보다는 높게 책정될 수도 있다. 침해된 권리가 매출의 일부분에 영향을 미친 경우에도 전체 매출액을 기초로 하여 실시료를 책정할 수 있는지의 여부도 명확하지 않지만, 보호되고 있는 부분이 전체 매출에서 차지하는 비중, 즉 보호되고 있는 권리가 전체 매출의 일부분에만 영향을 미치는 경우에는 통상적인 경우보다 실시료는 낮게 책정되어야 할 것이다.¹⁹⁾

나) 구체적 기준

하나의 방법 혹은 제품에 다수의 발명이 이용되고 아울러 이러한 발명이 통일적으로 이러한 제품(복합제품)의 가치를 결정하는 경우, 먼저 복합제품의 가치가 결정되어야 한다. 다음으로, 개별 발명이 복합제품 전체에 어떤 영향을 미치는지의 여부 등을 고려하여, 개별 발명이 복합제품에서 차지하는 비중이 결정된다. 실시료의 기준으로서 매출액 혹은 생산 등이 고려될 수 있는데, 일반적으로 판매를 통하거나 기타 제품 혹은 상품의 제공을 통한 매출액이 이용되고 있다. 여기에서의 매출액은 판매, 제품 혹은 상품의 제공을 통한 금액이 아니라 운송비, 세금 등을 공제한 후 실제로 사용자가 얻은 순수입이 기준이다. 또한, 이러한 산술적인 실시료 기준과 기술적·경제적 실시료 기준은 구별되는데, 기술적·경제적 실시료 기준은 발명의 가치를 산정함에 있어 복합제품인지의 여부 혹은 이러한 복합제품의 일부분인지의 여부에 의해 결정된다. 실시료를 자동차와 같은 복합제품의 가치를 기준으로 산정할 것인지의 여부 혹은 자동차 섀시와 같은 구성요소를 기준으로 산정할 것인지의 여부는 매우 큰 의미를 지닌다. 이론적으로는 복합제품을 기준으로 하는 경우와 복합제품의 일부분인 구성요소를 기준으로 하는 경우에 실시료 산정은 동일한 결과가 도출되어야 한다.²⁰⁾

여기에서 실시료 유추 방법을 통한 발명의 가치 산정은 발명의 대상에 대한 실시계약을 체결함에 있어 합리적인 당사자가 경제적인 고려 하에 합의했을 것으로 여겨

17) Lindenmaier, “Zur Höhe der Lizenzgebühr als Entschädigung für Patentverletzung”, 「GRUR」 1955, S. 359.

18) 국내에서의 논의에 대해서는 정차호·문려화, “직무발명보상금 산정을 위한 회사 이익액의 산정에 있어서 실시료율(royalty rate) 적용방법: 그 개념 및 장점의 설명”, 「과학기술법연구」 제25집 제2호, 한남대학교 과학기술법연구원(2019), 105면 이하 참조.

19) BGH GRUR 1962, 401, 404, 405 - Kreuzbodenventilsäcke III.

20) BGH GRUR 1981, 263, 264 - Drehschiebeschalter; Schade, “Zur Auslegung des Gesetzes über Arbeitnehmererfindungen durch Gerichte und Schiedsstelle”, 「GRUR」 1965, S. 634, 639.

지는 내용을 중심으로 판단이 이루어진다. 이에 따라 복합제품에 끼치는 발명의 기술적인 영향 및 복합제품에서 차지하는 발명의 특성이 고려되어야 한다. 법원과 특허청의 보상금산정위원회는 복합제품의 일부분인 발명이 복합제품에 미치는 기술적, 권리적인 영향이 어느 정도인지의 여부에 의해 주로 발명의 가치를 산정하고 있다. 특히, 이러한 영향을 판단함에 있어 어떠한 구성요소가 보호되고 있는 발명을 통해 두드러지는 특성 혹은 특색을 지니는지 여부가 조사된다.²¹⁾ 보호되고 있는 발명을 통해 복합제품의 특징 혹은 특색을 찾을 수 있는 경우에는 복합제품을 기준으로 발명의 가치가 산정되지만, 그 외에는 가장 작은 기술적·경제적 단위, 즉 기능상 통일적으로 작동하는 가장 작은 단위를 기준으로 발명의 가치가 산정된다. 이러한 통일적 단위에는 발명과 그러한 발명의 작용을 위해 요구되는 모든 구성요소가 포함되는데, 일반적으로 법원과 특허청의 보상금산정위원회는 청구항과 발명이 해결하고자 했던 기술적인 문제(과제)를 고려하여 발명을 통해 달성된 것이 무엇인지의 여부, 무엇이 효과적으로 달성되었는지의 여부를 중심으로 판단하고 있다.

기능상 통일적으로 작동하는 단위라 함은 기본적으로 독립적 작동이 가능하고 발명이 의도한 작용을 나타내는 구성요소로 이루어진 부분을 의미한다. 만약 발명이 복합제품의 기능에 영향을 미치지 않고 교환이 가능한 경우 등에는 기능상 통일적으로 작동하는 단위로 인정될 수 있을 것이다. 실무는 개별 사례에서 개별 구성요소의 가치를 할증을 통해 산정하기도 하고, 개별 구성요소의 순판매액을 5단계로 나누어 산정하기도 하고, 혹은 개별 구성요소의 가치를 3단계로 나누어 증액하기도 하고, 반대로 복합제품에서 차지하는 비율에 따라 감액하기도 한다. 아울러 실시료 유추 방법을 통한 발명의 가치 산정과 특허권이 침해되는 경우 실시료 상당액을 기준으로 손해배상을 산정²²⁾하는 방법은 적용 단계, 적용 기준 등에서 많은 차이점이 있지만 실무는 특허권이 침해되는 경우 실시료 상당액을 기준으로 손해배상을 산정하는 방법에 적용되는 기준을 실제로 실시료 유추 방법을 통한 발명의 가치 산정에 차용하여 적용하고 있는 것이 현실이다.²³⁾²⁴⁾

21) BGH GRUR 1962, 401 - Kreuzbodenventilsäcke III.

22) Tchibo/Rolux II 사건(BGH GRUR 1993, 55 - Tchibo/Rolux II)에서 독일연방대법원은, “일반적으로 고가의 시계 사업에서는 이미지의 유지 및 관리 차원에서 고급 시계를 저렴한 브랜드로 복제 할 수 있도록 하는 사용계약이 체결되는 경우가 거의 없어 통상적인 실시료율을 파악하는 것은 쉽지 않다. 그럼에도 불구하고, 저명한 상표권자가 예외적으로 한정된 범위 내에서 저렴한 복제품을 허락하는 경우, 상표권자의 이익뿐만 아니라 사용권자의 이익도 균형 있게 고려될 수 있는 합리적이고 아울러 시장에서 통용될 수 있는 실시료가 적절할 것이다. 유명 브랜드의 좋은 이미지를 값싼 제품에 사용 허락하는 경우 유명 브랜드의 권리자는 자신의 유명한 브랜드의 이미지 손상 위험을 안고 있다는 점에서 매우 높은 실시료를 지급받을 수 있을 것이다. 이러한 논리 그리고 롤렉스(Rolux) 시계처럼 저명한 브랜드의 실시료율은 시장에서 12.5%에서 20%에 이른다는 전문가에 의견에 따르면, 제품 순판매액의 12.5%를 실시료 상당액으로 인정할 수도 있을 것이다.”라고 판시하였다.

23) BGH GRUR 1992, 599 - Teleskopzylinder.

24) 이와 관련하여, 특허권자가 특허발명을 실시하지 않고 있고 동시에 실시를 허락하지 않은 것은 물론 허락하지 않겠다는 선언한 상황에서, 다수의 특허권 침해가 발생한 경우에도 실시료 상당액 산정은 독점적 실시권을 기준으로 하여야 한다는 견해(Pietzcker, “Schadensersatz durch Lizenzberechnung”, 「GRUR」 1975, S. 55, 56.)도 있고, 반대로, 한명의 특허권 침해자가 있는 경우에는 독점적 실시권을 기준으로 실시료 상당액이 산정되어야 하고, 복수의 특허권 침해자가 있는 경우에는 비독점적 실시권을 기준으로 실시료 상당액을 결정하고, 다만 실시료 상당액을 증액함에 있어 가상의 첫 번째 침해자의 독점적 실시권에 대한 침해가 고려되어야 한다는 견해(Tetzner, “Der Verletzerzuschlag bei der

4) 실시료의 감액

구체적으로 개별 산업 분야에서의 실시료 비율을 보면, 전기 분야에서는 매출액의 1/2 - 5%, 기계 분야에서는 매출액의 1/3 - 10%, 화학 분야에서는 매출액의 2 - 5%, 의약 분야에서는 매출액의 2 - 10%로 나타나고 있다. 또한, 매출액에 따라, 3백만 DM까지는 실시료의 감액이 없고, 3백만 DM - 5백만 DM에서는 3백만을 넘는 부분에 대해 10%를 감액하고, 5백만 DM - 천만 DM까지는 5백만 DM을 넘는 부분에 20%를 감액하고, 천만 DM - 이천만 DM에서는 천만 DM을 넘는 부분에 대해 30%를 감액하는 등의 감액하고, 2천만 DM - 3천만 DM에서는 2천만을 넘는 부분에 대해 40%를 감액하고, 3천만 DM - 4천만 DM에서는 3천만 DM을 넘는 부분에 대해 50%를 감액하고, 4천만 DM - 5천만 DM에서는 4천만 DM을 넘는 부분에 대해 60%를 감액하고, 5천만 DM - 6천만 DM에서는 5천만 DM을 넘는 부분에 대해 65%를 감액하고, 6천만 DM - 8천만 DM에서는 6천만 DM을 넘는 부분에 대해 70%를 감액하고, 8천만 DM - 1억 DM에서는 8천만 DM을 넘는 부분에 대해 75%를 감액하고, 1억 DM을 초과하는 부분에서는 1억 DM을 초과하는 부분에 대해서 80%를 감액한다. 예를 들어 매출액이 천만DM인 경우, 3백만DM까지는 실시료의 감액이 없고, 3백만DM을 초과하는 2백만DM에 대해서는 10%를, 다시 5백만DM을 초과하는 5백만DM에 대해서는 20%를 감액한다고 한다.²⁵⁾

나. 사용자 이익 방법

발명의 가치를 산정함에 있어 실무에서 가장 많이 이용되고 있는 실시료 유추 방법 외에도 기업이 발명의 실시를 통해 획득한 이익을 기준으로 발명의 가치가 산정될 수도 있다. 이러한 사용자 이익 방법은 발명의 실시를 통해 발생하는 수입과 비용을 비교하여 발명의 가치를 산정하는 방법인데, 공적 계약에 적용되는 원칙이 그대로 적용되어 이자, 개별 위험, 운영에 필요한 이익, 경우에 따라서는 사용자의 임금도 고려된다. 여기에서 발명의 실시를 통해 획득한 이익은 발명의 실시를 위해 지불된 비용과 이로 인해 창출된 이익 사이의 차이를 의미한다. 발명을 실시하는데 실제로 필요한 제품, 발명의 실시를 위해 필요로 하는 원료, 에너지 사용, 보험 등과 같은 사회적 비용, 보수, 소요되는 투자비용 등이 모두 여기에서의 비용에 포함된다. 또한, 출원 비용, 관리 비용 및 침해에 대한 대응 과정에서 발생하는 비용도 포함된다. 발명의 실시를 통해 획득한 이익은 발명을 통해 야기된 경제적 이익을 의미하는데, 직원, 원료, 에너지 혹은 첨가제 등과 관련된 비용의 절감, 환경보호와 관련된 비용의 절감 등이 포함된다. 다만, 발명의 완성 전에 발명에 사용된 비용은 발명의 가

Lizenzanalogie”, 「GRUR」 2009, S. 6, 10.)도 있다. 이에 대한 자세한 내용은 박영규·김광식·김지은, “독일에서 특허권 침해와 손해배상 산정 - 실시료 상당액 산정 방법을 중심으로 -”, 「법조」 통권 제748호(2021. 8.), 433, 467면 참조.

25) 특허권 등의 침해에 따른 실시료 상당액 산정시 실시료 상당액을 증액, 감액하는 요소에 대해서는 Schulte, *Patentgesetz mit Europäischem Patentübereinkommen*, 9. Auflage, Carl Heymanns Verlag, 2014, § 139 Rdn. 119, 120 참조.

치를 결정할 때 공제되지 않고 기여도를 산정할 때 고려된다. 특히, 발명자의 노동 숙련도와 관련된 비용은 기여도를 산정할 때 종업원의 직무와 직위 부분에서, 발명의 완성 전의 기타 비용은 과제의 해결 부분에서 고려된다.

발명의 실시를 통해 획득한 이익은 기업이 절감한 구체적인 비용에 의해 도식적으로 계산되기 보다는 기업 내부의 선행 기술과 기업 외부의 선행기술에 차이가 있는지의 여부, 이러한 차이가 어느 정도인지의 여부를 종합적으로 고려하여 결정된다. 즉, 사용자의 시장에서의 독점적 지위는 단지 직무발명이 선행기술과 차이가 있는 경우에 인정되고, 이러한 지위는 해당 발명이 선행기술과 차이가 클수록 강하게 인정된다는 점 등을 종합적으로 고려하여 이익이 산정되어야 한다. 결국, 사용자 이익 방법은 계산된 비용과 이익에 의해 도출된 경제적 총 이익을 기준으로 하여 결정되고 있는데, 특허청 보상금산정위원회는 사례에 따라 세전 총 이익의 1/8 내지 1/3 사이에서 결정하고 있지만 일반적, 평균적으로 세전 총 이익의 1/5(=20%)이 통상적으로 적용되고 있다. 아래의 표는 특허청 보상금산정위원회의 실무를 바탕으로 마련되어 실제로 이용되고 있는 총 이익과 감액되는 금액에 관한 표이다(통화가 변경되기 전의 자료이지만 참고 목적으로 그대로 표기함):

Nutzensstaffel ab — 1. Januar 1984

	600 000		ungestaffelt		600 000
	800 000 =	200 000 · 0,9 =	180 000 =		780 000
	1 000 000 =	200 000 · 0,9 =	180 000 =		960 000
	1 200 000 =	200 000 · 0,8 =	160 000 =		1 120 000
	1 400 000 =	200 000 · 0,8 =	160 000 =		1 280 000
	1 600 000 =	200 000 · 0,8 =	160 000 =		1 440 000
	1 800 000 =	200 000 · 0,8 =	160 000 =		1 600 000
	2 000 000 =	200 000 · 0,8 =	160 000 =		1 760 000
2 —	4 000 000 =	2 000 000 · 0,7 =	1 400 000 =		3 160 000
4 —	6 000 000 =	2 000 000 · 0,6 =	1 200 000 =		4 360 000
6 —	8 000 000 =	2 000 000 · 0,5 =	1 000 000 =		5 360 000
8 —	10 000 000 =	2 000 000 · 0,4 =	800 000 =		6 160 000
10 —	12 000 000 =	2 000 000 · 0,35 =	700 000 =		6 860 000
12 —	16 000 000 =	4 000 000 · 0,3 =	1 200 000 =		8 060 000
16 —	20 000 000 =	4 000 000 · 0,25 =	1 000 000 =		9 060 000
	20 000 000 und mehr		· 0,2		

예를 들어 총 이익이 4,600,000 DM인 경우, 4,000,000 DM까지는 3,160,000 DM을 적용하고, 나머지 600,000 DM은 $600,000 \times 0.6$ (감액계수) = 360,000 DM을 더한다. 이에 따라 발명의 가치는 $(3,160,000 \text{ DM} + 360,000 \text{ DM}) \times 1/5 (=20\%) = 704,000 \text{ DM}$ 으로 평가된다.

다. 단순한 추정 방법

실시료 유추 방법, 사용자 이익 방법 혹은 여타 다른 방법에 의해 발명의 가치를 산정하는 것이 불가능한 경우에는 보조 수단으로써 단순한 추정 방법이 적용될 수 있다. 물론 발명의 가치를 산정하는 모든 방법을 적용함에 있어 다소간의 추정은 불가피하지만, 실시료 유추 방법 등의 경우 추정은 단지 일부분에 제한되고 여타 부분에서는 구체적인 근거에 의해 이루어진다는 점에서, 실시료 유추 방법 등과 단순한

추정 방법과는 차이가 있다. 결국, 일부분의 추정으로 발명의 가치를 산정하는 것이 가능한 경우에는 당연히 위에서 언급된 실시료 유추 방법, 사용자 이익 방법 혹은 여타 다른 방법의 적용이 우선적으로 고려되어야 하고, 단순한 추정 방법은 매출액, 비용감소 등을 확인하기 어려워 실시료 유추 방법, 사용자 이익 방법 등이 적용될 수 없거나 적용될 수 있다 하더라도 일반적으로 이용되고 있지 않는 보호용 장비, 시험 기구 혹은 측정 장치 등과 같이 가치 산정에 많은 비용이 소요되는 경우 등에 한하여 적용될 수 있다.

이러한 단순한 추정 방법을 적용함에 있어, 사용자가 자유 발명을 획득하는 것을 원했다면 지불했어야 할 비용 혹은 가격이 우선적으로 고려되어야 한다. 여기에서 비용 혹은 가격은 주관적인 가치가 아니라 전적으로 비교 가능한 상황에서 사용자가 자유발명을 획득하는데 합리적으로 지불했을 금액에 의해 정해진다. 사용자가 직무 발명에 대해 인도청구를 하는 즉시, 종업원은 사용자에게 적절한 보상을 청구할 수 있다고 규정하고 있는 독일 중업원발명법 제9조 제1항에 의해, 단순한 추정 방법에 의한 발명의 가치 산정도 가능한 한도 내에서 구체적인 근거에 의해 이루어져야 한다. 예를 들어, 내부적으로 발명을 적용함에 소요되는 투자비용 등이 구체적인 근거에 포함될 수 있을 것이다. 이러한 경우, 해당 발명이 여러 구성 요소들로 이루어진 장치발명의 가치에 영향을 미치는 경우, 발명의 가치는 전체 장치의 가치 또는 해당 발명이 영향을 미친 부분만을 고려하여 산정될 수 있지만, 통상적으로 특허 부여된 구성 요소가 단독으로 이용되는지 혹은 단지 전체 장치에서만 이용되는지의 여부도 고려되어야 한다. 이에 따라, 총 투자비용 중 해당 발명으로부터 유래하는 몫 혹은 비용을 산정해야 한다. 결국, 경우에 따라서는 유사한 사례가 없거나 매출액, 이익을 측정할 수 없어 발명의 가치 산정이 어려울 수 있는데, 이러한 경우 혹은 이와 유사한 경우 발명의 가치는 단순한 추정 방법에 의할 수밖에 없을 것이다.

(3) 기타

가. 기타 방법으로 실시된 발명의 가치 산정

발명이 상업적으로 이용되지 않고 라이선스 부여를 통해 이용되는 경우, 순 실시료 수입이 발명의 가치에 해당한다. 순 실시료 수입을 확정하기 위해서는, 총 실시료 수입에서 발명의 완성 후에 지출된 개발 비용, 발명의 적용을 위해 지출한 비용을 공제하여야 하고, 마찬가지로 특허 및 라이선스 관리 비용, 특허 이전 및 라이선스 부여와 관련되어 있는 세금도 공제되어야 한다. 또한, 순 실시료 수입을 산정하는 개별 사례에서, 사용자는 특허권 방어, 특허권 침해에 대한 대응, 담보책임에 대한 위험을 부담하고 필요한 경우 비용도 지불해야 하는 점이 고려되어야 한다. 만약 이러한 계산이 어려운 경우, 실시허락자인 자유발명가와 실시권자인 사용자 사이의 일반적인 계약 형태를 유추하여 적용하는 것도 유용할 수 있다. 특히, 실시계약이 전용실시권 혹은 통상실시권인지의 여부는 매우 중요한데, 실시계약이 전용실시권인 경우 실무상 자유발명가는 발명의 실시를 통해 창출된 이익의 20 - 50%를, 특별한 경우에는 50% 이상을, 예외적인 경우에는 75% 이상을 가져가기도 한다.

나. 실시되지 않은 발명의 가치 산정

실시되지 않고 있는 발명이라 함은 방어 특허로써 이용되지 않고 있거나 실시허락, 판매 혹은 교환 등을 통해 사용되지 않은 발명을 의미한다. 특허 부여 시점에서는 실시되지 않고 있고 실시를 기대하기 어렵지만 추후 유용성이 예상되는 발명에 대한 저장 특허도 실시되지 않은 발명에 포함되는데, 이러한 종류의 발명에 대한 특허는 실제적인 실시까지는 저장 상태로 머물러 있지만 실시가능성에 대한 기대로 인해 그 가치를 지닌다. 이러한 저장 특허의 가치는 자유롭게 추정될 수밖에 없고, 이때 향후 실시가능성의 유형 및 얻을 수 있는 이익이 가치 평가에 핵심적인 역할을 담당한다. 나중에 실시가 이루어지는 경우에는 독일 종업원발명법 제12조 제6항에 의해 직무발명 보상이 다시 산정될 수도 있다.

또한, 경제적인 관점에서 실시의 가치가 인정되지 않거나 향후의 실시가능성도 인정될 수 없는 발명, 향후의 실시가능성에 대한 판단이 불분명한 발명의 가치는 인정될 수 없을 것이다. 물론 이러한 발명에 대해 신규성, 진보성, 산업상 이용가능성에 대한 심사관의 심사를 거쳐 특허가 부여되었다는 점에 대해서는 이론이 있을 수 없지만, 이러한 심사와 특허 부여가 경제적 성공까지 보장하는 것은 아니다. 이에 따라 경제적인 관점에서 실시의 가치가 인정되지 않거나 향후의 실시가능성도 인정될 수 없는 발명, 향후의 실시가능성에 대한 판단이 명확하지 않은 발명의 경우에는 이를 자유발명으로 전환하는 것이 적절해 보인다. 다만, 발명이 경제적 관점에서 실시될 수 있는지의 여부, 실시에 대한 추후 기대를 할 수 있는지의 여부는 바로 결정되기 보다는 오히려 조사, 평가 등에 일정 시간이 필요한 경우도 있을 수 있는데, 이러한 경우 사용자는 자신의 비용으로 발명을 조사, 평가하고 이러한 결과가 긍정적일 때 종업원에게 직무발명 보상을 받을 수 있는 기회를 제공하는 것도 가능한 것으로 여겨진다.

3. 기여도

발명의 가치에 대한 종업원의 기여도는 과제의 위치, 과제의 해결, 종업원의 직무와 직위를 통해 결정된다. 먼저, 과제의 위치와 관련하여, ① 사용자가 종업원에게 진전된 해결 방안을 마련하도록 직접적으로 과제를 부여한 경우(기여도 1), ② 사용자가 종업원에게 진전된 해결 방안을 마련하도록 간접적으로 과제를 부여한 경우(기여도 2), ③ 사용자가 종업원에게 과제를 부여하지 않았지만 종업원이 타의에 의해 결함 혹은 요구를 확인하고, 이러한 결함 혹은 요구를 근무 기간 중에 획득한 지식을 통해 해결한 경우(기여도 3), ④ 사용자가 종업원에게 과제를 부여하지 않았지만 종업원이 스스로 결함 혹은 요구를 확인하고, 이러한 결함 혹은 요구를 근무 기간 중에 획득한 지식을 통해 해결한 경우(기여도 4), ⑤ 종업원이 자신의 직무 영역에서 과제를 부여 받은 경우(기여도 5), ⑥ 종업원이 자신의 직무 영역 외에서 과제를 부여 받은 경우(기여도 6) 등으로 구분하여, 각각의 경우에 1 내지 6 사이에서 기여도가 부여된다.

다음으로 과제의 해결과 관련하여, ① 종업원의 전문성에 기해 해결이 발견된 경우, ② 과제가 종업원의 업무와 지식에 기초하여 발견된 경우, ③ 사용자가 기술적인

보조수단을 통해 종업원을 지원한 경우 등으로 구분하여, 위의 3가지 모두가 발명에 해당하는 경우에는 기여도 1, 위의 3가지 모두 해당하지 않는 경우에는 기여도가 6으로 책정된다. 아울러 발명이 위의 3가지 중 부분적으로 해당하는 경우에는 기여도 1과 6 사이에서 결정된다. 여기에서 종업원 전문성은 종업원의 지식과 경험으로부터 유래하고, 자신에게 부여된 행위를 수행함에 필요한 것을 의미한다. 또한 종업원의 업무와 지식은 종업원으로 하여금 발명에 이르도록 하거나 이를 쉽게 만드는 내부의 지식, 작업, 제안, 경험, 정보 등을 의미한다. 아울러, 기술적인 보조수단은 직무발명의 완성에 중요한 에너지, 원자재, 장비 등을 의미한다. 다만, 종업원 자신의 노동력, 연구, 실험실 시설 및 장비에 소요되는 비용은 여기에서 의미하는 기술적 보조수단에는 해당하지 않는다.

마지막으로 종업원의 직무 및 직위와 관련하여, ① 미숙련 근로자, 보조자, 준 숙련 근로자, 견습생 등과 같이 직무와 관련된 사전 교육이 충분하지 않은 그룹(기여도 8), ② 작업조장 등과 같이 제한된 범위 내에서 감독 업무가 부여된 그룹 및 기능사, 숙련공 등과 같이 수공 관련 기술 교육을 받은 그룹(기여도 7), ③ 작업반장 등과 같은 하위 관리자 또는 기술자 등과 같은 기본적인 기술 교육을 받은 그룹(기여도 6), ④ 대학이나 기술 관련 전문대학 등에서 수준 높은 기술 교육을 받은 그룹(기여도 5), ⑤ 여타 엔지니어, 화학자 등을 관리하는 팀장 및 개발에 관여하는 엔지니어, 화학자 그룹(기여도 4), ⑥ 기술부서 책임자 등의 그룹(기여도 3), ⑦ 개발 혹은 연구부서의 책임자 등의 그룹(기여도 2), ⑧ 기업의 연구 부서를 총괄하는 책임자, 대기업의 기술 총괄 책임자 등이 속하는 그룹(기여도 1)으로 구분하여, 일정 기여도가 각각의 그룹에 대해 부여된다.

위에서 언급된 기여도는 합산되어 아래의 표에 따라 백분율로 산정된다.

$a+b+c$	=	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	(20)
A	=	2	4	7	10	13	15	18	21	25	32	39	47	55	63	72	81	90	(100)

a = 과제에의 위치에 따른 기여도(1 - 6)

b = 과제에의 해결에 따른 기여도 (1 - 6)

c = 종업원의 직무와 직위에 따른 기여도(1 - 8)

A = 산정된 최종 기여도

* 합산된 기여도 20과 이에 따른 백분율 100의 경우에는 자유발명으로 인정됨

4. 보상의 산출 방법 및 지급

(1) 보상의 산출

발명의 가치 및 기여도에 따라 산출된 직무발명 보상은 아래의 식으로 표시할 수

있다:

$$V = E \cdot A$$

V = 산출된 보상

E = 발명의 가치

A = 백분율로 표시된 기여도

실시료 유추를 통한 발명 가치 산정 방법에 의해 산출된 발명의 가치는 아래와 같이 표시할 수 있다:

$$E = B \cdot L$$

E = 발명의 가치

B = 기준 값

L = 실시료율

여기에서 기준 값은 금액 또는 개수로 표시될 수 있는데, 기준 값이 금액인 경우 실시료율(예, 백만원의 3%)을 곱하여 산정하고, 기준 값이 개수 또는 중량 단위인 경우에는 실시료는 개수 혹은 무게 단위 당 일정 금액(예, 판매된 개수 혹은 중량 단위 마다 10원)으로 표시된다. 이러한 실시료 유추를 통한 발명 가치 산정 방법을 통해 산출되는 직무발명 보상은 아래와 같이 표시할 수 있다.

$$V = B \cdot L \cdot A$$

여기에서 B는 해당 기준 값으로써 매출액 혹은 생산액 등이 해당될 수 있는데, 예를 들어 1억의 매출액(U)을 기준으로 하여, 실시료율 3%, 기여도 15%(a+b+c = 8)가 적용된다고 하면 직무발명 보상 금액은 아래와 같다.

$$V = U \cdot L \cdot A = 1\text{억} \cdot 3/100 \cdot 15/100 = 450,000$$

다만, 이러한 직무발명 보상의 산정은 보호되고 있는 권리의 유효기간 전체를 기준으로 할 수도 있고, 1년 단위 혹은 다른 기준을 적용하여 산출될 수도 있다.

(2) 보상의 유형 및 시기

가. 보상의 유형

직무발명보상이 매출액, 생산액 혹은 사용자가 얻은 이익에 따라 달라지는 경우, 이러한 보상은 사후적으로 계산된다. 보상금은 매년 지급이 권장되지만 적절한 것으로 인정되는 한도에서 분할하여 지급될 수 있다. 직무발명이 실시허락을 통해 이용되는 경우, 직무발명보상은 실시료의 지급에 맞게 조정되어야 한다. 때로는 일시불 혹은 총액을 여러 번으로 나누어 지급하는 것이 적절할 수도 있는데, 대표적으로 연간 청구가 비용의 과다 지출 등으로 인해 적절하지 않은 소규모 발명의 경우, 직무발명의 저장 특허에 해당하는 경우, 발명의 실시 혹은 유사한 발명의 계속적인 개발

에 중요한 영향을 미칠 수 있는 직무발명가의 지위로 인해 상호 이해관계가 상충될 수 있는 경우 등이 이에 해당한다. 실무에서는 실시권자가 일시불로 지급하는 방식과 실시허락자가 특허의 실시로부터 발생하는 이익에 따라 지급받는 방식이 혼합된 형태로 운영되고 있다. 특히, 특허의 유효 기간은 발명에 따라 달라질 수밖에 없는데, 이러한 점이 고려되어 보호기간의 1/3에 해당하는 기간, 예를 들어 6년을 기준으로 하여 직무발명보상을 일시불로 지급하는 것도 인정되고 있다. 독일 종업원발명법 제12조 제6항에 의해 직무발명보상 산정에 중요한 사정 변경이 있는 경우, 사용자 혹은 종업원은 다른 보상 산정을 요구할 수도 있다.

나. 보상의 시기

일반적으로 직무발명보상은 존속기간의 만료로 종료되지만 예외적인 경우에는 존속기간의 종료 후에도 이루어질 수 있다. 발명이 특허의 존속기간 마지막 해에 실시되고 특허권 존속기간 동안에 특허권자가 누렸던 독점적 지위가 특별한 사정으로 인해 계속 유지되는 경우 등이 예외적인 경우에 해당할 수 있다. 예를 들어, 발명이 방법발명이고 이러한 발명의 실시를 위해서, 특허의 존속기간이 만료된 이후에도 경쟁자가 이용할 수 없는 매우 높은 수준의 경험이 반드시 필요로 하는 경우 등이 이에 해당한다. 특허가 무효로 될 가능성이 있는 경우, 특허가 무효로 확정되기까지 사용자는 실제로 발명의 이용가능성뿐만 아니라 특허가 존속하지 않았다면 가능하지 않은 시장에서의 독점적 지위를 누린다. 이러한 점에서, 사용자는 특허의 무효가 확정될 때까지 보상에 대한 의무를 부담한다. 다만, 여러 상황을 고려할 때, 특허권이 지금까지의 경제적 가치를 상실하여 더 이상 직무발명보상을 사용자에게 기대하는 것이 어려울 정도로 특허의 무효가 명백한 경우, 예를 들어 경쟁자가 침해소송에 대한 부담 없이 실시할 수 있을 정도로 특허의 무효가 명백한 경우에는 실제로 특허가 무효로 된 경우와 같이 취급된다.

IV. 결 론

독일 종업원발명법은 1957년 제정된 후에 여러 차례에 걸쳐 개정되었는데, 비교적 최근 그리고 주목할 만한 개정은 2002년 1월 18일과 2009년 7월 31일에 있었다. 이미 1990년대 말에 대학발명, 제한적 인도청구권 등을 규정하고 있는 독일 종업원발명법에 대해서는 정치적 및 경제적 관점에서 많은 비판이 있었는데,²⁶⁾ 이러한 부분을 일부 반영하여 이미 2002년에 대학발명과 관련된 규정이 개정되었다.²⁷⁾ 하지만

26) Meier, "Bewährtes deutsches Arbeitnehmererfinderrecht?", 「GRUR」, 1998, S. 779; Kockläuner, "Bewährtes deutsches Arbeitnehmererfinderrecht?", 「GRUR」, 1999, S. 664.

27) Böhringer, "Die Novellierung des "Hochschullehrerprivilegs" (§ 42 ArbNErfG)", 「NJW」, 2002, S. 952; Sellnick, "Die Neuregelung des Rechts der Dienstserfindungen an den Hochschulen durch die Abschaffung des Hochschullehrerprivilegs", 「NVwZ」, 2002, S. 1340; Bartenbach/Volz, "Erfindungen an Hochschulen", 「GRUR」, 2002, S. 743;

당시에 독일 종업원발명법 제14조에 규정된 외국에서의 출원, 제16조에 규정된 출원·등록권리의 포기 등과 관련하여 사용자와 종업원 사이에 합의가 도출되지 않음에 따라 다른 규정에 대해서는 더 이상의 진전이 이루어지지 않았다. 그러다가, 2009년에 이르러서야 비로소 문면방식의 도입, 제한적 인도청구권의 삭제, 새로운 인도청구권의 도입, 사용자가 파산한 경우 등과 관련하여 독일 종업원발명법이 개정된 것이다.

2009년 개정 전에, 이미 독일 종업원발명법이 너무 복잡하고 직무발명 관련 절차에 지나치게 많은 비용이 소요된다는 비판이 있었다는 점을 고려하여,²⁸⁾ 입법자는 2009년 독일 종업원발명법의 기본원칙을 유지하면서도 동시에 관련 절차를 간소화 및 현대화하는 쪽으로 개정하였다. 그럼에도 불구하고 여전히 독일에서는 직무발명 보상의 산정 방법이 지나치게 복잡하고 불확실하다는 점, 보상의 척도가 실제의 실시 실적이 아니라 상업상 실시가능성, 즉 발명의 가치를 기준으로 하고 있다는 점 등은 문제점으로 지적되고 있다. 그 대안으로 발명 신고 후 형식적인 최저 보상을 하고, 신고 후 단순히 저장 특허와 같이 실제로 활용됨이 없이 특허유지 비용 등이 소요될 뿐인 발명 등에 대해서는 보상하지 않는 방안 등이 제시되고 있다.²⁹⁾ 결론적으로 향후 국내에서도 사용자와 종업원의 이익 조정이라는 관점에서, 독일에서의 실시료 유추 방법, 사용자 이익 방법 혹은 단순한 추정 방법 등을 포함하여 보다 명확한 발명의 가치 산정 방법, 기여도 산정 등에 대한 구체적인 논의가 이어지기를 기대해 본다.

Weyand/Haase, “Der Innovationstransfer an Hochschulen nach Novellierung des Hochschülerfindungsrechts – eine Zwischenbilanz in rechtspolitischer Absicht”, 「GRUR」, 2007, S. 28.

28) BT-Plenarprot. 16/200 S. 21702 [A].

29) GRUR(Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e.V.), Stellungnahme zu einer Revision des Gesetzes über Arbeitnehmererfindungen(2000.02.18), S. 10,

[참고문헌]

<국내문헌>

- 김선정/김승균, 「선진국 직무발명보상제도 연구」, 지식재산권연구센터(2002. 12).
- 박영규, “직무발명에 대한 준거법의 결정”, 「창작과 권리」, 제78호(2015년 봄호).
- 박영규·김광식·김지은, “독일에서 특허권 침해와 손해배상 산정 - 실시료 상당액 산정 방법을 중심으로 -”, 「법조」 통권 제748호(2021. 8.).
- 이두형, 직무발명 보상에 관한 우리나라의 판례 분석, 직무발명보상제도 활성화를 위한 2012 직무발명 국제심포지움(주최 : 특허청).
- 이지영, “직무발명보상금의 산정과 재판례 분석 - 2011~2020년간 제1, 2심 판례 분석”, 「사법」 제56호, 2021.
- 정차호·문려화, “직무발명보상금 산정을 위한 회사 이익액의 산정에 있어서 실시료율(royalty rate) 적용방법: 그 개념 및 장점의 설명”, 「과학기술법연구」 제25집 제2호, 한남대학교 과학기술법연구원(2019).
- 한국특허법학회편, 「직무발명제도 해설」, 박영사, 2015.

<해외문헌>

- 河野俊之編, 「知的財産權と涉外 民事訴訟」, 弘文堂, 2010.
- 田村善之, “職務發明に關する抵触法上の課題”, 「知的財産法政策學研究5号」, 2005.
- 小泉直樹, “特許法35條の適用範圍”, 「民商法雜誌128卷4・5号」, 2003.
- Bartenbach/Volz, “Erfindungen an Hochschulen”, 「GRUR」, 2002.
- Böhringer, “Die Novellierung des “Hochschullehrerprivilegs” (§ 42 ArbNErfG)”, 「NJW」, 2002.
- Fawcett and Torremans, Intellectual Property and Private International Law, Oxford, 1998.
- Hellebrand, “Wann ist bei der Ermittlung des Erfindungswerts nach der Lizenzanalogie zur Berechnung der Arbeitnehmererfindervergütung eine Abstaffelung bei hohen Umsätzen zulässig und geboten?”, 「GRUR」 1993.
- Kockläuner, “Bewährtes deutsches Arbeitnehmererfinderrecht?”, 「GRUR」, 1999.
- Meier, “Bewährtes deutsches Arbeitnehmererfinderrecht?”, 「GRUR」, 1998.
- Pietzcker, “Schadensersatz durch Lizenzberechnung”, 「GRUR」 1975.
- Sana Wolk, “Remuneration of Employee Inventors - Is There a Common European Ground? A Comparison of National Laws of Compensation of Inventors in Germany, France, Spain, Sweden and the United Kingdom”, 「International Review of Intellectual Property and Competition Law」, Vol. 42 No.3(201).
- Schade, “Zur Auslegung des Gesetzes über Arbeitnehmererfindungen durch

- Gerichte und Schiedsstelle”, 「GRUR」 1965.
- Schulte, Patentgesetz mit Europäischem Patentübereinkommen, 9. Auflage, Carl Heymanns Verlag, 2014.
- Sellnick, “Die Neuregelung des Rechts der Dienstserfindungen an den Hochschulen durch die Abschaffung des Hochschullehrerprivilegs”, 「NVwZ」, 2002.
- Straus, “Die international-privatrechtliche Beurteilung von Arbeitnehmererfindungen im europäischen Patentrecht”, 「GRUR Int.」 1984.
- Straus, “Rechtsvergleichende Bemerkungen zum Begriff des Arbeitnehmererfinders”, 「GRUR Int.」 1984.
- Tetzner, “Der Verletzerzuschlag bei der Lizenzanalogie”, 「GRUR」 2009.
- Ulmer, Intellectual Property Rights and the Conflict of Law, Kluwer. 1978.
- Weyand/Haase, “Der Innovationstransfer an Hochschulen nach Novellierung des Hochschulerfindungsrechts – eine Zwischenbilanz in rechtspolitischer Absicht”, 「GRUR」, 2007.

[Abstract]

Inventor compensation in Germany

Young-Gyu Park*

In Germany, company employees who make invention during the term of their employment, so-called “service inventions”, are subject to the German Act on Employee Inventions, which regulates the rights and obligations of both employees and employers. There are statutory guidelines as to the amount of compensation the inventor should be paid. The compensation due to the inventor is based on the standard formula $V = E \times A$, where V is the annual compensation, E is the so-called “invention value”, and A is the so-called employer’s “share factor” in the invention. First of all the invention value E is calculated. Generally this is assessed using the licence analogy. Secondly, the so-called share factor A is decided on a points’ basis. Points are awarded according to the circumstances surrounding the task which led to the invention, how the problem was solved, and the employee’s tasks and position in the company.

Key Words: Service inventions, Invention value, Share factor, Reasonable compensation, Statutory guidelines as to the amount of compensation

* Professor, College of Law, Myongji University

A Short Examination of the Measures to Protect a Commercial Building Lessee's De Facto-Marriage Spouse After His or Her Death *

Kim, Seo-Gi**

논문요지

The birthrate in Korea continues to decline. A phenomenon like this can pose a risk to the existence of a state. For this reason, a number of policies are being proposed to increase the birthrate. Among other things, I propose that marriage, including a de facto marriage, should be protected more thoroughly. For it is common to become a couple through marriage and as a result, children are born.

The Commercial Building Lease Protection Act, as opposed to the Housing Lease Protection Act, has no provision on a de facto-marriage spouse's succession to right of lease of commercial building. Like the Housing Lease Protection Act, the Commercial Building Lease Protection Act is a social law. Social law means the law in order to protect the socially or economically disadvantaged, the state intervenes in the relation between individuals which falls under the domain of private law. If it is the only means of living to make a living by running a small store, the death of the commercial building lessee puts his or her de facto-marriage spouse at risk of livelihood. Of course, a fundamental solution to this problem is to put provisions such as provisions of the Housing Lease Protection Act in the Commercial Building Lease Protection Act.

By the way, until the Commercial Building Lease Protection Act is supplemented, as a second-best solution, this legislative gap in the Commercial Building Lease Protection Act should be filled with the interpretation of the inheritance system in the Civil Act, the system of apportionment for person having special connection in the Civil Act, etc.

In particular, I'd maintain that the commercial building lessee's de

* This research was funded by a 2023 Research Grant from Sangmyung University. (2023-A000-0224)

** Sangmyung University, Department of Humanities Content, Professor

facto-marriage spouse has a right to inheritance. Even if the commercial building lessee died, his or her de facto-marriage spouse can file a lawsuit to confirm the existence of the de facto marriage concerned because there is standing. Only if the court decision to confirm the existence of de facto marriage becomes final and conclusive, the de facto marriage turns into a legal marriage under customary law retroactively when there was a substance of marriage which can objectively be recognized as a marital cohabitation. A spouse stipulated in Article 1003 of the Civil Act refers to a legal-marriage spouse. A legal marriage includes not only a legal marriage under statutory law but also a legal marriage under customary law. As a result, the commercial building lessee's spouse has a right to inheritance.

Key Words: de facto-marriage spouse, succession to right of lease of commercial building, person having special connection, legal marriage under customary law, suspension of exclusion period

· 논문접수: 2023. 12. 07. · 심사개시: 2024. 01. 11. · 게재확정: 2024. 01. 25.

I . Introduction

The Housing Lease Protection Act has a provision on succession to right of lease of house, that is, Article 9, while the Commercial Building Lease Protection Act does not have such an provision. Some scholars argue the reason like this, the Commercial Building Lease Protection Act does not have a provision on succession to right of lease of building lies in that the right of lease of commercial building is not the right of residence. According to their view, the right of lease of commercial building is only a property right. They regard the building lease act as a social law because its purpose of legislation is to guarantee a life worthy of human dignity through the protection of a lessee's residence. Thus, the Housing Lease Protection Act is a kind of social law in that its purpose of legislation is to guarantee a life worthy of human dignity through the protection of a house lessee's residence. The Housing Lease Protection Act Article 9 provides to gurantee a life worthy of human dignity by protecting the residence of the person who has lived with the house lessee as a member of the family in his or her house in the case he or she dies. On the other hand, according to their view, the Commercial Building Lease Protection Act is not a social law because its purpose of legislation does not lie in protecting a lessee's residence. The right of lease of commercial building is not the right of residence. As a result, the right of lease of commercial building is treated by the provisions

concerning inheritance under the Civil Act in the case a commercial building lessee dies. The Commercial Building Lease Protection Act has no provision on succession to right of lease of commercial building in order to protect a residence.¹⁾

However, I do not agree on the point that the Commercial Building Lease Protection Act is not a social law. The social law means the law of protecting the socially or economically disadvantaged. Thus, the purpose of social law is not limited to guarantee a life worthy of human dignity, to put it another way, to guarantee a right to life as a fundamental right under the Constitution of the Republic of Korea. Its purpose also includes guaranteeing a right to freedom as a fundamental right under the Constitution of the Republic of Korea.²⁾

According to the Housing Lease Protection Act Article 1, its purpose of legislation is to secure stability in the residential life of a national citizen. The Constitution of the Republic of Korea Article 35 (3) provides a national citizen's right to a comfortable residential life. The right to a comfortable residential life includes the right to claim to State the expansion of the supply of rental housing, the improvement of housing quality, etc. through housing policy. Accordingly, the Housing Lease Protection Act intends to guarantee the right to a comfortable residential life. In terms of legal character, the right to a comfortable residential life is a kind of right to life as a fundamental right under the Constitution of the Republic of Korea. As a result, the purpose of the Housing Lease Protection Act is to guarantee a right to life as a fundamental right under the Constitution of the Republic of Korea. Therefore the Housing Lease Protection Act is a kind of social law.³⁾

On the other hand, according to the Commercial Building Lease Protection Act Article 1, its purpose of legislation is to guarantee stability in the economic life of a national citizen. The Commercial Building Lease Protection Act applies to commercial building leases with the deposit of less than a certain amount. Briefly, the purpose of the Act is to guarantee stability in the economic life of economically poor commercial building lessees, not all commercial building lessees. To put it another way, its purpose is to protect the property right of economically poor commercial building lessees, not all commercial building lessees.

In contrast to this, the purpose of the Housing Lease Protection Act is to guarantee stability in the residential life of all house lessees, that is, economically

1) On this explanation, see Ko, Sang-Ryong, *Legal Principles and Status of Real Estate Lease*(PakYoungSa, 2020), pp.336-350.

2) Kim, Sang-Yong, *General Provisions on Civil Law*(HwaSanMedia, 2014), p.8; Cho, Man-Hyung, *Law and Life*(ORebook, 2010), pp.22-23.

3) Kwon, Young-Sung, *A Textbook on Constitutional Law*(BobMunSa, 2006), pp.683-693; Jung, Jae-Hwang, *An New Introduction to Constitutional Law*(PakYoungSa, 2016), pp.504-507.

rich house lessees as well as economically poor house lessees. Nevertheless, the Housing Lease Protection Act is a kind of social law, the law of protecting the socially or economically disadvantaged. The reason runs as follows: to lead a life worthy of human dignity requires stability in the residential life. In Korea, most of people want to live in big cities, densely populated parts of Korea, but there are not enough houses available in these cities. As a result, in Korea, many house lessees often suffer from housing instability. Like this, in Korea, house lessees can be seen as usually socially disadvantaged in that housing stability, which is essential for leading a life worthy of human dignity, is not secured. Thus, the Housing Lease Protection Act is a kind of social law.

Compared with the Housing Lease Protection Act, the Commercial Building Lease Protection Act intends to protect the economically disadvantaged. In this respect, the Commercial Building Lease Protection Act also is a kind of social law. By the way, the former intends to guarantee a right to life as a fundamental right under the Constitution of the Republic of Korea, while the latter intends to guarantee a right to freedom as a fundamental right under the Constitution of the Republic of Korea. As mentioned above, the purpose of the latter is to protect the property right of the economically disadvantaged. The Constitution of the Republic of Korea Article 23 (1) provides a property right as a fundamental right under the Constitution. In terms of legal character, the property right is a kind of right to freedom as a fundamental right under the Constitution of the Republic of Korea. Accordingly, the Commercial Building Lease Protection Act intends to guarantee a right to freedom as a fundamental right under the Constitution of the Republic of Korea.

By the way, according to the decision of the Korean Constitutional Court, the property right as a fundamental right under the Constitution of the Republic of Korea means all public and private rights of economic value that are specific rights of property value including private usefulness and the right to dispose them.⁴⁾

This property right can be the object of inheritance. According to the Civil Act Article 3, a person loses his or her legal capacity at the time he or she dies. As a result, a person can no longer be the subject of property right after his or her death. The system of inheritance provided in the Civil Act is the system to treat a person's property rights after he or she dies. By the way, in the case of applying the system of inheritance provided in the Civil Act, the socially or economically disadvantaged can not be properly protected. For this reason, the Housing Lease Protection Act Article 9 provides succession to right of lease of house.⁵⁾

On the other hand, the Commercial Building Lease Protection Act does not

4) The Korean Constitutional Court 2005. 7. 21, 2004HunBa57.

5) Min, Il-Young, *Commentary on Korean Civil Law Credit* (8)(PakYoungSa, 2009), p.280.

have provisions such as the Housing Lease Protection Act Article 9. The Commercial Building Lease Protection Act, as opposed to the Housing Lease Protection Act, even intends to protect the property right of the economically disadvantaged directly. Nevertheless, there is no provision on succession to property right in the Commercial Building Lease Protection Act. As a result, the system of inheritance provided in the Civil Act is applied, and thus, the economically disadvantaged are not properly protected.

In the light of this regard, in connection with the lease of commercial building, this Article examines means of protecting a commercial building lessee's de facto-marriage spouse. Part II explains how the de facto-marriage spouse can succeed to the right of lease of commercial building without any relevant provision under the Commercial Building Lease Protection Act. Part III examines a request for apportion of the inherited property of a commercial building lessee's de facto-marriage spouse as a person having special connection with him or her.

II. A De facto-marriage Spouse's Succession to the Right of Lease of Commercial Building with No Relevant Article under the Commercial Building Lease Protection Act

In more technical terms, social law means the law in order to protect the socially or economically disadvantaged, the state intervenes in the relation between individuals which falls under the domain of private law. In principle, the person protected by the Housing Lease Protection Act is a house lessee. In the case the house lessee dies, his or her right of lease of house is inherited by inheritors because the right of lease is a kind of credit which is included in property rights. As a result, the inheritor who has lived together with the house lessee as a family member in the house concerned can secure stability in his or her residential life. However, any de facto-marriage spouse who has lived together with the house lessee in the house concerned can not secure stability in his or her residential life because he or she has no right of inheritance. For this reason, the Housing Lease Protection Act Article 9 provides the de facto-marriage spouse's succession to right of lease of house to protect the de facto-marriage spouse who can be seen as socially disadvantaged in that housing stability essential for leading a life worthy of human dignity is not secured. In other words, in order to protect the de facto-marriage spouse who can be seen as socially disadvantaged, the state intervenes in the relation of inheritance between individuals which falls under the domain of civil law.

I'd maintain that the same should apply to the Commercial Building Lease Protection Act. In principle, the person protected by the Commercial Building

Lease Protection Act is a commercial building lessee. In the case the commercial building lessee dies, his or her right of lease of commercial building is inherited by inheritors because the right of lease is a kind of credit which is included in property rights. As a result, the inheritor who has lived in common household finances with the commercial building lessee can secure stability in his or her economic life. However, any de facto-marriage spouse who has lived in common household finances with the commercial building lessee can not secure stability in his or her economic life because he or she has no right of inheritance. If they earn their living by running the shop concerned, the death of the commercial building lessee will bring his or her de facto-marriage spouse to the brink of livelihood. Nevertheless, there is no provision in the Commercial Building Lease Protection to protect the de facto-marriage spouse who can be seen as economically disadvantaged. Furthermore, according to the Housing Lease Protection Act, as opposed to the Commercial Building Lease Protection Act, the de facto-marriage spouse succeeds even the right to claim the return of the deposit after the house lessee's death.

Accordingly, in comparison with in the case of house lease, in the case of commercial building lease, the lessee's de facto-marriage spouse is in the blind spot of protection under the Commercial Building Lease Protection Act. For this reason, this Article comes up with steps to protect the de facto-marriage spouse by interpreting several systems of the Civil Act, etc., including the inheritance system.

According to the Civil Act Article 812 (1), it is one of requirements of formation of marriage to report a marriage in accordance with the provisions of the Act on the Registration, etc. of Family Relationship. Thus, a commercial building lessee's de facto-marriage spouse can convert a de facto marriage into a legal marriage by making such a report in agreement with the commercial building lessee while the commercial building lessee is alive. By the way, according to the decision of the Korean Supreme Court, during the existence of the de facto marriage, the commercial building lessee's de facto-marriage spouse can effectively convert the de facto marriage to legal marriage by reporting the de facto marriage alone. The reason is even if the other party's intention to establish a legal marriage is unclear, the other party's intention to establish a legal marriage is presumed by the other party's act to have established a de facto marriage in accordance with the practice of marriage and the principle of good faith.⁶⁾

On the other hand, according to the Family Litigation Act Article 2 (1), even if the commercial building lessee does not cooperate with reporting the de facto marriage, the commercial building lessee's de facto-marriage spouse can turn the de facto marriage into a legal marriage by filing a lawsuit to the Korean Family

6) The Korean Supreme Court 2000. 4. 11, 99Mui1329.

Court to confirm the existence of the de facto marriage. In addition, according to the Act on the Registration, etc. of Family Relationship Article 72, the commercial building lessee's de facto-marriage spouse who filed such a lawsuit should make a report of marriage after the court decision to confirm the existence of de facto marriage became final and conclusive. Moreover, according to the decision of the Korean Supreme Court, this report of marriage is a prerequisite for the conversion of a de facto marriage into a legal marriage.⁷⁾

However, it seems the intention of legislator is that a de facto marriage turns into a legal marriage only if the court decision to confirm the existence of de facto marriage become final and conclusive. If so, this report of marriage is not a prerequisite for the conversion of a de facto marriage into a legal marriage, but is merely reporting a de facto marriage has been changed to a legal marriage by the court decision.⁸⁾

In principle, the report of marriage as a requirement for establishment of legal marriage takes effect at the time when a public official in charge of family relations registration receives the report.⁹⁾

Exceptionally, according to the Act on Special Cases concerning Marriage Registration, in the case any of both parties of marriage died because he or she took part in a battle or was engaged in public service for the purpose of carrying out the battle in war or incident, if there is a marriage report of a surviving party, it is deemed that there was the report at the time of his or her death.

Accordingly, except the case provided by the Act on Special Cases concerning Marriage Registration, after the death of the commercial building lessee, his or her de facto-marriage spouse is unable to make a marriage report because a legal marriage can not be established between the living and the dead. According to the court's decision cited above, the report is a requirement for establishment of legal marriage, and the report takes effect at the time when a public official in charge of family relations registration receives it. The de facto-marriage spouse was unable to make a marriage report because the commercial building lessee had already died when the marriage report took effect and the legal marriage was established. As a result, the de facto marriage can not turn into a legal marriage, and thus the commercial building lessee's de facto-marriage spouse has no right to inheritance.

I'd maintain that retroactive to the time there was a substance of marriage that can objectively be recognized as a marital cohabitation, the de facto marriage turns into a legal marriage, only if the court decision to confirm the existence of de facto marriage becomes final and conclusive. A de facto marriage is a kind of

7) The Korean Supreme Court 1973. 1. 16, 72Mui25.

8) Lee, Si-Yun, *New Civil Procedure Act*(PakYoungSa, 2017), p.205.

9) Song, Duk-Soo, *Relatives and Inheritance Law*(PakYoungSa, 2022), pp.34-35.

customary law. The requirement for establishment of customary law is the existence of custom and members' recognition that they are bound by the custom concerned. Of course, the custom concerned should not violate the constitutional order. In addition, only a court ruling can ultimately determine whether or not the members' recognition exists. As a result, retroactive to the time of the acquisition of the members' recognition the custom turns into a customary law, only if there is a such a court ruling.¹⁰⁾

Chiefly, a customary law is recognized in real right law and family law. For these laws, as opposed to credit law, are mainly based on the unique traditions of our country. In connection with real right law, several real rights under customary law, for example, legal superficies under customary law, are recognized without any public notice even if they have an absolute effect. Furthermore, in terms of effectiveness, these real rights under customary law are treated like real rights under statutory law. By the way, in connection with family law, a de facto marriage under customary law is treated unlike a legal marriage under statutory law. The requirements for establishment of de facto marriage are as follows. First, there must be an agreement of intention to marry between the parties. Second, there must be a substance of marriage that can objectively be recognized as a marital cohabitation. Finally, there must not be any obstacle to marriage that is stipulated in Article 807 through Article 810 of the Civil Act. Like this, there is only one difference between a de facto marriage and a legal marriage : whether or not the marriage concerned is reported.¹¹⁾

Nevertheless, a de facto-marriage spouse has no right to inheritance and there is no kinship between a de facto-marriage spouse and blood relatives of the other spouse. In particular, compared with several real rights under customary law which were recognized through the same process as de facto marriage, these discriminations between de facto marriage and legal marriage are not reasonable. Both of the system of real right and the system of marriage have an absolute effect. Nevertheless, several real rights under customary law are treated like real rights under statutory law without any public notice, while a de facto marriage under customary law is treated unlike a legal marriage under statutory law for no public notice. In terms of public notice, real rights over immovables under statutory law requires to be entered in register of real property, while a legal marriage under statutory law requires its report alone, not its entrance in family register. Accordingly, real rights under statutory law require more perfect method of public notice than legal marriage under statutory law. Like this, even in the part of real rights which requires more perfect method of public notice, several real rights under customary law are treated like real rights under statutory law

10) Myung, Soon-Koo, *Principles of Civil Law I General Rules*(BobMunSa, 2005), pp. 20-21.

11) Song, Duk-Soo, *Relatives and Inheritance Law*(PakYoungSa, 2022), pp.129-130.

without any public notice. On the other hand, rather, in the part of marriage which requires less perfect method of public notice, a de facto marriage is treated unlike legal marriage for no report. This is not reasonable.

I'd maintain that a legal marriage falls into two categories, that is, a legal marriage under statutory law and a legal marriage under customary law. A de facto marriage turns into a legal marriage under customary law only if the court decision to confirm the existence of de facto marriage becomes final and conclusive. This legal marriage under customary law has the same effect as a legal marriage under statutory law. A legal marriage under statutory law takes effect not when a marriage report has been entered in family register but when a public official in charge of family relations registration accepts a marriage report. Accordingly, the acceptance of marriage report, like the court decision, makes a public notice to state alone. Just as the former is the requirement for establishment of legal marriage under statutory law, the latter is the requirement for establishment of legal marriage under customary law. By the way, a legal marriage under statutory law is established when a marriage report is accepted, while a legal marriage under customary law is established retroactive to when there was a substance of marriage that can objectively be recognized as a marital cohabitation. The reason is as follows. First, a legal marriage under customary law needs to make a public notice to state because it also is a kind of legal marriage. Second, a legal marriage under customary law is established retroactively when the requirements for establishing a de facto marriage were met because the court decision is to confirm the existence of de facto marriage. If there is a substance of marriage that can objectively be recognized as marital cohabitation, the agreement of intention to marry between the parties is presumed. Therefore, a legal marriage under customary law is established retroactive to when there was a substance of marriage that can objectively be recognized as a marital cohabitation.

Let's take an example. A is a commercial building lessee, and B is A's de facto-marriage spouse. While A is alive, A does not cooperate in reporting their marriage. A's intention to establish a legal marriage between them is unclear. In this case, B can make a legal marriage by reporting the de facto marriage alone. Also, in this case, B can make a legal marriage by filing a lawsuit on his or her own to confirm the existence of the de facto marriage concerned. As indicated above, it seems the intention of legislator is that a de facto marriage turns into a legal marriage only if the court decision to confirm the existence of de facto marriage becomes final and conclusive. On the other hand, if so, even after A dies, B can file a lawsuit to confirm the existence of the de facto marriage concerned because there is standing. This legal marriage under customary law is established retroactively when there was a substance of marriage that can objectively be recognized as a marital cohabitation. As a result, B can be an

inheritor as a spouse of the Civil Act Article 1003.

III. A Request for apportion of the Inherited Property of a Commercial Building Lessee's De facto-marriage Spouse as a Person Having Special Connection with Him or Her

According to the Housing Lease Protection Act Article 9 (4), in cases provided for in paragraphs (1) and (2), that is, in cases a housing lessee's de facto-marriage spouse has succeeded to the rights and obligations of the lessee, any claim and obligation created by the relation of lease shall belong to the de facto-marriage spouse. The right to claim the return of lease deposit is included in the claims created by the relation of housing lease. For the deposit is not a component of lease contract, but a component of deposit contract which is an accessory contract of lease contract.

On the other hand, there is no provision like this in the Commercial Building Lease Protection Act. Thus, in connection with the lease of commercial building, any claim created by the relation of lease, including the right to claim the return of lease deposit, is inherited according to the provisions of the Civil Act because it is a kind of property right.

According to the Civil Act, a commercial building lessee's de facto-marriage spouse has no right of inheritance. Of course, a commercial building lessee's de facto-marriage spouse has the right of expectation for apportionment for person having special connection with him or her if he or she dies with no inheritor. The Civil Act Article 1057-2 provides that the Korean Family Court may apportion all or part of the inherited property upon the request of the person having special connection. For this reason, the de facto-marriage spouse has not the right to claim the apportion of the inherited property, but the right to expect the apportion of the inherited property. Even if the person who has made the request for apportion of the inherited property is a person having special connection with the deceased, the trial of the Korean Family Court for apportion of the inherited property shall be conducted only when the request is deemed substantial. It depends on the judge's discretion whether or not the request is deemed substantial. However, I'd maintain that if the person who has made the request is recognized as a person having special connection with the deceased, for example, a de facto-marriage spouse, the trial should be conducted irrespective of whether or not the request is deemed substantial. Whether or not the request is deemed substantial should be decided during the trial, not before the trial. By doing so, the right to expect the apportion of the inherited property is more protected. The existence and extent of substantiality of the request

should be considered in determining the scope of property subject to apportion.¹²⁾

Furthermore, the apportion of the inherited property for person having special connection can be made in the way of apportion in kind as well as in the way of apportion of money. As a result, a commercial building lessee's de facto-marriage spouse can acquire the right of lease of the commercial building concerned and the right to claim the return of the deposit against the lessor concerned from the time the judgement of the trial becomes final and conclusive without any method of public notice. In addition, in the case one of several joint lessees who own jointly the right of lease of the commercial building concerned and the right to claim the return of the deposit against the lessor concerned dies without any inheritor, his or her share can be apportioned to his or her de facto-marriage spouse as a person having special connection according to the Civil Act Article 1057-2. Even though the Civil Act Article 267 provides his or her share belongs to the other co-owners according to their respective share ratios in this case, it seems to conform to the will of the deceased to put a person having special connection with him or her, for example, his or her de facto-marriage spouse, a person who has provided him or her with medical and nursing care before the other quasi-joint owners.¹³⁾

By the way, according to some jurists, the apportion of the inherited property for person having special connection is not the acquisition by succession of the property, but the original acquisition of the property.¹⁴⁾ However, the Inheritance Tax and Gift Tax Act Article 2 treats the apportion of the inherited property for person having special connection like inheritance which is a kind of acquisition by succession of right. Furthermore, it is the acquisition by succession of right a house lessee's de facto-marriage spouse acquires the leasehold and the right to claim the return of deposit by the Housing Lease Protection Act Article 9 (1) and (4). Both of the Civil Act Article 1057-2 (1) and the Housing Lease Protection Act Article 9 (1) and (4) have the same meaning in that they all are a system of protecting a de facto-marriage spouse by dispensing the inherited property in the case there is no inheritor. Accordingly, I'd maintain that the apportion of the inherited property for person having special connection also is the acquisition by succession of the property. In addition, it is unclear whether it is in a lessee's de facto-marriage spouse's favor to treat as succession acquisition or as original acquisition. For example, in the case a commercial building lessee made the right to claim the return of deposit an object of pledge right, it is in the de facto-marriage spouse's favor to treat as original acquisition, but in the case the right to claim the return of deposit was guaranteed by the

12) Pak, Dong-Sub, *Relatives and Inheritance Law*(PakYoungSa, 2013), pp.686-691.

13) Pak, Dong-Sub, *Relatives and Inheritance Law*(PakYoungSa, 2013), pp.686-691.

14) For instance, Shin, Young-Ho, *Law School Family Law Lecture*(SeChangPublish, 2010), p.429.

guarantor, it is in the de facto-marriage spouse's favor to treat as succession acquisition.

By the way, among other things, it leaves the de facto-marriage spouse losing the commercial building lessee's counterforce and right to preferential payment of deposit to treat the apportion of leasehold of commercial building for person having special connection as the original acquisition of the property. For the de facto-marriage spouse's leasehold acquired by apportionment for person having special connection is regarded as completely separate from the lessee's leasehold.

For these reasons, I'd maintain that the apportion of the inherited property for person having special connection is a kind of acquisition by succession of the property. On the other hand, according to the Commercial Building Lease Protection Act Article 9 (1), the minimum term of existence of leasehold of commercial building is one year, while according to the Housing Lease Protection Act Article 4 (1), the minimum term of existence of leasehold of housing is two years. Like this, the latter is a year longer than the former. According to the Housing Lease Protection Act Article 1, its purpose of legislation is to guarantee stability in the residential life of all house lessees, and according to the Commercial Building Lease Protection Act Article 1, its purpose of legislation is to guarantee stability in the economic life of economically poor commercial building lessees. These economically poor commercial building lessees face immediate threat of survival if they lose their leasehold of commercial building. In this regard, like the minimum term of existence of leasehold of housing, the minimum term of existence of leasehold of commercial building should be two years.

At any rate, the Commercial Building Lease Protection Act Article 9 (1) provides that the minimum term of existence of leasehold of commercial building is one year. As a result, the commercial building lessee's de facto-marriage spouse who shall succeed to the rights and obligations of the lessee through apportionment for person having special connection shall enjoy the leasehold of the commercial building concerned only for less than a year. In fact, the period is not an appropriate period in terms of securing a livelihood for the de facto-marriage spouse. Therefore, in this case, the de facto-marriage spouse needs to exercise actively the right to request renewal of the commercial building lease contract concerned provided by the Commercial Building Lease Protection Act Article 10.

According to the Commercial Building Lease Protection Act Article 10, the right to request renewal of the commercial building lease contract concerned should be exercised between six months and one month before the expiration of the lease period concerned. According to jurists, the period for which the commercial building lessee can request renewal of the commercial building lease contract concerned is interpreted as an exclusion period to remove for the lessor

the legal uncertainty arising from the existence of the right because the right is exercised by the lessee's unilateral manifestation of intention.¹⁵⁾

By the way, we must take it into consideration that the Commercial Building Lease Protection Act is a social law to protect economically poor commercial building lessees. Social law sacrifices the principle of private autonomy in order to protect the socially or economically disadvantaged, which is the principle that an individual can form his or her own legal relationship that consists of rights and obligations by his or her own free will. Obviously, the right to request renewal of the commercial building lease contract concerned is a kind of formative right and thus sacrifices the lessor's private autonomy. The Civil Act is a private law basically governed by the principle of private autonomy. A formative right is the right the holder of the right can form the legal relationship concerned by his or her own unilateral manifestation of will, irrespective of will of the other party of the holder. As a result, it violates the other party's private autonomy to exercise a formative right. For this reason, the Civil Act has some instruments that restrict the exercise of formative right. The system of exclusion period is one of those instruments. The system of exclusion period, as opposed to the system of extinctive prescription, does not allow its stoppage. By doing so, the other party's private autonomy could be less violated.

However, the Commercial Building Lease Protection Act is a social law, the intermediate region between private law and public law. Therefore, the principle of private autonomy could be sacrificed in the Commercial Building Lease Protection Act more than in the Civil Act. The Civil Act Article 182 on the suspension of extinctive prescription can also be applied by analogy to the exclusion period. For the system of exclusion period is the system under the premise a right holder can exercise his or her right.¹⁶⁾

According to the Korean Supreme Court, certain rights can be preserved only by bringing a lawsuit in the exclusion period.¹⁷⁾ In this case, in spite of the fact it is impossible for earthquake, flood, etc. for a right holder to file a lawsuit, it is merciless to the holder the right concerned lapses at the expiration of the exclusion period without any exception. To sum up, when it comes to the suspension of extinctive prescription, all provisions of the Civil Act Articles 179 to 182 apply by analogy to the exclusion period. In any case, the progress of exclusion period is under the premise a right holder can exercise his or her right. In spite of the fact he or she can not exercise his or her right, it is merciless to him or her the right lapses by the progress of exclusion period.

15) For example, Kim, Hyo-Seok, *Resolution of Commercial Building Lease Disputes*(BubRyulSeoWon, 2010), p.394

16) Ko, Sang-Ryong, *General Provisions on Civil Law*(BobMunSa, 2003), pp.662-663.

17) The Korean Supreme Court 2002. 4. 26, 2001Da8097,8103.

On the other hand, according to the Civil Act, it takes a period exceeding 17 months from the day to announce publicly the appointment of administrator of the inherited property for the commercial building lessee's de facto-marriage spouse to acquire the leasehold of commercial building through apportionment for person having special connection. Accordingly, for example, in the case the lessee died 7 months before the lease expired, if the suspension of the exclusion period provided by the Commercial Building Lease Protection Act Article 10 (1) is not allowed, the de facto-marriage spouse would never be able to acquire the leasehold through apportionment for person having special connection. Hence, the Civil Act Article 181 need be applied by analogy to the exclusion period. By the way, in this case, the progress of exclusion period is suspended from the time the de facto-marriage spouse applies for the appointment of administrator of the inherited property to the time the period for public notice in order to search an inheritor expires, to put it another way, to the time it is confirmed that there is no inheritor.

According to the Civil Act Article 181, with respect to rights on inherited property, extinctive prescription shall not become complete for a period of 6 months from the time of confirmation of inheritor, appointment of administrator or adjudication of bankruptcy. The title of the Civil Act Article is 'Rights on Estate of Inheritance and Suspension of Prescription'. It is not clear what legislators interpreted the meaning of 'suspension of prescription'. According to the Custom Investigation Report of the Japanese Government-General of Korea published in 1913, the custom of acknowledging the prescription of general rights did not exist on the Korean Peninsula at that time. Thus, the Civil Act Article 181 can be seen as accepting foreign legislation, in particular, continental-law-system foreign legislation. For example, the Bürgerliches Gesetzbuch classifies the suspension of extinctive prescription in two types : suspension of progress of prescription and completion of prescription. The former is that if a certain reason exists, the extinctive prescription is suspended while the reason exists and after the elimination of the reason, the prescription progresses for a remaining period. The latter is that if a certain reason exists toward the completion of the prescription, the completion of the prescription is suspended for a certain period. In principle, the extinctive prescription suspension is the suspension of progress of extinctive prescription.¹⁸⁾

If so, I'd maintain that the Civil Act Article 181 naturally includes the suspension of progress of extinctive prescription, and in addition, includes the suspension of completion of extinctive prescription.

18) Ahn, Kyung-Hee & Chae, Seung-Woo, 2009 *Ministry of Justice Research Service Task Report - Stoppage and Suspension of Prescription(Extinctive Prescription and Acquisitive Prescription)*(Ministry of Justice, 2009), p.5; Kim, Sang-Yong, *General Provisions on Civil Law*(HwanSanMedia, 2014), p.735.

Among other things, let's assume the Civil Act Article 181 is interpreted only as the suspension of completion of prescription. In the case an inheritance creditor does not know against whom he or she take actions for stoppage of extinctive prescription, he or she applies to the court for the appointment of the administrator of the inherited property. By the way, the credit may be extinguished by the completion of extinctive prescription before the appointment. Obviously, this result is too harsh on him or her.

To make a long story short, in the case the commercial building lessee dies 7 months before the commercial building lease expires, the progress of the exclusion period of the right to request renewal of the commercial building lease contract which is provided by the Commercial Building Lease Protection Act Article 10 (1) is suspended from the time the de facto-marriage spouse, etc. applies to the court for the appointment of the administrator of the inherited property. The leasehold is included in the inherited property and thus the right to request renewal is a kind of right on inherited property. According to the Civil Act Article 181, the progress of the exclusion period is suspended to the time it is confirmed there is no inheritor. According to the Civil Act Article 1057-2, the de facto-marriage spouse should request to the court an apportionment for person having special connection within 2 months from the time of confirmation. By doing so, the de facto-marriage spouse can acquire the leasehold and then exercise the right to request renewal. Of course, according to the Civil Act Article 181, the right to request renewal should be exercised within 6 months from the time of confirmation.

IV. Summary

Social law means the law in order to protect the socially or economically disadvantaged, the state intervenes in the relation between individuals which falls under the domain of private law. Like the Housing Lease Protection Act, the Commercial Building Lease Protection Act is a kind of social law. Nevertheless, the Commercial Building Lease Protection Act does not have a provision on succession to right of lease of commercial building, while the Housing Lease Protection Act has such a provision. As a result, any de facto-marriage spouse who has lived in common household finances with the deceased commercial building lessee who has earned his or her living by running a store faces the threat of survival. Accordingly, this legislative gap in the Commercial Building Lease Protection Act should be filled with the interpretation of the inheritance system in the Civil Act, the system of apportionment for person having special connection in the Civil Act, etc.

I'd maintain that a legal marriage falls into two categories, that is, a legal

marriage under statutory law and a legal marriage under customary law. Both of them have the same effect. A de facto marriage turns into a legal marriage under customary law only if the court decision to confirm the existence of de facto marriage becomes final and conclusive. A legal marriage under customary law is established retroactive to when there was a substance of marriage that can objectively be recognized as a marital cohabitation. In the case in this way, a de facto marriage turns into a legal marriage under customary law, the marriage report is not a prerequisite for the conversion of a de facto marriage into a legal marriage, but is merely reporting a de facto marriage has been changed to a legal marriage by the court decision. By doing so, even if a commercial building lessee died, his or her de facto-marriage spouse can file a lawsuit to confirm the existence of the de facto marriage concerned because there is standing. As a result, the de facto-marriage spouse turns into a legal-marriage spouse retroactively when there was a substance of marriage that can objectively be recognized as a marital cohabitation. If so, the de facto-marriage spouse can be an inheritor as a spouse of the Civil Act Article 1003.

Next, even if he or she spouse has no right to inheritance, the de facto-marriage spouse can make the request for apportion of the inherited property as a person having special connection with the deceased. The apportionment for person having special connection can be made in the way of apportion in kind as well as in the way of apportion of money. As a result, a commercial building lessee's de facto-marriage spouse can acquire the right of lease of the commercial building concerned and the right to claim the return of the deposit against the lessor concerned from the time the judgement of the trial becomes final and conclusive. Also, the de facto-marriage spouse's acquirement of those rights is not an original acquisition but a succession acquisition. As a result, the de facto-marriage spouse may enjoy the right to lease the commercial building concerned only for less than a year in that the Commercial Building Lease Protection Act Article 9 provides that the shortest duration of leasehold of commercial building is one year. Accordingly, he or she need to exercise actively the right to request renewal of the commercial building lease contract.

According to the Commercial Building Lease Protection Act Article 10, the right to request renewal of the commercial building lease contract should be exercised between six months and one month before the expiration of the lease duration concerned. Of course, this period is a kind of exclusion period. The exclusion period proceeds on the premise a right holder can exercise his or her right. It is very harsh on a right holder that in spite of the fact he or she can not exercise his or her right, the exclusion period proceeds and thus the right lapses. Therefore, the provisions on the suspension of extinctive prescription can be applied by analogy to the exclusion period.

It is not clear how the legislators of the Korean Civil Act interpreted the

meaning of the suspension of extinctive prescription. According to the Custom Investigation Report of the Japanese Government-General of Korea published in 1913, the custom of acknowledging the prescription of general rights did not exist on the Korean Peninsula at that time. Thus, our system of the suspension of extinctive prescription can be seen as accepting foreign legislation, in particular, continental-law-system foreign legislation. For example, the Bürgerliches Gesetzbuch classifies the suspension of extinctive prescription in two types : suspension of progress of prescription and completion of prescription. In principle, the extinctive prescription suspension is the suspension of progress of extinctive prescription. As a result, the provisions of Articles 179 through 182 of the Civil Act includes both of the suspension of progress of prescription and the suspension of completion of prescription.

In conclusion, in the case the commercial building lessee dies 7 months before the commercial building lease expires, the progress of the exclusion period of the right to request renewal of the commercial building lease contract is suspended from the time for the de facto-marriage spouse, etc. to apply to the court for the appointment of the administrator of the inherited property. The leasehold is included in the inherited property and thus the right to request renewal is a kind of right on inherited property. To apply the Civil Act Article 181 by analogy, the progress of the exclusion period of the right to request renewal is suspended to the time it is confirmed there is no inheritor. According to the Civil Act Article 1057-2, the de facto-marriage spouse should request to the court an apportionment for person having special connection within 2 months from the time of confirmation. By doing so, the de facto-marriage spouse can acquire the leasehold and then exercise the right to request renewal.

[Bibliography]

- Ahn, Kyung-Hee & Chae, Seung-Woo, 2009 Ministry of Justice Research Service Task Report - Stoppage and Suspension of Prescription(Extinctive Prescription and Acquisitive Prescription), Ministry of Justice, 2009.
- Cho, Man-Hyung, Law and Life, ORebook, 2010.
- Jung, Jae-Hwang, An New Introduction to Constitutional Law, PakYoungSa, 2016.
- Kim, Hyo-Seok, Resolution of Commercial Building Lease Disputes, BubRyulSeoWon, 2010.
- Kim, Sang-Yong, General Provisions on Civil Law, HwaSanMedia, 2014.
- Ko, Sang-Ryong, General Provisions on Civil Law, BobMunSa, 2003.
- Ko, Sang-Ryong, Legal Principles and Status of Real Estate Lease, PakYoungSa, 2020.
- Kwon, Young-Sung, A Textbook on Constitutional Law, BobMunSa, 2006.
- Lee, Si-Yun, New Civil Procedure Act, PakYoungSa, 2017.
- Min, Il-Young, Commentary on Korean Civil Law Credit (8), PakYoungSa, 2009.
- Myung, Soon-Koo, Principles of Civil Law I General Rules, BobMunSa, 2005.
- Pak, Dong-Sub, Relatives and Inheritance Law, PakYoungSa, 2013.
- Shin, Young-Ho, Law School Family Law Lecture, SeChangPublish, 2010.
- Song, Duk-Soo, Relatives and Inheritance Law, PakYoungSa, 2022.

[국문초록]

상가건물임차인 사후 그 임차인의 사실혼 배우자 보호방안에 관한 소고

김서기*

주택임대차보호법은 제9조에서 주택임차권 승계에 관해 규정하고 있는데 반해 상가건물임대차보호법은 상가건물임차권 승계에 관해 아무런 규정도 두고 있지 않다. 주택임대차보호법과 마찬가지로 상가건물임대차보호법도 사회법이다. 사회법은 사회적으로 또는 경제적으로 약자인 사람들을 보호하기 위해 사법의 영역에 해당하는 사인들 간의 관계에 국가가 개입하는 사법과 공법의 중간영역에 해당하는 법이라고 할 수 있다. 따라서 사회법을 우리 헌법상 생존권적 기본권 보장만을 목적으로 하는 것에 한정시켜서는 안 되며 자유권적 기본권 보장을 목적으로 하는 것도 사회법이 될 수 있는 것이다. 주택임대차보호법 제1조에 따르면 동법은 사회적 약자인 주택임차인의 생존권적 기본권에 해당하는 주거권 보장을 목적으로 하는 반면, 상가건물임대차보호법 제1조 및 제2조에 따르면 동법은 경제적 약자인 상가건물임차인의 자유권적 기본권에 해당하는 재산권 보장을 목적으로 하는 것이다. 이처럼 심지어 상가건물임대차보호법은 재산권 보장을 목적으로 하는 사회법이면서도 주택임대차보호법과 달리 임차인과 공동의 가게에서 생활하는 사실혼 배우자의 임차권 승계에 관해 아무런 규정도 두고 있지 않다. 그 결과 상점 운영을 통해 생계를 유지하는 경우에 임차인의 사망은 남아있는 사실혼 배우자로 하여금 생계의 위협에 직면하게 한다.

이와 같은 사회법으로서 상가건물임대차보호법의 입법상 공백은 민법상 상속제도, 특별연고자에 대한 재산분여제도 등에 관한 해석론으로 해결할 수밖에 없다.

관습법은 물권법과 가족법에서 주로 인정되는데 이는 채권법과 비교해 이들 법들이 우리나라의 독특한 전통에 보다 더 기반하고 있기 때문이다. 관습법상 법정지상권과 같이 여러 관습법상 물권들은 비록 그것들이 절대효를 가질지라도 공시없이도 인정되며 효과 측면에서 성문법상 물권들과 별 차이가 없다. 반면 관습법상 사실혼은 단지 공시가 안 되어 있다는 이유로 사실혼 배우자에게는 상속권이 인정되지 않는 등 성문법상 법률혼과 여러 가지 차이들이 존재한다.

관습법상 사실혼과 이들 관습법상 물권들은 둘 다 절대효를 가지며, 관습법상 제도로서 그 성립요건이 동일하다는 점에서 성문법상 제도와 비교해 후자는 별 차이를 두고 있지 않는데 반하여 전자만 여러 가지 차별을 하고 있는 것은 합리적이지 않다. 또한 성문법상 부동산물권들은 부동산등기부에 기재되어야만 물권변동이 일어나는데 반해 성문법상 법률혼은 가족관계등록부에 기재되지 않아도 담당 공무원이 신고를 수리하기만 하면 성립한다는 점에서 전자가 보다 완전한 공시를 요구하고 있다. 이처럼 보다 완전한 공시를 요구하고 있는 물권 파트에서도 공시가 없는 관습법상 물권이 성문법상 물권과 그 효과 측면에서 별 차이가 없는데 반해 관습법상 사실혼을 단지 공시가 없다는 이유로 성문법상 법률혼과 그 효과 측면에서 차별하는 것

*상명대학교 인문콘텐츠학부 교수

역시 합리적이지 않다.

현재 우리 대법원은 사실혼관계의 당사자 일방이 혼인신고를 했다 하더라도 혼인의 관행과 신의성실의 원칙에 따라 사실혼관계를 형성시킨 상대방의 행위에 기초해 상대방의 혼인의사의 존재도 추정할 수 있다고 하면서 일단은 유효하게 법률혼이 성립한 것으로 추정한다. 그러나 이런 식으로 법률혼으로 추정하여 사실혼을 보호하는 것에는 한계가 있을 수밖에 없다. 본고에서는 보다 적극적으로 사실혼을 보호하는 방법을 제안하고자 한다.

종래 혼인을 사실혼, 법률혼으로 나누던 것을 사실혼, 관습법상 법률혼, 성문법상 법률혼으로 나누고자 한다. 법률혼을 성문법상 법률혼과 관습법상 법률혼의 두 가지로 나누고자 한다. 양자는 그 효과 측면에서 동일하다. 사실혼은 사실혼관계 존재 확인 판결을 통해 관습법상 법률혼으로 바뀐다. 관습법상 법률혼의 성립시기는 판결시가 아니라 객관적으로 부부공동생활이라고 인정될 만한 혼인생활의 실체가 있었던 때로 소급하여 성립하는 것으로 해석한다. 이렇게 객관적으로 부부공동생활이라고 인정될 만한 혼인생활의 실체가 있다면 주관적으로 양당사자 사이에 혼인의사의 합치가 있는 것으로 추정할 수 있을 것이다. 물론 민법 제807조부터 제810조까지 규정되어 있는 혼인의 장애사유가 없어야 할 것이다. 이렇게 사실혼은 사실혼관계 존재 확인 판결을 통해 관습법상 법률혼으로 바뀌며 이 경우 혼인신고는 우리 대법원이 보는 것과는 달리 보고적신고로 보아야 할 것이다. 이렇게 해석하게 되면 상가건물 임차인의 사실혼 배우자는 상가건물 임차인이 사망한 후일지라도 소의 이익이 있기 때문에 사실혼관계 존재 확인 소송을 제기할 수 있고 법원의 판결을 통해 객관적으로 부부공동생활이라고 인정될 만한 혼인생활의 실체가 존재하는 시기로 소급해서 관습법상 법률혼이 성립하며 관습법상 법률혼도 법률혼으로서 상가건물 임차인의 사실혼 배우자는 상속권을 갖게 된다.

다음으로 사실혼 배우자에게 상속권이 없다 하더라도, 특별연고자로서 사실혼 배우자는 상속재산의 분여를 청구할 수 있는데 이 점에 대해서 구체적으로 살펴볼 필요가 있다. 특별연고자에 대한 상속재산분여는 전부분여, 일부분여 모두 가능하고 또 현물분여, 대금분여 모두 가능하다. 따라서 상가건물 임차인의 사실혼 배우자는 상가건물임차권과 보증금반환청구권을 분여심판확정 시점부터 취득할 수 있다. 그리고 이러한 특별연고자에 대한 상속재산분여는 원시취득으로 보기 보다는 승계취득으로 보아야 할 것이다. 주택임대차보호법 제9조 제1항과 제4항에 따르면 주택임차인의 사실혼 배우자는 주택임차권과 보증금반환청구권을 승계취득 하는 것으로 규정하고 있다. 주택임대차보호법 제9조 제1항과 제4항 및 특별연고자에 대한 상속재산분여를 규정한 민법 제1057조의2 제1항은 둘 다 아무런 상속인도 없는 경우에 상속재산을 분여함으로써 사실혼 배우자를 보호하는 제도라는 점에서 동일한 의미를 갖는다는 측면을 고려할 때 양자를 달리 취급할 이유가 없다고 할 것이다. 또한 상속세 및 증여세법 제2조 역시 특별연고자에 대한 상속재산분여를 승계취득에 해당하는 상속과 마찬가지로 다루고 있다. 그리고 무엇보다도 원시취득으로 보게 되면 종전에 상가건물임차인이 가지고 있었던 대항력과 보증금우선변제권을 특별연고자로서 분여받은 사실혼 배우자는 상실하게 된다.

한편 상가건물임대차보호법 제9조는 상가건물임차권의 최단 존속기간을 1년으로 규정하고 있다. 임차한 상가건물의 영업을 통해 얻는 수입이 거의 유일한 생계수단

이라면 이러한 1년이라는 기간은 경제적으로 가난한 상가건물 임차인을 보호하고자 하는 상가건물임대차보호법의 입법취지에 비춰볼 때 적절치 않다. 그런데 이처럼 승계취득으로 보게 되면 상가건물임차인의 사실혼 배우자는 이러한 1년에도 미치지 못하는 기간 동안만 임차권을 향유할 수 있게 되므로 계약갱신요구권을 적극적으로 행사할 필요가 있다.

상가건물임대차보호법 제10조에 따르면 임차인은 임대차기간이 만료되기 6개월 전부터 1개월 전까지 사이에 계약갱신요구권을 행사할 수 있다. 그리고 이 기간은 계약갱신요구권이 형성권이라는 점에서 제척기간으로 해석된다. 형성권의 행사는 상대방의 사적자치를 침해할 수 있다. 따라서 형성권의 행사기간은 중단제도 등이 인정되지 않는 제척기간으로 보아야 할 것이다. 그런데 제척기간에 정지제도 역시 인정되지 않는지에 대해서는 견해대립이 있다. 제척기간의 진행은 권리자가 권리를 행사할 수 있다는 것을 전제로 한 것이다. 권리자가 권리를 행사할 수 없음에도 불구하고 제척기간이 진행하여 권리가 소멸한다고 하는 것은 권리자에게 가혹한 것이다. 따라서 소멸시효의 정지에 관한 규정들은 제척기간에 유추적용 될 수 있다고 보아야 할 것이다.

다른 한편, 민법 제1053조부터 제1057조의2까지에 따르면 상가건물 임차인의 사실혼 배우자가 특별연고자에 대한 상속재산분여를 통해 상가건물임차권을 취득하기 위해서는 법원의 상속재산관리인 선임 공고가 있는 날로부터 적어도 17개월은 초과해야 한다. 따라서 예를 들면 임대차계약이 종료되기 7개월 전에 상가건물임차인이 사망한 경우에 만약 제척기간의 정지가 허용되지 않는다면 그 사실혼 배우자는 특별연고자에 대한 상속재산분여를 통해서도 결국 상가건물임차권을 취득할 수 없게 된다. 따라서 민법 제181조가 제척기간에 유추적용될 필요가 있다. 이 경우에 제척기간의 진행은 사실혼 배우자가 상속재산관리인 선임을 신청한 때로부터 상속인수색공고기간이 종료한 때까지 즉 상속인의 부존재가 확정된 시점까지 정지된다.

민법 제181조는 ‘상속재산에 관한 권리와 시효정지’라는 표제하에 상속재산에 관한 권리는 상속인의 확정, 관리인의 선임 또는 파산선고가 있는 때로부터 6개월 내에는 소멸시효가 완성되지 않는다고 규정하고 있다. 이러한 ‘시효정지’의 의미에 대해 우리 민법의 입법자들이 어떻게 해석하였는지는 불분명하다. 1913년에 조선총독부에서 펴낸 관습조사보고서에 따르면 일반 권리들에 대해 시효를 인정하는 관습은 우리나라에 존재하지 않았다고 한다. 따라서 외국의 입법례를 특히 대륙법계의 입법례를 수용한 것으로 볼 수 있는데, 대표적으로 독일민법은 소멸시효의 정지로 시효진행의 정지와 시효완성의 정지 두 가지를 규정하고 있으며 원칙적으로 소멸시효 정지는 시효진행의 정지이다.

그렇다면 민법 제179조부터 제182조까지 비록 시효완성의 정지 형태로 외관상 표현하고 있을 지라도 표제어는 ‘시효정지’라는 문구를 사용하고 있으므로 그 문구의 의미속에는 시효진행의 정지는 당연히 내포되어 있는 것으로 해석하는 것도 가능하다고 할 것이다. 민법 제181조를 시효완성의 정지만을 규정한 것으로 해석하면 상속채권자가 누구를 상대로 소멸시효 중단조치를 취해야 하는지 알지 못하는 경우에 그는 법원에 상속재산관리인을 선임해달라고 청구할 것인데 이때 상속채권자의 채권은 상속재산관리인 선임 이전에 소멸시효의 완성으로 소멸돼버릴 수도 있게 된다. 명백히 이러한 결과는 상속채권자에게 지나치게 가혹한 것이다.

정리하면, 상가건물임차인이 해당 임대차계약이 종료되기 7개월 전에 사망한 경우에 계약갱신요구권의 제척기간은 사실혼 배우자가 상속재산관리인을 선임해달라고 법원에 청구한 때부터 그 진행이 정지된다. 상가건물임차권은 상속재산에 포함되고 따라서 계약갱신요구권은 상속재산에 관한 권리이다. 민법 제181조를 유추적용하여 계약갱신요구권의 제척기간 진행은 상속인의 부존재가 확정되는 때까지 정지된다. 그리고 민법 제1057조의2에 따라 그 상가건물임차인의 사실혼 배우자는 상속인의 부존재가 확정된 때로부터 2개월 내에 특별연고자에 대한 상속재산 분여청구를 해야만 한다. 이러한 분여청구를 통해 사실혼 배우자는 해당 상가건물의 임차권을 취득할 수 있으며 이제는 임차권자로서 계약갱신요구권을 행사할 수 있게 되는 것이다. 물론 민법 제181조에 따라 이 계약갱신요구권은 상속인의 부존재가 확정된 때로부터 6개월 내에 행사되어 져야만 한다.

주제어: 사실혼 배우자, 상가건물임차권 승계, 특별연고자, 관습법상 법률혼, 제척기간 정지

디지털 시대 프라이버시권의 주요 쟁점에 대한 고찰*

오시진**

논문요지

본 연구는 디지털 시대 프라이버시권에 대한 국제규범의 발전 동향을 파악하고 그 주요 쟁점을 분석하는 것을 목적으로 한다. 자유권규약(ICCPR) 제17조는 1966년에 채택된 인권 협약이기에 최근 디지털 시대의 변화와 사정변경을 예상하지 못한 부분이 없지 않다. 본 조항의 유권해석 문서인 일반논평 제16호도 1988년에 채택되었기에 오늘날 과학기술 발전을 예상하지 못한 부분이 없지 않다. 그러나 2013년 Snowden 사건이 터졌고, 2018년에는 Facebook의 개인 정보가 동의 없이 수집되어 정치 유세에 사용되는 사건이 발생하였다. 이에 따라 2013년 이후 국제사회와 UN은 프라이버시권에 대한 각종 논의와 결의를 채택하여 이를 보완하고자 노력하고 있다. 자유권규약 제17조의 “주거”에 사이버 공간도 포함될까? 본 조항 “통신”에 SNS 메시지와 메타데이터도 포함될까? 이외에도 다양한 새로운 법적 쟁점이 등장하고 있다. 따라서 본 연구는 기존 프라이버시권 규범 구조를 분석하여 디지털 시대에 그 한계가 있다는 점을 지적하겠다. 특히, 자유권규약 제17조에서 규정하고 있는 프라이버시권이 디지털 시대에 발생하고 있는 다양한 사안에 대응할 수 있는지 의문을 제기하겠다. 나아가 최신 국제사회의 결의와 유럽인권재판소 등의 판례를 검토하여 디지털 시대에 발생할 수 있는 주요 인권 사안에 대한 국제사회의 규범이 확대하여 발전되고 있다는 점을 제시하겠다. 국제사회의 동향은 사적 영역이 계속해서 확대되어 보호 받는 추세라 할 수 있다. 사적 영역이라 할지라도 ‘법에 의한 간섭’은 허용되지만 사생활이 무제한적으로 인정되는 것은 아니다. 그러나 디지털 시대에 사적 영역을 어디까지 인정할 수 있을지 본질적인 고찰이 필요한 시점이라고 할 수 있다.

검색용 주제어: 국제인권, 국제인권법, 프라이버시권, 개인정보보호, 디지털

· 논문접수: 2023. 12. 16. · 심사개시: 2024. 01. 11. · 게재확정: 2024. 01. 25.

* 이 연구(논문/보고서 등)는 ETRI부설연구소의 위탁연구과제[2023-031]로 수행한 연구결과입니다.

** 강원대학교 법학전문대학원 부교수

I. 서론

사이버범죄는 국가 간의 영토 관할권에 국한되지 않는 경우가 많다. 따라서 최근 국제사회는 각종 글로벌 사이버범죄에 대응하기 위하여 다양한 협력관계를 형성하고 있다. 2001년 유럽평의회(이하 '유럽평의회')의 부다페스트 협약이 체결되어 국제사회의 사이버범죄에 대응하고자 하였다.¹⁾ 2003년 유럽평의회는 컴퓨터시스템을 통한 인종차별과 인종혐오 범죄 등을 규율하기 위하여 추가의정서를 체결하였으며,²⁾ 2022년에는 인터넷 상 전자 및 데이터 증거 등을 타국에 제공 및 공유하는 등 협력하기 위하여 제2추가의정서를 체결하였다.³⁾ 나아가 2021년 UN 총회에서는 범죄를 목적으로 하여 정보통신 기술을 활용하는 사안에 대응하기 위하여 보편적인 국제조약을 체결하기로 결의하였다.⁴⁾ 이후 관련 특별위원회를 출범시키고 2024년 협약 초안 채택을 목표로 하고 있다.

이러한 협약 체결의 의의는 지대하다. 각종 사이버 범죄를 근절시키기 위한 국제사회의 협력은 반드시 필요하기 때문이다. 예를 들어 해외 서버나 외국기업을 활용하여 아동성범죄 관련 동영상 웹사이트를 운영하는 경우 이를 해결하기 위하여 국제조약을 체결하고 협력하는 데에 반대할 이는 없을 것이라 생각한다. 그러나 디지털 시대의 발전은 본 사안을 인권 측면에서 살펴볼 필요성을 제기한다. 프라이버시권 차원에서 논의되어야 할 부분이 그것이다. 국경을 넘는 정보통신기술은 국경을 넘어서 타 관할권 하에 있는 개인의 프라이버시를 정부나 기업이 침해할 수도 있기 때문이다.⁵⁾

프라이버시권에 대한 권리는 세계인권선언(UDHR) 제12조 및 '시민적 및 정치적 권리에 관한 국제 규약'(이하 자유권규약, ICCPR) 제17조에 규정된 국제인권법의 규범이다.⁶⁾ 따라서 국가나 사인이 허락 없이 개인을 감시하는 행위는 명백히 자유권규약 제17조를 위반하는 행위이다. 사실 이러한 감시행위가 존재한 것은 최근의 일이 아니다. 그럼에도 불구하고 이러한 행위를 국제인권법에 부합하도록 하는 방법에 대한 논의는 기술의 발전에 비하여 늦어진 부분이 없지 않다. 자유권규약(ICCPR) 제17조는 1966년에 채택된 인권조약이기에 최근 디지털 시대의 변화를 예상하지 못한 부분이 없지 않다. 본 조항의 유권해석 문서인 일반논평 16호도 1988년에 채택되었기

1) Convention on Cybercrime, European Treaty Series - No. 185, Budapest, 23.XI.2001, Council of Europe.

2) Additional Protocol to the Convention on Cybercrime, concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems, Strasbourg, 28.I.2003, Council of Europe.

3) Second Additional Protocol to the Convention on Cybercrime on enhanced cooperation and disclosure of electronic evidence, Council of Europe Treaty Series - No. 224, Strasbourg, 12.V.2022, Council of Europe.

4) UN General Assembly, Countering the use of information and communications technologies for criminal purposes, resolution adopted by the General Assembly on 26 May 2021, A/RES/75/282.

5) Kinife Yilma, *Privacy and the Role of International Law in the Digital Age* (Oxford University Press, 2023), p. 1.

6) Article 12 of the Universal Declaration of Human Rights, (10 December 1948), GA/Res/217A; Article 17 of the International Covenant on Civil and Political Rights, (23 March 1976), 999 UNTS 171.

에 오늘날 과학기술 발전을 예상하지 못하였다. 그러나 프라이버시권은 최근까지 UN 등 국제사회에서 주요 관심사로 주목을 받아오지는 않았다.

이러한 무관심은 2013년 Edward Snowden 폭로 사태 이후 급변하게 된다. Snowden의 미국 국가안보국(NSA)의 비밀 프로그램인 PRISM에 대한 폭로로 알게 된 것은 미국이 미국의 가장 가까운 동맹국인 유럽과 라틴아메리카 등의 정부, 기업, 시민의 통신 및 전자 메시지를 대규모로 감시한다는 것이다.⁷⁾ 국제사회는 국가의 안보 관련 기관이 후원하는 감시뿐만 아니라 통신 회사가 수행하는 감시에 대해서도 주목하게 되었고 주요 의제로 논의하기 시작하였다.⁸⁾ 또한, 2015년과 2016년 Cambridge Analytica가 미국내 정치적 유세를 위하여 8,700만 명의 Facebook 사용자들의 정보를 동의 없이 수집한 사례는 경각심을 갖게 하기에 충분하였다. Cambridge Analytica는 당시 대통령 후보였던 Ted Cruz와 Donald Trump에게 고용되어 이 자료들을 사용하여 선거에 유리한 결과를 유도하는 메시지를 전달하는 등의 활동을 하였다고 한다.⁹⁾ 이와 같은 사건은 미국과 같은 주요 국가 정부와 Facebook과 같은 통신 기반 기업의 통신 감시에 대한 국제법적 해결책의 필요성을 부각시켰다.

유엔인권최고대표사무소(OHCHR)가 지적하듯이 오늘날 사회는 “디지털 시대”이다.¹⁰⁾ 전 세계 수십억 명이 컴퓨터뿐 아니라 모바일 정보통신기술을 포함한 전자통신 및 각종 데이터 정보 기술에 의존하여 삶을 영위하고 있다는 점을 부정할 수 없다. 이제는 방대한 데이터를 전자 형식으로 관리하고 있으며, 서버와 기기에 저장하여 쉽게 활용할 수 있게 되었다. 이에 정부의 역량도 변화하였다. 정부는 위와 같은 과학기술을 활용하여 대량의 전자 데이터를 수집하고 처리할 수 있게 되었다. 나아가 전례 없는 수준으로 사생활에 대한 정보를 수집, 보유, 활용할 수 있게 되었다. 정부는 생체 인식 등 다양한 방식으로 정보를 수집하여 개인이 알지 못하는 상황에서 프라이버시권을 침해할 수 있게 되었다. 특히, 인공지능 기술과 빅데이터 분석으

7) Zygmunt Bauman, Didier Bigo, Paulo Esteves, Elspeth Guild, Vivienne Jabri, David Lyon, R. B. J. Walker, “After Snowden: Rethinking the Impact of Surveillance”, *International Political Sociology*, Vol. 8, Iss. 2 (2014), pp. 121-144.

8) UN Human Rights Council, *Report by the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression*, (2013), UN Doc., A/HRC/23/40.

9) Jim Isaak and Mina J. Hanna, “User data privacy: Facebook, Cambridge Analytica, and privacy protection”, *Computer*, Vol. 51, No. 8 (2018), pp. 56-59. Cambridge Analytica는 “thisisyourdigitallife”이라는 성격퀴즈 어플리케이션을 개발하였는데, 이 성격퀴즈를 풀면 보상으로 현금을 지불하였다. 이에 이 회사는 8,700만 명의 Facebook 정보를 수집할 수 있었는데, Facebook에서 “좋아요”를 누르는 행위를 포함하여 각종 정보를 수집하여 사람들의 심리를 프로파일링 가능하게 알고리즘을 사용하였다. 2015년에는 Ted Cruz, 그리고 2016년에는 Donald Trump가 선거 전략의 일환으로 Cambridge Analytica를 고용하였다. 이 회사는 온라인에서 개인에게 친트럼프 자료를 전달하기 위해 잘 알려지지 않은 Facebook 기능인 ‘dark post’를 사용하여 타겟팅된 개인에게만 표시되는 맞춤형 광고를 활용하였다. 이때 Cambridge Analytica는 개인의 성격 프로필을 기반으로 한 타겟팅 광고를 제시하였는데, 이때 유권자의 심리를 자극하는 메시지를 전달하는 등 특정 후보에게 유리한 결과가 나올 수 있는 정보를 제공하였다. 고도로 개인화된 광고의 사용으로 인해 유권자들은 취약해질 수 밖에 없었다고 한다.

10) OHCHR, *The Right to Privacy in the Digital Age: Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights*, OHCHR, U.N. Doc. A/HRC/27/37 (June 30, 2014), para. 1.

로 정부와 기업은 더 많은 정보를 더 많이 수집, 보유, 분석, 활용할 수 있게 되었다.¹¹⁾ 그리고 2015년 UN 인권이사회(Human Rights Council, HRC)가 지적했듯이, 이와 같이 발전한 정보통신 기술은 인권, 특히 프라이버시권을 침해할 수 있다.¹²⁾ 2019년 UN 인권이사회는 인공지능이 사회의 구조적 불평등을 포함한 차별을 강화할 수 있다는 점도 지적하였다.¹³⁾

특히, 전 세계적으로 가장 큰 우려의 대상이 되고 있는 사안은 디지털 감시이다. OHCHR은 2014년에 감시와 정보 프라이버시 사이의 관계를 강조하며 그 위험성을 지적하였다.¹⁴⁾ OHCHR은 국가가 그 어느 때보다 수 많은 대상을 동시에 광범위한 감시를 수행할 수 있는 능력을 갖추게 되었다고 설명한다.¹⁵⁾ 일부 국가에서는 당국이 모든 전화 통화를 일상적으로 녹음하고 분석을 위해 보관하는 한편, 모니터링을 실시한다는 보고가 있고, 어떤 정부는 자국에서 판매되는 모든 개인용 컴퓨터에 감시 기능이 있을 수 있는 필터링 소프트웨어가 장착되어 있다는 주장도 나온다.¹⁶⁾ 특히, 2013년과 2014년 미국의 국가안보국(National Security Agency)과 영국의 정보국이 글로벌 인터넷망을 감시할 수 있는 기술을 활용하고 있다는 사실이 알려진 이후에 우려가 더 심화되었다.¹⁷⁾

이와 같은 프라이버시권 사안은 UN 인권이사회가 지적하였듯이 국제인권법적 접근이 필수적이라 할 수 있다.¹⁸⁾ 국내법적으로 접근하였을 때 관할권과 가용자원에 한계가 있을 수 밖에 없다는 점도 그 이유가 될 수 있다.¹⁹⁾ 예를 들어 미국과 같은 경우 다수의 글로벌 정보통신 기업이 위치해 있는데, 미국 법원은 외국의 정보 공유 등에 대해서 부정적인 견해를 유지하여 왔다.²⁰⁾

이에 따라 2013년 이후 국제사회와 UN은 프라이버시권에 대한 각종 논의와 결의를 채택하여 이를 보완하고자 노력하고 있다. 특히, UN 총회(General Assembly)와 UN 인권이사회(HRC)의 “디지털 시대의 프라이버시권” 관련 결의들이 그러하다. 이 결의들이 의의를 가지는 이유는 과거 사회의 제도적 구조의 한계를 극복하는 부분이 있기 때문이다. 사회의 제도적 구조가 중요한 이유는 프라이버시의 사안은 항상 특정 제도적 구조 속에서 문제로 등장하기 때문이다.²¹⁾ 나아가 UN 인권이사회는 2015년 프라이버시권 특별보고관(Special Rapporteur on the right to privacy)을 지정하였고, 매해 프라이버시와 관련한 다양한 현안 보고서를 제출하고 있다.²²⁾ 또한, UN

11) Yilma, *supra* note 5, p. 3.

12) UN Human Rights Council, “The right to privacy in the digital age”, resolution adopted by the Human Rights Council (1 April 2015), A/HRC/RES/28/16, preamble.

13) UN Human Rights Council, “The right to privacy in the digital age”, resolution adopted by the Human Rights Council on 26 September 2019 (2019), A/HRC/RES/42/15, preamble.

14) OHCHR, *The Right to Privacy in the Digital Age*, (2014), *supra* note 10, para. 2.

15) *Ibid.*

16) *Ibid.*, para. 3.

17) *Ibid.*, para. 4.

18) UN Human Rights Council, “The right to privacy in the digital age”, resolution adopted by the Human Rights Council on 23 March 2017 (2017), A/HRC/RES/34/7, preamble.

19) Yilma, *supra* note 5, pp. 3-4.

20) *Ibid.*

21) Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, 2nd ed (Kehl am Rhein: Engel, 2005), p. 378.

인권이사회가 2021년에 제출한 인권에 신생 디지털 과학기술의 영향, 기회, 도전에 대한 보고서에서도 정보주체 본인의 의사에 근거하지 않거나 명백하게 공익적인 필요에 기하지 않은 무분별한 개인정보 수집 등에 대하여 문제를 제기하여 우려를 표해왔다.²³⁾

일반논평 제16호는 가족(family) 및 주거(home)과 같은 전통적인 제도적 구조와 결부되어 있다는 점을 부정할 수 없다. 그렇다면 디지털 시대의 프라이버시권은 인터넷과 새로운 정보통신기술에 기반한 제도적 구조 변화를 반영해야 한다. 어떻게 디지털 시대에 프라이버시권이 보장받을 수 있을지에 대한 논의가 필요한 시점이고, 국제사회는 이 논의를 진행하고 있다.

따라서 본 연구는 디지털 시대 프라이버시권 대한 국제규범의 발전 동향을 파악하고 그 주요 쟁점을 분석하는 것을 목적으로 한다. 이를 위하여 먼저 기존 프라이버시권 규범 구조를 분석하여 디지털 시대에 그 한계가 있다는 점을 지적하겠다. 특히, 자유권규약 제17조에서 규정하고 있는 프라이버시권이 디지털 시대에 발생하고 있는 다양한 사안에 대응할 수 있는지 의문을 제기하겠다. 나아가 최신 국제사회의 결의, 유럽인권재판소 등의 판례를 검토하여 디지털 시대에 발생할 수 있는 사안에 대한 국제사회의 규범 발전 동향을 분석하여 제시하겠다. 구조적으로 보았을 때 유럽인권재판소 등 유럽의 인권체계와 자유권규약의 체계가 단일 체계 하에 있다고 하기 어려운 부분도 있을 수 있다. 그럼에도 불구하고 인권법체계의 발전 과정을 고려하여 보았을 때 법리적으로 참고할 부분이 있을 것이다. 또한, 관습법의 발전 차원에서 의의가 있을 것이다. 본 연구에서는 국제사회의 동향은 사적 영역이 계속해서 확대되어 보호받는 추세라는 점을 지적하겠다. 사적 영역이라 할지라도 원론적으로 ‘법에 의한 간섭’은 허용되기에 사생활이 무제한적으로 인정되는 것은 아니다. 그러나 디지털 시대에 사적 영역을 어디까지 인정할 수 있을지 본질적인 고찰이 필요한 시점이라고 할 수 있다.

II. 기존 프라이버시권 규범 구조의 한계

본 장에서는 현 자유권규약 체계의 한계를 지적하겠다. 특히, 1966년에 체결된 자유권규약과 1988년에 제시된 자유권규약 프라이버시권에 대한 일반논평이 디지털 시대에서 요청되는 프라이버시권에 대응하기에 부족한 부분이 있다는 점을 지적하겠다.

22) Human Rights Council, “The right to privacy in the digital age”, Human Rights Council, Twenty-eighth session (1 April 2015), A/HRC/RES/28/16.

23) Human Rights Council, “Possible impacts, opportunities and challenges of new and emerging digital technologies with regard to the promotion and protection of human rights”, Report of the Human Rights Council Advisory Committee, Human Rights Council, Forty-seventh session (19 May 2021), A/HRC/47/52.

1. 자유권규약(ICCPR) 제17조의 규범 구조

프라이버시의 개념은 국가 또는 타인의 과도한 개입으로부터 보호를 받고, 개인이 사적 삶을 자율적으로 영위하고 사회와 상호작용할 부분을 자유롭게 선택할 수 있다는 사고를 전제로 하고 있다. 따라서 프라이버시 개념은 타인과 상호작용할 필요가 없는 사적 영역이 존재하고 이를 보호할 필요가 있다고 제시한다.²⁴⁾ 자유권 규약 제17조는 이러한 사적 영역에 대한 보호를 규정하고 있다. 나아가 자유권규약 제26조에서 규정하는 차별금지원칙에 따라 프라이버시권은 피부색, 인종, 언어, 성, 종교, 정치적, 또는 기타의 의견, 사회적 또는 민족적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분과 상관없이 인정된다. 문제는 디지털 시대에 이러한 프라이버시에 대한 권리가 어떻게 보호를 받을 수 있는가 하는 것이다. 디지털 환경에서는 개인의 사적 삶의 범위가 넓어졌는지 판단할 부분도 있기 때문이다. 온라인으로 자발적으로 공개한 사적 정보도 프라이버시권으로 보호될 정보라고 할 수 있을까? 이와 같은 질문에 답하기 위하여 본 장에서는 자유권규약 제17조의 규범 구조와 체계를 분석하도록 하겠다.

사실 최근까지 국제법체계는 정보통신과 데이터 수집을 기반으로 한 과학기술의 변화에 관심이 적었다고 할 수 있다. 1966년 자유권규약 제17조는 프라이버시에 대하여 간섭과 명예훼손의 측면에서 규정하고 있다.

자유권규약 제17조

1. 어느 누구도 그의 사생활, 가정, 주거 또는 통신에 대하여 자의적이거나 불법적인 간섭을 받거나 그의 명예와 평판에 대한 불법적인 공격을 받지 아니한다.
2. 모든 사람은 그러한 간섭 또는 공격으로부터 법의 보호를 받을 권리를 가진다.²⁵⁾

자유권규약 제17조의 권위 있는 해석인 1988년 일반논평 제16호 프라이버시권에 대한 해석을 제공하고 있다. 그러나 당시에는 인터넷과 정보통신기술에 대한 발전 정도가 초기 단계였기 때문에 오늘날의 디지털 정보기술 수준에서 발생하는 문제에 대응하기에 부족한 부분이 있다.²⁶⁾ 1994년 일부 수정된 일반논평 제16호 제1문단은 자유권규약 제17조에서 보장하고 있는 프라이버시권은 국가 당국, 자연인 또는 법인에 의한 모든 불법적인 간섭과 공격으로부터 보호받아야 한다고 하며, 이 조항에 의해 부과된 국가의 의무는 이러한 간섭 및 공격에 대한 금지를 유효하게 하기 위하여 적절한 입법적 조치와 여타 조치를 취하는 것이라 설명한다.²⁷⁾ 일반논평 제2문단은 규약 당사국의 보고서를 보자면 이 권리가 보장될 수 있게 입법, 행정, 사법 당국에 의하여 필요한 주의와 입법 조치가 이루어져야 한다는 점을 지적하였다.²⁸⁾ 일반논평

24) OHCHR, *The Right to Privacy in the Digital Age: Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights*, OHCHR, U.N. Doc. A/HRC/39/29 (August 3, 2018), para. 5.

25) 자유권규약의 번역문은 법제처 국가법령정보센터의 번역에 따른다.

26) UN Human Rights Commission, *General Comment No 16 Article 17 (Right to Privacy), The Right to Respect of Privacy, Family Home and Correspondence and Protection of Honour and Reputation*, (8 April 1988), UN Doc. HRI/GEN/Rev9.

27) UN Human Rights Committee, *General Comment 16, (Twenty-third session, 1988), Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 21 (1994), para. 1.

28) *Ibid.*, para. 2.

제3문단에서는 “불법적 간섭”을 논할 때 오직 법률에 의한 간섭만이 합법적이라 하며, 이외의 모든 간섭은 불법이 될 수 있다는 점을 밝혔다.²⁹⁾ 일반논평 제4문단에서는 “자의적”(arbitrary) 간섭은 법에 의한 간섭도 포함될 수 있다고 하였다. 즉, 법률에 의한 간섭이라 할지라도 본 자유권규약의 목표와 목적에 부합해야 한다는 것이다.³⁰⁾

여기까지는 일반적인 사안이라 할 수 있는데, 일반논평 제10문단에서는 변화된 과학기술, 즉 발전된 데이터 기술에 의한 데이터 수집에 대해서 규정하고 있다.

공공 기관이든 개인 또는 단체든 컴퓨터, 데이터뱅크 및 기타 장치에서 개인 정보를 수집하고 보유하는 것은 법률에 의해 규제되어야 한다. 국가는 개인 사생활에 관한 정보가 법에 의해 수신, 처리 및 사용 권한이 없는 사람의 손에 들어가지 않고, 본 규약과 양립할 수 없는 목적으로 사용되지 않도록 효과적인 조치를 취해야 한다. 스스로의 사생활을 가장 효과적으로 보호하기 위해 모든 개인은 자동 데이터 파일에 어떤 개인 데이터가 저장되어 있는지, 저장되어 있다면 어떤 목적으로 저장되는지 알기 쉬운 형태로 확인할 권리가 있어야 한다. 또한, 모든 개인은 자신의 파일을 통제하거나 통제할 수 있는 공공 [당국] 또는 민간 개인 또는 단체를 확인할 수 있어야 한다. 이러한 파일에 잘못된 개인 데이터가 포함되어 있거나 법률의 규정에 반하여 수집 또는 처리된 경우 모든 개인은 정정 또는 삭제를 요청할 권리가 있어야 한다.³¹⁾

위와 같은 논평을 통하여 확인할 수 있는 것은 두 가지이다. 첫째, 1966년 자유권규약이 체결되던 시점에는 프라이버시권은 국가로부터의 자유의 성격이 강조되어 국가가 간섭하지 말아야 한다는 시각에서 규정되었다. 둘째, 1994년 일반논평 시기에는 적어도 국가가 이러한 프라이버시권을 실현하기 위하여 적극적인 조치를 취해야 했다. 1966년 자유권규약이 체결될 당시에는 국가가 사인의 데이터를 수집하기 위한 디지털 통신 및 정보 기술이 존재하지 않았거나 인식하지 못했다고 할 수 있다. 당시에는 정보통신기술이 발전되지 않았기 때문이다. 그러나 1994년 일반논평의 내용에서는 조금 더 발전된 형태를 확인할 수 있다. 특히, 제10문단에서 데이터 수집과 관련하여 주어진 권리 해석은 과거에 비하여 발전된 것이라 할 수 있다. 그러나 1994년에도 오늘날과 같은 프라이버시권 문제가 발생할 것이라고 예상하지 못했을 수 있다. 당시로서는 오늘날에 발생한 정보통신기술이 초기 단계였을 수 있고 이에 대한 인식이 부족했을 수 있기 때문이다. 이 한계에 대해서 아래에서 논하도록 하겠다.

2. 자유권규약 제17조의 한계

디지털 시대를 고려하여 보았을 때, 자유권규약 제17조 상 문제가 될 수 있는 사안을 예시적으로 고려하여 보자면 다음과 같다.

29) *Ibid.*, para. 3.

30) *Ibid.*, para. 4.

31) *Ibid.*, para. 10.

1) “주거”의 범위의 문제

자유권규약 제17조는 “주거”(home)를 프라이버시권의 보호법익으로 규정하고 있다. 문제는 디지털 시대에는 이 주거의 개념 범위가 사이버 공간까지 넓어질 수 있을지 판단할 부분이 있다. 일반논평 제16호는 자유권규약 제17조에서 주거란 넓게 이해되어야 한다는 점을 분명히 하였다. 본 조약의 주거는 해당 국가에서 이해되는 주거의 의미라고 하며 “사람이 거주하거나 통상적인 직업을 수행하는 장소”라고 하였다.³²⁾ 그렇다면 사이버 공간을 주거라고 할 수 있을까? 아무리 주거의 개념을 넓게 이해하려고 하여도 사이버 공간은 사람이 거주하거나 통상적으로 직업을 수행하는 장소라고 하기 어렵다는 견해가 있을 수 있다. 그러나 최근에는 온라인으로 사적 생활을 영위하거나 직업을 수행하는 사례가 늘고 있기 때문에 그 범위를 늘려야 할 필요성이 대두된다.

2) “통신”의 범위의 문제

자유권규약 제17조에서 통신(correspondence)이라고 번역된 개념에 이메일이나 SNS 메시지, 카카오톡 메시지 등도 포함될 수 있을까? 영어 correspondence는 본래 서신, 즉 편지를 의미한다. 따라서 단어의 사전적 개념은 제한적이다. 자유권규약이 체결되던 시점은 1966년이고, 이에 대한 유권해석인 일반논평 제16호는 1988년에 나왔다. 당시에는 예상할 수 없는 정보통신기술이 오늘날 다수 존재한다. 따라서 새로운 정보통신기술에 의한 메시지 교환 내용도 본 규약상 프라이버시권의 보호범위에 포섭이 되는지 의문일 수 있다.

나아가 실질적 내용이 있는 정보뿐 아니라 메타데이터(metadata), 즉 개인의 일상적 행위, 사회적 관계, 개인의 성향, 정체성 등을 파악할 수 있는 간접 정보도 문제된다.³³⁾ UN 인권이사회는 이 문제의 심각을 인식하여 “디지털 시대 프라이버시권” 결의에서 메타데이터가 개인의 행동, 사회적 관계, 개인의 선호, 정체성에 대한 정보를 밝혀낼 수 있다는 점을 지적하였다.³⁴⁾ 메타데이터에 해당할 수 있는 미시적 정보들은 예를 들어 전화를 건 전화번호 기록, 통화한 시간 혹은 시점, 날짜, 통화시간, 휴대폰 위치 정보, 인터넷 검색 중 방문한 IP 주소 또는 URL 등이다. 이와 같은 정보도 본 규약상 ‘통신’의 범위에 포섭될 수 있을까? 이러한 정보는 정부나 기업이 개인의 사생활을 유추할 수 있는 내용을 포함하고 있다. 실제로 어떤 경우에는 이런 메타데이터가 실제 대화 내용보다 더 민감한 정보를 드러낼 수도 있다.³⁵⁾ 한편, 이러한 종류의 정보는 수집하는 데에 비용이 적게 들고 쉽게 공유할 수 있으며 “알고리즘 감시”를 통해 신속하게 정보처리를 할 수 있다. 결과적으로 정부나 기업은 개인의 디지털 프로필을 쉽게 생성할 수 있다.³⁶⁾

32) General Comment 16, *supra* note 27, para. 5.

33) OHCHR, *The Right to Privacy in the Digital Age* (2018), *supra* note 24, para. 6.

34) UN Human Rights Council, “The right to privacy in the digital age”, (2015), *supra* note 12, preamble.

35) OHCHR, *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression at 4-7*, OHCHR, U.N. Doc. A/HRC/23/40 (April 17, 2013) (by Frank La Rue), paras. 40-41.

문제는 이러한 디지털 프로파일로 정부가 기업이 개인의 사생활에 손쉽게 간섭할 수 있다는 것이다. 이러한 정보가 외국이나 적에게 넘어갈 경우 상당한 위험에 노출될 수도 있다. 실제로 이러한 감시 정보가 살상용 드론 공격에 활용된다는 점도 유엔인권최고대표사무소(OHCHR)에서 지적된 바 있다.³⁷⁾ 따라서 EU의회(European Parliament)에서 지적되었듯이, 메타데이터 또한 자유권규약 제17조의 규범 해석 범위에 포섭되어야만 할 것이라 볼 수 있다.³⁸⁾ 그러나 이 또한 자유권규약과 일반논평만으로는 판단할 수 없다.

3) “간섭”에 포함되는 행위의 범위 문제

자유권규약 제17조 상 “간섭”(interference)의 개념 범위에 대해서도 고찰해 보아야 할 사안들이 있다. 앞에서 언급하였듯이, 일반논평 제16호는 공공기관이든 개인 또는 단체든 컴퓨터, 데이터뱅크 및 기타 장치에서 개인정보를 수집하고 보유하는 것은 법률에 의해 규제되어야 한다고 정하고 있다. 그렇다면 법률에 의하여 규제된다는 것은 구체적으로 어디까지가? 간섭이라는 의미를 내포하고 있는가? 일반적인 공공장소에서의 CCTV 등으로 정부가 감시행위를 하는 것도 자유권규약 제17조 상 “간섭”(interference)의 범위에 포섭될까? 공공장소에서의 CCTV가 범죄를 예방하기 위하여 설치되는 경우라 할지라도 사생활에 해당되는 사안이면 간섭이 될 수 있을까? 정부가 온라인 상 불법행위 등을 지속적으로 감시하는 행위는 어떨까? 온라인 감시가 개인 SNS 감시까지 포함된다면 문제가 없을까? 인공지능으로 활용한 감시는 어떻게 판단해야 할까? 본 규약 제17조는 간섭의 의미를 넓게 규정하여 직·간접적으로 개인의 프라이버시 법익을 침해하는 모든 조치를 간섭이라고 보고 있다. 그러나 정보통신기술의 발달로 판단하기 어려운 사안들이 등장하고 있다.

4) 여타 규범체계와의 관계 설정 부재

현재 일반논평 제16호에 따른 자유권규약 제17조의 규범체계는 디지털 기술로 인해 더욱 뚜렷해진 프라이버시 법익과 다른 권리 간의 밀접한 연관성을 다루고 있지 않다. 그러나 서론 사례에서도 언급하였듯이, Facebook과 같은 SNS를 통하여 정보 수집 및 감시, 나아가 심리적 통제까지 구현할 수 있는 상황을 고려해야 한다. 따라서 프라이버시는 더 이상 단일 인권 사안이 아니게 되었다.

2013년 UN 인권이사회 보고서에서 표현의 자유에 관한 특별보고관인 Frank La Rue는 정보 프라이버시 보호를 포함하여 일반적인 개인정보 보호와 다른 권리 간의 연관성을 강조했다. 그는 프라이버시가 충분히 보호되지 않으면 표현의 자유와 같은 권리 행사가 위축될 수 있다고 지적했다. 예를 들어 개인은 자신의 사적 온라인 활

36) Benjamin J. Goold, “Privacy, Identity, and Security”, in *Security and Human Rights* (Oxford: Hart Publishing, 2007), p. 56.

37) OHCHR, *The Right to Privacy in the Digital Age*, (2014), *supra* note 10, para. 14.

38) Hearing before the European Parliament, LIBE Committee Inquiry on Electronic Mass Surveillance of EU Citizens, 4 (Oct. 14, 2013), Available at <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201310/20131017ATT72929/20131017ATT72929EN.pdf> (Accessed: May 30, 2023).

동이 보호받는다라는 확신을 가질 수 없는 경우 온라인 활동에 위축될 부분이 있을 수 있고 자기검열로 사실상 침묵을 강요당하는 것과 다를 바 없을 수 있다.³⁹⁾ 유럽사법재판소는 *Digital Rights Ireland, Ltd. v. Minister for Communications, Marine and Natural Resources* 사건에서 사람들이 자신의 대화가 감시될 수 있다고 생각하면 표현의 자유가 위축된다는 점을 밝힌 바 있다. 특히, 정부와 지도자들에 대한 반대 표현이 위축되고 결과적으로 민주적 절차가 훼손될 수 있다는 점을 지적하였다.⁴⁰⁾ 나아가 유엔인권최고대표사무소(OHCHR)는 테러 방지 등을 위한 대중 감시는 표현의 자유가 위축되는 효과를 낳는다는 점도 지적되었다.⁴¹⁾

그러나 프라이버시의 법리적 문제는 ‘표현의 자유’ 사안으로만 한정되지 않는다. 최근 유엔인권최고대표사무소(OHCHR)는 잠재적으로 프라이버시권과 관련될 수 있는 권리를 제시하였는데, 이에겐 표현의 자유, 가족 생활의 권리, 건강권, 고문과 잔인하고 비인도적이며 굴욕적인 대우로부터 자유로울 권리 등이 포함되었다.⁴²⁾ 앞에서 언급한 Facebook 사건을 고려하자면, 이에 의사형성과 관련된 자기결정권까지 포함시켜야 할 수 있다. 민주질서의 작동 원리의 전제에는 사실 의사형성을 자유롭게 할 수 있는 자율적 주체가 있다. 달리 보자면 프라이버시를 침해하여 정부나 기업이 심리 통제까지 강행한다는 것은 이와 같은 자기결정권을 훼손하는 것이라 할 수 있다.

그러나 아직 일반논평 제16호는 이에 대해 구체적인 규범체계 관계를 제시하지 못하고 있다. 이와 같은 연관관계는 자유권 영역에 속하는 권리로만 한정되지 않을 수 있다. 사회권에 속하는 사안과도 간접적 연관관계가 있을 수도 있다. 최근 개인 SNS에서의 경제, 사회, 문화 활동 등을 행사하는 것을 고려하여 보자면, 사회권적 측면에서도 연구되어야 할 부분이 있다고 할 부분이 있다. 또한, OHCHR이 언급했듯이 건강권이 직·간접적으로 연관될 수 있다. 건강에 관한 개인정보 유출 등은 건강권의 문제가 될 수 있기 때문이다. 따라서 디지털 시대의 프라이버시권은 여타 인권 체계와의 관련성과 그 포섭 범위에 대한 규정이 필요하다.

III. 디지털 시대의 프라이버시권 규범체계 변화 동향

앞에서는 디지털 시대에 자유권규약에서 규정하는 프라이버시권의 규범체계에 한계가 있다는 점을 지적하였다. 본 장에서는 최근 국제사회에서 프라이버시권을 디지털 시대의 시대적 요구에 따라 확대 해석 하고 있다는 점을 제시하겠다.

39) OHCHR, *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression* (2013) (by Frank La Rue), *supra* note 35.

40) *Digital Rights Ireland, Ltd. v. Minister for Communications, Marine and Natural Resources*, The European Court of Justice, Case C-293/12 & C-594/12 (2014), para. 28.

41) OHCHR, *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism*, OHCHR, U.N. Doc. A/HRC/13/37 (Dec. 28, 2009) (Martin Scheinin), para. 13.

42) OHCHR, *The Right to Privacy in the Digital Age*, (2014), *supra* note 10, para. 14.

1. 기본원칙: 오프라인에서의 인권이 온라인에서 인정

오프라인에서 인정되는 모든 인권이 온라인에서도 인정될까? 이 사안은 디지털 시대 프라이버시권의 기본원칙이 되는 사안이라 할 수 있다. 최근 국제사회는 이를 인정하는 방향의 결의를 채택하였다. 2012년 UN 인권이사회⁴³⁾의 “인터넷에서의 인권의 증진, 보호 및 향유” 결의 제1문단에서 오프라인에서 보호되는 인권, 특히 표현의 자유는 온라인에서도 보호된다고 규정하였다.⁴³⁾ 2014년 UN 인권이사회⁴⁴⁾의 동일한 제목의 결의 제1문단에서도 동일한 내용을 규정하였다.⁴⁴⁾ 이 결의들은 직접적으로 프라이버시권을 명시하지는 않았다. 그러나 모든 오프라인의 권리가 온라인에서 인정된다면 프라이버시권은 당연히 이에 포함된다.

앞에서 언급한 Snowden 사건 이후 국제사회는 프라이버시권에 관심을 보이게 되었고, 온라인에서 프라이버시권이 인정될지에 대해서 더 구체적으로 사안을 제시하였다. 2013년 UN 총회결의인 “디지털 시대 프라이버시권” 결의 제1문단에서 원론적으로 자유권규약에서 규정하는 프라이버시권을 제시한 이후, 제2문단에서 인터넷과 정보통신기술의 급격한 변화를 고려해야 한다고 규정하였고, 제3문단에서 “사람들이 오프라인에서 누리는 동일한 권리를 온라인에서도 보호해야 하며, 여기에는 프라이버시권도 포함됨을 확인한다”고 규정하였다.⁴⁵⁾ 2015년 UN 인권이사회 결의 “디지털 시대 프라이버시권” 결의 제3문단에서 이 규정은 반복되었다.⁴⁶⁾ 2017년 UN 인권이사회 결의 제4문단에서도 동일한 문구가 규정되었다.⁴⁷⁾ 2019년 UN 인권이사회 결의 제4문단 또한 동일하다.⁴⁸⁾

이와 같은 규정이 함의하는 바는 적지 않다. 오프라인에서 누리는 인권은 프라이버시권뿐 아니라 표현의 자유, 법 앞의 평등과 차별금지 등 자유권뿐 아니라 사회권까지 모두 포함된다. 따라서 상당히 포괄적인 규칙이고 이에 대한 별도의 법률 분석이 필요할 것으로 예상된다. 특정 사안에 있어서 온라인의 특수성이 고려되어야 할 필요가 있을 것이기 때문이다. 그러나 본 UN 총회결의의 맥락은 프라이버시이다. 따라서 온라인에서도 오프라인과 동일한 수준의 프라이버시권이 인정된다는 것을 명시한 수준에서 이해될 수 있다.

43) UN Human Rights Council, “The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet”, resolution adopted by the Human Rights Council (2012), A/HRC/RES/20/8, para. 1.

44) UN Human Rights Council, “The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet”, resolution adopted by the Human Rights Council (2014), A/HRC/RES/26/13, para. 1.

45) UN General Assembly, The right to privacy in the digital age, resolution adopted by the General Assembly on 18 December 2013, A/RES/68/167, para. 3.

46) UN Human Rights Council, “The right to privacy in the digital age”, (2015), *supra* note 12, para. 3.

47) UN Human Rights Council, “The right to privacy in the digital age”, (2017), *supra* note 18, para. 4.

48) UN Human Rights Council, “The right to privacy in the digital age”, (2019), *supra* note 13, para. 4.

2. 사생활 범위의 확대

그렇다면 디지털 시대에 사생활의 범위가 어디까지 인정될 수 있을까? 특히, 공적으로 공개된 자료도 사생활로 보호를 받을 수 있을까? 이와 관련하여 최근의 규범체계 해석은 확대되고 있다. 자유권규약 위원회는 콜롬비아 국가보고서의 최종견해에서 프라이버시권 보호는 개인의 집과 같은 사적인 공간에 국한되지 않고 공공장소 및 공개적으로 이용 가능한 정보까지 확대된다고 확인한 바 있다.⁴⁹⁾ 유엔인권최고대표사무소(OHCHR)는 2018년 디지털 프라이버시권 보고서에서 정부가 기차역이나 시장과 같은 공공장소를 CCTV와 같은 정보통신기기로 모니터링하여 개인을 관찰하거나, 소셜 미디어에서 공개된 개인에 대한 정보를 수집하여 분석하는 것도 프라이버시권이 적용되는 사안이라 예시로 제시하였다.⁵⁰⁾

최근 다양한 디지털 프라이버시 관련 사건들이 등장하고 있다. 유럽인권재판소(European Court of Human Rights)는 *Botta v Italy* 사건에서 “개인 데이터 보호는 개인 데이터와 가족 생활에 대한 존중을 누리는 데 근본적으로 중요하다”고 결정하였다.⁵¹⁾ *Bensaid v UK* 사건에서는 자유권규약의 조문과 사실상 차이가 나지 않는 유럽인권협약(the European Convention of Human Rights) 제8조⁵²⁾에서 보장하는 “사생활”(private life)은 포괄적으로 정의할 수 있는 것이 아니다”라고 판시했다.⁵³⁾ *MK v France* 사건에서는 개인 데이터 보호는 개인의 사생활 및 가족 생활에 대한 존중 사안에 근본적으로 중요하다고 판시해 왔다.⁵⁴⁾ *S. and Marper v UK* 사건에서는 “사적 데이터”(private data)를 구성하는 요소에 대해 폭넓은 관점을 취하여 사생활 및 가족 생활은 개인 식별 목적으로 사용될 수 있는 데이터뿐만 아니라 사생활과 관련된 모든 데이터를 보호한다고 인정했다.⁵⁵⁾ 이에 따라 *Rotaru v. Romania* 사건에서는 공공 정보라도 당국이 체계적으로 수집하여 파일에 저장하는 경우 사생활의 범위에 포함될 수 있다고 하며 먼 과거의 것이라면 더욱 더 사생활의 범위에 포함될 수 있다고 판시하였다.⁵⁶⁾ 따라서 사생활의 범위가 넓게 인정되어, 그것이 국가가 수집하는 공공 정보라 할지라도 사생활의 범위에 포섭될 수 있다.

이러한 일련의 프라이버시 관련 사건 중 유럽사법재판소(Court of Justice of the European Union)의 *Schrems v Data Protection Commissioner* 사건의 결정적인 주목을 받는다. 본 사건은 ‘아일랜드 데이터 보호 위원’(Irish Data Protection Commissioner)에 제기된 Facebook에 대한 기소 사건이었다.⁵⁷⁾ 이 소송에서

49) U.N. Human Rights Committee, *Concluding observations on the seventh periodic report of Colombia*, U.N. Doc. CCPR/C/COL/CO/7 (2016), para. 32.

50) OHCHR, *The Right to Privacy in the Digital Age* (2018), *supra* note 24, para. 6.

51) *Botta v Italy*, European Court of Human Rights, Appl. No 21439/93, (1994).

52) Council of Europe, *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols Nos. 11 and 14*, 4 November 1950, ETS 5.

53) *Bensaid v UK*, European Court of Human Rights, App No. 44599/98, Eur. Ct. H.R., (2001), para. 47.

54) *MK v France*, European Court of Human Rights, Appl. No 19522/09, (2013), para. 35.

55) *S. and Marper v UK*, European Court of Human Rights, App. Nos. 30542/04 and 30566/04, (2008), para. 103.

56) *Rotaru v Romania*, European Court of Human Rights, App No. 28341/95, (2000), para. 43.

Schrems는 Facebook 미국 법인이 미국 국가안보국(National Security Agency)의 인터넷 통신 데이터를 수집하는 PRISM이라는 대량 감시 프로그램에 연루되었다는 의혹에 따라 페이스북이 자신의 데이터를 미국으로 전송하는 것에 대해 이의를 제기했다. 유럽사법재판소(CJEU)는 EU와 미국 간의 데이터 수집 및 전송에 관한 합의인 ‘세이프 하버’(Safe Harbor) 협정을 무효라 판결했다. Schrems의 기소는 데이터를 전송하고 저장하는 회사가 적절한 보호를 보장할 수 있는 경우를 제외하고는 비유럽연합 국가로의 데이터 전송을 허용하지 않는 EU 데이터 보호법에 근거했다. 유럽사법재판소는 EU 데이터 보호법에 따라 필요한 적절한 보호가 이루어지지 않았다고 판단하였고 세이프 하버 협정이 무효로 선언되어야 한다고 판시했다.⁵⁸⁾ 나아가 유럽사법재판소는 공공기관이 일반적으로 전자 통신의 내용에 접근할 수 있도록 허용하는 법률은 전자 통신의 본질을 침해하는 것으로 ‘유럽연합의 기본권 헌장’(the Charter of Fundamental Rights of the European Union) 제7조에 본질을 훼손하는 것이라 판단하였다.⁵⁹⁾

요컨대, 국제사회의 동향은 계속해서 사적 영역으로 보호받을 수 있는 부분이 확대되고 있다는 것이다. 그렇다면 이와 관련하여 어디까지가 사적 영역이 되어 보호받을 수 있는지 심도 있는 원칙과 기준이 필요하다고 할 수 있다. 즉, 비례성의 원칙에 따라 공공의 이익과 이익형량을 판단할 수 있는 기준 제시가 필요하다고 할 수 있다.

3. “주거”(Home)의 개념에 사이버 공간 포함

한편, 언급하였듯이 기존의 규범 개념으로 포섭되지 않는 사안이 있다. 사이버 공간이 자유권규약 제17조에서 규정하고 있는 “주거”의 개념 범위에 포섭이 될까? 사이버 공간도 프라이버시권이 보장하는 주거의 범위에 포섭될 수 있다는 것이 최근 국제사회의 동향이다. 유럽인권재판소는 1997년 *Halford v UK* 사건에서 유럽인권협약 제8조에 따른 “주거”의 범위를 폭넓게 인정한 사례가 있다. 이때 유럽인권재판소는 개인정보 보호가 신청인의 사무실 전화와 집 전화에 동일하게 적용된다고 판시했다.⁶⁰⁾ 즉, 사무실 전화로 통화한 내용도 프라이버시권의 “주거”의 범위에 포섭이 된다는 것이다. 언급하였듯이, 유럽인권협약 제8조의 규정 내용과 용어가 자유권규약과 유사한 부분이 많다.

유럽인권협약 제8조: 사생활 및 가족 생활을 존중받을 권리

1. 모든 사람은 자신의 사생활과 가정, 주거(home)와 통신을 존중할 권리가 있다.
2. 국가 안보, 공공 안전 또는 국가의 경제적 안녕, 무질서 또는 범죄의 예방, 건강 또는 도덕의 보호, 타인의 권리와 자유의 보호를 위해 법률에 따르고 민주 사회에서 필요한 경우를 제외하고는 이 권리의 행사에 대해 공권력의 간섭이 있어서는 안 된다.⁶¹⁾

57) *Maximilian Schrems v Data Protection Commissioner*, Court of Justice of the European Union, C-362/14, (2015).

58) *Ibid.*, para. 92.

59) *Ibid.*, para. 94.

60) *Halford v UK*, European Court of Human Rights, App. No. 20605/92, (1997), paras. 44, 46.

2013년 유럽인권재판소는 *Bernh Larsen Holding AS and Ors. v Norway* 사건에서는 문제가 되는 3개 기업이 사용하는 서버에 저장된 데이터가 프라이버시권 상 “주거”와 동일한 보호 대상 공간에 해당한다고 판결했다.⁶²⁾ 2006년 미주인권재판소(Inter-American Court)도 *Ituango Massacres v Colombia* 사건에서 “주거”에 제공되는 보호 범위를 광범위하게 정의하여 주거는 개인의 사적 삶이 자유롭게 진화(evolve)할 수 있는 공간이라고 판시하였다.⁶³⁾ 나아가 2011년 유럽인권재판소는 프라이버시는 다른 인간 및 외부 세계와의 관계를 수립하고 발전시킬 수 있는 권리를 포함한다고 판시하였다.⁶⁴⁾

따라서 사적 공간인 주거의 개념은 계속 진화하고 있고 사이버 공간이라도 주거의 개념에 포섭될 수 있다. 이 또한 어디까지 주거로 포섭될 수 있는지 기준이 필요한데, 이에 대한 원칙이 아직 명확하지 않은 부분이 없지 않다.

4. “통신”의 범위의 확대

1) 디지털 커뮤니케이션 포함

디지털 커뮤니케이션, 즉 이메일, SNS 등이 자유권규약 제17조에서 규정하는 “통신”의 범위에 포함될까? 최근 국제사회는 디지털 커뮤니케이션도 자유권규약 제17조 상 “통신”에 해당될 수 있다는 방향으로 해석하고 있다. 2013년 UN 총회 디지털 시대 프라이버시권 결의 제4문단(a)에서는 “디지털 커뮤니케이션의 맥락을 포함하여 프라이버시권을 존중하고 보호할 것을 촉구한다”고 규정하고 있다.⁶⁵⁾ 2011년 UN 인권위원회는 최종견해(Concluding Observation)에서 이란(Iran)에 인터넷 모니터링이 프라이버시권에 대한 국가의 의무에 부합할 것을 촉구한 바 있다.⁶⁶⁾ 나아가 본 인권위원회는 2011년 불가리아에 대한 최종견해를 통해 전화 통화를 자유권규약 제17조에 따른 “통신”(correspondence)과 동일시하여 전자통신이 서신에 해당함을 인정했다.⁶⁷⁾ 유럽인권재판소는 2002년 *Taylor-Sabori v UK* 사건에서 국내에서 “빠

61) Article 8 of the European Convention of Human Rights: Right to respect for private and family life

62) *Bernh Larsen Holding AS and Ors. v. Norway*, European Court of Human Rights, App. No. 24117/08, (2013), para. 106.

63) *Ituango Massacres v Colombia*, Inter-American Court of Human Rights, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 148, (2006), paras. 193-194.

64) *Shimovolos v Russia*, European Court of Human Rights, App. No. 3019409/09, Judgment, (2011), paras. 64 - 66. 원문은 다음과 같다. “[T]he right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world.”

65) UN General Assembly, The right to privacy in the digital age, resolution adopted by the General Assembly on 18 December 2013, A/RES/68/167, para. 4. “4. Calls upon all States: (a) To respect and protect the right to privacy, including in the context of digital communication;”

66) UN Human Rights Committee, *Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 40 of the Covenant, Concluding Observations, Iran*, U.N. Doc. CCPR/C/IRN/CO/3 (2011), para. 27.

67) U.N. Human Rights Committee, *Consideration of Reports Submitted by States Parties Under Article 40 of the Covenant, Concluding Observations, Bulgaria*, U.N. Doc.

빠”(pager messages)라 불리던 통신기기도 앞에서 언급한 유럽인권협약 제8조 상 통신, 즉 서신에 해당된다고 하였고,⁶⁸⁾ 2006년 *Weber and Saravia v Germany* 사건에서는 전화통신도 유럽인권협약 제8조 상 서신에 해당된다고 하였으며,⁶⁹⁾ 2007년 *Copland v UK* 사건에서는 이메일과 인터넷 사용이 전화나 서신과 같이 유럽인권협약 제8조 상 통신에 해당된다고 판시하였다.⁷⁰⁾

2) 메타데이터 정보 수집도 “통신”의 범위에 포함

일반적인 정보가 아닌 메타데이터 정보 수집도 자유권규약 제17조에서 정하는 “통신”의 범위에 포함될까? 이 또한 최근 국제사회 인정하는 방향으로 발전하고 있다. 자유권규약 위원회가 메타데이터 차원에서 수집한 정보가 개인정보를 포함한 프라이버시권 보호에 미치는 영향을 인식하고 있다는 사례가 있다. 자유권규약 위원회는 2014년에 발표한 미국 관련 사건에 대한 최종견해에서 전화 관련 메타데이터 수집 프로그램에 대한 우려를 표명하면서 미국 정부의 감시 활동이 자유권규약의 의무를 준수하도록 보장하기 위해 필요한 모든 조치를 취할 것을 촉구했다.⁷¹⁾ 유럽인권재판소도 유사한 견해를 취했다. 앞서서도 언급하였듯이, *Copland v UK* 사건에서 유럽사법재판소는 인터넷 사용이 전화 또는 우편 통신과 같은 방식으로 유럽인권협약 제8조의 적용 범위에 속한다고 판단했다.⁷²⁾ 이때 본 재판소는 개인 인터넷 사용 모니터링의 파생 정보 데이터가 앞에서 언급한 유럽인권협약 제8조의 “통신”의 범위에 속한다고 판단했다.⁷³⁾

신청인의 전화, 이메일 및 인터넷 사용과 관련된 개인정보를 신청인 모르게 수집하고 저장한 것은 [유럽인권협약] 제8조의 의미 내에서 신청인의 사생활 및 통신에 대한 존중받을 권리에 대한 간섭에 해당한다.⁷⁴⁾

유럽인권재판소는 *Malone v UK* 사건에서 가입자의 동의 없이 경찰에 전화 통신 메타데이터를 공개하는 것은 “통신”(correspondence) 프라이버시 침해에 해당한다고 판단한 바 있다.⁷⁵⁾ 또한, *Uzun v. Germany* 사건에서는 GPS 감시를 수개월에 걸쳐 수행하는 경우 유럽인권협약 제8조에 따라 프라이버시에 대한 간섭에 해당한다고 판시하였다.⁷⁶⁾

CCPR/C/BGR/CO/3 (2011), para. 22.

68) *Taylor-Sabori v UK*, European Court of Human Rights, App. No. 47114/99, Judgment, (October 22, 2002), paras. 16-19, 22.

69) *Weber and Saravia v. Germany*, European Court of Human Rights, App. No. 54934/00, (2006), para. 77.

70) *Copland v UK*, European Court of Human Rights, App. No. 62617/00, Judgment, (Apr. 3, 2007), paras. 43-44.

71) UN Human Rights Committee, *Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 40 of the Covenant, Concluding Observations, United States of America*, U.N. Doc. CCPR/C/USA/CO/4 (2014), para. 22.

72) *Copland v UK*, European Court of Human Rights, *supra* note 70, para. 41.

73) *Ibid.*

74) *Ibid.*

75) *Malone v UK*, European Court of Human Rights, App. No. 8691/79, Judgment, (1984), paras. 83-84.

5. “불법” 간섭의 구분

자유권규약 제17조 상 간섭이 허용 가능하기 위해서는 어떠한 요건이 충족되어야 할까? 최근 정보통신기술의 발전을 고려하여 새로운 동향을 파악할 필요가 있다. 아래에서 나누어서 살펴보도록 하겠다.

1) 원칙: 법률에 의한 간섭

UN 인권이사회는 비록 공공안전 등을 근거로 정보를 수집하고 특정 민감 정보를 보호할 수 있지만, 국가 정부는 국제인권법의 의무를 완전히 준수해야 한다는 점을 지적하였다.⁷⁷⁾ 즉, 국제법의 기준에 따른 간섭이 가능하다. 일반논평 제16호가 공공기관이든 사인이든 컴퓨터, 데이터뱅크 및 기타 장치에서 개인정보를 수집하고 보유하는 것은 법률에 의해 규제되어야 한다고 정하고 있다는 점을 제시하였다. 이 원칙은 UN 인권이사회도 “디지털 시대 프라이버시권” 결의 제1문단에서 반복하였다.⁷⁸⁾ 이러한 간섭이 허용되기 위해서는 법률에 의해서 이루어져야 한다. 일반논평 제16호는 “불법적”이라는 용어가 법에 의해 예상되는 경우를 제외하고는 어떠한 간섭도 허용되지 않는다는 것을 의미한다고 명시하고 있다.⁷⁹⁾ 구체적인 기준은 아래에서 항목을 나누어 설명하겠다.

2) 간섭의 개념 범위

유엔인권최고대표사무소(OHCHR)는 2014년 단순히 통신 정보가 수집될 가능성이 있다는 것만으로도 프라이버시 침해가 된다고 보았다.⁸⁰⁾ 즉, 통신 정보가 수집되었다는 사실이 존재하지 않아도 단순히 그 가능성만으로도 프라이버시 침해라는 것이다. 유럽인권재판소도 오래전부터 유사한 취지의 견해를 취해왔다. 유럽인권재판소는 1987년 *Leander v Sweden* 사건에서 정보의 저장과 공개, 그리고 이에 대해 반박할 기회를 제공하지 않은 것은 사생활 존중권에 대한 간섭에 해당한다고 판시했고,⁸¹⁾ 1998년 *Kopp v Switzerland* 사건에서는 전화 통화 감청은 유럽인권협약 제8조 제2항의 의미 내에서 “공권력에 의한 간섭”에 해당한다고 판시하였다.⁸²⁾ 자유권규약 위원회는 전국적인 강제 DNA 검사를 하여 데이터베이스를 구축하는 행위는 과도한 간섭이라고 우려를 표한 사건도 있다.⁸³⁾

76) *Uzun v. Germany*, European Court of Human Rights, App. No. 35623/05, Judgment, (2010), paras. 49-53.

77) UN Human Rights Council, “The right to privacy in the digital age”, (2015), *supra* note 12, preamble.

78) *Ibid.*

79) General Comment 16, *supra* note 27, para. 3.

80) OHCHR, *The Right to Privacy in the Digital Age*, (2014), *supra* note 10, para. 20.

81) *Leander v Sweden*, European Court of Human Rights, App. No. 9248/81, Judgment, (1987), para. 48.

82) *Kopp v Switzerland*, European Court of Human Rights, App. No. 13/1997/797/1000, Judgment, (1998), para. 53.

83) Human Rights Committee, Concluding Observations on the third periodic report of Kuwait, CCPR/C/KWT/CO/3 (2016), paras. 20-21.

3) 공개성과 예측 가능성

법률에 의한 간섭은 공개되어야 하고 예측 가능해야 한다. 자유권규약 위원회는 2014년 미국의 국가보고서에 대한 최종견해에서 프라이버시를 침해하는 모든 법률은 대중이 접근할 수 있어야 한다고 피력한 바 있다.⁸⁴⁾ 이와 같은 견해는 유럽인권재판소에서도 확인될 수 있다. 유럽인권재판소는 공개되지 않은 규정 등으로 공공장소에서 개인정보를 수집하는 것을 프라이버시권 위반이라고 판시하였다. 2011년 *Shimovolos v Russia* 사건에서 감시를 위한 데이터베이스에 개인을 등록하고 여행 동선을 추적하는 것은 보안 서비스에 의한 체계적인 데이터 수집 및 저장에 해당하고 프라이버시권에 대한 간섭이라 판시하였다. 나아가 본 사건에서 유럽인권재판소는 여러 기존 판례들을 인용하며 데이터가 공공장소에서 수집되었거나 직업 또는 공적 활동과 관련된 경우에도 데이터 수집이 프라이버시 침해에 해당할 수 있다고 판결했다.⁸⁵⁾ 이때 문제가 된 것은 공적으로 데이터를 수집하는 행위가 대중에게 공개된 규정(법률) 등에 의해서 이루어지지 않았다는 점이다. 유럽인권재판소는 감시 데이터베이스의 생성, 유지 또는 운영 사안에 대중이 접근할 수 없는 행정 또는 사법 명령(order)이나 해석에 따라 규율하는 것도 적법하지 않다고 지적했다.⁸⁶⁾ 요컨대 법률에 의한 간섭은 공개되어 있기에 예견 가능한 데이터 수집만 허용된다고 할 수 있다.

4) 구체성 및 명시성

법률에 의한 간섭은 구체적이고 명시적이어야 한다. 구체성의 요건은 위 예측가능성을 뒷받침하는 요건이라 할 수 있다. 이는 일반논평 제16호는 프라이버시권에 반하지 않는 합법적인 간섭의 경우에도 관련 법률은 그러한 간섭이 허용될 수 있는 상황을 구체적으로 명시해야 한다고 제시하고 있다.⁸⁷⁾ 이 요건은 일반논평 제34호에도 제시되어 있는데, 모든 법률은 개인이 자신의 행위를 그에 따라 통제할 수 있도록 충분한 정밀성을 가지고 제정되어야 하며 대중이 접근할 수 있어야 한다고 규정하고 있다.⁸⁸⁾ 디지털 시대에도 이 원칙에는 변함이 없다. 2014년 유엔인권최고대표사무소(OHCHR)는 디지털 시대의 프라이버시 결의안에서 행정부가 법률의 범위와 적용 가능성을 결정할 때 과도한 재량권을 가져서는 안 된다고 결의하였다.⁸⁹⁾ 자유권규약 위원회는 2004년 *Van Hulst v Netherlands* 사건에서 통신에 대한 간섭을 허용하는 관련 법률은 그러한 간섭이 허용될 수 있는 정확한 상황을 자세히 명시(specify)해야 한다고 지적하였다.⁹⁰⁾ 따라서 국제법에 따라 보았을 때 법률에 따른 간섭은 개인이

84) UN Human Rights Comm., *Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 40 of the Covenant, Concluding Observations, United States of America*, U.N. Doc. CCPR/C/USA/CO/4 (2014), para. 22.

85) *Shimovolos v. Russia*, European Court of Human Rights, App. No. 3019409/09, Judgment, (2011), para. 65.

86) *Ibid.*, paras. 67-71.

87) General Comment 16, *supra* note 27, para. 8.

88) UN Human Rights Committee, *General Comment 34*, U.N. HRC, 102d Sess., U.N. Doc. CCPR/C/GC/34 (2011), para. 25.

89) OHCHR, *The Right to Privacy in the Digital Age*, (2014), *supra* note 10, para. 29.

자신의 행위를 그에 따라 통제할 수 있도록 구체적이고 명시적이지 않으면 허용되지 않는다.

5) 감독

일반논평 제16호에서 법률이 허용하는 간섭을 승인할 권한이 있는 당국 또는 기관에 대한 정보가 포함되어 있어야 한다고 규정하고 있다. 법을 엄격히 준수하여 그러한 간섭을 통제할 권한이 있는 당국에 대한 정보도 필수적으로 명시하라고 제시하고 있다.⁹¹⁾ 본 논평은 프라이버시를 침해하는 정책에 대한 책임성을 보장하기 위함이라 할 수 있다. 즉, 법률에 의한 간섭일 경우 어떠한 기관이 감시 등을 통하여 간섭을 하고 있는지 명확하게 제시하여 국가 책임을 지도록 하고 있다.

이 사안은 감독의 문제로 연결된다. 권위 있는 기관을 통하여 법에 의한 간섭이라 할지라도 별도로 감독이 필요하다는 것이다. 자유권규약 위원회는 *Al-Gertani v Bosnia and Herzegovina* 사건에서 감시 활동이 행정 및 사법 당국에 의해 공정하고 철저하게 고려되고 검토되었기 때문에 부분적으로 자유권규약 제17조를 준수했다고 판단했다.⁹²⁾ 마찬가지로 *Van Hulst v The Netherlands* 사건에서 자유권규약 위원회는 통신 감청이 판사의 서면 승인에 근거해야 한다고 규정되어 있기 때문에 해당 네덜란드 법이 자유권규약 제17조의 요건을 충족한다고 인정했다.⁹³⁾

2013년 UN 총회 결의 68/167 “디지털 시대의 프라이버시권”은 국가의 감시 또는 통신 감청 및 개인 데이터 수집에 대한 투명성과 책임성을 적절히 보장할 수 있는 기존의 독립적이고 효과적인 국내 감독 메커니즘을 구축하거나 유지할 것을 국가에 촉구했다.⁹⁴⁾ 2014년 유엔인권최고대표사무소(OHCHR)는 진정한 독립성과 공정성을 보장하기 위해 모든 정부 영역에서 다각적인 정부 감시 감독 프로그램의 필요성을 강조하고, 감시 관행에 대한 사법적 검토 메커니즘이 형식적이 되어서는 안 된다고 지적하였다.⁹⁵⁾

6. “자의적” 간섭

자유권규약 제17조 상 자의적의 의미를 어떻게 해석해야 할까? 특히, 디지털 시대에 이를 어떻게 해석해야 할지에 대해서 검토할 필요가 있다. 일반논평 제16호 제4 문단에서는 법에 의한 간섭이라 할지라도 자유권규약의 조항, 목표, 목적에 따라야 하고 특정 상황에 합리적이어야 한다고 규정하고 있다.⁹⁶⁾ 자유권규약 위원회는 테러

90) Human Rights Committee, *Van Hulst v. The Netherlands*, Communication No. 903/1999, U.N. Doc. CCPR/C/82/D/903/1999 (2004), para. 7.

91) General Comment 16, *supra* note 27, para. 6.

92) *Al-Gertani v. Bosnia & Herzegovina*, U.N. Human Rights Comm., Communication No. 1955/2010, U.N. Doc. CCPR/C/109/D/1955/2010 (2010), para. 5.7.

93) *Van Hulst v. The Netherlands*, Human Rights Comm., Communication No. 903/1999, U.N. Doc. CCPR/C/82/D/903/1999 (2004), para. 7.7.

94) UN General Assembly, The right to privacy in the digital age, resolution adopted by the General Assembly on 18 December 2013, A/RES/68/167, para. 4(d).

95) OHCHR, *The Right to Privacy in the Digital Age*, (2014), *supra* note 10, paras. 37-38..

리즘과 관련된 인권 사안에서 합리성이란 적법성(legitimacy), 필요성(necessity), 비례성(proportionality)이라 그 구체적인 요소를 제시한 바 있다.⁹⁷⁾ 이에 UN 총회는 2018년 디지털 시대 프라이버시권 결의 73/179의 제4문단에서 프라이버시권에 대한 간섭은 합법성(legality), 필요성(necessity), 비례성(proportionality)에 따라야 한다고 규정하였다.⁹⁸⁾ 이보다 1년 전 2017년 UN 인권이사회 디지털 시대 프라이버시권 결의 제2문단에서도 동일한 내용을 규정하였다.⁹⁹⁾ 2019년 UN 인권이사회 결의 제2문단도 이를 반복하고 있다.¹⁰⁰⁾

La Rue 특별보고자는 2013년 보고서에서 통신 감시 조치는 합법적인(legitimate) 목적을 달성하기 위해 해당 간섭이 필요하다는 점을 엄격하게 입증해야 하고, 비례성(proportionality)의 원칙을 준수해야 하며, 나아가 덜 침해적인 기술을 사용할 수 있거나 다른 대안이 있는 경우에 통신 감시를 해서는 안 된다고 그 기준을 제시하였다.¹⁰¹⁾ 유엔인권최고대표사무소(OHCHR)는 2014년 디지털 프라이버시권 보고서에서 유사한 조건을 설명하면서 프라이버시권에 대한 제한은 ‘정당한 목적’을 달성하기 위한 사안에서만 가능하며, 목적에 비례하고 가능한 한 가장 덜 침해적인 방법이어야 한다고 하였다. 또한, 권리 제한은 해당 목표를 달성할 가능성이 있는 제한이라 입증되어야 하고, 권리를 제한하려는 당국은 그 제한이 정당한 목적과 관련이 있음을 입증할 책임이 있다고 하였다. 나아가 프라이버시권에 대한 어떠한 제한도 그 권리의 본질을 무의미하게 만들어서는 안 되며, 차별 금지 등 다른 인권과 일관성을 유지해야 한다고 하였다.¹⁰²⁾ 요컨대, 정보통신기술의 사안에서도 프라이버시권의 문제는 적법성, 필요성, 비례성의 원칙이 적용된다고 할 수 있다.

7. 여타 인권규범 체계와의 관계

프라이버시권 문제는 개인의 사적 영역이라는 독자적인 사안이면서 동시에 다른 권리와 관계와 밀접한 관련성을 갖는 사안이다. 이에 대하여 앞에서 일반논평에서 관련 내용을 찾아보기 어렵다는 점을 지적하였다. 그러나 최근 국제사회는 이 관련성을 인식하여 그 중요성을 강조하는 방향으로 발전하고 있다. 대표적으로 UN 인권이사회는 2017년 “디지털 시대 프라이버시권” 결의 전문에서 이 부분을 지적하였다.¹⁰³⁾ UN 인권이사회 결의 전문을 정리하자면 다음과 같다.

96) General Comment 16, *supra* note 27, para. 4.

97) OHCHR, *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism*, *supra* note 41, paras. 14-19.

98) UN General Assembly, The right to privacy in the digital age, resolution adopted by the General Assembly 17 December 2018, A/RES/73/179, para. 4.

99) UN Human Rights Council, “The right to privacy in the digital age”, (2017), *supra* note 18, para. 2.

100) UN Human Rights Council, “The right to privacy in the digital age”, (2019), *supra* note 13, para. 2.

101) OHCHR, *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression* (2013) (by Frank La Rue), *supra* note 35, para. 83.

102) OHCHR, *The Right to Privacy in the Digital Age*, (2014), *supra* note 10, para. 23.

103) UN Human Rights Council, “The right to privacy in the digital age”, (2017), *supra*

(1) 프라이버시권은 다른 권리를 향유 할 수 있도록 하는 권리이다.¹⁰⁴⁾ 즉, 다른 권리의 기초가 되게 한다. 프라이버시권은 개인이 자유롭게 자신의 인격 및 정체성을 발전시킬 수 있게 하는 기초가 된다는 점을 제시하였다. 물론, 프라이버시가 보장되지 않는다면, 개인의 정치적, 경제적, 사회적, 문화적 생활에 대한 참여 능력을 갖기 어려운 것이 사실이다. 요컨대, 프라이버시권은 여타 권리의 기초가 된다는 측면에서 여타 권리와 관계를 맺고 있다.

(2) 프라이버시권 침해는 결과적으로 표현의 자유와 집회 및 결사의 자유 등을 침해할 수 있다.¹⁰⁵⁾ 즉, 프라이버시권을 침해함으로써 부가적으로 발생하는 상황으로 인하여 여타 권리에 침해가 발생할 수 있다.

(3) 특히, UN 인권이사회는 불법 혹은 자의적 감시나 정보 수집 등으로 표현의 자유와 집회 및 결사의 자유 사안이 발생한다면, 민주주의 사회의 교의(tenet)에 반할 수 있다는 점을 지적하였다.¹⁰⁶⁾ 즉, 민주주의의 기초를 흔드는 사안이 될 수 있다는 것이다.

(4) 한편, UN 인권이사회 결의 전문은 개인 정보를 프로파일링하기 위해 자동처리 기술을 적용하는 것은 경제적, 사회적, 문화적 권리를 포함한 인권의 향유에 영향을 미칠 수 있는 차별이나 결정으로 이어질 수 있다는 점에 우려를 표명하였다.¹⁰⁷⁾ 즉, 개인 정보를 수집, 보유, 분석 등을 하는 행위는 프라이버시권 뿐 아니라 경제적, 사회적, 문화적 권리에 영향을 줄 수 있다는 것이다. 그리고 이러한 침해의 파급효과는 사실 판단하기 어렵다. 자유주의의 기반을 훼손하는 사안이 될 것이라 추정할 수 있다.

(5) 나아가 UN 인권이사회는 디지털 시대에는 개인의 익명성이 중요하다고 하며 디지털 통신의 기밀 보호, 보안 유지 등이 프라이버시권, 표현의 자유, 집회 및 결사의 자유를 보장하는 데에 주요하다고 강조하였다.¹⁰⁸⁾ 즉, 디지털 시대에는 어느 정도의 비밀과 익명성을 보호하는 것이 기본이 되는 인권을 보호하는 것이 된다는 것이다.

IV. 디지털 시대에 정부와 사기업의 의무

정부와 사기업은 인권을 준수할 일반적인 의무를 진다. 그러나 디지털 시대에는 그 의무의 내용이나 형태가 구체적으로 어떻게 될까? 국제사회는 이에 대해서 구체적인 규범을 제시하고 있다. 여기서는 그 규범체계를 요약하여 제시하도록 하겠다.

note 18, preamble.

104) *Ibid.*

105) *Ibid.*

106) *Ibid.*

107) *Ibid.*

108) *Ibid.*

1. 정부 측의 의무

1) 일반적 의무: 정부의 프라이버시권에 대한 일반적 존중 및 보호 의무

2017년 UN 인권이사회 결의 제5문단(a)에서 국가 정부는 디지털 커뮤니케이션 맥락에서 프라이버시권을 존중하고 보호해야 한다고 규정하고 있다.¹⁰⁹⁾ 또한, 국가 정부는 프라이버시권 침해할 수 있는 환경을 조성해야 한다고 하며, 이에 국제인권법에 부합하는 국내법 입법도 포함되어야 한다고 규정하고 있다.¹¹⁰⁾ 이외에도 본 UN 인권이사회 결의에서 국가 정부의 프라이버시권 침해에 대한 감독 의무 등 일반적인 사안을 규정하고 있다.¹¹¹⁾ 2016년, 2018년, 2020년 UN 총회 결의에서 반복적으로 국가가 디지털 커뮤니케이션 상 프라이버시권을 존중하고 보호해야 한다고 규정하고 있다.¹¹²⁾ 또한, 2020년 UN 총회 75/176 결의에서는 통신 감시, 감청, 수집, 자동화 의사결정, 생체기술 등이 프라이버시권에 반하지 않을 수 있도록 정기적으로 검토해야 할 것을 정하고 있다.¹¹³⁾

2) 사기업에게 고객 개인 정보 요청 사안

정부가 사기업에 고객과 관련된 정보를 요청할 수 있을까? 앞에서 살펴보았지만, 법률에 의하며 자의적이지 않는 경우 가능하다. 그러나 디지털 시대에는 조금 더 세밀하게 살펴볼 부분이 있다. 특히, 과학기술의 발전으로 애매한 부분이 없지 않다. 따라서 유엔인권최고대표사무소(OHCHR)의 보고서는 국가들이 디지털 감시를 수행하고 촉진하기 위해 민간 부문에 의존도가 증가하고 있다고 하며, 정부는 공식적인 법적 메커니즘뿐 아니라 은밀한 방법을 사용하여 사적 정보와 메타데이터에 대한 접근 권한을 확보하고 있다고 지적하였다.¹¹⁴⁾ 최근에는 상황이 바뀌어 통신 서비스 제공이 공공에서 민간 부문으로 이동하고 있다. 이에 따라 자율규제 또는 협력을 가장한 감시가 이루어지는 경우도 있다. 정부가 주도하여 기업이 네트워크를 통해 도청할 수 있는 상태로 만들도록 하는 법적 요건을 제정하는 경우도 있고, 광범위한 감시 조치를 용이하게 하는 환경을 조성하기도 한다.¹¹⁵⁾ 물론, 국가가 정보통신기술 기업에 해당 기업의 고객의 데이터를 요구하는 데에는 정당한 이유가 있을 수 있다. 그러나 기업이 국제법상 프라이버시권에 위배되는 요청에 따라 국가에 데이터 또는 사용자 정보를 제공하는 경우, 기업이 적절한 안전장치를 마련하지 않은 상황에서 국가에 대량 감시 기술이나 장비를 제공하는 경우, 해당 정보가 인권을 침해하는 방식으로 사용되는 경우 해당 기업이 인권 침해에 연루될 위험이 있다는 점이 있다.¹¹⁶⁾

109) UN Human Rights Council, “The right to privacy in the digital age”, (2017), *supra* note 18, para. 5(a).

110) *Ibid.*, para. 5(b).

111) *Ibid.*

112) UN General Assembly, The right to privacy in the digital age, resolution adopted by the General Assembly on 16 December 2020, A/RES/75/176, para. 7(a).

113) *Ibid.*, para. 7(c)

114) OHCHR, *The Right to Privacy in the Digital Age*, (2014), *supra* note 10, para. 23. para. 42.

115) *Ibid.*

3) 사기업에게 자의적이거나 불법적인 방식으로 프라이버시 간섭 불가

2016년 UN 총회는 71/199 결의에서 정부와 사기업 간에 ‘고객 정보’와 관련된 사안을 규율하기 위하여 결의하였다.¹¹⁷⁾ 2016년 UN 총회는 71/199 결의 제5문단(i)에서 정부는 사기업에게 자의적이거나 불법적인 방식으로 프라이버시에 대한 권리를 간섭하는 조치를 취하도록 요구하지 않아야 한다고 규정하였다.¹¹⁸⁾ 이 규정은 2018년 UN 총회는 73/179 결의 제6문단(l)에서 반복된다.¹¹⁹⁾ 2016년 UN 총회는 71/199 결의 제5문단(j)에서 국가 당국이 개인 데이터 및 정보 액세스에 대한 요청을 하는 경우 사기업이 적절하게 자발적으로 투명성에 기반한 조치를 채택할 수 있게 하도록 적절한 조치를 취해야 한다고 규정하였다.¹²⁰⁾ 이 또한 2018년 UN 총회는 73/179 결의 제6문단(m)에서 반복된다.¹²¹⁾ 2020년 UN 총회 75/176 결의 제7문단(m)에서도 같은 취지의 규정 문구가 반복된다.¹²²⁾

유엔인권최고대표사무소의 보고서도 유사한 견해를 제시하였다. 정부가 정보통신 기술 기업에게 고객의 데이터를 요구하는 경우 해당 기업은 국제인권법의 기준에 따라 이에 응하여야 하고, 데이터를 요구한 정부에게 그 요청 내용에 대해서 그 요청이 맞는지 다시 확인하고, 필요하다면 법원 명령을 요구해야 한다는 취지로 대응 방안을 제시하였다.¹²³⁾

4) 사기업에게 인권 준수 지침 제공

2018년 UN 총회는 73/179 결의 제6문단(j)에서 사기업에게 인권을 준수할 수 있게 효과적인 지침을 제공할 것을 규정하였다.¹²⁴⁾ 또한 본 결의 제6문단(n)에서는 개인이 자유로운 상황에서 명시적이며 정보를 제공받은 조건을 충족하여 행한 동의 없이 개인 데이터를 처리, 사용, 판매, 다중 재판매 또는 기타 기업의 공유로 인한 피해를 다루는 법률, 예방조치 및 구제책의 개발 또는 유지를 고려할 수 있다고 규정하였다.¹²⁵⁾

116) *Ibid.*, para. 43.

117) UN General Assembly, The right to privacy in the digital age, resolution adopted by the General Assembly on 19 December 2016, A/RES/71/199.

118) *Ibid.*, para. 5(i).

119) UN General Assembly, The right to privacy in the digital age (2018), *supra* note 98, para. 6(l).

120) UN General Assembly, The right to privacy in the digital age (2016), *supra* note 117, para. 5(j).

121) UN General Assembly, The right to privacy in the digital age (2018), *supra* note 98, para. 6(m).

122) UN General Assembly, The right to privacy in the digital age (2020), *supra* note 112, para. 7(m).

123) OHCHR, *The Right to Privacy in the Digital Age*, (2014), *supra* note 10, para. 45.

124) UN General Assembly, The right to privacy in the digital age (2018), *supra* note 98, para. 6(j).

125) *Ibid.*, para. 6(n).

5) 프라이버시권 침해 시 배상

2016년, 2018년, 2020년 UN 총회 결의 등에서 불법적이거나 자의적인 감시에 의해 프라이버시권을 침해당한 개인에게 국제인권 의무에 부합하는 효과적인 구제 수단을 제공해야 한다고 규정하고 있다.¹²⁶⁾

6) 개인이 프라이버시를 보호할 수 있게 교육

2019년 UN 인권이사회 결의 제6문단(i)는 개인이 프라이버시를 보호할 수 있게 양질의 교육과 평생교육 기회를 제공하여야 하고, 이에선 디지털 리터러시와 기술교육이 포함되어야 한다고 제시하였다.¹²⁷⁾

7) 디지털 또는 생체인식 신원확인 프로그램의 안전장치 제공

2019년 UN 인권이사회 결의 제6문단(m)은 국가 정부가 디지털 또는 생체인식 신원확인 프로그램이 적절한 법적 및 기술적 안전장치에 따라 제공되어야 하고 국제인권법을 완전히 준수하여 설계, 구현 및 운영되도록 적절한 조치를 취하여야 한다고 규정하고 있다.¹²⁸⁾

2. 사기업 측의 의무: 인권 준수 등

1) 사기업의 일반적 인권 준수 의무

2016년 UN 총회는 71/199 결의 제6문단(a)는 기업은 기본적으로 2011년 유엔인권이사회(Human Rights Council)가 승인한 “기업과 인권에 관한 원칙”(The Guiding Principles on Business and Human rights)을 준수해야 한다는 점을 지적하였다.¹²⁹⁾ 이 또한 2018년 UN 총회 73/179 결의 제7문단(a)와 2020년 UN 총회 75/176 결의 제8문단(a)에서 반복된다.¹³⁰⁾ 한편, 2020년 UN 총회 75/176 결의 제8문단(d)에서는 자동화된 의사결정 및 머신러닝 기술의 설계, 운영, 평가 및 규제에 프라이버시권과 기타 국제인권권에 대한 존중이 통합되도록 하고, 이러한 기술이 야기하거나 야기할 수 있는 인권 침해에 대한 보상을 규정하고 있다.¹³¹⁾ 2017년 UN 인권이사회 역시 유사

126) UN General Assembly, The right to privacy in the digital age (2020), *supra* note 112, para. 7(e).

127) UN Human Rights Council, “The right to privacy in the digital age”, (2019), *supra* note 13, para. 6(i).

128) *Ibid.*, para. 6(m).

129) UN General Assembly, The right to privacy in the digital age (2016), *supra* note 117, para. 6(a).

130) UN General Assembly, The right to privacy in the digital age (2018), *supra* note 98, para. 7(a); U.N. General Assembly, The right to privacy in the digital age (2020), *supra* note 81, para. 8(a).

131) UN General Assembly, The right to privacy in the digital age (2020), *supra* note 112, para. 8(d).

한 내용의 사기업의 일반적 인권 준수 의무를 규정하고 있다.¹³²⁾ 2019년 UN 인권이사회는 별도로 자동화된 의사결정 및 머신러닝 기술의 설계, 운영, 평가 및 규제에 프라이버시권과 여타 인권규범이 존중이 통합될 것을 규정하고 있다.¹³³⁾

2) 투명성 정책

2016년 UN 총회는 71/199 결의는 고객들에게 프라이버시권에 영향을 미칠 수 있는 데이터의 수집, 사용, 공유 및 보유에 대해 알리고 적절한 경우 투명성 정책을 수립해야 한다고 규정하고 있다.¹³⁴⁾ 이 또한 2018년 UN 총회는 73/179 결의 제7문단(b)와 2020년 UN 총회 75/176 결의 제8문단(b)에서 반복된다.¹³⁵⁾ 2019년 UN 인권이사회 디지털 시대 프라이버시권 결의 제8문단(b)도 동일한 내용을 담고 있다.¹³⁶⁾

3) 개인이 자신의 정보 액세스 및 수정 등

2020년 UN 총회 75/176 결의 제8문단(e)에서는 개인이 자신의 개인 데이터에 액세스할 수 있도록 보장하고, 특히 데이터가 부정확한 경우 또는 데이터가 불법적으로 입수된 경우 데이터에 대한 수정, 정정, 업데이트, 삭제 및 동의 철회 가능성에 대한 적절한 조치를 취해야 한다고 규정하고 있다.¹³⁷⁾ 2019년 UN 인권이사회 디지털 시대 프라이버시권 결의 제8문단(d)도 동일한 내용을 담고 있다.¹³⁸⁾

4) 비밀 및 익명성 보장

2017년 UN 인권이사회 디지털 시대 프라이버시권 결의 제9문단은 사기업이 디지털 커뮤니케이션을 제공할 때 개인의 익명성을 포함하여 비밀을 보장할 수 있게 기술적인 솔루션을 제공해야 할 것을 규정하고, 그러한 솔루션에 국가가 간섭하지 말아야 할 것을 규정하였다.¹³⁹⁾ 이와 같은 내용은 2019년 UN 인권이사회 결의에서도 동일하게 등장한다.¹⁴⁰⁾

132) UN Human Rights Council, “The right to privacy in the digital age”, (2017), *supra* note 18, para. 9.

133) UN Human Rights Council, “The right to privacy in the digital age”, (2019), *supra* note 13, para. 8(e).

134) UN General Assembly, The right to privacy in the digital age (2016), *supra* note 117, para. 6(b).

135) UN General Assembly, The right to privacy in the digital age (2018), *supra* note 98, para. 7(b); U.N. General Assembly, The right to privacy in the digital age (2020), *supra* note 81, para. 8(b).

136) UN Human Rights Council, “The right to privacy in the digital age”, (2019), *supra* note 13, para. 8(b).

137) UN General Assembly, The right to privacy in the digital age (2020), *supra* note 112, para. 8(e).

138) UN Human Rights Council, “The right to privacy in the digital age”, (2019), *supra* note 13, para. 8(d).

139) UN Human Rights Council, “The right to privacy in the digital age”, (2017), *supra* note 18, para. 9.

140) UN Human Rights Council, “The right to privacy in the digital age”, (2019), *supra*

V. 결론

국제사회는 2013년 이후 디지털 시대에 정부와 사기업이 과거에는 고려되지 않았던 다양한 형태로 프라이버시권을 침해할 수 있다는 사실을 자각하게 되었고 이에 대한 규범해석을 확대하여 발전시켜 왔다. 이에 대한 동향 검토와 분석이 필요하기에, 본 연구는 디지털 시대 프라이버시권에 대한 국제규범 발전 동향을 파악하여 그 주요 쟁점을 분석하는 것을 목적으로 하였다.

사실 1966년 체결된 자유권규약 제17조의 규범체계는 그 한계를 가지고 있다. 먼저, 1988년 제시된 일반논평 제16호는 표현의 자유 등 여타 규범체계와의 관계 설정이 제시되어 있지 않다. 더 연구가 필요하겠지만, 단순히 표현의 자유와 같은 자유권의 영역뿐 아니라 보건의료와 같은 사회권의 영역 사안도 유기적으로 고려되어야 할 것이다. 특히, 디지털 시대에는 보건의료의 경우 생체정보가 포함된 사안이 더 중요시될 것이라 예측해 볼 수 있다. 자유권규약 제17조의 문언에서 사용된 용어의 제한성 문제도 있다. 본 조항에서 “주거”(home)이라 했을 때, 사이버 공간도 이에 해당될까? 본 조항의 “통신”(correspondence)에 이메일, SNS 메시지 등도 포함될까? 나아가 간접적인 정보라 할 수 있는 메타데이터도 이에 포섭될 수 있을까? 본 조항에서 “간섭”이라 했을 때 일반적으로 수집하는 정보, 예를 들어서 공공장소에서 정부가 감시하는 행위도 이에 포함될까? 이와 같은 사안들은 기본적으로 자유권규약 제17조 규범체계에 대한 도전이 될 수 있다.

이에 따라 최근 국제사회는 디지털 시대의 프라이버시권 규범체계를 확대하여 해석하고 있다. (1) 먼저, 국제사회는 오프라인에서 인정되는 인권은 온라인에서도 인정되는 방향으로 규범을 발전시키고 있다. 2012년 인터넷에서의 인권 관련 UN 인권이사회 결의에서 이와 같은 내용이 등장하였는데, 2013년 이후에는 다수의 UN 총회 결의와 UN 인권이사회 결의에서 이 내용을 확인할 수 있다. 이 규칙이 법리적으로 함의하는 바가 크기 때문에 추후 더 연구될 부분이 있지만, 본 결의 등의 맥락은 프라이버시권이였다. (2) 국제사회에서는 사생활의 범위도 확대 해석되고 있다. 자유권규약 위원회는 공공장소 및 공개적으로 이용 가능한 정보까지도 사생활의 범위에 들어간다고 해석하고 있다. 유럽인권재판소는 사생활의 범위를 확대하여 공공 정보라도 정부가 이를 체계적으로 수집하여 저장하고 관리하는 경우 프라이버시의 보호법익에 포섭될 수 있다고 판시하였다. (3) 자유권규약 제17조 상 “주거”의 개념에 대하여 UN 총회는 오프라인에서 누리는 권리를 동일하게 온라인에서 누릴 수 있다고 하여 프라이버시권의 범위를 확대하였다. 유럽인권재판소는 유럽인권협약 제8조에서 규정하고 있는 “주거”의 범위에 회사 서버에 저장된 데이터도 포함된다고 보았고, 미주인권재판소는 개인의 사적 삶이 자유롭게 진화할 수 있는 공간이라고 보았다. (4) 자유권규약 제17조의 “통신”의 범위도 확대하여 해석되고 있다. UN 총회는 이메일이나 SNS와 같은 디지털 커뮤니케이션도 프라이버시권의 보호 대상이라 보았다. 국제사회는 뻐뻐, 전화통신, 인터넷, 이메일 등도 전부 “통신”에 해당된다고 해석하고 있다. 나아가 간접 정보라 할 수 있는 메타데이터도 통신의 범위에 해당된다고 보고 있다. (5) 자유권규약 제17조 상 “간섭”은 법률에 의해서만 허용되는데, 공개적으로

note 13, para. 9.

알려진 법률에 의하여 예측 가능해야 한다. 또한, 그 법률은 구체적이고 명시적이어야 한다. 나아가 법률에 의하여 허용되는 간섭은 별도의 기관에 의하여 감독되어야 한다. (6) 자유권규약 제17조 상 “자의적”인 간섭이 되지 않기 위해서는 적법성, 필요성, 비례성의 원칙에 따라야 한다. (7) 한편, 프라이버시권은 여타 다른 인권과 관련을 맺고 있다는 점도 지적되고 있다. 2017년 UN 인권이사회 결의에서는 프라이버시권이 다른 권리 향유의 기초가 될 수 있다는 점이 제시되었다. 또한, 프라이버시권 침해가 표현의 자유와 집회 및 결사의 자유를 결과적으로 침해할 수 있다는 점도 지적되었다. 나아가 프라이버시권 침해는 민주주의 기초를 훼손하는 일이 될 수 있다는 점도 제시되었다.

나아가 국제사회는 디지털 시대에 정부와 사기업의 의무를 더 구체화하고 있다. 먼저, 정부는 프라이버시권에 대한 일반적인 존중 및 보호 의무가 있고, 이를 우회하는 방법을 취할 수 없다. 특히, 정부는 사기업에게 고객과 관련된 정보를 프라이버시권에 반하는 형태로 요청할 수 없다는 점을 명시하고 있다. 정부는 사기업에게 인권 준수 지침을 제공하여야 하고, 프라이버시권 침해 시 배상해야 한다고 밝히고 있다. 나아가 정부는 개인이 프라이버시를 보호할 수 있게 교육할 의무가 있고, 디지털 또는 생체인식 신원확인 프로그램이 적절한 법적 및 기술적 안전장치에 부합하며 국제인권법을 완전히 준수해야 한다는 점을 규정하였다.

한편, 사기업도 국제사회에서 인권 준수에 대한 일반적 의무가 있다는 점이 반복적으로 제시되고 있고, 고객들에게 그 개인정보가 활용되는 사안에 대해서 투명해야 하며, 개인이 자신의 정보에 액세스할 수 있고 필요에 따라 수정할 수 있어야 한다는 점도 제시하고 있다. 나아가 사기업이 디지털 커뮤니케이션 제공에 있어서 익명성을 포함하여 비밀을 보장받을 수 있는 기술적 솔루션을 제공해야 할 것을 제시하고 있다.

국제사회의 동향은 개인의 사생활이라 할 수 있는 영역이 계속해서 확대되어 보호받는 추세라는 점을 지적하였다. 사적 영역이라 할지라도 법에 의한 간섭은 허용되기에 사생활이 무제한적으로 인정되는 것은 아니다. 문제는 디지털 시대에 어디까지 사적영역으로 보호받을 것인지 그 원칙과 기준이 명확하다고 보기 어려운 부분이 있고 더 연구가 필요하다. 2021년 이후 UN 인권이사회에서 신생 디지털 기술과 인권 관련 결의안들이 채택되고 있는데, 새로운 디지털 기술이 급속도로 발전하고 있는 현실에서 프라이버시권을 포함하여 인권의 다양한 측면에 위협이 될 수 있는 것이 현실이다.¹⁴¹⁾ 따라서 이에 대해서 별도로 더 연구가 필요하다. 디지털 시대에 사적 영역을 어디까지 인정할 수 있을지 본질적인 고찰이 필요한 시점이라고 할 수 있겠다. 나아가 신기술이 인권에 어떠한 영향을 줄지 인권의 여러 분야를 다각도에서 검토해야 할 것이다.

141) Human Rights Council, “New and emerging digital technologies and human rights”, Resolution adopted by the Human Rights Council on 13 July 2021, A/HRC/RES/47/23; Human Rights Council, “New and emerging digital technologies and human rights”, revised draft resolution adopted by the Human Rights Council on 12 July 2023, A/HRC/53/L.27/Rev.1.

[참고문헌]

- Additional Protocol to the Convention on Cybercrime, concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems, Strasbourg, 28.I.2003, Council of Europe.
- Al-Gertani v. Bosnia & Herzegovina, U.N. Human Rights Comm., Communication No. 1955/2010, U.N. Doc. CCPR/C/109/D/1955/2010 (2010).
- Bauman, Zygmunt. Didier Bigo, Paulo Esteves, Elspeth Guild, Vivienne Jabri, David Lyon, R. B. J. Walker, “After Snowden: Rethinking the Impact of Surveillance”, *International Political Sociology*, Vol. 8, Iss. 2 (2014).
- Bensaid v UK, European Court of Human Rights, App No. 44599/98, Eur. Ct. H.R., (2001).
- Bernh Larsen Holding AS and Ors. v. Norway, European Court of Human Rights, App. No. 24117/08, (2013).
- Botta v Italy, European Court of Human Rights, Appl. No 21439/93, (1994).
- Convention on Cybercrime, European Treaty Series - No. 185, Budapest, 23.XI.2001, Council of Europe.
- Copland v UK, European Court of Human Rights, App. No. 62617/00, Judgment, (Apr. 3, 2007).
- Council of Europe, European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols Nos. 11 and 14, 4 November 1950, ETS 5.
- Digital Rights Ireland, Ltd. v. Minister for Communications, Marine and Natural Resources, The European Court of Justice, Case C-293/12 & C-594/12 (2014).
- Goold, Benjamin J. “Privacy, Identity, and Security”, in *Security and Human Rights* (Oxford: Hart Publishing, 2007).
- Halford v UK, European Court of Human Rights, App. No. 20605/92, (1997).
- Hearing before the European Parliament, LIBE Committee Inquiry on Electronic Mass Surveillance of EU Citizens, 4 (Oct. 14, 2013), Available at <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201310/20131017ATT72929/20131017ATT72929EN.pdf> (Accessed: May 30, 2023).
- Isaak, Jim. and Mina J. Hanna, “User data privacy: Facebook, Cambridge Analytica, and privacy protection”, *Computer*, Vol. 51. No. 8 (2018).
- Ituango Massacres v Colombia, Inter-American Court of Human Rights, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, (ser. C) No. 148, (2006).
- Kopp v Switzerland, European Court of Human Rights, App. No. 13/1997/797/1000, Judgment, (1998).
- Leander v Sweden, European Court of Human Rights, App No. 9248/81, Judgment, (1987).

- Malone v UK, European Court of Human Rights, App. No. 8691/79, Judgment, (1984).
- Maximilan Schrems v Data Protection Commissioner, Court of Justice of the European Union, C-362/14, (2015).
- MK v France, European Court of Human Rights, Appl. No 19522/09, (2013).
- OHCHR, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, OHCHR, U.N. Doc. A/HRC/13/37 (Dec. 28, 2009) (Martin Scheinin).
- OHCHR, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression at 4-7, OHCHR, U.N. Doc. A/HRC/23/40 (April 17, 2013) (by Frank La Rue).
- OHCHR, The Right to Privacy in the Digital Age: Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, OHCHR, U.N. Doc. A/HRC/27/37 (June 30, 2014).
- OHCHR, The Right to Privacy in the Digital Age: Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, OHCHR, U.N. Doc. A/HRC/39/29 (August 3, 2018).
- Rotaru v Romania, European Court of Human Rights, App No. 28341/95, (2000).
- S. and Marper v UK, European Court of Human Rights, App. Nos. 30542/04 and 30566/04, (2008).
- Second Additional Protocol to the Convention on Cybercrime on enhanced cooperation and disclosure of electronic evidence, Council of Europe Treaty Series - No. 224, Strasbourg, 12.V.2022, Council of Europe.
- Shimovolos v Russia, European Court of Human Rights, App. No. 3019409/09, Judgment, (2011).
- Taylor-Sabori v UK, European Court of Human Rights, App. No. 47114/99, Judgment, (October 22, 2002).
- UN General Assembly, The right to privacy in the digital age, resolution adopted by the General Assembly on 18 December 2013, A/RES/68/167.
- UN General Assembly, The right to privacy in the digital age, resolution adopted by the General Assembly on 19 December 2016, A/RES/71/199.
- UN General Assembly, The right to privacy in the digital age, resolution adopted by the General Assembly 17 December 2018, A/RES/73/179.
- UN General Assembly, The right to privacy in the digital age, resolution adopted by the General Assembly on 16 December 2020, A/RES/75/176.
- UN General Assembly, Countering the use of information and communications technologies for criminal purposes, resolution adopted by the General Assembly on 26 May 2021, A/RES/75/282.
- UN Human Rights Commission, General Comment No 16 Article 17 (Right to Privacy), The Right to Respect of Privacy, Family Home and Correspondence and Protection of Honour and Reputation, (8 April 1988),

- UN Doc. HRI/GEN/Rev9.
- UN Human Rights Committee, General Comment 16, (Twenty-third session, 1988), Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 21 (1994).
- UN Human Rights Committee, Van Hulst v. The Netherlands, Communication No. 903/1999, U.N. Doc. CCPR/C/82/D/903/1999 (2004).
- UN Human Rights Committee, Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 40 of the Covenant, Concluding Observations, Iran, U.N. Doc. CCPR/C/IRN/CO/3 (2011).
- UN Human Rights Committee, Consideration of Reports Submitted by States Parties Under Article 40 of the Covenant, Concluding Observations, Bulgaria, U.N. Doc. CCPR/C/BGR/CO/3 (2011).
- UN Human Rights Committee, Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 40 of the Covenant, Concluding Observations, United States of America, U.N. Doc. CCPR/C/USA/CO/4 (2014).
- UN Human Rights Committee, Concluding observations on the seventh periodic report of Colombia, U.N. Doc. CCPR/C/COL/CO/7 (2016)
- UN Human Rights Committee, Concluding Observations on the third periodic report of Kuwait, CCPR/C/KWT/CO/3 (2016).
- UN Human Rights Council, “The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet”, resolution adopted by the Human Rights Council (2012), A/HRC/RES/20/8.
- UN Human Rights Council, Report by the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression, (2013), UN Doc., A/HRC/23/40.
- UN Human Rights Council, “The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet”, resolution adopted by the Human Rights Council (2014), A/HRC/RES/26/13.
- UN Human Rights Council, “The right to privacy in the digital age”, resolution adopted by the Human Rights Council (1 April 2015), A/HRC/RES/28/16.
- UN Human Rights Council, “The right to privacy in the digital age”, resolution adopted by the Human Rights Council on 23 March 2017 (2017), A/HRC/RES/34/7.
- UN Human Rights Council, “The right to privacy in the digital age”, resolution adopted by the Human Rights Council on 26 September 2019 (2019), A/HRC/RES/42/15.
- UN Human Rights Council, “Possible impacts, opportunities and challenges of new and emerging digital technologies with regard to the promotion and protection of human rights”, Report of the Human Rights Council Advisory Committee, Human Rights Council, Forty-seventh session (19

- May 2021), A/HRC/47/52.
- UN Human Rights Council, “New and emerging digital technologies and human rights”, Resolution adopted by the Human Rights Council on 13 July 2021, A/HRC/RES/47/23; Human Rights Council, “New and emerging digital technologies and human rights”, revised draft resolution adopted by the Human Rights Council on 12 July 2023, A/HRC/53/L.27/Rev.1.
- Universal Declaration of Human Rights, (10 December 1948), GA/Res/217A; Article 17 of the International Covenant on Civil and Political Rights, (23 March 1976), 999 UNTS 171.
- Uzun v. Germany, European Court of Human Rights, App. No. 35623/05, Judgment, (2010).
- Van Hulst v. The Netherlands, Human Rights Comm., Communication No. 903/1999, U.N. Doc. CCPR/C/82/D/903/1999 (2004).
- Weber and Saravia v. Germany, European Court of Human Rights, App. No. 54934/00, (2006).
- Yilma, Kinife. Privacy and the Role of International Law in the Digital Age (Oxford University Press, 2023).

[Abstract]

Reflections on Key Issues in the Right to Privacy in the Digital Age

Oh, Si Jin*

This study aims to identify the development of international norms on the right to privacy in the digital age and analyze its main issues. Article 17 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), a human rights convention established in 1966, proves insufficient in anticipating the recent transformations and complexities brought about by the digital age. General Comment No. 16, the interpretive document of this treaty, was adopted in 1988 and could not foresee the technological advancements of today. However, the Snowden revelations in 2013 and the Facebook scandal in 2018 revealed that personal data was collected without consent and used for political campaigning. Since 2013, the international community and the United Nations have been discussing and adopting various resolutions on the right to privacy. In addition, various new legal issues are emerging, such as: does “home” in Article 17 of the ICCPR include cyberspace? Does “correspondence” in this article include social media messages and metadata? This study aims to scrutinize the existing normative framework of the right to privacy, highlighting its limitations in the digital age. Specifically, it will question the adequacy of the privacy provisions in Article 17 of the ICCPR in addressing the myriad issues arising in this era. However, it is time to consider the extent to which the private sphere can be recognized in the digital age.

Key Words: international human rights, international human rights law, right to privacy, privacy, digital

* Associate Professor Kangwon National University

상표의 혼동가능성에 관련된 판례에 대한 고찰: 유럽연합 사법재판소의 최근 주요 판결을 중심으로*

김진엽**

논문요지

상표의 본연의 기능은 특정 주체가 제공하는 제품 또는 서비스의 상업적 출처를 제공함으로써 해당 제품 또는 서비스의 사업자를 보호하고 이와 함께 소비자들이 안심하고 해당 제품 또는 서비스를 구매하게 하고자 함이다. 그러나, 상표간의 혼동가능성이 발생할 경우 특정 상표를 소유하고 있는 상표권자는 이로 인해 자신의 사업에 손해를 볼 수 있으며 소비자들 역시 자신이 구매하려고 하지 않았던 제품 또는 서비스를 구매하는 경우가 발생할 수 있다. 이에 따라, 유럽연합에서는 상표의 혼동가능성에 대해 규정하고 있으며 이에 관련하여 다수의 판결에서 심의한 바 있다. 이에 따라 본 논문에서는 상표의 혼동가능성에 관한 유럽연합에서의 논의동향에 대해 간략히 살펴본 뒤, 유럽연합 사법재판소의 혼동가능성에 관한 최근 주요 3개 판결에 대해 분석을 진행하였다. 즉, 관련 사건들에서 동 재판소가 다루었던 주요 쟁점들에는 무엇이 있는지 및 재판소가 어떤 입장을 견지하였는지에 대해 분석을 진행하고 이를 토대로, 해당 판결들이 어떤 점을 시사하고 있는지에 대해 논의를 진행하였다.

검색용 주제어: 유럽연합 지식재산청, 상표, 혼동가능성, Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union trade mark

· 논문접수: 2023. 12. 17. · 심사개시: 2024. 01. 11. · 게재확정: 2024. 01. 25.

I. 서론

상표(trademark)란 특정 주체 특히, 기업의 제품 또는 서비스를 타 기업 또는 주

* 본 논문은 한국지식재산보호원의 『2023년 국제 지재권 분쟁 대응기반 구축 위탁사업』의 일환으로 업로드 된 『IP Insight 지재권 판례 심층분석』 중 저자가 작성한 일부를 기반으로 수정 및 보완한 것임을 밝힙니다.

** 법학박사(PhD in Law), 한국지식재산보호원 전문위원, kjy3751@hanmail.net.

체의 제품 또는 서비스와 구별하여 해당 제품 또는 서비스의 상업적 기원 (commercial origin)을 알려주는 역할을 하는 일종의 상징(symbol)을 의미한다.¹⁾ 이와 같은 기능을 하는 상표는 주로 단어, 기호 또는 그림으로 이루어지며 또는 이들 간의 결합으로 구성될 수 있다.²⁾ 상표의 이러한 기능 때문에 많은 기업들에게 있어 상표는 매우 중요한 역할을 하는데 이는 특히, 고객들이 특정 기업의 상표를 근거로 해당 기업의 제품 또는 서비스를 구매하기 때문이다.

따라서, 만약 특정 상표가 자신의 기능을 수행하지 못하게 될 경우 특히, 다른 기업의 상표와 유사 및 동일하게 소비자들에게 간주되어 이를 혼동하게 될 경우 이는 해당 상표를 소유하고 있는 기업에 손해를 발생시킬 수 있다. 이와 같은, 상표의 혼동가능성(likelihood of confusion)은 상표의 보호 및 기능수행이라는 측면에 있어 상표법에서 중요한 쟁점으로 간주되어 왔다.

본 논문에서는 이러한 상표의 혼동가능성에 관한 주요 판례에 대해 알아보고 이에 관한 시사점에 대해 논의해 보고자 한다. 특히, 유럽연합에서 상표의 혼동가능성에 관련하여 최근에 다수의 판결이 나왔다는 점을 감안하여 본 논문에서는 유럽연합 내에서의 상표의 혼동가능성에 관련된 유럽연합 사법재판소의 최근 판결 중 일부 주요 판결에 대해 중점적으로 다루어 보도록 하겠다.

이에 따라, 우선 본 논문에서는 상표의 혼동가능성에 관한 유럽연합 및 기타 국가들에서의 논의동향에 대해 간략히 살펴본 뒤, 유럽연합 사법재판소의 혼동가능성에 관한 최근 주요 3개 판결에 대해 분석을 진행하도록 하겠다. 즉, 관련 사건들에서 동 재판소가 다루었던 주요 쟁점들에는 무엇이 있는지 및 재판소가 어떤 입장을 견지하였는지에 대해 분석을 진행하고 이를 토대로, 해당 판결들이 어떤 점을 시사하고 있는지에 대해 논의를 진행해 보도록 하겠다.

II. 유럽연합 상표법에 대한 개관 및 상표의 혼동가능성에 관한 유럽연합 및 기타 국가들에서의 논의동향

유럽연합 내에서 상표에 관련된 법규정을 규율하는 유럽연합 상표법은 크게 유럽연합 상표규정(European Union Trade Mark Regulation) 및 상표지침(Trade Mark Directive)으로 구성되며 해당 규정 및 지침을 이행하기 위한 기관으로 유럽연합 지식재산청 (European Union Intellectual Property Office)이 설립되어 있다.³⁾

유럽연합 상표권은 그 명칭에서 알 수 있듯이 일부 회원국이 아닌 유럽연합 전체에서 효력을 발생시키는 권리이며, 이에 따라 지식재산권의 주요 특징인 속지주의

1) European Commission, Trade mark protection in the EU, what are trade marks? https://single-market-economy.ec.europa.eu/industry/strategy/intellectual-property/trade-mark-protection-eu_en

2) Ibid.

3) Annette Kur et al, *European Intellectual Property Law: Text, Cases, and Materials* (Edward Elgar, 2019), p.184. (참고로, 기존에 설립되었던 Office for Harmonization in the Internal Market 즉, OHIM은 1994년에 상기 언급한 유럽연합 지식재산청으로 대체되었다. 이에 대해서는 EUIPO - 25 years protecting innovation <https://euipeuropa.eu/ohportal/en/our-history/#?text=The%20EUIPO%20has%20become%20the%20known%20as%20the%20Masticht%20Treaty>. 을 참고할 것.)

(territoriality)의 원칙에 반하는 것이 그 주요 특징이라고 할 수 있다.⁴⁾ 유럽연합 상표권의 이와 같은 단일성 또는 통합성은 상기 언급한 유럽연합 상표규정 제1조2항에서 언급하고 있으며 해당 조항에서는 유럽연합 상표의 단일성은 해당 규정에서 달리 규정되지 않는 한 적용되어야 한다고 규정하고 있다.⁵⁾

유럽연합 상표로써 보호받기 위해 유럽연합 상표규정 제4조에서는 특정 표장(sign)이 한 주체(undertaking)의 제품 또는 서비스를 다른 주체의 제품 또는 서비스와 구별할 수 있어야 하며, 상표권의 보호대상이 명백히 관련 당국과 대중에 의해 결정될 수 있도록 해당 표장이 유럽연합 등록부에 표시되어야 한다고 규정하고 있다.⁶⁾

본 논문에서 중점적으로 다루어 질 유럽연합 상표의 “혼동가능성”에 대해서는 유럽연합 상표규정 제8조에 규정되어 있는데, 해당 조항에서는 상표의 등록거절사유 중 상대적 거절사유(Relative grounds for refusal)에 대해 언급하고 있다. 특히, 해당 조항의 제1항에서는 선행상표의 소유자가 이의를 제기할 경우 계쟁상표는 해당 계쟁상표와 선행상표 사이에 또는 해당 상표들에 의해 보호받는 제품 또는 서비스 사이에 혼동가능성이 존재할 경우 해당 계쟁상표가 등록되어서는 안 된다고 규정하고 있다.⁷⁾ 유럽연합 상표규정에서 이처럼 혼동가능성에 대해 규정을 하고 있는 이유는 혼동가능성이 발생할 경우 상기 언급한 상표의 고유기능인 특정 제품 또는 서비스의 상업적 기원을 알려주는 역할에 방해가 발생하기 때문이다. 혼동가능성에 대해 상기 언급한 유럽연합 상표규정에서는 특별한 정의를 언급하고 있지 않으나, 판례에 따르면 대중이 선행상표와 계쟁상표를 혼동할 때 그리고, 해당 상표들간에 연관성을 성립시켜 관련 제품 또는 서비스들이 동일한 또는 경제적으로 연계되어 있는 주체로부터

4) Ibid, p.185.

5) European Union Trademark Regulation, article 1(2).

2. An EU trade mark shall have a unitary character. It shall have equal effect throughout the Union: it shall not be registered, transferred or surrendered or be the subject of a decision revoking the rights of the proprietor or declaring it invalid, nor shall its use be prohibited, *save in respect of the whole Union. This principle shall apply unless otherwise provided for in this Regulation.* (emphasis added).

6) Ibid, article 4.

An EU trade mark may consist of any signs, in particular words, including personal names, or designs, letters, numerals, colours, the shape of goods or of the packaging of goods, or sounds, provided that *such signs are capable of (a) distinguishing the goods or services of one undertaking from those of other undertakings; and (b) being represented on the Register of European Union trade marks ('the Register'), in a manner which enables the competent authorities and the public to determine the clear and precise subject matter of the protection afforded to its proprietor.* (emphasis added).

7) Ibid, article 8(1).

1. Upon opposition by the proprietor of an earlier trade mark, the trade mark applied for shall not be registered: (a) if it is identical with the earlier trade mark and the goods or services for which registration is applied for are identical with the goods or services for which the earlier trade mark is protected; (b) if, because of its identity with, or similarity to, the earlier trade mark and the identity or similarity of the goods or services covered by the trade marks *there exists a likelihood of confusion* on the part of the public in the territory in which the earlier trade mark is protected; the likelihood of confusion includes the likelihood of association with the earlier trade mark. (emphasis added).

터 기인한 것으로 믿게 될 경우에 혼동가능성이 발생한다.⁸⁾ 특히, 관련 판례에서 유럽연합 사법재판소는 선행상표가 보다 큰 식별력(distinctiveness)을 가질수록 혼동가능성은 커지며,⁹⁾ 식별력이 큰 상표는 식별력이 낮은 상표보다 넓은 범위의 보호를 받을 수 있다고 판시한 바 있다.¹⁰⁾

그 외 참고로, 미국의 경우 상표의 혼동가능성에 관하여 미국의 상표권을 규율하고 있는 Lanham Act의 Subchapter I(3)에서는 예외적인 경우를 제외하고는 혼동가능성을 일으킬 수 있는 동일한 또는 유사한 상표에 대한 권리를 가질 수 없다고 규정하고 있다.¹¹⁾ 또한, 관련 판례 (AMF, Inc v. Sleekcraft Boats, 599 F.2d 341 (9th Cir.1979))에서 제9순회항소법원은 혼동가능성을 판단하는데 있어 관련 요소로써 관련 상표들의 유사성, 실질적 혼동의 증거, 피고의 의도 및 상품의 근접성 등을 언급한 바 있다.¹²⁾ 다만, 비록 소비자 및 판매자를 보호하기 위해 혼동을 발생시킬 수 있는 상표는 상표권을 침해한 것으로 간주되어야 하나, 재판관들이 개인적 직관과 고정관념에 기반하여 소비자들의 혼동가능성을 너무 쉽게 인정하여 상표권자들이 이러한 경향을 악용할 수 있다는 우려 역시 논의되고 있다.¹³⁾

마지막으로, 한국의 경우 상표의 혼동가능성에 관하여 유럽연합 상표규정과 달리 우리 상표법에서는 비록 명시적으로 혼동가능성이라고 언급하고 있지는 않으나 “타인의 상표와 동일·유사한 상표”를 침해요건으로 명시하고 있다.¹⁴⁾ 또한, 관련 판례에서 우리 법원은 혼동가능성의 존부를 상표권이 침해되었는지 여부를 판단하는데 있어 중요한 구성요건으로 삼고 있다.¹⁵⁾ 특히, 상표권 침해 판단시 구체적인 출처의 혼동이 야기되었는지 추상적인 혼동이 존재하는 지에 대하여 사안에 따라 개별적으로

8) European Union Intellectual Property Office, *Guidelines for examination of European Union Trade Marks, Part C, Opposition*, p.5.

9) Judgment of the Court, 11 November 1997(1), para. 24. (... the more distinctive the earlier mark, the greater will be the likelihood of confusion ...)

10) Judgment of the Court, 29 September 1998 (1), para. 18. (... Since protection of a trade mark depends, in accordance with Article 4(1)(b) of the Directive, on there being a likelihood of confusion, *marks with a highly distinctive character*, either per se or because of the reputation they possess on the market, *enjoy broader protection than marks with a less distinctive character...* (emphasis added)).

11) Lanham Act, Beginning of Subchapter I, (3)(D).

(3) The statement shall be verified by the applicant and specify that— ... (D) to the best of the verifier’s knowledge and belief, no other person has the right to use such mark in commerce either in the identical form thereof or in such near resemblance thereto as to be likely, when used on or in connection with the goods of such other person, to cause confusion, or to cause mistake, or to deceive, except that, ...

12) C. V. Madhusudhanan et al, “Likelihood of confusion in trademark law of India and US: A comparative study”, 「PEZZOTTAITE JOURNALS」, Vol.7(1) (2018), p.3868.

13) 이에 대해서는, Ann Bartow, “Likelihood of Confusion”, 「San Diego Law Review」, Vol. 41 (2004), p.723.를 참조할 것.

14) 상표법, 제6장 상표권자의 보호, 제108조.

① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위는 상표권(지리적 표시 단체표장권은 제외한다) 또는 전용사용권을 침해한 것으로 본다. ... 2. 타인의 등록상표와 동일·유사한 상표를 그 지정상품과 동일·유사한 상품에 사용하거나 사용하게 할 목적으로 교부·판매·위조·모조 또는 소지하는 행위...

15) 대법원 1995.6.16. 선고 94도1793 판결(‘한국귀금속보석감정원 등록표장’ 사건); 사안에 따라 상표권을 두텁게 보호하기 위하여, 법원은 희석화 이론에 근거하여 상표 침해 여부를 판단한다.

판단하고 있다.¹⁶⁾

상기 유럽연합 상표법 및 유럽과 한국과 미국을 포함한 다른 국가들의 상표의 혼동가능성에 관한 간략한 논의를 토대로 하여, 본 논문에서는 상기 언급한 것처럼 상표의 혼동가능성이 주요 사안이 되었던 유럽연합 사법재판소의 최근 주요 사건들에 대해 분석해 보도록 하겠다.

III. 유럽연합 사법재판소의 주요 판결분석

1. 12seasons GmbH 대 유럽연합 지식재산청 사건

(1) 사건의 경과

2016년 10월28일 독일 베를린에 소재한 가죽제품 제조기업인 12seasons GmbH는 유럽연합 상표를 취득하고자 유럽연합 지식재산청에 출원을 하였으며 표장의 등록을 위한 상품 및 서비스의 국제분류에 관한 니스협정 (Nice Agreement Concerning the International Classification of Goods and Services for the Purposes of the Registration of Marks)의 제18류(가죽제품 등) 및 제25류 (의류 등)를 그 대상으로 지정하였고 해당 상표는 2016년 12월6일에 등록되었다.¹⁷⁾

2017년 1월12일 프랑스에 소재한 기업인 Société immobilière et mobilière de Montagny는 니스협정 제9, 14, 18, 25 및 35류를 대상으로 지정한 자신의 선행상표를 근거로 상기 상표에 대한 상표이의소송을 제기하였는데 그 이유는 Regulation No207/2009의 제8조(1)(b)항에 따라 상표의 혼동가능성이 존재한다는 것이었다.¹⁸⁾

[표1] 선행상표와 계쟁상표의 비교

선행상표 (Société immobilière et mobilière de Montagny의 상표)	계쟁상표 (12seasons GmbH의 상표)
	

이에 대해, 2018년 6월8일 유럽연합 지식재산청 이의부는 니스협정 제18류 및 제25류에 한하여 상기 두 상표들간에 혼동가능성이 있다고 판단하면서 Société immobilière et mobilière de Montagny의 주장을 지지하였다.¹⁹⁾ 이러한 이의부의 결

16) 문수미, “모조 ‘표시’ 상품의 혼동가능성 판단 기준에 대한 상표법적 연구”, 『지식재산연구』 제13권 제4호 (2018), 72쪽.

17) Judgment of the General Court, 20 January 2021, paras. 1-4.

18) Ibid, paras. 5-7.

정에 불복한 12seasons GmbH는 유럽연합 지식재산청 항소위원회에 항소를 제기하였으나 동 위원회는 검토 후 해당 항소를 기각하였다.²⁰⁾ 즉, 항소위원회는 우선 상표를 인식하는 관련 대중의 범위를 평균수준의 주의력을 지닌 프랑스 국민이라고 확인하면서, 상품의 가격이 높을 경우 주의력의 수준이 평균 이상이 될 수 있다는 점을 인정하였다.²¹⁾ 이를 토대로, 동 항소위원회는 선행 및 계쟁상표들의 상품 및 서비스 비교검토에 관하여 12seasons GmbH 및 Société immobilière et mobilière de Montagny의 상품 및 서비스들이 대부분 서로 동일하거나, 매우 유사하거나 또는 유사하다고 판단하면서 유럽연합 지식재산청 이의부의 결정을 지지하였다.²²⁾

또한, 선행상표와 계쟁상표 자체의 비교에 대해서 항소위원회는 우선 이들이 관념적으로는 유사하지 않으나 시각적 및 음성적으로는 평균 수준의 유사성을 지닌다고 판단하였으며 선행상표가 보통 수준의 식별력을 가진다는 점, 관련 대중이 높은 수준의 주의력을 가진다는 점, 상표들의 전반적인 유사성 등을 고려하여 전반적으로 이들 간에 혼동가능성이 존재할 수 있다고 판시하였다.²³⁾

이에 따라, 결국 12seasons GmbH는 유럽연합 지식재산청 항소위원회를 상대로 유럽연합 사법재판소 일반법원에 항소를 제기하면서 동 위원회의 기각결정을 무효화하고 당해 소송비용을 유럽연합 지식재산청이 지불해야 한다고 주장하였으며, 이에 대해 유럽연합 지식재산청은 해당 항소를 기각하고 12seasons GmbH에게 당해 소송의 비용을 지불할 것을 명령해 달라고 요청하였다.

(2) 유럽연합 사법재판소 일반법원의 판결

유럽연합 지식재산청 항소위원회의 상기 결정에 대해 12seasons GmbH는 상표의 혼동가능성에 대해 규정하고 있는 Regulation No207/2009의 제8조(1)(b)항의 위반을 주장하였다. 즉, 자신의 계쟁상표와 Société immobilière et mobilière de Montagny의 선행상표가 서로 차이가 있음에도 불구하고 동 항소위원회가 이들이 서로 유사하다고 결정함으로써 상기 조항을 위반했다는 것이다.

가. 준거규정 및 관련 판례의 확인

우선, 준거규정인 Regulation No207/2009의 제8조(1)(b)항에서는 선행상표의 소유자가 계쟁상표를 상대로 이의소송을 제기하는 경우 해당 상표들 간에 그리고, 이들에 의해 보호되는 상품 또는 서비스들간에 유사성 또는 동일성으로 인해 선행상표가 보호되고 있던 영토에 거주하고 있는 대중들에 혼동가능성을 발생시킬 수 있거나 또는 혼동가능성이 존재할 경우 해당 계쟁상표는 등록될 수 없다고 규정하고 있다.²⁴⁾ 또한, 관련 판례에 따르면 관련 대중이 특정 상품들 또는 서비스들이 동일한 사업자로부터 기인했다고 인식하거나 또는 서로 다르지만 경제적으로 연계되어있는 사업자

19) Ibid, para. 8.

20) Ibid, para. 9.

21) Ibid, para. 10.

22) Ibid, para. 11.

23) Ibid, para. 12.

24) Ibid, para. 23.

들로부터 기인했다고 인식하게 되는 것 역시 혼동가능성에 해당된다고 재판소는 확인하였다.²⁵⁾ 이와 함께, 재판소는 관련 판례에서 상표들의 혼동가능성을 판단할 때 전 세계적인 차원에서 (즉, 유럽연합의 경우 유럽차원에서) 특정 상황에 관한 모든 관련된 사항들이 고려되어야 한다고 판결했다는 사실도 확인하였다.²⁶⁾

나. 준거규정의 적용 및 상표의 혼동가능성 평가에 관한 기본원칙의 확인

상기 준거규정 및 관련 판례에 대한 확인을 토대로, 재판소는 양 분쟁당사자들의 주장 및 당해 사건에 관련된 사항들에 대해 심의를 진행하기에 앞서 관련된 몇 가지 기본원칙들에 대해 확인하였다.

첫째로, 상기 조항의 적용에 관련하여 혼동가능성이란 선행상표 및 계쟁상표와 이들에 의해 보호되는 상품 및 서비스 모두가 동일하거나 유사할 경우 존재하는 것이기 때문에 이러한 요건들은 누적적 성격(cumulative)을 지닌다고 재판소는 지적하였다.²⁷⁾

둘째로, 혼동가능성의 평가에 관련하여 재판소는 주요 특징 또는 요소들을 염두에 두고 각 상표들이 전달하는 전반적인 인상에 중점을 두어 판단이 이루어져야 한다는 점을 언급하면서 상표들의 비교는 전체적인 방식으로 수행되어야 한다고 강조하였다.²⁸⁾ 그러나, 특정 상표의 전반적인 인상이 한 개 이상의 요소에 의해 결정될 수 있다는 점은 인정하였으며 다만 이 경우 주요 요소를 제외한 모든 다른 요소들이 무시해도 될만큼 특별하지 않아야 한다는 전제를 명시하였다.²⁹⁾

마지막으로, 상품 또는 서비스를 소비하는 (관련) 소비자들의 상표들에 대한 인식이 상표의 혼동가능성을 평가하는데 있어 중요한 역할을 한다는 점을 강조하였다.³⁰⁾

다. 상표의 혼동가능성 및 관련 사항들에 대한 평가 및 심의

첫째로, 혼동가능성이 판단되어야 할 관련 영토 및 관련 대중의 범위에 관련하여 12seasons GmbH는 상표권자들이 독일인이기 때문에 독일 뿐만 아니라 유럽연합 전체가 관련 영토로 간주되어야 한다고 주장하였다.³¹⁾ 이러한 주장에 대해, 재판소는 선행상표가 프랑스의 상표이며 상기 당해 소송의 준거조항에서 선행상표가 보호되고 있던 영토에 거주하고 있는 대중의 인식을 기반으로 혼동가능성이 평가되어야 한다고 규정하고 있기 때문에 관련 대중은 프랑스 국민이 된다는 점을 확인하였다.³²⁾

25) Ibid, para. 24. 참고로 관련 판례의 판결문은 아래와 같다. (Judgment of the court of first instance, 9 July 2003 [T-162/01], para. 30. ... the risk that the public might believe that the goods or services in question come from the same undertaking or, as the case may be, from economically-linked undertakings, constitutes a likelihood of confusion ...)

26) Ibid, para. 31.

... the likelihood of confusion on the part of the public must be assessed globally, taking into account all factors relevant to the circumstances of the case ...

27) Ibid, para. 25.

28) Ibid, paras. 26-27.

29) Ibid, para. 28.

30) Ibid, para. 26.

31) Ibid, para. 30.

32) Ibid, para. 32.

둘째로, 상표들에 포함되어 있는 표장들의 식별력에 대해 재판소는 선행상표가 일반적인 수준의 식별력을 가진다는 항소위원회의 결정을 확인하였다.³³⁾ 이와 함께, 계쟁상표에 대해서는 해당 상표에 포함된 “be edgy”가 동일한 크기라는 점, “berlin”의 경우 단순히 상품의 지리적 출처로 인식될 것이며 “be edgy”보다 크기가 작다는 점 등을 고려하여 재판소는 “be”에 의해 자신의 상표의 전반적인 인상이 결정될 것이라는 12seasons GmbH의 주장을 배척하고 “be edgy”가 계쟁상표의 주요 요소라는 항소위원회의 판단을 지지하였다.³⁴⁾

셋째로, 항소위원회는 해당 상표들에 포함되어 있는 표장들이 평균 수준의 시각적 유사성을 가진다고 판단한 반면, 12seasons GmbH는 이들이 시각적으로 서로 유사하지 않다고 주장하였다.³⁵⁾ 이에 대해, 재판소는 해당 상표들에 포함된 요소들이 전반적인 인상을 결정하는데 있어 동일한 정도의 중요성을 가지는 것은 아니라는 점을 우선적으로 확인하였다.³⁶⁾ 또한, 재판소는 항소위원회가 두 상표들간에 (유사성이 아닌) 차이를 나타내는 요소들의 경우 기술적인 또는 장식적인 특성을 가지기 때문에 상대적으로 (유사성을 나타내는 요소들보다) 덜 중요하게 간주된다고 언급했다는 점을 확인하면서 이에 대해 12seasons GmbH가 반론을 적절히 제기하지 못했다고 지적하였다.³⁷⁾

넷째로, 표장들의 음성적 유사성에 대해서도 항소위원회는 선행상표의 “EDJI”와 계쟁상표의 “edgy”가 프랑스 국민들에 있어 동일 또는 유사하게 발음이 될 것이라고 판단하였으나 12seasons GmbH는 이들의 발음에 차이가 있다고 주장하였는데, 이는 계쟁상표의 경우 “be”가 표장의 앞쪽에 위치해 있으며 이러한 사실이 음성적으로 차이를 발생시킬 것이라는 것이다.³⁸⁾ 해당 주장에 대해 재판소는 비록 12seasons GmbH가 주장한 것처럼 계쟁상표의 경우 “be”라는 단어가 포함되어 있으나 이러한 차이가 두 표장들이 음성적으로 차이를 발생시킨다고 주장하기에는 충분하지 않다고 설시하면서 선행상표의 “EDJI”와 계쟁상표의 “edgy”가 프랑스 국민들에 있어 동일 또는 유사하게 발음될 것이라고 판단한 항소위원회의 결정을 지지하였다.³⁹⁾

다섯째로, 표장들의 관념적 유사성에 관련해서는 12seasons GmbH가 선행상표가 프랑스어로 특별한 의미를 가지지 않기 때문에 해당 상표들이 관념적으로는 유사하지 않다는 항소위원회의 결정에 대해 이의를 제기하지 않았기 때문에 다시 검토할 필요가 없다고 판시하였다.⁴⁰⁾

마지막으로, 혼동가능성 판단에 관련하여 상기 언급한 것처럼 항소위원회는 두 표장들의 전반적인 유사성 및 선행상표의 식별력 등을 감안하였을 때 계쟁상표 및 선행상표에 의해 보호되는 상품들에 한하여 두 상표들간에 혼동가능성이 존재한다고 판시하였다.⁴¹⁾ 이에 대해, 12seasons GmbH는 관련 대중들이 해당 상표들간의 차이를 분명히 인지할 수 있을 것이며 특히, 해당 상표들이 낮은 수준의 식별력을 지닌

33) Ibid, paras. 33-34.

34) Ibid, para. 35-38.

35) Ibid, paras. 39-40.

36) Ibid, para. 45.

37) Ibid, paras. 46-47.

38) Ibid, paras. 48-49.

39) Ibid, paras. 50-51.

40) Ibid, para. 56.

41) Ibid, para. 57.

다는 점을 감안하였을 때 두 상표간의 미세한 차이도 전반적인 인상에 있어 차이를 발생시킬 수 있을 것이라고 주장하였다.⁴²⁾ 이러한 주장에 대해, 재판소는 선행상표 및 계쟁상표에 포함된 표장들의 음성적 유사성 등에 주목하면서 이들 간에 혼동가능성이 존재한다는 항소위원회의 결정을 지지하였다.⁴³⁾ 결국 12seasons GmbH가 제기한 항소위원회의 판단이 Regulation No207/2009 제8조(1)(b)항의 위반에 해당된다는 항소는 재판소에 의해 기각되었다.⁴⁴⁾

2. Olimp Laboratories v 유럽연합 지식재산청 사건

(1) 사건의 경과

2017년 1월25일 폴란드의 제약회사인 Olimp Laboratories는 도형표장 Hydrovision에 대한 유럽연합 상표를 획득하고자 유럽연합 지식재산청에 출원하였으며 표장의 등록을 위한 상품 및 서비스의 국제분류에 관한 니스협정 (Nice Agreement Concerning the International Classification of Goods and Services for the Purposes of the Registration of Marks)의 제5류 (의약품, 식품 등)를 그 대상으로 지정하였고, 해당 계쟁상표는 2017년 3월16일에 유럽연합 상표로 등록되었다.⁴⁵⁾

2017년 6월14일 독일의 제약회사인 Omnivision GmbH는 유럽연합 지식재산청에 상표등록 이의소송을 제기하였는데 그 이유는 자신의 (선행)상표인 HYLO-VISION과 상기 Olimp Laboratories의 계쟁상표인 Hydrovision이 서로 유사하여 소비자들에게 혼동가능성을 발생시킬 수 있다는 것이었다.⁴⁶⁾

[표2] 선행상표와 계쟁상표의 비교

선행상표 (OmniVision GmbH)	계쟁상표 (Olimp Laboratories sp. zo.o)
HYLO-VISION	

이에 대해, 유럽연합 지식재산청 이의부는 Omnivision GmbH의 이의소송을 인용하면서 해당 상표들간의 혼동가능성을 인정하였고 이에 따라 Olimp Laboratories는 유럽연합 지식재산청 항소위원회에 유럽연합 지식재산청 이의부를 상대로 항소를 제기하였다.⁴⁷⁾

동 위원회는 우선, 혼동가능성의 판단을 위한 관련 대중이 독일어를 구사하는 평균 이상의 주의력을 가진 의료인, 약사 및 소비자들로 구성될 수 있다고 지적하면서,

42) Ibid, para. 58.

43) Ibid, para. 66.

44) Ibid, para. 73.

45) Judgment of the General Court (Second Chamber), 27 January 2021 (Case T 817/19), paras. 1-4.

46) Ibid, paras. 5-7.

47) Ibid, paras. 8-9.

선행상표와 계쟁상표에 의해 보호되는 상품들이 동일하게 의약품이라는 점에 주목하였다.⁴⁸⁾ 이를 토대로, 동 위원회는 해당 상표들의 시각적, 음성적 및 관념적 평가를 토대로 전반적으로 이들은 유사하다는 결론에 도달하였다.⁴⁹⁾ 특히, 선행상표의 식별력에 관해서 비록 포장의 뒷부분에 있는 “vision”의 경우 식별력을 가진다고 보기 힘들지만 앞부분의 “hylo”와 결합되었을 때 선행상표의 표장은 평균 수준의 내재적인 식별력을 가진다고 강조하였다.⁵⁰⁾ 결론적으로 항소위원회는 해당 상표들에 의해 보호되는 상품들이 동일하며 선행상표와 계쟁상표가 시각적, 음성적 및 관념적으로 유사하기 때문에 혼동가능성이 있다고 판시하면서 해당 항소를 기각하였다.

이에 불복한 Olimp Laboratories는 항소위원회를 상대로 유럽연합 사법재판소 일반법원에 항소를 제기하면서 동 법원에 항소위원회의 결정을 무효화하고 소송비용을 동 위원회가 지불할 것을 명령해 달라고 요청하였으며, 이에 반해 유럽연합 지식재산청 항소위원회와 Omnivision GmbH는 해당 항소를 기각하고 Olimp Laboratories가 당해 소송의 비용을 지불하게 해 달라고 요청하였다.⁵¹⁾

(2) 유럽연합 사법재판소 일반법원의 판결

당해 사건에서 가장 논쟁이 된 사안은 상표의 혼동가능성에 관한 규정인 Regulation 207/2009의 제8조(1)(b)항의⁵²⁾ 위반여부였다. 이에 대해, Olimp Laboratories는 Omnivision GmbH의 선행상표가 식별력이 부족하며 따라서 상표등록 이의소송을 제기할 수 없다고 주장하였으며⁵³⁾ 또한, 선행상표와 계쟁상표는 서로 시각적, 음성적 및 관념적으로 다르기 때문에 혼동가능성이 없다고 주장하였다.⁵⁴⁾ 이에 따라, 재판소는 항소위원회의 선행상표와 계쟁상표간의 혼동가능성이 있다고 판단한 결정에 대해 심의하기 위해 고려되어야 할 몇 가지 사안에 중점을 두어 검토를 진행하였다.

가. 관련 대중

첫째로, 재판소는 관련 대중(relevant public)의 주의력(attention)에 관한 일반적인 사항들을 확인하였다. 즉, 일반적으로 상표의 혼동가능성을 평가하는데 있어 관련 상품을 소비하는 합리적이고 신중한 평균 소비자의 주의력이 고려되어야 하는데 이때, 관련 상품이 무엇이나에 따라 이들의 주의력의 정도는 달라질 수 있다고 언급하였

48) Ibid, paras. 10-11.

49) Ibid, para. 12.

50) Ibid, para. 13.

51) Ibid, paras. 15-17.

52) Regulation 207/2009, article 8(1)(b).

1. Upon opposition by the proprietor of an earlier trade mark, the trade mark applied for shall not be registered: ... (b) if because of its identity with, or similarity to, the earlier trade mark and the identity or similarity of the goods or services covered by the trade marks there exists a likelihood of confusion on the part of the public in the territory in which the earlier trade mark is protected; the likelihood of confusion includes the likelihood of association with the earlier trade mark.

53) Judgment of the Court, supra note 45, para. 30.

54) Ibid, para. 32.

다.⁵⁵⁾ 특히, 관련 상품이 의약품인 경우 관련 대중은 의료인 및 환자 (또는, 소비자) 들로 구성될 수 있을 것이며 의약품이 환자의 생명 및 건강과 직결된다는 사실을 고려해 본다면 이들이 가질 수 있는 주의력의 정도는 높을 것이고 따라서 이들이 혼동할 확률은 매우 적다는 점을 지적하였다.⁵⁶⁾ 또한, 유럽연합 상표가 취소되기 위해서는 혼동 가능성이 유럽연합의 일부 지역에서만 존재해도 충분하다는 점 역시 강조하였다.⁵⁷⁾

이를 토대로, 재판소는 해당 상표들에 의해 보호되는 상품들이 의약품이라는 점을 고려하였을 때 항소위원회가 판단한 것처럼 관련 대중은 높은 수준의 주의력을 가진 의료인, 약사 및 소비자 (주로, 환자)로 구성될 것이라고 언급하였다.⁵⁸⁾ 또한, 항소위원회가 독일어를 공식언어로 하는 회원국에서 혼동가능성이 있을 것이라고 이미 판단하였으므로 (즉, 유럽연합 일부 지역에서 혼동가능성이 존재한다고 이미 판단했기 때문에) 유럽연합의 다른 회원국에서도 혼동 가능성이 존재하는지 여부에 대해 또 다시 판단할 필요가 없다고 판시하였다.⁵⁹⁾

나. 상품의 비교

둘째로, 특정 상표들에 의해 보호되는 상품들의 유사성을 비교하는데 있어 상품의 기능, 목적 및 특성과 같은 다양한 요소들이 종합적으로 고려되어 판단되어야 한다고 재판소는 전제하면서, 당해 분쟁에서 선행상표와 계쟁상표에 의해 보호받는 상품들이 동일하다고 판단한 상기 항소위원회의 지적이 옳다고 판시하였다.⁶⁰⁾

다. 포장의 비교

셋째로, 선행상표와 계쟁상표의 포장들을 비교하기 위해서 재판소는 시각적, 음성적 및 관념적 측면에 걸쳐 이들이 유사한지를 검토해야 하며 동시에 해당 포장들의 개별적 및 주요 요소들을 염두에 두고 전반적인 인상에 주로 기반하여 해당 비교가 수행되어야 한다고 전제하였다.⁶¹⁾

이에 따라, 재판소는 해당 포장들의 개별적 및 주요 요소들과 전반적인 인상에 대한 비교를 우선적으로 진행하면서 몇 가지 기본 원칙들에 대해 확인하였다. 재판소는 포장들의 비교는 기본적으로 전반적인 방식으로 이루어져야 하나 만약 다른 모든 요소들이 무시해도 될만큼 별다른 특징을 가지고 있지 않을 경우 주요 요소(들)만으로도 유사성의 평가가 수행될 수 있다는 점을 확인하였다.⁶²⁾

또한, 재판소는 표장을 구성하고 있는 요소들의 식별력을 평가하는데 있어 각 요소들의 해당 상표에 의해 보호되는 상품 또는 서비스를 식별하게 하고 이를 통해 다

55) Ibid, para. 38.

56) Ibid, paras. 39-40.

57) Ibid, para. 41.

58) Ibid, para. 42.

59) Ibid, para. 43.

60) Ibid, paras. 44-45.

61) Ibid, paras. 46-47.

62) Ibid, para. 49.

른 사업자들의 상품으로부터 구분하도록 하는 능력에 중점을 두어야 한다고 언급하였다.⁶³⁾ 특히, 재판소는 만약 용어를 포함한 표장을 구성하는 일부 요소들이 단순히 상품의 특징을 묘사하고 있다면 이는 매우 낮은 수준의 식별력을 가지는 정도에 그칠 것이라고 지적하면서 이러한 매우 낮은 수준의 식별력을 가지는 요소들도 해당 표장의 다른 요소들과 결합될 경우에는 식별력을 가질 수도 있다는 점과 이들의 크기 또는 위치 때문에 관련 대중에게 특별한 인상을 줄 수도 있다는 점 역시 지적하였다.⁶⁴⁾ 이러한 기본 원칙들을 토대로 하여, 재판소는 선행상표와 계쟁상표의 표장들을 구성하고 있는 각 요소들의 식별력을 분석하였다.

우선, 선행상표의 경우 앞부분에 있는 요소인 HYLO는 관련 대중들에게 있어 특별한 의미를 전달하고 있지 않으며 관련 상품의 특징을 묘사하고 있지 않기 때문에 식별력이 있다고 재판소는 판시하면서 HYLO가 관련 대중들에게 히알론산나트륨(sodium hyaluronate)이라는 물질로 인식될 것이라는 Olimp Laboratories의 의견을 배척하였다.⁶⁵⁾ 또한, 설령 그렇게 인식된다고 하더라도 (히알론산나트륨을 의미하는) HYLO와 OmniVision GmbH의 상품을 직접적으로 연결시키는 것은 매우 어렵다고 재판소는 언급하면서 HYLO가 식별력이 있다고 한 항소위원회의 결정을 지지하였다.⁶⁶⁾ 그리고, 선행상표 표장의 뒷부분에 위치한 “VISION”의 경우에 재판소는 이는 영어단어이지만 대부분의 유럽연합의 소비자들이 이를 이해할 수 있을 것이며 특히, 독일에 이와 유사한 단어가 있다는 사실 등에 주목하면서 선행상표에 의해 보호되는 상품이 안구용 의약품이기 때문에 시각을 의미하는 VISION이라는 단어와 쉽게 연관시킬 수 있고 따라서 이는 상품을 단순히 설명하는 것이기 때문에 낮은 수준의 식별력을 가진다고 한 항소위원회의 결정이 옳다고 판시하였다.⁶⁷⁾

다음으로, 계쟁상표의 경우 표장의 앞부분에 위치한 “Hydro”는 대부분의 관련 대중들이 물 또는 수분과 연관을 시켜 인식할 것이며 해당 상표에 의해 보호되는 상품의 주요 기능이 안구보습이라는 점을 감안한다면 “Hydro”는 해당 상품의 기능을 묘사하는 것이고 따라서 항소위원회가 결정한 것처럼 이는 낮은 수준의 식별력을 가진다고 판시하였다.⁶⁸⁾ 또한, 단어를 제외한 그 외 색채 및 모양의 경우 이는 단순히 장식 목적으로 사용되었으며 따라서 식별력을 가지지 않는다고 재판소는 언급하였다.⁶⁹⁾

이와 같은 관련 상표들의 각 요소들에 대한 비교분석을 토대로, 재판소는 “VISION”의 경우 선행상표와 계쟁상표에 의해 보호받고 있는 상품의 특징을 묘사하고 있기 때문에 식별력을 가진다고 보기 어렵고 “HYLO”와 “Hydro”의 경우에도 대중들의 이목을 끌만한 별다른 특징을 가지지 못했기 때문에 개별적 및 주요 요소에 입각하지 않은 전반적인 인상에 기반한 항소위원회의 표장들에 대한 비교가 올바른 방법이었다고 인정하였다.⁷⁰⁾

63) Ibid, para. 50.

64) Ibid, paras. 51-52.

65) Ibid, paras. 57-58.

66) Ibid, paras. 59-60.

67) Ibid, paras. 63-66.

68) Ibid, para. 67.

69) Ibid, para. 69.

70) Ibid, paras. 71-73.

이와 함께, 재판소는 해당 표장들의 시각적, 음성적 및 관념적 측면에 걸쳐 유사성에 대한 평가를 진행하였다. 첫째로, 시각적 유사성에 관해서는 두 표장들 모두 뒷부분이 “VISION”으로 구성되었다는 점, 앞부분이 “HYLO” 및 “Hydro”로 다르지만 상당수의 알파벳이 동일하여 전반적으로 유사하다는 점, 포함된 색채 및 모양 등이 별다른 특징을 가지지 못한다는 점 등을 근거로 하여 재판소는 두 표장들이 시각적으로 유사하다고 판단한 항소위원회의 결정을 지지하였다.⁷¹⁾ 둘째로, 음성적 유사성에 관해서 재판소는 두 단어 모두 5개의 음절로 이루어져 있다는 점, 이들이 모두 동일 또는 유사하게 발음된다는 점, 특히, 두 번째 음절의 “LO”와 “dro”가 상당한 발음적 차이를 보이지 못하고 있다는 점 등을 감안하여 재판소는 음성적으로 유사하다고 판단한 항소위원회의 결정을 지지하였다.⁷²⁾ 셋째로, 관념적 유사성에 관해서는 재판소는 비록 특별한 의미를 가지지 않는 “HYLO”와 수분을 의미하는 “Hydro”가 관념적으로 전달하는 의미의 차이를 내포하기는 하지만 공통으로 포함되어 있는 “VISION”이 시각을 의미하기 때문에 관련 대중들에게 있어 관념적으로 유사하다고 판단한 항소위원회의 결정 역시 지지하였다.⁷³⁾

라. 선행상표의 식별력

넷째로, OmniVision GmbH의 선행상표가 식별력을 가졌는지 여부에 대해 항소위원회는 비록 “VISION”이 단순히 상품의 특징을 묘사하고 있으나 앞부분의 “HYLO”와 결합되면서 평균 수준의 식별력을 가지게 되었다고 언급한 반면, Olimp Laboratories는 “HYLO”가 시력보호를 위해 사용되는 히알론산나트륨을 설명하고 있으며 “VISION”의 경우 안구의약품의 특징을 의미하고 있기 때문에 (즉, 상품의 특징을 설명하고 있기 때문에) 식별력이 부족하다고 주장하였다.⁷⁴⁾

이에 대해 재판소는 항소위원회가 언급한 것처럼 HYLO와 VISION이 결합되면서 선행상표가 식별력을 가지게 되었다는 점을 지적하면서 특히, 의료인을 포함한 관련 대중들이 HYLO의 함축적인 성격(allusive character)에 주목할 수 있다는 점을 고려한다면 선행상표가 식별력이 부족하다는 Olimp Laboratories의 주장은 수락될 수 없다고 판시하였다.⁷⁵⁾

마. 혼동 가능성의 종합적 분석

상기 선행상표 및 계쟁상표의 표장들에 대한 비교분석을 토대로 하여 재판소는 이들간의 혼동 가능성에 대한 종합적인 분석을 진행하였다.

우선, 유럽연합 지식재산청 항소위원회는 해당 상표들에 의해 보호받는 상품들이 동일하며 표장들이 시각적, 음성적 및 관념적으로 유사하다는 점 등을 고려하여 Regulation 207/2009의 8조(1)(b)항에 따른 혼동가능성이 있다고 판단한 반면, Olimp Laboratories는 선행상표의 앞부분 (즉, HYLO)과 계쟁상표의 앞부분 (즉, Hydro)이

71) Ibid, paras. 79-82.

72) Ibid, paras. 86-89.

73) Ibid, paras. 93-95.

74) Ibid, paras. 96-98.

75) Ibid, paras. 100-101.

서로 다르다는 점을 포함하여 두 표장은 기본적으로 다르다고 강조하면서 혼동 가능성이 없다고 주장하였다.⁷⁶⁾

이에 대해, 재판소는 혼동 가능성을 평가하는데 있어 해당 상표들간의 유사성 그리고 상표들에 의해 보호받는 상품 또는 서비스간의 유사성 등이 고려되어야 하며 특히, 이들 중 한 가지 측면에서 유사하지 않다고 판단되더라도 다른 측면에서 유사하다고 판단될 경우 전체적으로 유사하다고 간주될 수 있다고 언급하였다.⁷⁷⁾

이를 토대로, 재판소는 비록 OminVision GmbH의 선행상표의 식별력이 높은 수준은 아니지만 선행상표와 계쟁상표들이 포함하고 있는 표장들이 유사하다는 점 및 이들에 의해 보호받는 상품들이 동일하다는 점 등을 고려해 본다면 이들 간에 혼동 가능성이 존재하는 것이 인정된다고 판시하였다.⁷⁸⁾

3. CCTY Bearing Company v 유럽연합 지식재산청 사건

(1) 사건의 경과

2013년 1월23일 베어링 관련 부품을 제조하는 중국기업인 CCTY Bearing Company는 문자 CCTY를 포함하는 도형표장에 대한 유럽연합 상표를 획득하고자 유럽연합 지식재산청에 출원하였으며 해당 상표는 표장의 등록을 위한 상품 및 서비스의 국제분류에 관한 니스협정 (Nice Agreement Concerning the International Classification of Goods and Services for the Purposes of the Registration of Marks)의 제7류 (베어링 관련 부품 등)를 대상으로 하고 있었다.⁷⁹⁾ 2016년 7월19일 베어링 관련 부품을 제조하는 이탈리아 기업인 CCVI International SpA는 CCTY Bearing Company에 의해 등록된 해당 도형표장에 대한 상표 무효심판을 청구하였으며 이에 따라 2020년 3월6일 유럽연합 지식재산청 취소부는 CCTY Bearing Company의 해당 상표를 취소하였다.⁸⁰⁾ 해당 취소결정에 불복한 CCTY Bearing Company는 유럽연합 지식재산청 항소위원회에 항소를 제기하였으나 동 위원회는 취소부의 결정을 지지하고 항소를 기각하였다.⁸¹⁾ 즉, 동 항소위원회는 우선, 해당 상표가 영어문자로 이루어져 있기 때문에 관련 대중의 범위를 유럽연합 회원국들 중 아일랜드와 몰타와 같은 영어가 공식언어인 회원국들의 국민들로 한정해야 한다고 언급하였다.⁸²⁾ 이와 함께, 해당 상표가 니스협정의 제7류를 대상으로 하고 있고 해당 분류에는 산업적으로 사용되는 부품들이 포함되어 있기 때문에 관련 분야의 전문가들이 주요 대상이 된다는 점 역시 지적하였다.⁸³⁾ 특히, 동 위원회는 CCTY Bearing Company와 CCVI International SpA가 보유한 상표들이 음성적 및 시각적인 측면에서 굉장히 유사하다는 점과 해당 상표들에 의해 보호되는 상품들이 동일하거나 굉장

76) Ibid, paras. 109-110.

77) Ibid, para. 112.

78) Ibid, paras. 118-120.

79) Judgment of the General Court, 13 July 2022, paras. 2-3.

80) Ibid, paras. 4-5.

81) Ibid, paras. 6-7.

82) Ibid, para. 7.

83) Ibid.

히 유사하다는 점을 지적하면서 해당상표들이 특별한 의미를 전달하고 있지는 않기 때문에 관념적으로는 비교가 불가하다는 점 역시 강조하였다.⁸⁴⁾ 또한, CCVI International SpA가 보유한 상표가 내재적인 식별력을 가지며 따라서 영어가 공식 언어인 유럽연합 회원국들의 관련 대중들에 있어 두 상표들간에 혼동가능성이 있을 수 있다는 점에 대해 동 위원회는 인정하였다.⁸⁵⁾ 마지막으로, CCVI International SpA가 잘못된 증거를 제출하였으며 이는 유럽연합법상 권리남용에 해당되고 따라서 CCVI International SpA에 의해 제기된 무효심판청구가 무효화 되어야 한다는 CCTY Bearing Company의 주장은 동 위원회에 의해 기각되었다.⁸⁶⁾ 이를 토대로, 항소위원회는 CCTY Bearing Company가 제기한 항소를 기각하고 취소부의 결정을 지지하였다.

상기 항소위원회의 결정에 불복한 CCTY Bearing Company는 유럽연합 사법재판소 일반법원에 항소를 제기하였는데, 크게 항소제기에 관련된 규정들인 Regulation 2017/1001의 제71조 및 Delegated Regulation 2018/625의 제27조의 위반과, 상표의 무효 및 취소청구의 근거에 관련된 규정인 Regulation 207/2009의 제53조1(a)항 및 동 규정의 제8조(1)(b)항의 위반을 주장하였다.

[표3] 선행상표와 제쟁상표의 비교

선행상표 (CCVI International SpA의 출원상표)	제쟁상표 (CCTY Bearing Company의 등록상표)
	

(2) 유럽연합 사법재판소 일반법원의 판결

가. Regulation 2017/1001 제71조 및 Delegated Regulation 2018/625 제27조의 위반여부

우선, CCTY Bearing Company는 CCVI International SpA가 허위증거(misleading evidence)를 제출하여 자신의 권리를 남용했는데도 불구하고 유럽연합 지식재산청 항소위원회가 제기된 무효청구소송을 기각하지 않음으로써 착오를 범했다고 주장하였다.⁸⁷⁾ 즉, CCTY Bearing Company에 따르면 CCVI International SpA가 CCTY Bearing Company의 상표 CCTY를 등록하게 된 주요 목적과 정당한 이유 호도하고 CCTY Bearing Company의 악의를 강조하기 위해 허위 사업보고서 등을 제출하

84) Ibid.

85) Ibid.

86) Ibid.

87) Ibid, para. 13.

였으며 이와 같은 허위증거제출은 유럽연합법상 권리남용에 해당되고 이에 따라 항소위원회는 CCVI International SpA에 의해 제기된 무효청구를 기각해야 하였으나 이를 행하지 않았다는 것이다.⁸⁸⁾

이에 대해, 재판소는 우선 유럽연합법상 권리남용이 입증되기 위해서는 특정 관련 규정의 목적이 달성되지 못했다는 객관적 정황과 (권리를 남용한 자의) 이득을 취하고자 하는 주관적 의도가 충족되어야 한다고 언급하였다.⁸⁹⁾ 또한, 제출된 증거를 토대로 해서 제기된 분쟁을 검토해야 할 항소위원회의 의무를 확인하면서 동 위원회가 상표출원을 거절 할 때 이에 반대하기 위해 제기된 모든 근거를 고려해야 할 필요는 없다는 점을 지적하였다.⁹⁰⁾ 이와 함께, 판례에 따르면 특정 판결에서 재판소가 채택한 다수의 근거 중에서 한 가지 근거가 해당 판결의 특정 부분을 설명하는데 적절하다면 비록 다른 근거들에 흠결이 있더라도 해당 판결의 그 특정 부분에는 영향을 주지 않으며 따라서, 흠결에 근거한 항소는 기각되어야 한다고 강조하였다.⁹¹⁾ 상기 원칙들을 토대로, 재판소는 당해 사건에서 계쟁상표에 대한 무효청구는 크게 상대적 무효사유 즉, 상표의 혼동가능성과 절대적 무효사유 즉, 상표출원자의 악의에 근거하여 제기되었다는 점을 확인하면서 항소위원회가 당해 분쟁에서 계쟁상표의 무효결정을 내리는데 있어 충분한 상대적 무효사유를 발견했다면 제기된 다른 근거 또는 사유를 모두 검토해야 할 필요는 없다고 언급하였다.⁹²⁾ 따라서, 재판소는 상표출원자의 악의라는 절대적 무효사유에 근거한 주장은 불필요(ineffective)하다고 결론지었다.⁹³⁾

또한, 재판소는 항소위원회의 계쟁상표가 상대적 무효사유 (즉, 혼동가능성)에 해당한다는 결정에 대해 CCVI International SpA가 허위증거를 제출했다는 사실이 영향을 미쳤다는 점을 CCTY Bearing Company가 증명하지 못했다고 지적하였다.⁹⁴⁾ 특히, CCVI International SpA가 허위증거를 제출했기 때문에 해당 기업이 제기한 무효청구소송 자체가 기각되어야 한다는 CCTY Bearing Company의 주장에 대해 재판소는 CCTY Bearing Company가 해당 무효청구소송이 권리남용에 해당된다는 점을 입증하지 못했다고 반박하였다.⁹⁵⁾

결론적으로, 다른 사업자들이 특정 상표를 등록하는 것을 방지하기 위한 목적으로 CCVI Internatioanl SpA가 자신의 (선행)상표를 미리 등록하였다는 점과 CCVI International SpA가 제기한 무효청구소송이 CCTY Bearing Company로 하여금 자신의 (계쟁)상표를 사용하지 못하게 하려는 의도를 가지고 제기되었다는 점 등을 CCTY Bearing Company가 입증하지 못했기 때문에 Regulation 2017/1001 제71조 및 Delegated Regulation 2018/625 제27조 위반에 관한 첫 번째 주장을 기각한다고 재판소는 판시하였다.⁹⁶⁾

88) Ibid, para. 14.

89) Ibid, para. 17.

90) Ibid, paras. 18-19.

91) Ibid, para. 20.

92) Ibid, paras. 21-22.

93) Ibid, para. 23.

94) Ibid, para. 24.

95) Ibid, para. 25.

96) Ibid, paras. 26-28.

나. Regulation 207/2009 Article 53(1)(a) 및 Article 8(1)(b) 위반여부

다음으로, 재판소는 CCTY Bearing Company의 계쟁상표와 CCVI International SpA의 선행상표간의 혼동가능성이 있다고 판단한 항소위원회의 결정에 대해 제기된 CCTY Bearing Company의 항변에 대해 검토를 진행하였다. 즉, CCTY Bearing Company는 자신의 상표와 선행상표간 혼동가능성이 없으며 따라서, 혼동가능성이 있다고 판단한 동 위원회의 결정은 Regulation 207/2009의 제53조(1)(a)항과 동 규정의 제8조(1)(b)항의 위반에 해당된다고 주장하였다.⁹⁷⁾

해당 주장에 대해 재판소는 우선, 당해 사건의 주요 쟁점인 혼동가능성이 있는지 여부에 대해 판단하기 위해서는 전반적인 차원(global)에서 관련 대중의 상표와 이에 의해 보호받는 상품 또는 서비스에 대한 인식 그리고, 관련 상표들간의 유사성 등이 고려되어야 하며 혼동가능성이라는 것은 관련 상표들과 이에 의해 보호받는 상품 또는 서비스들이 서로 동일하거나 유사하다는 점을 가정한 것이라는 점을 확인하였다.⁹⁸⁾

이와 함께, 재판소는 관련 대중의 경우 해당 상표들에 영어문자가 포함되어 있다는 점을 감안하였을 때 아일랜드와 몰타와 같이 영어가 공식언어인 회원국들의 국민들이 해당된다고 할 수 있을 것이며, 주의력의 경우에는 해당 상표들에 의해 보호받고자 하는 상품들이 산업적 또는 기술적인 용도로 사용되기 때문에 이에 관련된 산업에 종사하고 있는 전문가들이 가진 높은 수준의 주의력이 이에 해당될 수 있을 것이라고 언급하였다.⁹⁹⁾

이를 토대로, 재판소는 아래와 같이 혼동가능성 판단에 관련된 몇 가지 주요 사안에 중점을 맞추어 검토를 진행하였다.

(가) 표장들의 비교에 관한 사항들

첫째로, 혼동가능성을 판단하기 위해 관련 상표들의 표장들을 비교할 때의 주요 원칙들에 대해 재판소는 언급하였다.

우선, 각 표장들이 전달하는 전반적인 인상에 주로 기반하되 이들이 가지고 있는 주요 요소들 역시 염두에 두어야 한다고 하면서 재판소는 관련 상표들에 의해 보호받는 상품 또는 서비스에 대한 평균 소비자의 인식이 결정적인 역할을 할 수 있을 것이라는 점을 인정하였다.¹⁰⁰⁾ 즉, 특정 상표의 주요 요소를 제외한 다른 요소들이 무시해도 될 만큼 특별한 점을 가지지 않을 때를 제외하고는 각 표장들을 비교할 때는 전반적인 특징 또는 인상에 기반하여 혼동가능성이 검토되어야 한다는 것이다.¹⁰¹⁾ 특히, 선행상표와 계쟁상표에 공통으로 포함된 요소들간의 식별력 정도의 차이는 표장들간의 유사성을 비교하는데 있어 관련 기준이 될 수 있을 것이라고 재판소는 강조하였다.¹⁰²⁾

97) Ibid, para. 29.

98) Ibid, para. 32.

99) Ibid, para. 35.

100) Ibid, para. 39.

101) Ibid, para. 40.

(나) 선행 상표의 식별력을 가진 요소

둘째로, 재판소는 CCVI International SpA가 소유한 선행상표의 식별력에 대한 검토를 진행하였다.

이에 관련하여 우선, 항소위원회는 해당 상표의 검은색 및 흰색줄 배경과 “bearing industries”라는 문자 등은 다소 기술적인 성격이라 식별력이 부족하나, CCVI라는 문자는 그 크기 및 위치 등을 고려하였을 때 주요 요소로 간주될 수 있으며 선행상표에 식별력을 부여할 수 있다고 판단하였다.¹⁰³⁾ 이와 함께, 특정 상표가 문자표장과 도형표장으로 이루어져 있을 때 소비자들이 주로 문자를 보고 관련 상품을 인식하기 때문에 문자표장이 도형표장보다 더 식별력이 있다는 점 역시 동 위원회는 인정하였다.¹⁰⁴⁾

상기 논의를 토대로, 재판소는 항소위원회가 판단한 것처럼 검은색 및 흰색줄 배경은 부수적인 요소이며 문자 CCVI가 해당 상표의 전반적인 인상을 결정하는 주요 요소라는 점을 인정하였다.¹⁰⁵⁾

(다) 표장들의 시각적 비교

셋째로, 재판소는 선행상표와 계쟁상표의 시각적 비교를 진행하였다.

이에 관하여 우선, 항소위원회는 두 상표들이 모두 “CC”를 포함하고 있으며 이는 관련 대중들에게 상품을 판매하는 사업자의 약칭으로 인식될 것이라고 언급하였으며 다른 추가적인 요소들의 경우 차이를 보이고 있으나 이는 식별력을 가지지 못하기 때문에 해당 상표들간의 시각적 비교를 진행하는데 영향을 주지 못한다고 지적하였다.¹⁰⁶⁾ 해당 항소위원회에의 결정에 대해 CCTY Bearing Company는 선행상표와 계쟁상표는 전반적으로 평가되어야 하며 두 상표간의 색채 차이로 인해 이들은 서로 시각적으로 유사하다고 볼 수 없다고 주장하였다.¹⁰⁷⁾

상기 주장들에 대해, 재판소는 소비자들이 주로 선행상표와 계쟁상표 모두에 포함되어 있는 “CC”에 보다 많은 주의를 기울일 것이라는 점, 비록 “ty”와 “vi”가 서로 다르지만 이들이 시각적으로 유사할 수 있다는 점 및 기타 다른 요소들간 차이가 경미하다는 점 등을 근거로 하여 관련 두 상표들이 시각적으로 유사하다고 판시한 상기 항소위원회의 결정을 지지하였다.¹⁰⁸⁾

(라) 표장들의 음성적 및 관념적 비교

넷째로, 재판소는 관련 상표들간의 음성적 및 관념적 비교를 진행하였다.

우선, 음성적 측면에서 항소위원회는 두 상표모두 CC로 시작하고 i와 y로 끝나기

102) Ibid, para. 41.

103) Ibid, para. 44.

104) Ibid, para. 48.

105) Ibid, para. 49.

106) Ibid, para. 50.

107) Ibid, para. 51.

108) Ibid, paras. 53-54.

때문에 이러한 부분에서는 동일 또는 유사하게 발음되나 중간에 t와 v가 포함되어 있기 때문에 발음에 차이가 있을 수 있다고 언급하였다.¹⁰⁹⁾ 또한, 비록 다른 문자들(예를 들면 bearing industries)도 포함되어 있지만 이들이 작은 글자체로 적혀있다는 점을 고려한다면 관련 소비자들에 의해 발음되지 않을 가능성이 크며 따라서 이들은 음성적으로 유사하다고 동 위원회는 판단하였다.¹¹⁰⁾ 이에 대해 CCTY Bearing Company는 음성적으로도 두 상표는 유사하지 않으며 설령 유사하더라도 소비자들은 주로 시각에 의존하여 상품을 선택하기 때문에 음성적 유사성은 중요하지 않다고 주장하였다.¹¹¹⁾

이에 대해 재판소는 비록 두 번째 부분의 발음이 상이하나 음성적으로 보았을 때 동일한 수의 음절로 이루어졌다는 점, 첫 부분이 동일하게 발음된다는 점 등을 고려하여 두 상표들이 음성적으로 유사하다는 항소위원회의 결정을 지지하였다.¹¹²⁾

마지막으로 관념적인 비교에 대해서도 재판소는 관련 두 상표들이 특별한 의미를 전달하고 있지 않기 때문에 관념적으로 비교될 수 없다는 항소위원회의 결정을 유지하였다.¹¹³⁾

(마) 전반적인 차원에서의 혼동가능성 평가

상기 논의들을 토대로 재판소는 경쟁상표와 선행상표의 혼동가능성에 대해 평가를 진행하였다. 우선, 항소위원회는 해당 상표들에 의해 보호되는 상품들간의 유사성, 해당 상표들간의 음성적 및 시각적 유사성 그리고, 선행상표가 내재적인 식별력을 가진다는 점 등을 근거로 혼동가능성이 있다고 판단하였다.¹¹⁴⁾ 이에 대해 CCTY Bearing Company는 선행상표가 식별력이 부족하다는 점, 두 상표들이 시각적으로 유사하지 않다는 점 등을 근거로 하여 해당 상표들간에 혼동가능성이 없다고 주장하였다.¹¹⁵⁾

상기 주장들에 관하여 재판소는 비록 상표의 시각적 측면이 음성적 측면보다 큰 중요성을 가지는 것은 사실이나 관련 상품들의 성격을 고려하였을 때 일부 경우에는 음성적 측면도 다소 중요성을 가질 수 있으며 따라서, 음성적 측면의 중요성을 완전히 배제할 수는 없다고 지적하였다.¹¹⁶⁾ 또한, 선행상표는 식별력을 가진다는 항소위원회의 결정을 지지하면서 상표들간의 음성적 및 시각적인 유사성, 선행상표가 식별력을 가진다는 사실 등을 고려하였을 때 혼동가능성이 존재한다고 판단한 항소위원회의 판단 역시 옳다고 판시하였다.¹¹⁷⁾

109) Ibid, para. 55.

110) Ibid.

111) Ibid, para. 56.

112) Ibid, paras. 57-58.

113) Ibid, para. 59.

114) Ibid, para. 63.

115) Ibid, para. 64.

116) Ibid, para. 66.

117) Ibid, paras. 68-69.

IV. 관련 판결의 소결 및 시사점

상기 유럽연합 사법재판소 일반법원의 판결들에서 동 재판소는 “상표의 혼동가능성”에 관련된 다양한 쟁점들을 다루고 있다.

본 논문의 위에서 언급한 것처럼 특정 상표에 의해 보호되는 상품 또는 서비스의 상업적 출처를 전달하는 상표 본연의 기능이 (선행상표와 계쟁상표 간의) 혼동가능성 때문에 방해받을 수 있으며 이로 인해 소비자와 판매자 모두에게 피해를 발생시킬 수 있기 때문에 이를 규제하기 위한 규정을 유럽연합에서 두고 있으며 해당 규정을 토대로 관련 사건들에서 유럽연합 사법재판소가 위와 같은 다양한 사안들을 검토하며 상기 판결들을 내린 것이다. 본 논문에서는 상기 유럽연합 사법재판소의 3개 판결의 주요내용에 대해 간략히 정리하면서 해당 판결들의 주요 쟁점들이 전달하고 있는 시사점 및 함의점에 대해 논의해 보도록 하겠다.

우선, 상기 사건들에서는 다양한 조항들이 인용되었으나 이들 모두 상표의 혼동가능성에 대해 다루고 있기 때문에 이에 관련된 동일한 조항(들)을 주요 준거규정으로 언급하고 있다. 즉, 유럽연합 상표에 관해 포괄적으로 규정하고 있는 Regulation 2017/1001의 제8조1(a),(b)항이¹¹⁸⁾ 해당 주요 준거조항인데 해당 조항에서는 (a) 선행상표와 계쟁상표가 동일하고 이들에 의해 보호되는 상품 또는 서비스가 동일할 때, (b) 선행상표와 계쟁상표간의 그리고, 이들에 의해 보호되는 상품 또는 서비스간의 동일성 또는 유사성으로 인해서 선행상표가 보호되고 있는 영토에서의 대중에게 혼동가능성이 존재할 때, 계쟁상표가 등록될 수 없다고 규정하고 있다. 이들 중 특히, 제(b)항에서 혼동가능성을 명시적으로 언급하고 있기 때문에 상기 사건들에서 재판소는 제(b)항에 중점을 맞추고 있다는 것이 발견되었다. 해당 준거규정에 대한 확인을 토대로 당해 사건들에서 전달하고 있는 시사점에 대해 논의해 보도록 하겠다.

1. 관련 대중 및 이들의 주의력정도에 관한 평가

해당 준거규정을 토대로, 상기 3가지 사건에서 재판소는 첫째로, “관련 대중” 및 이들의 “주의력 정도” 평가에 중점을 두고 심의를 진행하였다. 상기 언급한 것처럼 관련 규정인 유럽연합 상표규정 제8조1항에서는 “선행상표가 보호되고 있는 영토의 대중에 있어” 상표들간 그리고, 관련 제품 또는 서비스간에 혼동가능성이 존재할 경우에 해당 계쟁상표가 등록되어서는 안 된다고 언급하고 있다. 즉, 혼동가능성이 존재하는지 여부를 판단하는데 있어 선행상표가 보호되고 있는 영토의 관련 대중을 고려한다는 것이다. 유럽연합 사법재판소의 관련 판례와 유럽연합 지식재산청의 언급에 따르면 관련 대중이란 기본적으로 평균 소비자(average consumer)를 의미하며 이는 일반대중(general public)이 될 수도 있고 특수 대중(specialized public)이 될 수 있으며 경우에 따라서는 둘 다를 의미할 수도 있다.¹¹⁹⁾ 상기 Olimp Laboratories와

118) 참고로, 12seasons GmbH와 유럽연합 지식재산청 항소위원회간의 사건에서 준거규정은 Regulation 207/2009의 제8조1항이었으나 해당 조항은 다른 두 사건에서 다루어진 Regulation 2017/1001의 제8조1항과 동일한 내용을 규정하고 있다.

119) European Union Intellectual Property Office, Opposition: Double identity and likelihood confusion, (2020), p.805.

Omnivision GmbH 간 분쟁의 경우 유럽연합 지식재산청 항소위원회와 유럽연합 사법재판소 일반법원은 모두 해당 상표들에 의해 보호되는 상품들이 안구 의약품인 점을 고려하여 특수 대중에 해당되는 의료인, 약사 및 소비자 (즉, 환자)들이 (즉, 특수 대중들이) 관련 대중으로 간주된다고 판시하였으며 특히, 이들이 높은 수준의 주의력을 가질 것이라는 점을 인정하였다. 그러나 이에 관하여, 유럽연합 지식재산청은 일반적으로 특수 대중이 보다 높은 수준의 주의력을 가지는 경향이 있는 것은 사실이나 일반 대중이라고 해서 반드시 낮은 수준의 주의력을 가지고 특수 대중이라고 해서 반드시 높은 수준의 주의력을 가지는 것은 아니라는 점을 지적한 바 있다.¹²⁰⁾

따라서, 이러한 관련 판례들을 통해 볼 때 유럽연합 사법재판소 일반법원이 관련 대중을 구분하는데 있어 관련 사건에서 다루어지고 있는 제품 및 서비스의 성격 및 특징에 따라 일반대중과 특수대중으로 구분하고 있다는 점 및 주의력의 정도에 관련하여 전문성 등을 감안하여 기본적으로 특수대중이 보다 높은 수준의 주의력을 가지는 경향이 있다는 점을 인정한 것은 사실이나 일반 대중의 경우에도 높은 정도의 주의력을 가질 수 있다는 점을 지적하였다는 점은 유럽연합에서 향후 상표를 보호하고자 하는 사업자들에게 중요한 교훈을 시사하고 있다고 볼 수 있을 것이다.

2. 선행상표와 계쟁상표가 전달하는 전반적인 인상의 평가

이와 함께, 재판소가 상기 사건들에서 중점적으로 다루었던 또 다른 사안은 선행상표 및 계쟁상표들의 “전반적인 인상”의 평가였다. 즉, 선행상표와 계쟁상표가 관련 대중들에 있어 혼동가능성을 발생시키는지 여부를 조사하기 위해서는 이들이 관련 대중들에게 주는 전반적인 인상을 평가해야 하기 때문에 상기 사건들에서 재판소는 공통적으로 전반적인 인상의 중요성에 대해 강조를 하였다. 즉, Olimp Laboratories와 Omnivision GmbH 간 사건에서 동 재판소는 개별적 및 주요 요소들을 염두에 두고 전반적인 인상에 기반하여 비교가 수행되어야 한다고 언급한 반면 CCVI International Spa와 CCTY Bearing company 간의 사건에서는 각 상표들의 주요 특징, 공통점 및 차이점 등이 고려되어야 하나 전반적인 인상이 주로 검토되어야 한다는 유럽연합 지식재산청의 견해를 지지하였던 것이다. 다만, 12 Seasons GmbH와 유럽연합 지식재산청 간의 사건에서 동 재판소는 전반적인 인상에 중점을 두어 판단을 진행하였으나 해당 상표들을 구성하고 있는 문자표장들 및 이들의 의미를 평가함으로써 각 요소들 역시 상세히 살펴보았다는 사실에 주목할 필요가 있을 것이다. 이와 함께, 선행상표 및 계쟁상표들의 혼동가능성 및 전반적인 인상을 평가하는데 있어 재판소가 3개의 사건 모두에서 공통으로 이들의 시각적·음성적·관념적 평가를 진행했다는 사실 역시 유럽연합 상표권자들에게 중요한 의미를 가진다고 할 수 있을 것이다. 즉, 상표에 포함된 주요 요소를 제외한 모든 다른 요소들이 무시해도 될만큼 특별하지 않다면 주요 요소에 의해서만 판단이 이루어 질 수 있으나 기본적으로 각 상표들이 전달하는 전반적인 인상에 중점을 두어 판단이 이루어져야 하며 상표들의 비교는 전체적인 방식으로 수행되어야 한다고 강조하였던 것이다.

120) Ibid, p.809.

[그림1] 상표의 혼동가능성 판단기준¹²¹⁾



이와 같은 재판소가 채택한 상표의 혼동가능성을 판단하는데 있어 명백한 기준은 향후 혼동가능성에 관한 소송시 재판관 뿐만 아니라 소송당사자들에게 안정성과 예상가능성을 전달해 줄 수 있을 것이며 소송비용 및 시간을 절감해 주는 효과를 발생시킬 수 있을 것이다.¹²²⁾

3. 혼동가능성 관련 결정에 영향을 주지 못한 항변에 대한 평가

마지막으로, 비록 모든 사건에서 발견되지는 않았으나 상기 언급한 것처럼 CCVI International Spa 와 CCTY Bearing company 간의 분쟁에서 유럽연합 지식재산청 항소위원회는 혼동가능성에 중점을 두어 CCVI International SpA의 상표무효청구를 받아들였으며 비록 CCTY Bearing Company가 권리남용 및 허위증거제출과 같은 다른 항변을 제기하였지만 재판소는 동 위원회의 혼동가능성에 중점을 두어 상표를 무효화한 결정에 이들이 영향을 주지 못했다고 하면서 해당 항변들을 배척하였다.

따라서, 유럽연합 상표권자들은 향후 혼동가능성을 근거로 하여 자신의 상표가 무효화 되었을 경우 허위증거제출과 같은 다른 주장을 제기하고자 한다면 해당 다른 주장이 혼동가능성으로 인해 자신의 상표가 무효라고 판시한 결정에 영향을 주었다는 점을 입증할 책임을 부담한다는 사실을 반드시 명심해야 할 것이다.

V. 결론

이제까지 본 논문에서는 상표의 혼동가능성에 관련된 유럽연합 사법재판소 일반

121) 김진엽, 단어 및 도형표장으로 구성된 상표들간 혼동가능성에 관한 유럽연합 사법재판소 일반법원의 판결, 지재권 판례 심층분석, IP NAVI, 한국지식재산보호원 ([file:///C:/Users/%ED%95%9C%EA%B5%AD%EC%A7%80%EC%8B%9D%EC%9E%AC%EC%82%B0%EB%B3%B4%ED%98%B8%EC%9B%90/Downloads/IP%20Insight%20\[12%20seasons%20case\]20\(1\).pdf](file:///C:/Users/%ED%95%9C%EA%B5%AD%EC%A7%80%EC%8B%9D%EC%9E%AC%EC%82%B0%EB%B3%B4%ED%98%B8%EC%9B%90/Downloads/IP%20Insight%20[12%20seasons%20case]20(1).pdf))

122) Daryl Lim, “Trademark Confusion Simplified: A new framework for multifactor tests”, 「Berkeley Technology Law Journal」, Vol. 37 (2022), p.889. (참고로, 미국에서 상표의 혼동가능성 판단시 주로 사용되는 기준으로는 Polaroid 테스트가 있으며 해당 기준에는 원고 상표의 강도(strength), 원고와 피고 상표의 유사성, 관련 상품의 실제 혼동, 관련 제품간의 경쟁적 근접성(competitive proximity) 등이 포함된다. 미국 상표소송에서의 혼동가능성 요소 분석에 관해서는 Daryl Lim, “Trademark Confusion Revealed: An empirical Analysis”, 「American University Law Review」 Vol. 71 (2022)를 참고할 것.)

법원의 주요 판결들에 대해 동 법원이 다루었던 핵심 쟁점들을 중심으로 논의를 진행하였다.

상기 언급한 것처럼 상표의 본연의 기능은 특정 주체가 제공하는 제품 또는 서비스의 상업적 출처를 제공함으로써 해당 제품 또는 서비스의 사업자를 보호하고 이와 함께 소비자들이 안심하고 제품 또는 서비스를 구매할 수 있도록 하기 위함이다. 그러나, 본 논문의 주요 쟁점인 혼동가능성이 발생할 경우 특정 상표를 소유하고 있는 상표권자는 이로 인해 자신의 사업에 손해를 볼 수 있으며 소비자들 역시 자신이 구매하려고 하지 않았던 제품 또는 서비스를 구매할 수 있다.

이에 따라, 다른 각 국의 재판소들처럼 유럽연합 사법재판소 역시 혼동가능성에 대한 다양한 사안들을 검토하여 이를 판단하였으며 3가지 사건 모두에서 동 재판소는 혼동가능성이 있다고 판시하면서 제기된 항소를 기각하였던 것이다.

따라서, 유럽연합에서 상표를 가지고 있는 상표권자 또는 이를 획득하려고 하는 자들은 상표의 혼동가능성에 관해 판단한 유럽연합 지식재산청의 입장 뿐만 아니라 유럽연합 사법재판소 일반법원이 어떠한 점들 중심으로 하여 혼동가능성의 존재여부를 판단하였는지를 염두에 두어야 할 것이다.

[참고문헌]

<국내문헌>

김진엽, 단어 및 도형표장으로 구성된 상표들간 혼동가능성에 관한 유럽연합 사법재판소 일반법원의 판결, 지재권 판례 심층분석, IP NAVI, 한국지식재산보호원. ([file:///C:/Users/%ED%95%9C%EA%B5%AD%EC%A7%80%EC%8B%9D%EC%9E%AC%EC%82%B0%EB%B3%B4%ED%98%B8%EC%9B%90/Downloads/IP%20Insight%20\[12%20seasons%20case\]%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/%ED%95%9C%EA%B5%AD%EC%A7%80%EC%8B%9D%EC%9E%AC%EC%82%B0%EB%B3%B4%ED%98%B8%EC%9B%90/Downloads/IP%20Insight%20[12%20seasons%20case]%20(1).pdf))

문수미, “모조 ‘표시’ 상품의 혼동가능성 판단 기준에 대한 상표법적 연구”, 『지식재산연구』 제13권 제4호 (2018).

<해외문헌>

Ann Bartow, “Likelihood of Confusion”, 「San Diego Law Review」, Vol. 41 (2004).

Annette Kur et al, European Intellectual Property Law: Text, Cases, and Materials (Edward Elgar, 2019).

Darly Lim, “Trademark Confusion Revealed: An empirical Analysis”, 「American University Law Review」 Vol. 71 (2022).

———, “Trademark Confusion Simplified: A new framework for multifactor tests”, 「Berkeley Technology Law Journal」, Vol. 37 (2022).

C. V. Madhusudhanan et al, “Likelihood of confusion in trademark law of India and US: A comparative study”, 「PEZZOTTAITE JOURNALS」, Vol.7(1) (2018).

European Commission, Trade mark protection in the EU, what are trade marks?.
https://single-market-economy.ec.europa.eu/industry/strategy/intellectual-property/trade-mark-protection-eu_en

European Union Intellectual Property Office, Opposition: Double identity and likelihood confusion, (2020).

European Union Intellectual Property Office, Guidelines for examination of European Union Trade Marks, Part C, Opposition.

<기타문헌>

Council Regulation (EC) No 207/2009 of 26 February 2009 on the Community trade mark.

Judgment of the Court, 11 November 1997(1) (Case C-409/95).

Judgment of the General Court (Second Chamber), 27 January 2021 (Case T 817/19).

Judgment of the Court, 29 September 1998, Case C-39/97.

상표의 혼동가능성에 관련된 판례에 대한 고찰: 유럽연합 사법재판소의 최근 주요 판결을 중심으로 /
김진엽

Judgment of the General Court of 13 July 2022, CCTY Bearing Company v
European Union Intellectual Property Office, T-176/21.

Judgment of the General Court, 20 January 2021 (Third Chamber), Case
T 329/19.

Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14
June 2017 on the European Union trade mark.

[Abstract]

**Jurisprudence on the likelihood of confusion of trademarks:
focusing on the recent judgments
of the Court of Justice of the European Union**

Jinyup Kim*

The essential function of trademark is to distinguish the goods and services of one undertaking from those of other undertakings. However, if likelihood of confusion between the two trademarks occurs, that could trigger damage to the proprietor of the earlier trademark while customers cannot purchase goods or services they want.

Accordingly, domestic courts in many jurisdictions have given verdicts on this important issue and particularly, the Court of Justice of the European Union (CJEU) also has handed over some relevant rulings. Therefore, this article would like to focus on judgments on the likelihood of confusion in the CJEU, analyzing main points and issues of the rulings. On that basis, this article aims to discuss controversial and important issues in those rulings.

Key Words: European Union Intellectual Property Office, Trademark, Likelihood of confusion, Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union trade mark

* Research Fellow, Korea Intellectual Property Protection Agency

아동에 대한 정서적 학대행위의 형사처벌에 관한 소고

-보호자 및 교원의 훈육행위와 관련하여-*

강동욱**

논문요지

최근 학교현장에서의 교사의 훈육행위가 정서적 학대로 인정되고, 이에 대하여 형사사법처리하는 사건이 거듭 발생하면서 훈육과 학대의 구분을 어떻게 할 것이냐가 문제되고 있다. 왜냐하면 정서적 학대의 경우 그 용어가 가진 근원적 모호성과 추상성으로 훈육의 목적으로 행한다고 하더라도 아동에 대한 교사의 말이나 행동은 어떤 형태로든 아동에게 정서적으로 영향을 끼치기 때문에 정서적 학대행위로 간주될 수 있기 때문이다. 이러한 혼란이 제기되고 있는 것은 법률에서 아동학대의 개념에 대하여 명확하게 규정하고 있지 않고, 학대의 세부유형에 대하여 예시조차 기술하지 않고 있는 것에도 그 원인이 있다. 더구나 2014년 1월 28일 제정된 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」을 통해 「아동복지법」상 금지행위를 아동학대범죄로 간주하는 규정을 둬으로써 이러한 현상은 더욱 가중되고 있다.

이에 본고에서는 우선 아동학대범죄의 유형으로서의 정서적 학대에 대한 형사처벌의 기준에 대한 판례 및 학계의 태도를 살펴보았다. 그리고 이를 바탕으로 하여 정서적 학대행위에 대한 합리적인 대처를 위해 정서적 학대행위에 관한 형사처벌규정의 구체적 정비방안을 제시하였다. 또한 보호자 또는 교사의 훈육이나 지도는 아동들이 건강하게 성장하도록 하기 위해서도 합리적인 범위 내에서 허용할 필요가 있으며, 아동의 인권보장이 아동에 대한 훈육을 포기되어서는 아니 된다. 따라서 최근 교권의 보호와 관련하여 논란이 되고 있는 부모 등 보호자와 교사의 훈육과 지도에 대해서는 상당한 이유가 있으면 형사처벌대상에서 제외할 것을 주장하였다.

검색용 주제어: 아동학대, 정서적 학대, 훈육, 아동복지법, 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법

· 논문접수: 2023. 12. 20. · 심사개시: 2024. 01. 11. · 게재확정: 2024. 01. 25.

* 이 논문은 2023년 11월 10일 개최(국회의원회관 제1간담회실)된 한국아동보호학회·국회의원 진선민 주최 학술세미나(교사의 교육권 보장과 아동 권리 보호)에서 발표한 내용을 수정·보완한 것임.

** 동국대학교-서울, 법과대학 교수

I. 머리말

우리 사회에서 최근 학교현장에서의 교사의 훈육행위가 정서적 학대로 인정되고, 이에 대하여 형사사법처리하는 사건이 거듭 발생하면서 훈육과 학대의 구분이 문제되고 있다. 왜냐하면 정서적 학대의 경우 그 용어가 가진 근원적 모호성과 추상성으로 훈육의 목적으로 행한다고 하더라도 아동에 대한 교사의 말이나 행동은 어떤 형태로든 아동에게 정서적으로 영향을 끼칠 것이므로 정서적 학대행위로 간주될 수 있기 때문이다. 따라서 교사의 훈육행위를 학대행위로 인정하는 것이 타당한지, 아니면 어느 정도로 영향을 끼쳤을 때 정서적 학대로 인정하여야 할 것인지가 문제된다. 이러한 혼란이 제기되고 있는 것은 법률에서 아동학대의 개념을 명확하게 규정하고 있지 않고, 학대의 세부유형에 대하여 예시조차 기술하지 않고 있는 것에도 그 원인이 있다. 더구나 2014년 1월 28일 제정된 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」(법률 제12341호, 2014. 9. 29. 시행, 이하 ‘아동학대처벌법’이라 한다)을 통해 「아동복지법」(이하 ‘아동복지법’이라 한다)상 금지행위를 아동학대범죄로 간주하는 규정을 두으로써 이러한 현상은 더욱 가중되고 있다. 특히, 정서적 학대는 신체적·성적 학대와 달리 방임과 마찬가지로 그 자체의 모호성과 추상성으로 인해 그 한계가 명확하지 않기 때문에 이러한 현상은 더욱 두드러지게 나타나고 있다. 따라서 정서적 학대행위를 보다 폭넓게 인정하자는 입장에서도 현재 구체적인 사안에 있어서 가해자의 행위가 정서적 학대행위에 해당하는지 여부에 관해 수사기관과 법원 등 법집행기관에 고스란히 맡겨져 있다는 문제점을 지적하고 있다.¹⁾

이에 본고에서는 아동학대범죄의 유형 중 정서적 학대에 대한 형사처벌의 기준과 관련하여 판례 및 학계의 태도를 살펴보고, 이를 바탕으로 하여 정서적 학대행위에 대한 합리적인 대처를 위한 현행법의 개정방안과 최근 교권의 보호와 관련하여 논란이 되고 있는 부모 등 보호자 또는 교사의 훈육과 지도에 대한 형사처벌면제요건을 제시해 보고자 한다.²⁾

II. 정서적 학대행위와 그 형사처벌에 관한 판례의 검토

1. 아동복지법상 정서적 학대행위의 형사처벌규정의 위헌성 여부

(1) 헌법재판소의 태도

2021년 개정 이전의 아동복지법 제17조 제5호에 관한 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 죄형법정주의의 명확성원칙 또는 행위와 책임 간의 비례성원칙에 위배되는지 여부에 대하여 헌법재판소는 2014. 6. 30. 청구된 헌법소원에서 다음과 같이 결정하였다. 즉,

1) 이세원, “정서학대와 방임에 대한 사법적 판단”, 「교정복지연구」 제53호, 한국교정복지학회, 2018, 119쪽.

2) 본고에서는 정서적 학대의 개념에 관해서는 논의대상에서 제외한다.

가. 아동복지법의 입법목적과 기본이념, 장기간 지속될 경우 아동의 인격발달에 치명적인 영향을 미칠 수 있는 정서적 학대행위의 특수성, 학대의 유형을 구별하되 신체적·정서적 학대행위와 유기 및 방임행위를 동일한 법정형으로 처벌하도록 규정한 아동복지법의 입법체계, 관련 판례 및 학계의 논의 등을 종합할 때, 이 사건 법률조항이 규정하는 “아동의 정신건강 및 발달에 해를 끼치는 정서적 학대행위”란, ‘아동이 사물을 느끼고 생각하여 판단하는 마음의 자세나 태도가 정상적으로 유지되고 성장하는 것을 저해하거나 이에 대하여 현저한 위험을 초래할 수 있는 행위로서, 아동의 신체에 손상을 주거나 유기 또는 방임하는 것과 같은 정도의 행위’를 의미한다고 볼 수 있다. 이러한 해석은 다소 추상적이고 광범위하게 보일 수 있으나, 이는 다양한 형태의 정서적 학대행위로부터 아동을 보호함으로써 아동의 건강과 행복, 안전과 복지를 보장하고자 하는 아동복지법 전체의 입법취지를 실현하고자 하는 것으로서, 어떠한 행위가 정서적 학대행위에 해당하는지에 관하여는 아동에게 가해진 유형력의 정도, 행위에 이르게 된 동기와 경위, 피해아동의 연령 및 건강 상태, 가해자의 평소 성향이나 행위 당시의 태도, 행위의 반복성이나 기간 등에 비추어 법관의 해석과 조리에 의하여 구체화될 수 있다. 따라서 이 사건 법률조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배된다고 볼 수 없다.³⁾

나. 정서적 학대행위가 오랫동안 지속될 경우, 그로 인한 피해는 신체손상에 비하여 상대적으로 치유가 어렵고 원상회복이 어려운 경우가 적지 않아, 아동에 대해 미치는 부정적인 영향은 신체적·성적 학대행위 못지않게 심각할 수 있다. 그럼에도 불구하고 그동안 아동 학대행위가 가정 내부의 문제 또는 아동훈육의 문제로 취급되면서 국가의 개입이 소극적으로 이루어졌고, 학대행위자가 대부분 부모나 보호자라는 이유로 ‘원가정보호’라는 목적 하에 비교적 경미하게 처벌됨에 따라 아동학대가 근절되지 않고 있다. 이러한 상태에서 가해자에 대한 제재를 과태료 부과나 심리치료 등으로 대체하고 형사처벌을 아예 포기해 버린다면, 아동학대의 예방과 근절이라는 이 사건 법률조항의 입법목적은 달성될 수 없을 것이다. 나아가 이 사건 법률조항은 정역형을 규정하면서 벌금형도 선택형으로 규정하고 있고, 법정형의 하한에 제한을 두지 않아 학대의 경위나 피해 정도 등을 고려하여 집행유예나 선고유예를 선고할 수 있으므로, 지나치게 과중한 형벌을 규정하고 있다고 볼 수 없다.⁴⁾ 그렇다면 이 사건 법률조항은 범죄의 죄질과 행위자의 책임 간의 비례원칙에 위배된다고 할 수 없다.

(2) 결 토

헌법재판소는 일반적으로 형벌법규의 명확성 판단주체를 건전한 상식과 통상적인

3) 헌법재판소 2015. 10. 21. 선고 2014헌바266 결정. 헌법재판소는 이 결정을 헌법재판소 2016. 3. 31. 선고 2015헌바264 결정에서 이를 다시 확인하였다.

4) 김혜경, “아동보호와 형법개입의 정당성”, 「형사법연구」 제33권 제4호, 한국형사법학회, 2021에서는 헌법재판소의 태도는 온정적 간섭주의(paternalism, 타인을 해악으로부터 보호하거나 더 나은 상태로 만든다는 이유로 그들의 의지에 반하는 타인에 대한 간섭을 동기화하거나 국가의 규제법들을 정당화하는 이론이다)에 따른 견해로 평가되지만, 이는 가정의 자율권보다 국가의 개입을 우선시하는 것일 뿐만 아니라 문화영역에서의 국가역할의 한계에 대한 고찰이 전혀 고려되지 않은 국가주의적이고 행정편의적인 판단이라고 하고(250쪽), 나아가 형벌에 관한 판단에 대해서는 입법의 목적이 정당하면 수단의 적합성은 입법목적에 종속하는 하위기준으로 작용한다는 입장으로 비판하고 있다(262쪽).

법감정을 가진 ‘일반인’으로 상정하면서도, 일반인이 법규범의 명확성 여부를 판단하기 어려운 경우에는 예외적 판단주체로서 ‘법관’으로 대표되는 법률전문가의 해석을 통해 해당 규정에 포섭되는 금지행위를 구체화할 수 있다면 명확성 원칙을 준수한 것으로 판단한다.⁵⁾ 이러한 관점에서 헌법재판소는 어떠한 행위가 정서적 학대에 해당하는지는 예외적 판단주체인 ‘법관’이 아동에게 가해진 유형력의 정도, 해당 행위의 동기와 경위, 피해아동의 연령 및 건강상태, 가해자의 성향·태도, 행위의 상습성 등을 살펴 판단할 수 있다고 하면서, 아동복지법상 정서적 학대행위를 금지행위로 규정한 제17조 제5호의 규정에 대하여 제한적 해석을 통해 그 적용범위를 한정할 수 있다고 하고 있다. 하지만 형벌법규의 명확성 판단주체가 법률전문가인 법관이 되면 실제 심사에서 수범자인 일반인의 관점은 배제되어 명확성원칙의 수범자에 대한 공정고지(fair notice) 기능이 형해화된다.⁶⁾ 다만, 헌법재판소는 위 결정에서 ‘법관의 해석’ 외에 ‘조리’를 판단근거로 실시함으로써 이러한 비판에서 벗어나고자 한 것으로 보인다. 그러나 헌법재판소는 수범자인 일반인과 법관이라는 법률전문가의 기준이 상이할 경우에 어떻게 이를 조화시킬 것인지에 대해서는 특별히 언급하고 있지 않다.

더구나 정서적 학대행위는 객관적인 정량화·범주화·유형화할 수 없을 정도로 다양한 형태로 이뤄질 수 있다. 더욱이 아동과 일상생활을 공유하는 수범자(부모·교사 등)의 언행 중 아동의 주관적인 감정과 인식을 의미하는 정서발달에 여하한 형태로든 영향을 주지 않는 행위를 상정할 수도 없다. 그럼에도 불구하고 정서적 학대에 대한 형사처벌의 정당성과는 별개로 아동을 학대할 의도가 없고, 유형력을 행사하지 않았으며, 학대의 가시적 결과가 발생하지 않아도 정서적 학대행위가 성립할 수 있다고 하게 되면 그 아동학대범죄의 성립범위가 지나치게 넓어질 우려가 있다. 또한 아동복지법에서 금지행위의 하나로 정서적 학대행위에 대하여 추상적으로 규정하고 있을 뿐 그 내용이나 유형은 물론 그 정도에 대하여는 아무런 규정이 없고, 이에 헌법재판소가 간접적인 형태로 정서적 학대 여부를 위한 판단요소를 제시하고 있지만, 그 판단은 사실상 전적으로 법관으로 대표되는 ‘법률전문가’의 ‘사후’적 판단에 의존할 수밖에 없다.⁷⁾ 어떤 행위가 법률에 의해 금지되는지 허용되는지 여부는 법관의 판단이 아닌 수범자인 일반 보통인(또는 평균인)에 의해 판단할 수 있을 것인지를 기준으로 하여야 한다.⁸⁾ 따라서 헌법재판소가 사회복지서비스의 대상이 아니라 금지

5) 이수창, “아동복지법 정서적 학대 조항의 명확성 검토”, 「헌법재판연구」 제7권 제2호, 헌법재판연구원, 2020, 215쪽.

6) 김종대, “미국 헌법상 명확성 원칙(void for vagueness) 심사 - 미국연방최고법원 판례를 중심으로-”, 「서울대학교 법학」 제50권 제1호, 2009, 463쪽.

7) 이수창, 앞의 논문, 216-217쪽. 대법원은 “어떠한 행위가 이에 해당하는지 여부는 행위자와 피해아동의 관계, 행위 당시 행위자가 피해아동에게 보인 태도, 피해아동의 나이, 성별, 성향, 정신적 발달상태 및 건강상태, 행위에 대한 피해아동의 반응 및 행위를 전후로 한 피해아동의 상태 변화, 행위가 발생한 장소와 시기, 행위의 정도와 태양, 행위에 이르게 된 경위, 행위의 반복성이나 기간, 행위가 피해아동 정신건강의 정상적 발달에 미치는 영향 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다”고 하였다(대법원 2020. 3. 12. 선고 2017도5769 판결).

8) 이수창, 앞의 논문, 213쪽에서는 정서적 학대조항에 대한 명확성 판단은 ① 그 주된 수범자(적용대상)가 법률전문가 집단이 아닌 일반인이며, ② 입법성질상 가중된 형사처벌에 관한 규정으로서 직장배제 등 부수적 불이익이 수반된다는 점에서 원칙적으로 가장 엄격한 심사가 이뤄져야 한다고 한다고 한다.

행위로서 형사처벌대상이 되는 정서적 학대에 관한 아동복지법 제17조 제5호가 명확성원칙에 위반하지 않는다고 판단하고, 그 개선방안에 대하여 구체적으로 검토하지 않은 것은 적절하지 않다.⁹⁾ 실제로 하급심법원은 2000년대 초반에는 정서적 학대 등 아동학대에 관하여는 헌법재판소의 전제대로 유기·방임에 준하는 정도의 학대행위에 대해서만 처벌대상으로 의율하였지만, 2000년대 중반 이후에는 유기·방임에 준할 정도에 이르지 않더라도 정신적 폭력이나 가혹행위가 있으면 아동학대로 의율하여 처벌대상으로 하고 있다.¹⁰⁾

한편, 아동복지법상 정서적 학대행위에 관한 제17조 제5호는 금지행위의 수단이나 방법을 제한하지 않고 ‘아동의 정신건강 및 발달에 해를 끼치는 일체의 행위’로 규정하고 있으므로, 이를 문리적으로 해석하면 아동과 관련된 성인의 모든 행동과 대화가 이에 포함될 수 있으므로 형법의 보충성 원칙에도 위배된다.¹¹⁾ 또한 ‘건강 및 발달’, ‘정서’라는 개념도 구체성을 가진다고 할 수 없고, ‘해를 끼치는 행위’는 문언상 아동의 정서에 부정적인 영향을 준다면 성인과 아동과의 상호작용 중에서 긍정적인 영향을 주는 경우를 제외한 일체의 행위가 처벌대상이 될 것이므로 법관의 보충적인 해석에 의하여 적용범위를 조정하는 것도 어렵게 된다.¹²⁾ 실제로 수사기관이나 아동학대전담공무원 등 아동학대사건을 처리하는 실무자의 입장에서는 아동복지법상 정서적 학대행위를 폭넓게 해석하여 정서적 학대행위로 인정되면 그 내용이나 정도를 불문하고 이를 현행법위반의 학대행위로 입건하여 조사할 수밖에 없게 된다.¹³⁾ 따라서 학대행위자로 취급된 사람은 법원의 최종판단이 있기 전까지 불안정한 지위에 있게 될 뿐만 아니라 법원에 의해 무죄가 선고될 경우에 장기간 부당한 취급을 당하고 회복하기 어려운 불이익을 받을 수밖에 없다. 더구나 전술한 것처럼 2021년 개정 아동복지법에서 제17조 제5호에 ‘(「가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제2조제1호에 따른 가정폭력에 아동을 노출시키는 행위로 인한 경우를 포함한다)’를 추가함으로써 정서적 학대의 불명확성은 더욱 심화되었다. 따라서 헌법재판소의 판단은 지나치게 소극적인 태도라고 하지 않을 수 없다.

9) 입법자가 모든 가능한 위법행위를 형사처벌할 수 있도록 폭넓은 구성요건을 만들어 놓고 법관으로 하여금 누구를 처벌할지 결정하도록 하는 것은 사법부가 입법부를 일정부분 대체하는 것으로서 지양되어야 한다(명확성 원칙의 자의적 법집행 방지 기능)(United States v. Reese, 92 U. S. 214 (1875)). 이수창, 앞의 논문, 209쪽에서 재인용).

10) 이세원, 앞의 논문, 217쪽.

11) 윤혜원, “아동학대 사건에 대한 형사처벌의 문제점”, 「법학연구」 제18권 제4호, 인하대학교 법학연구소, 2015, 79-82쪽.

12) 이수창, 앞의 논문, 219쪽.

13) 이는 법집행기관이 정서적 학대의 범위를 파악할 구체적인 판단기준이 마련되지 않은 상황에서 울산·칠곡 아동학대 사망사건 등 언론의 주목을 받는 사건들이 발생하고, 법집행기관의 아동학대에 대한 민감성이 결여되어 정서적 학대를 인정하는 데 소극적이라며 비판하면서 아동복지적 차원에서의 정서적 학대 개념을 사법적 차원에서도 공유하라는 주장이 거세진 것에 연유한 것으로 보인다(김혁돈, 손지아, 아동복지적 관점을 고려한 아동학대 개념, 「법학논고」 제63호, 경북대학교 법학연구소, 2018, 368쪽; 이수창, 앞의 논문, 218쪽; 이세원, 앞의 논문, 137-140쪽).

2. 아동복지법상 금지행위인 정서적 학대행위의 범위와 내용

(1) 정서적 학대행위의 범위

종래 대법원은 “아동복지법 제17조는 아동에 대한 금지행위로 제3호에서 ‘아동의 신체에 손상을 주는 학대행위’를 규정하고, 별도로 제5호에서 ‘아동의 정신건강 및 발달에 해를 끼치는 정서적 학대행위’를 규정하고 있는데, 아동의 신체에 손상을 주는 행위 가운데 아동의 정신건강 및 발달에 해를 끼치지 않는 행위를 상정할 수 없는 점 및 위 각 규정의 문언 등에 비추어 보면, 제5호의 행위는 유형력 행사를 동반하지 아니한 정서적 학대행위나 유형력을 행사하였으나 신체의 손상에까지 이르지 않고 정서적 학대에 해당하는 행위를 가리킨다”¹⁴⁾고 함으로써 신체적 학대와 정서적 학대를 구분하였다.¹⁵⁾ 하지만 이후 신체적·성적 학대와 이에 수반된 정서적 학대가 상상적 경합의 관계에 있다고 판시한 대법원판결과 하급심판결도 존재하는 등 정서적 학대행위의 인정 여부에 관해 일관된 모습을 보이지 않고 있다.¹⁶⁾ 이와 관련하여 아동복지법상 금지행위와 「형법」 등의 구성요건해당행위가 서로 배척 내지는 택일 관계에 있다기보다는 아동을 보호하기 위하여 중첩적으로 적용대상으로 하고 있다고 파악하여야 하고, 또한 아동복지법상 금지행위 간에 서로 택일관계 내지는 배척관계에 있다고 할 수도 없다고 하면서, 아동학대행위의 유형을 구분하여 어떠한 행위가 어떤 학대행위에 해당한다고 보는 것이 아니라 신체적 학대로 볼 수 있는 행위도 그 영향이 정서적 발달에 해할 수 있다면 정서적 학대에 해당할 수도 있으며, 나아가 어떠한 요구를 거부하는 행위도 경우에 따라 방임이나 정서적 학대에 해당하는 경우도 있다고 주장하는 견해도 있다.¹⁷⁾

그러나 아동복지법에서 아동학대유형으로서의 정서적 학대를 신체적 학대나 성적 학대와는 다른 독립적인 학대유형으로서 구분하고 있는 것은, 위 헌법제판소가 지적한 바와 같이 신체적 학대행위는 아니지만 오랫동안 지속될 경우에 그로 인한 피해가 신체손상에 비하여 상대적으로 치유가 어렵고 원상회복이 어려운 경우가 적지 않기 때문에 아동에 대해 미치는 부정적인 영향은 신체적 학대나 성적 학대에 못지않게 심각하다는 점을 고려하여 국가적 개입을 인정한 것이라고 할 수 있다.¹⁸⁾ 그러나

14) 대법원 2011. 10. 13. 선고 2011도6015 판결.

15) 정서적 학대는 독립된 형태를 이루기도 하지만, 신체적 학대나 성적 학대는 그로 인해 정신적 고통을 겪게 된다는 점에서 정서적 학대가 수반되기도 한다는 견해도 있다(도미향, 김영희, “아동학대의 유형에 따른 문제와 개입방법에 관한 연구”, 「부모교육연구」 제3권 제1호, 한국부모교육학회, 2006, 72쪽). 이 입장에서는 위의 사례의 경우 신체적·성적과 정서적 학대의 상상적 경합범이 성립하게 된다.

16) 예를 들어 친부가 피해아동(16세, 딸)이 동생의 저녁을 제때 챙겨주지 않는다는 이유로 피해아동의 복부를 발로 차고 욕설을 하며 겁을 준 사실에 대해 신체적·정서적 학대행위를 모두 인정한 경우가 있는 반면(울산지법 2016. 5. 26. 선고 2015고단2850 판결), 보육교사가 4세 여아가 밥을 늦게 먹는다는 이유로 큰소리로 혼내고 주먹으로 아동의 머리를 수 회 때린 사실에 대해, 보육교사가 피해아동에게 큰소리를 친 행위는 별개의 범의에 의한 것이 아니라 머리를 때리는 행위에 수반된 것이고 시간적·장소적으로 밀착한 행위이므로 정서적 학대행위는 신체적 학대행위에 흡수된다(광주지법 2017. 7. 27. 선고 2016고단5167 판결. 이후 항소심인 광주지법 2018. 5. 3. 선고 2017노3019 판결에서는 정서적 학대행위로만 인정하였고 이것이 대법원 2018. 7. 20. 선고 2018도7109 판결로 확정되었다)고 하였다(이수창, 앞의 논문, 220-221쪽).

17) 김혁돈, 손지아, 앞의 논문, 568쪽.

정서적 학대를 신체적 학대보다 경한 것으로 취급하는 대법원의 태도는 신체적 학대와 정서적 학대를 동등한 수준으로 파악하고 있는 헌법재판소의 결정과도 배치되는 것으로 타당하지 않다.¹⁹⁾ 그렇다고 하면 정서적 학대와 신체적 학대는 사실상·법률상 명백히 구분되어야 한다는 점에서 신체적 학대만으로도 당연히 정서적 학대가 인정되는 것으로 해석해서는 아니 된다.²⁰⁾ 일반적으로 학계에서는 정서적 학대를 신체에 직접적인 고통을 가하는 것이 아닌 심리적, 정신적인 고통을 가하는 비신체적인 학대의 형태를 의미하는 것으로 하고 있으며,²¹⁾ 아동권리보장원의 정서적 학대에 대한 정의²²⁾도 이를 뒷받침하고 있다.

만일 신체적 학대가 있는 경우에 정서적 학대가 당연히 내포되는 것으로 해석하여 법조경합에 의해 신체적 학대만이 성립한다고 하거나 신체적 학대가 성립하면 당연히 정서적 학대가 성립한다고 하게 되면 아동복지법에서 정서적 학대를 따로 규정하여 처벌규정을 둔 입법취지가 무색해 질뿐만 아니라 정서적 학대의 독창성을 무시하게 되면서 이에 대한 대책마련에 소홀해 질 수 있다는 점에서 바람직하지 않다. 설령 하나의 행위에 대하여 신체적 학대 외에 별도로 정서적 학대의 성립을 인정하더라도 이는 결국 상상적 경합으로 아동복지법상 법정형이 ‘5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금’(제71조 제1항 제2호)으로 같기 때문에 사실상 구별실익도 없다.²³⁾

(2) 정서적 학대행위에 대한 인식의 정도

대법원은 전술한 판결(2011도6015)을 인용한 후 “아동의 정신건강 및 발달에 해를 끼치는 정서적 학대행위”란 현실적으로 아동의 정신건강과 정상적인 발달을 저해한 경우뿐만 아니라 그러한 결과를 초래할 위험 또는 가능성이 발생한 경우도 포함되며, 반드시 아동에 대한 정서적 학대의 목적이거나 의도가 있어야만 인정되는 것은 아니고 자기의 행위로 아동의 정신건강 및 발달을 저해하는 결과가 발생할 위험 또는

18) 아동학대처벌법에서는 아동학대범죄의 경우에는 성학대의 경우를 제외하고는 동범을 다른 법률에 우선하여 적용하도록 하고 있다(제3조).

19) 대법원은 신체적 학대행위에서 상해의 결과가 발생한 경우를 정서적 학대에서 제외하고 있으며, 유형력이 행사된 학대행위의 경우 신체적 행위가 정서적 행위에 비해서 더 불법성이 중한 행위로 보고 있는 것은 아동학대의 현실과 범죄의 본질에 비추어 타당하지 못하다(김슬기, “아동학대범죄의 구성요건 정비”, 「비교형사법연구」 제22권 제4호, 한국비교형사법학회, 2021, 22쪽). 따라서 김슬기, 앞의 논문, 22쪽에서는 신체적 또는 정서적 학대의 구별에만 근거하여 양형의 차이를 두어서도 안된다고 한다.

20) 김슬기, 앞의 논문, 15쪽에서는 신체적 학대행위 또는 정서적 학대행위가 동시에 인정되는 경우는 있을 수 있으나 정서적 학대행위는 신체적 학대행위에 대하여 보충관계에 있으므로 두 범죄의 경합은 문제될 여지가 없게 된다고 한다.

21) 배태상, 이희영, “아동 정서적 학대 판단주체와 기준에 대한 검토와 개선방안 : 아동복지법 제17조제5호(가정폭력 노출 금지)를 중심으로”, 「범죄수사학연구」 통권 제15호, 경찰대학 치안범죄수사연구원, 2023, 60쪽 참조.

22) 아동권리보장원에서는 “정서학대란 보호자를 포함한 성인이 아동에게 행하는 언어적 모욕, 정서적 위협, 감금이나 억제, 기타 가학적인 행위를 말하며 언어적, 정신적, 심리적 학대라고도 한다”고 정의하고 있다. (<https://www.ncrc.or.kr/ncrc/cm/cntnts/cntntsView.do?mi=1030&cntntsId=1030&scrollTop=1070>, 2024. 1. 25. 접속).

23) 신체적·성적 학대행위를 인정하고서도 그 학대행위에 대해 다시금 정서적 학대로 평가하는 것은 1개 행위에 대한 이중평가금지 원칙에 비추어도 타당하지 못하다(이수창, 앞의 논문, 224쪽).

가능성이 있음을 미필적으로 인식하면 충분하다”고 하였다.²⁴⁾ 즉, 대법원은 아동에 대한 ‘정서적 학대의 목적·의도’가 있어야 정서적 학대행위가 인정되는 것이 아니라 해당 행위로 인하여 아동의 정신건강 및 발달을 저해하는 결과가 발생할 가능성을 인식할 수 있었다면 정서적 학대가 성립할 수 있다고 본 것이다.²⁵⁾

이와 관련하여 정서적 학대행위로 형사처벌하기 위해서 정서적 학대에 대한 의도나 목적을 요하는지에 대하여 정서적 학대의 유형을 신체적·성적 학대에 포섭되지 않은 폭력행위(유형력을 행사하였으나 신체의 손상에 이르지 않은 행위)²⁶⁾와 정신적 가혹행위(유형력을 동반하지 아니한 정서적 학대행위)²⁷⁾로 구분해서 파악하는 견해가 있다. 즉, 전자에 대해서는 신체적·성적 학대로 의율하기는 어렵지만 아동에게 강제로 물리력을 행사하는 외형이 있기에 사회적 평균인의 예측능력에 비추어 행위자 스스로도 자신의 행위가 위법할 수 있음을 인식할 계기가 충분히 있었으므로 행위자가 당초 아동을 학대할 의도나 목적이 아니었다고 하더라도 정서적 학대의 위험성을 미필적으로 인식했다면 학대의 고의를 인정하는 것이 타당한 반면, 후자의 경우에는 유형력의 행사라는 객관적으로 관찰할 수 있는 외형이 없어 일상생활 중의 정당행위와 대단히 근접·점착되어 있으며, 행위에 따라서는 행위자에게 사전에 자신의 행동이 금지행위에 포섭될 가능성을 충분히 의식할 계기가 주어지지 않을 수도 있고, 따라서 자신의 행동이 정당행위의 범위를 넘어서서 아동의 정서발달에 현저한 위협을 초래할 수 있음을 사전에 예측하기는 어려웠을 것이므로 이 유형의 행위에 대해서 정서적 학대의 의도나 목적을 요구하지 않고 해당 행위가 아동의 정서발달을 저해할 가능성에 대한 미필적 인식만으로 그 범의를 쉽사리 인정하는 것은 타당하지 못하다고 한다.²⁸⁾

그러나 신체적 학대와 정서적 학대의 구별을 전제로 한다면 실제 구체적 사건에서 신체적 학대와 병행 또는 수반된 정서적 학대행위와 순수한 정서적 학대행위만 있는 경우를 구별하는 것도 쉽지 않을 뿐만 아니라 동일한 범죄행위에 대하여 그 세

24) 대법원 2015. 12. 23. 선고 2015도13488 판결. 이외에 대법원 2020. 3. 12. 선고 2017도5769 판결: 서울고등법원 2017. 2. 9. 선고 2016노3694 판결: 부산지방법원 2019. 8. 23. 선고 2019노721 판결 등.

25) 판례는 “아동복지법의 입법목적, 일반적인 아동의 지적수준과 신체발달 정도, 신체적 학대행위가 있었던 경우 그로 인하여 신체의 건강 및 발달이 저해되었는지를 정확히 확인하는 것은 현실적으로 쉽지 않은 점 등에 비추어 보면, 아동복지법 제17조 제3호에서 규정한 ‘아동의 신체에 손상을 주거나 신체의 건강 및 발달을 해치는 신체적 학대행위’에는 현실적으로 아동의 신체건강과 그 정상적인 발달을 저해한 경우뿐만 아니라 그러한 결과를 초래할 위험 또는 가능성이 발생한 경우도 포함되고, 위 죄의 범의는 반드시 아동학대의 목적이나 의도가 있어야 인정되는 것이 아니고, 아동의 신체건강 및 발달의 저해라는 결과를 발생시킬 가능성 또는 위험이 있는 행위 자체를 인식하거나 예견하고 이를 용인하면 족하다”고 한다(울산지법 2017. 8. 4. 선고 2017노542 판결).

26) 아동의 머리를 눌러 앉히고 엉덩이를 때리며 손가락을 강제로 아동의 입속에 넣는 행위(인천지법 2016고단3228 판결), 아동의 팔다리를 벨트로 묶은 후 물티슈를 아동의 입안에 강제로 넣고 소등한 교실에 방치한 행위(울산지법 2015. 6. 11. 선고 2015고단325 판결) 등이 이에 해당한다고 한다(자세한 사례내용은 이수창, 앞의 논문, 214쪽 참조).

27) 교사가 고등학교 1학년 학생에게 성적확인을 하도록 지시하는 행위, 교사가 수업시간 중에 소실책을 본 중학교 3학년 학생을 나무란 행위, 유치원 원장이 2세 원생이 자주 울자 연령에 맞지 않는 1세 원생만으로 배치한 행위, 교사가 초등학생에게 다른 급우에게 사과하도록 계획한 행위 등이 이에 해당한다(자세한 사례내용은 이수창, 앞의 논문, 214쪽 참조).

28) 이수창, 앞의 논문, 213-214쪽.

부행태에 따라 의도나 목적을 다르게 판단하여야 한다는 근거도 명확하지 않다. 따라서 정서적 학대행위의 독자성을 인정하되, 그 유형이나 정도의 다양성을 고려할 때 무한정으로 확대될 가능성이 있는 정서적 학대행위에 대한 형사처벌범위를 합리적으로 제한할 필요가 있다. 따라서 정서적 학대의 형태에 관계없이 정서적 학대에 대한 고의를 인정하기 위해서는 학대에 관한 확정적인 의도나 목적을 요하는 것으로 하여야 한다.²⁹⁾ 대법원의 태도에 따르면 사실상 정서적 학대행위의 고의 인정 여부가 사후적 판단으로서 수사기관이나 법관에게 전적으로 맡겨지게 된다는 점에서 타당하지 않다. 더구나 현행 아동복지법에서 ‘아동의 가정폭력에의 노출’을 정서적 학대로 인정하여 형사처벌할 수 있도록 하고 있는 상황에서 정신적 피해의 위험이나 가능성에 대한 미필적 인식만으로 범죄성립을 인정하게 될 경우 미처 아동을 의식하지 못하고 가정폭력을 한 경우나 일회적이거나 가벼운 부부싸움을 목격하게 하는 것도 정서적 학대범죄로 인정되어 그 처벌범위가 무한정 확대될 우려가 있다. 따라서 아동이 가정폭력에 노출된 경우라도 그 노출행위를 금지행위(또는 아동학대범죄)로서 형사처벌을 하기 위해서는 그로 인해 아동학대범죄가 발생하거나 지속적이고 상습적이어서 정신적 피해가 상당한 정도에 이른 경우에 한정하여야 한다.³⁰⁾ 따라서 아동권리보장원의 예시나 영국이나 미국의 경우³¹⁾처럼 행위자가 피해아동에게 가정폭력을 보도록 ‘의도’한 경우에 한하여 정서적 학대행위로서 형사처벌을 인정하는 것처럼 우리나라에서도 정서적 학대범죄의 성립을 인정하기 위해서는 의도가 명백한 경우로 한정할 필요가 있다.³²⁾

III. 정서적 학대행위에 대한 형사처벌규정의 정비방안

1. 정서적 학대범죄의 침해범화

학대행위자와 피해아동의 관계 및 아동학대에 있어서 원가정보보호라고 하는 사회복지적 목적을 고려할 때 전술한 대법원의 태도와 같이 학대행위가 발생하였다고 하여 바로 형사처벌하는 것(위험범화)은 배제하고, 가급적 사회복지적 접근을 우선으로

29) 형사처벌에 있어서 고의를 엄격하게 요구하게 되면 해당 법규정의 불명확성이 감소될 수 있다(이수창, 앞의 논문, 213쪽).

30) 영국에서는 부부싸움을 한다는 것을 아동들이 알고는 있었으나 폭력상황을 직접 목격한 적은 없었고, 다투거나 소리지르는 것을 들은 적은 있었다는 것만으로는 아동을 가정폭력에 노출시켜 정서학대를 한 것으로 보지 않았다(VN, SN v. London Borough of Brent VK, AK, 2016 WL 01566095 (EWHS, 2016). 황옥경, 박지민, 구은미, 송미령, “한국, 영국, 미국의 법과 관례 비교를 통해 본 정서학대와 방임행위의 판단 요소”, 「아동과 권리」 제 25권 제4호, 한국아동권리학회, 2021, 577쪽에서 재인용).

31) 자세한 것은 황옥경 외 3인, 앞의 논문, 561-591쪽 참조.

32) 일본 児童厚生省에서는 ‘아동학대대응의 안내’에서 ‘아동의 면전에서 배우자나 그 외의 가족 등에 대해 폭력을 휘두른다.’가 심리적 학대에 해당한다고 한다(자세한 것은 강동욱, “일본에서의 아동학대에 대한 대응체제와 법제도”, 「법과 정책연구」 제10집 제3호, 한국법정책학회, 2010, 917쪽 이하; 강동욱(역), “일본의 아동학대의 방지 등에 관한 법률”, 「아동보호연구」 제6권 제1·2호, 한국아동보호학회, 2021, 90-91쪽; 오정용, “일본의 아동학대방지 대응에 관한 최근 동향과 시사점”, 「비교법연구」 제21권 제2호, 동국대학교 비교법문화연구원, 2021, 202-209쪽 등 참조.).

하여야 한다. 특히, 정서적 학대의 경우는 학대행위 자체가 직접적인 침해에 해당하는 신체적 학대나 성적 학대의 경우와 달리 간접적 침해가 주를 이루며, 그것이 미치는 영향 여부나 그 정도가 피해자에 따라서 다양하다는 점에서 형사처벌에 있어서는 신중을 기할 필요가 있다.³³⁾ 따라서 정서적 학대행위로 형사처벌을 하기 위해서는 학대로 인해 생명·신체에 대한 중대한 침해를 유발하여 아동학대범죄가 성립한 경우(침해범화)에 한하여 예외적으로 형사처벌하는 것으로 할 필요가 있다.

이와 관련하여 정서적 학대행위를 처벌해야 할 일반예방적 효과가 분명하고 가해자에 대한 처벌이 아닌 치료를 우선하는 것은 특별법의 취지를 몰각시킴과 동시에 과도한 사회적 비용의 상승 등이 우려되기 때문에 명백한 불법을 이루지 않더라도 그 ‘개연성’이 인정되면 형벌부과에 제약이 없어야 한다는 이유로 처벌원칙을 유지해야 한다는 견해³⁴⁾가 있다. 다른 한편에서는 아동의 생명·신체에 대한 위해발생이나 위해발생의 염려는 아동학대범죄의 보호법익을 침해하는 하나의 유형에 불과하며, 보호자에 의한 정서적 가혹행위나 심리적 충격을 주는 행위가 아동의 건강이나 복지 혹은 정상적인 발달에 나쁜 영향을 주는 수준이 신체에 대한 침해나 위해의 경우와 동일한 수준이라고 평가되면 아동학대범죄의 불법측면에서는 같은 수준으로 평가되어야 한다는 견해가 있다.³⁵⁾

그러나 전술한 것처럼 정서적 학대행위는 그 모호성을 배제할 수 없으므로 정서적 학대행위 자체만으로 형사처벌을 하는 태도는 재고되어야 한다. 따라서 사회복지적 개입의 대상으로서의 정서적 학대(아동학대)와 형사사법처분의 대상으로서의 정서적 학대(아동학대범죄)를 구분하여, 전자의 경우에는 학대행위 자체로만으로도 학대행위를 인정하여 국가적·사회적 개입을 정당화하되, 후자의 경우에는 정서적 학대행위 외에 그로 인하여 「형법」상 학대죄 또는 아동학대범죄가 성립하거나 이외에 「형법」상 보호법익을 침해하여 범죄가 성립하는 경우 또는 학대의 정도가 중하여 그 자체로서 심한 정신적 침해를 초래한 경우로서, 행위자에게 그 결과발생에 대하여 고의가 있는 경우에 한하여 형사처벌하는 것으로 할 필요가 있다.³⁶⁾ 그리고 정서적 학대범죄를 침해범화할 경우에도 정서적 학대의 심각성과 그로 인한 부정적 영향을 고려할 때 정서적 학대에 의하여 피해아동에 대하여 생명·신체에 위해를 가할 우려가 있거나 그 자체로서 심한 정신적 침해를 유발할 가능성이 있는 경우에는 미수범으로 처벌하는 것도 고려하여야 한다. 다만, 정서적 학대만으로 아동학대범죄 또는 미수범을 인정하고자 할 경우에는 법원이 의사 등 전문가의 의사를 반영하여 정신적

33) 외형적인 유형력 행사가 없는 정서적 학대의 경우 신체적·성적 학대에 비해 사례판정이 어려울 수밖에 없는 없지만 의학적 진단이 과거에 비해 많은 발전이 있었으므로 그 학대행위의 결과에 대해서도 의학적 수단을 통해 최대한 가시화하는 것이 정서적 학대행위의 구체화측면에서 바람직하다고 한다(박상식, 김두상, “아동학대범죄의 예방과 대책을 위한 과제”, 「법학논총」 제34권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2017, 183쪽; 이수창, 앞의 논문, 222-223쪽).

34) 이찬엽, “아동학대에 관한 형사법적 고찰”, 「일감법학」 제20호, 건국대학교 법학연구소, 2011, 362-363쪽.

35) 류부근, “아동학대범죄의 개념과 처벌에 관한 법리적 검토”, 「형사정책」 제27권 제1호, 한국형사정책학회, 2015, 145쪽.

36) 동지, 김슬기, 앞의 논문, 216쪽. 현재와 같이 주관적 감정과 인식을 의미하는 정서발달을 저해하는 행위를 폭넓게 형사처벌의 대상으로 포섭한다는 것은 명확성 원칙에 반하고 처벌의 실효성을 담보하지 못한다(이호중, “학대피해아동의 보호를 위한 법체계의 개선방향”, 「저스티스」 통권 제134호, 한국법학원, 2013, 8쪽).

침해 여부를 판단하도록 법제화하는 것도 그 판단의 객관성과 합리성을 담보하는데 도움이 될 것이다.³⁷⁾

2. 정서적 학대범죄에 대한 보호처분의 확대

정서적 침해행위로 인해 아동이 겪게 되는 피해의 심각성을 고려하면 정서적 학대행위로 인한 아동학대범죄의 발생에 대하여 고의가 인정되지 않는 경우에도 정서적 학대행위의 내용이나 그 정도가 중하거나 학대가 지속적이고 상습적으로 이루어졌다고 인정되는 때에는 장래 아동학대범죄가 발생할 가능성이 크다. 따라서 이러한 행위에 대해서는 형사처벌은 어려움이 있지만, 사회복지적 차원에서 제재를 가할 수 있는 조치를 강구할 필요가 있다. 즉, 정서적 학대행위에 대하여 고의(또는 의도)가 없는 경우에도 아동학대처벌법상 특정한 아동학대범죄를 범하고 그 아동학대범죄에 대하여 「형법」상 과실범처벌규정이 있으면 이에 준하여 처벌하거나 동법 제36조의 보호처분을 할 수 있도록 법제화할 필요가 있다. 이외에 보호자의 중과실에 의한 정서적 학대로 인해 아동학대범죄가 발생한 경우에는 과실범처벌규정이 없는 경우에도 사회복지적 차원에서 보호처분을 부과할 수 있도록 입법하는 것도 고려해 볼 필요가 있다. 학대범죄의 정서적 학대사건의 가해자의 경우 학대를 훈육의 일종으로 생각해서 죄책감을 느끼지 못하거나 학대를 잘못된 것으로 여기면서도 강박적 내지 충동적으로 학대를 행하는 경우가 있기 때문에 치료처분의 필요성이 크므로³⁸⁾ 치료적 사법의 이념에 따라서 정서적 학대에 대한 최소한의 형사적 개입을 허용하는 것을 필요할 것이다.³⁹⁾

<입법안>

아동학대처벌법 제00조(정서적 학대행위) ① 정서적 학대에 의하여 아동에게 생명·신체에 위해를 가하거나 그 자체로서 심한 정신적 침해를 유발함으로써 아동학대범죄를 범한 자는 해당 범죄에 정한 형으로 처벌한다. 다만, 이때 정서적 학대가 지속적이거나 상습 적으로 행하여진 경우에는 해당 범죄에 정한 형의 1/2을 가중하여 처벌한다. ② 정서적 학대행위를 한 자는 그로 인해 아동학대범죄가 인정되지 않더라도 다음의 각 호

37) 전술한 바와 같이 정서적 학대행위를 정의함에 있어서 영국에서는 행위의 결과보다는 금지되는 행위가 피해가 유발되거나 유발될 가능성이 있는 방식으로 했는지 여부에 중점을 두고 있다. 또한 미국의 경우에도 ‘정신적 상해를 유발할 것이 합리적으로 예상될 수 있는’(플로리다 주), ‘정서적 안녕이 위협에 처할 정도로’(캔자스 주), ‘미래에 심각한 정신적, 행동적 또는 성격 장애로 입증될 수 있는’(메인 주)’이라는 내용을 포함시킴으로써 현재의 피해뿐만 아니라 장래 피해의 가능성까지 고려하여 정의하고 있다. 특히, 몬태나 주의 경우에는 영국과 마찬가지로 아동의 집에 거주하는 다른 사람에 대한 폭력행위를 통해 아동에게 손상을 주는 경우를 심리적 학대의 정의로 규정하였다. 이처럼 영국과 미국에서는 정서적 학대 여부를 판단함에 있어서 정서적 해를 입을 가능성이 있는 행위와 그 고의성을 고려하도록 하고, 고의성을 판단할 때에는 학대로 인한 신체침해에 대한 의도성이 아닌 행위 자체에 대한 의도성을 기준으로 하도록 하고 있다(황옥경 외 3인, 앞의 논문, 581-582쪽 참조).

38) 아동복지법상 학대행위처벌의 입법취지를 견지하기 위하여 정서적 학대의 사회적 과장과 불법이 더 크다고 판단되므로 행위자에 대한 우선적 치료처분은 불가하다는 주장도 있다(이찬엽, 앞의 논문, 363쪽).

39) 류부근, 앞의 논문, 147쪽; 이찬엽, 앞의 논문, 351쪽; 김성규, “「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」에 대한 비판적 검토”, 「법학논총」 제31권 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2014, 33-35쪽; 이호중, 앞의 논문, 21쪽 등.

의 어느 하나에 해당하는 때에는 동법 제36조의 보호처분을 할 수 있다.

1. 정서적 학대행위로 인해 피해아동의 생명·신체에 위해를 가하거나 심한 정신적 침해를 초래할 가능성이 있는 경우.

2. 정서적 학대행위가 지속적이거나 상습적으로 행하여진 경우

③ 의도하지 않은 정서적 학대행위로 인하여 아동학대범죄의 결과발생을 초래한 자에 대하여는 해당 아동학대범죄의 과실범처벌규정이 있는 경우에는 이에 준하여 처벌하거나 동법 제36조의 보호처분을 할 수 있다. 다만, 정서적 학대로 인한 아동학대범죄의 결과발생이 보호자의 중과실로 인한 때에는 해당 범죄에 대한 과실범처벌규정이 없는 경우에도 동법 제36조의 보호처분을 할 수 있다.

④ 제1항과 제2항의 경우에 법원이 피해아동에 대한 정신적 침해 여부와 그 정도를 판단함에 있어서는 의사, 심리학자 등 전문가의 의견을 반영하도록 하여야 한다.

⑤ 제1항의 미수범은 처벌한다.

3. 정서적 학대범죄의 면책대상 및 기준의 마련⁴⁰⁾

정서적 학대의 경우에는 그 행태가 다양하고 그 적용대상이 지나치게 확장될 수 있으므로 정서적 학대행위에 대한 고의가 있는 경우에도 그 목적이나 동기 및 태양을 고려하여 위법성조각사유나 책임감면기준을 신설하여 대처할 필요가 있다. 대표적인 경우가 부모 등 보호자나 교사의 아동에 대한 훈육과정에서 발생하는 정서적 학대의 경우이다.

(1) 외국의 입법례

훈육행위와 관련하여 영국의 「2004년 아동법(Children Act 2004)」 Section 58에서는 「1933년 아동 및 청소년법」 Section 1에서 정의한 16세 미만 아동에 대한 잔혹행위 범죄와 관련하여 아동에 대한 폭행이 합리적인 처벌이라는 이유로 정당화될 수 없고, 아동에게 실제적인 신체적 상해를 입히는 아동에 대한 폭행은 합리적인 처벌이라는 이유로 민사소송에서 정당화될 수 없다고 명시하여 합리적인 처벌이라는 항변의 사용을 제한하였었다. 따라서 2004년 이전까지는 자녀를 폭행한 혐의로 기소된 부모는 합리적인 처벌이라는 항변으로 학대를 정당화할 수 있었지만, Section 58의 제정에 따라 아동이 피해자이고, 피고는 아동의 부모나 부모의 역할을 하는 사람인 경우 일반폭행으로 기소되는 경우를 제외하고는 합리적 처벌이라는 항변을 사용할 수 없게 되었다.⁴¹⁾

하지만 미국⁴²⁾에서는 정서적 학대에 효과적으로 대응하기 위해 법규정을 마련함과 동시에 다른 한편에서는 정서적 학대에 해당할만한 행동이나 부작위에 대해 법적

40) 반대로, 황옥경 외 3인, 앞의 논문, 581쪽에서는 영국처럼 아예 아동학대나 방임으로 기소된 경우 합리적 처벌을 항변으로 사용하는 것을 제한하거나, 미국 플로리다의 법처럼 고의성이라는 용어를 아동에게 상해라는 결과를 의도했는지가 아니라 상해를 초래하거나 초래할 수 있는 행위를 하려고 한 의도라고 명시적으로 또는 구체적으로 정의의 해준다면 용어 해석의 비밀관성이나 불확실성을 줄일 수 있을 것이라고 한다. 그러나 이 견해는 아동복지 관점에서 아동학대나 방임에 대하여 엄중하게 대처하여야 한다는 사고방식에 기인한 것으로 생각되지만 아동학대와 방임의 해결에 있어서 형벌과잉은 그다지 효과적이지도 적절하지도 않다는 점에서 신중한 태도가 요구된다.

41) 황옥경 외, 앞의 논문, 579쪽.

42) 황옥경 외, 앞의 논문, 579-582쪽의 내용을 정리한 것임.

책임을 면제해 주는 예외를 규정한 주들이 많다. 즉, 플로리다 주의 경우 학대의 정의에 부모나 법적 후견인이 훈육을 목적으로 체벌하는 것은 아동에게 해를 끼치지 않는 한 학대에 해당하지 않는다(Fla. Stat. Ann. § 39.01(2))고 규정하여 훈육을 학대의 정의에서 배제하였다. 다만, ‘해’의 정의에 누구든지 아동에게 신체적, 정신적 또는 정서적 상해를 가하거나 가하는 것을 허용할 때 아동의 건강 및 복지에 해가 생길 수 있고, 그러한 상해에 신체적 상해, 정신적 상해 또는 정서적 상해를 초래할 가능성이 있는 부적합하거나 지나치게 가혹한 훈육행위가 포함될 수 있다고 규정하였다(Id. § 39.01(34)(a)(4)).⁴³⁾

또한 아칸소 주는 아동을 제지하거나 교정하기 위한 합리적이고 적절한 체벌을 학대에서 제외하지만, 일시적인 통증이나 경미한 일시적인 흔적보다 심각한 상해를 유발하는 것은 이에 포함시키지 않고, 합리적이고 적절한 체벌인지의 여부는 아동의 나이, 체구, 상태, 상해부위, 상해의 빈도 및 반복성을 고려해서 판단하도록 하고 있다(Ann. Code § 12-18-103). D.C.도 학대에 부모의 훈육을 포함시키지 않지만, 그 정도가 합리적이고 적절할 것을 요구하며, 절대로 훈육으로 인정되지 않는 행위로 아동을 태우거나, 물거나, 베는 행위, 주먹으로 때리기, 흔들거나, 발로 차거나 던지는 행위 등 여러 예를 제시하였다(Ann. Code § 16-2301),

이밖에 콜로라도, 조지아, 인디애나 등 여러 주가 명시적 또는 묵시적으로 합리적 체벌이나 훈육을 학대의 예외로 규정하였다. 미네소타 주는 ‘정서적 학대’에서 아동을 돌볼 책임이 있는 사람이 하는 합당한 훈련이나 훈육, 또는 합당한 권한행사를 제외하였다(Ann. Stat. §260C.0 7, Subd. 15). 심지어 노스캐롤라이나의 경우에는 18세 미만의 아동에 대한 부모나 후견인, 양육자가 적절한 훈육을 하지 않으면 그 아동을 ‘방임된 청소년(neglected juvenile)’으로 본다(Gen. Stat. § 7B-101).

한편, 오하이오 주는 아동에게 위해를 가하는 것을 학대라고 보고, ‘위해를 당한 아동’의 정의에 18세 미만 아동이나 정신적 또는 육체적으로 장애가 있는 21세 미만 아동에 대해 저질러진 아동에게 심각한 신체적 해를 입힐 수 있는 상당한 위협을 야기하는 체벌, 기타 신체적 훈육조치나 잔인한 방식으로 또는 장기간에 걸친 신체적 구속, 그리고 지속할 경우 아동의 정신건강 또는 발달에 심각한 손상위험이 있는 반복적이고 부당한 훈육조치 등을 포함시켰다(Rev. Stat. § 2151.031; 2919.22).⁴⁴⁾

이처럼 미국 여러 주에서는 학대의 정의에서 보호자의 적절하고 합리적인 체벌이나 훈육조치를 허용하고 학대의 예외로 규정하면서도, 훈육의 적절함이나 합리성을 판단하는 기준을 법에 명시함으로써 그 적용에 있어서 법관 개인의 신념이나 주관적 판단이 개입할 여지를 차단하고 있다.⁴⁵⁾

43) 상해의 유의성을 평가하는 데는 아동의 나이, 아동이 학대를 받은 적이 있는지, 신체적 상해를 입은 신체부위, 여러 상해가 있는지, 외상의 성격 등을 포함한 다양한 요소들을 고려할 것을 요구하고, 그러한 상해에는 염좌, 탈구나 연골손상, 뼈나 두개골골절, 뇌나 척수손상 등과 같은 상해를 유발하는 고의적인 행위가 포함되며, ‘고의적인’이라는 용어가 상해라는 결과를 의도했는지 아니라 그 행위를 하려고 한 의도를 지칭한다고 구체적으로 규정하고 있다.

44) 다만, 미국 법원은 부모가 훈육을 목적으로 체벌할 특권은 신체학대의 경우에는 항변사유가 될 수도 있겠지만, 아동방임죄에 대해서는 항변사유가 될 수 없다고 판결하였다. 그리고 아동에게 심각한 신체적 또는 정신적 해가 유발되거나 유발될 것을 합리적으로 예상할 수 있는 한 번의 사건이나 부작위로도 방임판정을 받을 수 있다고 하였다(State v. Wynne, 794 So.2d 642 (Fla. 2d DCA 2001), 황옥경 외 3인, 앞의 논문, 577쪽, 579쪽에서 재인용).

(2) 부모 등 보호자의 경우

종래 우리나라에서는 부모 등 보호자⁴⁶⁾에 의한 아동학대가 발생한 경우에도 유교적 전통문화와 가부장적 문화가 결합하여 이를 훈육으로 인정하고, 가정 내의 문제로 취급하여 국가가 이에 개입하는 것을 가급적 꺼려 온 것도 사실이다. 이와 관련하여 보호자의 특수한 문화적 배경이나 관습으로 인하여 아동에게 폭력적 혹은 가혹행위와 같이 보이는 훈육행위가 이루어진 경우라도 사회복지적 아동학대와 형사처벌의 대상이 될 아동학대행위를 구분하는 관점에서 이 행위를 평가함에 있어서는 그러한 문화적 배경은 원칙적으로 고려의 대상이 되어서는 안된다는 주장이 있다.⁴⁷⁾ 즉, 이 견해에서는 학대행위자가 아동학대행위를 자신의 문화적 배경에 따라 허용되는 것이라고 주장하는 것은 “아동학대 피해의 주체인 아동을 대상화하고 아동학대 가해자로 추정되는 자가 속한 집단에서 수용되는 문화적 권리를 그 집단에 속한 아동 개인의 인권보다 우선적으로 고려하는 것”⁴⁸⁾이라고 비판하면서, “아동보호를 목적으로 하는 법을 해석하고 적용하는 과정에서 어떠한 행위가 아동학대에 해당하는지 여부를 판단하려면 아동에게 가하여진 객관적인 위해를 중심으로 판단하는 것이 아동보호법 본래의 입법목적에 더 적절하게 부합한다”고 한다.⁴⁹⁾

그러나 아동학대행위에 대하여 아동인권침해의 관점에서 신체적·정신적 피해를 기준으로 형사처벌의 대상을 정립한다는 법원칙을 유지하더라도 사회통념의 범위를 벗어나지 않는 수준에서 행해지는 보호자의 훈육행위는 법적으로 보장할 필요가 있다. 즉, 앞의 주장도 어디까지나 훈육이라는 이름으로 행해지는 객관적인 침해가 발생하는 과도한 행위를 규제하고자 하는 것이지, 보호자가 아동에게 행하는 일체의 신체적·정신적인 영향력행사 자체를 규제대상으로 삼고자 하는 것은 아닐 것이다. 현행법 하에서도 미성년자에 대해서는 부모 등이 친권을 가지고 있으며, 이에 근거하여 자녀를 훈육할 권리가 있다.⁵⁰⁾ 이는 미성년 후견감독인의 경우는 물론, 사실상 아동을 보호양육하고 있는 아동복지시설의 장의 경우도 마찬가지이다. 헌법재판소도 “부모의 자녀교육권은 비록 헌법에 명문으로 규정되어 있지는 아니하지만 혼인과 가족생활을 보장하는 헌법 제36조 제1항, 행복추구권을 보장하는 헌법 제10조 및 헌법에 열거되지 아니한 기본권의 보장에 관한 헌법 제37조 제1항에서 나오는 기본권으로, 가족생활을 구성하는 핵심적 내용 중의 하나가 바로 자녀의 양육과 교육이다. 자녀의 양육과 교육은 일차적으로 부모의 친부적인 권리인 동시에 부모에게 부과된 의무이기도 하다. 부모가 자녀의 교육에 관하여 스스로 자유롭고 독자적으로 결정할 수

45) Child Welfare Information Gateway, 2019.

46) 보호자란 친권자, 후견인, 아동을 보호·양육·교육하거나 그러한 의무가 있는 자 또는 업무·고용 등의 관계로 사실상 아동을 보호·감독하는 자를 말한다(아동복지법 제3조 제3호). 따라서 이에겐 아동복지시설(아동복지법 제52조)의 장과 그 종사자가 포함된다.

47) 차선자, “허용되는 양육방식과 금지되는 아동학대의 기준”, 「법학논총」 제30권 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2013, 176쪽.

48) 차선자, 앞의 논문, 176쪽. 문화적 권리라는 것은 특정집단에 속하는 사람들을 위한 것이지 특정집단 자체만을 위한 것으로 이해되어서는 안된다고 한다.

49) 차선자, 앞의 논문, 176-177쪽.

50) 「민법」 제913조(보호, 교양의 권리의무) 친권자는 자를 보호하고 교양할 권리의무가 있다.

있는 경우에만, 가족은 자유민주적 문화국가에서의 자녀의 양육 및 교육이란 과제를 이행할 수 있고, 문화국가가 요구하는 교육의 다양성을 보장할 수 있다”⁵¹⁾고 하여 가족의 자율영역이 국가의 간섭에 의하여 획일화, 평준화되는 것을 경계하고 있다. 즉, 헌법 제36조 제1항에 근거하여 가족의 자율성은 헌법적 가치로서 보장되어야 하고, 따라서 부모는 자녀의 교육 및 양육에 관하여 전반적인 계획을 세우고 자신의 인생관, 사회관, 교육관에 따라 자유롭게 자녀를 양육하고 교육할 권리를 가진다.⁵²⁾ 오히려 국가서비스가 적극적일수록 부모의 역할이 축소되고, 능동적인 훈육이 불가능한 상태에 오는 심리적인 위축현상이 나타나게 된다.⁵³⁾ 따라서 아동보호를 위한 국가의 간섭은 최소한에 그치고, 그 개입은 가족의 자율성과 부모의 교육권을 침해하는 방식으로 이루어져서는 아니 된다.⁵⁴⁾ 그렇다고 하면 부모 등 보호자에 의한 훈육이 정서적 학대행위에 해당한다고 그것이 상당한 수단과 방법에 의하여 행하여진 것이라면 「형법」상 정당행위로서 형사사법처분의 대상에서 제외할 필요가 있다.⁵⁵⁾ 물론, 이 경우에도 보호자가 훈육이라는 명목하에 행하는 「형법」상 범죄행위는 그것이 가정의 영역이든 사회의 영역이든 자율권이 인정되는 것은 아니다. 따라서 훈육의 허용되는 경우에도 정서적 학대행위의 정도가 상당성을 초과한 경우에는 「민법」상 친권상실이나 일시정지 등 친권을 제한할 수 있고,⁵⁶⁾ 훈육행위가 정당성을 갖추지 못한 경우에는 보호자라고 하더라도 형사처벌의 대상이 될 수 있다.

(3) 교원의 경우

(가) 초·중등교원

최근 교원의 학생에 대한 훈육 또는 지도가 정서적 학대행위로 의율되어 처벌되는 사례가 발생하고 있다. 그러나 「초·중등교육법」에 따르면 각급 학교의 장은 학생에 대한 징계권을 가지고 있다.⁵⁷⁾ 따라서 교원이 학교의 장의 위임을 받아 정당한 징계권의 행사로 훈육행위를 한 경우에는 이론적으로 보면 그것이 정서적 학대행위에 해당하는 경우에도 정당행위로서 공무원법상 징계대상이 되지 않을 뿐만 아니라 민·형사상 처벌의 대상에 포함되지 않는다. 하지만 실무에서는 현행법상 교사의 징계권의 범위가 명백하지 않음에 따라 실제로는 학생이나 그 보호자가 교사의 훈육행위에 대하여 정서적 학대로 신고를 하는 경우에 경찰에서는 해당교사를 입건조치하

51) 헌법재판소 2014. 4. 24. 선고 2011헌마659,683(병합) 결정.

52) 황성기, “청소년보호와 국가후견주의의 한계-헌재 2014. 4. 24. 2011헌마659등(병합), 청소년보호법 제23조의3 등 위헌확인 결정의 평석을 중심으로-”, 「법학논총」 제31집 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2014, 31쪽 참조.

53) 김혜경, 앞의 논문(형사법연구), 272쪽.

54) 황성기, 앞의 논문, 31쪽.

55) 류부곤, 앞의 논문, 151쪽.

56) 「민법」 제924조(친권의 상실 또는 일시 정지의 선고) ① 가정법원은 부 또는 모가 친권을 남용하여 자녀의 복리를 현저히 해치거나 해칠 우려가 있는 경우에는 자녀, 자녀의 친족, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 그 친권의 상실 또는 일시 정지를 선고할 수 있다.

57) 「초·중등교육법」 제18조(학생의 징계) ① 학교의 장은 교육을 위하여 필요한 경우에는 법령과 학칙으로 정하는 바에 따라 학생을 징계할 수 있다. 다만, 의무교육을 받고 있는 학생은 퇴학시킬 수 없다.

지 않을 수 없는 문제점이 있으므로 훈육의 범위와 한계를 법령에서 명백히 규정할 필요가 있다.⁵⁸⁾

판례도 정서적 학대행위가 훈육의 목적으로 인한 경우에는 면책대상이 될 수 있다는 점을 명확히 하였다. 즉, 판례는 피해아동이 입은 정서적 해에 초점을 맞추기보다는 훈육이라는 목적에 중점을 두어 피해아동을 괴롭힐 의도나 악의적 감정에서 한 행위가 아니므로 학대의 고의성을 인정할 수 없다고 하여 교육적 목적에서의 학대를 정당화한 것⁵⁹⁾이 있다.⁶⁰⁾ 그러나 판례도 교사의 훈육방법이 지나치고, 다른 방법으로도 훈육이 가능했다는 점을 고려하여 정서적 학대로 인정한 것⁶¹⁾이 있다.

이와 관련하여 최근 일련의 교사의 자살사건을 계기로, 2023년 9월 27일 「초·중등교육법」을 개정(2023. 9. 27. 시행, 법률 제19738호)하여 보호자의 의무에 관한 규정(제18조의5⁶²⁾)을 신설하고, 학교의 장과 교원은 학생의 인권을 보호하고 교원의 교육활동을 위하여 필요한 경우에는 법령과 학칙으로 정하는 바에 따라 학생을 지도할 수 있는 권한을 인정(제20조의2 제1항)하는 한편, 이에 근거한 “교원의 정당한 학생 생활지도에 대해서는 「아동복지법」 제17조 제3호, 제5호 및 제6호의 금지행위 위반으로 보지 아니한다”(동조 제2항)고 규정함으로써 교사의 훈육행위에 대하여 형사 처벌의 대상에서 배제하도록 한 것은 상당히 바람직하다.⁶³⁾

58) 종래 판례는 교사의 학생에 대한 체벌에 관하여 이것이 “징계권의 행사로서 정당행위에 해당하려면 그 체벌이 교육상의 필요가 있고, 다른 교육적 수단으로는 교정이 불가능하여 부득이 한 경우에 한하는 것이어야 할 뿐만 아니라 그와 같은 경우에도 그 체벌의 방법과 정도에는 사회관념상 비난받지 아니할 객관적 타당성이 있지 않으면 안된다”고 하였다(대법원 1991. 5. 28. 선고 90다17972 판결).

59) 대법원은 유치원 특수교사가 거부하는 4세 자폐아동에게 억지로 깎두기를 먹이고 칫솔질을 시킨 사건에서, 아동에게 교육의 일환으로 행해진 행위가 교육적으로 바람직하지 않은 측면을 가지고 있거나 결과적으로 교육의 효과보다는 부작용을 가져오게 했다고 해서 그런 행위가 아동학대죄의 구성요건에 해당한다고 단정할 수 없다고 보았다. 다만, 이 판결에서는 아동이 사건 이후 일상생활에서 늘 그늘진 얼굴과 먹는 것에 대한 두려움, 양치질에 대한 두려움과 특정한 외형의 사람을 무서워하거나 스스로 머리를 때리는 행동을 보이는 등 이상행동을 보여왔다고 하여 피해아동의 상태변화를 판단의 요소로 하되, 이 사건의 피해아동이 자폐아동이라는 점, 식사와 양치행위가 아동의 신체, 정신에 침해만 가져다주는 행위는 아니어서 일반적인 학대행위와는 차이가 있고, 개별적인 교육계획을 수립하고 다소 무리가 되더라도 그 내용에 따라 실행하고자 한 것으로 보이는 점, 다른 교사들과 아동들에게 개방된 곳에서 발생한 점 등과 같이 행위자의 행위의도나 사건발생 장소를 고려하여 무죄를 선고하였다(대법원 2021. 4. 15. 선고 2020도16552 판결).

60) 이러한 법원의 판단은 장애아동의 행동수정 및 교육방법에 대한 무지나 오해에서 비롯된 것일 수도 또는 금지행위의 구체성이 부족하여 훈육목적의 정서학대사건에서 어떤 판결을 내릴지에 대한 불확실성을 유발하는 것으로도 볼 수 있다는 비판이 있다(황옥경 외 3인, 앞의 논문, 579쪽).

61) 대법원은 초등학교 교사가 수업에 방해가 되는 1학년 학생을 “지옥탕”이라 이름 붙인 빈 교실에 8분간 격리한 사건에 대하여, 학생들이 빈 교실을 무서운 공간으로 인식하고 있는 점, 훈육에 따른 격리 조치도 ‘교실 내 격리’를 의미하는 점을 들어 해당 행위를 훈육을 위한 불가피한 행위로 보지 않았다(대법원 2021. 1. 14. 선고 2020도15426 판결).

62) 「초·중등교육법」 제18조의5(보호자의 의무 등) ① 보호자는 교직원 또는 다른 학생의 인권을 침해하는 행위를 하여서는 아니 된다.

② 보호자는 제20조의2제1항에 따른 교원의 학생생활지도를 존중하고 지원하여야 한다.

③ 보호자는 교육활동의 범위에서 교원과 학교의 전문적인 판단을 존중하고 교육활동이 원활히 이루어질 수 있도록 적극 협력하여야 한다.

63) 이외에도 교원보호를 위하여 교장으로 하여금 민원처리를 책임지게 하고(제20조), 학교와 학교의 장은 교원의 전화번호, 주민등록번호 등 개인정보가 「개인정보 보호법」 및 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 등 관계 법률에 따라 보호될 수 있도록 필요한 조치를

그러나 「초·중등교육법」에서 교사의 훈육행위를 아동복지법상 금지행위에서 제외하는 경우에 그 전제로서 ‘정당성’을 요하고 있지만 그 의미에 대하여 명확한 규정을 두지 않음으로써⁶⁴⁾ 개별적인 교사의 훈육행위가 어떤 경우에 동조의 적용에 따른 처벌대상에서 제외되는지에 대하여 불분명한 것은 여전하고, 따라서 훈육행위가 정당한 것인가는 궁극적으로 법집행기관인 수사기관이나 법적용기관인 법관의 자의적인 판단에 따라 결정될 수밖에 없다는 문제점은 여전히 내포하고 있다. 그렇다고 하면 법의 진일보한 개정에도 불구하고 현재 훈육행위를 「형법」상 정당행위(제20조)에 해당할 경우에 처벌하지 않을 수 있는 것과 법리적으로는 큰 차이가 없게 된다.⁶⁵⁾ 결국 개정 법조항은 지 선언적 규정에 불과하고, 결국 수사기관이나 법관이 교사의 훈육행위에 관한 개별사건을 처리함에 있어서 훈육행위를 ‘정당한 학생생활지도’로 인정할 것인지에 대하여 한번 더 고려하게 하는 효과 이상을 기대하기는 어려울 것이다. 뿐만 아니라 개정법에서 교사의 훈육행위를 아동복지법상 금지행위위반죄의 위법성조각사유가 아니라 구성요건해당성조각사유로 인정한 것으로 이해하게 되면 교사의 정당한 생활지도에 대해서는 그것이 상당성을 벗어난 경우, 즉 통상 허용되는 정도를 초과하거나 부적절한 수단으로 행하여진 경우에도 형사처벌을 할 수 없다는 문제점을 내포하게 된다.

(나) 어린이집 보육교직원과 유치원교직원

보육교직원과 유치원교사에 대해서는 종래 법률상 영유아나 유치원생에 대한 징계권이 인정되지 않고 있다. 반면, 「유아교육법」에서는 유치원의 설립자·경영자와 원장에게 헌법과 국제인권조약에 명시된 유아의 인권을 보장할 의무를 부과하고(제21조의2 제1항), “교직원은 (동법) 제21조에 따라 유아를 교육하거나 사무를 담당할 때에는 도구, 신체 등을 이용하여 유아의 신체에 고통을 가하거나 고성, 폭언 등으로 유아에게 정신적 고통을 가해서는 아니 된다”(동조 제2항)고 규정함으로써 주의사항만 규정하고 있다. 마찬가지로 「영유아보육법」에서도 “보육교직원은 영유아⁶⁶⁾를 보육함에 있어 영유아에게 신체적 고통이나 고성·폭언 등의 정신적 고통을 가하여서는 아니 된다”(제18조의2 제1항)고 하는 책무규정을 두고 있을 뿐이다.

이처럼 보육교직원이나 유치원교직원의 경우에는 현행법상 보육대상인 영유아나 원생에 대한 징계권이 인정되지 않으므로 교직원의 훈육행위가 정서적 학대행위가 아닌 정당행위로서 허용되는 경우는 매우 제한적일 수밖에 없다. 이는 영유아나 유치원생의 자신의 의사를 표현하거나 결정하는데 미숙하다는 점을 고려한 것이라고 할 수 있으므로 반드시 불평등하다거나 부적절하다고 할 수 만은 없다. 판례도 “영

하도록 함(제20조의3)으로써 교원들이 학부모 등의 부당한 민원으로부터 고통받지 않도록 조치하였다.

64) 여기서 ‘정당한’이란 훈육의 목적의 정당성을 의미하는지, 훈육의 내용이나 방법의 정당성을 의미하는지, 아니며 이 모든 것의 정당성을 의미하는지 불분명하다.

65) 그러나 수사실무에서는 현재 교사의 훈육행위가 정서적 학대에 해당하기만 하면 그것이 정당한 생활지도로서 행하여진 때이더라도 수사기관은 입건 등 형사절차를 진행한 것과 달리, 향후에는 훈육행위의 ‘정당성’에 대한 검토를 거쳐 정당한 생활지도로 판단된다면 입건을 하지 않을 수도 있다는 점에서 차이가 있을 수 있다.

66) 영유아는 종래에는 ‘6세 미만의 취학 전 아동’을 말하였으나, 2023. 8. 8. 개정(시행 2024. 2. 9.)에 의해 ‘7세 이하의 취학 전 아동’을 말한다(동법 제2조 제1호).

유아의 경우 보육방법으로 징계관련 규정을 전혀 두고 있지 않는 점 등에 비추어 보면, 보육교사는 원칙적으로 영유아에게 신체적·정신적 고통을 가하는 징계가 허용된다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 설령 경우에 따라 부득이하게 신체적 제재를 통한 보육이 필요한 경우가 있더라도, 영유아의 경우 초·중등학생에 비하여 신체적·정신적으로 미숙한 반면에 완전하고 조화로운 신체 및 인격 발달을 위하여 사회적으로 보호받을 필요성이 더욱 크므로, 위와 같은 보육방법의 허용범위는 매우 엄격하게 제한되어야 한다”고 판시하였다.⁶⁷⁾

그러나 2023년 9월 27일 「유아교육법」을 개정(2023. 9. 27. 시행, 법률 제19737호)하여 「초·중등교육법」과 같은 규정(제21조, 제21조의3-제21조의5)을 마련하였다. 그러나 「유아교육법」의 경우(제21조의3)에도 유아교직원의 훈육이 정서적 학대행위로 처벌되지 않기 위해서는 구성요건해당성조각요건인 ‘정당한 유아생활지도’에 해당하여야 한다는 점에서 「초·중등교육법」의 경우와 같은 문제점이 제기된다.

한편, 「영유아보육법」의 경우에는 법이 개정되지 않으면서 보육교직원의 경우에는 여전히 훈육행위가 그 내용이나 정도를 불문하고 정서적 학대행위로 처벌될 수 있는 여지에 있다. 따라서 보호자 또는 교직원의 아동에 대한 훈육행위를 형사처벌 대상에서 제외하기 위해서는 아동학대 관련 개별 입법에서 위법성조각요건을 별개로 규정하는 것보다는 아동학대처벌법에서 보호자 또는 교직원⁶⁸⁾ 등에 의한 훈육행위에 대하여 아동학대범죄의 구성요건해당성은 인정하되, 위법성조각사유로 인정될 수 있는 규정을 새로이 마련함으로써 일률적으로 대처할 필요가 있다.⁶⁹⁾ 나아가 신설되는 규정에서 훈육의 허용범위에 대하여 최소한의 기준이나 요건을 규정함으로써 보호자나 교직원 등이 훈육으로서 허용되는 범위를 사전에 인지하게 함으로써 훈육행위에 대한 위법성조각 여부가 구체적 사건에서 실효적으로 적용되도록 할 필요가 있다. 나아가 학대에서 제외되는 훈육이나 지도의 목적에 의한 것인지를 판단함에 있어서

67) 울산지법 2017.08.04. 선고 2017노542 판결(어린이집 보육교사인 피고인이, 보육 아동인 甲(만 1세)이 수업에 집중하지 않거나 잠을 자지 않는다는 등의 이유로 甲의 팔을 움켜잡아 강하게 흔들고, 이마에 딱밤을 때리고, 색연필 뒷부분으로 볼을 찌르거나 손으로 볼을 꼬집고, 손으로 엉덩이를 때리거나 자신의 다리를 甲의 몸 위에 올려놓고 누르는 등으로 5회에 걸쳐 신체적 학대행위를 하였다고 하여 아동학대처벌법 위반(아동복지시설종사자 등의 아동학대)으로 기소된 사안에서, “甲은 보육교사의 강한 훈육이나 신체적 유형력을 통한 지도가 필요할 정도로 잘못된 행위를 하지 아니하였음에도 피고인은 甲을 훈육한다는 명목으로 몸을 세게 잡고 흔들거나 자리에 던지듯이 눕히거나 엉덩이를 때리는 등의 행위를 한 점 등 제반 사정을 종합하면, 피고인의 행위는 갑의 신체를 손상하거나 신체의 건강 및 발달을 해치는 신체적 학대행위에 해당하고, 피고인의 지위, 신체적 학대행위에 이르게 된 경위, 학대행위의 정도, 甲이 나름대로 아프다거나 싫다는 등의 의사를 표현한 점 등에 비추어 피고인에게 신체적 학대의 고의가 있었음을 충분히 인정할 수 있으며, 당시 甲에게 강한 훈육이나 신체적 유형력을 통한 지도가 필요한 상황이라고 보기 어려울뿐더러, 설령 甲이 잘못된 행위를 하여 적정한 훈육이 필요한 상황이었더라도 정당한 보육 내지 훈육행위로서 사회통념상 객관적 타당성을 갖추었다고 보기 어려우므로, 피고인의 행위는 관계 법령 등에 의한 정당행위에 해당하지 않는다”고 하였다).

68) 아동보호시설의 경우에 법원은 정서적 학대행위가 훈육으로서 정당성이 인정되기 위해서는 훈육방법의 필요성이 존재하여야 하고, 다른 교육적 수단과 방법으로는 교정이 불가능하여 부득이하게 행하여질 수밖에 없는 상황일 것을 요하며, 훈육방법과 정도도 사회통념상 비난받지 아니할 객관적 타당성이 있을 것을 요한다고 하였다(울산지법 2015고단325).

69) 류부근, 앞의 논문, 152쪽에서는 아동복지법 제71조 제2항에 “제17조 제3호 내지 제6호의 행위가 오로지 훈육의 목적으로 행해지고 「형법」상의 상해에 이를만한 피해를 야기하지 않은 경우에는 처벌하지 아니한다”와 같은 규정의 신설을 제안한다.

어떤 요소들을 고려해야 하는지에 대하여 법령에서 명확히 규정한다면 아동학대사건 처리과정이나 법원의 판단에 있어서 합리적이고 일관성 있는 판단을 도출할 수 있을 것이다. 이러한 관점에서 입법안을 제시하면 다음과 같다.

<입법안>

아동학대처벌법 제00조(정서적 학대행위의 위법성조각) 보호자 또는 각급 학교의 교직원(어린이집·유치원 교사를 포함)이 훈육이나 지도의 과정에서 정서적 학대행위에 의하여 아동학대범죄를 범한 경우에는 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다. 다만, 그 정서적 학대행위가 다음 각 호의 요건을 충족한 때에는 별하지 아니한다.

1. 훈육 또는 지도상 필요성이 인정되는 경우
2. 훈육 또는 지도의 방법과 정도가 사회상규상 상당한 범위 내에 있는 경우
3. 훈육과 지도로 인해 피해아동의 생명·신체에 대한 직접적인 위해 또는 심한 정신적 침해가 발생하지 않은 경우

IV. 맺음말

아동학대에 관하여 국가적·사회적 관심이 커지면서 아동의 보호를 중점으로 한 대책이 주로 강조되고, 아동살해사건 등 강력사건이 발생하면서 학대행위자에 대한 강력한 처벌위주의 대책이 강구되고 있다. 특히, 아동복지법의 개정과 아동학대처벌법의 제·개정은 물론, 2021년 1월 26일 개정·시행된 「민법」(법률 제17905호)에서 친권자의 징계권에 관한 규정(제917조)을 삭제한 것도 이러한 노력 중의 하나라고 할 수 있다. 하지만 아동학대요인을 살펴보면 다양하고, 오로지 학대행위자에게 모든 법적 책임을 묻기 어려운 경우도 적지 않다.⁷⁰⁾ 그럼에도 불구하고 최근의 일련의 아동학대사건을 계기로 학대행위자의 처벌을 강조하는 현상은 더욱 심화되고 있다. 하지만 이러한 피해아동과 학대행위자의 분리우선, 학대행위자의 처벌위주의 대책은 국가나 사회가 피해아동을 전적으로 책임양육할 수 없는 상황에서 오히려 아동학대문제의 해결에 어려게 하는 것도 사실이다.

특히, 주지하다시피 그동안 유치원을 비롯한 초·중등학교 등 교육현장에서 교육의 주체인 교사의 교권보다는 아동인권이 과도하게 강조되면서 실익보다는 학교현장에서 교육포기로 이어지고, 다른 한편에서는 교권몰락으로 학교현장의 질서가 붕괴되는 결과까지 초래되고 있다. 심지어 유치원을 비롯한 초·중등학교 현장에서는 교사의 지도나 훈육에 대한 학생들의 반발은 물론, 부모들의 과도한 관심과 무리한 요구로 인해 교사들이 부당하게 고통을 겪고, 극단적인 선택을 하는 상황에까지 이르고 있다. 이는 아동학대의 개념, 특히, 정서적 학대의 개념이 매우 추상적이고 모호함에도 불구하고 피해아동의 보호라는 이유로 교사들의 훈육행위를 그 목적이나 수단과 방법 등을 고려하지 않고 학대행위로 인정하고 형사사법처분을 해온 현실에 기인한 것

70) 김혜경, 앞의 논문(형사법연구), 269쪽에서는 아동학대의 원인을 보면 양육자의 학대의 의지보다는 양육자 스스로 제어할 수 없는 내적 또는 외적 요인들이 가장 큰 문제라고 한다. 즉, 범죄결과와 범죄예방을 동일선상에 놓고, 범죄결과에 대한 개인적 비난이 아닌 본질적인 사회구조의 개혁을 통한 화합이 필요하다고 한다. 이를 전환사법이라고 한다(265쪽). 이에 따르면 지역사회가 사회조건들의 변화를 통해서 자체적으로 정의를 추구할 능력을 건립함으로써 부정의와 억압의 문제에 공동대처할 것을 요구한다(266쪽).

도 적지 않다. 따라서 정서적 학대개념을 보다 구체적이고 상세하게 정의하고, 이를 법제화하여 보호자나 교사의 훈육행위에 대한 아동학대범죄의 적용을 제한할 필요가 있다.

한편, 아동학대에 대한 과도한 형사처벌로 인해 가정과 학교에서 부모 등 보호자나 교사들이 아동에 대한 훈육을 포기하게 되면 체벌이 금지된 현실에서 아동에 대한 최소한의 지도조차 하지 않게 될 것이고, 따라서 보호자나 교사들이 발달과정에 있는 아동에 대한 무관심과 방임으로 인해 아동의 건전한 성장이 방해되고, 따라서 이것은 다른 형태의 아동학대가 될 수도 있다. 아동은 아직 미성숙의 단계이기 때문에 특별한 보호를 요하는 것은 사실이지만, 다른 한편에서는 미성숙하기 때문에 부모 등 보호자나 교사의 충분한 지도와 훈육을 받아야 할 지위에 있는 것도 사실이다. 따라서 아동이 건강하게 성장하도록 하기 위해서는 보호자나 교사의 훈육행위를 합리적인 범위 내에서 허용할 필요가 있다. 아동의 인권을 보장하는 것이 아동에 대한 훈육을 포기하는 것이어서는 안될 것이다.

최근 이러한 사회적 요청에 부응하여 최근 「유치원교육법」과 「초·중등교육법」에서 교사들의 훈육행위에 대하여 아동복지법상의 금지행위에 관한 규정의 적용을 배제한 것은 매우 바람직하다. 하지만 교사의 훈육행위에 대한 구체적 기준이나 예시를 법제화하지 않으면서 사실상 선언적 규정에 불과하고, 따라서 설령 교사가 훈육행위를 주장하더라도 아동학대범죄로 처벌될 위험성이 사라진 것은 아니므로 큰 의미를 부여하기는 어렵다. 실제로 이러한 법률들의 개정 전에도 교사의 훈육행위는 그 목적이 정당하고 합리적이고 상당한 수단에 의하여 행하여진 경우는 「형법」상 정당행위(제20조)의 범주로 처리할 수 있었고, 실제로 일부 판결들에서는 이를 적용하여 범죄로 인정하지 않은 사례가 있었던 것은 전술한 것과 같다. 따라서 교사의 훈육행위에 대해서도 위법성조각사유로 인정하되, 정당성인정의 세부요건과 그 허용범위에 대하여도 법령에서 구체적으로 명문화할 필요가 있다.

[참고문헌]

- 강동욱, “일본에서의 아동학대에 대한 대응체제와 법제도”, 「법과 정책연구」 제10집 제3호, 한국법정책학회, 2010
- 강동욱(역), “일본의 아동학대의 방지 등에 관한 법률”, 「아동보호연구」 제6권 제1·2호, 한국아동보호학회, 2021
- 김성규, “「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」에 대한 비판적 검토”, 「법학논총」 제31권 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2014
- 김슬기, “아동학대범죄의 구성요건 정비”, 「비교형사법연구」 제22권 제4호, 「한국비교형사법학회」, 2021
- 김종대, “미국 헌법상 명확성 원칙(void for vagueness) 심사- 미국연방최고법원 판례를 중심으로-”, 「서울대학교 법학」 제50권 제1호, 2009
- 김혜경, “아동보호와 형법개입의 정당성”, 「형사법연구」 제33권 제4호, 한국형사법학회, 2021
- 김혁돈, 손지아, 아동복지적 관점을 고려한 아동학대 개념, 「법학논고」 제63호, 경북대학교 법학연구소, 2018
- 도미향, 김영희, “아동학대의 유형에 따른 문제와 개입방법에 관한 연구”, 「부모교육연구」 제3권 제1호, 한국부모교육학회, 2006
- 류부근, “아동학대범죄의 개념과 처벌에 관한 법리적 검토”, 「형사정책」 제27권 제1호, 한국형사정책학회, 2015
- 박상식, 김두상, “아동학대범죄의 예방과 대책을 위한 과제”, 「법학논총」 제34권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2017
- 배태상, 이희영, “아동 정서적 학대 판단주체와 기준에 대한 검토와 개선방안 : 아동복지법 제17조제5호(가정폭력 노출 금지)를 중심으로”, 「범죄수사학연구」 통권 제15호, 경찰대학 치안범죄수사연구원, 2023
- 오정용, “일본의 아동학대방지 대응에 관한 최근 동향과 시사점”, 「비교법연구」 제21권 제2호, 동국대학교 비교법문화연구원, 2021
- 윤혜원, “아동학대 사건에 대한 형사처벌의 문제점”, 「법학연구」 제18권 제4호, 인하대학교 법학연구소, 2015
- 이세원, “정서학대와 방임에 대한 사법적 판단”, 「교정복지연구」 제53호, 한국교정복지학회, 2018
- 이수창, “아동복지법 정서적 학대 조항의 명확성 검토”, 「헌법재판연구」 제7권 제2호, 헌법재판연구원, 2020
- 이찬엽, “아동학대에 관한 형사법적 고찰”, 「일감법학」 제20호, 건국대학교 법학연구소, 2011
- 이호중, “학대피해아동의 보호를 위한 법체계의 개선방향”, 「저스티스」 통권 제134호, 한국법학원, 2013
- 차선자, “허용되는 양육방식과 금지되는 아동학대의 기준”, 「법학논총」 제30권 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2013
- 황성기, “청소년보호와 국가후견주의의 한계-헌재2014.4.24. 2011헌마659등(병합), 청소년보호법 제23조의3 등 위헌확인의 평석을 중심으로-”, 「법학논총」 제31

집 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2014

황옥경, 박지민, 구은미, 송미령, “한국, 영국, 미국의 법과 판례 비교를 통해 본 정서
학대와 방임행위의 판단 요소”, 『아동과 권리』 제25권 제4호, 한국아동권
리학회, 2021

[Abstract]

A Study on Criminal Punishment for Emotional Abuse of Children

Kang, Dong Wook*

Recently, teachers' disciplinary behavior at the school site has been recognized as emotional abuse, and criminal justice cases have occurred repeatedly, raising the question of how to distinguish between discipline and abuse. This is because, in the case of emotional abuse, even if it is conducted for the purpose of discipline with the fundamental ambiguity and abstraction of the term, the teacher's words or actions toward the child can be regarded as emotional abuse because they affect the child emotionally in some form. This confusion is being raised because the law does not clearly define the concept of child abuse and does not even describe examples of detailed types of abuse. Moreover, this phenomenon is intensified by 「Act on Special Cases Concerning the Punishment of Child Abuse Crimes」 enacted on January 28, 2014, which considers prohibited acts under 「Child Welfare Act」 as child abuse crimes. In particular, in the case of emotional abuse, unlike in the case of physical and sexual abuse, the limitations of neglect are not clear due to its own ambiguity and abstraction, and this phenomenon is more prominent.

Accordingly, this paper first examined precedents, academic attitudes, and major foreign legislation on the standards of criminal punishment for emotional abuse as a type of child abuse crime. And based on this, a concrete plan for reorganization of criminal punishment regulations on emotional abuse was proposed to reasonably cope with emotional abuse. Also, in relation to the protection of teaching rights, the requirements for exemption from the discipline and guidance of guardians such as parents and teachers, which have recently been controversial, were presented.

Key Words: child abuse, emotional abuse, discipline, Child Welfare Act, Act on Special Cases Concerning the Punishment of Child Abuse Crimes

* LL.D. Prof. of College of Law, Dongguk Univ., Seoul

중국 사이버안보 패러다임 변화와 시사점* -인공지능 시대의 바람직한 거버넌스 구축을 위한 제언-

이상우**

논문요지

우리나라는 2019년 4월 사이버안보 위협을 국가안보 위협으로 인식하여 모든 역량을 결집·대응할 수 있도록 하는 ‘국가사이버안보전략’을 발표하였으며, 2022년 5월 공개된 ‘윤석열 정부 110대 국정과제’에도 ‘국가 사이버안보 대응역량 강화’가 포함된 바 있으나, 법적기반 구축을 위한 사이버안보 기본법제의 입법은 여러 우려 사항이 제기되어 담보 상태이며, 이로 인하여 사이버안보 국가 컨트롤 타워도 부재인 상황이다.

중국의 경우 국가안보의 영역을 사이버공간으로 확장한 국가안전법(2015)의 토대 위에 3법(네트워크안전법, 데이터안전법, 개인정보보호법)을 입법하여 사이버안보 기본 법체계를 구축하였으며, 중앙인터넷안전·정보화위원회와 국가인터넷정보판공실을 중심으로 한 데이터 거버넌스의 법적 근거를 제공하였다. 또한 4차 산업시대의 핵심기술이 사이버안보에 위협이 되지 않도록 반간첩법(2023)은 국가안보·이익과 관련된 데이터의 경우 동법의 규율대상이 되도록 확대 규정하였으며, AI관리방법의 시행을 통해 생성형 AI를 규제하기 시작하였다. 이와 같은 입법 변화에 따라 거버넌스도 중앙인터넷안전·정보화위원회→중앙국가안전위원회→중앙과학기술위원회로 확장되었다. 이러한 패러다임 변화의 중심에는 중국공산당이 있으며 강력한 추진력을 제공하고 있다.

우리나라의 사이버안보 입법현안과 거버넌스의 맹점 측면에서 중국의 변화가 시사하는 바를 살펴보면, 사이버안보 기본법제 마련과 함께, 동법에 근거한 사이버안보 국가 컨트롤 타워 구축이 조속히 이루어져야 한다. 사이버안보 이슈가 전 부처를 통할할 수 있는 역량과 강력한 추진력이 필요하다는 점을 고려하면, 대통령 직속 위원회 형식이 적합할 것이다. 또한 AI기술이 사이버안보와 밀접한 관련이 있으며, AI기본법안 및 가짜뉴스 규제 등 AI규제에 관한 논의가 동시기 함께 이루어지고 있다는 점을 고려하여, 두 가지 담론을 포괄하는 거버넌스 구축을 검토해 보아야 한다.

즉 ‘사이버안보’와 ‘AI’를 통할하는 대통령 직속 위원회를 신설하여 파편화된 사

* 이 논문은 2020년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임(NRF-2020S1A5C2A02093223). 또한 본고는 2024. 1. 19. 중국 상하이 화동정법대학에서 진행된 ‘第二屆中韓數據智能法律論壇中韓數據智能法律論壇’에서 발표한 발제문(中國網絡安全范式的變化及其啓示-爲构建人工智能時代的良好治理体系提出建議)을 수정·보완한 것임을 밝힙니다.

** 인하대학교 법학연구소 AI·데이터법센터 책임연구원, 법학전문대학원 강사, 법학박사.

이버안보 지휘 체계를 통합하고, AI에 관한 외교·안보·경제·기술정책을 수립하고 심의·의결하는 명실상부한 국가 콘트론타워로 삼아야 한다. 이를 위해 사이버안보 기본법제와 AI기본법안 입법과정에서 ‘사이버안보’와 ‘AI’라는 두 가지 가치를 포용하는 거버넌스 구축에 대한 심도 있는 논의가 진행되어야 할 것이며, 투명성을 제고하기 위해서 동 위원회의 기본계획 및 주요정책, 예산 등과 관련하여 국회가 견제할 수 있는 프로세스 검토도 함께 이루어져야 한다.

검색용 주제어: 사이버안보, 포괄적안보, 거버넌스, 인공지능, 딥페이크

· 논문접수: 2023. 12. 22. · 심사개시: 2024. 01. 11. · 게재확정: 2024. 02. 02.

I. 서론

중국의 ‘사이버안보’는 ‘국가안보’(國家安保)에 기반하고 있으며, 중국에서는 이를 ‘국가안전’(國家安全)이라 칭한다. 중국의 국가안전 법제는 1993년부터 시행된 ‘국가안전법’¹⁾(이하 ‘국가안전법(1993)’)이 국가안전기관(國家安全機關)의 방첩업무를 규정함으로써 시작되었다. 동법 시행 후 20년이 지난 2013년, 미국 국가안보국(NSA: National Security Agency)의 도·감청이 폭로되는 등²⁾ 사이버안보의 중요성이 강조됨에 따라 중국공산당은 2014년 1월 중앙국가안전위원회(中國共產黨中央國家安全委員會)를 창설하였고,³⁾ 동년 4월 개최된 제1차 회의에서 시진핑(習近平) 총서기는 전통적인 국가안전의 영역을 확대하고 영역 간의 유기적 협력을 강조한 ‘총체적 국가안전관’(總體國家安全觀)을 발표하였다.⁴⁾ 동 국가안전관에 기반하여 새롭게 제정된 ‘국가안전법(2015)’ 제25조는 사이버공간도 국가주권이 미치는 범주로 규정함으로써 해당 영역에서의 국가이익 충돌 시 대응할 수 있는 법적근거를 마련하였으며,⁵⁾ 동조의 규정은 3법(네트워크안전법(網絡安全法), 데이터안전법(數據安全法), 개인정보보호법(個人

1) Baidu百科, “中華人民共和國國家安全法”, <https://baike.baidu.com/item/中華人民共和國國家安全法/525260?fr=ge_ala>(최종방문일: 2023. 7. 22.); 국가안전법(1993)은 국가 핵심이익 보호 강화를 위해 제정된 현행 국가안전법(2015)으로 대체되었다. 김준영, “중국 국가안전법제의 체계 연구 -신 ‘국가안전법’(國家安全法)을 중심으로-”, 「중국법연구」, 제32집, 한중법학회(2017), 2면.

2) The Guardian, “How Edward Snowden went from loyal NSA contractor to whistleblower”, <<https://www.theguardian.com/world/2014/feb/01/edward-snowden-intelligence-leak-nsa-contractor-extract>>(최종방문일: 2023. 7. 23.).

3) Carnegie Endowment for International Peace, “中國國家安全委員會”, <<https://carnegieendowment.org/2015/07/09/zh-pub-60649#2>>(최종방문일: 2023. 7. 24.); Baidu百科, “中國共產黨中央國家安全委員會”, <https://baike.baidu.com/item/中國共產黨中央國家安全委員會/13006296?fr=ge_ala>(최종방문일: 2023. 7. 24.).

4) 新華網, “習近平: 堅持總體國家安全觀 走中國特色國家安全道路”, <http://www.xinhuanet.com/politics/2014-04/15/c_1110253910.htm>(최종방문일: 2023. 7. 24.); 이상우, “중국 개정 반간첩법의 사이버 안보관”, 「비교법연구」, 제23권 제2호, 동국대학교 비교법문화연구원(2023), 301-302면.

5) 이상우, “중국 데이터 법제와 정책 방향에 관한 고찰”, 「법과정제」, 제29집 제1호, 제주대학교 법과정제연구원(2023), 155면.

信息保護法))의 입법을 통해 구체화되었다.⁶⁾

우리나라는 2019년 4월 사이버안보 위협을 국가안보 위협으로 인식하여 모든 역량을 결집·대응할 수 있도록 하는 ‘국가사이버안보전략’을 발표하였으며,⁷⁾ 2022년 5월 공개된 제20대 대통령인수위원회의 ‘윤석열 정부 110대 국정과제’에도 ‘국가 사이버안보 대응역량 강화’가 포함된 바 있다.⁸⁾ 사이버안보 역량강화 및 환경변화의 대응을 위한 법적기반 구축을 위해 제21대 국회에서는 2020년 ‘사이버안보 기본법안’(조태용의원 대표발의)⁹⁾, 2021년 ‘국가사이버안보법안’(김병기의원 대표발의)¹⁰⁾, ‘사이버보안 기본법안’(윤영찬의원 대표발의)¹¹⁾이 발의되었으나, 여러 우려사항이 제기되어 현재는 답보 상태에 놓여있다. 또한 인공지능(AI: artificial intelligence) 기술이 급격하게 발전함에 따라 AI를 악의적으로 활용한 AI해킹 등이 사이버안보 위협으로 거론되고 있으며,¹²⁾ AI기술(예를 들어, 딥페이크 기술)에 기반한 가짜뉴스(동영상, 이미지 등)¹³⁾도 선거 개입¹⁴⁾ 등과 같이 안보를 위협할 수 있기 때문에 규제 방안이 논의되고 있으나¹⁵⁾ 표현의 자유를 제한하는 문제가 제기되고 있다.¹⁶⁾

6) 중국 3법의 입법배경, 목적, 적용범위, 주요내용에 관한 상세한 내용은 이상우, “중국 데이터법의 역외적용”, 「법학논총」, 제54집, 숭실대학교 법학연구소(2022), 149-165면 참조.

7) 청와대 국가안보실, 국가 사이버안보전략(2019. 4.), 10면.

8) 동 국정과제는 ①사이버안보 정책체계 정비, ②경제안보로서 사이버안보, ③국민생활안전, ④기술고도화 및 국제협력강화, ⑤사이버 전문인력 양성을 주요내용으로 한다. 상세한 내용은 김한균, “「국가사이버안보 대응 역량강화」 국정과제 이행을 위한 법제기반 체계적 정비”, 「연구총서」, 22-AB-03, 한국형사·법무정책연구원(2022), 53-55면 참조.

9) 의안번호 제2101220호.

10) 의안번호 제2113145호.

11) 의안번호 제2113670호.

12) AI모델에 백도어나 트로이목마 등을 통해 결과를 공격자가 원하는 형태로 조작하는 위협 가능성이 나타나고 있다. 임종인, “AI and Cyber Security: 생성형 AI에서 Security 이슈와 과제”, 제8회 AI윤리법제포럼 세미나 발표자료(2023. 11. 8.), 5면.

13) 2018년 3월 유럽위원회(European Commission)가 공개한 ‘허위정보에 대한 다차원적 접근’이라는 보고서는 가짜뉴스 대신 ‘허위정보(disinformation)’라는 용어를 사용하도록 권고하였다. 동 보고서는 가짜뉴스 대신에 사용하도록 권고한 ‘허위정보’를 “허위, 부정확 또는 오도하는 정보로서 공공에 해를 끼칠 목적 내지 이윤을 목적으로 설계, 제작, 유포되는 것”이라고 정의하였다. 박아란, “가짜뉴스와 온라인 허위정보(disinformation) 규제에 대한 비판적 검토”, 「언론정보연구」, 제56권 제2호, 서울대학교 언론정보연구소(2019), 116면; 이에 ‘가짜뉴스’라는 용어 대신에 ‘허위정보’라는 용어를 사용하는 것이 더 타당하겠지만 정부 정책문건에서도 가짜뉴스라는 용어가 사용되고 있는바 본고에서는 가짜뉴스와 허위정보라는 용어를 혼용하였음을 밝힌다.

14) 공직선거에 대입해보면, ‘인공지능을 활용하여 유권자의 후보자 선택에 있어 판단력에 영향력을 미치는 것’으로 정의할 수 있으며, 이는 허위조작정보의 형태 중 새롭고 독특한 것이라고 할 수 있다. Vaccari, C·Chadwick, A, “Deepfakes and Disinformation: Exploring the Impact of Synthetic Political Video on Deception, Uncertainty, and Trust in News.” 「Social Media + Society」 January-March. 2020, p.3; 조원용, “공직선거에서 AI의 악용에 관한 입법적 대응의 필요성”, 2023년도 제56회 (사)한양법학회 추계 공동학술대회 발표자료(2023. 10. 13.), 35면 재인용.

15) 2023년 9월 18일 방송통신위원회는 ‘가짜뉴스 근절 추진방안’을 발표하였으며, 후속조치 일환으로 방송통신심의위원회와 국내외 포털·플랫폼 사업자가 참여하는 ‘가짜뉴스 대응 민관협의체’가 출범한 바 있다. 대한민국 정책브리핑, “가짜뉴스 대응 민관협의체 출범…네이버·카카오·구글·메타 참여”, <<https://www.korea.kr/news/policyNewsView.do?newsId=148920906>>(최종방문일: 2023. 11. 20.).

16) 미국 의회도 딥페이크 기술의 악용 가능성에 대하여 중요하게 인식하고 있다. 현재 의회에 발의된 법안 중 딥페이크 기술 관련 내용이 포함된 것은 총 5건으로 이들을 유형별로 정리해보면, 특정 기간에만 딥페이크 기술의 이용을 제한하는 유형의 법안(법안번호:

본고에서는 먼저 중국의 사이버안보 입법동향과 그에 따른 거버넌스의 변화를 분석하고, 변화에 담긴 함의를 살피겠다(Ⅱ.). 우리나라도 이와 관련하여 사이버안보 기본법제와 인공지능법안의 입법이 진행되고 있으나, 다양한 현안이 산적해 있다(Ⅲ.). 중국의 패러다임 변화가 우리나라의 사이버안보 현안과 맹점(盲點) 해결에 어떠한 시사점을 주는지 논하고, AI시대의 바람직한 거버넌스 구축을 위한 의견을 제시하겠다(Ⅳ.).

Ⅱ. 중국 사이버안보 입법동향과 거버넌스의 변화

1. 총체적 국가안전관

패러다임 변화의 첫 번째 변곡점은 2014년 발표된 ‘총체적 국가안전관’이라 할 수 있다. 앞서 언급한 바와 같이 1993년 2월 22일 국가안전법(1993)의 공포·시행 이후 2013년 스노든(Edward J. Snowden)의 내부고발로 인하여 미국 NSA가 비밀정보수집 프로그램(PRISM: Planning tool for Resource Integration, Synchronization and Management)을 통해 민간인의 개인정보를 불법 수집·사찰한 사실이 공개되었고,¹⁷⁾ 이 과정에서 빅테크 기업의 관련 정보 제공 사실이 알려졌다. 이로 인해 주요국은 사이버공간에 대하여 실정법으로 규제하여야 할 필요성을 느끼게 되었고,¹⁸⁾ 중국은 과거의 전통적 안전관에서 탈피한 포괄적·거시적인 안전관인 ‘총체적 국가안전관’을 소개함으로써 ①외부·내부의 안전, ②국토·국민의 안전, ③전통·비전통의 안전, ④발전과 안전의 문제, ⑤개인·공동의 안전을 강조하였다.¹⁹⁾

동 국가안전관에 기반하여 국가안전 법체계를 정비할 필요성이 제기되었고, 이를 체계화·명문화하기 위해 국가안전법(1993)의 내용을 전면적으로 재검토하게 되었다. 이에 2014년 11월 1일 반간첩법(2014)을 시행하여 간첩행위·방첩업무를 구체화하였고, 국가안전법(1993)은 폐지되었다. 이후, 국가안전법(2015)이 2015년 7월 1일 제12기 전국인민대표대회(이하 ‘전인대’) 상무위원회 제15차 회의를 통과하여 현재까지도 시행되고 있다. 국가안전법(2015)은 ‘총체적 국가안전관’을 반영하여 새롭게 제정된 것으로, 동법 시행 후 중국의 국가안전 관련 법률(法律)은 이 법을 중심으로 체계성을 갖추면서 입법이 진행되었다.²⁰⁾

이와 같이 첫 번째 변곡점을 거치면서 중국은 전통적인 국가안보의 영역이 사이버안보의 영역으로 확장되었으며, 이후 3법을 제정하여 사이버안보 분야를 보다 체계적으로 규율토록 하는 기반을 마련하게 되었다.

H.R.1(발의일: 2021. 1. 4.), S.1(2021. 3. 17.), S.2093(2021. 6. 16.))과 상시적으로 딥페이크 기술의 이용을 제한하는 유형의 법안(H.R.2395(2021. 4. 8.), S.2559(2021. 7. 29.))으로 구분할 수 있다. 조원용, 앞의 자료, 47면 [표 5] 참조.

17) 조현석, “빅데이터 시대 미국-EU간 개인정보보호 분쟁과 정보주권에 대한 합의”, 「21세기정치학회보」, 제26권 제2호, 21세기정치학회(2016), 100면.

18) 신재하·임요준, “중국 네트워크 안전법에 관한 연구”, 「중국법연구」, 제37집, 한중법학회(2019), 37면.

19) 이상우, “중국 개정 반간첩법의 사이버 안보관”, 302면 각주 16) 재인용; ‘총체적 국가안전관’의 상세한 내용은 김준영, 앞의 논문, 6-7면 참조.

20) 이상우, 위의 논문, 302면.

2. 3법(네트워크안전법 · 데이터안전법 · 개인정보보호법)

(1) 입법

패러다임 변화의 두 번째 변곡점은 ‘네트워크안전법, 데이터안전법, 개인정보보호법’을 칭하는 ‘3법’의 제정이다.

2015년 ‘인터넷 플러스’(互聯網+) 정책²¹⁾ 등이 추진되어 관련 산업이 빠르게 성장하는 계기가 되었으나,²²⁾ 개인정보 유출 등의 이슈가 발생하였고, 이를 규율하기 위한 입법 필요성이 대두되었다.²³⁾ 이에 네트워크 안전(网络安全)을 보장하고, 네트워크상의 주권확보와 국가안보의 수호를 목적으로 하는 ‘네트워크안전법’ 제정 작업이 시작되었고, 2016년 11월 제12기 전인대 상무위원회 제24차 회의에서 통과된 동법은 2017년 6월부터 시행되었다. 동법 제76조는 ‘네트워크 안전’을 “필요한 조치를 취함으로써 네트워크에 대한 공격 · 침입 · 교란 · 파괴와 불법적인 사용 및 의외의 사고를 방지하여, 네트워크를 안정적이고 신뢰할 수 있는 운영 상태를 유지하도록, 네트워크 데이터(網絡數據)의 완전성 · 기밀성 · 가용성의 능력을 보장하는 것”으로 정의한다. 용어를 정의함에 있어서 몇 가지 특색이 존재하는데,²⁴⁾ 우선 정보안전(信息安全)과 네트워크 안전의 개념을 혼용하였다. 정보안전은 네트워크상에 유통되는 콘텐츠의 안전을, 네트워크 안전은 네트워크의 기술적인 안전을 중시하는 개념으로 볼 수 있다.²⁵⁾ 당시 중국은 ‘정보의 안전’을 지속가능한 기술발전의 필수적 요소임과 동시에, 국가안보의 핵심 구성요소로 이해하였다. 이에 보안 메커니즘을 강화하여 네트워크의 안전을 확보하는 것과 동시에 검열 시스템 구축에도 국가적 노력을 기울였다.²⁶⁾ 또한 네트워크 안전을 정보화의 발전과 결부하여 이해하였는바, ‘국가 사이버공간 안전전략’(國家網絡空間安全戰略)은 네트워크 안전 없이는 국가안보가 존재하지 않고, 네트워크 안전 없이는 정보화 발전이 불가능하다고 규정하였다.²⁷⁾

이와 같이 네트워크안전법 제정을 통해 사이버공간의 안보를 구체화하고자 하였으나, 동법은 네트워크 안전 및 운영자 의무에 초점을 맞추었기 때문에 ‘데이터’(數

21) 중국의 ‘인터넷 플러스’ 정책이란 2015년 3월 양회(兩會) 정부업무보고에서 리커창(李克強) 총리가 ‘인터넷 플러스’ 행동계획을 제기한 것에 기인하며, 인터넷 플랫폼, 정보통신 기술을 활용해 인터넷을 전(全) 산업과 융합시켜 새로운 경제발전 생태계를 창조하는 전략을 의미한다. 정보기술을 전통 제조업과 융합해 산업 구조전환 및 업그레이드하는데 목적을 두고 있다. KOTRA, “중국의 新 경제성장전인책…인터넷 플러스(互聯網+)”, <https://dream.kotra.or.kr/kotranews/cms/news/actionKotraBoardDetail.do?SITE_NO=3&MENU_ID=180&CONTENTS_NO=1&bbsGbn=243&bbsSn=243&pNttSn=141522>(최종방문일: 2024. 1. 26.).

22) 정태인 · 김주영 · 김원, “중국 네트워크 안전법 동향”, 「정보보호학회지」, 제27권 제3호, 한국정보보호학회(2017), 54면.

23) 신재하 · 임요준, 앞의 논문, 37-38면.

24) 임병진, “중국 사이버 안보체계에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 석사학위논문(2017), 10면.

25) 박용숙, “중국의 「네트워크안전법」에 대한 일고찰”, 「강원법학」, 제53권, 강원대학교 비교법학연구소(2018), 45면.

26) Jon R. Lindsay, Tai Ming Cheung, and Derek S. Revereon, *China and Cybersecurity: Espionage, Strategy and Politics in the Digital Domain*, 1st edn, Oxford University Press, 2015.

27) 박용숙, 앞의 논문, 45면.

据)에 대한 보호는 미흡하였다. 또한 국가 간 데이터자원 경쟁 및 사이버안보 긴장이 심화함에 따라 ‘데이터주권’(data sovereignty) 강화가 관심의 초점이 되었고,²⁸⁾ 중국은 내부적으로 데이터경제 활성화 정책을 집중적으로 전개하였다.²⁹⁾ 이러한 배경 아래, “데이터 처리활동을 규율하고, 데이터안전을 보장하며, 데이터개발과 이용을 촉진하고, 개인조직의 합법적인 권익을 보호하며, 국가주권·안보·발전권익을 수호하기 위해”³⁰⁾ 데이터안전법 입법을 추진하게 되었고, 2021년 6월 제13기 전인대 상무위원회 제29차 회의에서 최종 통과되어, 동년 9월부터 시행되었다.³¹⁾

마지막으로 개인정보보호법과 관련하여 중국은 2021년 11월 동법 시행 전까지 개인정보 보호를 통합적으로 다루는 일반법이 없었으며, 민법통칙(民法通則) 등에서 인격권에 기반을 두고 개인정보에 대한 간접 보호를 하고 있었다. 그러나 2018년 유럽연합(EU: European Union)의 일반개인정보보호법(GDPR: General Data Protection Regulation)과 같은 개인정보에 관한 선진화된 규정이 시행함에 따라 글로벌 기준과의 정합성을 제고해야 할 필요성이 대두되었고,³²⁾ 2021년 1월부터 시행 중인 민법전(民法典)은 전통적 인격권(생명권·성명권·초상권)뿐만 아니라 프라이버시와 개인정보의 보호를 규정하는 한편(제4편 인격권편), GDPR의 주요내용을 반영한 개인정보보호법을 시행하게 되었다. 중국 개인정보보호법 제1조는 “개인정보 권익을 보호하고, 개인정보 처리활동을 규범화하며, 개인정보의 합리적인 이용을 촉진하기 위해 헌법에 의거하여 이 법을 제정한다”고 규정하며, 동법이 개인정보 보호와 활용의 균형을 모색하기 위해 입법되었음을 밝히고 있으며, 이는 “개인정보의 자유로운 이동”을 명시한 GDPR 입법목적(제1조 제3항)과 궤를 같이한다.

중국의 3법은 기본적으로 데이터경제 활성화 정책 추진의 법적 근거를 제공하고 있다. 네트워크 안전보장과 사이버공간에서의 국가안보를 수호함과 동시에 정보화사회의 건강한 발전을 촉진하기 위해 제정된 네트워크안전법과 함께 데이터·개인정보의 보호와 활용의 균형을 모색하기 위한 데이터안전법과 개인정보보호법을 시행함으

28) 중국의 데이터주권 담론은 원칙적으로 데이터의 초국적 이동을 제한하는 입장이며, 이는 국가(statehood) 차원의 권위로서 ‘법정치적 국권’(國權)에서 비롯되고, 영토국가의 통제 권한 문제와 연관된다. 공익을 헤치는 데이터를 검열·통제하고, 데이터의 국외 유출을 규제하는 것은 주권국가의 당연한 권리라고 본다. 김상배, “미중 데이터 규범경쟁과 한국: 유럽연합의 ‘데이터주권론’이 주는 함의”, EAI 특별기획논평시리즈, 동아시아연구원(2019), 3-4면; 중국은 미국의 빅데이터 패권에 대응하기 위해서 사이버공간에까지 국가주권의 관할권을 확장하는 프레임을 구사하고 있으며, 중국의 데이터주권론은 법정치적 권위로서의 국가주권의 개념을 바탕에 깔고 있지만, 자국 정치사회 체제의 고유성을 강조하는 방어적 정치슬로건의 성격도 지닌다. 이승주 외, 「사이버 공간의 국제정치경제」, 사회평론아카데미, 2018, 45면; 강달천, “중국의 데이터 보호 관련 입법 동향과 데이터 주권에 관한 고찰”, 「중앙법학」, 제23집 제2호, 중앙법학회(2021), 8면 이하 참조.

29) 중국은 2015년, ‘빅데이터 발전을 촉진하기 위한 행동요강(關於促進大數據發展的行動綱要)’에서 데이터가 국가의 기초 전략자원임을 명시하였고, 2020년 국무원의 ‘더욱 완비된 요소시장화 배치체계 구축에 관한 의견(關於构建更加完善的要素市場化配置体制机制的意見)’을 통해 ‘데이터 요소시장 육성가속화’를 제안하였다. 湯奇峰·邵志清·叶雅珍, “數據交易中的權利確認和授予體系”, 「大數據」, 2022年第3期, 人民郵電出版社有限公司(2022), 41頁; 중국의 주요 데이터경제 활성화 정책에 관한 상세한 설명은 이상우, “중국 데이터 법제와 정책 방향에 관한 고찰”, 152-153면 참조.

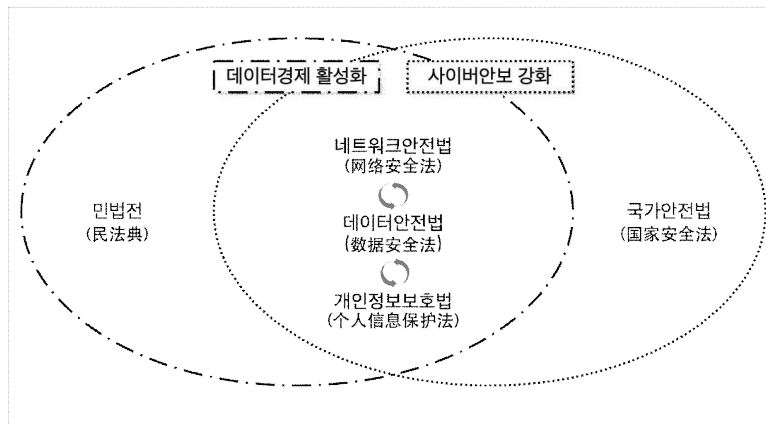
30) 중국 데이터안전법 제1조.

31) 清華大學智能法治研究院, “《数据安全法(二審稿)》專家研討會意見綜述”, <<https://mp.weixin.qq.com/s/k5fYhqkF2z-9eoAMFQDheg>>(최종방문일: 2022. 8. 14.).

32) 이상우, “중국 데이터법의 역외적용”, 158면.

로써 비로소 3법 체계가 완성된 것이다. 이는 2020년 개정된 우리나라 데이터 3법과 비교해보면³³⁾ 외견상 큰 차이가 느껴지진 않는데, 흩어져 있던 개인정보 관련 규정을 정비하고, 가명정보 개념을 도입하여 데이터·개인정보의 활용도 제고를 목적으로 한 우리나라 데이터 3법 개정과 중국의 3법이 같은 맥락에 있기 때문일 것이다.³⁴⁾ 다만 이러한 관점에서 설명하기 어려운 중국 3법의 몇몇 규정이 있는데, 예를 들어 네트워크안전법 제37조는 핵심정보 인프라시설의 운영자에게 중국 역내에서 운영 중 수집·생산한 개인정보와 중요데이터를 역내에 저장하도록 규정하였으며,³⁵⁾ 데이터안전법 제26조는 데이터 기술·투자 등에 있어서 중국에 차별적인 조치를 취하는 경우, 해당 국가(또는 지역)에 대등한 조치를 취할 수 있다고 규정하여, 중국 데이터산업·기업의 보호방안으로 활용할 수 있도록 하였다.³⁶⁾ 이는 중국 3법이 ‘데이터경제 활성화’의 목적 외에도 ‘사이버안보 강화’의 역할을 담당하고 있기 때문이며(아래 <그림 1>), 이에 우리나라의 데이터 3법에서는 보이지 않던 이질적인 규정이 존재하는 것이다.³⁷⁾

<그림 1> 중국 3법의 역할



출처: 이상우, “중국의 딥페이크 규제와 데이터 안보”, 『홍익법학』, 제24권 제1호, 홍익대학교 법학연구소(2023), 143면 <그림 2>를 필자 수정.

동 기간 3법 외에도 법률의 하위 규범인 행정법규(行政法規)를 통해서 사이버안보를 강화하려는 움직임이 나타난다. 2018년 11월 30일부터 시행 중인 ‘여론속성 또는 사회적 동원능력을 갖춘 인터넷정보서비스 보안평가 규정’(具有輿論屬性或社會動員能力的互聯網信息服務安全評估規定)(이하 ‘여론속성 규정’)³⁸⁾ 제3조는 인터넷정보서비스³⁹⁾ 제공자에게 신기술 등을 사용하여 정보서비스의 기능 등에 중대한 변화가 있는

33) 우리나라 데이터 3법은 ‘개인정보 보호법’, ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률’, ‘신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률’을 칭한다.

34) 이상우, “중국의 딥페이크 규제와 데이터 안보”, 142면.

35) 조선비즈, “테슬라, 중국에 데이터센터 설립...‘애플의 굴욕’ 재현되나”, <https://biz.chosun.com/international/international_economy/2021/05/26/ODQLBATDABALLEAFJ27MQI3CME/>(최종방문일: 2023. 1. 28.).

36) 이상우, “중국의 딥페이크 규제와 데이터 안보”, 142-143면.

37) 이상우, 위의 논문, 143면.

38) 中國網信網, “具有輿論屬性或社會動員能力的互聯網信息服務安全評估規定”, <http://www.cac.gov.cn/2018-11/15/c_1123716072.htm>(최종방문일: 2023. 6. 2.).

경우(제2호), 이용자 수가 현저히 증가하여 여론속성 또는 사회적 동원능력에 중대한 변화를 초래한 경우(제3호)에는 동 규정에 따라 자체 안전평가(安全評估)를 수행하고 그 결과에 대해 책임이 있음을 명시하였다.⁴⁰⁾ 또한 2020년 12월 7일 발표된 ‘법치사회건설 실시요강’(法治社會建設實施綱要 (2020-2025年)) 제6장은 “법률에 의거하여 사이버공간을 다스린다”(依法治理網絡空間)고 명시하여, 사이버공간이 초(超)법적인 영역이 아님과 동시에 법치주의 실현을 강조하였는바,⁴¹⁾ 이를 위해 알고리즘, 딥페이크 기술 등 AI기반의 기술에 관한 관리규정 마련을 제의하였다. 이에 2022년 3월부터 인터넷 정보서비스와 관련된 알고리즘 추천 활동을 규율하는 ‘인터넷 정보서비스 알고리즘 추천 관리 규정’(互聯網信息服務算法推薦管理規定)(이하 ‘알고리즘 규정’)이 시행되었으며,⁴²⁾ 동 규정 제6조는 “알고리즘 추천 서비스를 이용하여 국가안보·사회공공이익을 위협하거나, 경제·사회질서 파괴 행위를 금함”을 명시하였다. 2023년 1월 10일부터 시행된 ‘인터넷 정보서비스 딥페이크 관리 규정’(互聯網信息服務深度合成管理規定)(이하 ‘딥페이크 규정’)은 딥페이크(深度合成)⁴³⁾ 기술이 적용된 인터넷 콘텐츠를 그 적용대상으로 하고 있으며, 딥페이크 서비스 제공자를 포함한 모든 조직과 개인(任何組織和個人)에게 딥페이크 기술을 이용한 불법적인 콘텐츠의 생성·유포를 엄격히 금지하고, 특히 국가안보와 국익을 훼손하는 활동을 원천적으로 차단하였다.⁴⁴⁾

(2) 거버넌스

3법이 관련 정책 추진의 법적근거를 제공한다면, 실제로 어떠한 조직·체계를 갖추고 이행할 것인지는 ‘거버넌스’의 역할이다.⁴⁵⁾ 데이터경제 및 사이버안보에 관한 국정관리체계인 데이터 거버넌스는 중국공산당과 정부 당국, 그리고 민간(유관협회 및 빅테크 기업)과의 협력적 활동에 필요한 관리체계를 포함한다.⁴⁶⁾ 3법의 입법을 통해 데이터·개인정보의 보호와 활용을 위한 규정이 마련되었지만, 궁극적으로 ‘데이터경제 활성화’와 ‘사이버안보 강화’ 목표 달성을 위해서는 거버넌스 역할이 중요하다

39) 여론속성 규정에서의 ‘인터넷정보서비스’는 여론 형성이 가능한 채널을 제공하거나, 대중을 동원할 수 있는 기타 인터넷정보서비스를 의미한다(제2조).

40) 이상우, “중국 생성형 인공지능 규제에 관한 고찰”, 「과학기술과 법」, 제14권 제1호, 충북대학교 법학연구소(2023), 118면.

41) 中華人民共和國中央人民政府, “中共中央印發《法治社會建設實施綱要 (2020-2025年) 》”, <http://www.gov.cn/zhengce/2020-12/07/content_5567791.htm>(최종방문일: 2023. 1. 28.).

42) 中華人民共和國中央人民政府, “解讀《互聯網信息服務算法推薦管理規定》”, <http://www.gov.cn/zhengce/2022-01/04/content_5666428.htm>(최종방문일: 2023. 1. 28.).

43) 딥페이크란 딥러닝(deep-learning)과 거짓(fake)의 합성어로, 딥페이크 규정에서의 ‘深度合成’은 딥러닝(深度學習) 등 합성 알고리즘을 이용하여 텍스트·이미지 등의 인터넷 콘텐츠(網絡信息)를 제작하는 기술을 의미하나(제23조), ‘深度合成’을 한국 한자음 독음 그대로 ‘심도합성’으로 번역하기보다는 ‘딥페이크’로 번역하여 사용하는 것이 맥락 이해에 도움이 될 것인바, 본고에서는 딥페이크로 번역하였음을 밝힌다. 이상우, “중국의 딥페이크 규제와 데이터 안보”, 137-140면 참조.

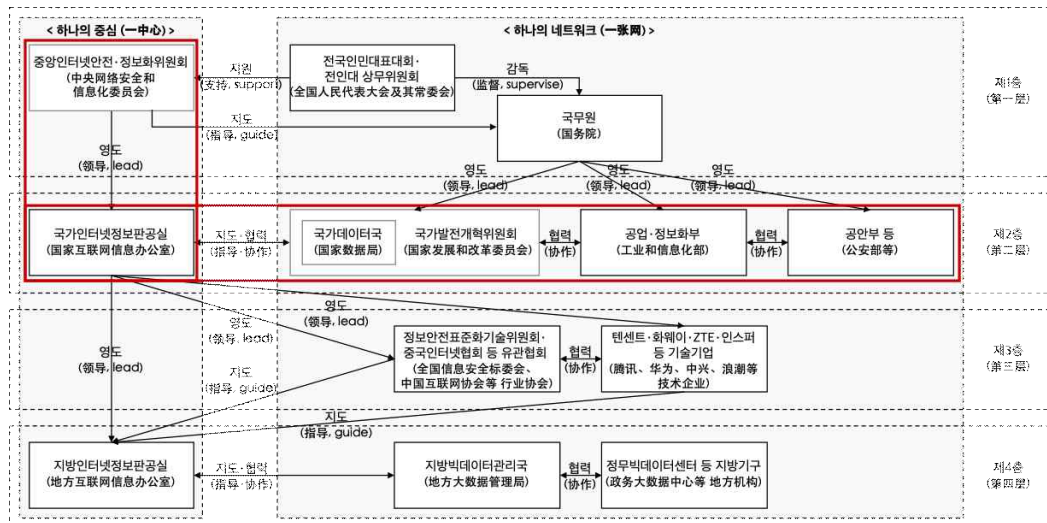
44) 중국 딥페이크 규정 제6조.

45) 이성엽, “국가 사이버안보 법제와 거버넌스의 바람직한 정립 방향 -미국의 사례와 한국의 시사점을 중심으로-”, 「행정법연구」, 제67호, 행정법이론실무학회(2022), 241면.

46) 박상돈, “사이버안보 거버넌스 개선에 관한 공법적 고찰”, 「공법학연구」, 제17권 제4호, 한국비교공법학회(2016), 346-347면.

다. 주지하다시피 중국은 중국공산당이 국가와 사회를 지배하는 체제인바,⁴⁷⁾ 중국공산당이 거버넌스에 있어서 핵심 역할을 담당한다(아래 <그림 2>의 좌측). 중앙인터넷안전·정보화위원회(中央網絡安全和信息化委員會)가 최상단에 위치하며, 국가인터넷정보판공실(國家互聯網信息辦公室)을 영도(領導)한다.⁴⁸⁾ 또한 헌법상 최고 국가권력기관인 전인대와 전인대 상무위원회가 입법을 통해 중앙인터넷안전·정보화위원회(중국공산당)의 정책을 지원한다(아래 <그림 2>의 우측). 최고국가권력기관의 집행·행정기관인 국무원⁴⁹⁾ 중앙인터넷안전·정보화위원회로부터 지도를 받아 하부 조직을 영도하고, 국가발전개혁위원회(國家發展和改革委員會), 공업·정보화부(工業和信息化部),公安部(公安部), 국가시장감독관리총국(國家市場監督管理總局) 등은 협력관계에 있다. 이러한 담론을 종합해 보면 중국의 거버넌스는 아래와 같이 정리해 볼 수 있다.⁵⁰⁾

<그림 2> 중국의 데이터 거버넌스



출처: 馬海群·張濤, “我國數據與算法安全治理:特征及對策”, 「電子政務」, 2023年第3期, 中國科學院(2022), 14頁 圖1의 내용을 필자 수정.

47) 우리나라의 경우 헌법상 국가권력이 입법권, 사법권, 행정권으로 구분되는 ‘권력분립’이나, 중국은 ‘권력집중’이 핵심인 ‘민주집중제’라는 공산당 및 국가기구 조직원리에 따른다. 이에 따라 당 중앙정치국 상무위원회에 대한 절대적 복종으로 귀결되며, 국가기관의 수장 등을 모두 공산당에서 추천한다. 손한기, “중국의 당-국가체제에 관한 일고찰- 당내법규를 중심으로-”, 「비교중국연구」, 제3권 제1호, 인천대학교 중국학술원(2022), 47-48면.

48) 2011년 설립된 국가인터넷정보판공실이 2014년 2월 설립된 ‘중앙인터넷안전·정보화영도소조’(이하 ‘영도소조’)의 업무를 담당하게 되었는바, 정부 소속일 때는 국가인터넷정보판공실, 중국공산당 소속으로는 중앙인터넷안전·정보화위원회라는 명칭을 사용한다. 박성립, “중국 국가인터넷판공실 업무 및 조직현황 검토”, 「KISA REPORT」, vol.11, 한국인터넷진흥원(2021), 3-4면 참조; 이상우, “중국의 딥페이크 규제와 데이터 안보”, 146면 각주 50) 재인용; 중국에서는 이처럼 동일한 기관이 당과 국가기관의 역할을 동시에 담당하는 것을 ‘같은 사람, 두개의 명패(一套人馬兩個牌子)’라고 칭하며, 이와 같은 현상은 중국 특유의 당정관계에서 비롯되었다. 손한기, 위의 논문, 46면 각주 4) 참조.

49) 중국 헌법 제85조.

50) 이상우, “중국의 딥페이크 규제와 데이터 안보”, 146-148면.

3. 반간첩법(2023)과 AI규제

(1) 입법

패러다임 변화의 세 번째 변곡점은 지난해부터 시행된 반간첩법(2023)과 AI규제를 꼽을 수 있으며, 현재도 이 변곡점의 기간을 지나고 있다.

우선 반간첩법(2023)은 과학기술의 비약적인 발전으로 인하여 반간첩법(2014)의 보완 필요성이 제기된바, 2023년 4월 26일 제14기 전인대 상무위원회 제2차 회의에서 통과되었고, 2023년 7월부터 시행 중이다. 반간첩법(2023)에서의 가장 큰 변화는 간첩행위의 정의 확대이다. 동법 제4조 제3항은 “기타 국가안전 및 이익과 관련된 문서·데이터·자료·물품”의 경우에도 반간첩법의 보호 객체가 될 수 있도록 규정하였으며, 제4조 제4항은 “국가기관, 비밀정보 연루 업체 또는 핵심정보인프라시설 등에 대한 사이버공격·침입·교란·통제·파괴 등 행위를 행하는 경우”도 간첩행위로 명시하였다. 이에 대해 동법이 “국가안전 및 이익”에 관하여 정의하고 있지 않기 때문에 자의적(恣意的)으로 해석될 수 있다는 점과⁵¹⁾ 2001년 1월 22일 시행된 ‘최고인민법원의 해외에서 국가기밀·정보절취·정탐·수매·불법제공하는 사건심리에 법률을 적용하는 것에 관한 약관문제의 해석’(最高人民法院關於審理爲境外竊取、刺探、收買、非法提供國家秘密、情報案件具體應用法律若干問題的解釋)⁵²⁾ 제1조는 형법 제110조 간첩죄(間諜罪)에서 규정하는 정보(情報)를 “국가안전과 이익과 관련된 아직 공개되지 않았거나 관련 규정에 따라 공개해서는 아니 되는 사항”이라고 정의하여 ‘비공개성’을 요구하고 있으나, 반간첩법(2023)은 국가기밀(國家秘密)과 정보(情報)에 해당하지 않는 데이터 등도 “국가안전 및 이익과 관련”될 경우 보호대상이 될 수 있다는 점에서 우려가 제기되었다.⁵³⁾ 다만 산업 전반에서 ‘디지털 전환’(digital transformation)을 통해 비즈니스의 기반이 오프라인→온라인으로 전환되었고, 우리의 일상도 스마트폰을 빼놓고는 생활할 수 없을 만큼 데이터가 보편화되었다는 점을 고려해 본다면 4차 산업혁명 시대를 맞이하여 총체적 국가안전관이 사이버공간에서 전방위적(全方位的)으로 확대되는 과정에서 반간첩법(2023)이 (국가안전 및 이익과 관련된) 데이터도 규율 대상으로 규정한 것으로 이해해 볼 수 있다.⁵⁴⁾

51) 그 범위를 넓혀보아도 중국 헌법의 서언(序言), 제28조, 제40조, 제54조 등이 국가안전의 헌법적 근거를 제공한다고 볼 수 있으나, 직접적인 명문 규정은 없다. 국가안전법(2015) 제2조가 “국가안전은 정권과 주권, 통일, 완전한 영토, 인민복지, 경제·사회의 지속 가능하고 안정적인 발전, 국가 기타 주요 이익이 위협과 국내외의 위협에 처하지 않는 상태, 안전 상태를 계속적으로 보장할 수 있는 능력”이라고 규정하고 있으나, 여전히 추상적이고 모호한 해석의 여지가 있기 때문에 우려가 존재한다. 김준영, 앞의 논문, 9면 참조.

52) 司法部网站, “最高人民法院關於審理爲境外竊取、刺探、收買、非法提供國家秘密、情報案件具體應用法律若干問題的解釋”, <http://www.gd.gov.cn/zwgk/wjk/zcfgk/content/post_2950463.html>(최종방문일: 2023. 8. 1.).

53) WSJ, “China Spy Law Adds to Chilling Effect of Detentions”, <<https://www.wsj.com/articles/chinas-expanded-spy-law-adds-to-chilling-effect-of-detentions-ce8ceala>>(최종방문일: 2023. 8. 1.).

54) 이와 같은 견지(見地)에서 허욱 변호사는 반간첩법(2023)에서 규정한 행위들이 이미 다른 법규에서 이미 금지되어 있었던 경우(예를 들어, 특정 네트워크에 대한 침범행위는 간첩행위로 규정되기 전부터 이미 중국법상 금지되는 행위였음)가 적지 않기 때문에 동법이 독자적으로 이전에 없던 행위들을 갑자기 간첩행위로 재단하겠다고 나선 것은 아니며, 전 세계적으로 데이터 관리에 관한 규정을 강화하고 있는 것이 일반적인 추세라는 의견을 제시하

다음으로 AI규제와 관련하여 중국은 2023년 4월 11일 ‘생성형 인공지능 서비스 관리 방법(의견수렴안)’(生成式人工智能服務管理辦法(征求意见稿))을 발표하고 의견수렴을 진행하였으며,⁵⁵⁾ 수렴된 의견을 반영한 ‘생성형 인공지능서비스 잠정 관리방법’(生成式人工智能服務管理暫行辦法)(이하 ‘AI관리방법’)을 2023년 8월 15일부터 시행하였다. 2022년 11월 OpenAI의 ChatGPT(Generative Pre-trained Transformer) 공개 후 생성형 AI활용이 확산되면서 EU와 미국 등 주요국은 AI규제를 위한 본격적인 움직임을 개시하였고,⁵⁶⁾ 2023년 10월 30일 미국 바이든 대통령이 안전하고 신뢰할 수 있는 AI개발의 방향성을 규정한 ‘AI규제 행정명령’⁵⁷⁾에 서명한 것에 앞서,⁵⁸⁾ 중국이 세계 최초로 AI규제를 시행하게 되었다. AI기반의 소셜 네트워크 서비스(SNS: Social Network Service) 알고리즘은 유사성이 있는 사람들을 그룹화하고 선택적 노출(selective exposure)을 증가시키기 때문에⁵⁹⁾ 양극화를 심화시키는 원인으로 지적되고 있으며,⁶⁰⁾ 최근 AI기술에 의해 조작된 미국 국방부 폭발 사진의 유포되어 뉴욕증시에 영향을 미치는 등 AI가 생성한 콘텐츠(AIGC: AI Generative Contents)에 관한 규제 필요성이 제기되고 있다는 점을 고려하면,⁶¹⁾ 사이버안보의 주요 위협 요소로 부각되고 있는 AI기술을 규율하고자 하는 움직임도 총체적 국가안전관 확장의 연장선에 있음을 알 수 있다.

였다. 상세한 내용은 CSF(중국전문가포럼), “중국의 반간첩법에 관한 변론”, <https://csf.kiep.go.kr/issueInfoView.es?article_id=52262&mid=a20200000000>(최종방문일: 2024. 1. 26.); 또한 김정애, “중국 개정 반간첩법에 관한 소고”, 「법학연구」, 제23권 제4호, 한국법학회(2023), 51면도 반간첩법(2023)의 간첩행위 범위 확장에 대해 총체적 국가안전관을 토대로 한 국가안전의 전방위적인 강화 기조로 이해하고 있다. 프레시안, “중국 ‘반간첩법’, 우려스럽지만 비슷한 법률 갖춘 국가 많아”, <<https://www.pressian.com/pages/articles/2023082509225629298>>(최종방문일: 2024. 1. 29.)은 반간첩법(2023)의 시행이 국가안보 법률체도의 체계화를 통해 중국의 ‘안보’ 우선 정책 기조에 편승했음을 대외적으로 공표한 것이며, 중국의 이러한 행보는 이미 미국을 중심으로 진행되고 있는 안보 우선 정책 기조의 국제적 흐름에 적극적으로 대응하는 모습으로 평가하고 있다.

55) 國家互聯網信息辦公室, “國家互聯網信息辦公室關於《生成式人工智能服務管理辦法(征求意见稿)》公開征求意见的通知”, <http://www.cac.gov.cn/2023-04/11/c_1682854275475410.htm?eqid=cfb0848e00035b16000000066434f17c>(최종방문일: 2023. 5. 29.).

56) 매일경제, “AI 산업부터 키우자는 美… EU는 저작권 앞세워 초강경 규제”, <<https://n.news.naver.com/mnews/article/009/0005136494?sid=105>>(최종방문일: 2023. 5. 29.).

57) 동 행정명령은 AI개발·활용의 기준을 제시하고 있으며, ①AI안전 및 보안을 위한 새로운 표준, ②개인정보보호, ③형평성 및 시민의 권리 보호, ④소비자, 환자, 학생들의 보호, ⑤근로자 보호, ⑥혁신과 경쟁의 장려, ⑦미국의 글로벌 영향력 강화, ⑧정부의 AI사용에 대한 책임 등 8가지 원칙을 바탕으로 접근하고 있다. 임종인, 앞의 자료, 8-10면.

58) EU는 2021년 4월 ‘인공지능법’(AI Act) 초안 발표 후 변화한 기술 환경을 반영한 초안 개정안을 2023년 6월 14일 가결하였으며, 2023년 11월 18일 ‘AI Act’에 반대해온 회원국(독일, 프랑스, 이탈리아)이 합의에 도달했다는 보도가 있었다. 동아일보, “유럽, AI개발 속도 조절… 獨-佛도 규제 동의”, <<https://www.donga.com/news/Inter/article/all/20231120/122254846/1>>(최종방문일: 2023. 11. 20.).

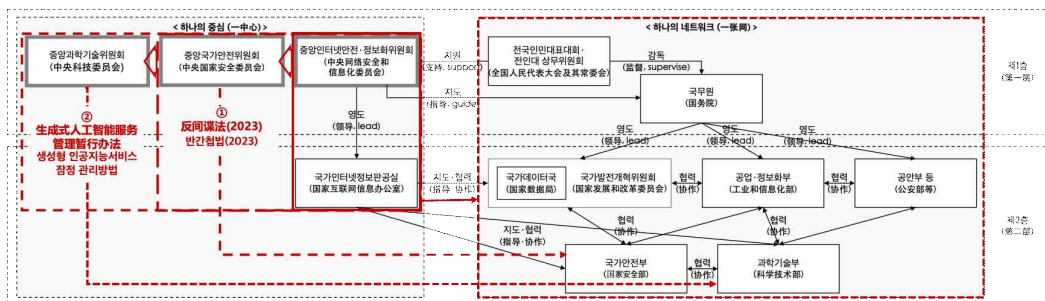
59) Time, “Disinformation Is Becoming Unstoppable”, <<https://time.com/5112847/facebook-fake-news-unstoppable/>>(최종방문일: 2023. 8. 6.).

60) 장우영, “정보/미디어 선택과 편향의 동원: 태극기집회를 사례로”, 「한국정치학회보」, 제54집 제5호, 한국정치학회(2018), 87-113면 참조; 이상우, “중국 개정 반간첩법의 사이버 안보관”, 318면.

61) CNN, “‘Verified’ Twitter accounts share fake image of ‘explosion’ near Pentagon, causing confusion”, <<https://edition.cnn.com/2023/05/22/tech/twitter-fake-image-pentagon-explosion/index.html>>(최종방문일: 2023. 8. 5.).

(2) 거버넌스

반간첩법(2023)과 AI관리방법이 제정됨으로써 3법에 기반한 중국의 데이터 거버넌스(<그림 2>)에도 변화의 움직임이 나타났다. 3법은 알고리즘 규정과 딥페이크 규정의 입법목적(제1조)에 해당 법률에 의거하여 규정되었음이 명기되어 있을 만큼 사이버안보 관련 법령에 있어서 근간이 되어왔으며, 동 거버넌스 역시 중추적인 역할을 담당해 왔으나, 반간첩법(2023)이 데이터와 관련된 내용을 규율대상으로 함으로써 기존의 거버넌스는 국가안전기관(國家安全機關)을 영도(領導)하는 중앙국가안전위원회로 확장되었다(아래 <그림 3>의 ①). AI관리방법도 의견수렴안 단계에서는 “생성형 AI의 건강한 발전과 규범화된 응용의 촉진을 위해” 3법에 의거하여 제정되었음을 밝히고 있었으나(의견수렴안 제1조), 최종 시행안(AI관리방법)은 3법과 함께 ‘과학기술진보법’(科學技術進步法)(이하 ‘진보법’)에 의거하는 것으로 ‘진보법’이 추가되었다(제1조). 진보법은 1993년 제정되었으며, 2007년과 2021년 개정되어 현행법은 2022년 1월 1일부터 시행되었다. 동법은 2021년 개정을 통해 국가혁신시스템의 구축과 제도혁신에 대한 부분을 구체화하여 거버넌스 효율화를 추구하였으며(제17조), 국가가 과학기술진보를 위한 조정기구를 수립한다는 점을 명시하였다.⁶²⁾ 중국공산당은 2023년 3월 ‘당과 국가의 제도개혁 방안’(黨和國家機構改革方案)의 발표를 통해 중국의 과학·기술 전략을 총괄하는 최고 의사결정기구인 중앙과학기술위원회(中央科技委員會)를 신설하고,⁶³⁾ 국무원 산하 과학기술부(科學技術部)가 이를 지원하는 사무국 역할을 담당하였다.⁶⁴⁾ 이를 통해 거버넌스가 중앙과학기술위원회로 다시 한번 확장되었음을 확인할 수 있다(아래 <그림 3>의 ②).⁶⁵⁾



<그림 3> 중국 사이버안보 거버넌스의 변화

출처: 필자 작성.

62) 이해진, “중국의 행정개혁과 과학기술 분야 기본 법제의 개정에 관한 소고: 중국 과학기술 진보법과 한국 과학기술기본법의 비교를 중심으로”, 「중소연구」, 제47권 제1호, 한양대학교 아태지역연구센터(2023), 167-168면.

63) 新華網, “中共中央 國務院印發《黨和國家機構改革方案》”, <http://www.news.cn/politics/zywj/2023-03/16/c_1129437368.htm>(최종방문일: 2023. 12. 19.).

64) 이해진, 앞의 논문, 171-172면 참조.

65) 중앙과학기술위원회는 별도의 홍보없이 2023년 7월 첫 회의 개최하였으며, 위원회 구성과 회의내용 등도 비공개하는 등 이례적 조치를 취하고 있다. 이에 대해 중·미 간의 기술경쟁 심화 따른 국가전략 기밀유지 의도라는 평가가 있다. SCMP, “Mystery around China’s new science and tech body a sign of secrecy to come, analysts say”, <https://www.scmp.com/news/china/politics/article/3233245/mystery-around-chinas-new-science-and-tech-body-sign-secrecy-come-analysts-say?campaign=3233245&module=perpetual_scroll_0&pgtype=article>(최종방문일: 2023. 12. 22.).

4. 소결

상기 중국 사이버안보 패러다임의 변화를 종합하면 두 가지 특징이 나타나는 것을 확인할 수 있는데, 첫째는 강력한 추진체계이고, 둘째는 거버넌스의 전방위적 확대이다. 우선 첫 번째 특징은 기본적으로 중국의 특수한 통치 체제인 공산당 영도 체제에 기인하며, 이 같은 특징은 AI시대에 사이버안보를 규율함에 있어서 커다란 장점을 가진다. 예를 들어 미국은 AI규제 행정명령을 통해 유관 연방기관에게 AI의 안전한 개발과 활용을 위한 대책을 요구하고 있는데, 기관 간의 긴밀한 협조와 의견 조율이 요구된다(아래 [표 1]). 다만 AI의 영향력이 현존하는 기관 및 조직체계의 소관 업무를 넘나들고 혼재되어 있다는 점을 감안한다면, 부처 간 이기주의와 불협화음이라는 장벽에 가로막혀 AI기술 발전으로 야기될 사이버안보 이슈에 효과적인 대응이 어려울 것이다.

[표 1] AI규제 행정명령에 따른 연방기관의 주요업무

연방기관명	주요업무
국립표준기술연구소(NIST: National Institute of Standards and Technology)	- AI 시스템 보안 관련 가이드라인, 모범사례, 표준 개발 - AI RMF 발전과 규제 적용 방안
상무부(DoC: Department of Commerce)	- AI 콘텐츠 식별과 표식 방안 마련 - AI 잠재적 이익과 위험성 관련 의견 수렴 - AI 국제 표준과 협력 방안 마련 - 반도체 산업의 공정 경쟁 방안 마련
관리예산실(OMB: Office of Management and Budget)	- 연방기관 AI 도입 가이드, 컴플라이언스 마련 - AI 인력 양성방안 마련
국토안보부(DHS: Homeland Security)	- 기반시설 AI 활용 위험성 분석 및 대응안 마련 - AI의 CBRN(Cheical, Biological, Radiological, Nuclear) 위험성분석
노동부(DoL: Department of Labor)	- AI/STEM 인력 부족 과학과 양성 방안 마련 - AI의 노동시장 영향과 대응방안 마련
에너지부(DoE: Department of Energy)	- 에너지분야 AI 개발 계획과 테스트베드 구축
저작권청/특허상표청(Copyright Office/USPTO)	- AI 생성물의 저작권, 특허 정책 마련 - AI로 인한 저작권 침해 대응 방안 연구

출처: 임종인, “AI and Cyber Security: 생성형 AI에서 Security 이슈와 과제”, 제8회 AI윤리법제포럼 세미나 발표자료(2023. 11. 8.), 9-10면.

중국은 국무원(중앙정부)과 전인대(중앙의회)가 있으나 해당 기관은 공산당의 영도에 따라 당의 방침을 집행만 할 뿐이며, 실질적으로는 공산당이 국가를 운영하는 ‘당-국가체제’(party-state system)이다(아래 <그림 4>-①).⁶⁶⁾ 이와 같이 중국공산당이 당-국가를 통할(統轄)하고 있기 때문에 AI와 같이 현행 거버넌스 체계를 벗어난(또는 예측하기 어려운) 이슈 발생 시 공산당의 방침만으로도 기민한 대응이 가능하

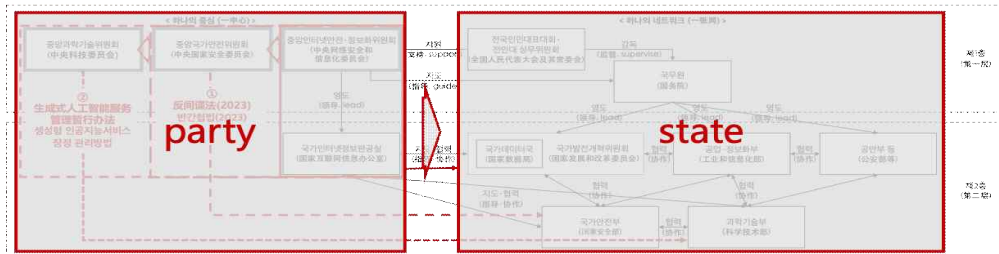
66) 중국의 당-국가체제에 관한 상세한 설명은 손한기, 앞의 논문, 47면 이하 참조; 중국 학자들은 이를 ‘당정체제’(黨政體制)라고 부르고, 대만 학자들은 ‘당국체제’(黨國體制)라고 칭한다.

다. 즉, 당이 중앙정부·의회를 움직이는 강력한 추진력을 제공하기 때문에 부처 이기주의를 극복하고 시의적절한 입법 등을 통한 대응이 가능한 것이다.⁶⁷⁾ 삼권이 분립된 우리나라가 중국의 모델을 그대로 받아들일 수는 없으나, ‘강력한 추진력’을 갖춘 조직이 필요하다는 점과 우리의 정치체제에서 이러한 추진력을 제공할 수 있는 거버넌스가 무엇일지라는 측면에서는 참고해 볼 만 하다.

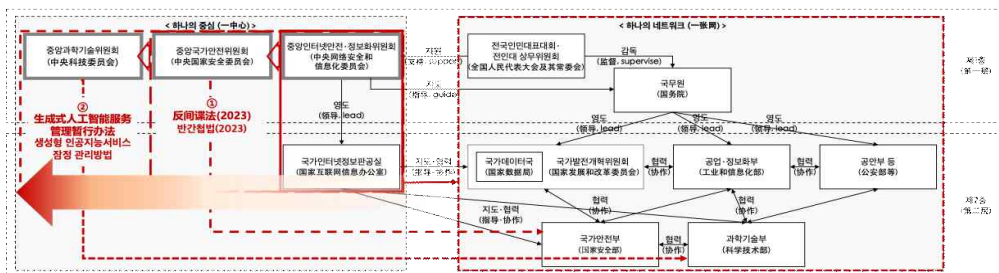
두 번째 특징인 거버넌스의 전방위적 확대는 관련 입법이 진행됨에 따라 사이버안보 거버넌스가 국가안보와 과학기술 등 전방위로 확장된 결과이다. 3법 구축 이후 중앙인터넷안전·정보화위원회와 국가인터넷정보관공실을 중심으로 ‘데이터경제 활성화’와 ‘사이버안보 강화’라는 정책과 입법을 뒷받침해왔으나, AI시대에 안보 이슈가 부각되면서 반간첩법(2023)을 통해 데이터를 규율함으로써 중앙국가안전위원회의 역할이 부여되었고,⁶⁸⁾ 기술안보의 관점에서 AI관리방법과 관련하여 중앙과학기술위원회도 거버넌스의 한 축을 담당하게 되었다(아래 <그림 4>-②). 이처럼 중국은 사이버안보 이슈를 과거와 같이 한가지 관점으로만 바라보지 않고 다각도로 접근함으로써 실효성 있는 거버넌스 체계를 구축하고자 하는 노력을 지속하고 있다.

아래에서는 II.에서의 중국 사이버안보 입법동향과 거버넌스 변화에 관한 분석을 바탕으로 우리나라의 사이버안보 관련 입법현안과 맹점을 살펴보겠다.

① 첫 번째 특징



② 두 번째 특징



<그림 4> 중국 사이버안보 거버넌스 변화의 특징

출처: 필자 작성.

67) 본고에서는 AI시대에 중국 정치체제가 지니는 장점이 무엇인지를 분석하고, 이를 우리의 거버넌스 구축에 활용해 보고자 하는 관점에서만 다루었음을 밝힌다.

68) 중앙국가안전위원회는 법률상 중국의 국가안전 업무를 처리하는 최고 결책(決策)조직이며, 자문형 조직인 미국 국가안보위원회(NSC: National Security Council)와는 달리 모든 국가안전 영역에서의 주요사항을 결정하고 각 부문·기관 간의 업무 조율 등을 수행하는 비(非)국가기관이다. 向洁琼, “美國國家安全委員會探析及其對中國的啓示”, 「法制与社會」, 2015年12(中), 云南省人民 調解員協會, 138頁; 김정애, 앞의 논문, 53면.

Ⅲ. 우리나라의 사이버안보 현안과 맹점(盲點)

1. 사이버안보 기본법제 미비(未備)

중국이 총체적 국가안전관에 기반하여 국가안전법(2015)을 통해 전통적인 국가안보의 영역을 사이버공간으로 확장하였으며, 이후 3법은 ‘네트워크 안전’, ‘데이터 안전’에 관한 규율을 구체화함으로써 사이버안보의 토대를 구축하였다. 반면 우리나라는 제17대 국회에서부터 사이버안보에 관한 기본법 제정시도가 있었으나, 국민의 기본권 침해 이슈와 국가정보기관의 민간 사찰 수단으로 이용될 수 있다는 우려로 현재까지 입법이 완료되지 못한 상황이다.⁶⁹⁾ 2022년 9월 발표된 ‘대한민국 디지털 전략’이 ‘사이버안보기본법’을 디지털경제의 ‘5대 기반법’으로 선정하고 2022년 내 제정 완료를 목표로 하였으나, 제21대 국회에서 발의된 법안도 ①정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하 ‘정보통신망법’), 정보통신기반보호법 등이 존재하기 때문에 사이버위협에 대한 대응법제는 충분하다는 점,⁷⁰⁾ ②사이버안보를 명분으로 하여 국정원이 민간에 대한 감시권한을 확대될 수 있다는 점, ③사이버안보는 국가정보원(이하 ‘국정원’)의 직무 범위를 벗어난다는 점을 이유로 답보 상태이다. 특히 ‘② 및 ③’의 우려와 관련하여 2021년 ‘국가사이버안보법안’(김병기의원 대표발의)⁷¹⁾의 경우 국내외 사이버안보 정보 수집 시 국정원은 법원 허가를 받아 ‘국내 디지털 정보 보관자’로부터 관련 정보를 취득·열람할 수 있는데, ‘국내 디지털 정보 보관자’란 해당 정보를 저장한 매체의 “소유자, 소지자 또는 보관자”로 광범위하게 규정되어 있으며, 또한 “긴급한 사유가 있는 때”에는 법원 허가 없이도 국정원의 정보 수집을 허용한다(안 제20조 내지 제22조).⁷²⁾ 이와 같이 국가정보기관이 민간의 정보를 조사 시 기본권 침해 이슈가 있다는 점에서 쟁점이 되고 있다.⁷³⁾

우리나라의 현행 사이버안보 법체계는 ①공공부문, ②민간부문, ③공공·민간부문으로 나뉘어 있으며, 공공부문은 2005년에 제정된 국가사이버안전관리규정⁷⁴⁾과 2021년부터 시행 중인 사이버안보업무규정,⁷⁵⁾ 민간부문은 정보통신망법, 그리고 공공·민간 공통부문의 주요기반시설에 관한 규정인 정보통신기반보호법이 있다. 동 법체계에 기반한 현행 사이버안보 거버넌스를 보면, 제20대 대통령실은 대통령비서실, 국가안보실, 정책실 등을 두고 있으며,⁷⁶⁾ 사이버안보 업무는 2024년 1월 11일 국가안보실의 직제 개편으로 신설된 ‘제3차장’이 담당한다.⁷⁷⁾ 헌법과 국가안전보장회의법에 따라 설

69) 이상우, “중국 개정 반간첩법의 사이버 안보관”, 323면.

70) 국회 정보위원회, 국가사이버안보법안 【정부 제출】 검토보고(2017. 2.), 10-11면.

71) 의안번호 제2113145호.

72) 이상우, “데이터 보안의 함의(含意)와 입법방향에 관한 소고”, 「가천법학」, 제15권 제3호, 가천대학교 법학연구소(2022), 107-108면.

73) 최진웅, “사이버위협 대응체계 현황과 개선과제”, 「이슈와 논점」, 제1882호, 국회입법조사처(2021).

74) 대통령훈령 제316호.

75) 대통령령 제31356호.

76) 윤석열 대통령은 11월 30일 대통령실 개편을 단행하여, 비서실장 산하의 국정기획수석을 정책실장으로 올리고 정책실장 아래에 경제수석과 사회수석을 배치했다. 이로써 기존 비서실장, 안보실장 2실장 체제가 정책실장을 더한 3실장 체제로 전환되었다. 연합뉴스, “[연합시론] ‘2기 대통령실’ 출범, 국정 일선의 출발점 패야”, <<https://m.yna.co.kr/view/AKR20231130160900022>>(최종방문일: 2024. 1. 11.).

치된 ‘국가안전보장회의’의 의장은 대통령이 되며(국가안전보장회의법 제10조), 국정원은 국가정보원법, 정보통신기반보호법 등 관계 법령에 근거하여 공공기관에 대한 사이버안보 업무를 총괄한다.⁷⁸⁾ 과학기술정보통신부(이하 ‘과기부’)는 정보통신망법, 지능정보화 기본법 등 관계 법령에 근거하여 정보보호업무를 수행하는바, 공공부문의 사이버안보를 국정원이 총괄하고 있는 것에 대응하여, 민간부문의 정보보호업무를 과기부가 총괄하고 있다. 이처럼 파편화된 입법으로 인하여 사이버안보에 관한 거버넌스가 분산되어 있기 때문에 업무의 중첩·불명확성이 발생하고, 국가안보 차원의 사이버공격에 대한 효과적 대응이 어렵다.

이에 2020년 ‘사이버안보 기본법안’(조태용의원 대표발의)⁷⁹⁾은 사이버안보에 관한 중요한 사항을 심의하기 위하여 대통령을 의장으로 하는 국가사이버안보정책조정회의를 두도록 하였고(안 제5조), 2021년 ‘국가사이버안보법안’(김병기의원 대표발의)⁸⁰⁾은 국가정보원장 소속으로 사이버안보위원회를 두도록 하였으며(안 제5조 및 제6조), 2021년 ‘사이버보안 기본법안’(윤영찬의원 대표발의)⁸¹⁾에서는 사이버보안에 관한 중요한 사항을 심의·의결하기 위하여 대통령을 위원장으로 하는 국가 사이버보안 전략위원회를 두도록 하였으나(안 제5조), 앞서 살펴본 바와 같이 동 법안들은 계류 중 인바, 사이버안보 국가 컨트롤 타워 구축의 법적 기반이 아직 마련되지 않고 있다. 범정부 역량을 집중할 수 있는 일원화된 사이버안보 공조 체계의 부재는 사이버안보 기본법제 미비에 기인하는바, 국가 사이버안보 대응전략을 강화하기 위해서 조속히 사이버안보 기본법제를 마련하여 국가 사이버안보 컨트롤 타워를 두고 체계적인 대응체계 구축에 나서야 할 것이다.

2. AI규제의 입법쟁점

(1) AI기본법안

우리나라는 AI기술 개발 및 산업 진흥의 촉진, 신뢰성 확보 등을 위하여 제21대 국회 과학기술정보방송통신위원회(이하 ‘과방위’) 소관 기준으로 AI분야 기본법안이 9건이 발의되었다. 2023년 2월 14일 과방위 법안심사소위를 통해 제정법률안 7건에 대한 대안(이하 ‘대안’) 마련을 의결하였고,⁸²⁾ 이후 AI위험성 규율 및 책임을 주요내용으로 하는 제정법률안 2건 추가 발의되어 입법 진행 중이다.

77) 신설된 제3차장은 경제안보·과학기술·사이버안보를 포함한 신흥안보 업무를 담당하며, 기존에 공급망, 수출통제, 원전 등을 담당하던 경제안보비서관실의 기능에 핵심신흥기술 협력, 기술보호 등 과학기술안보 업무를 추가·강화하고, 제2차장 산하에 있던 사이버안보비서관실이 제3차장실로 이관되었다. 대통령실, 국가안보실 직제 개편(2023. 1. 9.), 1-2면.

78) 2020년 12월 개정된 국가정보원법(법률 제17646호)은 해킹조직 등 사이버안보에 관한 업무를 국정원의 직무 범위에 추가하여 권한을 명확히 하였다.

79) 의안번호 제2101220호.

80) 의안번호 제2113145호.

81) 의안번호 제2113670호.

82) 대안 마련 과정에서 가장 나중에 발의된 윤두현 의원안이 중심이 되었고, 야당에선 정필모 의원안이 비중 있게 고려되었다. 대한경제, “소위 통과하고도 7개월째 표류하는 AI기본법안…야, “소위대안 수정해야” vs 여, “법안 발목잡기””, <<https://www.dnews.co.kr/uhtml/view.jsp?idxno=202309260030542230846>>(최종방문일: 2023. 12. 20.).

[표 2] AI기본법안 발의현황(제21대 국회 과학기술정보방송통신위원회 소관 기준)

대표발의 (발의일)	법안명	심의·의결 기관	주요내용	비고
이상민 의원 (20. 7. 13.)	인공지능 연구개발 및 산업 진흥, 윤리적 책임 등에 관한 법률안	인공지능정책 심의위원회(과기 부)	인공지능 기술기반 집적시설 구축, 산업협회 설립 등	대안반 영폐기(법 안심사소 위의결(23. 2월))
양향자 의원 (20. 9. 3.)	인공지능산업 육성에 관한 법률안	인공지능산업 육성위원회(총리)	인공지능특화단지 지정, 인공지능전문기업 지원 등	
민형배 의원 (20. 10. 29.)	인공지능 기술 기본법안	국가·지방인 공지능기술위원회 (총리/지자체)	기술 육성, 전문인력 양성, 단체 설립, 민간참여 활성화 등	
정필모 의원 (21. 7. 1.)	인공지능 육성 및 신뢰 기반 조성 등에 관한 법률안	인공지능사회 위원회(총리)	인공지능 기술기준, 특수활용 인공지능 사용 고지의무 및 신고 등	
이용빈 의원 (21. 7. 19.)	인공지능에 관한 법률안	인공지능위원 회(총리)	학습용데이터 구축, 국가인공지능집적단지 지정, 인공지능 신뢰성·안전성 확보 등	
윤영찬 의원 (21. 11. 24.)	알고리즘 및 인공지능에 관한 법률안	고위험인공지 능심의위원회(총 리)	고위험인공지능 기술 및 서비스에 대한 설명요구권, 이의제기·거부권, 손해배상 청구, 인공지능 분쟁조정위원회, 민간자율인공지능윤리위원회 설치 등	
윤두현 의원 (22. 12. 7.)	인공지능산업 육성 및 신뢰 확보에 관한 법률안	인공지능위원 회(총리)	국가인공지능센터, 기술개발·활용지원, 기업의 인공지능 도입·활용지원, 인공지능산업 진흥 및 인공지능 신뢰성 제고를 위한 제도개선, 고위험 영역 인공지능에 대한 확인 및 고지의무 등	-
황희 의원 (23. 2. 28.)	인공지능책임 법안	정보통신전략 위원회(과기부)	고위험인공지능개발사업자 책무, 고위험인공지능 이용사업자 책무, 고위험인공지능이용자의 권리 손해배상책임, 분쟁조정위원회, 사업자책임위원회 등	
안철수 의원 (23. 8. 8.)	인공지능 책임 및 규제법안	인공지능위원 회(총리)	금지된 인공지능(금지), 저위험 인공지능(허용), 고위험 인공지능 사업자의 책무, 고위험 인공지능 이용자 권리, 손해배상책임, 국가인공지능센터, 민간자율인공지능책임성위원회 등	-

출처: 김형준, “AI시대의 사회통합의 법정책적 과제”, 2023년도 제56회 (사)한양법학
회 추계 공동학술대회 발표자료(2023. 10. 13.), 16-17면.

대안의 주요내용을 살펴보면, 첫째, AI산업육성 및 신뢰확보를 위한 추진체계와
관련하여 과기부장관은 AI기술·산업 진흥과 국가경쟁력 강화를 위하여 3년마다 AI
기본계획을 수립·시행하며, 국무총리 소속 심의·의결 기관인 인공지능위원회를 둔
다. 둘째, AI기술개발 및 산업육성을 위해 AI연구·개발 및 AI제품·서비스 출시에
‘우선허용, 사후규제’를 원칙으로 한다. 다만, 기술, 제품 또는 서비스가 국민의 생명
·안전·권익에 위해가 되거나 공공의 안전보장, 질서유지 및 복리증진을 현저히 저

해하는 경우에는 이를 제한할 수 있다. 셋째, AI의 개발·활용 등은 인간의 생명과 신체적·정신적 건강에 해가 되지 않도록 안전성과 신뢰성을 기반으로 이루어져야 하며, 고위험영역 AI고지의무 등을 규정하였다.

이와 관련하여 몇 가지 쟁점이 논의되고 있는데, 우선 AI기술에 대한 ‘우선허용, 사후규제’ 원칙의 위험성이 거론된다. 대안은 이른바 ‘포괄적 네거티브 규제방식’으로서 AI산업기반 조성을 위해 규제의 강도를 완화하고자 하는 취지에서 도입되었다. 하지만 동 원칙이 AI가 활용되는 모든 산업에 적용하는 것이 적합하지 않으며, 특히 소위에서 대안이 통과된 이후 생성형 AI가 사회 전반에 미치는 파급력에 대한 평가가 달라졌기 때문에 대안의 관련 규정 재검토가 필요할 것이다. 특히 AI기술은 기본권에 대해 직접적이고 광범위하게 영향을 미칠 수 있는바, 표현의 자유 등이 문제되며 이는 후술하도록 하겠다. 다음으로 고위험영역 AI정의와 분류의 문제이다. 대안은 고위험영역 AI를 “사람의 생명, 신체의 안전 및 기본권의 보호에 중대한 영향을 미칠 우려가 있는 영역에서 활용되는 인공지능”으로 정의하며, 고위험 외에 다른 분류 규정을 두지 않고 있다.⁸³⁾ EU의 인공지능법안(AI Act)이 리스크를 허용할 수 없

83) 반면 대안 통과 이후 발의된 안철수 의원안(제2123709호)는 인공지능, 금지된 인공지능, 고위험 인공지능, 저위험 인공지능 및 인공지능사업자 등에 대하여 정의하고 있다(안 제2조).

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “인공지능”이란 학습, 지각, 판단, 자연언어의 이해 등 인간이 가진 지적 능력을 전자적 방법으로 구현하기 위한 소프트웨어를 말한다.

5. “금지된 인공지능”이란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 것으로서 인류평화, 인간의 존엄성, 자유와 평등, 민주주의, 기본권에 대한 침해의 위험이 명백하다고 간주되는 등 대통령령으로 정하는 기준에 해당하는 인공지능을 말한다.

가. 사람의 신체적 또는 정신적 피해를 유발하거나 유발할 가능성이 있는 방식으로 특정인의 생각과 행동을 현저하게 왜곡하기 위하여 잠재의식을 활용하는 인공지능

나. 사람의 신체적 또는 정신적 피해를 유발하거나 유발할 가능성이 있는 방식으로 특정인의 생각과 행동을 현저하게 왜곡하기 위하여 그가 속한 집단의 취약성을 활용하는 인공지능

다. 본래 데이터가 생성 또는 수집된 상황과 관련이 없는 특정인이나 그 집단에 대하여 해롭거나 불리한 처우 또는 사회적 행동이나 그 심각성에 비추어 부당하거나 불균형적이며 불리한 처우를 초래하는 사회적 점수를 산정하여 특정 기간 동안 특정인이나 그 집단의 신뢰성을 평가 또는 분류할 목적으로 사용하는 인공지능

라. 법 집행을 위하여 공개적으로 접근 가능한 공간에서 실시간 원격 생체인식을 활용하는 인공지능

6. “고위험 인공지능”이란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 인공지능으로서 사람의 생명, 신체의 안전 및 기본권의 보호에 중대한 영향을 미칠 우려가 있는 영역에서 활용되는 인공지능을 말한다.

가. 「에너지법」 제2조제1호에 따른 에너지, 「먹는물관리법」 제3조제1호에 따른 먹는 물의 공급을 위하여 사용되는 인공지능

나. 「보건의료기본법」 제3조제1호에 따른 보건의료의 제공 및 이용체계 등에 사용되는 인공지능

다. 「의료기기법」 제2조제1항에 따른 의료기기에 사용되는 인공지능

라. 「원자력시설 등의 방호 및 방사능 방재 대책법」 제2조제1항제1호 및 제2호에 따른 핵물질과 원자력시설의 안전한 관리 및 운영을 위하여 사용되는 인공지능

마. 범죄 수사나 체포 업무에 있어 생체정보(얼굴·지문·홍채 및 손바닥 정맥 등 개인을 식별할 수 있는 신체적·생리적·행동적 특징에 관한 개인정보를 말한다. 이하 같다)를 분석·활용하는 데 사용되는 인공지능

바. 채용, 신용등급평가, 대출 심사 등 개인의 권리·의무 관계에 중대한 영향을 미치는 판단 또는 평가 목적의 인공지능

사. 「교통안전법」 제2조제1호부터 제3호까지에 따른 교통수단, 교통시설 및 교통체계의

는 위험(unacceptable risk), 고위험(high risk), 제한된 위험(limited risk), 최소 위험(minimal risk)으로 구분하고, 위험도에 따라 이용 금지(허용할 수 없는 위험)→엄격한 규제(고위험)→완화된 규제(제한된 위험)→자율규제 권고(최소 위험)로 차등적 의무를 부과하는 것과 대조를 이룬다.⁸⁴⁾ 또한 EU는 금지된 AI사용 등 가장 심각한 위반 시 최대 3,500만 유로 또는 연 매출의 7% 가운데 높은 금액을 과징금으로 부과하도록 하고 있으나, 대안은 고위험영역 AI에 대한 사업자의 사전고지 의무, 신뢰성 확보 조치와 그에 대한 준수 권고만을 규정하여,⁸⁵⁾ 실효성이 떨어진다는 지적이 있다. 마지막으로 거버넌스와 관련하여 대안은 AI에 관한 정책 권한을 과기부에 부여하고 있다. 그러나 AI의 영향력은 산업진흥에 본연의 가치를 두고 있는 과기부의 소관 업무에 국한하지 않으며, 다양한 관계부처 및 지방자치단체의 업무와 중복된다. 실제로 개인정보 보호법 개정을 통해 완전히 자동화된 결정에 대한 정보주체의 권리가 신설되었으며, 정보분석을 위한 복제·전송 허용 등 저작권법 개정을 통해 AI개발·활용을 위한 저작권 규제 완화가 추진되고 있다. 또한 AI사회 신뢰 기반 조성을 위해 공직선거법, 정보통신망법, 콘텐츠산업 진흥법 등을 개정하여 안전성·투명성·공정성을 제고하고자 하는 노력을 지속하고 있다.⁸⁶⁾ 이에 대안에서 제시한 거버넌스가 부처 이기주의를 넘어 효과적으로 작동할 수 있을지에 대한 우려가 있다. 특히 AI기술이 사이버안보의 위협 요소로 거론되고 있는 상황에서⁸⁷⁾ 우리나라의 사이버안보 거

주요한 작동·운영에 사용되는 인공지능

아. 국가, 지방자치단체, 「공공기관의 운영에 관한 법률」에 따른 공공기관 등(이하 “국가기관등”이라 한다)이 사용하는 인공지능으로서 국민을 평가, 분류, 통제하는 의사결정에 사용되는 인공지능

자. 고용, 근로자 관리 및 자영업과 관련된 인사 및 계약업무에 사용되는 인공지능

차. 교육 및 직업훈련과 관련된 기획 제공 및 자원 할당업무에 사용되는 인공지능

카. 그 밖에 국민의 안전·건강 및 기본권 보호에 중대한 영향을 미치는 인공지능으로서 대통령령으로 정하는 인공지능

7. “저위험 인공지능”이란 금지된 인공지능 및 고위험 인공지능 외의 인공지능을 말한다.

84) 유럽의회(EP: European Parliament), EU 이사회(Council of the EU) 및 EU 집행위원회(EC: European Commission)는 2023년 12월 8일 포괄적 인공지능 규제를 위한 ‘AI Act’ 최종 타협안에 합의하였다. 거버넌스와 관련하여 동법에 따라 각 회원국 관계 당국자가 참여한 유럽인공지능이사회(EAIB)가 규제 이행을 감독하고, 파운데이션 모델(성능 10의 25제곱 플롭스(10²⁵ FLOPs) 이상의 컴퓨터로 학습한 AI이 파운데이션 모델에 해당)의 경우 동법에 따라 EC 산하에 설치될 ‘AI Office’가 관련 규정 이행을 감독한다. 시민사회를 포함한 이해관계자 자문포럼과 독립전문가로 구성되어 규제 이행, 잠재적 시스템 위험 인지, 시스템 위험에 따른 AI모델 분류 등을 자문할 과학패널이 구성될 예정이다. KBA Europe, “EU, 세계 최초 ‘인공지능법(AI Act)’ 최종 법안 확정”, <<https://kba-europe.com/board/kba-daily-hot-line/?mod=document&uid=24220>>(최종방문일: 2023. 12. 22.).

85) 2021년 7월 발의된 정필모 의원안(제2111261호)에서는 대안과는 달리 벌칙에 징역형과 벌금을 선택적으로 규정하고 있었다(안 제28조).

제28조(벌칙) ① 제24조제3항 본문을 위반하여 조사 과정에서 알게 된 특수활용 인공지능에 관한 정보를 타인에게 제공 또는 누설하거나 목적 외의 용도로 사용한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

② 제22조제1항에 따른 사업의 폐업명령을 위반한 자는 2년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다.

③ 제22조제1항에 따른 사업의 정지명령을 위반한 자는 1년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

86) 김형준, “AI시대의 사회통합의 법정책적 과제”, 2023년도 제56회 (사)한양법학회 추계 공동학술대회 발표자료(2023. 10. 13.), 15면.

87) 2023년 8월 미국 라스베이거스에서 개최된 세계 최대 규모의 사이버보안 컨퍼런스 ‘DEFCON 31th’에서 AI모델에 대한 해킹 등 사이버위협이 논의되었으며, 백도어·트로이목

버넌스는 사이버안보 기본법제의 부재로 인하여 파편화·분절화되어 있는바, 대안에서 제시한 AI거버넌스가 사이버안보 거버넌스와 함께 유기적으로 작동하여 AI로 촉발되는 사이버안보 위협을 통제·관리하기는 어려울 것이다.

(2) 가짜뉴스 규제

AI규제와 관련하여 딥페이크 기술 기반의 가짜뉴스⁸⁸⁾ 규제가 이슈가 되고 있다. 가짜뉴스는 뉴스 형식뿐만 아니라 댓글 등의 다양한 형식을 띠고 있으며, AI기술에 기반한 가짜뉴스(동영상, 이미지 등)는 육안으로는 진위를 구분하기 힘들 정도로 정교해졌기 때문에 국가안보를 위협할 수 있다는 우려가 제기되고 있으며, 사이버안보 분야로 다루어진다. 2023년 9월 18일 방송통신위원회는 ‘가짜뉴스 근절 추진방안’을 발표하였으며, 후속조치 일환으로 방송통신심의위원회(이하 ‘방심위’)와 국내외 포털·플랫폼 사업자가 참여하는 ‘가짜뉴스 대응 민관협의체’가 출범하였다.⁸⁹⁾ 동 민관협의체는 가짜뉴스가 초기에 빠른 속도로 확산되는 것을 방지하기 위해 방심위와 사업자 간 자율규제 기반의 패스트트랙을 구축하고, 방심위 요청 시, 사업자 ‘심의 중’ 표시 또는 삭제·차단 등 조치를 취하도록 하였다.

<그림 5> 딥페이크 기술을 활용한 가짜뉴스 예시⁹⁰⁾



출처: 인터넷 자료를 활용하여 필자 작성.

마 등을 통해 원하는 결과로 조작하는 방법이 연구되고 있다. 또한 GPT(Generative Pre-trained Transformer) 모델을 활용하여 해킹을 학습시킨 뒤 구독료를 받고 피싱(phishing) 이메일과 해킹도구 등을 자동 제작해 주는 WormGPT, FraudGPT 등이 다크넷을 통해 배포되는 것으로 파악되었다. 임종인, 앞의 자료, 5-6면.

88) 가짜뉴스의 개념은 역사적으로 단일한 의미로 쓰였다고 보기 어려우며, 풍자적 가짜뉴스(satirical fake news), 루머(rumor), 잘못된 정보(misinformation), 기만적 정보(disinformation) 등 다양한 용어와 의미가 혼용되어 왔다. 가짜뉴스의 개념에 관한 상세한 설명은 황용석·권오성, “가짜뉴스의 개념화와 규제수단에 관한 연구 — 인터넷서비스사업자의 자율규제를 중심으로 —”, 「언론과 법」, 제16권 제1호, (사)한국언론법학회(2017), 57면 이하 참조.

89) 대한민국 정책브리핑, “가짜뉴스 대응 민관협의체’ 출범…네이버·카카오·구글·메타 참여”, <<https://www.korea.kr/news/policyNewsView.do?newsId=148920906>>(최종방문일: 2023. 1. 20.).

90) 프란치스코 교황이 프랑스 고급 브랜드 발렌시아가 제품을 착용한 가짜 이미지(좌상)와 자선기금 모금을 위해 경매에 부쳐질 이탈리아 람보르기니 스포츠카에 사인을 하는 실제 모습(좌하). 미국 조지아주에서 찍힌 도널드 트럼프 전 대통령의 머그샷(중상)과 뉴욕 경찰에 체포되고 있는 가짜 이미지(중하). 워싱턴 D.C. 국방부 근처에 폭발이 발생한 가짜 이미지(우상)와 2001년 911테러 당시 공격을 받은 실제 사진(우하).

다만 이와 관련하여 헌법 제21조 제2항에 따르면 언론 검열은 인정되지 않고,⁹¹⁾ 표현의 자유를 침해하는 것이기 때문에 사전 검열은 안 되고 사후적으로만 판단해야 한다는 비판이 있다.⁹²⁾ 또한 과거 미네르바 사건⁹³⁾에서 온라인 게시자 처벌의 근거가 된 전기통신기본법 제47조 제1항에 대한 위헌법률심판 제청 및 헌법소원심판 청구에 관하여 헌법재판소는 동법 제47조 제1항은 표현의 자유를 제한하는 기본 원칙인 ‘명확성의 원칙’에 위배되어 위헌이라고 판단한 바 있으며,⁹⁴⁾ 보충의견을 통해 “‘허위사실의 표현’이 일정한 경우 사회윤리 등에 반한다고 하여 전체적으로 표현의 자유의 보호영역에서 배제시킬 수는 없다. ‘허위사실의 표현’도 헌법 제21조가 규정하는 언론·출판의 자유의 보호영역에는 해당하되, 다만 헌법 제37조 제2항에 따라 국가 안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 제한할 수 있는 것이라고 해석하여야 할 것이다”라고 밝혔다.⁹⁵⁾ 동 사건 이후 허위표현 자체를 처벌하려는 시도에 대해 “정부를 비판함에 있어서 ‘허위가 아닌 진실에 근거해야 한다’는 조건을 다는 것은 비판 자체를 듣지 않겠다는 것과도 같다”는 의견이 제기되기도 하였다.⁹⁶⁾ 이처럼 가짜뉴스 규제와 관련하여 표현의 자유와 국가안보의 가치가 양립하고 있으며, 딥페이크 기술을 활용한 가짜뉴스 규제의 경우 표현의 자유와 사이버안보 간 딜레마의 성

91) 인터넷 표현의 자유 내지 인터넷 접근권은 비록 현행 헌법에 명문화되어 있지는 않지만, 언론·출판의 자유를 보장하고 있는 헌법 제21조로부터 도출될 수 있다. 황성기, “디지털 기본권의 의미와 내용”, 「헌법학연구」, 제24권 제3호, 한국헌법학회(2018), 14면; 사이버공간에서의 특유한 기술적 문제의 개입으로 인하여, 자유와 권리의 침해가능성 문제가 존재하며, 구체적으로 인터넷 표현의 자유, 인터넷 접근권, 개인정보자기결정권 등의 침해 문제가 여기에 해당된다. 황성기, “사이버 안보 관련 법제의 문제점과 개선방향”, 「경제규제와 법」, 제12권 제1호, 서울대학교 법학연구소(2019), 54면.

92) 정형식 헌법재판관 후보자는 인사청문회에서 “사전 검열을 하게 되면 사전 검열하는 사람의 판단에 따라서 이것이 어떤 것이라고 재단이 되어버리기 때문에 사후적으로만 판단을 해야지 사전적으로 판단하는 건 안 된다”는 의견을 밝혔다. 미디어오늘, “[영상] 이탄희 의원과 헌법재판관 후보자 사이 오간 ‘언론검열’ 토론”, <https://n.news.naver.com/article/006/0000121297?cids=news_media_pc&type=editn>(최종방문일: 2023. 12. 20.).

93) ‘미네르바’는 2008년 포털 사이트 다음(Daum)의 아고라에서 국내외 경제 동향 분석과 예측에 관한 280여 편의 게시 글을 작성하여 인기를 끌던 인터넷 이용자의 필명이다. 미네르바는 미국 투자 은행인 리먼브라더스의 파산 사태를 예측하는 등 경제 상황에 관한 분석과 정부 경제정책을 비판하는 글로 온라인 이용자들의 관심을 끌었다. 그러던 중 외환 위기로 환전 업무가 중단됐으며 정부가 달러 매수를 금지하는 긴급 공문을 발송했다는 내용의 글을 미네르바가 올리자, 검찰은 공익을 해칠 목적으로 인터넷에 허위사실을 유포한 혐의(전기통신기본법 제47조 제1항 위반)로 그를 구속기소 했다. 그러나 법원은 2009년 미네르바가 글의 내용이 허위라는 인식이 없었고 공익을 해칠 목적이 없었다며 무죄를 선고했다. 서울중앙지법 2009. 4. 20. 선고 2009고단304 판결, <<https://terms.naver.com/entry.naver?docId=2275521&cid=42238&categoryId=51177>>(최종방문일: 2023. 11. 20.).

94) 헌법재판소는 이 조항이 “표현의 자유에 대한 제한입법이며, 동시에 형벌 조항에 해당하므로 엄격한 의미의 명확성 원칙이 적용된다”고 보았으며, 동법 제47조 제1항은 ‘공익을 해할 목적’의 ‘허위 통신’을 금지하는바, 공익이란 개념은 매우 추상적이어서 어떠한 표현 행위가 과연 공익을 해하는 것인지는 사람마다의 가치관과 윤리관에 따라 크게 달라질 수 있어 위 법률 조항은 일반적으로 허용되는 ‘허위 통신’ 가운데 어떤 목적의 통신이 금지되는지 수범자인 국민에게 고지해 주지 못하므로 명확성 원칙에 위배되어 위헌이라고 헌법재판소는 판단하였다. 헌법재판소 2010. 12. 28. 선고 2008헌바157 결정.

95) 헌법재판소 2010. 12. 28. 선고 2008헌바157 결정.

96) 우지숙, “진실과 허위 사이: 허위(일 수도 있는) 사실의 표현을 위한 항변”, 「경제규제와 법」, 제2권 제1호, 서울대학교 공익산업법센터(2009), 195면; 박아란, 앞의 논문, 134-135면은 언론조차도 정확한 정보를 얻는 것이 쉽지 않은데 하물며 일반 국민이 모든 정보를 완벽하게 알기는 현실적으로 불가능한 상황에서 진실에 근거한 비판만을 허용한다는 것은 국민에게 ‘매번 진실을 밝힐 의무’를 지우는 것으로 보았다.

격을 띠고 있다.⁹⁷⁾

두 가지 가치가 상호 조화를 이루는 것이 이상적이나, 특히 공직선거 분야에서는 딥페이크 기술을 활용한 가짜뉴스가 유권자의 판단력을 왜곡하여 치명적인 영향을 미칠 수 있기 때문에⁹⁸⁾ 우리나라는 제22대 국회의원선거를 앞두고 올해 1월 29일부터 시행된 공직선거법(법률 제19855호)을 통해 딥페이크영상등⁹⁹⁾을 이용한 선거운동을 규율하기 시작하였다.¹⁰⁰⁾ 동법 제82조의8 제1항은 선거운동을 위하여 딥페이크영상등을 제작·편집·유포·상영 또는 게시하는 행위를 하여서는 아니 됨을 규정하였으며, 동조 제2항은 해당 정보가 가상의 정보라는 사실을 명확하게 인식할 수 있도록 해당 사항을 딥페이크영상등에 표시하여야 함을 명시하였다. 동법 시행 1년여전인 2023년 1월 10일부터 시행된 중국 딥페이크 규정과는 달리 적용범위를 ‘선거운동’에 한정하였다는 점에 차이가 있으나,¹⁰¹⁾ 딥페이크영상등의 제작·유포 제한 및 가상의 정보라는 사실을 명확히 알리는 조치 등에서 구체적인 규제 방법은 유사하게 규정되었다(아래 [표 3]). 이는 양국의 체제가 상이(相異)함에도 불구하고 AI 등 신기술을 규율함에 있어서 공유할 수 있는 영역이 있음을 보여준다.

[표 3] 공직선거법 제82조의8과 중국 딥페이크 규정 관련 조항의 비교

공직선거법(법률 제19855호) 제82조의8	중국 딥페이크 규정
① 누구든지 선거일 전 90일부터 선거일까지 선거운동을 위하여 인공지능 기술 등을 이용하여 만든 실체와 구분하기 어려운 가상의 음향, 이미지 또는 영상 등(이하 “딥페이크영상등”이라 한다)을 제작·편집·유포·상영 또는 게시하는 행위를 하여서는 아니 된다.	제6조 누구든지 딥페이크 서비스(深度合成服務)를 이용하여 법률과 행정법규에서 금지하는 정보(信息)를 제작·복제·공표 또는 유포하는 행위를 하여서는 아니 되며, 딥페이크 서비스를 이용하여 국가안보와 이익을 위협하고 국가이미지를 손상하며 사회공공이익을 침해하고 경제와 사회질서를 어지럽히고 타인의 합법적인 권익을 침해하는 등의 법률과 행정법규에서 금지하는 행위

97) 중국도 헌법상 언론과 출판의 자유가 보장되기 때문에(제35조), 딥페이크 기술을 활용한 콘텐츠 규제에 따른 표현의 자유 침해 논의가 있으나, 딥페이크 규제의 경우 본질적으로 어떠한 의도를 가지고 수정을 가한 콘텐츠는 이미 중립성을 상실하였기 때문에 해당 콘텐츠를 규율대상으로 삼았다는 것만으로 표현의 자유가 침해되었다고는 볼 수 없다는 의견이 있다. 蔡士林, ““深度偽造”的技術邏輯與法律變革”, 「政法論叢」, 2020年第3期, 山東政法學院(2020), 135頁; 또한 앞서 중국의 사이버안보 입법연혁을 검토한 바와 같이 정보안전은 네트워크상에 유통되는 콘텐츠에 관한 안전을 중시하는 개념이며, ‘정보의 안전’을 국가안보의 핵심 구성요소로 이해한바, 네트워크의 안전을 확보하는 것과 동시에 검열 시스템 구축에도 국가적 노력을 기울였고, 사이버공간에서 국가안보와 국익을 훼손하는 활동을 원천적으로 차단하고 있다.

98) 조원용, 앞의 자료, 34면.

99) 우리나라 공직선거법 제82조의8 제1항은 “인공지능 기술 등을 이용하여 만든 실체와 구분하기 어려운 가상의 음향, 이미지 또는 영상 등”을 “딥페이크영상등”이라 정의한다.

100) 개정이유 및 주요내용으로 “누구든지 선거일 전 90일부터 선거일까지 선거운동을 위하여 딥페이크 영상 등을 제작·편집·유포·상영 또는 게시하는 행위를 금지하고, 누구든지 선거일 전 90일부터 선거일까지의 기간이 아닌 때에 선거운동을 위하여 딥페이크 영상 등을 제작·편집·유포·상영 또는 게시하는 경우에는 해당 정보가 가상의 정보라는 사실을 명확하게 인식할 수 있도록 중앙선거관리위원회규칙으로 정하는 바에 따라 해당 사항을 딥페이크 영상 등에 표시하도록 하는 등 현행 제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선·보완”하였음을 밝혔다. 법제처 국가법령정보센터, <[\(https://www.law.go.kr/법령/공직선거법/\(19855,20231228\)\)](https://www.law.go.kr/법령/공직선거법/(19855,20231228))>(최종방문일: 2024. 1. 28.).

101) 중국 딥페이크 규정 제2조는 “중국 역내(境內)에서 딥페이크 기술이 적용된 인터넷정보 서비스를 제공하는 것에 적용됨”을 명시하였다.

	에 종사해서는 아니 된다. 딥페이크 서비스 제공자와 사용자는 딥페이크 서비스를 이용하여 가짜뉴스(虛假新聞)를 제작·복제·공표 또는 유포하는 행위를 하여서는 아니 된다. 딥페이크 서비스에 기반하여 제작·공표된 뉴스를 전제하는 경우, 반드시 법에 따라 정부 당국이 승인한 매체에서 공표한 출처에 근거해야 한다.
② 누구든지 제1항의 기간이 아닌 때에 선거운동을 위하여 딥페이크영상등을 제작·편집·유포·상영 또는 게시하는 경우에는 해당 정보가 인공지능 기술 등을 이용하여 만든 가상의 정보라는 사실을 명확하게 인식할 수 있도록 중앙선거관리위원회규칙으로 정하는 바에 따라 해당 사항을 딥페이크영상등에 표시하여야 한다.	제17조에 딥페이크 서비스 제공자는 아래와 같이 공중(公衆)의 혼동·오인을 유발할 수 있는 딥페이크 서비스를 제공하는 경우, 생성·편집된 콘텐츠의 합리적 위치(合理位置)에 딥페이크 기술이 적용된 영상 등의 정보임을 명확하게 식별할 수 있는 표식(顯著標識)을 달아, 일반인이 딥페이크된 영상임을 인지할 수 있도록 해야 한다: (1) 챗봇(智能對話、智能寫作等)과 같이 가상인간을 통해 텍스트를 생성하거나 편집하는 서비스; (2) 음성변조(合成人聲、仿聲等)·생성 또는 현저하게 개인의 특징을 변경하는 편집 서비스; (3) 얼굴 생성·대체·조작등 인물의 이미지·영상을 생성 또는 현저하게 개인의 특징을 변경하는 편집 서비스; (4) 몰입형으로 실제와 같은 장면 등을 생성 또는 편집하는 서비스; (5) 기타 정보 내용을 생성 또는 현저하게 변경하는 기능의 서비스. 딥페이크 서비스 제공자가 상기 규정 이외의 딥페이크 서비스를 제공하는 경우, 반드시 현저한 식별 기능을 제공하고, 이와 함께 딥페이크 서비스 사용자가 식별표시를 할 수 있음을 상기시켜야 한다.

IV. 결론에 갈음하여: 바람직한 인공지능 거버넌스 구축을 위한 제언

상기 검토한 바와 같이 우리나라는 사이버안보 기본법제 입법이 난항을 겪고 있으며, 이에 따라 사이버안보 국가 컨트롤 타워도 부재인 상황이다. AI규제 중 AI기본법안과 관련하여 다수의 법안이 발의되었고, 과방위 법안심사소위를 통해 대안을 마련하였으나, 과기부 주도의 거버넌스에 대하여 우려의 목소리가 나오고 있다. AI규제의 또 하나의 축인 딥페이크 등, AI기술에 기반한 콘텐츠(가짜뉴스)가 국가안보를 위협하는 상황에 처하게 되자 사이버안보를 수호하기 위해서 가짜뉴스를 규율해야 할 필요성이 증대되었고, 방심위는 다양한 방안을 추진 중이나, 표현의 자유 침해가 지적되고 있다. AI규제의 경우 관련 산업의 ‘진흥↔규제’ 그리고 ‘표현의 자유↔국가안보’ 등의 가치가 충돌하는 영역이 존재하기 때문에 일률적인 규율에 한계가 있는바, 단편적인 접근으로는 해결이 어려울 것이다.

반면 중국의 경우 2012년 시진핑 체제 출범 이후 자국의 사이버안보 개념·전략을

정비하는 추세가 강화되었으며,¹⁰²⁾ 총체적 국가안전관에 기반하여 국가안보 법체계를 정비하기 시작하였다. 국가안보의 영역을 사이버공간으로 확장한 국가안전법(2015)의 토대 위에 3법을 입법하여 사이버안보 기본 법체계를 구축하였으며, 이는 중앙인터넷안전·정보화위원회와 국가인터넷정보관공실을 중심으로 한 데이터 거버넌스의 법적 근거를 제공하였다. 급속도로 발전하는 4차 산업시대의 핵심기술이 사이버안보에 위협이 되지 않도록 반간첩법(2023)은 국가안전 및 이익과 관련된 데이터의 경우에도 동법의 규율대상으로 확대규정하였다. 또한 AI관리방법의 시행을 통해 생성형 AI를 규제하고 있다. 이와 같은 입법 변화에 따라 거버넌스도 중앙인터넷안전·정보화위원회→중앙국가안전위원회→중앙과학기술위원회로 확장되었다. 사이버안보 수호를 위한 체계적인 입법과 거버넌스가 갖추어졌더라도 사이버공격을 인지 또는 방어할 기술이 뒷받침되지 않는다면 아무 소용이 없을 것이다. 미국의 AI규제 행정명령이 AI개발·활용의 첫 번째 기준으로 AI안전 및 보안을 위한 새로운 표준을 제시한 것에서 알 수 있듯이 사이버안보와 AI기술은 밀접한 관련이 있다. 이에 중국은 AI시대를 맞이하여 과학기술도 사이버안보의 영역으로 흡수하고 실효성을 제고하고자 하였다.

우리가 사이버안보와 AI기술을 포괄하는 거버넌스 구축을 추진한다면, 실질적으로 예상되는 난제(難題)는 안보와 기술이라는 전혀 다른 성격의 업무를 담당하는 부처가 이미 분리되어 있기 때문에, 부처 이기주의라는 장벽을 극복해야 한다는 점이다. 중국의 경우 공산당이 당-국가체제에 의해 중앙정부 거버넌스 변화에 강력한 추진력을 제공하고 있기 때문에 변화하는 기술환경에 맞게 능동적으로 대응할 수 있으나, 우리의 경우 그렇지 않다. 즉, 우리 체제 하에 이와 같은 추진력을 제공할 수 있는 모델을 검토해 보아야 할 것이다.¹⁰³⁾

이를 위해서는 우선 사이버안보 기본법제가 마련과 함께, 동법에 근거한 사이버안보 국가 컨트롤 타워 구축이 조속히 이루어져야 할 것이다. 과거 사이버안보는 상황 변화가 빠르기 때문에 위원회 같은 경직된 구조보다는 탄력적 대응이 가능한 협의체·자문그룹 등의 형태로도 검토된 바 있으나, 사이버안보 이슈가 (특히 AI시대에) 전(全) 부처를 통할할 수 있는 역량과 강력한 추진력이 뒷받침되어야 한다는 점을 고려한다면, 대통령 직속 위원회 형식이 적합할 것이다.¹⁰⁴⁾ 또한 AI기술이 사이버안보와 밀접한 관련이 있으며, 현시점에서 AI기본법안 및 가짜뉴스 규제 등 AI규제에 관한 논의가 함께 이루어지고 있다는 점을 고려하여, 두 가지 담론을 포괄하는 거버넌스 체계 구축이 필요하다. AI기술 역시 사이버안보와 마찬가지로 전 부처 간의 이해관계가 발생 가능하며 의견조율을 위한 강력한 동력이 요구되기 때문에 AI거버넌스 최상단에 컨트롤 타워가 필요하기 때문이다.

이에 ‘사이버안보’와 ‘AI’를 통할하는 대통령 직속 위원회를 신설하여 파편화된 사

102) 劉勃然·黃風志, “美國《網絡空間國際戰略》評析”, 「東北亞論壇」, 2012年第3期, 吉林大學東北亞研究中心(2012), 54-61頁.

103) 한 가지 다행인 점은 사이버안보 기본법제와 AI기본법이 현재 입법 진행 중이라는 점이다. 맹점으로 지적한 부분이나, 오히려 아직 입법이 완료되지 않았기 때문에 ‘사이버안보’와 ‘AI’를 함께 반영한 거버넌스 구축을 목표로 양 법안을 논할 기회가 남아있다.

104) 대통령 직속 위원회 형태를 취할 경우, ①대통령 리더십 발휘 가능, ②신속한 조직 설치 및 실행가능, ③다양한 이해관계자 참여 확보, ④기존 조직체계 변경 없이 거버넌스 방식으로 정책조정을 수행할 수 있다는 장점이 있다. 다만 대통령의 관심이 부족할 경우 유명무실한 조직이 될 수 있다는 단점도 상존한다. 한국행정연구원, “데이터 거버넌스의 현안 및 쟁점”, 「정부디자인Issue」, no.5, 한국행정연구원(2020), 37면, <표 5-1> 참조.

이버안보 지휘 체계를 통합하고, AI에 관한 외교·안보·경제·기술정책을 수립하고 심의·의결하는 명실상부한 국가 콘트롤 타워로 삼아야 할 것이다. 이를 위해 사이버안보 기본법제와 AI기본법안 입법과정에서 ‘사이버안보’와 ‘AI’라는 두 가지 가치를 포용하는 거버넌스 구축에 대한 심도 있는 논의가 진행되어야 하며, 투명성을 제고하기 위해서 동 위원회의 기본계획 및 주요 정책, 예산 등과 관련하여 국회가 견제할 수 있는 프로세스 검토도 함께 이루어져야 한다. 여기에 더하여 유관부처·기관 간의 협력 시스템을 정교화하는 논의가 지속적으로 뒷받침된다면 우리나라가 제시하는 AI시대의 거버넌스가 글로벌 스탠다드로 자리매김할 수 있을 것이다.

[참고문헌]

<국내문헌>

- 강달천, “중국의 데이터 보호 관련 입법 동향과 데이터 주권에 관한 고찰”, 「중앙법학」, 제23집 제2호, 중앙법학회(2021).
- 국회 정보위원회, 국가사이버안보법안【정부 제출】검토보고(2017. 2.).
- 김상배, “미중 데이터 규범경쟁과 한국: 유럽연합의 ‘데이터주권론’이 주는 함의”, EA I 특별기획논평시리즈, 동아시아연구원(2019).
- 김정애, “중국 개정 반간첩법에 관한 소고”, 「법학연구」, 제23권 제4호, 한국법학회(2023).
- 김준영, “중국 국가안전법제의 체계 연구 -신 ‘국가안전법’(國家安全法)을 중심으로-”, 「중국법연구」, 제32집, 한중법학회(2017).
- 김한균, “「국가사이버안보 대응 역량강화」 국정과제 이행을 위한 법제기반 체계적 정비”, 「연구총서」, 22-AB-03, 한국형사·법무정책연구원(2022).
- 김형준, “AI시대의 사회통합의 법정책적 과제”, 2023년도 제56회 (사)한양법학회 추계 공동학술대회 발표자료(2023. 10. 13.).
- 대통령실, 국가안보실 직제 개편(2023. 1. 9.).
- 박상돈, “사이버안보 거버넌스 개선에 관한 공법적 고찰”, 「공법학연구」, 제17권 제4호, 한국비교공법학회(2016).
- 박성림, “중국 국가인터넷판공실 업무 및 조직현황 검토”, 「KISA REPORT」, vol.1 1, 한국인터넷진흥원(2021).
- 박아란, “‘가짜뉴스’와 온라인 허위정보(disinformation) 규제에 대한 비판적 검토”, 「언론정보연구」, 제56권 제2호, 서울대학교 언론정보연구소(2019).
- 박용숙, “중국의 「네트워크안전법」에 대한 일고찰”, 「강원법학」, 제53권, 강원대학교 비교법학연구소(2018).
- 손한기, “중국의 당-국가체제에 관한 일고찰 -당내법규를 중심으로-”, 「비교중국연구」, 제3권 제1호, 인천대학교 중국학술원(2022).
- 신재하·임요준, “중국 네트워크 안전법에 관한 연구”, 「중국법연구」, 제37집, 한중법학회(2019).
- 우지숙, “진실과 허위 사이: 허위(일 수도 있는) 사실의 표현을 위한 항변”, 「경제규제와 법」, 제2권 제1호, 서울대학교 공익산업법센터(2009).
- 이상우, “데이터 보안의 함의(含意)와 입법방향에 관한 소고”, 「가천법학」, 제15권 제3호, 가천대학교 법학연구소(2022).
- 이상우, “중국 개정 반간첩법의 사이버 안보관”, 「비교법연구」, 제23권 제2호, 동국대학교 비교법문화연구원(2023).
- 이상우, “중국 데이터법의 역외적용”, 「법학논총」, 제54집, 숭실대학교 법학연구소(2022).
- 이상우, “중국 데이터 법제와 정책 방향에 관한 고찰”, 「법과정책」, 제29집 제1호, 제주대학교 법과정책연구원(2023).
- 이상우, “중국 생성형 인공지능 규제에 관한 고찰”, 「과학기술과 법」, 제14권 제1

- 호, 충북대학교 법학연구소(2023).
- 이성엽, “국가 사이버안보 법제와 거버넌스의 바람직한 정립 방향 -미국의 사례와 한국의 시사점을 중심으로-”, 「행정법연구」, 제67호, 행정법이론실무학회(2022).
- 이승주 외, 「사이버 공간의 국제정치경제」, 사회평론아카데미, 2018.
- 이혜진, “중국의 행정개혁과 과학기술 분야 기본 법제의 개정에 관한 소고: 중국 과학기술진보법과 한국 과학기술기본법의 비교를 중심으로”, 「중소연구」, 제47권 제1호, 한양대학교 아태지역연구센터(2023).
- 임병진, “중국 사이버 안보체계에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 석사학위논문(2017).
- 임종인, “AI and Cyber Security: 생성형 AI에서 Security 이슈와 과제”, 제8회 AI윤리법제포럼 세미나 발표자료(2023. 11. 08.).
- 장우영, “정보/미디어 선택과 편향의 동원: 태극기집회를 사례로”, 「한국정치학회보」, 제54집 제5호, 한국정치학회(2018).
- 정태인·김주영·김원, “중국 네트워크 안전법 동향”, 「정보보호학회지」, 제27권 제3호, 한국정보보호학회(2017).
- 조영남, 「중국의 통치 체제 1: 공산당 영도 체제」, 21세기북스, 2022.
- 조원용, “공직선거에서 딥페이크(Deepfake) 악용에 대한 입법적 대응의 필요성 -후보자의 정체성 정의와 미국 입법 사례를 중심으로-”, 「공법연구」, 제50집 제3호, 한국공법학회(2022).
- 조원용, “공직선거에서 AI의 악용에 관한 입법적 대응의 필요성”, 2023년도 제56회(사)한양법학회 추계 공동학술대회 발표자료(2023. 10. 13.).
- 조현석, “빅데이터 시대 미국-EU간 개인정보보호 분쟁과 정보주권에 대한 합의”, 「21세기정치학회보」, 제26권 제2호, 21세기정치학회(2016).
- 최진웅, “사이버위협 대응체계 현황과 개선과제”, 「이슈와 논점」, 제1882호, 국회입법조사처(2021).
- 한국행정연구원, “데이터 거버넌스의 현안 및 쟁점”, 「정부디자인Issue」, no.5, 한국행정연구원(2020).
- 황성기, “디지털 기본권의 의미와 내용”, 「헌법학연구」, 제24권 제3호, 한국헌법학회(2018).
- 황성기, “사이버 안보 관련 법제의 문제점과 개선방향”, 「경제규제와 법」, 제12권 제1호, 서울대학교 법학연구소(2019).
- 황용석·권오성, “가짜뉴스의 개념화와 규제수단에 관한 연구 -인터넷서비스사업자의 자율규제를 중심으로-”, 「언론과 법」, 제16권 제1호, (사)한국언론법학회(2017).

<해외문헌>

- 蔡士林, ““深度偽造”的技術邏輯與法律變革”, 「政法論叢」, 2020年第3期, 山東政法學院(2020).
- 馬海群·張濤, “我國數據與算法安全治理:特征及對策”, 「電子政務」, 2023年第3期, 中

國科學院(2022).

劉勃然·黃風志, “美國《網絡空間國際戰略》評析”, 「東北亞論壇」, 2012年第3期, 吉林大學東北亞研究中心(2012).

湯奇峰·邵志清·叶雅珍, “數據交易中的權利確認和授予体系”, 「大數據」, 2022年第3期, 人民郵電出版社有限公司(2022).

向洁琼, “美國國家安全委員會探析及其對中國的啓示”, 「法制与社會」, 2015年12(中), 云南省人民 調解員協會(2015).

Jon R. Lindsay, Tai Ming Cheung, and Derek S. Reveron, *China and Cybersecurity: Espionage, Strategy and Politics in the Digital Domain*, 1st edn, Oxford University Press, 2015.

Vaccari, C·Chadwick, A, “Deepfakes and Disinformation: Exploring the Impact of Synthetic Political Video on Deception, Uncertainty, and Trust in News.” 「Social Media + Society」 January–March. 2020.

[Abstract]

Paradigm Shift of China's Cybersecurity and Implications* **-Suggestions for Establishing Desirable Governance in the Era of AI-**

Lee, Sang-Woo**

Korea announced the 'National Cybersecurity Strategy' in April 2019, and 'Strengthening national cyber security response capabilities' was also included in the '110 Key Policy Tasks' released in May 2022. However, the legislation of basic cybersecurity law to establish a legal foundation is at a standstill due to several concerns raised. This is why there is no cybersecurity control tower.

In the case of China, three laws(Cyber Security Law, Data Security Law, and Personal Information Protection Act) were enacted on the basis of the National Security Law(2015), which expanded the scope of national security to cyberspace, thereby establishing basic legal systems for cybersecurity. Through this, the legal basis for data governance centered on the Central Leading Group for Cybersecurity and Informatization of the Chinese Communist Party(CCP), and the Cyberspace Administration of China was provided. To ensure that core technologies of the 4th industrial era do not pose a threat to cybersecurity, the Anti-Espionage Law(2023) expanded the scope of the law to include data related to national security. In addition, generative AI was regulated through the implementation of the Interim Administrative Measures for Generative AI Services. Following these legislative changes, governance was expanded from the Central Leading Group for Cybersecurity and Informatization of the Chinese Communist Party(CCP) → National Security Commission of the CCP → Central Science and Technology Commission. At the center of this paradigm shift is the CCP, providing the impetus for the shift.

If we apply the implications of China's paradigm shift to our situation, first, Korea must establish a basic cybersecurity law and quickly establish a cybersecurity control tower based on the law. Considering that cybersecurity issues must be supported by the ability to govern all ministries, the structure of a Presidential Council is appropriate. Additionally, considering that AI technology is closely related to cybersecurity and that discussions on AI regulation are taking place together, a governance system that encompasses both cybersecurity and AI must be established.

In other words, the Presidential Council will be responsible for 'cybersecurity and AI' must be established. Through the Presidential Council, the fragmented

* This work was supported by the Ministry of Education of the Republic of Korea and the National Research Foundation of Korea(NRF-2020S1A5C2A0293223).

** INHA Univ. Law Research Institute Senior Researcher, School of Law Lecturer, PhD.

cybersecurity command system should be integrated, and it must become the control tower that considers and decides on diplomatic, security, economic, and technological policies regarding AI. In-depth discussions on establishing governance that embraces the two values of 'cybersecurity' and 'AI' should be conducted during the legislative process of the basic cybersecurity law and AI law in order to reach the result. In order to improve transparency, a review of processes that can be checked by the National Assembly regarding the Presidential Council's major policies, budget, etc. must also be conducted.

Key Words: cyber security, comprehensive security, governance, AI, deepfake

백지문서와 민사소송법 제358조 추정

김 창 희*

논문요지

민사소송에서 서증으로 제출된 문서에 관해 ‘백지문서에 날인했는데 상대방이 부당보충했다’는 주장이 제기된 경우 민사소송법 제358조 추정을 반복시키기 위해 어떤 내용이 증명돼야 할까? 대법원판결들은 서로 충돌하는 세 가지 입장을 보이고 있다. 제1 견해는 문서 제출자 상대방이 반증으로 백지문서에 날인했을 수도 있다는 의심을 불러일으키면 제358조 추정이 깨진다는 것이다. 제2 견해는 문서 제출자의 상대방이 본증으로 날인 당시 백지문서였다는 점을 증명하면 제358조 추정이 깨져서 ‘정당한 백지 보충’에 대한 증명책임이 서증 제출자에게 넘어간다고 한다. 제3 견해는 서증 제출자의 상대방이 백지문서 날인사실과 부당한 백지보충 사실 둘 다를 본증으로 증명해야 제358조 추정을 깨뜨릴 수 있다고 한다고 한다. 사건으로는 제2 견해에 찬성한다. 백지에 날인했을지도 모른다는 의심이 든다고 해서 ‘날인의 인정’의 증거가치를 무(無)로 돌리고 서증 제출자에게 처음부터 다시 진정성립을 증명하라고 요구하는 것은 제358조의 의미를 지나치게 약화시키는 결과를 낳을 것이기 때문이다. 대법원이 어떤 견해를 선택하느냐의 문제는 법률해석의 문제라기보다는 세상 이치에 대한 가치판단 문제이고, 논리칙의 문제가 아닌 경험칙의 문제이다. 대법원이 문제의식을 가지고 하급심에 대해 통일된 지침을 제시하는 일이 시급하다.

검색용 주제어: 사문서의 진정성립, 제358조 추정, 백지문서 날인, 완성문서 날인 추정, 추정의 반복

• 논문접수: 2023. 12. 25. • 심사개시: 2024. 01. 11. • 게재확정: 2024. 01. 25.

I. 서론

민사소송법 제358조¹⁾는 “사문서는 본인 또는 대리인의 서명이나 날인 또는 무인이 있는 때에는 진정한 것으로 추정한다”라고 규정한다.²⁾ 이때 ‘날인이 있다’는 말은

* 영남대학교 법학전문대학원 교수

1) 이하에서 ‘제358조’라고 하면 민사소송법 제358조를 가리킨다.

형식적으로 명의자의 이름으로 된 인영이 현출돼 있음을 의미하는 것이 아니라 명의자의 의사에 기해 날인됨을 의미하고, 이를 인영의 진정성립 또는 날인의 진정이라고 한다. 즉 날인의 진정이 인정되면 문서 전체가 진정하게 성립한 것으로 추정된다.³⁾ 원래 사문서는 진정성립이 인정돼야 증거로 쓸 수 있지만 제358조 덕분에 상대방이 특별히 대응하지 않는 이상 날인의 진정만 증명하면 증거로 쓸 수 있다. 이 특별한 대응의 내용이 무엇인지, 즉 제358조 추정을 번복시키기 위해 상대방이 어떤 증명활동을 해야 하는지는 제358조 추정의 법적 성질을 어떻게 보느냐에 따라 달라진다. 법률상 추정으로 보는 경우 추정 번복을 위해서는 진정성립의 반대사실, 예컨대 제3자의 위조사실 등을 증명해야 한다. 사실상 추정으로 보는 경우 전제사실과 양립되지만 요증사실과 조화되지 않는 간접사실을 증명함으로써 요증사실을 진위불명으로 만들면 추정이 번복된다.

서증 제출자의 상대방이 제358조 추정을 번복시키려는 전형적인 시도 중 하나는 백지문서⁴⁾에 날인했는데 부당보충됐다는 주장이다. 이때 발생하는 쟁점은 두 가지이다. 첫째, 날인의 진정이 인정되면 특별한 사정이 없는 한 ‘완성문서에 날인했다고 추정’된다고 하는데⁵⁾ 이 완성문서 날인 추정을 번복시키기 위해서는 반대사실의 증명이 필요한가 아니면 반증으로 족한가 하는 문제가 있다. 둘째, 백지문서에 날인한 사실에 다툼이 없거나 그 사실이 증거에 의해 증명된 경우, 백지 부분이 정당하게 보충됐는지 부당하게 보충됐는지에 관해 어느 쪽에 증명책임이 있는가 하는 문제가 있다. 두 쟁점 각각에 대해 학자들 사이에 견해가 나뉘져 있고 판례도 일관돼 있지 않다.⁶⁾

이 연구의 목적은 사문서에 관해 ‘백지문서에 날인했는데 백지부분이 부당보충됐다’는 주장이 있을 때 제358조 추정이 언제 유지되고 언제 번복되는지에 관해 학설·판례를 검토하고 올바른 결론을 모색하는 것이다. 이 연구의 순서는 다음과 같다. 제2절에서는 제358조 추정의 법적 성질에 관한 학설을 조사하고, 그와 함께 백지문서

2) 제358조에서는 서명, 날인, 무인이 존재할 때의 추정 효과에 관해 규정하고 있으나 이 연구에서는 간편하게 서술하기 위해 분쟁이 가장 많이 발생하는 ‘날인’을 중심으로 논의한다.

3) 이보다 전 단계에서 사문서에 날인돼 있는 인영이 문서 명의인이 사용하는 인장에 의한 것이 밝혀지는 것을 ‘인영의 동일성이 인정된다’ 또는 ‘인영의 진정이 인정된다’고 말한다. 인영의 동일성이 인정되면 날인의 진정이 추정된다. 이를 제1단계 추정이라 하고, 제358조 추정을 제2단계 추정이라 한다. 제1단계 추정과 제2단계 추정을 연속적으로 관찰하면 ‘인영의 동일성’이 인정되면 ‘날인의 진정’ 추정을 거쳐 ‘문서 전체의 진정성립’에까지 추정된다.

4) ‘백지문서’는 경우에 따라서 내용이 기재되지 않은 백지에 기명날인한 경우를 뜻하기도 하고 문서 중 금액란 등 특정 부분을 공란으로 비워둔 미완성 문서를 뜻하기도 한다. 예를 들어 ‘백지어음’이라고 말할 때는 후자를 뜻한다. 이하에서는 백지문서라는 표현을 둘 다를 포함하는 의미로 사용한다.

5) 이 추정은 법률에 근거는 없지만 대법원이 인정하는 추정이다. 이 연구에서는 제358조 추정과 더불어 중점적으로 검토한다. 줄여서 ‘완성문서 날인 추정’이라고 한다.

6) 박시환, “증거항변의 내용에 따른 사문서 진정성립의 추정과 번복”, 법학연구, 제19집 제1호, 인하대학교 법학연구소(2016. 3), 138-139면은, 대법원이 한편에서는 제358조 추정을 간접반증으로 번복시킬 수 있다고 하여 그 추정이 사실상 추정인 것처럼 말하면서, 다른 편에서는 백지문서 날인 사실은 그 주장을 하는 사람이 본증으로 증명해야 한다고 말하여 모순된다고 비판한다. 오정후, “인영의 진정성립에 의하여 사문서의 진정성립이 추정되는 범위와 그 추정의 번복 방법”, 중앙법학, 제9집 제2호, 중앙법학회(2007), 852-823면도 대법원 2003. 4. 11. 선고 2001다11406 판결을 평석하면서, 사실상 추정은 증명책임을 전환시키지 않는데 대법원은 그 추정의 번복을 시도하는 서증 제출자의 상대방에게 반대사실의 증명을 요구한다고 비판한다.

날인 주장이 있을 때 어느 쪽 당사자가 어떤 사항을 증명해야 하는지가 학설에 따라 어떻게 달라지는지 살핀다. 제3절에서는 백지문서 관련 대법원판결들을 시간 순서대로 하나씩 조사하여 각 판결의 원심법원과 대법원이 어떤 견해를 취하고 있는지 밝힌다. 제4절에서는 서로 충돌하는 대법원판결들이 전체적으로 볼 때 방향성을 지니고 있는지 검토한 후, 각 견해를 논평하고 어느 견해가 타당한지에 관해 사건을 제시한다.

II. 제358조 추정의 법적 성질에 관한 학설

제358조 추정의 법적 성질에 관해서는 법률상 추정설,⁷⁾ 사실상 추정설,⁸⁾ 증거법칙적 추정설,⁹⁾이 주장되고 있다.¹⁰⁾ 학설 대립의 실천적 의미는 날인의 진정이 인정될 때 문서 전체의 진정성립 추정을 깨기 위해 반대사실이 증명돼야 하는가 아니면 반증으로 충분한가 하는 문제에서 두드러지게 나타난다. 법률상 추정설은 제358조 추정으로 증명책임이 전환되므로 추정을 깨기 위해서는 본증으로 반대사실이 증명돼야 한다고 한다.¹¹⁾ 사실상 추정설에서는 증명책임이 전환되지 않으므로 반증으로 진정성립에 관해 의심을 불러일으킴으로써 추정이 깨진다고 한다.¹²⁾ 증거법칙적 추정설을 주장하는 학자들 중에는 본증이 필요하다는 분¹³⁾도 있고 반증으로 충분하다는 분도 있다.¹⁴⁾ 이런 학설들을 백지문서에 날인했다는 주장이 있는 경우에 적용하면 문제가 좀 더 복잡해진다. 증명책임을 따질 대상이 ‘백지문서에 날인했는지’와 ‘백지가 정당하게 보충됐는지’라는 두 가지로 늘어나기 때문이다.¹⁵⁾

7) 호문혁, 「민사소송법」, 법문사(2020), 592면; 황형모, “사문서의 진정성립의 추정과 그 복멸”, 동아법학, 제50호, 동아대학교 법학연구소(2011), 305-307면; 오정후, 위의 논문, 846면.

8) 이시윤, 「신민사소송법」, 박영사(2021), 510면; 강현중, 「민사소송법」, 박영사(2018), 544면, 진원열, 「민사소송법 강의」, 박영사(2021) 429면.

9) 김홍엽, 「민사소송법」, 박영사(2021), 697면; 정동윤/유병현/김경옥, 「민사소송법」, 법문사(2020), 626면.

10) 증거법칙적 추정설은, 제358조가 서증의 진정성립이라는 보조사실에 관해 법관의 판단을 제한하므로 증거법칙적 역할을 한다고 한다. 증거법칙이란 증거방법을 제한하여 법관의 확신과 무관하게 어떤 사실의 진위를 확정하는 규칙을 말한다. 민사소송법 제158조는 증인이 증언 전에 선서했는지 여부와 같은 ‘변론방식의 준수 여부’에 관해 변론조서에 의해서만 증명하게 하고 다른 증거로 증명하는 길을 막고 있다. 따라서 변론조서에 ‘증인이 선서했다’는 기재가 없으면 법관의 확신과 무관하게 증인이 선서했다고 인정할 수 없다. 오정후, 앞의 논문, 845-846면 증거법칙적 추정설에 반대하면서, 제358조는 특정 증거방법의 증거력을 정하는 규칙이 아니라 특정 사실이 인정될 때 다른 특정 사실을 불요증 사실로 정하는 규정이므로 증거법칙이라고 할 수 없다고 한다.

11) 오정후, 위의 논문 847면; 황형모, 앞의 논문, 307면; 김홍규/강태원, 「민사소송법」, 삼영사(2020), 563면

12) 이시윤, 앞의 책, 510면.

13) 김홍엽, 앞의 책, 697면은 본증설을 지지하면서, 대법원 2008. 11. 23. 선고 2007다82158 판결에서 ‘문서가 작성명의인의 의사에 반해 또는 그 의사에 기하지 않고 작성된 것은 그것을 주장하는 사람이 적극적으로 증명해야 하고 이 항변사실을 증명하는 증거의 증명력은 개연성만으로 부족하다’고 판시한 점을 들어 대법원도 제358조 추정을 번복하기 위해서는 반대사실의 증명(본증)이 필요하다고 하는 입장이라고 한다. 그러나 위 판결은 제1단계 추정, 즉 인영의 동일성에서 날인의 진정으로의 추정의 번복을 쟁점으로 하는 것으로 제358조 추정과는 관련이 없다.

14) 송상현/박익환, 「민사소송법」, 박영사(2014), 552면.

먼저, 날인의 진정이 추정되는 경우 백지문서에 날인했는지에 대한 증명책임은 어느 쪽에 있을까? 이 질문은 ‘날인의 진정이 추정되는 경우 완성문서에 날인했다는 점에 대한 증명책임은 어느 쪽에 있을까’라는 문제와 표리의 관계에 있다. 대법원은 날인의 진정이 인정되면 특별한 사정이 없는 한 완성문서에 날인한 사실이 추정된다고 한다.¹⁶⁾¹⁷⁾ 완성문서 날인 추정을 인정할 것인가에 학설은 나누어져 있다. 다수 견해는 이 추정을 수긍한다.¹⁸⁾ 경험칙상 백지문서에 날인하는 것이 이례적이라고 생각하기 때문일 것이다. 이런 견해에 반대하여, 명의자의 의사에 기해 날인했다고 해서 완성문서에 날인했다고 추정하는 것은 경험칙에 부합하지 않을 뿐 아니라 제358조에 의해 날인의 진정이 인정되면 곧바로 문서의 진정성립이 인정되는 이상 별도로 ‘완성문서 날인 추정’을 논의할 필요가 없다는 견해도 있다.¹⁹⁾

두 번째 문제로, 백지문서에 날인된 사실이 인정된다고 가정할 때 백지 부분이 정당하게 보충됐는지 부당하게 보충됐는지에 관한 증명책임은 어느 쪽에 있을까? 다수 견해는 백지문서에 날인한 사실이 밝혀지면 진정성립 추정이 반복되므로 서증 제출자가 ‘정당한 백지보충 사실’을 증명해야 한다고 한다.²⁰⁾²¹⁾ 이에 반대하는 학자들은 백지문서에 날인한 사실이 밝혀지더라도 진정성립 추정이 반복되지 않으므로 서증 제출자의 상대방이 ‘부당한 백지보충 사실’을 증명해야 한다고 한다.²²⁾²³⁾

15) 문서 변조 주장이 있는 경우라면 완성된 문서에 가필·수정이 있었다는 점에 대한 증명책임이 어느 쪽에 있는지에 관해서만 검토하면 되므로 백지문서 날인 주장의 경우보다 간단하다.

16) 대법원 2003. 4. 11. 선고 2001다11406 판결 참조.

17) 제358조 추정과 ‘완성문서 날인 추정’을 혼동해서는 안된다. 양 추정의 전제사실은 ‘날인의 진정’으로 동일하지만 양 추정의 요증사실이 서로 다르기 때문이다. 제358조 추정의 요증사실은 ‘문서의 진정성립’이고, 완성문서 날인 사실의 요증사실은 ‘완성문서에 날인한 사실’이다. 완성문서에 날인했다면 그 사실 자체만으로 (사후변조가 있는 경우를 제외하면) 진정성립이 인정되지만, 완성문서에 날인한 경우에만 진정성립이 인정되는 것은 아니다. 백지문서에 날인한 경우에도 백지 부분이 정당하게 보충된 경우에는 문서의 진정성립이 인정되기 때문이다. 그래서 ‘완성문서 날인 사실’은 ‘문서의 진정성립’에 대한 충분조건이지만 필요조건은 아니라고 할 수 있다. 실제로 뒤에서 보는 바와 같은 대법원판결들의 상호 충돌은 제358조 추정과 ‘완성문서 날인 추정’을 구별하지 않은 데에 원인이 있는 것이 아닌가 생각한다.

18) 이시윤, 앞의 책, 510-511면; 정동윤/유병현/김경옥, 앞의 책, 626면; 전원열, 앞의 책, 430면.

19) 오정후, 앞의 논문, 846면. 법률상 추정설의 입장에서서는 날인의 진정이 인정되면 백지문서에 날인한 사실이 밝혀져도 여전히 서증 제출자의 상대방이 ‘부당한 백지보충 사실’을 본증으로 증명해야 한다. 따라서 그 입장에서는 백지문서에 날인한 사실이 밝혀지더라도 제358조 추정이 깨지지 않으므로 중간에 완성문서 날인 추정을 개재시킬 필요가 없다고 할 수 있다.

20) 김홍엽, 앞의 책, 699면; 강현중, 앞의 책, 544면; 정동윤/유병현/김경옥, 앞의 책, 626면; 박시환, 앞의 논문, 126면; 안병걸, 앞의 논문, 586면.

21) 사실상 추정설을 취하는 경우 백지문서 날인 사실이 밝혀지면 진정성립이 반복되는지는 논리 문제가 아니라 가치판단 문제이다. 제358조 추정에서 요증사실은 문서의 진정성립이므로 백지문서 날인 사실이라는 간접사실의 증명으로 간접반증이 성공했다고 볼 수 있는지는 법관의 경험칙 판단에 따라 달라질 수 있기 때문이다. 이시윤, 앞의 책, 510-511면에서는 사실상 추정설을 취하면서도 문서 명의인이 백지에 날인해 교부했다면 이는 백지보충권을 수여한 것으로 추정할 수 있으므로 문서 전체의 진정성립이 반복되지 않는다고 한다.

22) 이시윤, 위의 책, 511면; 오정후, 앞의 논문, 841면

23) 법률상 추정설을 취하는 경우 증명책임이 전환돼 문서제출자의 상대방이 문서가 진정하게 성립하지 않았음을 증명해야 하므로, 그가 ‘부당한 백지보충 사실’을 본증으로 증명해야 한다고 해야 논리가 일관된다.

III. 판례의 검토

1. 판례에서 나타나는 세 가지 견해

백지문서 날인 주장이 있을 때 대법원판결들도 두 가지 쟁점을 둘러싸고 견해가 나누어져 있다. 제1 쟁점은 학설상 쟁점과 다르다. 학설상의 제1 쟁점은 ‘완성문서 날인 추정을 인정할 것인가?’라는 문제였는데, 판결들 사이의 제1 쟁점은 완성문서 날인 추정을 번복시키려면 반증으로 가능한가 아니면 본증이 필요한가 하는 것이다. 제2 쟁점은 학설상 쟁점과 같다. 백지문서 날인이 밝혀진 경우 서증 제출자가 정당한 백지보충 사실을 증명해야 하는가 아니면 서증 제출자의 상대방이 부당한 백지보충 사실을 증명해야 하는가 하는 문제이다.

대법원판결들은 위 두 가지 쟁점을 둘러싸고 서로 충돌하는 세 가지 입장²⁴⁾을 보이고 있다. 제1 견해는 문서 제출자 상대방이 반증을 통해 백지문서에 날인했을 수도 있다는 의심을 불러일으키면 완성문서 날인 추정이 깨지고 그 경우 제358조 추정도 깨진다는 것이다. 제2 견해는 문서 제출자의 상대방이 본증으로 날인 당시 백지문서였다는 점을 증명해야 완성문서 날인 추정이 깨진다고 한다. 또 이렇게 완성문서 날인 추정이 깨지면 제358조 추정도 함께 깨져서 ‘정당한 백지 보충’에 대한 증명책임이 서증 제출자에게 넘어간다고 한다. 제3 견해는 제358조 추정을 깨뜨리려면 서증 제출자의 상대방이 백지문서 날인사실과 부당한 백지보충 사실 둘 다 본증으로 증명해야 한다고 한다.

제1 견해와 제2 견해는 제358조 추정을 사실상 추정으로 본다는 점에서는 동일하지만 추정을 번복시키기 위해 어떤 내용의 간접사실이 인정돼야 하는가 하는 점에서 다르다. 제1 견해는 ‘완성문서 날인 추정’을 제358조 추정과 별도로 존재하는 사실상 추정으로 받아들인다. 그래서 백지문서 날인 가능성을 제시함으로써 완성문서 날인 사실에 관해 의심을 불러일으킬 정도의 간접사실만 인정되더라도 완성문서 날인 추정이 깨지고 이에 따라 제358조 추정도 깨진다는 것이다. 제2 견해는 날인의 진정과 문서 전체의 진정 사이에 별도로 완성문서 날인 추정을 개제시키지 않는다. 그래서 백지문서에 날인했을 것으로 의심되는 가능성만으로는 제358조 추정을 깰 수 없고 적어도 ‘백지문서 날인 사실의 증명’이 있어야 비로소 상대방은 간접반증에 성공할 수 있다는 것이다. 제3 견해는, 제358조 추정은 법률상 추정이어서 증명책임이 전환되므로 백지문서에 날인한 사실이 인정되더라도 그것만으로는 추정이 번복되지 않고 그에 덧붙여 ‘문서 명의자의 의사에 반해 백지가 보충된 사실’ 즉 ‘백지가 부당보충된 사실’이 본증으로 증명돼야 추정이 깨진다고 한다.

이하에서는 백지문서 날인 주장을 다룬 대법원 판결들을 시간순으로 하나씩 살펴 보면서, 각 판결에 나타난 당사자들의 주장과 사실관계, 원심의 판단과 대법원의 판단을 조사하여 원심법원과 대법원이 어떤 견해를 취하는지 확인한다.

24) 앞서 본 학설들이 사실상 추정설을 취하면서 동시에 법률상 추정설을 취할 수 없듯이 판례가 취하는 세 가지 견해도 서로 배타적이다.

2. 판결례에 대한 개별적 검토

(1) 대법원 1988. 4. 12. 선고 87다카576 판결

가. 당사자의 주장

원고는, 그가 피고의 인감이 날인된 백지 위임장을 교부받은 사실을 인정하면서 피고와의 분할 합의에 따라 합의내용을 백지 위임장에 기재했다고 주장하고, 피고는 그런 합의를 한 적이 없다고 주장한다.

나. 원심 판결 및 대법원 판결

원심은, 원고가 백지문서에 위임받은 범위 내에서 정당하게 보충됐다는 점에 대한 입증이 부족하다는 이유로 원고의 청구를 기각했다. 대법원은 일반론으로, 날인만 된 백지문서를 교부받아 보충한 경우 정당하게 보충됐다는 점에 관해 서증 제출자가 증명해야 한다고 판시한 후, 원심판결이 증명책임을 전도한 위법이 없다고 판단했다.

다. 검토

이 사건은 백지문서에 날인했음에 관해 당사자 사이에 다툼이 없었으므로 제1 쟁점에 관한 문제는 발생하지 않는다. 제2 쟁점에 관해 원심과 대법원은 모두 정당한 보충권 행사에 대한 증명책임이 서증 제출자에게 있다고 판단하여 제3 견해를 배제했다.

(2) 대법원 1988. 9. 27. 선고 85다카1397 판결

가. 당사자의 주장

피고는, ‘화해계약을 무효로 한다’는 내용의 완성문서에 원고의 서명을 받았다는 것이고, 원고는 ‘건물 명도를 요구하지 않는다’는 확인서를 써달라는 요청을 받고 백지에 서명해 교부했는데 문서소지자가 부당 보충했다는 것이다.

나. 원심판결

원심은, 제출된 증거들을 종합하여, ‘원고가 확인서를 써달라는 요청을 받고 문서소지인에게 백지에 서명해 교부한 사실’ 및 ‘문서소지인이 그 문서에 부당 보충한 사실’을 둘 다 인정하고, 그 문서의 진정성립을 부정했다.

다. 대법원판결

대법원은 일반론으로, ‘문서를 백지에 서명만 하여 교부하여 준다는 것은 이례에 속하는 것이므로 그 문서의 진정성립의 추정력을 뒤집으려면 그럴만한 합리적인 이유와 이를 뒷받침할 증거가 필요하다고 할 것이다’라고 판시했다. 구체적으로 이 사건과 관련해서는, ‘명도를 요구하지 않겠다’는 내용은 간단하므로 굳이 백지에 서명해서 교부했다는 것은 경험칙에 맞지 않고, 당시 백지에 서명만을 해 주어야 할 만큼 급박한 사정이 있는 것으로 보이지 않는 점’에 비추어 그럴만한 합리적인 이유와 이를 뒷받침할 증거가 없는데도 원심이 문서명의자가 백지문서에 날인한 사실과 그

문서에 부당보충한 사실을 인정함으로써 위 문서의 진정성립을 부정한 것은 위법하다고 판시하고, 원심 판결을 파기했다.

라. 검토

원심은 ‘백지날인 사실’과 ‘부당보충 사실’을 모두 본증으로 인정한 후 진정성립을 부정함으로써 제3 견해를 취했다.²⁵⁾

대법원이 일반론에서 ‘문서를 백지에 서명만 하여 교부하여 준다는 것은 이례에 속한다’고 표현한 것은 ‘날인의 진정이 있으면 완성문서에의 날인이 사실상 추정됨’을 밝힌 것이다. 이 경우 추정을 번복시키기 위해서는 간접사실을 제시하여 백지문서에 날인했을 수도 있다는 의심을 불러 일으키는 것으로 족하므로 여기서 대법원은 제1 견해를 취한 것으로 이해된다. ‘그럴만한 합리적인 이유와 이를 뒷받침하는 증거의 제출’은 간접반증을 의미한다.²⁶⁾

(3) 대법원 1994. 10. 14. 선고 94다11590 판결

가. 당사자의 주장

원고 주장은, 완성된 차용증에 피고가 채무자로서 자필로 주소와 성명을 기재해 원고에게 교부했다는 것이고, 피고 주장은, 피고가 입회인이 된다는 의사로 백지에 자필로 주소와 성명을 기재해 교부했는데 뒤에 그 문서가 피고를 채무자로 한 차용증으로 부당보충됐다는 것이다.

25) 민사판결서에서 증거로 사실을 인정할 때는 관행상 증명책임이 드러나도록 기재한다. 그러므로 판결이유를 보면 법원이 당사자 어느 쪽에 증명책임이 있다고 판단했는지 확인할 수 있다. 이하에서 판결서에서의 사실인정 방법을 간단히 소개한다. 첫째, 증명책임 있는 당사자가 증명에 성공했을 때는 ‘(증거)에 의하면 어떤 사실을 인정할 수 있고 반증 없다’라고 쓴다. 둘째, 증명책임 있는 당사자가 증명에 실패했을 때는 ‘(증거)만으로는 어떤 사실을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다’라고 쓴다. 셋째, 사실상 추정이 인정되는 경우에는, (증거)에 의하면 A사실(전제사실)을 인정할 수 있으므로 B사실(요증사실)이 추인된다’라고 쓴다. 넷째, 사실상 추정을 시도했으나 실패하는 경우에는 (증거)에 의하면 A사실이 인정되나, A사실만으로는 B사실(요증사실)을 추인하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다’라고 기재한다. 다섯째, 간접반증이 성공하는 경우에는 ‘(증거)에 의하면 A사실(전제사실)을 인정할 수 있으나, 한편 (증거)에 의하면 B사실(간접반증사실) 역시 인정할 수 있는바, B사실에 비추어 보면 A사실만으로 C사실(요증사실)을 추인하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다’고 쓴다. 여섯째, 간접반증이 실패하는 경우에는 ‘(증거)에 의하면 A사실(전제사실)을 인정할 수 있으므로 B사실(요증사실)이 추인된다. 한편 (증거)에 의하면 C사실을 인정할 수 있으나 C사실만으로는 위 추인을 뒤집기에 부족하다’라고 쓴다. 법학전문대학원 민사재판실무 259-272면 참조. 이 사건에 돌아와서 보면, 85다카1397 판결의 원심은 ‘백지 날인 사실’과 ‘부당보충 사실’을 본증으로 인정한 후 서증의 진정성립을 부인한바, 이는 원심이 제3 견해를 취했음을 보여준다. 만약 원심이 제1 견해를 취했다면 문서 제출자의 상대방이 간접반증에 성공했을 때에 쓰는 방식, 즉 ‘(...) 날인의 진정을 인정할 수 있으나 (증거)에 의하면 (간접반증사실)을 인정할 수 있으므로 날인의 진정만으로 완성문서에 날인했다고 추인할 수 없다’고 기재했을 것이다. 제2 견해를 취했다면 정당한 보충권 행사에 대한 증명책임은 문서 제출자에게 있으므로 ‘(...) 증거만으로는 피고에게 정당한 보충권이 있었음을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다’라고만 기재했을 것이다.

26) 실제로 뒤의 2001다11406 등 판결에서는 ‘그럴만한 합리적인 이유와 이를 뒷받침할 ‘간접반증’ 등의 증거가 필요하다고 판시하여 완성문서 날인 추정을 뒤집을 수 있는 증거가 간접반증을 명시했다.

나. 원심 판결과 대법원 판결

원심은, 피고가 백지에 서명날인한 사실과 사후에 부당보충된 사실을 모두 인정하고 그 문서의 진정성립을 부정했다. 대법원은 일반론으로는 위 85다카1397 판결을 인용한 다음, ‘(백지문서에 서명날인했을 것이라고 의심할 만한) 합리적인 이유와 이를 뒷받침할 증거’가 없다는 이유로 원심 판결을 파기했다.

다. 검토

이 사건 당사자들의 주장 구조는 85다카1397 사건과 동일하다. 원심법원은 85다카1397 판결의 원심법원과 같은 제3 견해를 취했고, 대법원은 85다카1397 판결과 동일하게 제1 견해를 취했다.

(4) 대법원 1995. 3. 10. 선고 93다30129,30136 판결

가. 당사자의 주장

원고 주장은, 매매 ‘잔대금’을 피고에게 지급하면서 잔대금을 지급받았다는 내용이 적혀 있는 영수증에 피고의 서명날인을 받았다는 것이다. 피고 주장은, 원고에게서 ‘계약금’을 지급받으면서 계약금 영수증 조로 백지에 서명날인하여 원고에게 교부했는데 그 문서가 ‘잔대금을 지급받았다’는 내용으로 부당보충됐다는 것이다.

나. 원심 판결

원심은, 인영의 진정에서 문서 전체의 진정성립이 추정된다고 한 후, 원고의 ‘백지 문서 날인 및 부당보충’ 주장에 대해서는 원고 주장에 부합하는 (증거들)은 (증거)에 비추어 믿지 아니라고, (증거)만으로는 원고 주장을 인정하기에 부족하고 달리 원고 주장을 인정할 증거가 없다고 판단하면서 원고 주장을 배척했다.

다. 대법원 판결

대법원은 일반론으로, 대법원 1986. 9. 23. 선고 86다카915 판결을 인용하면서 ‘사 문서의 작성명의인이 인영부분을 시인하였다고 하더라도 반증을 들어 진정성립에 관하여 법원으로 하여금 의심을 품게 하면 진정성립의 추정이 깨어진다고 판시했다. 구체적으로 이 사건과 관련해서는, 여러 정황사실에 비취볼 때 완성된 영수증에 피고의 서명날인을 받은 것이 아니라 서명날인이 있는 용지에 나머지 부분을 추가한 것이 아닌가 하는 의심이 든다고 판단하면서, 이로써 진정성립의 추정이 깨졌음에도 진정성립을 인정한 원심 판결이 위법하다고 판시하고 원심 판결을 파기했다.

라. 검토

원심판결은 ‘백지날인사실’과 ‘부당보충 사실’ 등 진정성립의 반대사실이 모두 증명돼야 진정성립의 추정이 깨진다는 견해를 전제로 하여, 이 사건에서는 그런 사실들을 증명할 만한 증거가 없으므로 영수증의 진정성립이 인정된다는 취지이다. 85다카1397 사건의 원심과 마찬가지로 제3 견해를 취했다.

대법원이 일반론에서 인용한 86다카915 판결은 인장 도용 여부, 즉 제1단계 추정

이 쟁점이 된 사건에 관한 판결이므로 제2단계 추정(제358조 추정)이 쟁점이 된 이 사건에서 참조하기에는 적절하지 않다. 그러나 대법원이 구체적인 사안을 판단함에 있어서는 ‘백지날인이 아닌가 의심이 든다’는 이유로 진정성립 추정이 깨졌다고 판단하여 제1 견해를 취했다.

(5) 대법원 2000. 6. 9. 선고 99다37009 판결

가. 당사자 주장

원고는 그가 피고와 재매매예약을 작성하기로 합의하고 백지에 피고의 서명날인을 받은 다음 합의 취지대로 타자를 쳐서 재매매예약을 완성했다고 주장하고, 피고는 원고와 합의가 이뤄지지 않은 상태에서 백지에 서명날인해서 교부했는데 원고가 백지를 부당보충했다고 주장한다.

나. 원심 판결

원심은, 백지에 명의인인 피고가 서명날인을 한 후에 원고가 계약 내용을 타자로 쳤다 하더라도 명의인과의 합의에 따라 내용을 정당하게 보충한 사실이 인정되므로 진정성립의 추정이 깨졌다고 볼 수 없다는 취지로 판단했다.

다. 대법원 판결

대법원은 일반론으로, ‘작성명의인의 날인만 돼 있고 내용이 백지인 문서에 작성명의인이 아닌 사람이 사후에 보충했다면 문서 제출자는 그 보충이 정당하게 이뤄졌음을 증명할 책임이 있다’고 판시했다. 구체적으로는 이 사건에서 날인 당시 백지문서였던 사실이 인정된 이상 문서 제출자인 원고가 정당한 보충사실을 증명해야 하는데 이를 인정할 신빙성 있는 근거가 없다고 판시하고 원심 판결을 파기했다.

라. 검토

87다카576 판결과 마찬가지로 백지문서 날인 사실이 증명된 상태에서의 다툼이므로 제1 쟁점과는 무관하다. 원심법원과 대법원 모두 백지가 정당하게 보충됐음을 서증 제출자가 증명해야 한다는 점에서, 즉 제3 견해를 배제한다는 점에서 의견이 같다. 원고가 백지보충권한이 있었음을 인정할 증거가 충분했는지라는 증거가치 판단의 점에서 견해가 달랐을 뿐이다.

(6) 대법원 2003. 4. 11. 선고 2001다11406 판결

가. 당사자 주장

원고는, 피고가 사용인감신청서 용지에 명판과 사용인감을 찍은 다음 기명날인하여 원고에게 교부했다고 주장하고, 피고는 명판과 사용인감란을 백지로 둔 채 사용인감신청서 용지에 기명날인하여 원고에게 교부했는데, 누군가가 피고 허락 없이 명판과 사용인감을 임의로 조각하여 위 문서에 찍음으로써 백지 부분을 부당보충했다고 주장한다.

나. 원심판결

원심은 사용인감신청서의 진정성립에 관해 별도로 판단하지 않았다.

다. 대법원판결의 일반론

대법원은 다음과 같이 일반론을 실시했다.

(a) 사문서의 작성명의인이 스스로 당해 사문서에 서명·날인·무인하였음을 인정하는 경우, 즉 인영 부분 등의 성립을 인정하는 경우에는 반증으로 그러한 추정이 반복되는 등의 다른 특별한 사정이 없는 한 그 문서 전체에 관한 진정성립이 추정된다고 할 것이고, (b) 인영 부분 등의 진정성립이 인정된다면 다른 특별한 사정이 없는 한 당해 문서는 그 전체가 완성되어 있는 상태에서 작성명의인이 그러한 서명·날인·무인을 하였다고 추정할 수 있을 것이며, 그 당시 (c) 그 문서의 전부 또는 일부가 미완성된 상태에서 서명·날인만을 먼저 하였다는 등의 사정은 이례에 속한다고 볼 것이므로 완성문서로서의 진정성립의 추정력을 뒤집으려면 그럴만한 합리적인 이유와 이를 뒷받침할 간접반증 등의 증거가 필요하다고 할 것이고, 만일 (d) 그러한 완성문서로서의 진정성립의 추정이 반복되어 백지문서 또는 미완성 부분을 작성명의자가 아닌 자가 보충하였다는 등의 사정이 밝혀진 경우라면, 다시 그 (e) 백지문서 또는 미완성 부분이 정당한 권한에 기하여 보충되었다는 점에 관하여는 그 문서의 진정성립을 주장하는 자 또는 문서제출자에게 그 입증책임이 있다고 할 것이다.²⁷⁾

4) 검토

대법원은 인용문 (a) 부분에서 ‘날인의 진정’이 인정되면 ‘문서 전체의 진정성립’이 추정된다고 말하고 있는데 이는 제358조 추정이다. 여기서 대법원은, ‘반증으로 추정이 반복되지 않는 한’이라는 표현을 사용했는데, 제358조 추정을 반증으로 뒤집을 수 있는 사실상 추정으로 본 것이다.

(b) 부분에서는 ‘날인의 진정’이 인정되면 특별한 사정이 없는 한 ‘문서가 완성된 상태에서 날인됨’이 추정된다고 판시한다. ‘완성문서 날인 추정’이라는 표현은 이 판결에서 처음 사용됐다.²⁸⁾²⁹⁾ 앞서 본 바와 같이 제358조 추정은 완성문서 날인 추정과 같은 내용이 아니다.³⁰⁾ 제358조 추정의 요증사실인 ‘문서의 진정성립’은 명의인이 완성문서에 날인한 경우뿐 아니라 명의인이 백지문서에 날인했다가 뒤에 명의인의 의사에 따라 백지 부분이 보충된 경우도 포함하기 때문이다.

(c) 부분에서 대법원은 ‘완성문서로서의 진정성립의 추정’을 뒤집기 위해서는 ‘그럴

27) 인용문 중 (a), (b), (c), (d), (e) 라는 표현과 밑줄은 필자가 뒤에서 인용하기 위해 가필한 것이다. 이하 같다.

28) 위 판결 이후 날인의 진정이 인정되면 완성문서에 날인했음이 추정된다고 판시한 판결로는 대법원 2008. 1. 10. 선고 2006다41204 판결, 대법원 2009. 5. 14. 선고 2009다7762 판결, 대법원 2011. 11. 10. 선고 2011다62977 판결, 대법원 2012. 12. 13. 선고 2011두21218 판결, 대법원 2021. 9. 30. 선고 2019다245457 판결이 있다.

29) 2001다11406 판결에서의 ‘완성문서 날인 추정’은 85다카1397 판결에서 실시한 ‘문서를 백지에 서명만 하여 교부하여 준다는 것은 이례에 속하는 것이다’라는 표현의 연장선 위에 있다. 둘 다 사실상 추정을 표현하는 말이기 때문이다. 두 표현을 연결하여 ‘문서를 백지에 날인만 하여 교부하여 준다는 것은 이례에 속하므로 날인의 진정이 인정되면 특별한 사정이 없는 한 완성문서에 날인한 것으로 추정된다’라고 표현해도 전혀 어색하지 않다.

30) 두 추정의 내용이 같다면 위 판결이 (a) 부분과 (b) 부분에서 반복해 언급하지 않았을 것이다.

만한 합리적인 이유’, 즉 전제사실(날인의 진정)과 양립하면서 추정을 방해하는 간접사실을 주장하고 이를 뒷받침하기 위해 간접반증을 제시하는 것이 필요하다고 판시한다. 간접반증이라는 표현을 사용한 점을 보면 대법원은 완성문서 날인 추정이 사실상 추정임을 명확히 밝혔다고 할 수 있다.³¹⁾ 따라서 법관에게 백지문서에 날인했을지도 모른다는 의심을 불러일으킬 만한 사정(간접반증사실)이 증명되면 완성문서 날인 추정은 깨진다. 여기까지 보면 위 판결은 제1 견해를 취하고 있는 듯이 보인다.

그러나 (d) 부분에서는 완성문서로서의 진정성립의 추정이 반복된 경우를 ‘백지부분을 작성명의자가 아닌 자가 보충하였다는 등의 사정이 밝혀진 경우’와 동일시하고 있다. 어떤 사정이 밝혀졌다는 말은 그 사실이 본증으로 증명됐다는 말이다. 그러므로 (d) 부분은, 완성문서로서의 진정성립 추정이 반복된 경우를 명의인이 백지문서에 날인한 사실, 즉 ‘완성문서 날인 사실의 반대사실’이 증명된 경우임을 전제로 하고 있다. 이는 (c) 부분과 모순된다. (c) 부분에서는 추정을 반복하기 위해서는 간접반증으로 족하다고 했기 때문이다. 이처럼 이 판결은 (c) 부분에서는 제1 견해를, (d) 부분에서는 제2 견해를 취하고 있다고 할 수 있다. 제1 견해와 제2 견해는 배타적이기 때문에 두 견해를 동시에 취할 수는 없다.

왜 하나의 판결 안에서 이런 모순된 서술이 나타났을까? 추측컨대, ‘완성문서로의 진정성립의 추정’을 (c) 부분에서는 ‘완성문서 날인 추정’이라는 의미로 사용했고 (d) 부분에서는 제358조 추정이라는 의미로 사용한 것이 아닌가 한다. 앞서 본 바와 같이 완성문서 날인 추정에서 요증사실은 ‘완성문서 날인 사실’이고 이 추정을 반복하기 위해서는 ‘백지문서에 날인했을지도 모른다는 의심’만으로 충분했을 것이다. 그러나 제358조 추정, 즉 진정성립 추정 자체를 뒤집기 위해서는 보다 강력한 증거, 즉 ‘백지문서 날인 사실’ 자체를 간접반증사실로 봐서 이 사실이 본증으로 증명돼야 한다고 보았던 것 같다. 이렇게 본다면 위 판결은 제2 견해에 따른 것으로 볼 수 있다.

인용문 중 (e) 부분은 백지문서에 날인했음이 밝혀진 경우 문서 제출자가 ‘백지부분이 정당하게 보충된 점’에 관해 증명할 책임이 있다는 것으로, 대법원이 제3 견해를 배제하고 있음을 보여준다.

한편 위 판결은, 구체적으로 사안을 판단함에 있어서는 일반론에서의 판시와 달리 제3 견해를 취했다. 백지에 날인된 문서가 부당보충됐다는 피고 주장에 대해 위 판결은 ‘을 제1호증의 기재나 제1심 증인 사재우의 증언만으로는 피고 주장을 인정하기에 부족하고 달리 피고 주장을 인정할 증거가 없으므로 위 문서에 관한 진정성립 추정을 반복할 수 없다’고 판시했다. 이는 완성문서 날인 추정을 반복시키려면 백지 날인 사실과 부당보충 사실이 본증으로 증명돼야 한다는 취지로 판단한 것이다. 결국 위 판결은 그 안에서 서로 모순되는 세 견해를 모두 포함한 셈이다.³²⁾

31) 오정후, 앞의 논문, 851면은, 위 (c) 부분을 ‘간접반증만으로 뒤집을 수 있고 요증사실의 반대사실을 증명함으로써 뒤집을 수 없다’고 이해하고 반대사실의 증명으로는 법률상의 추정도 반복시킬 수 있는데 사실상 추정을 반복시키지 못한다고 하는 것은 타당하지 않다고 비판한다. 그러나 대는 소를 포함하므로 위 판결이 ‘완성문서로의 진정성립의 추정력’을 간접반증으로 뒤집을 수 있다고 표현했다고 해서 반대사실의 증명으로 반복시킬 수 없다고 말한 것은 아니다. 대법원이 반대사실, 즉 ‘백지문서 날인 사실 및 부당보충 사실’이 증명된 경우 제358조 추정이 반복된다는 입장에 있음은 의문이 없다.

32) 오정후, 앞의 논문, 852-853면도 위 판결이 ‘완성문서 날인’의 증명책임에 관해 일반론에서와 구체적 판단에서 모순되게 판단했다고 지적했다. 즉, 완성문서 날인 추정이 사실상 추정이라면 문서 제출자에게 증명책임이 있으므로 간접반증이 실패하는 경우 ‘(반증)을 고려하

(7) 대법원 2008. 1. 10. 2006다41204 판결

가. 당사자의 주장

피고는, 금융사에서 대출받을 때 대주로부터 ‘서류 작성시 혹시 틀린 부분이 있으면 사용할 수 있도록 공란으로 된 금전소비대차약정서에 날인해 달라’는 요청을 받고 이에 응해 금전소비대차약정서 용지에 날인만 하여 대주에게 여분으로 교부했는데, 대주가 이를 이용하여 다른 사람의 대출에 피고가 연대보증한 것으로 부당하게 보증했다고 주장했다.

나. 원심 판결

원심은, 날인만 된 백지 소비대차약정서가 여분으로 제출됐다는 피고 주장을 인정할 아무런 증거가 없고, 자필로 기재하지 않았고 인감증명서도 제출하지 않았다는 사정만으로는 진정성립 추정이 번복된다고 보기 어렵고, 달리 문서의 진정성립의 추정을 번복할 증거가 없다고 판시했다.

다. 대법원 판결

대법원은, 일반론으로 위 2001다11406 판결에서 본 내용을 그대로 인용한 후, 구체적으로 이 사건에서는 금전소비대차약정서의 완성문서로서의 진정성립의 추정을 번복할 만한 증거가 없다고 판단하고 상고를 기각했다.

라. 검토

원심은 제2 견해를 취하는 것으로 보인다. ‘여분으로 백지상태인 소비대차약정서에 날인·교부했음을 인정할 증거가 없다’라는 판단에서 백지문서 날인 사실을 본증으로 증명해야 한다는 뜻이 드러나므로 제1 견해는 제외된다. ‘자필로 기재하지 않았다는 등의 사정만으로는 진정성립 추정을 깨기 어렵다’고 판시했는데 이는 피고가 제358조 추정을 깨기 위해 간접반증을 시도했으나 실패했음을 나타내는 표현이므로 원심은 제358조 추정이 사실상 추정이라고 본 것이다. 따라서 제3 견해는 배제된다.

대법원은, ‘완성문서로서의 진정성립의 추정을 번복할 만한 증거가 없다’고 한 원심 판단이 정당하다고만 판시하고 있어서 이것만으로는 대법원이 어떤 입장을 취하고 있는지 드러나지 않는다. 일반론으로만 판단한다면 위 2001다11406 판결에서와 같이 제2 견해라고 할 수 있다.

(8) 대법원 2011. 11. 10. 선고 2011다62977 판결

가. 당사자의 주장

원고는, 현금보관증의 내용이 모두 기재된 상태에서 피고가 서명날인했다고 주장하고, 피고는, 백지에 서명날인했을 뿐인데 이후 그 문서가 현금보관증으로 부당보증

더라도 완성문서 날인 사실이 인정된다’는 방식으로 기재해야 하는데, 대법원은 ‘(증거)만으로는 백지문서에 날인한 사실을 인정할 수 없다’라는 방식으로 기재함으로써 추정번복방법과 증명책임을 오해했다는 취지로 비판한다. 각주 25) 참조.

됐다고 주장한다.

나. 원심 판결

원심은, 날인의 진정에 다름이 없으면 완성문서에 날인한 사실이 추정되지만 그럴 만한 합리적인 이유와 이를 뒷받침할 간접반증이 있으면 추정력을 뒤집을 수 있다는 위 2001다11406 판결의 일반론을 제시한 후, 제출된 증거들을 종합하여 ① 당사자들이 당시 현금보관증을 작성할 필요가 없었던 점, ② 당사자들 사이에 그 무렵 작성된 공사도급계약서도 계약금액란 등이 공란으로 돼 있었던 점, ③ 현금보관증 작성경위에 관한 원고의 주장이 처음에는 객관적 사실과 모순되다가 뒤에 변경된 점 등을 인정한 다음, 이런 사정에 비추보면 이 사건 현금보관증이 진정하게 성립했다는 추정을 뒤집을 만한 합리적인 이유가 존재하므로 날인의 진정만으로 날인 당시 문서전체가 완성돼 있었다는 추정은 유지되기 어렵다'고 판단했다.

다. 대법원판결

대법원도 원심과 동일하게 2001다11406 판결의 일반론을 인용했다. 그러나 구체적인 사안에서는 ① 피고는 처음에 서명·날인 사실을 부인하다가 뒤에 가서 백지에 서명·날인했다고 주장하는 등 주장이 변경됐고, ② 현금보관증에 첨부된 인감증명서의 발급일자가 현금보관증 작성일 전인 점 등에 비추볼 때 원심이 든 사정만으로는 백지에 서명·날인을 먼저 받는 등의 방법으로 '피고의 의사에 의하지 아니하고 작성됐다'고 볼 수 없다고 판단했다. 그런 다음 "원심은 이 사건 현금보관증이 '피고의 의사에 의하지 아니하고 작성됐다'고 판단하여 원고의 청구를 배척하고 말았으니 이러한 원심판결에는 사문서의 진정성립에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다"라고 판시하고 원심 판결을 파기했다.³³⁾

라. 검토

원심판결은 현금보관증이 백지로 작성됐을 가능성을 보여주는 여러 간접사실을 인정한 다음 그런 간접사실들에 비추보면 완전문서에 날인했다는 추정을 뒤집을 합리적 이유가 있다는 이유로 완성문서 날인 추정이 깨졌고, 날인 당시 피고가 보충권을 수여했음을 인정할 증거도 없으니 현금보관증을 증거로 쓸 수 없다고 판단했다. 전형적인 제1 견해의 입장이다.

대법원이 일반론으로 판시할 때는 제2 견해를 표시했다. 그러나 구체적으로 이 사건에 관해 판단할 때는 '피고의 의사에 기하지 아니하고 작성됐음'이 본증으로 증명돼야 진정성립이 변복된다는 전제 아래, 그런 사실이 증명되지 않았으므로 진정성립의 추정이 깨지지 않았다고 판단하여 제3 견해를 취했다. 이 판결에서도 일반론과 구체적 사안 판단이 서로 모순된다.

33) 이 사건에서 대법원은 '원심이 이 사건 현금보관증이 피고의 의사에 의하지 아니하고 작성된 것으로 판단했다'고 실시했는데 이는 원심 판단을 오해한 것이다. '피고의 의사에 기하지 않고 작성됐음'은 진정성립의 반대사실인데, 원심은 그와 같은 사실을 인정한 바 없다. 원심은 백지문서에 날인해서 교부한 것이 아닌가 의심이 되므로 제358조 추정이 깨졌다고 판단했을 뿐이다.

(9) 2013. 8. 22. 2011다100923 판결

가. 사실관계와 원고 주장

위임장 일부가 공란인 상태에서 원고가 날인하여 피고에게 교부했고 이후 피고가 백지 부분에 보충하여 기재한 사실은 인정된다. 서증 제출자인 피고는 정당한 권한에 기해 백지 부분을 보충했다고 주장하고, 원고는 피고가 권한 없이 공란을 채워 넣음으로써 위임장을 위조했다고 주장한다.

나. 원심판결

원심은, 이 사건 위임장에는 인영부분에 다툼이 없으므로 문서 전체의 진정성립이 추정되고 달리 피고의 위조 주장을 인정할 증거가 없으므로 피고의 위조 주장은 이유 없다고 판단했다.

다. 대법원판결

대법원은 일반론으로, 날인의 진정이 인정되는 경우 문서 교부 당시 백지상태인 공란이 있었고 사후에 보충됐다는 점은 작성명의인이 증명해야 하고, 내용 일부가 사후 보충됐다는 사실이 증명된 다음에는 그 보충이 정당한 보충이라는 점은 서증 제출자가 증명해야 한다고 판시했다. 구체적으로 이 사건에 대한 판단에서는, 원고가 현금보관증의 일부 내용이 공란인 상태에서 날인한 사실이 인정되므로 정당한 보충이라는 점은 피고가 증명해야 하는데 이를 인정할 증거가 충분하지 않다는 이유로 위임장의 진정성립을 부정하고 원심판결을 파기했다.

라. 검토

원심은 위임장의 일부가 공란인 상태에서 날인된 사실이 인정됐음에도 불구하고 ‘위임장이 위조됐음을 인정할 증거가 없다’는 이유로 진정성립을 인정했다. 그러므로 원심은 백지문서 날인 사실이 증명된 경우에도 제358조 추정을 반복시키기 위해서는 문서 제출자의 상대방이 ‘부당한 백지보충 사실’을 본증으로 증명해야 한다는 제3 견해의 입장이다.

대법원은 일반론으로 명확하게 제3 견해를 배제하는 입장을 밝혔다. 구체적으로 이 사건에 관해서도 피고가 백지문서에 날인한 사실이 인정됨으로써 제358조 추정이 깨졌는데 원고가 정당한 보충 사실에 대해 본증으로 증명하기 못했으므로 위임장의 진정성립이 부정된다는 취지로 판시하여 제3 견해를 배제하는 입장을 명확히 했다. 증명책임의 전도를 이유로 원심판결을 파기했다고 이해할 수도 있을 것이다.

(10) 대법원 2021. 9. 30. 선고 2019다245457 판결

가. 당사자의 주장

원고는, 지불각서 전체가 완성된 상태에서 피고가 자필로 성명과 주소를 기재했다고 주장하고, 피고는, 마이너스 통장을 만드는 데 필요하다는 이유로 백지에 피고의 성명과 주소를 자필로 기재할 것을 요구받고 요구받은 대로 작성해 원고에게 교부했는데 이 백지문서가 6,000만 원을 지불할 것을 각서한다는 취지로 부당보충됐다고

주장한다.

나. 원심 판결

원심은, 일반론으로 대법원 2008. 11. 13. 선고 2007다82158 판결 중 ‘인영의 동일성이 인정되면 (...) 그 문서가 작성명의인의 의사에 반하여 혹은 작성명의인의 의사에 기하지 않고 작성된 것이라는 것은 그것을 주장하는 자가 적극적으로 입증하여야 하고 이 항변사실을 입증하는 증거의 증명력은 개연성만으로는 부족하다’는 법리를 인용한 후, 구체적으로 이 사건에서 피고가 제출한 증거들만으로는 피고의 부당보충주장을 인정하기에 부족하다고 판단했다.

다. 대법원 판결

대법원은 원심과 달리 2001다11406 판결의 일반론을 인용한 다음, ‘피고가 제출한 증거만으로는 피고가 백지 하단에 성명과 주소만 자필로 기재하고 원고에게 교부했는데 원고가 사후에 권한 없이 나머지 내용을 기재했음을 인정하기 어렵다’고 판단하고 이 사건 지불각서의 진정성립을 인정한 원심의 결론이 정당하다고 판단했다.

라. 검토

원심이 인용한 2007다82158 판결은 인영의 동일성에서 날인의 진정을 추정하는 제1단계 추정의 번복에 관한 판결인바, 그 사건에서 실시한 일반론을 이 사건과 같은 제358조 추정 번복에 적용하는 것은 적절하지 않다. 구체적인 판단에서 원심은 문서 제출자의 상대방이 ‘부당보충 사실’, 즉 ‘진정성립의 반대사실’을 증명해야 하는데 이를 증명하지 못했으므로 진정성립이 인정된다는 입장으로 제3 견해를 취하고 있다.

대법원은 일반론으로 제2 견해를 취한다. 구체적으로 이 사건의 판단에서는 날인의 진정이 인정되면 문서 제출자의 상대방이 ‘백지문서 날인 사실’ 및 ‘부당보충 사실’을 증명해야 함을 전제로, 이 사건에서는 피고가 이 사실들을 증명하지 못했으므로 제358조 추정이 번복되지 않는다는 입장으로 제3 견해를 취하고 있다. 여기에서도 일반론과 구체적 사안 판단이 서로 모순된다.

IV. 결론

이 연구의 주제는 민사소송에서 서증으로 제출된 문서에 관해 ‘백지문서에 날인했는데 상대방이 부당보충했다’는 주장이 제기된 경우 제358조 추정을 번복하기 위해 어떤 내용을 증명해야 하는지 탐구하는 것이다. 제2절에서는 학설을 검토했고, 제3절에서는 대법원판결례를 조사·정리했다. 판례들을 종합해 볼 때 대법원이 전체적으로 어떤 견해를 취하고 있다고 말할 수 있을까? 판례가 서로 충돌하고 있더라도 재판에 임해야 하는 실무자들의 입장에서는 추세가 어느 쪽으로 기우는지 확인할 필요가 있을 것이다.

우선 대법원이 제3 견해의 입장에 있지 않음은 분명한 것 같다. 구체적인 사건에 대한 판단에서 제3 견해를 취한 것으로 추측되는 대법원판결이 없지 않지만 명시적

인 일반론적 판사에서 서증 제출자의 상대방이 부당한 백지보충 사실을 증명해야 한다고 한 판결은 한 건도 없고, 서증 제출자가 정당한 백지보충 사실을 증명해야 한다고 한 판결이 여러 차례 반복됐기 때문이다.

그러면 제1 견해와 제2 견해 중에서는 어느 쪽이 대법원의 입장에 가깝다고 할 수 있을까? 대법원은 제1 견해와 제2 견해가 모순된다는 인식 없이 때로는 제1 견해에 따라, 때로는 제2 견해에 따라 판단한 것으로 보인다. ‘완성문서 날인 추정’과 제358조 추정을 구별하지 않았기 때문인 것 같기도 하고 본증과 간접반증의 차이를 간과한 것 때문인 것 같기도 하다.³⁴⁾ 이런 상황에서는 대법원이 어떤 견해에 가까운가를 말하기보다 어떤 견해에 따르는 것이 바람직한가를 말하는 것이 더 나을 것 같다.

제1 견해는 완성문서 날인 추정이 반복되면 제358조 추정도 반복된다는 입장이고, 제2 견해는 제358조 추정을 반복시키기 위해서는 완성문서 날인 추정의 반복만으로는 부족하고 좀 더 강력한 증거, 즉 명의인이 백지문서에 날인했다고 법관에게 확신시킬 수 있는 증거가 필요하다는 입장이다. 제1 견해는 자유심증주의에 보다 부합하는 견해라고 할 수 있다. 제358조 추정을 사실상 추정으로 보는 이상 어떤 사실이 간접반증사실이 되고 어떤 증거가 있어야 간접반증이 성공하는지에 대한 판단은 원칙적으로 법관의 자유심증에 따라야 한다. 그런데 백지문서에 날인한 사실이 본증으로 증명돼야만 제358조 추정을 반복시킬 수 있다는 제2 견해는 법관의 자유심증 형성에 제한을 가하는 셈이 된다.

그럼에도 불구하고 사건으로는 제2 견해에 찬성한다. 완성문서 날인 추정은 제358조 추정을 보조하기 위해 대법원이 만든 추정일 뿐 법률에 규정된 것은 아니다. 그래서 민사소송법을 해석함에 있어서는 제358조를 중심축으로 삼아 해석하는 것이 옳을 것으로 생각한다. 날인의 진정이 있으면 완성문서에 날인했다고 추정하는 것은 확실히 이해하기 쉽고 적용하기에도 간편하다. 그러나 완성문서 날인 추정을 반복시키는 데에 성공했다고 해서 제358조 추정이 반복된 것으로 본다면, 다시 말해 백지에 날인했을지도 모른다는 의심이 든다고 해서 ‘명의인 스스로가 날인한 사실’의 증거가치를 무(無)로 돌리고 서증 제출자에게 처음부터 다시 진정성립을 증명하라고 요구하는 것은 제358조의 의미를 지나치게 약화시키는 결과를 낳을 것이다.

제1 견해와 제2 견해 중 하나를 선택하는 문제는 법률해석의 문제라기보다는 세상 이치에 대한 가치판단 문제이고, 논리칙의 문제가 아닌 경험칙의 문제이다. 그래서 대법원의 견해가 한층 더 무게를 가진다. 대법원이 문제의식을 가지고 하급심에 대해 통일된 지침을 제시하는 일이 시급하다.

34) 김홍엽, 앞의 책, 698면은 제358조 추정의 반복과 관련하여 대법원이 증명과 반증의 개념을 정확한 이해하는지 의문을 표시한다.

[참고문헌]

- 강현중, 「민사소송법」, 박영사(2018).
- 김홍규/강태원, 「민사소송법」, 삼영사(2020).
- 김홍엽, 「민사소송법」, 박영사(2021).
- 민일영 편집대표, 「주석 민사소송법 제5권」, 한국사법행정학회(2018).
- 법원행정처, 「법원실무제요 민사소송 III」, 법원행정처(2017).
- 사법연수원, 「법학전문대학원 민사재판실무」, 사법연수원 출판부(2022).
- 이시윤, 「신민사소송법」, 박영사(2021).
- 전병서, 「강의 민사소송법」, 박영사(2020).
- 전원열, 「민사소송법 강의」, 박영사(2021).
- 정동윤/유병현/김경욱, 「민사소송법」, 법문사(2020).
- 호문혁, 「민사소송법」, 법문사(2020).
-
- 김교창, “인영의 진정과 사문서의 증거력(상)”, 한국사법행정학회(1985).
- 박시환, “증거항변의 내용에 따른 사문서 진정성립의 추정과 번복”, 법학연구, 제19집 제1호, 인하대학교 법학연구소(2016. 3).
- 안병걸, “사문서의 진정성립에 대한 검토”, 비교사법, 제11권 2호, 한국비교사법학회(2004).
- 오석락, “간접반증에 관하여”, 법조(제25권 7호), 법조협회(1976).
- 오정후, “인영의 진정성립에 의하여 사문서의 진정성립이 추정되는 범위와 그 추정의 번복 방법”, 중앙법학, 제9집 제2호, 중앙법학회(2007).
- 오정후, “날인행위의 진정 추정과 입증책임”, 민사소송, 제15권 2호, 한국민사소송법학회(2011).
- 이광범, “인영의 진정성립 추정에 의한 사문서 전체의 진정성립 추정과 번복요건”, 대법원 판례해설, 28호, 법원도서관(1997. 12).
- 황형모, “사문서의 진정성립의 추정과 그 복멸”, 동아법학, 제50호, 동아대학교 법학연구소(2011).

[Abstract]

Signing a document with blank space and Presumption of authenticity

Changhee Kim*

The subject of this study is that when an allegation is made regarding a document submitted as documentary evidence in a civil lawsuit that 'the holder of the title signed the document with blank space, and the other party fill in the blank without authority', which party must prove what content to overturn the presumption under Article 358 of the Civil Procedure Act. The Supreme Court rulings show three positions that conflict with each other. The first view is that the presumption of Article 358 is broken if sufficient counter-evidence is submitted to raise suspicion that a sign was placed on a document with blank space. The second opinion is that if the other party to the document submitter proves that it was a document with blank space at the time of signing, the presumption of Article 358 is broken, and the burden of proof for 'filling in the blank with authority' shifts to the submitter of the documentary evidence. The third opinion is that in order to break the presumption of Article 358, the other party of the document submitter must prove both the fact of signing on the document with blank space and the fact of filling in the blank without authority of the incomplete document. I agree with the second opinion. This is because it is against the purpose of Article 358 for the submitter of documentary evidence to lose the evidential value of 'the fact that the holder of the title himself signed on the document' simply because there is suspicion that he may have signed the document with blank space.

Key Words: Authenticity of Private Document, Presumption under Article 358, Sign the document with a blank space, Presumption of sign on the completed document, Reversal of presumption

* Professor, Yeungnam University Law School

민법상 조건과 불확정기한의 구별기준
-대법원 2023. 9. 21. 선고 2019다246016 판결(미간행)의 검토-

이 승 현*

논문요지

이 글은 조건과 불확정기한의 판단기준이 쟁점이 된 대법원 2023. 9. 21. 선고 2019다246016 판결(미간행)(이하에서는 ‘대상 판결’이라고 한다)의 타당성 여부를 검토하기 위하여 작성되었다. 이를 위하여 이 글은 다음과 같은 순서로 연구를 진행하였다. 즉 민법상 조건과 기한의 내용과 조건과 불확정기한의 구별기준에 대한 학설 및 판례의 입장을 정리하고 분석하였다. 그리고 이를 기초로 이 사건에서 문제된 추가 합의의 문언을 불확정기한으로 판단한 대상 판결의 타당성 여부를 검토하였다. 그 결과 이 글에서는 매매나 도급과 같은 쌍무유상계약에서 대가 지급이나 본래적 채무의 이행 문제와 관련된 부관의 성질이 다투어지는 경우에는 일반적으로 쌍무유상계약의 성질에 비추어 원칙적으로 불확정기한으로 해석하여야 하는 점, 계약서의 문언에 비추어 보더라도 원고가 입회보증금 반환채무 등을 완제하지 않는 한 피고가 언제까지라도 매매잔금채무를 이행하지 않아도 된다고 보는 것이 당사자들의 의사라고 보기 어려운 점, 원고와 피고가 입회보증금 반환채무 등의 완제를 매매잔금 지급의 조건으로 삼지 않았음을 뒷받침하는 여러 정황들을 고려하더라도 입회보증금 반환채무 등의 완제를 매매잔금채무 발생의 불확정기한으로 보아야 하는 점, 형평의 관점이나 구체적 타당성이라는 측면에서 보더라도 입회보증금 반환채무 등의 완제를 매매잔금채무 발생의 불확정기한으로 보아야 하는 점 등을 근거로 대상 판결을 타당하다고 판단하였다.

대상 판결은 조건과 불확정기한의 구별기준에 대한 기존 판례의 기본 법리에 입각해서 판단한 것으로, 향후에 유사 사례에서 조건과 불확정기한의 판단기준을 제시하는 데에 참고할 가치가 있는 또 하나의 선례가 될 것이다. 그리고 비록 조건과 불확정기한의 구별 문제가 기본적으로 법률행위의 해석 문제라고 하더라도 대상 판결은 축적된 실제 사례를 바탕으로 양자의 구별기준을 유형화 내지 구체화 하는 데에도 유익한 소재가 될 것이다. 향후 조건과 불확정기한의 판단기준에 관한 깊이

* 대법원 재판연구관·법학 박사.

** 이 글에 대한 심사를 통하여 따끔한 지적과 주옥같은 가르침을 주신 익명의 심사위원님들께 고개 숙여 깊이 감사드린다. 아울러 익명의 심사위원님들의 수정요구사항을 전부 반영하여 이 글을 수정 및 보완하려고 최선을 다하였으나, 필자의 능력 부족으로 수정 요구 사항을 제대로 반영하지 못한 부분에 대해서는 익명의 심사위원님들께 널리 양해를 구하고자 한다.

있는 논의와 함께 실무의 어려움을 해결할 수 있는 구체적 타당성을 가진 판례 이론의 정립을 기대한다.

검색용 주제어: 조건, 기한, 불확정기한, 조건과 불확정기한의 구별, 법률행위의 해석 문제

· 논문접수: 2023. 12. 29. · 심사개시: 2024. 01. 11. · 게재확정: 2024. 02. 07.

I. 대상판결의 분석

1. 사실관계

(1) 甲 호텔 주식회사는 2007년경부터 2016년 12월까지 부산 ○○○구 丙동 소재 甲 호텔(이하에서는 ‘이 사건 호텔1’)이라고 한다)의 구분소유자들로부터 위탁받아 이 사건 호텔을 관리·운영하고 있었다.

(2) 2012년 9월 甲 호텔 주식회사는 사우나와 피트니스 시설이 있는 甲 호텔 주식회사의 소유의 부산 ○○○구 소재 지하 1층 ◇◇호, △△호 각 부동산(이하에서는 ‘이 사건 각 부동산’이라고 한다)을 매매를 통하여 취득하였으며, 2016년 12월 30일 甲 호텔 주식회사는 피고²⁾에게 이 사건 각 부동산을 53억 8,620만 원에 매도하기로 하는 매매계약(이하에서는 ‘이 사건 매매계약’이라고 한다)을 체결하였다. 한편 이 사건 매매계약과 관련하여 甲 호텔 주식회사와 피고는 이 사건 매매계약서³⁾ 제2조 제3항에서 “매매대금의 지급방식과 절차는 별도의 쌍방합의에 의해 진행하기로 한다”고 정하였으며, 2016년 12월경 매매대금의 지급방식과 절차에 관한 ‘이 사건 추가합의⁴⁾’

1) 이 사건 호텔은 지하 5층, 지상 21층 구조이며 객실은 543개로 되어 있었다.

2) 이 사건에서 피고(주식회사 戊)는 이 사건 각 부동산의 매수인이다.

3) 이 사건 매매계약서의 주요 내용은 다음과 같다.

“원고(이하에서는 ‘매도인’이라고 한다)와 피고(이하에서는 ‘매수인’이라고 한다)는 다음과 같이 부동산매매계약(이하에서는 ‘본 계약’이라고 한다)을 체결한다.

전문

(1) 매도인은 본 계약일 현재 별지 제1목록 기재 각 부동산(부산 ○○○구 소재 지하 1층 ◇◇호, △△호의 건축물 및 동 집합건물에 따른 토지에 대한 대지권을 말하며, 이하에서는 ‘대상 부동산’이라고 한다)을 소유하고 있다.

(4) 매수인은 본 계약이 정한 바에 따라 대상 부동산을 매수함과 아울러 별지 제2목록에 등재된 근저당권에 대한 실재무원금은 매수인의 부담으로 정리하기로 한다(하선은 가독성을 높이거나 강조할 목적으로 필자가 임의로 부가한 것이다. 이하의 하선도 같다).

이상과 같은 사정을 전제로 매도인과 매수인은 아래와 같이 합의한다.

제2조(매매대금)

(1) 대상 부동산의 총 매매대금은 건물(부대설비 및 비품 / 기구 등 일체 포함)로 인한 부가가치세를 포함하여 5,386,200,000원이며, 이 중 토지와 건물에 관한 매매대금은 아래 표의 기재와 같다.

(3) 매매대금의 지급방식과 절차는 별도의 쌍방합의에 의해 진행하기로 한다.

4) 이 사건 추가합의의 주요 내용은 다음과 같다.

를 하였다.

(3) 2017년 1월 3일 피고는 이 사건 각 부동산에 관하여 2016년 12월 30일자 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳤으며, 주식회사 戊 어반스테이는 2017년 1월부터 이 사건 호텔의 일부 구분소유자들(약 300명)로부터 위탁받아 이 사건 호텔을 관리·운영하고 있었다.⁵⁾ 그리고 2017년 7월 6일 甲 호텔 주식회사는 피고를 상대로 매매잔금을 구하는 이 사건 소를 제기하였지만, 2018년 3월 16일 甲 호텔 주식회사는 파산선고를 받았으며, 파산관재인인 원고⁶⁾가 소송을 수계하였다.⁷⁾

“甲 호텔 주식회사와 피고는 2016년 12월 체결한 부동산매매계약(이하에서는 ‘본 계약’이라고 한다)과 관련하여 다음과 같이 합의하여 이행하기로 한다.

1. 부동산 매매금액 : 5,386,200,000원

2. 매매대금의 지급방식과 절차는 다음과 같다.

1) 매수인은 본 계약 체결일 현재, 매도인이 차주로 되어 있는 수협협동조합중앙회 대출원금 2,880,000,000원을 인수하거나 상환하기로 하며, 이로써 계약금 지급에 갈음한다.

2) 매수인은 본 계약 체결일 현재, 매도인이 반환하여야 하는 임차인 보증금 50,000,000원을 승계 또는 인수하며, 이로써 중도금 지급에 갈음한다.

3) 잔금 2,585,000,000원은 지급기한을 달리하여

1차 잔금 1,000,000,000원은 2017년 6월 30일에,

2차 잔금 1,585,000,000원은 2017년 12월 31일에 지급한다.

4) 매도인이 매수인으로부터 위 3)항의 잔금을 직접 지급받고자 하는 경우 매도인은 甲 호텔 운영과 관련하여 기 발생한 객실임대료 및 회원권 보증금 반환의무의 지급을 완료하였음을 매수인에게 확인시켜야 한다.

매도인이 위 객실임대료 등의 채무를 완납하지 못한 경우, 매도인과 매수인은 상호 합의하여 매수인이 매도인의 채무를 인수하거나 대위변제하는 등 잔금지급 방식을 달리 정할 수 있으며, 이와 관련하여 매도인과 매수인의 상황에 따라 위 3)항의 잔금의 지급시기가 도래하기 이전이라도 상호 합의하여 그 지급시기와 지급방식 및 절차를 조정할 수 있기로 한다.”

5) 피고는 주식회사 戊가 피고의 자(子) 회사라고 주장하였으며, 대법원 2019. 3. 28. 선고 2018다297536 판결(미간행)(이 사건 호텔의 구분소유자들이 甲 호텔 주식회사의 관리단을 상대로 A를 관리단 대표로 선출한 이 사건 집회 결의의 무효 확인을 구한 사안에서 심리 불속행 기각 판결이 선고되었다), 대법원 2019. 4. 25. 선고 2018다295127 판결(미간행)(甲 호텔 주식회사의 관리단이 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률(이하에서는 ‘집합건물법’으로 약칭한다) 및 관리단 규약에 기한 보존행위로서 주식회사 戊 어반스테이(전(前) 운영회사인 甲 호텔 주식회사로부터 호텔영업을 양수한 회사)를 상대로 주위적으로 이 사건 건물 중 호텔 영업에 제공되고 있는 부분의 인도를, 예비적으로 위 부분에서 퇴거를 구한 사안에서 위 집회 결의 무효에 따라 관리단 대표자에게 적법한 대표권이 없음을 이유로 소 각하 취지로 파기환송되었다. 한편 환송 후 원심인 부산고등법원 2019. 7. 17. 선고 2019나52792 판결(미간행)은 대법원 2019. 4. 25. 선고 2018다295127 판결(미간행)의 환송 취지에 따라 소 각하 판결을 선고하였고, 이에 대하여 원고 甲 호텔 주식회사의 관리단이 상고하였지만, 대법원 2019. 12. 12. 선고 2019다270651 판결(미간행)은 이를 기각하였다) 등 이 사건과 관련된 판결에도 피고가 주식회사 戊 어반스테이의 지분 100%를 출자하였다고 설시되어 있다.

6) 이 사건에서 원고(甲 호텔 주식회사의 파산관재인)는 이 사건 각 부동산의 매도인이다.

7) 한편 이 사건은 다음과 같은 점에서 특이한 점이 발견된다. 즉 이 사건 호텔의 관리·운영에 필요한 사우나 및 피트니스 시설이 위치한 이 사건 각 부동산을 매수한 자는 피고인데, 이 사건 호텔의 구분소유자들로부터 이 사건 호텔의 관리·운영을 위탁받은 자는 피고의 자(子) 회사로 보이는 주식회사 戊 어반스테이였다. 또한 甲 호텔 주식회사와 피고는 이 사건 각 부동산에 관한 매매계약을 체결하였을 뿐 이 사건 호텔에 관한 영업양수도계약을 체결하지는 않았으며, 甲 호텔 주식회사와 주식회사 戊 어반스테이는 아무런 계약도 체결하지 않았다(주식회사 戊 어반스테이가 甲 호텔 주식회사와 함께 이 사건 호텔의 허가권 및 시설물 일체를 양도·양수한다는 내용의 양도양수확인서를 작성한 후 이를 첨부한 영업자지위승계서를 관할 관청에 제출하기는 하였지만, 부산지방법원 동부지원 2019. 12. 18. 선고 2017가합103961 판결(미간행) 및 항소심인 부산고등법원 2020. 12. 23. 선고

2. 원고와 피고의 주장

(1) 원고의 주장

이 사건 매매대금 중 원고가 지급받았음을 자인하는 돈을 공제한 1,736,224,036원 (5,386,200,000원 - 기지급 매매대금 436,200,000원 - 수협대출금 2,880,000,000원 - 임대차보증금 반환채무 50,000,000원 - 매출대금 정산 채권 280,853,139원 - 2016년도분 매출 부가세 대납 채권 2,922,825원)을 지급받지 못하였으므로, 피고는 원고에게 매매잔대금 1,736,224,036원과 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

(2) 피고의 주장

전술한 1,736,224,036원에서 사우나 및 피트니스 선수금 126,146,560원, 선수익금 반환채권 639,219,000원, 수익금 대위변제에 따른 구상금채권 423,447,741원이 공제 내지 상계되어야 하며, 나머지 잔액 547,410,735원은 甲 호텔 주식회사가 객실임대료 및 회원권과 관련된 입회보증금 반환의무를 이행하는 조건으로 지급하기로 하였는데도 원고 또는 甲 호텔 주식회사가 입회보증금 반환의무를 이행하지 못하였으므로, 원고의 청구에 응할 수 없다.

3. 소송의 경과

(1) 제1심 법원과 원심 법원의 판단

가. 제1심 법원⁸⁾은 원고와 피고는 원고가 객실임대료 등의 채무를 변제하지 못하는 경우에 피고가 그 채무를 인수하는 등의 방법으로 매매잔금을 정산할 것을 예정한 것으로 보이는 점, 원고와 피고 사이에 객실임대료 등의 변제나 정산이 되어 원고가 피고에게 이 사건 매매계약에 따른 매매잔금을 청구할 수 있다고 볼 증거가 부족한 점 등을 이유로 원고가 피고를 상대로 매매잔금을 청구할 수 없다고 결정한 후 원고 패소 판결을 선고하였다.⁹⁾ 이와 달리 원심 법원¹⁰⁾은 다음과 같은 이유로 피고의 매매잔금채무가 발생하였다고 판시하여 사실상 원고의 전부 승소 판결을 선고하였다.¹¹⁾

2020나50594 판결(미간행)은 이러한 사정만으로 영업양도를 인정하기에는 부족하다고 판시하였다). 그리고 甲 호텔 주식회사는 피고에게 이 사건 각 부동산에 대한 소유권을 이전하고도 매매잔금을 지급받지 못한 상태에서 파산선고를 받았다.

8) 부산지방법원 2018. 7. 18. 선고 2017가합46987 판결(미간행).

9) 부산지방법원 2018. 7. 18. 선고 2017가합46987 판결(미간행)에는 명확하게 드러나지는 않지만, 이 판결은 객실임대료 등의 채무 완납이 매매잔금 지급의 조건이라고 한 피고의 주장을 받아들인 것으로 보인다.

10) 부산고등법원 2019. 5. 30. 선고 2018나55824 판결(미간행).

11) 다만 원심 법원은 지연손해금 부분만 일부 기각하였다. 그 밖에 원심 법원은 사우나 및 피트니스 회원들에 대한 선수금 반환채무를 공제하여야 하며, 객실의 구분소유자들에 대한 수익금의 대위변제에 따른 구상금 423,447,741원(주식회사 戊 어반스테이로부터의 채권 양수금)을 상계하여야 하고, 객실 회원권 소유자들에 대한 무상제공 객실사용료와 관련된

즉 원고가 객실임대료 및 입회보증금을 변제하지 못한 경우에 잔금지급 방식이나 절차 등을 달리 정한다고 규정한 것으로 보아, 객실임대료 및 입회보증금을 변제하는 일이 발생하지 아니하는 것이 확정된 때에도 피고가 매매잔금 지급을 이행하여야 한다고 보는 것이 상당하다. 따라서 원고와 피고는 객실임대료 및 입회보증금의 변제 여부가 확정되는 것을 불확정기한으로 하여 매매 잔금의 지급시기를 정하였다고 봄이 타당하다.

나아가 원고는 파산선고를 받았고, 입회보증금 반환채권은 파산채권이 되어 개별적인 권리 행사가 금지되며, 파산절차를 통해서만 그 만족을 얻게 되므로, 원고가 입회보증금 반환의무를 이행하는 것이 불가능하게 되었다고 볼 수 있다. 결국 피고의 매매잔금 지급채무는 위 파산선고 즈음에 그 이행기가 도래하였다.

나. 또한 원심 법원이 인정한 이 사건 매매잔금 1,736,224,036원의 신청내역, 즉 원고가 이 사건 매매대금 중 지급받았음을 자인한 부분을 공제한 내역은 다음과 같다. 즉 “매매대금 5,386,200,000원 - 피고가 계약금에 갈음하여 인수 또는 상환하기로 한 원고의 대출금(근저당권 피담보채무) 2,880,000,000원 - 피고가 중도금에 갈음하여 인수한 원고의 사우나 임대보증금 반환채무 50,000,000원 - 피고가 잔금의 일부로서 지급한 금액 436,200,000원 - 피고가 주식회사 戊 어반스테이로부터 양수받은 매출대금 정산채권 280,853,139원 - 피고가 주식회사 戊 어반스테이로부터 양수받은 매출 부가가치세 대납채권 2,922,825원 = 매매잔금 1,736,224,036원”이다.

(2) 피고의 상고이유

피고의 상고이유¹²⁾는 ‘피고의 매매잔대금 채무의 발생 여부’에 대한 판단에서 조건과 불확정기한의 구별에 관한 법리 오해가 있다는 점이었다. 이에 대한 내용은 다음과 같다.

첫째, 원고가 이 사건 호텔을 운영한 기간 동안 발생한 객실임대료 및 회원권 보증금 반환채무를 변제하지 않은 경우 현재 이 사건 호텔을 운영하고 있는 주식회사 戊 어반스테이가 이를 변제하여야 할 위험성이 존재하는 점 등에 비추어 보면, 원고와 피고는 이 사건 매매계약에서 원고가 객실임대료 등의 채무를 변제하지 못하는 경우에 피고가 그 채무를 인수하는 등의 방법으로 매매잔금을 정산할 것을 예정한 것으로 보아야 한다.

둘째, 대법원은 “이미 부담하고 있는 채무의 변제에 관하여 일정한 사실이 부관으로 붙여진 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그것은 변제기를 유예한 것으로서 그 사실이 발생한 때 또는 발생하지 아니하는 것으로 확정된 때에 기한이 도래한다”라고도 판시하였지만¹³⁾, 이 사건에서의 추가합의의 내용을 보면 피고가 甲 호텔 주식회사에 대하여 ‘이미 부담하고 있는 채무’의 액수조차 확정되어 있지 않다.

셋째, 이 사건 추가합의의 내용을 잔금 지급을 위한 ‘정지조건’을 정하였다고 볼 것이지, 이를 두고 단순히 이미 확정적으로 부담하고 있는 채무에 있어서 어떠한 사

선수익금 639,219,000원(주식회사 戊 어반스테이로부터의 채권양수금)을 상계하여야 한다는 피고의 주장을 모두 배척하였다.

12) 이는 피고의 제1 상고이유로서 이 글에서 다루고자 하는 조건과 불확정기한의 구별기준에 대한 문제이다.

13) 대법원 2003. 8. 19. 선고 2003다24215 판결 참조.

실(이 사건 호텔의 운영과 관련하여 이미 발생한 객실임대료 및 회원권 보증금 반환 채무의 지급 완료)의 발생 또는 발생하지 아니하는 것으로 확정된 때에 기한이 도래하는 것으로 변제기만을 유예한 ‘불확정기한’이라고는 볼 수 없다. 그럼에도 불구하고 원심 법원은 위 문언을 불확정기한으로 보았으므로, 이러한 원심 법원의 판단에는 매매잔대금 지급의무를 인정한 조건과 불확정기한의 구별에 관한 법리 오해의 잘못이 있다.¹⁴⁾

(3) 대법원 판결¹⁵⁾

대법원은 피고의 상고를 기각하고 원심 판결을 유지하였는데, 이에 대한 내용은 다음과 같다.

우선 피고의 이 사건 매매계약 잔금채무 발생에 관한 상고이유에 대하여 대법원은 “부관이 붙은 법률행위의 경우, 부관에 표시된 사실이 발생하지 아니하면 채무를 이행하지 아니하여도 된다고 보는 것이 타당한 경우에는 조건으로 보아야 하고, 표시된 사실이 발생한 때에는 물론이고 반대로 발생하지 아니하는 것이 확정된 때에도 그 채무를 이행하여야 한다고 보는 것이 타당한 경우에는 표시된 사실의 발생 여부가 확정되는 것을 불확정기한으로 정한 것으로 보아야 한다. 그리고 이미 부담하고 있는 채무의 변제에 관하여 일정한 사실이 부관으로 붙여진 경우에는, 특별한 사정이 없는 한 그것은 변제기를 유예한 것으로서 그 사실이 발생한 때 또는 발생하지 아니하는 것으로 확정된 때에 기한이 도래한다.¹⁶⁾ 원심은 이 사건 매매계약에 따른 피고의 잔금채무 발생에 관하여 다음과 같이 판단하였다. 파산 전의 甲 호텔 주식회사(이하 ‘파산 전 회사’라 한다)는 피고와 이 사건 매매계약을 체결한 뒤 매매대금 지급방식과 절차에 관한 추가합의에서, 피고로부터 매매잔금을 지급받고자 하는 경우 호텔의 운영과 관련하여 이미 발생한 객실임대료 및 회원권보증금 반환채무 지급을 완료하고 이를 피고에게 확인시키기로 하되, 만약 위 채무 지급을 완료하지 못한 경우 상호 협의하여 피고가 위 채무를 인수하거나 대위변제하는 등으로 매매잔금 지급방식을 달리 정할 수 있다고 약정하였다. 이와 같은 약정은 파산 전 회사가 객실임대료 및 회원권보증금의 변제를 완료하는 것을 불확정기한으로 하여 이 사건 매매잔금 지급시기를 정한 것이므로 파산 전 회사가 이를 변제하지 못함이 확정된 때에도 그 이행기가 도래한다고 보아야 한다. 파산 전 회사는 이후 파산선고를 받았고 그로써 객실임대료 및 회원권보증금 변제가 불가능하게 되었으므로, 피고의 이 사건 매매잔금채무는 위 파산선고 즈음 이행기가 도래하였다”고 판시하였다.¹⁷⁾

14) 그 밖에 피고의 제2 상고이유는 ‘사우나 및 피트니스 선수금 126,146,560원의 공제 주장’을 배척한 매매계약서에 대한 해석에 관한 심리 미진 및 법리 오해가 있다는 점이었으며, 피고의 제3 상고이유는 ‘수익금의 대위변제에 따른 구상금채권 423,447,741원의 상계 주장’을 배척한 구상권 및 변제자대위를 구분하지 못한 법리 오해가 있다는 점이었고, 피고의 제4 상고이유는 ‘수익금의 대위변제에 따른 구상금채권 423,447,741원의 상계 주장’ 및 ‘선수금 반환채권 639,219,000원의 상계 주장’에 대한 판단에서 파산채권을 자동채권으로 한 상계금지에 관한 법리 오해가 있다는 점이였다.

15) 대법원 2023. 9. 21. 선고 2019다246016 판결(미간행).

16) 대법원 2003. 8. 19. 선고 2003다24215 판결; 대법원 2020. 12. 24. 선고 2019다293098 판결 등 참조.

17) 그 밖에 피고의 공제 및 상계에 관한 상고이유(제2, 3, 4 상고이유)에 대하여 대법원 2023.

II. 연 구

1. 서 언

이 사건의 쟁점은 甲 호텔 주식회사(매도인)와 피고(매수인) 사이의 이 사건 매매 계약을 체결한 이후 이루어진 이 사건 추가합의의 내용이 ‘정지조건’이 아닌 ‘불확정 기한’이므로, 그 내용의 실현 여부에 상관없이 피고의 매매잔대금 지급의무가 존재하는지 여부(즉 “이 사건 추가합의의 내용이 정지조건에 해당되는지, 그렇지 않으면 불확정기한에 해당되는지”라는 문제. 이하에서는 ‘쟁점’이라고 한다)이다. 이 글에서 검토하려고 하는 부분은 바로 쟁점에 대한 대법원 2023. 9. 21. 선고 2019다246016 판결(미간행)(이하에서는 ‘대상 판결’이라고 한다)의 타당성 여부인데, 그 이유는 다음과 같다.

이 사건의 경우, “매도인이 위 객실임대료 등의 채무를 완납하지 못한 경우, 매도인과 매수인은 상호협의하여 매수인이 매도인의 채무를 인수하거나 대위변제하는 등 잔금지급 방식을 달리 정할 수 있다”라는 이 사건 추가합의의 문언을 “객실임대료 및 입회보증금을 변제하는 일이 발생하지 아니하는 것이 확정된 때에도 피고가 매매잔금의 지급을 이행하여야 한다”는 불확정기한부 채권으로 본 원심 법원의 판단과 이를 수긍한 대상 판결이 타당한지 여부는 계약의 개별적·구체적인 해석을 통하여 결정되어야 할 문제이다. 물론 법률행위의 해석 문제라 하더라도 원심 법원과 대상 판결은 이 사건 추가합의의 문언이 당연히 부관임을 전제로 이러한 문언이 조건인지 아니면 불확정기한인지의 문제로 파악하였는데, 이러한 해석에 대해서는 다음과 같은 의문이 제기될 여지가 있다. 즉 원심 법원과 대상 판결이 ‘매도인이 위 객실임대료 등의 채무를 완납하지 못한 경우’라는 문구가 조건인지 여부로 판단한 것은 피고가 위 문언이 조건이라고 주장한 데에 따른 것이기는 하지만, 위 문구에 집착하여 이것이 조건인지 불확정기한인지를 따질 것이 아니라, 오히려 피고에게는 ‘잔금 지급 의무’가 있고, 원고에게는 ‘매도인이 위 객실임대료 등의 채무를 완납할 의무’가 있는데, 이들 의무가 과연 동시이행관계에 있는 것인지 여부를 쟁점으로 볼 여지가 있다. 또한 위 문언은 원고가 객실임대료 등의 채무를 완납하지 못한 경우에 피고는 잔금을 지급하지 않겠다는 불안의 항변권을 규정한 것으로 해석할 여지도 있다. 다시 말하면 이 사건 추가합의의 문구는 ‘부관’이 아니라 매도인의 주된 급부의무를 정한 것으로 볼 여지가 있다.¹⁸⁾

나아가 청구원인인 매매잔금채권의 존재 여부에 관한 구체적 타당성 측면에서 볼

9. 21. 선고 2019다246016 판결(미간행)은 “원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심판결의 이유 설시 중 일부 적절하지 아니한 부분이 있기는 하나 피고의 공제 및 상계 주장을 받아들이지 않은 결론은 정당하다. 원심판결에 상고이유 주장과 같이 필요한 심리를 다하지 아니한 채 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 매매계약의 해석, 구상권과 변제자대위의 구분 또는 파산채권을 자동채권으로 한 상계의 금지 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다”고 판시하였다.

18) 이에 따라 제1심 법원은 이 사건 추가합의에 기재된 위 문언이 조건인지 여부를 명시하지 않은 채 이 사건 추가합의를 “매매계약에서 원고가 객실임대료 등의 채무를 변제하지 못하는 경우 피고가 그 채무를 인수하는 등의 방법으로 매매잔금을 정산할 것을 예정한 것”으로 해석한 것으로 보인다.

때에도 원심 법원 및 대상 판결의 해석보다 제1심 법원의 해석이 다음과 같은 이유로 더욱더 설득력이 있다고 볼 여지도 있다. 즉 원고가 甲 호텔 주식회사가 운영한 기간 중 발생한 객실임대료 및 회원권 보증금 반환채무를 변제하지 않을 경우에 현재 이 사건 호텔을 운영하고 있는 피고가 이를 변제해야 될 위험이 존재하는 상황이었다. 그럼에도 원고는 이 사건 추가합의에서 정한 자신의 의무는 이행하지 않은 채 피고에게 잔금 지급을 요구하였는데, 피고는 甲 호텔 주식회사가 위와 같은 다액의 채무를 부담하고 있는 상황에서 객실임대료 및 임회보증금 등을 변제하지 못한 위험을 감수하면서까지 잔금을 지급하고 이 사건 각 부동산을 매수할 것을 의욕하였다고 보기 어려운 측면이 있다.¹⁹⁾

따라서 이 글에서는 전술한 문제의식에 따라 쟁점에 대한 대상 판결의 타당성 여부를 검토하는 것을 목적으로 연구를 진행한다.²⁰⁾ 이를 위하여 이 글에서는 다음과 같은 순서로 연구를 진행하고자 한다. 즉 민법상 조건과 기한의 내용과 조건과 불확정기한의 구별기준에 대한 우리나라의 학설 및 판례의 입장을 정리하고 분석한다. 이와 함께 우리민법의 제정 내지 개정에서 적지 않은 영향을 준 일본, 독일, 프랑스의 입법례를 살펴본다. 그리고 이를 기초로 쟁점에 대한 대상 판결의 타당성 여부를 검토한다.

2. 조건과 불확정기한의 구별기준

(1) 조건과 불확정기한의 구별에 대한 일반론

가. 법률행위의 부관으로서의 조건과 기한

법률행위의 부관(附款)이란 당사자가 법률행위의 효력을 제한하기 위하여 법률행위와 동시에 그 내용의 일부로 부가시킨 개별조항(약관)을 말하며²¹⁾, 여기에는 조건과 기한 등이 포함된다.²²⁾ 다만 이러한 조건과 기한은 효과의사의 내용을 이루며 그

19) 특히 피고는 파산채무자에 대하여 자신이 양수한 채권의 상계가 금지되는 상황에서 무조건적인 매매잔대금지급의무만 부담한다고 보는 것은 형평의 원칙에도 반할 우려가 있다.

20) 즉 전술한 문제의식에 따르면 쟁점은 비록 법률행위에 대한 해석에 관한 문제이기는 하지만, 매매잔대금 지급 채무의 존재 여부에 관한 제1심 법원과 원심 법원 및 대상 판결의 결론이 다르며, 대상 판결 역시 쟁점에 대한 판단에 집중되어 있으므로, 그 타당성 여부를 검토할 필요가 있다.

21) 송덕수, 「민법총칙」, 제7판, 박영사, 2024, 463면에 의하면 법률행위의 부관은 사적 자치적인 결정으로, 이는 법률행위 당시에 당사자 쌍방(원칙적인 경우) 또는 일방의 의사에 의하여 법률행위의 내용으로 덧붙여진다고 한다.

22) 김준호, 「민법총칙-이론·사례·판례-」, 제18판, 법문사, 2024, 326-327면; 김형석·오영준 편집 / 양창수 편집대표, 「민법주해 IV, 총칙(4) [제137조~제184조]」, 제2판, 박영사, 2022, 112면[박인환 집필부분]; 손지열·김황식·양창수 편집 / 곽윤직 편집대표, 「민법주해, 제3권, 총칙 (3) 제114조~제184조」, 박영사, 2012, 315-316면[민형기 집필부분]; 이균용, “부관이 붙은 법률행위에 있어서 부관이 정지조건인지 불확정기한인지를 판단하는 기준(2003. 8. 19. 선고 2003다24215 판결 : 공2003하, 1870)”, 「대법원판례해설」, 제47호(2003 하반기), 법원도서관, 2004, 222면; 지원림, 「민법강의」, 제21판, 홍문사, 2024, 62면 등. 학설 중에는 부관을 넓은 의미의 부관과 좁은 의미의 부관으로 나눈 후, 넓은 의미의 부관이란 이자약관, 담보약관, 환대약관, 면책약관과 같이 ‘법률행위의 효력에 관하여 당해 법률행위의 내용으로 부가된 약관’을 의미하며, 좁은 의미의 부관이란 조건이나 기한과 같

효력의 발생 또는 소멸을 제약하는 것이므로, 구체적인 경우에 어떠한 사실이 조건이나 기한으로 붙어 있는지 또한 그 효력은 어떠한지는 법률행위 해석의 문제이다.²³⁾ 그리고 해당 부관이 조건에 해당되는지 불확정기한에 해당되는지를 판단할 때에는 당사자의 의도와 법률행위 당시의 제반 사정을 고려한 법률행위의 합리적 해석에 의하여 확정되어야 한다.²⁴⁾

법률행위의 부관 중 조건이란 법률행위의 효력의 발생 또는 소멸을 장래의 불확실한 사실²⁵⁾의 성립 여부에 의존케 하는 법률행위의 부관을 의미한다.²⁶⁾ 이러한 조건은 세부적으로 조건의 성취에 의하여 법률행위의 효력이 발생하는 정지조건(민법 제147조 제1항)과 그 조건의 성취에 의하여 법률행위의 효력이 소멸하는 해제조건으로 나누어진다(민법 제147조 제2항). 그리고 일반적으로 조건은 발생이 불확실한 장래의 사실에 관한 것이어야 하며, 시기는 불분명하지만 장래에 언젠가는 발생하는 것이 확실한 사실은 조건이 아니고 기한의 일종으로 해석된다.²⁷⁾

한편 법률행위의 부관 중 기한이란 법률행위의 효력의 발생이나 소멸 또는 채무의 이행을 장래에 발생할 것이 확실한 사실에 의존케 하는 법률행위의 부관을 의미한다.²⁸⁾ 이러한 기한은 세부적으로 당사자의 의사(기한의사)에 따라 법률행위 효력의 발생 또는 채무이행의 시기를 장래의 확정적 사실에 의존케 하는 시기(始期)와 그

이 ‘효과의사의 내용으로서 부가된 약관’이라고 해석하는 견해가 있지만(한승·손철우 편집 / 김용덕 편집대표, 「주석민법 [총칙3] §114~§184」, 제5판, 한국사법행정학회, 2019, 563면 이하[남성민 집필부분]; 박윤직·김재형, 「민법총칙 [민법강의 I]」, 제9판, 박영사, 2013, 398면 이하; 송덕수, 앞의 책, 463면 이하 등), 이에 대해서는 넓은 의미의 부관과 좁은 의미의 부관으로 부관의 의미를 구분하는 것은 실제의 관행과도 거리가 멀 뿐만 아니라 ‘넓은 의미의 부관’이나 ‘좁은 의미의 부관’이나 어느 것도 법률행위를 구성한다고 해석하는 점에서 양자를 이론적으로 구별할 수도 없다는 비판도 제기된다(이영준, 「민법총칙」, 개정정보판, 박영사, 2007, 741-742면).

23) 김형석·오영준 편집 / 양창수 편집대표, 앞의 책, 123면[박인환 집필부분]; 손지열·김황식·양창수 편집 / 박윤직 편집대표, 앞의 책, 316면[민형기 집필부분]; 이균용, 앞의 논문, 222-223면; 한승·손철우 편집 / 김용덕 편집대표, 앞의 책, 595면 및 692면[남성민 집필부분]; 박윤직·김재형, 앞의 책, 399면; 김준호, 앞의 책, 337면; 송덕수, 앞의 책, 465면 및 480면.

24) 김형석·오영준 편집 / 양창수 편집대표, 앞의 책, 123면[박인환 집필부분]; 박윤직·김재형, 앞의 책, 400면; 김중환·김학동, 「민법총칙」, 제10판, 박영사, 2013, 618면 등.

25) 불확실한 사실은 그 원인이 자연현상에서 비롯된 사실이든 사회현상으로서의 사실이든 특정한 사람의 의사에 의하여 영향을 받는 인위적 사실이든 상관없다(김형석·오영준 편집 / 양창수 편집대표, 앞의 책, 123면[박인환 집필부분] 참조).

26) 지원림, 앞의 책, 62면; 김준호, 앞의 책, 328면; 박윤직·김재형, 앞의 책, 399면; 한승·손철우 편집 / 김용덕 편집대표, 앞의 책, 595면[남성민 집필부분]; 김형석·오영준 편집 / 양창수 편집대표, 앞의 책, 114면[박인환 집필부분]; 손지열·김황식·양창수 편집 / 박윤직 편집대표, 앞의 책, 316면[민형기 집필부분]; 이균용, 앞의 논문, 223면; 송덕수, 앞의 책, 464면; 대법원 2003. 5. 13. 선고 2003다10797 판결 등.

27) 박윤직·김재형, 앞의 책, 2013, 400면; 김형석·오영준 편집 / 양창수 편집대표, 앞의 책, 122면[박인환 집필부분]; 손지열·김황식·양창수 편집 / 박윤직 편집대표, 앞의 책, 321면[민형기 집필부분]; 이균용, 앞의 논문, 223면; 한승·손철우 편집 / 김용덕 편집대표, 앞의 책, 595면[남성민 집필부분]; 송덕수, 앞의 책, 465면; 대법원 2018. 6. 28. 선고 2018다201702 판결 등.

28) 박윤직·김재형, 앞의 책, 407면; 김준호, 앞의 책, 336면; 김형석·오영준 편집 / 양창수 편집대표, 앞의 책, 155면[박인환 집필부분]; 손지열·김황식·양창수 편집 / 박윤직 편집대표, 앞의 책, 316면[민형기 집필부분]; 이균용, 앞의 논문, 223면; 한승·손철우 편집 / 김용덕 편집대표, 앞의 책, 600면[남성민 집필부분]; 송덕수, 앞의 책, 478면; 지원림, 앞의 책, 66면 등.

도래로 인하여 법률행위의 효력을 소멸시키는 종기(終期)로 나누어진다.²⁹⁾ 또한 기한 사실의 측면에 따른 분류로 확정기한과 불확정기한이 있는데, 이 중 확정기한이란 도래 시기가 확정되어 있는 기한을 의미하며, 불확정기한이란 도래는 확실하지만 그 도래 시기가 확정되지 아니한 기한을 의미한다.³⁰⁾ 따라서 도래 자체가 불투명하거나 불확실한 경우에는 불확정기한이라고 볼 수 없다.³¹⁾

나. 조건과 불확정기한의 구별기준

1) 국내의 논의

일반적 학설 및 판례에 의하면 불확정기한은 기한 사실의 도래 시기가 확정되지 않은 점에서 조건과 비슷한 측면이 있지만, 반드시 도래한다는 점에서 조건과 구별된다.³²⁾ 예컨대 “앞으로 처음으로 비가 올 때 물품 대금을 지급한다”는 약정은 비가 오는 시기가 명확하지 않지만 장래에 비가 오는 것은 확실하기 때문에 불확정기한부 약정에 해당된다.

그러나 실제로는 불확정기한과 조건을 구별하기 어려운 경우가 적지 않다. 예컨대 출세하면 지급한다는 약속, 상경하였을 때 지급한다는 약속, 채무자의 혼인 또는 분가시에 지급하기로 하는 채무 등과 같은 경우에는 구체적 사안에 따라 이러한 약속이나 채무가 불확정기한인지 조건인지 구별하기 어려울 때가 있다.³³⁾ 이러한 경우에 조건과 불확정기한의 구별기준을 어떻게 보아야 하는지가 문제되는데, 이에 대하여 일반적 학설과 판례는 당사자가 어떤 불확정한 장래의 사실이 도래할 때까지 이미 존재하고 있는 채무의 이행을 유예하기로 약정하고 그 사실의 불도래가 확정되더라도 그 채무를 이행한다는 의사를 가진 것으로 인정할 수 있을 때에는 조건이 아니고 불확정기한으로 보아야 한다고 해석한다.³⁴⁾ 이는 결국 법률행위의 해석을 통하여 당

29) 김형식·오영준 편집 / 양창수 편집대표, 앞의 책, 157면[박인환 집필부분]; 손지열·김황식·양창수 편집 / 박윤직 편집대표, 앞의 책, 335면[민형기 집필부분]; 한승·손철우 편집 / 김용덕 편집대표, 앞의 책, 601면 이하[남성민 집필부분]; 박윤직·김재형, 앞의 책, 407면; 김준호, 앞의 책, 336면; 송덕수, 앞의 책, 479면 등.

30) 김형식·오영준 편집 / 양창수 편집대표, 앞의 책, 156면[박인환 집필부분]; 손지열·김황식·양창수 편집 / 박윤직 편집대표, 앞의 책, 336면[민형기 집필부분]; 이균용, 앞의 논문, 223면; 한승·손철우 편집 / 김용덕 편집대표, 앞의 책, 602-603면 및 690면 이하[남성민 집필부분]; 박윤직·김재형, 앞의 책, 407-408면; 김준호, 앞의 책, 336면; 송덕수, 앞의 책, 479면 등.

31) 손지열·김황식·양창수 편집 / 박윤직 편집대표, 앞의 책, 336면[민형기 집필부분]; 김형식·오영준 편집 / 양창수 편집대표, 앞의 책, 156면[박인환 집필부분].

32) 김준호, 앞의 책, 336면; 지원림, 앞의 책, 67면; 박윤직·김재형, 앞의 책, 407면; 손지열·김황식·양창수 편집 / 박윤직 편집대표, 앞의 책, 336면[민형기 집필부분]; 김형식·오영준 편집 / 양창수 편집대표, 앞의 책, 156면[박인환 집필부분]; 한승·손철우 편집 / 김용덕 편집대표, 앞의 책, 691면[남성민 집필부분]; 대법원 1974. 5. 14. 선고 73다631 판결; 대법원 2008. 4. 24. 선고 2007다60479(본소), 60486(반소) 판결(미간행); 대법원 2020. 2. 13. 선고 2016다12595 판결(미간행); 대법원 2020. 12. 24. 선고 2019다293098 판결 등.

33) 김준호, 앞의 책, 336면; 손지열·김황식·양창수 편집 / 박윤직 편집대표, 앞의 책, 336면[민형기 집필부분]; 김형식·오영준 편집 / 양창수 편집대표, 앞의 책, 122면[박인환 집필부분]; 한승·손철우 편집 / 김용덕 편집대표, 앞의 책, 692면[남성민 집필부분]; 박윤직·김재형, 앞의 책, 408면.

34) 송덕수, 앞의 책, 480면; 김준호, 앞의 책, 337면; 지원림, 앞의 책, 67면; 박윤직·김재형,

사자에게 장래에 반드시 지급할 의사가 있는지 여부에 따라 판단하여야 함을 의미하며, 당사자에게 장래에 반드시 지급할 의사가 있다면 불확정기한으로 보게 되고, 그러한 의사가 없다면 조건으로 보게 된다.

2) 주요국의 입법례³⁵⁾

(가) 일본

일본의 경우, 조건도 기한도 모두 장래에 실현되는 사실·사건을 의미하며, 양자의 구별에 대해서 일본의 통설은 장래에 실현되는 것이 불확정적인 사실을 조건으로 보고, 확정적으로 도래하는 사실을 기한으로 해석한다.³⁶⁾

앞의 책, 408면; 손지열·김황식·양창수 편집 / 박윤직 편집대표, 앞의 책, 336-337면[민형기 집필부분]; 김형석·오영준 편집 / 양창수 편집대표, 앞의 책, 123면[박인환 집필부분]; 한승·손철우 편집 / 김용덕 편집대표, 앞의 책, 692면[남성민 집필부분]; 대법원 2009. 11. 12. 선고 2009다42635 판결 등. 또한 지원립, 앞의 책, 67면에 의하면 부관에 표시된 사실이 발생하지 않으면 부관의 효력이 발생하지 않는다고 보는 것이 상당하다면 조건인 반면, 표시된 사실이 발생한 때는 물론이고 발생하지 않는 것으로 확정되더라도 부관의 효력이 발생하는 것으로 보는 것이 상당하다면 표시된 사실의 발생 여부가 확정되는 것을 불확정기한으로 정한 것으로 보아야 한다고 한다.

- 35) 참고로 이하에서 소개하는 일본, 독일, 프랑스 이외에 영미법의 경우에는 조건과 불확정기한의 구별과 관련된 것으로 영미법상 pay-when 및 pay-if 조항이 있다. 우리민법상 정지조건은 영미법상으로 pay-if 조항에, 불확정기한은 영미법상으로 pay-when 조항에 해당된다. 영미법상 이 법리는 주로 하도급계약관계를 중심으로 발전되어 왔다. pay-if 조항은 원사업자가 수급사업자에게 지급할 의무에 정지조건을 붙인 것이며, pay-when 조항에서는 원사업자가 기성금을 발주자에게 수급한 후 적절한 기간(a reasonable amount of time) 내에 하도급대금을 지급하여야 한다. 또한 pay-when 조항은 그것이 지급시기 문제임을 문언상 분명하게 알 수 있는 반면, pay-if 조항은 그 자체에서 지급 여부가 달라질 수 있는 점이 문언상 분명하다고 볼 수 있다. 우리나라에서는 이를 근거로 영미법에서는 불확정기한과 정지조건의 구별이 비교적 분명하다고 평가하는 견해가 있다(이재형·허서윤·김제완, 「금전채권에 관한 불확정기한과 정지조건의 구별기준-영미법상 pay-when 조항과 pay-if 조항의 시사점-(대상판결 : 대법원 2003. 8. 19. 선고 2003다24215 판결)」, 「연세법학」, 제37호, 연세법학회, 2021, 326면 이하 참조). 그 밖에 영미법상 pay-when 및 pay-if 조항에 관한 법리의 자세한 소개는 이재형·허서윤·김제완, 위의 논문, 324면 이하 참조.

- 36) 大村敦志, 「新基本民法 1 總則編」, 第2版, 有斐閣, 令和元年(2019年), 136頁; 遠藤浩・水本浩・北川善太郎・伊藤滋夫 編, 「民法注解 財産法, 第1卷, 民法總則」, 青林書院, 平成元年(1989年), 610-611頁[牧野利秋 집필부분]; 能見善久・加藤新太郎 編集, 「論点体系 判例民法 1 總則」, 第3版, 第一法規, 平成31年(2019年), 418頁 및 436頁[下村正明 집필부분]; 我妻榮・有泉亨・清水誠・田山輝明, 「我妻・有泉 コメントール民法 總則・物權・債權」, 第8版, 日本評論社, 令和4年(2022年), 273頁; 石田穰, 「民法總則 民法大系(1)」, 信山社, 平成26年(2014年), 943-944頁 및 964頁; 瀧井朋子・孕石孟則・安永正昭 編集 / 林良平 編集代表, 「民法總則 注解判例民法 1a」, 青林書院, 平成6年(1994年), 542頁[大島和夫 집필부분]; 於保不二雄 編集 / 中川善之助・柚木馨・谷口知平・於保不二雄・川島武宜・林良平・加藤一郎 編集代表, 「注釋民法 (4), 總則(4) 法律行為 II §§99~137」, 有斐閣, 昭和42年(1967年), 299頁 및 312頁[金山正信 집필부분]; 於保不二雄・奥田昌道 編集 / 中川善之助・柚木馨・谷口知平・於保不二雄・川島武宜・林良平・加藤一郎 編集代表, 「新版 注釋民法 (4), 總則(4) 法律行為 (2) §§99~137」, 有斐閣, 平成27年(2015年), 558頁 이하 및 575頁 이하[金山正信・直樹 집필부분] 등. 참고로 於保不二雄・奥田昌道 編集 / 中川善之助・柚木馨・谷口知平・於保不二雄・川島武宜・林良平・加藤一郎 編集代表, 上掲書, 799-800頁[金山正信・直樹 집필부분]은 애초에 발생할지 여부가 불확실한 사실은 기한사실로서의 적격성이 없는데, 기한이라는 부관의 성질상 도래할 것이 확정되어 있는 사실이 기한사실

그러나 일본의 판례는 장래에 실현되는 것이 확정적인지 여부에 따라서 조건과 불확정기한을 구별하지 않는다. 예컨대 1899년 2월 9일 대심원 판결³⁷⁾은 어떤 불확정적인 사실의 발생을 의무이행의 시기로 한 때에는 기한을 정한 것이 아니라 단순히 조건을 붙인 것이라는 법리는 없다고 판시하였다. 또한 재판소는 장래의 불확정적인 사실이라 하더라도 변제거나 이행기에 관한 합의라면 모두 불확정기한으로 해석하며, 장래의 변제 책임에 대한 합의에 불과한 경우에는 조건으로 해석하여 불확정기한과 구별한다. 따라서 자주 문제되는 출세지급특약이 붙은 금전소비대차는 불확정기한으로 해석된다. 즉 재판소는 소비대차의 변제기를 차주가 입신(立身)하는 때로 하는 것은 불확정기한을 붙인 것으로 해석하며³⁸⁾, 이미 발생한 채무의 이행기를 채무자가 출세할 때로 하는 것도 불확정기한을 붙인 것으로 해석한다.³⁹⁾ 이와 관련하여 국내 문헌 중에는 일본의 판례가 “출세하면 지급하겠다”라는 출세지급 특약이 붙은 금전대차를 불확정기한으로 해석한 경우가 많다고 분석한 견해⁴⁰⁾가 있다. 이

로서 적합하지 않기 때문이며, 그것이 조건과 기한의 구별기준이라고 한다. 그리하여 예컨대 “출세한 때에 지급한다”는 부관이 붙은 경우에 이를 불확정기한이라고 평가하기 위해서는 부관사실을 반드시 도래하는 형태로 다시금 파악할 필요가 있다고 한다. 따라서 필연적으로 기한사실은 ‘출세한 때 또는 출세하지 못한 것이 확실한 때’이어야 하는 반면에, “출세한 때에 지급한다”라는 부관을 조건이라고 평가하기 위해서는 실현될지 여부가 불확실한 ‘출세’만을 추출하여 부관사실로 파악하여야 한다고 한다. 그리고 여기에서 조건은 발생할지 여부가 불확실한 사실을 부관사실로 하는 반면에, 불확정기한은 발생하는 것 자체는 확실한 사실을 부관사실로 하는 점에서 양자의 차이가 나타난다고 한다.

37) 大判明治32年2月9日民錄5輯24頁.

38) 大判明治43年10月31日民錄16輯739頁.

39) 大判大正4年3月24日民錄21輯439頁. 그 밖에 판례에 나타난 기한의 예는 다음과 같다. 즉 大判大正4年2月19日民錄21輯163頁은 채무자가 결혼하거나 분가할 때를 채무이행의 시기(時期)로 하는 것은 채무의 이행에 대해서 불확정기한을 정한 것이라고 판시하였으며, 大判大正4年12月1日民錄21輯1935頁은 가옥을 매각한 후에 지급한다고 하는 경우에 그 사실의 발생이 불능이 된 때에는 기한이 없는 채무가 되는 것이 아니라 그 때에 기한이 도래한 것으로 보아야 한다고 판시하였다. 또한 大判大正10年5月23日民錄27輯957頁은 산림의 특매권을 취득한 때에는 2개월 이내에 변제할 것을 약속한 채무는 채무의 이행에 대해서 불확정기한을 정한 것이라고 판시하였으며, 東京地判昭和30年12月7日下民集6卷12号2569頁은 A와 B 사이에 B 소유 토지에 대해서 대물변제의 예약을 하였는데, 그때 해당 토지상에 있는 B의 건물에 대해서 B가 제기한 건물명도청구소송에서 승소하면 B는 그 건물을 수거한다고 약속한 경우는 건물수거에 대해서 소송종료라는 불확정기한을 붙인 것이라고 판시하였고, 札幌高判昭和52年(1977年)4月27日下民集28卷1-4号456頁은 다른 곳으로부터 금원의 지급을 받으면 금원을 지급한다는 내용의 약정은 다른 곳으로부터 지급을 받을 수 없는 것이 사실상 확정된 경우에도 지급 자체는 이행되어야 한다는 취지가 포함되어 있다고 해석되는 경우에는 지급유예를 위한 불확정기한이라고 해석함이 상당하다고 판시하였다. 다만 판례 중에는 제빙기의 대금 지급에서 24시간 이내에 5톤의 제빙이 가능하면 대금을 지급한다는 것으로, 그 기계에는 도저히 그러한 능력이 없었던 사안에서 대금지급시기의 합의라 하더라도 그 시기가 도래할 리가 없는 때에 그 계약은 채무의 이행에 기한을 붙인 것이 아니라 조건을 붙인 것으로 판시한 경우가 있는데(大判大正4年10月23日民錄21輯1752頁), 이는 판례의 흐름에서 벗어나서 선례가 되지는 않는다(瀧井朋子・孕石孟則・安永正昭 編集 / 林良平 編集代表, 前掲書, 543頁[大島和夫 집필부분] 참조). 한편 이행시기에 관한 합의가 아니라 단순히 장래의 변제 책임에 대한 합의에 불과함을 이유로 조건을 인정한 판례로 大判昭和16年9月26日新聞4743号15頁을 들 수 있다. 이 판결은 상속재산이 전혀 없고 현재 무자력인 상속인이 한정승인을 하여 상속채권자에 대하여 후일 자력이 생기면 변제할 것이라고 약속한 경우에는 변제기를 약속한 것이 아니라 변제책임을 부담하여야 한다고 합의한 데에 불과하므로, 정지조건부 계약이라고 판시하였다. 다만 이 판결은 “그 조건 성취에 이르기까지 한정승인에 관한 위 채무는 자연채무나 다름없다”고 실시한 점에서 문제를 남기고 있다(瀧井朋子・孕石孟則・安永正昭 編集 / 林良平 編集代表, 前掲書, 543頁[大島和夫 집필부분] 참조).

견해는 그 이유로 만약 이를 조건으로 해석하면 출세라는 조건이 성취되지 않는 한 변제하지 않아도 되지만, 일반적으로 당사자의 의도는 그렇지 않으며 ① 객관적으로 볼 때 그 채무를 지급할 수 있게 되거나, 아니면 ② 그 사실이 실현될 가능성이 없게 된 때에 변제기일이 도래한다고 해석하여야 하기 때문이라고 한다.⁴¹⁾

한편 2010년 10월 14일 최고재판소 판결⁴²⁾은 수급인으로부터 순차로 하수급인에게 하수급이 이루어진 경우에 최종 하수급인 X와 X에 대한 도급인(최종 하수급인 이전의 하수급인) Y 사이에 체결된 특약(Y가 (Y 이전의 하수급인으로부터 공사대금의) 지급을 받은 후에 X에게 지급한다는 내용의 특약)에 대하여 정지조건이 아니라 불확정기한이라고 판시하였다.⁴³⁾

(나) 독일

독일의 경우, 우리나라와 거의 동일하게 조건(Bedingung, conditio)은 법률행위의 효과가 장래의 불확정한 사실 여부에 의존하게 하는 법률행위의 부관(Nebenbestimmung)으로 정의되며⁴⁴⁾, 기한(Befristung, Zeitbestimmung)은 법률행위의 효력의 발생·소멸을 장래에 발생 여부가 확실한 사실, 즉 장래의 특정시점에 종속시키는 부관(Nebenbestimmung)으로 정의된다.⁴⁵⁾

조건은 그 후의 사실에 관한 법률효과를 정리할 가능성을 여는 것으로, 독일민법(이하에서는 'BGB'라고 한다) 제158조(정지조건 및 해제조건)⁴⁶⁾ 이하에 규정된 조건이라는 개념은 일상생활에 따른 용법보다 좁은 의미로 사용된다. 법률행위의 경우에만, 특히 채권계약과 물권계약의 경우에만 조건이 인정된다.⁴⁷⁾

또한 기한부 법률행위(Befristete Rechtsgeschäfte)의 경우에 효력의 발생 또는 소멸은 예컨대 1월에 체결된 사용대차계약이 7월 1일부터 효력이 발생하는 경우나 수증자가 성인이 된 때에 증여를 한다는 약속이 이루어진 경우와 같이 일정한 기한과 결부된다.⁴⁸⁾ 여기에서는 법률효과의 발생 또는 소멸에 관해서 조건과 차이는 없다. 시기(始期)(Anfangstermin) 또는 종기(終期)(Endtermin)란 장래의 확실한 사실을 의미한다. 그러나 BGB 제163조⁴⁹⁾에 의하면 조건부 법률행위에 관한 여러 규정이 준용

40) 이균용, 앞의 논문, 225면.

41) 이균용, 앞의 논문, 225면.

42) 最判平成22年10月14日判時2097号34頁.

43) 大村敦志, 前掲書, 137頁은 最判平成22年10月14日判時2097号34頁의 이 사건 특약에 대한 해석은 유상계약인 도급에서 대금의 지급이 이루어지지 않는 경우는 보통은 생각할 수 없는 점을 근거로 한 것이라고 분석한다. 물론 도급계약이 아니라면 상황은 달라지지만, 수급인은 일을 하지만 경우에 따라서 대금은 지급받지 못한다는 내용의 계약은 공사양속 위반이 될 가능성이 높다고 한다(大村敦志, 前掲書, 137頁).

44) Leipold, Dieter, BGB I Einführung und Allgemeiner Teil Ein Lehrbuch mit Fällen und Kontrollfragen, 11.Aufl., Mohr Siebeck, 2022, §29 Rn. 1, S.455.

45) Leipold, a.a.O., §29 Rn. 21, S.461.

46) **BGB 제158조[정지조건 및 해제조건]**

① 법률행위가 정지조건부로 이루어진 때에 조건에 걸려 있는 효력은 조건의 성취와 함께 발생한다.

② 법률행위가 해제조건부로 이루어진 때에 조건의 성취와 함께 법률행위의 효력은 소멸한다; 이 시점부터 종전의 법상태가 다시 발생한다.

47) Leipold, a.a.O., §29 Rn. 1, S.455.

48) Leipold, a.a.O., §29 Rn. 21, S.461.

된다.⁵⁰⁾ 조건을 붙일 수 없는 법률행위에는 일반적으로 기한도 붙일 수 없다.⁵¹⁾

그리고 기한과 관련하여 법률행위의 효력 발생에 관한 시기(始期)(Anfangstermin)에 관한 청구권(Aufschiebend befristete Forderung)과 이미 법률행위의 효력이 발생하였지만 이행기가 도래하지 않은 청구권(Betagte Forderung)을 구별하여 해석하는 견해가 유력하다. 전자의 청구권의 경우에 청구권은 아직 발생하지 않았지만, 후자의 청구권의 경우에 청구권은 발생하였으나 이행기는 아직 도래하지 않았다고 해석된다. 그리고 전자의 청구권의 경우에 청구권이 발생하기 전에 이루어진 이행은 부당이득에 기한 반환청구의 대상이 되지만, 후자의 청구권의 경우에 이행기가 도래하기 전에 이행해도 상관없으며, 부당이득에 기한 반환청구의 대상이 되지 않는다고 해석된다(BGB 제271조⁵²⁾, 제813조 제2항⁵³⁾).⁵⁴⁾

한편 조건과 기한의 구별과 관련하여 예컨대 A가 B에게 머나먼 장래에 도래할지도 모르는 B의 100세 생일에 선물을 주겠다고 약속하였지만, A도 B도 B가 이 날에 생존하고 있을 것이라는 점에 대해서 매우 불확실하다고 생각하고 있는 경우에는 조건으로 해석되지만, B의 100세 생일이 도래하기 수일 전에 A의 B에 대한 선물 약속이 이루어졌고 A도 B도 B가 이 날에 생존하고 있을 것이 확실하다고 생각하고 있는 경우에는 기한으로 해석된다. 다만 독일의 경우, BGB 제163조⁵⁵⁾에 따라 조건에

49) BGB 제163조[기한]

법률행위를 할 때에 법률행위의 효력발생에 대하여 시기(始期) 또는 종기(終期)를 정할 때에 전자의 경우에는 제158조, 제160조, 제161조 중 정지조건에 관한 규정이, 후자의 경우에는 제158조, 제160조, 제161조 중 해제조건에 관한 규정이 각각 준용된다.

50) Köhler, Helmut, BGB Allgemeiner Teil, 46.Aufl., C.H.BecK, 2022, §14 Rn. 23, S.228.

51) Leipold, a.a.O., §29 Rn. 21, S.461f.

52) BGB 제271조[급부시기]

① 급부의 시기가 정해지지 않고 제반 사정을 통해서도 이를 추단할 수 없는 경우에 채권자는 즉시 급부를 청구할 수 있으며, 채무자는 즉시 급부를 이행할 수 있다.

② 급부의 시기가 정해진 경우에 의심스러운 때에 채권자는 그 시기 전에 급부를 청구할 수 없지만, 채무자는 미리 급부를 이행할 수 있다.

53) BGB 제813조[항변권의 존재와 변제]

① 채무이행의 목적으로 급부된 것은 청구권에 대하여 그 행사를 영구적으로 배제하는 항변사유가 존재하는 경우에도 그 반환을 청구할 수 있다. 제214조 제2항은 영향을 받지 않는다.

② 기한부 채무를 기한 전에 변제한 때에는 반환청구를 할 수 없다; 중간이자는 그 상환을 청구할 수 없다.

54) Medicus, Dieter / Petersen, Jens, Allgemeiner Teil des BGB, 11.Aufl., C.F.Müller, 2016, Rn. 845, S.366; Köhler, a.a.O., §14 Rn. 23, S.228; Larenz, Karl / Wolf, Manfred / Neuner, Jörg, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13.Aufl., C.H.Beck, 2023, §52 Rn. 51ff., S.677f.; Leipold, a.a.O., §29 Rn. 22, S.462.

55) BGB 제160조[조건성취 전의 책임]

① 정지조건부로 권리를 갖는 자는 상대방이 조건에 걸려 있는 권리를 조건이 성취되지 않은 기간 동안 그의 과책으로 인하여 소멸시키거나 침해한 경우에는 조건이 성취되면 상대방에게 손해배상을 청구할 수 있다.

② 해제조건부로 이루어진 법률행위의 경우에 종전 법상태의 재발생에 의하여 유리하게 되는 자도 제1항에 규정된 요건 하에서 동일한 청구권을 갖는다.

BGB 제161조[중간처분의 효력 불발생]

① 어떤 자가 정지조건부로 목적물을 처분한 경우에 조건이 성취되면, 그가 조건 성취 전에 목적물에 대하여 한 모든 다른 처분은 그것이 조건 성취로 발생할 효력을 좌절시키거나 침해하는 한도에서 효력이 없다. 조건 성취 전에 강제집행 또는 가압류에 의하여 이루어지거나 도산관재인이 한 처분은 그러한 처분과 동일시된다.

② 해제조건의 경우에 조건의 성취로 권리가 소멸되는 자의 처분에 대해서도 같다.

관한 규정이 기한에 준용되므로, 실제로 양자의 엄격한 구분은 필요하지 않다고 해석된다.⁵⁶⁾

(다) 프랑스

프랑스의 경우, 조건(condition)에 대해서는 프랑스민법 제1304조⁵⁷⁾가 정지조건과 해제조건을 규정하였다. 2016년 개정 전 프랑스민법 제1168조와 동일하게 프랑스민법 제1304조 제1항은 장래의 불확실한 사실에 의존하는 채무를 조건부 채무로 정의한다. 조건부 채무란 ① 장래(future)의 ② 불확실(incertain)한 사실의 성부(événement)에 의존하는 채무를 말하며, 여기에서 불확실성(incertitude)과 장래성(future)은 조건을 정의하는 핵심 표지가 된다.⁵⁸⁾

프랑스민법 제1304조 제1항은 채무가 사실에 ‘의존(dépend)’한다고 규정하여 조건의 성취나 불성취로 계약 자체가 아닌 채무의 양태(樣態)가 변화됨을 보여준다.⁵⁹⁾ 불확실성은 어떤 사실이 성취될 수도 실패할 수도 있음을 의미하므로, 어떤 사실이 성취될 것이 확실하지만 언제 성취되는지를 모르는 경우라면 그 사실은 프랑스민법 제1305조⁶⁰⁾ 소정의 기한(terme)이 된다.⁶¹⁾ 프랑스의 파기원 역시 어떤 사실이 기한이 아니라고 판단할 때 매번 “그 사실이 실현될 날짜가 불확실할 뿐만 아니라 그 실현 여부가 불확실하기 때문에”라는 표현을 사용한다.⁶²⁾ 실현 여부가 불확실하다는 것은 기한과 조건을 구별하는 기준이며, 불확실성은 실패할 수 있음을 내포한다.⁶³⁾

프랑스민법 제1305조는 기한(terme)의 요건에 관하여 ‘장래의 확실한 사실이 발생할 것’을 요한다고 규정하며, 기한의 효력에 대해서는 “채무의 이행을 청구할 수 없다”고 규정하면서 시기(terme suspensif)만을 규정하고 종기(terme extinctif)를 규정

③ 무권리자로부터 권리를 취득하는 자를 위한 규정은 이들 경우에 준용된다.

56) Larenz / Wolf / Neuner, a.a.O., §53 Rn. 2f., S. 679f.; Leipold, a.a.O., §29 Rn. 21, S.461f.

57) **프랑스민법 제1304조**

① 채무가 장래의 불확실한 사실의 성부에 의존하는 경우에는 조건부 채무라고 한다.

② 조건이 그 성취로 단순 채무가 되는 경우에는 정지조건이라고 한다.

③ 조건이 그 성취로 채무가 소멸하는 경우에는 해제조건이라고 한다.

프랑스민법 제1304조의 번역은 (사)한불민사법학회, 「프랑스민법전」, 박영사, 2023, 739면을 인용하여 정리하였다.

58) 한불민사법학회, 「개정 프랑스채권법 해제」, 박영사, 2021, 435면[이주은 집필부분].

59) 이주은, “개정 프랑스민법상 조건부채무(l'obligation conditionnelle)”, 「아주법학」, 제12권 제3호, 아주대학교 법학연구소, 2018, 181면; 한불민사법학회, 앞의 책, 435면[이주은 집필부분].

60) **프랑스민법 제1305조**

채무는, 그 사실의 일자가 확정적이지 않더라도 장래의 확실한 사실이 발생할 때까지 채무의 이행을 청구할 수 없을 경우, 기한부가 된다.

프랑스민법 제1305조의 번역은 (사)한불민사법학회, 앞의 책, 743면을 인용하여 정리하였다.

61) 이주은, 앞의 논문, 181면.

62) Civ. 1^{re}, 13 avr 1999, n° 97-11.156; Juris Data n° 1999-001615; Bull. civ. I, n° 131; D. affaires 1999, p. 937, obs. J-F. Defrénois 1999, art. 37041, p. 1001, obs. D. Mazeaud; JCP G 2000, II (이주은, 앞의 논문, 181면 주8 재인용)

63) 한불민사법학회, 앞의 책, 435면[이주은 집필부분]. “사람이 죽는다”는 사실은 성취될 것이 확실하므로 기한이지만, “사람이 암으로 죽는다”는 사실은 성취될 수도 있고 성취되지 않을 수도 있으므로, 불확실성이 존재하여 조건이 될 수 있다(이주은, 앞의 논문, 181면 참조).

하지 않았다. 즉 중기를 규정하지 않은 대신에 제1202조에서 계약의 기간(*durée du contrat*)을 규정하였다.

한편 2016년 개정 전 프랑스민법전과 현행 프랑스민법전 모두 불확실성이 객관적이어야 하는지 주관적이어야 하는지에 대하여 명시적으로 규정하지 않았다. 이와 관련하여 프랑스의 파기원은 당사자들이 위험을 감수하기로 한 객관적 현실을 반영하여 판단하는 입장을 취한 것으로 보인다.⁶⁴⁾ 실제로 프랑스 법원은 “배의 출발일 이후 환어음을 지불한다”라는 조항이 조건인지 기한인지를 판단하는 기준으로 객관적 사실의 성취가 불확실한지 여부를 사용하였다.⁶⁵⁾ 법원은 위 판례에서 배가 출발한다는 사실이 조건에 해당된다고 판단하였는데, 배가 출발할 것이 절대적으로 확실하지 않은 점을 논거로 제시하였다. 또한 파기원은 “연간 영화관 관람객수가 38만 명 이하라면 비용을 부담하겠다”라는 조항을 기한으로 판단한 항소심을 파기하면서, “연간 영화관 관람객 수가 38만 명 이하라는 것”은 “그 사실이 실현될 날짜가 불확실할 뿐만 아니라 그 실현 여부가 불확실하다”라고 판시하였다.⁶⁶⁾ 프랑스민법전은 불확실성이 객관적인지 주관적인지에 대해서 2016년 개정 전 프랑스민법전과 동일하게 아무런 규정을 두고 있지 않으므로 객관적으로 불확실한 점을 고려하는 파기원의 입장은 앞으로도 유지될 것으로 보인다.⁶⁷⁾

그리고 기한에서의 ‘확실성(*certitude*)’의 의미에 관하여 파기원은 과거에는 주관적 확실성(*certitude subjective*)을 의미한다고 해석하기도 하였지만, 그렇게 해석하면 조건과 기한의 경계를 모호하게 한다는 비판이 제기되어 현재는 객관적으로 확실한지 여부를 기준으로 조건과 기한을 구분한다.⁶⁸⁾ 또한 기한으로 정한 사건의 발생이 객관적으로 확실할 것을 요구하더라도 그 구체적인 상황까지 확실해야 하는 것은 아니다. 예컨대 당사자의 사망은 그 구체적인 상황까지는 확실하지 않더라도 객관적으로 확실한 사건이므로 기한을 정한 것으로 볼 수 있다.⁶⁹⁾

(2) 조건과 불확정기한의 구별기준에 대한 판례의 태도

가. 판례의 기본 법리

실제 사례에서는 어떠한 장래 사실이 불확정기한인지 조건인지에 대한 구분이 명확하지 않을 때가 많은데, 이 경우에 판례는 양자를 구분하는 문제는 법률행위의 해석 문제로서, 구체적으로는 당사자가 표시한 문언에 의하여 그 객관적인 의미가 명

64) O. Deshayes, Th. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2018, p. 645. (한불민사법학회, 앞의 책, 436면 주1[이주은 집필부분] 재인용)

65) T. civ. Alexandrie, 9 janv. 1928 : S. 1929, 4, p. 6. (이주은, 앞의 논문, 182면 주10 재인용)

66) Cass. 1^{re} civ., 13 avr 1999, préc. (이주은, 앞의 논문, 182면 주11 재인용)

67) O. Deshayes, Th. Genicon et Y.-M. Laithier, *op. cit.*, p. 645. (한불민사법학회, 앞의 책, 436면 주2[이주은 집필부분] 재인용)

68) G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 795, p.723; Civ. 1^{re}, 13 avr 1999, n° 97-11.156. (한불민사법학회, 앞의 책, 449면 주12[이상현 집필부분] 재인용)

69) 한불민사법학회, 앞의 책, 449면[이상현 집필부분].

확하게 드러나면 그 문언에 따라, 그 객관적인 의미가 명확하게 드러나지 않는 경우에는 그 문언의 내용과 그 법률행위가 이루어진 동기 및 경위, 당사자가 그 법률행위에 의하여 달성하려는 목적과 진정한 의사, 그리고 사회일반의 상식과 거래의 통념에 따라 합리적으로 해석하는 방법을 취한다. 또한 판례는 일정한 사실이 발생하지 않은 것으로 확정되는 경우에도 채무를 이행하여야 한다고 보아야 하는지 여부를 구별기준으로 삼는다. 이러한 판례의 두 가지 입장에서 조건과 불확정기한의 구별기준에 대한 판례의 기본 법리를 파악할 수 있으며, 이를 기초로 다음과 같은 판례의 입장이 더욱더 구체적으로 도출된다. 즉 판례는 부관이 붙은 법률행위에서 부관에 표시된 사실이 발생하지 않으면 채무를 이행하지 않아도 된다고 보는 것이 상당한 경우에는 조건으로 보지만, 표시된 사실이 발생한 때에는 물론이고 반대로 발생하지 않을 것이 확정된 때에도 그 채무를 이행하여야 한다고 보는 것이 합리적인 경우에는 표시된 사실의 발생 여부가 확정되는 것을 불확정기한으로 정한 것으로 본다.⁷⁰⁾

이러한 판례의 기본 법리는 여러 판례에서 제시되었는데, 그 중 대표적 예로 다음과 같은 3개의 대법원 판례를 들 수 있다. 예컨대 대법원 2008. 4. 24. 선고 2007다60479(본소), 60486(반소) 판결(미간행)은 “법률행위의 부관에 표시된 사실이 그 발생 여부가 불확실한 장래의 사실이라면 이는 조건이고, 그 발생은 확실하지만 단지 그 시기가 불분명한 사실은 불확정기한이라고 할 것인바, 이때 법률행위의 부관이 조건인가 아니면 불확정기한인가 하는 것은 법률행위의 해석의 문제로서 당사자가 표시한 문언에 의하여 그 객관적인 의미가 명확하게 드러나지 않는 경우에는 그 문언의 내용과 그 법률행위가 이루어진 동기 및 경위, 당사자가 그 법률행위에 의하여 달성하려는 목적과 진정한 의사, 그리고 사회일반의 상식과 거래의 통념에 따라 합리적으로 해석하여야 할 것이다”⁷¹⁾라고 판시하였으며, 대법원 2020. 2. 13. 선고 2016다12595 판결(미간행)은 “채무의 변제에 관하여 일정한 사실이 부관으로 붙여진 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 사실이 발생한 때뿐만 아니라 그 사실이 발생하지 아니하는 것으로 확정된 때에도 이행기한은 도래한 것으로 보아야 한다. 나아가 부관으로 정한 사실의 실현이 주로 채무를 변제하는 사람의 성의나 노력에 좌우되고, 채권자가 그 사실의 실현에 영향을 줄 수 없는 경우에는 사실이 발생하는 때는 물론이고 그 사실이 발생하지 아니하는 것으로 확정되지는 않았더라도 합리적인 기간 내에 그 사실이 발생하지 않는 때에도 채무의 이행기한은 도래한다고 보아야 한다”⁷²⁾고 판시하였다. 그리고 대법원 2020. 12. 24. 선고 2019다293098 판결은 “부관이 붙은 법률행위의 경우에, 부관에 표시된 사실이 발생하지 아니하면 채무를 이행하지 아니하여도 된다고 보는 것이 타당한 경우에는 조건으로 보아야 하고, 표시된 사실이 발생한 때에는 물론이고 반대로 발생하지 아니하는 것이 확정된 때에도 그 채무를 이행하여야 한다고 보는 것이 타당한 경우에는 표시된 사실의 발생 여부가 확정되는

70) 예컨대 대법원 2003. 8. 19. 선고 2003다24215 판결; 대법원 2008. 4. 24. 선고 2007다60479(본소), 60486(반소) 판결(미간행); 대법원 2009. 5. 14. 선고 2009다16643 판결; 대법원 2009. 11. 12. 선고 2009다42635 판결(미간행); 대법원 2011. 4. 28. 선고 2010다89036 판결; 대법원 2013. 8. 22. 선고 2013다27800 판결(미간행); 대법원 2014. 10. 15. 선고 2012두22706 판결; 대법원 2018. 6. 28. 선고 2018다201702 판결; 대법원 2020. 2. 13. 선고 2016다12595 판결(미간행); 대법원 2020. 12. 24. 선고 2019다293098 판결 등.

71) 대법원 2006. 12. 21. 선고 2005다40754 판결(미간행) 등 참조.

72) 대법원 2009. 5. 14. 선고 2009다16643 판결; 대법원 2018. 4. 24. 선고 2017다205127 판결 등 참조.

것을 불확정기한으로 정한 것으로 보아야 한다. 그리고 이미 부담하고 있는 채무의 변제에 관하여 일정한 사실이 부관으로 붙여진 경우에는, 특별한 사정이 없는 한 그것은 변제기를 유예한 것으로서 그 사실이 발생한 때 또는 발생하지 아니하는 것으로 확정된 때에 기한이 도래한다⁷³⁾”고 판시하였다.

다만 어떠한 부관 사실이 조건인지 불확정기한인지는 결국 당사자 사이의 법률행위 해석 문제로 귀착되므로, 조건과 불확정기한의 구별기준에 대한 판례의 기본 법리가 무엇인지를 파악하고, 이를 기초로 한걸음 더 나아가 조건과 불확정기한의 구별기준을 유형화하는 시도는 법률행위 해석의 도구로서 유용할 수는 있지만 절대적이지는 않아서 한계가 있는 점은 부인할 수 없다.⁷⁴⁾ 그렇지만 실제 사례에서 판례가 조건과 불확정기한을 어떻게 구별하는지를 정밀하게 관찰하고 분석하는 연구는 향후 실무의 어려움을 조금이나마 해결할 수 있는 구체적 타당성을 가진 판례 이론의 정립에 기여할 수 있는 점에서 의미가 있다고 생각한다. 이러한 관점에서 이하에서는 구체적 사안에서 나타난 부관 사실을 불확정기한으로 판단한 판례, 조건으로 판단한 판례를 구분한 후 각각의 판례에 대하여 문제되는 부관사실의 어떠한 점이 판례가 불확정기한이나 조건으로 판단하게 된 주된 논거 내지 판단기준으로 작용하였는지를 분석하기로 한다.⁷⁵⁾

나. 구체적 사안에서 불확정기한인지, 조건인지에 대하여 판단한 판례⁷⁶⁾

1) 불확정기한으로 인정한 판례

(가) 원고(○○구)와 그 세입 및 세출업무를 담당해 오던 파산 전 ◇◇은행은 원고 구의회의 결산검사와 ◇◇은행의 결산보고의 차이를 두고 분쟁이 발생하였고, 이를 해결하기 위하여 원고는 ◇◇은행에 대하여 결산결과에 따른 청구권을 행사하지 않기로 하는 대신 ◇◇은행은 원고의 문화시설 건립을 위하여 30억 원 이상을 부담하되 상호 협의하여 정하기로 약정한 사안에서 원심 법원⁷⁷⁾은 위 약정에 따라 ◇◇은행이 부담한 채무는 문화시설을 건립하는 조건으로 그 소요자금 30억 원 이상을 지원하기로 하는 조건부채권이라고 판시하였지만, 상고심인 대법원 2002. 3. 29. 선고 2001다41766 판결은 위 지원자금의 지급방법에 대하여 상호 협의를 거친 다음 지급

73) 대법원 2003. 8. 19. 선고 2003다24215 판결; 대법원 2015. 10. 15. 선고 2014다53158 판결(미간행) 등 참조.

74) 한승·손철우 편집 / 김용덕 편집대표, 앞의 책, 692면[남성민 집필부분].

75) 다만 이하에서 소개하는 판례들은 문제되는 부관 사실이 조건인지 불확정기한인지를 판단할 때에 근거가 될 수 있는 여러 사정들 중 필자가 중요하다고 파악한 사정들을 추출하고 이를 중심으로 판례의 태도를 분석한 것이므로 논자에 따라서는 필자와 다른 판단을 할 수 있으며, 전제가 되는 사실관계가 달라지거나 다른 사정들이 결합되었을 경우에는 전혀 다른 결론에 이를 수도 있다. 따라서 판례들에 대한 필자의 분석이 절대적으로 타당하다고는 단정할 수 없지만, 조건과 불확정기한의 구별기준에 대한 판례의 태도를 이해하는 방법들 중 하나의 선택지로 참고할 수는 있을 것이다.

76) 이하의 판례를 살펴보면 구체적 사안에서 조건으로 인정한 판례가 불확정기한으로 인정한 판례보다 그 수가 훨씬 적음을 알 수 있다. 짐작컨대 법률행위의 부관이 조건인지, 불확정기한인지에 대한 판단이 법률행위의 해석 문제이기기는 하지만, 일반적으로는 불확정기한으로 해석되는 경우가 많기 때문인 것으로 보인다.

77) 서울고등법원 2001. 5. 31. 선고 2000나46902 판결(미간행).

한다고 하는 뜻은, ◇◇은행은 적어도 30억 원을 원고에게 지급하되 그 이행시기를 원고와 협의가 성립한 때로 정한다는 의미, 즉 불확정기한에 해당된다고 판시하였다.

이 사안의 경우에 합의각서의 내용에 애매한 부분이 있어서 여러 가지로 해석될 여지가 있고, 결국 당사자들의 의사 해석 문제인데, 대법원 2002. 3. 29. 선고 2001다 41766 판결은 ◇◇은행은 절차적인 문제와 상관없이 최소한 30억 원 이상을 부담하기로 하였다고 봄이 상당하며, 문화시설의 건립이 진척되지 않는 경우에는 전혀 책임이 생기지 않는다고 보기는 어려운 점, 만약 이를 조건으로 보면 ◇◇은행이 고의로 협의 성립을 방해하면 조건은 언제까지나 성취되지 않을 것이므로, ◇◇은행에게 책임을 물으려면 항상 신의칙을 동원하여야 하는 불합리한 결과가 발생하는 점, 현재 문화시설의 건립이 진척되지 않은 이유는 ◇◇은행이 파산하게 됨에 따라 파산절차에 따르지 않고서는 채무를 지급할 수 없는 입장이 되었기 때문인 점 등 계약체결의 전체 취지에 비추어 볼 때 이 사건 합의각서의 내용을 불확정기한으로 보았다.

(나) 정리회사 관리인이 원고에 대하여 희망퇴직신청을 하는 경우 회사정리계획인가결정일로부터 1개월 이내에 평균임금 3개월분의 퇴직위로금을 지급하겠다는 의사표시에 대하여 원심 법원⁷⁸⁾은 회사정리계획인가를 조건으로 정한 것이 아니라 불확정한 사실의 도래를 변제기로 정한 것이라고 판시하였으며, 상고심인 대법원 2003. 8. 19. 선고 2003다24215 판결은 이러한 원심 법원의 판단을 수긍하였다.

이미 부담하고 있는 채무의 변제에 관하여 일정한 사실이 부관으로 붙여진 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그것은 변제기를 유예한 것으로서 그 사실이 발생한 때 또는 발생하지 아니하는 것으로 확정된 때에 기한이 도래한다고 판시한 전술한 대법원 2020. 2. 13. 선고 2016다12595 판결(미간행)과 동일한 취지의 판례이다. 이에 따르면 정리회사 관리인이 원고에 대하여 부담하고 있는 퇴직위로금 지급의무, 즉 희망퇴직신청을 하는 경우에는 회사 정리계획 인가결정일로부터 1개월 이내에 평균임금 3개월분의 퇴직위로금을 지급하겠다는 의사표시는 회사정리계획인가를 조건으로 정한 것이 아니라 불확정한 사실의 도래를 변제기로 정한 것이고, 따라서 회사정리절차가 폐지되어 정리계획인가를 받을 수 없는 것으로 확정되었으므로 그 때에 기한이 도래한 것으로 해석하게 되며, 실제로 대법원 2003. 8. 19. 선고 2003다24215 판결도 그와 같이 판단하였다. 따라서 판례는 ‘부관이 붙은 채무가 이미 부담하고 있는 채무인지 여부’를 조건과 불확정기한의 구별기준으로 삼고 있다.⁷⁹⁾

(다) 원고와 피고가 매매계약을 합의해제함으로써 그 원상회복으로 피고의 매매대금반환채무는 이미 발생하였을 뿐만 아니라 당사자의 의사 역시 토지의 매매가 이루어지지 않는 것으로 확정되는 경우에 원심 법원⁸⁰⁾은 피고가 원고에게 매매대금을 반환할 채무를 이행하지 아니하여도 되는 것으로 정한 것은 아니라는 이유로, 토지의 매매가 이루어지면 매매대금을 반환하기로 한 피고의 의사표시는 매매를 조건으로 정한 것이 아니라 매매라는 불확정한 사실의 도래를 이행기로 정한 것으로 봄이 상당하다고 판시하였으며, 상고심인 대법원 2008. 4. 24. 선고 2007다60479(본소), 60486(반소) 판결(미간행)도 이러한 원심 법원의 판단을 수긍하였다.

78) 서울지방법원 2003. 4. 2. 선고 2002나49179 판결(미간행).

79) 동일한 취지의 이해로 유상호, “정지조건과 불확정기한의 구별 기준에 관한 연구”, 「재판 실무연구」, 2013(2014.1), 광주지방법원, 2014, 189면 참조.

80) 서울고등법원 2007. 7. 18. 선고 2005나44826(본소), 2005나44833(반소) 판결(미간행).

자신이 부담하고 있던 채무를 변제하는 것은 채무자로서 당연한 것이며, 별다른 사정 변경이 없음에도 그 변제 여부를 장래 실현이 불확실한 사실에 의존하도록 하는 것은 당사자의 의사에 부합하지 않으므로 해당 부관은 단지 변제기를 유예하는 의미에 지나지 않는다고 해석하는 것이 상당하므로, 자신이 이미 부담하고 있던 채무의 변제에 관하여 법률행위가 이루어졌다면 이러한 법률행위의 부관은 조건보다는 불확정기한에 해당될 가능성이 높다. 실제로 대법원 2008. 4. 24. 선고 2007다60479(본소), 60486(반소) 판결(미간행)도 이러한 관점에서 불확정기한으로 보았다.⁸¹⁾

(라) 피고(임차인)와 원고(임대인)는 보증금 중 7,000만 원은 ‘건축물 준공시’에, 차임은 ‘건축물 준공 후 1개월 후’에 지급하기로 하는 토지 임대차계약을 체결하였지만, 그 후 □□시가 준공검사를 거부하면서 건물에 대한 사용승인을 하지 않은 사안에서 원심 법원⁸²⁾은 □□시가 준공검사를 거부하면서 건물에 대한 사용승인을 하지 않고 있는 이상 위 임대차계약상의 차임지급시기는 도래하지 않았다고 판시하였다. 그러나 이와 달리 상고심인 대법원 2010. 10. 14. 선고 2009다44 판결(미간행)은 피고가 건물을 신축하여 토지를 사용수익하면서부터는 차임을 지급함이 원칙이고, 지급시기가 건물 준공 시까지로 유예되어 있을 뿐이며, 건물의 신축공사 및 준공은 전적으로 건축주인 피고의 책임인 점 등에 비추어, ‘건축물 준공 후 1개월 후’라는 차임지급시기의 법적 성질은 준공이라는 약정사유가 발생하지 않는 한 언제까지라도 피고의 차임지급의무가 성립하지 아니하는 정지조건이라기보다는, 준공이라는 약정사유가 발생하는 때는 물론이고 상당한 기간 내에 그 약정사유가 발생하지 않는 때에도 피고의 차임지급의무가 성립하는 불확정기한이라고 판시하였다.⁸³⁾

(마) 피고(지역주택조합)는 원고들과 매매계약을 체결하면서, 계약금 또는 일부 중도금은 중전 계약에 의해 이미 지급한 금원으로 갈음하고, 중도금은 ‘전체 지주 추가계약서 작성 완료 및 서울특별시 건축심의를 득한 후 2주일 이내’에 지급하기로 약정한 경우에 원심 법원⁸⁴⁾은 위 부관을 불확정기한이 아닌 정지조건이라고 판시하였다. 그러나 이와 달리 상고심인 대법원 2011. 12. 13. 선고 2010다74461 판결(미간행)은 매매계약에서 중도금 지급기일을 ‘전체 지주 추가계약서 작성 완료 및 서울특별시 건축심의를 득한 후 2주일 이내’로 정한 것은, 피고가 매매계약에 따라 중도금을 지급하되 그 이행기만을 전체 지주와의 추가계약서 작성 완료 및 건축심의 통과가 이루어진 때로부터 2주일 이내로 유예한다는 의미, 즉 불확정기한을 정한 것으로 보아야 한다고 판시하였다.

해당 법률행위에 부관이 실현되지 않는 경우에 해지할 수 있다는 문구가 포함되어 있는 경우에는 그와 같은 문구는 부관이 실현되지 않는 경우에도 그 법률행위의 효력이 당연히 소멸하지는 않으며, 그 효력을 소멸하도록 하기 위해서는 별도의 해지가 필요함을 전제로 한다고 보아야 하므로, 불확정기한으로 볼 여지가 높다. 대법

81) 또한 대법원 2008. 4. 24. 선고 2007다60479(본소), 60486(반소) 판결(미간행) 역시 전술한 대법원 2020. 2. 13. 선고 2016다12595 판결(미간행), 대법원 2003. 8. 19. 선고 2003다24215 판결과 동일한 취지의 판례이다.

82) 대전고등법원 2008. 11. 27. 선고 2007나7759 판결(미간행).

83) 대법원 2010. 10. 14. 선고 2009다44 판결(미간행) 역시 전술한 대법원 2020. 2. 13. 선고 2016다12595 판결(미간행), 대법원 2003. 8. 19. 선고 2003다24215 판결과 동일한 취지의 판례이다.

84) 서울고등법원 2010. 8. 17. 선고 2009나97088 판결(미간행).

원 2011. 12. 13. 선고 2010다74461 판결(미간행)은 이러한 관점에 기초해서 불확정기한으로 판단한 것으로 보인다.

(바) 지불각서 중 ‘1억 6,000만 원을 아파트 설계 중도금 수령 즉시 변제한다’는 의사표시에 대하여 원심 법원⁸⁵⁾은 설계 중도금의 수령을 정지조건으로 정한 것이 아니라 불확정한 사실의 도래를 변제기로 정한 것이라고 판시하였으며, 상고심인 대법원 2013. 8. 23. 선고 2013다31250 판결(미간행)도 이러한 원심 법원의 판단을 수긍하였다. 또한 합의서 중 “차용금액의 이자 등을 감안하여 4억 원과 전원주택을 하기 위한 공사대금 1억 원 합계 5억 원으로 합의하고, 그 대금 지불은 금곡지방 산업단지 매매대금 잔금을 받을 시에 지불한다”는 의사표시에 대하여 원심 법원⁸⁶⁾은 원고가 △△산업개발로부터 받기로 한 산업단지 양도대금의 잔금수령을 정지조건으로 정한 것이 아니라 그 이행기를 불확정기한으로 정한 것이라고 판시하였으며, 상고심인 대법원 2014. 4. 10. 선고 2013다96363(본소), 96370(반소) 판결(미간행)도 이러한 원심 법원의 판단을 수긍하였다.

부관 사실이 그 자체로는 실현 여부가 불확실하다고 하더라도 당사자 사이에서 그 실현이 확실하다고 보았다면 당사자들은 이를 불확정기한으로 삼았다고 보아야 하므로, 부관에 사용된 문구가 부관사실이 실현될 것임을 당연한 전제로 삼고 있거나 부관사실의 실현에 관하여 기한을 명시하였다면 이를 불확정기한으로 볼 여지가 높다. 대법원 2014. 4. 10. 선고 2013다96363(본소), 96370(반소) 판결(미간행)은 이러한 관점에 기초해서 불확정기한으로 판단한 것으로 보인다.

(사) 정○○이 ◇◇◇◇ 주식 기부절차 이행을 ◇◇◇◇에 요청하면서, “주식 및 이와 관련한 모든 재산상 권리를 ◇◇◇◇이 유가증권시장 또는 코스닥시장에 상장 후 □□교회에 기부하여 주시기 바란다”라는 취지가 기재된 주식기부증서를 제출한 사안에서 원심 법원⁸⁷⁾은 정○○의 증여의 의사표시는 ‘유가증권시장 또는 코스닥시장에 상장’이라는 장래에 발생이 불확실한 사실을 부관으로 하는 정지조건부 증여의 의사표시에 해당된다고 판시하였다. 그러나 이와 달리 상고심인 대법원 2014. 10. 15. 선고 2012두22706 판결은 주식기부증서의 문언, ◇◇◇◇이 기부를 위임받으면서 주식 이전에 필요한 증권거래카드와 도장까지 수령한 점, 증여계약의 체결과 이행 경위 등에 비추어, 정○○은 ◇◇◇◇의 상장이 확정되는 경우는 물론 상장되지 않는 것으로 확정되더라도 주식을 □□교회에 기부할 의사를 가지고 있던 것으로 볼 수 있으므로, ◇◇◇◇의 상장은 정지조건이 아니라 증여채무의 이행을 유예하는 불확정 기한에 해당된다고 판시하였다.⁸⁸⁾

(아) 피고는 원고(법무법인)에게 소송을 위임하였는데, 그 위임계약서에서는 “수임인이 안전진단비용 등 소송비용을 대납하고, 추후 실비 공제 정산한다”(제3조), “수임인이 판결금 또는 조정금을 수령하여 제1항에 정한 성공보수금과 제3조에 의한 소송비용 등 대납 제반 비용을 공제하고 남은 잔액을 위임인에게 지급한다”(제5조)고 규정된 사안에서 원심 법원⁸⁹⁾은 위임계약 해석상 원고가 안전진단비용 등 소송비용을

85) 서울고등법원 2013. 3. 28. 선고 2012나75101 판결(미간행).

86) 서울고등법원 2013. 10. 31. 선고 2013나4243(본소), 2013나4250(반소) 판결(미간행).

87) 서울고법 2012. 8. 31. 선고 2012누8801 판결(미간행).

88) 대법원 2014. 10. 15. 선고 2012두22706 판결은 전술한 대법원 2003. 8. 19. 선고 2003다24215 판결, 대법원 2020. 2. 13. 선고 2016다12595 판결(미간행) 등과 동일한 취지의 판례이다.

판결금이나 조정금에서 공제하는 방식에 의해서만 지급받기로 약정한 것이라고 판시하였다. 그러나 이와 달리 상고심인 대법원 2015. 10. 15. 선고 2014다53158 판결(미간행)은 위 규정들이 소송비용 부담주체가 피고임을 전제로 하여 원고가 우선 부담을 하고 소송 종료 후 승소금에서 이를 비용으로 공제하여 상호 정산하기로 한 취지이고, 피고가 패소하였을 경우에는 원고가 소송비용 등을 전부 부담하기로 하는 등 소송 결과에 따른 위험을 전적으로 원고가 부담하는 내용의 특별한 약정이 있었다고 볼 만한 뚜렷한 사정도 나타나 있지 않다는 이유를 들어, 소송비용에 관한 약정은 승소를 조건으로 한 정산약정이 아니라, 피고에게 소송비용 상환채무가 있음을 전제로 그 비용상환의 시기와 방법을 정한 것에 불과하고, 이는 불확정기한으로서 소송 종료에 따른 ‘판결금 또는 조정금의 수령’이라는 불확정한 사실의 도래를 변제기로 정한 것이라고 판시하였다.⁹⁰⁾

(자) 원고와 피고는 물품공급 및 설치계약을 체결하였고, 피고는 원청 수금 후 2주 이내에 원고에게 물품대금을 지급하기로 약정한 사안에서 원심 법원⁹¹⁾은 원고와 피고의 합리적인 의사는, 피고가 원청으로부터의 대금수령을 대금지급의 정지조건으로 정한 것이라기보다는 합리적인 기한 내에 물품대금을 받게 되면 그로부터 2주일 이내, 그렇지 않으면 사회통념상 대금을 받을 수 없는 것으로 확정되는 불확정기한을 이행기로 정한 것으로 해석함이 상당하다고 판시하였으며, 상고심인 대법원 2018. 12. 27. 선고 2014다76403 판결(미간행)도 이러한 원심 법원의 판단을 수긍하였다.⁹²⁾

(차) 원고와 피고가 장비 제작 도급계약에서 최종 검수 완료·승인 후 잔금을 지급하기로 정한 사안에서 대법원 2019. 9. 10. 선고 2017다272486, 272493 판결은 도급 계약의 당사자들이 “수급인이 공급한 목적물을 도급인이 검사하여 합격하면, 도급인은 수급인에게 그 보수를 지급한다”고 정한 경우 도급인의 수급인에 대한 보수지급 의무와 동시이행관계에 있는 수급인의 목적물 인도 의무를 확인한 것에 불과하고 ‘검사 합격’은 법률행위의 효력 발생을 좌우하는 조건이 아니라 보수지급시기에 관한 불확정기한이라는 법리⁹³⁾를 실시하면서, 최종 검수의 완료·승인은 잔금 지급의 조건이 아니라 불확정기한이라고 판시하였다.

실무상 도급인이 하자를 트집 잡아 대금 전부의 지급을 거절하는 경우에 법원은 실제로 하자가 있는지 여부를 심리한 후 ① 일단 기계가 돌아가는 경우에는 하자가 있더라도 기본적으로 대금청구권의 이행기는 도래하므로 원고의 대금청구를 받아들여야 하며, 만약 사소한 하자가 있어서 수리가 필요한 경우에는 하자 보수 또는 대금 감액으로 해결한다. 이와 달리 ② 기계가 작동을 하지 않아서 처음부터 다시 만

89) 서울남부지방법원 2014. 6. 26. 선고 2013나10685 판결(미간행).

90) 대법원 2015. 10. 15. 선고 2014다53158 판결(미간행)은 전술한 대법원 2003. 8. 19. 선고 2003다24215 판결, 대법원 2020. 12. 24. 선고 2019다293098 판결 등과 동일한 취지의 판례이다.

91) 서울고등법원 2014. 10. 16. 선고 2013나69615 판결(미간행).

92) 대법원 2018. 12. 27. 선고 2014다76403 판결(미간행)은 전술한 대법원 2010. 10. 14. 선고 2009다44 판결(미간행), 대법원 2020. 2. 13. 선고 2016다12595 판결(미간행), 대법원 2003. 8. 19. 선고 2003다24215 판결과 동일한 취지의 판례이다.

93) 대법원 2003. 8. 19. 선고 2003다24215 판결; 대법원 2006. 10. 13. 선고 2004다21862 판결 등 참조. 여기에서 대법원 2006. 10. 13. 선고 2004다21862 판결은 제작물공급계약에서 ‘목적물의 인도’의 의미에 대하여 “단순한 점유의 이전만을 의미하는 것이 아니라 도급인이 목적물을 검사한 후 그 목적물이 계약내용대로 완성되었음을 명시적 또는 묵시적으로 시인하는 것까지 포함하는 의미이다”라고 판시하였다.

들어야 하거나 대규모 수리가 필요한 경우에는 목적물이 완성되지 않았으므로 대금 지급의무가 없다. 결국 이 사건의 계약서에서 “서면으로 합격증을 받아야 한다”는 등과 같은 약정은 큰 의미가 없게 된다. 대법원 2019. 9. 10. 선고 2017다272486, 272493 판결은 이 점을 고려하여 불확정기한으로 판시한 것으로 보인다.

(카) 원고는 피고 소유 토지를 분할하여 제3자에게 매각한 다음 그 매매대금 중 일정 부분을 원고 토목공사비용 등으로 인정하여 이를 정산하고, 구체적 정산금 액수는 ‘토지가 제3자에게 매각되는 때’에 그 매매대금에 따라 일정한 금액 또는 비율로 확정하기로 합의한 사안에서 원심 법원⁹⁴⁾은 위 합의에 따른 정산금 지급의무에 붙은 부관인 ‘토지의 매매’는 불확정기한으로서의 성질과 정지조건으로서의 성질을 함께 가진다고 판시하였다. 그러나 이와 달리 상고심인 대법원 2020. 2. 13. 선고 2016다12595 판결(미간행)은 위 합의는 토지의 분할과 매매가 이루어지지 않는 한 피고가 원고에게 정산금을 지급하지 않아도 된다는 것을 뜻하는 것이 아니라, 토지의 분할·매매라는 사실이 발생하지 아니하는 것으로 확정된다거나 합리적으로 예상되는 기간이 지났는데도 피고가 토지를 분할하여 매각하지 않는다면 그때 당시 토지의 시세에 따라 피고가 원고에게 지급하여야 할 정산금의 액수가 정해지고 그 정산금 지급의무의 변제기가 도래한다는 뜻이라고 새겨야 하므로, 피고의 정산금 지급의무에 붙은 부관인 ‘토지의 분할과 매매’는 불확정기한에 해당된다고 판시하였다.

부관을 실현할 책임이 채권자에게 있는 경우에는 해당 부관을 조건으로 볼 여지가 높지만, 이와 달리 그러한 책임이 채무자에게 있는 경우에는 해당 부관을 불확정기한으로 볼 여지가 높다. 왜냐하면 특별한 사정이 없는 한 부관의 실현 여부에 관한 위험은 그 부관을 실현할 책임이 있는 자에게 돌리는 것이 합리적이며 공평할 뿐만 아니라 채무자가 부관을 실현할 책임이 있는 경우에는 부관을 정지조건으로 보면 채무자의 임의적인 의사에 채권자의 권리의 이행 여부가 달려 있게 되는 불안정적인 지위에 있게 되어 부당하기 때문이다. 대법원 2020. 2. 13. 선고 2016다12595 판결(미간행)은 이러한 관점에 기초해서 불확정기한으로 판단한 것으로 보인다.

(타) 피고(○○문화원)는 원고(사무국장)를 채용할 때 원고에게 “보조금을 다시 지급받으면 그때 밀린 급여 또는 나머지 월 250만 원을 지급하겠다”는 취지로 설명한 사안에서 원심 법원⁹⁵⁾은 ‘피고가 보조금을 지급받으면’이라는 부관은 그 사실이 발생하지 않으면 피고의 월 250만 원의 임금지급의무도 발생하지 않는다는 의미로서 조건에 해당된다고 판시하였다. 그러나 이와 달리 상고심인 대법원 2020. 12. 24. 선고 2019다293098 판결은 원고가 “피고가 보조금을 받지 못하면 원고에게 월 250만 원의 임금을 지급하지 않아도 좋다”는 취지의 의사를 표시하였다고 볼 만한 뚜렷한 사정이 없고, 피고가 보조금을 받을 수 있는지 여부는 주로 피고의 성의나 노력에 의해 좌우된다는 등의 이유로, ‘피고가 보조금을 지급받으면’이라는 사유는 피고의 보조금 수령이라는 사유가 발생하는 때는 물론이고 상당한 기간 내에 그 사유가 발생하지 않은 때에도 약정 임금을 지급해야 한다는 불확정기한으로 봄이 타당하다고 판시하였다.

이 사건 부관을 조건으로 볼 경우에는 원고에 대하여 월 100만 원만 지급하는 것은 최저임금법에 위반될 소지가 있으며, 근로자의 이익에 부합하지 않고, 강북구청으

94) 서울고등법원 2016. 1. 28. 선고 2015나18635 판결(미간행).

95) 서울고등법원 2019. 11. 12. 선고 2018나2071008 판결(미간행).

로부터의 보조금 지급은 피고의 책임영역에 속하므로, 이 사건 부관은 불확정기한으로 보아야 한다. 대법원 2020. 12. 24. 선고 2019다293098 판결은 이러한 관점에 기초해서 불확정기한으로 판단한 것으로 보인다.⁹⁶⁾

2) 조건으로 인정한 판례

(가) 원심 법원⁹⁷⁾은 피고가 원고를 상대로 제기한 소유권이전등기청구 소송의 제 1, 2심에서 모두 승소하여 상당히 유리한 상황에 있었고, 안○○ 등 지분에 관하여 수용재결 신청을 하여 그 소유권을 취득할 수 있는 지위에 있었으면서도, 이 사건 합의에서는 위 소송의 항소심에서 인정된 지장물보상대금의 7배가 넘는 거액의 돈을 원고에게 지장물보상대금으로 지급하기로 약정한 점, 피고는 원고로 하여금 최대한 빠른 시일 내에 그 형제들인 안○○ 등 지분을 피고에게 이전하도록 하여 신속하게 골프장 운영 사업을 진행하고자 원고와 이 사건 합의를 한 것으로 보이는 점, 원고의 주장과 같이 원고가 안○○ 등 지분에 관하여 피고에게 소유권이전등기를 마쳐주지 못하여 피고가 토지수용 절차를 통하여 그 소유권을 취득할 경우에도 안○○ 등에게 손실보상금을 지급하는 외에 별도로 원고에게 거액의 지장물보상대금을 지급하기로 약정하였다는 것은 매우 이례적인 것으로 보이는 점 등을 종합하여 보면, 이 사건 합의에 기한 피고의 지장물보상대금 지급의무는, 피고가 채권가압류 신청을 취하한 때로부터 1개월 이내에, 원고가 자발적으로 피고에게 안○○ 등 지분을 포함한 이 사건 각 토지에 관하여 압류 등 일체의 제한을 제거한 상태로 소유권이전등기를 마쳐줄 것 등을 정지조건으로 한 의무라고 봄이 상당하다고 판시하였으며, 상고심인 대법원 2010. 10. 14. 선고 2010다50199 판결(미간행)도 이러한 원심 법원의 판단을 수긍하였다.

기존의 법률관계에 비추어 이례적인 내용의 법률행위이거나 기존의 법률관계에서 추가적인 반대급부나 별다른 사정 변경이 없음에도 새로운 채권, 채무를 추가하는 내용의 법률행위 등 기존의 법률관계 등에 비추어 볼 때 부관이 없다면 해당 법률행위를 할 이유를 찾기 어려울 정도로 부관이 해당 법률행위의 결정적 동기가 된 경우에는 이를 정지조건으로 볼 여지가 많지만, 부관이 없었더라도 해당 법률행위를 할 이유가 충분한 경우와 같이 부관이 해당 법률행위의 별다른 동기가 되지 않은 경우에는 불확정기한으로 볼 여지가 많다. 그 이유는 전자의 경우에 부관의 내용이 실현되지 않으면 해당 법률행위의 결정적 동기가 사라지므로 당사자들에게 그와 같은 경우에도 해당 법률행위의 효력을 인정하려는 의사가 있다고 보기는 어려운 반면, 후자의 경우에는 부관의 내용이 실현되지 않더라도 해당 법률행위를 할 충분한 동기가 있으므로 해당 법률행위의 효력 여부를 부관의 실현 여부에 좌우하게 하는 것이 오

96) 이 사건 부관을 조건으로 볼 경우에는 원고에 대하여 월 100만 원만 지급하는 것은 최저 임금법에 위반될 소지가 있으며, 근로자의 이익에 부합하지 않고, 강북구청으로부터의 보조금 지급은 피고의 책임영역에 속하므로, 이 사건 부관은 불확정기한으로 보아야 한다. 대법원 2020. 12. 24. 선고 2019다293098 판결은 이러한 관점에 기초해서 불확정기한으로 판단한 것으로 보인다. 또한 대법원 2020. 12. 24. 선고 2019다293098 판결은 전술한 대법원 2010. 10. 14. 선고 2009다44 판결(미간행), 대법원 2020. 2. 13. 선고 2016다12595 판결(미간행), 대법원 2003. 8. 19. 선고 2003다24215 판결과 동일한 취지의 판례이다.

97) 대전고등법원 2010. 5. 27. 선고 (청주)2009나1543 판결(미간행).

히려 당사자의 의사에 반한다고 볼 수도 있기 때문이다. 2010. 10. 14. 선고 2010다 50199 판결(미간행)은 이러한 관점에 기초해서 조건으로 판단한 것으로 보인다.

(나) 피고가 원고 및 배○○에게 건물 일부 소유권이전등기를 마쳐줄 의무는 원고 및 배○○이 조정조항 제3항에 따라 그 채권자들에 대한 채무를 모두 변제하는 경우에 비로소 발생한다고 규정한 조정조항 제4항에 대하여 원심 법원⁹⁸⁾은 위와 같은 부관은 불확정기한이 아닌 정지조건으로 보아야 한다고 판시하였으며, 상고심인 대법원 2013. 8. 22. 선고 2013다26128 판결(미간행)도 이러한 원심 법원의 판단을 수긍하였다. 또한 피고(중개보조인)는 원고(토지 매수인)에게 “토지를 매매할 시 잔금일에 5,000만 원을 지급하기로 약정한다”는 내용의 확약서를 작성한 사안에서 원심 법원⁹⁹⁾은 위 확약서가 피고가 토지를 매매하는 것을 정지조건으로 하여 원고에게 5,000만 원을 지급하기로 약정한 것이라고 판시하였으며, 상고심인 대법원 2015. 8. 27. 선고 2013다19984 판결(미간행)도 이러한 원심 법원의 판단을 수긍하였다.¹⁰⁰⁾

(다) 원고와 피고가 소송 중 “합의사항의 이행은 원고가 제3채무자들로부터 126,904,891원을 모두 지급받은 후 그 효력이 발생한다”는 내용이 포함된 합의서를 작성한 사안에서 원심 법원¹⁰¹⁾은 위 합의서 조항을 원고에게 부과된 이행의무의 기한을 정한 것이라고 판시하였다. 그러나 이와 달리 상고심인 대법원 2018. 6. 28. 선고 2018다201702 판결은 “원고가 제3채무자로부터 126,904,891원을 모두 지급 받는다”는 사실이 발생해야 위 합의서 나머지 조항에서 정한 이행의무(나머지 청구 포기 및 부채소특약이 포함된다)가 성립한다고 볼 수 있는데, 원고가 피고 등으로부터 미지급 물품대금 액수에 해당하는 금액을 변제받을 것이 확실시되었다는 등의 특별한 사정이 없는 상태에서 피고에 대한 물품대금 채권을 포기할 아무런 이유가 없다는 이유 등을 들어, 원고가 위 돈을 지급받다는 것은 장래 발생 여부가 불확실한 사실로서 조건으로 볼 여지가 있다고 판시하였다.

제3채무자들로부터 해당 금액을 모두 지급받은 후에 합의사항의 이행이 효력을 발생하도록 한 부관은 해당 사실이 발생하여야 나머지 청구 포기 및 부채소 특약이 포함된 화해합의서상 이행의무가 성립되도록 하기 위한 것이다. 따라서 돈을 지급받는다라는 것은 장래 발생 여부가 불확실한 사실로서 조건으로 볼 여지가 있고, 미지급 물품대금의 변제 가능성이 낮아 물품대금채권을 포기한 이유가 없는 점에서도 화해 합의는 정지조건으로 볼 여지가 있다. 대법원 2018. 6. 28. 선고 2018다201702 판결은 이러한 관점에 기초해서 조건으로 판단한 것으로 보인다.¹⁰²⁾

98) 대구지방법원 2013. 2. 8. 선고 2012나6644 판결(미간행).

99) 서울고등법원 2013. 1. 17. 선고 2012나10104 판결(미간행).

100) 대법원 2015. 8. 27. 선고 2013다19984 판결(미간행)은 “부관이 붙은 법률행위의 경우에, 부관에 표시된 사실이 발생하지 아니하면 채무를 이행하지 아니하여도 된다고 보는 것이 타당한 경우에는 조건으로 보아야” 한다고 판시한 대법원 2020. 12. 24. 선고 2019다 293098 판결에서 제시된 판례 법리에 따라서 판시되었다. 또한 이와 동일한 취지의 판례로 대법원 2023. 6. 29. 선고 2023다221830 판결도 참조.

101) 의정부지방법원 2017. 12. 7. 선고 2017나208660 판결(미간행).

102) 다만 이에 대해서 천병조·김제완, “화해계약에서 창설된 법률관계상의 의무에 대한 불이행의 효과-영미법상 executory accord와 substituted contract 법리의 시사점--대법원 2018. 6. 28. 선고 2018다201702 판결-”, 「법조」, 제69권 제1호(통권 제739호), 법조협회, 2020, 485면; 이재형·허서윤·김제완, 앞의 논문, 321-322면은 정지조건은 화해로 인한 법률관계를 무효화시키는 점에서 법률관계를 간명하게 하지만, 기 이행부분의 처리문제가 남고 분쟁의 중국적 해결이라는 화해제도의 본질적 특성을 제대로 존중하지 않는 기

다. 조건과 불확정기한의 구별기준에 대한 판례의 분석

전술한 바와 같이 해당 부관이 조건인지, 불확정기한인지가 문제된 판례들을 종합해 보면, 판례는 조건과 불확정기한을 구별할 때 다음과 같은 요소들을 중요한 판단기준으로 고려함을 알 수 있다.

첫째, 판례는 당사자의 의사를 조건과 불확정기한을 구별하는 결정적인 판단기준으로 고려한다. 이에 따라 판례는 당사자의 의사가 부관에서 정한 사실에 따라 채무의 이행 여부가 좌우되도록 한 것인지를 탐구한다. 즉 판례는 ① 당사자의 의사가 해당 사실이 발생하지 않으면 채무를 이행하지 않아도 된다는 의사라면 정지조건에 해당되며, ② 당사자의 의사가 해당 사실이 발생하지 않아도 채무는 이행하여야 한다는 의사라면 불확정기한에 해당된다고 판단한다.¹⁰³⁾

둘째, 판례가 당사자의 의사를 탐구하는 1차적 기준은 처분문서의 문언이다.¹⁰⁴⁾ 예컨대 조정조항 등에서 어떠한 급부를 조건으로 해당 의무를 이행한다고 정한 것은 그 문언상 정지조건임이 비교적 명백하다.

셋째, 당사자의 의사에 대한 탐구와 관련하여 해당 채무가 언젠가는 반드시 이행되어야 할 성격인지 여부도 판례가 조건과 불확정기한을 구별할 때 중요한 판단기준이 된다.¹⁰⁵⁾ 다시 말하면 어떠한 채무금이 지급되어야만 하는 성격이라면 거기에 붙은 부관은 불확정기한으로 볼 여지가 많아지는데, 여기에는 형평의 관점이 가미된 것으로 보인다. 예컨대 판례는 ‘이미 부담하고 있는 채무’의 변제에 관하여 부관이 붙은 경우에 이는 특별한 사정이 없는 한 변제기를 유예한 것이라고 보는데¹⁰⁶⁾, 이는 이미 부담하고 있는 채무는 결국 언젠가는 반드시 이행되어야 할 채무라는 점을 고려한 것이다.

넷째, 부관으로 정한 사유의 실현이 채무자의 노력과 성의에 달려 있는지 여부도 판례가 조건과 불확정기한을 구별할 때 중요한 판단기준이 된다.¹⁰⁷⁾ 즉 채무자의 성의나 노력에 의해 부관으로 정한 사유의 실현 여부가 결정되는 경우에는 불확정기한으로 볼 여지가 많아지는데, 이 역시 형평의 관점이 가미된 것으로 보인다. 왜냐하면 부관의 실현 여부에 관한 위험은 그 부관을 실현할 책임이 있는 자가 부담하는 것이 합리적이고 공평할 뿐만 아니라 채무자가 부관을 실현할 책임이 있는 경우에 부관을 정지조건으로 해석하면 채무자의 임의적인 의사에 채권자의 권리의 이행 여부가 달려 있게 되는 불안정한 지위에 있게 되어서 부당하기 때문이다.¹⁰⁸⁾

법이므로 상대방의 구제수단으로 화해계약의 창설적 효력을 부분적으로 제한하는 의미로서 청구 포기과 부제소 특약을 둔 것으로 해석하여 특약이 유효함을 확인했다더라면 좋았을 것이라고 비판한다.

103) 예컨대 전술한 대법원 2008. 4. 24. 선고 2007다60479(본소), 60486(반소) 판결(미간행).

104) 예컨대 전술한 대법원 2014. 4. 10. 선고 2013다96363(본소), 96370(반소) 판결(미간행).

105) 예컨대 전술한 대법원 2020. 2. 13. 선고 2016다12595 판결(미간행).

106) 예컨대 전술한 대법원 2014. 10. 15. 선고 2012두22706 판결은 “어떠한 법률행위에 불확정기한이 부관으로 붙여진 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 법률행위에 따른 채무는 이미 발생하여 있고 불확정기한은 그 변제기나 이행기를 유예한 것에 불과하다”고 판시하였다.

107) 예컨대 전술한 대법원 2020. 12. 24. 선고 2019다293098 판결 참조.

108) 유상호, 앞의 논문, 228-229면. 전술한 대법원 2018. 4. 24. 선고 2017다205127 판결; 대법원 2020. 2. 13. 선고 2016다12595 판결(미간행)도 이러한 관점을 반영한 판례로 보인다.

3. 쟁점에 대한 대상 판결의 타당성 여부

(1) 문제의 소재

이 사건 추가합의서에는 “원고가 피고로부터 매매잔금 25억 8,500만 원을 지급받기 위하여는 이 사건 호텔 운영과 관련하여 기 발생한 객실임대료 및 입회보증금 반환채무 지급을 완료하여야 하고, 그 채무를 완납하지 못한 경우 피고가 원고와 상호 합의하여 위 채무를 인수하거나 대위변제하는 등으로 잔금지급방식을 달리 정할 수 있다”고 규정되어 있다. 따라서 원고는 위 객실임대료가 무엇을 의미하는지 밝히지 않았고, 피고도 이를 밝히지 않다가 상고이유서에서 위 객실임대료가 수익금을 의미한다고 하였는데, 이는 객실 구분소유자들에 대한 원고의 수익금 지급채무를 지칭하는 것으로 보인다. 또한 위 입회보증금 반환채무는 객실 회원권 소유자들에 대한 입회보증금 반환채무를 의미하고, 원고와 피고는 위 입회보증금 반환채무 지급과 관련하여서만 실질적으로 다투었다. 따라서 이하에서는 입회보증금 반환채무를 중심으로 살펴보기로 한다.

이 사건에서 원고는 입회보증금 반환채무 등의 완제가 불확정기한에 해당한다고 주장하였으며, 피고는 입회보증금 반환채무 등의 완제가 정지조건에 해당한다고 주장하였는데, 위 문구를 매매잔금채무의 부관을 정한 것이 아니라 피고의 잔금지급의무와 동시이행관계에 있는 원고의 주된 급부의무를 정한 것이거나 그로 인한 불안의 항변권을 정한 것으로 해석할 여지가 있는지 여부가 문제될 수 있다. 그러나 이 사건 추가합의서는 그 문언에 따르더라도 피고의 의무인 ‘매매대금의 지급방식과 절차’를 규정한 것이지 원고의 의무를 규정한 것이 아닌 점, 이 사건 추가합의서에 규정된 입회보증금 반환채무 등은 원고가 객실 회원권 소유자들이나 객실 구분소유자들에게 부담하는 것이지 피고에게 부담하는 것이 아닌 점, 이 사건 호텔 운영과 관련한 원고의 채무 완제는 이 사건 각 부동산 매매로 인한 피고의 잔금 지급과 이행상 건련관계가 있다고 보기도 어려운 점, 원고가 입회보증금 반환채무 등을 완제하지 못하더라도 피고가 이를 인수하거나 대위변제하여야 비로소 매매잔금에서 정산될 수 있는 점, 원고는 물론이고 피고조차도 이 사건 추가합의서가 원고의 주된 급부의무를 정한 것이거나 불안의 항변권을 정한 것이라는 주장을 전혀 하지 않은 점 등에 비추어 볼 때 그와 같이 해석할 여지는 없다.

그러므로 이하에서는 ① 입회보증금 반환채무 등의 완제가 조건인지, 아니면 불확정기한인지, ② 불확정기한이라면 그 기한이 도래하였는지 여부를 살펴본 후 이 쟁점에 대한 대상 판결의 타당성 여부를 검토한다.

(2) 조건과 불확정기한의 구별과 불확정기한의 도래 여부

가. 조건과 불확정기한의 구별

우선 이 사건 추가합의서에 규정된 입회보증금 반환채무 등의 완제가 조건인지 아니면 불확정기한인지는 기본적으로 법률행위 해석의 문제이다. 물론 이 사건 추가합의서에는 매매잔금 지급기한(1차 잔금 10억 원은 2017년 6월 30일이었으며, 2차 잔

금 15억 8,500만 원은 2017년 12월 31일이었다)이 지정되어 있었던 점, 입회보증금 반환채무 등의 완제는 매매잔금 채권자인 원고의 노력과 성의에 주로 달려 있고 매매잔금 채무자인 피고가 그 실현에 영향을 줄 여지가 적은 점 등에 비추어 보면, 입회보증금 반환채무 등의 완제를 매매잔금채무 발생의 조건으로 해석할 여지가 전혀 없는 것은 아니다.

그러나 다음과 같은 사정들을 종합적으로 고려하면, 입회보증금 반환채무 등의 완제를 매매잔금채무 발생의 불확정기한이라고 해석한 원심 법원 및 이를 수긍한 대법관결이 타당하다고 생각한다.

첫째, 피고는 이 사건 매매계약에 따라 이 사건 각 부동산을 인도받고 그 소유권이전등기도 마쳤으므로 매매대금 지급채무를 원고에게 언젠가 이행하여야만 한다. 이와 관련하여 매매나 도급과 같은 쌍무유상계약에서 대가 지급이나 본래적 채무의 이행 문제와 관련한 부관의 성질이 다투어지는 경우에는 일반적으로 쌍무유상계약의 성질에 비추어 원칙적으로 불확정기한으로 해석하여야 하며¹⁰⁹⁾, 전술한 판례들에 비추어 보더라도 매매계약이나 도급계약의 대금지급채무와 관련된 부관은 불확정기한으로 해석되고 있다.

둘째, 계약서의 문언에 비추어 보더라도 원고가 입회보증금 반환채무 등을 완제하지 않는 한 피고가 언제까지라도 매매잔금채무를 이행하지 않아도 된다고 보는 것이 당사자들의 의사라고 보기 어렵다. 즉 이 사건 매매계약서(제2조 제3항)에 의하면 이 사건 추가합의서는 매매대금 지급의 방식과 절차만을 규율한 것이며, 이 사건 추가합의서(제2조 제4항)에서도 입회보증금 반환채무 등을 완제하지 못한 경우에 상호 협의하여 매매잔금 지급방식을 달리 정할 수 있고 매매잔금 지급기한이 도래하기 전이라도 상호 협의하여 지급시기를 조정할 수 있도록 규정하였다. 생각건대 원고는 입회보증금 반환채무 등을 완제하면 매매잔금 지급기한이 도래하기 전이라도 매매잔금을 미리 지급받을 근거를 마련하고, 피고는 원고가 입회보증금 반환채무 등을 완제하지 못한다면 그 반환채무를 인수하거나 대위변제하는 등의 방식으로 매매잔금에서 정산할 근거를 마련하기 위하여 위 문구를 둔 것으로 보인다.

셋째, 이 사건 추가합의서에 의하면 원고가 입회보증금 반환채무 등을 완제하든 그렇지 않든 원고와 피고의 상호 협의가 이루어져야 잔금지급 방식이 달라질 수 있지만, 그 경우에도 잔금지급의무 자체가 면제되는 것은 아니다. 따라서 입회보증금 반환채무 등의 완제가 매매잔금채무에 미치는 영향은 제한적이다.

넷째, 피고는 이 사건 매매계약을 체결한 후 이 사건 추가합의서를 작성하였다고 밝혔는데, 이는 이미 부담하고 있는 매매잔금채무의 변제에 관하여 일정한 사실이 부관으로 붙여진 경우에 해당되므로 특별한 사정이 없는 한 변제기를 유예한 것으로 볼 수 있다.¹¹⁰⁾

다섯째, 원고와 피고가 입회보증금 반환채무 등의 완제를 매매잔금 지급의 조건으로 삼지 않았음을 뒷받침하는 여러 정황들을 고려하더라도¹¹¹⁾ 입회보증금 반환채무

109) 한승·손철우 편집 / 김용덕 편집대표, 앞의 책, 692면[남성민 집필부분].

110) 이와 관련하여 피고는 이미 부담하고 있는 채무의 액수가 확정되어 있지 않았다고 주장하였지만, 매매잔금 액수는 이 사건 추가합의서에 명확히 특정되어 있었다.

111) 이 사건 매매잔금은 25억 원이 넘고 입회보증금 반환채무 등은 그에 미치지 못하는데, 원고가 입회보증금 반환채무 미납액이 얼마이든 이를 완제하지 않는다면 매매잔금을 지급받지 않아도 된다고 생각하였을 리는 없다. 실제로 원고는 이 사건 매매계약을 체결한

등의 완제를 매매잔금채무 발생의 불확정기한이라고 보아야 한다.

여섯째, 피고는 입회보증금 반환채무가 완제되지 않은 상태에서 매매잔금채무를 이행할 경우 객실 회원권 소유자들로부터 입회보증금 반환을 요청당할 위험성이 있다고 주장하지만, 이는 사실상의 위험성에 불과하며, 전술한 관련사건 판결들¹¹²⁾에 의하면 피고나 주식회사 戊 어반스테이는 입회보증금 반환채무를 부담하지 않는 것으로 보인다.¹¹³⁾

일곱째, 객실임대료 채무(객실의 구분소유자들에 대한 수익금 지급채무)의 경우에도 원고가 여전히 그 채무를 부담하고 있고, 원고의 파산절차에서 파산채권으로 신고된 점을 고려할 필요가 있다. 즉 피고가 위 수익금 일부 대위변제에 따른 구상금을 자동채권으로 하여 상계를 주장하기는 하였지만, 피고가 아닌 주식회사 戊 어반스테이가 대위변제한 것이고 피고는 뒤늦게 그 채권을 양수하는 바람에 상계 주장이 받아들여지지 않았다. 따라서 애초에 공제나 상계 등으로 해결되어야 할 문제이지 조건 불성취로 볼 문제가 아니었다. 또한 주식회사 戊 어반스테이가 위 수익금의 일부를 대위변제한 이유는 객실 구분소유자들로부터 이 사건 호텔의 관리·운영을 위탁받기 위해서였다. 그리고 위 상계 주장이 받아들여지지 않은 이유는 피고가 파산을 앞둔 원고를 상대로 상계할 목적으로 주식회사 戊 어반스테이로부터 채권을 양수하였기 때문이다.

한편 쟁점에 대한 대상 판결의 입장은 형평의 관점이나 구체적 타당성이라는 측면에 보더라도 타당하다고 생각한다. 그 이유를 밝히면 다음과 같다.

첫째, 피고는 주식회사 戊 어반스테이를 내세워 이 사건 호텔을 관리·운영하려고 하면서도 기존의 관리·운영자인 원고로부터 이 사건 각 부동산을 매수하였을 뿐, 영업을 양수하지는 않다보니 이 사건 추가합의서와 같은 비전형적 문구를 두어 필요에 따른 매매잔금 정산을 예정한 것으로 보인다. 그렇다고 하더라도 피고가 이 사건 호텔의 관리·운영으로 인한 원고의 채무를 인수한 것도 아닌데 그러한 채무가 완제되지 않았다는 이유로 매매잔금채무를 면하는 것은 형평의 관점에서 볼 때 도저히 받아들일 수 없다. 즉 피고로서는 원고가 입회보증금 반환채무 등을 완제할 때까지 매매잔금을 지급하지 않을 기한의 이익을 누리면 충분하고, 원고의 파산 등으로 입회보증금 반환채무 등의 완제가 불가능하게 될 경우까지 매매잔금 지급을 거절할 명

지 불과 6개월이 지난 후(2017년 7월 6일) 임의로 정산한 매매잔금을 구하는 이 사건 소를 제기하였으며, 피고는 제1심 최초 준비서면(2017년 10월 16일자)에서 정산대금 미확정으로 인한 기한 미도래만을 주장하고 조건 불성취는 주장하지 않다가, 제7회 변론기일을 앞두고서야 조건 불성취를 주장하기 시작하였다. 따라서 피고도 최초에는 입회보증금 반환채무 등의 완제가 매매잔금의 지급조건임을 인식하지 못하였음을 드러낸 것으로 보인다. 또한 이 사건에서 피고는 원고에게 매매잔금 25억 8,500만 원 중 2017년 4월 25일 3억 620만 원, 2017년 5월 19일 1억 3,000만 원을 지급하기도 하였는데(乙 제1호증의 1, 제2호증), 만약 입회보증금 반환채무 등의 완제가 매매잔금 지급의 조건이었다면 피고가 이와 같이 매매잔금채무 일부를 임의 이행하지는 않았을 것이다.

112) 전술한 대법원 2019. 3. 28. 선고 2018다297536 판결(미간행), 대법원 2019. 4. 25. 선고 2018다295127 판결(미간행) 등 참조.

113) 위와 같은 위험성은 피고나 주식회사 戊 어반스테이가 원고로부터 영업을 양수한 것이 아님에도 그러한 외관을 형성함으로써 자초된 것이며, 입회보증금 반환채권자들은 원고의 파산절차에서 파산채권으로 신고하였고, 피고나 주식회사 戊 어반스테이가 위 채권자들에게 입회보증금을 반환한 사례도 없었다. 또한 피고가 입회보증금 반환채무를 부담하지 않고 이를 대위변제한 것도 아닌 이상 그 채무를 매매잔금에서 정산하지 못하게 되는 문제 자체는 발생하지 않는다.

분이 없다.¹¹⁴⁾

둘째, 피고는 원고가 매매잔금을 모두 지급받고서도 입회보증금 반환채무 등을 이행하지 않을 경우 그 채무를 자신이 짊어지게 될 사실상의 위험 또는 불안을 회피하기 위하여 이 사건 추가합의서에 위 문구를 두었지만, 관련 사건 판결들에 비추어 볼 때, 피고나 주식회사 戊 어반스테이가 위 채무를 부담할 가능성은 거의 없어 보이고, 원고의 파산절차에서 입회보증금 반환채권자들이 피고의 매매잔금을 재원으로 배당을 받게 된다면 피고가 염려하는 사실상의 위험은 매우 낮아질 것이다. 따라서 구체적 타당성이라는 측면에서 보더라도 현 단계에서 위 문구를 조건으로 해석하거나 이를 근거로 이행상 전연관계를 인정할 필요성은 적은 것으로 보인다.

나. 불확정기한의 도래 여부

전술한 바와 같이 입회보증금 반환채무 등의 완제를 매매잔금채무 발생의 불확정 기한이라고 해석한 원심 법원 및 이를 수긍한 대상 판결은 타당하다. 그렇다면 이 사건에서 불확정기한이 도래하였는지 여부가 문제된다.

불확정기한은 그 사실이 발생한 때뿐만 아니라 그 사실이 발생하지 아니하는 것이 확정된 때에도 기한이 도래된 것으로 보는데, 이를 이 사건에 적용하면 원고가 회사를 폐업(2017년 9월 14일)하고 파산을 신청(2017년 12월 15일)하여 파산선고(2018년 3월 16일)를 받는 과정에서 입회보증금 반환채무 등을 완제하지 못하는 것이 확정되었다고 볼 수 있다. 또한 이는 채권자(◇◇은행)가 파산선고를 받은 점에서 전술한 대법원 2002. 3. 29. 선고 2001다41766 판결의 사안과 유사하므로, 이 문제에 대한 대상 판결의 타당성을 판단할 때에 이 판결을 음미할 필요가 있다. 즉 대법원 2002. 3. 29. 선고 2001다41766 판결은 채권자와 채무자의 협의가 성립한 때를 자금 지급채무의 불확정기한으로 보면서, 채권자의 재정상태가 악화되어 업무정지처분을 받은 뒤 파산선고에 이른 경위에 비추어 볼 때 늦어도 파산이 선고되기 전까지는 협의의 성립이 불가능한 것으로 확정되었다고 판시하였다. 나아가 이 사건에서 피고는 불확정기한의 이행기가 도래하지 않았다는 주장도 하지 않았다. 따라서 원고의 파산 선고 즈음 피고의 매매잔금 지급채무의 이행기가 도래하였다고 판시한 원심 법원 및 이를 수긍한 대상 판결은 타당하다고 생각한다.

III. 결 어

이상으로 쟁점에 대한 대상 판결의 타당성 여부를 고찰해 보았으며, 그 내용을 정리하면 다음과 같다.

우선 이 사건에서는 甲 호텔 주식회사(매도인)와 피고(매수인) 사이의 이 사건 매매계약을 체결한 이후 이루어진 이 사건 추가합의 내용이 ‘정지조건’이 아닌 ‘불확정 기한’이므로, 그 내용의 실현 여부에 상관없이 피고의 매매잔대금 지급의무가 존재하

114) 따라서 매매잔금이 파산재단에 편입되어야 객실의 구분소유자들이나 객실 회원권 소유자들이 수익금이나 입회보증금을 조금이나마 변제받을 수 있다.

는지 여부가 문제되었다. 이에 대하여 원심 법원은 입회보증금 반환채무 등의 완제를 매매잔금채무 발생의 불확정기한이라고 해석하였으며, 대상 판결은 이를 수긍하였는데, 이는 다음과 같은 점을 고려하면 타당하다.

첫째, 매매나 도급과 같은 쌍무유상계약에서 대가 지급이나 본래적 채무의 이행 문제와 관련한 부관의 성질이 다투어지는 경우에는 일반적으로 쌍무유상계약의 성질에 비추어 원칙적으로 불확정기한으로 해석하여야 한다.

둘째, 계약서의 문언에 비추어 보더라도 원고가 입회보증금 반환채무 등을 완제하지 않는 한 피고가 언제까지라도 매매잔금채무를 이행하지 않아도 된다고 보는 것이 당사자들의 의사라고 보기 어렵다.

셋째, 이 사건 추가합의서에 의하면 원고와 피고의 상호 협의가 이루어져야 잔금지급 방식이 달라질 수 있지만, 그 경우에도 잔금지급의무 자체가 면제되는 것은 아니다.

넷째, 피고는 이 사건 매매계약을 체결한 후 이 사건 추가합의서를 작성하였다고 밝혔는데, 이는 이미 부담하고 있는 매매잔금채무의 변제에 관하여 일정한 사실이 부관으로 붙여진 경우에 해당되므로 특별한 사정이 없는 한 변제기를 유예한 것으로 볼 수 있다.

다섯째, 원고와 피고가 입회보증금 반환채무 등의 완제를 매매잔금 지급의 조건으로 삼지 않았음을 뒷받침하는 여러 정황들을 고려하더라도 입회보증금 반환채무 등의 완제를 매매잔금채무 발생의 불확정기한이라고 보아야 한다.

여섯째, 형평의 관점이나 구체적 타당성이라는 측면에서 보더라도 입회보증금 반환채무 등의 완제를 매매잔금채무 발생의 불확정기한으로 보아야 한다.

요컨대 대상 판결의 쟁점에 대한 판단은 타당하며, 이에 따라 이 사건에서 피고의 상고를 기각한 결론 역시 타당하다고 생각한다. 대상 판결은 조건과 불확정기한의 구별기준에 대한 기존 판례의 기본 법리에 입각해서 판단한 것으로, 향후에 유사 사례에서 조건과 불확정기한의 판단기준을 제시하는 데에도 참고할 가치가 있는 또 하나의 선례가 될 것이다. 그리고 조건과 불확정기한의 구별 문제가 기본적으로 법률행위의 해석 문제라고 하더라도 대상 판결을 비롯한 축적된 실제 사례를 바탕으로 양자의 구별기준을 유형화 내지 구체화 하는 데에도 유익한 소재가 될 것이다.¹¹⁵⁾ 향후 이 글을 계기로 조건과 불확정기한의 판단기준에 관한 깊이 있는 논의가 활발하게 이루어짐과 아울러 실무의 어려움을 해결할 수 있는 구체적 타당성을 가진 판례 이론의 정립을 기대하며, 이 글을 마친다.

115) 축적된 실제 사례를 바탕으로 조건과 불확정기한의 구별기준을 유형화 하는 시도를 한 문헌의 예로 일본의 경우에는 於保不二雄・奥田昌道 編集 / 中川善之助・柚木馨・谷口知平・於保不二雄・川島武宜・林良平・加藤一郎 編集代表, 前掲書, 800-802頁[金山正信・直樹 집필부분](이 견해는 조건과 불확정기한의 구별기준을 제시함에 있어서 부관 사실의 단일성과 복수성, 구체성과 일의성(一義性) 여부, 유상쌍무계약으로 유형화 한 후, 부관 사실의 복수성, 추상성과 다의성, 유상쌍무계약성이 있을 경우에는 불확정기한으로 해석될 여지가 많다고 한다)이 있으며, 우리나라의 경우에는 유상호, 앞의 논문, 187면 이하(이 견해는 법률행위의 해석에 관하여 판례가 제시한 기준을 바탕으로 당사자가 법률행위로 표시한 문언에 관한 구별, 법률행위의 동기 및 경위에 관한 구별, 법률행위의 내용 및 성격에 관한 구별, 부관의 내용 및 성격에 관한 구별, 거래의 관행에 관한 구별 등으로 유형화한다)가 있다.

[참고문헌]

<국내 문헌>

- 곽윤직·김재형, 「민법총칙 [민법강의 I]」, 제9판, 박영사, 2013.
- 김준호, 「민법총칙-이론·사례·판례-」, 제18판, 법문사, 2024.
- 김증한·김학동, 「민법총칙」, 제10판, 박영사, 2013.
- 김형식·오영준 편집 / 양창수 편집대표, 「민법주해 IV, 총칙(4) [제137조~제184조]」, 제2판, 박영사, 2022.
- (사)한불민사법학회, 「프랑스민법전」, 박영사, 2023.
- 손지열·김황식·양창수 편집 / 곽윤직 편집대표, 「민법주해, 제3권, 총칙 (3) 제114조~제184조」, 박영사, 2012.
- 송덕수, 「민법총칙」, 제7판, 박영사, 2024.
- 유상호, “정지조건과 불확정기한의 구별 기준에 관한 연구”, 「재판실무연구」, 2013(2014.1), 광주지방법원, 2014.
- 이균용, “부관이 붙은 법률행위에 있어서 부관이 정지조건인지 불확정기한인지를 판단하는 기준(2003. 8. 19. 선고 2003다24215 판결 : 공2003하, 1870)”, 「대법원판례해설」, 제47호(2003 하반기), 법원도서관, 2004.
- 이재형·허서윤·김제완, “금전채권에 관한 불확정기한과 정지조건의 구별기준-영미법상 pay-when 조항과 pay-if 조항의 시사점-(대상판결 : 대법원 2003. 8. 19. 선고 2003다24215 판결)”, 「연세법학」, 제37호, 연세법학회, 2021.
- 이영준, 「민법총칙」, 개정증보판, 박영사, 2007.
- 이주은, “개정 프랑스민법상 조건부채무(l'obligation conditionnelle)”, 「아주법학」, 제12권 제3호, 아주대학교 법학연구소, 2018.
- 지원림, 「민법강의」, 제21판, 홍문사, 2024.
- 천병조·김제완, “화해계약에서 창설된 법률관계상의 의무에 대한 불이행의 효과-영미법상 executory accord와 substituted contract 법리의 시사점--대법원 2018. 6. 28. 선고 2018다201702 판결-”, 「법조」, 제69권 제1호(통권 제739호), 법조협회, 2020.
- 한불민사법학회, 「개정 프랑스채권법 해제」, 박영사, 2021.
- 한승·손철우 편집 / 김용덕 편집대표, 「주석민법 [총칙3] §114~§184」, 제5판, 한국사법행정학회, 2019.

<해외 문헌>

- 能見善久・加藤新太郎 編集, 「論点体系 判例民法 1 總則」, 第3版, 第一法規, 平成31年(2019年).
- 大村敦志, 「新基本民法 1 總則編」, 第2版, 有斐閣, 令和元年(2019年).
- 石田穰, 「民法總則 民法大系(1)」, 信山社, 平成26年(2014年).
- 我妻榮・有泉亨・清水誠・田山輝明, 「我妻・有泉 コメントール民法 總則・物權・債權」, 第8版, 日本評論社, 令和4年(2022年).

於保不二雄 編集 / 中川善之助・柚木馨・谷口知平・於保不二雄・川島武宜・林良平・
加藤一郎 編集代表, 「注釋民法 (4), 總則(4) 法律行爲 II §§99~137」, 有斐閣,
昭和42年(1967年).

於保不二雄・奥田昌道 編集 / 中川善之助・柚木馨・谷口知平・於保不二雄・川島武
宜・林良平・加藤一郎 編集代表, 「新版 注釋民法 (4), 總則(4) 法律行爲 (2)
§§99~137」, 有斐閣, 平成27年(2015年).

遠藤浩・水本浩・北川善太郎・伊藤滋夫 編, 「民法注解 財産法, 第1卷, 民法總則」,
青林書院, 平成元年(1989年).

瀧井朋子・孕石孟則・安永正昭 編集 / 林良平 編集代表, 「民法總則 注解判例民法 1
a」, 青林書院, 平成6年(1994年).

Larenz, Karl / Wolf, Manfred / Neuner, Jörg, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
Rechts, 13.Aufl., C.H.Beck, 2023.

Leipold, Dieter, BGB I Einführung und Allgemeiner Teil Ein Lehrbuch mit Fällen
und Kontrollfragen, 11.Aufl., Mohr Siebeck, 2022.

Medicus, Dieter / Petersen, Jens, Allgemeiner Teil des BGB, 11.Aufl., C.F.Müller,
2016.

Köhler, Helmut, BGB Allgemeiner Teil, 46.Aufl., C.H.BecK, 2022.

G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2018.

O. Deshayes, Th. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du
régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2018.

[Abstract]

**The Criteria of Distinguishing Whether Terms in an
Agreement Stipulate Contractual Conditions, or an Unfixed
Period under the Civil Act**
- A Review of Supreme Court Ruling 2019da246016 Issued on
September 21, 2023(unpublished) -

Seung Hyun LEE*

This article was written to examine the validity of the Supreme Court ruling 2019da246016 issued on September 21, 2023(unpublished), in which the main issue was the criteria of determining whether additional terms in a contract stipulate contractual conditions (the contract takes effect if the party meets the conditions by performing its obligation), or an unfixed period (the contract takes effect if the party performs its obligation within an unfixed period). For this purpose, the research was conducted in this article in the following sequence. The academic theories and precedents were analyzed and organized regarding contractual conditions and an unfixed time limit under the Civil Act, as well as the basis of determining whether additional contractual terms represent contractual conditions, or an unfixed period within which the obligation must be performed. Based on this analysis, the reasonableness of the Supreme Court's ruling 2019da246016 issued on September 21, 2023(unpublished) was reviewed, which held that the language of the additional contractual terms stipulates an unfixed period. As a result, it has been determined in this article that the Supreme Court ruling 2019da246016 issued on September 21, 2023(unpublished) is reasonable based on the following points: In a bilateral contract for consideration, such as a sale contract, or a sub-contract, if the nature of the contract of the price payment, or the performance of the initial obligation is contested, in light of the nature of the bilateral contract with consideration, it should generally be interpreted that the contract prescribes an indefinite period, in principle; even based on the language of the contract, it is difficult to believe that it is the intent of the parties that the defendant may delay performing the obligation of making the balance payment forever unless the plaintiff fully performs the obligation of returning the membership deposit; even if various circumstances are considered which support the fact that the plaintiff and the defendant did not make the obligation of fully returning the member deposit a condition for the balance payment in the sales contract, it should be regarded that the time limit is unfixed for the return of the

* Supreme Court of Korea(Judicial Researcher), Ph. D.

membership payment; from the perspective of equity, or specific reasonableness, for a party to have the obligation of making the sales balance payment, the other party shall return of the membership deposit by an unfixed time limit.

The Supreme Court ruling 2019da246016 issued on September 21, 2023(unpublished) was based on the basic legal principle in the previous court decisions regarding the criteria of distinguishing between contractual conditions and an unfixed period, and will serve as another precedent worth referring to in similar cases in the future, for differentiating between contractual conditions and an unfixed period. Although the exercise of distinguishing between contractual conditions and an unfixed period is basically a question of interpreting a legal act, it is also instrumental in typifying the criteria for distinguishing between the two based on actual cases which build on the Supreme Court decision 2019da246016 on September 21, 2023(unpublished). It is hoped that the criteria distinguishing between contractual conditions and an unfixed period within which the obligation should be performed will be presented in more detail through additional discussions and the accumulation of more court decisions.

Key Words: Contractual conditions, time limit, indefinite time limit, identifying whether additional terms in a contract stipulate conditional terms or an indefinite time limit, a question of interpreting a legal act

이스포츠 선수의 권리 강화를 위한 법제도적 방안 연구

정 현*

논문요지

이스포츠산업은 새로운 먹거리 산업으로 전 세계적으로 관심을 끌고 있다. 이러한 세계적 인기는 이스포츠산업의 중요한 구성요소인 스타선수의 등장과 역할이 한 몫을 하고 있다. 특히 이스포츠선수가 되기 위해 어린시절부터 혹독한 훈련을 받고 있으며, 선수생활도 타 스포츠에 비해 짧은 편이다. 즉 미성년의 나이에서 시작해서 20대 후반에 은퇴를 하고 있는 상황이다. 이에 우리나라는 이스포츠선수의 권리를 보장하는 방안 중 하나로 표준계약서를 마련하여 선수와 구단 사이의 계약 중 발생할 수 있는 불공정한 상황을 방지하고자 한다. 하지만 표준계약서의 내용이나 활용 면에서 한계점이 존재하여 입법목적이 달성되고 있는지에 대한 의문이 든다. 또한 은퇴선수에 대한 지원에 관한 규정이 존재하지 않아, 이른 나이에 은퇴하게 되는 선수가 자신의 미래를 설계하는 것에 어려움을 느끼고 있다. 이에 이 글에서는 이스포츠산업의 건강하고 지속적인 발전을 위하여 이스포츠선수의 권리를 보호하고 강화하기 위한 방안으로 표준계약서의 최신화, 은퇴선수의 지원, 선수협회의 구성에 관한 방안을 제시했다.

검색용 주제어: 「이스포츠(전자스포츠) 진흥에 관한 법률」, 이스포츠, 이스포츠선수, 이스포츠 표준계약서, 이스포츠선수협회

· 논문접수: 2023. 12. 30. · 심사개시: 2024. 01. 11. · 게재확정: 2024. 01. 25.

I. 서론

지난 9월 23일 중국에서 개최된 제19회 항저우 아시안게임에서 최초로 e스포츠가 정식종목으로 선정되었다. 이에 우리나라는 리그 오브 레전드(League of Legends), 스트리트 파이터 V(Street Fighter V), 배틀그라운드 모바일(BATTLEGROUNDS MOBILE), 피파 온라인(FIFA ONELINE) 종목에 출전하여 금메달 2개, 은메달 1개, 동메달 1개로 출전 전 종목에서 입상하는 눈부신 성과를 이루어냈다.¹⁾ 또한 지난 11

* 단국대학교 일반대학원 e스포츠학과 강사, 법학박사

1) 김주환, “[아시안게임] 출전 종목서 모두 입상…한국, e스포츠 중주국 위상 각인”, 매일경제,

월 고척스카이돔에서 펼쳐진 일명 ‘월드컵’ 결승전의 누적 시청자 수는 4억 명에 달하는 것으로 나타났다.²⁾ 이처럼 e스포츠에 대한 인기가 지속적으로 성장하고 있는데, 이와 같은 인기에는 ‘Faker(이상혁)’라는 T1 소속의 e스포츠 선수가 주요 요인으로 평가되고 있다. 이처럼 한 산업의 발전을 위해서는 해당 산업의 근간을 이루는 구성요소의 권리가 보호되고 강화되어야 하는데, 특히 e스포츠 및 e스포츠산업의 발전을 위해서는 e스포츠 선수의 권리 및 권익을 보호해야 한다. 2022년 이스포츠 실태조사에 따르면 프로선수의 경우에는 19세 이하(32.8%), 육성군 선수의 경우에는 18~19세(46.3%)가 가장 높은 비율을 차지하는 것으로 조사되었는데, 이는 e스포츠 산업의 근간을 이루는 선수가 주로 미성년자로 성인에 비해 권리침해를 받을 수 있는 가능성이 높다는 것을 보여주고 있다고 할 수 있다.

우리나라는 2020년 「이스포츠(전자스포츠) 진흥에 관한 법률」의 개정을 통해 선수의 권리를 보호하고자 표준계약서의 제정 및 보급에 관한 사항을 신설하기에 이르렀다. 하지만 표준계약서가 있음에도 불구하고 선수의 권리를 침해할 가능성이 있는 내용이 존재한다거나 표준계약서의 활용을 재고할 수 있는 방안이 미흡하여 표준계약서를 통한 선수의 권리 보호 및 강화가 요원한 상황에 있다. 또한 은퇴선수의 활용, 교육 등의 방안이 부재하여 선수의 미래가 불투명한 상황에 처해 있다. 이에 본 논문에서는 e스포츠 산업의 지속적 발전을 위해 선수의 권리를 보호하고 강화하기 위한 법제도적 방안을 살펴보고자 한다.

II. 이스포츠 관련 현황

1. 이스포츠산업 현황

이스포츠의 사회적 관심이 고조되는 가운데 이스포츠가 2023년 항저우 아시안게임에서 정식종목으로 선정되었고, 2026년 일본 아이치현과 나고야시에서 개최되는 아시안게임에서도 정식 종목으로 포함되었다.³⁾ 또한, 국제올림픽위원회(International Olympic Committee, IOC)는 2022년도에 이어 2023년에 ‘Olympic Esports Series’를 개최하였다.⁴⁾ 이처럼 다른 스포츠에 비해 생소했던 이스포츠가 정식 스포츠의 범주에 포섭되고 있으며, 이스포츠의 특징 중 하나인 장소의 비제약성은 이스포츠의 확장 가능성을 강화하고⁵⁾, 이스포츠산업의 발전 가능성을 높이고 있다.

2022 이스포츠 실태조사에 따르면 이스포츠 종목사 투자액이 2020년 731.3억 원에

2023.10.01., <<https://stock.mk.co.kr/news/view/243424>> (최종방문일: 2023년 12월 30일)

2) 차준홍, “월드컵 전 세계 4억 명이 봤다… 침체한 e스포츠 한국서 부활”, 중앙일보, 2023.11.20., <<https://www.joongang.co.kr/article/25208471#home>> (최종방문일: 2023년 12월 30일)

3) 남정석, “e스포츠, 항저우에 이어 차기 아시안게임에서도 정식 종목으로 채택”, 스포츠조선, 2023.07.10., <https://www.chosun.com/sports/sports_general/2023/07/10/TJ74V5GMCKNB5NW5XZI5UIPPJM/> (최종방문일: 2023년 12월 30일)

4) IOC, “Olympic Esports Series”, <<https://olympics.com/en/esports/olympic-esports-series/>> (최종방문일: 2023년 12월 30일)

5) 남기연, “e스포츠 개념의 변화를 위한 법제도적 방안 연구”, 스포츠엔터테인먼트와 법 제26권 제1호, 한국스포츠엔터테인먼트법학회, 2023.02, 142면.

서 2021년 838.8억 원으로 확대되었고, 중목사 매출액도 2020년 281.4억 원에서 2021년 329.3억 원으로 증가하였으며, 국내 스포츠 대회에서의 상금 규모도 2020년 132.9억 원에서 239.8억 원으로 약 80% 이상 증가하였다.⁶⁾ 우리나라는 2002년 세계에서 최초로 프로이스포츠 리그를 창설하였고, 2004년에는 단일대회에서 10만 관중 시대를 열었으며, 2008년에는 국제이스포츠연맹(International e-Sports Federation, IeSP)을 창립하여 국제적으로도 이스포츠산업에서 주도적 역할을 하고 있다.⁷⁾ 이처럼 이스포츠는 산업적 측면에서 그 규모가 확장되고 있는 것에 더해 국민의 건전한 여가 선행에도 이바지하고 있다. 이와 같은 상황과 맞물려 이스포츠의 진흥에 관한 사항을 규정하여 이스포츠 문화 및 산업의 기반 조성 및 경쟁력 강화를 이루기 위해 위해 「이스포츠(전자스포츠) 진흥에 관한 법률」(이하, 이스포츠법)이 2012년 2월 18일 제정되어 같은 해 8월 18일에 시행되었다.

2. 이스포츠 선수 및 단체 현황

이스포츠법은 이스포츠를 “「게임산업진흥에 관한 법률」 제2조제1호에 따른 게임물을 매개(媒介)로 하여 사람과 사람 간에 기록 또는 승부를 겨루는 경기 및 부대활동”이라고, 같은 법 제2조제6호는 이스포츠 선수를 “이스포츠 단체의 정하어진 바에 따라 등록된 사람”이라고 정의하고 있다. 2021년 기준 국내 프로선수는 366명, 육성군(아마추어) 선수는 143명으로 이스포츠 코칭스태프는 152명으로 집계되고 있다.⁸⁾ 2022년 이스포츠 실태조사에는 총 125명의 프로선수가 조사에 응답하였는데 그 결과를 살펴보면, 프로선수의 평균 연령은 19세 이하(32.8%), 20~21세(29.6%), 22~24세(26.4%), 25세 이상(11.2%)순으로 조사되었으며, 프로선수의 하루 평균 훈련 시간은 7.4시간으로 나타났다.⁹⁾ 같은 실태조사에 육성군 선수는 총 149명 응답하였으며, 육성군 선수의 연령은 18~19세(46.3%), 17세 이하(29.5%), 20세 이상(24.2%) 순으로 조사되었고, 평균 연령은 18.8세, 육성군 선수의 하루 평균 훈련 시간은 7.2시간으로 나타났다.

이스포츠법은 이스포츠 단체에 대해서도 정의하고 있는데, 같은 법 제2조제7호에서 “이스포츠에 관한 활동이나 사업을 목적으로 설립된 법인이나 단체”라고 정의하고 있다. 국내 이스포츠 게임단(이스포츠 단체) 현황을 살펴보면, 리그 오브 레전드(League of Legends)와 배틀그라운드(BATTLEGROUNDS)가 13개 팀(17.3%), 발로란트(VALORANT)가 10개 팀(13.3%) 오버워치(OVERWATCH)가 9개 팀(12%), 피파 온라인 4(FIFA ONLINE 4)가 6개 팀(8%), 기타(5.3%) 순으로 총 42개 게임단의 총 75개 팀으로 구성되어 있다.¹⁰⁾ 2022년 이스포츠실태조사에 참여한 13개 프로게임단에 대한 분석결과, 게임단은 평균 3.2개의 이스포츠 종목을 운영하고 있고, 인력

6) 한국콘텐츠진흥원, “2022 이스포츠 실태조사”, 2022.12, 10면.

7) 한국콘텐츠진흥원, “2009 게임백서”, 2009.09.08., 428면.

8) 해외로 진출한 선수와 코칭스태프는 367명과 97명으로 나타나고 있다. 한국콘텐츠진흥원, “2022 이스포츠 실태조사”, 2022.12, 11면.

9) 한국콘텐츠진흥원, “2022 이스포츠 실태조사”, 2022.12, 30~31면.

10) 2021년 게임단 운영예산을 살펴보면, 50~100억 원 미만이 30.8%로 가장 큰 비율을 차지하고, 11~21억 원 미만이 다음 순위로 나타나고 있다. 한국콘텐츠진흥원, “2022 이스포츠 실태조사”, 2022.12, 11면.

구성은 평균적으로 선수 23.4명, 코칭스태프 7.5명을 보유하고 있는 것으로 나타났다.¹¹⁾

이처럼 이스포츠 선수는 프로 및 육성군을 통틀어 그 연령이 어리다는 것을 알 수 있다. 이러한 특성은 이스포츠를 향유하는 이용자층과도 겹을 같이하는데 처음 이스포츠를 접하게 되되는 시기가 20대(35%)로 가장 높게 조사되었다.¹²⁾

3. 이스포츠법상 선수의 권리 등에 관한 주요 내용

(1) 이스포츠법의 목적

이스포츠법은 “이스포츠의 진흥에 필요한 사항을 규정함으로써 이스포츠의 문화와 산업의 기반조성 및 경쟁력 강화를 도모하고 이스포츠를 통하여 국민의 여가선용 기회 확대와 국민경제의 건전한 발전에 이바지함”을 제정 목적으로 규정하고 있다. 이처럼 이스포츠가 국가 경쟁력 강화의 원천이면서 국민 여가 활동의 선택의 폭을 넓히는 역할을 하기 위해서는 이스포츠산업에서 중요한 역할을 맡고 있는 이스포츠 선수에 대한 권리를 강화하고 보장하는 것이 우선시 되어야 한다.

이스포츠 종목 중 가장 인기를 끌고 있는 리그 오브 레전드(League of Legends)의 이상혁 선수가 이스포츠산업에서 가지고 있는 파급력을 생각하면 이스포츠 선수의 권리 강화 및 보장이 왜 중요한지를 알 수 있다. 이상혁 선수는 ‘페이커(Faker)’라는 게임명으로 더욱 유명세를 타고 있으며, T1이라는 리그 오브 레전드(League of Legends) 프로팀에 소속되어 있다. 이스포츠 방송 업계에서는 T1의 스트리밍 파트너에 대한 관심이 높는데, 이는 생방송 시청자 수의 평균이 5만명을 넘기 때문이다. 이는 이상혁 선수가 T1에 속해 있고 이 선수의 플레이를 보고 싶어하는 대중의 요구가 있다는 평가를 받기도 한다.¹³⁾ 또한 이상혁 선수에 대한 대중의 사랑은 국내뿐만 아니라 해외에서도 검증되고 있는데, BTS, 봉준호, 손흥민과 더불어 이상혁 선수는 한류를 이끄는 4대 천황으로 분류하기도 한다.¹⁴⁾

일반적으로 다른 스포츠 종목에서도 그 선수가 가지는 인기나 영향력으로 인해 해당 스포츠 종목이 붐을 일으키기도 하는데 대표적으로 박세리 선수의 대회를 보고 골프선수의 꿈을 끼워온 ‘박세리 키즈’가 세계 골프대회를 누비고 있으며, 박인비 선수의 경우 2016년 리우 올림픽에서 금메달을 따기도 했다.¹⁵⁾ 이처럼 이스포츠도 산업의 기반을 마련하고 국민의 건전한 여가 활동으로 자리 잡기 위해서는 이스포츠 선수의 권리 강화 및 보장이 필요하다.

11) 한국콘텐츠진흥원, “2022 이스포츠 실태조사”, 2022.12, 30면.

12) 한국콘텐츠진흥원, “2022 이스포츠 실태조사”, 2022.12, 14면.

13) 이소라, “페이커 이상혁 개인방송, 이제는 아프리카 TV에서 본다”, TechM, 2022.06.10., <<https://www.techm.kr/news/articleView.html?idxno=98296>> (최종방문일: 2023년 12월 30일)

14) 진달용, “[진달용의 한류이야기] BTS·봉준호·이상혁·손흥민...‘4대 천황’으로 본 한류의 미래”, 한국경제, 2022.06.08., <<https://www.hankyung.com/opinion/article/2022060873781>> (최종방문일: 2023년 12월 30일)

15) 주미희, “박인비, 리우 금메달은 나라에 나를 증명한 기분”, 스포티비골프다이제스트, 2021.08.03., <<https://www.golfdigest.co.kr/news/articleView.html?idxno=38444>> (최종방문일: 2023년 12월 30일)

(2) 기본계획

이스포츠법 제6조는 문화체육관광부장관으로 하여금 이스포츠 진흥에 관한 기본적이고 종합적인 중기 및 장기 진흥 기본계획과 이스포츠의 각 분야별, 연도별 세부 시행계획을 수립하고 시행하도록 규정하고 있다. 또한 기본계획에는 이스포츠 진흥의 기본방향, 이스포츠 활성화를 위한 기반 조성 등에 관한 사항을 포함하도록 하면서, 이스포츠 선수와 관련해서는 이스포츠 관련 전문인력의 양성 및 권익향상, 전문 이스포츠의 육성, 지원 및 생화 이스포츠의 저변 확대, 활성화 지원 등에 관한 사항을 필수적으로 포함하도록 규정하고 있다.

기본계획은 법규정에서 설명하고 있는 바와 같이 이스포츠법의 목적인 이스포츠의 문화와 산업의 기반조성 및 경쟁력 강화를 통해 국민의 여가선용 확대와 국민경제의 발전을 기여함을 달성하기 위한 가장 기초적인 단계라고 할 수 있다. 이러한 기본계획을 통해서 이스포츠 문화 및 산업의 진흥을 위한 일관성 있고 체계적인 정책 및 제도를 마련할 수 있는 것이다. 이에 문화체육관광부는 게임산업 진흥 종합계획을 통해 이스포츠 생태계 조성 및 향유 저변 확대, 이스포츠 국제 표준 정립 등으로 세계 이스포츠 선도라는 추진전략을 세우고, 이스포츠 선수의 보호를 체계화하기 위해 ① 이스포츠 선수의 공정한 환경 조성을 위한 표준계약서를 마련하고 보급하고, ② 선수정보, 경기기록 등 선수관리를 객관적으로 하기 위해 이스포츠 정식종목을 대상으로 모든 이스포츠 선수를 등록하는 선수등록제 확대하고, ③ 선수를 대상으로 법률 및 회계 자문 등 선수 권익보호를 위한 교육을 체계화하는 세부 계획을 마련하였다.¹⁶⁾

(3) 실태조사

이스포츠법 제7조는 정부로 하여금 이스포츠 관련 정책의 수립 및 시행을 위해 실태조사를 매년 실시하고 공표하도록 규정하고, 실태조사에 관해 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 규정하고 있다.

이에 이스포츠법 시행령 제3조는 ① 이스포츠 선수 및 이스포츠산업 종사자의 성별, 나이 등 일반적 특성에 관한 사항, ② 이스포츠시설 및 이스포츠 단체 현황, ③ 국내외 이스포츠 대회 현황, ④ 그 밖에 이스포츠의 진흥을 위한 정책의 수립·시행에 필요한 사항에 관하여 실태조사를 실시하도록 규정하고 있다. 이에 한국콘텐츠진흥원에서는 이스포츠 산업 규모, 이스포츠 확장 산업 규모, 이스포츠 게임단 및 선수 현황, 이스포츠 이용자의 현황 등에 관한 사항을 포함하고 있는 이스포츠 실태조사를 실시하고 있다.¹⁷⁾ 이와 같은 조사 보고서를 통해 앞서 살펴본 이스포츠 산업, 선수 및 게임단 현황을 살펴보고 이스포츠산업에서 선수가 가지고 있는 특징을 살펴볼 수 있었다.

(4) 표준계약서

16) 관계부처 합동, “게임산업 진흥 종합 계획”, 2020.05.07., 54면~55면.

17) 한국콘텐츠진흥원, 한국콘텐츠진흥원, “2022 이스포츠 실태조사”, 2022.12.

이스포츠 산업이 계속해서 성장하고 있지만, 이스포츠 산업에 종사하고 있는 근로자, 특히 이스포츠 선수가 구단과 계약을 체결함에 있어 임금, 이적, 임대, 기간 등에 대한 명확한 기준이 없어 불공정한 계약을 맺는 사례가 종종 발생함에 따라 이스포츠 선수의 권리를 보장하기 위해 이스포츠 선수 표준계약서의 마련을 입법화 하게 되었다.¹⁸⁾ 이에 이스포츠법 제7조의2는 문화체육관광부장관으로 하여금 전문 이스포츠 용역과 관련된 표준계약을 제정하고를 이스포츠 분야의 사업자 및 단체에 보급하도록 규정하고 있다. 또한 위의 표준계약을 제정이나 개정할 때, 공정거래위원회와 협의하고 이해관계자와 해당 전문가의 의견을 듣도록 하고, 표준계약서의 활용도를 높이기 위해 사업자 및 단체에게 사용을 권장할 수 있도록 규정하고 있다. 이에 2021년 2월 문화체육관광부 게임콘텐츠산업과는 이스포츠 선수 표준계약서, 이스포츠 육성군 표준계약서, 청소년 이스포츠 선수 표준 부속합의서 모두 3종의 이스포츠 표준계약을 제정하였다.

(5) 이스포츠 관련 전문인력의 양성 및 전문 · 생활 이스포츠 육성

이스포츠법 제10조는 문화체육관광부장관에게 이스포츠진흥에 필요한 경기 및 방송, 연구 등의 분야에서 이스포츠 전문인력을 양성하기 위해 노력해야 한다고 규정하고 있다. 또한 대통령령으로 정하는 바에 따라 일정한 기관을 이스포츠 전문인력 양성기관으로 지정할 수 있도록 하고 지정된 기관에 대해 정해진 예산의 범위에서 필요한 경비를 보조할 수 있도록 규정하였다.

이스포츠 전문인력 양성기관의 지정에 관해서는 이스포츠법 시행령 제6조에서 규정하고 있는데, 「고등교육법」 제2조에 따른 학교 중 이스포츠 관련 교육과정을 운영하고 있는 학교, 이스포츠에 관한 연구를 수행하고 있는 연구기관, 민법 제32조에 따라 이스포츠 진흥을 목적으로 설립된 비영리법인, 「문화산업진흥 기본법」 제31조에 따른 한국콘텐츠진흥원, 그 밖에 문화체육관광부장관이 이스포츠 관련 전문인력을 양성할 능력이 있다고 인정하여 고시하는 기관 또는 단체에 해당하는 경우 이스포츠 전문인력 양성기관으로 지정받을 수 있다.

또한 이스포츠법은 제15조에서 국가로 하여금 이스포츠의 발전을 도모하고, 국민의 건전향 여가활동을 촉진하기 위해 전문 및 생활 이스포츠 육성에 필요한 시책을 강구하도록 규정하고 있다.

4. 이스포츠 선수의 권리보호에 관한 한계점

(1) 이스포츠 표준계약서

1) 내용상의 한계점

스포츠 분야에서 표준계약서가 가지는 의미는 계약 당사자 특히 선수와 구단 간의 계약을 성립함에 있어 각 당사자의 권리와 의무를 분명하게 정하여 불공정을 제

18) 이동선위원 대표발의, “이스포츠(전자스포츠) 진흥에 관한 법률 일부개정법률안”, 2019.10.11., 1면.

거하고 사후 분쟁에 있어 중요한 판단 기준의 역할을 하고 있다.¹⁹⁾ 이스포츠산업 분야에서도 선수의 권리 강화와 불공정 제거를 위해 표준계약서를 마련하였다. 이스포츠 표준계약서는 이스포츠 선수의 권리를 강화하고 보장하자는 취지에서 표준계약서의 제정과 활용에 대해 2020년 6월 이스포츠법에 신설되었다. 이스포츠 표준계약서 제정 및 보급에 관한 규정 마련의 도화선이 된 사건이 있는데, 일명 ‘그리핀-카바니 사건’이다. 서정혁(카바니) 선수가 리그 오브 레전드(League of Legends) 프로팀 그리핀과 체결한 선수 계약서의 내용이 세상이 알려지게 되면서 그리핀과 카바니의 선수 계약서의 불공정성이 부각 되었다.²⁰⁾

불공정 계약의 내용을 살펴보면²¹⁾, 제6조는 상표권 등에 규정하면서 제2항은 “갑은 계약기간이 종료된 이후에는 본조 제1항 소정의 모든 권리를 을에게 이전하며, 그와 동시에 을은 갑이 해당 지적재산권 개발에 투장한 비용 전부를 갑에게 지불해야 한다”라고 규정하고 있다. 이는 구단이 계약 기간 초상, 상표 등 선수와 관련한 지적재산권으로부터 발생하는 모든 수입을 구단이 가지고 가면서 계약이 종료된 후에 선수가 자신과 관련된 지적재산권을 되찾기 위해 지적재산권의 개발비용을 다시 구단에게 지급하도록 하는 불합리하고 불공정한 내용의 계약인 것이다.

계약의 해지와 관련된 조항에서도 불공정한 내용이 발견되었다. 제16조제3항에서는 계약 위반의 경우를 제시하고 있는데, 이러한 경우에 해당하면 계약을 즉시 해지하고 위약별로 선수가 구단에게 5천만 원을 지급하고, 해지 당시까지 지급받은 모든 금액을 구단에게 지급하도록 규정하고 있다. 문제가 되는 것은 본 계약서 상 선수의 연봉이 2,040만 원인데 위약벌의 내용은 연봉의 두 배가 넘는 5천만 원에 지금까지 지급된 모든 금액을 반환하라고 하는 것이다. 이는 지나친 위약벌의 내용으로 판단되어 진다.²²⁾ 또한 제16조제3항제3호를 “갑과 연락이 두절되는 경우(불가피한 사고나 천재지변 등이 발생하지 않았음에도 불구하고 갑과 상당기간 연락이 되지 않는 경우를 포함한다)”라고 규정하면서 이러한 경우에도 선수는 구단에게 위에서 살펴본 위약벌을 지급하도록 규정하였다. 이는 ‘상당기간’이 몇 시간이나 며칠인지, 그리고 ‘연락 두절’이 어느 정도인지에 대한 명확성이 결여된 조문으로 선수의 권리를 침해할

19) 한승범·김자영, “스포츠 분야 표준계약서의 문제점 및 개선방안 연구”, 스포츠엔터테인먼트와 법 제26권 제3호, 한국스포츠엔터테인먼트법학회, 2023.08, 63면.

20) 정현, “「이스포츠(전자스포츠) 진흥에 관한 법률」의 개선방안 연구”, 스포츠엔터테인먼트와 법 제26권 제3호, 한국스포츠엔터테인먼트법학회, 2023.08, 74면.

21) 문동성·이다니엘·윤민섭, “[단독]“연락 두절시 벌금 5000만원+a” 카바니 ‘불공정 계약서’ 입수”, 국민일보, 2019.11.21., <<https://m.kmib.co.kr/view.asp?arcid=0013950876>> (최종방문일: 2023년 12월 30일)

22) 위약벌에 관하여 대법원은 “위약벌의 약정은 채무의 이행을 확보하기 위하여 정하는 것으로 의무의 강제로 얻는 채권자의 이익에 비하여 약정된 벌이 과도하게 무거울 때에는 일부 또는 전부가 공서양속에 반하여 무효로 된다. 위약벌 약정이 공서양속에 반하는지를 판단할 때에는, 당사자 일방이 독점적 지위 내지 우월한 지위를 이용하여 체결한 것인지 등 당사자의 지위, 계약의 체결 경위와 내용, 위약벌 약정을 하게 된 동기와 경위, 계약 위반 과징 등을 고려하는 등 신중을 기하여야 하고, 단순히 위약벌 액수가 많다는 이유만으로 선불리 무효라고 판단할 일은 아니다”라고 판결하고 있다. 즉 계약 당사자 사이가 평등하지 못하고 일방이 타방에 비해 우월한 위치를 이용해 위약벌의 내용을 과하게 정했다면 과한 내용에 대해서는 무효로 볼 수도 있는 것이다. 구단과 선수사이의 관계는 정보의 수집력, 관련 규정의 이해도 등 구단이 선수에 비해 우월한 지위를 가질 수 밖에 없는 상황이다. 이러한 상황은 위약벌의 무효를 주장할 수 있는 조건이라고 사료된다. 대법원 2016. 1. 28., 선고, 2015다239324, 판결

수도 있는 규정이라 생각된다.

제16조 제7항은 “선수활동 등과 무관한 사유로 병원 등에 연속으로 30일 이상 입원해 정상적인 선수활동을 할 수 없게 된 경우 계약을 해지할 수 있다”, 제8항은 “중대한 질병 또는 상해를 당하여 선수생활을 계속하기 어려운 상태에 놓인 경우 계약을 해지할 수 있다”라고 규정하고 있다. 여기서 문제가 되는 것은 제7항에서 ‘정상적인 선수활동을 할 수 없게 된 경우’, 제8항에서 ‘선수생활을 계속하기 어려운 상태’에 대하여 구체적으로 명시하고 있지 않다는 것이다. 이러한 불명확성은 상황에 따라 계약 당사자가 해석하기 따라 결과가 달라지는 혼란을 야기할 수 있고, 일반적으로 구단보다는 열악한 지위에 있는 선수의 권리를 침해할 수 있는 가능성을 가지고 있다.

위와 같이 선수와 구단 사이의 계약에서 불공정한 계약의 내용이 발견되고, 이스포츠산업의 발전이 비해 이스포츠 관련 종사자, 특히 선수의 처우는 개선되지 않는 상황이 지속되자 이스츠법에서 이스포츠 선수의 권리를 강화하고 보고하기 위해 이스포츠 표준계약서의 제정 및 활용을 규정하기에 이르렀다.

하지만 이스포츠 선수 표준계약서 3종에도 여전히 문제가 존재하고 있다. 첫 번째는 여전히 명확하지 못한 내용이 표준계약서에 존재한다. 표준계약서 제10조는 선수의 인성교육 및 건강 지원에 관해 “게임단은 선수가 선수로써 자질과 인성을 갖추는데 필요한 교육을 제공할 수 있고, 선수에게 선수활동에서 기인한 부상 또는 질병 등이 발견될 경우 선수의 동의하에 적절한 치료 등을 지원할 수 있다”라고 규정하고 있다. 선수활동은 선수가 자신의 경력에 더불어 우승이라는 구단 전체의 목표를 달성을 위해 대회에 참가하거나 연습하는 행위를 말한다. 이처럼 구단을 위한 활동을 하던 중 부상 또는 질병이 발생한 경우 이에 대한 치료 등의 지원을 ‘할 수 있다’라고 선택적으로 열거하면서 자칫 구단이 선수를 치료하지 않을 수도 있는 상황을 만들게 된다. 둘째, 제19조는 청소년의 보호를 위해 청소년 선수의 건강권, 학습권, 인격권, 수면권, 휴식권 등을 규정하고 있다. 문제가 되는 것은 같은 조 제3항인데, “게임단은 청소년인 선수에게 과도한 시간에 걸쳐서 선수활동에 종사하게 할 수 없다”라고 규정하면서, ‘과도한 시간’이라는 불명확한 용어를 사용하고 있다. 셋째, 대회 상금에 대한 분배에 문제이다. 표준계약서 제8조는 대회참가활동을 인한 상금을 선수와 구단이 정한 비율에 따라 일정한 금원을 선수에게 지급하도록 규정하고, 별지를 두어 선수와 게임단의 비율을 정하도록 하고 있다. 문제는 계약 당사자인 구단과 선수의 비율을 정하고만 있을 뿐 상금의 지급시기, 방법 등에 대해서는 규정하고 있지 않다는 것이다. 이와 관련하여 배틀그라운드(BATTLEGROUNDS) 종목의 정지훈(에더) 선수가 소속팀인 기블리e스포츠로부터 1만 달러가 넘는 대회 상금을 지급받지 못하는 사건이 발생하였다.²³⁾

2) 이스포츠 표준계약서 활용 제고 방안의 미흡

이스포츠 선수 표준계약서에 대해 규정하고 있는 이스포츠법 제7조의2제3항은 표

23) 윤선훈, “e스포츠 불공정 계약 다시 수면 위로…배틀그라운드 게임단, 상금 1만달러 지급 안해”, 아주경제, 2023.05.16., <<https://www.ajunews.com/view/20230516163542211>> (최종 방문일: 2023년 12월 30일)

준계약서의 활용을 위해 “문화체육관광부장관은 이스포츠 분야의 사업자 및 이스포츠 단체에 이스포츠 표준계약서의 사용을 권장할 수 있다”라고 규정하고 있다. 이는 권장이라는 용어 그대로 표준계약서의 사용을 권하기만을 할 수 있는 조항이라는 한계점을 가지고 있어 표준계약서의 활용을 직접적으로 강화할 수 있는 방안으로 부족한 것으로 생각된다.

위와 같은 한계점과 더불어 표준계약서가 이스포츠 산업 현장에서 적절하게 활용되지 않는다는 근거를 이스포츠 실태조사에서 찾을 수 있다. 2022년 이스포츠 실태조사에 참여한 이스포츠 프로선수 125명 중 53.6%에 해당하는 67명의 선수만이 이스포츠 선수 표준계약서에 대해 알고 있었고, 46.4%에 해당하는 58명은 표준계약서에 대해 알지 못하는 것으로 조사되었으며, 특히 19세 이하는 56.1%, 20~21세는 51.4%로 나이가 어릴수록 표준계약서에 존재에 대해 알지 못하는 것으로 나타났다.²⁴⁾

이처럼 표준계약서의 적극적인 활용을 위한 혜택의 부재와 표준계약서 존재에 대해서 잘 알지 못하는 상황은 선수의 권리를 보호하고 강화하기 위해 제작된 이스포츠 표준계약서의 활용을 저해하는 요소로 작용하게 되고, 결국 이스포츠 표준계약서 존재의 취지를 잃게 되면서 이스포츠 산업에도 부정적인 결과를 가져오게 될 것이다.

(2) 은퇴선수를 위한 규정의 미비

이스포츠법은 이스포츠의 문화와 산업의 기반을 마련하고 경쟁력을 강화를 도모하여 이스포츠가 국민의 건전한 여가 선용에 활용되도록 동시에 국민경제의 발전에 이바지하는 것을 목적으로 제정되었다. 이러한 목적을 달성하기 위해서는 이스포츠 산업의 중요한 구성 요소인 이스포츠 선수의 지위를 확고히 하고 선수가의 권리를 보호 및 강화할 수 있는 방안을 마련해야 한다. 이러한 방안 중 하나가 이스포츠 선수가 은퇴하고 난 후에 상황에서 혼란하지 않도록 은퇴 후의 삶에 대한 방향을 제시하는 것일 수 있다. 하지만 이스포츠법은 직접적으로 이스포츠 은퇴선수에 대한 사항은 규정하지 않고 있다. 해석적으로 이스포츠 기본계획에서 답아야 할 사항으로 이스포츠 관련 전문인력의 양성 및 권익향상²⁵⁾이나 전문이스포츠의 육성, 지원 및 생활 이스포츠의 저변 확대, 활성화 지원²⁶⁾에 관한 사항을 규정하고 있다. 또한 이스포츠법 제15조에서 “국가는 이스포츠의 발전을 도모하고, 국민의 건전한 여가활동을 촉진하기 위하여 전문 이스포츠 및 생활 이스포츠 육성에 필요한 시책을 강구하여야 한다”라고 규정하고 있다.

이스포츠 선수뿐만 아니라 다른 스포츠 종목의 분야에서도 전문 스포츠 선수의 은퇴 후 취업이나 사회적응의 어려움은 여러 연구를 통해 보고 되고 있는데, 주요 내용을 살펴보면 전문 스포츠 선수는 은퇴 후에 정규직 취업을 통한 안정적인 수입을 가지는 것에 대한 어려움과 은은퇴 후 찾아오는 정체성 하락, 사회적 편견, 지적 열등감 등으로 사회에 적응하기 어려움이 발생하는 이러한 원인으로 은퇴선수를 대상으로 한 제도적 미흡을 꼽고 있다.²⁷⁾

24) 한국콘텐츠진흥원, “2022 이스포츠 실태조사”, 2022.12, 69면.

25) 「이스포츠(전자스포츠) 진흥에 관한 법률」 제6조제1항제3호

26) 「이스포츠(전자스포츠) 진흥에 관한 법률」 제6조제1항제6호

이처럼 이스포츠 은퇴선수에 대한 지원, 정책 등에 관한 직접적인 규정은 없고, 간접적인 규정이 없다는 문제점은 이스포츠 선수가 은퇴 후의 삶에 대해 고민하게 되고, 불안정한 미래는 이스포츠 선수가 되려는 미래의 선수에게도 부정적인 영향을 끼칠 수 있을 것으로 예상된다.

(3) 이스포츠 소양교육의 미흡

한국이스포츠협회는 2005년부터 이스포츠 선수를 대상으로 소양교육을 진행하고 있다. ‘2021년 하반기 e스포츠 선수 정기 소양교육’은 e스포츠 종목의 리그에 활동 중인 선수 약 100여 명을 대상으로 교육을 실시하였으며, 교육 내용은 e스포츠 선수 등록, e스포츠 표준계약서, 승부조작 예방, 인터뷰 스킬 등으로 구성되었다.²⁸⁾ 또한 ‘2022년 e스포츠 소양교육’은 리그에서 활동 중인 선수 및 관계자 약 40여명을 대상으로 교육을 실시하였으며, 인터뷰 대응, 표준계약서, 멘탈 관리, 승부조작 등을 주요 내용을 교육하였다.²⁹⁾

앞서 현황에서 살펴본 바와 같이 2022 이스포츠 실태조사에 따르면, 2021년 기준 국내 프로선수는 366명, 육성군(아마추어) 선수는 143명, 이스포츠 코칭스태프는 152명으로 조사되었다. 즉 실태조사에 의해 나타난 이스포츠 선수 및 지도자는 총 661명인데, 21년도 약 100여 명, 23년도 약 40명 정도만을 대상으로 안전교육을 실시한 것이다. 또한 교육대상도 21년도에는 선수만을 대상으로 하여 선수와 함께 생활하며 이스포츠산업의 주요 구성원 역할을 하는 지도자, 구단 관계자 등에 대한 소양교육은 실시되지 않은 것이다. 그나마 23년도 교육은 선구 및 관계자로 그 대상을 확대하였지만 인원이 40여 명에 그쳐 교육의 실효성이 의심되는 상황이다. 교육의 내용도 표준계약서, 승부조작, 인터뷰 대응 등으로 한정되어 있다는 한계가 있다.

Ⅲ. 이스포츠 선수의 권리강화를 위한 개선방안

1. 표준계약서 내용 정비

이스포츠법에 의해 이스포츠 선수 표준계약서는 2021년 2월에 마련되었다. 표준계약서가 가지는 의미는 다양하다. 일반적으로 계약 당사자 사이의 법률관계를 명확히 명문화하여 미래에 발생할 수 있는 법적 분쟁을 예방하는 것은 물론이고 피치 못할 분쟁이 발생한 경우에는 증거문서의 역할을 하여 분쟁을 해결하는 역할을 하기도 한다.³⁰⁾ 또한 관련 분야의 산업에서 불공정한 상황이 발생하지 않게 계약 내용을 정해

27) 권성훈 · 류호상, “엘리트스포츠 은퇴선수의 재사회화 실태와 과제”, 코칭능력개발지 제24권 제4호, 한국코칭능력개발원, 2022.09, 41면.

28) 이재오, “한국e스포츠협회, 하반기 선수 소양교육 진행”, 게임메카, 2021.12.22., <<https://www.gamemeca.com/view.php?gid=1672852>> (최종방문일: 2023년 12월 30일)

29) 박운성, “한국e스포츠협회, 2022 e스포츠 소양 교육 진행”, 데일리이스포츠, 2022.12.20., <https://m.dailyesports.com/view.php?ud=20221220112913955674bcc1e038_27> (최종방문일: 2023년 12월 30일)

30) 안병한, “공연예술분야 기술지원 표준계약서의 도입 필요성과 한계”, 스포츠엔터테인먼트

해당 산업의 공정성과 투명성을 담보하는 기능을 하기도 한다.³¹⁾ 이스포츠 표준계약서의 등장도 이스포츠 선수의 권리를 보호하고 이스포츠 산업의 공정성 강화를 위해 등장하게 된 것이다. 하지만 앞서 살펴본 바와 같이 표준계약서의 내용이 세밀하지 못해 상금 배분의 문제가 발생하는가 하면, 표준계약서의 문구가 명확하지 않아 해석에 따라 입장에 따라 그 내용이 달라질 수 있는 경우가 발생하기도 하고 있다.

표준계약서가 처음 제정되고 30개월이 지났다. 이스포츠법에서는 표준계약서의 개정을 위해 제7조의2제2항에서 표준계약서를 개정하고자 할 때는 공정거래위원회와 협의하고, 이해관계자 및 전문가의 의견을 듣도록 규정하고 있다. 아쉽게도 개정시기에 대해서는 명문화하고 있지 않다. 하지만 정지훈 선수의 사건처럼 표준계약서에 상금 배분에 관한 규정이 있음에도 그 규정이 세밀하지 못해 상금을 분배받지 못하는 일이 발생하고, 명확성이 떨어져 이스포츠 선수의 권리가 침해 당할 수 있는 규정이 존재하는 표준계약서의 개정을 이제는 더 이상 미룰 수는 없다. 이에 매년 한국콘텐츠진흥원이 실시하고 있는 이스포츠 실태조사를 기반으로 언론, 커뮤니티 등 다양한 창구를 통해 이스포츠 선수 표준계약서를 개정해야 한다. 또한 이스포츠 산업은 중계 및 방송 산업과 함께 한다는 특징을 가지고 있다.³²⁾ 이에 현재 이스포츠 선수 표준계약서, 이스포츠 육성군 선수 표준계약서, 청소년 이스포츠 선수 표준 부속합의서 외에 이스포츠 방송 관계자, 이스포츠 지도자 등 표준계약서의 범위를 이스포츠 산업 구성원 전반으로 확대해야 할 것이다.

표준계약서의 사용에 있어 항상 명심해야 할 것은 표준계약서의 내용이 완결된 것이 아니라는 점이다.³³⁾ 이에 해당 분야의 실태를 정기적으로 조사하고 분석하여 계약 당사자의 정상적인 거래질서를 유지하고 일방에게만 유리하거나 불리한 내용이 없도록 그 내용을 공정화해야 한다. 이스포츠 표준계약서의 개정을 통해 내용에서는 공정과 투명성을 강화하고 그 대상도 이스포츠 산업 전반으로 확대하여 이스포츠법 선수 및 구성원의 권리를 강화하고 보호해야 할 것이다.

2. 은퇴선수를 위한 프로그램 등 선순환 시스템 구축

2021년 8월 10일 「스포츠기본법」이 제정되었다. 이 법은 “스포츠에 관한 국민의 권리와 국가 및 지방자치단체의 책임을 정하고 스포츠 정책의 방향과 그 추진에 필요한 기본적인 사항을 규정함으로써 스포츠의 가치와 위상을 높여 모든 국민이 건강하고 행복한 삶을 영위하고 나아가 국가사회의 발전과 사회통합을 도모하는 것을 목적”으로 제정되었고, 기본이념으로 “국민 모두가 스포츠 및 신체활동에 자유롭고 평등하게 참여하여 건강하고 행복한 삶을 영위할 수 있도록 스포츠의 가치가 교육, 문화, 환경, 인권, 복지, 정치, 경제, 여가 등 우리 사회 영역 전반에 확산될 수 있게 국가와 지방자치단체가 그 역할을 다하며, 개인이 스포츠 활동에서 차별받지 아니하도

와 법 제22권 제3호, 한국스포츠엔터테인먼트법학회, 2019.8.31., 3면.

31) 남기연, “해외공연계약을 위한 표준계약서 제정에 관한 연구”, 스포츠엔터테인먼트와 법 제22권 제1호, 한국스포츠엔터테인먼트법학회, 2019.02, 153면.

32) 윤원석, “이스포츠와 이스포츠 방송 산업의 연관성”, 한국체육교육학회 학술발표대회, 한국체육교육학회, 2022.10, 19면.

33) 안병환, “공연예술분야 기술지원 표준계약서의 도입 필요성과 한계”, 스포츠엔터테인먼트와 법 제22권 제3호, 한국스포츠엔터테인먼트법학회, 2019.8.31., 36면.

록 하고, 스포츠의 다양성, 자율성과 민주성의 원리가 조화롭게 실현되도록 하는 것”이라고 규정하고 있다. 또한 국민의 권리로 스포츠권을 “스포츠 및 신체활동에서 차별을 받지 아니하고 자유롭게 스포츠 활동에 참여하며 스포츠를 향유할 권리”라고 규정하고 있다.

「스포츠기본법」은 스포츠 분야에서 기본법을 역할을 하는 만큼 해당 분야에서 중점적으로 고려해야 할 사항을 규정하고 있다. 이에 은퇴 선수의 지원 등에 관한 내용도 규정을 하고 있는데, 제18조는 “국가와 지방자치단체는 스포츠 인력의 양성과 선수·지도자 등의 은퇴 후 진로지원을 위한 기반을 조성하고, 필요한 시책을 추진하여야 한다”라고 규정하고 있다. 이처럼 선수의 은퇴 후 지원 등에 관한 사항을 국가적 사안으로 생각하고 있는 것이다. 하지만 앞서 문제점에서 살펴본 바와 같이 이스포츠법은 이스포츠 선수의 은퇴 후 지원 등에 관한 사항을 규정하고 있지 않다. 다만, 기본계획에 포함되어야 하는 사항으로 전문 이스포츠 및 생활 이스포츠의 육성 및 지원에 관한 사항을 지정하고 있다. 하지만 이는 이스포츠 은퇴 선수의 지원 등을 직접적으로 명시하고 있는 것이 아니어서, 이스포츠 선수의 은퇴 후 삶의 지원에 대한 법적 기반이 될 수 없다. 특히 이스포츠는 선수층이 어리고, 선수의 활동 기간도 타 분야의 스포츠에 비해 월등히 짧다. 이러한 상황에서 이스포츠 선수의 은퇴 후 지원에 대한 법제도적 방안 마련은 더욱 필수라고 할 수 있다.

이스포츠법 제15조는 “국가는 이스포츠의 발전을 도모하고, 국민의 건전한 여가활동을 촉진하기 위하여 전문 이스포츠 및 생활 이스포츠 육성에 필요한 시책을 강구하여야 한다”라고 규정하고 있다. 하지만 이 조항은 선언적 규정에 그치고 있다. 이에 이 조항을 이스포츠 은퇴선수의 지원 등에 관한 법적 근거로 개정하고자 한다. 제15조에 제2항을 만들어 필요한 시책을 대통령령으로 정하도록 규정하는 것이다. 이렇게 마련된 시행령에는 은퇴선수가 사회에 적응하기 위해 실질적으로 필요한 지원을 적시한다. 예를 들어, 스포츠 관련 자격증 취득을 위한 교육, 직업능력향상 교육, 취·창업을 위한 전문교육, 은퇴 후 진로선택을 위한 정기적 상담 및 지원 등 다양하고 실용적인 지원이 이루어질 수 있도록 규정해야 할 것이다.

「이스포츠(전자스포츠) 진흥에 관한 법률」 일부개정안

현행	개정안
제15조(전문 이스포츠 및 생활 이스포츠의 육성) 국가는 이스포츠의 발전을 도모하고, 국민의 건전한 여가활동을 촉진하기 위하여 전문 이스포츠 및 생활 이스포츠 육성에 필요한 시책을 강구하여야 한다. ② <신설>	제15조(전문 이스포츠 및 생활 이스포츠의 육성) ①(현행과 같음) ② 전문 이스포츠 및 생활 이스포츠 육성에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

「이스포츠(전자스포츠) 진흥에 관한 법률 시행령」 일부개정안

현행	개정안
제6조의2(신설)	제6조의2(이스포츠 육성) ① 문화체육관광부장관은 법 제6조의2에 따라 전문 이스포츠의 육성을 위하여 은퇴한 전문 이스포츠 선수에게 교육지원, 취업지원 등 그 밖에 필요한 사항을 지원하여야 한다. ② 문화체육관광부장관은 법 제6조의2에 따라 생활 이스포츠 육성을 위하여 생활 이스포츠 대회 지원, 교육지원 등 그 밖에 필요한 사항을 지원하여야 한다.

3. 선수 소양 교육의 내실화

이스포츠 선수의 권리를 강화하는 방안 중 하나는 선수 소양 교육을 정례화하고 교육의 질을 높이는 것이다. 첫 번째, 교육대상을 리그에 활동 중인 선수에서 육성선수, 지도자, 구단 관계자, 이스포츠 방송관계자 등으로 확대하여야 한다. 특히 이스포츠 방송관계자는 이스포츠산업이 가지는 특징 중 하나가 방송중계산업이 함께하는 것인데³⁴⁾, 이러한 특징을 감안하여 해당 관계자도 소양교육의 대상에 포섭해야 할 것이다. 두 번째, 교육방법도 대면교육뿐만 아니라 온라인 교육을 통해서도 소양교육이 이루어질 수 있도록 해야 한다. 세 번째, 교육내용을 다양화하는 것이다. 교육주제를 스포츠인권, 도핑, 심리, 스포츠계약 등으로 다양화하고, 이 중에서 필수교육과 선택교육을 구분하여 교육대상에 맞추어 맞춤형 교육이 진행될 수 있도록 하여야 한다. 특히 이스포츠 선수는 10대 후반에서 20대 초반이 주를 이루고 있기 때문에 스포츠 인권에 대한 교육이 필수교육으로 설정하여 스포츠 인권침해를 사전에 예방할 수 있도록 해야 할 것이다. 네 번째, 교육 품질을 제고하기 위해 교육교재를 개발하는 것이다. 교육은 강사의 능력이나 수업 환경 등에 의해 그 품질이 좌우되기 쉽다. 이에 교육의 질을 담보하기 위해 교재의 개발과 보급에 힘써야 할 것이다. 다섯째, 교육의 전문성 및 실효성을 극대화하기 위해서 교육 전문기관을 지정하거나 교육 전문가를 양성하는 방안을 마련해야 한다. 지금은 한국이스포츠협회에서 소양교육을 진행하고 있지만, 계속되는 이스포츠산업의 진흥으로 그 시장이 확대되고 이에 따라 교육의 수요도 증가하게 된다면 이스포츠 전문교육기관의 지정이나 교육 전문가의 필요성도 확대될 것이기 때문이다.

34) 남기연, “e스포츠 개념의 변화를 위한 법제도적 방안 연구”, 스포츠엔터테인먼트와 법 제 26권 제1호, 한국스포츠엔터테인먼트법학회, 2023.02.28., 141면.

4. 선수 협의회 구성

2022 이스포츠 실태조사를 살펴보면, 이스포츠 프로선수의 연령은 19세 이하가 32.8%로 가장 많았고, 20~21세, 22~23세 순으로 나타났으며, 육성군 선수의 평균 연령은 18.8세로 조사되었다. 이러한 특성은 앞서 살펴본 ‘그리핀-카바니 사건’과 같이 미성년 선수의 권리가 성인이 구단주에 의해 유린당하는 상황의 원인이 되기도 한다. 특히 미성년 선수가 주를 이루는 이스포츠산업에서 선수의 권리를 확보를 위해서는 선수 공동의 의견을 모으고 한 목소리를 낼 수 있는 단체의 조직 및 운영이 방안이 될 수 있다.

우리나라에서 선수협의회가 가장 잘 운영되고 있는 분야가 프로야구이다. 사단법인 한국프로야구선수협회(Korea Professional Baseball Players Association, KPBPA)는 故 최동원 선수의 정신을 이어받아 한국 프로야구선수들을 대표하는 단체로서 선수들을 대변하고 권익을 보호하며 복지증진을 위하여 2000년 1월에 설립된 단체이다. KPBPA는 프로야구 구단과 한국야구위원회 등 관련 단체와의 소통과 협업을 통하여 성공적이 프로야구 리그 개최를 도모하고, 국내 야구 인프라 발전을 통한 프로야구 발전을 위해 이바지 하는 것을 목적으로 정하고 있다.³⁵⁾ 특히 KPBPA는 공인선수대리인과 관련하여 자격시험 등의 공인절차를 주관하고 있는데, 이는 프로리그 즉 구단들이 모여 있는 리그에서 선수대리인을 관리하는 것보다 선수들의 권리를 보호하고 강화하는데 효과적이라 할 수 있다.

이처럼 이스포츠 분야에서도 선수 협의회를 구성하고 운영하여 미성년선수가 많은 이스포츠산업 현장에서 선수의 권리가 더욱 명확하게 보호될 수 있도록 할 필요가 있다. 특히 이스포츠는 다른 스포츠와 다르게 이스포츠 종목사의 영향력이 강하게 작용하고 있다. 실제로 2018년 블리자드는 예고 없이 히어로즈 오브 더 스톰 공식리그를 폐지하여 해당 종목의 프로선수와 구단, 관련자 등이 피해를 입었으며, 이를 방지하기 위한 법안이 발의되기도 했다.³⁶⁾ 이처럼 다양한 이해관계인이 존재하는 이스포츠산업 현장에서 이스포츠 선수의 권리를 보호하기 위해서는 선수들을 대변하고 권익을 보호하고 강화할 수 있는 이스포츠 선수 협의회 구성 및 운영이 필요해 보인다.

IV. 결론

이스포츠가 전 세계적으로 인기를 끌고 있는 요인을 살펴보면, 정보통신기술의 발달, 게임적 요소와 스포츠적 요소의 결합으로 인한 흥미유발 등 다양한 유인 원인이 있을 수 있다. 그 중 특히 중요한 요소 중 하나가 스타선수의 존재이다. 이는 다른 스포츠 영역에서도 일반적으로 나타나는 현상인데, LPGA를 호령했던 박세리 선수를 보고 자란 박세리 키즈들이 국내외 골프대회에서 훌륭한 성적을 내는 것과 국내 골

35) 한국프로야구선수협회 홈페이지, 협회소개, <<http://www.kpbpa.com/kwa-30244>> (최종방문일: 2023년 12월 30일)

36) 유동수 외 10인, “이스포츠(전자스포츠) 진흥에 관한 법률 일부개정법률안”, 의안번호 : 10192, 2021.05.18.

프 산업의 성장이 대표적인 사례가 될 수 있을 것이다. 특히 이스포츠는 국내외를 불문하고 세계에서 가장 인기가 많은 이상혁(Faker) 선수가 국내 이스포츠팀에 소속되어 있다. 하지만 이스포츠선수가 모두 이상혁 선수처럼 높은 연봉에 극진한 대우를 받는 것은 아니다. 이스포츠선수가 되기 위해 미성년일 때부터 육성선수가 되거나 아카데미를 통해 혹독한 훈련을 받고 있다. 이 과정에서 계약 당사자 즉, 선수와 구단 사이에서 발생하는 정보의 비대칭, 산업의 환경 등을 공정한 계약을 기대하기 어렵게 만들고 이로 인해 실제로 선수의 권리가 침해되는 사건이 종종 일어나고 있는 상황이다.

이스포츠산업이 건강하고 장기적으로 발전하기 위해서는 해당 산업의 중요한 구성요소인 선수의 권리가 보장되고 강화되어야 한다. 특히 선수의 연령이 어리고, 선수의 생명이 짧은 이스포츠산업에서는 선수의 권리가 더욱 중요시되어야 한다. 이에 이스포츠법은 이스포츠선수의 권리를 보호하기 위해 기본계획의 수립 및 시행, 표준계약서의 보급, 실태조사 등의 규정을 마련하고 있다. 이 중 표준계약서의 보급에 대한 규정을 통해 선수와 구단 사이의 계약 중 발생할 수 있는 불공정한 상황을 미연에 방지하고자 하고 있다. 하지만 그 규정의 내용이 불명확하거나, 표준계약서의 활용성이 저조하여 선수의 권리를 보장을 담보할 수 없는 상황에 있다. 또한 선수생명이 다른 스포츠에 비해 유독 짧은 이스포츠선수의 은퇴 후 생활, 은퇴선수의 교육, 생활이스포츠에서의 활용 등 관련 규정이 없어 20대 중반 은퇴하는 이스포츠선수가 미래를 걱정해야 하는 상황이다.

위와 같은 한계점을 해결하기 위해서는 먼저 표준계약서를 최신화하는 작업을 시작해야 한다. 이스포츠법은 표준계약서의 제정 및 개정하고 할 때에는 공정거래위원회와 협의하고, 이해관계자와 전문가의 의견을 수렴하도록 하고 있다. 현재 표준계약서를 활용하였음에서 불구하고 앞서 살펴본 바와 같이 상금 배분 등의 문제가 발생하고 있기 때문에 표준계약서의 내용을 현재의 이스포츠산업의 사정을 반영하고, 명확성을 확보하여 예측가능성을 가질 수 있는 내용을 표준계약서를 개정해야 할 때이다. 또한 은퇴선수를 적극적으로 활용하여 이스포츠산업의 진흥을 꾀할 수 있도록 은퇴선수의 지원에 관한 사항을 이스포츠법 및 동법 시행령에서 규정해야 한다. 끝으로 위와 같이 이스포츠선수의 권리를 보장하고 강화할 수 있는 방안을 체계적이고 장기적인 관점에서 접근할 수 있도록 이스포츠선수협의회를 구성하고 운영해야 할 필요가 있다.

비록 법규정의 개정 및 마련을 통해 이스포츠선수의 권리가 곧바로 개선될 수는 없다고 하더라도 이스포츠의 진흥에 관한 내용을 규정하고 있는 이스포츠법에서 선수의 권리를 강화할 수 있는 내용을 좀 더 포함하도록 함으로써 이스포츠선수의 권리개선에 대한 고민을 통해 선수의 권리가 강화되고 나아가 이스포츠산업이 건강하고 꾸준히 발전할 수 있기를 기대해 본다.

[참고문헌]

<국내 문헌>

- 권성훈 · 류호상, “엘리트스포츠 은퇴선수의 재사회화 실태와 과제”, 코칭능력개발지 제24권 제4호, 한국코칭능력개발원, 2022.
- 남기연, “e스포츠 개념의 변화를 위한 법제도적 방안 연구”, 스포츠엔터테인먼트와 법 제26권 제1호, 한국스포츠엔터테인먼트법학회, 2023.
- _____, “해외공연계약을 위한 표준계약서 제정에 관한 연구”, 스포츠엔터테인먼트와 법 제22 권 제1호, 한국스포츠엔터테인먼트법학회, 2019.
- 안병한, “공연예술분야 기술지원 표준계약서의 도입 필요성과 한계”, 스포츠엔터테인먼트와 법 제22권 제3호, 한국스포츠엔터테인먼트법학회, 2019.
- 윤원석, “이스포츠와 이스포츠 방송 산업의 연관성”, 한국체육교육학회 학술발표대회, 한국체육교육학회, 2022,
- 정현, “「이스포츠(전자스포츠) 진흥에 관한 법률」의 개선방안 연구”, 스포츠엔터테인먼트와 법 제26권 제3호, 한국스포츠엔터테인먼트법학회, 2023.
- 한승범 · 김자영, “스포츠 분야 표준계약서의 문제점 및 개선방안 연구”, 스포츠엔터테인먼트와 법 제26권 제3호, 한국스포츠엔터테인먼트법학회, 2023.

<기타 문헌>

- 관계부처 합동, “게임산업 진흥 종합 계획”, 2020.
- 대법원 2016. 1. 28., 선고, 2015다239324, 판결
- 이동선위원 대표발의, “이스포츠(전자스포츠) 진흥에 관한 법률 일부개정법률안”, 2019.
- 한국콘텐츠진흥원, “2022 이스포츠 실태조사”, 2022.
- 한국콘텐츠진흥원, “2009 게임백서”, 2009.

[Abstract]

Research on legal and institutional measures to strengthen the rights of e-sports players

Jung, Hyun*

The e-sports industry is attracting worldwide attention as a new industry. This global popularity is due in part to the emergence and role of star players, an important component of the e-sports industry. In particular, to become an e-sport player, they undergo rigorous training since childhood, and their career as an e-sports player is also shorter than that of other sports. In other words, they start at a young age and are retiring in their late 20s. Accordingly, our country is preparing a standard contract as one of the ways to guarantee the rights of e-sports players to prevent unfair situations that may arise during contracts between players and clubs. However, there are limitations in the content and use of the standard contract, raising questions about whether the legislative purpose is being achieved. Additionally, there are no regulations regarding support for retired players, so players who retire at an early age are having difficulty planning their future. Accordingly, in this article, measures to protect and strengthen the rights of e-sports players for the healthy and sustainable development of the e-sports industry include updating the standard contract, support for retired players, and forming a player council.

Key Words: 「E-Sports (Electronic Sports) Promotion Act」, e-sports, e-sports players, the right of e-sports players, e-Sports standard contract, e-Sports player council, retired e-Sports player.

* Ph D. in Law, Instructor in Dankook University

변호사법 제31조 제1항 제1호 위반 소송행위의 효력 및 배제방법

고준성*

논문요지

변호사의 이익충돌회피의무를 규정한 변호사법 제31조 제1항 제1호를 위반하여 소송대리인이 된 경우, 그러한 소송대리인이 행한 소송행위의 취급에 관해서 대부분의 학설 및 판례는 상대방 당사자가 위 규정 위반에 관한 이의제기를 하면 그 소송행위를 무효로 한다는 이의설을 따르고 있고, 필자 역시 이에 따른다. 다만 그러한 소송행위의 효력을 사후적으로 배제하는 것 외에도, 위 변호사법 규정 위반의 소송행위를 둘러싼 여러 소송절차상 쟁점이 있는데, 그동안 이에 관한 활발한 논의나 판례의 법리 제시가 없었다. 이는 우리와 유사한 변호사법 규정 및 민사소송체계를 갖고 있는 일본에서도 마찬가지였다.

그러던 중 일본 최고재판소는 2017년도의 결정을 통해 위 변호사법 규정을 위반한 소송행위를 배제하는 방법 및 불복절차에 관한 몇 가지 소송절차상 쟁점에 대한 법리를 명시하였다. 상대방 당사자의 이의제기는 단지 법원의 직권발동을 촉구하는 성격을 갖는 것이 아니라 법원에 응답의무를 부과하는 신청권의 성격을 갖는 것이고, 이에 관한 법원의 판단에 불복하는 경우 법관의 제척·기피에 관한 규정을 유추 적용하여 즉시항고에 의하여야 하며, 불복할 수 있는 자는 당사자일뿐 소송대리인은 즉시항고권자가 될 수 없다는 것이다. 그리고 명시하지는 않았지만, 소송행위를 배제하는 법원의 재판은 결정의 방식에 의한다는 점 또한 인정한 것으로 볼 수 있다. 이러한 최고재판소의 판단에 대하여 일본에서의 논의는 대체로 긍정하고 있다.

위 변호사법 규정의 취지가 당사자의 보호 또한 그 목적으로 하는 점 및 소송계속 중 제기된 소송대리인의 소송관여 가능 여부의 문제는 신속하게 확정될 필요가 있는 점 그리고 상대방 당사자뿐만 아니라 그 소송대리인을 신뢰하고 선임한 당사자 또한 불측의 손해를 입지 않을 필요가 있는 점 등을 고려하면, 위와 같은 최고재판소의 판단은 수긍할 수 있다.

위 최고재판소 판례 이전까지 변호사법 규정 위반 소송행위의 효력에 관한 우리나라와 일본에서의 논의가 사실상 거의 동일하게 전개되었다는 점에 비추어 보더라도, 이러한 일본의 판례 및 논의는 우리나라에서도 충분히 참고할 수 있을 것이다. 우리뿐만 아니라 일본 또한 아직 위 변호사법 규정 위반 소송행위를 둘러싼 여러 쟁점에 관한 법리가 형성되어 가고 있는 중이다. 이러한 쟁점에 관한 더 많은 판례

* 제주대학교 법학전문대학원 조교수

의 축적과 함께 일본 등 비교법적 접근을 적극 참고하여 구체적인 타당성을 가진 법리가 정립되기를 기대한다.

검색용 주제어: 변호사법 제31조 제1항 제1호, 이익충돌회피의무, 소송대리인, 소송행위, 즉시항고

· 논문접수: 2023. 12. 30. · 심사개시: 2024. 01. 09. · 게재확정: 2024. 01. 25.

I. 서 언

변호사법 제31조 제1항 제1호는, 변호사는 당사자 한쪽으로부터 상의를 받아 그 수임을 승낙한 사건의 상대방이 위임하는 사건에 관하여 직무를 수행할 수 없다고 규정하고 있다. 이는 변호사의 ‘이익충돌회피의무’,¹⁾ ‘쌍방대리금지’,²⁾ ‘쌍방수임금지’,³⁾ ‘이익충돌사건의 수임제한’⁴⁾을 규정한 것이라고 설명되는데, 그 취지는 당사자의 이익보호와 변호사 직무의 공정성 확보 및 변호사의 품위유지의무 준수에 있다.⁵⁾ 이러한 규정에 위반하여 변호사가 먼저 상대방 당사자⁶⁾로부터 상의를 받아 사건 수임을 승낙하였음에도 불구하고, 당사자(의뢰자)의 소송대리인이 되어 소송행위를 한 경우 그러한 소송행위를 어떻게 취급할 것인지 문제된다. 이에 관하여 판례는, 예외적인 경우도 있지만, 주로 위 규정을 위반한 변호사의 소송행위에 대해 상대방 당사자가 이의를 제기하면 그 소송행위는 무효가 된다고 보고 있다. 그런데 사후적으로 중국판결에서 그러한 소송행위를 무효로 판단하는 것 외에도, 소송계속 중 상대방 당사자의 이의가 제기된 경우 그때로부터 해당 변호사의 소송행위를 배제하는 방법은 무엇인지, 그러한 배제를 구하는 상대방 당사자의 이의제기는 법원의 응답을 구하는

1) 손창완, “변호사와 의뢰인간의 이익충돌과 변호사의 의무”, 법학논총 제33집 제1호, 2013, 431면; 이태영, “변호사의 이익충돌회피의무-현재 의뢰인 사이의 이익충돌을 중심으로-”, 법조 통권 672호, 2012, 8면; 정한중, “변호사의 이익충돌과 변호인의 조력을 받을 권리”, 외법논집 제39권 제2호, 2015, 85면.

2) 최윤희, “변호사의 이익충돌회피의무”, 일감법학 제33호, 2016, 534면.

3) 이광수, “변호사법 제31조 제1항 제1호 수임제한 요건의 해석기준”, 인권과정의 제441호, 2014, 43면.

4) 정형근, 「변호사법 주석」, 피앤씨미디어, 2016, 225면; 정형근, “변호사의 절대적 수임제한 사유에 관한 연구”, 인권과 정의 통권 제447호, 2015, 99면.

5) 정형근, 앞의 책, 225면. 판례 또한 다음과 같이 유사한 취지로 설명한다. “변호사법 제31조 제1호에서 당사자의 일방으로부터 상의를 받아 그 수임을 승낙한 사건의 상대방이 위임하는 사건의 경우에 변호사의 직무행위를 금지하는 이유는, 변호사가 그와 같은 사건에 관하여 직무를 행하는 것은 먼저 그 변호사를 신뢰하여 상의를 하고 사건을 위임한 당사자 일방의 신뢰를 배반하게 되고, 변호사의 품위를 실추시키게 되는 것이므로 그와 같은 사건에 있어서는 변호사가 직무를 집행할 수 없도록 금지한 것이므로”(대법원 2003. 11. 28. 선고 2003다41791 판결).

6) 용어의 혼란을 방지하기 위하여 이하에서는 변호사에게 먼저 상의를 하고 사건의 수임을 요청한 자를 ‘상대방 당사자’라 칭하고, 그 후에 동일한 사건에 대해서 해당 변호사에게 사건을 위임하고 소송행위를 하게 한 자를 ‘당사자(의뢰자)’라고 칭하겠다. 변호사가 이익충돌회피의무를 위반한 상태에서 소송행위를 하고 있는 시점을 기준으로 한 것이다.

신청권의 성격을 갖는지 또는 법원의 직권발동을 촉구하는 것에 불과한지, 소송계속 중 법원이 어떠한 형식으로든 해당 변호사의 소송행위를 배제하는 판단을 할 경우 이에 대해 불복할 수 있는 자는 누구이고 불복방법은 무엇인지 문제되나 이에 관한 뚜렷한 논의나 판례는 발견되지 않는다.⁷⁾

일본 또한 일본 변호사법 제25조 제1호에서 우리의 변호사법 제31조 제1항 제1호와 유사한 규정을 두고 있다.⁸⁾ 그리고 이러한 규정을 위반한 변호사의 소송행위의 효력에 관해서도 일본에서의 논의와 최고재판소 판례는 우리나라와 유사하였다. 소송행위를 배제하는 형식이나 불복방법 등에 관한 문제에 대해서도 마찬가지로 명확한 기준이 없었고, 이에 일본 하급심 재판례는 이러한 문제에 관하여 서로 상반된 결론에 이르기도 하였다. 그러던 중 최고재판소는 2017년 10월 5일자 결정⁹⁾에서 직권에 의한 판단으로 위 문제들 중 일부에 대한 법리를 제시하였다. 이후 위 판례에서 다른 소송절차상 쟁점에 대한 활발한 논의가 전개되었는데, 대체로 위 판례 결론의 타당성을 긍정하는 것이다.

이와 같은 일본의 판례 및 학설상 논의는 우리나라에서 변호사법 제31조 제1항 제1호 위반의 소송행위에 관한 소송절차상 제문제에 대한 논의를 전개함에 있어 유의미한 참고가 될 것이다. 이에 본고에서는 우리나라의 학설상 논의 및 판례를 토대로 위 2017년 일본 최고재판소 판례 및 이에 관한 일본에서의 논의를 검토하면서 우리가 착안할 점에 중점을 두고 고찰하고자 한다. 우선 2017년 일본 최고재판소 판례(이하 ‘대상결정’이라고 하겠다¹⁰⁾)의 판시내용을 살펴본 후 위 판례에서 제시된 몇

7) 대법원 2003. 5. 30. 선고 2003다15556 판결은 변호사법 제31조 제1항 제1호의 규정에 위반한 변호사의 소송관여를 더 이상 허용하여서는 안 된다고 판시하고 있지만, 그 구체적인 방법 및 불복방법 등에 관하여 판시한 판례는 찾기 어렵다.

8) 일본 변호사법 제25조 제1호는, 변호사는 상대방의 협의를 받아 도움을 주거나(贊助) 또는 그 의뢰를 승낙한 사건에 대해서는 직무를 수행할 수 없다고 규정하고 있다.

변호사법	일본 변호사법
제31조(수임제한) ① 변호사는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사건에 관하여는 그 직무를 수행할 수 없다. 다만, 제2호 사건의 경우 수임하고 있는 사건의 위임인이 동의한 경우에는 그러하지 아니하다.	第二十五條 弁護士は、次に掲げる事件については、その職務を行つてはならない。ただし、第三号及び第九号に掲げる事件については、受任している事件の依頼者が同意した場合は、この限りでない。
1. 당사자 한쪽으로부터 상의(相議)를 받아 그 수임을 승낙한 사건의 상대방이 위임하는 사건	一 相手方の協議を受けて贊助し、又はその依頼を承諾した事件 (번역) 제25조 변호사는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사건에 관하여는 그 직무를 수행할 수 없다. 다만, 제3호 및 제9호 사건의 경우 수임하고 있는 사건의 위임인이 동의한 경우에는 그러하지 아니하다. 1. 상대방의 협의를 받아 도움을 주거나 그 의뢰를 승낙한 사건

9) 最高裁平成 29 年(許)第6号同年10月5日第一小法廷決定民集71卷8号1441項. 일본 판례는 일본 최고재판소 홈페이지(<https://www.courts.go.jp>)에서 검색 가능하다.

10) 위 2017년 일본 최고재판소 판례를 평석하는 것은 아니므로 ‘대상결정’이라는 용어가 정확하게 들어맞지 않는 면도 있으나, 해당 판례에서 제시된 법리 및 이에 관한 학설상 논의를

가지 소송절차상 쟁점에 관한 논의를 살펴보겠다.¹¹⁾

II. 변호사법 위반 소송행위에 관한 2017년도 일본 최고재판소 판례

1. 사안의 개요

변호사인 Y1 및 Y2는 동일한 그룹사에 소속된 K1사, K2사 및 K3사(이하 총칭하는 경우 'K사')로부터 회생절차개시의 신청 및 회생계획안 작성 등에 관한 업무를 수임하였다. K1사에 대하여 Z사가 스폰서가 되는 내용으로 회생절차개시가 결정되었으나,¹²⁾ Z사가 지원을 중단함으로써 K1사에 대한 회생절차가 폐지되었고, 그 후 파산절차가 개시되었다. 이어서 K2사 및 K3사에 대해서도 파산절차가 개시되었다.

K사의 파산관재인으로는 X1, X2, X3(이하 총칭하는 경우 'X')가 선임되었다.¹³⁾ X는 스폰서였던 Z사를 상대로 스폰서 계약과 관련된 송금 등에 대하여 부인권을 행사하여 금원의 지급을 청구하는 소송, 운송대금 및 부당이득반환금을 청구하는 소송 등 총 4건의 소송을 제기하였고, 이들은 모두 병합심리되었다(이하 '본건 소송'). 스폰서 계약뿐만 아니라 운송대금 및 부당이득반환금 또한 Y1 및 Y2가 K사로부터 위 회생계획안 작성 등에 관한 위임계약을 체결한 기간 동안 발생한 사유와 관련된 것이었다.

한편 Y1 및 Y2는 본건 소송에 관하여 Z사로부터 위임을 받아 소송대리인이 되었고, Y3는 본건 소송 중 3건에 대하여 Y1으로부터 위임을 받아 소송복대리인이 되었다. 이에 대해 X는 Y1, Y2, Y3(이하 총칭하는 경우 'Y')가 Z사의 소송대리인으로서 소송행위를 하는 것은 일본 변호사법 제25조 제1호에 위반한다는 이유로 Y에 의한 소송행위의 배제를 구하는 신청을 하였다(이하 '본건 신청'). 이에 관하여 법원은 신청의 이유가 있다고 보아 본건 신청 이후의 Y의 소송행위를 배제하는 취지의 결정을 하였고,¹⁴⁾ Z사 및 Y는 이러한 결정에 불복하여 즉시항고하였다. Z사의 즉시항고도 소송대리인 Y에 의해 행해졌다.

검토하는데 본고의 목적이 있으므로 편의상 '대상결정'이라고 칭하겠다.

11) 변호사의 이익충돌회피의무와 관련하여서는 동일 사건의 상대방과의 이익충돌, 동일 사건의 다수당사자 사이의 이익충돌, 다른 사건에서의 이익충돌, 형사변론에서의 이익충돌 등에 관하여 해석상 문제가 발생할 수 있고 그동안 이에 대한 많은 논의가 있었다. 본고에서는 변호사법 제31조 제1항 제1호와 관련하여 동일한 사건에서 변호사의 이익충돌회피의무 위반이 있을 때, 그러한 변호사에 의한 소송행위의 효력 및 그 배제방법에 관한 민사소송법적 쟁점에 대하여 다루고자 한다.

12) 일본의 경우 기업회생절차에서 기업에 신규자금을 지원하는 법인이나 개인을 '스폰서'라고 일컫는다. 이러한 스폰서는 회생기업에 자금을 지원하고 주식 등 지분을 받는다는 점에서 우리나라 기업회생절차의 소위 'DIP 파이낸싱(debt in possession financing)'과는 차이가 있다. 이에 관해서는 이현정, "일본의 사업재생에 있어서의 스폰서 선정과 법적과제", 회생법학 제16호, 2016, 132면 이하 참조.

13) X1은 K1사의, X2는 K2사의, X3는 K3사의 파산관재인으로 선임되었다.

14) 長崎地決平成28年10月20日民集71卷8号1465項.

2. 항고심 결정의 요지¹⁵⁾

항고심은 파산관재인(X)이 제기한 소송에서 상대방(Z사)의 소송대리인인 변호사(Y)가 과거에 파산자(K사)로부터 위 소송의 청구와 관련된 법률사무 등을 수입하였다고 하더라도, 파산관재인이 독립된 권한을 기초로 재산의 관리처분권을 행사할 수 있다는 점에 비추어 보면, 위 변호사의 소송행위는 일본 변호사법 제25조 제1호에서 말하는 ‘상대방의 의뢰를 승낙한 사건’에 해당하지 않는다고 보아, Y의 소송행위를 배제하는 결정을 취소하였다. 그러면서 본건 신청을 법원에 대한 직권발동의 촉구로 보아 본건 신청을 각하하는 결정을 하지는 않았다.

3. 최고재판소 결정(대상결정)의 요지

항고심이 Y의 소송행위를 배제하는 결정을 취소하자 파산관재인 X는 재항고하였고, 이에 대하여 일본 최고재판소는 다음과 같은 이유로 Y의 소송행위는 배제되어야 한다고 보아 항고심 결정을 파기하고, Z사의 항고에 대해서는 기각 그리고 Y의 항고에 대해서는 부적법 각하하는 결정을 하였다.¹⁶⁾

(1) 일본 변호사법 제25조 제1호 위반 소송행위의 배제에 관한 신청권 유무

최고재판소는 직권에 의한 판단으로, 일본 변호사법 제25조 제1호를 위반하여 소송대리인이 선임된 경우 상대방 당사자에게 그러한 소송대리인에 의한 소송행위의 배제를 구하는 신청권이 인정되는지 여부에 관하여 다음과 같이 판시하였다.

“일본 변호사법 제25조 제1호는 변호사를 신뢰하여 협의 또는 의뢰한 당사자의 이익을 보호함과 동시에 변호사의 직무집행에 관한 공정을 확보함으로써 변호사의 품위 유지를 목적으로 하는 것으로, 이러한 규정에 위반한 소송행위에 대해서 상대방 당사자는 이의를 제기하고 법원에 대해 그 행위의 배제를 구할 수 있는 것으로 해석해야 한다. 또한 이러한 규정에 위반하여 소송대리인이 된 변호사로부터 위임을 받은 소송복대리인의 소송행위에 대해서도 상대방 당사자는 마찬가지로 소송복대리인의 선임이 위 규정에 위반한다는 이유로 이의를 제기하고 법원에 그 행위의 배제를 구할 수 있는 것으로 해석해야 한다. 그리고 이러한 규정이 당사자의 이익 보호를 목적으로 한다는 점에서 보면, 상대방 당사자는 법원에 대하여 위 규정에 위반한다는 이유로 위 각 소송행위를 배제하는 취지의 재판을 구할 신청권을 갖는 것으로 보아야 할 것이다.”

(2) 소송행위 배제 결정에 대한 불복방법과 불복할 수 있는 자

최고재판소는 마찬가지로 직권에 의한 판단으로, 일본 변호사법 제25조 제1호를 위

15) 福岡高決平成29年1月27日民集71卷8号1465項.

16) 구체적으로는, 병합심리되는 4건의 소송 중 1건에 대해서는 일본 변호사법 제25조 제1호에 위반되지 않는다고 보아 소송행위를 배제하는 결정을 취소하였는데, 변호사법 제31조 제1항 제1호(일본 변호사법 제25조 제1호) 위반의 구성요건 해당 여부에 관한 검토는 본고 주제에서 벗어나 있으므로 이에 관한 내용은 생략한다.

반하였다는 이유로 소송대리인의 소송행위를 배제하는 결정에 대하여 불복할 수 있는지 여부와 불복방법 그리고 불복할 수 있는 자는 누구인지에 관하여 다음과 같이 판시하였다.

“당사자는 소송대리인 및 소송복대리인의 소송행위가 배제되는지 여부에 대하여 이해관계를 갖는 것이 분명하므로 위 규정에 위반한다는 이유로 자신의 소송대리인 또는 소송복대리인의 소송행위를 배제하는 취지의 결정에 대해 불복할 수 있는 기회를 부여함이 마땅하다. 한편 위 결정에 대해서는 소송의 신속한 진행을 위하여 그 판단내용을 조속히 확정할 필요성이 있다. 이는 소송절차로부터의 배제라는 점에서 유사한 재판관에 대한 제척 또는 기피 신청에 대해 이유가 없다는 결정에 대해서도 마찬가지로 이러한 결정에 대한 불복신청은 즉시항고에 의하는 것으로 정하고 있다(일본 민사소송법 제25조 제5항17)). 이상의 점에 비추어 보면, 일본 변호사법 제25조 제1호에 위반한다는 이유로 소송행위를 배제하는 취지의 결정에 대해서는 자신의 소송대리인 또는 소송복대리인의 소송행위를 배제당하게 된 당사자가 일본 민사소송법 제25조 제5항의 유추적용에 의해 즉시항고를 할 수 있는 것으로 해석함이 상당하다. 이와 관련하여, 위 결정으로 소송행위가 배제된 소송대리인 또는 소송복대리인은 당사자를 대리하여 소송행위를 함에 지나지 않고, 소송행위의 배제 여부에 대하여 고유한 이해관계를 갖지 않는 것으로 해석된다. 따라서 위 결정에 대해서는 위 소송대리인 또는 소송복대리인은 스스로를 항고인으로 하는 즉시항고를 할 수는 없다고 봄이 상당하다.”

(3) 일본 변호사법 제25조 제1호 위반 여부¹⁸⁾

최고재판소는 Y의 소송행위가 일본 변호사법 제25조 제1호에 위반하는지 여부에 관하여 다음과 같이 판시하였다.

“본건 소송에서 상대방인 Z사와 대립하는 당사자는 K사의 각 파산관재인인 X임에 비하여, Y와 위임계약을 체결한 자는 K사이기는 하지만, 파산절차개시 결정에 의하여 파산자의 재산에 대한 관리처분권이 파산관재인에 귀속되었다는 점에서 보면, 본건에서 일본 변호사법 제25조 제1호 위반 여부를 검토함에 있어서는, 파산자인 K사와 그의 각 파산관재인을 동일시할 필요가 있다. 그렇다면 본건 소송은 Y1 및 Y2에게 있어서 위 규정에 의해 직무를 행할 수 없는 ‘상대방의 의뢰를 승낙한 사건’에 해당하게 된다. 결국 Y1 및 Y2가 본건 소송에서 Z사의 소송대리인으로 소송행위를 하는 것은 위 규정에 위반한 것이다. 따라서 본건 소송에서 Y1 및 Y2의 각 소송행위는 배제되어야 하고, Y1으로부터 위임을 받은 소송복대리인 Y3의 소송행위 또한 배제되어야 한다.”

17) 일본 민사소송법 제25조(제척 또는 기피의 재판)

⑤ 제척 또는 기피의 이유가 없다는 결정에 대해서는 즉시항고할 수 있다.

18) 이 부분은 구체적인 사안이 일본 변호사법 제25조 제1호 위반에 해당하는지 여부에 대한 것으로, 이는 본고의 검토 대상에서 벗어나 있으므로 이에 관해서는 대상결정의 요지를 소개하는 부분에서만 간략히 기재하겠다.

Ⅲ. 변호사법 제31조 제1항 제1호 위반 소송행위의 효력

1. 학설

변호사법 제31조 제1항 제1호를 위반한 소송대리인이 행한 소송행위의 효력에 관한 논의는 우리나라와 일본에서 유사하게 전개되었다.¹⁹⁾

우선 유효설은 변호사법은 변호사의 사명 및 직무에 관한 기본적인 규율을 정한 것으로 변호사 활동의 하나인 소송행위의 효력을 평가하는 규정에 대해서까지 두고 있지는 않으므로, 위 규정을 변호사의 직무에 대한 훈시규정으로 보아 이를 위반할 경우 변호사에 대한 징계의 원인이 될 수는 있으나 소송법상 또는 실체법상의 효력에는 영향이 없다고 본다.²⁰⁾ 직무규정설이라고도 한다. 이에 대해서는 소송대리인의 변호사법 위반행위에 의한 상대방 당사자의 불이익을 배제할 수 없는 문제가 있다고 지적된다.²¹⁾

절대무효설은 위 규정은 변호사 직무의 공정 및 품위 유지를 목적으로 하는 것이므로, 그러한 공익적 보호법익의 달성을 위하여 당사자의 의사에 불구하고 그 소송행위를 절대적으로 무효로 할 필요가 있다고 본다.²²⁾ 이러한 견해에 대해서는 당사자의 의사와 무관하게 그동안 진행되었던 소송절차가 모두 뒤집어짐으로써 소송경제에 어긋나고,²³⁾ 소송대리권을 위임한 당사자(의뢰자)에게 불측의 손해를 입힐 수 있는 문제가 있다고 지적된다.²⁴⁾

추인설은 위 규정에 위반한 변호사의 소송행위는 무권대리행위에 해당하여 무효이지만 본인인 당사자(의뢰자)의 추인에 의해 유효가 될 수 있다고 보는 견해이다.²⁵⁾ 이에 대해서는 위 규정으로 보호하고자 하는 주체는 위 규정을 위반한 변호사를 선임한 당사자(의뢰자)가 아니라 상대방 당사자인데, 당사자(의뢰자)의 추인으로 무권대리 행위를 유효하게 하는 것은 위 규정의 취지에 부합하지 않는다는 점이 지적된다.²⁶⁾

이의설은 위 규정에 위반한 변호사의 소송행위는 원칙적으로 유효하지만, 그 변호사를 먼저 선임한 상대방 당사자를 보호하기 위하여 상대방 당사자가 이의를 제기하는 경우 그 소송행위는 무효가 된다는 견해이다.²⁷⁾ 상대방 당사자가 이의를 제기하지 않은 경우에는 금반언의 원칙에 의하여²⁸⁾ 또는 소송절차에 관한 이의권의 포기·상실에 의하여²⁹⁾ 무효를 주장할 수 없다고 본다. 우리나라와 일본의 통설로 이해된다.³⁰⁾ 이의

19) 정확하게 표현하면, 일본에서의 논의는 ‘일본 변호사법 제25조 제1호를 위반한 소송대리인이 행한 소송행위의 효력에 관한 논의’이나, 편의상 ‘변호사법 제31조 제1항 제1호’와 ‘일본 변호사법 제25조 제1호’를 병기하거나 구분하여 기재하지 않고, ‘변호사법 제31조 제1항 제1호’라고만 기재하겠다. 이하에서도 마찬가지이다.

20) 이에 관한 설명으로 日本弁護士連合會調査室, 「條解弁護士法」, 弘文堂, 2007, 218項.

21) 정동윤·유병현·김경옥, 「민사소송법」, 법문사, 2023, 275면.

22) 佐々木吉男, “双方代理人と訴訟行為の効力”, 民事訴訟法判例百選: 重要百判例の解説<別冊ジュリスト>, 1965, 51項.

23) 강현중, 「민사소송법」, 박영사, 2023, 244면.

24) 정동윤·유병현·김경옥, 앞의 책, 275면.

25) 이에 관한 설명으로 清水 宏, “破産管財人を原告とする訴訟における被告訴訟代理人の訴訟行為と弁護士法二五條一号”, 東洋通信54卷 6号, 2018, 28項.

26) 강현중, 앞의 책, 245면; 정동윤·유병현·김경옥, 앞의 책, 275면.

27) 김홍엽, 「민사소송법」, 박영사, 2023, 231면; 이시윤, 「신민사소송법」, 박영사, 2023, 198면; 정동윤·유병현·김경옥, 앞의 책, 275면.

28) 강현중, 앞의 책, 245면.

제기의 시한에 관하여 사실심 변론종결시까지로 보는 견해가 있으며,³¹⁾ 위 규정의 위반 사실을 알거나 알 수 있는 경우 지체 없이 이의제기를 해야 한다고 보는 견해도 있다.³²⁾ 또한 사실심 변론종결시까지로 보더라도 이의권의 남용을 방지하기 위하여 무제한적인 것이 아니라 신의칙과 금반언의 제약을 받아야 한다고 보는 견해도 있다.³³⁾

2. 판례

판례는 변호사법 제31조 제1항 제1호에 위반되는 소송행위를 무권대리행위라고 전제한 후 당사자(의뢰자)가 이를 추진한 경우 그 소송행위는 완전한 효력이 발생된다고 보아 추인설을 따른 경우도 있으나,³⁴⁾ 대부분의 판례는 위 규정에 위반한 변호사의 소송행위에 대하여 상대방 당사자가 이의를 제기하는 경우 무효이지만, 상대방 당사자가 그와 같은 사실을 알았거나 알 수 있었음에도 불구하고 사실심 변론종결시까지 아무런 이의를 제기하지 않았다면 그 소송행위는 소송법상 완전한 효력이 생긴다고 보아 이의제기의 시한을 사실심 변론종결시까지로 하는 이의설을 따르고 있다.³⁵⁾

일본 최고재판소 판례의 경우, 과거 최고재판소 제2소법정에서는 이의설을 따라 판단하였는데³⁶⁾ 그 후의 제3소법정에서는 절대무효설에 따라 판단함으로써³⁷⁾ 서로 모순되는 판례가 존재하게 되어 최고재판소 대법정에서 이를 통일할 필요가 있게 되었다. 이에 최고재판소는 1963년 대법정판결로 위 규정의 입법취지에 비추어 보았을 때 이에 위반한 소송행위에 대해서 상대방 당사자는 이의를 제기하여 법원에 그 행위의 배제를 구할 수 있다고 보아 이의설을 따르는 것으로 통일하였다.³⁸⁾ 다만 일본 최고재판소가 이의제기의 시한에 관하여 어떠한 입장을 취하고 있는지는 불명한 것으로 이해된다.³⁹⁾

3. 검토

유효설의 경우, 변호사법 제31조 제1항 제1호를 위반한 변호사의 소송행위를 배제할 수 없다고 보는 것은 위 규정이 변호사 직무의 공정 및 상대방 당사자의 보호를 목적으로 하는 점에 비추어 타당하지 않다.

절대무효설의 경우, 앞서 지적된 문제뿐만 아니라, 상대방 당사자는 변호사의 위 규

29) 정동윤·유병현·김경옥, 앞의 책, 275면.

30) 강현중, 앞의 책, 245면; 法曹會, 「最高裁判所判例解説民事篇(平成29年度)」, 2020, 475項.

31) 김홍엽, 앞의 책, 232면; 이시윤, 앞의 책, 198면.

32) 정동윤·유병현·김경옥, 앞의 책, 275면. 일본의 경우 이와 같이 보는 견해가 다수인 것으로 이해된다. 伊藤眞, 「民事訴訟法」, 有斐閣, 2022, 161項.

33) 강현중, 앞의 책, 247면.

34) 대법원 1970. 6. 30. 선고 70다809 판결.

35) 대법원 1964. 4. 28. 선고 63다635 판결, 대법원 1973. 10. 23. 선고 73다437 판결, 대법원 1990. 11. 23. 선고 90다4037, 4044 판결, 대법원 1995. 7. 28. 선고 94다44903 판결, 대법원 2003. 5. 30. 선고 2003다15556 판결 등.

36) 最判昭和30年12月16日民集9卷14号2013項.

37) 最判昭和32年12月24日民集11卷14号2363項.

38) 最大判昭和38年10月30日民集17卷9号1266項. 이에 관한 평식으로는 石川 明, “弁護士法第25條第1号違反の訴訟行為の効力”, 法學研究 38(6), 1965, 122項 이하 참조.

39) 酒井博行, “弁護士法二五條一号に違反する訴訟行為の排除決定を求める申立権の有無及びその排除決定に對する即時抗告の可否”, 私法判例リマックス : 判例評論 (58), 2019, 109項.

정 위반에도 이를 용인 내지 감수하고 신속히 소송절차가 종료되기를 원하는 경우가 있을 수 있는데(예컨대 변호사의 이익충돌회피의무 위반이 있더라도 소송결과에 영향이 없다고 판단되는 경우가 그러할 것이다), 이러한 경우에도 그 변호사의 소송행위를 무효로 보고 같은 소송절차를 반복하게 하는 것은 오히려 상대방 당사자의 보호에 반하게 된다. 위 규정은 변호사의 쌍방수임 등으로 상대방 당사자의 이익에 반하는 것을 방지하기 위한 것인데, 이러한 경우는 상대방 당사자의 이익에 반한다고 볼 수 없기 때문이다.

추인설의 경우, 위 규정은 상대방 당사자를 보호하기 위한 것인데 그 변호사에게 소송을 의뢰한 당사자(의뢰자)의 의사에 따라 소송행위의 유효 여부를 정하는 것은 타당하지 않다. 또한 이는 위 규정이 변호사 직무의 공정성을 목적으로 하고 있다는 점에서도 타당하지 않다. 여기서 변호사 직무의 공정성이 문제되는 것은 그 변호사에게 먼저 의뢰한 상대방 당사자에 대한 배신행위이기 때문인데, 상대방 당사자의 의사와 무관하게 그 소송행위를 유효로 하는 것은 변호사 직무의 공정이라는 목적에 반하게 된다.

이의설의 경우, 상대방 당사자의 이의제기로 위 규정을 위반한 소송행위를 무효로 한다는 점에서 변호사 직무의 공정이라는 공익적 측면과 상대방 당사자의 보호라는 사익적 측면을 모두 달성할 수 있다. 특히 위 규정 위반의 소송행위가 상대방 당사자의 이익을 해하는 경우에 한하여 상대방 당사자의 의사에 따라 그 효력을 무효로 함으로써 상대방 당사자의 보호에 충실할 뿐만 아니라 소송절차의 안정과 소송경제 또한 추구할 수 있게 된다. 따라서 상대방 당사자의 이의제기가 있을 때 위 규정 위반 소송행위를 무효로 하고 소송절차에서 배제하는 이의설에 의한 해결이 가장 합리적일 것으로 생각된다.

이러한 상대방 당사자의 이의제기에 관하여 민사소송법 제151조에 따른 소송절차에 관한 이의권(책문권)의 일종으로 보는 견해가 있다.⁴⁰⁾ 소송절차에 관한 이의권은 소송절차에 관한 규정 중 사익적 규정인 임의규정에 어긋난 경우에 인정되는데,⁴¹⁾ 변호사법 제31조 제1항 제1호를 위반한 소송행위에 대해서 공익적 목적 외에도 당사자의 이익 보호라는 사익적 목적을 위하여 그러한 소송행위를 무효로 하고, 또한 사익적 목적을 고려하여 상대방 당사자가 이의를 제기하는 경우에 한하여 무효로 하는 것이므로, 이는 소송절차에 관한 이의권의 일종이거나 유사한 성격을 갖는다는 것이다. 변호사법 제31조 제1항 제1호를 위반한 경우를 곧 소송절차에 관한 규정을 위반하였다고 보기는 어려워 변호사법 위반 소송행위에 대한 이의제기를 곧 민사소송법 제151조에 따른 이의권이라고 단정하기는 어렵지만, 유사한 성격을 갖는 것으로서 위 제151조의 유추적용이 가능할 것으로 생각된다.⁴²⁾

위 변호사법 규정 위반 소송행위에 대한 이의제기에 관하여 민사소송법 제151조의 유추적용이 가능하다면, 이러한 면에서도 이의제기의 시한은 위 규정에 따라 상대방

40) 清水 宏, 앞의 논문, 31項; 山本 研, “弁護士法25條1号に違反する訴訟行為の排除”, 新・判例解説watch : 速報判例解説 23, 2018, 163項; 정동윤·유병현·김경옥, 앞의 책, 275면. 김능환·민일영, 「주석 민사소송법(2)」, 한국사법행정학회, 2018, 459면은 소송절차에 관한 이의권 대상의 예 중 하나로 변호사법 제31조 제1항 제1호 위반의 경우를 제시하고 있다. 다만 판례는 변호사법 제31조 제1항 제1호 위반의 소송행위에 대해서 이의제기를 할 수 있는 시적 제한을 사실심 변론종결시까지로 보고 있어(대법원 2003. 5. 30. 선고 2003다15556 판결), 이를 소송절차의 이의권의 일종으로 파악하고 있지는 않은 것으로 보인다.

41) 김홍엽, 앞의 책, 467면; 전병서, 「강의 민사소송법」, 박영사, 2023, 129면.

42) 강현중, 앞의 책, 245면 또한 이의설은 민사소송법 제151조를 유추적용한 것으로 본다.

당사자가 변호사법 위반 사실을 알거나 알 수 있었을 때로부터 지체없이라고 볼 수 있다. 물론 당사자는 소송요건에 관한 항변사항을 포함하여 사실심 변론종결시까지 공격 방어방법을 제출할 수 있는 것이 원칙이고 특히 변호사법 위반은 소송대리인에 관한 중대한 하자라는 점에서 그 이의제기 시한을 사실심 변론종결시까지라고 보는 견해도 타당성이 있다고 생각된다. 그러나 상대방 당사자가 위 규정 위반 사실을 알고서도 아무런 이의를 제기하지 않고 있다가 대부분의 소송절차를 진행한 결과 패소할 가능성이 높다고 생각하여 또는 제1심에서 패소한 후에 항소심에 이르러 그동안 진행된 소송행위를 무위로 돌리는 것은 소송경제의 측면이나 위 규정 위반 사실을 모르고 변호사를 선임한 당사자에게 불측의 손해를 입게 한다는 점에서 남용적인 이의제기라고 하지 않을 수 없다. 따라서 상대방 당사자가 이의제기 할 수 있는 시한은 그가 위 규정 위반 사실을 알거나 알 수 있었을 때로부터 지체없이라고 보는 것이 양 당사자간의 이익의 조화와 소송경제 등을 고려하였을 때 더욱 타당할 것으로 생각된다. 그리고 상대방 당사자로서는 배신적 행위를 한 변호사에 의한 소송행위를 용납하지 않겠다는 의사를 갖고 있었다면 위 규정 위반 사실을 알거나 알 수 있었을 경우 즉시 이의제기를 하게 될 것이고, 위 변호사법 규정은 이와 같은 변호사의 배신적 행위를 허용하지 않기 위한 것이지 상대방 당사자에게 소송상 유리한 지위를 부여하기 위한 것이 아니므로, 이의제기 시한을 위와 같이 제한적으로 보더라도 상대방 당사자에게 특별히 불리하다고 할 수도 없을 것이다.

IV. 변호사법 제31조 제1항 제1호 위반 소송행위를 배제하는 방법

1. 개관

변호사법 제31조 제1항 제1호를 위반한 소송행위의 효력에 관한 논의는 주로 이미 소송행위가 있는 후 상대방 당사자의 이의가 있는 경우 사후적으로 그러한 소송행위의 효력을 어떻게 다룰 것인지에 관하여 초점이 맞추어져 있었다. 판례 또한 중국판결에서 사후적으로 상대방 당사자가 이의를 제기한 소송행위의 효력 유무에 관하여 판단하고 있다. 그런데 소송계속 중에 상대방 당사자의 이의제기가 있고 그러한 이의에 이유가 있다고 판단되면 중국판결 이전이라도 해당 소송대리인을 소송절차에서 배제할 필요가 있다. 그리고 이러한 법원의 판단에 불복하는 경우, 그 불복절차 또한 신속하게 진행되도록 함으로써 해당 소송대리인의 소송절차 관여 가능 여부가 조속히 확정되도록 할 필요가 있다. 이와 관련하여 상대방 당사자에게 변호사법 위반 소송행위의 배제에 관한 법원의 판단을 구할 신청권이 인정되는지, 즉 법원은 상대방 당사자의 이의제기에 대하여 응답할 의무를 부담하는지, 상대방의 신청에 대하여 법원은 어떤 형식으로 재판할 것인지, 법원의 판단에 대하여 불복할 수 있는 방법 및 그러한 불복을 할 수 있는 자는 누구인지 문제된다. 이에 관한 판례는 찾기 어렵고,⁴³⁾ 일본 역시 그동안 최고재판소의 판례가 존재하지 않은 상태에서 하급심 재판례는 통일되지 않은 결론을 내

43) 앞서 각주 7)에서 살핀 바와 같이, 판례는 변호사법에 위반한 변호사의 소송관여를 더 이상 허용하여서는 안 된다고 보고 있지만, 그 구체적인 방법 및 불복방법 등에 관하여 판시한 판례는 찾기 어렵다.

려왔는데, 대상결정이 최초로 명시적인 판단을 하였다. 이하에서 각 쟁점별로 살펴본다.

2. 신청권 인정 여부

변호사법 제31조 제1항 제1호를 위반한 소송행위의 배제를 구하는 이의제기에 관하여, 상대방 당사자에게 그 배제에 관한 재판을 구하는 신청권을 인정할 것인지 또는 이러한 이의제기는 법원의 직권발동을 촉구하는 의미를 갖는 것에 불과한지 문제된다. 상대방 당사자에게 신청권을 인정한다면 법원에는 이에 대한 응답의무가 인정될 것이다.

이에 관한 학설상 뚜렷한 논의를 찾기 어렵고, 판례 또한 위 규정을 위반한 소송행위에 대한 상대방 당사자의 이의제기를 본안 전 항변 등 주로 사후적으로 그 소송행위의 효력을 다투는 것으로 다루고 있어, 위 규정에 위반한 소송행위의 배제를 구하는 신청권 인정 여부에 관한 입장을 명확하게 알기 어렵다.

일본 또한 대상결정이 있기 전까지는 최고재판소 판례가 신청권을 인정하는지 여부가 불분명하였다. 최고재판소 대법정판례로 이의설을 확정한 1963년도의 최고재판소 판례 또한 상대방 당사자에게 신청권이 인정되는지 여부에 관해서는 명확하게 판단하지 않았다. 그렇기에 하급심에서는 그러한 신청권 인정 여부에 관하여 일치된 결론에 이르지 못하였고, 대상결정의 원심 또한 상대방 당사자에게 신청권이 없다는 점을 전제로 소송대리인의 소송행위를 배제하는 결정을 취소하면서 그러한 배제를 구한 상대방 당사자의 신청을 각하하지 않았다. 이에 관하여 대상결정은 직권에 의한 판단으로 위 규정이 당사자의 이익 보호를 목적으로 하는 점에 비추어, 상대방 당사자는 법원에 대하여 위 규정에 위반하는 소송행위를 배제하는 취지의 재판을 구할 신청권을 갖는다는 점을 명시하였다. 따라서 소송행위의 배제를 구하는 상대방 당사자의 신청을 배척하는 경우 법원은 이를 각하하는 결정을 하여야 한다는 것이다.

변호사법 제31조 제1항 제1호는 변호사 직무의 공정과 함께 상대방 당사자의 보호를 그 목적으로 하고 있다. 공익적 목적을 강조한다면 위 규정에 위반한 소송행위는 무효로 하는 것이 원칙일 것이다. 그런데 앞서 살핀 바와 같이 이의설은 소송절차에서의 당사자 보호를 중시하여 그 이의제기를 소송절차에 관한 이의권(책문권)의 일종 또는 이와 유사한 성격을 갖는 것으로 보아 당사자의 이익 없이 법원이 직권으로 위 규정에 위반한 소송행위를 배제하는 것을 허용하지 않고, 이의제기가 있었을 경우에 한하여 그러한 소송행위를 배제할 수 있다고 본다. 즉 당사자의 판단을 법원의 판단에 앞세우는 것으로, 이러한 이의제기가 있으면 법원은 위 규정 위반의 소송행위를 전면적으로 금지하여야 할 것이고, 법원의 재량으로 위 규정 위반 여부 및 그에 따른 소송행위 배제 여부에 관한 판단을 회피할 수 있다고 볼 수는 없을 것이다.⁴⁴⁾

따라서 상대방 당사자에게는 법원에 대하여 변호사법 제31조 제1항 제1호 위반 소송행위의 배제를 구할 신청권이 있고, 법원은 이에 대하여 응답할 의무가 있다고 보는 것이 타당할 것으로 생각된다. 이러한 점에서 대상결정이 상대방 당사자에게 위 규정 위반 소송행위의 배제를 구할 신청권이 있음을 명시하고, 상대방 당사자의 이의제기를

44) 手賀 寛, “弁護士法25條1号に違反する訴訟行為の排除”, Jurist (ジュリスト) No.1518, 2018, 145項.

배척하는 경우 이를 각하해야 한다고 판단한 것은 의미가 있다고 할 것이다.

3. 재판의 형식

소송계속 중 변호사법 제31조 제1항 제1호 위반 소송행위에 대한 이의가 제기된 경우 법원이 이의제기의 이유가 있다고 보아 그 소송행위를 배제하는 경우 어떤 종류의 재판에 의할 것인지 문제된다.

이에 관한 우리나라에서의 뚜렷한 논의를 찾기 어렵고, 판례와 하급심 판결례는 주로 중국판결에서 그 판단을 드러내고 있는 것으로 보인다. 예컨대, 위 규정 위반에 관한 이의제기가 이유 없는 경우 판결이유 중에 그 판단을 드러내고 있으며,⁴⁵⁾ 원고 또는 독립당사자참가인의 소송대리인이 위 규정을 위반한 경우 중국판결에서 이를 이유로 소를 각하하거나⁴⁶⁾ 참가신청을 각하하는⁴⁷⁾ 판결을 하였다.

일본 또한 대상결정이 있기 전까지는 그 재판 형식이 통일되지 않았다. 하급심에서는 중국판결에 의한 것도 있었고,⁴⁸⁾ 중간판결에 의한 것도 있었다.⁴⁹⁾ 대상결정의 사안에서는 결정의 형식에 의하였다. 학설상으로는 해당 변호사의 소송관여 허부를 가급적 신속하게 결정할 필요가 있으므로 결정에 의한 재판형식에 의할 필요가 있다고 보는 견해가 유력하다고 일컬어진다.⁵⁰⁾

소송계속 중 위 변호사법 규정에 위반한 소송행위에 대한 이의가 제기되고 이러한 이의제기가 이유 있는 경우, 법원으로서 해당 변호사에 대하여 그 이후의 소송관여를 배제할 필요가 있다. 그런데 중국판결로 상대방 당사자의 이의를 인용하는 판단을 드러낸다면, 상대방 당사자의 이의제기에도 불구하고 해당 변호사의 소송행위를 계속 유지할 경우 그러한 중국판결이 있기까지의 소송행위는 무용하게 된다. 따라서 상대방 당사자의 이의제기에 대해서는 소송계속 중에 법원이 그 판단을 드러내 해당 변호사의 소송관여를 배제시키고 그 변호사를 선임한 당사자(의뢰자)가 새로운 대리인을 선임하는 등 적절한 조치를 취하게 할 필요가 있다.

한편 소송계속 중의 중간판결로 위 규정 위반 여부 및 소송행위 배제에 관한 판단을 하는 경우에는, 중간판결에 대해서는 독립한 상소가 허용되지 않고 중국판결이 있은 후 그 상소심에서 다룰 수 있기 때문에 해당 변호사의 소송관여 가능 여부가 신속하게 확정되지 않는 문제가 있다.⁵¹⁾ 특히 그 상소심에서 결국 중간판결이 번복되는 경우 종전 소송행위의 효력을 어떻게 파악할 것인가의 문제가 발생한다.⁵²⁾ 중간판결의 판단에 따라 종전 소송행위가 무효임을 전제로 필요한 소송행위가 행해져 중국판결까지 받았는데, 상소심에서 중간판결이 번복됨에 따라 다시 종전 소송행위가 유효로 된다면 중간판결 전후의 소송행위간에 중복 또는 모순이 발생하는 등의 문제가 일어날 수 있다. 따라서 상대방 당사자에 의해 이의가 제기된 경우, 해당 변호사의 소송관여 가능 여부

45) 대법원 2003. 11. 28. 선고 2003다41791 판결, 대법원 2018. 11. 29 선고 2018다22077, 2018다22084 판결 등.

46) 서울중앙지방법원 2020. 10. 29. 선고 2020가단5073149 판결.

47) 전주지방법원 2020. 12. 23. 선고 2019가합1106, 2019가합5207 판결.

48) 大阪地判昭和30年9月29日判時70号22項.

49) 東京地中判昭和41年6月29日判時462号3項.

50) 山本 研, 앞의 논문, 163項.

51) 手賀 寛, 앞의 논문, 145項.

52) 酒井博行, 앞의 논문, 108項.

에 관한 문제를 신속하게 확정 짓고 난 후에 재판절차를 진행할 필요가 있는 점 그리고 소송행위의 배제 문제는 본안에 관한 문제와 달리 대심구조 및 공개심리를 반드시 요구하지 않는 점⁵³⁾ 등에 비추어 볼 때 결정의 형식에 의하는 것이 타당할 것이다.

3. 불복방법 - 즉시항고 인정 여부

상대방 당사자의 이의제기에 대한 법원의 판단을 종국판결에 드러내는 방식에 의할 경우 이에 불복하는 당사자는 상소를 제기하여 상소심에서 이를 다투게 될 것이다. 그런데 이러한 판단을 결정 형식에 의할 경우 당사자에게 이에 대한 불복을 허용할 것인지, 불복을 허용할 경우 어떤 방법에 의할 것인지 문제된다.

일본의 경우 학설상 상대방 당사자의 이의제기를 인용하는 결정에 대해서는 당사자(의뢰자)가 그리고 그러한 이의제기를 배척하는 결정에 대해서는 상대방 당사자가 즉시항고의 방법으로 불복할 수 있다는 견해가 유력한 반면,⁵⁴⁾ 그러한 이의제기를 인용하는 결정에 대해서는 즉시항고할 수 없지만 이를 배척하는 결정에 대해서는 즉시항고할 수 있다는 소수의 견해가 있다.⁵⁵⁾ 일본 판례의 입장은 그동안 명확하지 않았는데, 대상결정에서 처음으로 자신의 소송대리인 또는 소송복대리인의 소송행위를 배제하는 결정을 받은 당사자는 법관의 제척·기피에 관한 일본 민사소송법 제25조 제5항의 유추적용에 의해 즉시항고 하는 것이 가능하다고 명시하였다.

대상결정이 그 이유에서 밝힌 바와 같이, 당사자로서는 자신의 소송대리인 또는 소송복대리인의 소송행위를 배제하는 결정에 대해 이해관계를 갖는 것이 명백하므로, 이러한 결정에 대해서는 당사자에게 불복할 수 있는 기회를 부여함이 마땅하다. 법원의 결정에 대한 불복방법으로는 통상항고와 즉시항고를 고려할 수 있는데, 원칙적으로 즉시항고는 명문의 규정이 있는 경우에 한해서 인정된다는 점에 비추어 보았을 때 일용통상항고에 의한 방법을 생각해 볼 수 있다. 그런데 통상항고는 항고 제기 기간에 제한이 없으므로, 통상항고에 의한 불복방법을 인정할 경우 신속한 재판의 진행을 위해 해당 변호사의 소송관계 여부를 조속히 확정할 필요가 있다는 요청에 반하게 된다. 특히 이러한 필요성에 따라 상대방 당사자는 변호사법 위반 사실을 알거나 알 수 있었을 때로부터 지체없이 이의를 제기해야 한다고 보는 입장에 따를 경우, 그러한 이의제기에서 비롯한 법원의 결정에 대한 불복절차 또한 신속하게 진행되고 확정될 필요가 있다.⁵⁶⁾

민사소송법 제47조 제2항은 법관의 제척·기피에 관한 결정에 대하여 불복하는 경우 즉시항고에 의하도록 규정하고 있는데, 변호사법을 위반한 소송행위의 배제를 해당 소송대리인에 대한 기피라고 볼 경우 이는 소송절차로부터의 배제라는 점에서 법관의 기피와 유사한 면이 있으므로, 변호사의 소송관여를 배제하는 결정에 대해서도 법관의 제척·기피에 대한 규정을 유추적용하여 즉시항고의 방법으로 불복할 수 있다고 볼 것

53) 酒井博行, 앞의 논문, 제108項.

54) 清水 宏, 앞의 논문, 32項; 山本 研, 앞의 논문, 163項; 越山和廣, “弁護士法25條1号に違反する訴訟行為を排除する決定”, 民商法雑誌 154 (3), 2018, 535項.

55) 手賀 寛, “弁護士による代理-双方代理”, 民事訴訟法判例百選(第4版), 2010, 47項.

56) 中野琢郎, “最高裁平成29年10月5日第一小法廷決定 平成29年(許)第6号, 訴訟代理人の訴訟行為排除決定に對する抗告審の取消決定に對する許可抗告事件/民集第71卷8号1441頁”, ジュリスト(1519), 2018, 77項.

이다.⁵⁷⁾ 다만 민사소송법 제47조 제1항은 법관의 제척·기피신청이 이유 있다는 결정에 대하여는 불복할 수 없다고 정하고 있는데, 이는 신청을 한 당사자 입장에서는 더 이상 불복할 이익이 없고 기피를 당한 법관은 그 결정에 관여하지 못하므로 당연한 귀결에 따른 것이다.⁵⁸⁾ 그러나 변호사법 위반의 소송행위에 대한 배제를 구하는 신청(이의제기)의 경우, 이를 인용하는 결정은 그 변호사를 선임한 당사자(의뢰자)에게 불복할 이익이 있고, 이를 배척하는 결정은 상대방 당사자에게 불복할 이익이 있으므로, 법관의 제척·기피 결정과는 달리 인용하는 결정에 대해서도 즉시항고의 방법으로 불복 가능하다고 할 것이다.

나아가 즉시항고는 원칙적으로 명문의 규정이 있는 경우에만 인정된다고 보나, 판례는 민사소송법이 특별한 규정이 있을 때만 즉시항고할 수 있다는 규정을 두고 있지 않다는 이유로 명문의 규정이 없는 경우에도 즉시항고를 인정하고 있는 점에 비추어 보면,⁵⁹⁾ 변호사법 제31조 제1항 제1호 위반 소송행위의 배제에 관한 결정에 대한 불복방법으로 즉시항고를 인정하는 것을 이례적이라고 볼 수도 없을 것이다.

4. 불복할 수 있는 자

변호사법 제31조 제1항 제1호를⁶⁰⁾ 위반한 소송행위를 배제하는 결정에 대해 불복할 수 있는 자에 관하여 일본의 학설상 논의는 많지 않았고,⁶¹⁾ 하급심의 재판례 또한 일치되어 있지 않았다. 대상결정의 원심은 소송행위를 배제 당한 소송대리인을 선임한 당사자(의뢰자)뿐만 아니라 그러한 소송대리인 및 그 소송대리인이 선임한 소송복대리인 또한 즉시항고권자가 될 수 있다는 전제 하에 판단을 하였다. 이에 대하여 대상결정은 변호사법 위반을 이유로 소송행위를 배제하는 결정에 대하여 그러한 소송행위를 배제 당한 소송대리인 또는 소송복대리인은 스스로 항고인이 되어 즉시항고를 할 수 없다는 점을 명시하였다. 그러한 소송대리인을 선임한 당사자(의뢰자)만이 즉시항고권자가 된다는 것이다.

자신이 선임한 소송대리인의 소송행위가 배제되는지 여부에 당사자(의뢰자)가 이해관계를 갖는 것은 명백하므로, 그러한 당사자가 법원의 결정에 불복할 수 있는 즉시항고권자가 될 수 있음은 당연하다. 상대방 당사자 또한 자신의 신청을 배척하는 결정에 대해 불복할 이익이 있음은 물론이다. 한편 소송행위를 배제당한 소송대리인 또는 소송복대리인 스스로가 즉시항고권자가 될 수 있는지 여부가 문제되는데, 대상결정 사안의 경우 소송대리인과 소송복대리인은 스스로 항고인이 되어 즉시항고를 제기하였다. 소송대리인은 변호사법 제31조 제1항 제1호를 위반하였는지 여부에 따라 소속 변호사회로부터 징계를 받을 가능성이 있고, 경우에 따라서는 당사자(의뢰자)로부터 비용상환 또는 손해배상 등의 청구를 받을 가능성도 배제할 수 없다. 다만 이러한 효과는 소송행위의 배제라는 법원의 결정에서 직접적으로 발생하는 효과라고 볼 수 없다.⁶²⁾ 또

57) 酒井博行, 앞의 논문, 108項; 清水 宏, 앞의 논문, 32項.

58) 김능환·민일영, 앞의 책, 288면.

59) 대법원 2011. 5. 2.자 2010부8 결정.

60) 앞서 각주 19)에서 전제한 바와 같이, '변호사법 제31조 제1항 제1호'와 '일본 변호사법 제25조 제1호'를 구분하지 않고 '변호사법 제31조 제1항 제1호'로 기재하였다.

61) 法曹會, 앞의 책, 477項.

62) 酒井博行, 앞의 논문, 109項.

한 소송대리인에 의한 소송행위의 효력은 소송대리인에게 직접 미치는 것이 아니므로, 소송행위의 배제에 의하여 직접적인 이해관계를 갖는다고 볼 수도 없다.⁶³⁾ 이러한 점들에 비추어 볼 때 소송대리인 또는 소송복대리인은 불복할 이익이 없다고 보는 것이 타당하다.⁶⁴⁾

한편 소송행위를 배제하는 결정에 대해 당사자(의뢰자)가 즉시항고를 함에 있어 이를 배제의 대상이 된 변호사가 다시 수행하게 할 수 있는지 문제된다. 즉시항고의 경우에는 집행정지효가 발생하지 않는다는 점에서 더욱 그렇다. 그러나 즉시항고를 위해 새로운 소송대리인을 선임하도록 하는 것은 지나치게 형식적일 뿐만 아니라 당사자에게 지나친 부담을 지우는 것이다. 소송능력이 없다는 이유로 소를 각하는 판결에 대해서도 소송능력의 유무를 다룰 기회를 보장하기 위하여 소송능력이 없다고 판단된 자에 의한 상소가 허용되는 점에 비추어 보더라도, 당사자에게 소송대리인 배제 결정에 대해 다룰 수 있는 기회를 부여하는 이상 그러한 결정을 다투기 위하여 배제 결정의 대상이 된 소송대리인이 당사자의 즉시항고를 대리하여 수행하는 것 또한 가능하다고 볼 것이다.⁶⁵⁾ 대상결정은 이에 관하여 명시하지는 않았으나 그러한 소송대리인의 대리에 의한 당사자의 즉시항고에 대하여 부적법한 것으로 보지 않았다.

5. 소결

변호사법 제31조 제1항 제1호를 위반한 소송행위에 관하여 사후적으로 이를 무효로 할 필요성뿐만 아니라 이에 관한 상대방 당사자의 이의제기가 있는 경우 해당 소송절차에서 위 규정을 위반한 변호사의 소송관여를 배제할 필요가 있다. 또한 소송계속 중 위 규정 위반 소송행위에 관한 이의가 제기되면, 가급적 신속하게 이에 대한 법원의 판단 및 당사자의 불복절차를 진행하여 해당 변호사의 소송절차 관여 가능 여부를 조속히 확정할 필요가 있다. 당사자의 불측의 손해 방지와 소송경제를 위해서도 그러하다. 이러한 점에서 대상결정이 변호사법 위반 소송행위에 대한 상대방 당사자의 이의제기는 법원에 응답의무를 부과하는 신청권의 성격을 갖는 것이고, 이에 대한 불복절차는 법원의 제척·기피에 관한 규정을 유추적용하여 즉시항고에 의하여야 한다고 판단한 것은 타당하다고 생각된다. 또한 법원의 결정으로 소송관여가 배제된 소송대리인 또는 소송복대리인은 그러한 결정에 불복할 수 없다고 판단한 점 또한 소송대리인은 소송행위의 효력 유무 등에 직접 이해관계를 갖는 자가 아니므로 타당하다고 할 것이다. 이러한 일본의 판례 및 이에 관한 논의는 우리나라에서 위 규정 위반 소송행위의 처리에 관한 논의를 전개함에 있어 충분히 참고할 가치가 있다고 할 것이다.

63) 山本 研, 앞의 논문, 163項. 酒井 一, “弁護士法25條に違反する訴訟行為を排除する手続”, 法學教室 (449), 2018, 126項은 이러한 점에 비추어 소송대리인의 불복신청을 인정하지 않는 것이 당사자적격의 일반론에도 부합한다고 설명한다.

64) 한편 山木戸克己, 「民事訴訟法論集」, 有斐閣, 1990, 169項은 소송대리인도 즉시항고할 수 있다고 보나 그 구체적인 근거는 밝히지 않고 있다.

65) 手賀 寛, 앞의 논문(주 42), 145項. 이 경우 소송대리인은 당사자(의뢰자)의 대리인으로서 항고절차에 관여하여 소송대리인의 입장에서 변호사법 제31조 제1항 제1호 위반 여부에 관한 견해를 밝힐 수 있는 기회가 사실상 보장되는 것과 마찬가지로의 결론에 이르게 될 것이다(越山和廣, 앞의 논문, 536項; 酒井博行, 앞의 논문, 109項).

V. 결 어

변호사의 이익충돌회피의무를 규정한 변호사법 제31조 제1항 제1호를 위반하여 소송대리인이 된 경우, 그러한 소송대리인이 행한 소송행위의 취급에 관해서 대부분의 학설 및 판례는 상대방 당사자가 위 규정 위반에 관한 이의제기를 하면 그 소송행위를 무효로 한다는 이의설을 따르고 있고, 필자 역시 이에 따른다. 다만 그러한 소송행위의 효력을 사후적으로 배제하는 것 외에도, 위 변호사법 규정 위반의 소송행위를 둘러싼 여러 소송절차상 쟁점이 있는데, 그동안 이에 관한 활발한 논의나 판례의 법리 제시가 없었다. 이는 우리와 유사한 변호사법 규정 및 민사소송체계를 갖고 있는 일본에서도 마찬가지였다.

그러던 중 2017년 일본 최고재판소는 대상결정을 통해 위 변호사법 규정을 위반한 소송행위를 배제하는 방법 및 불복절차에 관한 몇 가지 소송절차상 쟁점에 대한 법리를 최초로 명시하였다. 상대방 당사자의 이의제기는 단지 법원의 직권발동을 촉구하는 성격을 갖는 것이 아니라 법원에 응답의무를 부과하는 신청권의 성격을 갖는 것이고, 이에 관한 법원의 판단에 불복하는 경우 법관의 제척·기피에 관한 규정을 유추적용하여 즉시항고에 의하여야 하며, 불복할 수 있는 자는 당사자일뿐 소송대리인은 즉시항고권자가 될 수 없다는 것이다. 그리고 명시하지는 않았지만, 소송행위를 배제하는 법원의 재판은 결정의 방식에 의한다는 점 또한 인정한 것으로 볼 수 있다. 이러한 최고재판소의 판단에 대하여 일본에서의 논의는 대체로 긍정하고 있다.

위 변호사법 규정의 취지가 당사자의 보호 또한 그 목적으로 하는 점 및 소송계속 중 제기된 소송대리인의 소송관여 가능 여부의 문제는 신속하게 확정될 필요가 있는 점 그리고 상대방 당사자뿐만 아니라 그 소송대리인을 신뢰하고 선임한 당사자 또한 불측의 손해를 입지 않을 필요가 있는 점 등을 고려하면, 위와 같은 최고재판소의 판단은 수긍할 수 있다.

위 최고재판소 판례 이전까지 변호사법 규정 위반 소송행위의 효력에 관한 우리나라와 일본에서의 논의가 사실상 거의 동일하게 전개되었다는 점에 비추어 보더라도, 이러한 일본의 판례 및 논의는 우리나라에서도 충분히 참고할 수 있을 것이다. 우리뿐만 아니라 일본 또한 아직 위 변호사법 규정 위반 소송행위를 둘러싼 여러 쟁점에 관한 법리가 형성되어 가고 있는 중이다. 이러한 쟁점에 관한 더 많은 판례의 축적과 함께 일본 등 비교법적 접근을 적극 참고하여 구체적 타당성을 가진 법리가 정립되기를 기대한다.

[참고문헌]

<국내 문헌>

- 김능환·민일영, 「주식 민사소송법(2)」, 한국사법행정학회, 2018.
- 김홍엽, 「민사소송법」, 박영사, 2023.
- 강현중, 「민사소송법」, 박영사, 2023.
- 손창완, “변호사와 의뢰인간의 이익충돌과 변호사의 의무”, 법학논총 제33집 제1호, 2013.
- 이광수, “변호사법 제31조 제1항 제1호 수임제한 요건의 해석기준”, 인권과정의 제441호, 2014.
- 이시윤, 「신민사소송법」, 박영사, 2023.
- 이태영, “변호사의 이익충돌회피의무-현재 의뢰인 사이의 이익충돌을 중심으로-”, 법조 통권 672호, 2012.
- 이현정, “일본의 사업재생에 있어서의 스폰서 선정과 법적과제”, 회생법학 제16호, 2016.
- 전병서, 「강의 민사소송법」, 박영사, 2023.
- 정동윤·유병현·김경옥, 「민사소송법」, 법문사, 2023.
- 정한중, “변호사의 이익충돌과 변호인의 조력을 받을 권리”, 외법논집 제39권 제2호, 2015.
- 정형근, 「변호사법 주석」, 피앤씨미디어, 2016.
- 정형근, “변호사의 절대적 수임제한사유에 관한 연구”, 인권과 정의 통권 제447호, 2015.
- 최윤희, “변호사의 이익충돌회피의무”, 일감법학 제33호, 2016.

<해외 문헌>

- 伊藤眞, 『民事訴訟法』, 有斐閣, 2022.
- 日本弁護士連合會調査室, 「條解弁護士法」, 弘文堂, 2007.
- 法曹會, 「最高裁判所判例解説民事篇(平成29年度)」, 2020.
- 山木戸克己, 「民事訴訟法論集」, 有斐閣, 1990.
- 石川 明, “弁護士法第25條第1号違反の訴訟行為の効力”, 法學研究 38(6), 1965.
- 越山和廣, “弁護士法25條1号に違反する訴訟行為を排除する決定”, 民商法雑誌 154 (3), 2018.
- 酒井 一, “弁護士法25條に違反する訴訟行為を排除する手續”, 法學教室 (449), 2018.
- 酒井博行, “弁護士法二五條一号に違反する訴訟行為の排除決定を求める申立權の有無及びその排除決定に對する即時抗告の許否”, 私法判例リマックス : 判例評論 (58), 2019.
- 佐々木吉男, “双方代理人と訴訟行為の効力”, 民事訴訟法判例百選 : 重要百判例の解説 <別冊ジュリスト>, 1965.
- 清水 宏, “破産管財人を原告とする訴訟における被告訴訟代理人の訴訟行為と弁護士法

二五條一号”, 東洋通信 54卷 6号, 2018.

手賀 寛, “弁護士法25條1号に違反する訴訟行為の排除”, *Jurist* (ジュリスト) No.1518, 2018.

手賀 寛, “弁護士による代理-双方代理”, 民事訴訟法判例百選(第4版), 2010.

中野琢郎, “最高裁平成29年10月5日第一小法廷決定平成29年(許)第6号, 訴訟代理人の訴訟行為排除決定に對する抗告審の取消決定に對する許可抗告事件/民集第71卷8号1441頁”, *ジュリスト* (1519), 2018.

山本 研, “弁護士法25條1号に違反する訴訟行為の排除”, 新・判例解説watch : 速報判例解説 23, 2018.

[Abstract]

Effectiveness and exclusion method of litigation which is violating Article 31, Paragraph 1, first Subparagraph of the Attorney-at-Law Act

Joonsung Koh*

When a person becomes a legal counsel in violation of Article 31, Paragraph 1, first Subparagraph of the Attorney-at-Law Act, which stipulates the duty of a lawyer to avoid conflicts of interest, most theories and precedents agree that if the opponent objects to the violation of regulation, litigation actions by the legal counsel should be nullified. The author agrees on this view. However, in addition to excluding the effect of such litigation after the actions, there are several procedural issues surrounding litigation in violation of the above provisions of the Attorney-at-Law Act, but there has been no active discussion or precedents presenting legal principles regarding these issues. This was the case in Japan, which has similar Attorney-at-Law Act and Civil procedure Act systems.

Japan's Supreme Court, through its decision in 2017, for the first time clarified legal principles regarding exclusion methods on litigation that violate the above Attorney-at-Law Act and several procedural issues on the appeal procedures. The other party's objection is not simply a request for the court to exercise its authority, but is a right of application that imposes a duty of response to the court. In case of dissent from the court's judgment, an immediate appeal must be made by analogically applying the provisions regarding judge recusal, and the person who can object is only the party and the counsel cannot be the person with the right to immediate appeal. Although not explicitly stated, it can be seen as an acknowledgment that the court's decision to exclude litigation is based on the method of decision. The discussions in Japan appear to be generally positive on the Supreme Court's ruling.

The purpose of the above provisions of the Attorney-at-Law Act is to protect the parties, and the issue of whether the lawyer can participate in the lawsuit raised during the pending lawsuit needs to be quickly decided, and

* Assistant Professor in Jeju National University Law School

considering the fact that both the opponent and the party that trusted and appointed the lawyer need to avoid unforeseen damage, the above judgment of the Supreme Court can be agreed.

Considering the fact that discussions in Korea and Japan regarding the effectiveness of litigation in violation of the Attorney-at-Law Act were similarly developed until the above Supreme Court decision, Japan's precedents and discussions can be used as a sufficient reference in Korea. Not only in Korea but also in Japan, the legal principles regarding issues surrounding litigation violations of the above provisions of the Attorney-at-Law Act are still being formed. We hope that more in-depth discussions will develop by accumulating more precedents on this issue and by actively referring to discussions in Japan and other countries.

Key Words: Attorney-at law Act Article 31 Paragraph 1 first Subparagraph, Obligation to avoid conflict of interest, Legal counsel, Act of litigation, Immediate complaint

하도급법상 기술자료 보호에 관한 연구 -삼성SDI 사건에 관한 공정거래위원회 심결을 중심으로-

홍명수*

논문요지

하도급법 제12조의3은 거래상 열등한 지위에 있는 수급사업자의 기술자료 탈취를 방지할 목적으로 2010년 개정을 통해 도입된 규정이지만, 동 규정의 적용 사례는 많지 않았다. 이러한 상황에서 삼성SDI 사건에 대한 공정거래위원회의 심결은 동 규정의 해석과 적용에 있어서 의미 있는 선례가 되고 있다. 동 사건에서 공정거래위원회는 기술사용 승인원 제공을 요구하면서 사전협의를 사전 서면교부를 하지 않은 행위, 설비 제작 도면을 요구하면서 사전 서면교부를 하지 않은 행위 그리고 수급사업자로부터 교부받은 설비 제작 도면을 제3자에게 제공한 행위 등과 관련하여, 이상의 행위가 하도급법 제12조의3 제2항 및 제4항에 위반한 것으로 판단하였다. 공정거래위원회는 문제가 된 기술자료가 하도급법에서 보호 대상으로 하고 있는 기술자료에 해당하고, 법정 사항을 포괄적·추상적으로 기재한 서면 교부를 적법한 서면 교부로 볼 수 없으며, 수급사업자의 기술자료가 수급사업자가 소유하는 기술자료로 제한하여 해석될 수 없다는 등의 입장을 취하였으며, 이러한 판단이 하도급거래에서 수급사업자의 기술을 보호하고자 하는 하도급법 제12조의3의 입법 목적에 부합하는 것으로 보았다. 공정거래위원회의 결론은 타당한 것으로 보이지만, 이를 뒷받침하는 몇 가지 논거가 추가될 수도 있을 것이다. 특히 수급사업자의 기술자료 이해와 관련하여, 수급사업자의 기술 보호와 관련하여 전체 법질서에서 하도급법이 갖는 고유한 의의, 수급사업자 기술 침해가 간접적으로 이루어지는 상황에 대한 실효성 있는 규제 가능성 확보 그리고 하도급법상 관련 규정의 종합적인 이해 등이 수급사업자의 기술자료를 수급사업자가 보유하는 기술자료로 파악할 수 있는 논거로서 원용될 수 있을 것이다.

검색용 주제어: 원사업자, 수급사업자, 하도급 거래, 기술자료 탈취, 서면 교부 의무

· 논문접수: 2023. 12. 31. · 심사개시: 2024. 01. 11. · 게재확정: 2024. 01. 25.

* 명지대학교 법과대학 교수, 법학박사

I. 들어가며

이하에서 「하도급거래 공정화에 관한 법률」(이하 하도급법) 제12조의3에 근거하여 이루어지고 있는 기술자료 관련 규제에 관하여 논의하고자 하며, 특히 삼성에스디아이 주식회사(이하 삼성에스디아이)의 불공정 하도급 거래행위에 관한 사건을 중심으로 논의를 전개할 것이다. 동 사건에서는 삼성에스디아이의 기술자료에 관한 일련의 행위가 문제 되었다. 공정거래위원회는 이러한 행위가 하도급법 제12조의3에 반하는 위법한 것으로서 판단하고, 피심인인 삼성에스디아이에 대해 시정조치와 과징금을 부과하는 내용의 심결을 내렸다.¹⁾

하도급법 제12조의3은 2010년 법 개정에 의해 신설된 조항이며, 거래상 열위에 있는 수급사업자의 기술자료 탈취를 방지하여 이들의 경쟁력을 보호하고자 하는 입법 목적에 따라 도입되었다.²⁾ 즉 원사업자의 기술탈취 문제는 하도급 거래에서 발생하는 중요한 불공정 행위의 하나로 인식되었고, 이에 대한 규제 필요성은 동 조항 신설의 유력한 근거가 되었다. 그렇지만 규제 도입 이후 동 규정의 적용이 충분하였는지에 의문이 따랐으며, 2021년 하도급법 제2조 제15항의 기술자료 정의 규정에 관한 개정은 동법 제12조의3에 의한 규제 실효성을 강화하려는 노력의 결과라 할 수 있다.³⁾ 이러한 상황에서 삼성에스디아이의 기술자료 관련 불공정 행위에 대한 규제는 해당 조항의 적용에 관한 의미 있는 선례가 될 수 있을 것이다. 무엇보다 동 사건에 대한 심의가 이루어지는 과정은 하도급법 제12조의3의 적용 범리에 관한 이해를 높일 수 있는 계기가 되었다는 점에서 의의가 있다. 동 조항의 실제적 중요성에도 불구하고, 이에 대한 법리적 검토가 충분히 이루어졌던 것은 아니며, 특히 동 사건을 다루는 과정에서 제기된 기술자료의 주체에 관한 문제는 새로운 쟁점으로 부각되었다. 즉 기술자료에 대한 수급사업자의 관계를 어떻게 구성하는 것이 타당한지의 문제가 심의 과정에서 주된 쟁점의 하나로 다루어졌으며, 이는 실질적으로 우회적 또는 간접적인 방식의 기술자료 침해 가능성을 규제 대상에 포함시킬 수 있는지의 문제를 의미한다는 점에서 주목할 만한 것이다.

한편 동 사건을 검토함에 있어서, 수급사업자의 기술자료 침해로부터의 보호가 하도급법에 한정되지 않는다는 점에도 주의를 기울일 필요가 있다. 당연히 지식재산권법에 의한 보호를 상정할 수 있지만, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 독점규제법) 제45조에 의해 규제되는 불공정거래행위 유형의 하나인 부당한 사업활동 방해의 세부 유형 중 기술의 부당 이용이 규제 대상이 되고 있으며,⁴⁾ 「대·중소기업 상생협력 촉진에 관한 법률」(이하 상생협력법)에 의한 기술자료 임치제도의 활용도 가능하다.⁵⁾ 또한 「부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률」(이하 부정경쟁방

1) 공정위 2022. 5. 3. 의결 제2022-106호.

2) 나영숙·한종연, “개정 하도급법상 기술자료의 제공 요구·유용행위에 대한 규제”, 「경쟁저널」, 제157권(2011), 7면 참조.

3) 2021년 개정에서는 기술자료의 요건으로서 비밀관리성의 요건이 완화되었는데, 이는 규제 범위를 확대하는 의미를 갖는다.

4) 중소기업의 보호를 통한 경쟁력 향상은 궁극적으로 경쟁법의 목적에 부합하는 것일 수 있다. Fritz Rittner & Meinrad Dreher, *Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht*, C. F. Müller, 2008, p. 477 참조.

5) 오세영, “중소기업 기술역량 확보방안에 관한 연구-기술자료 임치제도를 중심으로-”, 고려대학교 석사학위논문, 2016, 34-56면 참조.

지법) 제10조 내지 제11조에 근거하여 기술 침해를 영업비밀 침해행위로서 금지청구권 또는 손해배상청구권을 행사하는 것을 고려할 수 있다. 이와 같이 경제적으로 열위에 있는 사업자의 기술 보호에 관하여 다양한 법률이 근거가 되고 있으며,⁶⁾ 이러한 법체계와 하도급법의 고유한 의의에 대한 이해는 동법 제12조의3의 해석과 적용 법리의 형성에 영향을 미칠 것이다.

이하에서는 우선 하도급법 제12조의3에 근거한 기술자료 관련 불공정 행위 규제의 의의를 살펴볼 것이며, 특히 전체 법질서에서 동 규정이 갖는 의의를 분석할 것이다. 또한 동 규정의 해석상 제기되고 있는 문제에 관해서도 논의할 것이다(II). 이어서 당해 사안에서 문제가 된 삼성에스디아이의 기술자료 관련 행위 사실 및 이에 대한 공정거래위원회의 판단을 살펴볼 것이며, 특히 주요 법적 쟁점에 관한 공정거래위원회의 판단을 심도 있게 검토할 것이다(III). 이상의 논의에 기초하여 동 사건에 대한 공정거래위원회 심결의 의의와 규제 법리의 개선에 기여할 수 있는 바를 밝히고자 한다(IV).

II. 하도급법상 기술자료 관련 불공정 행위 규제의 의의

1. 하도급법상 기술자료 관련 불공정 행위 규제체계

(1) 수급사업자 기술 보호의 법체계

수급사업자의 기술 보호에 있어서 지식재산권 법체계는 우선적인 고려 사항이 될 것이다. 인간의 창조적 활동의 결과에 대해 재산권을 부여하는 방식으로 형성된 지식재산권법은 당연히 수급사업자의 기술에 대해서도 적용될 수 있으며, 특히 새롭고 유용한 물건이나 그 제조방법 등을 발명한 자에 권리를 부여하는 특허법은 수급사업자의 기술 보호에 있어서 유력한 근거 법률이 될 수 있다. 특허법 제94조 제1항 본문은 “특허권자는 업으로서 특허발명을 실시할 권리를 독점한다”고 규정하고 있으며, 독점권의 행사는 특허법 제126조에 의한 침해금지청구권을 통하여 구체화 된다.⁷⁾ 이와 같이 발명자에게 권리를 부여하는 방식은 발명 활동에 충분한 유인이 될 수 있는 이익을 보장함으로써 궁극적으로 소비자 후생 증대에 도움이 될 수 있으며, 이러한 점에서 경쟁정책과 조화될 수 있는 것으로 이해된다.⁸⁾

그렇지만 특허권자로서의 권리를 향유하기 위해서는 이용가능성(특허법 제29조 제1항), 신규성(특허법 제29조 제1항), 진보성(특허법 제29조 제2항)과 같은 요건을 갖추어야 하며, 특허 출원과 심사로 이어지는 절차적 요건도 충족되어야 한다. 따라서

6) 한철수 외 8인, 「하도급법 - 기업거래 실무가이드」, 공정경쟁연합회, 2022, 340면 참조.

7) 윤선희, 「지적재산권법」, 세창출판사, 2014, 127면 이하 참조. 또한 미국 연방특허법 제 154조 (a) (1)에서는 특허권자에게 배타적 권리(the right to exclude others from making, using, offering for sale, or selling the invention)를 부여하는 것으로 규정하고 있으며, 이로부터 도출되는 침해 배제의 청구권은 특허권의 기본적인 의의로 이해된다. Janice M. Mueller, *Patent Law*, Wolters Kluwer, 2013, p. 17 참조.

8) Willard K. Tom & Joshua A. Newberg, “Antitrust and Intellectual Property: From Separate Spheres to Unified Field”, *Antitrust L. J.* vol. 66 Issue 1, 1997, pp. 228-229.

일정한 기술의 발명자가 적극적으로 특허권 취득을 위한 절차를 진행하지 않을 경우 특허법에 의한 보호 가능성을 기대하기는 어렵다.⁹⁾ 이러한 보호 상의 공백을 메우기 위한 법제도적 접근이 필요할 수 있으며, 거래 공정성에 관한 일련의 법률들이 이 문제를 공정성 관점에서 다루고 있는 것은 주목할 만하다.

우선 독점규제법은 제45조 제1항 제8호에서 “부당하게 다른 사업자의 사업활동을 방해하는 행위”를 불공정거래행위의 하나로 규정하고 있으며, 동법 시행령 <별표 2> 7. 가목은 ‘기술의 부당이용’을 사업활동 방해행위의 세부적 유형의 하나로 들고 있다. 동 규정에서 기술의 부당이용은 “사업자가 다른 사업자의 기술을 부당하게 이용하여 다른 사업자의 사업활동을 심히 곤란하게 할 정도로 방해하는 행위”를 의미하며, 특히 대·중소기업 관계에서 빈번히 발생하는 대기업에 의한 중소기업의 기술 탈취를 염두에 둔 규정으로 이해되고 있다.¹⁰⁾ 앞에서 언급한 것처럼, 이러한 침해에 대하여 지식재산권법에 근거한 보호가 가능하지만, 독점규제법에 의한 기술의 부당이용 규제는 중소기업 입장에서 상대적으로 용이한 침해 방지 수단이 될 수 있다.¹¹⁾ 이러한 점은 ‘불공정거래행위 심사지침’에 의해서도 확인할 수 있는데, 동 지침 V. 8. 가 (2) (나)는 특허법 등 관련 법령 위반 여부를 부당성 판단에서 고려 요소의 하나로 들고 있지만, 기술이용의 목적 및 의도, 당해 기술의 특수성, 통상적인 업계 관행 등을 종합적으로 고려하여야 한다고 규정하고 있으며, 이와 같은 규정은 독점규제법에 의한 보호가 지식재산권법의 보호 범위 이상으로 확대될 수 있음을 시사한다.¹²⁾

상생협력법상 기술자료 임치제도 역시 수급사업자의 기술 보호 측면에서 의미가 있다. 동법 제24조의2 제1항은 “수탁·위탁기업(수탁·위탁기업 외에 단독 또는 공동으로 기술자료를 임치하고자 하는 기업을 포함한다)은 전문인력과 설비 등을 갖춘 기관으로서 대통령령으로 정하는 기관과 서로 합의하여 기술자료를 임치하고자 하는 기업의 기술자료를 임치할 수 있다”고 규정하고 있다. 전술한 지식재산권이나 독점규제법상 부당 기술이용 규제가 수급사업자의 기술 보호에 기여할 수 있다는 점은 분명하지만, 거래관계의 지속을 원하는 수급사업자의 입장에서 이러한 규제를 적극적으로 이용하는 데 한계가 따를 수 있으며, 수·위탁관계에 있는 양자의 합의에 의한 임치제도의 활용은 이러한 어려움을 피할 수 있는 수단이 될 수 있다.¹³⁾

또한 부정경쟁방지법상 영업비밀 침해 구제 수단을 활용할 수 있다. 부정경쟁방지법 제10조는 영업비밀의 침해 행위에 대한 금지청구권의 행사에 관하여 규정하고 있고, 제11조는 영업비밀을 침해한 자에 대해 손해배상 책임을 물을 수 있는 근거 규정이 된다. 이와 같은 민사적 청구권도 기술을 침해 당한 수급사업자가 활용할 수 있는 구제 수단이 될 수 있을 것이다.

이상의 기술 보호에 관한 법체계가 이미 형성되어 있는 상황에서, 하도급법 또한 수급사업자의 기술을 보호하려는 별도의 제도를 도입하였다. 동 제도의 의의는 크게 두 가지 측면에서 조명할 수 있는데, 우선 하도급법상 기술자료 관련 규제는 당연히 하도급거래를 전제한 것이고,¹⁴⁾ 이 과정에서 발생한 수급사업자의 기술 보호 문제와

9) 윤선희, 앞의 책, 67면 이하 참조.

10) 권오승·홍명수, 「경제법」, 법문사, 2021, 355-356면.

11) 김두진, 「경제법」, 동방문화사, 2020, 256면 참조.

12) 위의 책, 356면.

13) 오세영, 앞의 글, 34-56면 참조.

14) 하도급법 제1조는 공정한 하도급거래질서 확립을 동법의 목적으로 제시하고 있으며, 따라

관련하여 다른 법률보다 효과적으로 대응할 수 있다는 점에서 의의를 찾을 수 있을 것이다.

또한 규제 대상인 행위가 기술 침해가 아니라 실질적으로 기술자료 요구와 관련된 일정한 절차로 특정되고 있다는 점도 주목할 만한 것이다. 즉 하도급법 제12조의 3은 원사업자의 수급사업자에 대한 기술자료 요구를 원칙적으로 금지하고, 정당한 사유가 있을 경우에 예외적으로 허용하면서, 이때 준수하여야 할 일정한 절차에 관하여 규정하고 있다.

지식재산권법에 의한 권리 침해에 대한 일정한 청구권을 행사하고자 하는 경우에도, 적법한 지식재산권이 피침해자에 귀속되는지 그리고 침해행위가 존재하는지 등이 검토되어야 한다. 독점규제법에 의한 불공정거래행위의 하나로서 기술의 부당이용을 규제할 경우에도 부당성 판단에 기초하여야 하며, 기술이 피침해자에게 정당하게 귀속되는지, 침해가 이루어졌는지, 정당화 사유가 존재하는지 등이 검토되어야 한다. 이러한 심사 과정에서는 상반되는 가치나 충돌하는 이익의 형량이 요구될 것이며, 따라서 최종적인 위법 판단이 내려질 때까지 규제의 가능성이나 수준은 불명확한 상태로 남게 된다. 또한 부정경쟁방지법에 의한 청구권 행사의 경우에도 해당 청구권 행사의 요건을 충족하는지에 관한 일련의 판단 과정이 요구된다는 점에서 유사하다.¹⁵⁾ 나아가 지식재산권법이나 부정경쟁방지법에 의한 청구권 행사를 통한 구제에 있어서 피침해자인 사업자가 적극적으로 권리 행사를 하기 어렵다는 점에도 주의를 요하며, 독점규제법 위반 행위에 대한 규제가 피해자의 신고에 의하는 경우도 마찬가지의 문제가 발생할 수 있다. 즉 하도급거래에서 수급사업자처럼 거래상 열등한 지위에 있는 사업자는 거래의 지속성을 최우선으로 고려할 수밖에 없고, 따라서 이러한 사업자에게 거래상 우월적 지위에 있는 상대방과의 거래가 종료될 위험이 따르는 행위를 현실적으로 기대하기는 어려울 것이다.¹⁶⁾

이에 비하여 하도급법상 수급사업자의 기술자료 관련 불공정행위 규제는, 원칙적으로 원사업자의 기술자료 요구를 금지하고, 예외적으로 허용되는 경우 준수하여야 할 행위를 법정하는 방식으로 이루어지고 있다는 점에서 특징적이다. 이와 같은 규제 설계는 수급사업자에 대한 기술자료 요구가 수급사업자 기술을 탈취하는 전형적인 수단이 될 수 있다는 인식을 반영한 것인데, 원사업자와 수급사업자 간에 상호협력의 필요성을 고려할 때 원사업자가 수급사업자의 기술자료를 전혀 받지 않는 방식으로 대응할 것으로 기대하기는 어려우며, 따라서 규제의 초점은 원칙적 금지규정을 위반하는지가 아니라 수급사업자의 기술에 관한 이익을 보호할 수 있는 절차적 요구를 원사업자가 충족하고 있는지에 모아지게 된다. 이러한 접근 방식은 기술에 대한 권리의 존부나 침해 여부를 심사하는 방식보다 규제의 실효성 측면에서 효과적인 방식이 될 수 있다.¹⁷⁾ 또한 수급사업자 입장에서는 원사업자의 절차적 준수를 요

서 동법이 중소기업 보호를 직접적인 목적으로 하는 것은 아니지만, 실질적으로 경제적 약자로서 중소기업이 보호되는 결과를 낼 수 있다는 것에, 김홍석·구상모, 「하도급법」, 화산미디어, 2010, 9면 참조.

15) 부정경쟁방지법은 상표법과 특허법이 적용되기 어려운 한계적 사례에 대한 보호를 보완함으로써 지적재산권법 체계의 변경으로 운용되고 있다는 것에, 정호열, “부정경쟁행위의 개념”, 정상조 편, 「지적재산권법강의」, 법문사, 1997, 572면 참조.

16) EU Commission, *Communication Tackling unfair trading practices in the business-to-business food supply chain*, 2014, p. 7 참조.

17) 영업비밀 침해에 대한 부정경쟁방지법상 규제보다 하도급법상 기술 침해에 대한 규제가

구하는 것이 거래 지속성을 전제한 행위로 이해될 수 있기 때문에, 보다 적극적으로 위반행위에 대해 문제를 제기할 수 있고, 따라서 수급사업자의 기술 관련 이익 보호에 실질적인 기여를 할 수 있다는 점에서도 의의를 찾을 수 있을 것이다.

(2) 규제의 내용

하도급법상 기술자료 관련 불공정 행위 규제는 동법 제12조의3에 근거한다. 동조 제1항에 의하면, 원사업자가 수급사업자의 기술자료를 본인 또는 제3자에게 제공하도록 요구하는 행위는 금지된다. 2010년 하도급법 개정¹⁸⁾에 의해 신설된 동 규정은 하도급거래에서 열위에 있는 수급사업자가 개발한 기술을 원사업자의 탈취로부터 보호하려는 취지에서 도입되었다. 전술한 것처럼 이러한 의도를 반영하여 원칙적 금지의 형식을 취하면서도, 동시에 일련의 생산 과정에서 수직적 관계망에 위치한 원사업자와 수급사업자 간에 공동의 이익이 존재할 수 있다는 점을 감안하여 원칙적 금지에 대한 예외에 관하여 동법 제12조의3 제1항 단서가 규정하고 있다. 즉 원사업자가 정당한 사유를 입증한 경우에는 기술자료를 요구할 수 있는데, 동 규정이 원사업자에 의해 남용되는 것을 방지하고자 동조 제2항 내지 제4항에서 원사업자의 기술자료 요구에 관한 제한을 가하고 있다.

동조 제2항은 “원사업자는 제1항 단서에 따라 수급사업자에게 기술자료를 요구할 경우에는 요구목적, 권리귀속 관계, 대가 등 대통령령으로 정하는 사항을¹⁹⁾ 해당 수급사업자와 미리 협의하여 정한 후 그 내용을 적은 서면을 해당 수급사업자에게 주어야 한다”고 규정하고 있다. 동 규정은 기술자료 요구의 절차적 제한을 의미하는데, 사전 협의와 서면 교부가 행위로서 요구되고, 협의 대상 및 교부될 서면에 기재될 사항을 법정함으로써 이러한 절차적 요구가 실질적인 것이 되도록 하고 있다.

또한 동조 제3항과 제4항은 원사업자가 취득한 수급사업자의 기술자료를 부당하게 취급함으로써 수급사업자의 이익을 침해하는 것을 방지하려는 취지에서 도입되었다. 제3항은 “수급사업자가 원사업자에게 기술자료를 제공하는 경우 원사업자는 해당 기술자료를 제공받는 날까지 해당 기술자료의 범위, 기술자료를 제공받아 보유할 임직원의 명단, 비밀유지의무 및 목적 외 사용금지, 위반 시 배상 등 대통령령으로 정하는 사항이 포함된 비밀유지계약을 수급사업자와 체결하여야 한다”고 규정함으로써 계약의 방식으로 기술자료 관련 부당한 행위를 억제할 수 있는 근거를 마련하고 있다.²⁰⁾ 제4항 본문은 “원사업자는 취득한 수급사업자의 기술자료에 관하여 부당하게 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위(하도급계약 체결 전 행한 행위를 포함한다)를 하여서는 아니 된다”고 규정하고, 이에 해당하는 구체적인 행위로 “1. 자기

실효성이 더 클 수 있는 요인으로서, 기술자료 요건을 충족하는 것이 영업비밀의 경우보다 용이하다는 것을 언급하는 것으로, 최기성, “하도급법상 기술자료 관련 규정의 보완에 관한 연구”, 「법제」, (2018), 91-92면 참조.

18) 나영숙·한중연, 앞의 글, 7-8면.

19) 동법 시행령 제7조의3에서 정하고 있는 사항은, 1. 기술자료 제공 요구목적, 3. 요구대상 기술자료와 관련된 권리귀속 관계, 4. 요구대상 기술자료의 대가 및 대가의 지급방법, 5. 요구대상 기술자료의 명칭 및 범위, 6. 요구일, 제공일 및 제공방법, 7. 그 밖에 원사업자의 기술자료 제공 요구가 정당함을 입증할 수 있는 사항 등이다.

20) 계약상 의무 위반 시 원사업자가 부담하는 손해배상책임이 수급사업자의 중요한 보호장치가 된다는 것에, 한철수 외 8인, 앞의 책, 363면.

또는 제3자를 위하여 사용하는 행위, 2. 제3자에게 제공하는 행위”를 기술하고 있다. 이와 같은 금지행위의 범정은 원사업자의 기술자료 관련 부당한 행위의 사후적 통제로서 의의가 있으며, 원칙적 금지에 대한 예외가 남용될 우려를 입법적으로 보완하는 의미를 갖는다.

2. 법리적 쟁점

(1) 기술자료 요구 행위의 의의

하도급법 제12조의3에 의한 규제에서 직접적인 보호 대상은 수급사업자의 기술자료이다. 현행 하도급법 제2조 제15항은 “이 법에서 기술자료란 비밀로 관리되는 제조·수리·시공 또는 용역수행 방법에 관한 자료, 그 밖에 영업활동에 유용하고 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로서 대통령령으로 정하는 자료를 말한다”고 규정하고 있으며,²¹⁾ 이를 보충하는 동법 시행령 제2조 제8항은 “법 제2조 제15항에서 대통령령으로 정하는 자료란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 것을 말한다. 1. 특허권, 실용신안권, 디자인권, 저작권 등의 지식재산권과 관련된 정보 2. 시공 또는 제품개발 등을 위한 연구자료, 연구개발보고서 등 수급사업자의 생산·영업활동에 기술적으로 유용하고 독립된 경제적 가치가 있는 정보”로 규정하고 있다.

기술자료는 기술에 관한 자료로서 지식재산권법에 의한 보호가 가능할 수 있다. 또한 내용적으로 부정경쟁방지법 제2조 제2호에서 “영업비밀이란 공공연히 알려져 있지 아니하고 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로서, 비밀로 관리된 생산방법, 판매방법, 그 밖에 영업활동에 유용한 기술상 또는 경영상의 정보를 말한다”는 규정과 유사하다. 그렇지만 하도급법 제2조 제15항 및 동법 시행령 제2조 제8항에서 규정하고 있는 기술자료가 지식재산권법 내지 부정경쟁방지법과 일정한 관련성을 가질 수 있다 하더라도, 이에 전적으로 의존하는 것은 아니다. 기술자료에 해당하는 것으로 동법 시행령 제2조 제8항이 규정하고 있는 제1호는 지식재산권과의 관련성이 전제되고 있지만,²²⁾ 제2호의 유형은 ‘영업활동에 유용하고 독립된 경제적 가치’를 요건으로 제시함으로써 하도급법 고유의 관점이 기술자료의 판단에 반영될 수 있는 근거를 제공하고 있다. 즉 영업활동 유용성이나 독립된 경제적 가치는 하도급거래에서 상대적으로 열등한 위치에 있는 수급사업자를 전제로 판단되어야 하고, 이러한 판단 과정은 특허법 등에 의한 지식재산권의 성립 여부 또는 부정경쟁방지법상 영업비밀 해당

21) 동 규정은 2021년 개정에 의해 변경된 것이고, 동 개정 이전에는 “이 법에서 기술자료란 합리적인 노력에 의하여 비밀로 유지된 제조·수리·시공 또는 용역수행 방법에 관한 자료, 그 밖에 영업활동에 유용하고 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로서 대통령령으로 정하는 자료를 말한다”고 규정되어 있었고, 동 규정 역시 2018년 개정된 것으로서, 사안에서 문제가 된 행위가 발생한 시기인 2018년 개정 이전에는 ‘합리적인’이 ‘상당한’으로 되어 있었다. 이와 같은 일련의 개정은 ‘상당한 노력에 의하여 비밀로 유지된’→‘합리적인 노력에 의하여 비밀로 유지된’→‘비밀로 관리되는’의 순으로 이어졌는데, 이는 기술자료 성립 요건의 완화로 이해될 수 있다. 그러나 기술자료 요건으로서 비밀관리성 자체에 변화가 있었던 것은 아니다. 위의 책, 344-345면 참조. 2021년 법개정 이전 비밀관리성에 관한 개정 논의 동향과 관련하여, 최기성, 앞의 글, 101-102면 참조.

22) 지식재산권의 존재가 아니라 지식재산권과의 관련성을 규정하고 있으므로, 하도급법에서 보호 대상이 되는 기술자료는 지식재산권에 의한 보호 범위보다 확장될 수 있다.

성 여부에 관한 것과 차별성을 갖는다. 한편 하도급법(2018년 개정 이전) 제2조 제15항에서 ‘상당한 노력에 의해 비밀로 유지된’이라는 표현이 정의 규정에 포함됨으로써 필수적으로 고려되어야 할 요건이 되고 있으며, 이 판단 과정에서도 하도급법의 관점이 투영될 수밖에 없을 것이다.

(2) 유용성

이상의 요건을 상론하면, 우선 ‘영업활동에 유용하고 독립된 경제적 가치’와 관련하여 유용성 부분과 독립성 부분을 구분하여 살펴볼 필요가 있다. 기술자료의 경제적 가치는 영업적 유용성을 통해 실현되는 것이므로, 전술한 규정에서 유용성은 핵심적 요소에 해당한다. 이때 유용성은 영업활동에서의 유용성을 말하고, 수급사업자의 영업활동은 원사업자로부터 받은 위탁업무의 수행을 의미하므로, 유용성의 범위도 이에 한정될 것이다. 이러한 의미에서 유용성은 일반적으로 가치증진과 비용절감의 두 가지 측면에서 고려될 수 있는데, 즉 수급사업자가 원사업자에게 제공하는 급부의 가치를 증가시키거나 위탁업무의 수행에서 소요되는 비용을 절감시키는 것 모두 유용성으로서 고려될 수 있을 것이다. 물론 이러한 판단은 동일한 업무를 다른 사업자가 수행하는 것과 비교함으로써 상대적 관점에서 구체화 될 수 있는데,²³⁾ 해당 기술자료가 노출되지 않은 상황에서 다른 사업자에 의한 업무 수행 성과에 대한 예측은 유력한 판단 기준이 될 것이다.²⁴⁾ 이와 관련하여 서울고등법원이 “세부사항에 있어서 고유기술과 노하우가 반영되어 있고 비공개 상태가 유지되며 세부사항이 유출될 경우 다른 사업자가 제품 개발에 참고할 만한 가치가 생산 또는 영업활동에 도움이 될 만한 가치가 있다는 기술자료에 해당할 수 있다”고²⁵⁾ 판시한 부분은 이에 관한 적절한 이해를 보여준다. 나아가 여기서 영업활동에 유용성이 구체적으로 실현된 것일 필요는 없고, 단지 가능성만으로 충분하다는 점에도 주의를 요한다. 영업활동에 유용한 것은 향후 실현될 것이란 기대만으로도 충분한 경제적 가치를 가질 수 있으며, 법원이 완성된 단계에 이르지 못하였다는 것이 기술자료로 인정하는 데 장애가 되는 것은 아니라고 판시한 것도²⁶⁾ 동일한 취지로 이해된다.

(3) 독립성

또한 ‘독립된 경제적 가치’라는 규정에 근거하여 독립성도 기술자료의 요건으로서 고려될 필요가 있다. 수급사업자의 기술자료는 원사업자와의 하도급거래에서 의미를 가지며, 양자는 이 거래를 통해 공동의 목적을 추구하는 상호협력적 관계에 있게 된다. 따라서 수급사업자의 기술자료가 독립된 경제적 가치를 갖는지 문제는 양자의

23) 부정경쟁방지법상 영업비밀의 요건으로서 유용성과 관련하여, 이는 절대적인 것이 아니라 상대적으로 파악되어야 한다는 것으로, 최정열·이규호, 「부정경쟁방지법」, 진원사, 2018, 288면 참조.

24) 경제적 가치가 있는지의 입증이나 판단은 어려우므로, 결국 자료의 취득이나 개발에 상당한 비용이나 노력이 들 것인지 여부에 따라 판단하게 될 것으로 보는 견해로, 최기성, 앞의 글, 96면.

25) 서울고등법원 2020. 7. 22. 선고 2018누77120 판결.

26) 서울고등법원 2022. 2. 17. 선고 2019누51675 판결.

상호관련성 맥락에서 이해되어야 한다. 수급사업자의 기술자료를 순수하게 자신의 기술로 구성된 경우로 한정한다면, 수급사업자의 기술자료가 원사업자의 기술 기반 위에서 형성되거나 또는 양자의 기술이 복합된 형태로 나타나는 경우와 같이 원사업자의 기술이 결합된 경우는 보호 대상에서 배제될 것이다. 그렇지만 원사업자와의 거래에서 수급사업자의 정당한 이익을 보호하려는 하도급법의 취지를 고려할 때, 이러한 이해는 지나치게 제한적이다. 따라서 수급사업자의 기술이 하도급거래의 업무 수행에서 가치 증진에 기여한 것으로 볼 수 있는 경우에는 관련 기술자료의 독립성이 인정되어야 하며, 서울고등법원도 “수급사업자가 작성한 기술자료에 원사업자의 기술이 포함 또는 반영되어 있더라도 그러한 사정만으로 곧바로 하도급법이 보호하는 수급사업자의 기술자료가 아니라고 볼 수는 없다”고²⁷⁾ 판시함으로써 동일한 입장을 취하고 있다.

(4) 비밀관리성

기술자료로 인정되기 위하여 하도급법 제2조 제15항에 규정된 ‘비밀로 관리되는 자료’(2018년 개정 전 하도급법 제2조 제15항에서는 ‘상당한 노력에 의하여 비밀로 유지된’)로서의 요건도 충족되어야 한다. 공정거래위원회가 제정한 ‘기술자료 제공 요구·유용행위 심사지침’(이하 심사지침) III. 2는 ‘비밀로 관리’ 된다는 것의 의미를 “객관적으로 비밀로 관리되고 있다는 사실이 인식 가능한 상태”로 규정하고, 이를 판단하기 위한 고려 사항으로 비밀이라고 인식될 수 있는 표시를 하거나 고지를 하였는지 여부(가), 자료에 접근할 수 있는 대상자나 접근방법을 제한하였는지 여부(나), 자료에 접근한 자에게 비밀유지준수 의무를 부과하였는지 여부(다) 등을 제시하고 있다. 이상의 규정에서 기술자료의 비밀관리성은 수급사업자가 기술을 비공개적인 방식으로 취급하고 있음을 의미한다.²⁸⁾ 수급사업자의 부당한 이익 침해를 방지하고자 하는 기술자료 관련 불공정 행위 규제의 의의에 비추어, 이미 공개된 기술까지 보호 대상으로 할 필요는 없다는 점에서, 심사지침에서 제시한 기술자료의 비밀관리성에 대한 이해는 타당한 것으로 볼 수 있다. 따라서 수급사업자의 비밀 관리성은 객관적으로 인식될 수 있는 것이어야 한다.²⁹⁾ 그러나 비밀 관리의 실제 결과로서 해당 기술의 비밀이 유지되었을 것까지 요구되는 것은 아니다.

(5) 기술자료의 주체

기술자료의 주체 문제도 쟁점의 하나가 되고 있다. 하도급법 제12조의3 제1항은 보호 대상인 기술자료를 ‘수급사업자의 기술자료’로 한정하고 있으며, 수급사업자로부터의 기술탈취를 방지하고자 하는 동 규정의 취지에 비추어 당연한 규정이라 할 수 있다. 그러나 ‘수급사업자의 기술자료’라는 규정이 당해 기술자료가 수급사업자의 것이라는 점을 의미하는 것이지만, 법적 측면에서 수급사업자와 기술자료의 관계가

27) 서울고등법원 2022. 2. 17. 선고 2019누51675 판결.

28) 이 중 기술자료에 대한 접근을 제한하였는지 여부를 가장 중요한 요소로 보는 것으로, 한철수 외 8인, 앞의 책, 346면 참조.

29) 위의 책, 344면.

자명하게 드러나는 것은 아니다. 이에 대한 이해는 크게 두 가지로 이루어질 수 있는데, 우선 ‘수급사업자의 기술자료’의 의미를 소유의 의미로서 파악할 수 있을 것이다. 그러나 그 관계를 소유의 의미를 넘어서 확장하는 것도 가능하며, 관형격 조사 ‘의’가 소유의 의미에 한정되는 것으로 볼 수는 없기 때문에 이러한 이해 역시 문리적 해석의 범위 안에 있는 것으로 볼 수 있다.³⁰⁾

결국 이에 관한 판단은 하도급법의 목적과 동 규정의 입법 취지 그리고 하도급법의 전체 법체계와 관련 규정들을 종합적으로 고려하여 이루어져야 한다. 전술한 것처럼 하도급법의 목적에 비추어 제12조의3의 규정은 수급사업자의 기술 관련 부당한 이익 침해를 방지하고자 하는 것을 목적으로 하며, 수급사업자가 당해 기술을 소유할 경우에만 이러한 입법취지가 의미를 갖는 것은 아니다. 수급사업자의 기술에 대한 권리 보호는 지식재산권법에 의해 가능함에도 불구하고 독점규제법이나 하도급법에서 기술 보호에 관한 별도의 규정을 두고 있는 것의 의의를 염두에 둘 필요가 있다. 수급사업자가 당해 기술에 대한 법적 권리를 갖고 있지 않은 경우에도, 즉 수급사업자가 해당 기술에 대한 특허권이나 실시권을 확보하지 못한 상황에서도 하도급거래에서 수급사업자를 보호할 필요성이 있는 경우가 존재할 수 있으며, 이러한 점에서 수급사업자의 기술자료는 소유관계 이상으로 확대될 필요가 있을 것이다.

이러한 태도를 뒷받침하는 근거는 하도급법상 다른 규정에서도 확인할 수 있다. 예를 들어 하도급법 시행령 제7조의3은 기술자료 요구 시 서면 기재사항에 관하여 규정하고 있는데, 그중 하나로 동조 제3호는 “요구대상 기술자료와 관련된 권리귀속 관계”를 들고 있다는 점에 주의를 요한다. 동 규정에서 서면 기재사항으로 제시하고 있는 기술자료 관련 권리귀속 관계를 수급사업자의 소유관계에 기초한 것으로 보기는 어려우며, 오히려 기술자료에 관련된 권리 귀속이 다양한 방식으로 이루어질 수 있음을 시사하는 것이다. 또한 기술자료에 관하여 규정하고 있는 하도급법 제2조 제15항에도 주목할 필요가 있다. 앞에서 살펴본 것처럼, 동 규정은 기술자료가 비밀로 관리될 것을 요구하고 있는데, 해당 기술에 대한 소유권이 인정되는 경우라면 그 침해 자체가 문제 되는 것이므로 보호 대상인 기술자료의 요건으로서 비밀 관리의 요구는 불필요한 것이라 할 수 있다.

또한 정책적 관점에서도 동 규정상 기술자료 주체의 문제를 살펴볼 필요가 있다. 수급사업자가 기술자료를 소유한 경우로 한정해서 하도급법 제12조의3 제1항을 이해하는 것은 동 규정의 적용 범위를 그 한도로 제한하는 결과를 낳게 되는데, 이러한 이해는 동 규정의 적용을 회피하는 수단을 제공할 수 있다. 예를 들어 동일한 원사업자와 하도급거래를 행하고 있는 수급사업자 간에 선행적으로 기술자료를 교환시킨 이후 소유관계에서 벗어난 기술자료를 요구하는 행위에 대하여 수급사업자가 소유하는 기술자료로 한정하여 동 규정을 이해할 경우 동 규정의 적용 가능성은 부인될 수밖에 없는데, 이와 같은 법적 효과가 수급사업자의 기술탈취를 방지하고자 하는 정책적 관점에서 바람직한지는 의문이다.

30) 한국민족문화대백과사전(<http://encykorea.aks.ac.kr/Contents/>)에서는 속격조사(관형격조사) ‘의’와 관련하여, “‘의’로 묶어지는 두 명사구의 의미 관계는 반드시 소유주와 피소유주의 관계에 국한되지않은 않는다”고 기술하고 있다.

III. 피심인의 기술자료 관련 행위 및 공정거래위원회의 판단

1. 피심인의 기술자료 관련 행위

피심인인 삼성에스디아이의 행위 중 하도급법 제12조의3에 저촉되는 행위로서 문제가 된 것은 두 유형인데, 서면교부의무 위반 행위와 기술자료의 부당한 제3자 제공 행위가 이에 해당한다. 또한 서면교부의무 위반과 관련하여 별개의 두 행위가 문제 되었다.

구체적으로 피심인인 삼성에스디아이는 유성인택션 등 7개 수급사업자에게 이차전지에 포함되는 부품의 제조를 위탁하고 납품받는 과정에서 15건의 승인원을 자신에게 제공할 것을 요구하고, 이를 이메일을 통해 이를 수령하면서 자신의 내부 시스템에 등재하였다. 이 과정에서 피심인은 승인원 요구 시 법에서 정한 요구목적, 비밀유지에 관한 사항, 권리귀속 관계, 대가 등을 미리 협의하여 정한 후 그 내용을 적은 서면(이하 ‘기술자료 요구서’)을 사전에 교부하지 않았거나, 기술자료 요구서를 교부하면서 기술자료의 명칭 및 범위, 요구목적 등 법정 기재사항을 구체적으로 적시하지 않았다.³¹⁾

서면교부 의무 위반은 트레이 제작 도면과 관련해서도 문제가 되었다. 삼성에스디아이는 이차전지 캔을 상신이디피, 후지에프엔에스코리아, 신흥에스이씨 등 3사(이하 ‘상신 등 3사’)로부터 하도급거래를 통해 공급받았는데, 상신 등 3사는 성곡으로부터 구매한 운송용 트레이에 적재하여 피심인에게 납품하였다. 한편 피심인은 완성된 이차전지를 포장용 트레이에 실어 전기자동차업체에 납품하였는데, 이때 포장용 트레이 역시 성곡으로부터 하도급거래를 통해 공급받고 있었다. 이상의 관계를 거래 별로 정리하면, 피심인은 이차전지 캔을 상신 등 3사 그리고 포장용 트레이를 성곡으로부터 하도급거래를 통해 공급받았고, 상신 등 3사와 성곡은 운송용 트레이를 대상으로 한 일반적인 거래관계를 맺고 있었다. 이러한 상황에서 피심인은 상신 등 3사에게 성곡이 작성한 트레이 제작도면을 요구하였고, 이때 사전 협의를 통해 정한 내용의 기술자료 요구서를 교부하지 않았다.³²⁾

기술자료의 부당한 제3자 제공행위는 중국에서 현지법인(SAPB, Samsung SDI-ARN Xian Power Battery, 이하 시안법인)을 설립하여 행한 이차전지 생산과 관련된다. 동 법인은 2018년부터 이차전지 신규제품을 개발하면서, 동 제품의 캔 부품을 섬서커더리오금소교유한공사(이하 섬서커더리)로부터 공급받기로 하였다. 그러나 해당 캔 부품 개발 과정에서 운송용 트레이에 발생하는 문제를 해결할 필요가 있었고, 섬서커더리의 요청에 따라서 피심인은 상신에게 트레이 제작 도면을 요구하여 수령한 후에 이를 섬서커더리에게 제공하였다.

2. 공정거래위원회의 판단

공정거래위원회는 이상의 삼성에스디아이의 기술자료 관련 행위가 하도급법 제12

31) 공정위 2022. 5. 3. 의결 제2022-106호, 4-5면.

32) 공정위 2022. 5. 3. 의결 제2022-106호, 13-15면.

조의3에서 금지하는 위법 행위에 해당한다고 판단하였다. 앞에서 살펴본 것처럼, 동법 제12조의3 제1항 본문에 의해 원사업자의 수급사업자에 대한 기술자료 요구는 원칙적으로 금지되지만, 동항 단서에 의해 정당한 사유가 있는 경우에는 허용되며, 이 경우 원사업자는 동조 제2항에서 규정하고 있는 절차적 요건을 충족하여야 한다. 즉 법정 사항이 포함된 사전 협의와 이러한 내용이 기술된 서면 교부가 원사업자에게 요구되고 있으며, 이로써 원사업자가 기술자료 요구에 관한 정당한 사유가 있더라도 이러한 절차를 따르지 않은 행위는 위법한 것으로서 규제 대상이 된다.

공정거래위원회는 우선 승인원과 관련된 사안에서 원사업자인 삼성에스디아이의 기술자료가 하도급법상 보호 대상인 기술자료에 해당하고, 또한 수급사업자에 대한 기술자료 요구가 정당성을 갖는 것으로 보았지만, 이러한 요구에 관련된 동법 제12조의3 제2항에 규정된 절차를 위반한 것으로 판단하였다. 이에 대하여 피심인은 해당 절차 관련 규정에 위반하였다는 공정거래위원회의 판단에 이의를 제기하였는데, 기술자료 요구서에 법정 사항을 모두 기재하였고, 또한 기술자료 수령 이전에 기술자료 요구서를 보냄으로써 사전 서면교부 의무도 이행한 것으로 주장하였다.

공정거래위원회의 이러한 주장을 받아들이지 않았다. 우선 법정 사항의 기재와 관련하여, 법정 기재사항 중 기술자료 요구서에 기재되지 않은 부분은 차치하고, 피심인이 기술자료에 요구하는 기술자료를 특정하지 않고 기술자료 범위에 수 많은 자료들을 나열하고 있을 뿐이라는 점을 지적한 것은 주목할 만하다. 공정거래위원회는 이와 같은 추상적 내지 포괄적 기재는 “불가피한 경우에 한해 필요 최소한의 범위 내에서만 요구를 허용한 법 취지에 반하는 것으로 적법한 서면 교부라고 볼 수 없다”고³³⁾ 판단하였다. 또한 서면 사전교부 의무에 관해서도, 공정거래위원회는 교부시점이 단지 기술자료 수령 이전이면 법규정을 준수한 것으로 보는 형식적 판단을 지양하고, 기술자료 관련 협의를 마친 후 제공할 기술자료가 명확히 구체적으로 특정된 후부터 기술자료 수령 이전까지의 기간을 사전 서면교부 의무가 이행된 기간으로 파악하는 실질적 판단 기준을 제시하였으며, 이러한 기준에 비추어 피심인의 사전 서면교부 의무는 이행된 것으로 볼 수 없다고 판단하였다.

트레이 제작 도면 관련 서면교부 의무의 이행 문제와 관해서도 공정거래위원회는 피심인이 하도급법 제12조의3 규정에 위반한 것으로 판단하였다. 그러나 두 행위는 다툼의 양상에서 차이가 있었다. 트레이 제작 도면 관련 사건에서는 피심인의 서면 교부에 해당하는 행위가 없었기 때문에 행위 자체를 다투지는 않았으며, 피심인 항변의 문제가 된 제작 도면이 해당 도면의 제공 요구를 받은 상신 등 3사의 기술자료로 볼 수 있는지에 집중되었다. 이와 관련하여 피심인은 문제가 된 트레이 제작 도면을 상신 등 3사의 기술자료로 볼 수 없다고 주장하였으며, 이러한 주장은 하도급법 제12조의3 제1항에서 ‘수급사업자의 기술자료’라는 규정을 소유 관계로 해석하는 것에 기초하였다. 공정거래위원회는 이러한 주장을 수용하지 않았는데, 피심인이 전개하고 있는 해석론은 동 규정의 취지가 원사업자의 거래상 지위를 남용하는 것을 규율하는 것에 있으므로 소유관계로 한정하여 동 규정을 이해하는 것은 이러한 취지에 부합하기 어려우며, 문리적 해석에 따를 경우에도 관형격 조사 ‘의’를 소유에 한정해서 이해할 수 없다는 입장을 취하였다. 이러한 입장에서 하도급법 제12조의3 제1항의 ‘수급사업자의 기술자료’의 의미는 수급사업자가 보유하는 기술자료로 보아야

33) 공정위 2022. 5. 3. 의결 제2022-106호, 12면.

하며, 이러한 해석에 의할 때 피심인이 상신 등 3사에게 다른 수급사업자이며 동시에 이들과 거래관계에 있는 성곡의 트레이 제작 도면을 요구한 행위는 동법 제12조의3의 규율 대상이 되는 것으로 파악하였다. 공정거래위원회는 이러한 이해에 기초하여 피심인이 상신 등 3사에게 트레이 제작 도면 제공을 요구하면서 법정 사항이 기재된 서면을 교부하지 않은 것은 동법 제12조의3 제2항을 위반한 것으로 판단하였다.

또한 트레이 제작 도면과 관련하여 제기된 기술의 부당이용 문제에 관해서도 피심인의 항변은 유사한 내용으로 전개되었다. 앞에서 살펴본 사안에서 확인할 수 있듯이, 피심인은 상신 등 3사로부터 받은 트레이 제작 도면을 중국에서 운반용 트레이를 새롭게 제작하게 된 섬서커더리에게 제공하였고, 이러한 행위 자체를 피심인이 부인하지는 않았다. 피심인의 항변은 주로 섬서커더리에 제공한 도면의 성격에 관한 것이었는데, 전술한 것처럼 문제가 된 기술자료가 상신 등 3사의 소유가 아니라는 것이 주된 항변 사유였고, 이 외에 동 기술자료가 자신의 소유 또는 공동소유라는 항변도 추가되었다. 공정거래위원회는 이러한 주장을 받아들이지 않았는데, 후자의 경우에는 피심인의 주장을 뒷받침할 만한 충분한 입증이 이루어지지 않았다고 보았으며, 전자에 대해서는 앞서 트레이 제작 도면 제공 요구 시 서면 교부가 이루어지지 않은 문제의 검토에서 이루어진 ‘수급사업자의 기술자료’에 대한 이해를 이 맥락에서도 유지하고 있다. 한편 제3자에 대한 기술제공의 규제는 하도급법 제12조의3 제4항에 근거하며, 동 규정에서 부당한 기술제공만이 규제 대상이 되므로 이에 대한 판단이 요구된다. 이와 관련하여 피심인은 수급사업자에 대한 피해가 없으므로 부당성이 부인된다는 취지로 항변하였다. 공정거래위원회는 이러한 행위를 통하여 피심인은 중국에서 납품시기의 불안정성을 해소하는 이익을 얻었다는 점을 지적하였으며, 또한 트레이 도면을 제작한 성곡이 자신의 기술성을 중국 시장에서 정당히 평가받을 수 있는 기회를 상실하였다는 점을 강조하면서, 피심인의 주장을 받아들이지 않았다.

IV. 공정거래위원회 심결의 의의

1. 기술탈취 규제 의의의 실현

하도급법 제12조의3은 하도급거래에서 수급사업자의 기술이 원사업자에 의해 탈취되는 것을 방지하고자 하는 입법 목적에 따라서 도입된 조항이다.³⁴⁾ 따라서 그 적용에 있어서도 이러한 취지가 반영되어야 하며, 동 심결은 이에 관한 적절한 선례로서 의미가 있다. 앞에서 살펴본 것처럼, 원사업자의 기술자료 제공 요구 시 사전 협의와 서면교부를 의무화하고, 또한 반드시 기재되어야 할 필수적 사항을 법정하고 있는 것의 의의는 거래상 열위에 있는 수급사업자의 기술을 절차적으로 보호하려는 데 있다. 해당 규정의 위반 여부를 판단함에 있어서도 이러한 취지가 반영되어야 한

34) 하도급법의 목적은 하도급거래의 공정화를 통하여 수급사업자의 전문성을 향상시키는 것에 있는 것으로 이해된다(신동권, 「중소기업보호법」, 박영사, 2020, 3면). 하도급법 제12조의3은 이러한 입법 목적의 구체적 실현으로서 의의를 찾을 수 있을 것이다.

다.

공정거래위원회는 서면 교부서에 기재된 사항이 구체적인 특정 없이 포괄적이고 추상적으로 작성된 것은 적법한 서면교부가 될 수 없다고 보았는데, 이는 사전협의 또는 서면교부 의무 이행 여부를 형식적 요건의 충족이 아니라 수급사업자의 정당한 이익의 관점에서 실질적으로 파악한 것으로서 법제도의 취지에 부합하는 것으로 볼 수 있다.³⁵⁾ 또한 서면교부 의무의 이행시기와 관련하여 공정거래위원회는 기술자료 수령 이전에 서면교부가 이루어지면 충분한 것이 아니고, 당사자 간 협의를 통해³⁶⁾ 기술자료가 명확하고 구체적으로 특정된 것을 이행의 전제조건(이행시기의 기산점)으로 제시함으로써 실질적 판단 기준을 원용하고 있다. 이러한 판단 기준은 전술한 서면교부 이행의 판단과 같은 맥락에서 긍정적으로 평가할 수 있을 것이다.

당해 사안에서 주요 쟁점의 하나였던 ‘수급사업자의 기술자료’ 규정의 해석과 적용에 있어서도 공정거래위원회는 동일한 태도를 유지하고 있다. 피심인이 주장한 바와 같이 관형격 조사 ‘의’를 소유의 의미로 한정해서 볼 수 있는 문법적 근거는 없기 때문에, 이를 소유관계로 해석하는 논거로 원용하는 것을 타당한 것으로 보기는 어렵다. 결국 동 규정에서 수급사업자와 기술자료의 관계는 동 조항의 입법 취지 등을 종합적으로 고려하여 결정할 문제이며, 이러한 점에서 공정거래위원회가 동 규정의 취지에 주목한 것은 적절한 접근 방식이라 할 수 있다. 공정거래위원회는 하도급법 제12조의3이 하도급거래에서 상대적으로 열등한 지위에 있는 수급사업자의 기술 관련 정당한 이익을 보호하려는 취지에서 도입된 규정이라는 점을 강조하고, 동 조항에서 보호 대상으로 하고 있는 기술자료는 수급사업자가 소유하는 경우뿐만 아니라 단지 보유하고 있는 경우까지 확장될 필요가 있는 것으로 보았다. 수급사업자가 소유하는 기술자료만이 동 규정의 보호 대상이 된다고 보는 것은 수급사업자의 기술 관련 정당한 이익을 보호하는데 충분한 것으로 보기 어려우며, 이러한 점에서 공정거래위원회가 보여준 동 규정의 해석과 당해 사안에서 적용한 방식은 긍정적으로 평가할 수 있을 것이다.

2. 법리적 보완

이상에서 공정거래위원회가 하도급법 제12조의3을 당해 사안에 적용하기 위해 취한 법리는 타당한 것으로 볼 수 있으며, 무엇보다 동 규정의 입법 취지가 종합적으로 고려되고 있다는 점에서 긍정적인 평가가 가능할 것이다. 그렇지만 공정거래위원회가 채택한 법리, 특히 ‘수급사업자의 기술자료’의 해석에 관한 다툼이 계속되는 상황에서, 공정거래위원회의 입장을 뒷받침하거나 보완할 수 있는 논거를 추가적으로 검토할 필요는 있다.

35) 일본 下請代金支拂遅延等防止法(이하 下請法)상 서면교부 의무화는 분쟁 해결이나 예방에 기여할 수 있을 뿐만 아니라, 원사업자의 무계획, 무책임적인 발주태도를 시정하게 하는 데도 도움이 될 수 있다는 것에, 長澤哲也, 최재원 역, 「거래상 지위남용 규제와 하도급법-해설과 분석」, 박영사, 2018, 294면 참조.

36) 협의가 이루어진 시기는 충분한 협의가 있었는지를 판단하는 요소가 된다는 것으로, 위의 책, 242면 참조.

(1) 수급사업자의 기술 보호에 있어서 하도급법의 의의

앞에서 살펴본 것처럼 공정거래위원회는 동 심결에서 하도급법 제12조의3의 입법 취지와 규제 의의에 기초하여 수급사업자의 기술자료를 보유하는 것으로 해석하는 등의 논의를 전개하고 있다. 이러한 이해는 타당한 것이지만, 동 규정의 의의를 전체 법질서의 관점에서 살펴보는 것도 동 규정의 고유한 의의를 부각시키는 데 도움이 될 수 있다. 수급사업자의 기술 보호는 당연히 지식재산권법 영역에서도 가능하며, 독점규제법이나 상생협력법에서 거래상 열등한 지위에 있는 사업자의 기술 탈취를 방지하여 정당한 이익을 보호하고자 하는 규정을 두고 있다.

그럼에도 불구하고 하도급법에서 수급사업자의 기술 보호를 위한 별도의 규정을 두고 있는 것은, 다른 법률들에 의한 보호만으로 충분치 않다는 입법적 판단에 따른 것이라 할 수 있으며, 이 지점에서 하도급법상 수급사업자의 기술 보호에 관한 규정의 의의를 찾을 수 있을 것이다. 구조적으로 원사업자에 대해 열등한 지위에 있는 수급사업자의 경우 적극적으로 특허법 등에 의한 권리 보호를 강구하기 어려울 수 있으며, 독점규제법이나 부정경쟁방지법 등에 근거하여 침해행위를 규제함으로써 자신의 정당한 이익 보호를 모색하는 것에도 현실적인 한계가 존재할 수 있다. 이러한 점에서 원사업자와 수급사업자 간에 기술자료 제공 요청에 관한 구체적인 행위를 규율 대상으로 삼고 있는 하도급법은 수급사업자 보호에 실질적인 도움이 될 수 있으며, 이와 같은 규제 의의는 수급사업자와 기술자료의 관계를 폭넓게 이해하는 데 유력한 근거가 될 수 있을 것이다.

(2) 간접적 침해의 규제 필요성

또한 수급사업자의 기술 침해에 대한 실제 양상에 대해서도 주의를 기울일 필요가 있을 것이다. 동 사건에서 문제가 되었던 트레이 제작 도면 관련 사안에서 드러났듯이, 원사업자는 기술자료의 요구를 해당 수급사업자에게 직접적으로 하는 대신에, 우회적이거나 간접적인 방식으로 행할 수도 있다. 하도급법 제12조의3에서 수급사업자의 기술자료를 수급사업자가 소유하는 것으로 한정하여 해석한다면, 이러한 경우에 대한 규제 가능성은 주어지지 않으며, 나아가 이와 같은 규제 공백을 의도적으로 이용하는 경우도 발생할 수 있다.³⁷⁾ 그렇지만 이러한 경우에도 해당 요구를 받은 수급사업자 그리고 기술의 주체가 되는 사업자의 이익이 침해될 여지는 충분한 것으로 볼 수 있으며, 따라서 이들에 대한 보호 필요성을 긍정하고 하도급법 제12조의3의 적용 가능성을 이러한 경우까지 확대할 수 있는 해석론이 필요할 수 있다. 즉 수급사업자 기술의 간접적 침해에 효과적으로 대응하기 위해서는, 수급사업자와 기술자료의 관계를 소유 관계 이상으로 확대할 필요가 있을 것이다.

37) 원사업자와 수급사업자의 관계에서 행해지는 불공정거래행위의 본질을 이해하기 위해서는 거래의 구조적 측면에 더욱 주목할 필요가 있다는 지적으로, 조혜신·임수영, “조선업에서의 부당한 하도급대금결정행위 - 하도급법 제4조 제2항 제5호를 중심으로 -”, 경쟁법연구 제42권, 2020, 148면.

(3) 하도급법상 다른 규정의 검토

끝으로 하도급법 제12조의3에 규정된 ‘수급사업자의 기술자료’의 의미는 하도급법상 다른 관련 규정과 종합적으로 파악되어야 한다는 점도 염두에 두어야 한다. 이와 관련하여 하도급법 시행령 제7조의3의 기술자료 요구 시 서면 기재사항에 관한 규정에 주의를 요한다. 동 조항에서 정하고 있는 기재사항 중 제3호는 “요구대상 기술자료와 관련된 권리귀속 관계”를 들고 있는데, 이러한 규정은 기술자료에 관련된 권리귀속이 다양한 방식으로 이루어질 수 있음을 전제한 것이기 때문에 기술자료를 수급사업자의 소유관계에 기초하여 이해하는 것과 충돌할 수밖에 없다.

또한 기술자료를 정의하고 있는 하도급법 제2조 제15항이 보호 대상인 기술자료의 요건으로서 비밀관리성을 규정하고 있는데, 이러한 요건은 하도급법 제12조의3의 보호 대상인 기술자료가 기술에 대한 수급사업자의 소유권이 존재하는 경우로 제한된다고 이해할 경우에는 불필요한 규정이 될 수 있다는 점도 고려될 수 있을 것이다. 결국 이러한 규정들과 조화되는 방식으로 하도급법 제12조의3을 이해한다면, 동 규정에서 수급사업자의 기술자료는 수급사업자가 실제 보유하고 있는 기술자료의 의미로 해석하는 것이 불가피할 것이다.

V. 결론

공정거래위원회는 삼성에스디아이의 기술자료에 관한 일련의 불공정 행위 사건을 다루었고, 이상에서 살펴본 것처럼 문제가 된 행위가 하도급법 제12조의3에 반하는 위법한 것으로서 판단하였다. 하도급법 제12조의3은 거래상 열등한 지위에 있는 수급사업자의 기술자료 탈취를 방지할 목적으로 2010년 개정을 통해 도입된 규정이지만, 동 규정의 적용 사례는 많지 않았다. 이러한 상황에서 당해 사건에 대한 공정거래위원회의 심결은 동 규정의 해석과 적용에 있어서 의미 있는 선례로 기능할 것이다.

동 사건에서 공정거래위원회는 피심인이 유성인젝션 등 7개 수급사업자에게 15건의 승인원 제공을 요구하면서 사전협의와 사전 서면교부를 하지 않은 행위, 상신 등 3사에 트레이 제작 도면을 요구하면서 사전 서면교부를 하지 않은 행위 그리고 상신 등 3사로부터 교부받은 트레이 제작 도면을 제3자에게 제공한 행위 등과 관련하여, 이상의 행위가 하도급법 제12조의3 제2항 및 제4항에 위반한 것으로 판단하였다. 공정거래위원회는 구체적으로 문제가 된 기술자료가 하도급법에서 보호 대상으로 하고 있는 기술자료에 해당하고, 법정 사항을 포괄적·추상적으로 기재한 서면 교부를 적법한 서면 교부로 볼 수 없으며, 수급사업자의 기술자료가 수급사업자가 소유하는 기술자료로 제한하여 해석될 수 없다는 등의 입장을 취하였으며, 이러한 판단이 하도급거래에서 수급사업자의 기술을 보호하고자 하는 하도급법 제12조의3의 입법 목적에 부합하는 것으로 보았다. 특히 주된 쟁점이 되었던 수급사업자와 기술자료의 관련성에 관한 문제에서, 공정거래위원회는 동 규정을 소유관계로 해석하고 따라서 보호 대상이 수급사업자의 독자적인 기술자료에 한정된다는 피심인의 주장을 배척하면서, 수급사업자가 보유하는 기술자료의 의미로 이해하는 것이 동 규정의 목적에

충실한 해석이 된다고 판단한 것은 주목할 만하다.

당해 사건에서 공정거래위원회의 결론은 타당한 것으로 보이지만, 이를 뒷받침하는 몇 가지 논거가 추가될 수도 있을 것이다. 특히 ‘수급사업자의 기술자료’ 이해와 관련하여, 수급사업자의 기술 보호와 관련하여 전체 법질서에서 하도급법이 갖는 고유한 의의, 수급사업자 기술 침해가 간접적으로 이루어지는 상황에 대한 실효성 있는 규제 가능성 확보 그리고 하도급법상 관련 규정의 종합적인 이해 등이 수급사업자의 기술자료를 수급사업자가 보유하는 기술자료로 파악할 수 있는 논거로서 원용될 수 있을 것이다.

[참고문헌]

<국내문헌>

- 권오승·홍명수, 「경제법」, 법문사, 2021.
김두진, 「경제법」, 동방문화사, 2020.
김홍석·구상모, 「하도급법」, 화산미디어, 2010.
나영숙·한중연, “개정 하도급법상 기술자료의 제공 요구·유용행위에 대한 규제”, 「경쟁저널」, 제157권(2011).
신동권, 「중소기업보호법」, 박영사, 2020.
오세영, “중소기업 기술역량 확보방안에 관한 연구-기술자료 임치제도를 중심으로-”, 고려대학교 석사학위논문, 2016.
윤선희, 「지적재산권법」, 세창출판사, 2014.
정호열, “부정경쟁행위의 개념”, 정상조 편, 「지적재산권법강의」, 법문사, 1997.
조혜신·임수영, “조선업에서의 부당한 하도급대금결정행위 - 하도급법 제4조 제2항 제5호를 중심으로 -”, 경쟁법연구 제42권, 2020.
최기성, “하도급법상 기술자료 관련 규정의 보완에 관한 연구”, 「법제」, (2018).
최정열·이규호, 「부정경쟁방지법」, 진원사, 2018.
한철수 외 8인, 「하도급법 - 기업거래 실무가이드」, 공정경쟁연합회, 2022.
長澤哲也, 최재원 역, 「거래상 지위남용 규제와 하도급법-해설과 분석」, 박영사, 2018.

<해외문헌>

- EU Commission, *Communication Tackling unfair trading practices in the business-to-business food supply chain*, 2014.
Rittner, F. & Dreher, M., *Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht*, C. F. Müller, 2008.
Mueller, J. M., *Patent Law*, Wolters Kluwer, 2013.
Tom, W. K. & Newberg, J. A., “Antitrust and Intellectual Property: From Separate Spheres to Unified Field”, *Antitrust L. J.* vol. 66 Issue 1, 1997.

[Abstract]

A Study on the Protection of Technical Data in Subcontracting Fairness Act

Myungsu Hong*

The Article 12-3 of the Subcontracting Fairness Act(Subcontracting Act) was introduced through the amendment to prevent the theft of technical data of a subcontractor in an inferior position 2010, but there have been few cases of its application. In this situation, the KFTC's decision in the Samsung SDI case is a meaningful precedent for the interpretation and application of this regulation. In the case, the KFTC determined that the acts of failing to provide prior consultation and prior written issuance when requesting a source of authorization for the use of technology, failing to provide prior written issuance when requesting facility production drawings, and providing facility production drawings issued by the subcontractor to a third party violated Article 12-3 (2) and (4) of the Subcontracting Act. The KFTC took the position that the technical data in question corresponded to the technical data protected by the Subcontracting Act, that a written delivery that comprehensively and abstractly stated statutory matters could not be considered a legitimate written delivery, and that the technical data of the subcontractor could not be interpreted as limited to the technical data owned by the subcontractor, and that this judgment was in line with the legislative purpose of Article 12-3 of the Subcontracting Act to protect the technology of the subcontractor in subcontracting transactions. Although the KFTC's conclusion seems reasonable, some arguments could be added to support it. In particular, with regard to understanding the technical data of the subcontractor, the unique significance of the subcontracting law in the overall legal order with regard to the protection of the subcontractor's technology, the enhancement of effective regulation of the situation where the infringement of the subcontractor's technology occurs indirectly, and the comprehensive understanding of the relevant regulations under the subcontracting law can be used as arguments for identifying the technical data of the subcontractor as the technical data held by the subcontractor.

Key Words: Principal Contractor, Subcontractor, Subcontractor Transaction, Theft of Technical Data, and Obligations to Deliver in Writing

* Professor, College of Law, Myongji University

Borderlines of Home Privacy Against Warrantless Home Entries under the United States Criminal Procedure

Choi, Young-Ran*

논문요지

The protection of privacy interest can be extended to the curtilage including a garage, driveways, a front porch, and back yards surrounding the home for a single family home and locked common spaces for multi-unit dwellings. The United State Supreme Court in 2021 decided on whether a warrantless entry into a home is in violation of the Fourth Amendment of the United State Constitution which requires warrants before entering into private premises to search and seizure. The Court in *Caniglia v. Strom* held that the police need to obtain a warrant before entering into a home even if they perform community caretaking duties. The Court reasoned that community caretaking duties alone do not justify a warrantless home entry without exigent circumstances. In addition, the Court in *Lange v. California* ruled that the exigency-circumstances exception to the warrant requirement does not apply to a warrantless home entry during a hot pursuit in case of a fleeing misdemeanor. The Court relied on a case-by-case or case-specific approach, by rejecting a categorical approach in determining exigencies in hot pursuit of a fleeing misdemeanor suspect.

The two cases emphasized the importance to protect an individual's privacy interest in a home against the government's unreasonable intrusions and warned a flat or categorical approach or application of previously-established case laws.

This paper reviews the warrant requirement and its exceptions in relation to a warrantless home entry of the police. It analyzes two decisions together to observe how a community caretaking exception and an exigency-circumstances exception are applied to warrantless home entries. In addition, the paper attempts to review some provisions of Korean law addressing exceptions to the warrant requirement in case of exigencies related to home entries.

Key Words: privacy protection at home, warrant requirement, exception to the warrant requirement, warrantless entry into a home, community caretaking, exigent-circumstances exception, the

* Professor, School of Law, Wonkwang University.

United States Criminal Procedure

· 논문접수: 2023. 12. 31. · 심사개시: 2023. 01. 11. · 게재확정: 2023. 01. 25.

I . Introduction

Criminal defendants at trial try to exclude evidence which might incriminate themselves. One way to exclude the evidence presented by the police is to claim that such evidence is obtained in violation of the warrant requirement. The warrantless search and seizure is unlawful unless an exception to the warrant requirement is satisfied. Likewise, whether the warrantless entry into a home of a criminal suspect or the accused before searching or seizing evidence is at issue, and the evidence obtained through the warrantless home entry without an exception to the warrant requirement can be inadmissible.

In 2021, the United State Supreme Court rendered two decisions on whether a warrantless entry into a home is in violation of the Fourth Amendment of the United State Constitution which requires warrants of searches and seizures in private properties. One decision is whether the police shall obtain a warrant before entering into a home to perform community caretaking services.¹⁾ The other is whether an exigency-circumstances exception can be applied to a warrantless entry into the home of a fleeing misdemeanor in hot pursuit.²⁾ The Supreme Court in these two cases ruled that the police's community caretaking duties and the flight of a suspected misdemeanor do not justify warrantless entry into a home,³⁾ absence of a recognized exception to the warrant requirement. Consequently, such decisions resulted in restricting a community caretaking exception to emergencies and rejecting the application of the exigent-circumstances doctrine in case of misdemeanor's hot pursuit.

Because of these narrow holdings, the following questions arise. The term of "community caretaking" implies the police's tasks which are not related to law enforcement or criminal investigations while the police respond to emergency aid for the community including a well-being checking for the elderly or the needy in the society.⁴⁾ Community caretaking is even regarded as "an essential part of the local police functions, and occupies a high proportion of police time."⁵⁾ Therefore, at first glance, it is wondered why a

1) *Caniglia v. Strom*, 141 S.Ct. 1596 (2021).

2) *Lange v. California*, 141 S.Ct. 2011 (2021).

3) *Caniglia*, 141 S.Ct., at 1598 ("The question today is whether Cady's acknowledgment of these 'caretaking' duties creates a standalone doctrine that justifies warrantless searches and seizures in the home. It does not."); *Lange*, 141 S.Ct. at 2024 ("The flight of a suspected misdemeanor does not always justify a warrantless entry into a home.")

4) Debra Livingston, "Police, Community Caretaking, and The Fourth Amendment," 1998 U. Chi. Legal F. 261 (1998).

5) *Id.* at 272.

warrant is required to render such community caretaking services if such services are so essential to protect the public. Especially, where community caretaking duties of the police are urgently needed to aid people in need or in danger, isn't it better rather not to delay providing services instead of wasting time by waiting for obtaining a warrant? Another question is: if the Court approves the exigent-circumstances exception to the warrant requirement in case of a fleeing felon, why the same standard does not apply to a fleeing misdemeanor because an officer's hot pursuit itself may be regarded as an exigent circumstance.⁶⁾

In these two cases, the Court emphasized the necessity to protect an individual's privacy interest in a home against the government's unreasonable intrusions on privacy⁷⁾ even if the police engage in community caretaking functions or in hot pursuit under exigent circumstances. Although the Court failed to provide clear guidelines how to assess reasonableness and exigencies to justify warrantless entries, it must have defended the individual's privacy interest over the government's abuse of its police power by relying on exceptions to the warrant requirement to deal with community caretaking services and the flight of suspects. Above all, one of the main reasons to report these two cases is that they provide a good lesson to warn a flat or categorical approach or application of previously-established case laws, by emphasizing the importance of a case-by-case or case-specific approach.

This paper briefly summarizes warrant requirements and exceptions to warrant requirements in entries to private premises. And then, the paper analyzes two decisions to observe how the community caretaking doctrine and the exigency-circumstances exception are interpreted and applied to warrantless entry into a private home. The common issues in two cases of warrantless home entries by the police are whether exigent circumstances can be recognized, but the Supreme Court reached slightly different conclusions in the two decisions. Thus, the paper first reviews the community caretaking doctrine in order to find out why the Supreme Court finally refused to recognize the doctrine as a community caretaking exception to the warrant requirement in case of a warrantless home entry. Then, to overview the exigent-circumstances exception to the warrant requirement, the paper separately reviews the case of the hot pursuit of a fleeing misdemeanor where the Supreme Court did not acknowledge an exigent-circumstance exception.

6) *Lange*, 141 S.Ct., at 2029-2030.

7) *Caniglia*, 141 S.Ct., at 1600.

II. Warrant Requirement and Exceptions to the Warrant Requirement

1. Warrant Requirement

The Fourth Amendment of the United States Constitution provides: “The right of the people to be secure in their persons, houses, papers and effects against unreasonable searches and seizures shall not be violated, and no warrants shall issue but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.”⁸⁾ The Amendment expressly imposes two requirements: (1) all searches and seizures must be reasonable, and (2) a warrant may not be issued unless probable cause is properly established and the scope of the authorized search is set out with particularity.⁹⁾ So, the text of the Amendment is meant that “if a warrant is required, it must be based on probable cause.”¹⁰⁾

The standard or core of the Amendment is reasonableness, and thus, every search or seizure by the government must be reasonable.¹¹⁾ Searches and seizures are generally unreasonable and invalid unless based on probable cause and executed pursuant to a valid warrant.¹²⁾ Under the exclusionary rule, evidence obtained in violation of the Fourth Amendment is inadmissible in a criminal trial.¹³⁾

The unreasonable searches and seizures may occur when the government enter into individual's private places or homes without warrants.¹⁴⁾ The warrant requirement is also applied to the entry into private premises since “the entry itself qualifies as a ‘search’ within the meaning of the Fourth Amendment.”¹⁵⁾

8) U.S. Const. amend. IV.

9) *Kentucky v. King*, 563 U.S. 452, 459 (2011).

10) Peter J. Henning, et al., *Mastering Criminal Procedure*, Volume 1: The Investigative Stage, Durham: Carolina Academic Press, 2010 at 40.

11) “The ultimate touchstone of the Fourth Amendment is ‘reasonableness.’” *Brigham City v. Stuart*, 547 U.S. 398 (2006) at 403.

12) Wayne R. LaFare, et al., *Criminal Procedure*, 2 Crim. Proc. § 3.3(a) (General considerations).

13) Jerold H. Israel, et al., *Criminal Procedure and the Constitution*, Egan: Thomson Reuters, 2011 at 63. The exclusionary rule “prevents consideration of evidence indicative of a defendant’s guilt.” Rolando V. del Carmen, et al., *Criminal procedure and the Supreme Court*, Lanham : Rowman & Littlefield Publishers, 2010 at 39. Under the exclusionary rule, the “criminal is to go free because the constable has blundered.” *Id.*, quoting from Justice Cardozo’s remarks in *People v. Defore*, 242 N.Y. 13, 21 (1926).

14) LaFare, et al., *Criminal Procedure*, 2 Crim. Proc. § 3.6(a) (Basis for entry to arrest). It was “a ‘basic principle of Fourth Amendment law’ that searches and seizures inside a home without a warrant are presumptively unreasonable,” while “objects ... found in a public place may be seized by the police without a warrant,” quoting from *Payton v. New York*, 100 S.Ct. 1371 (1980). *Id.*

15) Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment, 3 Search & Seizure § 6.6 (6th ed.) (Warrantless entry and search for other purposes) fn 1.

Although the text of the Amendment does not specify when a search warrant must be obtained, its reasonableness standard generally requires the government to obtain a warrant before they enter a suspect's home without permission.¹⁶⁾

The protected areas for home privacy used to be hallways, garages, or storage spaces surrounding the house.¹⁷⁾ Then, the area was extended to "curtilage," which include front porches, attached garages, driveways, and backyards.¹⁸⁾ That is, the front porch in a single family home and locked common spaces in multi-unit dwellings can possess privacy interest as well as property and security interest.¹⁹⁾

In addition, it is noted that the protection of privacy is the purpose of the Fourth Amendment, which is traditionally analyzed into two, "how much and what type of privacy society requires" and "what type of intrusion upon privacy is required to preserve an ordered society."²⁰⁾ Especially, the Fourth Amendment stands the right of man to retreat into his own home free from unreasonable government intrusion because "the zone of privacy is nowhere more clearly defined than when bounded by unambiguous physical dimensions of individual's home."²¹⁾ Thus, it is reasonably recognized that the expectation of privacy and the right to privacy are at the peak inside the home, and thus, "warrantless entry into the home ought to be narrow and circumscribed."²²⁾

2. Exceptions to the Warrant Requirement

The warrantless searches and seizures inside a home are "presumptively unreasonable."²³⁾ However, this presumption may be overcome in some circumstances because "the ultimate touchstone of the Fourth Amendment is 'reasonableness.'"²⁴⁾ Accordingly, the warrant requirement is subject to certain reasonable exceptions.²⁵⁾ The warrantless entry and searches may be permitted to apply exceptions to the warrant requirement, including searches with consent, administrative searches, automobile searches, searches incident to arrest, searches in hot pursuit, and searches in exigent circumstances.²⁶⁾

16) *Riley v. California*, 573 U.S. 373, 382 (2014); Searches and Seizures Arrests and Confession § 10:7 (Entry of premises).

17) Kathryn E. Fifield, "Let This Jardines Grow: The Case for Curtilage Protection in Common Spaces," 2017 Wis. L. Rev. 147 (2017) at 147-148.

18) *Id.* at 149.

19) *Id.* at 170-172.

20) Jacob Y. Chen, "Exigency and Emergency: Understanding the Warrantless Non-Consensual Home Entry," 48 No. 5 Crim. Law Bulletin ART 6; William E. Ringel, Searches and Seizures Arrests and Confession § 10:7 (Entry of premises).

21) *Payton v. New York*, 100 S.Ct. 1371, 1381-1382 (1980).

22) Chen, 48 No. 5 Crim. Law Bulletin ART 6.

23) *Brigham City v. Stuart*, 547 U.S. 398, 403 (2006).

24) *Kentucky v. King*, 563 U.S. 452, 459 (2011).

25) *Brigham City*, 547 U.S., at 403 (2006); *Michigan v. Fisher*, 558 U.S. 45, 47 (2009).

Especially, in case of warrantless and non-consensual entry into a home, courts have acknowledged in cases of assisting people or in exigent circumstances. It is noted that “police may enter dwelling without a warrant to render emergency aid and assistance to a person they reasonably believe to be in distress and in need of that assistance.”²⁷⁾ In the 1960s, a judge stated: “A warrant is not required to break down a door to enter a burning home to rescue occupants or extinguish a fire, to prevent a shooting or to bring emergency aid to an injured person. The need to protect or preserve life or avoid serious injury is justification for what would be otherwise illegal absent an exigency or emergency.”²⁸⁾ This statement is quite related to the community caretaking doctrine and the exigent-circumstances exception to the warrant requirement. Thus, in the following section, this paper focuses on the warrantless entry in case of community caretaking and exigency circumstances.

III. Warrantless Entry in Community Caretaking

1. Community Caretaking Doctrine

The community caretaking doctrine derives from non-law-enforcement or non-criminal community caretaking functions that the police provide to the public.²⁹⁾ Community caretaking is understood as “a wide range of everyday police activities undertaken to aid those in danger of physical harm, to preserve property, or to create and maintain a feeling of security in the community,” including “the mediation of noise disputes, the response to complaints about stray and injured animals, and the provision of assistance to the ill or injured.”³⁰⁾ Community caretaking is regarded as “an essential part of the local police functions, and occupies a high proportion of police time,” by taking care of “those who cannot care for themselves, the destitute, the inebriated, and the addicted.”³¹⁾

The community caretaking doctrine was first discussed in the 1973 Supreme Court decision in *Cady v. Dombrowski*,³²⁾ stating: “Local police officers ... frequently investigate vehicle accidents in which there is no claim of criminal

26) Wayne R. LaFave, *et al.*, *Criminal Procedure*, St. Paul: Thomson-West, 2009 at 149-163.

27) 3 Search & Seizure § 6.6(a) (To aid person in need of assistance).

28) *Id.*, citing from *Wayne v. United States*, 318 F.2d 205 (D.C.Cir.1963).

29) Michael R. Dimino, Sr., “*Police Paternalism: Community Caretaking, Assistance Searches, and Fourth Amendment Reasonableness*,” 66 Wash. & Lee L. Rev. 1485, 1489 (2009).

30) Livingston, *supra* note 4 at 272.

31) *Id.*

32) *Cady v. Dombrowski*, 413 U.S. 433, 93 S.Ct. 252 (1973).

liability and engage in what ... may be described as community caretaking functions, totally divorced from the detection, investigation, or acquisition of evidence relating to the violation of a criminal statute.”³³⁾

In *Cady*, the accused vehicle was disabled as a result of an accident, and the police had to make an arrangement to tow the car from the highway on behalf of the accused who was intoxicated and later comatose.³⁴⁾ After the car was stored to a private garage, the police searched the disabled car’s trunk following the police’s standard procedure to retrieve a revolver which officers reasonably believed to be contained in the trunk.³⁵⁾

The Court in *Cady* asserted that the warrantless search of the car trunk was “not unreasonable within the meaning of Fourth and Fourteenth Amendments because the car trunk was vulnerable to intrusion by vandals.”³⁶⁾ The *Cady* Court considered the lower courts’ argument that the “search of the trunk to retrieve the revolver was standard procedure in that police department, to protect the public from the possibility that a revolver would fall into untrained or perhaps malicious hands.”³⁷⁾

2. Warrantless Home Entry in *Caniglia v. Strom*

The warrantless entry and searches under a community caretaking doctrine or exception recognized in *Cady* in the 1970s was done in the impounded car trunk of an accused. Unlike *Cady*, the Court in *Caniglia v. Strom* in 2021³⁸⁾ dealt with a warrantless entry into a home. The Court in *Caniglia* questioned “whether *Cady*’s community caretaking exception can be broadly recognized in a warrantless entry into or search in a private home,”³⁹⁾ and held negatively.

(1) Factual and Procedural Backgrounds

In 2015, while the petitioner Caniglia had an argument with his wife at their residence, he brought a handgun, and threw it onto the dining table, saying something like “shoot me now and get it over with.”⁴⁰⁾ His wife took Caniglia’s gesture seriously, worried about her husband’s state of mind, and decided to stay at a hotel for the night.⁴¹⁾ The next morning, his wife was unable to reach

33) *Id.* at 441.

34) *Id.* at 447-448.

35) *Cady*, 413 U.S. at 447-448. The accused was a police officer and the police failed to retrieve the gun even after the initial searches of his person and automobile. *Id.* at 436.

36) *Cady*, 413 U.S. at 448.

37) *Id.* at 443.

38) *Caniglia v. Strom*, 141 S.Ct. 1596 (2021).

39) *Caniglia*, 141 S.Ct. 1596, 1598.

40) *Caniglia v. Strom*, 953 F.3d 112 (2020) at 119.

41) *Id.*

Caniglia by phone, so she called the police to request a welfare check on him to ask them to accompany her to the home.⁴²⁾ She expressed that her husband was depressed. And she added that she was “worried for” him, concerning that her husband might have committed suicide.⁴³⁾

Thus, the officers accompanied her to the home, and encountered Caniglia on the back porch of his house.⁴⁴⁾ When the officers asked Caniglia about his mental health, he denied that he was suicidal,⁴⁵⁾ but his wife noted that he became “very upset” with her for involving the police.⁴⁶⁾ In the meantime, the officers determined, “based on the totality of the circumstances,” that Caniglia was “imminently dangerous to himself and others.”⁴⁷⁾ After the police called the ambulance, Caniglia agreed to go to the hospital for a psychiatric evaluation on the condition that the officers not confiscate his firearms.⁴⁸⁾ However, after Caniglia left, accompanied by his wife, the officers entered the house and located and seized his weapons.⁴⁹⁾

Caniglia sued the government, claiming that the officers had entered his home and seized him and his firearms without a warrant in violation of the Fourth Amendment.⁵⁰⁾ The District Court granted a summary judgment to the police, and the First Circuit affirmed the lower court’s decision, based on a community caretaking exception derived from *Cady v. Dombrowski*.⁵¹⁾ The First Circuit asserted that “since *Cady*, the community caretaking doctrine has become ‘a catchall for the wide range of responsibilities that police officers must discharge aside from their criminal enforcement activities.’”⁵²⁾ The First Circuit noted that a community caretaking exception had been applied only in the motor vehicle context before.⁵³⁾ It also indicated that whether a community caretaking exception can justify a warrantless entry into a home has been divided among circuit courts in the United States.⁵⁴⁾ Then, the court decided to extend a community caretaking exception beyond vehicle searches and impoundment,⁵⁵⁾ like several other circuits which allow warrantless entries onto private premises including homes in particular circumstances under a community caretaking exception.⁵⁶⁾

42) *Id.*

43) *Id.*

44) *Id.*

45) *Id.*

46) *Id.*

47) *Id.*

48) *Caniglia*, 953 F.3d at 119–120.

49) *Id.* at 120.

50) *Id.*; *Caniglia v. Strom*, 141 S.Ct. 1596, 1598.

51) *Cady v. Dombrowski*, 413 U.S. 433 (1973).

52) *Caniglia v. Strom*, 953 F.3d 112 (2020) at 123.

53) *Id.*

54) *Caniglia*, 953 F.3d at 124.

55) *Id.*

56) *Id.*

The First Circuit admitted that a community caretaking exception “is not a free pass, allowing police officers to do what they want when they want.”⁵⁷⁾ However, the court concluded that since the officers reasonably believed that Caniglia posed an imminent risk of harm to himself or others, the officers’ removal of Caniglia and his firearms from his home was justified by a community caretaking exception,⁵⁸⁾ without considering any other grounds to permit warrantless entry into a home, including consent or exigent circumstances.⁵⁹⁾

(2) The United State Supreme Court’s Analysis in *Caniglia v. Strom*

The U.S. Supreme Court vacated the First Circuit’s judgement and remanded, stating that the First Circuit’s community caretaking rule goes beyond anything the Supreme Court has recognized.⁶⁰⁾ The Court in *Caniglia* answered negatively to the question presented, whether the acknowledgement of community caretaking duties of the police creates a “standalone” doctrine that justifies warrantless searches and seizures in the home.⁶¹⁾ The Court asserted that a warrantless entry into private property by the police officers may be allowed under exigent circumstances to render emergency assistance to an injured occupant or to protect an occupant from imminent injury.⁶²⁾ The Court also added that a warrantless entry to a home can be permissible if the officers may take actions that “any private citizen might do without fear of liability.”⁶³⁾

The Supreme Court re-iterated that the community caretaking exception in the *Cady* Court is related to non-criminal police functions, such as patrolling officers on the public highways to respond to disabled vehicles or investigate accidents.⁶⁴⁾ While the Court raised a constitutional difference between an impounded vehicle and a home. The Court reasoned that “what is reasonable for vehicles is different from what is reasonable for homes.”⁶⁵⁾

The Court added that a recognition of the existence of non-criminal and civic tasks in modern society is not “an open-ended license to perform them anywhere.”⁶⁶⁾ In conclusion, the Court emphasized that it has repeatedly declined to expand the scope of other exceptions to the warrant requirement to permit warrantless entry into the home.⁶⁷⁾ Subsequently, the Court did not recognize

57) *Caniglia*, 953 F.3d at 126.

58) *Id.* at 133.

59) *Caniglia v. Strom*, 141 S.Ct. 1596, 1599.

60) *Id.*

61) *Caniglia*, 141 S.Ct., at 1598.

62) *Id.* at 1599.

63) *Id.* at 1599.

64) *Id.* at 1598.

65) *Id.* at 1600.

66) *Id.*

community caretaking functions which might intrude an individual's privacy in the home without a warrant.⁶⁸⁾

However, the Court in *Caniglia* through its several concurring opinions recognized the warrantless entry into a home under a community caretaking exception if the circumstances are exigent. The Court pointed out that the First Circuit declined to consider the presence of any recognized exigent circumstances or the possibility that the officers were reacting to a crime.⁶⁹⁾ As Chief Justice Roberts reminded in his concurring opinion that the Court in *Brigham City v. Stuart*⁷⁰⁾ recognized the role of peace officers to prevent violence and reestablish peace, not to be limited to render first aid to casualties.⁷¹⁾ The Chief Justice emphasized that a warrantless entry to a home is permissible “when there is a ‘need to assist persons who are seriously injured or threatened with such injury’”⁷²⁾ which implies that the necessity of emergency aids can be considered as exigent circumstances.

(3) Comments on *Caniglia v. Strom*

The Court in *Caniglia* disapproved a “standalone” community caretaking doctrine to enter a home without a warrant,⁷³⁾ but recognized a warrantless entry into a home for community caretaking functions when there are exigent circumstances.⁷⁴⁾ Thus, the Court does not completely deny a community caretaking exception to the warrant requirement, but restricts a community caretaking exception to the exigent-circumstances exception. As a result, the Court places community caretaking as a sub-category of the exigent-circumstances exception. Since the exigent-circumstances exception encompasses community caretaking, the police officers may need to decide whether a warrantless entry into a home falls into the exigent-circumstances exception before performing their community caretaking duties.

If so, which case could be considered as an exigent circumstance? The Court saw that circumstances are exigent only when there is not enough time to get a warrant. How to apply this to a “real-world problem,” as Justice Alito addressed in *Caniglia*, where the elderly living alone and unable to call for assistance because of injury or illness. Although this real-world problem might need the police's imminent action of assistance, the police may delay their community

67) *Id.* at 1600, quoting from *Collins v. Virginia*, 138 S.Ct. 1663 (2018) at 1672.

68) *Caniglia*, 141 S.Ct., at 1599-1600.

69) *Id.* at 1599.

70) *Brigham City v. Stuart*, 547 U.S. 398 (2006).

71) *Caniglia*, 141 S.Ct., at 1600, quoting from *Brigham City*, 547 U.S., at 406.

72) *Caniglia*, 141 S.Ct., at 1600, quoting from *Brigham City*, 547 U.S., at 403.

73) *Caniglia*, 141 S.Ct., at 1598.

74) “The Fourth Amendment does not prevent the officers from entering the home and checking on the man's well-being.” *Caniglia*, 141 S.Ct. at 1605.

caretaking duties to find out whether the situation is exigent or not before entering a home. Moreover, if the police reasonably believe that there is no exigent circumstance, they have to wait to obtain a warrant. Nobody knows what consequences would be resulted while the police circumvent with the requirement of exigent circumstances before entering into a home.

The Court in *Caniglia* did not directly review whether the situation in *Caniglia* could be regarded as exigent since the police did not raise an exigent circumstance exception.⁷⁵⁾ However, the Court implied that the situation in *Caniglia* was not exigent as the Court rejected to approve a community caretaking exception where the police entered Caniglia's home, reasonably believing that he might endanger him or others at the time of entrance. After *Caniglia*, the police may hesitate before quickly engaging in their community caretaking duties, and thus, the *Caniglia* decision may result in a passive community caretaking services by the police.

Ultimately, how to balance individuals' privacy interests and the community's expectations on the police's services for the community will be an important matter.⁷⁶⁾ It is noted that there is a concern that "without any constitutional restrictions to community caretaking searches, there might be a substantial risk of abuse of the searches."⁷⁷⁾ On the contrary, communities might rely on the police's community caretaking services and expect the police officers to perform more social services, depending on their community caretaking services as "surrogate parents, other relative, and social workers."⁷⁸⁾ If "community caretaking intrusions" are unlike searches and seizure for the purpose of locating evidence or suspects,⁷⁹⁾ it is recommended that the exigency concept for community caretaking intrusions is "considerably less straightforward."⁸⁰⁾

IV. Warrantless Entry in Exigent Circumstances

1. Exigent Circumstances Exception

The U.S. Supreme Court in *Payton v. New York* proclaimed that "the Fourth Amendment has drawn a firm line at the entrance to the house. Absent exigent circumstances, that threshold may not reasonably be crossed without a warrant."⁸¹⁾ The Court in *Kentucky v. King* asserted that the exigent-circumstances

75) *Caniglia*, 141 S.Ct. at 1599.

76) Livingston, *supra* note 4 at 271.

77) Dimino, 66 Wash. & Lee L. Rev. 1485 at 1487.

78) Livingston, *supra* note 4 at 271-272.

79) *Id.* at 273.

80) *Id.* at 277.

exception applies “when the exigencies of the situation make the needs of law enforcement so compelling that a warrantless search is objectively reasonable under the Fourth Amendment.”⁸²⁾ A warrantless entry can be justified under exigent circumstances when a compelling need for an immediate official action is needed, and there is no time to secure a warrant.⁸³⁾

Whether exigent circumstances justify a warrantless entry into a home or search can be determined from “the totality of the circumstances” as they were known to officers at the time of the entry and search on a case-by-case, based on “objective reasonableness” that a reasonable, experienced police officer would believe.⁸⁴⁾ Any subjective considerations of law enforcement shall be ignored.⁸⁵⁾ Exigent circumstances can be shown by specific and articulable facts that there are some real immediate and serious consequences if an officer postpones action to get a search warrant.⁸⁶⁾

Under the exigent-circumstances exception, a warrantless entry and search of a home can be justified where probable cause exists.⁸⁷⁾ In a case where officers reenter a building and proceeded to process the crime scene, the Supreme Court rejected a “murder scene exception” to the warrant requirement that would allow warrantless search of everything found within crime scene after area is secured.⁸⁸⁾ Thus, a warrantless search of a home is “not constitutionally permissible simply because a homicide has recently occurred there.”⁸⁹⁾ Also, absent exigent circumstances, “a warrantless entry into a home to search for weapons or contraband is unconstitutional even when a felony has been committed and there is probable cause to believe that incriminating evidence will be found within.”⁹⁰⁾

Whether a warrantless entry can be justified varies depending on specific facts or particular situations to determine exigent circumstances. It is noted that “the mere fact that officers smell burning cannabis does not justify entry into a residence although it may justify entry into a hotel room.”⁹¹⁾ However, when officers lawfully knock on a door, the door is opened and then the officers smell

81) *Payton v. New York*, 445 U.S. 573, 590, 100 S.Ct. 1371, 1382.

82) *Kentucky v. King*, 563 U.S. 452 at 460 (2011).

83) 79 C.J.S. Searches § 75 (Emergencies and exigent circumstances, generally). Courts in the United States recognized exigent circumstances in cases where “there is a need for immediate action, so that the delay incident to obtaining a warrant must give way to such need, and officers will be unlikely to effectuate the search or seizure unless they act swiftly, the costs of obtaining a warrant outweigh the reasons for requiring a warrant, and the burden of obtaining a warrant would frustrate the purpose of the search.” *Id.*

84) 79 C.J.S. Searches § 75.

85) *Id.*

86) *Id.*

87) *Id.*

88) *Flippo v. West Virginia*, 528 U.S. 11, 120 S. Ct. 7 (1999).

89) *Flippo*, 528 U.S. 11, 14, 120 S. Ct. 7, 8.

90) *Groh v. Ramirez*, 540 U.S. 551, 559, 124 S. Ct. 1284, 1291 (2004).

91) 79 C.J.S. Searches § 81 (Loss of evidence).

burned marijuana, exigent circumstances are present to justify a warrantless entry.⁹²⁾

If so, when are exigent circumstances recognized? It is noted that “not every real or perceived emergency that police encounter in trying to capture criminals or secure evidence will qualify as an exigent circumstance.”⁹³⁾ The warrantless entry onto private property by law enforcement officers has been identified in some exigent circumstances, such as imminent danger affecting public safety, risk of evidence destruction, and the hot pursuit of a fleeing felon.⁹⁴⁾

(1) Emergency Aids

Courts consider emergency aids as exigent circumstances.⁹⁵⁾ Police officers need not delay to obtain a warrant if to do so would gravely endanger the lives of others or their own while conducting criminal investigation or providing non-law enforcement functions.⁹⁶⁾ Thus, officers may enter a home without a warrant to render emergency assistance to an injured occupant, to protect an occupant from imminent injury, or to ensure his own safety.⁹⁷⁾ In those circumstances, the delay required to obtain a warrant would bring about “some real immediate and serious consequences” and so the absence of a warrant is excused.⁹⁸⁾ The Court in *Brigham City* upheld the warrantless entry to aid the injured person, to prevent further violence, and restore order where the police observed through a screen door and window a physical altercation inside a house between four adults and a juvenile, punching an adult which caused him blood spit.⁹⁹⁾

(2) Risk of Evidence Destruction

In addition, the need to preserve evidence may excuse a warrantless search and seizure when officers reasonably believe that there is the “threat of imminent loss, destruction, removal, or concealment of evidence.”¹⁰⁰⁾ A warrantless search and seizure can be justified when probable cause has been established if a

92) *Id.*

93) Henning, *supra* note 10 at 167.

94) *Id.* at 167-168; See *Brigham City*, 547 U.S., at 403.

95) “The emergency aid doctrine is remarkably similar to the exigent circumstances exception to the Fourth Amendment’s warrant requirement. In fact, courts often use the terms interchangeably.” Mary Elisabeth Naumann, “*The Community Caretaker Doctrine: Yet Another Fourth Amendment Exception*,” 26 Am. J. Crim. L. 325 331 (1999).

96) 79 C.J.S. Searches § 79 (Emergency aid; danger).

97) *Brigham City v. Stuart*, 547 U.S. 398, 403; *Riley v. California*, 573 U.S. 373, 388; *Lange v. California*, 141 S.Ct. 2011, 2107.

98) *Welsh v. Wisconsin*, 466 U.S. 740, 751 (1984); *Lange*, 141 S.Ct., at 2017.

99) *Brigham City v. Stuart*, 547 U.S. 398 (2006).

100) 79 C.J.S. Searches § 81 (Loss of evidence).

reasonable and experienced officer would objectively believe that evidence will be removed or destroyed before a warrant can be obtained.¹⁰¹⁾ A mere subjective belief, a mere suspicion, or a mere possibility of loss or destruction of evidence cannot be justified.¹⁰²⁾ The risk of destruction of evidence can be found where “the suspects have been alerted to the impending arrival of law enforcement and would resort to destruction to avoid being capture with the incriminating evidence.”¹⁰³⁾

(3) Hot Pursuit of a Feeing Felon

The Supreme Court in *United State v. Santana* considered the destruction of evidence and hot pursuit together, where the police had probable cause to believe that an armed robber had entered a house a few minutes before.¹⁰⁴⁾ The Court emphasized that the need for the police to act quickly to prevent the destruction of narcotics evidence is greater while the intrusion into a house is much less since there was a true hot pursuit.¹⁰⁵⁾ Hot pursuit implies where “obtaining a warrant is both impractical and would present a great risk to public safety and order.”¹⁰⁶⁾ A search or entry without a warrant may be justified by hot pursuit of a fleeing suspect where police officers are pursuing a felony suspect immediately subsequent to the commission of a crime.¹⁰⁷⁾

2. Warrantless Entry in Hot Pursuit of a Fleeing Misdemeanant

The Supreme Court in *Lange v. California*¹⁰⁸⁾ faced with a question whether the pursuit of a fleeing misdemeanor suspect always or categorically qualifies as an exigent circumstance to be an exception to the warrant requirement.¹⁰⁹⁾ The Court noted that “some courts have adopted a categorical rule, while others have required a case-specific showing of exigency.”¹¹⁰⁾ In sum, unlike some lower courts and the state government in California which chose a categorical rule, the Supreme Court in *Lange* did not approve the categorical rule, but rather relied on the case-specific approach to assess exigencies in case of a misdemeanor pursuit and its following warrantless entry into the suspect’s home.¹¹¹⁾

101) *Id.*

102) *Id.*

103) Henning, *supra* note 10 at 169.

104) *United States v. Santana*, 427 U.S. 38, 42, 96 S.Ct. 2406, 2409 (1976).

105) *Santana*, 427 U.S. 38, 42-43, 96 S.Ct. 2406, 2409-2410.

106) Henning, *supra* note 10 at 168.

107) 79 C.J.S. Searches § 80 (Pursuit, escape, or entry to make arrest).

108) *Lange v. California*, 141 S.Ct. 2011 (2021).

109) *Id.* at 2016.

110) *Id.* at 2017.

111) *Id.* at 2016.

(1) Factual and Procedural Backgrounds

While Lange drove his car by listening to loud music with his window down and repeatedly honking his horn, a highway patrol officer began to chase after Lange.¹¹²⁾ Although the officer “turned on his overhead lights to signal that Lange should pull over,” Lange continued driving to his house, and entered its garage.¹¹³⁾ The officer followed Lange in and questioned him.¹¹⁴⁾ After the officer noticed him intoxicated, the officer did field sobriety tests and afterwards a blood test which revealed Lange’s blood-alcohol content with more than three times the legal limit.¹¹⁵⁾ With these test results, Lange was charged with the misdemeanor of driving under the influence of alcohol and a noise infraction.¹¹⁶⁾

Lange moved to suppress all evidence obtained after the officer entered his garage because the warrantless entry to his home had violated the Fourth Amendment.¹¹⁷⁾ The California Court of Appeal contended that “Lange’s failure to immediately pull over when the officer flashed his lights created probable cause to arrest him for a misdemeanor,” and that a “misdemeanor suspect could not defeat an arrest which has been set in motion in a public place by retreating into a house or other private place.”¹¹⁸⁾ The appellate court considered that “the officer’s ‘hot pursuit’ into the house to prevent the suspect from frustrating the arrest is always permissible under the exigent-circumstances exception.”¹¹⁹⁾ The court chose the flat rule, and concluded: “Because the officer was in hot pursuit of a misdemeanor suspect, the officer’s warrantless entry into the suspect’s driveway and garage was lawful.”¹²⁰⁾

The California Supreme Court denied review the case.¹²¹⁾ However, the Court-appointed amicus on behalf of the California Supreme Court supported the categorical rule, asserting that a suspect’s flight from the officer, including misdemeanor pursuit, always supplies the exigency, and that entries into the home are categorically reasonable, regardless of whether any risk of harm materializes in a particular case since the fact of flight from the officer is itself enough to justify a warrantless entry.¹²²⁾

112) *People v. Lange*, 2019 WL 5654385 (2019) at 1.

113) *Id.*

114) *Id.*

115) *Id.*

116) *Id.* At the hearing, the state contended that “Lange committed a misdemeanor when he failed to stop after the officer activated his overhead lights,” and that “the officer had probable cause to arrest Lange for this misdemeanor offense and exigent circumstances justified the warrantless entry into Lange’s garage.” *People v. Lange*, 2019 WL 5654385 at 2.

117) *Lange v. California*, 141 S.Ct., at 2016.

118) *People v. Lange*, 2019 WL 5654385 (2019) at 6-8; *Lange*, at 2016.

119) *Lange v. California*, 141 S.Ct., at 2016.

120) *People v. Lange*, 2019 WL 5654385 (2019) at 9.

121) *Lange v. California*, 141 S.Ct., at 2017.

(2) The United State Supreme Court's Analysis in *Lange v. California*

Unlike the courts in California, the United States Supreme Court in *Lange* disapproved the categorical rule in assessing exigent circumstances. The Court viewed that its precedents have generally applied the exigent-circumstances exception on a case-by-case or case-specific basis,¹²³⁾ which requires a court to examine whether an emergency justified a warrantless search in “each particular case,”¹²⁴⁾ and reflects the “nature of emergencies.”¹²⁵⁾ Thus, the Court contended that whether an officer has “no time to secure a warrant” depends upon facts on the ground,¹²⁶⁾ by “looking to the totality of circumstances” confronting the officer as he decides to make a warrantless entry.¹²⁷⁾ According to the Court, the “usual case-specific view, an officer can follow the misdemeanor when, but only when, an exigency—for example, the need to prevent destruction of evidence—allows insufficient time to get a warrant.”¹²⁸⁾

Both the U.S. Supreme Court and the California Court's amicus relied on the precedent, *United States v. Santana*,¹²⁹⁾ but they interpreted it differently. *Santana* is a case of a warrantless entry during a hot pursuit of a fleeing felon.¹³⁰⁾ The Court declined to determine whether *Santana* took the categorical approach or a case-specific approach to assess exigencies.¹³¹⁾ However, the Court made clear that even if it is assumed that “Santana treated fleeing-felon cases categorically (that is, as always presenting exigent circumstances allowing warrantless entry), it does not establish a flat rule permitting warrantless home entry” to a fleeing misdemeanor's pursuit.¹³²⁾

The Court also argued that misdemeanors need to be treated differently from felonies since misdemeanors are minor, less violent and less dangerous crimes.¹³³⁾ The Court saw that “when a minor offense alone is involved, police officers do not usually face the kind of emergency that can justify a warrantless home entry,” and “no police pursuit was necessary, hot or otherwise.”¹³⁴⁾ And even in

122) *Lange*, at 2018.

123) *Birchfield v. North Dakota*, 136 S.Ct. 2160, 2174 (2016). “While emphasizing that the exigent-circumstances exception must be applied on a case-by-case basis, the McNeely Court noted that other exceptions to the warrant requirement ‘apply categorically’ rather than in a ‘case-specific’ fashion. *Id.*”

124) *Lange v. California*, 141 S.Ct., at 2018.

125) *Id.*

126) *Id.*

127) *Id.*

128) *Id.*

129) *United States v. Santana*, 427 U.S. 38, 96 S.Ct. 2406 (1976).

130) In *Santana*, the suspect was indicted for possessing heroin with intent to distribute after being arrested while standing in doorway of her house. *Santana*, 427 U.S. 38 at 39-41.

131) *Lange v. California*, 141 S.Ct., at 2019.

132) *Id.*

133) *Lange*, at 2020.

case of the misdemeanor's flight, it is not enough to justify the categorical rule since "no evidence suggests that every case of misdemeanor flight poses such dangers."¹³⁵⁾

Thus, the Court concluded that "the flight of a suspected misdemeanor does not always justify a warrantless entry into a home."¹³⁶⁾ The Court reasoned: "An officer must consider all the circumstances in a pursuit case to determine whether there is a law enforcement emergency. On many occasions, the officer will have good reason to enter—to prevent imminent harms of violence, destruction of evidence, or escape from the home. But when the officer has time to get a warrant, he must do so—even though the misdemeanor fled."¹³⁷⁾

(3) Comments on *Lange v. California*

The Court in *Lange* asserted that "when the nature of the crime, the nature of the flight, and surrounding facts present no exigency, officers must respect the sanctity of the home which means that they must get a warrant before entering."¹³⁸⁾ The Court decided on the "relationship between minor crimes, exigent circumstances, and hot pursuit,"¹³⁹⁾ and concluded that minor crimes in hot pursuit did not create exigent circumstances. For the police officers in hot pursuit of a fleeing suspect, it might be a hard task to figure out whether the suspect had committed a misdemeanor or a felony at the time of the pursuit and right before entering into a home. Whether a fleeing suspect would be a misdemeanor or felon will be decided later when being charged after the entry into a home, search, seizure, or arrest of the suspect.

Some courts utilize the Dorman factors to consider in determining if there are exigent circumstances for a police entry, including "the gravity or violent nature of the offense with which the suspect is to be charged" and "a likelihood that the suspect will escape if not swiftly apprehended."¹⁴⁰⁾ It is noted that the Dorman factors are used by a "suppression court" in analyzing whether exigent circumstances are present.¹⁴¹⁾

The nature or gravity of the crime appears to be one of dominantly

134) *Id.*

135) *Lange*, at 2021.

136) *Lange*, at 2024.

137) *Id.*

138) *Lange*, at 2022.

139) 3 Search & Seizure § 6.1(d) (The "hot pursuit" exception).

140) Chen, 48 No. 5 Crim. Law Bulletin ART 6. The Dorman factors are not definitive, nor exhaustive, including other factors, such as: whether the suspect is reasonably believed to be armed; a clear showing of probable cause to believe that the suspect committed the crime; strong reason to believe that the suspect is in the premises being entered; and (6) the peaceful circumstances of the entry. *Id.*

141) *Id.*

considering factors to determine whether there are exigent circumstances in the *Lange* decision and among the *Dorman* factors. It is wondering whether there are situations that the consideration of the nature of the crime might create some confusion to determine exigent circumstances. Suppose, during a hot pursuit of a fleeing suspect, reasonable police officers objectively believed that there were exigent circumstances and they made a warrantless entry into the suspect's home. However, later the same exigent circumstances might be treated differently depending on what kind of crime the suspect would be charged. If he charged with a felon, the circumstance at the time of home entry considered as exigent. On the contrary, if the suspect is charged with a misdemeanor, the same circumstances would not be treated as exigent.

The Court in *Lange* stressed the importance to apply the exigent-circumstances exception on a case-by-case or case specific approach which reflects the nature of emergencies.¹⁴²⁾ However, the Court did not deny that its *Santana* Court took a categorical approach in case of fleeing felon which “always” allows the warrantless entry.¹⁴³⁾ As Chief Justice Roberts commented, the Court in *Lange* “creates a categorical rule of its own: Flight alone can never justify warrantless entry into a home,” while rejecting the categorical rule favoring warrantless home entry of lower courts.¹⁴⁴⁾

Anyhow, the Court admitted that it approved the warrantless entry of the police officers in hot pursuit of a fleeing misdemeanor in order to recognize the officers' qualified immunity.¹⁴⁵⁾ In addition, as the Court hold that a fleeing misdemeanor does not “always” justify a warrantless entry into a home under the exigent circumstance exception,¹⁴⁶⁾ there is a leeway that a warrantless entry into a home to pursue a flight of a misdemeanor suspect might be justified if there is a law enforcement emergency after considering all the circumstances at that time of pursuit.¹⁴⁷⁾

V. Comparison to Korea's Exigent-Circumstances Exception

By reviewing the U.S. warrant requirement and its exigent-circumstances exception, some similarities and differences can be found between Korean law and U.S. case-law

142) *Lange v. California*, 141 S.Ct., at 2018.

143) *Lange*, at 2020.

144) *Id.* at 2034.

145) *Id.* at 2020.

146) *Id.* at 2024.

147) In his concurring opinion, Justice Kavanaugh noted: “The Court holds that an officer may make a warrantless entry into a home when pursuing a fleeing misdemeanor if an exigent circumstance is also present—for example, when there is a risk of escape, destruction of evidence, or harm to others.” *Lange*, at 2025.

regarding warrantless home entries, especially in considering what will be the main purpose of exceptions to the warrant requirement and how to evaluate exigent-circumstances. Like the Fourth Amendment of the U.S. Constitution which proclaims the warrant requirement, the Korean Constitution¹⁴⁸⁾ recognizes the warrant requirement, stating that “all citizens shall be free from intrusion into their places of residences, and a search or seizure in a residence shall be done with a warrant.”¹⁴⁹⁾

The Korean Criminal Procedure Act (KCPA)¹⁵⁰⁾ contains several provisions related to exceptions to the warrant requirement, especially the exigent-circumstances exception. The KCPA’s Article 200-3 acknowledges an exigent-circumstances exception to arrest criminal suspects, if the suspects committed felonies, who are “likely to destroy evidence” and if they “escaped or is likely to escape.”¹⁵¹⁾ It shows that Korea also adopts an exigent-circumstances exception in case of arresting felons. Then, it is still questionable whether this Korean provision may apply to a fleeing felon who has just entered into his home or who has been at home.

At a first glimpse, this Korean provision appears to be similar to an exigent-circumstances exception of the U.S. However, there is a difference. Under the U.S. exigent circumstances exception, there are three categories: imminent danger affecting public safety, risk of evidence destruction, and the hot pursuit of a fleeing felon. Thus, arresting a felon and entering a felon’s house without a warrant shall be done when a felon is “fleeing during a hot pursuit of the police.” To arrest a felon at home who is not “fleeing during a hot pursuit,” the police should obtain a warrant before entering the felon’s house to arrest him or her.

In addition, Article 216 of the KCPA provides a warrantless arrest or search of a suspect who is “in the dwelling of another person or houses” in cases “where there exists an exigent circumstance that makes it impracticable to obtain a warrant of search in advance.”¹⁵²⁾ It is interesting why the provision states the dwelling of “another”

148) Constitution of the Republic of Korea, The Tenth Amendment on Oct. 29, 1987, enforced on Feb. 25, 1988, <https://www.law.go.kr/engLsSc.do?menuId=1&subMenuId=21&tabMenuId=117&query> (last visited on Jan. 26, 2024).

149) Korean Constitution, Article 16: “All citizens shall be free from intrusion into their place of residence. In case of search or seizure in a residence, a warrant issued by a judge upon request of a prosecutor shall be presented.” *Id.*

150) Korean Criminal Procedure Act (KCPA), Act No.16924 enforced on Jan. 1, 2021, <https://www.law.go.kr/engLsSc.do?menuId=1&subMenuId=21&tabMenuId=117&query> (last visited on Jan. 26, 2024).

151) KCPA, Article 200-3(1): “(1) Where a probable reason exists to suspect that any criminal suspect commits crimes punishable with death penalty, imprisonment with labor for an indefinite term, or imprisonment, with or without labor, for not less than three years, and the criminal suspect falls under any of the following, a prosecutor or senior judicial police officer may arrest the suspect without an arrest warrant, upon statement of reasons therefor if it is not possible to obtain an arrest warrant of a judge of the district court because of urgencies. In this case, the urgencies means the cases where the issue of an arrest warrant is pressed for time, such as where the criminal suspect is found by chance: 1. If the criminal suspect is likely to destroy evidence; 2. If the criminal suspect escaped or is likely to escape. <Amended by Act No. 8496, Jun. 1, 2007>.” *Id.*

instead of “a suspect.” Thus, it is not clear whether the police may implement a warrantless arrest of a suspect at his or her own dwelling under this article. However, the same article in its separate section states that the police may search a suspect without a warrant “*at the crime scene during or immediately after the crime*” because of urgency.¹⁵³⁾

It is wondering whether this provision can be interpreted that a warrantless entry into the dwelling shall be permitted “during or immediately after the crime” when if a crime scene is a suspect’s dwelling. Probably, the Korean law may recognize a crime-scene as an exigent circumstance to prevent a suspect to destroy evidence. In this provision, there is no distinction whether a crime is misdemeanor or felony in hot pursuit as shown in the *Lange* Court. Under the U.S. exigent circumstances, there is no “crime-scene” exigent-circumstances exception. Thus, a following question will be: Whether the Korean police officer may enter a dwelling of even a misdemeanor suspect without a warrant if the dwelling is a crime scene under article 216(3). In practice, the answer appears to be negative as shown in the below criminal case.

Before to review the case, it needs to check some legal provisions of the “Act on the Performance of Duties by Police Officers (APDPO)”¹⁵⁴⁾ in Korea. Article 7 of the APDPO provides that “a police officer may enter the land, building, ship, or vehicle of another person within the extent rationally determined necessary, if such are deemed essential for the prevention of danger or the rescue of victims” where any danger to people’s life, body, or property is imminent as a dangerous situation under its Article 5 and 6.¹⁵⁵⁾ Article 5 allows a police officer to take some necessary measures to prevent occurring danger, “likely to inflict harm on the life or body of people.”¹⁵⁶⁾ And Article 6, entitled as “Prevention and Control of Crimes,” provides: “If a police officer deems that a crime is about to be committed in his or her presence, he or she may issue a warning to interested persons to prevent such crimes, and may prevent them from committing

152) KCPA, Article 216(Compulsory Disposition without Warrant): (1) Where a prosecutor or senior judicial police officer arrests or detains a criminal suspect ..., he/she may, if necessary, take the following measures without a warrant: ... 1. To search for a criminal suspect in the dwelling of another person or houses, buildings, airplanes, vessels, or vehicles which are guarded by other persons: Provided, That the search for a criminal suspect to arrest or detain him or her ... shall be limited to cases *where there exists an exigent circumstance* that makes it impracticable to obtain a warrant of search in advance; ...” *Id.*

153) KCPA, Article 216(3): If it is impossible to obtain a warrant issued by a judge of the court *because of urgency at the scene of an offense*, seizure, search, or inspection of evidence may be conducted without a warrant. In this case, a warrant shall be obtained after such act without delay. *Id.* The English-translated version of section 3 of this article should be corrected by adding the term, “during or immediately after the crime,” right after the phrase, “at the scene of an offense.”

154) Korean Act on the Performance of Duties by Police Officers, Act No.18488, partially amended and enforced on Oct. 19, 2021. <https://www.law.go.kr/engLsSc.do?menuId=1&subMenuId=21&tabMenuId=117&query> (last visited on Jan. 26, 2024).

155) *Id.*, Article 7.

156) *Id.*, Article 5.

such Criminal Act in cases of emergency in which such crime is likely to inflict harm on people's life or body or grave damage to property."¹⁵⁷⁾

Despite the above provisions which permit a police officer to enter a house to prevent crime against or harm on people's life, a Korean crime news shows a dilemma of the police which failed to make warrantless home entries of a suspect who killed two women before and after removed his electronic anklet.¹⁵⁸⁾ When the police learned that the suspect damaged his electronic anklet, the police visited his house five times, but they could not enter the house without a warrant.¹⁵⁹⁾ The news article cited a legal expert's statement that if the police "may have taken more aggressive actions and found the first dead body in his house," the second murder could have been prevented.¹⁶⁰⁾ It is further noted that despite Article 7 of APDPO, even if the suspect's damaging an electronic anklet is a crime, the police would not enter his house based on such an act without a warrant.¹⁶¹⁾

Besides, in case of a fleeing felon, Article 212 of the Korean Act states that "any person may arrest a flagrant offender without a warrant."¹⁶²⁾ The word "any person" may include the police officers. The term "flagrant offender" means "a person who is in the act of committing a crime or has just committed,"¹⁶³⁾ and includes the case "where a person attempts to flee when challenged."¹⁶⁴⁾ This provision appears to be similar to the U.S. exigent-circumstances exception in case of a hot pursuit of a fleeing felon. Again, Article 212 has no distinction whether a crime is misdemeanor or felony in hot pursuit.¹⁶⁵⁾ Thus, under this Korean rule, the police may use an exigent-circumstances exception to justify a warrantless entry into a criminal suspect's home when the home is a crime scene rather than obtaining a warrant prior to searches or seizures in "any crimes" under the pretext of preserving evidence.

157) *Id.*, Article 6.

158) Lee, Hye-ri, et al., "Police, who went in vain five times without a warrant, said, 'Allow seizure search and establish exemption regulations,'" The Seoul Newspaper, Sept. 1, 2021, <https://www.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20210902009027>.

159) *Id.* On top of it, the dispatched police did not know that the suspect was a felon with 14 criminal convictions since "only senior police officials can look into criminal records of ex-convicts, to protect the human rights of the criminals." *Id.*

160) *Id.*

161) Lee, *supra* note 158. The news article added a statement of an attorney who suggested a suspect's act of damaging electronic anklet into Article 216 of the KCPA, and who concluded that if so, a search and seizure without a warrant in advance is possible. *Id.*

162) KCPA, Article 212.

163) KCPA, Article 211 (Flagrant Offender and Quasi-Flagrant Offender): (1) A person who is in the act of committing a crime or has just committed it shall be called a flagrant offender. (2) Any of the following persons shall be regarded as a flagrant offender: 1. An offender who is pursued by hue and cry; 2. Where a person carries stolen goods, or a weapon or other things recognized as being used in connection with a crime; 3. Where there is any apparent evidence on the body or clothes of a criminal suspect; 4. Where a person attempts to flee when challenged.

164) KCPA, Article 211(2)(4).

165) Lee, Ki-Ok, 「Practice of Criminal Procedure」, Beom-moon Books, 2008 at 394.

Moreover, a case rendered by the Constitutional Court of Korea¹⁶⁶⁾ ruled on the exigent-circumstances exception to arrest and search a suspect in another's dwelling under Article 216 of the KCPA.¹⁶⁷⁾ The Court assessed the exigent circumstances, by using the term or phrase, "*when necessary*," and "*as anyone can fully know*" that an investigative agency can search for the suspect within the residence of another person if the probability of the suspect's location is clarified."¹⁶⁸⁾ It is wondering whether the standard of "necessity" and "anyone's knowledge" could be enough to justify an exigent-circumstances exception. "Anyone" means whom? Does "anyone" mean "police officers"? "When necessary" may imply an "exigent circumstance" or simply "any necessary situation"? In the U.S. exigent-circumstances exception, the exigent circumstances should be assessed by the "totality of the circumstances" as they were known to "*officers at the time of a home entry and search*" based on "objective reasonableness" that "*a reasonable, experienced police officer*" would believe.

In sum, some dilemma to implement an exigent-circumstances exception to the warrant requirement are still present in Korea despite its well-established law provisions, compared to U.S. cases which strictly utilize the exigent-circumstances exception, especially of warrantless home entries, only in three cases: imminent danger affecting public safety, risk of evidence destruction, and the hot pursuit of a fleeing felon.

VI. Conclusion

The U.S. Supreme Court in both cases avoids a "flat" application or a "categorical" approach to interpret and recognize the previously-established principles and case laws regarding the warrant requirement and its exceptions. It meant that even if a well-settled precedent cannot be a good law in certain specific cases or might be applied differently depending on situations or cases. The Court even concerns that the police should cautiously utilize exceptions to the warrant requirement not to set free criminals who later rely on the exclusionary rule of the evidence which may criminalize them.

Initially, this paper has been drafted by simply wondering why the Court in Caniglia did not approve a community caretaking exception without exigencies at the time of the police's entry into a home. Is there a way to justify a warrantless home entry if a community caretaking entry might be considered as one of "administrative inspections"¹⁶⁹⁾ to check the well-being of those in danger

166) Korea Constitutional Court, 2015*heonba*370 decided on April 26, 2018.

167) In this case, a warrant to arrest a suspect has been already issued, but a warrant to search the suspect in another person's dwelling has not been issued. *Id.*

168) *Id.*

or in need? Also, at the time of the police's home entry in this case, the police accompanied Caniglia's wife who was fearful of her husband's behavior with guns a day before. May a family member's consent be enough to justify a warrantless home entry?

If community caretaking duties of the police officers are legally justified only in case of exigent circumstances, the officers might not quickly respond to the community's assistance request or waste time to take an immediate action for assistance, by considering various factors to determine whether exigencies exist before entering into a home. For instance, after accidents or crimes, it is often said: "The police might have prevented accidents or crimes if they had quickly interfered them or entered houses of criminal victims." It must not be easy for even reasonable police officers to figure out the exigency of the circumstances whether to render immediate aids before entering into a house.

Similarly, it was curious why the Court in *Lange* differently treated fleeing suspects in cases of felony and misdemeanor in hot pursuit to apply the exigent-circumstances exception. If the exigent-circumstances exception does not justify a warrantless entry of the home of a fleeing misdemeanor suspect absence of exigent circumstances, does it give more time for the suspect to destroy any criminal evidence?

Above all, the fundamental principle in *Caniglia* and *Lange* is to protect individuals' privacy right within their home against the government's unconstitutional intrusions, and even further to protect the public from the police's abuse of law enforcement power. In America, the police's home entries in performing community caretaking services or law enforcement often created unintended fatal results and threats to the public. For example, a white police officer shot and killed a black woman when two police officers were conducting a simple welfare check at the victim's house to respond to her neighbor's request to check her house.¹⁷⁰⁾ Also, the police's forced entry without warning into an apartment of a suspect of drug dealing operations resulted in a death of a black woman inside the apartment while the suspect first fired a warning shot to the police officers, thinking that they were intruders, and the police fired over 30 shots in return, causing the death of the woman.¹⁷¹⁾ It is also reported that 89 out of over 250 victims fatally shot by the police since 2015 were victimized at

169) Kit Kinports, "The Quantum of Suspicion Needed for an Exigent Circumstances Search," 52 U. Mich. J.L. Reform 615, 648.

170) Stefan Sykes, "Family of Atatiana Jefferson, Black woman killed by police, sue city of Fort Worth and ex-officer," Nov. 19, 2020, <https://www.nbcnews.com/news/us-news/family-atatiana-jefferson-black-woman-killed-police-sue-city-fort-n1248161>.

171) Richard A. Oppel Jr., et al. "What to Know About Breonna Taylor's Death," April 26, 2021. <https://www.nytimes.com/article/breonna-taylor-police.html>. This is a case of a "no-knock warrant," which allows police officers to enter certain premises without first knocking and announcing their presence or purpose prior to entering the premises. Id.; https://www.law.cornell.edu/wex/no-knock_warrant.

homes or residences where they sometimes stayed.¹⁷²⁾

In sum, these two U.S. cases are noteworthy to think over what is the main purpose of the warrant requirement and its exceptions. Is this to enforce and facilitate the police's crime investigative power to arrest criminal suspects, to protect the public first from any impending harm from any potentially dangerous community members, or to protect an individual's constitutional rights? The U.S. cases put more emphasis on protecting a privacy right of individuals whether they are criminal suspects or dangerous people to the society. On the other hand, by witnessing those fatal incidents related to home entries in America which victimized the public as well as police officers, the exigent-circumstances exception to the warrant requirement at the time of home entries attempts to warn the police to be more cautious before entering into home to ensure the safety of the public as well as the police officers.

172) Marisa Iati, *et al.* "Nearly 250 women have been fatally shot by police since 2015," Sept. 4, 2020. <https://www.washingtonpost.com/graphics/2020/investigations/police-shootings-women/>.

[Bibliography]

- Lee, Ki-Ok, 「Practice of Criminal Procedure」, Beom-moon Books, 2008.
- Debra Livingston, “Police, Community Caretaking, and The Fourth Amendment,” 1998 University of Chicago Legal Forum 261 (1998).
- Jacob Y. Chen, “Exigency and Emergency: Understanding the Warrantless Non-Consensual Home Entry,” 48 No. 5 Criminal Law Bulletin ART 6 (2012).
- Jerold H. Israel, Yale Kamisar, Wayne R. LaFave, and Nancy J. King, Criminal Procedure and the Constitution, Egan: Thomson Reuters, 2011.
- Kathryn E. Fifield, “Let This Jardines Grow: The Case for Curtilage Protection in Common Spaces,” 2017 Wisconsin Law Reviews 147 (2017).
- Kit Kinports, “The Quantum of Suspicion Needed for an Exigent Circumstances Search,” 52 University of Michigan Journal of Law Reform 615 (2019).
- Mary Elisabeth Naumann, “The Community Caretaker Doctrine: Yet Another Fourth Amendment Exception,” 26 American Journal of Criminal Law 325 (1999).
- Michael R. Dimino, Sr., “Police Paternalism: Community Caretaking, Assistance Searches, and Fourth Amendment Reasonableness,” 66 Washington and Lee Law Review 1485 (2009).
- Peter J. Henning, Andrew Taslitz, Margaret L. Paris, Cynthia E. Jones and Ellen S. Podgor, Mastering Criminal Procedure, Volume 1: The Investigative Stage, Durham: Carolina Academic Press, 2010.
- Rolando V. del Carmen and Craig Hemmens, Criminal procedure and the Supreme Court, Lanham : Rowman & Littlefield Publishers, 2010.
- Wayne R. LaFave, Jerold H. Israel, Yale Kamisar, and Nancy J. King, Criminal Procedure, St. Paul: Thomson-West, 2009.

[국문초록]

미국 형사소송의 영장 없는 주거지 진입에 대한 주거지 사생활 보호의 경계선

최영관*

주거지의 사생활 보호는 집 건물 내 뿐만 아니라 건물에 부속되거나 연결된 주차장, 차량진입로, 현관 앞, 뒷마당 등 공개된 건물외의 지역에서의 개인의 사생활 활동까지 연장되어 보호되기에, 경찰이 영장을 발부받지 않고, 보호받는 주거지 진입에 의한 증거는 무효를 주장할 수 있다. 2021년 미국 연방대법원은 경찰이 “지역사회 돌봄(communitary caretaking)” 의무를 수행하는 과정에서 영장 없이 주거지에 들어간 사건과 경범죄 혐의자를 추적하는 중에 영장 없이 그 혐의자의 주거지에 진입한 사건에서, 이 두 경우 모두 미국 헌법 제4 수정조항의 영장주의 예외에 해당하지 않는다고 판결하였다.

먼저 Caniglia v. Strom 사건의 경우, 남편(Caniglia)이 부인과 말다툼 도중에 총을 꺼내어 자살할 것 같은 언행을 하자, 부인은 집을 나가 하룻밤을 보낸 뒤, 다음날 남편의 정신 상태와 안위가 염려되어 경찰에게 자기 집에 동행해 줄 것을 부탁하고, 경찰은 부인과 함께 집에 들어가, 남편을 구속하여 정신병원으로 이송시킨 이후, 집 내부에 있는 남편의 총을 압수하였다. 남편이 경찰의 총기 압수의 위법성을 주장하자, 경찰은 남편이 자신 또는 주변 사람의 안전에 위해가 된다고 판단하여 영장 없이 주거지에 진입한 것으로, 이는 경찰의 “지역사회 돌봄(communitary caretaking)” 의무를 수행하는 과정에서 발생하였기에, 영장주의의 예외에 해당한다고 주장하였다. 그러나 연방대법원은 주거지에서의 개인의 사생활 보호를 위해, 경찰은 지역사회 돌봄 의무를 수행하는 경우라도 긴급 상황이 아닌 경우에는 주거지 침입 전에 반드시 영장을 발부받아야 한다고 판결하였다.

Lange v. California 사건의 경우, 경찰은 고속도로에서 음악을 시끄럽게 틀고 운전하는 Lange에게 차량을 세울 것을 수차례 경고하였으나 Lange가 정지하지 않자, 그를 따라 Lange의 집까지 간 후, 음주 측정을 하게 되고, Lange는 음주운전과 소음 위반 혐의로 기소되었다. 경찰은 경범죄 혐의자를 추적하는 중에 영장 없이 그 혐의자의 주거지에 진입한 것은 범인추적이라는 긴급 상황이므로, 영장주의의 예외에 해당한다고 주장하였다. 그러나 연방대법원은 “긴급 상황 예외(exigent-circumstances exception)”는 중범죄 혐의자를 추적하는 경우에 적용이 되고, 경범죄의 경우에는 긴급 상황 예외가 항상 적용되는 것은 아니고, 사건 별로 주거지 진입 당시 긴급 상황이 있었는지를 추가로 판단하여야 한다고 판결하였다.

미국 연방대법원은 위 두 판례를 통해, 자택에서의 개인의 사생활 보호가 최우선시 되어야 한다는 것을 강조하면서, 무엇보다도 선례에 의해 확립된 법원칙이 개별 사실관계에 따라 다르게 적용되어야 함에도 불구하고, 이러한 법원칙을 확일적으로 또는 단정적으로 판단, 적용하는 법조인의 사고 또는 접근법에 일침을 가하였다고

* 원광대학교 법학전문대학원 교수

본다. 이 논문에서는 미국의 영장주의와 영장주의 예외에 관한 원칙을 검토하고, 경찰의 주거지 진입과 관련하여, 범죄혐의와 무관한 지역사회 돌봄의무 수행의 경우와 범죄혐의자 추적 과정을 따로 분리하여, 긴급상황에 의한 영장주의 예외 원칙이 각각 어떻게 적용되는 지에 대해 살펴본다.

주제어: 사생활보호, 주거지의 사생활보호지역, 영장주의 예외, 영장 없이 주거지 진입, 지역사회 돌봄, 긴급 상황 예외, 미국 형사소송법

투표보조인제도의 법적 쟁점과 개선 방안

기현석*

논문요지

투표보조인제도는 기표절차에서 장애로 인하여 독립적인 기표행위를 할 수 없는 선거인에게 타인의 조력을 제공하는 선거제도이다. 현재 투표보조인제도에 대해서는 다음 세 가지 법적 쟁점이 논의된다. 첫째, 현행법은 발달장애인을 투표보조인제도의 적용 범위에서 배제하는데 이에 발달장애인도 투표보조인의 조력을 받을 수 있도록 법 개정이 이뤄져야 한다는 주장이 제기된다. 둘째, 현행법은 투표보조인이 가족이 아닌 경우 반드시 2인을 동반하도록 정하는데 이러한 제한이 폐지되어야 한다는 주장이 제기된다. 셋째, 근본적으로 투표보조인제도는 장애인의 선거권 보장을 위해 투표보조인에게 투표의 내용이 노출되는 문제를 안고 있으므로 투표의 비밀을 보장할 수 있는 대안을 마련할 필요가 있다는 주장이 제기된다. 여기서 서로 충돌하는 헌법상 가치를 최대한 보장하는 입법 대안을 마련하기 위하여 실제적 조화의 원칙을 적용한다면 현재의 법적 쟁점들에 대해서는 다면 다음과 같은 결론을 내릴 수 있다.

첫째의 주장에 대해서는 다음과 같이 판단한다. 공직선거법은 투표보조인에 의한 강제투표의 가능성을 이유로 투표보조인제도의 적용 대상에서 발달장애인을 제외한다. 그런데 이러한 제한 규정은 자유선거원칙의 보장을 이유로 보통선거원칙이라는 보다 우월한 헌법상 가치를 희생하는 결과를 낳고 있으므로 폐지되는 것이 바람직하다.

둘째의 주장에 대해서는 다음과 같이 판단한다. 공직선거법은 투표보조인이 가족이 아닌 경우 반드시 투표보조인 2인을 동반하도록 함으로써 선거인의 투표의 자유를 보장하고자 한다. 그러나 이러한 법적 제약은 자유선거원칙의 보장을 이유로 비밀선거원칙을 과도하게 후퇴시키고 있으므로 폐지되는 것이 바람직하다고 본다.

셋째의 주장에 대해서는 다음과 같이 판단한다. 투표보조인제도가 안고 있는 본질적인 문제는 보통선거원칙과 비밀선거원칙이 충돌하는 상황에서 일방적으로 비밀선거원칙의 후퇴를 감수하도록 하는 데서 기인한다. 따라서 제3의 대안을 통하여 충돌하는 두 개의 헌법상 가치를 양립시키려는 노력이 요구된다. 여기서 제3의 대안은 장애인의 독립적인 기표행위를 지원하는 투표보조용구의 개선을 통하여 가능하다. 외국의 입법례에 따르면 이상적인 투표보조용구의 도입은 전자투표제도의 도입을 전제로 한다. 이에 제3의 대안으로서 제한된 범위에서 전자투표제와 결합된 투

* 명지대학교 법과대학 교수, 법학박사

표보조용구를 도입하는 방안을 검토해 볼 필요가 있다.

검색용 주제어: 보통선거, 비밀선거, 투표보조인, 실제적 조화 원칙, 전자투표

· 논문접수: 2023. 12. 31. · 심사개시: 2024. 01. 11. · 게재확정: 2024. 01. 25.

I. 서론

공직선거법 제157조 제6항은 “시각 또는 신체의 장애로 인하여 자신이 기표할 수 없는 선거인은 그 가족 또는 본인이 지명한 2인이 동반하여 투표를 보조하게 할 수 있다.”고 정하여 투표보조인제도를 규정한다. 투표보조인제도는 기표절차에서 장애인의 기표행위를 지원하기 위한 선거제도의 하나로서,¹⁾ 현행법상 시각이나 신체의 장애를 가진 장애인의 경우 타인의 도움을 받아 기표행위를 할 수 있다. 그런데 최근의 여러 사례들에서 알 수 있는 것처럼 현재의 투표보조인제도에 대해서는 개선을 요하는 여러 주장이 제기되고 있다.

투표보조인제도에 법적 쟁점은 크게 세 가지로 구분될 수 있다. 첫째, 현행 공직선거법은 발달장애인²⁾을 투표보조인제도의 적용 범위에서 배제하는데 이에 발달장애인도 투표보조인의 조력을 받을 수 있도록 법 개정이 이뤄져야 한다는 주장이 제기된다(쟁점 1: 이하 ‘발달장애인 관련 쟁점’으로 칭함).³⁾ 둘째, 현재의 투표보조인제도

- 1) 공직선거법 제157조는 ‘투표용지 수령 및 기표절차’라는 표제를 사용하면서 투표용지 교부 및 수령, 기표소에 들어가 기표하는 행위, 투표함에 넣는 행위 등을 정한다. 이에 기표절차란 전체 선거절차 중에서 “선거인이 투표용지를 받은 후 원하는 후보자의 해당란에 기표를 하고 다시 투표용지를 투표함에 넣는 절차”로 정의될 수 있다. 공진성, “장애인 선거권의 실질적 보장과 공직선거법상 장애인의 기표절차에 대한 개선방안 연구”, 세계헌법연구 제 27권 1호, 2021, 142면.
- 2) 「발달장애인권리보장및지원에관한법률」 제2조 제1호에 따르면 발달장애인이란 「장애인복지법」 제2조제1항의 장애인으로서, 지적장애인(“정신 발육이 항구적으로 지체되어 지적능력의 발달이 불충분하거나 불완전하여 자신의 일을 처리하는 것과 사회생활에 적응하는 것이 상당히 곤란한 사람”), 자폐성장아인(“소아기 자폐증, 비전형적 자폐증에 따른 언어·신체표현·자기조절·사회적응 기능 및 능력의 장애로 인하여 일상생활이나 사회생활에 상당한 제약을 받아 다른 사람의 도움이 필요한 사람”), 그리고 “그 밖에 통상적인 발달이 나타나지 아니하거나 크게 지연되어 일상생활이나 사회생활에 상당한 제약을 받는 사람으로서 대통령령으로 정하는 사람”을 말한다. 한편 「장애인복지법」이 장애인을 분류하는 기준에 따르면 시각장애는 신체적 장애라는 하나의 범주에 묶일 수 있으나 발달장애는 신체적 장애와는 구별되는 범주의 장애로 볼 수밖에 없다. 「장애인복지법」 제2조 제2항은 신체적 장애를 “주요 외부 신체 기능의 장애” 및 “내부기관의 장애”로 정의하고, 정신적 장애는 “발달장애 또는 정신 질환으로 발생하는 장애”라고 정하여 양자가 별개의 개념임을 분명히 하고 있기 때문이다.
- 3) 이와 관련된 사례로는 다음의 기사를 참조하기 바람. “발달장애인들이 투표소에서 투표 보조인의 도움을 받지 못해 선거권을 행사할 수 없다며 국가를 상대로 제기한 소송에서 패소했다. … 재판부는 “원고들에게 외부 투표 보조인을 허용하지 않은 행위에 문제가 있다고는 보이지만 이 법률 규정 자체에 문제가 있다고 볼 수는 없다”고 판결했다. … 현행 공직선거법은 ‘시각 또는 신체의 장애로 인해 자신이 기표할 수 없는 선거인은 그 가족 또는 본인이 지명한 2인을 동반해 투표를 보조하게 할 수 있다’고 명시하고 있다. … 후보자란에 정확히 날인하는 것을 어려워하는 발달장애인의 경우 걸음걸이나 시력 등에 문제가 없으면

는 선거인이 지명한 투표보조인이 가족이 아닌 경우 반드시 추가적인 투표보조인을 포함한 2인을 동반하도록 정하는데 이러한 제약은 폐지되어야 한다는 주장이 제기된다(쟁점 2: 이하 ‘비가족 투표보조인 관련 쟁점’으로 칭함).⁴⁾ 셋째, 투표보조인제도는 본질적으로 투표보조인의 부당한 영향력 행사로 인하여 투표의 비밀 내지 자유가 침해될 가능성을 안고 있는 제도이므로 제도를 대체할 대안의 마련이 요구된다는 주장이 제기되기도 한다(쟁점 3: 이하 ‘투표보조인제도 고유의 쟁점’으로 칭함).⁵⁾

어떤 선거제도를 고안하는 과정에 있어 각기 다른 선거의 원칙이 서로 대립할 때 이 문제를 해결하는 기준으로는 실제적 조화의 원칙이 제시될 수 있다. 실제적 조화의 원칙은 최적의 대안을 모색한다는 점에서 특히 입법을 위한 기준으로서 장점을 가진다.⁶⁾ 이에 본 논문은 투표보조인제도의 각 쟁점의 해결방안으로 실제적 조화의

투표소 관계자들이 ‘시각·신체 장애’에 해당하지 않는다고 판단하고 투표 보조를 제공하지 않는 때도 있다.” 연합뉴스, 2023. 10. 4. (<https://www.yna.co.kr/view/AKR20231004104600051?input=1195m>) 이에 대한 자세한 논의로는 기현석, “정신장애인의 선거권 제한 논의에 대한 고찰”, 토지공법연구 제73권 제2호, 한국토지공법학회, 2016.

- 4) 이와 관련된 사례로는 다음의 헌재 2020. 5. 27. 2017헌마867 사건의 사건개요를 참조하기 바람. “청구인은 뇌병변 1급 장애인으로서 활동보조인의 활동보조를 받고 있다. 청구인은 제19대 대통령선거일인 2017. 5. 9. 인천 계양구 ○○동 ○○투표소에서 활동보조인의 도움을 받아 투표를 하고자 하였다. 공직선거법 제157조 제6항 후단은 ‘시각 또는 신체의 장애로 인하여 자신이 기표할 수 없는 선거인은 그 가족 또는 본인이 지명한 2인을 동반하여 투표를 보조하게 할 수 있다’라고 규정하고 있고, 이에 따라 중앙선거관리위원회가 마련한 투표관리 매뉴얼에서는 시각 또는 신체의 장애가 있는 선거인이 지명한 사람이 없거나 가족이 아닌 1인인 경우에는 투표참관인의 입회 아래 투표사무원 중에서 2인이 되도록 선정하여 투표를 보조하도록 안내하고 있었다. 청구인은 활동보조인 1인만을 동반하여 기표소에 들어가려고 하였으나, 위와 같은 이유로 위 투표소에 있던 투표관리관에 의해 제지되었다.” 이에 대한 자세한 논의로는 공진성, “공직선거법상 신체적 장애인을 위한 비가족투표보조인조항의 위헌성 - 헌재 2020. 5. 27. 2017헌마867 결정에 대한 평석을 겸하여 -, 유럽헌법연구 제35호, 2021.
- 5) 이와 관련된 사례로는 다음의 기사를 참조하기 바람. “시각장애인 B씨는 점자보조용구 스스로 투표를 했던 과거와 달리 이번 지방선거에서는 사전투표에 나섰다가 비밀투표를 하지 못했다. 해당 투표소에서는 관외의 경우 점자보조용구가 지원되지 않았기 때문이다. 선관위 직원이 참관한 상태에서 동행한 가족이 A씨 대신 도장을 찍어줬다. ... 시각장애인들 사이에서는 투표 칸의 크기가 작아 제대로 투표했는지를 분간이 어렵거나, 코로나19로 비닐장갑을 끼고 하면 칸 테두리가 느껴지지 않아 불편하다는 호소도 높다. ... 최씨는 “가족 혹은 친구들과 ‘누구를 찍을까’라고 말하는 것과 실제 투표 과정에서 보게 되는 건 다르다. 선거의 4대 원칙 중 비밀선거에 위배되기 때문에 정말 개선이 필요한 부분인 것 같다”고 덧붙였다.” 복지타임즈, 2022. 5. 31. (<http://www.bokjitime.com>)
- 6) 실제적 조화의 원칙은 헌법상 가치가 충돌하는 상황에서 어느 하나의 가치를 일방적으로 희생하지 말고 모든 가치가 최대한 실현될 수 있도록 적절한 조화점을 찾아야 한다는 원칙이므로 입법과정에서의 판단기준으로서 장점을 가진다. 이와 관련하여 헌법재판소는 입법규범으로서의 헌법과 재판규범으로서의 헌법의 차이에 대해 다음과 같이 설명한다. “헌법재판소와 입법자는 모두 헌법에 기속되나, 그 기속의 성질은 서로 다르다. 헌법은, 입법자와 같이 적극적으로 형성적 활동을 하는 국가기관에게는 행위의 지침이자 한계인 행위규범을 의미하나 헌법재판소에게는 다른 국가기관의 행위의 합헌성을 심사하는 기준으로서의 재판규범 즉 통제규범을 의미한다. 그러므로 헌법상의 평등원칙도 행위규범으로서의 입법자에게 객관적으로 같은 것은 같게 다른 것은 다르게 규범의 대상을 실질적으로 평등하게 규율할 것을 요구하게 되나, 통제규범으로서의 헌법은 단지 자의적인 입법의 금지기준만을 의미하게 되므로 헌법재판소는 입법자의 결정에서 차별을 정당화할 수 있는 합리적인 이유를 찾아볼 수 없는 경우에만 평등원칙의 위반을 선언하게 된다. 즉, 헌법에 따른 입법자의 평등 실현의무는 헌법재판소에 대하여는 단지 자의금지원칙으로 그 의미가 한정 축소되어, 평등원칙의 위반이 문제되는 헌법재판에서는 원칙적으로 어떤 입법이 가장 합리적이고 타당한 수단인가 여부를 심사하는 것이 아니라, 입법자의 정치적 형성이 헌법적 한계 내에 머물고

원칙에 따라 현재의 투표보조인제도에 대한 입법적 대안을 모색하고자 하였다.⁷⁾

결론을 선취하여 말하자면 본 논문은 단기적으로 발달장애인을 투표보조인제도의 적용 대상에 포함시킬 것과 비가족 투표보조인 2인 동반 규정을 폐지할 것을 제안하는 동시에 장기적으로 투표보조인제도를 대체하거나 이에 대한 의존을 최소화하기 위한 전자투표제와 결합한 투표용지 및 투표용구 지원제도를 개선할 것을 제안한다.⁸⁾

본 논문은 다음의 순서로 구성되었다. 먼저 장애의 유형에 따른 투표용지 및 투표보조용구에 대한 간단한 소개와 더불어 투표보조인제도의 현황과 문제점을 살펴본다(II). 다음으로 선거제도에 대한 평가 기준으로 고려될 수 있는 실제적 조화이론의 내용을 소개하고 이에 근거하여 현행 투표보조인제도의 법적 쟁점에 대한 입법적 개선 방안을 제시하기로 한다(III). 이어서 투표보조인제도 고유의 쟁점에 대한 보다 구체적인 입법 대안으로 해외의 전자투표제 도입에 따른 장애인 기표 지원 사례를 소개한다(IV).

II. 투표보조인제도의 현황과 문제점: 장애 유형에 따른 제한구조

1. 투표보조인제도의 의의 및 투표보조용구와의 관계

기표절차에서 장애인이 독립적으로 기표할 수 없는 경우 국가는 장애인의 기표를 지원하기 위한 수단을 마련할 필요가 있을 것인데 이에 현재 운용되는 대표적인 장애인 기표 지원제도로는 투표보조인제도 외에 투표보조용구 지원제도를 들 수 있다. 여기서 양자의 관계를 살펴보면 투표보조인제도는 투표보조용구 지원제도의 보충적인 수단으로 고려된다.

투표보조인제도가 투표보조용구 지원제도에 대해 보충적인 관계에 놓이는 것은 투표보조인제도가 타인의 조력을 전제로 하므로 투표의 비밀이 보장되지 않는다는 근본적인 한계를 안고 있는데 기인한다.⁹⁾ 헌법재판소도 투표보조인제도와 투표보조용구의 관계에 대하여 “심판대상조항은 … 선거용 보조기구를 이용하여 기표할 수 없는 정도의 신체장애를 지닌 선거인의 선거권을 실질적으로 보장하는 데 이바지한

있는가 여부, 즉 자의적인 것인가 여부를 심사하여야 하며, 그럼으로써 입법자의 형성의 자유와 민주국가의 권력분립적 기능질서가 보장될 수 있는 것이다.” 헌재 2001. 11. 29. 99헌마494.

7) ‘재판규범’으로서 실제적 조화의 원칙의 독자성 내지 유용성에 대해서는 과잉금지원칙과의 관계에 비추어 이를 부정하는 견해가 있으나 적어도 ‘입법규범’으로서 실제적 조화의 원칙의 독자성 내지 유용성에 대해서는 별다른 이론이 없다 할 수 있다. 강일신, “사법심사기준으로서 실제적 조화 원칙”, 법조 제68권 제5호(통권 제737호), 법조협회, 2019, 57면.

8) 이에 본 논문은 또한 투표보조인제도의 대안 마련을 위한 수단으로서 전자투표제도의 제한적 도입 가능성을 제IV장에서 이론적으로 검토하기로 한다.

9) 이와 관련하여 “투표보조인제도는 그 이용을 원하는 모든 신체적 장애인에게 허용되는 것은 아니다. 투표보조인제도는 타인이 기표행위를 대신해 주는 것이므로 비밀선거를 제한하는 제도이고, 그 타인이 영향력을 미칠 경우 자유선거를 제한할 가능성도 항상 존재하기 때문에, 스스로 정확하게 기표할 수 없는 정도의 신체적 장애를 지닌 선거인에 한하여 허용된다.”고 보면서 공직선거법 제157조 제6항의 적용범위의 의미도 “시각 또는 신체의 장애로 인하여 ‘선거용보조도구의 도움을 받아서라도’ 스스로 기표할 수 없는 선거인”으로 한정적으로 해석된다고 설명된다. 공진성, 앞의 글(각주 5), 183면.

다.”고 판시한 바 있다.¹⁰⁾

2. 발달장애인에 대한 투표지원

(1) 선거권(선거자격) 확대에 조응하지 못하는 투표지원제도

현행법상 발달장애인은 투표보조인의 적용 대상에서 명시적으로 배제되고 있다. 이는 독립적인 기표행위의 장애 사유로 정신적 장애는 적합하지 않다고 본 입법자의 의도가 개입된 것으로 보인다. 그런데 이러한 제한은 그간 발달장애인의 선거자격이 지속적으로 확대되었음에도 기표지원을 위한 관련 제도의 개선이 거의 없는 현실과는 부합하지 않는다. 이와 관련하여 발달장애인의 선거자격 및 투표보조인제도 관련 규정의 연혁을 간단히 살펴보면 다음과 같다.¹¹⁾

현행 공직선거법의 모태라 할 국회의원선거법(법률 제17호, 1948. 12. 23. 시행) 제2조는 “좌의1에 해당하는 자는 선거권이 없음.”이라고 정하면서 제1호에 “법원에서 금치산선고를 받은 자”를 정하고 제2호에 “법원에서 심신모약으로 인하여 준금치산선고를 받은 자”를 정하였다.¹²⁾ 한편 투표보조인제도와 관련하여서는 동법 제34조에 “맹인선거인은 가족 또는 자기가 선택한 자 1인과 동반하여 투표용지에 표를 하고 투표용지를 봉투에 넣는데 원조하게 할 수 있음. 이러한 경우에는 위원장이 위원 중 1인으로 하여금 입회케 할 수 있음.”이라고 정하였다.

다음으로 선거의 종류별로 존재하였던 각 선거법들이 통합되기 직전의 국회의원선거법(법률 제4462호, 1991. 12. 31., 일부개정)은 동법 제11조 제1호에서 “금치산 또는 한정치산의 선고를 받은 자”를 선거권이 없는 자로 정하면서, 제109조 제3항 ‘기표절차’에서 “맹인 기타 신체의 불구로 인하여 자신이 표를 할 수 없는 선거인은 그 가족 또는 본인이 지정한 자 2인을 동반하여 투표를 보조하게 할 수 있다.”고 정하였다.¹³⁾

즉 이미 1991년의 국회의원선거법만 보더라도 투표보조인제도 관련 규정은 일부 용어를 대체한 것을 제외하면 현재의 규정과 거의 차이가 없는 것을 알 수 있다. 그러나 이와는 달리 발달장애인의 선거자격은 해방 직후부터 최근까지 지속적으로 확대되어 왔다. 현행 공직선거법 제18조 제1항 제1호는 민법상 “금치산선고를 받은 자”에게 선거권이 없다고 정한다. 즉 1991년의 국회의원선거법의 선거자격 배제사유에 비추어 한정치산자가 제외되고 있음을 알 수 있다.

그런데 현행 공직선거법 제18조 제1항 제1호조차도 다음의 이유에서 최근 유명무실한 것이 되었다. 먼저 민법 개정으로 2013년부터 구법상 금치산·한정치산 제도를 대체하는 성년후견제도가 시행되었다. 이후 개정 민법이 정한 유예기간 5년이 지난

10) 헌재 2020. 5. 27. 2017헌마867

11) 현행 공직선거법은 별개의 선거법으로 이뤄졌던 대통령선거법, 국회의원선거법, 지방의회의원선거법, 지방자치단체의장선거법이 공직선거및선거부정방지법으로 통합된 이후 그 명칭과 체계를 달리하여 현재에 이르고 있다.

12) 이하 구법의 내용은 국가법령정보센터(<https://www.law.go.kr/LSW/main.html>) 참조.

13) 선거권이 없는 자를 정한 한정치산자 배제 규정은 1994년 제정된 통합 선거법인 공직선거및선거부정방지법(법률 제4739호, 1994. 3. 16., 제정) 제18조제1호에 의해 ‘금치산선고를 받은 자’만이 선거자격이 없는 것으로 현재와 같이 변경되었다.

에 따라 2018년부터 구법상 금치산 선고를 받은 자의 선거 결격에 대한 효력이 상실되었다.¹⁴⁾ 한편 우리나라 국회가 2008년 12월 비준한 바 있는 UN장애인권리협약(UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities; 약칭 ‘CRPD’) 제12조 및 제29조는 협약 비준국에게 발달장애를 이유로 한 선거자격의 제한을 폐지하도록 정하는 한편 선거자격 제한 규정 폐지에 대응하여 발달장애인의 잔존능력을 최대한 존중할 수 있는 기표절차에서의 지원방안을 마련할 것을 요청한다.¹⁵⁾

그러나 이처럼 발달장애인의 선거자격이 확대되어 온 것과는 반대로 다음에서 살펴볼 바와 같이 발달장애인의 기표절차에서의 지원수단은 사실상 전무한 실정이다.

(2) 투표용지 관련 제도의 문제점

공직선거법은 제150조에서 투표용지의 정당·후보자의 게재 순위 등에 대한 규정을 두고 있는데 동조 제1항에 따르면 투표용지에는 후보자의 기호와 정당추천 후보자가 소속된 정당의 명칭 그리고 성명이 표시된다. 문제는 이러한 현재의 투표용지 관련 규정이 글을 읽지 못하는 사람이나 문자를 이해하는 능력이 떨어지는 발달장애인 독립적인 기표행위를 하기에는 적절하고 충분한 정보를 제공하지 못한다는 점이다. 물론 사전에 예행연습이나 교육을 통해 이러한 문제를 어느 정도는 해소할 수 있다고 볼 수도 있겠으나, 예컨대 여러 개의 선거가 동시에 치러지는 지방선거의 경우 투표용지가 최대 8장에 이르기도 하고¹⁶⁾ 후보자가 난립한 선거의 경우에는 투표용지의 길이가 매우 길어지는 등¹⁷⁾ 선거에 따라 기표에 어려움이 가중되는 경우가 많아 기표절차에서의 발달장애인의 선거권 행사가 불가능한 상황이 자주 발생한다. 이에 장애인단체 등 일부에서는 외국의 입법례에 비추어 후보자의 사진, 정당의 로고가 포함된 투표용지를 도입할 것을 주장한다.¹⁸⁾ 다만 이러한 주장이 받아들여질 경우 투

14) 민법 개정에 따라 몇 차례 공직선거법의 ‘금치산자’ 문구를 ‘피성년후견인’으로 대체하려는 법 개정 시도가 있었으나 이들 개정안은 임기 만료로 각각 폐기되었다. 2013년 윤관석 의원안(2013. 09. 25.), 2015년 김민기 의원안(2015. 6. 23.), 2016년 황주홍 의원안(2016. 11. 28.) 등. 국회의안정보시스템, (<https://likms.assembly.go.kr/bill/main.do>)

15) 영국, 독일, 프랑스, 일본, 캐나다 등 미국, 오스트레일리아를 제외한 다수의 동 협약 비준국들이 발달장애인의 선거권 제한 규정을 철폐하였다. 박현정, “정신적 장애인의 선거권 보장-프랑스의 선거법 개정과 시사점-”, 서울法學 제29권 제1호, 서울시립대학교 법학연구소, 2021. 5, 5면.

16) KBS뉴스, 2022. 5. 31. 지난 2022년 지방선거의 경우 세종특별자치시와 제주특별자치도를 제외한 대부분 지역에서 투표용지는 각 유권자당 광역단체장, 기초단체장, 교육감, 광역의원(지역구, 비례 각 1장), 기초의원(지역구, 비례 각 1장) 총 7장이 교부되었다. 그러나 일부 지역에서는 국회의원 보궐선거 등이 치러져 최대 8장에 기표를 하기도 하였다. (<https://news.kbs.co.kr/news/pc/view/view.do?ncd=5475617>)

17) 디지털타임스, 2020. 3. 28. 준연동형 비례대표제가 처음 시행된 2020년 4·15 총선에서는 정당 난립으로 총 41개 정당이 참여한 탓에 투표용지 길이가 48cm에 이르기도 하였다. (https://www.dt.co.kr/contents.html?article_no=2020032802109958820001)

18) 관련된 사례로는 다음의 기사를 참조. “글자를 잘 읽지 못하거나, 읽어도 순간 헛갈릴 수 있는 발달장애의 특성상, 글자만 가득한 투표용지는 또 다른 벽입니다. … ”이름이 헛갈렸어요. 세 명 중에서 뽑으려고 하니까 그냥 막 찍었어요.” 영국이나 스웨덴의 선거 공보물은 장애인이 이해하게 쉽도록, 주요 내용을 그림으로 표현하고 글자도 큼직합니다. 대만과 아일랜드 등 50개국 투표용지에는 정당 로고나 후보 사진이 들어갑니다. … 하지만, 우리 중앙선거관리위원회는 예산과 개표시간 지연 문제 때문에 이런 조치가 어렵다는 입장. 특히, 발달장애인이 극소수인 선거구에선, 그림투표용지를 쓴 장애인이, 누굴 찍었는지 쉽게 드러날 우려가 있다고도 주장합니다.” mbc 뉴스데스크, 2022. 10. 3 (<https://imnews.imbc.com>)

표용지의 도입 범위와 관련하여 새로운 문제가 제기될 수 있는데, 모든 선거인을 대상으로 동일하게 그림이나 사진이 포함된 투표용지를 도입할 경우에는 별 문제가 없겠지만, 비용 등을 이유로 발달장애인에 한정하여 위의 특수한 투표용지를 도입할 경우 개표과정에서 발달장애인의 투표의 비밀이 침해된다는 주장이 제기될 수 있다.¹⁹⁾

(3) 투표보조인제도 관련 문제점

공직선거법 제156조 제6항이 정하고 있는 투표보조인의 적용 범위에 발달장애인이 포함될 수 있는지에 대해 과거 대법원은 “정신지체로 인하여 심신미약의 상태에 있다고 하더라도 신체상으로는 기표를 하는 데에 아무런 장애가 없는 자는 여기서 말하는 시각 또는 신체의 장애로 인하여 자신이 기표할 수 없는 선거인에 해당되지 아니한다.”고 하여 발달장애인이 배제된다는 점을 명백히 한 바 있다.²⁰⁾ 다만 중앙선거관리위원회는 2016년 제20대 국회의원선거에서 투표관리매뉴얼의 해석을 통하여 “점자로 읽을 수 없어 혼자서 기표할 수 없는 시각장애인과 신체장애(지적·자폐성 포함)로 자신이 혼자서 기표할 수 없는 선거인”에게 투표보조인에 의한 조력을 허용하도록 하였다.²¹⁾ 그러나 이는 현장에서 도리어 혼선을 가중시키는 등의 문제를 발생시켰고 이에 2020년 제21대 총선에서는 투표관리매뉴얼의 “시각장애인과 신체장애(지적·자폐성 장애 포함)로”라는 문구를 삭제하고 단서부분에 “금치산자 또는 피성년후견인도 시각 또는 신체장애가 있는 경우 투표보조 가능”이라는 규정을 추가하여 신체장애가 없는 경우 발달장애인이 투표보조인의 도움을 받지 못한다는 점을 명확하게 하였다.²²⁾ 다만 현행 공직선거법은 투표관리관의 권한에 대한 규정이나 투표보조인제도

[om/replay/2022/nwdesk/article/6413564_35744.html](https://www.ablenews.co.kr/news/articleView.html?idxno=93004)

19) 사실 이러한 문제는 장애의 유형별 투표용지 개선 논의에 모두 공통된 것이라 할 수 있다. 뒤에서 볼 시각장애인용 점자형 투표용지나 장애인에 대한 기표지원을 위한 전자투표제 도입시 기표란의 기표도 함께 인쇄되어 출력되게 되는 투표용지는 모두 개표시 투표의 비밀을 침해한다는 논란을 야기할 수 있다. 이에 특수한 투표용지가 도입될 경우 개표절차 관련 제도의 개선이 또한 필요하다고 본다. 점자형 투표용지의 도입시의 문제점 및 개선방안에 대해서는 다음 기사를 참조할 것. (<https://www.ablenews.co.kr/news/articleView.html?idxno=93004>)

20) 대법원 1999. 7. 13, 선고 99우48 판결. “공직선거및선거부정방지법 제157조 제6항은 시각 또는 장애로 인하여 자신이 기표할 수 없는 선거인은 그 가족 또는 본인이 지명한 2인을 동반하여 투표를 보조하게 할 수 있도록 규정하고 있는바, 여기서 말하는 시각 또는 신체의 장애로 인하여 자신이 기표할 수 없는 선거인이라 함은 어느 후보자에 대하여 투표를 할 것인지에 대하여 의사결정을 할 수 있는 정신적 능력을 갖추었지만, 시력상실 등 시각 장애로 인하여 투표용지에 기표할 해당 후보자의 표시를 전혀 분간할 수 없기 때문에 스스로 기표행위를 할 수 없거나 또는 손 등 신체의 장애로 말미암아 직접 자신의 신체를 이용하여 해당 후보자의 란에 기표행위를 할 수 없는 상태에 있는 선거인을 뜻하는 것으로서, 시력에 장애가 있다고 하여도 스스로 투표용지의 후보자 란을 분간할 수 있거나 문맹으로 인하여 후보자의 성명 등을 해독할 수 없는 자, 손 등 신체의 일부에 장애가 있다고 하여도 다른 신체 부위를 사용하여 스스로 기표행위를 할 수 있는 자, 정신지체로 인하여 심신미약의 상태에 있다고 하더라도 신체상으로는 기표를 하는 데에 아무런 장애가 없는 자는 여기서 말하는 시각 또는 신체의 장애로 인하여 자신이 기표할 수 없는 선거인에 해당되지 아니한다고 할 것이다.”

21) 국가인권위원회, 장애인차별시정위원회 결정(사건: 20진정0257300, 투표 시 발달장애인에 대한 투표보조 불허), 2021. 3. 26, 2면; 비마이너, 2020.4.14. (<http://www.beminor.com/new/s/articleView.html?idxno=14570>)

의 적용 범위 등을 판단하는 절차에 대한 규정 예컨대 장애인증을 확인하는 것과 같은 구체적인 절차에 대한 명확한 규정을 두고 있는 것은 아니다. 따라서 현재에도 투표소마다 투표관리관의 재량하에 개별적으로 발달장애인에 대한 투표보조인의 조력을 일부 허용하는 경우가 있을 뿐이다.²³⁾

위에서 살펴본 투표용지의 문제와 결합하여 살펴본다면, 가령 발달장애인이 본인이 지지하는 후보자나 정당에 대한 선호를 말로는 분명히 전달할 수 있는 경우라 하더라도 투표용지 등의 문제로 인하여 정작 기표절차에서 본인이 원하는 후보나 정당에게 기표하지 못하거나 무효표를 만드는 일이 발생할 수 있다. 이러한 상황에서 현재 발달장애인 단체를 중심으로 헌법재판소에 위 관련규정에 대한 위헌여부에 대한 판단을 받기 위한 절차가 진행중이다.²⁴⁾

2. 시각·신체장애인

(1) 투표보조용구 관련 제도의 문제점

가. 신체장애인을 위한 투표보조용구

현행 공직선거법은 제146조 제1항은 “선거는 기표방법에 의한 투표로 한다.”고 정하고 동법 제159조는 기표방법으로 “㉠표가 각인된 기표용구를 사용하여야 할 것을 정한다. 그리고 장애인에 대한 기표절차에서의 편의 제공을 위한 법적 근거로서 장애인복지법 제26조와 장애인차별금지및권리구제등에관한 법률 제27조제2항은 각각 장애의 유형에 적합한 기표방법과 선거용 보조기구를 보급할 것을 정한다. 그런데 현재 신체장애인에게 제공되는 투표보조용구는 손목·팔 등에 감아 사용할 수 있는 밴드형 기표용구와 마우스피스형과 2종에 불과하다.²⁵⁾

이러한 신체장애인을 위한 투표보조용구는 장애의 정도나 장애의 구체적 유형에 충분히 대응하는 것이 아닐뿐더러 경증의 장애인에게도 무효표가 되는 것을 감수하여야 할 만큼 부실한 것으로 평가된다.²⁶⁾ 이에 독립적인 투표보조용구의 도움을 받아 기표가 불가능한 대다수 신체장애인은 투표의 비밀을 보장받지 못하는 투표보조인의 조력이 불가피한 상황이다.

22) 국가인권위원회, 위의 글, 3면.

23) 이문주, “공직선거법 제157조 제6항 후단 위헌확인 등- 신체장애인을 위한 투표보조인사건 -(헌재, 2020.5.27. 2017헌마867, 판례집 32-1하, 364)”, 결정해설집, 헌법재판소, 2021, 264면.

24) 장애인차별금지추진연대는 이 문제와 관련하여 차별구제 및 손해배상 청구소송을 제기중이고 동시에 위헌법률심판제청을 신청한 상태이다. 국민일보, 2023. 10. 5. (<https://news.kmib.co.kr/article/view.asp?arcid=0018731656&code=61121311&cp=nv>)

25) 중앙선거관리위원회 홈페이지 (<https://shipvote.nec.go.kr/site/nec/ex/bbs/View.do?cbIdx=1147&bcIdx=17245>)

26) 헌재 2020. 5. 27. 2017헌마867

나. 시각장애인용 투표보조용구

공직선거관리규칙 제74조는 시각장애인선거인용 특수투표용지에 대한 규정을 두고 있다. 동 규칙은 제1항에서 “시각장애인선거인용 특수투표용지를 작성하는 때에는 점자로 작성할 것”을 정하는 한편 동조 제2항에서 “특수투표용지를 작성하지 아니하는 때에는 투표보조용구를 작성하여 시각장애인에게 제공할 것”을 정하며, 동조 제3항에서는 “제2항의 규정에 의한 투표보조용구는 시각장애인선거인이 투표용지의 기표란에 표를 하기 쉽도록 작성하여야 한다.”고 정한다. 즉 공직선거관리규칙이 예정한 투표보조용구로는 점자형 투표용지와 점자형 투표보조용구가 있다. 그런데 점자형 투표용지를 도입하는 것은 앞서 발달장애인을 위한 후보자의 사진이나 정당의 로고가 들어간 특수한 투표용지의 도입으로 비롯될 수 있는 것과 유사한 비판. 즉 투표용지로 인하여 개표시 장애인의 투표의 비밀이 침해될 수 있다는 비판이 제기될 수 있다.²⁷⁾ 현재 점자형 투표용지는 우편을 통한 거소투표 등에서 제한적으로 도입이 논의되고 있을 뿐이고 시각장애인을 위해서는 점자형 투표보조용구가 제공된다.²⁸⁾

시각장애인의 기표시 제공되는 점자형 투표보조용구는 투표용지의 서식에 의하되 점자로 작성되며, 보조용구의 오른쪽에는 투표용지의 기표란에 맞춘 기표를 위한 각 후보자·정당별 여러 개의 사각 구멍을 뚫어 있다. 여기서 시각장애인용 투표보조용구에 대해서는 여러 이용상 문제가 제기되는데 무엇보다도 시각장애인의 입장에서는 자신의 기표가 제대로 이뤄졌는지 확인하기가 곤란하다는 근본적인 문제가 제기되며, 기표도구의 잉크가 보조용구에 묻어 투표의 비밀이 침해되는 문제, 코로나 19 등의 전염병 예방을 위하여 비닐장갑을 착용하고 기표를 하게 될 경우 투표보조용구의 오른쪽 칸 테두리가 느껴지지 않아 기표에 곤란을 겪는 문제 등 다양한 문제점이 지적된다.²⁹⁾

(2) 투표보조인제도 관련 문제점

시각·신체장애인이 느끼는 투표보조인제도와 관련된 문제점은 서론에서 언급한 비가측 투표보조인 관련 쟁점과 투표보조인제도 고유의 쟁점에 대한 위헌성 논의와 관

27) “선거사무원은 “발달장애가 있다는 이유만으로 투표보조를 받을 수 없고, 손 떨림 같은 신체적 불편이 있어야 지원받을 수 있다”고 답변했다. A씨 측은 “발달장애로 인해 여러 장의 투표용지를 한꺼번에 받으면 혼란스러워 할 수 있고, 글자를 모르기에 본인이 선택하고 싶은 사람에게 기표할 수 없는 어려움이 있어 투표보조가 필요하다”고 재차 설명했다. 윤차원 경상남도장애인자립생활센터연합회 회장은 “당당한 국민의 기본권인 참정권을 유린당한 느낌”이라며 “발달장애인의 참정권을 침해하는 명백한 차별행위이다”라고 비판했다. 윤 회장은 “글자를 알지 못하는 발달장애인은 투표보조원이 옆에서 읽어주고 누구를 찍을 것인지 선택해서 투표를 하면 된다. 그림 투표용지가 아니기 때문이다”며 “투표보조원이 어디에 투표하라고 하는 게 아니라 단지 투표용지에 적힌 글자를 읽어주면 되기에 부정투표는 발생할 수 없다”고 주장했다.” (https://www.ohmynews.com/NWS_Web/View/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0002839676&CMPT_CD=P0010&utm_source=naver&utm_medium=newsearch&utm_campaign=naver_news)

28) 공직선거법 일부개정법률안, 김윤덕의원 대표발의, 2021. 4. 7. 의안번호 9348. 동 개정안은 공직선거법 제154조제2항을 “중앙선거관리위원회규칙으로 정하는 바에 따라 거소투표용지를 특수투표용지로 제작하여 발송하거나 투표보조용구를 거소투표용지와 함께 동봉하여 발송할 수 있다.”고 개정하는 것을 내용으로 한다.

29) 복지타임즈(<http://www.bokjitime.com>)

런된다.

헌법재판소는 서론에서 소개된 헌법소원심판 청구 사건에서 재판관 6대 3의 의견으로 기각결정을 내린 바 있다.³⁰⁾ 여기서 헌법재판소는 6인의 법정의견과 3인의 반대 의견이 비가측 투표보조인 관련 쟁점을 다루면서 동시 투표보조인제도 고유의 쟁점에 대하여도 각각의 판단을 내린 바 있다. 이에 현 제도하에서 투표보조인제도의 적용범위에 포함되는 시각·신체장애인이 경험하는 투표보조인제도와 관련된 문제점은 제III장과 제IV장에서 각 쟁점에 대한 대안을 제시하는 과정에서 상술하기로 한다.

III. 헌법이론에 따른 분석

1. 헌법상 선거의 원칙

헌법 제1조 제2항은 국민주권원리를 천명하면서 “대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다.”라고 정한다.³¹⁾ 국민주권의 실현은 대의제민주주의 국가에서 선거제도의 도입을 통하여 이뤄진다.³²⁾ 즉 대의제민주주의에서 선거는 주권적 의사의 표현이라 할 것이다. 대의민주주의에서의 선거는 보통·평등·직접·비밀·자유선거의 원리에 따라야 한다.³³⁾ 이에 헌법 또한 선거가 국민주권의 실현이라는 본래의 목적을 달성할 수 있도록,³⁴⁾ 국회의원선거와 대통령선거에서 각각 보통·평등·직접·비밀선거원칙을 정한 헌법 제47조 제1항 및 헌법 제67조 제1항을 두고 있다.³⁵⁾ 따라서 헌법 제24조는 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 선거권을 가진다.”고 정하지만 여기서 국회는 선거권 보장을 위한 법률을 제정함에 있어 앞서의 선거의 원칙들을 준수하여야 한다.

보통선거원칙에서 보통선거란 제한선거에 대비되는 말로 대의민주주의 국가의 선거제도는 보통선거원칙에 따라 “선거권자의 능력, 재산, 사회적 지위 등의 실질적인 요소를 배제하고 일정한 연령에 도달한 사람이라면 누구”에게라도 선거권을 갖도록 하여야 한다.³⁶⁾

평등선거원칙에서 평등선거란 차등선거 또는 불평등선거에 대비되는 말로 “모든 선거인에게 1인 1표(one man, one vote)를 인정”하는 것을 의미하며 나아가 “투표의

30) 헌재 2020. 5. 27. 2017헌마867

31) 이하에서는 별도의 표기가 없는 한 ‘헌법’은 ‘한국헌법’을 의미하는 것으로 서술하기로 한다.

32) 헌법 제24조는 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 선거권을 가진다.”라고 정하는데 선거는 대의제도를 구성하는 개념요소로서 “선거 없는 대의민주주의는 성립할 수 없다”고 설명된다. 정중섭, 헌법학원론, 박영사, 2022, 1002면.

33) 성낙인, 헌법학, 법문사, 2023, 154면.

34) 정태호, “보통·평등선거권의 심사구조와 심사기준에 관한 관견 : 자유권 심사구조 및 심사기준의 보통·평등선거권심사에의 응용 가능성”, 미국헌법연구 제19권 제2호, 미국헌법학회, 2008, 67면.

35) 자유선거원칙은 한국헌법에 명문의 규정이 없으나 선거의 원칙 중 하나로 일반적으로 받아들여지고 있다. 성낙인, 위의 책, 158면.

36) 헌재 2013. 7. 25. 2012헌마174.

성과가치의 평등 즉 1표의 투표가치가 대표자선정이라는 선거의 결과에 대하여 기여한 정도에 있어서도 평등하여야 함(one vote, one value)”을 의미한다.³⁷⁾

직접선거원칙에서 직접선거란 간접선거에 반대되는 개념으로 “선거결과가 선거권자의 투표에 의하여 직접 결정될 것을 요구하는 원칙”이다.³⁸⁾ 따라서 대표의 선출은 “중간선거인 등을 배제하고 선거권자의 의사에 의하여 직접” 이루어져야 한다.³⁹⁾ 국민주권의 원리에 따를 때 “대표에 대한 민주적 정당성이 부여되는 것은 오직 국민이 직접적인 투표에 의하여 가능하다” 할 것이므로 간접선거는 국민주권원리에 반한다고 설명되기도 한다.⁴⁰⁾

비밀선거원칙에 있어 비밀선거는 공개선거에 반대되는 개념으로서 “선거인의 의사결정이 타인에게 알려지지 않도록 하는 선거”를 말한다.⁴¹⁾ 국민주권원리와 대의민주주의를 따르는 국가는 선거인의 “투표의 비밀을 보장함으로써 선거권 행사로 인한 선거인의 불이익이 발생하는 것을 효과적으로 방지”할 수 있고,⁴²⁾ 다른 한편으론 선거의 공정성을 달성할 수 있다.⁴³⁾

한편 제III장에서의 논의와 관련하여 비밀선거원칙이 자유선거원칙의 보장을 위한 전제조건으로 기능한다는 점에 주목할 필요가 있다.⁴⁴⁾ 자유선거원칙에서 자유선거란 강제선거에 반대되는 말로 자유선거원칙은 선거권자의 의사형성의 자유가 모든 선거과정에서 존중되어야 한다는 원칙이다.⁴⁵⁾ 헌법재판소는 자유선거원칙이 우리 헌법에 명시적 규정은 없는 것이나 민주국가의 선거제도에 이는 내지하는 법원리라 할 것이고, 국민주권원리나 의회민주주의의 원리, 참정권 관련 규정 등에서 그 근거를 찾을 수 있다고 판시한 바 있다.⁴⁶⁾

37) 헌재 1995. 12. 27. 95헌마224등. 헌법재판소는 이 사건에서 다만 “투표가치의 평등은 모든 투표가 선거의 결과에 미치는 기여도 내지 영향력에 있어서 숫자적으로 완전히 동일할 것까지를 요구하는 것이라고는 보기 어렵다. 왜냐하면 투표가치는 그 나라의 선거제도의 구조와 밀접하게 관련되어 있고 따라서 그 구조가 어떠한가에 따라 결과적으로 선거의 결과에 미치는 투표의 영향력에 어느 정도의 차이가 생기는 것은 면할 수 없기 때문이다.”고 판시하였다.

38) 헌재 2001. 7. 19. 2000헌마91등.

39) 헌법재판소는 위의 판례(헌재 2001. 7. 19. 2000헌마91등)에서 “비례대표제하에서 선거결과의 결정에는 정당에 대한 의석배분이 필수적인 요소를 이루고 있으므로, 비례대표제에서 직접선거의 원칙은 의원의 선출뿐만 아니라 정당의 비례적인 의석확보도 선거권자의 투표에 의하여 직접 결정될 것을 요구한다.”고 판시한다.

40) 정종섭, 앞의 책, 1010면.

41) 헌재 2020. 5. 27. 2017헌마867.

42) 헌재 2020. 5. 27. 2017헌마867.

43) 정종섭, 앞의 책, 1611면.

44) 헌재 2020. 5. 27. 2017헌마867. 헌법상 원칙으로서 비밀선거원칙을 구체화하기 위하여 공직선거법은 다음의 규정을 둔다. 먼저 공직선거법은 제167조 제1항에서 “투표의 비밀은 보장되어야 한다.”고 정하고 동조 제2항에서 “선거인은 투표한 후보자의 성명이나 정당명을 누구에게도 또한 어떠한 경우에도 진술할 의무가 없으며, 누구든지 선거일의 투표마감시까지 이를 질문하거나 그 진술을 요구할 수 없다”고 정한다. 다른 한편 공직선거법 제167조 제3항은 “선거인은 자신이 기표한 투표지를 공개할 수 없으며, 공개된 투표지는 무효로 한다.”고 정한다. 그리고 공직선거법 제241조(투표의 비밀침해죄)는 동법 제167조를 위반할 경우 벌칙조항을 두고 있다.

45) 정종섭, 앞의 책, 1013면.

46) 헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등. 헌법재판소 동 결정을 통하여 자유선거원칙을 투표절차에서의 의사형성의 자유에 한정하지 아니하고 “선거의 전 과정에 요구되는 선거권자의 의사형성의 자유와 의사실현의 자유”를 말하는 것이므로 투표의 자유는 물론이고 입후보의 자유나 선거운동의 자유도 포함하는 개념으로 설명한다.

2. 선거의 원칙과 선거권의 경합: 선거자격의 ‘간접적 박탈’ 상황에서 보통선거원칙

헌법재판소에 따르면 이른바 기본권 경합의 문제에 있어 ‘선거권’과 ‘선거의 원칙’은 각각 별도 심사된다. 예컨대 헌법재판소가 집행유예자의 선거권 침해 여부를 심사하는 경우 보통선거원칙의 위반여부는 선거권 침해 여부와 별도로 심사된다.⁴⁷⁾

하지만 선거제도에서의 어떤 제약이 사실상 선거자격의 박탈과 동일한 결과를 야기한 경우 즉 ‘선거자격 박탈에 준하는 사실상의 제약’으로 이어지는 경우 헌법재판소는 일관된 것은 아니지만 선거권 침해여부와 별도로 보통선거원칙 위반을 따로 심사하지 아니하고 선거권 침해여부만을 심사한다. 예컨대 헌법재판소는 공직선거법에 의해 투표시간이 제한되어 자영업자나 일용직 근로자 등 선거일이 휴일이 아니어서 사실상 선거일에 투표가 불가능한 청구인의 선거권이 침해되었는지 여부를 판단하면서⁴⁸⁾ 동 입법에 의한 보통선거원칙 위반을 또한 주장하였던 청구인 측의 주장에 대해서는 “보통선거라 함은 개인의 납세액이나 소유하는 재산을 선거권의 요건으로 하는 제한선거에 대응하는 것으로 이러한 요건뿐만 아니라 그밖에 사회적 신분·인종·성별·종교·교육 등을 요건으로 하지 않고 일정한 연령에 달한 모든 국민에게 선거권을 인정하는 제도를 말하는바, 심판대상조항은 선거권 행사의 시간적 제약을 규정하고 있을 뿐이고, 이러한 시간적 제약을 적용함에 있어 선거인의 신분, 재력 등 어떠한 인적 요건에 따른 차별도 인정하고 있지 않으므로 더 나아가 살필 필요 없이 청구인의 주장은 이유없다.”고 판시하였다.⁴⁹⁾

다만 이러한 ‘간접적인 선거자격의 박탈’ 상황에서 헌법재판소가 보통선거원칙을 비롯한 선거의 원칙을 전혀 고려하지 않는 것은 아니라는 점에 유의할 필요가 있다. 후술하게 될 ‘실제적 조화의 원칙’에 따라 헌법재판소는 선거권 침해여부를 과잉금지 원칙에 따라 심사하는 과정에서, 특히 침해의 최소성 판단 과정에서, 각 선거의 원칙 간의 조화 내지 양립 가능성의 문제를 다루기 때문이다. 즉 헌법재판소는 청구인의 선거자격 자체는 직접적으로 문제가 되지 아니한 일부 사건에서 사실상의 선거자격의 박탈과 유사한 상황이 발생한 경우, 보통선거원칙 위반 여부를 별도로 심사하지는 않았으나 선거권 침해 여부에 대한 과잉금지원칙에 따른 심사과정에서 보통선거원칙을 비롯한 각 선거의 원칙 간의 충돌을 실제적 조화 원칙에 따라 해결하려는 모습을 보이고 있다.⁵⁰⁾

47) 헌재 2014. 1. 28. 2013헌마105.

48) 헌재 2013. 7. 25. 2012헌마815등

49) 필자의 입장에서는 기본권 경합과 관련한 이러한 헌법재판소의 입장에 대하여, 평등권 심사에 있어서 이른바 ‘직접차별’과 ‘간접차별’의 구별과 관련된 것과 유사한 논의가 전개될 수 있다고 본다. 헌법상 보통선거원칙은 평등선거원칙과 함께 선거의 영역에서 헌법 제11조 제1항의 평등원칙을 구체화한 규정으로 볼 수 있기 때문이다[보통선거원칙과 평등선거원칙은 둘 다 선거의 영역에서 평등원칙을 구체화한 것이므로 양자의 구별이 문제될 수 있는데 성낙인 교수는 이에 대하여 “보통선거의 반대되는 개념으로 제한선거는 선거권 자체를 부여하지 아니하는 선거이나 평등선거의 반대되는 개념으로 불평등선거는 선거권은 부여하지만 선거권의 내용에서 차등을 둔다는 점에서 (양자는) 구별된다.”고 설명한다. 성낙인, 위의 책, 155면. 보통선거원칙과 일반적 평등원칙과의 관계에 대해서는 ‘정태호, 앞의 글, 68-69면’을 참조할 것. 평등선거원칙과 일반적 평등원칙과의 관계에 대해 헌법재판소는 “평등선거의 원칙은 평등의 원칙이 선거제도에 적용된 것”이라고 판시한 바 있다(헌재 1995. 12. 27. 95헌마224등)].

3. 선거의 원칙 간 충돌 시의 해결 방안: 실제적 조화 원칙에 의한 해결

선거제도의 입안 과정에서 보통선거원칙의 실현을 위하여 어떤 구체적인 수단을 선택할 경우 그 수단은 종종 다른 선거의 원칙과 반비례 관계에 놓이게 된다. 여기서 헌법재판소는 해상에 장기 기거하는 선원들 즉 선상부재자가 투표할 수 있는 현실적 방법을 정하지 아니하여 사실상 선거권이 박탈된 것과 마찬가지로인 상황을 야기한 공직선거법상 관련조항에 대해 헌법불합치 결정을 하면서 실제적 조화의 원칙을 적용한 바 있다.⁵¹⁾

선상부재자의 선거권 관련 사건에서 헌법재판소의 견해는 보통선거원칙에 따른 선거권의 보장을 위하여 투표의 비밀 즉 비밀선거원칙의 일부 후퇴를 감수할 수도 있다는 말로 이해된다. 다만 헌법재판소는 선거인의 투표의 비밀을 보장하기 위하여 비밀 노출의 위험이 적은 수단을 또한 선택할 것을 주문하고 있다. 이처럼 헌법재판소는 각 선거의 원칙이 서로 충돌하는 상황에서의 그 해결방안으로 실제적 조화의 원칙을 적용한다. 여기서 실제적 조화의 원칙(Prinzip der praktischen Konkordanz)이란 “헌법규범간의 충돌관계를 헌법규범간의 우위관계로 해결하는 것이 아니라 헌법의 통일성의 관점에서 상충하는 헌법규범 모두가 최적의 효력을 발휘할 수 있도록 해석해야 한다는 원칙”이라고 설명된다.⁵²⁾ 다르게는 “효력상 동등한 법익들이 대립·충돌하는 경우 추상적인 법익형량을 통해 양자택일하는 방식으로 어느 하나의 법익을 희생하고 다른 법익을 선택해서는 안되고, 충돌하는 법익 모두가 최대한 실현될 수 있는 적절한 조화점을 찾아야 하며, 그러한 조화점은 사건별로 개별적이고 비례적으로 모색되어야 한다는 원칙”으로도 설명된다.⁵³⁾

실제적 조화의 원칙은 실무상 기본권 충돌의 상황에서 해결 방법으로 자주 활용된다. 헌법재판소는 ‘정기간행물의등록등에관한법률’에 따른 정정보도청구권 제도의

50) 예컨대 헌재 2007. 6. 28. 2005헌마772, 헌재 2020. 5. 27. 2017헌마867 등

51) 헌재 2007. 6. 28. 2005헌마772. “비밀선거는 선거인이 누구를 선택하였는지 제3자가 알지 못하도록 하는 상태로 투표하는 것을 말하는데, 모사전송 시스템을 이용하여 선상에서 투표를 할 수 있는 방안이 마련된다면, 전송 과정에서 투표의 내용이 직·간접적으로 노출되어 비밀선거원칙이 침해될 우려가 있다는 지적이 있다. 그러나 통상 모사전송 시스템의 활용에는 특별한 기술을 요하지 않고, 당사자들이 스스로 이를 이용하여 투표를 한다면 비밀 노출의 위험이 적거나 없을 뿐만 아니라, 설사 투표 절차나 전송 과정에서 비밀이 노출될 우려가 있다 하더라도, 이는 국민주권 원리나 보통선거원칙에 따라 선원들이 선거권을 행사할 수 있도록 충실히 보장하기 위한 불가피한 측면이라 할 수도 있으므로, 이를 두고 선불리 헌법에 위반된다 할 수 없다. 더욱이 그러한 방식에 의한 선상투표가 인정된다면, 주권자로서의 자발적인 의사에 기하여 선거권을 행사하려는 선원들로서는 자신의 투표 결과에 대한 비밀이 노출될 위험성을 스스로 용인하고 투표에 임할 수도 있을 것이다. 나아가 헌법의 해석은 헌법의 이상과 이념에 따른 역사적, 사회적 요구를 올바르게 수용하여 헌법적 방향을 제시하는 창조적 기능을 수행하여 국민적인 욕구와 의식에 알맞도록 실질적 국민주권의 실현을 보장하는 것이어야 한다(헌재 1989. 9. 8. 88헌가6, 판례집 1, 199, 206 참조). 국민주권의 원리를 실현하고 국민의 근본적인 권리인 선거권의 행사를 보장하려면, 비밀선거의 원칙에 일부 저촉되는 면이 있다 하더라도, 이 사건과 같은 경우 ‘선거권’ 내지 ‘보통선거원칙’과 ‘비밀선거원칙’을 조화적으로 해석하여 이들 관계를 합리적으로 조정할 필요가 있다.”

52) 한수웅, “헌재 2004.8.26.2003헌마457결정(금연구역지정 사건)에 대한 판례평석-기본권의 충돌과 그 해결방안을 중심으로”, 헌법논총 제22집, 헌법재판소, 2011, 479면.

53) Konrad Hesse, 계획법(울김), 독일헌법원론, 박영사, 2001, 40-41면.

위헌 여부에 관한 헌법소원 사건에서 “동법 소정의 정정보도청구권(반론권)과 보도기관의 언론의 자유가 충돌하는 경우에는 헌법의 통일성을 유지하기 위하여 상충하는 기본권 모두가 최대한으로 그 기능과 효력을 발휘할 수 있도록 하는 조화로운 방법이 모색”되었는지를 판단할 필요가 있다고 판시한 바 있다.⁵⁴⁾

한편 실제적 조화의 원칙과 과잉금지원칙과의 관계에 있어 헌법재판소는 “조화로운 방법”을 언급하면서, “결국은 ...과잉금지원칙에 따라” 목적이 정당한 것인지, 충돌하는 기본권 간 적정한 비례관계가 유지되었는지를 판단하고 있다.⁵⁵⁾ 다음에서는 이에 투표보조인제도와 관련한 각 쟁점에 대한 입법적 해결 방안을 헌법재판소의 관련 결정에 드러난 판단을 참고하여 실제적 조화원칙 및 과잉금지원칙에 따라 검토하기로 한다.

4. 각 쟁점에 대한 입법적 대안

(1) 발달장애인 관련 쟁점에 대한 입법적 대안: 적용 대상에 포함

발달장애인에게 투표보조인의 조력을 허용할 경우에 발생할 수 있는 문제로, 기표절차에서 발달장애인에 대한 부당한 영향력을 행사하는 투표보조인을 쉽게 떠올려 볼 수 있다. 이에 발달장애인을 투표보조인제도의 적용에서 배제하는 현 규정의 입법목적은 일응 선거의 공정성이라 설명될 수 있을 것이다.⁵⁶⁾ 그리고 이러한 법적 제약은 투표보조인에 의한 부당한 영향력 즉 강제투표의 가능성을 미리 차단함으로써 자유선거의 원칙을 보장하는데 효과적인 수단이 될 수도 있을 것이다.

그런데 위에서 살펴본 바와 같이 발달장애인의 선거자격이 대폭 확대된 것에 비해 이들에 대한 기표절차에서의 지원수단은 전혀 개선이 이뤄지지 않았다는 점에서 다음의 점에는 유의할 필요가 있다고 본다. 투표보조인제도의 적용범위에서 발달장애인을 배제하는 것은 일견 ‘선거인의 투표의 자유 보장을 통한 선거의 공정성 확보’라는 입법목적에 가진 것으로 보인다. 그러나 현실에서 이러한 제한 규정의 입법목적은 과거의 한정치산자 내지 금지치산자의 선거자격을 제한하였던 것과 마찬가지로 ‘정치적 판단 능력이 미흡한 자를 배제함으로써 달성할 수 있는 선거의 공정성’ 확보라는 입법목적과는 서로 혼동되어서는 아니 될 것이다.⁵⁷⁾

다음으로 일응 목적의 정당성 내지 수단의 적합성을 인정한다 하더라도 현재의 제한 규정은 장애인의 선거권 제한에 있어 침해의 최소성 원칙을 위배하고 있다고 본다. 현재의 법적 제약 대신에 투표보조인에 의한 부당한 영향력 행사를 막기 위하

54) 헌재 1991. 9. 16. 89헌마165.

55) 헌재 1991. 9. 16. 89헌마165.

56) 현행 규정에 대한 위헌성 판단에 있어서는 선거권과 평등권 침해 여부에 대한 심사를 각각 진행할 수도 있을 것이다. 다음에서는 그러나 편의를 위하여 선거권 침해 여부에 대한 판단만을 진행하기로 한다.

57) 현실에서는 투표보조인의 조력이 금지됨으로써 다수의 발달장애인이 투표를 포기하고 있다. 여기서 현재의 법적 제약이 과연 발달장애인의 투표의 자유 보장이라는 입법목적에 근거한 것으로 인식되고 있으며 이를 위한 적절한 효과를 거두고 있는지는 매우 의문스럽다. 현재의 법적 제약은 발달장애인의 투표의 자유 보장을 위한 것이라기보다는 발달장애인의 정치적 판단능력에 대한 불신에서 비롯된 사실상 선거자격 박탈을 위한 것으로 이해되고 있는 것이 아닌가 하는 의문을 가지게 된다.

여, 기표절차상 제반 제도의 개선을 통하여 선거인의 피해가 보다 적은 대안을 수단으로 선택할 여지가 없지 않다고 볼 것이기 때문이다.⁵⁸⁾

한편 법익의 균형성에 대한 판단은 다음과 같다. 현 규정은 보통선거원칙과 밀접한 발달장애인의 선거권을 희생하여 자유선거원칙(공익)을 보장하는 구조를 갖고 있는데 이는 실제적 조화 원칙에서 배제하는 “추상적인 법익형량을 통한 양자택일 방식”⁵⁹⁾에 해당한다. 실제적 조화원칙이 배제하는 양자택일의 방식은 사실 기본권 충돌이론의 하나인 기본권 서열 이론 등에서 채택하는 해결방법이다. 그런데 기본권 서열 이론을 준용하여 살펴본다 하더라도 보통선거권(사익)과 비밀선거원칙(공익) 간의 관계에서 결코 비밀선거원칙이 우위에 있는지는 매우 의문스럽다. 이에 입법적 대안으로는 투표보조인제도의 적용대상에 발달장애를 추가하는 방안 내지 적용범위에 장애의 종류를 한정하지 아니하는 방안 등을 고려할 수 있다고 본다.⁶⁰⁾

(2) 비가족 투표보조인 관련 쟁점에 대한 입법적 대안: 제한규정 폐지

이 문제에 대해 본고는 헌법재판소 관련 결정의 반대의견에 대체로 찬동한다. 즉 현재의 제한 규정은 과잉금지원칙에 의할 때 목적의 정당성 및 수단의 적합성은 긍정되나 침해의 최소성 및 법익의 균형성을 위반하여 폐지하는 것이 바람직하다고 본다.⁶¹⁾ 특히 반대의견이 침해의 최소성을 논하면서 현행 공직선거법이 장애인의 투표의 자유를 비가족 투표보조인 관련 규정에서처럼 일종의 국가후견주의적인 입법을

58) 同旨, 헌재 2020. 5. 27. 2017헌마867. 재판관 이선애, 재판관 이석태, 재판관 문형배의 심판대상조항에 대한 반대의견. 참고로 동 결정의 반대의견은 “선거인의 의사대로 투표보조인이 선정되었는지 여부, 투표보조인이 선거인의 의사에 반하여 기표행위를 하거나 선거인에게 부당한 영향력을 행사하였는지 여부 등”을 확인하거나 “선거인으로부터 투표보조인에 대한 특별한 신뢰가 있다는 의사를 확인한 경우에만 투표를 보조할 수 있게 하고, 투표보조인에게 선거인의 의사에 따라 기표행위를 하도록 선서의 의무를 지우며, 투표 후 투표보조인이 선거인의 의사와 동일하게 기표행위를 하였다는 점을 투표관리관 등이 선거인으로 부터 확인하는 등의 투표보조의 구체적 절차를 둘 수 있다. 나아가 장애인 거주시설의 장이나 직원 등과 같이 선거인에게 영향을 미칠 수 있는 지위에 있는 사람은 투표보조인이 될 수 없도록 투표보조인의 자격을 제한”하는 것 등을 대안으로 제시한다.

59) 강일신, 앞의 글, 43면.

60) 이와 관련하여 현재 국회에서는 권인숙 의원이 대표발의한 공직선거법 일부개정법률안이 계류중이다(공직선거법 일부개정법률안, 권인숙 의원 대표발의, 의안번호 22651, 2023. 6. 14.) 동 법률안은 제157조 제6항 중 “시각 또는 신체의 장애”를 “시각·신체의 장애 또는 발달장애”로 개정하는 것을 주요 내용으로 한다. 사건으로는 구체적 사정에 따라 투표보조인의 조력을 요하는 장애의 유형은 매우 다양할 수 있으므로(예컨대 정신적 장애인으로 분리불안이나 폐소공포증이 매우 극심한 경우) 장애의 종류를 한정할 필요가 없다고 본다. 외국의 경우에도 장애의 종류를 한정하지 아니하는 다수의 입법례를 확인할 수 있다. 외국의 입법례와 관련된 부분은 기현석, 앞의 글, 19면을 참조.

61) 헌재 2020. 5. 27. 2017헌마867. 재판관 이선애, 재판관 이석태, 재판관 문형배의 심판대상조항에 대한 반대의견. “실무상 선거인이 투표보조인 2인을 동반하지 않은 경우 투표사무원 중에 추가로 투표보조인으로 선정하는 것은 선거인의 의사에 상관없이 신뢰관계가 형성된 적 없는 낯선 제3자에 대해서까지 자신의 내밀한 정치적 의사를 공개하도록 한다. 공직선거법이 처벌규정을 두어 투표보조인이 투표 내용을 공개하는 것을 방지하더라도 선거의 자유가 위축되는 것 자체를 막지 못한다. 따라서 심판대상조항은 선거의 공정성을 확보하는 데 치우친 나머지 비밀선거의 중요성을 간과하고 있으므로 선거권 제한을 최소화하고 있다고 보기 어렵다. 또한 투표보조의 구체적 방법에 대하여 보다 명확한 절차를 마련한다면 투표보조인 1인을 동반하도록 하더라도 선거의 공정성을 확보하면서 투표 내용이 공개되는 범위를 축소할 수 있으므로 심판대상조항에 대한 대안이 없다고 볼 수 없다.”

통해 달성하려는 태도에 대해 이를 장애인의 정치적 자기결정권이 문제로 이해할 필요가 있다고 본 점은 향후 장애인의 선거권 제한규정 심사에 중요한 기준을 세운 것으로 높이 평가할 만하다고 생각한다.⁶²⁾

다만 반대의견에 대해서는 다음의 점에 대하여 보충적으로 언급할 것이 있다. 반대의견은 침해최소성 심사에 있어 대안심사로서 두 가지 대안을 언급한다. 첫째는 앞서의 기표절차상의 단기적인 대안 즉 “선거인의 의사대로 투표보조인이 선정되었는지 여부, 투표보조인이 선거인의 의사에 반하여 기표행위를 하거나 선거인에게 부당한 영향력을 행사하였는지 여부 등”을 확인하는 대안이다. 다른 하나는 “장애의 유형과 정도에 맞게 신체에 장애가 있는 선거인이 투표보조인의 도움 없이 스스로 기표행위를 할 수 있는 선거용 보조기구나 새로운 기술을 이용한 기표방법을 마련”하는 보다 장기적이고 궁극적이 대안이다. 그런데 비가족 투표보조인 관련 조항에 의해 침해되는 기본권은 청구인이 대동한 투표보조인과 청구인 간의 두터운 신뢰 관계를 전제로 ‘추가적인 투표보조인의 투입으로 인하여 추가적으로 침해될 수 있는 투표의 비밀’에 한정된다 할 것이므로 후자의 대안은 이 문제에 대한 적절한 대안 심사에 해당한다고 보기에는 다소 곤란한 점이 없지 않다고 본다.

(3) 투표보조인제도 고유의 쟁점에 대한 입법적 대안 : 투표보조용구 지원제도의 개선

개별적인 신뢰수준에 따라 정도의 차이만 있을 뿐 투표보조인을 동반하여 투표보조를 받는 모든 상황에서 장애인의 투표의 비밀과 자유는 제약을 받게 된다. 물론 이는 투표보조인제도가 보통선거원칙과 비밀선거원칙의 충돌 상황에서 비밀선거원칙의 후퇴를 감수한다는 제도의 내재적인 한계에 기인한다.

투표보조용구 지원제도는 장애인의 독립적 투표를 돕는다는 점에서 투표보조인제도에 비해 상대적으로 비밀선거원칙의 보장에 적합한 제도이다. 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 현재 운용되는 투표보조용구는 장애의 정도와 유형에 적절하게 대응하는 것이 아니어서 장애인의 독립적인 투표에 큰 기여를 하지 못한다. 즉 현재의 투표용구 지원제도는 보통선거원칙의 실질적 보장에는 매우 미흡하다고 할 수 있다. 여기서 투표보조인제도가 가진 본질적인 결함을 고려할 때 실제적 조화의 원칙 내지 규범조화적 해석의 관점에서 장애인의 독립적인 기표가 가능하도록 개선된 투표용지 및 투표보조용구의 도입이 선거의 원칙 간 충돌을 해결하는 제3의 대안으로 검토될 수 있다.

62) 현재 2020. 5. 27. 2017헌마867. 재판관 이선애, 재판관 이석태, 재판관 문형배의 심판대상조항에 대한 반대의견. “투표를 통한 정치적 의사표현은 가장 내밀한 영역에 해당하므로, 무엇보다 선거인은 자신이 신뢰할 수 있는 사람을 스스로 투표보조인으로 선정할 수 있어야 하지만, 심판대상조항은 선거인이 자신에게 필요한 투표보조인의 수를 스스로 결정할 수 없게 하고, 2인의 투표보조인에게 투표의 내용을 공개하도록 하여 선거권 행사를 위축시킨다.”

IV. 대안의 모색

1. 헌법재판소 결정의 함의

투표보조인제도에 내재한 보통선거원칙과 비밀선거원칙 사이의 반비례 구조를 고려할 때 이 제도의 존치를 전제로 두 가지의 헌법적 가치를 충실히 보장할 수 있는 최적화된 개선안을 제시하기는 곤란한 일이다. 이에 전술한 바와 같이 투표보조용구의 개선을 통한 제3의 대안 마련 필요성이 제기된다. 이와 관련하여 헌법재판소는 투표보조를 받는 경우를 최소화하기 위한 방법으로 버튼을 누르거나 숨을 불어넣는 방식의 기표행위가 가능한 선거용 보조용구의 도입을 시사한 바 있다.⁶³⁾

문제는 이러한 기표방법을 제공하고 있는 국가들은 대부분 전자투표제도를 도입한 국가들이라는 점이다. 이에 다음에서는 제3의 대안을 모색하는 차원에서 전자투표제를 선도적으로 도입한 미국의 경우를 중심으로 장애인에 대한 기표지원 사례를 살펴보도록 한다.

2. 전자투표제의 도입에 따른 기표 지원 사례

(1) 개관

전자투표의 구분 방식은 여러 가지가 있을 수 있겠지만 “유권자의 이동성”을 기준으로 이를 구분한다면 크게 보아 투표소 전자투표(Poll Site Electronic Voting, PSEV)방식과 키오스크 방식의 전자투표(Kiosk Electronic Voting)방식, 원격 전자투표(Remote Electronic Voting, REV) 방식으로 구분할 수 있다.⁶⁴⁾ 투표소 전자투표(PSEV) 방식은 기존의 투표소 투표에 투표 기계(Voting Machine)를 도입한 것으로 볼 수도 있겠는데 이 방식에 따르면 선거권자는 지정된 투표소에서 현금자동인출기(Automated Teller Machine, ATM)와 유사한 투표 기계의 터치스크린이나 키보드 등을 이용하여 투표하게 된다.⁶⁵⁾ 반면 키오스크 방식의 전자투표는 많은 사람이 모이는 백화점, 마트, 공원 등의 공중이 운집한 장소에 설치된 키오스크 투표소에서 투

63) 헌재 2020. 5. 27. 2017헌마867 재판관 이선애, 재판관 이석태, 재판관 문형배의 반대의견 “이러한 문제를 근본적으로 해결하기 위해 특수형 기표용구 외에도 장애의 유형과 정도에 맞게 신체에 장애가 있는 선거인이 투표보조인의 도움 없이 스스로 기표행위를 할 수 있는 선거용 보조기구나 새로운 기술을 이용한 기표방법을 마련하여 심판대상조항을 통해 투표보조를 받는 경우를 최소화하는 것이 필요하다. 예를 들어, 버튼을 누르거나 숨을 불어넣는 등 간단한 물리적 동작으로도 기표가 이루어지는 선거용 보조기구가 마련된다면, 상당수의 신체에 장애가 있는 선거인이 투표보조인의 도움 없이도 스스로 기표행위를 할 수 있을 것이다. 물론 위와 같이 새로운 선거용 보조기구를 도입하는 데에는 비용 등 현실적인 제약이 있을 수 있고, 새로운 선거용 보조기구가 단번에 모든 장애인들을 만족시키기 어려울 수 있으나 선거용 보조기구나 기표방법에 대한 개선은 신체에 장애가 있는 선거인 다수에 대해 비밀선거가 제한되는 상황을 감소시킬 수 있는 대안이 될 수 있다.”

64) 조희정, “해외의 전자투표 추진 현황 연구”, 사회연구 통권 13호(2007년 1호), 2007, 51면; 김선혁, “전자투표의 사회적 합의기반 조성을 위한 실행사업 모델 연구”, 연구용역보고서, 중앙선거관리위원회, 2009, 3-4면.; 문재완, “공직선거 전자투표의 합헌적 실시방안”, 공법학연구 제22권 제1호, 한국비교공법학회, 2021, 159면.

65) 조희정, 위의 글, 52-53면.; 문재완, 위의 글, 159-160면.

표소에서 투표를 한다는 점에서 투표소 전자투표와 차이를 보이며⁶⁶⁾ 원격 전자투표(REV)는 유권자의 가정이나 직장 등에서 인터넷을 통하여 이뤄지는 투표 방식을 말한다.⁶⁷⁾

한편 “투표 결과의 저장 및 전송방식”에 따라 전자투표방식이 구분될 수도 있다. 투표소의 컴퓨터에 저장되는 직접 전자기록 방식(Direct-Recording Electronic voting system, DRE)과 투표 결과가 실시간으로 네트워크를 통하여 개표소로 전송되는 방식이 그러하다. 대체로 직접 전자기록 방식은 투표소 전자투표방식과 결합하여 활용되는데 이 경우 투표 결과를 디지털 저장 매체(메모리카드)에 저장하여 이를 물리적으로 개표소로 옮겨와 집계하게 된다.⁶⁸⁾ 반면 실시간 네트워크를 통하여 투표 결과를 전송하는 방식은 전자투표의 속성상 원칙적으로는 유권자의 이동성을 기준으로 분류한 앞의 세 가지 전자투표 방식과 모두 결합할 수 있겠으나 통상 투표소 전자투표방식의 경우에는 온라인으로 연결된 것은 (투표 결과의 전송이 아니라) 선거인명부 정도에 한정되며 연결망 또한 개방된 사설망이 아닌 공공망을 이용한다고 설명된다.⁶⁹⁾ 직접 전자기록 방식은 최근에는 투표자 확인 기록장치(Voter-Verified Paper Audit Trail, VVPAT) 방식과 종종 결합하는 경향이 있는데 이는 각 선거권자의 투표 결과가 메모리카드에 저장되는 것과는 별개로 별도의 종이에 인쇄되어 투표함에 저장되는 방식이다.⁷⁰⁾

전자투표제도는 장애인을 포함하여 선상부재자, 격오지에 거주하는 재외국민 등 소수자의 선거권 보장에 가장 효과적인 대안이 될 수 있다. 그러나 여전히 다수 국가에서는 전자투표제도가 전산오류나 해킹 등으로 선거의 공정성을 해칠 우려가 있다는 이유에서 적어도 공직선거의 영역에는 제도의 도입을 꺼리는 경향이 있다. 대다수 국가에서 장애인 선거권 보장에 대한 긍정적 효과를 인정하면서도 전자투표제도의 도입은 지지부진한 상황이다.⁷¹⁾

(2) 법적 근거 및 관련 판례: 미국의 사례

미국의 경우는 이른바 민주주의가 공고화된 것으로 평가받는 국가들 중에서 예외적으로 전자투표제도를 전면적으로 도입한 사례라 할 수 있다. 미국의 경우에도 과거 많은 주에서 시각·신체장애인은 친구, 친척 또는 선거사무원이 선거인의 기표행위를 지원하도록 강제되었다.⁷²⁾ 미국이 전자투표제도를 전격적으로 받아들여지게 된 것

66) 조희정, 위의 글, 53면.

67) 조희정, 위의 글, 51면.

68) 조희정, 위의 글, 52면.; 문재완, 앞의 글, 160면.

69) 조희정, 위의 글, 53면.

70) 문재완, 위의 글, 같은 면.

71) 일레로 스위스 국립 시각 장애인 협회(Swiss National Association of and for the Blind)는 장애인의 독립적인 비밀투표의 보장을 위해 전면적인 전자투표의 도입을 주장하여 왔지만 보안상의 위험성 등을 이유로 정부로부터 받아들여지지 않았다. (<https://www.swissinfo.ch/eng/politics/why-voting-in-switzerland-is-difficult-for-the-visually-impaired/47236244>)

72) 장애인이 겪는 투표에서의 불편함은 매우 미세한 격차로 당락이 갈린 2000년 미 대선에서 민주당 고어(Gore) 후보를 공화당 부시(Bush) 후보보다 18% 더 지지하였던 장애인의 투표율을 비장애인에 비해 20% 떨어뜨렸다. Daniel P. Tokaji, The Paperless Chase: Electronic Voting and Democratic Values, *Fordham Law Review* Vol. 73. (2004-2005),

은 2000년 대선에서 후진적인 펀치 카드 방식의 기표용구가 야기하였던 개표 과정에서의 대혼란이 중요한 원인이 되었던 것으로 평가받는다.⁷³⁾ 미국은 이 사건 이후로 2002년에 연방 차원의 「투표자지원법」(Help America Vote Act; HAVA)을 제정하여, 전자투표제의 도입 근거를 마련하였다.

이에 장애인의 투표접근성 또한 전자투표제의 도입으로 대폭 확대되게 되었다. 특히 투표자지원법 제3장은 투표제도의 기준을 정하면서 장애인의 투표 접근성(ACCESSIBILITY FOR INDIVIDUALS WITH DISABILITIES)과 관련하여 투표제도가 시각장애인에게 투표의 비밀을 보장하고 독립적인 투표를 가능하도록 하는 방식의 투표참여 수단을 제공하여 비장애인과 동등한 투표접근 기회를 가질 것을 명시한다.⁷⁴⁾

다만 미국은 선거 행정을 주의 사무로 맡기고 있으며 투표 기계(Voting machine)의 도입과 같은 보다 구체적인 선거 행정은 카운티 수준에서도 각각 다르게 결정되기 때문에 주별·카운티별로 전자투표의 양상은 각기 다르다.⁷⁵⁾

한편 미국에서도 원격 전자투표는 극히 일부 주의 지방선거에서 제한적으로 실시되고 있을 뿐이며 대부분의 주에서는 투표소 전자투표 방식을 채택한다.⁷⁶⁾ 따라서 투표소 접근성을 이유로 투표에 어려움을 겪는 장애인에게는 우편투표가 더 장려되는 경향이 있다. 한편 최근에는 앞서 설명한 VVPAT 방식을 사용하는 주가 늘고 있다.⁷⁷⁾

(3) 장애 유형별 운용 사례

미국에서 사용되는 투표보조용구(AutoMARK)는 다음의 편의를 장애인에게 제공한다.⁷⁸⁾ 시각장애인이 이 기구를 사용하는 절차를 살펴보면 다음과 같다.

p.1769.

73) Daniel P. Tokaji, *E-Voting Case Law: A Comparative Analysis*(edited by Ardita Driza Maurer, Jordi Barrat), Ashgate, 2015, pp. 215-216.

74) 42 U.S.C. § 15481(a)(3)(A). HAVA 2002. 해당 조문의 원문은 다음과 같다. “The voting system shall—(A) be accessible for individuals with disabilities, including nonvisual accessibility for the blind and visually impaired, in a manner that provides the same opportunity for access and participation (including privacy and independence) as for other voters;” 이에 접근성이 향상된 투표 기술로부터의 이익을 취할 수 있는 유권자로 시각·신체장애인 및 투표용지를 이해하는데 어려움을 겪는 지적 장애인(cognitive impairment)이 언급되고 있다.

75) 「미국장애인법」(The Americans with Disabilities Act, ADA)에 근거하여 일부 전자투표 기계가 구비되지 않은 카운티에 대하여 장애인이 제기한 소송(American Association of People with Disabilities v. Hood)에서 미 법원은 일부 학계의 비판에도 불구하고 전자투표를 할 수 있는 직접적인 권리의 인정에는 소극적인 입장을 나타내었다. Daniel P. Tokaji, op. cit.(주 73), p. 1745. 관련 판례는 (<https://casetext.com/case/american-assoc-of-people-with-disabilities-v-hood>)

76) 해킹이나 전산오류의 가능성 등을 고려할 때 원격 전자투표는 투표소 전자투표보다 상대적으로 선거의 공정성에 대한 우려가 더 큰 투표 방식이라 할 수 있다.

77) 문재완, 위의 글, 169면. 투표결과가 별도의 종이에 인쇄되는 VVPAT 방식은 투개표 과정에서 전산오류가 발생했을 때 재검표가 가능하다는 장점을 가진다.

78) 김대근·조영오·임정렬, 사회적 약자의 선거권 보장을 위한 실효성 제고 방안, 2016년도 중앙선거관리위원회 연구용역보고서, 중앙선거관리위원회, 2016, 96면.

“(시각)장애인은 투표용지를 배부받은 뒤 투표소 내에 접근이 가능한 전자투표기를 안내받는다. 전자투표기의 터치스크린 화면은 음영의 조절이 가능하다. 또한 컬러 배경을 흑백으로 전환하거나 줌 기능을 이용하여 화면을 확대하는 것도 가능하다. 장애인에게는 또한 음성 신호를 들을 수 있는 헤드셋과 점자 키패드가 지원된다. 기표가 끝나면 투표용지를 인쇄하고 인쇄된 투표용지는 투표함에 넣는다.”⁷⁹⁾

전자투표제에 기반한 시각장애인용 투표보조용구의 장점 중의 하나는 음성신호로 자신이 기표한 내용을 투표용지의 인쇄 전에 다시 확인할 수 있다는 점을 들 수 있다.⁸⁰⁾ 한편 전자투표제는 신체장애인이 버튼을 누르거나 숨을 불어넣는(마시고 내뿜는) 방식(Sip and Puff)을 활용한 기표방식을 지원하는데도 유리하다. 숨을 불어넣는 방식은 원래 전동휠체어의 제어장치로 활용되는 것인데⁸¹⁾ 신체장애인의 기표지원에 있어서는 숨을 불어넣는 방식도 음성신호와 결합하여 제공된다.⁸²⁾ 또한 전자투표제는 문해력이 떨어지는 사람이나 발달장애인에게도 보다 나은 기표수단을 제공한다.⁸³⁾ 발달장애인에게는 기존의 투표용지의 문제점을 뛰어넘어 터치스크린에 글자가 아닌 후보자의 사진이나 정당의 로고 등을 보여주고 기표를 유도하는 방식으로 기표에 도움을 줄 수 있다.⁸⁴⁾

3. 시사점

전자투표제도는 장애인 등 소수자의 선거권 보장에 기여한다는 장점에도 불구하고 영국, 네덜란드, 독일 등 서구 주요국에서 투·개표 절차의 안정성을 이유로 도입이 취소되거나 제한적으로만 이뤄지고 있다. 마찬가지로 우리나라의 경우에도 미국에서와 같은 도입 배경이 없는 상황에서 비장애인에게까지 적용되는 전자투표제도의 전면적인 도입은 사회적 합의를 이끌어 내기는 힘들 것으로 보인다. 다만 장애인 선거권 보장의 중요성을 생각해 보면 투표보조인 제도를 대체하는 차원에서 장애인 유권자에 한정하여 적용되는 전자투표제를 시범적으로 실시해볼 수는 있을 것으로 생각된다.⁸⁵⁾ 구체적으로는 국회의원선거나 대통령 선거 등의 규모가 큰 선거보다는 작은 규모의 기초의원 선거 등에서,⁸⁶⁾ 그리고 임기만료에 의한 전국 단위의 선거보다는 투표율 저하가 항상 문제시되는 보궐선거에서 시범적으로 실시하는 방안을 고려해 볼 수 있을 것이다.⁸⁷⁾ 한편 원격전자투표방식은 장애인의 투표소 접근성 향상이

79) (<https://elections.wi.gov/expressvote>)

80) (<https://stateline.org/2019/09/18/voters-with-disabilities-feel-left-behind-by-paper-ballot-push/>)

81) (<https://accessibleweb.com/assistive-technologies/assistive-technology-focus-sip-and-puff-devices/>)

82) (<https://www.electionsnb.ca/content/enb/en/disabilities/device.html>)

83) Kathryn Summers, Dana Chisnell, Drew Davies, Noel Alton and Megan McKeever, “Making Voting Accessible: Designing Digital Ballot Marking for People with Low Literacy and Mild Cognitive Disabilities”. USENIX Journal of Election Technology and Systems (JETS), Volume 2, Number 2 • April 2014, p. 12.

84) 공진성, 앞의 글(각주4), 193면.

85) 同旨, 공진성, 위의 글, 같은 면.

86) 시스템 보안 등의 우려가 있는 REV 방식을 선도적으로 도입한 스위스, 에스토니아 등의 몇몇 국가들은 작은 규모의 지방선거에서 이를 시범적으로 실시하고 있다. 조희정, 앞의 글, 54면.

라는 또 다른 장점을 가지나 해킹이나 전산오류에 대한 우려를 감안할 때 투표소 전자투표(PSEV) 방식이 먼저 시범적으로 도입될 수 있다고 본다. 마찬가지로 이유에서 투표결과가 실시간으로 네트워크를 통하여 개표소로 전송되는 방식보다는 투표의 결과가 각 컴퓨터에 저장되는 직접전자기록(DRE) 방식이 우선적으로 고려되어야 할 것으로 보인다. 나아가 선거소송에서 재검표 등의 가능성을 고려할 때 직접전자기록 방식과 결합된 투표자확인기록장치(VVPAT)를 통하여 인쇄된 투표용지를 직접 투표함에 넣는 방식이 추가되어야 할 것이다. 다만 선거인의 투표의 비밀을 보장하기 위해 인쇄되는 투표용지는 선상투표의 예에 준하여 투표한 내용이 보이지 않게 봉합되어 출력되도록 하여야 할 것이다.⁸⁸⁾

V. 결론

이상에서 본 논문은 투표보조인제도와 관련하여 제기되었던 여러 법적 쟁점들에 대한 입법적 대안을 모색하고자 하였다. 이에 다음과 같은 결론을 내릴 수 있었다. 먼저 발달장애인을 투표보조인제도의 적용범위에 포함시켜야 한다고 보았다. 다음으로 가족이 아닌 투표보조인을 대동한 장애인에게도 자신이 지명한 1인의 조력을 받을 수 있도록 하여야 한다고 보았다. 마지막으로 전자투표제의 도입을 통하여 투표보조용구를 개선함으로써 투표보조인제도의 이용을 최대한 억제할 필요가 있다고 보았다.

87) 중앙선거관리위원회의 과거 전자투표 추진 로드맵에 따르면 궁극적으로는 전면적으로 원격투표방식을 통한 전자투표를 도입하는 것을 목표로 하되 1단계에서는 투표소투표 방식의 투표시스템을 이용하여 위탁선거, 재보궐선거 등에서 시범적으로 전자투표를 실시하는 계획을 제시하고 있다. 김선혁, 앞의 글, 17면.

88) 쉴드팩스(Shield Fax)에 대해서는 다음 중앙선거관리위원회 홈페이지 정보공간의 설명을 참조. (<https://www.nec.go.kr/site/nec/ex/bbs/View.do?cbIdx=1102&bcIdx=9215>) 다만 이 경우에도 장애인과 비장애인의 투표용지가 구분되는 문제가 남게 되므로 비장애인까지도 이용 가능한 전면적인 전자투표제의 도입이 이뤄지지 않는 한 일정 수준 장애인의 투표의 비밀이 제약을 받는 것은 불가피하다.

[참고문헌]

<국내문헌>

- Konrad Hesse, 계획열(윝김), 독일헌법원론, 박영사, 2001.
- 강일신, “사법심사기준으로서 실제적 조화 원칙”, 법조 제68권 제5호(통권 제737호), 법조협회, 2019.
- 공진성, “장애인 선거권의 실질적 보장과 공직선거법상 장애인의 기표절차에 대한 개선방안 연구”, 세계헌법연구 제27권 1호, 2021.
- , “공직선거법상 신체적 장애인을 위한 비가족투표보조인조항의 위헌성 - 현재 2020. 5. 27. 2017헌마867 결정에 대한 평식을 곁하여 -, 유럽헌법연구 제35호, 2021.
- 국가인권위원회, 장애인차별시정위원회 결정(사건: 20진정0257300, 투표 시 발달장애인에 대한 투표보조 불허), 2021. 3. 26.
- 기현석, “정신장애인의 선거권 제한 논의에 대한 고찰”, 토지공법연구 제73권 제2호, 한국토지공법학회, 2016.
- 김선혁, “전자투표의 사회적 합의기반 조성을 위한 실행사업 모델 연구”, 연구용역보고서, 중앙선거관리위원회, 2009.
- 문재완, “공직선거 전자투표의 합헌적 실시방안”, 공법학연구 제22권 제1호, 한국비교공법학회, 2021.
- 성낙인, 헌법학, 법문사, 2023.
- 이문주, “공직선거법 제157조 제6항 후단 위헌확인 등- 신체장애인을 위한 투표보조인사건 -(헌재, 2020.5.27. 2017헌마867, 판례집 32-1하, 364)”, 결정해설집, 헌법재판소, 2021.
- 정중섭, 헌법학원론, 박영사, 2022.
- 정태호, “보통·평등선거권의 심사구조와 심사기준에 관한 관건 : 자유권 심사구조 및 심사기준의 보통·평등선거권심사에의 응용 가능성”, 미국헌법연구 제19권 제2호, 미국헌법학회, 2008.
- 조희정, “해외의 전자투표 추진 현황 연구”, 사회연구 통권 13호(2007년 1호), 2007.
- 한수웅, “헌재 2004.8.26.2003헌마457결정(금연구역지정 사건)에 대한 판례평석-기본권의 충돌과 그 해결방안을 중심으로”, 헌법논총 제22집, 헌법재판소, 2011.
- 공직선거법 일부개정법률안, 권인숙 의원 대표발의, 의안번호 22651, 2023. 6. 14.

<해외문헌>

- Daniel P. Tokaji, E-Voting Case Law: A Comparative Analysis(edited by Ardita Driza Maurer, Jordi Barrat), Ashgate, 2015.
- Daniel P. Tokaji, The Paperless Chase: Electronic Voting and Democratic Values, Fordham Law Review, Vol. 73. 2004-2005.

<기타문헌>

대법원 1999. 7. 13, 선고 99우48

헌재 1991. 9. 16. 89헌마165

헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등

헌재 1995. 12. 27. 95헌마224등

헌재 2001. 7. 19. 2000헌마91등

헌재 2007. 6. 28. 2005헌마772

헌재 2013. 7. 25. 2012헌마174

헌재 2014. 1. 28. 2013헌마105

헌재 2020. 5. 27. 2017헌마867

헌재 2001. 11. 29. 99헌마494

국민일보, 2023. 10. 5.

(<https://news.kmib.co.kr/article/view.asp?arcid=0018731656&code=61121311&cp=nv>)

디지털타임스, 2020. 3. 28.

(https://www.dt.co.kr/contents.html?article_no=2020032802109958820001)

북지타임즈, 2022. 5. 31. (<http://www.bokjitime.com>)

연합뉴스, 2023.10. 4.

(<https://www.yna.co.kr/view/AKR20231004104600051?input=1195m>)

중앙선거관리위원회 홈페이지

(<https://shipvote.nec.go.kr/site/nec/ex/bbs/View.do?cbIdx=1147&bcIdx=17245>)

KBS뉴스, 2022. 5. 31.

(<https://news.kbs.co.kr/news/pc/view/view.do?ncd=5475617>)

mbc 뉴스테스크, 2022. 10. 3.

(https://imnews.imbc.com/replay/2022/nwdesk/article/6413564_35744.html)

(<https://www.ablenews.co.kr/news/articleView.html?idxno=93004>)

(https://www.ohmynews.com/NWS_Web/View/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0002839676&CMPT_CD=P0010&utm_source=naver&utm_medium=newsearch&utm_campaign=naver_news)

(<https://www.swissinfo.ch/eng/politics/why-voting-in-switzerland-is-difficult-for-the-visually-impaired/47236244>)

(<https://elections.wi.gov/expressvote>)

(<https://stateline.org/2019/09/18/voters-with-disabilities-feel-left-behind-by-paper-ballot-push/>)

(<https://accessibleweb.com/assistive-technologies/assistive-technology-focus-sip-and-puff-devices/>)

(<https://www.electionsnb.ca/content/enb/en/disabilities/device.html>)

[Abstract]

Legal Issues and Improvements to the Voting Assistant System

Kee, Hyun Suk*

The voting assistant system is an electoral system that provides assistance to electors who are unable to cast their ballots independently due to obstacles in the voting process. Currently, there are three legal issues being discussed regarding the voting assistant system. First, the current law excludes people with developmental disabilities from the scope of the voting assistant system, and it is argued that the law should be amended so that people with developmental disabilities can receive assistance from voting assistants. Second, it is argued that the current law requires that two polling assistants must be accompanied by a non-family member, and this restriction should be abolished. Third, it is argued that the voting assistant system has a problem of revealing the contents of the vote to the voting assistant in order to guarantee the voting rights of the disabled, so it is necessary to prepare an alternative that can guarantee the confidentiality of voting. If we apply the principle of practical harmonization in order to provide a legislative alternative that maximizes the constitutional values that conflict with each other, we can conclude the following conclusions about the present legal issues.

The conclusion of the first argument is as follows. The current law excludes people with developmental disabilities from the application of the voting assistant system on the grounds of the possibility of compulsory voting by a voting assistant. However, it is desirable that such a restriction be abolished because it would result in sacrificing the superior constitutional value of universal suffrage in order to guarantee the principle of free suffrage.

The conclusion of the second argument is as follows. The current law requires two polling assistants to accompany non-family members to ensure the elector's freedom to vote. However, this restriction is unduly restricts the principle of secret elections and should be abolished. The conclusion of the third argument is as follows. The essential problem with the voting assistant system stems from the unilateral retreat of the principle of secret suffrage in a situation where the principle of universal suffrage and the principle of secret suffrage are in conflict. Therefore, efforts are required to reconcile two conflicting constitutional values through a third alternative. A third alternative is possible through the improvement of voting aids that support the independent marking of persons with

* Professor, College of Law, Myongji University

disabilities. According to foreign legislative precedents, the introduction of an ideal voting aid presupposes the introduction of an electronic voting system. Therefore, as a third alternative, it is necessary to consider the introduction of voting aids combined with the electronic voting system to a limited extent.

Key Words: universal suffrage, secret suffrage, polling assistants, practical harmonization principle, electronic voting

점유취득시효가 완성된 부동산을 제3자에게 처분한 경우 점유취득시효 완성자와 원소유자의 법률관계

이재경*

논문요지

본 글에서는 민법 제245조가 점유취득시효가 완성된 경우에도 등기를 마쳐야 비로소 소유권을 취득함을 규정한 외에 점유취득시효 완성자에게 등기청구권을, 등기명의인에게 소유권이전등기의무를 부여하는 것인지 검토하였다. 그리하여 점유취득시효 완성 당시 등기명의인은 점유자가 점유취득시효 완성에 따른 효과로 등기를 청구할 때에 그것에 협력하거나, 재판을 통해 등기를 이전해 가는 것을 감내하여야 하는 지위에 있을 뿐 일반적인 채권관계에서 인정되는 채무로서 등기이전의무를 부담하지 않는다는 결론에 이르렀다. 그리고 점유취득시효 완성자는 일반적인 채권관계에서 인정되는 것보다는 약한 정도의 지위에 있는 것으로 이해하였다.

이를 전제로 점유취득시효가 완성된 부동산을 제3자에게 처분한 경우 점유취득시효 완성자와 원소유자의 법률관계는 종료하고, 채무불이행책임이나 대상청구권으로 전환되지 않는다는 결론에 이르렀다. 다만 점유취득시효 완성의 사실을 알고 있는 원소유자가 점유취득시효 완성자의 소유권취득을 방해할 목적으로 부동산을 처분하였다면 불법행위에 따른 손해배상책임이 인정될 것이다.

검색용 주제어: 점유취득시효, 소유권이전등기청구권, 채무불이행, 대상청구권, 불법행위

· 논문접수: 2024. 01. 02. · 심사개시: 2024. 01. 11. · 게재확정: 2024. 01. 25.

I. 서론

민법 제245조 제1항에 의하여 20년간 소유의 의사로 평온, 공연하게 부동산을 점유하여 점유취득시효가 완성되면 시효완성자는 시효완성 당시의 등기명의인에게 점유취득시효 완성에 따른 소유권이전등기를 청구할 수 있다. 시효완성자에게 등기가 완료되기 전까지 시효완성자는 소유권자가 아니고, 그 부동산의 등기명의인은 여전히

* 법학박사, 원광대학교 법학전문대학원 교수.

** 이 논문은 2023학년도 원광대학교의 교비지원에 의해 수행됨.

히 소유자로서 자신의 권리를 행사할 수 있다. 그리하여 점유취득시효 완성 후 등기가 마쳐지기 전 소유권자가 소유권의 행사로 부동산을 적법하게 처분함으로써 그 부동산의 소유권등기를 이전받을 가능성이 배제된 점유취득시효 완성자의 법적 구제에 관한 논의가 복잡하게 전개되고 있다.

그 논의는 기본적으로 점유취득시효 완성자의 법적 지위에 관한 논의에서 출발하여, 점유취득시효 완성자와 시효완성 당시의 등기명의인의 법률관계, 등기명의인이 점유취득시효 완성자에 대하여 갖는 의무의 내용, 점유취득시효가 완성된 부동산과 그 이익의 귀속주체에 관한 논의로 이어진다. 그 중심에 점유취득시효가 완성된 경우에도 등기명의인이 여전히 소유권자로 자신의 권리를 행사할 수 있다는 원칙이 있다. 판례와 학설은 등기명의인의 적법한 처분행위와 그로 인하여 야기되는 시효완성자에 대한 급부불능의 결과를 조화시키기 위한 다양한 이론을 전개한다.

판례는 기본적으로 점유취득시효가 완성된 부동산이라 하더라도 등기명의인의 처분행위를 시효완성자에 대한 위법행위로 다루지 않는다.¹⁾ 또한 부동산 점유자에게 시효취득으로 인한 소유권이전등기청구권이 있다고 하더라도 이로 인하여 부동산 소유자와 시효취득자 사이에 계약상의 채권채무관계가 성립하는 것은 아니라는 이유로 그 부동산을 처분한 소유자의 채무불이행책임을 부정한다.²⁾ 그러면서도 판례는 점유취득시효 완성자의 대상청구권을 인정하여 점유취득시효가 완성된 부동산의 소유권에 기초한 이익을 소유권자인 등기명의인이 아닌 점유취득시효 완성자에게 귀속시키고자 한다. 다만 이때에도 점유로 인한 부동산 소유권 취득기간 만료를 원인으로 한 등기청구권이 이행불능으로 되었다고 하여 대상청구권을 행사하기 위하여는 그 이행불능 전에 등기명의인에 대하여 점유로 인한 부동산 소유권 취득기간이 만료되었음을 이유로 그 권리를 주장하였거나 그 취득기간 만료를 원인으로 한 등기청구권을 행사하였을 것을 요구하여,³⁾ 등기명의인이 취득시효 완성의 사실을 알거나 알 수 있었음에도 이를 처분한 경우에 비로소 위법행위가 성립된다고 하는 판례와 같은 선상에 위치시킨다.

그러면서도 판례는 대상청구권의 인정이나 그 제한에 관하여 분명한 근거를 제시하지 않는다. 판례가 그 근거로 드는 것은 공평이다. 점유취득시효 완성으로 인한 소유권이전등기청구권의 이행불능 전에 위와 같은 권리의 주장이나 행사에 이르지 않았다면 대상청구권을 행사할 수 없다고 보는 것이 공평의 관념에 부합한다는 것이다.⁴⁾

판례의 태도로부터 유추할 수 있는 것은 판례가 점유취득시효의 완성으로 소유권이전등기청구권을 갖는 점유취득시효 완성자의 법적 지위를 시효완성 후, 시효완성 후 권리를 행사한 때, 시효완성 후 권리를 행사하여 소유권등기를 이전받은 때의 단계별로 달리 취급하고 있다는 것이다. 그런데 이러한 판례의 태도는 점유취득시효 완성자의 소유권이전등기청구권을 채권적 청구권이나 물권적 청구권 중 하나로 분류

1) 대법원 1989. 4. 11. 선고 88다카8217 판결; 대법원 1993. 2. 9. 선고 92다47892 판결; 대법원 1994. 4. 12. 선고 93다60779 판결; 대법원 1995. 6. 30. 선고 94다52416 판결; 대법원 1995. 7. 11. 선고 94다4509 판결; 대법원 1998. 4. 10. 선고 97다56495 판결; 대법원 2006. 5. 12. 선고 2005다75910 판결 등.

2) 대법원 1995. 7. 11. 선고 94다4509 판결.

3) 대법원 1994. 12. 9. 선고 94다25025 판결; 대법원 1996. 12. 10. 선고 94다43825 판결.

4) 대법원 1996. 12. 10. 선고 94다43825 판결.

하는 것으로 명쾌히 설명되지 않는다.

그리하여 이하에서는 점유취득시효 완성에 관한 판례를 분석하고, 그에 대한 학설을 검토하여 점유취득시효 완성자의 지위와 점유취득시효가 완성된 부동산을 제3자에게 처분한 경우의 법률관계를 정리해 보고자 한다.

II. 점유취득시효 완성자와 원소유자의 법률관계

1. 점유취득시효 완성에 따른 소유권이전등기청구

민법 제245조 제1항에 의한 점유취득시효 완성으로 시효완성자가 소유권을 취득하는 것은 아니다. 점유취득시효 완성자는 시효완성의 법률효과로 소유권이전등기를 청구할 수 있을 뿐이다.

점유취득시효의 완성자가 갖는 소유권이전등기청구권의 성질에 관한 논의는 크게 채권적 청구권설과 물권적 청구권설로 나뉘어진다.

1) 채권적 청구권으로 보는 견해

채권적 청구권설은 점유취득시효 완성자의 등기청구권을 채권적 청구권으로 파악한다. 민법 제245조 제1항의 해석상 시효완성자는 소유권을 취득하는 것이 아니라 위 규정에 따라 취득시효 완성 당시의 소유자에 대하여 등기청구권을 취득할 뿐이라는 것이다.⁵⁾ 판례는 기본적으로 채권적 청구권설의 입장에 있는 것으로 평가된다.

판례에 따르면 시효완성자는 취득시효 완성에 따른 등기청구권으로 시효완성된 부동산을 취득한 제3자에게 대항할 수 없다.⁶⁾ 취득시효가 완성된 점유자가 그 부동산에 대한 점유를 상실한 때로부터 10년간 이를 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성된다.⁷⁾ 점유자가 취득시효기간의 만료로 일단 소유권이전등기청구권을 취득한 이상, 그 후 점유를 상실하였다고 하더라도 이를 시효이익의 포기로 볼 수 있는 경우가 아닌 한, 이미 취득한 소유권이전등기청구권은 소멸하지 않는다.⁸⁾ 점유취득시효 완성자의 점유를 승계한 자는 점유 자체와 하자만을 승계하는 것이지 그 점유로 인한 법률효과까지 승계하는 것은 아니므로 전 점유자의 점유취득시효 완성 당시 원소유자인 등기명의인에게 직접 점유취득시효 완성에 따른 등기청구권을 행사할 수는 없지만,

5) 윤진수/곽윤직 편, 『민법주해 V (물권 (2))』 (이하 “『민법주해 V』”), 박영사, 2011, 393면; 지원림, “점유취득시효 완성 이후의 사정변경과 대상청구권”, 『민사판례연구[XVIII]』, 박영사, 1997, 132면; 여미숙, “점유취득시효 완성자의 대상청구권”, 『사법』, 55호, 사법발전재단, 2021, 305면; 추신영, “부동산점유취득시효에 있어서 소유권취득에 대한 제언”, 『재산법연구』, 제34권 제4호, 한국재산법학회, 2018, 271면; 정구태, “2차 점유취득시효기간 중 소유권이 변동된 경우 시효완성자의 법적 지위”, 『서강법학』, 제12권 제1호, 서강대학교 법학연구소, 2010, 319면; 윤석찬, “점유취득시효완성자의 법적지위에 관한 판례이론의 검토”, 『법학연구』, 제37권 제1호(통권 제45호), 부산대학교 법학연구소, 1996, 13면.

6) 윤진수/곽윤직 편, 『민법주해 V』, 394면.

7) 대법원 1990. 11. 13. 선고 90다25352 판결; 대법원 1992. 3. 10. 선고91다24311 판결.

8) 대법원 1995. 3. 28. 선고 93다47745 전원합의체 판결; 대법원 2017. 8. 18. 선고 2015다234657 판결.

자신의 전 점유자에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 전 점유자의 소유자에 대한 소유권이전등기청구권을 대위행사할 수는 있다.⁹⁾

한편 채권적 청구권설에 따르면 시효완성 후 그 등기 전에 제3자가 소유권을 취득한 경우 원소유자는 소유권이전등기의무의 이행불능에 따른 채무불이행책임을 지지만,¹⁰⁾¹¹⁾ 판례는 기본적으로 채권적 청구권설의 입장에 있으면서도 점유취득시효 완성자와 원소유자 사이에 (계약상)채권채무 관계를 부정한다.

2) 물권적 청구권으로 보는 견해

물권적 청구권설은 점유취득시효 완성자에게 사실상 소유권을 취득한 것과 같은 지위를 인정한다.¹²⁾ 점유자가 취득시효 주장을 하는 현재의 시점을 기준으로 소유의 의사로 평온·공명하게 그 부동산을 20년 이상 점유하였다면 그 부동산을 시효로 취득하였다고 인정할 수 있고, 단지 점유자의 시효완성으로 인한 권리취득이 편의상 이전등기의 방법을 취할 뿐이라는 것이다.¹³⁾ 그리하여 시효완성자는 시효 완성 후 등기명의인으로부터 그 명의를 취득한 제3자에게 대항할 수 있다.¹⁴⁾

물론 물권적 청구권설에서도 이러한 태도를 취하는 경우 등기를 신뢰한 자의 보호가 약화되는 문제가 있음은 시인한다. 그러나 점유취득시효제도가 등기하지 못한 사실상의 권리자를 보호하기 위한 것인 이상 그 범위 내에서 거래의 안전은 일부 후퇴시켜야 한다는 것이다.¹⁵⁾

한편 물권적 청구권설은 시효완성자와 원소유자의 관계를 권리변동의 당사자로 보지 않는다.¹⁶⁾ 애초에 부동산의 취득시효라는 것은 현상대로 사회적 제관계를 안정시킬 필요 때문에 권리의 측면을 묻지 않고 점유라는 사실관계를 권리관계로 높이려는 것으로 원소유자의 소유권과 무관하다는 것이다.¹⁷⁾ 그렇기 때문에 이들은 점유취득시효 완성에 따른 소유권이전등기의 당사자관계로 묶여 있다고 볼 수 없고 다만 등기의 편의상 당사자로 취급되고 있는데 불과하다는 것이다.¹⁸⁾ 그리하여 시효완성 후 원소유자가 그 부동산을 제3자에게 처분하여 이전등기를 마쳐준 경우에도 시효완

9) 대법원 1995. 3. 28. 선고 93다47745 전원합의체 판결.

10) 지원립, 앞의 글, 144면.

11) 점유취득시효 완성자의 소유권이전등기청구권이 원소유자와의 관계에서 채권의 지위를 갖게 되는 시점을 시효완성에 따른 권리행사로 보는 견해로 윤진수/이용훈대법원장재임기념문집 간행위원회 편, “이용훈 대법원의 민법판례”, 『정의로운 사법』, 사법발전재단, 2011, 29면; 김성룡, “대상청구권의 발생요건 - 대법원 판례의 변화와 함께”, 『한양법학』, 8집, 한양법학회, 1997, 179~180면 등 참조.

12) 송덕수, “취득시효와 대상청구권 - 대법원 1996. 12. 10. 선고94다43825 판결-”, 『저스티스』, 제30권 제2호, 한국법학원, 1997, 250~256면; 전원열, “부동산의 점유취득시효 완성 후의 법률관계에 관한 고찰”, 『사법연구자료』, 제22집, 법원도서관, 1995, 309면; 남윤경, “취득시효 완성자의 대상청구권에 관한 고찰 - 취득시효와 대상청구권을 중심으로-”, 『법학논집』, 제25권 제4호(통권74호), 이화여자대학교 법학연구소, 2021, 247면; 이상헌, “점유취득시효 완성자의 등기청구권의 물권적 성질에 관한 소고”, 『저스티스』, 통권 제193호, 한국법학원, 2022, 10~22면.

13) 전원열, 앞의 글, 309면.

14) 이상헌, 앞의 글, 22면.

15) 송덕수, 앞의 글, 253~254면; 전원열, 앞의 글, 312면.

16) 전원열, 앞의 글, 309면.

17) 전원열, 앞의 글, 305면, 329면.

18) 전원열, 앞의 글, 329면.

성자와 제3자 사이에 판례가 전개하고 있는 이중매매의 법리는 적용될 여지가 없게 된다.¹⁹⁾ 원소유자가 점유취득시효가 완성된 부동산을 제3자에게 처분한 것이 시효완성자에 대하여 채무불이행책임을 성립시키지도 않는다. 시효완성 당시 점유자와 소유자 사이에는 실체적인 채권채무관계가 성립하지 않기 때문이다.²⁰⁾

3) 소유권등기를 얻기 위한 수단으로 보는 견해

한편 점유취득시효 완성자의 등기청구권을 채권적 청구권이나 물권적 청구권으로 보지 않고, 그것은 단순히 등기할 수 있는 자격을 뜻하는 편의개념에 지나지 않는, 순수하게 행정법적·절차법적으로 등기를 얻기 위한 수단 또는 방법에 머무르는 것이라고 평가하는 견해도 있다. 그리하여 점유취득시효 완성자의 소유권이전등기청구 상대방인 원소유자의 등기의무 역시 시효완성자에 대한 채무가 아니라 등기에 협력할 소극적인 지위로 파악한다.²¹⁾

이 견해 역시 물권적 청구권설과 마찬가지로 점유취득시효 완성자와 원소유자 사이에 등기청구권과 관련하여 채권채무관계의 성립은 부정한다. 다만 점유취득시효 완성자가 등기를 통해 소유권을 취득할 수 있도록 원소유자가 등기를 이전함으로써 협력하여야 할 의무가 있다는 점에서 협력의무로부터 채권채무 유사관계를 인정하기도 한다.²²⁾

2. 점유취득시효 완성자에 대한 원소유자의 권리·의무

1) 점유취득시효 완성자에 대한 원소유자의 소유권 행사

점유취득시효가 완성되었지만 소유권등기를 이전받지 않은 시효완성자는 소유자가 아니기 때문에 소유권의 확인을 구할 이익이 없다.²³⁾ 반대로 점유취득시효가 완성된 부동산의 원소유자인 등기명의인이 소유권확인 소를 구하거나²⁴⁾ 점유취득시효 완성자에게 점유에 따른 부당이득반환의 소를 구하여도 승소할 수 없다.²⁵⁾ 요컨대 점유취득시효의 완성에도 불구하고 자신의 소유권을 적법하게 행사할 수 있는 원소유자라 하더라도 점유취득시효 완성자를 상대로는 그러한 소유권의 행사가 불가하다.

한편 점유취득시효 완성자에 대한 원소유자의 부당이득반환청구를 부정하는 판례

19) 송덕수, 앞의 글, 254면; 전원열, 앞의 글, 292면.

20) 송덕수, 앞의 글, 254면; 전원열, 앞의 글, 292면.

21) 심준보, “취득시효와 대상청구권”, 『민사판례연구 [XX]』, 박영사, 1998, 106~107면; 이진기, “등기 없는 점유시효취득의 새로운 이해”, 『민사법학』, 제84호, 한국민사법학회, 2018, 15~19면, 다만 이들 견해도 대상청구권의 인정과 관련하여서는 급부채무에 대응하는 채권이 없는 시효완성자에게 대상청구권을 인정해서는 안된다는 입장과(심준보, 앞의 글, 107면 이하) 원소유자인 등기명의인의 등기에 협력할 의무로 채권채무 유사관계가 인정되어 대상청구권을 유추적용할 수 있다는 입장(이진기, 앞의 글, 30면)으로 나뉘어진다.

22) 송덕수, 앞의 글, 253면; 전원열, 앞의 글, 291~292면.

23) 대법원 2007. 7. 27. 선고 2007다27335 판결; 대법원 2013. 9. 13. 선고 2012다5834 판결 등.

24) 대법원 1995. 6. 9. 선고 94다13480 판결.

25) 대법원 2014. 3. 27. 선고 2012다30168 판결; 대법원 2018. 6. 28. 선고 2017다255344 판결.

의 태도에 대하여 소유자에 대하여 등기청구권을 갖는 점유취득시효 완성자는 비록 등기 전이라고 하더라도 점유부동산을 사용·수익할 수 있는 권리를 갖는 것으로 보고 있는 것이라고 평가하기도 한다.²⁶⁾

2) 점유취득시효 완성자에 대한 원소유자의 소유권이전등기의무의 내용

점유취득시효 완성자와 원소유자의 관계에서 또 하나 문제되는 것은 원소유자가 시효완성자에게 갖는 소유권이전등기의무가 소유권의 귀속에 관한 것인가, 소유권으로 발생하는 이익의 귀속에 관한 것인가 하는 것이다.²⁷⁾

매매계약에서 매도인의 소유권이전등기의무는 매매목적물에 제한이나 부담이 없는 완전한 소유권이전등기를 이행할 의무이다.²⁸⁾ 그런데 점유취득시효 완성의 경우 시효완성자와 원소유자의 관계를 채권관계로 이해하더라도 매매계약의 경우와는 다르다. 점유취득시효가 완성된 부동산의 원소유자는 점유취득시효 완성자가 등기를 통해 소유권을 취득하는 데에 협력하면 족할 뿐 그 부동산의 제한이나 부담을 제거하여야 할 의무까지 부담하지는 않는다. 점유취득시효 완성자가 등기를 이전받으면 그 부동산을 원시취득하여 특별한 사정이 없는 한 원소유자의 소유권에 가하여진 각종 제한에 의하여 영향을 받지 않는 완전한 내용의 소유권을 취득하게 될 뿐이다.²⁹⁾³⁰⁾

마찬가지로 점유취득시효가 완성된 후 등기가 완료되기 전에 제한물권이 설정된 경우에도 원소유자는 제한물권이 설정된 그대로의 상태에서 등기를 이전하여 주면 된다. 제한물권이 설정된 그대로의 상태에서 등기에 의하여 소유권을 취득한 시효완성자는 그러한 제한을 제거하기 위하여 예컨대 그 부동산에 설정된 저당권의 피담보채무를 변제한 후 저당권의 말소를 청구할 수 있을 뿐이다. 이때 점유취득시효 완성자의 변제는 완전한 소유권을 확보하기 위한 것으로 시효완성자 자신의 이익을 위한 행위가 된다.³¹⁾³²⁾

26) 전원열, 앞의 글, 264면.

27) 그 밖에 부동산의 소유명의자는 그 부동산에 대해 점유취득시효가 완성된 자에게 소유권이전등기를 하여 줄 의무를 부담하지만 그 시효가 완성된 자가 시효완성 후에 어떤 사정에 의하여 그 점유를 잃었다고 해서 그 점유자로부터 점유를 회수하여 다시 이를 시효가 완성된 자에게 돌려 줄 의무까지 부담한다고 할 수는 없다: 대법원 1997. 3. 28. 선고 96다10638 판결.

28) 대법원 2021. 9. 9. 선고 2018다284233 전원합의체 판결.

29) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2014다21649 판결; 대법원 2004. 9. 24. 선고 2004다31463 판결; 대법원 1992. 2. 25. 선고 91다9312 판결.

30) 이와 관련하여 점유취득시효에 따른 소유권의 취득을 승계취득으로 보고, 그렇기 때문에 시효가 완성된 후 시효취득자 앞으로 이전등기가 되기 전에 설정된 저당권자의 관계에서 시효취득자는 물상보증인의 지위가 아닌 저당물의 제3취득자의 지위를 가지게 되어 점유취득시효 완성 후 원소유자가 설정한 저당권의 피담보채무를 시효취득자가 대위변제하였다면 원소유자에 대하여 구상권이나 부당이득반환청구를 할 수 없다고 새겨야 한다는 견해로 추신영, 앞의 글, 273면.

31) 대법원 2006. 5. 12. 선고 2005다75910 판결.

32) 이러한 판례의 태도에 찬성하는 견해로 윤진수, “2006년도 주요 민법 관련 판례 회고”, 「서울대학교 법학」, 제48권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2007, 407면 참조. 이와 반대로 점유취득시효 완성자의 변제를 제3자의 채무변제로 보고 구상권을 인정하여야 한다는 견해로 양창수, “목적토지상 저당권자의 피담보채무를 변제한 시효취득자의 채무자에 대한 구상권 - 대법원 2006년 5월 12일 판결 2005다75910 사건(판례공보 2006상, 1039면-)”,

3. 검토

20년간 소유의 의사로 평온·공연하게 부동산을 점유하는 자는 등기함으로써 그 소유권을 취득한다고 규정하고 있는 민법 제245조에 관한 학설대립의 출발은 취득시효가 완성된 자가 갖는 소유권이전등기청구권의 법적 성질에 있다. 그 청구권의 성격이 채권적 청구권인가 물권적 청구권인가 하는 것이다. 물권적 청구권은 점유취득시효 완성자의 지위를 물권자에 준하는 지위로 보고 점유자가 갖는 소유권이전등기청구권은 소유권취득을 완성하기 위한 절차적 의미를 가질 뿐이라고 한다. 그러나 민법 제245조가 등기함으로써 소유권을 취득한다고 규정하고 있는 이상 등기를 마치지 않은 점유자에게 소유권자에 준하는 지위를 부여하기는 어렵다. 채권적 청구권설은 점유자라 하더라도 등기를 마치지 않은 이상 소유권자는 아니라는 조문의 해석에 충실하지만 소유권이전등기청구권을 채권적 청구권으로 파악하는 근거는 분명하지 않다. 단지 물권적 청구권은 아니기 때문에 채권적 청구권이라고 볼 뿐이다.

그런데 민법 제245조는 20년의 기간 동안 소유의 의사로 평온·공연하게 점유한 자라고 하더라도 등기를 취득하지 않은 이상 소유권을 취득하지 못함을 정하고 있을 뿐 점유취득시효 완성자에게 소유권이전등기청구권을 부여하고 있지는 않다. 민법은 민법 제186조 법률행위로 인한 물권의 득실변경, 민법 제245조 점유취득시효 완성으로 인한 물권의 득실변경의 경우에 민법 제187조와는 달리 등기하여야 비로소 소유권을 취득함을 정하고 있을 뿐이다. 점유취득시효가 완성된 점유자가 등기하여야 비로소 소유권을 취득할 수 있다는 것이 점유취득시효 완성자에게 채권으로서 원소유자를 상대로 한 소유권이전등기청구권을 부여하는 것이라고 단정할 수 없다.³³⁾

민법 제245조는 소유권 취득의 방법에 관한 것일 뿐 점유취득시효 완성자와 원소유자인 등기명의인 사이의 채권채무관계에 관한 것이 아니다. 점유취득시효 완성으로 인한 점유자와 소유자의 관계는 당사자의 의사합치에 의한 약정채권관계도 아니고, 위법행위를 한 자의 손해배상의무, 법률상 원인없이 이익을 얻은 자의 부당이득 반환의무로부터 상대방에게 권리를 부여함을 정하는 법률의 규정에 따라 성립하는 법정채권관계와도 구별된다. 그리하여 점유취득시효 완성자는 등기를 취득하기 전까지 원소유자와의 관계에서 소유권자도 아니고 일반적인 채권관계에서 인정되는 정도의 채권자도 아닌 오히려 그보다도 약한 정도의 지위에 있는 것으로 이해할 수 있다.³⁴⁾ 점유취득시효 완성자는 원소유자와의 관계에서 약정이든 법정이든 채권채무관계에 놓여지지 않은 상태에서 일반적인 채권과는 구별되는 소유권이전등기청구권을 가질 뿐이다. 그리고 점유취득시효가 완성된 부동산의 원소유자는 점유취득시효 완

『민법연구 제9권』, 박영사, 2007, 261면; 이기용, “한국민법에 있어서 취득시효 완성의 효과”, 『민사법학』 37호, 한국민사법학회, 2007, 19면 이하; 김나현, “부동산 점유취득시효 완성자의 채무변제와 구상권 - 대법원 2006. 5. 12. 선고 2005다75910 판결을 중심으로 -”, 『연세법학』, 제30호, 연세대학교 법학연구소, 2017, 131면 이하.

33) 이에 대한 자세한 논의로는 이진기, “등기 없는 점유시효취득의 새로운 이해”, 『민사법학』, 제84호, 한국민사법학회, 2018, 15~19면 참조.

34) 반대로 시효완성자는 법률상 소유권자로 추정되는 등기명의인의 소유권에 기초한 권리 행사에 대해 제213조 단서의 점유할 권리에 기해 방어할 수 있다는 점에서, 시효완성자는 단순한 채권적 청구권만 가지고 있는 부동산 이중매매의 제1매수인보다는 물권적으로 더 강화된 지위를 갖는다는 견해로 정구태, 앞의 글, 319면.

성으로 소유권이전등기의무를 갖는 것이 아니라 점유자에 대하여 등기에 협력하거나 혹은 점유취득시효 완성자가 이행판결을 받아 단독으로 등기를 신청함으로써 소유권을 잃게 되는 것을 감내하여야 하는 지위에 있을 뿐이다. 다만 그렇다 하더라도 점유취득시효 완성자는 원소유자와의 관계에서는 소유권을 이전받을 지위에 있기 때문에 원소유자가 점유취득시효 완성자를 상대로 소유권 확인의 소를 구하거나 부당이득의 반환을 구하는 것은 허용되지 않는다고 할 것이다.

III. 시효완성된 부동산을 제3자에게 처분한 경우 법적책임

1. 불법행위책임

가. 판례

앞서 살펴본 바와 같이 점유취득시효가 완성되었다 하더라도 시효완성자가 등기를 통하여 소유권을 취득하기 전까지 등기명의인은 여전히 소유자로서 자신의 권리를 행사할 수 있다. 따라서 점유취득시효가 완성된 부동산의 등기명의인이 그 부동산을 제3자에게 처분하였다 하더라도 시효완성자에 대하여 불법행위책임을 지지 않는 것이 원칙이다.³⁵⁾

그러나 등기명의인이 소유권 행사로서 부동산을 처분한 경우에도 판례는 일정한 요건 하에 불법행위책임을 성립을 인정한다. 이에 따르면 “부동산의 소유자가 취득시효의 완성 사실을 알 수 있는 경우에 부동산 소유자가 부동산을 제3자에게 처분하여 소유권이전등기를 넘겨줌으로써 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기의 무가 이행불능에 빠지게 되어 손해를 입었다면 불법행위를 구성한다”고 하여 등기명의인이 취득시효 완성의 알았거나 알 수 있었는지 여부를 기준으로 소유자가 정당한 소유권 행사로서 한 처분행위의 위법성을 판단한다.³⁶⁾

등기명의인이 취득시효 완성의 사실을 알았거나 알 수 있었는지와 관련하여 판례는 부동산 인도청구소송의 진행 중 점유자로부터 취득시효의 항변이나 반소의 제기가 있었다는 것만으로는 소유자가 상대방의 시효취득 사실을 알았음을 인정하지 않는다.³⁷⁾ 시효취득을 주장하는 권리가 취득시효를 주장하면서 소유권이전등기청구소송을 제기하여 그에 관한 입증까지 마친 경우,³⁸⁾ 부동산의 시효취득자가 취득시효 완성을 주장하고 이전등기청구소송을 제기하여 1심에서 승소까지 한 경우,³⁹⁾ 등기명의인인 부동산 소유자가 그 부동산의 인근에 거주하는 등으로 그 부동산의 점유·사용관계를 잘 알고 있고, 시효취득을 주장하는 권리가 등기명의인을 상대로 소유권이전등기 청구소송을 제기하여 등기명의인이 그 소장 부분을 송달받은 경우⁴⁰⁾에 비

35) 대법원 2006. 5. 12. 선고 2005다75910 판결.

36) 대법원 2002. 3. 15. 선고 2001다77352, 77369 판결; 대법원 1995. 7. 11. 선고 94다4509 판결; 대법원 1993. 2. 9. 선고 92다47892 판결; 대법원 1989. 4. 11. 선고 88다카8217 판결; 대법원 1998. 4. 10. 선고 97다56495 판결.

37) 대법원 1995. 7. 11. 선고 94다3409 판결.

38) 대법원 1993. 2. 9. 선고 92다47892 판결.

39) 대법원 1989. 4. 11. 선고 88다카8217 판결.

로소 등기명의인이 취득시효 완성사실을 알았음을 인정한다.

그리하여 시효완성자가 적극적으로 자신의 권리를 행사함으로써 시효완성을 알게 된 등기명의인이 부동산을 제3자에게 처분하는 것은 시효취득자에 대한 이전등기의무를 면탈하고자 하는 것으로 위법하다고 한다.⁴¹⁾ 그리고 이 때 부동산을 취득한 제3자가 원소유자의 이와 같은 불법행위에 적극 가담하였다면 이는 사회질서에 반하는 행위로서 무효라고 한다.⁴²⁾

한편 판례는 소유자의 처분행위가 점유취득시효 완성자의 소유권이전등기청구권을 침해한 경우뿐만 아니라 해당 부동산에 가등기를 설정한 경우⁴³⁾에도 소유자가 취득시효 완성사실을 알았거나 알 수 있었는지 여부를 기준으로 불법행위책임을 인정한다. 가등기에 의하여 본등기가 마쳐진 경우뿐만 아니라 가등기까지만 마쳐져 있어 취득시효 완성자 명의의 소유권이전등기 자체는 불가능하지 않은 경우에도 마찬가지이다. 판례에 따르면 취득시효 완성자 명의의 소유권이전등기가 가능하다고 하여 손해가 없다고 할 수는 없기 때문이라고 한다.⁴⁴⁾

나. 학설

1) 불법행위책임을 인정하는 견해

소유자가 취득시효 완성을 알았는지 여부를 기준으로 불법행위책임을 인정하는 것은 정당하다고 평가하는 견해도⁴⁵⁾ 판례가 등기의무 있는 자의 의무불이행이 채무불이행이 아닌 불법행위가 되는지에 대해서는 적극적인 논거를 제시하지 않고 있다고 지적한다.⁴⁶⁾

불법행위책임을 인정하는 견해도 판례가 제시하는 “취득시효 완성을 알았거나 알 수 있었는지”에 대해서는 불법행위책임을 유책성 요건으로 평가하기도 하고⁴⁷⁾, 위법성 요건으로 평가하기도 한다.⁴⁸⁾ 유책성 요건으로 평가하는 경우에는 원소유자가 시효완성자에게 등기를 이전하여 주어야 할 의무를 위반하여 이행불능의 상태로 만든 것을 위법행위로 평가하고, 그러한 위법행위에 대하여 고의·과실이 있어야 비로소 불법행위가 성립하는데, 특별한 사정이 없는 한 시효취득 사실을 알 수 없고 또 알아야 할 의무가 있는 것도 아닌 원소유자에게 귀책사유를 인정할 수는 없다는 것이다.⁴⁹⁾

또 다른 견해는 등기의무자의 처분이 등기의무를 면탈하기 위한 위법한 행위라는 판례의 표현에 따르면 채무자가 급부의무를 이행하지 않은 경우 즉, 채무자에 의하

40) 대법원 1999. 9. 3. 선고 99다20926 판결.

41) 대법원 1999. 9. 3. 선고 99다20926 판결.

42) 대법원 1998. 4. 10. 선고 97다56495 판결.

43) 대법원 1989. 4. 11. 선고 88다카8217 판결.

44) 대법원 1989. 4. 11. 선고 88다카8217 판결.

45) 윤진수/곽윤직 편, 『민법주해(V)』, 395면.

46) 윤진수/곽윤직 편, 『민법주해 V』, 395면; 윤석찬, 앞의 글, 15면.

47) 김준호, 『물권법(제16판)』, 법문사, 2023, 187면.

48) 윤석찬, 앞의 글, 15면 이하.

49) 김준호, 앞의 글, 187면; 김성욱, “점유취득시효에 있어서 등기명의인의 민사책임과 관련한 법적 쟁점, 「민사법의 이론과 실무」, 민사법의 이론과 실무학회, 2016, 64면.

여 채권이 침해된 경우에도 불법행위의 성립을 인정하는 결과가 된다고 평가하기도 한다.⁵⁰⁾ 물론 이 견해는 “급부의무를 이행하지 않아서 채권자의 채권만 침해된 경우에는 불법행위로 볼 수 없다고 해야 하는 것이 아닌가”라고 하여 채무자의 채권침해에 따른 불법행위책임의 성립에 회의적인 태도를 취한다. 예컨대 자동차 여객으로 신체상해를 입은 경우와 같이 운송계약의 불완전이행으로 인한 채무불이행책임과 신체 상해에 의한 불법행위책임이 경합하는 경우와는 다르다는 것이다.⁵¹⁾ 다만 판례의 입장이 채무불이행이 동시에 형법상의 횡령, 배임 등에 해당되는 경우 불법행위를 구성한다는 판례의 일관적인 태도의 연장선으로 취득시효 완성의 경우에 고의에 의한 채무불이행은 불법행위가 된다는 것이라면 새로운 불법행위의 유형을 창조한 것으로 상당한 의미가 있다고 평가한다.⁵²⁾

한편 위 견해와 판례는 시효완성자의 채권적 청구권으로서 소유권이전등기청구에 대한 원소유자의 소유권이전등기의무의 불이행에 대하여 불법행위책임을 인정하는데, 시효완성자의 소유권이전등기청구를 물권적 청구권으로 보는 견해 역시 채무불이행책임과는 별개로 일정한 요건 하에 불법행위책임을 인정할 수 있을 것이라고 한다.⁵³⁾

2) 불법행위책임을 부정하는 견해

반면 점유취득시효 완성 후 원소유자가 해당 부동산을 제3자에게 처분한 경우 불법행위책임을 부정하는 견해도 있다. 이에 따르면 등기명의자가 자기소유 부동산에 대한 점유취득시효의 완성 사실을 알았거나 알 수 있었다는 것은 단지 약의에 불과할 뿐 이를 과실로 인정할 수 없고, 점유취득시효가 완성되었다고 하더라도 등기 전까지는 당해 부동산은 어디까지나 등기명의자의 소유이므로 소유권자의 소유권행사를 과실 있는 불법행위로 볼 수 없다는 것이다.⁵⁴⁾

또한 채권적 등기청구권만을 갖는 시효완성자가 채권적 권리의 상대방으로 물권적 소유자인 등기명의자에 대해서 불법행위에 의한 보호를 받는 지위에 있다는 것은 선뜻 납득하기가 곤란하다는 이유로 이러한 경우에 오히려 채무불이행책임만이 인정된다고 보는 것이 보다 타당하다고 하기도 한다.⁵⁵⁾

다. 검토

취득시효가 완성된 토지를 제3자에게 처분하여 취득시효 완성자의 소유권 취득이 불능이 된 경우 그 법적 책임에 관한 논의에서 불법행위책임은 주된 논의의 주제가 아니었다. 대개는 불법행위책임을 인정하는 판례의 태도를 소개하거나, 채무불이행책

50) 윤석찬, 앞의 글, 15면.

51) 윤석찬, 앞의 글, 15면.

52) 윤석찬, 앞의 글, 17면.

53) 송덕수, 앞의 글, 254면.

54) 김상용, “부동산점유취득시효기간 만료후 소유명의자의 처분행위가 불법행위를 구성하는지 여부”, 판례월보 제290호, 판례월보사, 1994, 14면; 박영규, “부동산 점유취득시효 완성 후 점유자의 지위”, 『민사판례연구』, 제23권, 2001, 142면.

55) 정구태, 앞의 글, 307면.

임이나 대상청구권에 관한 논의에서 그것과는 별개로 불법행위책임은 인정할 수 있을 것이라는 정도로 소극적으로 다루어졌을 뿐이다. 앞서 소개한 몇몇 문헌에서 언급한 것처럼 원소유자의 불법행위책임을 인정하는 판례도 그 근거를 분명하게 제시하거나 불법행위책임을 일반법리에 근거하여 구체적으로 법리를 전개하지는 않는다.

판례에 따르면 점유취득시효의 완성에 따른 원소유자의 법적 지위와 관련하여 원소유자는 시효완성자에게 소유권을 행사하여 해당 토지의 인도 및 점유에 대한 부당이득반환을 청구할 수 없지만, 소유권 행사로 해당 부동산을 처분할 수 있다. 따라서 원소유자의 소유권 행사로 부동산을 취득한 제3자와의 관계에서 취득시효 완성자는 제3자에게 취득시효 완성에 따른 소유권이전등기청구권으로 대항할 수 없고, 원소유자의 처분이 시효완성자에 대하여 위법행위가 되지도 않는다. 그런데 원소유자가 시효완성의 사실을 알거나 알 수 있었음에도 불구하고 시효완성된 부동산을 제3자에게 처분하였다면 그러한 처분은 시효완성자에 대한 소유권이전등기의무를 면탈할 의도로 처분한 위법행위가 된다.

여기서 ‘소유권이전등기의무를 면탈할 의도’라는 것이 소유권자가 자신의 권리를 행사한 부동산 처분행위의 위법성에 관한 것인지, 그의 고의·과실로서 유책성에 관한 것인지에 관하여 학설은 대립한다.

소유권이전등기의무의 불이행을 위법행위로 본다면 시효완성 사실을 알거나 알 수 있었음에도 처분한 행위를 소유권이전등기의무를 면탈하기 위한 고의·과실로 보아 유책성을 인정하는 것으로 이해할 수 있다. 문제는 취득시효 완성자와 원소유자의 관계에서 인정되는 소유권이전등기의무 혹은 소유권이전등기에 협력하여야 할 의무의 위반이 곧바로 불법행위책임을 성립을 위한 위법행위로 평가될 수 있는가 하는 점이다.⁵⁶⁾ 또한 취득시효 완성자와 원소유자의 관계에서 인정되는 그러한 의무위반에 대하여 불법행위책임은 인정하면서 채무불이행책임은 부정하는 것을 이해하기 어렵다.⁵⁷⁾

취득시효가 완성된 부동산이라 하더라도 원소유자는 시효완성자에 대한 소유권 행사를 제외하고는 소유권자로서 자신의 권리를 행사할 수 있기 때문에 제3자에 대한 처분행위가 당연히 위법행위가 되는 것은 아니다. 판례 역시 이 점에서 원소유자가 제3자에게 처분한 경우 원소유자가 시효완성사실을 알았거나 알 수 있었는지를 기준으로 위법성을 평가하고 있는 것으로 이해할 수 있다. 요컨대 판례는 소유권이전등기의무의 불이행 자체가 아닌 소유권이전등기의무를 면탈하기 위한 목적의 처분행위를 불법행위책임을 성립요건인 가해행위로 보고 있다고 할 것이다.

그리하여 점유취득시효가 완성된 부동산의 처분행위가 불법행위의 성립을 위한 위법행위로 평가되기 위하여 점유취득시효 완성자에 대한 소유권이전등기의무가 전제되는 것은 아니라고 할 것이다. 오히려 점유취득시효의 완성으로 소유권이전등기를 통해 소유권을 취득할 수 있는 지위에 놓여진 점유자에 대한 법의 보호 정도가 원소유자가 점유취득시효 완성의 사실을 알았거나 알 수 있었는지를 기준으로 달라

56) 대법원 2021. 6. 24. 선고 2016다210474 판결: 계약위반으로 인한 채무불이행이 성립한다고 하여 그것만으로 바로 불법행위가 성립하는 것은 아니다.

57) 시효완성자의 소유권이전등기청구권을 채권적 청구권으로 보지 않는 견해에서는 원소유자의 처분에 대하여 채무불이행책임은 부정하고 불법행위책임만을 문제삼는 판례의 태도로부터 취득시효 완성시에 점유자와 소유자 사이에는 어떠한 실체적인 채권채무관계가 생기는 것이 아니라는 점을 깨달을 수 있다고 한다: 전원열, 앞의 글, 292면.

진다고 할 것이다. 따라서 원소유자가 점유취득시효 완성의 사실을 알았거나 알 수 있었던 때로부터 자기 소유 부동산에 대한 처분행위라 하더라도 타인성이 인정되어⁵⁸⁾ 불법행위책임을 인정할 수 있을 것이다.

2. 채무불이행책임

가. 판례

판례는 “부동산 점유자에게 시효취득으로 인한 소유권이전등기청구권이 있다고 하더라도 이로 인하여 부동산 소유자와 시효취득자 사이에 계약상의 채권채무관계가 성립하는 것은 아니”라는 이유로 그 부동산을 처분한 원소유자의 채무불이행책임을 부정한다.⁵⁹⁾ 또한 원소유자가 점유취득시효 완성의 사실을 알았는지 여부는 채권채무관계의 성립에 아무런 영향을 미치지 않는다.

나. 학설

학설은 채무불이행책임을 인정하는 견해와 부정하는 견해로 나뉘어진다. 전자는 대개 시효완성자의 소유권이전등기청구권을 채권적 청구권으로 파악하는 입장에서 주장되고, 후자는 대개 그것을 물권적 청구권으로 파악하는 입장에서 주장된다.

1) 채무불이행책임을 인정하는 견해

점유취득시효가 완성된 부동산을 제3자에게 처분한 경우 시효완성자에 대한 원소유자의 채무불이행책임을 인정하는 태도는 시효완성자의 소유권이전등기청구권을 채권적 청구권으로 파악하는 채권적 청구권설의 태도이기도 하다. 이 견해는 원소유자와 시효취득자 사이에 채권·채무관계의 성립을 부정하는 판례의 태도에 비판적 입장을 취한다.⁶⁰⁾ 점유취득시효가 완성된 경우 약정채권관계는 아니더라도 법정채권관계에 따라 시효완성자는 원소유자에 대하여 채권적인 등기청구권을 갖는다는 것이다.⁶¹⁾ 따라서 원소유자가 시효완성된 부동산을 제3자에게 처분하여 소유권이전등기의무가 이행불능이 되었다면 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 져야 한다고 한다. 물론 이 때에도 원소유자는 채무불이행책임을 주관적 요건인 고의·과실이 없었음

58) 재산상 손해가 발생한 경우 법익침해의 결과가 아니라 가해행위 자체에 대해 위법성을 판단하는 판례로 소유 토지를 오염시키고 정화시키지 않은 채 유통시킨 경우 토지의 전전매수인에 대한 오염자의 불법행위책임을 인정하는 판례(대법원 2016. 5. 19. 선고 2009다66549 전원합의체 판결)가 있다. 이 때에 토지소유자의 오염행위는 유통을 통해 타인성을 갖는데, 법원은 이 때 전전매수인의 침해법익이 무엇인지는 구체적으로 밝히지 않는다. 점유취득시효 완성 후 처분행위의 경우에도 자기 소유 토지를 처분한 원소유자의 처분행위가 위법한 것으로 평가되는 것은 시효완성의 사실을 알았거나 알 수 있었다는 점에 있고, 이때 법원은 침해법익이 시효완성자의 소유권이전등기청구권인지, 시효완성자의 물권적 기대권인지 등을 분명히 밝히지는 않는다.

59) 대법원 1995. 7. 11. 선고 94다4509 판결;

60) 지원림, 앞의 글, 144면; 윤석찬, 앞의 글, 190면; 윤진수/곽윤직 편, 『민법주해 V』, 395면; 정구태, 앞의 글, 307면; 김규완, “부동산점유취득시효의 요건과 효과 - 판례이론의 비판적 재구성 -”, 『안암법학』, 제14호, 안암법학회, 2002, 237면.

61) 지원림, 앞의 글, 144면; 김성욱, 앞의 글, 66면.

을 주장하여 채무불이행책임으로부터 벗어날 수 있다.⁶²⁾⁶³⁾

한편 시효완성자의 소유권이전등기청구권을 채권적 청구권으로 이해하면서도 원소유자의 처분행위가 곧바로 시효완성자에 대하여 채무불이행이 되는 것은 아니라는 견해도 있다.⁶⁴⁾ 이에 따르면 점유취득시효기간이 완성되었다고 하여 원소유자가 곧바로 시효취득자에 대해 적극적으로 완전한 소유권을 이전하여 줄 의무를 부담하는 것은 아니라는 것이다. 점유취득시효기간이 완성되었는지, 다른 점유취득시효의 요건이 갖추어졌는지 등은 소유자로서는 쉽게 파악하기 어렵기 때문에 시효완성의 사실을 알지도 못하고 있는 소유자에게 선량한 관리자의 주의의무를 부담시키고, 이를 다른 데 처분하면 바로 채무불이행책임을 묻는다는 것은 합리적이지 않다는 것이다.⁶⁵⁾ 그리하여 이 견해는 적어도 점유자가 취득시효 완성을 주장하고, 그것이 밝혀져야 비로소 원소유자에게 목적물을 청구 당시의 상태대로 이전하여 줄 의무가 생기고, 그 위반에 대해 채무불이행책임을 물을 수 있다고 한다.⁶⁶⁾

2) 채무불이행책임을 부정하는 견해

취득시효의 다른 요건이 갖추어지면 등기 없이도 사실상 소유권을 취득한 것과 같은 결과를 인정하여야 하고, 점유취득시효에 있어서 등기는 단지 소유권취득을 마무리하는 절차적 의미만을 갖는 것으로 보는 물권적 청구권설에서는 취득시효완성으로 시효완성자와 원소유자 사이에 채권채무관계가 성립하지 않기 때문에 시효완성 후 이행불능에 대하여 채무불이행책임을 인정될 여지가 없다.⁶⁷⁾

이 견해는 판례가 취득시효가 완성된 부동산을 제3자에게 처분한 경우에 채무불이행책임을 아닌 불법행위책임으로 다루고 있는 것으로부터 취득시효 완성시에 점유자와 소유자 사이에 어떠한 실제적인 채권채무관계가 생기는 것이 아니라는 점, 즉 취득시효 완성자와 원소유자 사이의 관계는 의제적인 법률관계에 불과하다는 점을 깨달을 수 있다고 평가하기도 한다.⁶⁸⁾

또한 시효완성자의 소유권이전등기청구권을 채권적 청구권으로 이해하면서도 원소유자의 채무불이행책임을 부정하는 판례의 태도에 대하여 시효취득의 경우에 원소유자에게 지체책임이나 이행불능책임을 부담시키는 것이 과연 바람직하겠는가를 생각하면 수긍되는 점도 없지 않다고 하면서, 시효완성자의 소유권이전등기청구권을 채권적 청구권이라고 하더라도 그 권리는 보통의 채권과 구별하여야 하므로 원소유자의 채무불이행책임을 부정하여야 한다고 하기도 한다.⁶⁹⁾

62) 지원립, 앞의 글, 144면.

63) 이와 관련하여 전원열, 앞의 글, 291면에서는 기본적으로 시효완성자와 원소유자의 채권채무관계의 성립을 부정하면서, 만약 채권채무관계가 인정된다면 자신이 소유한다고 하는 토지를 사용 수익하지 않은 채 수십년이 지났다면 그 토지를 타인이 점유하여 시효취득하였을 가능성이 상당하다고 보아야 하므로, 이를 조사하지 않은 채 제3자에게 매도한 매도인의 과실은 있다고 보아야 할 것이지만, 그러한 결론이 곤혹스러운 느낌을 준다고 한다.

64) 윤진수, “이용훈 대법원의 민법판례(각주 11)”, 29면.

65) 윤진수, “이용훈 대법원의 민법판례(각주 11)”, 29면.

66) 윤진수, “이용훈 대법원의 민법판례(각주 11)”, 29면.

67) 송덕수, 앞의 글, 253~254면; 전원열, 앞의 글, 291면.

68) 전원열, 앞의 글, 292면.

69) 송덕수, 앞의 글, 254면. 다만 이 견해는 기본적으로 취득시효완성자의 소유권이전등기청구권은 물권적 청구권이라는 입장이다.

다. 검토

판례는 점유취득시효 완성자의 소유권이전등기청구권을 채권적 청구권으로 파악하면서도, 시효완성자가 소유권이전등기청구권을 갖는 시점 즉, 점유취득시효가 완성된 시점에 시효완성자와 원소유자 사이에 채권채무관계가 성립하는 것은 아니라고 한다. 그러나 분명한 것은 판례가 점유취득시효가 완성된 시점에 시효완성자가 소유권을 취득하기 때문에 원소유자와의 사이에 채권채무관계가 부정된다고 하는 것은 아니라는 점이다. 요컨대 판례는 점유취득시효 완성자의 소유권이전등기청구권을 채권적 청구권으로 파악하면서도 계약에 따른 채권 혹은 부당이득이나 불법행위책임 등의 법정채권과는 구별되는 성질의 것으로 보고 있다고 할 것이다.

그런데 소유권이전등기청구권을 채권적 청구권으로 보면서도 청구권자인 점유취득시효 완성자와 그 상대방과의 사이에 채권관계가 성립하지 않는 이유를 명쾌하게 설명하기 어렵다. 민법 제245조 제1항으로 점유취득시효 완성자가 소유권이전등기청구권을 갖는다고 보면, 그 상대방은 소유권이전등기의무를 갖게 될 것이지만 자기 소유 부동산에 대하여 적극적으로 권리를 행사하지 않았다는 이유로 채권채무관계에 따른 채무를 부담시키는 것은 원소유자에게 지나치게 가혹하다. 부당이득이나 불법행위 등의 법정채권관계와는 달리 취득시효가 완성된 부동산의 소유자는 취득시효가 완성될 때까지 적극적으로 자신의 권리를 행사하지 않았을 뿐 타인의 법익을 침해하는 위법행위나 법률상 원인없이 이득을 얻은, 즉 법정채권관계의 성립을 인정하기 위한 어떠한 행위도 없어 이들 법정채권관계와 동일하게 취급하기 어려운 면이 있다. 이러한 점에서 점유취득시효가 완성된 후 그 부동산을 처분한 원소유자에게 채무불이행책임을 물을 수 없다는 판례의 취지를 수긍할 수 있다. 요컨대 판례는 점유취득시효 완성자의 소유권이전등기청구권을 약정채권이나 법정채권보다는 약한 지위에 두고자 한 것으로 생각된다. 같은 측면에서 그 상대방에게 약정채권관계나 법정채권관계에서 인정되는 정도와 같은 정도의 채무를 부담시킬 수는 없다는 것이라고 할 것이다.

3. 대상청구권

문제는 판례가 점유취득시효 완성자와 원소유자 사이에 채권채무관계를 부정하면서도 채권의 연장효로 인정되는 대상청구권의 행사를 인정한다는 점이다. 채권채무관계가 없음에도 대상청구권을 인정하되 점유취득시효 완성에 따른 소유권이전등기청구권을 행사한 때에 비로소 대상청구권을 행사할 수 있다는 것이다. 이 점에서 점유취득시효 완성자와 원소유자의 관계에서 채무불이행책임을 부정한다면 대상청구권도 부정되어야 하는 것이 아닌가, 반대로 점유취득시효 완성자의 권리행사 후에는 대상청구권이 인정된다고 한다면 채무불이행책임에서도 그가 권리를 행사한 후에는 채권채무관계의 성립을 인정하여야 하는 것이 아닌가, 혹은 소유권이전등기청구권을 채권적 청구권으로 보는 한 원소유자의 처분으로 인한 이행불능 시 채무불이행책임을 인정하고 대상청구권의 행사에도 점유취득시효 완성자의 소유권이전등기청구권 행사라는 제한을 두어서는 안되는 것이 아닌가 하는 지적이 이어지고 있다. 어찌되

있든 이러한 논란은 점유취득시효 완성자와 원소유자의 채권채무관계를 부정하는 판례의 태도와 점유취득시효 완성자의 대상청구권을 인정하는 판례의 태도가 서로 모순된다는 인식을 공유한다.

가. 판례

앞서 살펴본 바 점유취득시효가 완성된 토지의 원소유자가 점유취득시효 완성의 사실을 알았음에도 그것을 면탈할 의도로 제3자에게 처분한 경우에 불법행위책임을 인정하는 판례로는 설사 원소유자가 점유취득시효 완성의 사실을 알고 있었다 하더라도 원소유자가 제3자에게 처분한 경우가 아닌 수용 등의 경우에 시효완성자를 구제하기 어렵다.

그런데 판례는 시효완성된 부동산이 수용됨으로써 취득시효 완성을 원인으로 하는 소유권이전등기의무가 이행불능이 된 경우 소유권이전등기청구권자는 대상청구권의 행사로 토지의 소유자가 토지의 대가로서 지급받은 수용보상금의 반환을 청구할 수 있다고 하여⁷⁰⁾ 불법행위책임의 공백을 대상청구권으로 보완한다. 그리고 점유취득시효의 완성에 따른 등기청구권의 이행불능을 이유로 대상청구권을 행사하기 위해서는 그 이행불능 전에 등기명의자에 대하여 점유로 인한 부동산 소유권 취득기간이 만료되었음을 이유로 그 권리를 주장하였거나 그 취득기간 만료를 원인으로 한 등기청구권을 행사하였을 것을 요구하여⁷¹⁾ 불법행위책임의 경우와 균형을 이루고자 한다.⁷²⁾ 판례는 그 근거로 공평을 든다.⁷³⁾

나. 학설

1) 대상청구권의 성립을 긍정하는 견해

이 견해는 급부의 후발적 불능은 채무자의 급부의무 자체를 소멸시키지만, 채권관계 자체는 급부의 후발적 불능에도 불구하고 소멸하는 것이 아니라 오히려 최초의 이행청구권이 급부를 불능케 한 것과 동일한 원인에 의하여 발생한 대상물의 인도청구권의 형태로 지속된다고 하여야 공평의 원칙에 부합한다는 이유로 대상청구권을 인정하고, 점유취득시효 완성자의 소유권이전등기청구권에 대응하는 원소유자의 소유권이전등기의무가 이행불능이 되었다면 대상청구권의 성립을 인정할 수 있다고 한다.⁷⁴⁾ 그리고 대상청구권의 인정을 위해서는 당사자 사이에 채권채무관계가 존재함이 전제되기 때문에 오히려 점유취득시효 완성자와 원소유자 사이에 채권채무관계를 부정하는 판례를 변경하여 소유권이전등기의무의 이행불능에 대하여 원소유자의 채무불이행책임을 인정하여야 할 것이라고 한다.⁷⁵⁾ 또한 취득시효 완성자와 원소유자 사이에는 채권채무관계가 성립하지 않기 때문에 원칙적으로 대상청구권을 부정하여

70) 대법원 1994. 12. 9. 선고 94다25025 판결; 대법원 1995. 12. 5. 선고95다4209 판결.

71) 대법원 1996. 12. 10. 선고 94다43825 판결.

72) 대법원 1996. 12. 10. 선고 94다43825 판결.

73) 대법원 1996. 12. 10. 선고 94다43825 판결.

74) 지원람, 앞의 글, 144면; 여미숙, 앞의 글, 325면.

75) 지원람, 앞의 글, 145면.

야 하지만, 취득시효 완성자가 취득시효를 주장하거나 이를 원인으로 하는 소유권이전 등기를 행사하였다면 원소유자는 소유권이전등기에 협력해 주어야 하므로 그 협력의무의 불이행을 원인으로 대상청구권을 인정하는 것이 형평에 타당하다고 하기도 한다.⁷⁶⁾⁷⁷⁾

이처럼 대상청구권의 성립을 긍정하는 경우에도 판례가 제시하고 있는 “취득시효 완성자가 취득시효완성 사실을 주장하거나 그 권리를 행사한 경우” 즉, 원소유자가 취득시효 완성의 사실을 알았거나 알 수 있었던 때가 대상청구권 성립의 기준이 될 수 있는지에 대해서는 견해가 대립한다. 취득시효 완성자의 대상청구권 성립에 그러한 제한을 부정하는 견해는 점유취득시효 완성사실을 원소유자가 알거나 알 수 있었는지 여부를 그 부동산을 처분한 원소유자의 귀책사유로 평가한다. 그리하여 대상청구권의 성립에 그러한 요건을 두는 것은 채무자의 귀책사유가 있는 경우에 대상청구권의 성립을 인정하는 것으로 대상청구권의 본래 취지에 어긋난다는 것이다.⁷⁸⁾ 그럼에도 판례가 대상청구권을 행사하기 위한 요건에 제한을 두는 것은 아마도 시효완성 후 등기를 이전한 등기명의자에게 불법행위책임을 인정하기 위한 요건에서 등기명의자가 이를 알았거나 알 수 있었어야 할 것을 요구하는 판례와 균형을 맞추기 위한 것으로 보인다고 평가하기도 한다.⁷⁹⁾

또한 점유취득시효 완성자의 대상청구권 행사에 제한을 두는 것은 점유취득시효의 취지에도 맞지 않는다고 한다.⁸⁰⁾ 점유취득시효 제도는 정상적인 거래로 해당 부동산을 취득하였음에도 등기를 게을리하고 있었거나, 수십 년간 자기 소유로 알고 평온·공연하게 점유하고 있는 자와 해당 부동산을 사용·수익하지 않은 원소유자 중 점유자를 보호하고자 하는 것이기 때문이라는 것이다.⁸¹⁾ 그리하여 점유취득시효가 완성된 부동산을 처분한 원소유자의 불법행위책임을 인정하기 어려운 경우에 오히려 대상청구권을 통해 그 법적 보호를 도모할 수 있을 것이라고 한다.⁸²⁾

76) 김대규, “점유취득시효 완성자의 대상청구권”, 『원광법학』, 제24권 제2호, 원광대학교 법학연구소, 2008, 222면. 다만 이 견해는 점유취득시효 완성자의 소유권이전등기청구권은 채권적 청구권이지만 그 성립은 취득시효기간이 만료한 때에 곧바로 성립하는 것이 아니라 취득시효 완성자가 취득시효를 주장하거나 소유권이전등기를 청구한 때에 비로소 성립하여 그때부터 법정채권관계가 인정된다는 것인지, 취득시효 완성자의 소유권이전등기청구권은 물권적 청구권이지만 원소유자의 등기협력의무는 취득시효 완성자가 소유권이전등기를 청구한 때부터 성립한다는 것인지 분명하지 않다.

77) 이진기, 앞의 글에서는 기본적으로 점유취득시효 완성으로 점유자는 소유권이전등기청구권을 갖는 것이 아니라 단순히 등기할 수 있는 자격을 갖는데 불과하고(19면), 등기신청에 협력을 구하지 않은 점유자는 그야말로 점유자 그 이상도 이하도 아니라고 하면서(24면), 시효취득을 완성한 점유자의 등기신청권과 이에 따른 소유명의자의 협력의무가 채권관계와 유사한 결합관계를 이루므로 여기에 대상청구권을 유추적용하는 것이 대상청구권의 기본정신이 되는 신의칙 또는 공평의 관념과 부합한다고 한다(30면).

78) 배병일, “부동산 취득시효의 판례 5원칙에 관한 연구”, 『민사법학』, 16호, 한국민사법학회, 1998, 416면.

79) 정구태, 앞의 글, 308면.

80) 안법영, “대상청구권의 발전적 형성을 위한 소고 - 대법원판결례의 분석과 평가를 중심으로 -”, 『한국민법이론의 발전: 무암 이영준박사 화갑기념논문집』, 박영사, 1999, 586면; 서민, “부동산 점유취득시효 완성 후 당사자 사이의 법률관계”, 『아세아여성법학』, 5호, 아세아법성법학연구소, 2002, 301~302면; 문홍수, “점유취득시효 완성 후의 시효취득자, 소유명의자, 제3취득자 상호 간의 법률관계”, 『법조』, 3호, 법조협회, 1996, 133~134면.

81) 안법영, 앞의 글, 586면.

82) 문홍수, 앞의 글, 133~134면.

반면 점유취득시효 완성자의 대상청구권 행사에 제한을 두어야 한다는 견해는 점유취득시효 완성 후에도 원소유자는 해당 부동산을 유효하게 처분할 수 있다는 판례법리와 조화를 이유로 든다.⁸³⁾ 취득시효 완성의 사실을 알았거나 알 수 있었을 것이라는 요건이 단순히 유책성에 관한 것이라면 자기가 점유하지 않은 부동산을 처분하려는 소유자가 소유권이전등기의무의 존재를 알지 못한 경우 과실로 평가할 수 있을 것이고, 그렇게 하더라도 원소유자에게는 그다지 가혹하지 않고 시효취득자의 보호에도 적절하다는 것이다. 그럼에도 판례가 취득시효 완성의 사실을 알았거나 알 수 있었는지를 엄격하게 평가하여 대상청구권의 성립을 제한하는 것은 시효취득 완성의 사실을 알았거나 알 수 있기 전에는 적법하게 그 소유권을 처분할 수 있고 그 대가를 보유할 수도 있으며, 급부불능의 문제도 발생하지 않는다고 하여 통상의 채권과 달리 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기청구권의 내용에 제한을 가하는 취지라는 것이다.⁸⁴⁾ 이 견해는 기본적으로 취득시효 완성자와 원소유자 간의 관계에서 급부불능에 대한 채무불이행책임을 인정하되 그것은 취득시효 완성자가 시효취득을 주장한 경우로 한정된다는 전제하에, 점유취득시효 완성자의 대상청구권에도 동일한 제한을 두는 것이 타당하다고 한다.⁸⁵⁾

마찬가지로 시효취득자에 의하여 등기경료가 되지 못한 상태에서 시효 완성 사실을 전혀 알지 못하는 선의의 등기명의인이 제3자에게 처분행위를 하여 소유권을 이전해 줌으로써 이행불능의 상황이 발생하게 되었다면 그와 동시에 시효취득자를 포함한 이해 당사자 사이의 법률관계는 확정적으로 종료된 것으로 보아야 하고, 따라서 대상청구권에 응해야 하는 채권관계도 함께 소멸하는 것으로 취급하는 것이 타당하다고 하기도 한다.⁸⁶⁾ 요컨대 이들 견해는 점유취득시효 완성자의 대상청구권 인정에 제한을 두는 것은 원소유자의 유책성에 관한 것이 아니라 점유취득시효가 완성되어도 원소유자는 소유자로서 자신의 권리를 적법하게 행사할 수 있다는 판례원칙과 관련한 것으로 원소유자가 점유취득시효 완성의 사실을 몰랐다면 애초에 급부불능의 문제는 발생하지 않는다는 것이다.

2) 대상청구권의 성립을 부정하는 견해

먼저 점유취득시효 완성자의 소유권이전등기청구권을 물권적 청구권으로 이해하는 견해에서는 취득시효 완성으로 점유자는 등기청구권이라는 채권이 아닌 소유권을 취득하기 때문에 소유권의 대가인 수용보상금 역시 당연히 시효취득자가 취득하여야 한다고 하여 시효완성 후 목적부동산이 수용된 경우에 대상청구권의 성립을 부정한다.⁸⁷⁾ 그러면서 판례와 같이 취득시효 완성자의 소유권이전등기청구권을 채권적 청구권으로 보더라도 대상청구권의 성립을 부정하는 것이 시효완성 후 처분에 관한 판

83) 제철웅, “대상청구권의 적용범위”, 「사법연구」, 제4집, 청림출판, 1999, 97면.

84) 제철웅, 앞의 글, 97면: 한편 이 견해는 오히려 이러한 판례의 태도에서 문제가 되는 것은 장기점유취득시효의 경우 원소유자가 스스로 해당 부동산을 사용·수익하기 위하여 점유자에 대하여 소유권을 행사하는 경우에는 전혀 보호받지 못하는 반면 타인에 대한 양도를 통해 소유권을 행사하는 경우에는 전적으로 보호받는 문제, 즉 시효취득자의 소유자에 대한 분열적 지위에 놓여지는 것이라고 한다.

85) 제철웅, 앞의 글, 98면.

86) 김성욱, 앞의 글, 68~69면.

87) 송덕수, 앞의 글, 255면; 남윤경, 앞의 글, 254면.

례에 부합하는 것이라고 한다.⁸⁸⁾ 판례는 시효완성 후 원소유자의 처분을 유효한 처분으로 보고 그 매각대금을 원소유자가 보유하도록 하는데, 시효완성 후 수용보상금을 원소유자가 아닌 시효완성자가 보유하도록 하는 것은 그러한 판례의 태도에 부합하지 않는다는 것이다.⁸⁹⁾

기본적으로 이 견해는 점유취득시효에 관한 판례가 하나의 이론으로 일관하여 설명하기에는 서로 모순된다는 점을 지적한다.⁹⁰⁾ 그럼에도 원소유자의 처분의 유효성을 인정하는 판례와 그 대가를 시효완성자에게 반환하여야 한다는 판례 중 더 중요한 것은 시효완성 후 처분에 관한 판례이므로 그에 맞는 해석을 하여야 한다는 것이다.⁹¹⁾ 그리고 취득시효 완성자와 원소유자 사이에 채권채무관계를 부정하여 취득시효 완성 후 등기명의인의 채무불이행책임을 부정하는 판례가 바로 그러한 점을 암시하고 있는 것이라고 한다.⁹²⁾

또한 점유취득시효 제도는 대상의 물적 귀속 자체만을 규율하는 것이고, 그 귀속으로 인한 이익의 실제적 실현까지 도모하는 것은 아니라는 이유로 시효완성자의 대상청구권을 부정하기도 한다.⁹³⁾ 취득시효 완성자와 원소유자의 관계는 대가성이 결여된 원소유자의 일방적 채무관계로 대상청구권을 인정할 보호가치가 없다거나,⁹⁴⁾ 취득시효 완성자의 원소유자에 대한 채무이행의 기대가능성 내지는 신뢰관계가 없다는 등의 이유로 점유취득시효 완성자의 편면적 권리인 등기청구권에 대해서까지 대상청구권을 인정할 수 없다고 하기도 한다.

그 밖에 애초에 점유취득시효 완성자에 대한 원소유자의 이전의무라는 것이 실질적·논리적으로 의무일 수 없고, 기껏해야 법이 부과하는 일정한 책임을 부담할 뿐이라는 전제하에 급부채무에 대응하는 채권이 없는 시효완성자에게 대상청구권을 인정하여서는 안된다는 견해도 있다.⁹⁵⁾ 비슷한 관점에서 소유자가 시효완성 후 목적물을 처분하여 제3자가 유효하게 취득함으로써 점유자가 소유권을 취득할 가능성이 배제되면 점유자와 소유자의 법률관계는 이제 그 목적을 상실하여 아예 소멸하고 대상청구권으로 전화되지 않는다는 이유로 대상청구권은 부인되어야 한다고 하기도 한다.⁹⁶⁾

88) 송덕수, 앞의 글, 255면.

89) 송덕수, 앞의 글, 255면.

90) 송덕수, 앞의 글, 255면.

91) 송덕수, 앞의 글, 255면.

92) 송덕수, 앞의 글, 255면.

93) 양창수, “2005년도 민사판례 관건”, 『민법연구 9권』, 박영사, 2009, 296~297면.

94) 김상용, 『물권법』, 법문사, 2006, 202면.

95) 심준보, 앞의 글, 107~111면, 이 견해는 애초에 판례가 시효취득자에게 대상청구권을 인정하는 것은 취득시효 완성 후 그 부동산을 제3자에게 처분한 원소유자의 불법행위책임에 관한 판례와의 불균형을 모면해 보고자 한 데서 비롯된 일종의 교육지책이라고 평가한다. 또 취득시효가 완성된 줄 모르고 수용보상금을 취득한 등기명의인을 보호하여야 한다는 필요성도 고려하였을 것이라고 한다. 그러면서 이 견해는 애초에 수용보상금을 취득한 원소유자의 부당이득반환책임을 부정한 원심판결과 달리 민법 제741조 법률상 원인 없음이 수익자의 수익의 정당성 즉, 수익을 보유할 권한이 없음을 의미하는 것이지 수익의 전제가 되는 법률상 권리가 있고 없음을 문제삼는 것이 아니라는 이유로 이러한 경우의 문제는 대상청구권이 아닌 부당이득반환의 법리로 해결할 수 있다고 한다.

96) 양창수, 앞의 글(각주 93), 297면.

다. 검토

이상에서 살펴본 바 점유취득시효 완성자의 소유권이전등기청구권을 채권적 청구권으로 파악하는 견해는 대체로 소유권이전등기의무의 후발적 급부불능에 따른 대상청구권을 인정한다. 그러면서 오히려 대상청구권을 인정하면서도 점유취득시효 완성자와 등기명의인 사이에 채권관계가 없다는 이유로 후발적 급부불능에 대해 채무불이행책임을 부정하는 판례의 태도를 비판한다. 반면 점유취득시효 완성자의 소유권이전등기청구권을 물권적 청구권으로 파악하는 견해에서는 점유취득시효 완성자는 소유권의 대가인 수용보상금을 당연히 취득하여야 한다는 이유로 대상청구권의 성립을 부정한다. 이 두 견해는 대상청구권의 성립 그 자체에 대해서는 서로 반대되는 입장을 취하지만, 취득시효가 완성된 부동산의 등기명의인에게 귀속된 수용보상금 등의 대상을 취득시효 완성자에게 귀속시킨다는 점에서는 일치된 태도를 보인다.

판례는 점유취득시효 완성 후 그 부동산이 수용된 경우에 시효완성자의 대상청구권을 인정한다. 다만 채권적 청구권설의 일부 견해와 마찬가지로 그 이행불능 이전에 점유취득시효 완성자가 등기명의자에 대하여 점유로 인한 부동산 소유권 취득기간이 만료되었음을 이유로 그 권리를 주장하였거나 그 취득기간 만료를 원인으로 한 등기청구권을 행사하는 등 자신의 권리를 주장하거나 행사한 경우에만 대상청구권을 행사할 수 있다고 하여 그 행사요건을 제한한다. 그리고 점유취득시효 완성자의 대상청구권에 관한 논의는 그 인정여부 외에 이러한 제한을 둘 필요가 있는 것인지를 주된 쟁점으로 하여 다투어지고 있다.

대상청구권은 ‘어떤 사람에게 귀속된 재산가치가 그 기초에 존재하는 경제적 관계에 비추어 다른 권리자에게 속해야 할 경우에는 그 재산가치는 후자에게 이전되어야 한다’는 내용의 대상법리, 계약상 채무의 경우 당사자들의 기대 및 의무부담의 의사는 대체이익에도 미친다는 채권관계의 연장⁹⁷⁾에 근거한다. 점유취득시효가 완성된 경우 시효완성자는 등기를 함으로써 비로소 소유권을 취득하고, 그에 대응하여 원소유자인 등기명의인은 점유취득시효 완성자에게 소유권이전등기를 마쳐주어야 한다.

점유취득시효 완성자와 등기명의인 간의 관계를 법정채권관계로 보고 채권관계에서 채무불이행의 일반법리를 동일하게 적용한다면, 채무자의 유책한 급부불능에 따른 손해배상책임을 인정하여야 할 것이다. 그리고 불능으로 인하여 취득한 대상이 있다면 대상청구권을 행사할 수 있고, 그 행사에 제한을 두지 않아야 할 것이다. 점유취득시효 완성에 따른 소유권이전등기청구권은 시효기간의 만료로 성립하는 것이지 시효기간 만료 후 그러한 권리를 행사하였을 때에 비로소 성립하는 것이 아니기 때문이다. 점유취득시효 완성자의 소유권이전등기청구권을 채권적 청구권으로 파악하면서 시효완성 후 급부불능에 대하여 대상청구권을 인정하여야 한다는 견해의 다수가 이러한 논리 하에 원소유자의 채무불이행책임을 부정하는 판례의 태도가 변경될 것을 주장하는 것이다.

그런데 점유취득시효가 완성되었다 하더라도 원소유자인 등기명의인은 여전히 소유자로서 자신의 권리를 행사할 수 있고, 취득시효 완성자는 원소유자의 적법한 권

97) 우리의 다수설이 이러한 원칙을 대상청구권의 근거로 제시하고 있다는 점 및 대상청구권의 근거에 관한 여러 관점에 대해서는 김형석/ 김재형 외 3인 공저, “제5장 대상청구권”, 『민법개정안 연구』, 박영사, 2019, 262면 이하 참조.

리행사로 인한 현상의 변경이나 제한물권의 설정 등이 이루어진 그 토지의 사실상 혹은 법률상 현상 그대로의 상태에서 등기에 의하여 소유권을 취득하게 된다.⁹⁸⁾ 원소유자는 점유취득시효 완성 당시 혹은 점유취득시효 완성자가 시효완성에 따른 권리를 주장하거나 등기청구권을 행사한 때의 상태 그대로 그 부동산의 소유권을 이전하여 줄 의무를 부담하지 않는다. 그렇기 때문에 점유취득시효가 완성된 부동산에 원소유자가 저당권을 설정하였다 하더라도 원소유자는 저당권이 설정된 상태 그대로 소유권이전등기를 마쳐주면 되고 저당권의 제한이 없는 완전한 소유권을 이전하여 줄 의무는 없는 것이다. 또한 그러한 제한이 있는 상태의 소유권이전등기를 경로받은 시효완성자가 그러한 부담을 제거하여 완전한 소유권을 확보하고자 저당권의 피담보채무를 변제하였다면 그것은 등기를 통해 소유권을 취득한 시효완성자 본인의 이익을 위한 것으로 원소유자에게 대위변제를 이유로 구상권을 행사하거나 부당이득의 반환을 청구할 수 없게 된다.

이처럼 점유취득시효의 완성에 따른 등기이전은 원소유자의 소유권 등기 그 자체를 목적으로 할 뿐 원소유자의 소유권을 목적으로 하는 것이 아니다. 원소유자의 소유권 등기를 점유취득시효 완성자에게 이전시킴으로써 비로소 그가 소유권을 취득하게 되는 것이지 원소유자의 소유권 그 자체를 이전시키는 것이 아니다. 그렇기 때문에 점유취득시효의 완성에 따른 소유권 이전등기가 마쳐져도 시효완성자는 소유권을 승계취득하는 것이 아니라 소유권을 원시취득하게 되는 것이다. 그렇다면 원소유자가 자신의 자유로운 권리행사로 소유권을 상실하여 시효완성자에 대한 등기이전이 불가능해진 경우에도 원소유자가 시효완성자에 대해 등기이전을 통해 얻었을 이익을 귀속시켜 주어야 할 의무는 없다고 할 것이다. 요컨대 취득시효 완성 후 소유권이전등기가 불능이 되었다면 원소유자는 시효완성자에 대한 일체의 의무로부터 벗어나 원소유자와 시효완성자의 법률관계는 종료되고 등기이전의무 위반에 따른 손해배상이나 대상청구권의 문제로 전환되지 않는다고 할 것이다.⁹⁹⁾¹⁰⁰⁾

98) 대법원 2006. 5. 12. 선고 2005다75910 판결.

99) 판례는 이러한 경우 점유취득시효 완성자는 소유권이전등기청구권을 상실하는 것이 아니라 단지 소유자의 점유자에 대한 소유권이전등기의무가 이행불능으로 된 것에 불과하므로, 그 후 어떠한 사유로 취득시효 완성 당시의 소유자에게로 소유권이 회복되면 그 소유자에게 시효취득의 효과를 주장할 수 있다고 하여 원소유자의 유효한 처분으로 점유자와 원소유자의 관계가 종료되는 것이 아니라고 한다(대법원 1991. 6. 25. 선고 90다14225 판결; 대법원 1994. 2. 8. 선고 93다42016 판결; 대법원 1999. 2. 12. 선고 98다40688 판결; 대법원 2016. 2. 18. 선고 2014다61814 판결; 대법원 2016. 3. 10. 선고 2015다226878 판결 등). 이에 따르면 제3자가 다시 그 부동산을 처분한 경우 2차 취득시효의 완성을 기다려 비로소 점유취득시효 완성의 사실을 주장할 수 있게 될 뿐이지만, 제3자의 처분 상대방이 점유취득시효 완성 당시의 원소유자라면 2차 취득시효의 완성을 기다릴 필요 없이 곧바로 점유취득시효 완성에 따른 소유권이전등기청구권을 행사할 수 있게 된다. 점유취득시효 완성 당시 원소유자의 처분행위가 적법한 소유권행사로써 유효하고, 제3자의 처분행위도 유효한데, 원소유자가 다시 제3자의 처분 상대방이 되었다는 이유로 그의 유효한 소유권 행사로서 한 이전의 처분행위가 점유취득시효 완성자에 대해 유효하지 않은 법적 결과를 가져오는 것이 타당한지 의문이다. 다만 이 때에도 점유취득시효 완성자의 보호를 위하여 점유취득시효 완성 후 등기명의자의 변경이 없는 경우 역산하여 20년 이상 점유하였다면 점유취득시효 완성에 따른 소유권이전등기청구권을 행사할 수 있다고 하는 판례를 확대적용하는 방안을 고려해 볼 수 있겠다(시효완성 후 점유승계의 경우에 관한 것 이기는 하나 판례의 역산설 확대적용에 관한 논의로 장병주, “부동산점유취득시효의 기산점에 관한 판례의 통일적 해석”, 「동아법학」, 동아대학교 법학연구소, 2013, 423~455면 참조).

IV. 결론

우리 판례는 점유취득시효 완성으로 점유자는 원소유자인 등기명의인에 대하여 소유권이전등기청구권을 갖는다고 하고, 소유권이전등기청구권을 채권적 청구권으로 파악하면서도 점유자와 원소유자 사이에 채권채무관계를 인정하지 않는다. 이것은 점유자가 원소유자에 대하여 점유취득시효 완성의 사실을 주장하거나, 그에 따른 소유권이전등기청구권을 행사하였는지 여부와 상관없다. 따라서 원소유자가 그 부동산을 제3자에게 처분하여 소유권이전등기의무가 이행불능이 되었다 하더라도 점유취득시효 완성자에 대하여 채무불이행 책임을 지지 않는다. 그런데 판례는 채권채무관계를 부정하면서도 점유취득시효 완성자가 점유취득시효 완성의 사실을 주장하거나 그에 따른 소유권이전등기청구권을 행사한 때에는 대상청구권을 인정한다. 이것은 점유취득시효 완성 후 점유취득시효 완성의 사실을 알거나 알 수 있었던 원소유자가 점유자에 대한 소유권이전등기의무를 면탈할 목적으로 그 부동산을 처분한 경우 점유자에 대한 불법행위책임을 인정하는 판례의 태도와 일맥상통한다.

판례가 점유취득시효 완성자가 권리를 주장하기 전까지는 일반적인 채권관계에서 인정되는 정도의 지위에 이르지 못하지만, 그러한 권리를 주장하고 나면 그러한 정도의 지위에 이르게 된다고 하는 것이라면, 그러한 권리를 주장한 후 원소유자의 처분행위로 소유권등기를 이전받지 못한 점유자는 원소유자에게 채무불이행책임을 물을 수 있고, 대상청구권도 행사할 수 있어야 한다. 오히려 이 때에는 원소유자의 처분행위로 아직 소유권자가 아닌 점유취득시효 완성자의 어떠한 법익이 침해되었는지를 알 수 없어 불법행위책임을 성립이 문제될 것이다. 그러나 민법 제750조가 불법행위성립에 있어서 법익침해를 요건으로 하지 않고, 판례 역시 침해법익이 무엇인지를 특정하지 않고 오히려 가해행위의 위법성으로부터 불법행위책임을 인정하는 우리 판례의 흐름에 비추어 볼 때 점유자에 대한 소유권이전등기의무를 면탈할 목적의 위법행위로부터 불법행위책임을 인정할 수도 있을 것이다. 그러나 판례는 이 부분에 있어서도 통일되지 않은 모습을 보인다.

생각건대 점유취득시효 완성자는 민법 제245조에 의하여 등기를 통해 소유권을 취득할 수 있는 지위에 있을 뿐 그 부동산의 원소유자를 당사자로 하는 채권채무관계가 성립한다고 할 수 없다. 이 점에서 점유취득시효 완성자와 원소유자 사이에 채권관계를 인정하는 채권적 청구권설과 구별된다. 그리고 민법 제245조는 점유취득시효 완성자의 법적 지위를 등기를 마치기 전과 후로 구별하고 있을 뿐 점유취득시효

100) 마찬가지로 윤석찬, 앞의 글, 190면에서는 점유승계자의 전 점유자의 소유권이전등기청구권 대위행사를 인정하는 판례에 대하여 시효취득을 완성한 자라도 매매 등의 원인으로 그 점유를 이전한 이상 직접 소유권을 취득할 실익은 없어졌고, 따라서 그 자가 등기청구권을 취득할 실익도 없다고 비판한다. 다만 이 견해는 그럼에도 시효완성자의 등기청구권은 채권적 청구권이기 때문에 약정채권이나 법정채권과 구별할 필요가 없고, 따라서 등기의무자가 제3자에게 소유권을 이전함으로써 등기의무가 이행불능이 되었다면 등기의무자는 시효완성자에 대하여 이행불능에 대한 책임을 져야 할 것이라고 한다. 이 견해는 점유승계자에 대한 책임에 대해서는 분명하게 밝히고 있지 않지만, 아마도 이 견해에 따르면 점유승계자와 전 점유자의 관계나 전 점유자와 등기의무자의 관계 모두 각각의 관계에서 등기의무의 불능에 따른 손해배상의 문제로 전환될 것으로 생각된다.

완성의 법적 효과를 주장한 경우와 점유취득시효 완성에도 불구하고 그 효과를 주장하지 않은 경우를 구별하지 않는다. 그리하여 점유취득시효가 완성되었다 하더라도 등기를 마치기 전까지는 채권채무관계에 있지 않은 점유취득시효 완성자는 일반적인 채권채무관계의 당사자보다 약한 정도의 지위에 있다고 할 것이다. 이 점에서 점유취득시효 완성자와 원소유자의 채권채무관계를 부정하지만 점유취득시효 완성자에게 물권자에 준하는 정도의 지위를 인정하는 물권적 청구권설과 구별된다.

또한 점유취득시효 완성으로 원소유자인 등기명의인은 점유자에 대하여 소유권등기를 이전하여 줄 의무만을 부담할 뿐 선량한 관리자의 주의를 다하여 보존하다가 이전하여 줄 의무까지 부담하는 것은 아니다. 그렇기 때문에 원소유자가 점유취득시효가 완성된 부동산에 저당권을 설정한 경우에도 저당권등기를 말소하여 줄 의무까지 부담하지는 않는다. 마찬가지로 점유자가 저당권의 피담보채무를 변제하였다 하더라도 원소유자에 대하여 구상권이나 부당이득의 반환을 청구하지는 못한다. 다만 점유취득시효 완성 전에 그 부동산에 마쳐진 저당권 등기에 대해서는 저당권자에게 말소등기를 청구할 수 있을 것이나, 그것은 원소유자인 등기명의인의 저당권등기말소의무에 따른 것이 아니라 점유취득시효 완성에 따른 소유권이전등기가 마쳐진 경우 그 효과로 점유자가 소유권을 원시취득하기 때문이다.

마찬가지로 점유취득시효가 완성된 후 소유권이전등기가 마쳐지기 전까지는 소유권에 기인한 이익은 원소유자에게 귀속되고, 점유취득시효 완성자는 그 이익의 반환을 청구할 수 없다. 원소유자의 점유취득시효 완성자에 대한 소유권이전등기의무의 이행불능이 된 원인으로 인하여 그러한 이익이 귀속된 것이라 하더라도 마찬가지이다. 따라서 대상청구권의 성립은 부정되어야 할 것이다.

다만 원소유자가 점유취득시효 완성의 사실을 알았거나 알 수 있었음에도 원소유자가 등기이전을 해주지 않을 목적으로 부동산을 처분하였다면 불법행위에 따른 손해배상책임이 인정될 수 있을 뿐이다.

이상으로 점유취득시효 완성의 효과에 관한 판례와 학설을 정리하고 견해를 보태었다. 점유취득시효 완성에 관한 판례의 태도를 설명하기 위하여 다양한 학설이 전개되고 있지만, 여전히 하나의 학설로 설명할 수 없는 판례의 모순점이 지적되고 있다. 이에 점유취득시효 완성의 법적 효과에 관한 판례변경을 요구하거나 민법개정을 통한 근본적 해결이 필요하다는 목소리도 높아지고 있다. 전통적인 주제이지만 여전히 결론에 이르지 못하고 있는 현재진행형의 주제인 점유취득시효 제도에 관하여 그 필요성을 포함하여 적극적인 검토가 이루어져야 할 것이다.

[참고문헌]

- 김나현, “부동산 점유취득시효 완성자의 채무변제와 구상권 - 대법원 2006. 5. 12. 선고 2005다75910 판결을 중심으로-”, 「연세법학」, 제30호, 연세대학교 법학연구소, 2017.
- 김규완, “부동산점유취득시효의 요건과 효과 - 판례이론의 비판적 재구성 -”, 「안암법학」, 제14호, 안암법학회, 2002.
- 김대규, “점유취득시효 완성자의 대상 청구권”, 「원광법학」, 제24권 제2호, 원광대학교 법학연구소, 2008.
- 김상용, 『물권법』, 법문사, 2006.
- 김상용, “부동산점유취득시효기간 만료후 소유명의자의 처분행위가 불법행위를 구성하는지 여부”, 판례월보 제290호, 판례월보사, 1994.
- 김성룡, “대상청구권의 발생요건 - 대법원 판례의 변화와 함께”, 「한양법학」, 8집, 한양법학회, 1997.
- 김성욱, “점유취득시효에 있어서 등기명의인의 민사책임과 관련한 법적 쟁점, 「민사법의 이론과 실무」, 민사법의 이론과 실무학회, 2016.
- 김준호, 『물권법(제16판)』, 법문사, 2023.
- 김재형 외 3인 공저, 『민법개정안 연구』, 박영사, 2019.
- 곽윤직 편, 『민법주해 V (물권 (2))』, 박영사, 2011.
- 남윤경, “취득시효 완성자의 대상청구권에 관한 고찰 - 취득시효와 대상청구권을 중심으로 -”, 「법학논집」, 제25권 제4호(통권 74호), 이화여자대학교 법학연구소, 2021.
- 문홍수, “점유취득시효 완성 후의 시효취득자, 소유명의자, 제3취득자 상호 간의 법률관계”, 「법조」, 제3호, 법조협회, 1996.
- 박영규, “부동산 점유취득시효 완성후 점유자의 지위”, 『민사판례연구』, 제23권, 민사판례연구회, 2001.
- 배병일, “부동산 취득시효의 판례 5원칙에 관한 연구”, 「민사법학」, 제16호, 한국민사법학회, 1998.
- 서민, “부동산 점유취득시효 완성 후 당사자 사이의 법률관계”, 「아세아여성법학」, 제5호, 아세아여성법학연구소, 2002.
- 송덕수, “취득시효와 대상청구권 - 대법원 1996. 12. 10. 선고94다43825 판결-”, 「저스티스」, 제30권 제2호, 한국법학원, 1997.
- 심준보, “취득시효와 대상청구권”, 『민사판례연구 [XX]』, 박영사, 1998.
- 안법영, “대상청구권의 발전적 형성을 위한 소고 - 대법원 판결례의 분석과 평가를 중심으로 -”, 『한국민법이론의 발전: 무암 이영준박사 화갑기념논문집』, 박영사, 1999.
- 양창수, “목적토지상 근저당권의 피담보채무를 변제한 시효취득자의 채무자에 대한 구상권 - 대법원 2006년 5월 12일 판결 2005다75910 사건(판례공보 2006상, 1039면) -, 『민법연구』, 제9권, 박영사, 2007.
- 양창수, “2005년도 민사판례 관건”, 『민법연구 9권』, 박영사, 2009.
- 여미숙, “점유취득시효 완성자의 대상청구권”, 「사법」, 55호, 사법발전재단, 2021.

- 윤석찬, “점유취득시효완성자의 법적지위에 관한 판례이론의 검토”, 「법학연구」, 제37권 제1호(통권 제45호), 부산대학교 법학연구소, 1996.
- 윤진수/ 이용훈대법원장재임기념문집 간행위원회 편, “이용훈 대법원의 민법판례”, 『정의로운 사법』, 사법발전재단, 2011.
- 윤진수, “2006년도 주요 민법 관련 판례 회고”, 「서울대학교 법학」, 제48권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2007.
- 이기용, “한국민법에 있어서 취득시효 완성의 효과”, 「민사법학」, 제37호, 한국민사법학회, 2007.
- 이상현, “점유취득시효 완성자의 등기청구권의 물권적 성질에 관한 소고”, 「저스티스」, 통권 제193호, 한국법학원, 2022.
- 이진기, “등기 없는 점유시효취득의 새로운 이해”, 「민사법학」, 제84호, 한국민사법학회, 2018.
- 장병주, “부동산점유취득시효의 기산점에 관한 판례의 통일적 해석”, 「동아법학」, 동아대학교 법학연구소, 2013.
- 전원열, “부동산의 점유취득시효 완성 후의 법률관계에 관한 고찰”, 「사법연구자료」, 제22집, 법원도서관, 1995.
- 정구태, “2차 점유취득시효기간 중 소유권이 변동된 경우 시효완성자의 법적 지위”, 「서강법학」, 제12권 제1호, 서강대학교 법학연구소, 2010.
- 제철웅, “대상청구권의 적용범위”, 「사법연구」, 제42집, 청림출판, 1999.
- 지원림, “점유취득시효 완성 이후의 사정변경과 대상청구권”, 『민사판례연구 [XVII I]』, 박영사, 1997.
- 추신영, “부동산점유취득시효에 있어서 소유권취득에 대한 제언”, 「재산법연구」, 제24권 제4호, 한국재산법학회, 2018, 273면.

[Abstract]

Legal relationship between the possessor and the Owner who disposes of real estate after completion of the prescription for acquisition of possession

Yi, Jaekyeong*

According to the Supreme Court of Korea, the owner who disposed of the real estate whose period of real estate ownership through possession has been completed is not liable for default to the occupant. However, claim for the Substitute is recognized. However, this is only the case when the occupant requests the transfer of ownership registration or claims that the prescription for acquisition of possession has been completed. If the owner knew or could have known such a fact and disposed of it, liability for tort is recognized.

In this article, these Supreme Court precedents and theories about them were reviewed. The conclusion is as follows:

A person who has completed the prescription for acquisition of possession does not have the right to claim ownership transfer registration as a creditor. The owner must only cooperate with the person who has completed the prescription for possession acquisition to acquire ownership through registration. Therefore, the owner has no liability to the occupant. If the owner disposes of the real estate, the legal relationship ends. It does not convert into damages for failure or claim for the Substitute.

However, If the owner disposes of the real estate to prevent the occupant from registering and taking ownership, liability for tort is established.

Key Words: Statute of limitations for acquisition of possession, Right to request registration of transfer of ownership, non-performance liability, claim for the Substitute, torts

* Ph. D., Wonkwang University School of Law, Professor.

美 해외투자안보심사제도 도입의 주요 쟁점 및 전망 - 「국가핵심역량수호법(2022 NCCDA)」 개정안을 중심으로 -

조 상 현*, 류 연 승**

논문요지

2017년 미 트럼프 행정부 출범 이후 “미국을 다시 위대하게”라는 슬로건을 내세워 자국의 첨단 핵심기술 획득을 목적으로 이루어지는 외국자본의 투자 및 인수·합병에 대해서 민감한 반응을 보이게 되는데 외국인투자위원회(CFIUS)의 권한을 강화하여 「외국인투자위험심사현대화법(FIRRMA: Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2018)」을 제정하였고, 2021년 1월 바이든 행정부 출범 후에는 “미국의 리더십 부활” 즉, 국제질서를 주도할 역량을 가진 나라는 오직 미국뿐이라는 슬로건을 앞세워 글로벌공급망재편(GVC)의 일환으로 2022년 7월 말 「반도체 칩 및 과학 법(CHIPS and Science Act of 2022)」, 2022년 8월 16일 발효된 「인플레이션 감축법(Inflation Reduction Act of 2022, 이하 IRA)」이 대표적으로 동맹국과 적극 협력 및 관계 회복 외교정책을 펼치면서도 국익을 더 우선시하는 과거 정부와 동일한 경향을 보이게 된다.

2022년 6월 13일, 미국은 국가안보 위협에 발 빠른 대응을 위해 특정 해외투자심사(outbound investment review) 및 비즈니스 활동을 제재하는 법안 초안을 공개하였다. 이른바 「2022 국가핵심역량수호법(National Critical Capabilities Defense Act of 2022, 이하 2022 NCCDA 또는 개정 NCCDA)」 법안이다. 이 법안은 2022년 2월 하원을 통과한 미국경쟁법안(COMPETES Act)에 포함되었던 NCCDA 2021을 대체하기 위한 것으로 미국 및 관련 우방국들이 해외의 적대적 국가들과 투자 및 거래 활동을 규제하는 것을 담고 있는데, 기업의 해외투자 활동을 국가가 직접 나서 안보심사를 적용하는 사례는 중국을 제외한 최초의 사례가 될 것으로 국제적인 시선과 관심이 집중되고 있다.

본 연구는 미 NCCDA 법안의 특성을 분석하고 유사한 국제법 선행연구 등을 종합하여 국가안보의 관점에서 자국의 이익을 보호하기 위한 대응 전략을 제시한다. 특히 미 정부나 의회가 규제하고자 하는 통제 대상 및 기준이 광범위하고 역외적용 조항까지 포함되어 있어 우리 기업이나 정부의 대응 전략 수립, 더 나아가 국제공조가 필요한 기술적 수단에 이바지하고자 한다.

검 색 용 주 제 어: 외국인투자위원회(CFIUS), 외국인직접투자(FDI)

* 명지대학교 일반대학원 방산안보학과 박사과정, 주저자

** 명지대학교 일반대학원 방산안보학과 주임교수, 교신저자

외국인투자위험심사현대화법(FIRRMA), 국가안보
국가핵심역량수호법(NCCDA)

· 논문접수: 2023. 12. 31. · 심사개시: 2024. 01. 11. · 게재확정: 2024. 01. 25.

I. 서론

2021년 1월 20일 바이든 행정부 출범 당시 국제질서를 주도할 역량을 가진 국가는 미국뿐이라는 슬로건을 내세우며 세계무대에서 미국의 리더십 부활을 알렸다. 당시 전 트럼프 정권에서 자국의 이익을 저해한다며 탈퇴한 ‘파리기후조약’, ‘WHO 세계보건기구’ 재가입을 통해 외교·안보, 통상 등 전 분야에 걸쳐 동맹국 연대를 강조하는 대외정책 기조를 펼치면서 국제적으로 많은 긍정적인 호응을 얻기도 하였다. 그간 국가별로 외국인 투자를 촉진하기 위한 자본이동 및 투자에 대한 우호적인 정책과 제도를 추진하고 있었으나 최근에는 국가안보에 대한 영향을 이유로 외국인 자본에 의한 투자 및 인수·합병에 대해 적극적으로 제한하려는 법제적 조치와 함께 규제를 강화하려는 방향으로 변화하고 있다.¹⁾ 과거 외국인 투자를 촉진하기 위해서 자본이동 및 직접투자에 대한 우호적인 분위기였다면 최근에는 국가안보에 대한 영향력을 이유로 외국계 자본에 대한 투자 및 인수·합병에 대해서 규제하려는 움직임을 보이고 있으며, 특히 적대적인 국가의 자본에 대해서는 강력한 법적 조치를 동반하고 있다.

<표 1> 미국의 외국인 직접투자(inbound) 규제 근거

1950년대	1970년대	1980년대	2000년대	2018년
「국방물자생산법」 (DPA)	행정명령 11858	「엑슨플로리오법」 (Exxon-Florio Amendment)	「외국인투자법」 (FIRSA)	「외국인투자위험 심사 현대화법」 (FIRRMA)
· 對美 외국인투 자 규제 근거 마련	· 외국인투자를 심사하기 위해 범 정부 조직으로 외 국인 투자심의위 원회 (CFIUS) 설 립	· 국가안보에 대 한 잠재적 영향사 태에 포함	· 합병, 취득, 인 수 등을 통한 지 배적 투자를 심사 기준으로 추가 · CFIUS가 45일 간 직권조사를 할 수 있도록 권한 강화	· 핵심 인프라 기 술 민감 데이터 분야 비 지배적 투자에 대한 심사 확대 · 부동산 취득도 투자 심사 범위에 추가

이러한 배경으로 중국의 ‘중국제조 2025’, ‘반도체 굴기’ 등 자국의 기술 독립을 위해 미국을 포함한 선진국의 민간기업 첨단기술을 획득할 목적으로 외국인 투자(FDI)

1) 신혁·이환수, “외국인 투자 규제 국가안보 심사 개선 방향 및 시사점 - 미국 FIRRMA 및 산업기술보호법을 기반으로”, 「과학기술정책 학술지」 제4권제2호(2021), 181-211면.

를 적극적으로 활용함으로써 미국 기업에 대한 진출과 이에 따른 급격한 기술 유출 등이 국가안보에 상당한 위협 요소로 간주하여 관련 법률의 개정과 동시에 강화된 심사제도를 도입하게 된다. 2021년 6월 8일 미 백악관의 ‘100일 공급망 조사 보고서’ 발표 내용을 분석하여 보면 공급망 관련 리스크를 식별하고 이를 타개하기 위한 정책들이 내포되어 있는데 회복력 있는 공급망은 국가 안보적인 측면, 대외 경제의존도 측면, 기술패권 경쟁에서 우위 선점 측면을 고려할 때 필수적인 요소로서 문제의식을 다루고 있다. 회복력 있는 공급망이란 비상시국에 빠르게 회복 및 대응할 수 있는 것을 의미한다. 이는 과거 경제적 효율성만을 고려한 분업화로 미 제조업의 붕괴에서 비롯된 문제점을 의식한 것이라 풀이된다.

이러한 문제점을 타개하고 중국계 자본에 의한 자국의 전략 분야의 국가 핵심기술 및 인력이 해외로 유출되는 것을 차단하기 위한 대중 정책의 일환²⁾으로 2018년 「외국인투자위험심사현대화법(FIRRMA: Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2018)」을 제정하여 미국으로의 FDI(inbound)에 대한 안보 심사 대상을 확대하고, 절차를 더욱 강화하였다. FIRRMA를 통해 달성하려는 목적은 우선 중국에 대한 첨단기술의 통제와 제압에 있었다. 중국의 비약적인 기술 발전의 이면에는 미국의 기술 유출이 있고, 이를 통제하지 못하면 미국의 경제와 안보에 위협을 초래한다고 본 것이다.³⁾ 이에 따라 중국의 對美 FDI는 2018년 이후 급격히 급락하였고, 인수·합병(M&A) 투자는 사실상 거의 단절된 수준의 결과를 초래하게 된다.

이후 2021년 5월 26일 미국 민주당 Robert Patrick Casey Jr.(펜실베이니아주, 제117대 연방 상원의원) 상원의원은 국가의 핵심역량을 위협할 수 있는 미국의 해외투자에 대해 심사하도록 요구하는 「2021 국가핵심역량수호법(National Critical Capabilities Defense Act of 2021, 이하 2021 NCCDA)」 법안(Bill)⁴⁾을 제출하였다. 이에 대응하여 미 하원의 공화당 Rosa L. DeLauro(코네티컷주, 제117대 연방 하원의원) 하원의원은 2021년 12월 20일 「2021 국가핵심역량수호법, 이하 2021 NCCDA)」 법안을 발의하였다. 이들 법안은 주로 미국 기업의 해외투자(outbound FDI)를 안보 심사 대상으로 하기 위한 것인데, 이는 민간기업에 대해서 안보 심사를 적용한 나라가 중국을 제외하고 전례를 찾을 수 없는 입법 조치라는 점에서 큰 이목을 받고 있다.

이와 더불어 2021년 6월 상원에서는 반도체 제조역량 증진, 첨단기술 육성 등을 위한 「CHIPS 법」, 「Endles Frontier 법」, 전략적 경쟁법 등의 패키지가 포함된 「혁신경쟁법 (U.S. Innovation and Competition Act, USICA)」이 통과⁵⁾되고 연이어 2022년 2월 하원에서는 반도체산업 지원 및 공급망 안정, 연구·기술 경쟁력 강화를 위한 NSF, DOE, NIST 기관의 패키지가 포함된 「미국 경쟁법(America COMPETES Act, ACA)」이 통과되었는데, 두 개의 법은 반도체 산업지원, 과학연

2) U.S. Department of the Treasury. “CFIUS Laws and Guidance.(2022)” <https://home.treasury.gov/policy-issues/international/the-committee-on-foreign-investment-in-the-united-states-cfius-laws-and-guidance> (2023년 11월 1일 최종접속)

3) 김민배, “미국의 외국인 투자규제 대상과 특징 - 미국의 외국인투자위험심사현대화법(FIRRMA)을 중심으로”, 「법제 학술지」 제69권(2020), 41-73면.

4) Casey, Robert and John Cornyn. “National Critical Capabilities Defense Act One Pager” (2021). https://www.casey.senate.gov/imo/media/doc/one_pager_nccda.pdf (2023년 4월 27일 최종접속)

5) 송원아·이양경·김다은, “美 반도체 및 과학법(CHIPS and Science Act) 주요 내용 및 시사점” 「KISTEP 브리프 29」 (2022. 8. 31.), 1~10면

구 및 기술 지배력 강화 등에 대한 상원의 「혁신 경쟁법(USIAC)」과 하원의 「미국 경쟁법(ACA)」 간 양원의 조정 및 합의를 거쳐 최종 의회 승인(2022년 7월 28일) 및 대통령이 서명(2022년 8월 9일)함으로써 「반도체 및 과학법(CHIPS and Science Act of 2022)」 법제화되었으나 결과적으로 NCCDA가 포함되지는 않았다. 최초 「외국인투자위험심사현대화법(FIRRMA)」에는 CFIUS의 권한을 강화하여 미국 해외투자(이하, outbound)까지 포함된 조항이 포함되어 있었으나 미국 기업들로부터 로비를 받고 outbound 조항은 폐기되었다.

이러한 상황에서 코로나19 전 세계적 유행, 미국과 중국의 지정학적 기술패권 경쟁이 점차 심화하고 미국과 중국 사이의 긴장이 고조되면서 공급망, 리쇼어링, 회복력에 대한 광범위한 논의가 촉발되었다.⁶⁾ 그동안 전 세계는 중국의 경제발전으로 인한 성장의 이익을 공유해 왔으며 중국의 경제 성장은 중국 기업의 활발한 해외 진출로 이어졌다.⁷⁾ 미 의원들은 미국 outbound 심사 메커니즘을 도입하는 방안을 다시 한번 고민하게 되고 백악관의 국가안보보좌관(Jake Sullivan)은 미국의 첨단기술을 중국 및 기타 경쟁국으로부터 보호하기 위해 미국 기업의 해외투자를 통제하는 방안을 추진하고 있다고 밝혔다.

이에 지난 2021년 5월 26일 논의되었던 「국가핵심역량수호법(이하, NCCDA)」에 대해서 양원의 초당적인 공감대 형성과 지지 세력 결집으로 인해 2022년 6월 13일 재차 공화당 John Cornyn 상원의원과 민주당 Bob Casey 상원의원은 상기 각 법안의 해외투자심사(outbound investment review) 메커니즘을 절충하여 「2022 국가핵심역량수호법(National Critical Capabilities Defense Act of 2022)」 법안을 제안하였다.⁸⁾ 자국의 산업 기반 시스템의 안정 위험을 해결하고 투명성을 높이며 자본 흐름을 효율적으로 관리하려는 국가 차원의 조치이자 의사결정 개선 조치⁹⁾라고 할 수 있다.

II. 국가안보 차원에서의 해외투자안보심사제도 도입 배경

1. 바이든 정부의 대중 정책 기조 분석

바이든 정부 출범 후 전 정부에 의해 고립되었던 동맹국과 적극적인 협력 및 외교관계 회복에 나서는 모습을 보이면서도 동맹보다는 자국의 국익(이익)을 우선시하는 전임 트럼프 행정부의 강경한 대중 정책 기조를 그대로 유지¹⁰⁾하였다.

6) Rosen, Daniel H. and Lauren Gloudeman. "Understanding US-China Decoupling: Macro Trends and Industry Impacts" 「Rhodium Group」 (2021).<https://rhg.com/research/us-china-decoupling/23> (2023년 9월 18일 최종접속)

7) 표인수, "미국의 국가안보를 이유로 한 외국인투자제한의 법률적 검토" 「통상법률 학술지」 제141호(2018), 11-50면.

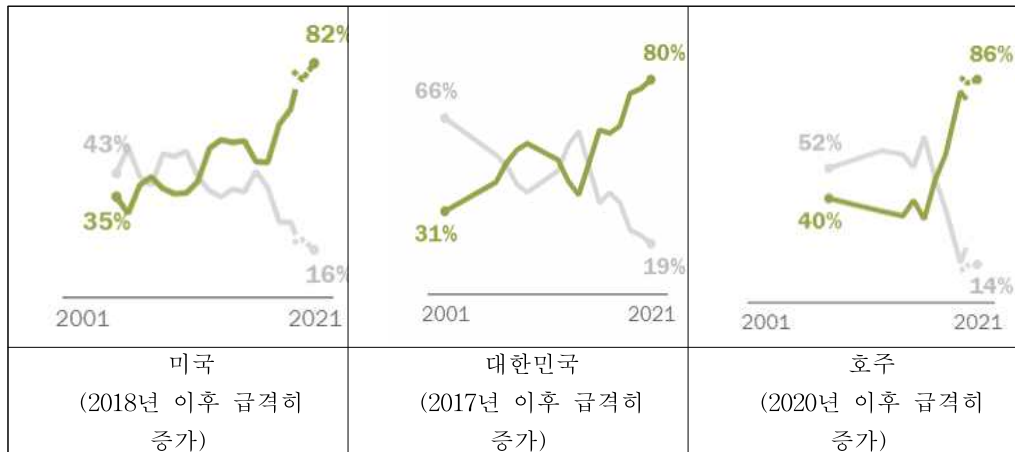
8) Rhodium Group, "An outbound Investment Screening Regime for the United States?, A Report by the US-China Investment Project"(2022) (2023년 8월 7일 최종접속)

9) OECD, "Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). OECD Code of Liberalisation of Capital Movements"(2021). <https://www.oecd.org/investment/investment-policy/Code-capital-movements-EN.pdf> (2023년 9월 17일 최종접속)

10) Hanemann, "Thilo, Daniel H. Rosen, Mark Witzke, Steve Bennion, Emma Smith. Two-Way Street: 2021 Update https://rhg.com/wp-content/uploads/2021/05/RHG_TWS

바이든 행정부가 가장 중시하는 미국 사회 전반적인 경제회복 및 중산층 재건 정책의 경우 미국의 바이 아메리칸 강화가 중요한 변수이다.¹¹⁾ 바이든 대통령이 대선에서 공약한 첨단산업 및 친환경 분야 대규모 인프라·연구·개발 투자를 추진할 시 그 중요성은 더욱 커진다. 이를 방증하는 것이 국·내외 반중 정서가 유례없이 고조된 가운데 바이든 정부가 유화적인 대중 정책을 펼칠 이유가 없었고, 대다수의 미국인은 중국의 인권정책, 전 세계적으로 확산된 코로나19 사태, 러시아와 북한과의 파트너십, 경제적으로 불공정행위를 일삼거나 방관하는 행위, 다양한 경로를 통해 미국의 기술을 탈취하는 국가로 인식하고 있다.

<표 2> 각 국가의 시진핑 정권의 반중 정서¹²⁾

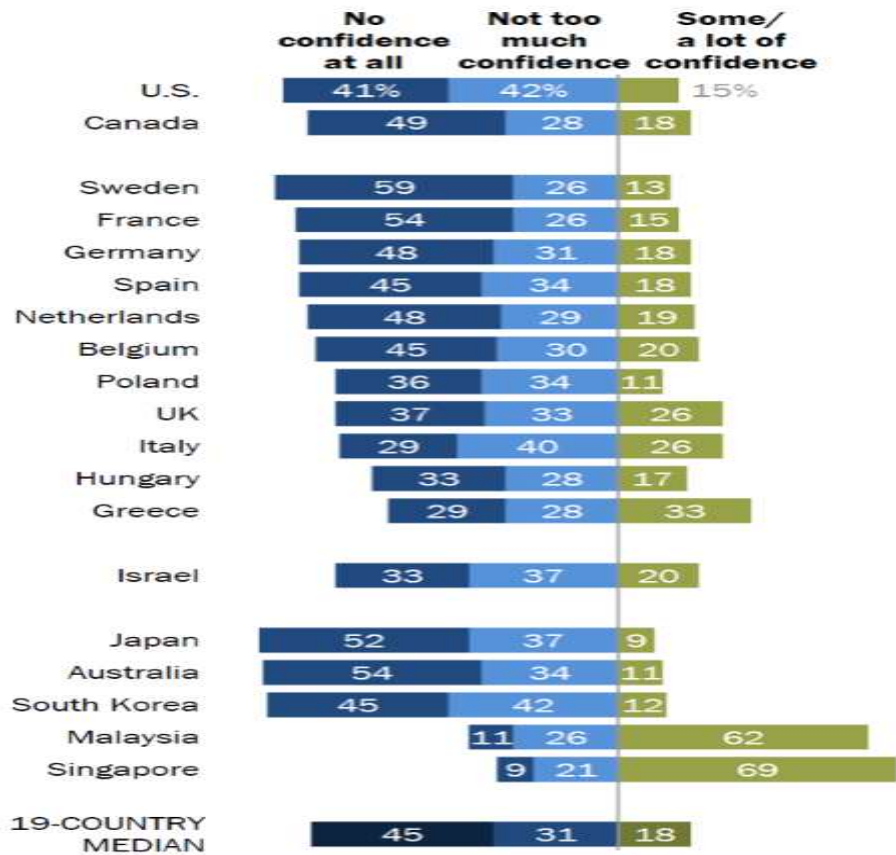


-2021_Full-Report_Final.pdf (2023년 12월 11일 최종접속)

11) 권혁우·김이경·우석중·윤경민·신재원, “미국 바이든 신정부 통상정책 전망에 대한 국제통상법적 고찰” 「통상법무정책 학술지」 제1호(2021), 161-183면

12) Laura Silver, Christine Huang, Laura Clancy “CHINA’S APPROACH TO FOREIGN POLICY GETS LARGELY NEGATIVE REVIEWS IN 24-COUNTRY SURVEY” 「Pew Research Center」 (2023) 1-67면 (2023년 7월 27일 최종접속)

<표 3> 시진핑 정권의 신뢰 척도¹³⁾



반중 정서 외 바이든 행정부의 변화된 정책의 핵심으로 동맹의 활용과 가치를 증시한다는 점이다. 즉 동맹국들과 함께 중국의 불공정행위를 좌시하지 않고 차단하기 위해 공동 대응하고 그 가치를 매우 중요시하는 정책을 유지하겠다는 것이다. 토니 블링컨 국무장관의 과거 발언에서도 엿볼 수 있듯이 향후 미국은 자국의 핵심 첨단 기술, 인권의 가치, 글로벌 공급망 재편 분야는 협력이 불가능 분야로서 동맹국들과 함께 중국을 지속해서 압박할 것으로 전망된다.

<표 4> 바이든 행정부의 통상 3원칙¹⁴⁾

- ① ‘국내 투자를 통한 미국 제조업의 부흥’

☞ 국내 중시, 공급망 재편과 국내 첨단기술 투자

② ‘노동 및 환경정책을 중시하는 통상교섭’

☞ 가치 중시, 환경문제 협력/인원 문제 압박

③ ‘제재 관세 등 징벌적 수단의 비 활용’

☞ 다자중시, 추가 관세 단계적 폐지/동맹을 활용한 대중 압박

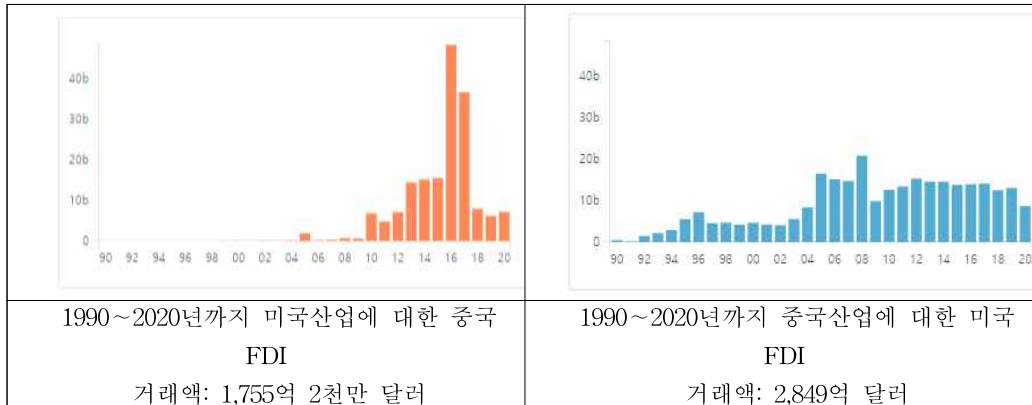
13) Laura Silver, Christine Huang, Laura Clancy “CHINA’S APPROACH TO FOREIGN POLICY GETS LARGELY NEGATIVE REVIEWS IN 24-COUNTRY SURVEY” 「Pew Research Center」 (2023), 1-67면 (2023년 7월 27일 최종접속)

14) 윤여준, “바이든 정부의 대외경제정책과 대응 과제” 「대외경제정책연구원」 (2021), 1~20면.

2. 미국의 중국 투자 동향과 우려

중국은 외국인 투자(FDI)를 통해서 1978년 이후 중국의 경제 현대화에 매우 중요한 역할을 해왔다. 이에 따라 제조 능력을 높이고, 기술을 업그레이드하고, 새로운 관리 기술을 배우고, 세계화에 대한 큰 이익을 얻을 수 있었다. FDI에 대한 이러한 수용성은 중국의 개혁개방 정책의 특징적인 요소¹⁵⁾였다.

<표 5> 미·중 외국인 inbound 거래액¹⁶⁾



이처럼 미국의 다국적 기업은 중국의 역량을 강화하는 데 적극적인 역할을 했고 중국을 세계화에 앞서는 데 일정 부분 이바지하였다. 1990년부터 2020년까지 미국 투자자들은 거의 \$ 2,849억 달러를 중국에 투자했는데, 연중 최고치로는 2012년 154억 달러였다.¹⁷⁾ 이중 가장 큰 투자로서 상하이에 있는 테슬라 공장, 디즈니, 유니버설 스튜디오 테마파크, 월마트 매장을 대표적으로 이 시기에 미국의 투자를 받은 중국의 주요 산업은 ICT 정보통신 분야에 집중¹⁸⁾되어 있었다. 미국 투자자들은 또한 중국 기술 스타트업기업들의 주요 자금원이었다. 2010년 이후 미국 투자자들은 거의 600억 달러의 벤처 캐피탈(VC)을 중국에 투자하였다. 2014년에 이어 2018년에는 200억 달러로 성장했다가 2020년에는 다시 30억 달러로 감소하게 된다. 같은 기간 중국에 대한 미국의 벤처 캐피탈(VC) 투자의 상위 부문은 금융 및 비즈니스 서비스, 건강 의학 및 제약, 생명공학, 그리고 ICT를 포함하고 있다.

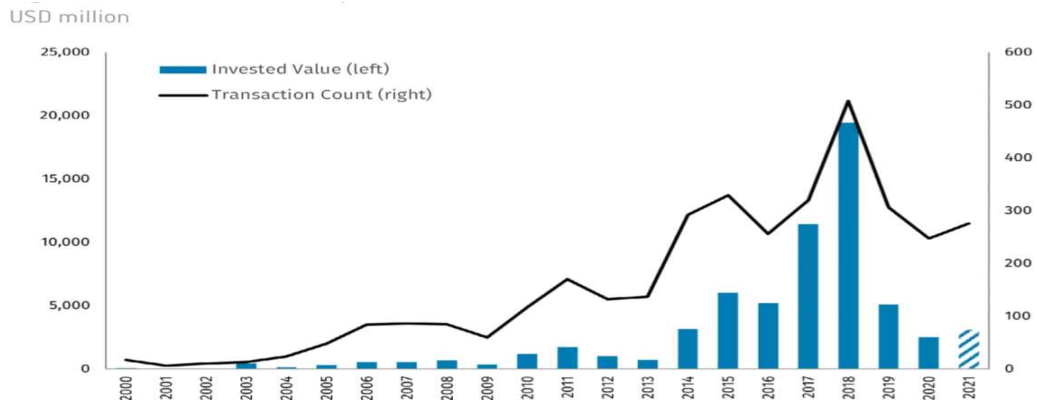
15) Michael J. Enright “Developing China : The Remarkable Impact of Foreign Direct Investment” 「Abingdon and New York: Routledge」 (2017), 125~127면 https://unctad.org/system/files/official-document/diaeia2017d3a7_en.pdf (2023년 10월 1일 최종접속)

16) Thilo Hanemann, Mark Witzke, Charlie Vest, Lauren Dudley, Ryan Featherston, “An Outbound Investment Screening Regime for the United States?” 「Rhodium Group-A Report by the US-China Investment Project」 (2022), 1~24면(2023년 11월 12일 최종접속)

17) Thilo Hanemann, Mark Witzke, Charlie Vest, Lauren Dudley, Ryan Featherston, “An Outbound Investment Screening Regime for the United States?” 「Rhodium Group-A Report by the US-China Investment Project」 (2022), 1~24면(2023년 11월 12일 최종접속)

18) 나수엽·김영선, “미국의 외국인투자위험심사현대화법(FIRRMA) 발효와 미국의 대중 투자 규제” 「대외경제정책연구원」 제3권 12호(2020), 1~12면.

<표 6> 2010년부터 2021년까지 중국에 대한 연간 미국 벤처 캐피탈 투자금액¹⁹⁾



2010년 초기부터 중국에서의 미국의 FDI는 워싱턴에서 격렬한 논쟁을 촉발했다. 지지자들은 외국인 투자와 자유무역이 미국 소비자들에게 가격을 인하함으로써 가져온 이익을 주장하였고, 반대론자들은 낮은 노동 비용이라는 명목하에 자국의 일자리와 제조 능력을 아웃소싱함으로써 잠재적 위험 요소를 묵과하였다고 날 선 비판을 하였다. 때는 2016년 7월 8일 한국 정부는 사드 1개 포대의 한반도 배치를 공식 발표하였다. 이는 2013년부터 북핵 문제가 주요 이슈로 떠올랐고 미국은 중국이 북한의 핵 개발 저지에 적극적으로 나서 줄 것을 요구하고 중국이 북핵을 막지 않으면 미사일 방어망으로 포위할 것이라고 밝혀왔다. 한반도에서 촉발된 지정학적 긴장은 미국과 중국 사이에 이러한 우려를 증폭시켰고 중국에 대한 미국의 외국인 직접투자가 급격히 줄어들게 된다.

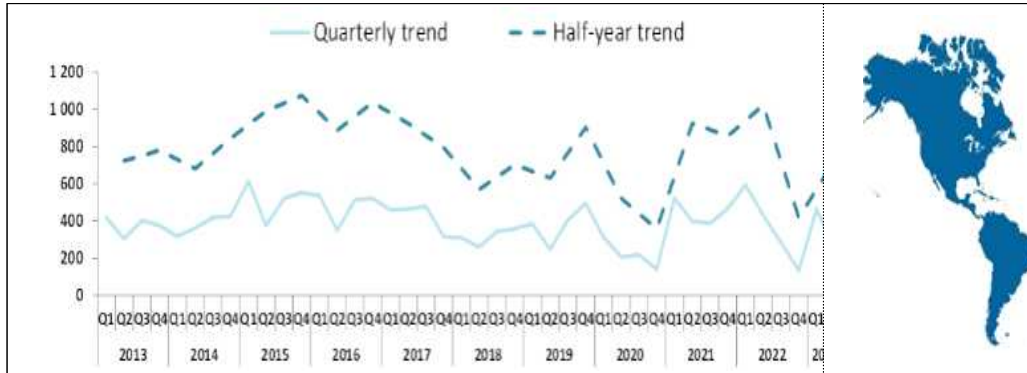
오늘날 미국의 주요 관심사는 글로벌 공급망 재편이다. 1980년 이후로 미국의 관대한 무역 및 외국인 직접투자 정책은 중국이 노동 집약형 제조업에서 비교 우위를 공고히 하고 많은 산업에서 글로벌 생산 능력을 끌어올릴 수 있었다. 이에 따라 중국이 세계 공급망의 상당 부분을 차지하게 되었고, 다른 나라들과의 관계에서 글로벌 공급망 레버리지를 당근과 채찍으로 모두 사용해 왔다. 더불어 다른 나라들과의 분쟁 발생 시 보이콧의 위협을 포함하거나 간섭을 차단하는 행위를 하였고 지난 2019년 코로나19 전염병이 초반에 급속도로 확산할 때 중국의 개인보호장비(PPE) 공급망 통제는 제조시설이 취약한 미국으로 하여금 상당한 충격으로 작용하였다.

3. 중남미 내 중국의 영향력 확대와 파급효과

2023년 상반기 FDI 관련 OECD 통계 데이터를 분석하면 미국은 전 세계적으로 가장 큰 FDI 수혜국이었고 브라질이 그 뒤를 이었다. 캐나다와 멕시코 또한 모두 FDI 수혜국 중 세 번째로 큰 순위를 차지하였다. 또한 미국은 전 세계적으로 주요 투자자였으며 중국과 일본이 그 뒤를 이었다.

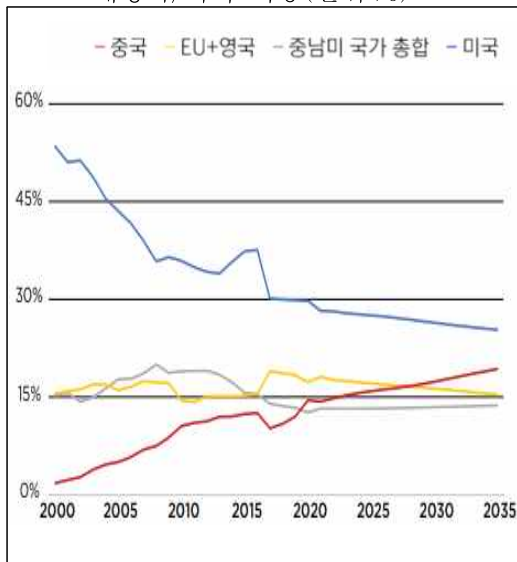
19) Thilo Hanemann, Mark Witzke, Charlie Vest, Lauren Dudley, Ryan Featherston, “An Outbound Investment Screening Regime for the United States?” 「Rhodium Group-A Report by the US-China Investment Project」 (2022), 1~24면(2023년 11월 12일 최종접속)

<그림1> OECD 직접투자통계(OECD International Direct Investment Statistics)²⁰⁾

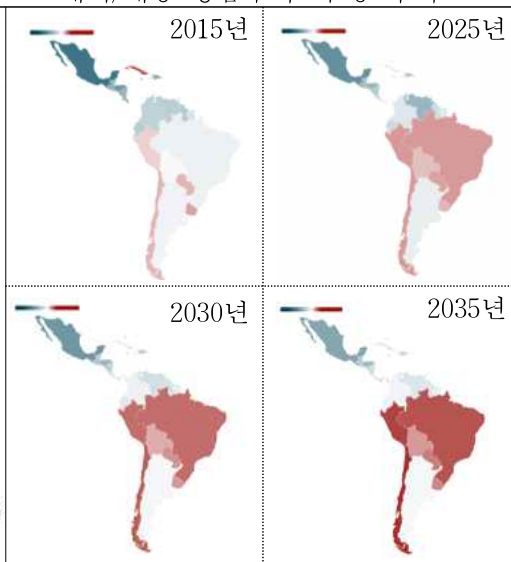


중국이 중남미 경제에 미치는 영향력은 급속도로 확대되어 중남미 국가들에는 핵심 무역대상자로 자리매김하였다. 과거 20년 전까지만 하더라도 중국의 존재감은 미미하였으나 그림 1에서 보여주듯 지난 2000년에는 미국과의 무역이 중남미 전체 무역액의 52%를 차지하는 등 미국이 중남미 각국의 파트너로 확고히 군림하고 있던 데에 반해, 중국의 비중은 3%에도 미치지 못했다.²¹⁾ 하지만 2020년에 이르러 미국의 무역액 비중은 30%로 감소한 반면 중국의 비중은 15%로 매우 증가하게 된다.

<그림2> 2000~2035년 중남미 무역 대상국/지역 비중(단위:%)²²⁾



<그림3> 2015~2030년 중남미의 대미/대중 상품무역 미·중 추이²³⁾



20) bill/117th-congress/senate-bill/1854?s=1&r=70 Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). Benchmark Definition of Foreign Direct Investment-4th Edition(2008), <https://www.oecd.org/investment/statistics.htm> (2023년 9월 27일 최종접속)

21) Carlos Alberto Aquino Rodriguez, "Latin America's Increasing Relationship with China, Where It is Heading and How It will Affect the Region"(2021)

22) Tatiana Prazeres, David Bohl, Pepe Zhang "CHINA-LAC TRADE(LATIN AMERICA AND THE CARIBBEAN)" 「Atlantic Council」 FOUR SCENARIOS IN 2035(2021), 1~40면 https://www.atlanticcouncil.org/wp-content/uploads/2021/05/AC_China_LAC_trade_2035_FINAL.pdf (2023년 12월 27일 최종접속)

이런 추정치에 따르면 2035년까지 미·중 역내 무역액의 비중은 각각 미국 25%, 중국 20%를 기록하며 양국 간 격차가 더욱 좁혀질 것으로 예상된다. 상기 그림에서와 같이 중남미 내 중국의 영향력은 지속해서 확대될 것으로 예상된다. 천연자원과 식품류를 주력 수출상품으로 삼는 중남미 주요 국가들에게는 중국의 판매시장은 큰 매력인 것이고, 중국 시진핑 정부와 기업이 다수의 인프라 건설사업에 참여하면서 중국발 자금은 지속해서 진입하고 있다. 이런 상황에서 미국 기업의 생산기지를 중국에서 북미 또는 중남미로 이전하려는 Reshoring 계획을 추진하고 바이든 행정부 입장에서는 상당한 부담으로 작용하고 있고 국가 안보적인 측면에서 고려할 때 자국에 인접한 국가 경제가 중국발 자금에 장악이 되면 글로벌 공급망 재편과 기술패권 주도권 우위를 선점하기 위한 노력이 안방에서 열세를 면치 못하는 상황이 발생할 수 있기에 앞으로도 중남미를 기점으로 마찰이 예상되는 상황이다.

4. 새로운 outbound 정책 대응 검토

미 양당의 의회에서는 현재의 방식으로 미국의 해외투자를 제한하기에 충분하지 않다고 주장하면서 초당적인 공감대와 지지 세력의 결집으로 새로운 outbound 정책 대응 검토가 필요함을 강조하고 있다. FIRRMA가 미국에 대한 중국 투자의 정밀 조사를 통해 규제할 수 있다고 하지만 역으로 해외투자자와 관련된 기술 유출을 막는 데 한계가 있음을 인식하여 변화된 정책이 필요하다는데 한목소리를 내는 것이다. 국내 투자를 통한 미국 제조업의 부흥을 위해서는 기업들의 Reshoring이 동반되어야 하는데 정보통신기술 및 서비스 공급 확보에 관한 행정명령, 「반도체 및 과학법 (CHIPS and Science Act of 2022)」 만으로는 본질적인 해결책이 될 수 없고, 가시성이 부족하다는 인식을 같이하고 있다.

23) Tatiana Prazeres, David Bohl, Pepe Zhang “CHINA-LAC TRADE(LATIN AMERICA AND THE CARIBBEAN)” 「Atlantic Council」 FOUR SCENARIOS IN 2035(2021), 1~40면 https://www.atlanticcouncil.org/wp-content/uploads/2021/05/AC_China_LAC_trade_2035_FINALE.pdf (2023년 12월 27일 최종접속)

<표 7> 미국 상·하원 해외투자심사 관련 주요 법안 심의 경과²⁴⁾

일시	상원 법안	하원 법안	비고
2021. 5. 26.	「국가핵심역량수호법」 (National Critical Capabilities Defense Act)(NCCDA, 2021)	-	美 상원의원 Casey, Cornyn 공동으로 해외투자 심사제도 도입 법안 발의
2021. 6. 8.	「미국혁신및경쟁법」 (United States Innovation and Competition Act)(USICA)	-	상원은 USICA에 NCCDA를 반영하려 하였으나 무산, 하원은 이를 반영하여 「COMPETES Act」 발의
2022. 2. 4.	-	「미국경쟁법」 (America COMPETES Act)(ACA)	
2022. 6. 13.	「국가핵심역량수호법」 (National Critical Capabilities Defense Act)(NCCDA, 2022) *입법 중(내용은 비공개)	-	美 상원의원 Casey, Cornyn 공동으로 해외투자 메커니즘 절충하여 법안을 제안함.

이러한 우려 속에 일부 의원들은 완전히 새로운 outbound 메커니즘을 만들기 위해 많은 제안을 하게 된다. 주요 내용으로는 중국 내 특정 기업에 대한 미국인 투자 금지, 이는 미국과 동맹의 안보를 보호하는 것을 목표로 자국민 투자가 중국의 군사 현대화 지원에 활용되지 않게 하려고 중국 내 특정 기업에 대해 미국인 투자금지 조치를 강화하는 조항이다. 더불어 중국 내 불투명한 기업에 대한 미국 증권거래 제한, outbound 심사제도 도입 검토가 제시되었다. 여기서 outbound 심사제도를 도입하는 배경으로는 최근 미·중 경쟁 심화, 러시아·우크라이나 침공 등으로 미국 정계는 중국과 러시아를 포함할 우려 국가에 대한 해외투자 심사제도 도입을 적극적으로 고려하게 되었다. 이는 지난 2021년 5월 26일 미국 의회에서 국가안보를 위협하는 해외투자자에 대한 심사제도 「국가핵심역량수호법(NCCDA: National Critical Capabilities Defense Act of 2021)」 도입 법안이 처음 발의된 이후 해외투자 심사제도 도입 방안에 대해서 지속해서 논의하고 있다.

Ⅲ. 「국가핵심역량수호법(NCCDA)」 안상 주요 쟁점

1. 「국가핵심역량수호법(NCCDA)」 개요

미국은 국가의 핵심역량을 위협할 수 있는 미국 outbound에 대해 심사하도록 요구하는 「국가핵심역량수호법(이하, NCCDA)」 도입을 미 의회의 초당적인 지지에

24) 「글로벌 공급망 인사이트 제27호」 「산업통상자원부」 (2022), 1~20면 <https://www.motie.go.kr/kor/article/ATCL449580de4/665/view?mno=&pageIndex=8&categoryList=&rowPageC=0&displayAuthor=&schClear=on&startDtD=&endDtD=&searchCondition=1&searchKeyword=#>
(2023년 12월 29일 최종접속)

의거 도입을 논의하고 있다. 美 의회는 동 법에 대해서 조속한 입법을 위한 다양한 의견들이 제시되고 있는데 지난 2022년 5월 4일 미 상원 의회 기록에서 입법의 필요성과 국가 안보적 관점에서 절실함을 재확인할 수 있었다. 이러한 이념적 배경에는 ‘국가의 안보 이익’이라는 불확실한 개념을 내세우고 동 개념 안에 국가의 기술 발전, 경제, 산업 및 무역경쟁력 등을 포괄²⁵⁾하는 상당히 자의적이며 광범위한 통제가 내포되어 있다.

동 법안은 공급망 행정명령(E.O.14017)에 명시된 국가핵심역량 경쟁력 제고를 위해 기술 항목 관련 해외투자를 심사·규제하는 목적으로 우려국 및 우려 단체의 기술 경쟁력, 공급망 탄력성을 약화시키는 것을 목적으로 하는 미국 기업들의 해외투자 안보 심사 관련 첫 입법사례가 될 확률이 높은 상황으로 미국은 물론 각국의 이목이 쏠리고 있다. 그러한 이유로는 외국인 inbound는 여러 국가가 규제하고 있지만, outbound에 대한 정부 차원의 공식적인 안보 심사는 중국을 제외하고 그 전례를 찾아볼 수 없기 때문으로 법안 통과 시 투자 심사의 효율성을 높이기 위해 동맹국에 비슷한 수준의 가드레일을 요구하는 확산 가능성이 있다.

<표 8> 美 상원 의회 입법 취지 연설(James M. Inhofe, Robert P. Casey Jr.)²⁶⁾

일시	주요 내용
2022. 5.4	• 코로나19 전염병이 급속도로 확산하는 상황에서 PPE(마스크, 장갑, 가운 등) 부족에 따른 문제는 자국민 보호에 적시 적절한 공급이 제한되고 일부 중국에 의존하는 상황에 직면하는 상황까지 이르러 미국의 제조 산업(능력)에 큰 의구심과 함께 적대국에 의존해야만 하는 사회적으로 큰 악영향을 끼쳤다. • 기업은 오랫동안 이윤에 기반한 경제적 효율성만 고려한 offshoring 분업화로 미국산업에 관한 관심 소홀로 제조업의 붕괴 수준에 이르렀다. • 국내 제조업에 대한 새로운 전략과 국가안보 차원의 다각적 검토 필요 • 미국 경제 및 국가안보 이익에 대해서 상원과 하원에서 초당적인 지지를 기반으로 outbound를 검토하고 메커니즘을 검토하였다. • 회사가 기술을 아웃소싱하는 경우 그에 따른 제품도 아웃소싱하게 된다. 이때 우리의 국가안보를 위태롭게 하거나 위태롭게 할 가능성이 있는 경우 국가 안보적 관점에서 세심하게 살펴볼 의무가 있다. 즉, 장기적인 관점에서 아웃소싱은 미국을 지정학적으로 불리한 상황으로 발전할 수 있는 것이다. • 민간기업에 대한 outbound에 대해서 국가안보 심사 대상이 되지 않을 이유가 없다. 이는 우리의 국가안보를 지키기 위한 적절한 검토이다.

25) 이병문·박미봉, “중국 수출통제법에 관한 주요내용 및 시사점” 『무역상무연구 학술지』 제89권(2021), 67-90면 <https://www.dbpia.co.kr/Journal/articleDetail?nodeId=NODE10537124> (2023년 11월 4일 최종접속)

26) James M. Inhofe, Robert P. Casey Jr, “美 상원 의회 기록 168권 제74호 PP S2299-S2300 117차 총회 2차” 『Congress.gov』 (2022), <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bil> (2023년 5월 4일 최종접속)

2. 「국가핵심역량수호법(NCCDA)」 주요 내용 분석

2022 NCCDA는 Casey Jr. 상원의원의 2021 NCCDA 법안과 매우 유사한 것으로 알려졌다지만 아직 정확한 법안은 비공개 상태에서 논의 중이다. 이에 2022 NCCDA 입법안에 대한 미 의회의 동향, 미 로펌들의 법률분석, 각종 언론매체, 연구기관 등의 논평과 2022년 5월 10일 공표된 최신버전 2022 NCCDA ‘논의 안(Discussion Draft)’을 기초로 소개하고 쟁점에 대해서 분석하여 보았다.

<표 7> 2022 NCCDA 법안 주요 내용²⁷⁾

구분	주요 내용
국가핵심역량	• 반도체, 배터리, 주요 광물, 의약품, 인공지능, 양자 기술, 바이오경제
규제 활동	• ①핵심역량의 개발·생산·확장·판매, ②핵심역량 관련 기술의 공개·공유·이전·면허 발급, ③핵심역량 관련 투자·자본제공·컨설팅
규제 대상	• 우려국(중국, 러시아, 이란, 북한, 쿠바, 베네수엘라)에 본사를 두거나 우려국의 제후 또는 영향을 받는 단체
면제 대상	• ①미소기준(De minis rule) 거래, ②법안 발효일 이전에 발생한 거래(검토 권한은 존재) ③최종 완제품에 대한 면허
역외적용	• 우려국과 우려 단체와 관련 있는 활동을 수행하는 미국인, 외국인 또는 그 계열사를 모두 포함
프로세스	• 규제 활동에 참여하기 45일 전에 통지서를 제출해야 하며, 위원회는 검토 결과에 따라 거래 중단·금지 통보
위원회 구성	• 대통령 또는 피지명자가 의장을 역임하며, 상무부, 재무부, 국방부, 법 무부 등 11개 부처에서 선발된 담당자로 구성

(1) 국가핵심역량 분석내용

2021년 NCCDA 버전을 인용하자면 의료물자, 개인보호장비(PPE), 중요 인프라 운영제조, 공급, 서비스, 유지에 필요한 필수 품목, 자연재해 및 인재 후 인프라 재건 필수 품목, 국방 시스템 필수 품목 등을 규정하고 있으며, 에너지, 의료, 통신, 국방, 교통, 항공우주, 로봇틱스, 인공지능, 반도체, 조선, 수자원 등 중요 산업에 대한 모든 분야가 국가핵심역량이라 간주²⁸⁾한다. 최근 2022년 NCCDA에는 첫째, 미국의 공급

27) Congress.gov, Covington, Pillsbury, 2022.6.12. 개정안 기준(2023년 5월 18일 최종접속)

28) “Critical Infrastructure Sectors” “Office of Technology Assessment. Technology Transfer to China. (Washington, DC 1987)” (2023), <https://www.cisa.gov/topics/critical->

망과 관련하여 행정명령 14017에 의거 산업군별 문제점 및 전망 지정된 분야 둘째, 인공지능, 바이오 생물경제, 양자 정보 과학 및 기술 등 미 국가정보국장에 의해 지정된 핵심 및 신흥기술로 지정된 기술 셋째, 행정명령 14017 제76조에 정의된 중요한 작업을 수행하는데 필요한 상품·재료 및 필수품, 물품이나 자재 넷째, 이외 국가 과학기술이사회(National Science and Technology Council)의 핵심 및 신흥기술 최신 리스트에서 지정한 분야 다섯째, 국가핵심역량위원회(Committee on National Critical Capabilities)가 지정한 산업기술 및 공급망 등으로 규정한다.

<표 8> 행정명령 14017에 근거한 국가핵심역량

구분	주요 내용(행정명령 14017 PP 8)
반도체 제조 및 패키징 분야	• 현재 미국의 글로벌 반도체 생산 점유율은 12% 수준, 1990년 37% 대비 하락한 수치, 정부의 정책적 지원 없이는 지속 감소할 것임.
대용량 배터리	• 화석연료를 사용한 기존의 방법에서 탈피하면서, 자동차 및 전기용 배터리들에 대한 수요가 증가, EV 및 관련 인프라는 미국 경제 및 안보에 필수
중요 지하 매설 광물 및 물질	• 리튬 및 흑연에 대한 전 세계적 수요는 수천% 상승할 것으로 예상됨, 희토류 같은 경우는 중국이 전 세계 채굴량의 55% 차지할 것으로 예상, 따라서 미국은 안정적인 공급 수단의 확보가 관건
제약 및 바이오	• 코로나19 유행 시기 식별된 PPE 문제점을 계기로 안정보장 집 근법 필요

(2) 규제 활동

동 법안의 규제 활동(covered activity)에 의한 적용 대상으로서 첫째, 미국인 또는 외국 법인·자회사가 규제 대상에 핵심역량 관련 구축, 개발, 생산, 제조, 확장, 이동, 서비스, 관리, 운영, 활용 판매 또는 재배치하는 경우 둘째, 국가핵심역량을 보유하거나 보유 중인 실체가 우려 국가에 대한 지분투자, 자금의 이용 촉진, 자본제공, 자문 및 컨설팅하는 경우 셋째, 오픈소스 기술 플랫폼 또는 연구개발을 통해 우려 국가에 지적재산 또는 노하우를 지원 및 기여하는 경우로서 기술의 공개, 공유, 이전, 면허, 발급 등을 포함한다.²⁹⁾ 여기서 미국인(United States person)이란 미국 시민권자나 영주권자, 국적자인 개인 또는 미국의 법률에 따라 조직된 모든 법인, 파트너십 또는 법인을 포함한다.

infrastructure-security-and-resilience/critical-infrastructure-sectors(2023년 8월 11일 최종접속)

29) “Casey and Cornyn Release a Joint Statement on National Critical Capabilities Defense Act.” (2021), <https://www.casey.senate.gov/news/releases/casey-and-cornyn-release-a-joint-statement-on-national-critical-capabilities-defense-act> (2022년 12월 21일 최종접속)

(3) 규제 대상

논의되는 법안에 따르면 규제 대상을 ‘우려 국가(country of concern)’로 정의하고 있다. 여기서 우려 국가라는 것은 외국의 적대국이나 비시장 경제 국가로 명시하고 있으며, 국가의 핵심역량을 우려 국가에 ‘전환 또는 이전’하려는 미국 기업들은 국가 핵심능력위원회에 통지(보고)하고 심사를 받는 대상이라고 명시하였다. 이와 관련하여 어느 실체가 우려 국가 또는 우려 국가에 의해 영향을 받는 실체가 발행한 의결권 주식 투표권을 보유하는 경우, 또는 우려 국가 또는 우려 국가에 의해 영향을 받는 실체의 실질적인 영향 아래 놓여 있는 경우 등에 해당하면, ‘우려 국가와 결부된(affiliated with a country of concern)’ 것으로 간주한다.

<표 9> 현행 미 상무부(DOC) 규정에 명시된 외국의 적대국 또는 비시장 경제국

적대국	비시장 경제국 ³⁰⁾	
• 중국	• 아르메니아	• 몰도바
• 러시아	• 아제르바이잔	• 타지키스탄
• 이란	• 벨라루스	• 투르크메니스탄
• 북한	• 중국	• 우즈베키스탄
• 쿠바	• 조지아	• 베트남
• 베네수엘라	• 키르기스스탄	

(4) 면제 대상(적용예외)

국가핵심역량심의위원회가 결정하는 미소기준(De mins rule)에 해당하는 거래, 동법의 시행일 이전에 발생하는 모든 거래(단, 검토 권한은 존재함) 또는 일상적인 비즈니스 거래 등에 관해서는 적용 대상에 포함되지 않는다고 규정하였다. 일상적인 비즈니스 거래란 첫째, 완제품의 판매 또는 라이선스 허가 및 고객, 대리점 또는 리셀러에게 제공되는 지원 둘째, 고객에게 제품의 판매 또는 라이선스 허가 셋째, 외국인인 고객의 장비 이전 및 장비를 작동하기 위한 지원 제공 등을 내포하고 있다.

(5) 역외적용

동 법에는 우려국과 직간접적으로 관련 있는 우려하는 국가, 이러한 우려 국가들과 연관이 있는 외국기업, 특히 외국 자회사 및 지점과 파트너십 그룹 활동으로 형성된 협회, 신탁, 법인 등 모든 계열사를 포함하고 있다. 이러한 조항은 미국은 물론 미국 이외의 국가 및 외국인 또는 지분증권에 의거 거래소에 거래되는 모든 단체까지도 역외적용이 가능한 상황이다.

30) “Countries Currently Designated by Commerce as Non-Market Economy Countries” 「Official Website of the International Trade Administration」 (2022), <https://www.trade.gov/nme-countries-list> (2023년 9월 14일 최종접속)

(6) 프로세스(적용 대상의 의무적인 통지 및 심사 활동)

규제 프로세스에 해당이 되거나 예정되어있는 기업은 당해 대상 활동에 참여하기 45일 전에 심의위원회에 서면으로 통지서를 제출하여야 한다. 위원회의 위원장은 서면 통지서를 접수 받는 대로 신속하게 사전검사를 하고 위원회의 모든 구성원에게 회람(통지)하여야 한다. 위원회는 접수된 통지서를 정밀 분석하여 국가핵심역량에 대한 위험 요소를 고려하여 심의한다. 하나 이상의 용납할 수 없는 위험(an unacceptable risk)이 존재한다고 결정하는 경우는 이러한 위험 요소를 해결하거나 완화하기 위해 취할 수 있는 적절한 조치를 대통령에게 요청할 수 있다. 대통령은 이에 따라 적절한 조치를 집행하기 위해 법무부 장관에게 법원에서 적절한 구제(완화, 투자 철회, 중단, 금지 등) 조치를 할 수 있도록 지시할 수 있다.

(7) 국가핵심역량심사위원회

심사위원회는 동 법에 명시한 해외투자 심사 등을 수행하고 대통령이, 부여한 임무를 수행한다. 위원회 구성은 대통령 또는 피지명자가 의장을 역임하고 위원회 구성원으로서는 미 무역대표부, 상무부, 국무부, 재무부, 국토안보부, 국방부, 과학기술청, 법무부, 에너지부, 보건부, 농무부, 노동부나 대통령이 정하는 적절한 기타 연방부서를 결정하여 구성할 수 있다.

(8) 제재/처벌

관련 법 조항에 의거 의무적인 서면 통보 불이행 및 본래 법의 위반에 대해서는 \$18 ~ \$250,000(1\$=1,300원 기준 / 한화 약 3억 2,500만 원) 의 과징금을 부과하도록 규정하고 동 법률의 규제조항을 회피하려는 모든 활동도 민사 처벌 대상이다.

(9) 다자간 참여 및 조정

위원회 의장은 미 무역대표부, 상무장관, 국무장관과 다자간 참여 및 조정에 관하여 상호 협의하고 연방 기관과의 조정 및 협의를 통해 우려 국가 및 그에 준하는 실체에 적용하기 위해 NCCDA 법안 절차가 준수될 수 있도록 미국의 파트너 및 동맹국에 다자간 참여(multilateral engagement) 업무를 수행할 수 있도록 관리 감독을 하여야 하고 이러한 활동과 관련하여 정보를 공유하기 위한 메커니즘을 확립하여야 하며, 이들 정부와 상호 협력할 것을 규정한다. 또한 outbound 관련 메커니즘에 대해서 위에서 언급한 파트너 및 동맹국과 전략 개발에 지속적인 노력을 할 것을 규정하고 있다.

<표 10> 주요 국가 outbound 투자 통제 분석³¹⁾

국가	거시 건전성 통제	산업별 제재	국가별 제재	민간영역 제재
호주			개별 국가 대상으로 제재 체제 유지	
캐나다			특정 국가 대상으로 특별경제 조치법을 통해 제재 체제 유지	부패 외국 공직자 피해자 정의법은 개인과 단체를 대상으로 함
중국	적격국내기관 투자자(QDII) 제도에 따라 할당량(쿼터)이 있는 기관을 통해 투자하지 않는 한 해외투자 금지됨. 기업의 outbound 투자 시 서류 제출이 필요하며 때때로 규제 기관의 승인이 필요, outbound 투자를 위한 FX(Foreign Exchange: 외환거래) 전환 때 은행에 대한 비공식 창구 지침도 있음.	중국의 해외투자 규제 무기 제조, 뉴미디어, 국경을 넘는 수자원과 같은 특정 산업을 억제함 부동산, 호텔, 영화관, 엔터테인먼트와 같은 민감한 산업 투자에 대해서도 의무적인 승인제도 시행 중	outbound 투자규제는 대만 등 민감한 지역과 국가, 공식적인 외교관계가 없는 국가까지 사전 승인 필요	개인 및 관련 단체에 대해 제재 시행 중
유럽			개별 국가를 대상으로 하는 제재 체제 유지	기업, 단체, 조직 및 개인을 대상으로 하는 제재 체도를 유지
유럽	프랑스		EU 연합 제재 적용	개인 및 법인에 대해 자율적인 제재를 가할 수 있음.
	독일		EU 연합 제재 적용	EU 제재 체제 적용
	이탈리아		EU 연합 제재 적용	EU 제재 체제 적용
일본		어업 관련 종사자 또는 관련 회사, 무기, 마약, 가축 제품 제조와 관련된 해외투자는 사전 신고필요		
한국	지정된 외환은행을 통해 해외에 투자할 수 있음. 금융기관에 의한 투자는 규제 기관에 통보하고 승인받아야	"산업기술 유출 방지 및 보호에 관한 법률"에 의거 정부의 R&D 지원금으로 개발 "국가핵		

31) Thilo Hanemann, Mark Witzke, Charlie Vest, Lauren Dudley, Ryan Featherston, "An Outbound Investment Screening Regime for the United States?" 「Rhodium Group-A Report by the US-China Investment Project」 (2022), 1~24면(2023년 11월 12일 최종집속)

	함.	심기술" 을 보유한 기업의 해외투자를 차단할 수 있는 권한 을 위원회에서 제재 가능.		
미국		NCCDA는 국가 핵심역량으로 간주 하는 특정 산업에 대한 투자 관련 제 재 가능 (신설)	특정 국가를 대상으로 국가 차원의 투자를 제한하는 제재 체제 유지 중. NCCDA는 특 정 관심 국가에 대한 투자와 관 련된 제한을 가 능 (신설)	행정명령을 통 해 특정 기업에 대한 투자금지 가능. 상무부 산업 보안국은 기업이 상장 기업과 사 업을 하기 전에 라이선스를 취득 하도록 요구하는 기업 목록도 관 리함.
영국			개별 국가 대 상으로 하는 제 재 체제 유지	특정 개인을 대상으로 하는 제 재 체도를 유지 금융 제재는 특정 개인 및 단 체와 관련된 기 업에 대한 투자 를 제한함.

IV. 글로벌 공급망 관계 법령에 입각한 가드레일 조항 (guardrails provision) 투자 제한 분석

1. 「국가핵심역량수호법(NCCDA)」의 광의 - NCCDA 적용 범위

미·중 관계에 미치는 영향은 차치하더라도, 본 법률에 해외투자안보심사(outbound) 체제가 미국의 대외 경제정책에 더 광범위한 영향을 미칠 수 있다는 것이다. 즉 글로벌 투자정책과 미국 외교정책의 새로운 시작을 알리는 의미로 재해석할 수 있다. 그동안 미국은 문호를 자유롭게 개방하여 글로벌 투자환경에서는 최적의 환경과 기회를 제공하여 왔다. 특히 OECD 회원국에 대해서는 국가안보 및 공공보안의 영역에서 예외의 정책을 두기도 하여 미국 내 자유로운 투자가 가능하였다. 이러한 활동들은 외국인투자심사위원회(CFIUS)를 통해 승인되고 조정이 되어 왔다. 그간 미국은 외국 관할 영역에서 이루어지는 각종 다양한 투자활동에 대해서 검토하지 않았다. 본래 법이 적용됨에 따라 미국은 각종 제재와 수출 통제 외에도 공식적인 경로를 통해 OECD 경제국에 검토를 요구하게 될 것이다. 이와 비슷한 환경의 국가로서 표·10에서 언급한 바와 같이 OECD 국가 중에는 한국과 일본이 해당 되는 경우로서, 자국의 정부 보조금이 투입되어 개발한 ‘국가 핵심기술’을 보유한 기업에

대해서는 outbound 투자를 차단할 수 있는 일부 비슷한 법 조항을 적용하고 있다.

NCCDA가 자국 내 미치는 영향에 대해서 분석하여 보자면 경제협력개발기구(OECD)에 따르면 2020년 말 기준으로 국·내외 FDI 규모가 각각 10조 8,000억 달러, 8조 2,000억 달러로 세계 최대 규모를 기록³²⁾했다. 즉 해외투자안보심사(outbound)는 미국 기업의 경쟁력에만 영향을 미치는 것이 아니라 중국 시장은 물론 외국기업의 미국 사업에도 영향을 미칠 수 있다. 이에 따라 한·미 간 추진하고 있는 각종 모든 협력 사업들이 포괄적으로 검토³³⁾대상에 포함될 수 있다는 광범위한 의미이기도 하다. 또한 앞에서 언급한 바와 같이 미국은 전 세계적으로 자율적인 투자환경을 제공하여 왔다. 이에 미국은 각종 서비스를 제공하는 허브의 역할을 톡톡히 하여 왔고 수없이 많은 기업들이 투자활동을 활발히 진행하고 있다. 반대로 역설하자면 미국 내 외국 소유의 자회사도 해외투자안보심사의 대상이 된다는 것을 의미하고 투자 통제도 마찬가지이다. 이는 곧 최소한 기업들의 지출 비용을 증가시켜 국경을 넘나드는 분쟁으로 비화할 여지가 다분하다 할 수 있다.

2. 「반도체와 과학법(CHIPS and Science Act 2022)」 가드레일 조항 분석

바이든 행정부는 2022년 8월 9일 「반도체와 과학법(CHIPS and Science Act 2022)」에 서명하여 법을 제정하였다. 동 법의 일부에는 「반도체 지원법(CHIPS Act of 2022)」, 「반도체 촉진법(FABS Act of 2022)」를 포함하고 있다. 여기서 주목해야 사항은 최근 각종 언론매체에서 화두가 되고 있는 「반도체 지원법(CHIPS Act of 2022)」의 가드레일이다. 「반도체 지원법」의 주목적은 자국 내 첨단 반도체 제조역량 제고를 위해 예산 527억 달러(한화 약 69조 원)를 확보함과 동시에 「반도체 촉진법(FABS Act of 2022)」을 포함하여 시설이나 장비 투자에 25% 세액공제를 도입하는 내용이다. 이러한 세액공제 혜택을 10년간 제공함에 따라 아시아에 입지한 기업 대비 약 40%가량의 반도체 제조단가 격차 해소가 가능할 것으로 판단하였다. 이렇게 「반도체 지원법」에 의한 보조금 「반도체 촉진법」에 의한 세제 혜택을 받은 기업들은 향후 10년간 중국 및 타 우려국가내 제조역량 확대 및 신설, 장비 도입 및 증설 등의 어떠한 투자거래도 금지된다는 조항이 포함되어 있다. 만약 이러한 법 조항을 위반하는 경우 지원받은 보조금 및 세제 혜택 공제금을 전부 반납해야 한다.

제정된 「반도체 지원법」 가드레일 조항을 면밀하게 들여다보면 예외로서 간주하는 조항이 있는데 적용 대상에서 ‘구형 반도체(legacy semiconductors)’ 제조를 위한 기존의 시설이나 설비, 또는 구형 반도체를 생산하는 반도체 제조역량 확대(신규 장비 도입 및 증설) 관련 투자거래는 예외 적용한다. 단, 이 부분에 대해서도 확대 해석은 금물이다. 중국이 구형(legacy) 공정을 바탕으로 반도체 기술력을 키우고 시장 점유율을 넓혀 나가자 중국을 견제하기 위해 「반도체 지원법」에 구형 공정 28

32) Thilo Hanemann, Mark Witzke, Charlie Vest, Lauren Dudley, Ryan Featherston, “An Outbound Investment Screening Regime for the United States?” 「Rhodium Group-A Report by the US-China Investment Project」 (2022), 1~24면(2023년 11월 12일 최종접속)

33) Sarah Bauerle Danzman, “Is the US going to screen outbound investment?” 「Atlantic Council」 (2022), <https://www.atlanticcouncil.org/blogs/econographics/is-the-us-going-to-screen-outbound-investment> (2023년 1월 27일 최종접속)

nm(그 이하 금지, 배경: 2025년까지 세계 28nm 반도체의 40% 생산 전망)와 미국이 상당한 영향력을 행사하고 있는 14nm 공정까지 수출규제 조건을 명시하였다.

또한 동 법에서 명시한 구형 반도체의 기준이란 28nm 그 이전 세대의 반도체를 의미하는 것으로 국방장관 및 국가정보국장과 협의하여 국무장관이 결정하는 구형 세대의 반도체 기술과 약 2년마다 국무장관이 검토하여 정하는 추가적인 기술들이 포함은 되지만 국가안보 측면에서 사용되는 반도체는 매우 중요한 요소로서 아무리 구형 반도체라 하여도 사용 용도에 따라 얼마든지 규제의 대상이 될 수 있다는 것이다.

3. 「인플레이션 감축법 (Inflation Reduction Act of 2022)」 가드레일 조항 분석

지난 8월 16일 바이든 대통령은 미 하원 발의법 안 제5376호에 서명하여 「인플레이션감축법(Inflation Reduction Act of 2022, 이하 IRA)」이 제정되었다. 이 법은 의료비 지원, 기후변화 대응, 취약계층 지원 확대, 친환경 에너지의 보급, 일자리 창출 및 노동자 보호 등을 목적으로 세법을 개정하고 연방정부 예산을 사업별로 규정³⁴⁾ 하였다. 이 법 또한 정부의 보조금 및 세제 혜택을 받기 위한 요구 충족 조건이 내포되어 있다. 첫째, 북미 지역에서 차량이 최종 조립이 될 것. 둘째, 배터리 제조 시 들어가는 핵심 광물 및 부품이 2024년까지는 40% 비중, 2027년부터는 80% 이상을 미국 또는 미국과의 자유무역협정이 체결된 국가를 원산지로 하거나 북미 지역에서 제조하거나 조립한 되어야 한다. 셋째, 우려국가 및 기업을 출처로 하는 부품이 핵심 광물인 경우는 2025년부터, 그 외 부품의 경우는 2024년부터 세액공제 적용을 금지한다. 위의 두 번째와 세 번째의 요건에 대해서는 가까운 시일 내 재무부에서 세부 시행 지침안을 발표할 예정이다. 이에 한국 정부는 「인플레이션 감축법」의 결함에 대해서 미 정부의 이의제기는 물론 양자 간 협상을 통해 해결 방안을 모색하고 있다. IRA의 경우 통상규범 위배 가능성을 자세히 검토하고, EU(특히 독일) 등 우리 정부와 유사한 입장을 지닌 국가들과 연대하고 공조하여 그 해법을 고민하고 있다. 단, 세계무역기구(WTO)협정, 한미 자유무역협정(FTA) 등 통상규범 위배 가능성에 대해서 미국 측에 우려를 전달하고 최후의 수단으로서 검토하고 있다. 단, 최근 한국 정부에 작은 희소식으로는 2022년 12월 6일 민주당이 조지아주 상원 결선 투표에서 라파엘 워낙 상원의원이 재선에 성공하였다. 워낙 상원의원은 다른 국가에 대해서 차별은 불합리하다는 주장을 펼친 인물이다. 특히 그는 지난 2022년 11월 중간선거를 앞두고 현대차도 전기차 보조금을 받을 수 있는 「인플레이션감축법」 개정안을 제출하였는데 향후 상원에서 법 개정에 대한 논의도 주목이 된다. 이 밖에도 바이든 대통령은 2022년 12월 1일 마크롱 프랑스 대통령과의 정상회담에서 한국, 유럽연합(EU), 일본 등 동맹국의 외국산 전기차에 대해 보조금 지급 대상에서 배제할 의도가 없었다고 밝히며 IRA의 작은 결함들이 있을 수 있다며 개정에 대해서 작은 희망을 엿볼 수 있었다.

34) “미국 「인플레이션 감축법 of 2022, IRA」 주요 내용” 「세계법제정보센터」 (2022. 9. 28.) https://world.moleg.go.kr/web/dta/lgsITrendReadPage.do?CTS_SEQ=50203&AST_SEQ=315&ETC=1 (2023년 11월 12일 최종접속)

4. 한국의 인수·합병(M&A)형 외국인 투자에 대한 안보 심사 분석

산업통상자원부는 「외국인투자촉진법」 및 시행령(제5조)에 따른 인수·합병(M&A)형 외국인 투자에 대한 안보 심의 기준과 절차를 규정한 ‘외국인 투자 안보 심의 절차 운영 규정’을 2022년 8월 24일자로 시행한³⁵⁾다고 발표하였다.

<표 11> 인수·합병 및 전체 외국인 투자 신고 건수/금액 단위:건, 백만불

구분	2010년		2015년		2021년	
	M&A 형	전체	M&A 형	전체	M&A 형	전체
신고 건수	249	3,110	307	2,695	317	3,088
신고 금액	2,015	13,073	6,804	14,104	11,421	29,513

이러한 운영 규정은 인수·합병(M&A)형 외국인 투자에 대한 안보 심사 기능이 실질적으로 잘 작동될 수 있도록 절차를 개선하고 보완하기 위함이다. 즉, 외국인이 이미 설립된 국내기업의 주식 등의 취득을 통하여 기업의 경영상 지배권을 취득하려는 경우는 아래 조건 다음 중 하나에 해당이 되는 인수·합병(M&A)에 대하여 산업통상자원부 장관은 외국인투자위원회의 심의에 따라 국가안보에 지장을 초래하는 상황에 해당하는지 검토하여 외국인 투자에 대해서 제한을 결정할 수 있다.

<표 12> 「외국인투자촉진법」(제4조 2항, 3항), 동법 시행령(제5조 1항, 2항)³⁶⁾

- 「방위사업법」 제3조 제7호에 따른 방위산업 물자의 생산에 지장을 초래할 우려가 있는 경우
- 「대외무역법」 제19조에 따른 수출 허가 또는 승인 대상 물품 등이나 기술로서 군사 목적으로 전용(轉用)될 가능성이 높은 경우
- 「국가정보원법」 제4조 제 1항 제2호에 따라 국가기밀로 취급되는 계약 등의 내용이 공개될 우려가 있는 경우
- 국제평화 및 안전유지를 위한 국제연합 등의 국제적 노력에 심각하고 중대한 지장을 초래할 우려가 있는 경우
- 「산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률」 제2조 제2호에 따른 국가핵심기술의 유출 가능성이 높은 경우

35) “인수·합병(M&A)형 외국인 투자에 대한 안보 심사 실효성 제고” 관련 외국인투자촉진법 시행, 외국인투자 안보심의 절차에 안보심의 전문위원회의 사전검토 절차가 추가되고, 안보심의 기준이 마련되었습니다. 산업통상자원부는 이같은 내용을 포함한 「외국인 투자안보 심의 절차 운영 규정」을 2022. 8. 24.자로 시행, 「산업통상자원부」 <https://www.electimes.com/news/articleView.html?idxno=307945> (2023년 12월 27일 최종접속)

36) “인수·합병(M&A)형 외국인 투자에 대한 안보 심사 실효성 제고” 관련 외국인투자촉진법 시행, 외국인투자 안보심의 절차에 안보심의 전문위원회의 사전검토 절차가 추가되고, 안보심의 기준이 마련되었습니다. 산업통상자원부는 이같은 내용을 포함한 「외국인 투자안보 심의 절차 운영 규정」을 2022. 8. 24.자로 시행, 「산업통상자원부」 <https://www.electimes.com/news/articleView.html?idxno=307945> (2023년 12월 27일 최종접속)

이번 운영 규정에서는 안보심의 전문위원회(이하‘전문위원회’)를 신설하여, 주무부장관 및 외국인투자위원회의 안보 심의 기능을 지원하도록 하였다. 전문위원회(위원장: 무역투자실장)는 총 20인 이내의 관계행정기관 위원으로 구성되며, 국가안보위해심의 기준에 따라 국가안보위해 여부에 대한 사전 평가를 하게 된다.

V. 규범적 평가 및 향후 입법 동향

지난 2022년 9월 27일 미국에서 추진 중인 국가 「국가핵심역량수호법(NCCDA)」을 지지하는 상·하원 주요 인사들은 바이든 대통령에 서한을 보내 국외 투자 심사메커니즘(outbound investment review mechanism)에 대한 행정명령 발동을 요청하였다. 규범적 관점에서 2022년 개정된 「국가핵심역량수호법(NCCDA)」를 평가하자면 첫째, 외국인 투자(inbound FDI)에 대한 안보심사 메커니즘을 규정한 입법례는 한국을 비롯하여 다수의 국가에서 유사한 사례를 엿볼 수 있다. 특히 한국의 경우 최근 2022년 8월 23일 인수·합병(M&A)형 외국인 투자에 대한 안보심사 실효성을 높이기 위해 「외국법」 및 동법 시행령(제5조)에 의거 안보심의 기준과 절차를 명확히 하였다. 그러나 이와 반대로 기업의 국외 투자(outbound FDI)에 대한 안보 심사를 도입하는 사례는 중국을 제외하고 그 전례가 없다는 점에서 세간의 이목이 쏠리고 있는 상황이다. 둘째, 개정된 NCCDA의 목표는 국가핵심역량을 위협할 수 있는 중국 및 우려국에 outbound를 심사하기 위한 메커니즘을 다루고 있다. 정확한 가이드라인 조항이 없는 상태에서 분쟁이 발생 할 경우 광범위하게 국가안보 위협 요소로 간주하여 상대측에 불공정한 심사를 시행할 수 있다는 우려이다. 셋째, 모호하고 과도한 규정들이 존재한다는 지적이 있다. 적용 제외 활동 ‘일상적인 비즈니스 거래’에 대해서 정확한 범위 규정이 없고 그 의미 역시 모호하다. 특히 바이오경제(bio-economy) 분야에서 보면 최소 임계값(아직 미확정) 아래에 해당하는 거래 및 법안 발효일(제정 후 180일) 이전에 발생한 거래에 대해서는 적용 제외되나, 법안 제정 후 진행 중인 특정 활동을 검토할 권한은 여전히 가질 수 있다. 또한 일상적인 비즈니스 거래에 대해서도 법 적용을 제외하고 있으나 이러한 거래의 정확한 범위가 모호하다 보니 구체화하기 위한 논의가 진행 중인 것으로 알려지고있다. 더불어 완제품의 라이선스(license of a finished item)의 경우도 제외된다고 하고 있으나, 완제품은 기본적으로 여러 부품의 조합으로 이뤄지기 때문에 완제품과 완제품의 라이선스를 어디까지 볼 것인가라는 부분도 모호한 상황이다.³⁷⁾ 넷째, 역외적용에 있어서 외국인 또는 그 계열사, 동맹국의 타사 법인조차도 적용 대상으로 간주한다. 이는 기존 FIRMA에서 규정한 범위보다 좀 더 광범위한 것으로 이는 업계에서 가장 큰 불만을 제기하는 항목이다.

「국가핵심역량수호법(NCCDA)」은 미국 투자를 자세히 조사하여 미국의 국가핵심역량의 경쟁력을 높이는 것을 목표하는 법안으로 미 하원의 발의하였던 대중국 견제 패키지였던 「미국경쟁법(America COMPETES Act)」에 포함되었던 내용이 반

37) “미국국가핵심역량방어법안 통과 시 영향” 「한국바이오협회 바이오경제연구센터」 ISSUE Briefing(2022), 1~3면 https://www.koreabio.org/board/board.php?bo_table=report&idx=172 (2023년 12월 27일 최종접속)

영되어 있다. 한편 개정된 NCCDA에 대해 미 상공회의소를 비롯하여 다양한 미 협의체들은 2022년 6월 23일 자 미 의회에 보내는 서신을 통해 개정 NCCDA의 통제 범위가 지나치게 광범위하고 모호한 규정들이 산재하여 이를 준수하는 것이 현실적으로 어려움을 호소하며 강력한 반대 견해를 전달하였다. 그럼에도 불구하고 상·하원 의원들은 우려국에 대한 투자가 국가안보와 공급망 탄력성 강화에 미칠 영향을 줄이기 위해 선제적인 행정 조치가 필요하다고 강조했으며, 이후 의회가 법령 조항을 수정, 강화해 나갈 수 있다고 주장하였다. 특히 외국인 투자심사위원회(CFIUS)도 과거 행정명령으로 처음 설립된 점을 언급하며 바이든 대통령이 NCCDA를 행정명령으로 시행할 수 있는 명분이 충분히 존재한다는 점을 강조하였다. 이러한 양원의 초당적인 공감대 형성으로 현재 상원에서 활발히 논의되고 있는데 지난 2022년 9월 29일 열린 상원 은행위원회 청문회에서는 Pat Toomey(117대 상원의원) 공화당 상원의원이 원안보다 완화된 NCCDA 개정안을 소개하며, 회계연도 2023 「국방수권법(NDAA)」에 반영할 것을 제안하였다.

주요 의원들의 노력에도 불구하고 핵심 용어와 개념이 모호하고 정의가 모호하거나 규제 당국이 빈칸을 채우도록 남겨둔 채 미·중 경제인협의회와 미 상공회의소 등 업계 단체들이 반대 목소리를 높이고 있어 단기간에 처리가 어려울 것이라는 전망과 국가안보에 중대한 영향을 미치는 국가핵심역량의 기술 유출을 막기 위해 예상보다 조기에 시행될 가능성을 언급하는 시각도 존재한다. 현재로서는 2023년 ~ 24년 안에 입법화될 것이라는 전망이 우세하다. 2023년 「국방수권법(National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2022, NDAA)」에는 「국가핵심역량수호법(NCCDA)」·「대만정책법(TPA)」·「포괄적경제협력협정(CECA)」 등 많은 대중경제 법안이 포함될 전망으로, NCCDA가 다른 대중 법안들과 함께 처리될 가능성도 있다. 일각에서는 반도체 과학법이 ‘우려국의 첨단기술 산업에 대한 투자금지’ 조항인 가드레일 조항을 포함하고도 최종 입법됨에 따라 해외투자심사 입법 장벽이 NCCDA 논의 초기보다 비교적 완화된 것으로 기대하는 시각도 존재한다. 또한 NCCDA는 보조금 수혜 기업에만 국한된 가드레일 조항보다 광범위하게 적용되기 때문에, 아직 추가 논의할 부분은 많을 것으로 평가받고 있다.³⁸⁾ 최종 법안이 어떠한 수준이 될 것인지를 예단하기는 어렵기는 하나 바이든 행정부가 행정 조치를 통해 조속한 시행을 도모할 개연성은 상존한다. 설사 2024년 11월 5일 미 대선으로 인해 조속한 시행에 변수가 될 수 있다는 일부 의견이 존재하지만, 이는 일시적인 적용 시점의 영향일 뿐 개연성에는 큰 걸림돌로 작용할 수 없을 것이다. 과거 트럼프 정부와 현 바이든 정부의 공통점은 자국의 이익을 최우선 가치로 판단하기 때문이다.

VI. 결론

세계 각국은 자국의 고용 창출 및 산업 발전 등의 이유로 외국인 투자 자유화 시

38) 이준성(워싱턴무역관), “미국 「국가핵심역량수호법(NCCDA)」 추진 동향” 「KORTA」 Book Mark (2022), https://dream.kotra.or.kr/kotranews/cms/news/actionKotraBoardDetail.do?SITE_NO=3&MENU_ID=90&CONTENTS_NO=1&bbsGbn=244&bbsSn=244&pNttSn=197337 (2023년 9월 7일 최종접속)

책을 적극적으로 발표하고 추진하고 있다. 그러나 일부 선진국(미국 및 일부 EU 국가)들이 우려하고 있는 것은 중국·상대적 위협국가(특정분야 경쟁이 치열한 상대국 포함)들이 첨단기술을 보유하고 있는 자국의 기업을 대상으로 합법(인수·합병 및 지분투자 등등)을 가장한 다양한 방법과 수단을 총동원하여 중요한 infrastructure 기술 획득, 첨단 과학기술 입수, 다양한 기밀정보를 획득(국외유출) 하려는 행위에 대해 민감한 반응을 보이고 있다.³⁹⁾ 미국과 한국을 비롯하여 여러 국가가 이미 자국 내 외국인 투자를 규제하는 가운데 미국이 해외투자의 안보 영향을 공식적으로 심사하는 제도는 전례를 찾아볼 수 없기에 관심이 큰 상황이다.

물론 WTO 규범적 관계에서 외국선박 및 외국 항구에서 연유된 상품에 어떠한 안보 관련 요구사항을 시행하는 것은 국내 제품을 보호하기 위한 수단으로 악용될 수도 있으며, 이는 자유무역을 저해시키는 효과를 가져오고, WTO 규범인 내국민대우의 원칙에 반할 수 있다.⁴⁰⁾ 그런데도 미 정부가 추진하고자 하는 것은 철저한 자국의 이익을 기반으로 하고 있기에 어떻게 적용하고 추진하는지에 대한 만반의 대비가 필요할 것이다. NCCDA 입법 시 동 법안에 미국인은 물론 외국 법인 및 자회사에 의한 역외적용 조항으로 인해 의무 통보 및 심사 대상이 될 수 있다는 점을 유념해야 할 것이다. 또한 이러한 역외적용 조항으로 인해 우리 기업의 對中 거래에 미국이 영향을 미칠 수 있으며, 반도체·배터리·바이오 부문 외국인 투자가 우리나라로 유입될 가능성도 존재한다. 이는 위기이자 또 다른 기회일 수 있으나 중국 기업과 거래 중이거나 중국 內 첨단기술 관련 사업체를 보유한 기업은 법안 동향을 수시로 확인할 필요가 있다. 또한 반중 정서에 기반한 미 행정부의 정책 기조가 장기간 지속될 가능성이 매우 높은 상황이다. 글로벌 기술주도 패권을 다투고 있는 글로벌 경제무대에서 중국을 국가안보 위협 요소로 간주하고 있기에 장기간 미·중 무역마찰 및 분쟁은 심화할 것이다. 이러한 미·중 간 갈등이 심화할수록 우리나라는 양국으로부터 양자택일의 압력을 받을 가능성⁴¹⁾도 높아질 수 있는 것도 우려할 잠재적 요소이다. 이에 따라 사실상 중국을 대상으로 한 각종 제재 법률은 지속해서 강화될 전망이다. 이는 중국의 체제변화가 없으면 장기간 지속될 전망이다. 가장 중요한 핵심은 미국이 첨단기술의 보호를 위해 그 기준으로 국가안보를 제시하고 있는 점에 대해 주목해야 한다.⁴²⁾

이처럼 미 의회의 공통된 인식을 고려하여 우리 기업들도 개정 NCCDA가 발효 때 잠재적인 리스크를 회피하려면 첫째, 국가핵심역량심의위원회에 통보 대상인지 확인하고 기업 스스로 적절한 실사 및 분석을 수행한다. 둘째, 통보 대상으로서 통지

39) 강성진, “EU의 국가안보 근거 외국인 직접 투자 규제 규칙 도입 논의 및 한국에 대한 함의” 「국제경제법연구 학술지」 제16권 제1호 (2018), 7~28면 <https://www.dbpia.co.kr/Journal/articleDetail?nodeId=NODE07414028> (2023년 10월 19일 최종접속)

40) 손태우, “국가안보(National Security)로 인한 미통상법의 변화와 WTO규범과의 상충에 관한 연구” 「부산대학교 법학연구 학술지」 제51권 제4호 통권 66호(2010), 527~561면 <https://www.dbpia.co.kr/journal/articleDetail?nodeId=NODE01577993> (2023년 8월 11일 최종접속)

41) 연원호·나수염·박민숙·김영선, “첨단기술을 둘러싼 미·중 간 패권 경쟁 분석” [대외경제정책연구원] 오늘의 세계경제 제20권 18호(2020), 1~24면 [\(2023년 10월 13일 최종접속\)](https://www.kiep.go.kr/gallery.es?mid=a10102020000&bid=0003&act=view&list_no=3456&cgc_code=(2023년 10월 13일 최종접속))

42) 김민배, “미국의 첨단기술 보호 정책과 국가안보의 판단기준” 「법제처 법제」 제691권 (2020), 225-270면 <https://www.kci.go.kr/kciportal/ci/sereArticleSearch/ciSereArtiView.kci?sereArticleSearchBean.artiId=ART002670101> (2023년 12월 3일 최종접속)

서를 제출하면 위원회의 법률 고문과 긴밀히 협력하여 통지서의 모든 정보가 일치하고 정확한지 확인한다. 셋째, 완화를 협상할 때 해당 당사자가 준수할 수 없거나 준수할 의사가 없음에도 완화 조건에 동의하지 않도록 해야 한다. 넷째, 기업의 경영진은 관련 규정을 준수하고 규정의 중요성에 대해서 교육 프로그램을 시행하여야 한다. 다섯째, 당사자가 향후 우려국 및 그 실체와 투자거래 활동을 하게 되어 위반 사실을 인지하였을 경우 규정 위반 문제를 자체적으로 철저히 조사하고 바로 심의위원회에 알려야 한다.

이러한 미국의 대중 제재 강화로 중국 기업들이 한국기업에 대한 M&A가 증가할 가능성에 대비하여 중국의 대한국 투자로 인한 기술이전(유출) 문제에 대해서 자세히 들여다보고 법 재정비를 통해 대응할 필요가 있다.⁴³⁾ 기업에 미칠 수 있는 영향력을 사전에 분석할 필요가 있는데 현행 미국이 정하는 우려국 대상으로 투자활동을 수행하는 경우 국가안보심사제도에 저촉되지 않도록 사전 점검이 필요하고 비즈니스 의존도가 높은 경우 그 의존도를 낮추고 공급망 다변화를 모색할 필요가 있다. 이러한 해외투자 관련 재무적 리스크는 기업의 몫이기는 하나 「반도체 법」, 「인플레이션 감축법」의 가드레일 조항의 적용 가능성에 대한 부분과 NCCDA의 역외적용 조항에 대해서 정부 차원의 대응과 적시 적절한 정보제공이 필요할 것으로 판단 된다. 더불어 국가안보 예외와 관련한 조약의 적용과 해석에 있어서 국가별 입장과 조약별 분쟁해결절차를 통한 판결 내용이 다른 상황이 지속되는 것이 불가피한 상황임을 감안하여, 국가안보 예외와 관련한 국내법과 국제법 적용 및 해석에서 불일치 또는 불합치 문제를 감안하면서 국내법을 마련하고, 국가안보 예외와 관련하여 대외적으로 일관된 견해를 유지하여 향후 발생할 수 있는 국가안보 예외를 원용하는 국가 간(투자자) 분쟁에 대응하는 것이 필요해 보인다.⁴⁴⁾

43) 신꽃비·나수엽 외, “미국의 중국기업 대미 투자 제한 강화와 시사점” 「대외경제정책연구원」 오늘의 세계 경제 제18권 32호(2018), https://www.kiep.go.kr/gallery.es?mid=a10102020000&bid=0003&act=view&list_no=3402 (2023년 10월 13일 최종접속)

44) 장성길, “국가안보 측면에서의 투자분쟁 검토 및 대응 방안 모색” 「통상법률 학술지」 제152호(2021), 3~33면 <https://www.dbpia.co.kr/Journal/articleDetail?nodeId=NODE10624080> (2023년 9월 3일 최종접속)

[참고문헌]

<국내문헌>

- “글로벌 공급망 인사이트 제27호” 「산업통상자원부」 (2022), 1~20면.
- “미국국가핵심역량방어법안 통과 시 영향” 「한국바이오협회」 ISSUE Briefing (2022), 1~3면.
- “미국 「인플레이션 감축법 of 2022, IRA」 주요 내용” 「세계법제정보센터」 (2022. 9. 28.).
- “외국인 투자안보 심의 절차 운영 규정” 「산업통상자원부예규 제2022-115호, 2022. 8. 22., 제정].
- 강성진, “EU의 국가안보 근거 외국인 직접 투자 규제 규칙 도입 논의 및 한국에 대한 함의” 「국제경제법연구 학술지」 제16권 제1호(2018), 7~28면.
- 권혁우·김이경·우석중·윤경민·신재원, “미국 바이든 신정부 통상정책 전망에 대한 국제통상법 적 고찰” 「통상법무정책 학술지」 제1호(2021), 161-183면.
- 김민배, “미국의 외국인 투자규제 대상과 특징 - 미국의 외국투자위험심사현대화법(FIRRMA)을 중심으로”, 「법제 학술지」 제690권(2020), 41-73면.
- 김민배, “미국의 첨단기술 보호 정책과 국가안보의 판단기준” 「법제처」 제691권(2020), 225-270면.
- 나수엽·김영선, 미국의 외국인투자위험심사현대화법(FIRRMA) 발효와 미국의 대중 투자규제 「대외경제정책연구원」 제3권 12호(2020), 1-12면.
- 손태우, “국가안보(National Security)로 인한 미통상법의 변화와 WTO규범과의 상충에 관한 연구” 「부산대학교 법학연구 학술지」, 제51권 제4호 통권 66호(2010), 527~561면.
- 송원아·이양경·김다은, “美 반도체 및 과학법(CHIPS and Science Act) 주요 내용 및 시사점” 「KISTEP 브리프 29」 (2022. 8. 31.), 1~10면.
- 신꽃비·나수엽 외, “미국의 중국기업 대미 투자 제한 강화와 시사점” 「대외경제정책연구원」 오늘의 세계 경제 제18권 32호(2018), 1~18면.
- 신혁·이환수, “외국인 투자 규제 국가안보 심사 개선 방향 및 시사점 - 미국 FIRRMA 및산업 기술보호법을 기반으로”, 「과학기술정책 학술지」 제4권 제2호(2021), 181-211면.
- 연원호·나수엽·박민숙·김영선, “첨단기술을 둘러싼 미·중 간 패권 경쟁 분석” [대외경제정책연구 구원] 오늘의 세계경제 제20권 18호(2020), 1~24면.
- 윤여준, “바이든 정부의 대외경제정책과 대응 과제” 「대외경제정책연구원」 (2021), 1~20면.
- 이병문·박미봉, “중국 수출통제법에 관한 주요내용 및 시사점” 「무역상무연구 학술지」 제89권(2021), 67-90면.
- 이준성(위싱턴무역관), “미국 「국가핵심역량수호법(NCCDA)」 추진 동향” 「KORTA」 Book Mark(2022).
- 장성길, “국가안보 측면에서의 투자분쟁 검토 및 대응 방안 모색” 「통상법률 학술

지」 제152호 (2021), 3~33면.

표인수, “미국의 국가안보를 이유로 한 외국인투자제한의 법률적 검토” 「통상법률
학술지」 제141호(2018), 11-50면.

<해외문헌>

U.S. Department of the Treasury. “CFIUS Laws and Guidance.(2022)”. <https://home.treasury.gov/policy-issues/international/the-committee-on-foreign-investment-in-the-united-states-cfius/cfius-laws-and-guidance>

Casey, Robert and John Cornyn. “National Critical Capabilities Defense Act One Pager” (2021). https://www.casey.senate.gov/imo/media/doc/one_pager_nccda.pdf

Rosen, Daniel H. and Lauren Gloudeman. “Understanding US-China Decoupling: Macro Trends and Industry Impacts” 「Rhodium Group」 (2021). <https://rhg.com/research/us-china-decoupling/23>

Rhodium Group, “An outbound Investment Screening Regime for the United States?, A Report by the US-China Investment Project”(2022).

OECD, “Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). OECD Code of Liberalisation of Capital Movements”(2021). <https://www.oecd.org/investment/investment-policy/Code-capital-movements-EN.pdf>

Hanemann, “Thilo, Daniel H. Rosen, Mark Witzke, Steve Bennion, Emma Smith. Two-Way Street: 2021 Update. https://rhg.com/wp-content/uploads/2021/05/RHG_TWS-2021_Full-Report_Final.pdf

Laura Silver, Christine Huang, Laura Clancy “CHINA’S APPROACH TO FOREIGN POLICY GETS LARGELY NEGATIVE REVIEWS IN 24-COUNTRY SURVEY” 「Pew Research Center」 (2023) 1-67P.

Michael J. Enright “Developing China : The Remarkable Impact of Foreign Direct Investment” 「Abingdon and New York: Routledge」 (2017), 125~127P. https://unctad.org/system/files/official-document/diaeia2017d3a7_en.pdf

Thilo Hanemann, Mark Witzke, Charlie Vest, Lauren Dudley, Ryan Featherston, “An Outbound Investment Screening Regime for the United States?” 「Rhodium Group-A Report by the US-China Investment Project」 (2022), 1~24P.

bill/117th-congress/senate-bill/1854?s=1&r=70 Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). Benchmark Definition of Foreign Direct Investment – 4th Edition(2008). <https://www.oecd.org/investment/statistics.htm>

Carlos Alberto Aquino Rodriguez, “Latin America’s Increasing Relationship with China, Where It is Heading and How It will Affect the Region”(2021).

Tatiana Prazeres, David Bohl, Pepe Zhang “CHINA-LAC TRADE(LATIN AMERI

- CA AND THE CARIBBEAN)” 「Atlantic Council」 FOUR SCENARIOS IN 2035(2021), 1~40P. https://www.atlanticcouncil.org/wp-content/uploads/2021/05/AC_China_LAC_trade_2035_FINAL.pdf
- James M. Inhofe, Robert P. Casey Jr, S2299-S2300, 117th 「Congress.gov」 (2022). <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bil>
- Congress.gov, Covington, Pillsbury, 2022.6.12.
- “Critical Infrastructure Sectors” “Office of Technology Assessment. Technology Transfer to China. (Washington, DC 1987)” (2023). <https://www.cisa.gov/topics/critical-infrastructure-security-and-resilience/critical-infrastructure-sectors>
- “Casey and Cornyn Release a Joint Statement on National Critical Capabilities Defense Act.”(2021). <https://www.casey.senate.gov/news/releases/casey-and-cornyn-release-a-joint-statement-on-national-critical-capabilities-defense-act>
- “Countries Currently Designated by Commerce as Non-Market Economy Countries” 「Official Website of the International Trade Administration」 (2022). <https://www.trade.gov/nme-countries-list>
- Sarah Bauerle Danzman, “Is the US going to screen outbound investment?” 「Atlantic Council」 (2022). <https://www.atlanticcouncil.org/blogs/econographics/is-the-us-going-to-screen-outbound-investment>

[Abstract]

An Outbound Investment national security Screening Regime for the United States Major Issues and Prospects for the Introduction – Focusing on the amendment 「the National Critical Capabilities Defense Act of 2022」

Sanghyun Cho*, Yeonseung Ryu**

Since the inauguration of the Trump administration in 2017, it has been sensitive to foreign capital investments and mergers and acquisitions aimed at acquiring advanced core technologies in the country under the slogan "Make America Great Again". The Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2018 was enacted by strengthening the authority of the Foreign Investment Commission (CFIUS). "Resurrection of U.S. leadership" since the inauguration of the Biden administration in January 2021. In other words, part of the Global Supply Chain Reorganization (GVC) with the slogan that the U.S. is the only country capable of leading the international order, The "CHIPS and Science Act of 2022," which took effect at the end of July 2022, and the "Inflation Reduction Act of 2022," which took effect on August 16, 2022, are representative examples, while actively cooperating with allies and restoring relations, it shows the same trend as the previous government, which prioritizes national interests.

On June 13, 2022, the United States released a draft bill to sanction specific overseas investment reviews and business activities to respond quickly to national security risks. This is the so-called "National Critical Capabilities Defense Act of 2022 (hereinafter referred to as 2022 NCCDA or revised NCCDA)" bill. The bill is intended to replace NCCDA 2021, which was included in the U.S. Competition Act (COMPETES Act), which passed the House of Representatives in February 2022. International attention and attention are focused on the case that the state directly applies a security review to foreign investment activities of companies, except for China.

This study analyzes the characteristics of the U.S. NCCDA bill and presents a response strategy to protect its interests from a national security perspective by synthesizing previous studies of similar international law. In particular, as the control targets and standards that the U.S. government or Congress intends to regulate are broad and include provisions for offshore application, it intends to contribute to the establishment of a response strategy for Korean companies and the government and further technical means requiring international cooperation.

* Ph.D. student in Defense Industrial Security, Myongji University

** Professor in Defense Industrial Security, Myongji University

Key Words: National Critical Capabilities Defense Act of 2022(NCCDA), Foreign Direct Investment(FDI), Committee on Foreign Investment in the United States(CFIUS), Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2018(FIRRMA), National Security

CPTPP投資准入自由化條款研究

마광(馬光), 이청월(李淸月)*

논문요지

CPTPP投資准入自由化條款主要包括投資准入待遇條款、禁止業績要求條款和高管人員國籍要求條款，和同類型的自由貿易協定相比較，CPTPP投資准入自由化條款呈現出適用範圍廣、規則內容全、開放要求嚴的基本特征，屬於新一代高標準的投資准入自由化規則。鑒於中國已經正式提出申請加入CPTPP，此舉有利於從整體上提升我國的投資准入自由化水平，該條款與我國擴大對外開放程度並深化國內改革的發展目標相契合，為中國國內改革提供新的機遇，但同時也給中國帶來了進一步開放投資市場、縮短負面清單內容和國內投資領域法律法規配套升級完善的新挑戰。為應對加入CPTPP在投資准入自由化領域給中國帶來的挑戰，中國應該做好相關應對，完善投資領域的國內法規和外商投資負面清單，增加外商投資安全審查制度的透明度和法律確定性，參考CPTPP成員負面清單進一步細分不同行業領域的具體行為和活動科學制定外商投資准入負面清單，同時進一步開展自貿區高標準開放試點，將CPTPP投資准入自由化領域的高標準條款完全納入自貿區相關規則中，試點將負面清單的適用範圍擴展至適用於間接投資，此外加強投資准入自由化領域的國際合作，積極推動與其他國家更深層次的合作，以盡量減少我國加入CPTPP的阻力。

검색용 주제어: CPTPP, 投資准入, 投資准入自由化, 國際經貿規則, 自由貿易協定

· 논문접수: 2024. 01. 02. · 심사개시: 2024. 01. 11. · 게재확정: 2024. 02. 01.

I. 問題的提出

投資章節是區域經貿協定中的核心章節之一，投資准入自由化條款是投資章節中的重要組成。2021年9月16日，中國商務部正式向全面與進步跨太平洋伙伴關係協定(下文簡稱CPTPP) 保存方新西蘭提出申請加入的文書，自此，CPTPP相關研究成為學界討論的熱點。

既有國內文獻對CPTPP投資章節的研究多從具體規則的形成、內容和意義影響及對策

*馬光，浙江大學光華法學院副教授，律師；

李淸月，浙江大學光華法學院國際法研究生，通訊作者。

和与其他類似協議的比較研究兩方面展開論述，相当一部分文獻認為CPTPP投資章節受難度較小，主要工作在于做好CPTPP和其他協定、國內法規的銜接。¹⁾國外文獻多着眼于CPTPP和其他區域協定的實際作用，認為CPTPP的生效將從整体上提高投資便利化水平。²⁾

在逆全球化思潮盛行,世界經濟格局發生重大變革，加之新冠疫情的不斷反復阻碍世界經濟的持續復蘇之際，中國選擇加入CPTPP具有重要且深遠的意義。對中國加入CPTPP相關話題雖然已有一定的學術討論，但對條款的具体研究相對有限。是故，本文着眼于投資規則中的投資准入自由化條款，在具体分析條款內容的基础上提出中國的應對舉措，對完善我國國內投資環境、促進經濟良性發展具有一定意義。

在研究方法上，本文主要采用文本分析研究法和理論實踐結合研究法，兼采文獻定性研究法和比較研究法。具体而言，在對CPTPP相關條款進行詳細分析和体系化解釋的基础上，考慮到中國的實際國情并同時結合國際同類型自由貿易協定（下文簡稱FTA）的同領域制度安排和該領域的相關文獻和對所研究問題進行全面的把握与分析，以求對中國未來在投資准入自由化領域的安排提出較為具体的因應方案。

在結構上，本文第二部分分析CPTPP投資准入自由化條款的具体內容和特征，第三部分梳理了投資准入自由化條款給中國帶來的机遇与挑戰，第四部分提出了針對投資准入自由化條款中國可能的因應策略，第五部分歸納相關觀點并進行總結。

II. CPTPP投資准入自由化條款內容及基本特征

1. 投資規則的适用范围

CPTPP中對投資采用了涵蓋範圍較大的定義方式，既包括投資者直接的具有投資特征的各种資產，也包括間接所有或处于控制下的上述資產。具有投資特征即通過各种資源的投入以獲得收入或利潤的預期或是對風險的承擔。

CPTPP中投資規則約束的作出主体同樣涵蓋面較廣，既包括成員國政府采取或維持的与投資相關的措施，也包括成員國政府授權的機關和人采取或維持的措施。

總体來看，CPTPP投資涵蓋的定義和投資規則的适用范围都屬於當下區域自由貿易協定中較為寬泛的規定方式，与美韓FTA和2012年《美國双邊投資條約范本》規定的范疇基本相同。

1) 白洁，蘇慶義：《CPTPP的規則、影響及中國對策:基于和TPP對比的分析》，載《國際經濟評論》2019第1期。

2) Collins C. Ajibo; Samuel I. Nwatu; Festus O. Ukwueze; Emeka Adibe; Chidi Lloyd; Newman U. Richards, "RCEP, CPTPP and the Changing Dynamics in International Trade Standard-Setting," Manchester Journal of International Economic Law 16, no. 3 (December 2019): 425-440.

2. 投資准入自由化條款內容

1) 投資准入待遇條款

(1) 准入前國民待遇條款

CPTPP第9章第4條規定了投資領域的國民待遇規則，特別指出成員國要對“設立、獲得、擴大”方面的外商投資行為給予國民待遇，也就意味着要給予其他成員國的投資者或涵蓋投資准入前國民待遇。此外，成員國主體也被明確指出包含地區級別政府。³⁾

(2) 准入前最惠國待遇條款

在准入前最惠國待遇規則方面，與國民待遇規則幾乎相同，也明確指出了“設立、獲得、擴大”方面，僅在國際爭端解決程序或機制方面排除了最惠國待遇的適用。

(3) 特殊手續和信息要求條款

第14條實際上是對涉及特殊手續和信息統計目的措施的程序性事項的特殊規定，即符合要求的特殊手續和信息要求不構成對國民待遇和最惠國待遇要求的違反，例如對投資註冊的居住要求、依據締約方法律或法規合法設立要求、僅為信息或統計目的要求提供與投資有關的信息等。但應該說明的是，這種要求必須不對投資者和涵蓋投資所提供的保護造成實質性損害。

2) 禁止業績要求條款

准入前禁止業績要求⁴⁾是指對於投資者在設立、獲得、擴大等處置方面的投資行為，任何成員國不得對業績施加或強制執行任何要求，或強制要求作出任何承諾或保證，或將其作為獲得或繼續獲得某一優惠的條件。

禁止業績要求條款中所涉及的承諾、保證或者要求是特定的，也即任何條款列明範疇之外的承諾、保證或者要求不能適用。這些情形主要包括以下几个方面：出口要求、當地含量要求、優先購買和使用當地技術的要求、進口額度限制、向特定市場提供要求、阻止購買和使用特定技術的要求等。在滿足特定的情形時，即使成員國的措施構成上述承諾、保證或者要求之一，也被允許。這些特定情形包括特定保護措施、政府採購、保護合法公共福利目標的措施等。此外，如果此種承諾、保證或者要求是屬於私主體之間的，同樣不屬於本條款所適用的範圍。

3) 高管人員國籍要求條款

高管人員國籍要求條款⁵⁾是指成員國不得要求外商投資企業任命一具有特定國籍的自然人擔任一高級管理職務，但是，成員國有權作出以下規定：該企業的董事會或董事會的任一委員會的半數以上成員具有某一特定的國籍或在該成員國領土內居住，只要該要求不實質損害該投資者控制其投資的能力。

高管人員國籍要求條款著眼於保護外商投資者的實際控制權，只要投資者的實際控制權不被損害，成員國對企業董事會或董事會的任一委員會的半數以上成員具有某一特定的國籍或在該成員國領土內居住的要求不被CPTPP所禁止。

3) 此處原文為“a regional level of government”。

4) 指CPTPP中第9章第10條業績要求，即“Performance Requirements”條款。

5) 指CPTPP第9章第11條高級管理人員和董事會，即“Senior Management and Boards of Directors”條款。

4) 不符措施條款

不符措施條款⁶⁾是指CPTPP各成員國可在上述條款義務，即國民待遇、最惠國待遇、業績要求、高管人員國籍要求方面制定自己的不適用措施，也即負面清單。更進一步，負面清單被分為附件1和附件2，附件1中的措施適用棘輪機制，即成員國在未來只能在承諾範圍內制定對投資者更有益的措施，而不能制定比清單要求更嚴格的措施，而附件2是各成員國保留權利和行使自由裁量權的範疇，其中所列措施不會受到CPTPP的任何限制。

不符措施條款、禁止業績要求條款、高管國籍要求條款和投資准入待遇條款均在政府採購或一成員國給予補貼和撥款的情形下不予適用。

3. CPTPP 投資准入自由化條款的基本特征

1) 適用範圍廣

CPTPP投資准入自由化條款主要包含了投資准入待遇、禁止業績要求、高管人員國籍要求三類條款，對各成員國推動投資准入自由化從不同角度均提出了要求。

相較於《與貿易有關的投資措施協議》（下文簡稱《TRIMs協議》）時代，CPTPP、RCEP、《中歐全面投資協定》（下文簡稱CAI）等新一代區域自由貿易協定都不再局限於調整與貨物貿易相關的投資措施的範疇，而是將貨物貿易、服務貿易和技術貿易有關的投資措施一併納入調整對象，擴展了投資自由化的適用範圍，此外在協定內容上也提出了更多方面和更深程度的要求，不僅輻射到投資活動的各個環節，而且在准入所涉及的核心義務方面均採用了高標準的要求。

同時，CPTPP與RCEP等區域自由貿易協定一同在很大程度上擴展了投資准入自由化承諾所覆蓋的國家範圍，⁷⁾使得全球投資准入自由化的程度邁上了一個新的台階。就CPTPP本身而言，其成員國分布於亞洲、美洲、大洋洲多個板塊，覆蓋約4.98億人口，國內生產總值之和占全球經濟總量的約13%，對於促進亞太地區的經貿發展起到不容小覷的作用。⁸⁾

2) 規則內容全

CPTPP不是第一個全面採用投資准入國民待遇加負面清單的區域經貿協定，但在投資准入待遇方面做出了較為細致的規定。該協定總體上要求各成員國對外商投資准入適用國民待遇和最惠國待遇，但是考慮到目前各國的實際情況，採用了國際通行的負面清單制度，並將負面清單具體區分為附件1和附件2，進而提出不同程度的要求，通過此種分類的規定方式進一步限制負面清單適用範圍的擴張。

目前不同國際投資條約在禁止業績要求條款的表述上存在較大差異，⁹⁾CPTPP中的具體要求屬於較為系統和嚴格的類型，既包括《TRIMs協議》義務中的當地成分要求、貿易平衡要求等，也包括超出《TRIMs協議》與貿易有關的禁止業績要求範圍的新標準，

6) 指CPTPP第9章第12條不符措施，即“Non-Conforming Measures”條款。

7) 王彥志：《RCEP投資章節：亞洲特色與全球意蘊》，載《當代法學》2021年第2期，第51頁。

8) <https://baike.so.com/doc/28621743-30081506.html>，訪問日期2023年5月15日。

9) 何艷：《雙邊投資協定中技術轉讓履行要求禁止規則研究——兼論我國在中美雙邊投資協定中的立場》，載《當代法學》2014年第4期，第157-158頁。

如優先購買和使用當地技術的要求、阻止購買和使用特定技術的要求等。

此外，CPTPP與RCEP、《美國-墨西哥-加拿大協議》（下文簡稱USMCA）等新近國際貿易協定一致要求成員國不得損害投資者的實際控制權，可以對董事會或董事會的任何委員會的大部分成員的國籍或居民身份提出限制要求，但不得直接限制高級管理人員的國籍。

3) 開放要求嚴

外資准入領域開放和條件放寬程度較大的標志之一就是全面採用投資准入前國民待遇加負面清單的模式，上世紀的國際投資協定多著眼於准入後的投資保護，自20世紀80年代開始，在美國的推動下，各區域協定逐漸將投資准入自由化作為追求的主要目標之一，而後，追求投資自由化的浪潮席卷全球。¹⁰⁾即使在這樣的情形下，做出投資准入自由化承諾的協定仍占少數。因而，作為生效後占全球經濟總量13%的CPTPP採用這一模式具有極為重要的意義，意味著該投資協定致力於在全球範圍內提高投資准入自由化水平。

CPTPP中的禁止業績要求條款超出了《TRIMs協議》中的水平，相較於RCEP，在調整範圍上亦有所擴張，RCEP僅將貨物貿易相關投資納入禁止業績要求範圍，而CPTPP將服務、技術貿易相關投資都納入了該範圍，因而CPTPP對於禁止業績要求的水平是較高的，在一定程度上提高了全球禁止業績要求的整體水平。

此外，CPTPP對高管人員國籍要求也有所規定，通過這一條款在更大程度上保證了國際投資者在締約國投資的自由程度，同時也就意味著CPTPP對成員國提出了更為嚴格的要求。

III. CPTPP 投資准入自由化條款給中國帶來的機遇與挑戰

1. 機遇

1) CPTPP 提供更高水平的投資准入自由化程度

盡管CPTPP不是唯一提出國民待遇、最惠國待遇、禁止業績要求和高管人員國籍要求的協定，但CPTPP仍然在很大程度上提高了締約國投資准入自由化的水平，對於中國而言，加入CPTPP能夠實現在環亞太自貿圈更好的發展，推動我國高質量、高水平的經濟發展。除了CPTPP規定的調整內容較為廣泛、細緻和嚴格的投資准入自由化條款，各國在CPTPP項下的負面清單也值得關注。例如，新西蘭¹¹⁾在RCEP和CPTPP下對須經批准的外國投資採取或維持設定審批的標準就有所不同，CPTPP下的標準為非政府來源的外商投資收購或控制新西蘭實體的股份或投票權25%以上且轉讓對價或資產價值超過2億新西蘭元，而相應的標準在RCEP下為占比25%以上且價值超過1千萬新西蘭元，由此可見，新西蘭在CPTPP下給予其他成員國的投資自由化遠高於RCEP。

10)徐崇利：《外資准入的晚近發展趨勢與我國的立法實踐》，載《中國法學》1996年第5期，第67頁。

11)參見王彥志：《RCEP投資章節：亞洲特色與全球意蘊》，載《當代法學》2021年第2期，第51頁。

2) 投資准入自由化條款與我國發展目標相契合

隨着我國改革開放的不斷深入，中國在吸引外資和對外投資規模兩方面都有顯著增長。目前我國立足于新發展階段，正致力於構建新發展格局，¹²⁾投資准入自由化能夠幫助有條件、有國際競爭力的中國企業開展對外投資合作，積極參與國際產業鏈重塑，從而維護全球產業鏈供應鏈穩定，為全球經濟復甦注入新動能。

3) 投資准入自由化條款為中國國內改革提供機遇

加入CPTPP將對中國提出更高的要求，中國必須在此過程中完善國內相應的法規政策。CPTPP作為國際條約，不能直接在我國國內適用，需要通過國內法律法規進行轉化適用。近幾年來，《對外貿易法》《外商投資法》《電子商務法》等與國際經貿規則密切相關的國內法律有所修改，但修改的幅度相對有限。在促進投資保護方面，我國需要根據CPTPP的要求進一步修訂相應的法律法規以提高保護標準，從而實現與CPTPP的對接。

2. 挑戰

1) CPTPP 要求中國進一步開放投資市場

CPTPP中關於投資准入自由化的條款從總體上來看是較高標準要求的規制，但是各成員國可以制定有針對性的負面清單，因而對於中國來說，制定科學的負面清單盡管在現實上存在一定難度，但不構成無法克服的障礙。因而可以說，在投資准入自由化條款方面，盡管與CPTPP要求存在一定差距，但這種差距較小，¹³⁾屬於可以接受的範圍。

2) 加入 CPTPP 投資領域負面清單談判可能受阻

當下國際形勢嚴峻，中美貿易摩擦不斷升級，貿易保護主義、單邊主義等逆全球化風險不斷升溫，盡管美國已經退出TPP協議，但不排除其重返CPTPP的可能性。¹⁴⁾即使美國不考慮加入CPTPP，其盡力阻止中國獲得在環亞太經貿圈中的話語權的可能性依舊存在。CPTPP成員國中與美國聯系密切的國家，例如日本、墨西哥、加拿大等勢必會有多方阻撓。就投資准入自由化條款而言，負面清單的談判過程可能存在困難，中國有必要科學研究負面清單的制定，一方面積極參與到談判進程中，另一方面也要保護我國核心利益不受損失。

3) 國內相關法律法規需作出配套升級與完善

CPTPP對投資准入自由化領域的規則提出了更高的要求，因而為與CPTPP中的要求水平相一致，國內相關的法律法規，包括《外商投資法》、《反不正當競爭法》等也要做出與之匹配的升級和完善。此外，在投資領域的政策也應當盡量保持一致性與穩定性，從而為國際投資提供良好的制度支持。

12) 商務部：《中國對外投資合作發展報告2021》。

13) 蘇慶義：《中國是否應該加入CPTPP》，載《國際經濟評論》2019年第4期，第119頁。

14) 盛斌，孫天昊：《美國貿易政策評析與中美經貿關係展望》，載《當代美國評論》2021年第1期，第10-11頁。

IV. 對 CPTPP 投資准入自由化條款中國的因應策略

1. 完善投資領域的國內法規和外商投資負面清單

對外投資能夠較好解決國內產能過剩和產業轉型升級面臨的困難，因而近年來我國對外投資數額不斷增長。儘管近年來中國利用外資的增長幅度不如對外投資顯著，但仍呈上升趨勢。這也就意味着，從國內實踐的角度，中國亦須完善國內投資相關的法規政策，積極進行對外投資規則的制定和修訂工作，同時科學制定我國的外商投資負面清單，為中國利用外資和對外投資的穩步開展提供堅實基礎。

為科學制定中國的外商投資負面清單，中國可參考CPTPP各成員國的投資負面清單，針對不同行業領域的具體行為和活動，以關切國家命脈的遠近程度，分別制定棘輪和具有完全自由裁量權的負面清單。通過對其他成員國負面清單的對比和在充分考慮中國國情的基礎上，中國可以在國有企業或資產的初次出售、航天、交通運輸、新聞出版、廣播電視等行業和領域採用具有完全自由裁量權的負面清單。此外，對於負面清單也要適時依據當前形勢和不同談判對象做出調整，充分實現外商投資和對外投資對經濟的積極作用。

由於CPTPP對各成員方的投資准入自由化提出了較高要求，包括嚴格的規則設置和負面清單的縮減，國內法規需相應完善以應對在對外開放的過程中對國家經濟安全帶來的巨大挑戰。《外商投資法》作為調整外商投資的法律體系中具有最高法律效力和地位的法律，是制定其他外商投資法律法規的依據，《外商投資法》中關於投資促進、保護、管理的規定都較為籠統，配套措施有較大的完善空間，比如第35條確立的外商投資安全審查制度，其審查範圍、標準、程序等方面都有待進一步完善。對此，2020年底，國家發改委和商務部經國務院批准頒布了《外商投資安全審查辦法》，標志着我國正式建立了系統性的外商投資國家安全審查制度。¹⁵⁾然而，該辦法結構和內容均較為籠統，多停留於形式流程，在審查範圍、審查標準、審查啟動、司法救濟等關鍵內容方面存在審查範圍不明確、審查標準不確定、審查啟動不夠合理、缺乏救濟途徑和監督機制等明顯缺陷，¹⁶⁾未來外商投資安全審查制度應從明確審查範圍和標準、引入正當程序原則、設立救濟措施等方面加以完善，以增加外商投資安全審查的透明度和法律的確定性。

2. 進一步開展自由貿易試驗區高標準開放試點

自由貿易試驗區是對外國商品豁免關稅自由進出的特定區域，允許外國貨物免稅進口，可以起到很好的吸引外資的作用。因此，近年來，我國不斷加大投入對自由貿易試驗區的建設，目前在上海、海南、江蘇、天津、福建等地¹⁷⁾均設有自由貿易試驗區。得益於自貿區的迅猛發展，中國有很好的試驗區可以對新規則進行研究、探索和嘗試。CPTPP由發達國家主導制定，主要代表了發達國家的利益，中國作為世界第二大經濟體，有能力也有必要就國際熱點問題提供中國方案，貢獻中國智慧，就對中國經濟起到重要作用的國際投資而言，中國更應盡力嘗試積極推動該領域國際規則的制定，以國家安全觀為視角構

15) 陳喆、鐘藝玮：《新發展格局下我國外商投資安全審查制度的進步、局限與完善》，載《國際商務研究》2021年第4期。

16) 高華：《新時代中國外商投資安全審查制度的完善——基於對歐盟安全審查制度變革的考察與借鑒》，載《法學論壇》2022年第5期。

17) 國務院：《國務院關於印發6個新設自由貿易試驗區總體方案的通知》。

建平衡對外開放和國家經濟安全關係的國際經貿規則，未來在這些規則的適用拓展到國際範圍的時候，能夠提出在發展中國家亦能適用的規則，從而為構建人類命運共同體助力，實現共同富裕、共同發展、共贏的局面。

最新一版的負面清單¹⁸⁾相比以往，在更多領域試點取消或放寬外資的准入限制，負面清單條目也進行了進一步的縮減。2021年版負面清單僅有45條，相比2017年版的95條，縮減幅度明顯，在此基礎上，也有一批制度創新成果复制推廣惠及全國。這充分說明自由貿易試驗區的建設和發展對於建立與國際通行規則相銜接的投資貿易制度體系、加大對外開放力度、推動中國經濟良性發展起到了重要的作用。

儘管負面清單縮減幅度明顯，但與BIT等國際投資准入的通行規則相比，自貿區負面清單的適格度仍有一定差距。基於這種現實，我國可以考慮將CPTPP投資准入自由化領域的高標準條款寫入自由貿易試驗區的規則中，比如，將負面清單的適用範圍擴展適用於間接投資，即將直接和間接投資都納入負面清單的範疇中，通過實踐檢驗高標準對外開放措施的可行性，若切實有效，可以考慮進一步推廣到全國更多區域，逐步加大對外開放力度。這樣一方面我國加入CPTPP的進程會更加順暢，另一方面也是更為重要的是，有利於我國進一步完善投資領域對外開放的法規政策的制定，從而更好地全方位吸引外資，推動我國經濟的高質量發展。

3. 加強在投資准入自由化領域的國際間合作

CPTPP的生效導致國際貿易規則被改寫，¹⁹⁾因而中國在國際投資領域的話語權和主導權可能會因此受到威脅。²⁰⁾客觀上來說，CPTPP中的規則在國內高水平適用存在一定的難度，儘管投資領域的規則對中國來說接受難度較小，但完全達到CPTPP中的標準仍存在困難。因此，中國在通過各種內部的方式，如在自貿區積極試點、修訂完善法規政策等途徑來提高自身對高標準規則的適應能力之外，也應借助國際間合作的契機，逐步向高標準的經貿規則靠攏，盡可能早日實現進入高標準貿易體系之列。

我國談判中的BIT可以為提升中國在投資領域的高標準規則適用提供良好的契機。借助於中美BIT、中歐BIT談判，我國逐步構建起以負面清單為核心內容並得到國際認可的投資准入規則，從而形成可借鑒、可應用、可推廣的模式，為CPTPP投資規則的談判乃至其他投資領域的國際規則提供重要支持，是很好的利用國際間合作以達到進入高標準規則體系的方式。

CPTPP的生效深化了亞太地區國家在經濟領域的合作，中國應以CPTPP作為契機，在談判過程中積極推動與其他成員國的更深層次合作，實現各國開放市場達到互惠共贏的局面。就投資准入自由化領域而言，中國近年來在貨物貿易領域，得益於製造業本身整體優勢，開放水平較高，故可以在談判中發揮重要作用，作為與其他成員國合作重要的籌碼。但在服務、技術貿易領域，相較於貨物貿易，受限於我國目前的整體發展水平在世界範圍內相對不高，開發程度亦尚為有限，再加上服務行業的管理體制存在一些問題，²¹⁾因

18)國家發改委，商務部：《自由貿易試驗區外商投資准入特別管理措施（負面清單）（2021年版）》。

19)蔡彤娟，郭小靜：《TPP到CPTPP：中國面臨的新挑戰與對策》，載《區域與全球發展》2019年第2期，第13頁。

20)師琰：《CPTPP三大規則將對中國外經貿環境提出重大挑戰》，載《21世紀經濟報道》2017年第15版。

而在談判中勢必存在不小的壓力。在這種局面下，中國可以通過與其他成員國在服務、技術貿易領域更多領域和深層次的合作，來提高我國在投資准入自由化領域的開放程度和規則水平，也能借此幫助中國企業更好地應對在該領域因CPTPP高水平的經貿規則造成的沖擊，最終實現互利共贏合作的深化。

V. 結論

相較于同類型FTA，如RCEP、USMCA等，CPTPP規定了適用範圍較廣、內容細緻、標準嚴格的投資准入自由化條款，在整體上採用准入前國民待遇加負面清單的模式，加之禁止業績要求和高管國籍要求，要求水平較高。但是，考慮到各成員國國情差異的現實，又在此基礎上設立不符措施條款，將負面清單細分為棘輪承諾清單和具有完全自主裁量權的清單，並划定不適用的範圍。

我國在2021年正式提出申請加入CPTPP，這一舉動勢必會給中國帶來新的機遇與挑戰。就投資准入自由化領域而言，盡管中國很可能面臨談判過程受阻，因開放市場程度有限而面臨進一步開放投資市場的挑戰，但總體就投資准入自由化領域來說，機遇仍會遠大于所面臨的挑戰。CPTPP將提供更高水平的投資准入自由化程度，這與我國發展目標十分契合，同時，也能為我國國內改革提供新的機遇。因此，中國應以樂觀自信的心態積極推動加入CPTPP的談判進程。

就中國具體的應對措施而言，首先，我國國內投資領域的法律法規和外商投資負面清單需要相應完善，外商投資負面清單需以不同行業領域為分類進一步細化梳理，投資准入領域較為重要的外商投資安全審查制度應從明確審查範圍和標準、引入正當程序原則、設立救濟措施方面對現有的《外商投資安全審查辦法》加以修訂和完善，以增加現有法律的透明度和確定性；其次，我國應積極參與投資准入自由化領域國際規則的制定，嘗試以國家安全觀為視角提出更為平衡對外開放和國家經濟安全關係的新國際經貿規則；再次，中國應進一步開展自由貿易試驗區高標準開放試點，將CPTPP投資准入自由化條款完全納入自貿區外商投資相應法規中，同時探索實行現行投資限制領域的對外開放措施，試驗成功后考慮在全國推廣，以減小我國加入CPTPP的阻力；最後，中國應加強在投資准入自由化領域與CPTPP成員國間的合作，實現各國開放市場互惠共贏。

21)鄭學堂，莊芮：《RCEP的動因、內容、挑戰及中國對策》，載《東南亞研究》2014年第1期，第37頁。

[參考文獻]

<專著>

林珏：《區域自由貿易協定中“負面清單”的國際比較研究》，北京大學出版社2016年版。

石儉平：《國際投資條約中的征收條款研究》，上海社會科學院出版社2014年版。

沈玉良等：《全球數字貿易規則研究》，復旦大學出版社2018年版。

張國軍：《亞太區域經濟合作機制：變遷、戰略博弈與對策》，光明日報出版社 2020年版。

<期刊>

白洁，蘇慶義：《CPTPP的規則、影響及中國對策:基于和TPP對比的分析》，載《國際經濟評論》2019第1期。

蔡彤娟，郭小靜：《TPP到CPTPP:中國面臨的新挑戰與對策》，載《區域與全球發展》2019年第2期。

樊瑩：《CPTPP的特点、影響及中國的應對之策》，載《當代世界》2018年第9期。

韓永紅，吳小瑤：《RCEP與CPTPP協定下技術援助條款的比較分析》，載《國際經濟合作》2021年第4期。

何艷：《雙邊投資協定中技術轉讓履行要求禁止規則研究——兼論我國在中美雙邊投資協定中的立場》，載《當代法學》2014年第4期。

胡枚玲，張軍旗：《論CPTPP規制合作的新范式及中國應對》，載《國際貿易》2019年第10期。

李墨絲：《CPTPP+數字貿易規則、影響及對策》，載《國際經貿探索》2020年第12期。李思奇，牛倩：《投資負面清單制度的國際比較及其啟示》，載《亞太經濟》2019年第4期。

梁一新：《中美貿易摩擦背景下加入RCEP對中國經濟及相關產業影響分析》，載《國際貿易》2020年第8期。

劉昕昊，宮聰：《中國加入CPTPP的可行性及其投資規則對我國的啟示》，載《吉林金融研究》2021年第8期。

彭德雷，張子琳：《RCEP核心數字貿易規則及其影響》，載《中國流通經濟》2021年第8期。

彭磊，姜悅：《中國加入CPTPP可行性及替代方案的實証研究》，載《國際經貿探索》2021年第8期。

全毅：《CPTPP與RCEP服務貿易規則比較及中國服務業開放策略》，載《世界經濟研究》2021年第12期。

盛斌，孫天昊：《美國貿易政策評析與中美經貿關係展望》，載《當代美國評論》2021年第1期。

師琰：《CPTPP三大規則將對中國外經貿環境提出重大挑戰》，載《21世紀經濟報道》2017年第15版。

蘇慶義：《中國是否應該加入CPTPP》，載《國際經濟評論》2019年第4期。

王芳：《CPTPP投資規則對中國外資政策的啟示》，載《區域與全球發展》2018年第2期。

王金波：《國際貿易投資規則發展趨勢與中國的應對》，載《國際問題研究》2014年第2期。

王璐瑤，葛順奇：《投資便利化國際趨勢與中國的實踐》，載《國際經濟評論》2019年第4期。

王彥志：《RCEP投資章節:亞洲特色與全球意蘊》，載《當代法學》2021年第2期。

翁國民，宋麗：《〈美墨加協定〉對國際經貿規則的影響及中國之因應——以NAFTA與CPTPP為比較視角》，載《浙江社會科學》2020年第8期。

謝卓君，楊署東：《全球治理中的跨境數據流動規制與中國參與——基於WTO、CPTPP和RCEP的比較分析》，載《國際觀察》2021年第5期。

余森杰，蔣海威：《從RCEP到CPTPP：差異、挑戰及對策》，載《國際經濟評論》2021年第2

- 期。
- 于鵬，廖向臨，杜國臣：《RCEP和CPTPP的比較研究与政策建議》，載《國際貿易》2021年第8期。
- 袁波：《CPTPP的主要特点、影響及對策建議》，載《國際經濟合作》2018年第12期。
- 張方波：《CPTPP金融服務條款文本与中國金融開放策略》，載《亞太經濟》2020年第5期。
- 張慧智，汪君瑤：《“双循环”新發展格局下中國加入CPTPP的政治經濟思考》，載《東北亞論壇》2021年第3期。
- 張生：《CPTPP投資爭端解決机制的演進与中國的對策》，載《國際經貿探索》2018年第12期。
- 張司晨：《新形勢下CPTPP的影響、前景以及中國的選擇》，載《東北亞經濟研究》2021年第2期。
- 張曉君，曹云松：《RCEP區域投資机遇下的風險与應對》，載《國際商務研究》2021年第5期。
- 張原：《中國對外投資的特征、挑戰与“双循环”發展戰略應對》，載《當代經濟管理》2021年第7期。
- 鄭學党，庄芮：《RCEP的動因、內容、挑戰及中國對策》，載《東南亞研究》2014年第1期。

- Collins C. Ajibo; Samuel I. Nwatu; Festus O. Ukwueze; Emeka Adibe; Chidi Lloyd; Newman U. Richards, “RCEP, CPTPP and the Changing Dynamics in International Trade Standard-Setting,” Manchester Journal of International Economic Law 16, no. 3 (December 2019): 425-440.
- Diane A. Desierto, “ASEAN Investment Treaties, RCEP, and CPTPP: Regional Strategies, Norms, Institutions, and Politics”, Washington International Law Journal, no. 2 (April 2018): 349-406.
- Haifeng Deng and Jie Huang, “What Should China Learn from the CPTPP Environmental Provisions”, Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy, no. 2 (April 2018): 511-550.
- Juan-Felipe Toro-Fernandez and Jaime Tijmes-Ihl, “Pacific Alliance, CPTPP and USMCA Investment Chapters: Substantive Convergence, Procedural Divergence”, Derecho PUCP, no. 86 (November 2021): 145-178.

<其他>

- 國家發改委，商務部：《自由貿易試驗區外商投資准入特別管理措施（負面清單）（2021年版）》。
- 《跨太平洋伙伴關係協定》（TPP）。
- 《美國-韓國自由貿易協定》。
- 《全面且進步的跨太平洋伙伴關係協定》（CPTPP）。
- 商務部：《中國對外投資合作發展報告2021》。
- 2012年《美國雙邊投資條約范本》。

[국문초록]

CPTPP 투자 접근 자유화 조항 연구

마광(馬光), 이청월(李淸月)*

CPTPP 투자접근 자유화 규정은 주로 투자접근 대우 규정, 금지된 행위 요건, 임원의 국적 요건 등을 포함하고 있으며, 유사 자유무역협정과 비교했을 때 CPTPP 투자접근 자유화 규정은 적용 범위가 넓고 내용이 상세하며 기준이 엄격하다는 기본 특징을 가지고 있어 높은 수준의 투자접근 자유화 규정에 속하는 것으로 볼 수 있다. 중국이 정식으로 CPTPP 가입을 신청한 것을 감안할 때, 이러한 움직임은 중국의 투자 접근 자유화의 전반적인 수준을 향상시키는 데 도움이 된다. 이는 대외 개방을 확대하고 국내 개혁을 심화하려는 중국의 발전 목표에 부합하고 중국 국내 개혁에 새로운 기회를 제공하지만 동시에 중국이 투자 시장을 더욱 개방하고 네거티브 리스트의 내용을 축소하며 투자 분야의 국내 법규를 업그레이드 및 개선해야 하는 새로운 과제를 안겨준다. 투자 접근 자유화 분야에서 CPTPP 가입이 중국에 가져온 도전에 대처하기 위해 중국은 이에 잘 대응하고, 투자 분야 국내 규정과 외국인 투자 네거티브 리스트를 개선하며, 외국인 투자 안전 심사 시스템의 투명성과 법적 확실성을 높이고, CPTPP 회원국의 네거티브 리스트를 참고해 과학적으로 외국인 투자 접근 네거티브 리스트를 제정해 각 산업과 분야의 구체적인 행위와 활동을 더욱 세분화하는 동시에 FTZ의 무역 역외 지역을 더욱 발전시켜야 한다. 동시에 FTZ에서 높은 수준의 개방 시범 프로젝트를 추가로 실시하고, 투자 접근 자유화 분야에서 CPTPP의 높은 수준의 규정을 FTZ 관련 규칙에 완전히 통합하며, 네거티브 리스트의 적용 범위를 시범적으로 간접 투자로 확대하고, 투자 접근 자유화 분야에서 국제 협력을 강화하고, 다른 국가와의 심층 협력을 적극적으로 추진하여 중국의 CPTPP 가입에 대한 저항을 최소화 해야 한다.

검색용 주제어: CPTPP, 투자 접근, 투자 접근 자유화, 국제무역규칙, 자유무역협정

*마광, 중국 절강대학교 법과대학 부교수, 변호사;
이청월, 중국 절강대학교 법과대학 대학원생, 교신저자.

[Abstract]

Study of CPTPP Investment Access Liberalisation Provisions

MA Guang, LI Qingyue*

CPTPP Investment Access Liberalization Provisions mainly consist of the provisions of investment access treatment, the prohibition of performance requirements and the nationality requirements of senior managers. Compared with other FTAs, CPTPP can be called "comprehensive and progressive" high-standard investment access liberalization rules. The provisions feature wide application scope, detailed content and strict standards. Considering that China has formally applied to join the CPTPP, which will contribute to improving the overall level of investment access liberalization in China. These provisions are consistent with China's development goals of expanding the degree of opening up and deepening domestic reform and also provide new opportunities for China's domestic reform. But at the same time, it also brings new challenges for China to further open up the investment market, shorten the content of the negative list and upgrade the relevant domestic laws and regulations in the field of investment access liberalization. In order to meet the challenges brought by China's accession to the CPTPP, China shall make appropriate responses. First, improving domestic regulations and foreign investment negative list in the field of investment by increasing the transparency and legal certainty of the foreign investment security review system and drawing up the negative list for foreign investment access through referring to the negative lists of CPTPP members and subdividing the specific behaviours and activities of different industries and fields. Second, carrying out the pilot of high-standard opening up in the FTZs further by fully incorporating the high-standard provisions in the field of CPTPP investment access liberalization into the relevant rules of the FTZs and extending the scope of application of the negative list to indirect investment. Third, strengthening international cooperation in the field of investment access liberalization and actively promoting deeper cooperation with other countries. All those responses may minimize the resistance of China's joining the CPTPP.

Key words: CPTPP; Investment Access; Investment Access Liberalization;
International Economic and Trade Rules; Free Trade Agreement

*Ma Guang, Professor, Zhejiang University(China) College of Law, Lawyer
Li Qingyue, Postgraduate Student, College of Law, Zhejiang University(China)

조달계약과 불공정 조달행위로 인한 부당이득 환수

김영두*

논문요지

조달계약의 계약상대자는 공정성을 위하여 입찰관련서류를 허위로 제출하지 않아야 할 의무, 직접생산의무, 원산지 표시의무, 계약규격 준수의무, 우대가격 유지의무 등의 의무를 부담한다. 이러한 의무의무를 위반한 행위를 불공정 조달행위라고 한다. 불공정 조달행위가 인정되면 계약상대자는 입찰참가 자격제한 등의 제재를 받을 수 있다. 하지만 불공정 조달행위를 하였음에도 불구하고 조달계약에서 이익을 누린다는 것은 타당하지 않기 때문에 불공정 조달행위에 대한 제재와 별도로 조달계약에서 얻은 이익을 국가에 반환하도록 할 필요가 있다. 조달계약을 위한 조달청의 특수조건에는 불공정 조달행위가 인정되면 부당이득을 환수하도록 하는 조항이 포함되어 있다. 특수조건은 조달계약의 내용이 되므로 결국 국가와 계약상대자는 불공정 조달행위가 있는 경우에 조달계약에서 얻은 이익을 반환하기로 하는 합의, 즉 부당이득 환수약정을 한 것이다. 이러한 부당이득 환수약정에 따라 조달청은 불공정 조달행위가 있는 경우에 부당이득을 환수해 왔다. 그러나 법원에서 부당이득 환수약정을 채무불이행으로 인한 손해배상으로 해석함에 따라 국가가 불공정 조달행위로 인한 손해를 입증하지 못하면 부당이득 환수를 할 수 없었다.

불공정 조달행위로 인한 부당이득 환수의 법적 성질을 민법상 부당이득이나 채무불이행으로 인한 손해배상으로 볼 수는 없다. 만약 부당이득 환수가 민법상 부당이득의 반환이나 채무불이행으로 인한 손해배상에 해당한다면 계약당사자가 부당이득 환수에 대해서 별도로 약정할 필요가 없기 때문이다. 부당이득 환수약정이 없더라도 민법에 근거하여 부당이득의 반환이나 손해배상을 청구할 수 있다. 그리고 채무불이행으로 인한 손해의 입증이나 산정이 곤란한 경우에 위약금 약정을 하게 되는데, 불공정 조달행위로 인해서 계약상대자가 이익을 얻는 것은 분명하지만, 그로 인한 국가의 손해를 입증하기 곤란하다. 따라서 부당이득 환수약정은 불공정 조달행위라는 채무불이행으로 인한 손해의 입증곤란에 대비하기 위한 위약금 약정이라고 보아야 한다. 만약 부당이득 환수를 민법상 부당이득 반환이나 채무불이행으로 인한 손해배상으로 본다면, 계약상대자가 얻은 이익이 국가의 손해로 인정되지 않을 가능성이 높기 때문에 결국 국가는 부당이득 환수를 할 수 없

* 충남대학교 법학전문대학원 교수

** 이 연구는 충남대학교(교육·연구 및 학생지도비)에 의해 지원되었음(This work was supported by Chungnam National University)

게 된다. 그렇게 된다면 계약상대자는 불공정 조달행위에도 불구하고 조달계약에 따른 이익을 보유할 수 있게 된다. 이러한 결과를 방지하기 위해서 부당이득 환수의 법적 성질을 위약금 약정으로 보아야 한다.

최근에 조달사업법에서 부당이득 환수에 관한 근거규정을 마련하였고, 조달청에서도 부당이득 환수약정을 위약금 약정으로 주장하면서 법원이 부당이득 환수를 인정하고 있다. 그리고 특수조건도 더 이상 부당이득 환수 또는 이득의 환수라는 표현을 사용하지 않고 일반적인 위약금 약정과 마찬가지로 불공정 조달행위의 경우에 위약금 산정기준에 따른 금액을 계약상대자가 조달청에 지급하도록 규정하고 있다. 조달사업법과 특수조건의 개정 그리고 판례의 변화를 통하여 부당이득 환수의 법적 성질이 위약금 약정으로 정리되고 있으며, 불공정 조달행위로 인해서 계약상대자가 이익을 누리는 결과를 방지할 수 있게 되었다. 이제 논의의 초점은 불공정 조달행위의 범주와 불공정 조달행위로 인한 계약상대자가 누리는 이익을 정교하게 파악하기 위한 방안이 맞추어질 필요가 있다.

검 색 용 주 제 어: 조달계약, 불공정 조달행위, 부당이득 환수, 위약금, 손해배상액 예정

· 논문접수: 2024. 01. 07. · 심사개시: 2024. 01. 11. · 게재확정: 2024. 01. 25.

I. 서론

조달계약은 국가가 필요로 하는 물품이나 용역을 제공받기 위해서 체결되는 계약을 말한다. 조달계약은 사법상의 계약이지만 국가가 체결하는 계약이기 때문에 일반적인 사법상 계약과 다른 측면이 있으며, 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」(이하 “국가계약법”이라 한다)과 「조달사업에 관한 법률」(이하 “조달사업법”이라 한다) 등은 조달계약의 특수성에 관한 규정을 두고 있다.

국가와 조달계약을 체결하는 계약상대방은 급부의무 이외에도 조달계약상의 여러 의무를 부담하게 되는데, 조달과정의 공정성과 관련이 있는 의무도 있다. 예를 들어 물품을 제조하여 납품하는 계약상대방은 직접생산의무를 부담한다. 그리고 국가에 납품한 가격보다 저렴하게 시장에서 물품을 판매하게 되면 국가에 납품하는 물품의 가격도 그에 맞게 조정해야 하는데, 이러한 절차없이 시장에 물품을 저렴하게 공급하는 것은 우대가격 유지의무를 위반하는 행위에 해당한다. 조달사업법은 조달사업의 공정성을 침해하는 행위를 불공정 조달행위라고 한다(조달사업법 제21조제1항). 불공정 조달행위가 있는 경우에 계약상대방이 조달계약을 통해서 실현한 이익을 보유하도록 하는 것은 타당하지 않으며, 이러한 이익을 환수하도록 할 필요성이 있다. 조달사업법 제21조제6항은 불공정 조달행위가 인정되는 경우에 조달청장은 계약상대방으로부터 불공정 조달행위로 인해서 얻은 이익을 환수할 수 있다고 규정하고 있다. 방위사업법에서도 이와 비슷한 제도가 있는데, 부정한 내용의 원가계산자료를 제출한 경우에 부당이득을 환수해야 한다고 규정하고 있다(방위사업법 제58조제1항).

조달분야에서 불공정한 행위로 인해서 상대방이 얻은 이익을 환수하도록 하는 제도를 통상적으로 부당이득 환수제도라고 한다.¹⁾ 조달사업법 제21조제6항에 따른 이익의 환수를 위한 「불공정조달행위 조사 및 부당이득 환수 절차 등에 관한 규정」(조달청훈령)에서도 부당이득 환수라고 표현을 사용하고 있다. 방위사업법 제58조제1항은 직접적으로 “부당이득 환수”라는 표현을 사용하고 있다.

이러한 부당이득 환수의 법적 성질은 손해의 발생과 입증의 필요여부와 관련하여 중요한 의미를 갖는다. 그리고 환수금의 감액이 가능한지, 환수금과 별도로 손해배상을 청구할 수 있는지 여부와 관련해서도 의미를 갖는다. 본 논문에서는 부당이득 환수의 법적 성질이 무엇인지 살펴본다.

불공정 조달행위로 인한 부당이득 환수가 문제된 판례는 많이 있지만 이에 대한 연구는 찾아 보기 어렵다.²⁾ 따라서 본 논문에서는 부당이득 환수에 대한 판례와 손해배상 등에 관한 민법의 일반법리 등을 통하여 부당이득 환수제도를 살펴보도록 한다. 먼저 불공정 조달행위가 무엇인지 살펴보고, 부당이득 환수제도의 의의와 연혁을 살펴본다. 그다음으로 부당이득 환수제도의 법적 성질에 대한 가능한 견해들의 검토하여 최종적으로 부당이득 환수의 법적 성질에 대한 결론을 도출한다.

II. 불공정조달행위의 의의

1. 조달계약의 의의

국가기관이나 지방자치단체 등(이하 “수요기관”이라 한다)에서 물품이나 용역을 필요로 하는 경우에 해당 수요기관의 장은 조달청장에게 물품이나 용역의 제공을 위한 계약의 체결을 요청하게 된다. 이러한 요청에 따라 조달청장은 물품이나 용역을 제공하는 자(이하 “계약상대자”라 한다)와 계약을 체결하게 된다. 이러한 조달계약의 법적 성질은 사법상 계약에 해당하며 국가계약법이나 조달사업법 등에서 별도로 규정하고 있지 않다면 계약자유 원칙이 그대로 적용된다.³⁾ 따라서 조달계약에서 분쟁이 발생하더라도 이러한 분쟁은 행정소송의 대상이 되지 않고 민사소송에 의해서 해결되어야 한다. 그러나 조달계약은 공적인 필요에 따라 물품 및 용역을 공급하는 계약이므로 조달계약의 체결에 있어서 공익과 공공복리를 추구하여야 한다. 그리고 경제성의 원칙만을 고려할 수 없고 조달사업의 공정성도 중요하게 고려되어야 한

1) 대법원 2016. 7. 14. 선고 2013다82944, 82951 판결; 대법원 2008. 5. 15. 선고 2007다88644 판결 등. 상대방의 경제적 이익을 박탈하기 위한 제도를 통상적으로 부당이득 환수라고 표현한다(대법원 2023. 10. 12. 선고 2022두68923 판결).

2) 이형식/김기환, “공공조달계약의 직접생산의무 위반 시 제재”, 「법학연구」 제32권 제3호(충남대학교 법학연구소, 2021. 8)은 직접생산의무위반이라는 불공정 조달행위에 대해서 검토하면서 그 효과로 부당이득 환수에 대해서 간략하게 검토하고 있다. 국민건강보험법상 부당이득 환수에 대해서는 정기중, “국민건강보험법상 부당이득 환수와 제재적 처분”, 「KHU 글로벌 기업법무 리뷰」 7-1(경희법학연구소, 2014. 1); 도제형, “국민건강보험법상 요양기관에 대한 부당이득금환수처분 취소소송에서의 쟁점”, 「노동법학」 제42호(한국노동법학회, 2012. 06)에서 검토하고 있으나 이는 불공정 조달행위로 인한 부당이득의 환수와는 성격에 있어서 차이가 있다.

3) 대법원 2020. 5. 14. 선고 2018다298409 판결; 대법원 2001. 12. 11. 선고 2001다33604 판결

다.⁴⁾

2. 불공정 조달행위의 의의

조달사업법은 조달계약에서 공정성을 해치는 행위가 있는 경우에 그러한 행위를 불공정 조달행위로 규정하고 입찰참가 자격제한, 계약보증금 국고귀속, 부당이득 환수 등 제재를 가하고 있다. 불공정 조달행위의 유형에 대해서는 조달사업법 제21조 제1항각호에서 규정하고 있다.

예를 들어 제2호는 직접생산의무 위반을 불공정 조달행위로 규정하고 있다. 「중소기업제품 구매촉진 및 판로지원에 관한 법률」(이하 “판로지원법”이라 한다)은 조달계약을 체결함에 있어서 일정한 금액 미만의 물품 및 용역에 대해서는 중소기업자와 우선적으로 조달계약을 체결하도록 규정하고 있다(판로지원법 제4조제2항). 이를 위하여 수요기관의 장이나 중소벤처기업부장관이 직접생산을 확인한 서류를 발급하여야 한다(판로지원법 제9조). 조달사업법에서 직접생산의무를 불공정 조달행위로 규정한 이유는 직접생산확인제도가 중소기업제품의 구매를 촉진하고 판로를 지원함과 동시에, 계약상대자인 중소기업자가 해당 제품을 대기업이나 하청업체, 외국업체 등으로부터 구매하여 납품하는 것을 금지하고 직접 생산하도록 함으로써 국내 중소기업 육성과 중소기업자 사이의 경쟁제도가 실효성 있게 운영되도록 하기 위함이다.⁵⁾

그 밖에도 조달사업법 제21조제1항에서는 “입찰 또는 계약, 납품검사 등에 관한 서류를 위조·변조하거나 거짓 서류를 제출하는 행위”(제1호), “원산지를 거짓으로 표시하여 납품하는 행위”(제3호), “수요기관 등의 사전 승인 없이 계약규격과 다른 제품을 납품하는 행위”(제4호), “제13조제2항⁷⁾을 위반하는 행위”(제5호), “제26조제1항에 따른 우수조달물품등의 지정을 거짓이나 부정한 방법으로 받은 행위”(제6호)를 불공정 조달행위로 규정하고 있다.

국가가 체결하는 계약의 세부적인 내용은 기획재정부예규인 「공사계약일반조건」, 「물품구매(제조)계약일반조건」, 「용역계약일반조건」 등에서 정하고 있다. 이러한 일반조건을 좀 더 구체화하기 위하여 조달청은 조달계약의 체결을 위하여 계약에 관하여 지침이나 공고의 형태로 「물품구매(제조)계약 특수조건」(조달청지침, 이하 “물품계약특수조건”이라 한다), 「물품 다수공급자계약⁸⁾ 특수조건」(조달청공고, 이하 “다수공급자특수조건”이라 한다) 「일반용역계약 특수조건」(조달청지침) 등을

4) 전현철, “정부조달계약의 법적 성격과 계약자유의 원칙”, 「법학논총」 제46권 제1호(단국대학교 법학연구소, 2022. 3), 171면.

5) 대법원 2015. 6. 24. 선고 2015두35741 판결 참고.

6) 계약규격과 다른 물품을 납품하는 것은 계약에 적합하지 않은 이행을 한 것이다. 계약규격 위반은 물품에 하자가 있는 경우 또는 물품이 훼손된 경우 등을 포함하는 개념이다.

7) 이 규정은 우대가격 유지의무에 관한 규정이다.

8) 다수공급자계약은 정부조달에 있어서 수요기관의 다양한 수요를 충족하기 위하여 품질, 성능, 효율 등에서 동등하거나 유사한 종류의 물품을 수요기관이 선택할 수 있도록 2인 이상을 계약상대자로 하는 조달계약의 유형이다. 다수공급자계약에서는 조달청과 계약상대방이 계약이 체결하고, 그 이후에 수요기관은 주문을 하게 된다(김대인, “다수공급자계약의 법률관계”, 「지방계약연구」 제4호(한국지방계약학회, 2012. 2), 94면 참조). 다수공급자계약은 단순한 물품공급계약과 차이가 있지만 불공정 조달행위로 인한 부당이득 환수에 있어서는 별 차이가 없으므로 이하에서는 이 두 유형의 조달계약을 별도로 구분하지 않고 검토한다.

마련하고 있다. 이러한 특수조건은 계약을 체결함에 있어서 약관과 유사한 기능을 하고 있으며, 특수조건에 대해서 약관규제에 관한 법리가 적용될 수 있다.⁹⁾ 물품계약 특수조건 제12조제1항과 다수공급자특수조건 제19조제1항도 6가지 유형의 불공정 조달행위에 대해서 규정하고 있다. 그 내용은 조달사업법 제21조제1항과 일치한다. 다만 특수조건에서는 불공정 조달행위라는 표현 대신에 “부정한 행위”라는 표현을 사용하고 있으며, 부당이득 환수라는 표현을 사용하지 않고 별표의 기준에 따른 금액을 조달청에 지급하도록 규정하고 있다.

III. 부당이득 환수제도의 의의와 연혁

1. 부당이득 환수의 의의

불공정 조달행위로 인해서 계약상대자가 얻은 이익을 환수하는 제도를 통상적으로 부당이득 환수제도라고 한다. 판례도 부당이득 환수라는 표현을 사용한다.¹⁰⁾ 부당이득 환수에 대한 법적 근거는 조달사업법에서 찾을 수 있는데 제21조제6항은 “조달청장은 계약상대자등이 제1항제1호부터 제6호까지의 규정과 관련된 불공정 조달행위로 이득을 얻은 때에는 이를 환수할 수 있다.”고 규정하고 있다. 조달사업법에서는 부당이득 환수라는 표현을 사용하고 있지는 않으며 이득을 환수할 수 있다고만 규정하고 있다. 그러나 조달사업법 제21조제6항에 따라 불공정 조달행위로 얻은 이익을 환수하기 위하여 「불공정조달행위 조사 및 부당이득 환수 절차 등에 관한 규정」(조달청훈령, 이하 “불공정조달행위 규정”이라 한다)이 제정되어 있는데, 이 규정 제2조제2호는 “부당이득 환수”를 조달사업법 제21조제1항 각호의 불공정 조달행위로 얻은 이익의 환수를 의미한다고 규정하고 있다. 부당이득의 환수는 조달사업법뿐만 아니라 방위사업법에도 규정하고 있다. 방위사업법 제58조제1항은 조달사업법과 달리 허위 원가계산자료 제출 등의 행위가 있는 경우에 직접적으로 “부당이득 환수”라는 표현을 사용하고 있다.¹¹⁾

기존의 특수조건에서는 부당이득 환수라는 표현을 사용하고 있었는데, 현재의 특수조건은 부당이득 환수의 법적 성질에 대한 혼란을 야기한다는 점을 고려하여 부당이득 환수라는 표현을 사용하고 있지 않다. 물품계약특수조건 제12조제1항에서는 불공정 조달행위가 있는 경우에 [별표1]의 금액, 즉 상대방이 얻을 수 있는 이익에 해당하는 금액을 조달청에 지급해야 한다고 규정하고 있다. 다수공급자특수조건 제19조제1항도 불공정 조달행위가 있는 경우에 [별표3]의 기준에 따른 금액의 조달청에

9) 대법원 2020. 5. 28. 선고 2017두66541 판결. 그러나 계약당사자들이 별도로 협의하여 정한 사항이 있는 경우에 그러한 특수조건의 내용은 약관에 해당하지 않는다(대법원 2011. 2. 10. 선고 2009다81906 판결; 대법원 2020. 5. 28. 선고 2017두66541 판결).

10) 대법원 2016. 7. 14. 선고 2013다82944, 82951 판결; 대법원 2008. 5. 15. 선고 2007다88644 판결; 대전지방법원 2021. 1. 14 선고 2019나101371 판결; 대전고등법원 2019. 7. 10 선고 2018누13474 판결 등. 상대방의 경제적 이익을 박탈하기 위한 제도를 통상적으로 부당이득 환수라고 표현한다(대법원 2023. 10. 12. 선고 2022두68923 판결).

11) 대법원 2016. 1. 28. 선고 2013다207958 판결, 대법원 2008. 5. 15. 선고 2007다88644 판결 등에서 방위산업과 관련하여 부당이득 환수가 문제되었다.

지급해야 한다고 규정하고 있다.

2. 부당이득환수제도의 연혁

2013. 10. 1. 시행된 다수공급자특수조건 제25조의2제1항은 부당이득의 환수를 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 이 시점에서는 현행 규정과 같이 6가지 유형의 불공정 조달행위를 상세히 규정하고 있지 않았다. 다만 “계약과정에서 계약관련 서류의 허위, 위조, 변조, 기타 부정한 행위로 부당이득이 발생할 경우”라고 규정하고 있었다. 그리고 이러한 부정한 행위로 인하여 부당이득을 환수할 수 있다고 규정하고 있었다.

다수공급자특수조건에 부당이득 환수에 관한 규정이 신설된 2013년 시점에서 조달사업법은 불공정 조달행위에 관한 근거규정을 두고 있지 않았고 부당이득 환수에 대해서도 규정하고 있지 않았다. 그런데 불공정 조달행위가 발생함에도 이를 조사할 수 있는 법적 근거가 미흡하다는 문제제기가 있었고¹²⁾, 2017. 7. 18. 시행된 조달사업법은 “불공정한 수요물자 조달행위의 조사”에 관한 제9조의3를 신설하였다. 이 법개정은 불공정 조달행위의 조사에 초점을 맞추었고,¹³⁾ 부당이득금의 환수 등에 관한 규정은 두지 않았다. 불공정 조달행위의 유형은 현행 규정과 거의 유사하였지만, 우대가격 유지의무는 불공정 조달행위에 포함되지 않았다.

불공정 조달행위의 유형과 조사의 근거규정을 신설한 조달사업법의 개정에 따라 2019. 1. 1. 시행된 다수공급자특수조건도 변경되어 제20조에서 불공정 조달행위(부정한 행위)의 유형을 조달사업법과 같이 세분화하였다. 그리고 우대가격 유지의무위반도 불공정 조달행위에 포함시켰다. 또한 불공정 조달행위로 얻은 이득을 조달청에 반환하도록 규정하고 있었다. 그런데 2019. 1. 1. 이전에는 부당이득을 반환해야 한다고 규정하고 있었는데, 그 이후에는 부당이득이라는 표현 대신에 “부정한 행위로 인한 이득”이라는 표현을 사용하였다.

물품계약특수조건은 다수공급자특수조건과 달리 불공정 조달행위와 이득의 반환에 대해서 규정하고 있지 않았는데, 2019. 1. 1. 시행된 물품계약특수조건도 불공정 조달행위를 세분화하고 불공정 조달행위로 얻은 이득을 조달청에 반환하도록 하는 규정을 신설하였다.

조달사업법은 다시 개정되어 2020. 10. 1. 시행된 조달사업법은 불공정 조달행위의 유형에 우대가격 유지의무위반을 추가하였다. 그리고 불공정 조달행위로 이득을 얻은 때에는 이를 환수할 수 있는 근거규정을 신설하였다. 이러한 조달사업법의 개정은 특수조건의 부당이득 환수에 대한 법적 근거를 마련하기 위한 목적을 갖고 있었다.¹⁴⁾

2021. 4. 1. 시행된 다수공급자특수조건은 기존에 “부정한 행위로 이득을 얻은 경우 이를 조달청에 반환하여야 한다”고 규정하고 있었는데, 이를 “[별표 3]의 기준에

12) 「조달사업에 관한 법률」(시행 2017. 7. 18.) 【제정·개정이유】

13) 불공정 조달행위의 조사에 관한 조달사업법의 개정에 따른 조사권한의 개선방안에 대해서는 김대인, “불공정조달행위 행정조사법제에 관한 연구 - 조달청을 중심으로-”, 「행정법연구」 제56호(행정법이론실무학회, 2019. 2), 117~144면 참조.

14) 「조달사업에 관한 법률」(시행 2020. 10. 1.) 【제정·개정이유】

따른 금액을 조달청 인한 이득을 조달청에 지급해야 한다”고 개정하였다. 이러한 개정은 불공정 조달행위가 발견된 경우에 계약상대자가 반환해야 하는 금액을 계약체결 시점에서 분명히 하기 위함이다. 물품계약특수조건에서도 동일하게 불공정 조달행위가 있는 경우에 [별표1]의 기준에 따른 금액을 조달청에 반환하도록 규정하였다. 각 특수조건의 별표는 불공정 조달행위가 있는 경우에 기본적으로 계약대금의 일정 비율을 조달청에 지급하도록 하거나, 계약상대자가 자신들이 얻은 이익을 입증하는 경우에는 그 금액을 지급하도록 하는 방식으로 부당이득금을 산정하도록 규정하고 있다.

3. 부당이득 환수의 법적 성질에 관한 판례의 변천

(1) 부당이득 환수청구를 기각한 판결(부정판결)

[1번 판결] <서울고등법원 2019. 9. 24. 선고 2018나2054393 판결>

이 판결은 직접생산의무 위반에 관한 사안이며 구 다수공급자특수조건(조달청공고 제2013-48호) 제25조의2가 문제되었다. 계약상대자는 국가에 손해가 없으므로 부당이득금 반환채무는 존재하지 않는다는 주장을 하였다. 국가는 부당이득 환수는 손해를 전제로 하지 않으며 민법상 부당이득의 법리가 그대로 적용되지 않는다고 주장하였다.

법원은 직접생산의무 위반행위는 인정하였다. 그러나 직접생산의무 위반으로 인해서 국가가 손해를 입었다고 볼 수 없으므로 부당이득금 반환채무는 존재하지 않는다고 판단하였다. 법원은 부당이득 환수를 민법상 부당이득금 반환으로 보았다. 그리고 계약상대자는 계약보증금 지급채무도 존재하지 않는다고 주장하였는데, 그 부분에 대해서도 계약상대자가 승소하였다(서울중앙지방법원 2018. 9. 7. 선고 2017가합564708 판결). 국가가 항소하였고 항소심 법원은 계약보증금 반환채무는 존재한다고 판단하였지만 부당이득금 반환채무는 존재하지 않다고 판단하였다(서울고등법원 2019. 9. 24. 선고 2018나2054393 판결). 국가는 다시 상고하였으나 대법원에서 심리불속행으로 기각되었다(대법원 2020. 1. 30. 선고 2019다278495 판결).

[2번판결] <서울고등법원 2020. 5. 20. 선고 2019나2008533 판결>

이 판결은 직접생산의무 위반에 관한 사안이며 구 다수공급자특수조건(조달청공고 제2013-48호) 제25조의2가 문제되었다. 국가는 부당이득의 반환을 청구할 수 있는 권리를 채무불이행으로 인한 손해배상이라고 주장하였다. 그리고 직접생산의무 위반으로 인해서 손해를 입었다고 주장하였다. 법원은 이 사건 특수조건은 부당이득금을 환수할 수 있다고 규정하고 있으며, 부당이득의 산정방법이나 기준에 대해서는 아무런 내용이 없다는 점을 지적하면서 이 규정을 채무불이행으로 인한 손해배상으로 보면서 대법원 2016. 7. 14. 선고 2013다82944, 82951 판결을 제시하고 있다. 채무불이행으로 인한 손해배상이므로 국가에게 손해의 발생 및 범위에 대한 입증책임이 있다고 판단하였다. 하지만 차액설에 따른 재산상태의 차이가 없으므로 국가의 손해가 인정되지 않기 때문에 부당이득 반환청구를 인정하지 않았다. 국가가 상고하였지만 대법원에서 심리불속행으로 기각되었다(대법원 2020. 10. 15. 선고 2020다239120 판

결).

(2) 부당이득 환수청구를 인용한 판결(인정판결)

[3번째 판결] <대전지방법원 2021. 1. 14. 선고 2019나101371 판결>

이 판결은 직접생산의무 위반에 관한 사안이며 구 다수공급자특수조건(조달청공고 제2013-48호) 제25조의2가 문제되었다. 계약상대자가 국가를 상대로 부당이득금 반환채무가 존재하지 아니함을 확인하는 소송을 제기하였다. 원고인 계약상대자는 직접생산의무를 위반하였다고 해서 국가에게 손해가 발생하지 않기 때문에 부당이득이나 손해배상을 청구할 수 없다고 주장하였다.

국가는 그 이전의 사안과 달리 이 규정을 위약금 약정이라고 주장하였고 법원은 이러한 국가의 주장을 받아들여 국가가 위약금에 해당하는 부당한 이익의 반환을 청구할 수 있다고 판단하였다. 또한 이익의 환수에 관한 규정은 계약상대자가 부정한 계약위반행위를 한 경우에 그로 인한 이익을 보유하지 못하도록 함으로써 주된 채무의 이행을 담보하기 위한 규정이라고 보았다. 법원은 다음과 같은 논거를 제시하였다. 직접생산의무를 위반하는 경우에 계약상대자는 그로 인해서 이익을 보는 반면에 국가에는 손해가 발생한다고 보기 어렵다. 직접생산의 경우나 그렇지 않은 경우나 국가의 재산상태의 차이가 발생한다고 보기 어렵기 때문이다. 따라서 환수조항을 국가의 손해를 전제로 하는 민법상 부당이득반환이나 손해배상규정으로 본다면 환수조항은 애초부터 목적을 달성할 수 없는 의미없는 약정이 된다. 따라서 환수조항을 위약금 약정으로 보아야 한다. 위약금 약정에 있어서 위약금을 명확히 합의하지 않았더라도 위약금 약정이 성립할 수 있다고 보았다. 반환해야 하는 이득은 계약상대자가 받은 납품대금에서 계약상대자가 지급한 납품대금과 소용된 제비용을 공제한 금액에 해당한다.

계약상대자는 상고하였지만 대법원은 부당이득 환수조항을 위약금 약정으로 본 원심의 판단을 정당하다고 보았고 상고를 기각하였다(대법원 2022. 4. 28 선고 2021다212177 판결).

[4번째 판결] <서울고등법원 2022. 9. 22 선고 2021나2031826 판결>

이 판결은 직접생산의무 위반에 관한 사안이며 구 다수공급자특수조건(조달청공고 제2013-48호) 제25조의2가 문제되었다. 1심에서 계약상대자는 부당이득 반환채무가 존재하지 않는다는 주장을 하였다. 국가는 부당이득 환수가 손해배상액의 예정, 즉 위약금 약정이라는 주장을 하였다. 그러나 법원은 불공정 조달행위로 얻은 이득의 산정방법과 기준에 대해서 아무런 기준을 제시하지 않고 있으며, 손해배상의 예정에 해당한다는 이유로 손해를 입증하지 않고도 이득을 환수할 수 있는 권리를 국가에 부여하는 것에 신중해야 한다고 판단하면서 부당이득 반환의무를 인정하지 않았다.

항소심 법원은 1심 법원과 달리 부당이득 환수조항을 위약금 약정으로 해석해야 한다고 판단하였으며, 그 논리는 다음과 같다. 다수공급자특수조건의 환수조항은 일종의 위약금조항이고, 위약금은 민법 제398조 제4항에 의하여 손해배상액의 예정으로 추정된다. 민법 제398조가 규정하는 손해배상액의 예정은 채무불이행의 경우에 채무자가 지급하여야 할 손해배상액을 미리 정해두는 것으로서 그 목적은 손해의 발

생사실과 손해액에 대한 증명 곤란을 배제하고 분쟁을 사전에 방지하여 법률관계를 간이하게 해결하는 것 외에 채무자에게 심리적으로 경고를 줌으로써 채무이행을 확보하려는 데 있다. 따라서 채무자가 실제로 손해발생이 없다거나 손해액이 예정액보다 적다는 것을 증명하더라도 이 점만으로 채무자는 그 예정액의 지급을 면하거나 감액을 청구하지 못한다(대법원 2016. 7. 14. 선고 2012다65973 판결 등 참조). 한편 이 사건 환수조항에 따른 위약금으로서 약정한 ‘부당이득’은 원고인 계약상대자의 부정한 행위, 즉 직접생산의무 위반으로 부당하게 취득한 이익 상당인데, 이익이란 일정 기간의 총수입에서 그것을 위하여 들인 비용을 공제한 차액을 의미한다. 따라서 계약상대자가 취득한 부당한 이익은 수요기관에 납품함으로써 지급받은 납품대금에서 납품을 위해서 소요된 비용을 공제한 금액에 해당한다.

원고인 계약상대자가 상고하였지만, 대법원에서 심리불속행으로 기각되었다(대법원 2023. 2. 2. 선고 2022다286632 판결).

(3) 판결에 대한 검토

위의 네 개의 판결은 모두 직접생산의무 위반이라는 불공정 조달행위에 관한 판결이다. 그 중에서 [1번판결]과 [2번판결]은 부당이득 환수가 부정되었다(이하 “부정판결”이라 한다). 반면에 [3번판결]과 [4번판결]은 부당이득 환수가 인정되었다(이하 “인정판결”이라 한다). 시기적으로 부정판결은 2019년 9월과 2020년 5월에 선고되었다. 그리고 인정판결은 2021년 1월과 2022년 9월에 선고되었다. 부정판결과 인정판결 사이에는 두 가지 변화가 있었다.

첫째, 인정판결과 부정판결 사이에 조달사업법이 개정되었다. 개정된 조달사업법은 2020. 10. 1. 시행되었는데, 불공정 조달행위로 인한 부당이득의 환수근거를 법률에 명시하였다.¹⁵⁾ 따라서 2020. 10. 1. 이전에는 부당이득 환수에 대해서 특수조건에서만 규정하고 있었으므로 당사자의 합의에 근거하고 있었다. 하지만 조달사업법에서 부당이득 환수에 대해서 규정하게 되었으므로 부당이득 환수의 법률적 근거가 마련되었다. 법률적 근거가 마련되었기 때문에 특수조건의 부당이득 환수에 관한 조항을 의미없게 만드는 해석은 어렵게 되었다.

둘째, 부정판결의 사안에서 조달청은 부당이득 환수를 부당이득이나 채무불이행으로 인한 손해배상이라고 주장하였다. 그리고 손해의 입증이 어려운 점을 고려하여 손해의 입증이 필요하지 않은 부당이득이라거나 손해배상이라고 주장하였다. 그러나 조달사업법 개정 이후에 조달청은 인정판결의 사안에서 부당이득 환수에 관한 특수조건의 규정을 기존의 주장과 달리 손해배상액의 예정, 즉 위약금 약정이라고 주장하였다. 따라서 손해의 발생여부를 입증하지 않더라도 부당이득금을 환수할 수 있다고 주장하였다. 물론 손해배상액의 예정이기 위해서는 손해배상액을 사전에 확정하거나 사후적으로 확정할 수 있는 기준을 미리 합의하여야 한다. 여기서 위약금은 불공정 조달행위를 통해서 상대방이 얻은 이익이며, 이러한 이익은 통상적으로 납품대금에서 비용을 공제하는 방식으로 산정되기 때문에 산정을 위한 기준이 사전에 합의된 것으로 볼 수 있다. 물론 [2번판결]에서도 조달청은 상고이유로 부당이득 환수조항이 손해배상액 예정조항이라고 주장했지만 결과적으로 심리불속행으로 기각되었

15) 「조달사업에 관한 법률」(시행 2010. 4. 1.) 【제정·개정이유】

다. 하지만 상고를 기각한 이유는 상고심절차에 관한 특례법 제4조제1항에서 정한 사유를 포함하지 않았기 때문이며, 부당이득 환수가 손해배상액의 예정이 아니라고 판단하였기 때문은 아니다.¹⁶⁾

비록 대법원에서 부당이득 환수에 관한 하급심의 엇갈린 판결에 대한 명확한 기준을 설정한 것은 아니지만, 부정판결과 인정판결이 달라진 두 가지 이유를 고려하고, 대법원이 인정판결의 원심 판단을 정당하다고 판단하였다는 점을 고려한다면 이제 판례는 부당이득 환수약정을 위약금 약정으로 본다고 말할 수 있다.

IV. 부당이득 환수조항의 법적 성질 대한 분석

1. 불공정 조달행위의 법적 성질

불공정 조달행위로 인한 부당이득 환수의 법적 성질을 검토하기 전에 불공정 조달행위의 법적 성질을 살펴볼 필요가 있다. 불공정 조달행위는 위법한 행위이며, 법적 성질은 불법행위 또는 채무불이행에 해당할 수 있다.

첫째, 원가계산자료와 같은 계약관계 서류의 허위, 위조, 변조 등의 불공정 조달행위가 있는 경우에 계약당사자는 계약 체결과정에서 허위 기타 부정한 계약관련 서류를 제출하지 않을 의무를 위반한 것이다. 이러한 의무의 발생근거는 조달사업법과 특수조건이라는 당사자의 약정이다. 판례는 불공정 조달행위를 채무불이행이라고 보는데¹⁷⁾ 가격산정을 위한 허위자료를 제시한 불공정 조달행위를 채무불이행으로 보기는 어렵다. 이러한 의무는 계약체결 과정에서 부담하는 의무이며, 가격에 관한 정보를 허위로 제공한 경우에는 계약체결상의 과실책임이 문제되기 때문이다. 따라서 이러한 허위정보제공은 법적 성질이 채무불이행이 아니라 불법행위에 해당한다고 보아야 한다. 예를 들어 상품이나 용역을 공급하면서 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 하는 부당한 표시/광고를 하는 행위는 불법행위에 해당한다.¹⁸⁾ 허위/과장광고가 불법행위에 해당한다는 판결들도 있다.¹⁹⁾ 결국 계약체결 과정에서 계약상대방이 가격에 관한 허위의 정보를 제공하지 않아야 하는 의무를 부담한다면, 그러한 의무의 위반은 채무불이행이 아니라 불법행위에 해당한다고 보아야 한다.²⁰⁾

16) 대법원 2022. 4. 28. 선고 2021다212177 판결에서도 이 점을 분명히 하고 있다.

17) 대법원 2016. 7. 14. 선고 2013다82944, 82951 판결. 대법원 1997. 6. 27. 선고 95다19959 판결도 계약상대자가 정당한 가격을 제시할 의무를 부담하고 있으며, 그러한 의무를 위반한 경우에 채무불이행이 성립한다고 한다. 대법원 2008. 5. 15. 선고 2007다88644 판결; 대법원 2016. 7. 14. 선고 2013다82944, 82951 판결도 같은 취지의 판결을 하고 있다.

18) 대법원 2023. 4. 27. 선고 2021다262905 판결

19) 대법원 2009. 8. 20. 선고 2008다19355 판결

20) 다만 계약체결 과정의 정보제공의무 위반을 불법행위로 규율하기보다는 민법에 이에 관한 규정을 별도로 입법하여 이 문제를 해결해야 한다는 주장도 강력하게 제기되고 있다. 이에 대해서는 김상중, “계약체결 이전 단계의 정보제공의무 - 외국 입법례와 비교에 의한 규정의 신설의 제안을 중심으로-”, 고려법학 제56호(고려대학교 법학연구원, 2010. 3), 30면 이하; 박영복, “계약교섭전단계의 법규범화”, 외법논집 10집(한국외국어대학교 법학연구소, 2001), 93~95면; 박인환, “계약체결과정에 있어서의 정보제공의무 - 독일에서의 논의를 계개로 하여-”(서울대학교 대학원 박사학위논문, 2004), 275면 이하; 위계찬, “계약체결과정에서의 설명의무의 근거”, 원광법학 제23권 2호(원광대학교 법학연구소, 2007, 9), 168면 이하

둘째, 직접생산기준 위반, 원산지 허위표시, 계약규격과 상이한 제품의 납품, 우대 가격 유지의무 위반, 공정한 조달질서를 훼손하는 행위는 조달계약에 근거한 계약상의 의무를 위반한 것으로 볼 수 있다. 조달계약의 계약당사자는 직접생산을 해야 하는 의무, 원산지를 허위표시하지 않을 의무, 계약규격에 부합하는 제품을 납품한 의무, 우대가격을 유지할 의무, 공정한 조달질서를 훼손하지 않을 의무를 부담하기 때문이다. 이러한 의무의 근거는 조달사업법과 특수조건의 내용에서 도출할 수 있다. 따라서 계약상 의무의 위반으로 인정될 수 있는 불공정 조달행위는 채무불이행의 성격을 갖는다고 할 수 있다.

2. 부당이득의 환수와 민법상 부당이득의 반환

불공정 조달행위로 인한 부당이득의 환수를 민법상 부당이득 반환으로 보는 방안도 생각해 볼 수 있다. 실제로 [1번판결 : 서울고법 2018나2054393 판결]에서 국가는 부당이득 환수를 손해를 요건으로 하지 않는 특수한 부당이득반환이라고 주장하였다. 그리고 민법상 부당이득에 해당한다고 하더라도 계약상대자의 이익과 국가의 손해가 인정된다고 주장하였다. 여기서 국가의 손해는 경쟁입찰을 통해서 정해진 계약금액과 직접생산의무 위반이 없었을 경우의 계약금액 사이의 차액이라고 주장하였다.

먼저 부당이득 환수가 손해를 요건으로 하지 않는 특수한 부당이득 제도라는 주장은 법적 근거가 없다. 그렇다면 부당이득 환수가 민법상 부당이득에 해당하는지 살펴볼 필요가 있다.

부당이득이 성립하기 위해서는 이익과 손실의 발생, 이익과 손실의 인과관계, 법률상 원인이 있어야 한다. 부당이득의 성립요건과 관련하여 두 가지 사항이 문제되는데 하나는 국가에 손해가 발생하였는지 여부이고, 다른 하나는 계약상대자가 얻은 이익에 대해서 법률상 원인이 있는지 여부이다.

먼저 허위서류의 제출이나 규격위반의 경우에는 허위서류를 제출하지 않은 경우에 정해질 계약대금보다 실제 계약대금이 더 높다는 점이 입증된다면 국가의 손해가 인정될 수 있다. 물론 이러한 계약대금의 차이를 입증하는 것이 쉽지는 않겠지만, 개념상으로는 손해를 인정할 수 있다. 납품한 물품에 하자가 있는 등 계약규격위반의 경우에도 그로 인해서 국가의 재산상태에 차이가 발생하므로 손해가 인정될 수 있다. 그러나 우대가격 유지의무 위반이나 직접생산의무 위반, 원산지 허위표시의 경우에는 개념상으로 국가의 손해를 인정하기 어렵다. 이러한 의무위반으로 인해서 국가의 재산상태에 차이가 발생하였다고 볼 수 없기 때문이다. 이러한 문제는 부당이득 환수를 채무불이행으로 인한 손해배상으로 보는 경우에도 동일하게 발생한다.

허위서류의 제출이나 계약규격 위반의 경우에 국가의 손해가 인정된다면 그러한 손해와 계약상대자의 이익 사이에는 인과관계가 인정될 수 있다. 그렇다면 계약상대자의 이익에 대한 법률상 원인이 존재하지 않는다면 민법상 부당이득 반환이 인정될 수 있다. 하지만 계약상대자가 얻은 이익을 법률상 원인이 없는 이익이라고 보기 어렵다. 계약상대자는 조달계약을 통해서 계약대금을 지급받았기 때문에 그러한 이익

참조.

은 조달계약이라는 법률상 원인을 근거로 한다. 따라서 손해가 인정되더라도 법률상 원인이 있는 것으로 볼 수 있으므로 민법상 부당이득이 성립한다고 보기 어렵다. 따라서 불공정 조달행위로 인한 부당이득 환수를 민법상 부당이득 반환이라고 보기는 어렵다.

3. 부당이득 환수와 채무불이행으로 인한 손해배상

공공기관이 물품구매계약을 체결할 때에 계약상대자가 특수조건에 따라 정당한 가격을 제시할 의무를 부담하는 경우에 대법원은 그러한 의무 위반으로 인한 부당이득의 환수는 일종의 채무불이행으로 인한 손해배상으로 파악하고 있다.²¹⁾ 방위사업법 제58조제1항은 허위원가계산자료를 제출하여 부당이득을 얻은 경우에는 부당이득을 환수하도록 규정하고 있다. 물품 제조·구매 계약특수조건 표준(일반 및 방산)[방위사업청 예규] 제43조제1항도 이와 동일한 내용을 규정하고 있다. 판례는 이 규정을 정부와 방산물자 등에 관한 납품계약을 체결하는 계약상대자에게 계약체결 과정에서 가격산정 요소에 관하여 허위 기타 부정한 자료를 제출하지 아니할 의무가 있음을 전제로 하는 규정이며, 채무불이행으로 인한 손해배상에 관한 규정이라고 보고 있다.²²⁾ 비록 위의 판결은 원가 산정에 관하여 허위의 자료를 제출한 경우이지만, 다른 불공정 조달행위로 인한 부당이득 환수에도 적용될 수 있다. 특히 계약규격 위반이라는 불공정 조달행위의 경우에는 채무불이행으로 인한 손해배상이 인정될 수 있다. 계약규격 위반은 조달계약에서 약속했던 품질이나 성상의 물품이 납품되지 않은 경우에 인정되는데, 이는 채무불이행에 해당하며 국가가 계약에 부합하는 물품을 납품받지 못함으로 인한 손해가 발생하기 때문이다. 부당이득 환수를 채무불이행으로 인한 손해배상으로 보고 손해가 발생하지 않았음을 이유로 부당이득 환수가 인정되지 않았던 시점, 즉 [부정판결]의 시기에도 계약규격 위반의 경우에는 부당이득의 환수가 인용되었다.²³⁾ 그러나 불공정 조달행위로 인한 부당이득 환수를 일률적으로 채무불이행을 인한 손해배상으로 보는 경우에 다음과 같은 문제점이 발생한다.

첫째, 원가 산정에 있어서 허위서류 제출의 경우에 그 손해는 적절한 계약대금을 정하지 못함으로 인한 손해라고 할 수 있다. 예를 들어 원가계산자료를 허위로 제출하여 만약 그러한 허위서류의 제출이 없었던 경우보다 계약대금이 10% 정도 높게 책정되었다면 그만큼의 금액이 국가의 손해가 된다. 그런데 이러한 손해를 채무불이행으로 인한 손해라고 볼 수 없다. 계약의 체결과정에서 계약대금에 관한 허위의 정보를 제공하는 것이 기망행위로 인정될 수는 있지만, 아직 계약이 체결되지 않은 상태에서 계약상 의무의 위반이 인정될 수는 없기 때문이다. 계약체결 단계에서 상대방의 기망행위나 허위 정보제공에 의해서 계약대금을 정한 경우에는 불법행위로 인

21) 대법원 1997. 6. 27. 선고 95다19959 판결; 대법원 2008. 5. 15. 선고 2007다88644 판결

22) 대법원 2016. 7. 14. 선고 2013다82944, 82951 판결

23) 서울중앙지방법원 2019. 8. 21. 선고 2018가합535981 판결. 이 사건은 아스콘을 납품하는 계약이었는데, 순환골재 미사용 아스콘(일반아스콘)을 납품하여야 함에도 불구하고 순환골재를 원료의 일부로 하는 재생아스콘을 납품하였다. 당연히 일반아스콘이 재생아스콘보다 가격이 높다. 법원은 가격 차이에 해당하는 금액의 환수를 인정하였다. 이 판결의 근거가 되는 특수조건은 제11조이었으며, 고가구매로 판명된 경우에 그 고가로 계약된 부분만큼 환수할 수 있다는 규정을 근거로 하였다.

한 손해배상이 문제된다.²⁴⁾

둘째, 우대가격 유지의무 위반, 직접생산의무 위반, 원산지 허위표시와 같은 계약상의 의무를 위반하는 것은 당사자가 특수조건을 통하여 약속한 의무를 위반한다는 점에서 채무불이행에 해당할 수 있다. 그러나 이 경우에 국가에 손해가 발생하였다는 점을 인정하기 어렵다. 상대방은 채무불이행으로 인해서 당사자가 약속한 계약상의 의무를 이행하지 않은 경우보다 더 많은 이익을 얻을 수 있지만, 국가가 그로 인해서 손해를 입었다는 점을 인정하기 어렵기 때문이다. 따라서 채무불이행을 인정할 수 있다고 하더라도 그로 인한 손해를 인정하기 어렵기 때문에 불공정 조달행위로 인한 부당이득의 환수를 채무불이행으로 인한 손해배상으로 보는 것은 타당하지 않다.

4. 부당이득 환수와 위약벌

계약당사자는 채무불이행이 있는 경우에 일정한 금액을 지급하기로 하는 위약벌의 약정을 할 수 있다. 채무불이행의 경우에 일정한 금액을 지급한다는 점에서 위약벌은 손해배상액의 예정과 유사하다. 그러나 위약벌의 경우에는 법원에 의한 감액이 허용되지 않으며, 손해가 입증된다면 별도로 손해배상도 청구할 수 있다는 점에서 위약벌은 손해배상액의 예정과 차이가 있다.²⁵⁾

불공정 조달행위에 따른 부당이득 환수약정을 위약벌에 대한 약정으로 보는 방안도 생각해 볼 수 있다. 그러나 다음과 같은 이유에서 불공정 조달행위로 인한 부당이득을 위약벌로 보는 것은 타당하지 않다.

만약 부당한 이득을 위약벌로 본다면 부당이득 환수사유가 발생한 경우에 법원이 이를 적당한 금액으로 감액할 수 없게 된다. 위약벌의 액수가 과다하더라도 이를 감액하게 된다면 법원이 계약의 구체적인 내용에 개입하게 되기 때문이다.²⁶⁾ 만약 부당이득금이 과다하다면 공서양속에 반하여 위약벌의 약정이 무효가 될 수도 있다. 이와 같이 위약벌은 과다하더라도 감액할 수 없고 과다하다면 그 약정이 무효가 될 수 있기 때문에 부당이득 환수에 있어서 합리적으로 국가와 계약상대자의 이해관계를 조절하기 어렵다.

그리고 부당이득 환수약정을 위약벌의 약정으로 보게 된다면 국가는 불공정 조달행위가 발생한 경우에 계약상대자가 얻은 이익을 위약벌로 청구할 수 있을 뿐만 아니라 별도로 손해배상을 청구할 수도 있다. 그런데 부당이득 환수약정을 하였다고

24) 대법원 2006. 10. 12. 선고 2004다48515 판결; 대법원 2019. 4. 23. 선고 2015다28968, 2015다28975(병합), 2015다28982(병합), 2015다28999(독립당사자참가의소) 판결; 대법원 2015. 7. 23. 선고 2012다15336, 15343, 15350, 15367, 15374, 15381, 15398, 15404 판결 등. 이에 대해서는 “VI. 1. 불공정 조달행위의 법적 성질” 참조.

25) 위약금은 손해배상액의 예정이나 위약벌로 볼 수 있는데, 양자는 계약의 해석을 통하여 구분할 수밖에 없다(대법원 2022. 7. 21. 선고 2018다248855, 248862 전원합의체 판결). 위약금을 손해배상액의 예정과 위약벌로 구분하는 방법에 대한 비판에 대해서는 장보은, “그들은 왜 위약금을 약정했을까? -손해배상액의 예정과 위약벌, 그 이분법을 넘어-”, 「법학평론」 제13권(서울대학교 법학평론 편집위원회, 2023. 4), 138면; 김용담(유남석집필), 주석민법 채권총칙(2) 제4판(한국사법행정학회, 2013) 참조.

26) 강신웅, “위약금에 관한 비교연구”, 「민사법학」(한국민사법학회, 1996), 21면; 대법원 2016. 1. 28. 선고 2015다239324 판결 참조.

불공정 조달행위가 있는 경우에 받은 이익을 반환하는 것을 넘어서서 그 밖의 손해도 배상하겠다는 것이 당사자의 진정한 의사라고 할 수는 없다. 또한 계약상대자가 얻은 이익을 넘어서는 손해도 생각하기 어렵다. 이러한 점을 고려한다면 부당이득 환수약정을 위약벌의 약정이라고 보는 것은 타당하지 않다.

5. 소결 : 부당이득 환수약정은 위약금 약정에 해당함

(1) 부당이득 환수약정의 기능

가. 위약금 약정의 의의와 기능

계약당사자는 상대방이 계약상 의무를 위반하는 경우에 위약금을 지급하기로 하는 약정을 할 수 있다. 위약금이란 채무불이행 시 채무자가 채권자에게 지급할 것을 약속한 금전을 말한다.²⁷⁾ 이러한 위약금은 손해배상의 예정으로 추정된다(민법 제398조제4항). 당사자가 손해배상의 예정이 아니라는 점을 입증한다면 위약금은 위약벌로 인정될 수 있다. 그러나 위약금이 손해배상액의 예정에 해당한다는 추정을 깨뜨린 경우에 위약벌이 인정될 수 있으므로 이하에서는 위약금 약정을 손해배상액 예정의 약정과 동일한 의미로 사용한다.²⁸⁾ 위약금의 약정이 있다면 손해의 발생과 상관없이 예정액을 청구할 수 있으며, 예정액을 초과하는 손해의 배상을 청구할 수 없다.²⁹⁾ 원래 위약금 약정은 두 가지 기능을 한다. 첫째, 채무불이행으로 인한 손해의 발생을 입증하기 곤란한 경우에 입증책임을 덜어주고 손해의 내용에 대한 분쟁을 예방하는 기능을 한다. 둘째, 채무자에게 계약상 의무의 위반에 대한 심리적 경고를 통하여 계약상 의무의 이행을 확보하기 위한 목적을 갖는다.³⁰⁾ 만약 부당이득 환수가 위약금과 동일한 기능을 한다면 그 법적 성질도 위약금으로 볼 수 있다.

나. 부당이득 환수와 손해입증의 곤란

부당이득 환수제도는 불공정 조달행위로 인해서 계약상대자가 얻은 이익을 환수하는 제도이다. 그런데 불공정 조달행위라는 채무불이행이 인정되더라도 계약상대자가 얻은 이익이 국가의 손해로 되는 것은 아니다. 불공정 조달행위로 인해서 조달절서와 조달사업의 공공성이 훼손될 수 있는 있겠지만, 그러한 불공정 조달행위가 국가의 재산상태의 차이를 발생시킨다는 점이나 그 차이의 정도를 입증하기 어렵기 때문이다.

예를 들어 다수공급자계약에 있어서 계약상대자는 우대가격 유지의무를 부담한다. 다수공급자계약을 체결하기 위한 경쟁입찰은 최저가격으로 입찰한 자와 계약을 체결

27) 장보은, 앞의 논문, 138면; 김용담(유남석집필), 앞의 책, 70면

28) 위약금 약정을 손해배상액 예정의 약정으로 보는 것에 대한 비판에 대해서는 허명국, “위약금 약정의 체계적 재정립을 위한 시론”, 「법학연구」 제21권 제2호(충남대학교 법학연구소, 2010. 12)와 한인상, “독일법상 위약금과 손해배상액예정의 구별”, 「법학논총」 제25권 제4호(한양대학교 법학연구소, 2008) 참조.

29) 대법원 1975.3.25. 선고 74다296 판결; 대법원 1993.4.23. 선고 92다41719 판결

30) 대법원 1993. 4. 23. 선고 92다41719 판결, 대법원 2008. 11. 13. 선고 2008다46906 판결 등.

하는 것이 아니고 계약에 적합한 자와 계약을 체결하고 가격도 협상을 통하여 정하게 된다.³¹⁾ 최저가격으로 입찰한 자와 계약을 체결하는 방식보다는 적격자와 계약을 체결하는 것이 조달계약의 효율성과 경제성을 높일 수 있다. 이러한 이유 때문에 조달사업법 제15조제2항은 우대가격 유지의무에 대해서 규정하고 있다. 그리고 우대가격 유지의무를 위반하는 행위는 불공정 조달행위에 해당한다(조달사업법 제21조제1항제5호). 다수공급자특수조건도 마찬가지로 제12조의2제1항에서 우대가격 유지의무에 대해서 규정하고 있고 제2항에서 우대가격 유지의무 위반이 있는 경우에 부당이득에 대한 환수를 실시할 수 있다고 규정하고 있다. 그리고 우대가격 유지의무 위반 행위는 불공정 조달행위인 부정한 행위에 해당하며(다수공급자특수조건 제19조제1항제5호), 이로 인한 부당이득의 환수를 청구할 수 있다.³²⁾

계약상대자의 우대가격 유지의무의 위반이 인정된다면 계약상 의무의 위반행위, 즉 채무불이행이 인정된다. 그렇다면 국가는 채무불이행으로 인한 손해배상을 청구할 수 있는가? 채무불이행을 인한 손해배상을 청구하기 위해서는 국가가 우대가격 유지의무의 위반으로 인한 손해를 입증해야 한다. 그러나 우대가격 유지의무를 위반하였다고 해서 국가가 손해를 입었음을 입증하기는 어렵다. 손해는 재산적 손해는 적극적 손해, 소극적 손해로 구분해 볼 수 있다. 적극적 손해란 기존의 이익의 멸실 또는 감소로 인한 손해를 말하며 소극적 손해는 얻을 수 있었던 이익을 얻지 못한 손해를 말한다.³³⁾ 채무불이행이 있는 경우에 급부에 갈음하는 손해배상이 전형적인 소극적 손해배상에 해당한다. 채권자가 제3자와 더 유리한 계약을 체결할 수 있었지만 그렇게 하지 않음으로 인해서 발생한 손해도 소극적 손해에 해당한다.³⁴⁾

계약상대자가 우대가격 유지의무를 위반하였더라도 계약에 적합한 급부의무를 이행하였다면 급부의무와 관련하여 국가가 얻을 수 있는 이익을 얻지 못한 소극적 손해는 인정될 수 없다. 또한 계약상대자가 우대가격보다 저렴하게 시장에서 물품을 판매한 경우에 국가가 더 저렴한 가격에 조달계약을 체결할 수 있었다는 소극적 손해도 생각해 볼 수 있지만, 다수공급자계약은 최저가격 낙찰방식이 아니기 때문에 이러한 손해도 입증하기 어렵다. 또한 우대가격 유지의무를 위반하였다고 국가의 재산이 감소하는 적극적 손해가 발생했다고 볼 수도 없다. 결국 우대가격 유지의무의 위반이 있더라도 국가의 손해를 주장하거나 입증하기 어렵다.

직접생산의무 위반의 경우도 마찬가지이다. 계약상대자가 직접생산의무를 위반하였다고 해서 국가의 재산이 감소하는 적극적 손해를 인정할 수 없다. 그렇다고 국가에게 귀속되어야 하는 재산적 가치가 귀속되지 않은 소극적 손해를 인정할 수도 없

31) 조달사업법 시행령 제7조의2(다수공급자계약) ③ 다수공급자계약의 계약상대자는 입찰자의 채무 상태 및 납품 실적 등을 평가하여 조달청장이 기획재정부장관과 협의하여 정한 기준에 적합한 자를 대상으로 가격협상을 통하여 낙찰자로 결정된 자가 된다.

32) 조달사업법 제21조에서는 계약상대자의 이득을 환수할 수 있다고 표현하고 있으며, 다수공급자특수조건 제12조에서는 부당이득의 환수라는 표현을 사용하고 있다. 그리고 특수조건 제19조에서는 [별표 3]의 금액을 환수할 수 있다고 표현하고 있다. 이와 같이 부당이득 환수에 대한 법률이나 특수조건의 각 규정에서 달리 표현되고 있다.

33) 김상용, 「채권총론」(법문사, 2004), 158면; 대법원 1992. 6. 23. 선고 91다33070 전원합의체 판결

34) 곽윤직, 「채권총론」(박영사, 2002), 139면; 김형배, 「채권총론」(박영사, 1999), 244면; 곽윤직(지원립집필), 민법주해 IX(채권 2), §393, (박영사, 1995), 475면; 송덕수, “민법상 착오에 관한 연구”(서울대학교 대학원 법학박사학위논문, 1989. 8), 207면.

다. 즉 직접생산의무위반으로 인해서 국가에 적극적 손해나 소극적 손해가 발생한다고 보기 어렵다.

이와 같이 불공정 조달행위라는 채무불이행이 인정되더라도 국가가 손해를 입증하여 손해배상을 청구하기는 쉽지 않다. 그렇다면 특수조건을 통해서 당사자가 합의한 부당이득 환수조항은 채무불이행으로 인한 손해의 발생사실과 손해액에 대한 입증의 곤란을 덜고 분쟁의 발생을 미리 방지하여 법률관계를 쉽게 해결하기 위한 규정, 즉 위약금에 대한 약정이라고 보아야 한다. 따라서 불공정 조달행위라는 채무불이행이 발생한 경우에 국가는 손해를 입증하지 않더라도 위약금을 청구할 수 있으며, 그 위약금은 불공정 조달행위로 인해서 계약상대자가 얻은 이익에 상응하는 금전이라고 보아야 한다.

다. 부당이득 환수와 불공정 조달행위의 예방

조달사업법은 불공정 조달행위를 방지하기 위한 규정을 두고 있다. 불공정 조달행위가 확인되면 조달청장은 시정을 요구할 수 있으며 계약조건에 따른 처분을 하여야 한다(조달사업법 제21조제3항). 우대가격 유지의무를 위반한 경우에 조달청장은 계약상대자의 입찰참가자격을 제한하는 방식으로 거래를 정지할 수 있다(제22조제1항제1호). 직접생산의무를 위반하면 직접생산확인이 취소될 수 있다(중소기업제품 구매촉진 및 판로지원에 관한 법률 제11조제2항). 불공정 조달행위가 있는 경우에 국가는 조달계약을 해제하거나 해지할 수 있고(다수공급자특수조건 제6조), 계약보증금을 국고로 귀속시킬 수 있다(국가계약법 제12조제3항).

그러나 이러한 제재수단에도 불구하고 부당이득을 환수하지 않는다면 계약상대자는 불공정 조달행위를 통해서 얻은 이익을 그대로 보유하게 된다. 물론 계약보증금의 몰취를 통해서 상대방이 얻은 이익을 환수한다고 견해가 있을 수 있다. 그러나 계약보증금을 국고에 귀속시키는 경우에 이행이 이미 완료될 부분에 대한 계약보증금은 국고로 귀속되지 않는다(국가계약법 시행령 제51조제2항). 계약보증금은 채무불이행으로 인한 손해배상액의 예정에 해당하는데,³⁵⁾ 채무불이행이 있다면 원래 계약보증금 전액이 위약금으로 채권자에게 귀속되어야 한다. 그런데 국가계약법에서는 계약상대자의 채무불이행에 의해서 계약이 해지되는 경우에 일반적인 계약보증금의 법리와 다르게 계약보증금 중에서 이행이 완료되지 않은 부분에 대한 계약보증금만 국고에 귀속된다고 규정하고 있다. 결국 불공정 조달행위로 인해서 계약이 해지되어 계약보증금이 위약금으로서 국가에 귀속되더라도 그러한 위약금은 이행이 완료되지 않은 부분에 대해서만 국가에 귀속된다. 만약 모든 이행이 완료되었다면 불공정 조달행위라는 채무불이행이 있더라도 계약보증금은 국가에 귀속되지 않는다. 따라서 불공정 조달행위가 있는 경우에 계약보증금을 위약금으로 국가에 귀속시키더라도 상대방은 이행이 완료된 부분에 대해서는 여전히 이익을 보유할 수 있다.

불공정 조달행위가 인정되는 경우에 계약상대자의 이득을 환수하지 않는다면, 불공정 조달행위를 하였음에도 불구하고 계약상대자는 조달계약을 통해서 이익을 보유할 수 있게 되며, 계약상대자는 입찰참가자격제한 등의 불이익을 감수한다면 불공정 조달행위를 통하여 계약상 이익을 누릴 수도 있게 된다. 이렇게 되면 불공정 조달행

35) 대법원 2001. 1. 19. 선고 2000다42632 판결

위를 조장하게 되고 그 피해는 다른 입찰자들이 받게 된다.

예를 들어 불공정 조달행위의 하나인 직접생산의무는 중소기업을 지원하기 위한 제도이다. 만약 직접생산의무를 인정하지 않게 된다면 조달계약을 체결한 중소기업자는 납품해야 할 물품을 대기업의 하청업체나 외국업체로부터 구입하여 납품할 수 있게 된다. 이렇게 된다면 대기업의 하청업체나 외국업체와 경쟁할 수 없는 중소기업은 더 이상 물품을 생산할 수 없게 된다. 즉 직접생산의무는 국내 중소기업을 육성하고 중소기업 사이에 경쟁제도가 실효성 있게 운영되도록 하는 의무이다. 그런데 직접생산의무를 위반하였음에도 불구하고 계약상대자가 조달계약에 따른 이익을 보유했을 수 있도록 한다면, 입찰에서 선정되지 못한 중소기업들이 피해를 입게 된다. 직접생산의무는 정부를 보호하기보다는 중소기업을 보호하기 위한 제도이기 때문이다.³⁶⁾ 따라서 직접생산의무 위반과 같은 불공정 조달행위를 예방하기 위해서는 계약상대자가 불공정 조달행위를 통해서 얻은 이익을 조달청에 반환하도록 할 필요가 있다.

특수조건의 부당이득 환수약정은 불공정 조달행위가 있다면 그로 인한 이득을 조달청에 반환하도록 함으로써 불공정 조달행위를 하지 않도록 하는 예방적인 기능도 하고 있다.

(2) 부당이득 환수약정에 대한 해석

가. 계약의 해석

불공정 조달행위로 인한 부당이득의 환수에 관한 특수조건의 내용은 조달계약의 내용이 된다. 따라서 부당이득 환수의 법적 성질이 무엇인가 하는 점은 조달계약의 해석에 관한 문제이다. 부당이득 환수에 관한 특수조건의 법적 성질이 문언상으로 명확하지 않다면 법률행위 해석의 방법에 따라 특수조건의 내용을 해석할 수밖에 없다. 즉 부당이득에 관한 특수조건의 내용과 부당이득 환수제도의 목적 및 특수조건의 내용에 따라 계약이 이루어지게 된 동기 및 경위, 당사자가 계약에 의하여 달성하려고 하는 목적과 당사자의 진정한 의사, 거래의 관행 등을 종합적으로 고찰하여 부당이득 환수의 법적 성질을 파악하여야 한다.³⁷⁾

나. 당사자의 동기 및 부당이득 환수약정의 목적

부당이득 환수약정을 채무불이행으로 인한 손해배상에 대한 약정으로 보고 국가가 불공정 조달행위로 인한 손해를 입증하는 경우에만 부당이득을 환수할 수 있다고

36) 대법원 2015. 6. 24. 선고 2015두35741 판결

37) 대법원 2002. 5. 24. 선고 2000다72572 판결 : 계약을 해석함에는 문언의 객관적 의미가 명확하다면 그 문언대로 계약을 해석하여야 한다. 만약 문언의 객관적인 의미가 명확하지 않다면 그 문언의 내용과 계약이 이루어지게 된 동기 및 경위, 당사자가 계약에 의하여 달성하려고 하는 목적과 진정한 의사, 거래의 관행 등을 종합적으로 고찰하여 사회정의와 형평의 이념에 맞도록 논리와 경험의 법칙, 그리고 사회일반의 상식과 거래의 통념에 따라 계약내용을 합리적으로 해석하여야 한다. 그리고 계약의 내용이 상대방에게 중대한 책임을 부과하게 되는 경우에는 그 문언의 내용을 더욱 엄격하게 해석하여야 한다.

해석한다면 당사자의 부당이득 환수약정은 아무런 의미가 없게 된다. 채무불이행의 경우에 채권자는 손해배상을 청구할 수 있으며, 당사자 사이에서 이에 대해서 약정하지 않더라도 당연히 채권자의 손해배상청구권이 인정된다. 즉 부당이득 환수약정을 채무불이행으로 인한 손해배상에 대한 약정으로 해석하게 되면 당사자들은 아무런 의미도 없는 약정을 한 것이고, 민법 제390조의 내용을 반복해서 계약조항에 포함시킨 것이다. 반면에 부당이득 환수약정을 불공정 조달행위라는 채무불이행이 있는 경우에 손해의 입증책임을 완화하고 불공정 조달행위를 예방하기 위한 위약금의 약정으로 해석한다면 부당이득 환수약정은 의미있는 약정이 된다.

이와 같이 “불공정 조달행위와 같은 계약상 의무위반이 있는 경우에 손해가 발생하면 손해배상을 청구할 수 있다”고 해석하여 특수조건의 부당이득 환수약정이 민법 제390조를 반복하는 무의미한 규정으로 해석하는 것보다, “불공정 조달행위가 있는 경우에 그로 인해서 얻은 이익을 국가에 위약금으로 지급한다”는 위약금 약정으로 해석하는 것이 당사자의 약정을 의미있게 만드는 해석이다. 당사자의 약정을 무의하게 만드는 해석과 의미있도록 만드는 해석이 있다면 당연히 계약상 약정이 의미가 있도록 계약을 해석하여야 한다.³⁸⁾

더 나아가서 특수조건의 부당이득 환수조항을 채무불이행으로 인한 손해배상에 관한 규정으로 해석하여 이 조항을 무의미하게 만드는 계약의 해석은 조달사업법 제21조제6항에서 불공정 조달행위의 경우에 그 이득을 환수할 수 있다는 법조문을 사실상 무의미하게 만드는 해석이다.

다. 거래의 관행과 당사자의 의사

부당이득 환수조항은 불공정 조달행위가 있다면 계약상대자가 자신이 조달계약으로부터 얻은 이익을 위약금으로 국가에 지급하기로 하는 약정에 해당하며, 당사자들도 이러한 취지를 충분히 알고 특수조건의 내용에 합의한 것으로 볼 수 있다. 실제로 2013년 특수조건에 부당이득 환수조항이 신설되면서 조달청은 불공정 조달행위로 인한 부당이득을 환수해 왔으며,³⁹⁾ 불공정 조달행위로 인해서 이익을 얻는 것을 방지하여 왔다.

그럼에도 불구하고 부당이득 환수약정을 위약금 약정으로 파악하지 않고 민법상 부당이득 반환이나 채무불이행으로 인한 손해배상으로 해석한다면 조달계약의 당사자들은 손해의 입증이 어렵다는 점을 알면서도 부당이득 환수약정을 한 것으로 볼 수밖에 없다. 그러나 이러한 당사자들의 의사가 논리적이고 경험칙에 따른 합리적인 의사라고 볼 수는 없다.

또한 조달청은 2017년부터 「불공정조달행위 조사 및 부당이득 환수 절차 등에 관한 규정」(조달청훈령)을 통하여 불공정 조사를 위한 조사방법 및 절차를 규정하고 있으며, 불공정 조달행위 신고센터를 운영하고 있다. 그리고 부당이득 환수를 위하여 계약상대자의 의견제출 기회를 부여하고 있으며, 계약심사협의회를 통하여 부

38) 대법원 1995. 9. 5. 선고 94다30867 판결은 계약상의 약정이 채권자에게 무의미하지 않도록 당사자의 약정을 해석하고 있다.

39) 조달청이 불공정 조달행위를 근절하기 위해서 부당이득 환수 조치 등을 활발하게 추진하고 있다는 기사(머니투데이, 2015. 7. 29. <https://news.mt.co.kr/mtview.php?no=2015072911173430081&outlink=1&ref=https%3A%2F%2Fsearch.naver.com>) 참조.

당이득 환수여부 및 환수액을 산정하게 된다. 이러한 불공정 조달행위에 대한 거래 관행이 형성되었고 입찰에 참여하는 계약상대자는 이러한 점을 알고 있으면 조달계약을 체결한 것이다. 그럼에도 불구하고 부당이득 환수약정을 채무불이행으로 인한 손해배상이나 민법상 부당이득 반환에 관한 약정으로 해석하는 것은 거래관행에도 부합하지 않고 당사자의 의사에도 부합하지 않는다.

라. 계약상대자의 지위

부당이득 환수약정을 위약금 약정으로 해석하더라도 계약상대자에게 돌아가는 불이익이 없다. 예를 들어 직접생산의무는 계약상 주된 의무라고 볼 수 있다. 물품을 제조와 납품에 관한 「국가종합전자조달시스템 입찰참가자격등록규정」은 경쟁입찰 참가자격의 등록에 관한 사항을 정하고 있는데, 제조 등록을 신청하는 자는 직접생산을 입증할 수 있는 서류를 제출하여야 한다. 이와 같이 직접생산은 조달계약에서 입찰참가와 관련하여 중요한 요건이므로 직접생산의무의 위반은 계약상 주된 의무의 위반으로 볼 수 있다. 따라서 계약상대자가 직접생산의무를 위반하였다면 국가는 조달계약을 해제할 수 있다. 만약 국가가 조달계약을 해제한다면 국가는 물품과 사용이익을 계약상대자에게 반환하고, 계약상대자는 계약대금과 이에 대한 이자를 국가에 반환해야 한다(민법 제548조).

만약 국가가 물품을 반환할 수 없다면 물품의 가액을 반환하게 된다. 물품의 가액은 제조달원가⁴⁰⁾에 의해서 산정할 수 있다. 국가의 사용이익과 계약상대자의 이자반환의무를 서로 같다고 본다면 계약이 해제되는 경우에 국가는 제조달원가에 따른 물품의 가액을 반환하고, 계약상대자는 지급받은 계약대금을 반환하게 된다. 이 금액이 대등액에서 서로 상계되면 결국 계약상대자는 계약대금에서 물품가액을 공제한 금액을 국가에 원상회복으로 지급하게 된다. 이러한 금액은 계약상대자가 계약을 통해서 얻은 이익에 해당하며 부당이득 환수에서 환수하는 금액과 동일하게 된다. 부당이득 환수를 위약금 약정으로 보는 경우에 그 위약금은 계약상대자가 지급받은 계약대금에서 국가가 납품받은 물품의 제조달원가에 상응하는 비용을 공제한 금액이 되기 때문이다.

따라서 부당이득 환수를 위약금으로 파악하더라도 계약상대자의 지위가 불이익하게 되지는 않으며, 부당이득 환수는 결과적으로 계약이 해제된 것과 동일한 결과를 가져온다. 그리고 계약상대자 입장에서 계약이 해제되어 계약관계를 청산하는 것보다 위약금을 지급하는 것이 더 유리할 수 있다. 계약해제로 인하여 금전을 반환해야 하는 경우에 법원은 반환해야 하는 금액을 감액할 수 없다. 그러나 부당이득 환수를 위약금이라고 본다면 법원은 여러 사정을 참고하여 위약금을 감액할 수 있다(민법 제398조제2항). 따라서 직접생산의무 위반을 이유로 계약을 해제하는 것보다 부당이득 환수가 계약상대자에게 더 유리할 수 있다.

40) 국토교통부령인 「감정평가에 관한 규칙」은 물건의 가치를 평가할 때 제조달원가에서 감가수정을 하여 물건의 가액을 산정한다(감정평가에 관한 규칙 제2조 제5호). 다만 계약의 해제에 있어서 상대방에게 물건의 사용이익도 반환해야 하기 때문에 별도로 감가수정을 하지 않고 제조달원가에 의해서 물건의 가치를 평가할 수 있다.

(3) 불법행위와 손해배상액의 예정

불공정 조달행위의 법적 성격은 당사자가 부담하는 의무의 내용에 따라 다르게 파악해야 한다. 직접생산의무 위반이나 우대가격 유지의무 위반, 원산지 허위표시, 계약규격 위반과 같은 불공정 조달행위는 채무불이행이라고 볼 수 있으며, 이 경우에는 손해배상액의 예정, 즉 위약금 약정을 할 수 있다.

그런데 허위 서류, 위조·변조 또는 기타 부정한 방법으로 서류를 제출하는 불공정 조달행위는 계약상 의무의 위반이라고 볼 수 없다. 이러한 의무는 계약의 체결과정에서 당사자가 부담하는 의무이며, 그 의무의 위반이 있다면 채무불이행이 아니라 불법행위가 문제될 수 있다. 그런데 손해배상액의 예정에 관한 민법 제398조는 불법행위에 준용되지 않는다. 그렇다면 부당이득 환수약정을 위약금 약정으로 보는 경우에 허위 서류, 위조·변조 또는 기타 부정한 방법으로 서류를 제출하는 불공정 조달행위로 인한 부당이득 환수약정도 위약금 약정으로 볼 수 있는가?

손해배상액의 예정은 채권채무관계를 전제로 하는 약정이다. 따라서 원칙적으로 불법행위 당사자 사이에는 채권채무관계가 전제되지 않기 때문에 불법행위로 인한 손해배상액을 예정할 수 없다. 그러나 계약관계의 당사자 사이에서는 불법행위로 인한 손해의 발생과 범위를 어느 정도 예측할 수 있으므로 계약관계와 상관없이 발생한 불법행위로 인한 손해에 대해서도 손해배상액의 예정에 대한 합의를 할 수 있다.⁴¹⁾ 또한 계약관계가 전제되지 않더라도 당사자 사이에 일정한 조건의 성취나 의무의 위반이 있는 경우에 위약금을 지급하기로 하는 합의를 할 수도 있다.⁴²⁾

예를 들어 정부 입찰·계약 집행기준(기획재정부예규 제647호) 제98조의3제2항은 담합행위가 있는 경우에 계약상대자가 배상하여야 할 손해배상액의 예정을 청렴계약서에 포함시킬 수 있음을 규정하고 있다. 원래 담합행위는 불법행위에 해당하며 담합행위로 인한 손해는 낙찰가격과 담합행위가 없었을 경우에 형성되었을 가격, 즉 가상 경쟁가격의 차액에 해당한다.⁴³⁾ 그런데 이러한 손해배상을 청구하기 위해서는 국가가 가상 경쟁가격을 입증해야 한다. 하지만 이러한 입증이 쉽지 않다. 위 기획재정부예규는 담합으로 인한 손해입증의 곤란을 완화하기 위한 규정이며, 불법행위로 인한 손해에 대한 손해배상액 예정의 약정이라고 볼 수 있다.⁴⁴⁾

결과적으로 불공정 조달행위가 불법행위에 해당하는 경우에도 위약금의 약정을 할 수 있으므로 불공정 조달행위의 법적 성질에 따라 부당이득 환수약정의 법적 성격을 달리 파악할 필요는 없다.

(4) 불공정 조달행위와 그 밖의 채무불이행

부당이득 환수약정을 위약금 약정으로 해석하는 경우에 이러한 위약금 약정은 불공정 조달행위라는 채무불이행 또는 불법행위가 발생한 경우에 적용된다. 그런데 조달계약에 따른 계약상 의무를 이행하지 않은 채무불이행은 불공정 조달행위의 경우

41) 서민, “손해배상액의 예정”, 「민사법학」 제7호(한국민사법학회, 1988. 06), 190면.

42) 이에 대해서는 허명국, 앞의 논문 및 한인상, 앞의 논문 참조.

43) 대법원 2018. 10. 12. 선고 2016다243115 판결

44) 권세훈, “공공공사(公共工事) 입찰담합 손해배상제도의 개선방안 연구, -손해배상액 산정을 중심으로-”(광운대학교 대학원 박사학위논문, 2020), 47면.

에 한정되지 않는다. 통상적으로 채무불이행의 유형의 분류는 다양하다. 그러나 이행지체나 이행불능, 불완전급부는 공통적으로 인정되는 채무불이행의 유형이다. 이 중에서 불완전이행은 급부의 내용에 부합하지 않는 급부가 이루어진 경우를 의미하며, 조달사업법 제21조제1항제4호의 계약규격 위반에 해당한다. 따라서 부당이득 환수를 위한 위약금 약정은 불완전급부라는 채무불이행의 경우에도 적용된다.

계약상대자가 이행지체를 한 경우에는 지체상금이 부과되며, 이러한 지체상금은 이행지체라는 채무불이행을 대비한 위약금 약정에 해당한다.⁴⁵⁾ 이행지체라는 채무불이행은 불공정 조달행위와 직접적으로 관련이 없으며, 이 경우에는 지체상금이라는 위약금약정이 적용된다. 지체상금에 대해서는 물품계약특수조건 제10조와 다수공급자계약특수조건 제35조에서 규정하고 있다.

계약상대자가 납품을 할 수 없는 경우, 즉 이행불능의 경우에는 조달계약의 해제와 불능이 되기 이전 시점까지 이행이 지체된 것에 대한 지체상금과 납품이 이루어지지 않은 부분에 대한 계약보증금의 환수가 이루어지게 된다. 지체상금은 위약금 약정에 해당하며, 계약이 해제되는 경우에 국고에 귀속되는 계약보증금도 위약금 약정이라고 볼 수 있다.⁴⁶⁾ 이행불능이라는 채무불이행도 불공정 조달행위와 직접적으로 관련이 없으며, 부당이득의 환수약정도 적용되지 않는다.

V. 결론

조달계약의 계약상대자는 공정성을 위하여 입찰관련서류를 허위로 제출하지 않아야 할 의무, 직접생산의무, 원산지 표시의무, 계약규격 준수의무, 우대가격 유지의무 등의 의무를 부담한다. 이러한 의무의 위반행위를 불공정 조달행위라고 한다. 불공정 조달행위는 다른 입찰참가자에게 피해를 주고 국가의 조달질서를 어지럽히게 된다. 불공정 조달행위가 인정되면 계약상대자는 입찰참가 자격제한 등의 제재를 받을 수 있지만, 그러한 제재여부와 별도로 조달계약에서 얻은 영업이익을 국가에 반환하도록 할 필요가 있다. 불공정 조달행위를 하였음에도 불구하고 조달계약에서 이익을 누린다는 것은 타당하지 않기 때문이다. 따라서 조달계약을 위한 조달청의 특수조건에서는 불공정 조달행위가 인정되면 부당이득을 환수하도록 하는 조항이 포함되어 있다. 특수조건은 조달계약의 내용이 되므로 결국 국가와 계약상대자는 불공정 조달행위가 있는 경우에 조달계약에서 얻은 이익을 반환하기로 하는 합의, 즉 부당이득 환수약정을 한 것이다. 이러한 부당이득 환수약정에 따라 조달청은 불공정 조달행위가 있는 경우에 부당이득을 환수해 왔다. 그러나 법원에서 부당이득 환수약정을 채무불이행으로 인한 손해배상으로 해석함에 따라 국가가 불공정 조달행위로 인한 손해를 입증하지 못하면 부당이득 환수를 할 수가 없었다. 즉 계약상대자가 얻은 이익이 곧바로 국가의 손해가 되지 않기 때문에 법원이 국가의 부당이득 환수청구권을 부정하는 경우가 있었다.

그러나 불공정 조달행위로 인한 부당이득 환수는 그 법적 성질을 민법상 부당이득이나 채무불이행으로 인한 손해배상으로 볼 수는 없다. 만약 부당이득 환수가 민

45) 지체상금에 대해서는 대법원 2018. 10. 25. 선고 2015다221958 판결 참조.

46) 계약보증금에 대해서는 대법원 2006. 10. 26. 선고 2004다65282 판결 참조.

법상 부당이득의 반환이나 채무불이행으로 인한 손해배상에 해당한다면 계약당사자가 부당이득 환수에 대해서 별도로 약정할 필요가 없다. 부당이득 환수약정이 없더라도 민법에 근거하여 부당이득의 반환이나 손해배상을 청구할 수 있기 때문이다. 그리고 채무불이행으로 인한 손해의 입증이나 산정이 곤란한 경우에 위약금 약정을 하게 되는데, 불공정 조달행위로 인해서 계약상대자가 이익을 얻는 것은 분명하지만, 그로 인한 국가의 손해를 존재하지 않거나 입증하기 곤란하다. 따라서 부당이득 환수약정은 불공정 조달행위라는 채무불이행으로 인한 손해의 입증곤란에 대비하기 위한 위약금 약정이라고 보아야 한다. 만약 부당이득 환수를 민법상 부당이득 반환이나 채무불이행으로 인한 손해배상으로 본다면, 계약상대자가 얻은 이익이 국가의 손해로 인정되지 않을 가능성이 높기 때문에 결국 부당이득 환수를 할 수 없게 된다. 그렇다면 계약상대자는 불공정 조달행위에도 불구하고 조달계약에 따른 이익을 보유허할 수 있게 되고 결국 입찰참가자의 피해나 조달질서의 훼손에도 불구하고 조달계약을 통한 이익을 보유허하게 된다. 이러한 결과를 방지하기 위해서 부당이득 환수의 법적 성질을 위약금 약정으로 보아야 한다.

최근에 조달사업법에서 부당이득 환수에 관한 근거규정을 마련하였고, 조달청에서도 부당이득 환수약정을 위약금 약정으로 주장하면서 법원이 부당이득 환수청구권을 인정하고 있다. 그리고 특수조건도 더 이상 부당이득 환수 또는 이득의 환수라는 표현을 사용하지 않고 일반적인 위약금 약정과 마찬가지로 불공정 조달행위의 경우에 위약금 산정기준에 따른 금액을 계약상대자가 조달청에 지급하도록 규정하고 있다. 조달사업법과 특수조건의 개정 그리고 판례의 변화를 통하여 부당이득 환수의 법적 성질이 위약금 약정으로 정리되고 있으며, 불공정 조달행위로 인해서 계약상대자가 이익을 누리는 일은 방지할 수 있게 되었다. 이제 논의의 초점은 불공정 조달행위의 범주와 불공정 조달행위로 인한 계약상대자가 누리는 이익을 정교하게 파악하기 위한 방안에 맞추어질 필요가 있다.

[참고문헌]

<국내 문헌>

- 강신웅, “위약금에 관한 비교연구”, 「민사법학」, 한국민사법학회, 1996.
- 권세훈, “공공공사(公共工事) 입찰담합 손해배상제도의 개선방안 연구, -손해배상액 산정을 중심으로-”, 광운대학교 대학원 박사학위논문, 2020.
- 김대인, “불공정조달행위 행정조사법제에 관한 연구 - 조달청을 중심으로-”, 「행정법연구」 제56호, 행정법이론실무학회, 2019. 2.
- , “다수공급자계약의 법률관계”, 「지방계약연구」 제4호, 한국지방계약학회, 2012. 2.
- 김상중, “계약체결 이전 단계의 정보제공의무 - 외국 입법례와 비교에 의한 규정의 신설의 제안을 중심으로-”, 고려법학 제56호, 고려대학교 법학연구원, 2010. 3.
- 김상용, 「채권총론」, 법문사, 2004.
- 김용담(유남석집필), 「주식민법 채권총칙(2)」, 한국사법행정학회, 2013.
- 김형배, 「채권총론」, 박영사, 1999.
- 곽윤직(지원림집필), 「민법주해 IX」 (채권 2), §393, 박영사, 1995.
- 곽윤직, 「채권총론」, 박영사, 2002.
- 도재형, “국민건강보호법상 요양기관에 대한 부당이득금환수처분 취소소송에서의 쟁점”, 「노동법학」 제42호, 한국노동법학회, 2012. 06.
- 박영복, “계약교섭전단계의 법규범화”, 외법논집 10집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2001.
- 박인환, “계약체결과정에 있어서의 정보제공의무 - 독일에서의 논의를 계개로 하여 -”, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 2004.
- 송덕수, “민법상 착오에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 법학박사학위논문, 1989. 8.
- 서민, “손해배상액의 예정”, 「민사법학」 제7호, 한국민사법학회, 1988. 6.
- 위계찬, “계약체결과정에서의 설명의무의 근거”, 원광법학 제23권 2호, 원광대학교 법학연구소, 2007, 9.
- 이형식/김기환, “공공조달계약의 직접생산의무 위반 시 제재”, 「법학연구」 제32권 제3호, 충남대학교 법학연구소, 2021. 8.
- 장보은, “그들은 왜 위약금을 약정했을까? -손해배상액의 예정과 위약벌, 그 이분법을 넘어-”, 「법학평론」 제13권, 서울대학교 법학평론 편집위원회, 2023. 4.
- 전현철, “정부조달계약의 법적 성격과 계약자유의 원칙”, 「법학논총」 제46권 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2022. 3.
- 정기중, “국민건강보호법상 부당이득 환수와 제재적 처분”, 「KHU 글로벌 기업법무리뷰」 7-1, 경희법학연구소, 2014. 1.
- 한인상, “독일법상 위약금과 손해배상액예정의 구별”, 「법학논총」 제25권 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2008.
- 허명국, “위약금 약정의 체계적 재정립을 위한 시론”, 「법학연구」 제21권 제2호, 충남대학교 법학연구소, 2010. 12.

<판례>

대법원 1975.3.25. 선고 74다296 판결
대법원 1992.6.23. 선고 91다33070 전원합의체 판결
대법원 1993. 4. 23. 선고 92다41719 판결
대법원 1995. 9. 5. 선고 94다30867 판결
대법원 1997. 6. 27. 선고 95다19959 판결
대법원 2001. 1. 19. 선고 2000다42632 판결
대법원 2001. 12. 11. 선고 2001다33604 판결
대법원 2002. 5. 24. 선고 2000다72572 판결
대법원 2006. 10. 12. 선고 2004다48515 판결
대법원 2006. 10. 26. 선고 2004다65282 판결
대법원 2008. 11. 13. 선고 2008다46906 판결
대법원 2008. 5. 15. 선고 2007다88644 판결
대법원 2009. 8. 20. 선고 2008다19355 판결
대법원 2011. 2. 10. 선고 2009다81906 판결
대법원 2015. 6. 24. 선고 2015두35741 판결
대법원 2015. 7. 23. 선고 2012다15336, 15343, 15350, 15367, 15374, 15381, 15398, 15404 판결
대법원 2016. 1. 28. 선고 2013다207958 판결
대법원 2016. 7. 14. 선고 2012다65973 판결
대법원 2016. 7. 14. 선고 2013다82944, 82951 판결
대법원 2018. 10. 12. 선고 2016다243115 판결
대법원 2018. 10. 25. 선고 2015다221958 판결
대법원 2019. 4. 23. 선고 2015다28968, 2015다28975(병합), 2015다28982(병합), 2015다28999(독립당사자참가의소) 판결
대법원 2020. 1. 30. 선고 2019다278495 판결
대법원 2020. 10. 15. 선고 2020다239120 판결
대법원 2020. 5. 14. 선고 2018다298409 판결
대법원 2020. 5. 28. 선고 2017두66541 판결
대법원 2022. 4. 28. 선고 2021다212177 판결
대법원 2022. 7. 21. 선고 2018다248855, 248862 전원합의체 판결
대법원 2023. 10. 12. 선고 2022두68923 판결
대법원 2023. 2. 2. 선고 2022다286632 판결
대법원 2023. 4. 27. 선고 2021다262905 판결
서울고등법원 2022. 9. 22. 선고 2021나2031826 판결
대전지방법원 2021. 1. 14. 선고 2019나101371 판결
서울고등법원 2020. 5. 20. 선고 2019나2008533 판결
서울고등법원 2019. 9. 24. 선고 2018나2054393 판결
서울중앙지방법원 2019. 8. 21. 선고 2018가합535981 판결
대전고등법원 2019. 7. 10. 선고 2018누13474 판결

서울중앙지방법원 2018. 9. 7. 선고 2017가합564708 판결

[Abstract]

A Procurement Contract and Redemption of the Profit from any Unfair Procurement Practice

Young-doo Kim*

For fairness of procurement the other party to the procurement contract is obligated not to falsely submit bidding-related documents, to directly produce, to indicate the country of origin, to comply with contract standards, and to keep the contract price equal to or lower than the market transaction price. Violations of these obligations are called unfair procurement practices. In case of unfair procurement practices, the other party may be subject to sanctions such as prohibition of participating in bidding. However, it is necessary for Public Procurement Service('PPS') to redeem the profits obtained from the procurement contract, because it is not reasonable to allow the other party to hold the profits from the procurement contract despite unfair procurement practices.

The PPS's special terms for the procurement contract include provisions that require profits to be redeemed if unfair procurement practices are recognized. Since the special terms are the contents of the procurement contract, the state and the other party have eventually made an agreement to return the profits obtained from the procurement contract in the event of unfair procurement practices. In accordance with these profit redemption clause, PPS has recovered the other party's profits in cases of unfair procurement practices. However, as the court interpreted the profit redemption clause as damages for a breach of contract, it was difficult for PPS to redeem the profits if it fails to provide sufficient evidence to prove damages caused by unfair procurement practices.

The legal nature of the redemption of profits due to unfair procurement practices should not be regarded as restitution for unjust enrichment or damages for a breach of contract under civil law. If the redemption of profits is the restitution of unjust enrichment under civil law or the damages for a breach of contract, the parties to a contract do not need to make an agreement for the redemption of profits, because even if there is no clause for redemption clause, it is possible to claim the restitution of unjust enrichment or damages for a breach of contract under the civil law. A penalty clause is made when it is difficult to prove or calculate the damages caused by the breach of contract. Although it is clear that the other party to the procurement contract benefits from unfair procurement practices, it is difficult to prove the damages caused by unfair procurement practices. A redemption clause should be regarded as a penalty

* Chungnam University School of Law, Professor

clause for the difficulty of proving damages. If the redemption clause is regarded as the restitution of unjust enrichment or damages for the breach of contract, PPS is unable to redeem the profits because the profits of the other party does not correspond to damages of the state. In that case the other party is able to hold the profits of the procurement contract despite unfair procurement practices. In order to prevent these results, the legal nature of the redemption clause should be recognized as a penalty clause.

Recently, “Government Procurement Act” has established a basis for the redemption of profits, and the PPS also claims the redemption clause as a penalty clause, and the court recognizes the right to claim the return of profits. Special terms for the procurement contract no longer use the expression of unjust enrichment and specify that the other party is required to pay the amount based on the calculation clause of penalties in the case of unfair procurement practices.

It is now possible to claim that the legal nature of the redemption clause is a penalty clause through the revision of the Government Procurement Act and special terms for procurement contract, and changes in precedents. From now on the focus needs to be on the category of unfair procurement practices and an elaborate calculation of the profits of the other party who has caused unfair procurement practices.

Key Words: procurement contract, unfair procurement practices, redemption of profits, penalty clause, liquidated damages

행정구역 확정원리로서의 공유수면 매립지 경계확정 원리에 관한 일고찰

- 현재 2019.4.11. 2015헌라2에 대한 평석을 겸하여 -*

김주영**

논문요지

2023년 10월 당시 집권여당 대표에 의해 촉발된 경기도 김포시의 서울특별시 편입 추진 방안으로 인해 행정구역 개편에 관한 관심이 높아지고 있는 바, 기초자치단체의 소속 광역지방자치단체의 변경은 광역지방자치단체 간 이해관계의 상충을 가져올 수 있다. 이러한 상황은 정치적 상황에 따라서는 쉽게 해결되지 못한 채, 결국 사법적인 판단에 의존하게 될 가능성이 크다. 이러한 상황에서 행정구역의 확정과 관련한 헌법적 규율양상의 확인은 단순한 이론적 관심을 넘어 실무적인 측면에서 충분히 고려할 가치가 있다고 할 것이다.

이를 위한 기초 작업의 일환으로, 행정구역 확정과 관련한 법제의 규율양상과 함께, 권한쟁의심판의 형식으로 다수의 결정이 이루어진 공유수면 매립지에 대한 행정구역 설정에 관한 헌법재판소의 입장을 점검해 보는 것이 의미를 가질 수 있다. 특히 매립 전 공유수면의 해상경계선을 매립지의 관할구역 경계선으로 보아온 선례를 변경하여 제반 사정을 종합적으로 고려하여 형평의 원리에 따를 것을 제시한 현재 2019.4.11. 2015헌라2에 대한 분석을 통해서, 매립지 경계확정에 있어 기존 공유수면의 해상경계선을 고려하지 않고, 매립목적이나 매립주체의 지위 등을 적극적으로 고려하는 현재의 입장의 정당성을 확인하였고, 아울러 매립 후 잔존 공유수면의 관할권 문제 및 매립지에 대한 시효취득 고려 여부를 검토하였다.

결론적으로 매립지의 행정구역 설정과 관련하여 제반 사정을 전반적으로 검토하여 형평성을 추구하는 현재의 입장은 충분히 수긍할 수 있으나, 이를 “형평의 원리”로 개념화하는 것에 관하여는 다소간의 의문을 제기하며 추가적인 논의가 필요함을 확인하였다.

검색용 주제어: 권한쟁의, 공유수면 매립지, 행정구역 확정, 형평의 원리, 시효취득

· 논문접수: 2024. 01. 07. · 심사개시: 2024. 01. 11. · 게재확정: 2024. 01. 25.

* 본 논문은 현재 2019.4.11. 2015헌라2 사건의 피청구인측 참고인 진술을 위해 작성된 초고를 기반으로 학술논문으로 발전시킨 것으로, 초고 작성에 많은 도움을 주신 피청구인측 대리인, 특히 김의환, 강지현 변호사께 심심한 감사의 뜻을 표합니다.

** 명지대학교 법학과 교수, 법학박사.

I. 서론

2023년 10월 당시 집권여당 대표에 의해 촉발된 경기도 김포시의 서울특별시 편입 추진 방안으로 인해 행정구역 개편에 관한 관심이 높아지고 있다. “지방시대”로 대표되는 지방균형발전이라는 정부의 기본 정책에도 어긋나는 충선용 급조정책이라는 일각의 비판 속에서도 여당은 뉴시티 프로젝트 특별위원회를 구성하여 김포시와 구리시를 서울에 편입시키는 「경기도와 서울특별시 간 관할구역 변경에 관한 특별법안」 두 건을 국회에 발의한 상태이고,¹⁾ 그에 그치지 않고 이른바 “메가시티 서울” 건설을 위해 추가적으로 하남시를 비롯한 주변 도시들의 편입 여부를 검토 중인 것으로 알려졌다.²⁾ 그렇지만 광역지방자치단체 경기도의 기초지방자치단체인 김포시 등의 서울특별시로의 편입은 서울특별시와 경기도의 이해관계의 상충을 가져올 수 있다. 이러한 상황은 정치적 상황에 따라서는 쉽게 해결되지 못한 채,³⁾ 결국 사법적인 판단에 의존하게 될 가능성이 크다.

이러한 상황에서 행정구역의 획정과 관련한 헌법적 규율양상의 확인은 단순한 이론적 관심을 넘어 실무적인 측면에서 충분히 고려할 가치가 있다고 할 것이다. 이를 위한 기초 작업의 일환으로, 행정구역 설정과 관련한 법제와 함께 공유수면⁴⁾ 매립지에 대한 행정구역 설정에 관한 헌법재판소(이하 “헌재”)의 입장을 점검해 볼 필요가 있다.⁵⁾ 이는 종래 시·군 통합 과정에서 주로 발생했던 행정구역을 둘러싼 갈등

1) 두 건 모두 여당의 뉴시티 프로젝트 특별위원회 위원장을 맡고 있는 조경태 의원이 대표발의한 것으로 2023년 11월 16일 발의한 법안(의안번호: 2125493)은 김포시의 서울 편입을, 동년 12월 19일 발의한 법안(의안번호: 2125963)은 구리시의 서울 편입을 각각 규정하고 있다.

2) 대표적으로 2023년 11월 17일자 경향신문 사설, “행정권역부터 합치자는 ‘서울 확장 특별법’, 충선용 아닌가”, <https://www.khan.co.kr/opinion/editorial/article/202311171919011> (2023년 12월 31일 최종확인) 등을 참조.

3) 최근의 행정구역 변경 사례로 2023년 7월 1일 시행된 「경상북도와 대구광역시 간 관할구역 변경에 관한 법률」(법률 제19155호)에 의한 경상북도 군위군의 대구광역시 편입은 대구경북통합신공항 사업의 추진이란 목표 아래 상대적으로 순조롭게 진행된 바 있으나, 김포시의 서울 편입과 관련하여 헌 경기도지사는 분명한 반대 입장을 표명하고 있다. 관련 내용은 김보미·유정선 기자, “오세훈-김동연-유정복 ‘김포 편입’ 확인한 의견차 확인…수도권 현안 해결 불씨 우려” 경향신문 2023년 11월 16일 기사, <https://www.khan.co.kr/politics/politics-general/article/202311162013001> (2023년 12월 31일 최종확인) 등을 참조.

4) 「공유수면 관리 및 매립에 관한 법률」(법률 제19133호)에 의하면 “공유수면”이란 바다(「해양조사와 해양정보 활용에 관한 법률」 제8조제1항제3호에 따른 해안선으로부터 「배타적 경제수역 및 대륙붕에 관한 법률」에 따른 배타적 경제수역 외측 한계까지의 사이), 바닷가(「해양조사와 해양정보 활용에 관한 법률」 제8조제1항제3호에 따른 해안선으로부터 지적공부(地籍公簿)에 등록된 지역까지의 사이) 그리고 하천·호소(湖沼)·구거(溝渠) 그 밖에 공공용으로 사용되는 수면 또는 수류(水流)로서 국유인 것을 의미한다(법 제2조 제1호).

5) 사전적으로 “행정 기관의 권한이 미치는 범위의 일정한 구역”으로 정의되는 ‘행정구역’이란 용어는 「공직선거법」상 선거구 획정의 기본적인 고려요소(동법 제25조, 제26조)로 활용되는 등 법률용어 및 일상용어로 많이 사용되고 있지만, 정작 「지방자치법」은 단순히 ‘구역’ 혹은 ‘관할 구역’이란 용어를 주로 사용하고(동법 제5조 등), ‘행정구역’이란 용어는 지방자치단체의 사무 범위를 규정하면서(동법 제13조) “지방자치단체의 구역, 조직, 행정관리 등”의 사무에 “관할구역 안 행정구역의 명칭·위치 및 구역의 조정”이라는 규정을 두고 있을 뿐이다(동조 제2항 제1호 가목). 이에 관련 논의들이 주로 ‘관할구역’을 중심으로 논의를 전개하는 경향이 있으나, 본 고에서는 보다 분석적인 관점에서, 관할구역 등의 기초 구역으로서의 ‘행정구역’을 중심으로 논의하고자 한다. 이와 관련하여 “행정구역은 국가(중앙정부)적 관점에서 통치를 위한 구역이고, 자치구역은 주민이 선출한 대표들로 구성된 자치단체의 통치

이, 최근에는 국가 혹은 지방정부의 지역개발 과정에서 공유수면의 매립을 통해 형성된 새로운 토지(이하 “매립지”로 약칭)에 대한 행정구역 설정과 관련한 갈등이 증가하는 실정⁶⁾에 따라 현재의 권한쟁의심판 결정이 지속적으로 이루어진 바, 행정구역 획정에 관한 현재의 입장을 가장 분명하게 확인해 볼 수 있는 자료이기 때문이다.⁷⁾ 아울러 현재의 권한쟁의심판 결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속하는 효력을 갖기 때문에(「헌법재판소법」 제67조), 모든 국가기관은 현재 결정의 내용을 자신의 판단 및 조치의 기초로 삼아야 함⁸⁾을 염두에 둔다면 그 의미는 더욱 크다 할 것이다.

이러한 맥락에서 본고에서는 특히 종전 공유수면의 해상경계선을 매립지의 관할 경계선으로 인정해 온 기존 선례의 법리를 변경하여 형평의 원칙에 따라 매립지의 관할 경계를 확정하여야 한다는 “새로운 법리를 매립지의 관할경계에 관한 권한쟁의심판사건에 적용한 최초의 사례”⁹⁾로 평가되는 현재 2019.4.11. 2015헌라2[경상남도 사천시와 경상남도 고성군 간의 권한쟁의(공유수면 매립지에 대한 관할확인 사건)] 결정(이하 “대상결정”)을 중점적으로 검토해 보고자 한다. 이에 이하에서는 대상결정 이전까지의 공유수면 매립지의 경계획정 양상을 법제와 판례의 측면에서 간단히 개관하고(II), 대상결정의 사건개요와 결정요지를 정리한 후(III) 대상결정의 주요 논점을 분석하고 평가해 보도록(III) 하겠다.

구역으로 양자를 구분해서 사용할 필요가 있다”라는 지적은 경청할 만하다. 김종백·하정봉·곽창규, 『지방자치의 새로운 이해』(서울: 박영사, 2023), 33면.

- 6) 이동기, “해상경계 행정구역설정을 둘러싼 갈등쟁점과 정책방향”, 『한국지방자치학회보』 제17권 제1호(2005), 69면. 엄밀하게는 ‘공유수면’의 ‘해상’경계 문제와 공유수면 ‘매립지’의 (‘육상’)경계 문제는 구분이 필요하겠지만, 이러한 문제상황은 근본적으로 육지에서와 같은 명확한 경계선이 공유수면에 존재하지 않기 때문에 발생하는 것이라 할 수 있으며[김재광, “지방자치단체의 구역과 해상경계획정에 관한 소고”, 『토지공법연구』 제19집(2003), 435면], 특히 공유수면에 경계를 설정하는 명확한 법적 기준의 부재(不在)가 그 해결을 더욱 어렵게 만들고 있다는 지적이 있다. 해상경계분쟁의 원인에 관한 보다 자세한 논의는 계기석, “지방자치단체 해상경계분쟁의 원인과 해소방안”, 『국토연구』 제51권(2006), 64~65면을 참조.
- 7) 다만 2009년 4월 법률 제9577호로 개정된 「지방자치법」이 공유수면 매립지의 관할과 관련한 행정안전부 장관의 결정에 대하여 대법원에 소송을 제기할 수 있도록 규정한 내용이 현재까지 유지되고 있는 바, 이를 매립지 경계획정에 관한 헌법재판소의 권한쟁의심판 관할권을 배제하는 것으로 볼 것인지에 대해서는 의견이 갈린다. 이에 관해 박진영, “공유수면 매립지의 행정구역 귀속과 관련한 권한쟁의심판청구의 적법성 고찰 - 2009.4.1. 지방자치법(법률 제9577호) 제4조의 개정 이후에도 헌법재판소가 여전히 그 권한쟁의심판권을 가지는지 여부와 관련하여 -”, 『헌법학연구』 제24권 제4호(2018), 219~222면은 “보충성의 원칙”에 입각하여 현재의 관할권을 부정하고 있으나, 헌법재판소, 『헌법재판실무제요(제3개정판)』(서울: 헌법재판소, 2023), 473면은 원론적인 측면에서 현재의 권한쟁의심판 대상성을 인정하면서도 현재 2020. 7. 16. 2015헌라3, 판례집 32-2, 1면 이하의 별개의견 및 반대의견을 함께 소개하고 있다. 같은 책 474면.
- 8) 헌법재판소, 위의 책, 507면. 다만 결정의 기속력의 범위와 관련하여 결정주문에 기속력이 인정된다는 데에는 이론이 없지만, 결정이유에까지 기속력이 인정되는가에 대해서는 견해가 갈린다. 공유수면 매립지 관련 권한쟁의심판 결정의 기속력에 관한 논의는 박진영, “공유수면매립지 행정구역 귀속에 관한 권한쟁의심판 결정의 기속력 - 현재 2004. 9. 23. 2000헌라2 결정과 개정된 지방자치법 제4조 제3항 내지 제9항을 중심으로 -”, 『헌법재판연구』 제3권 제1호(2016), 20~21면을 참조.
- 9) 이미래, “경상남도 사천시와 경상남도 고성군 간의 권한쟁의”, 『헌법재판소 결정해설집(2019년)』(서울: 헌법재판소, 2020), 99면.

II. 대상결정 이전까지의 공유수면 매립지의 경계확정 양상

이미 언급한 바와 같이 증가일로에 매립지 경계와 관련한 갈등은 공유수면에 대한 불명확한 경계, 경계를 설정하는 명확한 법적 기준의 부재라는 규범적 측면의 미비점과 함께 지방자치단체(및 그 주민)의 이해관계의 대립이라는 복잡한 역학관계 속에서 자발적 합의나 행정적 조정에 의해서 해결되지 못한 채 결국 사법부의 판결에 의존하는 경우가 잦아지고 있다.¹⁰⁾ 특히 새롭게 조성된 매립지의 면적만큼 지방자치단체의 관할권이 확대될 뿐만 아니라,¹¹⁾ ‘행정구역’의 면적에 따라 배분되는 중앙정부의 교부세액이 증가하고¹²⁾ 또 매립된 토지에 대한 지방세 부과도 가능하게 됨으로써¹³⁾ 지방자치단체간의 재정적인 이해관계까지 맞물리게 되다 보니 매립지의 경계를 둘러싼 갈등의 해결은 더욱 어려워지는 상황이 초래되게 된다고 할 수 있다. 이하에서는 이와 관련한 대상결정 이전의 공유수면 매립지 경계확정 양상을 법제와 판례의 측면에서 간략하게나마 정리해 보기로 한다.

1. 법제

거듭 언급하게 되지만, 매립이 이루어지는 공유수면에 명확한 경계선이 설정되어

10) 계기석, 앞의 글, 58면.

11) 관련되는 사항으로는 그 지적등록과 함께 당해 토지 이용과 관련된 인·허가권의 행사 주체의 결정, 당해 매립토지(특히 방조제)상 도로의 지정 및 도로관리청의 결정, 당해 토지 내의 상수도, 전기, 가스공급 및 쓰레기 처리 등 인프라 건설과 관리 주체의 결정, 기타 공안행정의 관할구분 등을 들 수 있을 것이다. 김해룡, “공유수면 매립지 행정구역(귀속) 결정에 관한 법제 소고”, 『토지공법연구』 제64집(2014), 4면.

12) 「지방교부세법」(법률 제17893호) 제7조가 규정하는 기준재정수요액의 결정에, 「지방교부세법 시행령」(대통령령 제34078호) 제5조(측정항목 및 측정단위) 및 「지방교부세법 시행규칙」(행정안전부령 제446호) 제4조(단위비용)에 따라 지방자치단체의 ‘행정구역 면적’이 한 부분을 차지한다.

측정항목·측정단위별 단위비용(「지방교부세법 시행규칙」 제4조제1항 관련)

측정항목		측정단위	표시단위	지방자치단체	단위비용 (단위: 원)
4. 지역경제비	바. 지역관리비	행정구역 면적	천 제곱미터	특별시	325,620
				광역시	325,620
				특별자치시	325,620
				도	9,100
				시	111,480
				군	48,410

※ 단위비용 산정방식: $\frac{\text{동종 지방자치단체의 측정항목별 표준행정수요액의 합}}{\text{동종 지방자치단체의 측정항목별 측정단위 수치의 합}}$

13) 이동기, 앞의 글, 70면. 강기홍, “공유수면 매립지의 경계분쟁에 대한 법적 고찰: 독일의 유사사례와 관련하여”, 『(단국대학교 분쟁해결연구소) 분쟁해결연구』 6권 2호(2008), 38면 역시 지방자치단체가 매립지를 자신의 행정구역으로 귀속시키려는 이유 가운데 가장 중요한 것으로 매립지에 설치되는 산업단지 등을 통해 확보할 수 있는 상당한 지방세액을 꼽고 있다.

있지 못하다는 점과 함께 이러한 경계선을 획정할 만한 법적 규정이 존재하지 않는다는 것이 매립지 경계획정을 둘러싼 분쟁이 발생하는 근본적인 이유로 꼽힌다. 이러한 점을 염두에 두는 가운데 매립지의 경계선 획정과 관련하여 참고가 될 만한 법규정을 살펴보기로 한다.

대상결정 당시, 우리나라의 지방자치단체의 명칭과 구역에 관한 가장 기본적인 규정을 두고 있는 「지방자치법」(법률 제14839호)의 ‘구역’에 관한 규정은 다음과 같았다.¹⁴⁾

「지방자치법」 제4조(지방자치단체의 명칭과 구역) ① 지방자치단체의 명칭과 구역은 종전¹⁵⁾과 같이 하고, 명칭과 구역을 바꾸거나 지방자치단체를 폐지하거나 설치하거나 나누거나 합칠 때에는 법률로 정한다. 다만, 지방자치단체의 관할 구역 경계변경과 한자 명칭의 변경은 대통령령으로 정한다.

아울러 2009년 4월 개정(법률 제9577호) 이후 「지방자치법」은 공유수면의 매립지의 경계결정에 관한 규정(법 제4조 제3항~제9항)을 마련함에 따라서, 동법 시행 이후 매립이 이루어진 매립지의 경우에는¹⁶⁾ 이 규정들이 적용되게 되었다. 다만 새롭게 마련된 규정 역시 매립지 경계결정의 주체와 결정절차와 관련한 규정만을 마련하였을 뿐 실체적 기준을 실시하지 않고 있어, 결국 이 새로운 경계결정 제도의 운영과정에서 형성되는 결과들을 통해 실체적인 기준을 확보해야 하는 과제가 남겨져 있었다.

이후 이러한 규정들은 2021년 1월 「지방자치법」의 전부개정(법률 제17893호)에 의해 큰 변화를 겪게 되는데, 이 개정법률에서는 지방자치단체의 명칭과 구역에 관한 조항이 제5조로 옮겨지면서 이전보다 상세한 규정을 두게 되었고,¹⁷⁾ 지방자치단체 관할 구역 경계변경에 관한 규정이 신설되어, 관할 구역 경계변경의 사유와 경계변경 절차가 규정되게 되었다(법 제6조).¹⁸⁾ 그렇지만 이 개정법률 역시 관할 구역의 변

14) 동조항은 2009년 4월 1일 법률 제9577호로 개정된 내용이다.

15) 여기에서 “종전의 구역”이란 최초의 지방자치법 시행 당시의 관할구역으로 “종전의 구역”의 기준이 되는 시점은 형식적으로는 「지방자치법」이 제정·시행된 1949년 7월 4일을 들 수 있겠으나, 실질적으로는 그 연원을 그보다 훨씬 이전으로 볼 수 있다는 것이 통설적인 견해이다. 지방자치단체의 관할구역에 관한 대한민국 정부수립 이전의 규율 양상에 관한 내용은 박윤훈, “바다에서의 지방자치단체간의 경계선”, 『토지보상법연구』 제11집(2011), 232~233면을 참조.

16) 보다 정확하게는 2009년 개정 「지방자치법」 부칙 제2조(적용례)에 따라 법 시행 전에 준공검사를 받은 매립지라 하더라도 지적공부에의 등록이 법 시행 후에 이루어지게 되면 새로운 절차가 적용되게 된다.

17) 구체적으로 매립지 및 등록 누락지가 속할 지방자치단체 결정 절차를 개선하여, 종전에는 행정안전부장관이 매립지 및 등록 누락지가 귀속될 지방자치단체를 결정에 있어서 이의제기기간 동안 아무런 이의제기가 없는 경우에는 지방자치단체중앙분쟁조정위원회의 심의·의결 없이 매립지 등이 귀속될 지방자치단체를 결정하도록 그 절차를 간소화하였고(동조 제7항 제2호), 매립지 귀속과 관련되어 시·군·구 상호 간 비용 분담 등에 대하여 분쟁이 발생하는 경우에는 지방자치단체중앙분쟁조정위원회에서 매립지 귀속 결정과 함께 병합하여 심의·의결하여 행정안전부장관이 조정하도록 함으로써 매립지 귀속 결정과 관련된 분쟁을 보다 효율적으로 해결할 수 있도록 하였다(동조 제11항).

18) 동조 제1항은 관할 구역 경계변경 사유로 “관할 구역과 생활권과의 불일치 등으로 인하여 주민생활에 불편이 큰 경우”만을 명시하고 그 밖의 사유를 대통령령으로 위임하고 있는데, 관련 내용은 「지방자치법 시행령」(대통령령 제33966호) 제4조가 규정하고 있다.

경에 관한 어떠한 실체적 기준도 명시하지 않고 있어,¹⁹⁾ 이를 확보해야 하는 과제는 여전히 남겨져 있다고 할 수 있다.²⁰⁾ 이에 매립지 경계확정에 관한 판례 검토의 중요성은 더욱 커질 수밖에 없다.

2. 판례

2009년 「지방자치법」의 개정으로 인해 상황이 다소 변화하긴 했지만, 종래 매립지에 관한 분쟁의 해결은 각 시도에 마련된 분쟁조정위원회를 거쳐 현재의 기관간 권한쟁의심판에 의존하는 경우가 일반적이었기 때문에 매립지의 경계결정과 관련해서는 현재의 결정례들이 특히 중요성을 가진다고 할 수 있겠다.

매립지의 경계확정에 있어서 현재의 초기 입장(이하 “2004년 현재결정”)은, 지방자치단체가 관할하는 공유수면의 행정구역 경계에 관한 법률 규정의 부재로 인해 공유수면에 대한 행정구역을 구분하는 법률상의 경계는 존재하지 않지만, 지방자치단체 등의 행정기관이 개별법률들에 의한 행정권한을 행사함에 있어서 기존 기본지형도상의 해상경계선이 행정관습법 혹은 행정판례법상 경계선으로 인정되고 있음을 이유로, 국립지리원이 간행한 지형도상의 해상경계선을 “불문법상의 해상경계선”으로 보는 입장을 취하는 가운데,²¹⁾ “종래 특정한 지방자치단체의 관할구역에 속하던 공유수면이 매립되는 경우에도, **법률 또는 대통령령 등에 의한 경계변경이 없는 한**, 그 매립지는 당해 지방자치단체의 관할구역에 편입된다”고 하여 이러한 불문법상 해상경계선의 “**법률 또는 대통령령에 의한**” 변경 가능성을 인정하고 있었다(강조는 필자. 이하 같음).²²⁾

19) 현재 2020. 7. 16. 2015헌라3, 판례집 32-2, 1, 21면의 재판관 2인의 반대의견은 “2009. 3. 경 국회 행정안전위원회에 제출된 지방자치법일부개정법률안 심사보고서를 살펴보면, ‘다만, 신규토지에 대한 관할구역에 관한 문제는 해당 지방자치단체 간 침해한 이해관계가 존재하고 있는 사안인바, 개정안에서는 동 사안을 중분위를 통해 결정하도록 하고 있으나, 그 심의 시 구체적인 고려사항, 객관적인 판단기준 등을 제시할 필요가 있는 것으로 보임’이라는 의견이 있었으나, 이것은 최종입법에 반영되지 않아 결국 중분위, 행정안전부장관에게 공유수면 매립지의 소속 지방자치단체를 심의·의결, 결정하도록 함에 있어서 그 실체법적 기준이나 원칙이 새로 마련되지 않은 상태로 법 개정이 이루어졌”음을 확인하고 있다. 한편 대법원 2021. 2. 4. 선고 2015추528 판결[평택당진항매립지일부구간귀속지방자치단체결정취소]은 「지방자치법」이 매립지 관할 귀속에 관한 의결·결정의 실체적 결정기준이나 고려요소를 구체적으로 규정하지 않았다고 하더라도 지방자치제도의 본질을 침해하였다거나 명확성원칙, 법률유보원칙에 반한다고 볼 수는 없다고 판시한 바 있다.

20) 이러한 상황은 법률 제19241호로 2023년 3월 21일 개정되어 2023년 9월 22일부터 시행중인 현행 「지방자치법」에도 변함없이 이어지고 있다.

21) 현재 2004. 9. 23. 2000헌라2, 판례집 16-2상, 404면 이하. 이 결정에는 국립지리원의 지형도의 해상경계표시의 지방자치단체의 관할구역 판단에 있어서의 법적구속력·입증력을 부정하고, 지형도에 따른 지방자치단체의 해상경계 결정 관행의 존재도 인정하기 곤란하며, 그 관행이 법적 확신에 의해 관습법이 되었다고 인정할 증거도 없으며, 지방자치법 제4조 제1항은 종전에 행정구역이 확정되어 있을 때 그 확정된 구역을 변경하지 아니하고 그대로 둔다는 것을 의미함을 이유로, “이 사건의 경우와 같이 바다를 매립하여 생성된 토지는 종전에는 존재하지 아니하였던 새로운 토지가 생겨난 것이므로, 종전에 존재하던 것에 의하여 정하여진 기준이 적용될 여지가 처음부터 없다”는 반대의견(4인)이 있었다.

22) 현재 2006. 8. 31. 2003헌라1, 판례집 18-2, 319면 이하. 이 결정에서도 공유수면에 대한 지방자치단체의 자치권한의 존재를 부정하는 가운데 지형도상에 표시된 해상경계선의 법적 구속력을 부정하고, 설령 **공유수면에 대하여 지방자치단체가 관할권한을 가진다고 하더라도 공유수면을 매립하여 새로 생성된 토지에 대해서는 그 관할구역을 정하는 법령이**

2009년 「지방자치법」 개정 이후인 2010년의 결정(이하 “2010년 현재결정”)²³⁾에서도 이러한 입장이 그대로 유지되는 가운데, “... 지방행정구역 중 해상경계선은 조선총독부 육지측량부가 제작한 지형도상에 표시되어 있었고, 이는 해방 이후 간행된 국가기본도에도 대부분 그대로 표시되었으므로 **다른 특별한 사정이 없는 이상** 국토지리정보원에서 간행된 국가기본도가 해 상경계선 확정의 중요한 기준이 된다 할 것”이라면서, 지형도상 해상경계선에 기반한 경계획정에 있어서 “**특별한 사정**”을 고려할 수 있는 단서를 추가한 바 있다. 아울러 이 결정에서는 “(매립 이후에) 이와 같이 육상경계선이 변경되었다하여 별도의 법령상의 근거도 없이 당연히 그 연안의 해상경계선까지 육상경계의 연장선으로 변경되는 것으로 볼 수는 없다 할 것이고, 다만 육지경계선의 변경에 기초한 새로운 해상경계선에 관하여 새로운 행정관습법이 성립될 여지가 있을 뿐”이라고 하여, 매립 후 **잔존 공유수면의 해상경계 설정에 관한 기준**을 제시하고 있기도 하다.

이후 현재는 “주민, 구역과 자치권을 구성요소로 하는 지방자치단체의 관할구역에 경계가 없는 부분이 있다는 것은 상정할 수 없다”는 전제하에, “지형도상의 해상경계선이 명시적으로 표시되어 있지 않은 경우에는 행정관습법이 존재한다면 이에 의하고, 행정관습법이 성립하지 아니한 경우에는 지형도에 표시된 해상경계선에서 합리적으로 추단할 수 있는 해상경계선에 의하여야 할 것”이라고 하여 지형도상의 해상경계선 이외의 행정관습법의 존재가능성을 시사하고, 지형도상의 해상경계선에서 합리적으로 추단가능한 **별개의 해상경계선의 존재가능성**을 인정한 바 있다.²⁴⁾ 다만 이 결정에서는 소위 ‘종전성(從前性)’의 판단에 있어서 “(1988년 이후 법령에 의해 분구(分區)가 이루어진 경우) 구 지방자치법 제4조 제1항에서 관할구역의 경계를 정하는 기준으로서의 ‘종전’의 범위는 1948. 8. 15. 당시로 소급할 수 없고, ... (분구되어 신설된) 1988. 1. 1. 당시 ... 관할구역의 경계가 일응 그 기준이 된다고 할 것”임을 실시하여, 상대적으로 오래되지 않은 지형도상의 (육상경계선의 직선으로의 연장이라는) **다소 예외적으로 설정된** 해상경계선을 경계도출의 기준으로 삼을 수는 없다고 판단한 바 있다.²⁵⁾

새롭게 제정되지 않는 한, 지방자치단체의 관할권한을 인정할 수 없다면서, “새로 조성된 육지의 관할구역에 관한 아무런 법령도 마련되어 있지 않은 이상 공유수면 매립지에 지방자치단체의 관할권한을 인정할 수 없다”는 반대의견(3인)이 있었다.

23) 현재 2010. 6. 24. 2005헌라9 등, 판례집 22-1하, 374면 이하. 동결정에서 반대의견(2인)은 영해구역의 해역에 대해서는 1948. 8. 15. 현재나 그 전후로도 법령의 정비가 이루어지지 않고 있고, 그동안의 행정관습에 의하여 영해구역 내에 지방자치단체의 관할구역과 경계가 명확하게 형성되었다고 보기도 어렵다면서, “바다를 매립하여 육지를 조성하는 경우에는 매립지를 조성한 주체와 목적, 비용부담관계, 매립지의 이용상황, 인접지와의 연결관계, 행정관할의 효율성 기타 모든 사정을 종합하여 매립지에 대한 행정관할구역을 법령으로 정하는 것이 타당하다”고 실시한 바 있다.

24) 현재 2011. 9. 29. 2009헌라5, 판례집 23-2상, 553면 이하.

25) 이 결정에는 “영해구역을 지방자치단체별 관할구역으로 구분하려면 법령에 의하여 영해구역에 대한 지방자치단체의 관할구역과 경계가 정해져야 하지만, 1948. 8. 15. 당시는 물론 그 전후로도 지방자치단체의 관할구역이 법령으로 정해진 적이 없고, 또 그 동안의 행정관습에 의하여 영해구역 내에 지방자치단체의 관할구역과 경계가 명확하게 형성되었다고 보기도 어렵다. 다수의견은 영해구역에 대한 지방자치단체의 관할구역이 정해져 있다고 보면서 국가기본도상의 해상경계선을 근거로 내세우고 있으나, 국가기본도상의 해상경계선은 섬의 소속을 표시하는 것에 불과하고, 지방자치단체 관할권의 범위를 확정하는 법적 기준이 될 수는 없다. 지방자치단체 사이에 현실적으로 존재하는 관할분쟁을 해결할 필요가 있다고 하더라도, 그러한 분쟁을 해결할 기준은 헌법과 법령에 의하여 정해져야 하고, 헌법재

2013년에는 매립지의 경계결정에 있어서 특히 중요한 의미를 가지는 대법원의 판결이 이루어지는데,²⁶⁾ 이 판결에서는 2009년의 「지방자치법」 개정을 통해 종전의 불합리한 해상경계선의 관습법적 효력의 변경 내지 제한의 확인(선언), 매립지귀속 결정에 있어서 (당시의) 안전행정부의 형성의 자유 및 그 한계의 존재 확인, 공유수면 매립지의 행정구역 귀속결정을 위한 합리적인 기준마련의 방향 제시 등이 이루어졌다.

이 판결에서 대법원은 2009년 「지방자치법」의 개정이 매립지의 관할구역 결정에 있어 기존의 지형도상 해상경계선이 더이상 **절대적인** 기준이 될 수 없음을 선언하고, 매립지의 토지이용계획에 맞는 구역 결정을 통한 효율적인 신규토지의 이용이 우선적으로 고려되어야 한다는 점을 분명히 한 것으로 보고, 매립지가 속할 지방자치단체를 정함에 있어 고려하여야 할 관련 이익의 범위 등의 일반적 고려 사항으로, ① **효율적인 신규토지의 이용** ② **해상경계선만이 아닌**, 매립지와 인근 지방자치단체 관할구역의 연결 형상, 연결관계 및 거리, 관할의 경계로 쉽게 인식될 수 있는 도로, 하천, 운하 등 자연지형 및 인공구조물의 위치 등을 고려하여 매립지가 토지로 이용되는 상황을 전제로 한 **합리적인 관할구역 경계 설정** ③ 매립지와 인근 지방자치단체의 연결관계 및 거리, 도로, 항만, 전기, 수도, 통신 등 기반시설의 설치·관리, 행정서비스의 신속한 제공, 긴급상황 시 대처능력 등 여러 요소를 고려한 **행정의 효율성** ④ 매립지와 인근 지방자치단체의 교통관계, 외부로부터의 접근성 등을 고려하여 매립지 거주 주민들의 입장에서 어느 지방자치단체의 관할구역에 편입되는 것이 **주거생활 및 생업에의 편리성** ⑤ 매립으로 인하여 인근 지방자치단체들 및 그 주민들은 그 인접공유수면을 상실하게 되므로 이로 인하여 잃게 되는 지방자치단체들의 해양 접근성에 대한 **연혁적·현실적 이익 및 그 주민들의 생활기반 내지 경제적 이익**을 제시한 바 있다.

이러한 대법원 판결 이후인 2015년 현재의 입장 역시 큰 변화를 보인다(이하 “2015년 현재결정”).²⁷⁾ 즉, 기존의 “공유수면에 대해서도 지방자치단체의 자치권한이 미친다”는 전제와 “(지방자치법 제4조 제1항의) ‘종전’이라는 기준은 … 1948. 8. 15. 당시 존재하던 관할구역의 경계가 원천적인 기준이 된다”는 전제를 유지하면서도, “지금까지 우리 법체계에서는 공유수면의 행정구역 경계에 관한 **명시적인 법령상의 규정이 존재한 바 없으므로, 공유수면에 대한 행정구역 경계가 불문법상으로 존재한다면 그에 따라야 한다**. 만약 … 불문법도 존재하지 않으면, … 헌법재판소가 지리상의 자연적 조건, 관련 법령의 현황, 연혁적인 상황, 행정권한 행사 내용, 사무처리의 실상, 주민의 사회·경제적 편익 등을 종합하여 **형평의 원칙**에 따라 합리적이고 공평하게 해상경계선을 확정할 수밖에 없다”는 경계확정의 일반적인 기준을 실시

판소가 권한쟁의의 심판기준을 입법할 수는 없다 할 것인데, 이 사건 계쟁지역과 관련하여 매립 전의 바다에 대해서나 매립 후의 육지에 대해서 지방자치단체의 관할구역을 정하는 법령이 제정된 바 없어, 청구인이 이 사건 계쟁지역에 대하여 관할권을 주장할 법적 근거가 없다고 할 것이므로, 피청구인 연수구에 대한 심판청구는 기각되어야 할 것”이라는 별개의견(1인)이 존재한다.

26) 대법원 2013. 11. 14. 선고 2010추73 판결[새만금방조제일부구간귀속지방자치단체결정취소], 공2013하, 2222. 이 판결에 관한 보다 자세한 논의는 김희곤, “새만금 방조제의 행정관할 관련 대법원판결의 의의와 과제”, 『공법연구』 제42집 제3호(2014), 263~279면을 참조.

27) 현재 2015. 7. 30. 2010헌라2, 판례집 27-2상, 54면 이하. 동 결정에 대한 평석은 남복현, “권한쟁의 심판에 있어 결정의견 변경이 지닌 법적 효과와 적용사례 분석 - 현재 2015.7.30. 2010헌라2결정을 중심으로”, 『(한국법정책학회)법과 정책연구』 제16집 제2호(2016) 참조.

한 후, “국가기본도상의 해상경계선은 … 여러 도서 사이의 적당한 위치에 각 소속이 인지될 수 있도록 **실지측량 없이 표시한 것에 불과**”하다는 판단하에²⁸⁾ 과거 국가기본도상의 해상경계선에 인정했던 불문법상 효력을 부정한 바 있다.²⁹⁾ 단, 이 결정은 매립지가 아닌 해상경계선에 관한 것으로, 매립지의 경계획정에 관한 결정은 항을 바꿔 살펴 볼 대상결정에서 비로소 이루어지게 된다.

3. 정리

매립지 경계설정과 관련한 문제들이 지속적으로 발생함에 따라 학계에서도 미국³⁰⁾이나 독일,³¹⁾ 일본³²⁾과 같은 주요 국가의 관련 사례들을 소개하는 가운데, 매립지의 경계결정에 관한 다양한 논의들을 진행해 왔다. 매립지 경계설정 분쟁의 해결을 위한 견해들 가운데 대표적인 견해들로는 우선 특히 지형도상 해상경계선을 중시하는 입장과³³⁾ 해상경계선이 아닌 보다 다양한 요소들을 고려할 것을 주장하는 견해,³⁴⁾ 그리고 양자의 절충설³⁵⁾로 크게 구분할 수 있을 것이다.

28) 다만 2004년 현재결정의 국가기본도상 해상경계선에 대한 불문법상 효력 인정은 그 경계선의 정확정보다는, 공유수면상 행정구역을 구분하는 법률상 경계가 존재하지 않는 가운데 ① 지방자치단체 등의 행정기관의 개별법률들에 의한 행정권한 행사에 있어 지형도상의 해상경계선을 행정구역 경계선으로 인정해 온 행정관행의 존재, ② 이러한 행정관행의 오랜 지속 ③ 지형도상 해상경계선이 해상에서의 행정구역 경계선이라는 점에 대한 지방자치단체들과 일반국민들의 법적 확신이 존재한다는 것에 의존했던 것임을 감안하면, 보다 적극적인 논거의 제시가 필요하지 않았을까 하는 아쉬움이 남는다.

29) 여기에 대해서는 지방자치단체의 경계획정에는 주민들의 생활권역에 대한 종합적 고려가 있어야 함에도 법정의견은 (형평의 원칙에 따른) 등거리 중간선 원칙이라는 확실적인 척도로 공유수면의 해상경계선을 획정하고 있다는 문제와 함께 이 사건 쟁송해역이 청구인 주민들의 생활권역과 밀접한 관련이 있다는 점에 대한 구체적 증명이 부족함을 이유로 심판청구가 기각되어야 한다는 반대의견(2인)과 공유수면을 지방자치단체의 관할구역으로 인정하는 법률 및 행정관습의 부재 상황 속에 국가가 바다에 관하여 지방자치단체의 일반적인 관할구역을 정하여야만 하는 것은 아님을 이유로 심판청구는 기각되어야 한다는 반대의견(1인)이 있었다.

30) 김두석, “우리나라 지방자치단체간 해상경계를 둘러싼 갈등에 관한 연구 - 거래비용이론을 통한 사례분석을 중심으로-”, 인하대학교 행정학 박사학위논문(2013), 103~104, 185~186면.

31) 강기홍, 앞의 글, 50면; 김수진, “독일 노르트라인-베스트팔렌 주 지방자치법(제13회)”, 『지방자치법연구』 7권 3호(2007), 3면; 김수진, “지방자치단체의 구역변경에 관한 소고”, 『지방자치법연구』 제10권 제4호(2010), 274면 이하.

32) 강재규, “공유수면매립지의 귀속문제”, 『공법학연구』 제4권 제1호(2002), 139~140면; 한국지방자치법학회 편, 『지방자치법주해』, (서울: 박영사, 2004), 26면; 김수진, “송도매립지의 관할구역 결정에 관한 공법적 고찰 - 공유수면매립지 관련 헌법재판소 결정들을 중심으로”, 『행정법연구』 제23호(2009), 72면; 김두석, 앞의 글, 102, 185면.

33) 예를 들어 ① 종래 인정되던 해상경계의 획정기준을 존중함으로써 매립지 경계설정을 둘러싼 갈등을 최소화할 수 있을 것 ② 이에 따른 매립지 경계획정이 부작용을 초래할 때에만 부분적으로 조정해야 할 것 ③ 매립지에 대한 관할구역 보정은 「지방자치법」상 행정협의회의 구성을 통한 관계 지방자치단체의 자율적 조정을 모색하는 남북현, “공유수면 매립지의 경계획정을 둘러싼 법적 분쟁에 있어 실체법적 사항 - 당진군과 평택시 간의 권한쟁의를 중심으로”, 『공법연구』 제38집 제1호 제2권(2009), 232~233면.

34) 예를 들어, 매립지 경계획정시 해상경계 획정의 원칙을 적용할 것이 아니라 토지에 대한 행정구역 획정의 일반원칙인 사회통념, 지리적 위치, 국토의 효율적 관리, 행정구역의 관리, 항만 관리의 효율성 등을 고려하여 사회적, 공익적 차원에서 국가의 정책에 따라 정할 것을 요구한 김수진, 주 32)의 글, 73면.

35) 예를 들어, 홍정선, 『신지방자치법(제5판)』 (서울: 박영사, 2022), 124~125면.

생각건대, 공유수면의 관할구역을 결정하는 해상경계선 획정과 공유수면 매립지의 경계획정은 근본적으로 구분이 필요한 영역으로서, 일부 현재 결정에서도 유사한 입장이 피력된 바 있듯이, 매립지의 경계결정은 좀 더 넓은 관점에서 보자면 (지방자치단체의 일반적 행정권한의 적용범위인) 행정구역의 경계조정(구역변경)의 일종으로 보는 것이 적절하다 할 것으로 고려 가능한 모든 요소들을 고려하는 것이 바람직할 것이다(절충설).³⁶⁾ 그렇지만 「지방자치법」에는 경계조정(구역변경)의 원칙 및 내용 요건에 관해서도 역시 특별한 규정을 두고 있지 않다. 하지만 학계에서는 민주주의 원칙으로부터 나오는 행정법의 일반원칙으로서 ‘공공복지 적합성’이 경계변경(경계조정)에도 당연히 요구된다고 보며, 이러한 공공복지의 사유로는 ① 지방자치단체의 급부력의 강화 또는 행정력의 강화, ② 생활과 환경의 일치, ③ 인구밀집지역과 인구희소지역 사이의 공공시설과 급부의 상당한 차이의 완화, ④ 행정의 경제와 절약, ⑤ 주민의 결속력, ⑥ 사무수행의 효율성 등이 거론된다.³⁷⁾

Ⅲ. 대상결정: 현재 2019.4.11. 2015헌라2 결정

본 장에서는 대상결정의 사실관계를 간단히 정리하고 당사자들의 주요 주장과 현재의 결정요지를 소개하기로 한다.

1. 사건개요

이 권한쟁의심판(이하에서는 “권한쟁의” 표기는 생략함) 사건은 기본적으로 1978년부터 시작된 삼천포화력발전소의 건립 및 운영과정에서, 발전소에서 발생하는 회(灰; 재)를 처리하기 위한 회사장(灰舍場)의 형태로 고성군(이하 “피청구인”) 주변 공유수면의 매립이 진행되던 중, 고성군의 이웃에 위치한 사천시(이하 “청구인”)와의 경계에 관한 분쟁이 발생한 것이라 할 수 있다. 본격적인 논의에 앞서 삼천포화력발전소의 건립과정을 간단히 정리해 보면 다음과 같다.

일자	내용	비고
1978.10.24.	한국전력주식회사, 건설부장관으로부터 삼천포화력발전소(1,2호기) 부지조성 및 진입도로 축조사업 실시계획(* 이하 “원사업시행계획”으로 약칭)을 승인받음	건설부고시 제317호 ³⁸⁾
1982.2.11.	건설부장관, 「산업기지개발 촉진법」 제8조에 의거하여, 사업시행면적을 확장하는 실시계획 변경을 고시 ³⁹⁾	건설부고시 제69호 (“제1회사장”의 매립 근거)
1983.8.1.	건설부장관, 사업기간을 1984.6.30.까지 연장	건설부고시 제259호
1984.9.24.	삼천포화력발전소부지조성 및 진입도로축조사업이	건설부공고 제79호 ⁴⁰⁾

36) 공유수면매립지의 경계설정 문제를 신규토지의 편입문제 및 지방자치단체의 경계변경의 관점에서 살피고 있는 견해로는 강재규, 앞의 글, 133면 이하.

37) 홍정선, 앞의 책, 132면. 한편 유사한 논의를 전개하는 최우용, “지방자치단체의 구역 및 경계에 관한 법적 과제”, 『지방자치법연구』 제11권 제3호(2011), 97면과 김재광, “지방자치단체 경계조정에 관한 법적 고찰”, 『지방자치법연구』 16권3호(2016), 150면은 ‘공공복지’ 대신 ‘공공복리’로 표현하고 있다.

	마무리되어 1984.9.19.자로 준공 인가됨	
1989.6.22.	경상남도지사, 「공유수면매립법」 제29조의 규정에 의거 한국전력공사에 315,000m ² 의 추가적인 회처리장 조성을 위한 공유수면 매립 승인(이후 심판제기 시점까지 매립 공사가 진행중이었음 ⁴¹⁾)	경상남도 고시 제130호 (“제2회사장”의 매립 근거)

1) 관할권 분쟁 대상

이 사건의 진행중에 청구인측의 청구취지 변경을 통해 관할권 존재를 구하는 영역의 변경이 이루어졌는데, 원(原) 심판청구서에서 청구인은 관할권 행사처분의 대상이 되는 토지 전체를 단순히 “(이 사건)계쟁 토지”로 지칭하고 있었지만, 2009년 개정 「지방자치법」(법률 제9577호) 부칙 제3조에 따라 “매립지”와 “매립진행지”에 대한 관할권이 달라질 가능성이 있기 때문에 피청구인은 “매립지”와 “매립진행지”로 구분하는 것이 바람직하다는 의견을 제시하였다.

이에 의하면, “(이 사건)계쟁 토지” 중 “매립지(제1 회사장)”⁴²⁾의 경우, 원 심판청구서상 청구인이 관할권의 존재를 구하는 영역 가운데에서 이미 매립이 완료된 제1회사장 부지가 포함되고 이 부지는 ‘잡종지’와 ‘도로’로 구성된다. 여기에서의 ‘잡종지’는 “고성군 하이면 덕호리 810-2번지”를 부여받은 643,216m²이고,⁴³⁾ ‘도로’는 “고성군 하이면 덕호리 810-1번지”를 부여받은 14,156m²이다.⁴⁴⁾

다음으로 “(이 사건)계쟁 토지” 중 “매립진행지(제2 회사장)”는 원 심판청구서에 포함되어 있기는 하나, 심판청구 시점 기준 매립작업이 마무리되지 않은 미준공 지역이기 때문에 지번이 부여되어 있지 않다.

38) 원사업시행계획상 사업기간은 1978. 10.~1980. 8. 31.이었지만, 1980. 11. 19. 사업기간이 1981. 8. 31.까지 연장되었음(건설부고시 제370호).

39) 이 변경계획 가운데 발전소에서 발생하는 회(灰; 재)를 처리하기 위한 회사장(灰舍場)의 설치를 위해 원사업시행계획에 회사장 부지 299,373평을 추가하는 것이 포함되었음. 다만 이후 1983. 3. 건설부장관은 「산업기지개발 촉진법」 제8조에 의거하여, 사업시행면적을 추가로 확장하는 실시계획 변경을 고시하는데(건설부고시 제68호), 이를 통해 회사장 부지는 975,078m²로 다소 축소됨(299,373평을 m²로 환산하면 989,662.81m²임).

40) 준공인가 공고 당시 회사장 면적은 983,872m²였으며, 발전소내 발전기 준공은 1호기(1983)~ 6호기(1998)로 순차적으로 이루어짐.

41) 제2회사장 부지에 대한 매립공사는 승인당시 공사기간은 승인후 10년이었으나, 이후 두 차례의 변경인가를 통해 매립공사기간이 2018. 4. 30.까지 연장되어, 2015년 1월 기준 73%의 공정을 보이고 있었음.

42) 건설부의 준공인가 조서에 표시된 제1회사장의 면적은 983,872m²이었지만, 토지대장의 작성과정에서 회사장 영역은 ‘고성군 하이면 덕호리 810-2번지’의 잡종지 643,216m² 및 ‘고성군 하이면 덕호리 810-1번지’의 도로 14,156m²로 등재됨.

43) 이 부지는 1985. 1. 25. 매립준공을 이유로 「측량·수로조사 및 지적에 관한 법률」 제77조에 따라 고성군수가 신규 등록을 하면서 토지대장에 한국전력공사를 소유자로 등록하였고, 1991. 3. 11. 한국전력공사가 소유권보존등기를 완료한 이후, 2001. 5. 31. 한국남동발전주식회사로 소유권이 이전되었다. 이 부지는 등록 이후 고성군수가 매년 재산세를 부과·징수해 왔다.

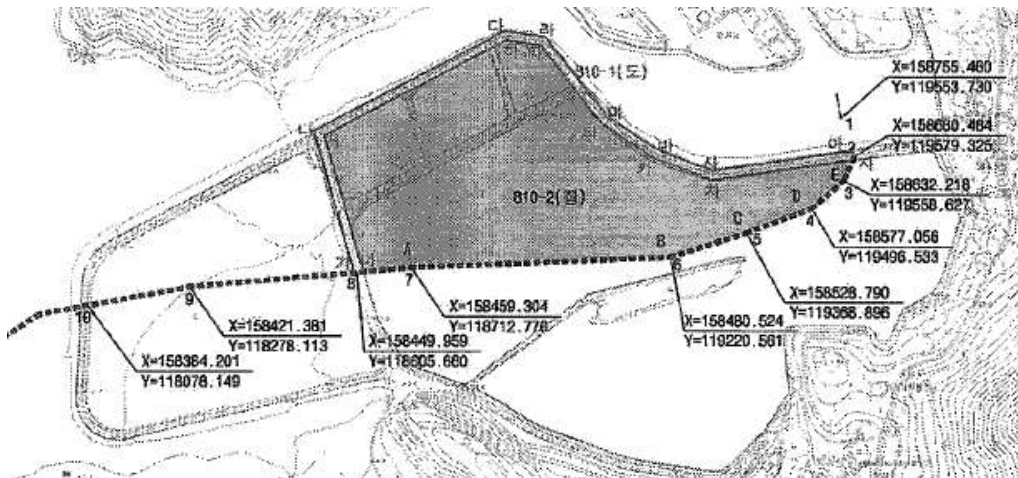
44) 이 도로는 1985. 1. 25. 역시 매립준공을 이유로 「측량·수로조사 및 지적에 관한 법률」 제 77조에 따라 고성군수가 토지대장에 국(건설부)을 소유자로 등록하였고, 2006. 4. 3. 국(건설교통부)이 소유권보존등기를 완료한 바 있다

이에 청구인측도 이러한 구분의 필요성을 인식하여, 첫 번째 청구취지 변경을 통해 계쟁 토지를 ‘이 사건 매립지(제1회사장)’ 구역으로 축소하였다[* 이하의 “계쟁 토지”는 이 ‘이 사건 매립지(제1회사장)’을 가리키는 것이다.].⁴⁵⁾

2) 청구취지 및 청구원인

청구인은 고성군 또는 고성군수의 계쟁 토지에 대한 재산세를 포함한 장래 과세권 행사 등 관할권한 행사처분이 헌법 및 「지방자치법」에 의하여 부여된 청구인의 지방자치 권한의 침해를 주장하면서 다음과 같은 취지의 결정을 구하였다.

주위적으로는, “국토지리정보원에서 간행된 국가기본도가 해상경계선 확정의 중요한 기준”이기에 이 해상경계선을 불문법상 행정구역의 경계로 실시한 2010년 현재 결정⁴⁶⁾대로 1945년에 가까운 국토지리정보원 발행 국가기본도⁴⁷⁾상의 해상경계선에 따라서 관할경계를 확정하여 해당 부분 토지에 대한 관할권한이 청구인에게 있음을 확인해 달라는 것이다. 해당 국가기본도에 따른 관할경계의 모습은 다음과 같다. 청구인의 관할권한을 주장하는 토지는 다음 지도에서 음영으로 표시된 영역으로서 도로부분 10,334m²와 잡종지 부분 254,740m²로 구성되어 있다.



예비적으로는, 해상경계에 대한 변경된 기준을 실시한 2015년 현재 결정⁴⁸⁾에 따라서 등거리 중간선 원칙을 적용하여 관할경계를 확정한 해당 부분 토지가 청구인 관할이라고 주장하였다. 역시 같은 국가기본도를 활용하여 등거리 중간선에 따라 관할 경계를 설정한 모습이 다음의 지도이다.⁴⁹⁾ 청구인의 관할권한을 주장하는 토지는 다

45) 이어 두 번째 청구취지 변경을 통해 첫 번째 청구취지 변경을 통한 청구취지를 주위적 청구취지로 유지하는 가운데 예비적 청구취지를 추가하였다. 최종적인 청구취지 변경 후의 계쟁 토지의 세부적인 사항에 관해서는 이어지는 청구취지를 검토하는 부분에서 함께 검토하기로 한다.

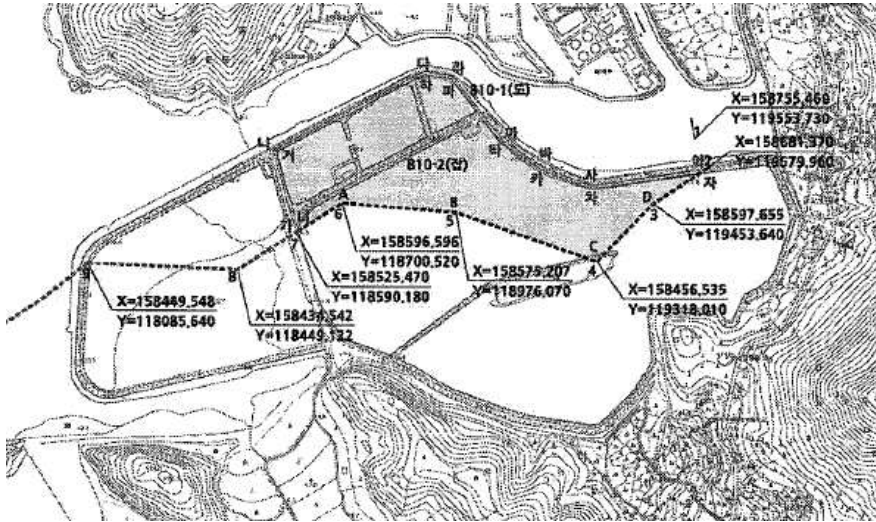
46) 현재 2010.6.24. 2005헌라9, 2007헌라1,2(병합).

47) 청구인은 1973년 편집하여 1979년 6월에 인쇄한 국가기본도의 해상경계선을 근거로 삼았다.

48) 현재 2015. 7. 30. 선고 2010헌라2.

49) 청구인측이 등거리 중간선의 결정함에 있어서, 위 2015년 현재결정에서는 “법률상의 해안

음 지도에서 음영으로 표시된 부분으로, 도로부분 9,834m²와 잡종지부분 195,490m²로 구성되어 있다.



2. 결정요지

현재는 이 사안에서 매립지에 대한 지방자치단체의 관할구역 경계 및 그 기준을 검토한 후, 매립 전 공유수면의 해상경계선을 매립지의 관할구역 경계선으로 보아온 선례를 변경하고, 제반 사정을 종합적으로 고려하여 형평의 원칙에 따라 청구인의 청구를 기각하였다.

결정요지를 간단하게나마 요약하자면, 먼저 지방자치단체의 관할구역 경계 및 그 기준과 관련하여, 국가 전체적으로 중대한 영향을 미치는 대규모 공유수면의 매립사업을 통해 새로 확보된 매립지는 매립지의 귀속 주체 내지 행정관할 등의 획정에 있어서도 사업목적의 효과적 달성이 우선적으로 고려되어야 하므로, 매립 전 공유수면의 관할권한이 곧 매립지에 대한 관할권한의 인정근거가 될 수는 없고, 공유수면의 매립 목적, 그 사업목적의 효과적 달성, 매립지와 인근 지방자치단체의 교통관계나 외부로부터의 접근성 등 지리상의 조건, 행정권한의 행사 내용, 사무 처리의 실상, 매립 전 공유수면에 대한 행정권한의 행사 연혁이나 주민들의 사회적·경제적 편익 등을 모두 종합하여 **형평의 원칙**에 따라 합리적이고 공평하게 그 경계를 획정할 수밖에 없다면서, 이미 소멸되어 사라진 종전 공유수면의 해상경계선을 매립지의 관할 경계선으로 인정해 온 현재 2011. 9. 29. 2009헌라3 결정 등을 이 결정과 저촉되는 범위 내에서 이를 변경하였다.

다음으로 이 사건 쟁송매립지는 삼천포화력발전소 부지조성 및 진입도로 축조사업의 일환으로 매립·형성되었고, 위 발전소의 운행과정에서 필연적으로 생성되는 부산물 처리를 위한 화력발전소 회처리장과 이에 통하는 도로 중 일부로서 그 외 다른

선”을 기준으로 삼을 것을 요구하고 있지만, 청구인측은 이미 매립이 완료된 탓에 동 기준의 적용이 곤란하므로 기존 ‘국가기본도상의 해안선’으로부터 등거리 중간선을 획정하였음을 밝히고 있다.

목적으로는 사용되지 않고 있으며 향후에도 위 발전소가 폐쇄되지 않는 한 그러한 사정이 달라질 가능성은 없으며, 청구인 관할 구역에서 피청구인 관할 구역을 거치지 않고는 이 사건 쟁송매립지로의 접근이 어려운 점과 함께, 특히 매립지 내 각 구역과 인접 지역과의 연접관계, 기반시설의 설치 관리, 행정서비스의 제공 등 여러 요소를 고려하여 행정의 효율성이 보장되어야 하는데, 이 사건에서 사업목적의 효과적 달성과 일관되고 효율적이며 공공성에 부합하는 행정작용의 실현을 위해서는 삼천포 화력발전소와 회처리장 등 기반시설의 관할 지방자치단체를 일치시킬 필요가 있으며, 청구인이나 피청구인에게 매립 전 공유수면에 대한 행정권한의 행사연혁이 있었다고 볼 만한 자료가 없고, 쟁송매립지의 용도는 회처리장과 진입도로이므로 거주하는 주민도 존재하지 않는 등의 사정들을 종합하면, 쟁송매립지에 대한 관할권한이 청구인에게 귀속된다고 볼 수 없겠기에, 피청구인이 이 사건 쟁송매립지에서 행사할 장래처분으로 인하여 헌법상 및 법률상 부여받은 청구인의 자치권한이 침해될 현저한 위험성이 존재한다고 볼 수 없다고 결정하였다.

IV. 대상결정의 주요 논점 분석 및 평가

이하에서는 헌법재판소가 요청한 주요 논점들을 간략하게나마 차례로 살펴보기로 한다.

1. 매립지 경계확정시 기존 해상경계선의 고려여부

주지하다시피 지방자치단체의 관할 구역은 인적(人的) 요건으로서의 주민, 자치를 위한 권능으로서의 자치권한과 더불어 지방자치의 3요소를 이루는 것으로 ‘지방자치단체가 자치권한을 행사할 수 있는 장소적 범위’를 의미하며, 적극적으로는 그 구역 안에 주소를 가진 주민을 구성원으로 하여 이를 지방자치단체의 권한에 복종하게 하고, 소극적으로는 자치권한이 일반적으로 미치는 범위를 장소적으로 한정하는 효과를 가진다.⁵⁰⁾ 이른바 ‘지역사단’인 지방자치단체는 ‘주민들이 거주할 수 있는’, 공간적으로 구획된 국토의 일부분을 그 구성요소로 하며, 어느 지방자치단체에도 속하지 않는 토지는 존재할 수 없다.⁵¹⁾

이처럼 지방자치단체가 토지를 중심으로 형성되는 까닭에 공유수면, 특히 바다가 지방자치단체의 관할구역에 포함되는지 여부에 대해서는 견해가 나뉠 수 있다. 이에 대해서 학설은 긍정설이 다수이며,⁵²⁾ 이미 살펴본 바와 같이 헌법재판소의 다수견해도 긍정설을 취하고 있으며⁵³⁾ 대법원 역시 긍정설을 취하는 것으로 보인다.⁵⁴⁾ 이렇

50) 헌재 2006. 8. 31. 2004헌라2, 판례집 18-2, 356, 366~367면.

51) 홍정선, 앞의 책, 116면.

52) 홍정선, 앞의 책, 116~117면; 남복현, 앞의 글, 219면.

53) 헌재 2004.9.23. 2000헌라2, 판례집 16-2, 404, 428; 헌재 2006.8.31. 2003헌라1 판례집 18-2, 319, 320; 2010. 6. 24. 2005헌라9 등, 판례집 22-1하, 374, 375 등.

54) 대법 1970.4.28. 70누8. “수산업협동조합법 제16조 제2항에서 말하는 시, 군의 구역은 시, 군의 토지나 해면에 대한 행정구역을 뜻한다.”; 대법 2002.12.24. 2000도1048. ““현행 지방자치법과 구 지방자치법에 의하면, ‘지방자치단체의 명칭과 구역은 종전에 의하고...’라고 규

계 공유수면 역시 지방자치단체의 관할구역에 속한다고 볼 경우에는 이러한 공유수면에 있어서의 행정구역의 경계를 어떻게 설정할 것인가의 문제가 뒤따르게 된다. 이와 관련하여 일반적으로는 육지와는 등거리에 의한 경계구분이나, 하천의 수류의 중간선 또는 최심선 혹은 기존 해안선의 길이비율 또는 육상의 주요 지점에 대한 최적 전망선 등 자연지리적 요소를 기준으로 그 경계를 구분하고 있는 바,⁵⁵⁾ 공유수면의 경계가 하천인 경우에는 기본적으로 하천의 중심이 경계가 되고, 해안을 접하고 있는 경우에는 국토(영토)의 한계가 바로 지방자치단체의 구역의 한계가 된다고 한다.⁵⁶⁾

다만 개인적인 견해로는, 공유수면의 지방자치단체의 ‘관할 구역’ 편입 여부는 별론으로 하고, 공유수면이 ‘행정구역’에 포함하지 않는다고 보는 소수설이 좀 더 그럴듯해 보인다. 이는 무엇보다도 행정안전부가 발행하는 지방자치단체 행정구역 면적에 관한 자료를 통해서도 확인되며,⁵⁷⁾ 아울러 「지방교부세법 시행규칙」(행정안전부령 제446호)에 의해서 “지역관리비”를 “행정구역면적”에 비례해서 지급하도록 하고 있는데(동규칙 제4조 제1항의 <별표1>), 이 행정구역 면적에 해수면이 포함되지 않았다는 사실이 쉽게 확인되기 때문이다.

기실 이러한 논란은 국가기본도상 행정구역도 표시 가운데 해수면 경계선이 포함되어 있다는 점이 중요한 시발점이 된다 하겠다. 즉 해수면상의 경계와 관련하여 국토지리정보원은 국가기본도에 근거하여 관할 행정구역도를 통상적으로 2년에 한 번씩 발간하고 있는데, 그 관할 행정구역도 속에 해수면도 포함되어 있었던 것이다.⁵⁸⁾ 다만 1985년 「국립지리원고시」 제44호를 통해 해상에 표시하는 경계기호는 도서(섬) 간의 소속만 해독할 수 있도록 도서간 1cm 정도의 기호로 표시하고 기타의 해상경계 기호는 모두 삭제하여, 현재는 도의 경계만을 해상에 부분적으로 끊어서 표시할 뿐 시·군경계표시를 대부분 생략하고 있다고 한다.⁵⁹⁾

이 지형도상의 해상경계에 대해서는 관계기관이라 할 수 있는 행정안전부, 법제

정하고 있는데, 여기서 구역이라고 함은 육지뿐만 아니라 그 구역 내의 하천·호수·수면 등은 물론 그 지역에 접속하는 영해와 그 상공 및 지하도 포함된다고 볼 것이고, 특정지역은 그 지역이 속하는 시·군·구와 같은 기초자치단체의 일부를 형성하는 동시에 그 시·군·구를 포괄하고 있는 광역시·도와 같은 광역자치단체의 구역의 일부를 당연히 형성하는 것” 등.
* 다만 현재 판결 현재 2004. 9. 23. 2000헌라2, 판례집 16-2상, 404, 427-428은 대법 2002. 9. 24. 선고 2002도1032 판결(공2002. 11. 15. (166), 2625); 1978. 4. 25. 선고 78누42 판결도와 같은 취지의 판결로 소개하고 있지만 이 판결들은 지구별 어업협동조합의 업무구역에 관한 판결로, 행정구역과는 직접적 관련이 있는 것으로 보아야 할 것인지는 추가적인 논의가 필요한 것으로 보인다. 왜냐하면 관할구역의 존재는 당연히 관할권의 존재를 함축한다고 할 수 있겠지만, 역으로 관할권의 존재가 (관할)구역의 존재를 함축하는가에 대해서 의문이 제기될 수 있기 때문이다.

55) 김해룡, 앞의 글, 5면.

56) 홍정선, 앞의 책, 118면. 다만 이러한 견해에 대해서는 연방의 해상경계 내에서 주의 해상 경계를 인정하는 미국의 사례를 비교·검토해 볼 필요가 있을 것이다.

57) 예를 들어, 행정안전부, 『지방자치단체 행정구역 및 인구 현황(2021년 6월 발행)』, https://www.mois.go.kr/ft/bbs/type001/commonSelectBoardArticle.do?bbsId=BBSMSTR_00000000055&nttId=85154 (2023년 12월 31일 최종확인)을 참고.

58) 김두석, 앞의 글, 93면.

59) 이용욱, “해상경계 관련 판례분석”, 『한국측량학회 학술대회자료집』 (2011), 456면. 이에 대해서 국가기본도상의 해상경계선이 민감한 이슈가 됨에 따라 국토지리정보원은 1998년 이래 국가기본도상에 해상경계선을 표시하지 않고 있다는 설명이 있다. 김두석, 앞의 글, 95면.

처, 국토지리정보원 등이 각기 다른 견해를 보인 바 있다. 이는 기본적으로 지형도상의 해상경계선의 법적 의미에 대한 명시적인 법적 규정이 마련되어 있지 않기 때문에 지방자치단체의 해상경계선으로 활용할 수 없다는 주장과 그 동안 지방자치단체들이 이 선을 바탕으로 어업허가 처분 등의 행정행위를 해왔기 때문에 (행정)관습법적인 의미를 지닌다는 주장으로 대별할 수 있는데, 이러한 국가기본도상 해상경계 인정여부에 대한 기관별 입장은 다음과 같이 정리될 수 있다.⁶⁰⁾

구분	긍정설	부정설
기관	- 헌법재판소 (2015년 결정 이전) - 대법원 - 법제처 - 해양수산부	- 헌법재판소(2015년 결정 이후) - 행정안전부 - 중앙분쟁조정위원회 - 국방부 - 국립지리원
장단점	- 바다의 경계확정 관련 다원화된 관할권을 일원화 - 해상경계 확정 관련 소요되는 비용 및 시간의 투입 최소화 - 기존 해상경계의 신뢰성 문제	- 해상 관할권 관련 갈등을 해결하기 위한 기준이 요구되지만, 기준 확정 후에는 명확한 해결기준 확보가능 - 해상경계 확정 관련 비용 및 시간의 과도한 소요

<표> 국가기본도상 해상경계 인정여부에 대한 기관별 입장

학설 역시 공유수면의 경계확정에 있어서의 지형도 상의 해상경계선을 경계확정의 근거로 볼 것인가에 대해 긍정설과 부정설로 나뉘고 있다. 대체적으로 2000년대 초창기의 논의들이 긍정설 쪽에 서 있다면,⁶¹⁾ 최근의 추세는 해상경계선을 경계확정의 유일한 근거로 보기를 거부하는 견해들이 늘어나고 있다고 할 수 있다.⁶²⁾ 여기에는 물론 2009년 「지방자치법」 개정과 2013년의 대법원의 결정 그리고 무엇보다 2015

60) 자세한 사항은 이동기, 앞의 글, 77~78면; 김재광, 주6)의 글, 440~443면 및 김두석, 앞의 글, 93~95면. 아래 표는 같은 글, 95면의 표를 바탕으로 일부 내용을 수정한 것이다.

61) 예를 들어, 이동기 앞의 글, 84면; 강인호·이민창·조선일·김동복, “공유수면매립지에 대한 지방정부간의 관할구역확정에 관한 법적 검토 - 울춘제1지방산업단지 관할권다툼을 중심으로”, 한국지방정부학회 2003년도 동계학술대회 논문집(2004), 165면 등. 그렇지만 초창기에도 지형도상의 해상경계선의 중요성과 함께 해상경계선의 한계를 지적하는 견해들이 많았다. 예를 들어 “해상경계를 설정하는 방법은 평택·당진항에 대한 헌법재판소 판결에 비추어 볼 때 지형도상의 해상표시를 관행적으로 구역경계로 인정하고 있으므로 우선적으로는 지형도상의 해상경계를 존중하여 구체적인 구역경계를 설정하는 것이 타당할 것이다. 그러나 현재 지형도상의 해상경계는 불완전하다. 전술한 바와 같이 지형도의 발행연도, 축척에 따라 경계표시의 차이가 있기도 하고, 단속적인 경우도 있고, 아예 경계표시가 없는 경우도 많기 때문이다. 따라서 지형도상의 해상경계선에 대한 전반적인 조사를 실시하여 경계선이 불완전한 지역에 대해서는 신규로 경계선을 확정하여야 한다. 이 경우에 지방자치단체 해상의 기선(基線), 외측 한계, 해상경계 표시방법 등 구체적이며 실질적으로 중요한 사항에 대한 기준과 원칙이 별도로 확립되어야 한다.” 계기석, 앞의 글, 68면.

62) 예를 들어, 윤수정, “공유수면 매립지의 경계확정에 관한 공법적 고찰”, 『지방자치법연구』 제16권 제4호(2016), 324면. 한편 학설 가운데에는 “지형도상 도서의 소속을 표시하는 해상경계선은 행정구역경계로서 법적 구속력을 가지나, 지형도상 도서를 제외한 해상에 표시된 경계선은 법적구속력을 갖지 못한다고 할 것” 같은 절충적인 주장도 존재한다. 박윤훈, 앞의 글, 238면.

년 헌법재판소의 결정이 큰 영향을 준 것으로 추측해 볼 수 있다.

생각건대 기존 해상경계선을 경계획정의 근거로 보지 않는 부정설이 적절하다고 보기에 대상결정의 입장을 지지한다. 무엇보다 이러한 해상경계선에 대해 절대적인 가치를 부여하기 곤란한 이유는, 원래 지형도상의 해상경계선은 어장 등 어업활동이나 섬의 귀속 등을 나타내기 위한 목적으로 획정된 것으로서, 과거의 분쟁 사례 중에는 지형도상의 해상경계선을 기준으로 해결된 사례가 많지만, 당사자 간에 그 결과에 만족하지 못하는 경우도 적지 않으며, 어업관련 분쟁사례 중에는 그 주된 원인으로 지형도상의 해상경계가 불합리하다는 점을 들고 있는 것도 상당수인 바, 이것은 지형도상의 해상경계선이 비록 어장 등 어업활동이나 섬의 귀속 등을 나타내기 위한 목적으로 기능해 오고 있지만, 실제적인 적용에 있어서는 상당히 불합리한 점도 없지 않다는 것을 반증하는 것이라고 볼 수도 있기 때문이다.⁶³⁾ 아울러 이렇게 해상경계선이 불합리한 점들을 노출하게 된 근본적인 배경에는, 우리나라에서 1913년 내지 1918년에 일본의 동경원점을 측량원점으로 하여 토지와 임야 조사사업이 실시되었음을 고려하면 측량 당시 배일(排日)사상으로 지적조사가 원활하게 이루어지지 않았고 기술적인 측면에서도 정확도가 떨어졌다는 점⁶⁴⁾ 역시 의미있게 고려할 필요가 있지 않을까 생각한다.

다만 부정설로 분류되는 견해들 역시 기존 해상경계선의 유용성을 전면적으로 부정하는 것이 아니라 경계획정의 유일한 근거로 보는 것을 거부한다고 보는 것이 바람직 할 것이다. 즉, **여전히 지형도상의 해상경계선은 중요한 기준으로 활용될 수 있겠지만, 이런 저런 사정으로 인해 그 밖의 다른 요소들이 중요하게 고려될 경우에는 해상경계선이 아닌 다른 요소들에 의해 경계가 획정될 수 있어야 한다**는 것이다. 이러한 맥락에서 “객관적인 관할기준으로서의 지형도상 해상경계선이 비록 관할 결정의 준칙으로서의 지위를 상실하였다 하더라도, 아직도 매립지의 합리적인 소속결정에 있어 가장 우선적인 고려요소로서 그 가치를 인정해야 할 것”⁶⁵⁾이라는 주장의 의미를 이해할 수 있다.

2. 매립지 관할획정시 매립 주체 등의 지위

바다를 매립하여 육지를 조성하는 경우에는 매립의 주체와 목적이 명확하게 정해져 있고 매립을 위하여 막대한 비용과 노력이 투입되기 마련인바, 이러한 사정을 고려하지 아니한 채 단순히 매립지의 행정관할을 정하는 것은 합리적이라고 보기 어렵다. 즉 현재의 각종 공유수면의 매립은 지방자치단체의 재원에 의해 자치단체 사업으로 행해지는 경우보다는 국고지원하에 국가사업으로 진행되고 있는 실정이므로, 당해 매립지의 귀속은 당해 매립지가 어느 지방자치단체에 귀속되었을 때 보다 높은 공공이익을 창출할 수 있겠는가가 판단의 기준이 되어야 할 것이고 아울러 매립지 자체의 소유자 및 입주자의 이익도 우선적으로 평가되어야 할 것이다.⁶⁶⁾ 뿐만 아니

63) 김희곤, 앞의 글, 266면.

64) 김병두, “「지적재조사에 관한 특별법」에 관한 일고찰 - 경계확정에 수반되는 제문제를 중심으로”, 『홍익법학』 제13권 제1호(2012), 437면.

65) 남복현, “[판례평석] 공유수면 매립지의 경계결정과 형량통제- 대법원 2013. 11. 23. 선고 2010추73판결에 대한 비판적 접근을 중심으로”, 『공법학연구』 제15권 제4호(2014), 191면.

66) 김동건, “공유수면매립지의 관할 지방자치단체 결정에 대한 법적 문제: 새만금 방조제의

라 매립과정에서의 지역 주민이 감내해야 했던 환경적 피해 등과 같은 지역 주민들의 정서적 요소들도 충분히 감안되어야 함을 염두에 둔다면, 공유수면 매립지의 지방자치단체 귀속 결정에 있어서 이와 같은 부분을 고려하지 않을 경우 그로 인한 인근 지자체간의 갈등은 더욱 심화될 우려까지 존재한다 할 것이다.⁶⁷⁾ 이러한 맥락에서 매립지 관할 확정시 매립주체들의 지위를 비롯한 제반 사정을 적극적으로 고려한 대상결정에서의 현재의 입장은 충분히 수긍가능하다 할 것이다. 이미 학계에서도 이러한 공유수면 매립지 경계구역 확정을 위한 합리적인 기준 설정 시 고려해야하는 것에 대해서는 논자에 따라 다양한 견해들이 제시되어 온 바, 그 가운데 주요한 것들을 소개해 보자면, ① 과거의 해역 존중 ② 신설 토지의 경제성과 효율성을 존중한 토지 이용의 극대화 모색, ③ ‘수평적 관할배분’에 의해 이미 형성된 관할권의 존중 등을 제시하는 견해⁶⁸⁾와 보다 자세하게 ① 지역의 역사성 ② 지역의 고유 문화성, 교류관계 등 정체성 ③ 지역의 경제상황 즉 지역의 낙후도 및 발전 가능성 등 ④ 매립지 거주 주민(기존 섬 포함)의 의사 ⑤ 지역 및 국가 전체에 미치는 영향 등 ⑥ 매립지를 조성한 주체 및 목적, 비용부담관계 등을 고려할 것을 주문하는 견해⁶⁹⁾ 등이 검토해 볼만 하다 하겠다.

다만 이러한 제반 사정의 고려에 있어 현재는 별다른 개념 정의나 근거 제시 없이 “형평의 원칙”이라는 법원리의 존재를 상정하고, 그에 따라 해상경계 및 매립지 경계획정 사안을 처리하고 있는 듯한 외관을 보이고 있는데, 이 형평의 원칙을 어떻게 이해할 것인가의 문제가 남는다. 여러 상황상 본고에서 상론하기는 어렵지만, ‘형평’이란 개념이 상당히 포괄적이고 모호한 까닭에 법원칙으로서 충분한 예측가능성을 제공하기 곤란하다는 결정적인 문제점을 지적하지 않을 수는 없다.⁷⁰⁾ 아울러 체계적 해석상 현재가 다른 결정에서 사용한 바 있는 “형평의 원칙”과의 관계에 대한 검토도 필요하며,⁷¹⁾ 일부의 논자처럼 이를 국제법상 해상경계획정의 대원칙인 “형평의 원칙(equitable principles)”이라고 이해할 경우에도,⁷²⁾ 주권적 입법자에 의한 경성법(hard law)이 존재하지 않는 국제법적 상황하에서의 법원리를 국내법 체계에 직접적으로 적용함으로써 발생가능한 여러 문제들을 고려해야 필요도 크다 할 것이다. 특히 국제법상 원용되는 ‘형평’의 경우 근본적으로는 영미법상 “형평법(equity law)”과도 연결되기 때문에⁷³⁾ 형평의 이해를 위해서는 상당한 비교법적·법사상사적 논의

귀속문제를 중심으로”, 『(배재대학교 사회과학연구소) 사회과학연구』 36집(2014), 112면. 김동건은 이러한 점에서 과거 해상경계선에 의한 귀속결정이 이러한 이익의 평가가 충분히 반영될 수 없는 모순이 있었음을 인정해야 한다고 지적하고 있다.

67) 김해룡, 앞의 글, 18면.

68) 최우용, 앞의 글, 114면. 매립지의 경우에는 매립 전에 관계 지방자치단체 간의 협의 및 조정을 통하여 사전에 분쟁을 예방하는 ‘선 결정제도’도 고려해 볼 필요가 있다고 하겠다. 이와 같은 모든 과정에 해당 지방의회의 의견이 적극 반영되어야 함은 물론이다.

69) 김희곤, 앞의 글, 280~281면.

70) 유사한 지적으로는 승이도, “지방자치단체 사이의 해상경계 획정에 관한 헌법재판소 권한쟁의심판 연구”, 『헌법학연구』 제26권 제2호(2020), 209면.

71) 이춘희, 『지방자치단체 상호간 해상경계선 획정에 관한 권한쟁의심판 연구』 헌법재판소 연구보고서(2021), 38~39면.

72) 김희곤, 앞의 글, 277면.

73) ‘올바름과 선에 의하여(according to what is right and good)’ 혹은 ‘형평과 선에 따라(according to equity and good conscience)’로 번역되는 “*ex aequo et bono*”란 표현은, 몇몇 국가에서 형평(equity)이 적용되는 방식과 동일한 ‘공정(혹은 공평)의 원리(the principles of fairness)’를 의미한다. Ademola Abass, *International Law: Text, Cases, and*

를 요구한다 할 것이다.

3. 매립 후 잔존 공유수면 관련 문제

대상결정에서 직접적으로 다룬 것은 아니지만, 공유수면에 대한 관할권을 인정할 경우에는 매립지의 매립 후에 잔존하는 공유수면에 대한 관할권 획정의 문제 역시 검토할 필요성이 있다. 이는 2010년 현재결정에서도 제기된 논점으로, 이미 소개한 바와 같이 동 결정은 “(매립 이후에) 이와 같이 **육상경계선이 변경되었다 하여 별도의 법령상의 근거도 없이 당연히 그 연안의 해상경계선까지 육상경계의 연장선으로 변경되는 것으로 볼 수는 없다** 할 것이고, 다만 육지경계선의 변경에 기초한 새로운 해상경계선에 관하여 새로운 행정관습법이 성립될 여지가 있을 뿐”이라는 입장을 피력한 바 있다.⁷⁴⁾ 공유수면에도 지방자치단체의 행정구역 및 그 경계가 존재하는 것이 현재의 통설적인 견해라고 본다면, 현재가 지적한 것과 같이 일반적으로 매립지의 육상경계선의 획정으로 잔존 공유수면의 경계 역시 획정이 확정적으로 이루어질 가능성이 높다. 즉, 이러한 입장에 따르면 육상경계선의 “변경된” 획정이 있더라도, “이미 존재하고 있던” 해상경계선은 육상경계의 연장선으로 “당연히” 변경되는 것은 아니기 때문에, 원칙적으로는 새로 획정된 매립지의 육상경계선에 따라서 잔존수면의 구역획정도 마무리되는 것이 원칙이라 할 수 있을 것이다.

비교법적인 측면에서 미국의 일반적인 해상경계 결정방식을 살펴보면, 연방정부와 주정부의 해상경계의 경우 바다쪽으로 3해리(또는 9해리)까지는 주의 관할해역이고 12해리까지는 연방정부의 관할이 되는 것으로 보고 있다. 주정부간 해상경계에 대한 분쟁이 발생할 경우에는 미연방대법원에서 해결되는데, 일반적으로 미연방대법원은 국제적 관례에 따라 해상경계를 결정하며, 등거리·중간선 적용을 통하여 공평성을 추구하고 있다고 한다.⁷⁵⁾ 이와 함께, 미국 부동산법제(real property law)상 토지의 ‘전위(轉位; avulsion)’의 법리는 눈여겨 볼 만하다 하겠다.⁷⁶⁾ 물의 작용에 의한 토지의 점진적인 손실 혹은 증가와 관련되는 ‘첨부(添附; accretion)’와는 달리 토지의 전위는 홍수 등의 물의 작용에 의한 급작스러운 손실 혹은 증가를 의미하는 바, 이러한 토지의 전위와 첨부의 구분은 강기슭의 토지소유권자들(riparian owners)의 소유권의 경계 결정에 있어서 중요한 의미를 가지는데, 미국내 다수의 주(州)에서 토지의 전위에 의한 수로(channel)의 변화는 이러한 소유권의 경계에 아무런 변화를 가져오지

Materials (Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2014), pp. 51~52. 개략적으로, 영미법, 특히 영국법에 있어서의 형평법(equity law)은 절차법상의 소송절차에 중점을 두어 엄격한 형식주의를 취하는 보통법(common law)에 의한 재판이 가지는 경직성 및 엄격성의 문제점을 시정하고자, 도덕과 양심(morality and good conscience)에 의하여 재판을 하기 위해 도입된 것이라 할 수 있다. 이상윤, 『영미법(개정판)』 (서울: 박영사, 2003[2009인쇄본]) 17면.

74) 다소 사소한 문제일 수도 있겠으나, 행정구역의 경계획정에 관한 「지방자치법」의 법정주의를 염두에 둔다면, 현재가 실시하듯 육지경계선의 변경에 기초한 새로운 해상경계선에 관한 행정관습법이 성립할 여지가 있는지는 의문스럽다. 이는 우리 법제가 일반적으로 관습법에 대해서 대등적·변경적 효력이 아닌 보충적 효력만을 인정하기 때문이다.

75) 김두석, 앞의 글, 103~104, 185~186면.

76) ‘avulsion’에 관한 간략한 설명은 Wikipedia contributors, “Avulsion (common law jurisdictions),” Wikipedia, The Free Encyclopedia, [https://en.wikipedia.org/w/index.php?title=Avulsion_\(common_law_jurisdictions\)&oldid=1181731076](https://en.wikipedia.org/w/index.php?title=Avulsion_(common_law_jurisdictions)&oldid=1181731076) (2023년 12월 31일 최종확인)을 참조.

않아서 전위 이전의 수로의 중앙부를 기준으로 경계가 유지되지만, 침부에 따른 수로의 변경이 이루어진 경우에는 소유권의 경계 역시 그에 따라 변화하게 된다고 한다.⁷⁷⁾ 실제로 이러한 ‘전위의 법리(the doctrine of avulsion)’는 주간(州間) 경계의 획정에서도 유지되어 토지의 전위에 의한 미시시피 강의 수로의 변경은 아칸소(Arkansas) 주와 테네시(Tennessee) 주의 경계의 변경을 가져오지 않았다.⁷⁸⁾

특히 이러한 침부의 법리는 국제법적으로도 인정되어, 침부가 발생한 경우는 그 새로운 토지는 그 국가에 의한 특별한 행위를 필요로 하지 않고 자동적으로 해당국에 귀속하게 되어, 침부에 의한 해안선의 변경은 영해의 기산점(領海基線)의 변화를 가져온다고 한다. 한편, 국경을 이루는 하천과 호수의 경우 경계선에 걸쳐 모래톱 등이 형성된 경우에는 중앙선에서 이분되어 각각의 국가에 귀속하여 경계선은 변화하지 않지만, 경계선의 어느 쪽에 침부가 발생한 경우에는 중앙선이 변화하여 경계선도 변화하는 경우가 있다고 한다.⁷⁹⁾ 다만 매립에 의한 해안선의 변경의 경우에는 국제법적으로는 장래의 법형성을 기다려야 한다는 입장이라고 하므로,⁸⁰⁾ 동 법리의 직접적인 적용에 있어서는 다소간의 조심스러움이 전제될 필요성은 남아 있다고 하겠다.

이러한 ‘전위’ 혹은 ‘침부의 법리’는 특히 매립후 잔존 공유수면의 관할권 획정에 활용될 수 있을 것으로 기대해 볼 만하다. 더구나 국제법적인 원리로 인정되는 한도 내에서는 헌법 제6조 제1항에 따라 국내적으로도 수용될 가능성도 존재한다.⁸¹⁾ 다만 공유수면 매립의 경우에는 그 계획과 실행과정이 상당히 긴 시간에 걸쳐 진행되기 때문에 전위의 법리 보다는 **침부의 법리가 적용될 가능성이 높다고** 볼 수 있지 않을까 생각한다. 즉 상대적으로 긴 시간동안 매립이 이루어진 결과 발생하는 매립지의 경우는 원칙적으로 매립지의 모토지(母土地)의 관할권의 확장으로 보는 것이 법원리적으로 바람직하다고 생각한다. 물론 현행 제도에 따르면 이러한 원칙적인 양상을 절차적으로 충분히 조정이 가능하도록 하고 있기는 하나, 이러한 조정과정을 전적으로 절차적인 과정에만 맡기기보다는, **최소한 논의의 출발점으로 활용할 수 있을, 일정한 법리에 의한 실제적인 규준을 확보한다는 차원에서** 이 침부의 법리를 염두에 두는 것은 나름의 의미가 있지 않을까 생각한다. 아울러 **이러한 법리가 적용되게 되면 육상경계선의 변동은 당연히 해상경계선의 변동을 가져오는 것으로** 볼 수 있게 되는데,⁸²⁾ 이러한 당연한 변동이 공유수면의 관리의 측면에서는 보다 효율적인 것으로 예상된다.

다음으로 매립지의 매립 후에 잔존하는 공유수면에 대한 이용권한의 설정과 관련

77) State of Nebraska v. State of Iowa, 143 U.S. 359, 361(1892).

78) State of Ark. v. State of Tenn., 246 U.S. 158, 164(1918).

79) “침부”, 정치학대사전편찬위원회, 『21세기 정치학대사전』 (서울: 아카데미아리서치, 2002).

80) “침부(accretion, 添附)” (두산백과사전: <https://terms.naver.com/entry.naver?docId=1146441&cid=40942&categoryId=31714>)(2023년 12월 31일 최종확인).

81) 다만 이미 언급한 바와 같이, 매립의 경우에는 아직 완전한 법원리의 정착이 이루어진 것이 아니기 때문에 어디까지나 “가능성”의 범주에 머물러 있음을 유념할 필요가 있다.

82) 이후의 공유수면상 경계획정에 있어서는 ICJ가 활용하는 등거리선 방법에 따른 **임시경계선 획정**, 관련 상황을 고려한 **임시경계선 조정**, 결과의 **형평성 확인**의 소위 **3단계 경계획정 방법**을 활용하는 것이 바람직할 것으로 생각된다. ICJ의 3단계 경계획정 방법에 대해서는 이석용, “국제사법재판소의 흑해해양경계획정사건 판결에 나타난 특징분석”, 『서울법학』 제20권 제2호(2012), 9~13면을 참조. 아울러 이러한 입장에서 “형평성”을 확인할 뿐, “형평의 원리”를 적용하는 것이 아님은 주목할 필요가 있겠다.

하여, 잔존 공유수면의 실제적으로 이용양상을 살펴보면, 항행(航行)이나 어로(漁撈)·채집(採集) 등의 수산업적 측면의 활용을 우선적으로 생각해 볼 수 있을 것이다. 이 가운데 특히 논란의 소지가 있는 부분은 수산업적 측면의 활용 부분이 될 것 같다. 그 결과 지역 주민들의 생계와 관련하여 조업수역 등의 문제가 발생될 가능성이 높기 때문이다.⁸³⁾ 그렇지만 이에 대해서는 「수산업법」(법률 제18959호)이 공동조업수역의 지정 등에 관한 규정을 두고 있으므로(법 제56조 등) 그에 따른 해결을 모색하는 것이 바람직할 것이다.

4. 매립지에 대한 시효취득 고려여부

역시 대상결정에 포함된 것은 아니나 본 사안의 매립지 가운데 도로의 경우, 20년 이상 지적부상 소유자로 등재된 피청구인의 시효취득 여부 역시 고려될 필요가 있다. 우리나라 민법상 인정되는 취득시효제도는 원칙적으로 국가나 지방자치단체에게 있어서도 충분한 의미를 가지는 제도라 할 수 있다. 즉, 시효취득의 주체의 측면에서 사(私)경제주체로서의 국가가 민법상 취득시효의 주체가 될 수 있다는 것이 대법원의 확고한 입장이고,⁸⁴⁾ 학계 역시 같은 입장이라 할 수 있다.⁸⁵⁾ 시효취득의 객체의 측면에서도 우리나라의 국유재산은 그 용도에 따라 행정재산과 일반재산으로 구분되는 바(「국유재산법」(법률 제14841호) 제6조), ① 국가가 직접 사무용·사업용 또는 공무원의 주거용으로 사용하거나 정부기업이 행정재산으로 사용하기로 결정한 날부터 5년이 되는 날까지 사용하기로 결정한 공용재산, ② 국가가 직접 공공용으로 사용하거나 정부기업이 행정재산으로 사용하기로 결정한 날부터 5년이 되는 날까지 사용하기로 결정한 공공용재산, ③ 정부기업이 직접 사무용·사업용 또는 그 기업에 종사하는 직원의 주거용으로 사용하거나 대통령령으로 정하는 기한까지 사용하기로 결정한 기업용재산, ④ 법령이나 그 밖의 필요에 따라 국가가 보존하는 보존용재산과 같은 행정재산은 민법상 시효취득의 대상이 되지 않지만, 일반재산의 경우는 시효취득의 대상이 된다고 할 수 있다(동법 제7조 제2항⁸⁶⁾ 및 동조항의 반대해석).⁸⁷⁾ 다만 이러

83) 여러 지방자치단체가 공유수면에 연결되어 있고, 그 공유수면에 대한 어업면허권을 행사해왔거나 혹은 소속 주민들의 생업인 어로행위가 행해진 생업의 터전이 매립되었고, 그 매립된 토지가 향후 당해지역의 경제생활은 물론 지역구도에 엄청난 변화를 가져올 사정이라면 인접 지방자치단체들은 그 육지와 연결되어 있던 공유수면의 어느 일정 부분이라도 자신의 관할지로 지정되도록 하는데 있어서 정당한 법적 이익을 가지고 있음을 인정해야 할 것인 바, 이는 지방자치단체가 향유하는 지역고권의 중요한 요소이기도 하다. 김해룡, 앞의 글, 8~9면.

84) 예를 들어, “부동산의 점유권원의 성질이 분명하지 않을 때에는 민법 제197조 제1항에 의하여 점유자는 소유의 의사로 선의, 평온 및 공연하게 점유한 것으로 추정되는 것이며, 이러한 추정은 지적공부 등의 관리주체인 국가나 지방자치단체가 점유하는 경우에도 마찬가지로 적용된다.” 대법 2006.01.26. 2005다36045. 이는 대법원의 일관된 입장이라 해도 무방하며, 이러한 입장을 따르는 최근 판례로는 대법원 2016. 4. 15. 선고 2015다230372를 참조.

85) 예를 들어, 윤진수, “제245조”, 곽윤직 집필대표, 『민법주해(V)-물권(2)』 (서울: 박영사, 1992[2007판본]), 368면은 공법상의 법인으로서 지방자치단체가 당연히 취득시효의 주체가 될 수 있음을 적시하고 있다.

86) 「국유재산법」(법률 제17758호) 제7조(국유재산의 보호) ① 누구든지 이 법 또는 다른 법률에서 정하는 절차와 방법에 따르지 아니하고는 국유재산을 사용하거나 수익하지 못한다. ② 행정재산은 「민법」 제245조에도 불구하고 시효취득(時效取得)의 대상이 되지 아니한다.

한 민법상 취득시효제도는 기본적으로 재산권의 변동과 직접적으로 관련을 가질 뿐이므로, 행정관할 구역의 결정에 있어서도 민법상 취득시효제도에 특별한 위상을 부여하기는 어렵지 않을까 생각한다. 본질적으로 행정구역은 토지에 관한 소유권자가 누구인가의 문제와는 무관하기 때문이다.⁸⁸⁾

그렇지만 일정한 지역에 대하여 특정한 지방자치단체가 일정기간 이상 평온하게 행정관할권을 행사해 왔다는 사실은, 민법상의 시효취득의 법리와 무관하게, 매립지의 육상경계 획정시 중요한 고려요소로 볼 수 있을 것이다. 이는 이미 살펴 본 바와 같이 행정관습법의 존재를 확인하는 요소로서 행정관행의 존재기간을 어느 정도 볼 것인가라는 문제와 직결되는 것이라 할 수 있을 것인 바, 이 사건의 경우와 같이 지적등록 후 20년 이상 관할에 대한 분쟁이 없었던 것은 상당히 오래된 행정관행의 존재를 긍정할 수 있는 근거로 인정될 가능성이 높다고 하겠다.⁸⁹⁾ 더구나 국제법적으로도 영토취득의 권원으로서 영토에 대한 취득시효, 즉 영토취득시효가 적어도 원리적으로는 인정되고 있음을 감안하면⁹⁰⁾ 일정기간 이상의 행정관할권 행사의 중요성은 더욱 커질 것으로 보아도 무방할 것이다.

V. 결론

지금까지 행정구역의 획정과 관련한 헌법적 규율양상의 확인을 위한 기초 작업의 일환으로, 행정구역 설정과 관련한 법제와 함께 공유수면 매립지의 행정구역 설정에 관한 현재의 입장을 검토해 보았다. 특히 매립 전 공유수면의 해상경계선을 매립지의 관할구역 경계선으로 보아온 선례를 변경하고, 제반 사정을 종합적으로 고려하여 형평의 원리에 따라 청구인의 청구를 기각한 대상결정에 대한 분석을 통해서 매립지 경계획정에 있어 기존 공유수면의 해상경계선을 고려하지 않고, 매립주체 등의 지위를 적극적으로 고려하는 현재의 입장의 정당성을 확인하였고, 아울러 매립 후 잔존 공유수면의 관할권 문제 및 매립지에 대한 시효취득 고려 여부를 검토하였다. 검토 결과 매립지의 행정구역 설정과 관련하여 제반 사정을 전반적으로 검토하여 형평성을 추구하는 현재의 입장은 충분히 수긍할 수 있으나, 이를 “형평의 원리”로 개념화하는 것에 관하여는 다소간의 의문을 제기하며 추가적인 논의가 필요함을 확인하였다.

87) 이는 현재의 일반재산에 해당하는 구 ‘잡종재산(雜種財産)’에 대해서도 점유취득시효를 부정한 구 「국유재산법」 제5조 제2항을 위헌선언한 현재 1991.5.12. 89헌가97 결정의 결과이다. 한편 미국의 경우에도 연방정부나 주 정부의 재산에 대해 제소기간제한법이 적용되지 않음으로써 우리의 취득시효와 유사한 “Adverse Possession”의 대상이 되지 않게 되는 이유로는 연방정부나 주 정부 등의 공무원들의 게으름으로 말미암아 공공의 권리와 재산을 상실하게 함으로써 입게 될 손해로부터 시민들을 보호하고자 하는 것이라고 한다. 박홍래, “우리나라의 점유취득시효와 미국의 Adverse Possession과의 비교연구”, 『민사법학』 제26집(2004), 231면.

88) 홍정선, 앞의 책, 116면.

89) 유사한 입장으로 1983년 이후 해상경계선을 기준으로 행정관할권한을 독자적으로 행사한 것에 대해 행정관행이 상당히 오랜 기간 존재했음을 인정하는 박윤훈, 앞의 글, 248면을 참조.

90) 예를 들어, 김석현, “시효(時效)에 의한 영유권 취득”, 『국제법학회 논총』 제57권 제4호(2012), 12면.

아직 논의가 충분하진 않지만 현재로서는, 다소 선부르게 “형평의 원리”와 같이 그 실체가 불분명한 일반적인 법원리에 의존하기 보다는 현재의 헌법과 법률의 체계 하에서 행정구역 획정원리를 구체화하는 접근방식을 택하는 편이 나을 것으로 생각된다. 특히 대법원이 확인하고 있듯이⁹¹⁾ 국토의 효율적이고 균형 있는 이용·개발과 보전(헌법 제120조 제2항, 제122조), 지역 간의 균형 있는 발전(헌법 제123조 제2항)은 반드시 고려되어야 할 규범적 출발점이 될 것이다. 이와 관련하여 실체법적인 관점에서 일반적으로 적용·운용되어 온 행정구역 획정의 기준으로 제시된 ① 동질성(생활권), ② 계획성 ③ 기능적 연계성 ④ 연혁적 사실 ⑤ 행정능률성 ⑥ 주민생활권 및 편의성 ⑦ 주민정서와 상호주의⁹²⁾ 혹은 이러한 관할구역설정에 관한 일관된 기준을 “자연적·지리적 조건에 부합하는 공동생활권의 확보 및 토지이용과 관련된 역사적 관행을 우선적 고려사항으로 꼽고, 행정효율성의 극대화 및 재정적·경제적 효과의 적절한 배분의 경우는 2차적 기준으로 제시”하는 견해는 눈여겨 볼 만하다 하겠다.⁹³⁾ 기실 이 주제는 특히 자치행정학 분야에서 활발하게 논의되는 주제로서, 예를 들어 공동사회성·행정능력·주민편의성·지역개발성의 네 가지⁹⁴⁾, 거점성(據點性)/결절성(結節性)·기획성·동질성의 세 가지⁹⁵⁾, 공동체·재원조달능력, 행정의 효율성, 주민참여의 네 가지⁹⁶⁾, 생활권역 연결성(nodality)·행정의 동질성(homogeneity)·정책적 의도성의 세 가지⁹⁷⁾를 꼽는 등의 다양한 논의들을 확인할 수 있다. 기본적으로 이러한 논의들을 기반으로 행정구역 획정에 관한 헌법적 규율 기반을 마련해 나가야 할 것이다.

91) 대법원 2021. 2. 4. 선고 2015추528 판결[평택당진항매립지일부구간귀속지방자치단체결정취소]

92) 이동기, 앞의 글, 71~72면.

93) 박석희·권혜수, “갈등론적 관점에서 자치구역분쟁의 합리적 해결방안”, 『지방행정연구』 제20권 제1호(2006), 96~97면.

94) 소진광 외 7인공저, 『한국지방자치의 이해』 (서울: 박영사, 2008), 115~119면.

95) 김택·유종해, 『한국지방행정론』 (과주: 한국학술정보, 2010), 128~130면.

96) 임재현, 『지방행정론(개정판)』 (고양: 대영문화사, 2023), 299~304면.

97) 최창호·강형기·이민규, 『지방자치학(제4판)』 (서울: 삼영사, 2022), 143~144면.

[참고문헌]

<국내문헌>

- 강기홍, “공유수면 매립지의 경계분쟁에 대한 법적 고찰: 독일의 유사사례와 관련하여”, 『(단국대학교 분쟁해결연구소) 분쟁해결연구』 6권 2호(2008).
- 강인호·이민창·조선일·김동복, “공유수면매립지에 대한 지방정부간의 관할구역확정에 관한 법적 검토 - 울춘제1지방산업단지 관할권다툼을 중심으로”, 한국지방정부학회 2003년도 동계학술대회 논문집(2004).
- 강재규, “공유수면매립지의 귀속문제”, 『공법학연구』 제4권 제1호(2002).
- 계기석, “지방자치단체 해상경계분쟁의 원인과 해소방안”, 『국토연구』 제51권(2006).
- 김종백·하정봉·곽창규, 『지방자치의 새로운 이해』(서울: 박영사, 2023)
- 김동건, “공유수면매립지의 관할 지방자치단체 결정에 대한 법적 문제: 새만금 방조제의 귀속문제를 중심으로”, 『(배재대학교 사회과학연구소) 사회과학연구』 36집(2014).
- 김두석, “우리나라 지방자치단체간 해상경계를 둘러싼 갈등에 관한 연구 - 거래비용이론을 통한 사례분석을 중심으로-”, 인하대학교 행정학 박사학위논문(2013).
- 김병두, “「지적재조사에 관한 특별법」에 관한 일고찰 - 경계확정에 수반되는 제문제를 중심으로”, 『홍익법학』 제13권 제1호(2012).
- 김석현, “시효(時效)에 의한 영유권 취득”, 『국제법학회 논총』 제57권 제4호(2012).
- 김수진, “독일 노르트라인-베스트팔렌 주 지방자치법(제13회)”, 『지방자치법연구』 7권 3호(2007).
- _____, “송도매립지의 관할구역 결정에 관한 공법적 고찰 - 공유수면매립지 관련 헌법재판소 결정들을 중심으로”, 『행정법연구』 제23호(2009).
- _____, “지방자치단체의 구역변경에 관한 소고”, 『지방자치법연구』 제10권 제4호(2010).
- 김재광, “지방자치단체 경계조정에 관한 법적 고찰”, 『지방자치법연구』 16권3호(2016).
- _____, “지방자치단체의 구역과 해상경계획정에 관한 소고”, 『토지공법연구』 제19집(2003).
- 김택·유중해, 『한국지방행정론』(과주: 한국학술정보, 2010).
- 김해룡, “공유수면 매립지 행정구역(귀속) 결정에 관한 법제 소고”, 『토지공법연구』 제64집(2014).
- 김희곤, “새만금 방조제의 행정관할 관련 대법원판결의 의의와 과제”, 『공법연구』 제42집 제3호(2014).
- 남북현, “[판례평석] 공유수면 매립지의 경계결정과 형량통제- 대법원 2013. 11. 23. 선고 2010추73판결에 대한 비판적 접근을 중심으로”, 『공법학연구』 제15권 제4호(2014).
- _____, “공유수면 매립지의 경계확정을 둘러싼 법적 분쟁에 있어 실체법적 사항 - 당진군과 평택시 간의 권한쟁의를 중심으로”, 『공법연구』 제38집 제1호 제2

- 권(2009).
- , “권한쟁의 심판에 있어 결정의견 변경이 지닌 법적 효과와 적용사례 분석 - 현재 2015.7.30. 2010헌라2결정을 중심으로”, 『(한국법정책학회)법과 정책연구』 제16집 제2호(2016).
- 소진광 외 7인공저, 『한국지방자치의 이해』 (서울: 박영사, 2008).
- 박석희·권혜수, “갈등론적 관점에서 자치구역분쟁의 합리적 해결방안”, 『지방행정연구』 제20권 제1호(2006).
- 박윤흔, “바다에서의 지방자치단체간의 경계선”, 『토지보상법연구』 제11집(2011).
- 박진영, “공유수면 매립지의 행정구역 귀속과 관련한 권한쟁의심판청구의 적법성 고찰 - 2009.4.1. 지방자치법(법률 제9577호) 제4조의 개정 이후에도 헌법재판소가 여전히 그 권한쟁의심판권을 가지는지 여부와 관련하여 -”, 『헌법학연구』 제24권 제4호(2018).
- , “공유수면매립지 행정구역 귀속에 관한 권한쟁의심판 결정의 기속력 - 현재 2004. 9. 23. 2000헌라2 결정과 개정된 지방자치법 제4조 제3항 내지 제9항을 중심으로 -”, 『헌법재판연구』 제3권 제1호(2016).
- 박홍래, “우리나라의 점유취득시효와 미국의 Adverse Possession과의 비교연구”, 『민사법학』 제26집(2004).
- 승이도, “지방자치단체 사이의 해상경계 획정에 관한 헌법재판소 권한쟁의심판 연구”, 『헌법학연구』 제26권 제2호(2020).
- 윤수정, “공유수면 매립지의 경계획정에 관한 공법적 고찰”, 『지방자치법연구』 제16권 제4호(2016).
- 윤진수, “제245조”, 박윤직 집필대표, 『민법주해(V)-물권(2)』 (서울: 박영사, 1992[2007판본]).
- 이동기, “해상경계 행정구역설정을 둘러싼 갈등쟁점과 정책방향”, 『한국지방자치학회보』 제17권 제1호(2005).
- 이미래, “경상남도 사천시와 경상남도 고성군 간의 권한쟁의”, 『헌법재판소 결정해설집(2019년)』(서울: 헌법재판소, 2020).
- 이상윤, 『영미법(개정판)』 (서울: 박영사, 2003[2009인쇄본]).
- 이석용, “국제사법재판소의 흑해해양경계획정사건 판결에 나타난 특징분석”, 『서울법학』 제20권 제2호(2012).
- 이용욱, “해상경계 관련 판례분석”, 『한국측량학회 학술대회자료집』 (2011).
- 이춘희, 『지방자치단체 상호간 해상경계선 획정에 관한 권한쟁의심판 연구』 헌법재판소 연구보고서(2021).
- 임재현, 『지방행정론(개정판)』 (고양: 대영문화사, 2023).
- 최우용, “지방자치단체의 구역 및 경계에 관한 법적 과제”, 『지방자치법연구』 제11권 제3호(2011).
- 최창호·강형기·이민규, 『지방자치학(제4판)』 (서울: 삼영사, 2022).
- 한국지방자치법학회 편, 『지방자치법주해』, (서울: 박영사, 2004).
- 헌법재판소, 『헌법재판실무제요(제3개정판)』(서울: 헌법재판소, 2023).
- 홍정선, 『신지방자치법(제5판)』 (서울: 박영사, 2022).

<해외문헌>

Ademola Abass, *International Law: Text, Cases, and Materials* (Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2014).

[Abstract]

**A Review on the Principle of Demarcation of Newly
Reclaimed Land as a Principle of Administrative District
Demarcation**

= Also as a Review of Constitutional Court 2019.4.11. 2015 Heonra 2

Kim Ju Young*

Interest in the reorganization of administrative districts is increasing due to the plan to promote the incorporation of Gimpo-si, Gyeonggi-do into Seoul Special City, triggered by the leader of the ruling party at the time in October 2023. Changes in the metropolitan local governments to which a basic local government belongs may lead to conflicts of interest between metropolitan local governments so it is highly likely that this situation will not be easily resolved depending on the political situation and will ultimately depend on judicial judgment. Under these circumstances, the confirmation of the constitutional discipline related to the delimitation of administrative districts is worth sufficient consideration from a practical aspect beyond simple theoretical interest.

As part of the basic process for this work, it is meaningful to examine the position of the Constitutional Court on the demarcation of administrative districts for newly reclaimed lands, where multiple decisions were made in the form of competence dispute adjudication, along with the review on the legal system related to administrative district demarcation. In particular, this study reviews the Constitutional Court's decision[Constitutional Court 2019.4.11. 2015 Heonra 2] which changed the precedent of considering the maritime boundary of public waters as the boundary of the newly reclaimed lands and demands comprehensive consideration of all circumstances based on the principle of equity. Through this study the legitimacy of the Constitutional Court's position of actively considering the purpose of reclamation and the status of the reclamation entity was confirmed, and the issue of jurisdiction over public waters remaining after reclamation and whether acquisition of prescription for the reclaimed land was also reviewed.

In conclusion, this study can fully accept the Constitutional Court's position of pursuing equity by reviewing all circumstances related to the demarcation of administrative districts for newly reclaimed lands, but it raises some questions about conceptualizing this as a "principle of equity" and confirms that further discussion is necessary.

* Professor, Myongji University College of Law, LL.D.

Key Words: competence dispute, newly reclaimed lands, administrative district demarcation, principle of equity(or equitable principle), acquisition by prescription

라이프니츠(Gottfried Wilhelm Leibniz)의 법사상*

송 시 섭**

논문요지

라이프니츠는 철학, 수학, 논리학 등 다양한 분야에서 위대한 업적을 남긴 17세기 최후의 만능인이었다. 모나드론을 토대로 세상 만물이 조화롭게 예정되어 있다는 주장을 펼친 것과 같이 법의 영역에서도 고대 로마법부터 당시 통용되던 제국의 영방법(領邦法)에 이르기까지 법학의 가장 기본적인 개념들에 대한 정리를 통해 보편법학을 추구하였던 법학자였음은 상대적으로 덜 알려져 있다. 하지만 그는 단지 지식적인 학문으로서의 법학이 아니라, 현실세계를 통합할 수 있는 실용적인 법학을 추구했고, 이러한 관심은 그의 정의론과 자연법론에 잘 녹여져 있다.

라이프니츠에게 정의란 현자의 자애(*caritas sapientia*)다. 즉, 정의는 모든 인간이 서로 선을 행하도록 하는 인간 상호 간의 호의에 기초한다는 점이다. 바꿔말하면, 정의란 타인에게 도움을 줄 것인지, 해악을 끼칠 것인지에 대한 현려(賢慮, *prudentia*)인 것이다. 라이프니츠에게는 인간 상호간의 사랑이 동시에 최고의 법원리가 되는 것이다. 이는 흄스와는 전혀 다른 접근방법이라 할 것이다.

라이프니츠에게 있어서 자연법의 목적은 '자연적 사회'를 유지하고 증진하는 것. 즉 자연법은 그것을 준수하는 사람들의 선(善)을 위한 것이다. 자연법의 내용은 단지 자기 자신만을 위한 것이 아니라, 다른 사람들의 선에 관련되는 것이다.

그가 분류한 3단계의 자연법은, 첫째, '아무도 해하지 말라'(*neminem laedere*)는 법원칙을 토대로 삼은 엄격법(嚴格法, *jus strictum*), 둘째, '각자에게 그의 것을 주라'(*suum cuique tribuere*)는 법원칙에 기초한 형평법(衡平法, *aequitas*), 셋째는, '정직하게 살라'(*honeste vivere*)는 법원칙을 지향하는 경건(敬虔, *pietas*)이다.

그가 제시한 정의관과 자연법론은 현대에도 새롭게 조명되고 재해석될 만큼 다양한 사상의 가능성을 갖고 있다고 평가될 수 있다.

검색용 주제어: 라이프니츠, 보편법학, 자연법, 엄격법, 형평법, 경건

· 논문접수: 2024. 01. 07. · 심사개시: 2024. 01. 11. · 게재확정: 2024. 01. 25.

* 본 연구는 동아대학교 교내 학술연구비 지원에 의하여 연구되었음

** 동아대학교 법학전문대학원 교수, 변호사

I. 들어가는 말

일반적으로 라이프니츠를 철학자¹⁾나 수학자²⁾, 또는 논리학자³⁾등으로 인식하는 경우가 대다수지만⁴⁾, 그를 법학자로, 나아가 법 사상가로 이해하긴 쉽지 않다. 하지만, 법학의 영역에서도 민법상 손해배상액의 계산에 있어서 미래의 배상액을 현재의 가치로 환산하는 중간이자 공제와 관련하여 라이프니츠 계산법⁵⁾을 떠올린다면 그와 법학 간의 연관성을 쉽게 이해할 수 있을 것이다.

하지만 본 연구는 그와 법학과의 연관성이 단순한 수식(數式)에 그치는 것이 아니었음을 밝히는 데 있다. 그의 법사상을 이해하기 위해서는 먼저 그의 생애를 이해해야 하고 (II), 그의 철학적 사상 속에서 법과 관련된 핵심적인 요체(要諦)를 찾아내야 하며 (III), 나아가 그가 관심을 두고 심혈을 기울여 완성하려고 했던 법학 영역의 핵심 주제와 그에 관한 사상을 탐구해야 할 것이다 (IV)

이러한 작업은 국내에서는 법철학사에서 간략한 소개에 그치는 경우가 많지만⁶⁾, 외국에서는 원전(原典)을 토대로 더욱 깊이 있는 선행연구⁷⁾⁸⁾가 진행되어 있어 그의 법사상과 관련한 연구와 관련하여 나름의 길을 밝혀주고 있기에 이러한 인도자들의 도움을 받아 조심스럽게 한 걸음씩 나아가보고자 한다. 다만 국내에서는 라이프니츠의 법사상 자체와 관련된 학술 논문이 없는 상황에서 진행되는 연구이기에, 라이프니츠 법사상의 구체적인 내용에 대한 심도 있는 논의보다는 대략적인 소개에 그치는 점도 있음을 인정하지 않을 수 없다.

- 1) 대륙합리론의 3대 거장 중 한 사람으로 널리 알려져 있으나, 현대철학에서도 라이프니츠의 영향력은 지대하다. 특히 그의 철학의 현대적인 재발견, 특히 들뢰즈의 후기 철학에서 라이프니츠 철학의 중요성에 대하여는, 경혜영, “들뢰즈의 라이프니츠 읽기: 실체화 관계와 새로운 가능성”, 인문학연구 제23호, 83-119면 참조.
- 2) 그가 뉴턴과 더불어 미적분 발명의 선후를 다툰 사실은 수학역사상 가장 유명한 논쟁중 하나다.
- 3) 논리학의 대가로서의 그의 사상에 대한 현대적 조명에 대하여는, 하병학, “현대논리학적 단초들을 중심으로 한 라이프니츠 논리학의 이해”, 『논리연구』, 제2집(1998), 86-113면 참조. 라이프니츠가 논리학에 미친 영향에 대하여는, M. Bullynck, “Erhard Weigel's Contributions to the Formation of Symbolic Logic”, 『History and Philosophy of Logic』, 34 (1), 2013, pp. 25-34 참조.
- 4) 그 외에도, 라이프니츠는 물리학, 지리학, 생물학, 어학, 중국학 등 수많은 분야에서 두각을 나타낸 천재적인 인물로 알려져 있다.
- 5) 이른바, 라이프니츠 계수는, 일실이익 등을 산정할 때 쓰는 중간이자 공제방식 중 하나로, 일실이익 산정의 기초가 될 연 또는 월간 순수입이 정해지고 그 수입이 계속될 것으로 보이는 가동연한이 정해지면 각 수치를 곱해 일실이익 총액을 산출할 수 있게 된다.
- 6) 유병화, 『법철학 (전정판)』, 민영사, 1990, 243-250면; 오세혁, 『법철학사』 (제2판), 세창출판사, 2012. 143-145면.
- 7) 유럽에서의 연구는, 함부르크 대학에서 민법, 고대법, 로마법 등을 강의하는 마티아스 아르마가르트(Matthias Armgardt)의 연구가 대표적이라 할 수 있다. Matthias Armgardt, “Leibniz as legal scholar”, 『Fundamina』, 20(1), January 2014, pp. 27-38.
- 8) 일본에서의 연구는, 법학을 포함한 정의론 전반에 대한 서적으로는 酒井 潔, 『라이브니ッツ의正義論』, 法政大學出版局, 2021. 이 대표적이며, 논문으로는, 明石欽司, “라이브니ッツ의法理論と「近代國際法」(二)” 「法」・「國家」・「主權」・「ユース・ゲンティウム」の觀念を題材として”, 『法學研究』, 89卷 4号, 2016., 35-80면에서 상세한 설명을 제공하고 있으며, Hirano, Hideaki(平野秀秋), “Leibniz's Cultural Pluralism And Natural Law”. 『社會労働研究』, 44(1), 1997. 6, 1-63면도 참고할 수 있다.

II. 라이프니츠의 생애⁹⁾

1. 유년시절

라이프니츠는 1646년 7월 1일 라이프치히에서 법률가이자 라이프치히 대학의 도덕(윤리)철학 교수인 아버지(Friedrich Leibnütz)¹⁰⁾와 저명한 법학 교수인 퀴리누스 샤허(Quirinus Schacher)¹¹⁾의 법적인 보호 아래 자란 어머니(Catherina Schmuck)¹²⁾ 사이에서 태어났다.¹³⁾ 그가 6살이 되던 1652년에 아버지는 세상을 떠났으며, 아버지가 남겨둔 서재에서 7살 때부터 라틴어, 그리스어 나아가 히브리어까지 독학하였다고 한다.¹⁴⁾

2. 학창(學窓) 시절

라이프니츠는 1661년에 열다섯 살의 나이로 라이프치히 대학에 입학하게 되었다. 입학 후 아리스토텔레스 철학과 유클리드의 『원론』을 수강하였고, 스콜라 철학을 집중적으로 공부하였는데, 그 중심에는 당시 그의 철학학사 논문을 지도한 토마지우스(Jakob Thomasius)¹⁵⁾ 교수가 있었다. 그의 지도하에 작성된 학사학위논문이 바로 라이프니츠의 첫 번째 철학 논문인 『개체의 원리』(1663)¹⁶⁾¹⁷⁾였다.¹⁸⁾ 그 후 예나(Jena) 대학에서 보낸 1663년에는 신(新) 피타고라스주의자인 바이겔(Erhard Weigel)을 통해 수학과 형이상학에 대한 공부를 하면서 홉스(Hobbes)¹⁹⁾, 가상디(Gassend

9) 유병화, 앞의 책, 243-246면 참조. ; 박창균, “‘탈경계인’ 라이프니츠”, 『한국수학사학회지』, 제21권 제4호(2008). 49 - 60면 중 50-51면 참조. 영서로는, Bertand Russell, A Critical Exposition of The Philosophy of Leibniz, Spokesman Pr, 2007. 가 대표적이라 할 것이다.

10) 그는 루터교 신자로서, 변호사로서 라이프치히 대학의 공증인 역할도 했다고 한다. 1622년 라이프치히 대학에서 석사 학위를 마쳤고 1640년 라이프치히에서 도덕철학 교수가 되었다. 1644년에 세 번째 결혼으로 카타리나 슈목과 결혼하여 라이프니츠를 낳았다.

11) 그는 1617년 철학 석사 학위를 받은 후, 법학 연구에도 관심을 가져 1623년 법학 박사학위를 받았다. 1632년에는 라이프치히 대학 법학부 고문으로 임명되었고, 1652년부터 1669년까지 그는 드레스덴 항소법원의 심사 위원이었고, 1670년 라이프치히에서 사망하였다.

12) 그녀는 1621년에 태어나, 11살의 나이에 고아가 되었고 신학 교수인 요한 홉너의 집에서 자랐다. 프리드리히 라이프니츠와 결혼하기 전에는 그녀의 법적 보호자인 퀴리누스 샤허(Quirinius Schacher) 법대 교수와 함께 살았고, 1664년에 세상을 떠났다.

13) 20대에 자신의 성(姓)을 아버지가 사용하던 라이프니츠(Leibnütz)가 아닌 라이프니츠(Leibniz)로 바꾸었다고 한다.

14) 그러한 언어적인 재능을 기초로, 그의 논문과 작품들은 라틴어, 독일어, 프랑스어 등 다양한 언어로 저술되었다.

15) 유명한 자연법 사상가인 크리스티안 토마지우스(Christian Thomasius, 1655-1728)의 아버지이다.

16) 이 원리는, ‘분할불가원칙’이라고도 하는데, 아리스토텔레스로부터 시작되어, 둔스 스코투스(Duns Scotus, 1266-1308)의 유명한 “헤세이티(haecceity)”로 이어지고, 르네상스 기간에는 수아레즈(Francisco Suárez, 1548-1617)에 의해 논의되었는데, 라이프니츠도 이에 대해 일찍부터 깊은 관심을 가졌던 것으로 보인다.

17) 논문의 원제목은, “개체의 원리에 대한 형이상학적 논의” *Disputatio metaphysica de principio individui* (영어로, Metaphysical disputation on the principle of individuation). 라고 불린다.

18) 이와 관련하여서는, 손병홍, “라이프니츠의 법칙과 헤세이티즘(Haecceitism)”, 『논리연구』, 제2집(1998), 33-57면 참조.

i)20) 등의 업적을 접하기도 했다.²¹⁾ 그 후 라이프치히로 다시 돌아와 법학 공부를 본격적으로 시작하여 석사논문을 작성하였다.²²⁾ 1665년 12월에는 사랑하는 어머니가 병으로 인해 세상을 떠났으며, 그 무렵 다수의 법률 논문을 발간하였다. 1666년에는 『조합법』(‘결합법론’ 또는 ‘조합기술론’, ‘결합술에 관한 논고’로도 불림)²³⁾으로 알려진 저서를 출간했으며, 그 후 라이프치히 대학에서의 박사학위 시험이 지연되게 됨에 따라²⁴⁾ 1666년 10월에 알트도르프(Altdorf)대학으로 옮겨²⁵⁾ 다음 해인 1667년 2월에 법학박사학위를 취득했다.²⁶⁾

19) 라이프니츠는 스피노자로부터 영향을 받은 토마스 홉스의 코나투스(conatus)이론으로부터 많은 영향을 받았으나, 후에는 사상적으로는 대척점에 서게 된다.

20) 라이프니츠는 피에르 가상디(Pierre Gassendi)의 ‘원자론’으로부터 많은 영향을 받은 것으로 보인다. 참고로, 가상디는 천주교 사제이자, 철학자, 물리학자, 수학자로서, 특히 기독교 에피쿠로스학파의 창시자로서, 원자론적 자연학과 목적론적 신학(神學)과의 절충 작업을 한 인물로 알려져 있다. 조병희, 쾌락주의를 위한 변론—가상디 윤리학에 관한 소고, 『인문과학』 제56집 2015.2, 149-182면. 특히, 160면에서는, ‘신에 의해 창조된 물질세계에서는 원자야말로 유일한 ‘작용인(principium efficiens)’으로 만물의 생성과 소멸은 오직 원자들의 운동에 의해서만 설명될 수 있다.’는 가상디의 견해를 소개하고 있다.

21) 라이프니츠와 바이겔의 관계에 대하여, 많은 연구가 진행되어 있으나, 그중에서도 수학(數學)의 영역으로 국한해 본다면 Mattia Brancato, Leibniz, “Weigel and the Birth of Binary Arithmetic”, 『Lexicon Philosophicum』, No. 4, 2016, pp. 151-172 을 들 수 있는데, 이 책에서는, 바이겔의 저서(“De supputatione multitudinis a nullitate per unitates finitas in infinitum collineantis ad deum”)가 라이프니츠의 이진 산술(이진법, binary arithmetics) 발전에 큰 영향을 주었다고 한다. ; 라이프니츠의 삶과 바이겔과의 만남에 대하여는, M. R. Antognazza, Leibniz: an intellectual biography, Cambridge University Press, 2009, pp. 58-59 참조.

22) 법학석사 논문 제목은, ‘법전의 철학적 문제표본’ Specimen quaestionum philosophicarum ex jure collectarum (영어로는, “Specimen of Philosophical Questions Collected from the Law”)으로, 이 논문에서는 신(神)의 이성(理性)이 모든 법의 기초라는 점을 주장하였다. 나아가 이러한 생각을 바탕으로 신학, 철학, 그리고 법학을 종합적으로 이해하려는 시도를 하고 있는 바, 그는 신학은 신의 법학, 철학은 자연의 법학, 형의 법학은 인간의 법학으로 구분하기도 하였다. 특히 전통적인 로마법이 ‘쓰여진 이성’(ratio scripta)이라는 생각과 수아레즈(Suarez)-그로티우스(Grotius)적인 ‘올바른 이성’(recta ratio)을 결합하고자 법의 기초에 대하여 ‘인간의 이성’만이 아닌 ‘신(神)의 이성’을 상정하여 신(神)의 질서 가운데 만물의 조화를 구하고자 하였다.

23) 『결합방법론』(De Arte Combinatoria)(1666)를 썼다. 이는 초기 조합(組合)이론을 체계화한 것으로, 당시 라몬 룰(Ramon Llull, 라틴어로는 라이문두스 룰루스 Raimundus Lulus, 1232 - 1316)의 저서 『Ars Magna』(‘Grand Art’)에서 영감을 받았다고 하는데 이를 비판적으로 계승했다고 평가받고 있다. 이에 대하여 간략한 소개를 하자면, 모든 개념들을 제한된 수의 단순한 개념들의 조합으로 환원할 수 있다는 생각으로, 모든 명제를 복합명제(분자명제)와 더 이상 나눌 수 없는 단위명제(원자명제)들로 분류하고, 전자를 후자의 조합으로 봄으로써 현대 명제논리학의 최소 발상으로 볼 수 있다는 것이다. 이러한 시도는 일상 언어가 갖는 애매함을 제거하고 모든 문화권에서 통용되는 ‘보편언어’로의 관심으로 이어지게 된다. 이러한 라이프니츠의 보편언어 프로젝트와 관련하여 당시 북경에 파견된 예수회 선교사 부베(J. Bouvet) 신부와 교류도 유명한데, 상호교류를 통해 중국의 주역의 64괘 그림과 라이프니츠의 이진법간의 연관성도 짐작할 수 있다. 참고로, 라몬 룰에 대하여는, 손은실, “라이문두스 룰루스의 『이방인과 세 현자의 책』에 나타난 종교간 대화의 기술”, 『장신논단』, 제46권 2호(2014). 61-87면 참조.

24) 나이 때문이라는 견해(당시 라이프치히 대학에서는 30세를 기준으로 하여 박사학위를 주었는데 연장자들 중 박사학위를 취득하고자 하는 사람들이 많았는데 라이프니츠는 당시 20세였다)와 학장 부인의 악의(惡意) 때문이라는 견해가 나뉜다.

25) 1622년에 신설된 대학으로, 학비도 저렴하였고 학위 취득도 용이하였던 것으로 보인다.

26) 박사학위논문은, 『애매한 사안에 대하여』(Disputatio inauguralis de casibus perplexis in jure 영어로는, “Inaugural Dissertation on Perplexing Cases in the Law”)라는 논문이다. 이 논문에서는, 앞서 저술한 ‘결합방법’(조합법)을 법 실무에 응용한 것으로 그의 자

3. 사회생활 및 학문영역

법학박사 학위 취득 후 대학으로부터 교수직 제의를 받았으나 이를 사양하고,²⁷⁾ 그 무렵 연금술사협회인 뉘른베르크(Nürnberg)의 장미십자회(Rosenkreuzer)에 들어가 화학에 관한 지식을 얻었다고도 한다.²⁸⁾

1668년 보이네부르크(Johann Christian von Boyneburg²⁹⁾)의 후원 아래 당시 신성 로마제국 내에서 가장 영향력이 크다고 평가되는 마인츠(Meinz)의 선제후인 쇤보른(Johann Philip von Schönborn)의 법률고문의 조수 일을 맡게 된다.³⁰⁾ 이후 1670년 쇤보른은 라이프니츠를 항소법원의 판사로 임명하고자 하였으나 어린 나이(당시 24세)와 종교(개신교 신자)를 이유로 진행되지 못했다. 당시 마인츠는 가톨릭이 주(州) 종교였기 때문이다. 1672년에는, 쇤보른이 그에게 외교적 사명³¹⁾을 주어 파리를 방문하게 했다. 1673년에 잠시 런던을 방문하기도 했지만, 거의 4년간 파리에 머무르면서,³²⁾ 당시 학문과 과학의 중심지였던 파리에서 안센과 신학자 아르노(Antoine Arnauld), 신학자이자 철학자인 말브랑슈(Nicholas Malebranche), 수학자인 호이겐스(Christian Huygens)등을 만나게 된다. 특히 당대에 학문적 명성이 자자하던 호이겐스로부터 수학을 배워 파리를 떠날 때쯤에는 수학 분야에 많은 업적을 남기기도 했다. 1672년에 보이네부르크가 죽고, 1673년에는 선제후 쇤보른 마저 죽자 직업이 불안정해진 그는 파리 아카데미의 연구원직을 희망했지만 뜻을 이루지 못하였다.

이후 하노버 법원의 고문 변호사직을 수락하게 되어, 브룬스윅 뤼네부르크 프리드리히 공작(Duke Johann Friedrich of Brunswick-Lüneburg)의 초청을 받아들여 1676년 하노버로 거처를 옮기게 된다. 라이프니츠는 하노버 공국의 고문 겸 도서관 담당자로서 업무에 종사하며 거의 전 학문 분야에 걸쳐 탁월한 업적을 남겼다.³³⁾ 특히

연법사상도 잘 드러나고 있다. 특이한 것은, 정의(正義)를 사랑(자애, *caritas*)로 정의(定義)했다는 점이다.

27) 교수직을 사양한 이유는, 당시 30년 전쟁이 끝난 후의 독일의 부흥을 위해 대학교수보다는 (영향력 있는) 위대한 군주를 위해 일하는 것이 낫다고 판단했다고 한다.

28) 유병화, 앞의 책, 244면.

29) Boineburg로 표기하기도 한다.

30) 그 과정에서 1668년 『법학교육 및 연구의 신방법』(*Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae*)(이하 『법학방법론』이라 함)을 헌정했다고 한다. 이러한 개혁안을 제출하게 된 것은 보이네부르크가 법 개혁의 필요성을 인지하고 당시 궁정 고문인 라쎈(Andreas Lasser)에게 이를 부탁했으나, 당시 그는 너무 노령이어서 라이프니츠에게 부탁한 것으로 판단된다. 하지만 라이프니츠의 새로운 개혁안은 보수적인 라쎈의 반대에 부딪혔다고 한다. 이에 대한 자세한 설명은, 勝田有恒, “라이프니ッツ의法改革論についての覺書”, 『一橋論叢』, 第八十四卷 第三号(1980), 314-330면 참조.

31) 이집트 계획(Egyptian Plan, *Consilium Aegyptiatum*)으로 불리는 것으로, 당시 네덜란드를 상대로 전쟁을 준비 중인 프랑스 왕(루이 14세)을 설득하여 이집트로 이교도 정벌을 떠나도록 권유하는 계획이었다. 하지만, 영국이 네덜란드를 상대로 전쟁을 개시하여 프랑스가 참전하는 바람에 이 계획은 무산되었다. 라이프니츠의 ‘정치가’로서의 모습에 대하여는, 황선혜, “라이프니츠의 정치적 형이상학과 국가건설전략”, 『정치사상연구』, 제10집 제1호, 2004, 185-214면 참조.

32) 파스칼의 계산기를 진전시켜 곱셈과 나눗셈이 가능한 톱니 달린 계산기도 만들고, 1675년 미적분 체계를 만들었으며, 1700년에는 파리 아카데미 회원이 되기도 하였다.

33) 라이프니츠는 하노버에 도착하여 1676년 12월부터 1679년 말까지 브룬스윅 뤼네부르크의 요한 프리드리히 공작(Duke Johann Friedrich of Brunswick-Lüneburg)의 고문으로 시작하였으나, 그 후, 1679년과 1698년 사이에 하노버의 어니스트 아우구스트 공작(Duke Ernest-August of Hanover)이 그 자리를 차지했는데, 그의 아내인 소피(Sophie)와 좋은 관

대표적인 업적으로는, 정치가로서의 활동, 독일 통일을 지향하는 신·구 양 교회 및 신교 각파의 통일을 위한 노력, 『지구 선사(先史)』³⁴⁾를 계기로 한 일반사의 연구, 언어 연구, 광산의 치수(治水)나 거기에 따른 풍차의 설계 건설³⁵⁾, 백과전서의 계획, 아카데미 설립의 노력³⁶⁾ 등이 포함된다. 이와 별도로 그의 중국에 대한 관심은 유명하고,³⁷⁾ 러시아 표트르대제와의 만남³⁸⁾도 널리 알려져 있다.

4. 만년(晩年)

그러나 그의 만년은 우울하였다. 1711년경부터 학문적으로, 뉴턴과 미적분학 발견에 대한 논쟁을 겪었고,³⁹⁾ 신체적으로는 통풍으로 한쪽 다리를 거의 쓰지 못할 지경에 이르렀으며, 결국 1716년 11월 14일 비서만 함께 한 가운데 장례식이 치러졌다고 한다.

III. 라이프니츠 철학과 법사상의 관련성

1. 철학사상 개요

앞에서도 언급한 바와 같이, 그는 수학자⁴⁰⁾이자 과학자⁴¹⁾로서 유명하지만, 역시

계를 유지하였다. LLOYD STRICKLAND(Edited and translated), *Leibniz and the Two Sophies: The Philosophical Correspondence*, Iter Inc. Centre for Reformation and Renaissance Studies, Toronto, 2011.

34) 1685년, 라이프니츠는 구엘프 왕가 또는 브룬스윅 왕가(House of Guelph or Brunswick)의 역사에 관한 책을 쓰도록 의뢰받았는데, 이 작업을 위해 그는 남부 독일, 오스트리아, 이탈리아를 여행하며 자료 수집을 진행하면서 지구의 역사 자체에 대하여 관심을 가지게 되었다.

35) Wakefield, Andre. "Leibniz and the Wind Machines." *Osiris* 25.1, Expertise and the Early Modern State (2010): 171-188면.

36) 아우구스트 공작의 부인 소피의 딸인 소피 샤롯데가 브란덴부르크 선제후의 부인이 되었다가(1684), 후에 프로이센의 여왕이 되면서(1701), 베를린 아카데미(1700)의 탄생에 기여하였고, 라이프니츠는 초대 원장이 되었다. LLOYD STRICKLAND(Edited and translated), 위의 책, 5-29면과 49-63면 참조.

37) 로마에 있는 동안, 라이프니츠는 예수회 선교사들 덕분에 중국 문화에 관심을 갖게 되었다. 중국에 관한 관심으로 당시 유럽에 소개된 『논어』와 『주역』을 읽었으며, 1697년 『최근의 중국 소식』이라는 책을 출간하기도 하였다. 라이프니츠의 중국과의 관련에 대하여는, 라이프니츠, 이동희 편역, 「라이프니츠가 만난 중국」, 이학사, 2003. ; 방인, “조아킴 부베의 중국 문자에서 기독교의 흔적 찾기—라이프니츠-부베 왕복서간을 중심으로”, 「동서인문」 제20호, 2022, 463-542면 참조.

38) 라이프니츠와 표트르대제 나아가 페테르스부르크 아카데미 창설과의 관계는, M. Rosa Massa-Esteve, *“Leibniz, Peter the Great, and the Saint Petersburg Academy of Sciences and Arts”*, 「Quaderns d’Història de l’Enginyeria」, volume 20, 2022. 31-50면 참조.

39) 1711년부터 미적분의 발명의 순위에 대하여 뉴턴과 분쟁을 벌여졌다. 이 논쟁을 수학적 관점에서 재조명한 논문으로는, 배선복, “라이프니츠와 뉴턴의 미적분계산법우위논쟁-수학적 이해”, 「대동철학」 제87집, 2019, 143-175면 참조.

40) 앞서 언급한 미적분의 발견과 더불어 현대 컴퓨터 작동원리인 이진법(二進法)의 발견은 가장 중요한 수학적 발견으로 꼽히고 있다.

41) 물리학, 공학, 생물학, 의학, 지질학, 확률론, 심리학, 언어학, 정보 과학 분야에 이르기까지

철학자로서의 지위는 너무나 중요하다. 라이프니츠는 데카르트, 스피노자와 함께 17세기 최고의 대륙 합리론자 중 한 명으로 평가받고 있다. 그의 철학의 핵심은 ‘모나드론’을 중심으로 한 ‘예정조화설’이다. 이에 대한 내용을 간략히 소개하면 아래와 같다.⁴²⁾

신(神)은 모나드(monad)를 먼저 만들고 그것을 질료(質料, matter)에 구현한다. 모나드는 모든 존재의 기본 실체이며 비물질적인 것으로, 물질적인 개념인 원자와는 구별된다. 모나드는 ‘우주를 비추는 거울’이며, 각각 하나의 ‘소우주’를 이룬다. 그는 신이 세상을 창조했다는 세계관을 전제로 신은 어떤 본질(essence)만 설계하고 개체가 가지는 질적인 차이는 그것의 질료(matter)에서 유래한다고 보았다. 개체가 가지는 차이는 본질이 물질에 구현될 때 우연히 발생한다. 예를 들어, 인간이라는 사실은 필연(본질)적이지만, 신체적 특징에 따른 개체의 차이는 우연적이다. 즉, 라이프니츠는 신이 ‘개체들(individuals)’을 창조했다고 이야기한다. 라이프니츠의 사상에 따르면 우주에 있는 모든 것은 완벽하게 신에게 귀속된다. 이런 점에서 그의 이론은 현대적이면서 동시에 중세 스콜라적이라 할 수 있다. 이러한 사상적인 기초 하에 ‘예정조화설’이 구축되고,⁴³⁾ 그 결과, 라이프니츠의 세계관은 ‘낙관론’이라 할 수 있는데, 그는 이를 ‘신이 창조할 수 있는 최선의 우주’(The Best of All Possible Worlds)라고 판단하였다.

그의 철학의 특징은 그 이전의 여러 가지 사상적 대립을 조화시키려 하였다는 점이다. 따라서 그의 사상에서 데카르트적 기계관과 목적관, 섭리와 자유, 경험론과 이성론, 나아가 근세사상과 스콜라 철학의 조화들을 모색했다는 점을 찾아볼 수 있는 것이다.

그의 주요 저서로는 『모나드론』 (*La Monadologie*, 1714)⁴⁴⁾, 『형이상학 서설』 (*Le Discours de Métaphysique*, 1685년 말 또는 1686년 초)⁴⁵⁾, 『인간오성신론(新論)』 (*Nouveaux Essais sur l'entendement humain*, 1704, 1765 출판).⁴⁶⁾이 있다.

셀 수 없을 정도로 다양한 분야에 많은 업적을 남겼고, 그의 학문적인 관심은 20세기의 분석철학과 언어철학까지도 미친다고 평가받는다.

42) Bertrand Russell, *A Critical Exposition of The Philosophy of Leibniz*, Spokesman Pr, 2007. 참조.

43) 枝村祥平, “라이프니츠における共可能性と予定調和”, 『金澤星稜大學論集』, 第49卷 第1号, 2015, 89-98면. ; 井上義彦, “라이프니츠における予定調和と個体的實體の自由について”, 『長崎大學教養部紀要(人文科學篇)』 第24卷 第1号, 1983. 7, 1-35면

44) 『단자론』은 라이프니츠의 후기 철학을 담은 작품으로, 프랑스 출신으로 합스부르크 군주국에서 활약한 명장 사부아 공자 외젠(Prinz Eugen von Savoyen).사보이 공국의 오이겐(Franz Eugen)의 부탁으로 쓰게 되었다고 하는데, 내용은 90개의 문단으로 이루어져 있다. 그 작품에서 라이프니츠는 모든 존재의 단순 실체인 단자 개념을 기초로 존재론과 인식론 및 신학과 우주론을 서술하고 있다. 빌헬름 라이프니츠 저, 윤선구 옮김, 『형이상학 논고』, 아카넷, 2010, 249-298면 ‘모나드론’ 참조.

45) 이 작품에서 최선설(最善說). 단자론(單子論). 예정조화설(豫定調和說). 연속적 법칙(連續的 法則)등을 설명하고 있다.

46) 1704년 로크(John Locke, 1632 - 1704)의 작품 『인간 오성론(An Essay Concerning Human Understanding, 1690)』의 각 장에 대해 각 장으로 반박한 것으로, 라이프니츠가 자신의 작업을 끝냈을 때 로크가 사망함으로써 출판은 1765년이 되어서야 이루어졌다.

2. 법사상과의 연결고리로서의 논리학

이미 그의 생애 초반과 대학 교육과정 및 학위 수여 등에서 알 수 있듯이 그는 우리에게 알려진 바와 달리 본질적으로 ‘법학자’였다. 하지만 단순한 법학자나 실무가라기보다는 철학과 논리학을 겸비한 법사상가라고 할 수 있으며, 동시에 이를 현실에 접목하려는 법 실무가라고 할 수 있다. 이러한 그의 법학에는 논리학이 가장 중요한 바탕이 되어주고 있으므로, 이하에서는 그의 논리학의 핵심개념과 법학과의 연결고리를 소개하고자 한다.

라이프니츠는 모든 명제가 주어-술어형을 지닌 명제들로 분석될 수 있다고 보았다. 그리하여 모든 명제는 두 종류, 즉 이성의 진리(verite de raison, truths of reason)와 사실의 진리(verite de fait, truths of facts)로 구분된다. 전자는 필연적인 진리이며 선형적이고 자명한 명제이고, 후자는 우연적인 진리이며 경험적 진리다. 신의 존재는 이성적 진리인 반면, 피조물과 관련된 것은 모두 사실의 진리에 불과하다. 그는 모든 복잡한 언사(言辭)들을 단순한 것들로 분석하는 방법을 제안한다. 주어진 말들을 형식적 부분들로 나누어 정의하고, 다시 이들을 더 이상 정의 불가능한 최소단위로 나눈다. 그리하여 그는 더 이상 정의 불가능한 단순사(單純辭)들을 수학적 기호로 나타내려고 하였다. 그의 이러한 시도를 현대 기호논리학의 시작이라고 평가하고 있는 것이다.⁴⁷⁾

위와 같은 논리학의 토대 위에 그의 학문적이고도 실용적인 관심은 ‘보편 언어’(universal language)와 ‘보편 과학’(universal science)으로 확장된다.

IV. 라이프니츠 법사상의 핵심

위에서 살펴본 바와 같이 철학사상을 통해 ‘조화’(調和)라는 주제어를, 논리학을 통해 ‘보편’(普遍)이라는 주제어를 찾아냈다면 이를 법학에 응용하는 것이 라이프니츠의 법사상의 핵심적인 노력이었다고 평가해볼 수 있다.

이러한 라이프니츠의 생각의 틀을 토대로 그의 정의론, 법론, 자연법론을 차례로 살펴보려고 한다.

1. 정의론(正義論)

우선 라이프니츠의 정의론은 신(神)에 대한 인식에서부터 시작된다. 왜냐하면 그에게 정의의 기초는 신이기 때문이다. 신은 완전한 이성이다. 인간은 이러한 신의 이성과 유추적으로 연관되어 있어서 신과 인간은 같은 논리규칙(rule)에 따른다. 하지만 같은 개념(idea)을 갖는 것은 아니다. 이는 신이 무한한 지각을 가진 것에 비해 인간의 지각은 매우 한정되어 있기 때문이다. 하지만 비록 제한적이긴 하나 인간이 자신의 이성에 순응하는 과정을 통해 최고 이성인 신의 명령을 수행하게 되는 것이

47) 강규호, “사고의 분석-라이프니츠의 논리학적 기획들을 중심으로-”. 『철학논집』 제56집, 2019. 2, 33-61면.

다.⁴⁸⁾

라이프니츠에게 정의(正義)란 현자(賢者)의 자애(慈愛) 내지 현인(賢人)의 사랑(*caritas sapientis*)이다. 정의는 모든 인간이 서로 선을 행하도록 하는 인간 상호 간의 호의에 기초한다. 즉 다른 말로 하면, 정의란 타인에게 도움을 줄 것인지, 해악을 끼칠 것인지에 대한 현려(賢慮, *prudentia*)⁴⁹⁾인 것이다. 정의에 대한 이러한 이해는 홉스와는 전혀 다른 접근방법이라 할 것이다.⁵⁰⁾ 라이프니츠에게 있어서 인간 상호간의 사랑이 동시에 최고의 법원리가 되는 것이다.

이를 현대적으로 재해석해보면, 몇 가지 중요한 관점을 제공받게 된다. 우선 라이프니츠의 정의관에서는 공리주의적인 관점이 자리할 공간이 없다. 사실 라이프니츠 자신도 그의 법사상 전반기에는 일정 정도는 공리주의적인 입장을 지지하는 듯하였다. 하지만 후기에는 공리주의적인 입장을 버리고, 온전히 이를 거부하고 있다는 점이다. 나아가 현자의 자애(*caritas sapientis*)라는 개념에서는 홉스의 주의주의적인 경향과는 반대로 라이프니츠의 주지주의적인 경향을 잘 보여주고 있는 점에서 주목할 필요가 있다.

2. 법론(法論)

라이프니츠는 법(*jus*)을 다양한 관점에서 각각 다르게 정의하고 있는데, 학문적으로 법(학)을 규정함에 있어서는 그의 정의관에서 도출된 ‘자애’라는 개념을 활용하여 ‘자애의 학문’이라고 정의하고 있다.⁵¹⁾

더구나 본격적인 법학 논문으로 볼 수 있는 『법학방법론』에서는, 법을 ‘도덕적 힘’(*potentia moralis*)라고 정의하는 바, 이때는 법을 의무(義務)에 대응하는 개념으로 이해하고 있는 것으로 보이는 바, 이 경우에는 법을 ‘권리’로 이해하는 것도 가능할 것이다.

한편, 법을 실정법으로서의 ‘법률’(*lex*)로 이해하는 정의(定義)와 관련하여 주목할 점이 있다.

법률은, 그 규정에 따라 신민(臣民)의 행위를 합치시키기 위하여 상위자가 신민을 스스로 결부시키기 위한 명령으로 정의된다. 이 정의를 인정하면 강제를 부과하는 상위자가 누구도 존재하지 않는 것은 누구라도 자발적으로 책무를 과하지 않게 되고 그 경우에는 책무는 존재하지 않게 된다. 상위자가 없는 자는 책무가 존재하지 않는다는 것이 된다.

위 문장은 법률에 대한 소극적인 언명으로 볼 수 있는 바, 문장의 앞부분에 기재된 법의 전제(즉, ‘상위자의 존재’를 언급하는 부분)가 당시 푸펜도르프(Samuel von Pufendorf)의 법률에 대한 정의였기 때문에⁵²⁾, 라이프니츠의 이러한 설명은 푸펜도르

48) 유병화, 앞의 책, 346-347면.

49) *prudentia*의 국역(國譯)과 관련하여, 국내에서는 주로 숙고(熟考), 숙려(熟慮), 실천지(實踐知)등의 번역어가 사용되고 있으나, 본 고에서는 현인의 숙려를 드러내기 위해 현려(賢慮)라는 표현을 사용하였다.

50) 오세혁, 앞의 책, 136면에서는 홉스의 ‘만인의 만인에 대한 투쟁’에 대비하여, 라이프니츠는 ‘만인의 만인에 대한 사랑’이라고 정의한다.

51) 明石欽司, 앞의 논문, 37면.

52) 푸펜도르프에 의하면 법이란 “상급자가 그에게 종속된 자로 하여금 자신의 행위를 상급자

프의 법률개념 정의의 맹점을 지적하는 반박차원에서 기술된 것이라 할 것이다.⁵³⁾ 이러한 소극적인 정의를 통해 라이프니츠가 최소한 ‘법은 상위자의 명령이 아니다’라는 것만은 분명하게 지적하고 있다고 판단된다.⁵⁴⁾

나아가 ‘법’을 연구 대상으로 하는 ‘법학’에 대해서는 앞서 살펴본 ‘조화’, ‘보편’의 주제가 다시 등장하게 된다. 즉 ‘보편 법학’(jurisprudentia universalis)의 구상이 드러난다는 점이다.

자연법과 관련하여 초기 주의주의적인 입장에서 후기 주지주의적인 입장으로 선회한 라이프니츠는 법학의 영역에서도 주지주의적인 법 인식을 이어가고 있는 바, 다만 일부에서는 이전 주의주의적인 요소가 완전히 배제되지는 않은 모습을 취하고 있다 예를 들어, 행위주체의 의사(意思)로부터 독립되어 존재하는 법이라는 개념을 상정하면서도, 인식주체가 스스로의 의사에 기하여 행동(또는 선택)하는 점도 강조한다는 점이 그것이다. 하지만, 이러한 의사에 기한 행동의 선택을 언급하는 경우에도 이러한 ‘행동의 중요성’은 인간에게 뿐만 아니라 신에게도 해당되는 원칙이라고 하여 보편적인 자연법 인식의 대상이 존재함을 피력하고 있다. 즉, 신도 이성애 따라 선택하고 결정하는 주체로 이해되지만, 불완전한 이성을 보유한 인간과 달리 신은 완전한 이성을 소유하고 있어, 그의 ‘선택’과 ‘결정’은 항상 올바른 것이기 때문이다. 결국 이성을 공통적으로 보유하고 있는 인간과 신의 차이는 양적인 차이이지, 결코 질적인 차이는 아니라는 점이다. 이러한 논리 구조 하에서 라이프니츠는 ‘보편적 법(학)’이라는 개념을 도출하고 있는 것이다.⁵⁵⁾

3. 자연법론⁵⁶⁾

(1) 정의(定義)

라이프니츠에게 자연법이란, ‘모든 사람들의 영혼에 밝혀져 있는 영원한 이성의 규칙’이다.⁵⁷⁾ 즉 그에게 있어서 자연법이란, 순수하게 이성 만애 의하여 인식될 수 있는 대상인 것이다. 이러한 자연법의 기초는 완전한 이성인 신과 영혼에 이성을 소유하고 있는 인간 간의 일정한 유비(analogy)에 있다.⁵⁸⁾ 하지만 흥미로운 것은 그는 자연법을 이성(理性)을 통해서만 인식할 수 있는 것은 아니고, 전통(傳統)을 통해서도 인식이 가능하다고 하는 점이다. 따라서 라이프니츠에게 있어서 인간의 자연법에 대

의 지시[praescriptum]에 따르도록 의무지우는 명령”이다. 오병선, 근대초기의 자연법론의 전개와 논점, 『서강법학연구』 7권, 2005. 9, 30면.

53) 明石欽司, 앞의 논문, 39면.

54) 17세기 자연법 이론가 사무엘 푸펜도르프는 그의 <인간과 시민의 의무에 관하여>에서 의무의 근원은 ‘상관의 명령’에 있다고 주장합니다. 이른바 ‘주의주의적’인 입장은 ‘주지주의적’인 입장을 취하는 라이프니츠에 의해 비판되었던 것이다.

55) 明石欽司, 앞의 논문, 47면.

56) 이하 내용은 Friedrich, Carl J., "Philosophical Reflections of Leibniz on Law, Politics, and the State; Note". 「Natural Law Forum」. 118. 1966. 중 ‘자연법’(the natural law) 부분을 참고하였다.

57) 오세혁, 앞의 책, 135면.; 나아가 ‘인간 속의 영원한 이성의 빛은 신의 힘에 의해 주어져 있다’는 전제하에서 신의 힘이 없다면 인간속의 이성의 빛은 힘을 잃게 된다고 본다. 明石欽司, 앞의 논문, 54면.

58) 오세혁, 앞의 책, 135면.

한 인식은 ‘이성’과 ‘전통’이라는 두 가지의 방법을 통해 모두 가능한 것이다. 다만 여기서 말하는 ‘전통’은 단지 인간이 만든 실정법으로서의 전통을 말하는 것이 아니라 점에 유의할 필요가 있다. 여기서 언급되는 전통이란, 신의 의사에 합치하는 전통이라는 제한적인 의미의 것으로 이해되어야 한다.⁵⁹⁾

다음으로, 라이프니츠는 자연법의 목적은 ‘자연적 사회’를 유지하고 혹은 증진하는 것이라고 한다. 즉 자연법은 그것을 준수하는 사람들의 선(善)을 위한 것이라고 규정한다.⁶⁰⁾ 그리고 자연법의 내용은 단지 자기 자신만을 위한 것이 아니라, 다른 사람들의 선에 관련되는 것이며 동시에 자연법이란 우리의 능력 안에 속하는 것이라고 본다. 따라서 자연법의 내용은 인간이 행해야 하는 모든 도덕적 행위이므로, 라이프니츠에게 자연법이란 도덕과 같은 것으로 인식된다.⁶¹⁾ 나아가 이러한 자연법과 실정법은, 국가권력자의 의지의 발현이라고 본다.⁶²⁾

(2) 철학 사상과의 연관성

라이프니츠의 자연법사상은 위에서 살펴본 바와 같이 그의 ‘모나드론’과 무관하지 않다.

자연법칙과 마찬가지로 자연법 또한 모든 단자들의 생명과 진화와 관련되며, 각각의 단자들은 다른 모든 단자들과 함께 세계 전체를 반영하고, 이로써 모든 존재의 보편적인 조화가 ‘미리 설정’(pre-established)되게 된다. 그리하여 ‘예정조화’를 추구하는 자연법은 완벽을 향한 열망이 내재된, 우주와 그 구성 요소인 단자들이 노력하고 있는 영원한 규범 체계이다. 미리 설정된 조화는 사실 신(神)의 사유이며, 전 세계에 스며드는 이성(理性)의 결과다.

따라서 라이프니츠는 자연법이 정의의 영원한 사상체계라는 점을 강조하고 있다.⁶³⁾

(3) 자연법 분류와 내용

라이프니츠는 『법학방법론』에서 세 가지 원칙(原則)에 입각하여, 자연법을 세 가지 수준(水準)으로 설명하고 있다.

가. 분류

첫 번째 수준의 자연법은, 자연 상태에서 통용되는 것으로 ‘아무도 해하지 말라’(neminem laedere)의 법원칙을 토대로 삼은 엄격법(嚴格法, *jus strictum*)이라는

59) 明石欽司, 앞의 논문, 53면.

60) 원문은, *finem juris naturalis esse bonum servatium*.

61) 유병화, 앞의 책, 247면.; 따라서, ‘자연법은 윤리적인 신법에 위배되지 않는다.’ 明石欽司, 앞의 논문, 53면.

62) 존재의 단일성에 비추어 볼 때, 자연법은 하늘에서 땅에서나 동일하지만 군주는 자신의 의사에 따라 법을 만들기 때문에 이성에 따를 때는 문제가 없으나, 이성이 흐려진 상태로 만든 법은 자연법에 위반된다고 볼 수 있다. 유병화, 앞의 책, 249면.

63) Friedrich, Carl J., “Philosophical Reflections of Leibniz on Law, Politics, and the State:Note”, 「Natural Law Forum」, 118, 1966, 81면.

것이 있다.

둘째 수준의 자연법은, 사회적 상태를 토대로 ‘각자에게 그의 것을 주라’ (*sum cuique tribuere*)는 법원칙에 의해 운용되는 형평법(衡平法, *aequitas*) 체계를 말한다. 세 번째 수준의 자연법으로는, ‘정직하게 살라’(*honeste vivere*)는 법원칙을 지향하는 것으로, 종교적인 삶으로 인도하는 경건(법)(敬虔(法), *pietas*)의 수준이 있다는 것이다.

라이프니츠가 자연법의 체계를 이렇게 3단계로 구조화하고 체계화하는 방식을 취하는 이유는, 그가 로마의 자연법 원리⁶⁴⁾를 수용한 기독교 자연법⁶⁵⁾의 오랜 전통을 존중하면서 이를 계승하고 있다는 점을 드러내주는 것이라 할 것이다. 다만, 유감스럽게도 라이프니츠는 이러한 분류가 자신의 법철학 체계와 어떠한 연관성을 갖고 있는지에 대하여 자세한 설명을 해주지 않고 있다는 점이다.⁶⁶⁾⁶⁷⁾

나. 내용

우선 엄격법은, 사법(私法)의 영역에서 사람들 간의 평등을 전제로 한 평화유지의 기능과 관련된다.⁶⁸⁾ 이점에서 엄격법은 교환적 정의(*justitia commutativa*)를 기초로 하고 있다고 볼 수 있다. 참고로 라이프니츠는 엄격법의 전제가 되는 사법상의 교환적 정의를 그로티우스의 법철학에서의 ‘권능’(*facultas*)의 개념과 연결 짓고 있다.⁶⁹⁾

다음 단계로, 형평(법)은, 단순한 사람들 간의 평화유지 차원을 넘어 상대방의 행복을 목적으로 하는 사회적 상태를 지향한다. 이러한 지향점은, 공동의 이익을 위하지 않고는 달성될 수 없다. 그것은 단순히 개인들 간의 침해를 금지함으로써 개인의 활동 영역을 확보하고 보호하는데 그치지 않고, 사회공동체의 복지증진을 위한 긍정적인 역할을 수행하는 것이다. 이 점에서 형평법은, 배분적 정의(*justitia distributiva*)와 관련이 있게 된다.

이제 최고 수준의 법 수준에서는, 경건(*pietas*)과 성실(*probitas*)이 중심이 된다. 사실 이러한 자연법 수준은 인간 세계에서는 쉽게 달성되기 어려운 단계이고, 오직 신(神)의 도에서부터 성취되며, 신의 보편적 정의만이 이를 충족시킨다고 말할 수 있다. 이러한 의미에서 이를 다른 말로 ‘실정신법’(實定神法, *jus divinum positivum*)이라고 부를 수 있을 것이다. ‘정직하게 살아라’ (*honeste vivere*)라는 원칙은 개인들의 경건한 삶을 바탕으로 하지 않으면 안 된다. 경건은, 엄격법에 의해서 그리고 형평을

64) 로마법은 일반적으로 시민법, 만민법, 자연법의 3가지로 나눌 수 있다.

65) 토마스 아퀴나스는 영구법(eternal law), 자연법(natural law), 인간법(human law), 신법(divine law)의 네 가지 유형으로 구분하였다.

66) Friedrich, Carl J., 앞의 논문, 82면.

67) 참고로, 라이프니츠는 당대 자연법학자중 푸펜도르프에 대하여는 다소 평가절하하고 있는데, 두 사람 모두 그로티우스와 흄스의 가르침을 종합하려고 시도하면서도 푸펜도르프가 흄스를 선호한 반면, 라이프니츠는 그로티우스를 선호한 것으로 보인다. Friedrich, Carl J., 앞의 논문, 82면.

68) 라이프니츠는 동등한 사람들 사이의 평화를 유지하는 것은, 엄격한 사적 영역의 법칙으로 보는 반면, 공공의 평화와는 무관하다고 본다. 이 부분이 흄스의 자연 상태에 대한 이해와의 가장 큰 차이점이라 할 것이다. Friedrich, Carl J., 앞의 논문, 83면.

69) 오병선, “흄고 그로티우스의 법의 개념”, 『서강법학연구』 제5권, 2003. 5, 18면에서는, 도덕적 성질로서의 법을 설명하면서 능력(facultas)와 소질(aptitudo)로 나눈 뒤 능력을 다시 권능(potestas)을 설명하고 있다.

통하여 지향했던 ‘완전성’을 구현하는 원리다. 이러한 수준에 이르게 되면, 공동체 속의 개인의 이익과 효용은 일반 공동체의 복지와 동일해져서 ‘윤리적인 것은 모두 유용해지고, 유용한 것은 모두 윤리적인 것’이 되는 차원에 이르게 된다.’⁷⁰⁾

일본 가쿠슈인(學習院)대학의 철학과 교수인 사카이 키요시(酒井 潔)는 위와 같은 세 가지 단계의 자연법⁷¹⁾을 아래와 같이 도표로 정리해주고 있다.⁷²⁾

	명법(命法) ⁷³⁾	특징	사법·공법	중점	아리스토텔레스의 분류
경건·성실 (<i>pietas, probitas</i>)	‘정직하게 살아라’ (특수와 보편의 통일) (윤리학, 신학)	개인과 타자의 이익의 합일	사법과 공법의 통합 심(心)적인 덕		보편적 정의
형평·자애 (<i>aquietas, caritas</i>) 타인의 입장	‘각자에게 각자의 몫을 주어라.’ (기준은 곤란) (예외 고려)	실질적 평등 협소	공법 타인의 이익 물건의 분배	아리스토텔레스, 그로티우스	배분적 정의
엄격법 소유의 권리, 법의 기초	‘누구도 해하지 말라’ (규칙을 철저) (순수법학)	형식적 평등 명쾌	사법 개인의 이익	홉스, 푸펜도르프, 로크	교환적 정의

<표 1. 라이프니츠의 자연법 3단계의 구별 및 법의 이원론⁷⁴⁾>

정리해 볼 때, 라이프니츠가 자연법을 영원한 진리의 성격을 지닌 변화 없는 도덕 기준으로 이해하는 점에서 볼 때, 그가 자연법에 대하여 주지주의적인 관점을 갖고 있음을 명확히 드러내주고 있으며, 따라서 그에게 있어 자연법은 의지의 표현이 아

70) 이러한 점에서 라이프니츠의 법 이론은 법을 인간이성의 도덕규칙과 혼동되게 되어 법의 고유영역을 망각하였다는 비판을 받는다. 유병화, 앞의 책, 250면.

71) 라이프니츠의 자연법, 실정법 구분에 대하여도 酒井 潔, 앞의 책, 220면에 도표가 소개되어 있다.

자연법	III	경건
	II	형평
	I	엄격법
실정법	III	로마법
	II	근세의 보편적 제국법
	I	영방(領邦)·도시의 법

72) 酒井 潔, 앞의 책, 215면.

73) 법이 요구하는 세 개의 주요한 명령(*tres prima praecepta*)으로 이해할 수 있다.

74) 라이프니츠의 법이원론(法二元論)에 대하여는, 酒井 潔, 앞의 책, 224면에서 도표로 상세히 설명하고 있다. 기본적으로 엄격법(*jus strictum*)과 형평·경건(성실, 정직)(*aequitas, pietas/probitas/bonestas*)를 대비하고 있다.

나라, 이성의 표현임이 분명하다.⁷⁵⁾

다. 현대적 변용

라이프니츠가 제안한 자연법 3단계설은 여러 학자들에 의해 현대적인 의미에서 새롭게 조명받기도 한다. 예를 들면 독일의 슈나이더(Hans-Peter Schneider) 교수와 일본의 사와다 아키오(澤田昭夫)교수의 견해를 소개하고자 한다.

먼저 슈나이더(Schneider)교수의 견해를 살펴보면, 우선 그는 라이프니츠의 자연법론의 핵심주제로 ‘자연법에 의한 국가권력에 대한 사회 윤리적 구속’을 들고 있다. 그는 라이프니츠가 가장 기초적인 단계로 보정적(응보적) 정의(ausgleichendene Gerechtigkeit), 즉 ‘교환적 정의’를 엄격법에 연결 짓고 그 속에 ‘성실(*probitas*)’이라는 ‘법적충성의무’(die Pflicht zur Gesetstreue), 즉 ‘누구에게도 해를 가하지 말라’는 원칙을 두었다고 본다. 나아가 그 위에 배분적 정의에 따르는 형평(*aequitas*)과 이웃 사랑(*caritas*)과 연결지어 ‘개인 권리의 할당을 명하는 명령’으로 이해하고, 가장 위에는 경건(*pietas*)를 두지만 신의 사랑의 표시로서의 정결한 생활, 즉 ‘정직하게 살라’라는 ‘보편적 정의’와 연관 짓고 있다.⁷⁶⁾

한편 사와다(澤田)교수는, 개인적 단계에서의 응보적 정의, 사회적 단계에서의 배분적 정의, 정신적 단계에서의 보편적 정의가 존재하고 각각 그 내용으로 ‘협의를 올바르게’(권리), ‘형평’, ‘경건’을 포함하고 있다고 설명한다. 나아가 각 정의는 자신의 격률(格律)로 ‘사람을 침해하지 말 것’, ‘각인에게 각인의 것을 줄 것’, ‘경건 또는 성실히 살 것’을 내용으로 하면서 이것들이 ‘개인적 이해’, ‘박애’, ‘종교’의 대상이라고 설명하고 있다.⁷⁷⁾

위 두 견해는 라이프니츠의 자연법 3단계설을 각기 다른 시각에서 조명한 것으로 라이프니츠의 본뜻을 제대로 전달하고 있는지에 대하여는 이견(異見)이 있을 수 있으나, 라이프니츠의 견해에 대하여 다양한 응용이 가능하다는 점을 보여 준다는 것에는 이견이 없을 것이다.

V. 맺는 말

위에서 살펴본 바와 같이 라이프니츠는 철학분야에서 모든 것이 조화롭게 예정되어 있다고 설명하는 것과 같이 법의 영역에서도 모든 것을 통합하고자 노력한 법학자이다.⁷⁸⁾

75) Friedrich, Carl J., 앞의 논문, 83-84면. ; 오세혁, 앞의 책, 136면에서는 이를 ‘의지는 이성에 종속된다.’(이성의 우위)라고 설명한다.

76) 明石欽司, 앞의 논문, 65면. 주213)에서 재인용. (H. P. Schneider, Gottfried Wilhelm Leibniz, in : Hammerstein/Stolleis (Hg.), Staatsdenker im 17. und 18. Jahrhundert, 1987, 217면.); Hans Peter Schneider: Justitia universalis. Quellenstudien zur Geschichte des "christlichen Naturrechts" bei Gottfried Wilhelm Leibniz [Book Review] Werner Schneiders Philosophisches Jahrbuch 75 (2):405 (1968)

77) 明石欽司, 앞의 논문, 65-66면. 주214)에서 재인용. (澤田昭夫, “라이프니츠의 자연법론”, 「法哲學年報」. 1976, 186면.)

78) 駒城眞一, “普遍法學の夢—라이프니츠とカバラ”, 「富大經濟論集」, 46(2), 2000, 123-156

그가 언어의 영역에서 ‘보편언어’의 사용을 제안하고 있는 점이나,⁷⁹⁾ 이러한 노력이 후기에는 다소 주춤한 것은 사실이지만, ‘보편’이라는 개념을 법학의 영역에까지 확장하려고 했다는 점을 기억할 필요가 있겠다. 더불어 언어학과 논리학의 관점에서 법률개념들을 정리하고, 법학을 구축함에 있어 가장 기본이 되는 개념들, 즉 인(人), 물건, 행위, 권리 등의 기본개념 등을 정리한 후 이를 토대로 법학을 토픽(topic) 중심으로 재편하고자 하였다는 점도 주목할 만하다.⁸⁰⁾

‘보편학’⁸¹⁾에 지대한 관심으로 시작하여 ‘보편법학’으로 이르는 길은 다소간 신비(神祕)의 영역을 지나가지 않을 수 없다는 것을 라이프니츠도 발견한 것은 아닌지 모를 일이다. 그가 가끔씩은 다소 비현실적이며 신비스러워 보이기까지 하는 동양, 특히 중국의 사상과 법제를 이상적으로 보게 된 것도 그러한 시각이 아닌가 한다.⁸²⁾

라이프니츠의 보편에 대한 집착은 정치의 영역이라고 예외가 아니었다. 아니, 정치의 영역이야말로 그의 보편실험이 가장 현실적으로 진행되었던 장이 아니었을까 한다. 특정 패권국가에 지배하는 유럽이 아니라 통일된 유럽에 대한 갈망은 프랑스의 야망을 꺾고 평화를 추구하려는 그의 노력이었다. 나아가, 그에게는 통일된 기독교 공동체가 말로 유럽의 평화를 위한 필수적인 요건이었다. 정치와 종교의 영역에서의 보편적인 통일작업의 필수적인 요소로서의 법학의 중요성은 그가 끝까지 추구했던 보편법학에의 갈망과 맞닿아 있다.⁸³⁾

결국 그가 법학자가 아니라 오히려 더 적극적으로 살았던 정치가로서의 꿈은 이 땅위에서 건설하고자 했던 신국(神國)의 꿈이 아니었을까 한다. 그의 세계관은 다소 이상적이어서 현실정치세계에서는 적극적으로 환영받진 못했고, 태생적으로 법학자인 삶의 결과물인 보편법학의 꿈도 현실에 뿌리내리지 못하고 잊혔으나, 오히려 주된 주장이 꺾인 틈새에서 고민하고 작성했던 여러 메모 속에서 잉태된 이론들이 오히려 그의 업적으로 오랫동안 기억되고 상찬(賞讚)되는 모순은 그가 꿈꾸었던 낙관론적인 결정론의 세계 속에 예정된 것은 아니었는지 궁금할 뿐이다.

면.

79) 언어의 발명에 관심을 보였던 라이프니츠(Leibniz)가 최초의 공식 저술인 『조합방법론』에서부터 보편 언어의 기본 구조를 세우고자 하였다는 점에 대하여는, 김성호, “라이프니츠 철학에서 언어와 표상의 문제”, 『철학탐구』, 제35집, 2014, 65면 참조.

80) 토픽 중심의 법학의 기원은 오래되었으나, 근세에 이를 체계적으로 정리한 학자로 라이프니츠를 꼽는 것에는 전혀 손색이 없을 것이다. Theodore Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, C. H. Becksche Verlagsbuchhandlung. München 1953. 에서도 라이프니츠의 공(功)을 치하하고 있다.

81) 이상명, “백과사전과 보편 기호학—라이프니츠의 보편학 기획”, 『연구근대철학』 제6권, 2011, 45-69면.

82) Janne Nijman, “A Universal rule of law for a pluralist world order: Leibniz’s Universal Jurisprudence and His Praise of the Chinese Ruler”, 『Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2016-40, Amsterdam Center for International Law No. 2016-16, 222-244면 ; Riley, Patrick. *Leibniz’ Universal Jurisprudence: Justice as the Charity of the Wise*, Harvard University Press, 1996. ; Donald Rutherford, *Leibniz’ Universal Jurisprudence*, JurisprudencePhilosophyEpistemology, 1997, The Leibniz Review 7, 1997, 85-94면.

83) Ian Ward, Universal jurisprudence and the case for legal humanism, ALBERTA LAW REVIEW VOL. 38(4) 2001, 953면.

[참고문헌]

<국내 문헌>

- 라이프니츠(이동희 편역), 「라이프니츠가 만난 중국」, 이학사, 2003.
- 빌헬름 라이프니츠 저, 윤선구 옮김, 「형이상학 논고」, 아카넷, 2010.
- 오세혁, 「법철학사」, 세창출판사, 2004.
- 유병화, 「법철학 (전정판)」, 민영사, 1990.
- 강규호, “사고의 분석- 라이프니츠의 논리학적 기획들을 중심으로 -”, 『철학논집』 제56집, 2019. 2.
- 경혜영, “들뢰즈의 라이프니츠 읽기: 실체화 관계와 새로운 가능성”, 『인문학연구』 제23호, 2013.
- 김성호, “라이프니츠 철학에서 언어와 표상의 문제”, 『철학탐구』 제35집, 2014.
- 박창균, “‘탈경계인’ 라이프니츠”, 『한국수학사학회지』 제21권 제4호, 2008.
- 방 인, “조아킴 부베의 중국 문자에서 기독교의 흔적 찾기-라이프니츠-부베 왕복 서간을 중심으로”, 『동서인문』 제20호, 2022.
- 배선복, “라이프니츠와 뉴턴의 미적분계산법우위논쟁-수사학적 이해”, 『대동철학』 제87집, 2019.
- 손병홍, “라이프니츠의 법칙과 헤세이티즘(Haecceitism)”, 『논리연구』 제2집, 1998.
- 손은실, “라이프니츠 룴루스의 『이방인과 세 현자의 책』에 나타난 종교간 대화의 기술”, 『장신논단』 제46권 제2호, 2014.
- 오병선, “휴고 그로티우스의 법의 개념”, 『서강법학연구』 제5권, 2003. 5.
- 이상명, “백과사전과 보편 기호학-라이프니츠의 보편학 기획”, 『연구근대철학』 제6권, 2011.
- 조병희, “페락주의를 위한 변론-가쌍디 윤리학에 관한 소고”, 『인문과학』 제56집 2015. 2.

<해외문헌>

- 酒井 潔, 「ライプニッツの正義論」, 法政大學出版局, 2021. 3.
- 明石欽司, “ライプニッツの法理論と「近代國際法」(二): 「法」・「國家」・「主權」・「ユース・ゲンティウム」の觀念を題材として”, 『法學研究』, 89卷 4号, 2016.
- 勝田有恒, “ライプニッツの法改革論についての覺書”, 『一橋論叢』, 第八十四卷 第三号, 1980.
- 吉原達也 譯, “ライプニッツ『結合術』と法律學的事例”, 『廣島法學』, 29卷 3号. 2006.
- 駒城眞一, “普遍法學の夢——ライプニッツとカバラ”, 『富大經濟論集』, 46(2), 2000.

枝村祥平, “라이프니츠における共可能性と予定調和”, 「金澤星稜大學論集」, 第49卷 第1号, 2015.

井上義彦, “라이프니츠における予定調和と個体的實体の自由について”, 『長崎大學教養部紀要』(人文科學篇) 第24卷 第1号, 1983. 7.

Maria Rosa Antognazza, *Leibniz: An Intellectual Biography*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

Bertrand Russell, *A Critical Exposition of The Philosophy of Leibniz*, Spokesman Pr, 2007.

LLOYD STRICKLAND (Edited and translated), *Leibniz and the Two Sophies: The Philosophical Correspondence*, Iter Inc. Centre for Reformation and Renaissance Studies, Toronto, 2011.

Riley, Patrick. *Leibniz' Universal Jurisprudence: Justice as the Charity of the Wise*, Harvard University Press, 1996.

Theodore Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. München, 1953.

Alberto Artosi/Bernardo Pieri/Giovanni Sartor (Editors), *Leibniz: Logico-Philosophical Puzzles in the Law - Philosophical Questions and Perplexing Cases in the Law*, Springer, 2013.

Friedrich, Carl J., “Philosophical Reflections of Leibniz on Law, Politics, and the State; Note”, 「Natural Law Forum」. Paper 118, 1966.

Matthias Armgardt, “Leibniz as legal scholar”, 「Fundamina」 20(1), January 2014.

Mattia Brancato, “Leibniz, Weigel and the birth of binary arithmetic”, 「Lexicon Philosophicum」, No. 4, 2016.

M. Bullynck, “Erhard Weigel's Contributions to the Formation of Symbolic Logic”, 「History and Philosophy of Logic」, 34 (1), 2013.

Hirano, Hideaki (平野秀秋), “Leibniz's Cultural Pluralism And Natural Law”, 「社會勞動研究」, 44(1), 1997. 6.

Hans Peter Schneider: *Justitia universalis. Quellenstudien zur Geschichte des "christlichen Naturrechts" bei Gottfried Wilhelm Leibniz* [Book Review] *Werner Schneiders Philosophisches Jahrbuch* 75 (2):405, 1968.

M. Rosa Massa-Esteve, “Peter the Great, and the Saint Petersburg Academy of Sciences and Arts”, 「Quaderns d'Història de l'Enginyeria」, volume 20, 2022.

Janne Nijman, “A Universal rule of law for pluralist world order: Leibniz's Universal Jurisprudence and His Praise of the Chinese Ruler”, *Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2016-40*, *Amsterdam Center for International Law No. 2016-16*.

Donald Rutherford, *Leibniz' Universal Jurisprudence*, *Jurisprudence Philosophy Epistemology*, *The Leibniz Review* 7, 1997.

Ian Ward, Universal Jurisprudence and the case for Legal Humanism, ALBERTA LAW REVIEW VOL. 38(4) 2001.

Wakefield, Andre. "Leibniz and the Wind Machines." Osiris 25.1, Expertise and the Early Modern State, 2010.

[Abstract]

Legal thoughts of Gottfried Wilhelm Leibniz

Song, Si Seob*

Leibniz was the last all-round man of the 17th century who made great achievements in various fields, including philosophy, mathematics, and logic. Just as Monadology argued that everything in the world was planned in harmony, it is relatively less known that he was a jurist who pursued universal law by organizing the most basic concepts of law, from ancient Roman law to the then-commonly used Empire's *Landrecht*. However, he pursued practical law that could integrate the real world, not just as an intellectual discipline, and this interest is well incorporated into his theory of justice and natural law.

For Leibniz, justice is the benevolence of the sage. In other words, justice is based on mutual goodwill that allows all humans to do good to each other. In other words, justice is the *prudentia* of whether to help or harm others. For Leibniz, mutual love between humans is the best law at the same time. This is a completely different approach from Hobbes. For Leibniz, the purpose of natural law is to maintain and promote a 'natural society'. In other words, natural law is for the good of those who comply with it. The content of natural law is not just for oneself, but for the good of others.

The three stages of natural law he classified are, first, a strict law based on the principle of law called '*nemene laedere*', second, '*subject cuique tribuere*' is an equity law based on the principle of law, and third, '*honeste vivere*' is a *pietas* that aims for the principle of law.

The view of justice and the theory of natural law presented by him can be evaluated as having the possibility of a variety of ideas that are newly illuminated and reinterpreted in modern times.

Key Words: Leibniz, Universal Law, Natural Law, Strict Law, Equity Law, Piousness

* Professor of Dong-A University School of Law, Attorney at Law.

저작물의 새로운 이용 방법과 저작권의 귀속 - NFT 사례를 중심으로 -

김창화*

논문요지

저작권 분야에서 새로운 기술의 개발은 저작물의 새로운 이용 방법으로 연결되고, 이 경우 그 이용 방법으로부터 발생하는 이익을 누구에게 귀속시킬 것인가가 문제 된다. 블록체인 기술의 개발로 인해 등장한 저작물의 새로운 이용 방법인 NFT도 그 이익을 누구에게 귀속시켜야 하는지 문제가 되고 있다. 대부분 이러한 문제는 원작자와 후권리자 사이에서 발생하며, 이는 해당 이용 방법으로서의 기술적 특성과 법과 정책이 추구하는 방향 2가지에 의해서 해결될 수 있다. 먼저, 기술적 측면에서 누구에게 이익을 귀속시키는 것이 타당한지에 대해서는 다음의 2가지 점을 살펴볼 필요가 있다. 그 하나는 NFT를 제작하는 등의 생애주기에서 누구의 권리가 더 필요한지를 살펴보는 것이다. NFT에 대한 별도의 권리가 만들어지지 않는 한, NFT와 관련하여 필요한 권리를 더 많이 보유하고 있거나 유사한 유형의 권리를 보유한 자가 NFT에 대한 권리를 더 쉽게 얻을 수 있다. 다른 하나는 새로운 이용 방법으로서의 NFT 기술 그 자체가 누구의 이익에 더 가깝고 누구에게 해를 덜 끼치는지를 살펴보는 것이다. NFT가 전혀 예상하지 못한 기술이라면 저작물을 창작한 원작자에게 그 권리의 보유를 인정하는 것이 타당해 보이고, 후권리자의 비즈니스를 잠식하거나 대체할 수 있다면 이는 후권리자에게 권리를 부여하는 것이 타당해 보인다. 다음으로, 법·정책적 측면에서 새로운 이용 방법에 대한 귀속은 당사자들의 지위나 위치, 계약 단계에서의 과정, 경제적 영향 그리고 이익의 적절한 안배와 같은 사회정의 등이 판단 요소가 될 수 있다. 판단 요소들을 종합적으로 다방면으로 고려하여 판단하는 방법도 좋으나, 분쟁을 방지하고 예측가능성을 높이기 위해서는 새로운 이용 방법에 대한 권리의 귀속 원칙을 정하고, 그 취지에 따라 간명하게 문제를 해결하는 방안을 도입해야 할 것이다. 미국과 유럽의 제도들이 참고될 수 있으며, 계약 자유의 원칙을 유지하고, 일반적으로 불리한 지위에 있는 원작자들의 보호가 필요하다고 본다면, 새로운 이용 방법에 대한 양도를 사전에 가능하게 하고, 원작자를 보호하는 방안으로서 해지나 해제 또는 취소권 등의 도입이 필요해 보인다.

검색용 주제어: NFT 기술, 새로운 이용 방법, 저작권 귀속, 해지권, 취소권

* 한밭대학교 공공행정학과 부교수, 법학박사(S.J.D.).

· 논문접수: 2024. 01. 07. · 심사개시: 2024. 01. 11. · 게재확정: 2024. 01. 25.

I. 서언

2021년 11월, 영화감독 쿠엔틴 타란티노(Quentin Tarantino)는 자신이 감독한 영화 “펄프 픽션(Pulp Fiction)” 영화의 미공개 장면 7건, 감독의 음성 해설 그리고 친필 대본으로 구성된 NFT를 발행해 경매에 부친다는 발표를 하였다.¹⁾ 이틀 후인 11월 4일 미라맥스(Miramax) 영화사는 타란티노 감독이 1993년 6월 일부의 권리만을 유보하고, 그 외의 모든 권리(all its elements in all stages of development and production)들은 자신들에게 양도되었기 때문에, 감독의 행위는 저작권 침해라고 하면서 경고장을 보냈다.²⁾ 타란티노 측은 NFT 7종 컬렉션은 타란티노 감독이 손으로 쓴 대본 원본의 일부를 스캔한 결과여서 대본 출판(screenplay publication) 권리 범위 내라고 하면서 경고장에 응하지 않았다. 이에, 2021년 11월 미라맥스 영화사는 타란티노 감독 등을 상대로 소송을 제기하였다.³⁾ 소송의 제기 후에도 타란티노 감독은 2022년 1월부터 NFT 판매를 시작하였으며, 첫 번째 NFT의 가격이 100만 달러에 이르렀다고 한다. 해당 소송은 양측이 합의에 이룸으로써 별도의 법원 판단 없이 2022년 10월 종결되었다.

한편, 무협 만화 “열혈강호”는 1994년 첫 연재 이후 28년간 만화, PC게임, 모바일 게임 등 많은 분야에서 활용되고 있는 저작물이다. 2022년 3월 열혈강호의 모바일 게임 사업권을 가진 룡투코리아는 자회사 타이곤 모바일이 2017년에 개발한 “열혈강호 포 카카오”에 P2E(play to earn)를 도입한 “열혈강호 온 위믹스”⁴⁾의 예약자를 모집하였다. 이에, 원작자는 “열혈강호 온 위믹스”가 일반적인 모바일 게임이 아닌 가상자산이 결합한 P2E 게임으로 계약의 범위를 넘어선다고 하면서, 2차적저작물작성권과 공중송신권의 침해에 대한 금지 소송을 제기하였다. 룡투코리아는 이에 대해 자신들의 행위는 게임의 결제 수단을 추가하는 것뿐이며, 비즈니스 모델을 채택하고 결제 수단을 고르는 것은 자신들이 선택할 수 있다고 주장하였다. 2022년 7월 서울중앙지방법원은 원작자의 저작권 계약 위반이 충분히 소명되지 않았고, 결제 수단인 타이곤 토큰이 “열혈강호” 저작물을 이용해서 만든 토큰이 아니라, 게임의 결제 수단에 해당한다고 하면서, 허락이 필요 없다고 판단하여 원작자의 신청을 기각하였다.

저작권 분야에서 새로운 기술의 개발은 저작물의 새로운 이용 방법으로 연결되고, 이 경우 그 이용 방법으로부터 발생하는 이익을 누구에게 귀속시킬 것인지가 문제

1) 박다미, 영화 대본 NFT 출시한 타란티노 감독, 미라맥스로부터 저작권 및 상표권 침해로 피소, kotra 해외시장뉴스, 2022. 5. 18. <https://dream.kotra.or.kr/kotranews/cms/news/action/KotraBoardDetail.do?SITE_NO=3&MENU_ID=100&CONTENTS_NO=1&bbsGbn=322&bbsSn=322&pNttSn=194416, 2023. 12. 7. 최종방문>.

2) 타란티노 감독은 “사운드트랙 앨범, 음악 출판, 라이브 공연, 출판물 인쇄(대본 출판, 책 만드는 과정, 만화책, 소설 출간 등 오디오 및 전자 포맷 포함), 인터랙티브 미디어, 연극 및 TV 속편으로 리메이크할 권리, TV 시리즈로 각색 또는 파생된 작품을 제작할 권리”만을 보유하고 있었다. 위의 글.

3) Miramax, LLC v. Quentin Tarantino et al., No. 1:21-CV-08979 (C.D. Cal).

4) 위믹스는 위메이드가 개발한 블록체인 게임 플랫폼이다.

된다. 위 두 사례에서도 블록체인 기술의 개발이 저작물을 NFT라는 새로운 이용 방법으로 활용할 수 있도록 하였고, 그렇다면 이 NFT로부터 발생하는 이익을 누구에게 귀속시켜야 하는지가 문제였다. 두 사건 모두 저작권의 양도나 이용 허락으로 인해 저작물 이용에 대한 이해관계인이 생겨났고, 계약 후 새로운 이용 방법이 출현하였기 때문에, 그에 대한 이익을 누가 갖는지 명확하지 않았다. 대부분 이러한 문제는 원작자(창작자 또는 저작자, 이하 ‘원작자’라 한다)와 후권리자(이용허락을 받거나 저작권 양수인, 이하 ‘후권리자’라 한다) 사이에서 발생하며, 기술과 관련되기 때문에 기술적 특성에 따른 검토가 필요하고, 늘 그렇듯 사회가 추구하는 법과 정책적 의미에서 살펴볼 필요가 있다. 계속하여 새로운 기술과 그에 따른 이용 방법이 나타나고 있는 지금, 이러한 새로운 기술에 의한 이용 방법의 권리 귀속에 대한 방향과 원칙은 반드시 한 번쯤은 살펴볼 필요가 있는 과제라 할 수 있다. 이하에서, 새로운 이용 방법에 대한 기술적 측면에서의 특성을 살펴보고, 법과 정책적 측면에서 권리 귀속을 정할 방안을 검토하도록 한다.

II. NFT 기술과 저작권

1. NFT 기술

(1) NFT의 의의와 구성

NFT(Non-Fungible Token)는 자산을 나타내는 블록체인상의 디지털 파일(토큰)이며, 각각이 고유성을 갖고 있어 대체할 수 없다.⁵⁾ 자산은 디지털 자산, 실물자산, 개념적 자산을 모두 포함하여 형태에 제한이 없고, 주로 그 자산이 진품이라거나 그 자산의 소유주를 증명하는 기능을 한다. NFT는 자산의 소유권을 블록체인 기술을 이용하여 거래할 수 있는 토큰으로 주조하는 민팅(minting)이라는 절차를 거치게 되며, 미디어 데이터(media data), 메타데이터(metadata), 스마트 계약(smart contract)의 3개 부분으로 이루어져 있다.⁶⁾ 미디어 데이터는 원본 디지털 콘텐츠 자체로서, 사람들에게 보이는 비주얼 역할을 한다. 메타데이터는 미디어 데이터 속성에 관해 설명하며, 실제 미디어 데이터가 저장된 곳의 인터넷 주소를 포함한다. 일반적으로 비용 때문에, 미디어 데이터와 메타데이터는 블록체인이 아닌 외부 저장매체(이러한 경우를 오프체인(off-chain) NFT라 한다)에 보관된다. 스마트 계약은 토큰 아이디(tokenID)와 주소(address) 코드로 구성되어 위 데이터들의 정보를 블록체인에 연동하여 기록하며, 특정 조건이 충족되면 자동으로 계약 및 검증의 과정을 이행한다.⁷⁾

5) <<https://brunch.co.kr/@sasap12/114>, 2023. 12. 20. 최종방문>.

6) <<https://www.blockchainus.co.kr/news/articleView.html?idxno=3019>, 2023. 12. 20. 최종방문>.

7) Frye, Brian L., NFTs & the Death of Art (April 19, 2021), p.3. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3829399>.

(2) NFT의 생성(민팅)

NFT를 민팅하는 다양한 체계가 존재하나 가장 잘 알려진 것은 이더리움 블록체인상에서 발행되고 거래되는 ERC-721이며, 여기에 NFT가 충족해야 하는 속성과 기능이 지정되어 있다.⁸⁾ ERC-721은 각 NFT를 민팅할 때 만들어지는 고유한 ID 번호(토큰 아이디)와 스마트 계약의 블록체인 주소로 구성되어야 한다고 규정하고 있다. 각 NFT는 해당 스마트 계약과 연결된 토큰 아이디에 의해 명확하게 정의되며, 이 조합의 토큰은 하나뿐이다. NFT가 만들어진다는 것은 기록이 블록체인에 저장되어 누구나 손쉽게 소유권을 확인할 수 있다는 것을 의미한다. 또한, NFT가 한번 생기면 위조나 삭제를 할 수 없어서, 해당 자산이 NFT화 된 이후에는 원본인증서와 소유권 증명서로 활용될 수 있다. 이는 디지털 영역의 자산에 소유권이라는 개념이 가능하게 만들어, 그동안 존재하지 않았던 희소성이라는 가치를 가능케 한다.

비용 문제로 많은 NFT는 링크로 콘텐츠를 단순히 나타내는 오프체인 방식을 이용한다.⁹⁾ 이러한 오프체인 NFT를 민팅하기 위해서는 ① 출처의 생성 과정, ② 메타데이터의 생성 과정, ③ 토큰의 실제 생성 과정이 필요하며, 이러한 모든 단계가 완료된 후에만 NFT는 공개 시장에서 판매될 수 있다. 먼저, NFT를 민팅하는 기술적 과정은 출처의 생성에서 시작된다. 이는 자산을 온라인 저장소로 업로드하는 것을 의미한다. 온라인 저장소는 블록체인 밖의 저장소(데이터베이스)로, 그 과정에서 저작자의 작품이 온라인 저장소에 업로드된다. 다음은 메타데이터의 생성이다. 다시 한번, 블록체인에 파일을 업로드하는 것은 가격이 높기에, NFT의 작성자는 비용을 최소화하기 위해 작은 파일을 사용하려 하고, 이는 메타데이터의 정보를 저장하는 곳의 링크를 생성함으로써 이루어진다. 메타데이터의 정보는 작성자 이름, 자산 이름, 간단한 설명 및 출처(작품에 대한 URL)가 포함된다. 메타데이터는 코드로 작성되므로 쉽게 접근할 수 없지만, 읽기 위해 번역되는 중간 단계가 필요하다. 메타데이터의 생성은 작품 자체를 재현하는 것이 아니라 작품에 대한 연결일 뿐이다. 민팅의 마지막 단계는 블록체인에 실제 토큰을 만드는 것이다. 이 단계에서는 메타데이터와 스마트 계약 주소를 고유 토큰 ID와 함께 토큰에 표시하고, 그 후 블록체인에 배치한다.

(3) NFT의 거래

블록체인의 참가자들은 사용자 계정, 즉 블록체인에서의 주소(일명, 지갑 ID)를 가진다. ERC-721 표준은 NFT가 항상 이러한 특정 계정에 연결되도록 규정한다. NFT는 처음에 생성될 때, 창작자(민팅한 사람)의 계정과 연결된다. NFT 작성자는 NFT를 다른 계정이나 지갑으로 이전할 수 있다. 이 거래는 스마트 계약의 규칙에 따라 자동으로 이루어진다. 일반적으로, 이것은 구매자에 의한 지불과 함께, NFT를 구매

8) NFT를 지원하는 다른 블록체인(예: Cardano, Flow, Polygon, Solana, Tezos, Zilliqa)도 있지만, 현재 이더리움이 가장 많이 사용되고 있다.

9) 온체인 NFT의 민팅 프로세스는 IPFS(InterPlanetary File System)에 저장되는 대신 작품 자체가 포함된 메타데이터 및 파일이 블록체인에 직접 저장된다는 점에서 오프체인 NFT의 민팅 프로세스와 다르다. <<https://nfttown.io/learn/school/class/2779>, 2023. 12. 29. 최종 방문>.

자의 블록체인 주소(즉, 사용자 계정이나 지갑 ID)에 연결하여 소유권의 변경을 구현하는 기능이 스마트 계약에서 실행된다는 것을 의미한다. 이 거래는 블록체인에 저장되며 해당 블록체인에 참여하는 모든 사용자가 볼 수 있다. 일반적으로 NFT는 NFT 마켓플레이스에서 거래되고, NFT를 생성하거나 거래할 수 있으려면, 암호 지갑이 필요하다.

2. NFT의 구현

저작권과 관련하여 NFT가 가장 많이 적용되는 분야는 예술(미술)이며, 특히 예술가들에게 새로운 기회가 되었다. 예술품에는 디지털 작품이나 물리적 작품이 모두 포함될 수 있으며, 각각을 자산으로 표현하는 NFT가 구현되었다.

(1) 디지털 작품을 표현하는 NFT

디지털 작품을 표현하는 NFT의 가장 일반적인 형태는 순수하게 디지털로 만들어진 작품이나 이미지 또는 비디오 파일을 나타내는 것이었다. 디지털 작품의 NFT로 가장 유명한 예 중 하나는 2021년 3월 약 7천만 달러에 팔린 “Everydays: the First 5000 Days”가 있다. 디지털 작품에는 디지털 콘텐츠를 포함하여, 밈(memes), 지아이에프(GIFs), 문학 작품, 음악, 비디오 게임, 상표나 로고, 발명품뿐만 아니라 트위터의 트윗과 같이 예상치 못한 콘텐츠 등도 가능하다.¹⁰⁾ 이러한 디지털 작품은 그림이든, 조각이든 아날로그적인 방식으로 만들어지든, 저작물의 요건을 만족하는 경우 저작권 보호 대상이 될 수 있다. 하지만 디지털 예술품은 쉽게 복제될 수 있고, 복제된 파일의 데이터 세트가 원본 파일의 데이터 세트에 해당하므로 복제는 원본과 완전히 동일하다. 그 결과 전통적으로 디지털 예술품에는 물리적으로 독특한 원작(original)에 해당하는 것이 없었다. 하지만 디지털 작품을 기초 자산으로 하여 표현하는 NFT를 통해, 디지털 작품은 블록체인의 토큰과 연결되어 고유해지고, 그 고유성으로 인해 가치를 얻을 수 있다.¹¹⁾

(2) 물리적 작품을 표현하는 NFT

NFT는 순수한 디지털 예술품으로 만들어진 작품을 표현하는 것에 한하지 않고, 물리적 예술품의 디지털 복제 또는 일부를 표현할 수도 있다. 이러한 방식으로 기존 작품은 NFT를 통해 디지털 고유성을 획득하는 디지털 복제뿐만 아니라 물리적 고유 예술품 자체로써 두 번 이용될 수 있다. 최근, 이탈리아 박물관들은 NFT로 소장하고 있는 라파엘과 레오나르도 다빈치와 같이 특히 가치 있고 깨지기 쉬운 걸작들의 “디지털 복제품”을 판매하기 시작하였다.¹²⁾ 또한, NFT는 물리적 작품의 일부나

10) <<https://v.cent.co/tweet/20>, 2023. 12. 19. 최종방문>.

11) EU Parliament, Intellectual Property Rights and Distributed Ledger Technology - with a focus on art NFTs and tokenized art, 2022, p.17. <<http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses>, 2023. 12. 19. 최종방문>.

12) <<https://hypebeast.kr/2022/5/leonardo-da-vinci-the-visi-nfts-veneranda-biblioteca-ambrosiana>, 2023. 12. 19. 최종방문>.

그 안에 있는 권리를 나타낼 수도 있어, 토큰을 통해 토큰의 기초 자산인 작품을 더 작게 나눌 수 있고, 더 쉽게 거래할 수 있게 하여 물리적 작품에 투자할 가능성을 더 높게 만들 수 있다.¹³⁾ 예로써, NFT 투자사인 아르테큐(artèQ)와 비엔나의 벨베데레 박물관이 콜라보한 NFT 프로젝트 과정에서, 구스타프 클림트의 유명한 그림 “Kiss(연인)”의 고해상도 디지털 카피가 10,000개의 개별 이미지 파일로 분할되었고, 각 파일은 NFT로 제공되었다.¹⁴⁾ NFT는 고유하거나 제한된 수의 부분이 중요한 모든 디지털 자산에 대해 생성될 수 있으며, 이는 유비쿼터스 특성으로 인해 전에는 아무런 가치가 없었던 디지털 자산을 실제 가치로 제공할 수 있게 한다. 또한, 물리적 자산은 물리적 작품을 넘어 특정한 권리, 고전적인 자동차나 특정한 권리, 심지어 토지나 건물의 부동산이나 특정한 권리를 나타낼 수도 있으며,¹⁵⁾ 물리적 예술품을 대체할 수도 있다. 물리적 작품과 NFT를 함께 판매하는 경우, NFT가 물리적 작품을 받을 자격을 증명할 수도 있고, 그 작품의 진정성을 증명할 수도 있다. 2021년 뱅크시 작품을 구매한 자들은 원본을 불태우고 NFT로 해당 작품의 디지털 버전만 제공함으로써, 물리적 예술품을 대체하였다.¹⁶⁾

3. NFT와 저작권

NFT 기술과 관련하여 발생하는 저작권의 문제는 NFT를 생성하는 단계, NFT를 거래하는 단계, 그리고 NFT를 보유하거나 이용하는 단계 등의 NFT 관련 전 생애주기에서 발생할 수 있다.

(1) NFT의 생성 단계

앞에서 살펴본 바와 같이, NFT를 생성하기 위해서는 출처의 생성 과정, 메타데이터의 생성 과정, 토큰의 실제 생성 과정을 거친다. 그런데, 메타데이터의 생성 과정은 저작물 자체를 재현하는 것이 아니라 저작물에 대한 연결일 뿐이어서, 그리고 토큰의 생성 과정은 토큰 아이디와 주소 등을 토큰에 표시하는 것뿐이어서 저작권 관련 문제가 거의 발생하지 않는다. 하지만 출처의 생성 과정은 자산을 온라인 저장소에 업로드하는 것이어서, 저작물의 복제가 이루어지고, 변형이 이루어질 수 있으며, 공중의 이용에 제공될 수 있어,¹⁷⁾ 복제권, 2차적저작물작성권 그리고 공중송신권이 문제 될 수 있다. 복제나 2차적저작물이 작성된 경우 저작권자의 동의가 필요한 것은 문제가 없어 보이나, 공중송신권은 ‘공중’의 범위가 문제 될 수 있다. 우리 저작권법상 ‘공중’은 불특정 다수인을 의미하는데,¹⁸⁾ 온라인 저장소에 작품을 업로드하면 URL이 생성되고, 이는 업로드한 사람만이 접근할 수 있고, 생성된 URL은 약 80자

13) Supra note 11, at 17.

14) <<https://thekiss.art/s/about.html>, 2023. 12. 19. 최종방문>.

15) Supra note 11, at 18.

16) <<https://www.coindesk.com/news/articleView.html?idxno=72936>, 2023. 12. 19. 최종방문>.

17) 저작권법 제2조 제7호 (“공중송신”은 저작물 등을 공중이 수신하거나 접근하게 할 목적으로 무선 또는 유선통신의 방법에 의하여 송신하거나 이용에 제공하는 것을 말한다.).

18) 저작권법 제2조 제32호.

정도로 매우 길어 검색하기 어려워, 공중이 이용할 수 있는 것으로 보기는 어려워 보인다.¹⁹⁾

그런데, 작품들 모두가 저작권법에 따라 보호되는 것은 아니라는 점을 주의해야 한다. 최근 작품들은 알고리즘에 의해 만들어지는 경우가 많아 창작 과정의 세부 사항에 따라 저작권법의 보호 여부가 결정될 수 있다. 어떤 경우에는 미리 결정된 특성의 혼합으로부터 완전히 무작위로 생성될 수도 있고, 어떤 경우에는 각각의 특성 그 자체가 작가에 의해 창작되지만, 그 조합과 그에 따른 이미지가 작가와 직접적으로 연결되지 않을 때도 있고, 알고리즘에 의해 생성되나 그 조합이 작가에 의해 엄선되기도 한다.²⁰⁾ 그리하여 특정 이미지가 저작권으로 보호받을 수 있는지는 상황에 따라 달라질 수 있다. 하지만 저작권의 보호와는 관계없이, NFT는 어떤 경우에도 고유성을 갖기에 NFT로 표현되는 작품들은 특정인에게 소유권을 인정할 수 있게 하고, 향후 거래가 블록체인 내에서 증명되어 배타성 및 증명력을 갖는 가치를 획득할 수 있다. 이는 NFT에서 작품의 저작물성과 고유성은 서로 독립적임을 의미하기도 한다.

그 밖에도 저작물의 생성과 관련하여 저작물을 분리하거나 파괴할 수 있어 저작권의 문제도 발생할 수 있다.²¹⁾ 먼저, 앞서 한 예에서 본 바와 같이, 하나의 저작물을 개별 이미지 파일로 분할 한 경우 저작자의 동의 없이 하는 경우 저작물의 내용을 바꾸는 것일 수 있다. 또한, 앞의 사례에서 본 바와 같이, 저작물을 파괴하는 것도 유사하게 동일성유지권의 문제가 발생할 수 있다. 다만, 파괴의 경우는 외국에서 저작권 침해로 보는 것²²⁾과는 달리 우리는 소유권의 권능인 처분권에 기초한 것으로 침해를 구성하지 않고, 불법행위를 구성한다고 보는 것이 일반적인 해석이다.²³⁾ 우리 법원은 “저작물의 동일성을 해치지 않는 범위에서 단순히 오타자를 수정하거나 문법에 맞지 않는 부분을 교정하는 정도를 넘어서 저작물의 내용, 형식 및 제호에 대한 추가, 삭제, 절단, 개변 등의 변경을 가하는 것은 동일성유지권을 가지는 저작자만 가능하고 제3자는 저작자의 동의를 받지 않는다면 그 의사에 반하여 위와 같은 변경을 할 수 없다”고 판결한 바 있다.²⁴⁾

(2) NFT의 거래 단계

토큰을 거래하기 위해서는 NFT 마켓플레이스에 NFT를 제공하여 판매하게 되며, 이 과정에서 저작권 문제가 발생할 수 있다. 먼저, 마켓플레이스에 NFT를 게시하는

19) 유럽에서는 공중이 잠재적 수혜자의 불확실한 수 그리고 상당히 많은 수의 사람을 의미한다고 한다 (Land Nordrhein-Westfalen and Dirck Renckhoff, Case C-161/17, ECLI:EU:C:2018:634, para. 22.). 또한, 작품에 접근할 수 있는 사람의 수를 크게 제한하는 외부 환경이 없어야 하고, 그 작품에 접근하기 위한 어떠한 중간 단계도 없어야 한다고 한다 (OLG Zweibrücken Case 4 U 45/16, para. 31).

20) Supra note 11, at 19.

21) 공표권이나 성명표시권도 문제 될 수는 있으나, 이는 NFT에서만 일어나는 상황이 아니라고 보여져 여기에서는 논하지 않는다.

22) 유럽에서는 이와 같이 예술품을 태우는 것을 왜곡(distortion)에 의한 저작권 침해로 간주하기도 한다. supra note 11, at 20.

23) 서울고등법원 2012. 11. 29. 선고 2012나31842 판결.

24) 서울고등법원 2008. 9. 23. 선고 2007나70720 판결.

경우 그 작품의 이미지를 보여줄 필요가 있으며, 이는 저작권법상 전시(display)에 해당할 수 있다. 저작권자는 미술저작물 등의 원본이나 그 복제물을 전시할 권리를 갖는다.²⁵⁾ 다만, 미술저작물 등의 원본의 소유자나 그의 동의를 받은 자도 공중에게 개방된 장소에 향시 전시하는 경우가 아니라면 그 저작물을 원본에 의하여 전시할 수 있고,²⁶⁾ 그 전시할 수 있는 자들이나 원본을 판매하고자 하는 자는 그 저작물의 해설이나 소개를 목적으로 하는 목록 형태의 책자에 이를 복제하여 배포할 수 있도록 하고 있다.²⁷⁾ 그런데, 마켓플레이스에서 예술품을 식별하기 위해 이미지를 전시하는 것은 NFT를 판매하는 것이지 저작물을 판매하는 것이 아니어서 예외가 적용될 여지가 적어 보인다. 유럽도 “행사를 촉진하기 위해 필요한 범위 내에서 예술품의 전시 또는 판매를 광고할 목적으로 사용하는 경우에는 복제 및 공중 공개에 대한 권리의 예외 또는 제한”이 가능하다고 하나, 예술품의 판매가 아니라는 이유로 저작권자의 동의가 필요하다고 보고 있다.²⁸⁾ 따라서 NFT를 마켓플레이스에 전시하기 위해서는 저작권자의 동의가 필요해 보인다.

다음으로, NFT의 거래가 “배포(distribution)”가 되는지 문제 될 수 있다.²⁹⁾ 다시 한번, NFT의 판매는 그 기초가 되는 저작물의 판매 자체를 의미하는 것은 아니므로, 그 판매는 배포권에 영향을 주지 않는다. 또한, 배포권은 유형물의 형태로 양도되거나 대여되는 경우만 포함되고, 무형적인 전달은 포함하지 않는다. 예외적으로 소프트웨어 디지털 소진에 관한 주장이 있을 수 있지만, NFT는 소프트웨어에 해당하지 않는다.³⁰⁾ 그리고, NFT의 판매가 유형물로서의 원본 저작물의 양도와 관련된 경우에도, NFT 자체의 판매가 배포권의 대상은 아니다. 판매가 이루어지고 난 후 새로운 소유자 등록은 판매자와 구매자 각각의 지갑에서 발생하는 것이므로, 공중과 관련되지 않고, 소유자 변경이 다른 복제나 링크를 유발하지도 않는다. NFT와 연결된 작품은 이미 공중에게 이미지와 함께 제공되는 과정에서 모든 사람이 공개적으로 접근할 수 있게 되었기 때문에, 소유자의 단순한 변경이 새로운 공중과 연결되지도 않는다.

(3) NFT의 이용 단계

일반적으로, NFT의 구매자는 NFT를 지갑에 보관하고 판매할 수 있는 권리만을 가질 뿐, NFT가 나타내는 작품에 대한 어떠한 권리도 획득하지 않는다. 다만, 다음의 라이선스 계약을 통해 NFT 구매자는 권리를 취득할 수 있다: ① 저작자와 NFT

25) 저작권법 제19조.

26) 저작권법 제35조 제1항.

27) 저작권법 제35조 제3항.

28) Art. 5 (Exceptions and limitations) 3. “Member States may provide for exceptions or limitations to the rights provided for in Articles 2 and 3 in the following cases: ... (j) use for the purpose of advertising the public exhibition or sale of artistic works, to the extent necessary to promote the event, excluding any other commercial use; ...”).

29) 저작권법 제2조 제23호 (‘배포’는 저작물등의 원본 또는 그 복제물을 공중에게 대가를 받거나 받지 아니하고 양도 또는 대여하는 것을 말한다.); 정보사회저작권지침 제4조 제1항은 저작자가 자기 작품의 원본 또는 사본과 관련하여 판매 또는 기타 방법으로 공중에게 배포하는 것을 허가하거나 금지할 독점적인 권리를 가지고 있다고 규정하고 있다.

30) Nederlands Uitgeversverbond, Groep Algemene Uitgevers v Tom Kabinet et al., C 263/18, ECLI:EU:C:2019:1111.

소유자의 개별적인 계약; ② NFT 판매 마켓플레이스의 약관; ③ 특정 NFT 프로젝트의 조건; ④ 스마트 계약.³¹⁾ 개별적인 계약은 제한이 없기에, 판매 마켓플레이스의 약관부터 살펴본다. 일반적으로, 판매 마켓플레이스는 민팅이나 거래 관련 서비스만 제공할 뿐 사용자 간의 어떠한 합의에도 관여하지 않고, NFT와 관련하여 어떠한 표시나 보증도 하지 않는다. 따라서 NFT를 생성하는 사람이 필요한 권리를 보유하고 있거나 획득하였음을 보여주고 보증해야 한다. 하지만 판매 마켓플레이스는 저작권자가 동의하면, 계약을 이용 약관에 포함할 수 있다. 실제로, 한 판매 마켓플레이스는 “구매자가 예술 콘텐츠를 전시하고 공유할 수 있지만, 본 약관에 의해 부여된 예술 콘텐츠에 대한 제한된 라이선스를 제외하고, 예술 콘텐츠에 대한 저작권 등의 권리나 소유권을 가지고 있지 않다”고 하였으며, 제한된 라이선스는 “구매자의 비상업적 목적만을 위해 예술 콘텐츠를 전시할 수 있는 제한되고, 세계적이며, 양도 불가능하고, 이전 불가능하며, 하위 라이선스를 할 수 없으며, 실시료가 무료인 라이선스”라고 하였다.³²⁾

다음으로, 구매자가 획득한 권리는 구체적인 NFT 프로젝트 조건에 따라 결정될 수 있다. 예를 들어, 앞에서 살펴본 “the Kiss” 관련 NFT 프로젝트는 다음과 같은 조건을 가지고 있었다: NFT를 구입할 때 획득된 권리들은 “구매된 Kiss NFT를 이용하는 배타적이고, 세계적이고, 무기한이고, 취소 불가능하고, 하위 라이선스를 할 수 없고, 이전할 수 있는 라이선스”로 구성된다.³³⁾ 또한, NFT의 특성에 따라 NFT를 지갑에서 이용할 수 있고, 메타버스 갤러리에서 보여줄 수 있고, 다운로드 하거나 프린트할 수도 있으며, 인증서를 출력할 수도 있다.³⁴⁾ NFT 구매자는 따라서 작품의 아날로그 버전에 대해서는 어떠한 권리도 획득하지 않지만, NFT를 소유하는 한, 위의 권리를 소유하며, NFT 소유에 대한 이전은 승계자에 대한 라이선스의 이전을 포함하기에 승계자는 처음 구매자와 동일한 권리를 갖는다. 이 외에도 크립토키티(CryptoKitties) 저자에 의해 발표된 라이선스는 NFT 구매자가 연간 매출액 100,000 달러를 초과하지 않는 한, NFT와 관련된 예술품을 상품화 목적으로 사용할 수 있도록 하였으며,³⁵⁾ “NBA Top Shot” NFT 프로젝트는 NBA 녹화물(“Moments”)을 구입할 수 있고, 구매자는 해당 NFT를 교환, 판매 또는 증여하는 권리와 제3자의 웹사이트나 애플리케이션에서 NFT를 이용하고, 복제하고, 전시하는 세계적이고, 비배타적이고, 이전될 수 없고, 실시료가 무료인 라이선스를 받았다.³⁶⁾

마지막으로, NFT의 스마트 계약을 통해서도 이용권의 부여가 가능하다. 스마트 계약은 자동화된 컴퓨터 프로그램으로 일반적인 법적 계약이라기보다는 묵시적 동의의 형태로 권리자의 동의가 고려될 수 있다. 묵시적 동의는 허락으로 인정되어 행위의 적법성이 인정되지만, 권리자의 의지에 반한 권리를 취득할 수 없고, 이용권의 이전과는 다르다. 이러한 법적 개념은 검색 엔진의 썸네일 이미지와 같으며,³⁷⁾ NFT

31) Supra note 11, at 36.

32) <<https://foundation.app/>, 2023. 12. 20. 최종방문>.

33) <<https://thekiss.art/s/TOS.html> Section 6.1, 2023. 12. 20. 최종방문>.

34) Id.

35) <<https://www.nftlicense.org/>, 2023. 12. 20. 최종방문>.

36) Section 4: ownership, license and ownership restrictions. <<https://nbatopshot.com/terms>, 2023. 12. 20. 최종방문>.

37) 독일 연방상법재판소는 인터넷 페이지의 소스코드에 robots.txt 파일을 프로그램하여 이미지가 검색 엔진에 발견되지 않도록 조치하지 않고, 단순히 배치되었다는 사실로부터 묵시

스마트 계약에도 이러한 해석이 적용될 수 있다. NFT 스마트 계약은 최초 판매 후 재판매가 불가능한 방식으로 프로그래밍 될 수도 있고, 제작자가 재판매하는 경우 재판매 금액의 일정 비율에 자동적으로 참가하는 방식으로 프로그래밍할 수도 있다. 또한, NFT 작성자가 NFT를 재판매하지 않기 위해 프로그래밍하지 않은 경우에는 작성자가 재판매에 동의했다고 가정될 수 있다. 이는 자동 수익 공유를 프로그래밍하는 경우에 또한 적용되며, 이는 재판매 가능성이 있는 경우에만 의미가 있다. 다만, NFT의 제작자가 실제로 예술작품의 창작자이거나 이용권을 부여하는 데 필요한 권리를 갖는 것은 보장되지 않는다.

III. 새로운 이용 방법에 대한 저작권 귀속

1. 해외 사례의 검토

미국과 영국은 일반적으로 저작물의 알려지지 않은 이용 방법에 대한 권리의 자유로운 양도를 허용하지만,³⁸⁾ 독일이나 프랑스 등 유럽 국가들은 저작권 양도 당시 알려진 이용 방법만으로 제한하거나, 상당히 제한적으로 양도를 허용한다.³⁹⁾ 이하에서 미국, 독일, 프랑스에 대해 구체적으로 살펴본다.

(1) 미국

미국 저작권법은 계약자유 원칙에 따라 저작자들이 저작물의 알려지거나 알려지지 않은 모든 이용 방법에 대해 권리를 양도하는 것을 허용한다.⁴⁰⁾ 본래, 미국은 저작권의 완전한 양도, 즉 알려진 방법과 관계없이 모든 배타적 권리의 이전을 허용하기 때문에, 저작자가 저작권 전체를 양도하는 경우, 매수인은 양도 이후에 개발된 모든 이용 방법에 대한 권리를 취득한다.⁴¹⁾ 새로운 이용 방법에 대한 문제는 특정 권리가 양도되거나 라이선스가 부여될 때 발생하며, 특히 당사자의 명시적 의사표시가 없는 상황에서 발생한다. 명시적 의사표시가 없는 경우, 계약법의 원칙을 적용하기 때문에 새로운 이용에 대한 권리는 당사자의 묵시적 의사에 따라 정해질 수 있다.⁴²⁾ 대표적인 사건은 *Bartsch v. Metro-Goldwyn-Mayer, Inc.*이며,⁴³⁾ 뮤지컬에 대한 영화 판권

적 동의를 끌어냈다. BGH MMR 2010, 475, Rn. 34 m. Anm. Rössel - Vorschaubilder.

38) Kate Darling, Contracting About the Future: Copyright and New Media, 10 Nw. J. Tech. & Intell. Prop. 485, 488 (2012).

39) Id.

40) MELVILLE B. NIMMER & DAVID NIMMER, NIMMER ON COPYRIGHT § 10.10[B] (rev. ed. 2009); Neil R. Nagano, Comment, Past Copyright Licenses and the New Video Software Medium, 29 UCLA L. REV. 1160, 1166 (1982).

41) 17 U.S.C. § 201(d)(1) (2006) ("The ownership of a copyright may be transferred in whole or in part. ...").

42) NIMMER & NIMMER, supra note 40, at § 10.10[B]; Joanne Benoit Nakos, Comment, An Analysis of the Effect of New Technology on the Rights Conveyed by Copyright License Agreements, 25 CUMB. L. REV. 433, 438 (1995).

43) 391 F.2d 150 (2d Cir. 1968).

에 TV 판권도 포함한다고 판시하여 ‘영화화하는 권리’를 가능한 한 넓게 해석한 바 있다.⁴⁴⁾

그런데, 계약 당시 새로운 이용 방법을 전혀 예상하지 못한 경우에는 당사자의 의사를 파악할 수 없어, 문제가 발생할 수 있다. 계약 당시 새로운 이용 방법을 전혀 예상하지 못한 경우, 권리의 귀속을 정하기 위해 다양한 접근 방식이 존재하였다. 먼저, 불명확한 조항을 작성하지 않은 당사자에게 유리하게 해석하는 원칙을 적용하면, 저작자는 자신의 의도에 따라 표현되지 않은 권리를 보유한다. *Cohen v. Paramount Pictures Corp.* 결정은 TV로 영화를 상영할 권리에 포함된 음악 작품의 라이선스가 비디오카세트로 확장되지는 않는다고 하였다.⁴⁵⁾ 여기서 법원은 “라이선스가 어떤 방식, 매체 또는 형태로든 음악 작품이 포함된 영화의 녹음 및 복사를 허용하지만, 라이선스의 명시적 언어 어디에도 판매 또는 대여를 통해 대중에게 사본을 배포할 수 있는 권한은 없다”고 하면서, 비디오카세트 권리를 부여하는 조항이 없다는 것은 그 권리를 유지하는 의미로 해석하였다.⁴⁶⁾ 또한, 법원은 라이선스 보유자가 새로운 매체와 관련된 ‘모든 횡재(entire windfall)’를 갖도록 해서는 안 된다고 하였다.⁴⁷⁾

다른 방법은 합리적으로 배포의 방법과 목적의 범위 내에 있는 모든 권리는 라이선시(licensee)가 갖는 것으로 정한다.⁴⁸⁾ *Boosey & Hawkes Music Publishers v. Walt Disney Co.* 사건에서, 법원은 영화에 사용하기 위해 어떤 방식, 매체 또는 형태로든 음악 작품을 녹음할 수 있는 권리는 비디오카세트 권리를 포함한다고 판결하였다.⁴⁹⁾ 법원은 또한, 라이선시가 라이선스에 기재된 매체 내에 해당한다고 합리적으로 말할 수 있는 모든 사용을 추구할 수 있어야 한다고 하였다.⁵⁰⁾ 어떤 접근법이 결정적으로 우세하다고 말할 수 없기에, 이 문제는 여전히 모호하다. 다만, 미국은 이러한 문제를 해결하기 위해 저작자 해지권을 제공한다.⁵¹⁾ 의회는 저작물의 미래 가치를 예측하기 어렵고, 저작자가 출판과 관련해 경험이 적고 조건 협상에서 영향력이 적은 당사자인 경우가 많다는 점을 우려하였다. 그리하여 불리한 저작자를 보호하기 위해, 1976년 저작권법은 35년이 지나면 저작자가 계약을 해지할 수 있는 권리를 부여하였다.⁵²⁾

(2) 독일

20세기 전반, 독일 법원들은 새로운 이용 방법에 대한 판결에서 제한적 해석 원칙을 광범위하게 채택하여 저작자에게 유리한 판결을 하고, 저작권 계약의 포괄적이고 일반화된 조항을 무효로 판단하였다.⁵³⁾ 그리하여, 알려지지 않은 이용에 대한 권리를

44) Id. at 33.

45) 845 F.2d 851 (9th Cir. 1988).

46) Id. at 853.

47) Id. at 854.

48) *NIMMER & NIMMER*, supra note 40, at 86-87; *Platinum Record Co. v. Lucasfilm, Ltd.*, 566 F. Supp. 226 (D.N.J. 1983); *Rooney v. Columbia Pictures Indus.*, 538 F. Supp. 211, 229 (S.D.N.Y. 1982).

49) 145 F.3d 481, 486 (2d Cir. 1998).

50) Id.

51) 17 U.S.C. §§ 203, 304 (2006) (“notwithstanding any agreement to the contrary”).

52) H.R. REP. NO. 94-1476, at 124 (1976).

부여하는 것이 사실상 불가능하였고, 1965년 저작권법은 새로운 이용 방법에 대한 권리의 허락을 다음과 같이 명시적으로 금지하였다: “아직 알려지지 않은 이용 유형에 대한 이용권의 부여 및 이와 관련한 어떠한 의무도 법적 효력이 없다.”⁵⁴⁾ 새로운 이용권 부여를 금지하는 공식적인 설명은 저작자가 새로 개발된 매체를 통한 유통을 허용할지와 가격을 결정할 수 있어야 한다는 것이었다고 한다.⁵⁵⁾ 이 외에도 본 금지 조항은 계약의 자유 원칙에 대한 제한이긴 하지만, 저작자가 거래에서 출판사보다 일반적으로 불리한 위치에 있어, 그의 이익을 보호할 필요가 있고,⁵⁶⁾ 법적 개입 없이는 알려지지 않은 이용권을 포함해 출판사가 포괄적인 권리를 가질 것을 많은 사람이 우려했기 때문이라고 한다.⁵⁷⁾ 이후, 독일 법원들은 이러한 금지 조항을 계속 확인하였다. 이에선 알려진 모든 사용권과 향후 사용권에 대한 권리를 부여하는 라이선스가 새로운 VHS 기술에 대한 저작권은 포함하지 않는다고 판단한 사건이 있고,⁵⁸⁾ 신문 기사에 대한 출판권이 CD-ROM 기술에까지 확장되지 않는다고 판단한 사건도 있다.⁵⁹⁾

그런데, 2008년에 독일 저작권법은 제31조 제4항을 폐지하여, 저작물의 알려지지 않은 용도에 대한 권리 이전을 공식적으로 허용하였고, 그와 더불어 출판사가 새로운 배포 방법을 통지한 후 3개월 이내에 저작자가 그 허락을 취소할 수 있는 양도 불가능한 취소권을 도입하였다.⁶⁰⁾ 개정 이전, 독일 법원들은 비디오카세트 권리를 부여하는 계약에 따라 DVD 배포가 충분히 새로운 형태의 배포 매체가 아니라고 판단하는 등 제34조 제1항을 적용하는 데 소극적이었다.⁶¹⁾ 이러한 판결들은 경제적 문제에 대한 민감성이 커지고 있음을 반영하는 것으로, 새로운 미디어에 투자할 때 직면하는 법적 불확실성을 줄이고, 금지 조항이 경제적·기술적 발전을 방해하지 않게 하기 위함이었다.⁶²⁾ 이러한 판례들은 여러 분야에서 법 개정을 요구하는 계기가 되었다. 먼저, 다양한 이익단체들은 저작권 계약의 범위와 관련된 법적 불확실성과 소송 증가의 위험을 제기하였다.⁶³⁾ 출판사들은 출판 비용 절감을 이유로 적극 지지하였으

53) Supra note 38, at 499.

54) Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte [Urheberrechtsgesetz] [UrhG] [Copyright Act], Sept. 9, 1965, BUNDESGESETZBLATT [BGBL.] I at 1273, § 31(4) (as adopted in 1965) (Ger.).

55) Supra note 38, at 500.

56) Id. at 501 (역사적으로 저작자는 일반적으로 계약 당사자의 약자이고 출판사는 일반적으로 강자이다. 이로 인해 양 당사자 간의 협상력에 상당한 격차가 발생하였다. 출판사는 예술 저작물에 대한 독점적 권리를 적은 비용으로 구매했고, 그 중 일부는 나중에 국제적으로 큰 성공을 거두었다. 그리고 출판 계약의 형식과 조건은 저작자의 이익을 고려하지 않고 출판사에 의해서만 구성된다는 점에서 일방적인 것으로 간주되기도 하였다.).

57) BT IV/270, at 56.

58) BGH Oct. 11, 1990, GRUR 133 (135 - 36), 1991 (Ger.).

59) Oberlandesgericht [OLG] [Higher Regional Court] Nov. 5, 1998, MULTIMEDIA UND RECHT [MMR] 225, 1999 (Ger.), aff'd by BGH July 5, 2001, 148 ENTSCHEIDUNGEN DES BUNDESGERICHTS IN ZIVILSACHEN [BGHZ] 221 (Ger.).

60) Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, Oct. 26, 2007, BGBL. I at 2513 (Ger.).

61) Der Zauberberg, BGH May 19, 2005, 163 BGHZ 109 (Ger.) (이 외에도 알려진 모든 TV 배포 방법에 대한 권리를 부여하는 계약이 위성 및 케이블 방송 권리를 포함한다고 판시한 바 있다. Klimbim, BGH July 4, 1996, 133 BGHZ 281 (Ger.)).

62) Klimbim, BGH July 4, 1996, 133 BGHZ 281 (283) (Ger.).

63) Supra note 38, at 522 (무엇이 새로운 배포 방식에 해당하고, 그것이 “예측할 수 없는 것”

며, 변화를 원하는 사람들은 금지 조항이 새로운 이용 방법을 통한 유통을 어렵고 비용이 많이 들게 하여, 새로운 기술의 시장 진입을 방해한다고 하였으며, 이는 출판사의 경제적 문제가 저작자에게 부정적인 영향을 미칠 수 있다고 하였다.⁶⁴⁾

그런데, 의회는 금지 조항을 단순히 삭제하는 것은 저작자의 경제적 이익을 보호하는 본래 목표에 위협이 될 수 있다는 것을 인식하였다. 그리하여, 새로운 사용권 계약에 대한 법적 개입의 원래 분배 목표를 보존하는 동시에 이전에는 충분히 고려되지 않았던 경제적 비용까지 고려해야 했다. 이에 따라, 결정된 해결책은 취소권의 형태였으며, 저작자는 명시적으로 알 수 없는 이용에 대한 권리를 부여할 수 있고, 그 부여는 서면으로 이루어지도록 하였다.⁶⁵⁾ 또한, 양도 불가능한 취소권을 규정하여 저작자는 원래 계약에 규정된 내용과 상관없이 새로운 이용에 대한 통지를 받은 후 3개월 이내에 저작권 계약을 취소할 수 있게 되었다.⁶⁶⁾ 취소권은 원저작자에게만 한정되고,⁶⁷⁾ 출판사의 통지 의무는 마지막으로 알려진 주소로 통지하는 것으로 충족된다.⁶⁸⁾ 취소권은 계약 체결 당시 정보적·경제적 불이익을 갖는 저작자가 사후에 상황을 시정할 수 있도록 하여 저작자의 협상력을 높일 수 있게 되었다. 이 시스템은 새로운 이용권을 자유롭게 부여하는 것보다는 거래 비용이 더 많이 발생할 가능성이 있지만, 상당한 양의 불필요한 거래 비용을 제거할 수 있게 되었다.⁶⁹⁾

(3) 프랑스

프랑스 지식재산법은 예측할 수 없는 이용에 대한 권리 부여를 명시적으로 허용하고 있다: “계약일예 (누구도) 예측할 수 없고, (당사자가) 예측할 수 없는 방법으로 저작물을 이용할 수 있는 권리를 부여하는 양도 조항은 명시적이어야 하며, 이용에 따른 이익과 관련된 참여를 규정해야 한다.”⁷⁰⁾ 하지만 여러 해설과 판례에 따르면 그 적용은 다소 제한적이라고 한다.⁷¹⁾ 또한, 프랑스 지식재산법은 구체적 요건도 규정하고 있다: “저작권의 양도는 양도 계약서에 양도된 각 권리가 별도로 언급되고, 양도된 권리의 이용 분야가 그 범위와 목적, 장소 및 기간에 관하여 규정되어야 한다.”⁷²⁾ 이는 계약에서 개별적 배포 방법을 명확하게 명시해야 함을 요구하는 것이어서, 당사자들이 단순히 예측하지 못한 이용에는 적용될 수 없고, 당시에는 존재하지 않아 전혀 예상하지 못한 이용에만 적용될 수 있음을 의미한다. 또한, 예측하지 못한

인지 여부를 판단하는 데 상당한 어려움이 있었고, 기술 혁신이 점점 더 빠르게 일어나는 상황에서, 새로운 매체마다 15년 이상 지속되는 법정 소송의 대상이 되는 것은 비효율적인 법적 체계를 만들고 있었다.).

64) Id. at 522-23.

65) Urheberrechtsgesetz [UrhG] [Copyright Act], Sept. 9, 1965, BGBl. I at 1273, as amended by Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft [Second Law Regulating Copyright in the Information Society], Oct. 26, 2000, BGBl. I at 2513, art. 1, § 31a(1) (Ger.).

66) UrhG, Sept. 9, 1965, BGBl. I at 1273, as amended, art. 1, § 31a(1) (Ger.).

67) UrhG, § 31a(2) (Ger.).

68) UrhG, § 31a(1) (Ger.).

69) Supra note 38, at 525.

70) Law 92-597 of July 3, 1992, art. L. 131-6. (Fr.).

71) Supra note 38, at 494.

72) Law 92-597 of July 1, 1992, art. L. 131-3 (Fr.).

방법의 상황과 범위는 정의가 불가능하여, 명시적 요건을 충족하기가 상당히 어렵다. 따라서 새로운 이용 방법에 대한 권리 부여는 그 적용 범위가 현저히 작거나 존재할 수 없는 것으로 여겨지고 있다.⁷³⁾ 이러한 제한적 적용은 프랑스 지식재산법의 계약 규제 규정, 즉 권리의 완전한 양도를 주장하는 계약은 계약에서 정한 배포 방법으로만 엄격하게 제한되어야 한다는 원칙과도 부합하는 것이라고 한다.⁷⁴⁾ 결과적으로, 프랑스는 개혁 이전 독일과 마찬가지로 새로운 이용권 부여에 대해 제한적인 접근 방식을 채택하고 있고, 저작권 계약에서 권리 양도는 엄격한 해석 규칙의 적용을 받는 것으로 볼 수 있다.

2. 우리 법의 검토

우리 법에서 새로운 이용 방법에 대한 이익을 누가 가져갈 것인가에 관해서는 대법원판결이 존재하여 살펴본다.⁷⁵⁾ 작사·작곡자들인 원고들은 음반의 제조·판매를 목적으로 하는 피고 회사와 1984년 음반 제작 계약을 체결하고 원반을 제작하여 이를 LP 음반으로 복제·판매하였다. 그런데 CD(Compact Disc)라는 매체가 개발되자, 피고는 1992년경부터 LP 음반에 수록된 곡들에 일부 다른 곡을 추가하여 재편집한 원반을 제작하여 CD로 복제하여 판매하였다. 원고들은 저작물에 대하여 1회에 한하여 이 사건 원반을 재편집함이 없이 LP음반으로 복제·판매하는 것을 허용하는 것을 내용으로 하는 것이라고 주장하면서, 피고에 대하여 저작재산권과 동일성유지권 등 저작권격권 침해로 인한 손해배상 등을 청구하였다.⁷⁶⁾

이에 대해, 대법원은 “단순히 ‘녹음물 일체’에 관한 이용권을 허락하는 것으로 약정하였을 뿐 새로운 매체에 관한 이용허락에 대한 명시적인 약정이 없는 경우 과연 당사자 사이에 새로운 매체에 관하여도 이용을 허락한 것으로 볼 것인지에 관한 의사 해석의 원칙은, ① 계약 당시 새로운 매체가 알려지지 아니한 경우인지 여부, 당사자가 계약의 구체적 의미를 제대로 이해한 경우인지 여부, 포괄적 이용허락에 비하여 현저히 균형을 잃은 대가만을 지급 받았다고 보여지는 경우로서 저작자의 보호와 공평의 견지에서 새로운 매체에 대한 예외조항을 명시하지 아니하였다고 하여 그 책임을 저작자에게 돌리는 것이 바람직하지 않은 경우인지 여부 등 당사자의 새로운 매체에 대한 지식, 경험, 경제적 지위, 진정한 의사, 관행 등을 고려하고, ② 이용허락 계약 조건이 저작물 이용에 따른 수익과 비교하여 지나치게 적은 대가만을 지급하는 조건으로 되어 있어 중대한 불균형이 있는 경우인지 여부, 이용을 허락 받은 자는 계약서에서 기술하고 있는 매체의 범위 내에 들어간다고 봄이 합리적이라고 판단되는 어떠한 사용도 가능하다고 해석할 수 있는 경우인지 여부 등 사회일반의 상식과 거래의 통념에 따른 계약의 합리적이고 공평한 해석의 필요성을 참작하며, 나아가 ③ 새로운 매체를 통한 저작물의 이용이 기존의 매체를 통한 저작물의 이용에 미치는 경제적 영향, 만일 계약 당시 당사자들이 새로운 매체의 등장을 알았다더라면 당사자들이 다른 내용의 약정을 하였으리라고 예상되는 경우인지 여부, 새로운 매체가

73) Supra note 38, at 495.

74) Id.

75) 대법원 1996. 7. 30. 선고 95다29130 판결.

76) 오승중, 저작권법(제3판), 박영사, 2013, 552-53.

기존의 매체와 사용, 소비 방법에 있어 유사하여 기존 매체시장을 잠식, 대체하는 측면이 강한 경우이어서 이용자에게 새로운 매체에 대한 이용권이 허락된 것으로 볼 수 있는지 아니면 그와 달리 새로운 매체가 기술혁신을 통해 기존의 매체시장에 별다른 영향을 미치지 않으면서 새로운 시장을 창출하는 측면이 강한 경우이어서 새로운 매체에 대한 이용권이 저작자에게 유보된 것으로 볼 수 있는지 여부 등 새로운 매체로 인한 경제적 이익의 적절한 안배의 필요성 등을 종합적으로 고려하여 사회정의와 형평의 이념에 맞도록 해석하여야 한다”라고 하였다.

그런 후, 대법원은 원고들이 경제적 지위상 현저히 약자적 입장에 있었고, 음반업계의 관행상 피고가 음반 제작에 상당한 비용을 지불하였음을 알 수 있으나, 원고들의 학력이나 경력에 비추어 이 사건 계약 당시 지식, 경험 등은 쌍방이 대체로 균등하다고 볼 수 있고 당시 CD음반이 오늘날과 같이 대중적이지는 아니하였어도 해외에서는 이미 상품화되고 있었던 점에서 새로운 매체에 대한 대체적인 지식도 어느 정도 구비되어 있었다고 보여지고, 이 사건 계약이 원고들의 요구에 의하여 이루어진 점, 피고 회사가 이 사건 계약 후 LP음반 및 테이프로 복제·판매한 대체적인 수량이 많지 아니할 뿐 아니라 CD음반의 판매로 피고 회사가 얻은 이익도 400여 만 원에 지나지 아니하는 점에 비추어 비록 원고들이 위와 같이 적은 대가만을 받았다고 하더라도 그 포괄적 이용허락에 비하여 현저히 균형을 잃은 대가만을 지급 받았거나 새로운 매체로 인한 경제적 이익 안배의 필요성이 현저한 경우에 해당한다고는 보여지지 아니하는 점, 당시 원고 중 한 명은 무명가수이어서 피고 회사의 비용 부담이라는 조건이라면 원고들이 이와 같이 CD음반에 대한 이용허락을 포함하는 방법으로라도 이 사건 계약을 체결하였으리라고 보여지는 점, 음반업계의 관행에 비추어 이 사건 계약에 대한 위 대가가 유형적인 것은 아니라고 할지라도 그 가액이 상당한 정도에 달하는 점, CD음반이 LP음반과 소비, 사용기능에 있어 유사하여 LP음반 시장을 대체, 잠식하는 성격이 강한 점 등이 인정되고 이를 종합하면 앞서와 같은 대가를 받고 한 이 사건 계약에는 새로운 매체인 CD음반에 대한 이용허락까지도 포함되는 것으로 보아야 한다고 판결하였다.

본 결정에 대한 의견들은 CD 음반이 LP 음반하고 유사한 매체라는 점과 기존의 음반 시장을 대체한다는 점에서는 수긍하였지만, 무명의 신인가수와 음반제작자를 대등한 지위라고 본 점과 그 상황을 음반 업계의 관행으로 본 점, 그리고 계약당사자의 의사가 분명하지 않은 경우에는 이용허락범위를 저작자에게 유리하게 제한적으로 해석하지 않은 점에 의문을 제기하면서 비판하였다.⁷⁷⁾

77) 이성호, 저작물 이용허락의 범위와 새로운 매체, 판례실무연구, 비교법실무연구회, 64면; 정상조, 저작물 이용허락의 범위, 판례실무연구(I), 비교법실무연구회, 53면; 박범석, “저작권계약의 해석방법론에 관한 연구 - 저작자와 저작권이용자 사이의 계약 해석에 있어서”, 석사학위논문, 서울대학교(2000), 29면; 이재환, 저작권의 양도 및 이용허락에 관한 프랑스법의 태도와 본 주제에 관한 사건, 판례실무연구, 1997, 비교법실무연구회, 92면.

IV. NFT에 대한 저작권 귀속

1. NFT에 대한 저작권의 귀속 방향

NFT의 등장으로 인해 발생하는 이익을 누구에게 귀속시켜야 하는지의 문제는 주로 원작자와 후권리자 사이에서 발생하며, 그 해결은 해당 이용 방법, 즉 기술이 갖는 특성과 양 당사자 사이에서 법과 정책의 방향 2가지에 의해 이루어질 수 있다. 이하에서 양 측면에서의 귀속 방향을 살펴보기로 한다.

(1) 기술적 측면에서의 검토

NFT의 기술적 측면에서 원작자와 후권리자 사이에서 누구에게 이익을 귀속시키는 것이 타당한지에 대해 살펴보기 위해서는 현재와 미래, 즉 NFT를 위한 현 저작물의 이용 측면과 미래의 이익 분배 차원에서 다음의 2가지 점을 살펴볼 필요가 있어 보인다. 먼저, 현재적 측면에서 NFT를 제작과 거래 등의 생애주기에서 누구의 권리가 더 필요한지를 살펴볼 필요가 있어 보인다. 앞서 NFT의 생애주기에서 저작권이 필요한 경우를 살펴보았으며, 생성 과정에서 복제권, 2차적저작물작성권, 공중송신권 그리고 저작물이 변형되거나 파괴될 때 저작인격권이 문제 될 수 있었으며, 거래 단계에서는 배포권은 문제 되지 않았지만, 전시권이 문제 될 수 있었다. 그렇다면, 이러한 권리를 보유한 자가 누구인가 그리고 NFT 기술의 생애주기에서 필요한 저작권과 유사한 유형의 권리를 갖는 자가 누구냐에 따라 그 이익의 귀속이 정해질 수 있다. 저작물이 변형되는 경우에는 저작인격권을 원작자만이 갖는다는 점이 고려될 수 있을 것이다.

다음으로, 비록 법·정책적 측면과 다소 중첩되기는 하나, 미래의 이익 분배 차원에서, 기술과 직접적인 관련이 되는 것으로서 새로운 이용 방법에 의한 혜택이나 피해가 누구에게 종속되는지를 살펴보는 것이다. 새로운 이용 방법으로서의 NFT는 어느 누구도 예측할 수 없었던 황재일 수 있고, 누구에게 이익이 되거나 피해가 될 수 있다. 황재가 되는 경우는 그 저작물의 창작자인 원작자에게 유리하게 해석하는 것이 타당해 보인다. 반면, 누군가에게 피해가 되는 때는 그 피해를 입는 자에게 유리하게 해석하는 것이 적절해 보이며, NFT가 후권리자의 비즈니스를 잠식하거나 대체할 수 있다면 NFT의 권리는 후권리자에게 귀속되는 것이 옳아 보인다. 이러한 판단은 새로운 이용 방법으로서의 기술이 얼마나 새로운 것인가 그리고 시장에서 어떤 영향을 미치는가와 연결된다고 볼 수 있다.

(2) 법·정책적 측면에서의 검토

앞에서 살펴본 바와 같이, 새로운 이용 방법에 대한 권리의 귀속은 나라마다 차이를 보인다. 미국은 원칙적으로 알려지지 않은 사용권의 자발적 양도를 허용하지만, 새로운 이용 방법을 전혀 예상하지 못한 경우에는 불명확한 조항을 작성하지 않은 당사자에게 유리하게 해석하거나, 합리적 목적 범위 내에서 권리의 귀속을 정하기도 한다. 이와 더불어, 미국은 저작물의 미래 가치를 예측하기 어렵고, 저작자의 불리한

협상 조건을 고려하여 저작자 해지권을 마련하였다. 다음으로, 독일은 새로운 이용 방법에 대한 권리 허락 금지 법률을 삭제하여, 공식적으로 허용하였고, 이와 더불어 저작자가 그 허락을 취소할 수 있는 권리를 도입하였다. 마지막으로, 프랑스는 예측할 수 없는 이용에 대한 권리 부여를 명시적으로 허용하고 있으나, 실질적으로 그 요건이 엄격하여 적용 범위가 현저히 작거나 존재할 수 없는 것으로 여겨지고 있다. 이러한 국가들 모두는 새로운 이용 방법에 대한 양도 계약을 원칙적으로 허용하지만, 창작자가 자신의 저작물에 대한 금전적 이익을 누릴 권리가 있고, 불리한 협상의 지위에 있을 수 있는 저작자를 보호함으로써 부의 재분배가 정당하게 이루어지도록 법이 개입해야 한다는 것을 인식하고 있어, 그 허용에 상당한 제한을 가하고 있다.

우리는 새로운 이용 방법에 대한 권리의 귀속 여부를 새로운 매체가 알려졌는지, 당사자가 계약을 제대로 이해하였는지 여부, 계약이 공평하게 이루어졌는지, 저작물의 이용에 미치는 경제적 영향, 그리고 새로운 매체로 인한 경제적 이익의 적절한 안배의 필요성 등을 종합적으로 고려하여 사회정의와 형평의 이념에 맞도록 정하여야 한다고 하였다. 비록 그 결정이 적절하지 않다고 비판되기는 하였지만, 해당 결정은 완전히 새로운 이용 방법이 아니라는 점과 기존 시장을 대체할 수 있다는 점, 즉 기술적 측면의 고려였고, 이러한 점이 중요시 되어 다르게 판단하기는 어려웠을 것으로 보인다. 하지만 중요한 것은 우리의 해석도 해외의 경우와 그 핵심적 취지가 원작자의 보상과 후권리자의 비즈니스 이용에 대한 이익의 공평성으로 다르지 않는 것이다. 이러한 핵심적 취지 하에서, 우리도 해외 제도들과 같이 새로운 이용 방법에 대한 권리 귀속에 대한 원칙과 보완책을 마련하는 것이 필요해 보인다. 계약 자유의 원칙을 유지하고, 일반적으로 불리한 지위에 있는 원작자를 보호하는 방안이 필요해 보여, 해제나 해지권 또는 취소권의 도입이 필요해 보인다.

2. 실제 사건에의 가정적 적용

여기서는 앞에서 살펴본 권리 귀속의 방향을 실제 사건에 가정적으로 적용하여 적용의 방법이나 타당성을 다시 한번 검토하기로 한다. 영화감독 타란티노와 마라맥스 영화사의 사건을 보면, 타란티노 감독은 원작자에 해당하고, 마라맥스 영화사는 후권리자가 된다. 타란티노 감독은 사운드트랙 앨범, 음악 출판, 출판물 인쇄 등의 일부 권리를 보유하고 있었고, 그 외의 모든 권리는 마라맥스 영화사가 보유하고 있었다.⁷⁸⁾ 타란티노 감독은 자신이 보유한 권리 중 대본 출판 권리(전자 포맷 포함)가 NFT를 제작할 수 있다고 주장하였다. 감독이 사적으로 소장하고 있고, 손으로 쓴 대본 원본의 일부를 고화질로 스캔한 결과물을 NFT로 생성하는 것은 일부 마라맥스 영화사의 저작권이 문제 될 수도 있으나, 수기의 대본 원본은 별개의 저작물로 볼 수 있고, 전자 포맷 출판 권리에 포함될 수 있을지는 판단이 어려워 보인다. 하지만 그보다 중요하게 NFT는 완전히 새로운 이용 방법이어서 어느 누구도 계약 당시에 인식하지 못하였고, 그 이용으로 인해 후권리자인 마라맥스 영화사의 비즈니스를 대체하는 것도 아니다. 따라서 본 사건에서는 원작자인 타란티노 감독이 그 NFT에 대한 권리를 갖는 것이 타당해 보인다. 다음으로, 열혈강호에 대한 원저작자와 모바일 게임 사업

78) 앞의 글(각주 2) 참조.

권을 가진 후저작권자에 대한 사건은 사실 법원이 열혈강호 저작물을 이용해서 토큰을 만든 것이 아니라고 결정하였기 때문에, NFT와 저작물이 직접 연관되어 있지는 않는 것으로 보인다. 하지만 만일, 그 NFT가 저작물을 이용한 경우라고 하면, 위의 사건과 유사하게 새로운 이용 방법에 대해 당사자들이 인식하지 못하였고, 모바일 게임 사업권과는 관련이 크지 않아 이용하는 데 있어 제한받지도 않아 보인다. 그렇다면, NFT에 대한 권리는 원작자에게 있는 것으로 보아야 할 것이다.

V. 결어

NFT라는 새로운 저작물의 이용 방법은 새로운 이익원을 창출하였고, 그로 인해 발생하는 이익을 누구에게 귀속시켜야 하는지의 문제를 발생시켰다. 대부분 이러한 문제는 원작자와 후권리자 사이에서 발생하며, 이는 해당 이용 방법의 특성과 법과 정책이 추구하는 방향 2가지에 의해 해결될 수 있다. 먼저, 기술적 측면에서 원작자와 후권리자 누구에게 이익을 귀속시키는 것이 타당한지에 대해서는 다음의 2가지 점을 살펴볼 필요가 있다. 그 하나는 NFT를 제작하는 등의 생애주기에서 누구의 권리가 더 필요한지를 살펴보는 것이다. NFT에 대한 별도의 권리가 만들어지지 않는 한, NFT와 관련하여 필요한 권리를 더 많이 보유하고 있거나 유사한 유형의 권리를 보유한 자가 NFT에 대한 권리를 더 쉽게 얻을 수 있다. 다른 하나는 새로운 이용 방법으로서의 NFT 기술 그 자체가 누구의 이익에 더 가깝고 누구에게 해를 덜 끼치는지를 살펴보는 것이다. NFT가 전혀 예상하지 못한 기술이라면 저작물을 창작한 원저작자에게 그 권리의 보유를 인정하는 것이 타당해 보이고, 후권리자의 비즈니스를 잠식하거나 대체할 수 있다면 이는 후권리자에게 권리를 부여하는 것이 타당해 보인다. 이러한 판단은 새로운 이용 방법으로서의 기술이 얼마나 새로운 것인가 그리고 시장에서 어떤 영향을 미치는가와 연결된다고 볼 수 있다.

다음으로, 법·정책적 측면에서 새로운 이용 방법에 대한 귀속은 당사자들의 지위나 위치, 계약 단계에서의 과정, 경제적 영향 그리고 이익의 적절한 안배와 같은 사회정의가 판단 요소가 될 수 있다. 판단 요소들을 종합적으로 다방면으로 고려하여 판단하는 방법도 좋으나, 분쟁을 방지하고 예측가능성을 높이기 위해서는 새로운 이용 방법에 대한 권리의 귀속 원칙을 정하고, 그 취지에 따라 간명하게 문제를 해결하는 방안을 도입해야 할 것이다. 미국과 유럽의 제도들이 참고될 수 있으며, 계약 자유의 원칙을 유지하고, 일반적으로 불리한 지위에 있는 원저작자들의 보호가 필요하다고 본다면, 새로운 이용 방법에 대한 양도를 사전에 가능하게 하고, 원저작자를 보호하는 해지나 해제권 또는 취소권의 도입이 필요해 보인다.

[참고문헌]

<국내 문헌>

- 오승중, 저작권법(제3판), 박영사, 2013.
- 박다미, 영화 대본 NFT 출시한 타란티노 감독, 미라맥스로부터 저작권 및 상표권 침해로 피소, kotra 해외시장뉴스, 2022. 5. 18.
- 박범석, “저작권계약의 해석방법론에 관한 연구 - 저작자와 저작권이용자 사이의 계약 해석에 있어서”, 석사학위논문, 서울대학교(2000).
- 이재환, 저작권의 양도 및 이용허락에 관한 프랑스법의 태도와 본 주제에 관한 사건, 판례실무연구, 1997, 비교법실무연구회.
- 이성호, 저작물 이용허락의 범위와 새로운 매체, 판례실무연구, 비교법실무연구회.
- 정상조, 저작물 이용허락의 범위, 판례실무연구(I), 비교법실무연구회.

<해외 문헌>

- EU Parliament, Intellectual Property Rights and Distributed Ledger Technology - with a focus on art NFTs and tokenized art, 2022.
- Frye, Brian L., NFTs & the Death of Art (April 19, 2021).
- Joanne Benoit Nakos, Comment, An Analysis of the Effect of New Technology on the Rights Conveyed by Copyright License Agreements, 25 CUMB. L. REV. 433 (1995).
- Kate Darling, Contracting About the Future: Copyright and New Media, 10 Nw. J. Tech. & Intell. Prop. 485, 488 (2012).
- MELVILLE B. NIMMER & DAVID NIMMER, NIMMER ON COPYRIGHT (rev. ed. 2009).
- Neil R. Nagano, Comment, Past Copyright Licenses and the New Video Software Medium, 29 UCLA L. REV. 1160 (1982).

[Abstract]

A Study on the Protection of Digital Design

- Focusing on Improving the Article Requirement in the Design Protection Act -

Kim, Chang-Hwa*

In the field of copyright, the development of new technologies leads to new ways of using copyrighted works, and the question arises as to whom the profits from such uses should be attributed. NFTs, a new way of using copyrighted works that has emerged due to the development of blockchain technology, also raise the issue of to whom the profits should be attributed. In most cases, this issue arises between the original author and the subsequent rights holder, and can be resolved in two ways: the technical characteristics of the method of use and the direction of law and policy. First of all, when it comes to the technical aspects of attributing benefits, there are two points to consider. One is to look at whose rights are more necessary in the life-cycle of an NFT, such as the creation of an NFT. Unless separate rights are created for NFTs, it will be easier to obtain rights to NFTs for those who have more of the necessary rights or similar types of rights in relation to NFTs. The other is to look at whose interests the NFT technology itself, as a new way of using it, serves more and whose interests it harms less. If NFTs are a completely unexpected technology, it seems reasonable to recognize the original creator of the work to retain the rights, and if it can cannibalize or displace the business of the latter, it seems reasonable to grant rights to the latter. Next, from a legal and policy perspective, the attribution of a new method of use may be determined by the status and position of the parties, the process at the contractual stage, the economic impact, and social justice such as the proper distribution of benefits. However, in order to prevent disputes and increase predictability, it is necessary to establish the principle of attribution of rights to new methods of use and introduce a simple method of resolving the issue according to the purpose. The U.S. and European systems can be used as a guide, and if the principle of freedom of contract is maintained and original authors, who are generally at a disadvantage, are to be protected, the introduction of a right of termination, a right of rescission or a right of revocation that enables the assignment of new methods of use in advance and protects original authors seems appropriate.

Key Words: NFT Technology, New Methods of Use, Copyright Attribution, Right of Termination, Right of Revocation

* Hanbat National University, Associate Professor, SJD.

「명지법학」 편집규정

제정 2010. 11. 30.

개정 2016. 06. 30.

제1조(목적) 이 규정은 명지대학교 법학연구소에서 간행하는 명지법학(Myongji Law Review)의 편집, 간행 및 논문심사에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제2조(명지법학의 간행)

- ① 「명지법학」은 연 2회 발간함을 원칙으로 한다. 단, 편집위원회가 필요하다고 인정하는 경우에는 합본호나 증호를 발간할 수 있다.
- ② 「명지법학」의 발간일자는 매년 7월 31일과 1월 31일을 원칙으로 한다.
- ③ 「명지법학」은 인쇄출판과 전자출판의 형태로 간행하며, 전자출판의 경우 원문 파일을 명지대학교 법과대학 법학연구소 홈페이지에 게재한다.
 - 홈페이지 주소: <http://col.mju.ac.kr/user/mjulaw/index.html>

제3조(원고의 게재)

- ① 투고 원고는 「명지법학」 투고규정상의 투고 자격을 갖춘 투고자의 논문으로서 편집위원회의 게재 결정을 얻어 「명지법학」에 게재한다.
- ② 투고 원고는 전문 학술논문으로써 기왕에 다른 학술지 등에 게재된 일이 없으며, 「명지법학」 투고규정 및 원고작성 지침에 따른 절차와 요건을 갖춘 것이어야 한다.
- ③ 제출된 투고 원고가 본 연구소가 제시한 투고규정 및 원고작성 지침에 부합하지 않을 경우에는 수정을 요구할 수 있다.

제4조(편집위원회의 구성)

- ① 편집위원회는 법학연구소의 편집위원장과 편집위원으로 구성된다.
- ② 편집위원은 편집위원장을 포함한 5인 이상으로 한다.
- ③ 편집위원이 될 수 있는 자는 법학교수, 법학분야 박사학위 보유자 또는 법률분야에 5년 이상 종사한 자로 하며 외부 인사를 포함할 수 있다.
- ④ 편집위원의 임기는 2년으로 한다. 다만, 연임할 수 있다.
- ⑤ 편집위원장은 편집위원 중 법학연구소장이 임명하고 임기는 2년으로 한다. 다만, 연임할 수 있다.

제5조(편집위원회의 업무)

- ① 「명지법학」의 편집 및 출판
- ② 「명지법학」 원고의 접수 및 게재 여부 심사

③ 「명지법학」 연구윤리위원회의 결정에 따른 조치

④ 기타 간행물의 편집 및 출판

제6조(편집위원회의 운영)

① 위원회는 위원장이 필요하다고 판단하거나 편집위원 과반수의 요구가 있는 경우에는 위원장이 소집한다.

② 위원회의 의결은 편집위원 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 찬성에 의한다.

③ 위원회는 「명지법학」 기타 간행물에 투고된 원고를 제8조의 기준과 「명지법학」 투고규정 및 「명지법학」 원고작성 지침에 따라 심사하여 그 게재 여부를 정한다.

④ 편집위원장은 위원회의 업무를 효율적으로 수행하기 위하여 편집간사를 둘 수 있다.

제7조(심사위원회의 구성)

① 논문 심사는 제8조 제1항의 기준에 따라 편집위원회에서 위촉하는 3인의 심사위원이 심사한다.

② 심사위원은 명지법학연구소의 연구위원 및 편집위원장이 위촉하는 외부 심사위원으로 구성한다.

③ 심사위원의 신원은 원고투고자에 대하여 비밀로 한다.

제8조(원고의 심사)

① 논문 심사는 다음의 기준으로 한다.

1. 주제설정(창의성과 적절성)
2. 연구 방법의 논리적 완결성
3. 연구의 학술적 완성도
4. 연구결과의 학문적 기여도
5. 종합의견(게재, 수정 후 게재, 수정 후 재심사, 게재 불가)

② 번역, 서평, 및 판례 평석 심사는 다음의 기준으로 한다.

1. 번역, 서평 및 판례 평석의 필요성
2. 번역, 서평 및 판례 평석의 완성도
3. 번역, 서평 및 판례 평석의 기여도

① 심사에 관한 평가는 게재가, 수정 후 게재, 수정 후 재심사(차호 게재), 게재 불가로 구분한다.

③ 평가 시 원고 투고자의 신원은 익명으로 한다.

제9조(심사료) 「명지법학」 투고논문을 심사하는 심사위원에게는 소정의 심사료를 지급할 수 있다. 심사료는 편집위원회에서 결정하며, 법학연구소장이 지급여부를 결정한다.

제10조(게재료) 「명지법학」에 게재된 원고에 대한 게재료는 편집위원회에서 결정한다.

제11조(본 규정의 시행 및 개정)

- ① 이 규정은 법학연구소의 편집위원회의 의결을 거친 날로부터 시행한다.
- ② 이 규정은 법학연구소의 편집위원회의 의결을 거쳐서 개정할 수 있다.

부칙

제1조(시행일) 이 규정은 2011년 1월 1일부터 시행한다.

부칙

제1조(시행일) 이 규정은 2016년 8월 1일부터 시행한다.

「명지법학」 투고규정

제정 2010. 11. 30.

개정 2016. 07. 31.

개정 2022. 03. 31.

제1조(투고자격)

- ① 국내외 대학 전임교수
- ② 법률 분야의 종사자
- ③ 대학원생으로서 박사학위 수료 이상의 자
- ④ 기타 편집위원회의 추천을 받은 자
- ⑤ 각 호의 자와 공동으로 투고하는 자

제2조(투고원고)

- ① 학술지에 투고할 원고는 다음과 같다.
 1. 발표논문: 본 연구소 주최 학술모임에서 발표되고 제출된 논문
 2. 일반논문: 학술지 게재를 위하여 투고된 논문
 3. 기타(번역 • 평석 등): 「명지법학」 게재를 위하여 제출된 번역, 판례평석, 입법동향분석, 서평 등
- ② 학술지에 게재할 원고는 다음의 요건을 갖춘 것이어야 한다.
 1. 법학 연구 및 교육 혹은 법률문화 창달에 기여하는 내용의 원고일 것
 2. 다른 학술지 등에 발표한 일이 없는 원고일 것, 다만, 타 학술지에 일부 발췌문을 발표하였을 경우에는 그 전문(全文)을 투고할 수 있다.
 3. 외국논문을 한글로 번역한 논문의 경우에는 게재를 요청하는 번역자에 의해 저작권 협의가 이미 완료되어 있을 것
- ③ 학술지에 게재할 원고의 전체분량은 「명지법학」 원고작성 지침에 따른 형식으로 20매 내외를 원칙으로 하며, 30매를 초과할 경우 편집위원회의 결정에 따라 게재가 허용될 수 있다.

제3조(투고절차 및 방법)

- ① 국문 원고인 경우에는 외국어제목, 외국어초록, 외국어 주제어를 첨부하여야 하고, 외국어 논문인 경우에는 국문 제목, 국문 초록, 국문 주제어를 첨부하여야 한다.
- ② 원고는 작성자의 인적사항을 삭제한 후 제출하고, 표지에 저자명, 소속, 직위, 연락처(전자우편, 전화번호)를 기입한다.
- ③ 원고 제출은 투고기한 내에 완성된 원고를 첨부하여 전자우편(E-Mail)으로 송부함을 원칙으로 한다.

제4조(투고기한) 논문의 투고는 「명지법학」의 발간 예정일을 기준으로 1월 전(각 6월 30일, 12월 31일)까지 제출한다. 다만 부득이한 사정으로 기한을 초과하여 제출하는 경우에는 편집위원회의 허가를 받는다.

제5조(논문제출처) 원고는 온라인 논문투고 및 심사시스템(<http://kyobo160.medone.co.kr/html>)에 제출하며, 논문투고에 관한 문의는 명지대학교 법학연구소로 한다.

- 주소: (03674) 서울시 서대문구 거북골로 34 명지대학교 법학연구소
- 이메일: lawresearch@mju.ac.kr
- 전화: 02-300-0805
- 팩스: 02-300-0804

제6조(저작권)

- ① 학술지의 편자(編者)는 법학연구소장의 명의로 한다. 다만, 학술지의 내용에는 개별 원고의 집필자를 명시한다.
- ② 「명지법학」에 출판된 모든 저작물의 편집저작권 및 출판권은 본 연구소에 귀속된다.

제7조(투고논문의 작성방법) 투고논문의 작성방법은 명지법학 원고작성 지침에 따른다.

제8조(논문의 심사)

- ① 투고원고는 편집위원회가 선정한 3인의 심사위원이 심사하여 그 결과를 편집위원회에 통보하면 편집위원회는 그 결정에 따라 논문의 수정 • 보완을 요구하거나 게재를 유보할 수 있다. 편집위원회의 모든 업무처리와 각 심사위원의 심사는 본 명지법학 연구윤리규정과 게재논문 심사규정에 따라서 이루어진다.
- ② 「명지법학」의 심사기준은 1) 논문제목과 내용의 적합성, 2) 기존연구와의 차별성, 3) 연구내용의 독창성, 4) 연구방법과 결과의 명확성, 5) 논문체계와 기술방법의 적절성, 6) 참고문헌 인용의 적합성, 7) 연구 기대효과 및 학계 기여도로 한다.
- ③ 심사결과는 원칙적으로 편집위원회가 투고자에게 온라인 논문투고 및 심사시스템, 전자메일 등을 통해 통지한다. 게재불가의 경우 투고자가 편집위원회에 이의를 제출하면 가능한 한 신속하게 이를 처리하고 그 결과를 즉시 통보한다.

부칙

제1조(시행일) 이 규정은 2011년 1월 1일부터 시행한다.

부칙

제1조(시행일) 이 규정은 2016년 8월 1일부터 시행한다.

부칙

제1조(시행일) 이 규정은 2022년 4월 1일부터 시행한다.

「명지법학」 연구윤리규정

제1조 (목적)

이 규정은 명지법학 연구윤리위원회(이하 "위원회"라 한다)의 운영에 관한 기본적인 사항을 규정함으로 목적으로 한다.

제2조 (용어의 정의)

이 규정에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. "연구부정행위"라 함은 연구를 제안, 수행, 발표하는 과정에서 연구 목적과 무관하게 고의 또는 중대한 과실로 내용을 위조, 변조, 표절하거나 저자를 부당하게 표시하는 등 연구의 진실성을 해치는 행위를 말한다.
2. "위조"라 함은 자료나 연구결과를 허위로 만들고 이를 기록하거나 보고하는 행위를 말한다.
3. "변조"라 함은 연구와 관련된 자료, 과정, 결과를 사실과 다르게 변경하거나 누락시켜 연구가 진실에 부합하지 않도록 하는 행위를 말한다.
4. "표절"이라 함은 타인의 아이디어, 연구 과정 및 연구 결과 등을 적절한 출처 표시 없이 연구에 사용하거나 자신이 이미 발표한 연구 결과를 적절한 출처 표시 없이 부당하게 발표하는 행위를 말한다.
5. "부당한 저자 표시"는 연구 내용 또는 결과에 대하여 학술적 공헌 또는 기여를 한 사람에게 정당한 이유 없이 저자 자격을 부여하지 않거나 학술적 공헌 또는 기여를 하지 않은 자에게 감사의 표시 또는 예우 등을 이유로 저자 자격을 부여하는 행위를 말한다.

제3조 (기능)

위원회는 명지법학의 회원·준회원 또는 단순게재자의 연구윤리와 관련된 다음 각 호의 사항을 심의·의결한다.

1. 연구윤리 확립에 관한 사항
2. 연구부정행위의 예방, 조사에 관한 사항
3. 제보자 보호 및 비밀 유지에 관한 사항

제4조 (구성)

- ① 위원회의 위원은 명지법학의 편집위원장이 지명하는 편집위원 중 3명과 위원회의 추천을 받는 외부인사 2인으로 한다.
- ② 연구윤리위원장은 위원회에서 호선하고, 위원장과 위원의 임기는 2년으로 한다.
- ③ 위원회의 제반업무를 처리하기 위해 간사 1인을 둘 수 있다.
- ④ 위원장은 위원회의 의견을 들어 전문위원을 위촉할 수 있다.

제5조 (회의)

- ① 위원회의 회의는 필요한 경우에 위원장이 소집하고 주재한다.
- ② 회의는 재적위원 과반수 출석으로 성립하며 출석위원 과반수 찬성으로 의결한다.
- ③ 필요한 경우 위원이 아닌 자를 회의에 참석시켜 의견을 들을 수 있다.
- ④ 회의는 비공개를 원칙으로 한다.

제6조 (연구부정 행위 조사)

- ① 위원회는 구체적인 제보가 있거나 상당한 의혹이 있을 경우에는 연구부정 행위 존재 여부를 조사하여야 한다.
- ② 위원장은 예비조사를 실시할 수 있다.

제7조 (위원회의 권한과 책무)

- ① 위원회는 조사과정에서 제보자·피조사자·증인 및 참고인에 대하여 출석과 자료 제출을 요구할 수 있다.
- ② 피조사자가 정당한 이유 없이 출석 또는 자료 제출을 거부할 경우에는 혐의 사실을 인정할 것으로 추정할 수 있다.
- ③ 위원회는 연구기록이나 증거의 상실, 파손, 은닉 또는 변조 등을 방지하기 위하여 상당한 조치를 취할 수 있다.

제8조 (기피·제척·회피)

- ① 피조사자 또는 제보자는 위원에게 공정성을 기대하기 어려운 사정이 있는 때에는 그 이유를 밝혀 기피를 신청할 수 있다. 기피신청이 인용된 경우에는 기피 신청된 위원은 당해 조사와 관련하여 배제된다.
- ② 당해 조사와 직접적인 이해관계가 있는 자는 안건의 심의·의결 및 조사에 관여할 수 없다.
- ③ 제1항 또는 제2항의 사유가 있다고 판단하는 위원 및 조사위원은 회피를 신청할 수 있다.
- ④ 위원장은 위원 중 당해 조사 사안과 이해관계가 있는 위원에 대해서는 당해 조사 사안과 관련하여 위원의 자격을 정지할 수 있다.

제9조 (진술기회의 보장)

위원회는 조사 사실에 대해 피조사자에게 의견을 제출하거나 해명할 기회를 부여하여야 한다.

제10조 (조사결과에 따른 조치)

- ① 위원회는 재적위원 과반수 찬성과 출석위원 3분의 2 이상의 찬성으로 피조사사실과 관련한 피조사자의 행위가 연구부정행위임을 확인하는 판정을 한다.
- ② 연구부정 행위 확인판정이 있는 경우에는 다음 각 호의 제재를 가하거나 이를 병과할 수 있다.
 1. 연구부정 논문의 게재취소
 2. 연구부정 논문의 게재취소사실의 공지
 3. 회원자격의 박탈 또는 정지
 4. 관계기관에의 통보
- ③ 전항 제2호의 공지는 저자명, 논문명, 논문의 수록 집수, 취소일자, 취소이유 등이 포함되어야 한다.
- ④ 위원회는 연구윤리와 관련하여 고의 또는 중대한 과실로 진실과 다른 제보를 하거나 허위의 사실을 유포한 자에 대해서는 회원자격을 박탈 또는 정지할 수 있다.

제11조(결과의 통지)

위원장은 조사결과에 대한 위원회의 결정을 서면으로 작성하여 지체 없이 피조사자 및 제보자 등 관련자에게 통지한다.

제12조(재심의)

피조사자 또는 제보자는 위원회의 결정에 불복할 경우 제11조의 통지를 받은 날부터 20일 이내에 이유를 기재한 서면으로 위원회에 재심의를 요청할 수 있다.

제13조(비밀유지의 의무 등)

- ① 위원회는 제보자를 보호하고 피조사자의 명예를 부당하게 침해하지 않도록 노력하여야 한다.
- ② 제보·조사·심의·의결 및 건의 등과 관련된 일체의 사항은 비밀로 하되, 상당한 공개의 필요성이 있는 경우 위원회의 의결을 거쳐 공개할 수 있다.
- ③ 위원, 조사에 직·간접적으로 참여한 자는 심의·의결·조사 기타 조사과정에서 취득한 정보를 부당하게 누설하여서는 아니 된다.

제14조(경비)

위원회의 운영에 필요한 경비는 명지법학의 예산의 범위 내에서 지급한다.

부 칙

제1조(시행일)

이 규정은 2008년 1월 1일부터 시행한다.

「명지법학」 원고작성 지침

법학연구소에서 간행하는 「명지법학」에 논문을 게재하고자 하는 자는 다음의 원고 작성 절차를 준수해야 한다.

다 음

1. 원고 작성의 원칙

- 1) 원고는 워드 프로세서로 작성하여 명지대학교 법학연구소 온라인 논문투고 및 심사시스템(<http://kyobo160.medone.co.kr/html>)에 제출하며, 워드 프로세서는 [한글] 프로그램 사용을 원칙으로 한다.
- 2) 원고는 국문으로 작성하는 것을 원칙으로 하되, 필요한 경우 외국어로 작성할 수 있다.
- 3) 원고는 각주, 표, 그림 등을 포함하여 A4 용지 20매 내외로 하는 것을 원칙으로 한다.

2. 원고의 구성

원고는 다음 순서에 따라서 구성되어야 한다.

- 1) 논문제목(부제 포함)
- 2) 투고자 성명(학위, 소속 및 지위 등 투고자의 인적사항에 관한 내용은 각주로 표시함)
- 3) 논문요지
- 4) 논문요지의 검색용 주제어(주제어는 10개를 넘지 않도록 함)
- 5) 본문(각주 포함)
- 6) 참고문헌(본문에서 인용한 참고문헌에 한함)
- 7) 외국어 초록(외국어로 작성된 논문의 경우는 한글 초록): 논문제목, 투고자 성명을 포함
- 8) 외국어 주제어(외국어로 작성된 논문의 경우는 국문 주제어): 외국어 주제어는 국문 주제어와 같은 순서로 배열함

3. 원고 작성의 규칙

구체적인 원고 작성 양식은 다음과 같다.

- 9) 목차의 순서는 다음과 같다.
 - I. 로마숫자 (가운데 정렬)
 - 1. 아라비아 숫자
 - (1) 괄호 숫자
 - 가. 한글 가, 나, 다
- 10) 공동 연구논문인 경우에는 공동 연구자 성명에 *로 각주표시를 한 후 해당 각주

에 책임연구자와 연구자를 각각 기재한다.

11) 각주의 표기는 다음과 같다.

- 저서 인용: 저자명, 「서명」, 출판사, 출판년도, 면수.
 - 한글 및 일본어, 중국어 저서일 경우, 책명을 「」으로 표시한다.
 - 영어 및 독일어 등 서양문헌인 경우 책명을 이탤릭으로 표시한다.
- 정기간행물 인용: 저자명, “논문제목”, 「잡지명」, 제○○권 ○호(년도), 면수.
 - 영어 및 독일어 등 외국잡지일 경우 저자명, “논문제목”, 「논문집명」. 권호, 연월, 면수의 순으로 하며, 논문제목은 이탤릭으로 표기한다.
- 기념논문집 인용: 저자명, “논문제목”, ○○○선생기념논문 「기념논문집명」, 면수.
- 판결 인용: 대법원 19○○.○○.○○. 선고, ○○다○○○○ 판결 (법원공보 19○○년, ○○○면) 또는 대판 19○○.○○.○○, ○○다○○○○
 - 미국 판례의 경우: 제1당사자 v. 제2당사자, 판례집 권 번호 판례집 약자, 판결의 첫 페이지, 인용된 페이지 (선고년도) 또는 사건명의 약칭, 판례집 권 번호와 판례집 약자 at 인용된 페이지.
- 그 밖의 사항은 사단법인 한국법학교수회에서 펴낸 “논문작성 및 문헌인용에 관한 표준”(2004.12.)을 참조하여 작성한다.

12) 편집용지의 여백주기(F7 키를 누름) 설정

- 위쪽: 30, 아래쪽: 35, 왼쪽: 35.9, 오른쪽: 35.9, 머리말: 15, 꼬리말: 15, 제본: 0

13) 문단모양

- 왼쪽: 0, 오른쪽: 0, 들여쓰기: 2, 줄 간격: 160, 문단 위: 0, 문단 아래: 0, 날
말 간격: 0, 정렬방식: 혼합

14) 글자모양

- 서체: 신명조, 자간: 0, 장평: 100, 크기: 10

15) 참고문헌은 저자명, 저서명 또는 논문 제목, 출판사 또는 학술지명 및 권호, 발간 연도의 순서로 기재한다.

- 참고문헌의 글자크기는 9pt로 한다.
- 참고문헌의 순서는 국내문헌, 동양문헌, 서양문헌 순으로 한다. 국내문헌은 저자명의 가나다순, 동양문헌은 그 나라 발음의 알파벳순, 서양문헌은 발음에 관계없이 알파벳순으로 한다.

◆ 편집위원회

위원장 : 이윤제 (명지대학교 법과대학 교수)

위 원

권건보 (아주대학교 법학전문대학원 교수)

노호창 (호서대학교 사회과학대학 교수)

선정원 (명지대학교 법과대학 교수)

송재일 (명지대학교 법과대학 교수)

신영수 (경북대학교 법학전문대학원 교수)

최병천 (전남대학교 법학전문대학원 교수)

홍명수 (명지대학교 법과대학 교수)

간 사 : 안수길 (명지대학교 법과대학 교수)

편집 보조인 : 이재희 (명지대학교 법학연구소 교육조교)

明知法學 (제22권 제2호)

2024년 01월 30일 인쇄

2024년 01월 31일 발행

발행인 : 이 윤 제

발행처 : 명지대학교 법학연구소

주 소 : 서대문구 남가좌동 50-3

전 화 : (02)300-0805, FAX : (02)300-0804

* 이 책의 무단복제·복사·전제를 금함

ISSN 1229-7585

板 權
所 有